

HETONGFA SHIWU

合同法实务

马艳平◎著



中国经济出版社
CHINA ECONOMIC PUBLISHING HOUSE

HETONGFA SHIWU

合同法实务

马艳平◎著



中国经济出版社
CHINA ECONOMIC PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

合同法实务/马艳平著.

北京: 中国经济出版社, 2013. 6

ISBN 978 - 7 - 5136 - 2392 - 6

I. ①合… II. ①马… III. ①合同法—研究—中国 IV. ①D923. 64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 055557 号

责任编辑 卜建伟

责任审读 霍宏涛

责任印制 张江虹

封面设计 白朝文

出版发行 中国经济出版社

印刷者 北京市昌平区新兴胶印厂

经销者 各地新华书店

开 本 710mm × 1000mm 1/16

印 张 19

字 数 298 千字

版 次 2013 年 6 月第 1 版

印 次 2013 年 6 月第 1 次

书 号 ISBN 978 - 7 - 5136 - 2392 - 6/D · 513

定 价 49.00 元

中国经济出版社 网址 www.economyph.com 社址 北京市西城区百万庄北街 3 号 邮编 100037

本版图书如存在印装质量问题, 请与本社发行中心联系调换(联系电话: 010 - 68319116)

版权所有 盗版必究(举报电话: 010 - 68359418 010 - 68319282)

国家版权局反盗版举报中心(举报电话: 12390)

服务热线: 010 - 68344225 88386794

序

私权神圣、契约自由是民事法律的基石,法制社会要求权利主体对其人身、财产独占性支配并排除非法干涉,权利主体可依自由意志合法处分之。“无规矩不成方圆”,合同法律即为调整财产关系合法流转之“规矩”,自1999年合同法典制定以来,历经三次司法解释,并以各单行法辅之,立法成就斐然,立法体系完善。孟子曰“徒善不足以为政,徒法不能以自行”,法的应然状态是纸面的法成为行动的法。合同法既是市场经济的法,也是市民生活的法,之于商品经济秩序运行、人民生活安居乐业、社会秩序良性构建意义重大,其实务运用应为立法和司法领域的重要课题。此为撰写本书之目的和意义所在。

合同法律之论述,先贤前辈、专家学者、业内同仁皆有为之,其造诣深厚、论者精湛,余自学识粗浅无敢比及,唯将多年理论知识进行系统梳理,结合律师实务之经验,从合同实务运用角度提出一己之见,愿对合同法律之文明进程贡献绵薄之力,亦以足矣。

其一,法律实务不是法律条文的简单运用,需要探求其立法旨意和理论渊源,相应的理论支持必不可少。故本书论述,首先包括整体系统的理论知识体系,以合同法立法体例“总则”、“分则”为主线,遵循合同实务逻辑,构建了合同订立、效力、履行、变更、担保、违约责任等知识框架。具体论述时,以实务运用需求为必要,不进行过多的论点争论,点到则止。如我国合同法违约责任之归责原则究竟应采无过错责任原则还是严格责任原则概念,或如何对过失、重大过失、一般过失确定具体标准,或委托合同和间接代理、隐名代理之关系等理论问题,将需继续探究。

其二,法律实务是一系列法律的“合力”适用,非单独一部法律或一个法律条文的简单运用。本书论述时尽量做到周详、完整,将适用于某一个有名合同或某一个合同行为的现行有效法律法规、司法解释全部囊括进来,系统整理、综合分析,以更好地服务于合同实务。以建设工程合同为例,其适用法律包括合同法、土地管理法、城乡规划法、建筑法、劳动法及最高人民法院关于建设工程施工合同司法解释等,实务适用时应做到全面才能准确。

其三,实践是检验理论的最好标准,司法实务是检验立法成效的标准和衡器。本书中使用了大量的实务事例,以考究法律的适用和寻求法律适用的最佳效果。借此机会,促进著者对相关知识的深度思考,并提出个人的见解,如“借款”与“欠款”之辨析,“劳务合同”与“雇佣合同”之辨析,农村土地承包经营权“转包”与“转让”之区分等。有些问题,尚需在理论和实务中继续探讨和完善,如承揽人资格对承揽合同效力之影响,或“保证期间”与“保证合同诉讼时效期间”的区别与联系,等。

本书的受众,第一,基于合同的基础理论及其法律适用的阐述,可为大中专院校学生的合同法律教材。第二,基于大量的实务事例和法律条款运用的分析,可为法律实务工作者起到一定的借鉴作用。第三,基于观点辨析和理论知识的论述,可与合同法律研究者共勉。

