ZENITH
Law Firm
至理律師事務所

至理

至理律师事务所简报
〈2012 年 第 1 期〉

真理至上

法律至上

客户至上

责任至上

25/F, Zhongshan Tower
152 Hu Dong Road
Fuzhou 350003 P.R.China
Tel: (86 591) 88068018
Fax: (86 591) 88068008

zenith@zenithlawyer.com

中國福州
湖東路 152 號中山大廈 A 座 25 層
郵政編碼: 350003
電話: (86 591) 88068018
傳真: (86 591) 88068008
www.zenithlawyer.com

至理简报

第 1 期

内容提要

至理动态

- 本期重要律师业务概览---------- 02
- 至理蒋方斌律师获“福建省法学英才”称号--------- 03
- 至理业务培训制度概况---------- 03
- 文化生活：日本之旅等---------- 04

法律讲堂

- 何谓“避风港原则”？ ---------- 06

法规速递

- 最高院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释---------- 09

法律解读

- 《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》解读---------- 17

本简报的内容仅供参考，不可视为本所律师向本所客户提供的法律意见或建议。本所客户如需要任何法律意见或建议，请联系本所律师，我们将为您提供完整的法律服务。

如果您需要索取本刊请与我们联系：

zenith@zenithlawyer.com (86 591) 88065558 林小姐

至理动态

==重要业务==

- 本所为昇兴集团股份有限公司首次公开发行股票并上市提供专项法律服务。2012 年 4 月 18 日，昇兴集团股份有限公司首次公开发行股票的申请获得中国证监会发行审核委员会 2012 年第 67 次会议审核通过。
- 本所为福建圣农发展股份有限公司（股票代码 002299）申请公开发行公司债券提供专项法律服务。2012 年 4 月 24 日，圣农发展公开发行面值不超过 14 亿元公司债券的申请获得中国证监会证监许可[2012]544 号文核准。圣农发展本次债券采取分两期发行的方式，其中第一期的发行规模为 7 亿元。
- 本所接受客户委托，代理其与某上市公司大股东之间有关上市公司股权分置改革相关事宜的诉讼及非诉讼法律业务。其中诉讼案件由北京的相关法院受理，作为该法院受理的首例涉上市公司股权分置纠纷，对后股权分置改革时代的小股东利益保护和股改涉及的国有产权对价偿还等问题作出探索。诉讼中当事人达成和解协议，目前本所正代理客户办理向证交所申请所持股票的上市流通事宜。
- 本所接受北京某上市公司委托，代理其与某房地产公司建设工程施工合同纠纷案件。该案标的金额高达近 2 亿元，且案情复杂，至今已开庭多达 10 次。现该案正处于鉴定过程中。
- 本所接受厦门某大型房地产开发企业委托，代理 4 宗由其作为发包人向承包人主张权利的建设工程施工合同纠纷案件。案件涉及高额工期延误违约金及高额质量瑕疵索赔，该 4 宗诉讼案件均由福建省高级人民法院进行二审审理，其中 3 宗已做出对发包人有利的终审判决，另 1 宗尚未审结。

- 本所接受某银行委托，代理其与进口信用证开证人之间的信用证融资纠纷仲裁案件。该案涉及近年来银行与物流企业共同创设的一种新型的金融服务延伸产品“质押监管业务”，其业务模式在法律上的特点是：通过监管人（物流企业）对质物的监管，实现质权人（银行）对质物的间接占有。该案由中国国际经济贸易仲裁委员会作出的裁决肯定了此类业务符合质押担保的法律规定。

==至理荣誉==

- 今年是福建省法学会建会 30 周年。为表彰我省广大法律工作者在繁荣法学研究、服务法治实践方面所做的贡献，福建省公务员局、福建省人力资源开发办公室、福建省法学会组织开展了“福建省法学英才”评选表彰活动。经评选，本所合伙人、一级律师蒋方斌荣获“福建省法学英才”称号，与蒋方斌律师一并被授予该称号的还有我省法律界的其他九位法律工作者。而就我省律师界而言，蒋方斌律师则是唯一获此殊荣的律师。

==业务培训==

紧密的团队化运作是我们不同于普通律师事务所的特色，本着为客户负责、为年轻律师提供学习机会、打造专业化律师团队的宗旨，我们十分重视律师业务的培训以及律师之间的学术交流与案例研讨。自本所制定定期学习的例会制度以来，至今已在所内组织了多场专业培训、学术讨论会等活动，培育出浓厚的学术气氛。我们深知，只有不懈地学习才能在行业中保持领先，只有不断地自我提高才能为客户提供更优质的服务。

- 针对民商法中的几个热点问题，我们在今年的 2 月至 5 月期间组织了三场学术研讨会，研讨的专题分别是《合同纠纷中的“损害赔偿责任”问题》、《民间借贷相关法律问题》以及《商品房买卖合同纠纷相关法律问题》。在学术研讨中

