

常见法律实务专家指导丛书

常见合同纠纷

与风险 防范

梁 东 李集合 / 编著

CHANGJIAN HETONG
JIUFEN YU FENGXIAN
FANGFAN

中国民主法制出版社

常见法律实务专家指导丛书

常见合同纠纷与 风险防范

策划 党 博 梁 东 李集合 / 编著

中国民主法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

常见合同纠纷与风险防范/梁东,李集合编著. —北京:
中国民主法制出版社,2001.5

(常见法律实务专家指导丛书;6)

ISBN 7-80078-555-6

I. 常... II. ①梁...②李... III. ①合同法-法律
解释-中国②合同-民事纠纷-处理-中国 IV. D923.65

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 022222 号

v

书名/常见合同纠纷与风险防范

作者/梁东 李集合 编著

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区玉林里7号(100054)

电话/63056983 63292534(发行部)

传真/63056975 63056983

经销/新华书店

开本/32开 850×1168毫米

印张/8.5 字数/222千字

版本/2002年7月第1版 2002年7月第1次印刷

印刷/河北省霸州市福利印刷厂

书号/ISBN 7-80078-555-6/D·454

定价/18.00元

出版声明/版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

目 录

第一章 合同订立中的纠纷与风险防范	(1)
一、要约.....	(1)
二、承诺.....	(11)
三、合同成立与合同生效.....	(18)
四、合同条款.....	(22)
五、格式条款.....	(26)
六、缔约过失责任.....	(29)
七、合同订立中的风险防范要点.....	(34)
第二章 合同未履行时的纠纷与风险防范	(39)
一、合同的效力.....	(39)
二、效力待定合同.....	(41)
三、无效合同.....	(44)
四、无效的免责条款.....	(53)
五、可变更及可撤销的合同.....	(56)
六、合同被确认无效或被撤销的法律后果.....	(61)
七、合同未履行时的风险防范要点.....	(63)
第三章 合同履行中的纠纷与风险防范	(71)
一、诚实信用原则.....	(71)
二、同时履行抗辩权.....	(72)
三、后履行抗辩权.....	(74)
四、不安抗辩权.....	(76)
五、代位权.....	(78)
六、撤销权.....	(80)

七、合同履行中的风险防范要点	(84)
第四章 合同变更、转让、解除时的纠纷与风险防范	(90)
一、合同变更	(90)
二、合同转让	(92)
三、当事人合并、分立	(98)
四、合同解除	(99)
五、抵销、提存	(105)
六、后合同义务	(109)
七、合同履行完毕的自我救济要点	(111)
第五章 违约责任	(116)
一、违约责任和违约行为	(116)
二、继续履行	(131)
三、采取补救措施	(137)
四、赔偿损失	(139)
五、违约金	(152)
六、定金	(154)
七、违约责任与侵权责任的竞合	(161)
八、不可抗力	(164)
第六章 各种合同案例分析	(167)
一、买卖合同	(167)
二、供用电合同	(175)
三、赠与合同	(176)
四、借款合同	(178)
五、租赁合同	(180)
六、融资租赁合同	(182)
七、承揽合同	(184)
八、建设工程合同	(187)
九、运输合同	(189)

十、技术合同	(193)
十一、保管合同	(196)
十二、仓储合同	(199)
十三、委托合同	(202)
十四、行纪合同	(204)
十五、居间合同	(207)

附 录

中华人民共和国合同法	(210)
最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》 若干问题的解释(一)	(256)
后记	(261)
主要参考文献	(262)

第一章 合同订立中的纠纷 与风险防范

合同行为是一个动态的过程,它分为相互联系的几个阶段,合同的订立是第一个阶段。合同订立是合同生效和履行的前提,涉及当事人权利和义务的确定、合同何时成立、何时产生约束力等,对于减少合同履行中的纠纷以及发生纠纷后的解决都起着重要的作用。在实践中,当事人并不都具有足够的法律知识和风险防范意识,交易经验也不一定丰富,具体情况又很复杂,很容易在合同订立时出现漏洞。有些当事人不以诚实信用的原则处理合同关系,甚至有意识地利用合同的漏洞牟取利益。只有了解和掌握订立合同的法律知识,警惕陷阱,提高风险防范能力,才能切实维护自己的合法权益。

