



争议解决

Term Sheet 的法律性质及违约救济

廖荣华 | 廖海清

Term Sheet, 俗称交易条款清单, 在 PE/VC 投资和公司并购交易中被广泛使用。交易各方经过前期的接触后, 如达成初步投资意向, 通常会签订一份 Term Sheet, 其内容主要包括交易架构、交易价格或估值、其他核心交易条款、以及如何进行交易的程序性约定, 包括法律和财务的尽职调查安排及费用承担、独占协商的排他期、保密条款、争议解决机制等, 实践中也经常将此类文件称为框架协议、意向书、备忘录等。为行文和讨论方便, 本文统一使用 Term Sheet 的名称。

我国法律并没有关于 Term Sheet 的特别规定, 法律实务中对其法律性质、法律约束力及违约救济存在不同的看法, 司法实践中各级法院对 Term Sheet 也存在不同的认识。本文在搜集整理 Term Sheet 相关案例的基础上对有关的裁判观点予以评析, 以期对相关法律实务有所启发。

一、Term Sheet 的法律性质

关于 Term Sheet 的法律性质, 有观点认为其属于磋商性文件, 表达了当事人之间的合作意愿和合作框架, 但对当事人尚不具有法律约束力; 也有观点认为 Term Sheet 中核心交易条款已基本确定, 是对双方当事人具有约束力的正式交易合同, 违约方须根据《合同法》有关规定承担违约责任。2012 年最高人民法院在《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第 2 条规定: “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, 人民法院应予以支持”(以下称“预约合同司法解释”), 首次在法律层面上承认预约合同。因此, 从法律上来说, Term Sheet 也有可能被认定为预约合同, 各方后续需签署的正式交易合同则可能被认定为本约合同。

从法律性质和约束力上来说, 预约合同和本约合同并无本质的区别。两者的区别主要在于合同的标的不同, 预约合同的标的主要是签订本约合同, 本约合同的标则涉及到具体的交易内容及交易条件。基于 Term Sheet 的具体内容, 其在司法实践中可能被认定为预约合同、本约合同或不具约束力的磋商性文件, 以下谨结合最高人民法院审理的三起案例予以评述。

在广州城启集团有限公司与广州市商业储运公司、广州百货企业集团有限公司、广州市华商贸房产发展有限公司股权转让合同纠纷一案 [(2014)民二终字第 212 号] 中, 广百公司与商储公司作为

甲方与城启公司作为乙方签署《预定转让合同》，约定甲方预定转让其在《中外合作合同》中享有的26%权利给乙方，并就转让价款的支付、后续签署《中外合作企业合同权利转让合同》程序以及委托管理等事项进行约定。随后乙方支付了股权转让款并实际管理合作企业，但双方未按约定签署《中外合作企业合同权利转让合同》，也未将《预定转让合同》提交审批。广东省高院和最高人民法院认为尽管双方签订的是《预定转让合同》，但该合同已对涉案股权转让行为中各方的权利义务进行了明确、全面约定，也得到了当事人部分实际履行，该合同是正式股权转让合同，而非预约合同。最高人民法院进一步认为，《约定转让合同》作为正式的股权转让合同，未依法取得外资审批机关批准，属于未生效合同，但负有报批义务一方需承担合同被撤销的主要过错责任。

在中国宝安集团股份有限公司等诉内蒙古嘉泰投资集团有限公司股权转让纠纷一案〔(2015)民提字第21号〕中，宝安集团等四被告作为转让方与嘉泰集团签订《股权转让协议》，就嘉泰集团转让款的支付作出安排，并约定在宝安集团收到首期转让款后，尽快安排签署关于三家公司股权转让协议涉及的相关文件，并获得相关部门的批准文件。嘉泰集团认为《股权转让协议》涉及外资企业股权转让，因未依约报批、获得批准文件，《股权转让协议》属于成立但未生效的合同，要求宝安集团承担缔约过失责任。二审广东省高院支持了嘉泰集团的观点，认为《股权转让协议》属于成立未生效的合同，但一审法院深圳中院和再审法院最高院则认为《股权转让协议》是包含三个公司股权变动的一揽子协议，受让方尚不明确，且各方当事人对于需要另行签订具体明确的股权转让协议是明知的，因此《股权转让协议》属于各方当事人就转让股权达成的预约，预约协议并不需要报外商投资企业审批机构的审批，在签署后即发生效力。