应当感谢在校期间的授业恩师,是他们将我引入法律的神圣殿堂并在毕业之后依然不断地给我答疑解惑;应当感谢学院的领导和同事,是他们的培育和支持使我能够进步和成长;应当感谢律师事务所同事和我的家人,他们的理解和支持是我完成本书不可或缺的动力。

虽经努力难免不足,尚祈读者批评指正。

是为序。

马艳平

2013年3月于太原

| CONTENTS | 目 录

第一章 合同和合同法概述

第一节 合同概述	1
一、合同概念、特征	1
二、合同分类	2
第二节 合同法概述	6
一、合同法的概念和调整范围	6
二、我国合同法的立法状况	6
三、合同法的溯及力问题	7
四、合同的诉讼时效	8

第二章 合同的订立

一、合同当事人	10
二、合同的形式	11
三、合同的内容	14
四、合同订立的方式	14
五、合同成立的时间、地点	16
六、格式条款法律适用	18
七、缔约过失责任和保守商业秘密	20

第三章 合同的效力

一、合同生效的含义和要件	24
二、附条件合同和附期限合同	25
三、无效合同	27

四、可变更、可撤销合同	30
五、效力待定的合同	32
六、表见代理制度	34
七、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	35

第四章 合同的履行

一、合同履行概述	37
二、合同约定不明确时的履行规则	38
三、执行政府定价或政府指导价的履行规则	39
四、涉及第三人的合同	40
五、合同履行抗辩权	41
六、代位权制度	43
七、撤销权制度	46
八、合同履行中的其他规则	48

第五章 合同的变更和转让

一、合同变更	50
二、合同转让	54

第六章 合同的担保

第一节 合同担保的基本理论	62
一、合同担保的概念、意义	62
二、合同担保的立法状况	62
三、合同担保的特性	63
四、合同担保的方式	63
第二节 保证	64
一、保证与保证人	65
二、保证合同	66
三、保证的方式	67
四、保证责任	68

第三节 抵押	73
一、抵押的概念、意义	73
二、抵押关系的产生	74
三、抵押权的行使	80
四、动产浮动抵押	82
五、最高额抵押	83
第四节 质押	88
一、质押的概念、含义	88
二、动产质押	89
三、权利质押	91
第五节 留置	94
一、留置概述	94
二、留置成立的条件	95
三、留置权的行使	96
第六节 定金	97
一、定金的概念、含义	97
二、定金的分类	97
三、定金合同	98
四、定金罚则	98

第七章 合同权利义务的终止

一、合同权利义务终止基本原理	100
二、债务人已经按照约定履行	102
三、合同解除	103
四、债务相互抵销	107
五、债务人依法将标的物提存	109
六、债权人免除债务	113
七、债权债务同归于一人	115

第八章 违约责任

一、违约责任的概念、特征	116
--------------	-----

二、违约行为	119
三、违约责任的归责原则	121
四、违约责任承担方式	124
五、违约责任的免除	130
六、违约责任与侵权责任的竞合	133

第九章 买卖合同

一、买卖合同概述	136
二、买卖合同的成立和效力	137
三、交付标的物	139
四、标的物所有权的转移	141
五、标的物风险负担	143
六、标的物检验	144
七、价款支付	147
八、买卖合同解除的特别规则	147
九、特种买卖合同	149

第十章 赠与合同

一、赠与合同概述	155
二、与赠与合同相关的概念辨析	157
三、赠与合同的特殊形式	158
四、赠与人的权利义务	159
五、受赠人的权利义务	160

第十一章 借款合同

一、借款合同概述	162
二、借款合同的类型	163
三、借款合同的主要内容	166
四、借款合同诉讼时效实务	167

第十二章 租赁合同

一、租赁合同概述	171
二、典型租赁合同的法律适用	172
三、租赁合同的主要内容	175
四、融资租赁合同	179

第十三章 承揽合同

一、承揽合同概述	182
二、承揽合同与相关合同的区别	183
三、承揽合同的主要内容	186

第十四章 建设工程合同

一、建设工程合同概述	191
二、建设工程合同的订立	193
三、无效的建设工程施工合同	196
四、建设工程施工合同当事人权利义务	198

第十五章 运输合同

第一节 运输合同的一般规定	204
一、运输合同概述	204
二、运输合同的分类	205
三、运输合同的法律适用	205
四、运输合同当事人的基本权利义务	206
第二节 客运合同	210
一、客运合同概述	210
二、客运合同的成立和生效	211
三、客运合同中旅客的义务	213
四、客运合同中承运人的义务	214

