



现代房地产经营管理丛书

房地产法律制度

FANGDICHAN FALÜ ZHIDU

邹晓燕 主编

181



化学工业出版社

D922.181
Z973

现代房地产经营管理丛书

房地产法律制度

FANGDICHAN FALU ZHIDU

邹晓燕 主编



化学工业出版社

· 北京 ·

D922.181
Z973

本书是一本面向管理类学生推出的房地产法律法规教材,主要针对管理类学生的特点,侧重引入典型案例,结合法律法规。本书重点介绍了不动产物权制度、中国土地管理制度以及城镇住房、房地产开发、房地产交易、房地产中介、不动产权属、不动产信息公开查询、物业管理等制度。

本书可作为各高校房地产管理专业、工程管理专业房地产管理方向的专业教材,并可供从事土地管理和房地产管理方面的科研和实际工作者参阅。

图书在版编目(CIP)数据

房地产法律制度/邹晓燕主编. —北京:化学工业出版社, 2010.4

(现代房地产经营管理丛书)

ISBN 978-7-122-07773-8

I. 房… II. 邹… III. ①房地产业-法规-中国-教材 IV. D922.181

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 027760 号

责任编辑:刘兴春 汲永臻
责任校对:周梦华

装帧设计:史利平

出版发行:化学工业出版社(北京市东城区青年湖南街13号 邮政编码100011)

印 装:北京云浩印刷有限责任公司

787mm×1092mm 1/16 印张15¼ 字数397千字 2010年5月北京第1版第1次印刷

购书咨询:010-64518888(传真:010-64519686) 售后服务:010-64518899

网 址: <http://www.cip.com.cn>

凡购买本书,如有缺损质量问题,本社销售中心负责调换。

定 价:45.00 元

版权所有 违者必究

前言

当前,关于房地产法律法规的教材主要有法学研究和法规汇编两种体例,而对于要求熟知法律法规并侧重于实践应用的管理类学生,这种教材要么过于理论性(法学用),要么过于晦涩(法律法规汇编)。本书致力于对此进行改进,并着重考虑了读者的需求,按一般读者的认知规律进行编写。

本书体系和内容安排,遵循了以下几个原则。

1. 内容强调理论与应用性并重

管理类学生学习法律的目的一般包括两个方面:一是要求熟知行业相关法律法规的规定,以避免将来从业时由于不熟悉规定而带来的经营风险;二是在掌握法律法规内容的基础上,强化法律意识,能运用法律手段解决实际问题。因此,面向管理类学生的教材,一方面应加强法律制度理论体系的建设和完善,另一方面也应加强应用性的内容。

2. 章节内容的编排依据学生的认知原理进行创设

依据教育学原理——学生的认知原理编排行文是本书的特点,且经教学实践证实有效。具体思路是每一个主题内容引入典型案例,结合法律、法规进行编写。由案例介绍和焦点问题入手,通过设置问题情境激发读者和学生探索问题的求知欲,将所研究的主题内容生动地展开,再逐步分析和介绍理论。此种方法避免了学生由于缺乏社会实践知识和兴趣而不愿学习和看书的弊端。因此,每一章的行文均在适当的时候,引入了典型案例,以加强读者的感性认知,并同时创设问题,引发思考。

3. 与实践和前沿挂钩

本书的内容力求创新和保持前沿。房地产业市场化发展与注重政府调控管理的特点使得房地产法律制度内容庞大且更新频繁,因此详细学习并密切关注最新制度政策对房地产从业者和该专业学生显得尤为重要。本书将近几年来新颁布和修订的有关房地产和部分土地的法律法规以及政策制度在相应部分吸收进来,如《物权法》、《全国土地总体利用规划纲要(2006—2020)》、《土地登记办法》、《房屋登记办法》、《民用建筑节能条例》、《国务院关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》、《廉租住房保障办法》、《经济适用房管理办法》等。同时本书也包括了许多当前亟需研究和解决的重大问题分析,如城市房屋拆迁有无存在的必要性讨论,保障性住房制度体系建设探讨,实施物业税的必要性以及注意问题等。

