

马 强 法 官 民 商 法 判 解 研 究 系 列

合同法新问题 判解研究

HETONGFA XINWENTI
PANJIE YANJIU

◎马强/著

人民法院出版社

马 强 法 官 民 商 法 判 解 研 究 系 列

合同法新问题 判解研究

HETONGFA XINWENTI
PANJIE YANJIU

◎马强／著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

合同法新问题判解研究 / 马强著. —北京: 人民法院出版社, 2005. 1

ISBN 7-80161-909-9

I. 合… II. 马… III. 合同法—研究—中国

IV. D923. 64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 128992

合同法新问题判解研究

马强 著

责任编辑 胡玉莹

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 85250565 (责任编辑) 85250516 (出版部)
85250558 85250559 (发行部)

网 址 www.courtpress.com

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 716 千字

印 张 42.875

版 次 2005 年 1 月第 1 版 2005 年 1 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80161-909-9/D · 909

定 价 76.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

作者简介

马强，1967年12月生，吉林四平人。1989年毕业于辽宁大学法律系，获法学学士学位。1989年至1993年在通辽铁路运输法院从事经济审判工作。1993年考入中国人民大学法学院攻读民商法硕士学位。1996年获民商法硕士学位，同年考取为中国人民大学法学院民商法博士研究生。1999年获得民商法博士学位后到北京市第二中级人民法院工作，曾任北京市第二中级人民法院民事审判第一庭书记员、助审员、研究室副主任、北京市第二中级人民法院疑难民事案件指导小组成员。现为北京市高级人民法院研究室副主任、北京市法学会民商法学研究会理事、国家重点科研基地中国人民大学民商事法律科学研究中心兼职副研究员、中国人民大学商学院工商管理博士后流动站博士后研究人员。1993年以来，先后在《中国人民大学学报》、《法学家》、《法律科学》、《法制与社会发展》、《法律适用》、《法学论坛》、《法学杂志》、《判解研究》、《合同法评论》、《民事审判参考与指导》、《审判前沿》等刊物上发表论文70余篇，撰写《合伙法律制度研究》、《债权法新问题与判解研究》等专著、著作20余部。近年来先后有《配偶权的民法保护》、《自认规则研究》、《诉讼权利平等原则辨证与重构》、《论合伙出资》等文章在最高人民法院获奖。由人民法院出版社出版的专著《合伙法律制度研究》获北京市第七届哲学社会科学优秀成果二等奖，目前正在参加教育部科研项目《民法典立法理由书（专家建议稿）》的科研工作。

序

经过两年的不懈努力，马强法官的民商法判解研究系列之一《合同法新问题判解研究》与读者见面了，作为导师，看到学生又有新作出版，感到十分高兴。

我国自清末变法以来纳入大陆法系，大陆法系又称为民法法系，所以民法典是大陆法系的重要标志。但在我国，由于没有一部真正意义上的民法典，以往的民商事立法又因循“宜粗不宜细”的立法原则，导致我国的民商法体系并不十分缜密，法律规定的漏洞和盲区还多有存在。与此同时，正处在经济社会转型时期的中国，变动不居的社会关系制造了一个又一个法律的新问题，迫使我们去思考、去解答。所有这一切表明，民商法是一个开放的体系，是一个与时俱进的体系，无论是从事民商法研究的学者，还是以定纷止争为己任的民事审判法官，都必须正视社会转型时期各种利益关系此消彼涨、各种社会矛盾错综复杂的现实；无论是从事研究，还是从事审判，既要以客观的态度对待计划经济体制下所形成的现实，又要以超前的视野倡导和维护市场经济体制所应有的规则，要在实践中丰富、发展民商法理论，而不是仅仅固守已有的法律。作为一名工作在审判前沿的法官，马强同志在实践中不断学习新理论、研究新问题、探索新领域，在已完成的合同法判解研究成果中，诸如不真正连带债务、侵害债权、不作为方式的欺诈、消费赠与等许多问题都是现行法律没有规定但审判实践中颇有争议的问题，马强同志对这些问题作了有益的探讨，显示了其不惟书本、只惟审判实践的务实作风，同时也反映了马强同志从事判解研究时注意采撷典型、疑难案件的独具匠心。

