

# 论合同性质认定的三个维度

张 良

**摘要:** 合同性质需要通过合同解释才能认定。应当以文义解释为基础,妥善运用体系解释、目的解释、习惯解释等解释规则,综合考量当事人的整体意思表示对合同性质进行认定。合同性质的认定应当特别注意三个维度,即合同名称所体现的合同性质是否符合合同内容所反映的合同性质(名与实)、合同文本所确立的合同性质是否被履行行为所变更(静与动)、合同某一或者少数条款是否优越于其余条款并因而决定合同性质(少与多)。就“名与实”维度而言,合同的名称与合同约定的权利义务内容不一致的,通常应当根据合同内容确定合同性质,但若合同内容自相矛盾或者含混不清导致无法根据内容对合同性质进行判断,此时合同名称对合同性质认定就具有决定性意义。就“静与动”维度来说,只有在确有充分证据证明当事人的履行行为与合同文本表现的效果意思存在显著差异时,才可依据履行行为确定合同性质。就“少与多”维度而言,若认为某个(少数)条款决定合同性质,则应当着力论证为何该(少数)条款比其余(多数)条款的分量更重以至于决定了合同性质。此三个维度并非各自孤立,而是在同一个案件中可能存在相互重叠、彼此交错的情形。

**关键词:** 合同性质;合同解释;合同名称;合同内容;履行行为

**中图分类号:** D923.6 **文献标识码:** A **文章编号:** 1003-0751(2024)12-0055-09

合同性质是进行意思表示解释时需要考量的因素之一,在《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第142条第1款中,合同性质与合同目的相并列,学理上被称为目的解释方法。合同性质本身的认定并非不证自明,有时还显得扑朔迷离,故其本身往往又先行成为意思表示解释的对象。纵观国内外文献,学者们对合同性质认定这样一个兼具理论价值和实践价值的重要议题的论述语焉不详。本文以意思表示解释方法为主要工具,聚焦三个关键维度对合同性质展开探讨,希望在开拓理论研究疆域的同时对解决实务问题也有所裨益。

## 一、意思表示解释规则视角下 合同性质的认定

合同性质的认定是处理合同纠纷案件的前提。

《民法典》第142条第1款关于有相对人的意思表示解释规则、第466条关于合同解释的规则、第509条关于合同履行中的附随义务规则以及第566条关于合同解除后果的规则,均涉及合同性质问题。从实体上讲,合同性质决定了所应适用的法律;从程序上看,合同性质影响着案件的管辖。最高人民法院的相关判决指出:“合同的性质和效力涉及合同当事人法律关系的确定,影响当事人权利义务的分配,关系到当事人的诉讼主张能否得到人民法院的支持。因此,人民法院在审理合同纠纷案件中,即使当事人没有争议,人民法院也应依职权对合同的性质、效力进行审查。对于合同性质,应综合考虑当事人的整体意思表示,根据当事人约定的主要权利义务的实质进行判定,而不能只审查合同名称,不应受个别条款的影响,亦不能仅根据当事人在诉讼中的主张进行确认。”<sup>①</sup>笔者认为,上述判决不但正确指出

收稿日期:2024-09-17

作者简介:张良,男,法学博士,河南财经政法大学民商法学院(知识产权学院)教授(河南郑州 450000)。

了合同性质认定的重要意义,而且揭示了合同性质认定中的考量因素和解释规则,即需要根据当事人约定的主要权利义务,对当事人的整体意思表示进行解释,而不能局限于合同名称、个别条款以及当事人的主张。

### (一) 合同性质认定与意思表示解释规则的关系

自罗马法以来,大陆法系法国、意大利、德国等国家的代表性民法典均重视合同性质。对合同性质如何认定这样一个古老而又常新的问题,我国《民法典》及相关法律并没有也不可能直接给出答案,需要结合《民法典》第142条第1款、第464条、第498条、合同编第二分编“典型合同”中19种有名合同规定的权利义务内容以及民商法原理进行考量、认定。《民法典》第142条第1款规定:“有相对人的意思表示的解释,应当按照所使用的词句,结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则,确定意思表示的含义。”《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》(以下简称《司法解释》)第1条第1款规定:“人民法院依据民法典第一百四十二条第一款、第四百六十六条第一款的规定解释合同条款时,应当以词句的通常含义为基础,结合相关条款、合同性质和目的、习惯以及诚信原则,参考缔约背景、磋商过程、履行行为等因素确定争议条款的含义。”《民法典》及《司法解释》规定了意思表示的文义解释、体系解释、目的解释等解释方法,而通说认为“行为的性质和目的”和“合同性质和目的”涉及目的解释方法,即解释意思表示时,如果意思表示所使用的文字或某个条款可能有两种解释,就应采取最适合其目的的解释。但这样存在两个问题:其一,既然通说认为“行为的性质和目的”涉及目的解释方法,“行为的性质”似乎被遮蔽在“行为的目的”之中,那么“行为的性质”对解释意思表示有何意义?其二,“行为的性质”或者“合同的性质”通常并非不言自明,其本身的认定往往也需要通过解释才能作出判断,因此,需要厘清合同解释与合同性质的关系。对此,法国学者泰雷可谓一语中的。他指出:“不要混淆‘解释合同’与‘认定合同的性质’(qualification du contrat),或者是‘认定合同的名称’。解释合同,是确定缔结的债务的意思与范围;而认定合同的性质则是将当事人订立的合同归入哪一法律类型,从而推导确定该合同应当适用什么(法律)制度。按照严格的逻辑意义,合同的解释与对合同性质的认定在时间上有先后顺序之分。解释合同是认定合同性质的

