

主 编 王建平
副主编 陈智伦 张家勇 吕 彦

合同法 实施中的陷阱 与风险防范

四川人民出版社



前 言

合同中有陷阱，是因为陷阱利益的驱使。合同里有风险，则源自合同利益的追逐。当“天下熙熙，皆为利来；天下攘攘，皆为利往”的训言，再一次萦绕耳畔之际，《中华人民共和国合同法》——这部社会主义市场经济重要的基本法生效实施了。那么，这部刚刚生效实施的《中华人民共和国合同法》中有陷阱吗？答案就不那么干脆了。为什么人们面对这部刚刚颁行半年的新法律，心中还有那么多陌生和顾虑，则恐怕只有这部新法律自身方能回答。

有合同，必有陷阱和风险。不为别的，就为这陷阱和风险，也是一种合同利益和风险收益。当今世界，发达的科技、快捷的交易、众多的法律，反映出这个讲效率的社会的特与异。人们可以在网上以电子商务方式订合同，在移动中用手提电话谈生意，在高贵典雅的写字楼里用微机处理信息……但是，合同的陷阱、合同的风险，这些给人们的利益带来损失的伪装的坑穴、合同利益的损失等等，不是少了、没了，而是更多见、更广泛。于是，就有了研究合同陷阱和风险原理，探寻防范措施和手段，寻找原因与对策的信心、勇气和毅力。

书名定了个《合同法实施中的陷阱与风险防范》，构思有三：



一是我国《合同法》并不完备和完善，还有这样那样的问题。比如，交易习惯、合理期限等就是个不大不小的法律陷阱摆在那里；二是合同乃谋取合同利益的手段和工具。它既然可以用来获取合法利益，自然也可以用来达到非法目的，充当陷阱利益、风险收益的重要工具；三是专门研究合同陷阱和风险的学者，还是少数。那么，在这个领域倾注心力，相信必有收获和所得。

接下来，把认识上和观念上飘忽不定，甚至是稍纵即逝的东西，变成一个个方格字，是一个耗神费思伤身舍命的过程。每每在斗室的灯下笔耕，常常有物我皆忘的超脱，往往却被那赶跑文思的电话铃唤回……记不清有多少个酷暑通宵，记不住有多少回不眠烦恼，记不了有多少次遍查资料。好在，书稿终于完成，就这个样子摆在您的面前，等待着接受您的评判、斧正和赐教。

本书内容有二：一是从法理和法律规范上阐述、分析和探讨合同的陷阱和风险；二是从具体合同规范角度，对各类合同的陷阱和风险进行系统性研究。本书立足于合同陷阱、风险产生的原因、表现形式和防范与对策三个层面，结合《合同法》规范、法理和实际事例、案例，力求条理清晰，分析深入，提供的建议和措施具有可操作性。为了更好地学习《合同法》，用好《合同法》，在我的主持下，各位作者分工完成了这部著作。具体分工是（以撰写章节先后为序）：王建平（序、第一章、第九章、第十一章、第二十三章、第二十四章、第二十六章、跋）、莫晓宇（第二章、第三章）、张家勇（第四章、第十章）、吕彦（第五章、第十二章、第十四章）、曾青（第六章）、韩玉斌（第七章、第八章、第三十章、第三十一章）、宣茹萍、周洪波（第十三章）、廖瑜（第十五章）、何霞（第十六章、第二十五章）、冯雪（第十七章、第十九章）、陈智伦（第十八章、第三十二章、第三十三章）、郭朝炎（第二十章、第二十一章、第二十二章）、罗胜（第



二十七章、第二十八章)、王建军 (第二十九章)、吴爱辉 (第三十四章)。

王 建 平

1999 年 9 月 9 日于四川大学竹林村



目 录

前言	(1)
第一章 合同陷阱与风险的形成及防范的可能性	(1)
第一节 合同陷阱原理	(1)
一、合同陷阱在哪里	(1)
二、合同陷阱与陷阱“收益”	(3)
三、谁在挖陷阱	(4)
四、《合同法》有陷阱吗.....	(5)
第二节 合同风险形成	(7)
一、合同风险源自合同利益	(7)
二、合同利益设定后的不确定因素	(8)
三、合同风险的放大效应	(10)
四、谁使风险“当空舞”	(11)
五、阻却合同风险的 $1+1>2$ 与 $1+1<2$	(11)
第三节 合同陷阱与风险防范的可能性	(12)
一、面对陷阱仅有逃避是不够的	(12)
二、陷阱利益与陷阱风险倒置	(13)



