



如何区分合同的有效与合同的生效?

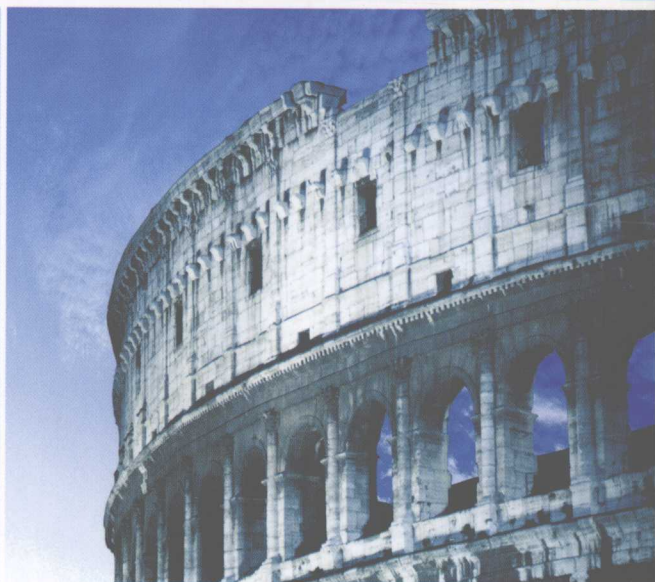
合同能不能既约定附条件又约定附期限?

合同解除之后,非违约方是否还能够向违约方主张合同中所约定的违约责任?

律师代理费能否被看作是合同一方实现债权的费用而要求败诉方承担?

土地使用权租赁合同是否也要受二十年租赁期限的限制?

如何看待不可撤销担保合同的效力?



李晓云 / 著

合同法

焦点·难点·指引

民商法 实务答疑书系



合同法

焦点·难点·指引

李晓云 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

合同法焦点·难点·指引/李晓云著. —北京: 中国法制出版社, 2008. 1

(民商法实务答疑书系)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0330 - 6

I. 合… II. 李… III. 合同法 - 中国 - 问答 IV. D923. 65

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 196148 号

合同法焦点·难点·指引

HETONGFA JIAODIAN · NANDIAN · ZHIYIN

编著/李晓云

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2008 年 1 月第 1 版

印张/14.75 字数/330 千

2008 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0330 - 6

定价: 32.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 66010493

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

目 录

绪论：合同法的理念与实践	1
一、商品交易的市场经济——合同法的经济体制基础	1
二、“从身份到契约”、“从契约到身份”——契约自由	7
原则的演进及其在合同法上的体现	7
三、本土化或国际化——合同法在全球视野范畴下的	21
选择	21
四、静与动——“物权—债权”两分语境下合同法的	28
定位	28
五、本书的主要内容与架构	33
第一章 合同法适用中的总概性问题	39
一、单位与其员工订立的目标责任奖惩合同是否属于	39
《合同法》调整的范围？	39
1. 什么是《合同法》所规范的公司	39
2. 目标责任奖惩合同的属性	41
二、如何看待被工商行政部门吊销营业执照或注	43
销的公司企业对外订立的合同？	43
1. 吊销营业执照带来的司法难题	43
2. 被吊销营业执照或注销的企业对外缔结合同的效	45
力问题	45
三、企业法人所经营开发的市场对外签订的合同效力	49
如何？	49
1. 市场能不能被看作是其经营开发企业的分支机构	50