我们重视理论与实务相结合，将当前司法实践中各方聚焦的一些疑难问题逐一予以深入的辨析，取得了良好的成效。

- 专业培训方面，除了有经验丰富的本所合伙人定期为年轻律师们授课之外，我们还于今年 4 月请来了建设工程方面的专家为本所律师详细介绍建设工程的整体流程、专业概念以及易产生纠纷的环节。6 月中旬，我们又专门邀请知名会计师事务所的注册会计师为本所律师讲授关于财务报表解读的专业课程。

==文化生活==

- 紧张工作了半年，让我们的身心来一次放松，今年我们选择了出境游，到邻国日本轻松游历。为了不影响正常工作，我们特别安排在 5 月及 6 月分两批出行。美丽繁华的大阪、禅意浓浓的金阁寺、白雪皑皑的富士山、高耸入云的天空树，都留下了我们惬意的足迹。
- 为了丰富律师们的业余文体生活，增进同事之间的沟通与交流，我们的工会在近期举办了一场“80 分扑克大赛”，并设置了一、二等奖项。扑克比赛是思维的体操，80 分玩法又特别讲究默契的配合，平日驰骋于辩论场上思维缜密的律师们在赛事中也不甘示弱，虽然冠亚军现在尚未决出，但我们已经发现同仁之中还真有牌技超绝的能手呢。

Zenith

日本旅游照片

Zenith

法律讲堂

何谓“避风港原则”？

——从韩寒诉百度案说起

7 月 10 日下午，作家韩寒状告百度侵权一案在北京市海淀区人民法院开庭审理，引起传媒和公众的关注。韩寒因其享有著作权的文学作品《像少年啦飞驰》、《零下一度》、《1988：我想和这个世界谈谈》被多个网友上传至被告百度网讯公司经营的百度文库供用户免费下载，在致函百度网讯公司要求停止侵权后，认为百度文库始终存在着大量侵犯韩寒著作权的文档，构成对韩寒著作权的侵犯，故而提起诉讼。原告韩寒提出的诉讼请求有五项：1、停止侵权行为，并采取有效措施制止侵权行为再次发生；2、关闭百度文库；3、赔礼道歉；4、赔偿经济损失；5、赔偿合理支出。

其中关于要求被告关闭百度文库的诉讼请求特别引起了广泛的关注，网友们担忧关闭后再也无法实现相关电子文档资料的共享。其实这种担忧大可不必，原告关于关闭百度文库的诉讼请求一般不会获得判决的支持，因为无论是《侵权责任法》还是《著作权法》、《信息网络传播权保护条例》，都不包括该种承担侵权责任的方式，按法定侵权责任方式考察，要求“关闭百度文库”仍然应当归入要求“停止侵害”这一项（法定的侵权责任方式之一），但即便如此“关闭百度文库”的要求还是大大超过了停止侵害的必要范围，须知百度文库中毕竟不全都是侵犯著作权的文档。所以，百度文库一般不会因此而走向关闭，韩寒本人在庭审后也表示他其实也并不赞同关闭百度文库，这只是韩寒所属作家维权联盟的律师为了吸引媒体和普罗大众的注意力所作的特殊安排罢了。本文更关注的，是通过该案向大家介绍网络著作权侵权领域的一个重要原则——“避风港原则”。

韩寒诉百度案庭审中的一个焦点问题就是百度文库是否应该受到“避风港原则”的保护。百度的代理律师称，百度文库作为信息存储空间服务者，应该受到“通知+删除”的避风港原则的保护，百度文库接到韩寒通知后依法及时履行了删除义务，依法不应承担侵权责任。韩寒的代理律师则认为百度公司删除侵权文档的行为只是避免了被删除文档侵权后果的进一步扩大，不能免除其应当承担的

侵权责任，百度公司也没有采取有效措施制止此后的侵权行为发生。

那么，何谓“避风港原则”？

关于“避风港原则”的概念，其实来源于美国在 1998 年为了解决互联网络时代著作权保护问题而制定的《数字千年版权法》（DMCA）第 512 条，该条款规定的大致意思是：网络服务提供者在接到权利人关于侵权作品的通知后及时移除侵权内容，且满足不知情、无直接获利等条件的情况下，该网络服务提供者无需承担赔偿责任。该条款设置的目的是避免网络服务提供者无条件地为用户实施的侵权行为承担责任。

我国 2006 年 7 月 1 日实施的《信息网络传播权保护条例》针对“提供信息存储空间的网络服务提供者”以及“提供搜索、链接服务的网络服务提供者”引入了“避风港原则”。根据《条例》规定，若权利人认为前述网络服务提供者的服务所涉及的作品或制品侵犯了自己的权利，可以向该网络服务提供者提交包含规定内容的书面通知，要求该网络服务提供者删除该作品或制品，或者断开与该作品或制品的链接。网络服务提供者接到权利人的通知书后，应当立即删除或断开链接。其中，提供信息存储空间的网络服务提供者如果具备下列条件则不承担赔偿责任：（1）明确标示内容系由服务对象提供并公开网站的联系方式；（2）未改变服务对象所提供的作品或制品；（3）不知道也没有合理的理由应当知道服务对象提供的作品或制品侵权；（4）未从服务对象提供作品或制品中直接获得经济利益；（5）在接到权利人的通知书后立即删除了权利人认为侵权的作品或制品。提供搜索、链接服务的网络服务提供者如果在接到权利人的通知书后立即断开与侵权的作品或制品的链接，不承担赔偿责任；但是该网络服务提供者明知或者应知所链接的作品、表演、录音录像制品侵权的，则应当承担共同侵权责任。

