

21 世纪高等学校国际经济与贸易系列规划教材

国际商法

符启林 梁嘉琪 编著



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

内容提要

随着经济全球化与国际化趋势的加强,正确处理国际间经济关系显得越来越重要,但由于国际商法知识的博大精深及不断更新,要想全面了解国际商法的内容并不容易。通过本书的阅读,旨在帮助人们对国际商法知识有全面的了解和整体的把握,对国际商事活动中出现的基本问题与纠纷及其解决办法有清晰的认识。本书以国际活动中涉及的法律体系为主线,按商事合同法、合伙企业法、公司法、代理法、知识产权法、产品责任法、国际贸易法、国际货物运输与保险法、票据法和国际商事仲裁法的顺序展开论述,既保证了体系的完整性,又突出了内容的具体性。

本书可作为高等院校国际贸易专业的教学用书和相关专业的选用教材,也可作为相关专业人士的学习用书。

图书在版编目(CIP)数据

国际商法/符启林,梁嘉琪编著. —上海:上海交通大学出版社,2013(2021 重印)
ISBN 978-7-313-10222-5

I. ①国… II. ①符…②梁… III. ①国际商法—高等学校—教材 IV. ①D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 202203 号

国际商法

GUOJI SHANGFA

编 著:符启林 梁嘉琪

出版发行:上海交通大学出版社

邮政编码:200030

印 制:大厂回族自治县聚鑫印刷有限责任公司

开 本:787 mm×1 092 mm 1/16

字 数:535 千字

版 次:2013 年 9 月第 1 版

书 号:ISBN 978-7-313-10222-5/D

定 价:58.00 元

地 址:上海市番禺路 951 号

电 话:021-64071208

经 销:全国新华书店

印 张:22 插页 1

印 次:2021 年 8 月第 4 次印刷

版权所有 侵权必究

告读者:如您发现本书有印装质量问题请与印刷厂质量科联系

联系电话:0316-8836866

前 言

Preface

早在古罗马时代,商法就以其最原始的形式——商事规约出现,但是近现代大部分民商法学者认为,近代的商法起源于中世纪欧洲地中海沿岸自治城市的商人法,尤其是意大利的商业城市最早成立的商人习惯法,即商人法。虽然国际商法有着悠久的历史,但是商法正式确立是在1807年《法国商法典》颁布,之后其获得了迅速的发展。

随着经济全球化与国际化趋势的加强,正确处理国际间的经济关系显得越来越重要,但由于国际商法知识的博大精深及不断更新,要想全面了解国际商法的内容并不容易。基于这一事实,本书定位为国际商法类专业的入门课程和非国际商法类专业的基础性课程。通过阅读本书,使人们对国际商法知识有全面的了解和整体的把握,对国际商事活动中出现的基本问题与纠纷及其解决办法有清晰的认识。

本书以国际活动中涉及的法律体系为主线,按商事合同法、合伙企业法、公司法、代理法、知识产权法、国际产品责任法、国际贸易法、国际货物运输与保险法、票据法和国际商事仲裁法的顺序展开论述,既保证了体系的完整性,又突出了内容的具体性。在内容设置上,为了让读者更好地理解国际商法的应用,每章开篇提出学习目标,为读者的学习指明方向,并以“引例”模式给出一个实例并提出问题,让读者带着问题开始学习;然后阐述国际法规、公约及我国法律体系中的具体规定;最后,结合每章所学,在“引例解析”中对“引例”的问题加以分析。此外,全书根据需要穿插“法律提示”“小案例”“资料卡”等栏目,以此加深读者对相关知识的理解。每章最后设有“思考练习题”,帮助读者巩固所学知识。

本书由中国政法大学民商经济法学院符启林教授和梁嘉琪编著。鉴于国际商法内容的宽泛和博大,本书在编写过程中参考了国内外大量相关教材和资料,在此对各位作者表示诚挚的谢意。

由于编者水平有限,加上时间仓促,书中难免有错误和不足之处,恳请各位专家和读者批评指正。

编 者

目 录 Contents

第一章 绪论	1
学习目标	1
引例	1
第一节 商法概述	2
第二节 公法和私法	5
引例解析	9
思考练习题	10
第二章 商事合同法	11
学习目标	11
引例	11
第一节 合同概述	12
第二节 合同的订立	18
第三节 合同的效力	28
第四节 合同的履行	34
第五节 合同终止和违约责任	41
引例解析	51
思考练习题	51
第三章 合伙企业法	52
学习目标	52
引例	52
第一节 合伙概述	53
第二节 合伙企业法概述	59
引例解析	70
思考练习题	71



第四章 公司法	72
学习目标	72
引例	72
第一节 公司概况	72
第二节 公司的设立和成立	77
第三节 股票和债券	88
第四节 公司变更	99
第五节 外商投资企业	103
引例解析	115
思考练习题	115
第五章 代理法	116
学习目标	116
引例	116
第一节 代理法概述	117
第二节 代理权产生与代理关系终止	121
第三节 代理的法律关系	127
第四节 我国的外贸代理制度	132
引例解析	135
思考练习题	136
第六章 知识产权法	137
学习目标	137
引例	137
第一节 知识产权法概述	138
第二节 商标法	146
第三节 专利法	153
第四节 著作权法	166
引例解析	185
思考练习题	186
第七章 产品责任法	187
学习目标	187
引例	187
第一节 产品责任法概述	188



第二节 合同责任的归责原则	195
第三节 产品责任的法律要件	204
引例解析	208
思考练习题	208
第八章 国际贸易法	209
学习目标	209
引例	209
第一节 国际货物买卖合同	210
第二节 国际贸易术语	225
第三节 国际服务贸易法	232
第四节 国际贸易结算	243
引例解析	254
思考练习题	254
第九章 国际货物运输与保险法	255
学习目标	255
引例	255
第一节 国际海上货物运输法	256
第二节 其他货物运输法	270
第三节 国际货物运输保险法	277
引例解析	287
思考练习题	288
第十章 票据法	289
学习目标	289
引例	289
第一节 票据法概述	290
第二节 票据的法律关系	294
第三节 汇票、本票和支票	306
引例解析	315
思考练习题	316
第十一章 国际商事仲裁法	317
学习目标	317
引例	317



第一节 国际商事争议	318
第二节 国际商事仲裁	324
引例解析	343
思考练习题	344
参考文献	345

第一章 绪论

学习目标

了解商法的一般理论；

掌握公法与私法的相关概念及其区别；

了解公法与私法相区别的意义。

引例

某年3月20日,我国某进口商B公司与巴西某出口商A公司签订了一份购销货物合同,约定以FOB方式成交,合同规定交货期为6月10日,付款方式原为信用证,之后A公司擅自变更为托收方式付款。B公司于6月8日收到装船电报通知,注明货物已于6月7日运往中国上海港,并注明合同号和信用证号。6月14日,B公司接到提货通知和随船提单一份,提单上的装船日期为6月11日。为此,B公司以A公司违约为由拒绝提货并拒绝付款,同时提出双方解除合同。A公司不服,经双方协调,未果。B公司便依据买卖合同中的仲裁条款提起仲裁。

问题

- (1) 试分析,B公司以A公司违约为由提出的要求符合法律规定吗?
- (2) 如何才能使B公司的合法权益得到保障?