‘必要的预备条件’。一项合同,只有首先排除其本身可能存在的不明确之处,才能确定是什么性质的合同,才谈得上认定其应当适用什么样的法律制度。”<sup>[1]870-871</sup>可见,合同解释是合同性质认定的前提,只有通过解释合同才能确定合同的性质。

### (二) 三个维度下合同性质的认定

从司法实践看,以“合同性质”为关键词的相关裁判文书较多,其中大多数判决能够正确运用意思表示解释规则及相关民商法理论来认定合同性质,但也有个别判决张冠李戴,将此类合同混淆为彼类合同。可见,无论从合同性质本身的重要性,还是从《民法典》第142条第1款及《司法解释》第1条第1款的内容,抑或从相关司法裁判文书存在的问题来看,都有必要对认定合同性质的考量因素及其内在逻辑进行研究,进而得出合同性质的认定标准。笔者在此拟紧扣司法实践中合同性质认定的难点问题,聚焦合同名称所体现的合同性质与合同内容所反映的合同性质是否相符之“名”与“实”、合同文本所确立的合同性质是否被履行行为所变更之“静”与“动”、某一(少数)合同条款是否优越于其余(多数)条款并据此决定合同性质之“少”与“多”这三个关键维度,结合《民法典》及《司法解释》规定的意思表示及合同解释方法,运用民商法原理特别是民法解释学理论,对合同性质认定的考量因素和解释规则进行挖掘和提炼,以期对上述法律规定的理解与适用及司法实践中疑难问题的解决提供学理支撑。

## 二、合同性质认定中的“名”与“实”： 合同名称与合同内容的关系

司法实践中,法官审理民商事纠纷特别是商事合同纠纷首先面临的就是合同名称与合同内容是否相符的判断问题。交易实践和审判实践中既有“名”符其“实”的合同,也有“名”不符“实”的合同,可谓“乱花渐欲迷人眼”。但再复杂的合同也无外乎人的意思表示的产物,故欲破解合同性质之谜团,就必须运用民法的意思表示理论和意思表示解释方法,对合同性质进行由表及里、去伪存真的作业,还其庐山真面目。

### (一) “名”符其“实”的合同

关于合同纠纷,司法实践中时常会看到“名为……实为……”的裁判观点。“实践中‘名为……实为’论断的适用情形中交织着法律行为的内容与目的、真实与虚假、当事人的有意与无意、裁判者的自我谦

抑与主动干预等多重矛盾。”<sup>[2]</sup>的确,正确认定合同性质有时并非易事。通常情况下,合同名称集中体现了当事人的缔约目的,在相当程度上也反映了合同内容,因此认定合同性质首先应当考虑合同名称。关于合同名称在合同性质认定中的重要作用,崔建远教授指出:“所谓合同的整体,包括合同的名称、合同的条款。其中,系争合同的名称显得十分突出和重要,因为它至少反映了当事人各方于缔约当时的认识水平,更体现了当事人的真意。”<sup>[3]</sup>可见,在法律实务中,法官在认定合同性质时,不当轻易抛开合同的原有名称而将该合同认定为其他性质的合同。只有在合同的实质内容与合同的名称严重不符时,方可根据合同的内容重新认定合同的性质。

在合同纠纷中,合同多为有名合同或者典型合同,且合同名称与合同内容大都相符,此时按照《民法典》关于有名合同、典型合同的规定来确定当事人的权利义务即可。诚如学者所言:“对于那些最常用的合同以及各种有名合同,法律通过具体条文规定了每一种合同的法律制度的基本内容。这些具体的法律条文规定是对当事人意思的补充,当事人可以排除这些补充性规定,但是,当合同没有规定时,法律的这些规定就会对其进行填补。这些规定是对每一种合同的特别规定,因此它们的运用取决于对当事人所订立的合同如何定性。这也决定了合同定性问题所具有的重要性。”<sup>[1]884-886</sup>

最高人民法院在一个涉及合同性质认定的案件中,综合运用文义解释、目的解释、历史解释、合同履行等解释方法对案涉《土地转让协议书》性质是土地转让协议还是土地承包协议作出了令人信服的说理论证。首先,从语词上看,《土地转让协议书》的名称是“土地转让”,此处文义清晰确定。其次,从双方对该协议性质的认识看,甲农场与乙公司对签订该协议并无异议,在一、二审诉辩过程中也均以土地转让相关法律依据主张权利。再次,从合同履行情况看,签订协议后双方一起办理了土地使用权证书。复次,从《土地转让协议书》整体内容来看,只能认定该协议为土地转让合同。最后,土地转让与土地承包具有不同的价格构成,结合日常生活经验,只能得出该协议是土地转让协议的结论<sup>②</sup>。

本案中,法院在《土地转让协议书》名称之文义非常明确的情况下,仍然结合合同相关条款、合同履行情况以及日常生活经验等因素进行综合考量,从而认定案涉法律关系属于土地转让而非土地承包,得出的结论令人信服。可见,即使《土地转让协议

