

国家司法考试高阶教程

2004

民法

下

作者 付英 王丰



经济科学出版社

2004 GUOJIA SIFA KAOSHI GAOJIE JIAOCHENG

国家司法考试

高阶教程

民法 ①

作者 付英 王丰

2004

责任编辑：刘殿和

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 蓼花宝典工作室：88191438

网址：www.esp.com.cn

电子邮件：esp@esp.com.cn

中国科学院印刷厂印装

787×1092 16 开 82 印张 2600000 字

2004 年 4 月第一版 2004 年 4 月第一次印刷

印数：00001—12000 册

ISBN 7-5058-4111-4/D·162 定价（上下）：151.00 元

（图书出现印装问题，本社负责调换）

（版权所有 翻印必究）

前言

本丛书是一套全面、系统的应考教程，以国家司法考试大纲为线索，以法律法规及配套司法解释为依据，按照每一学科分类编写，全书内容采用的是学术通说。每一学科章节的编排体例分为六个层次。

第一层次：考点精要，将本节考点逐一列出。

第二层次：相关法条，包括被列入大纲范围的重点法条及配套司法解释（截至2004年7月1日施行）。

第三层次：法条评述，是对本节相关法条的解读。

第四层次：本节解谜，帮助读者充分理解立法原意，进一步阐释法条之间的联系及应用。

第五层次：典型考题，主要包括可能出题的模拟试题及考点，目的在于熟练掌握本节的基础理论。

第六层次：全真考题，主要是历年真题的考点归类，目的在于了解国家司法考试的命题规律，抓住命题重点。

本丛书中的考题均附有详细的答案剖析，帮助读者了解自己的弱点，不断提高答题技能。2004年版的答案剖析，已依据最新的法律和相关司法解释重新进行了解答。

这套丛书通过六个层次编排的有机结合，其目的就在于帮助读者充分地利用学习时间，有效地提高应试能力。法条评述、本节解谜部分也均依据最新的法律和相关司法解释进行了重新梳理。

没有法学基础的读者，至少应该先将考点精要、相关法条、法条评述通读一遍；对于本节解谜，则应细细阅读，充分理解；有法学基础的读者，则可根据自身基础有选择性地阅读各层次。然后，可通过典型考题的练习了解自己的不足之处，对症下药，有的放矢；最后，通过全真考题的练习提高考试技能。

如果你在学习本书的过程中有疑难问题请邮至 Followme@vip.163.com，或登录葵花宝典论坛 <http://www.esp.com.cn/bbs/list.asp?boardid=11>，我们会将解答返回你的信箱。

付英 王丰

二〇〇四年四月

目录

第20章 合同概述 —————	607	第26章 无因管理和不当得利之债 —————	916
第一节 合同的概念和特征 —————	607	第一节 不当得利之债 —————	916
第二节 合同的分类 —————	613	第二节 无因管理之债 —————	920
第三节 合同关系 —————	623	第27章 知识产权概述 —————	926
第21章 合同的成立和效力 —————	626	第一节 知识产权 —————	926
第一节 合同的订立概念和成立要件 —————	626	第二节 知识产权法 —————	929
第二节 要约 —————	628	第28章 著作权 —————	931
第三节 承诺 —————	639	第一节 著作权概述 —————	932
第四节 合同的效力 —————	656	第二节 著作权的客体 —————	936
第22章 合同的内容与形式、解释 —————	675	第三节 著作权的主体 —————	941
第一节 合同的内容与形式 —————	675	第四节 著作权的内容 —————	955
第二节 合同解释 —————	685	第五节 著作权的限制 —————	964
第23章 合同的变更和解除 —————	689	第六节 邻接权 —————	972
第一节 合同的变更 —————	689	第七节 著作权侵权行为 —————	986
第二节 合同的解除 —————	693	第八节 计算机软件著作权 —————	999
第24章 合同责任 —————	706	第29章 专利权 —————	1006
第一节 缔约过失责任 —————	706	第一节 专利权主体与客体 —————	1006
第二节 违约责任 —————	712	第二节 授予专利权的条件 —————	1016
第25章 合同法分则 —————	739	第三节 授予专利权的程序 —————	1021
第一节 买卖合同 —————	741	第四节 专利权的内容 —————	1035
第二节 供用电、水、气、热力合同 —————	778	第五节 专利权的保护 —————	1043
第三节 赠与合同 —————	780	第30章 商标权 —————	1055
第四节 借款合同 —————	788	第一节 商标概述 —————	1055
第五节 租赁合同 —————	796	第二节 商标权的法律关系 —————	1059
第六节 融资租赁合同 —————	816	第三节 商标权的取得 —————	1065
第七节 承揽合同 —————	825	第四节 商标权的消灭 —————	1079
第八节 建设工程合同 —————	837	第五节 注册商标专用权的保护 —————	1087
第九节 运输合同 —————	842	第31章 婚姻、家庭 —————	1099
第十节 保管合同 —————	857	第一节 结婚 —————	1100
第十一节 仓储合同 —————	864	第二节 家庭关系 —————	1117
第十二节 委托合同 —————	870	第三节 离婚 —————	1132
第十三节 行纪合同 —————	884	第32章 继承权概述 —————	1157
第十四节 居间合同 —————	893	第一节 继承权概述 —————	1157
第十五节 技术合同 —————	896	第二节 继承权的取得、放弃、丧失和保护 —————	1161

