

民商事审判实务

何颖来
/ 主编

聚焦民商事审判实务疑难问题
理论与实践相结合的专题知识
供民商事研习的大量实务案例

中国法治出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

本书的出版获得“外交学院中央高校基本科研业务费出版资助项目”的支持

民商事审判实务

何颖来
/ 主编

图书在版编目 (CIP) 数据

民商事审判实务 / 何颖来主编. -- 北京 : 中国法治出版社, 2024. 12. -- ISBN 978-7-5216-4941-3

I. D923. 05

中国国家版本馆 CIP 数据核字第 20241BQ350 号

责任编辑: 孙 静

封面设计:

民商事审判实务

MINSHANGSHI SHENPAN SHIWU

主编 / 何颖来

经销 / 新华书店

印刷 /

开本 / 710 毫米 × 1000 毫米 16 开

版次 / 2024 年 12 月第 1 版

印张 / 22.75 字数 / 336 千

2024 年 12 月第 1 次印刷

中国法治出版社出版

书号 ISBN 978-7-5216-4941-3

定价: .00 元

北京市西城区西便门西里甲 16 号西便门办公区

邮政编码: 100053

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 010-63141612

(如有印装质量问题, 请与本社印务部联系。)

传真: 010-63141600

编辑部电话: 010-63141787

印务部电话: 010-63141606

本书聚焦民商事审判实务中的疑难问题和产生裁判分歧的重点问题，借助丰富的司法裁判案例深入阐释，不仅为法律工作者提供了理论与实践相结合的专题知识，也为其提供了大量民商事实务研习案例。本书具体涵盖以下十个专题：

- 预约合同的法律效果
- 表见代理制度中的权利保护与责任分配
- 商品房预售合同中的解除问题
- 向特定自然人借款后转贷行为的法律效力
- 保理合同的法律效力
- 票据保理的法律风险规制
- 有追索权保理人的权利行使
- 招投标过程中补充协议的效力问题
——以工程建设项目为研究对象
- 融资租赁法律关系的认定
- 夫妻一方侵权之债的责任主体认定



中国法治出版社
官方微信

上架建议 司法实务·民商事

ISBN 978-7-5216-4941-3



9 787521 649413 >

定价：79.00元



在我国，人民是国家的主人，国家的一切权力属于人民。党的十九大报告将以“人民为中心”思想推向历史新高度，维护人民权益的法典呼之欲出。2020年以人民为中心的《中华人民共和国民法典》的出台，也顺应了百姓的呼声，但这并不代表民商法治建设已达终点，而是“推进科学立法”的一个起点，法律的正确实施，“严格执法”“公正司法”“全民守法”，亦是依法治国中的重要任务。作为法律工作者，加强司法案例研究，为实施《民法典》^①作出一份贡献是建设社会主义法治文化的应有之义。

以《民法典》为中心、各民商事单行法为辅助的中国特色社会主义民商事法律体系已建成，在该体系下，如何解释法律从而正确适用法律，减少裁判分歧，成为当下的主要任务。对法律问题的认识不能以纯粹的理论视角空谈，脱离司法实践来研究需要解释的法律条款是没有意义的。因此本书对当前民商事审判实务中所遇疑难问题和产生裁判分歧的重点问题进行了研究，不仅为其他法律工作者提供了理论与实践相结合的专题知识，更是为其展示了民商事案例研习与整理的方法论样本。

本书中的每一个专题都是在大量案例研究的基础上形成的，这是一本实务与理论并重的前沿问题研究著作。

何颖来

2024年10月

① 注：为行文简洁，方便读者阅读，本书所涉法律名称均使用简称，如《中华人民共和国民法典》简称为《民法典》。



专题一 预约合同的法律效力

一、我国对预约合同及相关概念的规定	003
二、认定预约合同中的混淆问题	004
三、预约合同的法律效力	014
四、预约合同的违约救济	021
五、结论	043
六、结语	044

专题二 表见代理制度中的权利保护与责任分配

一、问题的提出	049
二、表见代理构成要件之“有理由相信”的认定标准	049
三、表见代理中“被代理人的可归责性”的内涵明确	057
四、被代理人可归责性纳入表见代理构成要件的可行性分析	063
五、民商事关系中对表见代理当事人权利保护倾向的区分	072
六、结语	076

专题三 商品房预售合同中的解除问题

一、前置问题：商品房预售合同与商品房预约合同的认定标准	079
二、法定解除中的争议问题	086
三、约定解除中的争议问题	091
四、有关合同解除后法律后果的争议问题	102
五、结语	111

专题四 向特定自然人借款后转贷行为的法律效力研究

一、问题的提出	115
二、法院对该自然人转贷问题的处理态度	117
三、正面回应案件中的关注点	123
四、现行转贷相关法律之再思考	140
五、结语	152

专题五 保理合同的法律效力研究

一、保理合同相关规范解释的价值立场	155
二、保理合同的成立要件：“应收账款转让+”	158
三、未来应收账款叙作保理	165
四、票据保理与应收账款	172

五、特别约定禁止转让型应收账款·····	185
六、虚构应收账款对保理合同效力的影响·····	192

专题六 票据保理的法律风险规制

一、“先保理，后票据”模式·····	205
二、“先票据，后保理”模式·····	209
三、直接票据保理模式·····	228
四、完善票据保理行业发展之法律措施·····	231

专题七 有追索权保理人的权利行使

一、问题的提出·····	235
二、有追索权保理的法律构造·····	235
三、追索权的范围认定争议·····	244
四、保理人行使追索权的对象范围·····	253
五、结论·····	255

专题八 招投标过程中补充协议的效力问题——以工程建设项目为研究对象

一、问题的提出·····	259
二、补充协议的形式瑕疵：合同变更的要件不完备·····	260

三、实质性条款变更	265
四、结语	279

专题九 融资租赁法律关系的认定

一、问题的提出	283
二、从租赁物角度谈融资租赁关系的认定	284
三、从租金角度谈融资租赁关系认定	307
四、从履行情况角度谈融资租赁法律关系的认定	320
五、结语	328

专题十 夫妻一方侵权之债的责任主体认定

一、以“一般侵权责任”标准认定	333
二、以“与夫妻共同生活有关”标准认定	338
三、以共同财产标准认定	346
四、以婚姻关系存续期间标准认定	352
五、总结	355

专题一

预约合同的法律效果^①

① 案例共同整理人：王子琪、姜星如、张倩茹、刘詹婧祺、莫思韵均为外交学院争议解决研究中心兼职研究员（北京100037）。

导 读 预约合同的界定、效力和违约救济相关问题在裁判中有较多分歧，对不同观点进行分析总结具有重要意义。预约合同在我国立法中经历了从无到有的过程。在我国，预约合同被界定为“对未来一定期限内签订协议做出约定的合同”。预约合同与本约合同的区分点在于合同内容的完整性、当事人的缔约目的以及疑约从本的兜底标准；其与意见书的区分点在于合同的核心内容和拘束力；其与附条件、附期限合同的关键区别在于，预约合同的最终目的是促成本约合同的签订，而附条件、附期限合同性质上就属于本约。对于预约合同的效力，首先依当事人约定；若当事人没有约定，则原则上采取“应当缔约说”，例外采取“应当磋商说”。关于预约合同的强制履行，需要同时参考订立本约合同条件的成就程度和合同履行可能性这两个因素。而损害赔偿范围，司法实践中则更多是以信赖利益为标准，赔偿守约方因信赖法律行为有效性而受到的损害。预约合同在违约救济赔付违约金或定金时却仍趋向于参考本约合同的约定，以及定金需要遵守比例的限制，并且违约金可根据合同的具体内容酌减。违约救济途径的选择应始终遵循当事人的意思表示，这也是民法意思自治原则的体现。

关键词 预约合同 应当缔约 强制履行 损害赔偿 缔约过失 违约金及定金

一、我国对预约合同及相关概念的规定

预约合同最早可追溯到古罗马时代，在实践中被广泛采用，许多国家的现行法律对预约合同作了规定。我国对此概念的规定历史不长，2003年4月公布的《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》（以下简称2003年《商品房买卖合同司法解释》）中首次以司法解释的形式对预约合同进行了规定，但仅适用于商品房买卖。其中第4条规定了商品房预约的定金罚则，第5条规定了在何种情况下构成商品房买卖合同的本约。这两条规定都承认了商品房买卖中预约和本约的不同。

2012年3月颁布的《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》（以下简称2012年《买卖合同司法解释》）首次正式提出预约合同的概念，其中第2条规定了预约合同的形式、效力和违约责任的承担，但内容十分简略，也仅适用于买卖合同。

预约合同正式以立法形式出现是在《民法典》^①第495条，位于合同编总论。该规定在吸收2012年《买卖合同司法解释》第2条的基础上将预约合同适用范围的限制取消，内容依旧简单模糊，在许多司法实践关注的问题上没有具体规定，导致了大量裁判分歧。例如，什么样的合同可以被认定为预约合同，判断是否成立预约合同的标准到底是合同内容是否足够详尽，还是当事人是否有未来订立本约合同的意思表示？预约合同的效力如何判定？预约合同能否强制履行？预约合同的损害赔偿范围是信赖利益还是履行利益，预约合同的定金违约金责任如何适用，等等。预约合同作为市场主体经济交往中的重要一环，关乎市场环境和交易安全，在商品房买卖领域广泛运用，更彰显出其在人民生活中的地位。因此，统一已有的裁判分歧、明确预约合同相关概念的界定至关重要。

① 本法自2021年1月1日起施行。《婚姻法》《继承法》《民法通则》《收养法》《担保法》《合同法》《物权法》《侵权责任法》《民法总则》同时废止。下文不再对上述法律的效力进行特别说明。

二、认定预约合同中的混淆问题

我国《民法典》第495条首次以法条形式承认了预约合同，从具体规定来看，立法对于预约合同的认定更强调其实质要件，即有在将来一定期限内订立合同的意思表示。但由于立法规定并不明确，预约合同与本约合同的紧密联系以及预约合同与意向书和附条件、附期限合同之间的相似性，在司法实践中经常会出现将预约合同与上述概念相混淆的情况。下文将对其逐一进行区分。

（一）预约合同与本约合同

预约合同与本约合同在概念上的区别较为清晰，学理上一般从标的、缔约意图及内容确定性程度三个方面对二者进行区分。但其在司法实践中却经常被混淆，导致得出不一样的裁判结论。原因在于两点：一是实践层面。从社会一般人的角度看，签订合同的当事人一般对预约合同和本约合同只有名称传达出的含义的简单认知，其签订合同时可能并未对预约合同和本约合同予以区分。二是立法层面。我国目前立法对预约合同的认定标准过于笼统：《民法典》第495条仅有简单定义加部分列举，而作为补充的司法解释，如2012年《买卖合同司法解释》，建设部《商品房销售管理办法》和2003年《商品房买卖合同司法解释》，也仅对商品房买卖合同一类进行了较为详细的规定。故司法实践中，在不具备统一认定标准的条件下，各地法院对预约合同的认定依据也就容易出现分歧。通过归纳总结相关司法案例，可以发现实践中对判断预约和本约应当考虑的因素大致相同，即合同订立双方的意思表示、合同内容以及当事人后续的磋商行为及履约情况。但在实际适用中仍然存在争议，主要包括适用优先级及合同内容具体明确标准的争议。争议导致“同案不同判”现象的出现，不仅损害了法律的权威性，也损害了当事人的合法权益。因此，对预约合同与本约合同中的争议问题的探讨有其必要。

1. 合同内容完整性与当事人意思自治适用的先后顺序

合同内容完整性与当事人意思自治是司法实践中判断预约合同和本约合同应予考虑的两个主要因素。在合同内容不够具体，而当事人又明确约定将来签订正式合同的情况下，法院一般将案涉合同认定为预约合同。^①但实践中，在合同内容具体明确但当事人又明确约定将来订立本约合同的情况下，对合同内容完整性与当事人意思自治在认定预约合同和本约合同时适用的先后顺序问题存在争议。

（1）当事人意思自治优先于合同内容完整性

该观点侧重保护当事人合意，认为在当事人在合同中明确有在未来订立合同的意思表示时，即便该合同内容具体明确，也应当将其认定为预约合同。例如，在“成都某通讯连锁有限公司与四川某实业有限责任公司、四川某投资控股股份有限公司房屋买卖合同纠纷案”^②中，双方在《购房协议书》中约定了当事人名称、标的、价款，主要条款明确具体，但合同第5条约定“甲、乙双方自该宗房屋买卖合同签订时，本协议自动失效”。对该合同性质的认定是本案的核心焦点之一。一审法院与二审法院均认为案涉协议书的主要条款明确具体，根据《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）》（已失效）第1条的规定，应将其定性为房屋买卖的本约合同，并判定双方买卖合同关系已经成立。但经过再审，最高人民法院将合同性质改判为预约合同，理由是：“应着重分析当事人的内心真意以判定合同类型。即便预约合同的内容较为完备，无限靠近本约，但只要当事人间订立预约合同的意思明确，就应当按照当事人意愿做出判断。”不难看出，本案一审、二审法院因合同条款完备而将其认定为本约合同，但最高人民法院更加注重当事人之间的真实合意。

最高人民法院在“新疆某结构有限责任公司与许某、许某某电科技有限

① 最高人民法院（2017）最高法民申582号民事裁定书；最高人民法院（2018）最高法民终813号民事判决书。本书未特别注明案例来源的，均来自中国裁判文书网，最后访问时间：2024年2月3日。

② 最高人民法院（2013）民提字第90号民事判决书。

公司承揽合同纠纷案”^①中也指出,“涉案协议的内容虽能够明确当事人的名称、标的和数量,但双方当事人明确约定在将来一定期限内订立合同,在此情况下,需要通过订立本约以明确未决的权利义务,而非适用上述司法解释认为成立本约,再以客观因素推导或解释合同条款,否则将有违当事人预约的真实意思表示”。

在最高人民法院公报案例“俞某新与福建华某房地产有限公司、魏某瑞商品房买卖(预约)合同纠纷案”^②中,法官也指出,虽然合同双方当事人签订的《商铺认购书》中明确约定了商品房买卖合同的核心条款,但同时约定了在房产公司取得《商品房预售许可证》时,当事人须再签订新的商品房买卖合同,故《商铺认购书》实质上是双方当事人为将来订立本约的合意,应当认定为预约合同。

可以看出,最高人民法院把当事人意思表示而不是合同内容是否具体明确作为界定预约合同和本约合同的根本标准。而这样的做法由于其对当事人真实意思的尊重而被各地司法机关广泛接受。学理上也普遍将当事人自身意愿视为首要标准。王泽鉴先生认为:“当事人订立之契约,为本约?抑预约合同,应就当事人意思定之。当事人之意思不明或有争执时,则应通观契约全部内容定之,若契约要素业已明确合致,其他有关事项亦规定详尽,已无另行订定契约之必要时,即应认为本约。”^③

(2) 合同内容完整性优先于当事人意思自治

该观点则将合同内容视为比当事人意思自治更重要的考虑因素,认为当合同对具体权利义务关系等内容规定明确、具有可履行性时,即使双方约定在未来签订另一合同,也应当将该合同认定为本约合同。例如,在“武某某、某房地产开发有限公司破产债权确认纠纷案”^④中,就案涉协议书的性质认定问题,一审法院指出,“本案中,《房屋定购协议》第六条明确约定,甲、乙

① 最高人民法院(2018)最高法民申3065号民事裁定书。

② 最高人民法院(2010)民一终字第13号民事判决书。

③ 王泽鉴:《债法原理(第二版)》,北京大学出版社2013年版,第168—169页。

④ 河北省高级人民法院(2020)冀民终448号民事判决书。

双方签订正式《商品房买卖合同》后，本订购协议即自行失效”。因此，一审法院认定双方当事人签订的《房屋订购协议》在性质上为商品房预约合同。而二审法院则指出，“本案《房屋订购协议》约定了双方当事人的姓名和名称、房屋位置及房号、房屋总面积及总价款、单价、房款支付方式、房屋交付日期以及违约责任等条款，已经具备合同成立的必备条款，而预约合同是约定当事人在将来一定期限内订立的合同，故《房屋订购协议》应为本约合同，并非预约合同”。

这种观点似乎在形式上促进了双方交易，鼓励了经济往来，但却打击了合同缔约当事人未来交易的积极性。既然当事人有在未来订立另一合同的合意，就说明其对本合同存在需要进一步协商的事项，如果不顾当事人合意，仅凭合同内容来认定预约和本约，就可能导致合同目的不能实现，也容易造成部分人利用这一点侵害当事人的权益。并且，将内容具体明确但当事人有预约合意的合同认定为本约合同，很难解释双方约定未来签订的合同性质。

（3）笔者观点

笔者认为，当事人意思自治应当优先适用于合同内容完整性，合同内容是否完整并不是判断预约和本约的关键因素。预约合同是指当事人约定为了在将来一定期限内订立合同而达成的允诺。^①其核心要件在于双方约定了在未来一定期限内签订本约合同，故对预约合同的认定应以当事人意思表示为主要考虑因素。当事人意思自治作为贯穿民法始终的核心原则，应当是民事案件审查中需要考虑的首要因素。民法作为私法，必须谨慎干预当事人意思自治。故实践中应以探求当事人真意为首要。当合同当事人双方意思表示不明确或者有分歧时，再通过合同的整体内容来判断预约与本约。以合同内容的确定性、完整性和关联性来判断预约与本约，实际上也是通过合同内容来探究当事人的真实合意，进而判断该合同是否具有签订正式合同的预见性和期待性。在合同内容完备性不高时，可以推定当事人之间没有缔结本约的合

① 王利明：《民法典合同编通则中的重大疑难问题研究》，载《云南社会科学》2020年第1期。

意，而只是有约束对方进行交易的意思表示；反之，则应当推定为双方在缔结本约。

2. 合同内容具体明确的标准

实践中，多数判决以合同内容为判定本约合同与预约合同的标准。^①在合同内容具体明确，具有履行的可行性时，法院会将案涉协议认定为本约合同，但是不同法院对于合同内容具体明确的标准存在争议。

（1）合同内容不具有本约合同的主要内容则为预约合同

这种观点认为，只要合同内容不具有本约合同的主要内容，那么该合同就构成预约合同。这种做法的合理性主要体现在对本约合同主要内容有明确规定的商品房买卖合同争议领域。例如，最高人民法院在“李某某、重庆某某房地产开发有限公司商品房预约合同纠纷案”^②中指出：“判断《认购协议》是预约合同还是本约合同，关键在于该协议是否具备《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。”但由于这种做法未深入探讨合同缔约实质而只停留于合同内容的形式，最高人民法院在该案中同时结合了当事人意思表示及另行签订买卖合同的必要性等因素进行判断。

仅将合同内容与本约合同应有的主要内容进行对比，容易忽视当事人缔约合同的真意和合同目的，也容易忽视实际情况。只根据合同内容是否有本约合同主要内容来区分预约和本约的做法仅见于少数法院。

（2）需要另行签订本约合同则为预约合同

这种观点认为，判断合同内容具体明确与否的标准在于是否需要另行签订本约合同来最终确定两者的权利义务，如果需要就构成预约合同；反之，则属于本约合同。最高人民法院在实践中较为认同该观点。例如，在“青海某实业有限公司等与青海某旅游产品开发有限责任公司合同纠纷上诉案”^③中，最高人民法院指出，“一般认为，区分预约与本约，可以结合‘是否需

① 最高人民法院（2017）最高法民终239号民事判决书；最高人民法院（2017）最高法民申3567号民事裁定书；最高人民法院（2017）最高法民申1580号民事裁定书。

② 最高人民法院（2021）最高法民申1544号民事裁定书。

③ 最高人民法院（2017）最高法民终68号民事判决书。

要另行达成合同’‘是否直接发生交付、付款义务’等因素全面进行分析”，并以“尽管在涉案《商场租赁及租期内购买约定合同》中，关于购买的价款数额、面积如何确定均已作出了约定，但在履行《商场租赁及租期内购买约定合同》时，并不能直接发生交付、付款义务，需要某公司另行提出关于购买商场的要约，即需要另行达成合意”为由支持案涉合同为预约合同的主张。

梁慧星先生支持该观点，认为在当事人对未来是否签订本约合同约定不明时，应当从是否需要另签合同及是否直接产生具体权利义务关系等角度来判断本约与预约。若依现有合同可以实际履行以实现缔约目的，即为本约合同，如需另签合同则属预约合同。^①

（3）当事人已实际履行则为本约合同

当合同内容具体明确且当事人已依照该合同约定实际履行时，法院考虑到合同的缔约目的及鼓励交易等因素，一般判定为本约合同。^②甚至在合同内容不完全具备应明确的主要内容，而当事人已履行时，法院也会认定当事人之间存在本约合同关系。在“马某某诉海南某置业有限公司商品房买卖合同纠纷案”中，最高人民法院以“虽然该认购书不完全具备《商品房销售管理办法》第16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”且当事人均已“完成案涉房屋的交付义务”为由认定当事人之间在事实上已形成商品房买卖合同关系。^③

这一做法的目的显而易见，民法鼓励当事人自由交易，最小限度地干预当事人意思自治，促进经济社会的繁荣发展。如前所述，当事人在实践中对预约合同和本约合同的认知尚浅，可能缔约合同时并未区分本约与预约，因此，在当事人已实际履行合同义务时，可以推定当事人已将本合同作为本约

① 梁慧星：《关于民法典分则草案的若干问题》，载《法治研究》2019年第4期。

② 最高人民法院（2017）最高法民申3567号民事裁定书；最高人民法院（2017）最高法民申890号民事裁定书；最高人民法院（2017）最高法民终909号民事判决书。

③ 最高人民法院（2017）最高法民申1317号民事裁定书。

合同来对待，而不再是以缔约本约合同为合同标的的预约合同。

（4）实务观点

在判断合同内容是否明确具体的过程中，应以是否需要另行签订本约合同为标准，但在当事人已经实际履行合同时，应将合同认定为本约合同。将合同与本约合同应具有的内容进行对比，实际上是从法官的角度来判断双方是否已对权利义务关系进行了完整的约定，而本约合同应具备的内容因合同类型的不同而存在不同的标准，这种标准并不清晰明确。这种做法忽视了当事人的真实意思，不利于合同目的的实现。而将是否需要另行签订本约合同作为判断预约和本约的标准，从每个案件的实际情况出发，同时考虑当事人的真实意思表示，在促进合同目的实现的同时，也能维护当事人的权益。

不过，在当事人已经实际履行合同时，必须考虑到当事人对该交易的实际投入。若此时再将合同认定为预约合同，则可能会导致未投入一方侵害已投入一方的合法权益。此时为了保护当事人的合法权益，同时出于鼓励双方交易的目的，应当将合同认定为本约合同。

3. 笔者观点

笔者认为，对预约合同与本约合同的区分应从以下三个方面进行：当事人缔约目的的真实合意、当事人履约情况、合同内容的完整性以及疑约从本的兜底标准。具体而言，应当遵循以下步骤：

首先，探究当事人的真实合意。如前所述，综合学理观点及司法实践中的做法，当事人的真实意思表示是判断预约与本约的关键，若合同中有明确约定于将来一定期限内订立本约合同，则应尊重当事人的真实合意，将该合同认定为预约合同。当然，判断当事人的真实意思表示在实践中具有复杂性，在当事人约定不明时，需要结合合同的内容及后续的磋商行为和履约行为进行判定。

其次，从当事人履约情况及合同内容的确定性、完整性和关联性来甄别本约合同与预约合同。若当事人已履行合同，则出于促进市场交易、鼓励经济往来及保护已投入物资方等原因，应当推定为当事人将该合同视为本约合同。若当事人尚未履行合同，则应当从合同内容是否具体明确来判断预约或

本约，而判断合同的完整性标准应为是否需要另行签订本约合同。从合同内容来判断预约与本约，实际上服务于探究当事人的真实合意。故在该过程中，应当尽力揭开合同字面意思的面纱，充分探究当事人的缔约目的究竟是缔结本约还是产生具体的法律关系。^①

最后，如果依据上述方法仍无法判断，则应当以将所涉合同认定为本约合同为原则。正如王泽鉴教授所言：“订立预约在交易上系属例外，有疑义，宜认为系属本约。”^②原因在于：第一，“疑约从本”更契合合同法中鼓励交易的原则；第二，预约合同制度存在的意义在于其能克服直接订立本约的障碍，如果预约具备成为本约的一切要件，即预约与本约在意思表示的根本内容上没有差别，不存在订立本约的事实上或法律上的障碍，那么即使该合同名为预约合同，也应当将其认定为本约合同。

（二）预约合同与意向书

在当前的交易实践中，大多数意向书是指双方当事人深入接触并在诸多问题上达成一致后，一方以这些一致意见为基础向另一方发出的要求接收者“确认”或“接受”的法律文件。^③意向书与预约合同存在本质区别，但由于两者的成立时间均在本约合同订立前，并且均具有订立本约的意思表示，因此实践中当事人经常将意向书与预约合同相混淆，以意向书的形式来订立预约合同。考虑到当事人的真实意思等因素，意向书在特定情况下可以被视为预约合同。

在交易实践中，对于属于君子协议的意向书，由于当事人本身没有缔约意图，因此，此类意向书不发生预约合同效力。对于不具有确定性的意向书，其确定性程度低于预约合同，不具有法律约束力。例如，最高人民法院在“重庆某投资有限公司、重庆某房地产开发有限公司股权转让纠纷案”^④中

① 焦清扬：《预约合同的法律构造与效力认定》，载《社会科学》2016年第9期。

② 王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社2009年版，第168页。

③ 许德风：《意向书的法律效力问题》，载《法学》2007年第10期。

④ 最高人民法院（2018）最高法民终661号民事判决书。

指出：“一般来说，意向性协议并无实质性内容，对协议双方缺乏明显的约束力。”而对于在程序方面具有确定性的意向书，可产生预约合同效力。司法实践中将意向书在特定情况下视为预约合同基本不存在争议，但对于确定性的标准，法院间的判决存在冲突。

在最高人民法院公报案例“仲某某与上海某房地产项目开发有限公司商品房预约合同纠纷上诉案”^①中，最高人民法院以“涉案意向书中虽对意欲交易的商铺的楼号、房型、价格没有作明确约定，但其主要内容是对将来进行房屋买卖的预先约定，主要预约事项内容是完整的，而商铺的楼号、房型、价格等内容均可由双方最终签订正式商品房预售合同时予以确认”为由支持了涉案意向书具有预约合同效力的请求。在该案中，双方当事人于《认购意向书》中仅约定了商铺面积，无法确认商铺的具体位置，但法院仍然认定该意向书属于预约合同。

而在“某资产管理有限公司与某经济开发区管理委员会投资意向书纠纷再审案”^②中，法院指出：“投资意向书只是在描述了澳某公司所称的从光某公司处受让土地的情况的基础上，对澳某公司拟置换土地的意向及洋某管委会表示同意协调置换进行了约定，而对于是否必须置换成功以及置换土地的具体位置和面积均未作出明确约定。投资意向书不具备合同的主要条款，不构成正式的土地置换合同”，因而也不属于预约合同。

上述两个案件中，双方当事人均未具体明确本约合同的标的物，但前者将此类合同认定为预约合同，后者则否认其为预约合同。

笔者认为，对于实践中存在的此种争议，应就具体案件进行具体分析。如果未确定的标的明确与否会影响到当事人订立本约合同的意愿，那么应认定为意向书；反之，则应为预约合同。如上所述，构成预约合同的关键要件在于合同当事人有于未来签订本约合同的意思表示，若未确定的事项将改变当事人于将来签订合同的想法，则所涉文书已不具备成为预约合同的核心要

① 上海市第二中级人民法院（2007）沪二中民二（民）终字第1125号民事判决书。

② 最高人民法院（2014）民申字第263号民事判决书。

件，自然不能被认定为预约合同。并且，若法院将其认定为预约合同，则当事人将受到将来订立本约合同的约束，这不仅可能侵害当事人的财产权，也会侵害当事人自由订立合同的权利，对当事人而言是极不公平的。

（三）预约合同与附条件、附期限合同

附条件、附期限合同，是指合同成立后发生效力与否取决于当事人在合同条款中所附的条件是否达成、所附的期限是否到来，其效力具有不确定性。附条件合同约定的合同生效条件以及附期限合同所约定的期限均不以人的意志为转移，生效与否是不确定的。预约合同与附条件、附期限合同都存在不确定的因素，故在现实生活中很容易被混淆。二者的关键区别在于，预约合同的目的是最终促成本约合同的签订，本约在预约合同订立之时尚未成立，而附条件、附期限合同性质上就属于本约，合同介于已成立但未生效状态。

在司法实践中，如果案涉合同约定了某条件或某期限，那么应当注意条件成立或期限到来时双方产生的权利义务。预约合同是双方协议在某条件具备时订立另外一份正式合同，其权利义务关系仅限于双方订立本约合同；而附条件、附期限合同是在该合同中约定某条件成立或某期限来临时，本合同生效，双方开始受本合同的约束。在“邓某、深圳某教育科技有限公司等合同纠纷案”^①中，法院即以当事人“明确双方协商统一意见后需在8个月的期限内另行签订《特许经营加盟协议》”为由认定案涉合同属于预约合同。同时应当注意的是，实践中存在某一合同既是预约合同，也是附条件、附期限合同的情况。在“陶某某与陕西某房地产开发有限公司商品房预约合同纠纷案”^②中，涉案协议书并未明确约定房屋交付日期及未能交付的违约责任；另该预定协议书中明确约定“预定期为三年，自本合同签订之日起计算，三年期满本合同自动解除”，因此该协议书属于附解除条件的预约合同。

① 广东省深圳市中级人民法院（2020）粤03民终22512号民事判决书。

② 陕西省西安市中级人民法院（2020）陕01民终4443号民事判决书。

三、预约合同的法律效力

《民法典》颁布以前，无论是2003年《商品房买卖合同司法解释》，还是2012年《买卖合同司法解释》，其中对预约合同的相关规定均没有明确其效力；《民法典》颁布以后，《民法典》第495条也没有明确预约合同的法律效力，2020年新《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》对相关规定没有改变。法律规定的不明确，给司法实践带来了适用难题。关于预约合同的法律效力，理论界和实务界主要有“应当缔约说”“应当磋商说”和“内容决定说”这三种观点。

（一）“应当缔约说”的流行

“应当缔约说”认为，预约合同订立后，双方当事人都有保证合同切实履行的法律义务，意即，当事人签订预约合同后，需要承担两项义务：一是为达成本约而进行磋商的义务；二是必须达成本约的义务。如果当事人未根据预约缔结本约，则应承担违约责任，法院可以强制当事人缔约，对于合同中的未确定条款，根据漏洞补充条款进行解释。^①支持该学说的观点主要考虑尊重意思自治、保护信赖利益以及探究预约合同的目的。在学界，有观点认为预约的缔结本约义务是当事人意思自治的产物，预约权利人得请求对方履行预约，订立本约。^②此外，还有观点提出关于对提高司法效率的考量，即如果预约一方当事人拒绝订立本约，则另一方当事人可直接要求其承担违约责任，提高了司法效率。^③

在实务界，很多案件的审理法院均认为当事人基于预约合同而负有应当

① 刘承勋：《预约合同层次论》，载《法学论坛》2013年第6期。

② 韩世远：《合同法总论》，法律出版社2018年版，第94页；王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社2018年版，第170页。

③ 史浩明：《论预约的法律效力及强制履行》，载《苏州大学学报》2013年第5期。

缔约的义务。^①在“张某与徐州某房地产有限公司商品房预售合同纠纷案”^②中，法院认为：“当事人一方违反预约合同约定，不与对方签订本约合同或无法按照预约的内容与对方签订本约合同的，应当向对方承担违约责任。”

具体而言，该案被告在未取得商品房预售许可时即对尚未开工建设的商品房进行出售，其行为具有违法性；同时在与原告张某签订商品房认购单时对于上述情况估计不足，其后又将认购书中列明的房号安置给他人，致使双方失去了进一步协商并签订本约合同的可能性，从而认定被告应承担相应的责任。足以见得，具有相应行为能力的人在意思表示真实的情况下签订的预约合同在双方当事人之间产生拘束力，当事人应当按照预约合同的内容履行义务，即按照预约合同的约定签订本约，否则要承担违约责任。

在“武汉某商业有限公司、武汉某商业发展有限公司商品房销售合同纠纷再审审查与审判监督案”^③中，法院的表述更为直接：

“预约合同不仅具有磋商效力，还具有最终的缔约效力，即订立预约合同的当事人不仅负有在将来一定时间为缔结本约而进行善意磋商的义务，还应履行订立本约的义务，否则将承担预约合同的违约责任。……当事人双方订立预约合同后，彼此之间便形成了信赖关系，并因此对将来缔结本约产生合理的期待，依法应当保护这种合理信赖和合理期待。”

其中明确表示预约合同不仅赋予当事人在将来一定时间为缔结本约而进行善意磋商的义务，还要求当事人应履行订立本约的义务，即预约具有最终缔约的效力，强调法院应当保护当事人在订立预约时的意思以及尊重该意思而要保护当事人的信赖利益。

然而，对“应当缔约说”持反对意见的学者认为，判令当事人必须缔约，无异于缔约强制，不适当地对违约进行价值评价，给从未允诺交易的当

① 最高人民法院（2018）最高法民终661号民事判决书；最高人民法院（2017）最高法民终68号民事裁定书；江苏省常州市中级人民法院（2020）苏04民终811号民事判决书；湖北省高级人民法院（2018）鄂民申2193号民事裁定书。

② 《最高人民法院公报》2012年第11期。

③ 湖北省高级人民法院（2018）鄂民申2193号民事裁定书。

事人施加了非自愿的强制缔约责任，已偏离“磋商”义务的本来含义。^①

笔者认为，此观点有将预约合同的效力与强制履行混淆之嫌，采取“应当缔约说”并不意味着所有的预约合同都能适用以胜诉判决代替相对人的意思表示的救济手段，其只是在效力判断阶段给予当事人根据预约缔结本约的拘束力。而对于“应当缔约说”会给当事人施加非自愿的强制缔约责任的担忧，实则是考虑当事人对于预约合同效力的约定。

此外，根据司法实践，有预约合同表明当事人约定该合同有应当缔约的效力，如在“韩某等与某置业发展有限公司房屋买卖合同纠纷案”^②中，当事人的预约合同明确约定“韩某等在签订订购协议并支付定金后，须于2016年12月28日前携带本订购协议书、户口簿、身份证、定金收据及签约首付款等相关材料至某数据展示中心签订《商品房买卖合同》”。

因此，笔者认为，若当事人对预约合同的效力有明确约定，则以当事人的真实意思为准。

（二）“应当磋商说”的考量

“应当磋商说”主张预约合同只能产生协商义务，如果当事人已经诚实、善良地就交易事项进行了协商，就实现了预约合同的目的。很多法院均持此种观点^③，如在“叶某、广东某投资有限公司与傅某房屋买卖合同纠纷案”^④中，法院明确了只要公平、诚信磋商，就不构成违约：“如果双方在公平、

① 耿利航：《预约合同效力和违约救济的实证考察与应然路径》，载《法学研究》2016年第5期。

② 江苏省常州市中级人民法院（2020）苏04民终811号民事判决书。

③ 重庆市第四中级人民法院（2016）渝04民终470号民事判决书；广东省东莞市中级人民法院（2020）粤19民终3332号民事判决书；山东省日照市中级人民法院（2022）鲁11民终2004号民事判决书；湖南省长沙市中级人民法院（2020）湘01民终5574号民事判决书；湖南省长沙市中级人民法院（2022）湘12民终59号民事判决书；四川省成都市中级人民法院（2021）川01民终11946号民事判决书；广东省湛江市中级人民法院（2021）粤08民终602号民事判决书；辽宁省大连市中级人民法院（2022）辽02民终7335号民事判决书。

④ 广东省东莞市中级人民法院（2020）粤19民终3332号民事判决书。

诚信原则下继续进行了磋商，只是基于各自利益考虑，无法就其他条款达成一致的意思表示，致使本约不能订立，则属于不可归责于双方的原因，不在预约合同所指的违约情形内。”

“应当磋商说”之所以强调磋商的重要性，主要是因为预约合同中有部分关于主要合同内容的未决条款仍须当事人继续磋商，而磋商结果具有不确定性，不能强制赋予未决条款应当缔约的效力。在“大连某体育文化旅游开发有限公司、郑某商品房预售合同纠纷案”^①中，二审法院区分了已决条款和未决条款：

对于已决条款，非经当事人协商一致不得更改，否则则构成对预约合同的违约；对于未决条款，则由双方当事人继续谈判，以达成正式、完备的本约，在无悖于公平原则的情况下磋商不成，或因不可归责于当事人的原因未能订立本约，则不存在违约。

故“应当磋商说”的侧重点不在于确保促成本约，而旨在保护善意的预约人，促使诚信谈判，平衡当事人之间的利益^②。预约合同的意义，是为在公平、诚信原则下继续进行磋商，最终为订立正式的、条款完备的本约创造条件。^③

然而，正如有学者主张的该学说与预约制度的目的不相符的观点^④，法律设立预约制度的目的在于固定交易机会，等到适当的时候订立本约，而非促使双方进行磋商。“应当磋商说”实际上是于当事人意思之上，给意图毁约方凭空增加了协议所没有约定的免责事由^⑤。况且实践中发生的预约纠纷几乎都经过了协商，但当事人依旧起诉到法院，如在“某有限公司与昆明某置业有限公司等合同纠纷上诉案”^⑥中，双方当事人进行了大量的沟通，如多次寄

① 辽宁省大连市中级人民法院（2022）辽02民终7335号民事判决书。

② 广东省湛江市中级人民法院（2021）粤08民终602号民事判决书。

③ 广东省东莞市中级人民法院（2020）粤19民终3332号民事判决书。

④ 史浩明：《论预约的法律效力及强制履行》，载《苏州大学学报》2013年第5期。

⑤ 耿利航：《预约合同效力和违约救济的实证考察与应然路径》，载《法学研究》2016年第5期。

⑥ 最高人民法院（2017）最高法民终875号民事判决书。

送《回函》《解决方案函》等，但因为最终没有订立本约，所以当事人仍然认为预约合同未完全履行。

（三）观点三之“内容决定说”的发展

近年来，学界在讨论预约问题时多采内容区分说，即所谓的“二元论”。^①该观点认为必须磋商说和“应当缔约说”均过于偏向某一方的利益，不利于实现双方权利义务的平衡。应当按照预约中涉及本约必要条款完备程度划分预约的效力。如果必要条款不完备，应适用必须磋商说；如果必要条款已完备，应适用“应当缔约说”。

“内容决定说”吸收“应当缔约说”和“应当磋商说”的观点，根据预约中涉及本约必要条款完备程度划分预约的效力，以求达到双方利益的平衡。但其也有不足之处，结合目前我国司法实践，特别是法院在认定预约合同双方当事人的权利和义务关系时，大多是从预约合同的具体内容来看，而现阶段不同预约合同条款的完备程度不一，从而导致其拘束力的大小不同，而“内容决定说”标准过于模糊，如最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组认为“应当区分事实，以探究当事人真意为出发点，既不能任由当事人违反当初的完成交易之承诺，也不能施加给当事人从未允诺的强制缔约责任”^②的说法太过笼统，并未告知判断当事人真意的具体标准，法官自由裁量权过大。

因此，近年来很多学者吸收“内容决定说”分类讨论的精神，对此进行了细化与完善。有学者提出了预约合同层次论，认为从理论上对预约进行区分和识别并不困难，但这并不能摆脱实践中的困扰，进而认为预约还可以进行层次分析^③。该种观点与“内容决定说”异曲同工，有学者曾提出根据预约

① 黄淑丹：《论预约的违约损害赔偿范围——以预约效力的弹性化认定为中心》，载《研究生法学》2015年第1期。

② 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（一）》，人民法院出版社2021年版，第234页。

③ 刘承勋：《预约合同层次论》，载《法学论坛》2013年第6期。

的内容来决定究竟是应当磋商还是应当缔约^①，对预约的效力应当区别对待^②。关于学者们细化的类型，如有学者将预约合同分为有效力控制条款和无效力控制条款，在无效力控制条款下又区分具备必要条款和另约定有待协商条款或事项的情况。^③还有学者参考预约合同层次论^④，先将预约合同分为简单预约合同、标准预约合同、完整预约合同这三种类型，再根据预约内容建立相应的预约合同效力规则。^⑤

（四）笔者观点

笔者认为，在考虑预约合同产生何种效力时，首先，应考虑当事人自己的意思。若当事人在合同中有明确约定关于该预约合同效力的条款，如效力控制或效力排除条款，则应当从其约定，保护其真意。其次，若当事人没有约定效力控制或效力排除条款，则原则上采“应当缔约说”，例外采“应当磋商说”。原因如下：第一，原则上采“应当缔约说”。如上文所述，能够保留“应当缔约说”尊重意思自治、保护信赖利益和探究预约合同的目的与功能的优势，以及回避“应当磋商说”仅仅以磋商作为预约合同义务导致与预约合同目的相悖、可能引发恶意预约的道德风险等问题。此外，还参考域外关于预约效力的规定，尽管表述各不相同，但都体现出预约“应当缔结”的趋势。^⑥第二，例外采“应当磋商说”。考虑到如果预约中并不包含本约成立的最低限度的必备条款，如标的物、数量等，则采取必须磋商说比较妥当。因为在这种情形下，“应当缔约说”的适用前提并不存在，一方请求另一方

① 韩强：《论预约的效力与形态》，载《华东政法学院学报》2003年第1期。

② 陆青：《〈买卖合同司法解释〉第2条评析》，载《法学家》2013年第3期。

③ 耿利航：《预约合同效力和违约救济的实证考察与应然路径》，载《法学研究》2016年第5期。

④ 刘承勰：《预约合同层次论》，载《法学论坛》2013年第6期。

⑤ 陈峻阳：《论我国预约合同效力的认定方法》，载《河南财经政法大学学报》2022年第3期。

⑥ 张素华、张雨晨：《〈民法典合同编〉预约制度的规范构造》，载《社会科学》2020年第1期。

缔结本约时，法院无法通过合同解释、合同漏洞填补等方法实现应当缔约的目的，也就不能以当事人未履行应当缔约的义务而判令其承担违约责任，而只能审查当事人是否就合同的必备条款等进行了诚信磋商，并以此为依据确定双方应承担的责任，如在“武汉某责任公司与某大学租赁合同纠纷再审案”^①中，最高人民法院认为，协议书第4条第3款对租赁面积、租金、租期等具体内容均未作明确约定，需另行协商。

《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》尝试对预约合同的效力作出规定，其第8条第1款规定：“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。”可以解读为，当事人在订立预约合同后，有订立本约合同的义务，若一方当事人无正当理由拒绝订立本约合同，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，都应认定为违反预约合同。对此，第一个问题在于，当事人的“正当理由”规避预约合同效力的情况具体是何种。第二个问题在于，诚信原则与正当理由并列规定，这似乎意味着若当事人有正当理由或者遵循诚信原则，即便未达成本约合同，也不构成对预约合同的违反，笔者认为如此解释不合理，原因有二：一是诚信原则也不能解读为充分必要条件，因为即便当事人没有违背诚信原则，其也受合同目的、意思自治等原则约束，不能仅以尽到诚信磋商义务就认定当事人没有违反预约合同；二是该条款将“违背诚信原则”与“无正当理由”并列，说明前者不是后者的子集，那么遵守诚信原则亦不属于正当理由之列，故也无法说明尽到诚信磋商义务，即便不能达成本约也不违反预约。因此，该征求意见稿似乎含有反对“应当磋商说”的意思。

因此，笔者认为，除当事人另有约定外，原则上采“应当缔约说”，例外情况下采“应当磋商说”较为合理。

① 最高人民法院（2014）民申字第1893号民事判决书。

四、预约合同的违约救济

《民法典》第495条第2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。”即违约方不履行或不完全履行预约合同，对方可以请求其承担违约责任。根据合同自由原则，若当事人有特别约定，则应当尊重其约定，但不得违反法律的强制性规定。而若当事人没有约定或约定不明确的，法律对于当事方违反预约合同应承担何种违约责任语焉不详。预约合同作为独立的合同，根据体系解释，其违约责任是否当然准用《民法典》第577条，以及其他关于合同违约责任的规定？《民法典》第495条第2款是在吸收2012年《买卖合同司法解释》第2条^①的基础上发展而来的，其中也未明确不履行预约合同应承担何种违约责任，故为司法实践带来了适用难题，裁判观点莫衷一是。关于预约合同的违约救济，主要有以下三个问题：一是预约合同的强制履行问题；二是损害赔偿的范围以及其与缔约过失责任的竞合问题；三是定金与违约金问题。下文将一一进行分析。

（一）预约合同违约救济的争议之强制履行问题

正如上文所言，预约合同的效力原则上采“应当缔约说”，例外情形下采“应当磋商说”。若案涉预约合同并不包含本约成立的最低限度的必备条款，采取必须磋商说，则当然不能强制履行。问题在于，当案涉预约合同有应当缔约的效力时，若相对人不履行预约合同中订立本约的义务，权利人

① 2012年《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。”

权请求法院判决对方作出订立本约的意思表示，即以胜诉判决代替相对人的以上意思表示，或曰预约合同的强制履行。但是，是否所有的预约合同都能适用以胜诉判决代替相对人的以上意思表示的救济手段？

《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8条第1款规定，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。违反预约合同的结果中没有继续履行订立本约这一选项，这似乎否定了预约合同的实际履行，从《民法典》的规定来看，其既没有否定，也没有肯定预约合同的继续履行问题。对此，司法实践仍然有适用难题。在司法判例中，一般有否定说和肯定说两种观点，顾名思义，否定说认为预约合同不能强制履行，而肯定说则认为可以。

1. 关于否定预约合同强制履行的理由

第一，基于“应当磋商说”，预约合同仅产生应当磋商的义务，强制履行违背了合同法的合同自由这一基本原则。^①例如，在“湖南某实业有限公司、长沙市天心区某集体资产管理办公室合伙协议纠纷案”^②中，法院认为：

《意向协议》的性质为预约合同，签订该合同是为了将来本约的签订，其创设了当事人为将来订立本约而协商、将预约推进到本约的义务，并无必须缔约的义务，正式合同的签订必须完全建立在双方平等、自愿、协商一致的基础上，并为当事人合意的结果，因此不能强制实际履行《意向协议》，否则有违当事人合同自由原则。

第二，预约标的的性质属于法律规定不适于强制履行的情形。预约标的指向的是人的行为，其是建立于双方当事人之间的诚实信用与信赖心理而作

① 湖南省怀化市中级人民法院（2022）湘12民终59号民事判决书。

② 湖南省长沙市中级人民法院（2020）湘01民终5574号民事判决书。

出的订立契约之行为，其当然地具备人身属性，不能被强制。^①比如，在“莱州某有限公司、王某某房屋买卖合同纠纷案”^②中，法院认为：

预约合同的标的是“将来订立本约的行为”，而定约行为属意思表示行为，具有高度的人格属性，属于《民法典》第580条第1款第2项“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：（二）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高”规定中的债务标的不适于强制履行的行为，故在该公司与王某某均未举证证明要求对方签订本约合同的情况下，本约合同不能强制缔约。

第三，现行法律被解读为不支持强制履行。^③比如，在“重庆某投资有限公司、重庆某房地产开发有限公司股权转让纠纷案”^④中，法院虽然认为预约合同的效力是强制缔约说，认定当事人未签订本约合同构成对预约合同的违约，但否定强制履行：

2012年《买卖合同司法解释》第2条规定，一方不履行订立本约合同的义务，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。根据该条的规定，预约合同当事人虽不能请求强制缔结本约，但在预约合同一方不履行订立本约合同义务的情况下，对方可以请求其承担预约合同违约

① 山东省烟台市中级人民法院（2022）鲁06民终7616号民事判决书；四川省达州市中级人民法院（2018）川17民终593号民事判决书；河南省南阳市中级人民法院（2021）豫13民终5856号民事判决书；贵州省黔西南布依族苗族自治州中级人民法院（2021）黔23民终810号民事判决书。

② 山东省烟台市中级人民法院（2022）鲁06民终7616号民事判决书。

③ 最高人民法院（2018）最高法民终661号民事判决书；重庆市第四中级人民法院（2016）渝04民终470号民事判决书。

④ 最高人民法院（2018）最高法民终661号民事判决书。

责任，或者要求解除预约合同并主张损害赔偿。

2. 关于肯定预约合同强制履行的理由

第一，法院在“应当缔约说”的基础上，且该合同在法律上和事实上都履行可能的情况下，判决当事人强制履行。比如，在“武汉某商业有限公司、武汉某商业发展有限公司商品房销售合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书”^①中，法院综合考虑商品房预售许可证、项目开盘、双方条件等情况，最终认定可以继续履行预约合同。法院认为：

涉案预约合同能否继续履行，关键在于合同履行中是否存在“法律上或者事实上不能履行”的情形。本案中，双方当事人已于诉讼前的2017年5月4日取得了该项目的商品房预售许可证，该项目也于2017年5月13日开盘，双方均具备了履行上述协议的条件，即签订商品房预售合同的条件已经成就。另外，双方当事人既未向人民法院提交证据证明涉案房屋已经销售给第三人，也未提交其他法律上或事实上不能履行的证据。因此，法院认同原告要求被告继续履行合同的诉求。

相反，若法律上或事实上履行不能，则本约合同不能强制订立。如在“余某某诉福建某房地产开发有限公司合同纠纷案”^②中“开发商已经将标的的房屋另卖他人”，本约合同事实上已履行不能。

第二，有的法院在考虑是否存在履行不能之外，还会结合案情判断当事人同意或在事实上同意强制履行。例如，在“韩某某、孙某等与某置业发展有限公司房屋买卖合同纠纷案”^③中，法院认为：

① 湖北省高级人民法院（2018）鄂民申2193号民事裁定书。

② 福建省高级人民法院（2015）闽民申字第533号民事裁定书。

③ 江苏省常州市中级人民法院（2020）苏04民终811号民事判决书。

对于预约合同，目前相关法律及司法解释并无违反预约合同可以强制缔约的规定，根据《订购协议书》的约定，上诉人未在2016年12月28日签订购房合同，被上诉人也并未行使权利，要求解除预约合同，而是在2016年12月30日收取了17万元定金，应当认为被上诉人同意继续履行预约合同。而且综合本案实际情况，案涉房屋仍未售出，双方缔约不存在事实上的障碍，现上诉人承诺一次性支付购房款，双方当事人可以根据国家住建部门发布的《商品房买卖合同示范文本》协商确定相关合同条款。故认同上诉人要求继续履行预约合同，并与被上诉人签订正式商品房买卖合同的诉请。

第三，基于法官对法律不同的理解。值得注意的是，在“韩某某、孙某等与某置业发展有限公司房屋买卖合同纠纷案”^①中，法院对现行法律作出了与否定说第三点中“重庆某投资有限公司、重庆某房地产开发有限公司股权转让纠纷案”^②完全相反的解释，即认为2012年《买卖合同司法解释》第2条“并未排斥当事人就预约合同要求强制缔约的诉请”。由此可见，现行法律被解读为支持强制履行也是法院判决继续履行的理由之一。

3. 笔者观点

首先，对于基于“应当磋商说”而否定强制履行的观点，由上文可知，若案涉预约合同不包含本约成立的最低限度，采“应当磋商说”，当事人只有继续诚信磋商的义务，当然不能强制履行。若涉案预约合同不属于采取“应当磋商说”的例外情形，则法院基于“应当磋商说”而否定强制履行并不妥当。

其次，对于预约合同因人身性质而不适宜强制履行的观点，在我国，强制缔约义务已在多领域有法律明文规定，判决强制缔约与强制执行雇佣、劳

① 江苏省常州市中级人民法院（2020）苏04民终811号民事判决书。

② 最高人民法院（2018）最高法民终661号民事判决书。

务等人身属性的情形并不相同，并不属于“债务的标的的不适于强制履行”的情形。^①当然，这并不意味着所有的预约合同都能适用以胜诉判决代替相对人的意思表示，合同中的未决条款问题始终影响着法院对强制履行问题的判断，这也是法院为什么认为“预约合同的标的是‘将来订立本约的行为’，是否正式签约包含当事人的主观选择，不适于强制缔约”^②，或者法院在考虑是否存在履行不能之外，还会结合案情判断当事人同意或在事实上同意强制履行^③的重要因素。

对此，笔者认为，应当区分客观未决条款与主观未决条款分别进行判断：对于客观未决条款，若订立本约的障碍消除，则权利人有权诉请相对人订立本约，后者若拒绝履行订立本约的义务，则权利人有权诉请法院判决相对人作出订立本约的意思表示。对于主观未决条款，由于本约的条款尚未具备，因此出于对当事人意思自治的尊重，法院不能以胜诉判决代替相对人的意思表示。此外，无论是缺少客观未决条款还是缺少主观未决条款，若已经履行不能，当然不能强制履行。从实际可执行性方面考量，笔者更为赞成学者的分类：第一，已经约定了必要条款，并达成了最终交易的合意，只待条件成就或障碍消除就签订最终合同的，应该适用强制缔约；第二，合同约定了必要条款，一方或双方实际履行且对方接受的，预约文本成为正式合同的条款，其违约救济按照本约的违约救济规则调整；第三，合同约定了必要条款，一方支付订金，并约定将来一定期限签订正式合同的，应当实际履行；第四，合同约定了必要条款，约定对后续事项继续磋商的，磋商成功与否，都不能强制缔约；第五，合同约定了部分条款，同时约定了独占协商条款，应该承担违约责任；第六，合同约定了部分条款，同时约定了进一步协商条款，只需有磋商行为即可。^④因此，将主观未决事项与客观未决事项，以及

① 张华：《预约合同的违约救济》，载《法律适用》2019年第2期。

② 内蒙古自治区鄂尔多斯市中级人民法院（2020）内06民终1267号民事判决书。

③ 江苏省常州市中级人民法院（2020）苏04民终811号民事判决书。

④ 张华：《预约合同的违约救济》，载《法律适用》2019年第2期。

当事方后续行为都予以考虑，从而基于确定性与拘束力大小来分别确定法律后果，极大地方便了司法实践适用。

最后，对于法律规定不明确导致法官的解释大相径庭的情况：一是寄希望于相关法律文件的完善，如在《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》中进行明确；二是学界加大研究解释，以补足法律适用的空白，等等。

总而言之，判断预约合同能否强制履行主要参考两个因素，且这两个因素需要同时满足：一是订立本约合同的条件的成就程度；二是合同履行可能性。若案涉预约合同没有达到本约成立的最低限度，或者履行不能，则不能适用强制履行。

（二）预约合同违约救济的争议之损害赔偿范围的确定

在违反预约合同的情形下，非违约方不仅享有请求违约方订立本约合同的请求权，而且可产生损害赔偿请求权。损害赔偿作为一种预约合同违约责任的具体承担方式，其本身并不存在争议，但对于损害赔偿的赔偿范围界定问题，在实践中却存在着一定的争议。原《合同法》第113条第1款规定：“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，给对方造成损失的，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，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”2020年新出台的《民法典》第584条基本延续了前述关于损害赔偿范围的内容。而关于损害赔偿这一救济方式，主要的争议焦点在于如何理解此处的“履行后可以获得的利益”，其应仅指订立本约的信赖利益，还是应包括本约的履行利益。

1. 损害赔偿范围的学理基础和司法实践

关于损害赔偿范围，当今学界主要存在两种学说，即履行利益说和信赖利益说。在具体区分两种学说之前，笔者将先阐述相关概念。履行利益是指一方当事人因对方没有履行合同条款而遭受的损害。信赖利益又被称为“消极利益”，是指一方当事人因信赖法律行为的有效性而受到的损害。信赖利

益通常包括所受损失与所失利益。其中，所受损失包括为订立合同、准备履行合同而支付的花费，已给付款项产生的利息等；所失利益主要是指丧失另行缔约机会造成的损害，^①关于信赖利益说的具体内容将在下文继续论述。

（1）履行利益说

履行利益说认为，当事人订立预约合同的目的不仅仅局限于该预约合同，其最终目的是订立本约合同并且履行本约合同，因此预约合同的违约损害赔偿范围应该参照本约合同的违约损害赔偿范围，并可以通过减轻损害、损益相抵等原则进行限缩，但最终不得超过本约合同的履行利益。具体来说，即当事人在签订预约合同时已经对本约的标的物、对价等作出了明确的规定，因此当事人有理由确信本约能够订立，并且因此产生了期待利益。^②当预约合同成立后，因违约方的行为致使不能订立本约，所遭受的损失应由违约方承担，而此损失就是违约方在合同继续履行中所能够得到的利益，即违约方的行为致使守约方不能与之签订本约的，理应根据诚实信用原则支持赔偿履行利益。

但是此学说的反对者则认为，预约合同的履行只是发生签订本约的行为，并没有产生实际的经济利益，因此不存在可得利益损失的问题。具体来说，履行利益学说的反对原因主要为以下两点：

原因一：一方违反本约，守约方丧失的仅仅是为履约付出的成本和订立本约的机会，而并非本约本身。当事人违反预约合同和违反本约合同是存在明显区别的。在本约合同中，合同的内容较为详细，包括具体的债权债务关系，本约合同的当事人可以做出一定的给付。但是由于预约合同的性质和内容，当事人基于预约并不直接发生交货、付款义务，仅发生订立合同的义务，因此绝不能将其损害赔偿范围完全等同于违反本约合同的赔偿范围。

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227—231页。

② 石佳友、刘欢、曾佳：《〈民法典〉合同编司法解释规则的优化与完善——〈民法典合同编司法解释（草案）〉学术研讨会综述》，载《法律适用》2021年第12期。

例如，在“庄某与北京某汽车销售有限公司买卖合同纠纷案”^①中，北京市第二中级人民法院就认定，预约合同仅产生缔约请求权，而本约合同产生履行请求权。由于庄某和该公司之间并未达成本约，因而不能要求本约中履行利益的赔偿。而由于庄某所主张的购物卡、保养服务为双方订立汽车销售合同的履行利益，因此，法院不支持庄某主张的该公司应向其赔偿前述损失的诉请。

原因二：如果支持赔偿履行利益，则意味着一方当事人在尚未进入本约缔结阶段，就可以获得本约的履行利益，守约方将因为相对方违反预约合同而获得利益。合同的损害赔偿实际上并不以惩罚为目的，而是重在弥补受害人的损失。而且，若有关本约合同的内容仍然不够完备，则欠缺主要内容时，要求赔偿履行利益，确实难以被一般人所接受，并且不一定符合双方缔约时的真实意图。此外，从预约合同到本约合同的签订、履行，历时往往较长，其中不确定性因素较多。与违反本约合同相比，违反预约合同就合同的所有事项当事人并未达成一致的意思表示，最终获得本约履行利益的概率较小。

换句话说，预约合同的履行行为是指本约的订立，也就是说其履行结果主要体现在对交易机会的把握上，而一方违反预约合同对另一方当事人造成订立本约所支付的成本损失，最多还包括机会利益损失，但是无法进一步推论出存在损失了本约履行可以得到的利益，因此不存在可得利益损失的问题。如果将本约的履行利益认定为预约合同的赔偿范围，那么属于对预约合同的标的认识错误。

案例说明：履行利益说在司法实践中也有所体现，如在“杨某与贵州省铜仁市某房地产开发有限公司商品房预约合同纠纷案”^②中，缔约双方签订预

① 北京市第二中级人民法院（2022）京02民终5741号民事判决书。

② 贵州省铜仁市碧江区人民法院（原贵州省铜仁市人民法院）（2019）黔0602民初2662号民事判决书；内蒙古自治区巴彦淖尔市（盟）中级人民法院（2022）内08民终458号民事判决书；北京市朝阳区人民法院（2020）京0105民初72082号民事判决书；山东省枣庄市中级人民法院（2021）鲁04民终1250号民事判决书。

约合同后房产公司拒绝履约，法院认为根据《合同法》第113条第1款“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，给对方造成损失的，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，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见的因违反合同可能造成的损失”的规定，为了促使民事主体以善意方式履行其民事义务，维护交易的安全和有序进行，保障双方的合法权益，本着公平原则和平衡双方的利益，被告因违约给原告造成的损失应根据订立《房屋认购书》时商品房的市场行情和现行商品房价格予以确定。

履行利益学说下赔偿方式之差异。虽同为赔偿守约方履行利益，但在具体的司法实践中又存在不同的做法，其大体可分为酌定赔偿履行利益损失和全额赔偿履行利益损失。

酌定赔偿履行利益损失。例如，在“青岛某实业有限公司、崔某某商品房预约合同纠纷案”^①中，该公司违约导致崔某某未能完成购房行为而丧失其可得利益，法院支持崔某某要求该公司赔偿其房屋差价损失的请求，而鉴于崔某某并未支付全部购房款，因此基于公平原则，其获得的赔偿也应与已付款项相对应，即酌定赔偿其履行利益损失。

全额赔偿履行利益损失。司法实践中的另一做法则是全额赔偿履行利益损失。例如，在“清远市某房地产有限公司、岑某某商品房预约合同纠纷案”^②中，因该公司欠岑某某的丈夫黄某某借款无力偿还，2012年7月19日，双方签订《商品房认购协议书》，约定由岑某某以3400元/平方米、总房款391852元认购该公司开发的房屋。2012年8月1日，黄某某、该公司和另一家公司签订《债权抵偿房产协议书》，确认截至2012年6月30日另一家公司欠黄某某本金12700000元、利息2038000元，两家公司一致同意将该公司开发的部分房产抵偿给黄某某。然而，上述认购书签订后，该公司一直没有将

① 山东省青岛市中级人民法院（2021）鲁02民终3107号民事判决书；山东省临沂市中级人民法院（2022）鲁13民终1160号民事判决书。

② 广东省清远市中级人民法院（2021）粤18民终1017号民事判决书。

涉案房屋交付岑某某使用，反而于2020年3月8日将涉案房屋出售，交易价格为934824元（房屋建筑面积116.98平方米）。岑某某认为，该公司存在违约行为，为此向法院提起诉讼，并提出上述诉讼请求。

法院认定，鉴于双方签订的《意向书》已无法继续履行，岑某某的合同目的无法实现，按照《商品房认购协议书》的约定及该公司的违约程度，该公司应该进行损害赔偿，而具体的损失可参照该公司实际出售涉案房屋的交易总价格和双方约定的总购房款的差额来确定。

（2）信赖利益说

信赖利益说主张预约的违约损害赔偿以信赖利益为限，因为违反预约合同时本约合同还未成立和履行，并未产生履行利益，即使签订预约合同也不必然导致本约的成立，预约合同的性质决定了预约损害赔偿只限于信赖损失，并不包括履行利益。本质上，持此观点的学者是将预约合同视作本约合同缔结过程中的产物，从而站在本约的角度对预约的违约损失进行衡量。他们认为，当事人违反预约的行为既是预约违约行为，也是本约合同的缔约过失行为，本约的缔约过失责任与预约的违约责任在理论上存在竞合的可能，违反预约所造成的损失大体上与本约缔约过失责任的范围相当。

在具体研究信赖利益的内容时，正如上文所述，信赖利益包括“所受损失”和“所失利益”。回归到司法实践中，以买卖预约合同为例，当事人的“所受损失”一般可归结为以下四项：（1）为签订预约支付的各项费用，如差旅费、通信费等；（2）为签订买卖合同进行准备所支付的费用，如考察费等；（3）已支付款项的利息；（4）因提供担保而遭受的损失。

这四项损失均是预约合同当事人的信赖利益损失，同时在案件审理过程中也较为易于举证，方便确定具体数额，因此理应在损害赔偿范围之内。

第一，信赖利益中的“所失利益”是否应被纳入损害赔偿范围。

对于“所失利益”，其在预约合同中表现为因违约方拒不履行订约义务而丧失与其他交易主体订立合同的机会。这种损失能否被纳入损害赔偿范围，当今学界仍有不同看法。有观点认为，允许当事人就所失利益要求赔偿会扩大信赖利益的赔偿范围，同时“所失利益”在个案中难以举证，缺乏认定标

准，难以计算具体数额，并不利于责任的确定。^①

但也有学者支持将“所失利益”纳入损害赔偿的范围，他们认为，数额认定上的困难并不能成为将所失利益排除在损害赔偿范围外的理由。因为在竞争如此激烈的当下市场交易环境中，预约当事人之所以选择签订预约合同，是因为希望借预约合同来确认初步谈判成果，固定交易机会。如果一方当事人在预约合同签订后严格遵守，甚至放弃了更好的交易条件，最终却因对方未履行义务而没有达成交易，同时又丧失了与其他交易主体订立合同的机会，守约方确实会遭受损失，且这并不利于交易安全。在此情形下，如果不将所失利益纳入损害赔偿范围，那么不仅诚信当事人因信赖而付出的代价难以弥补，以订约为名恶意磋商的行为也会得以助长，因此这并不利于维护市场秩序。^②

笔者认为，“所失利益”在司法实践中的认定还是要个案个判，以客观情况为主。最高人民法院在“黄某某、北京某置业有限责任公司房屋买卖合同纠纷案”^③指出：“对于因不能实现签订本约合同的机会损失如何赔偿的问题，主要应当衡量预约合同内容及履行状态、签订本约意愿、客观障碍、市场风险、政策因素等未签订本约合同的原因要件。”

第二，关于何种损失属于因丧失签订本约合同机会产生的损失。

需注意的是，在以信赖利益为衡量损害赔偿的条件下，对于何种损失属于因丧失预约合同订立机会而产生的损失也存在着不同的裁判观点。在部分司法实践中，部分法院认定订立预约合同时相关标的物的市场价格与现行市场价格之间的价差属于因丧失签订本约合同机会而产生的损失。但也有一些法院认为，价差属于履行本约合同后“可以获得的利益”，而非履行预约合同后“可以获得的利益”，因此不能予以支持。

例如，在“张某诉赵某雨房屋买卖合同纠纷案”^④中，上海第一中级人民

① 文晓鹏、王霞：《论违反预约合同的民事责任》，载《黑河学刊》2013年第10期。

② 丁晖：《预约合同法律问题研究》，吉林大学2016年硕士学位论文。

③ 最高人民法院（2019）最高法民申2826号民事判决书。

④ 上海市第一中级人民法院（2018）沪01民终3376号民事判决书。

法院认为，当事人一方不履行合同义务，给对方造成损失的，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。房屋差价损失就属于上述可得利益损失，但同时，可得利益损失的主张须以合同可以履行为前提。而根据生效判决的认定，该案中的《房地产买卖居间协议》是预约合同，而非本约合同，故该法院不支持上诉人要求被上诉人赔偿其房屋差价损失的诉请。

而关于信赖利益的上限，一般则认为，赔偿信赖利益既不能超过当事人在订立合同时预见的可能造成的损失，也不能超过合同得以履行时当事人可能得到的利益，因此，预约合同违约责任的赔偿范围亦应以此为限。

审判实践中，很多法院在裁判文书中表示，预约损害赔偿应以信赖利益损失为限。例如，在“中山市某地产开发有限公司与吴某某商品房预约合同纠纷案”中，二审法院就认为预约合同的损害赔偿应以信赖利益为限。因为一方面预约合同已经对本约的标的物、对价等作出明确的约定，当事人对本约的期待利益已经固化；另一方面由于时间的关系，守约方也丧失了其与他人订立同类本约合同的机会，从而导致其机会损失变为现实损失，而与此同时，现预约合同约定的定金等违约责任又明显不足以弥补守约方的信赖利益损失。^①

审判实践还有在“济南某建设投资有限公司与李某某商品房销售合同纠纷案”中，法院认定预约的违约损失总体上应当相当于本约的缔约过失责任范围，即相当于本约的信赖利益损失。而对信赖利益的赔偿则应以不超过履行利益为限，在不超过信赖利益的范围内，从利益平衡、诚实信用、公平原则等角度出发，结合案件实际情况，综合守约方的履约情况、违约方的过错情况、合理的成本支出等因素，酌情裁判。^②

除此之外，还有诸多司法实践都倾向于以信赖利益为损害赔偿的标

① 广东省中山市中级人民法院（2020）粤20民终5586号民事判决书。

② 山东省济南市中级人民法院（2016）鲁01民终222号民事判决书。

准。比如，在“程某某长沙某置业有限公司商品房预约合同纠纷案”^①“大连某物资回收有限公司、某石油天然气股份有限公司分公司等预约合同纠纷案”^②“北京某投资集团有限公司与张某某商品房预约合同纠纷案”^③“苏某某、罗某某预约合同纠纷案”^④以及“李某、广州市某某房地产开发有限公司等商品房预约合同纠纷案”^⑤等案例中都给出了相似的裁判结果，即违反预约合同的损害赔偿应该以信赖利益为标准。

3. 笔者观点

关于违反预约合同进行损害赔偿范围的争议大致可概括为两点：一是履行利益是否应该被包括在内；二是信赖利益中是否应该包括所失利益。

笔者认为，违反预约的损害赔偿范围可以将履行利益包括在内，对信赖利益损失进行赔偿时也应当考虑所失利益，但法官裁量时必须坚持以下的原则和限制。

首先，履行利益确实应该被包括在内。因为虽然看似并无履行利益，但是预约合同具有“应当缔约”的效力，意味着当事人对本约合同的签订怀有期待。当预约具备了交易的主要条款，甚至趋近于本约时，仅赔偿信赖利益的损失可能并不足以弥补守约方为之付出的各项成本。如果允许赔偿履行利益，则违约方的违约负担会被加重，这不仅有助于维护交易公平，也可以最大限度地保护守约方的权益。与此同时，在不适宜强制履行的案件中，履行的利益赔偿也可以替代合同的履行，从而合法合理地解决纠纷。

其次，所失利益不应当被排除在外，但是请求保护“所失利益”需要满足一定的条件。其一，当事人主张的所失利益必须是客观存在的，且当事人对其所失利益负有举证责任，需要证明其确实因违约方拒不履行订约义务

① 湖南省长沙市中级人民法院（2021）湘01民终5603号民事判决书。

② 新疆维吾尔自治区克拉玛依市中级人民法院（2022）新02民终352号民事判决书。

③ 北京市高级人民法院（2022）京民申4747号民事判决书。

④ 湖北省荆门市东宝区人民法院（2022）鄂0802民初2768号民事判决书。

⑤ 广东省广州市从化区人民法院（2022）粤0117民初1639号民事判决书；浙江省杭州市萧山区人民法院（2022）浙0109民初305号民事判决书。

而丧失了与其他交易主体订立合同的机会，遭受到了损失；其二，当事人需要证明其所失利益确实与违约方的违约行为具有因果关系的；其三，当事人的所失利益必须符合可预见性原则，即双方在签订合同时可以预见该利益的损失。

例如，在“长春某房地产开发有限公司、付某某案”^①中，法院认为，因某融信公司始终未与付某某签订正式商品房买卖合同，故被告公司应承担预约合同的违约责任。虽然预约合同的赔偿范围应小于本约合同的赔偿范围，但基于公平原则，除为签订合同而合理支出的实际费用外，预约合同履行利益损失也可包括丧失与第三人另订立合同的机会所产生的损失。本案中，被告公司于2011年1月即收取了付某某的购房款，而长达10年之久付某某仍未取得房屋，因此被告公司应当支付案涉购房款占用期间的利息。此外，10年间，双方虽存在协商沟通，但被告公司始终未能促成付某某取得房屋，这必然导致付某某存在丧失购买其他房屋的机会损失，因此被告公司的损害赔偿应该结合10年期间长春市房地产价格涨幅因素而定。

而具体如何判断违反预约合同的损害赔偿问题，笔者认为，我们可以将其视为一个动态的过程，从预约合同在预约合同订立至本约合同最终履行完毕期间所占的占比出发来进行判断。如果当事人双方在预约合同的协商阶段就预约合同的主要条款已经协商完毕，该合同的条款完整到后续订立本约合同时双方都无须进一步增加条款，那么我们可以认为预约合同在这期间占比较大，在预约合同占比较大的前提下，我们认为关于预约合同的违约损害赔偿范围可以很接近于本约合同的违约损害赔偿范围，即按照履行利益来进行损害赔偿；相应地，如预约合同占比较小，则预约合同的违约损害赔偿范围可以参照本约合同的信赖利益，即预约合同的违约损害赔偿范围可以根据预约合同期间的占比来进行动态调整。

① 吉林省长春市中级人民法院（2021）吉01民终7859号民事判决书。

（三）预约合同违约救济的争议问题之违约责任与缔约过失责任的竞合下如何进行损害赔偿

在合同订立过程中，如果当事人违背诚信原则，与对方达成预约后又违反约定，导致本约未订立并造成对方损失时，即存在预约合同违约责任与缔约过失责任的竞合。^①法律并未排除预约合同违约责任与缔约过失责任之间的竞合，且《民法典》第495条与第500条之间并不存在位阶关系，故两者之间并非法条竞合；同时，当事人基于预约合同违约与缔约过失分别产生两个独立的请求权，故两者之间亦非请求权规范的竞合。因此，预约合同违约责任与缔约过失责任之间的竞合本质上属于一种请求权的竞合。

而关于当订立本约失败时，在两种责任竞合的情况下应该如何对损害进行赔偿现仍存在较大争议。事实上，损害赔偿范围应该由利益保护的范围决定，因此违约责任与缔约过失责任的损害赔偿范围亦是由其各自的利益保护范围决定的。关于违约责任的损害赔偿范围已经在上文论述过，而缔约过失责任的损害赔偿范围则单纯指的是利益主体的信赖利益损失。例如，在“贾某某与某物业管理有限责任公司缔约过失责任纠纷案”^②中，法院给出了缔约过失责任的定义，即“缔约过失责任是对交易当事人所遭受的信赖利益损失进行救济的责任形式，其产生的观念基础是诚实信用原则和信赖保护原则。由于当事人开始为缔结合同而进行磋商时，已处于超越普通人之间一般关系的信赖关系中，这种关系虽不以给付为内容，但依据诚实信用原则，当事人应负有必要的协助、通知、说明、保密、照顾、保护等义务。当事人若违反上述先合同义务，给对方造成损害，应承担法律上的缔约过失责任。因此，缔约过失责任是指在合同缔结过程中，缔约人故意或者过失地违反依据诚实信用原则所应付的先合同义务，致使一方的信赖利益受损，应承担的民事责任”。

① 参见王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第5册），北京大学出版社2009年版，第61页。

② 北京市东城区人民法院（2022）京0101民初5701号民事判决书。

1. 现存观点之一：预约合同违约责任和本约合同缔约过失责任的损害赔偿范围总体上应相当

当本约合同订立失败时，预约合同违约行为也可被视作本约合同的缔约过失行为，因此有观点认为，预约违约责任的损害赔偿范围总体上应相当于本约缔约过失责任的损害赔偿范围，或者说预约违约的损失相当于本约的信赖利益损失，包括所受损失及所失利益：前者是指当事人为订立合同而产生的合理支出，包括缔约费用、准备履行合同所需费用以及已给付金钱的利息；后者是指当事人因丧失与第三人订立合同的机会而产生的损失。这就相当于赞同信赖利益说观点，且赞同所失利益也应被纳入损害赔偿范围。据此，笔者的观点已在上文论述过，此处不再赘述。

2. 预约违约责任和本约的缔约过失责任的损害赔偿范围竞合形式探讨

（1）二者呈并列关系

当两种责任并列时，当事人既丧失了与对方交易的机会，也丧失了与第三人交易的机会。例如，A和C协商以400元/吨的市场价格交易商品共5吨，然而B为破坏A与C的交易，谎称自己希望以350元/吨的价格与A订立买卖合同，最终A放弃了与C的磋商，而与B订立了预约合同。但是最终A和B却未能如约订立本约合同，A被迫重新与C再次磋商，而此时市场价格已经涨到450元/吨。在本案中，B假意磋商的行为既使A丧失了与自己的订约机会，也丧失了与第三人C的订约机会，因此B应该按照违约责任和缔约过失责任的模式进行损害赔偿。

（2）二者呈重合关系

在上述案例中，B故意隐瞒其并无某商品的真实情况而与A进行磋商，达成预约合同后又未依约与A订立本约合同，而A因磋商而支出餐饮费、住宿费等共200元。在这种情况下，A因B的故意隐瞒行为所受损失，既是因B预约合同违约所致实际损失，又是A为订约所产生的合理支出，两者虽分属预约合同违约责任与缔约过失责任，但又彼此重合。

（3）违约责任造成的损失包含缔约过失造成的损失

案情与（1）提出的观点一致，A和B未能如约订立本约合同，A被迫重

新与C再次磋商，但是A与B进行磋商后再次与C磋商使其支付了餐饮费、交通费等合理必要费用200元。此时A既有实际的损失，也有和B进行低价交易未果的损失，因为前者是A为了与B订约所产生的合理支出，因此A因B的预约合同违约行为所受损失已将其因B的缔约过失行为所受损失包含在内。

（4）违约责任造成的损失包含缔约过失造成的损失

结合案情（1）和（3），A在与B缔约无果后无奈重新与C协商并订立采购合同，但市场价格已涨至450元/吨，A因与B磋商后与C重新协商而产生餐饮费、交通费等合理必要支出共计200元。在这种情况下，A既有与B的低价交易未果的损失，又有与C的平价交易机会损失，还有实际损失200元，而此处的实际损失亦属其为订约所产生的合理支出，因此A因B的预约合同违约行为及缔约过失行为所受损失既有实际损失与订约合理支出的交集，又有相互独立的部分。

3. 笔者观点

鉴于预约违约责任和本约的缔约过失责任的损害赔偿范围竞合有多种形式且法律并未给出答案，这种情况在司法实践中仍然处于相对混乱的状态。翻阅大量裁判文书后，笔者发现，极少有当事人围绕请求权竞合上诉，且有相当数量的案件在预约合同的识别及责任性质的认定方面存在差异，仍然认为当事人违反预约合同的约定应当承担缔约过失责任。笔者认为，二者虽有竞合，但是两个完全不同的概念，并不应该混为一谈。首先，二者的归责原则不同，对于缔约过失责任的认定采用过错原则，而对于预约合同违约责任的认定则采用严格责任原则；其次，二者的救济方式不同，缔约过失责任只包含赔偿损失的责任形式，而即便是具有善意磋商效力的预约合同，其责任形式除损害赔偿外，也可囊括定金与违约金等责任形式（关于定金和违约金的争议将在下文论述）。因此预约合同的违约责任和本约合同的缔约过失责任在本质上就具有差别，但是二者具有竞合的情况。此处的争议很大程度上是因为立法的缺失，这就导致预约合同制度在整个合同领域中的适用性普遍较低，司法实践亦因缺乏关于预约合同的统一规定而使相关规则的适用过于

谨慎；而与此同时，人民法院对诉讼请求所依据的请求权基础释明不够，导致当事人难以就诉讼理由做出准确的抉择。

（四）预约合同违约救济的争议问题之违约金和定金的适用

通说认为，违约金和定金责任应当适用于预约合同中，但是在其承担的范围上仍然存在争议。^①《民法典》第586条对定金的数额进行了规定，第587条为定金罚则。但是，定金责任在适用时主要面临两个问题：第一，预约合同能否同本约一样，适用《民法典》关于定金金额的限制。第二，定金约款在预约合同中如何具体适用。

在2020年以前，违约金条款规定在《合同法》第114条和《合同法司法解释（二）》第29条中。《民法典》出台后，上述两条规定失效，违约金条款由《民法典》第585条进行规定。但是，如何在预约中适用以及如何调整具体数额均未作出明确表示。

（1）预约合同中定金数额的限制比例

《民法典》第586条第1款规定（《担保法》第91条也有类似规定），定金不能超过主合同标的额的20%，关于该条能否适用于预约合同的定金制度，目前学者还没有达成共识。

王利明教授和《民法典》司法解释起草小组的成员们皆认为，本约合同的标的额在订立预约时可能尚未确定，且预约合同标的就在于订立本约合同，通常情况下并无明确的数额约定，因此不受《担保法》第91条规定的限制。

而与此同时也存在相反观点。陆青持20%的限制规定观点，目的在于防止当事人私自对违约行为进行救济。既然本约合同中约定的定金数额不能超过标的额的20%，那么处在本约尚未订立之前的预约，就更不应该超过20%的限制，否则就会给予当事人更多的逃离交易的空间。

而且在司法实践中，20%的限制也广泛适用。例如，在“姚某某、某置

① 王利明：《预约合同若干问题研究：我国司法解释相关规定述评》，载《法商研究》2014年第1期。

业有限公司商品房销售合同纠纷案”^①中，一审法院认为，根据《担保法》第90条、第91条的规定，定金的数额由当事人约定，但不得超过主合同标的额的20%。又如，在“许某某、郑某某等商品房预约合同纠纷案”中，法院确认原告支付给被告的2万元属于定金，且不超过主合同标的额的20%。除此之外，在“湛江市某商业有限公司、阮某商品房预约合同纠纷案”^②中，法院认为，阮某、该公司签订《××商铺认购确认单》约定的商铺定金为406628元（1355425.21元×30%），应为立约定金。由于该公司怠于履行义务的原因，因此阮某、该公司双方未能实现订立商品房买卖合同的目的，该公司应承担违约责任。依据《民法典》第495条和《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4条的规定，阮某应主张定金罚则，但依据《民法典》第586条第2款的规定，阮某、该公司确认购买商铺的实际价格为1219882.69元，因此定金应为243976.54元，即实际价格×20%。

笔者认为，预约合同可以适用20%限制的规定。首先，标的额并非完全不可计算，因为即使在简单预约合同中双方未对价款作出约定，定金也可以由法院参照订立合同时标的物的市场价值来确定，更何况在标准预约合同或者完全预约合同中，双方对于本约的主要内容都进行了约定，此时，合同的标的额是可计算的，并不存在定金无法计算的情况。其次，适用20%的限制有助于防止当事人通过违约行为获得不法利益，避免当事人利益失衡。并且，预约合同多适用于商品房买卖的场合，如果不加以限制，将不利于保护交易中的弱势消费者。