书》的名称仅有一种含义,也需要从整体上考察合同内容,综合运用合同解释方法,对合同名称是否与合同内容相符进行检验。

## (二)“名”不符“实”的合同

“典型合同作为类目和框架,并非固定性的合同类型,相反,它具有开放性和可变性,并依附于一定的文化和社会脉络。”<sup>[4]440</sup>在一些复杂的商事合同纠纷中,合同名称所体现的合同性质与合同内容所反映的合同性质可能并不相符,直接简单地按照合同名称来认定合同性质,进而确定当事人的权利义务可能并不妥当。在复杂的商事往来中,“为了规避类型化合同的风险,商人有意识地混淆各种合同的性质,或者基于营业目的而淡化合同性质的法律意义”<sup>[5]</sup>。的确,市场经济奉行契约自由原则,加上商业交易本身的复杂性以及当事人需求的多样性,在对复杂的商事合同进行解释时,应当洞察蕴含于当事人缔约目的之中的商业考量及其经济逻辑,观照商事合同不同于民事消费合同的风险分担及治理机制等特点,以维护交易秩序,促进商业繁荣发展。可以说,无论面对何种纷繁复杂的合同纠纷,司法机关首先需要对合同性质作出认定。

### 1.依据法律关系的特征认定合同性质

将合同归属于不同性质的法律关系,则合同权利的生效条件、实现条件、效力强弱、负担的有无及轻重、可能受到怎样的对抗(抗辩、抗辩权的行使)等,很可能大相径庭。如果存在合同联立、混合的情况,法律关系的探求、认定就应当更加小心。我国司法实务部门历来重视合同性质的认定问题,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—2条、《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21—24条,分别对融资租赁合同、国有土地使用权合同纠纷案件中合同性质认定过程中的“名”与“实”问题作了规定。有学者认为:“假如系争合同文本本来载有租赁、买卖、雇佣诸典型合同的构成部分,或二重典型合同,或类型融合合同,等等,裁判者却不顾当事人的意思表示,简单化地把系争合同仅仅归结为一种典型合同,如买卖合同,或者将本属租赁元素的约定误作借用合同的构成部分,等等,就肯定没有找准当事人的诉讼请求或仲裁请求所处之法律关系,结果是法律适用错位,案件处理得不当,这就可想而知了。”<sup>[6]</sup>具体如何依据法律关系的特征认定合同性质,下面结合三个典型案例展开探讨。

其一,名为租赁合同实为买卖合同的案例。在

一个名为《车辆租赁合同》但被法院认定为分期付款买卖合同的案件中,当事人虽然协议约定了租赁期限,同时约定以车辆总价格为基数计算每月付款数额,但同时约定全部价款及利息付清后车辆所有权转移给Z某,如此约定明显与租赁合同不转移所有权的特征不符。详言之,虽然该《车辆租赁合同》约定的付款方式是以车辆总价为基数,以租赁期限为分期付款周期核定每月付款数额,但同时约定了车辆价款、付款方式、转移所有权,如此约定符合保留所有权的分期付款买卖合同的法律特征,应以此确定合同的性质。合同名称与合同内容所反映的法律特征不符的,应当依据法律特征认定合同性质<sup>③</sup>。

其二,名为典当合同实为借贷合同的案例。在本案中,虽然案涉公司属于典当行,但其在本案中发放借款的行为不符合典当的法律特征,而是“名为典当、实为借贷”。区分典当关系与借贷关系,首要的是对典当关系成立的当票凭证等形式条件和交付当物质押、发放当金、收取综合费等实质条件进行审查。另外,应当在对应形式合同约定的基础上,运用合同解释规则,对“名为典当、实为借贷”所涉借款利息的认定进行解释<sup>④</sup>。

其三,名为赠予合同实为买卖合同的案例。在一个颇具影响力的商业模式或者交易结构引发的多起纠纷中,原、被告之间的《个人用户信用担保赠机协议》名为赠予合同,实为买卖合同。综合考察原告(某公司)与被告(消费者)之间以及原告与电信公司之间的权利义务关系,可认定原、被告之间的赠予合同关系实为买卖合同关系。原、被告双方约定原告可获得的预期利益包括两部分:一是依据《第三方业务合作协议》,原告可获得电信公司支付的终端款(手机通话款),每月金额为通话套餐金额的50%即49.5元(99元×50%);二是依据《政企客户服务型代理商业务代理协议》,原告可从电信公司那里获得佣金,每月金额为扣除月套餐费用50%的终端款后的20%,即9.9元(99元×50%×20%)。综上,虽然原告向被告交付所谓的赠予手机是有相应对价的,但该对价高于原、被告约定的手机相对购置价值,只不过基于电信公司电信服务的介入,借助电信服务基础套餐协议期为24个月的形式,被告以交纳每月套餐费用的方式分期支付手机终端款及资费,原告再以每月获得电信公司支付终端款及佣金的方式取得对价。因此,原、被告之间成立以原告假借赠予概念促销、掩盖分期付款买卖合同关系之实的买卖合同<sup>⑤</sup>。

由上述案例可见,当合同性质存在争议时,当事人都会争取作有利于己方的解释,探求其共同的真实意思是很困难的。当合同内容存在某种“未尽事宜”时,更难探求当事人的共同意思,因为即使当事人签订合同时已考虑到合同履行中将会发生的问题,实际发生问题后每一方当事人也都会朝着最有利于自己的方向去解释。还有,当事人签订合同时甚至是故意回避某种问题,因为若在谈判开始就摆出所有问题,合同就很难谈成。因此,需要法官根据法律关系的特征,对合同性质作出认定。

