

2003 GUOJIA SIFA KAOSHI GAOJIE JIAOCHENG

民法

①

国家司法考试

高阶教程

作者 付英 王丰



经济科学出版社

2003 GUOJIA SIFA KAOSHI GAOJIE JIAOCHENG

国家司法考试

高阶教程

民法

①

作者 付英 王丰

2003

经济科学出版社

责任编辑：刘殿和
责任校对：杨晓莹
技术编辑：董永亭

民 法

作者 付英 王丰

经济科学出版社出版、发行 新华书店经销

社址：北京海淀区阜成路甲 28 号 邮编：100036

总编室电话：88191217 发行部电话：88191540

网址：www.esp.com.cn

电子邮件：esp@esp.com.cn

天津新华印刷一厂印装

787×1092 16 开 61 印张 1950000 字

2003 年 1 月第一版 2003 年 1 月第一次印刷

印数：0001—8000 册

ISBN 7-5058-3357-X/D·132 定价(上下)：113.80 元

(图书出现印装问题，本社负责调换)

(版权所有 翻印必究)

目录

第20章 合同概述	435	第26章 无因管理和不当得利之债	662
第一节 合同的概念和特征	435	第一节 不当得利之债	662
第二节 合同关系	437	第二节 无因管理之债	666
第三节 合同的分类	440	第27章 知识产权概述	671
第21章 合同的成立和效力	449	第一节 知识产权	671
第一节 合同的订立概念和成立要件	449	第二节 知识产权法	674
第二节 要约	451	第28章 著作权	676
第三节 承诺	461	第一节 著作权概述	677
第四节 合同的效力	471	第二节 著作权的客体	679
第22章 合同的内容、解释与形式	485	第三节 著作权的主体	685
第一节 合同的内容	485	第四节 著作权的内容	697
第二节 合同解释	490	第五节 著作权的限制	706
第三节 合同的形式	492	第六节 邻接权	713
第23章 合同的变更和解除	496	第七节 著作权侵权行为	723
第一节 合同的变更	496	第八节 计算机软件著作权	733
第二节 合同的解除	499	第29章 专利权	741
第24章 合同责任	509	第一节 专利权主体与客体	741
第一节 缔约过失责任	509	第二节 授予专利权的条件	749
第二节 违约责任	513	第三节 授予专利权的程序	753
第25章 合同法分则	531	第四节 专利权的内容	766
第一节 买卖合同	533	第五节 专利权的保护	773
第二节 供用电、水、气、热力合同	554	第30章 商标权	784
第三节 赠与合同	556	第一节 商标概述	784
第四节 借款合同	562	第二节 商标权的法律关系	787
第五节 租赁合同	567	第三节 商标权的取得	793
第六节 融资租赁合同	579	第四节 商标权的消灭	804
第七节 承揽合同	586	第五节 注册商标专用权的保护	810
第八节 建设工程合同	595	第31章 婚姻、家庭	820
第九节 运输合同	600	第一节 结婚	820
第十节 保管合同	612	第二节 家庭关系	827
第十一节 仓储合同	618	第三节 离婚	836
第十二节 委托合同	623	第32章 继承权概述	846
第十三节 行纪合同	632	第一节 继承权概述	846
第十四节 居间合同	638	第二节 继承权的取得、放弃、丧失和保护	849
第十五节 技术合同	642	第三节 遗产	853

第33章 法定继承	856	第三节 无人继承又无人受遗赠的 遗产	890
第一节 法定继承概述	856	第37章 人身权	892
第二节 法定继承的范围和继承 顺序	858	第一节 人身权的一般问题	892
第三节 代位继承与转继承	861	第二节 人格权	896
第四节 法定继承的遗产分配	864	第三节 身份权	915
第34章 遗嘱继承	867	第四节 人身权的法律保护	919
第一节 遗嘱继承概述	867	第38章 侵权的民事责任	929
第二节 遗嘱	869	第一节 侵权的民事责任概述	929
第35章 遗赠和遗赠扶养协议	876	第二节 一般侵权民事责任的构成 要件	933
第一节 遗赠	876	第三节 侵权责任的抗辩事由	936
第二节 遗赠扶养协议	879	第四节 侵权行为的归责原则	942
第36章 继承的开始与遗产处理	883	第五节 特殊侵权行为	945
第一节 继承的开始	883	第六节 共同侵权行为	960
第二节 遗产的分割与被继承人 债务的清偿	886		

第20章 合同概述

本章注意：

1. 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意思表示一致的协议，是反映交易的法律形式。
2. 合同的特征是：①合同是一种民事法律行为；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；③合同是平等主体的自然人、法人或非法人组织意思自治的一种民事法律行为；④由合同产生的法律关系具有相对性。
3. 合同相对性规则的内容主要包括：主体的相对性、内容的相对性和责任的相对性。
4. 依不同的标准，可将合同划分为：单务合同与双务合同；有偿合同与无偿合同；要式合同与不要式合同；有名合同与无名合同；诺成合同与实践合同；格式合同；主合同与从合同；涉他合同与自己合同。