（2）违约金酌减规则如何适用

我国《民法典》第585条规定了违约金制度，学界通说认为，预约合同可以适用违约金责任。但是目前仍存在以下问题：《最高人民法院关于适用

① 山东省海阳市人民法院（2021）鲁0687民初2079号民事判决书；广东省佛山市中级人民法院（2022）粤06民终15164号民事判决书。

② 广东省湛江市中级人民法院（2021）粤08民终2380号民事判决书。

《中华人民共和国合同法》若干问题的解释（二）》失效后，判定违约金数额过高的法律依据是什么？如果数额过高，违约方可否请求人民法院予以酌减？从法院裁判中发现，虽然在预约合同中约定违约金的案件数量较少，但是，司法判决全部支持在预约合同中予以适用。对于在预约合同中已明确约定违约金的情况，原告一方对于损失的举证责任通常有所减轻，仅需重点证明相对方的违约行为。而法院会结合原告所受的实际损失、双方过错情况等因素综合考量违约金的合理性，亦可能在该等基础上对违约金作出适当的调整。

例如，在“重庆某投资有限公司、重庆某房地产开发有限公司股权转让纠纷案”^①中，针对违约金的约定，最高人民法院认为当事人主张约定的违约金数额过高请求予以适当减少的，人民法院应当以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量。类似地，在“陈某、解某某与辽宁某房地产有限公司、沈阳某建设集团股份有限公司商品房预约合同纠纷案”^②中，法院认为，按照《合同法》第114条第2款的规定，约定的违约金过分高于造成的损失，当事人可以请求予以适当减少。同时根据《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29条第2款的规定，当事人约定的违约金超过造成损失的30%的，一般可以认定为过分高于实际损失，原告的损失应按照中国人民银行同期贷款利率计算，双方约定24%的比例高于中国人民银行同期贷款利率的30%，应认定双方约定的违约金过分高于实际损失，被告可以要求予以减少，双方约定的补偿金标准按照中国人民银行同期贷款利率上浮30%计算。

在“赖某汉、赖某全等商品房预约合同纠纷案”^③中，法院也同样认为，二人在未能举证证明还存在其他损失的情况下，其主张支付的解除合同违约

① 最高人民法院（2018）最高法民终661号民事判决书。

② 辽宁省沈阳市苏家屯区人民法院（2018）辽0111民初1676号民事判决书。

③ 广西壮族自治区防城港市中级人民法院（2021）桂06民初132号民事判决书；广东省佛山市中级人民法院（2022）粤06民终15182号民事判决书。

金10万元明显高于其实际损失。综合二人的实际损失、预期利益及被告公司的过错程度等，法院酌定将被告公司支付二人的违约金减少至3万元。

笔者认为，《民法典》的实施虽然并未对预约合同适用违约金问题并未产生影响，但是从始至终，司法一直对适用违约金问题持肯定态度，且会根据当事人申请对过高或过低的违约金进行调整。缔结本约合同一直是预约的终极目的，而违约金的功能在于救济，而非惩罚，因此作为一种救济手段，违约金自然不能完全任由当事人约定。虽然《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）》已经失效，但2020年修正的《商品房买卖合同解释》第12条中规定了30%的标准，虽然该规定只适用于商品房买卖合同，但是预约合同违约产生的损失必然小于本约合同违约产生的损失。因此，预约合同中的违约金则更应受30%的限制。

（五）违约救济途径的选择问题

关于合同当事人违反预约合同后，债权人何时可以要求其损害赔偿，何时可以要求其继续履行，何时要求其采取其他救济途径，至今在司法实践中和学理上并无一致的意见。但是我国如今的司法实践中仍更倾向于将继续履行作为违约救济的首要方式。^①

笔者认为，如何承担违约责任，具体应该以当事人签订的协议内容所体现的主观意思来确定。因为合同是当事人意思自治的工具，合同的约束力来源于当事人自治意思，所以违约责任的适用也必将以当事人的自主约定为主。如果当事人在预约合同中约定定金或违约金与损害赔偿并用，则应当尊重当事人之间的约定，即此时违约方应当承担损害赔偿并支付一定数额的定金或者赔偿金；如果当事人仅仅约定定金或违约金而未提及损害赔偿的，则应当适用定金或违约金责任，不得同时主张与损害赔偿并用。这

① 参见王利明：《合同法研究》，中国人民大学出版社2011年版，第557页；除此之外，李永军教授认为，在例外情况下适用继续履行的救济方式，具体参见李永军：《合同法》，法律出版社2005年版，第540页。崔建远教授则认为，应该根据当事人的选择来确定救济方式，具体参见崔建远：《合同法》，法律出版社2010年版，第316页。

时的违约金或定金是当事人的约定，约定优先于法律的一般规定，其功能相当于限制责任条款。如果当事人既主张定金或违约金责任又同时主张继续履行，笔者认为应当就一种方式适用，不能同时适用。根据《民法典》第587条的规定，定金罚则的适用前提为当事人根本违约，即合同不能履行的情况，而适用继续履行说明合同尚未达到履行不能的程度。因此，对于继续履行和定金罚则或违约金责任应当择一适用。在没有约定定金和违约金的情况下，那就要看该合同是否属于可以判定承担继续履行的情况。如果守约方请求继续履行，那么就适用继续履行责任；如果不是，那么就适用损害赔偿責任。继续履行责任和损害赔偿責任是并列关系，原则上不能同时适用。但是基于全面赔偿原则，在违约方履行义务后，守约方还有其他损失的，应当赔偿损失。

五、结论

在阐述过预约合同的立法沿革后，本文对预约合同的界定和构成要件，预约合同与本约合同、意向书、附条件期限合同的区分以及预约合同的效力、违约救济等问题进行了分析，最终得出如下结论：

对于预约合同的界定，目前我国对预约合同的定义已达成基本共识，即将其界定为“对未来一定期限内签订协议做出约定的合同”。

对于预约合同的构成要件，在总结分析各学者观点后，笔者认为，预约合同的具体构成要件应包含四个方面：第一，存在双方或多方当事人，且这些当事人具备订立该项预约所应具备的民事行为能力。第二，当事人具有明确的将来订立本约的合意。第三，明确拟订立合同类型，但无须达到本约完备程度。第四，应采书面形式。

对于预约合同与本约合同、意向书、附条件期限合同的区别，笔者认为，预约合同与本约合同的区别应从合同内容的完整性、当事人的缔约目的以及“疑约从本”的兜底标准三个方面进行认定；与意见书的区别应从合同

核心内容和拘束力两个方面认定，并且在程序方面具有确定性的意向书，可以产生预约合同效力；与附条件、附期限合同的关键区别在于，预约合同的目的是最终促成本约合同的签订，本约在预约合同订立之时尚未成立，而附条件、附期限合同在性质上就属于本约，合同处于已成立但未生效状态。

对于预约合同的法律效力，笔者认为，若当事人在预约合同的效力有明确约定的效力控制或效力排除条款，则应当以当事人约定为准；若当事人没有约定，原则上采取“应当缔约说”，例外情况下，即预约合同不包含本约合同最低限度时，采取“应当磋商说”。

对于预约合同的违约救济，主要涉及以下三个问题：一是预约合同的强制履行问题；二是损害赔偿的范围问题；三是定金与违约金问题。关于预约合同的强制履行问题，主要参考以下两个因素，且这两个因素需要同时满足：一是订立本约合同的条件的成就程度；二是合同履行的可能性。若案涉预约合同没有达到本约成立的最低限度，或者履行不能，则不能适用强制履行。关于损害赔偿的范围问题，现存信赖利益说和履行利益说，而前者是当今司法实践的主流。若预约合同违约责任采取信赖利益说的标准，则很多时候不可避免地会产生与缔约过失责任的竞合，但是二者本质上有差别，在司法实践中，关于如何处理违约责任和缔约过失责任的问题至今仍无定论，因此交由法官自由裁量的空间也较大。关于违约金和定金的问题，预约合同中的定金数额是否应该遵从本约合同中约定的定金数额的20%限制和如何进行违约金酌减仍无定论，但是司法实践中更倾向于预约合同依然适用该限制，并且法官按照平等、公平的原则，个案个判，综合考虑实际损失进行酌减。总而言之，预约合同违约如何救济依旧要根据当事人的意思表示来判断，这也是我国民法意思自治原则的体现。

六、结语

《民法典》对预约合同只进行了简单定义，不足以解决实务中的许多分

歧。由于未明确规定预约合同的构成要件，因此实践中存在预约合同认定标准不统一，与其他合同形式混淆的情形。除商品房买卖外，其他领域的预约合同规定很少。既未明确损害赔偿的范围，更未明确若以信赖利益为限，“所失利益”是否应被纳入损害赔偿范围；若以履行利益为限，则是酌定赔偿履行利益还是全额赔偿履行利益。预约合同的违约责任与本约合同的缔约过失责任竞合时的损害赔偿计算标准也不明确。对于预约合同定金数额的限制和违约金数额过高时违约方是否可以请求人民法院予以酌减没有具体答案。在预约合同的强制履行问题上，法律未规定如何细化标准，或分情况讨论以应对实践中的各种情形。

专题二

表见代理制度中的权利保护与责任分配^①

① 案例共同整理人：鲁广鑫、余金科、孙一涵、马羽暄、万清均为外交学院争议解决研究中心兼职研究员（北京100037）。

导 读 通过横向比较各法系国家的表见代理制度、纵向比较其在中国的演变，可以发现我国的相关规定和司法实践虽有亮眼之处但也仍有亟待完善之处。“有理由相信”一直是区分狭义无权代理与表见代理的关键要素，但因法律规定的概括性，使实践中对其解释及适用存有分歧，需要根据“基本原则+个案分析”的二次认定实现相对人合理信赖和相对人善意无过失之互补。为了避免表见代理制度滥用，满足平衡相对人与代理人利益的现实需要，同时使本人与因的理论基础得以适用，被代理人在制造权利表象产生的因果方面可归责性也应被独立纳入构成要件；区分不同的基础法律关系、授权行为方式和可归责性，可以赋予表见代理法律效果认定一定弹性，这将有利于实现个案公平。表见代理制度最重要的作用就是调整静态的法律与动态的社会稳定，保护信赖利益和维护交易安全，节约交易成本、促进贸易发展。

关键词 表见代理 外观主义 善意第三人 信赖保护 可归责性

一、问题的提出

民法中的表见代理制度始于德国，我国对其研究起步较晚，并以《合同法》第49条将其制度化，直至《民法典》第172条将“以代理人名义订立合同”的表述修改为“实施代理行为”，除此之外并无较大立法上的变化。然而这并不意味着这一制度在我国的适用无任何争议：相较于大陆法系及英美法系国家，我国的表见代理范围更加广泛，通常只要“有理由相信”的条件成立，就构成表见代理，赋予了法官较大的自由裁量权。^①在司法实践中，一方面，“有理由相信”的认定标准并不明确，容易造成同案不同判的情形；另一方面，仅将其作为唯一与狭义的无权代理区分的要件是否充分、作为使被代理人承担代理后果的理由是否公平这些实践中困扰法官的问题，也引发了对表见代理制度构成要件是否完备的讨论。

基于此，对表见代理的构成要件框架、表见代理与狭义无权代理的区分、相关传统民法理论（如外观主义、抽象原则）在代理制度中的适用，以及对保护相对人或被代理人利益优先性的法律价值等争议问题的解决，不仅有助于民事司法实践审理思路的相对统一，也有利于区分民事或商事法律制度的不同价值取向，还对基于外观主义的其他相似制度中的争议问题具有参考价值。因此，本专题将结合我国司法实践和域外法律规范、判例，一一予以探讨。

二、表见代理构成要件之“有理由相信”的认定标准

作为表见代理制度内核之一的“有理由相信”这一高度概括性和模糊

① 参见袁顾君：《是瑕疵，还是非善意过失？》，载《人民司法》2007年第20期。

性的用语，使表见代理制度的适用更具弹性。但因其过于原则性、概括性，故实务中往往将其具体适用情况都交由司法机关解释，使得法官不得不依靠自己对立法意图进行把握，导致了“有理由相信”解释及适用过于宽泛的情况出现，甚至出现滥用表见代理的情形。因此准确认定“有理由相信”对于判断是否构成表见代理，以及界定区分无权代理与表见代理具有重要意义。

事实上，在大陆法系国家和地区的民法中，均未明文出现“表见代理”一词，这一表述乃是学理归纳所得。大陆法系的民法理论认为的表见代理是指因本人的行为或被代理人与代理人的关系具有代理权的外观即所谓外观代理，致使相对人相信行为人具有相应的代理权而与行为人进行民事法律行为，本人须对该行为人负授权人之责的代理。大陆法系的表见代理本质上是一种无权代理，只是法律规定拟制其与有权代理具有相同的法律效果。^①

（一）相对人合理信赖

对于要求无权代理人有被授予代理权之外观或假象，我国实践规范与英美法系的表见代理更接近，更像是一种有权代理，代理权基于具有授权的外观而产生。如果未获得相对人的信赖（无论相对人是否已经知道对方无代理权），则应属于狭义无权代理，不能成立表见代理。如果被代理人不予追认，那么应由该无权代理人履行或承担责任。至于相对人的信赖是否有正当理由，应依实施法律行为的具体情形判断。笔者将查阅到的大量案例进行分类，主要分为以下三种情形：

1. 被代理人的外表授权致使相对人有理由相信

外表授权的情形包括三种情形：①外部的代理权通知与内部的实际授权关系保持一致是表见代理制度的初衷。因此，被代理人的外表授权表示行为，无论是否为其真实意思表示，只要使得相对人“有理由相信”，均应承担表

① 参见江帆：《代理法律制度研究》，中国法制出版社2000年版，第141页。

见代理的后果；^①②外表有授权但内部撤回授权后未公示的情形，如内部撤回某相关职务而未进行外部公示、法定代表人被撤职并未变更工商登记、函告收回授权委托但函件并未对外公示等；^②授权范围明显与代理事项不符，如授权期限已到期等构成代理权外观；^③③虽无授权委托书，但实际上被授权履行义务的情形，如在“某股份有限公司与某钢铁有限公司金融借款纠纷案”中，法院认为，虽然被代理人并未给代理人出具书面委托书，但其通过实际履行合同，认可了代理人持有其出具的专用收款收据领取部分承兑汇票的行为，不存在过失。^④

此外，原则上被代理人事后的授权行为不溯及前行为，仅能理解为追认之前所实施的无权代理行为，而不能作为判断“有理由相信”的基础因素。但最高人民法院认为客观上存在合同签订与印章加盖时间不一致的情形，为保障权利的实现要求补盖印章完善相关手续的行为符合常理。^⑤

从代理权客观表象上来看，大致相同的案情，最高人民法院的裁判理由及结果却不完全相同，并且几乎每一种情形都可能存在相反的结果，这也说明了“有理由相信”适用的复杂程度。表见代理的构成不具有固定模式，也没有统一的标准，“有理由相信”的认定需综合考量交易观念、交易模式、交易惯例等因素，结合缔约双方在交易过程中的行为特征，尽可能地结合全案来探究当事人的意思表示。

2. 无权代理人持有被代理人具有公信力的凭证致相对人有理由相信

具有公信力的凭证是指具有代理权证明意义的文书或物品。^⑥通常是无

① 参见王浩：《“有理由相信行为人有代理权”之重构》，载《华东政法大学学报》2020年第4期。

② 参见最高人民法院（2019）最高法民申288号民事裁定书、最高人民法院（2000）最高法民终字第220号民事判决书。

③ 参见最高人民法院（2014）最高法民申字第1242号民事裁定书、最高人民法院（2015）最高法民申字第1111号民事裁定书。

④ 参见最高人民法院（2016）最高法民申字第954号民事裁定书。

⑤ 参见最高人民法院（2021）最高法民申7177号民事裁定书。

⑥ 参见刘玮：《浅析表见代理中的几个问题》，载《辽宁师学报（社会科学版）》2003年第6期。

权代理人通过合法手段持有被代理人具有公信力的文件或印章，使相对人产生“有理由相信”而与之实施民事法律行为。^①通过对大量案例^②进行分析发现，大部分包含公信力凭证的案例都与印章相关联，这意味着印章在代理权范畴中具有较高的公信力。2023年新发布的《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22条^③也从侧面反映出印章的不容质疑性。按照一般人的理解，加盖印章表明印章所有者愿意为意思内容承担责任，^④印章的占有是一种独特的代理权表象。^⑤故本专题将构成“有理由相信”的具有公信力的凭证归类为印章或加盖印章的文件（如空白的授权委托书、介绍信等），具体可分为两类：一类是真实的印章；另一类是被伪造的、虚假的印章。

在“隋某与柳河县某建筑有限公司、白山市某房地产开发有限公司等民间借贷纠纷案”中，法院判决穆某构成表见代理。^⑥该案中，穆某挂靠该房地产公司，借用该公司的资质从事某小区工程建设，且在施工过程中以该公司名义向隋某借款。尽管穆某在《抵押借款协议书》和出具的《借条》上加盖的“某房地产公司白山市项目部”公章均是其私刻的，但这不足以否定诸多事实上的法律联系，足以使第三人隋某有理由相信穆某以该公司名义借款，穆某具有代理权，可以代表该公司从事借款行为，因此穆某向隋某借款的行为构成表见代理。伪造印章且行为人没有代理权的情形下，如果相对人依据自身的能力无法识别出印章是伪造的，则要看相对人能否从代理权外观

① 参见柳经纬：《民法总论》，厦门大学出版社2020年版，第134页。

② 本处研究裁定或判决生效时间为《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》生效（2023年12月5日）之前的案例。

③ 《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22条第1款规定：“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。”

④ 参见陈甦：《公章抗辩的类型与处理》，载《法学研究》2020年第3期。

⑤ 参见叶金强：《表见代理中信赖合理性的判断模式》，载《比较法研究》2014年第1期。

⑥ 参见吉林省高级人民法院（2016）吉民终70号民事判决书。

中判断出行为人具有代理权。^①例如，最高人民法院认为，即便加盖的印章是伪造的，但只要在其他对外合同中连续使用并均被认可，也应认定相对人有理由相信。^②对于挂靠人私刻公章签订合同的情形，只要有其他代理权表象事实相辅助，仍可认定存在足以使相对人相信的理由。^③交易相对人对于印章的真伪是否尽到合理的注意义务将影响到对案件基本事实的判断，法院认为，可推定加盖公司印章的文件具有代表公司意思表示的法律效力，但如果相反的证据则可推翻这种推定效力，如使用盗窃或拾得的印章，该印章不能表达公司的真实意思表示，此时应当否定印章的意思表示推定效力。^④不过，普通人不具有核实印章真伪的注意义务，因其很难辨别印章的真伪，故无法对其注意义务有更高的要求。

《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》的发布，使司法机关对于伪造印章等可能引起的争议问题有了更清晰明确的解决途径。第22条明确了法院不支持被代理人主张合同无效的情形，从而间接为相对人的注意义务划定了范围，该规定较为符合企业往来中的实际情况，也与最高人民法院在此前案例中的观点保持一致，能够较好地回应现实需要，但是该条对于上述被代理人可以推翻推定的情形未予明确，被代理人和相对人间的证明责任有待进一步平衡。

3. 特殊交易环境下，相对人有理由相信行为人有代理权

相对人对权利表象有理由产生信任，不能单纯依据首次交易采用的表征，必须是相同当事人之间多次交易中采用的表征方可构成“有理由相信”的理由。^⑤依据合同相对性原则，合同的效力仅约束缔约双方，如果行为人对外实施的民事法律行为，是以被代理人的名义作出并实际履行，款项也是

① 参见（2019）最高法民申687号民事判决书、（2001）民二终字第155号民事判决书。

② 参见最高人民法院（2019）最高法民申字第1614号民事裁定书。

③ 参见最高人民法院（2015）最高法民申字第1620号民事裁定书。

④ 参见安徽省高级人民法院（2019）皖民申1145号民事裁定书、云南省大理白族自治州中级人民法院（2019）云29民终1295号民事判决书。

⑤ 参见崔建远：《论外观主义的运用边界》，载《清华法学》2019年第5期。

向被代理人支付，那么该权利义务应由被代理人承受，因此，无权代理人长期以被代理人名义履行合同具有外观表象。^①当然也存在特殊情形，如无权代理人以自己的名义与相对人达成交易意向并签订了合同，但无权代理人的行为使相对人“有理由相信”能够代表被代理人的，被认为构成表见代理。^②

在特殊的场所中，无权代理人具有特定身份，这使得相对人有理由相信行为人的行为有代理权，如持合同章的公司法定代表人、股东或监事、实际施工人持虚假授权书时，构成代理权表象，使相对人“有理由相信”。^③此外，代理人非公司工商登记的法定代表人、股东等，证明代理人实施代理行为时，系公司实际控制人、参与实际经营管理并被公众熟知，导致相对人产生信赖，也构成代理权表象。不过，最高人民法院认为，普通的父母子女夫妻关系、无授权的公司高管及大股东、工作场合使用假存单的银行工作人员等情形不构成代理权外观。^④

（二）相对人善意无过失

要把握代理权外观分析下的“有理由相信”问题，有必要厘清在实务中善意无过失是否属于判定相对人“有理由相信”的重要一环。

以认为需要具备相对人善意要件的案件为例，不同案件中，司法工作者对“善意”的理解不尽相同。在部分案例中，判决书的说理中并未就此作出具体解释，需要结合上下文加以理解。笔者同样从善意无过失的方面认定，将查阅到的案例分为五类：

①相对人明知行为人没有代理权：最高人民法院在此类案例中采用否定的方式，从反面论证不构成善意无过失。例如，在买卖过程中，已知悉代理

① 参见最高人民法院（2015）最高法民申字第1413号民事裁定书、最高人民法院（2018）最高法民申字第705号民事裁定书。

② 参见最高人民法院（2015）最高法民申字第2687号民事裁定书。

③ 参见江苏省无锡市中级人民法院（2021）苏02民申184号民事裁定书。

④ 参见最高人民法院（2017）最高法民终字第731号民事判决书、最高人民法院（2013）民申字第2386号民事裁定书、最高人民法院（2013）最高法民提字第95号民事判决书。

人无代理权仍与之进行交易，不构成善意。^①

②相对人的行为明显与交易习惯不符：最高人民法院认为，《租赁合同》只约定支付租金的期限，而未对交付时间作出约定，并且约定一次性支付20年租金，不符合正常的交易习惯，不构成善意无过失。^②

③常识性的误判及主观上不该有的疏忽：最高人民法院通过相对人在订约时不该出现的疏忽大意或者懈怠的主观状态，或者以相对人是否足够谨慎、是否尽到一个善意相对人应有的审慎注意义务来认定是否构成善意或无过失。^③

④相对人没有进行严格的审查义务：当存在“公司担保”行为时，表见代理对于相对人的善意无过失有了更高的要求，尤其是相对人为金融机构或其从业人员时，最高人民法院裁判要求他们应掌握商人的基本常识、具备相应的专业能力和规范意识，并及时履行审查、核实义务。^④

⑤相对人构成善意无过失：相对人主观善意，不存在恶意及过失行为；相对人客观上无过失，即对授权的通常理解及交易行为的常识性判断，并已尽到善意第三人的注意义务；相对人不知道或不应当知道，客观上尽到了一般理性人的审慎注意义务。^⑤

① 参见最高人民法院（2013）最高法民申字第529号民事裁定书、最高人民法院（2020）最高法民申6400号民事裁定书、最高人民法院（2019）最高法民申2898号民事裁定书、最高人民法院（2018）最高法民申2649号民事裁定书、最高人民法院（2016）最高法民申2628号民事裁定书。

② 参见江必新：《审判监督指导》，人民法院出版社2012年版，第191—202页。

③ 参见最高人民法院（2018）最高法民再字第403号民事裁定书、最高人民法院（2016）最高法民终字第685号民事判决书、最高人民法院（2013）最高法民提字第95号民事判决书、最高人民法院（2013）最高法民申字第2016号民事裁定书、最高人民法院（2018）最高法民申字第2666号民事裁定书、最高人民法院（2014）最高法民申字第536号民事裁定书、最高人民法院（2015）民申字第1938号民事裁定书、最高人民法院（2017）最高法民申4787号民事裁定书。

④ 参见最高人民法院（2016）最高法民再字第207号民事裁定书、最高人民法院（2018）最高法民申字第288号民事裁定书、最高人民法院（2000）最高法经终字第220号民事判决书。

⑤ 参见最高人民法院（2019）最高法民再字第199号民事裁定书、最高人民法院（2017）最高法民申字第1722号民事裁定书、最高人民法院（2014）最高法民申字第2013号民事裁定书、最高人民法院（2020）最高法民申6360号民事裁定书。

作为一种主观认知,善意代表了法律主体对法律关系另一方的合理信赖。具有合理信赖的行为人往往在利益冲突的调和过程中,需要法律给予其应有的保护。因此,法律对善意的保护是毋庸置疑的。法律上的善意是一种机制所创造的利益平衡和交易安全,它不是一个独立的法律事实,不具有改变权利义务的效果。但当善意与其他客观事实相结合时,就会有法律关系的产生、变更和消灭。正是基于这一法律思想,表见代理的善意相对人被赋予了研究的价值和地位。

综上所述,在司法实践的认定中,单一的相对人合理信赖或单一的相对人善意无过失都不能完成表见代理之判断。仅有相对人的合理信赖会在一定程度上对公平有所损伤,扰乱市场交易秩序;同样地,仅有个案相对人的善意无过失,必须充分调取个人能力之信息以及从个人庞大的知识总量中析出与信赖相关之信息,从而产生巨额成本,既无效率可言,亦可能无法实现。

法国法将“合理信赖”“善意”等称为表见理论的“心理要素”,其与外观表征的“物质要素”相对,法国最高法院主张对表见理论心理要素问题采取灵活的态度:在外观身份、外观继承、外观所有权领域,法国最高法院通常采用相对人善意无过失标准,即采用“不可克服的共同错误”作为表见理论适用的心理要素;在表见代理、外观婚姻等其他领域中,法国最高法院则采用相对人“合理信赖”“合理错误”的个人主义标准。^①区别不同外观表征类别,采取不同之评判标准。我国学界则提出构建理性人标准完成信赖合理性之判断的同时,认为遵循理性人标准时亦需考虑个体因素,并根据不同的领域、不同的个人确定具体化之程度,^②即应在一般理性人和群体理性人标准原则之下,补充适用相对人善意无过失标准。

笔者认为,为了实现相对人合理信赖和相对人善意无过失之互补性,可以确定行为人表见代理的初步判断原则,再就对特殊个案的个体典型特征进行二次判断,最终结合相对人之信赖行为完成综合评定。

① 参见罗瑶:《法国民法外观理论研究》,法律出版社2011年版,第167页。

② 参见叶金强:《信赖原理的私法结构》,北京大学出版社2014年版,第120—135页。

（三）小结

作为表见代理制度内核之一的“有理由相信”是指客观上形成具有代理权的表象，主观上相对人善意且无过失。相对人主张构成表见代理的，不仅应当举证证明代理行为存在诸如合同书、公章、印鉴等有权代理的客观表象形式要素，而且应当证明其善意且无过失地相信行为人具有代理权。^①因此，认定表见代理构成要件之“有理由相信”不仅须认定相对人合理信赖，还须认定人善意无过失。

三、表见代理中“被代理人的可归责性”的内涵明确

成立表见代理的法律后果可能使被代理人承担了本无意承担的合同义务，这对被代理人来说是一种巨大的不利益，^②因此为了平衡各方当事人的权利义务关系，部分学者和实务者认为，在认定表见代理时需要考虑被代理人是否具有可归责性，然而，就此处“可归责性”的内涵，目前尚未产生相对一致的观点。基于此，在讨论能否将被代理人责任要素纳入表见代理构成要件、如何纳入前，首先需要梳理可归责性的内涵争议，笔者认为，有必要综合各法系国家的表见代理制度、外观主义基本原则下的其他相关制度（如善意取得），作出较为符合我国立法原理的选择，并明确其在司法实践中的判断标准。

（一）司法实践中可归责性的内涵分歧

可归责性指“主体具备的承担责任的基础和理由”^③。代理制度中的“归

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》第13条、《民法典》第172条规定。

② 参见王浩：《表见代理中的本人可归责性问题研究》，载《民商法学》2014年第8期。

③ 钟淑健：《被代理人可归责性的定位及考量》，载《法律适用》2020年第11期。

责”即“权利外观是否基于被代理人的意志而形成”。在民法学理论中，学者对“可归责性”的内涵存在不同的类型化归类，实务工作者根据其价值判断也作出了不同的选择。在将被代理人可归责性纳入判断的案例中，具有代表性的解释方式包括：

在“刘某与某公司买卖合同纠纷上诉案”的评析中，二审承办法官区分了可归责性与过错，并将前者作为构成要件：

“认定被代理人是否构成表见代理时，应考虑的要件是被代理人行为的可归责性而非被代理人本人是否存在过错。本案中，应当具体考察被代理人曾经授权叶某经营管理某教育学校的行为与叶某在承包期满后仍有代理权权利外观两者之间是否具有关联性，而这一关联性是否足以引起第三人相信叶某具有代理权亦应成为审理要点。”^①

根据过错说，被代理人负有注意义务，若被代理人因自己的不作为产生权利表象，则其具有过错。

在“北京某贸易有限公司诉北京某能源科技有限公司确认合同无效纠纷案”中，法院进一步区分了可归因性与可归责性，并认为具备前者即可使被代理人承担责任：

“适用权利表象规则应具备以下要件：权利相对人对权利表象信赖的合理性；真实权利人对权利表象形成的可归因性……归因不同于归责，无须被代理人有过错，但若其有过错，则归因更为言顺，甚至可以归责。本案中，真实权利人某公司对其印章管理和人员选

① 周签：《商事案件中表见代理构成的司法审查》，载《人民司法·案例》2013年第24期；其他同类认定可见北京市第三中级人民法院（2014）三中民终字第08061号判决书；王兵、王忠：《有权代理与表见代理的司法认定》，载《人民司法·案例》2016年第17期。

任具有疏忽，毋庸赘述，权利表象的形成可以归因或归责于之。”^①

在最高人民法院指导案例169号“徐某诉某银行股份有限公司上海延西支行银行卡纠纷案”中，两审法院均认为：

“从三个方面进行审查……行为人的无权代理行为在客观上具有代理权的表象，且产生原因与被代理人的行为直接相关并在被代理人风险控制能力范围内。”^②

在上述两案中，前案法官因代理人持有公司印章产生了权利表象，代理人实际超越了其权限，法院认定此时相对人产生了合理信赖，被代理人没有尽到其明确并限定代理权的职责（非法定义务）；后案法官则简洁明了地对被代理人提出了风险控制要求。这些解释与不真正义务说有相似之处，该说认为，被代理人基于对自己风险领域的控制而非法定义务，自愿选择是否履行适当注意，但其不履行可能造成不利于己的后果。^③例如，被代理人收回授权证书后，虽然其不负有通知相对人的义务，但若因其未通知而造成权利外观，仍须承担授权行为的不利后果。^④

在“蔡某与朱某等民间借贷纠纷上诉案”的评析中，二审承办法官直接将可归因性作为构成要件之一：

“以宽松的标准认定表见代理实际上是对合同相对性的突破，既不公平也不合理。……根据《合同法》第49条的规定，构成表见

① 北京市延庆区人民法院（2016）京0119民初8159号民事判决书。

② 崔婕：《〈徐欣诉招商银行股份有限公司上海延西支行银行卡纠纷案〉的理解与参照——网络盗刷中发卡行与持卡人的责任认定》，载《人民司法·案例》2022年第23期。

③ 参见王利明：《民法总则研究》（第三版），中国人民大学出版社2018年版，第678—680页。

④ 参见朱庆育：《民法总论》（第二版），北京大学出版社2016年版，第370页。

代理，需满足行为人欠缺代理权但具有代理的权利外观、相对人有理由相信该权利外观、权利外观归因于被代理人、相对人善意无过失等要件。”^①

该案认定方式与德国民法理论中的本人与因说更为接近。德国判例创造了“表象代理权”（*Anscheinsvollmacht*）即本人虽然不知无权代理人以其名义实施代理行为，但若尽其注意义务可以获悉并阻止，此时若相对人善意相信被代理人知悉且同意该代理行为，则本人承担授权的责任。^②这一理论对被代理人提出了注意义务要求，即表见代理之外观的形成与被代理人的疏忽具有因果关系（或称“本人与因”^③）。从而排除了代理人的代理权取得不在被代理人掌控范围内的情形，如代理人伪造（被代理人无从知悉也难以预防）或窃取（被代理人作出公告但未被相对人所见）授权证书。

（二）可归责性的内涵：过错、不真正义务抑或本人与因

前述案例体现了对不同归责原则（包括过错归责、风险归责、诱因归责）的倾向，而对于我国民法理论来说，何者才是更为合适的选择，需要结合我国的相似制度和现实情况予以探讨。

1. 基于善意取得的制度逻辑推演

根据《民法典》第312条的规定，作为一般规则的是，对于遗失物不适用善意取得制度，除非所有权人在知道或应当知道受让人后怠于行使其原物返还请求权，或在行使该权利时拒绝支付受让人因保管而产生的支出。产生这一规则的原因在于，一方面遗失物具有归属的外观，是所有权人非经本人意愿丧失对物的控制的结果；另一方面受让人未支付合理的对价，不属于善意取得制度所规制的商事关系。因此，即使我国民法对遗失物的所有权转移

① 谷昔伟：《工程项目负责人擅自以公司名义对外借款不构成表见代理》，载《人民司法·案例》2016年第11期。

② 参见朱庆育：《民法总论》（第二版），北京大学出版社2016年版，第367页。

③ 丁南：《论民商法上的外观主义》，载《法商研究》1997年第4期。

设置了条件限制，但也并未因此加重所有权人找回遗失物的义务，维持了在物之所有权流转过程中的权利义务平衡。

表见代理与善意取得在实质上均使被代理人、原持有人承担非自愿的不利益，以维护相对人对权利外观的合理信赖，牺牲财产的静态安全，保障交易的动态安全。基于相似的制度逻辑，可以通过设置一定的义务要求，一方面起到督促被代理人特别是企业积极明确负责人员职权范围、规范印章管理的作用；另一方面防止表见代理制度的滥用。将可归责性纳入构成要件不违背表见代理的基本原理。^①

2. 基于我国现实需要的理论选择

笔者认为，正如前述案例中法院不约而同地选择从客观方面切入把握被代理人因素的影响，若以是否具备主观过错讨论表见成立与否，则被代理人将在诉讼中竭力主张其不知悉无权代理的发生或已采取合理措施予以避免，而相对人也会主张尽管如此其仍具有合理信赖，使表见代理制度陷于虚妄。进而，相较于本人与因说，不真正义务说对被代理人提出的要求较为任意、对被代理人风险控制范围与权利表象的联系也不够明确，在被代理人可归责性尚未制度化的现阶段直接适用容易造成制度理解的混乱。因此，本人与因说通过因果关系将相对人信赖与被代理人行为切实联系在一起，从而使得表见代理的法律后果更为合理。

值得注意的是，实践中被代理人可控范围已经突破了权利表象的形成。例如，在前述“北京某贸易有限公司诉北京某能源科技有限公司确认合同无效纠纷案”中，法院认为：

“权利状态的表象一经产生，可对其后的法律行为产生影响并形成约束。权利表象并非静止不变，可因某一或某些行为或事件的出现或持续而发生改变、弱化或消失。至2016年7月24日，崔某书写欠条并将小客车‘抵给’科技公司，科技公司信赖崔某代理贸易

① 参见朱虎：《表见代理中被代理人的可归责性》，载《法学研究》2017年第2期。

公司的基础已经分崩，显出科技公司与崔某‘合作’往来之真实面目。同年7月25日，科技公司与崔某签订《合作项目欠款说明》意欲重披权利表象外衣，但覆水难收，善意信赖的基础不存，何谈表见代理？”^①

笔者认为，尽管既有理论中被代理人可归责性的判断仅及于权利形成，但若有充分证据表明，被代理人嗣后通知相对人代理权已收回等事实，使得相对人已经不具备对代理权的信赖基础，则将此后的代理行为认定为狭义的无权代理更为合理，也有利于鼓励被代理人积极履行注意义务、维护本公司信誉，防止损失进一步扩大。

（三）被代理人可归责性的认定标准探究

若在可归责性认定标准模糊，则可能会不当加大被代理人的预防成本。基于外观主义的基本原理，在司法实践中判断可归责性的成立需要判断被代理人的行为对足够信赖的权利表象形成的影响。但是，权利表象的效果受诸多因素影响，正如最高人民法院第二巡回法庭在“中国某铁路物资有限公司与天津市某盐业总公司买卖合同纠纷案”中归纳所述，“在民商事审判中，对于表见代理的构成往往不易形成客观上的固定标准，需要结合合同缔结、合同履行、交易模式、交易惯例等各种因素进行考量”“充分考虑行为人、本人、第三人之间在此前及此后的行为表现”。^②

对于此类问题，德国民法的应对方式是将表见代理制度与意思表示效力结合，将有关代理权的通知类推适用意思表示效力的规定。据此，被代理人需要规范自身授权，以减少不具有本身意思表示的权利外观产生，如明确的授权表示、公告等。这一方法值得借鉴。

① 北京市延庆区人民法院（2016）京0119民初8159号民事判决书。

② 最高人民法院（2015）民二终字第335号民事判决书。

四、被代理人可归责性纳入表见代理构成要件的可行性分析

表见代理制度纳入《合同法》规定之初，我国民法学界便就被代理人过错是否为其构成要件之一展开争论。自“可归责性”这一概念被纳入讨论之后，在不少需要认定表见代理的民事司法实践中，被代理人责任要素成为判断因素之一，而不同法院面对复杂多样的法律事实亦采纳了上一章节所述的不同理论作出认定，体现出了面对相对人信赖利益与被代理人利益间冲突时的不同价值取向。

鉴于此，笔者认为有必要以作出不同认定的案例为鉴，从理论依据、制度价值、现实需要以及可操作性四个方面逐步探讨被代理人责任要素在表见代理制度中的地位，从而明确被代理人可归责性能否作为表见代理构成要件之一（给出肯定答案时，其在构成要件中的地位和判断标准），为司法实践提供参考，以促进裁判可预见性和个案公平的协调。

（一）司法实务中被代理人责任要素的应用

在我国，为将表见代理与狭义的无权代理相区别，民法学理论中存在表见代理的特殊构成要件，而对于要件内容，存在单一要件说与双重要件说之争：支持单一要件说的学者认为，基于主客观相统一的原则，应将相对人的主观善意无过失与客观上使当事人有理由相信代理权表象合而为一，并作为表见代理的唯一要件；^①而在双重要件说中，则需要衡量被代理人可归责性与相对人信赖的合理性综合判断是否构成表见代理。^②

《合同法》基本上采纳了单一要件说，^③《民法典》亦未规定应以被代理

① 参见孙鹏：《表见代理构成要件新论——以被代理人的过错问题为中心》，载《云南大学学报（法学版）》2004年第1期。

② 参见杨代雄：《表见代理的特别构成要件》，载《法学》2013年第2期。

③ 参见胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，法律出版社2009年版，第42页。

人过错为要件。但这并不能说明被代理人可归责性的意义被否定，也不意味着双重要件论者在制度和实践中的支撑全然无迹可寻：最高人民法院1987年发布的《关于在审理经济合同纠纷案件中具体适用〈经济合同法〉的若干问题的解答》（现已失效）第二节区分了“借用”与“盗用”业务介绍信、合同专用章或者盖有公章的空白合同书的情形，并规定借用情况下出借单位与借用人对无效合同的法律后果承担连带责任，盗用情况下则由盗用人对无效合同承担全部责任。最高人民法院2009年出台的《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》（以下简称《意见》）第4节除明确了主客观要件外，还规定“人民法院在判断合同相对人主观上是否属于善意且无过失时，应当结合合同缔结与履行过程中的各种因素综合判断合同相对人是否尽到合理注意义务，此外还要考虑……建设单位是否知道项目经理的行为、是否参与合同履行等各种因素，作出综合分析判断”。^①从上述对人民法院审理案件的要求转变来看，有合理理由认为表见代理制度在我国适用之初，即便相对人善意也不必然构成表见代理，立法者有意将被代理人过错纳入构成要件。

现如今，随着适用该制度的实践的增加，立法界与实务界的态度是否发生了转变，需要在相关案例中予以探明。

事实上，综合近年来的司法案例，不同法院也采取了单一要件说与双重要件说的不同立场，可以将法官观点简单归纳为以下三类：

1. 不考虑被代理人责任要素

例如，在最高人民法院公报案例“李某与某银行储蓄存款纠纷案”中，最高人民法院认为：

“（《合同法》第49条）规定目的是保护善意第三人合法权益、

① 尽管《经济合同法》尚不承认表见代理制度，且其与《合同法》均已失效，但从历史解释的角度来看，这些文件仍具有参考价值。

促进市场交易安全。从立法目的解释表见代理构成要件，应包括代理人无权代理行为在客观上形成具有代理权表象，相对人在主观上善意且无过失地相信行为人有代理权。”^①

2. 考虑被代理人行为，但仅将其作为使被代理人承担代理行为后果的辅助性说理

在“徐某与某公司等房屋租赁合同纠纷案”中，两审法院均认为：

“根据《合同法》第49条及相应法学理论，……虽然被代理人过错并非构成表见代理的要件之一，但被代理人确实存在一定过失的，亦可从另一方面反映被代理人因表见代理承担相应合同责任的合理性。”^②

《民法典》生效后，仍有地方法院在审理中采用了《意见》的方法，在判断相对人是否善意时考虑了被代理人是否通知相对人代理权被收回的事实，如在山东省典型案例“青岛某装饰公司诉青岛某包装公司装饰装修合同纠纷案”中，法院认为：

“（被代理人、相对人）双方在合同中明确约定张某为青岛某装饰公司负责人，且在交易过程中也存在青岛某包装公司向张某付款，张某向该包装公司出具单位收据的业务操作惯例。张某从单位辞职不再代表青岛某装饰公司进行相关业务，青岛某装饰公司并未告知青岛某包装公司，张某收取50万元款项对青岛某包装公司而言构成表见代理，青岛某包装公司善意无过失，张某收款的效力及于

① 最高人民法院（2013）民提字第95号民事判决书。作出同类认定的其他判决可见：最高人民法院（2000）经终字第220号民事判决书、最高人民法院（2015）民二终字第428号民事裁定书。

② 上海市第一中级人民法院（2019）沪01民终14654号民事判决书。

青岛某装饰公司。”^①

此类案件表明，即便当前被代理人的过错对其责任承担的影响已经被弱化至近乎割裂，其是否明知无权代理与是否作出通知行为仍被纳入对相对人是否尽到合理注意义务的判断，这与法国司法实践将可归责性作为合理信赖的要素之一的做法较为相近，^②成为“新单一要件说”。

此外，另有法院围绕代理权授予行为的抽象原则，分析被代理人通知行为对表见代理是否成立的影响。后文将对此展开分析。

3. 将被代理人责任要素纳入构成要件，但对具体要素类型有不同认识

综合上述案例，部分法院认为在商事交易中应从严认定表见代理，^③因此被代理人责任要素即便不被视作单独要件，也往往作为判断相对人是否尽到审查义务的事实参考。另外，法院也对传统双重要件说未经法律明确规定而“加入被代理人过错这一较为抽象的标准加重善意第三人的责任”^④的方式存在疑虑，且表见代理在《合同法》确立之初国内并无有关表见代理制度中可归责性的讨论，因此选择了客观方面的责任要素，从而被代理人承担授权后果更为合理，但对于具体的责任要素类型、地位并未达成统一。

我国司法实践对被代理人要素地位的认识，呈现出与大陆法系国家案例类似的发展规律：

德国司法判例中，被代理人责任要素经历了客观认定并从有到无的过程。本人与因这一因果关系的要求使得被代理人无须为他人的行为负责，符合自己责任的理念，体现出过错原则的色彩，但难免与外观主义基于外观

① 参见《青岛法院建设工程典型案例（2019年-2021年）》，载青岛市中级人民法院网站，<http://jnanshy.sdcourt.gov.cn/qdzy/spgk66/sszy16/spzdyj/dxxal/8408379/index.html>，最后访问时间：2024年11月1日。

② 参见朱虎《表见代理中被代理人的可归责性》，载《法学研究》2017年第2期。

③ 详见本专题第五部分。

④ 周永军：《建设工程项目负责人的越权行为构成表见代理》，载《人民司法·案例》2010年第2期。

进行风险分配的社会本位理念相悖，因此，因果关系的地位在审判中被逐渐弱化。

《日本民法典》第109条、第110条和第112条规定了三种权利表象下的表见代理。日本司法判例则最初以被代理人过失为表见代理构成要件，之后化主观为客观认定，以被代理人的作为或不作为为要件，但最终为保护交易安全、维护代理制度的效力，将被代理人相关的判断逐渐剥离出认定过程。^①

综合上述案例或判例可以看出，单一与双重要件之争究其根本是被代理人是否须为所有权利表象负责，还是仅为自己原因造成的权利表象负责，体现了优先保护善意第三人信赖利益还是避免被代理人不利益的价值取向。通常认为，表见代理制度之初衷为保护交易安全、维护合理信赖，表现为：在被代理人有过错而相对人无过错的情况下，根据过错原则进行责任分配并据此使被代理人承担代理行为之后果，具备正当性；而在被代理人与相对人均无过错的情况下，“以（被代理人）牺牲静的安全为当然代价以谋求社会交易安全”^②是否公平，则自始至终存在争议。单一要件说者认为，在二者均无过错的表见代理中，存在不可调和的法律效果之互斥——若不发生有权代理之法律效果，则代理行为将对被代理人不产生任何效果，在法律效果的选择中必将导致利益倾斜，并不违背公平原则，也符合现代民法无过错责任的客观责任法理。^③且在操作层面上，要求相对人证明被代理人过错，无疑加重了其举证责任。双重要件说者则认为，英美法上的表见代理作为“不容否认的代理”（Agency by estoppel），要求存在被代理声明形成的授权表象、被代理人的故意或过失。这一规则源于衡平法的“禁反言原则”，而禁反言原则

① 参见葛文：《表见代理疑难问题解析——基于最高人民法院70余个典型案例》，人民法院出版社2020年版，第102—103页。

② 孙鹏：《表见代理构成要件新论——以被代理人的过错问题为中心》，载《云南大学学报（法学版）》2004年第1期。

③ 孙毅：《试论代理法中的客观责任原则》，载《求是学刊》1995年第1期。

的适用以被禁者有过错或者推定过错为前提，故表见代理之构成需要被代理人有过错。^①

笔者认为，一方面，我国法院存在未接受单一要件说的实践，暴露出维护相对人合理信赖这一价值取向的不足之处：仅说明了为何保护相对人利益，而未更进一步解释为何由被代理人承担信赖之后果（尽管从结果上看存在前述互斥的选择），因此法院往往通过从客观方面论证被代理人的可归责性予以补足；但另一方面，这一方式使得被代理人可归责性掺杂在“有理由相信”的判断之内，造成了一定程度上的制度混乱。

（二）被代理人可归责性成为表见代理独立构成要件之必要性

基于现有理论基础和相关案例、判例，笔者认为，将被代理人可归责性纳入表见代理的特殊构成要件并作为单独要件具备必要性和正当性，理由如下：

从价值取向上，如前所述，法益保护的优先性问题引发了是否纳入可归责性的讨论。尽管基于外观主义的表见代理制度本就在于维护善意相对人的信赖利益，但也绝非不考虑被代理人的利益，更不应在双方均“无辜”的情况下强行将责任施加于被代理人。特别是信息时代提供的便利使交易效率显著提高，代理人更容易伪造权利表象，相对人也更容易通过通信手段，低成本、快速地核实代理权的真实性、履行注意义务，因此相应地，被代理人承担表见代理后果的标准也应提高，才更为公平合理。反之，表见代理制度的大量适用会模糊其与狭义的无权代理的界限，表见代理的正当性和理论基础也可能因此动摇。

从理论上，前已备述，表见代理制度与善意取得制度的基本结构、逻辑具有相似性，而通过善意取得规范可以提取出权利外观责任的一般性评价，因此前者可以被纳入后者的价值判断，即通过目的性扩张的方法将可归

① 参见李文柱：《论表见代理》，载《甘肃政法学院学报》1998年第1期。

责性纳入要件。^①

从操作模式上，若采用新单一要件说，将可归责性的判断纳入“有理由相信”。作为独立要件为考虑被代理人代理权授予及后续行为提供正当空间，而非如《意见》将有关各方当事人的事实因素不分先后地综合考虑，使得实务者可以将可归责情形具体化，从而弹性化地判断是否应由被代理人承担代理后果。

尽管德、日判例中被代理人责任要素经历了从主观到客观最终式微的过程（详见下一章节），但并不能一概而论地认为不将后果归于被代理人与外观主义的理念相悖，而应当区分讨论被代理人行为对权利表象的影响。

（三）判断被代理人对代理行为法律效果的影响方式：弹性化机制的建立

“归责性具有程度之维，其要件地位的确立，使得一项比较权衡的框架得以建立，从而可通过本人归责性程度与相对人信赖合理性程度的比较权衡来决定相应的法律构成和效果。”^②即主张可归责性的双重要件说允许事实认定的弹性化处理，包括要件认定的弹性化，以及法律效果的弹性化。^③在表见代理制度中，采用此种弹性化方法可以使法律关系更为清晰，有利于实现个案公平；同时，基于法律规则的模糊性将认定完全交由法官自由裁量将导致出现与自由相悖的结果，因此有必要将可归责性进行类型化处理。

在实践中已有法院采用了类型化的判断模式，如在“屈某诉某工程有限

① 参见朱虎：《表见代理中的被代理人可归责性》，载《法学研究》，2017年版，第58—74页。相对地，也有学者从代理制度无公示原则、代理权性质不同于物权等角度反对此种类推，并质疑授权行为抽象原则的正当性，详见朱庆育：《民法总论》（第二版），北京大学出版社2016年版，第345页。本专题限于篇幅不对此展开讨论。

② 叶金强：《表见代理构成中的本人归责性要件——方法论角度的再思考》，载《法律科学（西北政法大學學報）》2010年第5期。

③ 参见吴国喆：《权利表象及其私法处置规则——以善意取得和表见代理制度为中心考察》，商务印书馆2007年版，第287页。

公司等委托合同纠纷上诉案”中，二审法院首先肯定了代理权授予行为的独立性：

“委托代理权发生的原因是代理权授予行为。代理权授予行为的基础法律关系可能是委托合同关系，也可能是其他法律关系。代理权授予行为本身具有一定的独立性，仅有委托代理权授予行为，并不能证明存在委托合同关系。”^①

在此基础上，二审法官在该案评析中主张在基础法律关系消灭的不同事由下分别讨论代理权授予的有因性 or 无因性，进而判断是否适用表见代理制度。^②无因说固然有利于维护表见代理制度设立之初衷，但在承认双重要件说的同时一概适用无因说将使得可归责性的判断形同虚设。反之，在部分情况下承认有因说并不意味着相对人无法寻求救济，因为在此情形下虽然被代理人不承担法定的代理后果，但其仍可以通过追认权的行使达到相对人预期的效果。

同时，有学者主张参考《德国民法典》第170—173条的规定，区分内部授权与外部授权行为，对以向相对人作出代理权通知行为（形式包括向代理人交付授权证书、特别通知相对人或公告）类推适用意思表示效力的规则。^③

综合上述观点，笔者认为可以归纳情形如下：

1. 被代理人曾外部授权

外部授权对相对人信赖的产生具有重要影响，而此时（特别是已产生交易惯例的情况下）相对人的审查成本更高，行为人无代理权的风险应归于被代理人领域内，应承认授权行为的无因性。若被代理人未通知代理权消

① 重庆市高级人民法院（2015）渝高法民终字第00072号民事判决书。

② 参见牡丹、达燕：《代理权授予与其基础法律关系的甄别》，载《人民司法·案例》2016年第2期。

③ 参见王浩：《表见代理中的本人可归责性问题研究》，载《华东政法大学学报》2014年第3期。

灭事实，或明知行为人无权代理而容忍，则应承担因对相对人信赖而形成的责任。

2. 被代理人不曾外部授权

（1）基础法律关系终止，被代理人未发出通知。由于基础法律关系之终止不溯及既往，其后授权行为的原因行为消灭，代理权也相应终止。在被代理人直接向相对人作出通知的情况下，尽管这种通知与外部授权的效力不同，但就对相对人信赖形成的影响来说二者等价，因此在这种信赖存续期间，应承认授权行为的无因性，若被代理人未及时通知相对人授权已因内部原因终止，则其自身创设了风险，应当承担代理后果。

（2）基础法律关系终止，被代理人发出公告但不被相对人所察觉。此时权利表象的维系已与被代理人无关，被代理人不具有可归责性，相对人亦未尽合理注意义务，因此不构成表见代理。

（3）基础法律关系终止，被代理人直接向相对人发出通知。此时已不具备权利表象，不应被认定为表见代理。

（4）基础法律关系无效或被撤销。此时由于内部基础法律关系往往难以第三人所察觉，而相对人所信赖的是代理权表象而非其法律关系，承认授权行为的无因性更有利于定分止争、维护交易安全。

（四）小结

单一要件与双重要件之争，因其涉及理论问题的深度和利益保护的冲突而具有复杂性，是一个较难达成统一的问题。然而，基于司法实践的现实需要，以不同法系国家的理论与判例为参考，可以且有必要尽快给出一种较为合理的审理模式。实务中倾向认为，表见代理的构成要件中不包括被代理人的过失，但是被代理人过失是判断其分担损失的事实依据。被代理人存在过失虽然并非表见代理的构成要件，但可成为判定其分担损失的事实依据。同时，鉴于现实生活中代理权表象形成方式的多元化与法律关系的动态变化，该模式应当具备一定的弹性。

五、民商事关系中对表见代理当事人权利保护倾向的区分

由被代理人、代理人和相对人组成的代理关系每天都在支撑着海量的高频交易，是市场资源配置的“无形之手”。但屡禁不绝的表见代理和狭义无权代理行为既损害了被代理人和相对人的利益，破坏了代理关系的稳定性，也威胁着交易安全。为维护交易安全、保护善意相对人的合理信赖、降低制度性交易成本，我国《民法典》例外确认了表见代理规则，规定无权代理的法律后果直接由被代理人承担。可见，表见代理制度是对被代理人意思自治原则的例外限制，也是对善意相对人意思自治的适度尊重，通过牺牲被代理人的利益保护相对人因权利表象而形成的合理信赖利益，促进交易便捷、安全地进行。^①

由于表见代理仅是无权代理范畴中的特殊类型、表见代理制度是对无权代理制度增设的非常态例外规则，因此，裁判者理应审慎认定表见代理的构成要件。但无论是客观上行为人为人外示于人的代理权外观表象，还是主观上相对人对代理权外观深信不疑的善意且无过失，都离不开裁判者对表见代理交易模式和个案事实的主观判断，也离不开裁判者对相对人、代理人和被代理人之间三角利益关系的权衡与自由裁量。因此，最理想的裁判思维是采取不偏不倚的公正态度。下文将对司法实践中，如何在不同事实背景下平衡法益展开讨论。

（一）不同法律体系有关表见代理的规定

从本专题前述分析可见，不同法系对于表见代理的认定和法律后果有所不同。英美法系从维护交易安全、公平及善意第三人的利益出发，法律承认

.....
^① 参见冉克平：《表见代理本人可归责性要件的反思与重构》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2016年第1期。

外表授权是产生代理权的法律事实，其效力使表见代理人获得代理权。^①相较于大陆法系，英美法系的表见代理更像是一种有权代理，代理权基于具有授权的外观而产生。

我国《民法典》第172条继承并发展了表见代理制度，其相较于《合同法》：一是将“以被代理人名义订立合同”改为“实施代理行为”，进而将代理实施的行为由合同行为拓展为各种民事法律行为，这就扩大了表见代理适用范围；二是删去了“以被代理人的名义”，有利于隐名代理和被代理人身份不公开代理的实践，不再要求必须以被代理人名义。^②

在一般情况下，代理人的行为或陈述越明确、具体，给对方留下的印象越深刻，对被代理人的法律责任也就越大。因此，在商业活动中，需要认真考虑代理人的行为或陈述能否构成表见代理，并遵守相关的法律规定，以降低可能出现的风险。

（二）纯民事案件中表见代理制度的价值衡平

表见代理涉及本人、无权代理人和相对人三方法律关系，其所要解决的主要利益冲突存在于本人和相对人之间。该制度的设立旨在保护信赖利益和维护交易安全，节约交易成本以促进交易。与社会交易的动态安全相对的是个人权利的静态安全，后者指未经权利人同意，不得剥夺其既定权利，旨在保护本人恒定财产的利益。表见代理制度并非罔顾本人利益，一味保护善意第三人利益和维护社会动态安全，也是出于各方利益关系平衡，使得个人权利的静态安全和社会交易的动态安全得到合理协调，使得本人利益和善意第三人利益平衡。通常认为，表见代理制度是为保护交易安全，兼顾本人利益，以调和动态安全与静态安全之间的冲突。民法，作为私法的基本法，将私权神圣作为立法基本理念，尊重当事人的意思自治。对本人利益的保护也是对人的尊重，是民法意思自治原则和自己责任原则的重要体现。故此，在具体案件处理中应兼顾

① 参见魏振瀛：《民法》，北京大学出版社2000年版，第187页。

② 参见徐海燕：《表见代理构成要件的再思考：兼顾交易安全和意思自治的平衡视角》，载《法学研究》2022年第3期。

保护善意相对人和本人利益，两者同等保护才能彰显民法公平原则。^①

在“某科技公司与某工程公司买卖合同纠纷案”中，法院认为，对诉争的250万元从某工程公司通过某科技公司到达某投资公司的转款行为是否构成表见代理，应从主观、客观两个方面予以判定。本案当事人谢某既是某工程公司项目部的负责人同时具有普通自然人身份，但仅凭其身份并不当然认定其有理由相信谢某具有代理权，某科技公司仅因其身份而未采取其他必要措施就进行转款的行为并不构成其为善意相对方。此外，从本案其他案件事实得知，某科技公司知道其权利相对方为某工程公司，但对于谢某指示转款是否为工程公司的意思表示并没有采取措施进行核实，也没有要求工程公司或项目部出具意见函，仅凭谢某个人口头指示就将款项转给他人，明显没有尽到应有的谨慎注意义务。故法院出于平衡三方利益需要，在保护交易安全的同时兼顾本人利益的角度分析判定，某科技公司存在过失，谢某的行为并不符合表见代理构成要件。

表见代理在本质上仍然属于无权代理，只不过出于维护交易安全和保护善意相对人利益的需要，使其产生与有权代理相同的法律效果。它是在静的安全与动的安全发生冲突的时候，牺牲前者保护后者的一种价值取舍，在制度旨趣上与无权处分场合下的善意取得完全相同。^②这一制度设立的初衷就在于维护交易安全，保护善意相对人的正常交易预期。如果相对人明知代理人无代理权而仍与其实施民事法律行为，那么说明相对人自甘冒险，法律无特予保护的必要。关于相对人善意与否，在解释上宜推定相对人为善意，换言之，需由本人就相对人恶意（明知无代理权）的事实承担举证责任。

（三）商事案件中表见代理制度的价值衡平

由于我国立法时未区分商事合同与民事合同，因此商事表见代理和民事

① 参见周光清：《相对人未尽注意义务不构成表见代理中合理信赖》，载《法律适用·司法案例》2018年第2期。

② 参见张岩、高治：《表见代理的构成要件及责任承担》，载《人民司法·案例》2008年第12期。

表见代理亦不区分。但民商事行为的价值取向是有差异的，不同于纯民事案件更倾向于维护交易安全、维持代理制度以及保护善意相对人，商事案件更倾向于促成交易完成、扩大商人营业范围。因此，对纯民事案件与商事案件适用完全相同的法律规则并不能适应实际要求。例如，对于商事表见代理而言，如果某些判断标准是适当的，而对于民事表见代理的民事主体也适用这一标准，则明显缺乏可操作性。

从商人的角度来看，代理是鼓励交易提高效率的有效手段，而法律对被代理人即商人的利益保护得越全面，则对第三人的利益保护越显不足。表见代理制度虽以保护第三人利益为出发点，但是却将授予代理权外观的主体可归责性作为必要条件。表见代理制度不是毫无条件地保护第三人利益，也不是置交易安全于不顾一味地鼓励交易，而是在被代理人与第三人利益之间找到一个平衡点。表见代理制度作为化解维护秩序与鼓励交易两者价值冲突的手段，具体到法律效果上就是严格表见代理的构成要件，最终实现被代理人满足和实现第三人信赖利益的后果。如果否认被代理人无过失时成立表见代理，而从被代理人本人的可归责性出发认定表见代理的构成，那么一方面由被代理人承担代理人的责任缺乏正当性；另一方面将会使第三人获得不应获得的利益，这必将削弱表见代理制度的功能，不仅会导致交易秩序的震荡，而且会极大缩小商事代理的适用范围。

民法上意定代理权的权限，以授权人的意思表示为依据，代理权通常是可以依据当事人提供的证据直接判断并确定存在的权利。而商事表见代理则遵循商事外观主义，通过推定性规范，从委任的客观事实推定代理权的存在。商事案件中的表见代理对第三人来说，不依赖于真正代理权的授予，而只需要代理权存在外观即可。与民法上的表见代理的一次性不同，商事的表见代理发生在持续的、反复的商业活动中，这种适用环境决定了在商业活动中不仅要求有安全的交易秩序，也要有快速便捷的交易手段。因此商事中的表见代理不同于民法上的“归属主义”将商事代理人的意思表示归属于商人，而是秉承商法上的“外观主义”，通过推定，使第三人基于客观条件可以相信代理人的代理权限，进而促进商人扩大自己的营业范围，同时保护第

三人交易安全。^①

（四）小结

表见代理制度最重要的作用就是调整静态的法律与动态的社会稳定的作用。在纯民事案件与商事案件中，表见代理制度的价值取向也略有不同，相比于纯民事案件倾向于保护交易安全，商事案件更注重促成交易完成、扩大商人的营业范围。但总的来说，应用表见代理制度时理应保护相对人的合理利益，保障表见代理不被架空，此外也应当保护好本人的权益，维护民法公平原则，使得个人权利的静态安全和社会交易的动态安全得到合理协调，使得本人利益和善意第三人利益平衡。

六、结语

表见代理的制度安排有利于在代理领域将外观主义的理念具象化，符合我国民法的基本逻辑，但为了顺应时代发展的现实需要、完善其行为规制的功能，有必要对其构成要件框架逐步地进行修改和补充，并明确在具体情形下的权利保护倾向。

对于表见代理制度下的理论和实践问题及其完善思路，本文尚有诸多未尽之处，如德国民法理论和实务中的“容忍代理”^②概念对我国是否有参考价值，被代理人追偿权行使的规则是否需要相应修改等。表见代理在我国尚有进一步发挥价值的潜力，对其进行全面的研究对信息时代下民事法律关系各方当事人权利义务的平衡大有裨益。

① 参见周荃：《商事案件中表见代理构成的司法审查》，载《人民司法·案例》2013年第24期。

② 参见朱虎：《表见代理中被代理人的可归责性》，载《法学研究》2017年第2期。

专题三

商品房预售合同中的解除问题^①

① 案例共同整理人：王雪纯、陈骏逸、黄柯语、黄蕙琰、鲜于楚楚均为外交学院争议解决研究中心兼职研究员（北京 100037）。

导 读 商品房预售合同解除问题在司法实践中尚存较多争议，而现实的社会状况也为审判实践带来了全新的挑战。在商品房预售合同性质认定问题上，应主要关注合同的客观内容，兼顾当事人的主观意思表示。在法定解除的情形中，裁判机关认定“合同目的无法实现”的标准颇高，此外，还存在如不可抗力、政策调整等部分减轻甚至免除预售方违约责任的情形。而在约定解除的情形中，一方面当事人应在对方根本违约时，在约定期限内行使解除权；另一方面为打破合同僵局，违约方在特定情形下也有合同终止权。《商品房预售合同》解除后，《个人住房（商业用房）借款合同》及《房地产抵押合同》随即解除；开发商索要房屋占有使用费的基础在于合法占有；购房时的团购费需根据约定和性质判断是否退还；只有开发商退还被执行人已支付的购房款才能排除对房屋的预查封；法院应在适当平衡购房人和开发商利益的前提下，合理自由裁量，以确定商品房预售合同的违约金数额，实现实质正义。

关键词 合同解除 商品房预售合同 商品房预约合同

商品房预售合同纠纷在司法实践中屡见不鲜，其涉及的法律关系复杂多样，值得研究。本专题聚焦于商品房预售合同解除问题，探究审判实践中该主题下的争议问题。本专题在前置问题中将讨论商品房预售合同与商品房预约合同的性质认定问题；后将依据《民法典》中两类合同解除方式予以分类，结合新形势、新情况，讨论法定解除与约定解除的司法实践问题；除此之外，本专题还将结合最新的司法文件对几类合同解除后的法律效果进行研究。本专题所探究的问题与现实生活联系密切，对于当事人合法利益的维护至关重要，也为应对类似相关诉讼提供了参考方向。

一、前置问题：商品房预售合同与商品房预约合同的认定标准

在商品房销售领域，商品房预售合同和商品房预约合同虽然在名称上存在相似性，内容上存在重合，但实质上是完全不同的两类合同。实践中，商品房预约合同往往表现为商品房认购协议的形式。房屋预售人为了尽早预售其房屋，通常会在订立房屋预售合同之前先与预购人签订商品房认购协议，约定将来订立本约——房屋预售合同。但需要注意的是，实践中的认购协议书极有可能因为具备了房屋买卖合同的主要内容而被认定为本约。认定该认购协议究竟属于预约合同，或是本约合同，将影响当事方违约后应承担的法律责任。与商品房预约合同的性质认定相关的法条，主要包括《民法典》第495条、《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5条以及《商品房销售管理办法》第16条。上述规定为司法机关在实践中审理商品房预约合同纠纷，认定预售合同性质时提供了更多的法律依据，在一定程度上使该类纠纷的审理在司法实践领域前进了一大步，但在适用时却不免遇到一系列问题。

本专题经过对上述法条的研究与总结归纳，得出了在认定商品房预约合同性质时应考虑的三点要素，即双方当事人是否有在未来订立本约合同之约定、预售合同是否具备《商品房销售管理办法》第16条中规定的主要内容，^①以及卖家收受房款的比例。^②而在实践中，对商品房预售合同性质认定上各法院出现“同案不同判”的问题，也主要围绕这些要素的认定标准展开。下文将着重就前两个要素展开分析论证。

（一）对视为本约应具备的主要内容认定不一致

《商品房销售管理办法》第16条规定的合同内容共有13项之多，合同具备其中多少项方能认定为具备主要内容？针对这个问题，主要有两种观点：

全部内容说，该说认为，《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》中的“主要内容”应当包含《商品房销售管理办法》第16条中的全部内容。例如，在“李某与某置业公司案”^③中，双方当事人签订的《商品房认购书》已经包含了13项中的大部分内容，但是法院依然认为双方当事人对于供水、供热、绿化等配套设施没有规定，并不具备司法解释的主要内容，不能够认定为本约合同。同样地，在“张某、赵某与某置业公司商品房预约合同纠纷案”中，法院认为，赵某、张某与某置业公司所签订的商品房认购协议虽对房屋基本状况、房号、面积、价格等事项进

① 《商品房销售管理办法》第16条规定：商品房销售时，房地产开发企业和买受人应当订立书面商品房买卖合同。商品房买卖合同应当明确以下内容：（一）当事人名称或者姓名和住所；（二）商品房基本状况；（三）商品房的销售方式；（四）商品房价款的确定方式及总价款、付款方式、付款时间；（五）交付使用条件及日期；（六）装饰、设备标准承诺；（七）供水、供电、供热、燃气、通讯、道路、绿化等配套基础设施和公共设施的交付承诺和有关权益、责任；（八）公共配套建筑的产权归属；（九）面积差异的处理方式；（十）办理产权登记有关事宜；（十一）解决争议的方法；（十二）违约责任；（十三）双方约定的其他事项。

② 霍梦童：《商品房“预约合同”纠纷类案研究——以464份判决书为样本》，广西大学2022年硕士学位论文。

③ 湖南省长沙市望城区人民法院（2020）湘0112民初1331号民事判决书。

行了约定，但该协议中载明的条款亦未完全具备《商品房销售管理办法》第16条规定的商品房买卖合同的主要内容，故双方所签的商品房认购协议仍然应认定为预约合同，不能认定为商品房买卖合同。^①

部分内容说，该说认为，双方签订的预约合同中满足13项内容的一部分即可认定为主要内容。该观点可见于公报案例“张励案”，法院在审理时明确指出双方签订的认购书只要具备《商品房销售管理办法》第16条中的主要内容就应该认定认购书已经基本具备了商品房买卖合同的基本条件，并且法官也指出了应该具备哪些条件属于主要内容。法院最终将“张励案”中双方签订的认购书视为本约合同。^②例如，在云南大理白族自治州中级人民法院在“轩某与张某案”^③中指出，“双方签订的意向协议明确规定了购房人姓名，房屋面积、房号、价款等，虽未完全覆盖《商品房销售管理办法》第16条的全部内容，但确已约定商品房买卖合同的主要内容”。

笔者认为，相较于第一种观点而言，此观点更为符合实际情况。若采用全部内容说，将使合同门槛过高，在实践中难以实现，这与商品房交易的现实情况并不相符，并且如果一味“一刀切”地要求全部内容必须列举在合同中，这会产生较大的道德风险。^④当事人只需要将一些不影响商品房交易的核心条款隐去，就会让合同性质完全改变，这在实践中完全不利于法官判断，也无法保护当事人的合法权益。^⑤因此，本约所应具备“主要内容”的认定为具备《商品房销售管理办法》第16条的部分内容较为合理。

然而，对于具备《商品房销售管理办法》第16条中的哪部分内容才能被认定为满足“主要内容”，各地法官在不同案件中的观点依然不统一。比如，

① 山东省济南市中级人民法院（2018）鲁01民终2286号民事判决书。

② 《最高人民法院公报》2012年第11期。

③ 云南省大理白族自治州中级人民法院（2021）云29民终300号民事判决书。

④ 参见最高人民法院民法典贯彻实施领导小组：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（第一编）》，人民法院出版社2020年版，第238—239页。

⑤ 霍梦童：《商品房“预约合同”纠纷类案研究——以464份判决书为样本》，广西大学2022年硕士学位论文。

有的法院认为，具备了当事人名称，房屋信息，付款方式，价款，合同签订时间，面积差异处理，违约责任处理的协议，已具备商品房买卖合同的基本要素，可以认定为本约合同。^①类似地，新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院在“某房地产开发有限公司和邱某房屋买卖合同案”^②的裁判观点中指出，“双方当事人未约定付款方式，付款时间，交付时间，违约责任等主要条款”，本案中的合同并不具备以上主要内容涵盖的基本要素，因此被认定为预约合同。无独有偶，该法院在“乌鲁木齐某房地产开发有限公司、庞某等商品房预约合同纠纷案”二审判决中再次印证了前述观点。法院认为，本案中的《认购协议》虽然约定了房屋的坐落位置、单价，但双方对买卖房屋的具体付款方式、付款时间、交房时间、办证时间、违约责任等诸多直接影响双方权利义务的重要条款并无明确约定，需在签订买卖合同时协商一致达成，该《认购协议》应为预约合同。^③

不过，除上述要素外，有的地方法院还将首付后具体付款方式、供水供电等配套基础设施交付等考虑在内。例如，《海南省高级人民法院关于审理商品房预约合同纠纷案件的裁判指引（试行）》规定，“认购协议仅约定了房屋总价款，关于交付使用、装饰装修、公共配套建筑的产权归属等重要内容均没有约定，合同存在很多不确定因素，有待进一步磋商，需通过订立正式的商品房买卖合同予以确定”^④。在“重庆某置业有限公司与重庆市某商贸公司商品房预约合同纠纷案”再审判决中，重庆市高级人民法院认为，“本案《商品房预订协议》对房屋的坐落位置、面积、价款及支付方式、期限、面积差异处理等进行了约定，但对房屋的具体位置、办理产权登记有关事宜、违约责任等重要条款未有明确约定”“所购商品房2-1的具体位置不明确，面积存在争议，购房款需根据测绘面积多退少补”，故，预订协议尚不

① 广东省新兴县人民法院（2020）粤5321民初2341号民事判决书。

② 新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院（2021）新01民终2076号民事判决书。

③ 新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院（2023）新01民终457号民事判决书。

④ 《海南省高级人民法院关于审理商品房预约合同纠纷案件的裁判指引（试行）》，海南省高级人民法院2021年12月发布。

具备《商品房销售管理办法》第16条规定的商品房买卖合同的主要内容。^①类似地，浙江省杭州市中级人民法院在“某控股集团有限公司与赵某、欧阳某房屋买卖合同案”^②中对于“主要内容”的认定作出了如下阐述，“认购书虽然对双方身份情况，房屋情况、销售方式，总价款以及首付支付时间作出规定，但是对于首付款以外的付款时间、交付使用条件的日期、面积差异的处理方式、办理产权登记等事宜未作规定，导致合同不具备实际履行条件”。有的法院认为，由于双方当事人未约定交付时间，供水供电等配套基础设施交付，办理产权登记等事宜，因此也不具备“主要内容”^③。

综合各案判决，笔者认为，认购协议是否具备合同的主要内容，不应取决于是否满足《商品房销售管理办法》第16条的全部内容，而应考虑是否具备第16条的部分内容。而对“部分内容”的认定，根据对相关案例的分析，合同履行是否由于协议规定不明确而存在障碍是判断是否具备主要内容的重要标准，即应根据当事人双方的基本权利义务是否有所规定，房屋买卖的标的是否明确，合同能否实际履行等因素综合判断。具体而言，“主要内容”应该包括《商品房销售管理办法》第16条的第1项、第2项、第3项、第4项、第5项、第10项，即包含当事人相关信息、房屋基本状况、商品房价款、付款方式以及交付条件、产权登记等。

（二）双方当事人对于在未来订立本约合同的意思表示是性质认定的唯一根本标准

《民法典》第495条确立了预约合同制度，其在认定商品房预售/预约合同性质适用时，体现为双方当事人应在商品房预约合同中约定“在未来订立本约”的意思。该要件的本质在于能否将双方当事人对于在未来订立本约合

① 重庆市高级人民法院（2021）渝民再94号民事判决书。

② 浙江省杭州市中级人民法院（2020）浙01民终3567号民事判决书。

③ 陕西省西安市未央区人民法院（2020）陕0112民初19210号民事判决书。

同的意思表示作为性质认定判断的唯一标准。^①对此，部分地方法院之间、地方法院与最高人民法院的公报案例之间，所持观点均存在分歧。

在公报案例“某通讯连锁公司与某实业公司、某投资公司房屋买卖合同案”中，一审、二审法院均持客观“内容决定说”，即根据合同内容决定合同性质，认为应当将双方当事人签订的合同认定为商品房买卖合同。但最高人民法院在再审阶段认为，一、二审认定错误，依法予以改判。最高人民法院在其判决中指出，判断当事人之间订立的合同系本约还是预约的根本标准应当是当事人的意思表示。再审判决书中指出，预约的形态多种多样，有的预约条款非常简略，仅表达偶尔当事人之间有将来订立本约的意思，至于本约规定什么内容留待以后磋商决定；有的预约条款则非常详尽，几乎将本约应该规定的内容都在预约中作了明确约定。若仅从内容上看，后者在合同内容的确定性上几乎与本约无异，即使欠缺某些条款，往往也可以通过合同解释的方式加以补全。因此，仅根据当事人合意内容是否全面，并不足以界分预约和本约。如果当事人存在明确的将来订立本约的意思，那么，即使预约的内容与本约已经十分接近，通过合同解释可以推导出本约的全部内容，也应当尊重当事人的意思表示，排除这种客观解释的可能性。^②最高人民法院在“陕西某实业发展有限公司与王某商品房预约合同纠纷再审案”^③中也再次持这一观点。但是，与前两个案例不同的是，前文提到的“张励案”，法院在审理时认为认购书具备了《商品房销售管理办法》第16条的主要内容，最终将双方签订的认购书视为本约合同。^④地方法院层面，在“陈某与汕头某房地产有限公司案”^⑤中，广东省汕头市中级人民法院提出“判断当事人之间订立的合同系本约还是预约的根本标准应当是当事人的意思表示”。该裁判

① 霍梦童：《商品房“预约合同”纠纷类案研究——以464份判决书为样本》，广西大学2022年硕士学位论文。

② 《最高人民法院公报》2015年第1期。

③ 最高人民法院（2016）最高法民申180号民事判决书。

④ 《最高人民法院公报》2012年第11期。

⑤ 广东省汕头市中级人民法院（2018）粤05民终302号民事判决书。

观点认为,即使当事人之间签订的预约合同的内容已经与本约合同的内容十分接近,甚至可以通过合理的合同解释推导出本约的全部内容,也应当尊重当事人之间的意思自治,认定为预约合同。类似地,福建省漳州市中级人民法院在“某房地产有限公司和杨某案”^①中也持相同态度。

与之相反的是,广东省深圳市罗湖区人民法院在“莫某、珠海市某实业开发公司等商品房预约合同纠纷案”的判决书中指出,原告与被告虽然在案涉协议书中约定“买卖双方签署《资金监管协议》后,双方于3日内签署《深圳市二手房买卖合同》”,但是该协议明确约定了涉案房产的位置、面积、产权证号、总价款及支付时间与方式、定金及支付时间与方式、不履行协议书的违约金等事项,且双方依据案涉协议书负有支付房款、交付房屋的义务,因此,案涉协议书的履行不存在法律或事实上的障碍,应当认定为本约合同。^②由此可以看出,虽然双方当事人认购协议中约定未来将签订房屋买卖合同,但由于协议书的规定足够明确详细,且双方能够据此履行相应义务,因此应被视为本约合同而非预约合同。

综上,当事人的真实意思在合同性质认定中固然重要,但如果仅仅根据当事人的意思表示来判断当事人之间订立的合同系本约还是预约,则欠缺妥当。实践中,当事人存在虽然表面上有“在未来签订本约的意思表示”,但实际上却在履行着本约的义务。如果基于此将协议视为预约,显然不利于对当事人利益的保护。因此,笔者认为,性质认定应兼顾合同的客观内容与当事人的主观意思,并着重考虑合同的客观内容。在考虑合同的客观内容时,注意合同是否还存在法律或事实上的障碍,导致合同部分条款缺失或不确定的情形。如果存在这类情形,则一般应认定为预约合同;如果不存在此种情形,无论合同名称为何,则均应视为本约合同。^③

① 福建省漳州市中级人民法院(2018)闽06民终2625号民事判决书。

② 广东省深圳市罗湖区人民法院(2021)粤0303民初22719号民事判决书。

③ 广东省深圳市罗湖区人民法院(2021)粤0303民初22719号民事判决书。

二、法定解除中的争议问题

商品房预售合同作为合同的一种,根据《民法典》第563条的规定,当出现法定解除情形时,解除权人可以解除合同。商品房预售合同主要涉及两种法定解除情形:一是因不可抗力致使不能实现合同目的;二是当事人一方迟延履行或有其他违约行为致使不能实现合同目的。^①

(一) 不可抗力情形与预售方违约责任

在一起因不可抗力原因导致售房者逾期交房的案件中,法院认为购房者可以选择解除合同或者要求开发商支付逾期交房违约金。选择开发商支付逾期交房违约金的,考虑到突发事实确实影响到了被告后续的施工进度和交房时间,故从公平原则及诚实信用原则的角度出发,综合考虑原告的实际损失大小及合同的履行情况等因素,对合同约定的违约金计算标准可予以适当下调。^②在“李某诉济南某置业有限公司商品房预售合同纠纷案”中,法院也认为这是不能避免且不能克服的客观情况,该种情形属于《民法典》规定的不可抗力情形,同时商品房买卖合同中对此有相关约定的情形下,应当免除房地产开发公司部分违约责任。^③

根据《民法典》第180条第1款的规定,因不可抗力不能履行民事义务的,不承担民事责任。^④不可抗力是不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。综合各案判决,笔者认为,当发生不可抗力情形时,预售方和购买方的权利义务都不能实际实现,故而此时购买方有权行使单方解除权解除预售合同或要求支付违约金。但因此种情形下预售方也受不可抗力因素影响,违

①《民法典》第563条。

② 上海市闵行区人民法院(2021)沪0112民初6712号民事判决书。

③ 济南市天桥区人民法院(2021)鲁0105民初2662号民事判决书。

④《民法典》第180条。

约情况并不产生于预售方的主观过错，所以违约金的计算标准不同于一般的根本违约。^①

（二）“合同目的”实现与否的认定标准

商品房预售合同并非以订立本合同为目的的预约合同，其本身含有预售方与预购方关于房屋坐落与面积、价款交付方式与期限、房屋交付期限、房屋质量、违约责任等方面的明确规定，双方无须另行订立房屋买卖合同就可以按照此预售合同履行合同义务，合同标的是商品房而非合同本身，其目的在于取得房屋（不动产物权期待权）。^②故而预售合同目的实现与否的认定标准在于房屋能否实际交付。

1. 系争房屋瑕疵与房屋拒收

当系争房屋存在影响购房人正常使用的瑕疵时，该瑕疵的存在可能会影响预售合同目的的实现，实际裁判中，法院会根据瑕疵影响房屋使用的程度及瑕疵的可修复性与修复情况来判断系争房屋交付是否存在根本违约。

在不支持合同解除的案件中，上海市第二中级人民法院认为，系争房屋能够悬挂招牌的位置选择相对受限，系争房屋确系存在瑕疵，但该瑕疵并非导致购房人无法使用房屋、无法实现房屋商业价值的唯一决定性因素，难以认定该瑕疵系康某公司在标的物交付上存在根本违约行为，购房人主张系争房屋无法悬挂招牌而导致合同目的无法实现并主张解除合同的相关诉请难以支持。^③在同一法院作出的另一裁判中，法院认为，开发商作为房屋的实际销售单位，对其交付的房屋负有瑕疵担保之义务，若开发商交付的房屋导致购房者无法实现合同之目的，则购房者有权拒收房屋。如房屋主体质量不合格，则购房者有权拒收房屋；房屋出现严重影响使用的质量问题，且通过修复亦无法保证购房者人身、财产安全及正常居住使用的，购房者可拒收房