本书共分十章,其主要内容和编写人员如下。

第一章 绪论,由邹晓燕和王双负责编写,主要介绍学习房地产法律制度所需要的法律基础知识和房地产法律制度的研究对象和内容体系。

第二章 不动产物权制度,由邹晓燕和李子松负责编写,主要介绍我国的不动产物权制度。

第三章 中国土地管理法律制度,由李文谦负责编写,主要介绍我国的土地管理各项制度。

第四章 中国住房法律制度,由王双负责编写,主要介绍我国的住房法律制度,包括住房分配制度、住房供应体系、住房保障制度和住房金融制度。

第五章 房地产开发经营法律制度，由郭金金负责编写。主要介绍房地产开发的过程中相关法律制度，包括获取土地、设立房地产开发企业、勘察设计、施工、监理、竣工验收各个环节的相关法律制度。

第六章 房地产交易法律制度，由邹晓燕和李子松编写，主要介绍房地产的转让、租赁和抵押的相关法律制度。

第七章 房地产中介服务法律制度，由王双负责编写，主要介绍房地产中介服务业的行业管理、中介机构的业务管理等内容。

第八章 不动产登记法律制度，由邹晓燕负责编写，主要介绍我国的不动产登记制度，包括土地、房产登记制度。

第九章 房地产税收法律制度，由李子松负责编写，主要介绍现行中国实施的与房地产有关的各种税收法规和各阶段相关税收优惠政策。

第十章 物业管理法律制度，由郭金金负责编写，主要介绍物业管理领域的法律法规。全书最后由邹晓燕统稿和定稿。

本书可作为各高校房地产管理专业、工程管理专业房地产管理方向的专业教材，并可供从事土地管理和房地产管理方面的科研和实际工作者参阅以及干部培训选用。

限于编者水平及时间，书中内容难免存在疏漏之处，恳切期望得到专家、学者及所有同行和读者的批评、指正。

编者
2010年1月

目录

第一章 绪论

1

第一节 相关法律基础理论	1
一、民法的基本原则	1
二、市场主体的财产权	2
三、合同法基础	4
第二节 经济法律关系和房地产法律关系	14
一、经济法律关系的概念和特征	14
二、经济法律关系的构成	15
三、经济法律关系的发生、变更和终止	17
四、房地产法律关系	18
第三节 房地产法律制度概述	19
一、房地产、不动产的概念	19
二、房地产法律制度的内涵和特征	21
三、房地产法律制度包含的具体内容	22
四、我国房地产法律制度体系	22
参考文献	25

第二章 不动产物权制度

26

第一节 不动产物权概述	26
一、什么是物权?	26
二、物权的特点	27
三、物权的原则	28
四、物权的构成	29
第二节 不动产所有权	30
一、不动产所有权的分类	31
二、共有	33
三、建筑物区分所有权	35
四、相邻关系	36
第三节 不动产用益物权	38
一、建设用地使用权	39
二、土地承包经营权	42
三、宅基地使用权	45
四、地役权	45
第四节 不动产担保物权	47
一、不动产担保物权的内涵和性质	47

二、土地使用权抵押和房地产抵押	47
三、不动产担保物权的设定	47
四、房地产抵押权的效力	48
五、不动产担保物权的实现	49
六、房地产抵押权的消灭	50
第五节 不动产物权的保护和征收	50
一、不动产物权保护的规定	50
二、不动产征收	51
参考文献	57

■ 第三章 中国土地管理制度

58

第一节 中国土地管理概述	58
一、中国土地资源概述	58
二、中国土地利用和管理现状	59
三、中国土地利用应遵循的基本原则	61
四、中国土地产权制度	61
第二节 中国土地管理的基本制度	65
一、土地用途管制制度	65
二、耕地（基本农田）保护制度	67
三、土地登记制度	68
四、土地有偿有限期使用制度	69
五、节约集约用地制度	70
参考文献	72

■ 第四章 中国城镇住房法律制度

73

第一节 城镇住房制度概述	73
一、城镇住房制度改革的历程	73
二、我国住房分配制度	75
三、我国住房供应体系	77
第二节 住房保障制度	79
一、经济适用住房制度	79
二、廉租住房制度	82
三、“限价房”制度	83
四、当前我国住房保障制度存在的问题	85
五、住房保障制度之他地借鉴	87
第三节 住房金融制度	88
一、商业性住房金融制度	89
二、政策性住房金融制度——住房公积金	89
三、住房公积金制度存在的问题	93
参考文献	94

