

合同法律制度

知识目标

1. 熟悉民法典合同编的基本原则和基本理论；
2. 理解合同的含义和主要分类；
3. 掌握合同的订立、效力和履行，合同的变更、转让和终止，无效合同和违约责任及合同担保的几种方式。

能力目标

1. 能够运用合同法律知识防范合同的无效与合同纠纷的发生；
2. 具备分析和解决合同法相关案例的能力；
3. 具备起草、审核合同的能力。

案例导入

2×12年5月14日，被告杨某以289 000元向沙某购买房屋一套。2×13年10月23日原告王某和被告签订了房屋买卖合同，合同约定：被告以210 000元的价格将上述房屋转让给原告。2×13年10月23日，原告向被告支付了购房款210 000元。同时，被告向原告出具已全部付清房款的收条一份。现本案争议房屋为原告使用，房屋所有权证为被告持有。

原告诉称，原、被告双方签订的房屋买卖合同合法有效，应当继续履行，被告应协助原告到房管局将该房屋产权变更到原告名下。

被告辩称，其是因为可怜王某才将房子借给王某住，后来由于生意失败向王某借款21万元，因还不了钱，就与王某商量卖房偿还该借款。但王某百般阻挠，并威胁逼迫杨某签订房屋买卖合同及写下收条，使其承认以21万元的价格将房屋卖给自己。杨某认为，双方签订的房屋买卖合同是显失公平的，故请求法院驳回原告诉讼请求。

问：原告的诉讼请求能否得到支持？

分组讨论

针对实际案例中所发生的问题,要求学生分为正方、反方两组进行辩论,将辩论结果填入下表。

分 组	正 方	反 方
观点及依据		
结论		

归纳总结

根据正反双方辩论的结论,由任课老师总结、评价,对各方的论点及依据归纳总结。

(1) 案件定性:

(2) 理由及法律依据:

第一节 合同概述



案例 5-1

2×13年2月,甲市市场监督管理局投资兴办新兴农贸市场,进入该市场的350户摊主被要求收取两年管理费和摊位费。当年7月,因该市场消防不合格,350户摊位被要求转移到市场旁边,后来因交警部门干预,于当年12月又转移到不属于该局的希望市场。为此350户与市场监督管理局发生纠纷。350户摊主起诉到法院要求市场监督管理局返还摊位费并赔偿营业损失。市场监督管理局则认为其与350户摊主的关系不是民事法律关系,收取的摊位费是行政收费,法院不应作为民事案件受理。

问:本案能否作为民事案件审理?

一、合同的概念

合同又称契约,是反映交易的法律形式。2020年5月28日,十三届全国人大三次会议表决通过了《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》),自2021年1月1日起施行。婚姻法、继承法、民法通则、收养法、担保法、合同法、物权法、侵权责任法、民法总则同时废止。

《民法典》第464条规定：“合同是民事主体之间设立、变更、终止民事法律关系的协议。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用有关该身份关系的法律规定；没有规定的，可以根据其性质参照适用本编规定。”

二、合同的法律特征

1. 合同是平等主体之间的民事法律行为

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。

2. 合同以设立、变更或终止民事法律关系为目的和宗旨

只有以设立、变更、终止民事法律关系为目的，合同才具有法律意义。

3. 合同是当事人协商一致的产物或意思表示一致的协议

合同当事人意思表示一致时，无论是明示还是默示均可成立合同。但是，意思表示一致必须建立在当事人平等自愿和意思表示真实的基础上。

4. 合同是两个或者两个以上当事人的民事法律行为

单方意思表示不能形成《民法典》所规定的合同关系，至少要有两个当事人一致的意思表示才能构成合同关系。

三、合同的分类

1. 有名合同与无名合同

根据合同在法律上是否有名称，可分为有名合同与无名合同。

有名合同又叫典型合同，是指法律上已经确定了一定的名称及规则的合同，如我国《民法典》所规定的19类合同都属于有名合同。

无名合同又叫非典型合同，是指法律上没有赋予一定名称的合同，如旅游合同。

2. 单务合同与双务合同

根据合同是一方当事人负有义务还是双方互负义务，可分为单务合同与双务合同。

只有一方当事人负有义务的合同是单务合同，如赠与、借用合同。

当事人双方互负对待给付义务的合同是双务合同，如买卖、租赁、运输合同。

3. 有偿合同与无偿合同

根据双方当事人是否因给付而获得利益，可分为有偿合同与无偿合同。

凡双方当事人都因向对方给付而获得相应利益的合同就是有偿合同。

凡是一方给付某种利益，对方取得该利益时并不支付任何报酬的合同就是无偿合同，如赠与合同。

4. 诺成合同与实践合同

根据合同的生效是否以标的物的交付为要件，可分为诺成合同与实践合同。

诺成合同又叫不要物合同，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，如买卖、承揽、租赁合同。

实践合同又叫要物合同,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,如保管合同。

5. 要式合同与不要式合同

根据合同的成立是否需要履行特定的形式和手续,可分为要式合同与不要式合同。

凡法律规定必须具备一定的形式和手续的合同是要式合同。

凡法律规定不需要具备一定的形式和手续的合同是不要式合同。

6. 主合同与从合同

根据合同能否独立存在,可分为主合同与从合同。能够独立存在的合同是主合同;依附于主合同才能存在的合同是从合同。

此外,根据不同的标准,合同还可分为书面合同、口头合同与其他形式合同,附条件合同与不附条件合同等。

第二节 合同的订立



案例 5-2

A公司向甲纺织厂发去传真求购一批布料。传真载明了所要布料的品种、型号、价格、数量,以及交货时间、地点和交货方式等内容。传真发出后10天,乙纺织厂为A公司送来同类产品样品,价格比甲厂要低25%。于是A公司与乙厂签订了合同书,购买了乙厂的布料。正在这时,A公司收到甲厂同意供货的传真。为避免重复购货,A公司赶紧给甲厂发去传真,声明已经购货,不再向甲厂采购。但5天后,甲厂将货送至A公司。

问:按照《民法典》的规定A公司是否能以未与甲厂签订合同为由拒收货物?

一、订立合同的程序

《民法典》第471条规定:“事人订立合同,可以采取要约、承诺方式或者其他方式。”可见,要约和承诺是订立合同的重要方式。

(一) 要约

1. 要约的概念

要约又称发价、发盘、出盘、报价等。根据《民法典》第472条规定:“要约是希望与他人订立合同的意思表示,该意思表示应当符合下列条件:(一)内容具体确定;(二)表明经受要约人承诺,要约人即受该意思表示约束。”即要约是具有明确目的性的意思表示。发出要约的人称为要约人,接受要约的人称为受要约人、相对人或承诺人。

2. 要约的有效条件

(1) 要约是由具有订约能力的特定人做出的意思表示。要约人发出要约旨在与他人订立合同,并唤起相对人的承诺,因此要约人应当具有订立该合同的能力。当事人订立合同,应当具有相应的民事权利能力和民事行为能力。同时要约人必须是特定的,只有要约人特定,受要约人收到要约以后,才能对之做出承诺,进而产生合意。

(2) 要约必须具有订立合同的意图。

(3) 要约的内容必须具体确定。“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,一旦受要约人承诺合同即告成立。“确定”是指要约的内容必须明确,以便使受要约人理解要约人的真实含义,否则受要约人无法做出承诺。

(4) 要约必须送达受要约人。要约只有送达受要约人才能为受要约人所知悉并对其产生拘束力。

(5) 要约是向相对人做出的意思表示。要约只有经相对人的承诺,才能达到要约人的目的——与特定的人订立合同。

3. 要约邀请

要约邀请是指一方邀请对方向自己发出要约。《民法典》第473条规定:“要约邀请是希望他人向自己发出要约的表示。”要约邀请是合同的预备行为,行为人无须承担法律责任,要约与要约邀请的具体区别如下。

(1) 当事人意愿。根据当事人已经表达出来的意思来确定其行为是要约还是要约邀请。如当事人在其订约的建议中提出“须以我方最后确认为准”或标明“仅供参考”等,即表明当事人不愿意接受要约的约束,订约提议只是要约邀请而非要约。

(2) 订约提议的内容。要约的内容应该包含合同的主要条款,而要约邀请只是希望对方当事人提出要约而非承诺,因此不必包含合同的主要条款。

(3) 交易习惯即当事人历来的交易做法。如询问商品价格,根据交易习惯,一般认为是要约而非要约邀请。

(4) 法律的明文规定。法律明确规定了某种行为为要约或要约邀请,即应按照法律规定做出区分。例如,拍卖公告、招标公告、招股说明书、债券募集办法、基金招募说明书、商业广告和宣传、寄送的价目表等为要约邀请。商业广告和宣传的内容符合要约条件的,构成要约。

4. 要约的法律效力

要约的法律效力又称要约的拘束力。要约到达受要约人时生效,即到达主义。这是兼顾保护要约人与受要约人利益的平衡性选择。以对话方式作出的要约,相对人知道其内容时生效。以非对话方式作出的要约,到达相对人时生效。以非对话方式作出的采用数据电文形式的要约,相对人指定特定系统接收数据电文的,该数据电文进入该特定系统时生效;未指定特定系统的,相对人知道或者应当知道该数据电文进入其系统时生效。当事人对采用数据电文形式的要约的生效时间另有约定的,按照其约定。

要约的法律效力具体表现在两个方面。

(1) 对要约人的效力。要约一经生效,要约人即受到要约的拘束,不得随意撤销。

(2) 对受要约人的效力。受要约人在要约生效时即取得依其承诺而成立合同的法律地位。即法律赋予受要约人承诺的权利。

5. 要约的撤回与撤销

(1) 要约的撤回。要约的撤回是指要约人发出要约后,到达受要约人之前,取消其要约的行为。《民法典》第 475 条规定:“要约可以撤回。”撤回要约的通知应当在要约到达相对人前或者与要约同时到达相对人。被撤回的要约是尚未生效的要约。

(2) 要约的撤销。要约的撤销是指要约生效后使要约归于消灭的行为。《民法典》第 476 条规定:“要约可以撤销,但是有下列情形之一的除外:(一)要约人以确定承诺期限或者其他形式明示要约不可撤销;(二)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合理准备工作。”撤销要约的意思表示以对话方式作出的,该意思表示的内容应当在受要约人作出承诺之前为受要约人所知道;撤销要约的意思表示以非对话方式作出的,应当在受要约人作出承诺之前到达受要约人。

(3) 要约的撤回与撤销的区别。要约的撤回和撤销都旨在使要约作废或取消,并且都只能在承诺做出之前实施。但两者的区别表现在以下两方面。第一,撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者与要约同时到达受要约人,即要约的撤回发生在要约生效之前。而要约的撤销则发生在要约到达受要约人并且生效以后,但受要约人尚未做出承诺之前。第二,由于要约的撤销是在要约生效之后,因此撤销要约严格限定,如因撤销要约而给受要约人造成损害的,要约人应承担赔偿责任。而对要约的撤回并没有此限制。

6. 要约的失效

要约失效是指要约丧失了法律约束力,即不再对要约人产生约束。要约失效后,受要约人也丧失了承诺的权利,即使其向要约人承诺也不能导致合同的成立。根据《民法典》第 478 条,要约失效的原因主要有以下几种。

(1) 要约被拒绝;

(2) 要约被依法撤销;

(3) 承诺期限届满,受要约人未作出承诺;凡是在要约中明确规定了承诺期限的,承诺必须在该期限内做出,超过期限要约自动失效。

(4) 受要约人对要约的内容作出实质性变更。受要约人对要约的实质内容做出限制、更改或扩张从而形成反要约,既表明受要约人已拒绝了要约,又是向要约人提出的一项反要约。

(二) 承诺

1. 承诺的概念和要件

《民法典》第 479 条规定:“承诺是受要约人同意要约的意思表示。”承诺一旦生效将导致合同成立,因此承诺必须具备如下条件。

(1) 承诺必须由受要约人向要约人做出。要约原则上是向特定人发出的,只有接受要约的特定人即受要约人才有权做出承诺。受要约人授权的代理人做出的承诺与受要约

人本人承诺具有相同的法律效力。同时,受要约人的承诺必须向要约人做出才能导致合同成立。

(2) 承诺必须在规定的期限内到达要约人。《民法典》第 481 条规定:“承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。要约没有确定承诺期限的,承诺应当依照下列规定到达:(一)要约以对话方式作出的,应当即时作出承诺;(二)要约以非对话方式作出的,承诺应当在合理期限内到达。”超过规定的期限做出承诺视为承诺迟到,或称为逾期承诺。逾期承诺一般被视为一项新的要约。

(3) 承诺的内容必须与要约的内容一致。原则上承诺须是无条件的。承诺与要约的内容一致是指受要约人必须同意要约的实质性内容。按照《民法典》第 488 条规定,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作出实质性变更的,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。这样的承诺仅是一项反要约。

承诺不能更改要约的实质性内容,但可以对要约的非实质性内容做出更改。根据《民法典》第 489 条规定,承诺对要约的内容作出非实质性变更的,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作出任何变更外,该承诺有效,合同的内容以承诺的内容为准。

2. 承诺的效力

《民法典》第 483 条规定:“承诺生效时合同成立,但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”那么承诺何时生效呢?以对话方式作出的承诺,相对人知道其内容时生效。以非对话方式作出的承诺,到达相对人时生效。以非对话方式作出的采用数据电文形式的承诺,相对人指定特定系统接收数据电文的,该数据电文进入该特定系统时生效;未指定特定系统的,相对人知道或者应当知道该数据电文进入其系统时生效。当事人对采用数据电文形式的承诺的生效时间另有约定的,按照其约定。



案例 5-3

甲商场向乙企业发出采购 100 台电冰箱的要约,乙企业于 5 月 1 日寄出承诺信件。5 月 8 日,信件寄至甲商场,时逢其总经理外出,5 月 9 日,总经理知悉了该信内容,遂于 5 月 10 日电传告知乙收到承诺。

问:该承诺何时生效?

3. 承诺的方式

承诺的方式是指承诺人采用何种方式将承诺通知送达要约人。《民法典》第 480 条规定:“承诺应当以通知的方式作出;但是,根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。”即受要约人必须将承诺的内容通知要约人,但受要约人采取何种通知方式,应根据要约的要求确定。

4. 承诺迟延和承诺撤回

(1) 承诺迟延。承诺迟延(逾期承诺)是指受要约人未在承诺期限内发出承诺。承诺的期限通常在要约中规定,如果要约中未规定承诺期限,受要约人应在合理期限内做出承诺。承诺超过承诺期限做出,不产生效力。《民法典》第 486 条规定:“受要约人超过承诺期限发出承诺,或者在承诺期限内发出承诺,按照通常情形不能及时到达要约人的,为新要约;但是,要约人及时通知受要约人该承诺有效的除外。”迟到的承诺要约人可承认其有效,但要约人应及时通知受要约人。

(2) 承诺撤回。承诺撤回是指受要约人在发出承诺通知以后,在承诺正式生效之前撤回其承诺。《民法典》第 485 条规定:“承诺可以撤回。”撤回承诺的通知应当在承诺到达相对人前或者与承诺同时到达相对人。因此,撤回承诺的通知必须先于或与承诺同时到达要约人才发生撤回的效力。



案例 5-4

甲方库存有 5 000 立方米优质红松。2013 年 7 月 10 日,甲方给乙方发函询问是否愿意以 750 元/立方米的价格购买一级红松,并由甲方代办托运,限在 5 天内答复。乙方在收函第二天即回电话愿意以 750 元/立方米的价格购买 2 000 立方米一级红松。当晚,双方协商将代办托运改为乙方用专列自提。7 月 25 日,乙方租用的专列驶进甲方货场,乙方业务员带着汇票准备签约、提货和结算一次完成。正在此时,甲方得到可靠消息:两天后一级红松的价格要涨至 980 元/立方米。如果现在与乙方签约,2 000 立方米要少赚 46 万元。甲方遂以原要约是代办托运,并无规定受要约方派专列提货,现在其派专列来,单方面变更要约条件,视为其没接受原要约,其承诺只是一个反要约。因此,甲方拒绝乙方签约并提货的要求。乙方经反复请求无效后,向法院提起诉讼,要求甲方支付 2 000 立方米木材并赔偿损失。

问:(1) 甲乙双方的合同是否成立?

(2) 此案应当如何处理?