① 广西壮族自治区南宁市中级人民法院（2020）桂01民初1336号民事判决书；江苏省睢宁县人民法院（2021）苏0324民初2957号民事判决书。

② 庄诗岳：《中国式不动产物权期待权的批判与反思》，载《河北法学》2021年第11期。

③ 上海市第二中级人民法院（2020）沪02民终10806号民事判决书。

屋。而本案中，房屋存在的烟道问题能够根据鉴定机构出具的修复方案予以解决，该质量问题并不能导致购房者合同目的无法实现，故购房者不能以此为由拒绝接收房屋。^①

在一起以因房屋渗漏导致的预售合同纠纷案件时，法院认为结合无锡当地多雨水、较潮湿的情况，且从照片显示，渗漏部位系主卧且已引起墙体地板发霉，已严重影响房屋的正常居住使用功能；虽然经当事人要求，某公司对涉案房屋进行了维修，但某公司在房屋存在渗漏问题后，并未引起足够重视，对房屋漏水原因进行彻底排查并采取合理方案彻底维修，导致在长达三年的时间内，当事人多次查看房屋，房屋均未能以肉眼所见与其他正常房屋无异的基本标准的姿态呈现，当事人有权因该质量问题拒收涉案房屋。^②在另一案中，法院认为，购房双方在合同中约定所购买的六套商铺层高为6.5米，经鉴定机构测量实际交付的商铺层高均未达到合同约定的标准。依照《合同法》第94条第4项的规定，当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的，当事人可以解除合同。因交付的商铺均达不到约定的层高，且将商铺局部分割为上下两层，与合同约定明显不符，因此刘某以不能实现合同目的为由要求解除与预售方签订的六份《商品房预售合同》及《合同补充协议》，符合法律规定，本院予以支持。^③

根据《民法典》第610条的规定，因标的物不符合质量要求，致使不能实现合同目的的，买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同。^④根据《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》^⑤第9条、第10条的规定，因房屋主体结构质量不合格不能交付使用，或者房屋交

① 上海市第二中级人民法院（2020）沪02民终9160号民事判决书。

② 江苏省无锡市滨湖区人民法院（2017）苏0211民初7797号民事判决书；江苏省无锡市中级人民法院（2018）苏02民终1868号民事判决书；江苏省高级人民法院（2019）苏民申4309号民事裁定书。

③ 河南省洛阳市中级人民法院（2018）豫03民初887号民事判决书。

④ 《民法典》第610条。

⑤ 《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年修正）》（法释〔2020〕17号）第9条、第10条。

付使用后,房屋主体结构质量经核验确属不合格,买受人请求解除合同和赔偿损失的,应予支持;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和赔偿损失的,应予支持。综合各案判决,笔者认为,买受人因所购买的房屋存在严重质量瑕疵,可以要求解除预售合同或拒绝接收房屋,并要求出卖人赔偿因延迟收房产生的损失,但此瑕疵认定标准颇高。要达到“合同目的无法实现”的标准,该房屋的质量瑕疵需达到以下标准之一:一是该质量问题是不可修复的严重质量瑕疵,致使房屋无法使用或与合同约定和购房者既得期望严重不符;二是该质量问题严重,虽可修复但经预售方多次修缮仍不能解决,致使房屋无法正常使用。房屋买卖合同的出卖人有义务向买受人交付符合质量要求的房屋,如出卖人所出售的房屋存在质量瑕疵,则买受人可以拒绝收房。此外,因出卖人所提供的房屋质量问题导致买受人未能按时实现合同目的,出卖人已经构成违约,应当承担违约责任。^①

2. 迟延履行致使合同目的不能实现

根据《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年修正)》第11条与《民法典》第563条的规定,出卖人迟延交付房屋或者买受人迟延支付购房款,经催告后在三个月的合理期限内仍未履行,解除权人请求解除合同的,应予支持。当预售方因种种原因而延迟交付系争房屋时,购房者有权单方解除预售合同。^②

上海市青浦区人民法院审理一起开发商未能办出大产证而导致逾期交房的案件时认为逾期交房达到合同解除条件,购房者合同目的无法实现有权解除合同,开发商应退回购房款并支付违约金。^③贵州省贵阳市中级人民法院认为,标的房屋如一直未能达到合同约定的交付条件,且无证据证明房屋何时能够达到交付条件即事实上无法交付,购房者购买房屋的合同目的因开发

① 安徽省全椒县人民法院(2020)皖1124民初230号民事判决书;山东省临沂市中级人民法院(2014)临民一初字第60号民事判决书。

② 《民法典》第563条;《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)》(法释〔2020〕17号)第11条。

③ 上海市青浦区人民法院(2018)沪0118民初10645号民事判决书。

商持续地迟延履行违约行为陷入高度不确定性风险，购房者的目的系在合理期限内取得房屋占有、使用、收益等权利，在开发商无法证明何时能够结束迟延履行状态的情况下，应认定为购房者的合同目的不能实现，合同应当予以解除。^①在另一因预售方将系争房屋备案至他人名下导致房屋无法按期交付的案件中，法院认为预售方违反诚实信用原则，将案涉房屋于2018年9月、11月备案至他人名下，显然无法在合同约定的2018年6月30日前向买受人交付该房屋，至此合同目的已无法实现，买受人作为守约方请求解除合同有法律和事实依据法院予以支持。^②

综合各案判决，笔者发现法院大多支持购房者主张迟延履行至预售合同目的（在约定的合理期限内获得房屋所有权和占有、使用、收益的权利）不能达到而解除合同，但也要注意此情形催告期限是否届满对于判决的影响。^③另外，正如前文所言，即使是遭遇了不可抗力等非开发商主管控制因素导致预售方延迟履行交房义务，一旦导致了购房者无法在合理期限内取得房屋所有权及占有使用权力，该预售合同也可以由购房者单方解除的。^④但如果是预售方没有在合同约定时间内履行完毕义务导致期限延长时间内发生了不可抗力导致合同解除，那么预售方要承担正常的延迟履行责任。^⑤

除迟延履行、标的房屋严重瑕疵外，实践中预售方还可能存在其他违约情形，如先卖后押、一房多卖。在因预售方债务问题系争房屋被抵押而无法更名过户的案件中，法院认为，购房者以预售方未如实告知案涉房屋已进行抵押且无法办理过户，导致合同目的不能实现为由，请求解除原、被告双方

① 贵州省贵阳市中级人民法院（2021）黔01民终11852号民事判决书。

② 广西壮族自治区防城港市中级人民法院（2019）桂06民初35号民事判决书。

③ 山东省潍坊市中级人民法院（2013）潍民一初字第18号民事判决书；新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院（2015）乌中民四初字第23号民事判决书。

④ 上海市闵行区人民法院（2021）沪0112民初6712号民事判决书；济南市天桥区人民法院（2021）鲁0105民初2662号民事判决书。

⑤ 华超：《浅析合同单方解除权的认定——以王某某诉某公司商品房预售合同纠纷为例》，西南科技大学2020年硕士学位论文。

签订的《商品房预售合同》的诉请，有事实及法律依据，予以支持。^①

除预售方违约情形外，也存在其他影响预售合同目的实现的现实情况，如因政策调整导致购房者获得的银行贷款少于申请贷款数额而使原合同无法继续履行时，购房者可单方解除合同。^②

总而言之，当出现《民法典》第563条规定的法定解除合同条件时，购房者当然可以诉请解除预售合同，法院一般予以支持。但实践中认定案涉情形达到“合同目的无法实现”的标准颇高，要达到购房者无法在合理期限内获得系争房屋所有权和占有、使用、收益等权利的程度，在商品房存在质量瑕疵的情况下，购房者还需要出具专业的检测报告和与预售方的系列交涉函件来证明瑕疵的不可修复性或低修复程度，进而说明系争房屋无法使用或严重影响正常使用。另外还存在不可抗力、政策调整等情形，虽然对于合同解除的影响较低，但会部分减轻甚至免除预售方的违约责任。

三、约定解除中的争议问题

根据《民法典》第562条的规定，当事人协商一致时，可以约定一方解除合同的事由。而在购房人购买房地产开发企业开发的商品房并与对方签订商品房预售合同中，合同中往往会约定解除权。约定解除权指的是当事人在合同中约定解除的具体条件，在合同未完全履行完毕之前出现约定解除事由的，由解除权人行使解除权终止该合同的行为。^③约定解除权，一方面，可以预防市场风险；另一方面，解除权人可掌握解除合同的主动权。^④本节主要探讨在商品房预售合同中，双方当事人约定的解除权条款可能存在的争议问题。

① 新疆维吾尔自治区奎屯市人民法院（2022）新4003民初1951号民事判决书。

② 重庆市第五中级人民法院（2015）渝五中法民终字第05534号民事判决书。

③ 华超：《浅析合同单方解除权的认定——以王某某诉某公司商品房预售合同纠纷为例》，西南科技大学2020年硕士学位论文。

④ 王奕斐：《商品房预售合同约定解除权条款研究》，云南大学2021年硕士学位论文。

（一）合同对解除权行使期限有约定的应在约定期限内行使解除权

现实中，对于商品房预售合同的解除往往会采取起诉或通知的方式。通过起诉的方式来解除合同的往往不容易存在争议，但通过通知的方式行使解除权的，常常会出现通知未送达、通知已送达但对方恶意隐瞒该事实的情况。这种情况下，该商品房预售合同就有可能面临着解除人认为合同已解除，但最终合同被认定为未解除的风险。但若这种情况下合同被认定为未解除，又可能发生解除权人的解除权出现了由于约定行使解除权期限届满而解除权灭失的情况。因此，有必要对于此类问题进行探讨，以减少这种情况的发生。

实践中，发生解除权的行使期限届满而无法施行的情况一般出现在解除人试图通过通知的方式来解除商品房预售合同。一般来说，此类争议发生的原因一般可能为解除方发出解除合同通知后，难以确认对方是否收到解除通知。因此若对方未收到通知，合同尚未解除，但解除权行使期限已经届满，此时将会存在解除争议。在“阮某、李某与上海某房地产开发有限公司商品房预售合同纠纷案”^①中，法院认定原告应于2019年2月8日前行使合同解除权。而根据原告提供的证据材料，除了2019年1月29日原告向被告寄送的解除合同函之外，原告并未在2019年2月8日前向被告提出解除合同，但解除合同函的寄送地址并非合同约定的地址，被告也表示未收到该份通知。而原告对于解除合同函寄送地址非约定地址解释称合同约定地址无法送达，故按照与工作人员确认的送达地址寄送。但根据原告提供的材料，其寄送解除通知的地址也不是材料中工作人员确认的收件地址。案涉合同约定的除斥期间为逾期交房60日起30日内，未有不合理之处，买方也未就此向公司提出过异议，因此法院认为原告合同解除权已灭失，无权解除涉案合同。

① 上海市第二中级人民法院（2020）沪02民终4390号民事判决书。

在“莆田市某公司诉吴某商品房预售合同纠纷案”^①中，当事人对于变更联系方式及通信地址的情况进行了约定：买受人保证《商品房买卖合同》正文前所载的买受人及其代理人的地址、邮政编码、联系电话等内容真实有效，如有变更，应在变更之日起7日内以书面方式通知出卖人，否则，有关通知等未能送达的责任由买受人自行承担。出卖人发出的通知等信件의投邮之次日视为送达日期。笔者认为，该种关于信息变更的约定是很重要的，在商品房预售中，从房屋的建设到交付都需要经历较长的时间周期，在此期间难免会发生当事人联络信息变更的情况。而强调在信息变更后要及时通知对方，在行使解除权而通知未送达的情况下，能够在一定程度上将通知未送达而无法解除合同的责任进行厘清，防止被解除人由于不想解除合同而以住址变更为由进行抗辩，导致出现解除权消灭而无法行使的情况。

除了上述案件，笔者通过阅读相关案由裁判文书发现，大量解除权消灭的案件的发生往往是由于解除权人在了解过解除权的行使期限后才向法院解除合同，但是这类诉求往往会被法院驳回。在“沈某诉中山市某公司商品房预售合同纠纷案”^②中，双方签订的商品房买卖合同约定的交房日期为2018年12月30日，逾期超过180日的，买受人有权解除合同。同时在补充协议中有用加黑字体标注的“特别提示”：买受人确认出卖人已就预售合同及本补充协议中可能限制或免除出卖人责任的约定作了特别提示。其中，该补充协议中还约定，买受人行使解除权的，应当自解除权事由成就之日起10日内书面通知对方。因公司逾期交房一年多，故沈某于2020年3月3日向该公司发出解除合同通知，后诉至法院请求解除。法院认为：“该补充协议开头已用加黑字体标注‘特别提示：为确保买受人充分理解合同条款，买受人确认出卖人已就《中山市商品房买卖合同》及本补充协议、附件中包含的免除或限制出卖人责任的条款作出了特别提示，买受人对相关内容已充分理解其含义并同意全部内容’。且‘买受人根据法律规定或上述合同约定有权解除合同的，

① 福建省莆田市荔城区人民法院（2019）闽0304民初2859号民事判决书。

② 广东省中山市中级人民法院（2020）粤20民终5358号民事判决书。

应在解除合同的条件成就之日起10日内提出书面解除合同的要求，否则视为买受人放弃解除合同的权利’。这一条款内容是在该补充协议的‘特别约定’之中，如果沈某有认真阅读该补充协议，就不可能看不到上述条款内容。”因此本案中，法院最终认定沈某已过10日的解除权行使期限，约定解除权消灭。

笔者认为，约定解除权容易由于对方当事人住址变更、解除权约定期限过短而超过行使期限，但对于解除权，仍然必须设立行使期限，因为若解除权可长期存在，则解除权人拥有是否解除合同的选择权，这会使相对人陷入无保障的境地，有失公平。因此应对解除权设立行使期限限制，超过行使期限解除权消灭。

（二）卖方未办理大产证导致交易无法过户

大产证是指新建商品房房地产权证。房地产开发企业在新建商品房屋竣工验收后持有关文件和商品房屋建设项目批准文件，办理新建商品房屋初始登记，办理新建商品房房地产权证。办理大产证是房地产权利人向房屋土地资源管理局的行政申请行为，大产证是由房地产开发企业办理的。而房地产开发商需要有大产证，才能将商品房的产权转移至商品房购买者手中。

根据《城市房屋权属登记管理办法》（现已失效）第16条第1款的规定，新建的房屋，申请人应当在房屋竣工后的3个月内向登记机关申请房屋所有权初始登记，并应当提交用地证明文件或者土地使用权证、建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、施工许可证、房屋竣工验收资料以及其他有关的证明文件。第32条规定，预售商品房的购买人应当自商品房交付使用之日起90日内，办理土地使用权变更和房屋所有权登记手续。因此，依照管理条例及实际生活经验，商品房预售者即房地产开发商有义务对房屋进行所有权申请登记。

与上文的问题一不同，由于房屋售卖方不具有大产证而房屋购买方行使解除权解除购房合同的，该解除权的渊源并不因由事先在合同中约定而存在，而是基于违约产生。房屋购买者与房屋预售者订立的商品房预售合同是基于将商品房的所有权从房屋预售者转移至房屋购买者的目的。而房屋购买

者基于常理，通常会认为在订立商品房预售合同时房屋预售者已经取得或者即将取得原始的新建商品房房屋产权证，并且基于这种信任与房屋预售方订立合同。如若房屋预售者在尚未取得房屋大产证的情况下就与房屋购买者订立商品房预售合同，而出现房屋大产证无法办出的情况，将会致使该商品房预售合同的目的无法实现。这种情况属于发生了根本违约的行为。根据《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19条“商品房买卖合同约定或者《城市房地产开发经营管理条例》第33条规定的办理房屋所有权登记的期限届满后超过一年，由于出卖人的原因，导致买受人无法办理房屋所有权登记，买受人请求解除合同和赔偿损失的，应予支持”的规定，违约方需要承担违约责任，未违约的一方有权解除合同。同时，对于房屋购买方的违约赔偿部分，法院一般会通过预售商品房的性质确定市场价值，判令房屋预售方按照房屋购买方以付购房款比例确定预期利益损失。^①

（三）违约方提起合同解除之诉

违约方合同解除权作为合同解除制度中的重要内容，赋予违约方解除合同的权利，目的在于化解实践纠纷中出现的合同僵局问题。^②在《民法典》第580条新增第2款，旨在解决实践中出现的在合同已经无继续履行可能性的情况下，拥有解除权的合同守约方怠于行使权利造成的合同僵局问题。^③《全国法院民商事审判工作会议纪要》第48条中记录“违约方不享有单方解除合同的权利。但是，在一些长期性合同如房屋租赁合同履行过程中，双方形成合同僵局，一概不允许违约方通过起诉的方式解除合同，有时对双方都不利。在此前提下，符合下列条件，违约方起诉请求解除合同的，人民法院依法予以支持：（1）违约方不存在恶意违约的情形；（2）违约方继续履行合同，

① 上海市第一中级人民法院（2020）沪01民终9039号民事判决书。

② 王利明、朱虎：《中国民法典释评：合同编·通则》，中国人民大学出版社2020年版，第589页。

③ 董丽爱：《违约方合同解除权研究》，北方工业大学2022年硕士学位论文。

对其显失公平；（3）守约方拒绝解除合同，违反诚实信用原则。人民法院判决解除合同的，违约方本应当承担的违约责任不能因解除合同而减少或者免除”。由此可见，违约方解除权已经被普遍应用在司法实践中。

而在具体面对商品房预售合同时，为了对这一问题有更清晰的认识，此处笔者将通过具体经典案例来加以说明。

在“盛某与某投资公司商品房销售合同纠纷案”^①中，某投资公司与盛某签订了《商品房买卖合同》，约定将一用途为商用住宅的预售商品房出售给盛某。在盛某付清房款后，对方迟迟未交房且经查明，该公司已经将案涉房屋更改为商业广场用途。由于更改变动过于巨大，且双方当事人合同中提及的房屋也无法与该片区域单独区分开，因此某公司无法将预售的商品房交付购买人盛某，且已经构成合同的违约。在买受人不愿意解除合同的情况下，对于出卖人来说，想要完成当事人双方之间订立的合同，难以执行或者执行花费过高。法院经审理后认为，买受人购买的公寓面积占比小，如要求出卖人继续履行原合同，将对整个购物广场的规划及经营产生影响，出卖人为履行合同将支出较高的费用，合同双方的利益将会失去平衡。因此，法院最终判决，允许合同违约方某公司解除合同之诉请。

而在“陈某、单某与上海某投资有限公司商品房预售合同纠纷案”^②中，陈某与单某主张其购买的商品房地下室防水工程未达到国家强制标准而以此拒付购房钱款，并向该公司发出解除合同通知，后上诉至法院请求解除合同。法院认为，由于陈某、单某提出解除合同的理由既不符合双方合同关于解约条件的约定，也不属于法律关于可行使法定解除权的情形，因此其通知解除的行为，不发生解除合同的效力。但由于“双方之间签订的合同中约定的第二期房款支付时间早于房屋交付时间”，因此法院认定“陈某、单某作为负有合同先履行义务的一方在没有提供确切证据证明上海某投资有限公司存在丧失或可能丧失履行债务能力的情况下，未能履行相应的付款

① 江西景德镇市中级人民法院（2018）赣02民终597号民事判决书。

② 上海市第二中级人民法院（2020）沪02民终6221号民事判决书。

义务属于违约并无不当”，认为陈某、单某是合同违约方，且不具有合同解除权。

法院在对合同违约情况下，合同违约方是否能解除合同做出判断时，强调一方将会为了维持合同的约定而付出巨大代价，且若不将合同解除，双方将会处于僵持的状态，对双方的利益都有损害。因此，在商品房预售合同中，并非所有违约方均可有合同解除权，只有在特殊情况下才具有。且需要注意的是，依据《民法典》第580条第2款的规定，违约方仅仅是享有向法院或者仲裁机构申请解除的权利，合同最终能否解除，需由法院根据该条文构成要件进行判断，并非违约方单方通知直接解除合同。^①

（四）一般违约能否构成合同解除的条件

《民法典》第563条所规定的约定解除权，即在“合同目的不能实现时”，解除权人有权解除合同。故此，司法实践中认定当事人是否享有该约定解除权的关键在于如何认定“合同目的不能实现”，一般违约不能构成合同解除的条件。

在“龚某、沈某与上海某房地产开发有限公司案”中，^②上海市闵行区人民法院认为：

对原告来说，涉案商铺室内外及销售宣传时，原告即明确知晓两根承重柱的存在及其大致位置，而两根承重柱的具体位置亦与被告在有关部门备案的图纸内容显示的是一致的，涉案商铺实际独用面积与签约时约定的面积亦相一致，由此可见，被告提供的房屋房型并未违反双方之约定。故原告提出的该点解除合同的理由并不成立。就第2点理由，被告未提供相应设施设备导致原告无法使用

① 参见王利明：《民法典合同编通则中的重大疑难问题研究》，载《云南社会科学》2020年第1期。

② 上海市闵行区人民法院（2019）沪0112民初35265号民事判决书。

涉案商铺，本院认为，涉案合同附件三已明确罗列了被告提供的涉案商铺的建筑结构、装修及设备标准，清单中并未记载原告所述的水、排烟口、下水道等设施设备，原告亦未提供充分有效的证据材料证明被告未提供预留室外机位置、电源至户箱，即便被告确实未提供预留室外机位置、电源至户箱，根据涉案合同第17条的约定，原告可要求被告按实际的装修、设备与约定的装修、设备差价0.5倍给予补偿，而非可作为解除合同的依据。故原告提出的该解除合同的理由，亦不能成立。

《全国法院民商事审判工作会议纪要》第47条规定，合同约定的解除条件成就时，守约方以此为由请求解除合同的，人民法院应当审查违约方的违约程度是否显著轻微，是否影响守约方合同目的实现，根据诚实信用原则，确定合同应否解除。违约方的违约程度显著轻微，不影响守约方合同目的实现，守约方请求解除合同的，人民法院不予支持；反之，则依法予以支持。

由上述案件可知，法律赋予当事人约定解除合同的权力，其体现的是当事人双方的意思自治。若约定的事由不违反法律禁止性规定及公序良俗，则均认定为有效。此观点以自由契约论为理论基础，严格依照当事人的约定来看待约定解除条款是否有效，但现实中很容易出现当事人利益失衡的情形。虽然都是当事人同意并签订的合同，但签订双方对复杂合同条款背后的意图以及权利义务设置并非都足够了解，如房地产开发企业利用其优势地位，与购房人签订一些不公平的购房条款，则购房人碍于供不应求的市场环境、复杂的条款设置以及对法律不够了解等原因而签订了合同，这实际上违背了公平和诚实信用原则。因此，如此强大的权利应加以限制。^①《全国法院民商事审判工作会议纪要》第47条的设立有利于统一法院裁判思路，对约定解除进行一定的规制。根据其精神，虽然合同约定的解除条件成就，守约方取得合同约定解除权，但法院需要对违约一方的违约程度进行审查，约定达到显著

① 王奕斐：《商品房预售合同约定解除权条款研究》，云南大学2021年硕士学位论文。

轻微的程度就解除合同的，法院不予支持。

（五）已交付房屋质量有问题尚不能构成根本违约的，能否要求解除合同

近年来，房地产开发企业与购房者因商品房质量问题引起的纠纷日益增多。对于预售商品房，购房者在接收房屋时往往会碰到一定的质量问题，如墙体开裂、地板渗漏、装修质量不达标等问题。在上述情形下，购房者是否能以房屋质量问题为由要求解除商品房预售合同，实践中尚存争议的是，如果已交付房屋质量有问题尚不能构成根本违约的，购房者能否要求解除合同？如若不能，该如何寻求救济？为解决这些问题，首先应当明确，房屋出现的质量问题达到何种程度才能构成根本违约。本专题将房屋质量问题分为主体结构质量瑕疵和非主体结构质量瑕疵，并结合具体案例进行详细分析。

主体结构质量瑕疵，是指房屋的主体结构出现问题，会严重危及居住人甚至是其他群众的人身安全。根据《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》规定，因房屋主体结构质量不合格不能交付使用，或者房屋交付使用后，房屋主体结构质量经核验确属不合格，买受人请求解除合同和赔偿损失的，应予支持。故当商品房存在地基基础或主体结构质量问题时，买受人可以通过鉴定等方式证明主体结构质量不合格。在此情况下，买受人可以根据合同目的不能实现，出卖人根本违约直接行使解除权，并要求出卖人赔偿损失。近年来，新售商品房中房屋主体结构不合格的比例较小，相关法律和司法解释对此类问题的规定亦较为明晰，故司法实践中对此类纠纷的处理争议不大。

而针对非主体结构质量瑕疵，根据《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10条第1款的规定，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和赔偿损失的，应予支持。而对于如何认定房屋质量问题严重影响购房者正常居住使用，相关法律法规未作明确规定，该情况通常属于法官自由心证的范畴。实践中对于何为

“严重影响正常居住使用”认识不一致，导致同案不同判现象时有发生。

最高人民法院在（2020）最高法民申4394号民事裁定书中认为，《工作联系单》及保修单等证据显示，购房人在装修房屋过程中多次向开发商及物业公司反映地下室及车库渗水问题，但开发商始终未能修复。开发商主张渗水系购房人装修所致，但未提交证据证明，且在一审法院委托鉴定机构就渗水原因进行鉴定时，开发商未到场配合现场勘查且未提交案涉房屋设计、施工图纸，导致鉴定未能继续进行，应承担相应的不利后果。因此，原审法院认定案涉房屋存在质量问题，严重影响购房人正常居住使用，判决解除案涉《商品房买卖合同》，符合《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13条规定的购房人可以解除合同的情形。^①

安徽省高级人民法院在（2020）皖民申344号民事裁定书中认为，房屋在保修期内出现屋面、墙体开裂、渗水问题。经鉴定，案涉房屋渗水主要发生于墙体和屋面板开裂部位，与屋面防水层未按设计要求施工以及屋面和墙体施工处理不良等因素有关。《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10条第2款规定，交付使用的房屋存在质量问题，在保修期内，出卖人应当承担修复责任；出卖人拒绝修复或者在合理期限内拖延修复的，买受人可以自行或者委托他人修复。修复费用及修复期间造成的其他损失由出卖人承担。由此可见，商品房出现一般质量问题，若在保修期内，则对应的后果是只能要求出卖人履行保修责任。^②

综合解读以上案例，笔者认为，对于严重影响正常居住使用的判断标准，首先应遵从合同约定。合同未约定的，参照一般商品房质量交付标准，并考虑购房人的合理期待。实践中，“严重影响正常居住使用”应符合两个要件：

1. 影响正常居住使用与房屋本身的特性有关。房屋应具备居住和使用的功能，如果该部分功能出现问题，则会影响房屋的正常使用，如出卖人未经

① 最高人民法院（2020）最高法民申4394号民事裁定书。

② 安徽省高级人民法院（2020）皖民申344号民事裁定书。

买受人同意擅自变更商品房朝向、户型等规划、设计^①；出卖人交付的商品房屋层高明显偏离合同约定且未告知买受人。^②

2. 影响程度必须达到“严重”。即房屋质量问题已达到危害居住人的生命安全或健康的程度，不能修复或者修复成本过大，多次修复亦无法到达其应有的功能。例如，房屋存在渗漏、^③异响等情况，在合理期限内无法查明原因或经出卖人维修仍无法修复的；^④水、电、煤气等基础设施无法实际投入使用的；消防设施未经验收合格或无法实际投入使用的；订立合同时出卖人未披露房屋存在违反善良风俗情形的；其他严重影响正常居住使用的情形。

而对于本部分开篇所提出的问题，如果已交付房屋质量有问题尚不能构成根本违约的，购房者能否要求解除合同？在“吴某、卢某与上海某置业有限公司商品房预售合同纠纷案”中，法院认为，案涉房屋不存在房屋主体结构质量不合格而不能交付使用的情形；又因为案涉房屋系精装修房，合同附件三对装修及设备标准进行了约定，并对材料和设备进行了备案，现也未见案涉房屋的装修与约定标准存在明显差异。法院还认为，交付的房屋如果存在质量问题，在保修期内，出卖人应当承担修复的责任。二审庭审中，被上诉人业已明确表示愿意按照合同约定履行保修义务。^⑤因此，法院最终驳回购房者的上诉请求。综上，笔者认为，购房人主张交付的房屋不符合交付条件的，应提供证据支持；交付的房屋如果存在质量问题，在保修期内有权要求出卖人修复，不能以此要求解除合同。

总而言之，解除合同是以对方根本违约为前提条件，即只有当对方的违约行为已经达到非常严重的程度，才有行使解除权的空间，一般禁止当事人在没有法定和约定的情况下任意解除合同。基于合同的诚实守信原则以及维护房地产市场正常的交易秩序，在司法实践中，法官不轻易将房屋质量问题

① 北京市第三中级人民法院（2020）京03民终14012号民事判决书。

② 镇沅彝族哈尼族拉祜族自治县人民法院（2021）云0825民初293号民事判决书。

③ 上海市第二中级人民法院（2017）沪02民再26号民事判决书。

④ 四川省高级人民法院（2015）川民终字第153号民事判决书。

⑤ 上海市第二中级人民法院（2021）沪02民终5637号民事判决书。

认定为“严重影响居住使用”或“导致合同目的不能实现”，法院倾向认为，开发商在采取维修等补救措施的同时，需赔偿购房人因此遭受的损失（如在外租房费用）或要求开发商承担逾期交房违约金。因此，除非当事人对房屋交付条件另有明确约定，否则商品房经验收合格并取得政府相关部门的交付许可文件后，原则上即具备交付条件。在房屋主体结构质量经核验确属不合格的或房屋质量问题严重影响正常居住使用的，购房者方可主张解除合同。对于“房屋主体结构质量不合格”和“严重影响居住使用”以外的质量问题，应当通过出卖人的物之瑕疵担保责任制度（主要是履行维修责任）来解决。

四、有关合同解除后法律后果的争议问题

（一）《商品房预售合同》解除后《住房借款合同》及《抵押合同》是否应予解除

按揭贷款，是指借款人以其所购房屋提供抵押担保，并由所购房屋的房地产开发企业（开发商）提供第三方阶段性连带责任保证担保，向贷款人申请一手支付所购房屋购房款的担保贷款。在以按揭贷款的方式购买商品房的过程中，房屋买卖合同与房屋担保贷款合同具有相互依存的关系，以实现购房的整体交易目的。该情形包括了商品房买卖、借款、抵押、保证等一系列民事法律行为。其涉及三方主体：按揭银行（贷款人）、开发商（保证人）、购房人（借款人）三方；三种法律关系：购房人与开发商之间的商品房买卖合同关系、购房人与银行之间的借款合同关系、购房人与银行之间的抵押关系。

在“中国某银行股份有限公司青海省分行、王某商品房预售合同纠纷案”^①中，当事人就《商品房预售合同》解除后，《个人住房（商业用房）借款合同》及《房地产抵押合同》是否应当予以解除的问题产生争议。某行青

① 最高人民法院（2019）最高法民再245号民事判决书。

海分行认为,《个人住房(商业用房)借款合同》第19条第2款约定,借款人与售房人签订的商品房买卖合同被确认无效或被撤销、被解除的,借款人仍应履行本合同项下的还款义务;第4款约定,贷款人与借款人的借贷关系解除的,借款人应立即返还其所欠贷款人的贷款本金、利息、罚息及实现债权的费用,或委托售房人直接将上述款项归还贷款人。由于王某的诉讼请求之一是由越某公司承担借款合同项下剩余贷款本息的还款义务,免除自己对某行青海分行的还款义务,故其请求违反了上述合同约定,《个人住房(商业用房)借款合同》不能解除。

在二审中,最高人民法院认为,《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25条第2款规定:“商品房买卖合同被确认无效或者被撤销、解除后,商品房担保贷款合同也被解除的,出卖人应当将收取的购房贷款和购房款的本金及利息分别返还担保权人和买受人。”本案中,某公司未按照约定期限交付房屋,致使案涉《商品房预售合同》解除,《借款合同》《抵押合同》因合同目的无法实现亦被解除。根据前述规定,应由出卖人某公司将收取的购房贷款本金及利息返还某行青海分行,王某等三人不负有返还义务。本案中,某公司不能交付房屋而致使合同解除,导致合同约定的各方权利义务严重失衡。具体表现为:某公司违约不能交房导致各方合同解除,但却实际占有、使用王某等三人支付的首付款及某行青海分行按揭贷款;某行青海分行依据合同约定既享有抵押权,又同时享有对某公司、王某等三人的债权;王某等三人未取得房屋,却既支付了首付款,又需偿还按揭贷款。若按合同约定的权利义务关系处理,则在王某等三人对合同解除无过错的情况下,仍要求其对剩余贷款承担还款责任,明显不合理地加重了其负担,各方权利义务失衡,有违公平原则。因此,审理案件时,必须充分考虑商品房按揭贷款商业模式下各合同之间的密切联系和各方权利义务关系的平衡问题,避免因强调单个合同的相对性而造成三方权利义务失衡。

当各个主体之间形成的法律关系看似独立,但相互牵连,共同实现一个交易功能时,构成合同联立。合同联立是指数个合同“不失其个性,而相结

合”，即依当事人意思，多份合同间具有一定依存关系的结合，一个合同的效力依存于另一个合同的效力。当数个合同构成合同联立时，其中一个合同不成立、无效、撤销或者解除时，另一个合同应当同其命运。^①在商品房预售合同与借款、抵押合同构成的合同联立中，购房人为支付房屋尾款向银行贷款，也是为使商品房买卖合同得以顺利履行。这三种合同关系之间紧密联结的效果事实上仍然来自经济上的一体性，也就意味着在某一合同效力无法存续时，其他合同的存在便丧失意义，倘若当事人明知某一合同不会发挥作用时，根本就不会签订另外一个合同。出于对当事人此种意思的尊重，法律必须在此时击破合同相对性的壁垒，将多数合同的命运联结起来。因此，笔者认为，为了更好地还原当事人真意，保护当事人利益，《商品房预售合同》解除后，《个人住房（商业用房）借款合同》及《房地产抵押合同》的随即解除具有正当性。

（二）购房时支付的团购费如何处理

团购费，是指第三方团购组织向购房人收取的、用于享受购房打折优惠而产生的服务费。在商品房销售过程中，开发商与地产经纪公司签订的“团购合作协议”大部分约定由地产经纪公司承担一定的销售任务，开发商承诺其推荐的客户可享受一定的开盘团购优惠，在购房者与开发商签订正式的《商品房买卖合同》后，地产经纪公司向购房者收取相关服务费用。

开发商原因导致购房合同解除、购房人向第三方主张返回团购费的，第三方往往以其与购房人形成服务合同的法律关系，其已经向购房人提供定制的独家购房优惠价格的服务内容，以及双方的服务合同已履行完毕为由而拒绝返还。该问题的争议焦点在于团购费的性质认定。

笔者认为，团购费的性质认定，需要结合合同条款具体分析。若合同中明确团购费由第三方收取并代为保管，并且第三方将与开发商进行结算，则

① 舒金曦：《“合同联立”的司法认定标准》，载《人民法院报》2021年7月22日。

应认定为溢价购房款性质；^①如果第三方和购房人之间的合同体现为办理会员、交纳会费等服务合同性质，应认定为服务费^②；合同中明确约定团购费系第三方为购房者报告订约机会，提供订约媒介服务的，则应认定为居间报酬。

对于购房未成时团购费应否退还的问题，在佛山市禅城区人民法院作出的民事判决中，法院认为：

被告（第三方公司）确认其与开发商存在事实上的委托代理销售合同关系，向开发商引荐客户并取得购房优惠。而原告（购房者）在开发商楼盘销售现场销售人员的指引下签名确认第三方公司的《团购确认单》，购房者有充分理由相信第三方公司代表开发商进行销售。第三方公司以“团购服务费”的名义收取涉案60000元款项，从文义上看，“团购服务费”并不当然等于居间服务费。购房者向第三方公司支付了60000元款项后，在实际购房时已从原价扣减200000元，并享受了其他折扣。而第三方公司及开发商在诉讼中亦没有提供证据证明第三方公司与开发商就此问题有其他具体约定，故法院认为购房者交付涉案的60000元是为了获取200000元等的购房优惠，涉案的60000元应认定为购房款的一部分。在涉案《商品房买卖合同》因开发商存在违约行为而被解除的情况下，购房者要求收取该60000元款项的第三方公司予以返还，合情合理，予以支持。

上述案例从购房人支付团购费的根本目的出发，认为支付团购费的目的在于在预售合同实际履行中享受到房屋价款减免优惠。因开发商原因导致预售合同解除的，购房人自然无法享受到房屋价款减免优惠，由此支持购房人要求返还购房款的请求。

① 广东省佛山市禅城区人民法院（2021）粤0604民初10647号民事判决书。

② 广东省佛山市中级人民法院（2019）粤06民终1033号民事判决书。

笔者认为,针对团购费返还问题,先应审查双方对此是否有约定,有约定的则从约定。例如,一些团购费合同中约定:“若最终未购买该团购房源,则在提出退款申请起15个工作日内办理退还团购优惠服务费。”在双方没有约定的情况下,团购费如果属于服务费性质,并不以购房人实际签订房屋买卖合同为支付条件,则购房未成亦不应退还;如属于购房款性质,即交付团购费是为了获取购房优惠,则部分法院认为是购房款的一部分。购房款在《商品房买卖合同》因开发商的违约行为被解除时,购房者可要求返还。如属于居间报酬性质,《民法典》第964条规定,中介人未促成合同成立的,不得请求支付报酬,但是,可以按照约定请求委托人支付从事中介活动支出的必要费用。因此,应以实际订立商品房买卖合同为前提,否则不能收取居间报酬,但可以要求购房者支付居间活动必要费用。如属于购房款溢价,则在购房未成或商品房买卖合同解除的情况下应予退还。至于第三方因此遭受的损失,第三方可基于与开发商之间的合同约定,追究开发商的违约责任,以此弥补自身的损失。

(三) 房屋占有使用费

房屋占有使用费是指房屋预售合同被认定无效或终止(履行期限届满、解除或其他特定情形下),因房屋占有使用人无合法依据,继续占有、使用房屋而应当向房屋所有人支付的合理对价或费用。^①房屋占有使用费是合同无效、履行期限届满、解除或其他特定情形下,承租人在实际占有房屋期间事实上获得的利益。由于承租人基于占有房屋所获得的利益为无形财产,无法现实返还,而只能以折价方式进行补偿,支付房屋占有使用费正是这种折价补偿方式的体现。许多学者主张按房屋被占用期间同地段租赁市场价格确定,依据合同解除后,尚未履行的,终止履行;已经履行的,根据履行情况和合同性质,当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施,并有权要求赔

① 《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年修正)》(法释〔2020〕17号)第13条。

偿损失。^①但实务中对是否交付、如何认定房屋占有使用费的数额、所有者能否同时主张房屋占有使用费和违约金等问题认识不一，需要不同情况不同讨论。

在审理商品房预售合同中是否应交付房屋占有使用费一案时，上海市第二中级人民法院判决支持交付房屋占有使用费，其指出“《上海市商品房预售合同》解除后，胡某、王某应将系争房屋返还给某公司并协助办理预告登记、预售合同备案登记撤销手续；某公司应当返还胡某、王某购房款118万元。某公司要求胡某、王某支付代缴的款项并按同期银行贷款利率的2倍主张利息，符合合同约定。《上海市商品房预售合同》约定了胡某、王某应承担的赔偿责任，包括房屋总价的20%及律师费，一审法院根据本案实际情况酌情支持了房屋总价10%的赔偿金及4万元律师费，可予准许。合同解除后，胡某、王某还应支付自合同解除之日起至实际返还房屋之日止的房屋占有使用费，一审法院酌定每月3500元，亦属合理。”^②

笔者认为，房屋占有使用费是在合同无效、履行期限届满、解除或其他特定情形下，所有者实际占有房屋期间事实上所获得的利益。关于是否支持开发商索要房屋占有使用费，须判断是否属于合法占有。如在合同解除前属合法占有，则不支持开发商索要房屋占有使用费；若在商品房预售合同解除后，逾期返还房屋，则支持开发商向买房人要求支付自合同解除之日起至实际返还之日止的房屋占用使用费，这彰显了民商法保护守约方的原则，有利于构建诚信市场体系，维护商品房买卖市场的公平和秩序。

（四）预查封

预查封是指人民法院对被执行人尚未进行权属登记，但将来可能会进行登记的房产采取的一种预先的限制性登记措施，这种登记对尚未在登记机构

① 黄海啸、赵卉：《承租人、次承租人逾期不返还房屋之赔偿责任的确定——《房屋租赁司法解释》第18条之适用与完善》，载《法律适用》2017年第24期。

② 上海市第二中级人民法院（2020）沪02民终5913号民事判决书。

进行物权登记但又履行了一定的批准或者备案等预登记手续，被执行人享有未公示或者物权期待权即由法院制发预查封裁定书和协助执行通知书，由国土资源、房地产管理部门办理预查封登记手续。根据《最高人民法院、国土资源部、建设部关于依法规范人民法院执行和国土资源房地产管理部门协助执行若干问题的通知》第15条第3项的规定，人民法院可以预查封被执行人购买的办理了商品房预售合同登记备案手续或者商品房预告登记的房屋。本部分将讨论房屋被预查封是否影响商品房预售合同的解除。

关于已办理预告登记的商品房被预查封后，能否限制购房人与开发商解除商品房预售合同这一问题，上海市第二中级人民法院认为，“预查封区别于正式查封，预查封针对的是被执行人尚不享有物权的土地、房屋等不动产。在法律没有明确规定的情形下，预查封的效力不能及于限制何某与某公司行使合同解除权，当事人基于真实意思表示而解除合同的合同权利不应因交易标的被预查封而被剥夺。同时，根据《解除合同协议》的约定，商品房预售合同解除后，恺某公司向何某退还已付购房款。此时，预查封对象转变为恺某公司应向何某退还的购房款，德某公司可申请执行该款项”。^①购房人与作为被执行人的开发商签订商品房预售合同后，办理了预告登记，但预告登记的效力在于限制或阻却未经预告登记权利人同意对不动产进行处分，以保证预告登记权利人将来取得不动产物权。预告登记权利人并不因办理了预告登记而取得不动产所有权。购房人基于商品房预售合同对开发商享有的债权已因双方合同被解除而消灭，相应的预告登记亦随之失效。

1. 合同解除对预查封执行效力的影响

在认可预查封期间开发商享有合同解除权的情形下，合同解除能否排除预查封的强制执行力，实践中也存在多种不同的看法。有的法院认为合同的解除意味着预查封丧失了存在的事实及法律支撑；有的法院以《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26条为依据认为预查封后又通过生效法律文书解除合同的，不得对抗法院的强制执行，法

① 最高人民法院（2020）最高法民申2441号民事裁定书。

院可以继续执行预查封房产；还有的法院认为预查封的对象本就是基于有效合同产生的财产性权益，合同解除后，预查封的对象就转变为开发商应当退还的购房款，只有开发商退还被执行人已支付的购房款才能排除对房屋的预查封。笔者更赞同第三种观点，该种情形下充分保证了开发商所享有的合同解除权与被执行人的财产权益，使各方利益都得到了平衡。

2. 合同解除后开发商抵销权的行使

商品房买卖合同解除后，开发商负有向购房人返还购房款的义务。那么开发商在商品房买卖合同解除之诉中所产生的代偿款项、违约金、诉讼费等成本损失是否可以从应当退还的购房款中直接扣除？

有观点认为，在预查封情形下开发商可通过行使法定抵销权直接扣除已向银行代偿的款项。根据法律规定，法定抵销权的行使需要当事人互负债务，债务标的物种类、品质相同（《民法典》第569条规定标的物种类、品质不相同的，经协商一致，也可以抵销），并且该债务不属于当事人约定不能抵销或者法律规定不能抵销的类型。商品房买卖合同解除后，开发商需要返还买受人购房款，买受人需要向开发商返还房屋（实践中，双方需配合办理各项注销手续），且双方之间互负债务不属于禁止抵销的情形。因此，笔者认为开发商具备行使法定抵销权的要件，可以从应退还的购房款中直接扣除代偿款项。且在实践中，开发商与购房人在商品房买卖合同补充协议中约定合同解除后的违约金和向银行支付的代偿款项可以在返还的购房款中直接予以扣除已成为常见做法，据此开发商行使抵销权有了合同依据，预查封的执行申请人对于开发商主张债务抵销应当具有一定的预期。

（五）商品房预售合同违约金

违约金是指按照当事人的约定或者法律直接规定，一方当事人违约的，应向另一方支付的金钱。违约金的标准的金钱，但当事人也可以约定违约金的标的为金钱以外的其他财产。《民法典》第585条规定，当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。约定的违约金低于造成的损失的，人

民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少。当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。^①

上海市青浦区人民法院在审理商品房预售合同解除后违约金确定问题时认为：

卖方在明知买方没有购房资格的情况下采取变通方式帮助买方解决购房资格问题，存在过错，在违约金的定量方面有影响，违约金认定应以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等因素，根据公平原则和诚实信用原则，酌情确定为100000元（根据合同条款，卖方主张260000元违约金）。^②

在“沈某诉某公司商品房预售合同纠纷案”中，法院认为：

虽然某公司和沈某之间约定的违约金相关条款有效，但造成的损失无法通过约定的违约金来弥补，出现失衡，有违公平和诚信原则，沈某以上述封顶违约金过低为由主张调整，是行使上述法律赋予守约方的权利。一审法院据此调整某公司应支付的逾期交房违约金为不以封顶条款为限，符合法律规定，本院予以维持。^③

在现实房地产销售过程中，房地产公司不仅资金雄厚，还配备了专业的律师团队，对合同条款的制定、权利义务的约定必然会倾向房地产公司，虽说是双方达成的合意，但购房人可能并没有充分协商并修改合同条款的空

① 《民法典》第585条。

② 最高人民法院（2020）最高法民申2441号民事裁定书。

③ 贵州省贵阳市中级人民法院（2020）黔01民终10005号民事判决书。

间，因此在违约金裁量方面，裁判机关（法院）应当运用自由裁量权，适当平衡购房人和开发商的利益，照顾处于弱势一方的购房人，以帮助实现实质正义。虽然购房人和房地产开发企业通过意思自治约定合同解除事由，并不意味着只要合同当事人有约定就应当按照合同约定来处理，法院在司法裁判过程中，依然会对案件进行实质审查，在尊重契约自由的同时也不能违背诚实信用原则和公平原则。约定解除权乃基于双方当事人的约定而产生，直接体现合同法的自由价值，但在一方当事人利用自己所具有的优势地位或他人严重缺乏经验，而构成民法上所讲的显失公平时，当依合同法的正义价值进行判断。^①

五、结语

当前，商品房预售合同的解除问题仍在司法审判工作中存在诸多争议。而随着实践的发展、市场的多变，新挑战、新问题层出不穷，又催生了本争议下更多亟待解决的难题。

本专题从实践中常见的商品房预售合同与商品房买卖预约合同的性质认定这一前置问题出发，探究本约合同与预约合同的认定边界。笔者认为，确定合同的性质应主要从合同的客观内容以及实际履行情况、当事人的主观意思来探讨。从合同的客观内容上看，认购协议是否具备合同的主要内容，应考虑是否具备《商品房销售管理办法》第16条的部分内容，而部分内容则应根据合同履行是否由于协议规定得不明确存在障碍来判断。当事人的主观意思则应从上述合同约定的内容以及实际履行情况出发，深入探究双方在约定中是否体现未来订立商品房买卖合同的意思，以及是否存在合同当事人实际履行了本应属于买卖合同下的义务的情况。笔者同时得出结论，与当事人的主观意思相比，更应着重考虑合同客观内容以及实际履行情况，以保护已履

① 郝磊：《合同解除权制度研究》，中国政法大学2005年博士学位论文。

约当事人的利益。

本专题从法定解除与约定解除的视角，重点分析两类解除权在实践中具体行使时存在的争议问题。在法定解除的争议问题中，本专题依据法条，主要从两种法定解除情形出发进行论述。一是不可抗力致使不能实现合同目的；二是当事人一方迟延履行或有其他违约行为致使不能实现合同目的。笔者认为，法院对“合同目的不能实现”的判定标准比较高，除此之外，还有一些情况，如不可抗力、政策调整等，可以对预售方的违约责任进行一定程度的减轻，甚至是免除。

而对于约定解除，笔者结合实践，从合同对解除权行使期限有约定的应在约定期限内行使解除权、卖方因未办出大产证导致交易无法过户、一般违约是否构成合同解除的条件、违约方提起合同解除之诉这些问题出发，探究约定解除中的争议问题。笔者得出结论，解除权设立了行使期限限制，超过行使期限解除权消灭；如若房屋预售者在尚未取得房屋大产证的情况下就与房屋购买者订立商品房预售合同，而发生房屋大产证无法办出的情况，将会致使该商品房预售合同的目的无法实现，属于根本违约，违约方需要承担违约责任，未违约的一方有权解除合同；基于公平原则，法院需要对违约一方的违约程度进行审查，不应支持若约定达到显著轻微的程度就解除合同的情况；当陷入合同僵局，对于双方的利益都有损害时，违约方在特殊情况下也享有解除权。

针对实践中常见的购房时商品房预售合同解除后法律效果的争议问题，本专题主要展开了以下三个问题：《个人住房（商业用房）借款合同》和《房地产抵押合同》在《商品房预售合同》被撤销后的法律后果，开发商主张收取房屋占有使用费，购房团购费的返还；系争预售商品房预查封问题；房屋预售合同违约金问题。

综上，本专题探究了贴近生活的商品房预售合同解除问题，限于篇幅尚不足以涵盖所有争议问题，但求专题内选取的案例皆具有代表性，以期梳理审判思路与解决问题提供参考价值。

专题四

向特定自然人借款后 转贷行为的法律效力研究^①

① 案例共同整理人：曾梓栩、王海涛、依尔凡江·艾克然木、何朴璇、杨雪婵均为外交学院争议解决研究中心兼职研究员（北京100037）。

导 读 本专题主要研究了自然人间转贷行为的效力问题。自然人转贷现象在生活中相当常见，但对于该现象的法律效力，现行法律并未给出明确的指引，法院的裁判也常常尺度不一，这也是本专题的研究动因。通过大量类案与个案分析，本专题总结分析了目前法院对该问题的态度和处理方式、倾向，还进一步对自然人转贷进行了理论上的分析和研究，认为对现有规定过于模糊，有待立法机关和法院做进一步明确。

关键词 民间借贷 转贷 合同效力

一、问题的提出

民间借贷在私有制产生之时就已然存在,《周礼》^①中便有“听称责(债)以傅别”的记载。民间借贷一直伴随着社会经济的发展而绵延存续。随着改革开放的深化和中国特色社会主义市场经济的推进,民间借贷的规模不断壮大,与金融机构提供的借贷业务共同构筑了我国的金融体系,对国民经济的增长发挥了重要作用。

传统民间借贷是基于亲友、同乡、同学、近邻等交际多、信任感强的熟人关系而进行的融资行为。自然人间转贷属于传统民间借贷的一种,其典型样态如图1所示——自然人转贷关系中存在三个主体,即原始出款人、转贷人和借款人。首先,原始出款人向转贷人转移资金,二者之间产生债权债务关系。其次,转贷人将该笔资金转向借款人,二者之间也存在债权债务关系。

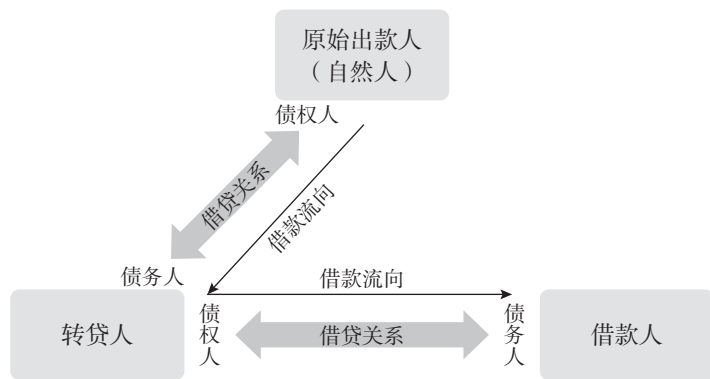


图1 自然人转借贷关系

在开始本专题的研究前,笔者于社交媒体上发布了一份问卷。问卷首先

①《周礼·天官冢宰上》小宰之职中有“听称责(债)以傅别”,意思是小宰审理民间的借贷纠纷时应当以借贷契约为依据。参见洪葭管:《中国金融史》,西南财经大学出版社2001年版,第55页。

确定填表人的年龄、法律背景、经商背景，其次询问了受访者“是否知道这种行为”“如何看待此种行为”“亲友、近亲是否有过这种行为”及“请描述具体情况”四个问题。问卷发布时间为2023年2月7日19:00，收回时间为2023年2月12日20:00，共收集到了261份问卷。

问卷结果显示，收集到的261份问卷中，45.98%的人无法律学习经历，其中有经商背景的人数占32.5%，同时，不论填表人有无经商背景，其亲友、近亲中都有向自然人借贷后转贷的情况发生。在261份问卷中，知道向自然人借贷后有转贷行为的人数占比达到了65.57%，93.44%的填表者认为法律或道德允许该行为的发生，仅有44.26%的填表者明确表示自己的亲友无此类行为，而对于近亲，这一数字则达到了50.19%。在“请描述具体情况”的作答中，有填表者写到“好多年前经济条件跟不上，家里人想做买卖钱不够，我就跟我的邻居借钱给他用”。调查显示，持该种想法的受访者数量不少。由此可见，自然人转贷的现象在生活中并不罕见，而且受访者整体对自然人转贷行为态度比较积极。与此形成鲜明对比的是，自然人间转贷关系的法律效力不甚明晰。

实证法上，我国有关自然人间转贷行为的行政法规或规章最早可以追溯到1998年7月由国务院颁布的《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》（现已失效）。该办法第5条第1款规定：“未经中国人民银行依法批准，任何单位和个人不得擅自设立金融机构或者擅自从事金融业务活动。”2002年由中国人民银行发布的《关于取缔地下钱庄及打击高利贷行为的通知》（现已失效）第2条写道：“民间个人借贷中，出借人的资金必须是属于其合法收入的自由货币资金，禁止吸收他人资金转手放款。”该内容在2018年中国银行保险监督管理委员会、公安部、国家市场监督管理总局、中国人民银行发布的《关于规范民间借贷行为维护经济金融秩序有关事项的通知》第4条“民间借贷中，出借人的资金必须是其合法收入的自有资金，禁止吸收或变相吸收他人资金用于借贷”的叙述中再次得到了确认。可见，在行政法规层面，此种转贷行为的合法性遭到了一贯否认。

但在法律和司法解释领域，自然人转贷行为的合法性则似是而非。在

1999年发布的《合同法》对于合同无效的情形进行了规定之后，2015年发布的《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》中又采用封闭列举的方式对转贷行为中的无效情形作出了规定，但其中并未提及本专题所要讨论的向特定自然人借款后的转贷行为。2019年《全国法院民商事审判工作会议纪要》则明确指出，民间借贷中的资金必须是自有资金，因此所有转贷行为或都将面临被宣告无效的风险。但2020年《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14条第1项、第2项规定，“具有下列情形之一的，人民法院应当认定民间借贷合同无效：（一）套取金融机构贷款转贷的；（二）以向其他营利法人借贷、向本单位职工集资，或者以向公众非法吸收存款等方式取得的资金转贷的”，该司法解释虽使用“等”字表示不完全列举，但仍然未将向特定自然人借款后转贷行为明确纳入法定无效情形之一，将该行为的效力也因此再一次变得不确定。即使同年12月有《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》的最新修订，上述第14条也仅是发生了转移至第13条这一顺序变化，该行为的效力依然处于不确定的状态。

观念和法律的冲突显而易见，有必要就该问题进行讨论和研究。

笔者在北大法宝数据库中通过设置民间借贷、转贷、自然人三个关键词，得到了从2019年10月至2022年12月的4485件民间借贷纠纷并识别出142个相关案件。必须承认，考虑到自然人间转贷现象的普遍性，这个数字远小于笔者的预期。本专题的第二部分探讨法院对于自然人转贷问题整体认定的态度，并试图解释案件数量稀少之成因。在第三部分，笔者以类案和个案分析为线索探究了当今司法实践中对自然人间转贷案件的判决方法和逻辑。最后，第四部分对自然人转贷的行为进行了说理并提出了意见。

二、法院对该自然人转贷问题的处理态度

纠纷的数量应当与现实生活中这种现象存在的广泛程度成正比，而在本

专题检索的横跨4年共4485件民间借贷纠纷中,只得到了67件自然人转贷纠纷,占比为1.48%,显著低于其他学者调查显示的民间借贷中自然人转贷的3.91%比例^①。

为了解决这个问题,本部分研究分析了法院对于自然人转贷问题整体认定的态度并最终识别了两种倾向。第一,如果自然人转贷问题并非案件的主要矛盾,那么法院可能直接忽略该部分事实;第二,即使法院对该问题进行处理,也往往将其纳入其他更明确的范畴(如职业放贷人)内来展开论证和判决。这两种倾向能够较好地解释有关案件数量稀少的现象。笔者认为,从更深层次的原因来看,这些倾向可能是因为法院当下对于自然人转贷问题的处理仍不甚明晰,不能保证准确得当地处理这一问题,最终出现了判决中“转移话题”或“避重就轻”的现象。

(一) 法院不对自然人转贷进行处理或认定

一个很难被证实,但可以通过数据分析得到的结果是:当自然人转贷并非民间借贷纠纷中的主要矛盾时,法院倾向于对该问题沉默以对。这种沉默有两种表现方式:第一,直接在判决的事实部分忽略这种情况。当这种情况发生时,不能通过研读分析判决书进行事后确认。第二,在判决的事实部分提到存在自然人转贷的情况,但在“本院认为”,也即说理部分却对此部分事实只字不提,也未如下文所述将该问题转到其他法律概念下进行处理。

(二) 法院将自然人转贷归入更清晰、更易解决的问题范畴

因为关于向自然人借款后转贷行为问题的法律规制并不完善,且该类型案件通常除自然人转贷外,同时具有向金融机构借款后转贷、职业放贷人、高利贷等特征,法院在进行判决时会避开这种灰色地带,以其他理由对案件

① 杨汝岱、陈斌开、朱诗娥:《基于社会网络视角的农户民间借贷需求行为研究》,载《经济研究》2011年第11期。该论文中的调查研究指出,在所调查的农户的民间借贷款中,有3.91%的资金流向“转借他人”。

进行判决。

1. 案件同时涉及向金融机构借贷和自然人转贷时，直接依据金融机构转贷相关规定统一判定为无效

根据2020年《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13条第1项的规定，只要是套取金融机构贷款转贷的民间借贷合同一律无效，即使不是为谋取高额利息，转贷合同也无效。在民间借贷中，通常要求出借人的资金必须是自有资金，从金融机构套取资金，不按银行借款合同约定的用途使用，会严重扰乱金融市场秩序。

从是否营利的角度来看，民间借贷可分为两种，即不以营利为目的的无息或低息借贷行为和涉及营利目的的借贷行为。将主体细化到自然人，第一类的借贷行为通常都存在于亲友或其他熟人之间。

通过对于向自然人借款后转贷与向金融机构借款后转贷混合的案件的总结，因为其金融机构转贷在本质上已经违反了2020年《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13条，涉案合同本身存在违法性，即使部分资金来源于自然人借款后转贷，法院一般不再做单独的讨论，法院通常以“金融机构转贷”为依据直接判处无效。

在“吴某某、潘某某民间借贷纠纷一审民事判决书”中，原告吴某某与被告潘某某系朋友关系，被告自2020年5月11日起至2021年10月26日止，共分16笔向原告借款，借款总金额为192万元。原告向被告出借的资金来源为：原告的积蓄、向亲戚借款、向金融机构贷款及向他人借款。法院最终认为，根据《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13条第1项“具有下列情形之一的，人民法院应当认定民间借贷合同无效：（一）套取金融机构贷款转贷的”的规定，原告与被告之间的民间借贷合同无效。^①

在“符某某、秦某某民间借贷纠纷民事二审案”中，法院认为在民间借贷中，出借人的资金必须是自有资金。出借人套取金融机构信贷资金或者是通过向其他人借款又高利转贷给借款人的民间借贷行为，既增加了融资成

① 云南省隆阳区人民法院（2022）云0502民初1411号民事判决书。

本，又扰乱了金融秩序，均为法律所禁止，该类民间借贷合同应属无效。本案中，符某某通过向银行贷款取得的20万元以及其自述通过向亲友借款40万元出借给秦某某的款项，该借贷行为均属无效。^①

除以上两个典型案例外，还有许多案件法院并未对自然人转贷的问题做出回应，反而是笼统草率地直接以金融机构借贷为由统一判无效，在没有明确立法规制的情况下，如何处理案件同时涉及向金融机构借贷和向自然人借贷，是值得考虑的问题。

虽有法院直接判处无效，但也有其他法院判处金融转贷无效而对于自然人转贷选择不作判决回应。在“曾某一、曾某民间借贷纠纷民事二审案”中，法院表示在聊天记录中提到，转贷人不仅向金融机构借了款，还向同事借了款。但法院仅认定对金融机构的转贷无效，对于其他转贷行为却并未进行认定，而直接忽略，默示有效^②。当然，也有部分法院会对二者加以细分，笔者将在下文中做进一步分析。

2. 当涉案转贷人是职业放贷人时，直接依据职业放贷人条款判定无效

大量民间借贷纠纷案件都笼罩在职业放贷人的阴影中。《全国法院民商事审判工作会议纪要》认为，“同一出借人在一定期间内多次反复从事有偿民间借贷行为的，一般可以认定是职业放贷人”。在笔者所收集研究的案例样本中，很多职业放贷人通过向自然人借款筹集资金进行转贷，在这种情况下，法院直接依据职业放贷人条款判定转贷行为无效，在某种意义上，是对自然人转贷问题的忽视。

在“马某某、张某某民间借贷纠纷一审民事判决书”中提到有两人借款给转贷人马某某，但法院没有对“特定自然人”问题做出评判。可见，本案属于典型的向自然人借款后转贷问题，但法院并未对此作出裁决，而是适用“职业放贷人”条款对问题作出了判决。^③

① 四川省成都市中级人民法院（2022）川01民终1641号民事判决书。

② 广东省韶关市中级人民法院（2022）粤02民终1226号民事判决书。

③ 江苏省江阴市人民法院（2022）苏0281民初4033号民事判决书。

在“胡某某、付某民间借贷纠纷民事一审案”中，原告胡某某作为自然人，并未取得发放贷款的资质，但其利用唐某某、朱某、陈某某等人提供的资金，向马某某、程某某、严某某等人多次出借款项，并收取高额利息或费用，其出借行为具有经常性、反复性、营利性，出借资金总量大。在出借资金过程中，其制作的借款合同高度程式化。原告胡某某称，其开办××（苏州）企业信息服务有限公司从事企业资金服务，进行资金拆借，印证其系面向社会不特定对象出借。因此，根据《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13条，“案涉民间借贷合同应认定为无效”。本案着重探讨职业放贷人的判定，而未对其他案外人提供的资金作出任何评判。^①

在“谢某某、吴某某等民间借贷纠纷一案”中，法院认为，根据《全国法院民商事审判工作会议纪要》第53条精神，未依法取得放贷资格的以民间借贷为业的法人，以及以民间借贷为业的非法人组织或者自然人从事的民间借贷行为，应当依法认定为无效。盱眙县人民法院（2020）苏0830民初1308号民事判决书，以及淮安市中级人民法院（2020）苏08民终3055号民事判决书已认定原告谢某某为职业放贷人，故原告谢某某与被告吴某某的民间借贷关系应依法认定为无效。^②由于涉案人在多起案件中被判定为职业放贷人，因此法院对本案不作甄别，直接以职业放贷人条款为依据进行判断，对自然人转贷不予讨论。

在收集的样本案例中，直接以职业放贷人条款为依据进行判断，对自然人转贷不予讨论的案例占比相当高。这固然是因为职业放贷人的参与是对合同效力的一票否决。但笔者不禁设想，如果自然人间转贷的效力有更清楚的裁判和区分标准，这些判决的说理是否可能更精细，结论是否可能更合理一分呢？

① 江苏省苏州市吴江区人民法院（原江苏省吴江市人民法院）（2022）苏0509民初869号民事判决书。

② 江苏省盱眙县人民法院（2021）苏0830民初5300号民事判决书。

比如，在“杨某、刘某某等民间借贷纠纷民事二审案”中，“杨某在此期间多次反复有偿大额借贷的对象为特定的刘某某、张某某，即使杨某与案外人存在经济往来，也不能确认杨某为职业放贷人，结合绵阳地区属于民间借贷比较活跃的地方，根据《全国法院民商事审判工作会议纪要》第53条规定杨某不符合职业放贷人要件，故原判以杨某为职业放贷人确定借款协议无效属适用法律不当，本院依法予以纠正。”^①本案中，法院在一审中就直接适用职业放贷人条款，将与案外人的经济往来认定为职业放贷人的筹集款项的行为，而完全没有进行是否属于自然人转贷的考量，造成的法律错误在终审时才得以纠正。不过，能通过审判纠错程序得到纠正的永远是少数案件。对于这种问题，应当从源头上解决问题。

3. 当案件约定利息明显不合理时，直接以非法放贷为由认定合同无效

如何处置民间借贷超高利息，是一个不仅涉及当事人利益，更关乎宏观经济运行秩序的重要问题。近年来，有不法之徒借“套路贷”等形式骗取借款人的财产，更有个别官员以高息民间借贷方式收受贿赂。民间借贷超高利息问题引起了法院高度重视。当案件约定利息明显不合理时，法院更倾向于直接以非法放贷认定借贷合同无效，在此种情况下同样容易“一刀切”地忽略自然人转贷问题。

在“文某某、林某某等民间借贷纠纷民事二审案”中，法院以转贷人收取极高利息且很可能从中获利，认定其为高利贷，在认定为高利放贷之后，对于其本身的资金来源不再做追查。^②在“崔某与某文化发展有限公司民间借贷纠纷一审案”中，虽然转贷行为得到了当事人自认，但是法院认为争议点为“是否构成高利转贷”时，因此当事人关于转贷的证言依据并未出现在判决内。^③

同时，在高利贷与高利转贷中可能涉及民刑衔接的问题，因为案件涉及

① 四川省绵阳市中级人民法院（2021）川07民终2593号民事判决书。

② 广东省广州市中级人民法院（2021）粤01民终27334号民事判决书。

③ 北京市通州区人民法院（2021）京0112民初8641号民事判决书。

程序更为复杂，法院对原本就难以应对的自然人转贷问题的优先性更难以考虑，因此法院更倾向于将其“秘而不宣”，直接解决其他更为明显、直接的争议焦点。

三、正面回应案件中的关注点

《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13条第1项、第2项规定，“具有下列情形之一的，人民法院应当认定民间借贷合同无效：（一）套取金融机构贷款转贷的；（二）以向其他营利法人借贷、向本单位职工集资，或者以向公众非法吸收存款等方式取得的资金转贷的”。大多数法院都将向特定自然人借款后的转贷行为笼统归于这两项规定之下，直接认定案涉借款合同无效。即使是认为该转贷行为不属于《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》所规定的无效情形的法院，也大多仅以“于法无悖”“无法定无效事由”等字眼，不加说理地直接认定合同有效。

幸运的是，仍有部分法院正面回应该问题。通过对此类判决的仔细研究比较，笔者发现，法院在审理向特定自然人借款后转贷问题时，争议焦点主要有“特定自然人”与“公众”之分、何为“转贷”、合同无效后的财产该如何返还。笔者还发现，判决时间与法院的判决结果存在显著关联性，这体现出近两年法院内部对于该问题的理解和态度可能发生了统一的变化。

（一）如何区分“特定自然人”与“公众”

如前所述，无论是《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》还是以往版本的司法解释，均规定吸收“公众存款”后转贷行为无效，而刻意或无意地略过了向“特定自然人”借款后转贷行为的效力。与此相对应的是，我国一直态度鲜明地禁止套取金融机构贷款转贷他人的行为。国家禁止套取金融机构贷款转贷是为了防止金融秩序的稳定被破坏，因

为金融机构有着完全向社会开放的公开性，是“公众”生存和交易的保障与基石。

套用这一逻辑，当自然人之间的转贷所波及的范围、影响的人数达到一定程度时，也有可能扰乱当地金融秩序。当影响够大，足够造成恶劣影响时，自然人转贷行为的无效也似乎理所当然。“公众”和“特定自然人”究竟该如何区分，这一点在民法相关的法律法规中都是空白的，因此有不少法院均在判决中无视该问题，径行给出判决。更可惜的是，即使那些愿意去区分“公众”与“特定自然人”的法院，其区分方法和标准又可谓迥异。下文将分类讨论在区分“公众”和“特定自然人”的判决中，法院的判断方法与标准。

1. 借鉴刑法中的吸收公众存款概念

在涉及自然人之间转贷的案件中，部分法院将刑法吸收公众存款中如何认定“公众”的标准吸收到民事判决中，将其作为判定资金来源是“公众”还是“特定自然人”的重要标准，下文将举出具有代表性的个案。

在“曹某、田某某民间借贷纠纷案”^①中，原审被告田某某诉称曹某所出借的资金是以公众非法吸收存款等方式取得的。对此，曹某辩称其出借给田某某、钱某某的资金绝不是通过向公众非法吸收存款的方式取得……首先，曹某的借款对象为五人，与公众在数量上存在差别。其次，公众必须具备广泛性、不特定性，本案曹某的借款对象仅为五人，不仅不广泛，而且很特定。法院经审理后也指出：“曹某向李某一、李某二、李某三、周某某、张某某五人借款后再出借给田某某、钱某某的行为与非法吸收公众存款在外在表现形式和本质上均不相同，该行为不宜认定为非法吸收公众存款，本案借贷行为合法有效。”

我国现行民法中实际上并没有“非法吸收公众存款”这一概念，但法院却仍指出当事人行为与非法吸收公众存款“就外在表现形式和本质上均不相同”，可没有判断标准又何谈是否相同；当事人曹某辩称非法吸收公众存款

① 河南省洛阳市中级人民法院（2021）豫03民终225号民事判决书。

需要有“人数多、广泛性和不特定性”的特征，可这几个特征在民法中并无明文规定。可见他们的说理辩论并非局限于民法领域，而是参考了刑法中的有关概念。

在法院缺乏更加明确的判罚依据的前提下，适用与刑事规定类似的思维来解决问题存在一定的合理性。《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》中的“非法吸收公众存款”在字面上与我国2010年颁布的《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第1条规定：“违反国家金融管理法律规定，向社会公众（包括单位和个人）吸收资金的行为，同时具备下列四个条件的，除刑法另有规定的以外，应当认定为刑法第一百七十六条规定的‘非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款’……”的规定别无二致。司法解释中的四个条件是非法性、公开性、承诺高利性以及对象不特定性，可见“公众”被与不特定对象以及“公开性”联系在一起，曹某在其说理中提及的“人数多、广泛性和不特定性”应当就参考了该司法解释。

然则也有刑法学者认为“公众”应以“多数人”为核心，包括“不特定多数人”和“特定多数人”两种情况。这种观点认为“对象的不特定”难以说明非法集资行为的实质违法性，还应当将“符合一定人数的众多性”作为“社会性”认定的内涵。可见虽最高法对此已加以解释，但是我国刑事司法实践层面对于“公众”的认定仍然处于较为模糊的阶段，即使将刑事领域的概念引入民间借贷裁判中，无论是框定涉案人员的范围，还是限定涉案人员的人数，抑或数额标准都仍存在模糊空间，基层法院仍缺乏明确指引。

另外，若机械地适用刑事领域标准，则非法吸收公众存款的入刑门槛较高——《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第3条规定：“非法吸收或者变相吸收公众存款，具有下列情形之一的，应当依法追究刑事责任：（一）非法吸收或者变相吸收公众存款数额在100万元以上的；（二）非法吸收或者变相吸收公众存款对象150人以上的；（三）非法吸收或者变相吸收公众存款，给存款人造成直接经济损失数额在50万元以上的……”机械套用上述标准或许将使《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13条关于向公众吸收存款后转贷的借贷合同无效的规定毫无应用可能，破坏民法对于该领域公共秩序的应有保护。

2. 涉案人员有明显共同特点即被认定为特定自然人

在涉及自然人之间转贷的案件中，部分法院认为只要原始出款人间具有明显共同特征，就可被视为特定自然人，下文将举出具有代表性的个案。

“某某县某商会与程某某民间借贷纠纷二审议案”中法院指出：“资金互助会只为内部会员提供经济互助，只是把会员闲置的资金在自愿的原则下集中起来，由资金互助会统一管理，借给困难企业会员，帮助企业商户发展生产经营，并非进行营利活动，互助会所并未在分会会员之外吸收资金，也并未在商会会员以外设置机构办理借贷业务，资金互助会坚持为分会会员服务，发展分会会员经济，其吸收以及使用资金的对象均系分会内部会员，服务对象是特定的主体。”“合法的民间借贷关系受法律保护，本案中被告内部机构与原告之间形成了合法的借贷关系，债权债务关系明确，为有效合同，现原告要求被告归还借款并承担利息，被告应当向原告履行还款义务并按约定支付利息。”^①

诚然，法院的判决行文不无逻辑，但是资金互助会“会员”这一身份是否足够“特定”值得商榷。资金互助会表面上仅服务所谓“内部会员”，但是判决书全文未提及成为资金互助会“会员”的条件。对于一个不断吸纳新成员的组织，很难将其成员认定为特定的主体，因此其仍有对社会层面的一定公开性。仅从判决书中的细节来看，法院作出主体特定的认定显得些许牵强。

可见，所谓“明显的共同特征”其实没有明晰指导性法规或文件加以定义，此时法院很难准确地把握和界定，一旦适用不当，就有可能出现类似“重案轻判”或者“轻案重判”，甚至“同案异判”的问题。

3. 特殊关系对自然人转贷法院判决的影响

在“熟人社会”中，亲朋好友的联系紧密主要为了维系情感以及互相帮

① 陕西省咸阳市中级人民法院（2023）陕04民终636号民事判决书。

助，经济来往更多地呈现出继承、赠与或无息借贷等形式。在这类特殊关系中，以盈利为目的的市场因素并不是主流，考虑到民间借贷的互助性，法院在进行相关的判决时可能网开一面，下文将举出具有代表性的个案。

在“某某公司、余某某民间借贷纠纷二审案”中，法院认为：“根据本案查明的事实，余某某的出借款来源于其亲属通过银行向其银行账户的转款，出借款资金来源不存在某某公司提出的不合法问题。由于本案上诉人和原审被告均没有提供任何证据证明本案的民间借贷行为符合上述司法解释第14条规定的情形，某某公司上诉提出余某某的亲属为何将巨额款项转给余某某、这些款项余某某今后如何处理、案外人黄某某是否将收取到的借款利息给了余某某等问题，不属本案的审理范围，且上述问题并不影响本案民间借贷关系的合法性。因此，上诉人某某公司提出本案的民间借贷关系不合法的上诉主张，缺乏事实和法律依据，本院不予采纳。”^①

此案中，法院虽未明确判定亲属不算“公众”，但却指出资金来源为亲属，也指出了上诉人的主张不符合司法解释要件。这就可以表明法院对涉及亲属关系的转贷行为具有明显的维护倾向。但不得不提的是，在商品化、市场化的现代社会，亲朋好友的经济关系不再是原先的互相扶持或救助，而是呈现出多以营利为目的的买卖关系的趋势。此时，与其说交易双方是亲友关系，还不如说是市场关系，因为真正决定这种交易关系内容的是价值规律，进而表现为基于交易合同的权利义务关系。也就是说，这种亲友内部包含的经济关系具备了价格因素，即亲友关系有了“价格”。正如马克思·韦伯所说，“与所有根源于某种兄弟般或者血缘关系的尺度为前提的共同体截然相反，市场在本质上与任何兄弟关系无关”。^②因此，正如本专题前半部分所述，亲友或者亲属间的转贷行为处于一个尴尬的境地，无论是以“一刀切”的方式出台司法解释完全禁止抑或加以默许，是否为良策仍然有待观察，当

① 江西省抚州市临川区人民法院（2020）赣10民终1103号民事判决书。

② 参见〔德〕马克思·韦伯：《论经济与社会中的法律》，张乃根译，中国大百科全书出版社1998年版，第161页。

然这属于对该行为的价值判断，并不影响对“公众”与“特定自然人”的区分。

4. 小结

部分法院类比适用刑法中的“吸收公众存款”的判断标准，区分民法转贷行为中的“公众”与“特定自然人”，但这种标准过于严苛，或许将致使《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13条有关内容沦为空谈，破坏对该领域公众秩序的应有保护。从理论上讲，“公众”和“特定自然人”的区分关键在于有无明显共同特征，但法院或许难以精准合理把握相应特征；考虑到特殊关系（如亲属、战友等）对于“公众”和“特定自然人”的区分具有重大意义，在判决中考虑了“特殊关系”的法院的做法具有合理性和可操作性，法院在裁决时应当对此着重考虑。

（二）如何认定转贷行为

《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13条第1项、第2项虽然规定了民间借贷中转贷行为的无效情形，但却没有对何为转贷、如何认定转贷做出解释。依据文义解释，《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》中“转贷”一词的含义大体为将借来的钱再出借给他人。此种转贷行为看似容易辨别，但实践中仍可能出现某些特殊情况。例如，自然人之间尤其是生意人之间的资金往来十分常见，如何判断转贷人将借款用于出借，而非两笔毫无关联的借贷关系。又如，当出借人基于各种原因，需要假借一个中间人的名义进行借贷，资金也有可能从出借人流向中间人再流向借款人，也即进行“资金过桥”^①行为时，该中间人的行为与转贷又该如何区分。对于该问题，《全国法院民商事审判工作会议纪要》第52条对套取金融机构贷款转贷行为的认定做出回应：“借款人

① 狭义的“资金过桥”仅指短期资金融通，当事双方也存在借贷关系。但部分法院也使用“资金过桥”这一表述，笔者认为这种描述较为贴切、形象，顾采用之。可参见：广东省中山市中级人民法院（2021）粤01民终28716号民事判决书。

能够举证证明在签订借款合同时出借人尚欠银行贷款未还的，一般可以推定为出借人套取信贷资金，但出借人能够举反证予以推翻的除外。”但可惜的是，向自然人借款后转贷的行为如何认定仍未得到解决。如上文所述，在实践中，法院往往会略过转贷的认定问题，而即使是在对转贷作出认定的判决中，认定的方式和标准也可谓迥异。

1. 当事人自认

大量案件中转贷行为的认定倚仗当事人自认。^①《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第3条第1款规定：“在诉讼过程中，一方当事人陈述的于己不利的事实，或者对己不利的事实明确表示承认的，另一方当事人无需举证证明。”可见，倘若将向自然人借款后转贷行为认定为借贷合同的无效情形之一，是对出借人不利的事实，那么法院认可当事人自认并无不当。

问题在于，向自然人借款后转贷行为的法律效力并无明文规定，并不当然构成对自认人的不利事实。实践中，不少法院在当事人对转贷行为做出自认后，或认为此类转贷于法无悖，^②或未将此视为争议焦点，^③仍然肯定了借贷合同的有效性。在“吕某一、宋某某等民间借贷纠纷民事一审案”^④中，吕某二与吕某一为父子关系，吕某二为职业放贷人，其与宋某某达成借贷意向后，借用儿子吕某一名义向宋某某放贷。在庭审过程中，吕某一自称其在借款前曾“询问父亲是否有多的资金”，吕某二自称其给儿子的钱是“不能输掉，本金要还”的创业资金，两人的证词显示父子间达成了借贷合意，由此可被认为对转贷行为进行了自认。

① 重庆市潼南区（县）人民法院（2022）渝0152民初1786号民事判决书；陕西省西安市灞桥区人民法院（2022）陕0111民初1172号民事判决书；广东省中山市第二中级人民法院（2021）粤2072民初4911号民事判决书；贵州省桐梓县人民法院（2020）黔0322民初5350号民事判决书等。

② 辽宁省大连市沙河口区人民法院（2020）辽0204民初1445号民事判决书。

③ 北京市第三中级人民法院（2020）京03民终5495号民事判决书。

④ 江苏省无锡市锡山区（市）人民法院（2020）苏0205民初4763号民事判决书。

在本案中，相较于吕某一的转贷行为，吕某二作为职业放贷人的放贷行为对于二人更为不利，因为后者的无效是确定的，而前者的法律效力至少是有待商榷的。退一步来说，即使同样被判处无效，前者被支持的利息也有可能高于后者。可见，本案中法院合理的做法是拒绝认可当事人对转贷行为的自认，深入调查吕某一、吕某二和宋某某三人间的资金流动，对三人间的借贷关系做出公正认定后再行判决。

综上，依靠当事人自认对转贷行为做出认定在实践中发挥了重要作用。但在一些特殊情况下，自认转贷行为可能有利于自认人获得理想的判决结果，此时法院应当对借贷关系作进一步考察，不应直接认可当事人的自认。

2. 借鉴套取金融机构贷款转贷认定之规定

有少数法院类比适用《全国法院民商事审判工作会议纪要》对于套取金融机构贷款转贷的情形规定，认为在自然人转贷中，出借人只要在出借款时尚欠其他自然人借款未还的，便可推定为进行转贷行为。这两种行为本质上均是转贷，类推适用似乎符合法理。

在“广东某公司、中山某公司等民间借贷纠纷民事一审案”^①中，法院仅以“查明有多名自然人向广州某公司提供借款，而广州某公司又同时对外出借款项”便推定“广州某公司存在通过从不特定多数人处获取借款再向其他人转贷牟利的可能性”，进而要求广州某公司提供相反证据证明，否则将认定案涉出借款非自有资金。

该案的判决依据：有7名自然人曾因与广东某公司的债务纠纷向法院提起诉讼，公诉机关以广东某公司涉嫌吸收公众存款罪向法院提起诉讼并在一审中胜诉（但之后被上诉法院裁定撤销发回重审）。因此，法院有理由相信广东某公司向自然人借款后转贷行为的可能性已达到高度盖然的程度，此时举证责任倒置，要求广东某公司给出相反证据证明也是合理的。