商事交易活动主体如何在商事活动中保障自身权益,如何按照制度化的程序进行相互间的经济合作,这就涉及商法的相关事宜。商法内容庞杂,规定繁多,对于处理商事主体之间的经营活动中的各种问题起着至关重要的作用。



第一节 商法概述

商法(commercial law)是指调整商事交易主体在其商行为中所形成的法律关系,即商事关系的法律规范的总称。

一、商法的起源及发展

虽然商法源于古罗马时代的商事规约,但现代大多数民商法学者普遍认为,近代商法是始于中世纪欧洲地中海沿岸自治城市的商人法,尤其是意大利的商业城市最早成立的商人习惯法,即商人法。1807年,世界上第一部商法典《法国商法典》正式颁布,标志着近代商法的形成,具有划时代的意义,此后商法得到不断发展。

1. 中世纪的商法

商人习惯法是商法的最初形式,这一制度的形成有特定的社会历史根源。中世纪(约476—1453年)的欧洲处于封建专制统治之下,商品经济极为落后,主要表现为自给自足的手工业经济,同时也以农业为主。11世纪后期,以农为本的欧洲进入了发展时期,大量的剩余商品涌向市场,商品经济开始迅速发展。这促使了地中海海上贸易的发展和地中海沿岸一些新兴城市商业贸易的繁荣。地中海沿岸城市贸易的不断扩展加速了行业分工的细化和商业贸易的日益频繁,由此产生了调整商人内部经济关系的自律组织——商会。然而,中世纪的欧洲大陆实际上还是处于封建法和寺院法的支配之下,很多商业城市的贸易状况与封建法制的实际状况极端不协调,有关保护商业活动的条件都缺少必要的法律支持,甚至许多国家的法律对商人还带有种种歧视。正是由于贸易发展与封建法制处于尖锐的矛盾之中,商会不得不另立规范以求发展和保护自身。商会在其自身的发展中,逐渐形成了自己的自治权和裁判权,且有条件地利用商事生活习惯订立自治规范,并在本商会内实施。于是,这种规范经11世纪至14世纪的发展,终于形成了中世纪的商法,即商人习惯法。

2. 近代商法

近代商法是在中世纪商人习惯法的基础上发展起来的。16世纪后,孕育已久的资本主义商品经济关系萌芽,并显示了蓬勃的生机;与此相比,欧洲一些国家的封建势力日趋衰落,并且中世纪占统治地位的寺院法也相继被废弃,这些逐渐促使了国家的统一。与此相适应的是各国统一的法律的制定,这为商人习惯法向成文法的转变提供了条件。新生的资产阶级必然要制定自己的法典,以保障自身的商品经济关系的稳定,在这一形势下,德国、法国率先开始了本国商事法律的统一运动,同处于欧洲的英国和其他欧陆国家也制定了本国的商事法,由此推动了国家公力干涉社会经济、促使“商法国民化”的过程。

3. 现代商法

18世纪末期,资产阶级革命在欧洲逐渐取得成功,封建专制的社会被彻底粉碎,整个



社会发生了根本的变革。保护资本主义商品经济关系,并推动商事活动,促使统一、完整的商品市场的形成,成为了许多新兴国家的基本国策。19世纪初,欧洲大陆国家相继开始了大规模的法典制定活动,自此以后,商法开始在大多数的大陆法系国家作为一个独立的法律部门出现,商法体系逐渐建立和完善。一般认为,商法经历了以下四种立法体系:

(1) 商行为法立法体系,代表国家是法国。《法国商法典》否定了中世纪以来商法只适用于商人阶层的传统,将商人从国家的监护中解放出来,并且以商行为为基础。凡实施商行为者,无论是否属于商人,都适用于商法。西方学者把以法国商法为立法模式,即以商行为为立法基础的国家称为商行为立法体系,也叫法国商行为体系。

(2) 商人法立法体系,代表国家是德国。德国商法有新、旧商法之分。德国旧商法仿效法国的立法体例,采取“客观主义”原则,即以商行为观念为立法基础;新商法则采取“主观主义”原则,即以商人观念为立法基础。据此,西方学者把以德国商法为立法模式,即以商人观念为立法基础的国家称为商人法立法体系。

(3) 折中立法体系,代表国家是日本。日本以商人行为和商人身份同时作为立法基础,西方学者把这种既采用法国商法典模式,又效仿德国商法典立法的国家称为折中立法体系。

(4) 英美商法体系,代表国家是英国和美国。由于英、美国家是以习惯法为基础,其商法体系是指一般商事习惯与判例形成的法律,因此称为英美商法体系。

此外,由于中国古代“重农抑商”,商法极不发达。20世纪初以来我国的商事立法,主要是引进借鉴西方商法,建立的是大陆法系的商法。改革开放后,我国的商事立法也在一定程度上借鉴了英、美、法等国的商事立法。

综上所述可以看出,商法产生的根本原因是商品经济的进一步发展。商品经济的发展促使掌握一定经济基础且积累了相当物质资料的商人形成一种势力,他们要求脱离封建领主的司法管辖及宗教势力的支配,对商品生产交换采用统一的社会规范进行约束,以保护和发展自由贸易。进入资本主义社会以后,商品经济发展的内在要求使原来作为自治规范的商人法必然发展成为国家制定的统一的商事法律。

商法的产生是国家推行重商主义政策的必然结果。16至17世纪以来,随着新大陆的发现,世界市场的范围骤然扩大,地中海海上贸易遍及世界各个角落,各国政府为了发展本国经济,大力推行促使经济发展的重商主义政策,这一政策导致了商人地位的特殊性和商事活动的特殊化的形成,于是,商法作为独立的法律部门出现,各国纷纷制定商法。由此可见,商法之所以迅速出现在各国的法典中,其内涵是各国重商主义政策的法律化。

二、商法的相关概念

1. 商法的调整对象

商法的调整对象为商事关系。商事关系是指一定社会中通过市场经营活动而形成的社会关系,主要包括商事组织关系和商事交易关系(组织法和行为法的结合,就是商法)。

2. 商事关系的主要标志

商事关系的主要标志是商人和商行为。商人是以自己名义实施商行为并以此为常业的人。在我国,商人主要包括以下几种:



(1) 个体工商户和个人独资企业。

(2) 合伙企业。合伙企业是指与独资公司相对,由两个或两个以上的自然人通过订立合伙协议,共同出资经营、共负盈亏、共担风险的企业组织形式。

(3) 公司和其他形式的企业法人。

(4) 联营企业。联营企业(associated enterprises)是指两个及两个以上相同或不同所有制性质的企业法人或事业单位法人,按自愿、平等、互利的原则,共同投资组成的经济组织。

(5) 外商投资企业。外商投资企业是指依照中华人民共和国法律的规定,在中国境内设立的,由中国投资者和外国投资者共同投资或者仅由外国投资者投资组建的企业。

大陆法系学者一般认为,商行为是指以营利为目的而从事的各种表意行为。其规制原则主要有三种:

(1) 主观主义原则。主观主义原则的立法理念是以商人概念为出发点,在此基础上推导出商行为的具体形态,并以列举的方式揭示出商行为的范围。大陆法系国家采用主观主义立法原则的主要有意大利、德国、瑞士等国。

(2) 客观主义原则。客观主义原则的立法理念是以行为的客观性作为出发点来确定商事行为。《法国商法典》创造了这一原则,而《西班牙商法典》则继承和发展了这一原则。

(3) 折中主义原则。折中主义原则的立法理念是在主观主义原则和客观主义原则的基础上,依据行为的客观性和商人的经营方法两个标准来确定商行为。日本现行的商法典和法国修改后的商法典采取该立法原则。

3. 形式的商法和实质的商法

我国没有形式的商法,但存在实质的商法,主要表现为大量的商事单行法、公司法、证券法、票据法、保险法等。

4. 商法与民法、经济法的关系

商法与民法、经济法既有紧密联系,也有一定区别。简单而言,民法是一般法,商法是特别法,民法对商法具有领导与指导的意义,而商法对民法具有补充、变更、限制的作用。商法与经济法的区别主要在于商法以当事人意思自治为主导性原则,经济法则强调国家意志和政府职能的介入,并以国家政策为主导。