■ 第五章 房地产开发法律制度

95

第一节 房地产开发流程及相关重要制度	95
一、房地产开发流程	95
二、“五证二书”	95

三、项目资本金制度	97
四、项目手册制度	98
五、环境影响评价制度	98
六、建筑节能制度	99
第二节 房地产开发企业	100
一、房地产开发企业的概念及类型	100
二、房地产开发企业设立的条件	101
三、房地产开发企业的资质管理	101
第三节 房地产开发用地法律制度	104
一、出让土地使用权	104
二、房地产开发中的划拨土地使用权	108
三、土地使用权转让	109
四、国有土地租赁与土地使用权出租	110
五、临时用地管理	111
六、闲置土地的处理	111
第四节 项目勘察设计法律制度	113
一、工程勘察设计的主要工作内容	113
二、工程勘察设计企业的资质管理与业务承揽	113
三、工程勘察设计发包管理	114
第五节 项目施工、监理与竣工验收环节法律制度	114
一、施工许可制度	115
二、建设工程监理制度	116
三、竣工验收管理	118
参考文献	120

第六章 房地产交易法律制度与政策

121

第一节 房地产转让	121
一、房地产转让的涵义	121
二、房地产转让的条件	121
三、房地产转让的禁止条件	122
四、商品房销售制度	122
五、商品房买卖中的重要法律问题	124
六、房地产广告管理制度	129
第二节 房地产租赁	130
一、房地产租赁的概念和法律特征	131
二、禁止租赁的房地产	132
三、房地产租赁合同	132
四、租赁双方当事人的权利和义务	132
五、买卖不破租赁原理	134
六、转租	135
第三节 房地产抵押	135
一、房地产抵押法律关系的内涵和房地产抵押的类型	135
二、房地产按揭	136
三、特殊房地产的抵押规定	138

四、房地产抵押合同	138
五、房地产抵押登记	139
六、房地产最高额抵押	139
参考文献	140

■ 第七章 房地产中介法律制度与政策 141

第一节 房地产中介服务概述	141
一、房地产中介服务的概念及内容	141
二、房地产中介服务的特点	142
三、房地产中介服务的必要性	143
第二节 房地产中介服务机构	144
一、房地产中介服务机构的设立条件	144
二、房地产中介服务机构的设立程序	146
三、房地产中介服务机构的管理	147
第三节 房地产中介服务人员	147
一、房地产中介服务人员资格管理	147
二、房地产中介服务人员的权利和义务	148
三、房地产中介服务人员职业道德	149
第四节 房地产中介业务管理	150
一、房地产中介业务的承接与执行	150
二、房地产中介服务收费管理	152
参考文献	154

■ 第八章 不动产权属登记法律制度 155

第一节 不动产登记制度概述	157
一、不动产登记制度的性质、目的和意义	157
二、不动产登记制度类型	159
三、我国不动产登记制度	161
四、特殊不动产登记	163
五、我国不动产登记制度需完善的方面	163
第二节 土地登记制度	165
一、土地登记及其一般规定	165
二、土地登记的类型	166
三、土地登记的程序	170
四、《土地登记办法》规定的法律责任	171
第三节 房屋登记制度	171
一、房屋登记的一般规定	171
二、房屋登记的类型	172
三、集体土地范围内的房屋登记	175
四、房屋登记的程序	176
第四节 不动产登记信息公开查询制度	178
一、不动产登记资料公开查询的意义	178
二、土地登记资料公开查询办法	178
三、房屋权属登记资料查询	179

参考文献	180
■ 第九章 房地产税收法律制度	182
第一节 房地产税收法律基础知识	182
一、税收的概念和特征	182
二、税收的构成要素	182
三、税的分类	183
四、房地产税收的特点和职能	184
五、中国房地产税收存在的问题及完善对策	186
第二节 我国现行房地产税收	188
一、房地产开发环节的征税	188
二、房地产流转环节的征税	191
三、房地产保有环节的征税	196
第三节 物业税	199
一、物业税有关基本理论	199
二、我国物业税开征的必要性	199
三、物业税开征应注意的问题	200
参考文献	201
■ 第十章 物业管理制度	202
第一节 物业管理概述	202
一、物业管理的概念	203
二、物业管理的特点	203
三、物业管理的主要内容	204
四、物业服务合同	205
第二节 业主、业主大会及业主委员会	207
一、业主的性质	207
二、业主的权利与义务	207
三、业主大会的职权	207
四、业主委员会的职责	207
第三节 物业服务企业与物业收费	208
一、物业服务企业的概念及分类	208
二、物业服务企业的资质管理	208
三、物业服务收费	210
第四节 物业的使用和维护	212
一、物业公共、私用部分的使用和维护	212
二、住宅专项维修资金	213
参考文献	215
■ 附录	216
附录一 建设用地使用权出让合同纠纷——花园公司与鑫苑公司土地使用权 转让合同纠纷上诉案	216
附录二 《国有建设用地使用权出让合同》示范文本	224