二、合同成立的时间和地点

(一) 合同成立的时间

合同成立的时间是指当事人通过要约承诺方式确立的债权债务关系的时间。根据《民法典》规定,合同成立的时间有以下几种情形。

(1) 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。

(2) 当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的,可以在合同成立之前要求签订确认书。签订确认书时合同成立。确认书是合同双方当事人以书面形式对信件、传真、电传、电子邮件等要约、承诺加以确认的合同形式,因此,确认书的签订标志着合同的成立。

(3) 承诺通知到达要约人时合同成立。根据《民法典》的规定,承诺通知到达要约人时

生效,而承诺生效时合同成立。

(4) 根据交易习惯或者根据要约的要求,受要约人做出承诺行为时合同成立。

(二) 合同成立的地点

《民法典》第492条规定:“承诺生效的地点为合同成立的地点。”但不要式和要式合同有所区别。不要式合同以承诺发生效力的地点为合同成立地点,要式合同以完成法定或约定形式的地点为合同成立地点。同时,根据《民法典》第492条、第493条规定,当事人采用合同书形式订立合同的,最后签名、盖章或者按指印的地点为合同成立的地点,但是当事人另有约定的除外。采用数据电文形式订立合同的,收件人的主营业地为合同成立的地点;没有主营业地的,其住所地为合同成立的地点。当事人另有约定的,按照其约定。

三、合同的内容与形式

(一) 合同的内容

合同的内容即合同当事人的权利与义务,具体体现为合同的各项条款。《民法典》第470条明确规定了当事人订立合同时应当具备的主要条款。

1. 当事人的名称或者姓名和住所

只有明确主体,才能确定合同权利和义务的享有者和承担者。

2. 标的

标的是合同双方当事人权利义务指向的对象。合同标的主要分为物、行为和智力成果三类。

3. 质量和数量

质量和数量是规定合同标的特征的具体条件,它们直接确定了双方当事人权利义务的大小和程度。标的的质量条款须定得详细具体,数量条款要定得确切。

4. 价款或者报酬

价款是取得标的物所支付的代价,报酬是获得服务所支付的代价。价款或报酬标志着这类合同关系中的财产流转是有偿的。

5. 履行的期限

履行的期限是指履行合同约定义务的时间界限,直接关系到合同义务完成的时间。

6. 履行地点和方式

履行地点指履行合同约定义务的地点,关系到严格履行义务、费用负担和合同纠纷案件的法院管辖等,应当做到明确、具体。

7. 违约责任

违约责任条款是当事人为了保证合同的履行,依照法律或双方约定,在违反合同时,不履行合同一方应向他方承担相应法律后果约定。照《民法典》规定的违约责任主要有继续履行、采取补救措施和赔偿损失三种方式。

8. 解决争议的方法

解决争议的方法是指解决争议运用什么程序、适用何种法律、选择哪家仲裁机构等内容。合同中解决争议条款的效力具有独立性。即使合同已被撤销或被宣布无效,解决争议的条款仍然有效。

除此之外,还包括包装条款、免责条款、合同生效、解除的条件及期限条款、关键性词的解释、检验期间、所有权保留条款、汇率变动条款以及风险转移条款等。

(二) 合同的形式

合同的形式又称合同的方式,是当事人合意的表现形式,是合同内容的外部表现和载体。《民法典》第469条规定:“事人订立合同,可以采用书面形式、口头形式或者其他形式。书面形式是合同书、信件、电报、电传、传真等可以有形地表现所载内容的形式。以电子数据交换、电子邮件等方式能够有形地表现所载内容,并可以随时调取查用的数据电文,视为书面形式。”这表明当事人在不违反法律强制性规定的前提下,可以根据自己的需要选择合同的形式。

四、缔约过失责任

(一) 缔约过失责任的概念

缔约过失责任是指在合同订立过程中,合同当事人因违背其依据的诚实信用原则所产生的义务,致使合同未能成立,并致对方的信赖利益损失而应承担的损害赔偿责任。

缔约过失责任不同于违约责任,也有别于侵权责任。具体来说,缔约过失责任必须满足以下构成要件:

(1) 缔约一方当事人有违反法定附随义务或先合同义务的行为。附随义务是指在缔约阶段,当事人为缔结契约而接触协商之际,双方均应依诚实信用原则互负一定的义务,即互相协助、互相照顾、互相告知、互相诚实等义务。

(2) 该违反法定附随义务或先合同义务的行为给对方造成了信赖利益的损失。信赖利益损失是指相对人因信赖合同会有效成立却由于合同最终不成立或无效而受到的利益损失,这种信赖利益必须是基于合理的信赖而产生的利益,即在缔约阶段因为一方的行为已使另一方足以相信合同能成立或生效。

(3) 违反法定附随义务或先合同义务一方缔约人在主观上必须存在过错。这里的过错既包括故意也包括过失。

(4) 缔约人一方当事人违反法定附随义务或先合同义务的行为与对方所受到的损失之间必须存在因果关系。即相对方的信赖利益损失是由行为人的缔约过失行为造成的,而不是其他行为造成的。

(二) 缔约过失责任的主要类型

缔约过失责任是基于法律的规定而产生的一种民事责任。根据《民法典》第500条的规定,当事人在订立合同过程中有下列情形之一,造成对方损失的,应当承担赔偿责任:

(1) 假借订立合同,恶意进行磋商。

- (2) 故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况。
- (3) 有其他违背诚信原则的行为。

第三节 合同的效力



案例 5-5

甲公司与 A 国乙公司签订了一份贸易合同书。双方约定,甲公司从 A 国购进废旧综合捕捞船一艘,船到大连港交货,价格为 400 万元人民币,船的质量以能开到大连港为准。根据乙公司提供的材料,该船还有 2 年使用期,甲公司在合同签订后一周内交抵押金 50 万元。乙公司按约定将船开到大连港,甲公司验收后,双方办理了交接手续。但甲公司接船后,大连海关经实地考察,认为该船已无再航能力,令甲公司拆船。甲公司认为乙公司用废船顶替旧船,隐瞒真相,欺骗其与之办理了交接手续,遂起诉要求法院认定所签订的合同无效。

问:双方所签订的合同是否有效?

一、合同的成立和效力

(一) 合同的成立与生效

合同成立是指当事人意思表示一致。但是合同成立不等于生效,合同生效是指法律赋予依法成立的合同具有拘束当事人乃至第三人的强制力。合同的成立与生效是两个既有联系又有区别的概念。

1. 合同成立与生效的联系

合同成立是合同生效的前提和基础,合同生效则是合同成立的理想结果。合同成立解决了合同从无到有的问题,而已经成立的合同并非都能够生效。

2. 合同成立与生效的区别

(1) 合同成立的重要条件是当事人对合同的主要条款协商一致,而合同生效则要求已经成立的合同的主要条款符合法定的生效要件,即合同的主体、内容、形式等方面必须符合法律规定。

(2) 合同成立表明当事人订立合同的过程已经完成,是一个法律事实,而合同生效则表明当事人之间的法律关系已经建立,当事人必须全面履行合同约定的义务,以实现当事人订立合同的目的。

(3) 合同的成立主要体现了当事人的意志,依靠当事人的意志就能够完成,而合同生效则体现了国家的意志,反映了国家对当事人的意志的评价和对合同关系的干预。

（二）合同生效的条件

1. 行为人具有相应的订约能力

行为人具有相应的订约能力又叫合同主体合格原则,即作为合同主体的当事人必须具有独立订立合同并独立承担合同义务的主体资格。限制行为能力和无行为能力的公民只能订立与其年龄、智力或精神状况相适应的合同。法人及非法人团体,其相应的订约能力表现为法律或其章程规定的符合其设立宗旨的业务活动能力。

2. 意思表示真实

意思表示真实是指表意人的表示行为应当真实反映其内心的效果意思。合同本质上是当事人之间的一种合意,此种合意符合法律规定,依法产生法律拘束力。而当事人的意思表示能否产生此种拘束力,取决于此种意思表示是否同行为人的真实意思相符合,即意思表示是否真实。

3. 不违反法律和社会公共利益

这是针对合同的目的和内容而言。合同内容违法是指合同违反法律中的强制性规范。如卖身契、买卖妇女或儿童的合同当然无效。同时,合同内容虽不违法但它的目的违法,如为开设赌场而签订的租赁房屋合同同样无效。

4. 必须具备法律所要求的形式

《民法典》第 502 条第 1 款规定:“依法成立的合同,自成立时生效,但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”但《民法典》第 502 条第 2 款同时也规定:“依照法律、行政法规的规定,合同应当办理批准等手续的,依照其规定。”因此,有些合同需要具备特殊的要件才能生效。

二、无效合同

（一）无效合同的概念

无效合同是指欠缺有效要件,虽已成立,却不发生合同当事人追求的法律后果、不受国家法律保护的合同。如当事人订立的非法买卖枪支弹药的合同、订立“洋垃圾”的合同就属于违法的无效合同。无效合同自始无效,绝对无效,当然无效。

（二）无效合同的认定

无效合同的认定,需援引《民法典》中“民事法律行为的效力”部分的第 144 条、146 条、153 条和 153 条的相关规定。

(1) 无民事行为能力人实施的民事法律行为无效。不能辨认自己行为的八周岁以上未成年人、成年人和不满八周岁的人为无民事行为能力人。无民事行为能力人实施的诸如订立合同等民事行为无效。

(2) 行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力,依照有关法律规定处理。

(3) 违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是,该强制性规定不导

致该民事法律行为无效的除外。

(4) 违背公序良俗的民事法律行为无效。

(5) 行为人与相对人恶意串通, 损害他人合法权益的民事法律行为无效。

合同无效的情形与上述民事法律行为无效的情形一致。

(三) 无效合同的法律后果

无效合同自始没有法律约束力。合同一旦被确认为无效, 当事人无须履行, 也不应再履行合同规定的义务。但合同当事人在合同被确认为无效前已经履行或部分履行的, 对已交付对方的财产有权请求返还, 已接受该财产的当事人则有返还该财产的义务; 如果财产不能返还或者没有必要返还, 应当折价补偿; 合同被确认为无效以后, 有过错的一方给对方造成损失的, 应承担损害赔偿责任; 当事人恶意串通, 损害国家、集体或者第三人的利益, 因此而取得的财产收归国家所有或者返还集体、第三人。



案例 5-6

甲公司与乙公司签订一份秘密从境外买卖免税香烟并运至国内销售的合同。甲公司依双方约定, 按期将香烟运至境内, 但乙公司提走货物后, 以目前账上无钱为由要求暂缓支付货款, 甲公司同意。随后几个月, 乙公司仍未支付货款, 甲公司多次索要未果, 遂向当地人民法院起诉要求乙公司支付货款并支付违约金。

问: 该合同是否具有法律效力? 为什么? 应如何处理?

三、可撤销合同

(一) 可撤销合同的概念

可撤销合同是指因意思表示有瑕疵, 通过行使撤销权使已经生效的合同变更或归于无效。它是给享有撤销权的合同当事人的一项权利, 如果当事人不行使该权利, 即使合同意思表示不真实, 该合同仍然有效。

(二) 可撤销合同的认定

可撤销合同的认定, 需援引《民法典》中“民事法律行为的效力”部分的 147 条至 151 条的相关规定。

(1) 基于重大误解实施的民事法律行为, 行为人有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

(2) 一方以欺诈手段, 使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为, 受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

(3) 第三人实施欺诈行为, 使一方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为, 对方知道或者应当知道该欺诈行为的, 受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

(4) 一方或者第三人以胁迫手段, 使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行

为,受胁迫方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

(5) 一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形,致使民事法律行为成立时显失公平的,受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

合同可撤销的情形与上述民事法律行为可撤销的情形一致。

(三) 法律后果

享有撤销权的合同当事人一旦行使了撤销权,经法院或仲裁机构判决或裁决,合同被撤销,合同自始无效。被履行了的恢复原状、返还原物、折价补偿,有过错的一方致他方损失的应予赔偿。合同被变更后原合同之债消灭,产生新合同之债。但合同的变更只对合同未履行的部分有效,不对合同已经履行的内容发生效力,且不影响当事人请求损害赔偿的权利。

四、效力待定合同

(一) 效力待定合同的概念

效力待定合同是指合同虽已成立,但因其不完全符合有关合同生效要件的规定,须经有权人的追认才能发生当事人预期的法律效力,有权人在一定期间内不予追认,合同归于无效。

(二) 效力待定合同的种类

1. 限制民事行为能力人订立的合同

限制民事行为能力人订立的纯获利益的合同如赠与合同,或者与年龄、智力、精神健康状况相适应的合同如购买小额商品,如果符合法律的其他规定,自成立时生效。除此之外,合同是否有效取决于法定代理人是否追认。同时,相对人可以催告法定代理人在一定期限内予以追认。法定代理人未做表示的,视为拒绝追认,合同自始无效。

2. 无权代理订立的合同

无权代理合同是指无代理权的人代理他人从事民事行为所订立的合同。主要表现为没有代理权、超越代理权或者代理权终止后仍以被代理人名义订立合同。无权代理人以被代理人的名义与相对人订立合同,非经被代理人追认,对于被代理人不发生法律效力,除非构成表见代理。因此,在被代理人追认前,无权代理人代理订立合同效力的处于待定状态。同时,相对人可以催告被代理人在一定期限内予以追认。

3. 无权处分人处分他人的财产订立的合同

无处分权人订立的合同,是指行为人没有处分他人财产的权利而以自己的名义与相对人订立的处分他人财产的合同。无处分权人与相对人订立的处分他人财产权的合同,在权利人追认或无处分权人订立合同后取得处分权之前,合同效力处于待定状态。行为人未取得处分权,权利人又不追认的,合同无效。但该无效不得对抗善意第三人。

(三) 效力待定合同的补救和处理

效力待定合同虽然存在一定的瑕疵,但这种瑕疵可以修正。通过对合同瑕疵的修正使合同发生法律效力。我国《民法典》规定了以下几种补救措施。

(1) 限制行为能力人订立的合同,经法定代理人追认后合同有效,对当事人具有法律约束力。

(2) 无权代理合同,经被代理人追认,合同有效。

(3) 无处分权人处分他人财产的合同,经权利人追认或无处分权人订立合同后取得处分权,合同有效。

可见,效力待定合同的补救措施包括两种:一是第三人即权利人行使追认权,二是无处分权人取得处分权。



案例 5-7

王某(9岁)因玩游戏机需要用钱,将父亲的手表(劳力士表)卖给经营冷饮的林某(当时王某称此表是他捡的)。次日,王某父亲发现手表丢失询问王某,得知手表以50元的价格卖给了林某,找到林某要求退表还款。林某当时承认买了王某的手表,并表示同意当天下午从家里取来。但到下午又称此表被其丈夫以80元的价格卖给了一个不相识的人,无法退还。王某父亲即诉至法院,要求林某偿还该手表的价款8万元。

试分析该买卖合同的效力。

第四节 合同的履行



案例 5-8

A公司与B公司签订购销合同,购买B公司价值100万元的电脑设备。合同约定,A公司预付50万元货款,款到后10日内供货。合同签订后,B公司因欠数家银行贷款,办公场所、库存商品、银行账户相继被人民法院查封、冻结,无法履行与A公司的合同。为此,A公司决定拒付预付款,解除合同。B公司提出A公司拒付预付款,违约在先,应承担违约责任,要求A公司支付预付款20%的违约金。A公司认为拒付预付款、解除合同的原因在于B公司,不同意支付违约金。

问:A公司是否应承担违约责任?