三、只要有合同, 风险伴左右	(14)
四、合同风险观念中的风险利益	(16)
五、防范合同风险的第三原则	(18)
六、只要你防范, 陷阱与风险无处可钻	(19)
第二章 合同订立的陷阱与风险防范	(21)
第一节 要约与承诺, 一个都不能少	(21)
一、要约, 合同成立的前提	(21)
二、要约邀请, 只是美丽的诱惑	(22)
三、要约中的陷阱与防范	(23)
四、没承诺, 就别来找我	(25)
第二节 格式合同, 是骗你没商量吗	(28)
一、什么是格式合同	(28)
二、格式合同的陷阱	(28)
三、格式合同陷阱与风险的防范	(31)
第三节 订立合同时, 请做一位有心人	(33)
一、合同订立中的陷阱与风险	(33)
二、合同订立中的陷阱成因	(34)
三、合同订立中的陷阱防范	(34)
第三章 合同效力的陷阱与风险防范	(36)
第一节 认准合同当事人, “雾里看花” 可不成	(36)
一、与限制民事行为能力人订立的合同中的风险成因及防范	(36)
二、与代理人签订合同时的陷阱	(38)
第二节 对合同中无效免责条款, 你可以说“不”	(41)
一、什么是合同的免责条款	(41)



二、合同免责条款陷阱与风险	(41)
三、合同免责条款陷阱与风险成因	(42)
四、合同免责条款的陷阱与风险防范	(43)
第三节 合同陷阱与风险, 真的“防不胜防”吗	(43)
一、前期准备的充分性, 是减少陷阱、降低风险的有效方法	(44)
二、合同性质的合法性、条款的完备性是实现风险最小化的必备途径	(44)
三、合同签订程序和手续的合法性也是有效的事前风险化解办法	(45)
四、做好签字工作	(45)
五、运用法律依据, 做好合同陷阱的事后防范 ..	(45)
 第四章 担保合同陷阱与风险防范	(47)
第一节 “杀毒软件”也带毒?	(47)
一、“杀毒软件”的设计	(47)
二、功效不同, 品种任选	(48)
三、“同意”是运行程序的条件	(49)
四、“杀毒软件”也带毒?	(50)
第二节 为人作保就是代人受过	(53)
一、为什么会发生保证陷阱与风险	(53)
二、因人而异, 请君入瓮	(55)
三、兵来将挡, 水来土掩	(57)
第三节 有抵押合同却没有抵押权	(60)
一、财产就是一切	(60)
二、重复抵押, 有名无实	(61)
三、严防死守, 债权至上	(63)



第四节 大胆创新，小心实践	(65)
一、信用保险与保证保险	(65)
二、抵消预约	(66)
三、代理受领	(67)
四、浮动担保	(67)
五、所有权保留	(68)
 第五章 合同履行的陷阱与风险防范	(69)
第一节 订约干什么，履行见分晓	(69)
一、履行合同：合同利益实现的根本手段	(69)
二、一个一个行为的组合，一次一次合同的履行	(70)
三、合同履行的法律原则	(70)
第二节 履行合同也有风险和陷阱	(73)
一、伪装的坑穴和麻烦在哪里	(73)
二、擅自变更履行主体，谋取私利	(74)
三、改变履行标的或者以支付金钱代替实际履行	(74)
四、数量、质量“有问题”，找个借口来索赔.....	(75)
五、姓名、名称、人员变，履行态度跟着变	(77)
六、在履行期限、地点和方式上要花招	(78)
七、终止合同履行，有意无意隐瞒	(78)
八、又一损人招数：以合法形式掩盖非法目的 ...	(79)
第三节 把陷进去的脚拔出来	(80)
一、从什么地方进入了陷阱	(80)
二、怎样把脚拔出来	(82)
三、看懂法律规则，掌握“拔脚”技巧	(83)