但对于市场经济下的普通案件，自然人之间，尤其是商人之间的资金往来十分常见。一笔借款往往需要数年才能清结，在此期间个人的经济状况可

① 广东省中山市第一人民法院（2021）粤2071民初29535号民事判决书。

能发生巨大改变，因此在有欠款的情况下对外借款与转贷行为间并不具有高度盖然性。《全国法院民商事审判工作会议纪要》之所以放宽了对套取银行贷款后转贷行为的认定标准，是因为转贷行为可能会导致银行坏账率升高、产生系统性金融风险，而自然人间的转贷行为则没有此种严重危害，进行同等管控似乎缺乏合理性。因此，笔者认为，法院不应简单地效仿《全国法院民商事审判工作会议纪要》中关于套取银行贷款转贷的认定标准，但当出借人存在转贷行为的可能性达到高度盖然时，举证责任倒置要求出借人提供相反证据证明也是合理的。

3. 时间上的连续性与金额上的对应性具有重要意义

在“朱某与张某一民间借贷纠纷二审案”^①中，法院对于认定张某一转贷的说理具有一定的代表性：

张某一在收取上述款项后亦陆续分别向案外人张某二转账，其分笔转账金额与上述案外人向张某二转账金额存在对应性，其转账时间亦与上述案外人向张某二转账时间存在连续性；并有案外人张某二向张某一转账大额款项、张某一收款后将该笔款项向其他案外人转出的情况，具有放贷行为的特点。

该案的判决依据是，中间人（无论是自然人还是法人）在短时间内连续借款和出借并不符合生活常理。如果该中间人确实是以自有资金对外出借，这就无法解释他为何在出借款前不久向他人借款，因此这种行为并不属于日常经济活动。倘若借款和出借的金额又相近乃至可以对应，那么该中间人存在转贷行为的可能性就可以被认定为达到了高度盖然，在没有其他相反证据的情况下便可以认定该中间人的行为构成转贷。

根据以上案例，笔者认为，借款和出借行为在时间上的连续性与在金额上的对应性对于认定向自然人借款后转贷行为具有重要意义。但该方法并

① 北京市第二中级人民法院（2021）京02民终1890号民事判决书。

非尽善尽美，即使满足这两个要件也只能间接地证明案涉借款并非该中间人自有资金，并不能确凿地证明中间人的行为就是转贷，仍然存在一些特殊情况。例如，当中间人仅仅作为转账“中转站”，从事“资金过桥”行为时，“过桥”前后的转账行为也可能（甚至比一般转贷行为更可能）呈现时间上的连续性与金额上的对应性。因此在这种情况下，或许可以将举证责任倒置，要求转贷人证明其借款和出借款间没有关联。

4. 原始出款人是否参与借款磋商可帮助区分转贷与“资金过桥”

从理论角度出发，转贷与“资金过桥”的根本区别在于，在转贷行为中，原始出款人与转贷人间形成了借贷关系，而在“资金过桥”中双方则可能是委托、雇佣关系，并不会形成借贷关系等。因此，区分转贷与“资金过桥”行为的最佳方法是考察原始出款人与中间人间是否存在借贷关系。

在“凉山州某公司、王某某民事一审案”^①中，凉山州某公司向法庭提交了其与案外人西昌某公司间的《委托付款协议通知单》，拟向法庭证明，双方并不存在借贷关系，其只是委托西昌某公司，通过该公司账户向借款人王某某交付借款，双方间系委托关系。法院认可了该证据的真实性，最终驳回了借款人王某某关于凉山州某公司涉嫌转贷的抗辩，认定借款合同有效。

在此类案件中，原始出款人和中间人由于利益被绑定（无论是中间人还是原始出款人，肯定都希望借款人能还本付息），完全可能相互串通，向法庭提交有利于他们的证据，此种证据（如协议书等）在物理层面的真实性可能完全没有问题，但能否体现双方的真实意思表示却值得怀疑。退一步说，借款人作为局外人，无从得知原始出款人与中间人的交易细节，无论是要证明原始出款人与中间人存在借贷关系还是相反，都几乎不可能提供有效证据，无法进行有效抗辩。因此，通过考察是否存在借贷关系区分转贷与“资金过桥”虽然在学理上足够合理，但缺乏可操作性。

而在各法院对转贷和“资金过桥”的不同区分方法中，“吕某一、宋某

① 四川省西昌市人民法院（2021）川3401民初3871号民事判决书。

某等民间借贷纠纷民事一审案”^①采取的方法最具合理性和可操作性。该案中法庭根据：1. 吕某二和吕某一存在特殊关系即父子关系；2. 吕某一曾自述与借款人宋某某并不相识；3. 吕某一在收到宋某某还款后即交还给吕某二；4. 吕某二实际参与了借款和担保磋商，共四个理由认定吕某二是实际出借人。

在这四个要件中，第三点主要证明案涉钱款并非吕某一所有，第一点、第二点主要起辅助证明作用，而第四点才是证明吕某二是与宋某某借贷关系的实际出借人而非与吕某一借贷关系的借款人的关键所在。试想，当吕某二作为出借钱款的实际所有人，参与到吕某一与宋某某的借款谈判中（假设吕某一真的与宋某某进行过谈判，根据吕某一后来的自述，他可能根本不认识宋某某），则吕某二对于是否出借钱款具有决定性作用。合同的成立要件之一是合同当事人就合同的主要条款达成了合意而并非双方当事人在合同上签字，虽然吕某一在与宋某某的借款合同上签了字，但此种情况下实际与宋某某达成合意的人更可能是吕某二，这种可能性显然达到了高度盖然的程度。可见，原始出款人是否参与借款磋商可帮助区分转贷与“资金过桥”。

5. 小结

综上，当前各人民法院对于如何认定转贷，如何区分转贷与“资金过桥”行为存在许多迥异的认定方式和标准。笔者认为转贷行为的一大特征在于转贷人在收到原始出款人借款后会在短时间内将该借款转借，法院可依据该特点对转贷行为加以认定，或至少在这种情况下要求转贷人证明两笔借款间不存在关联；而在区分转贷和“资金过桥”时，法院需要注意原始出款人与转贷人可能的利益勾结，严格对双方共同提交的证据的真实性加以辨别；在本专题所称的“资金过桥”类案件中，伪装成原始出款人的实际出借人势必参与甚至主导中间人与借款人的磋商，法院可依据该特征对“资金过桥”行为加以认定。

① 江苏省无锡市锡山区（市）人民法院（2020）苏0205民初4763号民事判决书。

（三）合同无效后如何进行财产返还

《民法典》第157条对民事法律行为被宣告无效后的财产返还问题作出一般规定：“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法律另有规定的，依照其规定。”而对于因转贷而被宣告无效后的财产返还问题，无论是各版《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》还是《全国法院民商事审判工作会议纪要》，都未作出更细致的规定。在实践中，法院一般存在三种处理方法。

1. 判决借款人仅需偿还本金

少数法院在判决中使用此种处理方法。在“符某某、王某某民间借贷纠纷民事一审案”^①中，符某某与王某某就借款合同是否存在利息问题各执一词，但均未能向法庭提交决定性证据，因此法庭根据“案涉借款合同无效”以及“借款合同对支付利息约定不明确”两个原因，判定借款人王某某无须承担利息。

本案中法院的判决有一定的合理性，^②《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25条第2款规定，“自然人之间借贷对利息约定不明，出借人主张支付利息的，人民法院不予支持”，因此即使在涉案合同有效的情况下，由于双方对利息约定不明，人民法院仍然应当判定王某某无须支付利息，而在合同存在非借款人王某某导致无效事由时，王某某自然不应当承担更高的还款责任。

然而同样的处理结果在“杨某与宋某某民间借贷纠纷一审案”^③中就存在问题。本案中，双方对于利息曾有书面约定：“按总金额计息，每月4000元，从2020年5月28日开始计算”，但法院在根据转贷行为而认定借款合同中转

① 河南省舞阳县人民法院（2022）豫1121民初1360号民事判决书。

② 该判决也存有不合理性，笔者将在后文阐述。

③ 重庆市潼南区（县）人民法院（2022）渝0152民初1786号民事判决书。

贷部分无效后，同样仅要求宋某某归还该部分借款本金。

此种判决结果值得商榷。本案中，杨某与宋某某并非法律专业人士，杨某甚至在庭审中自述“文化水平较低”以至于在借条中写错了被告名字，双方在庭审过程中也未对转贷问题进行举证辩论，是法院注意到了该问题并作出判决，可见双方当事人并未意识到该行为存在什么与法相悖之处，案涉双方本是朋友关系，借款旨在相互救急，杨某在本案中也没有其他过错。双方在过错大小上不存在明显差异，理应各自承担相应责任，法院判决杨某一个人承担所有资金使用成本并不完全合理。

综上，当转贷人与借款人约定没有利息、没有约定利息或对利息约定不明或对于转贷行为存在过错的情况下，法院判决借款人仅需偿还本金合情合理。而当转贷人与借款人过错没有显著差异、借款合同曾约定利息的情况下，判决借款人仅需偿还本金至少值得商榷。

2. 判决借款人承担资金占用费

过半法院在判决中均采取此种处理方法。在笔者检索到的35个法院以转贷为由判处转贷人与借款人间借款合同无效的案例中，有19个案件法院判处借款人返还资金占用费（有些法院称之为资金使用费）及本金。判决中资金占用费具体利率较为统一，即在2019年8月19日之前应按照一年期中国人民银行贷款基准利率计算，在2019年8月20日后则应按照一年期贷款市场报价利率计算。

此种判决的依据在于，借款人实际收到并使用借款时就相当于在享用资金占用的利益，合同无效时在双方过错程度相当的情况下，借款人应返还这部分利益，或对此进行折价补偿。而贷款市场报价利率及中国人民银行贷款基准利率则是同时期商业银行的贷款指导性利率，反映了市场贷款利率的一般、合理水平，可以被认为是借款人占用借款享受利益的合理折价。可见这样的判决方法在法理上和数额上均具合理性。

3. 判决借款人承担转贷人借款成本

转贷人在出借资金前，需先向他人借取资金，这部分资金通常是存在利息的，此部分利息被称为转贷人的借款成本。而在部分法院的判决中，借款

人不但需要返还转贷人本金，还需要承担转贷人的借款成本。“朱某某、张某某等民间借贷纠纷民事二审案^①”对此种判决的逻辑作出了细致说理，其中一审法院指出，合同无效后，需要尽可能促使双方当事人的关系回归至“原始状态”，而在原始状态中，转贷人张某某是不会向他人借款的，也就自然无须承担借款成本，这些成本是张某某与借款人朱某某签订借款合同后产生的，是因朱某某实际使用了张某某向案外人贾某借的45万元、逾期偿还该45万元本息产生，因此需要由朱某某承担。在此案中，由于朱某某未能如期偿还欠款，张某某还使用自有资金向贾某偿还了部分债务，法院还要求朱某某分担张某某该部分自有资金的利息损失。

本案一审法官的说理清晰，逻辑自洽，但似乎存在一定的漏洞——根据法院描述，朱某某并不一定明知张某某向其出借的款项的资金来源是向案外人所借，并不一定明知张某某向案外人借款的具体利率，在朱某某不知情的情况下，让其承担全部借款成本似乎并不合理。所幸，二审法院在朱某某的上诉中指出：“虽然该《合同书》（张某某与朱某某的借款合同书）系无效合同，但该合同约定的内容，以及当事人间债权债务关系的实际履行情况表明，朱某某对于张某某出借款项的来源系明知的，且朱某某自愿承担相关的利息，故，张某某为出借本案借款所负担的利息等损失应由朱某某承担。”

实际上，法院的这一判决完全可以用过错原则来解释。借款人在对转贷人借款来源的不知情、知情、知道借款成本甚至是教唆转贷人向他人借款的几种情况下，其过错程度依次升高，也就理应由借款人承担更多的资金使用成本。在前文曾提到的“符某某、王某某民间借贷纠纷民事一审案”^②中，王某某就曾教唆符某某通过借网贷、向放贷人借款、向亲友借款等方法借给王某某钱，可见，此案中王某某对符某某背负外债，承担借款成本有着重大过错，理应分担部分，且法院仅要求王某某返还借款本金，符某某需要无辜承担全部外债利息。

① 江苏省徐州市中级人民法院（2021）苏03民终5293号民事判决书。

② 河南省舞阳县人民法院（2022）豫1121民初1360号民事判决书。

4. 小结

综上，当转贷合同被宣告无效后，利息问题虽无法律明文规定，但可以通过《民法典》第157条的过错原则解决，并且法院对该问题的判决较为统一、合理。当转贷合同利息约定不明或无利息约定或转贷人具有重大过错时，借款人仅需返还借款本金；当转贷人和借款人的过错程度基本相当时，一般依据借款时期不同，以借款人承担根据一年期中国人民银行贷款或一年期贷款市场报价利率计算的资金占用费为原则；当借款人有明知转贷人的借款来源，甚至存在教唆转贷人向他人借款等重大过错时，借款人需要分担部分或全部借款成本。

（四）法院判决随时间推移是否有变化

1. 法院引用《全国法院民商事审判工作会议纪要》或使用关键词“自有资金”的频率增加

在2019年11月至2020年12月所收集的20个样本案例汇总中，仅邓某某与赵某某民间借贷纠纷一审民事判决书^①、高某某与田某某等民间借贷纠纷一审民事判决书^②、杨某某与黄某民间借贷纠纷二审民事判决书^③中涉及使用关键词自有资金。仅原告魏某某与被告李某某民间借贷纠纷一案民事判决书^④涉及《全国法院民商事审判工作会议纪要》。

而随着时间的推移，法院对该问题的认知逐渐明晰，可以准确指出法律依据，使用《全国法院民商事审判工作会议纪要》或使用关键词“自有资金”的比例逐年逐月增加。以2022年6月15日至11月14日的所涉15个案例样本为例，仅柴某某、刘某某等民间借贷纠纷民事一审民事判决书^⑤未涉及准确的法律依据关键词，其余均有涉及。

① 贵州省桐梓县人民法院（2020）黔0322民初5350号民事判决书。

② 北京市中级人民法院（2019）京0114民初19110号民事判决书。

③ 四川省成都市中级人民法院（2020）川01民终14715号民事判决书。

④ 江苏省南京市江宁区人民法院（2019）苏0115民初12027号民事判决书。

⑤ 江苏省常熟市人民法院（2022）苏0581民初5497号民事判决书。

2. 法院将向自然人借款后转贷的争议焦点纳入考察比例逐渐提高

以1年为单位进行考察,在2020年内除非当事人自认转贷行为或向法院要求审查自然人借款转贷外,法院一般不做主动审查,即便当事人提出该要点,通常情况下法院以当事人无法举证等因素进行回避。在2021年内,法院面对当事人提出自然人借款后转贷该争议焦点,审查率及在判决内的提及率都增加,呈现出从消极应对到被动解决的趋势,进入2022年后,法院对这一问题的应对积极性进一步增加,表明由被动解决到主动应对的发展趋势。这一趋势表明,法院在相关法规出台后,对该争议焦点的解决是不断完善与进步的。

3. 合同是否有效、利息如何计算的判决更加细致准确

以2021年1月1日为时间节点,之后作出的判决中,法院的口吻大多是“法院依据:1.案涉借款合同无效;2.利息约定不明,依司法解释不支持支付利息。基于以上两个理由,判定被告某某无须支付利息。”^①对于合同效力的认定不做“一刀切”,而是具体分析,同时对于利息的计算也呈现出分类计算、精准计算的特点,这与2021年1月1日之前的判决呈现出的粗糙、笼统的特点形成对比。可以发现法院判决的依据逐渐丰富、裁判内容更加翔实、公式化的判决逐渐减少而个案的单独分析增加。这表明法院对解决向自然人借款后转贷行为问题的细致性、准确程度不断提升,把握能力不断增强。

4. 如果出借资金时部分资金非自有,判决全部有效的比例降低,判决部分无效的比例增加

以常理判断,法院判决全部有效显然是不合理的,需要分类讨论,但因为受法律依据有限且不明晰及争议点新颖可参考示例不多的影响,部分法院曾作出过借贷全部有效的判决。例如,曾某、刘某某民间借贷纠纷二审民事判决书^②,赵某某、赵某某等民间借贷纠纷民事一审民事判决书^③,王某某、杨

① 河南省舞阳县人民法院(2022)豫1121民初1360号民事判决书。

② 广东省深圳市中级人民法院(2019)粤03民终21067号民事判决书。

③ 贵州省贵阳市中级人民法院(2021)黔0103民初5484号民事判决书。

某某等民间借贷纠纷民事一审民事判决书^①等。不过随着时间的推移，法院对于自有资金抑或自然人借款转贷的认定更加准确。

5. 小结

综上，法院的判决随着时间的推移呈现出的特点为：法院引用《全国法院民商事审判工作会议纪要》或使用关键词“自有资金”的频率增加，对于向自然人借款后转贷该争议焦点纳入考察比例逐渐提高，合同是否有效、利息如何计算的判决更加细致准确，如果出借资金时部分非自有，法院判决全部有效的比例降低，判处部分无效的比例增加。

发生这种变化的原因可能是法院对自然人转贷问题的理解不断深化，逐渐掌握了处理心得。这也从侧面证明司法理念变化的脉络越发清晰，在自然人借款后转贷该争议焦点有望告别“和稀泥”的处理方法。司法裁判越来越注重对社会规则的示范引领作用，准确地理解并适用了《全国法院民商事审判工作会议纪要》。

（五）结论

通过对2019年至2022年相关判例的研究发现，法院开始重视向特定自然人借款后转贷问题，作出的判决大体上呈现“百花齐放”的特征，认定标准、方式和判决结果均未达成统一，笔者通过考察和比较各法院的判决说理，认为“原始出款人的共同特征”“原始出款人间的特殊关系”“转贷人收取借款和向外出借款项”“转贷人借款和出借行为在时间上的连续性与金额上的对应性”“原始出款人是否参与转贷措施”五大要件对于区分向特定自然人借款后转贷问题和其他转贷行为或资金流通行为具有重要意义；过错原则可有效解决转贷合同被认定无效后的财产返还问题；近年来，《全国法院民商事审判工作会议纪要》对法院判定该问题的影响日益增强，未来判决将逐步趋同。

① 湖南省永州市冷水滩区人民法院（2021）湘1103民初7274号民事判决书。

四、现行转贷相关法律之再思考

（一）自然人间转贷与近似行为之区分

不可否认，自然人转贷的过程与许多非法行为，乃至刑事犯罪行为存在一定重合。在某些极端情况下，自然人间转贷的行为可以转变为这些行为。下文旨在讨论在何种情况下自然人间转贷行为与这些行为具有完全不同的外延和内涵，最终限缩自然人间转贷行为的范围。在排除不法因素的前提下，为下一部分讨论自然人间转贷行为的合理性做铺垫。

1. 自然人间转贷与吸收公众存款

吸收公众存款有两种情况，非法吸收公众存款和变相吸收公众存款。根据国务院1998年7月13日发布的《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》（现已失效）第4条的规定，非法吸收公众存款是指未经中国人民银行批准，向社会不特定对象吸收资金，出具凭证，承诺在一定期限内还本付息的活动；变相吸收公众存款则是指未经中国人民银行批准，不以吸收公众存款的名义，向社会不特定对象吸收资金，但承诺履行的义务与吸收公众存款性质相同的活动。

二者的共同之处在于，都是通过一定形式的宣传，公开向社会不特定公众吸收存款。区别则在于前者对外直接采取了吸收存款的名义，后者则不以吸收存款的名义，而是以其他名义变相吸收资金^①。由于本专题所讨论的自然人间转贷行为并未面向不特定对象，因此与上述两种吸收公众存款的行为界限分明。即使转贷向多人借款，只要此处的多人并不属于不特定的社会对象（如向家中数位亲人和朋友借款），就不会构成吸收公众存款。

2. 自然人间转贷与“高利贷”“高利转贷”

高利是指“特别高的利息或利润”，高利贷则指“索取特别高的利息的

① 刘鑫：《论民间融资的刑法规制》，华东政法大学2012年博士学位论文。

贷款”^①。厘清高利贷和高利转贷的关键因素在于确定多高的利息才算“特别高”。在目前的民商法体系下，根据《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25条，高于LPR四倍利率的利息被认为是高利贷，法院不会支持超出该部分的利息主张。需要注意的是，在超出“数额巨大”的界限以后^②，高利贷还违反了《刑法》第225条的规定，构成非法经营罪。

至于高利转贷，特指《刑法》第175条所确定的罪名，是以转贷牟利为目的，套取金融机构信贷资金再高利转贷给他人，违法所得数额较大的行为。在民间融资利率普遍较高的情况下，有些企业和个人利用金融机构业务交叉广泛、对信贷资金的管理措施不力、制度不够健全等漏洞，通过多头开户、多头贷款的方式，长期占有金融机构大量贷款，然后转手以高于银行利率投入民间融资市场，从中赚取息差。将银行贷款用于转借给他人的行为，明显违反了借款人与银行间关于资金特定用途的约定，构成违约。此外，由于最终用款人的还贷能力未经严格审查，经常导致银行资金到期无法返还，严重影响了金融机构的资金安全，直接影响金融安全。因此高利转贷被《刑法》直接规制。

对于本专题所要讨论的自然人转贷问题，转贷人是否可以从其中赚取一定的利益，一定是争议最大的话题。由于该问题涉及范围广且错综复杂，笔者无意在本专题中讨论。不过，当转贷人并未从中获取利益时，可继续讨论自然人转贷的正当性并得出结论。基于此，下文中继续探讨时将忽略对转贷人是否牟利的“价值判断”。

3. 自然人间转贷与职业放贷人

根据《全国法院民商事审判工作会议纪要》第53条，未依法取得放贷资格的以民间借贷为业的法人，以及以民间借贷为业的非法人组织或者自然人从事的民间借贷行为，应当依法认定无效。同一出借人在一定期间内多次反复从事有偿民间借贷行为的，一般可以认定为职业放贷人。在实践中，法

① 中国社科院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》（第7版），商务印书馆2017年版，第432页。

② 湖北省武汉市中级人民法院（2020）鄂01民再135号民事判决书。

院往往还会参考本院的确定职业放贷人清单和当事人在本院的诉讼记录来辅助判断。^①将职业放贷人和自然人转贷进行比较,存在两处(可能的)不同:第一,是否以发放贷款为业;第二,资金来源是否为他人。在职业放贷人的资金部分来源于向他人借款的情况下,职业放贷人和自然人间的转贷可能会出现竞合,此时法院通常以职业放贷人条款认定借贷合同无效。

4. 小结

由于自然人放贷描述的只是一个借款的链条,如果添加不同的条件,比如,转贷人向多个不特定社会人借款,转贷人在其中收取高额利益、以放贷为业等,那么自然人间的转贷便相应地转换为吸收公众存款、高利转贷和职业放贷人。如前所述,我国法院在司法实践中通常也会以这些理由吸收转贷行为,并判决借款合同无效,由此看来法院的做法也不无道理。下文将在排除这些非法因素的情况下论证普通自然人转贷的正当性因素。

(二) 自然人间转贷是否合理

正如黑格尔所言,凡合乎理性的东西都是现实的,凡现实的东西都是合乎理性的。^②自然人间转贷现象在日常生活中并不罕见,它的繁荣正是它合乎理性的最佳佐证。下文从三个角度分析该现象的合理性。

1. 宏观经济角度

众多著作都关注我国民间借贷蓬勃发展的原因,^③归纳起来主要有以下

① 山东省滨州地区(市)中级人民法院(2019)鲁16民终2654号民事判决书;宁夏回族自治区彭阳县人民法院(2022)宁0425民初391号民事判决书;湖南省安乡县人民法院(2022)湘0721民初1479号民事判决书。

② 黑格尔:《小逻辑》,商务印书馆1959年版,第55页。

③ 杜万华、韩延斌、张颖新:《建立和完善我国民间借贷法律规制的报告》,载《人民司法》2012年第9期;肖杰:《应理性认识民间借贷》,载《河北金融》2012年第3期;张书清:《民间借贷的制度性压制及其解决途径》,载《法学》2008年第9期;席月民:《我国当前民间借贷的特点、问题及其法律对策》,载《政法论丛》2012年第3期。细心的读者或许能注意到,这些论述的时间都颇为久远,而且全都出现在《民间借贷司法解释》前。由此很容易对这些论证的时效性心存怀疑。不过,只要这些问题在当今的金融制度中仍然存在,这些论述的存在就具有重要意义。

两点：

第一，投资渠道相对狭窄。由于我国股市期货低迷、楼市调控再度放开，民间资金在持续积累之后，需要合理的流向和释放。时常出现的利率倒挂现象导致大量民间资金无意进入储蓄市场^①。资本的唯一使命就是增值牟利，资本的强烈逐利欲望和市场供应的有力推动是民间借贷发展的原始动力。供求关系决定了需要民间借贷来补充正规金融。

第二，需求难以满足。我国的金融信用体系还不够健全，中小企业和个人由于在抵押担保、资信条件等方面存在天然劣势，通过银行融资变得困难重重。因此，平等民事主体间相互提供资金的民间借贷对疏通资金的流动便尤其重要。此处特别需要单独讨论一下农村居民。从物权的角度来讲，在现有农村残缺产权制度体系安排下，农村的主要生产要素（土地）和主要财产（住房）都无法作为抵押品进入市场，使得农村居民相较于城市居民更难获得资金展开活动。因此，从宏观的角度来看，自然人借贷作为民间借贷的重要部分^②，其存在是有必然性的。

2. 微观交易角度

笔者认为，通过引入“熟人关系”这一信用要素，自然人转贷风险在一定程度上是可控的。在自然人间的转贷关系中，很难想象原始出款人和转贷人之间，转贷人和借款人之间完全不存在任何社会关系。以“熟人关系”作为交易及契约执行的基础，能够凭借各种人缘、地缘关系更有效地收集参与者的“软信息”，具有独特的信息优势。这种信息优势正是其广泛存在的根本原因。

转贷人实际上对借款人的信誉进行了“担保”。不管第一手出借人是否知晓这种借款关系的存在，如果最后借款人未能支付欠款，那么转贷人都向借款人承担归还借款的责任。如果借贷链条不断拉长，且后来的参与者知情/不知情，那么每一个参与其中的转贷人本质上都在知情地/不知情地为链条

① 聂国春：《平衡风险与收益存款要货比三家》，载《中国消费者报》2022年7月18日。

② 聂国春：《平衡风险与收益存款要货比三家》，载《中国消费者报》2022年7月18日。

上所有在他之前的借款人担保。他本人债权的实现难易程度取决于前面每一个人的债权是否实现、在债权未实现时是否愿意承担替代还款的责任。这并非深奥的法律逻辑，而是基于生活实践和经验的自然推演。

数据也证明这种基于“熟人社会”的评估关系的可靠性。以浙江某商业银行的小额贷款为例，该小额贷款的发放在由熟悉当地情况的产品经理凭借亲朋好友、老师同学、客户熟人等关系，从侧面对小企业主的家庭历史、道德品质、经营状况等信息深入了解后，向四万余家小企业发放了超过800亿元的贷款，不良贷款率仅为0.7%（2022年最后一季度我国商业银行不良贷款率为1.63%）。在对贷款的监督过程中，自然人转贷的本源性信息优势将有利于出借人及时把握贷款按时足额归还的可能性^①。

但是，反对的观点可能会认为仍需考虑转贷人资金不足的问题。如果转贷人本身有满足转贷人资金需求的资力，大可以直接出借。转贷人向原始出款人借款的行为，本身就说明了他归还欠款的能力不足，这样一来，债权违约的风险随之增加。这种考虑不无道理。但是笔者认为，倘若从另一个角度对这个问题进行观察，自然人转贷关系只会发生在熟人之间，在转贷人自身现有资金不足的情况下，其仍然愿意为转贷人向原始出款人以自己还款作为“担保”进行借款，这或许更能说明转贷人信用的可靠。

必须要承认，自然人转贷行为确实存在法律风险。但是，社会生活本就是充满风险。世界上没有任何一桩法律关系是绝对安全的。法律，尤其是强制性法律规范的作用在于杜绝不可接受的风险，限制可能恶化的风险，以最终保护个体和公众利益。

3. 比较法角度

“他山之石，可以攻玉。”除从本国情况的金融和法律视角出发外，比较

^① 张建华等：《中国农村多层次信贷市场问题研究》，经济管理出版社2009年版，第141—142页。虽然这个调查主题是民间借贷，但鉴于自然人转贷属于民间借贷的一种，且二者在“熟人社会”下的信用担保的特征上一致，因此这个调查的结果应当适用于自然人转贷。

法也支持自然人转贷行为之效力。这并不是说在比较法上,各个法域都对自然人之间的转贷作出了明确的规定。恰恰相反,金融市场和法律规范较为发达完善的国家(如美国、英国、德国、日本、新加坡等)都没有对自然人的转贷作出明确规定^①。换言之,在这些国家和地区,自然人之间的转贷都落入了法无禁止即自由的领域,只要不跨越红线,这种行为就是有效的。

由此可见,排除非法因素影响后的自然人间转贷在实践中有其合理性,依据法理应先视为有效。下文将进行实证法上的分析,试探讨我国现行法律下自然人间转贷的效力。

(三) 实证法上的理论分析

从实证法的角度,既能找到支持自然人间转贷效力的依据,也能找到反对者。从根本上说,自然人间转贷的正当性,源自《宪法》中的财产权,其目的在于给公权力设定合理的界限,明确公民个人自主管理的范围,防止公权力任意侵入^②。由此出发,《民法典》在第3条、第5条、第224条、第465条继续承认、明确、保护了公民对其私人财产的权利:在法律未禁止的范围内自由处分。

在自然人转贷的情形中,存在两个单独的法律关系。第一,原始出款人和转贷人(第一手债务人/第二手债权人)间。二者间存在一个借款合同。视原始出借人对后续钱款的出借是否知情,该借款合同的细节可能不同。但不管内容如何,根据合同的相对性原理,该合同的效力不应当波及转贷人。第二,转贷人和借款人。该二者的合同效力也不应当波及原始出借人。对这两个法律关系而言,只要意思表示真实,似乎均为有效。

① 笔者对这些国家的司法案例和论文进行了详细的检索,没有找到任何相关数据或研究。在请教了多位拥有这些国家法律背景的专业人士后,确认这些国家不存在此等法律规范。

② 李龙、刘连泰:《宪法财产权与民法财产权的分工与协同》,载《法商研究》2003年第6期;完琨:《论公民财产权的宪法保障——兼论我国宪法第十二、十三条》,载《山西大学学报(哲学社会科学版)》2002年第3期。

不过，在看似支持自然人间转贷的论述中，也孕育着反对该论点的论述。

首先，关于合同相对性的论述。有利于第三人的合同是可以突破相对性原则性质的。在自然人转贷的情形中，法院并不拥有主动审查民间借贷合同合法性的权力和能力。对于大多数案件，借款人由于无法偿还欠款，而被转贷人起诉到法院。在认定转贷行为无效的判决中，借款人的还款责任被大幅减轻，实际上是有利于借款人的。此种第一债务人与转贷人借款合同对转贷人与借款人合同效力的影响或许并不违背合同相对性原则。

其次，以上所有分析，都必须在“合法”的框架下进行。如果一民事行为僭越了其应遵守的界限，那么其效力将不被承认。在自然人转贷中，这种“非法”的可能性有二：

第一，存在明确清晰的“法”规则直接否认自然人转贷行为的效力。作为私法，民法的基本法理之一便是法无禁止即自由。因此，如果没有规则直接对自然人转贷行为做出否定性评价，其便属于有效行为。问题接踵而至，是否存在否认自然人转贷效力的法规？

关于民间借贷行为和合同效力最直接的文件是《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13条，无论如何也不能直接看出禁止自然人间以三角方式进行转贷的意思。这可能为否认自然人间转贷效力留出空间，一是第2项，二是第6项。由于第六项在本专题所讨论的问题下属于兜底条款的兜底条款，因此本专题不做分析，还是将关注点放在13条第2项上。

《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》13条第2项规定，以向其他营利法人借贷、向本单位职工集资，或者以向公众非法吸收存款等方式取得的资金转贷的，民间借贷合同无效。在本条文中，“等”字起兜底之效。笔者咨询了某地民商事审判庭法官，根据他的理解，本项实际上是从主体方面对民间借贷的效力进行了限制：不管是其他营利法人、本单位职工还是公众，实际上都是款项的来源。因此，“等”字实际上在暗示某些其他主体不能成为民间借贷资金的来源。此外，从《关于规范民间借贷行为维护经济金融秩序有关事项的通知》（以下简称《通知》）到《全

国法院民商事审判工作会议纪要》，都在强调民间借贷资金必须是“自有”的。将这两方面的分析相结合，自然人之间的转贷无效这种观点自然产生。实践中被认定无效的案子、支持无效学者观点似乎也大多是这样的论证思路^①，这不失为可行的解释方法。

然而，上述分析并非天衣无缝。前半部分关于“等”字作为伏笔的分析没有问题。“等”字作为立法中常用的兜底条款，这种功能本就是它的应有之义。重点，或者说可能的问题，还是在“自有资金”，尤其是“自有”一词的分析上。

首先对《通知》的适用进行分析。《通知》由银保监会^②等国务院部门印发，根据《立法法》第80条的规定属于部门规章。《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。而法律效力位阶低于这二者的部门规章并未被纳入上述范围内^③。因此，《民法典》似乎在立法层面上封堵了法院援引行政规章直接否定合同效力的通道。至少直接适用《通知》中关于“自有资金”的规定不太合理。不过，主流观点认为，《民法典》第153条第2款违背公序良俗与第1款违反法律、行政法规的强制性规定并非并列关系。违反法律、行政法规的强制性规定从本质上来说仅仅是违背公序良俗具体的体现。换言之，违背公序良俗的合同并非导致合同无效的个别原因，而是导致所有合同均无效的共同原因。因此，当某些民事行为不符合低于法律和行政法规位阶的法律规范时，重点需放在判断和论证合

① 刘晓春：《民间借贷适用法律的逻辑》，载《中国金融》2020年Z1期。

② 2023年3月，根据《党和国家机构改革方案》，在中国银行保险监督管理委员会基础上组建国家金融监督管理总局，不再保留中国银行保险监督管理委员会。下文对上述机关的历史沿革情况不再说明。

③ 关于这方面的论述和案例相当多，可参见：于立深《行政规章的民事法源地位及问题》；包容霜，“违反商事部门规章强制性规定”在认定合同效力中的作用——评福建伟杰、福州天策信托纠纷案；李建伟《行政规章影响商事合同效力的司法进路》；最高人民法院（2017）最高法民终529号民事裁定书；江苏省高级人民法院（2017）苏民终66号民事裁定书。

同本身是否违背公序良俗^①。想适用《通知》，就得论证违背其要求会违背公序良俗。从笔者查找的案例来看，没有一份判决书愿意如此大费周章地增加论证义务^②。适用了《通知》的判决书都是将其作为《全国法院民商事审判工作会议纪要》中“自有资金”之规定的补充资料。因此，讨论继续回到《全国法院民商事审判工作会议纪要》的范围内。

《全国法院民商事审判工作会议纪要》第3条明确指出，纪要不是司法解释，不能作为裁判依据进行援引。但人民法院在裁判文书本院认为部分具体分析法律适用的理由时，可以根据《会议纪要》的相关规定进行说理。那么，《全国法院民商事审判工作会议纪要》对“自有资金”是如何说理的，“自有资金”的范围又在何处？《全国法院民商事审判工作会议纪要》第52条规定如下：

【高利转贷】民间借贷中，出借人的资金必须是自有资金。出借人套取金融机构信贷资金又高利转贷给借款人的民间借贷行为，既增加了融资成本，又扰乱了信贷秩序，根据《民间借贷司法解释》第14条第1项的规定，应当认定此类民间借贷行为无效。人民法院在适用该条规定时，应当注意把握以下几点：一是要审查出借人的资金来源。借款人能够举证证明在签订借款合同时出借人尚欠银行贷款未还的，一般可以推定为出借人套取信贷资金，但出借人能够举反证予以推翻的除外；二是从宽认定“高利”转贷行为的标准，只要出借人通过转贷行为牟利的，就可以认定为是“高利”转贷行为；三是对该条规定的“借款人事先知道或者应当知道的”要件，不宜把握过苛。实践中，只要出借人在签订借款合同时存在尚欠银行贷款未还事实的，一般可以认为满足了该条规定的“借款人

① 王利明：《论合同无效的判断标准》，载《法律适用》2012年第7期。

② 江苏省南京市江宁区（县）人民法院（2020）苏0115民初4148号民事判决书；广西壮族自治区柳州市城中区人民法院（2021）桂0202民初2242号民事判决书。

事先知道或者应当知道”这一要件。

以上论述中，论证思路体现在第二句话，即“出借人……的民间借贷行为，既增加了融资成本，又扰乱了信贷秩序……应当认定……无效”。因此，出借人的资金必须是“自有资金”，否则借贷行为无效的原因在于非自有资金会增加融资成本、扰乱信贷秩序。但需要注意的是，在进行这个论证时，重点一直放在银行信贷资金上。《全国法院民商事审判工作会议纪要》出台时，社会对金融安全的重视快速提高，笔者推测，该条文的目的或许是顺应时代发展，对2015年版《民间借贷司法解释》的第14条第1项套取金融机构贷款后转贷过分严苛的认定标准加以变通。

笔者认为，从目的解释的角度来看，不宜认为自然人间转贷行为受该“自有资金”条件的约束。自然人间转贷并不会增加融资成本，扰乱信贷秩序。在本专题所讨论的情形中，根本不会涉及信贷问题。而如前文所分析，自然人间转贷行为恰恰是在以一种风险可控的方式降低民间的融资成本。

从历史解释的角度来看，问题则变得比较复杂。“自有资金”一词最早出现在中国人民银行发布的《关于取缔地下钱庄及打击高利贷行为的通知》（现已失效）第2条中，具体规定为：

严格规范民间借贷行为。民间个人借贷活动必须严格遵守国家法律、行政法规的有关规定，遵循自愿互助、诚实信用的原则。民间个人借贷中，出借人的资金必须是属于其合法收入的自有货币资金，禁止吸收他人资金转手放款。民间个人借贷利率由借贷双方协商确定，但双方协商的利率不得超过中国人民银行公布的金融机构同期、同档次贷款利率（不含浮动）的4倍。超过上述标准的，应界定为高利借贷行为。

紧接着便有了《通知》第4条的规定：

民间借贷活动必须严格遵守国家法律法规的有关规定，遵循自愿互助、诚实信用的原则。民间借贷中，出借人的资金必须是其合法收入的自有资金，禁止吸收或变相吸收他人资金用于借贷。民间借贷发生纠纷，应当按照《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》（法释〔2015〕18号）处理。

在《通知》发布一年以后，《全国法院民商事审判工作会议纪要》沿用了其中“自有资金”的表述和要求。历史解释旨在通过探求立法者在制定法律时所作的价值判断及其所欲实现的目的，推知立法者的意图^①。因此，最有可能的情况是，以上两个通知相互作用，最终影响了最高人民法院对于民间借贷资金的态度。从这个角度来看，两个通知对“自有资金”的界定能较好地反映《全国法院民商事审判工作会议纪要》真正的意思和目的。在这两个通知中，都提到禁止“吸收”他人资金用于借贷。而在中国法语境下，“吸收”一词有着非常特殊的含义：它往往与前文所述的吸收公众存款紧紧联系在一起。两个通知中同样都明确指出了“自有资金”一词的含义：“自有资金”是出借人合法的收入。而从他人处所得借款在何种情况下都很难被理解为收入。因此，历史解释的结果是，“自有资金”一词排除了自然人转贷行为的效力。

因此，在《全国法院民商事审判工作会议纪要》的范围内，目的解释和历史解释得出了关于“自有资金”是否包含从他人处借得资金的截然相反的结论，让这个问题变得非常复杂，实践中法院尺度不一的判决正是这个症结的病状。

第二，虽然不存在明确的规则，但由于可以适用公序良俗条款从结果角度排除某一民事法律行为的效力。因篇幅和知识有限，笔者在此不对这个部分做过多分析。不过，笔者比较支持自然人转贷行为没有违背公序良俗的观

① 梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社1995年版，第219页。

点。公序良俗条款必须被审慎适用^①，而自然人转贷行为并未达到适用该条款的条件^②。

综上，从现行法的角度，自然人转贷行为的法律效力取决于“自有资金”一词，但“自有资金”本身含义和目的又不甚清晰，很难通过单纯的解释达到定分止争、消除矛盾的作用。要解决现有裁判手段和生活实践脱钩导致的自然人转贷行为灰色效力问题，可能需从立法上进行一定调整。

（四）结论

笔者认为，民间借贷的司法介入应以不妨害公民合理融资为边界，这不仅是经济发展的需要，也是尊重和保护宪法、民法规定的公民财产权的必然要求。鉴于目前我国法律体系下不存在明确指向自然人转贷行为效力的相关法律规范，要将此问题纳入法律之网，根据是否另外立法（或司法解释）有两种方法。第一，进一步细化《全国法院民商事审判工作会议纪要》中“自有资金”资金一词的概念，明确从特定他人处所得借款是否属于自有资金。第二，增加条款或者发布指导性案例专门对自然人转贷的合法性情况。正如前文所言，虽然自然人间转贷有其正当之处，但若任其野蛮生长，小到某一地家庭和社会的稳定，大到社会经济和金融体系的正常运转都会受到威胁。所以，不管采取哪种方法，问题的关键在于立法机关（或最高院）应当考虑进一步细化情形、要件以方便法官对该问题更好地把握。比如，转贷人是否从中牟利、牟利多少，转贷人和其余两人关系如何，借贷链条长度有无限制等。

① 易军：《民法上公序良俗条款的政治哲学思考——以私人自治的维护为中心》，载《法商研究》2005年第6期。

② 蔡唱：《公序良俗在我国的司法适用研究》，载《中国法学》2016年第6期；李岩：《公序良俗原则的司法乱象与本相——兼论公序良俗原则适用的类型化》，载《法学》2015年第11期。这两篇文章进行了较为实证的类案研究，对比引用了公序良俗否认合同效力的案件类型与自然人间转贷可得，后者远未达到直接引用公序良俗条款来否认效力的恶度。

五、结语

化用耶林所言，法律如两刃之剑，用之不得其当，则国家与个人两受其害。对国家来说，不管是一刀切，还是回避都不是引导金融、借贷市场的良方；对个人来说，由于法律的缺位，参与者的合法合理权利也不一定能免受恶者的践踏。

对于法律问题，有上策、中策、下策。上策态度明确，划分得当，各个主体都严格依法行事，然而找到其中完美的平衡点并非易事，盲目追求上策恐难解近忧；中策态度明确，不过利益取舍可能出现偏差，过度偏向效率或安全的一方，并非完美状态但尚可接受；唯有下策态度模糊暧昧，将问题抛给基层法院“自由心证”，保护不了参与者的正当权利，也难以阻止卑劣者的丑陋恶行。未来我国关于自然人转贷的法律、司法解释还需最高人民法院的进一步明确细化，为中国特色社会主义市场经济的蓬勃发展保驾护航。

专题五

保理合同的法律效力研究^①

① 案例共同整理人：高超堃、胡心怡、杨苒、高泽峰、张寒淇均为外交学院争议解决研究中心兼职研究员（北京100037）。

导 读 保理是以应收账款为基础开展的一系列金融服务，应收账款是保理合同效力的拱顶石，正确认识应收账款的性质、其与金融服务的结合形态，有助于厘清以应收账款为中心的保理合同效力要件。随着《民法典》的出台，保理合同效力认定标准在鼓励保理行业发展、打击虚假保理的价值立场下，呈现出观点逐渐统一的趋势：首先，确立“应收账款+”的一般模式作为保理合同的成立要件；其次，承认具有相对确定性的未来应收账款、票据付款请求权作为保理标的物的适格性，特约禁止转让的应收账款亦可叙作保理，仅发生内部违约追责问题；最后，虚假应收账款在不同情形下对保理合同效力有不同的影响，在应收账款债权人与债务人虚构应收账款的情况下，应收账款的无效不能对抗保理商。

关键词 保理合同 效力论 成立要件 应收账款范围 应收账款瑕疵

一、保理合同相关规范解释的价值立场

保理合同是应收账款债权人将应收账款转让给保理人，由保理人提供资金支持以及应收账款管理、催收、付款担保等服务的合同。《民法典》第761条的这种描述性定义揭示了保理业务具有融资、服务、保付等多重功能。现代保理行业兴起于20世纪初，企业获取担保或获得融资贷款的需求，区别于以代销货物为主要业务内容的传统保理业，现代保理业务主要提供融资和坏账担保服务。^①我国最早的国际保理业务产生于1987年，伴随着社会主义市场经济改革，发展极为迅猛，保理行业在我国经济发展中发挥着重要作用，其作用原理主要可以从两个方面把握：融资和坏账担保功能。

保理业务的融资功能，核心在于将期待性财产利益提前变现，为企业获得充足的流动资金，^②特别是对于难以在资本市场获得融资的中小微企业。对于这类企业，通过保理业务进行融资可谓是缓解资金压力或获取扩张资金的最优途径之一。回顾现代保理业务在美国、欧洲的发展史，保理业务的兴起和有融资需求的企业缺乏不动产等担保资源并意图寻找门槛更低的融资方案的背景有密切关联，特别是固定资产的不足亦加大了中小企业借贷难度。而保理行业能为流通领域的债权提供变现服务，无疑极大地降低了企业获取资金的成本，进而保障了中小微企业的发展，促进了实体经济的发展。并且应收账款担保融资能沟通商业信用和银行信用，引导金融业稳健发展。^③此外，保理行业的发展还能房地产行业排难解纷，开放应收账款融资的渠道，进而纾解了不动产作为融资资源供不应求的困局。此外，保理商提供的企业经营性贷款还有用途可供监管的优点，通过构建“保理+贷款”的供应链金融

① 何颖来：《〈民法典〉中有追索权保理的法律构造》，载《中州学刊》2020年第6期。

② 孙超：《应收账款融资的法律问题研究》，山东大学2021年博士学位论文。

③ 戴根有：《建立中国现代应收账款公示系统》，载《银行家》2007年第5期。

产品服务体系，^①可以满足企业的“全链条”金融服务需求，既能便利企业的融资申请，又能解决重复融资和资金用途监管的问题。

尽管长期以来国内保理商开展有追索权保理业务更多，但近年来国内保理中无追索权保理呈持续逆势增长态势，和全球保理业发展的特点也逐渐趋同。由此，保理业的坏账担保功能也得到进一步发扬。^②保理商根据核准的买方信用额度，为企业的买家信用风险提供相应额度的担保，从差价中获取收益。这种商业模式的优势在于，保理商相比于企业，具有更充分的信息，拥有较高的风险识别、评估和承担能力，也能更有效地完成账款工作，消除坏账隐患，企业通过为保理服务支出一定的服务费用，能够大幅节约应收账款的机会成本、坏账成本和管理成本。从更宏观的角度说，保理商凭借专门的保理专业技术人员和完善的业务运作机制，为广大企业提供应收账款管理服务，打消了企业进行赊销的后顾之忧，促进了商品销售，最终激发了多元分工的商事秩序的建成。此外，保理商还能对应收账款提供催收、管理服务，利用专业化的债权管理能力承担企业管理债权的成本。

本专题由此得出了适用保理相关规则的一个前提性认知：保理行业依其具有的融资、服务、保付等多重功能，分担了企业管理账目的成本，活跃了资金市场，为市场经济的发展注入了活力，在当下，立法、司法的重要任务是保障保理活动的这些社会功能得到良好发挥。具体而言，其一，需要正确认定保理合同关系，辨明保理服务与其他金融服务的界限，明确保理关系各方的权利义务关系；其二，需要保障应收账款的流动性，打破对应收账款范围的狭义认知，积极将符合条件的应收账款纳入流通市场，降低企业融资的门槛；其三，要打击不法投机活动，确保应收账款与真实的交易关系连结，

① 供应链金融有助于降低供应链上下游企业的融资成本，并提高整个供应链的竞争能力，有学者对此保理业的此项社会作用予以统计层面的论证，具体可参见江伟姚文韬：《〈物权法〉的实施与供应链金融——来自应收账款质押融资的经验证据》，载《经济研究》2016年第1期。

② 在无追索保理中，保理商直接买断应收账款而以债权人地位向债务人请求货款，故直接承担了坏账风险。但亦应承认，有追索保理中出卖人往往是资金更为紧张的一方，保理商的资金回收主要仰仗买方的资信，二者实际上都体现了不同程度的坏账担保功能。

保护保理商的合理信赖利益，维护市场交易秩序。在后文的案例研习中，本专题也将围绕这样的秩序价值追求评议所择选的案例中，裁判者是否保证了此等价值目标的实现。

在立法层面，我国《民法典》大胆创新，将保理合同纳入有名合同范畴，在《民法典》中新增保理合同一章，专门规定保理合同的相关规范，尽管受到了登记制度过于烦琐、过于优待保理人等方面的质疑，^①但应该肯定的是，这种立法设计上的创举基本为保理业务的开展无法可依的混乱时期画上了句号。《民法典》出台前，立法阙如进而导致法院就保理纠纷的裁判标准也极难形成统一意见，《民法典》出台后，司法裁判的分歧也基本被缩小至对于相关规范的解释范畴内的分歧。当然，本专题仍意在从“前《民法典》”时期开始收集案例，整理“前《民法典》”时期以来的代表性案例，以期还原裁判立场嬗变之全貌。

此外，《民法典》保理合同章的颁布并不意味着保理规范体系建构的春秋大业已成，除了前文提到的诸多立法层面的不足，在探索对规范适用的统一标准的路上，依然荆棘丛生。其一，尽管《民法典》第761条为保理合同下了明确的定义，但具体如何认定保理合同，其与借款合同、融资租赁合同等的界限何在，未尝不是需要探明的问题；其二，应收账款的范围如何界定，基于票据关系产生的付款请求权、并未现实产生的将来应收账款能否作为保理合同所涉的应收账款，值得研究；其三，基于虚假交易关系的保理合同效力如何，也应探明。

基于以上研究论题，本专题将首先讨论保理合同的成立要件——以应收账款转让为前提并以之为基础提供相应金融服务，接着讨论三类特殊应收账款叙作保理的效力问题，即未来应收账款、基于票据关系的付款请求权、特

① 对于债权转让规则的批评，可参见崔建远：《保理合同探微》，载《法律适用》2021年第4期；李宇：《保理法的再体系化》，载《法学研究》2022年第6期；对于过于保护保理人的看法，可参见黄和新：《保理合同：混合合同的首个立法样本》，载《清华法学》2020年第3期；对于请求权顺位不明的观点，可参见包晓丽：《保理项下应收账款转让纠纷的裁判分歧与应然路径》，载《当代法学》2020年第3期。

别约定禁止转让型应收账款，从三个方面依次整理司法实践中裁判立场的演变史并评议其中的合理性，以谨求教于众读者。

二、保理合同的成立要件：“应收账款转让+”

保理是以应收账款为基础开展的一系列金融服务，应收账款是保理合同效力的拱顶石，正确认识应收账款自身的性质、与金融服务的结合形态，有助于厘清以应收账款为中心的保理合同效力要件。关于保理合同认定的规范立场，应确立“应收账款+”的一般模式。

在“前民法典时期”，虽然保理合同相关规定未被更高层级的法律被确立，但尚不至于无法可依。自1993年中国银行加入国际保理人联合会，2012年商务部开展商业保理试点工作，开启了中国保理业发展的进程，司法实务界对保理合同进行认定主要依托两个版本的定义：其一，我国1995年5月1日签署的《国际保理公约》（The Convention on International Factoring, IFC）对保理合同的定义；其二，中国银行业协会2010年发布的《中国银行业保理业务规范》和原中国银行业监督管理委员会2014年发布的《商业银行保理业务管理暂行办法》。在《国际保理公约》中，保理合同的认定标准有三条：（1）可以或将要向保理商转让由供应商与其客户（债务人）订立的货物销售合同所产生的应收账款（may or will assign to the factor receivables arising from contracts of sale of goods）。（2）供应商应履行一定的职能^①。（3）应收账款的转让通知送交债务人。而《中国银行业保理业务规范》和《商业银行保理业务管理暂行办法》则将保理业务定义为“以债权人转让其应收账款为前提”“集应收账款催收、管理、坏账担保及融资于一体的综合

① 即至少履行下述职能：为供应商融通资金，包括贷款和预付款；管理与应收账款有关的账户（销售分户账）；代收应收账款；对债务人的拖欠提供坏账担保。

性金融服务”。^①如果根据大陆法国家的传统，将《国际保理公约》第1条第2款第3项关于转让通知的要求理解为对第三人，也就是应收账款债务人生效的要件，^②那么这两个版本的定义并无太大差别，我国《民法典》第761条也基本沿用了这个与国际商事惯例较契合的定义。从文义上解释，保理合同的构成要件即“应收账款的转让+一定金融服务”，在保理合同中，应收账款债权转让行为是一面，保理人提供金融服务等行为是另一面，应收账款债权转让加上保理人提供金融服务等行为共同构成保理合同的标的。^③由此观之，我国对保理合同的定义一直有较为稳定的概念表述，然而涉及对保理合同的认定时，不同法院却又常常呈现不同的观点。

（一）作为保理合同基础的应收账款转让

应收账款是构成保理合同成立的前提和基础，将其与借贷等金融服务合同区分，因而应收账款转让与否也是判定保理合同成立的首要审查要素。例如，在“某融资租赁有限公司与林某、孙某某合同纠纷案”^④和“某商业保理有限公司与大连永某收贸易有限公司其他合同纠纷案”^⑤中，法院在裁判文书中都先查明了涉案应收账款已转让，这也是绝大部分法院论述说理的统一流程，因为如果一开始便查明不存在应收账款的转让，就没有必要依保理合同的认定架构进行检视了。在大多认定为保理合同纠纷的案件中，这一事实要件的验证也大多在一审法院就被快速审结。

① 这个版本的概念表述最早出现在原中国银行业监督管理委员会于2013年发布的《关于加强银行保理融资业务管理的通知》中，最高法在2015年发布的《关于当前商事审判工作中的若干具体问题》中也沿用了这个定义。

② 《民法典》第546条规定转让通知是债权转让对债务人发生效力的前提，这说明我国采转让通知为债权转让对外效力要件的学说。《民法典》第769条规定保理合同应参照债权转让的相关规定，故也应解释转让通知并不影响债权转让的成立，否则便无法解释隐名保理的存在。

③ 崔建远：《保理合同探微》，载《法律适用》2021年第4期。

④ 天津市滨海新区人民法院（天津自由贸易试验区人民法院）（2020）津0116民初5091号民事判决书。

⑤ 上海市浦东新区人民法院（2018）沪0115民初17692号民事判决书。

在一起以保理合同纠纷为案由起诉的案件中，一旦查明不存在应收账款转让，便涉及合同变性问题。在保理业发展尚不成熟的阶段，我国曾有部分保理企业未开展真实的保理业务，明知用款人没有对真实应收账款存在的用款人提供融资，以保理之名行借贷之实的不正风气，实务界亦有观点认为保理就是保理人提供的融资，^①对此2015年最高法发布的《关于当前商事审判工作中的若干具体问题》提示法院审理案件中注意鉴别保理合同与借款合同。比如，在“何某、某商业保理有限公司合同纠纷案”中，法院在保理商未能证明应收账款已转让的情况下，根据借款、还款事实，认定案涉的所谓“《国内保理额度合同》”是“名为保理，实为借贷”的合同。^②再如，“卡得某利商业保理有限公司等诉福建省佳某农业有限公司借款合同纠纷案”中，法院认定“应收账款之有效转让”不存在，使得保理商的保理合同变性为借款合同。^③

此外，此款要件还可能涉及严格解释适用条文和宽松解释适用条文以信赖外观保护的权衡问题。我国市场经济尚处发展期，不当投机行为并不鲜见，保理活动中也常常出现作为保理合同基础的应收账款最终并不存在的情况。相比于保理合同双方虚假表示的情形，基础交易关系中一方或双方虚构应收账款的情形更为疑难，如果严格解释此款要件，基于并不存在的交易行为产生的金融服务自然不能算作保理，否则便是对“应收账款作为保理合同前提”的违反。但对于无辜的保理商，合同变性的结果却常常令他们的处境雪上加霜，合同变性一方面使得保理商不能依保理合同的担保功能向应收账款双方求偿，另一方面可能导致其他担保人解保，这使得保理商所要承受的商业风险增加。如此，保理商不仅没能从客户的不诚信行为中获得补偿，反而遭受了更大的损失。裁判中，有的法院便进行了相对灵活的解释，如在“某公司

① 李志刚：《〈民法典〉保理合同章的三维视角：交易实践、规范要旨与审判实务》，载《法律适用》2020年第15期。

② 天津市第三中级人民法院（2021）津03民终3449号民事判决书。

③ 上海市高级人民法院（2016）沪民申2374号民事判决书。

与某村镇银行等合同纠纷案”中，对于二审法院基于“没有发生真实货物买卖”而裁判保理合同无效的结论，再审法院论证：

“某库与某公司之间是否进行了真实交易，是合同履行过程中发生的事实，该事实只能是确认双方是否违约的基础，并不能对粮食采购合同的效力产生任何影响。至于基础债权是否真实，又是否会导致保理合同履行不能，也同样属于合同履行及是否构成违约问题，与合同效力无关。”

持相同观点的还有浙江省高院，在“某有限公司、某发展银行股份有限公司杭州保叙支行、某集团有限公司等合同纠纷案”中，在认定保理融资关系成立后，并未因保理商无法证明基础交易存在而判定保理合同无效，而是基于基础交易债务人过失确认债权的行为，判令其承担信赖赔偿责任。^①但仍有相当数量的法院对此观点有不同程度的排斥，其实，这种质疑观点也并非只是某一家法院的独创，在中国银保监会办公厅于2019年发布的《关于加强商业保理企业监督管理的通知》中，便强调商业保理业务必须“基于真实交易的应收账款”。如此，虚假应收账款问题对于合同成立以及效力的影响便不可说不值得一探，《民法典》第763条的颁布，更是进一步冲击到虚假应收账款的裁判争议，故本文于文尾将专门另辟一部分单独探讨对虚假应收账款问题的裁判立场。

（二）体现保理合同功能的金融服务

无应收账款转让的，不构成保理合同；但是，仅是规定应收账款转让的，同样不构成保理合同。^②在债权转让的基础上，由具备从业资质的保理

① 浙江省高级人民法院（2020）浙民申3514号民事判决书。

② 王轶、高圣平、石佳友、朱虎、熊丙万、王叶刚：《中国民法典释评（合同编）典型合同》，朱虎执笔，中国人民大学出版社2020年版，第5页。

商提供的相应金融服务，是保理业务区别于其他商事活动的独有商事模式。在前民法典时期，由于司法实务界对保理合同性质的认定不够准确，以致法院面对“应收账款转让+”的商业模式，常常不知如何定性，而把保理合同误定性为债权转让合同、借款合同等其他合同类型。

要想从保理合同的功能模块入手，把握其认定标准，便有必要探明保理合同究竟有何性质，根据保理人是否承担债务人信用风险，保理业务可被分为无追索权保理和有追索权保理，其中无追索权保理原理较为简明，保理商买断应收账款，独立承担坏账风险，性质上有债券买卖的特征。^①而有追索权保理的性质则素有争议，《民法典》颁布前曾有诸多学说，其中以让与担保说、间接给付说为主。两学说的核心分歧在于对追索权的理解，后者将追索权看作回购权，仅在先行请求应收账款债务人给付，经此仍未受清偿时始得请求债权人偿还融资款；前者则将追索权理解为一种权利，与债权让与结合后构成让与担保，^②换言之，保理商可自由选择请求债权人偿还融资款，或者将应收账款变价受偿（请求应收账款债务人给付或者再转让应收账款）。^③《民法典》第766条明确肯定了让与担保说，^④但在此之前，实务界并不乏持间接给付说等学说的法院，而这些学说具体适用时，却常常显现诸多解释力上的缺陷。比如，在“某股权投资基金管理有限公司与某航运发展有限公司合同纠纷案”中，^⑤法院将保理商与债权人间转让债权并约定于回购期限届满时有权由保理商要求回购的合同，认定为“包含了债权转让以及债权回购的无名合同”。又如，在“某银行股份有限公司丹东分行与某矿业有限公司、

① 李宇：《保理法的再体系化》，载《法学研究》2022年第6期。

② 何颖来：《〈民法典〉中有追索权保理的法律构造》，载《中州学刊》2020年第6期。

③ 李宇：《保理合同立法论》，载《法学》2019年第12期。

④ 对于立法观点，学界和实务界并不乏商榷之声，商榷之声可见于包晓丽：《保理项下应收账款转让纠纷的裁判分歧与应然路径》，载《当代法学》2020年第3期；魏冉：《保理的概念及其法律性质之明晰》，载《华东政法大学学报》2021年第6期。赞同之声可见于李宇：《保理法的再体系化》，载《法学研究》2022年第6期，本文亦支持立法观点，后文将以案释理，结合既往裁判给出理由。

⑤ 重庆市高级人民法院（2018）渝民初94号民事判决书。

武某金融借款合同纠纷案”中，^①法院将某银行有追索权融信达业务^②定性为金融借款法律关系。再如，在“某商业保理（深圳）有限公司与某力达建设工程有限公司、蒋某合同纠纷案”中，^③有尝试从风险承担的角度判定合同的性质，但可惜“保理合同必然涉及买断债权”的观点根深蒂固，导致法院还是没能得出更合理的结论。在判决书中，法院虽然正确分析出，保理商因为受让应收账款作为担保，实际上并不承担坏账风险，但却认为“根据权利义务相一致的原则，由于原告牟取的是预先设定的固定收益，并不实际承担买入的应收账款任何风险”，合同性质上与借款合同最为相似。显然，本案法院未能认识到有追索权保理中保理商是作为资金提供者而非风险担当者出现的，而套用无追索权保理的风险分担模式进行分析，最终得出了不妥的结论。上述三个案例的最后一个案例，法院乏于论证合同成立借款合同的内容，前两个由地方高院裁判的案子也都没有过多论证为何将合同认定为债权让与合同或借款合同。实际上，将有追索权的保理合同理解为债权转让合同或借款合同有重大缺陷，如果案涉债务人清偿能力恶化，将合同认定为债权转让合同将使得保理商难以第一时间向资力更充足的债权人追偿；如果案涉债权人清偿能力恶化，将合同认定为金融借款合同使得保理商无法发挥债权的担保功能，向债务人请求清偿。

除可能不当减损保理商的权利外，未能从让与担保的角度把握有追索权的保理业务还可能打击保理产业的多元发展。例如“某太阳能专营店、某商业保理有限公司合同纠纷案”中，^④法院依据“双方并未约定将债务人支付

① 辽宁省高级人民法院（2015）辽民二初字第00064号民事判决书。

② 即双方在融信达业务合同中约定不管何种原因，只要出口应收账款到期未能收回，银行方均有权向出口商追索为接收应收账款债权而向出口商支付的所有融资本金、利息、罚息和相关费用。

③ 湖南省长沙市天心区人民法院（2020）湘0103民初5433号民事判决书。

④ 辽宁省朝阳市中级人民法院（2020）辽13民终1272号。另外，本案中“约定的未来一年内应收账款不确定，不具备债权转让的法律基础”，可能也是法院拒绝认定保理合同成立的重要原因，未来应收账款需要具备何种要件才能作为保理合同的标的，还容下文进一步研讨。

的应收账款作为保理融资的第一还款来源，还款义务人仍是上诉人而非债务人”的事实而认定“双方关注的焦点集中在融资款是否发放及如何收回……不符合保理业务的基本特征”，进而撤销了一审判决中对手续费、管理服务费等相关费用的认定。本案中，法院显然是认为，保理商有权同时向应收账款债务人和债权人请求清偿是保理合同的固有特征，但这种理解实际上是过于僵化的，最典型的反例便是隐蔽保理或称暗保理。在暗保理中，保理商原则上并不向应收账款债务人发出通知，因此即使保理商已预付融资款，正常情况下债务人仍直接向债权人付款，再由债权人将相关付款转付保理商，融资款项仅在债权人与保理商之间清算，这也是上文提及的债权让与通知作为保理合同对外效力要件的法理体现。^①如果法院拒绝将保理商只向应收账款债权人追偿的情形认定为保理行为，带来的不利后果便是，一些担心“债务人知道了保理商收购了他们的债权而以为他们面临着经营危机，因此影响业务关系”的企业便无法通过保理业务获得足量融资。^②而更早发生的“某银行股份有限公司杭州庆春支行诉某集团有限公司等案”中，^③杭州市中院则持与朝阳市中院不同的立场，即便保理商和应收账款债权人皆未向应收账款债务人发送转让通知，但法院仍认定保理合同成立，保理商可向应收账款债权人请求清偿。对比观之，朝阳市中院对保理合同加以额外的成立要件，有画蛇添足之嫌，不利于保理业的发展。

上述案例中，法院错误理解保理合同所承载的功能；或是误读保理合同的性质，不当减损了保理商的正当利益；或是对成立要件予以不当限制，不利于保理产业发展。笔者认为，对保理合同的认定标准有必要统一，《民法典》对无追索保理和有追索权保理分别从债权转让和让与担保的角度进行把握，有合理性。在应收账款转让的前提下，正确认定保理合同的关键在于辨认，是否基于应收账款发生了相应金融服务。应收账款转让作为保理合同基

① 崔建远：《合同法》，法律出版社2022年版，第362页。

② 李超：《保理合同纠纷裁判规则与典型案例》，中国法制出版社2017年版，第52—53页。

③ 浙江省杭州市中级人民法院（2012）浙杭商初字第72号民事判决书。

础的内涵便是，应收账款转让或本身作为金融服务的一部分，如保理商买断债权以承担坏账担保，或作为辅助金融服务的开展，如保理商凭受让的债权担保融资款项的回收。对于“应收账款转让+金融服务”的有机结合，不能割裂看待，只看到作为保理合同前提的转让行为便认定为债权转让，或只看到作为保理合同外显功能的金融服务部分便认定为金融借款，而应将之作为一个整体，才能正确认定这种具有复合性质的典型合同。

三、未来应收账款叙作保理

对于未来应收账款叙作保理，法院对商业保理和银行保理持不同的态度。针对商业保理企业开展“未来应收账款”作为保理标的，法院主要审查该债权形成是否具备“合理的期待可能性”和“确定性”。针对银行保理，主流裁判观点大多以《商业银行保理业务管理暂行办法》非法律、行政法规为由，并不直接确认保理合同无效，且认可该债权属于保理合同的基础债权。

随着《民法典》的出台，保理合同正式成为合同编中的有名合同，单独通过一章共九个条文对其进行了定义和规范，其中第761条对保理合同的定义为：“保理合同是应收账款债权人将现有的或者将有的应收账款转让给保理人，保理人提供资金融通、应收账款管理或者催收、应收账款债务人付款担保等服务的合同。”

该条首次明确“将有的应收账款”，即保理业务中经常提及的“未来应收账款”，可作为债权人可转让的应收账款类型。《民法典》虽明确了未来应收账款可以叙作保理的合法性，却未确定未来应收账款的具体范围和类型，也因此对保理公司提出了新要求，保理公司如何对未来应收账款的真实性进行审查，如何确保应收账款的适格性，以保障保理合同的效力以及顺利履行呢？

下文将结合现有的相关法律法规及历来的司法实践观点，总结适格的未来应收账款的定义及本质，分析其可转让性，进而为保理业务的开展提供参考。

（一）未来应收账款的定义及本质

我国《民法典》第761条虽以法律形式肯定了未来应收账款叙作保理合法性，但并未对其含义作出明确界定。其定义主要存在于有关行政法规和部门规章之中，如《动产和权利担保统一登记办法》第3条第1款规定：“本办法所称应收账款是指应收账款债权人因提供一定的货物、服务或设施而获得的要求应收账款债务人付款的权利以及依法享有的其他付款请求权，包括现有的以及将有的金钱债权，但不包括因票据或其他有价证券而产生的付款请求权，以及法律、行政法规禁止转让的付款请求权。”《商业银行保理业务管理暂行办法》第13条第2款规定：“未来应收账款是指合同项下卖方义务未履行完毕的预期应收账款。”

总的来说，未来债权大体可分为两类：存在基础法律关系的未来债权和无基础法律关系的未来债权。存在基础法律关系的未来债权是指基础法律关系已经设立，但尚未生效，或者债权的产生取决于对待给付的履行，即最终形成债权的条件能否成就具有或然性。在现实生活中，有基础法律关系的未来债权，如租赁合同、融资租赁合同、加工承揽合同、建筑施工合同等这类合同的基础法律关系已存在，在其基础之上形成了应收账款请求权。而无基础法律关系的未来债权，如社会公共事业中供水供电合同、高速公路建成后将来的收费权，以及外国某案例中保理商和供应商约定在未来一段期间内POS机上产生的应收账款，此类未来债权由于其产生的依据即基础法律关系产生的偶然性较大，需要根据日常经营状况等条件预估产生未来债权的可能性。

笔者认为，综合保理业务实践情况和现行法律规定，可将未来应收账款理解为合同项下卖方（债权人）未履行完毕的预期金钱债权的付款请求权。在保理中，未来应收账款与现实存在的应收账款的区别主要在于，现有的应收账款涉及的三方主体确定，而未来应收账款的保理关系中，买方是否存在仍具有不确定性，债权也尚未产生，只能通过预估的经营状况等来确定实际保理金额。

（二）未来应收账款的转让

针对是否可就未来应收账款开展保理业务，在《民法典》出台之前，法律层面上并没有明确规定。但针对不同类型的保理业务，法律有不同的价值取向。针对商业银行，根据商务部、金融监管部门等的相关规定，如《商业银行保理业务管理暂行办法》就规定，商业银行明确不得就未来应收账款而产生的付款请求权等开展保理融资业务。但针对商业保理企业，则无明确限制，包括上海市地方金融监督管理局于2019年5月发布的《关于进一步促进本市融资租赁公司、商业保理公司、典当行等三类机构规范健康发展强化事中事后监管的若干意见》，也并未对商业保理应收账款范围进行细化规定。

因此下文将就不同类型的保理，展开未来应收账款可让与性的讨论。

1. 商业保理中未来应收账款的可让与性

基于未来应收账款让与的效力，司法裁判中提出了许多可供参考的判断标准。其一便认为未来应收账款的合理期待性和确定性为可转让性的构成要件，即未来应收账款的可期待性和确定性要达到将有且必有的要求，未来应收账款才具有可转让性。

例如，上海市浦东新区人民法院认为，未来应收账款的转让行为是否受法律保护，应以其是否具有足够合理可期待性为判断依据。而将来债权是否具有合理可期待性质，应以此类将来债权是否具有相对确定性为主要判断依据。如果该种将来债权毫无可确定因素，那么对该种将来债权的期待亦难言合理，民事主体也不应产生相应期待利益。^①同样的观点可见“某商业保理有限公司与某农业有限公司、陈某某借款合同纠纷案”^②“徕某商业保理（上海）有限公司与某餐饮管理有限公司等其他合同纠纷案”^③和“某商业保理有限公司与某酒店借款合同纠纷案”中^④，法院都认为保理合同双方约定的未来

① 上海市浦东新区人民法院（2018）沪0115民初89356号民事判决书。

② 上海市高级人民法院（2016）沪民申2374号民事裁定书。

③ 上海市浦东新区人民法院（2015）浦民六（商）初字第19918号民事判决书。

④ 江苏省盐城市亭湖区人民法院（2020）苏0902民初4965号民事判决书。

应收账款之间不具备可期待性和确定性，故不具有可转让性。

然而，另有法院认为，未来应收账款的可转让性、合理期待性和确定性应当坚持三者并重，只有同时满足“三性”的未来应收账款在保理合同关系中方能得以实现。例如，在“某商业保理有限公司与某酒楼合同纠纷案”中，长沙市天心区人民法院认为，在保理合同期限届满时未来应收账款不具备合理期待性、确定性和可转让性，因此该未来应收账款不具备实现的必然性。^①

此外，有法院提出了更为详细的判断标准，认为符合一定特征的未来应收账款可以作为担保物开展融资业务，包括应收账款质押与保理业务。但法律允许用以融资的“将有的应收账款”应当类比“基础设施和公用事业项目收益权”，具备收益相对稳定、可预期的条件。上海金融法院在其二审判决中指出，物流公司的快递服务合同，在合同中一般会明确载明合作期限、收费方式及收款账户。并且从快递服务行业通常的收费管理方式和交易习惯来看，快递公司对长期客户采取寄付月结的收费方式，该种未来应收账款具备收益相对稳定的特点，可以叙作保理业务。^②

总的来说，目前法院对商业保理企业开展“未来应收账款”作为保理标的，主要审查该债权形成是否具备“合理的期待可能性”和“确定性”。未来应收账款作为将来可能存在的权利，只有在其具有相对确定性，并使受让人产生合理期待，才是保理合同中所允许转让的未来应收账款。

就“合理的可期待性”而言，可以从“期待”“期待权”等方面进行阐释。“期待”应当具有法律保证力，是对未来可能获得某种权利的期望，这种权利的实现存在一定的可能性。^③有学者指出，“期待权”是目前不具有行为的全部成立要件，但是随着时间的经过，其在将来具有实现可能的权利。^④

① 湖南省长沙市天心区人民法院（2019）湘0103民初2827号民事判决书。

② 上海金融法院（2021）沪74民终451号民事判决书。

③ [德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），谢怀栻译，法律出版社2004年版，第294页。

④ 梁慧星：《民法学说与判例研究》，中国政法大学出版社1998年版，第149页。

结合相关的司法判例，笔者认为该应收账款应该已经具备了基础的合同关系，债权债务的双方主体是较为明确的，债权可通过债务人的实际履行实现。如果是尚无基础的合同关系，仅仅是一种不确定主体的期待性应收账款，对债权债务人均没有直接的约束力，这种期待性是值得商榷的。

而“相对确定性”可以从多个维度进行解释，如债权债务的主体、应收账款的性质与类型、应收账款的金额等。有学者认为虽然一般民事法律关系要求客体明确，但是保理合同中的未来应收账款无须达到明确、确定的程度，只需要对未来应收账款的种类或期间等要素作出一定程度的确定性概括即可，不苛求未来应收账款事先就得明确、确定，其在事后具有形成特定应收账款的可能即可。^①在未来应收账款转让中，作为转让标的的未来应收账款必须符合确定性原则，对于这种尚未真正发生的债权，只有其具有可能性、特定性，才能成为未来应收账款转让的标的。法律行为要能有效成立，其中标的要素（内容或客体）必须自始确定，或可得确定，亦即必须可由法律行为双方当事人另行确定，或可由当事人一方或第三人确定，或可依法律规定或依习惯或其他特别情事而确定者，始足当之。如果穷尽各种可得确定之方法，均无法确定时，该法律行为仍因标的无法确定或非可得确定而无效。^②但笔者认为，从实际的保理业务来看，保理应收账款的金额以及还款来源其实是保理业务的核心。在基础合同尚未订立时，虽然债务人尚未特定，但基于债权人的信用极高，如用于特许经营权的债权人，此时一定期间内的未来应收账款可认定满足“相对确定性”要求。

2. 银行保理业务中未来应收账款的可让与性

司法实践中对银行能否针对未来应收账款开展保理业务有不同的态度。《商业银行保理业务管理暂行办法》明确禁止商业银行不得就未来应收账款而产生的付款请求权开展保理融资业务，因此有的法院据此判定商业银行基于未来应收账款的保理业务违规，如广东省广州市中级人民法院认为：“如

① 张双根：《中德私法研究》（第5卷），北京大学出版社2009年版，第116页。

② 杨舜麟：《将来债券让与的概念与效力》，载《会计研究月刊》2018年第12期。

果银行保理业务是基于不合法基础交易合同、基于未来应收账款，或者银行未严格审核基础交易真实性的，该等保理业务属于违规业务，应当停止。”^①持相同观点的还有最高人民法院。在“某银行长沙分行江西煤某物资供应有限责任公司合同纠纷案”中，最高人民法院否认了案涉保理合同效力，认为某银行长沙分行在明知本案所涉应收账款属于未来应收账款，仍与某公司签订保理融资合同、发放融资款，且该笔融资款并未用于某公司日常经营活动中，而是用于归还此前某公司在该银行长沙分行的前期贷款，根据《商业银行保理业务管理暂行办法》第13条的规定，禁止商业银行针对未来应收账款展开保理融资业务，对某银行的再审申请予以驳回。^②

然而主流裁判观点大多以《商业银行保理业务管理暂行办法》非法律、行政法规为由，并不直接确认保理合同无效，且认可该债权属于保理合同的基础债权。

如湖北省宜昌市三峡坝区人民法院认为，“我国法律并未明确应收账款是否包括未来应收账款，据一般法理法无禁止即可为。对于转让未来应收账款情形下保理合同效力的认定，应当严格遵循《民法典》合同编关于合同效力的相关规定。违反法律、行政法规的强制性规定的合同当属无效，这里的强制性规范，从法律效力级别上是全国人大及其常委会颁布的法律，以及国务院颁布的行政法规，不得任意扩大范围。银监会颁布的《商业银行保理业务管理暂行办法》显然达不到这一效力级别，而且《商业银行保理业务管理暂行办法》的有关规定，旨在引导商业银行控制经营风险，其作为银行内部的管理性规范，并不涉及合同效力的判断。因此，转让未来应收账款情形下的保理合同，不宜一概认定为无效合同，但对未来应收账款之形成的基础交易从严审查，谨防以保理之名行高利转贷之实，扰乱金融秩序。”^③此外，合肥市中级人民法院也认为，“关于银行不得基于未来应收账款开展保理业务

① 广东省广州市中级人民法院（2017）粤01民初133号之一民事判决书。

② 最高人民法院（2020）最高法民申1903号民事判决书。

③ 湖北省宜昌市三峡坝区人民法院（2021）鄂0591民初377号民事判决书；另可参见湖北省高级人民法院（2017）鄂民终3113号民事判决书。

的内容规定于《商业银行保理业务管理暂行办法》，而该暂行办法系中国银监会的规范性文件，不属于法律、行政法规。因此，无论本案是否涉及未来应收账款，均不影响保理合同的效力及当事人的权利义务关系……”^①

正如《商业银行保理业务管理暂行办法》第14条、第15条的规定，商业银行具有审核审慎义务。保理融资应对基础交易的真实性进行审核，商业银行受理保理融资业务时，应当审查买卖合同等资料的真实性与合法性。应当对客户和交易等相关情况进行有效的尽职调查，重点对交易对手、交易商品及贸易习惯等内容进行审核，并通过审核单据原件或银行认可的电子贸易信息等方式，确认相关交易行为真实合理存在，防止客户通过虚开发票或伪造贸易合同、物流、回款等手段恶意骗取融资。

笔者认为，就其通常定义而言，应收账款是指商品或服务的出售方可从商品或服务的买受方收取相应的款项。应收账款之所以可用于保理融资，是因为其本身具有金钱价值。应收账款本身是现存的还是未来的，并不是应收账款得以确立的本质要素，在金融投资市场实践中，未来的应收账款如同其他未来收益一样，都是可以进行交易的。尽管《商业银行保理业务管理暂行办法》规定商业银行不得基于未来应收账款开展保理业务，但单从经济的角度看，未来的应收账款同样可以成为保理融资的支持和保障，也即可以基于未来的应收账款开展保理业务，至于监管的规定只是一个合规性要求。在正常的保理融资业务中，真实存在的应收账款构成保理融资款的发放前提和该融资款后续得以偿还的重要资金来源和保障。用于支持保理融资的应收账款不仅需要经济价值，须是现在或未来确定存在的，而且必须是可具体界定、计量和进行有效追索的，也即此等应收账款不能是虚拟的、含糊不清的，而必须在经济上和法律上均具有可确定性。此外，在市场调节作用上，保理人作为市场主体虽违规办理未来应收账款保理业务，但风险增加的同时也会带来额外收益。此种风险决策可纳入经营自由的范畴，司法机关不应过度干预

^① 安徽省合肥市中级人民法院（2018）皖01民终981号民事判决书。

市场主体的自由选择而认定合同无效。^①

（三）未来展望

未来应收账款是应收账款的一种重要的类型，与现存应收账款相比，通过未来应收账款进行融资可最大限度地使让与人获得资金支持，解决生产经营过程中面临的资金短缺难题，具有重要的现实意义。《民法典》中保理合同章节作出了明确规定，填补了其在我国立法领域的空白，承认未来应收账款可以进行转让，为司法实践中该类保理业务的开展提供了立法指引。明确未来应收账款的含义及类型以及“将有应收账款”的含义、制定未来应收账款作为保理合同标的适格性的判断标准具有重要意义，可从合理的期待可能性和确定性的角度对保理合同标的的适格性进行判断。但本专题仅针对“未来应收账款”的实体问题进行了分析，关于未来应收账款转让的生效时点，以及债务人承担清偿责任和多重让与时受让人的优先权顺位等问题还有待进一步研究。

四、票据保理与应收账款

票据保理基于票据关系和保理关系的双重特性和三种交易结构，追索应收账款时应收账款债权请求权与票据追索权并存，利于保理商有效抗辩第三人、锁定应收账款的回款路径，同时利于保理申请人增强商业汇票变现能力用于融资。

近年来票据保理业务日益受到市场的青睐，尤其为中小企业的融资提供了更便捷的途径。以票据为基础签订的保理合同是否有效、票据追索权是否与应收账款债权同时存在，以及票据保理的三种模式下是否合法，在裁判中有很大分歧；同时，票据保理需要同时满足票据关系和保理关系的双重标

① 北京市高级人民法院（2021）京民终175号民事判决书。

准，而我国对于票据贴现合法性等法规规定模糊，票据保理相关法律尚未完善。本专题将结合现有的相关法律法规及以往的司法实践观点，分析票据保理业务中应收账款的性质及三种模式下应收账款转让的合法性，为票据保理业务的开展提供参考。

（一）何为票据保理

票据保理，是票据支持保理业务的简称，并无直接法律定义，一般而言是指在《保理合同》中约定，或在实际履行过程中以票据作为应收账款的支付方式的一种保理业务。票据是指由出票人签发的、约定自己或者委托付款人在见票时或指定的日期向收款人或持票人无条件支付一定金额的有价证券。