一、合同履行的概念、原则和规则

(一) 合同履行的概念

合同的履行是指合同生效以后,合同当事人依照合同的约定,全面、适当地完成合同义务的行为,实现权利人的合同权利。当事人订立合同的目的必须通过合同的履行得以

实现。

（二）合同履行的原则

合同履行原则是指当事人在履行合同债务过程中所必须遵循的基本准则，这些基本准则分为两类：一是合同法的基本原则，包括诚信原则、公平原则、平等原则等；二是专属于合同履行的原则，包括适当履行原则、协作履行原则、经济合理原则、情事变更原则等。

1. 适当履行原则

适当履行原则也叫全面履行原则或者正确履行原则，它要求当事人按照合同规定的标的、数量、质量，由适当的主体在适当的履行期限、履行地点，以适当的履行方式，全面正确地完成合同义务履行的原则。

2. 协作履行原则

协作履行原则是指当事人双方在履行合同的过程中互相帮助、密切配合，不仅要全面、适当履行自己合同的债务，而且应基于诚信原则协助对方当事人履行债务，共同完成合同所规定的全部义务。根据协作履行原则，当事人必须做到及时通知和相互协作。

3. 经济合理原则

合同的履行是一种市场交易行为，也要遵循市场经济规律所要求的经济合理原则，即在履行合同时讲求经济效益，努力减少消耗，付出最小的成本取得最佳的合同利益。

4. 情事变更原则

情事变更原则是指合同有效成立后，因不可归责于双方当事人的原因致使合同的基础发生动摇或者丧失，如果继续维持合同原有的效力则显失公平，因此根据诚信原则，当事人可请求法院或仲裁机构变更或解除合同。例如，在甲乙签订一份分期交货的设备买卖合同后，由于制作设备的主要原材料市场价格暴涨，超过签约时的价格近5倍，如果仍按原合同履行，卖方就将承受近70万元的损失，因此根据情事变更原则，应修改合同，将设备价格适当提高，或者解除合同。

（三）合同履行的规则

合同生效后，当事人就合同主要条款如质量、价款、报酬、履行地点等没有约定或约定不明确而影响合同的履行时，当事人可以协商一致订立补充协议；当事人不能通过协商一致订立补充协议的，可以依据合同中的有关条款或者直接依据交易习惯来确定如何履行合同；依照上述两个方法仍无法确定合同内容时，当事人应当依照《民法典》第511条的规定来履行合同。

当事人就有关合同内容约定不明确，依据前条规定仍不能确定的，适用下列规定：

（1）质量要求不明确的，按照强制性国家标准履行；没有强制性国家标准的，按照推荐性国家标准履行；没有推荐性国家标准的，按照行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。

（2）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履行；依法应当执行政府定价或者政府指导价的，依照规定履行。

(3) 履行地点不明确,给付货币的,在接受货币一方所在地履行;交付不动产的,在不动产所在地履行;其他标的,在履行义务一方所在地履行。

(4) 履行期限不明确的,债务人可以随时履行,债权人也可以随时请求履行,但是应当给对方必要的准备时间。

(5) 履行方式不明确的,按照有利于实现合同目的的方式履行。

(6) 履行费用的负担不明确的,由履行义务一方负担;因债权人原因增加的履行费用,由债权人负担。

二、双务合同履行中的抗辩权

抗辩权又称异议权,是指双务合同的一方当事人在法定条件下对抗另一方当事人的请求权,拒绝履行债务的权利。这是一项行之有效的保障双务合同债务履行的法律制度,它的作用在于对抗、反对、阻止他人行使权利,但他人的权利并不因此而消灭。

(一) 同时履行抗辩权

1. 同时履行抗辩权的概念

同时履行抗辩权是指在没有规定履行先后顺序的双务合同中,一方在对方履行之前或者履行债务不符合合同约定时,有权拒绝其相应的履行要求。同时履行抗辩权是由双务合同的关联性(牵连性)所决定的,在性质上属于停止的(权利义务处于暂停状态)或延期的抗辩权,而不是否定的或永久的抗辩权。

2. 同时履行抗辩权的适用条件

(1) 在同一双务有偿合同中互负对待给付义务。即双方当事人之间的债务是根据一个合同产生的,而且双方所负债务之间具有对价关系。

(2) 在合同中约定履行顺序,双方互负的债务同时届清偿期。同时履行抗辩权制度的目的在于使合同双方当事人的债务同时履行,权利同时实现。如果依合同的性质或者当事人的约定,一方当事人先履行其债务,另一方当事人所负的债务尚未到期,有先履行义务的一方当事人不具有主张同时履行的抗辩权。

(3) 对方当事人未履行债务或者未按照约定正确履行债务。债权人向债务人请求履行债务时,债权人自己负有的与对方债务有牵连关系的债务未履行,债务人因此可以主张同时履行抗辩权,拒绝履行自己的债务。

(4) 对方的对待给付是可能履行的。同时履行是以能够履行作为前提条件,如果对方当事人所负的债务已丧失了履行的可能性,只能适用债务不能履行的规定请求补救,而不发生同时履行抗辩权。

3. 同时履行抗辩权的效力

同时履行抗辩权的效力在于使一方当事人在对方未及时履行义务时,可以暂时也不履行自己的义务。但这只是暂时地阻止了对方当事人请求权的行使,而不是永久地终止合同。当对方当事人完全履行了合同义务时,同时履行抗辩权即告消灭,当事人应当履行自己的义务,否则就要承担违约责任。

（二）先履行抗辩权

1. 先履行抗辩权的概念

先履行抗辩权是指当事人互负债务,有先后履行顺序,先履行一方未履行义务或者履行义务不符合债的本旨,后履行的一方当事人就有权拒绝应当先履行一方的履行请求或者拒绝其相应的履行请求。

2. 先履行抗辩权的适用条件

- (1) 当事人基于同一双务合同,互负债务。
- (2) 当事人的履行有先后顺序;若无先后顺序之分,则适用同时履行抗辩权。
- (3) 先履行一方未履行或其履行不符合约定。

“未履行”即先履行一方在履行期限届满时没有履行的现象。“履行不符合约定”是指履行债务有瑕疵,即交付的标的物有瑕疵,包括交付的标的物全部有瑕疵和部分有瑕疵两种情况。

3. 先履行抗辩权的效力

先履行抗辩权不是永久性的,它只是暂时阻止了后履行一方行使请求权以保护自己的期限利益、顺序利益。当先履行一方当事人履行了合同的义务时,先履行抗辩权消灭,后履行一方当事人应当履行其债务,否则就要承担违约责任。

（三）不安抗辩权

1. 不安抗辩权的概念

不安抗辩权是指当事人互付债务,有先后履行顺序,先履行的一方有确切的证据证明另一方丧失了履行合同的能力,在对方没有履行或者没有提供担保之前,有中止履行合同的权力。不安抗辩权是一种自助权,行使不安抗辩权必须有确切证据证明对方有下列情况之一。

- (1) 经营状况严重恶化。
- (2) 转移财产、抽逃资金以逃避债务。
- (3) 丧失商业信誉。
- (4) 有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。

2. 适用条件

(1) 双务合同并且当事人有先后履行顺序。不安抗辩权只能发生在异时履行的、互负债务的双务合同中,而且双方当事人互负具有对价关系的债务。

(2) 后履行义务人的债务尚未届履行期限。如果后履行义务人的债务已届履行期限,而种种情况表明其不愿或不能履行合同,先履行义务人可追究其违约责任,而不是行使不安抗辩权。

(3) 先履行方有确切证据证明后履行义务人的履行能力明显降低,有丧失或者可能丧失履行债务能力的现实危险。

- (4) 后履行义务人未提供适当担保。

3. 不安抗辩权的效力

(1) 中止履行合同。即先履行义务人停止或延期履行合同。先履行义务人行使中止权时应当及时通知对方,以免给对方造成损害,也便于对方提供担保使合同继续履行,如果对方提供了相应的担保,“不安”的因素已经消除,应当履行合同。

(2) 解除合同。中止履行合同后,如果对方在合理的时间内未能恢复履行合同的能力,且未能提供担保的,中止履行合同的一方可以解除合同。



案例 5-9

甲企业单方与乙企业签订了一份关于通用机械配件的加工承揽合同。双方约定:由甲企业 2×14 年 4 月 1 日交货,验货合格后 10 日内乙企业支付货款。3 月 1 日,甲企业有确切证据证明乙企业经营状况严重恶化,已丧失了履行债务的能力,遂停止为其生产配件,并与乙企业交涉要求其在一个月內提供担保,否则无法继续履行该合同。3 月 25 日,甲企业在乙企业仍未恢复履行能力且未提供任何担保的情况下通知与其解除合同。

问:(1) 该合同中,谁履行义务在先? 谁履行义务在后?

(2) 甲企业单方中止履行合同的行為是否合法? 其行使的是《民法典》中赋予的何种权利?

(3) 甲企业单方中止履行合同应符合什么条件?

(4) 甲企业单方中止履行合同应符合什么程序?

(5) 如何处理双方纠纷?

三、合同的保全

根据合同相对性规则,债权仅发生在特定的当事人之间,但在特殊情况下,法律为保障债权人的利益,确认债权可以产生对第三人的效力,即债权的对外效力。此种效力集中表现在合同的保全上。

(一) 代位权

1. 代位权的概念

代位权也称债权人代位权,是指当债务人怠于行使其对第三人的权利而危及债权时,债权人为保全自己的债权,可以以自己的名义代位行使债务人的权利。

债务人是否行使其对第三人的权利,本应依债务人的自由意思,债权人不得随意干预,但是债务人的财产在法律上又属于保障债权实现的责任财产,为避免债务人不当处置其财产危及债权实现,平衡债权人与债务人的利益,以及平衡债务人的意思自由与市场交易安全,法律上创设了代位权制度。

2. 代位权的构成要件

(1) 合法性。合法性即债权人与债务人之间存在合法的债权债务关系,这是行使代位

权的前提和基础。如果债权人与债务人之间的合同不成立、已解除、无效或被撤销,或者债权因诉讼时效已过而成为自然债权,则合同之债自始不存在,债权也不存在,债权人也就不可能行使代位权。例如,赌博之债或买卖婚姻之债,其债权人就不能因之享有代位权。

(2) 因果性。因果性即债务人怠于行使其到期债权且给债权人造成损害,这是构成代位权的实质条件。债务人不履行其对债权人的到期债务,又不以诉讼方式或者仲裁方式向其债务人主张其享有的具有金钱给付内容的到期债权,致使债权人的到期债权未能实现。

(3) 期限性。期限性即债务人的债权已到期,这是行使代位权的时间界限,只有债务人的债权已到期,债权人才能代债务人而行使,否则就会侵害次债务人的合法权益。

(4) 货币性。货币性即作为代位权客体的权利不是所有的任何性质的债权,仅限于债务人对次债务人所享有的债权,而且必须是非专属于债务人自身的,具有金钱给付内容的到期债权。

3. 代位权的行使

债权人行使代位权时应注意以下问题。

- (1) 债权人必须以自己的名义行使代位权。
- (2) 代位权应当通过诉讼形式行使。
- (3) 代位权行使的范围应当以债权人的债权为限。
- (4) 次债务人对债务人的抗辩权可以向债权人主张。

4. 代位权行使的效力

(1) 对债权人的效力。提起代位权诉讼的债权人有优先受偿的权利,可以直接接受次债务人的履行,受领通过代位权诉讼所取得的财产。行使代位权的必要费用,由债务人负担,可以从实现的债权中优先支付。

(2) 对债务人的效力。在代位权行使过程中,债务人处分其被债权人代位行使的权利受到限制,不允许债务人抛弃、免除或让与其权利,否则代位权制度就会失去意义。但债权人行使的是债务人的权利,并不是以债务人的名义而行使,而是以自己的名义行使,如果债务人未参加代位权诉讼,判决的效力就只及于诉讼当事人即债权人与次债务人。

(3) 对次债务人的效力。对次债务人来说,债权是由债务人行使,还是由债务人的债权人来行使,并不会导致其法律地位和经济利益的任何变化。因此,债权人行使代位权时,次债务人对于债务人所享有的一切抗辩权可以用来对抗债权人。



案例 5-10

A 公司长期拖欠甲公司贷款 300 万元。甲公司通过调查发现 A 公司对其关联企业 B 公司享有 200 万元的到期债权。A 公司与 B 公司都是隶属于 C 集团的二级企业。由于 A 公司经营不太景气,C 集团决定 A 公司暂中止经营,停业期间 A 公司暂不向 B 公司追收该笔 200 万元的债权。现 A 公司又没有什么资产可向甲公司偿债。

问:甲公司怎样才能保护其债权不受损害?

（二）撤销权

1. 撤销权的概念

撤销权是指债务人放弃对第三人的到期债权、无偿转让财产或者以明显不合理的低价转让财产,严重损害了债权人的利益,债权人可以请求人民法院撤销债务人所实施的行为的权利。

撤销权是一种法定权利,不需要当事人进行约定。但撤销权是附随于债权的权利,债权转让时它当然随之转让,债权消灭时它也归于消灭。

2. 撤销权的成立条件

(1) 债权人的债权必须合法有效。这是债权人行使撤销权的前提条件。如果债权并不存在或应予撤销或被宣告无效,则撤销权也就无所依附。

(2) 债务人实施了一定的处分财产的行为。债权人行使撤销权的目的在于撤销债务人的行为效力,债务人的行为须以财产为标的。

(3) 债务人的行为有害于债权。有害于债权是指债务人不当减少其责任财产致使债权人的债权将得不到清偿。

(4) 债务人与第三人进行有偿转让行为都具有恶意。

(5) 债权人行使撤销权应以其债权为限。

3. 撤销权的行使和效力

撤销权的行使必须由债权人以自己的名义通过诉讼方式请求人民法院撤销债务人不当处分财产的行为。债务人不当处分财产的行为被撤销后,该行为视为自始不存在。相对人和受益人占有或受益财产的,应向撤销权人返还其财产和收益,如果原物不能返还则应折价赔偿。债权人因行使撤销权而发生的费用,由债务人承担。撤销权行使的期限自债权人知道或应当知道撤销事由之日起 1 年内行使,自债务人行为发生之日起 5 年内没有行使撤销权的,该撤销权消灭。



案例 5-11

甲公司在乙公司处有一笔 300 万元的债权,虽然已经到期,但乙公司以缺乏资金为由一拖再拖,拒不还款。其间乙公司悄悄将一栋价值 300 多万元的门面房以 60 万元转让给丙公司,还无偿赠送了一个价值 10 万元的车库。丙公司购得后投资数万元把房子装修改建成酒店。甲公司得知后,催乙公司还债未果,认为乙公司的上述行为侵犯了其合法权益,遂向法院提起诉讼请求撤销乙公司低价转让门面房和无偿赠送车库的行为。

问:甲公司的诉讼请求能否得到支持?

第五节 合同的变更、转让和终止



案例 5-12

2×13年3月,张某与李某签订了购买水泥的合同。合同约定:张某向李某供应水泥100吨,在9月1日之前分三批送到指定地点。合同订立以后,李某分两次将预付款9万元汇至张某处。张某也在7月之前将前两批货送到李某指定地点,但第三批货却迟迟没送。李某数次向张某催要,张某总是以货源紧张等理由予以搪塞推托。后双方经协商达成协议:张某可推迟一个月供货,必须于2×13年10月1日之前送到。但是,直到2×13年10月5日,张某也没有将货送到。李某因施工急迫,不得不以高价从别处购买应付施工急需。李某诉至法院,要求解除与张某的合同,返还预付款3万元,并要求张某赔偿因违约给他造成的损失。

问:李某的诉讼请求能否得到支持?