第三节 货运合同	218
一、货运合同承运人资格	218
二、货运合同中托运人权利义务	220
三、货运合同中收货人权利义务	222
四、货运合同中承运人权利义务	223
五、多式联运合同	225

第十六章 保管合同和仓储合同

第一节 保管合同	227
一、保管合同概述	227
二、保管人权利义务	228
三、寄存人权利义务	231
第二节 仓储合同	232
一、仓储合同概述	233
二、仓储(保管)人权利义务	234
三、存货人权利义务	236

第十七章 委托合同、行纪合同和居间合同

第一节 委托合同	238
一、委托合同概述	238
二、委托合同与相关概念的辨析	240
三、委托合同中受托人义务	243
四、委托合同中委托人义务	245
五、委托合同的终止	246
第二节 行纪合同	247
一、行纪合同概念	247
二、行纪合同与相关概念的辨析	248
三、行纪合同内容	250
第三节 居间合同	253
一、居间合同的概念、特征	253
二、居间合同的内容	253

第十八章 农村土地承包合同

一、农村土地承包合同概述	255
二、农村土地承包合同的订立	256
三、农村土地承包合同的效力	257
四、农村土地承包经营权的流转	260
五、承包地被征收的补偿	262

第十九章 合同纠纷诉讼实务

一、合同纠纷处理途径	267
二、合同纠纷中“诉”的选择	269
三、合同纠纷管辖法院确定	272
四、合同纠纷起诉和应诉	275
五、合同纠纷诉讼证据规则	279

重要术语索引表	285
---------------	-----

参考文献	290
------------	-----

第一章 合同和合同法概述

第一节 合同概述

【引例】某企业合同管理员培训会会场,有学员提问,合同与协议是否为同一概念,二者有何区别?合同、契约、协议各自又有何含义?

一、合同概念、特征 >>>>

《合同法》第2条规定:“本法所称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。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议,适用其他法律的规定。”

(一) 合同是协议的一种

在汉语中,“协”具有共同合作、协商、协作等含义,“议”具有意见、议论、提议、商议等含义,二者结合,“协议”可理解为通过共同行为达成的意见。广义上讲只要行为主体达成的共同意向都可称为协议,如婚约、买卖合同、雇佣合同、赔偿协议等皆属此列。实务中协议被广泛使用,如合伙协议、离婚协议、购房协议、调解协议、投资协议等。从合同法规定来看,合同法上所指合同属于协议的一种,即平等主体之间关于民事权利义务关系的协议。

与合同、协议相关的另一概念是契约,主要适用于古代(目前部分偏远地区仍在使用),现行实务中较少使用。汉语中“契”是指证明买卖、抵押、租赁关系的文书,如房契、地契、立契,“约”的本义是“绳子”,具有约束、拘束、限制的含义,二者结合使用,契约是各方共同订立并遵守的条约文书。故契约的含义应当与协议基本相同,契约强调协商一致的同时,还强调证据属性。

(二) 合同的主体具有广泛性

合同法规定合同主体包括自然人、法人和其他组织,涵盖了民事生活中的所有主体。与《民法通则》相比,合同法采用“自然人”概念,不再使用“公民”概念,彰显合同法的私法属性,将虽然不具有中国公民身份,但在中国境

内发生合同行为的外国人、无国籍人包含进来,概括更为全面。法人包括机关法人、事业单位法人、企业法人和社会团体法人,都可以作为合同主体。其他组织目前主要指民事合伙、个体工商户、农村承包经营户、合伙企业、个人独资企业、法人分支机构等。这样看来,任何形式的主体参与合同关系,都可以从合同法中找到其法律依据,合同法规定的合同主体具有广泛性、全面性。

国家有时候也作为订立条约、公约的主体,国家不属于自然人、法人或其他组织范畴,国家作为条约主体时是国际法上主体,受国际法调整,不属于合同法上主体。

(三) 合同主体地位具有平等性

合同的实质要求是主体之间协商一致达成协议,只有主体地位平等才可平等交流、平等沟通,故合同法要求合同主体地位平等。依此定位,在主体地位不平等情况下达成的协议不属于合同法上之合同,受其他法律调整。如行政征用合同,是行政主体和行政相对人之间主体地位不平等情况下订立的,适用行政法的规则调整;劳动合同是用人单位和劳动者之间存在管理与被管理情况下的合同,受劳动法调整。

