

21

世纪经管类应用型人才系列规划教材

◎ 曹胜亮 段 葳 主 编

# 合同与标书制作实训教程



etong Yu Biaoshu  
Zhizuo Shixun  
Jiaocheng

华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>

21 世纪经济管理类应用型人才系列规划教材

# 合同与标书制作 实训教程

主 编 曹胜亮 段 葳  
副主编 王文婷 曾 斌

华中科技大学出版社  
中国·武汉

图书在版编目(CIP)数据

合同与标书制作实训教程/曹胜亮 段 葳 主编. —武汉:华中科技大学出版社,2007年12月

ISBN 978-7-5609-4337-4

I. 合… I. ①曹… ②段… II. ①合同-基本知识-中国-教材 ②投标-教材 IV. D923.6 F713.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第197511号

合同与标书制作实训教程

曹胜亮 段 葳 主编

责任编辑:曾 光

封面设计:刘 卉

责任校对:周 娟

责任监印:熊庆玉

出版发行:华中科技大学出版社(中国·武汉)

武昌喻家山 邮编:430074 电话:(027)87557437

录 排:星明图文制作有限公司

印 刷:仙桃市新华印务有限责任公司

开本:787mm×960mm 1/16

印张:26

字数:480 000

版次:2007年12月第1版

印次:2007年12月第1次印刷

定价:38.00元

ISBN 978-7-5609-4337-4/D·78

(本书若有印装质量问题,请向出版社发行部调换)

# 前 言

一切教育都离不开教师和教材。教师是教材之母,教材是教师总结和创造的。但教师精力必定有限,与此相比,一本好的教材才能与学生形影不离,朝夕相伴。因此,本书的编写团队在完成一名合格教师任务的同时,试图使其智慧复制和扩大,编写了该教材。

《中华人民共和国合同法》的颁行,完善统一了我国市场经济条件下交易的基本规则。这部法律的制定,立足于中国国情,广泛借鉴吸收了其他国家和地区以及一些国际公约中的优秀法律成果,较以往的合同立法有重大突破和进展。

研究中国合同法就要研究合同实务。从合同实务角度看,合同各方当事人都迫切希望了解中国的合同范本制作。

本书在作为一本教材的同时,更期望为各位读者提供上述相关知识。本书在内容的安排上,以“实用”为宗旨,遵循全面、系统、简明、规范的原则,收录大量具有代表性的示范文本,分类更加合理,理论指导与范例实践相结合,查阅方便。在章节的编排上,本书分为十二章,囊括合同法理论基本问题,以合同范本为媒介沟通合同理论和实践两端。第一、二章概述合同法相关理论;第三至第十章以合同法中有名合同为主线,对各种合同理论及范本加以介绍和分析;第十一、十二章将招标投标过程中涉及的一系列范本进行介绍和解析作为对各种合同的补充。

本书由曹胜亮、段葳任主编,王文婷任副主编,由副主编王文婷帮助主编曹胜亮、段葳进行统稿,最后由曹胜亮总纂定稿。编写组成员分工如下(按写作顺序编排):

|      |     |
|------|-----|
| 第一章  | 王文婷 |
| 第二章  | 张小玲 |
| 第三章  | 王 穗 |
| 第四章  | 曾 斌 |
| 第五章  | 刘 洋 |
| 第六章  | 郭 民 |
| 第七章  | 刘 飞 |
| 第八章  | 段 葳 |
| 第九章  | 杨 涛 |
| 第十章  | 张钦坤 |
| 第十一章 | 李修娟 |
| 第十二章 | 曹胜亮 |

本书编写中借鉴吸收了理论界同行的观点和其他教材的精华,由于篇幅所限,我们无法一一注明出处,敬请谅解,在此一并致谢。由于本书成书匆忙,谬误遗漏在所难免,希望各位读者指正。

