

本书不是纯粹的理论阐述，也不是简单的审判实践总结，而是一线法官对相关法学理论在审判实践中如何加以运用的解释。

吕忠梅 主编

民事司法疑难问题解答

[合同法适用部分]

HE TONG FA SHI YONG BU FEN

中国检察出版社

公检法律师办案用书

民事司法疑难问题解答

(合同法适用部分)

吕忠梅 主编

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民事司法疑难问题解答 (合同法适用部分) / 吕忠梅主编. — 北京: 中国检察出版社, 2004. 1
ISBN 7 - 80185 - 183 - 8

I. 民... II. 吕... III. ①民事诉讼法 - 中国 - 问答②合同法 - 中国 - 问答 IV. D925. 105

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 108097 号

民事司法疑难问题解答 (合同法适用部分)

吕忠梅 主编

出版发行: 中国检察出版社
社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)
网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)
电子邮箱: zgjcbs@vip.sina.com
电 话: (010) 68650027 (编辑) 68650015 (发行) 68636518 (邮购)
经 销: 新华书店
印 刷: 北京鑫海金澳胶印有限公司
开 本: 850mm × 1168mm 32 开
印 张: 16.75 印张
字 数: 434 千字
版 次: 2004 年 1 月第一版 2004 年 1 月第一次印刷
书 号: ISBN 7 - 80185 - 183 - 8 / D · 1170
定 价: 32.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

《民事司法疑难问题解答》

编委会名单

主	任	吕忠梅		
委	员	詹锦云	李群星	李 钢
		黄汉桥	张兴旺	裴 镇
		裴丽萍	刘黎明	李小菊
		贺彰好		

主 编 吕忠梅

副主编 裴丽萍

撰稿人 纪红玲 罗卫平 易 军
侯玲玲 高 飞 晏 辉

总 序

法官审理案件的过程，始终伴随着对法律的寻找，法官在将法律适用于某一特定的案件时，也一定包含着他对该具体法律规范的理解，正因如此，“法律非经解释不得适用”才具有了普遍意义。法官对于法律的解释虽然不同于立法者或者最高司法机关，没有普遍的约束力，但是对于个案、对于当事人而言，却是法律权威直接而具体的体现。因此，法官解释的作用也是不可以低估、更不可以忽视的。

诚然，任何法律解释都不可能也不应该是随心所欲的，必须遵循一定的原则与规则。法官只有在正确把握法律解释基本原理的基础上，才可能对法律作出正确的解释。在种种法律解释方法中，文义解释始终是最为基础也最为重要的，这种解释是法官理解和适用法律的起点。

如果可以认为，同样情况同样对待或者说追求法律的确定性是法官适用法律的一般原则，那么，对于法律概念、法律原则、法律制度的共同理解则是保障这一原则实现的前提。正是为了使法官能够在审判实践中正确地理解与适用法律，并在基本统一的知识背景下解释法

律，我们组织编写了这样一套法律适用问题的丛书，从理论与司法实践两个方面对于法律文义进行解释，以求得对于法律的共同理解。

本书的作者大多为高级人民法院的一线法官，他们既具有较为系统的法律知识结构，又具有相当丰富的审判实践经验。这样的作者队伍使得我们对本书的定位十分明确：它不是纯粹的理论阐述，也不是简单的审判实践总结，而是将相关法学理论在审判实践中如何加以运用的解释。换言之，是理论与实践紧密结合的产物。

本书按照实体法与程序法分立的思路展开，将其分为民事诉讼法、民商法、行政诉讼法和行政法四个方面的内容。但是，由于程序法与实体法的密切关联性，在相关内容的安排上，也考虑了两者之间的衔接与统一，如证据制度中的举证责任分配，现在的立法例是采用了法律要件说，这就使得举证责任分配成为了跨越实体法与程序法两个部分的制度，对此，我们予以了充分考虑。重要的是，类似的考虑是法官在处理案件时所必须的。

因为不是纯粹的理论性阐述，本书在结构上并没有完全照顾理论体系的完整性，更多的从法律适用与审判实务方面进行了安排，考虑到了我国审判业务的分类现状与案件定性情况。如在民商法部分，基本上是按照现行的人民法院系统民事、民商事审判的业务分工考虑的；当然，也并非完全不顾及法律本身的规律性，只不过是这种考虑相对少一点。这样做的目的，是为了使读者更为轻松地阅读和理解。

