

领导干部学法用法丛书

LINGDAO GANBU

XUEFAYONGFA CONGSHU

合同法、公司法、担保法、票据法

主编 郝铁川 顾肖荣
张国炎 黄来纪 王叔良 / 著

上海人民出版社

领导干部学法用法丛书

合同法、公司法、担保法、票据法

主编 郝铁川 顾肖荣

张国炎 黄来纪 王叔良 / 著

上海人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

合同法、公司法、担保法、票据法/张国炎,黄来纪,王叔良著.

—上海:上海人民出版社,2002

(领导干部学法用法丛书/郝铁川,顾肖荣主编)

ISBN 7-208-04376-0

I. 合... II. ①张...②黄...③王... III. ①合同法-中国-干部教育-学习参考资料②公司法-中国-干部教育-学习参考资料③担保法-中国-干部教育-学习参考资料④票据法-中国-干部教育-学习参考资料 IV. D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 082739 号

责任编辑 曹培雷

特邀编辑 封曰贤

封面装帧 甘晓培

目 录

1. 合同法——合同成立及其效力延伸	1
1.1 概述	1
1.2 合同的有效成立	3
1.3 有效合同的订立形式与过程	4
1.4 有效合同的效力	7
1.5 合同履行与行使抗辩权	10
1.6 合同的权利义务终止	12
1.7 违约及责任分配	14
1.8 无效合同形式	17
1.9 自始无效合同的效力	19
1.10 可撤销的合同效力	23
1.11 无效条款的效力	25
1.12 效力待定的合同效力	27
1.13 法律责任——缔约过失责任	30
1.14 法律责任——恢复原状、损害赔偿	31
1.15 争议及解决途径	32
1.16 诉讼时效	34
2. 公司法——无偿筹资、董事权利及义务	35
2.1 概述	35
2.2 公司法关于无偿筹资的规定	38
2.3 董事的职权和权利及对越权防治	48
2.4 董事义务及违反义务的责任	59

3. 担保法——担保的形式与发展	77
3.1 我国的担保法律制度	77
3.2 担保法的作用	79
3.3 担保的基本形式	80
3.4 无效担保和轻率担保的原因和后果	111
4. 票据法——我国票据法的实践问题	119
4.1 概述	119
4.2 票据与有价证券	119
4.3 票据效力	120
4.4 票据背书	122
4.5 票据保证	124
4.6 票据权利及抗辩	125
4.7 失票救济	127
4.8 票据争议及管辖	129
4.9 举证责任	131
4.10 法律责任	132
后 记	134

1. 合同法——合同成立 及其效力延伸

1.1 概 述

1999年3月15日九届全国人大二次会议通过了《中华人民共和国合同法》(下称《合同法》)。该法于同年10月1日起实施。《合同法》有总则、分则和附则,共分23章,428条。总则部分规定了一般原则和立法政策、合同的订立、合同的效力、合同的履行、合同的变更和转让、合同的权利义务终止、违约责任,以及合同理解等。分则部分主要包括一般常用的合同性形态和内容,例如买卖合同、供用电/水/气/热力合同、赠与合同、借款合同、租赁合同、融资租赁合同、承揽合同、建设工程合同、运输合同、技术合同、保管合同、仓储合同、委托合同、行纪合同、居间合同。现行的《合同法》并不能罗列所有形态的合同,例如服务合同等,而后者是要靠当事人适当应用和理解合同法原理及合同的立法精神予以解决。

在现行合同法颁布之前,我们曾使用了《涉外经济合同法》(1985年颁布)、《经济合同法》(1981年颁布)、《技术合同法》(1987年颁布)及《民法通则》(1986年颁布)的有关规定。但是这三部“合同法”的内容有些重叠、冲突或不适合当今的社会和经济发展,《民法通则》过于简单、原则,现行的合同法除了对前述三部合同法的合理条款予以吸收外,结合我国国情、司法实践

经验及国际惯例,比较科学地概括了合同法应有的内容。值得注意的是,虽然上述三部法律已经被新合同法所替代,不再适用,但国务院颁布的借款合同条例、承揽建设工程合同条例、运输合同条例等仍将继续使用。