编 者  
2007年11月

# 目 录

|                             |       |
|-----------------------------|-------|
| 第一章 合同法基本理论 (一)             | (1)   |
| 第一节 合同的基本概念                 | (1)   |
| 第二节 合同的分类                   | (3)   |
| 第三节 合同法的基本原则                | (8)   |
| 思考题                         | (13)  |
| 第二章 合同法的基本理论 (二)            | (14)  |
| 第一节 合同的订立、成立与生效             | (14)  |
| 第二节 合同的履行、变更与终止             | (24)  |
| 第三节 合同责任                    | (45)  |
| 思考题                         | (54)  |
| 第三章 买卖合同                    | (55)  |
| 第一节 买卖合同的概念和基本特征            | (55)  |
| 第二节 买卖合同的效力                 | (56)  |
| 第三节 买卖合同中标的物的风险负担与孳息归属及其他问题 | (61)  |
| 思考题                         | (63)  |
| 第四章 买卖合同范本介绍及分析             | (64)  |
| 第一节 企业买卖合同示范文本              | (64)  |
| 第二节 房地产买卖合同示范文本             | (80)  |
| 思考题                         | (91)  |
| 第五章 其他转移财产所有权的合同            | (92)  |
| 第一节 供用电、水、气、热力合同            | (92)  |
| 第二节 赠与合同                    | (112) |
| 第三节 借款合同                    | (119) |
| 第四节 特种买卖合同                  | (131) |
| 思考题                         | (140) |
| 第六章 转移使用权合同                 | (141) |
| 第一节 租赁合同                    | (141) |
| 第二节 租赁合同范本分析                | (145) |
| 第三节 融资租赁合同                  | (161) |
| 第四节 融资租赁合同范本分析              | (168) |
| 思考题                         | (179) |

|                     |       |
|---------------------|-------|
| 第七章 承揽合同            | (180) |
| 第一节 承揽合同概述          | (180) |
| 第二节 承揽合同种类及范本       | (187) |
| 第三节 承揽合同陷阱防范        | (200) |
| 思考题                 | (204) |
| 第八章 建设工程合同          | (205) |
| 第一节 建设工程合同概述        | (205) |
| 第二节 建设工程合同种类及范本     | (211) |
| 第三节 建设工程合同陷阱及防范     | (241) |
| 思考题                 | (246) |
| 第九章 提供服务的合同         | (247) |
| 第一节 运输合同            | (254) |
| 第二节 保管合同            | (266) |
| 第三节 仓储合同            | (269) |
| 第四节 委托合同            | (275) |
| 第五节 行纪合同            | (282) |
| 第六节 居间合同            | (288) |
| 思考题                 | (293) |
| 第十章 技术合同            | (294) |
| 第一节 技术合同概述          | (298) |
| 第二节 技术开发合同          | (301) |
| 第三节 技术转让合同          | (318) |
| 第四节 技术咨询合同          | (323) |
| 第五节 技术服务合同          | (330) |
| 思考题                 | (337) |
| 第十一章 招标投标法的基本理论概述   | (338) |
| 第一节 招标投标法的发展概述      | (338) |
| 第二节 招标投标法的内容        | (341) |
| 思考题                 | (344) |
| 第十二章 招标投标法的相关实务操作   | (345) |
| 第一节 标书的制作           | (345) |
| 第二节 开标、评标和中标        | (356) |
| 第三节 招标投标法的法律责任      | (360) |
| 思考题                 | (368) |
| 附录 A 《中华人民共和国合同法》   | (369) |
| 附录 B 《中华人民共和国招标投标法》 | (401) |
| 参考文献                | (408) |

## 第一章

# 合同法基本理论（一）

合同是商品交易和流转的基本形式，在市场经济交易中，合同几乎无处不在，社会上各种各样的活动大都是依据合同进行的。学习和掌握合同法律知识具有重要的理论和现实意义，有助于我们采取正确的行为方式实现自己的利益，减少纠纷的发生。本章首先从合同的概念、特征、分类方面对合同进行介绍、分析，帮助大家树立有关合同的基本观念，掌握一些基本概念。然后就合同法的基本原则进行介绍和阐释，使大家了解合同法的基本精神，为理解合同法具体制度和规则奠定基础。

## 第一节

## 合同的基本概念

### 一、合同的概念与特征

#### （一）合同的概念

关于合同的概念两大法系有不同的理论和立法例。大陆法系主张“合意说”，认为合同是基于双方当事人的一种合意而产生的法律关系。<sup>①</sup>英美法系则主张“允诺说”，认为合同是一种允诺。<sup>②</sup>我国民法理论受大陆法系传统的影响，认为合同在本质上是一种协议。如我国《中华人民共和国民法通则》第八十五条规定：“合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。”《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第二条也规定：“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。”