在澳华资产管理有限公司与洋浦经济开发区管理委员会投资意向书纠纷申请再审案〔(2014)民申字第263号〕中，澳华公司与洋浦管委会签订《关于建设高档酒店的投资意向书》（“《投资意向书》”），其中约定如下：“三、选址及项目土地……但由于洋浦开发区的规划调整，上述地块现已不适用建设酒店。为服从开发区新的规划，澳华公司拟将原地置换至东部生活区及新英湾沿海一带建设酒店。2、洋浦管理局支持澳华公司在洋浦投资建设高档酒店，同意协调置换土地，同时为保证企业实质性投资，对项目建设提出如下要求……”双方对《投资意向书》的性质产生争议。一审海南省高院认为《投资意向书》为有效协议，洋浦管委会未协调办理完土地置换事宜构成违约，但二审和再审审查法院最高院则认为，根据《合同法》司法解释（二）第一条，合同成立的必备要素包含当事人名称、标的和数量，《投资意向书》只是对澳华公司拟置换土地的意向及洋浦开发区管理局表示同意协调置换进行了约定，而对于是否必须置换成功以及置换土地的具体位置和面积均未作出明确约定。因此，该《投资意向书》不具备合同的主要条款，不构成正式的土地置换合同，且《投资意向书》中虽对签订意向书的背景进行了描述，但并未明确约定洋浦管委会在置换土地过程中的权利和义务，当事人也未表明受其约束的意思，故《投资意向书》并非就在将来进行土地置换或者在将来签订土地置换合同达成的合意。因此，《投资意向书》的性质为磋商性、谈判性文件，对双方不具有约束力。

由上述案例可见，在涉及依法需要审批才生效的交易合同（常见于特定行业外资企业股权转让的情形），Term Sheet的性质认定对其法律效力存在实质性影响。构成预约合同的Term Sheet无须审批机关的批准，双方一经签署即产生法律效力，当事人可根据预约合同要求违约方承担相应的违约责任；而构成正式交易合同的Term Sheet在经审批前属于成立未生效的合同，受让方主张损失赔偿的范围主要为转让方未履行报批义务造成的实际损失。Term Sheet法律性质的识别需要结合文本的具体内容加以判断，文本标题对性质认定并无决定性作用。复杂交易合同的缔结通常是有一个渐进

式的过程，从最初双方磋商谈判到最终订立正式交易合同之间，存在成立预约合同的广泛空间。根据最高人民法院关于预约合同司法解释起草小组的观点，预约合同是约定将来订立一定合同的合同，应具备合意性、约束性、确定性和期限性等四个基本特征，以上案例中的裁判规则也一定程度上体现了该等观点。受限于预约阶段事实和法律上的障碍，预约合同在合同内容的确定性上不如本合同完备具体，通常存在部分缺失和不确定条款，但当事人已就将来一定期限内订立本合同达成一致。

预约合同较之意思表示不明确、标的和数量均不确定的磋商性文件，其具备的约束性和确定性则成为显著特征。例如，在 PE/VC 交易文件中，尽管双方在 Term Sheet 中约定核心交易条款不具有法律约束力，但如果明确约定双方应当于将来一定期限内或者一定条件下签订正式交易合同，这应当视为双方的义务，对双方具有约束力。相反，如果该 Term Sheet 仅表达了双方愿意进一步磋商的意愿，但并未对双方后续如何完成交易约定具体的义务，则应认定为磋商性文件，不具备构成预约合同或本合同必须具备的约束性。

二、Term Sheet 的违约救济

Term Sheet 的违约救济与其所属的法律性质直接相关。对于构成磋商性、谈判性文件的 Term Sheet，由于 Term Sheet 并未在当事人之间创设具有约束力的权利和义务内容，除了一方当事人存在恶意磋商等需承担缔约过失这一法定责任的情形之外，违反 Term Sheet 约定通常不产生违约责任。当然，对于双方协商一致赋予约束力的条款（常见的有保密、独占协商、费用承担等条款），这部分内容构成具有约束力的合同，如当事人违约则应承担相应的违约责任。对于构成本约合同的 Term Sheet，守约方有权根据《合同法》的规定要求违约方承担违约责任，违约损害赔偿的范围包括合同履行后可获得的利益。对于构成预约合同的 Term Sheet，根据预约合同司法解释，守约方有权要求违约方承担预约合同下的违约责任或要求解除合同。预约合同下违约责任的承担方式主要表现为继续履行、赔偿损失、支付违约金和适用定金罚则，但由于预约合同司法解释规定的较为原则，预约合同违约责任之承担在理论和司法实践中都存有争议，以下结合相关理论和案例专门讨论。

1. 关于继续履行

预约合同的主要义务就是签订本合同，因而继续履行实质上涉及是否可强制缔约的问题，这也是与预约合同的法律效力密切相关的问题。关于预约合同的法律效力，理论上争议最大的有“应当缔约说”（除法定事由外当事人负有磋商并达成本约的义务，否则法院可判令强制缔约）和“必须磋商说”（当事人负有诚信磋商义务而无须必然达成本约）两种观点。与此相应的，对于是否可以强制缔约，也存在肯定说和否定说。尽管预约合同司法解释起草小组认为“应当缔约说”更具正当合理性，且最高院在《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》第 4 条中体现的理念更接近于“应当缔约说”，但由于强制缔约毕竟在如何补足本约缺失条款和协调与契约自由原则之间的关系上存在一定法理和实践障碍，预约合同司法解释对是否可以强制缔约并未进行明确规定。