## 2. 结合合同履行情况和交易习惯进行认定

为便于说理,这里也结合两个典型案例展开解析。一是名为租赁合同实为买卖合同的案例。从本案协议实际履行情况看,协议签订后公民H给付某公司32.6万元款项,某公司出具的收据上载明是房款。根据日常生活经验,“房款”显然不同于“房租款”(租金)。前者体现了买卖合同性质,后者体现了租赁合同性质。另从交易习惯看,如果是租赁合同关系,租金一般按月、按季或按年结算,而不是一次性结算完毕。因此,H向该公司一次性给付32.6万元款项的性质系购房款而非租金。根据本案协议的特别约定及协议实际履行情况,本案协议的性质应为房屋买卖合同关系<sup>⑥</sup>。二是名为《合作协议》实为租赁合同的案例。合作经营合同应同时具备共同投资、共同经营、共享收益、共担风险等法律特征。从本案《合作协议》的内容看,D公司仅提供土地,每年收取固定收益,并不承担项目经营亏损的风险,故该协议不符合合作经营合同中关于共担风险的法律特征。同时,该《合作协议》第2条第2款关于“D公司每年固定从合作项目中提取税后利润的20%作为收益”的约定,以及第2条第3款关于共同经营管理的约定,并未得到实际履行。综上,本案《合作协议》的约定及实际履行更多体现了汽车检测站占用案涉土地并支付费用等关于土地有偿使用的情况,更符合租赁合同的法律特征<sup>⑦</sup>。

综上所述,“确定合同的内容,应寻求当事人具体的意思,以及合同背后的习惯或交易惯例,而无法还原当事人意思的典型合同类型须在考量合同自由之原则的前提下谨慎地使用。”<sup>[4]439-440</sup>《最高人民法院关于经济合同的名称与内容不一致时如何确定管辖权问题的批复》(简称“法复[1996]16号”)确立了两个裁判规则:其一,当事人签订的经济合同虽具有明确、规范的名称,但合同约定的权利义务内容与名称不一致的,应当以该合同约定的权利义务内

容确定合同的性质,从而确定合同的履行地和法院的管辖权;其二,合同的名称与合同约定的权利义务内容不一致,而且根据该合同约定的权利义务内容难以区分合同性质的,以及合同的名称与该合同约定的部分权利义务内容相符的,则以合同的名称确定合同的履行地和法院的管辖权。由此,如果根据合同内容能够区分合同性质,则应依合同内容认定合同性质。如果合同名称和条款所使用的概念前后不一致,则以出现频率较高的概念认定合同性质。此时不是简单地以合同的条款否定合同的名称,因为此时合同条款的价值依附于所使用的概念,其效力并不优越于合同名称所使用的概念。个案中如果从合同所使用的概念仍不能确定合同的性质,则应结合案件各方面的事实,探求当事人的真意,结合双方之间的交易习惯,最终作出判断<sup>⑧</sup>。《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15条系统总结了相关审判实践经验,指出人民法院认定当事人之间的权利义务关系时,不当拘泥于合同使用的名称,而应当根据合同约定的内容;当事人主张的权利义务关系与根据合同内容认定的权利义务关系不一致的,人民法院应当结合缔约背景、交易目的、交易结构、履行行为以及当事人是否存在虚构交易标的等事实认定当事人之间的实际民事法律关系。本条解释可谓对此前碎片化的“名”“实”不符合合同裁判规则的系统总结和提炼,以司法解释的形式发布,意味着其已不仅是一项司法政策导向,而且是作为一项实定法的一般规则,其一般性的造法价值因此不言自明<sup>⑨</sup>。

### 三、合同性质认定中的“静”与“动”： 履行行为对合同文本性质的影响

上文从合同的“名”与“实”维度探讨了合同性质问题。但商人交易目的的复杂性产生了交易结构、交易模式的复杂性,此种复杂性不仅仅体现在精密精致的合同文本上,也往往体现在实际的履行行为上。换言之,出于实际的商业需要,精通法律的一方当事人可能通过履行行为(动)变更了合同文本记载的(静)权利义务关系,导致合同性质发生了变化,而另外一方当事人由于法律意识淡薄或者法律知识不足而浑然不觉,待到双方发生纠纷时才发现自己方已然入局。

#### (一) 履行行为作为解释规则的法理基础

合同名称、缔约目的、合同内容均体现于合同条

款,以合同文本为载体。有的合同,其性质从静态的合同文本看尚属明确,但履行行为偏离了合同内容,即当事人有意或者无意地通过履行行为对合同文本规定的权利义务进行了变更,导致合同文本所体现的合同性质发生了质变。此种情形的履行行为决定了合同性质,显然与上文所述借助于合同履行判断合同性质不同,因为上文中合同文本确定的合同性质并没有因履行行为而发生改变,履行行为只是辅助、印证文义解释、体系解释等解释方法的一种解释工具。可见,认定合同性质不能仅仅考察“静态”的合同文本规定的内容,还应当结合“动态”的履行行为来判断当事人的意思表示在履行过程中是否发生了变化,是否达成了新的合意并导致合同性质发生了改变。