从审判实践中发现问题，通过理论分析提出解决问题的办法是马强同志从事判解研究的特色，马强同志站在法学理论前沿，运用

法学理论解决审判实践中的新问题，并对众多带有普遍性的问题进行前瞻性研究，敢于、善于提出自己的新观点、新见解，其中的许多观点、见解具有新颖性、独创性。就合同法方面而言，附保护第三人作用之合同、合同以外的第三人与合同无效的请求权、无效合同与诉讼时效等问题在国内目前还鲜有人进行系统研究。作者跟踪这些新问题，在进行系统研究的同时，提出自己的独特观点，许多观点不仅具有相当的学术价值，而且颇有实践价值。读罢马强同志的判解研究，掩卷思考，我发现，虽然判解研究有长有短，有简有繁，但都贴近经济社会生活，紧密结合审判实践，不作空泛议论，注意解决实际问题，许多文章可圈可点，不乏真知灼见。

早在人民大学法学院攻读民商法硕士学位时，马强同志就表现出敏学善思，不惟书本、只惟实践的良好素质。从1993年攻读硕士学位时起，无论遇到什么困难，马强同志一直致力于民商法的判解研究，并取得了丰硕的成果，这一点令我十分欣慰。据我所知，法官出版民商法判解研究系列丛书，马强同志是第一位，这一方面说明经过多年的潜心研究，马强同志判解研究的能力日臻成熟，研究成果得到了广泛的认可，另一方面也充分昭示了马强同志继续从事判解研究的决心，因为既然是系列丛书，就意味着不是出版一本合同法判解研究即告完成，它将是一个开放的系列，由合同法、侵权法、公司法等诸多判解研究专著组成，马强同志从事判解研究的领域还十分广阔。学无止境乐无穷，我相信，随着我国民商法体系的日臻完善，马强同志一定会向读者奉献更多的判解研究精品。衷心祝愿马强同志在民商法研究领域取得更大的成绩！


2004.11.2.

目 录

无明确法律规范的合同关系可依诚实信用原则处理	1
一、据以研究的审判案例	1
二、问题的提出	4
三、诚实信用原则基本问题考察	4
四、诚实信用原则的功能	5
五、《合同法》对诚实信用原则的具体体现	6
六、诚实信用原则适用于具体案件应注意的问题	8
七、对本案的评析	10
合同案件中合同主体与民事诉讼主体冲突的解决	13
一、据以研究的审判案例	13
二、问题的提出	14
三、现行法律对民事主体及民事诉讼主体的规定	15
《合同法》适用范围解读	22
一、据以研究的审判案例	22
二、问题的提出	22
三、《合同法》的适用范围	23
合同成立与生效的正确区分及在审判实践中的运用	29
一、据以研究的审判案例	29
二、问题的提出	30
三、合同成立与合同生效基本问题研究	31
四、合同成立与合同生效的联系与区别	38
五、合同不成立与合同无效的法律后果	39
六、审判实践中对合同不成立纠纷的处理	39
合同盖章问题研究	41
一、据以研究的审判案例	41
二、问题的提出	42
三、合同盖章基本问题研究	42
四、审判实践中因合同盖章引发之纠纷类型化研究	43

五、因合同盖章引发之纠纷的处理	44
要约的法律效力研究	48
一、据以研究的审判案例	48
二、问题的提出	49
三、对要约条件的分析	49
四、违反有效要约的法律责任探析	51
要约与要约邀请的正确区分	53
一、据以研究的审判案例	53
二、问题的提出	54
三、审判实践中如何正确区分要约和要约邀请	54
标准合同及免责条款效力问题研究	57
一、据以研究的审判案例	57
二、问题的提出	58
三、标准合同问题研究	59
以格式条款形式纳入合同的行业惯例的效力	
——“1.2 米以下儿童谢绝入场”的观众须知引发之法律问题研究	63
一、据以研究的审判案例	63
二、问题的提出	64
三、行业惯例问题研究	65
四、格式条款问题研究	67
五、关于行业惯例（格式条款）的无效	69
六、结论	72
缔约过失责任法理与构成要件的严格把握	73
一、据以研究的审判案例	73
二、问题的提出	75
三、缔约过失责任制度的产生及比较法上之观察	75
四、我国立法和最高人民法院相关司法解释对缔约过失责任制度的立场	78
五、我国法上缔约过失责任的概念及构成条件	79
六、缔约过失责任与违约责任的区别	85
七、缔约过失责任与侵权责任	86
八、缔约过失责任中信赖利益损失的认定	87
九、对审判实践中不适当扩大适用缔约过失责任制度成因的分析	88
表见代理纠纷的认定与处理	89
一、据以研究的审判案例	89
二、问题的提出	90

