

法律资讯汇编

(2024 第 12 期)

上海王岩律师事务所

2024 年 12 月

目 录

行业新闻—— 国家金融监督管理总局有关司局负责人就《商业银行 实施资本计量高级方法申请及验收规定》答记者问	3
新法速递—— 国家金融监督管理总局发布《商业银行实施资本计量 高级方法申请及验收规定》	7
案例解析—— 用患者家属在救护车上受伤，责任谁担？	27
业务研究—— 商业回扣型行为的刑事规制与裁判思路	31
—— 《民法典》新规下“保价条款”分析的逻辑进路 案 例精选	42

国家金融监督管理总局有关司局负责人就 《商业银行实施资本计量高级方法申请及验收规定》答记者问

来源：国家金融监督管理总局官网

日期：2024 年 11 月 1 日

为深入贯彻中央金融工作会议精神，进一步加强商业银行资本监管，金融监管总局近日发布《商业银行实施资本计量高级方法申请及验收规定》（以下简称《验收规定》）。金融监管总局有关司局负责人就相关问题回答了记者提问。

一、什么是“资本计量高级方法”？

2012 年，《商业银行资本管理办法（试行）》正式发布，建立了较为完善的商业银行资本监管框架，引入了标准方法和高级方法两种计算资本充足率的方式。标准方法下，银行适用监管部门统一规定的风险权重或风险参数。高级方法下，银行使用内部模型自行估计部分风险参数计量风险加权资产。高级方法的计量结果较标准方法精细化程度更高，同时对银行的机制体制、计量模型、数据系统等方面也提出了更加严格的要求。经监管部门验收后，银行方可采用高级方法计算风险加权资产和资本充足率。

2014 年，工商银行、农业银行、中国银行、建设银行、交通银行和招商银行获准实施高级方法，标志着我国商业银行资本管理迈上了新台阶。经过 10 年左右的高级方法实践，监管部门和银行业逐步

积累了高级方法验收和实施经验，在风险计量、系统建设、数据管理和人才储备等方面均有一定提升。

二、制定《验收规定》的背景是什么？

2024 年 1 月 1 日，修订后的《商业银行资本管理办法》（以下简称《资本办法》）正式实施。新办法对信用风险、市场风险和操作风险的计量规则进行了全面修订，但修订幅度不尽相同。其中，信用风险的计量逻辑和框架未做重大调整，市场风险和操作风险的计量方法变化较大。因此，原资本监管框架下已获准实施高级方法的工商银行、农业银行、中国银行、建设银行、交通银行和招商银行，在新资本监管框架下信用风险可继续适用高级方法，其他风险模块需另行申请和验收。除了 6 家已经获准实施高级方法的银行之外，近年来一些银行积极推进高级方法建设，开展了大量实施准备工作，也有申请实施高级方法的诉求。

为进一步明确银行实施高级计量方法的验收流程和监管要求，金融监管总局研究制定了《验收规定》，作为《资本办法》的配套文件，为银行高级方法申请和验收工作有序开展提供制度依据和行动指南。

三、《验收规定》的主要内容是什么？

《验收规定》明确了高级方法的验收标准、验收程序和持续监管框架，主要包括：

一是明确适用对象和验收范围，允许根据《资本办法》相关规定划分至第一档的银行，按照不同风险模块分步实施、分别申请。二是规定高级方法实施的前提条件，要求银行申请实施高级方法需具备经营业绩稳健和风险管理水平良好等条件。三是明确申请及验收流程，

细化各个环节中应提交的材料清单，全面覆盖计量模型和支持体系的各项合规要求，提升申请及验收工作质效。四是强调评估及验收原则，结合资本监管规则变化，提出不同风险模块验收的最低要求，提升资本计量结果的审慎性。五是完善持续监管要求，提出监管信息定期报送、重大调整事前认可等持续监管要求，维护资本监管有效性。

四、银行实施资本计量高级方法需满足哪些标准和条件？

银行适用的资本监管规则需与其资产规模、业务复杂程度、风险特征和管理水平相匹配。《资本办法》构建了差异化的资本监管框架，将银行分为三档，其中，具备条件的第一档银行经监管部门验收通过可实施高级方法。具体要求包括：

一是需具备坚实的实施基础。《验收规定》从公司治理、风险管理、内部控制、经营状况、数据治理、信息系统以及结果应用等方面，提出了银行申请实施高级方法需满足的基本要求，只有经营业绩稳健、风险管理水平良好的银行才具备资本计量高级方法申请条件。

二是需满足审慎的监管要求。《验收规定》细分信用风险内部评级法、市场风险内部模型法和操作风险自行计算内部损失乘数三大风险模块，分别从政策流程、模型方法、参数估计、运行表现等各方面提出银行实施高级方法应满足的审慎监管要求。银行需全面落实相关规定。

三是需符合严格的技术标准。《资本办法》正文及相关附件对银行实施高级方法需满足的具体计量规则和技术细节进行了系统性规范。银行需全面对标相关标准，确保计量模型审慎、可靠，治理结构、制度流程、数据和信息系统等支持体系稳健、有效，计量结果充分反映真实风险水平。

五、实施高级方法对银行的影响如何？

相较于实施统一风险权重的标准方法，高级方法允许银行使用内部模型、自行估计风险参数计量资本，能够提升资本计量的精细化程度。允许具备条件的银行实施资本计量高级方法，有利于促进银行不断完善全面风险管理体系，提升数据基础和质量，强化系统整合和自动化程度，形成基于风险量化的决策机制，促进银行管理的科学化、精细化。同时，从单家机构来看，对于资产质量稳健、风险管理水平良好的银行，实施高级方法对资本充足率有正向作用。从银行业整体来看，由于实施机构数量有限，对行业资本充足水平不会产生显著影响。

六、《验收规定》发布后，高级方法验收的工作安排是什么？

金融监管总局将做好资本计量高级方法验收准备，结合银行的申请意愿、风险管理状况、系统建设水平及实际工作情况，科学制定工作方案。以“成熟一家、验收一家”为基本原则，全面落实验收要求，严格控制验收质量，合理把握验收节奏，稳妥有序开展验收工作。

国家金融监督管理总局发布《商业银行实施资本计量高级方法申请及验收规定》

来源：国家金融监督管理总局官网

日期：2024 年 11 月 1 日

为深入贯彻中央金融工作会议精神，进一步加强商业银行资本监管，金融监管总局近日印发了《商业银行实施资本计量高级方法申请及验收规定》（以下简称《验收规定》），明确银行实施高级计量方法的验收流程和监管要求，推动银行不断提高风险管理水平。《验收规定》自印发之日起施行。

《商业银行资本管理办法》（以下简称《资本办法》）全面修订了资本监管规则，允许满足条件的商业银行经监管验收后使用高级方法计算风险加权资产。为配合《资本办法》落地实施，金融监管总局研究制定了《验收规定》。《验收规定》共七章四十七条，主要包括：一是明确适用对象和验收范围，允许根据《资本办法》相关规定划分至第一档的银行，按照不同风险模块分步实施、分别申请。二是规定高级方法实施的前提条件，要求银行申请实施高级方法需具备经营业绩稳健和风险管理水平良好等条件。三是明确申请及验收流程，细化各个环节中应提交的材料清单，全面覆盖计量模型和支持体系的各项合规要求，提升申请及验收工作质效。四是强调评估及验收原则，结合资本监管规则变化，提出不同风险模块验收的最低要求，提升资本计量结果的审慎性。五是完善持续监管要求，提出监管信息定期报

送、重大调整事前认可等持续监管要求，维护资本监管有效性。

下一步，金融监管总局将稳妥有序开展资本计量高级方法验收工作，指导银行做好高级方法实施，推动银行不断强化风险防控能力，提升管理精细化水平，科学制定资本规划，持续优化资产结构，提升服务实体经济质效。

附：《国家金融监督管理总局关于印发商业银行实施资本计量高级方法申请及验收规定的通知》

国家金融监督管理总局

金规〔2024〕16号

**国家金融监督管理总局关于
印发商业银行实施资本计量高级方法
申请及验收规定的通知**

各金融监管局，各政策性银行、大型银行、股份制银行、外资银行：

现将《商业银行实施资本计量高级方法申请及验收规定》印发给你们，请遵照执行。

国家金融监督管理总局

2024 年 11 月 1 日

商业银行实施资本计量高级方法申请及验收规定

第一章 总则

第一条 为规范商业银行实施资本计量高级方法的监管，根据《中华人民共和国银行业监督管理法》《中华人民共和国商业银行法》《商业银行资本管理办法》（国家金融监督管理总局令 2023 年第 4 号）等法律法规，制定本规定。

第二条 本规定所称资本计量高级方法，是指根据《商业银行资本管理办法》规定，商业银行选择使用内部模型来计量风险和监管资本的方法，包括信用风险内部评级法和市场风险内部模型法。

在操作风险标准法中采用自身损失数据自行计算内部损失乘数，适用本规定。

第三条 本规定适用于中华人民共和国境内按照《商业银行资本管理办法》相关规定划分为第一档的、已实施和拟实施资本计量高级方法的商业银行，包括中资银行、外商独资银行和中外合资银行。

第四条 国家金融监督管理总局及其派出机构（以下简称监管部门）负责对商业银行实施资本计量高级方法进行验收，持续监督资本管理，促进商业银行健全风险管理体系，提升风险管理水平。

第五条 监管部门按照激励相容原则对资本计量高级方法实施进行验收，包括自评、申请、评估、整改、验收等环节，促使商业银行资本计量充分反映风险水平，并从标准方法向高级方法平稳过渡。

第六条 监管部门对商业银行实施资本计量高级方法进行持续监督检查，采取适当监管措施，促使商业银行资本能够充分覆盖所面临的各类风险。

第七条 监管部门基于商业银行实施进展，允许商业银行分步达标，分别受理商业银行信用风险内部评级法和市场风险内部模型法的实施申请。

商业银行在操作风险标准法中申请采用自身损失数据自行计算内部损失乘数，监管部门可单独受理。

第二章 实施条件

第八条 申请实施的商业银行应具备良好的公司治理机制，建立股东大会、董事会、监事会、高级管理层的治理架构，权责明晰、独立运作、有效制衡，决策、执行和监督机制科学高效。

