

王素娟 主编

# 合同常见失误、风险

## 与法律救济

Contract

法律界专家、资深法官评说典型案例当事人得失短长，提供  
避免合同常见失误、风险的权威法律救济方案。

团结出版社

# 合同常见失误、风险 与法律救济

王素娟 主编

团结出版社

**图书在版编目(CIP)数据**

合同常见失误、风险与法律救济/王素娟主编.

-北京:团结出版社,2002.5

ISBN 7-80130-564-7

I. 合同… II. 王… III. 合同法-案例-研究-中国  
IV. D923.65

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 098513 号

---

出版:团结出版社

(北京市东城区东皇城根南街 84 号)

[电话(010)6513.3603(发行部)6524.4792(编辑部)]

<http://www.tuanjiecs.com>

E-mail:unitypub@263.net.

经销:全国新华书店

印刷:三河市东方印刷厂

---

开本:850×1168 毫米 1/32

印张:16.25

字数:420 千字

版次:2002 年 6 月 第一版

印次:2002 年 6 月(北京)第一次印刷

---

书号:ISBN7-80130-564-7/D.40

定价:28.50 元

(如有印装差错,请与本社联系)

# 前 言

日前,翻开《法制日报》恰好看到这样一则消息“签合同漏掉一字,招致损失 39 万”,说的是新疆某单位与一个体户签定房屋租赁合同,因双方在合同中对租金的约定漏写一个“年”字,致使纠纷发生,依据二审法院的终审判决,该单位直接损失 39 万元。

作为从事司法审判工作的法官,和提供法律服务的律师,我们不止一次的在工作中遇到过类似的事例:签定合同时的草率、对合同条款的不经意为合同的履行埋下了巨大的隐患;因不了解合同履行、合同担保的风险随意作出的许诺,因不知道法律的规则和程序、在合同纠纷发生时不知如何补救,以致贻误法律保护的最佳时机等等。面对心情焦虑的当事人,看着他们追悔莫及的目光,我们在理解他们焦急心情的同时,也为他们的遭遇感到深深的遗憾。我们不止一次的设想:如果他们在签定合同时能够稍微慎重一些,如果他们在作出许诺时懂得一些法律的常识,如果纠纷发生时他们知道一些法律补救措施……结果就不会如此。太多的事例,太多的遗憾郁积在我们的心头,使我们有一种不吐不快的感觉,这种感觉促使我们,最终写成了这样一本书。

在这本书中,我们搜集、整理了实践中出现的典型案例,从合同订立、效力、履行、担保等几个方面,揭示了人们在合同实践中易出现的法律漏洞,分析了这些失误形成的原因,并在此基础上重点从法律

角度向读者介绍了这些问题出现的法律风险和具体的防范措施。在本书的编写过程中,我们注重理论与实际的结合,注意对有关合同理论、法律规定的介绍,同时尽可能的将与该问题有关的最新理论动态、国外的立法情况进行归纳阐述,力求使本书在具有一定的实用价值的同时,也具有相当的理论深度。本书对从事合同实务的企业管理人员、业务人员,从事司法实践工作的律师、法官、法学研究者,以及学习法律的学生都具有一定的借鉴意义。

本书原则上按照新的合同法体例编写,全书共分为七章,其中,第一章由刘俊英撰写、第二章由王成撰写、第三章由王素娟撰写、第四章由姜强撰写、第五章由李相波撰写、第六章由李文华撰写、第七章由张世君撰写。本书由王素娟负责大纲、内容的设计,并最终对全书的内容进行了统一审阅。由于水平有限,书中定有不足之处,如蒙读者不吝指正,我们将不胜感激。

在此,我们对团结出版社的么志龙为本书出版而付出的诸般忙碌表示深深的感谢,在本书的撰写过程中,他提出了许多很好的建议,并为协调本书不同作者的写作风格作了很多额外的工作。没有他的支持,本书是不能如期付梓的。

未雨绸缪,防患于未然。我们真切地希望我们的努力没有白费,真切地希望通过阅读本书,您能够从中吸取一些教训,掌握一些合同签定的技巧,了解一些合同法的理论和法律规定,懂得一些合同风险的防范措施……,以有效地避免“签合同漏掉一字,招致损失 39 万”等类似事例的重演。