2. 无独立法人主体资格的市场能不能缔结合同	52
四、人民法院应当怎样看待合伙的债权人既可以请求 全体合伙人清偿债务也可以请求其中部分合伙人 清偿债务的权利与民事诉讼法所规定的合伙人作 为必要共同诉讼参与人的规定?	56
1. 实体法和程序法对合伙规定的矛盾	56
2. 合伙纠纷中的共同诉讼问题	58
五、如何适用情势变更原则?	62
1. 我国《合同法》为什么没有规定情势变更原则	62
2. 怎样在没有法律规定的情况下于司法实践中适用 情势变更原则	65
六、关于有奖销售的纠纷怎样适用《合同法》?	68
1. 附赠式有奖销售的法律性质	69
2. 抽奖式有奖销售的法律性质	71
第二章 合同的缔结与履行	73
一、要约与要约邀请的区分	73
1. 什么是要约和要约邀请	73
2. 要约和要约邀请的学理区分	75
3. 实践中如何区分要约和要约邀请	77
4. 悬赏广告和自动售货机的要约与要约邀请问题	81
二、EDI 合同中的要约和承诺采何种生效主义?	83
1. EDI 合同与传统合同形式的不同	83
2. 传统合同形式下要约、承诺的三种生效主义	85
3. EDI 合同中要约、承诺的生效主义	88
三、缔约过失责任的承担问题	91
1. 缔约过失责任的构成要件	92
2. 缔约过失责任在我国立法上的体现	97

四、如何区分合同的有效与合同的生效?	101
1. 我国目前对合同有效和合同生效的认识混乱	101
2. 合同有效与生效之区别	103
五、怎样看待电子代理人所缔结的合同的效力?	109
1. 何为电子代理人	110
2. 关于电子代理人缔约的三种理论	114
3. 评判电子代理人缔约效力的应然态度	120
六、合同能不能既约定附条件又约定附期限?	121
1. 立法上对于附条件和附期限的规定	121
2. 实践中既附条件又附期限的困惑	123
3. 合同能不能约定既附条件又附期限	126
七、一方当事人能不能以对方没有开具发票作为主张 同时履行抗辩权的理由?	130
1. 什么是同时履行抗辩权	131
2. 开具发票到底能否作为同时履行的抗辩事由	134
八、如何看待第三人参加合同履行后的责任承担问 题?	139
1. 第三人参加合同履行对合同相对性的挑战	139
2. 第三人参加合同履行的情形及法律效果	141
九、合同的订立可以采用哪些形式?	145
1. 合同订立形式的发展演进	146
2. 我国《合同法》所承认的合同形式	147
十、合同约定的签订地点与实际签字盖章地点不一 致的,如何确定合同成立的地点?	150
十一、以书面形式订立合同的,捺印手印与签字盖章 的法律效力是否相同?	153
十二、对于经批准或登记始能生效的合同,如果合同 中明确约定了一方当事人负有批准或者登记的承	

101	义务,但合同未经批准或者登记的,相对方当事人	155
101	人能否要求负有批准或者登记义务的当事人承	
101	担责任?	155
101	十三、怎样认定无权代理人的代理行为构成了表见代	
101	理?	159
111	1. 表见代理制度的定义与价值	159
120	2. 表见代理在理论和实务上的认定	161
121	第三章 合同的消灭和救济	167
121	一、一方当事人起诉的行为能不能被看作是对对方	
121	当事人所作的解除合同的通知?	167
130	1. 合同解除是终止合同权利义务关系的主要方式	167
131	2. 通知解除的形式能否包括当事人的起诉行为	171
131	二、合同解除之后,非违约方是否还能够向违约方	
131	主张合同中所约定的违约责任?	176
131	1. 关于合同解除后能否追究违约责任的两种见解	176
131	2. 合同解除后非违约方不能再主张违约责任	178
131	三、合同当事人在已有一份合同的基础之上又重新	
131	订立了一份部分内容重合的合同,能否认为双方	
131	当事人已经协商终止了前一份合同?	182
131	1. 重复订立合同是为了重申合同内容	183
131	2. 重复订立合同是为了变更合同	185
131	3. 重复订立合同是为了合同的更改	187
131	四、非违约的一方当事人能否主张违约方同时承担	
131	几种违约责任的形式?	188
131	1. 违约责任形式并存问题的提出	189
131	2. 继续履行合同和采取补救措施与其他违约责任	
131	形式的同时主张	191