法官对法律解释的目的十分明确，是为了将法律直

接适用于具体案件，因而这种解释对于案件的当事人、对于诉讼参加人就都具有了极为重要的意义。对他们来说，某个案件能否体现司法公正，当事人的合法权益能否得到有效保护，都与法官对法律的解释正确与否息息相关。尽管本书不是直接以判决形式出现的法律解释，但是，它作为法官对于法律基本理解的集合体，是过去、现在以及将来应用于具体案件的基础。所以，本书不仅仅是写给法官的，而是写给可能与审判活动相联系的公民、法律工作者、机关、团体和单位的。他们对于法官思维的理解同样是法律顺利实施、权利充分保障、司法公正实现的重要因素与条件。

不可否认也无法避免的是，由于种种原因，偏颇、遗漏、缺陷乃至错误都可能存在。因此，真诚地欢迎批评与指正。只有这样，才能更加进步，也才能使法律适用更加符合理性。我坚信，批评者是最好的朋友！

十分感谢中国检察出版社以及为此书的出版付出了心血的人士！感谢安斌先生的创意与充分信任！感谢为本书的编写提供了帮助与支持的同事与朋友们！感谢将对本书提出意见、建议与批评的人们！

如果本书能够为读者提供一些法律帮助，能够为读者解答一些法律疑惑，能够为读者增加一些法律知识，能够为读者树立一个批评的靶子，都将是我对各位最好的回报！

吕忠梅

2003年10月于武汉



吕忠梅 女，法学博士，中国杰出中青年法学家，湖北省高级人民法院副院长，中南财经政法大学教授、博士生导师。曾就读于北京大学法律系、武汉大学法学院，长期从事法学理论与教学工作，主持省部级以上法学科研项目15项，发表科研成果近500万字，主编全国高等教育法学类教材10本，多次获得国家、省部级科研与教材奖。2000年获得法官任命，从事审判及审判管理、法官教育培训工作，主持了由美国福特基金会资助、与中南财经政法大学合作举办的湖北省地方法官培训以及“法官审判技能培训教材”项目，承担“法官的法律思维”、“法官职业化与司法公正”、“法官的自由裁量权”、“法官如何认定事实”、“民事诉讼证据规则”、“行政诉讼证据规则”等课程。

105203

目 录

第一编 总 则

第一章 一般规定 (1)

1. 什么是合同? (1)
2. 合同法的立法目的对法律适用有何意义? (3)
3. 什么是合同法的基本原则? (5)
4. 合同法的基本原则有哪些? (5)
5. 合同法的基本原则对法官办案有什么作用? (11)

第二章 合同的订立 (13)

6. 哪些民事主体可以订立合同? 应符合哪些
条件? (13)
7. 合同订立主体应具备哪些条件? (16)
8. 如何适用代订合同规定? (19)
9. 当事人订立合同可以采取什么形式? (22)
10. 合同法对要约有什么要求? (26)
11. 要约与要约邀请有什么区别? 如何区分? (28)
12. 要约开始生效的时间应如何确定? (34)
13. 要约的撤回与撤销有何不同? (35)
14. 如何认定要约消灭的原因? (37)
15. 什么是承诺? 承诺的方式有哪些? (39)
16. 如何确定承诺的期限? (43)
17. 如何认定承诺的生效? 承诺生效有什么法律
意义? (44)

18. 什么是承诺的撤回? 如何认定承诺撤回的效力?	(47)
19. 承诺迟到有什么法律后果?	(48)
20. 承诺应包括哪些内容?	(49)
21. 如何认定合同成立的时间?	(50)
22. 如何认定合同成立的地点?	(51)
23. 如何适用法律对计划合同和国家订货合同的特殊规定?	(53)
24. 如何认定定式合同?	(54)
25. 怎样订立定式合同?	(57)
26. 如何认定无效标准条款?	(58)
27. 标准条款应如何进行解释?	(59)
28. 如何适用缔约过失责任?	(60)
第三章 合同的效力	(66)
29. 如何认定合同的生效要件?	(66)
30. 如何认定附条件的合同和附期限的合同?	(68)
31. 如何认定效力未定合同?	(72)
32. 如何认定限制民事行为能力人订立的合同的效力?	(72)
33. 对无代理人订立的合同的效力应如何确认?	(75)
34. 对无处分权人订立的合同的效力应如何确认?	(78)
35. 因表见代理所订立的合同的效力应如何确认?	(79)
36. 因越权代表行为所订立的合同应如何确认其效力?	(81)
37. 如何适用无效合同的法律规定?	(82)
38. 如何认定合同的无效免责条款?	(85)
39. 如何认定可撤销合同? 当事人的撤销权应如何行使?	(86)