第一节 合同的概念和特征

考点精要：■合同的概念 ■合同的特征

相关法条：

《合同法》

第1条 为了保护合同当事人的合法权益，维护社会经济秩序，促进社会主义现代化建设，制定本法。

第2条 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。

第3条 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。

第4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。

第5条 当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务。

第6条 当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。

第7条 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。

法条评述：

1. 《合同法》第1条规定了合同法的立法目的。

2. 《合同法》第2条规定了合同法的调整范围。《合同法》调整的是民事合同，既包括设定债权债务关系的债权合同，也包括一些设定物权关系的物权合同，如抵押合同等，但不调整包括婚姻、收养、监护等有关身份关系的合同。以变动身份关系、物权关系为目的的合同，通常有亲属法、物权法调整。

3. 《合同法》第3条规定了平等原则,是指合同法赋予合同主体平等的民事权利能力,并要求所有合同主体同受普遍性法律的约束。

4. 《合同法》第4条规定了合同自由原则,是指合同主体在进行合同活动时,意志独立、自由和行为自主,即合同主体在从事合同活动时,以自己的真实意志来充分表达自己的意愿,根据自己的意愿来设立、变更和终止民事权利义务关系。合同自由原则包括:①缔结合同的自由;②选择相对人的自由;③决定合同内容的自由;④变更和解除合同的自由;⑤选择合同方式的自由;⑥裁判自由为合同自由的当然内容。

5. 《合同法》第5条规定了公平原则。

6. 《合同法》第6条规定了诚实信用原则。

7. 《合同法》第7条规定了合法性原则。包括四个方面的内容:①合同的内容必须符合法律、法规的规定;②合同的形式、成立程序必须符合法律、法规的规定;③合同的履行必须符合法律、法规的规定;④合同的目的合法。

本节解谜:

一、合同的概念

合同也称契约,本质上是当事人之间权利义务关系的协议。

《合同法》第2条明确规定:“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。”但“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。”因此,我们所称的合同,是除身份合同以外的全部财产合同。

在债的体系中,合同属于约定之债,称合同之债,是债发生的原因之一。因此,债权概述中关于债的变更、债的消灭、债的担保等,对于合同之债同样适用。

二、合同的特征

根据《合同法》的规定,合同具有以下特征。

1. 合同是一种民事法律行为

民事法律行为是以发生一定民事法律后果为目的的行为。作为民事法律行为的合同,其当事人的目的总是为了设立、变更或终止一定的民事权利义务关系。作为债的发生原因的合同,须以变动债权债务关系为目的。合同以外的一些行为如侵权等虽能在当事人之间产生权利义务关系,但这类行为所产生的法律后果不是当事人双方所希望的结果,因而不是合同行为。以变动身份关系、物权关系为目的的合同,一般由亲属法、物权法调整。

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

民事法律行为有单方、双方与多方之分。仅有一个意思表示民事法律行为就可成立的,为单方民事法律行为;或虽有双方意思表示,但表示不一致,合同则不成立。只有在双方意思表示一致时,合同才能成立。由于合同是合意的结果,因此它必须包括以下要素:

- (1) 合同的成立必须要有两个以上的当事人。
- (2) 各方当事人须相互作出意思表示。
- (3) 各个意思表示是一致的,即当事人达成了合意。

3. 合同是平等主体的自然人、法人或非法人组织意思自治的一种民事法律行为

“平等”,是指当事人在合同关系中法律地位平等;“意思自治”,是指当事人缔结合同,由当事人自主决定,任何人不得干预。只要当事人之间订立的合同不违反法律的强制性规定和公共秩序、善良风俗,合同的内容完全依据当事人的自主意志决定。

4. 由合同产生的法律关系具有相对性

相对性主要是指合同关系只能发生在特定的合同当事人之间,只有合同的当事人基于合同向对方提出请求或提起诉讼;除法律、合同另有规定外,只有合同当事人才能享有该合同规定的权利,承担合同规定的义务和在违约时依法承担违约责任。与合同当事人没有发生合同上权利义务关系的第三人不能依据合同向合同当事人提出请求或提起诉讼,也不承担合同的义务。

由于合同在本质上是一种协议,因此合同与能够证明协议存在的合同书是不同的。在实践中,许多人将合同等同于合同书,认为只有存在着合同书才有合同关系的存在,这种理解是错误的。合同书和其他有关合同的证据一样,都只是用来证明合同关系的存在及内容的证据,但其本身不能等同于合同关系,也不能认为只有合同书才有合同关系。

典型考题:

1. 下列各项属于《合同法》调整范围的有()。

- A. 行政合同 B. 债权合同 C. 婚约 D. 收养合同

答案剖析: B。

B对CD错,《合同法》第2条的规定:“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。”据此,《合同法》调整债权合同,不调整婚约、收养合同。

A错,《合同法》调整的是平等主体之间的民事法律关系,因此,行政合同也不属其调整范围。

2. 下列关于合同自愿原则的表述正确的有()。

- A. 当事人有决定合同内容的自由 B. 我国《合同法》对合同形式自由不予承认
C. 当事人有决定是否签订合同的自由 D. 当事人有决定与谁签订合同的自由

答案剖析: ACD。

ACD对,《合同法》第4条规定了合同自由原则:“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。”合同自由原则的内容包括:①缔结合同的自由;②选择相对人的自由;③决定合同内容的自由;④变更和解除合同的自由;⑤选择合同方式的自由;⑥裁审自由为合同自由的当然内容。

