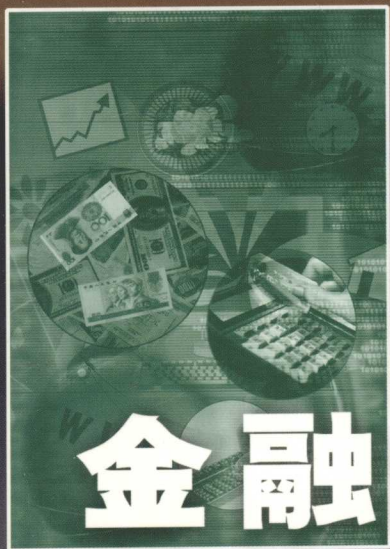


新世纪金融论丛

XIN SHI JI JIN RONG LUN CONG

王朝弟 肖龙沧 主编



金融合同论

JIN RONG HE TONG LUN

王洪泉 孔令学 姜立文 张德军 著

中国方正出版社

XIN SHI JI JIN RONG LUN CONG

金 融 合 同 论

王洪泉 孔令学 姜立文 张德军 著

中国方正出版社

图书在版编目(CIP)数据

新世纪金融论丛/王朝弟等主编. - 北京:中国方正出版社,
2003.8

ISBN 7-80107-482-3

I. 新… II. 王 III. 金融-研究文集 IV. D262.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 00123 号

新世纪金融论丛

王朝弟 肖龙沧 主编

责任编辑:王相国

出版发行:中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编:100813)

经 销:新华书店

印 刷:北京富生印刷厂

开 本:850 毫米×1168 毫米 1/32

印 张:82

字 数:2057 千字

版 次:2003 年 8 月第 1 版 2003 年 8 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 7-80107-482-3 总定价:214.00 元 (本册 36.00 元)

(本书如有印装质量问题,请与本社出版部联系退换)

主 编 寄 语

改革开放 20 多年来,金融体制改革经历了曲折的发展历程。伴随着这 20 多年的风风雨雨、成功与挫折,我们对金融的认识不断加深,新的理论不断运用到实践中,同时实践中新的问题又丰富发展了金融理论。20 多年来,作为金融改革的见证人和金融改革的实践者,我们同新的金融事业一起成长,亲身的经历,不仅丰富了我们的头脑,也为我们掌握、探讨和促进金融理论的发展提供了依据。为了将金融理论在实践中的运用与发展及时展示给广大金融理论和实际工作者,总结和挖掘金融工作已有的和潜在的成果,我们愿将工作中的研究体会及一得之见呈献给大家。特别是,我国政府承诺的全面开放金融市场的日子已迫在眉睫,如何以与时俱进的精神破解金融领域中存在的问题,重构现代化的金融体系,全面提升金融业的综合竞争力,更需要我们不断在实践中学习,在学习中探索,不断创新。值此之际出版这套丛书意义深远。

这套丛书涵盖了货币政策、金融监管、金融市场、金融法律等诸多领域。《丛书》利用最现代的经济金融理论,结合我国国情,对我国货币政策、金融监管、金融市场发展以及利率市场化等发展进程进行了总结,对存在的问题进行了深入的分析研究,不仅设计了理论框架,而且提出了实现的路径选择。《丛书》包括《中国货币政策框架研究》、《中国现代金融监管框架体系研究》、《金融合同论》、《金融违法行为查处实务》、《股票衍生市场定价与制度分析》、《利率市场化:风险、次序与条件》、《现代金

融监管理论与实践》。《丛书》的作者绝大部分是毕业于全国著名高等院校，且长期在中央银行省及大区分行从事金融实际工作，既具有比较扎实的理论基础，又具有比较丰富的实践经验，有的还承担着经济学、金融学教学及理论研究工作。其中《中国货币政策框架研究》、《股票衍生市场定价与制度分析》、《利率市场化：风险、次序与条件》分别是在王朝弟、吴奉刚和王晓青同志博士论文基础上修订成书的。鉴于此，本套丛书具有以下特点：