就案例检索的情况来看，认为不应判令强制缔结本约的裁判观点较为常见。例如，最高院在张玉琪、北京王忠诚医疗科技有限公司与佛山市顺德区银景房产有限公司、佛山市顺德区德利企业管理顾问有限公司等股权转让纠纷申请再审案〔（2016）最高法民申 200 号〕中认为：“预约合同作为一个独立的合同，其违约责任形式可以包括继续履行，但可由人民法院强制缔结本约的法律依据并

不充分，否则有违合同意思自治原则，亦不符合强制执行限于物或行为的给付而不包括意志给付的基本原理”。持“必须磋商说”、不支持强制缔约观点的案例还有湖北高院（2014）鄂民申字第 01133 号、新疆高院（2015）新民三终字第 00060 号。

2. 关于赔偿损失

关于预约合同的违约损失的范围，根据预约合同司法解释起草小组的观点，违反预约合同同时可以视为本约的缔约过失行为，因此违约损失总体上应相当于本约的信赖利益损失，包括缔约费用、准备履行所需费用、已给付金钱的利息损失，理论上还应包括机会损失，但机会损失在实践中很难举证。由于预约合同的履行只发生缔约行为，并不直接产生经济利益，预约合同和本约合同在违约责任方面最大区别在于预约合同没有可得利益损失。由于信赖利益损失是一个相对学理的概念，司法实践中人民法院对于损害赔偿的支持范围通常会看是否存在明确约定及相关证据支持。为减少争议和方便举证，对于预约合同的损失赔偿范围宜进行清楚界定，例如明确约定因一方违约行为导致未能订立本约的情况下，守约方已经发生的律师费、财务顾问费用、差旅费等由违约方承担。

3. 违约金、定金问题

由于预约合同的目的、核心义务和标的就是签订本约，在一方违约的情况下，守约方的损失可能难以证明，或者可以主张的金额偏低，比较有效的方式是约定固定金额的违约金或定金，作为各方履约的担保或违约责任的承担方式。对于约定固定违约金数额的，其应同样适用《合同法》第 114 条第 2 款关于违约金调整的规定，人民法院有权根据当事人的请求及守约方的损失增加或减少违约金。如在损害赔偿中讨论的，预约合同无法涵盖本约的履行利益，不包括可得利益损失，在认定违约金是否高于或低于损失时可能举证上存在一定困难，相比之下定金的没收或双倍返还规则更为明确，当事人应基于交易的实际需求和缔约地位选择采用违约金或定金。

因预约合同的特殊性，在定金罚则适用时也面临一些新问题。根据《担保法》第 91 条规定，定金数额不得超过主合同标的额 20%，但预约合同的标的是缔结本约，不存在或难以计算预约合同的标的额。因此，有观点认为预约合同中难以适用 20% 的比例限制。但我们理解，20% 的定金限额在于防止当事人对违约行为进行惩罚性救济，因此，即便预约合同中不存在明确标的额，人民法院也有可能基于对于公平原则，在个案中参照本约标的金额（投资数额或股权转让价款）的 20% 来设定限额。由此，进一步可探讨的问题是，如果定金的数额在 20% 限额以内，但违约方主张该金额过分高于守约方的损失，在此情况下人民法院是否有权调整定金数额？《合同法》第 114 条中是对违约金调整的具体规定，将其适用到定金领域似无法律依据。乌鲁木齐中院在一则案例 [(2010)乌中民四终字第 231 号] 中也认为违约金调整的规定及司法解释不应适用于定金的调整。如当事人拟采用定金固定预约合同违约责任，应注意写明为定金或者规定接受方违约应双倍返还、支付方违约则予以没收的定金性质。有的预约合同中常常约定保证金、担保金、诚意金或订金，而未对定金性质予以明确（即适用没收或双倍返还的罚则），届时守约方可能无法达到适用定金罚则的效果。山东高院在中国泛海控股集团有限公司与山东省高新技术投资有限公司股权转让纠纷案 [(2010)鲁商初字第 2 号] 中认为，作为预约合同的《协议书》中所约定的保证金不应适用定金罚则，在守约方未能主张实际损失的情况下，仅依据公平原则支持了以同期存款利息计算的保证金被违约方占用期间的利息损失。

（本文的前期资料收集由陈末协助完成，在此表示感谢。）

● 特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与**廖荣华律师**（+8621 6080 0990; andy.liao@hankunlaw.com）联系。