我国 2010 年 7 月 1 日实施的《侵权责任法》再次吸收“避风港原则”，该法第三十六条规定：（第 2 款）网络用户利用网络服务实施侵权行为的，被侵权人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。（第 3 款）网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益，未采取必要措施的，与该网络用户承担连带责任。

比较《条例》与《侵权责任法》可以看出，前者采取的立法模式是规定“何种条件下不承担责任”，后者采取的立法模式是规定“何种条件下承担责任”。那

么“避风港原则”的本意究竟是关于“免责条件”的规定还是关于“归责条件”的规定呢？

从“避风港”这三个字来看，很容易让人理解为网络服务提供者原本应承担责任，只有在某种条件下才避免承担责任（也就是免责）。但实际上这甚至不是美国 DMCA 立法的本意，美国国会众议院的报告就此认为：“新增加的第 512 条并不意图暗示在服务提供者的行为满足免责条件或不满足免责条件时，其是否要作为侵权者承担责任。”在美国该条款被称为“避风港原则”实在是因为网络服务提供者可能因为某些判例或者美国政府下属知识产权工作组公布的《知识产权和国家信息基础设施》（又称“白皮书”）而被认定为需承担责任（严格责任），所以必须由 DMCA 为这些网络服务提供者设置一个“避风港”，避免法院不加区分地让网络服务提供者承担严格责任。而中国的情况并非如此，在《条例》与《侵权责任法》做出相关规定之前，并没有某个立法对网络服务提供者施加“严格责任”，所以虽然通称我国立法引入了“避风港原则”，然则实际上我国立法是将对网络服务提供者的“归责条件”予以具体化，这种解释才与我国侵权责任法的归责体系相统一。

我国侵权责任法的归责原则是，一般适用“过错责任原则”，只有在法律有特别规定的时候才适用“无过错责任原则”，因此，判断网络服务提供者是否需要承担侵权责任，应以其是否具有过错为标准——在接到权利人的通知之前，如果网络服务提供者明知或者应知所涉作品或制品侵权却任由其传播，则应与内容提供者承担共同侵权的连带责任；在接到权利人的通知之后，网络服务提供者显然已经明知所涉作品或制品侵权（或涉嫌侵权），此时若不及时采取必要措施，则应就通知之后发生的部分侵权事实（即损害的扩大部分）与内容提供者承担共同侵权的连带责任。除此之外，网络服务提供者由于无过错（不知道也不应知道所涉作品或制品侵权），本来就无需承担侵权责任。

希望上述解释有助于大家理解我国立法引入“避风港原则”所体现的真实涵义。

（至理 Z）

法规速递

最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释

（法释[2012]8 号）

中华人民共和国最高人民法院公告

《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》已于 2012 年 3 月 31 日由最高人民法院审判委员会第 1545 次会议通过，现予公布，自 2012 年 7 月 1 日起施行。

二〇一二年五月十日

为正确审理买卖合同纠纷案件，根据《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国物权法》、《中华人民共和国民事诉讼法》等法律的规定，结合审判实践，制定本解释。

一、买卖合同的成立及效力

第一条 当事人之间没有书面合同，一方以送货单、收货单、结算单、发票等主张存在买卖合同关系的，人民法院应当结合当事人之间的交易方式、交易习惯以及其他相关证据，对买卖合同是否成立作出认定。

对账确认函、债权确认书等函件、凭证没有记载债权人名称，买卖合同当事人一方以此证明存在买卖合同关系的，人民法院应予支持，但有相反证据足以推翻的除外。

第二条 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。

第三条 当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。

出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移，买受人要

求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。

第四条 人民法院在按照合同法的规定认定电子交易合同的成立及效力的同时，还应当适用电子签名法的相关规定。

二、标的物交付和所有权转移

第五条 标的物为无需以有形载体交付的电子信息产品，当事人对交付方式约定不明确，且依照合同法第六十一条的规定仍不能确定的，买受人收到约定的电子信息产品或者权利凭证即为交付。

第六条 根据合同法第一百六十二条的规定，买受人拒绝接收多交部分标的物的，可以代为保管多交部分标的物。买受人主张出卖人负担代为保管期间的合理费用的，人民法院应予支持。

买受人主张出卖人承担代为保管期间非因买受人故意或者重大过失造成的损失的，人民法院应予支持。

第七条 合同法第一百三十六条规定的“提取标的物单证以外的有关单证和资料”，主要应当包括保险单、保修单、普通发票、增值税专用发票、产品合格证、质量保证书、质量鉴定书、品质检验证书、产品进出口检疫书、原产地证明书、使用说明书、装箱单等。