一、合同的变更

(一) 合同变更的概念

合同的变更有广义与狭义之分。广义的合同变更是指合同内容和主体的变更。狭义合同变更是指有效成立的合同在尚未履行或未履行完毕之前,由于一定法律事实的出现而使合同内容发生改变。如增加或减少标的物的数量、推迟原定履行期限、变更交付地点或方式等。《民法典》规定的合同变更是指狭义合同变更。

(二) 合同变更的条件

1. 有效成立的合同关系存在

合同变更制度的目的在于改变正在发生法律效力合同对当事人的拘束,没有原合同关系就没有改变的对象,无须变更。

2. 合同内容发生变化

合同的变更指狭义合同变更,仅指合同内容的变更,因此合同内容发生变化是合同变更不可或缺的条件。

3. 一定的法律事实发生

合同的变更须依当事人协议一致或依法律直接规定及法院裁决,有时依形成权人的意思表示。

4. 须遵守法律要求的方式

对合同的变更,法律要求采取一定方式的,须遵守此要求。如法律、行政法规规定变更合同应当办理批准、登记等手续的,则依照其规定。

（三）合同变更的效力

合同的变更是以原合同关系的存在为前提,变更合同的协议生效后,原合同效力终止。一般情况下,变更协议不溯及既往,但当事人另有约定的从其约定。当事人对变更合同的内容约定不明确的推定为未变更,未变更的权利和义务继续有效,已经履行的债务不因合同的变更而失去法律根据。合同的变更不影响当事人要求赔偿损失的权利。但何种类型的合同变更与损害赔偿并存应视具体情况而定。例如,基于情事变更原则而变更合同不存在损害赔偿;因重大误解而成立的合同予以变更,在相对人遭受损失的情况下误解人应赔偿相对人的损失。

二、合同的转让

（一）合同转让的概念

合同转让是指合同当事人一方依法将其合同的权利和义务全部或部分地转让给第三人。合同的转让不改变合同的内容,只是主体发生了变化。按照其转让的权利义务的不同,合同转让可分为合同权利的转让、合同义务的移转及合同权利义务概括移转三种形态。

（二）合同权利的转让

1. 合同权利转让的概念和条件

合同权利的转让是指合同债权人通过协议将其债权全部或部分地转让给第三人的行为。合同权利转让的主体是债权人和第三人,转让的对象是合同债权,既可以是全部的转让,也可以是部分的转让,但必须符合以下条件。

(1) 必须存在有效的债权。有效合同权利的存在是合同债权让与的根本前提,以不存在或者无效的合同权利让与他人,或者以已经消灭的合同权利让与他人,都将因标的不存在或者标的不能而导致债权让与合同无效,让与人对受让人因此而产生的损失负赔偿责任。

(2) 被让与的债权必须具有可让与性。《民法典》明确规定三类债权不得转让:根据债权性质不得让与的债权、按照当事人约定不得转让的债权、依照法律规定不得转让的债权。

(3) 让与人和受让人必须就债权的转让意思表示一致。因一方当事人欺诈、胁迫等行为致使对方当事人陷于意思表示不自由而为债权让与或受让行为时,债权让与合同的效力将会受到影响。债权人转让债权时,受让人取得与债权有关的从权利,但该从权利专属于债权人的除外;债务人的抗辩权可以向让与人主张。

2. 债权转让的效力

债权转让的效力是指债权转让有效成立后在转让人、受让人、债务人之间会发生相应的法律后果。其中,转让人与受让人之间的效力称为债权转让的内部效力,表现为债权由转让人转移给受让人,转让人脱离原合同关系,受让人取代其成为新的债权人。同时,转让人对受让人有权利瑕疵担保义务,转移债权时依附于主债权的从属权利一并转移,但与人身不可分离的关系除外。

债权转让对债务人及第三人产生的效力称为债权转让的外部效力,表现为债权转让通知债务人后,债务人不得再向转让人即原债权人履行债务。债权转让之后,债务人在合同转让时已经享有的对抗原债权人的抗辩权并不因合同权利的转让而消灭,仍然可以对抗新债

权人。债务人对转让人也享有已届清偿期债权的,债务人可以向受让人主张抵销。

(三) 合同义务的移转

1. 合同义务移转的概念和条件

合同义务的移转是指在不改变合同内容的前提下,基于债权人、债务人与第三人之间达成的协议将债务全部或部分转移给第三人承担。合同义务移转必须符合以下条件。

(1) 有效的债务存在。就本不存在的债务订立债务承担合同,不发生债务承担的效力。将来可发生的债务虽然理论上也可由第三人承担,但仅在该债务有效成立时,债务承担合同才能发生效力。

(2) 被移转的债务必须具有可移转性。法律规定不得移转的债务不得由第三人承担。某些债务仅可由第三人代为履行(履行承担),而不得以债务承担合同移转于第三人。如性质上不可移转的债务;当事人特别约定不可移转的债务;强制性法律规范规定不得转让的债务都不具有可移转性。

(3) 必须有以债务承担为内容的合同。债务承担合同以债务移转为其内容及目的,因而与履行承担不同。债务承担合同中必须具有明确的移转债务于第三人的内容。

(4) 债务承担必须经债权人同意。为保护债权人的利益不受债务人与第三人之间债务转让合同的影响,《民法典》规定以债权人同意为债务转让合同生效的要件。

2. 债务转让的效力

债务转让会产生以下法律效力:一是第三人取得债务人的法律地位;二是原来债权债务的抗辩权随之转移,新债务人可以主张原债务人对债权人的抗辩;三是从债务一并随之移转。

(四) 债权债务的概括移转

1. 债权债务概括移转的概念和类型

债权债务的概括移转是指当事人一方经对方的同意,可以将自己在合同中的权利与义务一并转让给第三人。主要有以下两种情形。

(1) 合同承受。合同承受又叫合同承担,是指一方当事人与他人订立合同后,依照其与第三人的约定,并经过对方当事人的同意,将合同上的权利义务一并移转给第三人,由第三人承受自己在合同上的地位,享受权利并负担义务。

(2) 企业的合并与分立。企业合并指两个或者两个以上企业合并为一个企业,分立则指一个企业分立为两个及两个以上企业。企业的合并与分立引起债权债务的概括移转。

2. 效力

根据《民法典》第 556 条的规定,合同的权利和义务一并转让的,适用债权转让、债务转移的有关规定。

三、合同的终止

(一) 合同终止的概念

合同的终止是指因发生法律规定或当事人约定的情况而使当事人之间的权利义务关系消灭,合同法律效力终止。合同的权利义务终止后,当事人应当遵循诚实信用原则,根据交易习惯履行通知、协助、保密等的后合同义务。

（二）合同终止的原因

1. 清偿

清偿是指债务人按照合同约定向债权人履行义务,实现债的目的的行为。清偿与履行的意义相同,清偿是按照合同约定全面正确地履行自己的债务,合同履行的结果就是清偿债务,实现债权。

2. 解除

合同解除是指合同有效成立后,当具备合同解除条件时,因当事人一方或双方的意思表示而使合同关系自始消灭或将来消灭的一种行为。合同解除分为约定解除和法定解除两种。法定解除是指在合同成立以后没有履行或没有履行完毕以前,当事人一方行使法定的解除权而使合同效力消灭的行为。

《民法典》第563条规定,有下列情形之一的,当事人可以解除合同:

(1) 因不可抗力致使不能实现合同目的。因不可抗力导致合同解除时,除须存在不可抗力外,还应当具备因不可抗力致使合同不能成立的要件。不可抗力致使合同失去价值,合同当事人的目的落空,该合同应当予以解除。

(2) 在履行期限届满前,当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务。在履行期限届满之前,当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务导致合同解除。拒绝履行作为合同解除的条件,一是要求债务人有过错,二是拒绝行为违法,三是有履行能力。对于债务人拒绝履行,债权人不用对债务人履行催告程序,可径直解除合同。

(3) 当事人一方迟延履行主要债务,经催告后在合理期限内仍未履行。迟延履行又称债务人迟延,是指债务人能够履行,但在履行期限届满时却未履行债务的行为。债务人迟延履行且经催告仍不履行的,可以解除合同。

(4) 当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的。当事人一方有违约行为并不必然导致另一方有解除权,只有一方违约致使不能实现合同目的的,另一方才享有解除权。

(5) 法律规定的其他情形。除上述四种情形外,如果法律另有规定的,当事人可以根据该法律的规定单方解除合同。

合同解除后,尚未履行的,终止履行;已经履行的,根据情况和合同的性质,当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施,并有权要求赔偿损失。当事人一方行使解除权,或依照《民法典》规定主张解除合同的,应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。对方有异议的,可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。当事人解除合同,法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续的,应依照其规定办理。

3. 抵销

抵销是指双方当事人互负债务时,各以其债权充当债务的清偿,而使其债务与对方的债务在对等额内相互消灭。抵销可分为合意抵销和法定抵销。合意抵销不受法律的限制,只要当事人意思表示一致即可发生法律效力。而法定抵销由法律规定其构成要件,依有抵销权的当事人单方意思表示即可发生效力。法定抵销当事人行使抵销权时,必须满足法定抵销的以下构成要件。

(1) 双方互负债务,互享债权。抵销以在对等额内使双方债权消灭为目的,故以一方当

事人对另一方当事人既负有债务,又享有债权且双方债权债务关系合法存在为必要前提。

(2) 当事人互负债务的标的物的种类、品质相同。在标的物种类、品质相同的情况下,一方的给付与对方的给付具有同质性,可以进行相互的清偿。

(3) 双方债权必须均届清偿期。债权未到期而做抵销,无异于在清偿期届至前强制债务人履行债务,牺牲其期限利益,是与债的性质相悖的。当然,当事人自愿放弃期限利益而主张抵销的,应当允许。

(4) 必须都是可抵销的债务。依债的性质或法律规定或当事人约定不能抵销的债权债务,不能相互抵销。因为根据给付的性质,这类债务如果允许抵销就不能达到合同的目的。如禁止强制执行的债务、因故意侵权行为而发生的债务、约定应向第三人给付的债务、非经清偿不能实现合同目的的债务等,都是法律规定或依其性质不可抵销的债务。

法定抵销使得双方互负债务按照抵销数额消灭,合同关系溯及抵销权发生之时消灭。抵销通知自到达对方当事人时即发生法律效力,无须对方当事人同意,也不以诉讼上的裁判为必要条件。

4. 提存

提存是指债务人于债务已届履行期时,将因债权人的原因而无法给付的标的物提交给提存机关,以消灭合同债务的一项制度。提存并不是对债权人过错的处罚,而是通过提存的方式来终止合同关系,以保护债务人在无法向债权人履行债务时摆脱合同的约束力。

提存的目的在于消灭合同权利义务关系。因此,只有存在合法原因才可提存。根据《民法典》规定,有下列情形之一,难以履行债务的,债务人可以依法办理提存。

(1) 债权人无正当理由拒绝受领。债权人无正当理由拒绝受领是指债权人应当接受债务人的给付,也有条件接受债务人的标的物,但拒不接受给付。债权人有拒绝受领的正当理由时,债务人不能提存。

(2) 债权人下落不明。债权人下落不明包括债权人地址不清或不详,通过正常途径无法得知,或者失踪且无代管人。债权人下落不明使债务人无法履行,或者即使履行也达不到合同目的,允许债务人提存,以保护其合法权益。如果债权人下落不明,但债务人仍可履行债务的,如债务人可向债权人的代理人或第三人履行,则不构成提存的原因。

(3) 债权人死亡未确定继承人、遗产管理人,或者丧失民事行为能力未确定监护人。在这种情况下,债务人失去履行受领人,或者即使履行也达不到合同目的。

(4) 法律规定的其他情形。如当事人在合同中约定以提存方式给付的,债务人也可提存。

提存物原则上是债务人应给付标的物并应适于提存。如果标的物不适于提存或者提存费用过高的,债务人依法可以拍卖或者变卖标的物,提存所得的价款。

债务人依法提存后,不论债权人是否到提存机关领取提存标的物,自提存之日起,债务人与债权人之间的债权债务因提存而消灭,债务人不再负清偿责任,提存物的所有权转归债权人。提存机关负有妥善保管提存物的义务,提存人可以凭法院的判决、裁定或者提存之债已经清偿的公证证明,取回提存物。债权人应在规定的期间内领取提存物,债权人领取提存物的权利,自提存之日起5年内不行使而消灭,提存物扣除提存费用后归国家所有。

5. 免除

免除是指债权人抛弃债权,从而全部或部分终止合同权利义务的意思表示。债务免除

是债权人的单方行为,债权人向债务人做出免除债务的意思表示就可发生免除的效力。当然,双方也可依合意免除债务。债务免除是无因、无偿、不要式行为。

免除的效力是使合同关系依债权人免除的意思表示发生全部或部分消灭的后果,附属于主债权的从债权也随同消灭。

6. 混同

混同是指债权债务同归一人致使债的关系消灭的事实。合同必须要有双方当事人的参加才能成立,债权与债务归并一人必然导致合同关系的消灭。混同的原因有两种:一是概括承受,这是主要原因,即一方当事人概括承受另一方的债权债务,如企业合并使合并前的两个企业之间的债权债务关系,因同归于一个企业而消灭;二是特定承受,即因债权让与或者债务承担而承受权利或义务,如债务人从债权人处受让债权,债权债务就因同归于一人而发生混同。

第六节 违约责任



案例 5-13

甲与某工厂订立了一份汽车买卖合同,约定工厂在6月底将一部行驶3万千米的卡车交付给甲,价款3万元,甲交付定金5000元,交车后15日内付清余款。合同还约定,工厂晚交车一天,扣除车款50元,甲晚交款一天,应多交车款50元;一方有其他违约情形,应向对方支付违约金6000元。合同订立后,该卡车因外出运货耽误,未能在6月底以前返回。7月1日,卡车途经山路时,因遇暴雨,被一块落下的石头砸中,车头受损,工厂对卡车进行了修理,于7月10日交付给甲。10天后,甲在运货中发现卡车发动机有毛病,经检查,该发动机经过大修理,遂请求退还卡车,并要求工厂双倍返还定金,支付6000元违约金,赔偿因其不能履行对第三人的运输合同而造成的经营收入损失3000元。工厂提出汽车没有办理过户手续,合同无效,双方只需返还财产。

- 问:(1) 汽车买卖合同是否有效?
 (2) 卡车受损,损失应由谁承担?
 (3) 甲能否要求退车?
 (4) 甲能否请求工厂支付违约金并双倍返还定金?
 (5) 甲能否请求工厂赔偿经营损失?
 (6) 甲能否同时请求工厂支付6000元违约金和每天50元的迟延履行违约金?

一、违约责任的概念和特征

(一) 违约责任的概念

违约责任,又称违反合同的民事责任,是指合同的当事人因违反合同义务或者法律的规定所应承担的不利法律后果。违约责任制度作为保障债权实现及债务履行的重要措施是在

债务人不履行债务时,国家强制债务人履行债务和承担法律责任,是合同具有法律约束力的集中体现。

(二) 违约责任的法律特征

1. 违约责任是一种财产责任,是民事责任的一种形式

根据违反义务的性质不同,民事责任可分为违约责任和侵权责任。而违约责任是一种具有经济内容的责任,当合同一方当事人不履行或者不完全履行合同义务时,以经济利益为内容的违约责任加以补救。

2. 违约责任具有相对性

违约责任具有相对性,是指违约责任只能在特定的当事人之间产生,不涉及合同关系以外的人。合同当事人不得为他人设定合同义务,他人当然没有违约的可能性,从而也就不存在负违约责任的问题。

3. 违约责任具有任意性

按照私法自治的基本原则,合同当事人可以在法律法规规定的范围内对一方的违约责任做出事先安排,如可事先约定违约责任的方式、违约金的数额幅度、损害赔偿的计算方法、免责条件等。但是约定的违约责任不符合法律法规规定将被宣告无效或被撤销。

4. 违约责任是合同当事人不履行合同约定义务所产生的责任

这是违约责任不同于其他民事责任的重要特点。它包含两方面意思:一是违约责任的产生以合同义务的存在为前提;二是违约责任以合同当事人不履行义务为条件,有效合同约定的义务与法律规定的义务一样,合同当事人必须履行,否则就会产生违约责任。

5. 违约责任具有补偿性和制裁性双重属性

法律确定违约责任的重要目的之一是弥补或补偿因违约方的违约行为所造成的损害后果,补偿受害人的损失,因此违约责任具有补偿性,一般通过支付违约金、赔偿金和其他方式使受害人的实际损失得到全部补偿或部分补偿。同时,在合同当事人有过错时,违约责任还体现了对责任人的制裁性,一般通过支付相当于实际损失数额的赔偿金或高于或等于实际损失数额的违约金来体现,还可以通过强制实际履行同时支付违约金或赔偿金来体现。

二、违约责任的构成要件

违约责任的构成要件是指合同当事人因违约必须承担法律责任的法定要素,可分为一般构成要件和特殊构成要件。一般构成要件是指违约当事人承担任何违约责任形式都必须具备的要件。而特殊构成要件是指各种具体的违约责任形式所要求的构成要件。违约责任的一般构成要件包括如下内容。

(一) 违约行为

违约行为是指合同当事人不履行或者不适当履行合同义务的客观事实,是违约责任的基本构成要件,没有违约行为,就没有违约责任。违约行为违反了合同义务,对合同义务的违反必然导致对合同债权的侵害。

根据违约行为发生的时间,违约行为总体上可分为预期违约和实际违约。预期违约是

指当事人一方在合同规定的履行期到来之前,明示或者默示其将不履行合同,由此在当事人之间发生一定的权利义务关系的一项合同法律制度。预期违约行为发生在合同依法成立以后、履行期到来之前,是未来不履行义务,而非现实地违反义务;侵害的是期待债权,而非现实的债权。

实际违约是指合同履行期限届满后发生的违约,可分为不履行、不符合约定的履行和其他违反合同义务的行为。

不履行是指在合同履行期届满时,合同当事人完全不履行自己的合同义务,包括根本违约(指当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为,致使不能实现合同目的)和拒绝履行(指履行期届满时,债务人无正当理由表示不履行合同义务的行为)。