第六章 合同变更与转让的陷阱与风险防范	(85)
第一节 千金一诺, 言出必行?	(85)
一、合同变更: 并非言出必行	(85)
二、合同转让: 把我的变为你的	(86)
第二节 空口无凭, 立字为据	(87)
一、“变”就是“骗”?	(87)
二、空口无凭, 立字为据	(89)
第三节 合同转让也有“一女二嫁”?	(90)
一、重复转让: 损你没商量	(90)
二、慎行才能避险	(91)
第七章 合同权利义务终止的陷阱与风险防范	(94)
第一节 合同终止了还会有风险吗	(94)
一、合同终止后仍有陷阱和风险伴随	(94)
二、引起合同终止的风险事由	(95)
三、后合同义务	(96)
第二节 解除合同, 你肯吗	(97)
一、解除合同, 要不要商量	(97)
二、什么情况下解除合同	(98)
三、合同解除, 不是通知一声就了事	(100)
四、合同解除的善后	(102)
第三节 合同义务抵消诀窍	(103)
一、抵消, 另一种履行	(103)
二、义务标的物相同的, 一笔勾销	(104)
三、义务标的物不同, 协议相抵	(105)
第四节 合同标的交付不能——提存	(105)
一、我提存, 就消灭与你的合同关系	(105)



二、提存, 要不要协商·····	(106)
三、提存有规矩, 不可不遵守·····	(107)
四、合同标的提存, 别再来找我·····	(109)
第五节 合同义务的恩惠舍弃——免除·····	(110)
一、免除义务, 一种合同权利的抛弃·····	(110)
二、免除债务前, 想好了再做·····	(110)
第六节 合同义务的混同·····	(111)
一、混同, 不是浑水摸鱼·····	(111)
二、走到一起来, 义务自然混为一·····	(111)
三、资产重组, 也能混同债务吗·····	(112)
 第八章 违约责任陷阱与风险防范·····	(114)
第一节 违约, 一种不轻松的责任之“祸”源·····	(114)
一、违约责任, 拒绝还是接受·····	(114)
二、你违约, 我要你负责, 好不好玩·····	(115)
三、违约, 一种不经济的“交易”·····	(116)
第二节 凭啥追究违约责任·····	(117)
一、违约归责的运作机理·····	(117)
二、有过错, 责任跑不脱·····	(118)
三、没有过错, 为何承担责任·····	(119)
四、想想看, 违约规则有几何·····	(120)
第三节 违约中的说头·····	(122)
一、预期违约, 一个陌生的制度·····	(122)
二、拒不履行, 痛快而不好受·····	(124)
三、迟延履行, 不是“迟来的爱”·····	(125)
四、不可抗力发生了, 还要履行义务吗·····	(125)
五、免责条款说得轻松, 做起来困难·····	(126)



第四节 补救违约造成的合同利益缺损·····	(127)
一、继续履行，双利双益当倡导·····	(127)
二、采取补救措施，毫不犹豫地补救·····	(129)
三、损失赔偿，你为违约“交学费”·····	(130)
四、违约金，把自己的钱送给对方·····	(131)
五、没收定金，还是守约合算·····	(132)
 第九章 合同陷阱与风险的化解措施及对策·····	(134)
第一节 合同利益维护的技术手段·····	(134)
一、“一查”代“三查”，合同出现技术性疵漏 ·····	(134)
二、多头对外，签了字、盖了章都必然有效吗 ·····	(135)
三、慎重选择合同形式，样板合同不见得“一用就灵” ·····	(136)
四、表达意愿，含含糊糊必吃亏·····	(138)
五、不是太多心，谨慎总没错·····	(140)
第二节 合同利益保障的法律措施·····	(141)
一、代理权，你弄明白了吗·····	(141)
二、克服承诺迟延障碍·····	(143)
三、受了欺诈，必须救济才无效·····	(144)
四、补充协议成了杀手铜·····	(145)
五、祭起代位权，讨回 300 万·····	(147)
六、你可以对低价转让财产逃债说“不”·····	(148)
七、未到期违约，承担赔偿责任·····	(149)
八、“无售出单位盖章无效”，格式合同遭遇滑铁卢 ·····	(150)



