



专家法官疑难指导系列

最高人民法院 专家法官阐释 疑难问题与案例指导

融资租赁合同卷

《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案例指导》编写组 编



专家法官疑难指导系列

最高人民法院

专家法官阐释 疑难问题与案例指导

融资租赁合同卷

《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案例指导》编写组 编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案例指导·融资租赁合同卷/《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案例指导》编写组编. —北京: 中国法制出版社, 2016. 6

ISBN 978-7-5093-7021-6

I. ①最… II. ①最… III. ①融资租赁—合同纠纷—案例—中国 IV. ①D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 158428 号

策划编辑 袁笋冰

责任编辑 欧 丹

封面设计 杨泽江

最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案例指导 (融资租赁合同卷)

ZUIGAO RENMIN FAYUAN ZHUANJIA FAGUAN CHANSHI YINAN WENTI YU ANLI ZHIDAO (RONGZI ZULIN HETONG JUAN)

编写/《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案例指导》编写组

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/710 毫米×1000 毫米 16 开

印张/31.25 字数/521 千

版次/2016 年 7 月第 1 版

2016 年 7 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-7021-6

定价: 88.00 元

北京西单横二条 2 号

值班电话: 66026508

邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66066621

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

目 录

第一章 融资租赁合同效力认定之释疑	(1)
第一节 法规中的疑难问题	(1)
1. 何为融资租赁合同?	(1)
2. 融资租赁合同中包含哪些内容?	(3)
3. 如何认定融资租赁中的法律关系?	(9)
4. 售后回租合同是否为融资租赁合同?	(15)
5. 租赁物未取得经营许可时融资租赁合同是否有效?	(19)
6. 融资租赁合同无效时租赁物归属于谁?	(26)
第二节 裁判规则与典型案例	(32)
1. 融资租赁合同是一种独立的有名合同	(32)
2. 融资租赁合同主要条款包括租赁物、租金、租赁期限等	(38)
3. 融资租赁合同是要式合同	(45)
4. 融资租赁合同的标的物性质应符合要求	(49)
5. 租赁物可以是动产,亦可以是房屋等不动产	(54)
6. 租赁物所有权依法不得转让,融资租赁合同无效	(59)
7. 委托购买租赁是合法有效的融资租赁交易形式	(63)
8. 对于不构成融资租赁法律关系合同,应按照其实际 构成的法律关系处理	(69)
9. 售后回租是合法的融资租赁交易形式	(74)
10. 融资租赁合同无效,租赁物应当返还出租人	(78)

第二章 融资租赁合同履行问题之释疑 (87)

第一节 法规中的疑难问题 (87)

1. 出卖人与承租人之间的权利义务为何? (87)

2. 承租人应如何行使索赔权? (89)

3. 出租人应履行何种义务? (91)

4. 租赁期间租赁物归属于谁? (92)

5. 融资租赁合同中租金的法律性质为何? (94)

6. 出租人对承租人占有、使用租赁物负有何种义务? (95)

7. 租赁物对第三人造成损害的, 由谁承担赔偿责任? (97)

8. 承租人对租赁物负有何种义务? (99)

9. 租赁期间届满后租赁物归属于谁? (101)

10. 承租人拒绝受领租赁物的法律后果为何? (102)

11. 承租人向出卖人行使索赔权是否影响其支付租金的义务? (107)

12. 租赁物损毁、灭失的风险由谁负担? (112)

13. 出租人处分租赁物的, 是否影响租赁合同的效力? (117)

14. 承租人无权处分租赁物的, 是否适用善意取得制度? (124)

15. 租赁物的期满补偿 (130)

第二节 裁判规则与典型案例 (137)

1. 融资租赁合同中承租人对出卖人、租赁物有进行自主选择的权利 ... (137)

2. 承租人应当按合同约定受领标的物 (140)

3. 当事人可约定, 索赔权由出租人转让给承租人 (147)

4. 承租人行使索赔权时, 出租人具有协助义务 (154)