三、表见代理问题研究	90
四、表见代理与无权代理的区别	93
表见代理案件中行为人代理权的认定	94
一、据以研究的审判案例	94
二、问题的提出	95
三、表见代理案件中行为人代理权的认定	95
超越经营范围而订立合同的效力研究	
——兼评越权无效理论及《合同法》第 50 条之规定	98
一、据以研究的审判案例	98
二、问题的提出	99
三、对本案判决理由的评析	99
四、越权无效理论之研究	100
五、我们的看法和结论	105
六、对《合同法》第 50 条规定的理解	105
审判实践中欺诈行为的认定	
——兼评双倍索赔问题	107
一、据以研究的审判案例	107
二、问题的提出	107
三、审判实践中欺诈的认定	108
四、正确理解《民法通则》与《合同法》关于欺诈行为效力的规定	
——对《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干	
问题的解释（一）》第 3 条规定的质疑	112
五、欺诈与《消费者权益保护法》第 49 条规定的双倍索赔	113
以不作为方式欺诈消费者行为的认定	115
一、据以研究的审判案例	115
二、问题的提出	116
三、对外国法上不作为方式构成欺诈问题的考察	118
四、对我国法上关于不作为方式构成欺诈的考察	120
五、对本案的评析	121
乘人之危行为的认定	
——《合同法》与《民法通则》对乘人之危效力的规定评述	125
一、据以研究的审判案例	125
二、问题的提出	126
三、乘人之危问题研究	126
四、审判实践中认定乘人之危应当注意的问题	129

签订合同时处于“危难境地”情形的认定	131
一、据以研究的审判案例	131
二、问题的提出	132
三、审判实践中乘人之危的正确认定	132
以合法形式掩盖非法目的的无效合同的认定	135
一、据以研究的审判案例	135
二、问题的提出	137
三、恶意串通、以合法形式掩盖非法目的签订的合同的效力的认定	138
违反公共利益的合同的效力	
——兼评赌债的性质	141
一、据以研究的审判案例	141
二、问题的提出	142
三、赌债性质探析	142
借腹生子合同之违背善良风俗性与抚养费请求权	144
一、据以研究的审判案例	144
二、问题的提出	144
三、公序良俗问题之研究	145
四、借腹生子合同违反公序良俗之研究	148
五、案件的处理	149
显失公平的民事行为的认定	152
一、据以研究的审判案例	152
二、问题的提出	152
三、显失公平行为的认定	153
四、认定显示公平行为应注意的问题	154
胁迫与敲诈勒索罪的正确区分	156
一、据以研究的审判案例	156
二、问题的提出	156
三、于某行为性质探讨	157
四、敲诈勒索罪与《合同法》规定的胁迫的区分	157
导致“一人公司”的股权转让协议效力的认定	161
一、据以研究的审判案例	161
二、问题的提出	162
三、一人公司的有关问题	163
四、《公司法》第 20 条第 1 款解读	164
五、对《合同法》第 52 条第 (5) 项规定的理解	165

六、《公司法》第 35 条第 1 款、第 190 条规定与衍生型一人公司	166
合同关系以外的第三人能否向法院主张合同无效	168
一、据以研究的审判案例	168
二、问题的提出	171
三、无效合同性质探究	171
四、合同以外的第三人能否提起诉讼要求确认合同无效	172
五、对本案的评析	174
情势变更制度的理论与实践	178
一、据以研究的审判案例	178
二、问题的提出	182
三、情势变更制度的理论基础	183
四、情势变更制度适用的条件、法律效力	186
五、能否以显失公平制度取代情势变更制度处理合同变更案件	190
情势变更制度之确立与处理非典型肺炎疫情案件	192
一、据以研究的审判案例	192
二、问题的提出	194
三、非典型肺炎疫情的法律性质探究	194
四、情势变更与不可抗力的区别	195
五、对本案判决解除合同赔偿损失的思考	198
六、本案能否直接适用情势变更制度处理	200
七、题外话——我国确立情势变更制度路径的构想	202
同时履行抗辩权制度在审判实践中运用的研究	205
一、据以研究的审判案例	205
二、问题的提出	207
三、同时履行抗辩权的概念和构成	207
四、同时履行抗辩权与留置权之区别	211
五、单方违约时同时履行抗辩权的适用	212
六、同时履行抗辩权的行使及举证责任	213
七、同时履行抗辩权经裁判之效力	213
八、同时履行抗辩权与具体双务合同	214
为第三人利益合同问题研究	
——对《合同法》第 64 条规定之理解	220
一、据以研究的审判案例	220
二、问题的提出	221
三、对本案所涉及的法律关系的分析	221