第33章 法定继承	1165	债务的清偿	1200
第一节 法定继承概述	1165	第四节 无人继承又无人受遗赠的 遗产	1204
第二节 法定继承的范围和继承 顺序	1167	第37章 人身权	1206
第三节 代位继承与转继承	1172	第一节 人身权的一般问题	1206
第四节 法定继承的遗产分配	1175	第二节 人格权	1211
第34章 遗嘱继承	1178	第三节 身份权	1232
第一节 遗嘱继承概述	1178	第四节 人身权的法律保护	1237
第二节 遗嘱	1180	第38章 侵权的民事责任	1251
第35章 遗赠和遗赠扶养协议	1187	第一节 侵权的民事责任概述	1251
第一节 遗赠	1187	第二节 一般侵权民事责任的构成 要件	1256
第二节 遗赠扶养协议	1190	第三节 侵权责任的抗辩事由	1261
第36章 继承的开始与遗产的处理	1194	第四节 侵权行为的归责原则	1267
第一节 继承的开始	1194	第五节 特殊侵权行为	1271
第二节 遗产	1198	第六节 共同侵权行为	1293
第三节 遗产的分割与被继承人			

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；要式合同与非要式合同；有名合同与无名合同；诺成合同与实践合同；主合同与从合同；涉他合同与自己合同；格式合同。

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123条 其他法律对合同另有规定的，依照其规定。

第124条 本法分则或者其他法律没有明文规定的合同，适用本法总则的规定，并可以参照本法分则或者其他法律最相类似的规定。

《土地承包法》2002年8月29日施行

第56条 当事人一方不履行合同义务或者履行义务不符合约定的，应当依照《中华人民共和国合同法》的规定承担违约责任。

《合同法》

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2条规定了合同法的适用范围。

(1) 合同法适用于民事合同, 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, 但不适用包括婚姻、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, 通常由亲属法、物权法调整。

应当注意:

①在理解合同概念时, 应将民法上的合同概念与合同法上的适用范围加以区别。《合同法》第2条第2款规定的“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”, 并未否定本条文第1款所确立的合同定义。换言之, 并没有否定上述“有关身份关系的协议”的合同性质, 只是限制了合同法的适用范围。

②《合同法》调整的是平等主体之间的民事法律关系, 故行政合同也不属其调整范围。

③下列协议, 属于平等主体之间的合同:

★国有土地使用权出让合同;

★农村承包经营权合同。

④下列协议, 不属于平等主体之间的合同:

★企业承包经营协议;

★市政府与县政府签订的行政责任合同。

(2) 合同主体包括自然人、法人和其他组织。

应当注意: 凡自然人, 都有民事权利能力, 有权作为合同的当事人。能否作为合同当事人与其有无民事行为能力并无直接关系, 只不过, 限制民事行为能力人只能进行与其年龄、智力、精神健康状况相适应的民事行为, 其他比较复杂或重大的民事行为应由其法定代理人代理或征求其法定代理人的同意后进行; 无民事行为能力人应由他们的法定代理人代理民事活动。