5. 未经承租人同意, 出租人不得变更买卖合同中与承租人有关的内容 ... (159)

6. 出租人享有租赁物的所有权 (162)

7. 承租人破产的, 租赁物不属于破产财产 (168)

8. 融资租赁的租金, 应当根据租赁物的成本以及出租人的利润确定 ... (174)

9. 出租人应当保证承租人对租赁物的占有和使用 (177)

10. 租赁物造成第三人损害时, 出租人享有免责权	(182)
11. 承租人对于租赁物有妥善保管、使用的义务	(189)
12. 承租人对于租赁物有维修义务	(192)
13. 租赁期间届满租赁物归属约定不明的, 租赁物所有权归出租人	(197)
14. 承租人索赔权的行使不影响租金给付义务的履行	(200)
15. 在出租人干预选择租赁物的情况下, 承租人可以拒付租金	(206)
16. 融资租赁合同存续期间, 租赁物因不可归责于当事人之事 由而发生毁损灭失的, 承租人应负担租金风险	(212)
17. 出租人转让融资租赁合同债权的, 得通知承租人, 承租人 拒不支付租金的, 债权受让人可以解除合同	(216)
18. 承租人未经出租人事先同意, 在租赁物上设定动产抵押权 的处分行为效力待定	(221)
19. 承租人无权处分租赁物, 第三人符合善意取得构成要件 的, 可以取得租赁物所有权	(226)
20. 第三人与承租人交易时, 如在相应机构进行融资租赁交易 查询的, 应当认定其构成善意	(230)
21. 因可归责于承租人之事由致使租赁物毁损灭失的, 出租人 可以解除合同, 并要求承租人赔偿相应损失	(235)

第三章 融资租赁合同解除问题之释疑 (239)

第一节 法规中的疑难问题 (239)

1. 均可解约的情形有哪些?	(239)
2. 出租人可解约的情形有哪些?	(246)
3. 承租人可解约的情形有哪些?	(249)
4. 解约后果的阐明规定是什么?	(253)
5. 因租赁物毁损灭失而解约的后果是什么?	(258)
6. 融资租赁合同受买卖合同影响而解约的后果是什么?	(264)

第二节 裁判规则与典型案例	(268)
1. 承租人拒付租金, 出租人享有索要租金或解除合同的选择权	(268)
2. 因出卖人交付标的物质量不合格, 又无法采取其他补救措施 的, 出租人或承租人均可以请求法院解除融资租赁合同	(274)
3. 承租人擅自将租赁物以投资入股方式处分的, 出租人可以请 求法院解除融资租赁合同	(279)
4. 承租人未按照合同约定按时支付租金的, 出租人未进行催告 的, 不可以径自解除合同	(283)
5. 当事人约定承租人未按照合同约定支付租金, 出租人无须催 告即可解除合同的, 出租人解除合同无须进行催告	(288)
6. 承租人拖欠租金达到两期以上的, 出租人进行催告后承租人 仍不支付的, 出租人可以解除合同	(293)
7. 租赁物因可归责于承租人之事由致使租赁物毁损灭失, 融资 租赁合同目的不能实现, 出租人可以解除融资租赁合同	(297)
8. 因出租人的原因致使承租人无法占有、使用租赁物, 承租人 可以请求解除融资租赁合同	(301)
9. 当事人通过诉讼方式行使合同解除权的, 合同自起诉状到达 相对人时起发生合同解除效力	(306)
10. 融资租赁合同解除后, 承租人未取得租赁物所有权的, 出租 人可以要求承租人返还租赁物, 继续支付解除前发生的租金	(311)
11. 融资租赁合同解除后, 债权人可以要求融资租赁合同保证 人承担保证责任	(316)
12. 融资租赁合同存续期间, 因不可归责于双方当事人之事由而 致使标的物毁损灭失的, 承租人可以适用风险负担规则, 继 续按期支付租金, 也可以解除合同, 并对出租人进行补偿	(321)