三、商法的一般原则

商法的一般原则是市场经济的客观要求在法律上的反映。现代商法主要有以下四大基本原则。

1. 强化企业组织

强化企业组织主要包括两大内容:

(1) 提高企业素质。提高企业素质主要依靠两套法律机制。一个是企业融资和确保企业财产基础的法律机制,如公司法中的“有限责任”和“资本三原则”等;另一个是实现企业优胜劣汰和资产优化组合的法律机制,如破产、重整、兼并制度等。

(2) 完善企业结构。完善企业结构包括完善企业内部的治理结构(主要是合理分配投



资者和经营者的权利)和协调企业内部关系(主要是保护职工利益、加强职工民主管理)。

2. 提高经济效益

提高经济效益即降低交易成本,提高经营收益。商法的这一原则主要体现在保护产权、维护信用、促使交易便捷三个方面。商法保护产权主要体现在界定产权(明晰产权)和维护其权威上,包括在产权受侵害时给予及时、充分的救济。信用的核心是信任,意味着可以低成本地进行交易,从而提高经济效益。破产法对维护信用有积极的作用。交易便捷可以节约时间成本,为此,商法提供了不少制度支持,如商事交易的技术化(定型化)、大量运用默示行为、证明形式自由、时效短促、商事仲裁等。

3. 维护交易公平

维护交易公平就是要维护市场的正常秩序,主要体现为平等原则和诚信原则。例如,信息披露制度、一股一权原则、禁止内幕交易等,都体现了平等原则;董事对公司的忠实义务、投保人的如实告知义务等,体现了诚信原则。

4. 保障交易安全

商法为保障交易安全提供的制度主要有强行主义、公示原则、外观法则(客观主义)、严格责任和保护善意买受人(第三人)等。

四、国际商法的适用

国际商法也称国际商事法,是指调整国际商事主体和国际商事行为的各种法律规范的总称。它主要是指不同国家的商人或者企业相互间从事的跨国境的商事活动,更多是指跨国间的贸易活动以及其他商事活动的法律规范。

随着全球经济一体化的发展,传统的商事法早已不能全面调整现在的商事活动领域,所以现在的商事法已经突破了原来的范围,增加了许多新的领域,如传统的货物买卖形式早已增加了除货物买卖行为外的技术贸易行为和服务贸易形式。另外,外国商人的直接投资、租赁、融资、工程承包以及合作生产等活动都已超出了传统商事法的调整范围,因此上述各种涉外商事交易的活动适用国际商事法。作为传统国际商法调整的内容,如代理、合伙、公司、合同买卖、票据、信托等依然是国际商法的核心内容和基础。

第二节 公法和私法

随着国际商事活动领域的不断扩大,原有的法律体系已经不能适应国际活动的正常开展,因此国际商法体系出现了公法与私法的划分方式。公法与私法的划分具有动态性和历史性的特点,是经济、政治等诸因素综合作用的结果。此外,目前社会公权力有扩张的趋势,国家越来越需要向社会授权。

一、公法概述

公法是配置和调整公权力的法律规范的总和。公法以研究公权力、公权力配置、公法关



系和公法责任为主要内容。狭义的公法是指调配公权力内部或公权力之间的关系的法律规范。广义的公法是指调配公权力之间及公权力与私权利之间关系的法律规范,主要体现在以下几个方面:

- (1) 公法是配置、调整公权力的法。
- (2) 公法的范围包括调配公权力之间的关系的公法和调配公权力与私权利关系的公法。
- (3) 公法是法律规范的总和。
- (4) 公法调整一切公的范畴,如公主体、公利益、公权力、公权利等。
- (5) 公法的调整范围是动态的,随着社会的发展变化而变化。
- (6) 公法是法,其规范是法律规范,并有完整的逻辑结构。

二、私法概述

私法相对于公法,一般指的是规范私权关系、保护私人利益的法律,如民法、商法等。也可以将私法理解为私家所定的法规。它主要体现在以下几个方面:

1. 私法是以保护个人或私人利益即“私益”为依归

私法主体在私法调整的社会关系区域内寻求的是各自独立的私人利益,包括财产利益及人身利益两个方面。值得注意的是,应当严格区分国家作为行政管理者和财产所有者两种不同的身份。当国家以特殊的私法主体面目出现时,如以国家名义发行国债、接受无主财产或取得无人继承的财产等,国家所追求的不是一般意义上的国家利益,其仍然属于私法上的“私人”利益,这是由国家的多重法律身份所决定的。

2. 私法调整私人之间的民商事关系即平等主体之间的财产关系和人身关系

私法所谓的民商事关系,是指平等主体之间的财产关系和人身关系,是人们日常私人生活状况的法律体现。法律对民商事关系的调整遵循的是人格独立、地位平等、行为自愿以及公平、诚实信用等基本原则,民商事关系的主体在法律上的“存在”通常情况下是没有区别的,是抽象平等的。

3. 私法则以权利为核心,适用“权利推定”的逻辑

私法确认和保护的是私法主体享有的私权利即民商事权利。财产权、人身权以及由这两类私权派生的众多具体权利构成最低限度的基本人权。私法倡导“权利本位”,私法是权利法。权利主体(自然人和法人)制度、权利规则制度(物权、债权、人身权、继承权、知识产权)、权利行使制度(法律行为制度和代理)、权利保障或救济制度(民事责任制度)等构成私法的基本内容。私法奉行“法不禁止即自由”,将它作为金科玉律并以此去分析、评价、判断具体的个人行为。“权利推定”就是“不禁则许”,法律没有明文禁止的行为通常就是私法主体可以自由实施的。社会越发展,文明程度越高,人们获得自由的机会就越多,权利推定的范围就越大。

4. 私法遵循“意思自治”“私法自治”的原则

“意思自治”或“私法自治”原则是私法的灵魂,常被誉为“支配整个私法的最高原则”“私法之基础”“私法根本价值之所在”“法律行为效力之源”等。一般认为,所谓私法自治,是指



个人依其意思形成其法律上的权利义务关系。具体而言,私法自治原则认为,私法方面的一切法律关系可以且应该由每个人自由地、自行负责地按照自己的意志去决定。因此,每个人有法律行为自由(包括合同自由),每个人只对自己的行为负责(过失责任),每个人的权利(包括所有权)应该由每个人自由行使并受到尊重(所有权不可侵犯)。这些私法自治原则的主要内容构成了近代民法的四大基本原则:人格平等、合同自由、过失责任和绝对所有权原则(私的所有权神圣不可侵犯原则)。

私法自治的理论依据在于:在社会关系日趋复杂的市场经济条件下,私法主体都是主张不同的具体利益要求的人,每个人都是自身利益的最佳判断者和实践者,都明确自己在社会生活中的所在。因此,国家及他人应尊重个人的自由选择,不得干涉或限制。政府为更高的价值或公益而对私人事务施加强制或干预时,应有适当理由。总之,在私法自治之光的照耀下,私法既维护了私人自主选择的自由,又能合理利用人的自私心使个人在追求和实现自身合法利益的同时能够促进社会进步和经济发展。