随着社会经济和科学技术的不断发展,产品、服务呈现多样化,而且不断更新,由此无数的无名合同也将被创造或创设。这些无名合同虽然没有反映在合同法上,但这些合同同样须适用合同法的基本原理。

1999年12月颁发了《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释》(一)及其他相应解释,例如最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》(2002年6月27日起施行),这些解释对司法实践具有指导意义。

有关合同的成立及其效力,我国《合同法》主要规定于合同法的总则部分,即合同法第二章,但是,由于合同是一个有机体,它的成立不仅须依靠合同法的专门规定,它还需要相关的机制予以支持,例如合同法第一章及第三章至第八章,以及《民法通则》有关基本规定及民商法的基本原理等。合同是债权债务的产物,并具有各类的特色,由此,合同法的分则部分,即合同法列举的有名合同也体现各类合同的成立要件。除此之外,在合同法颁布之前的其他部门法律也有有关的规定,例如劳动法中的劳动合同、保险法上的保险合同、担保法上的担保合同、合伙法上的合伙合同、三资企业法上的投资合同等。根据惯例,债法允许人们创设各种各样的合同,而这些合同也有可能没有反映在合同法或其他部门法上,但只要该类合同符合合同法的基本内容及不违背法律的基本原则,这些合同也将有效成立,例如出版合同、商标转让合同、电信服务合同、房地产转让合同、票据交换合同、股票期货交易合同等等。

有关无效合同及可撤销合同,《民法通则》及《合同法》均有相应的规定。关于格式合同,《合同法》有多条作出专门规定;此外,《消费者权益保护法》也有相关规定。

1.2 合同的有效成立

依法成立的合同,受法律保护,并对当事人具有法律约束力。当事人应当按照合同约定履行自己的义务,不得擅自变更或者解除合同。但是,事实上,合同成立并不一定即生法律效力。例如合同有约定的生效前提条款,即附生效条件或期限的条款,及法律要求必须经登记的合同,以及效力待定的合同等。

所谓的生效合同,主要是指合同的主体合乎法律规定的条件,例如具有相应的民事权利能力和民事行为能力;符合法定的签约年龄,例如签约人年满 18 周岁,劳动合同签约人为年满 16 周岁;法人机构必须为有代表权的法定代表人或受委托的代理人签字;合伙组织须有其字号及须有成年代理人代表。当事人订立的合同的主要要素不违反强制性法律规定,例如符合诚实信用原则、没有违背法律禁止性规定、其内容不得违反法律规定、当事人的利益取得存在对价(但赠与合同除外)、当事人取得的权利没有瑕疵,或当事人提供的服务不为欺诈等。

在实践中,不满 18 岁的未成年人或限制行为能力的人也有与社会发生交易的行为,但通常我们把他们视作一般民事行为,而并没有把他们当作合同行为。因此他们所做的与其智力、能力相符的行为,法律上也将视其为有效。但是,这应该由民法的一般规则来调整。由此我们只能称其为有效的民事行为,而不是有效的合同行为。

在经济交往中,通常法人与法人、或法人与合伙组织、或法

人与公司间在签订合同时经常发生没有代理权、超越代理权、表见代理等情况,但是即便发生这种情况,只要有权力的公司机构、或法定代表人的授权或追认,其原先不具法律效力的合同或有瑕疵的合同也可以生效。

1.3 有效合同的订立形式与过程

有效合同的订立可以采用书面形式、口头形式和其他形式。但是,法律、行政法规规定采用书面形式的,应当采用书面形式,例如房地产合同。当事人如果约定采用书面形式的,也应当采用书面形式。当然,当事人还可以其实践行为或其他形式订立合同,包括超市自选、自动取款、网上招标、网上拍卖等,以及其他商事习惯或惯例。

书面形式是指合同书、信件和数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等可以有形地表现所载内容的形式。

合同的内容一般应由当事人约定。合同一般应包括以下条款:(1)当事人的名称或者姓名和住所;(2)标的;(3)数量;(4)质量;(5)价款或者报酬;(6)履行期限、地点和方式;(7)违约责任;(8)解决争议的方法。