第一章 绪 论

第一节 相关法律基础理论

一、民法的基本原则

民法的基本原则，反映民事生活的根本属性，从根本上体现了民法所调整的商品经济关系和其他社会关系的本质要求，是民法精神实质之所在。我国民法通则第3条～第7条对我国民法的原则做了规定，承认了平等原则、自愿原则、公平原则、诚实信用原则、守法原则以及公序良俗原则。其中平等原则是民法的基础原则；自愿原则反映了民法的法规特性；公平原则意在谋求当事人之间的利益平衡；诚实信用原则、守法原则和公序良俗原则则对个人利益与个人利益之间的矛盾和冲突，以及个人利益与国家、社会利益之间的矛盾和冲突发挥双重调整功能。

（一）平等原则

民法中的平等，是指主体的身份平等。身份平等是特权的对立物，是指不论其自然条件和社会处境如何，其法律资格亦即权利能力一律平等。民法通则第3条规定：当事人在民事活动中地位平等。任何自然人、法人在民事法律关系中平等地享有权利，其权利平等地受到保护。

（二）自愿原则

自愿原则的实质，就是在民事活动中当事人的意思自治。即当事人可以根据自己的判断，去从事民事活动，国家一般不干预当事人的自由意志，充分尊重当事人的选择。其内容应该包括自己行为和自己责任两个方面。自己行为，即当事人可以根据自己的意愿决定是否参与民事活动，以及参与的内容、行为方式等；自己责任，即民事主体要对自己参与民事活动所导致的结果负担责任。

（三）公平原则

公平原则是指在民事活动中以利益均衡作为价值判断标准，在民事主体之间发生利益关系摩擦时，以权利和义务是否均衡来平衡双方的利益。因此，公平原则是一条法律适用的原则，即当民法规范缺乏规定时，可以根据公平原则来变动当事人之间的权利义务；公平原则又是一条司法原则，即法官的司法判决要做到公平合理，当法律缺乏规定时，应根据公平原则作出合理的判决。

（四）诚实信用原则

所谓诚实信用，其本意是要求按照市场制度的互惠性行事。在缔约时，诚实并不欺不诈；在缔约后，守信用并自觉履行。如果说任何自由都是受制约的自由，那么诚实信用应是

题中之义。然而,市场经济的复杂性和多变性昭示:无论法律多么严谨,也无法限制复杂多变的制度中暴露出的种种弊端,总会表现出某种局限性。民法规定该原则,使法院在审理具体案件中,能主动干预民事活动,调整当事人利益摩擦,使民事法律关系符合正义的要求;另一方面,法院可根据该原则作出司法解释,填补法律的漏洞。只是由于该原则位阶高、不确定性强,用而不当也可能会成为司法专横的工具,对该原则的运用,必须与其他原则结合起来统筹考虑。

(五) 禁止权利滥用原则

禁止权利滥用原则,是指民事主体在进行民事活动中必须正确行使民事权利,如果行使权利损害同样受到保护的他人利益和社会公共利益时,即构成权利滥用。对于如何判断权利滥用,民法通则及相关民事法律规定,民事活动首先必须遵守法律,法律没有规定的,应当遵守国家政策及习惯,行使权利应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益,扰乱社会经济秩序。

(六) 公序良俗原则

一方面是指民事主体在参与民事法律关系时,在不违背法律强制性规则的前提下,可以以公共秩序的一般要求和善良的风俗习惯进行民事行为;另一方面,民事纠纷的仲裁者在法律规定不足或不违背强制性法律规范的前提下,可以运用公共秩序的一般要求与善良风俗习惯处理纠纷。根据公序良俗原则,民事法律制度对民事主体权利行使作出必需的法律限制性规定,加上公认的道德规范,形成了具有系统性的公序良俗。归纳起来,有下述几种类型:一是政治国家公序;二是市民社会善良风俗习惯;三是他人人格尊严;四是家庭道德关系准则;五是其他公序良俗。

二、市场主体的财产权

(一) 财产权的概念和特征

财产权,是指以财产利益为内容,直接体现财产利益的民事权利,是人身权的对称,它具有物质财富的内容,一般可以货币进行计算,因此一般具有可让与性,受到侵害时需以财产方式予以救济。财产权是现代社会运行的基础,有了财产权,才会有正常的交易、企业、经济。财产权既包括物权、债权、继承权,也包括知识产权中的财产权利。