四、第三人利益合同研究	225
五、第三人利益合同与不真正的第三人利益合同之区别 ——对《合同法》第 64 条规定之评析	231
六、对本案的看法	234
第三人负担合同问题探讨	235
一、据以研究的审判案例	235
二、问题的提出	237
三、第三人负担合同问题研究	239
撤销权若干问题研究	245
一、据以研究的审判案例	245
二、问题的提出	246
三、撤销权成立的要件	247
四、撤销权案件双方当事人的举证责任承担	255
五、对《合同法》和司法解释关于撤销权行使期限规定的理解	256
六、本案的赠与合同能否撤销	258
撤销权与债权转移之关系	260
一、据以研究的审判案例	260
二、问题的提出	262
三、对本案合同效力的分析	262
四、撤销权人转移可撤销的合同项下的债权债务， 撤销权能否转移	265
试述债权转让	267
一、据以研究的审判案例	267
二、问题的提出	269
三、对本案的评析	269
无权处分还是债权转让	273
一、据以研究的审判案例	273
二、问题的提出	274
三、公司的股东能否在被吊销营业执照的公司为当事人的案件中起诉、应诉	275
四、本案清算协议的性质和效力	277
迟延履行后发生不可抗力事件，违约方合同解除权的行使	280
一、据以研究的审判案例	280
二、问题的提出	280
三、离婚事件与不可抗力	281
四、违约一方能否以不可抗力为由要求解除合同	282

五、对本案的看法	284
试论违反合同的补救措施	285
一、据以研究的审判案例	285
二、问题的提出	286
三、对问题的分析	286
谈效率违约与合同的实际履行	289
一、据以研究的审判案例	289
二、问题的提出	290
三、效率违约	291
四、合同实际履行	294
出卖人违约拒不交货，买受人转购损失的认定	297
一、据以研究的审判案例	297
二、问题的提出	298
三、违约人应否赔偿对方的转购损失	299
四、怎样认定转购价格的合理性	305
试论定金与预付款的认定	307
一、据以研究的审判案例	307
二、问题的提出	308
三、定金与预付款的正确认定	308
合同之诉中的精神损害赔偿问题研究	311
一、据以研究的审判案例	311
二、问题的提出	312
三、精神损害与合同责任的比较法观察	312
四、我国审判实务界对违约之诉精神损害赔偿的态度	315
五、现行立法是否确立违约之诉的精神损害赔偿之评述	318
六、结论	319
惩罚性违约金问题研究	321
一、据以研究的审判案例	321
二、问题的提出	322
三、对《合同法》规定的违约金性质的解读	
——《合同法》是否允许当事人约定惩罚性的违约金	324
四、惩罚性违约金约定过高如何处理	326
五、违约人承担了支付惩罚性违约金的责任后，是否还应承担继续履行等义务	328
六、结论	328

当事人为自己一方的第三人原因负违约责任制度研究	329
一、据以研究的审判案例	329
二、问题的提出	333
三、当事人为自己一方的第三人原因负违约责任制度的理论基础	333
四、我国法上当事人为自己一方的第三人原因负违约责任制度的演变	335
五、当事人为自己一方的第三人原因负违约责任制度的适用	336
六、当事人一方因第三人意志以外的原因造成违约, 责任如何承担	338
七、对本案的分析	339
违约责任与侵权责任的竞合	341
一、据以研究的审判案例	341
二、问题的提出	343
三、关于违约责任和侵权责任竞合的几个问题	343
四、我国司法实践中处理责任竞合的作法	347
五、我国民法理论界对责任竞合的看法	348
六、审判实践中不同请求权选择对当事人利益的影响	349
七、审判实践中常见的责任竞合的形态	351
八、结论	352
法院能否不待当事人主张主动适用诉讼时效驳回当事人请求对方承担违约责任的请求	354
一、据以研究的审判案例	354
二、问题的提出	355
三、法院能否不待当事人主张而主动适用诉讼时效	355
四、当事人能否在案件审理的任何程序中主张诉讼时效并获得时效利益	361
五、法院对超过诉讼时效的案件, 是判决驳回诉讼请求, 还是裁定驳回起诉	363
六、对当事人不主动适用诉讼时效问题解决的立法思考	363
合同无效与诉讼时效	365
一、据以研究的审判案例	365
二、问题的提出	366
三、宅基地使用权基本问题研究	366
四、无效合同的确认是否适用诉讼时效制度	369
五、对本案处理结果的探讨	372
六、一点思考	373
履行期限不明的债务诉讼时效如何起算	375
一、据以研究的审判案例	375