不符合约定的履行又可分为迟延履行、质量有瑕疵的履行和不完全履行。迟延履行是指债务人无正当理由,在合同规定的履行期届满时,仍未履行合同债务。合同中未约定履行期限的,在债权人提出履行催告后仍未履行债务,就是迟延履行。质量有瑕疵的履行是指债务人所做的履行不符合合同规定的质量标准,甚至因交付的产品有缺陷而造成他人人身、财产的损失。不完全履行是指债务人虽然以完全给付的意思为给付,但给付不符合债务本旨,包括部分履行、履行地点不当的履行和履行方法不当的履行。

其他违反合同义务的行为主要是指违反法定的通知、协助、保密等义务的行为。

(二) 不存在法定和约定的免责事由

仅有违约行为这一积极要件还不足以构成违约责任,违约责任的构成还需要具备另一消极要件,即不存在法定和约定的免责事由。

免责是指在合同的履行过程中,因出现了法定的免责条件和合同约定的免责事由而导致合同不能履行,债务人将被免除履行义务和违约责任。免责事由,又称免责条件,是指法律规定或者合同中约定的当事人对其不履行或者不当履行合同义务免于承担违约责任的条件。根据《民法典》的规定,免责事由主要有不可抗力和当事人约定的免责条款。

1. 不可抗力

不可抗力是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。不可预见性是指合同当事人以现有的技术水平、经验无法预知;不可避免是指不可抗力及其损害后果的发生具有必然性,而且当事人虽尽最大努力仍不能加以避免;不可克服是指不可抗力及其损害后果发生后,当事人虽尽最大努力仍不能加以克服,因而无法履行或者适当履行合同义务。不可抗力通常包括自然灾害和社会事件两大类,前者如台风、地震、水灾等,后者如战争、暴乱、罢工、禁运等。

当事人一方因不可抗力不能履行合同的,根据不可抗力的影响,部分或者全部免除责任,但法律另有规定的除外。如果不可抗力发生在当事人迟延履行合同后,则违约方不能免除责任。不可抗力发生后,当事人一方因此而不能履行合同的,应当及时通知对方,以减轻可能给对方造成的损失,并应当在合理的期限内提供有关机关出具的证明。当事人不履行上述义务,应承担相应的法律责任。

2. 免责条款

免责条款是指当事人在合同中约定的免除或者限制其未来责任的条款。免责条款是合同的组成部分,必须经当事人双方充分协商,并以明示的方式做出。

免责条款作为合同的组成部分,其内容必须符合法律的规定才具有法律效力。如果免责条款违反法律、行政法规的强制性规定,扰乱社会秩序,损害社会公共利益,该条款不具有法律效力。如果免责条款是在一方当事人违背真实意思的情况下订入合同的,可能对该当事人产生明显不利的后果,该条款可以被申请撤销。

三、违约责任的承担方式

(一) 继续履行

继续履行也称“实际履行”,是指当事人一方不履行合同义务时,另一方有权要求法院强制违约方按合同规定的标的履行合同义务的行为。

继续履行可以分为金钱债务违约的继续履行和非金钱债务违约的继续履行两类。民法典对两类继续履行的相关问题分别做出了规定。

1. 适用继续履行的条件

(1) 必须有违约行为。继续履行责任是一方不履行合同的后果,只有在一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的情况下,另一方才有权要求其继续履行。适用于继续履行的违约行为主要指拒绝履行、部分履行行为,而不包括迟延履行和不当履行行为。

(2) 继续履行在事实上是可能的,在经济上是合理的。继续履行是对违约的一种补救措施,而非惩罚性措施。在某些情况下,法律并不要求违约方继续履行,而只要求其承担违约金和损害赔偿责任。例如,据《民法典》规定,继续履行是否必要是以履行费用为标准来判断的,若继续履行费用过高,势必破坏当事人之间的利益平衡,就不能适用继续履行的责任形式。

(3) 依据法律和合同的性质能够履行。合同约定的标的适于强制履行时才可追究违约方继续履行的责任。一般来说,在非金钱债务中,如果依据法律和合同的性质不能继续履行,违约方可以拒绝非违约方继续履行的要求。例如,提供个人服务的合同,在法律上不能采取继续履行。这与我国宪法和法律关于公民的人身自由不受侵害的规定相违背。委托合同、信托合同、合伙合同等往往是因信任对方的特殊技能、业务水平、忠诚等而产生,因此具有严格的人身性质,如果强制债务人履行义务,则与合同的根本性质相违背。

(4) 债权人在合理期限内请求继续履行。民法典从保护债权人的利益出发,将是否请求继续履行的选择权交给非违约方,由非违约方决定是否采取继续履行的方式。大多情况下,当事人订立合同的主要目的不是在违约以后寻求金钱赔偿,而是实现其订约目的,提出继续履行具有现实的需要。但是,若采取继续履行在经济上不合理,或确实不利于维护非违约方的利益,则可以采取其他补救措施。但非违约方要求违约方继续履行应当在合理的期限内提出,否则即丧失请求违约方继续履行的权利。民法典将债权人在合理期限内未要求履行作为继续履行的除外条件加以规定,主要是为了促使债权人及时行使继续履行的权利,以稳定当事人之间的关系,保护违约方的利益。

2. 继续履行的特征

(1) 继续履行是一种补救方法。继续履行是一方违约后,非违约方寻求法律上救济的一种方法。它强调违约方应按合同规定的标的履行义务,从而实现订约的目的,而非仅仅强

调弥补受害人所遭受的损失。

(2) 是否请求实际履行是债权人享有的一项权利。一方违约后,另一方有权要求违约方继续履行合同,也有权要求违约方承担支付违约金和损害赔偿金等责任。违约方非依法律规定,无权选择违约责任的承担形式,否则将置债权人于不利地位,违反公平诚信的基本原则。只要债权人要求实际履行,又有履行可能,债务人应实际履行。

(3) 继续履行可以与违约金、损害赔偿和定金责任并用,但不能与解除合同并用。解除合同与继续履行是完全对立的补救方法,解除合同导致合同关系不复存在,债务人也不再负履行义务。

(4) 继续履行的内容是强制违约方交付按照合同约定本应交付的标的。《民法典》第509条规定:“当事人应当按照约定全面履行自己的义务。”继续履行是该条规定的具体体现。民法典将继续履行分为金钱债务和非金钱债务两种情况,对金钱债务,如果一方不支付价款或报酬的,另一方有权要求对方支付价款和报酬。对非金钱债务,非违约方原则上可以请求继续履行,但在法律上有一定的限制。

(二) 采取补救措施

《民法典》第582条规定:“履行不符合约定的,应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确,依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的,受损害方根据标的的性质以及损失的大小,可以合理选择请求对方承担修理、重作、更换、退货、减少价款或者报酬等违约责任。”即可以合理选择法律推定的责任形式。

(1) 修理。必须在有修理的可能并且债权人需要的情况下适用,主要适用于买卖合同、承揽合同等。

(2) 重作。重作是指在基本建设工程承包合同、承揽合同中,由债务人重新做工作成果。

(3) 更换。必须在没有修理的可能,或修理费用过高或时间过长的情况下适用,多适用于买卖合同。

(4) 退货。退货就意味着解除合同,只有在卖方提供的标的物质量瑕疵致使不能实现合同目的时,买方才可选择退货。

(5) 减少价款或者报酬。

(三) 损害赔偿

1. 损害赔偿的概念和特征

损害赔偿是指合同当事人由于不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定,给对方造成财产上的损失时,由违约方以其财产赔偿对方所蒙受的财产损失的一种违约责任形式。

损害赔偿具有以下特征。

(1) 是合同违约方违反合同义务所产生的责任形式。合同生效后,因债务人违约而使债权人遭受损害,当事人之间的原合同债务关系就转化为损害赔偿的债务关系。作为违约责任形式的损害赔偿,前提条件是当事人之间存在合法有效的合同关系,并且违约方违反了合同中约定的义务。如果当事人一方违反的不是合同约定的义务,或者合同没有成立、合同无效、合同被撤销等,其所要承担的不是违约损害赔偿,而是缔约过失等其他责任。

(2) 损害赔偿原则上仅具有补偿性而不具有惩罚性。违约损害赔偿是民事责任的一种,从法律本性而言只具有补偿功能而摒弃惩罚功能。即损害赔偿是强制违约方给非违约方所受损失的一种补偿,其主要目的在于弥补或填补债权人因违约行为所遭受的损害。这与定金责任、违约金责任等违约责任有所区别。

(3) 具有一定的随意性。合同当事人可以事先对损害赔偿的赔偿范围、数额、计算方法、免责条款等予以约定,体现合同自由的原则。当然,这种约定以不违反法律和社会公共秩序为限。

(4) 以赔偿非违约方受到的实际全部损失为原则。合同当事人一方违约,另一方不仅会遭受现有财产减少的损失,而且会遭受期待利益的损失,这些损失都应当得到补偿。《民法典》第584条规定:“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定,造成对方损失的,损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失,包括合同履行后可以获得的利益;但是,不得超过违约一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违约可能造成的损失。”

2. 确定赔偿范围的相关规则

(1) 完全赔偿原则。完全赔偿原则即违约方不仅应赔偿对方因其违约而引起的现实财产的减少,而且应赔偿对方因合同履行而能得到的履行利益。

(2) 合理预见原则。合理预见原则是指违约损害赔偿的范围应以违约方在订立合同时预见或者应预见到的损失为限。

(3) 减轻损害原则。减轻损害原则也叫采取适当措施避免损失扩大原则,是指在一方违约并造成损害后,受害人必须采取合理措施以防止损害的扩大,否则受害人应对扩大部分的损害负责,违约方此时也有权请求从损害赔偿金额中扣除本可避免的损害部分。

(4) 损益相抵原则。损益相抵原则又叫损益同销,是指受害人基于损害发生的同一原因而获得利益时,应将所受利益从所受损害中扣除,以确定损害赔偿范围。

(5) 责任相抵原则。责任相抵原则是指按照债权人与债务人各自应负的责任确定责任范围。

(四) 违约金

违约金是各国民法典或者合同法所普遍采纳的当事人双方约定的救济违约的一种责任形式。是指当事人通过协商预先确定,不履行或者不完全履行合同义务的违约方按照合同约定,支付给非违约方一定数量的金钱。违约金具有以下法律特征。

1. 违约金是由当事人协商确定的

当事人在合同中约定违约金是合同自由原则的具体体现。允许当事人约定违约金实际是尊重交易主体自由约定合同条款的权利以及在违约发生时保护自己利益的权利。

2. 违约金的数额是预先确定的

违约金必须在签订合同时或在履行合同义务前先予确定,当违约方出现不履行或不完全履行合同时,非违约方可以按照合同双方对违约金的约定得到补偿。由于违约金的数额是预先确定的,它在事先向债务人指明了违约后所应当承担责任的具体范围,从而既能督促债务人履行合同,也有利于当事人在订约时计算成本和风险,从而有利于交易的进行。

3. 违约金是违约后生效的补救方式

违约金条款虽然是在合同订立之时即已确定,但不能立即生效,只能在一方违约后才能

发生效力。

4. 违约金是独立于履行行为以外的给付

只要当事人没有特别约定,违约金的支付不能替代合同的履行行为,当事人不得因支付违约金而免除履行主债务的义务,也就是说,违约金并未给债务人一种违约的权利。

违约金的适用范围,在实际违约、预期违约和加害给付中,都可以根据约定适用。但是,为了体现公平、诚信的原则,民法典对违约金责任做了必要的限制。《民法典》第585条第2款规定:“约定的违约金低于造成的损失,人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加;约定的违约金过分高于造成的损失,人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少。”合同当事人约定过高或过低的违约金会造成合同双方权利义务明显不相符,有悖于民法的公平、等价有偿原则,如果不给予必要的公力救济,将显失公平。所以,约定过高或过低违约金的合同行为属显失公平的民事行为,是可变更的民事行为,当事人仅享有请求变更权,而不享有请求撤销权。

(五) 定金

定金是指为了确保合同的履行,依照法律规定或当事人的约定,在合同履行之前,由一方当事人向另一方当事人支付一定数量的货币。定金具有惩罚性,因为支付定金的一方如果不履行合同,无权要求返还定金,接受定金的一方不履行合同的,则双倍返还定金。同约定违约金一样,约定定金具有从合同的性质。我国《民法典》规定,定金的数额由当事人约定;但是,不得超过主合同标的额的20%,超过部分不产生定金的效力。当事人既约定违约金,又约定定金的,一方违约时,对方可以选择适用违约金或者定金条款。定金不足以弥补一方违约造成的损失,对方可以请求赔偿超过定金数额的损失。

四、违约责任与侵权责任

(一) 违约责任与侵权责任竞合的概念

违约责任与侵权责任竞合是指合同当事人一方的违约行为同时又符合侵权要件,导致违约责任与侵权责任一并产生,违约责任的请求权与侵权责任的索赔请求权发生重叠,形成请求权的竞合。即因不法行为人行为的多重性,受害人享有因多重性质的违法行为而产生的多重请求权。例如,某消费者买了一个热水器,后因热水器的质量问题发生爆炸,使消费者的财产受到了损失,此种场合下,消费者既可以要求商家或厂家承担侵权责任,也可以要求其承担合同责任。如果允许受损害方当事人不受限制地行使两种请求权,就会导致违约方当事人承担双重责任,这显然是不公平的。在违约责任与侵权责任竞合的情况下,受损害方只能任择其一;或者提起违约之诉,追究对方的违约责任,或者提起侵权之诉,追究对方的侵权责任,而不能同时行使两个请求权。

(二) 违约责任与侵权责任竞合的主要特征

(1) 竞合责任必须是同一不法行为而造成的。一个不法行为产生数个法律责任是责任竞合构成的前提条件。如果行为人实施两个以上的不法行为引起侵权责任与违约责任同时发生的,应适用不同的法律规定,承担不同的责任。

(2) 竞合责任必须是同一不法行为既符合侵权责任的构成要件,又符合违约责任的构

成要件,使两个民事责任在同一不法行为上并存。

(3) 竞合责任必须是同一民事主体。引起违约责任与侵权责任同时发生的同一不法行为,是由同一个民事主体实施的。这一不法行为同时符合侵权责任与违约责任的构成要件。其可能承担双重责任的主体是同一人,其可能享有双重请求权的主体也是同一人。

(4) 受害人只能在违约责任与侵权责任中选择一种责任提出请求,而不能同时基于两种责任提出两种请求。侵权责任与违约责任同时并存,相互冲突,但当事人只能获得一次给付满足,如同时并存获多次满足,对责任人是不公平的。

责任竞合并不能抹杀两类责任之间的区别,也不应导致两类责任制度的完全融合。由于这两类责任在法律上存在重大差异,因此对两类责任的不同选择将极大地影响到当事人的权利和义务,即依《民法典》提起合同之诉还是提起侵权之诉,将产生完全不同的结果。

(三) 侵权责任与违约责任的区别

违约责任和侵权责任的区别主要体现在不法行为人与受害人之间是否存在着合同关系,此合同关系也是违约责任与侵权责任竞合产生的基础法律关系。具体来说,这两类责任的区别主要表现在以下几个方面。

1. 责任构成不同

《民法典》规定的违约责任是无过错责任,只要存在违约行为,不管违约人主观上是否有过错、不管违约行为是否造成损失,都不影响违约责任的构成;侵权责任一般是采用过错责任,仅产品、危险、环境污染、相邻关系等责任为无过错责任,损害事实是侵权损害赔偿成立的前提条件,无损害事实,便无侵权责任。

2. 责任范围不同

违约责任主要是财产损失的赔偿,赔偿额可由当事人在合同中约定,没有约定依《民法典》的规定,应当相当于受害人因违约而受到的损失,一般不包括对人身伤害的赔偿和精神损害赔偿,但包括可得利益的丧失,只是法律常常采取“合理预见规则”加以限制;在侵权责任中,赔偿范围不仅包括财产损失的赔偿,也包括人身伤害和精神损害的赔偿,但通常不包括可得利益的丧失。

3. 责任方式不同

侵权责任既包括财产责任,如赔偿损失,也包括非财产责任,如消除影响,恢复名誉等;违约责任主要是财产责任,如强制实际履行,支付违约金等。

4. 免责条件不同

违约责任中除了法定的免责条件即不可抗力以外,当事人还可以事先约定不承担责任的情况(故意或重大过失的责任除外)。而在侵权责任中,免责条件或原因只能是法定的,当事人不能事先约定,也不能对不可抗力的范围事先约定。

5. 在对第三人的责任中有所不同

违约责任中,如果因第三人的过错致使合同债务不能履行,债务人首先应向债权人负责,然后才能向第三人追偿。而在侵权责任中,行为人仅对因自己的过错致使他人受损害的后果负责。

由于违约责任与侵权责任存在着重要的区别。因此,在责任竞合的情况下,不法行为承担何种责任,将产生不同的法律后果,并严重影响到对受害人利益的保护和对不法行为人的制裁。



案例 5-14

甲公司与乙公司于2×14年1月签订了一份机电设备的加工承揽合同。合同中规定:加工费为81万元,由甲先向乙预付设备定金30万元。合同履行期间,甲公司告知乙公司:“因特殊原因,暂停生产。”但此后,甲公司未再通知乙公司继续生产。合同期满后,乙公司也未交付甲公司所订的设备。甲公司遂向法院起诉,要求乙公司返还其预付的定金30万元。

- 问题:(1) 该合同中,定金的给付方是谁?
 (2) 在本案中双方约定的定金比例是否合法?为什么?
 (3) 根据法律规定,双方约定的定金支付额度应为多少?
 (4) 超出定金的部分应依法做出怎样的处理?
 (5) 最终定金30万元应如何处理为合法?



