

丛书主编 俞树毅

★生命无返程:重点交通法规解读

★百姓生活避风港:也谈社会保障法

★病患积于忽微:警察权限与治安管理

★清官能断家务事:走进婚姻法

★约定大于法定:合同法漫谈

★让我欢喜让我忧:银行卡消费与维权

★权利与保障同行:民事侵权及其救济

法律在身边

FALU ZAI SHENBIAN

公民维权系列丛书

屈耀伦 编著

约定大于法定:
合同法漫谈



兰州大学出版社

★生命无返程:重点交法规解读
★百姓生活避风港:也谈社会保障法
★祸患积于忽微:警察权限与治安管理
★清官能断家务事:走进婚姻法
★约定大于法定:合同法漫谈
★让我欢喜让我忧:银行卡消费与维权
★权利与保障同行:民事侵权及其救济

法律在身边

FALU ZAI SHENBIAN
公民维权系列丛书

屈耀伦 编著

约定大于法定:
合同法漫谈



兰州大学出版社

图书在版编目 (C I P) 数据

约定大于法定 : 合同法漫谈 / 屈耀伦编著. -- 兰州 : 兰州大学出版社, 2014. 11

(“法律在身边”公民维权系列丛书 / 俞树毅主编)

ISBN 978-7-311-04634-7

I. ①约… II. ①屈… III. ①合同法—基本知识—中国 IV. ①D923.6

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第267127号

责任编辑 张国梁 王颢瑾

装帧设计 郇海

书 名 约定大于法定:合同法漫谈

作 者 屈耀伦 编著

出版发行 兰州大学出版社 (地址:兰州市天水南路222号 730000)

电 话 0931-8912613(总编办公室) 0931-8617156(营销中心)

0931-8914298(读者服务部)

网 址 <http://www.onbook.com.cn>

电子信箱 press@lzu.edu.cn

印 刷 兰州奥林印刷有限责任公司

开 本 710 mm×1020 mm 1/16

印 张 8.75

字 数 144千

版 次 2015年3月第1版

印 次 2015年3月第1次印刷

书 号 ISBN 978-7-311-04634-7

定 价 22.00元



(图书若有破损、缺页、掉页可随时与本社联系)

总 序

党的十八届四中全会提出全面推进依法治国,总目标是建设具有中国特色社会主义法治体系,建设社会主义法治国家。

改革开放三十多年来,走市场经济道路和建设具有中国特色社会主义法律体系、建设法治国家是我们始终坚持的。改革越往后就越艰难。我国市场经济建设虽然取得了巨大的成功,但地方保护、行政垄断、自然垄断、权力寻租、市场壁垒以及不公正的市场规则等乱象依然存在,市场经济建设已经到了深层的攻坚克难时期。市场经济是法治经济,市场秩序的建立与维护要依靠反映市场规律、市民社会规则的法治体系。人治只能是计划经济的反映。建设具有中国特色社会主义法治体系,对于深化各项改革、推动市场经济健康发展,具有重要意义。

正如十八届四中全会提出全面推进依法治国的重大任务所表明的,中国特色社会主义法治体系的建设和完善主要依赖于政府的推动,但这种自上而下的推动应当促进内生性的法治建设,其中,增强全民法治观念、加强民主立法和法律实施的公众参与等,应该是题中的应有之意。

社会问题纷繁复杂,当下中国社会又一次处在了历史的节点上。“依法治国,建设社会主义法治国家”是中国的基本治国方略,也是中国承继人类文明的必然和历史选择。依法治国必然要求增强全民法治观念,并在全社会大力推动普法宣传教育。虽然学理解释在法理学上属于无权解释之列,但适法、守法、用法均离不开对现行法律的熟悉、掌握和准确理解,学理解释在法律的适用、市场规则和市场秩序的维护、公民行为的预测或指引中发挥着至关重要的作用。可以说,如果民众没有良好的法律素养,没有法律信念,则中国现代法律的移植、现代法治社会和法治国家的建设始终是不可完成的任务,只能是水中月、镜中花。

