

# 对民法典合同编通则解释的建议

麻昌华

11月4日，最高人民法院发布《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释（征求意见稿）》（以下简称《解释草案》），向全社会公开征求意见。《解释草案》全文共计73条，涵盖了合同从订立到终止到责任承担的方方面面。本文从词句表述、逻辑排列、规则比较和范围确定四部分对《解释草案》提出具体建议。

## 词句表述方面的建议

部分词句表述应更加精准，契合法律用语之习惯，保证司法解释用语之准确性。

1. “经常使用”的删除。《解释草案》第2条交易习惯的认定规则中“当事人之间在交易活动中经常使用的惯常做法”，其中当事人之间的“惯常做法”已经能涵盖“经常使用”之含义，建议删除“经常使用”。

2. “应当”改为“可以”。《解释草案》第21条第2款第4项规定“不属于通常情形下依其职权应当处理的事项”，建议将“应当”改为“可以”，因为“应当”代表义务，不属于工作人员义务的事项不一定是超越职权范围的事项。而“可以”代表许可和行为自由，不属于工作人员可自由处理的事项才是超越其职权范围的事项。

3. 增加限定条件。《解释草案》第50条第2款“应当认定受让人的通知发生法律效力”，建议改为“应当认定该转让对债务人发生法律效力”，因为本款并非强调通知本身的效力，而是强调受让人通知且能提供一定证据的，该转让对债务人发生法律效力。这样修改也更契合《民法典》第546条的规定。

## 逻辑排列方面的建议

无论考量因素、语句还是条款之间，应特别注意顺序和逻辑之安排，保证司法解释体系之科学性。

1. 合同解释的逻辑。《解释草案》第1条合同解释的细化规则中，应结合传统解释方法中的顺序来确定，如以文义为中心，辅之以体系、历史和目的解释。而交易习惯、缔约背景和磋商过程均可大致对应解释方法中的历史解释，更宜放在合同的性质和目的

□ 《关于适用〈民法典〉合同编通则部分的解释（征求意见稿）》全文共计73条，涵盖了合同从订立到终止到责任承担的方方面面。本文从词句表述、逻辑排列、规则比较和范围确定四部分提出具体建议。

□ 《解释草案》第55条第1款在约定解除权行使的限制中规定“解除合同对违约方显失公平”和前述要件的关系不够明确，可以进一步指明。

□ 《解释草案》第8条第2款在确定当事人一方磋商时是否违背诚信原则时，依据的标准是“是否严重背离预约合同约定的内容”，指向的范围过于模糊，建议改为“是否背离预约合同约定的实质性内容”。

之前。且交易习惯、缔约背景和磋商过程相较于同一类型合同的性质和目的而言，更有助于确定当事人在具体合同中千变万化的真实意思。同时，第1条第3款是对合同解释方法的补充，其结果也能直接指向合同条款的唯一解释，而第2款是存在两种以上解释时的规则，建议互换第2款和第3款位置。

2. 合同订立中的诚信。《解释草案》第5条中第1款中，“当事人一方在订立合同的过程中实施违背诚信原则的行为或者对合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力有过错”的表述应该修改。在司法实践中，违背诚实信用原则的行为就等同于过错行为，所以此处的逻辑关系不应该是一种并列关系而应当是一种承继关系，建议修改为“当事人一方在订立合同的过程中实施违背诚信原则的行为造成合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力”。

3. 合同解除的条件。《解释草案》第55条第1款在约定解除权行使的限制中规定“违约方的违约程度显著轻微，不影响非违约方合同目的的实现，解除合同对违约方显失公平的除外。”其中“解除合同对违约方显失公平”和前述要件的关系不够明确，是“且”还是“或”可以进一步指明。

4. 违约金和损害赔偿金的关系。《解释草案》第57条、第58条和第59条都提到了“违约金或者损害赔偿金”的表述，但是二者在《民法典》第389条担保物权的担保范围以及第691条保证的范围中都是以并列形式出现的，因此建议改为“违约金和损害赔偿金”。

## 规则比较方面的建议

《解释草案》与《民法典》之间应尽可能保持表述和结论的一致，保证司法解释与现有规则的统一性。

1. “除外”与“约定不明”。《解释草案》第3条第1款第2项中提及当事人一方就实质性内容作出了意思表示，但未与对方达成一致的情形，应属于合同成立的除外情形。此处一方作出意思表示但未达成一致的情形与《民法典》合同编第510条及第511条的“约定不明确”在实践中可能存在重合之处，但却可能产生完全不同的法效果，建议重新考虑该情形作为除外规定的合理性。