订立合同一般均有要约——承诺过程,或要约——反要约——承诺过程。这些过程也可以反复进行或发生。订立合同可以是书面的,也可以是行动的,但是它们必然包含以下内容和条件或效力。

1.3.1 要约

要约是希望和他人订立合同的意思表示。该意思表示应当

符合下列规定:(1)内容具体确定;(2)表明经受要约人承诺,要约人即受该意思表示约束。与要约接近的就是要约邀请,它是商事中常见的方式,但法律对其效力另有但书。要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示,因此寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书、商业广告等均被视为要约邀请。

要约可以撤销。撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。但是有下列情形之一的,要约不得撤销:(1)要约人确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销;(2)受要约人有理由认为要约是不可撤销的,并已经为履行合同作了准备工作。

要约以信件或者电报作出的,承诺期限自信件载明的日期或者电报交发之日开始计算。信件未载明日期的,自投寄该信件的邮戳日期开始计算。要约以电话、传真等快速通讯方式作出的,承诺期限自要约到达受要约人时开始计算。

1.3.2 承诺

承诺是受要约人同意要约的意思表示。承诺应当以通知的方式作出,但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。要约没有确定承诺期限的,承诺应当依照下列规定到达:(1)要约以对话方式作出的,应当即时作出承诺,但当事人另有约定的除外;(2)要约以非对话方式作出的,承诺应当在合理期限内到达。

承诺可以撤回。撤回承诺的通知应当在承诺通知到达要约人之前或者与承诺通知同时到达要约人。受要约人超过承诺期限发出承诺的,除要约人及时通知受要约人该承诺有效的以外,为新要约。受要约人在承诺期限内发出承诺,按照通常情形能够及时到达要约人,但因其他原因承诺到达要约人时超过承诺

期限的,除要约人及时通知受要约人因承诺超过期限不接受该承诺的以外,该承诺有效。

承诺的内容应当与要约的内容一致。受要约人对要约的内容作出实质性变更的,为新要约。有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更,是对要约内容的实质性变更。承诺对要约的内容作出非实质性变更的,除要约人及时表示反对或者要约表明承诺不得对要约的内容作出任何变更的以外,该承诺有效,合同的内容以承诺的内容为准。

一般认为,要约到达受要约人时生效;承诺通知到达要约人时生效。承诺不需要通知的,根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效,例如即时买卖。不过,通常我们还应注意以下几点:(1)采用数据电文形式订立合同,收件人指定特定系统接收数据电文的,该数据电文进入该特定系统的时间,视为到达时间;(2)未指定特定系统的,该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间,视为到达时间;(3)承诺生效的地点为合同成立的地点,但采用数据电文形式订立合同的,收件人的主营业地为合同成立的地点;(4)没有主营业地的,其经常居住地为合同成立的地点;(5)当事人另有约定的,按照其约定;(6)当事人采用合同书形式订立合同的,双方当事人签字或者盖章的地点为合同成立的地点。

有下列情形之一的,要约失效:(1)拒绝要约的通知到达要约人;(2)要约人依法撤销要约;(3)承诺期限届满,受要约人未作出承诺;(4)受要约人对要约的内容作出实质性变更。要约的撤销与失效要约不同点在于前者是对已经生效的内容予以撤销,如果不撤销,合同照样履行;而后者是对尚未生效的要约予以撤销或要约的期限届满而自动失效。

当事人采用合同书形式订立合同的,自双方当事人签字或者盖章时合同成立。但值得注意的是,当今的企业、机构一般还是以盖章为有效手段。当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的,可以在合同成立之前要求签订确认书。签订确认书时合同成立。

法律也对一些特殊的合同规定了合同成立的时间,例如(1)法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同,当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务,对方接受的,该合同成立;(2)采用合同书形式订立合同,在签字或者盖章之前,当事人一方已经履行主要义务,对方接受的,该合同成立。

