

SHANGSHI HETONG FENGXIAN
JIQI FANGFAN

YI AN SHUO FA

商事合同风险 及其防范：

以案说法

刘晓明 张帆 郑心宏 著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

SHANGSHI HETONG FENGXIAN
JIQI FANGFAN

YI AN SHUO FA

商事合同风险 及其防范： 以案说法

刘晓明 张帆 郑心宏 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

商事合同风险及其防范:以案说法 / 刘晓明 张帆
郑心宏著. —北京:法律出版社, 2012. 11
ISBN 978 - 7 - 5118 - 4244 - 2

I. ①商… II. ①刘… ②张… ③郑… III. ①商务—
经济合同—合同法—案例—中国 IV. ①D923. 65

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 270243 号

商事合同风险及其防范:
以案说法

刘晓明 张帆 郑心宏 著

责任编辑 郑 导
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
版本 2013 年 1 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 三河市国新印装有限公司

印张 28 字数 476 千
印次 2013 年 1 月第 1 次印刷
编辑统筹 独立项目策划部
经销 新华书店
责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4244 - 2

定价:68.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

“哪里有贸易,哪里就有法律。”^①我国在调整民商事法律关系的现行法律上采取了民商合一的立法模式,既没有涵盖全部商事法律规范的商法典,也没有明确商事关系一般规则的商事通则,但民商调整规则的共性化使得具有营利性的商事关系的特殊性被淹没,因此,于实务之中产生了制定专门调整商事关系的需求。由于这种需求(即具有普遍指导性意义的商事通则的制定)还未得以满足,为“摸着石头过河”的实务工作者,我们只能以案例为基础,以经验为依托,为共同的实务操作铺垫道路,寻求出口,以期推动商事通则制定步伐的加快,同业也可予以参考。

“哪里有贸易,哪里就有风险。”商事活动是一种营利性活动,经济利益总归是瞬息万变,因此,效率成为商事主体所追求的目标之一,但是,效率的提高往往导致风险的增加,因此商事主体通过合同确定约束双方的权利义务,达到降低风险的目的。简言之,商事活动的核心在于效率与安全,在于风险的认知与防范。商业风险的控制由商业从业者去衡量,法律风险的防范则由法律工作者去把握。用可知的法律风险去降低未知的商业风险,这也是本书的核心内容所在。

本书体系完整,纵横交错,由总及分。总论(第一章)中对于商事合同和法律风险进行了一般性的理论介绍,对于基本的概念进行划分与定性;分论计为十三章,涵盖了买卖合同实践及其法律风险(第二章)、借款合同实践中的法律风险及其防范(第三章)、租赁合同实践中的法律风险及其防范(第四章)、融资租赁合同实践中的法律风险及其防范(第五章)、承揽合同实践中的法律风险及其防范(第六章)、建设工程合同实践中的法律风险及其防范(第七章)、技术合同实践中的法律风险及其防范(第八章)、保管合同实践中的法律风险及其防范(第九章)、仓储合同实践中的法律风险及其防范(第十章)、委托合同实践中的法律风险及其防范(第十一章)、居间合同实践中的法律风险及其防范(第十二章)、居间合同实践中的法律风险及其防范(第十三章)。每章中第一部分对各商事合同进行了基本的概述,并在理解上

^① [法]孟德斯鸠著:《论法的精神》(下),张雁深译,商务印书馆1997年版,第14页。

具体案例评析,逐步把握住各商事合同的基本特性。知其之特性,方能知为防范打好认知基础。第二部分对风险及防范方法作了规律性总结,各商风险特点其高发区块不一而同,因此,作者在此结合了第一部分的合同特析,提示读者风险所在的重点区块,并对应案例加深读者的记忆点。

本书针对专业人士,立足实务视角,未尽之处,望各位读者批评指正。

前 言	
第一章 商事合同交易及其法律风险概述	
第一节 商事合同概述	
一、商事合同的界定	
(一)《国际商事合同通则》(以下简称《通则》)	
(二)《美国统一商法典》(以下简称《统一商法典》)	
(三)英国法	
二、商事合同的特点	
(一)更加注重交易效率与安全	
(二)缔约者负有更高的注意义务	
(三)在合同分类上,商事合同一般为有偿合同、要式合同、双务合同	
(四)商事合同一般采严格责任作为归责原则	
三、商事合同的分类	
第二节 合同风险概述	
一、风险、法律风险、合同风险	
(一)可认知性	
(二)专业性	
(三)损失性	
(四)不可投保性	
相关案例分析 1	
相关案例分析 2	
相关案例分析 3	
二、法律风险的类型	
(一)违法行为所导致的法律风险	
相关案例分析	