从法理上看,合同内容不仅包括那些写在纸面上的文字,还包括从其他情形中可以推定出的内容。换言之,合同文本有时并不构成整个合同,要认定整个合同的性质,就必须结合履行行为。从比较法上看,美国《统一商法典》对“履行过程”的界定如下:“如果某一个买卖合同涉及其中一方当事人需要重复实施一定行为的,在另一方当事人知道这一行为的性质、有机会对此行为提出反对的情况下仍然接受了这样的履行行为,或者因为没有反对而默认了这样的履行行为,那么这样的行为就构成‘履行过程’,在确定协议的含义时就是需要考虑的因素。”该法典对“履行过程”的重要性这样解释:“当事人自己最清楚他们在协议中所使用文字的含义,他们根据协议所实施的行为,是搞清楚协议具体含义的最好识别方法。”<sup>[7]</sup>可见,履行过程或者履行行为应当成为法院认定合同性质时需要考量的重要因素。

#### (二) 司法实践层面的考察

首先,保理合同因履行行为变更而变更为借款合同案件探讨。在一个保理合同纠纷案件中,甲银行(保理人)在履行过程中将无追索权国内保理业务合同事实上变成了一般借款合同,而甲银行变更合同履行方式并没有取得担保人丙集团的书面同意,故丙集团无须承担担保责任。试分析如下:甲银行在为乙公司(应收账款出让入)提供保理融资服务前,应当收取并审查乙公司提供的应收账款转让明细表、发票、货运证明、质检证明及其他证明商务合同项下的交货义务确已履行的文件以及应收账款转让确认函。应收账款转让确认函是权益转让的标志,自乙公司提交确认的应收账款转让确认函起,乙公司将其商务合同项下享有的应收账款转让给甲银

行,乙公司所享有的与应收账款相关的权利、权益同时转让给甲银行,即甲银行向乙公司提供保理融资服务是以受让乙公司应收账款为前提的。然而,甲银行在实际履行该保理合同过程中,在未收到应收账款转让确认函及部分发票、证明的情况下,即为乙公司开具银行承兑汇票,提供了保理融资服务。乙公司获得融资款后,不再向甲银行交付应收账款转让确认函等证明及文件资料,经原审法院向乙公司释明应依约向甲银行提供上述材料后,乙公司在指定期限内仍未提交。正是由于甲银行擅自变更了合同约定的履行方式,放弃了双方预先设置的“先受让应收账款,再提供融资服务”的风险防控手段,放任风险发生,才导致乙公司拒不交付应收账款转让确认函,进而致使甲银行未成功受让案涉应收账款及相关权利。甲银行在履行过程中将保理合同事实上变成了一般借款合同,造成其提供的融资款无法追回的结果。甲银行对主合同的变更履行,使得甲银行与乙公司之间法律关系的性质由保理关系变为一般借款关系,从而导致债务人、担保责任的范围等质押合同的基本内容均发生了根本变更,丙集团因此需要对甲银行提前提供保理融资服务、乙公司无法偿还承兑汇票垫款所产生的一般借款合同债务承担担保责任。这一变更不仅违背了丙集团提供担保的本意,而且在客观上可能极大地加重丙集团实际承担担保责任的风险。再考虑到若甲银行按照约定的方式履行无追索权国内保理业务合同,本案的纠纷可能就不会发生,且甲银行变更合同履行方式并没有取得担保人丙集团的书面同意,故丙集团无须承担担保责任,甲银行应就其提前提供保理融资服务所造成的后果自行承担<sup>⑩</sup>。

其次,股权转让协议因履行行为变更而变更为采矿权转让合同的案件分析。本案中双方签订了名为股权转让协议的协议,但在实际履行过程中,双方并未将作为合伙企业的某煤矿变更为有限责任公司,导致当事人交接的不是公司股权,而是合伙企业的合伙份额。因此,本案双方通过交接行为,将协议中股权转让的内容变更为合伙企业份额转让。本案双方既有交付该煤矿全部合伙财产份额的事实,又存在需要将该煤矿采矿权进行转让并办理采矿权主体变更手续事宜的相关约定及相应的后续履行行为的事实,依据我国《矿产资源法》第6条第1款第2项之规定,双方的交易行为应当定性为采矿权转让行为<sup>⑪</sup>。

最后,买卖合同经由实际履行行为变更为加工

承揽合同的案件探讨。在一个案件中,甲乙双方签订了预拌混凝土买卖合同,根据乙方提供的原材料称的数量及资金对账单等证据可知双方已确认加工费用,双方每月的对账行为实际上构成对每笔交易的确认,故可以认定双方实际履行的合同为加工承揽合同,原买卖合同已不再履行。这一案例表面,如果实际履行行为构成新的合同关系,就应按照实际履行行为确定双方当事人之间的合同关系,进而认定合同的性质<sup>⑫</sup>。

