

中豪之窗

ZHONGHAO EXPRESS

ZHH
ZHH & Robin

2020年 第6期 | 总第072期 | 中豪律师事务所主办 | 双月刊



全国优秀律师事务所
司法部部级文明律师事务所
中国精英律所30强
亚太地区100强律所

【律师论坛】

工程款优先权
不及于土地使用权

因疫情受创企业的
重整自救之路

保险法修订中
消费者权益保护问题的探讨

国内律师在国际商事
争议解决中的地位与作用

【法理天地】

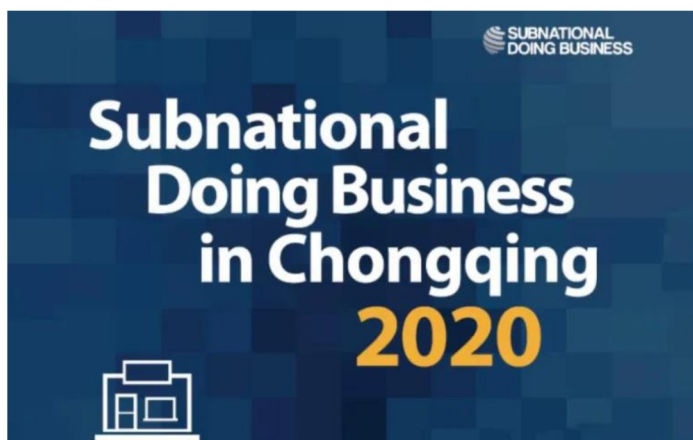
浅谈格式条款的规制

中豪第十次荣膺“钱伯斯”公司/商事领域第一等律所

2021年1月13日，全球著名法律评级机构钱伯斯（Chambers and Partners）发布了《2021亚太法律指南》。中豪凭借卓越的专业能力、优质的法律服务及良好的业界声誉再次荣获中国“公司/商事领域 西部（重庆）地区”第一等律所。董事局主席袁小彬再次荣膺“公司/商事领域 西部（重庆）地区”领域“业界贤达”称号；党委书记张涌被评选为“公司/商事领域 西部（重庆）地区”领域“第二等领先律师”。此次第十次入榜第一等律所榜单，不仅彰显了中豪在公司与商事领域的强大实力，也是对中豪专业化、规模化、国际化的充分认可。



世界银行致函答谢中豪10名合伙人支持营商环境调研 助力提升重庆营商环境



近日，世界银行集团完成了《2020重庆营商环境地方报告》调研，并向中豪参与调研并提供重要信息的合伙人张涌、宋涛、梁勇、郑毅、青苗、肖东、柯海彬、杨青、文奕、赵明举发送感谢函。中豪律师积极参与世行的问卷调查，涉及重庆市此次参与评价的开办企业、登记财产、执行合同和办理破产4项指标，并通过电话会议或邮件方式就世行调研人员提出的相关问题进行讨论，参与世行举行的指标磋商会、完善工作建议会等，使得重庆营商环境评价调研工作得以顺利开展。



中豪之窗

ZHONGHAO EXPRESS

总第072期 2020年 第6期 双月刊

(内部资料 仅供交流)

《中豪之窗》编委会

主编：袁小彬

执行主编：杨青

编委：

张涌	陈晴	邵兴全
宋涛	王辉	张晓卿
卜海军	陈伟	范珈铭
涂小琴	李东方	夏烈
俞理伟	朱剑	吴红遐
汪飞	郑毅	郑继华
崔冽	张德胜	宋琴
傅达庆	刘军	红天晓
文建	李燕	邓辉
柯海彬	梁勇	宁思燕
赵明举	周尽	杨敏
李永	王必伟	邓舒丹
刘文治	青苗	程地昌
周鹏	肖东	柴佳
陈任重	郑鹏	伍伟
谢敏	高伟	郭凌嘉
赵晨	曹阳	蒋官宝
文奕	曹一川	赵寅皓
任远	袁珂	

责任编辑：黎莎莎

美编：王先

主办：中豪律师事务所

Web: www.zhhlaw.com

Twitter: @zhhlawfirm

Weibo: weibo.com/zhhlawfirm

Wechat: @zhhlawfirm

CONTENTS 目录

律师论坛 FORUM

工程款优先权不及于土地使用权 宋涛 2

因疫情受创企业的重整自救之路 胡俊 8

保险法修订中消费者权益保护问题的探讨 陈任重 17

国内律师在国际商事争议解决中的地位与作用 郑毅 26

法理天地 THEORY

浅谈格式条款的规制 高伟 刘豪 35

11月13日，市律协举办了以“服务‘六稳’‘六保’，助力成渝地区双城经济圈建设”为主题的第六届重庆律师论坛，本届论坛面向全市律师征集论文。经评审委员会评审，宋涛、胡俊律师撰写的2篇论文荣获二等奖，周俊龙律师撰写的论文荣获优秀奖。

为秉持和践行司法为民，11月18日，渝中区法院张焱副院长一行到访中豪听取意见，党委书记张涌，合伙人王必伟、梁勇等进行热情接待并座谈交流。张焱副院长对座谈中提到的问题与建议表示充分重视，并对中豪破产清算业务领域的专业优势予以了高度认可。

11月，中豪组建了由合伙人郑毅、郑鹏、俞理伟、文奕等组成的服务团队，助力招商局集团有限公司下属子公司增资重庆检测认证（集团）有限公司，并提供法律尽职调查、交易文件起草及修订、参与交易相关谈判、协助项目交割等全程法律服务。

11月18日，合伙人陈伟在重庆办公室举办了“终审后救济路径探析”专题讲座。他结合自身30多年的诉讼经验及数起在最高人民法院抗诉申请成功，以及向法院信访和同案再诉成功的实践经验，总结了三大突围路径。

11月24日，江北区法学会第三次会员代表大会召开，会议选举产生了江北区法学会第三届理事会理事和领导机构。合伙人陈晴因其在法学实务研究、普法等方面所取得的突出成绩，在此次换届选举中当选常务理事。

“大合规”时代的到来，在实践中避免因招投标工作发生的各种质疑，保证非招标采购活动全面合法合规是大部分国有企业的法律风控诉求。11月25日，合伙人曹一川在上海办公室举办“国有企业招标采购法律实务解析”专题讲座。

11月26日，市律师协会联合重庆仲裁委员会、中国国际经济贸易仲裁委员会、中国海事仲裁委员会举办“陆海新通道国际商事争议解决论坛”。合伙人郑毅在论坛中作“国内律师在域外商事争议解决中发挥的作用”主题演讲。

为全面提升全员法治素养和法治思维，提升

干部队伍法律素养，11月30日，周俊龙律师受邀为重庆市渝中区招商投资促进局领导干部作《民法典》合同编专题培训。讲座受到了渝中区招商局领导的高度肯定。

随着2018年国家移民局的组建，国家出入境管理和移民体系加速建立，但对比欧美发达国家，我国移民体系的建立还有很长的路要走。12月2日，纽约办公室副主任吕睿鑫举办了“境外及中国移民体系相关法律业务探讨”专题讲座。

为更好地服务铁路货运、中欧班列（渝新欧）和陆海新通道建设，12月3日，重庆铁路运输法院、沙坪坝区司法局举行重庆市交通运输人民调解委员会人民调解员聘任仪式。合伙人文建受聘作为首批调解员上岗履职。

为了让企业及时了解后疫情与RCEP时代海外投资新机遇和有效防范相关风险，12月11日，由渝企走出去服务港主办、中豪及重庆市对外投资和经济合作企业协会承办的“后疫情与RCEP时代海外投资新机遇及风险管理线上研讨会”成功举办。合伙人杨青及郭凌嘉担任主持。

公司及法定代表人因对外担保而引起的纠纷时有发生，在司法裁判之中，出现了裁判标准不一、裁判尺度不一、同案不同判的现象。12月16日，合伙人陈序在重庆办公室举办了“法定代表人对外担保法律实务解析”专题讲座。

为助力区县律师行业进步，持续推进全市律师行业协调发展，12月19日，彭水县律工委主任肖亚带领渝东所主任冉武、中庸所主任冯应明、欣渝所主任袁伟及部分律师一行9人到访中豪结对交流，行政主任俞理伟、青苗、夏烈等合伙人热情接待并座谈交流。

12月22日，四川国际商会第三届会员代表大会在成都金牛宾馆顺利召开。成都办公室主任汪飞作为四川国际商会代表参加了会议，并当选第三届理事会理事。

12月29日，重庆市渝中区青年联合会第七届委员会第一次全体会议在渝中区机关综合楼召开。会议选举产生了新一届副主席、常务委员。合伙人文建当选第七届委员会副主席。

中豪新闻



摘要：《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第二百八十六条规定，发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。根据上述规定，施工单位对于其承建工程的价款就工程折价或者拍卖的价款有优先受偿权，但工程款优先权是否及于土地使用权上述规定不明确。为此，在拟定房地产开发企业破产清算案破产财产分配方案时，该问题管理人应当予以特别重视。

关键词：房地产开发企业 破产清算 工程款优先权 土地使用权

工程款优先权 不及于土地使用权

◎ 文 / 宋涛 / 重庆办公室





宋涛 | 合伙人

专业领域：房地产、公司、劳动争议
手机：+86 139 8383 1899
邮箱：jerold@zhhlaw.com

在建设工程施工合同纠纷处理时，施工单位通常依据《合同法》第二百八十六条规定主张优先受偿权。建设项目拍卖或变卖时，土地与构建筑物也应一并处理。如果项目处置价款足以清偿债务人全部债务，则工程款优先权是否及于土地使用权有关各方并不会特别关注。相反，如果项目处置价款不足以清偿债务人全部债务，尤其是债务人进入破产程序后，工程款优先权是否及于土地使用权对各方债权人利益有重大影响。

问题的提出

2018年5月24日，重庆市大足区人民法院裁定受理A公司破产清算案，并于2018年6月25日指定中豪律师事务所担任A公司破产管理人（以下简称管理人）。

在A公司进入破产程序之前，B公司对A公司工程款债权已经重庆市第一中级人民法院审理并确定其对A公司名下的C项目拍卖或变卖价款享有优先受偿权。B公司为C项目土建施工单位，A公司进入破产程序后，B公司向管理人申报债权并认为其对C项目全部变现价款均享有优先受偿权。

C项目为在建工程，也是A公司主要财产。除了工程款债权之外，A公司还存在大量民间借贷等其他普通债权。如果B公司上述意见获得支持，则A公司众多普通债权将得不到任何清偿。这不仅涉及到本案债权人之间的利益平衡，还涉及社会稳定问题。但工程款优先权是否及于土地使用权，我国法律规定不明确，司法实践中不同法院及法官也有不同认识。为此，在制定财产分配方案时，管理人应当慎重对待

该问题。

认定工程款优先权及于建设工程土地使用权的理由及案例

（一）认定工程款优先权及于建设工程土地使用权的理由

1.根据《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）第一百八十二条规定，建设工程价款优先权一并及于建筑物和其所占用的建设用地使用权的价值。此外，建设工程是在建设用地使用权上所建造，根据“房地一体”原则，二者已经不能区分彼此的价值。

2.《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》明确规定，建筑工程承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。因此，建设工程价款优先权优先于建设用地使用权上设立的抵押权。

3.《物权法》关于抵押权的相关规定使用的术语为“建筑物”“正在建造的建筑物”和“建设用地使用权”，而《合同法》使用的是“工程”，并没有《物权法》上的这种区分，可见工程是物权法规定的“建筑物或正在建造的建筑物和建设用地使用权的”综合体。

（二）认定工程款优先权及于建设工程土地使用权的参考案例及裁判意见

1.案例（件）索引

上海市第二中级人民法院（2017）沪02执异110号执行裁定书

2. 争议焦点

《合同法》第二百八十六条规定的建设工程价款优先受偿权的范围是否包括建设工程所占土地的使用价值？

3. 法院观点

在建工程是在建设用地上所建造，不能脱离建设用地而独立存在。基于房地一体的原则，二者不能区分彼此的价值，且在拍卖时亦很难区分彼此的价值，故在建工程价款优先受偿权的范围包括在建工程和其占用土地的使用权。

