

合同 的 漏洞 欺诈 及 防范

王凤丽 / 主编

HETONGDELOUDONG

欺诈 及 防范

QIZHAJIFANGFAN



HETONGDELOUDONG

法 律 出 版 社

D923.6

461567

W 3

合同的漏洞、欺诈及防范

主编 王凤丽

法律出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

合同的漏洞、欺诈及防范/王凤丽主编. - 北京: 法律出版社. 1999. 9

ISBN 7-5036-2964-9

I. 合… II. 王… III. 合同法-预防犯罪-研究-中国
IV. D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 60926 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/陶松

责任校对/杨昆玲

印刷/北京外文印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32

印张/19.5 字数/480 千

版本/2000 年 3 月第 1 版

2000 年 3 月第 1 次印刷

印数/0, 001-6, 000

社址/北京市海淀区西三环北路 105 号科原大厦 4 层 (100037)

电子信箱: pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900 (发行部) 88414121 (总编室)

出版声明/版权所有, 侵权必究。

书号: ISBN 7-5036-2964-9/D·2667

定价: 30.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

主 编：王凤丽

副主编：蒋剑伟 牛长勇

撰稿人：林 松 张 兢 睦衍照 赵广周

丁 超 牛长勇 王凤丽 蒋剑伟

李 炬 周 楠 李瑞跃 郭素荣

目 录

第一章 买卖合同的漏洞、欺诈及防范	(1)
一、买卖合同的概念及其法律特征.....	(1)
(一) 买卖合同的概念.....	(1)
(二) 买卖合同的基本特征.....	(2)
二、买卖合同的基本内容.....	(3)
三、买卖合同的漏洞、欺诈及防范实例分析	(26)
第二章 租赁合同的漏洞、欺诈与防范	(62)
一、租赁合同的概念和法律特征	(62)
二、租赁合同的性质和种类	(66)
三、租赁合同的主要内容	(68)
四、租赁合同的漏洞、欺诈及防范实例分析	(72)
第三章 融资租赁合同的漏洞、欺诈与防范	(91)
一、融资租赁合同的概念和法律特征	(91)
(一) 融资租赁合同的概念	(91)
(二) 融资租赁合同的法律特征	(93)
二、融资租赁的性质和种类	(96)
三、融资租赁合同的主要内容	(97)
四、融资租赁合同的漏洞、欺诈及防范实例分析.....	(103)
第四章 赠与合同的漏洞、欺诈及防范	(119)
一、赠与合同的概念与法律特征.....	(119)
二、赠与合同的主要内容.....	(123)
三、赠与合同的漏洞、欺诈及防范实例分析.....	(126)

第五章 借款合同的漏洞、欺诈及防范	(136)
一、借款合同的概念和法律特征.....	(136)
二、借款合同的主要内容.....	(138)
三、借款合同的漏洞、欺诈及防范实例分析.....	(140)
第六章 承揽合同的漏洞、欺诈及防范	(169)
一、承揽合同的概念及法律特征.....	(169)
二、承揽合同的主要内容.....	(171)
三、承揽合同的漏洞、欺诈及防范实例分析.....	(177)
第七章 建设工程合同的漏洞、欺诈及防范	(197)
一、建设工程承包合同的概念和法律特征.....	(197)
二、建设工程合同的主要内容.....	(199)
三、建设工程合同中的漏洞、欺诈及防范 实例分析.....	(207)
第八章 运输合同的漏洞、欺诈及防范	(220)
一、运输合同的概念及法律特征.....	(220)
二、运输合同的主要内容.....	(223)
三、运输合同的漏洞、欺诈及防范实例分析.....	(231)
第九章 技术合同的漏洞、欺诈及防范之一： 技术合同法总论	(246)
一、技术合同的概念及法律特征.....	(246)
二、技术合同规定的主要内容.....	(248)
三、技术合同的漏洞、欺诈及防范实例分析.....	(255)
* * *	
技术合同的漏洞、欺诈及防范之二：技术开发合同	(263)
一、技术开发合同的概念及法律特征.....	(263)
二、技术开发合同的主要内容.....	(268)
三、技术开发合同的漏洞、欺诈及防范实例分析.....	(275)

* * *

技术合同的漏洞、欺诈及防范之三：技术转让合同

..... (286)