财产权的特点有如下几点。^①

(1) 财产权的主体限于现实地享有或可以取得财产的人。它既不像人格权,为一切人所享有,也不像亲属权,只要与他人发生亲属关系即享有亲属权。财产权的客体限于该社会制度下法律允许私人(自然人和法人)可得享有的。例如在我国社会主义制度下,土地属于国有(全民所有),不得为私有,因而土地即不得作为民事权利的私人财产权的客体。债权也有这种情形,所谓不融通物即指不得为交易客体从而不得为债权客体之物。因此,财产权的情形常因各个国家的社会制度而有不同。

(2) 财产权除极少的例外情形以外都是具财产价值的,这种经济价值又是可以金钱计算的。例如私人信函也可作为所有权的标的,此种情形下,当这些东西成为交易标的时也是有经济价值的。

(3) 财产权原则上都是可以处分的,不具专属性。可以处分,指可以转让、可以继承、可以抛弃。不具专属性,因而可以由他人代为行使。在一般情形,权利的归属与权利的行使

① 资料来源: <http://baike.baidu.com/view/22801.htm?fr=ala0>.

是可分的,例如未成年人的权利由法定代理人行使、破产人的权利由破产管理人行使、失踪人或禁治产人的权利由管理人行使等。

(二) 物权和债权

1. 物权及其特征

物权指自然人、法人直接支配不动产或者动产的权利,包括所有权、用益物权和担保物权。其中,不动产指土地以及建筑物等土地附着物;动产指不动产以外的物。物权具有排他的效力、优先的效力与追及的效力。物权的特征包括以下几个方面。

(1) 物权是支配权。物权是权利人直接支配的权利,即物权人可以依自己的意志就标的物直接行使权利,无需他人的意思或义务人的行为的介入。

(2) 物权是绝对权。物权的权利人是特定的,义务人是不特定的,且义务内容是不作为,即只要不侵犯物权人行使权利就履行义务,所以物权是一种绝对权。

(3) 物权是财产权。物权是一种具有物质内容的、直接体现为财产利益的权利,财产利益包括对物的利用、物的归属和就物的价值设立的担保。

(4) 物权的客体是物。

(5) 物权具有排他性。首先,物权的权利人可以对抗一切不特定的人,所以物权是一种对世权;其次,同一物上不许有内容不相容的物权并存,即“一物一权”。

2. 债权及其特征^①

债是按照合同的约定或者依照法律的规定,在当事人之间产生的特定权利和义务关系。在债的法律关系中,享有权利的人为债权人,负有义务的人为债务人。债作为一种民事法律关系,反映的是社会财产流转关系,主要是商品交换关系,体现的是财产从一个主体转移给另一个主体的过程,因而具有财产性质。

债权是债权人按照合同的约定或者依照法律的规定请求债务人为一定行为或不行为一定行为的权利。债权与物权同属于财产权,两者既有联系又有区别。物权关系反映的是社会经济生活中物质资料的归属问题,属于静态法律关系;债权关系反映的是社会经济生活中物质资料的转移问题,属于动态法律关系。

一般来讲,物权是债权发生的前提和结果,债权又是物权的表现形式,是取得和实现所有权的一种方法。

债权与物权相比较,具有以下四个基本特征。

(1) 债权是对人权。在债的法律关系中,债权人和债务人都是特定的,债权人的请求权只有对特定的债务人才发生法律效力。

(2) 债权是相对权。在债的法律关系中,债权人的权利必须通过债务人实施一定的积极行为,即履行积极义务才能实现。

(3) 债的客体可以是物和行为。在以物为客体的债中,法律允许一物之上成立多个债权,可见,债权本身不具有排他性。

(4) 从法律关系的发生看,产生债的法律事实可以是合法行为,也可以是不法行为。物权一般只能根据合法行为产生。债权是请求他人为一定行为(作为或不作为)而得到生活上的利益的权利;债权与物权的差异在于其对人性(相对性)、不具排他性(平等性)、债权的可移转性不如物权。

债权有一些附属的权利。例如因合同而发生的债权的主要内容是债权人的给付请求权,但债权人还享有一些其他权利,如合同解除权、终止权、撤销权、选择权等。

① 曾咏梅,王峰.经济法.第三版.武汉:武汉大学出版社,2006年,15~16页。

（三）知识产权

知识产权是一种与物权、债权并列的独立的民事权利，是指基于智力创造活动所产生，并由法律赋予知识产品的所有人对其智力成果在一定期限内所享有的专有权利。与其他财产权相比，知识产权具有以下特征。