#### （二）合同的法律特征

从合同的概念可知，合同具有以下法律特征。

##### 1. 合同是一种民事法律行为

民事法律行为是民事主体实施的，能够引起民事权利义务产生、变更或终止的合法行为。合同作为民事法律行为，在本质上属于合法行为。依法订立的合

---

<sup>①</sup> 《法国民法典》第一千一百零一条规定：“合同为一种合意，依此合意，一人或数人对于其他一人或数人负担给付某物，做或不做某事的义务。”《德国民法典》第三百零五条规定：“依法律行为发生债的关系或变更法律关系的内容者，除法律另有规定外，应依当事人之间的合同。”

<sup>②</sup> 《美国法律重述合同》（第2版）第一条规定：“合同是一个或一系列允诺，违反该允诺将由该法律给予救济。履行该允诺是法律所确认的义务。”

同,才具有法律约束力,并受到国家法律的保护。

## 2. 合同是双方或多方当事人意思表示一致的民事法律行为

合同的成立必须有两方或者多方当事人,他们相互为意思表示,并且意思表示一致。这是合同区别于单方法律行为的主要标志。

## 3. 合同是以设立、变更、终止民事权利义务为目的的民事法律行为

所谓设立民事权利义务关系,是指当事人订立合同旨在形成某种法律关系,从而享有民事权利,承担民事义务。所谓变更民事权利义务关系,是指当事人在继续保持原合同关系效力的前提下,通过订立一个新的合同来修改原合同的内容。所谓终止民事权利义务关系,是指当事人通过订立新合同,消灭原合同。

## 4. 合同是当事人各方在平等、自愿的基础上实施的法律行为

各方当事人在订立合同时的法律地位是平等的,其所做的意思表示是自主自愿的。当然,为了实践合同正义,当事人的意思表示也受到一定的限制,如强制缔约、格式合同等。

# 二、合同行为、合同过程和合同关系

## (一) 合同行为

合同是一种双方的民事法律行为,以合意为其中心,并按照当事人的合意赋予法律效果。这是一种关于合同的传统界定,其所关注的是合同的行为侧面。

然而,如果要对合同做更为全面的把握和理解,还应当关注合同的过程侧面和合同关系侧面。

## (二) 合同过程

现代的学说倾向于从过程的侧面把握合同,认为现实的合同是一种从合同缔结前的阶段到履行完毕后的一个连续的过程。现代社会中继续性合同日益凸显其重要性,其相关问题在传统的合同法理中却难以获得完美的解答,合同过程论正是在这种背景下出场的。

借助于合同过程论,我们可以更好地理解我国《合同法》的相关规定,如合同缔结过程中的保密义务和缔约过失责任等。

## (三) 合同关系

合同关系即合同当事人之间的权利义务关系。合同关系作为一种法律关系,是由主体、客体及内容三部分组成的。

### 1. 合同关系的主体

合同关系的主体,也称为合同的当事人,是缔结合同的双方或者多方民事主体。在第三人利益合同中,虽然享有利益的是第三人,该第三人却不是合同关系的主体。

作为合同关系的主体,其中享有权利的称为债权人,承担义务的称为债务人。在双务合同中,合同债权人与债务人是相对的,一方当事人既是债权人,又

是债务人。

## 2. 合同关系的客体

合同关系的客体,也称合同的标的,是指合同关系中权利义务所指向的对象,是债的内容所要求的债务人的行为。在有的合同关系中,除作为客体或标的的行为之外,还存在具体的物,称为标的物,是债务人行为具体作用的对象。

## 3. 合同的内容

合同的内容,即合同权利与合同义务,称合同上的债权债务。合同关系的内容于合同成立时起即全部确立下来,固然是最为理想的,但在长期的继续性合同场合,则会遇到困难,许多合同内容是要到将来再逐步确定的。合同债权,具体表现为一种请求权。合同债务,是合同债务人依合同关系所负的义务。

