



中国律师必备丛书

总顾问/唐德华

王文元

张耕

何通胜 主编

合同 与律师实务

HE TONG
YU LU SHI SHI WU

人民法院出版社



中国律师必备丛书

合同与律师实务

主 编 何通胜

撰稿人 (以姓氏笔划为序)

李 静 何通胜 杨文焕
承 东 赵 彬 郭志刚
崔学峰 魏 欣

人民法院出版社

责任编辑/范春雪
技术编辑/杨 柏
封面设计/杜晓阳

合同与律师实务

主编 何通胜

出版发行/最高人民法院人民法院出版社

社址/北京市东交民巷 27 号(最高人民法院机关大院内)

邮编/100745 电话/65299981 65134290 65136849

开户银行/中国工商银行北京王府井分理处

开户名称/人民法院出版社 帐号/046061-68

(通过本社邮购另加 15% 邮费)

经销/各地新华书店和其他书店 印刷/保定市文化彩印厂

开本/850×1168 毫米 大 32 开 印张/11.5 字数/285 千字

版次/1998 年 2 月第 1 版 印次/1998 年 2 月第 1 次

总印张/141 总字数/3436 千 总定价/218.00 元

印数 0001--3000 本册/18.00 元

书号 ISBN 7-80056-637-4/D·709

版权所有 侵权必究

中国律师必备丛书编委会

顾问：唐德华 最高人民法院副院长
王文元 最高人民检察院副检察长
张 耕 司法部副部长

编委会主任：江 平 中国政法大学著名民法学专家、教授、著名律师

编委会副主任：常 英 中国政法大学民事诉讼法学教授、律师
回沪明 人民法院出版社社长、总编
赵 群 中国政法大学民法学副教授、律师

编委会成员：刘金华 俞兆平 杨秀清 薛刚凌
闵治奎 王飞鸿 孙国栋 李葆真
于新年 何通胜 开培冰 赵金山
杨亚平 陶维群 程 滔 杨荣生
刘继祥 范春雪 梁慧文 钱晓晨

前 言

从历史上看,资本主义市场经济的建立和发展,在很大程度上得益于以拿破仑民法典的制定为标志的资本主义法律制度的建立与完善,同样,我国社会主义市场经济的培育和发展,也离不开与之相适应的一整套法律的规范、引导和保障。可以说,当今中国,法制建设比历史上任何时期都更加必要和迫切。八届人大五年的立法规划中确立了制定 152 个重要法律的目标,经过几年时间的努力,不仅陆续新出台了許多重要的法律、法规,而且对原有的与市场经济需求不相适应的法律、法规进行了大规模的修改或废除。社会主义市场经济法律体系的框架正逐步形成。

市场经济的发展和法制的日趋完备,必然使法律调整的社会关系更加复杂化、多样化,法律服务和法律保障的领域更加广泛,这就为广大律师提供了更广阔、更深层次的用武之地。从目前来看,我国律师的执业范围已相当广泛,大致来说,主要包括以下几方面:接受公民、法人和其他组织的聘请,担任法律顾问;接受民事案件、行政案件当事人的委托,担任代理人,参加诉讼;接受刑事案件犯罪嫌疑人的聘请,为其提供法律咨询,代理申诉、控告,申请取保候审,接受犯罪嫌疑人、被告人的委托或者人民法院的指定,担任辩护人,接受自诉案件自诉人、公诉案件被害人或其近亲属的委托,担任代理人,参加诉讼;代理各类诉讼案件的申诉;接受当事人的委托,参加调解、仲裁活动;接受非诉讼法律事务当事人的委托,提供法律服务,等等。从实践来看,律

师业务范围的拓展在非诉讼法律事务方面表现得尤为明显。广大律师正以极大的热情投入到金融、贸易、投资、证券、税务、房地产、知识产权及其他民商事领域，为造就健康、有序的社会主义市场经济法律秩序发挥着越来越重要的作用。

律师是提供法律服务的主力军。随着我国法制建设的日益完备和法律服务领域的日渐拓展，必然对律师的素质提出更高的要求，特别是对律师的专业化要求越来越高。为帮助广大律师增强能力、提高素质，为律师顺利执业提供一套可资借鉴的工具用书，我们组织了一批专家、教授、中青年学者及有丰富实际工作经验的律师，集体编写了这套《中国律师必备丛书》。

