

中华人民共和国 股份制操作全书

ZHONGHUARENMINONGHEGUO
GUFEN ZHI CAOZUO QUANSHU

下

法律·经济大全
青苹果电子图书系列

中华人民共和国 股份制操作全书

(下 卷)

目 录

(下 卷)

第十三篇 公司票据管理

第一章 银行转帐结算 (1995)

第一节 银行转帐结算的含义和条件 (1995)

银行转帐结算的含义 / 办理银行转帐结算的条件

第二节 银行帐户的开立 (1996)

银行帐户的含义 / 银行帐户的种类 / 开立银行帐户的条件 / 开户的手续 / 开户银行的选择 / 帐户的变更、迁移、撤销与合并 / 帐户的使用与管理

第三节 银行结算的原则、纪律和责任 (2005)

银行结算原则 / 银行结算纪律 / 银行结算责任

第四节 银行结算的方式和起点 (2006)

结算方式 / 结算起点

第五节 银行结算凭证 (2008)

银行结算凭证的概念 / 银行结算凭证的作用 / 银行结
算凭证的内容 / 如何填写结算凭证 / 受理结算凭证应
审查的内容 / 银行空白重要结算凭证的保管

第六节 银行扣款顺序和银行结算收费 (2010)

扣款顺序 / 银行结算收费

第二章 票据和票据法 (2012)

第一节 票据的特征和功能 (2012)

票据的概念 / 票据的特征 / 票据的功能

第二节 票据法有关知识 (2015)

票据法的概念 / 《中华人民共和国票据法》的适用范
围 / 票据法的守法原则 / 票据代理 / 对签章的要求 /
票据的更改 / 票据抗辩 / 票据的伪造与变造 / 票据的
丧失及其补救办法 / 票据时效

第三章 银行结算汇票的使用 (2027)

第一节 汇票的定义、种类与当事人 (2027)

汇票的定义 / 汇票的种类 / 汇票的当事人

第二节 汇票的出票 (2031)

出票的定义 / 票据基础关系 / 汇票的格式 / 汇票的记
载事项 / 汇票到期日的规定 / 汇票签发对出票人的效

力

第三节 汇票的背书 (2036)

票据转让与背书 / 有关背书的法律规定 / 委托背书与
 设质背书 / 背书人的汇票责任 / 对背书的权利担保效
 力

第四节 汇票的承兑 (2040)

承兑的定义 / 提示承兑 / 承兑的时间 / 承兑的格式 /
 承兑的效力

第五节 汇票的保证 (2042)

保证制度 / 保证的格式 / 保证人的责任 / 票据保证人
 的连带责任 / 保证人的权利

第六节 汇票的付款 (2045)

《票据法》对提示付款的期限的规定 / 对付款人即时
 付款的原则的规定 / 收款银行和付款银行的责任范围
 / 付款人在付款时应负的审查义务 / 远期汇票的支付
 / 外币汇票的支付办法 / 对全部付款的效力的规定

第七节 汇票的追索权 (2050)

对到期追索和期前追索的规定 / 持票人行使追索权的
 方式 / 对被追索人清偿债务的法律效力的规定

第八节 我国银行结算中的汇票结算 (2053)

银行汇票结算 / 商业汇票结算

第四章 银行结算本票的使用 (2074)

第一节 本票的定义 (2074)

本票的定义 / 《中华人民共和国票据法》中的本票仅

指银行本票

第二节 本票出票人的资格 (2075)

出票人必须具有可靠的资金来源 / 保证支付 / 出票人的资格的审定 / 具体管理办法

第三节 本票的记载事项 (2076)

表明本票的字样 / 无条件支付的承诺 / 确定的金额 / 收款人名称 / 出票日期 / 出票人签章

第四节 出票人的付款责任 (2077)

本票的见票 / 出票人的责任

第五节 我国银行结算中的本票结算 (2077)

银行本票结算的概念 / 银行本票的种类和适用范围 / 银行本票结算的特点 / 银行本票结算的基本步骤 / 银行本票的背书转让 / 银行本票的保管和退款

第五章 银行结算支票的使用 (2083)

第一节 支票的特征和种类 (2083)

支票的特征 / 支票的当事人 / 支票的种类 / 开立支票存款帐户的条件

第二节 支票的绝对必要记载事项 (2084)

支票上绝对必要记载的事项 / 支票上未记载绝对必要事项的法律后果

第三节 禁止签发空头支票 (2085)

支票的资金关系 / 空头支票的概念及其危害 / 我国关于对空头支票的处理规定

第四节 支票的签章和付款责任 (2086)

支票的签章 / 支票出票人的付款责任 / 支票付款人的
付款责任

第五节 支票付款的效力 (2088)

支票付款的效力 / 付款人以恶意或者有重大过失付款
的责任

第六节 我国银行结算中的支票结算 (2089)

支票结算的特点 / 支票结算的管理 / 支票结算的基本
步骤 / 银行退票和罚款 / 支票和印章遗失的处理和印
鉴的更换

第六章 票据诈骗及其防范 (2099)

第一节 票据诈骗 (2099)

伪造票据 / 变造票据 / 盗窃票据 / 空头支票 / 骗取票
据

第二节 票据诈骗的防范 (2101)

假票的制造与识别 / 伪造印章印文的特征与识别

附录 中华人民共和国票据法 (2104)



第一章 合同的基础知识 (2117)

第一节 合同的基本概念 (2117)

合同的概念 / 合同的订立 / 合同的变更和解除 / 合同的有效与无效 / 合同的履行 / 合同的担保 / 合同违约责任 / 制定统一合同法的概况

第二节 经济合同与经济合同法知识 (2124)

经济合同的含义和种类 / 签订经济合同的主体资格 / 签订经济合同的合法手续 / 签订经济合同的法定程序 / 签订经济合同的基本原则 / 签订经济合同的基本条款 / 签订经济合同的形式 / 经济合同的有效条件和法律约束力

第三节 技术合同与技术合同法知识 (2136)

技术合同的含义 / 技术合同与其他合同的区别 / 签订技术合同的程序 / 签订技术合同的基本原则 / 技术合同的主要条款 / 技术合同价款及其支付方式 / 技术合同的形式 / 技术合同成立的条件 / 技术合同的担保和中介机构

第四节 涉外经济合同与涉外经济合同法知识 (2145)

涉外经济合同的含义 / 签订涉外经济合同应具备的合法手续 / 签订涉外经济合同的基本原则 / 签订涉外经济合同的法定程序 / 涉外经济合同的主要条款 / 签订涉外经济合同的形式

第二章 各类合同的订立 (2156)

第一节 经济合同的订立 (2156)

工矿产品购销合同的订立 / 农副产品购销合同的订立 / 建设工程承包合同的订立 / 加工承揽合同的订立 / 货物运输合同的订立 / 供用电合同的订立 / 仓储保管

合同的订立 / 财产租赁合同的订立 / 借款合同的订立
/ 财产保险合同的订立 / 联营合同的订立 / 承包经营
合同的订立 / 租赁经营合同的订立

第二节 技术合同的订立 (2208)

技术开发合同的订立 / 委托开发合同的订立 / 合作开
发合同的订立 / 技术转让合同的订立 / 专利申请权转
让合同的订立 / 专利权转让合同的订立 / 专利实施许
可合同的订立 / 非专利技术转让合同的订立 / 技术咨
询合同的订立 / 技术服务合同的订立 / 技术培训合同
的订立 / 技术中介合同的订立

第三节 涉外经济合同的订立 (2233)

国际货物买卖合同的订立 / 国际技术转让合同的订立
/ 国际工程承包合同的订立 / 对外劳务合作合同的订
立 / 国际租赁合同的订立 / 中外合资经营企业合同的
订立 / 中外合作经营企业合同的订立 / 对外加工装配
合同的订立 / 补偿贸易合同的订立

第四节 其它各类合同的订立 (2309)

房屋买卖合同的订立 / 房屋租赁合同的订立 / 民间借
贷合同的订立 / 物品寄存合同的订立 / 旅客运输合同
的订立 / 保险合同的订立 / 委托合同的订立 / 行纪合
同的订立 / 居间合同的订立 / 赠与合同的订立

第三章 合同公证与合同鉴证 (2323)

第一节 怎样办理合同公证 (2323)

什么是公证 / 什么是经济合同的公证 / 经济合同公证
的程序 / 经济合同公证具有哪些效力 / 经济合同公证

的作用 / 经济合同公证与经济合同鉴证的区别 / 合同
公证书

第二节 怎样办理合同鉴证 (2333)

经济合同鉴证 / 劳动合同鉴证

第三节 怎样办理技术合同认定登记 (2341)

技术合同管理机关对技术合同的管理 / 技术合同认定
登记程序

第四章 合同的履行 (2344)

第一节 经济合同的履行 (2344)

什么是经济合同的履行 / 经济合同履行的主要内容 /
工矿产品购销合同的履行 / 农副产品购销合同的履行
/ 建设工程承包合同的履行 / 加工承揽合同的履行 /
货物运输合同的履行 / 供用电合同的履行 / 仓储保管
合同的履行 / 财产租赁合同的履行 / 借款合同的履行
/ 财产保险合同的履行

第二节 技术合同的履行 (2380)

什么是技术合同的履行 / 技术合同履行的原则 / 技术
合同履行中的成果分享

第三节 涉外经济合同的履行 (2381)

什么是涉外经济合同的履行 / 涉外经济合同履行的原
则 / 涉外经济合同履行的中止 / 涉外经济合同的转让

第五章 合同的变更、解除和终止 (2385)

第一节 经济合同的变更、解除和终止 (2385)

经济合同变更和解除的概念 / 经济合同变更和解除的条件 / 经济合同变更和解除的法定程序 / 经济合同变更和解除的基本原则 / 经济合同变更和解除的赔偿责任 / 经济合同的终止

第二节 技术合同的变更、解除和终止 (2389)

技术合同变更和解除的概念 / 变更和解除技术合同的条件 / 变更和解除技术合同后的责任

第三节 涉外经济合同的变更、解除和终止 (2391)

涉外经济合同的变更和解除 / 涉外经济合同的终止 / 变更、解除和终止合同后的赔偿责任 / 变更、解除或终止合同的效力

第六章 违反合同应承担的责任 (2395)

第一节 违反经济合同的责任 (2395)

违反经济合同为什么要承担责任 / 经济合同违约责任 / 承担经济合同违约责任的基本原则 / 承担经济合同违约责任的前提和条件 / 免除经济合同违约责任的条件 / 经济合同违约责任的划分 / 直接责任者个人违反经济合同的责任

第二节 违反技术合同的责任 (2402)

技术合同违约责任概念 / 违反技术合同的行为 / 承担技术合同违约责任的条件 / 承担技术合同违约责任的方式 / 违反技术合同的免责条件

第三节 违反涉外经济合同的责任 (2406)

违反涉外经济合同责任的含义 / 承担违反涉外经济合

同责任的条件 / 违约的补救方法 / 免除承担违反涉外
经济合同责任的条件

第七章 如何处理合同纠纷 (2411)

第一节 合同纠纷的协商和调解解决 (2411)

经济合同纠纷的协商和调解解决 / 技术合同纠纷的协
商和调解解决

第二节 合同纠纷的仲裁解决 (2414)

什么是仲裁 / 合同纠纷仲裁与仲裁法 / 仲裁法有关仲
裁机构的规定 / 申请仲裁的条件 / 仲裁程序 / 对裁决
不服的救济措施

第三节 合同纠纷的诉讼解决 (2428)

督促程序 / 审判程序

第四节 涉外经济合同纠纷的解决 (2446)

涉外经济合同纠纷的协商和调解解决 / 涉外经济合
同纠纷的仲裁解决

第八章 合同漏洞与陷阱防范 (2459)

第一节 怎样防止订立无效合同 (2459)

怎样防止订立无效经济合同 / 怎样防止订立无效技术
合同 / 怎样防止订立无效涉外经济合同 / 怎样防止合
同条款漏洞

第二节 怎样防范合同欺诈行为 (2471)

合同欺诈行为的特点 / 合同欺诈行为的防范及其难点

/ 防范加工承揽合同中的陷阱

附录一 中华人民共和国合同法 ... (2475)

附录二 中华人民共和国合同法 ... (2484)

附录三 中华人民共和国涉外
经济合同法 (2491)

第十五篇 公司商标管理

第一章 商 标 (2497)

第一节 商标的概念与特征 (2497)

商标的概念 / 商标的基本特征

第二节 商标的分类 (2498)

按照商标的构成分类 / 按照商标使用对象划分 / 按照
商标使用目的来分 / 特殊性质商标

第三节 商标的作用 (2503)

区别相同类商品的不同生产者和经营者 / 区别不同生
产者生产商品质量的不同 / 便于消费者认牌购货 /
有利于商品广告宣传 / 有利于美化商品 / 有利于开展
国际贸易 / 有利于开展正当竞争

第四节 商标和其他类似标志	(2504)
商标与装潢 / 商标与外观设计 / 商标与商务标语 / 商 标与商号 / 商标与产地标记	

第二章 商标法 (2508)

第一节 商标法的概念和内容	(2508)
第二节 商标法的任务和作用	(2509)
第三节 我国商标法的基本原则	(2510)
保护商标权的原则 / 保护合法竞争的原则 / 保护消费 者利益的原则	
第四节 注册商标与未注册商标	(2511)

第三章 商标权 (2514)

第一节 商标权的概念	(2514)
第二节 商标权的特征	(2516)
独占性 / 时间性 / 地域性	
第三节 商标权的内容	(2518)
商标的专有使用权 / 商标的禁止权 / 商标转让权 / 商 标的使用许可权 / 商标的续展权 / 商标的注销权 / 商 标的争议权 / 商标诉讼权	

第四章 商标权的取得 (2521)

第一节 商标权取得的概念及分类	(2521)
-----------------------	--------

商标权的完全取得 / 商标权的不完全取得

第二节 申请商标注册的条件 (2522)

商标注册申请人必须是具有合法地位的商品生产经营者或服务提供者 / 申请注册的商标应具备商标构成的基本要素 / 商标应具有显著特征 / 商标不能违反禁用条款

第三节 商标注册的申请 (2528)

注册申请的原则：一类商品一件商标一份申请 / 商标注册申请的程序 / 代理申请 / 优先权声明

第四节 商标注册申请的审查与核准 (2531)

审查 / 商标注册的初步审定和公告 / 申请注册商标的驳回及驳回商标的复审 / 商标的异议、异议裁定及异议裁定的复审 / 核准注册和发证公告

第五节 注册商标的争议和注册不当 (2535)

第六节 注册商标的续展 (2538)

第七节 通过商标转让获得商标权 (2539)

商标转让的定义及分类 / 通过商标转让取得商标权的益处 / 商标转让的程序 / 商标转让时应注意的几个问题

第八节 商标权的不完全取得：使用许可 (2542)

使用许可特点 / 使用许可的好处 / 使用许可的种类 / 商标使用许可的程序和注意事项 / 注册商标使用许可双方的权利和义务

第五章 商标权的保护 (2545)

第一节 保护商标权的意义和范围 (2545)

第二节 侵权行为	(2546)
侵权行为的分类 / 侵权行为要件	
第三节 对侵权行为的处理	(2549)
处理的机关 / 工商行政管理机关对商标侵权案件的管 辖 / 法律依据及其处理措施 / 对商标侵权案件的复议	
第四节 商品和商标相同或相似的判定	(2553)
相同商品 / 类似商品 / 相同商标 / 相似商标	
第五节 驰名商标的扩大保护	(2555)
第六节 假冒商标罪	(2556)
假冒商标罪的犯罪客体 / 假冒商标罪的客观方面 / 假 冒商标罪的犯罪主体 / 假冒商标罪的主观方面	
 第六章 商标使用的管理	 (2562)
第一节 概述及管理机关	(2562)
第二节 注册商标的管理	(2563)
第三节 未注册商标的管理	(2568)
使用未注册商标不得违反法律规定 / 加强对未注册商 标的监督检查 / 使用未注册商标必须在商品上、包装 上标明企业名称和地址 / 加强法制宣传	
第四节 商品质量的管理	(2570)
第五节 商标印制的管理	(2573)
第六节 出口商品商标的使用管理	(2575)
 第七章 涉外商标	 (2577)
第一节 我国商标在国外的注册	(2577)

一般注册 / 国际注册

第二节 几个主要西方国家对商标权的保护 (2583)

英国 / 美国 / 法国 / 德国 / 日本

第三节 外国企业在我国的商标注册 (2585)

按所属国和我国签定的协议或共同参加的国际条约办
理商标注册 / 按对等原则办理商标注册 / 外国商标申
请注册的委托代理 / 外国商标在国内申请注册的手续

第八章 公司的商标战略 (2587)

第一节 商标使用的策略 (2587)

重视使用商标 / 灵活使用商标 / 稳定使用

第二节 商标设计 (2589)

合法性 / 独创性 / 新颖性 / 易读、易记, 有寓意, 能
产生联想 / 突出主题, 合理布局 / 符合消费者心理 /
注意政治、宗教、民族习惯等

第三节 及时取得商标权 (2592)

第四节 广告宣传 (2593)

第五节 让驰名商标永远驰名 (2594)

附录一 中华人民共和国商标法 (2596)

附录二 中华人民共和国
商标法实施细则 (2602)

可乐类饮料通过广告诉求改变印象 / 金融业广告采用感情诉求 / 挑战性广告能促进产品改进 / 用事实证明自己的声望地位 / 巧妙地改变消费者的观念习惯 / “样品屋”先看后买的广告 / 创造销售重点争取领先地位 / 售点广告的佳作 / 运用经营战略配合广告 / 主题同一的强势广告 / 富有攻心力量的广告歌曲 / 寓推广于教育的广告活动 / 样品赠送需要做得步步确实 / 促使新产品上市迅速接近消费者 / 提高产品知名度的佳作 / 新品上市先声夺人 / 驰誉国际间的服务形象 / 普拉斯公司的“迷你文具组合” / 马特尔公司的芭比娃娃 / SONY 公司的随身听 / 台湾久津公司的波蜜果菜汁 / 音乐蜡烛的问世 / “舒跑”运动饮料与“维他露”汽水 / 万用手册的问世 / 菲仕兰公司的低脂奶粉 / “一匙灵”浓缩洗衣粉的问世 / 发酵粉的新用途 / 从交通工具到运动器材 / 艾维斯出租车广告的定位 / 汽车限量销售 / 巧克力与口香糖的“感觉”销售 / “施乐”公司的只租不售 / 啤酒当作饮料卖 / 食品当作药品卖 / 正确把握重点的简洁佳作 / 能击中消费者心理的标题 / 请大家暂停购买的大胆策略 / 企业应重视公共关系广告 / 在淡季中激起大众购买热潮 / 视觉统一能加深受众印象 / 重视广告语的联想作用 / 一个能增强竞销力量的标志 / 创造新颖风格适应市场变化 / 雅芳化妆品公司的直销 / 哈特威衬衫广告 / 七喜汽水的“非可乐”型定位 / 百威啤酒广告策划 / “双鹿”冰箱的广告策划 / 日用品公司选择广告代理的策略

第二节 国外广告标语及口号经典 (2761)

食品类 / 药品类 / 香烟类 / 服饰品类 / 个人及家庭清

洁美容用品 / 居家生活用品 / 文化、娱乐、体育、休闲用品、交际、嗜好 / 汽车、摩托车及零件 / 产业及相关产品 / 服务业、文化业、公共事业 / 其他类

第三节 广告语录 (2849)