实践中应注意的问题

- (1) 合同三种效力状态的区分以及重大误解、显失公平、欺诈、胁迫、乘人之危在实践中的认定。
- (2) 将合同履行原则、规则及抗辩权等与具体实际问题相联系。
- (3) 违约责任中第三人违约导致债务人违约和违约与侵权责任竞合。



拓展相关法律知识

- (1) 一般货物买卖合同范本。
- (2) 《中华人民共和国民法典》。



综合实训

一、单项选择题

1. 某商店橱窗内展示的衣服上标明“正在出售”,并且标示了价格,则“正在出售”的标示视为()。
 - A. 要约
 - B. 承诺
 - C. 要约邀请
 - D. 既是要约又是承诺

2. 我国《民法典》对要约生效的时间采取()。
- A. 发信主义 B. 到达主义
C. 了解主义 D. 以上答案都不对
3. 当事人订立合同时,应当具有相应的()。
- A. 民事权利能力 B. 民事行为能力
C. 民事责任能力 D. 民事权利能力和民事行为能力
4. 某企业在其格式劳动合同中约定:员工在雇佣工作期间的伤残、患病、死亡,企业概不负责。如果员工已在该合同上签字,该合同条款()。
- A. 无效
B. 是当事人真实意思的表示,对当事人双方有效
C. 不一定有效
D. 只对一方当事人有效
5. 某甲的儿子患重病住院,急需用钱又借贷无门,某乙趁机表示愿意借出 2 000 元,但半年后须加倍偿还,否则以甲的房子代偿,甲表示同意。根据《民法典》规定,甲、乙之间的借款合同()。
- A. 因显失公平而无效 B. 因显失公平而可撤销
C. 因乘人之危而无效 D. 因乘人之危而可撤销

二、多项选择题

1. 租赁合同是()。
- A. 双务合同 B. 有偿合同
C. 诺成合同 D. 单务合同
E. 实践合同
2. 下列哪些合同既属于双务合同,又属于有偿合同?()
- A. 买卖合同 B. 借款合同
C. 租赁合同 D. 付有保管费的保管合同
3. 要约失效的原因主要有()。
- A. 拒绝要约的通知到达要约人
B. 要约人依法撤回要约
C. 要约人依法撤销要约
D. 承诺期限届满,受要约人未做出承诺
E. 受要约人对要约的内容做了实质性的变更
4. 下列属于无效合同的是()。
- A. 一方以欺诈胁迫手段订立的损害对方当事人利益的合同
B. 恶意串通损害第三人利益的合同
C. 以合法形式掩盖非法目的的合同
D. 乘人之危情况下订立的合同

E. 违反法律、行政法规、地方性法规强制性规定的合同

5. 甲将一幅名画出售给乙,并约定一个月后交付。丙知道甲出售名画后,愿出比乙更高的价格购买。甲便将该画卖给丙,并当场交付该画与丙,但丙未付款。在此情况下,下列判断哪些是正确的?()

- A. 乙无权要求丙交付该画
- B. 乙有权要求甲交付该画,甲应当向丙请求返还该画,而丙亦应当返还
- C. 乙有权要求丙将该画交付给自己,因为其与甲的买卖合同成立在先
- D. 乙有权要求甲承担违约责任

三、案例分析题

1. 甲公司与乙公司签订合同,加工 5 万套服装、单价 100 元。双方有如下约定。

(1) 甲公司于 2×11 年 10 月 30 日前向乙公司支付预付款 100 万元,乙公司应在 2×11 年 12 月 1 日前交付第一批服装 2 万套。

(2) 2×11 年 12 月 10 日甲公司支付乙公司款项 200 万元,2×12 年 1 月 15 日前乙公司交付第二批服装 3 万套。

(3) 甲公司在接到第二批服装 15 日内将余款 200 万元交付乙公司。2×11 年 10 月 25 日,甲公司按照合同约定向乙公司支付预付款 100 万元,乙公司于 2×11 年 11 月 20 日交付了第一批服装。2×11 年 12 月 5 日,乙公司突发大火,厂房、布料和大部分设备被烧毁。甲公司知道后,便停止向乙公司支付第二批款项 200 万元。经乙公司交涉,甲公司同意若乙公司在 2×12 年 1 月 5 日前恢复生产能力,双方继续履行合同。

由于筹措资金困难,乙公司于 2×12 年 1 月 20 日才恢复生产,请求甲公司继续履行合同。甲公司认为,由于服装销售季节性很强,这时再生产服装已错过了销售高峰期,很难卖掉,于是于 2×12 年 2 月 1 日通知对方解除合同,同时表示可以结清乙公司已交付服装的款项。乙公司经多次与甲公司协商未果,遂向人民法院提起诉讼。

问:(1) 甲公司在得知乙公司发生火灾时即中止履行合同是否合法? 请说明理由。

(2) 乙公司于 2×12 年 1 月 20 日恢复生产能力,而甲公司却提出解除合同是否合法? 请说明理由。

(3) 本案应如何处理? 请说明理由。

2. 甲公司与乙公司签订了一份买卖合同。双方约定:乙公司供给甲公司限量生产的 X 型号的计算机 100 台,每台单价 1 万元;甲公司应交付定金 30 万元;如果一方违约,则应支付总价款的 20%作为违约金。合同签订后,甲公司立即将 30 万元定金交付乙公司,并很快与丙公司就同一批货物签订了一份买卖合同,每台单价 1.2 万元。后乙公司没有按期履行合同,导致甲公司无法履行与丙公司之间的合同,为此甲公司向丙公司支付违约金 20 万元。现甲公司要求乙公司双倍返还定金 60 万元、赔偿甲公司支付给丙公司的违约金 20 万元损失。乙公司则以定金条款无效为由主张合同无效。

问:(1) 定金条款是否无效?

(2) 如果定金条款无效,是否会导致合同全部无效? 为什么?

(3) 甲公司是否可以要求乙公司既承担违约金责任,又承担定金责任?为什么?

(4) 丙公司能否直接要求乙公司对自己承担违约责任?为什么?

3. 甲因出国留学,将自家一幅名人字画委托好友乙保管。在此期间,乙一直将该字画挂在自己家中欣赏,来他家的人以为这幅字画是乙的,后来乙因做生意破产急需钱,便将该幅字画以3万元价格卖给丙。甲回国后,发现自己的字画在丙家中,询问情况后,向法院起诉。

问:乙与丙之间买卖合同是否有效?该幅字画所有权属于谁?

● 反不正当竞争法律制度

● 知识目标

1. 理解不正当竞争行为的概念和特征；
2. 理解和掌握《中华人民共和国反不正当竞争法》中规定的具体的不正当竞争行为；
3. 了解不正当竞争行为的监督检查、法律责任的相关规定。

● 能力目标

1. 通过对《反不正当竞争法》的学习与领悟,能对经济生活中遇到的相关问题进行思考、解决；
2. 通过列举实例讨论,能够运用所学的法律知识分析实际案例。

● 案例导入

2×12年8月1日,三分利集团有限公司(下称三分利公司)向陈新颁发特许零售证书,内容为:特许三分利专卖店法定代表人陈新在北京房山区零售三分利毛线系列产品;该零售店已经特许授权,所售商品为原装正品,严格符合三分利的品质要求;有效期1年。陈新从三分利集团北京地区的代理商李民处购进并销售三分利毛线。

陈新在经营中发现薛金在房山区天风毛线店内出售三分利毛线,遂向三分利集团反映。三分利集团派销售公司京津片区经理燕红处理。2×12年12月31日,燕红向陈新保证10天内把天风毛线店三分利的新产品撤掉,并保证2×12年以后该店不会出现三分利产品。李民也在该保证书上签字。2×13年3月15日,陈新发现薛金仍在向他人出售三分利毛线,便要求再签协议,保证其特许经营权。5月12日,燕红、李民与陈新签订协议书约定:三分利集团在2×13年期间停止向天风毛线店薛金供货,如有违反,愿向陈新赔偿损失20万元。5月16日,陈新向李民缴纳毛线夏储款50万元(三分利集团每年5月1日开始向代理商接受夏储款,并且只按照该款的数额返还毛线,不会返钱),李民向陈新出具了收据并注明本息返毛线562500元。但薛金直

至2×14年仍在店内出售三分利毛线。为此,陈新将三分利集团诉至法院,要求按约赔偿损失20万元。

问:(1)陈新与三分利集团存在何种合同关系?三分利集团是否负有竞业禁止的义务?

(2)哪一方承担三分利集团向其他商户供货的举证责任?

(3)说说你生活中哪些行为是不正当竞争行为?

分组讨论

针对实际案例中所发生的问题,要求学生分为正方、反方两组进行辩论,将辩论结果填入下表。

分 组	正 方	反 方
观点及依据		
结论		

归纳总结

根据正反双方辩论的结论,由任课老师总结、评价,对各方的论点及依据归纳总结。

(1)案件定性:

(2)理由及法律依据:

第一节 反不正当竞争法概述



案例 6-1

2×12年12月,江苏某保温瓶厂召开大型新闻发布会,发布一条“骇人听闻”的消息。新闻发布会称:“几十年沿用至今的银色保温瓶胆存在渗漏银汞的严重缺陷。经过几年的精心研制,该厂生产出‘无毒金胆’。‘金胆’的诞生是保温瓶生产的一次革命,真正做到安全无毒。”随后,该厂开展银胆换金胆的销售活动,消费者只要交2元钱即可用一只银胆换一只“金胆”。该行为引起广大消费者的关注,担心中毒的使用者纷纷换购“金胆”,许多商业部门也纷纷要求进使用“金胆”的货。与此相对应的是,该地区的银胆销

售受到极大冲击,银胆无人问津,大量积压。江苏某保温瓶厂对“金胆”产品的宣传及对银胆的贬低,给其他生产保温瓶的厂家带来了巨大的经济损失。这一保温瓶行业的轩然大波引起了有关部门的重视。后经专家调查和鉴定,得出了以下结论:所谓银胆渗漏有毒物质,纯属捏造,无任何科学依据;所谓“金胆”只是在原来银胆配方基础上加入一种新的着色剂,与银胆相比,根本没有安全可靠的改进,并无特殊的技术突破。

问:江苏某保温瓶厂的行为属于不正当竞争行为吗?为什么?如果属于,是哪一类不正当竞争行为?

一、反不正当竞争法的概念和立法目的

(一) 反不正当竞争法的概念

反不正当竞争法是指调整在维护公平竞争、制止不正当竞争行为过程中发生的社会关系的法律规范的总称。狭义的反不正当竞争法是指1993年9月2日,第八届全国人大常委会第三次会议通过的《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称《反不正当竞争法》),该法于2017年11月4日第十二届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议修订;根据2019年4月23日第十三届全国人民代表大会常务委员第十次会议《关于修改〈中华人民共和国建筑法〉等八部法律的决定》修正。制定反不正当竞争法是市场经济体制下社会经济健康发展的客观要求。

现代意义的竞争法产生于19世纪末20世纪初的西方发达资本主义国家。为了反垄断和制止不正当竞争,美国和德国开创了现代竞争立法之先河。1890年,美国国会通过了《保护贸易和商业不受非法限制与垄断之害法案》。由于该法案是由参议员约翰·谢尔曼提出的,因此,后来都称该法为《谢尔曼法》。该法奠定了现代竞争法的主要制度和理论基础,并对西方其他国家的竞争立法产生了重要影响。因此,后世公认《谢尔曼法》是现代竞争法产生的主要标志。德国于1896年通过了一部专门的《反不正当竞争法》,这是世界上第一部反不正当竞争单行法,是现代竞争法产生的另一个重要标志。

(二) 反不正当竞争法的立法目的

我国《反不正当竞争法》第1条明确规定:“为了促进社会主义市场经济健康发展,鼓励和保护公平竞争,制止不正当竞争行为,保护经营者和消费者的合法权益,制定本法。”这就是我国《反不正当竞争法》的立法目的。从内容和结构上看,它包括三个层次。

1. 最直接目的是制止不正当竞争行为

我国自实行改革开放政策以来,各种不正当竞争行为蜂拥而至,泛滥成灾。这些行为不仅损害了经营者和消费者的合法权益,破坏市场竞争秩序,严重阻碍我国建立和发展市场经济,而且还影响着我国的投资环境。因此,就迫切需要以法律形式来制止各类不正当竞争行为,同时防止此类行为进一步泛滥。因此,反不正当竞争法的最直接目的,正是要有效防止和制止不正当竞争行为。

2. 最终目的是鼓励和保护公平竞争,保障社会主义市场经济健康发展

反不正当竞争法通过制止各类不正当竞争行为,确保自由竞争和正当竞争机制的正常运行,营造和维护公平竞争的秩序,使竞争机制充分发挥其优胜劣汰和优化资源配置的积极

功能,实现宏观经济效益的最大化,保障我国社会主义市场经济的健康发展。

3. 根本目的是保护经营者和消费者的合法权益

反不正当竞争法制止不正当竞争,维护自由公平的竞争机制,从根本上说,就是为了保护经营者和消费者的合法权益。

二、反不正当竞争法的基本原则

我国《反不正当竞争法》第2条规定:“经营者在生产经营活动中,应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则,遵守公认的商业道德。”它是市场主体在市场交易中应当遵循的基本行为准则,它反映了市场经济对竞争活动的基本要求。

(一) 自愿原则

自愿原则是指市场主体在法律允许的范围内,可以根据自己的内心的真实意愿,自主地从事市场交易活动。它有三层含义:一是市场主体有权依据自己的意志,自主决定是否实施某种市场交易活动,任何单位和个人不得非法干涉;二是市场主体有权选择交易对象、内容和方式;三是市场主体之间的交易关系要反映双方真实的意思表示,任何虚假的意思表示或一方在受欺诈、胁迫下表达的意思都是无效的。

(二) 平等原则

平等原则是指任何参与市场竞争的市场主体在交易活动中的法律地位是平等的,彼此享有平等的权利,在平等的基础上表达各自真实的交易愿望,设立相互间的权利义务。该原则有三层含义:一是市场主体没有高低之分、贵贱之分,在法律面前都是平等的,具有平等的法律地位;二是市场主体在交易过程中必须平等协商,彼此应尊重对方,任何一方不得将自己的意志强加给对方;三是市场对所有市场主体都是一视同仁,是平等对待的,每一个市场主体都有权自主进出市场、参与市场竞争,市场主体享有竞争成功的机会是均等的。

(三) 公平原则

公平原则是指市场主体在参与竞争的交易活动中都应受到公正、合理的待遇。公平原则和平等原则有着密切的联系,只有在平等基础上开展竞争,其过程和结果才称得上是公平的。它有三层含义:一是在竞争活动中,所有市场主体之间在权利义务的设定上应体现公正、合理,而不能显失公平,更不能一方只享有权利而不承担义务,另一方只承担义务而不享有权利;二是所有市场主体在竞争中要无一例外地遵循同一种竞争规则,在竞争中应受到的限制,所有市场主体无一例外;三是所有的市场主体的正当经营活动和其他合法权益不受非法干涉和不正当的侵害。

(四) 诚实信用原则

诚实信用原则是指市场主体在竞争交易活动中应守信用、重承诺,以善意方式从事交易,不得欺诈、胁迫,不得滥用权利及规避法律。诚实信用原则既是法律原则,同时也体现了我国社会主义精神文明和道德规范的基本要求。该原则有两层含义:一是市场主体要善待对方,尊重对方,以善意的方式行使权利并获得利益;二是市场主体在与另一方从事交易时,应依法如实陈述事实,不得隐瞒事实真相,以假乱真,以次充好,不得以不正当手段牟取非法利益,不得侵害其他经营者及消费者的合法权益。