第四章 违约责任之释疑	(326)
第一节 法规中的疑难问题	(326)
1. 出租人如何行使瑕疵担保的免责权?	(326)
2. 承租人不履行租金义务时, 出租人的救济手段有哪些?	(328)
3. 承租人在何种情况下享有请求返还租金的权利?	(329)
4. 出租人妨碍租赁物占有使用的规定是什么?	(331)
5. 出租人在何种情况下要承担妨碍索赔责任?	(335)
6. 出租人在何种情况下要承担瑕疵担保责任?	(339)
7. 承租人逾期付租的责任是什么?	(349)
8. 承租人逾期付租时, 对出租人的选择权的规定是什么?	(353)
9. 提前解约的损失赔偿范围是什么?	(357)
10. 如何确定租赁物的价值?	(370)
第二节 裁判规则与典型案例	(374)
1. 租赁物不符合约定, 出租人不承担责任	(374)
2. 承租人依赖出租人的技能确定租赁物或出租人干预选择租赁 物的, 出租人承担瑕疵担保责任	(379)
3. 承租人具有支付租金的义务	(384)
4. 在售后回租中, 租赁物的瑕疵担保责任由承租人承担	(389)
5. 融资租赁合同期限未届满, 出租人无正当理由擅自取回租赁 物的, 承租人可以向其主张损害赔偿	(396)
6. 融资租赁合同期限未届满, 出租人有正当理由, 可以行使租 赁物取回权	(400)
7. 出租人有正当理由妨碍、干扰承租人对租赁物的占有和使用 的, 承租人不得向其主张损害赔偿责任	(406)
8. 出租人明知租赁物有质量瑕疵而不告知承租人的, 导致承租人 对出卖人索赔逾期或者索赔失败, 承租人可以要求出租人承担 相应责任	(411)

9. 承租人行使索赔权时，出租人未及时提供必要协助，但未导致承租人对出卖人索赔逾期或者索赔失败的，不可以要求出租人承担相应的责任 (416)
10. 出租人怠于行使索赔权，导致承租人对出卖人索赔逾期或者索赔失败的，承租人可以要求出租人承担相应的责任 (421)
11. 承租人自主选择设备及供应商，没有依赖出租人所作的任何声明或陈述的，承租人不得要求出租人承担瑕疵担保责任 ... (426)
12. 出租人擅自变更承租人已经选定的租赁物的，承租人可以要求出租人承担瑕疵担保责任 (432)
13. 承租人逾期支付租金的，出租人可以按照融资租赁合同约定要求承租人支付逾期利息及相应违约金 (437)
14. 承租人不按期支付租金，出租人不能既请求承租人支付全部未付租金，又请求解除融资租赁合同 (441)
15. 承租人违约，出租人可以请求解除融资租赁合同，并要求承租人赔偿相应损失 (446)
16. 承租人或出租人认为租赁物价值严重偏离实际价值的，不得单方委托有资质的机构评估确定 (451)

第五章 诉讼当事人及诉讼时效等其他事项之释疑 (456)

第一节 法规中的疑难问题 (456)

1. 如何确定融资租赁纠纷诉讼中的第三人？ (456)
2. 租金债务的诉讼时效如何计算？ (459)
3. 本司法解释的适用范围是什么？ (462)

第二节 裁判规则与典型案例 (465)

1. 当事人因融资租赁合同发生纠纷，人民法院经审查后认为另一合同关系的当事人与本案审理结果有利害关系的，可以通知其作为第三人参加诉讼 (465)

2. 当事人提起诉讼后，人民法院经审查后认为出卖人与案件处理结果没有法律上的利害关系的，可以不通知出卖人作为第三人参加诉讼 (470)
3. 融资租赁合同中的承租人与租赁物的实际使用人不一致的，法院可以通知实际使用人作为第三人参加诉讼 (474)
4. 承租人直接向出卖人主张受领标的物、索赔等买卖合同权利的，人民法院应通知出租人作为第三人参加诉讼 (480)
5. 当事人因融资租赁合同租金欠付争议向人民法院请求保护其权利的诉讼时效期间为两年 (485)