3. 损害赔偿金、定金和违约金责任的同时主张	196
五、债权人应当如何进行代位权诉讼?	202
1. 关于债权人如何提起代位权诉讼的问题	204
2. 关于代位权诉讼中债权人、债务人以及次债务人的诉讼地位的问题	209
3. 关于债权人提起的代位权诉讼胜诉之后次债务人向谁履行清偿义务的问题	211
六、律师代理费能否被看作是合同一方实现债权的费用而要求败诉方承担?	215
1. 败诉方不能以“聘请律师是对方的权利”为由而拒不承担律师费用	216
2. 胜诉方不能以“必要费用”为由而要求败诉方承担律师费用	217
3. 律师费用的承担实则有章可循	219
七、当事人既可以主张合同之债又可以主张侵权之债时,应当如何选择?	221
第四章 有名合同中的若干问题	227
一、在购销关系中,厂方因销售的产品存有质量瑕疵而被经销商提起诉讼的,是应当对经销商和消费者分别承担赔偿责任还是向经销商一并承担赔偿责任?	227
1. 实践中提出的问题	227
2. 何为出卖人的质量瑕疵担保责任	229
3. 出卖人的质量瑕疵担保责任应为严格责任	233
4. 出卖人违反质量瑕疵担保时的责任承担	234
5. 质量瑕疵担保责任的承担方式	236
6. 对实践中问题的解答	237

二、房屋买卖合同中标的物的风险应当自何时转移?	238
1. 标的物的交付问题	240
2. 所有权的移转问题	242
3. 标的物风险转移的问题	247
4. 标的物的交付、所有权的移转和风险转移之间的关系	250
三、土地使用权租赁合同是否也要受二十年租赁期限的限制?	252
1. 租赁合同与租赁合同的租期	252
2. 我国关于土地使用权租赁的相关规范	254
3. 我国对不同性质土地使用权租赁的不同态度	257
4. 土地使用权租赁合同的租期问题	262
四、租赁关系存续期间,出租人未通知承租人即出卖租赁物的应当如何处理?	264
1. “买卖不破租赁”的原则	266
2. “优先购买权”的保障	270
3. 出租人未经通知径直出卖租赁物的处理	274
五、关于承租人支付租金的诉讼时效存在哪些问题?	274
1. 请求支付租金的诉讼时效到底是一年还是二年	275
2. 分期支付租金的请求权诉讼时效从何时起算	276
3. 如何认定出租人的租金请求权诉讼时效中断	283
六、信托关系与我国《合同法》上所规定的委托合同有无不同?	286
七、如何理解最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十七条关于“当事人对欠付工程价款利息计付标准有约定的,按照约定处理”的规定?	293

八、如何处理借贷合同中的利息?	303
1. 关于民间借贷的利息问题	303
2. 关于企业间借贷的利息问题	305
九、加工承揽合同中的承揽人能否委托他人完 成定作工作?	307
十、保管合同和仓储合同的诉讼时效应当如 何计算?	309
1. 保管合同与仓储合同的异同	309
2. 保管合同和仓储合同的诉讼时效问题	312
十一、订有试用期的买卖合同,试用期届满后, 买受人是否还可以以产品质量为由要求 退货?	315
1. 试用买卖合同的性质	315
2. 试用买卖合同区别于一般买卖合同的特点	316
3. 试用期间在试用买卖合同中的意义	318
十二、为什么说我国《合同法》上的赠与合同是 诺成合同?	320
1. 我国立法关于赠与合同系诺成合同或实践合同 的认识演变	323
2. 国外立法关于赠与合同系诺成合同或实践合同 规定之比较	325
3. 我国《合同法》上的赠与合同为什么应当是诺成 合同	329
第五章 其他常见合同中的相关问题	333
一、如何看待不可撤销担保合同的效力?	333
1. 什么是不可撤销担保合同	333
2. 不可撤销担保合同的法律性质	335