认定工程款优先权不及于建设工程土地使用权的理由及案例

（一）认定工程款优先权不及于建设工程土地使用权的理由

1. “房地一体”原则指的是土地使用权与建筑物、构筑物或附着物所有权在主体归属上应保持一致，而不是价值一体化。

2. 按照《物权法》第二百条规定，地上新增建筑物不属于抵押财产，则建设工程价款优先受偿权的范围也不应扩张及于土地使用权。

3. 从《最高人民法院关于装饰装修工程款是否享有合同法第二百八十六条规定的优先受偿权的函复》可进一步推导出《合同法》第二百八十六条的立法本意是建设工程优先受偿权不及于土地使用权。

4. 建设工程价款优先受偿的目的在于解决现实中工程款的拖欠问题，

保护因垫资、工人工资等而附加在建筑工程的部分优先受偿的效力。法律赋予承包人对其施工的凝聚其劳动和投入的建设工程折价或者拍卖所得价款的优先受偿权。

（二）认定工程款优先权不及于建设工程土地使用权的参考案例与裁判意见

1. 案例（件）索引

广东省高级人民法院(2015)粤高法民撤终字第7号民事判决书

2. 争议焦点

《合同法》第二百八十六条规定建设工程价款优先受偿，该工程所占用的建设用地使用权能否作为工程价款优先受偿权的权利客体？

3. 法院观点

建设工程施工合同的标的物是



建设工程，虽然建设工程与所占用的建设用地是一体的，但按照我国物权法的规定，土地和地上建筑物、构筑物属于不同的物，承包人优先受偿权的范围应限于土地上的建筑物、构筑物，与土地本身的价值没有直接联系，且在将建筑物价值变现时，亦要区分建筑物的价值和建设用地使用权的价值，建设工程价款优先受偿权仅仅对建筑物的价值部分有优先受偿的效力，因此，承包人只能对其所承建的建设工程主张工程价款优先受偿权。

管理人以“工程款优先权不及于建设工程土地使用权”为基础拟定A公司财产分配方案

（一）确定“工程款优先权不及于土地使用权”的政策法律依据

1. 法律

《合同法》第二百八十六条规定。

2. 司法解释

（1）《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》

（2002年6月11日最高人民法院审判委员会第1225次会议通过）第一条规定；

（2）《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（二）》（2018年10月29日最高人民法院审判委员会第1751次会议通过，自2019年2月1日起施行）第十七条规定。

3. 最高人民法院指导意见 ①

4. 规范性文件 ②

（二）在拟定A公司财产分配方案之前，管理人通过案例检索后发现，“工程款优先权不及于建设工程土地使用权”观点获得最高人民法院新的裁判案例支持

1. 案例（件）索引

《杭州银行股份有限公司上海虹口支行、浙江宝业建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷执行案》
【（2019）最高法执监470号】

2. 争议焦点

工程款优先受偿权是否及于土地使用权？

①【最高人民法院民一庭意见】在将建筑物价值变现时，尽管根据“房地一体处分”原则要将建筑物和建设用地使用权一起进行处分，但是在一起处分时要区分开建筑物的价值和建设用地使用权的价值，建设工程价款优先权仅仅对建筑物的价值部分有优先受偿的效力[详见《民事审判指导与参考》总第44集（法律出版社2011年4月出版）刊登的《〈合同法〉第286条规定的建设工程价款优先权的客体不及于建筑物所占用的建设用地使用权》]。

“民事审判信箱”栏目中回答“土地是否为建设工程优先受偿权的客体”这个问题时，亦明确回答“土地不是优先受偿权的客体”[最高人民法院在《民事审判指导与参考》总第62集（法律出版社2015年12月出版）]。

②建设工程承包人只能在其承建工程拍卖价款的范围内行使优先受偿权，对该工程占用范围内的土地使用权的拍卖价款不能主张优先受偿[详见《浙江高院执行局执行中处理建设工程价款优先受偿权有关问题的解答》（浙高法执〔2012〕2号）第四条]。







3. 裁判意见

最高人民法院认为：建设工程的价款是施工人投入或者物化到建设工程中的价值体现，法律保护建设工程价款优先受偿权的主要目的是优先保护建设工程劳动者的工资及其他劳动报酬，维护劳动者的合法权益，而劳动者投入到建设工程中的价值及材料成本并未转化到该工程占用范围内的土地使用权中。因此，上海高院和上海二中院以涉案房地产应一并处置为由，认定宝业公司享有的工程款优先受偿权及于涉案土地使用权缺乏法律依据，在对涉案房地产进行整体拍卖后，拍卖款应当由建设工程款优先受偿权人以及土地使用权抵押权人分别优先受偿。

（三）以“工程款优先权不及于建设工程土地使用权”为基础拟定A公司财产分配方案

1. 在评估A公司财产时，管理人明确要求评估机构分别确定C项目土地成本及建筑成本。

2. 以“工程款优先权不及于建设工程土地使用权”为基础拟定A公司财产分配方案，有利于依法维护本案各方债权人的合法权益。

在A公司进入破产程序之前，B公司与A公司施工合同纠纷案已进入法院强制执行程序。因担心C项目全部拍卖或变卖价款均用于清偿A公司所欠B公司债务，故D债权人向法院申请A公司破产偿债。为此，管理人拟定A公司财产分配方案时明确“工程款优先权不及于建设工程土地使用权”，这有利于缓解A公司众多普通债权人的焦虑和恐慌。

虽然“工程款优先权不及于建设工程土地使用权”的观点与B公司的认识不一致，但尽早让B公司了解上述意见及其依据，可以促使B公司及时调整其预期及行为。如：在C项目依法拍卖时，B公司可以考虑与其他单位联合参加竞买。如果竞买成功，B公司还可以通过后续项目施工

等弥补之前相应损失。这样既有利于B公司依法维权，也有利于维护社会稳定。

结束语

工程款优先权是否及于土地使用权，这既是一个理论问题也是房地产开发企业破产案中管理人面临的现实问题。但是，我国法律对此规定不明确，在司法实践中不同法院及法官对该问题也存在不同认识。房地产开发企业破产案中涉及众多债权人利益的平衡，管理人需综合考虑并依法保护各方债权人合法权益。对于工程款优先权是否及于土地使用权问题，从检索报告来看，我们倾向于认定工程款优先权不及于土地使用权。当然，解决该问题的最好办法还是法律或司法解释对此予以进一步明确，以便管理人按统一标准处理该问题。

摘要：当前，不少因疫情而遭受重创的企业面临着艰难的抉择：生存还是死亡？如果选择生存，不妨考虑重整作为绝境求生之路。重整是指专门针对可能或已经具备破产原因但又有维持价值和再生希望的企业，经由利害关系人的申请，在法院的主持和利害关系人的参与下，进行业务上的重组和债务调整，以帮助企业摆脱财务困境、恢复营业能力的法律制度。重整为什么能拯救困境中的企业，重整怎么拯救困境中的企业？本文将从这两个角度出发对重整制度进行介绍，供企业、股东以及相关各方参考。

关键词：困境企业 重整 自救

因疫情受创企业的 重整自救之路

◎ 文 / 胡俊 / 重庆办公室





胡俊 | 律师

专业领域：企业破产清算、重整、
公司并购法律服务
手机：+86 159 2287 4435
邮箱：june@zhhlaw.com

重整为什么能拯救困境企业？

（一）及时止血，停止计息

中国企业的融资成本高昂已是不争的事实，特别是中小民营企业，部分民间借贷的成本已经达到法律所能允许的最高年利率。一旦企业出现资金链断裂，不断积累的债务利息以及随之而来的违约金、滞纳金等，都会导致企业债务越积越高，最终难以负担。而依据《企业破产法》第四十六条规定，法院受理重整之日起，利息、违约金、滞纳金等债务滋息均将停止计算，可以及时止血。

（二）喘息之机，执行中止

当企业出现债务支付违约被债权人提起诉讼时，其财产通常会被采取查封保全措施、甚至被强制执行等，这都会导致企业出现严重的经营困难，甚至停产停业。而依据《企业破产法》第十九条规定，法院受理重整申请后，有关债务人财产的保全措施应当解除，执行程序应当中止。另外，在重整期间，对债务人的特定财产享有的担保权依法将暂停行使。因此，重整可以避免企业因债务支付违约被采取强制措施而停产停业，获得喘息之机。

（三）继续经营，自行管理

在重整期间，企业依法可以继续经营。一方面，法院受理重整产生的停止计息、保全解除、执行中止等法律效力，为企业经营降低了负担、减少了障碍；另一方面，重整期间企业可以保持对财产和营业事务的控制。《企业破产法》第七十三条规定：“在重整期间，经债务人申请，人民法院批准，债务人可以在管理人的监督下自行管理财产和营业事务。”对于这

些企业而言，允许其继续经营，使其能继续产生营业收入，能够保障重整企业的挽救价值。

（四）引入投资，注入新血

许多企业陷入困境是因为资金链断裂，但尚有项目在进行且经营状况良好，只要能引进新的资金，企业涅槃重生就有了很大希望。但困境企业通常诉讼缠身，一旦有资金注入，很有可能就被强制执行，难以用于真正的经营所需。而进入重整程序，保全措施依法应解除，执行程序也应中止，这就为外部资金的进入及合理使用提供了机会。依据《企业破产法》规定，在重整期间重整企业可以为继续营业而借款，可以为该借款设定担保，同时该债权可优先于普通破产债权清偿。

（五）调减债务、改善经营

重整程序中最重要法律文件是重整计划，经法院裁定批准的重整计划对债务人和债权人均有法律约束力。重整计划的主要内容是债务调整清偿和企业后续经营。一方面为企业降低债务负担提供可能性，比如减免违约金、滞纳金、利息等；另一方面也给了债务人企业一个契机重新检视企业存在的问题，企业可以及时改善原有经营模式，摒弃无盈利价值的业务，调整缩减臃肿低效的组织机构，从而焕发新的活力。

重整前的准备工作

重整是指专门针对可能或已经具备破产原因但又有维持价值和再生希望的企业，对其进行业务上的重组和债务调整，



以重获新生的法律制度。重整是特殊的法律制度，有相当严格的适用条件。因此，企业在申请重整之前，需要做好准备工作。

（一）资产与负债情况的清理

关于重整适用的前提条件，《企业破产法》第二条规定了两种情形：一是债务人具备破产原因，即不能清偿到期债务并且资产不足以清偿全部债务的，或者不能清偿到期债务并且明显缺乏清偿能力的；二是债务人将要出现破产原因，即有明显丧失清偿能力可能的。因此，企业在申请重整前，需要对自身资产负债状况进行全面系统的清理，并准备相应的材料如资产负债表、资产评估报告或审计报告等，以证明达到了重整的适用条件。

需要说明的是，对资产的清理需要关注资产的流动性和可变现性；对负债的清理包括到期和未到期负债、实有负债和或有负债，特别是为他人提供担保而可能负担的债务。

（二）重整价值与可行性的论证分析

法院在决定是否受理重整时，会十分注重对企业的重整识别审查，《全国法院破产审判工作会议纪要》强调“重整的对象应当是具有挽救价值和可能的困境企业”。对此，比如《重庆市高级人民法院重整申请审查工作指引(暂行)》（以下简称《重庆高院重整工作指

引》)明确要求,债务人申请重整的应当提交其具有重整价值的分析报告及证据材料和重整的可行性分析报告或重整方案。对于债务人具有重整价值的证据材料,应结合国家产业政策、行业前景、企业发展前景等情况,从债务人重整的社会价值、经济效益等方面进行实质性审查。对于债务人重整的可行性报告或重整方案,应结合债务人的资产及负债状况、经营管理、技术工艺、生产销售情况,以及企业陷入经营困境的主要原因、提出的初步方案是否有针对性和可操作性、重组方是否具有重组能力等进行实质性审查。

在申请重整时,如果有中介机

构对企业重整价值与可行性的论证报告,具有相当的优势。比如《深圳市中级人民法院审理企业重整案件的工作指引(试行)》(以下简称《深圳中院重整工作指引》)、《北京破产法庭重整案件办理规范(试行)》等明确规定,社会中介机构出具的报告可以作为判断债务人重整价值和重整可行性的参考。

(三) 与债权人、意向投资人等进行协商

重整程序中业务重组、债务调整、管理改善等这些帮助企业摆脱困境的措施都是通过重整计划实现的。重整计划依据《企业破产法》规定,由债权人会议分组表决。而在最高人

民法院的相关会议纪要和地方司法实践中对庭外重组协议效力在重整程序中的延伸都予以了充分肯定,即债务人和部分债权人在法院受理重整前已经达成的有关协议与重整程序中制作的重整计划草案内容一致的,有关债权人对该协议的同意视为对该重整计划草案表决的同意。另外,对于许多仅因为一时资金短缺而陷入困境的企业,如果能引入投资人注入资金,将极大增加重整成功的可能性。