根据《票据法》第2条第2款规定，票据包括汇票、本票和支票。目前我国票据市场中的票据多以商业承兑汇票为主，在商业承兑汇票到期后资金从付款人的账户中划付，票据保理中的票据一般指商业承兑汇票。在票据保理业务中不涉及银行汇票或银行承兑汇票，是因为这两种汇票的付款人均为银行，安全性高，出票人出票后由银行见票即付或者承兑，无须保理商提供融资款。本部分中的票据即为商业承兑票据。

（二）我国关于票据保理业务中应收账款的规定

由于票据保理业务以票据作为应收账款的支付方式，因此合规的保理业务要同时符合票据关系和保理关系的双重标准。《民法典》未直接规定票据保理的内容，但是根据部门规章、地方法规和参考近年来的相关判决，以下笔者将基于票据关系和保理关系对我国当前对票据保理合规性的要求进行分析。

1. 基于票据关系的规定

（1）基于真实的交易关系和债权债务关系

《票据法》第10条规定：“票据的签发、取得和转让，应当遵循诚实信用的原则，具有真实的交易关系和债权债务关系。票据的取得，必须给付对价，即应当给付票据双方当事人认可的相对应的代价。”票据的合法取得需要满足两个要件，即①基于真实的交易关系和债权债务关系；②给付合理对

价。实践中，争议焦点常在于保理商与票据债权人之间有无真实的交易关系。

在我国票据法明确规定了票据原因关系的基础上，保理商究竟能否将应收账款的转让作为“真实的交易关系和债权债务关系”？笔者认为答案是肯定的。最高人民法院以及上海金融法院认为，票据应收账款债务人不能以票据背书转让需要真实债权债务关系为由予以抗辩，法院根据债权人和保理商之间签订的《保理业务合同》、相应对账单、银行单据及汇总表等证据，认定债权人与保理商之间存在保理业务关系，背书受让了商业承兑汇票，保理商可主张行使追索权。^①持同样观点的还有广东省深圳市中级人民法院、上海市普陀区人民法院。^②由此可以证明，基于保理产生的债权债务关系作为真实的交易关系，保理商从应收账款债权人处受让票据后可以向应收账款债务人行使票据权利，真实的交易关系包括贸易关系以及因保理而产生的各种债权债务关系。

实务中，出现了未经债权人与债务人缔结合同、形成应收账款，直接由债务人将款项支付给保理商的新现象。山东省青岛市中级人民法院认为，即使案涉汇票经债权人背书，转让给了保理商，保理商成为最后持票人，但是债务人与商业保理人之间未签订任何合同，双方不存在真实的交易关系和债权债务关系。^③原审法院与二审法院均将此背书转让判定为非法贴现，合法持有人向不具有法定贴现资质的当事人进行“贴现”的，贴现行为无效。

（2）不可抗辩的事由：基于票据的无因性

票据行为的无因性是指，票据行为本身只要符合票据法上的硬性条件，票据关系即可成立，无须考虑票据行为发生的原因或基础。《票据法》第13条第1款规定，“票据债务人不得以自己与出票人或者与持票人的前手之间的抗辩事由，对抗持票人。但是，持票人明知存在抗辩事由而取得票据的

① 最高人民法院（2015）民二终字第134号民事判决书；上海金融法院（2020）沪74民终738号民事判决书。

② 上海市普陀区人民法院（2018）沪0107民初22196号民事判决书；广东省深圳市中级人民法院（2019）粤03民终15808号民事判决书。

③ 山东省青岛市中级人民法院（2022）鲁02民终15612号民事判决书。

除外。”《最高人民法院关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》第14条规定：“票据债务人依照票据法第十二条、第十三条的规定，对持票人提出下列抗辩的，人民法院应予支持：……（三）明知票据债务人与出票人或者与持票人的前手之间存在抗辩事由而取得票据的；……”《全国法院民商事审判工作会议纪要》也作了相应的规定：“根据票据行为无因性原理……应当认定最后持票人为合法持票人。”即通过合法方式取得票据的持票人，仅凭票据的文义记载，即可向票据上的付款人主张票据权利，不受票据原因关系的影响。

对于开票人（债务人）或债权人提出保理商取得案涉汇票存在基础法律关系上的瑕疵的抗辩，最高人民法院、山东省青岛市中级人民法院认为，依据票据无因性原理，在持票人取得票据合法、行使了请求付款权利无果的前提下，持票人有取得依法行使票据追索权。^①债务人（出票人）以债务人和债权人之间不具备交易基础且保理商明知为由进行抗辩，但是法院认为，票据必须要记载事项齐全，签单符合要求且背书连续，在一审中债权人提交证据证明基础交易合同存在，债务人未提交证据证明基础合同不存在或者有瑕疵，即使如其所述，其不能以自己与持票人的前手之间的抗辩事由对抗持票人。

2. 基于保理关系的规定

2020年以前我国对于商业保理业务尚无相关立法，商业保理业务与银行保理业务同为保理业务，业务性质类似，在商业保理业务相关立法未出台前，对于商业保理业务相关问题的处理一直参照银行保理业务相关规定。

2018年4月20日，商务部办公厅发布《关于融资租赁公司、商业保理人和典当行管理职责调整有关事宜的通知》，将商业保理人监管职责划归银保监会。

2019年10月18日，银保监会发布《关于加强商业保理企业监督管理的

① 最高人民法院（2015）民二终字第134号民事判决书；山东省青岛市中级人民法院（2022）鲁02民终15619号民事判决书。

通知》205号文，银保监会给保理商画了七条红线，其中明确规定“保理企业不得基于因票据或其他有价证券产生的付款请求权而开展保理融资业务”。同时，《动产和权利担保统一登记办法》第3条第1款规定“不包括因票据或其他有价证券而产生的付款请求权，以及法律、行政法规禁止转让的付款请求权”。这是否意味着全部票据保理是非法保理业务？

2020年4月6日，北京市地方金融监督管理局在《北京市商业保理公司监督管理指引（试行）》中明确解释并限定了“因票据或其他有价证券而产生的付款请求权”，其中规定：“因票据或其他有价证券而产生的付款请求权是指票据或其他有价证券的持票人无需持有票据或有价证券产生的基础交易应收账款单据，仅依据票据或有价证券本身即可向票据或有价证券主债务人请求按票据或有价证券上记载的金额付款的权利。”因此，非法票据保理业务是指，在没有以票据作为应收账款转让的真实交易背景下的票据保理，或者说是因票据而产生的付款请求权直接成为保理合同的交易标的的票据保理业务。此种情形可称为“直接票据保理”，为非法贴现，在下文进行详述。

规定“直接票据保理无效”的相关规定为2019年11月14日发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》，其中第101条明确规定，“合法持票人向不具有法定贴现资质的当事人进行‘贴现’的，该行为应当认定无效，贴现款和票据应当相互返还。当事人不能返还票据的，原合法持票人可以拒绝返还贴现款。人民法院在民商事案件审理过程中，发现不具有法定资质的当事人以‘贴现’为业的，因该行为涉嫌犯罪，应当将有关材料移送公安机关”。保理商不具有相关金融资质，不能从事贴现业务，否则可能涉嫌非法贴现，非法民间贴现行为已涉嫌犯罪。保理商不可以直接将票据的付款请求权作为应收账款开展直接票据保理业务。

（三）票据保理业务中应收账款的特性

基于我国当前对票据保理合规性的规定，笔者将从票据保理业务中应收账款债权请求权与票据追索权并存、票据保理与票据贴现概念的比较，以及票据保理模式对应收账款转让的积极作用三个方面对票据保理业务中应收账

款不同于其他保理业务的特性进行分析。

1. 应收账款债权请求权与票据追索权并存

背书转让票据是持票人转让票据权利的一种法定方式。根据《票据法》规定，被背书人取得的是票据权利，包括付款请求权和票据追索权，汇票到期被拒绝付款的，持票人对所有前手享有追索权，持票人可以向单个或者所有前手追索。而在有追索权的保理业务中，坏账的风险并没有由债权人转移给保理商，债务人买方到期无法偿还货款，银行仍有权向债权人索款，这种追索权是基于保理协议存在的。因此，在有追索权保理业务中，若票据合法背书转让给保理商后，保理商即可获得票据追索权以及应收账款追索权。

对于保理人在受让应收账款债权的同时受让票据的情况，根据《2019年度上海法院金融商事审判十大案例》之八号经典案例，^①上海金融法院认为，在以票据背书转让作为债权转让形式的保理交易中，若交易各方未约定交付票据后原债权即消灭，则当票据到期后未能兑付时，不能视为债务人履行了付款义务，保理人有权选择行使应收账款债权请求权或票据追索权。该案认可了保理人在受让应收账款的同时转让票据的做法为合法行为，肯定了应收账款债权请求权与票据追索权可以并存、择一行使的观点。

开票人作为债务的承担者，在交付票据后不能视为履行了付款义务，仍需向保理商承担付款义务，但在实务中，债权人，原持票人在合法背书转让票据后，保理商能否向其主张以上两种权利或者两种权利之一？笔者认为，答案是肯定的，作为汇票背书人以及保理业务的申请人在汇票遭拒付时承担支付义务是其法定义务。

2. 票据保理与票据贴现概念的比较

票据贴现是指商业汇票的持票人在汇票到期日前，为了取得资金贴付一定利息将票据权利转让给金融机构的票据行为。在票据贴现中，受让人需按票面金额扣除贴现利息，和保理业务中保理商收取保理费的模式很相像。保

① 上海金融法院（2019）沪74民终418号民事判决书；广东省深圳市中级人民法院（2019）粤03民终28509号民事判决书。

理和票据贴现都给债权人提供了融资。

普通非票据保理业务和票据贴现有着很大的差别，区别在于：（1）支付方式：票据贴现的前提是债务人以票据（包括汇票、本票）的方式支付，而保理不受此限，票据贴现的适用范围比保理窄；（2）票据追索权：在票据贴现人不能获得票据款项时有权向背书人追索，而在无追索权保理的情况下，保理商即使不能从债务人处获得账款，也无权向债权人追索；（3）票据无因性：票据贴现的债务人不能向票据权利人主张其在基础合同中对背书人享有的权利，保理的主要交易结构是债权转让，债务人可以向保理商主张其在基础合同中对债权人的抗辩权；（4）票据贴现是票据行为，属于商行为，受《票据法》调整，而《票据法》属于民事特别法；保理是合同行为，属于一般民事行为，受《民法典》合同编调整；（5）票据贴现属于国家特许经营业务，只有法定票据贴现资质的金融机构才能进行贴现，如上文所述保理商也需获得相应资质。

票据保理中，保理卖方转让商业承兑汇票下的应收账款给保理商获得保理融资的业务模式与票据贴现业务前四个不同点均不满足。甚至有人认为保理商在票据保理业务中扮演的就是“贴现行”的角色。笔者认为，票据贴现和票据保理仍有区别，可以简单概括为“票据贴现的本质是转让票据权利，而票据保理转让的是应收账款债权”。在票据贴现中是将票据作为融资工具实现票据的转让，实现方式是背书，贴现中银行作为有贴现资质的金融机构，银行的追索权是一种重要的票据权利。至于银行贴现的票据种类，商业承兑汇票风险太高，银行一般选择银行承兑汇票进行贴现。票据支持保理业务是围绕着应收账款转让进行的资金融通行为，其存在真实的贸易背景，而非简单的票据背书转让的借贷关系，商业承兑汇票仅仅是锁定支付途径的支持手段。

3. 票据保理模式对应收账款转让的积极作用

（1）票据保理对保理商的作用

虽然票据保理与一般保理的区别只是在应收账款的回款方式上有所不同，但在法律关系方面，票据保理将《票据法》引入保理法律关系。作为应

收账款的受让人，不仅受到以《民法典》为代表的保理业务相关法律法规的保护，作为票据持有人，他们也受到以《票据法》为代表的票据业务相关法律法规的保护，具体表现在以下两个方面。

一是由于票据的无因性，可以有效抗辩第三人。通过背书流转占有票据的善意持票人是票据的权利人，可以对票据债务人行使票据权利，其效力原则上不受因果关系效力的影响。当受让人拿到票据并从付款人处承兑时，付款人并不审查票据的基础交易，必须直接承兑。

二是票据使保理业务锁定应收账款的回款路径。在票据保理业务中，《保理业务合同》的履行常伴随着票据的出具或背书转让，相比之下，在以现金回款的保理业务中，保理商难以有效监管债务人的回款方式，容易导致保理商丧失控制应收账款回款的主动权，带来较大的回款风险。以票据为支付手段的保理业务可以在很大程度上解决这一问题，因为买方一旦出具票据，就向票据持有人承诺到期后无条件支付。

基于此观点，早年有观点认为债权人背书转让商业承兑属于担保行为，保理业务中转让票据以保证主债权实现，实务中最高人民法院在2018年审理的有关保理合同纠纷司法判例^①中提到：

……对于该环节的票据流转，因天某公司系向宝某公司转让应收账款收益权，应收账款的权利主体并未转移，此时票据背书就功能而言系为担保宝某公司合同权利的实现，故天某公司以支付回购款为对价从宝某公司背书受让票据亦有真实交易关系基础……追索权的制度相当于由债权让与人为债务人的债务清偿能力提供了担保，其功能与放弃先诉抗辩权的一般保证相当。

应收账款债权人向保理商申请保理融资款时，为了保证《保理合同》到期时应收账款债权人能按时付款，将应收账款债务人出具的票据背书转让给

① 最高人民法院（2018）最高法民申4320号民事裁定书。

保理商作担保。当保理商无法实现债权时，可以优先受偿该票据款项，因此背书转让商业承兑汇票的行为是担保行为。最高法判决银行作为保理商有权要求债务人和债权人同时承担债务、共同归还所欠借款，行使追索权。虽然本案中结论与“应收账款债权请求权与票据追索权并存”是相似的，但笔者不赞同此种观点，保理合同下背书转让票据的效果是票据下应收账款债权的转让，这与担保行为补充主债权的效力完全不符。^①最高法作出此判决的原因，笔者认为是基于普通保理中为降低风险，保理商一般要求保理申请人提供一定比例的担保的观点，进而认为票据转让可以归为担保的一种。

（2）票据保理对申请人的积极作用

保理申请人申请开展票据保理的前提就在于其必须接受以票据这种形式作为应收账款的回款方式。

一是在基础交易中，应收账款到期日确定。

二是通过保理业务，商业汇票变现能力增强。商业汇票相对于银行汇票的兑付风险大，但是票据的信用水平和变现能力由出票人的资信状况和资金能力具体确定。大企业资金实力雄厚，其开具的商业承兑汇票，市场认可程度高。相对于银行承兑汇票承兑的复杂程序，大企业开具的商业承兑汇票的承兑流程更为简便，效率更高。通过应收账款的债权转让，商业汇票能更好地实现融资功能。

三是申请保理业务可以免于担保。国内商业保理融资协议中，保理商为降低自身风险，会要求融资企业（应收账款债权人）提供担保增信措施。但在票据保理中，由于票据具有追及效力，保理商作为持票人不仅可以向付款人追索，还可以向票据中的所有背书人进行追索。和担保业务一样，票据保理业务项下票据给保理商更多渠道收回应收账款。在实务中，保理商可不要

① 参见张睿哲、王梦飞：《合肥票据保理合规性的审视与反思》，载《安徽工业大学学报》（社会科学版）2022年第3期。

（四）票据保理业务中应收账款的转让——三种交易结构

票据支持保理业务以票据支付的应收账款为核心和前提，但由于基础合同以及保理合同约定的不同，可分为“直接票据保理”“先票据后保理”和“先保理后票据”三种交易结构。在多种票据保理的模式下，笔者将对应收账款的转让规则和合法性分别进行认定。

1. 直接票据保理

直接票据保理，类似于票据贴现，即应收账款债务人已就与应收账款债权人之间的应收账款向应收账款债权人出具或背书转让票据，保理商通过与应收账款债权人签订保理合同，自应收账款债权人处直接受让票据。简言之，保理申请人与保理商在本质上构成票据买卖关系，而保理商并不具备法定贴现资质，因此属于非法贴现行为，根据《动产和权利担保统一登记办法》第3条及《商业银行保理业务管理暂行办法》第8条、第13条的相关规定，因票据或其他有价证券而产生的付款请求权不属于商业保理业务中应收账款。

但是，由于规定贴现业务为特许经营业务的规范性文件为部门规章，而非法律和行政法规，在2019年《全国法院民商事审判工作会议纪要》颁布之前，法院一般认定保理商不具备贴现资质也不影响保理合同效力，根据票据的无因性，保理公司作为持票人有权行使票据权利。^①

在《全国法院民商事审判工作会议纪要》颁布之后，法院普遍裁判，保理公司不具有经营票据贴现业务的金融资质，依法不得从事票据贴现业务。其民间票据贴现行为违反监管部门的强制性规定，危害了国家的金融管理秩序，损害了社会公共利益，依法应当认定为无效行为。^②

2. 先票据后保理

先票据后保理与直接票据保理模式的差别主要在于，前者系保理商自债权人处受让已用票据支付的应收账款，后者系应收账款债权人直接将票据的

① 广东省深圳市坪山区人民法院（2019）粤0310民初3975号民事判决书。

② 广东省深圳市中级人民法院（2021）粤03民终32683号民事判决书；广东省深圳市中级人民法院（2022）粤06民终11996号民事判决书。

付款请求权转让给保理商。先票据后保理是常见的交易模式，此种交易模式下，债务人基于基础交易关系向债权人出具商业承兑汇票，债权人基于保理合同以票据背书的方式转让应收账款，保理商受让应收账款及商票后提供融资款。

根据上文提到过的（2019）沪74民终418号判决书，上海金融法院在判决以票据背书转让作为债权转让行使的保理交易中（先票据后保理），若交易各方未约定交付票据后原债权即消灭，则当票据到期后原债权未能兑付时，不能视为债务人履行了付款义务，保理商可以基于保理合同主张权利。

保理公司能否基于保理合同关系取得商业汇票是判断票据保理业务合法性的关键。司法实践中，对于取得票据下应收账款的方式有以下两种观点：

观点一：债权人将原因债权与票据一并转让给保理商，由保理商向其提供保理融资，属于保理业务的范畴，保理商与债权人之间的《保理业务合同》合法有效，构成保理融资关系，保理商有权选择以合同或票据向债权人主张权利。广东省深圳市中级人民法院持此观点：

对于已经通过电子商业承兑汇票清偿的应收账款是否仍为合法有效的应收账款、是否可以依法转让，涉及票据支付与原因债权的关系问题，有两种情形：一种情形是当事人对于原因债权明确约定使用某种票据来作为结算工具的；另一种情形是当事人对于清偿既存原因关系之债的方式未作约定，或约定以票据方式结算但票据付款后原因关系才消灭的。因此，票据未兑付前应收账款仍为有效，债权人在电子商业承兑汇票到期前，将原因债权与电子商业承兑汇票一并转让给保理商，由保理商向其提供保理融资，属于保理业务的范畴。^①

① 广东省深圳市中级人民法院（2019）粤03民终28509号民事判决书。

持此观点的还有福建省厦门市中级人民法院和上海市高级人民法院。^①

观点二：应收账款债权人将应收账款债务人开具的票据背书转让给保理商以获取融资，不构成保理法律关系，本质上属于以票据贴现融资为核心的综合性合同。广东省深圳前海合作区人民法院（2018）粤0391民初3801号民事判决认定，某公司将债务人某公司开具的票据背书转让给某保理公司以获取融资，不构成保理法律关系，本质上属于以票据贴现融资为核心的综合性合同，实质为民间票据贴现融资关系，相关法律责任应参照民间借贷相关法律规定处理。持相同观点的还有福建省厦门市中级人民法院。^②

3. 先保理后票据

先保理后票据，是指当保理商与应收账款债权人签订保理合同、保理商转让融资款后，保理商于应收账款付款日之前收到债务人的票据，对应收账款进行清偿。若保理商于承兑人未获得承兑款项，且保理融资到期后亦未收到应收账款，笔者认为，此时保理商仍可以择一行使票据追索权和应收账款债权，票据主要发挥了其作为支付工具的作用。

根据上海金融法院在“某集团与某保理公司等其他合同纠纷二审民事判决书”中认定，^③保理商与原债权人签订“保理合同”之后，原债权人向债务人出具“债权转让通知书”。债务人表示确认并同意“债权转让通知书”中的全部内容，并承诺按照通知书的要求直接向保理商出具商业承兑汇票。汇票到期保理商提示付款时遭拒付，保理商随即向原债权人发出债权回购通知书，要求原债权人依约回购应收债权，但原债权人未履行回购义务。保理商遂诉至法院，要求债务人向其支付应收账款，法院判决原债权人在融资本

① 广东省深圳市中级人民法院（2019）粤03民终19142号民事判决书；上海金融法院（2020）沪74民终739号民事判决书；福建省厦门市中级人民法院（2021）闽02民初123号民事判决书。

② 广东省深圳前海合作区人民法院（2018）粤0391民初3803号民事判决书；广东省深圳前海合作区人民法院（2019）粤0391民初3800号民事判决书；福建省厦门市中级人民法院（2020）闽02民终5069号民事判决书。

③ 上海金融法院（2019）沪74民终1138号民事判决书。

金及其保理服务费等费用的范围内对债务人的债务承担回购责任，即行使应收账款的追索权。持相似观点的还有重庆市渝北区人民法院、北京金融法院等。^①

（五）小结

综上，合规票据保理业务要同时符合票据关系和保理关系的双重标准，基于票据，需要满足存在真实的交易关系和债权债务关系，票据债务人以自己与出票人或者与持票人的前手之间的抗辩事由对抗持票人无效；基于保理，《全国法院民商事审判工作会议纪要》等规定直接票据保理无效，因票据而产生的付款请求权直接成为保理合同的交易标的的票据保理业务为非法。由于票据的无因性，票据保理业务中追索应收账款时应收账款债权请求权与票据追索权并存，不同于票据贴现，票据贴现的本质是转让票据权利，而票据保理转让的是应收账款债权。笔者认为，票据保理的特性对保理商和保理申请人转让和追索应收账款均有益处，对保理商而言，票据保理基于以上特性，可以有效抗辩第三人，锁定应收账款的回款路径；对于保理申请人来说，确定了应收账款到期日，增强商业汇票变现能力有利于融资，申请保理业务可免于担保。目前实践中存在的三种交易结构“直接票据保理”“先票据后保理”和“先保理后票据”，司法实践普遍认为，直接票据保理违反票据贴现的法规为无效行为；先票据后保理模式下存在两种观点，即保理关系成立，或保理关系不成立，只构成票据贴现关系；先保理后票据模式符合法律规范，保理商可以择一行使票据追索权和应收账款债权。

（六）展望未来

票据保理和票据贴现的边界，以及目前实践中存在的三种交易结构“直

① 重庆市渝北区人民法院（2018）渝0112民初30878号民事判决书；北京市大兴区（县）人民法院（2021）京0115民初15555号民事判决书；北京金融法院（2021）京74民终666号民事判决书。

接票据保理”“先票据后保理”和“先保理后票据”下应收账款转让合法性等法规的规定较为模糊，仍可以根据司法实践进行进一步区分。同时，本专题对票据保理与担保业务的关系限于理论分析，但对于票据保理业务和担保并存的实务研究仍有欠缺，可进一步研究。

五、特别约定禁止转让型应收账款

对于特约禁止转让型应收账款于保理合同之效力，我国无论是从立法考虑抑或司法实践而言皆体现了对效率的追求，申言之，即本合同中约定的禁止转让型应收账款，对嗣后的保理合同之成立和生效并无影响。

（一）我国关于特约禁止转让型债权的规定

《民法典》第545条第2项规定，“当事人双方约定的不得转让的债权，债权人不得将其转让给第三人”，此即禁止转让的特别约定；当其与保理合同结合讨论时，则需要考虑这种类型的应收账款债权是否会影响保理合同的成立和生效。

在债权依其性质和法律规定本可让与的情况下，当事人可根据意思自治原则约定债权人不得让与债权。对债务人而言，债权让与会使其受到一定影响，在随后履行债务的过程中有可能陷入被动状态。所以，禁止让与通常被认为是债务人有利的，是为了保护债务人而设，而并非为了保护第三人。因为债权让与不同于物权变动，其不需要债务人同意即可成立。因此，当债务人不愿意债权让与时，应该允许其有机会改变所处的不利地位。即债务人可以同债权人协议债权不得让与，以限制债权人对债权的处分。在某种程度上，这种禁止让与条款是债务人对抗债权让与的一种自我保护措施。

债务人需要对债权人让与进行限制，基于以下方面考虑，第一，债权受让人可能比出让人更苛刻，而债务人也不希望与陌生的新债权人进行交易。第二，债权虽已让与，但有可能债务人未收到让与通知，因此会继续向

原债权人清偿，这样，债务人仍负有向受让人清偿之义务，对债务人而言识别成本和履行义务成本将会升高，任何债务人都希望能够避免此种风险。第三，与让与人有持续交易关系之债务人可能对让与人还享有其他债权，其希望保留抵销权。第四，可能受让人所在地法律或税收制度不太有利于债务人之清偿。第五，为了保持当事人之间持续特定化的债之关系。比如，在建筑承包合同中，发包人特别是政府作为发包人时，常常会在合同中规定禁止承包人转让承包权的条款。因此基于以上考虑，我国在《民法典》第545条中明确规定双方当事人可依约定债权人不得让与债权，以此来平衡债务双方的不平等地位。并且这种约定只要是有效的，债权人就应当遵守该约定不得再将权利转让给他人，否则其行为构成违约，造成债务人利益损害的，债权人应当承担违约责任。^①

在结合保理合同中应收账款涉及应收账款受让人、应收账款转让人、应收账款债务人以及债务人的其他债权人（包括应收账款的多重受让人或质权人及一般债权人等）等多方法律关系，其利益纠葛错综复杂，导致禁止转让条款之效力亦不能一概而论。

（二）禁止转让债权约定的类型

对于应收账款所指的基础交易合同涉及的债权债务关系问题，双方当事人预先设置禁止转让之方式大致可归为三类：其一，一方当事人承诺不进行转让或只向特定人转让合同权利；其二，直接否定了合同转让之法律效力，即在合同中约定“合同权利不具有转让性”等字眼；其三，将转让债务作为约定解除合同的形态之一确定在合同上，如“合同一经转让，对方享有解除合同的权利”等字眼。三种表述都意在禁止或限制合同权利的让与，使该合同的权利义务处于稳定状态。然而，对于三者之间的细微区别，在大陆法系

① 参见王利明等：《中国民法典释评》，中国人民大学出版社2020年版，第3892页。

和英美法系的司法实践中都有较为明确的体现^①，其精神在于防止对债权受让人造成过度损害。我国法律中借鉴了其中某种做法^②，并以立法的方式确定下来。根据我国《民法典》第545条但书条款之规定，当事人之间约定不得转让的债务不得对抗第三人，在非金钱之债转让中引入“善意”第三人加以规制，实际上是肯定了对于第三人，即债权受让人的利益保护。

（三）禁止转让型应收账款的效力

一种观点认为，依据《民法典》的有关规定，经双方当事人约定不可转让之债权债务关系不得转让给第三人。《民法典》中的但书条款规定：“当事人约定的非金钱债权不得转让的，不得对抗善意第三人。当事人约定金钱之债不得转让的，不得对抗第三人。”将两部分结合便能构成完整的链条逻辑，即我国法律充分尊重当事人的意思自治，按照双方约定禁止转让的债务不得转让。具体而言，根据我国目前的司法实践中对于《民法典》第545条第1项、第3项规定债券性质和法律规定不得转让的，最终的法律后果为无效。^③而对于当事人约定不得转让的债务转让的情况，依据债务性质，法律后果为不得对抗第三人或善意第三人。也即嗣后的债权转让合同不会因基础交易合同约定禁止转让条款而归于无效。^④探究立法者的考虑本质上是在宏观价值判断

① 《德国民法典》完全承认禁止转让条款的效力，但在司法实践过程中法官常用合同解释的方法限制禁止转让条款的范围，英美法系的发展历程中法官并非通过直接否定禁止转让条款效力的形式表现出来。而是严格限制禁止转让条款的范围，即只有在其明确清晰地表明债权不得转让的意图时，才将其界定为禁转约款，进而债务人可选择向新债权人履行。一般情况下，法官倾向于将当事人不甚清晰的表述解释为禁止合同义务的转承或赋予债务人向原债权人请求损害赔偿的权利，而非使债权无效。参见王军：《美国合同法》，对外经贸大学出版社1996年版，第391—392页。

② 参见杨明刚：《合同转让论》，中国人民大学出版社2006年版，第104—108页。

③ 广东省广州市中级人民法院（2022）粤01民终14819号民事判决书；浙江省乐清市人民法院（2022）浙0382民初2162号民事判决书。

④ 天津市第一中级人民法院（2022）津01民终153号民事判决书，截止到2023年10月30日，现有关联度高的案例不在多数，但本案例为天津市高级人民法院发布2022年度优秀庭审、优秀裁判文书，具有一定的代表性，故笔者采用之。

中对于合同自由与金钱流通之冲突的取舍问题。^①综上可得,对于基础交易合同中约定禁止转让债权,债权人与第三人签订保理合同转移债权的,该合同有效。由此,在保理合同框架下保理人与应收账款出让人签订的保理合同中出让应收账款之条款当然有效,但由于应收账款出让人即原债权人之转移债权的行为实际违反了原本双方合同的约定,因此如果造成债务人利益损害,原债权人应当承担违约责任。

另一种观点^②认为,保理合同属于商事合同,虽然在某些方面有别于民事合同,但其本质上仍属于合同范畴,须受到民法原理的约束。也就是说,应收账款的转让,应当适用《民法典》关于债权转让的一般规则。但区别在于债权转让包括债权让与的负担行为和处分行为,而依照前文所述,保理合同本身只是一个负担行为,即创设了双方的给付和对待给付义务,而不存在实际的权利义务转让问题。实际的权利转让,发生在合同履行过程中,即完成应收账款债权的让与。因此,如果出现成立应收账款的基础合同发生无效的情形,实际上并不会影响保理合同本身的效力,保理人仍可基于有效的保理合同来要求债权人履行转让应收账款的义务,若违反约定义务,则由债权人来承担相应的违约责任。

由于保理合同是纯负担行为,与应收账款债权让与的处分行为相分离,原则上债权存在瑕疵不影响保理合同的效力,但会影响此后订立的债权让与合同的效力。以上两种观点分别从立法角度和学理角度分析,最终对于禁止转让型应收账款的效力持肯定态度。

(四) 保理人“明知”对于应收账款效力的影响

在分析完基础交易合同中双方约定禁止转让之条款对于保理合同效力认定的问题后,还应当注意保理合同中的另一当事人,即保理人会不会对应

① 参见孙超:《应收账款融资的法律问题研究》,山东大学2011年博士学位论文。

② 参见沈倩:《论应收账款在保理合同中的地位 and 影响》,载《湖北经济学院学报(人文社会科学版)》2021年第7期。

收账款之效力存在影响，此部分主要围绕保理人对于应收账款存在转让禁止性约定是否知情展开分析。一般而言，保理人明知基础交易合同之债权有事先约定的禁止转让条款，应当依照诚信原则，不与债权人订立合同，否则基于违背公序良俗而认定该保理合同无效。然而一种观点^①认为，从金钱债权的角度出发，认为金钱债权的财产属性使其适合让与和融资这类需要强化金钱的可交易性，因此即便是存在特约禁止让与，也不应该影响债权让与的效力。

《民法典》第545条第1款仍是当事人约定不得转让的债权禁止转让，而第2款在非金钱债权转让的对抗效力上，又增加了一句，“当事人约定金钱债权不得转让的，不得对抗第三人”。这句话可认为是体现“民商合一”的典型性规定，也是对特约禁止转让的应收账款债权对保理合同效力的强力回应。具言之，金钱债权即便双方当事人约定不得转让，但在债权人转让给第三人时，无论第三人知道该债权转让受限与否，都不会影响债权让与的成立和生效，仅是在原债权人（出让人）和受让人之间产生违反约定义务的责任。

（五）我国的司法实践立场

根据上文所述，我国对于约定性禁止转让条款的规定在《民法典》颁布前后存在适用效果的不同，探究现有公开的案例来看，法院中援引该条款之表述也有相应的变化。

在《民法典》施行前，法院对于保理合同案件中应收账款效力认定中用词多为概括性总结。例如，在“某保理有限公司与某物流有限公司等借款合同纠纷一审民事判决书”中，将三种情况予以罗列，原文如下：

“关于债权转让的效力问题，本案债权转让协议系第三人与原告真实意思表示，转让标的为第三人依据《借款协议》对五被告的全部应收债权，包括借款本金、利息、违约金等主债权及相应担保

① 参见李宇：《保理合同立法论》，载《法学》2019年第12期。

物权，所涉债权并非根据合同性质、当事人约定不可转让或法律禁止转让的权利。”^①

河北省石家庄市长安区人民法院在“某商业保理公司与某通信设备公司、张某合同纠纷一审民事判决书”中更是在说理过程中将此明确体现。法院认为：

“而依据（2016）冀0102民初6380号民事判决书及（2018）冀01民终8772号民事判决书中所认定的事实，基础合同项下该笔应收账款是禁止转让的，且签订基础合同的双方没有签订补充协议允许该笔应收账款转让。被告某公司提供的《应收账款转让通知书回执》，只有某通信设备公司物资采购部章和财务专用章，没有签收人签名、职务及身份证号（回执中有要求），其形式及内容均不符合基础合同中关于“应收账款的转让应当签订补充协议及加盖公章或合同专用章”的约定。原告同某商业保理公司在审核中应当知道被告某公司提供的基础合同项下应收账款不能转让，而原告同某商业保理公司在没有要求基础合同双方对应收账款的转让签订补充协议的情况下，即发放保理款项，造成该款项无法收回而提起诉讼，现请求被告某公司承担应收账款回购款、违约金及其他各项费用的诉请，于法有据，本院予以支持。”^②

原文中（2016）冀0102民初6380号民事判决书中提及的应收账款为双方约定的禁止性转让债权。探究其争议焦点为该保理合同之生效应当以签署补充协议为前提，确认基础交易合同之债权可以转让而生效。因此，根据上述案例司法判决之探究，在《民法典》颁布之前对于特别约定性禁止转让应

① 上海市虹口区人民法院（2019）沪0109民初2078号民事判决书。

② 河北省石家庄市长安区人民法院（2018）冀0102民初5374号民事判决书。

收账款予以确认其不发生效力。

《民法典》实施后关于保理合同中特约性禁止转让应收账款的效力则持肯定态度，换言之，因应收账款为约定型禁止转让之债权不影响保理合同之成立和生效，不过保理人并无请求债务人履行之权利。在某银行股份有限公司河南省分行、某石油天然气股份有限公司乌鲁木齐石化分公司合同纠纷二审民事判决书^①中，

原审法院认为，中某石油公司与中某化上海分公司签订的《建筑安装工程承包合同》中已经明确约定合同所涉的应收账款不得转让，也不得办理保理融资。该条款不违反法律及行政法规的强制性规定，合法有效。中某石油公司明知合同中存在不得进行保理融资的条款而仍将其对中某化上海分公司的应收账款进行保理融资，根据《民法典》第545条规定，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：……（二）按照当事人约定不得转让……因此，交某银行河南省分行与中某石油公司之间的保理合同，对中某化上海分公司不发生效力。交某银行河南省分行要求中某化上海分公司承担责任，没有法律依据，原审法院不予支持。

文中表明基于事先约定不得用于融资的应收账款成立的保理合同不对债务人发生效力，而并未否认应收账款受让人与出让人之间的效力存在。

我国立法沿革和司法立场对于特约禁止转让型应收账款立场的转变也体现了我国商事领域发展迅速，法律法规及时的动态调整与现有营商环境相适应的特点。

（六）未来展望

本文虽围绕约定禁止转让型应收账款和法定禁止转让型应收账款之不同

① 河南省郑州市中级人民法院（2021）豫01民终5198号民事判决书。

规则对嗣后保理合同成立与否的影响分别展开论述，然篇幅有限，对于“应收账款禁止转让之属性差异何以致使规则适用的不同”并未深究。

六、虚构应收账款对保理合同效力的影响

应收账款是指企业因提供商品、服务或出租资产而形成的金钱债权及其产生的收益。^①应收账款转让是保理的前提，从保理的商事行为角度考察，保理商提供若干项服务，是其受让应收账款而因此获得收益的对价。^②保理业务得以开展的基础是基础合同的卖方（债权人）将其对基础合同的买方（债务人）的合法有效应收账款债权转让给保理商，保理商受让该应收账款债权取代基础合同的债权人成为新的债权人，原基础合同债务人将相应的款项汇至保理商指定的保理账户以达到清偿债务的目的。由此可见，应收账款是由基础合同的卖方与买方通过达成相应的交易而形成的，基础合同的存在是保理融资申请人向保理商申请保理业务的前提和基础。

在司法实务中，企业为了获得融资款项串通买方虚构不真实的基础交易合同，而基础合同的债权人与债务人并不存在真实的基础交易关系，通过串通虚构应收账款出具虚假的基础交易合同骗取保理商的情形。同时，国外学者也认为，保理业务得以开展的基础是买卖双方的真实交易，只有债权人与债务人产生真实的债权债务关系，具备合法有效的应收账款债权时，保理商与债权人之间的债权转让才有效。但保理商并不是基础合同的当事人，他们难以判断基础合同的真实性。当保理商不能按照保理合同的约定收回债权而发生争议诉诸法院时，基础合同的债务人往往会提出基础合同系虚假的，应收账款并不存在因此保理合同无效，债务人无须按照保理合同的约定承担债务为理由来抗辩保理商。

① 参见《商业银行保理业务管理暂行办法》第8条规定。

② 曾洋：《保理及保理合同法律问题初探》，载《南京大学法律评论》2003年第1期。

保理纠纷中最常见的争议类型便是应收账款债权人和应收账款债务人以虚假的基础合同为由主张保理合同无效或者以基础交易不存在为由对抗保理商。在中国银行业协会保理专业委员会发布的保理行业发展报告中,“虚假基础交易”已成为首当其冲的特殊风险项。^①虚构的基础合同会涉及多方当事人的利益,彼此间关系颇为复杂。下面将对虚构基础合同的情形进行类型化分析,讨论不同情况下虚假的基础合同对保理合同效力的影响。

(一) 保理商与应收账款债权人虚构应收账款签订保理合同

保理商和应收账款债权人共同虚构债权而订立保理合同时,基础合同不存在,保理合同也不发生效力。当事人试图通过这种方式将事实上的借贷关系伪装成应收账款让与的保理法律关系,即“名为保理,实为借贷”。当事人人间之所以虚构应收账款进行保理,一方面可能是为了规避企业间的非法拆借行为;另一方面可能是借助保理合同的“外壳”,以高额的“服务费”规避民间借贷利息的限制,从而规避金融监管。^②此时应当根据《民法典》第146条的规定,认定通谋虚伪的保理合同无效;被“保理合同”掩盖的法律关系(如借贷关系)是否有效,则按照相关的法律规定处理。

(二) 应收账款债权人虚构债权,保理商不知情

这种情形主要是应收账款债权人谎称债权存在并提供了虚假证明,但保理商并不知该债权为虚假。

保理商开展保理业务的基础是保理申请人将合法有效的应收账款债权转让给保理商,以此作为保理商提供融资的偿还保障。保理申请人虚构债权欺骗保理商,保理商构成意思表示错误,可以欺诈为由行使合同撤销权。^③另外,在有约定的情况下,保理商此时也可以行使追索权,主张违约责任、解

① 《中国保理产业发展报告(2015)》,中国金融出版社2016年版,第62页。

② 参见包晓丽:《保理项下应收账款转让纠纷的裁判分歧与应然路径》,载《当代法学》2020年第3期。

③ 最高人民法院(2019)最高法民申2994号民事裁定书。

除合同请求其赔偿损失。同时值得注意的是，若基础合同是保理申请人伪造的，如果保理商未尽到审查义务，在撤销之后应当根据其过错承担相应的责任。

（三）应收账款债权人与债务人虚构应收账款作为标的转让

根据《民法典》第763条的规定，应收账款债权人和应收账款债务人相互串通，虚构基础交易的，债务人不能以基础合同不存在对抗保理商。本条规定旨在遏制日益猖獗的保理欺诈，其在解释上仍有较大空间。在实践中主要存在的争议如下：应收账款债权人和应收账款债务人恶意串通时，保理合同效力如何？如何界定保理商的“明知”？

1. 有关债权人与债务人虚构应收账款的相关法条分析解读

《民法典》第763条规定了：“应收账款债权人与债务人虚构应收账款作为转让标的，与保理人订立保理合同的，应收账款债务人不得以应收账款不存在为由对抗保理人，但是保理人明知虚构的除外。”该条规定是对虚构型应收账款的明文规定，也是“保理合同”一章中针对应收账款瑕疵的唯一规定。

该条文由主文和但书构成，表明在应收账款债权人与债务人存在虚构应收账款的情况下，不影响保理合同的生效与履行，保理商仍可以向债务人主张债务偿还。同时，当保理商明知双方存在虚构行为时，应收账款债权实际不存在，保理合同不发生效力，保理商亦无相应的请求权。该例外规则的创设极具有合理性。首先，收集分析实务案例，可以发现保理欺诈问题近几年不断出现，^①这条规则是对欺诈行为的一种抵制。若认为保理合同因债权人的欺诈行为而无效或不成立，则对保理商来说，无法通过有效的保理合同要求债务人履行，只能向债权人主张不当得利的返还或侵权损害赔偿，在权利保障上有所缺失。

2. 法院对于基础合同虚构对保理合同效力影响的裁判观点

对于保理合同的效力是否受到虚构的基础合同的影响，法院之间主要存

① 江西省高级人民法院（2014）赣民二终字第32号民事判决书。

在三种不同的裁判观点。

(1) 部分法院认为基础合同不存在不必然影响保理合同的效力

保理合同与基础合同属于相互独立的法律关系，保理商相对于基础合同是一个第三人的法律地位。^①根据《民法典》第146条的规定，通谋虚伪意思表示虽然在双方当事人之间无效，但是该通谋虚伪之无效不得对抗善意第三人。

在“某有限公司、某银行股份有限公司日照分行合同纠纷案”中，法院认为：

商业银行在处理融资申请人申请提供保理融资业务时，应当以真实、合法、有效的应收账款转让为前提，但应收账款债权产生的基础在于基础合同双方当事人之间，保理银行作为基础合同外的第三人，基于合同的相对性，基础合同无效并不导致保理合同无效。^②

从保理人的审查义务及是否存在重大过失角度看，最高人民法院就曾在判决中持此种观点。在“某银行股份有限公司与某电力燃料有限公司合同纠纷案”中，最高人民法院认为：

保理人在签订保理合同之前，对基础合同所涉应收账款的真实性尽到了审慎注意义务，其有理由相信应收账款是真实存在的。因此，应收账款债务人无权以基础合同虚假为由主张保理合同无效，从而拒绝向保理人履行清偿义务。

从涉及虚假意思表示对第三人效力的判决中，因各地法院对“保理人具

① 最高人民法院（2018）民申4320号民事判决书；最高人民法院（2015）民二终282号民事判决书。

② 山东省日照市中级人民法院（2018）鲁11民终2216号民事判决书。

有重大过失”的判断标准不同，其结果也有所出入。一部分法院认为，保理人没有进行形式审查便构成重大过失。^①还有一部分法院认为应该进行实质性审查，在此种情形下，是否完成实质审查是法院判断保理人是否存在重大过失的标准。^②此外，还有法院从外观主义角度，对保理人的“善意”进行认定。

（2）认为基础合同不存在，则保理合同无效，构成借贷关系

保理合同依据基础合同签订，若应收账款虚假，保理合同则丧失了成立的基础，保理人与债权人之间未形成有效的保理合同关系，应当根据当事人之间的实质法律关系来处理，当事人之间实质上是以保理之名行贷款之实。因此，只支持保理人主张的借款利率，而不支持保理人主张的保理费、手续费、管理等费。^③

如在“某资产管理股份有限公司湖北省分公司与某汽车零部件实业有限公司等金融借款合同纠纷案”^④中，法院认为：

在借款期间届满时债权人应向保理商偿还借款本息。在应收账款虚假的情形下，虚假债权转让在保理商与保理融资申请人之间不发生保理法律效力。

（3）认定保理合同可撤销

此种情形下，法院认为保理人受到了应收账款债权人的欺诈，保理商属于被欺诈的一方，享有撤销权。^⑤

司法实践的不统一推动新的法律法规的产生。《民法典》第763条试图从

① 最高人民法院（2017）最高法民申227号民事裁定书；江苏省高级人民法院（2016）苏民终416号民事判决书。

② 最高人民法院（2017）最高法民申366号民事裁定书。

③ 上海市第一中级人民法院（2018）沪01民终4182号民事判决书。

④ 湖北省张湾区法院（2018）鄂0303民初2167号民事判决书。

⑤ 上海市第一中级人民法院（2016）沪01民终1759号民事判决书。

立法上统一规定债权人与债务人通谋虚构应收账款叙作保理的效力问题，认为虚构应收账款并不必然导致保理合同无效，这一规定为司法实践提供了有益指导。但是，由于法条表述的不明确性又产生了新的问题。《民法典》第763条对应收账款债权人与债务人之间虚构应收账款的情形进行了规制，以保理人是否“明知”应收账款虚假作为合同效力判定的标准。因此，根据该条规定，可区分保理人“明知”与“不明知”两种情形讨论保理合同的效力。

3. 保理人“明知”的界定

当债权人虚构应收账款，并与保理人签订保理合同时，保理人可就其损失向债权人追责，但前提是保理人对其欺诈行为并不知晓。一般情况下，保理人与债权人就已经存在的应收账款签订保理合同，保理人对应收账款是否真实存在、权利是否存在瑕疵，以及债权人与债务人是否存在恶意串通等信息无法完全掌握。为弥补保理人信息获取能力的不足，对保理关系中信息资源较少的一方当事人进行保护，平衡债权人与保理人之间由于信息不对称所产生的权利、义务与责任的不对等问题，《民法典》第763条作出了如下规定，“应收账款债权人与债务人虚构应收账款作为转让标的，与保理人订立保理合同的，应收账款债务人不得以应收账款不存在为由对抗保理人”。但如果保理人知晓债权人虚构应收账款的行为，则保理人与债权人之间信息不对称的情形不再存在，该规定便失去了需要保护的对象，因此《民法典》第763条同时规定了但书条款——“但是保理人明知虚构的除外”。如果保理人明知其虚构应收账款仍与其签订保理合同，并提供保理融资款项，则双方承担的责任形式与责任范围也会相应发生变化，因此需要先对保理人的“明知”进行界定。对保理人“明知”的认定可以从以下两个方面进行。

（1）从时间上限定

“明知”应当在保理人签订保理合同之前。从《民法典》第763条规定来看，保理人在签订合同时，如果明知债权人与债务人的虚构行为仍签订保理合同，则其有利用债权人与债务人虚构行为的事实向债务人进行追偿以获取不当利益的故意。但如果保理人在保理合同签订后才知晓债权人的虚构行为，则其并没有利用虚构行为事实的故意，对其救济途径应当予以

保护。

（2）从内容上限定

一方面，由于应收账款本身即为债权人虚构而产生，保理人作为债权债务的非当事方，很难详尽了解到虚构行为的相关事实，甚至在债权债务关系中，债务人的身份也可能系债权人伪造，因此要求保理人了解恶意串通中当事人的实际身份、主观心态、目的与动机、具体过程等细节并不符合现实。因此，保理人知晓存在虚构行为的事实即可认定为“明知”。

另一方面，不应无限扩大对“明知”的认定。由于裁判者无法探求当事人的主观真实心态，对于保理人是否明知，只能通过客观表象进行判断，即保理人是否履行了审查义务。有法院认为，保理人若未完成形式审查即构成重大过失；^①也有法院认为，保理人还须完成实质性审查，否则也构成重大过失。^②可见，从审判实践看，各法院虽然对保理人“过失”的认定标准不一，但也并未脱离“知道或应当知道”的范畴来判定保理人是否为善意第三人。^③

由于保理人一般为商业保理公司或银行等金融机构，作为以经营保理业务进行营利的保理商或金融机构等专业人员和机构，其应当承担高于一般民事主体并与保理业务专业程度和收益相匹配的审查义务。当债权凭证等材料足以证明债权人虚构应收账款的事实，而保理人未进行充分的形式审查与适当的实质性审查时，就可以认定保理人对于债权人虚构应收账款具有一定认识，应属于“明知”的范围。

（四）银行作为保理商时对于虚构应收账款的审查注意义务以及责任承担

银行作为专业性极强的保理机构，在实践中是否应该具有更高的审查义

① 天津市高级人民法院（2015）津高民二终字第0094号民事判决书；江苏省高级人民法院（2016）苏民终416号民事判决书。

② 最高人民法院（2017）最高法民申366号民事裁定书。

③ 参见何颖来：《保理中虚假基础交易风险的法律规制——基于〈民法典〉第763条之思辨》，载《浙江社会科学》2021年第7期。

务值得进一步探究。此时，认定合同效力的关键在于对银行审查义务的界定。

《商业银行保理业务管理暂行办法》第14条、第15条明确规定了商业银行在开展保理融资业务时应进行有效的尽职调查，以及对基础交易的真实性进行审核。《中国银行业保理业务规范》也提出银行保理业务操作规程中至少包括对基础合同交易真实性的审查。但是对于银行审查注意义务的定性，以及在何种程度上才符合审查注意义务的要求各个法院的裁判标准也不统一。

有法院认为当银行作为保理商面对虚构应收账款时，会承担较高的注意义务。银行作为专业性的保理机构应穷尽必要手段对基础合同真实、合法、有效性进行核查。比如，在“某矿业与某银行临武支行借款合同纠纷案”中，再审法院认为：

某银行临武支行在合同签订、履行和贷款使用过程中，未对《锡精矿结算确认通知书》《应收账款确认书》等真实性履行尽职调查和审慎审查义务，使债权面临落空的风险，因此某银行临武支行的行为存在一定的过失，这一过失不能免除借款人和担保人的民事责任，但却可以作为减轻过失相对方责任的依据。

同样，在“某公司与某银行二分行合同纠纷案”中，一审法院认为：

某银行上海分行的银行经办人未根据合同约定和相关规范认真核查基础交易的发票原件，也未让保理申请人某公司提供反映基础合同真实情况的运货单据、交货凭证等材料，也未对基础交易真实性进行实地核验，某银行上海分行在保理业务中未尽合理注意义务，应对其损失承担部分责任。

同时，也有法院认为保理银行的工作瑕疵不能成为减轻欺诈方付款责任的理由。比如，在“某公司与某银行二支行合同纠纷案”中，二审法院认为

从审核义务的规范性来看，商业银行在开展保理业务过程中应尽的审核注意义务是为了防范金融风险等制定的行政管理规范，而不是确定平等民事主体之间的民事法律规范或者合同的约定。同时商业银行审核基础合同及应收账款的真实合法性的目的是确保自身的经济安全，并不是商业银行对基础合同债权人及债务人的合同义务或法定义务。法院认为：

中某公司和麟某公司对于某银行二支行具有明显的欺诈故意，某银行二支行只是存在一定的审核瑕疵，如果因为某银行二支行的审核瑕疵来减轻中某公司和麟某公司的责任，将会导致保理银行和故意欺诈者的利益失衡。

因此，二审法院认为某银行二支行的审核瑕疵不能成为其自担部分损失同时减轻中某公司付款责任的理由。再审法院认为某银行二支行在开展保理业务的过程中已经审核了基础合同债权人麟某公司和债务人中某公司提交的材料，其已经尽到了审慎的注意义务，而某银行二支行对发票真实性审核不当的问题只是该行工作瑕疵，并不影响案件事实的认定，因此某银行二支行无须承担部分责任。

同样，在“某银行乌鲁木齐分行与中某公司等合同纠纷案”中，二审法院认为：

某银行乌鲁木齐分行在办理保理业务过程中已向博某苇业和凯某苇业公司确认了应收账款债权的真实性，对保理申请人提交的《产品购销合同》、发票的真实性进行了查询，并且核对了增值税专用发票的真实性，某银行乌鲁木齐分行已经尽到了合理注意义务。

因此，某银行乌鲁木齐分行无须承担责任。再审法院维持了一审法院的判决。

结合上述案例，为了保障保理银行的自身利益，保理银行在完成上述尽

职调查工作后，还应对保理融资申请人提供的基础买卖合同、增值税发票、应收账款转让通知书等最基本的材料进行审查。同时，保理银行还应关注基础合同的履行情况，即要求基础合同当事人提供货物交割凭证、托运单、对账单等资料，确保基础买卖合同已经按照合同约定履行完毕，债权人与债务人之间的应收账款真实、合法、有效，避免保理融资申请人通过虚构基础合同等手段恶意骗取资金。

专题六

票据保理的法律风险规制^①

① 案例共同整理人：吴凌宇、林泓辰、熊良恺、曾瀚廷、曲一辰均为外交学院争议解决研究中心兼职研究员（北京100037）。

导 读 本专题基于审判实践对三大票据保理模式的交易结构和法律风险问题进行了研究。在“先保理，后票据”模式中，虽有违反《票据法》第10条的嫌疑，但本专题仍对该模式和传统保理模式的特征及法律效果进行了比较。同时，对于商业汇票支付的应收账款是否可以进行保理业务，应当区分不同情形分别判断，只有在票据关系不会对原因债权产生影响的情况下，才可以继续用作保理；对于“先票据，后保理”模式是否合法的判断中，考虑的重点在于保理商是否基于债权转让关系获得票据，是否为合法的持票人。直接票据保理模式本质上属于票据贴现，存在较大的法律风险，已越来越被实践所摒弃。

关键词 票据保理 票据无因性 真实交易关系

“保理合同是应收账款债权人将现有的或者将有的应收账款转让给保理人，保理人提供资金融通、应收账款管理或者催收、应收账款债务人付款担保等服务的合同”。^①这是《民法典》第761条关于保理合同的定义，随着2020年《民法典》的颁布和施行，保理合同正式成为合同编有名合同的一员。保理合同入典和有名化是我国保理业务发展中历史性的大事件，保理合同项下九个条款的问世，为保理合同纠纷的处理提供了直接的裁判依据，形成了保理行业统一标准，极大地解决了保理业务现存的问题，大大促进了保理业务的发展。

近年来我国保理业务迅速发展，体量庞大，业务总量连续多年位居世界首位。随着保理业务的不断发展，票据保理以其支付简单、融资快捷的优势越来越多地活跃在商事领域，而这也给司法裁判实践带来了新的问题。票据保理结合了《民法典》合同编项下保理合同和《票据法》票据行为，当两大法律的效力产生冲突时应该如何裁判，又该如何将新生的票据保理体系化地安置到民法学的大厦中成为保理领域新的亟待解决的问题。

本专题将结合近四年来法院的判决，研究票据保理的三大主要模式——“先保理，后票据”模式、“先票据，后保理”模式和直接票据保理模式，并对相关问题进行分析。

一、“先保理，后票据”模式

关于“先保理，后票据”和“先票据，后保理”两种票据保理的模式之间的区分定义，学界尚存在一些争议。一些学者认为“先保理，后票据”模

① 参见《中国保理产业发展报告（2021—2022）》，载中国银行业协会网站，<https://www.china-cba.net/Index/show/catid/14/id/41509.html>，最后访问时间：2024年10月10日。

式指“应收账款债务人在保理人受让应收账款后，直接向保理人签发或转让票据以清偿债务”，^①即“先保理，后票据”模式仅包括应收账款债务人直接向保理商进行票据支付清偿债务这一形式。另一些学者则认为“先保理，后票据”模式包括“保理商从债权人处受让应收账款，在应收账款到期之日，债务人通过签发或者背书转让商业汇票给保理商，或者债务人通过签发或者背书转让商业汇票给债权人，再由债权人背书转让给保理商”。^②即“先保理，后票据”模式不仅包括债务人直接支付保理人票据以清偿债务的情形，还包括部分债务人先签发或者背书转让商业汇票给债权人，再由债权人背书转让给保理商的情形。由于在实践中由债务人支付汇票给债权人，再经债权人背书转让给保理人以清偿应收账款的情形十分常见，本专题故采用第二种定义进行分析。

若债务人直接向保理人签发或背书转让票据以清偿债务，即不经过债权人转让，票据在其中充当货币功能的交易结算工具。此模式合规与否的问题在于保理合同能否作为保理商取得票据的依据。我国法律要求签发商业汇票要具有真实的交易关系。有学者基于此认为，保理公司虽然依据与原债权人的约定受让了应收账款，但是其与债务人之间本身并无实际的贸易往来，不可以基于保理合同取得债务人的票据。根据《票据法》第10条的规定，票据的流转要满足存在真实的交易关系和债权债务关系，同时要给付对价两个条件。但亦有观点认为，对于“真实的交易关系”不应采取狭义理解，交易关系不等于贸易关系，应当包含一切有法律效力的债权关系。在保理合同成立并生效后，债权人和债务人之间真实交易关系下的债权债务移转到了保理商和债务人之间，此时债务人向保理商支付票据清偿债务符合真实交易关系和债权债务关系的规定，且保理商受让票据的对价也体现在保理合同中，因此在这种情况下保理商基于保理合同取得票据完全符合法律规定。

① 魏冉：《保理的概念及其法律性质之明晰华东政法大学学报》，载《华东政法大学学报》2021年第6期。

② 张芳芳：《票据保理类案研究》，湖南大学民商法系2021年硕士学位论文。

若债务人不直接向保理人支付票据清偿债务，而是通过支付票据给债权人，再经债权人背书转让给保理人，即经债权人转让模式下。这种模式在实践中常出现下列两种情况。

（1）已叙作保理业务为暗保理，或是为明保理但由于内部管理需要，债务人仍需继续向债权人签发或转让票据。债权人与保理商签订委托合同，保理商先委托债权人受让票据，再依约将该受让的票据背书给保理商，即债权人受让、转让票据的基础为履行其与保理商之间签订的委托合同。

（2）已叙作保理业务为明保理，且通知债务人直接向保理商付款，但债务人却仍然向债权人签发或转让票据。由于此时保理商已成为应收账款的新债权人，债务人只有向保理商清偿才构成有效清偿。因此，此时债权人取得票据，已不存在法律上的基础，构成不当得利，保理商可继续向债务人要求清偿。债务人可主张债权人构成不当得利，应将已受让的票据返还给债务人。若保理商、债权人及债务人协商一致，债权人将取得的票据重新背书转让回保理商，以消除债权人的不当得利并使债务人对保理商构成有效清偿，则可使各方的权利义务恢复至正常状态。

在经过债权人背书转让这种模式下，可能存在一些法律性质上的问题。《票据法》第10条规定了票据的流转要满足存在真实的交易关系和债权债务关系，同时要给付对价两个条件。当保理合同成立并生效后，债权人和债务人之间的债权债务关系转移到了保理人和债务人名下，此时，原债权人和债务人之间的债权债务关系不再存在，若债务人依然向原债权人签发或背书转让票据显然不具有对价和债权债务关系，有违反《票据法》第10条规定的嫌疑。

此外，原本在无追索权保理中，债权人在经保理合同生效后可以脱离原本的债权债务关系，但在这种模式下，由于债权人成了票据关系中的前手，在保理人不获付款、不获承兑或其他情况下，保理人可以根据《票据法》第61条、第62条的规定向债权人行使追索权，于是，该保理在事实上可以享受有追索权保理的权利，却不必承担有追索权保理在转账应收账款债权扣除融资本息和相关费用后剩余费用的返还义务，而且由于是票据追索权，出票人、背书人、承兑人和保证人需承担连带责任，保理人可以选择向债权人

或债务人甚至全体票据债务人主张追索权，可以说在这种情况下，保理商的权利会得到最充分的保障。但这样的分析是建立在经由债权人背书转让这一环节满足了“对价”“真实交易关系”基础上的，根据《票据法》第11条第1款的规定，“因税收、继承、赠与可以依法无偿取得票据的，不受给付对价的限制。但是，所享有的票据权利不得优于其前手的权利”。该条反映了一项原则，即无偿受让票据的后手不得享有优于其前手的权利。在明保理中，商业汇票在三者之间转让以债务人与保理商之间的债权债务关系为交易背景，债权人自愿充当了商业汇票背书转让的桥梁，债权人从债务人处取得商业汇票实际上属于其他无偿取得票据的行为，而保理商受让商业汇票实际上也属于无偿取得票据的行为，据此，保理商不得享有优于债权人的权利。在暗保理中，债务人转让商业汇票以与债权人之间的基础交易关系为交易背景，债权人取得商业汇票之后，基于不当得利，应当将商业汇票转让给保理商，保理商未支付对价的，不得享有优于债权人的权利。

在“华某保理公司与上海奕某公司、冠某公司票据追索权纠纷案”^①中，本案属于明保理，法院认定保理商华某保理公司从债权人奕某公司处无偿受让债务人冠某公司开具的票据，未支付对价，故华某保理公司不享有优于奕某公司的权利。

商业汇票先由债务人转给债权人，再由债权人转给保理商，这种票据保理情形与有追索权保理存在较大的差异。第一，前者属于票据保理，保理商应当先选择票据关系主张权利，主张权利未果时可以选择保理合同关系救济权利，后者仅可选择保理合同关系主张权利。第二，票据保理中债权人基于票据关系成为票据债务人，承担票据债务，而有追索权保理中债权人是基于让与担保关系成为债务人，承担应收账款回购义务。

保理商行使票据权利时，债务人能否以保理关系对保理商进行抗辩？债权同一性是构造债权让与制度的理论基础，其意义之一在于保障债务人对债权人的抗辩不因债权让与而消灭，仍得向保理商主张。根据《民法典》第

① 上海市浦东新区人民法院（2019）沪0115民初15440号民事判决书。

769条和第548条的规定，债务人对债权人的抗辩，在收到债权让与通知后即可主张，同时，虽然票据具有无因性，但在直接当事人之间，票据债务人能以基础关系对抗票据债权人，保理商和债务人之间因债权让与存在债权债务关系，债务人直接将商业汇票转让给保理商，二者属于直接当事人，债务人能以对债权人的抗辩对抗保理商。另外，如果债务人的票据通过债权人背书的形式转让给保理商，如果该转让实际上属于一种无偿转让，则保理商的票据权利不得优于前手，保理商不享有以债权人作为前手切断债务人票据抗辩的权利，则债务人对债权人的抗辩同样能针对保理商。但需要注意的是，在暗保理中，债务人是否能以保理关系对其不发生法律效力为由进行抗辩呢？在民法的债权让与中，未通知债务人则债权让与对债务人不发生法律效力，但并不代表债权让与关系没有产生，同理，在保理关系中，债务人没有收到应收账款转让通知的，应收账款让与对其不发生法律效力，但保理关系已然产生，基于保理合同关系的票据背书转让是合法有效的，保理商能据此行使票据权利，债务人无法以保理关系对其不发生法律效力而对抗保理商行使票据权利。

二、“先票据，后保理”模式

通过梳理近几年与票据保理相关的案例，我们可以发现“先票据，后保理”模式是票据支持保理业务中最常见的类型，同时这类票据保理模式也是司法分歧的集中分布点。在“先票据，后保理”的交易模式下，债务人通过向债权人签发或者转让票据来清偿与债权人之间的应收账款。债权人与保理商随后签订保理合同，基于保理关系的产生，保理商自债权人处受让已经用票据进行支付的应收账款，一旦保理商取得票据，就可以主张票据这一有形载体之上承载的票据权利。实践中，该交易模式因为票据的无因性特征，只要持有票据即可请求债务人履行义务，这极大地提高了商事交易效率，但同时也带来了许多潜在的交易风险。在此种交易模式下，债务人通常已经向债

权人签发或者转让了票据，债权人以该票据向保理商申请保理融资的过程不涉及债务人向保理商签发票据的参与意愿与配合程度，保理商完全可以通过暗保理进行操作。^①但暗保理业务存在债务人未收到通知而抗辩不还款的风险，为降低交易风险，保理商一般要求债权人将已经获得的票据背书转让给保理商。

该保理模式将票据关系和保理关系这两种本就复杂的法律关系糅杂在一起形成了更复杂的关系，然而这二者之间的关系既不能割裂来看，也不能完全视为一个整体。基于这种特殊复杂性，司法实务界对于“先票据，后保理”模式是否合规这一问题产生了以下两种截然不同的裁判观点。

一种观点认为，债权人将原因债权与票据一并转让给保理商，从而获得保理商向其提供保理融资的机会，属于保理业务的范畴，保理商有权选择以合同或票据向债权人主张权利。^②以“某某商业保理（深圳）有限公司、某某集团股份有限公司等票据纠纷民事纠纷案”为例，厦门市中级人民法院认为：“鉴于本案中原告在保理融资到期后未能收到债务人清偿的应收账款，其有权依照保理合同约定行使追索权。同时，原告又因应收账款债权以票据作为结算工具而受让了汇票，在承兑人拒付汇票款项时还享有相应的票据权利。因此，在兼具合同权利及票据权利的情况下，原告可择其一行使。”^③

而另一种观点则认为，当事人之间并未构成保理法律关系，本质上还是属于以票据贴现融资为核心的综合性合同，保理商有权选择以合同或票据向债权人主张权利。^④例如，深圳市中级人民法院在“深圳市某新材料有限公司

① 程平：《当议票据保理及其资产证券化的法律风险与防控路径》，载《吉林金融研究》2019年第6期。

② 广东省深圳前海合作区人民法院（2018）粤0391民初4398号民事判决书；广东省深圳前海合作区人民法院（2019）粤03民终28509号民事判决书；福建省厦门市中级人民法院（2021）闽02民初123号民事判决书。

③ 福建省厦门市中级人民法院（2021）闽02民初123号民事判决书。

④ 广东省深圳前海合作区人民法院（2018）粤0391民初3803号民事判决书。

司、贾某某合同纠纷案”中论证道：

“端某保理愿意支付保理融资款的根本原因在于其想要获得由某超市开具的已承兑的票据。且由于当前我国对于商业保理业务尚无相关的立法，而商业保理业务与银行保理业务相类似，故而类比适用《商业银行保理业务管理暂行办法》中关于应收账款的相关规定——‘应收账款不包括因票据产生的付款请求权’。基于以上两点，法院认定，端某保理从事的业务本质上属于以票据买卖为核心的票据贴现融资业务，而非是以应收账款转让为核心的保理业务”。^①

该判决主要依据的是《商业银行保理业务管理暂行办法》第8条，因票据产生的付款请求权不属于保理业务应收账款的范畴，商业保理业务与银行保理业务类似，应参照处理，因此债权人和保理商之间实质上构成了票据贴现。另依照《全国法院民商事审判工作会议纪要》的相关规定，应收账款债权人转让票据的行为无效。

值得注意的是，深圳前海合作区人民法院针对这一类案件在同年作出了两种不同的判决，更突出了这一问题在实务层面的混沌状态，亟待实务界和理论界共同对其予以明晰，以更好地适应中国特色社会主义市场经济的深入发展。因此，本专题将从以下三个方面对“先票据，后保理”这一模式的合规性问题进行逐步分析。

（一）已通过商业汇票支付的应收账款是否可以保理

探讨“先票据，后保理”这一模式是否合规，我们必须首先明确已通过商业汇票支付的应收账款是否仍然存在以及是否可以转让。如果已经通过商业汇票支付的应收账款归于消灭，债权债务关系即告终止，债权人就无法通过转让该票据来获得保理融资，而之后涉及的法律问题也将失去讨论的意义。

① 广东省深圳市中级人民法院（2019）粤03民终28509号民事判决书。

而在司法实务与理论层面,各方都已对票据的无因性达成共识。在“某银行中山支行诉中国某成套设备出口公司武汉分公司经营处、某银行海口市分行等银行承兑汇票纠纷再审案”中,最高人民法院就已经明确:“票据具有无因性,票据关系的存在并不以原因关系的成立和有效为前提,票据关系与其原因关系各自相对独立。”^①除此之外,票据支付具有无因性在许多票据保理相关的判决中都被予以明确。^②鉴于票据的无因性,只要持票人通过合法方式取得票据,仅凭票据的文义记载,即可向票据上的付款人主张票据权利,不受票据原因关系的影响。^③但是在“先票据,后保理”模式下,两种法律关系交错在一起,我们需要进一步思考票据关系的产生是否会对原因关系的存续产生影响。

在社会经济活动中,商业汇票成为一种新兴且正快速普及发展的支付结算工具,既然是结算工具,那么交付票据是否就会使原因债权消灭呢?实践中主要有以下三种观点:

第一,用票据支付债务属于债务变更。《日本民法典》第513条规定:出具汇票以代替债务履行属于变更债务的履行方式,也就是变更债务要素,债务因履行方式的变更而消灭。^④第二,属于间接给付。当事人之间如果没有特别约定双方之间成立代物清偿,那么债务人为了履行金钱债务而支付票据,应当属于间接给付,新债与旧债并存,票据债务没有得到清偿,则原因债务也不会消灭。^⑤第三,属于代物清偿。依据意思自治原则,若当事人明

① 参见《最高人民法院公报》1995年第1期。

② 重庆市渝北区人民法院(2018)渝0112民初30878号民事判决书;最高人民法院(2015)民二终字第134号民事判决书;广东省东莞市中级人民法院(2019)粤19民终13581号民事判决书;最高人民法院(2019)最高法民终290号民事判决书。

③ 最高人民法院(2015)民二终字第134号民事判决书。

④ 参见《日本民法典》第513条:(一)当事人订立变更债务要素时,其债务因更改而消灭;(二)把附条件债务变更为无条件债务,对无条件债务附以条件或变更条件,均视为变更要素。代债务履行而发行汇票者,亦同。

⑤ 李新天、李承亮:《论票据不当得利的返还与抗辩——兼论票据的无因性》,载《法学评论》2003年第4期。

确约定为代物清偿，则在债务人交付票据，债权人取得票据后，原因债务即告消灭。^①

以上三种观点中，若认为用票据支付债务属于变更债务或代物清偿，那么，票据关系将导致原因债务的消灭。该观点认为开具商业汇票的行为已经将原债务变更为新债务或已经偿还了相应债务，交易双方之间的基础交易关系也应归于清算完毕，换言之，卖方对买方享有的应收账款之权利由于开具票据这一行为而结算完毕。^②这一观点也被部分法院和债务人所支持。例如，在“汇某保理公司、荆州沃某公司与浩某公司其他合同纠纷案”中，沃某公司就主张其与浩某公司之间是基于票据背书转让而产生的票据关系，其已经通过支付商业承兑汇票的方式清偿了债务，因此，浩某公司对其的应收账款债权已经消灭，其无法再主张债权权利。^③但显然，此类观点并没有考虑到现实情况，存在过于理想化的问题。诚然，票据已经成为一种支付结算手段，但实践中，开具商业汇票并不等同于完全清偿债务，债权人取得票据也不能保证该票据能够得到兑付。如果仅以开具交付票据这一行为，就认为债权债务关系消灭，将会使债权人处于债权利益无法实现的不利局面。

而若持间接给付这一观点，则原因债务并未消灭，也就是说，票据关系并未对原因关系产生影响。本专题认为应采“间接给付说”。在票据追索权纠纷案^④中，被告飞某公司就辩称其向被告寰某公司开具涉案汇票的行为应视为履行了给付货款的义务。然而，该主张最终并未被法院采信，该案例说明实务界并不支持票据关系会对原因债权关系产生影响。如前所述，票据行为具有无因性，票据关系与原因关系相互独立存在。债权人取得票据只是有权基于票据获得将来的应收账款，但是该应收账款是否能兑付却并不能得到保证。在“陕西某某股份有限公司与深圳市某某商业保理有限公司票据付款

① 史尚宽：《债法总论》（第1版），中国政法大学出版社2000年版，第820页。

② 周天林、石峰、贾希凌：《强监管环境：大资管产品法律设计与政策边界》，上海远东出版社2018年版，第168页。

③ 上海浦东新区人民法院（2018）沪0115民初53159号民事判决书。

④ 上海市浦东新区人民法院（2019）沪0115民初15446号民事判决书。

请求权纠纷案”中，^①就出现了涉案汇票账户余额不足而被付款银行拒绝付款的情况。当出现无法兑付汇票时，保理公司仍然有权要求买方付款及收取买方支付的应收账款。^②若认为债权人取得票据后，债务就已经履行完毕，那么债权人就无法获得该账款，其利益将受损。因此，本专题更赞同票据关系不影响原因关系的观点，已通过商业汇票支付的应收账款并未消灭，而是和票据权利同时继续存在。当债权人持有的票据获得承兑付款后，此时该债务才已经履行完毕，应收账款才归于消灭。而在承兑之前，应收账款继续存在，这提供了将该票据用于保理的可能性。

事实上，对原因关系产生影响的并不是票据关系，而是当事人之间限制基础权利的合意，这一合意表现为不同的“票据授受目的”。^③票据授受目的不一样，对原因关系的影响也就不一样。在“深圳某保理有限公司与江西某新材料有限公司、湖南某科技有限公司合同纠纷案”^④中，广东省深圳前海合作区人民法院对这一问题展开了详细的论述：

“债务人为向债权人偿还既存债务而向债权人支付票据，对该原因债权会产生何种影响，是否会导致原因债权的消灭，法律上并无明文规定，但在理论界存在共识，一般认为，对这一问题应该分不同情形分别探讨。第一种情形是当事人对于原因债权明确约定使用某种票据来作为结算工具的。在此种情形下，可以推定当事人之间存在以票据支付方式完全清偿债务的协议，债务人向债权人支付票据后，原因债权消灭。理由是，使用该票据是当事人在原因关系之债中约定的结算方式，债务人交付票据给债权人的行为实际上是在按约履行合同的主债务，债权人在获得该票据后，债务人的义务

① 陕西省西安市中级人民法院（2019）陕01民终927号民事判决书。

② 广东省广州市中级人民法院（2021）粤01民终1362号民事判决书；广东省深圳市中级人民法院（2019）粤03民终24057号民事判决书。

③ 王艳梅：《论票据关系对原因关系之影响》，载《当代法学》2015年第4期。

④ 广东省深圳前海合作区人民法院（2018）粤0391民初4398号民事判决书。

已经履行完毕，债权人基于原因关系对于债务人的债权因此消灭。在此情形下，如债权人在获得票据后，置票据权利于不顾，又来主张原因关系之债权，则违反了合同约定，债权人仅能通过票据关系来实现其债权。此种情形可称为代物清偿或债的更改。

第二种情形是当事人对于清偿既存原因关系之债的方式未作约定，或约定以票据方式结算但票据付款后原因关系才消灭的。此种情形下，债务人交付票据以清偿债务的，则成立新债清偿的法律关系。票据之债是新债，原来的原因之债是旧债，两者并存。在适用方面，债权人请求履行应当先依新债的法律关系请求，即应当先提示票据付款，不得舍弃新债的法律关系于不顾，而直接行使原因之债的权利。但如果票据被拒绝承兑或付款，则债权人可在新债与旧债的法律关系中，即票据法关系与非票据法关系中，选择其一行使。此种情形下，票据交付的作用可以归纳为，使原因债权暂时停止作用，新的票据债权履行则原因债权消灭，新的票据债权不履行则原因债权恢复作用。本案中，江西升某公司支付给锂某新能源公司后又背书转让给亚某保理公司的电子商业承兑汇票，与原债务应成立新债清偿的法律关系。该电子商业承兑汇票的交付，使应收账款中的相应金额处于停止状态，只有票据获得付款后，原债权中的相应金额才得以真正消灭”。

同样地，在“四川某新能源材料有限公司与深圳某商业保理有限公司、荆州市某电池有限公司等其他合同纠纷案”中，^①上海金融法院作出判决：“因交易各方并未约定交付票据后基础债权即消灭，且深圳某保理有限公司在保理融资到期后，未足额收回应收账款，故其有权在既享有保理融资款追索权又享有票据追索权的情形下择一行使，主张保理融资款追索权。”

上海市普陀区人民法院在“昆山某商业保理有限公司诉上海某物流有

① 上海金融法院（2019）沪74民终418号民事判决书。

限公司等票据付款请求权纠纷案”中对该观点进行了补充：“在并未明确约定买方开具汇票系代物清偿时，债权人只能行使票据债权，不能行使原因债权。买方开具汇票后，票据债权与原因债权并存，债权人若行使票据债权未果，可以再行使原因债权。”^①

综上，我们应根据当事人之间不同的票据授受目的决定原因债权是否存在，这也是对“意思自治原则”的基本遵守。具体来说，除明确约定为代物清偿外，已通过商业汇票支付的应收账款应当继续存在，债权人仍然可以主张其应收账款的权利。而在当事人没有明确票据授受目的时，基于提高交易效率的目的，我们应推定当事人希望先通过支付票据履行债务。但是当票据权利经行使未获得清偿或出于某种原因不能行使时，原因债权应当继续存在，债权人也可以行使其对应收账款的权利。^②这样一来，公平与效率才能实现动态平衡。

在明确已通过商业汇票支付的应收账款存在后，我们需要进一步明确已通过商业汇票支付的应收账款是否具有可保理性。对这一问题的讨论，我们也可参照上述思路。第一种情形是当事人在基础关系中明确约定以票据作为清偿债务的结算工具，即债务变更或代物清偿情景下，债权人的原因债权消灭，保理商也不得以保理合同为据主张财产追索。另外，由于票据的重要功能在于支付，如果当事人明确选择票据作为结算工具，若此时继续认为债权人在受让票据的同时还能主张原因债权，这将会削弱票据的支付功能。^③

在第二种情形下，当事人并未在基础合同关系中明确约定以何种方式清偿债务，有学者认为为清偿既存债务而交付票据时，票据债务若未履行，原则上，既存债务仍不消灭，是为间接给付。^④此时，票据的支付将使原因债权暂时停止作用，新的票据债权履行原因债权才消灭，原因债权属于合法有

① 上海市普陀区人民法院（2018）沪0107民初22196号民事判决书。

② 傅鼎生：《票据行为无因性二题》，载《法学》2005年第12期。

③ 张睿哲、王梦飞：《票据保理合规性的审视与反思》，载《安徽工业大学学报（社会科学版）》2022年第3期。

④ 梁宇贤：《票据法新论》，中国人民大学出版社2004年版，第27页。

效的应收账款，可以叙作保理。^①

综上，本专题认为应区分不同情形来决定已通过商业汇票支付的应收账款是否可以进行保理业务。只有在票据关系不会对原因债权产生影响的情况下，即票据的支付行为并不会导致原因债权的消灭，原因债权才可以继续存在并用作保理。

（二）“先票据，后保理”模式的合法性分析

在“先票据，后保理”模式下，债务人先向债权人签发或背书转让票据，用以偿还应收账款，然后债权人再凭借基础法律关系项下合同及其他相关材料向保理商申请保理服务，并将上述应收账款转让给保理商，由保理商提供融资等保理服务；同时，债权人将上述票据背书转让给保理商。

在“先票据，后保理”的情景下，保理商是否能受让票据，即保理商票据权利是否合法，仍具有争议性，争议的主要来源在于票据的无因性和《票据法》第10条之规定间所发生的冲突。当今世界各国及地区的票据法和国际统一票据法，都把坚持票据的无因性作为票据立法的原则。^②票据的无因性，是指票据如果具备票据法上的条件，票据权利就成立，至于票据行为赖以发生的原因，在所不问。^③根据《票据法》第10条之规定，票据的签发、取得和转让，应当遵循诚实信用的原则，具有真实的交易关系和债权债务关系。票据的取得，必须给付对价，即应当给付票据双方当事人认可的相对应的代价。

1. 对《票据法》第10条之规定的评析

第10条之规定在我国理论界颇具争议，大致可分为三种观点：支持说、反对说和折中说。支持说认为，该规定旨在控制社会总体信用规模，防止信

① 张睿哲、王梦飞：《票据保理合规性的审视与反思》，载《安徽工业大学学报（社会科学版）》2022年第3期。

② 林毅：《对〈票据法〉第十条的一点意见》，载《中国法学》1996年第3期。

③ 于莹：《论票据的无因性原则及其相对性——票据无因性原则“射程距离”之思考》，载《吉林大学社会科学学报》2003年第4期。

用膨胀,确保国家对信贷活动的有序管理,保障宏观经济安全。^①反对说认为,该条款完全否定了票据行为的无因性,^②应当在修改时删除,以恢复票据法律制度促进票据流通功能充分发挥的原意。^③折中说认为,一方面应当充分考虑票据的无因性,保护债权人的利益;另一方面,也应充分注意适用诚实信用及权利不得滥用、公平等一般法律原则,保证和维护交易的安全。^④

在司法裁判中,最高人民法院一贯坚持票据的无因性立场。根据《最高人民法院关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》(法释〔2020〕18号)第13条之规定,票据债务人以《票据法》第10条、第21条的规定为由,对业经背书转让票据的持票人进行抗辩的,人民法院不予支持。从《票据法》颁布之前的“某银行办事处诉中某信托投资公司银行承兑汇票纠纷上诉案”^⑤“某银行支行诉某设备出口公司分公司经营处、某银行分行等银行承兑汇票纠纷再审案”^⑥到近年来作出的“某证券有限责任公司、某商业保理有限公司票据追索权纠纷”^⑦“某集团有限公司与某商业保理有限公司票据追索权

① 刘宏华:《票据有因性观念的坚守与超越——对真实交易背景规则的辩护》,载《法学杂志》2007年3期。

② 谢怀栻:《评新公布的我国票据法》,载《法学研究》1995年第6期。

③ 林毅:《对〈票据法〉第十条的一点意见》,载《中国法学》1996年第3期。

④ 张旭娟:《也谈对〈票据法〉第十条的一点意见——兼与林毅同志商榷》,载《中国法学》1997年第3期。

⑤ 最高人民法院:某银行支行办事处诉某信托投资公司银行承兑汇票纠纷上诉案判决,载《最高人民法院公报》1994年第4期(总第40期)。在本案中,最高法指出,鉴于票据是无因证券、文义证券,票据关系一经成立,即与票据取得的原因关系相脱离,无论其原因关系是否存在及是否有效,都不影响票据本身的效力。