二、问题的提出·····	376
三、履行期限不明的债务诉讼时效如何计算·····	376
四、对本案的分析·····	378
附保护第三人作用之合同研究·····	379
一、据以研究的审判案例·····	379
二、问题的提出·····	380
三、附保护第三人作用之合同制度的起源探究·····	380
四、附保护第三人作用之合同的发生依据·····	383
五、附保护第三人作用之合同的适用条件·····	387
六、附保护第三人作用之合同与合同的相对性原理·····	387
七、附保护第三人作用之合同与利益第三人合同之区别·····	389
八、附保护第三人作用之合同与《美国商法典》第 318 条第三人受益的默示担保责任之异同·····	390
九、附保护第三人作用之合同与直接诉权·····	392
十、附保护第三人作用之合同纠纷的类型化研究·····	393
十一、归论·····	393
试论不真正连带债务·····	395
一、据以研究的审判案例·····	395
二、问题的提出·····	396
三、不真正连带债务基本法律问题研究·····	397
四、不真正连带债务类型化研究·····	403
五、不真正连带债务的效力·····	407
侵害债权制度研究与审判实践中的适用·····	411
一、据以研究的审判案例·····	411
二、问题的提出·····	413
三、侵害债权理论基本问题探究·····	414
四、审判实践中侵害债权的类型化研究·····	420
五、对本案的分析·····	422
谈拍卖合同的无效·····	427
一、据以研究的审判案例·····	427
二、问题的提出·····	428
三、对本案的评析·····	428
当事人实施违反公共利益行为后所达成的补偿协议的效力问题研究·····	431
一、据以研究的审判案例·····	431
二、问题的提出·····	432

三、本案所涉及合同的性质	432
四、本案合同效力探讨	433
五、对本案的评析	434
六、简短的结论	439
消费赠与问题研究	441
一、据以研究的审判案例	441
二、问题的提出	442
三、消费赠与行为的性质研究	442
四、消费赠与行为中赠与的撤销	447
五、经营者不交付赠与物、交付不适当的赠与物，消费者如何救济	447
六、赠物瑕疵的法律救济	448
七、经营者赠与物品价值超过《反不正当竞争法》规定的处理	448
八、对本案的评述	449
不动产赠与合同撤销问题研究	450
一、据以研究的审判案例	450
二、问题的提出	451
三、不动产赠与合同在未办理过户手续前能否撤销	451
四、不动产赠与物已经灭失，赠与人能否行使撤销权	453
五、被告可否请求原告为其办理赠与物的过户手续	454
六、受赠人能否要求赠与人赔偿房屋装修的损失	455
七、对本案的看法	456
八、本案处理应当思考的一个问题	456
经公证的不动产赠与合同履行问题研究	458
一、据以研究的审判案例	458
二、问题的提出	460
三、不动产赠与合同的法律适用	460
四、经过公证的不动产赠与合同，赠与人能否因经济状况的显著恶化 而不再履行赠与义务	462
试论出租房屋的优先购买权	465
一、据以研究的审判案例	465
二、问题的提出	466
三、优先购买权问题研究	466
试述运输合同中免责事由和免责条款	470
一、据以研究的审判案例	470
二、问题的提出	471

三、对本案的分析	471
当事人约定条款与《合同法》第 410 条规定的适用	475
一、据以研究的审判案例	475
二、问题的提出	476
三、委托合同基本问题研究	476
四、当事人能否通过约定排除《合同法》第 410 条的适用	479
五、委托合同被当事人解除时, 约定的报酬是否构成受托人的损失	483
居间合同纠纷与报酬请求权的行使	486
一、据以研究的审判案例	486
二、问题的提出	487
三、居间合同问题研究	487
四、居间合同报酬的支付	494
试论储蓄合同挂失的效力	496
一、据以研究的审判案例	496
二、问题的提出	498
三、问题研习	498
试论存款被冒领的责任	501
一、据以研究的审判案例	501
二、问题的提出	501
三、储蓄合同存款被冒领责任问题研究	502
信用卡丢失后透支责任的承担	504
一、据以研究的审判案例	504
二、问题的提出	505
三、信用卡丢失后透支责任的承担	505
妻取夫款银行应否承担违约责任	508
一、据以研究的审判案例	508
二、问题的提出	511
三、刘国强名下的存款是否一定是夫妻共同财产	511
四、夫妻间是否享有相互代理权	512
五、《婚姻法》第 17 条的规定是否是夫妻相互代理权	515
六、张玉取款及转存行为是否构成无权处分	516
七、银行能否依据中国人民银行《关于执行〈储蓄管理条例〉的若干规定》 第 37 条的规定为张玉办理挂失止付手续	517
八、银行应否承担违约责任	518