2. 《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。

3. 《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裁审自由为合同自由的当然内容。

4. 《合同法》第5条规定了公平原则。

5. 《合同法》第6条规定了诚实信用原则。

6. 《合同法》第7条规定了合法性原则, 包括以下四个方面的内容:

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, 在不同的法律部门具有不同的含义。《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。”

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. 合同是当事人意思表示一致的民事法律行为

(1) 民事法律行为有单方、双方与多方之分：

①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；

②合同是双方或多方法律行为，合同的成立须各方当事人互为意思表示。只有在意思表示一致时，合同才能成立。

(2) 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. 合同是平等主体意思自治的一种民事法律行为

所谓“平等”，是指当事人在合同关系中法律地位平等。

所谓“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行性规定和公共秩序、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：

①合同关系只能发生在特定的合同当事人之间，只有合同的当事人才能基于合同向对方提出请求或提起诉讼。

②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。

③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。

应当注意：能够证明协议存在的合同书并不等同于合同。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项应选，CD两项不选，《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》适用于民事合同,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;但不适用包括婚姻、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,通常由亲属法、物权法调整。

A项不选,《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。

应当注意:

(1) 下列协议,属于平等主体之间的合同:

①国有土地使用权出让合同;

②农村承包经营权合同。

(2) 下列协议,不属于平等主体之间的合同:

①企业承包经营协议;

②市政府与县政府签订的行政责任合同。

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三项应选,《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。”

据此,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。其内容包括:

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项不选,《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。《合同法》第2条第1款规定:“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。”

据此,合同的主体包括自然人、法人和其他组织。

A项不选,凡自然人都有民事权利能力,有权作为合同的当事人。能否作为合同当事人与其有无民事行为能力并无直接关系,只不过,限制民事行为能力人只能进行与其年龄、智力、精神健康状况相适应的民事行为,其他比较复杂或重大的民事行为应由其法定代理人代理或征求其法定代理人的同意后进行;无民事行为能力人应由他们的法定代理人代理民事活动。

相关法文如下:

《民法通则》第9条规定:“公民从出生时起到死亡时止,具有民事权利能力,依法享有民事权利,承担民事义务。”

《民法通则》第10条规定:“公民的民事权利能力一律平等。”

相关知识如下:

自然人是基于出生而取得民事主体资格的人,包括本国公民、外国公民和无国籍人。

自然人的民事权利能力,是指法律赋予自然人参加民事法律关系、享有民事权利、承担民事义务的资格,具有平等性、不可转让性等特征,始于出生终于死亡。

(1) 自然人有了民事权利能力, 还须具有相应的民事行为能力, 才能以自己的行为享有民事权利、承担民事义务。自然人的民事行为能力, 是指自然人能够以自己的行为独立参加民事法律关系, 行使民事权利和设定民事义务的资格。其特征为:

①民事行为能力是由国家法律规定的, 是否享有、在什么范围内享有, 并不取决于自然人的主观意愿; 当事人也不得自行予以限制、转让或抛弃。

②民事行为能力与自然人的年龄及智力状态相联系。民事行为能力是自然人以自己的行为进行民事法律活动或为自己的行为后果承担责任的能力, 要具备这种能力, 首先应具备正确识别和判断的意思能力, 而一定的年龄和正常的智力正是具有意思能力的标志, 这也是自然人的民事行为能力与其权利能力的主要区别。

(2) 《民法通则》根据年龄和智力状况的不同, 将自然人的民事行为能力分为三类: 完全民事行为能力、限制民事行为能力和无民事行为能力。

①完全民事行为能力, 是指自然人能够通过自己独立的行为行使民事权利和承担民事义务的资格。一般认为, 已达到成年, 精神状况正常, 能完全辨认自己行为及其后果的自然人, 是具有完全民事行为能力的人。

★《民法通则》第11条第1款规定: “18周岁以上的公民是成年人, 具有完全民事行为能力, 可以独立进行民事活动, 是完全民事行为能力人。”

★《民法通则》第11条第2款规定: “16周岁以上不满18周岁的公民, 以自己的劳动收入为主要生活来源的, 视为完全民事行为能力人。”