1.4 有效合同的效力

一般认为,依法成立的合同,自成立时生效。但是法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的,依照其规定,例如投资、合资合同需要登记才能生效。但是,目前对于房地产合同必须经登记才生效这种做法尚存在理论和司法争议。不少人认为,房地产合同未经登记,合同就没有成立;合同没有成立,对当事人双方就没有约束力;没有约束力,那么当事人就应当返还不当得利或返还财产,包括定金、押金预付款等。其实,这是错误的理解,我国合同法第44条第1款明确规定:“依法成立的合同,自成立时生效。”第2款规定:“法律行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的,依照其规定。”这后一款规定包含了许多情形,例如合同变更、权利义务的转让、解除合同、所有权转移等。尤其是以第133条为例,法律规定:“标的物的所有权自标的物交付时起转移,但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”这一规定主要是针对买卖标的物的所有权转移,因为所有

权转移可以根据标的物是否为动产或不动产,特定或不特定,或权利质来确定所有权转移的时间,例如动产可以即时交货或无须登记,它的所有权可以即时转移或由当事人约定转移,但是不动产一般均需要登记,它的权利产生、变更、转让、消除都需要通过登记来反映。由此,如果我们结合合同法第44条和133条规定,那么就可以理解:依法成立的合同,自成立时生效;买卖标的物的所有权转移是需要登记的,其所有权转移自登记时起生效。这段话可能还会导出另外的歧义,即合同自身与所有权是否可以分别理解为两种法律关系?是的。应该说,大部分转移财产的合同,我们通常视其由两个合同所组成,一个是债权合同,一个为物权合同。我们可以将“依法成立的合同,自成立时生效”视为债权合同,而“买卖标的物的所有权转移需要登记的,其所有权转移自登记时起生效”视为物权合同,或将登记行为视为物权行为或物权合同。从而,除当事人另有约定或法律有特别规定外,合同一经当事人签字或盖章,合同即刻成立并生效。合同成立后,当事人必须严格遵守诺言,不得反悔或违约,而对于必须办理房地产登记手续的一方,他的义务就是办妥登记。从法理上讲,一方没有办理房地产所有权登记的或登记尚未生效,并不等于债权合同没有生效。换句话说,只要合同经当事人签字或盖章,该合同的债权部分即已生效,而不必等到物权合同生效才使整个合同生效。

当然我们可以推理,不动产的变更、转让、抵押、消除都可以上述原理来理解或解释合同原理。同时,我们也可以上述原理来解释权利(例如专利权、商标权、经营权)转让及权利质(例如专利权、商标权、著作权作为质押)的转让等。不过,前述权利及权利质的转让,其性质大部分属于使用权的转让,而非所有权的转让。

当事人对合同的效力可以约定附条件,也可以约定附期限,例如甲方在合作期间可以将其股份转让,但该转让必须于合同登记生效后满2年。但我们必须注意以下几点:(1)附生效条件的合同,自条件成就时生效;(2)附解除条件的合同,自条件成就时失效;(3)当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的,视为条件已成就;(4)不正当地促成条件成就的,视为条件不成就;(5)附生效期限的合同,自期限届至时生效;(6)附终止期限的合同,自期限届满时失效。

根据法律规定,限制民事行为能力人订立的合同,经法定代理人或待该限制民事行为能力人成为完全有能力后追认的,该合同有效,但纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同,不必经法定代理人追认。相对人可以催告法定代理人在一个月内予以追认。法定代理人未作表示的,视为拒绝追认。合同被追认之前,善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同,未经被代理人追认,对被代理人不发生效力,由行为人承担责任。相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。被代理人未作表示的,视为拒绝追认。合同被追认之前,善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同,相对人有理由相信行为人有代理权的,该代理行为有效。法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同,除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外,该代表行为有效。

根据以前的合同法,当事人超越经营范围订立合同或作出合同行为的,一般被认定无效。但是,根据现行司法解释,当事

人超越经营范围订立合同,人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。无处分权的人处分他人财产,经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的,该合同也有效。但是,他必须按时依约交付权利证明,否则,迟延交付将构成违约或缔约过失。