九、履行抗辩，赋予你阻却合同利益损失的三种权利	(151)
第三节 掉进陷阱，遭受风险，怎样才能少受损失	(152)
一、协商！协商？没有履行能力是枉然	(152)
二、解决合同争议的诚信标记——仲裁协议	(153)
三、事实清，责任明，仲裁中还应真心	(154)
四、仲裁裁决书，不可不执行	(154)
五、诉讼，别忘了权利会过期	(155)
六、把合同利益交给法官，还是留给自己	(156)
七、执行，从“老赖”手中夺回合同利益	(157)
第十章 买卖合同陷阱与风险防范	(158)
第一节 合同“大哥大”	(158)
一、钱与物的交易	(158)
二、有所予，有所求	(160)
三、合同至尊，舍我其谁	(161)
第二节 买卖合同当事人会不会“金蝉脱壳”	(162)
一、主体欺诈型	(162)
二、金蝉脱壳型	(163)
三、标的物欺诈型	(164)
四、履行欺诈型	(165)
五、索赔欺诈型	(166)
第三节 “先小人，后君子！”	(167)
一、严格审查合同对方当事人的主体资格和履约能力	(167)
二、签订合同时应严格把关	(168)



三、利用担保条款保障权益·····	(168)
四、利用法律规定保障权益·····	(169)
五、避免心理弱点, 慎重签订合同·····	(169)
六、增强权利意识, 及时主张权利·····	(170)
第十一章 供用电合同陷阱与风险防范·····	(171)
第一节 供用电合同, 你有资格谈判吗·····	(171)
一、供电企业不供电, 能否强制缔约·····	(171)
二、供电区内, 能否协商电价·····	(172)
三、今天想用电, 几时才能来·····	(173)
第二节 供用电合同如何履行·····	(174)
一、电死了人, 谁赔·····	(174)
二、供电标准和安全, 少了哪个都不行·····	(176)
三、断电, 要不要赔偿损失·····	(177)
第三节 用电人风险·····	(178)
一、不交电费, 中止供电, 责任谁负·····	(178)
二、强行更换插卡电度表, 你有权拒绝吗·····	(179)
第十二章 赠与合同陷阱与风险防范·····	(181)
第一节 赠与合同, 一个并不轻松的法律话题·····	(181)
一、赠与财产要弄懂赠与的含义·····	(181)
二、赠与合同的特异性·····	(182)
第二节 涉及赠与要当心·····	(183)
一、赠与立法姗姗迟来·····	(183)
二、原因还在当事人·····	(183)
三、赠与关系不轻松·····	(184)
第三节 让赠与合同为你做得更好·····	(185)



一、谁可以捐赠财物·····	(185)
二、查验标的物，还要办手续·····	(186)
三、是否可以撤销，先要请教法律·····	(186)
第十三章 借款合同陷阱与风险防范·····	(188)
第一节 借款，一个最容易产生伪装坑穴的领域·····	(188)
一、借款时节谈合同·····	(188)
二、书面借款合同，你怎样签字·····	(189)
三、这样的说法能站得住脚吗·····	(190)
第二节 借款合同为何要担保·····	(191)
一、担保，借款合同的“保镖”·····	(191)
二、这份保证，管不管用·····	(191)
三、做了保证人，变更担保他不知，不应承担责任 ·····	(192)
第三节 借款可随意使用吗·····	(193)
一、专款专用，违法“挪用”要惹麻烦·····	(193)
二、资金转贷，弄个官司来打·····	(194)
三、捉迷藏，变着戏法玩资金·····	(195)
第十四章 租赁、融资租赁合同陷阱与风险防范·····	(196)
第一节 租赁财产，不等于拿来就用·····	(196)
一、财产租赁，有偿是根本·····	(196)
二、租赁合同中的人格缺陷·····	(197)
三、租赁标的引发的问題·····	(198)
第二节 租赁麻烦，怎样才能更少些·····	(200)
一、订约时，一定不要匆匆忙忙·····	(200)
二、合同书上，把该写的写清写全·····	(200)