第九条 申请实施的商业银行应具备健全的风险管理与内部控制，建立全面风险管理架构和完整独立的风险管理体系，内部控制有效。

第十条 申请实施的商业银行应经营稳健，资产优良、盈利平稳、流动性充裕。

第十一条 申请实施的商业银行监管评级应连续 3 年不低于 2 级。

第十二条 申请实施的商业银行应具备良好的数据治理水平，政策、目标、制度和流程清晰，数据质量监控体系有效，达到《银行业金融机构数据治理指引》（银保监发〔2018〕22 号）的相关要求。

第十三条 申请实施的商业银行应具备完备的信息系统，能够有效支持商业银行各项经营管理，满足资本计量系统化、自动化需求。

第十四条 申请实施的商业银行的资本计量高级方法覆盖率，应符合《商业银行资本管理办法》的相关规定。其中，申请实施信用风险内部评级法的银行法人或附属机构，信用风险内部评级法覆盖率应不低于 50%，申请实施市场风险内部模型法的银行法人或附属机构，市场风险内部模型法覆盖率应不低于 10%。

第十五条 申请实施的商业银行资本计量高级方法及其配套体系已上线运行，计量结果充分应用于经营决策和风险管理。

第三章 申请验收

第十六条 商业银行申请实施资本计量高级方法，应进行自评。

自评是商业银行组织行内专家，对照《商业银行资本管理办法》要求，对自身实施准备情况进行全面核查和评价。

第十七条 自评应至少包括以下内容：实施规划完成情况，自评专家团队资质情况，自评范围、方法、流程、发现的问题，整改措施以及自评结论等。

商业银行自评发现问题仍在整改的，要有明确的完成期限。

第十八条 商业银行在自评基础上，认为具备实施资本计量高级方法条件或满足在操作风险标准法中采用自身损失数据自行计算内部损失乘数要求的，自主向监管部门提交评估申请。

商业银行提交的申请材料应有助于监管部门充分了解其实施准备情况。商业银行董事会对材料的真实性负责。

第十九条 商业银行提交的资本计量高级方法评估申请材料应至少包括以下内容：

（一）总体情况说明，包括申请实施范围、申请目标，及实施准备工作概述。

（二）银行对实施情况的自评估报告。

（三）至少最近两个完整财务报告年度的定量测算结果，包括资本计量高级方法下风险加权资产覆盖率、标准方法和高级方法的计量结果，以及不同方法下的结果差异说明。此外，在资本监管报表并行报送期内，应同时报送《商业银行资本管理办法（试行）》（中国银行业监督管理委员会令 2012 年第 1 号）和《商业银行资本管理办法》中不同计量方法的计量结果和结果差异说明。

（四）模型相关材料。

（五）验证报告。投产前全面验证、所有定期监控、投产后全面验证，包括但不限于：对计量模型和支持体系进行验证的方法、过程、验证结论、优化建议，以及对操作风险标准法下识别、收集和处理损失数据的相关程序和流程的验证情况等。

（六）审计报告。包括内部审计部门对验证政策、管理架构、组织流程、实施重要环节和报告机制等的适用性、独立性和有效性的评估结论。

（七）信息披露管理体系说明、政策和模板。

（八）监管部门认为有助于了解实施准备情况的其他材料。

第二十条 依照资本计量高级方法申请范围，各风险类别模型相关材料应至少包括以下内容：

（一）信用风险模型的数据情况、违约识别情况、经济周期识别及调整方法，非零售模型主标尺的设计及校准情况、长期中心违约趋势的计算情况和各模型占用的风险加权资产，零售模型排序稳定性情况、清收期及回收期确定情况和各模型占用的风险加权资产。

（二）市场风险模型的市场和交易数据准确性和完整性情况、交易台设置情况、风险因子合格性自评估报告、资本要求计量报告、模型数据质量自评估报告、最近一次基于过去 250 个工作日的返回检验分析报告和损益归因测试报告、压力测试的计算方法、情景设置以及最近一次的市场风险压力测试报告。

（三）操作风险业务指标各项目计算情况，内部损失数据的识别、收集和处理情况，损失数据库建设和运行情况，资本计量流程。

（四）其他有助于说明模型性能的相关材料。

第四章 评估及验收流程

第二十一条 监管部门根据商业银行的申请材料，决定是否受理并开展申请验收。对于尚未达到申请条件的商业银行，不予受理。

第二十二条 受理商业银行评估申请后，监管部门可运用现场检查、非现场监管等各种方法开展评估，揭示商业银行存在的问题，提出整改要求，出具评估意见。

第二十三条 监管部门可组建资本计量高级方法监管验收团队。验收团队成员主要在国家金融监督管理总局及其派出机构内部产生，

应具备必要的专业知识、技能和监管经验，熟悉资本计量高级方法相关监管要求，公平公正、勤勉尽责。在符合相关规定的前提下，可引入外部专家，对资本计量高级方法的验收和监管提供专业意见。

第二十四条 商业银行应建立整改工作机制，根据评估意见制定整改方案，开展整改。整改方案至少包括整改内容、措施、计划和进展情况等。

第二十五条 商业银行经整改，认为符合监管要求的，自主向监管部门提出验收申请。

监管部门认为商业银行对实施有实质性影响的核心项目整改未完成的，可不受理其验收申请。

第二十六条 验收申请材料应至少包括以下内容：

- （一）整改情况的总体说明。
- （二）整改情况自评估报告。包括整改工作机制、整改方案和过程、自我验收机制、整改结论。
- （三）截至验收申请日，未完成整改的问题、原因及后续计划。
- （四）截至验收申请日，监管部门要求的其他相关材料。

第二十七条 根据商业银行验收申请，监管部门对商业银行资本计量高级方法实施情况进行验收，核查是否完成整改、是否满足资本计量高级方法的实施要求，出具验收意见。

第二十八条 商业银行根据验收意见自主向监管部门提出实施申请。实施申请材料应至少包括以下内容：

（一）实施申请。包括申请实施资本计量高级方法的范围、申请目标、实施准备工作概述、暂不实施高级方法资产的计划安排，或操作风险标准法申请自行计算内部损失乘数的范围、申请目标、实施准备工作概述。

银行集团还应提交集团内部各法人机构的实施方法及差异说明，提交实证数据说明上述差异对集团风险管理一致性要求的影响、解决方案和实施效果。

（二）董事会或其授权机构审议通过实施申请的相关决议。

（三）截至实施申请日，未完成整改问题的后续整改计划，以及所采取的校准措施和其他措施。

（四）信息披露管理体系说明、政策和模板。

（五）截至实施申请日，监管部门要求的其他相关材料。

第二十九条 监管部门应对商业银行的申请作出验收通过、有条件验收通过或验收不通过的决定。

验收通过的，监管部门应明确商业银行实施高级方法或采用自身损失数据自行计算内部损失乘数的范围；有条件验收通过的，还应明确未通过范围和所采取的监管措施。对验收不通过的商业银行，监管部门应指出其问题，半年内不再接受其实施申请。

第五章 评估及验收原则

第三十条 监管部门对商业银行资本计量高级方法的实施进行评估验收，核查商业银行治理结构、政策流程、计量模型、数据和信

息系统、验证和审计、应用、信息披露等是否满足《商业银行资本管理办法》中相关的监管要求。

第三十一条 存在下列情形之一的商业银行，不宜实施资本计量高级方法，操作风险标准法也不宜采用自行计算的内部损失乘数：

（一）治理架构存在较大缺陷。董事会、监事会、高级管理层和相关部门职责不清，未有效履行相关职责；未建立高级方法或内部损失乘数建设及应用的管理机制。

（二）数据质量存在较大问题，不能有效支持模型的开发、运行和验证。

（三）资本计量高级方法或内部损失乘数相关支持系统无法保持稳定有效运行。

（四）未建立有效验证体系和独立验证团队；未对高级方法及其支持体系开展有效验证，或未对识别、收集和处理损失数据的程序、流程进行有效验证。

（五）内部审计部门未对资本计量高级方法实施工作或损失数据开展有效审计。

（六）风险加权资产系统中手工录入的风险加权资产比例超过风险加权资产总额的 15%。

（七）损失准备计提不足，实际拨备覆盖水平较低，未充分反映资产的预期损失水平。

（八）文档存在较大缺陷。

（九）未建立有效的人力资源保障体系。主要岗位人员数量和资质不能满足高级方法实施或内部损失乘数计算专业要求，缺乏专业人才培养机制。

（十）监管部门认为对资本计量高级方法或对操作风险标准法中采用自身损失数据自行计算内部损失乘数有实质影响的其他情形。

第三十二条 存在下列情形之一的商业银行，不宜实施信用风险初级内部评级法：

（一）内部评级政策体系存在较大问题，不能有效支持风险识别、风险暴露分类、评级流程、信用风险缓释的管理以及模型的验证和应用。

（二）用于估计违约概率的数据少于 5 年，违约概率计量未遵守底线要求。

（三）参数估计未考虑经济周期影响；未建立经济周期的研究跟踪机制。

（四）在申请范围内，违约定义不审慎、不统一或实施不一致。

（五）违约概率估计的区分能力、稳定性和审慎性存在对风险计量有实质性影响的问题。

（六）合格抵质押品的认定、拆分以及估值存在较大问题。

（七）未开展有效的信用风险压力测试。压力测试未把握影响债务人还款能力的主要因素，压力情景严重程度不足。

（八）未能验证低违约资产组合的评级模型。验证工作未覆盖关键评级标准的趋势变化分析。

（九）内部评级结果未对业务经营和管理发挥有效的引导和约束作用。内部评级结果未在授信审批、风险监控、限额设定、信贷政策和风险报告等核心领域得到实质应用；或未在经济资本管理、风险偏好、损失准备计提、贷款定价、绩效考核和风险管理基础建设等高级领域有所体现，未制定实质应用计划。