二、抵押合同以土地使用权作为抵押物,因土地用途变更而导致土地使用权价值变动的,抵押权人优先受偿的范围是否应以其原先的价值为限?	347
1. 一则案例引出的思考	347
2. 笔者对该问题的态度	351
三、农村土地承包合同中是否可以以村民小组作为一方当事人?	355
四、因政府拆迁征地行为而导致农村土地承包合同不能继续履行,承包人诉请发包方赔偿的,人民法院应当如何处理?	362
1. 据以分析的案例	363
2. 围绕该案例的分歧意见	364
3. 笔者的态度	368
五、如何理解合伙合同与联合合同的区分?	373
1. 合伙合同与联合合同并不清晰的界分	373
2. 对于合伙合同和联合合同区分的误解	375
3. 应当怎样理解合伙合同与联合合同的区分	379
六、企业法人的分支机构未经授权对外订立保证合同和抵押合同的,保证合同和抵押合同的效力如何?	383
七、企业所抵押的房屋所占用的土地使用权取得方式为划拨取得的,房屋抵押合同是否必须履行相应的审批手续方为有效?	386
1. 关于划拨土地之上房屋抵押的两种见解	386
2. 为什么划拨土地之上的房屋抵押应当有效	390
附录:中华人民共和国合同法	397
后记:“问题”与“主义”之间	459

绪论：合同法的理念与实践

一、商品交易的市场经济——合同法的经济体制基础

德国法学家耶林（Jhering）曾有云：法律者，乃是一种凭藉国家之强制力以保障社会生活条件之方式或工具。^① 批评者或许会指摘此种观点是“法律工具主义”的陈词滥调，不过，从社会生活条件之中去探寻法之价值，无疑正契合了马克思主义的法律观。经济基础决定上层建筑，上层建筑又反过来作用于经济基础。这一尽人皆知的马克思主义经典论述深刻地揭示了法律与社会经济生活条件之间的关系，昭扬了合同法与经济体制之间的互动。“随着商品交换以社会的规模来进行，在最发达的场合，特别是在赊贷和信用制度上，产生了很复杂的契约关系，于是便需要有由社会共同体才能制定的，具有普遍效力的规则——即国家制定的法律规范。”^② 纵观我国合同法的发展历程，每一步都无不映射出经济体制基础的深刻影响。合同法植根于商品交易，商品交易的形式和规模也就从根本上决定了合同法的发达程度。

① 见《法理学》，载于《法理学》一书，卷四《法理学》（《法理学》一书）。

② Jhering, Der Zweck im Recht Vol. 1, English Translation by Isaac Husik as Law as a Means to an End, The Modern Legal Philosophy Series, p. 380.

③ 恩格斯：“法学家社会主义”，载《马克思恩格斯论国家和法》，法律出版社1958年版，第92页。

1. 没有商品经济就没有合同法

“先有交易，后来才由交易发展到法制。……这种通过交换和在交换中才产生的实际关系，后来获得了契约这样的法的形式。”^①人类社会的商品交易首先源于社会大分工。在社会大分工之前，生产者直接消费其生产的所有产品，既无生产的专业分工，也就不存在互易的必要。两次社会大分工将农业和手工业同原始的畜牧业剥离开来，逐步形成了生产的专业化分工，生产者再也不可能局限于消费其生产的全部产品，于是便产生了交换的必要。

不过，其时的商品交易尚属于简单商品经济的范畴，生产的主要目的不是为了交换，而是为了自足。不仅商品交易的规模很小，而且早期商品交易的形式也体现为简单的以物易物。简单商品经济形态下的交易的范围亦相当狭小，从一开始仅发生于原始公社之间，后来才慢慢发展到原始公社内部各家族团体之间，并逐步推演开来。所以，在商品交易的早期阶段，调整商品交易的契约法尚处于较低的发展水平。偶尔发生的交易行为不需要合同法的形式予以规范，长期以来的习惯就足以调整它了。

随着社会分工的细化和商品经济的发展，最终出现了被称之为“商品生产者社会的第一部世界性法律”^②的罗马法，从而为后来的契约法，乃至整个私法理论，奠定了基础。耶林曾用诗一般的语言来赞美罗马法，认为它是罗马帝国对世界的第三次征服，而且是最为持久的征服。^③平心而论，罗马法之所以能够取得如此辉煌的地