一、技术转让合同的概念和法律特征..... (286)

二、技术转让合同的主要内容..... (287)

三、技术转让合同的漏洞、欺诈及防范实例分析..... (305)

* * *

技术合同的漏洞、欺诈及防范之四：技术咨询和**服务合同**..... (321)

一、技术咨询合同..... (321)

二、技术服务合同..... (326)

三、技术培训合同..... (330)

四、技术中介合同..... (332)

五、技术咨询、服务、培训、中介合同的漏洞、
欺诈及防范实例分析..... (335)**第十章 保管合同的漏洞、欺诈及防范**..... (350)

一、保管合同的概念和法律特征..... (350)

二、保管合同的主要内容..... (354)

三、保管合同的漏洞、欺诈及防范实例分析..... (360)

第十一章 仓储合同的漏洞、欺诈及防范..... (376)

一、仓储合同的概念和法律特征..... (376)

二、仓储合同的成立与生效..... (382)

三、仓储合同当事人的权利与义务..... (382)

四、仓储合同的主要条款..... (390)

五、仓储合同的漏洞、欺诈及防范实例分析..... (391)

第十二章 委托合同的漏洞、欺诈及防范..... (409)

一、委托合同的概念和法律特征..... (409)

二、委托合同的主要内容..... (413)

三、委托合同的漏洞、欺诈及防范实例分析·····	(421)
第十三章 行纪合同的漏洞、欺诈及防范·····	(437)
一、行纪合同的概念和法律特征·····	(437)
二、行纪合同的主要内容·····	(441)
三、行纪合同的漏洞、欺诈及防范实例分析·····	(448)
第十四章 居间合同的漏洞、欺诈及防范·····	(456)
一、居间合同的概念及法律特征·····	(456)
二、居间合同的主要内容·····	(459)
三、居间合同的漏洞、欺诈及防范实例分析·····	(463)
第十五章 土地使用权出让与转让合同的漏洞、 欺诈及防范·····	(474)
一、土地使用权出让合同·····	(474)
二、土地使用权转让合同·····	(481)
三、土地使用权出让和转让合同的漏洞、欺诈 及防范实例分析·····	(487)
第十六章 出版合同与表演合同的漏洞、欺诈与 防范·····	(497)
一、出版合同的漏洞、欺诈与防范·····	(497)
二、表演合同的漏洞、欺诈及防范·····	(516)
第十七章 商标转让与使用许可合同的漏洞、 欺诈及防范·····	(525)
一、商标转让合同的漏洞、欺诈及防范·····	(525)
二、商标使用许可合同的漏洞、欺诈与防范·····	(540)
第十八章 涉外商事合同的漏洞、欺诈及防范·····	(554)
一、涉外商事合同的概念与法律特征·····	(554)
二、涉外商事合同若干法律问题分析·····	(557)
三、涉外商事合同的漏洞、欺诈及防范实例分析·····	(582)

第一章 买卖合同的漏洞、欺诈及防范

一、买卖合同的概念及其法律特征

(一) 买卖合同的概念

根据《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)的规定:“买卖合同是出卖人转移标的物的所有权于买受人,买受人支付价款的合同。”

买卖合同是各国合同法或债法中最基本的一类合同,但对于买卖合同的概念,都存在着广义与狭义两种立法体例。

以日本民法为代表,其买卖合同的标的是财产权和价金;以我国《合同法》及英美合同法为代表,买卖合同的标的为所有权与价金。很显然,前者的标的范围远广于后者的标的范围,故称为广义的买卖合同概念。后者则相应地称为狭义的买卖合同概念。

在对《合同法》规定的买卖合同概念的理解上,应注意以下几点:

(1) 买卖合同的标的除了价金以外,是实物的所有权。

因此,所有权以外的其他财产权利转让的协议,如土地使用权的转让协议,股票等有偿证券的转让协议均不属于《合同法》所标的买卖合同。

另外,根据《合同法》的有关规定,除法律另有规定或当事人另有约定以外,标的物的所有权转移以标的物的交付为准。正

是从这个意义上,《合同法》中的买卖合同的标的是实物。

(2) 买卖合同的买方应当支付价款。

这是买卖合同区别于其他转移所有权的合同的最主要方面。即买卖合同是以货币换物的合同,而其他转移所有权的合同如赠与,不涉及交换,互易合同,乃以物易物。但应当注意的是,互易合同虽不是买卖合同的一种,但《合同法》仍然把互易合同的有关规定编入买卖合同一章(见《合同法》第175条),这是因为互易合同在法律性质与特征上与买卖合同非常相近,因此,在法律运用上,可参照买卖合同的有关规定。