（十）监管部门认为对资本计量高级方法有实质影响的其他情形。

第三十三条 存在下列情形之一的商业银行，不宜实施信用风险高级内部评级法：

（一）存在第三十二条所列情形之一的。

（二）在申请范围内，损失定义不审慎、不统一或实施不一致。

（三）违约损失率估计的区分能力、稳定性和审慎性存在严重不足；违约损失率估计未反映经济衰退时期违约债项损失；违约损失率计量未遵守底线要求。

（四）违约风险暴露估计的准确性和稳定性存在明显不足。

（五）对非零售信用风险，在债务人评级、债项评级和违约风险暴露估计中重复考虑信用风险缓释的作用。

（六）用于估计非零售违约损失率、违约风险暴露的数据少于 7 年；用于估计零售违约损失率、违约风险暴露的数据少于 5 年。

（七）未在经济资本管理、风险偏好、损失准备计提、贷款定价、绩效考核、风险管理基础建设等领域实质应用。

（八）监管部门认为对资本计量高级方法有实质影响的其他情形。

第三十四条 存在下列情形之一的商业银行，不宜实施市场风险内部模型法：

（一）市场风险管理政策制度体系或信息系统存在较大问题，不能有效支持账簿划分、数据管理、估值、监管资本计量、限额设定及监控、压力测试、新产品审批、市场风险报告、验证以及内部模型应用。

（二）交易台划分不满足相关要求。交易台没有设置独立的会计账目，交易台损失无法独立观测。未结合交易策略进行投资组合管理和限额设定、监控。

（三）内部模型估值结果与会计入账估值结果存在较大差异。

（四）内部模型未能包含对资本计量结果有实质性影响的风险因子，风险因子合格性认定不满足相关要求。

（五）内部模型计算方法和重要参数选择存在较大问题；计算压力预期尾部损失的压力期间追溯期过短，未覆盖 2007 年以来的市场变化；缺少历史压力情景的重检机制；未及时向高级管理层报送计量结果。

（六）损益归因测试不满足相关要求；交易台损益归因测试落在红区；损益归因测试频率低于每月；损益归因测试积累数据少于 1 年。

（七）未制定合理的市场风险压力测试方案；不具备按日进行压力测试的能力；未向董事会和高级管理层报送压力测试结果。

（八）进行模型验证时，返回检验选取的置信区间、计算方法以及使用的历史数据期限未能与计算预期尾部损失时保持一致；返回检验数据积累少于 1 年；返回检验显示模型存在较大问题。

（九）内部模型未应用到银行日常市场风险管理过程中，交易限额与内部模型的计量结果缺乏联系。

（十）监管部门认为对资本计量高级方法有实质影响的其他情形。

第三十五条 申请采用自身损失数据自行计算内部损失乘数的银行法人或附属机构，存在下列情形之一的，不宜在操作风险标准法中采用自身损失数据自行计算内部损失乘数：

（一）操作风险管理政策制度体系存在较大缺陷，未能与银行业务性质、规模、复杂程度和风险特征相适应。

（二）未建立清晰的操作风险报告路线并定期向董事会和高级管理层提交全行的操作风险管理与控制情况报告。

（三）未制定相关政策有效明确业务指标各项目的定义与计算规则，未建立有效的业务指标数据收集和储存机制；业务指标数据少于 3 年。

（四）未有效满足损失数据的识别、收集和处理要求，包括但不限于：损失数据的收集未全面覆盖所有业务活动，未充分反映银行的操作风险；未书面规定识别、收集和处理损失数据的程序和流程，

数据收集不完整；未书面规定损失事件类型映射规则；未建立完善的损失数据库及相关政策程序；未按要求进行验证、内外部审计，或验证、内外部审计存在重大缺陷；高质量损失数据不足 5 年。

（五）未建立与全行操作风险管理政策流程相适应的操作风险管理系统，或系统功能存在较大缺陷。

（六）操作风险及控制措施自我评估、关键风险指标监测、业务连续性管理存在较大问题，未能有效支持风险预警与管控。

（七）未将操作风险计量作为操作风险管理流程的重要组成部分。

（八）监管部门认为对银行采用自身损失数据自行计算内部损失乘数有实质影响的其他情形。

第三十六条 无上述情形且符合资本计量高级方法验收要求的商业银行，经监管部门验收通过，应实施高级方法。

对验收通过在操作风险标准法中采用自身损失数据自行计算内部损失乘数的商业银行，监管部门有权设置并行期底线要求。

第三十七条 基本符合资本计量高级方法验收要求或自行计算内部损失乘数要求，但存在对高级方法或操作风险标准法计量无实质影响问题的商业银行，如具备下列条件，监管部门有条件验收通过使用高级方法或使用自行计算的内部损失乘数：

（一）不存在第三十一条至三十五条所列示的情形。

（二）对仍需整改的问题，有明确可行的修正措施及计划。

（三）接受监管部门的第二支柱资本要求。

（四）已建立符合监管要求的信息披露管理体系、政策和模板。

第三十八条 对有条件实施高级方法或有条件自行计算内部损失乘数的商业银行，监管部门从数据质量和长度、模型结构和假设、参数估计、模型结果表现、信息系统、计量结果应用及其他支持体系等方面，来判断商业银行的资本计量是否存在审慎不足的情形，确定采取相应的监管措施，包括：

（一）要求商业银行自行将风险参数、内部损失乘数调整到能够充分反映真实风险状况的合理水平。

（二）要求商业银行将风险加权资产调整到能够充分反映真实风险状况的监管给定水平。

（三）要求商业银行重新优化模型、对市场风险内部模型法设定附加因子或补充收集内部损失数据。

（四）对无法满足监管要求的风险类别、资产组合或交易台，不允许其使用资本计量高级方法。

（五）监管部门认为必要的其他措施。

第三十九条 有条件实施资本计量高级方法或采用自身损失数据自行计算内部损失乘数的商业银行完成整改，经监管部门验收通过且已符合各项监管规定，可解除相应监管措施。

第六章 持续监管

第四十条 对验收通过或有条件验收通过实施资本计量高级方法或采用自身损失数据自行计算内部损失乘数的商业银行，监管部门

实施持续监管，确保商业银行持续满足《商业银行资本管理办法》中相关的监管要求。

对未能持续满足监管要求的商业银行，监管部门可视情形采取相应监管措施，并要求银行限期整改。

第四十一条 持续监管内容包括但不限于：

（一）验收通过或有条件验收通过实施高级方法或采用自身损失数据自行计算内部损失乘数相关运行情况。包括但不限于：计量模型的表现及其有效性、模型运行环境变化对模型结果的影响和支持体系的运作状况等，以及操作风险标准法损失数据收集程序、流程和系统的运行情况等。

（二）应用情况。包括高级方法风险加权资产覆盖比率、标准方法和高级方法的计量结果，以及不同方法的结果差异说明。

（三）验证情况。包括对已投产的计量模型和支持体系进行全面检验的方法、过程、验证结论以及优化建议。

（四）审计情况。包括内部审计部门对验证政策、管理架构、组织流程、实施重要环节和报告机制等的适用性、独立性和有效性的评估结论。

（五）压力测试情况。

（六）银行内部向董事会和高级管理层的风险管理报告情况。

（七）信息披露情况。

（八）监管部门所要求的其他相关材料。

上述材料按照银行实际发生频度提交，但频度不得低于《商业银行资本管理办法》的规定；内容的详尽程度应有助于监管部门充分了解银行高级方法运行情况和采用自身损失数据自行计算内部损失乘数情况。

第四十二条 在持续监管中发现整改事项，商业银行应及时向监管部门报告整改情况，内容包括但不限于：

（一）针对整改情况的自评估报告。包括整改工作机制、整改方法和过程、自我验收机制和整改结果。

（二）针对整改项目的定量测算情况。包括整改后高级方法风险加权资产覆盖比率、标准方法和高级方法的计量结果，以及整改后的结果差异说明。

（三）针对整改项目的专项验证情况。包括对计量模型整改的项目和支持体系进行全面检验的方法、过程和验证结论。

（四）银行内部向董事会和高级管理层报送的整改报告情况。

在整改限期结束后仍未达到监管要求的，监管部门有权取消其资本计量高级方法实施资格或自行计算内部损失乘数资格。

第四十三条 对资本计量高级方法实施资格或自行计算内部损失乘数资格被整体取消的商业银行，原则上自取消之日起三年内，监管部门不再受理其重新申请。

对单一风险类别、资产组合或交易台实施资格被取消的商业银行，原则上自取消之日起一年内，监管部门不再受理其重新申请。

第四十四条 商业银行在实施资本计量高级方法或采用自身损失数据自行计算内部损失乘数过程中发生重大调整的，应在调整前及时向监管部门报告并经监管部门认可。报告内容至少包括：

（一）重大调整情况。包括调整高级方法实施规划、改变高级方法覆盖范围、调整关键定义和重要参数、重建计量模型，以及调整操作风险标准法实施规划、改变自行计算内部损失乘数范围、调整业务指标及损失数据识别、收集和处理相关重要政策和关键流程等。

（二）针对调整项目的定量测算。包括重大调整后高级方法风险加权资产覆盖比率及《商业银行资本管理办法》中不同计量方法、参数估计的测算结果，并对调整后的结果差异进行说明。

（三）针对调整项目的专项验证。包括对计量模型调整的项目和支持体系进行全面检验的方法、过程和验证结论。

（四）银行内部向董事会和高级管理层报送的调整情况报告。

对未按要求报告重大调整事项的，监管部门可视情形采取相应监管措施。

第七章 附则

第四十五条 国家金融监督管理总局及其派出机构按照职责分工和属地监管原则，受理商业银行资本计量高级方法或操作风险标准法中采用自身损失数据自行计算内部损失乘数实施申请事项并开展验收，以监管意见书形式出具评估、验收意见和验收决定。