早在1986年,中国就开始了以五年为一个周期的普法活动。2011年为“六五”普法规划的启动年。“六五”普法规划的基本指导思想主要是:按照全面落

实依法治国基本方略和建设社会主义政治文明的新要求,坚持法制宣传教育与社会主义核心价值体系教育相结合、与社会主义法治理念教育相结合、与社会主义公民意识教育相结合、与法治实践相结合,深入开展法制宣传教育,深入推进依法治理,大力弘扬社会主义法治精神,为夺取全面建设小康社会新胜利营造良好法治环境。

所谓普法,就是普及法律知识,而法律知识范围广泛,涵盖法律和法学,既包括法律精神、法律价值、法律理念,也包括法律原则、法律规范;既包括理论法学、应用法学,也包括一切有关法律和法学的知识和学问。因此,普法会成为依法治国的常态和有机组成部分。当然,普法首先是从对现行法律的宣传、正确解释和准确理解开始的。

应兰州大学出版社之约,我们组织编纂了这套“法律在身边”公民维权系列丛书。丛书内容涉及公法、私法和社会法等各个方面,将按照出版计划陆续推出。这套丛书的出版,期望能够为全社会普法、为法治中国建设尽些绵薄之力。

丛书撰稿人均为在职法律人(法律职业共同体成员,包括法官、检察官、律师、法学教育工作者以及研究者等),大都从事法律教学和研究以及司法实践工作,有较高的科研能力和语言驾驭能力。是他们认真负责的态度和孜孜不倦的工作,使丛书得以面世。

作为丛书的总主编,我制定了丛书的体例,并对各分册书稿进行了统稿和进一步完善。

这套丛书的特点是:语言明快、简洁、通俗;法律要义、释疑、案例、法条有机结合,各单元自成体系;贴近社会生活的主要方面,与大众生活息息相关。

限于学识和时间,书中肯定存在不少问题,希望读者、行家不吝赐教。

俞树毅

2014年12月1日

(丛书总主编俞树毅,系兰州大学法学院教授、博士研究生导师。兰州大学环境资源法学研究所所长)

前 言

21世纪是一个经济高速发展的时代,经济高速发展的标志是商品交换数量的增加,人们在频繁地签订并履行各种合同。因此,也有人说,财富的一半是合同。但这些经济活动却导致层出不穷的合同纠纷的发生,这不仅给合同的一方或者双方当事人带来巨大的合同风险,而且打破了市场主体预先的经济安排,并直接侵害其经济利益。这时,合同法就大显威力,它协调着人与人、人与事之间的关系,就像一个交通规则,指导人们如何规避纠纷、依法处理纠纷,不断规范着经济交往活动。同时,合同法也是人们合法利益的忠诚卫士,它保护着人们的合法利益,促进着社会的和谐和经济的健康发展。因此,广大人民群众了解和正确运用合同法就显得十分重要和迫切。

本书本着贴近实际、贴近群众、贴近生活的原则,以单元的形式,采用分模块的方法,从合同及合同法概览、如何签订合同、怎样确定合同的效力、怎样依法履行合同、已经生效且在履行的合同是否可以终止、准确地认识违约责任、合同管理、依法处理合同纠纷、常见合同九个方面全面而深入地阐述了日常生活中经常出现的法律问题,较好地把握晦涩的法学理论化为居民的日常生活知识,通俗易懂。这对读者预防纠纷、解决合同纠纷都是很有益处的。

此外,为了更具指导性和实用性,本书在传统框架外增加了“如何签订合同”“已经生效且在履行的合同可以终止吗”“常见合同面面观”三个单元,希望能对广大读者有一定的帮助。

由于能力、资料、时间所限,不足之处在所难免,望广大读者批评指正。

目 录

第一单元 你对合同知多少

——合同、合同法简介	001
【精讲精析】	001
一、合同是商品交换的法律形式	001
二、合同法的立法背景、目的及其功能	002
三、合同法的基本原则	008
【典型案例(一)】	010
李某与某村委会房屋买卖合同纠纷案	010
【以案说法(一)】	011
【典型案例(二)】	012
江某诉黄某补偿合同案	012
【以案说法(二)】	012
【法条链接】	013
【扩展阅读】	014
合同有哪些特征?	014