第八条 出卖人仅以增值税专用发票及税款抵扣资料证明其已履行交付标的物义务，买受人不认可的，出卖人应当提供其他证据证明交付标的物的事实。

合同约定或者当事人之间习惯以普通发票作为付款凭证，买受人以普通发票证明已经履行付款义务的，人民法院应予支持，但有相反证据足以推翻的除外。

第九条 出卖人就同一普通动产订立多重买卖合同，在买卖合同均有效的情况下，买受人均要求实际履行合同的，应当按照以下情形分别处理：

（一）先行受领交付的买受人请求确认所有权已经转移的，人民法院应予支持；

（二）均未受领交付，先行支付价款的买受人请求出卖人履行交付标的物等合同义务的，人民法院应予支持；

（三）均未受领交付，也未支付价款，依法成立在先合同的买受人请求出卖人履行交付标的物等合同义务的，人民法院应予支持。

第十条 出卖人就同一船舶、航空器、机动车等特殊动产订立多重买卖合同，在买卖合同均有效的情况下，买受人均要求实际履行合同的，应当按照以下情形分别处理：

（一）先行受领交付的买受人请求出卖人履行办理所有权转移登记手续等合同义务的，人民法院应予支持；

（二）均未受领交付，先行办理所有权转移登记手续的买受人请求出卖人履行交付标的物等合同义务的，人民法院应予支持；

（三）均未受领交付，也未办理所有权转移登记手续，依法成立在先合同的买受人请求出卖人履行交付标的物和办理所有权转移登记手续等合同义务的，人民法院应予支持；

（四）出卖人将标的物交付给买受人之一，又为其他买受人办理所有权转移登记，已受领交付的买受人请求将标的物所有权登记在自己名下的，人民法院应予支持。

三、标的物风险负担

第十一条 合同法第一百四十一条第二款第（一）项规定的“标的物需要运输的”，是指标的物由出卖人负责办理托运，承运人系独立于买卖合同当事人之外的运输业者的情形。标的物毁损、灭失的风险负担，按照合同法第一百四十五条的规定处理。

第十二条 出卖人根据合同约定将标的物运送至买受人指定地点并交付给承运人后，标的物毁损、灭失的风险由买受人负担，但当事人另有约定的除外。

第十三条 出卖人出卖交由承运人运输的在途标的物，在合同成立时知道或者应当知道标的物已经毁损、灭失却未告知买受人，买受人主张出卖人负担标的物毁损、灭失的风险的，人民法院应予支持。

第十四条 当事人对风险负担没有约定，标的物为种类物，出卖人未以装运单据、加盖标记、通知买受人等可识别的方式清楚地将标的物特定于买卖合同，买受人主张不负担标的物毁损、灭失的风险的，人民法院应予支持。

四、标的物检验

第十五条 当事人对标的物的检验期间未作约定，买受人签收的送货单、确认单等载明标的物数量、型号、规格的，人民法院应当根据合同法第一百五十七条的规定，认定买受人已对数量和外观瑕疵进行了检验，但有相反证据足以

推翻的除外。

第十六条 出卖人依照买受人的指示向第三人交付标的物，出卖人和买受人之间约定的检验标准与买受人和第三人之间约定的检验标准不一致的，人民法院应当根据合同法第六十四条的规定，以出卖人和买受人之间约定的检验标准为标的物的检验标准。

第十七条 人民法院具体认定合同法第一百五十八条第二款规定的“合理期间”时，应当综合当事人之间的交易性质、交易目的、交易方式、交易习惯、标的物的种类、数量、性质、安装和使用情况、瑕疵的性质、买受人应尽的合理注意义务、检验方法和难易程度、买受人或者检验人所处的具体环境、自身技能以及其他合理因素，依据诚实信用原则进行判断。

合同法第一百五十八条第二款规定的“两年”是最长的合理期间。该期间为不变期间，不适用诉讼时效中止、中断或者延长的规定。

第十八条 约定的检验期间过短，依照标的物的性质和交易习惯，买受人在检验期间内难以完成全面检验的，人民法院应当认定该期间为买受人对外观瑕疵提出异议的期间，并根据本解释第十七条第一款的规定确定买受人对隐蔽瑕疵提出异议的合理期间。

约定的检验期间或者质量保证期间短于法律、行政法规规定的检验期间或者质量保证期间的，人民法院应当以法律、行政法规规定的检验期间或者质量保证期间为准。

第十九条 买受人在合理期间内提出异议，出卖人以买受人已经支付价款、确认欠款数额、使用标的物等为由，主张买受人放弃异议的，人民法院不予支持，但当事人另有约定的除外。

第二十条 合同法第一百五十八条规定的检验期间、合理期间、两年期间经过后，买受人主张标的物的数量或者质量不符合约定的，人民法院不予支持。

出卖人自愿承担违约责任后，又以上述期间经过为由翻悔的，人民法院不予支持。

五、违约责任

第二十一条 买受人依约保留部分价款作为质量保证金，出卖人在质量保证期间未及时解决质量问题而影响标的物的价值或者使用效果，出卖人主张支付该部分价款的，人民法院不予支持。