派出机构作出的验收决定，以及取消银行高级方法实施资格或采用自身损失数据自行计算内部损失乘数资格，应在决定前报国家金融监督管理总局审核。

第四十六条 开发性金融机构和政策性银行参照执行，另有规定的从其规定。

第四十七条 本规定由国家金融监督管理总局负责解释。本规定自印发之日起施行。《商业银行实施资本管理高级方法监管暂行细则》（银监办发〔2012〕254 号）同时废止。

附件：商业银行实施资本计量高级方法验收材料清单

1. 国家金融监督管理总局发布《商业银行实施资本计量高级方法申请及验收规定》

<https://www.nfra.gov.cn/cn/view/pages/ItemDetail.html?docId=1184755&itemId=915&generaltype=0>

2. 国家金融监督管理总局有关司局负责人就《商业银行实施资本计量高级方法申请及验收规定》答记者问

<https://www.nfra.gov.cn/cn/view/pages/ItemDetail.html?docId=1184754&itemId=915&generaltype=0>

用患者家属在救护车上受伤，责任谁担？

来源：上海一中法院公众号

日期：2024 年 10 月 23 日

安全带即是生命带，一扣一拉，这一简单的动作在关键时刻往往能够提供至关重要的保护。

近日，上海市第一中级人民法院（以下简称上海一中院）审结了一起机动车交通事故责任纠纷案。患者家属在救护车前往医院途中因车辆颠簸受伤，考虑到家属未系安全带，上海一中院改判支持急救中心上诉请求，即急救中心与保险公司在本次事故中共同承担 50%赔偿责任。

01 患者家属救护车上受伤起诉急救中心

一天早上，李阿姨的老伴突然出现胸闷等不适症状，李阿姨立即拨打了 120，救护车赶到后，医护人员用担架将病人送上救护车固定，李阿姨也上车陪同，救护车随即驶离。据李阿姨说，在救护车行驶过程中，车身出现了剧烈颠簸，以致李阿姨整个人腾空撞到了车顶，导致胸椎骨折。事故发生后，警方认定，此次事故由救护车司机负全部责任，李阿姨无责任。后又经司法鉴定，评定为九级伤残。

李阿姨向一审法院提起诉讼，要求救护车所属的急救中心赔偿其

医疗费、护理费、误工费、残疾赔偿金等。一审法院支持了李阿姨的诉求，因该辆救护车投保了车上人员险，判决由保险公司与急救中心共同承担全部赔付责任。急救中心不服，向上海一中院提起上诉。

02 患者家属未系安全带要担责

急救中心上诉请求法院将其赔偿责任比例调整为 50%。

急救中心认为

救护车以运送抢救病人优先，除李阿姨外，病患与所有工作人员均系好了安全带，李阿姨没有听从工作人员提醒系安全带才是导致她一人受伤的重要原因。

李阿姨认为

当时自己整个人都腾空撞到了车顶，如此剧烈的颠簸是由救护车驾驶员没有正确预判路况导致的，即使系了安全带也会遭受同样损害，而且当时救护车后排的急救工作人员也都没有系安全带，救护车未保障车上乘客的人身安全，急救中心应承担全部赔偿责任。

二审中，合议庭成员通过走访派出所查明，双方是在本起事故发生后次日共同到派出所报案，民警在以简易程序出具道路交通事故认定书时，并不掌握李阿姨未按规定使用安全带的事实，且当时急救中心对全责的事故认定结果无异议，事后也未申请复核。

上海一中院经审理认为

首先

依法使用安全带是最基本的交通规则和行为规范之一，这早已成

为社会共识，亦应当成为每个公民的自觉意识。本案中，李阿姨所述“后排无人系安全带，但剧烈颠簸中只有自己一人受伤”“即便系了安全带也会遭受同样损伤”等主张，明显有违科学规律和生活常理。若李阿姨按规定使用安全带，受到的损害原本完全可以避免，或者在损害程度上显著降低。因此，李阿姨在乘坐机动车时未按规定使用安全带与其遭受的损害后果之间存在直接的因果关系，其应当承担事故责任。

其次

“时间就是生命，效率就是希望”，这是对急救事业的真实写照。救护车在执行紧急医疗转运任务时的首要职责，是尽快转移病患使其得到及时救治，不应苛求救护车驾驶员在执行紧急任务时，还要时刻顾虑行驶的平稳度、持续关注后排同乘人员的就座情况。从更大范围来看，事实上，任何机动车都无法完全避免行驶过程中出现颠簸，所以不能仅以出现颠簸作为确定机动车驾驶员存在过错的依据。

由于急救中心未在警方定责后申请复核，亦未采取有效措施固定证据，以致目前客观上已无法在事发近三年后，再还原颠簸发生的精确位置、路面状况以及驾驶员采取的具体措施。

鉴于急救中心愿意承担部分赔偿责任，且李阿姨在客观上存在违反法定义务的情形，结合急救中心的自认，上海一中院综合考虑后认为，急救中心对赔偿比例提出的调整诉求合理，遂改判急救中心和保险公司共同承担本次事故 50%赔偿责任。

04 法官说法

本案二审主审法官刘佳指出，依据《中华人民共和国道路交通安全法》第五十一条、《上海市道路交通管理条例》第三十七条规定，机动车乘坐人负有自觉使用安全带的法定义务，并且此项义务不因机动车类型不同而作区分。大量科学统计数据显示，安全带能够有效降低驾乘人员与车内物体发生碰撞造成伤害的风险几率，是保护机动车驾乘人员人身安全的最后一道防线。出行前一个小小的举动就能筑起一道重要的安全屏障，因此无论驾驶员还是同乘人员，都应该养成随手系安全带的习惯。

《中华人民共和国道路交通安全法》第五十三条规定：“警车、消防车、救护车、工程救险车执行紧急任务时，可以使用警报器、标志灯具；在确保安全的前提下，不受行驶路线、行驶方向、行驶速度和信号灯的约束，其他车辆和行人应当让行。”警车、消防车、救护车、工程救险车等特殊车辆在执行紧急任务时享有绝对优先通行权的规定。

救护车在执行紧急医疗转运任务时的首要职责是以尽可能快的速度，把需要紧急救治的患者送达医疗机构，使患者能够获得更多治愈、生还的机会。救护车内的同乘人员应当遵从并配合急救人员的指引和安排，自觉使用安全带。社会车辆和行人也要做到及时礼让，尽好自己的义务，共同守护生命通道。

（以上人名均为化名）

商业回扣型行为的刑事规制与裁判思路

来源：上海市第一中级人民法院

文/黄伯青 于书生

日期：2024 年 11 月 13 日

公平竞争是市场经济的基本原则，也是市场机制高效运行的重要基础。党的二十大报告和党的二十届三中全会决定均明确强调加强反垄断和反不正当竞争。构建高水平社会主义市场经济体制，必须确保市场竞争机制不被损害或扭曲。商业回扣是商业贿赂的重要表现形式，但并非所有商业回扣都属于商业贿赂，只有账外暗中的回扣才可能被认定为不正当竞争。目前经济活动中以回扣名义实施的行为并不罕见，而涉罪行为往往手段隐蔽、事实复杂且包含刑行民交叉等因素，一定程度上影响了刑事司法实践的准确处理。本文拟对以回扣为名的经济活动作类型化研究，确保精准识别、分类施策、适法统一。

PART 1 以商业回扣为名进行交易的行为类型

国家工商行政管理局 1996 年 11 月发布的《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》第五条规定，本规定所称回扣，是指经营者销售商品时在账外暗中以现金、实物或者其他方式退给对方单位或个人的一定

比例的商品价款。现实生活中所称回扣并非全部是行政规章规定的回扣，其行为类型较为复杂。

以明示方式收受业务单位回扣

实践中，很多公司、企业可能收受上下游供应商、经销商等经营实体回扣，如实记账并用于生产经营等。

如案例一：张某经营的某饭店与某啤酒公司签订啤酒专卖促销协议，约定啤酒公司在张某饭店经营场所销售促销，其他同类产品不允许以任何方式进场，一年促销期内啤酒公司向张某支付 20 万元作为回报。

以“明暗结合”方式收受回扣

《中华人民共和国反不正当竞争法》第七条规定，经营者向交易相对方支付折扣、向中间人支付佣金的，应当如实入账。接受折扣、佣金的经营者也应当如实入账。实践中，公司、企业及其工作人员收受回扣，可能部分如实入账，部分不入账。

如案例二：甲公司总经理孙某得知乙公司欲募集资金用于海外收购，遂向甲公司汇报。甲公司决定出资 4000 万元，联合多家公司共同设立有限合伙私募基金，并由甲公司担任基金管理人，募资完成后向乙公司的海外项目公司进行注资，由孙某具体负责。为对帮助募集资金等事项表示感谢，乙公司将募集款的 10% 共计 500 万元作为回扣予以返还。孙某向甲公司董事长汇报有 100 万元的募集款回扣，经董事长同意后转入甲公司账户，孙某将其余 400 万元据为己有。

正常业务中账外暗中收受回扣

正常业务中，行为人利用其市场优势地位，按照业务规模的一定比例向对方收取好处费，属于典型的商业回扣。

如案例三：某公立医院骨科以医院名义从某医疗器械公司购进医疗器械时，该科主任汪某与对方业务员私下约定回扣比例，经手收受业务单位医疗器械回扣 19 万余元，用于该科室医疗事故的赔偿、日常支出及福利发放等。

异常业务中账外暗中收受回扣

少数不法分子不是正常开展业务，而是通过业务活动侵吞相关单位的财物，可能存在假借回扣实施其他犯罪的问题。

如案例四：王某担任某电子商务公司销售经理，为完成销售业绩，告知经销商通过该电商公司向他人采购产品，可获电商公司给予销售金额 5% 的返点补贴，并要求多家经销商伪造虚假的货物交易订单，造成经销商以此向电商公司申领补贴款 100 余万元。经销商收到补贴款后送予王某钱款 10 万元。王某另因完成销售业绩获得电商公司给付的业绩提成 14 万余元。