本套丛书共 12 本，即：《民事诉讼与律师实务》《仲裁与律师实务》《侵权民事责任与律师实务》《合同与律师实务》《律师法律顾问理论与实务》《非诉讼与律师实务》《刑事诉讼与律师实务》《行政诉讼与律师实务》《破产制度与律师实务》《房地产法与律师实务》《婚姻家庭财产继承与律师实务》《知识产权与律师实务》。本套丛书以现行法律、法规为基础，既有系统的理论论述，又注重律师实务，并对某些具体问题从律师执业角度进行了专门探讨，以期对广大律师有所裨益。

组织编写这样一套大型丛书，有许多实际困难，加之我们经验不足、水平有限，错误之处在所难免，请广大读者不吝指正。

中国律师必备丛书编委会

1997 年 12 月

目 录

第一编 合同总论

第一章 合同概说	(2)
第一节 合同的概念和特征.....	(2)
第二节 律师应掌握的合同法律规范.....	(5)
第二章 合同的成立	(9)
第一节 要约与承诺.....	(9)
第二节 律师在帮助当事人订立合同时注意的问题.....	(12)
第三章 担保合同	(15)
第一节 概说.....	(15)
第二节 保证.....	(17)
第三节 抵押.....	(24)
第四节 质押.....	(33)
第五节 留置.....	(39)
第六节 定金.....	(41)
第七节 律师实务.....	(42)
第四章 合同的履行	(45)
第一节 合同履行的一般原则.....	(45)
第二节 合同的履行.....	(49)
第五章 合同的变更、解除和终止	(52)
第一节 合同的变更和解除.....	(52)
第二节 合同的终止.....	(55)

第六章 合同的无效	(57)
第七章 违反合同的责任	(60)

第二编 合同类型

第八章 买卖合同	(64)
第一节 概述	(64)
第二节 买卖合同的订立	(67)
第三节 特种买卖合同	(71)
第四节 律师实务	(74)
第九章 赠与合同	(76)
第一节 概述	(76)
第二节 赠与合同的订立与撤销	(77)
第十章 租赁合同	(80)
第一节 概述	(80)
第二节 租赁合同的订立	(83)
第三节 律师实务	(88)
第十一章 融资租赁合同	(92)
第一节 概述	(92)
第二节 融资租赁合同应具备的主要条款	(93)
第十二章 委托合同 行纪合同 居间合同	(99)
第一节 委托合同	(99)
第二节 行纪合同	(103)
第三节 居间合同	(107)
第四节 律师实务	(110)
第十三章 供用电合同	(114)
第一节 概述	(114)
第二节 供用电合同的成立	(115)

第三节	供用电合同双方当事人的权利、义务·····	(115)
第十四章	加工承揽合同·····	(117)
第一节	概述·····	(117)
第二节	加工承揽合同的订立·····	(118)
第三节	当事人的权利与义务·····	(119)
第四节	违约责任·····	(125)
第十五章	建设工程承包合同·····	(127)
第一节	概述·····	(127)
第二节	建设工程承包合同的成立·····	(127)
第三节	总包、分包与转包·····	(129)
第四节	建设工程勘察合同·····	(130)
第五节	建设工程设计合同·····	(132)
第六节	建筑安装工程承包合同·····	(133)
第十六章	雇佣合同·····	(138)
第一节	概述·····	(138)
第二节	雇佣合同的内容·····	(139)
第三节	雇佣合同的终止·····	(140)
第十七章	仓储保管合同·····	(142)
第一节	概述·····	(142)
第二节	仓储保管合同的订立·····	(143)
第三节	当事人的主要义务·····	(145)
第四节	违约责任·····	(146)
第十八章	企业承包、租赁经营合同·····	(149)
第一节	企业承包经营合同·····	(149)
第二节	企业租赁经营合同·····	(153)
第十九章	土地使用权出让和转让合同·····	(160)
第一节	概述·····	(160)