# 第二节 合同的分类

为了促进合同立法的科学化,方便人们认清各类合同的特征,顺利的订立和履行合同,有必要对合同按照不同的标准进行分类。这里介绍一些具有典型意义的合同分类。

## 一、双务合同与单务合同

以合同双方当事人<sup>①</sup>在合同成立后是否负有具有对价意义的债务为标准,合同可以分为双务合同和单务合同。

双务合同,是双方当事人互负对待给付义务的合同,即一方当事人之所以负给付义务,在于获得对待给付。例如买卖合同、租赁合同、承揽合同等。单务合同,指仅有一方当事人负给付义务的合同,例如赠与合同、无偿保管、无偿委托合同等。注意,一方当事人负有义务,对方当事人不负有义务,显然是无偿合同。但如果双方当事人均负有义务,如果一方当事人负担给付义务,对方当事人仅承担次要义务,由于双方的义务不具有对价意义,故仍然属于单务合同,如负义务的赠与合同和负义务的使用借贷合同。<sup>①</sup> 区分双务合同与单务合同的法律意义有以下三点。

### 1. 在同时履行抗辩的适用方面

双务合同适用同时履行抗辩原则,而单务合同中不适用。即在双务合同中一方不履行合同义务时,他方有权拒绝履行其义务,而单务合同中,负有义务的一方不能因为另一方没有义务而拒绝履行其义务。

### 2. 在风险负担方面

在风险负担方面,双务合同因不可归责于双方当事人的原因而不能履行时,

<sup>①</sup> 陈小君. 合同法学 [M]. 北京: 高等教育出版社, 2003: 382.

发生风险负担问题，因合同类型不同而有交付主义（《合同法》第一百四十二条）、合理负担主义（《合同法》第三百三十八条）等。在单务合同中，因不可归责于双方当事人的原因而债务人的债务不能履行时，不发生债权人的对待债务是否存在的问题，也不发生对待风险负担问题。

### 3. 在债务不履行的后果方面

在双务合同中，当事人一方违约时，守约方若已履行合同，则可以请求违约方强制履行或者承担其他违约责任，条件具备时还可以解除合同；解除合同并溯及既往时，守约方有权请求违约方返还受领的给付。单务合同不发生这种后果。

## 二、有偿合同与无偿合同

根据当事人是否可以从合同中获取某种利益，可以将合同分为有偿合同与无偿合同。

有偿合同，是指一方通过履行合同规定的义务而给对方某种利益，对方要得到该利益必须为此支付相应代价的合同。有偿合同是商品交换最典型的法律形式，在实践中，绝大多数反映交易关系的合同都是有偿的。如买卖合同、租赁合同、承揽合同等。

无偿合同，是指一方当事人做出的给付，或者虽然是双方做出给付但双方的给付之间不具有对价意义的合同。如借用人无偿借用他人物品，负有正当使用和按期返还的义务。

区分有偿合同与无偿合同的标准有四条。

### 1. 责任的轻重不同

在无偿合同中，债务人所负的注意义务较有偿合同轻。如保管人因一般过失致保管物毁损灭失的，若为有偿保管，应承担全部赔偿责任；若为无偿保管，则可酌情减轻。

### 2. 主体要求不同

订立有偿合同原则上都要求是完全民事行为能力人，限制民事行为能力人非经其法定代理人同意不得订立重大的有偿合同。对纯获益的无偿合同，限制民事行为能力人和无民事行为能力人可以订立，如接受赠与。但在负有返还原物的无偿合同中，仍需要取得其法定代理人同意。

### 3. 有无返还义务不同

如果无权处分人通过有偿合同将该财物转让给第三人，第三人为善意时，一般不负返还义务；如通过无偿合同转让，在原物存在的情况下，第三人负有返还原物的义务。

### 4. 可否行使撤销权不同

债务人将其财产无偿转让给第三人，严重减少债务人的责任财产，危及债权人债权的，债权人可以直接请求撤销该无偿转让行为。但对于有偿的并且非明显

低价的处分行为,只有在债务人及其第三人在实施交易行为时存在恶意时,方能行使撤销权。

### 三、要式合同与不要式合同

根据合同是否需采用法律要求的形式为标准,可将合同分为要式合同与不要式合同。

要式合同,是指必须根据法律规定的形式而成立的合同。对于一些重要的交易,法律常要求当事人必须采取特定的形式订立合同,如金融机构的借款合同。在我国,所谓特定形式,主要有特别指定的书面形式、公证、登记等。