2. 缔约过失。《解释草案》第5条第2款中“当事人一方假借订立合同，恶意进行磋商，或者实施其他严重违背诚信原则的行为”，与《民法典》第500条的3种情形存在不一致。依《解释草案》，《民法典》第500条中“故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况”似乎被排除出“严重违背”的情形，同时上述规则也会导致究竟以“违背”还是“严重违背”诚信原则作为请求缔约机会损失的标准不明确问题。建议与《民法典》第500条的表述保持一致。

3. 预约合同的违反。《解释草案》第8条第1款中“不履行预约合同约定的义务”建议修改为“不履行预约合同约定的订立合同义务”，以此与《民法典》第495条第2款保持一致。

4. 公序良俗的违反。《解释草案》第17

条第2款在合同因违反效力性强制性规定而无效的情形中列举了“合同违反涉及公序良俗的强制性规定的其他情形”，此项规则不符合《民法典》第153条将“违背公序良俗”单独作为导致民事法律行为无效原因的规则，且此种情形可直接适用《民法典》的规定，因此建议删除《解释草案》第17条第2款第6项。

5. 情势变更的认定。《解释草案》第33条第1款中的“导致价格发生常人无法合理预见的涨跌”建议修改为“导致价格发生当事人在订立合同时无法合理预见的涨跌”，以此与《民法典》第533条的主语和时间条件相一致。

6. 违约责任的形式。《解释草案》第55条第2款中的“非违约方主张对方承担相应的违约责任或者采取其他补救措施的”建议修改为“非违约方主张对方承担相应的违约责任的”。因为根据《民法典》第577条的规定，采取补救措施只是违约责任中的一种，二者是包含关系，不应该并列规定。

## 范围确定方面的建议

《解释草案》的规定应控制在合理范围，对关键表述要尽可能具体确定，但对具体情况列举应具有包容性，以适应司法实践的变化，保证司法解释相关规则适用范围之合理性。

1. 违反预约合同的判断。《解释草案》第8条第2款在确定当事人一方磋商时是否违背诚信原则时，依据的标准是“是否严重背离预约合同约定的内容”，此处的“严重背离”和“内容”指向的范围过于模糊，建议改为“是否背离预约合同约定的实质性内容”。同时，应将预约合同生效后至本约合同订立时这一期间可能涉及的情势变更因素考虑在内。

2. 列举的限度。《解释草案》第10条和第11条的列举都过于具体，其中第10条中“通过勾选、弹窗等特别方式”并不一定满足《民法典》第496条第2款中“合理的方式”，“合理”本身还包含了能够被对方合理注意的意思，但《解释草案》中的“特别方式”则不具有该含义。同样，第11条第2款的但书过分限制了证明的手段，建议对证明手段不做要求，仅保留后半句对证明程度的规定。

（作者系中南财经政法大学法学院教授、博导，中国民法学研究会副秘书长兼常务理事）

# 推进涉案企业合规行刑衔接的四个对策

曹化

在刑事合规的具体展开中，检察机关如何做好与行政机关之间的行刑衔接是一个关键性问题。这里主要讨论的是作出相对不起诉决定之后，对于检察机关认为需要给予行政处罚的，移送相关行政机关处理的衔接问题。应当认识到，落实涉案企业合规行刑衔接既有利于发挥行政监管机关的专业化作用，为检察机关适用刑事合规提供专业支持，又可以发挥行政部门的监管作用，监督企业继续实施合规计划，从而从根源上治理企业违法违规行。

## 实践中行刑衔接的问题

实践中，检察机关对涉案企业决定不起诉并向行政机关提出给予行政处罚的检察意见后，行政机关可能存在两方面的问题：

一是怠于处罚。根据刑事诉讼法的相关规定，检察机关提出给予被不起诉人行政处罚检察意见的，有关主管机关应当将处理结果及时通知检察机关。由于缺乏衔接配合的规则和程序，实践中可能存在检察机关并不及时掌握行政机关后续作何处罚的情况。涉案企业不起诉后，若行政机关的处罚缺位或处罚过轻，就无法起到惩戒和威慑作用。