第二单元 如何签订合同

——谈谈合同的订立	015
【精讲精析】	015
一、合同的形式	015
二、合同订立的程序——要约与承诺	017
三、合同的拟定及合同的主要条款	018
四、缔约过失责任	021

【典型案例(一)】	024
口头合同是否属于合同诈骗罪中的合同形式?	024
【以案说法(一)】	024
【典型案例(二)】	025
丙是否承担缔约过失责任?	025
【以案说法(二)】	025
【法条链接】	026
【扩展阅读】	030
“买房送女友”广告语是否涉嫌欺诈	030

第三单元 怎样确定合同的效力

——合同的生效要件	032
【精讲精析】	032
一、合同的效力	032
二、合同成立与合同生效	032
三、无效合同、可撤销合同、效力待定合同	035
四、合同无效或被撤销的法律后果	038
【典型案例(一)】	039
刘某依法行使撤销权案	039
【以案说法(一)】	039
【典型案例(二)】	040
乙厂与丙公司签订的抵押合同是否有效?	040
【以案说法(二)】	040
【典型案例(三)】	041
违法的免责条款自始无效	041
【以案说法(三)】	041
【典型案例(四)】	042
迟某诉安徽某实业公司购车合同案	042
【以案说法(四)】	042
【法条链接】	043
【扩展阅读】	045
合同的成立与合同的生效	045

第四单元 怎样依法履行合同

——执行合同规定的义务	046
【精讲精析】	046
一、合同的履行	046
二、双务合同履行中的抗辩权	048
三、合同的保全	049
四、合同漏洞的填补规则	050
五、合同的变更与转让	052
【典型案例(一)】	054
代位权纠纷如何处理?	054
【以案说法(一)】	055
【典型案例(二)】	055
房屋买卖合同纠纷案	055
【以案说法(二)】	056
【法条链接】	056
【扩展阅读】	058
日常生活经验法则在民事案件审理中的应用	058

第五单元 生效、履行的合同可否终止

——合同之债的消灭	060
【精讲精析】	060
一、合同解除	061
二、债务相互抵销	062
三、债务人依法将标的物提存	063
四、债权人免除债务	064
五、混同	065
六、法律规定或者当事人约定终止的其他情形	066
七、合同终止后应该注意的问题	066
【典型案例(一)】	067
解除合同的几种情况	067
【以案说法(一)】	067
【典型案例(二)】	068
解除合同后的法律后果	068

【以案说法(二)】	069
【法条链接】	069
【扩展阅读】	072
合同解除就是合同终止吗?	072

第六单元 准确地认识违约责任

——不履行合同义务要承担的法律后果	074
【精讲精析】	074
一、违约责任的内容	074
二、违约责任的种类	075
三、违约责任的特征	076
四、违约责任的构成条件	077
五、违约责任与侵权责任的竞合	078
【典型案例(一)】	079
违约方承担对方损失后,是否需继续履行合同?	079
【以案说法(一)】	079
【典型案例(二)】	080
违约金与损害赔偿金如何适用?	080
【以案说法(二)】	080
【典型案例(三)】	081
一般侵权责任与违约责任如何选择?	081
【以案说法(三)】	081
【法条链接】	082
【扩展阅读】	084
违约金与定金罚则	084

第七单元 合同管理点滴

——加强合同管理 防范相关风险	085
关于合同管理	085
【精讲精析】	085
一、合同管理概述	085
二、合同管理是企业管理的重要组成部分	087
三、合同管理是全岗位、全过程管理	088
四、法务部门的合同管理职责	090