不要式合同,是指当事人依法订立的并不需要采取特定形式,可以采取口头形式、也可以采取书面形式的合同。根据合同自由原则,当事人有权选择合同形式,但对于法律有特别的形式要件规定的,当事人必须遵循法律规定。因此,合同除法律有特别规定的以外,均为不要式合同。

区分要式合同与不要式合同的法律意义在于:要式合同如果不符合形式要件会发生一些特别的法律效果,例如合同不成立、无效或者其他效果,而这些情形不会出现在不要式合同中。

### 四、诺成合同与实践合同

以合同的成立是否须以交付合同的标的物或完成其他给付为标准来划分,合同可分为诺成合同与实践合同。

诺成合同,是指当事人一方的意思表示一旦经对方同意即能产生法律效果的合同,即“一诺即成”的合同。这种合同的特点在于,当事人双方意思表示一致合同即告成立。绝大多数合同都是诺成合同。

实践合同,是指除当事人双方意思表示一致以外尚需交付标的物才能成立的合同。在这种合同中,仅凭双方当事人的意思表示一致不能产生一定的权利义务关系,还必须有一方当事人实际交付标的物的行为,才能产生法律效果。例如小件寄存合同,必须要寄存人将寄存的物品交给保管人,合同才能成立并生效。

区分诺成合同和实践合同的法律标准有以下两条。

#### 1. 成立的要件不同

诺成合同以合意为成立要件,实践合同以合意和交付标的物或者完成其他给付为成立要件。

#### 2. 交付标的物或完成其他给付的行为性质以及违反该义务的责任性质不同

诺成合同中交付标的物或完成其他给付,是当事人履行合同义务的行为,违反该义务产生违约责任。在实践合同中,该交付或给付行为是先合同义务,违反它不产生违约责任,可能会构成缔约过失责任。

## 五、束己合同与涉他合同

以是否严格遵守合同相对性原则还是涉及第三人为标准,合同可以分为束己合同与涉他合同。<sup>①</sup>

束己合同,是指订约合同当事人订立合同是为自己设定权利和义务,使自己直接取得和享有某种利益的合同。束己合同严格遵守合同相对性原则,不对第三人设定权利义务,不对第三人产生拘束力。

涉他合同,指合同当事人在合同中为第三人设定权利义务的合同,是对合同相对性的突破,包括“为第三人的利益合同”和“由第三人履行合同”两种类型。其中,为第三人利益合同,是指当事人为第三人设定了合同权利,由第三人取得利益的合同。如保险合同。由第三人履行义务合同,是指合同当事人为第三人约定了合同义务,由第三人向合同债权人履行。如连环买卖合同。

区分束己合同与涉他合同的法律意义在于区分两者法律效力的范围问题。需要注意的是涉他合同虽然是对合同相对性原则的突破,但并不完全背离该原则,第三人并不成为合同当事人,在发生违约的场合,仍然由债务人向债权人承担责任。

## 六、一时合同与继续性合同

根据时间因素是否对合同给付义务的内容产生影响,可以将合同分为一时合同与继续性合同。

一时合同,也称一次给付合同或单发合同,指合同的内容,一次给付即可实现。如买卖、赠与、承揽等。

继续性合同,指合同的内容,并非一次给付可以完成,而是继续地实现,其基本特点在于,时间因素在债的履行上居于重要地位,总给付的内容取决于应给付的时间的长度。<sup>②</sup>如合伙、租赁、消费借贷、使用借贷、保管、委托等都属于继续性合同。区分一时合同与继续性合同的标准有以下三条。

### 1. 在合同无效或撤销后的法律效果不同

对于一时合同,合同无效或被撤销则自始没有法律约束力,因该合同取得的财产,应予以返还,不能返还的,应当折价补偿。对于继续性合同则应该限制无效或撤销的溯及效力,使当事人主张无效或撤销的效力只向将来发生效力,过去的法律关系不因此受影响。<sup>③</sup>

### 2. 在违约补救方面

违反继续性合同,原则上应当区分“个别给付”与“整体合同”予以处理。<sup>④</sup>对于个别给付,可直接适用《合同法》有关违约责任、瑕疵担保的规定;

<sup>①</sup> 陈小君. 合同法学 [M]. 北京: 高等教育出版社, 2003: 382.