5. 私法以市民社会为功能范畴

市民社会和政治国家相分离的思想是对人类社会生活多样性属性及人的多层社会存在状况的描述。用作为西方文明的市民社会理论来解释人们目前的生活现状仍然没有过时。现实生活中的每个人都具有双重身份或地位:一方面他是政治国家的成员即公民,参加政治国家领域内的一切必要活动,其行为受公法调整;另一方面他同时又是市民社会的一分子即私人,在市民社会领域内与法律地位平等的其他人实施各种民商事活动,其行为受私法调整。以立法现实为例,各国宪法中规定的是公民而不是自然人的基本权利和义务,这些权利义务是公民作为政治国家成员所应当具有的。而民法中确认的是自然人的财产权利、人身权利及相应的义务,这些权利义务是自然人作为市民社会成员即私法主体从事民事活动所必需的。

三、国际私法与国际公法、国际私法学的联系与区别

国际私法与国际公法的区别主要在于调整对象的差异:国际私法是调整自然人、法人之间的跨越一国地域范围的民事关系,而国际公法调整的是国家与国家之间的外交、政治、军事关系。

国际私法与国际私法学是两个既有联系又有区别的概念。

国际私法与国际私法学的联系在于:两者同属于上层建筑,且都建立于国际经济交往这一经济基础之上,都以涉外民事关系的存在为其存在和发展的前提。国际私法随着国际经济交往和人员往来成为一种社会现象而产生,国际私法的产生和发展为国际私法学的产生和发展提供了研究对象和发展空间。国际私法学以国际私法的存在为其存在的基础,国际私法学的研究成果不仅推动国际私法的立法发展,而且指导国际私法的实践。13世纪的“法则区别说”奠定了国际私法的基础;19世纪的“法律关系本座说”对最密切联系原则这一冲突规则的确立具有举足轻重的作用。

国际私法与国际私法学的区别在于:国际私法是以涉外民事关系为调整对象的一个独立的法律部门,由外国人民事法律地位规范、冲突规范、统一实体规范、国际民事诉讼和国际商事仲裁程序规范组成,这些法律规范具有法律强制力,是人们从事涉外经济、民事活动的

行为准则。国际私法学是以国际私法为研究对象,研究国际私法产生和发展规律的法学学科,国际私法学由著作、学说、理论、观点组成,这些著作、学说、理论、观点大多不具有法律约束力,只在制定和适用国际私法规范时起到相应的辅助作用。

四、划分公法与私法的意义

总体而言,公法与私法分类的基本意义在于便于法律的适用。区分两者的实益在于,易于确定法律关系的性质,应适用何种法律规定,应采用何种救济方法或制裁手段,以及案件应由何种性质的法院或审判庭受理,应适用何种诉讼程序。我国著名民法学家梁慧星先生在谈及公法与私法的分类时说,法律之分为公法与私法,乃是人类社会文明发展的重大成果。他同时引用德国学者基尔克的论断:公法与私法的区别是今日整个法秩序的基础。如果这一区别被混淆,甚至无视公法与私法的本质差异,作为社会调整器的法律将会失灵,社会关系和社会秩序将会处于混乱之中。具体言之,公法与私法的划分主要有以下不同意义:

1. 公法以维护公共利益即“公益”为主要目的

从利益保护的重心来看,公法以维护公共利益即“公益”为主要目的,“利益说”曾是公、私法划分标准的有力学说,这种学说是以利益多元化和多极化的客观存在为基础的。罗尔斯·庞德将利益分为个人利益、公共利益和社会利益三类。法律与利益发生联系的纽带是利益主体的行为。法律主体的行为与一定的利益追求相关联,人们努力奋斗所追求的一切都与其利益相关。法律对正当利益的保护是通过设置适当的行为标准来完成的。

公法着重保护的公共利益,首先是超越私主体的具体的和特殊的利益,其次是其他各种利益的平衡器,它在其他各种利益发生冲突时为政府实施调控和干预提供一个正当合理的理由。公共利益是为维护共同体之间的共存共处而存在的,是共同体之间的最高利益和根本利益。就实际情形而论,公法所维护的公共利益表现为各社会共同体之间的秩序、安全、公正、自由等人类基本的生存价值和制度环境。

2. 公法调整的是国家与公民之间、政府与社会之间的各种关系

从调整的社会关系即对象来看,公法调整的是国家与公民之间、政府与社会之间的各种关系,主要体现为政治关系、行政关系及诉讼关系等。

一般来说,在国家与公民、政府与社会之间的关系中,国家和政府是公共权力的代表,对各种社会公共事务实施管理并向人民提供服务,但这些管理和服务并非管理者随心所欲,而是应当纳入法治的范围。公法的基本内容就是为规范国家权力和政府行为而存在的,其根本目的是通过控制公权力来维护私权利,与公法中所面对的国家与公民、政府与社会之间非平等的社会关系不同。

3. 公法是以权力为轴心,严守“权力法定”的定律

公法是以权力为轴心,严守“权力法定”的定律。法律对权力具有两方面的作用,一是授予作用,二是限制或制约作用。权力只有授予才能行使,一切权力的运作必须基于并源于民意和公意,并以法律的形式明确地固定下来,即“权力法定”“越权无效”“法无授权不可为”。



在法治社会里,“权力法定”的含义是:一切公权力的取得和行使都必须从法律中获得其来源,国家机关不得行使法律没有授予和禁止行使的权力。权力法定也提示人们应该慎重对待权力。由于权力最易诱发人性中最丑陋、最贪婪的东西,权力客观上具有腐蚀性、异化性、扩张性及对私人权利的侵害性等倾向,一切拥有权力的人都可能会滥用权力。因此,对权力加以分解、限制、制约并对权力使用活动进行严格监督是法治的应有之义,这主要是通过公法来实现的。在一国法律体系中,公法同权力的设置、分配、行使、制约及监督等运作有最直接的联系。

4. 公法奉行“国家或政府干预”的理念

公法奉行“国家或政府干预”的理念表现为:行政法主张政府对各项行政事务的领导和 管理;刑法对绝大多数犯罪行为适用国家追诉主义;经济法强调国家对市场经济活动的调节、控制和干预;诉讼程序中当事人申请撤诉须经法院同意等。这些现象都鲜明体现了公法中国家或政府干预的思想。由于公法具有浓厚的国家干预色彩,公法规范成为强行性规范。为了更好地贯彻国家或政府干预理念,法治实践中应解决好如下几个问题:干预的理由和根据;干预的范围和程度;干预的形式及目的等。

5. 公法以政治国家为作用空间

公法以政治国家为作用空间。公法是政治国家的法,私法是市民社会的法。国家之创设,就是为市民社会服务的,无市民社会,国家便无实质意义。将市民社会的法界定为私法,是为了防止按政治国家成员的标准来要求市民社会的人,就是要把民事活动与政治活动区别开来。政治国家与市民社会的分离是近代欧洲社会变迁的产物。市民社会的存在是西方法治社会存在的前提。黑格尔和马克思是现代市民社会思想的集大成者。

黑格尔认为,市民社会是由私人生活领域及其外部保障构成的整体。个人是市民社会活动的基础,从生产和交往中发展起来的社会组织在市民社会中占有重要地位。黑格尔理解的市民社会,实际上是在私有制(个人所有权)和分工的条件下生产和交换的体系;是在人人为我、我为人人的前提下,社会成员(市民)自利和互利的活动过程。

在马克思的市民社会思想中,市民社会是“私人利益的体系”或特殊的私人利益关系的总和,包括了处在政治国家之外的一切领域,市民社会实质上是一种“非政治性的社会”。马克思的市民社会理论强调市民社会是对私人活动领域的抽象,是与作为对公共领域的抽象的政治国家相对应的。随着社会利益分化为私人利益和公共利益两大相对独立的体系,整个社会就分裂为市民社会和政治国家两大领域。前者是特殊的私人利益关系的总和,后者则是普遍的公共利益关系的总和。