第二十二条 买受人在检验期间、质量保证期间、合理期间内提出质量异议，出卖人未按要求予以修理或者因情况紧急，买受人自行或者通过第三人修理标的物后，主张出卖人负担因此发生的合理费用的，人民法院应予支持。

第二十三条 标的物质量不符合约定，买受人依照合同法第一百一十一条的规定要求减少价款的，人民法院应予支持。当事人主张以符合约定的标的物和实际交付的标的物按交付时的市场价值计算差价的，人民法院应予支持。

价款已经支付，买受人主张返还减价后多出部分价款的，人民法院应予支持。

第二十四条 买卖合同对付款期限作出的变更，不影响当事人关于逾期付款违约金的约定，但该违约金的起算点应当随之变更。

买卖合同约定逾期付款违约金，买受人以出卖人接受价款时未主张逾期付款违约金为由拒绝支付该违约金的，人民法院不予支持。

买卖合同约定逾期付款违约金，但对账单、还款协议等未涉及逾期付款责任，出卖人根据对账单、还款协议等主张欠款时请求买受人依约支付逾期付款违约金的，人民法院应予支持，但对账单、还款协议等明确载有本金及逾期付款利息数额或者已经变更买卖合同中关于本金、利息等约定内容的除外。

买卖合同没有约定逾期付款违约金或者该违约金的计算方法，出卖人以买受人违约为由主张赔偿逾期付款损失的，人民法院可以中国人民银行同期同类人民币贷款基准利率为基础，参照逾期罚息利率标准计算。

第二十五条 出卖人没有履行或者不当履行从给付义务，致使买受人不能实现合同目的，买受人主张解除合同的，人民法院应当根据合同法第九十四条第（四）项的规定，予以支持。

第二十六条 买卖合同因违约而解除后，守约方主张继续适用违约金条款的，人民法院应予支持；但约定的违约金过分高于造成的损失的，人民法院可以参照合同法第一百一十四条第二款的规定处理。

第二十七条 买卖合同当事人一方以对方违约为由主张支付违约金，对方以合同不成立、合同未生效、合同无效或者不构成违约等为由进行免责抗辩而未主张调整过高的违约金的，人民法院应当就法院若不支持免责抗辩，当事人是否需要主张调整违约金进行释明。

一审法院认为免责抗辩成立且未予释明，二审法院认为应当判决支付违约

金的，可以直接释明并改判。

第二十八条 买卖合同约定的定金不足以弥补一方违约造成的损失，对方请求赔偿超过定金部分的损失的，人民法院可以并处，但定金和损失赔偿的数额总和不应高于因违约造成的损失。

第二十九条 买卖合同当事人一方违约造成对方损失，对方主张赔偿可得利益损失的，人民法院应当根据当事人的主张，依据合同法第一百一十三条、第一百一十九条、本解释第三十条、第三十一条等规定进行认定。

第三十条 买卖合同当事人一方违约造成对方损失，对方对损失的发生也有过错，违约方主张扣减相应的损失赔偿额的，人民法院应予支持。

第三十一条 买卖合同当事人一方因对方违约而获有利益，违约方主张从损失赔偿额中扣除该部分利益的，人民法院应予支持。

第三十二条 合同约定减轻或者免除出卖人对标的物的瑕疵担保责任，但出卖人故意或者因重大过失不告知买受人标的物的瑕疵，出卖人主张依约减轻或者免除瑕疵担保责任的，人民法院不予支持。

第三十三条 买受人在缔约时知道或者应当知道标的物质量存在瑕疵，主张出卖人承担瑕疵担保责任的，人民法院不予支持，但买受人在缔约时不知道该瑕疵会导致标的物的基本效用显著降低的除外。

六、所有权保留

第三十四条 买卖合同当事人主张合同法第一百三十四条关于标的物所有权保留的规定适用于不动产的，人民法院不予支持。

第三十五条 当事人约定所有权保留，在标的物所有权转移前，买受人有下列情形之一，对出卖人造成损害，出卖人主张取回标的物的，人民法院应予支持：

（一）未按约定支付价款的；

（二）未按约定完成特定条件的；

（三）将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分的。

取回的标的物价值显著减少，出卖人要求买受人赔偿损失的，人民法院应予支持。

第三十六条 买受人已经支付标的物总价款的百分之七十五以上，出卖人主张取回标的物的，人民法院不予支持。

在本解释第三十五条第一款第（三）项情形下，第三人依据物权法第一百零六条的规定已经善意取得标的物所有权或者其他物权，出卖人主张取回标的物的，人民法院不予支持。

第三十七条 出卖人取回标的物后，买受人在双方约定的或者出卖人指定的回赎期间内，消除出卖人取回标的物的事由，主张回赎标的物的，人民法院应予支持。

买受人在回赎期间内没有回赎标的物的，出卖人可以另行出卖标的物。

出卖人另行出卖标的物的，出卖所得价款依次扣除取回和保管费用、再交易费用、利息、未清偿的价金后仍有剩余的，应返还原买受人；如有不足，出卖人要求原买受人清偿的，人民法院应予支持，但原买受人有证据证明出卖人另行出卖的价格明显低于市场价格的除外。

