

致：上海金融法院

# 金融市场测试案例

之（2022）沪74测试1号

## 第三方意见书

北京市金杜律师事务所金融衍生品团队

二〇二二年十一月三十日

# 上海金融法院 金融市场案例测试机制

## 第三方意见书

上海金融法院：

贵院正在审理的申请人机构 A 与被申请人银行间市场清算所股份有限公司（下称“上海清算所”）关于中央对手清算业务违约处置的测试案例（下称“测试案例”），案号（2022）沪 74 测试 1 号，北京市金杜律师事务所金融衍生品团队（下称“金杜团队”）阅看了相关材料，依据《上海金融法院关于金融市场案例测试机制的规定》（试行）第十五条之规定，特此提出第三方意见，供贵院在审理过程中予以参考，并授权贵院在互联网平台公布本意见。

### 1. 关于中央对手清算业务项下主体法律行为的法律性质的意见

金杜团队认为，中央对手清算业务交易结构项下，各参与主体具备意思表示同向且一致、意思表示所指向目标相同、清算会员身份一致等共同法律行为的特征，故各清算会员与上海清算所因参与中央对手清算业务而签署《中央对手方清算协议》并承诺适用相关清算业务规则构成共同法律行为，适用共同法律行为理论分析测试案例具备合理性，详述如下：

#### 1.1 共同法律行为的定义及特征

共同法律行为系多数当事人因同向意思表示一致而成立的行为，是立法、司法实践及学理明确认可的一种法律行为类型。《中华人民共

和民法典》(简称“《民法典》”)第一百三十四条第一款规定:“民事法律行为可以基于双方或者多方的意思表示一致成立,也可以基于单方的意思表示成立”。根据《民法典总则编理解与适用》,<sup>1</sup>该条系对法律行为的一种基本分类,依据法律行为的行为人数不同,分为单方法律行为,即单方意思表示仅可成立的行为;双方法律行为,即双方当事人的意思表示相向而一致时方可成立的法律行为,学理上称之为契约行为;<sup>2</sup>及多方法律行为,即多数当事人的意思表示同向而一致时方可成立的法律行为,<sup>3</sup>即学理上的共同法律行为,其中,发起人订立公司章程的行为和合伙合同最为典型。<sup>4</sup>司法实践中,中国银联股份有限公司(简称“银联”)制定的规则、<sup>5</sup>全体业主订立的管理规约<sup>6</sup>等均有被认定为共同法律行为的先例。

相较于传统民法规范的双方法律行为,共同法律行为更多属于商法的范畴,<sup>7</sup>其通常具备的典型特征如下表 1:<sup>8</sup>

---

<sup>1</sup> 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总则编理解与适用(下)》。

<sup>2</sup> 我们理解,《民法典总则编理解与适用》中所称的“双方民事法律行为”不仅限于数量为两个合同主体之间的法律行为,而在于根据意思表示方向的不同,可以将主体分为存在意思表示相对立的双方,即学理上的契约行为。参见王泽鉴著:《民法总则》,北京大学出版社 2022 年重排版,第 255-256 页。

<sup>3</sup> 《中华人民共和国民法典》第九百六十七条规定:“合伙合同是两个以上合伙人为了共同的事业目的,订立的共享利益、共担风险的协议”。另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总则编理解与适用(下)》:“合伙情形下,合伙人之间通过合作的方式指向共同的目标,而非站在对立的角进行等价交换,因此,合伙合同本质上属于共同法律行为,而非双方法律行为。”

<sup>4</sup> 参见韩长印:《共同法律行为理论的初步构建——以公司设立为分析对象》,《中国法学》2009 年第 3 期,第 73-90 页;另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总则编理解与适用(下)》。

<sup>5</sup> 参见福建省泉州市中级人民法院(2018)闽 05 民终 1807 号民事判决书。

<sup>6</sup> 参见上海市第一中级人民法院(2019)沪 01 民终 7636 号民事判决书。

<sup>7</sup> 参见史尚宽著:《民法总论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 311 页:“契约为个人法上法律行为之典型,而合同行为为团体法上法律行为之典型”,此处“合同行为”系指共同法律行为。另见许中缘:《论意思表示瑕疵的共同法律行为——以社团决议撤销为研究视角》,《中国法学》2013 年第 6 期,第 56-66 页。

<sup>8</sup> 需注意,该等共同法律行为的特征仅可视为共同法律行为普遍存在的特征,未必所有的共同法律行为都必然同时满足该等特征。该等特征的归纳总结可参见韩长印:《共同法律行为理论的初步构建——以公司设立为分析对象》,《中国法学》2009 年第 3 期,第 73-90 页;王泽鉴著:《民法总则》,北京大学出版社 2022 年重排版,第 255-256 页;魏振瀛主编:《民法》;北京大学出版社、高等教育出版社 2014 年第五版,第 142 页。