（1）知识产权的无形性。知识产权的客体是智力成果或具有财产价值的标记，是一种没有形体的财富。知识产权客体的非物质性，是知识产权的本质属性，这是其与其他有形财产所有权最根本的区别。

（2）知识产权的法定性。知识产权的法定性是指知识产权的范围和产生由法律规定。知识产权的法定性是由无形性决定的。由于其没有形体，因此其可以同时为多个主体所共同占有，很难为拥有者所完全控制，因此，知识产权必须通过法律加以确认。

（3）知识产权的专有性。专有性即排他性。知识产权的专有性主要体现在两个方面：一是知识产权为权利人所独占，权利人垄断这种专有权并受到严格保护，没有法律规定或未经权利人许可，任何人不得使用权利人的知识产品；二是对同一项知识产品，不允许有两个或两个以上的主体同时对同一属性的知识产品享有权利。

（4）知识产权的地域性。知识产权作为专有权在空间上的效力并不是无限的，而要受到地域的限制，其效力仅限于本国境内。按照一国法律获得承认和保护的知识产品，只能在该国发生法律效力。

（5）知识产权的时间性。知识产权作为一种民事权利，有时间上的限制。即知识产权只有在法律规定的期限内受到保护，一旦超过法律规定的有效期限，这一权利就自行消灭，而其客体就会成为整个社会的共同财富，为全人类所共同使用。

► 三、合同法基础

合同法是国家制定的调整平等主体之间交易关系的法律规范的总称。合同法通过规定合同的一般原则，规范合同的订立、效力、履行、变更、终止以及违约责任等权利与义务关系，调整合同当事人的行为，规范交易秩序，引导当事人建立良好的交换关系，促进社会主义市场经济建设。

（一）合同法的特征

1. 合同法是以任意性规范为主的法

在市场经济条件下，要求交易主体能够享有较多的自由，以充分发挥交易主体的活力和创造力。合同法为适应这一要求，尽可能为交易主体留下广阔的活动空间，将政府对合同的干预限制在合理的范围内。表现在立法上便是以任意性规范为主，合同中可以由当事人自行约定的任意性条款较多，强制性条款较少。

2. 合同法是规范交易行为的法

合同法旨在调整动态的财产流转关系，维护财产的交易安全。如果说侵权行为法旨在对遭受侵权损害的人提供事后补救，那么合同法则为市场经济提供预定的交易规则，通过规范交易行为，保障当事人的订约目的和期待利益得以实现。

（二）合同的种类、内容和形式

1. 合同的种类

依据不同的标准，可以对合同进行不同的分类。

（1）双务合同与单务合同 按照合同双方当事人是否都互负义务，合同可分为双务合同

和单务合同。双务合同是指双方当事人都享有权利和承担义务的合同。双方的债权债务关系呈对应状态,即每一方当事人既是债权人又是债务人。如买卖、租赁、承揽、运输等合同均为双务合同;而单务合同指一方当事人只享有权利而不负义务,另一方当事人只负义务而不享有权利的合同。如赠与合同、归还原物的借用合同和无偿保管合同。

(2) 有偿合同和无偿合同 有偿合同是指当事人因取得权利(包括利益)须偿付一定代价的合同;无偿合同是指当事人一方获得对方给与的利益而不支付任何代价的合同。有偿合同是商品交换最典型的法律形式,在实践中,绝大多数反映交易关系的合同都是有偿的。无偿合同的典型代表为赠与合同。

(3) 有名合同与无名合同 有名合同,又称典型合同,是指法律对其名称和内容作了专门规定的合同。《合同法》分则规定了买卖合同,供用电、水、气、热力合同,赠与合同,借款合同,租赁合同,融资租赁合同,承揽合同,建设工程合同,运输合同,技术合同,保管合同,仓储合同,委托合同,行纪合同,居间合同等 15 类为有名合同。无名合同,又称非典型合同,是指法律上尚未确定一定名称与规则的合同。根据合同自愿原则,只要不违背法律的禁止性规范和社会公共利益,当事人可以自由订立无名合同。对于无名合同,《合同法》规定:“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。”

(4) 要式合同与不要式合同 要式合同是指依据法律规定必须具备一定的形式和手续的合同。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形式的合同。当事人可以采取口头方式,也可以采取书面等其他方式,如合同书方式、公证方式等。不要式合同采取不特定的形式不影响合同的成立和生效。