七、特种买卖

第三十八条 合同法第一百六十七条第一款规定的“分期付款”，系指买受人将应付的总价款在一定期间内至少分三次向出卖人支付。

分期付款买卖合同的约定违反合同法第一百六十七条第一款的规定，损害买受人利益，买受人主张该约定无效的，人民法院应予支持。

第三十九条 分期付款买卖合同约定出卖人在解除合同时可以扣留已受领价金，出卖人扣留的金额超过标的物使用费以及标的物受损赔偿额，买受人请求返还超过部分的，人民法院应予支持。

当事人对标的物的使用费没有约定的，人民法院可以参照当地同类标的物的租金标准确定。

第四十条 合同约定的样品质量与文字说明不一致且发生纠纷时当事人不能达成合意，样品封存后外观和内在品质没有发生变化的，人民法院应当以样品为准；外观和内在品质发生变化，或者当事人对是否发生变化有争议而又无法查明的，人民法院应当以文字说明为准。

第四十一条 试用买卖的买受人在试用期内已经支付一部分价款的，人民法院应当认定买受人同意购买，但合同另有约定的除外。

在试用期内，买受人对标的物实施了出卖、出租、设定担保物权等非试用行为的，人民法院应当认定买受人同意购买。

第四十二条 买卖合同存在下列约定内容之一的，不属于试用买卖。买受人

主张属于试用买卖的，人民法院不予支持：

（一）约定标的物经过试用或者检验符合一定要求时，买受人应当购买标的物；

（二）约定第三人经试验对标的物认可时，买受人应当购买标的物；

（三）约定买受人在一定期间内可以调换标的物；

（四）约定买受人在一定期间内可以退还标的物。

第四十三条 试用买卖的当事人没有约定使用费或者约定不明确，出卖人主张买受人支付使用费的，人民法院不予支持。

八、其他问题

第四十四条 出卖人履行交付义务后诉请买受人支付价款，买受人以出卖人违约在先为由提出异议的，人民法院应当按照下列情况分别处理：

（一）买受人拒绝支付违约金、拒绝赔偿损失或者主张出卖人应当采取减少价款等补救措施的，属于提出抗辩；

（二）买受人主张出卖人应支付违约金、赔偿损失或者要求解除合同的，应当提起反诉。

第四十五条 法律或者行政法规对债权转让、股权转让等权利转让合同有规定的，依照其规定；没有规定的，人民法院可以根据合同法第一百二十四条和第一百七十四条的规定，参照适用买卖合同的有关规定。

权利转让或者其他有偿合同参照适用买卖合同的有关规定的，人民法院应当首先引用合同法第一百七十四条的规定，再引用买卖合同的有关规定。

第四十六条 本解释施行前本院发布的有关购销合同、销售合同等有偿转移标的物所有权的合同的规定,与本解释抵触的，自本解释施行之日起不再适用。

本解释施行后尚未终审的买卖合同纠纷案件，适用本解释；本解释施行前已经终审，当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的，不适用本解释。

法律解读

《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》要点解读

买卖合同是最为典型和最为普遍的交易形式，也是所有有偿合同的典范。在法院的司法实践中，买卖合同纠纷的数量在所有民商事纠纷中也始终位居前列。1999 年颁布施行的《中华人民共和国合同法》（现行合同法）分则第九章以 46 个条文对买卖合同应遵循的法则进行了规定，但现行合同法自颁布施行以来遇到许多新情况和新问题，现行合同法关于买卖合同的规定已经难以涵盖市场交易日新月异的变化，故而最高人民法院早于 2000 年 3 月就决定制定关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的司法解释（下称《买卖合同解释》），该司法解释起草工作历时十二年、起草十二稿，终于 2012 年 3 月 31 日正式出台，自 2012 年 7 月 1 日起施行。在此，为了让广大客户概括性地理解《买卖合同解释》规定的内容要点，本所律师结合现行《合同法》、《物权法》等法律以及最高人民法院民二庭负责人的讲话，对《买卖合同解释》涉及的几个要点作简要的介绍和说明。

一、关于预约合同

《买卖合同解释》第二条是针对预约合同纠纷的规定。预约合同，一般指当事人双方为将来订立确定性本合同（或称本约）而达成的合意。我国现行《合同法》没有提及预约合同这个概念，但在担保法的司法解释中规定了立约定金（为了担保主合同的订立而支付的定金），实际上关于立约定金的约定就属于一种预约合同。此后最高院在关于商品房买卖合同纠纷的司法解释中，对商品房认购书等形式的协议中关于定金的处理规则进行了具体规定，但仍未直接提及预约合同这个法律概念。这次出台的《买卖合同解释》应该说是首次明确了“买卖合同的预约合同”这个概念，当事人双方可以通过预约合同来约定在将来一定期限内订立买卖合同（本约），预约合同的形式一般体现为认购书、订购书、预订书、意向书、备忘录等。