所以,如果能在重整申请前与主要债权人、意向投资人就重整方案达成共识,将十分有益于重整的受理和成功。



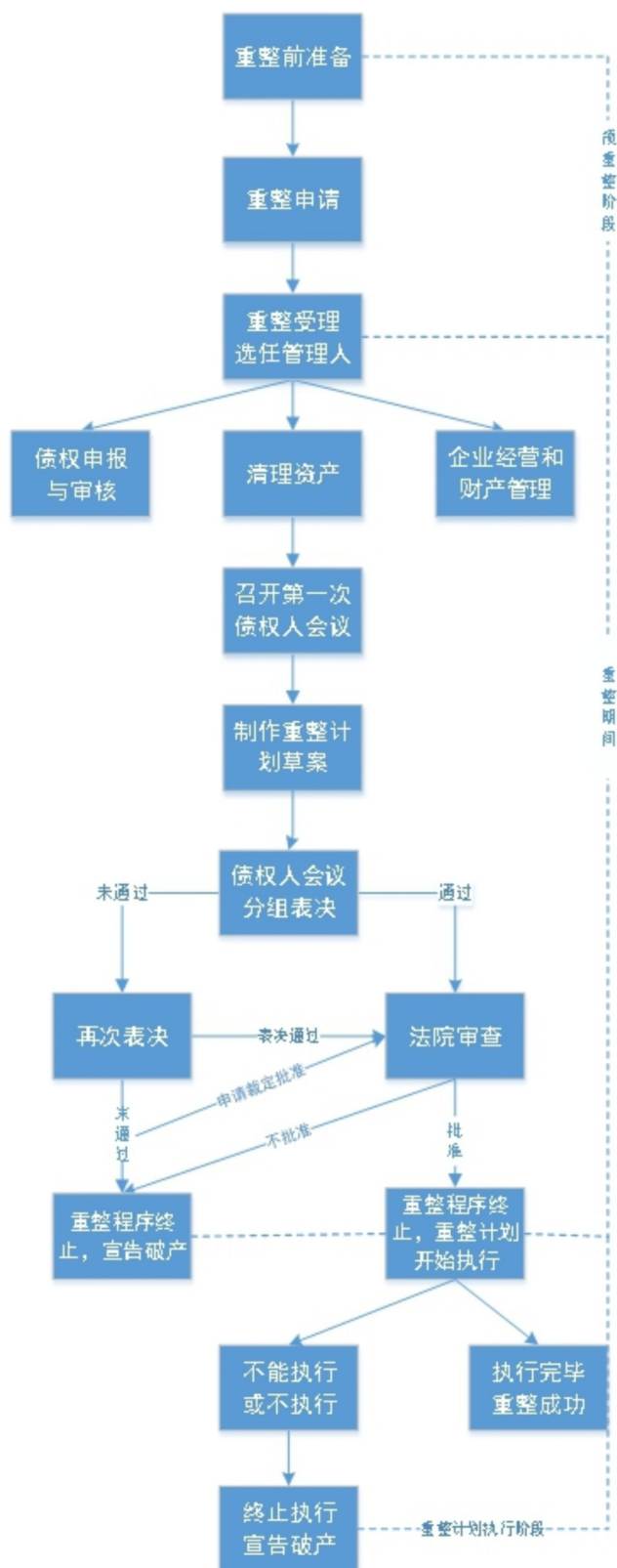
(四) 关于预重整的实践

对重整前的准备工作，司法实践中已经形成了预重整这种较为成熟的新型救济机制，满足了当今社会主义市场经济中多样化的需求，既充分发挥破产重整和法庭外重组的优点，又对二者存在的缺陷进行了弥补。比如《深圳中院重整工作指引》就有单章对预重整进行规定：“为识别其重整价值及重整可行性，提高重整成功率，经债务人同意，合议庭可以决定对债务人进行预重整。”预重整期间，由法院指定社会中介机构担任临时管理人，履行清理资产负债、论证企业重整价值与可行性以及引导各方就重整方案达成共识等职责。2019年6月22日，最高人民法院参与、国家发展改革委牵头13部委联合发布《加快完善市场主体退出制度改革方案》，其中关于“完善破产法律制度”中，明确要求“研究建立预重整制度，实现庭外重组制度、预重整制度与破产重整制度的有效衔接，强化庭外重组的公信力和约束力，明确预重整的法律地位和制度内容”。

目前，虽然对预重整尚无明确的法律规定或者司法解释，但是在最高人民法院2019年《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民会议纪要》）中，对预重整的效力予以了认可，规定：人民法院受理重整申请前，债务人和部分债权人已经达成的有关协议与重整程序中制作的重整计划草案内容一致的，有关债权人对该协议的同意视为对该重整计划草案表决的同意。在重庆市地区，已经有了不少预重整的成功案例，比如珠峰系公司预重整案、重庆东方药业股份有限公司预重整案。

企业重整的基本流程

企业重整的基本流程大致可以分为三个阶段：重整前的准备阶段（或者叫预重整阶段）、法院受理后的重整期间以及重整计划执行阶段。具体如下图：



关于重整的重点问题

(一) 关于重整的申请

具备重整申请资格的主体有债权人、债务人、出资额占债务人注册资本十分之一以上的出资人。其中，债权人、债务人可以直接向法院提出重整申请；在法院受理破产清算申请后、宣告债务人破产前，债务人或者出资额占债务人注册资本十分之一以上的出资人，可以向人民法院申请重整。

按照《企业破产法》第八条规定，向人民法院提出破产申请，应当提交破产申请书和有关证据。破产申请书应当载明下列事项：1. 申请人、被申请人的基本情况；2. 申请目的；3. 申请的事实和理由；4. 人民法院认为应当载明的其他事项。债务人提出申请的，还应当向人民法院提交财产状况说明、债务清册、债权清册、有关财务会计报告、职工安置预案以及职工工资的支付和社会保险费用的缴纳情况。

《企业破产法》对重整申请资料规定得较为粗略，各地方法院司法实践中予以了细化。如《重庆破产法庭破产申请审查指引(试行)》第十条规定，债务人申请重整的，应当向人民法院提交以下资料：

1. 破产申请书，载明申请人的基本信息、申请目的、申请的事实和理由；

2. 债务人的主体资格证明，包括企业法人营业执照副本、法定代表人或负责人身份证明及其他最新工商登记材料；

3. 债务人的职工名单、工资清册、社保清单、职工安置预案以及职工工资的支付和社会保险费用的缴纳情况；

4. 债务人的资产负债表、资产评估报告或审计报告；

5. 债务人至破产申请日的资产状况明细表，包括有形资产、无形资产及对外投资情况等；

6. 债务人的债权、债务及担保情况表，列明债务人的债权人及债务人的名称、住所、债权或债务数额、发生时间、催收及担保情况等；

7. 债务人所涉诉讼、仲裁、执行情况及相关法律文书；

8. 债务人的股东会、董事会、主管部门或投资人同意重整的文件；

9. 债务人具有重整价值的分析报告及证据材料；

10. 债务人重整的可行性分析报告或重整方案；

11. 人民法院认为应当提交的其他材料。





债务人为国有独资或者控股公司，还应当提交出资机构同意申请破产的文件以及企业工会或者职工代表大会对企业申请破产的意见。

不同主体申请重整的时间和难易程度不同，申请的资料也不尽相同，但是有些资料都是必需的，如债权人、债务人或者出资人申请重整，均需同时提交重整价值和可行性的分析报告及证明材料。

另外，对于集团企业的重整，我国目前《企业破产法》规定的法律制度均是建立在独立实体方法上，缺乏处理这种集团企业破产的法律规则。因此，在集团企业进行重整时，需要进一步考虑是单独申请还是合并申请的问题。若选择合并申请，首先需要面对的就是集团中的不同辖区成员的管辖问题，对此《企业破产法》及相关司法解释未有明确规定。值得庆幸的是，部分省市已推行对破产案件的集中管辖，比如重庆市于2019年12月31日成立的破产法庭，受理全市区的破产和强制清算案件，将有益于解决集团企业重整的问题。

（二）重整期间企业的营业和管理

首先，重整期间企业可以继续经营。在第一次债权人会议召开之前，经人民法院许可，由管理人决定；在这之后，是否继续营业由债权人会议审议决定。通常来说，如果继续营业产生的收入大于支出或

者有利于维护企业的重整价值，都会允许企业继续经营。其次，重整期间，按《九民会议纪要》规定，债务人同时符合下列条件的，经申请，人民法院可以批准债务人在管理人的监督下自行管理财产和营业事务：1.债务人的内部治理机制仍正常运转；2.债务人自行管理有利于债务人继续经营；3.债务人不存在隐匿、转移财产的行为；4.债务人不存在其他严重损害债权人利益的行为。

财产和营业事务的管理不仅涉及到重整期间对企业营业事务的掌控问题，还涉及到重整计划草案的制作主体。因此，企业宜尽量争取自行管理，并可以在提出重整申请时一并提出。另外，在法院指定管理人后，也宜及时向管理人提出继续营业的申请。

（三）关于重整计划的制作、表决、批准与执行

重整计划草案由管理人或者债务人制作。债务人自行管理财产和营业事务的，由债务人制作重整计划草案；管理人负责管理财产和营业事务的，由管理人制作重整计划草案。重整计划的主要内容包括经营方案、债权分类调整方案、债权受偿方案、重整计划的执行期限和重整计划执行的监督期限等。

重整计划依据《企业破产法》规定，由债权人会议按债权类别分组表决，通过的标准是出席会议的同一表决组的债权人过半数同意，并且其

所代表的债权额占该组债权总额的三分之二以上；各表决组均通过重整计划草案时，重整计划即为通过。部分表决组未通过重整计划草案的，债务人或者管理人可以同未通过的表决组协商后再进行表决一次。

重整计划表决通过的，法院会对其合法性进行审查。部分表决组未通过重整计划草案但符合一定条件的，债务人或者管理人可以申请法院批准。法院裁定批准的，重整程序终止，进入重整计划执行阶段。

经人民法院裁定批准的重整计划，对债务人和全体债权人均有约束力。按照重整计划减免的债务，自重整计划执行完毕时起，债务人不再承担清偿责任。

结 语

饱受疫情冲击而陷入困境的企业，选择死亡固然可以获得解脱，而挣扎求存虽不易却更显高贵，而重整就是这样一条艰辛又充满希望的自救之路。活着才有希望，纵观古今中外所有伟大的企业，无不历经艰难困苦。风雨过后，便是彩虹，愿与诸君共克时艰。





【摘要】 随着国民经济和保险行业的发展，保险领域中侵害消费者权益的情况日益受到广泛关注，然而我国现行保险法未明确保险消费者权益保护问题。保险法修订过程中，应当顺势而为，根据保险行业特点，对保险消费者的权利及保险经营者的义务予以规定，维护消费者合法权益和保险法律秩序。

【关键词】 保险法修订 保险消费者 消费者权益 反欺诈

保险法修订中 消费者权益保护问题的探讨

◎ 文 / 陈任重 / 上海办公室



保险消费者权益保护是保险业发展的重要基础，也是保险监管的基本目标。对于任何一个保险市场，没有对消费者权益的切实维护，保险业的发展都将是无源之水、无本之木，必然难以持续。2009年出台的新《保险法》，一定程度上加大了保险消费者权益的保护力度，但该法并未明确保险消费者概念。2011年，保监会成立消费者权益保护局；2012年1月18日，保监会发布《关于做好保险消费者权益保护工作的通知》；2013年7月1日，保监会发布《保险消费投诉处理管理办法》；2014年3月15日，实施新修订的《消费者权益保护法》；2020年1月14日，银保监会发布《银行业保险业消费投诉处理管理办法》：这些举措一定程度上完善了我国保险消费者权益保护机制。值得注意的是，虽然近年来我国保险消费者维权环境已得到极大改善，但由于起步晚，我国保险消费者利益保护体制机制还不成熟，保险法和消费者权益保护法间的关系尚未完全理顺，保险消费者利益保护工作仍任重道远。