(四) 合同内容是设立、变更、终止民事权利义务

法律的特征之一是通过设定行为主体权利义务引导人们的行为,行为人在享有一定权利的同时应当负担一定的义务。法律部门不同,权利义务的内容不同,如刑事法律中的权利有审判权、侦查权、起诉权、辩护权等,行政法上的权利有行政处罚权、行政强制权、行政征用权、行政征收权等,合同法上合同的内容限于民事权利义务的设定。民事通则规定民事权利包括人身权利和财产权利,人身权利包括人格权和身份权,财产权利包括物权、债权、知识产权等。合同法关于民事权利的设定主要指财产权,规范财产的流转关系,属于财产流转法。有关婚姻、收养、监护等身份关系的协议,不适用合同法调整,适用婚姻法、收养法、民法通则监护关系的规定等。

二、合同分类 >>>>

根据不同标准可以对合同进行不同的分类,对合同分类的实务意义在于确定不同类型的法律适用规则。

(一) 有名合同与无名合同

根据合同法分则是否明确规定合同的名称,将合同分为有名合同和无名合同。合同法分则规定的 15 种合同是有名合同,如买卖合同、借款合同、

赠与合同等;合同法分则没有列举但实务中存在的合同是无名合同,如借用合同、合伙合同、投资合同等。此处所指“有名”或“无名”非指有没有名称,而是指合同法分则是是否予以明确规定。

区分有名合同和无名合同的法律意义在于,有名合同在法律适用时首先适用合同法分则的特殊规定,合同法分则没有明确规定时,适用合同法总则的一般规定。无名合同只能适用合同法总则和民事法律的一般规定。

(二) 诺成合同与实践合同

根据合同生效以当事人达成合意,还是合意之外需实际的交付行为为标准,将合同分为诺成合同和实践合同。当事人达成合意合同即成立生效的合同为诺成合同,理论上称为“意思主义”;当事人达成合意外还需实际交付标的物才生效的合同为实践合同,理论上称为“意思+交付主义”。诺成合同与实践合同的判断,一方面源于民事法律理论,一方面基于合同法的规定。合同法明确规定交付标的物才生效的合同为实践合同,如《合同法》第367条规定“保管合同自保管物交付时成立,但当事人另有约定的除外”,该条规定说明保管合同为实践合同,合同法未明确规定交付标的物才生效的一般为诺成合同,如买卖合同、租赁合同等。

区分诺成合同和实践合同的法律意义在于,诺成合同当事人达成合意即成立生效并且对当事人产生约束力,一旦违反即为违约。实践合同在当事人达成合意时合同只是成立尚未生效,尚不发生对当事人的约束效力;只有交付标的物后合同才生效,才对当事人产生法律上的约束力。

(三) 有偿合同与无偿合同

根据合同当事人在取得一定利益时是否付出相应的对价将合同分为有偿合同与无偿合同。当事人在取得利益时同时支付一定对价的合同为有偿合同,如买卖、供电、建设工程合同等;当事人取得利益时无需支付对价的合同为无偿合同,如借用合同、赠与合同。

有的合同以有偿为常态,如买卖合同、租赁合同,有的合同以无偿为常态,如赠与合同,有的合同有偿与否取决于当事人的约定,如保管合同,当事人约定了保管费即为有偿合同,未约定保管费就是无偿合同。

区分有偿合同与无偿合同的法律意义在于当事人义务不同,违约时承担的法律 responsibility 程度不同。在有偿合同中,因其付出利益同时取得利益,故要求较高的合同义务,在违约时承担责任较重。在无偿合同中,因其付出利益时未取得相应对价,故合同法要求较低的义务,只需尽一般的注意义务,即使有违约行为责任也较轻。如《合同法》第374条规定:“保管期间,因保管

人保管不善造成保管物毁损、灭失的,保管人应当承担损害赔偿责任,但保管是无偿的,保管人证明自己没有重大过失的,不承担损害赔偿责任。”