第一节 法规中的疑难问题

① 何为融资租赁合同？

解答：融资租赁这一名称是从英文“finance lease”翻译过来的。“finance”一词意为财政、金融，也可译为筹集资金、提供资金。因此，“finance lease”通常译为融资租赁，也有的译为金融租赁。融资租赁是一种新兴的租赁形式，首先在美国出现并发展至今。改革开放以来，特别是加入世贸组织以后，中国巨大的融资租赁市场引起了国外投资者的极大关注。^①近些年来，数十家外商独资、合资的融资租赁公司纷纷设立，其股东背景既有著名银行、跨国租赁公司，也有著名的跨国制造企业和专门从事租赁资产投资的专业投资机构。目前经过银监会和商务部批准的融资租赁机构已达90多家，注册资本合计已超过150多亿。理论上的资产规模将可达1500亿以上。每年新合同业务规模可达500亿以上。中国的融资租赁业经过20多年的艰难探索，已开始呈现快速发展的势头，成为我国利用外资、对国有大中型企业进行技术改造的一条重要渠道。

融资租赁是一种贸易与信贷相结合，融资与融物为一体的综合性交易。鉴于其复杂的法律关系，不同国家和地区对融资租赁有着不同的理解和定义。一般来说，融资租赁要有三方当事人（出租人、承租人和出卖人）参与，通常由两个合同（融资租赁合同、买卖合同）或者两个以上合同构成，其内容是融资，表现形式是融物。我国立法者在借鉴《国际融资租赁公约》和其他国家对融资租赁的定义的基础上，结合我国融资租赁界对融资租赁比较一致的看法后，对融资租赁作出规定：

^① 秦国勇编著：《融资租赁法律实务》，法律出版社2011年版，第23页。

《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第 237 条对融资租赁合同的定义为：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，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。

从本条内容分析，融资租赁合同包括以下几方面含义：（1）出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择购买租赁物。^① 这是融资租赁合同不同于租赁合同的主要特点。租赁合同的出租人是以自己现有的财物出租，或者是依自己的意愿购买财物用于出租，而融资租赁合同是出租人依承租人的要求先购买后出租的。在融资租赁合同中，出租人依承租人的要求购买租赁物，使得承租人不必付出租赁物的价值即可取得租赁物的使用、收益，从而达到融资的效果。正是在这一意义上这种合同被冠以“融资”的称号。（2）租赁物由出租人购买后交承租人使用。融资租赁合同中出租人的买卖行为不同于一般的买卖合同。在融资租赁合同中，出租人虽须向第三人购买财物，但其购买的直接目的是为了交给承租人使用，而不是为了自己使用。也就是说，买的目的是为了出租。（3）承租人须向出租人支付租金。租金是承租人使用租赁物的代价。融资租赁合同的承租人对出租人购买的租赁物进行使用，并须支付租金。在这种意义上，融资租赁是一种特殊的租赁。

实务中仍须注意融资租赁的形式及其与借款合同的区别。

1. 常见的融资租赁形式

除上述典型的融资租赁合同以外，目前国际上通行的融资租赁形式还有以下三种：^②

（1）回租。所谓回租是指承租人将自己所有的物件卖给出租人，同时与出租人签订一份融资租赁合同，再将该物件租回使用的一种租赁形式。在回租情况下，出卖人同时也是承租人，买受人同时也是出租人。

（2）转租。所谓转租是指按合同约定，承租人将自己租入的租赁物转租给新承租人使用的一种租赁形式。在转租方式下，承租人同时也是出租人。

（3）杠杆租赁。所谓杠杆租赁是指出租人一般只出资租赁物全部金额的一部分（一般不低于 20%），就获得租赁物的所有权，租赁物的其他金额则以该租赁物作抵押，向金融机构贷款解决的一种租赁形式。在杠杆租赁中，金融机构提供的贷款是