B错,《合同法》承认合同形式自由,合同的形式一般不受限制。

3. 下列各项中,不能作为合同当事人的是()。

- A. 甲(6岁) B. 羊县人民政府 C. 仁义合伙企业 D. 飞腾公司财务部

答案剖析: D。合同的主体要求是自然人、法人或其他组织。D错,D项表述是职能部门,不能作为合同的当事人。

全真考题:

下列协议中哪个适用《合同法》?() (2000年试卷三第17题,单选)

- A. 甲与乙签订的遗赠扶养协议 B. 乙与丙签订的监护责任协议
C. 丙与本集体经济组织签订的联产承包协议 D. 丁与戊企业签订的企业承包协议

答案剖析: D。本题考查合同的适用范围。

《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。”

AB错,AB两项均为有关身份关系的协议,不适用《合同法》的规定。

C错,因C项表述中的双方地位不平等。

第二节 合同关系

考点精要: ■合同的相对性规则 (□主体的相对性□内容的相对性□责任的相对性)

相关法条：

《合同法》

第109条 当事人一方未支付价款或者报酬的，对方可以要求其支付价款或者报酬。

第121条 当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定解决。

《民法通则》

第116条 当事人一方由于上级机关的原因，不能履行合同义务的，应当按照合同约定向另一方赔偿损失或者采取其补救措施，再由上级机关对它因此受到的损失负责处理。

法条评述：

以上三个法条规定了违约责任的相对性。违约责任的相对性，是指违约责任只能在特定的当事人之间，即合同关系的当事人之间发生，合同关系以外的人，不负违约责任，合同当事人不对其承担违约责任。

1. 《合同法》第109条规定了违约责任只能在特定的当事人之间，即只在合同关系的当事人之间发生。

2. 《合同法》第121条规定了在因第三人的行为造成债务不能履行的情况下，债务人仍应向债权人承担违约责任。债务人在承担违约责任以后，有权向第三人追偿。

3. 《民法通则》第116条的规定确认了债务人应就第三人行为向债权人负责的原则，与《合同法》第121条的规定是相一致的。

本节解谜：

合同是发生在当事人之间的一种法律关系。合同关系和一般民事法律关系一样，也是由主体、内容、客体三个要素组成。

(1) 合同关系的主体，又称为合同的当事人，包括债权人和债务人。债权人有权请求债务人依据法律和合同的规定履行义务；而债务人则应依据法律和合同负有实施一定行为的义务。当然债权人与债务人的地位是相对的。在某些合同关系中，当事人双方互为权利义务，即一方所享有的权利，乃是另一方所负有的义务，反之亦然。因此，双方互为债权人和债务人。由于债权人和债务人都是相对的，正是从这个意义上，合同债权又称为相对权。

合同关系的主体都是特定的。主体的特定化是合同关系与物权关系、人身关系、知识产权关系的重要区别。不过，合同关系的主体虽然都是特定的，但不是固定不变的。依照法律和合同的规定，债可以发生变更和转移，从而使债的主体也会发生变化。

(2) 如果说物权的客体是物，那么合同债权的客体主要是行为。因为债权人在债务人尚未交付标的之前，并不能实际占有和支配该标的物，而只能请求债务人为一定的行为，所以合同债权指向的对象主要是债务人的行为而不是物。

(3) 合同关系的内容，是指债权人的权利和债务人的义务，主要是指合同债权和合同债务。合同作为一种民事法律关系，是债权债务的统一体。有关合同债权和合同债务，将在“合同的内容、解释与形式”一章中详细阐释。

合同作为一种民事法律关系，其不同于其他民事法律关系（如物权法律关系）的重要特点在于合同关系的相对性。所谓合同关系的相对性，即债的相对性，它主要是指合同关系只能发生在特定的合同当事人之间，只有合同的当事人一方能够向另一方基于合同提出请求或提起诉讼。与合同当事人没有发生合同上权利义务关系的第三人不能依据合同向合同当事人提出请求或提起诉讼，也不应承担合同的义务和责任；非依法律或合同规定，第三人不能主张合同上的权利。

合同相对性规则的内容主要包括：主体的相对性、内容的相对性和责任的相对性。

1. 主体的相对性

主体的相对性，是指合同关系只能发生在特定的主体之间，只有合同当事人一方才能够向另一方当事人基于合同提出请求或提起诉讼。

(1) 由于合同关系仅是在特定人之间发生的法律关系, 因此, 只有合同关系当事人彼此之间才能相互提出请求, 与合同关系当事人没有发生合同上的权利义务关系的人, 不能依据合同向合同的当事人提出合同上的请求及诉讼。

(2) 合同一方当事人只能向另一方当事人提出合同上的请求或诉讼, 而不能向与其没有合同关系的第三人提出合同上的请求及诉讼。

2. 内容的相对性

内容的相对性, 是指除法律、合同另有规定外, 只有合同当事人才能享有某个合同所规定的权利, 并承担合同所规定的义务。合同当事人以外的任何第三人不能主张合同上的权利。

在双务合同中, 合同内容的相对性还表现为一方的权利就是另一方的义务, 另一方承担义务才使一方享有权利, 权利义务是相对应的, 因此权利人的权利必须依赖于义务人履行义务的行为才能实现。