一、要 约

要约可以叫发价或者发盘等。发出要约的人,称为要约人,接受要约的人,称为受要约人。要约是希望和他人订立合同的意思表示。当事人对合同内容协商一致的过程,就是经过要约、承诺完成的。

(一) 要约的法定要件

1. 要约是特定合同当事人的意思表示

发出要约的目的在于订立合同,要约人必须使接收要约的对方能够明白是谁发出了要约以便能作出承诺。因此,发出要约的人必须能够确定。虽然合同双方都可以作为要约人,但在一个具体合同中,作为要约人的必须是特定的合同当事人。不论是自

然人或者是法人、其他经济组织只要具有民事权利能力与民事行为能力,都可以作为要约人。主体资格欠缺的法人则不能作为要约人。常见的情形有:虚列注册资金骗取营业执照的公司;已申请破产并进入清算程序的公司;用租借来的营业执照从事经营活动的法人等。

2. 要约必须向要约人希望与之缔结合同的相对人发出

合同因相对人对于要约的承诺而成立,所以要约不能对希望与其订立合同的相对人以外的第三人发出。要约人向特定人发出的要约,一旦特定人承诺,合同就成立;而向不特定的人发出订约建议,承诺了也不会导致合同的成立。但不是说严格禁止要约人向不特定人发出要约。

一般来说,悬赏广告是向不特定人发出的要约。但悬赏广告所要求的事项是特定的事项,承诺人有一个人、或有很少的人,承诺人如果符合广告的条件,做了广告所要求的行为,发出悬赏广告的人都必须按照广告的约定支付报酬。否则,要承担法律责任。

例如,朱某在看电影时将装有面值 80 万元的汽车提货单等物品的公文包遗失在座位上。张某拾得后,在电影院门口未等见失主,便将此包带走。朱某于次日在报上刊登寻包启事,声明:“一周内有送还者酬谢 1 万元”。当晚张某便与朱某约定交换钱物的时间和地点。交易时在酬金上双方发生争执,朱某未能兑现。张某遂向法院起诉。要求朱某依其许诺支付酬金 1 万元。朱某辩称,寻包启事许诺给付酬金不是其真实意思,且公文包内有其单位及本人的联系线索,张某不主动寻找失主,物归原主,却等待酬金,请法院驳回张某的诉讼请求。本案中,朱某的行为属于悬赏广告的行为,应依法承担悬赏广告的法律后果。悬赏广告,系广告人以广告的方式,对完成一定行为的人给付报酬的行为。只要行为人依法完成了指定的行为,广告人即给付报酬。朱某在报上刊登的寻包启事,即是一种悬赏广告。朱某明确表示,“一周内送还者酬谢

1万元”，系向社会不特定人的要约。张某，即悬赏广告中的行为人，在广告规定的“一周内”完成了广告指定的送还公文包的行为，则是对广告人的有效承诺。从而，在张某与朱某之间已经形成了合同关系，具有法律的约束力。朱某应向张某支付酬金1万元。

3. 要约必须具有希望与他人订立合同的意思表示，并表明经承诺即受该意思表示的约束

很多类似订约建议的表达实际上并不表示如果对方接受就成立了合同，能否构成一个要约需看这种意思表示是否表达了与受要约人订立合同的真实意愿。

在要约中，要约人要表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束的意思，一方面，这可以使受要约人相信要约人订立合同的意图的真实性，另一方面，要约人既然已经在要约中对自己将受要约的约束作出了明确的意思表示和保证，则当受要约人承诺后，要约人不得反悔。也不得在要约的有效期内随意撤回要约。