上述行为均以商业回扣的名义实施，可统称为“商业回扣型”行为，准确分类后可类型化地进行定性分析。

PART 2 商业回扣型行为的刑事规制与罪名区分

实务中上述商业回扣型行为可总体分为明示收受与账外暗中收受两大类，目前法律框架下可能涉罪的主要是后者。一方面，法律规定账外暗中收受回扣以受贿类犯罪论处；另一方面，如案例四所

示，王某先要求经销商以空单骗取电商公司补贴款，其再收受经销商给予的费用，存在是收受经销商给予的贿赂，还是共同侵占电商公司补贴款后分赃的问题。此类情形下，因有交易对方的工作人员参与犯罪，由此引发非国家工作人员受贿、受贿与职务侵占、贪污两大类犯罪的边界混淆。我们认为，该两类犯罪的罪质迥异，应注意把握以下区分要点：

第一，犯罪的性质不同

经济领域非国家工作人员受贿、受贿本质上是职权与商业利益的交换，各类国有、非国有公司、企业工作人员利用其职权为他人谋取商业机会或其他利益，并收取作为对价的贿赂，有损职务行为的廉洁性。而职务侵占、贪污是行为人将主管、管理、经手的本单位财物、公共财物予以侵吞，主要侵害国有、非国有公司、企业的财产安全。在对方工作人员参与的情况下，受贿类犯罪主要规制对方给予国有、非国有公司、企业人员回扣的行为，而职务侵占罪、贪污罪主要规制对方工作人员与行为人串通、配合，通过虚假或不实贸易套取、侵吞单位财物、公共财物的行为。

第二，犯罪侵害的对象有异

受贿类犯罪的对象是他人给付的财物，不属于本单位所有。而职务侵占罪、贪污罪以非法侵吞本单位财物或公共财物为典型特征，被侵害物的来源和权属不同是两罪最为重要的区别。

如果涉案财物来源于相关国有、非国有单位，只是先通过业务活动转移给对方单位，再经由对方交予行为人的，可实质认定为职务侵

占、贪污。而如果对方以其所有或支配的财物以回扣形式支付给行为人，则更加契合受贿类犯罪。当然，实务中此类情形主要借助市场交易实施，作上述区分的关键事实是实际交易价格是否背离真实市场价格。但因市场价格形成机制复杂、波动频繁，可能较难作出十分精准的事实判断，此时如何定罪是探讨重点。

第三，行为人利用职权谋利的内容不同

受贿类犯罪中，行为人主要利用职权为对方谋取利益，而职务侵占、贪污中，行为人利用职权主要是为本人或其指定的人员谋利。行为人与对方单位开展业务，其职权一般既包括使对方获得交易机会，又包括将单位的资金等转出等内容。如评判为受贿类犯罪，则行为人行使职权主要是为对方单位牟利，对方通过谋取交易机会等所获利益较大，或非通过商业贿赂无从获此利益；如评判为职务侵占、贪污，则行为人行使职权主要是侵夺本单位财物或公共财物，本人获利较大，而对方获利较微，乃至有受损之虞。

PART 3 商业回扣型行为的刑事裁判理念

对于市场上以商业回扣为名实施的各类行为，需贯彻宽严相济的刑事政策，既要坚持从严打击不法商业贿赂，又要考虑前置法规范、市场发展阶段及行业规则惯例等，确保依法认定、分类妥处。

第一，坚持规范适用的确定性与事实认定的准确性相统一

商业回扣型行为的发生背景复杂，具体案件中是否存在真实交易、交易价格是否合理、回扣是否在账外或暗中取得等关键事实，需坚持

证据裁判原则，依法准确认定。适用法律时则应注意前置法规定是否明确，法律评价是否得当。对于《中华人民共和国反不正当竞争法》《中华人民共和国民法典》等明确规定为合法行为的，刑事上不能认定为犯罪。前置法认定为违法的，是否认定为犯罪需综合考量行为的违法性程度，并根据前置法的调节作用慎重评估刑事处罚的必要性。前置法不明或尚未形成统一意见的，动用刑罚应相对慎重，但亦不能仅以前置法没有明确规定为由就直接否定相关行为的社会危害性。

第二，坚持惩治犯罪与培育市场、保护企业相统一

实践中，少数经济领域存在较为突出的回扣现象，甚至演变为行业性“潜规则”。商业回扣可能导致相关领域价格垄断、扭曲营商环境和行业生态、削弱行业创新动力，对于典型、隐性、新型商业回扣，裁判者既应坚持罪刑法定原则，在刑法明文规定的罪名和刑罚范围内进行法律解释，又要注重揭示犯罪的实质危害，灵活运用刑法解释方法，对行为性质进行实质化、规范化评价，从而既保障不同所有制企业及从业人员的合法权益，又依法加大对严重犯罪的刑事惩治力度，全链条整治行业陋习。

对于新兴产业则需考虑行业发展现状，促进行业自我发展、自我完善，也为行政监管和纠错预留空间，在行业发展惯例和运行规则尚不明确前慎用刑罚介入。如证券投资基金返佣问题，证监会《公开募集证券投资基金证券交易费用管理规定》对公募基金管理人收取佣金的费率、总额等作出限制性规定。私募基金则主要通过市场机制磋商、约定佣金比例。但由于不同原因基金管理人实际收取的佣金数额可能

高于部门规范性文件规定的限额或书面合同约定的数额，对此不宜仅以超额或账目不清晰为由直接认定为犯罪，而应结合行为的违法性程度、实际危害后果综合考量，审慎处理，以彰显对民间投资融资的支持。

如案例二中，孙某虽将募资方给予的 400 万元据为己有，但如对孙某治罪，需排除募资方支付孙某募资报酬的可能性，评估是否超出私募基金管理人的合理佣金范围，是否构成刑法意义上的权钱交易。

第三，坚持行政监管、民事追偿与刑事治罪相统一

对于回扣问题突出的重点行业，需首先加大行政监管力度，以信用评价、信用评级、失信处分等措施，引导市场行为，规范市场竞争。对于以回扣为名恶意侵吞单位资产或损害单位利益的，鼓励公司、企业依法进行民事追偿，维护自身合法经济利益。刑事治罪则需发挥市场治理的补充性功能，对肆意索取或收受回扣、危害市场主体利益、侵蚀行业健康的“首恶”“关键少数”，突出打击重点，强化打击效果，从而构建多层次、递进式的法律保障体系，实现治罪与治理的统一。

PART 4 商业回扣型行为的刑事裁判规则

对于各类以商业回扣为名实施的行为，需审查关键事实，依据前置法规范及刑法规范，结合法益侵害程度，厘清罪与非罪的边界，确保定罪与量刑的准确。

首先

单位或个人以明示方式收受回扣，尚不足以认定为犯罪。

案例一中，张某经营饭店，以明示方式接受啤酒公司给予的回扣，双方所订立合同是有效合同，接受回扣亦不构成犯罪。案例二中，孙某向甲公司上缴的 100 万元不构成犯罪，仅对孙某侵吞的 400 万元才存在有无必要定罪的问题。主要原因是：第一，市场交易习惯层面，经营者以明示方式支付或接受回扣，是公司、企业间让利的市场行为，客观上可降低经营成本，以明示方式进行亦不破坏市场竞争秩序。

第二，前置法规制层面，《中华人民共和国反不正当竞争法》第七条规定，经营者在交易活动中，可以以明示方式向交易相对方支付折扣，双方应当如实入账，明确了该种行为的合法性。《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》亦规定，行政监管层面对单位或个人收受回扣以受贿论的前提是账外暗中收受。

第三，刑法评价层面，非国家工作人员受贿罪、受贿罪、单位受贿罪中，对非国家工作人员、国家工作人员或国有单位收受回扣以受贿论均要求违反国家规定。这里的国家规定主要是指《中华人民共和国反不正当竞争法》等法律规定，即账外暗中收受。此外，因刑法未设置“非国有单位受贿罪”，民营企业、企业即使收受回扣未如实记账，亦难以认定为受贿类犯罪。

其次

准确辨别受贿类犯罪与职务侵占罪、贪污罪。结合两类犯罪的区别，对于有对方单位参与收受“回扣”的情形，可采取“四步定罪法”：

一是判断资金来源及权属。需审查行为人收受的资金来源于本单位还是对方单位，经济损失由本单位承受还是对方单位承担。

案例二中，资金募集完成并交由对方单位支配后，应归属于对方单位。

案例三中，正常商业交往中对方单位收取的对价亦归属于对方单位，该案认定为受贿类犯罪是适当的。又因涉案公立医院骨科以医院名义对外采购，由科主任汪某依职权形成科室意志并将违法所得用于科室支出，故应对该医院内设机构骨科及主管人员汪某以单位受贿罪追究刑事责任。

案例四中，王某与经销商之间没有真实交易，申领的补贴款全部来源于王某所在单位，应认定为共同职务侵占。

二是资金来源不明或混同的，可结合犯罪手法、市场行情、价格波动区间及资金分配情况等综合认定。在通过市场交易实施犯罪的场合，可能存在市场价格难以准确查证的情形，对此仍需查明大致合理的市场价格区间。

如果双方的实际交易价格明显超出合理价格区间，能够认定行为人以交易形式非法侵吞单位财物、公共财物的，可考虑认定为职务侵占罪、贪污罪，以通过违法所得追缴、发还等程序保护公司、企业等市场主体的合法经济利益。而如实际交易价格未明显超出或尚在合理价格区间范围内，则考虑认定为受贿类犯罪，以行为人实际收取的贿赂为追缴对象，以保护市场交易的稳定性。

再如案例四中，王某与经销商事前未明确约定补贴款分取比例或数额，补贴款进入经销商对公账户后又发生资金混同，但结合补贴款支付总额、王某实际收取的数额、资金支付的先后顺序等，可推定属于电商公司损失补贴款的一部分。