共同法律行为	双方法律行为
<b>意思表示同向性：</b> 行为人的意思表示方向相同、内容一致，通常指向另一主体或目标实体。	<b>意思表示相对性：</b> 行为人的意思表示方向相对，通常互相指向对方。
<b>目标涉他性：</b> 行为人的目标相一致，通常指向一个特定的目标实体（如公司、合伙企业），并影响行为人之外的第三方。	<b>目标相对性：</b> 行为人的目标通常限于其相互之间的等价交换，原则上不涉及第三方。
<b>身份一致性：</b> 行为人通常彼此身份一致，如同为公司股东、合伙人。	<b>身份对称性：</b> 行为人通常有债权人、债务人身份之对称。
<b>效力整体性：</b> 行为效力对所有行为人皆有约束力，对未参与缔结共同行为的相关当事人（如公司章程对公司董事、经理）亦具约束力。	<b>效力相对性：</b> 行为效力通常限于行为人双方，原则上不对第三方生效。
<b>关系团体性：</b> 行为人之间因共同目标而具有特定的关系，形成一定的团体。	<b>关系独立性：</b> 行为人之间关系较为独立，不具有团体性。
<b>合作长期性：</b> 行为人为实现共同目标而自愿维系长期合作关系。	根据合作事项的不同，可能存在各种频率、期限的合作。

表 1 双方法律行为与共同法律行为的区别

1.2 各清算会员与上海清算所因参与中央对手清算业务而签署《中央对手方清算协议》并适用相关清算规则构成共同法律行为

### 1.2.1 金融危机后应运而生的中央对手清算业务与上海清算所

2007年美国次贷危机爆发，迅速蔓延至金融市场各领域（尤其是场外衍生品市场）并造成全球性金融危机。由于场外衍生品结构复杂，双边交易缺乏透明度及审慎风险管理措施，普遍脱离监管，被认为系传导系统性风险、加剧全球金融危机的重要因素。危机后，各国普遍意识到，当场外衍生品市场发展至一定规模以至能够深刻影响金融市场整体时，有必要通过中央清算机制来整合所有未平仓交易及风险敞口信息。基于该等G20匹兹堡峰会中各国就国际金融市场监管改革达成的共识，各国监管机构开始推行所有标准化合约均需通过中央清算对手方（由清算机构担任）进行集中清算、加强金融基础设施统筹监管等一系列改革措施。该等清算机构作为中央对手方对交易进行清算的机制可有效防止交叉违约，减少交易对手方信用风险，进而防范场外衍生品市场可能造成的系统性风险。<sup>9</sup>

中国于2009年11月成立上海清算所，根据《中国人民银行关于建立场外金融衍生产品集中清算机制及开展人民币利率互换集中清算业务有关事宜的通知》，上海清算所作为中国人民银行认定的合格中央对手方、专业化集中清算机构及金融基础设施，<sup>10</sup>为银行间市场提供场外衍生品中央清算对手方服务，并接受中国人民银行等监管机构的监督和管理。

---

<sup>9</sup> 参见中国人民银行原行长周小川于2010年12月15日在北京大学的演讲“金融政策对金融危机的响应——宏观审慎政策框架的形成背景、内在逻辑和主要内容”：“中央清算机制可分为三种不同层次：对交易进行登记的机制（中央登记）、通过清算机构作为中央对手方对交易进行清算的机制（不集中交易，仅集中清算）以及交易所机制（集中交易并集中清算）。目前，G20场外衍生品改革目标中的‘中央清算’是指‘清算机构作为中央对手方对交易进行清算’，即上述第二个层次，清算机构即成为中央清算对手方”。另见[英]大卫·墨菲（David Murphy）著，银行间市场清算股份有限公司译：《场外衍生品：双边交易与集中清算——监管政策、市场影响及系统性风险导论》，中国金融出版社2019年第1版。

<sup>10</sup> 参见2020年3月中国人民银行发布的公告之“人民银行、发展改革委等六部门联合印发《统筹监管金融基础设施工作方案》”：“金融基础设施是指为各类金融活动提供基础性公共服务的系统及制度安排，在金融市场运行中居于枢纽地位，是金融市场稳健高效运行的基础性保障，是实施宏观审慎管理和强化风险防控的重要抓手。加强金融基础设施统筹监管是2008年金融危机后国际金融监管改革的重要内容之一，国际监管组织出台了相关准则，要求各国遵照执行。”

1.2.2 中央对手清算业务的交易结构项下，各清算会员与上海清算所签署《中央对手方清算协议》并承诺适用清算业务规则符合共同法律行为的特征，系共同法律行为而非双方法律行为。

如下图 1 所示，最初，场外交易为双边交易，交易双方相互之间进行清算，该等交易结构中，存在交易对手方的信用风险、流动性风险、结算风险等，<sup>11</sup>并在多次交易、复杂交易的叠加效应之下，极易引发金融机构的系统性风险。相比之下，改革后的中央对手方清算模式中，中央对手方<sup>12</sup>与各交易方进行拟制“交易”以达到集中清算效果，通过中央对手方清算模式以分摊各交易项下交易对手方的前述风险、防范金融市场的整体风险。