第二节	土地使用权出让和转让合同的主要内容·····	(162)
第三节	土地出让合同·····	(167)
第四节	成片开发土地出让合同·····	(169)
第五节	划拨土地使用权补办出让合同·····	(170)
第六节	土地使用权转让合同·····	(172)
第七节	签订土地出让、转让合同应注意的问题·····	(174)
第二十章	合伙合同 ·····	(176)
第一节	合伙概述·····	(176)
第二节	合伙合同的一般规定·····	(179)
第三节	隐名合伙合同·····	(186)
第二十一章	联营合同 ·····	(188)
第一节	概述·····	(187)
第二节	签订联营合同的原则和条件·····	(188)
第三节	联营合同的特征·····	(190)
第四节	联营合同的种类·····	(191)
第五节	联营各方当事人的权利和义务·····	(193)
第六节	联营合同应具备的主要条款·····	(194)
第二十二章	借款合同 ·····	(196)
第一节	概述·····	(196)
第二节	借款合同的主要条款·····	(199)
第三节	借款合同的履行、变更和解除·····	(204)
第四节	借款合同的担保·····	(206)
第五节	非法借贷行为的类型及其处理·····	(212)
第二十三章	保险合同 ·····	(215)
第一节	概述·····	(215)
第二节	保险合同的订立与履行·····	(219)
第三节	保险合同的变更与终止·····	(223)

第二十四章 运送合同	(225)
第一节 概述.....	(225)
第二节 货物运送合同.....	(227)
第三节 旅客运送合同.....	(232)
第四节 联合运送合同.....	(236)
第二十五章 涉外经济合同	(237)
第一节 概述.....	(237)
第二节 涉外经济合同的订立.....	(241)
第三节 涉外经济合同的效力.....	(247)
第四节 涉外经济合同的履行和违约责任.....	(250)
第五节 涉外经济合同的变更、解除、转让、终止.....	(257)
第六节 涉外经济合同争议的解决.....	(260)

第三编 合同管理

第二十六章 合同管理	(266)
第一节 合同管理概述.....	(266)
第二节 合同管理体系、原则及内容.....	(273)
第三节 工商行政管理机关对合同的监督和管理.....	(278)
第四节 金融机构对合同的监督和管理.....	(286)
第五节 企业对合同的自我监督和自律管理.....	(290)
第六节 开展重合同守信用活动, 促进合同 的监督和管理.....	(295)
第七节 法定的其他机关对合同的监督和管理.....	(300)
第八节 合同管理制度示范文本.....	(306)
第二十七章 技术合同管理	(323)
第一节 技术合同管理概述.....	(323)
第二节 技术合同的认定登记管理.....	(325)

第三节 技术市场及技术中介机构的管理.....	(329)
第二十八章 涉外经济合同管理.....	(334)
第一节 涉外经济合同管理概述.....	(334)
第二节 涉外经济合同的审批和登记管理.....	(336)

第四编 经济合同纠纷典型案例分析

案件 1	(340)
案件 2	(342)
案件 3	(344)
案件 4	(346)
案件 5	(347)
案件 6	(349)
案件 7	(349)
案件 8	(351)
案件 9	(353)
案件 10	(354)

第一编 合同总论

第一章 合同概说

第一节 合同的概念和特征

一、合同的概念

合同亦称契约。《中华人民共和国民法通则》(以下简称《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。”“民事关系”是指当事人协商确定的民事权利和民事义务关系。从我国目前立法看,合同还有:经济合同、技术合同、涉外经济合同。《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第2条规定:“本法适用于平等民事主体的法人、其他经济组织、个体工商户、农村承包经营户相互之间,为实现一定经济目的,明确相互权利义务关系而订立的合同。”《中华人民共和国合同法》第2条规定:“本法适用于法人之间、法人和公民之间、公民之间就技术开发、技术转让、技术咨询和技术服务所订立的确立民事权利与义务关系的合同。”《中华人民共和国合同法》第2条规定:“本法的适用范围是中华人民共和国的企业或者其他经济组织同外国的企业和其他经济组织或者个人之间订立的经济合同。”从上述法律规定,可以看出经济合同、技术合同、涉外经济合同均属民事合同的范畴。为适应社会主义市场经济的要求,有关部门正研究起草比较完备的合同法。

二、合同的特征

1. 合同是双方或者多方当事人意思表示一致的民事法律行为。

《民法通则》第54条规定：“民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。”《民法通则》第6条规定：“民事活动必须遵守法律，法律没有规定的，应当遵守国家政策。”《经济合同法》第4条规定：“订立经济合同，必须遵守法律和行政法规。任何单位和个人不得利用合同进行违法活动，扰乱社会经济秩序，损坏国家利益和社会公共利益，牟取非法收入。”因此，合同只有依法成立，才能受到法律保护。合同是当事人协商一致的结果，所谓意思表示一致，是指当事人表示了真实的意思表示，且意思表示相同。