从合同关系内容的相对性原理中, 可以具体引出以下几个规则。

(1) 合同规定由当事人享有的权利, 原则上并不及于第三人。合同规定由当事人承担的义务, 一般也不能对第三人产生约束力。

(2) 合同当事人无权为他人设定合同上的义务。在实践中, 即使当事人一方与第三人之间存在着经济上的利害关系 (如长期供货关系), 也必须在征得第三人的同意后才能为其设定义务, 否则无效。

(3) 合同权利与义务主要对合同当事人产生拘束力。

一般合同之债主要是一种对内效力, 即对当事人之间的效力, 但是, 法律为防止因债权人对债务人的财产的不当减少而给债权人的债权带来损害, 允许债权人对债务人和第三人的某些行为行使撤销及代位权, 以保护其债权, 这两种权利的行使, 都涉及到合同关系以外的第三人, 并对第三人产生法律上的拘束力。因此, 合同的保全可以看做合同相对性的例外现象。

3. 责任的相对性

违约责任是当事人不履行合同所应承担的法律后果。义务是责任产生的前提, 而责任是债务人不履行其义务时, 国家强制债务人履行债务和承担责任的表现, 责任与义务是相互依存、不可分离的。由于违约责任以合同债务的存在为前提, 而合同债务则主要体现在合同义务之中, 合同义务的相对性必然决定了合同责任的相对性。

违约责任的相对性, 是指违约责任只能在特定的当事人之间, 即只在合同关系的当事人之间发生, 合同关系以外的人, 不负违约责任, 合同当事人不对其承担违约责任。《合同法》第109条和第121条规定, “当事人一方未支付价款或者报酬的, 对方可以要求其支付价款或者报酬。” “当事人一方因第三人的原因造成违约的, 应当向对方承担违约责任。”

违反合同责任的相对性, 包括以下三个方面的内容:

(1) 违约当事人应对因自己的过错造成的违约后果承担责任, 而不能将责任推卸给他人。根据合同法的一般原则, 债务人应对其履行辅助人的行为负责。所谓债务履行辅助人, 是指根据债务人的意思辅助履行债务的人。主要包括两种人: 一是债务人的代理人; 二是代理人以外的根据债务人的意思事实上从事债务履行的人。履行辅助人通常与债务人之间具有委托合同关系, 但他与债权人之间并无合同关系, 因此债务人应就履行辅助人的行为向债权人负责, 如果因为履行辅助人的过错而致债务不履行, 债务人应对债权人负违约责任。

(2) 在因第三人的行为造成债务不能履行的情况下, 债务人仍应向债权人承担违约责任。《合同法》第121条对此作了规定。

债务人在承担违约责任以后, 有权向第三人追偿。债务人为第三人的行为向债权人负责, 既是合同相对性规则的体现, 也是保护债权人利益所必需的。当然, 如果第三人行为已直接构成侵害债权, 那么, 第三人得依侵权法规定向债权人负责。我国民法也确认了债务人应就第三人行为向债权人负责的原则。《民法通则》第116条规定: “当事人一方由于上级机关的原因, 不能履行合同义务的, 应当按照合同约定向另一方赔偿损失或者采取其他补救措施, 再由上级机关对它因此受到的损失负责处理。” 《合同法》第121条中明确规定: “当事人一方和第三人之间的纠纷, 依照法律规定或者按照约定解决。” 这就是说, 对于当事人一方与第三人之间的纠纷, 有约定的应依据约定, 无约定的应依照法律规定解决。

(3) 债务人只能向债权人承担违约责任, 而不能向国家或第三人承担违约责任, 因为只有债权人和债

务人才是合同当事人。其他人因不是合同的主体，所以，债务人不应对其承担违约责任。如果因为违约造成国家、集体或他人损害的，债务人应承担民事责任、行政责任乃至刑事责任。所以，在违约的情况下，法律为制裁违约当事人的行为，对违约方处以罚款、收缴其非法所得等，都不是违约责任，而是行政责任或刑事责任。尽管多种责任有时同时存在，但并不丧失其各自固有的性质，违约责任依然属于民事责任的范畴，而罚款和收缴非法所得属于其他责任范畴。

综上所述，合同相对性规则的内容集中体现在合同的主体、内容、责任三个方面，这三个方面的相对性相辅相成、缺一不可的。

典型考题：（略）

第三节 合同的分类

考点精要：■ 单务合同与双务合同

■ 有偿合同与无偿合同

■ 要式合同与不要式合同

■ 有名合同与无名合同

■ 诺成合同与实践合同

■ 格式合同（□不可排除法定条款的效力□免责条款的提示和说明义务□非格式条款的优先效力□有利于相对人的解释原则）

■ 主合同与从合同

■ 涉他合同

相关法条：（略）

法条评述：（略）

本节解谜：

一、单务合同与双务合同

依合同的双方当事人是否互负有相应的义务，可将合同划分为单务合同和双务合同。

1. 双务合同

双务合同，是指当事人双方互负对待义务的合同。在双务合同中，当事人的义务与其所享有的权利是互相关联的，双方既同时享有权利也都同时负有义务。由于合同主要是调整商品交换、等价互利的经济关系，故绝大多数合同都是双务合同。例如：买卖、互易、租赁合同均是双务合同。

2. 单务合同

单务合同，是指合同当事人双方并不互相享有权利和义务，而主要有一方负担义务，另一方并不负有相对义务的合同。例如：赠与合同、无偿使用借贷合同、借用合同等均为单务合同。