应当注意: 具有完全民事行为能力的人, 在神志不清的状态下所为的民事行为是无效的。

②限制民事行为能力, 是指自然人享有民事权利和承担民事义务的资格受到一定的限制。限制民事行为能力人所实施的民事行为, 并非无效, 其中与其年龄、智力、精神健康状况相适应的民事行为以及其纯获利益的行为是有效行为, 其余民事行为在征得其法定代表人同意或经其法定代理人追认时, 方为有效。

★限制民事行为能力人的范围。限制民事行为能力的自然人包括两类, 即10周岁以上的未成年人和不能完全辨认自己行为后果的精神病人。

★限制民事行为能力人的行为能力所受限制的范围。限制民事行为能力人只能进行与其年龄、智力、精神健康状况相适应的民事行为, 其他比较复杂或重大的民事行为应由其法定代理人代理或征得其法定代理人的同意后进行。

③无民事行为能力, 是指自然人不具有以自己的行为参与民事法律关系, 取得民事权利和承担民事义务的资格。

★无民事行为能力人的范围。无民事行为能力的自然人包括两类, 即不满10周岁的未成年人和不能辨认自己行为后果的精神病人。无民事行为能力人应由他们的法定代理人代理民事活动。

★对无民事行为能力人, 其所进行的纯粹受益, 没有损害的行为, 与限制民事行为能力人一样, 应认定有效。实践中, 不满10周岁的未成年人, 也可以进行与其年龄、智力相适应的民事活动。

B项不选, B项表述中的羊县人民政府属机关法人, 根据《合同法》第2条第1款的规定, 可以作为合同的当事人。具体分析如下:

《民法通则》第36条规定: “法人是具有民事权利能力和民事行为能力, 依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。”

法人的民事权利能力和民事行为能力, 从法人成立时产生, 到法人终止时消灭。”

《民法通则》第50条第1款规定: “有独立经费的机关从成立之日起, 具有法人资格。”

综上所述, 法人是与自然人相对应的民事主体, 是具有民事权利能力和民事行为能力, 依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。

法人这样一个具有独立财产的社会组织就像自然人一样拥有独立的民事权利能力和民事行为能力, 独立地享有民事权利和承担民事义务, 成为民事法律关系的主体, 在理论上被称为“法人拟制说”。

《民法通则》根据法人活动性质的不同, 将法人划分为企业法人、机关法人、事业单位法人和社会团体法人。其中, 机关法人是指依法享有国家赋予的行政权力, 并因行使职权的需要而享有相应的民事权利能力和民事行为能力的国家机关。国家机关依照法律或行政命令成立, 不需要进行核准登记程序, 即可取得机关法人资格。

(4) 行政合同，是指行政主体为了实现行政管理目标，与相对人之间经过协商所达成的协议。行政合

同是一种行政行为。目前,我国的行政合同主要有国有土地使用权出让合同、农村土地承包合同、全民所有制工业企业承包合同、国家订购合同、公用征收补偿合同、公共工程承包合同、国家科研合同等。

行政合同的特征有:

①行政合同的当事人必须有一方是行政主体。作为一方当事人参加行政合同的行政主体与相对人公民、法人和其他组织不同,处于主导地位并享有一定的行政特权,两者的地位并不平等。

应当注意:行政机关具有双重身份:行政主体和民事主体。行政机关以民事主体身份签订的合同,如购买办公用品的合同,是民事合同;只有当行政机关以行政主体身份签订合同时,该合同才是行政合同。

②行政合同的内容是执行公务。行政主体签订行政合同的内容是执行公务,从而实现行政管理职能,维护公共利益,而不是为了自身的经济利益。例如:为了修建市政公共设施,行政主体与企业签订的共同投资建设合同等。

③行政主体对于行政合同的履行享有行政优益权。行政主体享有行政优益权,是指行政主体对合同履行享有的监督权、指挥权、单方变更权和解除权。当然,行政主体只有在合同订立后出现了由于公共利益的需要或法律政策的重大调整、必须变更或解除行政合同时,才能行使单方变更、解除权,因此给相对人的合法权益造成损害的,要予以补偿。