三是评估行为人所利用职权的主要意图和内容。需审查行为人主要是利用职权为对方单位谋利，还是与对方串通利用其职权侵吞本单位财物、公共财物，其职权内容与对方单位所求利益还是本单位财物、公共财物的关联更为紧密。

案例三中，涉案医院骨科及汪某主要利用有权选择医疗器械供应单位的权限与对方单位进行权钱交易；

而案例四中，王某主要是利用职权安排经销商与其任职的电商公司实施无货空转，骗取电商公司的补贴款，亦即其行使职权不是为对方谋取商业机会，而是与对方共同实现侵吞本单位财产的目的。

四是根据整体的动议、决策及实施情况进行定罪检视。行受贿类犯罪中，对方单位对于贿赂金额，抑或回扣比例有一定的自主决策权，而职务侵占、贪污中，对方单位一般是配合行为人实施犯罪，主要由行为人一方进行动议、决策并主导实施。

案例四中，表面上看经销商对于补贴款分配有一定的自主权，但就整体犯罪而言，显然由王某动议并主导无货空转，至于王某的犯罪动机则主要是完成销售业绩而非分取补贴款。

最后

对于新兴金融市场等领域，在行业自治规则及市场监管规范完善、成熟前，动用刑罚应相对慎重，以保护市场活力，给行业留有自我规范的空间。

《民法典》新规下“保价条款”分析的逻辑进路

| 案例精选

来源：上海一中院

作者：吴慧琼 窦丹玲

日期：2024 年 11 月 11 日

案例编写人

吴慧琼 窦丹玲

裁判要旨

❖ 保价条款的订入与效力判断应当采用逻辑二分法分别审查。对于订入判断应当重点审查条款提供方是否履行了提示和说明义务，对于效力判断应当着重鉴别“合理与不合理”的界限问题；

❖ 承运人的过错程度影响保价条款能否作为免除责任或者限制责任的依据，即“保价条款”若约定在快递公司存在故意或重大过失的情况下其仅赔偿运费相应倍数，则构成不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利。当货损发生时，快递公司应对其不存在故意或者重大过失承担举证责任。并且在快递公司仅为一般过失的情形下，若无其他无效事由，不应排除保价条款的适用。

关键词

保价条款 订入规则

效力规则 过错程度 举证责任

相关法条

《中华人民共和国民法典》

第四百九十六条第二款

采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提示对方注意免除或者减轻其责任等与对方有重大利害关系的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务，致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款的，对方可以主张该条款不成为合同的内容。

第四百九十七条

有下列情形之一的，该格式条款无效：

❖ 具有本法第一编第六章第三节和本法第五百零六条规定的无效情形；

❖ 提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利；

❖ 提供格式条款一方排除对方主要权利。

第八百三十二条

承运人对运输过程中货物的毁损、灭失承担赔偿责任。但是，承

运人证明货物的毁损、灭失是因不可抗力、货物本身的自然性质或者合理损耗以及托运人、收货人的过错造成的，不承担赔偿责任。

基本案情

原告（被上诉人）A 公司诉称：

1 2022 年 2 月 12 日 A 公司将价值人民币 88,500 元的某公司 PLC（可编程逻辑控制器）CPU 模块设备（以下简称案涉设备）交由 B 公司承运，B 公司当场验视后承运。案涉货物在运输途中被烧毁，但 B 公司以 A 公司未保价为由拒绝照价赔偿。

2 A 公司与 B 公司签订的物流运输合同，系 B 公司提供的格式条款。A 公司对不保价后果没有明确弹窗提醒等进一步的提示，而径行认定 A 公司不保价，这明显排除了 A 公司的主要权利，加重了 A 公司的责任，不能认为已采取合理方式提醒 A 公司注意，故 B 公司提供的格式条款无效。且 A 公司认为是否保价是 A 公司自主决定和选择的事项，不应成为 B 公司免除违约责任的理由。

请求法院判令：

- ❖判令 B 公司赔偿 A 公司损失人民币 88,500 元；
- ❖判令 B 公司退还 39 元物流费。

被告（上诉人）B 公司辩称：

B 公司对 A 公司通过官网下单委托 B 公司运输货物、B 公司的运输车辆着火导致 A 公司货物烧毁的事实均不持异议。根据当事人双方签订的《月结服务合同》，未保价的托寄物因 B 公司过错造成损毁、

灭失的，B 公司赔付 5 倍以内的运费，每笔订单下单时强制阅读的电子运单条款中也有相同的保价赔偿标准约定。虽然在下单过程中不保价的后果未以单独弹窗予以提示，但是会有强制阅读运单条款的弹窗，而且保价条款加粗显示，故不存在排除 A 公司主要权利的情形。

法院经审理查明

2020 年 10 月 23 日

B 公司（甲方）与 A 公司（乙方）签订《月结服务合同》，其中条款 5.3 约定“未保价托寄物赔偿标准：若因甲方过错造成托寄物损毁、灭失的，甲方应按对应基础费用（不含保价等增值服务费用）的 5 倍以内赔偿托寄物的实际损失”。

2022 年 2 月 12 日

A 公司员工在 B 公司官网下单委托 B 公司托运价值人民币 88,500 元的涉案货物，运费金额为 39 元。

2022 年 2 月 15 日

A 公司收到 B 公司发送的短信，载明“涉案货物在运输途中因事故损坏……”，根据 B 公司提交的涉案运单信息显示，涉案货物所对应单号于 2022 年 2 月 17 日“人工上报丢货入库”。A 公司确认经常在 B 公司处下单，大部分订单已保价。

某消防救援大队于 2022 年 3 月 10 日出具《火灾事故认定书》，载明：“火灾事故基本情况：2022 年 2 月 15 日 01 时 48 分，消防救援大队接到报警，称某县大桥附近挂车发生火灾，火灾烧毁该事故车辆挂车以及该车车厢内部货物。过火面积约 35.6 平方米，无人员伤

亡。经统计，直接财产损失 1,390,025 元。经调查，对起火原因认定如下：起火时间为 2022 年 2 月 15 日 01 时 27 分许，起火部位位于挂车车厢内，起火原因可排除人为放火、油路系统故障、电路系统故障、外来火源、遗留火种、轮胎起火和机械故障，不排除货物自燃引发火灾的可能。”

裁判结果

一审法院判决：

- 1 B 公司应于判决生效之日起十日内赔偿 A 公司 65,000 元；
- 2 B 公司应于判决生效之日起十日内返还 A 公司运输费用 39 元。

B 公司不服一审判决，提出上诉。

上海一中院二审判决：

- 1 维持一审法院民事判决第二项；
- 2 撤销一审法院民事判决第一项；
- 3 上诉人 B 公司应于本判决生效之日起十日内赔偿被上诉人 A 公司人民币 195 元。

裁判理由

法院生效裁判认为：

第一，依据相关在案证据认定保价条款确实相较其他条款进行了加粗，结合 A 公司确认经常在 B 公司处下单且大部分订单已经保价，故涉案合同中的第 5.3 条应成为《月结服务合同》中的内容。

第二，案涉条款对 B 公司的赔偿标准进行了限制，因而属于减轻

其责任的情形。

第三，第 5.3 条中的实际约定“B 公司在故意或重大过失的情况下对于未保价货物仅需赔偿运费的 5 倍”系为对 B 公司的赔偿标准进行了限制的规定，属于减轻 B 公司责任的情形。但在二审中，B 公司提供火灾事故认定书以证明其对于火灾的发生不存在故意或重大过失，故不应排除适用系争合同条款规定。

第四，依据合同第 5.3 条约定，B 公司应赔偿 A 公司金额为 5 倍运费，即 195 元。

案例注解

本案系《民法典》背景下快递服务合同中关于“保价条款”是否属限制赔偿责任的“格式条款”而应否适用而引发的涉及托运公司与承运公司对货物受损的责任承担纠纷。笔者以本案为基准，通过威科先行法律数据库以“快递服务合同”及“保价条款”作为关键词，搜索 2018 年 1 月 1 日至 2023 年 1 月 1 日之间的民事判决书，共计 29 份，通过关联性筛选后以其中 28 份裁判文书为研究对象。[1]通过分析发现当前快递服务合同中涉及保价条款案件存在以下特点：

第一，纠纷中涉及保价条款效力判断的纠纷占比较高。以笔者提取的 28 件样本为例，在案件争议焦点以及本院认为中涉及保价条款作为格式条款的效力判断案件为 19 件，占比 67.9%。

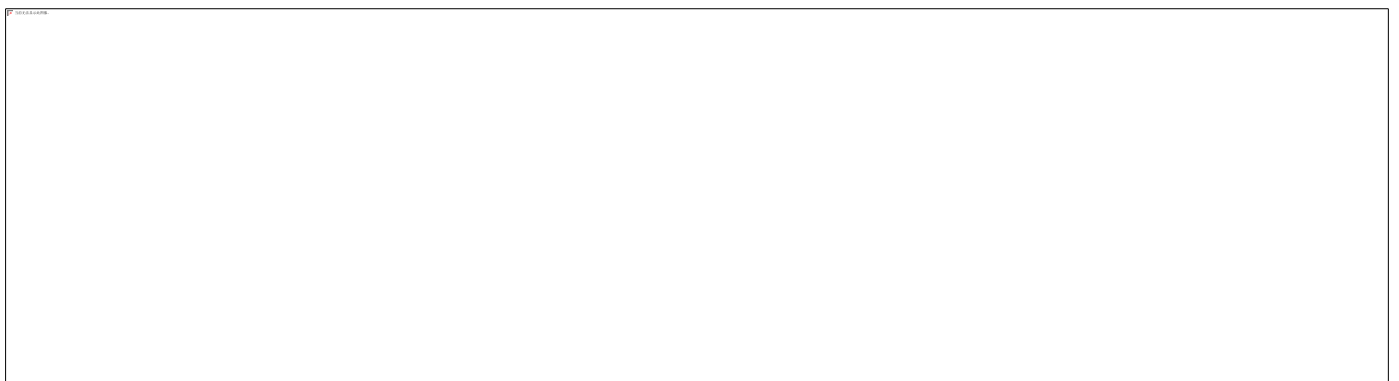
第二，在笔者提取的 28 件案例中，对于案件事实发生在《民法典》生效之前的案例，法院对于保价条款的订入与效力认定较为简单，