第三节 融资租赁——“借鸡下蛋”的合同·····	(201)
一、融资与租赁，怎样走到一起来·····	(201)
二、陌生，是风险的根源·····	(202)
三、形形色色的融资租赁漏洞·····	(204)
第四节 融资租赁防被骗，看看哪招你能用·····	(205)
一、第一招：一定把好签约关·····	(205)
二、和这些人打交道要当心·····	(206)
三、还有几招防范术，不妨选择试一试·····	(207)
 第十五章 承揽合同陷阱与风险防范·····	(208)
第一节 你说我做，麻烦也来·····	(208)
一、承揽合同：你说我做的合同·····	(208)
二、承揽为何会“揽”进合同麻烦·····	(210)
第二节 “质保金”、“技术指导费”：醉翁之意不在酒 ·····	(211)
一、“质保金”真的为了保质吗·····	(211)
二、技术指导费：笑里藏刀的指导·····	(212)
三、对付不明不白条款的两招·····	(213)
第三节 承揽违约，承担责任·····	(214)
一、广告公司无权发布公告，却承揽了广告发布业务 ·····	(214)
二、火烧厂房设备，该交预付款还是该交服装 ·····	(215)
三、责任与“故意”无关，第三人违约承担责任 ·····	(216)
 第十六章 建设工程合同陷阱与风险防范·····	(217)



第一节 “特殊身份”的承揽合同·····	(217)
一、特殊的合同，特别的“身份”·····	(217)
二、特殊的伪装的坑穴，特别的防范期待·····	(218)
第二节 知人知面还要知底·····	(219)
一、法律的声音：把审慎的目光对准承包人·····	(219)
二、招标投标制，几时扼住“暗箱操作”·····	(220)
三、主体资格审查方案的设计·····	(221)
第三节 公平与明晰的利益·····	(222)
一、一份合同，怎样制造陷阱·····	(222)
二、承包方为何深陷坑穴·····	(224)
三、运用担保条款和明晰的内容，降低风险系数 ·····	(225)
第四节 防范“合法”的陷阱·····	(226)
一、监理制亦是双刃剑·····	(226)
二、不可抗力出现后，居然有人设陷阱·····	(227)
三、涉外工程合同，“别具一格的”风险源·····	(228)
 第十七章 运输合同陷阱与风险防范·····	(231)
第一节 运送，运输合同的灵魂·····	(231)
一、“棒棒军”是承运人吗·····	(231)
二、运送行为，运输合同的核心特征·····	(232)
三、运送，不是雇佣·····	(233)
第二节 给货运合同一把“双保险”·····	(233)
一、病急乱投医，损失自己担·····	(233)
二、油船起火，重油易燃？·····	(234)
三、仔细验货，马虎不得的手续·····	(236)
第三节 客运合同，让人欢喜让人忧·····	(236)



一、客运合同, 你的风采是否浪漫依旧·····	(236)
二、不买票就上车, 发生事故谁负责·····	(237)
三、出租车带来的“的士问题”·····	(239)
四、赶你下车无商量, 乘客你就这样算了? ·····	(240)
五、承运人, 你能否举起免责之旗·····	(241)
 第十八章 技术合同陷阱与风险防范 ·····	(243)
第一节 技术交易可否实行“三包”: 不满意, 退货 ·····	(243)
一、技术交易的客体不是物质商品·····	(243)
二、技术交易无“三包”, 不满意, 不退货 ·····	(244)
第二节 买技术是“先看后买”, 还是“先买后看”好 ·····	(244)
一、技术秘密及其独有特征·····	(244)
二、“先看后买”, 转让方的风险·····	(245)
三、“先买后看”, 受让方的风险·····	(246)
四、“初步合同”, 技术秘密转让合同的准备·····	(246)
第三节 技术贸易: 期货还是现货 ·····	(247)
一、技术开发合同的标的: 期货·····	(247)
二、技术转让合同的标的: 现货·····	(248)
三、技术合同的标的的期货性缺陷·····	(249)
第四节 技术价格与“一分钱一分货” ·····	(249)
一、技术商品, 非“等质等价”·····	(249)
二、一次总付, 风险一人担着·····	(250)
三、分期提成, 风险大家分摊·····	(251)
四、入门费加提成, 合理分配合同风险的方式 ·····	(252)