### (三)“静”与“动”规则小结

对于当事人通过实际履行行为变更合同文本规定的合同性质的案件,最高人民法院在一份民事判决书中精辟地总结了判断当事人通过实际履行行为改变合同性质的判断规则,论证了作为原始书证的合同文本的证明力为何在例外情形下会弱于实际履行行为的证明力。的确,一些重大商事合同的达成往往有复杂的交易背景,并非一蹴而就、一成不变,当事人的意思表示在履行中历经某种变化并最终明确的情况并不鲜见。有的交易行为已通过合同予以约定,但当事人在履行过程中有所变更,使得原约定行为所对应的法律关系性质发生了改变,而基于各自诉讼利益考量,当事人交易过程中的细节并不都能获得有效诉讼证据的支撑。合同在性质上属于原始证据、直接证据,根据证据规则,合同文本应作为确定当事人法律关系性质的逻辑起点和基本依据,其通常比传来证据、间接证据具有更高的证明力。唯在确有充分证据证明当事人实际履行行为与书面合同文件表现出的效果意思之间出现显著差异时,才可依前者确定合同法律关系的性质<sup>⑬</sup>。

《司法解释》第1条第1款规定,解释合同条款应当结合“合同的性质”并参考“履行行为”等因素,但该款并没有从逻辑上厘清所结合的因素与所参考的因素之间的逻辑关系,更没有阐明各因素在认定合同性质中的分量,特别是对履行行为与其他参考因素之间的适用关系没有厘清,导致法官在裁判具体案件时的自由裁量权仍然很大。对此,可以参考美国《统一商法典》的相关规定,解释合同条款时需结合、参考的因素按照履行行为、磋商过程、交易习惯、交易背景的顺序进行考量。

## 四、合同性质认定中的“少”与“多”： 合同中少数条款与多数条款分量的权衡

司法实践中还广泛存在合同性质由某个或者少

数条款而非由多数条款决定的情形。在某些合同纠纷中,合同中的某个或者少数条款在合同性质的认定中起到关键作用,该条款不仅可能与合同名称所体现的合同性质不相符,其分量也被法院认为重于合同的其余条款,出现了以“少”胜“多”的情况。法院在此类案件的定性中,除了着力论证该关键条款为何决定合同性质,通常也会结合合同履行、交易习惯等情况进行辅助判断。在这种以“少”胜“多”案件中,法官说理论证的负担会更重,即论证该条款的分量或者强度为何会重于其余条款,该条款如何会在众多合同条款中“脱颖而出”。下文结合实践中争议极大、被法院认定为合同性质由某个或者少数条款决定的案例,运用意思表示解释规则,探讨此种情形下合同性质认定的路径、方法。

### (一) 实务考察与分析

在一个名为《委托持股协议书》(以下简称《协议书》)但却被法院认定为借款合同的案件中<sup>①</sup>,法院主要依据《协议书》第3条第7款将当事人之间的法律关系认定为借款合同,而漠视了关于委托持股内容的其余条款。《协议书》第3条第7款规定:“甲方在出资股金到丙方账户起一年之内,甲方有权要求解除本委托持股协议,甲方需提前一个月告知乙方,乙方应退还甲方股金1000万元,并按本金1000万元,每月月息3%支付给甲方利息。”本案中,甲为某公司,乙为自然人,丙为甲和乙共同出资的对象即目标公司,甲向丙出资1000万元并委托乙代持股权,甲乙还签订了借款合同,乙向甲借款500万元并出资于丙公司。法院认为《协议书》第3条第7款不符合公司法的规定,相反符合借款合同的特征,故判决乙向甲偿还借款本息。笔者认为,《协议书》第3条第7款不能否定甲与乙之间的委托持股关系,法院将本案合同定性为借款合同有值得商榷之处,具体理由如下。

首先,无论从双方签订的《协议书》的名称、委托事项还是从委托方的表决权、分红权等方面内容看,双方当事人的意思表示都非常明确,就是建立股权代持关系而非借贷关系。从《协议书》的文义看,甲与乙之间就是委托持股关系。甲与乙在《协议书》第1条“委托内容”中明确约定:“甲方自愿委托乙方向丙公司出资人民币壹仟万元整(小写1000万元),持有丙20%股权(下简称“代持股权”),并作为代持股权的名义持有人代为行使相关股东权利,乙方自愿接受甲方的委托并代甲方行使相关股东权利。”从《协议书》的体系看,第1条之外的其余条款

也是基于股权代持而特别约定的条款。《协议书》第2条“委托权限”的内容表明乙方代为行使的是股权;《协议书》第3条关于甲方的权利与义务中约定“甲方作为上述投资的实际出资者”,“甲方以其委托出资的数额为限,承担对公司出资的投资风险”。这些条款内容表明,其所涉及的款项是出资款而不是借款。《协议书》第3条第4款关于甲方的权利与义务中约定“甲方作为代持股权的实际所有人”,表明甲方享有的是股权而不是债权。《协议书》第4条第3款关于乙方的权利与义务中约定:“作为丙公司的名义股东,乙方承诺其持有的丙公司股权受到本协议内容的限制。乙方在以股东身份参与丙公司经营管理过程中需要行使表决权时至少应提前3日通知甲方并取得甲方书面授权。”《协议书》第4条第4款明确规定:“乙方作为名义股东在对公司事项表决之前,应当将表决事项告知甲方,并按照甲方指示进行表决。”《协议书》第4条第5款明确规定:“乙方承诺将其未来受到的因代持股权所产生的任何全部投资收益均全部转交给甲方,并承诺将在获得该等投资收益后3日内将该等投资收益划入甲方指定的银行账户。”这些都表明乙方承担的是名义股东对实际投资人、对公司的义务,而不是借款人对出借人的义务。