并未采取订入-效力二分的逻辑对其进行审查。[2]

本案基于《民法典》第四百九十六条、第四百九十七条的订入规制与效力规制的逻辑二分，对保价条款的纳入与生效进行区分。并在类型化分析的基础上，区分承运人的过错程度与举证责任分配裁判路径，以求对于现行法律的教义学体现与运用。

01 《民法典》框架下保价条款订入规则的判定

保价条款作为条款提供方预先拟定的限制赔偿责任的格式条款，应当遵循《民法典》对于格式条款的审查逻辑对其订入与效力进行审查。根据《民法典》有关格式条款规制的表述，其中第四百九十六条第二款为格式条款的“订入控制”，规制格式条款能否被订入合同。将格式条款订入合同内容并成为合同的组成部分是其产生法律效力的必经程序，对于不符合法律规定的格式条款并不予实际订入合同，同时亦无需判断效力问题。因此，对于保价条款的判断首要之义就是检视其是否符合订入规则而成为合同内容。



（图 1：《民法典》关于格式条款认定的逻辑）

（一）《民法典》施行之前订入规则的法条演变

《中华人民共和国合同法》（已废止）（以下简称《合同法》）第三十九条第一款[3]第一次以一般法形式确定了格式条款的订入规则，但也存在一些问题：

其一，该款没有明确“采取合理的方式”的含义，可能导致自由裁量权过大；

其二，该款规定的提示说明义务范围过于狭窄，仅包括免除或限制使用人责任的条款，事实上除此二类条款之外还存在其他应当被纳入提示说明义务范围的条款；

其三，该款没有规定违反提示说明义务的法律后果，造成了适用困境。而 2009 年颁布《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）》（以下简称《合同法司法解释（二）》）的第六条、[4]第九条、[5]第十条[6]对上述问题作出了回应。但是第六条与第九条仍然将提示说明义务范围限定在免除、限制使用人责任条款这个狭隘的范围内，不利于维护相对人权益。并且在第九条已规定了“可撤销”是违反提示说明义务的后果的情况下，第十条又将违反提示说明义务作为认定格式条款无效的要件，导致关于格式条款的订入规则存在内部矛盾。

《民法典》出台后，其中第四百九十六条较之于之前的规定变化如下：其一，将提示说明义务范围扩大到与相对人有重大利害关系的条款，扩大了订入规则的保护范围；第二，规定不履行提示说明义务的后果是相对人可主张相应格式条款不成为合同的内容，即可以主张格式条款不成立。

（二）保价条款之订入规则的要件构成

保价条款作为格式条款虽由格式条款制作人制定后广泛使用，但并不因此当然具有法律效力，必须经过一定的程序，经相对人认可，方可主张格式条款订入合同并认可其合同内容生效。目前依据《民法典》第四百九十六条的规定主要在于判断快递公司“是否履行提示说明义务”。具体来说涵盖了两种情形：第一，寄件人是否注意到保价条款的存在；第二，寄件人是否理解保价条款的表述含义。

标准一：条款的提供者须合理提请注意

《民法典》第四百九十六条虽笼统规定格式条款提供方对于利害关系条款须采取“合理”以及“显著”的方式予以说明，但并未具体明确“合理方式”的情形及认定标准，“合理”与“显著”的概念本身过于抽象，都属于不确定概念，[7]因此法院在进行个案裁量时如何界定“合理方式”成为司法难题。

实践中，快递公司无法直接或即时地知晓寄件人是否注意到条款，只能通过寄件人勾选保价条款的最终结果来确认其意思表示，故提示义务的审查方式应当采用以形式标准为主，以实质标准作补充。快递公司须以合理的方式对保价条款的内容进行提示，所谓“合理”通俗是指能引起寄件人注意的符号或者其他能吸引眼球的标识，例如加粗标红等方式。

标准二：条款的相对方须理解并接受该条款

格式条款作为条款提供方预先拟定的合同条款，虽省略了磋商条款的环节，但订入合同的必经程序须经相对方承诺，即相对方理解并

接受条款作为合同内容。格式条款制定者应当给予相对方充分时间，使其了解条款内容并知悉相应的法律结果。简言之，格式条款制定者除向当事人提供格式条款的文本以外，还须尊重相对方基于合同作出的可合理期待的承诺使其充分理解格式条款的内容。[8]

关于寄件人（即条款相对方）是否理解保价条款的表述含义可以参照《保险法》中保险条款说明义务进行判断。《保险法》中说明义务的切实履行须达到“投保人的理解”，但这个标准具有极强的主观臆断性，证据固定较难施展。对于快递服务这种业务输出量庞大，劳动人员密集，高效低成本的行业而言明显不切实际。另外，寄件人自主完成快递预约流程时快递公司处于“被动说明”的状态，难以实现主动说明的效果。所以，说明义务的判断标准应当倒置为以实质标准定性，以形式标准为辅。即快递公司对保价条款的解释、说明效果达到了“常人能够理解”的一般理性程度，就应当认为其已经履行了说明义务。

标准三：条款并非异常条款

除满足上述要求外，格式条款订入合同的程序还须依据法律行为的性质进行调整，即格式条款非异常条款。异常条款，也被称为不寻常条款，主要是指当事人在正常市场交易过程中以社会一般人的角度无法预见到的条款。认定和效果可作为异常条款司法规制的两种方法路径，认定包含原因和标准，原因是指该条款权利义务分配相差甚远不符合期待可能性，则属于异常条款。标准主要是结合社会一般人法律行为的可预见性，综合社会一般人的认知水平及其所涵盖具体市场

交易中的行为性质以及目的等，判断该条款是否能够被一般人所预见。对于异常条款，法律效果是认为其未被订入合同，合同双方当事人均不受合同的法律约束力。

（三）案涉保价条款的订入判断

就本案而言，结合前述格式条款的订入构成要件，可从以下几方面进行判断：

第一，从合同订立过程来看，本案所涉的保价条款已经以加粗字体显示。作为理性谨慎的市场交易主体的 A 公司应当能够注意到 B 公司加粗的合同条款。因此，本案中可以认为 B 公司已经对保价条款尽到了提示、说明义务。

第二，从条款的理解方面而言，A 公司理应知晓在寄递货物时选择保价货物能够降低运输风险可能造成的损失。并且其经常在 B 公司处下单并在此前的大部分订单中选择了保价服务，由此应当认定 A 公司理解保价条款的内容并自愿接受其内容约束。

第三，本案中的 A 公司作为此前多次通过 B 公司邮寄货物的老客户且正常市场主体，理应对上述保价条款所涉及的内容予以知晓。故而 A 公司对于案涉保价条款具有一定的可预见性和合理信赖，此条款不属于异常条款。

综上，本案案涉《月结服务合同》系争 5.3 条应当作为快递服务合同内容予以订入。

02 《民法典》框架下保价条款效力规则的判定

在确定保价条款作为格式条款订入合同之后，就要依据《民法典》第四百九十七条的规定对其进行效力审查。通常采用两种判断方法：一是判断格式条款是否违背《民法典》中格式合同审查的一般规定；二是判断是否违背《民法典》基本原则，如公平原则、诚实信用原则的一般性审查。

对于一般性的审查方式不在本案讨论范围之列，故以下主要围绕《民法典》中的格式条款效力的特别规定进行分析。此前在《合同法》中仅规定了无效的条款类型，而未规定无效的标准，似乎只要是免除拟定方责任、加重对方责任、排除对方主要权利的条款均属无效。但是实际上此类条款仅是确定了效力控制的对象，并非是效力控制的审查标准。此次《民法典》第四百九十七条明确了相应标准，即对于排除对方主要权利的条款，无须“不合理”的判断标准。[9]但对于免除、减轻、加重、限制条款则须进行合理性判断。[10]系争 5.3 条款[11]具有格式条款与限制责任条款的双重属性，需要就承运人过错程度进行类型化分析。

情形一：承运人故意或者重大过失

根据我国《民法典》的相关规定，[12]因故意或者重大过失造成对方财产损失的免责条款无效。因此，在承运人具有故意或者重大过失的情况下，应当排除适用限制责任条款或者免责条款。但关于认定快递公司具有故意或重大过失的标准仍不明确。[13]鉴于此，对于快递企业故意或重大过失的界定，可从行为视角和结果视角进行认定。

从行为视角方面：一方面，行为人对损害结果本应具备相应的认

识，但却因为故意或者重大过失做出了错误的认识。比如快递公司明知寄件人所寄物品属于贵重物品仍然心存侥幸心理，并未按照贵重物品的标准来办理托运，使得货物在途的风险增大。此时可认定快递公司明显存在重大过失。[14]另一方面，故意与重大过失是一种异常的过错，导致故意或重大过失的行为与正常行为之间必定有所偏差。比如快递公司在收到寄件人邮寄的货物后，将货物随意放置无人看管，导致货物被盗。此时认定快递公司没有尽到其应尽的注意和保管义务，明显存在重大过失。[15]

对于结果视角而言，故意或重大过失的行为偏差一般会导致合同义务不履行或者不完全履行。比如在邮寄期间，收货人修改地址及电话属重大变更，快递公司不应仅以客服电话来电显示的号码判断修改人的身份。若因此导致物品被犯罪分子骗取，快递公司可被认为具有负有重大过失，亦属于对合同的不完全履行行为。[16]

情形二：承运人一般过失

一般过失行为虽然也应被谴责和否定的，但是相对来说，对社会秩序、社会公德的损害比较轻微，再加上快递行业在收件、运输、派件过程中经历多个环节、多种操作，即使尽到注意义务，也不可能完全避免快件损害。若一般过失情况下也认定未保价快件限额赔偿条款无效，则快递企业承担了大量的风险，大大加重了快递企业的负担，这并不合理。因此，不排除一般过失行为下减轻赔偿责任属于当事人之间合理分配风险的需要。