(3) 买卖合同不限于“一手交钱,一手交货”的即时清结的转移所有权的合同。

只要买卖双方以支付一定的价款,转让标的物的所有权为目的达成了协议,则支付价款的方式、时间,转移所有权的方式、时间的灵活变化并不影响该合同的性质为买卖合同。由此,买卖合同可以作进一步的区分,分为一般买卖合同和特殊买卖合同。

(二) 买卖合同的基本特征

(1) 买卖合同是一种双方的民事法律行为。

民事法律行为是一种合法行为,是能产生当事人预期效力的行为,以意思表示为基本要素。买卖合同是民事法律行为的一种,《民法通则》中有关民事法律行为的规定也适用于买卖合同。

由于买卖合同也以意思表示为基本要素,因此在买卖合同的订立上,又将订约双方的意思表示分为要约与承诺。合同的内容,也以双方当事人意思自治为原则,在任意性法律规范与当事人的意思表示有不一致时,以当事人的约定为准。

此外,买卖合同的双方可以是自然人,也可以是法人;可以是一人,也可以是数人;可以是本国人,也可以是外国人。

(2) 买卖合同是典型的双务、有偿合同。

买卖合同中,买卖双方互相享有权利并互相负有义务。一方

的权利对应的是另一方的义务。

买卖合同中的一方取得利益时，都必须为该利益给付对价，如卖方欲取得价金，则须转移标的物的所有权于对方。

正是因为买卖合同是典型的双务有偿合同，所以合同法上明确加以规定。

(3) 买卖合同是有名要因合同。

所谓有名合同，是指法律上明文规定了名称的合同。相对应的为无名合同，即法律未作专门规定的合同。有名合同必须具备法律规定的要件时才发生法律效力；在合同发生争议时，直接运用有关的法律规定。而无名合同，依当事人的约定；无约定时，类推适用与之相类似的有名合同的规定。《合同法》第174条规定，“法律对其他有偿合同有规定的，依照其规定；没有规定的，参照买卖合同的有关规定。”该规定充分体现了买卖合同的有名合同的特点。

所谓要因合同，指合同的成立须具备一定的原因。在买卖合同中，该原因即为当事人有取得标的物所有权和价款的目的。

(4) 买卖合同为诺成合同。

买卖合同的成立，只需双方当事人意思表示达成一致即可，无需交付标的物。交付标的物不是合同成立的要件，而是成立生效后的买卖合同中的一项义务。

(5) 买卖合同为不要式合同。

买卖合同不须具备法律规定的特定形式，既可为口头形式，也可为书面形式等。

《合同法》第10条第1款规定：当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。

二、买卖合同的基本内容

买卖合同与其他合同一样，奉行意思自治原则，即买卖合同

的内容只要不违反法律的禁止性规定以及损害社会公共利益，可由当事人自由约定。

一般而言，合同应当包括《合同法》第12条第1款规定的内容：

- (一) 当事人的名称或者姓名和住所；
- (二) 标的；
- (三) 数量；
- (四) 价款或者报酬；
- (五) 质量；
- (六) 履行期限、地点和方式；
- (七) 违约责任；
- (八) 解决争议的方法。

就买卖合同而言，《合同法》第131条规定：买卖合同的内容除依照本法第12条的规定以外，还可以包括包装方式、检验标准和方法、结算方式、合同使用的文字及其效力等条款。

当事人还可根据实际需要，在买卖合同中作出其他约定。

由于买卖合同的成立与生效，在合同双方之间产生了买卖合同关系。双方当事人的权利义务是该合同关系的内容，同时也是买卖合同中的最重要的内容。以下，我们以《合同法》的相关规定为依据，主要从买方与卖方的权利义务角度，分析一般买卖合同的主要内容。