我国保险消费者权益保护现状

（一）保险消费者权益保护立法尚不健全

我国目前还没有关于保险保消费者权益保护的基本立法。现行的《消费者权益保护法》只针对一般的消费者，没有突出保险消费者权益保护的的特殊性。同时，《消费者权益保护法》第二条规定，消费者为生活消费需要购买、使用商品或接受服务，其权益受本法保护。因保险产品并非一般意义上的商品和服务，故保险消费者是否明确被纳入保护范围存在一定争议。

2009年第二次修订的《保险法》虽在保险消费者权益保护方面做了一些努力，但仍未明确保险消费者权益保护问题；2013年修订的《消费者权益保护法》及保监会发布的相关规章，为保险消费者维权提供了法律依据，但规定前者较为原则，后者过于琐碎，操作性不强。

（二）保险消费者权益司法保护存在争议

司法实践中，由于最高人民法院没有颁布《消费者权益保护法》的司法解释，对于该法可否适用于解决保险纠纷，也存在较大争议。一方面，《消费者权益保护法》关于消费者的规定，不能从中当然推导出保险合同纠纷完全适用《消费者权益保护法》；另一方面，《保险法》关于保险消费者概念的缺失，使保险消费者的含义不清，在外延界定不清的情形下，保险消费者权益的司法保护必然存在理论上的不足。立法上的概念缺失导致司法裁决的专业局限性，从而导致司法实践中存在不同的做法，且整体趋向于保守，不利于消费者权益的保障。

（三）保险消费者权益行政保护途径不完善

中国保监局在2011年即已成立保险消费者权益保护局，开展消费投诉监管工作。实践中，保险消费者通常可向保险行业协会或保监局等管理机构进行投诉，但目前基层监管架构并不能完全满足保险消费者权益保护的需要。另外，虽然各保险机构设立了一定投诉渠道，各级消费者保护协会也受理保险方面的投诉，但公众投诉在缺乏有效监管的情况下往往无疾而终，甚至求告无门。这些问题都给保险消费者法律维权带来较大困难。



陈任重 | 律师

专业领域：保险、劳动法

手机：+86 139 1674 9609

邮箱：freyr@zhhlaw.com

（四）滥用权利恶意投诉的情况屡见不鲜

与正常消费者的正当诉求无法满足形成鲜明对比的是，部分消费者通过恶意投诉方式牟取不正当利益的情况日趋普遍。投诉本是消费者被赋予的维权手段，然而近年来出现大量投诉人采取故意提供虚假信息或者捏造、歪曲事实进行投诉，逼迫保险机构息事宁人，被迫退还保险费或者给付保险金的事件。部分地区甚至已形成黑色产业链，不法组织在窃取其保单相关信息后，拨打保险消费者电话，以承诺帮消费者办理全额退保为名，怂恿或冒充保险消费者向监管部门投诉，并向消费者收取高额手续费或诱导消费者购买所谓“高收益”产品。由于缺乏执法依据，监管部门对此类现象虽有警觉但难以有效治理。

保险消费者权益保护的现行法律规定及相关司法实践

（一）主要现行法律规定

1. 《消费者权益保护法》

第二条 消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务，其权益受本法保护；本法未作规定的，受其他有关法律、法规保护。

第二十八条 采用网络、电视、电话、邮购等方式提供商品或者服务的经营者，以及提供证券、保险、银行等金融服务的经营者，应当向消费者提供经营地址、联系方式、商品或

者服务的数量和质量、价款或者费用、履行期限和方式、安全注意事项和风险警示、售后服务、民事责任等信息。

第二十九条 经营者收集、使用消费者个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经消费者同意。经营者收集、使用消费者个人信息，应当公开其收集、使用规则，不得违反法律、法规的规定和双方的约定收集、使用信息。经营者及其工作人员对收集的消费者个人信息必须严格保密，不得泄露、出售或者非法向他人提供。

经营者应当采取技术措施和其他必要措施，确保信息安全，防止消费者个人信息泄露、丢失。在发生或者可能发生信息泄露、丢失的情况时，应当立即采取补救措施。

经营者未经消费者同意或者请求，或者消费者明确表示拒绝的，不得向其发送商业性信息。

2. 《民法典》

第一百一十一条 自然人的个人信息受法律保护。任何组织和个人需要获取他人个人信息的，应当依法取得并确保信息安全，不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息，不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息。

第一千零三十四条 自然人的个

人信息受法律保护。

个人信息是以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息，包括自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信息、住址、电话号码、电子邮箱、健康信息、行踪信息等。

个人信息中的私密信息，适用有关隐私权的规定；没有规定的，适用有关个人信息保护的规定。

第一千零三十五条 处理个人信息的，应当遵循合法、正当、必要原则，不得过度处理，并符合下列条件：

（一）征得该自然人或者其监护人同意，但是法律、行政法规另有规定的除外；

（二）公开处理信息的规则；

（三）明示处理信息的目的、方式和范围；

（四）不违反法律、行政法规的规定和双方的约定。

个人信息的处理包括个人信息的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等。

3. 《中国保险监督管理委员会关于规范人身保险业务经营有关问题



的通知》

关于犹豫期

(一)“犹豫期”是从投保人收到保险单并书面签收日起10日内的一段时期。

(二)投保单或保险条款中应载明投保人在犹豫期内的权利，保险公司销售人员展业时以及保险公司向投保人、被保险人发送保单时，应对犹豫期内的权利进行说明。

(三)在犹豫期内，投保人可以无条件解除保险合同，保险公司除扣

除不超过10元的成本费以外，应退还全部保费，并不得对此收取其他任何费用。保险公司对投资连结保险投保人在犹豫期内解除保险合同的费用扣除应当符合《人身保险新型产品信息披露管理办法》的有关规定。

4.《健康保险管理办法》

第十五条长期健康保险产品应当设置合同犹豫期，并在保险条款中列明投保人在犹豫期内的权利。长期健康保险产品的犹豫期不得少于15天。

5.《银行业保险业消费投诉处理管理办法》

第二条 本办法所称银行业保险业消费投诉（以下简称“消费投诉”），是指消费者因购买银行、保险产品或者接受银行、保险相关服务与银行保险机构或者其从业人员产生纠纷（以下简称“消费纠纷”），并向银行保险机构主张其民事权益的行为。

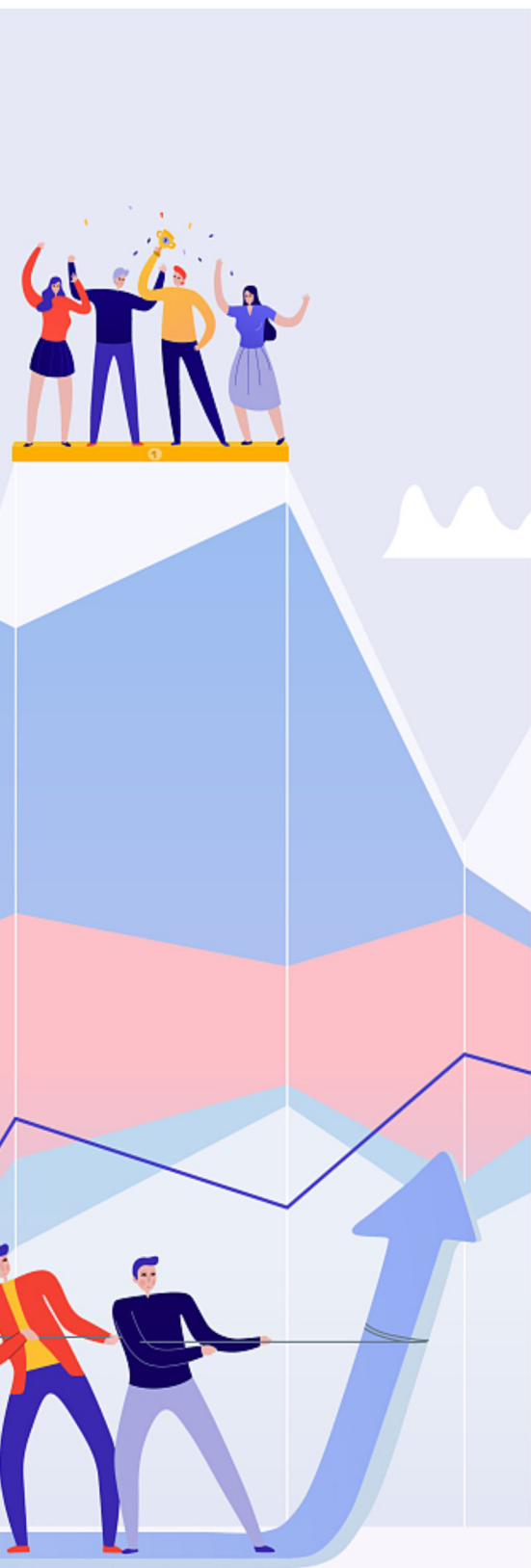
第十六条 投诉人提出消费投诉，应当客观真实，对所提供材料内容的真实性负责，不得提供虚假信息或者捏造、歪曲事实，不得诬告、陷害他人。

投诉人在消费投诉过程中应当遵守法律、行政法规和国家有关规定，维护社会公共秩序和消费投诉处理单位的办公经营秩序。

（二）保险消费者权益保护的司法实践

以2014年新修订的《消费者权益保护法》实施为界限，司法机关对于以《消费者权益保护法》作为诉讼依据的保险合同纠纷案件的处理方式前后大相径庭，新消法第二十八条规定的保险服务经营者义务，成为《消费者权益保护法》可适用于保险合同纠





纷的直接法律依据。

2014年前，法院一般倾向于对于原告方提出的以消费者权益保护法作为裁判依据的诉讼请求或者不置可否，或者直接指出保险合同关系不适用《消费者权益保护法》，如广东省广州市中级人民法院（2007）穗中法民四终字第12号民事判决、北京市第二中级人民法院（2009）二中民终字第07254号民事判决、上海市第二中级人民法院（2010）沪二中民六（商）终字第94号民事判决。

2014年以后，司法实践一般均认可《消费者权益保护法》可适用于保险合同关系，甚至出现判决支持“退一赔三”的案例。如江苏省无锡市中级人民法院（2015）锡商终字第1110号民事判决、吉林省高级人民法院（2016）吉民终515号民事判决、最高人民法院（2017）最高法民申1462号民事裁定等。审理中主要争议在于保险消费者范围及欺诈事实认定等问题。

现行保险法立法存在的主要问题

（一）现行保险法缺少保险消费者的规定

我国现行《保险法》中，并未将保险消费者与一般的保险相对人进行区分对待，亦并无关于保险消费者权利的规定。然而，对保险消费者进行立法保护已为大势所趋。2014年3月15日实施的修订后的《消费者权益保

护法》虽未修改“消费者”的定义，但新增的第二十八条中明确使用“提供证券、保险、银行等金融服务的经营者”的概念，同时规定一系列经营者义务，成为《消费者权益保护法》可适用于保险领域的直接法律依据。如果保险法修订工作不能顺势而为，根据保险行业特点对与保险消费者的权利予以具体限定，则可能导致法律适用的混乱，损害消费者和保险人的利益。为配合新消法，2015年10月14日，国务院法制办公室公布的《保险法》第三次修订的《征求意见稿》第四十三条即已明确引入保险消费者概念，但该意见稿至今未能进入正式立法程序。

（二）现行立法亟需厘清保险消费者概念

在确定应引入保险消费者权益保护的概念后，接下来的工作是进一步厘清哪些对象属于保险消费者。保险消费者的范围主要需要解答以下几个问题：其一，保险消费者是否限于自然人消费者，法人和其他组织能否成为保险消费者？其二，保险消费者是否限于“为生活需要消费”为目的，如何区分“消费”目的与“非消费”目的？其三，保险消费者与投保人、被保险人、受益人、财产保险中保险标的物所有权转移的受让人与继承人、人寿保单中保险金继承人、保险金继承人、人寿保单转让或出质后的持有人、责任保险的受害第三人等保险相对人的关系如何确定？