二是处罚过重。实践中，检察机关对合规整改后的企业作出不予起诉决定后，该企业未必会被行政机关从轻、减轻处罚，仍面临高额罚款、责令停业整顿、吊销营业执照等

行政处罚，这对于企业的影响甚至超过了刑事处罚。这将导致企业合规的激励效果大打折扣，以企业合规保护民营经济健康发展的初衷也难以实现。这里要提一下责任主义这个概念，从责任的角度，刑事责任应当重于行政责任，也即刑事处罚应当是比行政处罚更为严重的一种制裁措施。但实际情况是行政处罚时可以采取责令停产停业、吊销许可证和营业执照、罚款、没收财物，而刑事处罚只能是罚金和没收财物。因此，当前对涉案企业的行政处罚和刑事处罚存在失衡的情况，这也是导致行政处罚过重的因素之一。

## 落实企业合规行刑衔接的建议

针对目前存在的问题，可以考虑从四个方面推进和落实涉案企业合规行刑衔接：

一是进一步发挥提前介入机制作用。一方面是检察机关提前介入行政执法程序，在强化涉企案件移送和跟踪监督，突出双向衔接中的督促行政执法机关及时向公安机关移送涉嫌犯罪案件的同时，对后续可能开展的刑事合规加强引导和衔接。2021年9月，最高人民检察院成立驻中国证监会检察室，旨在加强与公安部、证监会的协同配合，助推行政处罚和刑事处罚的无缝对接。另一方面是检察机关邀请行政机关提前参与涉企刑事合规案件的办理。邀请行政机关了解涉案企业案件办理及合规整改情况，听取行政机

关的意见，发挥行政机关在相关领域的专业优势，共同研究解决合规案件中的困难和问题，为刑事处罚与后续行政处罚衔接奠定基础。应当注意，合规案件进入第三方监督评估程序后，相关监督评估工作主要由第三方组织完成，检察机关同行政机关之间的衔接配合不能干扰甚至替代第三方组织的监督评估作用。

二是建立企业合规互认机制。行政机关和检察机关在企业合规过程中，应当建立合规整改结果互认和处罚结果互认机制，进一步强化合规考察结果的运用，从而在司法机关与行政执法机关间形成配合以增强合规激励。具体而言，检察机关因涉案企业开展合规建设而作出不予起诉决定后，行政执法机关仍需对涉案企业进行行政处罚的，检察机关可以向行政执法机关提出从宽处理的意见，并将企业合规计划、合规考察报告等同步移送。该合规整改不仅应当作为检察机关作出从宽处理的依据，也应当得到行政执法机关的认可，成为行政执法机关对涉案企业作出从宽行政处理的依据。同时，对于涉案企业在行政机关、公安机关办案阶段已经作出合规承诺、开展合规整改，检察机关也应当对已经开展的企业合规程序予以确认。

三是搭建行刑衔接信息平台。根据中共中央、国务院印发的《法治政府建设实施纲要（2021—2025年）》，检察机关和行政机关在合规监管领域应建立信息共享机制。检察机关依法对涉案企业作出不予起诉决定后，应当通过信息平台与行政监管部门密切沟通，对企业展开

持续监督，做好企业整改后续相关工作。在这方面各地检察机关都进行了有益探索，以上海市闵行区人民检察院为例，闵行区检察院会同区公安分局、区市场监管局、区税务区和烟草草局等辖区内主要行政执法部门开发“被不起诉人信息管理平台”，实现本区各职能单位行政执法与刑事司法信息共享，不起诉信息与非刑罚处罚信息互联互通，共同完善非刑罚处罚措施实践应用，确保行政执法和刑事司法有效衔接。涉及企业合规方面，闵行区院将作出的相对不起诉信息实时推送给其他成员单位，各成员单位可根据推送信息作出相应行政处罚决定后同步反馈执行情况，并依托平台建立诉前考察制度，不起诉前征求行政主管部门意见，将被不起诉人行政处罚执行情况作为是否不起诉的重要参考，从而实现刑罚处罚与非刑罚处罚的有效衔接。

四是形成合规长效机制。检察机关应在作出不予起诉决定后继续对企业推行合规管理的情况进行定期跟踪回访，与行政机关合力确保企业合规计划落到实处，促进企业将刑事合规逐步延伸到行政合规，筑牢守法合规经营底线。同时，检察机关应当以涉案企业合规整改为契机，会同行政机关针对带有结构性和行业性特征的涉企违法犯罪类型出台专项合规评估标准，对企业相关风险行为在行政违法阶段进行预防和阻断，从源头上治理企业违法犯罪问题。

（作者单位：上海市闵行区人民检察院）