① 《马克思恩格斯全集》第19卷，人民出版社1963年版，第422页。

② 《马克思恩格斯全集》第21卷，人民出版社1963年版，第346页。

③ 罗马帝国对世界的三次征服第一次是以武力，第二次系以宗教，第三次乃以法律。武力因罗马帝国的灭亡而消失，宗教随人民思想觉悟的提高和科学的发展而缩小了影响，唯有法律是最为持久的征服。

位，与罗马社会商品经济的繁荣是密不可分的。罗马法在私法领域的成就，特别是其契约理论的发达，是整个西欧文化地理人文因素长期积淀的结果。环地中海地区分割的地理环境和便利的交通条件为经常性的商品交换提供了条件。早在希腊时期，各城邦间的商业活动已经频仍兴盛。到罗马时候，实践中长期的商业活动已经为理论的产生积累了丰富的素材。所以，其虽然是“简单商品生产即资本主义前的商品生产的完善的法，但是也包含着资本主义时期的大多数法权关系”，^① 它的发达程度正是商品交易兴旺发达的一个剪影。

商品经济发展到资本主义社会更有了质的飞跃。一方面，生产以雇佣劳动为基础，以科学技术为后盾，极大地调动了生产的积极性、提高了生产的效率。另一方面，生产的社会化程度也越来越高，分工更为精细，生产的主要目的不再是为了自给自足，而是为了参与交换、获取利润，所以出现了无业不商、人人皆商的局面。总之，无论就规模抑或形式而言，资本主义的商品交换都已经发展到了一个前所未有的阶段。离开商品将寸步难行，商品经济成为了资本主义社会的主音。在这一时期，作为商品经济繁荣程度之体现的合同法也获得了前所未有的发展。正如美国历史学家施瓦茨所言，近代的历史是契约的历史，19世纪是契约的世纪。^②

随着契约世纪的来临，合同法的深刻影响甚至超越了调整规范商品交换的范畴。“契约”不仅被视为一种商品交易的形式，同时还被赋予了更为丰富的内涵，以致掀起了一场波澜壮阔的“由身份

^① 《马克思恩格斯全集》第36卷，人民出版社1964年版，第169页。

^② 伯纳德·施瓦茨著，王军译：《美国法律史》，中国政法大学出版社1990年版，第64页。

向契约”的运动。由合同法契约自由原则抽象而来的私法自治理念成为了法律思想领域最为重要的思想观念，平等、自由深入人心，成为了法律的一般准则和社会的普遍观念。不仅商品交易，所有的社会关系无不可以通过契约的形式规范之。康德用契约来解释婚姻家庭关系以及卢梭提出社会契约论以诠释公民和国家之间的政治关系，等等，均是这一时代张扬契约精神的体现。可以说，没有商品经济就没有合同法，而没有合同法就没有我们今天的“契约社会”。

2. 经济体制转型是我国合同立法发展的根本动因

由于经济体制的变迁，我国的合同立法也走过了一条蜿蜒曲折的道路。

建国初期，我国仿效苏联东欧模式，以建设高度集中的社会主义计划经济体制为目标。社会主义计划经济体制强调以行政命令决定资源的配置和产品的分配，并不需要商品的自由贸易，甚至以“割资本主义尾巴”等政治运动的形式反对和消灭商品交换。既然没有商品交换，调整和规范商品交换的合同也就没有必要。所以，计划经济体制在本质上是排斥合同的。不过，在计划经济的年代，各社会主义国家之所以没有完全抛弃合同，相反还一再强调合同纪律，只是因为需要运用商品货币形式来考核公有经济组织的经营成果并实现产品的计划分配。^① 计划经济体制之下的合同完全丧失了其作为自由商品交易法律形式的本来意义，所谓的“经济合同”依附于指令性经济计划，成为了执行指令性经济计划的工具。因此，在计划经济体制之下，虽然尚有合同存在，但其除了作为考核指标的形式之外，并无其他价值。规范合同关系的合同法当然也就没有存在的制度空间，指令性的政策文件已经足以调整计划性质的“经