【典型案例】	091
关于合同的审查与修改	092
【精讲精析】	092
一、合同的审查	092
二、合同的修改	093
【典型案例】	094
企业经营中合同审查的技巧	094
【以案说法】	094
【法条链接】	095
关于合同的履行及档案、印章的管理	097
【精讲精析】	097
一、合同履行	097
二、合同档案管理	098
三、合同印章管理	098
【典型案例(一)】	099
白某诉海南技术公司遗失其档案赔偿案	099
【以案说法(一)】	100
【典型案例(二)】	102
合同履行不能时必须解除合同	102
【以案说法(二)】	103
【法条链接】	104
关于合同授权委托管理制度	104
【精讲精析】	104
【典型案例】	105
【以案说法】	105
【法条链接】	106
【扩展阅读】	106
律师审查、起草合同应该注意的几个问题	106
第八单元 依法处理合同纠纷	
——合同纠纷常见的解决途径	109
【精讲精析】	109
一、合同纠纷知多少	109

二、发生合同纠纷应如何解决	110
【典型案例】	119
开发商一房二卖纠纷案	119
【以案说法】	119
【法条链接】	120
【扩展阅读】	121
合同权利义务终止之提存	121
第九单元 常见合同面面观	
——主要合同概览	122
一、买卖合同	122
二、赠予合同	122
三、借款合同	123
四、租赁合同	124
五、融资租赁合同	124
六、承揽合同	125
七、建设工程合同	125
八、运输合同	126
九、技术合同	126
十、委托合同	127

第一单元 你对合同知多少

——合同、合同法简介

【精讲精析】

一、合同是商品交换的法律形式

你知道什么是合同吗？合同也称为契约。现代市场经济是法制经济，也是交换经济。从人们的衣食住行到国家经济的运转，一切都离不开交换，而交换的法律形式就是合同。在我国现代市场经济条件下，合同乃商品交换的主要法律形式。可以说，合同支撑着我们的日常经济生活。

依据《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第2条的规定，合同是平等主体的自然人、法人及其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议，是反映交易的法律形式。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）合同的法律特征

合同是当事人或当事双方之间设立、变更、终止民事关系的协议。依法成立的合同，受法律保护。合同具有如下法律特征：（1）合同是双方或多方的法律行为；（2）合同当事人法律地位平等；（3）合同以产生民事权利义务关系为目的。

（二）合同的分类

1. 根据合同成立是否以交付标的物为要件，可将合同分为诺成性合同与实践性合同。

2. 根据合同的成立是否需要特定的形式，可将合同分为要式合同与非要式合同。

3. 根据合同当事人双方权利义务的分担方式，可将合同分为单务合同与双务合同。

4.根据当事人取得权利是否以偿付为代价,可将合同分为有偿合同与无偿合同。

5.根据法律是否规定一定的名称,可将合同分为有名合同与无名合同。

6.根据合同的主从关系,可将合同分为主合同与从合同。

7.根据合同订立是为谁的利益,可将合同分为订约人利益的合同与第三人利益的合同。

二、合同法的立法背景、目的及其功能

(一)合同法的立法背景

合同法的产生和发展要从古罗马谈起。

政治因素:罗马共和国成为世界性帝国之后,国家经济生活主体出现变化,大量外国人被纳入经济生活的范围。外国人与罗马公民之间、外国人与外国人之间必然产生一些经济交往,但传统的市民契约仅适用于罗马公民,无法适用于外国人,其局限性暴露出来。顺理成章地,整个社会需要一种新的契约形式来应对此种经济主体的变化。

经济因素:罗马帝国是当时疆域最大(东起小亚细亚、西抵大西洋)、人口最多(5000万~6000万,占当时世界人口的1/5或1/6)的环地中海之国,对外贸易空前繁荣并得到发展。另外,国内出现了商品高利贷阶层(骑士),更进一步推进了商品交易和货币活动,帝国经济蓬勃发展。此时,统治者亟待解决的问题是:打破传统的市民法僵化的形式主义,使贸易摆脱烦琐的形式主义的束缚,以满足商品贸易迅捷、快速的要求。

思想因素:自然法理论是合同法产生的思想基础。英国的法律史学家梅因曾说:“我找不出任何理由,为什么罗马法律会优于印度法律,假使不是自然法理论给了它一种与众不同的优秀典型。”“每个人都有追求生命自由、财产和幸福的自然权利。”^①自然法所蕴含的公平、正义思想与罗马当时繁荣的市民社会一拍即合,奠定了契约自由的思想基础。