④行政合同双方当事人因为履行行政合同发生的争议,受行政法调整,根据行政法的相关原则,通过行政救济方式解决。

⑤行政合同是一种双方行为,以行政主体和相对人的意思表示一致为前提。行政合同是一种行政行为,是一种双方行为。虽然,在行政合同的履行过程中,出于行政管理的需要,行政主体享有对合同履行的监督权、指挥权、单方变更权、解除权和制裁权等行政优益权,但行政合同的订立,须与相对人协商一致,取得相对人的同意,行政主体不能将自己的意志强加给对方,更不能采用强迫命令的方式。两者之间不是命令与服从的关系,而是协商、意思表示一致的关系。

⑥行政合同订立后,只要合同条款符合国家法律、法规的规定,该合同即成为约束行政主体和相对人的权利义务关系的依据,不得被擅自变更和解除合同的内容。

第二节 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给付义务的合同。绝大多数合同都是双务合同,例如:买卖、互易、租赁合同。

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。故一方当事人只有在自已已经履行或提出履行以后,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。也就是说,只有在双务合同中,才有履行抗辩权的问题。

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,单务合同不存在履行抗辩权的问题。

(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,如果出现履行不能时,不同的合同类型其风险责任的承担也各不相同。

如果因发生不可抗力导致不能履行的,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,一般不存在上述后果。

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,即双方互为给付而取得对价的合同,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代价的合同。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任何代价的合同。典型的无偿合同有赠与合同和借用合同等。

应当注意: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) 两者对当事人行为能力的要求不同。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) 对债权人行使撤销权有不同的要求。

①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;

②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。

(4) 有偿合同一般有同时履行抗辩权问题；无偿合同一般无此问题。

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非要式合同。

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同，属于应当由国家批准的合同。

2. 非要式合同

非要式合同，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；而非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，是指凡是法律已经确定了特定的名称及相应规则的合同。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。

3. 区分有名合同和无名合同的意义

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，也可在不违反强制性规范的条件下，特别约定排除有名合同的有关条款。

对于无名合同，应首先考虑适用合同法的一般规则（即合同法总则的规定），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规则，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或开始履行的行为，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。

实践中，大多数合同为诺成合同，而实践合同则仅限于法律有特别规定的少数合同，如保管合同、自然人之间的借款合同、质押合同、定金合同等均是实践合同。

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主要区别在于：成立、生效的要求不同。

A. 对于诺成合同，双方当事人意思表示一致（即达成合意），即可成立并生效。

B. 对于实践合同，两个意思表示一致，并不一定成立或生效，必须由当事人交付标的物以后，合同才能成立。例如：定金合同属实践合同，在定金合同中，双方达成一致意见时，取得合意时成立，提交定金时，合同生效。

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。首先按照通常理解；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

依两个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，是指在两个相互关联的合同中，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，是指在两个相互关联的合同中，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，即须以主合同的存在而存在，而不能独立存在。

3. 区分主合同与从合同的意义

(1) 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。

主合同可以独立存在，并不依附于从合同，故从合同的不成立或失效，一般并不影响主合同的效力。

(2) 从合同不能独立存在，而必须以主合同的有效成立为前提，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，又分为第三人利益的合同和由第三人负担的合同。

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. 由第三人负担合同

由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。

(1) 根据合同的双方当事人是否互负相应的义务，可将合同划分为单务合同和双务合同。

双务合同，是指当事人双方互负对待给付义务的合同。绝大多数合同都是双务合同，例如：买卖、互易、租赁合同。

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。

(2) 根据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。

有偿合同，即双方互为给付而取得对价的合同，是指凡是合同的一方当事人在履行了自己的义务后可以对方获得相应代价的合同。例如：买卖、租赁、承揽等合同均为有偿合同。

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

应当注意：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。

A项不选，借用合同是典型的单务、无偿合同。

B项不选，《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项应选，《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。”

据此，自然人之间的借款合同原则上为无偿合同，当事人无支付利息的特别约定，视为无利息；但约定有利息的，则为有偿合同。同时一般认为，自然人之间的借款合同为单务合同，故C项应选。

D项不选，《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61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. 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。

A项应选，《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项不选，借用合同是典型单务合同。

C项应选，互易合同是以物易物的合同，是双务合同。

D项应选，《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，