<sup>②③④</sup> 王泽鉴. 债法原理 (第一册) [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001: 132, 133, 133-134.

对于整个合同而言，解除时宜无溯及力。

### 3. 在合同的延期方式方面

继续性合同的期限届满时，当事人可以采取默认的方式延长合同期间。如在租赁合同中，在租赁期满时，承租人继续使用租赁物，出租人没有提出异议的，原租赁合同继续有效。在一时合同中则必须重新签订合同。

## 七、主合同与从合同

根据合同相互间的主从关系，可以将合同分为主合同与从合同。

所谓主合同，是指不需要其他合同的存在即可独立存在的合同。例如，对于保证合同来说，设立主债务的合同就是主合同。所谓从合同，就是以其他合同的存在为前提的合同。例如，保证合同相对于主债务合同而言即为从合同。由于从合同要依赖主合同的存在而存在，所以从合同又被称为“附属合同”。其主要特点在于其附属性，即它不能独立存在，必须以主合同的存在并生效为前提。主、从合同是相对而言的，没有主合同就没有从合同，没有从合同，也无所谓主合同。

区分主合同和从合同的法律意义在于明确它们之间的制约关系：主合同不能成立，从合同就不能有效成立；主合同转让，从合同也不能单独存在；主合同被宣告无效或被撤销，从合同也将失效；主合同终止，从合同也随之终止。尽管主合同的存在并生效将直接影响从合同的成立及效力，但因为主合同并不依附从合同，相反它是可以独立存在的，因此，从合同不成立或不生效，一般并不影响主合同的效力。

## 八、有名合同与无名合同

以法律对合同的内容是否规范并赋予特定的名称为标准来划分，可将合同分为有名合同与无名合同。

有名合同，又称典型合同，指法律明确规范并赋予特定名称的合同。《合同法》规定的常见的有名合同有买卖合同、借款合同、租赁合同、承揽合同、保管合同等 15 种。

无名合同指法律未做规范、也未赋予特定名称的合同。这类合同在现实生活中大量存在，在现代社会经济生活中扮演着越来越重要的角色，《合同法》第一百二十四条对此做了原则性的规定。

区分有名合同与无名合同的意义在于，对于有名合同，当事人应遵循《合同法》规范确定的当事人的权利义务及其法律责任，以维护当事人的合法权益；对于无名合同，由于《合同法》对其未做规范，因此，无名合同当事人发生纠纷，按《合同法》第一百二十四条的规定处理，即“适用本法总则的规定，并可以参照本法分则或者其他法最相类似的相关规定。”

### 第三节 合同法的基本原则

#### 一、合同法基本原则概述

合同法基本原则,是适用合同法特定领域乃至全部领域的准则,体现了合同法的基本理念和价值,是进行合同立法、司法和守法的基本准则。如平等原则、自愿原则、诚实信用原则都属于基本原则。确立合同法基本原则具有如下意义。

##### 1. 合同法基本原则体现了合同立法的指导思想和根本精神

合同法的规范是一个有机的体系。该体系是由贯穿于合同法具体规范的基本精神或者基本原则作为基础的。立法者在这些基本精神或基本原则中找到了立法的定位,据此设计合同的具体规范,并将立法的基本精神或基本原则具体化为法律条文,形成了基本原则条款。

##### 2. 合同法的基本原则是合同立法的基本准则

具体制度及规范应以合同法的基本原则为依据,如:以合同自由原则作立法依据时,在《合同法》的具体条款中,就会少出现一些禁止性规范,更多的是任意性法律规范;反之,以计划经济为基本原则,《合同法》就会通过大量强制性的规范,严格限制当事人的交易自由。由此可见,采纳不同的基本原则,将对合同的立法内容产生截然不同的影响。

##### 3. 合同法的基本原则可以为合同司法活动提供指导

合同纠纷的解决主要是依靠合同法的具体规定,但在解释具体规范的时候,需要以合同法的基本原则为指导。另外,合同法本身不可避免的缺漏、不周延、不明确的地方,法院在无法找到相应的一般法律规范调整某一纠纷关系时,可直接引用《合同法》的基本原则作为认定某纠纷的法律,以达到合同法对社会交易关系的法律调整。