^① 李开国：《民法基本问题研究》，法律出版社1997年版，第410页。

济合同”了。《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）是1999年3月15日第九届全国人大

党的十一届三中全会之后，开始拨乱反正，全面清理指导思想上的左倾错误，经济体制逐步由集中的计划经济体制向有计划的商品经济体制过渡。在此大势之下，1981年12月的第五届全国人大第四次会议通过和颁布了建国以来我国第一部有关合同的法律，即《中华人民共和国合同法》。随后，根据《合同法》的规定，国务院在1983年至1986年间又先后发布了《工矿产品供销合同条例》、《农副产品购销合同条例》、《加工承揽合同条例》、《建筑安装工程承包合同条例》、《建设工程勘察设计合同条例》、《借款合同条例》、《财产保险合同条例》、《铁路货物运输合同实施细则》、《公路货物运输合同实施细则》、《水路货物运输合同实施细则》、《航空货物运输合同实施细则》、《仓储报关合同实施细则》等行政法规。最高人民法院也于1984年和1987年作出了两个司法解释：《关于贯彻执行经济合同法若干问题的意见》和《关于在审理经济合同纠纷案件中具体适用经济合同法的若干问题的解答》。1985年3月，第六届全国人大第十次会议通过和颁布了《中华人民共和国涉外经济合同法》。1987年6月，第六届全国人大第二十一次会议通过和颁布了《中华人民共和国技术合同法》。1986年4月，第六届全国人大第四次会议通过和颁布的《中华人民共和国民法通则》在第五章第二节中也对债和合同作了原则性的规定。至此，合同立法以《民法通则》为总纲，《经济合同法》、《涉外经济合同法》和《技术合同法》三足鼎立的格局已经初步形成。

由于八十年代制定的这三部合同法在立法意识上基于宜粗不宜细，急用先立、不急用缓立，片面强调中国特色等考虑，所以存在规范矛盾重复、过于原则化简单化、缺乏统率三部合同法的基本合同立法等问题，因而广受诟病。1999年3月15日第九届全国人大

第二次会议通过和颁布了新的《中华人民共和国合同法》，作为统一合同法结束了合同立法长期以来三足鼎立的局面。统一合同法的制定是我国民事立法上的一件大事，也标志着我国在立法技术上更趋成熟。不过，统一合同法的意义并不仅在于结束了合同立法上冲突混乱的局面，其背后更深层次的动因则是我国的经济体制由八十年代有计划的社会主义商品经济向社会主义市场经济的转型。

今天，当我们在适用《合同法》时，常常会发现《合同法》与《民法通则》之间存在不少冲突矛盾之处。从法律适用上，当然可以依据新法优于旧法、特别法优于普通法的规则解决之。但我们也应当认识到，《合同法》与《民法通则》的矛盾正是两种经济体制的对撞在立法思想上的体现。例如，在对待合同无效的态度问题上，《民法通则》将欺诈、胁迫、乘人之危的行为均规定为民事行为无效的事由，而且还特别规定了经济合同违反国家指令性计划的民事行为无效。《合同法》则不同，上述欺诈、胁迫、乘人之危的合同在统一合同法中均被规定为可变更、可撤销的合同，不再像以前一样一律将其视为无效的合同。而且《合同法》也没有出现经济合同违反国家指令性计划则无效的用语。显然，《民法通则》的思想源于当时有计划的商品经济体制的影响。尽管有计划的商品经济较之于绝对集中的计划经济体制已经前进了一大步，承认了商品经济的存在，但突出和强调“计划”仍然是该种经济体制的特征。在有计划的商品经济体制之下，欺诈、胁迫、乘人之危等行为所侵犯的并不仅仅是一方当事人的利益，更多地涉及到对整个国家计划体制的触动，所以理当宣布无效。而在市场经济体制之下，合同的当事人均是独立的市场主体，是能够理性判断的经济人。因此，欺诈、胁迫、乘人之危的法律效果应当取决于作为独立市场主体的合同当事