(一) 卖方的义务

卖方即出卖标的物，让渡标的物所有权并取得合同相对方支付货币的人。在买卖合同中，卖方的义务为：

1. 交付标的物并移转标的物所有权于相对人。

买卖合同为要因合同。于买方而言，其参与买卖合同关系是为了取得标的物的所有权，因此，交付标的物并移转所有权是卖方的最基本义务。

2. 将标的物的占有移转给买方。根据移转的方式不同，可分为现实交付与拟制交付。

现实交付是指出卖人将出卖物的事实管领力移转于买受人，使买受人直接、实际占有标的物。如将出卖物直接交给买方。

拟制交付是指将对标的物的占有权利移转于买方，以代替实物的交付。又可分为简易交付、指示交付和占有改定。

所谓简易交付是指标的物在买卖合同订立前已为买受人实际占有，自合同生效之时起即为交付。

所谓指示交付，是指合同成立时，标的物为第三人实际占有，出卖人将对第三人的占有返还请求权让与买受人，以代标的物的实际交付。如出卖人将已出借的标的物出卖的，可把对借用人的返还请求权让与买受人。常见的为把提取标的物的单证交付给买受人。

所谓占有改定，是指买卖合同成立生效后，出卖人继续占有标的物，但该种实际占有已由买卖前的自主占有改为出卖后的他主占有。如买卖双方在买卖合同生效后又订立借用协议。

3. 若标的物有从物时，除非当事人另有约定，应一并交付。因从物的价值就在于保证主物的完全效用，只要无相反约定，即便是当事人未就从物的交付作明确约定，从物须随主物一同交付。

4. 应按照约定或交易习惯向买受人交付提取标的物单证以外的有关单证和资料。

交付标的物本身或拟制交付义务，是出卖人的主给付义务。若标的物还同时具有相关的单证和资料，如家用电器的说明书，则出卖人应依约定或依交易习惯一并给付。此所谓从给付义务。从给付义务的履行，目的在于使主给付义务的履行完满。

出卖人的主从给付义务可亲自履行，也可由第三人代为履行。后者包括：(1) 通过代理人的行为代理交付；(2) 通过占有

辅助人，如出卖人的雇员，代为交付；（3）通过指令第三人交付，如出卖人的仓储保管人。

5. 应按照约定的时间、方式和地点交付。

《合同法》第138条规定，出卖人应当按照约定的期限交付标的物。约定交付期间的，出卖人可以在该交付期间的任何时间交付。

约定的交付期限对卖方而言是一种利益。若卖方放弃期限利益，提前交付，则须征得买受人的同意。因为买方有可能要因此而支付额外的保管费用以及发生其他损失。出卖人在约定期限之后交付标的物的，则构成履行迟延。卖方根本未交付任何标的物的，则构成不履行。所以，约定期限是确定卖方是否应负责任的一个重要标准。

若买卖双方未约定期限或约定不明确的，则依《合同法》第139条规定，当事人没有约定标的物的交付期限或者约定不明确的，适用本法第61条、第62条第4项的规定。

《合同法》第61条：“合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。”《合同法》第62条第4项：“履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间。”

《合同法》第141条第1款规定：“出卖人应当按照约定的地点交付标的物。”该项义务要求卖方以自己的费用将货物运到约定地点。若未在约定的地点交付，则为卖方交付义务履行不完全。

若双方当事人未就交付地点作约定或约定不明确的，则依《合同法》第141条第2款规定，即：

（一）标的物需要运输的，出卖人应当将标的物交付给第一

承运人以运交给买受人；

(二) 标的物不需要运输，出卖人和买受人订立合同时知道标的物在某一地点的，出卖人应当在该地点交付标的物；不知道标的物在某一地点的，应当在出卖人订立合同时的营业地交付标的物。

出卖人应按合同约定的方式交付。交付方式可采取整批交付、分批交付等。约定分批交付的，出卖人应按照约定的时间和批量交付，未在约定时间交付约定数量的，即为交付义务履行不完全。

6. 应按照合同约定的数量、质量交付。

《合同法》第 153 条规定，出卖人应当按照约定的质量要求交付标的物。出卖人提供有关标的物的质量说明的，交付的标的物应当符合该说明的质量要求。第 154 条规定，当事人对标的物的质量要求没有约定或者约定不明确，依照本法第 61 条的规定仍不能确定的，适用本法第 62 条第 1 项的规定。第 62 条第 1 项规定，(一) 质量要求不明确的，按照国家标准、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。