（三）现行保险法缺少禁止权利滥用的规定

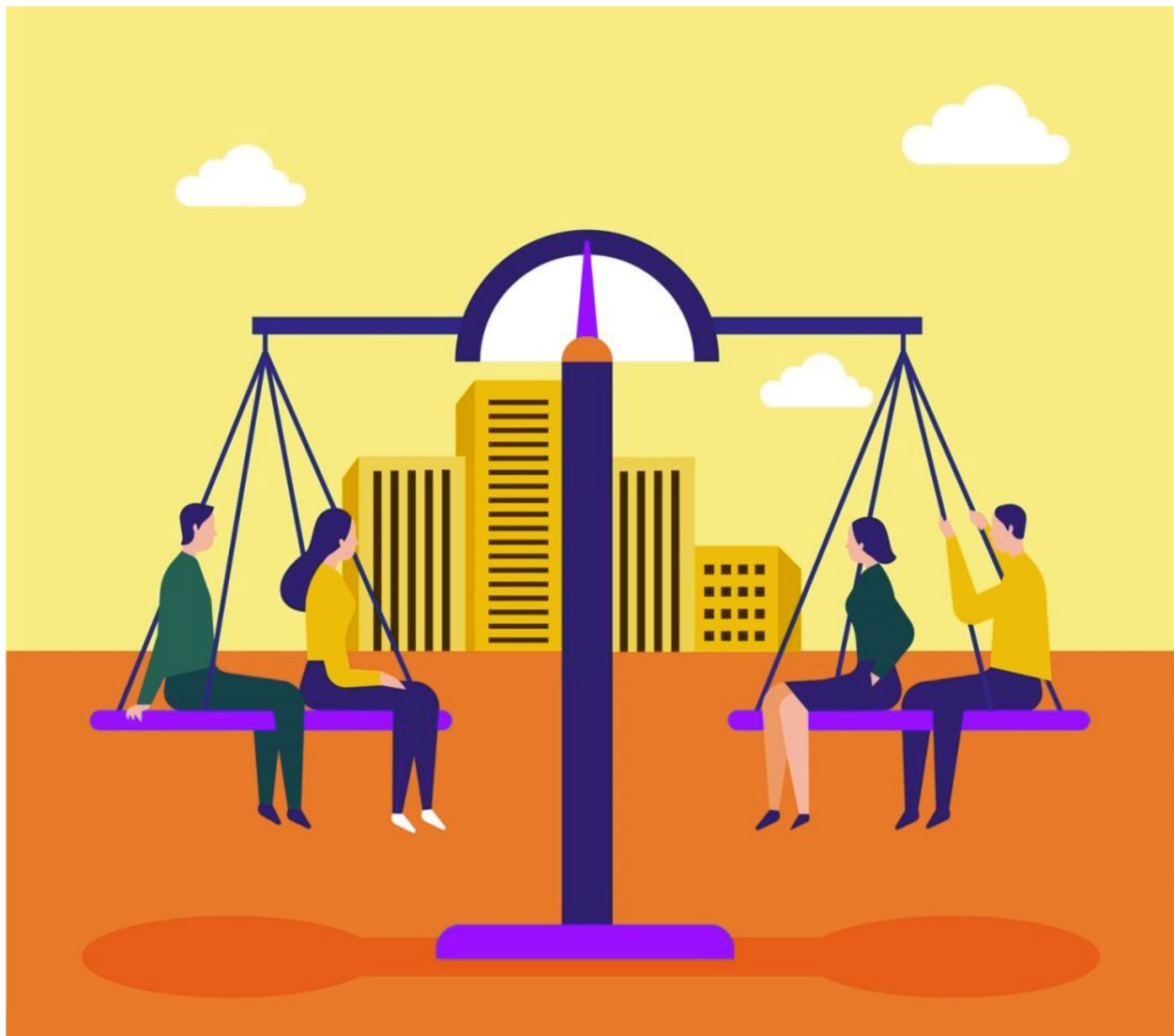
《消费者权益保护法》偏向于保护消费者的合法权益，该法总则部分即开宗明义点明其在立法宗旨上属于倾斜立法——即保护在信息获取、交易谈判等能力等方面处于弱者地位的消费者的合法权益，典型体现之一是《消费者权益保护法》第五十五条关于“退一赔三”的规定。然而，保险市场与一般商品市场存在差异，保险

相对人并非一定是弱者。其一，信息不对称的状况，在保险人和保险相对人中都存在。保险人对风险的评估，依赖于投保人对影响危险的因素履行如实告知义务和及时通知义务。并非只有保险相对人在信息上处于弱者地位，保险人也存在信息不对称的情况。其二，《保险法》对保险相对人倾斜保护的规定，很大程度平衡了保险相对人的弱势地位，如《保险法》第十七条保险人的提示说明义务弥补

了投保人缺乏专业知识的劣势，《保险法》第三十条不利解释缓解了投保人谈判能力弱的状况。然而，现行《保险法》并无任何防止保险消费者滥用权利的规定，使得监管部门和司法机关对于此类现象的处理无据可依。

（四）现行保险法反保险欺诈的规定不完善

保险行业是“欺诈”发生的高风



险领域。随着保险业的快速发展，保险欺诈问题日益突出，在部分地区甚至有愈演愈烈，有形成地下黑色产业链之势。无论是人身保险还是财产保险，保险欺诈情况都非常普遍，难以根治。这种情况不仅加大了保险公司的经营风险，严重侵害众多善意投保人和被保险人的合法权益，也扰乱了保险市场秩序，败坏了社会风气，打击保险欺诈已成为一个共同关注的社会课题。然而，现行《保险法》仅对保险诈骗行为作出原则规定，未规定反保险欺诈的具体组织、机制和措施，无法满足现实需求。

保险消费者权益保护的 国际经验借鉴

（一）制定专门法律保护保险消费者

在法律制度层面，许多国家和地区在银行法、保险法等金融监管法律之外，制定了专门的金融消费者权益保护法律法规，对金融机构的行为进行规范和约束，规定金融消费者权益保护的基本原则和内容，为金融消费者权益保护奠定了坚实的法律基础。如英国的《金融服务与市场法》，加拿大的《金融消费者保护局法案》，日本的《消费者合同法》《金融商品交易法》《金融商品消费法》，我国台湾地区的《金融消费者保护法》等，这些法律立法目的都是为了保护金融消费者，包括保险消费者权益，公平、合理、有效地处理金融消费争议问题，从而促进金融市场的发展。

（二）设立专门机构保护保险消费者

近年来，加强消费者保护成为金融监管体系改革的重要内容，专门从事金融消费者保护的机构得以建立。例如，1998年，英国设立了统一的金融服务局（FSA），对金融业实行统一的监管。FSA的四大法定监管目标之一便是保护金融消费者。FSA下设保险监管部门，专门负责日常监管工作，主要侧重于改善行业经营和消费者权益保护。FSA专门设立了金融服务消费者小组，负责反馈消费者需求。源于美国的次贷危机暴露出金融消费者权益保护存在的监管缺陷，2010年，美国通过《多德—弗兰克华尔街改革与消费者保护法》，建立了联邦保险办公室和消费者金融保护局，其核心即是金融改革和消费者保护。《多德—弗兰克华尔街改革与消费者保护法》的第五部分专门针对保险业，主要涉及联邦保险办公室、州一级保险改革、未受认可保险人、再保险、建设规则等。

（三）完善保险消费纠纷解决机制

发达国家普遍不断完善保险消费纠纷解决机制，建立了渠道顺畅、选择多样、行之有效的保险消费纠纷解决机制，当发生保险消费纠纷后，消费者可以通过与保险机构自行协商、向监管机构投诉、申请仲裁及提起诉讼等方式解决。许多国家还通过建立非诉讼纠纷解决机构，为被侵权的保险消费者提供便利的救济途径，例如英国的金融业调查专员服务有限公司

(FOS Limited)、澳大利亚的金融督察服务机构（Fi-nancial Ombudsman Service）、香港保险索偿投诉局等，这些非诉纠纷解决机构，减轻了保险诉讼负担，降低了社会管理成本，适应了保险市场发展的需要，有效维护了保险消费者的权益。

（四）构建健全的反保险欺诈体系

以美国为例，在美国保险欺诈是严重的犯罪行为，立法机构通过众多反保险欺诈法案如《反保险欺诈法》《保险欺诈局法》《车险承保前检查法》《特别调查科法》等；保险公司普遍设立特别调查科，作为反保险欺诈的常设、专门机构，在保险监管机构内设立各级反保险欺诈局，专门负责对保险公司反欺诈工作的指导及与检察机关及其他预防犯罪的机构开展合作。美国还于1993年建立了反保险欺诈联盟，由消费者组织、保险公司、执法部门等多方组成，推动和促进有关反欺诈的立法，对公众进行反欺诈教育，对行业欺诈数据进行储存、交换信息等。

保险法关于消费者权益保护的修订建议

（一）主要修订思路和原则

- 1.厘清保险消费者内涵和外延；
- 2.保护保险消费者合法权益；
- 3.规制权利滥用；
- 4.保护公民个人信息安全；
- 5.规范保险消费投诉；
- 6.健全反保险欺诈体系。

（二）修订建议及合理性说明

1.第一章增设第六条：“国家保护保险消费者的权益不受侵害。本法所称保险消费者指为生活需要购买保险产品或接受保险相关服务的自然人，包括投保人、被保险人和受益人等。”

修订说明：现行《保险法》并未涉及消费者概念，2015年10月14日国务院法制办公室发布《关于修改〈中华人民共和国保险法〉的决定（征求意见稿）》第四十三条虽引入保险消费者概念，但未能对保险消费者的内涵和外延作出明确，可能造成法律适用的混乱，不利于保护保险当事人的合法权益。建议一方面在《保险法》总则部分增加保险消费者的原则规定，明确保险消费者的地位，以区别一般保险相对人；另一方面，对保险消费者概念予以厘清，以区别于非因生活需要购买保险产品和服务的非消费者。

2.第二章第二节增设第四十八条：“投保人在保险合同约定犹豫期内解除保险合同的，保险人应当及时退还全部保险费。对于合同解除前发生的保险事故，保险人不承担赔偿或者给付保险金的责任。投保人不得滥用前款规定合同解除权，牟取不正当利益。”

修订说明：“犹豫期”在实践中普遍存在，但《保险法》未予规定，2015年10月14日国务院法制办公室发

布《关于修改〈中华人民共和国保险法〉的决定（征求意见稿）》第三条规定了犹豫期，但未对犹豫期合同解除的后果予以完整规定，建议予以明确。另投保人“犹豫期”内行使解约权应当遵循诚实信用原则，不得滥用权利。

3.第四章增设第一百一十六条：“保险人收集、存储、使用、转移、披露个人信息的，应当遵循正当必要、知情同意、目的明确、安全保障、依法利用的原则，保护投保人、被保险人和受益人个人信息安全。”

修订说明：随着经济的发展，特别是网络时代的来临，个人信息的重要性和经济价值日益突出，过度收集、滥用、非法泄露公民个人信息的情形也愈演愈烈。如实告知业务是保险人评估风险的基础，直接影响着保险人的承保意愿和费率高低，因此相对于一般行业，保险领域获取个人信息的深度更深，范围更广，更需要特殊保护。建议《保险法》修订中对此予以明确规定。

4.第五章增设第一百七十五条：“保险消费者因购买保险产品或者接受保险相关服务与银行保险机构或者其从业人员产生纠纷的，可向保险机构或保险监督管理机构提出保险消费投诉。

投诉人提出消费投诉，应当客观真实，对所提供材料内容的真实性负

责；故意提供虚假信息或者捏造、歪曲事实，实施诬告、陷害行为，尚不构成犯罪的，依法给予行政处罚。”

修订说明：投诉本是消费者被赋予的维权手段，但近年来滥用投诉权利的，通过恶意投诉牟取不当利益的事件屡见不鲜。由于缺乏法律依据，即使投诉不实亦难以追究其责任，给保险机构和监管部门带来困扰，建议《保险法》对此进行明确规定。

5.第五章增设第一百七十六条：“禁止任何单位和个人实施保险欺诈行为。保险公司应当制定欺诈风险管理制度，设立反保险欺诈的专门机构，在保险监督管理机构监督指导下开展反欺诈工作。保险行业协会应当建立反保险欺诈的多方协作机制和信息交换系统，协助保险公司和保险监督管理机构开展工作。”

修订说明：保险行业是欺诈高风险领域。随着保险业的快速发展，保险欺诈问题日益突出，不仅加大了保险公司的经营风险，严重侵害众多善意投保人和被保险人的合法权益，也扰乱了保险市场秩序。建议《保险法》对反保险欺诈的具体组织、机制和措施予以规定。