(五) 遵守公认的商业道德的原则

遵守公认的商业道德的原则是指市场主体在竞争中要遵循在市场交易中长期形成的,

为社会或相关行业普遍承认和遵守的商业规范。上述所提到的自愿、平等、公平、诚实信用原则,都是最主要的、公认的、法律化的商业道德。但是,有限的法律条文不可能包括所有商业道德的全部内容,因此确定该原则,对于发挥市场自身的调节功能,弥补法律规定的不足,具有重要意义。

三、不正当竞争行为的特征

不正当竞争行为是指经营者违反《反不正当竞争法》的规定,扰乱社会经济秩序,损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为。

根据上述定义,我国法律上规定的不正当竞争行为具有以下特征。

1. 行为的主体是经营者

行为的主体是经营者,即从事商品经营或者营利性服务的法人、其他经济组织和个人。非经营者不是经济竞争行为的主体,所以不能成为不正当竞争行为的主体。但是,在有些情况下,非经营者的某些行为也会妨害、限制经营者的正当经营活动,侵害经营者的合法权益。例如,政府及其所属部门滥用行政权力妨害经营者的正当竞争行为即属此种类型,由此,我国《反不正当竞争法》也对这类行为予以规范,将之归属于不正当竞争行为之列。可见,不正当竞争行为的主体不仅仅限于上述经营商品或者提供营利性服务的法人、其他经济组织和个人这几类一般的主体,而且还包括政府及其所属部门这类特殊的主体。

2. 行为的性质具有违法性

行为的性质具有违法性,即行为在本质上违反了《反不正当竞争法》的规定。它既包括违反该法的原则规定,也包括违反该法所列举的禁止不正当竞争行为的各种具体规定。如果违反了其他法律而没有违反《反不正当竞争法》,则这种行为一般不属于不正当竞争行为。

3. 行为的结果具有损害性

行为的结果具有损害性,即不正当竞争行为损害了其他经营者或者消费者的合法权益,扰乱了正常的社会经济秩序,阻碍了社会主义市场经济的健康发展。

四、不正当竞争行为的类型

根据我国《反不正当竞争法》的规定,不正当竞争行为的种类有以下几种。

(一) 混淆行为

混淆行为是指行为人采用假冒、仿冒、伪造等混淆手段,欺骗消费者与之交易,从而损害竞争对手或消费者权益的行为。它是一种常见的不正当竞争行为,其最基本的特征是在商业活动中夸大事实、隐瞒真相、以次充好、混淆视听,从而获得交易机会,损害同业竞争者及消费者利益,并以此达到削弱竞争对手、牟取非法利益的目的。

1. 混淆行为的认定

(1) 行为人是从事市场交易活动的经营者。

(2) 具有主观故意。假冒行为一般是对质量好、知名度高、市场销售量大的商品进行仿冒,它的实质就是掠夺他人的经营优势,侵害他人长期形成的无形资产。

(3) 具有特定性。由于混淆行为是对市场中经营优势的掠夺,因此它总是发生在特定的具有市场优势的经营者及其特定的商品上。

(4) 具有误导性。假冒者都不希望以自己的真实身份从事市场交易活动,其从事假冒

行为的目的在于使交易对方对其提供的商品或服务产生混淆或误解,从而接受其商品或服务,以此获得竞争优势。

2. 混淆行为的类型

经营者不得实施下列混淆行为,引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系:

- (1) 擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识。
- (2) 擅自使用他人有一定影响的企业名称(包括简称、字号等)、社会组织名称(包括简称等)、姓名(包括笔名、艺名、译名等)。
- (3) 擅自使用他人有一定影响的域名主体部分、网站名称、网页等。
- (4) 其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为。



案例 6-2

四川甲厂生产的“不倒翁”牌白酒行销本省及西南地区。该酒自 2×11 年起销售,广告力度很大,在西南各省乡镇农村都可见到此酒的广告及销售点。此酒物美价廉,在西南农村地区广受欢迎。该酒的包装是将酒瓶设计成葫芦形,并贴有黑底及金色字体的“不倒翁”名称。贵州乙厂从 2×12 年起生产“醉翁”牌白酒。酒瓶也设计成葫芦形,并贴有黑底金字瓶贴。该酒也在西南地区销售。

问:乙厂的行为是否构成不正当竞争?为什么?

(二) 商业贿赂行为

商业贿赂行为是指经营者为了争取交易机会,秘密给予交易对方有关人员或能够影响交易的其他人员以财物或其他报偿的行为。

在现实生活中,商业贿赂的具体表现形式有回扣、折扣、佣金、介绍费等。

回扣是商业贿赂行为的主要表现形式。所谓“回扣”是指在市场交易过程中,经营者一方从交易所得的价款中提取一定比例的现金,在账外暗中给付对方单位或个人的不正当竞争行为。

所谓“折扣”即价格折扣,也称让利、打折,它是指在商品购销活动中卖方在所成交的价款上公开给买方一定比例的减让,以促成交易的一种促销手段。

所谓“佣金”是指在市场交易活动中,经营者公开给付为其提供服务的具有合法经营资格的中间人的劳务报酬。佣金可以由买方给付,又可以由卖方给付,还可以由买卖双方共同给付。根据我国《反不正当竞争法》的规定,经营者销售或购买商品,可以以明示的方式给对方折扣,也可以给中间人佣金。经营者给对方折扣、给中间人佣金的,必须如实入账。接受折扣、佣金的经营者也必须如实入账。

在实践中,我们必须正确区分回扣和折扣、佣金之间的区别。表面上看它们都是经营者一方给另一方的金钱,但是回扣和折扣、佣金性质不同。回扣是在账外暗中给付,即暗扣,属于商业贿赂行为,是违法行为。而折扣和佣金是公开给付,即明示,并且给付方和接受方都必须如实入账,所以折扣和佣金是法律允许的商业惯例行为,是合法行为。

商业贿赂行为构成要件有以下几点。

- (1) 商业贿赂行为的主体是从事市场交易的经营者,既可以是卖方,也可以是买方。

(2) 商业贿赂行为人主观上是出于故意和自愿的,其目的是排挤竞争对手、争取交易机会。而非其他目的,如政治目的、升职、职称晋升等。

(3) 商业贿赂行为在客观方面表现为经营者违反国家有关财务、会计及廉政等方面的法律、法规的规定,暗中给付财物或其他报偿。它具有很大的隐蔽性。



案例 6-3

某市某贸易公司在2×12年夏购进了3万套男式衬衫,由于质量差、款式旧、销量少,影响了公司资金周转。贸易公司经理在业务会上宣布:不论是公司内部职员,还是外部人员,只要能帮助公司推销100套以上,都给予20%的回扣,回扣可一律不记账。消息传出,一些小商贩竞相来批发购买,很快该公司积压的近3万套衬衫就销售一空。

问:该公司的行为是否属于不正当竞争行为?为什么?

(三) 引人误解的虚假宣传行为

引人误解的虚假宣传行为是指经营者利用广告或者其他方法对商品的性能、功能、质量、销售状况、用户评价、曾获荣誉等做引人误解的虚假宣传,诱发消费者产生误购的行为。

引人误解的虚假宣传行为的构成要件主要有以下四点。

(1) 行为的主体是广告主、广告代理制作者和广告发布者。

(2) 上述主体在客观上通过大众传播媒介或其他方法,对其商品或服务进行宣传,制造舆论,扩大影响。大众传播媒介包括报刊、广播、电视、网络等;其他方法包括对商品做现场演示或口头说明;散发、邮寄商品的说明书和宣传品;行业协会等社会团体推荐宣传等可以对商品进行宣传的所有形式。

(3) 对商品做引人误解的虚假宣传,因而具有社会危害性。虚假表示是指宣传的内容与客观事实不符,或完全捏造,如将保健品宣传为药品等。引人误解是指宣传的目的是影响消费者,使其对商品的真实情况产生错误的联想,信以为真,可能导致消费者的误购。如果消费者受宣传影响按照对广告宣传的认识购买商品,结果发现购买的商品并不是自己所理解的,则该广告宣传已构成引人误解。

(4) 在主观方面,广告商在明知或应知情况下,才对虚假广告负法律责任,即承担过错责任;对广告主,则不论其主观上是否有过错,均必须对虚假宣传行为承担法律责任,即承担无过错责任。



案例 6-4

某公开发行的晚报上刊登了“青少年助长的特效良药——张灵助长晶”的广告。宣称:“经过多位医学专家多年努力研制成功的助长新药,采用中外各种名贵药材,经特殊工艺精制而成,对人体骨骼增长有奇效。经美国医学家对数万名矮个青少年服用本药后长期观察,用药者明显增高。实践证明,本药对青少年发育助长有显著功效。本药还荣获2×11年优秀产品奖。本产品两盒起邮,每盒只售240元,款到发货。”但很多青少年服用后,不仅没有发生广告中所说的效果,有的还产生了严重的副作用。

问:上述案例中,经营者和报社的行为属于什么性质?为什么?

（四）侵犯商业秘密行为

1. 商业秘密的概念

根据《反不正当竞争法》第9条规定,商业秘密是指不为公众所知悉,能为权利人带来经济利益,具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。技术信息包括工艺流程、技术秘诀、生产配方、制作方法、软件程序等。经营信息包括管理诀窍、客户名单、资源情报、营销策略和计划等。商业秘密必须具备以下四个特征。

(1) 秘密性。秘密性是指不为公众所知悉,不能从公开渠道直接获得。秘密性是商业秘密的本质特征、核心特征。

(2) 经济性。经济性是指能给权利人带来经济效益。

(3) 实用性。实用性是指能为权利人带来现实的或潜在的经济利益及竞争优势。实用性是商业秘密的价值体现。

(4) 保密性。保密性是指权利人对该信息采取了保密措施,如订立保密协议、建立保密制度、合理封存有关资料等。

2. 侵犯商业秘密行为

侵犯商业秘密行为是指经营者通过不正当手段获取、泄露或使用他人的商业秘密,损害他人利益的行为。

根据《反不正当竞争法》第9条的规定,侵犯商业秘密的不正当竞争行为主要有以下四种情形。

(1) 以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密;

(2) 披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密;

(3) 违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求,披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。

(4) 教唆、引诱、帮助他人违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求,获取、披露、使用或者允许他人使用权利人的商业秘密。经营者以外的其他自然人、法人和非法人组织实施前述所列违法行为的,视为侵犯商业秘密。

第三人明知或者应知商业秘密权利人的员工、前员工或者其他单位、个人实施前款所列违法行为,仍获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的,视为侵犯商业秘密。



案例 6-5

A市消防药剂厂生产的磷酸铵盐干粉质量稳定、价格低廉。而某省反光材料厂因配方不尽完善,生产的同类产品成本较高。2×12年10月31日,反光材料厂厂长彭某等人密谋商定,由张某等两人携款至A市,引诱消防药剂厂职工窃取干粉配方。张某等人以购买干粉为名结识了A市消防药剂厂职工江某。张某提出,如江某能窃取到消防药剂厂干粉配方,他们将以重金购买。11月5日,张某等人以5000元从江某手中购买了干粉配方。

问:本案中反光材料厂是否侵犯消防药剂厂的商业秘密?为什么?

（五）不正当有奖销售行为

有奖销售是指经营者以提供物品、金钱或其他报偿作为奖励,刺激消费者购买商品或接

受服务的行为。主要包括附赠式有奖销售和抽奖式有奖销售两种形式。

附赠式有奖销售是指经营者向购买某种商品的所有购买者或接受某种服务的人附加赠与金钱、物品或其他经济利益的销售活动。

抽奖式有奖销售是指经营者以抽奖、摇奖或其他带有偶然性的方法决定购买者是否中奖的有奖销售方式。它是经营者的一种促销手段,可以提高产品销售量,给经营者带来经济利益,但若超过一定限度滥用有奖销售,不仅会损害消费者利益,还会扰乱市场秩序,破坏公平竞争。因此,我国《反不正当竞争法》禁止以下三种不正当有奖销售。

- (1) 所设奖的种类、兑奖条件、奖金金额或者奖品等有奖销售信息不明确,影响兑奖;
- (2) 采用谎称有奖或者故意让内定人员中奖的欺骗方式进行有奖销售;
- (3) 抽奖式的有奖销售,最高奖的金额超过五万元。



案例 6-6

2×12年春节期间,某市华为商场为推销其积压多年的洗面奶开展有奖销售活动,将原价每瓶10元提高到15元,并规定:凡购买洗面奶一瓶者,便可得到奖券一张,洗面奶售完后举行抽奖仪式,设一等奖1名,奖金5000元,另外加送一个价值100元的MP3;二等奖2名,奖金4000元;三等奖5名,奖金1000元。没几天,洗面奶便销售一空,经过抽奖,鲜有获奖者,而且人们买的洗面奶也根本无法使用。后经了解,中奖人员多为该商场的员工及员工家属。

问:该商场的行为是否构成不正当竞争行为?

(六) 诋毁商誉行为

诋毁商誉行为是指经营者通过捏造、散布虚假事实等不正当手段,损害竞争对手的商业信誉和商品声誉,从而削弱其竞争力,为自己取得竞争优势的行为。商业信誉是指社会对经营者的商业道德、商品品质、价格、服务等方面的积极评价。商品声誉是指社会对特定商品品质、性能的赞誉。商品声誉会给经营者带来商业信誉,而商业信誉又促进商品声誉,它们是一种相互促进的关系。良好的商业信誉和商品声誉本身就是一笔巨大的无形财富,同时又能为经营者带来巨大的经济效益以及市场竞争中的优势地位。

诋毁商誉行为的构成要件有以下几点。

(1) 在主观上,经营者是故意的。经营者对竞争对手的伤害并非出于言行不慎、口误,而是故意诋毁,目的是削弱对手的竞争力。

(2) 在客观上,经营者采用了捏造、散布虚假事实的手段,实施了诋毁商誉行为。如通过广告、新闻发布会等形式捏造、散布虚假事实,使用户、消费者不明真相产生怀疑,不敢或不再与受诋毁的经营者进行交易活动。

如果经营者散布对竞争对手不利的事情,但不属于无中生有或故意歪曲,而是客观事实,这也不能构成诋毁商誉行为。

(3) 诋毁商誉行为侵害的客体是同业竞争者的商业信誉和商品信誉。如果经营者只对对手的个人名誉进行攻击,不涉及商业信誉和商品声誉,此属于一般民事人身权的侵害,由民法予以调整;而诋毁商誉,如果诋毁的是同自己毫无竞争关系的非同业竞争者的商誉,也

属于民事诽谤,构成民事侵权,由民法调整,不属《反不正当竞争法》调整。

诋毁商誉行为捏造虚假事实并且通过大众媒介向社会公布、散布,不仅容易误导消费者,使之产生不安全的消费心理,而且会损害竞争对手的良好声誉,造成难以预料的损失,如销售量骤降、商业合作失败、经营层产生动荡等。因此,为《反不正当竞争法》所禁止。



案例 6-7

A公司生产的雪松牌电冰箱式样好、质量高,很受消费者的欢迎,占有很大市场份额。B公司生产的海鸥牌电冰箱由于质量存在问题,销售很差。为了打开销路开拓市场,B公司在当地报纸上发表一篇“郑重声明”。该声明称:“最近市场上出现的雪松牌电冰箱由于存在质量问题受到很多消费者的投诉,不少消费者找到我厂要求退换。我厂郑重声明此种电冰箱不是我厂产品,请消费者认准我厂海鸥牌商标,以免误购而遭受损失。”此声明刊登后,A公司雪松牌电冰箱销售量直线下降,同时很多已购买的消费者也纷纷要求退货。为维护自己的权益,A公司向法院提起了诉讼。

问:B公司的行为属于哪类不正当竞争行为?

(七) 妨碍、破坏网络产品或者服务正常运行的行为

《反不正当竞争法》规定,经营者不得利用技术手段,通过影响用户选择或者其他方式,实施下列妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为:

- (1) 未经其他经营者同意,在其合法提供的网络产品或者服务中,插入链接、强制进行目标跳转;
- (2) 误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载其他经营者合法提供的网络产品或者服务;
- (3) 恶意对其他经营者合法提供的网络产品或者服务实施不兼容;
- (4) 其他妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为。

第二节 不正当竞争行为的调查



案例 6-8

某化妆品公司专门生产高档化妆品,该公司新推出一种名为“除痘将军”的化妆品,并通过广告大力宣传该化妆品的功效,广告词为“涂抹三天,青春痘不再生;涂抹七天,脸上无疤痕”。很多患有青春痘者纷纷购买,但用后发现,根本不能去除青春痘,有些患者还越来越严重。后经有关机构调查,该化妆品公司推出的该种化妆品为劣质产品,并无广告上宣传的功效。

问:该企业的行为是否属于不正当竞争行为?该企业应承担什么样的法律责任?