引例解析

在本案中,根据《联合国国际货物销售合同公约》规定,A公司交货时间仅迟延一天,不能构成“根本性违约”,所以,B公司如果以A公司迟延交货一天为由,则无权要求解除合同、拒收货物,只能要求A公司赔偿损失。但在该案中,合同规定交货期为6月10日,而提单上的装船日期为6月11日,是倒签提单。根据国际惯例,B公司一旦有证据证明提单上说明



的装船日期是伪造的,就有权拒绝接受货物及支付货款。

思考练习题

- (1) 简述商法的发展历程。
- (2) 商法的一般原则有哪些?
- (3) 简述国际商法的适用。
- (4) 什么是公法? 什么是私法? 两者有哪些区别?
- (5) 简述划分公法与私法的意义。

第二章

商事合同法

学习目标

- 了解合同的概念、原则及特征；
- 了解合同的分类；
- 掌握订立合同的要约和承诺环节；
- 理解合同的形式和内容；
- 掌握合同生效的要件和效力待定的合同；
- 理解合同的履行原则及履行要点；
- 理解合同终止的原因；
- 掌握违约行为和违约责任的处理方法。

引 例

日本甲公司向中国香港乙公司出售一批电视机，乙公司又把该批货物转手卖给泰国丙公司。电视机运到香港后，乙公司发现电视机有质量问题，但其急于向丙公司交货，就把电视机转船运到泰国。丙公司发现电视机的质量不符合规格后，将电视机退回给乙公司，乙公司又准备把电视机退回给甲公司，遭到甲公司的拒绝，为此，甲乙双方发生争议。

问题

请结合《商事合同法》的条例及相关知识分析此案的解决方法。

合同是双方经济体进行经济活动时产生的具有法律效力的约束文本。合同法则是对这一约束文本在法律层面上的认可，它规定着经济活动主体间的权利与义务，是进行正常经济活动的保障，也是处理经济纠纷的重要依据。因此，理解并掌握合同法的相关知识至关重要。



第一节 合同概述

合同构成了一切商事活动的基础,就最基本的国际货物买卖合同而言,它属于合同的一种,合同法的原理和原则都适用于国际货物买卖合同。在进行国际性投资活动的过程中,外国投资者与东道国商事组织发生的种种行为都需要用合同来约束。合同是他们进行各种商事活动的基本手段,可以约定彼此的权利和义务,是投资者和东道国商事组织间关于合资、合作或以其他方式的法律依据。合同是企业通向市场的桥梁和纽带,对于跨国企业而言,卖方和买方的双重身份在不断地交替出现,交易总是通过合同实现的,而企业的产品和服务是用于交易的。可以说,合同在企业的发展过程中起着至关重要的作用。在国际法律体系中,合同法属于基础性的法律,国际商事合同法是国际商法的一个重要分支,学习国际商事合同法应具备基本的合同法知识,这也是研究国际商法的基础。

一、合同的概念和原则

(一) 合同的概念

一般说来,合同是当事人之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。但从世界范围来看,各个国家和地区对合同的定义并不完全相同。

1. 英美法系的定义

英美法系对于合同的定义是:“合同是指两个以上的当事人之间的具有法律约束力的协议(binding agreement),或者由一个以上的当事人对他方当事人负有作为或者不作为的义务。”承担这项义务的人即“允诺人(promisor)”,享受这项权利的人即“受允诺人(promisee)”。英美法系实质上将合同定义为一种协议,合同必须要通过双方的协议才能成立,而协议的内容则是双方当事人一致的意思表示。

2. 大陆法系的定义

大陆法系对合同的定义继承了罗马法的传统。将合同定义为“一种协议”。但是,由于立法体例、法律传统和法律用语本身的差异,作为大陆法系两大分支的德国法系和法国法系对合同又有不同的定义和解释。

德国法系是以法律行为为概念定义合同的,即合同是发生、变更债的关系的法律行为,合同的本质仍然是一种意思表示的合意。因此,德国法系国家的合同特征可以归纳为:合同是一种发生法律效力法律行为;是依照两个以上的意思表示所成立的法律行为;是相互对立的两个以上的意思表示达成一致所成立的法律行为。

法国法系中的合同首先是一种合意,即双方当事人意思表示一致的协议;合同是产生债务的根据之一;合同所产生的债务的内容是“负担给付、作为或不作为”。

3. 两大法系在合同形式上的区别和联系

两大法系主要在合同形式上存在不同。大陆法系的国家在合同形式的要求上都规定了,一些合同只有采用法定的形式才能得到法律的承认,都对缺少法定形式的合同特别规定



了无效的法律后果,而且对形式的要求通常是“非要式”这个一般原则的例外,也就是说大陆法系要求一些合同的形式必须是要式形式才具有法律效力。而英美法系国家则把合同分为两种形式:签字蜡封合同,指必须以特定形式订立、无须对价支持的要式合同;简式合同,指必须持有对价支持的合同,一般是要式合同。

虽然各国对于合同的概念,在理论上都有一定的区别,但其本质是相同的,无论是英美法系国家还是大陆法系国家,都将双方当事人的意思表示一致作为合同成立的基本要素。因此,《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)对于合同的定义是:“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。”也就是说,合同是两个或两个以上的当事人之间为实现一定的目的,明确彼此权利和义务的协议。

(二) 合同的原则

合同法是制定合同的主要依据,也是合同执行在法律上的体现。合同法的基本原则是合同法总的指导思想,也是合同当事人签订合同,并且在履行、解释和争议的过程中应当遵守的基本准则。合同法关于合同订立、效力、履行、违约责任等内容,都是依据这些原则规定的,这些原则具有一般规范性和不确定性。因此,在制定合同时要遵守法律法规,遵循以下基本原则。

1. 平等原则

平等原则是我国民法的一项基本原则,也是我国合同法的基本原则。这一原则意味着民事主体的地位平等,任何一方当事人不得将自己的意志强加于相对方。

法律提示

合同当事人的法律地位

我国《合同法》第三条规定:“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。”平等原则是指地位平等的合同当事人,在权利义务对等的基础上,经充分协商达成一致,以实现互利互惠的经济利益目的的原则。平等原则主要表现在以下几个方面:合同当事人的法律地位一律平等;合同中的权利义务对等;合同当事人必须就合同条款充分协商、取得一致,合同才能成立。任何合同,无论其性质如何,都不能凌驾于他人之上,不能将自己的意志强加于人,而只能通过平等协商的方式去设定、变更、终止合同关系。

2. 自愿原则

自愿原则是我国民法的一项基本原则。《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)第四条规定,民事活动应当遵循自愿原则。自愿是指民事主体在民事活动中,充分表达自己的真实意思,并根据自己的意思设立、变更、终止民事法律关系。在合同法中,自愿原则即体现为合同自由原则,我国《合同法》中虽未明文规定合同的自由原则,但在实质上即为意思自由原则。

具体讲来,合同的意思自由原则有以下内容:

(1) 缔结合同的自由。缔结合同的自由即当事人有权自主决定是否与他方缔结合同,



该自由是合同自由其他内容的前提和基础。

(2) 选择相对人的自由。选择相对人的自由即当事人有权自主决定与何人订立合同。

(3) 决定合同内容的自由。决定合同内容的自由即当事人有权自主决定合同的内容。只要当事人在合同中约定的内容不违背法律法规和社会公共利益,任何人都不得干涉当事人订立的合同的内容。

(4) 变更或解除合同的自由。变更或解除合同的自由即当事人有权通过协商,在合同成立后变更合同的内容或者解除合同。既然当事人可自由缔结合同,当然也可以通过协议自由变更或解除合同,这是合同自由原则的必然结果。