4. 要约的内容必须具备合同成立的主要条件

要约的内容必须是确定的和完整的。所谓确定的是要求必须明确清楚，不能模棱两可，产生歧义。所谓完整的是要求要约的内容必须满足构成一个合同所必备的条件，但并不要求一个要约事无巨细，面面俱到。如果内容含混不清，不具备合同的最根本的要求，是不能构成一个要约的。即使受要约人作出承诺，也会因缺乏合同的主要条件而使合同无法成立。一项要约的内容可以很详细，也可以较为简明，法律对此并无强制性要求，只要其内容具备使合同成立的基本条件，就可以作为一项要约。

(二) 违反要约应承担缔约过失责任

要约一经发出，要约人须受要约效力的约束。要约人违反要约应承担缔约过失责任。受要约人因承诺该要约而拒绝他人相同的要约，或为履行合同作必要准备所受到的损失，可以请求要约人赔偿。

【案例】 山西某矿务局清产核资时发现仓库里有两台空气压缩机,决定尽快处理。于是向湖南某物资局发出要约,询问其是否愿意以56万元的价格受让,要求其在5天内答复。该物资局收到要约后决定接受。物资局认为还有3天时间,该局正好有两辆汽车在山东卸完货,于是马上令随行人员驾车去山西直接运货,该价款随后汇去。与此同时,山西某煤矿得知矿务局在处理空气压缩机,即派员询问卖价和查看质量后当即与矿务局签了合同,随后该煤矿派车将货提走。湖南物资局派出的两辆车在矿务局要求的期限的第5天到达,表示愿以56万元的价格购进两台空压机并派来车提货,矿务局称由于贵方不及时答复,货已卖给当地某煤矿了,物资局不答应,坚持说是按矿务局规定的答复期限内作出购买的承诺的,并无不及时的事实,要求对方按要约的条件交付两台空压机。矿务局表示货已售完,无货可交。物资局要求其赔偿从湖南到山西两辆车的油费、养路费、差旅费等共3450元,矿务局认为是无理要求,予以拒绝。双方协商未果诉诸法院。

本案中,山西某矿务局在发给湖南物资局书面要约后,在规定受要约人答复的5天期限内,单方面决定将要约的标的物两台空气压缩机转让给第三人,并且在事前事后均未告诉受要约人。造成受要约人某物资局在答复期内作出接受要约的决定以后驱车提货的费用损失,某矿务局应当予以赔偿。

(三) 要约的撤回和撤销

要约的撤回是指要约发出之后发生法律效力以前,要约人使该要约不发生法律效力而作出的意思表示。要约尚未发生法律效力,不会对交易秩序产生任何影响。应当允许要约人使尚未生效的要约不产生预期的效力。这充分尊重了要约人的利益和意志。

《中华人民共和国合同法》(以下简称合同法)第16条规定:“要约到达受要约人时生效。”要约的撤回不是任意可以进行的,撤

回的条件是,撤回要约的通知必须在要约通知到达受要约人之前或者同时到达受要约人。此时应当认为要约尚未生效。如果撤回要约的通知在要约到达受要约人以后到达,则要约已经生效。因此,要约人想撤回要约,必须选择快于要约的方式向受要约人发出撤回的通知,使之能在要约到达之前或者与要约同时到达受要约人。如果要约人在发出要约以后马上又发出撤回的通知,按照通常情况,撤回的通知应当先于或最迟与要约同时到达受要约人,但如果因为其他原因耽误,撤回的通知在要约到达之后才到达受要约人,在这种情况下,受要约人应当及时向要约人发出通知,告知其撤回的通知已经迟到,要约已经生效。如果受要约人怠于通知,要约人撤回要约的通知视为未迟到,仍发生撤回要约的效力。