1. 前瞻性。这套丛书不仅着眼于传统经济学理论的新成果，而且更注重经济金融前沿理论的应用；
2. 时代性。不仅注重汲取既有研究成果与已积累之经验，更注重对我国金融领域现行存在问题的分析、解决；
3. 指导性。长期以来，由于我国教育体制、金融从业体制以及金融产权关系的束缚，造成理论与实务严重脱节，经济、金融新思想难以及时反映到我们的实际工作中去，而他们的工作在理论研究和实践活动中架起了桥梁。这套丛书既是他们理论研究的成果，也是实际工作的总结。同时，在选题的采择上，我们也力求使整个丛书做到“高、新”，即理论知识前卫，思想新颖独到，并对实践具有较大指导作用。这套丛书的出版正值金融监管体制改革之际，银监会主席刘明康提出金融监管目标之一就是“要增进公众对现代金融产品、服务和相应风险的识别和了解”，愿这套丛书能尽微薄之力。

最后，希望这套丛书能对金融理论工作者以一定启迪，对实际工作者以一定指导，对公众了解金融知识给予一定帮助。

王朝弟 肖龙沧

2003年8月

目 录

第一编 合同总论与金融合同概论	(1)
第一章 合同概论.....	(1)
第二章 合同的基本内容与形式	(11)
第三章 合同的成立	(26)
第四章 合同的效力	(52)
第五章 合同的履行	(68)
第六章 合同的变更、转让和解除.....	(102)
第七章 违约责任.....	(144)
第八章 金融合同概论.....	(173)
第二编 金融合同各论	(195)
第九章 借款合同.....	(195)
第十章 国际贷款合同.....	(243)
第十一章 担保合同.....	(287)
第十二章 中间业务合同.....	(349)
第三编 常用金融合同范本	(366)
第十三章 借款类合同范本.....	(366)
第十四章 担保类合同范本.....	(429)
第十五章 外汇类合同范本.....	(476)
第十六章 中间业务类合同范本.....	(496)

第一编 合同总论与金融合同概论

第一章 合同概论

一、引言：合同是市场经济条件下的重要利益调整工具

我们现在正处在市场经济时代。市场经济带给了我们许多新的东西，既有物质的，制度的，也有精神的、道德的和理念的。这些新东西已经成为现代社会文明与进步的基础与标志。市场经济的最大贡献是它创造了巨大社会财富，它以广阔的市场为导向，以利益追求为目标，激励人们优化资源配置，发挥积极性与创造性，为社会物质文明的发展开辟了广阔的道路。在新的经济条件下，主体对物质利益的追求不再被看作可有可无的，甚至是道德堕落的事情，相反，新的条件与环境允许、支持和鼓励人们去追求、去利用、去保护、去享受物质文明成果。事实上，正是因为主体对物质利益强烈追求的存在，促进了整个社会物质财富的积聚，成就了社会的文明与进步。市场经济的巨大成就就在于它唤起和培养了人们勇于追求与享受物质生活的品格和精神。人们开始坦然的、骄傲的、津津乐道的谈论自己的名牌服饰、宽敞住宅与豪华汽车。总之，对物质生活的追求是市场经济赋予人们的品性，这种品性构成了人们的道德观与价值观的基础，同时也生成了人们寻求新的理念与制度去确认、调整、维护他们新的利益关系。这种新的理念与制度难道能从中国传统的伦理社会中去探寻吗？显然不能。传统的垄断的自然的经济条件，决定了人们