(5) 决定合同方式的自由。决定合同方式的自由即当事人可自主选择合同的方式,我国《合同法》规定,除法律法规规定采取一定形式的合同以外,当事人可自由选择口头形式、书面形式或其他形式缔结合同。

3. 公平原则

我国《民法通则》第四条明确规定了公平原则,《合同法》第五条也规定:“当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务。”公平原则包含了等价有偿的意思,即在民事活动中,除法律另有规定或当事人另有约定外,当事人取得他人财产利益应向他方给付相应的对价。在合同法中,公平原则体现在各个方面,其中集中体现公平原则的主要有两个制度:一是情势变更制度,二是显失公平制度和重大误解制度。

4. 诚实信用、保护公序良俗、合法原则

(1) 诚实信用原则(以下简称诚信原则)。其在合同法中是一项极为重要的原则。具体来说,诚信原则包含以下内容和功能:

① 确定诚实可信。诚信原则包含以善意方式行使权利和履行义务等行为规则。

② 诚信原则要求平衡当事人之间的各种利益冲突和矛盾。诚信原则不仅要平衡当事人之间的利益,而且要求平衡当事人的利益与社会利益之间的冲突与矛盾。

③ 解释法律和合同的作用。诚信原则要求在法律与合同缺乏规定或规定不明确时,司法审判人员应依据诚信、公平的观念,准确解释法律和合同。

(2) 保护公序良俗原则。公序良俗是公共秩序与善良风俗的简称,是现代民法一项重要的概念和法律原则。《民法通则》第七条规定,民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益,《合同法》中也有相关说明和规定。

(3) 合法原则。《合同法》第七条规定:“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。”在此将其简称为合法原则,实际上包括了合法原则和公序良俗原则。

二、合同的特征

合同的特征主要体现在以下几点:

(1) 合同是双方或多方的民事行为。对于民事法律行为,根据其意思表示的多寡可以分为单方行为、双方行为及多方行为。合同是基于双方或多方的意思表示而成立的,双方间成立的合同为双方行为,即双方合同;多方间成立的合同为多方行为,即多方合同。

(2) 合同是意思表示一致的民事行为。民事法律行为以意思表示为要素,合同是双方



或多方的民事法律行为,意味着合同是两个以上的意思表示一致的协议,或者说,合同是当事人协商一致的产物。真实的意思产生于当事人的自由和自愿,因此当事人必须在平等自愿的基础上进行协商,才能使其意思表示一致。

(3) 合同以设立、变更或终止民事权利义务关系为目的和内容。当事人订立合同都有一定的目的,即产生、变更或者终止一定的民事权利义务关系。也就是说,当事人订立合同以形成某种法律关系,设定某种民事权利和民事义务。合同法上的合同所涉及的权利、义务都是民事性质的,非民事性质的行政关系中的权利、义务不属民事合同的内容。同时,有关身份关系的协议,如婚姻、收养、监护等,也不由合同法调整,民事合同的内容实际就是民事财产关系中的债权债务关系。

三、合同的分类

合同的分类,是指基于一定的标准,将合同划分为不同的类型。由于经济活动中经济关系的表现形式多样,也就决定了合同的多样性。一般来说,可以对合同做如下分类:

1. 有名合同和无名合同

在大陆法系国家,根据法律是否明文规定了一定合同的名称,可以将合同分为有名合同与无名合同。

有名合同又称为典型合同,是指由法律赋予其特定名称及具体规则的合同。如我国《合同法》所规定的 15 类合同,包括买卖合同,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,行纪合同和居间合同,都属于有名合同。除《合同法》规定之外,一些单行法律也规定了一些合同关系,如《中华人民共和国担保法》(以下简称《担保法》)中规定的保证合同、抵押合同和质押合同,《中华人民共和国保险法》(以下简称《保险法》)中规定的保险合同,《中华人民共和国城市房地产管理法》(以下简称《城市房地产管理法》)中规定的土地使用权出让和转让合同等。

对于有名合同的内容,法律通常设有一些规定,但这些规定大多为任意性规范,当事人可以通过约定来改变法律的规定。也就是说,法律关于有名合同内容的规定,主要是要规范合同的内容,并非要代替当事人订立合同。从合同法的发展趋势来看,为了规范合同关系,保护合同当事人的权益,各国合同立法都扩大了有名合同的范围,但这种发展趋势并非意味着对当事人合同自由的干预大大加强,而是为了进一步规范合同关系,促使当事人正确订约。

无名合同又称非典型合同,是指法律尚未确定一定的名称与规则的合同。根据合同自由原则,合同当事人可以自由决定合同的内容,因此即使当事人订立的合同不属于有名合同的范围,只要不违背法律的禁止性规定及不损害社会公共利益,也仍然是有效的。可见,当事人可以自由订立无名合同。

区分有名合同与无名合同的意义,主要在于两者适用的法律规则不同。对于有名合同,应当直接适用《合同法》的规定;对于无名合同,则首先应当考虑适用合同法的一般规则。另外,因为无名合同的内容可能涉及有名合同的某些规则,因此,也可以比照类似的有名合同的规则,参照合同的经济目的及当事人的意思等对无名合同进行处理。例如,对旅游合同来说,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。

2. 双务合同和单务合同

根据合同当事人是否互相负有给付义务,可将合同分为双务合同和单务合同。

双务合同是指当事人双方互负对待给付义务的合同,即双方当事人互享债权、互负债务,一方的权利正好是对方的义务,彼此形成对价关系。例如,在买卖合同中,卖方有获得价款的权利,而买方正好有支付价款的义务;反过来,买方有取得货物的权利,而卖方正好有交付货物并转移货物所有权的义务。单务合同是指合同双方当事人中仅有一方负担义务而另一方只享有权利的合同。例如,在借用合同中,只有借用人负有按约定使用并按期归还借用物的义务;在赠与合同中,赠与人负担交付赠与物的义务,而受赠人只享有接受赠与物的权利,不负担任何义务。在实践中,大多数的合同都是双务合同,单务合同比较少见,并且两者在适用中的区别如下:

(1) 两者在是否适用同时履行抗辩权上有区别。双务合同成立以后,当事人基于合同各负担义务,一方负担的义务以他方负担义务为前提。只有在双方均履行了自己的义务以后,才能达到当事人订约的目的。因此,一方当事人只有在自己已经履行或者提出履行以后,才能要求对方当事人向自己履行义务;反过来说,在对方未对待履行或未提出履行以前,也可以拒绝对方的履行请求。双方当事人均享有同时履行抗辩权。而在单务合同中,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的义务并不是主要义务,不存在双方权利义务的相互对应和牵连问题,不负有履行义务的一方向负有履行义务的一方提出履行请求时,对方无权要求同时履行。因此,单务合同不适用同时履行抗辩权原则。

(2) 因为一方的过错而导致合同不履行的后果不同。在双务合同中,如果因为一方的过错而使合同不履行,而另一方已经履行合同的,可以要求违约方履行合同或承担其他违约责任;另一方要求解除合同的,则对于其已经履行的部分有权要求违约方返还。但在单务合同中,一般不存在上述情况。

3. 有偿合同和无偿合同

根据合同当事人之间的权利义务是否存在对价关系,可以将合同分为有偿合同与无偿合同。

有偿合同是指当事人一方给予对方某种利益,对方要得到该利益必须为此支付相应代价的合同。实践中,绝大多数反映交易关系的合同都是有偿的,如买卖合同、租赁合同、加工承揽合同、运输合同、仓储合同等。无偿合同是指一方给付对方某种利益,对方取得该利益时并不支付相应代价的合同,如赠与合同、借用合同等。实践中,无偿合同数量比较少。而有的合同既可以是有偿的,也可以是无偿的,如自然人之间的保管合同、委托合同等,双方既可以约定为有报酬即有偿的保管、委托,也可以约定为没有报酬即无偿的保管、委托。