随着中国经济实力的不断发展，越来越多的中国企业积极参与到国际商事交易当中，既获得了巨大的经济收益，也同时面临着许多交易风险。许多中国企业在对外经贸交往中都发生过商事争议，也或多或少地参与到国际商事仲裁、诉讼、或国际商事调解当中。但由于中国企业对国际商事交易规则不够熟悉，对国际商事争议解决机制也缺乏深入的理解和认知，往往在国际商事纠纷的处理中面临诸多困难。这其中，当然需要中国律师的积极参与，协助中国企业化解难题。但相对于国内仲裁和诉讼而言，大多数中国律师在面对国际商事案件时，仍然会觉得较为陌生，而且也会因为不熟悉规则、语言和机制而处于相对的弱势。

国内律师在国际商事 争议解决中的地位与作用

◎ 文 / 郑毅 / 重庆办公室





郑毅 | 合伙人

专业领域：跨境投融资、私募及风险投资

手机：+86 138 8393 5858

邮箱：lan@zhhlaw.com

国际商事争议解决机制当中最为常见的当属仲裁。以国际商事仲裁为例，在管辖仲裁机构、适用仲裁规则、仲裁地点、适用的程序和实体法律等方面具有明显的跨境或跨法域特点。当中国企业涉及的国际商事争议发生在中国境内、适用中国法或约定中国仲裁机构仲裁时，往往会考虑选择中国律师提供服务；但如果争议发生在境外、或是适用外国法、约定域外仲裁机构管辖时，企业大多会认为应当寻找适用法律所在国的律师或仲裁机构所在国的律师，而对中国律师的作用较为忽视。在此情况下，许多中国律师也认为自己不具备相应的境外执业资格，无法在域外商事仲裁中发挥更重要的作用。

但笔者认为，中国企业在国际商事争议的防范和化解过程中，应当更加重视中国律师的地位，且中国律师应当在各阶段均发挥

主导的作用。

在商事交易缔约和争议解决机制的确立阶段，中国律师应深入参与协助制订更有利于中国企业的争议解决条款

在商业谈判与缔约阶段，中国律师的工作重点在于协助中国企业制定具体的争议解决机制，通过参与或协助客户与对方的谈判、草拟或修订交易文件中的相应条款，以订立对中国企业更为有利的法律适用条款、仲裁协议或仲裁条款，或选择更利于中国企业的其他争议解决方式。

例如，笔者曾协助某中国企业与境外供应商进行谈判，双方就某特殊货物买卖与技



术许可在内的系列交易文件所适用的法律各有倾向性选择，境外供应商要求适用外国法并在伦敦仲裁。最终为了促成交易，中国企业同意适用外国法，我们则积极建议在此让步的基础上各方选择由中国国内的仲裁机构仲裁作为争议解决机制，并利用中国律师的本土优势，向境外交易对手全面解释了中国国内已有的国际仲裁机构的现状、外籍仲裁员情况、仲裁语言的选择及适用外国法进行仲裁的相关先例，最后说服各方同意选择中国的仲裁机构管辖，大大降低了中国企业未来可能发生争议时的工作支出、管理半径和沟通成本。

又比如，有些中国企业更关心做成生意，而对未来可能发生争议时的解决机制并不在意。当中国企业在某些国际商事交易中处于相对交易弱势，或急于达成交易时，通常境外交易对手也会拿出一些所谓的“通行规则、交易模板、固定格式”等文件，要求中国企业接受其已经制定的争议解决机制。笔者曾看到某境外公司提供的合同约定适用某外国法、由ICC仲裁，并单独约定了仲裁地是一个不知名的小国且并非交易对手的所在国。由于仲裁地决定了仲裁裁决的国籍，也决定了仲裁本身的一些程序性事项的适用法律，比如撤裁，因此仲裁地本身的法制情况和对仲裁的友好程度也将影响仲裁的有效性。由于对该国的法制环境实在不抱信心，笔者强烈要求客户在接受适用外国法和ICC仲裁的同时，坚持修改仲裁地，

更好地防范了将来可能发生的不利风险。

所以，中国律师完全可以根据自己的专业和经验，在交易谈判和缔约阶段，向客户提供更全面的意见，协助其在促成交易的同时，又尽可能地在交易文件中选择对自己有利的仲裁机构、仲裁规则、仲裁地点、仲裁庭组成方式、仲裁前置条件和仲裁语言等诸多事项。

在中国企业发生商事争议后的交涉阶段，需要及早引入中国律师参与协助制订应对策略、收集固定相关证据

很多中国企业认为只有到双方矛盾无可化解必须打官司时才需要请律师，如果发生争议时就让律师参与没有必要，有些企业还担心过早的让律师介入会激化与对方的矛盾，或担心律师总是建议企业打官司从而收取更多的代理费。其实，这当中的担心大多是错误的。在国际商事争议发生的初期就引入专业的中国律师，可以为企业提供更全面深入的预判参考，制订更有效的应对措施，并发挥更好的风险防范作用。

（一）律师可以协助企业避免错误的法律行动，更好地固定证据

在对外经贸交往中，我们经常看到境外的交易对手有自己的法律顾

问，即便是正常交易过程中的一些往来函件，都会让律师审阅；一旦涉及到争议，更是很早就让律师介入，共同决定应对策略，对书面文件的内容进行把关。但中国企业往往在一些往来函件中直接安排公司的经办部门或业务人员进行回复，这就很容易产生不利的后果。

例如，某中国公司认为其境外合作方没有达到合同约定的履行标准，但中国公司只是“委婉”地提醒境外合作方自己很关注合同的履行，却没有直接指出境外交易对手的违约行为，或明确描述自己对该违约行为主张什么权利或提出何等要求。因为有些中国公司在商业交往中比较照顾各方的“面子”，强调以和为贵，即使是发函通知交易对手时，也往往采用客气礼貌的表达方式，但这可能在商事争议解决中留下对自己不利的证据。因为当发生仲裁或诉讼时，对方可能会举示这些往来函件，以证明中国企业在争议谈判过程中并没有明确通知境外交易方的违约情形存在，也没有对违约情形的修正提出明确的要求或给予明确的期限，那么中国企业如果要求以交易对手的根本违约情形而解除合同，则可能难以得到支持。在这种情况下，中国企业完全可以请律师协助其拟定或审查往来的函件，在函件中以法律的语言礼貌而坚定、明确地表达自己的主张、描述相关的事实，以及时固定相应的程序权利、明确重要的事实证据并避免将来在仲裁或诉讼中留下对自己不利的证据。

还有一些中国公司对交易文件、往来函件的保管、归档不够重视，或对交易往来文件的送达方式不够规范。笔者经常遇到中国企业在面临国际商事争议时，告诉律师其重要文件有所遗失，或是经办人员离职后无法找到他经手的相关文件。或是相关的重要往来信息既没有通过交易文件约定的通讯方式进行送达，也没有通过公司的官方邮箱进行收发，而使用微信、QQ聊天等即时通讯软件或APP进行沟通的情形。虽然微信和QQ等通讯软件的聊天内容可能具备相应的证明效力，但毕竟存在巨大的不确定性风险。

国际商事仲裁很关注争议的事实经过，仲裁双方需要花费巨大精力向仲裁庭阐述有利于己方的事实以说服仲裁庭。但“故事”的说服力完全取决于一方提供的有效证据。很多中国企业常用的语言和逻辑就是“客观事实本来如此，不容否认和争辩”。但仲裁庭认可的并非“客观事实”，而是“证据事实”。因此，律师可以在争议发生初期，尽快协助中国企业梳理证据，如果发现缺失或遗漏的及时进行弥补，或通过合适的方式在与对方的往来函件中重新进行固化。

此外，国际商事仲裁程序中的证据披露制度往往被中国企业所忽略。中国企业在国内诉讼或国内仲裁中大多形成了固定思维，认为只要对自己不利的证据，完全可以不提供、拒绝提供、否认该证据存在甚至是销毁，

且很多时候不会产生不利的后果。但在国际商事仲裁中，原则上一方需要根据另一方合理的请求披露相关的文件，哪怕对己方不利。如果没有合理理由未提供或拒绝提供文件的，仲裁庭可能会因此作出对拒不披露文件一方不利的认定。因此，如何更好地帮助中国企业梳理准备相关证据以更好地应对可能发生的诉讼或仲裁，都需要及时引入中国律师提供指导和帮助。

（二）律师可以协助企业更好地制定应对策略，做好诉讼或仲裁的准备工作

中国律师可以通过多种渠道在诉讼或仲裁发生之前对中国企业提供支持。例如选择合适的境外律师进行跨法域合作进行提前咨询或沟通，结合中国企业目前掌握的证据情况，提前了解在适用法下对各方可能产生的法律后果，以更好地选择是否主动提起诉讼或仲裁。目前，重庆的试点政策已允许重庆本地的每家律所可聘请不超过12个国家或地区的外籍律师作为本地所的外国法律顾问，从而可以直接以本地律所的名义，就上述外国法律顾问所执业法域发表法律意见，这极大地提高了重庆本地律师在与境外律师合作中的主导地位，并提升了本地律所获取国际商事争议业务的机会。同时，还可借助外力妥善运用替代争议解决方式，争取在进入国际仲裁前的早期争议解决，以避免步入“冗长”且“昂贵”的国际仲裁程序。

国际商事仲裁当然有其不可替代的诸多优点，但中国企业对国际商事仲裁有时缺乏全面的理解。有些企业认为域外仲裁发生在国外，只要自己不到仲裁地所在国或仲裁机构所在国做生意，不需要担心域外仲裁机构的裁决，却不知道中国早已加入纽约公约，中国法院对域外仲裁机构的仲裁裁决超过九成会给予承认和执行。

还有些企业认为国际商事仲裁和国内诉讼、仲裁的程序与成本差不多，却不知道复杂的国际商事仲裁所花费的时间与成本有些时候远超国内诉讼。笔者最近代理的一个在新加坡国际仲裁中心的涉及中国大陆企业与中国香港企业的特种商品国际货物买卖纠纷，从提起仲裁到完成仲裁庭的组庭已经将近半年时间，而从仲裁庭确认的要求提交仲裁申请与相关证据的时间期限到交换专家报告的时间，已经超过1年，正式的开庭时间已经排到18个月以后，远远超过客户最初的时间预想。当然，由于这个客户本身希望在争议中继续延长交涉或履行给付义务的时间，因此这样漫长的程序反而让他有意外惊喜。所以，如果能够更早地引入律师对可能发生的仲裁或诉讼程序有更准确、全面的分析，可以帮助中国企业在双方仍存在妥协空间的前提下，更冷静地寻找性价比更高的解决方案，例如国际商事调解等。



在中国企业参与国际商事调解、仲裁或诉讼等争议解决程序中，国内律师也可发挥“总协调人”的作用

牵涉到国际仲裁的情况下，很多中国企业第一反应是找国外律师，让国外律师代为全权处理。鉴于合同适用法是外国法、仲裁程序在国外进行，找国外律师无可厚非。但是，中国企业和国外律师之间存在语言和文化上的巨大差异，中国企业常常反映双方配合效果不是很理想。我们经常听到有企业反馈说国外律师很专业，但不够“灵活”，不能从中国公司的思维角度为企业提供更“接地气”的考虑。其实中国律师完全可以与境外律师进行跨法域合作弥补短板，同时发挥自身的优势作用，共同协作为客户提供最优化的服务。在此过程中，中国律师不应该仅仅只扮演境外律师的推荐人以及传声筒和翻译者的角色。除了良好顺畅的沟通者和桥梁作用以外，中国律师更应当基于自身对中国企业的全面理解，利用自身在国际商事争议解决中的协调经验，争取在国际仲裁或诉讼当中发挥“总协调人”或总指挥的作用。

（一）中国律师可以协助中外各方进行更有效的沟通

沟通绝不是简单的“翻译”和“传声筒”。把客户想要表达的意思准确、有效地传达给国外律师，把国外律师的意见准确地呈现给客户，这





是很考验律师语言、法律基本功和经验的事情。笔者曾协助一家南美洲公司与重庆多家企业商谈债权转让与和解的协议，南美洲公司的in-house从普通法系的角度设计了债权转让与和解的协议，但因为缺乏中国法的背景，没有准确和完整地理解我们所提出的关于中国法下的债务抵销、合同终止等概念，后续经沟通，由中豪接手主导各方之间的协议拟定与和解谈判，并向中外双方解答关于协议中涉及的诸多问题，大大提高了各方的沟通效率。如果中国律师能同时具有外国法的背景知识，熟悉中外双方的文化差异，那么很显然可以在客户和国外律师之间架起有效沟通的桥梁，为争议的解决打下良好的基础。