(5) 诺成合同与实践合同 诺成合同是指当事人一方的意思表示一旦为对方同意即告成立的合同。诺成合同的特点在于当事人双方意思表示一致之时合同即告成立,绝大多数的合同都是诺成合同;实践合同则是指除了当事人双方意思表示一致之外,尚需交付标的物才能成立的合同。在这种合同中,仅凭双方当事人意思表示一致,还不能产生一定的权利与义务关系,必须在一方实际交付了标的物之后,才能产生法律效果。实践合同通常要根据法律的特别规定订立,因此实践合同是特殊合同。在学习与实践,尤其要注意法律中关于诺成合同与实践合同的规定。根据《合同法》,自然人之间的借款合同、保管合同都是实践合同,该法第 210 条、第 367 条分别规定:“自然人之间的借款合同,自贷款人提供借款时生效”,“保管合同自保管物交付时成立,但当事人另有约定的除外。”

2. 合同的内容

合同的内容主要规定当事人的权利与义务。除少数由法律直接规定外,绝大多数合同内容可以由当事人依据意思自治原则自由协商确定,只要当事人的约定不违背国家法律的禁止性规定,国家并不干预合同的具体内容。《合同法》第 12 条对合同包括的一般条款作了规定。这些条款包括以下几项。

(1) 当事人的名称或姓名和住所 这一条款也可以称为当事人条款,为合同的履行提供方便,同时住所也是判断当事人履行情况的依据。在发生纠纷之后,当事人的住所还可以成为确定受诉法院的依据。

(2) 标的 标的即合同权利和义务指向的对象。我们通常认为合同的标的包括物、行为与智力成果。物指民法意义的物,包括有形物和无形物,前者可以是实物或者货币。行为指作为(含作为的结果)与不作为。智力成果主要指知识产权中的财产权利。合同的标的必须是确定的、合法的、可能的。标的的名称、型号、规格、品种、等级等都应当规定清楚,避免发生误解。

(3) 数量 数量是标的在量的方面的具体化,是计算和衡量合同当事人权利和义务的尺

度。在数量条款中,应当根据标的的种类,规定计量标的的单位和方式。此外,还应当考虑可能发生的误差幅度和自然损耗等问题。

(4) 质量 质量是指对标的在标准和技术方面的要求。关于质量的标准,国家有许多不同的要求,当事人应当予以明确。当然,当事人也可以根据合同的目的约定特别的质量标准。在质量条款中,除应当规定检验质量的标准之外,还应当载明对产品质量负责的期限和条件、产品质量检验的时间和方式等内容。

(5) 价款或者报酬 价款就是指受领标的的当事人为取得标的而应当向对方当事人支付的货币。报酬则是指应当向提供劳务或者完成特定工作的当事人支付的货币。在这一条款中,应当明确约定价格条件、支付金额、支付方式、计价单位等内容。此外,由于价款和报酬并不能够等同于运费、保险费、装卸费、保管费等费用,因此在合同中应当约定这些费用由哪一方当事人负担。

(6) 履行期限、地点和方式 履行期限就是指债务人履行合同义务和债权人接受履行的时间界限,是确定当事人是否发生迟延履行依据。期限有期日和期间之分,履行期限可以作为一个确定的日期,也可以是一个时间段。无论是期日还是期间,履行期限一定要明确具体。履行地点是债务人履行合同义务和债权人接受履行的地方。履行地点是确定验收地点、合同标的是否交付、标的的所有权是否转移、标的物意外灭失风险由哪一方承担的依据。在特殊情况下,履行地点还可能成为确定价款或者报酬的依据。例如,根据《合同法》第62条规定,价款或者报酬不明确的,按照订立合同时履行地的市场价格确定。此外,履行地点还可以成为确定解决合同争议法院的依据。履行方式就是指债务人履行合同义务和债权人接受履行的方式,包括交货方式、验收方式、付款方式和结算方式等。

(7) 违约责任 违约责任是指当事人不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定而应当承担的民事责任。违约责任的形式多种多样,主要有继续履行、采取补救措施、赔偿损失、支付违约金等。

(8) 解决争议的方法 解决争议的方法条款是指约定在当事人不愿和解、调解或者和解、调解不成的情况下,通过诉讼还是仲裁的方式来解决双方的争议。由于仲裁和诉讼管辖在性质上是相互排斥的,当事人或者选择诉讼方式解决争议,或者选择仲裁的方式解决争议。