编者

2002 年 5 月于北京

# 目 录

## 第一章 合同订立中的常见失误、风险与法律救济

### 一、缔约过失责任

高价吓走承租人,能否再以低价出租? ..... 1

### 二、要约与承诺

询货电报引来水泥 100 吨,不收就得成被告? ..... 10

同意对方进行试做后,能否再与他人订立合同? ..... 20

过期承诺有效吗? ..... 27

### 三、悬赏广告

无意中完成悬赏广告指定的行为,是否有权要求

兑现奖金? ..... 36

### 四、拍卖

拍卖人报错底价,落槌成交后,还能反悔吗? ..... 44

### 五、招标投标

开标会上的评标办法与招标说明书不一致,

招标是否有效? ..... 53

### 六、诺成合同与实践合同

赠与合同公证后,赠与人能否反悔? ..... 63

## 七、要式合同

- 应当采用书面形式而未采用,合同就一定  
不成立吗? ..... 71

## 八、合同相对性

- 买方未付款就又将货物转让,卖方是否有权要求  
受让人返还原物? ..... 80

## 九、附合缔约

- 未购票的行李在运输途中丢失,运输公司应否  
承担责任? ..... 89

## 十、免责条款

- 汽车保险合同中的免责条款是否有效? ..... 96

# 第二章 合同效力方面的常见失误、风险与法律救济

## 一、合同生效的时间和条件

- 合同成立就一定生效吗? ..... 108

## 二、可变更、可撤销的合同

- 在被欺诈的情况下签订的合同还是无效  
合同吗? ..... 116

## 三、附条件、附期限的合同

- 还款条件与合同所附生效条件是一回事吗? ..... 124

## 四、效力待定合同

- 无权处分合同一定没有效力吗? ..... 131

## 五、表见代理及代表行为的越权

- 以他人的转帐支票结算货款,法律后果由谁  
承担? ..... 138

## 六、无效合同

- 违反部门规章的合同是无效合同吗? ..... 145

### 第三章 合同履行中的常见失误、风险与法律救济

#### 一、合同的变更

变更合同要把握时机,符合法定条件…………… 153

#### 二、合同约定不明

当事人对合同的内容约定不明,有哪些不利后果?… 162

#### 三、合同权利义务的转让

65万元的债权债务是否发生了转移?…………… 170

#### 四、情势变更

合同履行期内标的物的价格发生异常变化,当事人  
应当如何应对?…………… 179

#### 五、合同撤销权

合同履行过程中,债权人在什么情况下可以行使  
撤销权?…………… 188

#### 六、债权人代位权的行使

债务人不履行到期债务又怠于行使其对第三人  
到期债权的情况下,债权人应如何维护自己的  
合法权益?…………… 196

#### 七、合同解除

只要一方违约,另一方就有权解除合同吗?…………… 205

#### 八、合同履行抗辩权

一方当事人丧失履行能力,另一方当事人可否以此为  
理由进行抗辩?…………… 215

#### 九、合同提存

合同履行期已到,但债权人下落不明,债务人应  
如何履行?…………… 224

#### 十、合同抵销

不同的债务怎么才能够互相抵销?…………… 233



## 第四章 合同担保中的常见失误、风险与法律救济

### 一、保证责任

怎样区分保证责任的类别? ..... 242

### 二、保证期间

保证期间就是保证合同的诉讼时效期间吗? ..... 254

### 三、保证合同追偿权

保证合同一成立,保证人的求偿权就相应成立吗? ... 264

### 四、抵押合同

抵押合同一成立,抵押权就成立吗? ..... 273

未登记的抵押必然无效吗? ..... 283

抵押人可以任意转让抵押物吗? ..... 294

### 五、质押合同

质押合同一成立就生效吗? ..... 306

“当”是质押吗? ..... 316

### 六、定金合同

只要一方不给付定金,主合同就不成立吗? ..... 327

### 七、留置权

主合同一经成立生效,债权人的留置权就必然

成立吗? ..... 337