① 崔建远主编：《合同法》（第五版），法律出版社 2010 年版，第 55 页。

② 李树成：《融资租赁法律界定之比较研究》，转引自李鲁阳主编：《融资租赁若干问题研究和借鉴》，当代中国出版社 2007 年版，第 32 页。

一种无追索权的贷款，但需出租人以租赁物、融资租赁合同和收取租金的受让权作为担保。

2. 融资租赁与借款合同之比较

借款合同是指贷款人将一定数额货币的所有权移转于借款人，借款人则应当归还相同数额金钱并支付利息的合同。而融资租赁是指出租方购买承租方指定的物品，租给承租方使用并收取租金的交易活动。由此可见，借款合同只涉及货币，是单纯的融资行为，而融资租赁则既涉及货币又涉及租赁物，是融物与融资相结合的行为。借款合同对贷款用途一般要作出规定，但比较原则。对如何选择供货人和购买何种货物，在借款合同中不可能作出具体的规定。毕竟，借款方已经取得了货币的所有权，就有支配的自由。然而在融资租赁中，租赁物虽然是承租方指定的，但是是由出租方花钱购买的，是作为租赁物出现在交易活动中的。这是“融物”性的体现，也是“租”的特性的体现。所以租赁物必须要在融资租赁合同中明确指定，融资租赁合同中的租赁物与购买合同的标的物必须是同一的。只有“资”，没有“物”就不能构成融资租赁。

如果融资租赁合同被认定为借款合同，会有什么后果呢？一旦被认定为借款合同，承租方就不必向出租方给付租金，而是给付购买租赁物的本金及利息，租赁物也不必退还给出租方，出租方的利益就会受到严重的损失。因此，出租方必须注意，要对租赁物予以明确约定，把租赁物的生产厂家、名称、型号、规格、数量、技术性能作为融资租赁的主要条款加以约定。在购货合同中，应明确规定由出租人购买租赁物或者授权承租人购置。另外，在租赁物到位后，应由承租人向出租人出具租赁物件受领证，作为当事人订立融资租赁合同真实意思表示的凭证，以便发生纠纷时举证。

② 融资租赁合同中包含哪些内容？

解答：《合同法》第238条对融资租赁合同的内容和形式作出了规定：“融资租赁合同的内容包括租赁物名称、数量、规格、技术性能、检验方法、租赁期限、租金构成及其支付期限和方式、币种、租赁期间届满租赁物的归属等条款。融资租赁合同应当采用书面形式。”

合同的内容，可以从两方面理解，一是从民事法律关系而言，合同内容是指合

同当事人享有的权利即债权和承担的义务即债务。换言之，合同的内容是指合同当事人依据法律规定和合同的约定所产生的权利义务关系，简称为合同权利和合同义务，或债权债务关系。^①二是从内在结构而言，合同的内容是指合同的各项条款。合同的条款是合同内容的外在具体表现，根据《合同法》第12条规定，“合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款……”。由此表明，合同的条款是合同内容的固定化和表现，是确定合同当事人权利义务的根据，合同的条款必须明确、肯定、完整，并且不能够自相矛盾，否则将构成合同的缺陷。

合同内容的上述两方面含义是密切相连的，如果将合同理解为一种法律关系，合同当事人的权利义务正是通过合同条款确定和反映出来的。合同的条款是当事人协商一致的产物。所以合同的权利义务，除少数由法律直接规定产生之外，大都是由合同当事人约定的，也就是说，是通过合同条款固定的。换言之，合同的权利义务来源于合同项下的条款。合同条款越明确、清楚，当事人之间的关系越确定，就越有利于当事人正确履行合同，并在纠纷发生时能够及时依据合同条款的规定解决纠纷。