广告及广告运动 / 广告目标及广告投资 / 广告策略及广告执行 / 广告及广告客户

附录 中华人民共和国广告法 (2861)

第十七篇 公司违法犯罪及法律责任

第一章 公司法人犯罪及法律责任 (2869)

第一节 公司登记诈欺罪 (2870)

第二节 虚假出资、抽逃出资罪 (2872)

第三节 以虚假方法发行公司股票、公司债券罪 (2874)

第二章 公司人员犯罪及法律责任 (2877)

第一节	财务会计报告诈骗罪	(2877)
第二节	公司、企业清算侵害他人利益罪	(2879)
第三节	公司、企业人员受贿罪	(2881)
第四节	向公司、企业人员行贿罪	(2883)

第五节	经营同类营业罪	(2883)
第六节	国有公司、企业、事业单位 人员以权谋私罪	(2884)
第七节	签订、履行合同被骗罪	(2885)
第八节	徇私舞弊造成国有公司、企业 严重亏损或者破产罪	(2886)
第九节	低价折股或者低价出售国有资产罪	(2887)
附录一	新刑法关于妨害对公司、企业的 管理秩序罪的规定	(2889)
附录二	我国公司法对违反公司法的 法律责任的规定	(2891)

第十三篇 公司票据管理

第十三篇

公司票据管理

第一章 银行转帐结算

第一节 银行转帐结算的含义和条件

一、银行转帐结算的含义

银行转帐结算是指不使用现金,通过银行将款项从付款单位(或个人)的银行帐户直接划转到收款单位(或个人)的银行帐户的货币资金结算方式。

按照银行结算办法的规定,除了《现金管理暂行条例》规定的可以使用现金结算的以外,所有企业、事业单位和机关、团体、部队等相互之间发生的商品交易、劳务供应、资金调拨、信用往来等等均应按照银行结算办法的规定,通过银行实行转帐结算。国家之所以鼓励实行银行转帐结算,是因为:

第一,实行银行转帐结算,有利于国家调节货币流通。实行银行转帐结算,用银行信用收付代替现金流通,使各单位之间的经济往来,只有结算起点以下的和符合现金开支范围内的业务才使用现金,缩小了现金流通的范围和数量,使大量现金脱离流通领域,从而为国家有计划地组织和调节货币流通量,防止和抑制通货膨胀创造条件。

第二,实行银行转帐结算,有利于加速物资和资金的周转。银行转帐结算是通过银行集中清算资金实现的。银行通过使用各种结算凭证、票据在银行帐户上将资金直接从付款单位(或个人)划转给收款单位(或个人),不论款项大小、繁简,也不论距离远近,只要是在结算起点以上的,均能通过银行机构及时办理,手续简单,省去了使用现金结算时的款项运送、清点、保管等手续,方便快捷,从而缩短清算时间,加速物资和资金的周转。

第三,实行银行转帐结算,有利于聚集闲散资金,扩大银行信贷资金来源。由于实行转帐结算,各单位暂时未用的资金都存入其银行帐户上,这些资金就成为银行信贷资金的重要来源之一。另外,实行转帐结算,各单位在办理结算过程中,付款单位已经付出,但凭证尚在传递,因而收款单位尚未入帐,这样形成的在途资金,也是银行信贷资金的来源。

第四,实行银行转帐结算,有利于银行监督各单位的经济活动。实行转帐结算,各单位的款项收支,大部分都通过银行办理结算,银行通过集中办理转帐结算,便能全面地了解各单位的经济活动,监督各单位认真执行财经纪律,防止非法活动的发生,促进各单位更好地遵守财经法纪。

第五,实行银行转帐结算,有利于资金流通的安全。首先,通过银行转帐结算,不论款项

大小,时间长短,都有据可查,一旦发生意外情况也便于追索;其次,实行银行转帐结算,可以避免由于实行现金结算而发生的现金运输、保管过程中丢失、被抢、被窃等不测损失,保证结算资金的安全;第三,由于实行转帐结算,银行监督各单位认真履行合同,遵守信用,从而减少由于对方单位不守信用而带来的损失。

二、办理银行转帐结算的条件

企业单位办理结算由于涉及到收款人、付款人和各自的开户银行,因此,必须具备一定的条件才能得以顺利进行。

(1)开立帐户。企业单位要在银行开立帐户,必须填写开户申请书,持“营业执照”经当地人民银行审批后,核发“开户许可证”正、副本,企业单位将开户许可证副本交给开户银行,即可开立帐户。

(2)选择与经济业务相适应的结算方式。企业单位办理业务,要根据银行现有的结算方式进行选择,如汇兑、委托收款、汇票、银行本票、信用卡等。但无论哪种结算方式,都应注意以下几点:①适用范围。银行结算方式是根据经济业务的具体情况设计的,因此要根据经济活动的具体特点来确定使用哪种方式。②金额起点。金额起点是指使用某种结算方式必须要达到规定的金额银行才予受理的起点。在起点以下的小额收付使用现金结算。③有效期限。这是指银行结算凭证签发后必须在规定的期限内使用,过期无效,银行不予受理。

(3)向银行提供办理结算的依据。付款人委托银行办理结算业务不仅要填制合法有效的统一的结算凭证,还要向银行提供所需的付款依据,说明支付款项的理由。取款人委托银行的付款人收取款项时则应提供有关的收款依据。收款人在取款时也必须提供有关的证明文件。

(4)遵守国家法律和结算纪律。单位和个人办理结算时,必须以合法的商品交易为基础,不准出租、出借银行帐户;不准签发空头支票和远期支票;不准套取银行信用。

(5)交纳结算费用。单位和个人委托银行办理结算须按规定向银行交纳结算费用,如邮费、电报费、手续费、凭证工本费等。收费范围除财政金库全部免收,存款不计息帐户免收邮费、手续费外,对其余的结算单位和个人均按具体规定收取费用。

第二节 银行帐户的开立

银行转帐结算是指通过银行将款项从付款单位帐户划转到收款单位帐户,因此,各单位之间的经济业务往来通过银行办理转帐结算,有一个先决条件,那就是必须到银行开立帐户,并遵守银行有关帐户管理的规定。

一、银行帐户的含义

从银行的角度讲,银行帐户是根据资产与负债,以及银行经营业务和成果,并按会计科目分类在帐簿上开立(设置)的户头。一般来说是指各单位在银行明细分类帐中开立的户

头。从企业的角度讲,银行帐户是各单位为办理结算和申请贷款在银行开立的户头,也是单位委托银行办理信贷和转帐结算以及现金收付业务的工具,它具有监督和反映国民经济各部门、各单位活动的作用。

二、银行帐户的种类

企业在银行开设的帐户按用途划分,可分为基本存款帐户、一般存款帐户、临时存款帐户和专用存款帐户四类:

(1)基本存款帐户。亦称“主要帐户”,它是存款人办理日常转帐结算和现金收付的帐户。一个开户单位只能在银行开立一个基本帐户。

存款人的工资、奖金等现金的支取,只能通过本帐户办理。

(2)一般存款帐户。它是存款人在基本存款帐户以外的银行借款转存、与基本存款帐户的存款人不在同一地点的附属非独立核算单位开立的帐户。

存款人可以通过本帐户办理转帐结算和现金缴存,但不能办理现金支取。

(3)临时存款帐户。它是存款人因临时经营活动需要开立的帐户。

存款人可以通过本帐户办理转帐结算和根据国家现金管理的规定办理现金收付。

(4)专用存款帐户。它是存款人因特定用途需要开立的帐户。

一般存款帐户和临时存款帐户又可统称为辅助帐户。

三、开立银行帐户的条件

按照规定,开立银行帐户的单位或个人必须是:编报财政预、决算报表的独立预算会计单位;实行独立经济核算(有核定的流动资金、独立计算盈亏,独立编报财务计划和会计报表)的企业单位;实行独立核算,按全年统一规定编报会计报表,有专职或兼职财务会计人员的军队单位;经上级主管部门批准可以开立帐户或经工商行政管理部门批准发给营业执照的企业事业单位和个体工商户;以及在单位财务部门以外的其他职能部门、中小学校办工厂以及单位办的劳动组织,如在业务经营上确有需要并具备开户条件的可以单独开立帐户。

1. 基本帐户

按照规定,下列存款人可以申请开立基本帐户:

- (1)企业法人;
- (2)企业法人内部单独核算的单位;
- (3)管理财政预算资金和预算外资金的财政部门;
- (4)实行财政预算管理的行政机关、事业单位;
- (5)县级(含)以上军队、武警单位;
- (6)外国驻华机构;
- (7)社会团体;
- (8)单位附设的食堂、招待所、幼儿园;
- (9)外地常设机构;
- (10)私营企业、个体经济户、承包户和个人。

基本帐户是各独立预算会计单位或实行独立核算的企业单位在银行开立的主要帐户,包括存款户或往来户、预算存款户或经费限额支出户、预算外存款户或其他存款户等。按规定,每一个独立单位在银行只能开立一个基本帐户。工商企业在银行开立的基本帐户为存款户(或称结算户);实行经费限额拨款单位开立中央预算经费限额支出户;实行全额预算管理的行政、事业单位分别预算内、预算外资金设预算内存款户和其他存款户;预算单位所属的报销单位如和预算单位不在一地的可开立其他存款户;差额预算单位和自收自支预算单位开立其他存款户;军队单位开设特种存款户、特种企业存款户、特种其他存款户等。

2. 一般帐户

下列存款人可以申请开立一般帐户:

- (1)在基本帐户以外的银行取得借款的;
- (2)与基本帐户的存款人不在同一地点的附属非独立核算单位。

一般帐户是银行为方便非独立的附属单位或预算单位所属的报销单位的款项收付所开立的帐户。当非独立核算的附属单位或预算单位所属的报销单位距主管单位较远时,为便于其业务经营和款项支付,在主管单位同意并经银行审查同意后,可在其附近银行开一般帐户。一般转户与主管的独立核算单位和预算单位的基本帐户发生款项支付外,一般是只收不付或只付不收。只收不付帐户的存款余款,由单位定期自行划转基本帐户;只付不收户所需的资金,由单位定期自行从基本帐户拨入。对一般帐户的开立,银行一般从严掌握。

3. 专用帐户

下列资金存款人可以申请开立专用帐户:

- (1)基本建设的资金;
- (2)更新改造的资金;
- (3)特定用途,需要专户管理的资金。

专用帐户是对各单位特定用途资金所开立的帐户,包括贷款户和其他专用资金户。贷款户是指向银行借款的单位分别银行贷款性质开立的帐户;其他专用资金帐户是各单位为具有专门用途的资金开立的帐户。

4. 临时帐户

下列存款人可以申请开立临时帐户:

- (1)外地临时机构;
- (2)临时经营活动需要。

从所有制的角度来看,银行根据每个单位的所有制性质、不同的领导关系和不同的资金来源,规定不同的单位可以向银行申请开立不同的帐户。

(1)企业单位的银行帐户

企业单位可分为国有工商企业单位、供销合作企业、集体所有制工商企业、个体工商业者等等,它们可以在银行开立下列帐户:

①国有工商企业单位的流动资金可开立一个存款帐户,反映该企业一切经济活动——货币收支活动,各项专用基金合并开立一个专用基金存款帐户,如折旧基金、大修理基金、企业基金和职工福利基金、职工奖励基金等;有贷款的单位,按贷款办法规定另行开立有关贷

款帐户、企业所属非独立核算单位,如因距离主管单位较远,办理收付不方便,要求另行开户的,可开立一个辅助帐户。

②供销合作企业与国有工商企业相同,可在银行开立流动资金存款帐户、专用基金存款帐户和各类贷款帐户。

③集体所有制企业,凡由市、县或市属区以上主管部门统负盈亏的企业单位,即“大集体”的企业单位,均可比照国有企业办理。其他集体企业单位,如街道集体和乡镇集体所属的合作工厂、合作商店、家庭工厂、加工组织、服务组织等,凡已具备独立核算、自负盈亏开户条件的,可以开立一个存款户,不具备条件的,由街道或乡镇级政府机构为单位集中开立一个存款户。

④凡向工商行政管理部门登记,并经批准发给执照,准予开业的个体工商业者,如业务上与企业、事业单位往来比较密切,确有转帐结算需要的,可凭营业执照,向所在地银行申请开立存款存折帐户。在使用转帐结算时,原则上应使用委托付款结算。个体经营个体工商业者如确有必需,经银行同意也可以开立支票存款帐户,使用支票结算。

⑤对国有商业企业改为“国家所有,集体经营,照章纳税,自负盈亏”或直接转为集体所有制,或租赁经营者个人经营的店铺以及核算户划小的企业,凡是具有法人地位,实行独立核算,拥有一定的自有资金,建立补充流动资金制度,配有专职或兼职财务会计人员,并领有营业执照的,均可在银行单独开户,建立存贷款业务往来关系。

⑥下列企业除按上述范围开户外,可增开以下帐户:

国有或集体企业的主管部门,对所属企业上缴下拨的资金,可另开一个存款户。

凡中央主管部门规定实行收入和支出两条线分别核算,分口管理的单位,可增开一个营业收入上解帐户。

各级邮电部门可另外开立一个报刊费专户及邮政汇兑资金往来户。

(2)行政和事业单位的银行帐户

行政和事业单位由于拨款和使用方法不同,可以区分为经费限额拨款单位、金额预算单位和差额管理单位等,它们可以开立下列帐户:

①实行经营限额拨款单位,按照《中央行政事业经费限额拨款办法》的规定,可以开立中央(或地方)预算经费限额支出帐户。这类单位代替或暂时保管的不属预算内的资金,可另行申请开立一个其他存款帐户。

②实行全额预算的机关,事业单位和团体,其全部支出由国家拨给,其全部收入另行上缴给国家,所有收支全部列入国家预算,不能以收抵支。这种对预算收支金额统管的办法,一般适用于没有业务收入或业务收入不经常、不固定的单位,如各级行政机关,各类学校,独立的科研单位,各级防疫机构等。这类单位,也会有某些代保管款项或其他暂收款,可分别就预算内、预算外资金开立预算内存款和其他存款两个帐户(科研单位与企业联营的,按照联营企业处理)。

一个单位既有行政经营,又有事业经营,也可根据预算内和预算外分别开立一个预算内存款户和一个其他存款户。

全额预算单位所属的报销单位,与预算单位不在一地,要求单独立户的,也可在所在地

开立一个其他存款帐户。

大、中、小学校附属的独立核算的工厂(即校办工厂),确有需要的,可以单独开立一个存款帐户。

③实行差额管理的单位,即用本单位的业务收入来源抵补支出,只将其差额列入国家预算的事业单位、团体等,如国家设立的博物馆、国营剧团、公立医疗机构等,可以开立一个其他存款帐户。

④各单位的附属机构,如食堂、招待所、托儿所、幼儿园等独立会计单位,确有需要的,可开立一个存款帐户。

⑤党委、团委、工会、民主党派等群众团体或主管部门集中下级单位上缴的党、团、工会经费以及其他经费来源等,可以开立一个存款帐户。

(3)农村乡(镇)政府及其所属企、事业单位的银行帐户

农村乡(镇)政府及其所属的企业、事业单位可以在当地银行机构分别开立下列帐户:

①农村乡(镇)政府的行政经费,可开立预算内存款户和其他存款户两个帐户;农村乡(镇)政府自有的集体资金,可另开一个存款帐户。

②农村的自然村、村民小组和村办企业,原则上应当在当地信用社开立存款帐户。但经有关银行、信用社同意后,也可以在当地银行机构开户。在银行开户后不得同时再在信用社开户。乡(镇)办企业可在当地银行开立存款户。上述企业申请贷款时,应按银行、信用社贷款办法和当地有关分工的规定,另行开立相应的贷款户。

③经有关部门批准外出搞副业的专业队不得在银行或信用社单独开户,其劳动收入,除按当地规定付给生活费外,应直接汇入本乡(镇)村的帐户。

(4)外地及临时性单位的银行帐户

外地及临时性单位可按下列不同情况,向银行申请开立有关存款户:

①采购资金帐户。外地汇入的采购款,如果陆续使用的,凡符合规定并经银行审查同意的,可在指定银行开立一个采购资金存款户。

②常驻机构的帐户。经有关部门批准在当地设立的外地常驻机构,可在当地指定的银行开立一个存款帐户。

③临时性单位的帐户。临时性单位要求在银行开立帐户时,应由其主管部门出具证明,经双方的县或相当县一级银行审查同意后,可开立存款帐户,此项帐户视同辅助帐户性质。

四、开户的手续

各单位向银行申请开立帐户,应按规定办理下列手续:

(1)填写开户申请书。各单位申请开户,首先应填写开户申请书。开户申请书由银行统一印制,其主要内容有:①申请开户单位的名称;②申请开户单位的性质及级别;③上级主管部门名称;④工商行政管理局批文号;⑤单位地址、电话;⑥资金来源和运用情况;⑦生产经营范围等。开户申请书的基本格式如表 13.1.1 所示。各单位在申请开户时,应详细填写申请书各项内容。各项内容填写完后,加盖本单位公章,连同所需的证明文件送银行审查。

表 13.1.1 中国××银行开户申请书

申请开户 单位全称		地 址		电 话 码 数	
				电 话 号 码	
主管部门 名称		上级管理 部门名称			
帐户资金来源 及性质					
已 开 帐 户 情 况	开户银行		帐 号		帐 户 名 称
上级管理 部门意见		(签章) 年 月 日		申请开 户单位 公章	(签章) 年 月 日
以下各栏由银行填写					
业务部门意见				会计主管意见	
科目		帐 户 名 称		帐 号	
营 业 执 照	发证机关				开 户 日 期
	编 号				年 月 日

(2)提交有关证明。各单位在填写开户申请书之后,将其报送有关部门审查,有关部门审查同意后出具证明。按照规定,机关、学校、医院、部队、人民团体等单位到银行开立帐户,必须向银行提交拨款的财政部门或上一级主管部门出具的或经过审查的证明;全民所有制和集体所有制工商企业办理开户,必须向银行提交其主管部门出具的证明和工商行政管理部门发给的营业执照;三资企业由注册会计师事务所出具审查证明;个体工商户办理开户,提交由城市街道办事处或农村乡政府出具的证明和工商行政管理部门发给的营业执照;外地单位常驻(派出)机构办理开户,应提交由主管部门和驻在地有关部门审查的证明;各单位的附属机构办理开户,应提交其管辖单位审查的证明。开立帐户证明书的格式见表 13.1.2 所示。

表 13.1.2 开设帐户证明书

兹同意_____	
在中国××银行××市分行××办事处	
开设_____帐户	
	批准单位章
	19××年×月×日

存款人申请开立基本帐户,应向开户银行出具下列证明文件之一:

- (1)当地工商行政管理机关核发的《企业法人执照》或《营业执照》正本;
- (2)中央或地方编制委员会、人事、民政等部门的批文;
- (3)军级以上、武警总队财务部门的开户证明;
- (4)单位对附设机构同意开户的证明;
- (5)驻地有权部门对外地常设机构的批文;
- (6)承包双方签订的承包协议;
- (7)个人的居民身份证和户口簿。

存款人申请开立一般帐户时,应向开户银行出具下列证明文件之一:

- (1)借款合同或借款借据;
- (2)基本帐户的存款人同意其附属的非独立核算单位开户的证明。

存款人申请开立专用帐户时,应向开户银行出具下列证明文件之一:

- (1)经有权部门批准立项的文件;
- (2)国家有关文件的规定。

存款人申请开立临时帐户时,应向开户银行出具下列证明文件之一:

- (1)当地工商行政管理机关核发的临时执照;
- (2)当地有权部门同意设立外来临时机构的批件;
- (3)填制并提交印鉴卡片;

开户单位在提交开户申请书和有关单位证明的同时,应填写开户银行的印鉴卡片。印鉴卡片上填写的户名必须与单位名称一致,同时要加盖开户单位公章、单位负责人或财务机构负责人、出纳人员三颗图章。它是单位与银行事先约定的一种具有法律效力的付款依据,银行在为单位办理结算业务时,凭开户单位在印鉴卡片上预留的印鉴审核支付凭证的真伪。如果支付凭证上加盖的印章与预留的印鉴不符,银行就可以拒绝办理付款业务,以保障开户单位款项的安全。银行的印鉴卡片的基本格式如表 13.1.3 所示。

表 13.1.3 中国工商银行××市××分行印鉴卡片

户名:			
地址		电话	
启用日期 年 月 日			
申请开户单位印鉴		××银行印鉴	
单位财务专用章	财务 主管	签章	
	出纳 员	签章	
印鉴使用说明			

(4)开户银行审查

开户单位将开户申请书、主管部门证明、印鉴卡片以及会计人员的《会计证》证件等送开户银行。开户银行根据有关规定进行审查,经审查符合开户条件的,开户银行会计部门根据批准的申请书登记开销户登记簿,并按照单位性质,确定会计科目,编排帐号,开立分户帐。对于使用支票的帐户,开户后应由单位购买各种空白结算凭证。对于使用存折的帐户,在其第一次存入款项时,发给存折。

五、开户银行的选择

存款人可以自主选择其开户银行,银行也可以自愿选择存款人开立帐户。任何单位和个人不得干预存款人、银行开立或使用帐户。

银行应依法为存款人保密,维护存款人资金自主支配权,不代任何单位和个人查询、冻结、扣划存款人帐户内存款。国家法律规定和国务院授权中国人民银行总行的监督项目除外。

六、帐户的变更、迁移、撤销与合并

1. 帐户变更

存款人因法人变换或不慎丢失原预留印章,要求更换印鉴时,应填写一式两联更换印鉴通知书,随附两份新印鉴卡片,并申明更换理由,经开户银行的会计主管人员审查同意后,才能办理更换手续。存款人更换印鉴后,要向有关人员收回盖有旧印鉴的支付凭证,如不收

回,产生诈骗冒领而发生的经济损失,应由付款单位负责。

单位因某些原因需要变更帐户名称,应向银行交验上级主管部门批准的正式函件,企业单位和个体工商户需交验工商行政管理部门登记注册的新执照,经银行审查核实后,变更帐户名称,或者撤销原帐户,重立新帐户。

2. 帐户迁移

客户因故迁移地址,需要迁移帐户,若在同城先由单位向原开户银行提出两份申请书,经银行审查同意后,双方核对存款余额,无误后办理销户手续,然后,由迁出行将单位的存款余额,连同一份转户申请一并划转迁入行,迁入行凭以开立新户。若迁往异地,应按规定办理销户和重新开户手续。由于我国目前实行了开户许可证制度,存款人基本帐户的开立都必须经当地人民银行批准并发给开户许可证,因此,存款人迁移帐户,一般都采取销户和重新开户的做法。

另外,按照规定,连续在一年以上没有发生收付活动的帐户,开户银行经过调查认为该帐户无须继续保留即可通知开户单位来银行办理销户手续,开户单位接通知后一个月内必须办理,逾期不办理视为自动销户,存款有余额的将作为银行收益。

3. 帐户撤销、合并

存款人申请撤销、合并帐户时,应写出撤销或合并帐户申请书,经开户银行审查同意后,并与银行核对帐户存款余额无误后,方可办理销户手续,销户时应同时交回未用的各种重要空白凭证,销并帐户后,如因未交回重要空白凭证而发生的一切后果,由客户承担全部责任。

七、帐户的使用与管理

帐户是各单位与其他单位通过银行办理结算和现金收付的重要工具。为了维护金融秩序,保证各项经济业务的正常开展,各单位应加强对银行帐户的使用和管理。

开户单位通过银行帐户办理资金收付时,必须做到以下几点:

(1)认真贯彻执行国家政策法令,遵守银行的信贷、结算和现金管理等有关规定,积极接受银行检查,并主动提供有关资料和有关情况。

(2)保证按照批准的经营范围进行资金收付,不出租、出借或转让帐户。

(3)各种收支凭证要如实填写款项来源或用途;不巧立名目,弄虚作假,套取现金,套购物资,不搞违法活动。

(4)保证帐户有足够的资金用于支付,不签发空头的或远期的支付凭证。

(5)及时与银行对帐,发现不符随时联系查对。

(6)如有违犯愿接受银行批评或必要制裁。

第三节 银行结算的原则、纪律和责任

一、银行结算原则

银行转帐结算是一个复杂的收付程序。每一笔款项的结算都涉及到付款单位、收款单位、付款银行、收款银行等几个单位的多个环节的业务活动和资金增减变动。如果其中的任何单位和任何一个环节不按统一的规定办理,都会给结算业务的进行带来困难。因此为保证银行结算的顺利进行,各单位,包括付款单位、收款单位、付款银行和收款银行,应当严格遵循银行结算的基本原则。这些基本原则包括:

(1)恪守信用,履约付款。在市场经济条件下,存在着多种交易形式,相应地存在着各种形式的商业信用。收付双方在经济往来过程中,在相互信任的基础上,根据双方的资信情况自行协商约期付款。一旦交易双方达成的协议,那么交易的一方就应当根据事先的约定行事,及时提供货物或劳务,而另一方则应按约定的时间、方式支付款项。

(2)谁的钱进谁的帐,由谁支配。银行作为结算的中介机构,在办理结算过程中,必须保护客户资金的所有权和自主支配权不受侵犯。各单位在银行的存款,受法律保护;客户委托银行把钱转给谁,银行就把钱进谁的帐。银行维护开户单位存款的自主支配权,谁的钱就由谁来自主支配使用。除国家法律规定以外,银行不代任何单位查询、扣款,不得停止各单位存款的正常支付。

(3)银行不垫款。银行在办理结算过程中,只提供结算服务,起中介作用,负责款项从付款单位帐户转到收款单位帐户,不给任何单位垫支款项。因为银行给其他单位垫支款项,事实上已不属于结算范围,而属于信贷范畴,会扩大信贷规模和货币投入。因此《银行结算办法》规定银行不垫款。付款单位在办理结算过程中只能用自己的存款余额支付其他单位款项,收款单位也只能在款项已经银行办妥收款手续,进入本单位帐户后才能支配使用。

二、银行结算纪律

银行结算纪律是指通过银行办理转帐结算的各单位或个人办理具体结算过程中,应当遵守的行为规范。由于银行转帐结算涉及到极大多数的企业、事业单位和机关、团体、部队等有关单位和个人,为了正确处理结算过程中有关各方的经济关系,维护国家经济秩序,中国人民银行总行颁布的《银行结算办法》中规定了统一的结算纪律,作为有关各方在办理结算过程中应当遵循的基本行为规范。银行结算纪律是国家财经纪律的重要组成部分,各单位必须严格遵守。

按照《银行结算办法》的规定,银行结算纪律主要包括以下几个方面:

(1)对于款项收付单位,在办理转帐过程中,不准出租、出借银行帐号,不准签发空头支票和远期支票,不准套取银行信用。

(2)对于银行,在办理结算过程中,必须严格执行银行结算办法的规定,及时处理结算凭

证,需要向外寄发的结算凭证,必须于当天及时发出,最迟不得超过次日;汇入银行收到结算凭证,必须及时将款项支付给确定的收款人;不准延误、积压结算凭证;不准挪用、截留客户和他行的结算资金;未收妥款项,不准签发银行汇票、本票;不准向外签发未办汇款的汇款回单;不准拒绝受理客户和他行的正常业务。

(3)对于邮电部门,应及时传递银行结算凭证,不准延误、积压银行结算凭证。

三、银行结算责任

有关各方应认真执行银行结算纪律,违反银行结算纪律的,应承担相应的责任:

(1)收、付款单位和个人,违反银行结算规定和纪律,银行按有关规定予以经济处罚,比如付款单位签发空头支票,银行按规定处于5%但不低于1000元的罚款。情节严重的,应停止使用有关结算办法,因此造成的后果由其自行负责。

收付款单位和个人办理结算,由于填写结算凭证有误影响资金使用,票据和印章丢失造成资金损失的,由其自行负责。

允许背书转让的票据,因不获付款而遭退票时,持票人可以对出票人、背书人和其他债务人行使追索权,票据的各债务人对持票人负连带责任。

(2)银行办理结算因工作差错,发生延误,影响客户和他行资金使用的,应按存(贷)款利率计付赔偿金;因违反结算制度规定,发生延误、积压、挪用、截留结算资金,影响客户和他行资金使用的,应按结算金额每天万分之三计付赔偿金;因错付或被冒领的,应及时查处,如造成客户资金损失的,要负责赔偿。

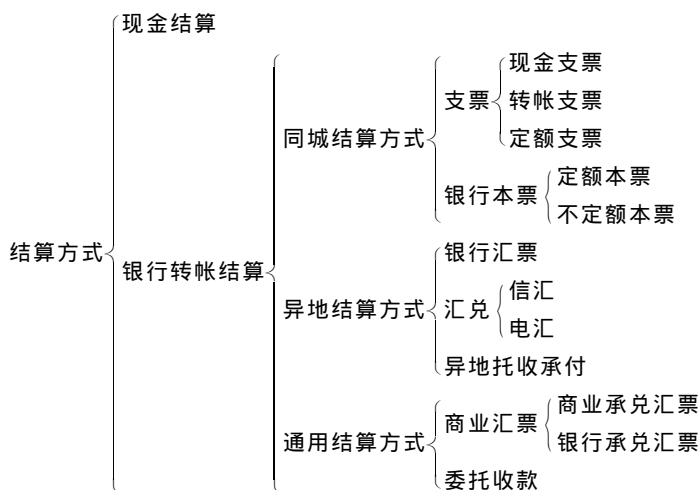
(3)邮电部门在传递银行结算凭证和拍发电报过程中,因工作差错而发生积压、丢失、错投、错拍、漏拍、重拍等,造成结算延误,影响单位、个人和银行资金使用,或造成资金损失的,由邮电部门承担责任。

第四节 银行结算的方式和起点

一、结算方式

所谓结算方式是指用一定的形式和条件来实现各单位(或个人)之间货币收付的程序和方法。结算方式是办理结算业务的具体组织形式,是结算制度的重要组成部分。结算方式的主要内容包括:商品交易货款支付的地点、时间和条件,商品所有权转移的条件,结算凭证及其传递的程序和方法等。现行的银行结算方式包括:银行汇票、商业汇票、银行本票、支票、汇兑、委托收款、异地托收承付结算方式共七种。这七种银行结算方式根据结算地点的不同,可以划分为同城结算方式、异地结算方式和通用结算方式三类。其中,同城结算方式是指在同一城市范围内各单位或个人之间的经济往来,通过银行办理款项划转的结算方式,具体有支票结算方式和银行本票结算方式。异地结算方式是指不同城镇、不同地区的单位或个人之间的经济往来通过银行办理款项划转的结算方式,具体包括银行汇票结算方式、汇

兑结算方式和异地托收承付结算方式。通用结算方式是指既适用于同一城市范围内的结算,又适用于不同城镇、不同地区的结算,具体包括商业汇票结算方式和委托收款结算方式,其中商业汇票结算方式又可分为商业承兑汇票结算方式和银行承兑汇票结算方式。现行七种结算方式的分类如图 13.1.1 所示。



二、结算起点

所谓银行结算起点是指办理每一笔银行转帐结算业务的最低金额。凡是不足结算起点金额的款项收付,通常需用现金进行结算,银行不予办理转帐结算。国家规定银行转帐结算起点,既要有利于控制现金结算,同时也不能影响各单位之间资金收付和经济往来的正常进行。结算起点过低,则银行转帐结算的业务量将大为增加,既会给银行增加压力,同时也会妨碍各单位之间的经济业务的开展;而结算起点过高,则会扩大现金结算范围,不利于国家对现金流通量的控制,因此银行结算起点必须适度。按照《现金管理暂行条例》的规定,现行银行结算起点为 1000 元。当然各种具体的银行结算方式的结算起点是不同的,比如银行汇票汇款金额起点为 500 元;银行本票不定额的金额起点为 100 元,定额的面额为 500 元、1000 元、5000 元和 10000 元,等等。

第五节 银行结算凭证

一、银行结算凭证的概念

银行结算凭证,是收付款双方及有关银行办理银行转帐结算的书面凭证。它是银行结算的重要组成部分,也是银行办理款项划拨、收付款单位和银行进行会计核算的依据。不同的结算方式,由于其适用范围、结算内容和结算程序不同,因而其结算凭证的格式、内容和联次等也各不相同。比如银行汇票结算方式的结算凭证包括银行汇票委托书、银行汇票、银行汇票挂失电报等,商业汇票结算方式的结算凭证包括商业承兑汇票、银行承兑汇票、银行承兑汇票协议、贴现凭证等等。

二、银行结算凭证的作用

银行结算凭证在办理银行转帐结算中具有十分重要的作用:

首先,银行结算凭证是银行划拨资金的主要依据,也是会计核算的主要依据。银行结算凭证明确收、付款单位和款项金额,反映结算业务的主要内容,也是结算业务成立的证据,银行据此办理结算资金划拨,收、付款单位也是据此进行会计核算。

其次,银行结算凭证是结算资金安全的重要保证。在银行转帐结算过程中,有关经办人员必须在相应的结算凭证上签章,从而明确收、付款单位和银行及其经办人员对结算业务所承担的经济责任,这样可以防止非法行为的发生,从而保证结算资金的安全。

第三,银行结算凭证是查对帐目、解决结算纠纷的依据。在具体的结算过程中,各单位之间、各单位和银行之间难免会出现帐目不符情况,会出现各种结算纠纷,在这种情况下,银行结算凭证就成为核对帐目、解决纠纷的最直接、最有效的凭证。

三、银行结算凭证的内容

尽管各种结算凭证的格式、联次和办理程序不同,其具体内容也有较大差别,但各种结算凭证的基本内容大致相同。这些基本内容概括起来主要有:

- (1)凭证名称;
- (2)凭证签发日期;
- (3)收、付款单位的名称和帐号;
- (4)收、付款单位的开户银行的名称;
- (5)结算金额;
- (6)结算内容;
- (7)凭证联次及其用途;
- (8)单位及其负责人的签章。

四、如何填写结算凭证

企业单位在填写各类结算凭证时必须按照以下规定办理：

(1)各种凭证的内容必须填写齐全,做到不错不漏。

各类凭证的内容,按照不同的规定认真填写。例如:日期、地址、名称、帐号、大小写金额、用途、加盖印鉴等,都要符合手续完备的要求,切实做到填写齐全、正确、不遗漏、不省略。

(2)各种凭证的字迹,要写清楚,容易辨认。①汉字要写得端正,不得潦草,不得使用未经国务院公布的简化字;对于某些简化字,如果没有把握,也可以书写原来的繁体字;②阿拉伯数字要一个一个地写,不得连写得分辨不清;③属于套写的多联凭证,一定要写透,不要上面清楚,下面模糊。

(3)大小写金额数字要符合规格,正确填写,大写金额数字应一律用正楷字或行书字填写,如壹、贰、叁、肆、伍、陆、柒、捌、玖、拾、佰、仟、万、亿、圆、角、分、零、整等,或者是壹、贰、肆、伍、陆、拾、万、亿、圆(元)、正等易于辨认不易涂改的字样亦可。大写金额前面没有印好“人民币”字样的,应加填“人民币”三个字。写金额前应填写人民币符号“¥”;金额数字中间有“.”时,如小写金额¥304.50元,大写金额应写成叁佰零肆元伍角,如小写金额中连续有几个“0”字时,大写金额中可以只写一个“零”字。大写金额有角分的,圆以下不写“整”字;银行结算制度规定的结算凭证、预算的缴款凭证、拨款凭证、企业的发票、合同、契约,以及其他规定需要填列大写金额的各种凭证,必须有大写金额,不能只填小写金额,不填大写金额。

(4)各种凭证必须连续编号,以备查考。各种凭证预先印定编号的,写坏作废时,应当加盖“作废”戳记,全部保存,不得撕毁。

(5)提交银行的各种结算凭证的大小写金额一律不准涂改。

五、受理结算凭证应审查的内容

企业在受理结算凭证时,必须根据不同业务的具体要求进行审查。做到“符合政策,真实清楚,合乎手续”,并注意以下几点:

(1)是否本企业受理的凭证。

(2)凭证的基本要素、联数与附件是否齐全,是否超过有效期限,印鉴是否真实齐全。

(3)凭证的大、小写金额是否一致,字迹有无涂改。

(4)帐号、户名是否相符。

(5)经过银行办理的凭证是否盖有银行有关人员名章,现金收、付讫章和转讫章等戳记。

(6)计息、收费、赔偿金等计算方法与数字是否正确。

六、银行空白重要结算凭证的保管

企业从银行领取的空白结算凭证要妥善保管,并注意以下几点:

(1)从银行领取的空白结算凭证与预留银行印鉴要分开各管。

(2)属于重要空白凭证,如支票、信汇等,要建立登记簿。

(3)经常核对,做到帐实相符,对填错的凭证要加盖“作废”戳记,装订保管或注销。

(4)企业合并、撤销时,应交还从银行领取的剩余空白重要凭证,无误后,连同合并、撤销信件交还开户银行注销。

第六节 银行扣款顺序和银行结算收费

一、扣款顺序

作为银行,必须保证各单位在符合结算制度和现金管理制度规定的范围内,可以自主支配自己帐户内的资金,在未取得各单位同意之前,银行一般是不能从各单位的存款帐户划拨款项的。但是,当各单位的资金周转发生困难,货币资金不足,无法同时支付应当支付的有关款项时,银行应当按照国家规定的扣款顺序扣款。按照国务院 1962 年颁布的《关于国营企业销货收入扣款顺序的暂行规定》的规定,国营企业因各种原因,出现了销货收入不敷支出,以至企业应当归还的银行借款、应当支付的货款和应当上缴的税利等,不能同时进行支付时,按照规定,企业的销售收入实现后,首先预留当月工资,然后由开户银行按照下列顺序扣款:

- (1)应向税务部门缴纳的税款;
- (2)应归还银行的到期借款;
- (3)应当偿还其他单位的货款;
- (4)应上缴的利润和其他支出。

二、银行结算收费

银行办理各项结算业务,根据承担的责任和业务成本以及应付给有关部门的费用,分别收取邮费、电报费、手续费、凭证工本费。除财政金库全部免收、存款不计息帐户免收邮费、手续费外,对其他单位和个人都要按规定收取费用。此外,对于各单位违反银行结算纪律和规定的行为,银行按规定收取一定的罚款。

(1)凭证工本费。按照不同凭证的成本价格,向领用人收取。银行收取凭证工本费分为当时计收和定期汇总计收两种方式。

各单位向银行领购各种结算凭证时,按规定应填制一式三联的结算凭证领用单,并加盖其预留银行印鉴,送开户银行。开户银行审查无误后,实行当时计收的,向领用人收取结算凭证工本费,并在第一联结算凭证领用单口加盖“转讫”章或“现金收讫”章后退回给领用人。各单位财务部门根据银行盖章退回的结算凭证领用单第一联和银行收费凭证编制现金或银行存款付款凭证。如为企业,则会计分录为:

借:财务费用

贷:现金或银行存款

如为行政事业单位,其会计分录为:

借:经费支出或业务支出、事业支出等

贷:经费现金或库存现金、经费存款或银行存款等。

如果采用定期汇总收费的,则领购时不直接支付,其汇总收费时一次性转帐结算。银行汇总收费时向各单位发出特种转帐借方凭证作为支款通知。各单位财务部门根据银行特种转帐借方凭证编制银行存款付款凭证。如为企业,则其会计分录为:

借:财务费用

贷:银行存款

如为全额预算单位,则其会计分录为:

借:经费支出

贷:经费存款

如为差额预算单位或自收自支预算单位,其会计分录为:

借:业务支出或事业支出

贷:银行存款

(2)银行手续费和邮电费。银行办理结算业务,按规定的范围和规定的标准向客户收取一定的手续费。另外,银行办理结算业务还需向客户收取邮电费。邮电费和手续费合在一起交纳。其收费标准分别是:①手续费,按银行规定的标准收费。支票的手续费由经办银行向购买人收取,其他结算的手续费、邮电费一律由经办银行向委托人收取。②邮费,单程的每笔按邮局挂号信每件收费标准收费;双程的每笔按邮局挂号信二件收费标准收费;超重部分按邮局规定的标准加收。③电报费,每笔按28个字照电报费标准收费。用途栏字数超过3个字的,按超过的字数每字收费的标准加收。急电均加倍收取电报费。

银行收取手续费和邮电费也采取当时计收和定期汇总计收两种方法。采用当时计收的,各单位在办理结算时直接用现金交纳或者直接办理转帐,财务部门根据银行盖章退回的有关凭证,如汇票委托书第一联等和银行收费凭证编制现金或银行存款付款凭证。其会计核算方法和工本费相同。采用定期汇总计收的,应根据银行特种借方凭证编制银行存款付款凭证,其会计核算方法和工本费相同。

(3)结算罚款。各单位在办理结算过程中,由于违反结算纪律和银行结算的有关规定如签发空头支票等而被银行处以罚款时,各单位应根据银行的罚款凭证编制银行存款付款凭证,其会计分录为:

借:营业外支出

贷:银行存款

第二章 票据和票据法

第一节 票据的特征和功能

一、票据的概念

票据是发票人签发一定金额,委托他人或由自己,或委托法定金融業者于到期日或见票时无条件支付给受款人或执票人的有价证券;票据包括汇票、本票和支票三种。

“票据”一词的概念,是与票据立法紧密相关的,各国的票据立法不同,票据的概念及所包括的种类亦有所不同。

大陆法系国家的票据立法,大多将汇票、本票规定在一项法律中,而将支票规定在另一项法律中,如德国和日本,均将汇票和本票规定在《票据法》中,支票则另见于《支票法》;法国将汇票、本票规定在商法典中,《支票法》为单行法;瑞士的《民法典》则将汇票与本票列入“票据”一节,而支票单列“支票”一节。

英美法系国家的票据立法,大多将汇票、本票、支票统一规定在一项法律中。但英国和美国的票据立法中均无“票据”的概念,如英国的票据立法名称为《汇票法》,其中规定了汇票、本票和支票(在1957年公布的《支票法》中,对支票作了一些补充规定)。美国原来把汇票、本票、支票合称为“流通证券”,现在则在《统一商法典》中将汇票、本票、支票和存款单规定为“商业证券”。

我国台湾地区《票据法》规定了汇票、本票和支票,香港地区的《票据条例》也规定了汇票、本票和支票。

为了统一国际间票据流通的规则,国际上曾制订了日内瓦《统一汇票、本票法》和《统一支票法》、《国际汇票和国际本票公约草案》和《国际支票公约草案》,这几项国际统一性的票据立法,都没有采用“票据”一词作为法律的名称,而是直接以汇票、本票和支票作为法律的名称。

二、票据的特征

票据作为一种有价证券,以其特征与其他证券相区别。

1. 票据为设权证券

证券有证权证券和设权证券之分。

权利义务产生于证券作成之前,证券的作用仅在于证明一定权利存在的,其证券为证权证券。例如提货单,货主对其货物原来就享有物权,提货单的作用在于证明货主与运送货物者之间的关系,所以,提货单为证权证券。

权利义务发生于证券作成,证券的作用在于创设一定的权利的,其证券为设权证券。票据权利发生于证券作成,而在证券作成前票据权利不存在,所以,票据为设权证券。

2. 票据为债权证券

证券可分为物权证券、债权证券、团体证券等。

物权证券持有人享有的是证券表明的物权,如仓单、提货单等。团体证券又称为社员权证券,其证券持有人享有的是证券表明的社员权,例如公司股票等。债权证券持有人享有的是证券表明的债权,票据所创设的权利,为金钱债权,票据持有人,可以对票据记载的一定金额向票据的特定债务人(如付款人、发票人等)行使请求付款权,所以票据为债权证券。

3. 票据为完全有价证券

表示或代表一定财产权利的证券为有价证券,有价证券可分为完全有价证券和不完全有价证券。

证券与权利在一定情况下可以分离时,为不完全有价证券,如仓单丢失后,货主并不完全丧失物权,可以用其他方法证明自己的物权后,仍享有领取货物的权利;证券与权利不可分离时,为完全有价证券,票据上权利的发生和行使,必须持有票据,票据丧失,则不能对票据债务人行使票据债权,因此,票据为完全有价证券。票据作为完全有价证券,其权利与票据的占有不可分离,行使权利时,必须提示票据,移转权利时,必须交付票据,受领票据载明的一定金额后,必须将票据缴回于付款人,才能消灭票据关系,所以票据又为提示证券、交付证券、缴回证券,票据作为完全有价证券的性质,决定了票据作为提示证券、交付证券和缴回证券的特征。

4. 票据为金钱证券

票据所创设的债权,为一定数量的金钱支付,在一定的意义上,票据就意味着票据记载的金钱,因此,票据为金钱证券。

5. 票据为流通证券

作为金钱债权证券,票据本身即体现为一种金钱权利财产,作为完全有价证券,占有票据就意味着享有票据所代表的金钱权利财产,票据作为金钱权利财产可以依背书或交付方法转让于他人,具有流通性,因此,票据为流通证券。

6. 票据是文义证券

作为设权证券,票据所创设的权利义务是依票据记载的文义予以确定的,票据作成后,因可以背书转让而具有流通性,为保证流通信用和交易安全,即使有错误,也不得用票据以外的证据方法予以变更或补充,以保护流通过程中善意执票人的权利。例如,票据上记载金额数目的大小写数码不符合时,以文字为准;票据上记载的发票日与实际发票日不一致时,以票载日期为准。因此,票据为文义证券。

7. 票据为要式证券

为维护票据设权的明确和统一,避免票据文义的混乱或缺,票据的作成格式和记载事

项,必须遵照法定方式,才能产生票据的效力;不依法定方式作成票据,则对票据的效力有一定影响,例如,缺乏法律规定的绝对应记载事项时,会造成票据无效。所以,票据为要式证券。

8. 票据为无因证券

作为设权证券,作成票据即创设了权利;作为流通证券,有保证流通信用和交易安全的必要;作为完全有价证券,执有票据即可主张票据权利,而执票人取得票据的原因,票据作成原因概所不问,即使发行、转让票据的原因发生错误或无效,仍不影响票据的权利和流通,票据关系与发行、转让票据的原因关系互相分离,互相独立。因此,票据为无因证券。

在票据的以上各项特征中,票据作为设权证券、债权证券、完全有价证券、金钱证券的性质,是票据的基本性质,票据作为文义证券、要式证券、无因证券、流通证券的特点,则是票据的主要特征,票据的主要特征是从票据的基本性质中生发出来的。票据法律规定票据发行、转让的原则,主要目的在于:体现和规范票据的证券特征,使之与其他证券相区别,并维护和保障票据的流通性、交易安全,方便票据的利用,以充分发挥票据在社会经济生活中的特殊功能。

三、票据的功能

票据是商品经济的产物,随着经济的发展,票据的功能日益完善,票据制度已成为市场经济的基本经济制度之一,票据从开始时的汇兑工具、支付工具所仅有的汇兑、支付功能逐渐扩大到信用功能、结算功能、融资功能,深化到市场经济的各个角落。票据立法的意义,就在于规范票据制度,保证票据功能的实现,促进并稳定经济的运行和发展。

1. 汇兑功能

票据可以用于异地支付,起到克服地域差距的汇兑作用。汇票、本票的最初功能就是作为隔地输送现金的汇兑工具。

2. 支付功能

汇票、本票、支票均可以作为支付手段,代替现金使用。假如买主直付价款给卖主,可以直接签发支票,也可签发本票,也可以签发汇票(以自己为发票人,以卖主为收款人,委托他人付款)。反过来,卖主也可以利用票据向买主收款(以买主为付款人,自己既为发票人,又为收款人)。

3. 信用功能

在商业交易中,交易与付款同时进行的,为现货交易;交易与付款不同时进行,而是在交易之后的一定期日再给以付款的,接受将来付款的交易人,是基于对付款人的信用而接受表示将来付款的票据。在将来一定日期支付款项的票据具有信用工具的功能。汇票、本票因可以背书转让而具有流通性,发展了票据作为社会信用工具的功能。支票的作用,一般仅限于用作支付工具,但在现代票据实践中,支票使用者不在支票上填写支票实际签发日期,而把未来的某一日期填为发票日,在票载发票日未到之前将支票流通转让,人们称这种支票为远期支票。远期支票实际上是对发票人信用的利用,因此,也具有信用工具的功能。

4. 结算功能

票据作为支付手段,在当事人互相持有对方所发票据,从而发生相互支付时,可以用作相互间债务的抵消。用票据进行债权债务的抵消,使票据具备了结算工具的功能。互相持有对方票据,可以是互相签发的票据,也可以是因背书转让从他人手中取得的对方票据。利用票据进行结算,不仅简便了手续,而且保证了交易安全,在现代国际贸易中,各国都广泛实行票据交换制度,设立票据交换中心或票据交换场所,以便于利用票据进行国际结算。利用票据进行国际结算,是现代国际贸易的一项重要制度。我国现行的银行结算制度中,其改革的主要内容之一,就是利用票据作为结算工具。

5. 融资功能

票据的最新作用是融资。这主要通过票据贴现来实现。

票据贴现就是未到期票据的买卖,也就是持有未到期票据的人卖出票据以取得现款。收买未到期票据的人,可以将其卖给需要票据进行支付或结算的人,可以从买卖票据的差价中获利,即便不能获利,也能在到期日获得票载金额的付款,由于有获利的可能,买卖票据的业务发展起来。在现代金融业务中,一项重要的业务就是银行的票据贴现业务,各国中央银行经营再贴现。

第二节 票据法有关知识

一、票据法的概念

票据法是规定票据制度以及票据上的法律关系的法律。

票据法有广义和狭义两种解释。

广义的票据法指各种法律中有关票据规定的总和。除了票据法的有关法律内容外,还包括民法、刑法、民事诉讼法及其他法中有关票据或可适用于票据的规定。例如:民法中关于法律行为、行为能力、代理等规定;刑法中有关伪造、变造有价证券罪的规定;民事诉讼法中公示催告除权判决及票据诉讼的规定;破产法中关于票据当事人受破产宣告的规定;公证法中关于票据拒绝承兑及拒绝付款的规定等。

狭义的票据法,是指专门规定票据制度及票据上的法律关系的法律。它包括票据基本法以及有关票据的附属性法规。如德国、法国、日本的《票据法》和《支票法》,英国的《汇票法》,美国《统一商法典》中第三编“商业票据”,瑞士《民法典》第五编的“票据”和“支票”两节等等,这些均属于票据基本法。除票据基本法外,票据法实施细则,银行办理票据承兑贴现及保证办法,银行办理支票存款业务办法等法律规范,一般也视为狭义票据法的组成部分,被称为有关票据的附属性法规。

这里所讲的票据法,仅指狭义的票据法。

在中华人民共和国成立以前,旧中国曾于1929年10月3日公布施行了我国的第一部《票据法》,并于1930年7月1日公布《票据法施行法》。新中国成立以后,老的票据法继续在台湾实行,并经过多次修订,施行至今。在1973年,《票据法施行法》被改为《票据法施

行细则》。

新中国成立以后,在完成对资本主义工商业社会主义改造后,国民经济逐渐走上计划经济的道路,国内取消了汇票和本票,汇票的使用仅限于国际贸易,从1952年起个人不得使用支票,企业和其它单位使用支票也有很大限制,使用时也以转帐支票为主,对票据管理以行政手段为主。

八十年代,随着经济体制改革的深入和商品经济在我国的发展,票据制度在我国逐渐恢复。国家允许银行发行本票和汇票;部分地区试行个人支票;部分地区试办票据承兑、贴现、交换等项业务。1988年6月8日上海市人民政府发布《上海市票据暂行规定》,这是新中国第一个全面的地方法规性质的“票据法”。该规定共86条,包括汇票、本票、支票三种。虽然这个规定对票据的使用和流通仍有一定的限制,但已基本上恢复了比较正规的票据制度,在新中国的票据立法史上是一个里程碑。

1988年12月19日中国人民银行颁发《银行结算办法》,自1989年4月1日起施行。该办法规定全面推行银行汇票、商业汇票、银行本票、支票,规定个人(个体工商户)可以使用支票。虽然该办法是中国人民银行颁发的规章,所允许发行的票据在性质和规则上仍有很大的局限性,与国际通行的票据和票据原理有较大的差距,但自施行以来,票据制度开始在我国全面恢复,《银行结算办法》在当时实际上起到了全国性票据法规的作用。

我国现行的票据法于1990年由中国人民银行开始起草,起草中对国内的票据使用和流通情况进行了调研,并对国外有关立法进行了广泛地分析、比较,经过多次讨论、研究和修改,在广泛征求银行界、法律界专家学者意见的基础上,于1994年1月上报国务院审议。国务院法制局在广泛征求意见的基础上,对国外的有关立法和我国的实际情况进行了认真分析、比较,对中国人民银行票据法送审稿进行修改,于1994年12月3日由国务院第二十七次常务会议审议通过,提请全国人大审议。全国人大有关委员会再次征求了各方面的意见,在分析、比较、研究的基础上,进行修改,于1995年5月10日由第八届全国人大常委会第十三次会议审议通过,这是新中国历史上第一部票据法。票据法的出台,对规范票据行为,保障票据活动中当事人的合法权益,维护社会经济秩序,促进社会主义市场经济的发展必将起到巨大的作用。

二、《中华人民共和国票据法》的适用范围

票据法的适用范围,就是规定哪些行为属票据法调整,必须遵守票据法的规定,如果没有遵守票据法的规定,就要承担票据法所规定的法律后果。票据法是一种对形式要求十分严格的法律。因为票据是一种要式证券,不得由当事人任意创设。凡是在中华人民共和国境内发生的票据活动,均适用票据法。至于发生在中华人民共和国境外的票据活动,或者一部分票据行为发生在境外,一部分发生在境内,应如何适用法律,在票据法第六章涉外票据的法律适用中,对出票、背书、承兑、保证、付款等行为之一发生在中华人民共和国境外的票据或者票据的一方当事人为外国人的票据作了详尽的规定,此处就不多赘述。

这里所说的票据活动,是指会引起票据权利或义务发生变化的行为,如出票、背书、承兑、保证、付款、票据的代理、票据的签章、票据追索权的行使等活动。

三、票据法的守法原则

票据活动应当遵守法律、行政法规,指的是票据活动应遵守所有的法律和行政法规,这里讲的法律既包括票据法本身,也包括票据法以外的法律,如民法通则、经济合同法等其他法律。遵守票据法主要是指在出票、背书、承兑、保证、付款、追索等有关方面应严格遵守票据法对票据活动的实质规定或者形式要求规定,如汇票、本票、支票上,必须分别标明“汇票”、“本票”、“支票”的字样。票据当事人的签章必须符合票据法的规定,自然人在票据上签名的,应当签当事人的本名,而不能签他的曾用名、笔名、艺名或字号等。法人和其他使用票据的单位在票据上的签章,应有该法人或者该单位的盖章加其法定代表人或者其授权的代理人的签章。又如在签发、取得和转让票据时,应当遵循诚实信用的原则,应具备真实的商品交易关系和债权债务关系,而不得弄虚作假,欺骗他人,如有的出票人和付款人之间恶意串通。出票应当遵守票据法以外的法律,包括两方面含义。其一,指与票据行为有直接关系的法律,如民法通则中关于完全民事行为能力、限制民事行为能力和无民事行为能力的规定完全适用票据行为人,民事诉讼法中的公示催告程序的规定,完全适用票据法中关于丧失票据补救的公示催告;其二,指票据活动不得违反法律、行政法规,如我国法律规定枪支弹药是禁止流通物,不得自由买卖,因此,不得利用票据违法购买枪支弹药,不得利用票据行受贿。

票据活动不得损害社会公共利益,是指不得利用票据活动来扰乱社会公共秩序和安全,损害广大人民群众的利益。

值得指出的是,票据活动不同于票据行为,票据行为是指出票、背书、承兑、保证、付款行为,而票据活动还包括票据的印制、管理等活动。票据的格式、票据的印制和管理,由中国人民银行具体规定。

四、票据代理

《票据法》中关于票据代理规定的内容主要有三方面:票据代理的特殊形式;无权代理;越权代理。

(1)票据代理的形式及其要件。我国民法通则规定,民事法律行为的委托代理,可以用书面形式,也可以用口头形式。法律规定用书面形式的,应当用书面形式。由于票据注重流通,要充分考虑到保护持票人的权利,以维护社会交易的安全。因此,规定票据的代理必须以书面形式,不得用口头形式,并且应在票据上表明其代理关系。如果代理人在代理他人(被代理人)为票据行为时,没有依法在票据上表明其代理关系,那么即使代理人是真正的代理人,在为票据行为时出具了被代理人的授权委托书,代理人仍应自己承担票据上的责任。这在票据法理论上称为“严格的显名主义”。

(2)无权代理。无权代理是指行为人无代理权,而以被代理人的名义在票据上签章的行为。它是一种具备了代理的形式要件,而缺乏代理的授权实质要件的行为。由于被代理人没有授权,行为人以其名义所为的票据行为只能由行为人负责,对被代理人不产生任何法律后果。因此这里规定,没有代理权而以代理人名义在票据上签章的,应当承担票据责任。这

一规定与我国民法通则有关无权代理的规定是不完全一致的。依据我国民法通则的规定,没有代理权,经过被代理人的追认,被代理人才承担民事责任。未经追认的行为,由行为人承担民事责任。民法通则的这一规定,实际上将决定由谁来承担民事责任交给了被代理人,被代理人承认其行为,则代理关系成立,被代理人不承认其行为,则代理关系不成立。这一规定使得法律行为的效力取决于被代理人的意思,在法律行为被承认之前,其效力处于一种不确定状态,极不利于票据的流通转让,所以为多数国家票据法所不采纳。

(3)越权代理。越权代理是指代理人超过代理权限,致使被代理人增加票据义务的代理行为。如代理人没有根据被代理人的授权,擅自提高票据金额,擅自提前票据支付日期,改变票据的支付地点等等。由于代理人超越了代理权限,被代理人当然不应承担其没有授权的部分,超越授权的部分应由代理人承担。关于被代理人是否能追认,由于法律上明确规定了由代理人就其超越权限的部分承担票据责任,因此被代理人不能追认代理关系,这一点与无权代理的原理是一致的。