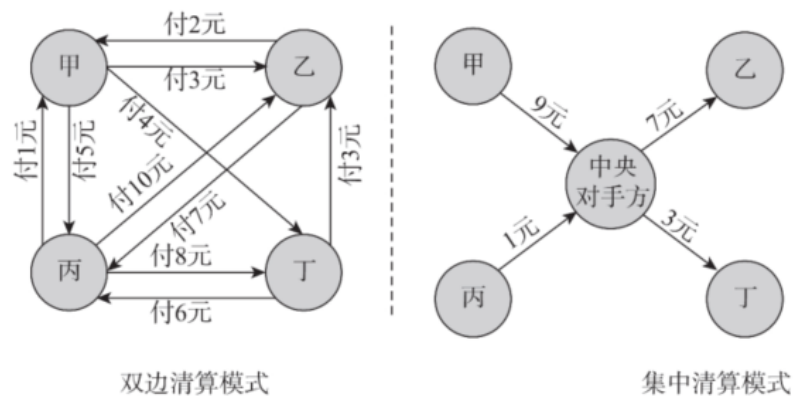


图 1 双边清算与集中清算模式的对比<sup>13</sup>

根据上海清算所颁布的相关清算业务规则，<sup>14</sup>其开展的中央对手

<sup>11</sup> 参见[英]大卫·墨菲 (David Murphy) 著，银行间市场清算股份有限公司译：《场外衍生品：双边交易与集中清算——监管政策、市场影响及系统性风险导论》，中国金融出版社 2019 年第 1 版，第 9-18 页。

<sup>12</sup> “1.1.7 中央对手方 (CCP)。中央对手方 (Central Counterparty) 系指在一个或多个市场中，通过合约替代或其他具有法律约束力的安排，介入交易的对手方之间，成为卖方的买方和买方的卖方，并据此确保履行合约的金融市场基础设施”，参见《银行间市场清算所股份有限公司集中清算业务指南》(第八版，2022 年 7 月更新)。

<sup>13</sup> 参见龙珊，刘安然：《国内银行间衍生品市场集中清算制度研究》，《开发性金融研究》2017 年第 2 期，第 60-67 页。

<sup>14</sup> 参见《银行间市场清算所股份有限公司业务监督管理规则》(银发〔2011〕73 号)，《银行间市场清算所股份有限公司集中清算业务指南》(第八版，2022 年 7 月更新)，《银行间市场清算所股份有限公司集中清算业务违约处置指引》，《银行间市场清算所股份有限公司集中清算业务规则》，《银行间市场清算所股份有限公司债券违约及风险处置操作指引 (2022 年修订版)》等。

清算业务的交易结构具体如下：

(1) 参与者申请入会：市场参与者与上海清算所签署《中央对手方清算协议》以申请成为清算会员，并依据该等协议承担向上海清算所及时足额缴纳会费、保证金、清算基金等义务，承诺严格遵守适用于中方对手方清算业务的所有文件（包括但不限于上海清算所制定及不时修改或补充的相关规则）；清算会员未履行保证金交纳或结算义务、被其他清算机构/交易所判定违约或被暂停/终止会员资质以致可能无法履行对上海清算所的清算义务等情形时，上海清算所有权认定其违约。<sup>15</sup>

(2) 上海清算所集中清算：上海清算所作为中央对手方承继清算会员交易双方的权利及义务，对通过合约替代或其他具有法律约束力的安排进入集中清算的交易生成新的合约以作为上海清算所进行风险管理、清讵债权债务和违约处理的依据，并处理要素匹配、清算确认、计算清算参与者的债权债务、发送结算指令、清讵债权债务、建立相应风险控制体系并进行风险管理、保证合约履行等清算流程。

(3) 风险管理及互担：上海清算所建立包括保证金、清算基金、风险准备金等在内的风险管理体系。其中，保证金用于弥补清算会员集中清算业务违规违约造成的损失，清算基金用于弥补相关集中清算业务过程中出现的违约损失中违约会员保证金覆盖不足的部分，保证金、清算基金仅可用于上海清算所履行集中清算所产生的债权债务及违约处理，上海清算所将清算会员提交的保证金、清算基金

---

<sup>15</sup> 参见《银行间市场清算所股份有限公司集中清算业务指南》（第八版，2022年7月更新）第1.1.9条（清算会员制度与清算参与者），第1.1.10条（协议与规则）：“非清算会员须委托清算会员代理参与中央对手清算业务的，须与清算会员签署《中央对手方清算业务代理清算协议》并提交上海清算所备案，非清算会员通过综合清算会员代理，可以间接参与集中清算业务”。为讨论方便，除特别说明，本意见中所提及“清算会员”仅指典型的普通清算会员。

与自有资产隔离，独立核算并严禁挪作他用；<sup>16</sup>清算会员申请退出清算业务时，在结清与上海清算所的相关债权债务后，将被退还保证金、清算基金余额；风险准备金则是上海清算所根据主营业务收入一定比例提取的专项资金，用于弥补清算会员重大违约损失及与金融市场清算业务有关的重大风险事故损失。