需要注意的是,双务合同不一定就是有偿合同,无偿合同不一定就是单务合同。在无偿合同中,一方当事人可能也要承担一定的义务,如借用合同是无偿合同,借用人无须向出借人支付报酬;同时借用合同属于双务合同,出借人有交付借用物的义务,借用人负有正当使用和按期归还的义务。

有偿合同和无偿合同的区分有以下意义:

(1) 对义务的要求程度不同。在无偿合同中,利益的出让人原则上只承担较低的注意



义务,如在无偿保管合同中,保管人因过失造成保管物毁损灭失的,虽不能被免除全部责任,但应酌情减轻责任;而在有偿合同中,当事人所承担的义务要比无偿合同中承担的义务重,如有偿保管合同的保管人因其过失造成保管物毁损灭失时,应负全部赔偿责任。

(2) 对主体的要求不同。订立有偿合同的当事人原则上应具备完全行为能力,限制行为能力人未经其法定代表人的同意,不能设立较为重大的有偿合同;但对于一些法律上纯获利益的无偿合同,如接受赠与等,限制行为能力人和无行为能力人即使未取得法定代表人的同意也可以订立合同。

4. 诺成合同和实践合同

根据合同的成立是否需要交付标的物,可将合同分为诺成合同和实践合同。

诺成合同又称不要物合同,是指当事人双方意思表示一致就可以成立的合同。大多数的合同都属于诺成合同,如买卖合同、租赁合同、借款合同等。实践合同又称要物合同,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。在实践合同中,仅有双方当事人的意思表示一致,还不能产生合同上的权利义务关系,必须有一方实际交付标的物的行为,才能产生合同成立的法律效力。例如,赠与合同必须在赠与人将赠与物交给受赠人后才能成立;小件寄存合同必须在寄存人将寄存的物品交给保管人后才能成立。实践中,大多数的合同属于诺成合同,少部分为实践合同。

区分诺成合同与实践合同的意义,主要在于这两者成立与生效的时间不同。诺成合同自双方当事人意思表示一致时起即告成立;而实践合同在当事人达成合意之后,必须由当事人交付标的物后才能成立。民法理论上一般认为,使用、借贷、保管、运送、赠与等属于实践合同,但这种分类并非绝对。例如,就运输合同来说,据我国《铁路货物运输合同实施细则》的规定,“按年度、半年度、季度或月度签订的货物运输合同,经双方在合同上签字后即告成立”;“零担货物和集装箱货物的运输合同,以承运人在委托人提出的货物运单上加盖车站日期戳后即告成立”。依此规定,货物运输合同即为诺成合同而非实践合同;又如,根据我国《合同法》的规定,经过公证的赠与合同和具有救灾、扶贫性质的赠与合同,也为诺成合同而非实践合同。

5. 要式合同和不要式合同

根据法律对合同的形式是否有特定要求,可将合同分为要式合同与不要式合同。

要式合同是指根据法律规定必须采取特定形式的合同。对于一些重要的交易,法律常要求当事人必须采取特定的方式订立合同。例如,中外合资经营企业合同必须由审批机关批准后方能成立。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,当事人必须遵循法律规定。

要式合同与不要式合同的区别,实际上是一个有关合同成立与生效的条件问题。若法律规定某种合同必须经过批准或登记才能生效,则合同未经批准或登记便不生效;若法律规定某种合同必须采用书面形式才成立,则当事人未采用书面形式时合同便不成立。例如,《合同法》第三十二条规定:“当事人采用合同书形式订立合同的,自双方当事人签字或者盖章时合同成立。”

6. 主合同和从合同

根据合同相互间的主从关系,可以将合同分为主合同与从合同。



主合同是指不以其他合同的存在为前提而能够独立存在的合同。从合同是指不能独立存在而以其他合同的存在为前提的合同。例如,甲与乙订立借款合同,丙为担保乙偿还借款而与甲签订保证合同,则甲乙之间的借款合同为主合同,甲丙之间的保证合同为从合同。

区分主合同和从合同的主要意义在于,主合同和从合同之间存在着特殊的联系,即从合同具有附属性,不能独立存在,必须以主合同的存在并生效为前提。主合同不能成立,从合同就不能有效成立;主合同转让,从合同也不能单独存在;主合同被宣告无效或被撤销,从合同也将失效;主合同终止,从合同亦随之终止。

第二节 合同的订立

合同的订立是指两方以上的当事人通过协商相互之间建立合同关系的行为。订立合同的程序,是指当事人双方就合同的一般条款经过协商一致并签署书面协议的过程。合同订立的过程就是当事人各方就合同条款通过协商达成协议的过程。首先,我们来了解一下合同订立的首要环节——合同的成立。

一、合同的成立

合同成立是指订约当事人就合同的主要条款达成合意。合同的本质是一种合意,合同成立就是各方当事人的意思表示一致,并达成合意。但是合同的成立并不意味着合同一定生效。在大多数情况下,合同成立也就意味着合同的生效,但是这两者毕竟属于不同的概念,因此不能以合同的成立要件代替合同的生效要件。所以,这里特别需要注意的是,合同成立主要是看当事人是否达成了合意。而合同的生效是法律对合同效力的认可,只有成立的合同符合法律的要求才会生效;否则,就算双方当事人达成了合意,合同也只能归于无效或效力待定。

一般来说,合同的成立必须具备如下条件。

(一) 订约主体存在双方或多方当事人

所谓订约主体,是指实际订立合同的人,既可以是未来的合同当事人,也可以是合同当事人的代理人。订约主体与合同主体是不同的,合同主体是合同关系的当事人,是实际享受合同权利并承担合同义务的人。有些合同当事人并未亲自参与订立合同,但却是实际履行合同的主体,如通过代理人订约的代理人制度。

对于订约主体来说,这里强调的是双方当事人的订约能力以及双方是否代表不同的利益来进行合意的达成。首先,订约主体既可以是自然人,也可以是法人或者其他组织(如合伙等),但都必须有符合法律要求的权利能力和行为能力。权利能力是指民事主体享有民事权利和履行民事义务的资格。行为能力是指民事主体能够以自己的法律行为享有民事权利和履行民事义务的资格。自然人的权利能力普遍一致,都是“始于出生,终于死亡”,而自然人的行为能力则根据自然人的年龄、智力以及健康状况可以分为完全民事行为能力、限制民事行为能力和无民事行为能力。法人的权利能力和行为能力则一起发生和消灭,由于法人的经营业务范围不同,则权利能力和行为能力也不同,并且都是“始于成立,终于注销。”因此,订约的合同当事人必须具有相应的民事权利能力和民事行为能力。



一般而言,自然人具有广泛的民事权利能力,但是由于自身的状况以及对事物性质的辨别能力的差别以及法律的规定,民事行为能力是不一样的。各国法律一般认为未成年人和精神病患者缺乏对事物性质的辨别能力,这些人订立的合同,有的是无效的,有的是效力待定。虽然法人的权利能力和行为能力由其经营范围决定且相同,但各国的立法也有不同的规定,如英美法系对于超越经营范围所做出的“越权无效”规则,也就是说,如果一个公司与另一方签订合同时超越了该公司章程规定的营业范围,该公司和另一方均不能以“该合同是前者越权签署的,因而是无效的”为由否认该合同的有效性,这是为了保护善意地与公司进行交易的当事人的利益,但是也保护了公司股东的利益,法律允许股东起诉公司,从而阻止公司实施越权行为。