五、对签章的要求

票据上必须有签名,这样才能使他人辨别谁是票据债务人,票据债务人通过签名来表达自己愿意承担票据义务的意思表示。各国票据法均规定,行为人签名为票据的绝对应记载事项之一,是票据行为的必备形式要件之一。没有签名便不是票据行为。通常说的伪造票据,是指伪造他人签名签发票据。

在票据上签名的目的是为表明谁是行为人,因此,最早的签名一般要求手书签名,由行为人亲手写自己的姓名或名称而完成票据签名,行为人的亲手笔迹最能表明行为人的内在意思,符合法律本来的意思。但由于大量的票据都要经过银行交换中心来处理,手书签名易受物理因素和书写人人为的因素影响,不易于大批量的辨认,于是逐渐发展为以盖章代替手书签名。

关于票据上的签名方式,我国票据法规定采取由当事人自由选择的方式,即票据法所有出现的“签章”可以是行为人的手书签名,也可以由行为人盖章,也可以要求签名加盖章。究竟采用何种方式,行为人为自然人时完全可由当事人议定。

法人和其他使用票据的单位签章时,我国票据法作了限制性规定。此处的法人包括企业法人、事业法人、社团法人等。其他使用票据的单位是指有些单位虽不是独立的法人,但在经济往来中有必要以其单位的名义签发票据,如合伙组织、非法人的私营企业及有独立经营权的经济组织等,如工商银行的分支机构。

法人在票据上签章,首先要求有代表该法人的盖章,实践中加盖法人的财务专用章即可。其次还必须要有该法人的法定代表人或其授权的代理人的签章,此处法定代表人或其代理人的签章,可以是手书签名或盖个人私章,或者手书签名加盖个人私章。

关于自然人的签名,我国票据法作了较为严格的规定,在票据上的签名,应当为当事人的本名,这里的本名是要求和户籍上的本名一致,而不得签笔名、字号、艺名、学名、曾用名、小名等。

六、票据的更改

票据的更改是指享有变更权的人更改票据所记载的事项的行为。票据行为人为票据行为后,由于某种特殊原因,需要将票据上记载的事项予以变更。规定票据的更改就是为适应这一特别需要,而又区别于票据的变造。

票据的更改必须符合下列条件:

(1)更改人必须是有权更改人。票据法第九条规定只有原记载人才有权更改票据,非原记载人变更票据则构成票据的伪造。

(2)更改的内容必须符合法律规定。票据上记载的事项不是任何事项都可更改的。依据该条规定,票据金额、日期、收款人名称不得更改,即使是原记载人也无权更改,更改的票据无效。

(3)更改票据应符合一定的时间条件。原记载人只有在票据交付他人之前才有权依法更改,如票据已交付他人,则应征得持票人和其他票据债务人的同意才可更改,否则,就构成变造票据。

(4)更改票据应符合法律规定的形式,即更改时应当由原记载人签章证明。

之所以对更改票据作如此严格的限制性规定,其目的在于防止他人利用更改票据弄虚作假,欺骗他人获得不当之利,以维护票据的正常流通和使用。

七、票据抗辩

票据债务人的抗辩权由于票据具有流通转让的特点而受到一定的限制,具体讲有以下几方面内容:

(1)票据债务人不得以自己与出票人之间的抗辩事由对抗持票人。票据债务人是指在票据上有签章,应承担一定的票据义务的人。如承兑人、背书人、保证人、付款人等。票据债务人不得以自己与出票人之间存在某种抗辩事由,而拒绝履行票据义务,如承兑人对汇票已进行承兑,而出票人欠承兑人的其他债务一直不履行,当票据背书转让到第三人之手时,按照票据规定要求承兑人付款时,承兑人不得因出票人没有履行他们之间的债务,而拒绝履行票据上的义务。

(2)票据债务人不得以自己与持票人的前手之间的抗辩事由,对抗持票人。票据行为具有独立性,应该是丁是丁,卯是卯。票据债务人不得因和持票人的前手存在抗辩事由,而拒绝履行票据义务。例如 A 和 B 签订一份合同, A 欲购买 B 的 10 万元钢材,而 B 又欠 C 10 万元债务,于是 B 签发了一张 10 万元的汇票给 C,由 A 付款, A 对汇票承兑后,发现钢材质量有问题,与原合同规定质量不一致,这种情况下, A 不能以此为理由而拒绝对 C 及 C 的后手履行付款义务。至于 A 与 B 的合同纠纷关系可以由双方协议解决,也可以通过民事诉讼到法院解决,但不能把合同关系扯到票据关系上。

(3)如果持票人明知票据有瑕疵,而取得票据,则票据债务人可以对其行使抗辩权,即主张不履行票据义务。这样规定主要是为防止有人利用票据转让搞恶意串通,以此来损害其他票据债务人的利益。例如某 A 向 B 出售了价值 10 万元的假冒伪劣产品, B 向 A 签发了

一张 10 万元的支票, A 估计到 B 收到货物后会发现问题而行使抗辩权拒绝付款。于是 A 就与 C 串通, 由 A 把这张支票背书转让给 C, C 明知这张支票的基础关系有问题, 却取得支票。这种情况下, B 仍可以主张行使抗辩权, 通知付款人不履行支票付款义务。再如某人拾到一张汇票, 他为了避免付款人行使抗辩权, 而背书转让给他人, 而受让人明知这张汇票是拾到的, 却还是取得汇票, 这种情况下, 付款人可行使抗辩权而拒绝付款。

(4) 票据债务人对不履行约定义务的与自己有直接债权债务关系的持票人, 可进行抗辩。票据抗辩的限制主要是为了保护票据流通转让中的善意持票人, 在直接当事人之间, 票据债务人是可以行使抗辩权的。例如 A 声称欲出售一批价值 5 万元的电器产品给 B, 于是 B 签发了一张由 C 付款的 5 万元汇票给 A, 其实 A 根本无货, 这时 B 就可要求 C 行使抗辩权而拒绝付款。这与国际上通行的规定是一致的。

票据的抗辩与民法上的抗辩有一定的区别。民法着重于保护债务人的利益, 在民事权利发生变更时, 债权人必须将债权转让通知债务人, 这样才对债务人生效。债务人所有能对让与人行使的抗辩, 都能对受让人行使。于是, 每一次债权转让, 债务人均取得前债务的所有抗辩权, 债权人面临的可能受抗辩的因素就越来越重, 其债权就越来越不可靠, 其风险随着债权转让的次数而增加。而票据则不同, 由于票据具有流通性, 因此各国票据法均规定票据转让注重保护债权人的利益, 如票据的背书转让无需通知票据债务人, 票据债务人对直接当事人可行使的某些抗辩权, 一旦票据背书转让后, 而持票人又不知票据上存在抗辩事由, 则票据债务人的抗辩权不能再行使。

八、票据的伪造与变造

从一般法学原理上讲, 伪造或变造的证券均无效。但是, 由于票据是流通证券, 因此如果简单地说伪造、变造的票据无效不够严谨。反之, 更不能简单地说伪造、变造的票据有效。准确地讲, 伪造、变造的票据是否有效, 对谁有效, 对谁无效, 什么情况下有效, 什么情况下无效要作具体地分析, 这也就是其复杂性所在。

1. 票据的伪造

(1) 票据伪造的概念。

票据的伪造是指假冒他人的名义, 以行使票据上的权利为目的而为票据行为的行为。

票据的伪造包括: ①出票的伪造, 即狭义的票据的伪造, 是假冒他人名义而为出票行为签发票据; ②出票行为以外的假冒他人签章而为票据行为, 如假冒他人的名义签章为背书、承兑、保证等其他票据行为。

(2) 票据伪造的效力。

①对伪造人的效力。

票据上记载的事项应当真实, 不得伪造、变造。伪造、变造票据上签章的, 应当承担法律责任。法律明文禁止伪造票据, 伪造者又没有在票据上签上自己真实的名字, 因此在票据流通转让以前, 伪造的票据是绝对无效的, 伪造者不承担票据上的责任, 前面讲的应当承担法律责任, 指的是刑事责任和民事责任。持票人可依据刑法规定要求司法机关对伪造票据者追究诈骗罪或者伪造有价证券罪, 同时还可以依据民法的有关规定, 请求法院判决票据伪造

者给予相应的经济补偿。例如 A 假冒 B 的名义签发一张本票给 C, B 作为被伪造人既没有在本票上签名, 又没有授权 A 以其名义签发本票, 因此 B 不承担任何责任。A 没有在本票上签其真实名字, 因此也不承担票据上的责任, 这时 C 拿到本票实际上没有任何价值, 只能作为证据到法院对 A 起诉, 要求对 A 进行刑事处罚和对自己给予相应的补偿。

②对被伪造人的效力。

票据是文义证券, 票据当事人只依据自己在票据上的签章, 对票据上记载的文义承担责任。被伪造人没有在票据上签章, 并且没有任何可能造成表见代理的过错或因素, 在任何情况下, 被伪造人均不对伪造票据承担任何责任, 这一点是绝对的, 即使在票据背书转让后, 被伪造人也可以对抗任何持票人。

③对在票据上真实签章人的效力。

票据具有独立性和文义性。一票据行为的有效与否, 不影响另一票据行为的成立, 行为人只要要在票据上签章, 签章人就应对票据所记载的事项承担责任。因此, “票据上有伪造、变造签章的, 不影响票据上其他真实签章的效力”。

伪造票据仅为签章的伪造, 而票据的形式要件是完备的, 表面上看去是有效的。行为人如果在这种票据上签章了, 就不能以票据上有伪造签章而不承担票据义务。不论这一伪造签章在其签章之前或之后, 均不影响真正的签章人承担责任。例如, 某 A 假冒 B 的签章向 C 签发一张汇票由 D 付款, C 收到汇票后背书转让给 E, E 又将该汇票背书转让给 F, F 又将其背书转让给 G (假设其中的受让人均无过错并支付了对价), 当 G 到 D 处请求付款时, D 主张拒付。这时 B 作为被伪造人没有在票据上签章, 当然可以不承担票据责任。A 作为伪造人, 没有在票据上用自己的名字签章, 也不承担票据上的责任, 不过可以通过民法请求其赔偿。如果 G 向其前手 F、E 和 C 行使追索权时, 则 F、E 和 C 不能因票据是伪造的而不承担票据义务, 还应就自己的真正签名承担责任。这与各大陆法系国家票据法的规定是一致的。如日内瓦《统一汇票本票法》第 7 条规定: “汇票上如有伪造的签名, 或有虚构之人的签名时, 其他在汇票上签名人所负的债务, 仍然有效。”

④对持票人的效力。

如前所述, 持票人前, 如没有在票据上真实签章的人, 则不能对被伪造人和伪造人行使票据权利, 但可对伪造人行使民法上的请求赔偿权; 如持票人的前手有在票据上真实签章的人, 持票人可向其行使追索权。

⑤对付款人的效力。

付款人如发现票据属伪造, 有权拒绝承兑或者拒付。通常出票人与付款人预约委托支付票据金额, 均在付款人处留有出票人的签名笔迹或预留印鉴, 付款人付款时应辨认出票人的签章是否真实, 是否与预留笔迹或印鉴相一致, 付款人付款时有恶意或重大过失, 则应自行承担赔偿责任。

至于对伪造的背书签章, 付款人或者其委托的代理付款人付款时, 仅承担审查票据背书的连续性, 并审查提示付款人的合法身份证明或者有效证件。对背书签章的真伪不负审查责任。

2. 票据的变造

(1) 变造票据的概念。

变造票据是指依法没有更改权的人,在有效的票据上,变更票据上除签章以外的其他记载的事项,从而使票据上的权利义务内容发生变化的行为。票据法第十四条明确规定禁止变造票据,变造票据属违法行为。变造票据必须符合下列要件:

①必须是无权变更票据人所为,如果是有权更改人依法更改票据,则不构成票据的变造,如背书人依本法规定,有权增加“不得转让”字样,对未完成票据,享有完成补充权人所作的补充,不属票据变造。由于票据法没有规定涂消制度,如果持票人改小票据金额,是否属有权更改,票据法中没有明确规定。例如持票人将 10 万元的汇票改为 1 万元,这种更改不增加其他票据债务人的义务,只是减少了自己的权利。国外票据法称此为涂消,是合法的。而我国票据法没有就此明确规定。需要另外指出的是,依据票据法第九条第二款规定,任何人无权更改票据金额、日期、收款人名称,更改了就属变造票据。

②必须是更改除签章以外会使票据权利义务发生变更的记载事项。如果更改签章,则构成票据的伪造。会使票据权利义务发生变更的记载事项主要是指:票据金额、付款地、到期日、利息或利率、提示期限等。至于更改票据上无关紧要的记载事项,则不构成变造票据。

(2) 变造票据的效力。

① 对变造人的效力。

变造人无权更改票据,而又擅自更改票据,他当然应当对此承担法律责任。对变造人的效力分为两种情况:其一,变造人在票据上签章了,就应对其签章时票据上的文义负责;其二,变造人没有在票据上签章,则变造人不承担票据上的责任,但可依刑法或民法追究其相应的刑事责任和民事责任。

② 对变造前签章人的效力。

票据是文义证券,票据当事人应对其签章时票据上记载事项负责,而不能对其签章以后变造票据所记载事项负责。因此,票据法第十四条明确规定,票据上其他记载事项被变造的,在变造之前签章的人,对原记载事项负责。在变造之前签章的人不对变造之后票据上记载事项负责,同样,在变造之前签章的人也不能因为票据被变造了,而对其之前真实签章也不承担责任,因为在其后的变造对其之前的签章并无必然的联系。

③ 对变造后签章人的效力。

票据变造后的真实签章人,在其签章时,是以变造后的票据所记载事项作为自己所为的票据行为的内容,当然应承担其签章时票据所记载的事项的票据责任。例如 A 手持一张 10 万元的汇票, A 将其变造为 100 万元而背书给 B, B 又将 100 万元的汇票背书给 D, 当 D 请求付款人 P 付款时,发现票据被变造,这时 D、B 都应对 100 万元的汇票承担责任。因为 D、B 作为被背书人接受汇票或作出背书人出让汇票时,均是以变造后的 100 万元金额签章的,这样对 D、B 也是公平的。至于 B 如何对 A 追回损失,可通过民法有关规定解决。

④ 对不能辨别签章在票据变造之前或者之后的人的效力。

在通常情况下,签章在变造之前或之后,通过背书的日期等是可以确定的。但当不能辨别签章在票据变造之前或之后时,票据法第十四条规定推定签章在变造之前。

变造票据通常是增加票据负担,变造人以此来实现自己的利益。该条规定对不能辨别

签章在票据变造之前或者之后的,视同签章在变造之前。这样规定易于减轻票据债务人的责任,有利于提高受票人的警觉,注意不接受变造票据,以此阻止变造票据的流通,这样也有利于阻止利用变造票据搞欺诈而获不当得利。

九、票据的丧失及其补救办法

票据丧失的补救办法有三种:即第一,挂失止付,第二,公示催告,第三,提起诉讼。

1. 票据丧失的概念

票据丧失是指持票人并非出于本人的意愿而丧失对票据的占有。票据丧失依票据是否还现实的存在可分为两种情况,即绝对丧失和相对丧失。票据的绝对丧失,是指票据本身已不存在,如票据因焚烧、撕碎以及严重涂写而不能辨认,故又称票据灭失;票据的相对丧失,是指由于持票人将票据丢失或被他人盗窃,即票据又可能转入他人之手,故又称票据的遗失。

2. 票据丧失的补救办法

(1)挂失止付

挂失止付是指失票人将票据丧失的事实通知票据的付款人,并指示付款人停止支付票据款项的一种票据丧失的补救办法。关于挂失止付应注意以下几点:

①必须是失票人有权通知停止付款,这里所讲的失票人是票据权利人,票据权利人如是通过背书而取得票据,应依背书的连续性证明其享有票据权利的资格,非票据权利人不得申请挂失止付。

②申请挂失止付应当及时。失票人发现票据丧失后,应当“及时”通知票据付款人挂失止付。此处“及时”应作多长时间理解,法律中没有明确规定,由于票据丧失可以导致票据权利人真正丧失票据权利,因此失票人应当立即以最快的方法告知票据付款人。如果失票人没有及时申请挂失止付,票据付款人在此之前已支付票据款项,假设付款人付款时无恶意或重大过失,其后果应由失票人自己承担。

③申请挂失止付的通知方式。挂失止付的通知方式是否为要式行为,是否应为书面形式,口头通知是否可以,这一点票据法中没有明确规定,有待于实施细则中进一步明确具体化。通常来讲,挂失止付应以书面形式通知,因为挂失止付是一种严肃的法律行为,用口头挂失止付不易举证。不过在情况较为紧急的情况下,可以考虑先用电话等口头形式,再立即补办书面手续。

④挂失止付通知时应告知失票的基本情况。

失票人申请挂失止付通知付款人时,应当尽可能向票据付款人证明自己是真正的票据权利人,应当将票据丧失的经过、丧失票的类别、帐号、号码、金额、票据付款到期日等其他有关记载事项告知票据付款人,并将失票人的姓名、工作单位、年龄、住址等有关情况告知票据付款人。如果失票人为法人或企事业单位、机关团体的,还应按有关规定由单位出具证明,加盖单位印章。

⑤丧失的票据必须为有效票据。

丧失的票据必须是有效的票据。票据上的记载事项应当符合票据法的规定,必须有明

确的付款人,依据票据法规定,没有记载付款人名称的汇票和支票均为无效,所以,未记载付款人或者无法确定付款人及其代理付款人的票据,不得申请挂失止付。此外,被国家司法机关扣押、没收或判决归他人的票据,原票据权利人不得申请挂失止付。

⑥挂失止付对付款人的效力。

付款人收到挂失止付的通知后,应当立即查明该挂失票据的基本情况,如票据是否到期,出票人是否有足够的资金在自己帐户,该票据是否已被人冒领。如没有被他人冒领,应当立即通知停止支付该票据款项。如果付款人与取款人恶意串通,或者由于付款人的过失,在申请挂失止付后付款人支付该票据款项,付款人应对此承担责任,并继续承担对失票人的付款责任。

⑦申请挂失止付后三日内,应当申请公示催告或者向人民法院提起诉讼。

挂失止付是公示催告或提起诉讼之前的一种应急补救措施。失票人申请挂失止付后,该票据的票款虽没有被取走,但失票人并不能立刻取得这笔票据金额,此时的票据权利处于一种不确定状态,有可能出现支付了对价的善意的正当持票人。因此,为尽早结束这种票据权利人不确定状态,票据法规定,申请挂失止付后三日内,失票人应当申请公示催告或者向人民法院起诉。如果失票人在申请挂失止付后三日内没有申请公示催告或向人民法院提起诉讼,挂失止付是否仍然有效,对此法律中没有明确规定。从理论上来说,申请挂失止付三日后,失票人既不申请公示催告,又不向人民法院提起诉讼,应认定其没有履行法定义务,并且这一义务与挂失止付的效力是密切相关的,如果此时出现新的票据纠纷,对失票人是十分不利的。因为丧失的票据可能在社会上继续流通,这既不利于对失票人权利的保护,也不利于社会交易的安全,故应尽早公之于众。对于申请挂失止付后,长时间内不申请公示催告或向人民法院提起诉讼的,在票据法的配套法中将作出明确处理规定。

在日常生活中,一些失票人常常通过报纸、电视、电台申明某某汇票、支票作废,严格地讲,这种“声明”不具有法律意义,故不发生法律效果,但是这也可以引起付款人和其他受让人的警惕,防止遗失票据在社会上更为广泛流通,从这种意义上说,这也不失为一种民间的习惯补救方法。