在本案二审中，B 公司提供火灾事故认定书用以证明其对于火灾

发生不存在故意或重大过失。鉴于该火灾事故认定书所载的车辆信息与涉案快递订单中的车辆信息能够相互关联，结合事故发生的时间、地点，且基于该火灾事故认定书所载的起火原因调查载明“不排除货物本身性质造成的火灾”，因此本案中 B 公司对火灾的发生难谓构成故意或重大过失，不应排除适用系争第 5.3 条的约定。

（三）承运人过错的举证责任分配

根据《民法典》第八百三十二条的规定，[17]以及“谁主张，谁举证”的一般原则，快递公司应对其不存在故意或者重大过失承担举证责任。寄件人将需寄送的物品交给快递公司后即丧失对物品的控制，且货物在运输过程的信息录入均处于快递公司的控制之下，寄件人与快递公司在运输货物过程中明显信息不对称。此时由快递公司承担举证责任较为合理。

笔者认为，在此情形下应当参照《民法典》第八百三十二条的规定，由寄件人对快递公司存在故意或者重大过失的过错提供初步的证据，由快递公司证明对整个运输过程中都尽到了合理的管理义务，或物品毁损、灭失是由于自然灾害或不可抗力导致的来进行举证。

在本案二审中，承运人 B 公司提供消防机关出具的火灾事故认定书证明“不排除货物本身的性质”引发火灾，且在火灾发生后，B 公司采取了报火警、及时联系 A 公司等避免损失继续扩大的行为，故可排除 B 公司具有故意或重大过失。本案不应排除涉案 5.3 条保价条款的适用。

03 民法基本原则下案涉保价条款规制之正当性检视

诚如前文所述，保价条款作为格式条款暨免责条款的双重身份下，其订入与效力认定问题影响当事人双方的利益。因此，通过民法基本原则对案涉《月结服务合同》系争 5.3 保价条款进行检视，为本案的保价条款的司法裁判提供再证成的正当性来源。

（一）公平原则检视下之正当性

公平原则在合同法律关系中可以分为程序公正和结果公正。[18]

就保价条款而言，从程序公正上来看，如果在保价条款双方当事人意识受到限制，出现非自由的意思表示时，则不能判断双方当事人愿意受到保价条款的权利义务关系的约束，故保价条款则不成立。比如物流公司未向托运人详细告知和提示保价条款的权利义务内容，因违背程序公正，则被法院不适用双方当事人之间设立的保价条款。[19]

从结果公正上来看，当提出保价条款的要约人凭借自身掌握的知识、技能、行业认知的优势地位，将保价条款设定为偏向于自身利益的格式条款，不合理地削减处于弱势地位承诺人的权益，亦会获得法律的否定评价。[20]

本案中的 B 公司作为快递服务公司在履行合同中承担着巨大的风险，故在合同内容中要求 A 公司对贵重物品进行保价，支付相应的保费，以实现风险分担上的公平亦属合理。在 B 公司履行提示说明义务，A 公司亦能了解保价条款含义，且 B 公司并无故意或重大过失的基础上，B 公司利用保价条款将仅收取 39 元快递费用而需承担案涉货物价值 88,500 元的风险分担给 A 公司，也符合民事法律关系中权

利义务相一致的公平原则。

（二）意思自治原则检视下之正当性

意思自治原则是指法律主体能够依据自己的主观意思、意图来为自己创设权利。[21]根据我国《民法典》规定，合同成立前提必须满足意思表示一致的要件，当意思表示真实无其它效力瑕疵，才能认定合同有效。在快递行业惯例中，托运人如果选择保价，当发生货物毁损，快递公司就会当然的依据保价条款的标准赔付；若托运人未选择保价，那么发生快递毁损后，快递公司就会按照数倍运费或是不超过一定数额的赔偿支付给托运人。从意思自治角度出发，虽然保价条款虽具有格式条款特征，但托运人可以自由选择是否被其约束。

本案中，系争保价条款中规定“在故意或重大过失的情况下未保价就以 5 倍运费”当作托运人的损害赔偿予以支付。对于该内容 B 公司履行提示说明义务，A 公司亦能了解保价条款含义，在没有保价时，就应当按照 B 公司所预见的价值（即 5 倍运费）进行赔偿。因此，在保价条款作为双方合同内容的一部分且发生效力的同时，应当认为其符合意思自治原则。

（三）诚实信用原则检视下之正当性

诚实信用原则是指民事活动的主体从事民事活动时应当恪守承诺，秉承诚信，不得维护个人利益而损害他人和社会利益。[22]评价保价条款是否经得起符合诚实信用原则的检视，要从保价条款成立阶段、生效阶段和履行阶段来判断。

本案中，在保价条款成立阶段，B 公司向 A 公司提示和说明保价

条款的内容，是谓遵守该原则。在保价条款生效的判断中，在 B 公司没有故意或重大过失的情况下不排除保价条款的适用亦是对合同诚实信用原则的恪守。在保价条款的履行阶段中，当事人双方既已接纳其作为合同的一项内容，就应当按照约定遵守约定，如此才符合合同履行中的诚实信用原则。

注释

[1] 参见威科先行法律数据库地址：
<https://law.wkinfo.com.cn/judgment-documents/list?mode=advanced&rdt=1691302123422> 最后访问日期 2023 年 8 月 6 日。

[2] 参见江西省上饶市中级人民法院（2020）赣 11 民终 830 号民事判决书。

[3] 《合同法》第三十九条第一款规定“采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。”

[4] 《合同法司法解释（二）》第六条规定“提供格式条款的一方对格式条款中免除或者限制其责任的内容，在合同订立时采用足以引起对方注意的文字、符号、字体等特别标识，并按照对方的要求对该格式条款予以说明的，人民法院应当认定符合合同法第三十九条所称‘采取合理的方式’。提供格式条款一方对已尽合理提示及说明义

务承担举证责任。”。本条对“采取合理的方式”这一概念的解释在一定程度上明确了标准，也即通过文字、符号、字体等特别标识的适用引起相对人之注意。该解释为司法者判断使用人是否使用了合理方式提供了切入点，但是何为“足以引起对方注意”仍然给予了司法者较多自由裁量权，所以仍应当研究更为细致的判断标准；第九条规定违反提示说明义务的法律后果为“可撤销”。

[5]《合同法司法解释（二）》第九条规定“提供格式条款的一方当事人违反合同法第三十九条第一款关于提示和说明义务的规定，导致对方没有注意免除或者限制其责任的条款，对方当事人申请撤销该格式条款的，人民法院应当支持。”。本条规定违反提示说明义务的法律后果为“可撤销”。然而《合同法》第三十九条第一款应为订入规则，《合同法司法解释（二）》第九条的规定混淆了合同的成立与生效。

[6]《合同法司法解释（二）》第十条规定“提供格式条款的一方当事人违反合同法第三十九条第一款的规定，并具有合同法第四十条规定的情形之一的，人民法院应当认定该格式条款无效。”。本条将违反《合同法》第三十九条第一款规定的提示说明义务和违反《合同法》第四十条以无效作为后果的内容控制规则都设定成格式条款无效要件，造成了本条和《合同法》第三十九条第一款的冲突。

[7]参见安晋城：《类型化建构与格式条款提示标准的确定》，载《吉林大学社会科学学报》2021 年第 3 期，第 92 页。

[8]参见（德）迪特尔·梅迪库斯《德国债法总论》，杜景林，

卢谌译，法律出版社 2003 年版，第 315 页。

[9]有观点认为对于提供格式条款一方排除对方主要权利的情形，本身就严重违反了公平原则，可以直接认定格式条款无效。参见贺栩栩：《〈民法典〉格式条款的效力审查规范解读——以零时生效条款与等待期条款为例》，载《苏州大学学报》2020 年第 4 期，第 59 页。

[10]有观点认为需要考量条款制定方的理由，如是否在非核心给付条款上有权利上的让渡，此外还需要考量等值原则、风险控制因素、保险保障因素等，从而确定格式条款是否限制了依据合同本质所发生的重要权利或者义务。

[11]争第 5.3 条的约定，未保价托寄物赔偿标准：若因甲方过错造成托寄物毁损、灭失的，甲方应按对应基础费用（不含保价等增值服务费用）的 5 倍以内赔偿托寄物的实际损失。

[12]《民法典》第五百零六条规定“合同中的下列免责条款无效：（一）造成对方人身损害的；（二）因故意或者重大过失造成对方财产损失的。”

[13]参见李晏、赵欢：《快递货物损害赔偿中的保价条款研究》，载《江南论坛》2016 年第 12 期，第 33 页。

[14]参见青海省西宁市城东区人民法院（2015）东民二初字第 97 号民事判决书

[15]参见上海市第一中级人民法院（2008）沪一中民一（民）终字第 1826 号民事判决书。

[16]参见北京市西城区人民法院（2016）京 0102 民初 9 号民事

判决书。

[17]《民法典》第八百三十二条规定“承运人对运输过程中货物的毁损、灭失承担赔偿责任。但是，承运人证明货物的毁损、灭失是因不可抗力、货物本身的自然性质或者合理损耗以及托运人、收货人的过错造成的，不承担赔偿责任。”

[18]参见丁建国：《狭义公平原则：适用范围、性质、内涵——以〈中华人民共和国民法典〉第六条为研究视角》，载《学习论坛》2021 年第 6 期，第 131-136 页。

[19]参见辽宁省鞍山市中级人民法院（2021）辽 03 民终 2197 号民事判决书。

[20]参见黑龙江省绥化市北林区人民法院（2018）黑 1202 民初 680 号民事判决书。

[21]参见张民安：《法国民法中意思自治原则的新发展》，载《法治研究》2021 年第 4 期，第 47-70 页。

[22]参见于飞：《基本原则与概括条款的区分：我国诚实信用与公序良俗的解释论构造》，载《中国法学》2021 年第 4 期，第 25-43 页。