制度因素:公元前212年,罗马确立了外事裁判官制度,他们在处理对外贸易纠纷过程中,发现地中海邻国在交易方式上逐渐趋于简化,并发现此种简化的契约比市民法契约更便捷,更适应贸易发展需要。于是,外事裁判官通过告示,赋予此种非依特定形式而订立的当事人间的“协议”以法律效力,此举促成罗马法上诺成契约的产生,成为与市民法契约并存的契约形式。

^① [英]亨利·梅因:《古代法》,沈景译,商务印书馆1959年版,第45页。

在我国,《合同法》由第九届全国人民代表大会第二次会议审议通过,自1999年10月1日起生效。最高人民法院于1999年12月1日、2009年2月9日、2010年7月12日分别通过了三个《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释》。

(二) 合同法的目的

合同法是规范市场交易秩序的基本法律,是民商法的一个重要组成部分,涉及生产、生活的各个领域,与人们的日常生活、企业的生产经营密切相关。据资料统计,全国每年订立大约有40亿份合同,而法院每年受理的各种合同纠纷案件,大约有300万件。

1999年,《合同法》出台前,我国主要有三部专门规定合同的法规:一部是1981年颁布,1993年修改,主要解决国内经济合同纠纷的《经济合同法》;第二部是主要调整涉外经济合同纠纷,1985年制定的《涉外经济合同法》;第三部是1987年制定的《技术合同法》。另外,还有一些法律对合同问题也做出过一些规定,并且国务院也颁布过十多个有关合同的行政法规。所以,在当时来看,关于合同的法律法规还是比较全面的。有学者说,三部合同法、有关合同规定的法律、国务院颁布的有关合同的行政法规以及最高人民法院有关合同的司法解释,共同构成了我国合同法律体系的框架。^①

然而,随着改革开放的继续深入和扩大、经济贸易的迅猛发展,这三部合同法的局限性及缺陷逐渐凸显出来。其中存在的突出问题有:第一,《经济合同法》、《涉外经济合同法》和《技术合同法》属于三个不同的法规,因制定时间较早,起草单位不一,有些规定过于原则化。因各自调整对象的不同,难免会出现不一致的情况,存在着矛盾、冲突之处,无法做到协调统一。第二,在市场经济中,新的违法犯罪等问题出现,一定程度上导致了经济秩序的混乱、经济信用程度降低,需要三部合同法积极应对。比如,利用合同进行诈骗,各种侵权现象大量涌现,立法只有补充相关规定,才能有效避免合同欺诈,维护当事人合法权益,协调经济秩序。第三,对现有的法律法规而言,调整范围已不能完全适应经济的发展,必须制定新的法律法规来规范经济的运行。例如,融资租赁、委托、行纪等新的合同种类的出现,都需要通过立法做出回应。

综上所述,从适应建立社会主义市场经济体制的根本要求出发,制定一部统一的、较为完备的合同法,来规范各类合同及其在日常生活中的运用、调整

^① 王胜明:《关于合同法的立法背景指导思想及适用范围》,载《科技与法律季刊》,1999年第1期,第73-75页。

合同当事人之间的权利义务关系、促进市场经济平稳健康的发展,显得尤为迫切。在这样的背景下,《合同法》出台统一了中国的合同立法。

《合同法》第1条规定,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。依据本条之规定,合同法的立法目的主要有三个方面:

第一,保护合同当事人的合法权益。这是合同法立法的直接目的和首要任务。确保当事人的合法权益,可调动当事人进行交易活动的积极性,促使各方利益的最大化,提升资源的最佳配置与利用,增进整个社会的财富积累。具体可以表现为两方面:(1)合同法蕴含着自力救济的规则。为当事人提供了行为依据及活动空间。纠纷一旦出现,当事人可直接依据合同法条文明确相互间的权利、义务关系,指引自己行使权利、履行义务,借此保护当事人的合法权益。(2)提供“公力”救济。合同双方当事人发生纠纷时,一方当事人有权提起诉讼请求,国家“公力”救济即正式启动,由审判机关对合同纠纷进行裁决。最终确认一方当事人承担违约责任,保护了当事人的合法权益。