一、不正当竞争行为的监督机关

我国《反不正当竞争法》规定：各级人民政府应当采取措施，制止不正当竞争行为，为公平竞争创造良好的环境和条件。国务院建立反不正当竞争工作协调机制，研究决定反不正当竞争重大政策，协调处理维护市场竞争秩序的重大问题。县级以上人民政府履行市场监督管理职责的部门对不正当竞争行为进行查处；法律、行政法规规定由其他部门查处的，依照其规定。可见，我国对不正当竞争行为进行监督检查的部门主要有两类：一类是县级以上的市场监督管理局，另一类是法律、行政法规规定的有权进行监督检查的其他部门。

二、监督机关的职权

根据《反不正当竞争法》的规定，监督检查部门在监督检查不正当竞争行为时，享有下列职权。

1. 询问权

监督检查机关在监督不正当竞争行为时，有权按照规定程序询问被检查的经营者、利害关系人及其他有关单位、个人，并要求提供证明材料或者与不正当竞争行为有关的其他资料，被询问人必须如实提供。

2. 复制权

监督检查机关在监督不正当竞争行为时，有权查询、复制与不正当竞争行为有关的协议、账册、单据、文件、记录、业务函电和其他资料。

3. 检查权

监督检查机关在监督不正当竞争行为时，有权对有关的财物进行检查，必要时可以责令被检查者说明该商品的来源和数量，也可责令其暂停销售，听候检查，禁止其转移、隐匿和销毁该财物。

4. 处罚权

监督检查机关有权对不正当竞争行为进行处罚，处罚的具体形式包括责令停止违法行为、消除影响、没收违法所得、吊销营业执照、处以罚款等。

此外，《反不正当竞争法》还规定了监督检查机关工作人员监督检查不正当竞争行为时的程序要求，采取相关措施，应当向监督检查部门主要负责人书面报告，并经批准。采取查封、扣押与涉嫌不正当竞争行为有关的财物，查询涉嫌不正当竞争行为的经营者的银行账户措施，应当向设区的市级以上人民政府监督检查部门主要负责人书面报告，并经批准。监督检查部门调查涉嫌不正当竞争行为，应当遵守《中华人民共和国行政强制法》和其他有关法律、行政法规的规定，并应当将查处结果及时向社会公开。

三、监督机关的义务

监督检查部门及其工作人员对调查过程中知悉的商业秘密负有保密义务。

对涉嫌不正当竞争行为，任何单位和个人有权向监督检查部门举报，监督检查部门接到举报后应当依法及时处理。

监督检查部门应当向社会公开受理举报的电话、信箱或者电子邮件地址，并为举报人保密。对实名举报并提供相关事实和证据的，监督检查部门应当将处理结果告知举报人。

四、违反《反不正当竞争法》的法律责任

所谓法律责任是指因行为人的违法行为而应当承担的法律后果。根据我国《反不正当竞争法》的规定,违法行为人应承担的法律责任有民事责任、行政责任和刑事责任三种。

(一) 民事责任

民事责任主要是损害赔偿责任。《反不正当竞争法》第 17 条规定,经营者违反《反不正当竞争法》规定,给他人造成损害的,应当依法承担民事责任。经营者的合法权益受到不正当竞争行为损害的,可以向人民法院提起诉讼。因不正当竞争行为受到损害的经营者的赔偿数额,按照其因被侵权所受到的实际损失确定;实际损失难以计算的,按照侵权人因侵权所获得的利益确定。经营者恶意实施侵犯商业秘密行为,情节严重的,可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。赔偿数额还应当包括经营者为制止侵权行为所支付的合理开支。

经营者违反《反不正当竞争法》第六条、第九条规定,权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益难以确定的,由人民法院根据侵权行为的情节判决给予权利人 500 万元以下的赔偿。

(二) 行政责任

《反不正当竞争法》规定的行政责任形式主要有:责令停止违法行为,消除影响;没收违法所得;罚款;吊销营业执照;责令改正;给予行政处分。

根据《反不正当竞争法》的规定,具体行政责任有以下几个方面。

1. 混淆行为的行政责任

经营者违反《反不正当竞争法》规定实施混淆行为的,由监督检查部门责令停止违法行为,没收违法商品。违法经营额 5 万元以上的,可以并处违法经营额 5 倍以下的罚款;没有违法经营额或者违法经营额不足 5 万元的,可以并处 25 万元以下的罚款。情节严重的,吊销营业执照。

经营者登记的企业名称违反《反不正当竞争法》规定的,应当及时办理名称变更登记;名称变更前,由原企业登记机关以统一社会信用代码代替其名称。

2. 商业贿赂行为的行政责任

经营者的工作人员进行贿赂的,应当认定为经营者的行为;但是,经营者有证据证明该工作人员的行为与为经营者谋取交易机会或者竞争优势无关的除外。

经营者违反规定贿赂他人的,由监督检查部门没收违法所得,处 10 万元以上 300 万元以下的罚款。情节严重的,吊销营业执照。



案例 6-9

某市某贸易公司在 2017 年夏购进了 3 万套男式衬衫,质量差、款式旧、销量少,影响了公司资金周转。贸易公司经理在业务会上宣布:不论是公司内部职员,还是外部人员,只要能帮助公司推销 100 套以上衬衫,都给予 20% 的回扣,回扣可一律不记账。消息传出,一些小商贩竞相来批发购买,很快该公司积压的近 3 万套衬衫就销售一空。

请思考:该公司的行为是否属于不正当竞争行为?为什么?

3. 虚假宣传行为的行政责任

我国《反不正当竞争法》对于引人误解的虚假宣传,作出如下法律责任规定:经营者违反本法规定对其商品作虚假或者引人误解的商业宣传,或者通过组织虚假交易等方式帮助其他经营者进行虚假或者引人误解的商业宣传的,由监督检查部门责令停止违法行为,处20万元以上100万元以下的罚款;情节严重的,处100万元以上200万元以下的罚款,可以吊销营业执照。经营者违反相关规定属于发布虚假广告的,依照《中华人民共和国广告法》的规定处罚。

4. 侵犯商业秘密行为的行政责任

经营者以及其他自然人、法人和非法人组织违反规定侵犯商业秘密的,由监督检查部门责令停止违法行为,没收违法所得,处10万元以上100万元以下的罚款;情节严重的,处50万元以上500万元以下的罚款。

5. 不正当有奖销售行为的行政责任

经营者违反规定进行有奖销售的,由监督检查部门责令停止违法行为,处5万元以上50万元以下的罚款。

6. 诋毁竞争对手商业信誉行为的行政责任

《反不正当竞争法》规定,经营者违反规定损害竞争对手商业信誉、商品声誉的,由监督检查部门责令停止违法行为、消除影响,处10万元以上50万元以下的罚款;情节严重的,处50万元以上300万元以下的罚款。

7. 妨碍、破坏网络产品或者服务正常运行的行为的行政责任

经营者违反规定妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的,由监督检查部门责令停止违法行为,处10万元以上50万元以下的罚款;情节严重的,处50万元以上300万元以下的罚款。

(三) 刑事责任

刑事责任是对违法行为者最为严厉的法律制裁,适用于那些对其他经营者、消费者和社会经济秩序损害严重、情节恶劣的不正当竞争行为。根据《反不正当竞争法》的规定,具体刑事责任有以下几个方面。

(1) 经营者销售伪劣商品,构成犯罪的,依法追究刑事责任。

(2) 经营者采用财物或者其他手段进行贿赂以销售或者购买商品,构成犯罪的,依法追究刑事责任。

(3) 监督检查不正当竞争行为的国家机关工作人员滥用职权、玩忽职守,构成犯罪的,依法追究刑事责任。

(4) 监督检查不正当竞争行为的国家机关工作人员徇私舞弊,对明知有违反《反不正当竞争法》规定构成犯罪的经营者故意包庇不使他受追诉的,依法追究刑事责任。

此外,《刑法》也将侵犯商业秘密行为、虚假广告行为、损害商业信誉、商品声誉、串通投标行为情节严重的作为犯罪行为予以制裁;我国《广告法》《价格法》《招标投标法》中也有刑事责任的规定。

需要注意的是,《反不正当竞争法》列举的不正当竞争行为中,有些行为在法律责任中未被提及,即低价倾销行为、不正当搭售行为。对此,被侵害的经营者可以依照《反不正当竞争法》第20条的规定要求赔偿,还可以依照相关法律(如我国《民法典》《价格法》等)的规定保

护被侵害的经营者的利益。



案例 6-10

某省于2×12年元旦开通有线电视公共频道,该有线电视台为了提高收视率以吸引更多的广告客户,推出了集娱乐、休闲、广告、抽奖为一体的“缤纷时刻”栏目,开展“日日送奖,月月送礼”活动,每天向观众出一道简单的问题,猜对的观众通过抽奖即可获得每日送出的一台VCD或者一部手机,每月还送出一个超过10万元的大奖,即一套公寓。此举引起了强烈的社会反响。另外,该省还拥有多家电视台,电视台之间的竞争非常激烈,而该有线电视台开展的有奖竞猜活动的目的主要是为了招揽广告客户。

问:该电视台的行为是否违反了《反不正当竞争法》?应承担什么责任?谁应对该电视台的不正当竞争行为进行监督?



实践中应注意的问题

一、不能以降价促销为由拒绝实行“三包”

降价促销是经营者的价格促销手段。对于商家经销的季节性产品,一旦过了季节,为避免产品积压、占用资金,提高经济效益,往往会采用打折降价促销的方法。降价的原因与产品应具备的质量、功能无关,所以经营者不能因此免除应承担的“三包”义务,即打折产品的“三包”责任与正常价格的商品一样,不得故意拖延或无理拒绝。打折产品不实行“三包”的规定是无效的,是不公平、不合理的。

二、注意有奖销售的误区

针对消费者的博彩心理,有奖销售也已成为商家促销常用的一种手段,但《反不正当竞争法》明确规定,抽奖式的有奖销售,最高奖的金额不能超过50000元,不能利用有奖销售的手段推销质次价高的产品,否则都是不正当竞争行为。然而,仍有不少企业因为法律观念淡薄,在有奖销售中不但违规操作、欺骗消费者,当奖品对消费者造成人身、财产损害时就会以奖品为由推卸责任,同时也因不懂相关法律规定而惹上官司,影响企业的信誉和形象。



拓展相关法律知识

- (1)《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》。
- (2)《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》。
- (3)《关于禁止有奖销售活动中不正当竞争行为的若干规定》。
- (4)《关于禁止仿冒知名商品特有的名称、包装、装潢的不正当竞争行为的若干规定》。
- (5)《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》。



综合实训

一、单项选择题

1. 下列属于正常竞争行为的是()。

- A. 季节性降价
B. 擅自使用他人的企业名称
C. 对商品质量做引人误解的虚假表示
D. 在商品上伪造认证标志
2. 下列行为属于不正当竞争的是()。
- A. 低于成本价销售鲜活产品
B. 商场为了促销,在成本价以上将商品打折出售
C. 企业经营不善,因为歇业而降价销售产品
D. 商场抽奖式的有奖销售,最高奖的金额达到 50 000 元
3. 甲酒店向该市出租司机承诺,为酒店每介绍一位客人,酒店向其支付该客人房费的 20%作为奖励,与其相邻的乙酒店向有关部门举报了这一行为。有关部门调查发现甲酒店给付的奖励在公司的账面上皆有明确详细的记录。甲酒店的行为属于()。
- A. 正当的竞争行为
B. 商业贿赂行为
C. 限制竞争行为
D. 低价倾销行为
4. 《反不正当竞争法》中的“经营者”指()。
- A. 从事商品经营或营利性服务的法人、其他经济组织、个人
B. 某些经济组织
C. 公民个人
D. 各种法人
5. 我国《反不正当竞争法》规定,抽奖式有奖销售最高奖金的金额不得超过人民币()元。
- A. 3 000
B. 50 000
C. 7 000
D. 10 000

二、多项选择题

1. 根据《反不正当竞争法》的规定,下列各项中,属于侵犯商业秘密的行为有()。
- A. 甲公司为了了解竞争对手乙公司的销售渠道,重金收买移动公司某职员提供乙公司经理的手机通话记录
B. 非凡公司通过购买丙公司产品简单分析后,生产出类似产品在市场上销售
C. 天霸公司将正德公司的专利产品模仿后,生产出本公司产品在市场上销售
D. 雨香饭店唆使天虹饭店主厨带着其招牌菜制作方法跳槽至本饭店
2. 下列属于不正当竞争行为的有()。
- A. 某市电信部门在给用户装固定电话时,指定使用某几种品牌的电话机
B. 某市政府下达文件指定政府招待应喝本地产某品牌的白酒
C. 某饭店在顾客结账时收取餐巾费
D. 某公司在宣传自己的彩电效果时,使用“某某彩电,皇帝享受”广告用语
3. 我国《反不正当竞争法》严加禁止的不正当竞争行为有()。
- A. 以格式合同对消费者做出不合法规定的行为
B. 侵犯消费者人身权的行为
C. 产品无中文标明的产品名称行为
D. 降价排挤行为
E. 通谋投标行为
4. 下列有奖销售行为中属于不正当有奖销售行为的有()。

- A. 谎称有奖进行有奖销售
 - B. 故意让内定人员中奖进行有奖销售
 - C. 利用有奖销售的手段推销质次价高的商品
 - D. 抽奖式有奖销售的奖品为 5 000 元的实物
 - E. 抽奖式有奖销售的最高金额超过 50 000 元
5. 在商品上仿造假冒使用(),对商品质量做引人误解的虚假表示,是不正当竞争行为。
- A. 认证标志
 - B. 名优标志
 - C. 产地
 - D. 非注册商标

三、案例分析题

1. 某一实力雄厚的 B 企业将电话产品投放到 A 市。A 市电话机市场竞争激烈,有三四家企业在市场上也推出了在性能、质量、价格等方面与 B 企业相似的产品,在市场上形成了电话机销售的竞争局面。B 企业为排挤竞争对手,将销售产品的价格一降再降,最后低于成本销售。与其竞争的一些中小企业为占领市场的一席之地,也试图降价销售,但因实力不足,低于成本销售意味着亏损,为避免亏损经营,不得不退出市场。实力雄厚的 B 企业以降价排挤竞争对手的策略成功,在 A 市市场上形成独霸局面,在市场竞争中占据绝对有利的地位。随后,B 企业又以改进产品型号为名,将价格提高。

问:(1) 不正当竞争行为有哪几类?

(2) B 企业的行为是否构成不正当竞争?

(3) B 企业行为的特点是什么?

(4) B 企业的行为应该承担什么法律责任?

2. 甲、乙两旅行社都是享有盛名的国家承办境外游客到国内观光的经济组织。2×11 年,两旅行社均接待海外游客 20 万人次,经济效益不相上下。2×12 年上半年,甲旅行社以高薪为条件,使乙旅行社海外部 15 名工作人员全部辞职,转入甲旅行社工作。甲旅行社为此成立海外旅行二部,该 15 名原乙旅行社的工作人员在转入甲旅行社时将自己的业务资料、海外业务单位名单都带入甲旅行社。2×12 年上半年,两旅行社的业务均发生很大的变化,甲旅行社的海外游客骤然上升,效益大增,而乙旅行社业务受到极大影响,造成了较大的经济损失。

问:(1) 甲旅行社的行为是否构成不正当竞争?如是,应属哪种不正当竞争行为?为什么?

(2) 对甲旅行社是否应进行法律制裁?如何制裁?

3. A 单位经过介绍人 B 向 C 服装厂订购工作服 500 套,双方在合同中订明,C 服装厂给 A 单位 10% 的折扣优惠。A 单位依照合同通过银行转账支付了 450 套的货款。C 服装厂提款后一个月交货给 A 单位。同时服装厂为了酬谢介绍人 B,支付介绍费 1 000 元。

问:(1) C 服装厂与 A 单位的交易行为中有无不合法的?为什么?

(2) 介绍人 B 收取服装厂的 1 000 元是否合法?