要约的撤销是指,要约人在要约发生法律效力之后受要约人承诺之前,使该要约丧失法律效力的意思表示。要约的撤销与要约的撤回都是使已经发出的要约不再产生法律约束力,并且都是在承诺生效前所作出的。但两者是不同的:要约的撤回发生在要约生效之前;而要约的撤销发生在要约生效之后。要约的撤回是使一个未发生法律效力的要约不发生法律效力,要约撤回的通知只要在要约到达之前或与要约同时到达就发生效力;而要约撤销的通知在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人,不一定发生法律效力。这是因为,尽管要约到达受要约人而生效后,受要约人作出承诺之前,要约是可以撤销的,但允许要约人撤销要约必须有严格的条件限制。否则,当事人任意撤销要约,会给受要约人造成不必要的损失。因此,法律规定有下列情形要约不得撤销:(1) 要约人确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销;(2) 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准备工作。这里规定了不可撤销的两个例外:一是要约中有不可撤销的表示;二是受要约人有理由认为要约不可撤销并依其信赖行事。不可撤销的意思表示可以用不同的方式作出,最直接和最清楚的

方式是要约人在要约中作一个声明,如“这是一个确定的要约,不可撤销。”

(四) 要约的失效

要约的失效,也可以称为要约的消灭或者要约的终止,是指要约丧失法律效力,要约人与受要约人均不再受其约束。要约人不再承担接受承诺的义务,受要约人亦不再享有通过承诺使合同得以成立的权利。要约的失效通常有四种情形:

1. 要约被拒绝

受要约人接到要约后,通知要约人不同意与之签订合同,则拒绝了要约。当拒绝要约的通知到达要约人时,要约失效。但有的通知中,既没有说明接受要约,也没有明确拒绝要约,更没有明确反对要约。这时,需根据该通知的具体内容进行判断,搞清楚受要约人究竟是什么意思。如果受要约人的回复没有作出承诺,但提出了一些条件,要求要约人在规定期限内答复,要约人在规定期限内仍不作答复,可以视为拒绝要约。

2. 要约人依法撤销要约

在要约已经生效而受要约人尚未对要约作出承诺之前,要约人可以撤销要约。要约一经撤销,即产生消灭要约的法律效力。

3. 受要约人未在承诺期限内承诺

要约中确定了承诺期限,表明要约人规定了要约发生法律效力的期限,超过这个期限受要约人未作出承诺,要约的效力归于消灭。通常的情形是,要约中没有规定承诺期限,受要约人也未对要约作答复,遇到这种情况,要约什么时候失效?一般而言,如果要约人发出要约后一段合理期间内没有收到承诺,则要约失效。确定合理期间要考虑到通讯方式的便捷程度。

4. 受要约人对要约的内容作出实质性变更

受要约人对一项要约的内容作出实质性变更就是对要约的拒绝,使要约失去效力,合同当然不能成立。

(五) 要约邀请

要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示。如寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书、商业广告等。商业广告的内容符合要约规定的,视为要约。要约邀请,又称要约引诱,是邀请或者引诱他人向自己发出订立合同的要约的意思表示。要约邀请可以是向特定人发出的,也可以是向不特定人发出的。要约邀请与要约不同,要约是一经承诺就成立合同的意思表示,而要约邀请只是邀请他人向自己发出要约,自己如果承诺才成立合同。要约邀请处于合同准备阶段,没有法律约束力。要约邀请也并不是单纯地建议他人与自己进行有关合同的讨论,而是明确地提出订立合同的建议,只不过未指明合同的类型,未提出合同的具体内容。虽然在理论上,要约与要约邀请有很大区别,但实际上往往很难区分。当事人可能原意是发出要约,但由于内容不确定只能被看做是一个要约邀请。当事人可能原意是发出要约邀请,但由于符合了要约的条件而会被判定为一个要约。

对要约和要约邀请可从以下几个方面区分:

1. 根据当事人的意愿来作出区分。这里所说的当事人的意愿,是指当事人主观上已经表达出来的意思,据此确定当事人对其实施的行为主观上认为是要约还是要约邀请。

2. 根据订约提议的内容是否包含了合同的主要条款来确定该提议是要约还是要约邀请。

3. 根据交易的习惯即当事人历来的交易做法来区分。例如询问商品的价格,根据交易习惯,一般认为是要约而不是要约邀请。再如,出租司机将出租车停在路边招揽乘客,如果根据当地的规定和习惯,出租车司机可以拒载,那么它就是要约邀请;如果当地规定司机不能拒载,那么可以认为这种招揽是要约。