##### 4. 合同法的基本原则为当事人提供抽象的行为准则

基本原则虽然不同于具体的合同法规则,可以为当事人确定具体的权利义务工序和行为模式,但其在具体合同规则缺失的情况下也具有规范作用。因为社会生活总是处于不断的变化之中,合同法的具体规范不可能对于各类合同关系都做出全面而详细的规定,不可能预见所有的新情况新问题。在这种情况下,依据基本原则从事交易活动,也是十分必要的。

#### 二、合同法基本原则的内容

##### (一) 平等原则

平等原则指合同当事人享有独立、平等的法律上的人格,在合同关系中互不

隶属，各自能独立地从事某种行为，其合法权益受到法律的保护。平等原则反映了合同法所调整的社会关系的本质特征，是私法主体平等原则在合同法中的体现。我国《合同法》第三条确定了合同当事人法律地位平等的原则。该条规定：“合同当事人的法律地位平等，一方当事人不得将自己的意志强加给另一方。”

平等原则的主要内容包括：①在合同关系中双方当事人法律地位平等，不存在隶属关系、服从和领导的关系；②合同当事人在适用合同法上的平等，即平等地适用合同法决定相互之间的权利义务关系；③在发生合同纠纷时，当事人享有平等的寻求法律救济的权利。

## （二）合同自由原则

合同自由原则，指只要不违反法律的强制性规定和公序良俗，当事人对与合同有关的一切事项都有选择和决定的自由。其本质是合同权利义务只有基于当事人的自由意志而产生时，才应对当事人具有拘束力。我国《合同法》第四条规定：“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。”自愿即自由。

合同自由包括法律上的自由和事实上的自由：前者是指当事人所享有的在法律允许范围内通过合同做出选择和决定的自由，它指的是合同自由的数量；后者则是指由当事人知识、经验以及经济实力、社会环境等主客观因素决定的就具体交易情势做出选择和决定的自由，主要是指合同自由的质量。<sup>①</sup>

合同自由在合同法中主要表现为以下五点。

### 1. 缔约自由

即决定是否缔约的自由，是合同自由原则最基本的含义，是当事人确定合同内容自由的前提。缔约自由包括邀约自由和承诺自由，前者指是否向他人发出邀约的自由；后者则指是否接受他人邀约以成立合同的自由。

### 2. 选择相对人的自由

即决定与谁缔约，选择交易伙伴的自由。由于不同的交易对象有不同的资信状况，有不同的交易方式，会导致不同的交易结果。因此，选择相对人的自由，实质是认可了当事人自由参与市场活动，自由竞争的自由。

### 3. 确定合同内容的自由

即当事人有权决定合同的具体内容的自由，这是合同自由原则的核心内容。包括两个方面的含义：一是有权决定合同类型的自由，不受他人干涉。二是有权决定合同的具体条款，如交易内容、权利义务分配、合同风险承担、违约责任的确定、发生纠纷时的解决方法等条款。注意，这种自由要以不得违反法律的强制性规定为前提。

<sup>①</sup> 李建伟. 民法 62 讲 [M]. 北京：人民法院出版社，2006：415-416.

#### 4. 选择合同形式的自由

当事人可以选择以书面形式,也可以以口头形式或其他形式订立合同。只要不违反法律的强制性规定,当事人采取任何方式订立的合同都受法律保护。

#### 5. 变更或解除合同的自由

即当事人在合同依法成立后,履行完毕前,有权通过协商变更合同内容或者解除合同。

当然,合同法所确立的合同自由是一种相对的自由,不是绝对的、无限制的自由。为了保障市场经济的有序发展、维护社会公共利益,实现社会公平,现代民法在合同法的框架内外,发展出了一系列的限制合同自由的干预措施。如国家宏观调控、强制缔约等。

### (三) 公平原则

公平的原则是指本着社会公认的公平观念确定当事人之间的权利、义务,也称为“正义原则”。它是一种道德观念的法律化。我国《合同法》第五条规定:“当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务。”其内容包括以下三点。