40. 什么样的合同可以被请求撤销? (88)
41. 合同无效或者被撤销的法律后果有哪些? (91)

第四章 合同的履行..... (93)

42. 什么是合同的履行? (93)
43. 合同的履行有哪些依据? (94)
44. 如何认定涉他合同的履行? (103)
45. 如何认定向第三人履行的合同? 应如何履行? (103)
46. 如何认定由第三人履行的合同? 应如何履行? (105)
47. 双务合同应如何履行? (107)
48. 如何认定同时履行抗辩权的行使? (107)
49. 如何认定不安抗辩权的行使? (110)
50. 不安抗辩权和同时履行抗辩权有什么异同? (115)
51. 如何理解我国的不安抗辩权制度? (116)
52. 如何认定合同的保全? (117)
53. 债权人代位权应如何行使? (118)
54. 债权人撤销权应如何行使? (124)

第五章 合同的变更和转让..... (130)

55. 如何认定合同的变更? (130)
56. 合同可以采取哪些方式变更? (132)
57. 如何认定合同变更的效力? (133)
58. 如何认定合同的转让? (133)
59. 如何认定债权转让? (133)
60. 如何认定债务移转? (139)
61. 如何认定债权债务的概括移转? (142)

第六章 合同权利义务的终止 (145)

62. 如何认定合同的终止? (145)

63. 如何认定合同终止原因?	(146)
64. 合同终止将产生哪些法律效力?	(148)
65. 如何认定合同的解除?	(148)
66. 合同解除有哪些方式?	(150)
67. 合同解除将产生哪些法律效力?	(156)
68. 如何认定抵销?	(158)
69. 如何行使法定抵销?	(158)
70. 怎样实施合意抵销?	(161)
71. 如何认定提存?	(161)
72. 如何适用提存的法定条件?	(162)
73. 提存将产生怎样的法律后果?	(163)
74. 如何认定免除?	(165)
75. 如何认定混同?	(166)
第七章 违约责任	(167)
76. 如何认定违约责任?	(167)
77. 合同法确立的归责原则如何运用于案件?	(170)
78. 如何理解违约责任的构成要件?	(176)
79. 什么是违约行为形态? 其法律特征如何?	(177)
80. 如何认定不同类型的违约行为?	(178)
81. 规定强制履行如何适用?	(186)
82. 在哪些情况下, 当事人应承担损害赔偿责任?	(188)
83. 在哪些情况下, 当事人应承担违约金责任?	(194)
84. 如何适用定金规则?	(198)
85. 如何适用法定的合同免责条件规定?	(201)
86. 如何认定责任竞合?	(203)
87. 如何行使责任竞合的选择权?	(207)

第八章 其他规定 (209)

- 88. 合同的解释规则对处理纠纷有何意义? (209)
- 89. 如何理解合同的解释标准? (210)
- 90. 如何理解合同解释的一般规则? (211)
- 91. 合同的解释方法在司法实践中应如何运用? (215)
- 92. 什么是合同争议? (217)
- 93. 合同争议可以通过哪些途径解决? (217)
- 94. 合同争议处理应如何适用法律? (222)
- 95. 合同争议处理的诉讼时效有何规定? (223)
- 96. 什么是合同的监督? (223)
- 97. 无名合同如何适用法律? (225)
- 98. 合同领域中的普通法与特别法的关系如何? (226)

第二编 分 则

第九章 买卖合同 (228)

- 99. 什么是买卖合同? (228)
- 100. 如何认定买卖合同? (230)
- 101. 如何认定不同类型的买卖合同? (231)
- 102. 买卖合同应包括哪些内容(条款)? (233)
- 103. 什么是标的物所有权的移转? (234)
- 104. 如何确认出卖人的义务? (237)
- 105. 如何确认买受人的义务? (250)
- 106. 如何适用标的物的风险负担规定? (253)
- 107. 如何适用买卖合同解除的特别规定? (255)
- 108. 如何认定特殊买卖合同? (256)
- 109. 哪些合同可以准用买卖合同规则? (267)