2. 合同当事人法律地位平等。

《民法通则》第3条规定：“当事人在民事活动中的地位平等。”《经济合同法》第2条规定：“本法适用于平等民事主体……之间，实现一定经济目的，明确相互权利义务关系而订立的合同。”在合同关系上，当事人之间不是领导与被领导的关系，而是平等的关系，即任何一方不得把自己的意志强加给对方。否则，就不属于民事法律规范所调整的范畴，或者该合同无效。

3. 合同是以设立、变更、终止具体权利、义务关系为内容的协议。

三、合同的法律效力

法律对合同的法律效力是有明文规定的。《民法通则》第85条规定：“依法成立的合同，受法律保护。”《经济合同法》第6条规定：“经济合同依法成立，即具有法律效力，当事人必须全面履行合同规定的义务，任何一方不得擅自变更或解除合同。”根据法律规定和司法实践，合同在法律效力上的含义有以下几层意思：

1. 合同一经成立,就产生一定的法律后果,即民事权利、义务和责任。

2. 依法成立的合同具有法律强制的约束力。(1)合同成立后,当事人必须严格履行,任何一方不得擅自变更或解除。(2)当事人的权利受法律保护。当事人的合法权益受到义务人或者他人的侵害时,权利人可向人民法院请求保护。(3)当义务人不履行合同约定的义务时,权利人可以请求合同主管机关命令其履行义务,必要时可以请求人民法院强制其履行义务,权利人也可以直接请求人民法院强制义务人履行义务,以实现其权利。

3. 当事人约定的合同条款是处理合同纠纷的依据。只要当事人约定的合同条款权利、义务明确,不违背法律、行政法规,国家政策和公共利益,人民法院或者合同主管机关就会按照合同的约定处理合同纠纷。这也是保护法律赋予当事人依照法律规定订立合同的权利。

四、合同的种类和形式

1. 合同的种类

之所以划分合同种类,是因为不同种类的合同反映不同类型的经济关系,或者说不同类型的合同反映一定范围经济关系的特殊性;不同种类的合同反映不同类型的法律关系,或者说不同种类合同,当事人之间的权利、义务和责任不同。按照不同的分类标准,可将合同划分为:计划合同与非计划合同、诺成性合同与实践性合同、要式合同与不要式合同、双务合同与单务合同、有偿合同与无偿合同、主合同与从合同、有名合同与无名合同等。下面只介绍一下有名合同与无名合同。

有名合同与无名合同,是以合同名称是否有法律或者行政法规明确规定作为划分标准的。凡法律或者行政法规赋予了合同名称的,为有名合同。如《经济合同法》规定的9种合同,法律、法

规对这些合同的订立、权利、义务、违约责任等内容作了原则规定。而法律、法规只是对一般常用的、具有一定规律的合同加以规定，在经济生活中，还有法律、法规没有赋予名称的合同，即无名合同。只要这些无名合同具备了合同的基本特征，在当事人之间发生纠纷时，应依照法律、法规关于合同的一般原则，以及当事人约定的具体条款处理纠纷。

2. 合同的形式

《经济合同法》第3条规定：“经济合同，除即时清结者外，应当采用书面形式。当事人协商同意的有关修改合同的文本、电报和图表，也是合同的组成部分。”根据这一法律规定，合同主要有二种形式。（1）口头合同，是指当事人双方以对话方式来确定权利义务关系而订立的协议。口头合同的优点是简便、迅速、易行，缺点是在发生纠纷时，举证困难，难分清责任。因此，口头合同主要适用于即时清结的合同。（2）书面合同，是指当事人双方以书面形式确定权利义务关系而订立的合同。

第二节 律师应掌握的合同法律规范

目前，我国形成了比较完整的合同法律规范体系。民事合同法律规范体系可分四个层次：法律、行政法规、司法解释、行政规章。律师掌握合同法律规范，可以分以下几个方面：

一、关于合同的一般法律规范

主要有：《民法通则》、最高人民法院关于贯彻执行《民法通则》若干问题的意见（试行）、《中华人民共和国民事诉讼法》、最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见。