(二) 合同管理中不规范行为所导致的法律风险	
相关案例分析	
(三) 法律不确定性所导致的法律风险	
相关案例分析	
(四) 合同签订前隐藏的法律风险	
相关案例分析	
(五) 合同订立时存在的法律风险	
相关案例分析	
(六) 合同履行过程中的法律风险	
相关案例分析	
(七) 合同终止时的法律风险	
相关案例分析	
三、防控合同法律风险的一般原则	
(一) 防范知识原则	
(二) 重视防范原则	
(三) 切实行动原则	

第二章 买卖合同实践及其法律风险

第一节 买卖合同概述	
一、买卖合同的界定	
相关案例分析	
二、买卖合同的特点	
(一) 买卖合同是卖方转移财产所有权, 买方支付对应价款的合同	
(二) 买卖合同是双务合同	
(三) 买卖合同是有偿合同	
(四) 买卖合同是诺成合同	
(五) 买卖合同为不要式合同	
三、买卖合同的一般理论	
(一) 买卖合同的主要内容	
相关案例分析 1	
相关案例分析 2	
相关案例分析 3	
相关案例分析 4	
相关案例分析 5	

(二) 买卖合同的效力	
相关案例分析	
相关案例分析	
相关案例分析 1	
相关案例分析 2	
(三) 标的物所有权转移及风险负担	
相关案例分析 1	
相关案例分析 2	
第二节 买卖合同风险及其防范	
一、买卖合同实践中法律风险的特点	
(一) 基础性	
(二) 多样性	
相关案例分析 1	
相关案例分析 2	
相关案例分析 3	
相关案例分析 4	
(三) 可预防性	
二、买卖合同实践中风险规避的基本理念	
(一) 严格审查对方当事人的主体资格和履约能力	
(二) 严格审查合同条款	
(三) 克服心理弱点, 防止合同陷阱	
(四) 建立合同管理体系, 用制度防御风险	
(五) 增强权利意识, 利用法律武器保障权益	
三、如何看待效率违约及其风险防范	
(一) 什么是效率违约	
(二) 我国学者对“效率违约理论”的评述	
(三) 效率违约与合同风险防范	

第三章 借款合同实践中的法律风险及其防范

第一节 借款合同概述	
一、借款合同的界定	
二、借款合同的特点	
(一) 借款合同是双务合同	
(二) 借款合同一般是有偿合同	

- (三)借款合同一般是要式合同
- (四)借款合同的标的只能是货币
- (五)借款合同是转移标的物金钱所有权的合同
- 三、借款合同的一般理论
- (一)借款合同的分类
- 相关案例分析
- (二)借款合同的内容
- (三)借款合同的效力
- 相关案例分析 1
- 相关案例分析 2
- 相关案例分析 3
- 相关案例分析 1
- 相关案例分析 2
- (四)借款合同担保的基本理论
- 相关案例分析 1
- 相关案例分析 2
- 第二节 借款合同风险及其防范
- 一、借款合同实践中法律风险的特点
- (一)风险的固有性
- (二)风险的集中性
- (三)风险的破坏性
- (四)风险的单方性
- 二、借款合同实践中风险规避的基本理念
- (一)完善制度建设,强化制约功能
- (二)培训信用观点,完善金融法制
- (三)增强风险意识,提高防范能力
- 相关案例分析 1
- 相关案例分析 2
- 相关案例分析 3

第四章 租赁合同实践中的法律风险及其防范

- 第一节 租赁合同概述
- 一、租赁合同的界定
- (一)动产租赁与不动产租赁

(二) 定期租赁与不定期租赁	
(三) 一般租赁与特殊租赁	
二、租赁合同的特点	
(一) 租赁合同是转移财产使用权的合同	
(二) 承租人取得租赁物的使用权是以支付租金为代价	
(三) 租赁合同是主体十分广泛的合同	
(四) 租赁合同的标的物是有体物、非消耗物	
(五) 租赁合同是双务合同、有偿合同、诺成合同	
(六) 租赁合同具有临时性	
三、租赁合同的一般理论	
(一) 租赁权的性质	
(二) 租赁合同的内容	
相关案例分析 1	
相关案例分析 2	
相关案例分析 3	
(三) 租赁合同的效力	
相关案例分析 1	
相关案例分析 2	
相关案例分析 3	
相关案例分析 4	
相关案例分析 5	
第二节 租赁合同法律风险及其防范	
一、租赁合同实践中法律风险的特点	
(一) 出租人风险较大	
(二) 标的物风险突出	
(三) 履行风险常见	
二、租赁合同实践中风险规避的基本理念	
(一) 订立租赁合同前应尽可能了解对方当事人的有关信息	
(二) 制定完备合同, 防范标的物风险与履约风险	
(三) 积极主张权利, 将损失最小化	
三、如何处理介于租赁与保管之间的合同	
相关案例分析	