## 第五章 违约责任方面的常见失误、风险与法律救济

### 一、违约与侵权责任竞合

违约与侵权并存时,应如何寻求法律救济 ..... 347

### 二、预期违约

合同履行期到来前就表示将不履行合同的,应否承担

违约责任? ..... 357

### 三、违约金与损害赔偿金

违约金、损害赔偿金,该主张哪一个? ..... 366

### 四、根本违约

根本违约的前提是什么? ..... 372

## 第六章 解决合同纠纷中的常见失误与法律救济

### 一、调解与仲裁制度

合同纠纷的解决途径:诉讼和仲裁才是最优

选择吗? ..... 380

充分运用专业调解来解决诉讼案件的“死结” ..... 389

### 二、仲裁协议

如何通过仲裁协议更好地保护自己的合法权益? ... 398

### 三、仲裁与诉讼

仲裁庭一定要采用相关案件的证据和裁决意见吗? ... 409

## 第七章 几种主要合同类型的履行风险与法律救济

### 一、买卖合同

已将货物卖出,卖主为何还要承担货物毁损灭失

的损失? ..... 421

标的物给买受人造成人身、财产损害的,买受人应如何

维护自己的合法权益? ..... 430

### 二、租赁合同

承租人在什么情况下可以行使租赁权中的

对抗性权利? ..... 439

### 三、赠与合同

以他人名义将钱存入银行,是否构成赠与? ..... 447

#### 四、保管合同

好心帮忙保管反成被告,为什么? ..... 455

#### 五、居间合同

居中牵线搭桥,促成他人交易,自己分文未得,  
与法理不符 ..... 463

#### 六、行纪合同

受人之托,忠人之事,受托人能否谋求个人利益? ... 471

#### 七、融资租赁合同

合二为一的新型合同,损害赔偿谁来主张? ..... 480

#### 八、铁路客运合同

坐谁的车出现伤害事故,谁就得负责吗? ..... 491

#### 九、技术开发合同

是违约还是客观风险,技术开发失败的损失该由  
谁承担? ..... 500

## 第一章

---

# 合同订立中的失误、 风险与法律救济

### 一、缔约过失责任

高价吓走承租人，能否再以低价出租？

根据合同自由原则，当事人可以自由地决定与谁订立合同，是否订立合同，订立什么样的合同。一般来说，为订立合同而与他人进行接触和磋商，最后不能达成协议的，双方都不必承担责任。但是，如果一方当事人违背了诚实信用原则，恶意谈判，或与第三人合谋欺骗对方当事人，因此给对方造成的损失，该由谁来承担？依据什么来承担？承担什么样的责任？下面的案例将回答这一问题。

#### 【案例】

原告：某市某离退休干部联谊会服务部（以下简称“服务部”）

被告：某市第五中学（以下简称“中学”）

第三人：某市物资公司（以下简称“物资公司”）

1990年8月，原告服务部与被告签订了一份房屋租赁合同。合

同规定:原告租被告 24 平方米房屋一间,租期三年,从 1990 年 8 月 15 日至 1993 年 8 月 15 日;合同期满时,在同等条件下服务部有优先承租权。该合同还规定了违约责任的承担。1993 年 2 至 3 月,及至合同期满前后,原被告曾多次商谈续租事宜。此时,第三人物资公司亦要求承租此房,并表示每年愿付租金 3 万元,而原告只愿每年付租金 2.5 万元。10 月 8 日,原被告与第三人再次协商,原告表示愿出 3 万元租金续租该房,被告与第三人即表示租金已提高到 3.5 万元,并应原告的要求写了租金为 3.5 万元的“说明”。原告见此情况表示放弃竞争,不再坚持续租。但要求被告支付 5000 元违约金。经三方协商,第三人以被告名义向原告支付 5000 元违约金,扣除租房期间的水电费等费用,实际给付原告 3324.17 元。此后,原告搬出该房屋。1993 年 10 月 30 日,被告与第三人正式签订房屋租赁合同,规定年租金为 1.5 万元整。与此同时,双方还签订了一份捐资协议书,规定第三人每年给被告捐资 1.5 万元助学。原告见此合同,认为自己受骗,于 1993 年 11 月 8 日诉至法院,要求判令被告与第三人解除房屋租赁合同,确认原告对此房屋享有优先承租权。