根据上述中央对手清算业务的交易结构，金杜团队认为，清算会员与上海清算所签署《中央对手方清算协议》并承诺适用相关清算业务规则符合共同法律行为的特征，系共同法律行为而非双方法律行为。相应的，如下图 2 所示，各清算会员并非分别与上海清算所构成双方法律关系，而是共同指向上海清算所，通过其中央对手方的角色完成各清算会员之间的场外交易，构成共同法律行为项下成员之间、成员与目标载体之间的法律关系。尽管存在相关条款为“就纳入中央对手方清算的交易，原交易对手方之间不再有任何的债权债务关系，仅适用《中央对手方清算协议》及上海清算所的相关规则”，<sup>17</sup>然而，该等上海清算所为便于风险管理、清讫债权债务和违约处理而与各清算会员之间形成的新合约，实际上仅系为清算而拟制的“交易”合约，对此，中国人民银行原行长周小川也曾特别指出，中央对手清算机制仅集中清算，而非集中交易。<sup>18</sup>

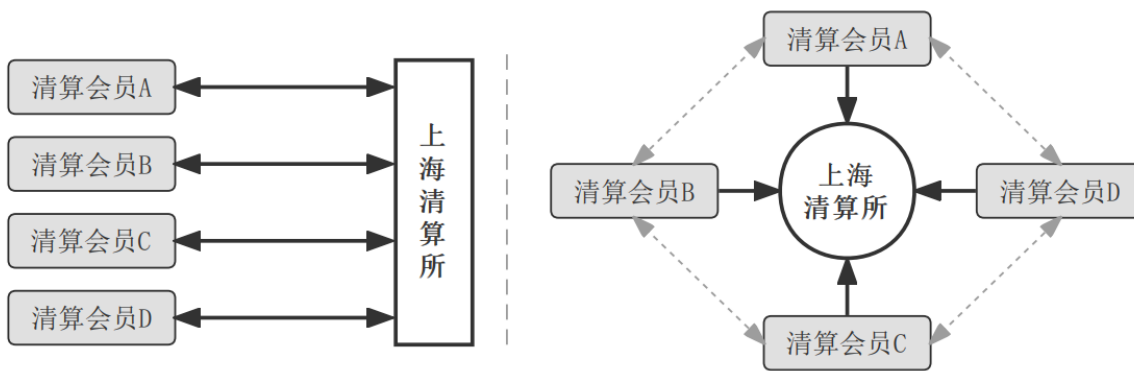
---

<sup>16</sup> 参见《中国人民银行关于建立场外金融衍生产品集中清算机制及开展人民币利率互换集中清算业务有关事宜的通知》（银发〔2014〕29号），第五条。

<sup>17</sup> 参见《中央对手方清算协议》第十条第（二）款；另见《银行间市场清算所股份有限公司集中清算业务规则》第三条（中央对手方）：“中央对手方（Central Counterparty）是指在一个或多个市场中，通过合约替代或其他具有法律约束力的安排，介入交易的对手方之间，成为卖方的买方和买方的卖方，并据此确保履行合约的金融市场基础设施。上海清算所是中国人民银行认定的合格中央对手方”；第四条（合约替代）：“合约替代是指中央对手方针对已成交的交易充当买方的卖方和卖方的买方的一种法律安排，并据此与买方和卖方建立两个新合约，以清偿买卖双方之间的初始债务”；第三十五条（生成新合约）：“上海清算所对通过合约替代或其他具有法律约束力的安排进入集中清算的交易生成新的合约，并为每个新合约生成合约编号，以此作为上海清算所进行风险管理、清讫债权债务和违约处理的依据。纳入集中清算的合约，清算参与者与其原交易对手方不再互负债权债务关系，应根据中央对手方清算协议和上海清算所相关规则，履行新合约项下的权利和义务。”

<sup>18</sup> 同前注 9。





双方法律行为项下的法律关系

共同法律行为项下的法律关系

图 2 中央对手清算业务各主体间的法律关系

因此，适用该等共同法律行为理论分析测试案例具备合理性，详述如下表 2：

<p><b>典型特征</b></p>	<p>各清算会员与上海清算所参与中央对手清算业务符合共同法律行为的特征，系共同法律行为而非双方法律行为</p>
<p><b>意思表示同向性</b></p>	<p>各清算会员与上海清算所签署《中央对手方清算协议》并承诺遵守与清算业务相关的规则，均具备通过各自与中央对手方的拟制“交易”及中央对手方的集中净额清算以完成场外交易参与主体即各清算会员之间交易的相互清算、共同分摊市场参与者的交易风险这一方向相同、一致、共同的意思表示。</p> <p>因此，清算会员与上清所之间实质上并不构成双方法律关系，各清算会员并非旨在分别与上海清算所进行意思表示相对的两两交易，而是共同指向上海清算所这一载体平台，完成各清算会员之间进行的场外交易的清算事项。该等双方法律行为及共同法</p>