3. 区分双务合同和单务合同的意义

（1）两者在是否适用同时履行抗辩权上不同。

A. 双务合同成立以后，当事人各基于合同负履行义务，一方负担的义务是以他方负担义务为前提的。只有在双方均同时履行了自己的义务之后，才能达到当事人订约的目的。因此一方当事人只有在自己已经履行或者提出履行以后，才能要求对方当事人向自己履行义务。即在对方未为对待履行和提出履行以前，也可以拒绝对方的履行请求。

B. 在单务合同中，因为只有一方负担义务或者另一方虽然负有义务但其所负有的义务并不是主要的义

务,不存在双方权利义务的相互对应和牵连关系,不负有履行义务的一方向负有义务的一方提出履行请求时,对方无权要求同时履行。因此,单务合同不适用同时履行抗辩权制度。

(2) 两者在风险负担上是不同的。

A. 在双务合同中,双方的权利义务互相依存、互为条件,如果不是因为一方当事人的原因而导致其不能履行合同义务,而因发生不可抗力导致不能履行,其合同债务应被免除,其享有的合同权利也应归于消灭。此时,一方应不再负有合同义务,因此也无权要求对方履行;如果对方已经作出履行的,则应将其所得返还给对方。

B. 在单务合同中,如果一方因不可抗力而导致不能履行义务,不会发生双务合同中的风险负担问题。

(3) 两者因一方的过错导致合同不能履行的后果不同。

A. 在双务合同中,如果非违约方已履行合同的,可以要求违约方履行合同或承担其他违约责任;如果违约方要求解除合同,则对其已经履行的部分有权要求未履行给付义务的一方返还其已取得的财产。

B. 在单务合同中,一般不存在上述情况。

二、有偿合同与无偿合同

依当事人之间有无对价的给付为标准,可将合同划分为有偿合同与无偿合同。

1. 有偿合同

有偿合同,是指凡是合同的一方当事人在履行了自己的义务后可以从对方获得相应补偿的合同。例如:买卖、租赁、承揽等合同均为有偿合同。

2. 无偿合同

无偿合同,是指凡是一方在履行合同后不能从对方获得补偿的合同。典型的无偿合同有赠与合同和借用合同等。

对于保管合同、委托合同、消费信贷合同等是有偿还是无偿,需视当事人是否约定有报酬而定。

3. 区分有偿合同与无偿合同的意义

(1) 限制民事行为能力人订立有偿合同时,须经法定代理人同意或追认方才有效;而对于纯获利益的赠与等无偿合同,则可单独自行订立。

(2) 决定当事人在履行合同中的不同注意程度,有偿合同的注意义务要明显高于无偿合同。例如:在保管合同中,对保管物的灭失,有偿保管的保管人负过失赔偿责任,无偿保管的保管人则负故意和重大过失责任,即一般过失不负赔偿责任。

(3) 债权人撤销权的行使,须债务人与第三人的合同以无偿转让为条件,债权人不得撤销非恶意的有偿对价行为;若被撤销的是有偿合同,须受让人知道对债权人造成损害为要件;无偿合同则无此要求。

(4) 有偿合同一般有同时履行抗辩权问题,无偿合同一般则无此问题。

三、要式合同与不要式合同

依合同成立是否需要具备某种形式,可将合同划分为要式合同与不要式合同。

1. 要式合同

要式合同,是指根据法律规定应当采取特定方式订立的合同。对于一些重要的交易,法律常要求当事人应当采取特定的方式订立合同。例如:中外合资经营企业合作合同,属于应当由国家批准的合同。

2. 不要式合同

不要式合同,是指当事人订立的合同依法并不需要采取特定的形式,当事人可以采取口头方式,也可以采取书面形式。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,当事人应当遵循法律规定。

3. 区分要式合同和不要式合同的意义

要式合同如果不具备要求的书面形式或者没有履行要求的法定程序的,可能会导致合同的无效;而不要式合同则没有这一要求。

四、有名合同与无名合同

依法律是否规定了合同的名称,可将合同划分为有名合同与无名合同。

1. 有名合同

有名合同也称典型合同,是指凡是法律上已经确定了一定的名称及规则的合同。例如:《合同法》所规定的15类合同,都属于有名合同。

2. 无名合同

无名合同又称非典型合同,是指法律尚未确定一定名称与规则,由当事人自由创设的合同。例如:物业管理合同、电子认证合同等均属无名合同。

3. 区分有名合同和无名合同的意义

(1) 两者适用的法律规则不同。有名合同直接适用合同法的规定,其名称、性质、条款有法律规定,为当事人提供了合同的范式,如不愿适用,也可在不违反强行性规范的条件下,特别约定排除有名合同的相关条款;无名合同,应首先考虑适用合同法的一般规则。

(2) 无名合同,只要不违反社会公德、社会公共利益和法律的禁止性规定,当事人可以自由创设,法律承认其效力。在无名合同因当事人意思不完备而出现纠纷时,应参照最相类似的有名合同的条款,结合合同的目的及当事人的意思等进行处理。例如:旅行合同,其中包含了运输合同、服务合同、房屋租赁合同等多项有名合同的内容,因此可以类推适用这些有名合同的规则。

五、诺成合同与实践合同

1. 诺成合同

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。诺成合同的特点在于当事人双方意思表示一致,合同即告成立。