(二) 双方当事人必须“依法”订立合同

所谓“依法”订立合同,是指订立合同要符合法律、行政法规的要求,由于合同约定的是当事人双方之间的权利和义务关系,而权利和义务是依照法律规定所享有和承担的,所以订立合同必须符合法律、行政法规的规定。我国《合同法》也明确规定,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。凡是违法和违反社会公共利益的合同都是无效的。合同的合法包括合同的内容合法和形式合法。

1. 内容合法

如果当事人订立的合同内容违反法律、行政法规的要求,法律就不予承认和保护,这样,当事人达成协议的目的就不能实现,订立合同就失去了意义。但是对于合同内容合法的要求,英美法系和大陆法系具有以下的相似之处和区别。

根据英美法系的理论,合同的违法主要是指违反法律的规定以及违反法律背后的公共政策,即作为法律制定和实施的反映社会公共利益的政策。通常而言,如果合同的订立或履行与宪法、成文法或者其他法律规则相抵触,或者违反上述规则就不可能履行合同。例如,美国有些州制定法律禁止在星期日从事商事交易,若有人在星期日订立从事商事交易的合同或者订立了在星期日从事商事交易的合同时,该合同就为违法合同。尽管合同的内容合法或者合同的成立合法,但其履行却违反了法律的规定,因此不能称为有效的合同,不能得到法律的认可和保护。对于违反公共政策的合同行为,英美法系中一般是指违反了除法律以外的社会公德、公序良俗以及社会公共利益方面的内容。

在《法国民法典》中有关合同合法性的规定是:“当事人不得以特别约定违反有关公共秩序和善良风俗的法律。”这一规定使“合同不违背公共秩序和善良风俗”成为合同有效成立的条件和基本原则。《法国民法典》对于无约因之债也做了相关规定,即无约因之债或给予错误约因或不法约因之债,不发生法律效力,不法约因也就是指法律禁止、违反善良风俗或公共秩序的约因。

《德国民法典》中也提及了“法律行为违反制定法的禁止性规定属于无效”。该法典规定:“违反善良风俗的法律行为无效;特别是某人以利用他人的急迫情况、无经验、缺乏判断能力或意志薄弱,使其向自己或第三人对一项给付做约定或给予财产利益,而此种财产利益与给付明显不成比例的,该法律行为无效。”因此,一个合同如果与制定法的规定相抵触,则成为无效合同。而且一个没有违反制定法的禁止性规定的合同,如果违反了善良风俗也是无效的。



我国《合同法》第五十二条对于合同内容合法性的规定是：“有下列情形之一的，合同无效：一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；以合法形式掩盖非法目的；损害社会公共利益；违反法律、行政法规的强制性规定。”

2. 形式合法

合同形式是指当事人合意的外在表现形式，是合同内容的载体。合同的形式有广义和狭义之分，狭义的合同形式是指合同订立的方式；广义的合同形式是指法律行为的形式。各个国家对于合同的形式一般不加限制，法律只规定特定种类的合同必须具备书面形式或其他形式。

经济合同的形式是指经济合同当事人之间明确权利义务的表达方式，也是双方意思表示的表现方法，分为口头形式和书面形式两种。口头形式简便易行，在日常生活中经常被采用。集市的现货交易、商店里的零售等一般都采用口头形式。但是，口头合同在发生纠纷时难以取证，不易分清责任。对于不及时清结的和较重要的合同，不宜采用口头形式。书面形式的合同是指当事人双方用书面方式表达相互之间通过协商一致而达成的协议。根据经济合同法的规定，凡是不能及时清结的经济合同，均应采用书面形式。它具有权利义务关系明确、有据可查、便于预防和处理纠纷的优点。如《苏俄民法典》第四十四条规定：“下列行为必须采用书面形式：国家组织、合作社组织、社会团体之间的法律行为，以及这些组织同公民间的法律行为；公民之间发生的金额在 100 卢布以上的法律行为；发生在公民之间的，法律要求遵守书面形式的其他法律行为。”美国《统一商法典》也规定：“买卖契约价金在 500 美元以上的，应以书面形式订之。”我国《合同法》第十条规定，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，应该采用书面形式；当事人约定采用书面形式的，应当采用书面形式。

（三）当事人必须就合同的主要条款协商一致

所谓协商一致，是指经过谈判、讨价还价后达成的相同的、没有分歧的看法。合同成立的根本标志也在于，合同当事人就合同的主要条款达成合意。所谓合同的主要条款，也就是合同必须具备的条款，如果缺少这些条款，合同是不能成立的。主要条款的规定只具有提示性与示范性，合同的主要条款或者合同的内容要由当事人约定，一般包括这些条款但并不限于这些条款。不同的合同由其类型与性质决定其主要条款或者必备条款。例如，买卖合同中有价格条款，而在无偿合同如赠与合同中就没有此项。

法律提示

合同的内容

我国《合同法》第十二条规定，合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款：

- (1) 当事人的名称或者姓名和住所。
- (2) 标的。标的是合同当事人权利义务指向的对象。标的是合同成立的必要条件，是一切合同的必备条款。例如，借款合同的标的是货币，租赁合同的标的是租赁物。



- (3) 数量。
 - (4) 质量。质量是对标的的质的规定,具体指标准、技术要求,包括性能、工艺等。
 - (5) 价款或者报酬。
 - (6) 履行期限。
 - (7) 履行的地点和方式。
 - (8) 违约责任。
 - (9) 争议解决的方法。当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同。
- 以上条款并不是每个合同必须包括的主要条款,只是一般合同所包括的内容。

(四) 合同的成立应具备要约和承诺阶段

要约、承诺是合同成立的基本规则,也是合同成立必须经过的两个阶段。如果合同没有经过承诺,而只是停留在要约阶段,则合同未成立。合同是从合同当事人之间的交涉开始,由合同要约和对要约的承诺达成一致而成立。

以上只是合同的一般成立条件。实际上由于合同的性质和内容不同,许多合同都具有其特有的成立要件。

二、要约和承诺

当事人订立合同,必须要经历要约、承诺这两个阶段。要约人提出订立合同的条件,受要约人完全接受,表明双方的意思表示一致,合同的订立过程结束。

(一) 要约

要约是一方当事人向另一方当事人提出订立合同的条件,希望对方能完全接受此条件的意思表示。这一概念在有的国家被称为“发价”,也有的被称为“发盘”。发出要约的一方称为要约人,受领要约的一方称为受要约人。

1. 要约的条件

要约需要具备以下两个条件:

(1) 要约的内容必须具体明确。所谓“具体”,是指要约的内容必须具有足以使合同成立的主要条款。如果没有包含合同的主要条款,受要约人难以做出承诺;即使做出了承诺,也会因为双方的这种合意不具备合同的主要条款而使合同不能成立。所谓“确定”,是指要约的内容必须明确,而不能含糊不清,否则无法承诺。

(2) 要约必须具有订立合同的意图,表明一经受要约人承诺,要约人即受该意思表示的拘束。

2. 要约的效力

《合同法》第十六条规定:“要约到达受要约人时生效。”自要约实际送达给特定的受要约人时,要约即发生法律效力,要约人不得在事先未声明的情况下撤回或变更要约,否则构成违反前合同义务,要承担缔约过失的损害赔偿赔偿责任。需明确一点,“到达”是指要约的意思表示客观上传递到受要约人处即可,而不管受要约人主观上是否实际了解到要约的具体内容。例如,要约以电传方式传递,受要约人收到后因临时有事未来得及看其内容,要约也生效。