当事人在签订合同时除了可以参考上述条款外,还可以参考国家有关机关制作的合同示范文本,如国有建设用地使用权出让合同、商品房买卖合同。这些示范文本虽然不具有法律约束力,但对于提示当事人在订立合同时更好地明确各自的权利与义务,防范风险减少合同纠纷有一定的指导作用。

3. 合同的形式

《合同法》第10条规定:“当事人订立合同,有书面形式、口头形式和其他形式。法律、行政法规规定采用书面形式的,应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的,应当采用书面形式。”根据这一规定,合同形式可以分为书面形式、口头形式和其他形式。

书面形式合同是指当事人采用书面文字表述方式确定相互之间权利义务关系的协议。《合同法》第11条规定:“书面形式是指合同书、信件以及数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等可以有形地表现所载内容的形式。”书面合同的优点是权利义务明确,且容易保存,因此有利于防止和处理合同纠纷。

口头形式合同是指当事人用口头语言为意思表示,通过对话方式确定相互之间权利和义务关系的协议。口头合同包括以电话和交谈等形式订立的合同。凡是法律、行政法规没有规定采用特定形式,当事人也未作特别约定的合同,均可以采用口头形式订立。口头合同的优点是简便易行、快捷,但是,由于口头形式缺乏书面文字依据,一旦出现纠纷,难于举证,

不易分清责任,所以口头形式只宜用于可以即时或短期履行的经济合同。

其他形式合同是指当事人并非或者不完全以书面文字表述或者以言语对话方式为意思表示,而是通过其他行为方式确定相互之间权利义务关系的协议。合同的其他形式可以由法律直接规定或者由当事人约定。

(三) 合同的订立

1. 合同订立的程序

合同订立是指当事人之间就合同的主要条款进行协商、议定,最终确定和认可其内容的过程。《合同法》第13条规定:“当事人订立合同,采取要约、承诺方式。”因此,合同的订立包括要约和承诺两个阶段。

(1) 要约 要约是指希望和其他人订立合同的意思表示。要约的特征表现为以下几方面:第一,要约是以订立合同为目的的意思表示,表现为要约人主动要求与受要约人订立合同;第二,要约的内容具体确定,即要约的内容应当包括合同得以成立所必需的条款;第三,要约一经受要约人承诺,要约人即受该意思表示约束,合同即可成立。

要约一般应向特定的人发出。除非当事人有明示相反的规定,否则为了邀请对方向自己订货、购买而发出的商品目录单、报价单等,因为是向不特定的人发出,所以不是要约,而是要约邀请。要约邀请是希望他人向自己发出要约的一种意思表示。该提议对发出要约邀请的人一般不具有法律约束力。我国《合同法》规定,寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书、商业广告等为要约邀请。但商业广告内容符合要约规定的,视为要约。

根据合同法的规定,在要约生效前,要约人可以通过撤回的方式阻止要约生效。撤回要约的通知应当不迟于要约到达受要约人。在要约生效之后受要约人发出承诺通知之前,要约人可以通过撤销的方式使已经生效的要约不再继续生效,即撤销要约。但是,撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。需要注意的是,根据《合同法》第19条规定,有下列情形之一的,要约不得撤销:①要约人确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销;②受要约人有理由认为要约是不可撤销的,并已经为履行合同做了准备工作。

此外,根据《合同法》第20条规定,导致要约失效的情形有:①撤回要约的通知先于要约到达要约人;②要约人依法撤销要约;③承诺期限届满,受要约人未做出承诺;④受要约人对要约的内容做出实质性变更。

(2) 承诺 承诺是受要约人同意要约的意思表示。承诺是针对要约的回应,因此,承诺的特征表现为以下几方面:第一,承诺是由受要约人做出的;第二,承诺是由受要约人向要约人做出的;第三,承诺的内容应当与要约的内容一致。受要约人对要约的内容做出实质性变更的,为新要约。有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更,是对要约内容的实质性变更。承诺对要约的内容做出非实质性变更的,除要约人及时表示反对或者要约表明承诺不得对要约的内容做出任何变更的以外,该承诺有效,合同的内容以承诺的内容为准;第四,作为有效承诺的要件之一,承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。

如同要约可以撤回一样,承诺同样可以撤回。撤回承诺的通知应当不迟于承诺通知到达要约人。但是,承诺不得撤销。

承诺意味着受要约人同意要约的意思表示,标志着合同的成立。《合同法》第25条规定,承诺生效时合同成立。关于承诺生效的时间,《合同法》第26条规定,承诺通知到达要约人时生效。

合同订立的程序如图1-1所示。