第五章 融资租赁合同实践中的法律风险及其防范

第一节 融资租赁合同概述

一、融资租赁合同的界定

(一) 融资租赁与传统租赁合同

(二) 融资租赁合同与借款合同

(三) 融资租赁合同与分期付款合同

二、融资租赁合同的特点

(一) 以融资为目的,以融物为手段

(二) 出租人特定

相关案例分析

(三) 融资租赁合同是非继续性契约

(四) 融资租赁合同是要式合同

(五) 融资租赁合同是双务、有偿合同

三、融资租赁合同的一般理论

(一) 融资租赁合同的性质

(二) 融资租赁合同的内容

(三) 融资租赁合同的效力

相关案例分析

第二节 融资租赁合同风险及其防范

一、融资租赁合同实践中法律风险的特点

(一) 复杂性

(二) 外部风险突出

二、融资租赁合同实践中风险规避的基本理念

(一) 合理预测风险

(二) 注重防范,规避风险

三、融资租赁合同实践中的新问题

(一) 租赁形式过于单一,融资租赁行业发展相对缓慢

(二) 融资租赁法律制度有待完善

第六章 承揽合同实践中的法律风险及其防范

第一节 承揽合同概述

一、承揽合同的界定

(一) 承揽合同的种类

相关案例分析	
(二) 承揽合同与其他合同的区别	
二、承揽合同的特点	
(一) 承揽合同是以完成一定工作为目的的合同	
(二) 定作物的特定性	
(三) 承揽人独立完成工作并承担风险	
(四) 承揽合同是诺成合同、有偿合同、双务合同、不要式合同	
三、承揽合同的一般理论	
(一) 承揽合同的内容	
(二) 承揽合同的效力	
相关案例分析 1	
相关案例分析 2	
相关案例分析 3	
相关案例分析 4	
相关案例分析 5	
相关案例分析 6	
相关案例分析 7	
第二节 承揽合同法律风险及其防范	
一、承揽合同实践中法律风险的特点	
(一) 合同定性风险突出	
(二) 承揽人风险较大	
(三) 可预防性	
二、承揽合同实践中风险规避的基本理念	
(一) 谨慎缔约, 审查合同条款	
(二) 提高警惕, 防范承揽欺诈	
(三) 利用法律手段保护合法权益	
三、承揽合同的新进展	
(一) 我国承揽合同的特殊性	
(二) 定作物的所有权归属与风险负担	
(三) 定作人的侵权责任	
第七章 建设工程合同实践中的法律风险及其防范	
第一节 建设工程合同概述	
一、建设工程合同的界定	

二、建设工程合同的特点	
(一)建设工程合同的标的具有特殊性	
(二)建设工程合同的承包人主体资格具有法定性	
(三)建设工程合同的履行具有程序性	
(四)国家对建设工程合同的管理具有特殊性	
(五)建设工程合同是要式合同	
相关案例分析	
三、建设工程合同的一般理论	
(一)建设工程合同的内容	
(二)建设工程合同的效力	
相关案例分析 1	
相关案例分析 2	
相关案例分析 3	
相关案例分析 4	
相关案例分析 5	
(三)承包人优先受偿权的性质	
第二节 建设工程合同法律风险及其防范	
一、建设工程合同实践中法律风险的特点	
(一)风险的长期性	
(二)风险的复杂性	
(三)风险的动态性	
(四)风险的效益性	
二、建设工程合同实践中风险规避的基本理念	
(一)事前控制	
(二)事中控制	
(三)事后控制	
三、如何减少建设工程承包合同中的信息不对称	
(一)信息不对称的基本理论	
(二)建设工程承包合同中的信息不对称	
(三)应对建设工程合同信息不对称的手段	
第八章 技术合同实践中的法律风险及其防范	
第一节 技术合同概述	
一、技术合同的界定	