其次,从民法的角度看,《协议书》第3条第7款属于附期限的合同行为。该条款内容的逻辑结构是:甲方有权要求解除本委托持股协议;甲方要求解除本委托持股协议的权利是有期限限制的,即“在甲方出资股金到丙方账户起一年内”;甲方要求解除本委托持股协议需提前一个月通知乙方,即甲方行使解除本委托持股协议权利时负有“提前一个月通知乙方”的义务;在上述约定期限内且甲方履行“提前一个月通知乙方”义务的情况下,乙方应退还股金1000万元,并按本金1000万元,月息3%支付给甲方利息;超过上述约定期限,或者甲方未履行“提前一个月通知乙方”的义务,乙方就不应承担退还股金1000万元并支付给甲方约定利息的义务。事实上,甲公司在约定期限内并未履行上述义务,自然不享有要求乙还本付息的权利。

最后,从商法的角度看,《协议书》第3条第7款的内容本质上是我国当下商业实践中频繁使用的商业对赌协议。该款内容应当作如下解释:其一,该款明确了委托持股协议的解除问题,虽赋予甲方单方解除权,但规定了该解除权的期限,该解除权必须在该期限内行使,否则消灭。其二,该款本质上是赋

予委托持股协议的委托方投资选择权,甲方有权选择继续作为股东享有股权,也有权选择退出公司收回本金,并让乙方返还投资本息。也就是说,本案中该协议作出了对投资方更为灵活更为有利的商业投资架构安排:可以根据目标公司将来运营情况,自我决定选择哪种投资方式,进而锁定投资风险。这是私法意思自治原则在商业投融资领域的充分体现,也是投融资双方签订委托持股协议时充分考虑各自利益后的最佳投资选择。简言之,返还本息仅仅是合同解除的后果,只有甲方在约定的一年内选择退出目标公司、不以股东身份投资时,乙方才有义务返还本息。本案中,一年届满时甲方并没有选择解除合同而是选择继续以股权代持的方式进行股权投资,超过一年后其投资就转化为没有选择权的股权投资。其三,该款实质上规定了我国当下商业实践中频繁使用的商业对赌协议。也就是说,甲方是继续作为目标公司股东享有股权还是退出目标公司让乙方返回本息,主要依赖于投资后目标公司的经营运作状况,由投资方甲方进行选择。本案把对赌条件和时间锁定为投资后一年内,这种对赌并非投资方与目标公司之间的对赌,是被我国司法实践认可的、有效的对赌行为。

综上所述,笔者认为,《协议书》第3条第7款的约定是当事人的真实意思表示,是商业投资领域当事人基于各自利益考虑后的灵活投资安排,其本质就是商业领域常见的对赌协议。该条款在明确委托方进行股权投资(股权代持)的基础上,又赋予委托方一定选择权:其在一年内可以根据公司运营情况选择是否解除协议,进而确定自己的商事身份和权利性质。这属于商业领域的投资创新,即在股权投资的基础上赋予委托方(投资方)特定时限内一定的选择权(类似期权)。在该严格限定的时间内,委托方若选择解除委托持股协议,则投资性质由股权投资转化为债权投资;若明确表示不解除委托持股协议或者没有做出解除委托持股协议的意思表示,则投资性质不发生变化,自始至终为股权投资。《协议书》第3条第7款的约定并不违反《公司法》等相关法律或法规的强制性规定,故合法有效,并不改变股权投资关系的性质。该款约定一年内委托方选择解除委托持股协议时,股权回购及赔偿的主体是乙方,而不是目标公司(丙公司)。也就是说,该款约定的不是公司回购股权、支付回购款及补偿利息,公司注册资本并未减少,并不违背资本维持原则。此类投资人与股东之间的对赌协议,让乙方承

担投资风险,公司并不保证投资方“旱涝保收”地收回投资,即公司并没有改变委托方“投资风险自担”的性质。因此,本案判决中法院以委托持股协议违反《公司法》的规定为由,将当事人真实的意思表示(即股权投资协议)认定为债权投资关系(即借款合同),其裁判依据、裁判思路和判决结果显然有需商榷之处。

合同的某一(少数)条款在合同性质认定中的参考价值较之其余(多数)条款更大,这种案例在实务中还有很多。比如,在一个名为租赁合同的案件中,虽然本案协议名称之间、协议内容之间均互相矛盾,但协议中有一个双方当事人特别加上去的条款或称特别约定,即“本协议所签房屋面积产权归乙方”。该约定虽然只有一句话,但其显然改变了租赁合同的性质,实际上体现了买卖合同的性质。因此,不能以本案协议中有关租赁的条款多一些、买卖的条款少一些,就断然认定本案协议的性质为租赁合同,而应当考虑到双方在协议中特别约定的真实意思表示是建立买卖关系而非租赁关系<sup>⑤</sup>。

## (二)“多”与“少”认定规则小结

合同的个别条款或者少数条款与多数条款所体现的合同类型不一致时,不应简单按照“少数服从多数”原则进行合同性质认定。如果能在当事人的合意之中找到符合法律规定的典型合同定义所明确的某种合同类型的特征,则根据该合意成立的合同可适用相关规定。对于典型合同之外的合同,应首先探究当事人合意中与合同类型相关的本质性要素;在当事人无合意时则应探究合同的常素,以此为基础形成合同的内容。换言之,典型合同塑造合同内容的基本依据是法律规定,实际类型的合同则可能遵照诚实信用原则等社会行为规范来补充合同的条款。当然,实际类型的合同大多偏离民法预设的各合同类型,把具体的合同归类于某一典型合同类型时必须慎之又慎,而且在认定典型合同时不应轻易类推适用个别典型合同的相关法律规定<sup>[4]438-443</sup>。