2. 实践合同

实践合同也称要物合同,是指除当事人双方意思表示一致以外,尚须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,还不能产生一定的权利义务关系,还必须有一方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保管人,合同才能成立并生效。

由于绝大多数合同都从双方形成合意时成立,因此它们都是诺成合同;而实践合同则必须有法律特别规定,可见实践合同是特殊合同。

3. 区分诺成合同与实践合同的意义

诺成合同与实践合同的区别,并不在于一方是否应交付标的物。就大量的诺成合同来说,一方当事人根据合同约定也负有交付标的物的义务。实际上,两者的主要区别在于成立的时间不同。诺成合同自双方当事人意思表示一致(即达成合意)时起即告成立;而实践合同则在当事人达成合意,还必须由当事人交付标的物以后,合同才能成立。

诺成合同与实践合同的确定,通常应根据法律的规定及交易而定。例如:根据传统民法,买卖租赁、雇佣承揽、委托等属于诺成合同,而自然人借贷、保管、运送等都属于实践合同。但此种分类并非绝对的不变。

六、格式合同

格式合同,是指由一方当事人为重复使用而预先拟定交易条件,并于缔约时不容相对人协商的合同。它与非格式合同相对应。如果当事人一方事先拟定的只是合同中的部分条款,该类条款就称为格式条款,相对人仍可就合同中的其他非格式条款提出磋商。格式条款与格式合同的区别在于,格式合同是全部采取格式条款的合同。

格式合同是由当事人一方拟定,使相对人失去了选择合同条款的自由,为了保护相对人的权利,《合同法》等有关法律对格式合同的使用、效力以及解释等,有特别的限制,具体如下。

(1) 不可排除法定条款的效力。即法律直接规定合同当事人权利义务的,如果提供格式合同的当事人一方在合同中免除或减少自己应负的义务,或加重对方责任或排除对方主要权利的,该条款为无效。

(2) 免责条款的提示和说明义务。免责条款,是指格式合同中免除或限制格式合同拟定人责任的条款。由于免责条款对相对人不利,所以法律特别要求拟定人在缔约时,要以合理的方式提请对方注意该条款,并

在相对人有要求时,对该条款的含义予以说明,在书面合同中则要对该条款作醒目的标示。如果拟定人未作提示的,该条款无效。

(3) 非格式条款的优先效力。在使用格式合同的交易中,有时拟定人会允许相对人就合同中的某些条件提出磋商,而不使用格式条款,经磋商订立的合同条款就属于非格式条款。非格式条款融合了相对人的自由意思,更符合公平原则。所以,在允许使用非格式条款时,应优先使用非格式条款;格式条款与非格式条款的意思不一致的,应以非格式条款效力为优先。

(4) 有利于相对人的解释原则。当事人对格式条款的理解发生争议时,不应由拟定人解释该条款的意思,而要从有利于相对人的立场解释。首先按照常理解释;其次在对条款有两种以上的解释时,从不利于拟定人一方解释,也就是说,从有利于相对人一方解释,由拟定人承担条款歧义的不利后果。

七、主合同与从合同

依合同相互间的主从关系,可将合同划分为主合同与从合同。

1. 主合同

主合同,是指不需要其他合同的存在即可独立存在的合同。

2. 从合同

从合同,是以其他合同的存在而为其存在前提的合同。例如:对于保证合同,设立主债务的合同是主合同,相对于主债务合同,保证合同为从合同。从合同的主要特点在于附属性,即它不能独立存在,必须以主合同的存在而存在。

3. 区分主合同与从合同的意义

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,也就无所谓主合同。尽管主合同的存在并生效将直接影响到从合同的成立及效力,但因为主合同并不依附于从合同,相反它是可以独立存在的,因此从合同不成立或失效,一般并不影响到主合同的效力。

在一般情况下,如果主合同发生变更或解除,从合同也随之变更或解除。

八、涉他合同

涉他合同也称为第三人合同,是与“为自己合同”相对应,指约定由第三人给付或接受利益的合同。根据为第三人设定的是债权还是债务,区分为第三人利益合同和第三人负担合同。

1. 为第三人利益合同

为第三人利益合同也称利他合同,是合同债务人向第三人为给付,使第三人取得债权的合同。例如:人寿保险合同。

2. 第三人负担合同

第三人负担合同也称负担合同,是由第三人向债权人给付的合同。例如:融资租赁合同。

涉他合同的第三人不是合同的当事人,不受合同的约束,如其不受领债权,应有债权人自己受领;如其不履行债务的,应由债务人向债权人承担不履行债务的责任。

典型考题:

1. 下列属于单务、有偿合同的有()。

A. 借用合同

B. 买卖合同

C. 自然人之间约定利息的借款合同

D. 对保管费有约定但约定不明的保管合同

答案剖析: C。

单务合同,是指合同当事人双方并不互相享有权利和义务,而主要有一方负担义务,另一方并不负有相对义务的合同。

无偿合同,是指凡是一方在履行合同后不能从对方获得补偿的合同。

A 错,因借用合同是典型单务、无偿合同。

B 错,《合同法》第130条规定:“买卖合同是出卖人转移标的物的所有权于买受人,买受人支付价款的合同。”据此,买卖合同是双务、有偿合同。

C 对,《合同法》第 211 条规定:“自然人之间的借款合同对支付利息没有约定或者约定不明确的,视为不支付利息。自然人之间的借款合同约定支付利息的,借款的利率不得违反国家有关限制借款利率的规定。”