### 【法院的审理结果】

法院经审理认为:原被告之间于 1990 年 8 月签订的房屋租赁合同合法有效,应予以保护。被告与第三人隐瞒事实真相,将实际为 1.5 万元的租金谎称为 3.5 万元,使原告放弃了优先承租权,从而蒙受了损失,因此被告与第三人签订的房屋租赁合同不受法律保护。被告及第三人称原告是在收到 5000 元赔偿金的情况下放弃竞争的,该 5000 元是对原告的一种赔偿;又称其不懂法律,捐资助学 1.5 万元实际为租金的一种形式,双方的租金确为 3.5 万元,理由不充分,证据不足,不予认定。判决被告与第三人的房屋租赁合同为无效合同,被告应支付原告违约金 5000 元(已给付),在同等条件下,原告对

该 24 平方米房屋享有优先承租权。<sup>①</sup>

### 【本案涉及的法律问题】

1. 被告与第三人隐瞒事实真相,使原告放弃优先承租权的行为属于什么性质的行为?应承担什么法律责任?

2. 被告承担 5000 元违约金后,是否还应承担损害赔偿责任?

### 【本案的症结及其法律分析】

一、从法律角度分析,被告与第三人隐瞒事实真相,使原告放弃优先承租权的行为发生在原被告洽商续租合同的过程中,恶意侵犯了原告的优先承租权,属于缔约过失行为,应当承担缔约过失责任。

#### (一)缔约过失责任的概念和特点

缔约过失责任是指在合同订立过程中,缔约人故意或过失违反依据诚实信用原则所产生的义务,而导致另一方信赖利益的损失时,应依法承担的损害赔偿责任。缔约过失责任具有以下特点:

1. 缔约上的过失发生在合同订立过程中

(1)只有在合同尚未成立,或者虽然成立,但因为不符合法定的生效要件而被确认为无效或被撤销时,缔约人才应承担缔约过失责任;若合同已经成立,因一方当事人的过失而致他方损害,就不应适用缔约过失责任而应适用违约责任或侵权责任。

(2)合同订立过程是指当事人双方为缔结合同而相互接触和磋商直至合同成立之间的过程。强调缔约过失发生在合同订立过程中,意味着强调缔约过失责任发生在为缔结合同而相互接触和磋商的双方当事人之间,双方虽未有合同关系存在,但已有某种订约上的联系,这是缔约过失责任与侵权责任的根本区别。

---

<sup>①</sup> 最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选【民事卷】(上)》,中国法制出版社 2000 年 9 月北京第 1 版,第 336~339 页。

具体来说,假如某人进商场时,刚推开门,门上的玻璃掉了下来,将其手划伤。他是否应该追究商场的缔约过失责任呢?回答是——不能。其原因在于——受害人进入商场并不意味着他已经和商场发生了缔约上的联系,他与商场并没有发生任何实际的接触,很难确定他具有明确的缔约意图,不能说进入商场就是要订约。因为双方并没有实际的接触,即使他在进入商场以后,因路面滑而摔伤,或被商场悬挂的物品掉下砸伤,也不能认为商场构成缔约过失,因为该受害人与商场之间并未形成某种订约上的联系。

假如某人在超市内,伸手拿高处货架上的刀,未摆放好的刀从高处落下将其手指砍断。他所能追究的就是缔约过失责任。其原因在于——在该顾客伸手拿货架上的刀时,已经开始表现出承诺的愿望,即接受要约、订立合同的愿望,已经进入订立合同的接触阶段,故涉及到缔约过失责任的承担问题。

2. 缔约上的过失是指当事人违反了随缔约双方为订立合同而接触磋商逐渐产生的依据诚实信用原则所应负的注意义务,又称“先合同义务”。

首先,缔约过失责任中的所谓过失,与一般意义上的过失不同。一般意义上的过失是指行为人的一种主观心理状态,即故意和过失;缔约过失责任中的过失是一种客观的过失,是依据行为人的行为是否违反了某种行为标准而确定其是否具有过失。