## 结 语

上述意思表示视域下合同性质认定涉及的“名”与“实”、“静”与“动”、“少”与“多”三个维度的认定规则并非各自孤立、各不相干,而是在同一个案件中可能存在相互重叠、彼此交错的情形。比如,上述名为保理合同却被履行行为变更为一般借款合同

同的案例,因“动”(履行行为)而更“名”(合同名称),就涉及“名”与“实”、“静”与“动”两个维度的认定规则。上述委托持股合同案例既涉及“名”与“实”维度的认定规则,也涉及“少”与“多”维度的认定规则。面对纷繁复杂的民商事合同纠纷,需要采取系统观念和辩证思维才能妥善认定合同性质。在合同名称与合同性质“名”“实”不符的认定与处理上,法官需要在民商事审判中透过现象看本质;在运用“静”与“动”维度的认定规则时,在考察合同文本是否因履行行为而“变性”的判断上,需要考虑从量变到质变的辩证关系。

商事纠纷复杂多样,新的交易模式、交易结构层出不穷,商事合同千变万化,本文选取的三个维度肯定具有局限性,随着司法实务的发展与学界同仁的努力,相信能够归纳、提炼出更多、更具共性和解释力的认定规则,为洞察合同当事人的真实意思表示提供更广阔的视角、更新的路径和更优的方案。

#### 注释

①参见最高人民法院(2018)最高法民再304号民事判决书。②参见最高人民法院第一巡回法庭编著:《最高人民法院第一巡回法庭民商事审判会议纪要》(第1卷),中国法制出版社2020年版,第26—27页。③参见最高人民法院(2020)最高法民终234号民事判决书。④参见最高人民法院(2016)最高法民终339号民事判决书。

⑤参见河南省郑州市中原区人民法院(2018)豫0102民初5551号民事判决书。⑥参见最高人民法院(2009)民提字第90号民事判决书。⑦参见山东省高级人民法院(2021)鲁民终440号民事判决书。⑧参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》,人民法院出版社2020年版,第1806页。⑨参见石佳友、付一耀:《民法典合同编通则司法解释释评与案例指引》,中国法制出版社2024年版,第101页。⑩参见最高人民法院(2020)最高法民终907号民事判决书。⑪参见贵州省高级人民法院(2014)黔高民初字第7号。⑫参见杭州市江干区人民法院(2008)江民二初字第1598号民事判决书。⑬参见最高人民法院(2015)民一终字第78号民事判决书。⑭参见最高人民法院(2009)民提字第90号民事判决书。⑮参见河南省洛阳市中级人民法院(2018)豫03民终2282号民事判决书。

#### 参考文献

- [1] 泰雷,等.法国债法:契约篇(下)[M].罗结珍,译.北京:中国法制出版社,2018.
- [2] 于程远.论法律行为定性中的“名”与“实”[J].法学,2021(7):97-112.
- [3] 崔建远.中国民事典型案例评释[M].北京:中国人民大学出版社,2020:6.
- [4] 内田贵,大村敦志.民法的争点[M].张挺,章程,王浩,等译.北京:中国人民大学出版社,2023.
- [5] 叶林.商法理念与商事审判[J].法律适用,2007(9):17-20.
- [6] 崔建远.合同解释论:规范、学说与案例的交互思考[M].北京:中国人民大学出版社,2020:370.
- [7] 卡拉马利,等.美国合同法案例精解[M].第6版.王飞,译.上海:上海人民出版社,2018:382.

## On the Three Dimensions of Identifying the Nature of Contracts

Zhang Liang

**Abstract:** The nature of a contract can only be determined through contract interpretation. The nature of the contract should be determined based on the interpretation of the meaning of the text, and the proper use of interpretation rules such as systematic interpretation, purposive interpretation, and customary interpretation, taking into account the overall intention expressed by the parties. The determination of the nature of a contract should pay special attention to three dimensions, namely whether the nature of the contract reflected by the name of the contract conforms to the nature of the contract reflected by the content of the contract (name and reality), whether the nature of the contract established by the contract text has been changed by the performance of the act (static and dynamic), and whether one or a few clauses of the contract are superior to the other clauses and thus determine the nature of the contract (few or many). In terms of the dimension of “name and reality”, if the name of a contract is inconsistent with the rights and obligations stipulated in the contract, the nature of the contract should usually be determined based on the content of the contract. However, if the content of the contract is contradictory or ambiguous, making it impossible to judge the nature of the contract based on its content, then the name of the contract has a decisive significance in determining the nature of the contract. In terms of the dimension of “static and dynamic”, the nature of the contract can only be determined based on the performance of the parties when there is sufficient evidence to prove that there is a significant difference between the performance of the parties and the intended effect of the contract text. In terms of the dimension of “few and many”, if it is believed that a certain (minority) clause determines the nature of the contract, then efforts should be made to demonstrate why this (minority) clause carries more weight than the other (majority) clauses to determine the nature of the contract. These three dimensions are not isolated from each other, but may overlap and intersect with each other in the same case.

**Key words:** nature of contract; contract interpretation; contract name; contract content; performance behavior

责任编辑:一鸣