之间因分工而依靠市场进行商品交易成为极其偶然的事情，而在更为普遍和更为重要的程度上依靠了伦理规范与宗族感情来支撑现实的社会生活。事实上，伦理道德成为社会关系调整的主要工具，同时一并也将偶然发生的经济交易纳入其调整与控制的范围，这在当时看来没有什么不正常。当然，也有伦理道德控制不了的时候和局面发生，那就要进入到中国传统另一调整工具——刑法的视野了，此即所谓的“出礼入刑”了。总之，基本上依靠伦理道德，辅之以严刑峻罚，就将中国的社会关系调整维持了数千年。然而，时至今日，中国社会要进步，要发展，要立于世界强国之林，非得要引入新的经济制度不可。建国以来，几经辗转犹豫，最终也不得不接受这一现实要求——放弃垄断的计划经济，建立市场经济体制。

然而，如上所述，市场经济是一种以利益为导向的经济，需要全新的观念和制度来支持。首先，市场经济是自由经济，它内在的要求给予市场主体以自由，因此它就更加关注对主体权益的维护。其次，市场经济使得经济分工与交易成为必然的、重要的、普遍发生的现象。在经济交易过程中，主体获得了生存与发展的基本条件。最后，市场经济还要求约束政府的行为，限制政府从来不受限制的权力。市场经济所带来的一切变化都是全新的，都意味着要求社会关系的重大调整，社会利益的重新分配。依靠传统的伦理道德与严刑峻罚对人们利益关系的不完全的、不彻底的、不公平的、不精确的分配与保护，如果说曾经可行，那么，在今天，在确立了新的市场经济条件的今天，已经极其落后和远远不够了。市场经济使得人们更加关注自己物质的、精神的利益，焕发了人们对自由、民主、自治的追求。同时，市场经济也为人们准备了保护这些利益的手段。市场经济使每一个主体分明感觉到：我是我的利益的最佳判断者和保护者。因此，允许主体通过自己的意志来决定自己的事情，为自己设定权利和义务，

已经成为经济条件带来的必然要求，并为法律所认可。那么，主体依靠一种自主的形式——合同（契约）来普遍的决定自己的利益的时代已经来临了。可见，合同现象的产生具有历史必然性。同时，合同现象一经产生，对于准确分配和调整人们的利益关系，具有极其重要的意义，已经成为社会生活中非常普遍的事情和人们的基本要求。

二、合同的概念

合同又称“契约”，在英文中称为“contract”，在法文中称为“contrat”或“pacte”，在德文中称为“uertrag”或“kontrakt”。这些用语都来源于罗马法的合同概念“contractus”。据学者考证，“contractus”由“con”和“tractus”二字组成。“Con”由“cum”转化而来，有“共”字的意思，“tractus”有“交易”的意义^①。因此，合同的本意为“共相交易”。合同最初发端于经济交易，后来就超出了交易的范畴。古代哲学家曾经以契约来解释法的起源；《圣经》曾经将契约作为宗教科学的概念来对待；而18世纪至19世纪的理性哲学思想家曾经把契约作为一种逻辑的抽象和理性的观念；霍布斯、洛克等人把契约视为一种社会政治概念；至20世纪罗尔斯则将契约视为道德哲学的观念。凡此种种，说明合同是一个适用得十分广泛且极为重要的概念。

关于合同的概念，古往今来，有不同的理论学说，在各国合同立法中也不尽一致。在大陆法系具有代表意义的《法国民法典》和《德国民法典》中，对合同概念的表述就略有不同。以《法国民法典》为代表的主张“合意协议说”认为：合同是基于双方当事人一种合意的协议而产生的法律关系。《法国民法典》

^① 王家福主编《民法债权》，第256页。

1101 条规定：“契约，为一人或数人对另一人或另数人承担给付某物，作或不作某事的义务的合意。”^①《德国民法典》第 305 条规定：“根据法律行为成立债的关系，以及变更债的内容的，需要双方当事人之间的合同，但法律另有规定的除外”。^②这就是说合同是发生、变更债的关系的法律行为，被称为“法律行为说”，但合同的本质仍为其意思上的合意。在英美法系中，对合同概念的表述，一般认为：合同是一种“允诺”，“契约乃为一个允诺，或一组允诺，违反此一允诺时，法律给予救济，或其对允诺之履行，法律在某些情况下视为一项义务。允诺者，乃一方当事人对于他方当事人负担行为或不行为义务之表示也。负担此义务者为“允诺人”，“享有此权利者，为受领允诺人”。^③