(2)公示催告程序

公示催告程序是人民法院根据失票人的申请,以公告的方法,告知并催促利害关系人在指定期限内,向人民法院申报权利,如不申报权利,人民法院依法作出宣告票据无效的程序。除票据丧失可采用公示催告程序补救外,我国《民事诉讼法》第一百九十三条规定,依照法律规定可以申请公示催告的其他事项,也适用民事诉讼法中关于公示催告的规定,目前我国还没有法律明确规定除票据丧失适用公示催告外,哪些事项适用公示催告,因此,此处论述公示催告,仅限于票据丧失后采取的公示催告。

票据法规定公示催告为票据丧失的一种补救办法,失票人丧失票据后,可以直接向人民法院申请公示催告,也可以在通知票据付款人挂失止付后三日内,依法向人民法院申请公示催告,或者向人民法院提起诉讼。此处讲的“依法”就是指依照民事诉讼法关于公示催告程序的规定申请公示催告。

(3)提起诉讼

失票人应在申请挂失止付后三日内申请公示催告,或者向人民法院提起诉讼;失票人也可以依法直接向人民法院提起诉讼。

规定失票人有权向人民法院就丧失票据提起诉讼,是对公示催告制度的完善和补充。我国民事诉讼法规定公示催告制度以来,由于我国幅员辽阔,交通通讯相对落后,而票据流通范围很广,企业和银行难以注意到收受的票据是否已被公示催告,承担着较大的风险,公示催告的停止支付的通知,难以送达到一个确定的付款银行,为保障票据权利人的利益,减少风险,票据法增加了向人民法院提起诉讼作为票据丧失的补救办法。

由于票据法只简单地规定了失票人可以向人民法院提起诉讼,因此对起诉主体、管辖法院、诉讼期间、送达等规定均应适用民事诉讼法的有关规定。在将来出台的配套法规中,应对这一诉讼制度的具体规定作进一步完善和补充。

十、票据时效

票据的时效是相对很短的。根据我国的实际情况,这里对票据权利的消灭时效作了具体规定:

(1)对出票人和承兑人行使权利的期间。依据我国票据法规定,持票人对票据的出票人和承兑人的权利,自票据到期日起两年,见票即付的汇票、本票,自出票日起两年,票据权利在此期间内不行使便消灭。例 A 签发一张六个月到期的汇票给 B,由 C 付款,C 承兑后,B 和 B 的后手在票据到期后又过了两年还没有行使票据权利,这时该票据权利就不存在了,至于持票人依据本法中关于利益返还请求权的规定,适用民法通则中规定的诉讼时效,那是另一问题。由于我国民法通则规定的诉讼时效很短,所以这里规定消灭时效相对显得不短。

(2)对支票出票人行使权利的期间。持票人对支票出票人的权利,自出票日起六个月内,不行使支票权利便消灭。由于支票的付款人并不因为支票的签发而成为主债务人,支票不存在承兑,所以支票得不到付款时,支票的发票人为主债务人。

(3)对前手追索权的行使期间。依据票据法第十七条规定,持票人对前手的追索权,自被拒绝承兑或者被拒绝付款之日起六个月应予以行使,在此期间不行使则票据权利消灭。由于追索权是持票人第二次行使请求权,而其前手均为票据债务的偿还义务人或第二序位债务人,故其消灭时效短于主债务人或者相同。

(4)对前手再追索权的行使期间。依据该条规定,持票人对前手的再追索权,自清偿日或者被提起诉讼之日起三个月。这里的持票人实际上是背书人,在背书人被他人追索或自己主动履行票据债务后,背书人就取得再追索权,由于再追索权的行使可能涉及众多背书人,因此这里规定的再追索权行使期间,短于追索权行使期间。

(5)对出票日、到期日的确定。该条规定,票据的出票日、到期日由票据当事人依法确定。由于票据的出票日、到期日直接关系到对前手追索权的行使和消灭时效的起算。因此票据当事人对此都较为重视。

依据票据法规定,汇票、本票、支票的出票均必须记载出票日期,没有记载出票日期的,其票据一律无效。

票据的到期日实际为票据的付款日。票据法第二十五条规定了四种汇票的四种到期

日：①见票即付；②定日付款；③出票后定期付款；④见票后定期付款。汇票上没有记载到期日，视为见票即付，见票即付是以提示付款日为到期日。

依据票据法规定，本票的出票人在持票人提示见票时，必须承担付款责任，因此本票实际上也是见票即付，并且本票的付款期限，自出票日起最长不得超过两个月。

支票为见票即付的证券，并且付款的提示期限自出票日起十日内必须提示付款。

此外，票据当事人在确定票据到期日时，应符合民法通则中有关期限计算的规定及票据法第一百零八条关于对日计算的规定。

第三章 银行结算汇票的使用

第一节 汇票的定义、种类与当事人

一、汇票的定义

我国《票据法》第十九条对汇票所作的定义是：“汇票是出票人签发的，委托付款人在见票时或者在指定日期无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。”根据这一定义，汇票具有以下法律特征：

(1) 汇票是票据的一种，因此汇票具有票据的法律特征，主要是：

① 汇票必须符合法定要式。签发汇票必须符合法定的形式要求，要有完整的必要记载事项，其中票面金额、出票人、付款人、收款人、出票日期等绝对应记载事项缺一不可，如果缺少绝对应记载事项，则会导致票据无效。

② 汇票是债权凭证，汇票权利必须凭票行使。一般情况下，谁持有汇票，谁就取得了该汇票的一切权利，汇票权利的范围要受汇票的票载内容的限制，汇票的票载金额及内容，表明了债权人与各债务人之间的债权债务关系。

③ 汇票是流通证券。汇票在到期前可以流通转让，其次数不受限制。但在流通转让过程中，除不记名汇票外，其余汇票在转让时必须经过背书和交付。汇票在流通中，有时还要受票载内容的限制，例如，出票人在汇票上记载“不得转让”字样的，汇票不得转让。

④ 汇票是无条件支付命令。汇票经过依法完成出票行为后，汇票的承兑人或付款人在汇票到期时，必须无条件履行付款义务。持票人有权命令汇票的债务人履行义务。汇票的各债务人在背书转让过程中或在付款时，不得提出任何附加条件。如果汇票的债务人在票据转让过程中或在付款时，记载了担保付款的前提条件或者付款的前提条件，其条件视为没有记载。

(2) 汇票是出票人委托付款人支付的票据。汇票是委托支付证券，这种委托付款关系与支票有共同之处，而与本票不同。本票是自付证券。

(3) 汇票上须有一定的到期日，但不必须是见票即付。汇票出票人对到期日有足够的自由决定权，可以是见票即付，也可以是定日付款，或者出票后定期付款、见票后定期付款。因此，汇票可以供远期付款，具有信用证券的性质。

(4) 汇票上的基本当事人有三个，即出票人、付款人和收款人。出票人是签发汇票的人。

付款人是受出票人的委托付款的人。收款人是从出票人处取得汇票向付款人请求付款的人。汇票法律关系除以上三个基本当事人外,其非基本当事人有背书人、保证人等。

二、汇票的种类

汇票可以按照四种不同的分类标准分类:

1. 以流通地域分类

以汇票的签发地或支付地的不同,汇票可以分为国内汇票和国外汇票。

(1)国内汇票

在本国签发,并在本国支付的,为国内汇票。

(2)国外汇票

在本国签发,在外国支付;或在外国签发,在本国支付的,为国外汇票。

把汇票按流通区域划分,是英美法系国家的一种做法,其法律意义在于:国外汇票被拒绝承兑或拒绝付款时,必须作成拒绝证书;而国内汇票则无须作成拒绝证书。

2. 以票据当事人分类

以当事人中是否有一人兼任二种及其以上身份为标准,汇票可以分为一般汇票与变式汇票。

(1)一般汇票

汇票的基本当事人身份有三种:发票人、受款人、付款人,三种当事人身份分别为不同的人具有的,其汇票为一般汇票。

(2)变式汇票

三种当事人中有二种及其以上身份是由一人兼任的,为变式汇票,变式汇票又包括以下四种:

①指己汇票

又称己受汇票,指发票人以自己为受款人的汇票,或发票人和受款人二种身份集于同一人的汇票。

②对己汇票

又称己付汇票,指发票人以自己为付款人的汇票,或发票人和付款人二种身份集于同一人的汇票。

③付受汇票

指以付款人为受款人,或付款人和受款人二种身份集于同一人的汇票。

④己受己付汇票,指发票人以自己为付款人、受款人或发票人、付款人、受款人三种身份集于同一人之身的汇票。

3. 以付款日期分类

汇票以付款期限长短为标准进行分类,可以分为即期汇票和远期汇票。

(1)即期汇票

即期汇票也称即期付款汇票或见票即付汇票,一般是指见票即行付款的汇票,它又包括以下几种:

①票面上载明“见票即付”文句的汇票。

②发票日与到期日同为一日的汇票。

③票面上没有载明到期日的汇票。

(2) 远期汇票

远期汇票是指必须到约定日期(除发票日以外)方可请求付款的汇票。根据约定日期的方式,远期汇票又可以分为以下四种:

① 定期汇票

也称极期汇票或定日汇票,指在票面上已明确记载付款日的汇票,如汇票记载:“×年×月×日付款”字样。

② 计期汇票

也称发票日后定期付款的汇票,指在发票日后一定日期付款的汇票,如票面上记载“请于发票日后一个月付款”字样。

③ 注期汇票

也称见票日后定期付款的汇票,指在承兑见票后的一定日期付款的汇票,如票面上记载“请于见票日后2个月付款”字样。

④ 分期付款汇票

指票面金额的付款分数次进行,并在票据上写明支付次数和每次付款的数额和日期的汇票。

对于分期付款汇票,英美票据法与日内瓦统一汇票本票法的规定是不同的。日内瓦统一汇票本票法不承认分期付款汇票,认定分期付款汇票为无效票据;英美票据法则承认分期付款汇票。

4. 以记名方式分类

以记载收款人姓名方式的不同,汇票可以分为记名汇票、指示汇票和无记名汇票。

(1) 记名汇票

又称抬头汇票,是指发票人在汇票上写明收款人的姓名或商号的一种汇票。这种汇票,发票人发票后,应该将该汇票交给票面上记载的收款人,才产生票据的效力。同时,作为收款人的持票人,可以依法背书进行转让。

(2) 指示汇票

指示汇票,是指不仅在汇票上记载收款人的姓名或商号,并且附加“或其指定人”字样的汇票。这种汇票,发票人可以依背书交付而转让,但不得对执票人的背书转让加以禁止。

(3) 无记名汇票

无记名汇票,是指在票面上没有记载收款人的姓名或商号,或仅记载“来人”字样的一种汇票,这种汇票仅完成交付行为,即可转让。执票人也可以在票面上记载自己或他人为收款人,从而使之变成记名汇票。

除了以上四种汇票的分类方法外,在我国根据签发人的不同,将汇票区分为银行汇票和商业汇票。由银行签发的汇票为银行汇票,由银行以外的人签发的汇票为商业汇票。商业汇票中,又根据承兑人的不同,再区分为商业承兑汇票和银行承兑汇票。由银行承兑、付款

的汇票为银行承兑汇票,由银行以外的人承兑、付款的汇票为商业承兑汇票。

在国际商务与国际金融实践中,有关进出口商务的汇票,按是否需要附具有关单据为标准,将汇票区分为光票和跟单汇票。不需附任何单据,到期即可承兑、付款的汇票,为光票。跟单汇票又称押汇汇票或信用汇票,是指必须随附与交易有关的一切单据,付款人或承兑人才允许到期付款的一种汇票。这里所说的单据,一般是指提单、商业发票、保险单、产地证书等等。跟单汇票又可分为信用证跟单汇票、承兑交单汇票、付款交单汇票等。

三、汇票的当事人

汇票的当事人,是指汇票法律关系中享有权利的承担义务的公民和法人。从法律上说,汇票是一种债权证券,因而汇票上体现的法律关系是一种债权债务关系。因而,这种票据关系中的当事人就是债权人和债务人。享有汇票权利的人为债权人,负有支付义务的人为债务人。最初的债权人是汇票签发时的收款人。以后从最初的收款人受让而取得汇票的执票人(如被背书人)也就成为票据权利人。这种票据权利人行使的是付款请求权。因履行了付款义务而取得汇票的人也是票据权利人,他们所能行使的是追索权。汇票的债务人是因履行一定的票据行为而在汇票上签名的人。汇票债务人有第一债务人和第二债务人之分,前者是指负有付款义务的人,即承兑人,持票人应先向第一债务人行使权利,即先请其支付款项。第二债务人是负有担保付款义务的人,汇票的发票人、背书人都是负有担保付款义务的人,即第二债务人,持票人只有在向第一债务人请求付款遭到拒绝时,才能向第二债务人行使追索权,请求第二债务人偿付款项。

1. 汇票的基本当事人

汇票的基本当事人是指在汇票签发时就已经存在的当事人,即出票人、付款人和收款人。他们是汇票关系中必不可少的当事人,汇票其出票人是没有限制的,任何人均可签发;付款人也没有任何限制。

出票人也称发票人,是指依据法定方式签发支付命令的人。汇票一经签发,出票人即对收款人及正当持票人承担在汇票被提示时付款人一定付款或承兑的保证责任;付款人也称受票人,是指按出票人的命令支付票款的人。汇票的付款人只有在承兑后,才承担到期付款的义务。此时,出票人、背书人、持票人均有权要求其到期付款。承兑人如果到期不付款,持票人即使他是原出票人,也可以直接请求支付;收款人也称收款人或汇票抬头,是指收取票款的人。收款人可以是收款人本人,也可以是其指定的人。

2. 汇票的非基本当事人

汇票的非基本当事人,是指在汇票签发后,通过各种票据行为而加入票据关系中成为汇票当事人的人。它包括背书人、参加付款人、参加承兑人、保证人、预备付款人和执票人等。

第二节 汇票的出票

一、出票的定义

《中华人民共和国票据法》第二十条规定：“出票是指出票人签发票据并将其交付给收款人的票据行为”。根据这一定义，汇票的出票是指出票人依照法定方式作成汇票、设立汇票的权利和义务并予以发行的票据行为。如从法律行为的内容方面说，汇票的出票是出票人以委托付款人向收款人无条件支付一定金额为目的的一种票据行为，而且是创设票据的基本的票据行为。

出票由两个行为构成，一是签发票据，二是交付票据。签发票据指记载法定内容并签名；交付票据指基于自己的意思使汇票脱离自己的占有而给予他人。签发和交付都是出票人所为，所以背书人和其他票据关系人虽然也将汇票交付给他人，但他们的交付行为都不是出票。出票必须是基于出票人的意思，如果签发的汇票被窃，不能算作出票。“签发”一般指将汇票上的法定应记载事项记载完全，但空白票据的交付仍属出票人的出票行为。一般来说，如果没有相反证明，持票人所持汇票就被认为是通过交付取得的。

汇票的出票是各项票据行为的开端，汇票的背书、承兑、保证、付款、追索等均以出票时的权利、义务为基础，所以，汇票的出票称为基本的票据行为或原始票据行为。相对的，其余行为则称为附属的票据行为。

二、票据基础关系

票据关系是形式关系或抽象关系，它仅由出票人发出票据、收款人取得票据而形成。这种关系仅仅由票据授受这种形式而发生，至于当事人之所以授受票据，即当事人授受票据的原因或实质，不属于票据关系。这种授受票据的原因或实质在票据授受之前就已经存在，而票据关系则只能发生在票据授受之后。这种作为票据授受的前提的关系称为票据的基础关系。相对于作为形式关系的票据关系，基础关系又称为票据的实质关系。

票据的基础关系有三种：票据原因关系、票据资金关系和票据预约关系。

(1) 票据原因关系。票据原因关系又称为票据原因，是指当事人（出票人与收款人之间）授受票据的原因。出票人签发票据、收款人接受票据，在经济上和法律上必有一定的原因，该原因关系就是票据的原因关系。例如，因购买货物而签发并交付票据，用以支付货款，出票人与收款人因此发生票据关系，其原因关系即是买卖关系。原因关系存在于授受票据的直接当事人之间，票据如经转手，其原因关系必然断裂，前面的一原因关系与后面的一原因关系并无任何联系。但票据不论转手多少次，各当事人之间的票据关系（付款关系和追索关系）都是一样的。

(2) 票据资金关系。票据资金关系是指发生于出票人与付款人之间、出票人与承兑人之间的一种基础关系。票据资金关系的成立，必须具备如下两个条件：①出票人必须在付款人

处存有可由付款人处分的资金。②资金必须得以票据进行处分。资金关系的成立,仅有资金的存在尚嫌不足,出票人与付款人之间还须存在由付款人负担支付票据资金的合同。该合同既可以针对个别的票据,也可以是针对出票人签发的所有票据。

(3)票据预约。票据预约是票据当事人就票据的种类(汇票、本票或支票)、金额、到期日、付款地等事项达成合意。票据预约不仅存在于出票人与收款人之间,也存在于背书人与被背书人之间。所以,当事人间先有原因关系,再有票据预约,然后根据预约发出票据,才能发生票据关系。

票据关系与基础关系存在联系,票据法第二十一条就规定了汇票签发与资金关系的关系。该条第一款规定:“汇票的出票人必须与付款人具有真实的委托付款关系,并且具有支付汇票金额的可靠资金来源”。付款人是受出票人委托支付票据金额的人。付款人一经承兑就成为承兑人,从而成为汇票关系中的主债务人。而付款人之所以愿意承兑,是基于他与出票人之间的资金关系,即因为出票人在付款人处存有可由付款人处分的资金。如果出票人没有在付款人处存有资金,与付款人没有真实的委托付款关系,或者出票人虽然在付款人处存有资金,但该资金不足以支付汇票金额,则付款人都可以拒绝承兑汇票,从而使该汇票成为“空头汇票”。“空头汇票”的形成,使持票人的票据权利得不到实现,损害票据信用,因此应当禁止签发与付款人无真实的委托付款关系和无支付汇票金额的可靠资金来源的汇票。

《票据法》第二十一条第二款规定,“不得签发无对价的汇票用以骗取银行或者其他票据当事人的资金。”所谓签发无对价的汇票,是指汇票的出票人在签发汇票时,没有给付相对应的代价,包括没有给付代价和没有给付相当的代价。例如,两个企业之间并无真实的交易关系和债权债务关系,却由一企业签发了一张约期付款的汇票,进行流通转让或向银行申请贴现,这是一张没有对价的“空头汇票”。这种汇票只为套取资金而签发,往往会被投机者利用,如果允许这类汇票向银行贴现,融通资金,就会影响对信用的疏导和管理,恶化我国的货币流通状况,人为地助长信用膨胀。

《票据法》第二十一条规定严格汇票签发的资金前提,有利于避免信用膨胀和票据欺诈,从而防止金融秩序混乱,维护社会经济秩序的稳定。

三、汇票的格式

汇票的格式,是指出票行为作成的汇票的形式。汇票是要式证券,在汇票上依法记载各种事项是票据有效成立的要件。票据上的记载事项,依记载后的效力,可以分为:应记载事项、任意记载事项、不生票据法上效力的事项、不得记载的事项。应记载事项又可分为绝对应记载事项和相对应记载事项。绝对应记载事项,是指票据法明文规定票据上必须记载,如不记载,票据即无效的事项。相对应记载事项,是指票据上也应记载,但当事人如不记载时,法律另作规定,对该事项加以补充,不使票据无效的事项。

依照《票据法》第二十二条规定汇票的绝对应记载事项包括下列事项:

(1)表明“汇票”的字样。汇票上要有表明其为汇票的文字,并且汇票字样应写在汇票本身而不得写在粘单上。我国所用汇票一直都有汇票字样,而且把它作为标题,印在证券上

方。这样做,不仅使人易于辨认,而且能防变造。

(2)无条件支付的委托。所谓支付的委托,指出票人委托付款人支付汇票金额的意思表示。由于汇票不属于自付证券,是一种委托证券,因此,汇票的付款在通常情况下都是委托他人来完成的。为维护票据权利人的安全与权利确定,无论是大陆法系还是英美法系,均规定汇票付款以一次为无条件支付的委托。所谓无条件,是指单纯委托而言,如果汇票上附条件才付款,例如收到货后付款,或对支付方法加以限制,这些都是有条件的,这类票据是无效的。在我国,无条件支付的委托,通常用“凭票付”或“请于到期日无条件支付”等文句来表示。

(3)确定的金额。票据是金钱证券,票据中的汇票所设定的权利义务关系,纯粹是金钱债权债务关系,其给付标的物只能是金钱。因此,汇票上必须记载金额。如果以金钱以外的物作为给付,则这种汇票是不发生票据效力的。汇票上不仅须记载金额,而且这一金额必须是确定的。金额不确定的,汇票无效。依《票据法》第八条规定,票据金额应当以中文大写和数字同时记载,二者必须一致,否则,票据无效。

(4)付款人名称。付款人就是受出票人的委托支付票据金额的人。付款人对汇票承兑后,就成为汇票的第一债务人,到期必须无条件付款。因此,各国的票据法一般都将付款人列为汇票的应记载事项。如前所述,汇票是一种委托证券,汇票的付款人一般是出票人以外的关系人。但如果属对己汇票(也称己付汇票),这种情况下的出票人也可以是付款人。在我国,汇票的付款人与出票人是否可以相同人,即是否有对己汇票,《票据法》上未作规定。

(5)收款人名称。收款人是票据最初的权利人,即第一次的债权人,因而应当记载。国际统一票据法把这一事项规定为绝对应记载事项,另外也规定,出票人可以自己为收款人(指己汇票,或称为己受汇票)。因此,汇票上未记载收款人而出票人也未记明自己为收款人的,汇票即因欠缺要件而无效。在这种法律制度下,不准许无记名的汇票。英美法系国家则准许汇票是无记名的,即以持票人为收款人。依照我国《票据法》第二十二条规定,不记载收款人名称的汇票是无效的,因而,我国也不准许无记名的汇票。

(6)出票日期。出票日期是指汇票签发的年月日。值得一提的是,这里“签发的年月日”,是指汇票上所记载的年月日,而不是指汇票发出去的时间。即使汇票上记载的出票日与实际的出票日不符,也不影响汇票的效力。出票日在汇票上关系重大,因为它具有如下多种作用:①出票日期的记载,借此可以判明出票人在出票当时有无行为能力;如果签发人是法人,则可以判断该法人当时是否已经成立,从而判明该出票是否有效。②出票日期的记载,为确定出票后定期付款的汇票的到期日提供了依据。③出票日期的记载,可以决定见票后定期付款的承兑提示期间。④出票日期的记载,也是决定利息起算日的依据。

(7)出票人签章。签章是出票人负出票责任的表示,没有签章的出票行为是无效的。依照《票据法》第七条规定,汇票上的签章为签名、盖章或者签名加盖章。法人和其他使用票据的单位在票据上的签章,为该法人或者该单位的盖章加其法定代表人或者其授权的代理人的签章。在汇票上的签名,应当为该当事人的本名。出票人签章,可以是一人签章,也可以二人以上签章。按照规定,凡二人以上共同签章时,就得对票据上的义务负连带责任。

四、汇票的记载事项

相对应记载事项,是指票据上也应记载,但当事人如不记载时,法律另作规定,对该事项加以补充,不使票据无效的事项。依照票据法第二十三条规定,付款日期、付款地、出票地等事项,是汇票的相对应记载事项。

(1)付款日期。付款日期是汇票上记载的应当付款的日期,也就是到期日。它是债权人行使权利和债务人履行义务的日期,因而付款日期关系重大,是汇票要件之一。但未记载付款日期时,视为见票即付。

(2)付款地。付款地是汇票上记载的支付汇票金额的地点。它是汇票的必要记载事项之一,但未记载付款地的并不导致整个票据无效。汇票上未记载付款地的,付款人的营业场所、住所或者经常居住地为付款地。付款地通常为最小的行政区域,至于记载更小的地方的,称为付款处所。

票据上之所以要有付款地的记载,一则确定票据金额的支付地点,避免持票人随地请求,减少纠纷;二则发生票据诉讼时,便于确定管辖法院;三则出票地与付款地的货币种类不同时,可推定应付的货币为付款地的货币(有特别约定的除外)。

(3)出票地。出票地是指汇票上记载的出票行为的地点。出票地不必一定是真实的签发汇票的处所,即使汇票上记载的出票地与真实出票地不相符,也不会影响票据的效力。当真实的出票地与记载的出票地不符时,以后者为准。出票地的作用在于决定出票行为的准据法,因而它也是必要的记载事项。但如果汇票上未记载出票地的,出票人的营业场所、住所或者经常居住地为出票地。如同付款地的具体记载方法一样,出票地一般多以最小的独立行政区域表示,如北京市、深圳市等。

五、汇票到期日的规定

规定了到期日的概念和种类。依照《票据法》第二十五条规定,到期日是汇票上记载的应当付款的日期,即票据上记载的付款人应履行付款义务的日期。到期日应记载于汇票上,如未记载,该汇票视为见票即付(见第二十五条第二款规定)。到期日是应该付款的日期,从权利人方面说,是可以请求付款的第一天;从义务人方面说,并不是一到到期日,债务人不付款即为迟延,必须等到到期日以后持票人提示票据请求付款,而债务人不付款时,债务人才负迟延付款的责任。到期日必须确定,不得附条件。到期日不确定或附条件的,汇票无效。不过,所谓“确定”不仅指特定日,也包括将来可以确定的日期。“见票即付”与“见票后定期付款”的到期日,取决于持票人提示的日期,是可以由持票人自己确定的,所以可以算是可确定的到期日。

到期日在票据法上的作用有:(1)定日付款、出票后定期付款或者见票后定期付款的汇票,持票人应当自到期日起十日内向承兑人提示付款(见第五十三条)。(2)持票人对汇票承兑人和本票出票人的权利,应当自汇票、本票到期日起两年内行使(见第十九条)。(3)持票人不得于到期日前请求付款,付款人也不得于到期前提前付款;付款人在到期日前付款的,由付款人自行承担所产生的责任(见第五十三条、第五十八条)。

汇票的到期日共有四种:见票即付、定日付款、出票后定期付款、见票后定期付款。汇票上记载的到期日不同于这四种的,汇票无效。

(1)见票即付的汇票。见票即付,就是付款人于见票时即应付款。所谓“见票”,就是持票人向付款人提示汇票。所以这种汇票的提示日就是到期日。这种汇票通称为即期汇票。

(2)定日付款的汇票。这种汇票以汇票上所记载的确定日期为到期日。大多数汇票为这种汇票,因为到期日最明确。

(3)出票后定期付款的汇票。这是自出票日起经过一定期间付款的汇票,以该期间的最后一日为到期日。例如“请于出票后三十日付款”。这种汇票的到期日自出票日起计算,因出票日已确定,所以实际上到期日在出票时也已确定,与定日付款并没有不同。这种汇票称为计期汇票。

(4)见票后定期付款的汇票。这是付款人在见票后经过出票人所定的一定期间后付款的汇票。例如“于见票后三十日内付款”。这种汇票是须提示承兑的,所以付款人见票之日就是提示承兑之日。因而这种汇票就是承兑后经过一定期间付款的汇票,以该期间的最后一日为到期日。这种汇票称为注期汇票。需要注意的是,所谓“见票后定期”,是指出票人在出票时所定的一定期间,不是承兑人在见票时再决定一个期间。确定这种汇票的到期日,即以承兑日(见票日)为起算日,算至出票人所定期间的最后一天,即为到期日。

六、汇票签发对出票人的效力

出票是以创设票据权利为目的的票据行为,出票人依照票据法规定的方式签发票据后,即应发生票据法上的效力。这种效力就是使票据完成而进入流通领域,票据权利按票上所载文义发生。具体到汇票上,出票人的出票行为的效力,在于汇票上委托付款这种票据关系的成立。汇票属委托他人付款的证券,出票人签发汇票后,即承担保证该汇票承兑和付款的责任。如果持票人得不到承兑或者付款,出票人就应当自己付款。出票人的这种义务称为偿还义务。由于出票人只在付款人不付款时才承担该义务,所以是第二债务人。作为第二债务人的偿还义务,票据法上称为担保责任。出票人的这种担保责任(偿还义务)是法定的,不取决于出票人的意思表示。

(1)担保承兑。担保承兑是指汇票在到期日前未获承兑时,持票人可于作成拒绝承兑证书后,向出票人行使追索权,请求偿还票据款项。简言之,汇票不获承兑时,出票人应负偿还责任。至于“不获承兑”,不仅是指到期日前付款人拒绝承兑,也包括承兑人或者付款人死亡、逃匿,或者承兑人或付款人被依法宣告破产或者因违法被责令终止业务活动无法承兑的情况。这些情况下,持票人都可以对出票人行使追索权,出票人不得以票据资金已交与付款人为由而对抗持票人,拒绝偿还汇票款项。当持票人直接向出票人行使追索权时,出票人应当向持票人清偿第七十条规定的金额和费用,包括:①被拒绝付款的汇票金额;②汇票金额自到期日或者提示付款日起至清偿日止,按照中国人民银行规定的利率计算的利息;③取得有关拒绝证明和发出通知书的费用。当持票人向出票人以外的其他汇票当事人(背书人、承兑人、保证人)行使追索权,被追索人向出票人行使再追索权时,出票人应当清偿第七十一条规定的金额和费用:①已清偿的全部金额;②前项金额自清偿日起至再追索清偿日止,按照

中国人民银行规定的利率计算的利息；③发出通知书的费用。

(2)担保付款。担保付款是指汇票到期不能获得付款时，出票人应负偿还责任。与担保承兑的情形一样，当持票人直接向出票人行使追索权时，出票人应当向持票人清偿第七十条规定的金额和费用；当持票人向出票人以外的其他汇票当事人行使追索权，被追索人向出票人行使再追索权时，出票人应当清偿第七十一条规定的金额和费用。

第三节 汇票的背书

一、票据转让与背书

1. 汇票转让与权利授予

票据的特点在于其流通，票据流通的基础又在票据的转让。所以票据转让是票据制度的核心，转让是票据的必然属性。离开了转让以及由多次转让形成的流通，票据制度在经济上就失去了作用。票据是设权证券，票据的转让就是票据权利的转让。《中华人民共和国票据法》第二十七条第一款所指的持票人将汇票权利转让给他人行使，实际上就是转让汇票。

持票人除了可以将汇票权利转让给他人行使外，还可以不转让汇票而将一定的汇票权利授予他人行使。这种情形主要是指权利人(持票人)委托他人取款或一并行使取款以外的权利。

《中华人民共和国票据法》在规定汇票转让的同时，尊重出票人的意愿，规定出票人在汇票上记载“不得转让”字样的，汇票不得转让(《中华人民共和国票据法》第二十七条第二款)。

2. 背书

《中华人民共和国票据法》第二十七条第三款规定，持票人将汇票权利转让给他人或者将一定的汇票权利授予他人行使时，应当背书并交付汇票。第四款规定，背书是指在票据背面或者粘单上记载有关事项并签章的票据行为。

依照上述规定，票据转让和权利授予是要式行为，必须依法定方式背书并交付票据。背书行为有如下主要特征：

①背书是一种附属票据行为。在票据法上，必须有出票这种基本票据行为，才能有背书行为，因此背书是附属票据行为。换言之，背书是就已成立的票据而为意思表示。如果出票未依法定方式而致使票据无效时，背书也因此无效。但是，如果票据已具备形式要件，只是由于出票人的签名伪造或由无行为能力人签名时，因票据行为具有独立性，此时背书行为不能视为无效，背书人仍应负票据上的责任。

②背书的主要目的在于转让票据上的权利。背书也有以委任取款或设定质权为目的的，这类背书必须明示其目的，以区别通常的转让背书。

③背书是持票人所为的一种票据行为。出票、承兑、付款等都属票据行为，它们分别是出票人、承兑人和付款人所为的票据行为，而背书则是持票人所为的一种票据行为。所谓持票人，包括票据的收款人、因背书受让票据的人、偿还债务或履行保证债务而收回票据的人。

背书人因背书种类不同,其地位也不同;让与背书的背书人只能是让与人;委任背书的背书人只能是委任人;设质背书的背书人则须是出质人。如果背书不是持票人所为,则持票人不负背书责任,被背书人也不因此而取得执票人的地位。

④背书是一种要式行为。背书应在票据背面或者粘单上记载有关事项并签章,以区别出票人的出票行为及付款人的承兑行为。

二、有关背书法律规定

1. 加附粘单的规定

背书在通常情形下是记载于票据凭证背面。但如果背书记载的事项较多,票据凭证本身不能满足背书人记载事项之用时,可以另行加用纸张。这种加用的纸张称为“粘单”。粘单是票据的书面延伸,与票据本身有同一效力。粘单与票据骑缝处,应当由首先使用粘单的人签章。

2. 签章和日期

票据行为具有要式性的特点,票据行为的行为人必须签名,只有签名后,该票据行为才能生效。背书是持票人所为的一种票据行为,背书人必须签章,背书行为才能生效。同时,背书日期也是背书的应记载事项。记载背书日期,可使票据关系当事人辨别背书的时间顺序以判断背书是否连顺,还可以决定背书人在背书时有无行为能力。但是,如果背书未记载日期,并不发生背书无效的后果。依《票据法》第二十九条规定,背书未记载日期的,视为在汇票到期日前背书。这样规定,其目的在于使未记载日期的背书有效。

3. 关于背书人名称

背书,依其记载事项的完全与否,可分为完全背书和空白背书。完全背书是记载事项完全的背书,这种背书将背书人和被背书人双方的姓名都记明,所以又叫记名背书。背书人不记载被背书人,仅签章于汇票背面或者粘单上,以表明转让票据权利或者将票据权利授予他人行使的背书是空白背书,又叫无记名背书。国际统一票据法、大陆法系各国和英美法系国家都承认空白背书。我国《票据法》则不承认空白背书,规定背书必须记载被背书人名称,即作为记名背书。

4. 对连续的背书具有权利证明的效力的规定

依票据法规定,转让汇票必须以背书方式进行,不允许不经背书而以单纯交付的方式转让汇票;背书必须是记载被背书人名称的完全背书,不允许空白背书。这样,完全背书后的汇票,必须仍以完全背书转让。如此转让时,前次转让中的被背书人便是本次转让中的背书人,本次转让中的被背书人又是下次转让中的背书人,依次类推。从而,转让汇票的背书人与受让汇票的被背书人在汇票上的签章依次前后衔接,形成连续的背书。

《票据法》第三十一条所称“持票人以背书的连续,证明其汇票权利”,是指持有连续背书汇票的最后被背书人,只要他持有票据,就推定他是合法的权利人,他可以不必要证明实际权利转移过程而行使票据上的权利。而票据债务人亦当然应向其付款,不得另索证明。反之,若对背书不连续的汇票付款,则付款人自负其责。这就是连续的背书具有的权利证明的效力。这种效力是法律赋予的,不依当事人的意思表示而改变。

依《票据法》第三十一条规定,持票人非经背书转让,而以其合法方式取得汇票的,依法

举证,证明其汇票权利。所谓“以其他合法方式取得汇票的”,是指以下两种情形:一是票据法上规定的依法取得汇票的其他方法,包括票据保证人在履行保证义务付款后取得票据、被追索人在偿还追索款项后取得票据等;二是依民法上规定取得汇票,包括因普通债权的转让取得票据,因继承、公司合并、受赠与等取得票据。凡是非经背书转让取得汇票,不能以背书的连续证明其汇票权利的,持票人在行使汇票权利时,都负有举证责任,证明自己是真正权利人;持票人不能证明自己是真正权利人的,付款人可以拒绝付款。

5. 其它规定

(1)对后手应当对其直接前手背书的真实性负责的规定。

票据法上的前手,是指在票据签章人或者持票人之前签章的其他票据债务人。后手,是指在票据签章人之后签章的其他票据债务人。前手、后手是相对而言的,背书人相对于他的被背书人来说,被背书人是他的后手;而相对于前一次以至前几次背书的背书人和出票人来说,该背书人又是后手,在他之前签章的人是前手。

我国《票据法》第三十二条第一款规定:“以背书转让的汇票,后手应当对其直接前手背书的真实性负责。”

所谓“背书的真实性”,是指背书人应当依法为背书行为,不得对票据进行伪造和变造。所谓“后手应当对其直接前手背书的真实性负责”,是指以背书受让票据的人,应当审查其直接前手的签名是否伪造以及是否有变造票据的行为。如果票据的受让人没有尽到上述审查义务,以恶意或者有重大过失取得票据,则不得享有票据权利。恶意就是明知让与人没有让与权利,重大过失就是没有尽到一般人应有的注意,即稍加注意、留心就可得知让与人没有让与权。

(2)对背书不得附条件的规定。

背书不得附有条件。背书时附有条件的,所附条件不具有汇票上的效力。因为附有条件的背书,无论是停止条件还是解除条件,都会使背书的效力不确定。效力不确定的背书,会严重影响票据的流通。

将汇票金额的一部分转让的背书或者将汇票金额分别转给二人以上的背书无效。因为票据权利的转让,在背书后必须交付票据。转让部分金额的背书,或者将汇票金额分开转给二人以上的背书,在背书后均无法交付票据。所以各国法律都规定这种背书无效。背书既然无效,被背书人当然不能取得票据权利。

(3)对原背书人对后手的背书人不承担保证责任的规定。

背书人可以在背书时同时记载“不得转让”字样,使票据不得再有背书。由于背书人是不得创设票据权利的人,他的禁止转让行为的效力大大弱于出票人的禁止转让行为。出票人禁止转让的,票据即失去票据的背书性,不得再依背书而转让。如果持票人不顾出票人的禁止规定而在票据上背书,不生背书的效力。而背书人禁止转让后,票据仍可以依背书转让,只是背书人对于禁止后再由背书取得汇票的人不负保证责任。换言之,背书人只对其直接后手(被背书人)负责,对以后取得票据的人不负责任。

三、委托背书与设质背书

(1)委托取款背书。委托取款背书,简称委托背书,是指持票人以委托取款为目的所为

的一种背书。这种背书,背书人并不是为转让票据权利而为背书,而仅仅授予被背书人代理权,代理其取款,所以,票据实践中也称其为代理背书。在这种背书里的背书人,实际上就是代理权授予人,也就是被代理人,被背书人就是代理人。

委托背书的效力与转让背书不同。转让背书所有的权利转移效力、担保效力、权利证明效力,在委托背书上或者完全没有(前两点),或者完全不同。委托背书所有的效力如下:

①代理权授予效力。如前所述,委托背书的目的并不在于转移票据权利,因而不发生权利转移的效力。其背书仅发生代理权授予的效力。也就是说,该票据的权利仍然属于背书人所有,被背书人只取得代理行使该权利的资格。因其性质上仅有代理权授予的效力,因此,被背书人对票据无处分权,仅可对其再为委托取款背书,不得为转让背书。委托背书中,被背书人具有以下权利:行使付款请求权;可以再行背书,但这种背书只能以同一目的即委托取款而进行。