1.5 合同履行与行使抗辩权

传统的法律及现行的法律一贯认为,当事人互负债务,没有先后履行顺序的,应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行要求。其实,这种规定是不科学的,它会使双方当事人处于僵局,而无法使合同得以及时履行。为此,笔者认为,我们必须以诚实信用的态度来理解这一规定或尽量在合同中订明先后履行的顺序。同时,我们还应根据不同情况作出不同应付对策及注意以下情况。

(1) 一方在对方履行债务不符合约定时,有权拒绝其相应的履行要求。当事人互负债务,有先后履行顺序,应先履行的一方未履行的,后履行一方则有权拒绝其履行要求。先履行一方履行债务不符合约定的,则后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。

(2) 当事人约定由债务人向第三人履行债务的,债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定,应当向债权人承担违约责任(例如债权转让)。当事人约定由第三人向债权人履行债务的,第三人不履行债务或者履行债务不符合约定,债务人应当向债权人承担违约责任。

(3) 应当先履行债务的当事人,有确切证据证明对方有下

列情形之一的,可以中止履行:①经营状况严重恶化;②转移财产、抽逃资金,以逃避债务;③丧失商业信誉;④有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。当事人中止履行的,应当及时通知对方。对方提供适当担保时,应当恢复履行。中止履行后,对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的,中止履行的一方可以解除合同。当事人没有确切证据中止履行的,应当承担违约责任。由此可以得知,法律虽然给予当事人提出抗辩权的机会,但行使这种权利同样会遭遇风险,因而必须谨慎行使。

(4) 债权人分立、合并或者变更住所没有通知债务人,致使履行债务发生困难的,债务人可以中止履行或者将标的物提存。合同生效后,当事人不得因姓名、名称的变更或者法定代表人、负责人、承办人的变动而不履行合同义务。

(5) 债权人可以拒绝债务人提前履行债务,但提前履行不损害债权人利益的除外。债务人提前履行债务给债权人增加的费用,例如仓储费,由债务人负担。债权人可以拒绝债务人部分履行债务,但部分履行不损害债权人利益的除外。债务人部分履行债务给债权人增加的费用,例如运费、报关费、商检费,由债务人负担。

(6) 法律规定,当事人协商一致,可以变更合同。法律、行政法规规定变更合同应当办理批准、登记等手续的,依照其规定。但是,当事人对合同变更的内容约定不明确的,推定为未变更。

(7) 债权人可以将合同的权利全部或者部分转让给第三人,但有下列情形之一的除外:①根据合同性质不得转让;②按照当事人约定不得转让;③依照法律规定不得转让。债权人转让权利的,应当通知债务人。未经通知,该转让对债务人不发生

效力。债权人转让权利的通知不得撤销,但经受让人同意的除外。债权人转让权利的,受让人取得与债权有关的从权利,但该从权利专属于债权人自身的除外。债务人接到债权转让通知后,债务人对让与人的抗辩,可以向受让人主张。债务人接到债权转让通知时,债务人对让与人享有债权,并且债务人的债权先于转让的债权到期或者同时到期的,债务人可以向受让人主张抵销。

债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人的,应当经债权人同意。债务人转移义务的,新债务人可以主张原债务人对债权人的抗辩。债务人转移义务的,新债务人应当承担与主债务有关的从债务,但该从债务专属于原债务人自身的除外。法律、行政法规规定转让权利或者转移义务应当办理批准、登记等手续的,依照其规定。

(8) 当事人订立合同后,其主体合并的,由合并后的法人或者其他组织行使合同权利,履行合同义务。当事人订立合同后,其主体分立的,除债权人和债务人另有约定的以外,由分立的法人或者其他组织对合同的权利和义务享有连带债权,承担连带债务。此处所述的主体分立、合并均以工商登记簿记录的事项为准。

1.6 合同的权利义务终止

合同法规定,有下列情形之一的,合同的权利义务终止:(1)债务已经按照约定履行;(2)合同解除;(3)债务相互抵销;(4)债务人依法将标的物提存;(5)债权人免除债务;(6)债权债务同归于一人;(7)法律规定或者当事人约定终止的其他情形。合同的权利义务终止后,当事人应当遵循诚实信用原则,根据交易习惯