（二）中国律师与外国律师紧密合作、科学分工，不仅锦上添花，还可控制成本

如前所述，很多中国公司反映国外律师很专业，但不会为中国公司考虑。比如，国际仲裁中的文件披露对西方公司来说可能已经非常熟悉，但对中国公司而言，还在适应的阶段。如果完全按照西方公司的习惯让中国公司收集文件，难免较为困难，达不到国外律师的要求。在这个过程中，中国律师可以发挥自己的优势，利用自己熟悉中国公司实情、中国国内证据收集规则以及国际仲裁的经验，为中国公司找到一个既能尽量满足国际仲裁规则，又能满足客户实情的折衷方案。

事实上，在许多的国际商事仲裁中，中国律师往往与外国律师共同作为中国企业的代理人，发挥各自优势，为客户提供更贴心且专业的服务。例如笔者曾代理的一个货物买卖纠纷案件，其交易发生在七八年前，且持续时间很长，由于中豪长期陪伴客户的成长，对于交易过程中的许多细节和文书非常熟悉，因此在收到对方的仲裁请求时，就敏锐地发现其有某两项请求所针对的某批次特定商品，其实单独签署过补充协议，并在补充协议中单独选择了中国境内的仲裁机构管辖，因此这两项请求不应由境外仲裁机构管辖。中豪作为联合代理人，提出上述意见后，国外律师欣然接受，并在首轮回复时即提出了管辖权异议。

同时，在上述仲裁案件中，中豪还负责配合国外律师先行梳理国内多达数百份的交易往来文件、信函，提炼出与案件争议密切相关的核心证据，并协助国外律师理解上述证据所反映的案件事实，协助中国证人准备相关证词、协助完成相关中文证据的国内翻译与公证（因为在国内翻译与公证相比在境外完成同一程序，可大量节约成本）。值得探讨的是，中国公司更习惯于打包收费，而国外诉讼律师大多按小时收费，因此将国际商事仲裁中的许多事项交由国内律师完成，不仅可以提高工作效率，更可帮助客户更好地控制成本。例如上述案件中，中豪作为中国律师很贴心地同意了客户的打包收费要求，并同时也

说服客户理解境外律师的小时收费方式，而由于中豪承担了数百小时的基础工作，节省了境外律师的工作小时数量，相较于单独委托境外律师代理而言，整体测算后为客户节约了近百万律师费。

（三）向中国企业推荐更合适的仲裁员

中国律师通过积极参与国际商事争议案件，也会不断积累经验，并与主要国际仲裁机构保持更好的交流与沟通，从而更好地了解仲裁员当中有哪些是相对更熟悉中国企业、理解中国企业商业风格且更易于沟通、对中国企业（尤其是国企）不存在偏见的仲裁员。在当前错综复杂的国际关系背景下，难免会有对中国企业（尤其是国企）在海外的投资收购行为持不同意见的观点或声音，而当这些大型交易发生争议时，如何选择适合的仲裁员，对中国企业是至关重要的。就像国外律师在选择陪审团成员时，要从陪审员的肤色、宗教、文化、教育、家庭、职业、爱好、性格等诸多背景进行考察，尽量排除对自己当事人可能持有偏见的陪审员。我们作为中国律师，能够更好地理解中国客户（尤其是国企）在国际仲裁中的特殊背景或可能涉及的非法律因素，从而在为中国企业推荐仲裁员时，更充分考虑仲裁员的专业背景、资历、影响力和涉及中国企业案件的历史裁决数据，以便更好地向中国企业推荐仲裁员。

（四）从专家证人到代理人

对于适用中国法的投资合同、国际货物买卖合同等相对简单的案件中，中国客户已经大多接受让中国律师作为独任代理人参加仲裁。而在适用外国法，但可能有部分法律适用需要根据准据法的规则指向中国法，或是需要针对中国企业在中国的特定法律行为从中国法角度进行解释时，国外律师往往会选择中国律师作为专家证人提交中国法律意见。现在，我们更欣喜地看到，即使是适用外国法在域外进行仲裁的案件，也有越来越多的中国企业选择中国律师和外国律师共同作为代理人，并由中国律师全程主导案件的代理工作。



（五）中国律师还可为中国企业提供其他协助

复杂的大型国际商事仲裁与诉讼，可能需要高额的仲裁或诉讼费用，以及不菲的律师费。有些中国企业可能因资金困难，尤其在当前特殊的经济大环境下，难以完成资金周转、交纳高额的境外诉讼、仲裁费用或境外律师费。对此，中国律师还可借助境外的合作资源，为客户提供诉讼或仲裁融资帮助。利用西方成熟的诉讼和仲裁融资或仲裁资助模式，解决客户的资金困难。因此，中国律师完全

可以在国际争议解决中充分发挥总协调人的优势，为客户提供一站式的解决方案。

随着中国律师在国际商事争议案件中不断展现出自身的价值，中国企业已经越来越多地意识到：应该让富有经验的中国律师发挥更实质性的作用、翻译，逐渐成为共同代理人、共

用。中国律师已经从早期的推荐同出庭律师、甚至是战略决策的制定者和总协调人。在中国企业有市场需求、国家层面有政策支持的大背景下，我们深信中国涉外律师团队会越来越壮大，中国律师将在中国企业“走出去”和解决国际商事争议的过程中，发挥更加重要的作用，为中国企业保驾护航、携手同行。



摘要：格式条款的出现打破了传统合同的自由订约原则，为订约双方增加了无尽便利，在经济生活中发挥着重大作用。但在具体适用过程中，其缺陷也逐渐暴露出来：格式条款可撤销违背法理；非格式条款提供方对格式条款的知情权难以保障；格式条款的无效认定存在逻辑冲突。虽然我国已经对格式条款有着立法、行政和司法上的规制，但仍显不足。本文旨在通过格式条款的分析，提出建立、完善《民法典》中格式条款规制模式的建议：在立法模式的选择上，对格式条款进行层级的区分；规定不同的提请注意义务；针对不同情形认定格式条款的效力；加紧立法进程。行政上：要强化行政职权、提高行政规制能力，包括确立工商行政管理部门在规制格式条款中的主导地位；完善规制手段，进行全面监管；密切联系群众，鼓励群众揭发检举。在司法实践中，则要不断加强法官的专业素养，提高审理格式条款纠纷案件的能力和水平。

关键词：合同 格式条款 效力 规制

浅谈格式条款的规制

◎ 文 / 高伟 刘豪 / 贵阳办公室



格式条款的内涵及区分

（一）格式条款的内涵

我国《民法典》第四百九十六条第二款指出：格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。无庸赘述，格式条款逻辑严密的三大构成要件为：重复使用、预先拟定和未经个别协商。“重复使用”是拟订格式条款的目的。这大大提高了商业交往中的便捷性，节约了订立合同的时间成本。“预先拟订”是使用格式条款的必要条件。格式条款提供方基于其主导地位、专业知识、对信息的掌握等预先制定合同的条款，在需要订立合同时直接使用。“未经个别协商”是格式条款的本质特征。有些合同条款虽然是经预先拟定的，然而双方当事人订立合同时却能进行一定程度的商讨，凡是可经个别协商的均

不属于格式条款的范畴。

（二）格式条款与相似概念的区分

由于格式条款概念的抽象性和文字表达的局限性，对格式条款与相似概念进行区分便尤为必要了，常见的容易混淆的概念有格式合同、合同范本、霸王条款，下面逐一展开。

格式条款与格式合同。格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款，非格式条款提供方只能全盘拒绝或接受整个条款。格式合同是指合同条款完全由格式条款组成的合同，非格式合同提供方享有的选择空间只有同意在合同上签字或者拒绝在合同上签字。

格式条款与合同范本。与格式条款相同，合同范本也是预先拟定的，具有相同的便利性，为我们所广泛使用，但是二者却有着本质的区别。合同范本是指由具有一定法律知识、专业知识的法律人或业内人士针对一定的领域预先拟定的，具有参照性、指导性的合同文本，为那些有法律需求但又缺乏相关知识的合同提供者所参照使用。

格式条款与霸王条款。霸王条款，顾名思义是没有公平可言的、没有商讨余地的霸道条款，虽是一个广为流传的名词，但并不不是一个法律概念。格式条款是在《民法典》第六条公平原则的基础上作出的，而霸王条款是反公平的。当格式条款提供者恶意利用自己的经济优势违反《民法典》的公平原则时，格式条款就会有陷入霸王条款之列的风险。



高伟 | 合伙人

专业领域：合同、建设工程、资产重组

手机：+86 139 8511 8511

邮箱：Alexander@zhhlaw.com



刘豪 | 律师助理

专业领域：合同、侵权

手机：+86 152 8551 1643

邮箱：Jeremy@zhhlaw.com



合同中格式条款的立法缺陷

（一）格式条款可撤销违背法理

根据《民法典》第四百九十六条规定，提供格式条款的一方当事人未履行提示或说明义务的，对方当事人可以主张该条款不成为合同的内容，即申请撤销该格式条款。然而，格式条款可撤销是违背法理的。

条款的撤销应以其生效为前提，而无论采取哪种观点，均难以认为格式条款具备生效的条件不具备撤销的前提。若认为格式条款不能体现双方当事人合意：从立法来看，《民法典》第四百六十四条表明合同是一种协议，协议的条款经合同双方当事人意思表示合致后，方能成为协议的内容。《民法典》第四百七十一条规定了达成协议的方式，主要包括要约和承诺两个阶段，法律统称这些阶段为“订立”。订立，指缔约当事人相互为意思表示并达成合意而成立了合同，由“订”和“立”两个阶段组成。“立”即双方当事人达成了合意，或者说双方当事人就合同的主要条款达成了合意，是缔约的结果；当事人为实现缔约的结果——达成协议而进行协商的过程自然就是所谓的“订”了。订立合同是“订”与“立”二者的有机统一，“订”是“立”的前提，“立”是“订”的结果。一旦合同订立完成，旋即根据《民法典》第四百六十五条的规定对双方当事人产生法律约束力。在拟订

合同时，由于格式条款的特殊性，其没有经过要约和承诺的过程，很难说格式条款是合同双方当事人的合意体现。而可撤销的民事行为针对的是虽已成立并生效，但因意思表示不真实的民事行为。既然格式条款没有非格式条款提供方的意思表示、没有合意，又何来意思表示不真实呢。若认为格式条款能体现双方当事人合意：首先，格式条款提供方通常不会提醒对方注意所有格式条款，或者虽对格式条款提请对方注意但并未使对方理解。那么未提请注意的格式条款或被理解的格式条款也要被认为是双方合意的话，实在难以令人接受。另外，合同的订立总是包含着一定目的，非格式条款提供方为实现合同目的不得不达成“合意”。格式条款广泛存在于银行、通信、房地产、煤气水电等诸多行业，作为非格式条款提供方的平头百姓几乎没有拒绝合同的空间，如若不然，他们的生活生产将会陷入极为不便的处境，甚至基本的生存都存在问题。在合同双方经济地位极为不平等的社会大背景下，格式条款的“合意”也就可见一斑了。

综上所述，认为格式条款不是合同双方当事人的合意时，格式条款未生效，格式条款可撤销的这一规定与法理上的“未生效”相冲突；认为同意合同即承认了条款随即体现了合意时，若格式条款提供方未对免责或限责条款尽到提请注意的义务，对格式条款予以撤销也有违法理。





《民法典》的生效使得格式条款的撤销不再合理。《民法典》第一百五十一条将“乘人之危”和“显失公平”情形进行了合并，换言之，只有当显失公平的状态是因乘人之危所导致时，受损害的一方才能请求人民法院或者仲裁机构撤销该民事法律行为。具体到格式条款的撤销中，撤销未经提示说明的免责或免责条款的本质是撤销显失公平的条款，但条款的履行是否会导致显失公平本身就是难以判断的，且《民法典》出台后，这一规则就不宜再适用，否则即作为一种突破。因为乘人之危一方利用的是事件发生的紧迫性，是短时间的事，而格式条款是为了重复使用而事先拟定的，要想格式条款显失公平且能适用《民法典》第一百五十一条予以撤销，这实属困难。