4. 此外,在区分要约和要约邀请时,还应当考虑到是否注重相对人的身份、信用、资历、品行等情况。如招聘家庭教师的广告,

即使包含了明确的订约目的和合同的主要条款,也不作为要约,而仅是一种要约邀请。

【案例】某农贸公司向某商贸公司于3月1日寄送了一份价目表,其中载明大米每公斤3元,黄豆每公斤6元。4日,双方电话联系后,商贸公司称愿买大米、黄豆各1000公斤,但希望将大米价格降至每公斤2.5元,黄豆价格降至每公斤5元。农贸公司答复称可以考虑降价,但需研究后再答复。次日,商贸公司发电函给农贸公司,称“大米每公斤2.5元、黄豆每公斤5元。各要1000公斤,可在一周内答复,如无异议,一周后正式订合同,6月份交货。”10日,另一家粮油公司向被告推荐产品,商贸公司认为价格合理,遂与该粮油公司签订了买卖合同。12日,农贸公司通知商贸公司,愿按贵方提出的价格出售,且货已备好,要求前来提货。商贸公司称已与另一家公司签订了合同,故不能再购买农贸公司的货物。双方就此发生争议。农贸公司认为商贸公司违约,遂诉至人民法院,请求判令商贸公司承担违约责任。

就本案中的价目表来讲,一方面,它的确包含了商品的名称和价格,但缺乏买卖合同必备的数量等主要条款;另一方面,虽然寄送价目表的行为含有行为人希望订立合同的意思,但该行为中并不能确定行为人具有一经过双方承诺即成立合同的意思。而只是希望对方通过自己提供的信息,向自己提出订约条件,如购买货物的种类和数量等。所以,本案中,农贸公司向商贸公司寄送价目表的行为不是要约,而是要约邀请。通过案情可以看出:

第一,4日双方联系愿买大米、黄豆各1000公斤,但商贸公司希望将价格分别降至2.5至5元。这一表示具备要约成立的要件,不但有货物名称、数量、价格,而且有订立合同、愿承担承诺后果的意思表示,因而构成一个口头要约。

第二,农贸公司收到要约后,因价格问题,不愿立即作出承诺或拒绝承诺的意思表示,因而提出待研究后答复。商贸公司在要

约中没有承诺期限,也未要求立即承诺,同时对农贸公司的上述答复未表示反对,因而可以认为是同意农贸公司在一段合理的期限内作出承诺。6日,商贸公司发了电函,这实质上是以书面形式确认了4日的口头要约,同时补充了交货期限和交货方式两项内容。

第三,商贸公司在电函中表示“一周内答复,一周后正式订立合同”,旨在向农贸公司发出一份订立预约合同的要约,而不是向农贸公司发出订立正式买卖合同的要约。商贸公司提出“一周内答复”实质上是对承诺期限的规定,“一周后订合同”实为订立预约合同的要约,一周后订立的买卖合同是本约。农贸公司在一周内作出同意的表示,只是对“一周后订合同”的要约所作的承诺,而不是像农贸公司所理解的对合同要约的承诺。所以,在农贸公司于12日作出承诺时,预约合同成立。双方应从12日开始正式订立合同。也就是说,双方当事人依预约合同负有按预约规定的条件订立合同的义务,而不负履行将来要订立的合同的义务。

本案中,商贸公司在农贸公司承诺后,拒绝按预约履行订立合同的义务,其行为已构成对预约合同的违反。因而农贸公司可以请求法院判令商贸公司订约并承担拒绝订约的责任。但是,商贸公司不承担拒收货物的违约责任。