事实上，正如前面所述，普遍的契约观念只能产生于市场经济基础之上，市场经济要求主体的自由品性。市场主体是彼此相互独立、地位平等的主体，任何人均不得将自己的意志强加于他人以迫使他人接受自己的交易条件，因此他们惟有采取契约这样一种彼此之间通过谈判方可接受的方式去设定权利义务关系。在现代市场经济条件下，契约关系是最基本的法律关系，一切经济活动都是通过缔结和履行契约来进行的。因此，现代社会被称为“契约社会”。契约法律制度构成市场经济最基本的法律制度，其基本职能就在于维护市场经济所要求的公平、自由与正义的价值。

一般的说，合同在本质上是一种协议。如我国《民法通则》第 85 条规定：“合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议；依法成立的合同，受法律保护”。1999 年《合同法》将合

① 马育民译《法国民法典》，北京大学出版社，1982 年 6 月版，第 221 页。

② 郑冲，《中国民法典》，法律出版社，1999 年 5 月版，第 60 页。

③ 杨桢，《英美契约法论》，北京大学出版社，2000 年 4 月版，第 1 页。

同视为社会主义市场交易关系的法律形式，规定：“合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议”。

我们也可以从合同的适用范围的角度界定合同的含义：(1) 广义的“合同”概念。广义的合同是指以确定权利、义务为内容的协议，例如除了民法中的合同以外，还包括行政法上的行政合同、劳动法中的劳动合同、国际法上的国家合同等。广义的合同概念实际上包含了所有法律部门中的合同关系，“合同”一词表现了各种不同的法律关系，如财产关系、行政关系、劳动关系、身份关系等法律关系。(2) 一般狭义的“合同”概念。狭义的合同概念是将合同视为民事合同，即指确立、变更、终止民事权利义务关系的合同。我国《合同法》第2条规定：“本法所称合同是指平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议”。《民法通则》第85条规定：“合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议；依法成立的合同，受法律保护”。德国民法中的“合同”概念，将合同视为“私法合同”，泛指“发生私法上之效果的一切以意思表示一致为要素的行为”。这样的所谓合同，不但包括所有以债之发生为直接目的的合同，也包括物权合同、身份合同（如婚姻合同）等等。(3) 最狭义的“合同”概念。此种观点认为《民法通则》第85条关于“合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议”的规定，此处“合同”并非泛指所有民法上的合同，此处所称的“民事关系”应仅指债权债务关系，因为《民法通则》将合同规定在“债权”一节，明定合同为发生债的原因，且我国民法不承认有所谓物权行为；至于那些非发生债权债务关系的合意（如自愿结婚和离婚等）在我国法律中均不称其为合同。^①

① 梁慧星，《民法学说与判例研究》，第244页。

如上所述,虽然关于合同概念存在不同观点,但我们将合同视为交易的法律形式,将合同法视为规范交易行为的法律,因此凡是不以反映交易关系为内容的协议,尽管在名称上也称为合同,却并非属于我们所说的合同范畴。我们认为,合同是当事人之间设立、变更、终止民事权利义务关系的意思表示一致的法律行为。

三、合同的法律特征

从法律上分析,合同具有以下特征:

1. 合同是一种民事法律行为。合同以意思表示为要素,并且按意思表示的内容赋予法律效果。
2. 合同是两方以上当事人的意思表示一致的民事法律行为。合同成立必须有两方以上的当事人,他们相互作出意思表示,并且取得一致。如果合同当事人的意思表示不一致,则合同不会成立和生效。即使“一方以欺诈、胁迫的方式或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立”的合同,受损害方也有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销该合同(《合同法》第54条第2款)。最高人民法院1991年颁布的《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》规定:一方以欺诈、胁迫等手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下所形成的借贷关系,应认定为无效。
3. 合同是以设立、变更、终止民事权利义务关系为目的的民事法律行为。设立民事权利义务关系,是指当事人依法订立合同后,便在他们之间产生民事权利义务关系;变更民事权利义务关系,是指当事人依法成立合同后,便使他们之间原有的民事权利义务发生变化,形成新的民事权利义务关系;终止民事权利义务关系,是指当事人依法成立合同后,便使他们之间既有的民事权利义务关系归于消灭。