其次,在缔约过失的情况下,行为人的过失表现在其违反了依据诚实信用原则所产生的义务,例如在上文所举的 B 例中,超市负有依据诚实信用原则所产生的、保证相对方在超市内购物时不因超市的过错而造成人身伤害的义务,对菜刀这一有可能对购物者人身造成危害的物品,超市负有将其摆放安全的义务,该超市违背此义务,造成购买者的伤害事实,应当承担缔约过失责任。

3. 因一方的缔约过失行为造成了另一方信赖利益的损失

信赖利益是指一方基于其对另一方将与其订约的合理信赖所产

生的利益。

信赖利益的损失是指因一方的缔约过失行为使合同不能成立,导致信赖人所支付各种费用和其他损失不能得到弥补。(这些利益必须是在可以客观地预见的范围内,必须基于合理信赖。)包括直接损失和间接损失:直接损失包括缔约费用、准备履行所支出的费用、受害人支出上述费用失去的合理费用;间接损失为丧失与第三人订立合同的机会所产生的损失。

(二)本案中,被告与第三人的行为属于《合同法》第四十二条第一项规定的“假借订立合同,恶意进行磋商”的情况,即“恶意谈判”。

我国《合同法》第四十二条对“缔约过失”的类型作了规定:

“当事人在订立合同过程中有下列情形之一,给对方造成损失的,应当承担损害赔偿责任:(一)假借订立合同,恶意进行磋商;(二)故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况;(三)有其他违背诚实信用原则的行为。”

#### 1. 假借订立合同,恶意进行磋商。

所谓“假借”就是根本没有与对方订立合同的目的,与对方进行谈判只是个借口,目的是损害对方或第三人的利益,恶意地与对方进行合同谈判。按照国际商事合同通则第 2.15 条第 3 款的规定,所谓“恶意谈判”,“特别是指一方当事人在无意与对方达成协议的情况下,开始或继续进行谈判。”<sup>①</sup>

本案被告与第三人合谋,欺骗原告,使原告相信第三人将以 3.5 万元的价格租用原告享有优先承租权的房屋,被迫放弃了优先承租权;而实际上,被告与第三人在原告面前所做的声明不过是个幌子,它掩盖了被告根本无意与原告订立续租合同的真实意思,其真实目的在于迫使原告放弃优先承租权,侵犯了原告公平交易的权利,是一

---

<sup>①</sup> ②郝作成主编:《中华人民共和国合同法条文解释》,四川人民出版社 1999 年 6 月第 1 版,第 120 页。



种典型的“恶意谈判”。

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

当事人在订立合同的过程中,必须要依据诚实信用原则,履行重要的告知义务。这些义务包括:

(1) 财产状况、履约能力等告知义务。

如:甲为从乙的分支机构得到银行贷款进行了长时间的谈判,在最后时刻,该分支机构披露它无权签约,其上级机构已经决定不批准该协议草案,而甲原本可以同时从另一家银行获得贷款。为此,对因谈判导致的费用支出,以及在从其他银行获得贷款前这段延误期内本可得到的利益,甲有权获得赔偿。<sup>①</sup>

(2) 瑕疵告知义务,如标的物的瑕疵、权利的瑕疵(已设定担保等)。

(3) 性能和使用方法的告知义务等。

3. 其他违背诚实信用原则的行为。例如:

(1) 恶意终止谈判。

(2) 未尽到保护、照顾等随附义务。如出卖人将商品交付买受人时,不慎将买受人砸伤。

(3) 违反强制缔约义务。

(4) 无权代理。

(5) 泄露或不正当地使用商业秘密。

我国《反不正当竞争法》第 10 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、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息”。

在订立合同的过程中,过达成协议,有时告诉对方当事人商业秘密是必须的,但一般也提请对方不得泄露、使用。在有的情况下,虽

---

<sup>①</sup> 参见郝作成主编:《中华人民共和国合同法条文解释》,四川人民出版社 1999 年 6 月第 1 版。