（二）非格式条款提供方对格式条款的知情权难以保障

格式条款提供方提请注意义务范围过窄。《民法典》第四百九十六条仅规定格式条款提供方的提请注意义务限于免责或限制其责任的条款，而对非免责或限制其责任的条款却没有规定提请注意义务，这些条款纳入合同似乎没有任何限制。既然法律没有规定均需提示，格式条款提供方何必多此一举。如：某些游乐园、景区在出售票时，门票上只载明简单事项，可以享受的项目却模糊不清或只字未提，游客通常认为是通票，直到开始游玩时，才发现部分项目是另行收费的。即使经费超出预算或满怀怨愤，

游客也只能抱着“来都来了”的心态开始旅程。

格式条款提供方怠于履行提请注意义务。就格式条款的要件来看，它具有不可协商性，非格式条款提供方没有协商的权利，但作为合同的一方当事人，仍有拒绝或接受的权利，对此，法律规定了格式条款提供方的提请注意义务。作为合同一方当事人的非格式条款提供方，无论是经济地位、信息掌握程度，还是相关知识水平等，总是处于弱势的；故在实际生活中，格式条款提供方基于其优势地位，通常不会对免责或限责的格式条款全面地尽到提请注意义务。合同总是基于一定目的订立的，要实现目的就得签合同，签合同就没有协商权利，非格式条款提供方在合同上签字只是早迟的事情罢了。法律有规定的尚且如此，其他类型的格式条款就可想而知了。也许会有人指出，非格式条款提供方应该仔细阅读条款再做决定，不能知晓合同不能完全归结于格式条款提供方。事实上，他们往往还未阅读理解完协议即被催促接受，即使时间允许，非格式条款提供方也未见得能理解这些深奥、晦涩的条款。

（三）格式条款的无效认定存在逻辑冲突

结合前文，仅从合同拟订到签订这一过程，非格式条款提供方的权利已被剥夺了两次，其在合同履行中的风险却是未知的。法律对严重失衡的格式条款予以了无效认定的规制，但

在抽丝剥茧中却能窥探到其存在逻辑冲突。

提请注意义务与无效认定之间存在立法缺陷。《民法典》第四百九十六条劝诫格式条款提供方尽到提请注意义务，否则将承担格式条款被撤销的不利后果，《民法典》第四百九十七条明确规定了格式条款无效情形。那么从语义上来说，无论格式条款提供方是否尽到第四百九十六条的提请注意义务，只要满足第四百九十七条的规定，格式条款均无效，格式条款提供方即使费心费力提醒对方注意也是毫无意义的，这无疑和第四百九十六条的立法意图相悖。如果要解决这个语义冲突——既劝诫格式条款提供方履行提请注意义务又规定无效情形，只能作如下理解：格式条款提供方对免责或限责条款尽到提请注意义务，但满足第四百九十七条规定的，一律无效。此时，在逻辑上又使得第四百九十六条和第四百九十七条之间又出现了一种道德风险：格式条款提供方违反了提请注意义务，格式条款可撤销，且非格式条款提供方行使撤销权受除斥期间的限制；格式条款提供方遵守提请注意义务，格式条款却面临无效的风险。虽然我们都能准确理解立法者的意图，但令人遗憾的是这种缺陷的确暴露了立法技术有待提高。

《民法典》对无效认定矫枉过正。《民法典》第四百九十七条第一款更是对格式条款的无效作了严格的

限制，即认定格式条款无效，必须同时具备“违反《民法典》第五百零六条的规定”，和“违反《民法典》第一编第六章第三节”两个条件。然而，《民法典》第五百零六条规定的是免责条款无效的情形，符合此条情形的条款当然无效，格式条款亦不例外，无需再次重申。另外，第四百九十七条第一款的规定是“和”，若某一格式条款不违反《民法典》第一编第六章第三节但违反了《民法典》第五百零六条的规定，此时根据文义解释，该种格式条款居然变得有效起来。若此要将该格式条款认定为无效，只能适用《民法典》第五百零六

条的一般规定，而排除《民法典》第四百九十七条第一款的特殊规定，有违特殊法由于一般法的法理。

格式条款的法律规制和完善

（一）其他国家对于格式条款的规制

采用大陆法系的德国将格式条款称之为一般交易条款，出于契约自由的精神，对一般交易条款的使用原则不予禁止，但仍进行了严格的规制。《德国民法典》在明确一般交易条款效力认定的原则的基础上，对一般交

易条款区分作了“黑名单”和“灰名单”的类型化规定，充分体现了德国立法的严谨。“黑名单”即法官根据法典第309条的规定应认定为无效的条款，“灰名单”即法官根据法典第308条的规定，应结合实际情况，在自由裁量下方能认定是否有效的条款。此外，制定《一般交易条款法》作为程序法与《德国民法典》中的有关规定配套实施，相辅相成。

与大陆法侧重审查格式条款的公平性不同，英美法将整个合同一同纳入公平性审查的范畴。英美试图从显失公平的视角来审查合同条款中存在



的不公平问题，如英国1977年《不公平合同条款法》。在一份合同中，不管是否是格式条款，经审查被认定为不公平的条款后，都将面临法律的规制：轻则被限制适用，重则被剥夺强制执行执行力。在对格式条款的规范方法上，英美法系通过判例和成文法的形式确立了格式条款的层级划分，与大陆法系“黑名单”与“灰名单”异曲同工之。

（二）建立和完善我国当前的规制模式

格式条款固然诟病已久，但既不能视而不见，也不能因噎废食；对格式条款存在的缺陷，我们应正视问题，解决问题。我国在对格式条款进行规制的漫漫征程中，可以充分借鉴国外先进经验，结合中国基本国情，找到一条适合中国市场交易的格式条款规制道路：

立法上，要对格式条款进一步区分。在对格式条款进行层级的区分方面，建议增加“未经个别磋商条款”作为格式条款广义的概念，而将免责或限责的条款作为狭义的格式条款。在规定不同的提请注意义务方面，格式条款提供方对广义和狭义的格式条款应分别负有不同程度的提请注意义务。提请注意义务的履行要考量格式条款提供方的提请注意方式，和非格式条款提供方的接受能力。针对广义格式条款，格式条款提供方仅需在格式条款前方作特定符号标记，（如：空心五角星☆）；针对狭义格式条款，格

式条款提供方需在格式条款前方作特定符号标记，（如：实心五角星★）；针对格式条款的关键词用足以引起注意的方式提醒（如：加粗字体、更改字体颜色、增加字体大小、添加下划线等），并且用能使非格式条款提供方理解的方式作出说明。在针对不同情形认定格式条款的效力方面，未经提示的格式条款，因不是双方的合意而不纳入合同，但对方当事人表示同意将该条款纳入合同的除外；提供方即使履行了提请注意义务，但格式条款属于“免除自己主要义务、加重对方责任或排除、限制对方主要权利”的，应认定为无效；格式条款属于《民法典》第一编第六章第三节的、第五百零六条情形的，自始无效；除此之外，格式条款有效。条件成熟，可以考虑制定专门规制格式条款概念、分类、内容等各要素的法律规范，形成一套规制格式条款的严密逻辑体系。

执法中，要强化行政职权、提高行政规制能力。法律应指令工商行政管理部门成立专门的合同审查机构，针对银行、通信、邮政、煤水电气、医疗等关系民生、关系经济持续健康发展的领域，组织律师、专家学者、行业协会、消费者代表等参与审查，制定严密的程序规范，建立完善的审查机制体制。真正做到政企分开，杜绝利益挂钩；保持公平公正，杜绝徇私舞弊；坚持重拳出击，提高违法成本。一方面，审查机构应加强管理模式创新，建立全方位、多角度的审查

方式。对重要领域事先备案审查、公示；主动出击，建立对使用中的格式条款的抽查制度并将打击行动常态化，使处于优势地位的格式条款提供方不敢轻易违法，不能轻易违法；纠纷发生后，行政机关应积极介入协调处理，促进市场经济的协调高效运转。处罚是方法而不是目的，在进行行政处罚时，要加强教育，起到警示作用。另一方面，审查机构应密切联系群众，鼓励群众检举揭发生活中的显失公平的格式条款，并形成一套行之有效的受理—核实—审查—处理—反馈的机制。通过增加格式条款提供方担责几率的方式提高其违法成本，以营造良好的交易环境。

司法上，法律是维护公平正义的最后一道防线，法院是当事人维权的最后圣地。要加强法官的专业素养，提高审理格式条款纠纷案件的能力和水平，特别是在选拔晋升上，要加强考核，层层筛选；各级人民法院在审判工作中要不断总结经验，提高应对新情况、新挑战的能力；最高人民法院在司法工作中总结发布格式条款维权的案例，给下级法院提供参考，提升公众对法律的信仰程度。

中豪为两江四岸朝天门片区治理提升28亿元PPP项目招标提供专项法律服务

2020年10月，中豪受重庆市渝中区住房和城乡建设委员会委托，为两江四岸核心区朝天门片区治理提升PPP项目招标提供专项法律顾问服务。本次PPP项目系重庆市重点建设项目，总投资规模约279191.89万元。作为本次PPP项目招标的专项法律顾问，中豪组建了由合伙人张涌、袁珂组成的服务团队，提供了项目文件审查及修订、参与协调及沟通会议、协助项目合同签订等全程法律服务。在时间短、任务重的情况下，中豪律师以一贯以来的高水平、高质量法律服务获得客户的认可与好评。



中豪入选贵州省高级人民法院二级破产管理人名册



2020年12月30日，贵州省高级人民法院发布了《贵州省高级人民法院破产管理人名册（2020年）》。中豪贵阳办公室以其专业综合实力和突出的业绩成功入选贵州省高级人民法院二级破产管理人名册，具备办理重大、复杂、疑难破产类案件的条件与资格。这是继入选重庆市高级人民法院、重庆市第一中级人民法院、重庆市第五中级人民法院、四川省高级人民法院、成都市中级人民法院破产管理人名册后，中豪在破产管理人领域荣获的又一资质。中豪致力于充分联动各地分所，统筹集中管理，为企业提供优质的一体化、高效协同的破产重整和清算法律服务。



中豪律师集团

重庆

重庆市江北区江北城街道金融城2号T2栋9层 邮编: 400023
9/F, T2 Financial Town No.2, Jiangbeicheng Road, Jiangbei District, Chongqing 400023, PRC
Tel: +86 23 6701 8088 Fax: +86 23 6701 8088 E-mail: cq@zhhlaw.com

香港

香港中环花园道3号花旗银行广场ICBC大厦11层
11/F, ICBC Tower, Citibank Plaza 3 Garden Road, Central, Hong Kong
Tel: +852 3102 7788 Fax: +852 2267 8568 E-mail: hk@zhhlaw.com

贵阳

贵阳市南明区新华路126号富国际广场10层 邮编: 550002
10/F, Fuzhong International Plaza 126 Xinhua Road, Nanming District, Guiyang 550002, PRC
Tel: +86 851 8551 9188 Fax: +86 851 8553 8808 E-mail: gy@zhhlaw.com

纽约

纽约曼哈顿麦迪逊大道590号IBM大厦21层 邮编: 10022
21/F, IBM Tower, 590 Madison Ave, Manhattan, New York 10022, USA
Tel: +1 (212) 521 4198 Fax: +1 (212) 521 4099 Email: nyc@zhhlaw.com

上海

上海市浦东新区浦东南路256号华夏银行大厦13层 邮编: 200120
13/F, Huaxia Bank Tower 256 Pudong Road South, Pudong New District, Shanghai 200120, PRC
Tel: +86 21 6886 6488 Fax: +86 21 5888 6588 E-mail: sh@zhhlaw.com

北京

北京市朝阳区光华路1号北京嘉里中心南楼14层 邮编: 100020
14/F, Beijing Kerry Centre South Tower, 1 Guanghua Road, Chaoyang District 100020, PRC
Tel: +86 10 8591 1088 Fax: +86 10 8591 1098 E-mail: bj@zhhlaw.com

成都

成都市锦江区红星路3段1号国金中心1号办公楼22层 邮编: 610021
22/F, IFS Office Tower 1, No.1 Section 3 Hongxing Road, Jinjiang District, Chengdu 610021, PRC
Tel: +86 28 8551 9988 Fax: +86 28 8557 9988 E-mail: cd@zhhlaw.com



weibo.com/zhhlawfirm



@zhhlawfirm



@zhhlawfirm



www.zhhlaw.com