4. 合同是当事人在平等、自愿的基础上产生的民事法律关系。“合同当事人的法律地位平等，一方不得将自己的意志强加给另一方”（合同法第3条）。“当事人依法享有自愿订立合同的权利，任何单位和个人不得非法干预”（合同法第4条）。

5. 合同是具有法律约束力的民事法律行为。“依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同”；“依法成立的合同，受法律保护”（合同法第8条）。除不可抗力等法律规定的情形外，当事人一方不履行合同或者履行合同义务不符合约定，皆要承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

四、合同的分类

按照一定的标准，可以将合同进行分类。将合同分为若干类型，有助于市场主体理解和掌握所涉及合同的特征、成立要件、生效要件、法律效力等，从而提高合同的订立和履行效率。

（一）有名合同与无名合同

按照合同在法律上有无名称可将合同分为有名合同与无名合同。

有名合同，是指法律加以规范，并赋予一定名称的合同。如《合同法》规定的买卖、租赁等15种合同。无名合同，是指法律尚未特别规定的合同。由于社会生活中债权债务关系复杂、多样，法律不可能对所有合同一一加以规定，故无名合同大量存在。事实上，有关金融的合同许多就是无名合同，如借款合同，消费贷款合同，理财合同，咨询合同，等等。

区分有名合同与无名合同的意义在于，对于有名合同应当适用有关法律规范；而对于无名合同则应当适用《合同法》总则的规定，并可以参照《合同法》分则或者其他法律最相类似的规定。

（二）典型合同与非典型合同

有名合同按照有无典型性，可分为典型合同与非典型合同。

典型合同，是指经常、大量运用的有名合同。非典型合同，是指不经常运用的有名合同。

区分典型合同与非典型合同的意义在于，典型合同的一些原则可适用于相类似的非典型合同的相关方面。如委托合同是典型的劳务合同，其基本原则可适用于行纪、居间等非典型合同的相关方面；买卖合同是有偿合同的典型，其瑕疵担保等原则可适用于其他非典型的有偿合同的相关方面；赠与合同是无偿合同的典型，其赠与物的瑕疵担保责任等原则可适于其他非典型的无偿合同的相关方面。

（三）诺成合同与践成合同

按照合同的成立是否需要交付标的物，可分为诺成合同与践成合同。

诺成合同，又称不要物合同，是指双方当事人意思表示一致，合同即为成立的合同。如雇用合同。践成合同，又称要物合同、实践合同，是指合同的成立除双方意思表示一致外，还需交付标的物方可成立的合同。如寄存合同。

（四）要式合同与不要式合同

依照合同的成立是否为特定方式，可分为要式合同与不要式合同。

符合特定方式合同方可成立的，为要式合同；无需以特定方式合同即可成立的，为不要式合同。

（五）口头合同与书面合同

按照合同成立的形式，可分为口头合同与书面合同。

以口头形式订立的合同，为口头合同；以书面形式订立的合同，为书面合同。书面合同又分为一般书面合同和特殊书面合同。一般书面合同，指当事人之间自行订立，即发生法律效力的

书面合同；特殊书面合同，指当事人订立的合同须经依法批准、登记等程序，方发生法律效力书面合同。

口头合同均为不要式合同；特殊书面合同均为要式合同；一般书面合同既有要式合同，又有不要式合同。

（六）双务合同与单务合同

按照合同双方当事人权利义务的关联性可分为双务合同和单务合同。

双务合同，指双方当事人互有债权债务，一方的义务正是对方的权利，彼此形成对价关系的合同。例如租赁合同，出租人负有将租赁物交付承租人的义务，享有收取租金的权利；承租人享有使用租赁物的权利，负有支付租金的义务。单务合同，指一方当事人只承担义务，另一方当事人只享有权利，彼此没有对价关系的合同。例如赠与合同，赠与人承担交付赠与物的义务，受赠人享有受领赠与物的权利，受赠人对赠与人没有债务关系。