	<p>律行为项下各清算会员之间、清算会员与上海清算所之间法律关系的区别如上述图 2 所示。</p> <p>相应的，上海清算所制定的清算业务相关规则即为以书面形式固定下来的全体清算会员共同一致的意思表示，而非双方法律行为。《中央对手方清算协议》事实上充当了各清算会员之间的“会员公约”、清算会员与上海清算所这一目标载体平台之间的“章程”的双重角色，从上海清算所公开的“清算会员管理制度”即《银行间市场清算所股份有限公司集中清算业务规则》的内容与《中央对手方清算协议》基本一致这一点，也可体现其共同法律行为的特性。</p>
<p><b>目标涉他性</b></p>	<p>上海清算所实际上系各清算会员为上述同向一致的意思表示指向的目标载体，各清算会员均旨在通过上海清算所的中央对手清算业务，完成场外市场参与主体之间的交易清算，并分摊个别市场参与者的交易风险，以防范金融市场的整体风险、维护金融市场稳定，以此为前提，方可保障其作为金融市场中交易主体的个体利益。</p> <p>因此，该等清算会员与上海清算所的行为并非双方法律行为，其目标并不在于与上海清算所之间进行等价交换、双边交易，具体体现在：其一，保证金、清算基金等履约保障资产均属于清算参与者集体所有而非上海清算所所有；<sup>19</sup>其二，上海清算所的给付</p>

<sup>19</sup> 参见“上海清算所清算会员管理制度”即《银行间市场清算所股份有限公司集中清算业务规则》第六条（资产保护）：“清算参与者在集中清算业务中的待结算证券、资金等资产，以及保证金、清算基金等履约保障资产，均属于清算参与者所有，

	<p>义务仅在清算并分配所有负有分摊义务的清算会员处汇集的资金后方才产生，且金额体现为与相对方进行场外交易应获得的价值而非与上海清算所进行交易的价值，如是交易结构设计的各方面。</p> <p>此外，不同于双方法律行为目标的相对性，该行为同时涉及清算会员、上海清算所外第三方的利益，该等第三方包括委托综合清算会员代理参与中央对手方集中清算的非清算会员市场交易主体，乃至整个金融市场的参与主体，甚至是金融市场系统性风险外溢而波及的全体社会成员等。</p>
<p><b>身份一致性</b></p>	<p>参与该行为的主体均具有清算会员的身份，而不具备双方法律行为中行为主体通常具备的债权人、债务人身份之对称。</p>
<p><b>效力整体性</b></p>	<p>中央对手方集中清算模式中的全体非违约清算会员均须承担任一违约清算会员的交易违约风险，<sup>20</sup>基于该等交易风险互相分摊、相互“担保”的共同目标及同向一致的意思表示，《中央对手方清算协议》及承诺适用相关清算业务规则这一共同法律行为应当且必须对所有清算会员、非清算会员参与机构、上海清算所自身及其员工、管理人员均具有约束力，以全体清算会员乃至金融市场的整体利益、金融基础设施的总体运营秩序为利益保护的侧重点及目标。因只</p>

仅可用于集中清算业务，上海清算所根据相关规定进行管理，其他单位和个人不得动用。”

<sup>20</sup> 参见谢众：《中央对手清算机构的公司治理》，《中国金融》2020年第19-20期，第116-118页。

	有保障了该等整体利益，方可保障金融市场中每一个体的利益。
关系团体性	各清算会员因上述同向一致的意思表示及共同的目标而形成了一定的团体关系。
合作长期性	各清算会员在团体关系的基础上，为削减单笔交易的边际成本并形成规模效应， <sup>21</sup> 而自愿维系长期的合作关系，属于有意识、有专门组织的御险共同体。清算会员规模的扩大、粘性的增强均意味着抵御风险的能力加强，为此目标，各清算会员亦有动力维持长期的合作关系。

表 2 中央对手方清算模式项下的共同法律行为

## 2. 关于将各清算会员与上海清算所因参与中央对手清算业务而签署《中央对手方清算协议》并承诺适用相关清算业务规则定性为共同法律行为具有重要价值的意见

金杜团队的第一点意见已论述了共同法律行为理论适用的合理性，中央对手清算业务项下清算会员与上海清算所签署相关协议并承诺适用相关规则系共同法律行为而非双方法律行为。在此基础上，第二点意见以共同法律行为的效力整体性特征为核心，从测试案例个案、金融市场整体利益两个维度论证适用共同法律行为理论的重要价值，即共同法律行为的定性较双方法律行为而言更易化解个案法律争议、更符合整体利益保护的金融监管目标。因此，其可作为测试案例中上海清算所有权依据不时修改的清算业务规则对清算会员

<sup>21</sup> 参见钟维：《期货市场中央对手方：理论内涵、实践功能与制度建设》，《证券法律评论》2018年第00期，第61-73页。

进行违约处置的理论基础（已有类似司法实践观点应用于银联模式下的争议解决），并有益于促成防范场外市场风险外溢及金融市场系统性风险、维护金融市场秩序稳定目标的实现。详述如下：

## 2.1 共同法律行为的效力整体性使其须对各行为主体具备更强约束力

行为的法律效果系区分共同法律行为及双方法律行为、单方法律行为等其他法律行为类型的意义及价值所在。共同法律行为的法律效果为效力整体性，即对所有行为主体、指向的目标实体、目标实体的所属人员均产生拘束力，原因在于：