#### 1. 订合同过程中

当事人之间在订合同的过程中,应本着公平合理的标准确定当事人双方的权利与义务,不能在双方的利益上显失公平。

#### 2. 履行合同过程中

合同履行过程中的风险合理负担,一旦出现损失,亏损的利益减少时,应运用公平、正义的标准进行价值判断,找出解决的办法,妥善处理。

#### 3. 在发生合同纠纷时

在发生合同纠纷时,法院或仲裁机构应当依照公平原则对当事人的权利义务进行价值判断,公平的适用法律,确定法律责任的承担。

公平原则在合同法中的适用,往往起到补充作用,当商品交换关系中出现了不能以等价有偿的原则调整财产关系时,往往运用公平原则加以调整和处理。公平标准是以社会大多数人的普遍认可的价值标准来确定,公平的标准必须参考各类综合因素后确定。同时,公平原则的运用,也给予了审判人员在审理案件中的自由裁量权。这一原则的实施更充分显示了合同法律的公正性、正义性。正因为这一特性的存在,合同法成为人们在社会交易活动中首推的行为规则、法律制度。

### (四) 诚实信用原则

诚实信用原则简称诚信原则,是私人活动领域的基本原则“诚实生活,勿害他人”的概括和总结。<sup>①</sup>它要求当事人在民事活动中,善意行事,诚实守信,不损害他人合法权益。即在不损害他人利益和社会利益的前提下,追求自己的利

<sup>①</sup> 陈小君. 合同法学 [M]. 北京: 高等教育出版社, 2003: 30.

益,其目的是为了实现在当事人之间以及当事人与社会之间利益的平衡。我国《合同法》第六条明确规定:“当事人行使权利,履行义务应当遵循诚实信用原则。”

诚实信用原则在合同法领域主要表现为以下方面。

### 1. 合同订立阶段

在合同订立阶段,根据诚实信用原则,当事人之间负有忠实、诚实、保密、相互照顾和协力的附随义务。任何一方不得采用恶意谈判、欺诈等手段牟取不正当利益,并致他人损害,也不得披露和不正当使用他人的商业秘密。依据诚实信用原则产生的订约过程中的附随义务,随着当事人之间的联系的不断密切而发展,当事人一方不履行这些义务而给另一方造成信赖利益的损失,应当承担缔约过失责任。

### 2. 在合同履行过程中

在合同履行过程中,当事人应当严格遵循诚实信用原则,根据合同性质、目的及交易习惯履行通知、协助和保密的义务。具体而言当事人除了积极履行法律规定和合同约定的义务,还要履行依诚实信用原则产生的各种附随义务,在法律和合同规定不明确或缺缺时,当事人应当依据诚实信用原则履行义务。

### 3. 在合同终止后

在合同终止后,当事人应该遵循保密和忠实的义务等后契约义务。一方违反这种义务给另一方造成损失时,应承担损害赔偿赔偿责任。

### 4. 在合同解释时

在合同解释时,应当遵循诚实信用原则。在合同条款的解释上,当事人订立合同的条款不清楚、不准确,未能将其双方的真实意思表达出来,在合同履行中发生纠纷,司法审判人员应本着诚实信用的原则,考虑各种因素(如合同订立目的,交易习惯等),以探求出合同当事人的真实意思,并正确解释合同,以判明是非确定责任。<sup>①</sup> 注意,根据法律适用的一般原则,诚实信用原则只有在法律或合同没有明确规定,或规定内涵不清楚的情况下才能使用作为填补法律漏洞的根据。

## (五) 公序良俗原则

所谓公序良俗的原则,指当事人在订立合同、履行合同的过程中,应遵守社会公共秩序、法律、行政法规的规定,符合社会的公共道德标准,不得危害社会秩序。我国《合同法》第七条规定:“当事人订立履行合同,应当遵守法律,行政法规,尊重社会公德,不得扰乱社会经济秩序,损害社会公共利益。”

在市场经济的条件下,提倡公序良俗的原则无疑是非常重要的。市场交易是一种利益取舍的场所,为了个人的利益损害国家或他人利益的行为时有发生,违反社会一般道德准则的丑恶行为也时时闪现出来。为抵制这些行为的发生,在合

<sup>①</sup> 王利明,崔建远. 合同法学 [M]. 北京:北京大学出版社,1999:36-37.