（七）有偿合同与无偿合同

按照有无对价给付，合同可分为有偿合同与无偿合同。

有偿合同，是指双方当事人互有对价给付关系的合同。例如买卖合同。有偿合同又分为实定合同与射幸合同。当事人的给付及给付范围均已确定的合同，为实定合同；当事人的给付取决于发生偶然事件的合同，为射幸合同，如保险合同。无偿合同，是指双方当事人没有对价给付的合同。例如赠与合同、借用合同。

（八）附条件合同与不附条件合同

按照合同是否附条件，可分为附条件合同与不附条件合同。合同附有条件的，为附条件合同；合同没有附条件的，为不附条件合同。

（九）有因合同与无因合同

按照合同行为与原因能否分离，可分为有因合同与无因合同。给付行为与原因不可分离的合同，为有因合同，又称作要因

合同。典型合同均为有因合同。给付行为与原因相分离的合同，为无因合同，又称作不要因合同。如无记名债券兑付的合同。无因合同的债权人主张权利，无需证明原因。无因合同的债务人不得基于债务原因，作为抗辩。“见票即付”的票据，即为无因合同。

(十) 主合同与从合同

按照合同能否独立存在，可分为主合同与从合同。能够独立存在的合同，为主合同。依附于主合同方能存在的合同，为从合同。如保证合同。主合同无效，从合同亦无效；唯一例外是合同中的解决争议的仲裁条款，其作为从合同，具有独立性，主合同无效，该从合同依然有效。从合同无效，不影响主合同的效力。

(十一) 一时的合同与继续性合同

按照合同内容的实现是一次给付完成，还是持续性给付完成，可分为一时的合同与继续性合同。一时的合同，是指一次给付便使合同内容实现的合同。如买卖合同等。继续性合同，是指合同内容非一次给付可完全实现的合同。如供用电合同、租赁合同等。

(十二) 有效合同与无效合同

按照合同的效力，可分为有效合同与无效合同。合法的合同、未被撤销的可撤销合同、被追认的合同，均为有效合同；被撤销的合同、未被追认的合同和法定无效的合同，均为无效合同。有效合同发生法律效力，产生当事人之间的民事权利义务关系。无效合同自始无效，产生无效民事行为的法律效果。

第二章 合同的基本内容与形式

一、合同的形式

当事人在合同订立过程中所达成的合意实质上是合同的内容。合同当事人的合意总是要通过一定的方法或者手段实现,因而合同的形式,就是指作为合同内容的合意的实现方法或者手段。^①

合同的形式具有两层含义:其一,是指合同内容即合意的表现形式。当事人为形成合意的意思表示是一种信息传递,而信息传递总是要借助一定的物质手段或载体,合同的形式就是形成合意的意思表示的手段或载体形式,如口头形式、书面形式。其二,合同的形式也指合同的识别与确认形式。当事人在合同订立过程中,可以在要约与承诺之外,再作附加的特定的意思表示,以使当事人双方及外界识别和确认其含意,即当事人的意思表示包含了合同的实质内容与形式内容,构成合意的意思表示属于合同的实质内容,为识别和确认其合意的意思表示属于合同的形式内容。合同的形式内容也要通过语言、文字、动作等形式外观,远者如罗马法上的“要式口约”,近者如合同确认书。我国《合同法》上的合同形式,主要是指合同内容的表现形式。

在合同法制史上,严格的形式主义是早期合同的显著特点,

^① 王利明、崔建远:《合同法新论总则》,中国政法大学出版社1996年12月,第216页。