其一，共同法律行为指向目标实体的整体利益而非某个或某些行为主体的个体利益，因而必须对所有前述主体均产生拘束力方可最大限度地维护目标实体的利益，以实现共同目标。例如：上海清算所作为各清算会员参与中央对手清算业务而指向的目标实体及承载各清算会员同向意思表示的载体，其与各清算会员签署的《中央对手方清算协议》及制定颁布的相关清算业务规则，是基于清算会员整体利益、为场外交易风险防范的整体目标而作出的，因而须对全体清算会员、上海清算所自身乃至上海清算所的员工、管理人员产生约束力；

其二，共同法律行为的成立和生效势必产生前述主体之间的多元化且复杂的权利义务关系，如前文图 2 所示，中央对手清算业务中存在各清算会员之间的权利义务关系、清算会员与上海清算所之间的权利义务关系等，必须使共同法律行为的效力凌驾于各单个权利义务关系之上，方可最大化各方利益的实现。

因此，共同法律行为对各前述主体产生的拘束力，相较双方法

律行为而言，具备更大的强制性和相应更小的任意性。表现在，其中一些基本的权利义务内容，相关法律往往予以明确规定或由相关监管机构审批备案决定，而不允许当事人自行改变。例如，上海清算所开展中央对手清算业务及制定各项中央对手方清算相关业务规则须接受中国人民银行的监督和管理，上海清算所应将清算会员提交的保证金、清算基金与自有资产隔离，独立核算并严禁挪作他用被写入中国人民银行制定的规范性文件中。<sup>22</sup>也正因如此，一个行为主体的意思表示不成立或无效，并不当然使得整个共同法律行为不成立或无效。<sup>23</sup>

2.2 测试案例的争议焦点系因将清算会员与上海清算所签署《中央对手方清算协议》定性为双方法律行为而产生，该等双方法律行为定性引发的个案法律争议乃至对金融监管制度目标设计的解释障碍，在共同法律行为定性下将不存在。

2.2.1 测试案例中当事人就格式条款的争议焦点系因双方法律行为的定性而产生，格式条款保护规则在共同法律行为之下不应适用。

根据测试案例现公布的材料，双方当事人的争议焦点系围绕《民法典》合同编通则规定的格式条款特别保护规则<sup>24</sup>而展开，该等争议系因申请人、被申请人将其为参与中央对手清算业务而签署《中央对手方清算协议》并承诺适用相关清算业务规则定性为双方法律行为而产生。然而，该等行为系共同法律行为，共同法律行为并不

---

<sup>22</sup> 参见《中国人民银行关于建立场外金融衍生产品集中清算机制及开展人民币利率互换集中清算业务有关事宜的通知》（银发〔2014〕29号），第五条。

<sup>23</sup> 参见韩长印：《共同法律行为理论的初步构建——以公司设立为分析对象》，《中国法学》2009年第3期，第73-90页。

<sup>24</sup> 即《中华人民共和国民法典》第四百九十六条、第四百九十七条、第四百九十八条。

适用立法为侧重保护平等主体之间签署、履行双务合同过程中处于经济弱势地位一方的利益而设定的特别规则。

从立法主旨角度，不同于双方法律行为须保障双方履约地位平等的立法旨意，商事交易应以保障效率、自由原则为重。格式条款相关规则的制定旨在保护双务合同中处于经济弱势地位的一方，<sup>25</sup>不符合中央对手清算业务项下应以整体的市场清算效率、系统性风险防范为先的原则，更何况在中央对手方清算模式下，上海清算所并不具备可能导致不平等履约的经济上的强势地位，也并非与各清算会员之间存在双边交易之互负权利义务之“等价交换”。

从《民法典》的体系解释角度，“共同法律行为”被规定在《民法典》第一编总则编之中，<sup>26</sup>而格式条款特别保护规则被规定在第三编合同编第一分编之通则中。根据相关立法沿革，我国的合同法系规制双方法律行为的法律，尽管《民法典》为了规范商事合伙组织之外的民事合伙或临时性、偶然性、一次性的商事合伙，将“合伙合同”这一典型的共同法律行为列入了合同编第二分编之典型合同的最后一章，<sup>27</sup>但最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组在《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（一）》中特意强调，《民法典》合同编中基于双务合同特征而设定的相关规则，不能适用于合伙合同，如同时履行抗辩权、不安抗辩权等规则，<sup>28</sup>同理，格式条款

---

<sup>25</sup> 参见吴逸宁：《格式条款使用人的单方变更之规范构建》，《北方法学》2020年第2期，第5页；另见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编的《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（一）》中对格式条款有关规则即《民法典》第四百九十六条、第四百九十七条、第四百九十八条的解释，也强调了应当限制格式条款保护规则的适用范围。

<sup>26</sup> 即《中华人民共和国民法典》第一百三十四条（民事法律行为的成立），前文已述该条中的“多方法律行为”即本意见所讨论的共同法律行为，故不赘述。

<sup>27</sup> 参见肖海军，傅利：《合伙契约性与主体性的解构——基于民法典分则“合同编”的视角》，《当代法学》2018年05期，第15-26页。

<sup>28</sup> 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编的《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（四）》中对第九百六十七条（合伙合同的定义）的解释，特别强调了，《民法典》合同编中基于双务合同特征而设定的相关规则，不能适用于合伙合同，如同时履行抗辩权、不安抗辩权等规则。