第二,维护经济秩序。在现代各国,交易是市场经济存在的前提和基础,而合同是交易所采用的主要手段。合同法作为交易法,是交易规则的法律表现。合同法是以交易的存在为前提的。我国合同法直接将“维护经济秩序”列为自己的目标,并通过为当事人行为提供一般准则,使其行为合法、有序,以此来顺利实现这一目标。当事人之间因利益的存在,难免会发生冲突,必须加以引导和规范,才能构建和谐、竞争、有序的经济秩序。具体来讲,维护经济秩序主要通过规范合同的整个过程来实现,即将合同的发生、发展和终止等一切过程均纳入法律轨道。

第三,促进我国的经济建设。有人说,合同法是创造财富的法律。作为市场经济的核心交易规则,它肩负的使命即调整我国的市场经济秩序。首先,不仅它所确立的规则能使各利益主体利益最大化,而且也能增进整个社会的财富,为我国奠定坚实的物质基础。其次,如前所述,合同法本身也是一部行为法,它制定的规则最大限度地降低了交易费用,节约了交易成本。

综上所述,合同法的制定是我国法制发展史上的一个壮举,意义重大。合同法的立法目的统领着整个合同法规范。

(三) 合同法的功能

1. 合同法功能的概念

合同法的功能,又称合同法的规范功能,指合同法所应当具有的作用或应

当达到的目标,从合同法追求的目的上讲,许多学者将合同的功能称为合同法的目标,是不无道理的。我国《合同法》第1条规定,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。这显然是从立法目的上概括了合同法所应具有的功能。

由于合同的本质在于合意,合同在很大程度上就是当事人以其自身的意志调整他们相互之间的交易关系。

合同法的功能是基本的法律价值的体现,在合同法中,应当具有整合和协调的功能,协调法律诸价值之间的矛盾和冲突,使各个价值得到最充分的体现。例如,效率与合同正义经常会发生矛盾。按照这一观点,公平正义是违约责任价值基础,公平正义要求责任与违法行为及其后果相适应。然而,近几十年来,以波斯纳为代表的经济法分析法学派提出效率违约理论,明确提出违约的补救应以效率而不是公平正义为其追求的主要目标。如果当事人的违约能够实现价值最大化的时候,应当鼓励此种违约,而不应当考虑违约责任所体现的公平正义的问题。由此可见,强调效率也可能会忽视合同正义的问题。然而,以调整交易关系为主要任务的合同法,又不能不以效率作为其基本价值。所以,问题不在于效率是否是合同法的基本价值,而在于如何协调价值冲突。

2. 维护交易秩序

《合同法》作为维护市场经济秩序的基本法律,必然以维护市场交易秩序为首要任务。所谓市场交易秩序,是指在商品和劳务的交换活动中以及其他的财产流转中,所应该具有的稳定性和规则性。唯有市场交易秩序稳定和有序,参与交易的双方当事人才能最大限度地实现其通过交易所追求的利益。交易秩序的混乱,必然会导致市场活动萎缩,市场经济也就无法正常生存发展。作为一部以调整市场交易关系为主要目的的法律,合同法当然是以维护交易秩序为至高任务。合同法的基本原则之一——诚实信用原则,即为交易主体所普遍遵循的一项准则,在维护市场交易秩序方面,有着重要的理论和现实意义。而合同法另一基本原则——当事人法律地位平等原则,对维护正常交易秩序也起着指导作用。

可以毫不夸张地说,合同法中的全部规则皆因维护交易安全而设置。关于订立程序的规定,确立了完成交易所应遵循的规则;而关于合同的履行、变更和解除的规定,规范了交易过程中的各种行为。责任制度对维护合同的效力至关重要。而关于责任的强制性和制裁功能的规定则有助于纠正不法行为,预防和控制违约的发生,达到维护交易秩序的目的。