⑥ 最高人民法院:某银行支行诉某出口公司分公司经营处、某银行分行等银行承兑汇票纠纷再审案判决,载《最高人民法院公报》1995年第1期(总第41期)。在本案中,最高法强调,票据关系的存在并不以原因关系的成立和有效为前提,票据关系与其原因关系相对独立。

⑦ 最高人民法院(2018)最高法民终890号民事判决书。在本案中,最高法认为,票据具有严格的文义性,涉案票据上仅记载某银行分行为权利人,并未记载该银行分行为某证券代理人的字样,无法推导出某证券为涉案票据权利人的结论。

纠纷上诉案”^①等重要判例，均表明最高人民法院坚持票据无因性立场。从其一贯的立场来看，《票据法》第10条第1款规定应该解读为宣示性条款。^②

2. “先票据，后保理”模式的初步合法性分析

本专题认为，通过文义解释，《票据法》第10条规定对票据的无因性具有一定的限制效力，在存在真实的交易关系、债权债务关系和对应价（符合第10条之规定）的前提下，“先票据，后保理”模式的合法性能得到肯定。首先，“先票据，后保理”模式的特殊性在于，保理商受让应收账款的同时受让了作为应收账款结算工具的票据，^③换言之，应收账款债权以票据背书的形式转让。^④票据债权和应收账款债权在其中任一个债权得到清偿后，另一债权即行消灭。

其次，保理商和债权人之间存在的应收账款转让、资金融通等交易关系已得到《民法典》第761条的肯定，应当可以为票据背书转让提供真实交易背景。同时，保理商获得的不仅是应收账款，还包括应收账款债权相关的票据权利，而债权人也获得了保理商的服务。因此，双方都得到了认可的对价。需要强调的是，为防范票据贴现的法律风险，保理商需要加强对交易关系和债权债务关系的审查，避免保理项下基础法律关系虚假、不真实等情况的发生，从而涉嫌违法贴现。^⑤

3. “先票据，后保理”模式个案的合法性分析

在“先票据，后保理”模式的个案中，如何判断其是否合法，重点在于保理商是否基于债权转让关系获得票据，是合法的持票人，有权行使票据追

① 最高人民法院（2019）最高法民终290号民事判决书。在本案中，最高法认为，即使某公司与某保理公司有其他经济纠纷，但根据票据的无因性原则，某公司亦应对到期票据根据持票人的提示付款，其他经济纠纷可另行解决。

② 李伟群：《全国票据法修改研讨会综述》，载《法学》2011年第1期。

③ 张睿哲、王梦飞：《票据保理合规性的审视与反思》，载《安徽工业大学学报（社会科学版）》2022年第3期。

④ 上海市浦东新区人民法院（2018）沪0115民初53159号民事判决书。

⑤ 程平：《刍议票据保理及其资产证券化的法律风险与防控路径》，载《吉林金融研究》2019年第6期。

索权。这一观点在最高法的判例中得到了肯定。

在“某医药公司与某保理公司票据纠纷上诉案”^①中，最高法认为，票据作为一种文义证券、设权证券，其创设的权利义务由票据上所记载的文字的意义决定。案涉商业承兑汇票对表明“汇票”的字样、无条件支付的委托、确定的金额、付款人名称、收款人名称、出票日期、出票人签章等汇票的绝对应记载事项均有记载，当事人对案涉汇票的真实性亦无异议。某保理公司能够证明其基于与相关公司的保理业务关系，分别从该相关公司处背书受让了案涉六张商业承兑汇票，主张行使追索权，要求某医药公司支付案涉汇票金额和汇票金额自到期日起至实际清偿日止的利息，符合《票据法》的规定，应当予以支持。本案是某保理公司持商业承兑汇票请求人民法院判决汇票付款人某医药公司进行付款而引发，行使的是票据追索权，因此，本案的案由、主要法律关系的性质是票据纠纷，对当事人之间的权利义务关系的认定及相关责任的分配均应从《票据法》的角度进行衡量。票据作为支付结算的工具，必有其基础交易关系。同时，票据具有无因性，即通过合法方式取得票据的持票人，仅凭票据的文义记载，即可向票据上的付款人主张票据权利，不受票据原因关系的影响。某医药公司对相关公司未实际供货的抗辩和关于其自身未实际使用保理款的抗辩，不能成为其拒绝向某保理公司承担票据责任的理由。综上，某保理公司持背书连续的票据，按照票据关系行使追索权，本院予以支持。至于某医药公司认为其在票据原因关系中的权益保护，可就相应的民事法律关系另行主张。

在“某证券有限责任公司、某商业保理有限公司票据追索权纠纷二审民事判决书”^②中，最高法认为，票据具有严格的文义性，涉案票据上并未记载某银行分行为某证券代理人的字样，无法推导出某证券为涉案票据权利人的结论。某证券既未按照法定程序在票据上签章，又未以其他合法方式取得票据，在票据上也看不出有某银行分行代理其持有票据的字样，故其并非涉案

① 最高人民法院（2015）民二终字第134号民事判决书。

② 最高人民法院（2018）最高法民终890号民事判决书。

票据的合法持票人，不享有票据权利。

在“某集团有限公司与某商业保理有限公司票据追索权纠纷上诉案”^①中，最高法认为，案涉商业承兑汇票系由某集团有限公司签发，其应在票据到期日无条件向收款人或持票人支付票款。案涉票据已经过背书转让，某保理公司是最后持票人，故某集团有限公司应向某保理公司支付票据款。即使某集团有限公司与某保理公司有其他经济纠纷，但根据票据的无因性原则，某集团有限公司亦应对到期票据根据持票人的提示付款，其他经济纠纷可另行解决。

综上，最高法的判例主要从理公司接受票据形式合法与否，以及保理公司是否是票据法意义上合法的持票人出发。这一观点也得到了地方法院的支持。

在“某能源有限公司、某商业保理有限公司票据追索权纠纷二审民事判决”^②中，广州市中级人民法院认为，本案中，某保理公司在与耀某公司进行票据转让时，核验了票据真伪，得到耀某公司及某能源有限公司关于其合法持有汇票、无挂失止冻等书面保证，并依约向耀某公司付了对价；耀某公司向某保理公司交付汇票并进行了背书，某保理公司成为被背书人，依法有权行使票据权利；而某能源有限公司认为某保理公司应该审核票据前手耀某公司与某能源有限公司的基础交易关系的主张不符合票据的无因性特征，某保理公司已依法取得了案涉票据并享有了票据权利。

在“某商业保理股份有限公司与某电力运营管理有限公司、某国际供应链股份有限公司票据追索权纠纷一审民事判决书”^③中，上海市浦东新区人民法院认为，原告经被告寰某公司背书取得涉案汇票，且在案证据未显示原告系以欺诈、偷盗或者胁迫等手段，或明知有前列情形而出于恶意取得涉案汇票，故，原告依法享有涉案汇票的票据权利，其作为持票人在涉案汇票到期被拒绝付款后，有权对出票人和背书人行使追索权。

① 最高人民法院（2019）最高法民终290号民事判决书。

② 广东省广州市中级人民法院（2019）粤01民终6809号民事判决书。

③ 上海市浦东新区法院（2019）沪0115民初15446号民事判决书。

在“某能源有限公司与某商业保理有限公司、某重工科技有限公司等票据追索权纠纷二审民事判决书”^①中，无锡市中级人民法院认为，案涉票据背书连续，某商业保理有限公司作为案涉票据的持票人，通过票据背书的连续足以证明其票据权利；保理公司取得案涉票据已经尽到审查义务；退一步讲，即便案涉票据系保理公司通过票据贴现取得，因保理公司取得票据支付了相应对价，故其亦可享有票据权利。

在“某股份有限公司与某商业保理有限公司票据付款请求权纠纷二审民事判决书”^②中，西安市中级人民法院认为，保理公司因合法的债权债务关系取得涉案商业汇票，故其依法享有票据所载权利。需要指出的是，其并未关注与票据相关的基础事实。

综上，在司法实践中，法院关注的重点在于保理公司接受票据形式是否合法以及保理公司是否为票据法意义上合法的持票人，较少适用保理相关的法律规范，对于保理合同生效时应收账款和相关票据权属状态的变化关注也较少。在“先票据，后保理”的个案中，如何判断其是否合法，本专题认为，在考虑真实交易基础的情况下，重点在于保理商是否基于债权转让关系获得票据，是合法的持票人，有权行使票据追索权。

（三）“先票据，后保理”模式的性质分析

在传统保理业务中，基础交易合同的应收账款债权人将其尚未到期的应收账款转让给保理商以获得融资。票据保理诞生于电子商业汇票等票据广泛使用的时代背景之下，这是我国金融市场的重要创新之举。尽管对于票据保理模式的合法性和合规性在理论及实务上都存在较大的争议，但法律亦并未明文规定票据保理模式应属无效法律行为，同时票据保理模式给各保理商带来的巨大优势及便利，使我国保理业务得以迅速发展壮大。因此，全盘否认、禁止票据保理的合法合规性是不可取的；但亦不可全盘放开。然而实践中存

① 江苏省无锡市中级人民法院（2019）苏02民终122号民事判决书。

② 陕西省西安市中级人民法院（2019）陕01民终2382号民事判决书。

在一定的裁判分歧，理论及立法上对此亦尚未形成统一说法，因此，对于票据保理业务中“直接票据保理”“先保理，后票据”“先票据，后保理”三种模式的性质——进行分析探究的必要性就此显现出来。由于本专题其他部分已对或将对“直接票据保理”及“先保理，后票据”模式做出更为详尽的论述，笔者将以“先票据，后保理”为本部分论述偏重点展开分析。

1. 票据保理概念及交易结构简述

票据是指出票人依法签发的由自己或指示他人无条件支付一定金额给收款人或持票人的有价证券，即某些可以代替现金流通的有价证券。现代票据制度大致形成于近代资本主义商品经济发达以后，曾经一段时间内，汇票的使用范围被局限在国际贸易中，个人不得使用支票，企业与其他单位使用则以转账支票为主。20世纪80年代后，随着改革开放深入各个方面，票据在我国的使用规模也逐渐开始扩大，目前我国使用的《票据法》（1996年颁布）和《支付结算办法》（1997年颁布）规定的票据基本上与国际通行的票据一致，我国的票据使用和发展也进入了一个崭新的时期。票据固有其法律属性包括无因性、流通性、要式性、占有性、设权证券、债权证券等。票据亦是反映债权债务关系的书面凭证。同时，其设权证券、债权证券的法律属性，使得持票人对票据的主债务人、保证人及参加承兑人有付款请求权，以及票据上权利具有继承性即参加付款人对票据承兑人、被参加付款人及其前手取得持票人的一切权利。同时，持票人及背书人对前手人享有追索权，已经清偿票据债务的保证人对被保证人及其前手享有追索权。票据权利及票据义务就是后续讨论性质及司法实践中票据追索权纠纷的前提与基础。

保理业务也是“舶来品”，其在国内的开展时间并不长，《民法典》第761条即规定了保理合同的定义。保理业务是以债权人转让其应收账款为前提，集应收账款催收、管理、坏账担保及融资于一体的综合性金融服务。^①保理业务的引进对国内融资及促进资金流动起到了一定积极作用，但在实践中亦有一定的局限性。所谓票据支持保理，实质上是在保理法律关系中加入

① 参见《商业银行保理业务管理暂行办法》第6条。

支付票据的要素，票据的无因性可以锁定核心企业的还款义务不受基础交易关系的影响，从而实现融资主体与还款来源的分离，债权的实现相当有保障。^①实践中，保理商为加强风险防控、确保融资款项回流，在开展保理业务之前必须对拟受让的应收账款进行确权性审查。然而，应收账款确权性审查的过程和内容非常复杂，保理商囿于法律知识的匮乏和信息掌握的偏差，通常难以对拟受让应收账款的适格性做出有效的评估和判断，容易遭受虚假贸易欺诈，从而造成利益损害。^②票据在保理业务中的引进与适用则较为有效地解决了这方面的问题。同时，由于票据的无因性，票据原因行为和票据行为间的无因使得保理商在行使追索权时能够有效对抗第三人；票据使保理业务的应收账款回款路径得到锁定，令保理人得以掌握对应收账款回款控制的主动权；保理商同时还可以将受让的票据以票据质押的方式向银行申请融资，进一步减少了保理商的不安全感。

票据保理交易结构即其三种模式，“先保理，后票据”“先票据，后保理”“直接票据保理”。第一种直接票据保理在多数观点中都认为与票据贴现意义相近。直接票据保理的交易所结构下，债权人直接将票据转让给保理商，以票据付款请求权为应收账款，向保理商融资。在我国，票据付款请求权不能成为保理的对象，但以上规范性文件属于部门规章或者行业规定，法律层级低，债权人和保理商违反上述规定利用商业汇票进行保理业务不能被直接认定为无效。^③然而直接票据保理缺乏真实交易背景，本质上是以保理的名义进行的非法贴现，向不具有法定贴现资质的商业保理公司进行票据贴现，违反了我国关于金融业务的特许经营规定，亦会扰乱国家金融管理秩序。第二种“先保理，后票据”的模式，将其交易结构具化而言，则是债权人与保理商先行达成保理合同，保理商再与债务人约定以票据偿还应收账款，故而

① 张睿哲、王梦飞：《票据保理合规性的审视与反思》，载《安徽工业大学学报（社会科学版）》2022年第3期。

② 程平：《当议票据保理及其资产证券化的法律风险与防控路径》，载《吉林金融研究》2019年第6期。

③ 张芳芳：《票据保理类案研究》，湖南大学2021年硕士学位论文。

票据关系的形成乃是保理商与债务人约定，而与票据原因法律关系中的债权人并无联系，故而在实践中并不认定其违法违规。

第三种“先票据，后保理”的情形，是票据支持保理业务中最常见的类型，其不仅出现在正向保理中，亦多出现在反向保理等新型保理业务中。其交易结构为：在基础交易关系中，债务人向债权人签发或转让票据，以结算债务人与债权人之间的应收账款，债权人将已用票据支付的应收账款转让给保理商。当汇票到期时，保理商要求出票人凭背书的商业汇票承兑。债务人以签发或转让票据的方式支付完基础交易关系中产生的应收账款后，债权人的应收账款债权则对应消灭，其因持有票据而产生的付款请求权亦就此对应产生。债权人将该请求权转让给保理商后，保理商以持票人身份向出票人主张付款权的权利基础非应收账款债权，而是票据的无因性。即保理商与债务人之间，并非应收账款债权转让的法律关系，而是票据法律关系。在票据自债权人转让给保理商的过程中，背书制度是不可或缺的一环。

2. 背书制度性质

背书即指持票人为将票据权利转让给他人或将一定的票据权利授予他人行使，而在票据背面或粘单上记载有关事项并签章的行为。背书按照目的的不同可分为转让背书及非转让背书。而无论是转让背书还是非转让背书，都应当记载背书事项并交付票据。背书作为转让票据权利的重要方式和手段，在票据保理模式中亦承担着相对应的功能。保理业务中的票据质押背书是指持票人在票据上记载“质押”字样并签章交付给保理人，为主债权提供质押担保的行为。在“先票据，后保理”模式中，背书一环就是证明票据自债权人手中合法转让至保理商手中的凭证；作为一种票据行为，背书是票据权利转移的重要方式。司法实践中，对经过合法背书而转让票据权利的行为亦会予以确认，并保障保理商经合法背书取得的票据权利。^①

① 最高人民法院（2019）民终290号民事判决书；广东省深圳市中级人民法院（2019）粤03民终8516号民事判决书；广东省佛山市中级人民法院（2022）粤06民终10506号民事判决书等。

同时,背书应当连续。背书连续是指在票据转让中,转让票据的背书人与受让票据的被背书人在汇票上的签章依次前后连接。若背书不连续,则付款人可拒绝向持票人付款。背书连续性涉及票据权利转移的有效性,进而影响票据的流通性。在目前的实践中,背书连续主要是指背书在形式上的连续,而对如伪造签章等实质上的不连续,付款人仍应在合理的信任外观内对持票人付款。背书连续使票据权利不中断,而在“先票据,后保理”的票据保理交易模式中,背书的存在及其连续性使票据权利的转让不会发生中断,从而使保理商的权利在实践中得到法律保障。

3. “先票据,后保理”模式性质辨析

“先票据,后保理”模式下,在应收账款转让前,债务人为履行债务便签发转让了商业汇票给债权人,实务中,法院裁判时依据主流理论认为,债权人与债务人未约定商业汇票转让后应收账款就消灭,则应收账款与票据债权将同时存在于该票据上,且票据债权应当先于应收账款行使,对应的应收账款处于停止状态。此时,尽管应收账款处于停止状态但仍然属于合法有效的债权,其在票据债权得到清偿时消灭,而在票据债权无法得到清偿时才可行使应收账款债权。^①

“先票据,后保理”模式是否可以合法存在,“先票据,后保理”模式属于真正意义上的票据保理,处在法律的灰色地带,亦是三种票据保理模式中最具争议性的模式。学界有许多观点认为其涉嫌票据贴现却缺失相对应的理由与证据将其真正定义为票据贴现。在“汇某保理公司与沃某公司、浩某公司等保理合同纠纷案”中,浩某公司为债权人,沃某公司为债务人,汇某保理公司为保理商。^②债权人对债务人的应收账款债权并未随着商业汇票转让而消灭,仍然合法有效存在;保理商基于保理合同关系受让商业汇票,具有

① 广东省深圳前海合作区人民法院(2018)粤0391民初1701号民事判决书;广东省深圳前海合作区人民法院(2018)粤0391民初3122号民事判决书;广东省深圳前海合作区人民法院(2018)粤0391民初4398号民事判决书等。

② 上海市浦东新区人民法院(2018)沪0115民初53159号民事判决书。

真实交易背景，保理商享有票据权利；债务人转让商业汇票不能视为债务履行完毕，保理商在保理融资到期后未足额收回应收账款，故而同时享有应收账款债权请求权及背书带来的票据追索权。以此案观之，“先票据，后保理”模式的存在有着标的的可保理性、票据权利的合法性、票据保理的融资优势及积极作用，故其能够合法存在。

采用“先票据，后保理”模式，关于保理商在受让已使用票据支付的应收账款后能否依据受让的应收账款主张权利的疑问。保理商所提供的融资资金回收应以向债权人转让应收账款的回款为基础，因此保理商受让的应收账款应当是独立且不受其他法律关系影响的，即在应收账款到期后，保理商可以直接行使其作为债权人的权利。已使用票据支付的应收账款的票据债权与原因债权同时存在，此时二者虽共存，但由于票据债权的存在，作为质权人的保理商不能直接依据受让的应收账款主张权利，只有当保理商行使票据权利而未能获得付款后才可以行使应收账款的权利。在使用票据支付后，应收账款并未消灭，而是与票据债务同时存在；票据权利实现后，应收账款即原因关系中的债务方随之消灭。

至于“先票据，后保理”模式与票据贴现的辨识，在票据保理业务中，保理卖方将商业承兑汇票转让给保理商获得保理融资的业务模式，与《贷款通则》中对票据贴现的定义非常接近，以至于有观点认为票据保理就是由保理商充当“贴现行”角色的票据贴现。尽管如此，两者的区别还是较为明显的：票据保理是围绕应收账款的融资，票据仅仅是用于锁定支付途径的支持手段；票据贴现则是将票据用作融资工具的融资行为。

综上所述，“先票据，后保理”模式因其交易结构而具有真实交易背景，存在将背书制度作为票据权利转移的凭证和保障，在司法上的认定亦证明其存在合理、并非票据贴现或变相的票据贴现，于实践中亦能够保障保理商的合法权益，进一步促进融资发展。

三、直接票据保理模式

（一）直接票据保理的业务模式

直接票据保理是保理商开展保理业务的一种模式，在该业务模式中，保理商直接受让的是相关票据项下的应收账款，即获得因该票据产生的付款请求权。在我国目前的司法实践中，这种模式很可能被认定为“名为保理，实为票据贴现”^①。而根据《民法典》的规定，保理业务是指应收账款债权人将现有的或者将有的应收账款转让给保理人，保理人提供资金融通、应收账款管理或者催收、应收账款债务人付款担保等服务。^②

在其他类型的票据保理业务中，票据多被用作支付结算工具或用作债权质押，而在直接票据保理的业务模式中则只发生了票据债权的让与，缺乏基础交易关系，因此在业界该模式又俗称为“光票保理”，这是直接票据保理与其他保理业务模式最本质的区别。在我国票据类保理业务的实践发展中，早期的商业保理公司实际上很多就是之前的票据中介，它们开展了不少此类的直接票据保理业务，并产生了众多相关诉讼。然而随着相关法规的出台以及保理行业的正规化，此类型的票据保理业务模式由于存在合规性问题，在目前的实践中已很少被正规的商业保理公司所采用。

（二）直接票据保理业务的合规性问题

过去民间商业保理业务中的不少票据保理采用的是直接票据保理模式，而近些年“因票据产生的付款请求权”已经进入保理业务的“负面清单”，在票据保理的相关诉讼中也鲜见正规的商业保理公司采用直接票据保理的模

① 江苏省无锡市中级人民法院（2019）苏02民终4007号民事判决书。

② 参见《民法典》第761条。

式，其主要原因便是有关保理业务的法律规范的出台使得直接票据保理存在严重的合规性问题。

2019年以前，我国有关保理行业的政策法规并未对直接票据保理作明确的禁止性规定，此外在银保监会出台的《商业银行保理业务管理暂行办法》中虽然也有相关规定，但也只针对商业银行等金融机构，^①民间保理公司开展直接票据保理业务并不受其约束。当时的直接票据保理业务模式的合规性问题主要是保理商直接背书受让票据存在被认定为属于票据贴现的风险。票据贴现是指商业汇票的持票人在汇票到期日前，为了取得资金贴付一定利息将票据权利转让给金融机构的票据行为，是金融机构向持票人融通资金的一种方式。由于我国金融活动属于国家特许经营，而1998年《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》第4条第1款第3项（现已失效）就已明确规定未经中国人民银行批准的票据贴现属于非法金融业务活动，因此被认定为票据贴现的保理业务违反了法律、行政法规的强制性规定，相关民事法律行为会被归于无效。

2019年以后，由于银保监会办公厅发布了《关于加强商业保理企业监督管理的通知》（银保监办发〔2019〕205号），该文件明确规定商业保理企业不得开展基于“因票据或其他有价证券而产生的付款请求权”的保理融资业务，^②因此此后的直接票据保理业务即便签订了保理合同，也只能被认定为属于民间的票据贴现。《全国法院民商事审判工作会议纪要》对民间贴现行为的效力进一步明确，不仅规定非法的票据贴现应当认定为无效，贴现款和票据应当相互返还，还强调不具有法定资质的当事人以“贴现”为业涉嫌犯罪，人民法院发现后应将有关材料移送公安机关，^③因此保理行业开展直接票据保理业务可能构成刑事犯罪。

① 参见《商业银行保理业务管理暂行办法》第8条。

② 参见《中国银保监会办公厅关于加强商业保理企业监督管理的通知》（银保监办发〔2019〕205号）第1条第4款第6项。

③ 参见《全国法院民商事审判工作会议纪要》第101条。

（三）相关司法实践

如上文所述，直接票据保理的业务模式不符合我国现行法律规定已无争议，近年来此种业务与其他保理模式相比数量上也大为减少，已基本被正规保理商所抛弃，但是通过在中国裁判文书网的检索，笔者发现目前依旧有保理商采用该模式导致的诉讼存在。本专题特选取两个于2019年之后结案的相关案例，进一步说明直接票据保理的不合规问题：

第一个案件是“夏某与深圳市某安保理有限公司、某股份有限公司等票据追索权纠纷、保证合同纠纷”，该案于2020年1月13日于无锡市中级人民法院二审审理终结。在本案中，A公司将案涉汇票通过背书形式转让给某安公司，双方订立了名为《票据融资理财委托协议》的案涉合同，后因汇票未兑付等问题成诉。本案的二审法院认定，“某安公司与A公司之间的法律关系名为票据融资理财委托协议，实为票据贴现”。某安公司仅受让A公司背书的案涉票据，并未受让A公司基于基础交易关系而取得的应收账款债权，“与保理业务中保理申请人向保理商转让应收账款债权同时获得保理融资款的保理业务模式明显不符”。由于票据贴现属于国家特许经营业务，因此合法持票人与不具有该贴现资质的人进行贴现的，该行为应当认定为无效，票据贴现款和票据应当相互返还。“因某安公司不具有票据贴现的资质，其在本案中以票据贴现的方式取得案涉票据的行为应属无效，其不是案涉票据的合法持票人，无权行使票据权利”，二审法院判令某安公司与A公司相互返还票据和贴现款。^①

第二个案件是“杭州某东贸易有限公司、深圳某赐商业保理有限公司等票据付款请求权纠纷案”，法院在裁判说理时，适用了《票据法》第10条第1款之规定，即票据的签发、取得和转让，应当遵循诚实信用的原则，具有真实的交易关系和债权债务关系。本案中，由于无证据证明某赐商业保理公司与某贸易公司之间存在真实的基础交易，因此法院认定“双方之间实为民

① 江苏省无锡市中级人民法院（2019）苏02民终4007号民事判决书。

间票据贴现”，杭州某贸易有限公司向深圳某赐商业保理有限公司背书转让票据的行为无效，深圳某赐商业保理有限公司不属于合法的持票人，并判令双方相互返还票据和贴现款。^①

以上两个案件的法律适用虽然存在差异，但是都表明直接票据保理的业务模式存在严重的合规风险，此类案件一旦进行诉讼不仅民事法律行为会归于无效，还可能遭受行政处罚甚至相关主体还要承担刑事责任。对于保理行业从业者而言，相关业务不仅未给其带来期待利益，反而还要让其承受为促成交易而产生的财力精力损失以及其他重大风险，因此在相关政策法规未发生变化的前提下，直接票据保理不可能成为我国票据保理的业务模式。

四、完善票据保理行业发展之法律措施

（一）重构保理行业应收账款的法律概念

面对保理行业在我国的迅速发展，《民法典》新增保理合同作为一种典型合同，并明确此类合同的标的为应收账款。应收账款在我国原本属于会计学概念，作为民法概念则属于法律移植。由于社会面广泛存在的债权类担保融资需求，2007年《物权法》的立法者从《美国统一商法典》中找到了适中的立法语汇——“应收账款”^②，并将其作为一种可出质的财产性权利。《动产和权利担保统一登记办法》将应收账款定义为“应收账款债权人因提供一定的货物、服务或设施而获得的要求应收账款债务人付款的权利以及依法享有的其他付款请求权，包括现有的以及将有的金钱债权”，并明确排除了“因票据或其他有价证券而产生的付款请求权，以及法律、行政法规禁止转让的付款请求权”。然而该规定针对的应收账款质押业务与保理业务应当存在较大区别，但对于保理业务应收账款的相关规定基本沿袭了这一定义。

① 广东省深圳市中级人民法院（2021）粤03民终32682号民事判决书。

② 高圣平：《担保法论》，法律出版社2009年版，第541页。

面对我国不断发展的票据保理业务市场，不应让旧有的法律概念阻碍当前市场经济的发展，而应重构商业保理中的应收账款的法律概念，至于相关改变可能带来的金融风险，则完全可以通过保理商加强对相关应收账款的评估，以及健全应收账款转让法律制度来加以避免。

（二）解释《票据法》第10条

与其他民事法律关系不同，票据行为不仅包括基础的交易法律关系，还包括票据关系。而票据保理面临的法律问题，很大程度上就是票据是否应具有无因性的问题。票据无因性这一理论源自德国的民法理念，已被众多大陆法系国家所接受。票据的无因性能在极大程度上推动票据流通，最大化实现票据的支付功能。然而我国《票据法》出于对维护经济社会稳定以及保护相对人权益的考虑，规定票据的移转必须以存在“真实的交易关系和债权债务关系”为前提，这就使得在司法实践中缺乏证据证明，导致存在真实基础交易关系的保理合同会被认定为无效。同样考虑到多年来我国证券化市场的迅猛发展，考虑对《票据法》第10条进行面向商业保理行业的重新解释，抑或直接进行修改都是有必要的，这可以直接解决相关票据贴现的问题，进而有效降低保理行业的从业风险。

专题七

有追索权保理人的权利行使^①

① 案例共同整理人：杨世璇、潘蕊、王旖旎、王玲玲均为外交学院争议解决研究中心兼职研究员（北京100037）。

导 读 保理人权利行使的限度问题涉及保理法律关系中各方的现实利益，但法律并未对该问题进行明确界定，司法审判对于有追索权保理合同的法律构造存在较大争议。就保理人的向应收账款债权人的追索权和向应收账款债务人的求偿权行使是否存在先后顺序的问题，学界主流观点认为法律构造是影响保理人权利行使顺位的主要因素，司法实践中也是如此。常见的裁判思路可归纳为债权让与担保说和间接给付说。基于《民法典》第766条的规定，追索权的范围是保理人向债权人主张返还融资款本息的范围。

关键词 有追索权的保理 追索权 求偿权 回购权

一、问题的提出

有追索权的保理与其他类型的保理相比最大的特点在于，保理人能通过主张追索权保障自身的利益，因此在有追索权的保理中保理人追索权行使规则的厘清对保护保理人的利益至关重要。《民法典》第766条规定了有追索权保理中保理人追索权的行使，^①即在有追索权的保理中，保理人既可以向应收账款债权人主张以“返还保理融资款本息或者回购应收账款债权”为内容的追索权，也可以向应收账款债务人主张以应收账款债权为内容的求偿权。然而，该规定仅对有追索权的保理中追索权与求偿权的行使方式及范围进行了原则性的规定，在具体适用的细节方面还存在诸多需进一步解释的问题。比如，本条采取了“可以……也可以……”的立法模式，这是否意味着保理人只能择一向原债权人或者债务人行使权利？如果追索权和求偿权只能择一而不能并行，那么保理人对债权人主张追索权和向债务人主张求偿权是否存在先后顺序？本专题旨在通过阐述不同裁判思路的方式探讨上述问题。

二、有追索权保理的法律构造

在当事人对有追索权保理中保理人的追索权与求偿权之行使顺序无特别约定或者约定不明确时，我国司法实践出现了较为明显的裁判分歧。大部分学者认为，“求偿权与追索权是否能够并存，关键在于对有追索权的保

①《民法典》第766条规定，当事人约定有追索权保理的，保理人可以向应收账款债权人主张返还保理融资款本息或者回购应收账款债权，也可以向应收账款债务人主张应收账款债权。

理业务性质的认定”^①，对有追索权保理性质的不同认定决定了保理人行使追索权和求偿权时参照适用的不同规则。因此，要解决这种裁判分歧，厘清有追索权保理的法律构造是不可或缺的一步。当前，我国学界和司法实践对有追索权保理法律构造的观点主要集中在让与担保说和间接给付说，以下分述之。

（一）让与担保说

让与担保是指债务人或第三人为担保债务人之债务，将担保标的物之权利转移于担保权人，于债务清偿后，标的物应返还于债务人或第三人，债务不履行时，担保权人得就该标的物受偿之非典型担保。^②

通说认为，如果将有追索权保理视为担保的给付，则保理人有权请求应收账款债务人给付或者再转让应收账款，或者请求债权人偿还融资款，但不负有先行请求应收账款债务人给付的义务。此时保理人虽对转让债权有变价的权利，但是没有变价的义务。^③此处保理人对转让债权变价的权利即保理人有权向应收账款债权人主张回购债权，即追索权。

分析上述通说，发现保理人的追索权和求偿权理论上应为择一的关系。根据动产让与担保清算规则的相关学说，让与担保的实现存在处分型清算和归属型清算之争，但当事人未达成约定时孰优先适用亦缺乏法律规定，几乎不存在处分型清算和归属型清算能同时主张的观点。^④保理人的回购权作为追索权的一部分，可以适用动产让与担保中的处分型清算的规定；保理人向债务人主张的求偿权则应准用动产让与担保中归属型清算的规定。因此，参照动产让与担保的规则，性质为债权让与担保的有追索权保理中保理人的回

① 参见杨立新：《中国民法典释义与案例评注：合同编（上）》，中国法制出版社2020年版，第849页。

② 高圣平：《动产让与担保的立法论》，载《中外法学》2017年第5期。

③ 参见王轶、高圣平、石佳友：《中国民法典释评：合同编·典型合同（下）》，中国人民大学出版社2020年版，第18—19页。

④ 高圣平：《动产让与担保的立法论》，载《中外法学》2017年第5期。

购权和求偿权不能同时主张。

然而，我国司法实践中的做法与学术推论存在较大的割裂。我国法院将追索权的保理性质认定为债权让与担保时，主要从让与担保的从属性角度出发，保理人须同时主张追索权和求偿权，原债权人对保理融资款本息承担主要还款责任，债务人对保理融资款本息承担连带清偿责任。

例如，在“某银行股份有限公司福建省分行与福州某贸易有限公司等金融借款合同纠纷案”中，法院认为：

有追索权保理的融资方（通常表述为卖方）向保理银行申请融资款，并将其对债务人（通常表述为买方）的应收账款转让给银行，当应收账款无法收回时，卖方负有回购义务并应承担向保理银行还本付息的责任，卖方对于保理融资款仍负有最终的偿还责任，故保理融资本质上是卖方与银行之间的资金借贷。此外，银行通常还会要求卖方另行提供其他担保，均符合担保借款的法律特征。

有追索权保理的保理银行虽受让了卖方的应收账款债权，但银行受让应收账款后仅代为管理、收取应收账款，并将收回款项优先用于清偿保理融资款，收回款项若超过保理融资款本息，则银行亦应将余款退还卖方，故银行与卖方内部之间形成信托关系；并且，当保理银行要求卖方承担还款责任时，在卖方未偿清保理融资款前，保理银行仍有权向买方收取应收账款用于清偿主债权。

基于债权让与担保的从属性，由卖方对保理融资主债务负首要偿还责任，买方在应收账款限额范围内承担连带清偿责任。^①

在“福州开发区某煤炭运销有限公司与某银行股份有限公司福州城南支行等金融借款合同纠纷案”中，法院认为：

① 广东省江门市中级人民法院（2016）粤07民终3014号民事判决书。

在有追索权的国内保理中，卖方将对买方的应收账款债权转让给保理银行，保理银行向卖方发放保理融资款。当保理银行向买方请求给付应收账款受阻时，卖方负有偿还保理融资款本金并支付利息的责任。故卖方对于保理融资款负有最终偿还责任，其与保理银行实际上形成资金借贷关系。卖方将对买方的应收账款债权转让给保理银行，实际上是用于清偿保理融资款本息，当买方拒绝付款而卖方又未依约履行回购义务并足额清偿保理融资款本息时，保理银行依约仍享有对买方主张应收账款债权的权利，此时保理银行受让应收账款实际上起到担保作用。故有追索权保理中的应收账款转让实质上系债权让与担保。综上，在有追索权保理所涉法律关系中，保理银行与卖方的金融借贷系主法律关系，保理银行与卖方、买方之间形成的债权转让系从法律关系，并起到让与担保的作用。故卖方对保理融资款本息负有首要偿还责任，买方在应收账款金额范围内承担连带清偿责任。^①

城南支行（保理人）在反转让应收账款之前，有权作为应收账款的债权人向买方追索，或向化建公司与买方同时追索。^②

在“某银行股份有限公司佛山分行与嘉某化工集团股份有限公司合同纠纷案”中，法院认为：

关于有追索权保理所涉法律关系，包含了金融借贷和债权转让关系。其一，有追索权保理的融资方向保理银行获取融资款，并转让其对买方的应收账款，当应收账款无法收回时，卖方负有回购义务并应向保理银行承担还本付息的责任，卖方对于保理融资款仍负有最终的还款责任，故保理融资本质上是卖方与商业银行之间的资

① 福建省高级人民法院（2016）闽民终579号民事判决书。

② 最高人民法院（2017）最高法民申3796号民事裁定书。

金借贷。有追索权保理的另一法律关系则具有债权让与担保性质，有追索权保理的保理银行虽受让了卖方对买方的应收账款债权，但保理银行受让应收账款后代为管理并收取应收账款。此外，若保理银行收取的款项超过保理融资款及相应利息，则余款亦应当退还卖方。当保理银行因应收账款无法收回而要求卖方承担还款责任时，在卖方未清偿保理融资款前，保理银行仍有权向买方收取应收账款用于偿还主债权。综上，应收账款转让的目的在于清偿主债务或担保债务得到清偿，故有追索权保理的所涉的债权转让关系具有债权让与担保性质。^①

上述裁判思路通常认为，在有追索权的保理中，保理人与原债权人间的借贷为主法律关系，保理人与原债权人以应收账款债权为保理融资款本息之担保的为从法律关系。因此，作为主债务——保理融资贷款——债务人的原债权人是应收账款不能清偿情况下的主要风险承担方，债务人在从法律关系中作为担保的应收账款债权之债务人，对保理融资贷款本息承担连带清偿责任。此时债权人或债务人既不享有先诉抗辩权，也不存在主张权利的先后顺序。

司法实践的判决在性质认定上准用动产让与担保的规定，然而在判决结果上准用的却是较为典型的担保物权规则，如抵押权的实现规则。抵押权的实现仅需满足存在有效的担保物权、债权已届清偿期等较为简单的条件^②，然而，动产让与担保的实现规则还涉及处分型清算和归属型清算以孰为原则的问题。抵押权实现的规则相比于动产让与担保实现的规则来说更为简洁，其原因在于实现抵押权仅存在处分型清算这一唯一选择。因此，让与担保说

① 广东省江门市中级人民法院（2016）粤07民终3014号民事判决书。

② 《民法典》第394条第1款：“为担保债务的履行，债务人或者第三人不转移财产的占有，将该财产抵押给债权人的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就该财产优先受偿。”

的裁判思路事实上逃避了动产让与担保中处分型清算和归属型清算的选择问题，即逃避了有追索权的保理中追索权与求偿权的实现是否可以同时行使、是否存在行使顺序等问题。又因我国并未在法律层面正面承认动产让与担保的效力，故有追索权的保理法律构造准用动产让与担保之规则事实上并未解决其在实践过程中存在的争议。

综上所述，在当事人没有约定的情况下，即使通说认为保理人的追索权和求偿权不能同时主张，司法实践中对保理人得同时向应收账款债权人主张追索权和向应收账款债务人主张求偿权的肯定仍较为常见。但值得注意的是，上述裁判思路仅在2017年前占据绝对主流地位，且以地方各级人民法院的裁判为主。

（二）间接给付说

我国学界及司法实践中对有追索权保理性质的另一种裁判观点是间接给付说。间接给付，是指债务人为清偿旧债务而负担新债务，并因新债务的履行而消灭旧债务的制度。学说上又称为新债清偿、新债抵旧，或为清偿之给付。

在新债务没有履行的情况下，旧债务并不消灭，从而出现新旧债务并存的情况。保理商向债权人发放一定数额的融资款，债权人向保理商偿还融资款就是旧债务。债权人没有直接偿还融资款，而是将对债务人的债权转让给保理商，转让的目的就是清偿融资款，保理商向债务人的求偿权，即为债权人所负担的新债务。在债务人没有向保理商偿还应收账款的情况下，保理商既享有对债务人的求偿权，也享有对债权人的追索权。可以说，间接给付与其他债之更改最大的区别在于，间接给付合意达成之后，旧债务与新债务是并存的。

从间接给付理论的角度来看，卖方实质上是通过负担向保理商终局性让与应收账款债权的债务，而为其向保理商所负的融资借款债务进行清偿。在此种间接给付模式中，新债是卖方对买方的基础合同之债，旧债是保理商对卖方的金融借款之债。卖方向保理商转让新债的债权充作旧债的履行方式，

且此等新债一旦得不到履行，保理商自然可以转向对旧债的求偿。^①因此，间接给付要求债权人先就新债务请求履行，只有在新债务的请求权行使未果时，才能行使旧债务的请求权。

法院将追索权的保理性质认定为间接给付时，通过间接给付理论引入有追索权保里的法律关系，实则是将对有追索权保理法律关系的解释视角从静态的“债之发生”延伸到动态的“债之履行”。

例如，在“珠海某银行与某燃料公司合同纠纷案”^②中，法院认为：

关于珠海某银行向江西省某燃料公司的求偿权和向广州大某公司的追索权能否同时并存的问题，大陆法系的通说认为，有追索权的保理业务所包含的债权转让合同的法律性质并非纯正的债权让与，而应认定为具有担保债务履行功能的间接给付契约。

根据双方在《国内保理业务合同》中的约定和间接给付的法理，珠海某银行本应先向江西省某燃料公司求偿，只有在未获清偿时，才能够向广州大某公司主张权利，追索权的功能相当于广州大某公司为江西省某燃料公司的债务清偿能力提供了担保，这一担保的功能与放弃先诉抗辩权的一般保证相当。参照《担保法》关于一般保证的法律规定，江西省某燃料公司应当就其所负债务承担第一顺位的清偿责任，对于其不能清偿的部分，由广州大某公司承担补充赔偿责任。

该案经过珠海中院、南昌中院、江西高院审理后，最终在最高人民法院落下帷幕。可以说此案是我国“间接给付”第一案，自此案由最高人民法院认定后，地方法院纷纷效仿，将对债权转让合同的法律性质认定为“具有担保债务履行功能的间接给付契约”，对地方裁判影响深远。

① 陈辛迪、胡爱民：《有追索权保理法律性质研究》，载《地方财政研究》2020年第7期。

② 江西省高级人民法院（2016）赣民终325号民事判决书。

例如，在此后的“某建设集团有限公司、某银行股份有限公司上海第二支行合同纠纷案”中^①，法院认为：

有追索权的保理业务所包含债权转让合同的法律性质并非纯正的债权让与，而应认定为具有担保债务履行功能的间接给付契约，并不具有消灭原有债务的效力，只有当新债务履行且债权人的原债权因此得以实现后，原债务才同时消灭。

在“某国际商业保理有限公司与龙岩市某工程有限公司、某长城国际工程有限公司合同纠纷案”^②中，法院认为：

关于债务人应当承担的清偿义务范围，基于有追索权保理业务所包含的债权转让合同的法律性质并非纯正的债权让与，而应认定为具有担保债务履行功能的间接给付契约。

在“深圳市某商业保理有限公司与深圳某管理有限公司、深圳市某融资租赁有限公司合同纠纷案”^③中，法院认为：

大陆法系的通说认为，有追索权的保理业务所包含的债权转让合同的法律性质并非纯正的债权让与，而应认定为具有担保债务履行功能的间接给付契约。根据涉案保理合同的约定以及间接给付的法理，原告应先向债务人即被告某管理公司求偿，只有在未获清偿时，才能够向被告某管理公司主张权利，追索权的功能相当于被告某公司为其债务清偿能力提供了担保，这一担保的功能与放弃先诉

① 最高人民法院（2019）民申1533号民事裁定书。

② 安徽省高级人民法院（2020）皖01民初528号民事判决书。

③ 广东省深圳市福田区人民法院（2019）粤0304民初53891号民事判决书。

抗辩权的一般保证相当。

不难发现，在“珠海某银行股份有限公司与江西省某燃料有限公司案”之后，地方各级法院在认定此类有追索权的保理合同的性质时，都默契地援引该案的裁判观点。除此之外，上海某商业保理有限公司与黄某、刘某、上海某物流有限公司等合同纠纷^①，上海某电力运营管理有限公司、深圳市某商业保理有限公司合同纠纷^②等案件都对珠海案的裁判要旨进行了吸收借鉴。

间接给付视角下，求偿权和追索权的行使是有先后顺序的。根据间接给付说，债权人应先就新债务请求履行，只有在新债务的请求权行使未果时，才能行使旧债务的请求权。保理人作为应收账款的新债权人，其应先向债务人主张偿还应收账款。追索权的功能相当于应收账款债权人作为债务人的债务清偿能力提供了担保，保理人在债务人无力偿还时才可以向债权人请求追偿。保理合同未对保理人行使追索权的顺序加以约定，即未对保证责任的方式作出约定，根据《民法典》第686条第2款的规定，应收账款债权人应承担放弃先诉抗辩权的一般保证责任。保理人必须先向应收账款的债务人主张受偿，只有在该受偿不能的情况下，才能要求应收账款的债权人承担放弃先诉抗辩权的一般保证责任^③。这也能更好地解释保理合同的法律构成。而从实务的角度来看，间接给付说更符合普遍的实践做法。《中国银行业保理业务规范》第5条第2款规定：“保理融资的第一还款来源为债务人对应收账款的支付。”

① 陕西省西安市新城区人民法院（2019）陕0102民初7177号民事判决书。

② 广东省深圳市中级人民法院（2019）粤03民终32840号民事判决书。

③ 王卫东、王全胜：《保理人同时起诉应收账款债权人和债务人的处理》，载《人民法院报》2022年1月20日第7版。

三、追索权的范围认定争议

《民法典》第766条规定：“当事人约定有追索权保理，保理人可以向应收账款债权人主张返还保理融资款本息或者回购应收账款债权，也可以向应收账款债务人主张应收账款债权。保理人向应收账款债务人主张应收账款债权，在扣除保理融资款本息和相关费用后有剩余的，剩余部分应当返还给应收账款债权人。”该条揭示了有追索权的保理人在其保理融资债权届期未实现的情况下向债权人行使追索权的范围，即主张返还保理融资款本息或回购应收账款债权。但在《民法典》出台前，由于没有统一的法律规定，各地对追索权的范围认定不一，因此出现了“保理人能否向应收账款债权人行使追索权的同时向应收账款债务人请求给付”这一实践疑难问题。

（一）追索权的相关规定

有追索权保理在我国保理业务中占据着重要的地位。根据国际保理商联合会发布的《全球保理行业活跃度报告（2017）（上）》，有追索权保理占全球保理业务总量的44%。^①在融资型保理业务中，绝大多数保理商提供的是有追索权的融资服务。^②在《民法典》出台前，缺少直接调整保理业务的法律层面的规定，对保理具体合同纠纷的处理依赖于行政规章、《国际保理公约》等国际公约、商业惯例，具有很强的不确定性。基于此，天津高院、深圳前海法院先后出台了反映和规范我国保理业务及审判实践的文件。^③

① 参见《全球保理行业活跃度报告（2017）（上）》，载商业保理专业委员会网，<http://www.cfec.org.cn/view.php?aid=1899>，最后访问日期：2024年11月20日。

② 陈辛迪、胡爱民：《有追索权保理法律性质研究》，载《地方财政研究》2020年第7期。

③ 李忱：《论有追索权保理的法律性质——基于司法审判观点的实证研究》，载《浙江金融》2018年第8期；陈辛迪、胡爱民：《有追索权保理法律性质研究》，载《地方财政研究》2020年第7期。

以下是我国国内对于有追索权的保理人行使权利的相关法律规定：

《民法典》第766条规定，当事人约定有追索权保理的，保理人可以向应收账款债权人主张返还保理融资款本息或者回购应收账款债权，也可以向应收账款债务人主张应收账款债权。保理人向应收账款债务人主张应收账款债权，在扣除保理融资款本息和相关费用后有剩余的，剩余部分应当返还给应收账款债权人。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第66条第2款规定，在有追索权的保理中，保理人以应收账款债权人或者应收账款债务人为被告提起诉讼，人民法院应予受理；保理人一并起诉应收账款债权人和应收账款债务人的，人民法院可以受理。

《商业银行保理业务管理暂行办法》第10条第2款规定，有追索权保理是指在应收账款到期无法从债务人处收回时，商业银行可以向债权人反转让应收账款、要求债权人回购应收账款或归还融资。

《天津市高级人民法院关于审理保理合同纠纷案件若干问题的审判委员会纪要（一）》第10条规定，无论应收账款因何种原因不能收回，保理商都有权向债权人追索已付融资款项并拒付尚未收回的差额款项，或者要求债权人回购应收账款。

在前《民法典》时代，我国有追索权的保理实务中，无论是各地法院的会议纪要还是裁判指引，对保理人行使追索权的形式规定不一，或为“追索已付融资款或回购应收账款”，或为“回购应收账款”。除此之外，《商业银行保理业务管理暂行办法》还增加了一种“向债务人反转让应收账款”形式。^①上位法的缺失、各地文件规定的混乱与司法裁判的分歧共同导致了有追索权保理的法律性质的不同认识，尤其是在保理人要求应收账款债务人给

① 高圣平：《论民法典上保理交易的担保功能》，载《法商研究》2023年第2期。

付的同时能否向应收账款债权人追索这个问题上存在较大争议。

（二）实践中对追索权范围的不同认定

《民法典》出台以前，各地各级法院对于追索权的范围有着不同的认定，从而影响了能否同时行使追索权与求偿权的判决结果。对保理人向债权人行使追索权的情形而言，无论是保理合同当事人的约定，还是司法裁判的认定，均未将“请求返还保理融资款本息”和“请求回购应收账款债权”两者加以明确区分，而是交替或者同时使用。^①因此，在保理人行使追索权的范围究竟是二者择其一还是两者皆是这个问题上出现了裁判分歧。此处的裁判分歧主要体现在三个方面：一是认为保理人行使追索权即向债权人主张返还保理融资款本息；二是认为保理人行使追索权即向债权人主张回购应收账款债权；三是认为上述两个方面均属于行使追索权的形式。

1. 主张返还融资款本息

司法实践中，部分法院认为保理人行使追索权的范围仅限于向应收账款债权人请求返还保理融资款本息。并且在保理人债权未获清偿前，享有追索权的保理人既可向应收账款债务人求偿，也可向应收账款债权人追索。

在“某银行股份有限公司上海市分行与上海某产业发展有限公司等合同纠纷案”^②中，上海市第一中级人民法院认为，根据合同约定，保理人有权向债权人行使追索权，要求债权人在剩余的保理融资本金内履行偿还义务。故而追索权是请求偿还融资款的权利。

具体判决如下：

某产业公司作为债务人，当然负有首先向某银行支付该笔债务的义务。同时，在有追索权保理合同关系中，当应收账款到期而不能足额收款时，原债权人即融资人上海约某公司对保理商某银行负

① 潘运华：《民法典中有追索权保理的教义学构造》，载《法律适用》2021年第5期。

② 上海市第一中级人民法院（2016）民终1759号民事判决书。

有按约定的回购价格购回该应收账款的义务，某银行有权索回已付的融资款。故债务人不履行到期债务的，保理商某银行有权向债务人某产业公司追偿，在收款不能的情况下，某银行可按合同约定向某产业公司行使追索权。故某产业公司应向某银行履行支付欠款的法律义务，某产业公司若未能足额履行该付款义务，某银行有权要求某产业公司在剩余的保理融资本金范围内承担偿还义务。综上，原审判决认定事实清楚，适用法律正确，上诉人的请求缺乏事实和法律依据，应予驳回。

对于行使追索权的范围，广东省高级人民法院与上海市第一中级人民法院持有同样的看法，认为若债务人未能在约定期限内足额偿付应收账款，则保理人有权要求债权人归还保理融资款本息及费用。保理人同时向债务人行使应收账款债权和向债权人行使追索权符合合同约定及相关规定，即保理人有权同时向债务人和债权人主张权利。

具体判决如下：

涉案《国内保理业务合同》明确约定某银行深圳分行向某快印公司提供的是有追索权的明保理服务。根据该合同的约定，某银行深圳分行在受让某快印公司对青岛丰某公司的应收账款的基础上，为某快印公司提供贷款和开立银行承兑汇票等方式的融资服务，并约定青岛丰某公司应于应收账款到期日付款至某银行深圳分行指定的账户，如青岛丰某公司未按时付款，则某银行深圳分行有权要求某快印公司自筹资金归还保理融资本息及费用。……某银行深圳分行在本案中同时向青岛丰某公司主张应收账款债权和向某快印公司主张追索权，符合前述保理合同的约定及有追索权的保理合同的相关规定，应予支持。

有观点认为，尽管保理人行使权利是为了收回保理融资款，但同时行

使追索权和求偿权会导致保理人重复受偿，损害债权人和债务人的利益。也有学者指出，返还融资款与应收账款不妨同时主张，仅仅是不得重复受偿而已。因此，保理人主张求偿权和要求债权人返还融资款本息是可以同时得到支持的。^①

2. 主张回购应收账款债权

实践中，部分法院认为，在有追索权的保理业务中，保理人在保理期限届满未受偿或未足额受偿的情况下可以向债权人行使追索权，债权人应向保理人承担回购责任。但在“能否同时行使追索权与求偿权”这个问题上却出现了裁判分歧。

观点一认为，此种情况下追索权与求偿权不能并存。应收账款债权人回购债权，保理人已不再具有应收账款债务人的债权人身份，也就是其要求债务人清偿债务的权利基础已不存在，故有追索权的保理人的追索权与对债务人的求偿权在法律性质上是不能并存的。

在“上海某银行股份有限公司长沙分行诉某股份有限公司合同纠纷案”^②中，最高人民法院认为，保理人某银行已在另案中请求债权人某股份有限公司就应收账款债权承担回购责任，另案生效判决已经支持了其诉讼请求，在此情形下，保理人某银行对债务人不再享有该笔应收账款的债权，保理人要求债务人清偿债务缺乏请求权基础。

具体如下：

本院认为，根据《保理协议书》《保理融资申请书》的约定，本案为买断性保理，即某银行受让某公司对中某公司的应收账款债权，某银行成为中某公司的债权人。此后，某公司向某银行出具《承诺函》，承诺如中某公司没有在融资到期日前足额履行付款义务，则由某公司对《保理协议书》项下转让给某银行的对中某公

① 李宇：《保理法的再体系化》，载《法学研究》2022年第6期。

② 最高人民法院（2017）民申132号民事裁定书。

公司的应收账款承担回购责任，其回购的标的仍是该应收账款债权。因此某银行无论是向中某公司请求债务清偿，还是向某公司请求回购，均是基于同一笔应收账款债权，在当事人没有另行约定的情形下，某银行只能择一主张。

在“某集团国际物流有限责任公司进出口分公司、某集团国际物流有限责任公司合同纠纷案”^①中，法院认为，尽管保理人要求融资人履行回购义务，但在融资人尚未履行回购义务之前，保理人仍然是应收账款下债务人的“债权人”，有权向债务人主张债权。原审判决债务人偿还案涉应收账款、债权人承担相应的回购责任并在完成回购义务后，免除债务人对保理人相应的偿还责任，并无不当。

基于前述分析，保理人主张回购债权包含两个方面内容，即向债权人要求其回购和请求支付相应价款的意思表示，且需债权人完成给付且保理人受领价款。若债权人已向保理人支付回购价款，或者虽然债权人未支付但保理人请求债权人回购的诉请得到了另案生效判决的认可，则保理人无权要求其再履行付款义务。在保理人向债权人主张回购权，债权人尚未完全履行回购义务的情况下，保理人仍为应收账款债务人的债权人，有权要求债务人履行付款义务。但此时需要注意保理人的双重受偿问题，在债权人完成或部分完成回购义务后，应相应免除债务人就此笔应收账款债权向保理人的偿还责任。

观点二认为，此种情况下的追索权与求偿权可以并存。此时保理人可要求应收账款债权人与应收账款债务人共同承担债务，即归还保理融资款本息。在债务人未依约履行义务的情况下，保理人对应收账款债务人享有要求清偿的求偿权，同时有权要求应收账款债权人回购债权。

在“天津某管材有限公司、北京银行股份有限公司某支行合同纠纷案”^②

① 最高人民法院（2019）民申1821号民事裁定书。

② 天津市高级人民法院（2014）津高民二终字第0092号民事判决书。

中，天津市高级人民法院肯定了天津市第一中级人民法院的部分裁判结果，即追索权是保理银行要求债权人向其回购应收账款的权利，保理银行有权向债权人和债务人同时行使权利。

具体如下：

某银行某支行依据保理合同的约定主张三某公司、坤某公司及各担保人承担相应的民事责任于法有据，应予支持。原审判决三某公司承担偿还欠款的责任并无不当。各担保人在承担连带保证责任后有权向坤某公司追偿……坤某公司对上述给付事项应在本金37972500元及从2013年5月6日起至判决确定给付之日止的利息（按中国人民银行基准贷款利率6.16%上浮50%计算）范围内对三某公司的上述债务承担回购责任。坤某公司向某银行某支行承担回购责任后，某银行某支行应当将应收账款债权及相应权利返还坤某公司。

在“某物资集团新疆有限公司与中国某银行股份有限公司乌鲁木齐钢城支行等合同纠纷案”^①中，最高人民法院认为，保理人在本案中所称的“回购权”应认定为追索权，保理人向债务人行使求偿权不影响债权人的回购义务。

具体如下：

如果中某新疆公司在约定期限内不能足额向某银行钢城支行履行债务，某银行钢城支行对中某新疆公司享有要求其清偿债务的求偿权、对诚某公司享有抵销权和追索权，并有权要求诚某公司回购涉案债权。因此，某银行钢城支行在要求中某新疆公司向其支付150012150元应收账款的同时，还可以要求诚某公司对中某新疆公

① 最高人民法院（2018）民申4320号民事裁定书。

司不能履行的债务在融资本金、利息、罚息及有关费用的范围内承担回购责任。

有学者认为，主张回购应收账款与主张应收账款亦不矛盾，债权人付清回购款之前，应收账款未转回，保理人仍可主张；债权人付清回购款后，如果此前保理人已受领债务人之给付，则构成重复受偿，应向债权人返还；如果保理人尚未受领债务人之给付，则应向债权人返还。^①

3. 主张包括回购应收账款和保理融资款本息

对于保理人向债权人行使追索权的范围，有裁判观点认为只包括回购应收账款，也有裁判观点认为只包括返还保理融资款和本息，还有裁判观点认为两者皆包括。支持有追索权保理中保理人的追索权的范围包括回购应收账款和保理融资款本息的主要有以下三种理由。

第一，有的法院认为保理人向债权人行使追索权的范围包括债权人向债权人主张返还融资款本息和回购应收账款债权。例如，某银行股份有限公司福州分行与某公司、某电源实业有限公司的借款纠纷案的判决书中写道：“有追索权保理是指在应收账款到期无法从债务人处收回时，商业银行可以向应收账款原债权人反转让应收账款、要求原债权人回购应收账款或归还融资款本息……卖方将对买方的应收账款债权转让给保理银行，实际上是用以清偿保理融资款本息，当买方拒绝付款而卖方又未依约履行回购义务并足额清偿保理融资款本息时，保理银行依约仍保留对买方主张应收账款债权的权利，此时保理银行受让应收账款实际上起到担保作用。”^②其裁判观点不管是保理人向债权人主张融资款本息还是回购应收账款债权，都属于保理人行使追索权的范围。

第二，支付保理融资款本息是履行应收账款回购义务的一种方式，两者是手段和目的的区别，具有等价性。这就说明不管是支付融资款本息还是回

① 李宇：《保理法的再体系化》，载《法学研究》2022年第6期。

② 参见福建省高级人民法院（2016）闽民终1059号判决书。

购应收账款，都属于保理人行使追索权的范围。

第三，有学者认为“保理人选择向应收账款债权人追索的目的无非是为了索回发放给债权人的保理融资款本息……‘请求返还保理融资款本息’与‘请求回购应收账款债权’并无本质性区别。”^①这种观点从目的解释的角度出发，认为两者是等同的关系，一旦保理人从债权人处回购了应收账款，则保理人融资款本息的债权即可实现，应收账款的“钱”和融资款本息的“权”属于一一对应的关系，只要实现其中的一个权利，另一个权利即可同时消灭。保理人请求返还融资款本息和请求回购应收账款债权发挥着同样的作用，没有实质区别，都属于追索权的范围。

以上三种观点从判例、规定和学者的观点分析了追索权的范围，认为追索权包括请求债权人回购应收账款债权和支付融资款本息。首先，对于第一种法院的裁判思路，该判决认为：“债权人将应收账款转让给保理人，由债务人向保理人清偿应收账款，实际上是用这种方式清偿保理融资款的本息。”这种裁判思路体现出间接给付的法律构造，认为新债是应收账款债权人与债务人之间的基础合同之债，旧债是保理人对应收账款债权人的金融借款之债，若保理人的新债无法获得清偿，则保理人可以转向旧债求偿。

但是同时，这种判决书中又认为：“保理银行依约仍保留对买方主张应收账款债权的权利，此时保理银行受让应收账款实际上起到担保作用。”保理人受让应收账款起到了担保作用，是为债权人的清偿融资款本息作担保。可见，本案判决书暗含着有追索权的保理属于债权让与担保的法律构造的观点。

由以上分析可知，即使在同一份判决书中，法院对于有追索权的保理性质也出现了两种截然不同的观点，进而得出了保理人行使追索权的范围既包括返还融资款本息，又包括请求回购应收账款的结论。而有些学者和规范性文件也认为保理人向债权人请求回购融资款本息和请求返还保理融资款本息在法律效果上并没有实质差别。

对于追索权的范围产生的诸多争议都与有追索权保理的性质有关，在

① 潘运华：《民法典有追索权保理的教义学构造》，载《法律适用》2021年第5期。

分析追索权的范围时应当以其性质为起点，在确定了有追索权保理的性质之后再分析其法律构造，进而解决在实践和理论中出现的裁判分歧或者观点分歧。基于《民法典》第766条关于有追索权保理的性质是债权让与担保，有追索权保理人受让应收账款的目的并非获取应收账款买受价与其实际价值之间的差额收益，而是将应收账款的转让视为收回保理融资款的担保。^①在有追索权保理的法律关系中主债权是保理人与债权人之间的金融借贷关系，法律关系是债务人和保理人之间转让应收账款的担保法律关系。因此基于《民法典》第766条的规定，追索权的范围是保理人向债权人主张返还融资款本息的权利。

四、保理人行使追索权的对象范围

实践中，大多数裁判观点认为保理人行使追索权的对象是债权人。^②但是也有观点认为，保理人“追索”的对象不仅包括债权人，还包括债务人。例如，在“某银行宁波国家高新区支行与某贸易公司、黄某等金融借款合同纠纷案”中^③，法院的判决认可了双方在《保理合同》中的约定：

“甲方（债权人）同意在乙方（保理商）向甲方反转让应收账款之前，乙方有权作为应收账款的债权人向买方进行追索，且乙方向买方追索不影响、削弱乙方向甲方追索的权利，乙方有权同时向甲方与乙方进行追索，甲方承诺不提出任何异议。”

简言之，一审法院的承办法官认为保理商可向债权人和债务人同时进行

① 何颖来：《〈民法典〉中有追索权保理的法律构造》，载《中州学刊》2020年第6期。

② 参见河南省高级人民法院（2019）豫民终85号民事判决书、福建省高级人民法院（2020）闽民终1684号民事判决书、湖南省高级人民法院（2019）湘民再633号民事判决书。

③ 参见宁波市鄞州区人民法院（2015）甬鄞商初字第429号判决书。

追索，保理商在应收账款无法收回时，有权要求债权人偿付保理预付款本息及全部应付未付款项，保理商也可以向债务人追索，向债务人追索不影响和削弱向债权人进行追索的权利。^①该案的判决将追索权的范围从主体上再一次被扩大，从追索权仅仅是向债权人主张的权利扩张到追索权可以向债权人和债务人同时主张。

笔者认为，在有追索权的保理合同中，追索权是被特定化的，指的是保理人向债权人主张的权利，而保理人向债务人主张的支付应收账款不应当被称为“追索权”。根据《民法典》第766条的规定，当事人约定有追索权保理的，保理人可以向应收账款债权人主张返还保理融资款本息或者回购应收账款债权，也可以向应收账款债务人主张应收账款债权。根据法条的文义解释，保理人可以同时向债权人和债务人主张权利，但是不管将有追索权的保理定义为间接给付还是债权让与担保抑或债权让与，保理人对债务人主张权利都不构成行使追索权。

质言之，首先，如果认为有追索权的保理的法律性质是间接给付，那么，保理人以债务人主张支付应收账款是请求支付新债以偿还旧债，并非行使追索权^②。其次，如果认为性质是让与担保，保理人向债权人支付融资款是受让应收账款的对价，保理人完全代替了债权人的位置成为新的债权人，那么保理人向债务人主张应收账款则是行使债权人的权利，也不是行使追索权。最后，如果认为是债权让与担保，主债权是融资款本息的清偿，从债权是债务人支付应收账款，即保理人受让债务人的应收账款是为了担保和回收融资款项^③，那么保理人向债务人主张权利行使的是担保权人的权利，更并非追索权。

综上，结合《民法典》第766条的表述，不管认为有追索权的保理的性

① 张梦琬：《保理商有权依约同时向应收账款债权人、债务人追索》，载《人民司法·案例》2016年第5期。

② 夏晋：《有追索权保理法律性质研究》，载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2021年第4期。

③ 何颖来：《〈民法典〉中有追索权保理的法律构造》，载《中州学刊》2020年第6期。

质属于间接给付、债权让与还是债权让与担保，向债务人主张应收账款债权都不构成行使追索权，即追索权只能向债权人主张。

五、结论

对于求偿权与追索权是否能够并存及是否具有先后顺序，我国司法裁判对此的认定经历了从让与担保说到间接给付说的转变。2017年前，我国学者与司法判决均倾向于认为保理的法律构造为让与担保。让与担保说肯定了保理人应同时向应收账款债权人主张追索权和向应收账款债务人主张求偿权，并认为该二者承担连带清偿责任。根据《民法典》第766条的规定，追索权的范围是保理人向债权人主张返还融资款本息的权利。在间接给付视角下，保理人可以同时主张求偿权和追索权，但只有在债务人陷于无力偿还时，保理人才可以向债权人主张追索权。

专题八

招标投标过程中补充协议的效力问题^① ——以工程建设项目为研究对象

① 案件共同整理人：程曦、肖晓、潘玟谕、唐艺欣、魏东来、张琬晨均为外交学院争议解决研究中心兼职研究员（北京100037）。

导 读 招投标过程强调公平竞争，相关法律法规包含很多有针对性的强制规定。鉴于招投标及工程建设整体过程的周期较长，也为了应对实际情况的变化，抑或带有非法目的，当事人不可避免地要在中标合同之外签订补充协议。司法实践中，对补充协议效力的认定存在诸多裁判分歧，此问题值得探讨。签订补充协议本质上属于变更合同的行为，变更要件不完备所导致的形式瑕疵以及实质性内容的变更，均会对补充协议的效力产生影响。对于补充协议是否有效，没有固定统一的标准。实践中，应当根据招投标及工程建设的具体情况，充分考虑协议方的意思自治，灵活适用法律，达到公共秩序与私人利益之间的平衡，正确判断补充协议的效力。

关键词 招投标 补充协议 工程建设 形式要件 实质性内容

一、问题的提出

招标投标，简称招投标，是指在货物、工程和服务的采购行为中，招标人通过事先公布的采购要求，吸引众多的投标人按照同等条件进行公平竞争，按照规定程序并组织技术、经济和法律等方面专家对众多的投标人进行综合评审，从中择优选定项目中标人的行为过程。这一交易模式的实质是以较低的价格获得最优的货物、工程和服务。

就工程建设领域而言，有关项目往往采取招投标的方式进行。招标人与中标人之间的权利义务由工程建设施工合同进行约定，且该份合同的内容须与招标文件保持一致。但是，在实际生产经营过程中，招投双方之间可能会就项目达成若干补充协议。例如，招标人未遵守招投标法律法规的规定，未进行招标即开始项目建设。在项目开工建设（甚至建设完成）后，招投双方才补办招标及中标手续，但在实际施工中已形成了一系列的补充协议。再如，因为工程建设项目通常周期相对较长、施工难度相对较高、标的数额较大，所以若发生设计变更、图纸延误、工程量增加、市场价格波动等突发情况，则基于实际需要，招投双方往往会达成补充协议，对相应的合同条款进行补充或者修改。^①更有甚者，在招投标领域出现诸多违反招投标法律法规的行为，以达到规避强制性工程建设招标或是排挤竞争对手的非法目的，如虚假招标、围标、串标、订立阴阳合同或黑白合同、评标委员会违规操作等。^②

招投标的业务模式之所以能够在工程建设领域得到广泛应用，甚至成为对一些特殊项目的强制性要求，根本原因在于其公平竞争的特性^③。具体来

① 李后龙、俞灌南、杨晓蓉、潘军锋：《建设工程招投标纠纷案件审判疑难问题研究》，载《法律适用》2017年第7期。

② 任晨悠：《论建筑工程“阴阳合同”效力》，载《中国政法大学》2016年第4期。

③ 赵勇：《招标采购专业知识与法律法规》，中国计划出版社2015年版，第12页。

看，招标活动须保证相当程度的透明度，对招标投标程序、投标人的资格条件、评标标准和方法、评标和中标结果等信息要进行公开，保证各投标人所获得的信息相同，所拥有的机会均等。招投双方不得故意隐瞒真相或者弄虚作假，不得串标、围标和恶意竞争。然而，在招投双方达成补充协议时，就产生相应的法律漏洞与风险，即一些当事人会借此机会为自身谋取利益，破坏招投标的公平与公正。因此，相关补充协议的效力的确有待进一步判断。

二、补充协议的形式瑕疵：合同变更的要件不完备

订立补充协议是在合同成立之后，当事人对合同内容进行补充或修改的一种方式。从性质上说，补充协议属于合同的变更，因此也应当符合合同变更的要件。根据《民法典》的规定，有效的合同变更应当：首先，要求存在已经成立的合同关系，作为其变更的前提；其次，应当对合同的内容做出改变，无论其改变是否为实质性的；再次，合同的变更应当依法律规定及裁判，或当事人协商一致；最后，法律、行政法规规定变更合同应当办理批准、登记等手续的，依照其规定。^①但在实践中，缺乏上述某一要件的补充合同并不罕见，且其法律效力也并非一刀切的当然无效或当然有效，而是需要具体问题具体分析。以下总结了招投标过程中常见的补充协议存在形式瑕疵的情况。

（一）合同违反招投标法律强制性规定

《招标投标法》明文规定了招投标中必须招标的项目范围、主体应当具有的资质、应当遵循的程序等。

1. 违反招投标强制性规定导致原合同无效

建设工程施工合同具有以下四类情形的，认定为无效：承包人资质不符合法律规定的；承包人没有资质而借用他人资质的；招标程序不符合法

① 王利明：《民法》（下），中国人民大学出版社2020年版，第135页。

律规定的；分包、转包违反法律规定的。^①原则上，作为补充、细化原合同条款或者部分变更原合同内容标的而订立的协议，若原合同被认定为无效，则补充协议因其从属性同样也应当被认定为无效，这一点在大量司法判决中已得到认可。^②但审判实践中，为了缓和合同无效带来的后果，法院在以下两种情况下往往倾向于从宽认定相关补充协议或条款的效力。

其一，合同中的建设工程项目属于非强制性招投标的项目，采取了招投标的作业形式却又违反了《招标投标法》的强制性规定。非强制招投标项目是指在《招标投标法》第3条规定的强制招标之外的项目，往往是出于经济效益而选择了招投标的建设形式。对于这一情形，有一审法院认为，由于采取了招投标的形式，其通过招投标而达成的主合同因为违反强制性法律规范而归于无效，所以补充合同在双方当事人达成合意并满足合同成立的一般要件的情况下应当认定为有效。^③最高人民法院对此作出了进一步修正，认为既然建设工程在性质上本不属于必须进行招投标的项目，那么对于当事人之间签订的合同也不应适用强制招标工程的法律法规，而应当首先适用《民法典》中的合同规范，只要是双方的真实意思表示，内容不违反法律和行政法规的强制性规定，即为合法有效。^④当合同之间产生冲突时，以当事方合意

① 《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）》（法释〔2004〕14号）第1条；《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》（2005—2021）（法释〔2020〕25号）第1条：建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依据民法典第一百五十三条第一款的规定，认定无效：（一）承包人未取得建筑业企业资质或者超越资质等级的；（二）没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。承包人因转包、违法分包建设工程与他人签订的建设工程施工合同，应当依据民法典第一百五十三条第一款及第七百九十一条第二款、第三款的规定，认定无效。

② 最高人民法院（2022）民终49号民事判决书；新疆维吾尔自治区高级人民法院（2019）民终451号民事判决书；最高人民法院（2019）民申6075号民事裁定书；最高人民法院（2019）民终442号民事判决书；最高人民法院（2016）民终736号民事判决书；最高人民法院（2016）民终675号民事判决书。

③ 最高人民法院（2019）最高法民终314号民事判决书。

④ 最高人民法院（2019）最高法民终314号民事判决书；最高人民法院（2019）民终1668号民事判决书。

约定的适用合同为裁判依据，在未达成合意的情况下，则以当事方实际履行的合同为准。

其二，补充协议具有独立性。在“安阳广某有限公司等与博某建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷上诉案”中，最高人民法院认定，当事人签订的《建设工程施工合同》及主要涉及工程施工进度等事项的《补充协议一》因未履行法律规定的招标投标程序，违反了法律的强制性规定而无效，但双方签订为确认已完工程范围及价值、明确欠款数额及当事方所应承担的逾期付款补偿责任、应承担的逾期付款违约金责任，以及确定第三方连带保证责任的《补充协议二》有效。^①进一步讲，最高人民法院认为，《补充协议二》在性质上属于当事人对双方之间既存债权债务关系的结算和清理，因而具有独立性，即具有单独的法律效力，应当作为处理双方争议的依据；案涉工程的交付、工程款的结算及违约责任的确等，应当根据《补充协议二》的内容确定。^②因此，发包人和承包人另行订立的补充协议并不因施工合同无效而无效。^③这一观点也为之后相似案件的判决所支持。^④根据司法实践，补充协议是否具有独立性可以根据其具体内容作出判断。如补充协议是对已完工程进度款或者已竣工验收工程的价款数额、给付时间和违约责任等既有债权债务进行结算和清理，则法院倾向于将当事人之后签订的补充协议认定为“结算条款”，从而援引《民法典》第507条^⑤确认其有效。^⑥

① 最高人民法院（2014）民一终字第61号民事判决书。

② 最高人民法院（2014）民一终字第61号民事判决书。

③ 最高人民法院（2014）民一终字第61号民事判决书。

④ 最高人民法院（2016）民终733号民事判决书；贵州省安顺地区（市）中级人民法院（2017）黔04民辖终18号民事裁定书；新疆维吾尔自治区高级人民法院（2021）民终232号民事判决书。

⑤ 《民法典》第507条规定：合同不生效、无效、被撤销或者终止的，不影响合同中有关解决争议方法的条款的效力。

⑥ 叶名怡：《〈民法典〉第157条（法律行为无效之法律后果）评注》，载《法学家》2022年第1期。

2. 补充协议于招标程序之前签订

虽然从逻辑上推理,补充协议作为主合同的补充或修订,应当签订于主合同成立之后,在招投标的情况下,主合同于招标之后订立,补充合同自然更当如此,但在实践中出现了一种情况,即当事方在招标之前签订了补充协议,而在招标之后签订主合同,其中规定之前签订补充协议作为本合同的一部分。

在“荣某房地产开发公司、元某建设公司建设工程施工合同纠纷案”中,当事人双方在招投标之前,对工程项目概况、工程造价、工期、工程质量标准及工程款的结算等进行了约定,签订《补充协议》。而后承包人元某公司才在招标程序中中标,随后签订了《建设工程施工合同》。

一审法院认为,当事人双方签订《补充协议》的时间虽在案涉工程项目中标前,但签订《建设工程施工合同》的时间系在元某公司中标后,且该两份合同系依据中标的相关内容签订的,不能仅以双方在案涉工程项目招投标前签订了《补充协议》而推定双方在招投标中存在串标行为。^①最终,一审法院认定《建设工程施工合同》《补充协议》系各方当事人的真实意思表示,且内容不违反法律、行政法规的强制性规定,合法有效。^②而最高人民法院在二审中推翻了一审法院的判决,认为双方在《补充协议》对工程价款等实质性内容作出约定,违反了《招标投标法》第43条以及第53条的规定,即在确定中标人前,招标人不得与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判,投标人相互串通投标或者与招标人串通投标的,中标无效。因而双方签订的《建设工程施工合同》无效。^③同时又因为双方在《建设工程施工合同》中约定《补充协议》属于其组成部分,所以在《建设工程施工合同》无效的情况下,《补充协议》亦无效。^④

由此可知,在招投标程序之前签订的《补充协议》,应当视其内容是否

① 最高人民法院(2018)民终902号民事判决书。

② 最高人民法院(2018)民终902号民事判决书。

③ 最高人民法院(2018)民终902号民事判决书。

④ 最高人民法院(2018)民终902号民事判决书。

对工程价款等实质性内容作出约定来判断发包人与承包人之间是否存在串标行为，而不能仅以正式的《建设工程施工合同》的签订时间是否在确定中标之后来认定双方是否存在串标行为。这一点在其他类案的最高人民法院判决中也得到了认可。^①

（二）补充协议缺少备案程序

根据原《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》第47条的规定，招标投标双方在完成建设工程合同之后应当于7日内向有关部门报备，变更合同也应当及时送至原备案机关报备，发生合同争议时以有关部门处的备案合同为准。虽然原则上补充协议作为变更合同的一种应当进行报备，但报备与否并不会真正影响补充协议的效力。施工合同备案制度是建设部门为整顿规范建筑市场秩序所作出的规定，其在性质上属于部门规章而非法律法规的强制性规定。只要该补充协议是双方当事人的真实意思表示且未违反法律法规的禁止性规定，补充协议未至主管部门备案并不必然导致合同无效的后果。

法院的大量实践也支持了这一观点。^②在“中铁某集团有限公司、美某公司建设工程施工合同纠纷案”二审中，最高人民法院认为，美某公司主张《施工补充协议》无效，但其关于让利系数约定不明的主张明显与事实不符，亦无证据证明其签订该合同时受到欺诈、胁迫而意思表示不真实，《施工补充协议》未备案并不能成为协议无效的理由。^③

① 最高人民法院（2019）民终1192号民事判决书。

② 广西壮族自治区桂林市叠彩区人民法院（2021）桂0303民初1105号民事判决书；新疆维吾尔自治区昌吉回族自治州中级人民法院（2021）新23民终953号民事判决书；四川省平武县人民法院（2020）川0727民初898号民事判决书；辽宁省大连市中级人民法院（2018）辽02民初1575号民事判决书；辽宁省高级人民法院（2016）辽民终709号民事判决书。

③ 最高人民法院（2020）民终1156号民事判决书。

（三）小结

司法实践中，在补充协议存在形式上缺陷的情况下，法院的立场偏向于宽松，在不违反法律法规强制性规定的情况下，力求最大限度地维护当事人双方的真实意思表示，进而在确定补充协议确能代表双方合意时，倾向于作出支持补充协议效力的判决。

三、实质性条款变更

《招标投标法》第46条和《招标投标法实施条例》第57条均规定，招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。也就是说，在中标合同签订生效后，招标人和中标人不能再行订立背离合同实质性内容的其他协议。因此，判断补充协议是否构成对合同实质性内容的背离，对补充协议的效力认定非常重要。

补充协议的拟定原因多种多样，有出于对合作细节的明确而拟定的，有出于对某一合作事项的进一步落实和深化而拟定的，也有出于对中标合同中约定的某项条款的变更而拟定的。而在因某项条款出现变更而拟定补充协议的情况中，存在招标人和中标人恶意串通，为达到自己利益的最大化，利用补充协议的现象，即“黑白合同”。

“黑白合同”又称“阴阳合同”，是指“招标人和中标人双方除经过招投标签订的正式合同外，另行签订的一份或一份以上实际履行的补充协议”。^①“一般把经过招标、投标经备案的正式合同称为‘白合同’或‘阳合同’，把另行签订的补充协议称为‘黑合同’或‘阴合同’。”^②“黑合同”与

① 张麒：《建设工程施工“黑白合同”的效力及实质性变更条款的认定与分析》，载《法制与社会》2010年第28期。

② 张麒：《建设工程施工“黑白合同”的效力及实质性变更条款的认定与分析》，载《法制与社会》2010年第28期。

“白合同”的实质性内容不同，通常情况下表现为对同一合同标的物的价款规定存在明显差额或者履行方式存在差异。也正如其名，“黑合同”通常不通过登记、备案等公示，且其签订往往是出于规避招投标制度和政府部门的监管。^①由此可见，“黑白合同”的出现及其效力的不确定性，严重损害了相关人员的利益，扰乱了市场秩序，同时极易为当事人造成诉讼冲突。因此，“黑白合同”的认定问题需要被规制。而判断补充协议是否为“黑白合同”关键在于判定其内容与合同实质性内容是否发生背离。

除了上述“黑白合同”的情形，还存在法律上对其效力予以认可的变更某项条款的补充协议。合同法上本就存在合同变更的概念，《民法典》第543条规定，“当事人协商一致，可以变更合同”。可见，对于变更原合同条款的补充协议的效力，法律上并不是全部予以否定。比如，国际原油价格飙升，导致原议定的工程价款发生大幅度变化，出于平衡双方利益的考量，不得不拟定补充协议对工程价款予以变更。^②因此，对于变更某项条款的补充协议效力的判断，其内容不对合同实质性内容构成背离是一个重要的标准。

综上所述，无论是法律条文的明确规定，还是补充协议的大量实践，都表明了判断补充协议内容是否背离合同实质性内容，对补充协议的效力认定至关重要。但是，何为合同实质性内容，何种情况构成对合同实质性内容的背离，法律没有具体的规定。因此，为了研究补充协议的效力问题，有必要先对该问题进行讨论。

（一）“合同实质性内容”的界定

合同的实质性内容主要指合同中对合同双方的权利、义务、责任发生实际性影响或决定性影响的条款。我国相关法律、行政法规以及最高人民法院

① 参见张麒：《建设工程施工“黑白合同”的效力及实质性变更条款的认定与分析》，载《法制与社会》2010年第28期。

② 参见董雄勇：《探析招标文件和合同补充协议的法律效力》，载《工程造价管理》2011年第5期。

的司法解释中，对合同实质性内容作了列举式的规定。《招标投标法实施条例》第57条^①以列举的方式规定了中标合同的实质性内容，主要包括合同的标的、价款、质量、履行期限等条款。

《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2条第1款规定：“招标人和中标人另行签订的建设工程施工合同约定的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容，与中标合同不一致，一方当事人请求按照中标合同确定权利义务的，人民法院应予支持。”由此可知，在建设工程施工合同中，合同实质性内容包括工程承包范围、建设工期、工程质量、工程价款等条款。