应当看到，合同条款和合同关系的内容仍然是有区别的：一方面，合同的条款是当事人合意的产物，当事人的合意主要体现在双方所达成的合同条款上，所以合同条款是与合同的成立联系在一起，也就是说，当事人只要就合同的必要条款达成合意，合同就宣告成立。而合同的权利义务的存在本身表明合同成立且已经对当事人发生法律上的拘束力，因为当事人享受权利和承担义务的事实本身就表明合同权利义务已经对当事人产生了法律效力，合同条款能够产生法律效力的原因就在于这些条款具有合法性。另一方面，这两者并不完全是一一对应的关系，传统合同法仅承认合意是合同义务的唯一来源，因此当事人约定的条款，即合意的内容，就是合同的权利义务的来源。但是，现代合同法发展的一个重要趋势是合同义务来源的多样化。这主要表现在合同法不仅规定了一些可以填补合同漏洞的任意性条款，而且一些法律及法规规定了合同当事人必须遵守的强行性义务，从而形成了合同法中的法定义务。尤其是合同法中确立了诚信原则，并且依据诚信原则产生了合同当事人所应当负有的通知、保护、协助等附随义务，这些义务不管当事人是否有约定，都会自动成为合同权利义务内容，但这些内容显然不是当事人通过合同条款所

^① 崔建远主编：《合同法》（第五版），法律出版社2010年版，第20页。

确定的。由此可见，合同的条款和合同的权利义务并不是严格对应的。

合同的内容是当事人意思表示一致的产物，确定任何一项合同的内容都必须首先确定当事人合意的内容。在当事人合意不明确、不清楚的情况下，则需要法官通过一定的解释规则来具体确定合同的内容。从合同条款的角度，可见合同的内容具有如下几个特点：（1）合同的内容是当事人就合同条款达成合意形成的。（2）合同条款在例外情况下也可以通过合同解释的规则予以填补。尽管合同的条款是当事人按照合同自由的原则通过意思表示一致而确立的，但并不是说，所有的条款都必须要通过合意来完成。在现代合同法中，为了充分尊重当事人的意志和利益，维护交易的安全和秩序，在合同的常素和偶素欠缺的情况下，法律并不简单地宣告合同的不成立或无效，而是通过合同填补漏洞的规则填补合同漏洞，或通过合同解释的规则来确定合同的条款。由此可见，虽然合同条款是由当事人合意形成的，但在例外情况下也可以通过合同解释的规则予以填补。^①

该条文主要包括以下几方面内容：^②

1. 有关租赁物的条款

融资租赁合同的标的物是承租人要求出租人购买的设备，是合同当事人双方权利和义务指向的对象，因此，融资租赁合同首先应就租赁物作出明确约定。此条款应写明租赁物的名称、质量、数量、规格、型号、技术性能、检验方法等。由于关于租赁物的说明多涉及工程技术内容，专业性很强，而且繁杂具体，所以，一般只在合同正文中作简明规定，另附表详细说明，该附表为合同不可缺少的附件。

2. 有关租金的条款

租金是合同的主要内容之一。合同对租金的规定包括租金总额、租金构成、租金支付方式、支付地点和次数、租金支付期限、每期租金额、租金计算方法、租金币种等。

3. 有关租赁期限的条款

租赁期限一般根据租赁物的经济寿命、使用及利用设备所产生的效益，由双方当事人商定。此条款应当明确租赁起止日期。租赁期限对于明确租赁双方权利义务的存续期间具有非常重要的法律意义。由于融资租赁合同的一个很重要的特性就是

^① 梁慧星：《融资租赁法律问题研究》，载《梁慧星文选》第336-352页。

^② 谢怀栻：《合同法原理》，法律出版社2000年版，第422-423页。

合同的不可中途解约性，因此，此条款应当明确规定，在合同有效期内，当事人双方无正当、充分的理由，不得单方要求解约或退租。

4. 有关租赁期间届满租赁物的归属的条款

租赁期间内，租赁物的所有权归出租人享有。租赁期间届满，承租人一般有三种选择权，即留购、续租或退租。在留购情况下，承租人取得租赁物的所有权。在续租和退租情况下，租赁物仍归出租人所有。