D 错,《合同法》第 365 条规定:“保管合同是保管人保管寄存人交付的保管物,并返还该物的合同。”《合同法》第 379 条规定:“有偿的保管合同,寄存人应当按照约定的期限向保管人支付保管费。当事人对支付期限没有约定或者约定不明确,依照本法第六十一条的规定仍不能确定的,应当在领取保管物的同时支付。”据此,对保管费有约定但约定不明的保管合同是双务、有偿合同。

2. 甲和乙签订了一份铁路货物运输合同,双方约定:甲向乙支付运输费,乙将货物由 A 地运到 B 地并交付于丙。关于该合同正确的表述是()。

A. 就丙而言,该合同为无偿合同

B. 丙为该合同的一方当事人

C. 该合同为要物合同

D. 该合同是为第三人利益合同

答案剖析: D。

AB 错,无偿合同,是指凡是合同一方当事人在履行合同后不能从对方获得补偿的合同。本题中的合同当事人是甲和乙,丙不是该合同的当事人,对其而言,也就不存在合同的有偿还是无偿。

C 错,《合同法》第 288 条规定:“运输合同是承运人将旅客或者货物从起运地点运输到约定地点,旅客、托运人或者收货人支付票款或者运输费用的合同。”

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。诺成合同的特点在于当事人双方意思表示一致,合同即告成立。

要物合同(即实践合同),是指除当事人双方意思表示一致以外,尚须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,还不能产生一定的权利义务关系,还必须有一方实际交付标的物的行为,才能产生法律效果。

综上所述,本题中的铁路货物运输合同是诺成合同。

D 对,为第三人利益合同也称利他合同,是合同债务人向第三人为给付,使第三人取得债权的合同。据此,本题中的铁路货物运输合同是为第三人利益合同。

3. 区分有偿合同与无偿合同的意义在于()。

A. 两者注意义务的程度不同,有偿合同注意义务较重

B. 对于纯获利益的无偿合同,无行为能力人和限制行为能力人得独立为之;有偿合同则须法定代理人同意或追认

C. 有偿合同一般有同时履行抗辩权问题,无偿合同一般则否

D. 在撤销权中,若被撤销的是有偿合同,须受让人知道对债权人造成损害为要件;无偿合同则否

答案剖析: ABCD。区分有偿合同与无偿合同的意义在于:★限制民事行为能力人订立有偿合同时,须经法定代理人同意或追认方才有效;而对于纯获利益的赠与等无偿合同,则可单独自行订立。★决定当事人在履行合同中的不同注意程度,有偿合同的注意义务要明显高于无偿合同。★债权人撤销权的行使,须债务人与第三人的合同以无偿转让为条件,债权人不得撤销非恶意的有偿对价行为。如果被撤销的是有偿合同,须受让人知道对债权人造成损害为要件;无偿合同则无此要求。★有偿合同一般有同时履行抗辩权问题,无偿合同一般则无此要求。

4. 甲因购房向同事乙借款 10 万元,双方对利息没有约定,该合同性质为()。

A. 实践合同

B. 有偿合同

C. 双务合同

D. 无名合同

答案剖析: A。

A 对 B 错,《合同法》第 210 条:“自然人之间的借款合同,自贷款人提供借款时生效。”《合同法》第 211 条规定:“自然人之间的借款合同对支付利息没有约定或者约定不明确的,视为不支付利息。……”据此,自然人间的借款合同是实践合同;未约定利息或约定不明的,视为不支付利息,属无偿合同;

C 错,理论上一般认为自然人之间的借款合同是单务合同。

D 错,有名合同也称典型合同,是指凡是法律上已经确定了一定的名称及规则的合同。例如:《合同法》所规定的 15 类合同,都属于有名合同。因此,借款合同是有名合同。

5. 下列各项中属于双务合同的有 ()。

- A. 行纪合同 B. 借用合同 C. 互易合同 D. 融资租赁合同

答案剖析: ACD。双务合同,是指当事人双方互负对待义务的合同。在双务合同中,当事人的义务与其所享有的权利是互相关联的,双方既同时享有权利也都同时负有义务。单务合同,是指合同当事人双方并不互相享有权利和义务,而主要有一方负担义务,另一方并不负有相对义务的合同。

A 对,《合同法》第 414 条规定:“行纪合同是行纪人以自己的名义为委托人从事贸易活动,委托人支付报酬的合同。”据此,行纪合同是双务合同。

B 错,借用合同是典型单务合同。

C 对,互易合同是以物易物的合同,是双务合同。

D 对,《合同法》第 237 条规定:“融资租赁合同是出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择,向出卖人购买租赁物,提供给承租人使用,承租人支付租金的合同。”据此,融资租赁合同是双务合同。

6. 下列各项中属于无名合同的是 ()。

- A. 借用合同 B. 借款合同 C. 建设工程合同 D. 居间合同

答案剖析: A。有名合同,是指凡是法律上已经确定了一定的名称及规则的合同。《合同法》所规定的 15 类合同,都属于有名合同。无名合同,是指法律尚未确定一定名称与规则,由当事人自由创设的合同。