合同法第15条规定,商业广告等为要约邀请。这实质上是对商业广告法律性质的界定。按照广告法的规定,商业广告是商品经营者或服务提供者承担费用,通过一定的媒介和形式直接或间接地介绍自己所推销的商品或者所提供的服务的活动。这里的“介绍”,揭示了商业广告的本质,也就是说,商业广告的实质在于向他人介绍自己所推销的商品或所提供的服务,通过介绍,吸引他人的注意,以使他人能够购买商品或者接受服务。因此,商业广告的目的就在于希望他人能够向自己发出订立合同的意思表示,所以,在合同法上,商业广告的法律性质为要约邀请。

商业广告是要约邀请,这是一个一般原则。但是,合同法关于

商业广告性质的规定并不是一个强制性规范,相反具有任意性,当事人可以通过特别约定来改变其法律性质。在社会经济生活中,当事人的特别约定一般有以下三种形式:

(1) 在商业广告中明确注明其为要约。例如,在广告中写明:此广告具有要约的效力。

(2) 商业广告中包含有广告人希望订立合同的愿望,例如,在广告中写明:保证有现货供应。

(3) 商业广告中写明相对人只要作出规定的行为就可以使合同成立。例如,在广告中写明:我厂有某型号的机械 10 台,每台 1 万元,欲购从速。

合同法第 15 条第 2 款明确规定:“商业广告的内容符合要约规定的,视为要约。”

【案例】 1998 年,某市一房地产公司在距离市区 25 公里的地段开发建设了一处房地产,名为“海城花园”。之后,房地产公司通过广告,向社会宣传“海城花园”的优势和售房的具体事宜。考虑到距离市区较远,且又不通公共汽车的不便之处,在售房广告中,该房地产公司特意声明会为购房者早晚提供免费的巴士。同年底,该市居民王某看到房地产公司的广告后,认为“海城花园”的条件尚好,虽离市区较远,但早晚有巴士服务,还是较为方便,遂前去房地产公司商量买房。在协议过程中,王某坚持要把免费提供巴士的事宜写入售房合同中去,但房地产公司不同意写入合同,只是声明他们一定按广告上宣传的去做。双方签订了合同,后王某搬入“海城花园”居住。

1999 年底,房地产公司感到免费提供巴士一年以来费用太大,遂与住户协商要求中止提供巴士运输,作为弥补,房地产公司为各住户支付一笔交通补助费。王某等众多住户坚持要求房地产公司继续提供免费巴士运输服务。双方协商不成,房地产公司中止了巴士运输服务,王某等众多住户遂向法院起诉,要求房地产公司

继续提供服务,且赔偿损失。

本案中,房地产公司的售房广告在整体上是商业广告,其法律性质属于要约邀请,房地产公司希望欲购房产者向自己发出订立合同的要约。但是,这并不妨碍在该商业广告中有一部分可以成为要约。本案的关键是,房地产公司广告中关于免费提供巴士的这一条款的性质是什么?房地产公司在和住户订立的合同中并未写上免费提供巴士的条款,但事实上,这个条款可以自动纳入售房合同中成为质量担保条款,作为消费者的众多购房户正是看到此条款后才决定买房的,否则,购买者决不会去购买一处地址偏僻又不通公共汽车的住房。因此,这一条款具有要约的性质,在购房者作出承诺后,该条款即转变为合同的条款。所以,房地产公司提出中止提供免费巴士的行为构成违约,应承担违约责任。

二、承 诺

(一) 承诺的条件

承诺是受要约人同意要约的意思表示。就是对要约人提出的要约的所有条件全部接受。它的名字有很多,比如接受、接盘、受盘等。其条件是:

1. 承诺必须由受要约人作出

要约人选定交易的相对方,受要约人进行承诺的权利是要约人赋予的。只有受要约人才能取得承诺的权利,受要约人以外的第三人不享有承诺的权利。因此,第三人对要约人作出承诺的,不产生承诺的效力,只能视作对要约人发出了要约。如果订约的建议是向不特定人发出的,并且如果该订约建议可以构成要约,则不特定人中的任何人均可以作出承诺。不过实际上,最后能够作出承诺的,只能是特定的人。

2. 承诺须向要约人作出

承诺是对要约的同意,受要约人与要约人订立合同,当然要向