特别保护规则也不应适用于合伙合同等共同法律行为。以指向相应目标实体组织的合伙合同、公司章程为例，很显然，合伙人、股东在签署合伙合同、公司章程后，无法主张合伙合同、公司章程系格式条款而不应被订入合同或应为无效，即共同法律行为并不属于格式条款特别保护规则的法定适用情形与立法保护范围。

因此，无论从立法主旨或法律条文体系等解释角度，均印证了格式条款提供方的提示或者说明义务等对双务合同当事方的特别保护规则，不应适用于测试案例中共同法律行为之场景。

2.2.2 双方法律行为的定性将产生对防范金融风险、维护金融市场秩序稳定及保障金融市场整体利益的金融监管制度改革目标的解释障碍，而共同法律行为的定性则能促进该等目标的实现。

基于上述讨论，如将各清算会员与上海清算所签署协议定性为双方法律行为，适用双方法律行为的规则对协议双方的利益施以平等位阶的保护，将不符合金融监管制度目标的设计初衷，且不利于金融监管目标的实现。

具体而言，如定性为双方法律行为，则清算会员可基于《中央对手方清算协议》享有各项适用于双方法律行为的法定权利。例如，上海清算所修改任何清算业务规则，均须获得与其签署《中央对手方清算协议》的相对方即每一清算会员的同意，否则清算会员就有权解除合同，任意退出中央对手方清算；或清算会员利用格式条款特殊保护规则，认为该等“承诺须严格遵守甲方制定及不时修改或补充的甲方相关规则”的条款不订入合同因而对清算会员不生效；亦或清算会员利用同时履行抗辩权、不安抗辩权等规则，在认为上



海清算所开展清算业务过程中对其可能存在风险时，即抗辩不履行缴纳会员保证金、清算基金的义务等等。

可见，上述双方法律行为的定性所产生的效果将极具风险且趋于导致不利后果，并严重违反了金融监管制度改革设计的初衷。如清算会员能够寻求双方法律行为之下保护性规则的适用，为保护其个体利益而牺牲的并非是与之签署《中央对手方清算协议》的相对方即上海清算所的利益，而是其他所有清算会员的集体利益，伴随着风险外溢进而造成系统性风险的情况下，将进一步损害金融市场参与者、甚至是全体社会成员的整体利益，并反过来使该清算会员的利益遭受不利影响，最终造成既无法保护个体利益也无法保障整体利益的局面。

### 2.3 共同法律行为理论可作为测试案例中判断上海清算所是否有权依据不时修改的清算业务规则对清算会员进行违约处置的理论基础，且已有类似司法实践观点应用于银联模式下的争议解决。

因共同法律行为对全体行为主体具有更强的约束力，在清算会员选择加入中央对手清算业务之时，其在《中央对手方清算协议》的“特别提示”中作出的“签署本协议即表明乙方已认真阅读了甲方发布的（包括但不限于甲方通过其官方网站发布的）关于各项中央对手清算业务所有相关文件，并已充分理解相关信息”，“签署本协议即视为乙方已完全接受并同意遵守甲方已发布的甲方相关规则及今后对其不时进行的修改和补充”，“严格遵守以下适用于中央对手清算业务的所有文件：……（4）甲方制定及不时修改或补充的甲

方相关规则”等承诺，<sup>29</sup>意味着其在入会时已同意接受今后上海清算所可能的清算业务相关制度修改。该等入会时的承诺，应对每一清算会员均具有较双方法律行为而言更强的约束力，不应因某一个别清算会员的意志而随意调整或允许其反言。

类似的银联模式下，成员为参与银行卡清算业务而加入银联并遵守银联规则系共同法律行为并对各成员单位均具有约束力的观点已获司法实践支持。与上海清算所中央对手清算业务模式类似，银联作为银行卡清算机构，参与银行卡清算业务的成员机构经过申请加入银联、经过资格审核后准入，与银联签署清算协议、增值服务协议，在银联主导之下与其他成员机构之间进行银行卡清算活动。

<sup>30</sup>相关银联成员机构之纠纷案件中，法院认为：“中国银联作为银行卡的联合组织，其交易清算系统是为银行卡之间的资金往来提供清算交付服务，而为保障资金交付结算的真实、安全、便捷，资金清算交付业务须由相关的业务运作规章予以规制。《银联卡业务运作规章》即系由中国银联制定，银联的成员单位在申请加入银联时均承诺遵守银联规则，服从银联争议裁判，此系各方成员为追求良好稳定的银行卡清算业务秩序这一共同利益而作出的真实意思表示，并进而形成对成员单位均具有约束力的共同法律行为。”<sup>31</sup>

## 2.4 共同法律行为理论的适用，符合中央对手方集中清算模式的改革宗旨，亦有助于实现加强上海清算所在内的金融基础设施统筹监管等

---

<sup>29</sup> 参见《中央对手方清算协议》特别提示部分、第二条（协议的构成与效力等级）及第三条（声明及保证）。

<sup>30</sup> 参见中国银联官方网站开放平台(<https://open.unionpay.com/tjweb/support/doc/online/12>)，2022年11月29日最后访问。