无论是法律法规，还是司法解释，对于合同实质性内容的列举，都在最后加了“等”字作为兜底，用作对特殊情况、特殊内容的规定，尽可能完善地界定合同实质性内容。结合学界通说和司法实践，中标合同实质性内容一般包括工程范围、工程质量、工程价款和工程期限四个方面。

工程范围，描述了承包人所建设工程的类型和体量，发包人一般对此有明确的要求，主要体现在招标文件中。工程质量与安全息息相关，因此，发包方对工程质量也会有具体的规定，同样会在招标文件中有所体现。而承包人也会在其投标文件中对工程质量作出承诺。工程价款是投标人能否中标的关键因素之一。对发包人来说，其中一项义务是支付工程价款。因此，在招投标环节中，对于投标人，在其他竞争条件大体相同的情形下，较低的工程价款更容易中标。当然，工程价款是投标人依据工程实际需要提出的，要在合理的范围内。工程期限是承包人完工所需的时限。招投标过程中，在确保工程质量的前提下，较短的工程期限对投标人来说更具竞争优势。综上所述，对工程范围、工程质量、工程价款、工程期限的限定是完成一项工程的重要保证。

①《招标投标法实施条例》第57条第1款规定：“招标人和中标人应当依照招标投标法和本条例的规定签订书面合同，合同的标的、价款、质量、履行期限等主要条款应当与招标文件和中标人的投标文件的内容一致。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。”

因此，这四项内容是中标合同的核心内容，属于合同实质性内容。但是，不同行业领域涉及的项目各不相同，侧重点也有所差别，法律法规也无法做到对合同实质性内容的详尽列举。合同实质性内容并不仅仅限于上述四项内容，要具体问题具体分析，秉持一个原则，即该内容是否影响或决定当事人的基本权利义务。

（二）“背离实质性内容”的界定

在合同履行过程中，当事人通常会变更合同内容以适应不断变化的实际情况。但是，变更实质性内容并不等于背离实质性内容。《招标投标法》既未明确界定何为实质性内容，也没有确定何为对实质性内容的背离。

法律概念解释的模糊性，使变更了实质性内容的补充协议之效力问题成为招投标中当事人产生分歧的主要原因。如果不恰当处理该问题，那么不仅难以保障合同当事人的合法权益，影响建设工程施工合同的正常履行，甚至会侵害其他竞标人的合法利益乃至国家利益和社会公共利益。由此，辨析“变更”与“背离”的区别和边界是解决效力问题的重要课题。

《民法典》第543条规定，当事人协商一致，可以变更合同。变更合同属于当事人意思自治的表现，对于合理的变更不应当视为无效，应当予以承认。在招投标结束之后，由于建设工程工期较长、工程量较大，在施工过程中通常会发生大量突发情况，为了应对这些问题招标人与中标人一般会在中标合同之外另行订立补充协议，对中标合同中的某些条款进行变更。根据《招标投标法》第46条的规定，背离中标合同中的实质性内容是不被允许的。因此，在招投标过程中，相关合同的“合法变更”与“背离”究竟如何界定，还需详细探讨。

根据《招标投标法》第1条的规定，该法的目的是规范招标投标活动，保护国家利益、社会公共利益和招标投标活动当事人的合法权益，提高经济效益，保证项目质量。当事人对中标合同中实质性内容的变更不能违背该宗旨。因此判断当事人对于合同实质性内容是否作了背离性的变更，可以从以下两个方面来分析：第一，是否侵害了国家利益和社会公共利益，在实践中

通常表现为足以影响其他竞标人能够中标或者以何种条件中标的行为。发包人与承包人的补充或变更协议的内容排除其他竞标人中标的可能或其他竞标人中标条件的，即背离了中标合同的实质性内容。第二，是否对招标人与中标人的权利义务产生较大影响。发包人与承包人另行订立的补充或变更协议较大的改变了双方的权利义务关系，导致双方利益严重失衡的，即背离了中标合同的实质性内容。^①因此，在分析过程中，需要从以下两个方面进行全面考察。

1. 法律法规中的具体规定

有关背离实质性内容的具体内涵法律法规作了如下规定。《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2条规定：“招标人和中标人另行签订的建设工程施工合同约定的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容，与中标合同不一致，一方当事人请求按照中标合同确定权利义务的，人民法院应予支持。招标人和中标人在中标合同之外就明显高于市场价格购买承建房产、无偿建设住房配套设施、让利、向建设单位捐赠财物等另行签订合同，变相降低工程价款，一方当事人以该合同背离中标合同实质性内容为由请求确认无效的，人民法院应予支持。”该条第1款表示，当另行签订的合同与中标合同中约定的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款不一致时，应当按照中标合同确定权利与义务，因此在补充协议中变更了以上内容就可以认为对实质性内容的背离，第2款表示，明显高于市场价格购买承建房产、无偿建设住房配套设施、让利、向建设单位捐赠财物，变相降低工程价款的补充协议亦属于背离实质性内容。

当事人在补充协议中对工程价款、工程质量、工程期限这三个方面作出的变更通常被视为对实质性内容的背离。而对招标人和中标人来说，施工合同最核心的内容是工程结算，影响工程结算的因素主要有：工程质量、工程期限、计价方式。这三方面是实质性内容的主要条款，一般是不能变更的，

① 最高人民法院（2022）民申262号民事裁定书。

一旦变更就属于《招标投标法》第46条第1款规定的“背离实质性内容”。

当事人订立变更有关工程价款方面的约定一般是为了规避招标投标的法律、法规中的实质性内容。这些变更会导致当事人的权利与义务发生较大变化,使合同当事人以及在公开透明的招投标机制中其他竞标人的利益受到损害,有碍社会公正,应当被视为背离。

2. 意思自治原则的运用

上述法律法规对于背离实质性内容的规定较为具象,随着经济的发展和司法水平的提高,具体的法律规定在使法律界限变得明确清晰的同时,也带来了一些制度上的僵化。中标合同因其公开性被施加了大量限制,但是其本质上仍是一份契约。而契约的基础是双方当事人真实的意思表示而达成的合意。因此,为了增强法条的灵活性,司法实践中法院也会衡量意思自治原则的作用。

在“重庆某公司与贵州省金沙县某公司等建设工程施工合同纠纷案”^①中,最高人民法院认为,当事人在《补充协议》中所约定的工程价款下浮6%并非对中标合同作出的实质性变更或变相降低了工程价款的行为。理由是,首先,当事人签订的两份《建设工程施工合同》均约定:“工程项目总投资下浮后作为乙方最终结算总价,下浮比例双方另行协商。”这表明双方对工程价款下浮具有合意,且该合意不违背法律法规的强制性规定,应属有效。其次,《补充协议》关于工程项目总投资下浮6%的约定与两份《建设工程施工合同》的约定相衔接和呼应,是对《建设工程施工合同》的补充和完善,且并未与中标合同有实质性抵触的内容。同时,法院还强调,《补充协议》与两份《建设工程施工合同》在同一天签订,合同内容系双方的真实意思表示,不违反法律、行政法规的效力性规定,故《补充协议》合法有效。

从本案中可以看出,虽然当事人对工程价款相关内容在《补充协议》中作了变更,但是双方就此变更达成了合意,相当于默认了工程价款下浮后的法律效果由双方共同承担。工程价款下浮是投标方为了中标而采取的合理低

① 最高人民法院(2019)民终583号民事裁定书。

价中标的方式。这种方式在招投标过程中时有发生，属于合理的竞标行为，不会对其他竞标者的利益产生非法的负面影响。结合《招标投标法》的目的与宗旨，法律对背离实质性内容的行为进行规制是为了规范招标投标活动，保护国家利益、社会公共利益和招标投标活动当事人的合法权益，提高经济效益，保证项目质量。本案中，当事人在《补充协议》中约定工程价款下浮6%的行为并未侵害国家利益、社会公共利益和其他当事人的合法权益，秉持尊重合同当事人意思自治的原则，对工程价款的变更不应当被视为背离。

同时，对于判定当事人是否以真实的意思表示达成合意，法院反复强调了《补充协议》的订立时间。当事人于签订的两份《建设工程施工合同》即中标合同中均约定：“工程项目总投资下浮后作为乙方最终结算总价，下浮比例双方另行协商。”同日，当事人签订了《补充协议》，协议中对下浮比例予以确定。《补充协议》中对于下浮比例的确定只是对中标合同的细化和补充，并没有背离实质性内容。这说明双方就结算总价的下浮问题在《补充协议》签订之前已达成合意，只是未明确具体内容。而同一日签订《补充协议》的行为恰恰说明了《补充协议》是当事人就该合意达成的具体条文，并非由于某一方的地位或情势发生变化而趁机订立的有损某一方利益的合同。

与上述案件相似的还有“某房地产发展有限公司和某集团有限公司等建设工程施工合同纠纷案”^①。该案中，当事人在订立中标合同之时便将《补充协议》写入了合同的组成部分，从合同的体系以及事实来看，补充协议就是对中标合同的解释与补充，并未作实质性变更。在工程建设过程中，双方针对不断变化的客观情况又签订了一系列补充协议，最高人民法院认为，上述约定均是双方在施工合同履行过程中因客观情况发生变化所作的真实意思表示，未对招标投标时其他竞标人能否中标或以何种条件中标产生影响。上述协议的签订未违反招标投标制度，没有导致发包人与承包人之间的权利义务失衡，并不构成对《建设工程施工合同》的实质性变更。

结合上述案例可知，对于补充协议是否背离了实质性内容，应当从合同

① 最高人民法院（2022）民申262号民事裁定书。

的整体出发,考虑补充协议订立时与中标合同的紧密性。联系越紧密,当事人的意思表示越真实。在补充协议对实质性内容的变更并不违反法律强制性规定的情况下,当事人的真实意思表示应当被尊重。更重要的是,当事人对合同实质性内容的变更未对国家利益、公共利益以及其他投标人利益产生负面影响,否则将构成对实质性内容的背离。

3. 客观情况的变化

由于建设工程工期较长、工程量较大,在施工过程中通常会发生大量突发情况,为了应对这些问题,招标人与中标人一般会在中标合同之外另行订立补充协议,对中标合同中的某些条款进行变更。

实践中《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23条但书规定的在招投标时难以预见的变化应当如何认定的问题亦是一项争议焦点。根据体系解释,联系《民法典》中有关情势变更的规定更容易了解该条所指的含义。

从《民法典》第533条^①可以看出,当合同的基础条件发生无法预见的、不属于商业风险的重大变化时,双方当事人可以重新协商,协商不成的可以请求人民法院或者仲裁机构变更或解除合同。在招投标的环境下,双方当事人面临情势的重大变化而订立的补充协议就是法条中阐述的双方协商的结果。此时的情况与订立中标合同时的情况截然不同,不订立新的合同将导致一方当事人利益明显受损,且中标合同显然无法应对目前的情况,为了达成合同的目的双方当事人只能通过订立补充协议来平衡利益。当客观情势已经达到不可期待的程度时,合同的目的完全落空,双方当事人已经不必再达成协议时,就不再是合同的变更而是合同的解除。建设工程体量巨大,利润微薄,当事人通常不会采取解除合同的途径。在客观情况允许合同目的实现且当事人仍想实现合同目的的情况下,重新达成一项协议来摆脱目前遇到的困

①《民法典》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。”

境是成本最低的。在情势变更下，补充协议中对于实质性内容的变更应当予以认可，而不能被视为背离，因为其订立目的与中标合同的目的是一致的，都是为了实现双方当事人所期望的结果。

对于何为情势变更的判断，最高人民法院曾作过相关判决。这类案件的区分重点在于情势是否客观、是否受当事人影响。在“宏某建设有限公司与兴义市威某建设有限责任公司建设工程施工合同纠纷上诉案^①”中，发包方威某公司认为，工程停工系融资贷款问题导致的合同无法继续履行，属于情势变更。对此，法院认为这是威某公司发出《关于公路全线停工的通知》，要求宏某公司停工，以明示的方式表明不再继续履行合同所致，属于《施工合同书》约定的发包人违约的情形第（2）项发包人原因造成停工的情形，而非威某公司所主张的应适用情势变更的情形。威某公司作为公路的建设方，融资贷款本就属于该公司的责任，《关于公路全线停工的通知》指明的“威某公司在建设过程中因融资贷款问题不能正常进行施工”的原因，不属于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，故不适用情势变更原则。

而在“中国某集团中南某公司、艾某工程有限公司建设工程合同纠纷案”^②中，艾某公司与中南某公司签订《施工总承包合同》后，在该合同的履行过程中，厦门市人民政府宣布缓建案涉项目，国家相关部委批准案涉项目搬迁。该事件属于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，法院认定该事件构成情势变更。

结合上述案件，可以看出，对于发生变化的客观情况是否属于情势变更，法院的着眼点在于当事人是否对该事实的变化产生了关键影响。如果该客观事实是当事人的行为所导致的，或者造成履行不能的结果归咎于当事人不履行责任，那么该变化就不属于《民法典》第533条规定的情势变更。如果该客观事实是受当事人之外的因素影响，如政府政策或者不可抗力等，那

① 最高人民法院（2018）民终373号民事判决书。

② 最高人民法院（2018）民终105号民事判决书。

么该变化应当被认定为情势变更。

综上,判断补充协议是否背离了实质性内容,需要根据法律法规的规定以及当事人的意思自治原则,同时兼顾客观情况,对补充协议中对实质性变更的合理性进行考察。限制当事人随意变更中标合同实质性内容既是为了防止一方当事人以其优势地位使另一方当事人陷于不利,也是为了防止双方当事人以通谋来不利于社会。基于此目的,判断补充协议是否背离了中标合同的实质性内容,应当充分考察当事人的真意以及补充协议所产生的法律效果是否会危害当事人、其他竞标者、社会乃至国家。

(三) 补充协议的效力

前文对招投标过程中所签订合同的实质性内容的界定,以及对何谓“背离”实质性内容的探讨,引出了在实践中有着最直接意义的问题,即补充协议的法律效力如何,这关系到工程建设的执行究竟以哪份合同为依据,与各方当事人的利益直接相关。民事法律行为的效力类型,分为有效、无效、可撤销以及效力待定。可撤销的情形包括重大误解、显失公平、胁迫和欺诈,效力待定的情形包括行为主体是限制民事行为能力人、无权代理以及无权处分,均不属于在补充协议的背景之下进行研究的问题,在此不做赘述。对补充协议法律效力的讨论集中在有效抑或无效上。在招投标以及紧随其后的工程建设过程中,如果补充协议是双方在平等自愿的基础上经过协商一致最后订立的,且内容并不背离中标合同的实质性条款,则当然有效,司法实践中也都一致认可这些补充协议的效力。而背离中标合同实质性内容的补充协议,一般可能涉及违反法律或者行政法规的强制性规定、意思表示虚假或当事人串通以损害第三人的合法利益,从而被认定为无效。

《招标投标法》第46条第1款规定,“招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议”,该条款属于强制性规定,但其中“不得再行订立”的表述,能否解释为对违反该条款的补充协议,即背离中标合同实质性内容的补充协议之效力,作出了当然的否定性评价?如果答案是肯定的,那么所有这类补充协议一律无效,均不能成为招投标以及工程建设的依据,

有关案件的裁判应当一致不承认这类补充协议的效力，而认定原本经过备案的中标合同唯一有效。但实践中却存在相当多的裁判分歧和学术争论。

在“某地质大队与某建筑工程公司建设工程施工合同纠纷案”中，最高人民法院再审认为，双方当事人招投过程结束之后依据中标文件签订《建设工程施工合同》并办理了合同备案，同日签订了《合作合同书》，在10日之后又另行签订了《补充协议书》。而《合作合同书》和《补充协议书》均涉及对案涉工程总造价及支付方式的约定，且同招标人和中标人经备案登记的《建设工程施工合同》关于案涉工程款结算的约定不同，属于对《建设工程施工合同》的实质性内容进行了变更。根据《招标投标法》第46条第1款以及《建设工程施工合同解释》第21条^①的规定，该《合作合同书》和《补充协议书》因违反法律的强制性规定而无效，案涉工程款的结算应以《建设工程施工合同》为依据。^②

在“某城市建设公司与某房地产开发公司建设工程施工合同纠纷案”中，最高人民法院再审认为，双方当事人签订的《建设工程施工合同》的内容虽然与《中标通知书》不一致，违反了《招标投标法》第46条第1款的规定，但是该条款系从行政管理角度对招标人、中标人订立合同的要求，属于管理性强制性规定，而非效力性强制性规定。因此，虽然《建设工程施工合同》违反了该条规定，但不必然无效，二审判决认定该合同有效，并无不当。^③

争议焦点集中在《招标投标法》第46条第1款上，上述两个案件的裁判体现了对该强制性条款不同的归类方式。负责审理某地质大队与某建筑工程公司案件的法庭认为该条款属于效力性强制性条款，因此违反该条款的补充协议应当认定无效；而负责审理某城市建设公司与某房地产开发公司案件的

① 《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21条规定：“当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的，应当以备案的中标合同作为结算工程价款的根据。”

② 最高人民法院（2017）民再249号民事判决书。

③ 最高人民法院（2015）民申280号民事裁定书。

法庭认为该条款属于管理性强制性条款，违反该条款的协议不必然无效。因此，探讨此问题的关键又落在了对该条款性质的界定上。

1. 效力性强制性规定或管理性强制性规定

强制性规定被称为民法中的“转介条款”，是公法进入私法领域的“管道”，其实现了国家公权力对私权利的干涉与影响。《合同法》第52条规定，违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效。^①该条款中“强制性规定”的概念边界较为模糊，导致当时无效合同的范围被不当扩大。之后出台的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第14条规定：“合同法第五十二条第（五）项规定的‘强制性规定’，是指效力性强制性规定。”《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》进一步提出了“管理性强制性规定”的概念，这使“强制性规定”的概念终于得到明确。^②

学界对效力性强制性规定的内涵的解释较具有代表性的说法是，法律及行政法规明确规定了违反该类规定将导致合同无效，或者即使未明确违反之后将导致合同无效，使其继续有效将会损害国家利益和社会公共利益。效力性强制性规定不仅关注对违反行为的制裁，更强调否定其在私法上的效力。^③对比之下，管理性强制性规定侧重于在公共秩序层面的规制，违反该种强制

① 《合同法》第52条规定：“有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。”

② 《全国法院民商事审判工作会议纪要》30.【强制性规定的识别】合同施行后，针对一些人民法院动辄以违反法律、行政法规的强制性规定为由认定合同无效，不当扩大无效合同范围的情形，合同法司法解释（二）第14条将《合同法》第52条第5项规定的“强制性规定”明确限于“效力性强制性规定”。此后，《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》进一步提出了“管理性强制性规定”的概念，指出违反管理性强制性规定的，人民法院应当根据具体情形认定合同效力。随着这一概念的提出，审判实践中又出现了另一种倾向，有的人民法院认为凡是行政管理性质的强制性规定都属于“管理性强制性规定”，不影响合同效力。这种望文生义的认定方法，应予纠正。

③ 参见王利明：《合同法研究》（第一卷），中国人民大学出版社2011年版，第638页。

性规定的民事法律行为应当得到法律的制裁，但是不能被一律认定为无效，应当根据具体情形判断其效力。管理性强制性规定重点关注对违法行为的事后处罚，而不是否定其在私法上的效力。

《合同法》颁布之前，判定合同无效时可依照的规定包含法律、行政法规以及国家政策与计划等内容。在《合同法》颁布之后，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第4条明确了确认合同无效的依据只能是全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规，不包含地方性法规或者行政规章。^①相较于以前，《合同法》以及现行的《民法典》都充分体现了对当事人合同自由的尊重，最大限度地维护意思自治，极大地拓展了合同有效的空间，抑或行政权在民事合同效力领域过于密集和广泛的干涉。

就《招标投标法》第46条第1款中“招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议”的规定而言，一方面，经招投标再建立发包、承包关系的过程不仅牵涉到最终签订建设工程合同的两方当事人，还有同样参与投标但最终未中标的其他投标人，以及负责对招投标文件、中标合同等文件进行备案的行政机关，相关项目还可能关系到公共利益、公众安全，或者存在国有资金投资等情况，因此中标合同以及补充协议就不仅仅是最终的招标人与投标人之间私下的自由契约，如果任由双方在拟定正式的中标合同并备案之后继续签订背离合同实质性内容的补充协议，甚至故意以补充协议之名行“黑合同”之实，那么会对第三方的利益甚至公共利益造成损害。结合《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第2条第1款，^②当事人在这些情况下向法院请求确认补充协议无效的，

①《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。”

②《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第2条第2款规定：“招标人和中标人在中标合同之外就明显高于市场价格购买承建房产、无偿建设住房配套设施、让利、向建设单位捐赠财物等另行签订合同，变相降低工程价款，一方当事人以该合同背离中标合同实质性内容为由请求确认无效的，人民法院应予支持。”

法院予以支持。且根据《招标投标法》第59条,^①违反本法第46规定的,责令改正,并可以处以罚款。虽然没有对补充协议效力进行否定的表述,而且有公法层面的罚款制裁,但是“责令改正”就意味着一定要替换或取缔该补充协议,拒绝了相关条款的存在,本质上就是对其效力的否定,不允许其在私法层面继续有效。另一方面,中标合同之外签订的背离合同实质性内容的补充协议中,有一部分不仅不会损害第三方利益和公共利益,反倒是因为出现了在招投标时难以预见的变化,继续依据中标合同履行下去会对各方利益有损或者对某一方明显不公平,也就是前文所讨论的“情势变更”,从而不得不在中标合同之外再行订立背离实质性内容的补充协议。这样的行为依旧违反了《招标投标法》第46条,但不能认定无效,法院也就不要求以原中标合同为履行依据。

综上所述,《招标投标法》第46条第1款不能归于效力性强制性规定,将其归类为管理性强制性规定更合适。所以中标合同之外补充协议的效力不可一概而论,即使背离了合同实质性内容也不当然无效,而应当对每一种情形下出现的补充协议进行具体分析。尤其要关注补充协议的签订是否有情势变更的背景,以及是否牵涉到他人的利益以及公共利益。

2. 虚假意思表示

从法理逻辑来看,合同生效需要具备以下条件:当事人有完全民事行为能力;当事人意思表示真实;合同不违反法律、行政法规的强制性规定;合同不违反公序良俗;满足可能存在的期限要求等特殊条件。有些观点认为,不仅补充协议的效力不可一概而论,连“黑合同”的效力也应当有商有量。因为即使是在以补充协议之名行“黑合同”之实,经过备案的中标合同,即“白合同”,也只是表面上用于程序走过场的工具,是双方为规避招投标规定的应对措施,真实的意思是表示反映在“黑合同”当中的。而合同成立生效最重要的条件就

①《招标投标法》第59条规定:“招标人与中标人不按照招标文件和中标人的投标文件订立合同的,或者招标人、中标人订立背离合同实质性内容的协议的,责令改正;可以处中标项目金额千分之五以上千分之十以下的罚款。”

是双方当事人的意思表示真实且一致，从这个意义上讲，“白合同”无法成立更不可能生效，但“黑合同”充分地满足了合同生效的实质要件。^①笔者认为，这种观点不甚妥当。纯粹故意以补充协议的形式签订了“黑合同”而使用于备案的中标合同完全沦为形式上的空壳，以及为中标合同未尽事宜及客观形势的变化而附加签订补充协议，这两类行为不可同日而语。即使“黑合同”反映了双方当事人真实一致的意思表示，但却让法律及行政法规的强制性规定形同虚设。如果在这种情况下给予余地，那么会大大损害法律法规的效力以及权威性。而该观点所描述的“黑白合同”的行为，实际上属于通谋虚伪意思表示，法律规定此类行为无效。

四、结语

根据当前的相关规定，工程建设施工合同必须与该工程的招标文件保持一致。并且对于合同中约定的工期、付款、质量、工程结算、变更设计签证等实质性条款，发包商与承包商双方均不能随意进行更改。如果补充协议与主合同之间产生矛盾，则该补充协议无效。

总的来说，上述规定有利于保证工程建设领域招投标活动的公正性与独立性，便于政府或国家对相应事项进行规范和管理。但是，若一味地进行严格限制，一概否定补充协议的效力，其实并不利于市场的交易流通和行业的发展进步。笔者认为，对工程建设合同而言，其实质性内容应包括工程范围、工程价款、建设工期、工程质量、解决争议方式等。对于工程价款支付方式、风险范围、违约责任等条款，则可以根据变更程度，并结合招投标时的具体情况来判断其是否损害了其他投标人的合法权益，是否对当时的中标结果产生影响等。同时，依照最高人民法院作出的有关判决和裁定，在判断补充

① 参见张麒：《建设工程施工“黑白合同”的效力及实质性变更条款的认定与分析》，载《法制与社会》2010年第28期。

协议的效力时，可以参考以下因素：补充协议的签订时间、合同履行的客观情况的变化程度、发承双方签订合同的目的、证据证明、发承双方的利益平衡等。^①

事实上，补充协议的效力问题体现的是合同领域的意思自治原则与招标投标制度之间的利益冲突。意思自治是合同领域的“核心条款”，是《民法典》合同编的灵魂；而《招标投标法》的目的则是维护招标投标的秩序，实现国家、社会和人民的公共利益。这实际上是公法与私法之间的冲突，也是司法裁判的根本难点。在认定补充协议的效力时，应采取平衡的手段，既要尊重当事人的意思自治，也要维护招投标的秩序。在招投双方所作内容变更不损害公共利益的前提下，应当认定其为合同的正当变更，即补充协议有效；反之，则为实质性变更，补充协议无效。

.....

① 最高人民法院民事审判第一庭编：《最高人民法院建设工程施工合同司法解释的理解与适用》，人民法院出版社2015年版，第162页。

专题九

融资租赁法律关系的认定^①

① 案例共同整理人：杨睿智、李子木、马铭、王姿月均为外交学院争议解决研究中心兼职研究员（北京100037）。

导 读 融资租赁因其可同时兼顾企业融资与用物需求而越发普及，但司法裁判中认定融资租赁关系却因考量因素众多、考量标准不一而面临挑战，当前法院主要的考量因素有租赁物、租金以及合同履行情况三个方面。就租赁物而言，法院可能因租赁物状态或其种类不适格而否定融资租赁关系的存在。从租金角度看，法院可能考察租金的支付期限，租金与实际价值、购买价格之间的关系，利率是否浮动以及在合同文本中的表述方式以判断融资租赁关系是否存在。至于合同的履行，法院往往围绕当事人的履行是否影响融资租赁的融物属性，重点关注当事人对融资租赁合同和买卖合同的履行情况。为促进经济发展，呼吁尽早统一有关认定融资租赁法律关系的标准与观点。

关键词 融资租赁法律关系认定 租赁物 租金 履行情况

一、问题的提出

资金的融通是现代社会商业发展的重要环节，随着实践的发展，其形式和内容也在不断创新和丰富。融资租赁作为一种新型金融服务形式，因其独特的优势而在现代社会经济发展中发挥着越来越重要的作用，大量的融资租赁公司得以成立，民商事交易中融资租赁合同也相当普及。与此同时，相关的纠纷亦纷纷浮现。

法律是社会关系的调节器，实践的不断发展促进着法律的更新和完善，使之能更好地服务于商业社会。当前，《民法典》对于融资租赁合同设有专章规定，各部门亦出台了大量的部门规章以规制具体的问题，从而为定分止争提供了制度基础。当然，这些规则得以适用的前提是纠纷所涉的法律关系能被认定为融资租赁关系。实践中，借贷、租赁、投资等法律关系常与融资租赁法律关系相混淆而被误用，它们虽存在一定的相似之处，然而适用的规则却全然不同。因此，有必要在正确认定融资租赁法律关系的前提下准确适用相关规则，这也是依法公正裁判的基础。

《民法典》第735条规定：“融资租赁合同是出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。”实践中，常见的融资租赁一般分为两种，直租型融资租赁和回租型融资租赁。就融资租赁法律关系的认定问题而言，最高人民法院于2020年修正并发布的《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》作出了较为详细的指引，其第1条规定：“人民法院应当根据《民法典》第735条的规定，结合标的物的性质、价值、租金的构成以及当事人的合同权利和义务，对是否构成融资租赁法律关系作出认定。对名为融资租赁合同，但实际不构成融资租赁法律关系的，人民法院应按照其实际构成的法律关系处理。”

本专题通过分类归纳司法实务中认定融资租赁法律关系的不同思路，在分析与评价的基础上，对各种思路的法理依据进行概括提炼，指出相应的标准及现有的分歧，进而呼吁法院于司法实践中对融资租赁法律关系的构成的认定思路予以统一。

二、从租赁物角度谈融资租赁关系的认定

融资租赁合同不同于传统租赁合同的重要特征是将融物与融资相结合，以融资为目的，以融物为手段。^①这就要求租赁物的种类或者性质能够满足融资租赁需求。而要确定融资租赁适格租赁物的范围，应先从我国立法规定入手。现行有效的法规中，《民法典》并未界定融资租赁标的物的范围，根据《企业会计准则第4号——固定资产》第3条第1款之规定：“固定资产，是指同时具有下列特征的有形资产：（一）为生产商品、提供劳务、出租或经营管理而持有的；（二）使用寿命超过一个会计年度。”除此之外，再无对标的物范围进行界定的规定，而仅仅要求租赁物权属清晰、真实存在。有学者总结融资租赁所“融”之“物”应当满足三项条件：首先，具有交换价值和使用价值的财产，以达到融资租赁“融物”的目的；其次，必须是可以转让的财产，以便实现其担保功能；最后，必须是使用寿命较长的财产。

在融资租赁实践中，由于法律法规并未对租赁物作出详细规定，是故当事人在选择租赁物时往往充分发挥主观能动性，出现了将各种状态和类型的租赁物作为融资租赁合同标的的情形。

然而一旦产生纠纷，鉴于融资租赁法律关系中强烈的融物属性，争议合同项下的标的物是否为适格的租赁物也就成为法院审查认定的重点，最高院便曾在判决中明确，“在对融资租赁法律关系进行认定时，首先应当审查租

① 杨立新：《合同法》，法律出版社2021年版，第332页。

赁标的物是否符合融资租赁法律关系的特征”。^①对这一问题的否定回答会导致融资租赁法律关系难以得到认定，自然也就排除了相关规则的适用。由此，明晰租赁物的不同状态与种类在司法裁判中的认定情况（见图1），对于法律关系的准确认定与当事人建立合理预期具有显著意义。

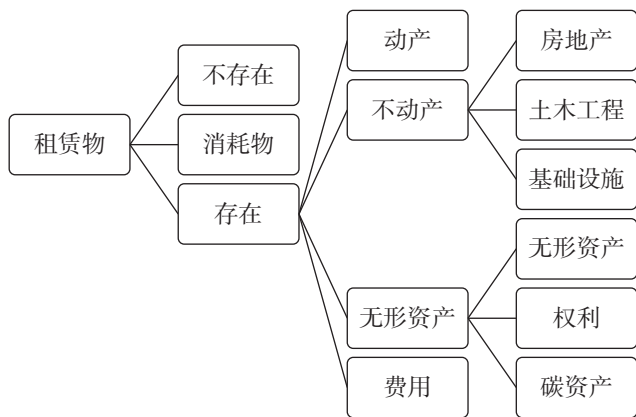


图1 典型租赁物的状态与类型

（一）租赁物不存在时的认定

租赁物存在与否之所以会影响融资租赁关系的认定，与租赁物本身具有多重作用是分不开的。例如，“某融资租赁有限公司与某建筑工程有限公司等融资租赁合同纠纷案”^②中，法院认为：

真实的、有价值的租赁标的物，既是融资租赁法律关系履行的担保要素，也是认定融资租赁法律关系成立的必备要素。

无论是直租型还是回租型融资租赁，租赁物始终是各合同的核心内容，若租赁物本身都不存在，那么相应的法律关系自然也难以形成。司法实践对

① 最高人民法院（2020）最高法民终386号民事判决书。

② 上海市第一中级人民法院（2018）沪01民初596号民事判决书。

于融资租赁合同中租赁物不存在这一情形的裁判也相当统一，即若能确定租赁物不存在或者无法证明租赁物存在，则不会认定为融资租赁法律关系。法院处理这类纠纷的关键在于主张租赁物真实存在的一方能否提供充分确实的证据，如在“石油公司与某融资租赁公司融资租赁合同纠纷案”^①中，最高院审查后指出：

根据事实和当事人合同约定的权利义务可知，本案当事人的交易行为完全符合融资租赁法律关系。石油公司关于租赁物不存在的主张与已查明的事实不符，其亦没有提供证据证明本案存在借款关系。

最高院据此认定当事人之间的法律关系属于融资租赁合同关系，石油公司的再审理由不能成立，并最终裁定驳回其再审申请。相反地，当租赁物客观上确实不存在时，法院就会否认融资租赁法律关系的存在，上海市第一中级人民法院在“某融资租赁有限公司与某建筑工程有限公司等融资租赁合同纠纷案”^②中说道：

某融资租赁有限公司的缔约目的虽是与某建筑工程公司建立融资租赁关系，也尽到了合同相对方的注意义务，且无证据证明某融资租赁有限公司明知租赁物不存在，但由于租赁物客观上不存在，导致某融资租赁有限公司与某建筑工程公司之间仅存在融资并无融物的特定情形，不符合融资租赁法律关系成立的基本特征，故本院认为本案系争《售后回租赁合同》实为企业借款合同关系。

值得注意的是，《民法典》第737条为融资租赁合同这一章的新增条文，

① 最高人民法院（2020）最高法民申4048号民事裁定书。

② 上海市第一中级人民法院（2018）沪01民初596号民事判决书。

创新性地规定了：当事人以虚构租赁物方式订立的融资租赁合同无效。根据本条规定，确定的租赁物是开展融资租赁业务必须具备的要件，虚构租赁物的，融资租赁合同无效。融资租赁是一种特殊的交易制度，其核心是租赁物。出租人出租租赁物，必须将确定的租赁物交付给承租人，使承租人通过对租赁物的管理和使用，从而发挥租赁物的经济功能，最终实现融资和融物的制度功能。融资租赁法律关系的产生，以及当事人之间的权利义务都与租赁物密切相关。因此，《民法典》专门规定，当事人以虚构租赁物方式订立的融资租赁合同无效。^①这一强制性规定也为虚构租赁物而导致的租赁物客观不存在的司法裁判提供了新的依据，进一步明确了租赁物的确定性这一重要特征。

从既往相关司法裁判总结来看，对于租赁物不存在这一情形，司法机关裁判思路一致，即先通过各项证据综合认定租赁物是否客观存在，然后依据租赁物的存在状态对融资租赁法律关系作出肯定或否定的评价。在《民法典》生效之后，囿于第737条的存在，当事人以虚构租赁物的方式订立融资租赁合同时，法院可直接据此判决该融资租赁合同无效。

（二）租赁物为消耗物时的认定

消耗物作为租赁物的特殊性体现在其存在状态可能会经历从有到无的变化，也即一旦如钢筋、水泥这类的消耗物被使用，那么其就附合于其他物之上，从而不再是单独的物了，从而融资租赁合同中租赁物的功能自然也就无法实现。

在司法实践中，这类案例数量极少，且往往伴随着如前述租赁物不存在等情形。尽管如此，这类为数不多的裁判仍对形如装修材料等的消耗物这类租赁物能否作为适格的融资租赁合同项下的租赁物给出了一致的裁判结论，只是不同法院在说理上存有些许差异。

较为典型的案例即为“某租赁有限公司与某餐饮管理有限公司等融资

① 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（三）》，人民法院出版社2020年版，第1621页。

租赁合同纠纷案”^①，本案的基本事实如下：租赁公司、餐饮公司与三案外公司分别签订了三份《买卖合同》，约定，租赁公司应餐饮公司请求向三案外公司分别购买“装修材料1批”并出租给餐饮公司，还约定了标的物交货地点、方式、所有权转移等相关事项。同日，租赁公司与餐饮公司签订了《租赁合同》，约定租赁公司向餐饮公司出租“装修材料”，餐饮公司提供50万元给租赁公司作为履约保证金。之后，餐饮公司向租赁公司出具了《租赁物交付与验收证明书》，载明“该租赁合同设备清单中的所有设备已交付承租人，承租人已对该租赁合同设备清单中所有设备进行了其所认为必要的所有测试，认为一切完全满意并予以验收”。此后，因催讨其余租金未果，租赁公司遂诉至法院，要求解除租赁合同，餐饮公司支付欠付租金和违约金，同时另三名保证人承担连带保证责任。

本案涉及虚构《买卖合同》，由于该直租型融资租赁并不存在真实的买卖合同关系，因此也就不具有融物属性，从这个角度来看当然可以得出不构成融资租赁法律关系的结论。

切换回消耗物视角，一审法院从法律规定的租赁物角度出发，指出：

系争《租赁合同》和《买卖合同》项下的标的物为“装修材料1批”，对于该标的物的具体名称、种类、型号及数量，原告未能提供任何证据加以证明，原告亦无提供证据证明系争标的物属于法律规定可以进行融资租赁交易的固定资产或机器设备。^②

也就是说，一审法院对适格的租赁物理解为“可以进行融资租赁交易的固定资产和机器设备”，从而排除了其他一切非固定资产和机器设备的物成为融资租赁合同项下适格租赁物的可能性，而装修材料在其之列，故非适格的租赁物。对此，二审法院尽管并未推翻原审法院的最终结论，但采用了完

① 上海市第一中级人民法院（2014）沪一中民六（商）终字第469号民事判决书。

② 上海市长宁区人民法院（2013）长民二（商）初字第1309号民事判决书。

全不同的解释路径，上海市第一中级人民法院认为：

本案中的“装修材料”，依其属性，在装修完毕后即附合于不动产，从而成为不动产的成分，丧失其独立作为物的资格，简言之，该等装修材料将因附合而灭失，不再具有返还之可能性，因此无法作为租赁的标的物。^①

无独有偶，在“江苏某工程有限公司与常州市某工程有限公司、常州市某劳务有限公司等租赁合同纠纷案”^②中，审理法院也表达过“建筑材料是建筑行业一次消耗的原材料，不能作为反复使用的租赁物”的观点。

对该问题而言，从法律解释角度亦能得出类似的结论。《民法典》第750条规定：“承租人应当妥善保管、使用租赁物。承租人应当履行占有租赁物期间的维修义务。”运用体系解释的方法，本条规定了融资租赁合同项下承租人对租赁物的维修义务，而消耗物是不存在维修问题的。因此，也能得出租赁物应为非消耗物的结论。

总而言之，当融资租赁合同项下的租赁物为消耗物，尤其是当消耗物已被使用后，由于该物已经并非处于单独存在的状态，完全无法承担融资租赁合同所具有的担保功能，因此从学理和实践的双重角度都难以认定相应的法律关系为融资租赁法律关系。

（三）租赁物存在且为特殊租赁物时的认定

传统的租赁物大多为工业设备、交通运输设备等动产。但是随着社会的发展，交易类型不断增多，业务模式推陈出新，为了促进融资，实践中融资租赁的标的物也不断扩张。检索我国裁判文书网，可以发现存有争议的特殊融资租赁标的物主要有不动产、无形资产与费用三大类。下文将分别阐述这

① 上海市第一中级人民法院（2014）沪一中民六（商）终字第469号民事判决书。

② 江苏省常州市武进区人民法院（2016）苏0412民初9011号民事判决书。

三类标的物作为融资租赁物时，我国法院判断融资租赁法律关系是否成立的裁判思路。

1. 以不动产为标的物融资租赁法律关系的认定

依据现有法律规定，融资租赁的租赁物应是固定资产，但是否所有固定资产均可作为租赁物？在司法实践中，大量案件涉及分析以不动产作为租赁物对融资租赁法律关系认定的影响。

对于不动产可否作为融资租赁物这一问题，融资租赁的发源地美国在其《统一商法典》中持否定态度，其仅允许以动产为融资租赁物，^①纵然也有韩国、俄罗斯等少数国家在其法律中明确规定不动产可以作为融资租赁物，^②但因我国没有明确界定，学界与实务界处理中存有分歧。有学者认为，我国现行有效的法律规定将租赁物范围限制为固定资产，既然不动产属于固定资产，又没有其他禁止性或者限制性规定，那么不动产就属于适格的租赁物。^③有学者从体系解释出发，认为我国立法规定中的融资租赁标的物包括不动产。^④与此同时，也有学者反对以不动产作为融资租赁标的物。

检索裁判文书网可见，目前市场上常见的用于融资租赁的不动产有房地产、土木工程与基础设施三种。

（1）房地产是否为融资租赁的适格标的物

在我国，房地产作为融资租赁标的物较为常见，但是对其是否适格尚无定论。从法律规范来看，我国现行有关规则并未禁止以房地产为租赁物，相反，《财政部、国家税务总局关于房产税城镇土地使用税有关问题的通知》，以及《财政部、国家税务总局关于企业以售后回租方式进行融资等有关契税政策的通知》两份文件中均明确了融资租赁房产的缴税问题，似乎表明我国

① 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（三）》，人民法院出版社2020年版，第1622页。

② 陈广华、张子亮：《论不动产融资租赁物的范围》，载《财会月刊》2021年第1期。

③ 参见金建忠：《融资租赁中租赁物的范围》，载《法学》2012年第7期。

④ 参见高圣平：《基础设施融资租赁交易：现实与法律困境——从基础设施投融资改革的视角》，载《中外法学》2014年第3期。

允许以房地产为融资租赁物。司法实务中并非简单以标的物是否为房地产为由否定融资租赁法律关系的存在，而多以房地产当时所处状态为区分做出不同认定结果，主要区分依据在于涉案房地产是否已经建成。

倘若用于融资租赁的房地产已经建成，法院倾向于认定为符合融资租赁法律关系的性质。例如，在“中某公司与陈某等融资租赁合同纠纷案”^①中，最高院认为：

中某公司与伟某公司签订《融资租赁合同》，约定伟某公司以回租使用、筹措资金为目的与中某公司开展融资租赁业务。租赁物是中某租公司根据与伟某公司签订的《买卖合同》所购买的房产及该等房产的全部构筑物、附着物。伟某公司为满足融资需要，将其开发的商业房地产项目出售给中某租公司，中某租公司取得所有权后，伟某公司又将该项目从中某租公司租回进行占有和使用。该种售后回租交易模式下，中某租公司作为租赁物的所有权人，在取得所有权担保的前提下，为伟某公司提供融资便利，并不违反法律法规的强制性规定；该交易既有融资特征，又有融物特征，符合融资租赁合同的特性。

在“某餐饮公司与某融资公司融资租赁合同纠纷案”^②中，最高院认为：

涉案《融资租赁合同》第二条合同性质及租赁物部分约定，双方依据该合同进行融资租赁交易，并由某融资公司向某餐饮公司购买其自有房产及对应的土地使用权。后双方签订相应《商品房买卖合同》，就某餐饮公司以回租使用、筹措资金为目的，向某融资公司转让自有房产并租回使用内容进行进一步约定。根据合

① 最高人民法院（2021）最高法民终44号民事判决书。

② 最高人民法院（2019）最高法民终1430号民事判决书。

同约定及双方权利义务情况，一审法院认定涉案《融资租赁合同》应为融资租赁性质，某餐饮公司与某融资公司间存在融资租赁合同关系，并无不当。

在“某房地产开发有限公司与某融资租赁有限公司融资租赁合同纠纷案”^①中，法院认为：

本案中，某房地产开发有限公司与某融资租赁有限公司约定，某房地产开发有限公司将其承接的上海保障房项目的商业构筑物设施出售给某融资租赁有限公司，再通过融资租赁合同将该标的物从该公司处租回。从《买卖合同》《租赁合同》的内容看，双方对标的物的性质、价值均已明知，双方对租金的构成以及当事人的合同权利和义务已作出明确约定，双方所签合同符合融资租赁法律关系的特征，合同标的物以及合同内容均不违反法律、行政法规的强制性规定。

再如，在“某实业集团有限公司诉淮北市某食品有限公司一般取回权案”^②中，法院认为：

本案涉及房地产售后回租交易，此类租赁物符合银监会及商务部有关以租赁物为固定资产的规定，既体现出融资与融物相结合的融资租赁特征，也符合通过融资租赁支持实体经济的产业政策，可以作为融资租赁标的物。

以上仅择取了近几年的典型判决，而认可已建成房地产作为融资租赁标

① 江苏省高级人民法院（2018）苏民终861号民事判决书。

② 安徽省淮北市杜集区人民法院（2018）皖0602民初1893号民事判决书。

的物的判决可以追溯到2000年年初，不难看出，我国司法实践中认可了此种标的物的适格性。总结各个法院的裁判观点，此种认定的理由可以归纳为三点：首先，我国法律没有禁止以已建成房地产为租赁物；其次，此类租赁物符合银监会及商务部有关租赁物为固定资产的规定；最后，这种租赁物能够体现出融资与融物相结合的融资租赁特征。因上述三点理由，在已建成房地产的基础上建立的融资租赁法律关系符合融资租赁的权利义务关系。

与此形成鲜明对比的是法院对在在建房地产为标的物的融资租赁法律关系的认定。对于此种约定，法院通常认定为不构成融资租赁法律关系。例如，在“佛山某租赁股份有限公司诉某电力有限公司等民间借贷纠纷案”^①中，法院认为：

对于某电力有限公司的主厂房，经审查，本院认定其在诉争合同关系确立时仍为在建工程，尚不完全具备法律上“物”的特性，不存在转让所有权的适当性。因此，某租赁股份有限公司与某电力有限公司约定以某电力有限公司主厂房为租赁物不符合法律的规定。

在“杨某诉郑州某有限公司房屋买卖合同纠纷案”^②中，法院认为：

案涉《房源预约/回购协议书》系房地产售后回租业务，出卖人和承租人均均为某公司，租赁物系某公司在建商铺。在合同订立前及约定的租赁期间，某公司开发的某商业中心6号楼商铺未取得商品房预售许可，故案涉商铺（租赁物）所有权无法从出卖人某公司转移至出租人杨某。由此产生的实际法律关系是，杨某作为名义上的商铺买受人和出租人，并不享有租赁物的所有权，其真实意思表示并非融资租赁，而是出借款项获得利息回报；某公司作为租赁物

① 广东省佛山市中级人民法院（2018）粤06民初56号民事判决书。

② 河南省郑州市惠济区人民法院（2017）豫0108民初4134号民事裁定书。

的所有人，虽名为承租人，但实际上不可能与自己所有的房产发生租赁关系。

在“三某置业公司等诉国某租赁公司等企业间借贷合同纠纷案”^①中，最高院认为：

本案所涉《融资租赁合同》系房地产售后回租业务，出卖人和承租人均均为三某置业公司，租赁物系三某置业公司在建137套商品房。在合同订立前，该租赁物已被有关行政主管部门认定为超规划建设的违章建筑；在租赁期间，该项目亦未取得商品房预售许可，故案涉商品房（租赁物）所有权无法从出卖人三某置业公司移转至出租人国某租赁公司。

综合上述案例可以看出，当约定以在建房地产为融资租赁物时，我国司法裁判倾向于认定其不构成融资租赁法律关系。法院的理由是，此种建筑物尚未建成，出租人并未实际取得房地产项目的所有权，所有权无法发生移转，且承租人亦不能使用此租赁物，现实情形通常是开发商作为承租人以这种方式获得融资。由于物的使用需求和物的使用权让渡构成了租赁关系的核心，^②而物的担保功能亦是融资租赁的特质，在建房地产无法满足上述要求，故而不能作为适格租赁物。除了法院之外，监管机构亦持此观点，比如，有融资租赁公司因“违规以在建工程、未取得所有权的财产作为租赁标的物”而受到行政处罚。^③

① 最高人民法院（2014）民二终字第109号民事判决书。

② 张善斌、刘正旗：《论融资租赁法律关系的认定》，载《湖北警官学院学报》2016年第5期。

③ 参见舟银保监罚决字〔2020〕10号行政处罚决定书，载国家金融监督管理总局浙江分局网站，<https://www.cbirc.gov.cn/branch/zhejiang/view/pages/common/ItemDetail.html?docId=906751&itemId=1196&generaltype=0>，最后访问时间：2024年10月8日。

综上可见，我国法院对于以房地产作为融资租赁物的态度是比较一致的，即已建成房地产是适格租赁物，而以在建房地产为租赁物则会导致不能认定为融资租赁法律关系。

这将引发一个新的思考，即未来财产是否可以作为融资租赁的标的物，之所以有此延伸，是因为已建成房地产与在建房地产的区别就在于后者尚未成型，既无法取得所有权，亦无法使用，这与未来资产有相似之处。国际统一私法协会《租赁示范法》第1条明确规定未来资产可以作为租赁物。^①在目前企业融资需求日益扩大的背景下，这一情形也将成为未来融资租赁交易发展的趋势之一。从目前我国对于在建房地产的态度来看，似乎对此问题尚持否定态度。

（2）土木工程是否为融资租赁的适格标的物

此处所称土木工程是一个概括，从目前的裁判文书中看，以井巷工程、管网设备、电缆路灯、厂区道路等为租赁物的融资租赁安排亦不在少数，尤其是矿山井巷工程。

有的法院认为，土木工程既非独立可分物，又可能无法转移所有权，无法实现担保功能，故而并非适格的融资租赁标的物。比如，在“某机械有限公司诉成都市某公司等借款纠纷案”^②中，租赁物是电网与管网，二审法院否认其构成融资租赁法律关系，理由是：

履盖全厂区的电网、煤气管网、自来水管网于2012年即开始使用，且不是独立的可分割物，无法实现租赁物的担保功能。

在“某金融租赁有限公司、河南省某投资有限公司融资租赁合同纠纷案”^③中，租赁物是底线管道与电缆路灯，一审法院认为：

① 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（三）》，人民法院出版社2020年版，第1622页。

② 最高人民法院（2017）最高法民申2175号民事判决书。

③ 山东省高级人民法院（2021）鲁民终150号民事判决书。

本案中的租赁物为已经建成投入使用的城市地下管道及电缆路灯，属于限制流通物，无论是出租人还是购买人均无法取得租赁物的所有权，也不能提供租赁物的发票、采购合同、登记权证等物权凭证证明租赁物的权属归自己所有。

双方以非自己所有且无权擅自处分的财产作为租赁物，签订《融资租赁合同》进行融资，其不符合融资租赁对租赁物的法定要求。

因此，本案纠纷名为融资租赁合同，实为借款合同纠纷，应当依据借款合同的相关法律规定进行审理。

但也有法院持相反观点，认为土木工程是适格租赁物。

部分法院以租赁物真实客观存在，有使用价值，符合融资租赁的特征为由，认为以土木工程为标的物构成融资租赁法律关系。在“某金融租赁有限公司与某矿业有限公司合伙协议纠纷、融资租赁合同纠纷案”^①中，租赁物为“巷道工程、井巷工程、运输设备、机器设备、办公设备、房屋建筑物等资产”，最高法院认为：

关于合同所涉法律关系性质问题。

首先，从权利义务内容看，大某东公司向某金租公司转让其享有所有权的铜矿使用的巷道工程、井巷工程、运输设备、机器设备、办公设备、房屋建筑物等资产，某金租公司再将设备出租给大某东公司、贤某集团使用。大某东公司、贤某集团向某金租公司支付租金及其他应付款项。上述约定符合关于售后回租的规定。

其次，从案涉租赁物看，案涉租赁物为铜矿使用的巷道工程、井巷工程、运输设备、机器设备、办公设备、房屋建筑物等，上述租赁物真实客观存在，且法律、行政法规并没有关于矿山井巷工程不得作为租赁物的禁止性规定。

① 最高人民法院（2020）最高法民终386号民事判决书。

故案涉合同符合融资租赁法律关系具有融资与融物属性的本质特征。

在“某金融租赁有限公司诉某煤炭集团融资租赁合同纠纷案”^①中，该案的租赁物为“铁路专用线、井巷工程”等，最高院维持了一审法院的观点：

某煤炭集团为实现融资目的，先将其所有的铁路专用线、井巷工程及其相应设备的所有权转让给某金融租赁有限公司，再从某金融租赁有限公司处租回继续使用，并按期向某金融租赁有限公司支付租金，属于融资租赁法律关系的售后回租交易模式。

本案中，某金融租赁有限公司和某煤炭集团签订的编号2013年工银租赁设备字第018号、第018-1号《融资租赁合同》及其对应的《抵押合同》系各方当事人为保证融资租赁交易的正常履行而自愿签订的，系真实意思表示，且不违反法律、行政法规的强制性规定，均为合法有效。

还有法院进一步反驳了以土木工程非独立物、不可分割为由提出其不能作为适格租赁物的主张，认为土木工程可以作为融资租赁标的物。比如，在“某机械有限公司诉成都市某有限责任公司等借款纠纷案”^②中，租赁物为“提花机、变电供电设备系统、供水管网系统及天然气管网”，原审法院认为不构成融资租赁法律关系，最高院认为原审法院的观点错误，提出：

本案融资租赁标的物具备融资与融物相结合的特征，亦不存在仅有资金空转的情形，原审判决以履盖全厂区的电网、煤气管网、自来水管网已于2012年即开始使用，且不是独立的可分割物，无法

① 最高人民法院（2016）最高法民终605号民事判决书。

② 最高人民法院（2017）最高法民申2175号民事裁定书。

实现租赁物的担保功能为由，否定融资租赁关系的成立不妥。

在“某江苏有限公司、某投资控股有限公司等与某金融租赁股份有限公司、某新能源有限公司等融资租赁合同纠纷案”^①中，法院认为：

本案融资租赁合同清单中的“烟囱、输料廊、引桥及空压机房、循环水泵房及戏水池、渣库、厂区围墙、厂区道路”等固定资产具有相应的金钱价值和约定的使用价值，可以作为融资租赁合同标的物。

在法律及司法解释未对融资租赁合同的租赁标的物作出明确具体禁止性规定的情况下，各方当事人自愿将具有使用价值和金钱价值的固定资产作为租赁物进行融资租赁交易，并未违反法律的禁止性规定，因此案涉租赁标的物可以成为融资租赁合同的标的物，其对合同性质和效力不产生否定性影响。

各上诉人主张上述标的物不构成独立的物、不能作为融资租赁合同标的物的意见，缺乏事实及法律依据，不能成立。

在“青岛某金融租赁有限公司、某建设有限公司融资租赁合同纠纷案”^②中，案涉租赁物为“排污管网、雨水管网、电缆及路灯”，法院认为：

首先，根据《资产评估报告》，能够确认案涉租赁物（排污管网、雨水管网以及w-25电缆及路灯）的真实性以及所有权的归属，且各方当事人对租赁物所有权归属于某建设开发公司的事实并无异议。

其次，本案融资租赁的方式约定为售后回租，符合融资租赁合

① 江苏省高级人民法院（2019）苏民终783号民事判决书。

② 山东省高级人民法院（2021）鲁民终150号民事判决书。

同关系的形式要件。

最后，涉案租赁物为地下管网等，属于某建设开发公司的固定资产，具有使用价值，且案涉租赁物的评估净值远超出融资租赁公司的买入价格，不存在标的物价值虚假的问题。该租赁物的性质可能会影响到融资租赁交易的物权保障功能，但这属于融资租赁公司的经营风险问题，而非融资租赁合同性质的认定依据。

某建设投资公司、某建设开发公司辩称案涉租赁物系限制流通物，不能作为融资租赁交易的租赁物的抗辩不成立。

从上述案例中可以看出，目前我国法院对于土木工程是否可以作为融资租赁的标的物存在不同意见，有的法院持肯定意见，有的法院则持否定态度，而争议点在于土木工程往往不可分割，无法返还原物，又有所有权转让不能的可能，故而会影响到融物属性的实现。

但通过检索，就融资租赁之物担保功能实现不能以致影响融资租赁法律关系认定问题，可以看到最高院在“某机械有限公司诉成都市某有限责任公司等借款纠纷案”^①中也指出，如果融资合同的租赁标的物可能实际上无法收回，或者起不到物权担保的作用导致出租人权利受损，那么承租人可以通过向出租人提供担保的方式确保出租人债权的实现。

（3）基础设施是否为融资租赁的适格标的物

近年来，一个新生的融资租赁业务领域是基础设施融资租赁。尽管尚无司法实践，但现实中已经有多地以高速公路、城市交通设施等进行融资租赁的实践。

有学者主张，在铁路、公路等基础设施投资领域已经逐渐开放的背景下，应允许民营资本和私人资本进行投资。^②也有学者主张，公路属于“公共产品”，具有社会公益性的特点，其所有权主体应当属于国家，不适于融

① 最高人民法院（2017）最高法民申2175号民事裁定书。

② 王利明：《物权法研究》，中国人民大学出版社2013年版，第517页。

资租赁。对于这一问题,已经有多位学者从法学、社会学与经济学等不同视角进行研究。^①除面临着房地产及工程所共同面对的担保功能不足、无法供承租人使用等明显不足外,基础设施投资可否开展融资租赁还需考虑社会公共利益的保障,尽管尚无定论,但在实践已经出现此种交易模式的线下,更为明确的立法与司法态度有利于维护社会秩序。

(4) 结论

经过上述梳理,可以看出,我国目前对于不动产作为融资租赁标的物的司法裁判思路有共性,亦有分歧。对于房地产,法院观点比较一致,认可已建成房地产的适格性,同时反对以在建房地产为融资租赁物。对于土木工程,法院则有不同主张。与此同时,对于实践中新生的基础设施融资租赁与未来资产这一可能拓展,目前还处于探索之中。

2. 以无形资产为标的物融资租赁法律关系的认定

如果说不动产属于我国法律规范所规定的固定资产范畴内的标的物,那么无形资产就已经完全脱离了现有立法划定的范围。但是,融资租赁行业发展带来的必然结果是租赁物范围不断扩大,如今以著作权、专利权等无形资产作为融资租赁标的物的现象也越发常见。

关于无形资产可否作为适格的租赁物,目前我国的法律规范似乎有互相矛盾的两种态度。若以《金融租赁公司管理办法》所规定的固定资产为界,考虑到会计处理中固定资产与无形资产分别为《企业会计准则第4号——固定资产》与《企业会计准则第6号——无形资产》所规制,无形资产并非标的物,且《外商投资租赁业管理办法》虽然将动产和交通工具附带的软件、技术等无形资产划入租赁物范畴,却要求附带的无形资产价值不得超过租赁财产价值的二分之一,似乎是反对单纯以无形资产为融资租赁标的物。但当前为促进经济发展,各地也在出台新规促进融资租赁行业发展,如《北京市服务业

① 参见高圣平:《基础设施融资租赁交易:现实与法律困境——从基础设施投融资改革的视角》,载《中外法学》2014年第3期;王树春、王斌:《关于基础设施建设引入融资租赁的研究》,载《环渤海经济瞭望》2014年第12期;封北麟:《我国城镇化进程中的基础设施融资》,载《经济研究参考》2013年第13期。

扩大开放综合试点实施方案》便推动试点著作权、专利权、商标权等无形文化资产的融资租赁，这一试点也得到了国务院的同意，继北京后，厦门、福建、广州、天津等地先后出台了有关知识产权融资租赁或无形资产融资租赁的鼓励政策。

以无形资产作为融资租赁标的物面对的障碍除了法律规范方面似乎没有明确同意之外，还有其自身的桎梏。首先，租赁物的实质是使用物，但是权利不属于物。其次，无形资产的价值难以确定，无形资产一般不是标准化的工业产品，不宜采用成本法进行估值，其价值多由市场形成，具有较大的不确定性，估值较为困难。再次，由于无形资产可以无限复制，不存在所谓的折旧问题，因此有关租赁物的折旧、残值的计算和折抵规则均无法适用于无形资产，同时将影响取回权等规则的实现。最后，无形资产的使用已经有了比较完善的规范体系，如许可使用、转让、质押，是否有必要另外加入融资租赁以及如何衔接这些制度均是未来的问题。^①

（1）无形资产为租赁物所附带

对于租赁物附带有无形资产是否构成融资租赁法律关系，我国法院裁判意见比较一致，认为可以构成。比如，在“某能源开发有限公司、某融资租赁公司融资租赁合同纠纷案”^②中，最高院认可一审法院的观点认为：

2016年6月28日，某融资租赁公司与某能源开发有限公司签订了编号为×××《融资租赁合同》，约定出租人某融资租赁公司与承租人某能源开发有限公司以售后回租形式开展融资租赁项目，租赁物为《租赁设备清单》中的租赁设备及其附属设施以及附属其上的无形资产。某融资租赁公司与某能源开发有限公司签订的《融资租赁合同》《质押合同》，与某能源开发有限公司、某能源集团签订的《融资租赁合同补充协议》，以及与某投资公司签订的《非上市公司

① 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（三）》，人民法院出版社2020年版，第1625页。

② 最高人民法院（2019）最高法民终1019号民事判决书。

股权质押合同》，均系各方当事人的真实意思表示，内容不违反法律、行政法规的强制性规定，合法有效。

再如，在“某融资租赁有限公司与某密封件有限公司、重庆某担保有限公司、重庆某实业有限公司、杜某的融资租赁合同纠纷案”^①中，一审法院与二审法院均认为此种情形构成融资租赁法律关系：

本案中，作为融资租赁的无形资产，“行走机械自摩复合式车桥轮毂油封总成”发明专利系作为租赁的机器设备的附带专利，与租赁的机器设备存在紧密关系，且发明专利的作价未超过租赁设备价值的二分之一。

同时，法律并未规定发明专利等无形资产不能作为融资租赁的租赁财产。故本院认为，原告与被告于2014年1月17日签订的《融资租赁合同》不违反法律、行政法规的强制性规定，合法有效。

法律、行政法规的强制性规定并未明确专利权等财产性权利不能作为融资租赁合同的标的物，故融资租赁合同将专利权等财产性权利设为标的物，并不必然导致合同无效。

归纳可见，当前我国普遍观点认为，无形资产为租赁物所附带时，其是适格的租赁物。

（2）无形资产单独为租赁物

若无形资产单独作为融资租赁的租赁物，是否会影响融资租赁法律关系的认定，司法实践中存在不同的裁判观点。

有的法院支持以无形资产单独为租赁物的融资租赁安排。比如，在入选天津市2021年度十大影响性案例、12起金融审判服务保障实体经济发展典型案例的“某融资租赁有限公司与某传媒股份有限公司、某有限公司融资租

① 重庆市第一中级人民法院（2017）渝01民终3138号民事判决书。

赁合同纠纷案”^①中，一公司作为出租人（甲方）与另一公司作为承租人（乙方）签订了《售后回租赁合同》，约定甲方根据乙方的要求向乙方购买本合同记载的无形资产租赁物件，并通过许可的方式回租给乙方使用，乙方向甲方承租、使用该无形资产租赁物件并向甲方支付租金。对此，法院极为详细地阐述了可行的原因：

从租赁物的性质来看，《合同法》并未对租赁物的性质加以限定，亦无法律、行政法规对著作权作为租赁物的适格性进行否定。中国银行保险监督管理委员会出台的《融资租赁公司监督管理暂行办法》第7条第1款规定：“适用于融资租赁交易的租赁物为固定资产，另有规定的除外。”根据上述规定，租赁物虽然原则上应为固定资产，但并未完全将著作权排除在租赁物范围之外。故本案《售后回租赁合同》以真实存在的“旅行团”电视栏目著作权作为租赁物符合“融资”“融物”双重特性，不违反法律、行政法规的强制性规定。

从租赁物的价值来看，第三方评估机构对涉案著作权的市场价值进行了评估，到庭被告对该估值不持异议，亦无相反证据证明租赁物的价值存在低值高估的情形。

从租金构成来看，根据当时《合同法》第243条的规定：“融资租赁合同的租金，除当事人另有约定的以外，应当根据购买租赁物的大部分或者全部成本以及出租人的合理利润确定。”涉案租金系由租赁物购买价款及合理利润组成，符合法律规定。

从双方的合同权利义务来看，协议约定将涉案著作权转租租赁公司，且双方已在国家版权局办理了权利转移变更登记，故涉案作品著作权已转移至租赁公司；承租人则享有涉案著作权的使用权并依约向租赁公司支付了部分租金，符合融资租赁权利义务

① 天津市滨海新区人民法院（2020）津0116民初27378号民事判决书。

关系。

综上所述，涉案《售后回租赁合同》系双方当事人的真实意思表示，内容不违反法律法规效力性强制性规定，合法有效。

持支持观点的还有“某租赁股份有限公司与某游戏股份有限公司、某文化传播集团有限公司、张某某、池某某的融资租赁合同纠纷案”^①与“北京市某融资租赁股份有限公司诉被告北京某文化传媒有限公司、郭某、何某的融资租赁合同纠纷案”^②等案件。前案中，租赁物为“某作品著作权及相关专利、商标等无形资产”，法院认为“为当事人真实意思表示，合同依法有效”。后案中，租赁物为“文字作品A及以类似摄制电影的方法创作的作品B”，法院认为“系双方真实意思表示，且约定的内容并不违反有关融资租赁合同的相关法律规定，合法有效。”

但也有法院持反对意见，如在“某融资租赁公司与某传媒公司、程某的融资租赁合同纠纷案”^③中，租赁物是“某传媒公司自己享有的作品（作品名称A、作品类型电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品）及某传媒公司未来可能形成的一切新作品的，除发表权、署名权、修改权、保护作品完整权等人身权利外的所有著作权财产权”，上海市浦东新区人民法院认为：

以著作权为租赁物的“融资租赁合同”不构成融资租赁合同关系。

故而，对于单纯以权利作为融资租赁的标的物是否适格，我国法院存在不同观点。

① 福建省福州市鼓楼区人民法院（2018）闽0102民初4564号民事判决书。

② 北京市顺义区人民法院（2019）京0113民初16168号民事判决书。

③ 上海市浦东新区人民法院（2019）沪0115民初13365号民事判决书。

（3）碳资产是否为融资租赁的标的物

随着我国“双碳”目标的稳步推进，与之相关的诸多新兴法律问题成为讨论的焦点，碳排放、碳资产、碳交易、碳市场等名词随之开始被广泛提及。在国家的推动下，碳交易势必会成为未来的新增长点。而在融资租赁领域，碳资产可否作为融资租赁的标的物亦值得思考。

根据证监会发布的《碳金融产品》行业标准，碳资产是由碳排放权交易机制产生的新型资产，主要包括碳配额和碳信用。而碳资产融资工具之一的碳资产回购，与融资租赁模式似有异曲同工之处，是指碳资产的持有者（借方）向资金提供机构（贷方）出售碳资产，并约定在一定期限后按照约定价格购回所售碳资产以获得短期资金融通的合约。

碳资产可否作为融资租赁的标的物，目前既无立法规定，亦无司法实践，但是从一般原理考虑，与无形资产一般，也应当结合融资租赁的基本特征进行判断。主要参考因素包括其价值是否易于确定，是否公开透明、不致产生低值高卖或高值低卖等情形，比如其是否可分离、转让以实现担保功能，再如其如何为“承租人”所使用等等。

（4）结论

以无形资产为融资租赁的标的物在近年来越发常见，但其是否适格却存有争议。如若无形资产仅仅是作为租赁物的附属存在，则法院倾向于认为可以构成融资租赁法律关系，但如果是单独以权利进行融资租赁，则我国各地法院分歧较大。此外，由于新兴产品不断出现，因此可以想见会有更多新型无形资产作为融资租赁标的物，在未来如何进行规制与管控，也还是个未知数。

3. 以费用为融资租赁的标的物

尽管存在法理上的争议，但无论是以不动产还是以无形资产作为融资租赁标的物至少都具有一定的使用价值，而融资租赁纠纷中偶然出现的另一类标的物则全然不同，这种标新立异的标的物就是费用。

费用如何能成为租赁物？主要是因为融资租赁物往往体积重量均巨大，涉及租赁物的运输、装卸及安装费用问题，而根据会计核算规则，在对固定

资产价值进行核算时，会将合理费用计入成本中。

那么以“费用”为融资租赁物时，法院如何认定融资租赁法律关系呢？

最为典型的案例是“某金融租赁公司诉某电力公司等民间借贷纠纷案”^①，该案中，双方在《租赁物明细表》中约定的一部分租赁物为“其他资产”，法院审理发现其他资产是指“在垃圾焚烧项目主厂房建设及设备安装使用过程中所涉及的测绘费用、环评费用、科研设计费用、规划方案设计费、工程咨询服务费、电力工程勘探设计、电力接入系统、进场道路施工、设备安装、排污管道、环保设备、烟气净化系统等相关费用”，法院认为：

该部分所谓的“其他资产”实为某电力公司工程建设期间支出的费用，显然不属法律上“物”的范畴，与融资租赁法律关系对租赁物所有权归属于出租人的要求不符。某金融租赁公司与某电力公司约定以该部分“其他资产”作为租赁物不符合法律的规定。

故而可见，费用并非适格的租赁物。

4. 结论

上文主要梳理了我国目前司法实践对于一些特殊标的物是否为适格融资租赁物的裁判态度与思路。近年来，因社会发展与国家支持，我国融资租赁产业迅猛发展，同时，因为商事需求，融资租赁突破了传统的范围，开始以一些较为新颖的对象进行融资租赁安排，但我国目前没有专门的《融资租赁法》，现行规则亦较为原则和概括，因此司法实践也面临较大的挑战，不可避免地存在分歧。租赁物在融资租赁中扮演着重要的角色，其不仅是承租人意欲使用的对象，也是出租人获得担保的保证，因此，租赁物是否适格将会影响对融资租赁法律关系的认定。上文虽总结了法院对不动产、无形资产与费用等三类特殊标的物的态度，但缺乏更为确定性的标准，因此如何对现有规则进行完善是现实的挑战。

① 广东省佛山市中级人民法院（2018）粤06民初56号民事判决书。

三、从租金角度谈融资租赁关系认定

无论是从融资租赁合同的基本概念入手，还是研习法条、司法解释^①，租金都是融资租赁法律关系中的一环，在法律关系认定过程中发挥着重要作用。一般来说，学界诸多学者认为，融资租赁合同的一大重要特征是：具有融资功能，租期较长，累计支付的租金足以抵偿出租人向出卖人支付的价款。^②《民法典》第746条明确对租金的组成作出规定。^③然私法尊重意思自治，其要义在于，法律关系所涉之人，须有其意志贯彻其中。^④这样由“当事人意志贯彻其中”的法律关系在一定程度上必然限定着法官的行为。

但《民法典》合同编并未对“租金”的标准做出详尽的规定，这也给法院寻找规范支持留下了一定空白。^⑤现实是，法之续造者补充解释时，尽管被要求从当事人角度考虑，但毕竟缺乏具有拘束力的规范制约。法官是否以及在何种程度上分清自己与抽象理性人角色，完全取决于裁判理由的论证。^⑥

① 《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》第1条：判断案涉交易行为的性质，不仅应当审查合同中双方当事人的权利义务，还要综合考虑标的物的性质、价值及租金的构成等相关因素。

② 参见杨代雄：《袖珍民法典评注》，中国民主法制出版社2022年版，第700页。“融资租赁合同特征有四：其一，出租人对租赁物之所有权系于融资租赁合同签订之后取得；其二，出租人对于出卖人及租赁物的选择系基于承租人指示而为；其三，融资租赁合同具有融资功能，租期较长，累计支付的租金足以抵偿出租人向出卖人支付的价款，租期届满后承租人有可能取得租赁物所有权，类似于分期付款；其四，融资租赁合同具有担保功能，当事人约定租期届满后租赁物归承租人所有的，在租期届满前，出租人享有的租赁物所有权类似于出卖人买留的买卖物所有权，担保融资款（垫付价款）可以分期支付租金的方式回收。”

③ 《民法典》第746条规定：“融资租赁合同的租金，除当事人另有约定外，应当根据购买租赁物的大部分或者部分成本以及出租人的合理利润确定。”

④ 参见朱庆育：《民法总论》（第二版），北京大学出版社2016年版，第526页。

⑤ 参见吴香香：《请求权基础：方法、体系与实例》，北京大学出版社2021年版，第29页。

⑥ 参见朱庆育：《民法总论》（第二版），北京大学出版社2016年版，第422页。

故法条模糊之处，恰恰是判例思路的争议交汇口，也是民法学习的精彩之地。在租金问题上，便存在着几个主要的争议问题，本节论证也并非要给出一个裁判的“正确思路”，而是希望借由分析裁判思路，向上结合民法的基本原则、向下分析具体案件中隐含的影响因素，发现背后的原理与趋势，为学理研究和实务发展提供一些方向。

（一）租金支付期限对法律关系认定的影响

租金支付本身在《民法典》及其司法解释的要求项之下，然租金支付期限的长短、每期付款的多少，乃至支付的方式，都是民事法律关系中理性自然人在与对方作出相应意思表示前会关注、参考的要素。租金支付期限必然影响融资租赁合同的进行。学界通常认为，在融资租赁合同中，承租人无须自行一次性支付价款，并以此实现融资目的。^①如果租金支付周期极短，双方之间是否有融资租赁之实，便需要通过其他证据辅助加以推敲。

然在司法实务中，法院似乎并不会因此否定融资租赁之实，如在“中国某有限责任公司与某金融租赁有限责任公司等融资租赁合同纠纷案”^②中，案涉《融资租赁合同》虽约定年租金利率为8.93%并且在合同签订之后的三个月内返还本金，但最高法院认为：

本案的争议焦点是，案涉《融资租赁合同》的性质及效力如何认定。商事交易法律关系性质的认定应首先从交易当事人的意思表示内容和交易本质来判断，最主要的就是当事人之间形成的交易合同。

根据《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》第2条的规定，双方当事人同时签订了租赁合同和买卖合同，并且租赁合同中的承租人同时是买卖合同中的出卖人，案涉《买卖合同》《融资租赁合同》在形式上符合售后回租交易的特征。

① 参见杨代雄：《袖珍民法典评注》，中国民主法制出版社2022年版，第699页。

② 最高人民法院（2019）最高法民终222号民事判决书。

关于年租金利率8.9%和短时间归还融资本金利息，租金的确定应当根据购买租赁物的大部分或者全部成本以及出租人的合理利润确定，即租金当中包括租赁物购买款项、利益及其他成本。

至于案涉《融资租赁合同》约定三个月内返还购买款项，某公司并未举示对融资租赁交易中返还本金的方式及租金的期间作出限定的法律依据。

在类似的案件中，双方当事人约定期限短、金额高的，显然不符合常见的融资租赁合同的特征。然司法实务中，多数法院针对此类问题的裁判思路是，租金支付期限问题影响融资租赁法律关系成立于法无据，即裁判者遍寻所有可能的请求权基础后，未能找到支持的依据。^①针对这种情况，只要当事人能给出一个合理的解释和相应的证据，就不会影响法院对法律关系的认定。这体现了私法自治的精神，也提醒了我们请求权基础的检视顺序。^②

（二）租赁物实际价值、购买价格、租金三者关系

对于融资租赁合同之构成，目前学界还存在争议。部分学者认为，融资租赁合同不包括出租人与出卖人之间的买卖合同关系，仅包括出租人与承租人之间的法律关系。^③但即使此类观点排除了买卖合同关系作为融资租赁合同的组成部分，也不可否认其在融资租赁法律关系认定中的重要性。

如图2所示，租赁物的实际价值客观存在，在司法实务中当事人双方可

① 参见吴香香：《请求权基础：方法、体系与实例》，北京大学出版社2021年版，第29页。

② 吴香香：《请求权基础：方法、体系与实例》，北京大学出版社2021年版，第47页。

③ 杨代雄：《袖珍民法典评注》，中国民主法制出版社2022年版，第700页。原因在于：首先，依据本条文义，融资租赁合同当事人为出租人及承租人，“向出卖人购买租赁物”仅指出租人之义务，并不产生将买卖合同也纳入融资租赁合同的效力；其次，从本法第74条、第75条、第754条的规定看，立法者把买卖合同视为融资租赁合同之外的另一个合同；最后，在司法实践中，融资租赁合同仅包括承租人与出租人间订立的合同，《融资租赁合同解释》第13条明确将承租人与出租人间合同称作“融资租赁合同”，出租人与出卖人间合同称作“买卖合同”，由此用语可得出这一结论。

以通过市场价格、行业内相关机构评估确定；购买价格存在于买卖关系当中，由当事人基于意思表示，达成合致，往往以书面形式呈现于买卖合同或一体的融资租赁合同中；^①租金则存在于出租人与承租人之间。

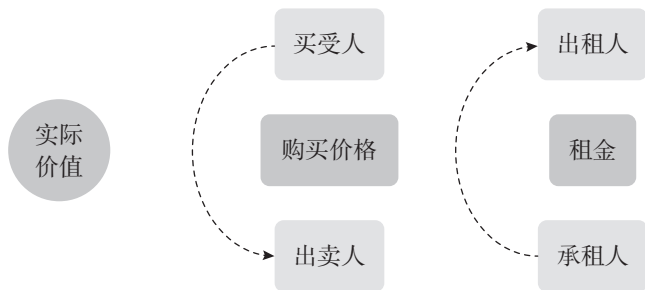


图2 租赁物实际价值、购买价格与租金关系

实际价值与购买价格之间的关系，反映着买卖合同的真实性；实际价值与租金之间的关系反映着双方当事人之间是否有实质的租赁行为。当三者形成怎样的关系时，会引发双方当事人的争议，成为法院在认定融资租赁法律关系时重点考虑的因素，这是本节论述的重点。

1. 实际价值远高于购买价值和租金

实际价值远高于购买价值和租金的情况，也称为“高值低买”。实际价值和购买价格之间的失衡，就有可能影响买卖关系的认定。融资租赁合同根据其特点，属于《民法典》第388条第1款中的“其他具有担保功能的合同”，具有典型的担保功能。高价值的租赁物，低价买进后进行出租的情况，显然是满足了融资租赁物担保功能之实现。

（1）可能影响法律关系的认定

高值低买对融资租赁法律关系的认定有一定影响，但是还需要根据具体情况进行分析。例如，在“某租赁有限公司诉山东某置业有限公司等企业民间借贷合同纠纷案”^②中，最高院认为：

① 杨代雄：《袖珍民法典评注》，中国民主法制出版社2022年版，第700页。

② 最高人民法院（2014）民二终字第109号民事判决书。

根据《合同法》第237条的规定，融资租赁合同与其他类似合同相比具有以下特征：一是通常涉及三方合同主体（出租人、承租人、出卖人）并由两个合同构成（出租人与承租人之间的融资租赁合同，以及出租人与出卖人就租赁物签订的买卖合同）；二是出租人根据承租人对出卖人和租赁物的选择购买租赁物；三是租赁物的所有权在租赁期间由出租人享有，租赁物起物权担保作用；四是租金的构成不仅包括租赁物的购买价格，还包括出租人的资金成本、必要费用和合理利润；五是租赁期满后租赁物的所有权依当事人约定。从以上特征可以看出，融资租赁交易具有融资和融物的双重属性，缺一不可。如无实际租赁物或者租赁物所有权未从出卖人处转移至出租人或者租赁物的价值明显偏低无法起到对租赁债权的担保作用，则应认定该类融资租赁合同没有融物属性，仅有资金空转，系以融资租赁之名行借贷之实，应属借款合同。

在这一观点下，“租赁物的价值明显偏低无法起到对租赁债权的担保”被认定该类融资租赁合同没有融物属性，因涉案租赁物的价值与租金的差异较大，故判定双方之间不存在真正的买卖合同交易行为，进而认为买卖合同不实际存在，即以融资租赁之名行借贷之实。但合同未依照当事人表面约定内容生效，并不能影响整个融资租赁合同的效力的内容评价。^①

又如，在“天津市某开发有限责任公司与天津某有限公司融资租赁合同纠纷案”^②中，最高院认为：

虽然案涉当事人签订了《回租租赁合同》《回租买卖合同》，但根据《合同法》第237条关于“融资租赁合同是出租人根据承租人

① 参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社2018年版，第192页。合同生效与合同成立：合同成立，是指符合一定要件时当事人的合意，原则上，只要有了当事人和意思表示，就可以成立合同。合同生效，是指成立了的合同依当事人合意的内容发生效力。

② 最高人民法院（2020）最高法民终1154号民事判决书。

对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同”的规定，以及《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》第1条关于“人民法院应当根据合同法第二百三十七条的规定，结合标的物的性质、价值、租金的构成以及当事人的合同权利和义务，对是否构成融资租赁法律关系作出认定。对名为融资租赁合同，但实际不构成融资租赁法律关系的，人民法院应按照其实际构成的法律关系处理”的规定可知，认定融资租赁法律关系需要对四项重要参考因素加以考量，即标的物的性质、价值、租金的构成以及当事人的合同权利和义务。售后回租是指租赁物本身为承租人所有，承租人为了实现其融资目的，先将该物的所有权转让给出租人，再从出租人处租回的交易方式。本案中，《回租买卖合同》项下的租赁物（某宾馆）出让价仅为350000000元，明显低于其实际价值601728000元，故一审法院认定某金融公司、某租赁公司与某宾馆之间不存在真实的融资租赁关系，而实质上成立民间借贷法律关系并无不当，本院对此不持异议。

高值低买不是通俗意义上的等价交换，在其他认定因素同样存在缺陷时，其能够更加有力地证明双方当事人之间不存在真正的买卖合同交易行为，没有融物之实，不符合融资租赁的实质要件。这一因素顺位往往较为靠后，法院在认定时需进行综合考量。因此，高值低买可能影响融资租赁关系的认定，并以此作为论证融资租赁关系不成立的理由之一。

（2）不影响融资租赁关系的认定

也有部分赋予意思自治更高效力的法院和学者认为，“高值低买”不影响融资租赁关系的认定。比如，在“南京某租赁有限公司诉安徽某船舶工业有限公司船舶买卖合同纠纷案”^①中，武汉海事法院认为：

① 武汉海事法院（2014）武海法商字第00777号民事判决书。

虽然涉案船舶造价为171000000元，远高于《买卖合同》价格60000000元，但融资租赁中的买卖合同不同于一般标的物的买卖合同，融资租赁中买卖合同标的物价格通常参照融资金额确定，并非通过参照标的物的实际价值确定。在租赁期限届满且买方收回全部租金后，买方通常以非常低的名义货价将租赁物所有权转移给承租方，因此本案中原告诉以60000000元的价格购买A轮符合融资租赁行业惯例，合法有效。