第十章 供用电、水、气、热合同 (269)

- 110. 如何认定供用电、水、气、热力合同? (269)
- 111. 如何订立供用电、水、气、热力合同? (270)
- 112. 如何确认供电人的义务? (277)
- 113. 如何确认用电人的义务? (284)

第十一章 赠与合同 (286)

- 114. 如何认定赠与合同? (286)
- 115. 赠与如何分类? (288)
- 116. 如何确认赠与人的义务和责任? (289)
- 117. 赠与合同的撤销应如何处理? (291)
- 118. 赠与人拒绝履行应承担怎样的法律后果? (296)
- 119. 如何认定特种赠与? (297)

第十二章 借款合同 (300)

- 120. 如何认定借款合同? (300)
- 121. 如何认定金融机构借款合同? (300)
- 122. 金融机构借款合同包括哪些内容? (302)
- 123. 借款合同的担保应如何进行? (304)
- 124. 如何确认贷款人的义务? (304)
- 125. 如何确认借款人的义务? (306)
- 126. 如何认定展期? (310)
- 127. 如何认定民间借款合同? (310)

第十三章 租赁合同 (312)

- 128. 如何认定租赁合同? (312)
- 129. 租赁合同有哪些主要条款? (314)
- 130. 如何确认出租人的义务? (315)

131. 如何确认承租人的义务?	(319)
132. 如何确定租赁物收益的归属?	(323)
133. 如何负担租赁合同的风险?	(324)
134. 如何理解买卖不破租赁?	(324)
135. 如何认定不定期租赁?	(326)
136. 如何认定共同居住人的继租权?	(327)

第十四章 融资租赁合同 (328)

137. 如何认定融资租赁合同?	(328)
138. 如何区别融资租赁合同与相似合同?	(331)
139. 融资租赁合同的主要条款有哪些?	(334)
140. 融资租赁的形式有哪些?	(335)
141. 如何确定出卖人的权利和义务?	(336)
142. 如何确定出租人的权利和义务?	(338)
143. 如何确定承租人的权利和义务?	(343)

第十五章 承揽合同 (351)

144. 如何理解承揽合同?	(351)
145. 如何认定承揽合同有什么法律特征?	(353)
146. 如何确认承揽人的主要义务及责任?	(357)
147. 如何确认定作人的主要义务及责任?	(360)
148. 承揽人如何行使留置权?	(361)
149. 如何适用承揽合同的法定解除规则?	(362)

第十六章 建设工程合同 (364)

150. 如何认定建设工程合同?	(364)
151. 如何订立建设工程合同?	(365)
152. 建设工程合同包括哪些类型?	(367)
153. 建设工程合同的内容有哪些?	(368)

154. 什么是建设工程监理？	(369)
155. 委托监理合同条款有哪些？	(370)
156. 如何确认承包人的主要义务及责任？	(371)
157. 如何确认发包人的主要义务及责任？	(373)
158. 如何确认承包人的法定抵押权？	(376)

第十七章 运输合同 (377)

159. 如何认定运输合同？	(377)
160. 如何认定客运合同？	(379)
161. 旅客运输合同有什么效力？	(381)
162. 如何认定货运合同？	(385)
163. 如何确认托运人的权利和义务？	(385)
164. 如何确认承运人的权利和义务？	(388)
165. 如何确认收货人的权利和义务？	(394)
166. 如何认定联运合同？	(395)

第十八章 技术合同 (399)

167. 如何认定技术合同？	(399)
168. 如何订立技术合同？	(401)
169. 如何确认技术合同的生效条件？	(405)
170. 如何确认技术合同解除的原因？	(408)
171. 如何区分职务技术成果与非职务技术成果？	(410)
172. 如何确定权利归属？	(414)
173. 如何认定技术开发合同？	(417)
174. 如何确立委托人的主要义务及责任？	(420)
175. 如何确立开发人的主要义务及责任？	(423)
176. 如何确立合作开发合同当事人的主要义务及 责任？	(427)
177. 如何认定技术开发合同的风险责任？	(430)