除上述条款外，融资租赁合同一般还应包括租赁物的交付、使用、保养、维修和保险、担保、违约责任、合同发生争议时的解决方法、合同签订日期和地点等条款。

由于融资租赁合同的法律关系比较复杂，同时，融资金额一般较大，履行期较长，为了明确当事人各方的权利义务关系，本法规定融资租赁合同必须采用书面形式。

实务中仍须注意以下几点：

1. 合同条款与合同成立及效力

合同条款的缺乏与合同的成立有直接的关系，但与合同的效力没有直接的关系。除非当事人在合同中明确约定，如果合同缺少某一条款将导致合同不能生效，那么缺少该条款将会直接影响合同的生效。如果当事人在合同中没有作出特别的约定，在一般情况下合同欠缺某一个或某几个非主要条款，不应当直接导致合同无效。

合同成立与合同生效的联系与区别：

第一，二者的联系。(1) 合同的成立是合同生效的前提。没有合同的成立，就不可能有合同的生效。(2) 一般情况下，合同的成立与合同的生效在构成要件上具有同时共存性。甚至有学者说，“依法成立的合同”应理解为：“既具备成立要件也具备生效要件的合同，而不应狭义地理解为当事人所成立的合同。”即视合同成立与生效为一体之制度。(3) 合同的成立与生效具有效力上的同一性。有效成立与生效的合同都对当事人具有法律效力，当事人违反有效成立和生效的合同都应当承担违约责任。^①

第二，二者的区别。(1) 二者所属的范畴不同。合同的成立属于合同订立的范畴，解决的是合同是否存在的问题，合同的生效则属于合同的效力范畴，解决的是

^① 查松编著：《融资租赁法》，人民法院出版社1999年版，第53页。

已成立的合同是否具有法律效力的问题。因此,从逻辑上讲,先有成立而后才会有生效。(2)二者的构成要件不同。虽然有效成立与合同生效具有构成要件上的同时共存性,但这是合同的成立要件和合同的生效要件两种要件同时具备的结果,概念的合成并不能否认合成概念构成要素的区别。(3)二者所体现的意志不同。合同的成立,属于事实判断,解决合同是否存在问题,体现的是当事人的意志,适用意思自治原则。而合同的生效,属于价值评判,体现着国家法律的意志,适用国家干预原则,因此当事人依意思自治而成立的合同,不会当然产生法律约束力。(4)二者所生效力的内容范围不同。虽然有效成立和生效的合同都具有法律效力,但二者所生效力的内容范围是有区别的,一般而言,对依法成立的合同,所具有的法律效力,多用“法律约束力”表示,其效力内容表现为不得擅自变更或者解除合同。法律约束力是法律承认并确认其存在的效力,是法律效力中最基础层次的效力,其目的侧重于对当事人本身的意思表示一致的承认与确认,《合同法》第56条“无效的合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力”属此效力的反面规定。合同生效后所具有的法律效力,直接用“法律效力”一词表示,除指合同成立所具有的约束力外,还包括当事人必须按照合同约定的内容履行,即履行合同之效力。其效力内容强调法律本身的赋予力和强制力,目的主要在于赋予当事人实现其意思表示一致的内容的执行力。因而,只有生效的合同,才能实现当事人预期的合同目的。可见,合同成立的约束力比合同生效之效力更为基础,合同生效的效力是合同成立的约束力的必然延伸,但此二者的内涵又都包含于“法律效力”这一概念的外延之中。(5)二者所生效力的后果不同。合同的成立,因属于事实判断,只生成立或不成立的法律后果,而合同的生效属于价值判断,对于不同之情形,分别赋予不同的法律后果,其表征有生效、未生效、无效、效力待定、可撤销等多种后果。

2. 合同必备条款与非必备条款

所谓必备条款是指依据合同的性质和当事人的特别约定所必须具备的条款,缺少这些条款将影响合同的成立。我国《合同法》第12条规定,合同一般包括当事人的名称和住所、标的、数量、质量、价款或报酬、履行期限、地点和方式、违约责任、解决争议的方法等,这些条款中有的是合同的必备条款,有的不一定是合同的必备条款。是否是合同的必备条款应依据合同的性质和当事人的特别约定来确定。所以,必备条款主要包括两个方面:一是依据合同的性质所必须具备的条款,例如