这一观点需要在考虑融资租赁行业惯例的前提下，追求私法自治。意思表示，是将企图发生一定私法上效果的意思表示于外部的行为，是合同等法律行为的构成要素。合同是意思表示合致的结果，依意思表示的内容赋予相应的法律效果，是意思自治原则的当然要求。^①作为裁判者的法官，的确存在极大的滥用权力风险，权力不可凌驾于私法自治之上。^②但是法律评价少有“绝对”之说，当“高值低买”确实对融资租赁法律关系的认定产生不可忽视的影响时，“一刀切”的观点就难以站住脚。

2. 租金略高于租赁物实际价值和购买价格

当事一方基于租金略高于购买价值，主张融资租赁法律关系不成立，也在司法实务中屡见不鲜。但是这一争议，在法院实践中几乎达成了一致。例如，在“李某、某机械公司与田某、某矿山机械公司、某融资租赁公司等债权转让合同纠纷案”^③中，最高法院认为：

关于某机械公司与某融资租赁公司之间是否构成融资租赁法律关系，《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2014〕3号）第一条第一款规定：“人民法院应

① 韩世远：《合同法总论》，法律出版社2018年版，第205页。

② 朱庆育：《民法总论》（第二版），北京大学出版社2016年版，第422页。

③ 最高人民法院（2021）最高法民申5023号民事裁定书。

当根据合同法第二百三十七条的规定，结合标的物的性质、价值、租金的构成以及当事人的合同权利和义务，对是否构成融资租赁法律关系作出认定……”；第二条规定：“承租人将其自有物出卖给出租人，再通过融资租赁合同将租赁物从出租人处租回的，人民法院不应仅以承租人和出卖人系同一人为由认定不构成融资租赁法律关系”。具体到本案中，根据某机械公司与某融资租赁公司签订的《买卖合同（回租）》《融资租赁合同》及《买卖预约合同》约定，某融资租赁公司向某机械公司支付设备款，租赁设备所有权自买卖合同签订之日转移给某融资租赁公司，某融资租赁公司再将所购买的两台设备出租给某机械公司，租赁期限届满，某机械公司若按时支付并清偿完毕合同项下所有债务后，有权以0元价款购买案涉租赁物。从合同内容及履行情况看，符合售后回租交易模式下的融资租赁法律关系的基本特征。故二审判决依据案涉合同的内容、案涉租赁物的性质、价值、租金的构成，确认双方之间为融资租赁法律关系，并无不当。田某主张案涉法律关系名为融资租赁合同，实为民间借贷关系，不能成立。田某主张李某不具备融资租赁的资质，但李某系案涉债权受让人，不涉及资质问题，故田某关于该点申请再审的理由不能成立。

上述案例中，租金适当地高于购买价值，综合考量融资租赁的交易惯例，对于出租人而言，通过差价，赚取利息，符合商事合同的交易习惯。从经济功能角度看，相当于出租人向承租人发放贷款。^①故而在实务中达成了共识，从裁判结果来看，将这一点作为诉讼理由的当事人，难以得到支持。

3. 租金远远高于购买价格

当租金远远高于购买价格时，租赁物将难以实现其担保功能。对出租

① 杨代雄：《袖珍民法典评注》，中国民主法制出版社2022年版，第699页。

人来说，其收益大部分来自租金与购买价格的差价，当这一差价明显不合理时，可能会被法院认为是民间借贷关系，而非融资租赁法律关系。

例如，在“某公司诉郭某、张某融资租赁合同纠纷案”^①中，作为二审法院的浙江省舟山市中级人民法院认为：

某公司将款项交付给郭某后，郭某实际履行的义务为每月向某公司还款5499元。因此，双方之间签订《融资租赁售后回租合同》只是形式，真正目的在于使郭某获得某公司提供的款项，并履行还款义务。故双方订立的合同名为融资租赁，实为借贷法律关系。

上述案例中，实际成立的合同，年利率近50%，而该公司未经批准多次以经营性为目的向社会不特定对象提供资金赚取高额利息，违反了银行业监督管理法等法律，应为无效。融资租赁合同的一大特点便是具有担保功能，^②融资租赁合同具有担保功能，当事人约定租期届满后租赁物归承租人所有的，在租期届满前，出租人享有的租赁物所有权类似于出卖人买留的买卖物所有权，可以担保融资款（垫付价款）以分期支付租金的方式回收。^③若担保功能难以实现，但实际上支付的租金年利率极高，则可能被法院综合认定有借款合同之实。

（三）浮动租金对融资租赁关系认定的影响

约定租金支付利率是融资租赁的惯常模式，然固定的利率往往并不在当事人争议的焦点范围内。对于浮动利率，尤其是当租金利率和人民银行基准利率挂钩时，法院在司法实务中展现出了不同的观点。

① 浙江省舟山市中级人民法院（2019）浙09民终161号民事判决书。

② 根据前文论述，属于《民法典》第388条第1款第2句中的“其他具有担保功能的合同”，具有典型的担保功能。

③ 参见杨代雄：《袖珍民法典评注》，中国民主法制出版社2022年版，第700页。

1. 认为设置浮动租金实质是借款关系

例如，在“某租赁公司诉某置业公司等企业间借贷合同纠纷案”^①中，山东省高级人民法院认为：

合同中约定，某租赁公司付给某置业公司1亿元，某置业公司依据20%的年利率向某租赁公司支付租金，若遇人民银行基准利率上调，则某租赁公司将对租赁利率作出等额上调，即双方实际上是“借钱还钱”关系。

持此观点的法院认为，若人民银行基准利率上调，则当事人将对租赁利率作出等额上调，即双方实际上是借贷，而非融资租赁关系。这样的裁判思路在本质上是法院在事实认定层面抽丝剥茧寻求双方当事人真实意思表示的结果。

2. 认为浮动资金也能体现双方对占用租赁物利息的预期

例如，在“某公司诉某医院融资租赁合同案”^②中，法院认为：

某公司与某县医院开展的涉案融资租赁交易，具备“融物”属性，并非仅存在“资金空转”，双方之间成立融资租赁合同关系。理由是，首先，某县医院向某公司提交了《售后回租赁申请书》，体现了某县医院自愿向某公司申请融资租赁的意思，且该份申请书中记载的设备名称、型号与双方签订的《售后回租赁合同》及《购买合同》附件所记载的设备名称、型号一致。从上述行为可以看出双方建立融资租赁合同关系的共同意思表示；其次，某公司提供了某县医院向其交付的有某县医院盖章确认的案涉医疗设备的有关文件，如购买合同、发票等的复印件，能够表明某公

① 山东省高级人民法院（2013）鲁商初字第33号民事判决书。

② 北京市第二中级人民法院（2019）京02民终12800号民事判决书。

司对租赁物件进行了初步审核，并非借融资租赁之名行借贷之实。

又如，在“汤某等与某租赁股份有限公司融资租赁合同纠纷案”^①中，作为二审法院的北京市高级人民法院认为：

利某公司以租赁物未转移占有及租赁物价款支付后即计收利息为由主张涉案法律关系为借贷关系，因售后回租模式下，买卖关系项下标的物的交付为观念交付即占有改定，未现实交付，完全符合该交易模式的特征；在租赁物价款支付后，按照一定利率标准测算租金，亦属融资租赁交易惯例，故利某公司的该项主张，明显缺乏依据，一审法院不予采信。

租金利率按照中国人民银行公布的同期贷款基准利率适当上浮，也体现了合同双方对资金占用利息的预期，符合融资后还款方面的基本特征亦属融资租赁交易惯例。

管见以为，后者观点更能体现裁判趋势。租金是否浮动，只是法院用来判断当事人真实意思表示的线索，即若在层层探寻之下，通过证据证明，双方当事人真实意思表示果真如此，那么司法理应尊重其意思自治。

（四）租金的表述方式对融资租赁法律关系认定的影响

通过前文对判决的分析，我们可以看出，法院在认定当事人真实意思表示的过程中，不会放过证据中，尤其是融资租赁合同中的蛛丝马迹。租金约定的方式，自然也落入裁判者的审视范围内。

1. 租金范围的表述方式

例如，部分法院认为双方约定的“剩余本金”更符合借款合同常见做法。无法探知的是，在订立契约之时，双方当事人究竟为何种想法，但或许

① 北京市高级人民法院（2021）京民终105号民事判决书。

在以后，实务工作者都应该对合同文本中的词句多加斟酌。原因在于，意思表示的重点在于表示上，意思之形成过程则在所不问，而证据必然成为法院对当事人真意之探求参考。^①

2. 租金利率的表述方式

例如，在“田某、广州某工程公司等融资租赁合同纠纷案”^②中，二审法院认为：

上诉人主张应当将合同约定的租赁物成本和租赁费进行分割，并认为迟延履行金应以租赁费为基数、参照民间借贷借款利率计算迟延履行金。但是，融资租赁合同在性质上区别于普通租赁合同、借款合同，上诉人将租赁费等同于租金，以民间借贷利率适用于迟延履行金，违背了融资租赁合同租金包括租赁物购买价款及其利益以及其他成本的合同特征，该主张不能成立。

又如，在“李某、某机械公司与田某、某国际融资租赁公司等债权转让合同纠纷案”^③中，最高法院认为：

根据某机械公司与某国际融资租赁公司签订的《买卖合同（回租）》《融资租赁合同》及《买卖预约合同》的约定，某国际融资租赁公司向某机械公司支付设备款，租赁设备所有权自买卖合同签订之日转移至某国际融资租赁公司，某国际融资租赁公司再将所购买的两台设备出租给某机械公司，租赁期限届满，某机械公司若按时支付并清偿完毕合同项下所有债务后，有权以0元价款购买案涉租赁物。从合同内容及履行情况看，符合售后回租交易模式下的融

① 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法律行为的解释方法——兼论意思表示理论》，范雪飞、吴训祥译，法律出版社2018年版，第336页。

② 广东省广州市中级人民法院（2021）粤01民终4421号民事判决书。

③ 最高人民法院（2021）最高法民申5023号民事裁定书。

资租赁法律关系的基本特征。故二审判决依据案涉合同的内容、案涉租赁物的性质、价值、租金的构成，确认双方之间为融资租赁法律关系，并无不当。

双方签订的《买卖预约合同》约定的0元回购价格表明双方的合同目的是用租赁物所有权担保债权的实现，符合融资租赁合同系非典型性担保的特征。这也体现了，法院认可融资租赁法律关系，实际是以融资为目的租赁，承租人合同主要义务之一为依约返还租赁物。^①

（五）本节分析之启示

对合同的效力存在评价与效力内容评价，略有不同。^②法院对合同效力予以确认的裁判工作，自然要建立在双方当事人意思自治的充分尊重之上。而对效力内容的评价，即成立何种法律关系，必然要受制于法律的规定。

而无论是租金的支付期限、与实际价值、购买价格之间的关系、利率是否浮动，还是在合同文本中的表述方式，这些都是法院认定法律关系的依据之一。租金在《民法典》第746条的规定当属辅助规范。^③辅助规范的功能在于，对主要规范的构成要件或法律效果做出进一步说明，而非以此来作为独立的请求权基础，成为裁量案件的标准。

最直观的是，法院在论证租金表述方式对法律关系认定的影响时，其前述关于“租赁物”认定部分，绝非镶边似的赘述。法律人应同时关注多个要素在同一案例中发挥的作用，综合判断，方能得出准确的结论。同时，在研究过程中，回归融资租赁合同之本质及其基本原理，也是不可或缺的。

作为交易规则，合同法是司法中最具共通性的领域，任何合同订立之

① 参见杨代雄：《袖珍民法典评注》，中国民主法制出版社2022年版，第700页。

② 参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社2018年版，第192页。

③ 参见吴香香：《请求权基础：方法、体系与实例》，北京大学出版社2021年版，第7页。

时，不可将欲达成的法律关系抛诸脑后。^①在实务工作中，作为律师、法务为当事人审查合同，要注意类似的表达，能更符合当事人想要达成的法律关系的惯常表述。可以看出一旦产生争议，对方当事人以及法院法官，都会从仅有的证据中，抓住蛛丝马迹来判断、证明融资租赁法律关系存在与否。而法官这一裁判者角色，作为解决争议的主体，尊重商事合同下当事人真实意思表示也是目前经济政策之下的一个趋势。前文已述，本节论证并非妄图给出一个未来裁判的“正确思路”，而是面向未来，给法律工作者些许启发。

四、从履行情况角度谈融资租赁法律关系的认定

（一）融资租赁履行情况的界定

1. 融资租赁履行情况的内涵

融资租赁法律关系中包含三方主体之间的两个合同，即出租人和承租人之间的融资租赁合同、出租人和出卖人之间的买卖合同，^②后者可能是以单独的合同形式存在，也可能作为融资租赁合同中的条款存在。基于此，在判断是否构成融资租赁法律关系时，一方面应该按照《民法典》第735条的规定对出租人和承租人之间融资租赁合同中的权利和义务进行审查，另一方面还应结合《民法典》第二编中物权转移、第三编中买卖合同的有关规定进行判断。鉴于对合同及法律关系的判断应以当事人的真实意思表示为基准，^③故有

① 参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社2018年版，第3页。

② 最高人民法院（2014）民二终字第109号民事判决书；上海市高级人民法院（2017）沪民初1号民事判决书。

③ 《民法典》第143条规定：“具备下列条件的民事法律行为有效：（一）行为人具有相应的民事行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗。”

必要分别对融资租赁合同和买卖合同的履行情况进行分析，以准确认定当事人之间是否构成融资租赁法律关系。

2. 融资租赁履行情况的外延

然而，由于对履行情况的判断通常还牵涉到是否构成违约，因此还需要对其外延进行界定，以认定案涉争议会导致融资租赁法律关系被否定还是融资租赁法律关系下的违约。

首先，考虑合同的履行情况对于认定融资租赁法律关系是十分必要的。这是因为在现阶段，我国融资租赁行业在交易目的上呈现出融资功能不断强化、融物功能不断弱化的新动向。在此背景下，融资租赁就很容易“成为其他真实交易目的的壳或工具，即产生名实不符现象”。^①因此，当当事人在合同中的约定符合融资租赁的法律界定，但在实践中并未按约定来履行的情况下，对其履行情况进行分析以判断当事人的真实意思表示是很有必要的。其次，可以明确的是，并非所有的履行情况都应被纳入认定是否存在融资租赁法律关系的范围，如承租人未缴纳租金显然并不会影响对案涉法律关系的认定，而仅应被作为认定是否存在违约的事实依据。出于对以上两点因素的折中和对融资租赁特征的综合考量，应当将影响对融资租赁法律关系认定的履行情况限定在会影响融资和影响融物两种属性的相关情况中。

（二）融资租赁合同履行情况

《民法典》第735条规定：“融资租赁合同是出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。”据此规定，融资租赁合同的核心逻辑就是出租人购买租赁物后将之提供给承租人使用，这就关涉到租赁物的使用情况，即租赁物是否为承租人所使用。

“使用”并非民法中的一个专有术语，根据使用目的可以对其外延做多

① 吴智永、徐劲草：《融资租赁案件中名实不符的表现形态及法律分析》，载《人民司法·应用》2017年第25期。

种解释，如将租赁物用于投资、生产、经营、出售等情形。基于此，产生了对“使用”的界定问题，即是否不管以何种方式、目的使用租赁物皆可满足上述融资租赁合同的核心逻辑；如答案为否，那该如何界定可以满足的情形。以下将结合法院的审判实践对此进行分析论证。

有法院明确表明，在融资租赁法律关系中，租赁物应由承租人用于生产经营。比如，在“杭州某投资管理有限公司诉阜阳某销售有限公司、陈某融资租赁合同纠纷案”^①中天津市滨海新区人民法院认为：

当事人虽以售后回租融资租赁为名订立合同，但实际履行模式为承租人有权就租赁物与案外人签订买卖合同，并将出卖租赁物所得价款用于偿还对应租金，租赁物用于对外销售而非生产经营，应认定双方成立的是借款合同。

本案中，虽然合同约定了……但合同履行过程中，利某行公司有权就案涉租赁车辆与案外人签订买卖合同，出卖租赁车辆，并就车辆出卖款偿还对应租金，利某行公司并非将车辆用于生产经营，而是对外销售。

综上，可以总结出以下三个裁判要点：首先，基于对当事人意思自治的尊重，且考虑到商业实践的复杂性，不宜对如何使用租赁物才能满足融资租赁合同的履行要件作出列举性要求；其次，鉴于“融物”属性是融资租赁合同的必要属性，且有必要区分融资租赁合同和其他性质的合同，故必须对承租人对租赁物的使用情况作出合理限定；最后，应认为在融资租赁合同中，承租人必须“直接使用”租赁物，具体指排除投资、出售等领域的生产经营行为，如使用租赁物来生产产品、提供劳务等。^②

① 天津市滨海新区人民法院（2018）津0116民初4633号民事判决书。

② 张博、韩复龄：《法律界限、选择标准与融资租赁标的物创新》，载《华东理工大学学报（社会科学版）》2017年第5期。

（三）买卖合同的履行情况

买卖合同的履行情况是第二个需要考察的方面，即买卖交易是否实际发生。《民法典》第595条规定：“买卖合同是出卖人转移标的物的所有权于买受人，买受人支付价款的合同。”可见，买卖合同的履行包含转移所有权和支付价款两个核心要素。在不同的实践案例中，对于买卖合同的履行情况是不是判定构成融资租赁法律关系的考察要件，以及在考察买卖合同的履行时应该关注哪些因素，法院在论述相关问题时持有不同的裁判观点或裁判理由，以下将逐一进行分析。

1. 必须存在真实的买卖交易

在司法实践中，有相当一部分法院在审判中明确地以买卖交易未实际发生为由认为案涉法律关系不能被认定为融资租赁，即肯定了存在真实的买卖交易是融资租赁法律关系的构成要件。比如，在由湖北省武汉市中级人民法院二审审理的某企业借贷纠纷案^①中，出租人与出卖人订立了一份以一套彩色印刷机为标的物的《产品购买合同》，但在实际履行过程中，出卖人在收到出租人支付的价款后并未向出租人或承租人交付印刷机，而是直接将其收到的价款汇给承租人。对此，法院阐述道：

经查，融某公司作为购买方、龙某公司作为承租方、东某经营部作为供货方虽签订了《产品购买合同书》，但《产品购买合同书》中约定的买卖交易行为并未实际发生，《融资租赁合同》中约定的租赁物未实际购买并交付使用，融某公司根本无法取得租赁标的物的所有权，达不到“直租式”融资租赁既“融资”又“融物”的目的，故，本案法律关系不能认定为“直租式”融资租赁。

① 湖北省武汉市中级人民法院（2016）鄂01民终820号民事判决书。

2. 租赁物的所有权必须从出卖人移转至出租人

在前述的买卖合同的履行要素中，较多引发争议的是融资租赁标的物所有权的转移问题，即是否能以所有权未从出卖人转移至承租人而否定当事人之间存在融资租赁法律关系。有些法院会以租赁物的所有权未从出卖人转移至出租人为由拒绝认定案涉法律关系为融资租赁。在“某化工集团融资租赁有限责任公司、泸州某工程有限公司昆明分公司企业借贷纠纷案”^①中，云南省高级人民法院结合融资租赁法律关系的融物属性，强调出租人获得不动产租赁物的所有权是成立融资租赁法律关系的基础：

本案《融资租赁合同》中具备了融资租赁的形式，但是缺少了融资租赁法律关系至关重要的基础，即在租赁期限届满前租赁物的所有权必须由出租人所有，否则即使完成了融资，也并非融资租赁式的融资，故本案中融资租赁合同关系不能成立。

融资租赁合同是融资和融物的结合，融资是承租人的目的，融物是出租人债权的保障。融资是承租人利用出租人的资金满足自己的发展需求，融物以出租人具备租赁物的所有权为前提，租赁物实际上起到物权担保的作用。

由此产生的另一问题是所有权的转移方式。《民法典》对动产、特殊动产和不动产的所有权移转模式作出了详细规定，故在判断是否存在实际发生买卖交易时，应该审查当事人在履行买卖合同时是否根据法律的规定真实有效地移转了租赁物的所有权。

（1）动产所有权的转移方式

首先，针对动产所有权的转移，《民法典》第224条规定，“自交付时发生效力”；该法第226条至第228条规定，动产交付可以采取简单交付、指示交付和占有改定的方式。融资租赁这种商业模式中大量存在的一种实践就是

① 云南省高级人民法院（2019）云民终1164号民事判决书。

售后回租，即承租人和出卖人的身份产生重叠，承租人将自有财产出卖给承租人之后再回租使用。在此情况下，由于租赁物本身就由承租人占有，所以实践中当事人往往不再就租赁物转移占有。对此，各法院也形成了较为一致的裁判意见，明确肯定了占有改定是售后回租式融资租赁法律关系中的一种惯常做法，如在“田某、洛阳某机械有限公司等债权转让合同纠纷民事申请再审案”^①中，最高人民法院和河南省高级人民法院均未以租赁标的物没有实际转移交付而否定融资租赁合同的性质。

（2）特殊动产所有权的转移方式

针对特殊动产所有权的转移，《民法典》第225条规定：“船舶、航空器和机动车等的物权的设立、变更、转让和消灭，未经登记，不得对抗善意第三人。”可见，我国特殊动产所有权的转移模式为登记对抗主义，所有权在交付时即生效。基于此，在租赁物是特殊动产的情形下，即使出卖人和出租人在买卖合同中约定租赁物的所有权在占有改定完成时生效，该租赁物所有权只有在交付时才能发生法律效力。比如，在“上海某融资租赁有限公司、李某融资租赁合同纠纷案”^②中法院指出：

本案中，双方虽约定“自出租人支付租赁物转让价款之日，视为占有改定完成，出租人取得租赁车辆之所有权”，但我国相关法律规定，已注册登记的机动车所有权发生转移的应向车管所申请办理过户登记，且原、被告双方又签订了《抵押合同》，被告以涉案车辆向原告提供抵押担保，被告李某为抵押人，原告为抵押权人，并办理了抵押登记，该事实与双方约定的“租赁期间租赁车辆所有权归出租人所有”的内容相矛盾。因此，双方在融资租赁合同中关于车辆所有权的约定条款无效，本案中原、被告应认定为民间借贷法律关系。

① 最高人民法院（2021）最高法民申5023号民事裁定书。

② 河北省石家庄市中级人民法院（2018）冀01民终13366号民事判决书。

（3）不动产所有权的转移方式

针对不动产所有权的转移,《民法典》第209条第1款规定:“不动产物权的设立、变更、转让和消灭,经依法登记,发生法律效力;未经登记,不发生法律效力,但是法律另有规定的除外。”据此规定,我国不动产所有权的转移模式为登记生效主义。

然而,当在商业实践中出现非因当事人的过错,而是因客观原因导致出租人和出卖人无法就租赁物的权属变更进行确权登记时,有裁判观点认为此种情况并不影响融资租赁法律关系的认定。例如,在“某国际租赁有限公司诉辽宁某牧业有限公司等融资租赁合同纠纷案”^①中,租赁物由机器和农业设施两部分组成;其中,农业设施的所有权归出卖人所有,而农业设施所附着的农业用地的承包经营权归农户所有,这种权利主体的分离导致在我国当时的不动产登记体系下无法进行权属变更。本案的一审法院和二审法院均认为此种情况下虽未办理不动产所有权转移登记,但仍应认为租赁物所有权已转移:

融资租赁双方通过合同约定的方式将系争农业设施作为租赁物,并不违反法律的禁止性规定,属于合法处分财产权利的行为。双方合同中已经对租赁物所有权变更进行了明确约定,本案所涉农业设施确因客观原因没有办理所有权变动登记手续,故,所有权登记问题并不影响对融资租赁合同性质的认定。

3. 租赁物所有权不必然从出卖人移转至出租人

有一种相反的裁判观点认为,所有权是否发生转移仅仅是判断合同是否构成违约的要素,而不是认定案涉法律关系属于融资租赁的必要构成要件,即不能仅凭租赁物所有权未从出卖人转移至出租人而否认融资租赁的

① 上海市第二中级人民法院(2017)沪02民初309号民事判决书;上海市高级人民法院(2019)沪民终73号民事判决书。

性质。比如，在“某餐饮公司与某金融租赁公司融资租赁合同纠纷案”^①中，由于在其所有的房产上存在第三人抵押和查封等情形，故餐饮有限公司未能出租人办理房屋产权变更登记，最高院在二审中驳回了承租人以房屋没有办理转移登记、没有发生所有权转移为由认为当事人之间不构成融资租赁的主张：

故某金融租赁公司并无怠于行使权利的主观过错，租赁物房屋所有权未转移至某金融租赁公司，系某餐饮公司未履行既定合同义务的结果，某餐饮公司以所有权未转移为由主张其与某金融租赁公司系借款关系，不予支持。

持此种观点的法院并非个例，在“上海某工程有限公司、安徽某融资租赁有限责任公司融资租赁合同纠纷案”^②中，出租人以出卖人未在约定期限交付租赁物且未出具相关发票、承租人未在约定期限内出具合同约定的“租赁物交付与验收合格证明书”为由请求判定违约，而出卖人和承租人均主张当事人之间是借贷而非融资租赁法律关系。对于此案的相关问题，安徽省高级人民法院和最高院在上述判决中的观点类似，并结合融资租赁法律关系的特征进一步展开论述：

某融资租赁公司作为本案的守约方，已经按照合同约定支付了货款，某计算机公司与某通信技术公司并没有按照合同约定交付租赁物、按期支付租金，其行为已经构成违约。而造成本案某计算机公司与某通信技术公司所称的只有融资没有融物的结果，恰恰是因某计算机公司的违约行为所致。

① 最高人民法院（2019）最高法民终1430号民事判决书。

② 安徽省高级人民法院（2020）皖民终616号民事判决书。

综上，在这类认为租赁物所有权并不必然从出卖人转移至出租人的裁判观点的主要理由有如下三点：首先，不能“一刀切”地认为租赁物的所有权未从出卖人转移至出租人就一定不构成融资租赁法律关系；其次，必须区分争议中的守约方和违约方，认定哪方当事人的过错导致租赁物所有权未能按照买卖合同约定发生转移；最后，要结合融资租赁法律关系中融资与融物属性缺一不可这一特征，判断未履行转移所有权义务导致的是违约还是缺乏融物属性，若是后者，则可能被认定为不构成融资租赁法律关系。

通过对案例的分析可知，尽管法院在裁判中形成了不同的判决理由，但无一例外的是紧紧抓住“融物”属性这一使融资租赁法律关系得以和其他法律关系相区分的核心特征，而这一特征的重要表现形式就包括承租人真实享有租赁物的使用价值，以及出租人在融资租赁期间享有对租赁物的所有权。^①

五、结语

融资租赁已经成为仅次于资本市场、信贷的第三大融资方式，规范融资租赁市场与交易将有利于服务实体经济发展、促进金融业健康发展、促进经济稳定增长和转型升级。在国家的大力支持与鼓励下，我国融资租赁产业不断发展，交易模式与交易安排推陈出新，在促进资金融通的同时，也对认定融资租赁法律关系提出了挑战，更给企业带来了风险。

综合当前法院作出的裁判文书，我国法院对于新型租赁物可否作为融资租赁标的物、租金计算与支付方式是否会影响融资租赁关系成立，以及双方履行情况对法律关系认定的影响等问题既有一致观点，亦有思路分歧。总的来看，当租赁物不存在时，法院会否认融资租赁法律关系的存在，这也体现在《民法典》第737条之中。对于消耗物，法院一般认为该物已非单独存在，

① 王毓莹编：《融资租赁合同案件裁判规则》，法律出版社2021年版，第47页。

无法承担融资租赁合同所具有的担保功能，从而否认融资租赁关系。对于特殊类型的标的物，各地法院认定如下：不动产中，对于已建成房地产，法院认可其作为融资租赁物的适格性，在建房地产则不可作为融资租赁的标的物，但对土木工程为租赁物的融资安排，各地法院则有不同意见；无形资产因附属于融资租赁标的物而出现在融资租赁中时，不影响融资租赁关系的认定。此外，费用不能作为融资租赁标的物。就租金相关安排而言，由于租金的描述在《民法典》中属辅助规范，而现行法律规定并未对租金的具体标准加以苛责，故而给了法之续造者更大的裁量空间。无论是租金的支付期限，还是与实际价值、购买价格之间的关系，利率是否浮动以及在合同文本中的表述方式，都在实践中成为法院认定法律关系的影响因素之一。最直观的是，法院在论证租金本身对法律关系认定的影响时，其前述对该法律关系中其他要素的认定部分绝非赘述，是故租金这一标准，在司法实务中不能割裂来看待。为对法律关系进行实质性判断，有必要结合融资租赁法律关系的“融资”和“融物”属性，分别对融资租赁合同以及买卖合同的履行情况进行考察。在融资租赁法律关系中，围绕合同的履行情况是否影响融资租赁的融物属性，法院对于租赁物应由承租人直接用于生产经营形成了较为一致的裁判意见；而对于是否必须存在真实的买卖交易、租赁物的所有权是否必须从出卖人转移至出租人，则依案件的具体情况略有分歧。

作为一种灵活的融资融物方式，融资租赁是解决部分企业融资困难的有效工具，在未来无疑将扮演越发重要的角色，其亦会随着时代发展而不断创新出新的模式。为规范融资市场，维护交易秩序，我国应尽快出台细化而统一的融资租赁规范以便利市场主体。

专题十

夫妻一方侵权之债的责任主体认定^①

① 案例共同整理人：贾妮雅、郭丹娜、范明月、奚佳欣均为外交学院争议解决研究中心兼职研究员（北京100037）。

导 读 夫妻一方侵权之债的责任主体认定问题涉及侵权行为人配偶与受害人之间的保护和平衡。因《民法典》生效前后均未对此进行明确的规定，故其是否为夫妻共同债务的问题长期存在争议，司法实践中主要包括“一般侵权责任”“夫妻共同生活”“共同财产”和“婚姻关系存续期间”的标准，并且这四类标准在《民法典》生效前后又有其各自的变化和发展。本专题将对《民法典》生效前后的司法案例进行梳理和归纳，并结合学界观点和法理解释分别予以分析与评价。“一般侵权责任”标准忽视了婚姻关系的影响因素，“共同财产”标准超出了共有财产连带债务规则的规制范围，“婚姻关系存续期间”标准过于绝对，不利于平衡三方当事人之间的利益冲突，有失公平。“夫妻共同生活”标准虽然存在不足，但仍然形成我国司法实践中裁判的主流趋势，本专题试图从学理和立法目的角度解释及论证“夫妻共同生活”标准的可行性与正当性，进而呼吁立法趋于完善、司法趋于统一。

关键词 侵权之债 夫妻共同债务 夫妻共同财产

《民法典》第1064条对夫妻共同债务规则进行了详细的规定，主要包括以下三种情形：一是夫妻共同意思表示所负债务；二是夫妻一方以个人名义为家庭日常生活需要所负债务；三是夫妻一方以个人名义超出家庭日常生活需要但用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于双方共同意思表示所负债务。该条通过吸收《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》（已废止）中的内容转化而来。另外，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第34条也作出了排除性规定，包括两种情形：一是夫妻一方与第三人串通，虚构债务；二是夫妻一方在从事赌博、吸毒等违法犯罪活动中所负债务。该条则通过吸收《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》转化而来。

从上述规定可以看出，《民法典》生效前后，夫妻共同债务规则主要适用于合同之债或者基于家事代理权所产生的债务，而对于侵权之债并无明确规定，尤其是针对夫妻一方侵权所产生的债务是否为夫妻共同债务这种情况，理论界与实务界都存在较大的争议。正因如此，司法实践中关于夫妻一方侵权之债的责任主体认定标准不一、处理各异，主要表现为“侵权法标准”“夫妻共同生活标准”“共同财产标准”和“婚姻关系存续期间标准”，且各个标准在《民法典》前后又有其各自的变化和发展。因此，本专题将聚焦司法实践中对该问题的不同裁判理由，通过梳理司法判决，归纳审理思路，区分不同的裁判逻辑，并结合学理进行分析，最后对司法实践宜取之思路进行总结，以期有益于《民法典》在司法实践中的完善与落实。

一、以“一般侵权责任”标准认定

以“一般侵权责任”为标准的认定依据是侵权法领域的过错责任原则及

数人侵权的相关规定，随着社会发展日新月异，该标准也在不断发展完善。在《民法典》生效前后，法官们在依照该标准裁决案件时，也展现出不同的论证特点。^①

（一）根据《侵权责任法》第6条认定（《民法典》生效前）

当今社会，夫妻双方作为具有完全独立人格的个体，可以自由参与各种社会活动。在对外交往过程中，夫妻中的任何一方都有可能实施侵害他人人身或者财产权益的行为，造成损害，进而产生侵权责任。从侵权责任法路径出发，根据侵权行为应当承担的民事责任，侵权责任具有惩罚性，一般以过错为责任要件，其惩罚主要针对有过错的侵权人，对于侵权行为没有过错的侵权人配偶，不应一并处罚。

比如，在“曹某某、王某机动车交通事故责任纠纷案”^②中，法院认为被告曹某某驾驶车辆造成的伤亡事故属于侵权行为，即“个人行为”，曹某某的配偶对曹某某的个人行为没有共同的意思表示或事后追认，因此根据原《侵权责任法》第6条、第15条的规定，涉案侵权债务不应认定为曹某某及其配偶的夫妻共同债务，曹某某应由此产生的债务应以个人财产和夫妻共同财产中属于曹某某的份额对本案债务承担责任，其配偶对本案债务不应承担责任。

在“吴某、杨某某机动车交通事故责任纠纷案”^③中，法院提出，“侵权法以自己责任为基本原则，行为人仅对其基于独立自主的意思做出的行为负责且仅对自己的行为负责，除非法律另有规定。行为人即责任人，不存在责

① 此类案例参见山东省济南市中级人民法院（2020）鲁01民终5864号民事判决书、广东省深圳市中级人民法院（2020）粤03民终5571号民事判决书、上海市闵行区人民法院（2020）沪0112民初40186号民事判决书、河北省邯郸市中级人民法院（2020）冀04民终2185号民事判决书、山东省潍坊市高新技术产业开发区人民法院（2019）鲁0791民初524号民事判决书、江苏省泰州市中级人民法院（2019）苏12民终905号民事判决书、北京市平谷区人民法院（2018）京0117民初8803号民事判决书等。

② 河北省高级人民法院（2019）冀民申6694号民事裁定书。

③ 四川省泸州市中级人民法院（2020）川05民终771号民事判决书。

任转移的问题。因此，从责任承担层面，在夫妻一方卷入侵权纠纷又不存在突破自己责任的法定事由的场合下应由侵权行为人自负其责”。

除了直接判定是否满足一般侵权行为的构成要件，也有法官从共同侵权的角度进行认定。在“黄某、彭某某机动车交通事故责任纠纷案”^①中，被告彭某某与范某某是夫妻关系，在婚姻关系存续期间，彭某某与朋友黄某在外饮酒后，由彭某某载黄某去歌厅唱歌，途中车辆与另一机动车发生了交通事故，而后事故受害人黄某将彭某某与范某某诉至法庭，请求判决夫妻二人承担连带赔偿责任。法院认为，原告黄某未能提供任何证明“范某某系知道或者应当知道彭某某饮酒不能驾车而将车辆交给其使用或者存在其他过错”的证据，即无法证明夫妻二人存在共同侵权之合意的标准，故对于要求夫妻共同承担侵权责任的诉讼请求不予支持。在“王某某、成某某等财产损害赔偿纠纷案”^②中，法院也采取了相同的观点，认为“原告主张被告配偶共同承担侵权责任，但未提交证据证实其配偶具有侵权行为，因此对该项诉请不予支持”。

通过以上案例不难看出，在以原《侵权责任法》为逻辑依据的裁判路径下，我国法院大多将审理焦点放在案发时当事人的主观状态和客观行为是否符合侵权法的构成要件上。根据《侵权责任法》第6条第1款^③的规定，我国认定一般侵权行为需要符合四个要件：行为人实施了侵害他人法定权利的违法行为、造成了他人财产或人身损害、违法行为与损害结果之间具有因果关系、行为人具有主观过错。根据该思路，如果行为人的配偶在侵权事故发生时并不在场，则不属于侵权关系的参与方，因此可以得出其不属于侵权责任主体的结论——除非受害人可以证明该配偶存在过错。因此，依据“一般侵权责任标准”，夫妻一方侵权之债的责任主体一般仅限于实施侵权的行为人本身，配偶被排除在责任主体的范围之外，夫妻一方侵权的债务性质为个人

① 湖南省长沙市中级人民法院（2020）湘01民终2851号民事判决书。

② 山东省烟台市中级人民法院（2021）鲁06民终5891号民事判决书。

③ 《侵权责任法》第6条第1款规定：“行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。”

债务，而非夫妻共同债务。

（二）根据《民法典》第1165条认定

在《民法典》颁布之后，一般侵权行为责任的法律依据发生了变化，但条文内容并没有实质性改变，仍然坚持四个构成要件的要求，实际上是对原侵权法上标准的延续。然而，在整体认定思路不变的情况下，具体裁判理由却有了新的发展。围绕着依据《民法典》第1165条“一般侵权行为责任”规定还是依据《民法典》第1064条“夫妻共同债务”规定，出现了合法之债与非法之债在法律适用问题上的讨论，该讨论对于认定夫妻一方侵权之债责任主体的法律依据的确定具有一定启发性。

比如，在“李某某、彭某某等机动车交通事故责任纠纷案”^①中，法院认为侵权之债不是为了维持夫妻共同生产和生活形成的必要支出及投入，不符合夫妻共同债务的特征。夫妻共同债务应是合法行为导致的正当债务。而非法的侵权行为而形成的债务，不具备合法性和正当性，且张某某与高某某并无共同举债的合意，高某某在本案中不存在过错，不应承担本案侵权责任。

又如，在“曾某某、庞某某机动车交通事故责任纠纷案”^②中，法院认为，“被告曾某某在本案中承担的赔付责任应为其因主观过错和侵权行为造成的侵权之债，该债务并非夫妻关系存续期间为维持家庭日常生活所必需的合理支出，不应认定为上诉人曾某某与庞某某的夫妻共同债务”。

由此可见，在《民法典》颁布之后，由于第1064条“夫妻共同债务”规定的巨大影响力，导致许多法院在认定夫妻一方侵权之债的债务归属时发生了思路上的转变。然而，那些仍然坚持以一般侵权责任裁判的法官，在论证应当适用民法典第1165条侵权责任规定而不适用第1064条规定时提出了新的正当依据——“合法性行为理论”。该理论是指在现实生活中，不管是合法行为还是非法行为，均有导致某债发生的可能性。比如，赌博行为的发生

① 山东省烟台市中级人民法院（2021）鲁06民终3379号民事判决书。

② 广西壮族自治区钦州市中级人民法院（2020）桂07民终759号民事判决书。

会导致赌债这一结果，然而因为赌博这种行为属于违法行为，所以该赌债并不会受到法律的保护。同样应用到夫妻关系中，如果夫妻一方实施了非法的侵权行为，那么由此产生的侵权之债，是因非法行为产生的消极之债，当然不具备成为夫妻共同债务的合法性与正当性。

不难发现，在夫妻一方侵权之债责任认定的场合，采用侵权法思路裁判的法官通过合法性标准对《民法典》第1165条和第1064条的适用范围进行了界定，从而为采用一般侵权行为责任的裁判思路提供了新的合理性依据，使该责任认定标准更具说服力。

无论是在《民法典》生效前还是生效后，“一般侵权行为责任标准”都始终在司法实践中应用和发展，可见该标准已经深入人心。从本质上看，这种以一般侵权责任为认定思路的裁判实际上遵循的是“过错责任原则”和“自己责任原则”，即以行为人的主要过错为认定侵权责任的必要条件。学界中很早就存在为之提供支持的理论——“责任自负”理论。“责任自负”理论的主要含义包括：（1）违法行为人应当对自己的违法行为负责；（2）不能让没有违法行为的人承担法律责任，即反对株连或者变相株连；（3）要保证责任人受到法律追究，无责任人受到法律保护，即不枉不纵，公平合理。^①在社会发展过程中，“责任自负”逐渐发展成为现代法律的重要原则，每个人都有自身独立的意志，可以进行自由的意志选择，因此每个人都必须为自己的行为负责。同时，每个人都无须为个人之外的任何他人的行为承担责任。可见，司法实践中法官们采用“一般侵权责任”的认定思路，正是出于对公民个人主体地位和公民自由意志的尊重和维护，故据此作出的裁决结果具有一定的合理性。

然而，以侵权法为这种行为导向的判定逻辑也并非完美无瑕。首先，从形式上看，在一般侵权行为发生领域，原《侵权行为法》尚且关注行为人是否存在职务身份或者被雇用等特殊身份，进而判断是否承担责任的情形。在夫妻一方侵权之债的场合，单纯考虑侵权行为的构成要件，而未将婚姻法规则作为夫妻共同债务认定的考量因素，有“忽略婚姻共同体的内在本质”之

① 参见张文显：《法理学》（第五版），法律出版社2018年版，第156页。

嫌。例如，夫妻二人在上班途中，因驾驶超速造成交通事故，若简单地依据自己责任原则，将事故发生归结于驾驶人丈夫个人过错所致，判决个人承担责任，实际上忽略了夫妻关系的存在对超速行为的影响。其次，从本质上看，侵权行为主体与侵权责任承担主体在侵权责任法领域并不完全等同，这种相分离的情形在替代责任中体现得最为明显，法理上也能够解释这种分离的合理性——侵权行为和责任承担存在发生上的先后顺序。在夫妻一方侵权的情形中，考虑到婚姻关系的亲密属性，我们更应当充分考虑侵权行为主体与侵权责任承担主体是否存在分离的可能性与必要性，如从受害方利益救济的角度出发，若法院仅以侵权行为主体作为侵权责任承担主体，则当侵权一方为人清偿能力不足时，受害人将因为难以举证侵权行为人配偶对侵权事故的发生具有过错，最终无法得到实际救济。由此可见，由于一般侵权责任标准的裁判思路欠缺对于婚姻关系内在因素的考量，因此在夫妻一方侵权之债的责任主体认定问题上，该标准并不能够达到理想的法律效果。从法理上看，该标准无法解释侵权行为配偶在侵权行为发生过程中可能起到的影响与作用；从结果上看，将侵权责任归结为个人责任也使得受害人无法充分获得赔偿和救济。

二、以“与夫妻共同生活有关”标准认定

在该类案件中，法院不再依据夫妻一方对外侵权行为的“外观表现”判定债务归属，而是从侵权行为的“内在本质”角度探究侵权行为与夫妻共同生活之间的关系，判断该债务是否属于“家庭日常生活需要”“夫妻共同生活”“共同生产经营”中产生的侵权之债。^①

① 此类案例参见广东省广州市中级人民法院（2016）粤01民终8865号民事裁定书、福建省高级人民法院（2018）闽民再118号民事判决书、山东省高级人民法院（2020）鲁民申2078号民事裁定书、苏州市中级人民法院（2020）苏05民终2243号民事判决书等。

（一）根据《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》第3条认定（《民法典》生效前）

按照这种观点，夫妻债务承担应当且只能依据婚姻法领域的规则，因此对于夫妻一方侵权之债责任主体的认定问题，需要通过婚姻法的思路来解决。然而，目前我国的法律法规中仅包含夫妻之间的合同债务，对于夫妻一方侵权之债的认定尚无定论。因此，在司法实践中，部分法院认为可以类推适用夫妻共同债务的规定，即依据“为家庭生活所需”“用于共同生活或者共同生产经营”等标准进行认定。

在“余某某与某财产保险股份有限公司机动车交通事故责任纠纷案”^①中，法院认为：

贺某某有偿搭载聂某某的行为发生在余某某与贺某某夫妻关系存续期间，且聂某某系余某某主动招揽的付费乘客，故有偿搭载聂某某是贺某某与余某某的共同意思表示，亦属共同从事生产经营活动，产生的利益为家庭共同利益。依据相关法律的规定，贺某某因案涉交通事故产生的侵权之债，属于夫妻共同债务，余某某应对该债务承担连带清偿责任。

在“徐某某、张某某与昌某国际物流有限公司追偿权纠纷案”^②中，法院认为：

涉案事故发生在徐某某、张某某夫妻关系存续期间，涉案车辆为营运车辆，事故发生时也在从事营运行为，车辆运营收益为徐某某、张某某共有。综合上述情况，涉案债务虽为侵权之债，但符合“为夫妻共同生活所负债务”这一夫妻共同债务的特征，因此该债

① 四川省眉山市中级人民法院（2021）川14民终263号民事判决书。

② 江苏省高级人民法院（2019）苏民申1675号民事裁定书。

务为夫妻共同债务。

以上案例的法律依据是《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》第3条的规定^①，然而，该司法解释的适用范围是否能够涵盖侵权之债并不明确，有学者认为该解释第3条“可以适用于投资、决议以及侵权之债”^②，也有学者表示该解释只适用于“以民间借贷为主的合同纠纷”，“适用同一规则认定合同纠纷与侵权纠纷中的夫妻共同债务将导致规则内部逻辑的龃龉”^③，不一而同。围绕着适用的肯定观点，也有学者进一步指出，夫妻一方对外的侵权之债与合同之债均属于婚姻关系中不可避免的风险。夫妻共同体对内共享收益，对外共担风险，因此如果风险发生在夫妻共同利益的范围内，则应当由夫妻共同承担责任。^④这种观点弱化了债务发生的原因，更加强调债的风险属性，从而在侵权之债与夫妻共同债务规则之间建立连接，具有一定的合理性。

笔者认为，身份法中的夫妻共同债务规则旨在解决夫妻因合同行为形成的债务归属认定，订立合同行为本质上属于民事法律行为，而侵权行为属于事实行为，^⑤因此夫妻侵权之债不能当然类推适用夫妻合同之债的裁判逻辑。在合同行为领域，产生的是当事人之间自由意志支配下的意定之债，根据意思自治原则，法律根据合同双方合意分配彼此的权利与义务，因此夫妻共同

① 《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》第3条规定：“夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院不予支持。但债权人能够证明该债务用于夫妻生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。”

② 冉克平：《论夫妻共同债务的类型与清偿——兼析法释〔2018〕2号》，载《法学》2018年第6期。

③ 蔡立东、杨柳：《侵权纠纷中夫妻共同债务认定的困境与立法回应——以机动车交通事故责任纠纷为研究对象》，载《法学论坛》2020年第3期。

④ 彭诚信：《〈民法典〉夫妻债务规则的应然理解与未来课题》，载《政法论丛》2020年第6期；包冰锋、曾培玉：《侵权纠纷夫妻共同债务认定的现实困境及其应对》，载《河北法学》2021年第3期。

⑤ 程啸：《侵权责任法》，法律出版社2015年版，第53页。

债务的判定标准也围绕着夫妻一方与债权人之间的意思表示的内涵和本质进行设定与解释。而在侵权行为领域，产生的是不受当事人意志支配和决定的法定之债，侵权行为超出了法律规定的必要限度，而对他人的人身或者财产造成损害，进而产生法律责任。意思表示并非侵权行为的构成要件，夫妻一方侵权的情形自然缺乏适用意思表示解释规则的合理性。

除了适用范围不明确之外，该标准在实践中的操作难度大。有法院就在判决中提出了关于“与夫妻共同生活有关”标准的反对观点：^①

基于婚姻家庭事务的复杂性，对于侵权行为人驾车目的是否与夫妻共同生活有关的认定存在极大的困难和不确定性，无法在司法实践中进行合法合理的适用。因此，在侵权纠纷中夫妻共同债务认定的问题上，不能将适用于合同领域的“是否与夫妻共同生活有关”作为侵权责任的判断标准。

笔者对此表示赞同，该标准在具体衡量是否属于夫妻共同生活所需时，缺乏客观衡量依据，在具体个案中取决于法官的主观判断，这就导致法官的自由裁量空间较大，对侵权行为人可能会出现法律裁判结果的悬殊，受害人能否获得充分赔偿也将处于不确定的状态。

司法实践中也验证了这一点，在“胡某某与舒某某、陆某某机动车交通事故责任纠纷案”^②中，法院认为，“事故发生时系被告舒某某帮儿子拉货，作为配偶的被告陆某某并没有因此行为获益，被告舒某某驾驶的三轮摩托车亦不受其支配与控制，被告舒某某因交通事故产生的侵权之债应属于其个人债务，被告陆某某不承担赔偿责任”；在“伍某与刘某某等夫妻共同债务确认纠纷案”^③中，法院认为，“邱某某驾驶的肇事机动车为邱某某与伍某的夫妻共同财

① 四川省泸州市中级人民法院（2020）川05民终771号民事判决书。

② 湖南省湘潭市岳塘区人民法院（2017）湘0304民初2396号民事判决书。

③ 湖南省邵阳市中级人民法院（2019）湘05民终2772号民事判决书。

产，事故发生在邱某某使用该车送其表弟去医院治疗途中，邱某某的这一行为可视为家庭日常社会交往的生活需要”；在“叶某与柏某机动车交通事故责任纠纷案”^①中，法院认为，“接送子女上学属于夫妻家庭共同生活的范围，在此过程中驾驶肇事车辆而产生的债务，应当认定为夫妻共同债务”；在“吴某1、吴某2机动车交通事故责任纠纷案”^②中，法院认为，“接送妻子上班的事实无法当然证明侵权行为人配偶陈某对该车辆享有收益，或者陈某、罗某将该车的收益用于二人的夫妻家庭共同生活中，故不应认定为夫妻共同债务”。

由此可见，同样是亲属之间的人情往来，以上法院都采用了相同的“共同生活需要”标准，但是关于债务属性和责任主体的认定却差异巨大，这是由于当事人之间、法官之间对于各种社交关系的定义不同，该标准具有较强的主观性，从而导致个案裁判中明明案情相似，法院的裁判结果却截然不同。

（二）根据《民法典》第1064条认定

《民法典》生效后，《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》的规定被《民法典》婚姻家庭编吸收，“与夫妻共同生活有关”的标准也因此得以保留和发展。我国《民法典》第1064条再次明确了“夫妻共同债务”的认定规则^③，对于该规定是否适用于夫妻一方侵权之债却依旧未置可否，因此，司法实践中仍有依照该认定思路进行裁判的案例。^④

① 广东省珠海市金湾区人民法院（2018）粤0404民初782号民事判决书。

② 福建省莆田市中级人民法院（2017）闽03民终1663号民事判决书。

③ 《民法典》第1064条规定：“夫妻双方共同签名或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，以及夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，属于夫妻共同债务。夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，不属于夫妻共同债务；但是，债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。”

④ 此类案例参见重庆市巴南区人民法院（2021）渝0113民初13663号民事判决书、湖南省岳阳县人民法院（2021）湘0621民初2453号民事判决书、辽宁省盘锦市中级人民法院（2021）辽11民终413号民事判决书、黑龙江省林口县人民法院（2021）黑1025民初1451号民事判决书、湖北省远安县人民法院（2021）鄂0525民初297号民事判决书、广东省中山市中级人民法院（2021）粤20民终596号民事判决书等。

在“杨某1、卢某1等义务帮工人受害责任纠纷案”^①中，法院认为，“根据《民法典》第1064条规定……本案中卢某1作为被帮工人，所涉债务为卢某1个人侵权之债，而非卢某1、李某2共同侵权之债，也非基于卢某1与李某2的共同意思表示所形成，亦非用于卢某1与李某2的家庭日常生活或共同生产经营，故，本案所涉侵权之债不属于卢某1与李某2的夫妻共同债务，杨某1要求李某2承担赔偿责任无事实及法律依据，本院不予支持”。

从该案中可以看出，法院结合共同侵权、夫妻共同意思表示、夫妻共同生活生产经营的标准综合判断，认定本案所涉之债非夫妻共同债务。此外，本案中所涉及的车辆为侵权行为人配偶所有，受害人正是以此为依据要求其配偶承担连带赔偿责任，但法院在判决时并未将该因素纳入考量范围。

在“姚某、王某等机动车交通事故责任纠纷案”^②中，法院同样依照该标准进行判决，“根据现有证据可以认定，被告杨某、曾某系夫妻关系，案涉车辆登记在杨某名下，夫妻俩雇用陈某为专职司机，用该车为夫妻俩经营的物流公司运输货物，也即事发时陈某驾驶案涉车辆运输货物的行为属于为杨某、曾某夫妻二人共同利益的行为。因此，产生的侵权之债应当认定为夫妻共同债务，故，对三原告超出保险责任限额的合法损失，应由杨某、曾某共同承担赔偿责任”。本案中，侵权行为产生的基础活动来源于夫妻的共同经营活动，故而该行为也具有夫妻共同利益，法院因此认定该侵权之债属于夫妻共同债务。

从上述案例中可以看出，在立法没有明确规定的情况下，司法实践中采取以《民法典》第1064条规定的标准进行认定的做法较为普遍，部分学者也主张在认定夫妻一方侵权之债的性质时不能过于绝对，对于不同情形的案件要进行具体分析，而非“一刀切”。如果夫妻一方实施侵权行为产生的债务与夫妻的家庭共同生活、生产经营有关或者为了夫妻的共同利益，则认定为夫妻的共同债务；反之，认定为侵权一方的个人债务。“对于法定之债，若

① 吉林省桦甸市人民法院（2021）吉0282民初2559号民事判决书。

② 湖南省岳阳县人民法院（2021）湘0621民初2453号民事判决书。

是为家庭利益而负担，可能被认定为夫妻共同债务，如为家庭生计的出租车司机因交通肇事所生债务。”^①在夫妻双方婚姻共同体的关系中，由于我国普遍采取夫妻共同财产制，夫妻双方往往共享利益，因而对于伴随的风险也应当承担，但现实生活中的情况更为复杂，侵权行为产生的情形也多种多样，“一刀切”式的认定规则无法维持受害人与侵权方配偶之间的利益平衡，对于夫妻双方恶意串通逃避债务的问题也难以避免，面对具体个案应当采取更为精细的认定标准，最大限度地平衡受害人与侵权方配偶之间的利益冲突。

事实上，立法机关并未对《民法典》第1064条的适用范围予以澄清。如果按照通常理解，将该规定解释为“适用于解决夫妻一方基于意思表示而产生的意定之债”，则法官们在司法实践中援引该法律依据裁判侵权案件，实际上是采取了目的性扩张的解释方法，将基础性活动来源于夫妻共同生活生产经营，或有共同利益、共同意思表示的一方侵权之债纳入《民法典》第1064条的规定，认定为夫妻共同债务。“夫妻共同债务认定规则的设计限于合同之债，特别是借款合同之债范围内，而非从债权体系这个整体的角度看待问题，以至于在司法裁判中无法迎合解决司法实践中已经出现夫妻一方侵权的债务认定问题。”^②

笔者认为，基于法律条文本身的规定，从文义解释和体系解释上来看，《民法典》关于夫妻债务的规定事实上仅可适用于意定之债，而无法适用于法定之债，对于夫妻一方侵权的情形难以直接类推适用夫妻合同之债的裁判逻辑，但基于对各方当事人利益的衡量来看，侵权责任立法的首要目的在于保护受害人的权益，对其所受损害进行填补，因而在侵权受害人与非侵权方配偶之间，选择偏向保护前者体现了以受害人利益为主的价值观念，若简单将侵权之债排除在夫妻共同债务的适用范围外，将不利于保护受害人的利益，“如夫妻双方一起自驾出游发生交通事故致他人损害所产生的侵权之债，

① 冉克平：《论夫妻共同债务的类型与清偿：兼析法释〔2018〕2号》，载《法学》2018年第6期。

② 陈伟：《论债体系视角下的夫妻共同债务》，载《北京化工大学学报》2017年第2期。

显然驾车只能够是夫妻一方控制交通工具，此时如果将该夫妻一方因个人过错而引发的债务一概认定为个人债务，那么受害方不能完全获得赔偿的风险增加，如此一来对受害人非常不公平。”^①在《民法典》第1064条的规定适用中，“共债共签”基于对“共同意思表示”的要求，排除了法定侵权之债适用的可能性，“日常家事代理之债”代理的是法律行为，也排除了侵权之债的适用，因而在解释论上，对于夫妻一方侵权之债只能通过对“债务用于共同生活或共同生产经营”作目的性扩张，从而将该条也适用于夫妻一方侵权之债的场合，“对于夫妻一方侵权之债的处理，较为合理的做法是通过扩大解释《民法典》第1064条第2款予以解决。若配偶一方的侵权之债是为共同生活所负或者是在执行家庭共同事务过程中发生，则该债务应为夫妻共同债务，否则为侵权方的个人债务。”^②

然而该裁判思路仍然无法解决前文中所述的裁量标准不统一的问题，即对于侵权之债产生的原因是否为夫妻共同生活或共同利益时，不同法官采取的认定标准亦存在差异，从而导致产生不同的裁判结果。

在适用《民法典》第1064条规定对夫妻一方侵权之债的责任主体进行认定时，首先应当注意对“债务用于夫妻共同生活或共同生产经营”采取何种标准。夫妻一方对外侵权所产生的债务，不论是使夫妻共同体的共同财产直接增值，还是债务形成的原因，即基础活动与夫妻共同生活有关导致共同体受益，只要客观上有益于夫妻共同体，就可以认定为夫妻共同债务。通过这样的解释适用，可以最大限度地为受害人提供尽可能充分的损害赔偿救济。

对于举证责任的问题，根据《民法典》第1064条的规定可以看到证明责任是由债权人承担的，但该条是针对意定之债而规定的，在意定之债中，债权人与债务人在举债过程中会有接触和了解，对于债务用途也有机会进行了解，而在侵权之债中则不同，受害人往往是出于意外事件而和侵权人产生联

① 陈伟：《论债体系视角下的夫妻共同债务》，载《北京化工大学学报》2017年第2期。

② 李心悦：《论夫妻共同债务的类型与清偿》，载《东南大学学报（哲学社会科学版）》2022年S2期。

系，若要求其证明侵权行为的基础活动具有夫妻共同利益则较为困难，因而应当相应减轻受害人的证明责任，如推定侵权行为的基础性活动具有夫妻共同利益或用于夫妻共同生活生产经营，同时为了利益平衡，允许非侵权方配偶提出反证来推翻该推定。

三、以共同财产标准认定

共同财产标准实际上是从物权法角度出发构建的标准，共同共有人对共有物承担连带债务是该标准的正当性依据，其初衷在于保护外部债权人的合法权益，债权人可以向全部共有人请求履行因共有物产生的债务。^①在夫妻一方侵权的情形中，采用该标准的裁判思路是，对于夫妻一方在使用共同共有物时造成第三人损害的，应当由夫妻双方共同承担因共有物而引发的侵权之债。

（一）根据《物权法》第102条认定（《民法典》生效前）

为明确共同共有人与第三人之间关于物上请求权的权利义务关系，《物权法》第102条对共同共有物的法律关系的外部效力作出了规定，即共有人因共有物而产生对外的连带债权债务关系。《婚姻法》第17条关于夫妻婚后财产共有制的规定，在夫妻一方对外侵权的情形中，夫妻一方对外实施侵权行为的工具往往是夫妻双方的共有财产，因此有些法院在实践中将《物权法》第102条与夫妻一方对外侵权之债的性质认定建立联系，直接依据涉案财产属性是否为夫妻共同财产来判定夫妻一方侵权之债的债务归属。^②

① 全国人大常委会法制工作委员会民法室：《〈中华人民共和国物权法〉条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2017年版，第217页。

② 此类案件参见浙江省杭州市中级人民法院（2020）浙01民终1435号民事判决书、江苏省南通市中级人民法院（2015）通中民终02249号民事判决书、四川省盐亭县人民法院（2019）川0723民初1879号民事判决书等。

在“罗某某、阳某财产保险股份有限公司交通肇事案”^①中，罗某某与肇事者闫某某系夫妻关系，肇事车辆属于夫妻二人婚后共同购买的财产，法院在判定债务性质时，认为罗某某虽非肇事车辆的驾驶者，但因其为该肇事车辆的共同共有人，所以该债务应为夫妻共同债务，罗某某应当就该侵权事故所造成的损失与闫某某一同承担连带债务，即共同共有人共同享有债权、承担债务。

在“闫某某、刘某与华某财产保险股份有限公司交通事故责任纠纷案”^②中，法院认为：“根据法律规定，因共有的不动产或者动产产生的债权债务，在对外关系上共有人享有连带债权、承担连带债务。本案中，被告金某与被告刘某为夫妻关系，肇事车辆为被告刘某与金某夫妻共同财产，因此被告金某应对该车辆因侵权造成的债务与被告刘某共同对外承担连带责任。”

在上述案例中，法院适用的法律依据是《物权法》第102条关于“共同共有人”的规定^③，夫妻对于在婚姻关系存续期间双方所得的生产、经营收益构成共同共有人的关系，因此适用共同共有人关于债权、债务的规定。同时我们还可以看出，共同共有理论通常适用于夫妻一方侵权行为涉及夫妻共有物（如机动车、动物等）的情形，重点考察的因素不再是夫妻各方是否确为侵害行为，而是夫妻双方是否具有共同所有人的身份。如果涉案财产属于夫妻共同财产，则夫妻双方需要对侵权损害之债承担连带清偿责任，因此，这是一种以客观载体的权利归属为核心要素的认定标准。

然而，司法实践中有法院对“共同财产”标准提出了反对观点^④，认为根据《婚姻法》第18条^⑤的规定，夫妻一方因身体受侵权所获得的赔偿，由

① 云南省梁河县人民法院（2019）云3122刑初164号刑事判决书。

② 黑龙江省亚布力林区人民法院（2019）黑7524民初250号民事判决书。

③ 《物权法》第102条规定：“因共有的不动产或者动产产生的债权债务，在对外关系上，共有人享有连带债权、承担连带债务，但法律另有规定或者第三人知道共有人不具有连带债权债务关系的除外；在共有人内部关系上，除共有人另有约定外……，共同共有人共同享有债权、承担债务……”

④ 四川省泸州市中级人民法院（2020）川05民终771号民事判决书。

⑤ 《婚姻法》第18条规定，“有下列情形之一的，为夫妻一方的财产：……（二）一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用”。

于另一方对此并无贡献，因而不是夫妻共同财产。按照该条规定的逻辑反向推导，夫妻一方对他人的侵权之债，另一方对此无过错且对侵害结果的发生“毫无贡献”，自然也不能认定为夫妻共同债务。该观点从体系解释的角度论证了既然侵权行为受害人的债权具有人身依附性，该债权不属于夫妻共有财产，那么侵权行为人的债务也应当由本人自行承担，该债务也不应属于夫妻共有财产，依据在于权利义务的一致性原则。

笔者认为，依据共同财产标准来判定赔偿责任的思路仍有待论证。在法律解释层面上，因为《物权法》第102条无法直接为侵权行为提供适用空间。共有人对外承担连带债务的必要前提在于，单个共有人以其自由意志在共有物上设定负担。然而，侵权行为是一种事实行为，并非行为人在共有物上设定负担的行为，二者截然不同。在法理层面上，仅依据所有权关系推定债务归属的裁判也显得过于“简单粗暴”，因为因共有物所生之债可能超出共有之债的范围，共有之债的发生原因也并非一定与共有物相关。^①某些情况下，因共有物所生的债务，其发生原因与共有物的使用者、管理者的行为关系更加密切。因此，只凭共有物的所有权归属来判断债务的归属，可能会导致法律适用上的偏差，尤其会导致对共有物缺乏控制和支配力的行为人的配偶被过度株连，而实际的使用者、管理者却因为不属于所有权人而逃脱法律追责，这明显是有失偏颇的。我们也可以这样说，物的所有权关系与行为效果的评价是两个层面的问题，共有财产标准却将二者混为一谈。将物权规则与侵权规则进行直接结合显然是欠缺考虑的，只会引发法律体系内部的冲突，因为《物权法》追求的是“维护和恢复所有权之圆满”，而《侵权责任法》想要实现的目的则是“弥补和填平被侵权人所受损失”。

除此之外，共有物标准无法适用于所有的侵权情形，因为并非所有的侵权人在实施侵权行为时都涉及共有物的使用。例如，被侵权人作为提供劳务者在工作过程中受伤，该损害结果并非夫妻共同财产导致，因此无法适用共

① 李中原：《共有之债的理论解析——〈物权法〉第102条之反思》，载《江苏社会科学》2019年第6期。

有财产标准进行裁判。

可见,“共同财产”标准存在较为明显的瑕疵,不宜单独作为裁判依据,但可以与其他标准结合来进行共同判定:同时考虑侵权行为的客观载体归属和侵权行为人的客观行为等其他因素。在《民法典》颁布之后,仍然有法院沿用该认定思路^①,如“周某某与王某某等机动车交通事故责任纠纷案”^②“朱某与聂某等机动车交通事故责任纠纷案”^③;同时,也有一些法院注意到该标准的不足之处,并在“共有财产”的基础上提出和论证了“运行支配者”和“运行利益享有者”的改进标准。

(二) 根据《民法典》第1062条、第1064条认定(《民法典》生效后)

这类案例是因机动车交通纠纷而体现出的一种独特的裁判逻辑。机动车交通事故责任属于特殊的侵权责任,针对夫妻一方侵权之债的责任主体这一问题,实务界不仅限于以“共有财产”标准进行认定,还会参考《道路交通安全法》。但由于《道路交通安全法》对于责任主体的规定亦具有模糊性,故,基于《民法典》生效后对物权与婚姻家庭相关内容进行整合,在适用机动车交通事故责任主体标准进行认定时,还结合《民法典》物权编和婚姻家庭编的相关理论与规范进行解释,即“共有财产”标准和“家庭日常生活需要”标准。^④

首先,通过检索和分析相关案例,可以发现其中较主要且明确提到的标准为“运行支配”和“运行利益”,但我国法律中并无此类规范。《道路交通

① 法律依据为《民法典》第307条、第1062条。

② 长春市双阳区人民法院(2021)吉0112民初560号民事判决书。

③ 湖南省双峰县人民法院(2021)湘1321民初2998号民事判决书。

④ 此类案件参见河北省迁安市人民法院(2021)冀0283民初4051号民事判决书、山东省威海市中级人民法院(2021)鲁10民终2767号民事判决书、云南省保山市中级人民法院(2022)云05民终1679号民事判决书、辽宁省营口市中级人民法院(2022)辽08民终656号民事判决书、湖南省常德市中级人民法院(2022)湘07民终647号民事判决书、山东省平度市人民法院(2022)鲁0283民初6838号民事判决书等。

安全法》第76条规定不足部分的赔偿责任由有过错的机动车一方承担，这主要是指事故中的外部责任，也就是机动车与机动车、机动车与非机动车之间的责任，并不涉及主体分离情况下承担责任的“机动车一方”的内部责任划分。《民法典》侵权编第五章机动车交通事故责任中，规定了主体分离情况下的特殊责任分配规则，涉及租赁人、挂靠人、盗抢人等，然而其中并没有作一般性的规定。其实，我国当前审判实践中所采用的“运行支配”和“运行利益”标准可以视为实务中的一般性判断标准，也就是比较法中“机动车保有人”的概念。“德国联邦最高法院的判例认为，机动车的保有人是指‘为自己的计算而使用机动车，并对以这种使用为前提的机动车拥有处分权的人。’”“日本民法学界通说认为，机动车的运行供用者的判断应从运行支配与运行利益两项基准上把握。”^①其中，德国法上的“为自己计算”指的是运行利益，“拥有处分权”指的是运行上的支配权，与日本法上的两项基准大体一致，亦是我国司法实践之参考。

其次，当驾驶人以外的相关责任主体恰好为夫妻中的另一方时，法院常常会结合夫妻共同财产制和“家庭日常生活需要”标准对“运行支配”与“运行利益”进一步解释。

比如，在“申某某、郁某某机动车交通事故责任纠纷案”中，一审法院认为，“首先，确认婚姻关系存续期间的债务是属于夫妻个人债务还是属于夫妻共同债务，有以下两个判断标准”，接着，其提到还应“从道路交通事故的责任主体来分析。道路交通事故中责任主体的确定，应当从‘运行支配’与‘运行利益’来分析”。“所谓运行支配，即谁对机动车的运行具有支配和控制的权力；而所谓运行利益的归属，即谁从机动车运行中获得了利益。”具体到该案，一审法院认为，涉案机动车属于夫妻共同财产，也用于日常家庭生活（接送小孩放学），夫妻双方共享了该车带来的运行利益，故该侵权之债应当认定为夫妻共同债务。二审判决与再审裁定也基本维持了一审判决

① 参见程啸：《民法典侵权责任编中机动车交通事故责任之完善》，载《法学杂志》2019年第1期。

中的观点,即“侵权行为与夫妻共同利益或者家庭共同生活无必然的因果关系”。^①在“沈某诉杨某等机动车交通事故责任案”中。一审法院除认为“张某作为登记车主虽无过错,但确定交通事故责任主体有两个标准:一是运行支配;二是运行利益的归属”外,还提到“对于‘运行利益’的认定,除了谋取经济利益之外,还应当包括机动车的运行行为为家庭带来的生活便利甚至享受,包括正常的社会交往活动”。^②

通过上述案例可以看出,当以机动车交通事故责任主体为标准而认定夫妻一方侵权之债是否为夫妻共同债务时,法院的基本裁判逻辑为:首先,根据认定机动车交通事故责任主体的两个标准即“运行支配”和“运行利益”确定基本维度;其次,对这两个次标准进行解释,也就是当驾驶人以外的相关责任主体恰好为夫妻中的另一方时,应该如何判断“运行支配”与“运行利益”;最后,据此认定是否为夫妻共同债务。其中,针对“运行支配”标准,主要根据《民法典》第1062条的夫妻共同财产制进行解释;针对“运行利益”标准,则根据《民法典》第1064条的夫妻共同债务规则进行解释,但如上文所述,立法机关对该条的适用范围未做澄清,法官的裁量权较宽泛,司法实践中的裁判思路不统一。

夫妻共同财产制为夫妻财产制的一种普遍形式,有观点认为夫妻财产制仅代表财产的归属而非债务认定依据,^③而笔者认为,基于物权共有理论,夫妻双方对其共有的机动车或其他财产皆有支配和管理的权利,故,也应当对该财产所产生的风险或者危险负责,即对所产生的债务承担责任,并且,“机动车保有人”的判断亦与危险责任的法理相关。但正如上文所言,因共有物所生之债可能超出共有之债的范围,仅凭共有物的所有权归属来判断债务的归属,可能会使对共有物缺乏控制和支配力的行为人的配偶被过度株连,故,需结合“运行支配”标准对“共有财产”标准进行修正。同时,前

① 河南省周口市中级人民法院(2019)豫16民终2374号民事判决书。

② 山东省淄博市中级人民法院(2019)鲁03民终4487号民事判决书。

③ 蔡立东、杨柳:《侵权纠纷中夫妻共同债务认定的困境与立法回应——以机动车交通事故责任纠纷为研究对象》,载《法学论坛》2020年第3期。

述提到,无论是理论还是实务,皆认同“运行利益”包括某种便利或享受,置于家庭之中,主要是指为满足家庭日常生活需要而带来的各种便利,但需要注意的是,家庭生活具有长期性和社会性,故,对“运行利益”的判断不能只基于一时或表面,而应从家庭生活的长远性、全面性和实质性来认定。

基于以上分析,似乎夫妻双方皆为天然的“保有人”,故,只要一方发生机动车交通事故,则所负债务很容易被认定为夫妻共同债务。但笔者认为,当置于婚姻家庭环境下解释“运行利益”时,还应细化机动车在某段时间内的主要用途,谨慎类推适用合同之债的规则,以此契合婚姻家庭编的逻辑,最大限度地平衡夫妻一方与被侵权人之间的利益。

四、以婚姻关系存续期间标准认定

《民法典》生效前,我国的司法实践中常见法院援引原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》第24条^①作为认定夫妻共同债务的法律依据。^②

在“王某某与王某芹、王某兴生命权、健康权、身体权纠纷案”^③中,法院认为:“只要在婚姻关系存续期间,任何一方所实施的侵权行为均推定是出于夫妻共同生活的目的,并且侵权方配偶也不能提供有效证据证明该行为不是为了夫妻共同生活。因王某芹、王某兴系夫妻关系,根据《最高人民法

① 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》第24条规定:“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的,应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务,或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。”

② 此类案件参见天津市高级人民法院(2018)津民申769号民事裁定书、辽宁省沈阳市中级人民法院(2019)辽01民终8503号民事判决书、内蒙古自治区高级人民法院(2017)内民申1312号民事裁定书、湖北省武汉市中级人民法院(2020)鄂01民终1914号民事判决书等。

③ 河北省邯郸市丛台区人民法院(2019)冀0403民初2572号民事判决书。

院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第24条的规定，应由王某芹、王某兴共同承担赔偿责任。”

在“于某、丁某志机动车交通事故责任纠纷案”^①中，法院认为：“本次交通事故发生于梁某、于某婚姻关系存续期间，梁某已在本次交通事故中死亡，于某在交警部门以及原审法院调查期间均自认肇事车辆是自己所有，故，梁某驾驶的车辆系与于某的夫妻共同财产，于某是肇事车辆家庭共有人。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第24条的规定，于某作为肇事人梁某之妻属本案适格主体，原审法院判令于某对梁某在交通事故中造成损害后果而形成的债务承担赔偿责任有事实和法律依据。”

上述两案判决都是依据原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第24条的“时间推定理论”，认为凡在婚姻关系存续期间发生的债务，可以一概推定为夫妻的共同债务，例外情形是债权人明知债的发生与夫妻双方共同生活无关或者没有使夫妻双方共同受益，以及侵权一方配偶举证证明夫妻双方明确约定了该债务为侵权行为人的个人债务。

在笔者看来，这样的规定与我国的夫妻共同财产制的背景是密切相关性的。在夫妻共同财产制之下，夫妻财产的集合体一般都是由夫妻双方的个人财产及夫妻共同财产所构成。婚姻关系存续期间，无论是一方个人取得的财产还是双方共同取得的财产，一般情况下都属于夫妻共同财产。那么相应地，无论是夫妻一方发生的债务还是双方的共同债务，原则上也应该是属于共同债务，即所谓的“共财必然会导致共债”，在夫妻共同体当中，不仅财产的积极增加大家可以一起享有，财产的消极丧失也需要大家一起来承受，这在一定程度上来讲也符合民法上的公平原则。此外，在德国法中，也是采相同的法理逻辑。“债务与财产相统一”原则作为法国夫妻共债认定模式的制度基础，是指夫妻财产集合体中的各组成部分都应该承担与之相关联的债务。

① 黑龙江省高级人民法院（2019）黑民再378号民事判决书。

那么如何具体认定这一相关性呢？法国主要采用的是宽泛的时间标准，也即“婚姻关系存续期间”标准，原则上只要某债务的发生是在婚姻关系存续期间，就应该认定为这是夫妻共同债务。虽然也有规定违法犯罪、恶意欺诈此类的例外情形，但这无疑还是让无辜配偶的权益处于十分不利的位置。^①

虽然在当时的最高院看来，这样的认定标准不仅能够高效及时地处理相关纠纷，而且符合日常家事代理的基本法理。但在很多学者看来，首先，这样的“时间标准”极易模糊个人债务和共同债务的边界，造成共同债务的不当扩张，有对债权人保护矫枉过正的嫌疑，会严重损害无辜配偶一方的利益，在纠纷处理上有些本末倒置。其次，日常家事代理的应用场合主要是标的额较小的日常家事，而在大部分的夫妻共同债务案件中，标的额其实是远超日常家事范围的，因此，日常家事的基本法理无法对《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第24条进行解释。

同时，笔者认为，这样“一刀切”的标准过于绝对化。仅凭借债务发生在夫妻婚姻关系存续期间便将其认定为属于夫妻双方共同债务，对侵权行为人的配偶而言显失公平，在侵权行为人配偶和受害人的利益平衡之间也有所失衡。即便该条规定了例外情形，在司法实践中侵权行为人的配偶也很难证明债权人明知该侵权之债的发生与夫妻共同生活或共同利益无关，或者对方知晓该债务已被明确约定为个人债务，因此这样的例外规定真正发挥实效的可能性微乎其微。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第24条的出台是为了更好地规范当时较为混乱的民间借贷行为，是基于婚后财产共同理论的法理基础，防止夫妻勾结恶意适用原先作为主流的“用途论”夫妻共同债务认定标准，更好地保护债权人的利益，维护交易的动态安全。^②因此，放在需要更好权衡无辜配偶和侵权受害人利益的侵权之

① 参见罗瑶：《于私法自治与团体主义之间——〈民法典〉夫妻共同债务认定规则的解释方向》，载《中国政法大学学报》2022年第6期。

② 参见薛宁兰：《中国民法典夫妻债务制度研究——基于财产权平等保护的讨论》，载《妇女研究论丛》2018年第3期。

债场合，毕竟，在民间借贷这种意定之债的场合之下，债权人和债务人事先是存在沟通、磋商的，配偶一方也存在知晓的可能性。而在侵权之债的场合之下，侵权人、受害人都不会预料到侵权行为的发生，侵权一方的配偶更是无从得知，若依然机械适用《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第24条的规定，明显违反了民法上的公平原则，将交易安全过度置于婚姻安全之上，将形式正义过度置于结果正义之上。

虽然在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第24条出台后，最高院为了弥补不足也多次发布过补充性意见和规定，但其在司法实践中债权人直接一纸诉状将无辜配偶告上法庭、法官机械地适用第24条的情况还是屡见不鲜。甚至关于第24条的两款补充规定，“夫妻一方与第三人串通，虚构债务，第三人起诉主张权利的，不予支持；夫妻一方在从事赌博、吸毒等违法犯罪活动中所负债务，第三人起诉主张权利的，不予支持”。

在《民法典》出台后，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》自然废止，第24条关于夫妻共同债务推定规则所带来的诸多弊端也随之而去。该条规定虽然不再适用，但却提醒我们对于法律的制定要保持敬畏和审慎的态度，不能把问题简单化，要考虑到司法实践中情况的复杂性和价值衡量的多元性，提出全面的、科学的、真正能够解决问题和化解矛盾的立法方案。

五、总结

《民法典》第1064条对夫妻共同债务规则的规定主要适用于意定之债，有关侵权纠纷中适用夫妻共同债务的规则问题，长久以来未能在法律中得到明确的规定，在司法实践中对于本类案件的处理使用规则不统一、认定标准不一致，导致被侵权人利益和侵权人配偶利益难以维持平衡，为此，应当对侵权纠纷中夫妻共同债务的适用条件加以明确，以期应对复杂多变的现实问题。

本专题以夫妻一方对外侵权之债的主体认定标准为研究对象，通过对典型案例、相关立法以及司法实践现状进行分析，总结了目前司法实践中对夫妻一方对外侵权之债的主体认定的不同标准，即“一般侵权责任”“与夫妻共同生活有关”“共同财产”和“婚姻关系存续期间”的标准，并分别进行评析。

以“一般侵权责任”为标准的认定主要依据是侵权法领域的过错责任原则及数人侵权的相关规定，无论是在《民法典》生效前还是生效后，“侵权法标准”都始终被广为接纳，“过错责任”和“自己责任”原则在我国司法实践中仍然具有很强的说服力。然而，单纯考虑侵权行为的构成要件，而未将婚姻法规则作为夫妻共同债务认定的考量因素，有“忽略婚姻共同体的内在本质”之嫌，同时可能导致受害方举证责任的负担加重。

以“与夫妻共同生活有关”为标准进行认定的案件中，法院应从侵权行为的“内在本质”角度探究侵权行为与夫妻共同生活之间的关系，以判断该债务是否属于“家庭日常生活需要”“夫妻共同生活”“共同生产经营”中产生的侵权之债。在《民法典》生效前，法官的主要依据是《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》第3条，该条正是《民法典》第1064条的前身。《民法典》第1064条确立了“以共同意思表示与债务用途”认定夫妻共同债务的主要标准，但未解决该条款能否适用于侵权之债的问题。同时，对于如何认定“与夫妻共同生活有关”“家庭日常生活需要”，由于缺乏客观标准，因此在我国司法实践中存在不同的理解和判断，仍然有待立法上的进一步澄清。

以“共同财产”为标准的认定是指直接依据涉案财产属性是否为夫妻共同财产来判定夫妻一方侵权之债的债务归属。然而仅凭共有物的所有权归属来判断债务的归属，可能会导致法律适用上的偏差，尤其会导致对共有物缺乏控制和支配力的行为人的配偶被过度株连，而实际的使用者、管理者却因为不属于所有权人而逃脱法律的追责，因此其不宜单独作为裁判依据，但可以与其他标准结合来进行共同判定：同时考虑侵权行为的客观载体归属和侵权行为人的客观行为等其他因素。也有一些法院在“共有财产”的基础上提

出和论证了“运行支配者”和“运行利益享有者”的改进标准。比如，针对机动车交通纠纷类型的侵权案件，司法实践中演化出了独特的裁判逻辑：首先，根据“运行支配”和“运行利益”确定基本维度；其次，对这两个次标准进行解释，也就是当驾驶人以外的相关责任主体恰好为夫妻中的另一方时，应该如何判断“运行支配”与“运行利益”，最后据此认定是否为夫妻共同债务。

在《民法典》生效前，我国的司法实践中也有法院援引《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第24条作为认定夫妻共同债务的法律依据，这种做法虽高效，却极易模糊个人债务和共同债务的边界，造成共同债务的不当扩张，从而严重损害无辜配偶一方的利益，并且在法理上也难以解释。该种做法现已随着《民法典》的出台而消失。

综上所述，由于我国立法在围绕夫妻一方侵权行为的责任主体的认定问题上长期处于模棱两可的状态，因此无论是在《民法典》生效前还是生效后，司法实践中都存在诸多不同的裁判标准，每种标准自有可取的合理之处，但在不断适用和发展的过程中，也都暴露出自身的缺陷和问题。夫妻一方侵权之债的认定规则有其独特的法律逻辑和法理依据，它不仅属于侵权领域的纠纷，也涉及夫妻利益分配和婚姻家庭关系的维护与稳定，因此，通过本专题的研究，我们试图以案例梳理、总结和分析各种裁判思路及其背后的法理依据及论证逻辑的方式，期望能够为建立更好的责任认定标准提供灵感和启发。希望在不久的将来，我国立法能够基于对受害人与侵权行为人配偶的利益衡量以及司法实践需要，在应对夫妻一方侵权之债的责任认定问题上提出更具有逻辑性和法理上的适配性的解决方案。