《买卖合同解释》确认了预约合同本身也是契约，在双方意思表示一致的

情况下即可成立，具有独立的契约效力。因此，当事人切莫误认为类似意向书和备忘录这样名称的文件不具有法律约束力。根据《买卖合同解释》第二条，如果一方当事人违反预约合同（即一方不履行订立买卖合同本约的义务）是要承担违约责任的。惟须注意的是，这里所说的违约责任是指违反预约合同产生的相应责任，而非违反买卖合同本约产生的相应责任（买卖合同本约尚未订立，当然也不存在关于本约的违约责任）。预约合同违约责任，有约定（如约定立约定金罚则或违约金条款）的按照约定处理，守约方亦有权要求解除预约合同并主张损害赔偿，遗憾的是《买卖合同解释》未对这种损害赔偿的责任范围予以明确，从目前的主流观点来看，违反预约合同的损害赔偿范围一般限于守约方的信赖利益损失，即守约方基于信赖而为买卖合同本约的订立进行准备所支出的费用及利息等损失。

二、关于无权处分

对于实务中常见的出卖人在缔约和履约时没有所有权或处分权的买卖合同如何处理，《买卖合同解释》第三条作了相关规定。

首先是这种买卖合同的效力问题。保障交易安全、严格规制对合同的无效认定，是最高院目前贯彻的一项原则，该项原则应用到买卖合同领域，则以《买卖合同解释》第三条明确肯定了“出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权的买卖合同”是有效的。至于出卖人在履约时仍未取得标的物的所有权或处分权，将发生标的物所有权不能转移给买受人的情形，该情形应认定为出卖人违约，买受人有权要求出卖人承担违约责任，亦有权要求解除合同并主张损害赔偿。将《买卖合同解释》第三条与《合同法》第 51 条规定相比较，新司法解释无疑更有利于保护买受人的权益。

三、关于电子信息产品的交付

近二三十年来，随着信息技术的发展和网络的普及，以电子信息产品为交易对象的买卖合同的数量和交易额日益增加，成为买卖合同中越来越重要的交易类型。标的物交付，是买卖合同履行过程中的关键问题，交付的完成是所有权转移以及风险承担的分水岭，因此一个不可忽视的问题就是如何确定交付的完成。现行《合同法》中有关买卖合同交付方式的规定均以有体物的交付为原型，而电子信息产品则既可以存储于特定的实物载体（如刻录在光盘上），也可以脱离于有体物（以数字化编码的形式存储和移动），应注意区分：如果买卖合

同的标的物是有物质载体的电子信息产品，则其交付规则与一般的买卖合同并无区别；但如果买卖合同的标的物是无物质载体的电子信息产品，其交付规则则有一定的特殊性。《买卖合同解释》第五条对无实物载体的电子信息产品的交付规则作了专门的规定——有约定的从约定；无约定或约定不明并且不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定；仍不能确定的，买受人收到约定的电子信息产品或者权利凭证即为交付。由此可见，如果交付方式是在线传输或网络下载，那么出卖人发出电子信息产品尚不构成交付，只有买受人实际收到才算完成交付；如果交付方式是交付权利凭证，这里向大家解释一下何谓权利凭证，电子信息产品的权利凭证实际上指的就是“访问或使用特定信息产品的密码”或能实现类似功能的其他凭证。在这种交付方式下，买受人取得权利凭证后可以自由决定取得或使用该电子信息产品的具体时间，当然以买受人收到权利凭证作为交付标准为宜。

四、关于一物多卖

出卖人就同一标的物订立多重买卖合同，买卖合同并不因“一物多卖”本身而发生无效的法律后果，是否无效要看买卖合同是否具备现行《合同法》第五十二条规定的无效情形。在多重买卖的各个买卖合同均有效的情况下，若各个买受人均要求实际履行买卖合同将如何处理，也就是说哪个买受人有权优先获得实际履行？则因标的物是不动产、普通动产抑或特殊动产而有不同的处理规则。

（一）标的物是不动产。如果是土地使用权人作为转让方就同一出让土地使用权订立数个转让合同，在转让合同均有效的情况下，2005 年 8 月 1 日起施行的《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十条已经确定了处理规则，其优先获得实际履行的顺序为“1、登记在先，2、占有在先，3、付款在先，4、成立在先”，并规定未能取得土地使用权的受让方有权请求解除合同及赔偿损失。如果是出卖人就同一商品房订立数个买卖合同，2003 年 6 月 1 日起施行的《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》没有明确规定买受人优先获得实际履行的顺序（但本所律师认为，土地使用权多重转让的处理规则对于房产多重买卖的情形具有重要的参照意义），但是：该解释第八条规定，成立在先的商品房买卖合同买受人如因一房多卖而无法取得房屋，该买受人有权请求解除合同、返