<sup>31</sup> 参见福建省泉州市中级人民法院（2018）闽05民终1807号民事判决书；类似司法实践的观点亦可参见海南省高级人民法院（2018）琼民申210号民事判决书。

## 危机后金融监管制度改革的核心目标。

正因上海清算所并非双方法律行为中清算会员的相对方，而是共同法律行为中成员共同意志的载体、共同指向的目标实体，即集中清算机制下中央对手方的角色，其承载了防范场外市场交易风险外溢、防范金融市场的系统性风险、维护金融市场秩序稳定乃至社会整体利益的金融基础设施的重要职能，并因此受到包括中国人民银行、国家外汇管理局在内的各监管机构的严格监督和管理。

该等监督管理的核心内容包括：内部控制制度、风险管理制度、业务规则以及应急预案的制定和重大修改，开展新业务或变更现有业务模式须报中国人民银行批准；制定和修改中长期发展规划等中国人民银行要求的其他事项应报中国人民银行备案；涉及外汇管理的，还应当报国家外汇管理局批准或向国家外汇管理局报告等。<sup>32</sup>在该等严格的监管措施之下，如上海清算所制定、修改的规则存在不合理、不公正、违法违规之处，应由中国人民银行等监管机构对其作出处罚、责令其整改并对其整改情况进行复查，<sup>33</sup>而不应允许某一清算会员以此为由寻求相关双方法律行为适用规则的特别保护。

因此，在上海清算所已获得各清算会员入会时作出的“将严格遵守今后不时修订的清算业务规则”的承诺，制定及修改相关清算业务规则系为规范开展集中清算业务、防范清算风险、提高清算效率、维护参与主体合法权益、保障金融市场稳定的目的，且该等制

---

<sup>32</sup> 参见《银行间市场清算所股份有限公司业务监督管理规则》（银发〔2011〕73号）：该等监督和管理包括内部控制制度、风险管理制度、业务规则以及应急预案的制定和重大修改；开展新业务或变更现有业务模式须报中国人民银行批准；制定和修改中长期发展规划等中国人民银行要求的其他事项应报中国人民银行备案；应当采取系列措施保证业务的正常开展；应定期向中国人民银行汇报、报告等。

<sup>33</sup> 参见《银行间市场清算所股份有限公司业务监督管理规则》（银发〔2011〕73号）第十条：“中国人民银行可按照有关规定开展现场检查，并在检查结束后15个工作日内向上海清算所通报结果；对不符合有关规定的，责令上海清算所整改，并对整改情况进行复查。”

定及修订系根据国家法律法规和部门规章而作出、符合监管机构对规则修改的审查监督管理机制的条件下，共同法律行为的效力整体性应当得以延续，以保障其强约束力的实现，并使之符合中央对手方清算机制及上海清算所作为中央对手方及金融基础设施的金融监管制度改革的目标。

综上，金杜团队认为，学理、立法或司法实践均可印证，中央对手清算业务模式下，各清算会员与上海清算所签署《中央对手方清算协议》并承诺适用上海清算所制定的各项清算业务规则符合共同法律行为的特征，系共同法律行为，而非测试案例中双方争议焦点所基于的双方法律行为。

共同法律行为理论较之双方法律行为理论的适用，在解释中央对手方清算的交易结构、促成个案争议解决、促进中央对手方清算机制、金融基础设施统筹监管等金融监管制度改革目标的实现等方面均具备更强的合理性，并有利于实现相较于保护双方法律行为中的个体利益保护而言价值位阶更高的社会整体利益保障的目标。

此致

上海金融法院



意见提供人：北京市金杜律师事务所金融衍生品团队

日期：二〇二二年十一月三十日

## 附：北京市金杜律师事务所金融衍生品团队介绍

### 一、北京市金杜律师事务所金融衍生品团队相关经验

金杜团队经常协助中外金融机构和企业进行 ISDA/NAMFII、CSA、变动保证金和初始保证金文件的双语谈判。我们在最为复杂和最具创新性的跨境衍生工具和结构化融资领域引领市场。我们经常为中外客户提供适用于衍生品交易的保证金和其他监管要求的法律服务。

金杜团队一直积极参与有关中国净额结算的可执行性、担保品隔离和所有权转让安排的法律发展。

我们熟悉中国主体及其国际对手方所面临的独特的法律和实践问题，并很乐意分享我们的见解。如有任何需要，请随时联系我们的核心团队成员。

### 二、北京市金杜律师事务所金融衍生品团队核心成员

#### 核心成员（简历详见律所官方网站）

大陆地区	香港特别行政区
周昕律师 Stanley Zhou（上海） 关峰律师 James Guan（上海） 牟牧律师 David Mu（深圳）	萧乃莹律师 Minny Siu 费思律师 Andrew Fei

本第三方意见主要起草人员
关峰律师 James Guan（上海），黄雅冰律师 Yabing Huang（上海）