7. 下列合同中,属于实践合同的是 ()。

- A. 租赁合同 B. 自然人间的借款合同 C. 互易合同 D. 保管合同

答案剖析: BD。实践合同,是指除当事人双方意思表示一致以外,尚须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,还不能产生一定的权利义务关系,还必须有一方实际交付标的物的行为,才能产生法律效果。租赁合同、互易合同是诺成合同。自然人间的借款合同、保管合同均为实践合同。

8. 死亡保险合同属于 ()。

- A. 要式合同 B. 为第三人利益合同 C. 射幸合同 D. 格式合同

答案剖析: ABCD。

A 对,要式合同,是指根据法律规定应当采取特定方式订立的合同。《保险法》第 10 条规定:“投保人和保险人订立保险合同,应当遵循公平互利、协商一致、自愿订立的原则,不得损害社会公共利益。”

B 对,为第三人利益合同,是合同债务人向第三人为给付,使第三人取得债权的合同。《保险法》第 9 条规定:“保险合同是投保人与保险人约定保险权利义务关系的协议。投保人是指与保险人订立保险合同,并按照保险合同负有支付保险费义务的人。保险人是指与投保人订立保险合同,并承担赔偿或者给付保险金责任的保险公司。”

C 对,射幸合同,指当事人一方或者双方的给付,是由将来不确定事件的发生予以决定的合同。在保险合同中,保险事故是否发生决定着保险金的给付,保险人承保的危险或者保险合同约定的给付保险金的条件发生与否,均为不确定,所以保险合同是典型的射幸合同。

D 对,格式合同,是指由一方当事人为重复使用而预先拟定交易条件,并于缔约时不容相对人协商的合同。保险合同的条款是由保险人单方预先制订,在订立保险合同时,投保人只能被动地服从、接受或拒绝保险方所提出的条件,因此,保险合同是格式合同。

9. 下列射幸合同中有效的有 ()。

- A. 参加足球彩票抽奖,获奖 500 万 B. 参加抽奖式的有奖销售,获特等奖 2 万元
C. 与保险公司签订人寿保险合同 D. 与赌友赌博,赢 3 万元

答案剖析：AC。

AC对，射幸合同，指当事人一方或者双方的给付，是由将来不确定事件的发生予以决定的合同。

B错，《反不正当竞争法》第13条规定：“经营者不得从事下列有奖销售：（一）采用谎称有奖或者故意让内定人员中奖的欺骗方式进行有奖销售；（二）利用有奖销售的手段推销质次价高的商品；（三）抽奖式的有奖销售，最高奖的金额超过五千元。”据此，B项表述中获奖2万元超过了法律规定的限额，超过部分无效。

D错，因赌博是违法行为，不受法律保护，因此D项表述的行为是无效行为。

10. 下列选项中正确的有（ ）。

- A. 实践合同即要物合同
- B. 要式合同是指须完成一定方式始可成立的合同
- C. 实践合同指须交付标的物始可成立的合同
- D. 要式合同包含实践合同，因为标的物的交付也是一种“方式”

答案剖析：ABCD。（略）

11. 当事人约定由第三人向债权人履行债务的，若第三人不履行债务，则（ ）。

- A. 第三人应当向债权人承担违约责任
- B. 债务人应向债权人承担违约责任
- C. 债务人和第三人应当承担连带责任
- D. 债务人和第三人应当按过错大小向债权人承担违约责任

答案剖析：B。《合同法》第121条规定：“当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定解决。”据此，当事人约定由第三人向债权人履行债务的，若第三人不履行债务，债务人应向债权人承担违约责任。债务人在承担违约责任后，有权向第三人追偿。这是合同相对性原则的体现。本题实际上是一个涉他合同中的第三人负担合同。

12. 甲欲购买乙所有的机器设备一台，双方就价款已达成一致。因乙已将该设备出租于丙，故双方约定待租期届满由丙负责交付。租期届满后，丙未为交付，则甲应向谁请求给付？（ ）

- A. 乙
- B. 丙
- C. 乙或丙，两者承担连带责任
- D. 甲不得向任何人请求，因为该种合同无效

答案剖析：A。第三人负担合同也称负担合同，是由第三人向债权人为给付的合同。涉他合同的第三人不是合同的当事人，不受合同的约束，如其不履行债务的，应由债务人向债权人承担不履行债务的责任。据此，本题中的合同是属于涉他合同中的第三人负担合同，因此，甲应基于合同的相对性，向乙请求给付。

13. 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的，谁有权主张违约责任？（ ）

- A. 该第三人
- B. 债权人
- C. 该第三人或债权人
- D. 该第三人和债权人

答案剖析：B。本题中的合同是属于涉他合同中的为第三人利益合同，是合同债务人向第三人为给付，使第三人取得债权的合同。第三人不是合同当事人，如果债务人不履行债务，应由债权人向债务人主张违约责任。

14. 在利益第三人合同中，若债务人迟延履行主要债务，且经催告在合理期限内仍未履行，则谁得行使解除权？（ ）

- A. 债权人
- B. 该第三人
- C. 债权人、该第三人均得行使
- D. 债权人和该第三人须共同行使

答案剖析：A。在利益第三人合同中，若债务人迟延履行主要债务，且经催告在合理期限内仍未履行，由于第三人不是合同的当事人，基于合同的相对性，应由债权人行使解除权。