还已付购房款及利息、赔偿损失，并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任；该解释第九条规定，如果出卖人在订立商品房买卖合同时故意隐瞒所售房屋已经出卖给第三人的事实，导致后成立的合同被撤销或解除的，买受人可以请求返还已付购房款及利息、赔偿损失，并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任。就商品房的多重买卖规定“惩罚性赔偿”的处理规则，系从消费者权益保护的角度对房地产开发企业欺诈行为所作的严厉制裁。

（二）标的物是普通动产。《买卖合同解释》第九条首次针对普通动产多重买卖的情形规定了买受人优先获得实际履行的顺序，该顺序从先到后排列为：1、交付在先；2、付款在先；3、成立在先。

（三）标的物是特殊动产。何谓特殊动产？即船舶、航空器和机动车等，《物权法》规定，就这些特殊动产而言，交付是其物权变动的生效要件，登记是对抗善意第三人的对抗要件。因此，对于特殊动产多重买卖的情形，其处理规则应与普通动产多重买卖不同。《买卖合同解释》第十条亦是首次针对特殊动产多重买卖的情形规定了买受人优先获得实际履行的顺序，该顺序从先到后排列为：1、交付在先；2、登记在先；3、成立在先。在出现交付与登记冲突情形时，也就是在出卖人将标的物交付给买受人之一、又为其他买受人办理所有权转移登记的情况下，则应以交付为准，已受领交付的买受人有权请求将标的物所有权转登记到自己名下。

五、关于可得利益损失

关于可得利益损失如何认定，是买卖合同违约纠纷中经常出现的问题，《买卖合同解释》对此作出了具有可操作性的解释和规定。对于买卖合同违约赔偿的可得利益损失计算，《买卖合同解释》第二十九条规定应当运用以下四个规则：可预见规则（合同法第 113 条）、减损规则（合同法第 119 条）、过失相抵规则（买卖合同解释第 30 条）、损益相抵规则（买卖合同解释第 31 条）。具体可以这样理解：1、可得利益损失赔偿额不得超过违约方在缔约时预见到或者应当预见到的因违约可能造成的损失；2、违约事实发生后，非违约方没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失要求赔偿；3、一方违约造成对方损失，对方对损失的发生也有过错的，违约方可以主张扣减相应的损失赔偿额；4、一方因对方违约而获有利益，违约方可以主张从损失赔偿额中扣除该部分利益。

那么，非违约方有没有采取合理减损措施、有没有因违约而获益、对损失有没有过错，应当有哪一方来举证证明呢？最高院 2009 年发布的《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》第 11 条对法院认定可得利益损失时如何合理分配举证责任进行了规定，即：违约方一般应当承担非违约方没有采取合理减损措施而导致损失扩大、非违约方因违约而获得利益以及非违约方亦有过失的举证责任；非违约方应当承担其遭受的可得利益损失总额、必要的交易成本的举证责任。对于可以预见的损失，既可以由非违约方举证，也可以由法院根据具体情况予以裁量。

六、关于所有权保留

所有权保留，是指买卖合同中买受人先占有、使用标的物，但在双方当事人约定的特定条件成就前出卖人仍保留标的物的所有权，条件成就后标的物所有权才转移给买受人的法律制度。所有权保留是买卖合同关系中非常重要的一项制度，现行《合同法》只在第 134 条概括性地规定了这项制度，该规定过于原则和简略，实务操作中出现许多亟待明确的问题，因此，《买卖合同解释》通过 4 个条文对该制度作出了颇具实务操作性的具体解释。

首先，《买卖合同解释》规定所有权保留制度不适用于不动产。转移登记是不动产所有权变动的要件，在转移登记完成前不动产所有权本来就仍属于出卖人，买受人即使占有使用该不动产也不会产生所有权变动的效果；但若双方约定转移登记完成后仍由出卖人保留所有权，则与《物权法》关于不动产所有权转让经依法登记即发生效力的规定相违背，故而为法律所不允许。

其次，出卖人保留所有权的主要目的就是担保价款债权的实现，当发生买受人的行为损害出卖人债权的情形时，保有所有权的出卖人有权取回标的物，《买卖合同解释》对这一点予以了肯定，但也给予了两个限制：一是应受善意取得制度的限制；二是应受买受人支付价款数额的限制，如果买受人已支付的价款达到总价款的百分之七十五以上时，出卖人的利益已经基本实现，此时应兼顾买受人利益而适当限制出卖人取回权。

再次，出卖人取回标的物后如何处理？《买卖合同解释》出于对买受人利益的保护，规定了买受人的回赎权，出卖人取回标的物后，买受人可以在特定期间通过消除相应的取回事由而请求回赎标的物，此时出卖人不得拒绝，而应将标的物返还给买受人。但买受人在回赎期间内没有回赎标的物的，出卖人当

然就可以另卖，《买卖合同解释》规定另卖若有增值则该增值归原买受人，另卖的价款若不足清偿出卖人对原买受人债权则不足部分由原买受人清偿。

（至理 Z）