二、技术合同的特点	
(一)技术合同的标的是技术成果	
(二)技术合同的法律调整具有多样性的特征	
(三)技术合同是双务、有偿、诺成性合同	
(四)技术合同的主体一方具有特定性	
(五)技术合同的履行具有特殊性	
三、技术合同的内容	
(一)项目名称	
(二)标的的内容、范围和要求	
(三)履行的计划、进度、期限、地点、地域和方式	
(四)技术情报和资料的保密	
(五)风险责任的承担	
相关案例分析	
(六)技术成果的归属和收益的分成办法	
相关案例分析	
(七)验收标准和方法	
相关案例分析	
(八)价款、报酬或者使用费及其支付方式	
(九)违约金或者损失赔偿的计算方法	
(十)解决争议的方法	
(十一)词和术语的解释	
四、技术合同的类型	
(一)技术开发合同	
相关案例分析 1	
相关案例分析 2	
相关案例分析 3	
(二)技术转让合同	
相关案例分析	
(三)技术咨询合同和技术服务合同	
(四)技术培训合同和技术中介合同	
第二节 技术合同法律风险及其防范	
一、技术合同实践中法律风险的特点	
(一)难预见性	
(二)综合性	

- (三)可预防性
- 二、技术合同实践中风险规避的基本理念
- (一)注重事前审查,防范合同陷阱
- 相关案例分析
- (二)全面审查合同条款,避免合同漏洞
- 相关案例分析
- (三)谨慎履约,依法保护权益
- 三、专利合同的特殊性及其风险防范
- (一)专利实施许可合同的特点
- (二)专利实施许可合同的种类

第九章 保管合同实践中的法律风险及其防范

- 第一节 保管合同概述
- 一、保管合同的界定
- (一)两者的成立生效要件不同
- (二)保管合同原则上是无偿合同,而仓储合同是有偿合同
- (三)两者对保管人的资质要求不同
- (四)保管人有无验收义务不同
- (五)仓储合同的保管人有容忍义务,保管合同的保管人则无
- (六)两者对存货人逾期提取保管物的处理不同
- 二、保管合同的特点
- (一)保管合同为实践合同
- (二)保管合同为不要式合同、双务合同
- (三)保管合同以物的保管为目的
- (四)保管合同须移转标的物的占有
- 三、保管合同的一般理论
- (一)保管合同的种类
- (二)保管合同的效力
- 相关案例分析 1
- 相关案例分析 2
- 相关案例分析 3
- 相关案例分析 4
- (三)保险合同的归责原则
- (四)保管合同的时效规定

(五) 保管合同的终止	
第二节 保管合同法律风险及其防范	
一、保管合同实践中法律风险的特点	
(一) 标的物风险突出	
(二) 履行风险突出	
(三) 可预防性	
二、保管合同实践中风险规避的基本理念	
(一) 审慎缔约、事前防范	
(二) 利用法律武器, 维护合法权益	
三、保管合同中的新问题	
(一) 几种特殊类型保管合同	
(二) 我国保管合同立法现状	
第十章 仓储合同实践中的法律风险及其防范	
第一节 仓储合同概述	
一、仓储合同的界定	
二、仓储合同的特点	
(一) 保管人须为专事仓储保管业务的人	
(二) 仓储保管的对象是动产, 不动产不能成为仓储合同的标的物	
(三) 存货人的货物交付或返还请求权以仓单为凭证	
(四) 仓储合同为双务、有偿合同、不要式合同	
(五) 仓储合同为诺成合同	
相关案例分析	
三、仓储合同的一般理论	
(一) 仓储合同的分类	
(二) 仓储合同的效力	
相关案例分析	
(三) 仓储合同中的仓单	
相关案例分析	
第二节 仓储合同法律风险及其防范	
一、仓储合同实践中法律风险的特点	
(一) 多样性	
(二) 可预防性	
二、仓储合同实践中风险规避的基本理念	

- (一) 审查合同, 谨慎缔约
 相关案例分析
- (二) 利用法律武器, 捍卫合法权益
- 三、仓储合同理论的新进展
- (一) 关于仓储物的权利主体问题
- (二) 我国关于仓储合同规定不明晰的问题

第十一章 委托合同实践中的法律风险及其防范

- 第一节 委托合同概述
- 一、委托合同的界定
- (一) 行纪合同和委托合同
- (二) 委托合同与居间合同
- (三) 委托合同与委托代理
- 二、委托合同的特点
- (一) 委托合同以委托方相信受托方能处理委托事务为前提
- (二) 委托合同的目的是由受托人处理委托人的事务
- (三) 委托合同为诺成性合同、不要式合同、双务合同
- (四) 委托合同可以是有偿合同, 也可以是无偿合同
- 三、委托合同的一般理论
- (一) 委托合同的种类
- (二) 委托合同的主要内容
- (三) 委托合同的效力
- 相关案例分析 1
- 相关案例分析 2
- 相关案例分析 3
- 相关案例分析 4
- (四) 委托合同的特殊情形
- (五) 委托合同的终止
- 相关案例分析
- 第二节 委托合同法律风险及其防范
- 一、委托合同实践中法律风险的特点
- (一) 复杂性
- (二) 受托人风险较大
- (三) 可预防性