出卖人应当按照约定的数量交付。若交付的数量不足，则为交付义务履行不完全，买受人有权要求出卖人补足数量或采取其他救济措施。若交付数量超过约定数量的，则应按照《合同法》的有关规定处理。出卖人多交标的物的，买受人可以接收或者拒绝接收多交的部分。买受人接收多交部分的，按照合同的价格支付价款；买受人拒绝接收多交部分的，应当及时通知出卖人。

但是，出卖人交付的标的物数量在合理的磅差或尾差之内的，则为交付数量符合约定数量。当然，为防止争议，对于标的物是散装货等不易精确计量的货物，当事人可以约定一个合理的磅差或尾差幅度。若对该幅度未作出约定，则可按交易惯例予以

确定。

在采用分批交付方式的买卖合同中，不仅货物交付的总数量应符合约定的数量，而且就每批交付的数量，也应符合合同的约定。对于每批交付的数量少于或多于约定的每批交付数量的，买受人享有前述的请求补足数量或拒收的权利。请求补足数量时应在检验期内或合理期间内及时通知出卖人。

7. 移转标的物的所有权。

在履行了主给付义务和从给付义务之后，交付义务完成。我国对所有权移转实行“所有权随交付”，《合同法》第133条规定，标的物的所有权自标的物交付时起转移，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

为确保该义务的履行，出卖人应保证出卖的标的物，应当属于出卖人所有或者出卖人有权处分。因为，在物权取得制度中的善意取得尚未为我国法律所明文规定的情况下，无权处分标的物只能使买受人受到损失，实现不了其缔结买卖合同的目的。

同时，因动产以占有为权利的公示方法，故动产以交付为所有权转移原则。而不动产以及法律有特别规定的动产，如航空器、船舶等，则以登记为权利的公示方法。因此，出卖人应协助买受人办理相关的变更登记手续。

当然，由于移转标的物所有权与支付价金义务为对待给付义务，为了确保买受人履行支付价金义务，当事人可以约定所有权保留条款以作为价金之债的担保。《合同法》第134条规定：当事人可以在买卖合同中约定买受人未履行支付价款或者其他义务的，标的物的所有权属于出卖人。

对于该条款的性质，可理解为附延缓条件的民事法律行为。即只有当买受人支付价金这一条件完成时，标的物所有权方为转移。

最后，应当注意《合同法》第137条规定，出卖具有知识产

权的计算机软件等标的物的，除法律另有规定或者当事人另有约定的以外，该标的物的知识产权不属于买受人。这是根据知识产权法的有关规定而加以制定，即知识产权载体所有权的移转与知识产权自身的转移不具有必然联系。

8. 瑕疵担保责任。

买受人订立买卖合同的目的在于获得完满的标的物的所有权。这意味着：(1) 买受人通过支付价金获得了所有权，该所有权是专属的、排他的，无其他权利负担的，如担保物权等，除非买受人明知该情况而仍然予以购买；(2) 买受人拥有所有权的该买受物具有其订立买卖合同时认可的价值和使用价值；(3) 从最低的注意义务的角度而言，不能使买受人因获得标的物而使自己的人身、财产受到标的物的侵害，除非买受人明知而购买。

由此，出卖人不仅应通过交付使买受人获得对标的物的占有以及所有权，更应该负有义务保证其所交付的标的物不具有合同订立时未说明的瑕疵。对该义务的违反即产生瑕疵担保责任，其具有以下特点：①一般只适用于有偿合同；②是一种法定责任，不以当事人的约定为发生依据；③是一种无过错责任，不以当事人的过错为责任发生依据；④其适用为非强制性运用。

瑕疵担保责任又可分为权利瑕疵担保责任和物的瑕疵担保责任。

(1) 权利瑕疵担保责任。

买卖合同是转移标的物所有权的合同，出卖人应担保第三人不能就标的物向买受人主张任何权利。这一担保责任又被称为追夺担保。

该担保的内容主要有：

第一，担保标的物的所有权不属于第三人或不同时属于第三人。买受人不会成为非所有权人或与第三人成为标的物的共有人。