(四) 双务合同与单务合同

根据合同义务的相对性将合同分为双务合同与单务合同,当事人双方都享有合同权利负担合同义务的为双务合同,只有一方有义务另一方没有义务的合同为单务合同。

合同行为作为一种经济行为主要规范财产的流转关系,当事人在订立合同时一般都希望实现一定的利益目的,故大多合同为双务合同,双方都负有义务。以买卖合同为例,买方有义务支付合同价款,卖方有义务交付符合合同约定的标的物。依权利义务的一致性原则,一方的义务就是相对一方的权利,只有通过双方积极的履行义务行为才能实现双方的权利。也有少数合同为单务合同,典型的如赠与合同,在赠与合同中,赠与人一方的义务是将自己的财产无偿给予受赠人,对应受赠人有权要求赠与人交付赠与物,受赠人并无相对应的义务。

区分双务合同和单务合同的意义在于合同抗辩权行使的差异。在双务合同中,一方在对方未履行或未完全履行义务而提出履行要求时,可以主张同时履行抗辩权、先履行抗辩权和后履行抗辩权等,相关的抗辩权在单务合同中一般不能行使。

需要说明的是,双务合同、单务合同与有偿合同、无偿合同并不存在对应关系,实务中简单地将双务合同与有偿合同、单务合同与无偿合同等同,是一种思维的混乱。事实上,双务合同可能是有偿合同,也可能是无偿合同,如委托合同,肯定是双务合同,但可能是有偿(约定报酬时),也可能是无偿(未约定报酬时)。再如赠与合同,一般是无偿合同,但可能是单务的(赠与人未附义务),也可以是双务的(附义务赠与)。

(五) 要式合同与不要式合同

根据合同法是否要求合同的成立必须具备特定形式,将合同分为要式合同与不要式合同。法律要求合同必须采用特定形式的为要式合同,如《合同法》第270条规定:“建设工程合同应当采用书面形式”,建设工程合同为要式合同。或者《担保法》第41条规定:“当事人以本法第四十二条规定的财产抵押的,应当办理抵押物登记,抵押合同自登记之日起生效。”法律未对合同形式作出特殊要求的,为不要式合同。大多合同为不要式合同,合同可以采用书面形式、口头形式和其他形式。

区分要式合同与不要式合同的法律意义在于,法律对合同形式作出特

殊规定而当事人未按法律规定形式订立合同时,合同将会因为形式不合法而无效,如未经登记的抵押合同。不要式合同不会因为合同形式而影响合同的效力。

在合同法理论中,合同效力判断时奉行尽量有效原则,一般情况下只要没有违反法律的强制性规定,司法实践中通常不会因为形式欠缺而判定合同无效。以建设工程合同为例,即使没有签订书面合同,如果已经开工建设当事人并无争议时,一般按有效对待。只有法律对合同形式有明确强制性规定时才能够以合同形式欠缺而认定无效,如未登记的不动产抵押合同不能产生抵押权的设定结果。

(六) 主合同与从合同

根据合同之间的依附关系,可以将合同分为主合同与从合同。附属于其他合同存在的合同为从合同,被依附的合同为主合同。典型的从合同是担保合同,如为了担保主合同债权实现订立的保证合同、抵押合同、质押合同等。

区分主从合同的法律意义在于,从合同的效力附属于主合同,主合同的产生、变更、转让,其效力及于从合同,从合同不能脱离主合同独立存在。不同类型从合同的效力应当根据担保法、物权法规定确定。

除了上述分类外,根据合同效力,可分为有效合同、无效合同、效力待定合同和可变更、可撤销合同;根据合同的内容,可分为转移标的物所有权合同、转移标的物使用权合同、完成工作成果的合同、提供一定劳务的合同等。

【实务运用 1-1】

案例分析:

张甲因急事向李乙提出借款要求,二人约定借款 10 万元,借款期限 3 月,利息共 6000 元,李乙告张甲第二天上午来取钱。第二天上午李乙因事情已经处理故未向张甲取钱,亦未告知张甲。三月之后,张甲找到李乙要求支付利息 6000 元,张甲认为双方约定借款事实,李乙违约未来取钱利息应当正常支付。李乙认为自己并未使用该借款,支付利息不应当。双方发生纠纷。

张甲、李乙二人行为属于民间借贷,依据《合同法》第 210 条借款合同相关规定,自然人之间的借款合同,自贷款人提供借款时生效。二人借款合同属于实践合同,双方达成合意时尚未生效,只有实际借款后才生效。故张甲的要求不能得到法律支持,但李乙在不需要借款时未及时告知张甲,应当按照合同法规定承担缔约过失责任,给予张甲适当赔偿。