②权利证明效力。委托背书在实质上虽然不发生权利转移的效力,却能发生代理权授予效力,正因为如此,这种背书在形式上也就能发生权利证明效力。具体来说,只要委托背书在形式上有效,即背书连续,那么,无论在实质上是否有效,持票人都当然被认为有代理权,持票人无须提供代理权的证明,就当然地能够行使权利。

由于委托背书不发生权利转移,委托背书后,汇票上的权利人并非被背书人而仍然是背书人,因此,委托背书不发生权利担保效力问题,也就是说,背书人对于被背书人不负担保证责任。

(2)设质背书。设质背书是背书人以票据权利设定质权为目的所为的背书。背书人为质权设定人(出质人),被背书人为质权人。由此设定的质权属于权利质权。这种背书,由于仅能使被背书人取得质权,并不发生票据权利转移,因此,它与转让背书和委托背书都不同。

所谓质权,是指债权人占有由债务人或第三人移交的财产,当债务人不按期履行债务时,享有就出售财产的价金优先受偿的权利。质权是担保物权的一种。在一些国家中,除质权外,还有抵押权的规定。关于质权和抵押权的区分标准,各国法律规定不尽相同。纵观各国的立法,区分抵押权与质权的标准,基本为两个:一是以是否转移标的物为标准,一是以标的物是动产、权利还是不动产为标准。我国《民法通则》对于提供财产作担保的,仅规定为一种抵押权,并不区分抵押权与质权。但是,抵押权与质权毕竟有区别,为了与国际惯例接轨,同时与《民法通则》相衔接,我国《票据法》第三十五条第二款采用了“质押”一词,实际上就是设定质权。

设质背书亦应有一定格式,即须有相应的记载。按照本条第二款规定,应当记载“质押”字样。

如果是连续证明自己是合法的质权人,不需要另行提出实质上的证据。债务人对其付款的,亦可免责。

四、背书人的汇票责任

前已述及,背书是以转让票据权利或其他为目的的票据行为,背书的主要目的就是转让票据权利,即持票人经背书将自己享有的票据权利转让给他人。而相对的受让人(被背书人)接受票据则是为了取得票据权利,获得票载金额。因此,已经被拒绝承兑、被拒绝付款或

者超过付款提示期限的汇票就不得再背书转让流通。因为这时的背书已不具有票据法上的转让效力,依这种背书而取得票据的人不能取得票据法上持票人的地位,只能依民法的规定享有普遍债权。如果持票人不遵守上述规定,背书转让汇票,则背书人应当承担汇票责任。这里所说的“汇票责任”,是指背书人承担保证其后手所持汇票承兑和付款的责任。由于汇票已经被拒绝承兑、被拒绝付款或者超过付款提示期限,该背书人的后手在行使票据权利时,必然遭到承兑人、付款人的拒绝,因此,该背书人的后手必然行使追索权,该背书人则应清偿票据法第七十条、第七十一条规定的金额和费用。

五、对背书的权利担保效力

背书人以背书转让汇票后,即承担保证其后手所持汇票承兑和付款的责任。这也就是说,持票人的权利请求如遭到拒绝,就可向背书人行使追索权。背书人的这种担保责任,不仅限于对其直接后手,对自己背书以后的全部后手都承担此责任。当然,如果背书人作了“不得转让”的记载的,不在此限(见票据法第三十四条规定)。

背书人的担保责任与出票人的担保责任有所不同。第一,出票人的担保责任是对出票后的全部背书人和被背书人承担;背书人仅对自己背书后的后手承担,对其前手则不承担担保责任。第二,背书人的担保责任可因禁止转让的记载而免除,这种可免除性称之为背书担保力的例外。

依票据法第三十七条规定,当持票人得不到承兑或者付款时,背书人应当向持票人清偿本法第七十条、第七十一条规定的金额和费用。这是因为,持票人可依背书的担保效力行使追索权。当持票人直接向背书人行使追索权时,背书人应当向持票人清偿本法第七十条规定的金额和费用,包括:①被拒绝付款的汇票金额;②)汇票金额自到期日或者提示付款日起至清偿日止,按照中国人民银行规定的利率计算的利息;③取得有关拒绝证明和发出通知书的费用。当持票人向背书人以外的票据关系当事人(出票人、承兑人、保证人等)行使追索权,被追索人依照本法第七十条规定清偿后,向背书人再追索时,背书人应当清偿本法第七十一条规定的金额和费用,包括:①已清偿的全部金额。②前项金额自清偿之日起至再追索清偿日止,按照中国人民银行规定的利率计算的利息;③发出通知书的费用。

第四节 汇票的承兑

一、承兑的定义

承兑是指汇票付款人承诺在汇票到期日支付汇票金额的票据行为。从这一定义中可以看出,承兑具有如下法律特征:

(1)承兑是一种附属的票据行为。与背书行为一样,承兑也须以出票行为为前提。

(2)承兑是汇票付款人所为的票据行为。这就从行为主体上与其他票据行为区分开来。汇票的出票由出票人所为,背书由持票人所为,承兑则由汇票付款人所为。有两点值得注意:一是该付款人仅指汇票的付款人,不包括其他票据的付款人。承兑是汇票所特有的制

度,其他票据中没有承兑制度,所以其他票据的付款人不可能为承兑行为。二是并非所有的汇票付款人都得为承兑行为。除必须承兑的汇票外,还有可承兑可不承兑的汇票,这种汇票的付款人可以不承兑;也有无需承兑的汇票,这种汇票的付款人无须为承兑行为。

(3)承兑是表示愿意支出汇票金额的票据行为。出票人签发汇票时,虽然记载了委托付款人无条件支付确定的金额给收款人或者持票人,但受委托的付款人在承兑之前,并非当然的汇票债务人,只有经其承兑,即表示愿意支付汇票金额,付款人才变为承兑人,成为汇票的主债务人,对持票人负绝对的付款责任。

(4)承兑是一种要式的票据行为。按照各国的法律规定,不论基本的票据行为还是附属的票据行为,都是要式的法律行为。承兑作为一种票据行为也不例外。按照票据法第四十二条规定,付款人承兑汇票的,应当在汇票正面记载“承兑”字样和承兑日期,并且还要签章。

二、提示承兑

(1)提示承兑的定义。提示承兑是指持票人向付款人出示汇票,并要求付款人承诺付款的行为。提示承兑不是票据行为,而是承兑这一票据行为的前提,是承兑行为的必要手续之一。

从实质意义上讲,提示承兑与民法上的请求相当,但请求可以不拘形式,口头或书面的均可,而提示承兑则必须出示票据,否则不生提示承兑的效力。提示承兑的效力,从积极的方面看,是行使票据权利的行为;从消极方面讲,是保全票据权利的手段,即可以保全追索权。

在提示承兑中,提示人为持票人,无论其是真正的权利人还是形式上占有票据的人(如委任背书或设质背书的被背书人),都可以为承兑提示人;被提示人为付款人。

(2)提示承兑的期间。除了无需承兑的汇票外,应承兑的汇票应在何时请求承兑,票据法上定有一定的期限,这种期限称为提示承兑的期间。

依《票据法》第三十九条规定,定日付款或者出票后定期付款的汇票,持票人向付款人提示承兑,应当在汇票到期日前。之所以定于到期日前,是因为承兑本身是一种到期日前确定汇票权利的一种手段,若已到到期日,持票人可以直接行使付款请求权,无须再请求承兑。

三、承兑的时间

汇票承兑的时间,是指持票人向付款人提示承兑后,付款人决定是否承兑的考虑时间。理论上讲,持票人一经提示承兑,付款人应立即表示承兑或者拒绝承兑,但实际中付款人往往要求给一个考虑的时间。如果不准许其考虑,付款人仓促、轻易地做出拒绝承兑的决定,会贻害票据的信用和持票人的权利;但如果考虑时间太长,汇票上的权利仍不能确定,与承兑制度的本质相违。于是大多数国家票据法都明确规定付款人可考虑的时间,即承兑的时间。在这段时间里,付款人可以查阅自己的帐目,了解出票人的资金情况,也可以同出票人进行必要的联系沟通,以确认汇票的真伪,然后决定是否承兑。

依《票据法》第四十一条第一款规定,付款人对向其提示承兑的汇票,应当自收到提示承兑的汇票之日起3日内承兑或者拒绝承兑。可见,我国《票据法》规定的汇票承兑的时间是

3 日。

依《票据法》第四十一条第二款规定,“付款人收到持票人提示承兑的汇票时,应当向持票人签发收到汇票的回单。回单上应当记明汇票提示承兑日期并签章。”之所以要作这样的规定,是因为付款人在承兑的“考虑时间”内以及在汇票上作承兑记载时,都要临时占有汇票。前已述及,由于票据权利的行使以实际持有票据为必要,实际占有票据对票据权利的行使具有极其重要的意义,因此,当付款人收到持票人提示承兑的汇票时,必须向持票人签发收到汇票的回单,以证明持票人是汇票的所有人,而付款人只是临时占有汇票。另一方面,回单也证明持票人已向付款人作承兑的提示。正因为回单有如此重要的证明效力,本法对回单的格式也作了规定,即回单上应当记明汇票提示承兑日期,付款人还要在回单上签章。

四、承兑的格式

承兑与其他票据行为一样,也是要式的单方法律行为。根据《票据法》第四十二条规定,汇票的承兑应当符合以下几点要求:

(1) 汇票的承兑应当在汇票的正本上进行,而不能在汇票的副本或者粘单上进行。

(2) 汇票的承兑应当在汇票的正面进行,不能在汇票的背面进行。

(3) 付款人在为承兑时,应记载以下事项:

① 绝对应记载事项。根据该条第一款规定,汇票承兑绝对应记载的事项包括:a. “承兑”字样;b. 付款人签章。这是承兑人须负票据责任的依据;c. 对于见票后定期付款的汇票,付款日期也是绝对应记载事项。

② 相对应记载事项。根据该条第二款规定,承兑日期是相对应记载事项。汇票上未记载承兑日期的,以票据法第四十一条第一款所定承兑期限的最后一日为承兑日期。

五、承兑的效力

付款人对汇票进行承兑并将汇票交还持票人后,承兑即发生法律效力。付款人变为承兑人,由承兑前的非票据债务人(汇票关系人)一跃而变为汇票第一债务人(或称主债务人),于汇票到期时负绝对的付款责任。这是各国票据法对承兑效力的一致规定。我国《票据法》第四十四条的规定是:“付款人承兑汇票后,应当承担到期付款的责任。”承兑是付款人自主自愿所为的单方法律行为,因而,一经承兑,承兑人就不能再以出票人不存在、出票人的签字是伪造的、出票人没有签发汇票的能力或权限等为理由,来拒绝向正当持票人付款。

第五节 汇票的保证

一、保证制度

保证制度是汇票、本票、支票共同具有的制度,因此汇票的保证又称票据保证。票据法上的保证制度与民法上的保证制度目的相同,是补充特定债务人信用不足的一种制度。票

据法上保证制度的目的和作用更在于促进证券的流通,所以较之民法上的保证有更强的效力。

1. 保证的概念

票据保证就是票据债务人以外的人,为担保票据债务的履行,以负担同一内容的票据债务为目的所为的一种附属的票据行为。

2. 票据保证的特征

(1)票据保证是一种附属的票据行为。票据保证以被保证的债务在形式上有效为前提,并在已作成的票据上进行,它对于出票行为与被保证债务有附属性。该行为又以保证人签名并依法记载一定事项为成立要件,所以与其他票据行为一样,是单方的、要式的法律行为。

(2)票据保证是为担保票据债务的履行而为的票据行为。票据债务既包括承兑人的付款债务,也包括出票人、背书人的偿还债务。这就是说,保证可以是为了担保履行票据的付款责任而为,也可以是为了担保履行票据的偿还责任而为。

(3)票据保证是票据债务人以外的人所为的票据行为,因为票据债务人原应以票据文义负其责任,如果票据债务人又是保证人,则不能增强票据信用,所以,票据保证人只能由票据债务人以外的人担任。票据保证是一种单方法律行为,只需保证人一方在票据上作意思表示即可。

二、保证的格式

依《票据法》第四十六条规定,汇票保证应当在汇票或者粘单上进行。具体应记载于正面还是背面,该条没有规定。一般来说,如果为背书人保证,应当记载于背面,如果为出票人、承兑人等保证,应当记载于正面。

依《票据法》第四十六条规定,汇票保证人必须记载下列事项:

(1)表明“保证”的字样。此文字不以“保证”为限,其他同义文字如“担保”等亦可。

(2)保证人名称和住所。这是我国《票据法》特有的规定。

(3)被保证人的名称。依我国《票据法》的该条规定和第四十七条规定,保证人必须记载被保证人的名称,如果未记载时,已承兑的汇票,承兑人为被保证人;未承兑的汇票,出票人为被保证人。台湾地区《票据法》第五十九条、第六十条的规定与此相同。日内瓦《统一汇票本票法》第三十一条第四款的规定稍有不同:票据保证未载明被保证人者,视为为发票人保证。总之,被保证人的名称是票据保证行为的相对应记载事项。

(4)保证日期。依我国《票据法》的第四十六条和第四十七条规定,保证日期是相对应记载事项。保证人必须在汇票或者粘单上记载保证日期,如果未记载时,出票日期为保证日期。台湾地区《票据法》第五十九条的规定与此相同。在日内瓦法系,保证日期为任意记载事项。

(5)保证人签章。保证人签章是保证成立的绝对要件。在略式保证时,保证人只须在汇票正面签名,保证即可视为成立。按日内瓦《统一汇票本票法》的规定,除付款人或发票人的签名外,仅有保证人在票面上的签名亦视为保证成立。

三、保证人的责任

依《票据法》第四十九条规定,“保证人对合法取得汇票的持票人所享有的汇票权利,承担保证责任。但是,被保证人的债务因汇票记载事项欠缺而无效的除外。”由此规定可以看出,票据保证人所负的票据责任具有从属性和独立性这双重属性。

1. 票据保证的从属性

票据保证的从属性表现为,保证人的保证责任从属于或者决定于被保证人的责任。保证人的责任与被保证人的责任,在种类、数量、性质上完全相同。就种类而言,如果为承兑人保证,保证人也成为主债务人,负最后付款责任;如果为出票人或者背书人保证,保证人就应负担保承兑和付款的责任。就数量而言,被保证人的债务是多少,保证人也得负多少。就性质而言,保证人与被保证人既然负同一责任,持票人可以直接向保证人请求权利,保证人无先诉抗辩权。比如,为承兑人保证时,持票人在汇票到期日可以直接向保证人行使付款请求权;为背书人保证时,持票人在手续完备时可直接向保证人行使追索权。这就是说,对持票人行使权利来讲,没有先向被保证人后向保证人主张的顺序上的限制。这是二者负同一责任的又一体现。

我国《票据法》第五十条规定,保证人与被保证人对持票人承担连带责任,在保证人与被保证人承担连带责任的规定下,须是被保证人不履行其汇票债务时,保证人才履行其保证债务。也就是说,持票人应当向被保证人行使汇票权利,当其权利得不到实现时,才能向保证人主张权利。

2. 票据保证的独立性

当被保证人的债务在实质上无效的情况下,保证人仍得负保证之责。这是票据行为独立性的典型表现。民法上的保证债务以主债务在实质上的有效存在为前提,主债务无效时,保证人即可免除责任。但票据保证则不然,即使被保证人的债务因无行为能力、受欺诈或被伪造等而无效,保证人的责任仍然有效。其原因就在于票据是文义证券,注重于外观形式,实质上的原因往往从票据文义中不易查觉,如果因实质上无效而免除保证人的责任,对保护善意持票人则很不利,结果便与票据法侧重保护持票人利益的宗旨相悖。但是,如果被保证人的债务因汇票记载事项欠缺而无效时,则可使保证人的债务归于无效。

四、票据保证人的连带责任

依《票据法》第五十条规定,被保证的汇票,保证人应当与被保证人对持票人承担连带责任。因此,当汇票到期后得不到付款时,持票人有权向保证人请求付款,保证人应当足额付款。因此,票据保证人的连带责任的承担,具体如下:

(1) 保证人的责任与被保证人的责任,在种类、数量、性质上完全相同。

(2) 保证人不享有先诉抗辩权。只需有被保证人不履行汇票债务,汇票到期后得不到付款的事实,持票人即可向保证人提出履行保证债务的请求,即使持票人未向被保证人起诉而被保证人有清偿能力,保证人亦应履行保证债务而不得提出先诉抗辩。

(3) 持票人行使票据权利,在顺序上应当先向被保证人后向保证人主张,即持票人已向

被保证人行使债权而未能满足其债权时,方能请求保证人履行保证债务。保证人应当足额付款。

五、保证人的权利

票据保证人清偿持票人的债权后,保证债务消灭,被保证人后手的票据债务即消灭,保证人便可取得持票人的资格,向被保证人及其前手行使追索权。保证人的此项权利,是基于保证债务的清偿,依法律的规定而独立地取得的,与背书人向其后手清偿后,再向其前手行使追索权的情形相似。所以,被保证人及其前手即使有得以对抗持票人的抗辩,也不能用于对抗保证人的追索权。

至于保证人与被保证人之间基于民法上规定而存在的关系,并不因此而丧失,保证人仍可依民法有关规定,向被保证人行使求偿权。

第六节 汇票的付款

一、《票据法》对提示付款的期限的规定

1. 提示付款的期限

以下从三个方面说明提示付款的期限。

(1)付款。付款是指汇票的承兑人或者付款人向持票人支付汇票金额的行为。通常,付款有广义和狭义两种含义。广义的付款包括一切票据关系的债务人按照票据记载事项向票据债权人支付票据金额的行为。狭义的付款仅指汇票的承兑人或者付款人向票据关系的债权人即持票人的付款。《票据法》第五十三条所称的付款是狭义的付款,它有以下三个特征:

①付款是付款人的行为。付款的目的是结清汇票关系中的债权债务关系,付款行为的完成之直接意义和效力就是使票据关系全部消灭。因此,付款必须是汇票的付款人依照票据法的规定履行付款义务的法律行为。

②付款是支付汇票金额的行为。汇票是一种无条件支付汇票上记载的金额的对价证券。付款人的付款行为,就是其按照汇票金额向持票人足额付款的行为。它只能支付金钱,不能交付金钱以外的物品或者进行一定的劳务活动。

③付款是终止或者解除票据关系的行为。票据法规定的付款的最终意义就在于彻底结清票据关系中的债权债务,即完全终止或者解除票据债务人的债务的法律行为。作为票据债务人的付款人,履行了付款义务就等于使汇票上其他所有的债务人都履行了责任,他的付款行为足以彻底终止票据关系。

(2)提示付款。

①提示付款的概念。提示付款是指持票人向付款人或者承兑人出示汇票,要求其付款的行为。汇票是一种流通证券,转让汇票时无须通知付款人。不向付款人或者承兑人提示付款,付款人通常不能确定票据债权人是谁,付款人当然不会自动去履行其付款的义务,在

这种情况下,持票人为了实现其汇票权利,就必须向付款人出示其汇票。见票即付的汇票和见票后定期付款的汇票,只有提示付款,才能确定汇票的付款日期。

②提示付款的当事人。提示付款的当事人指提示人和被提示人以及票据交换所。

提示人:提示人通常指持票人。持票人包括各种持票人,即记名汇票的持票人、受票人、取得汇票的持票人等;持票人,既指其本人,也可以是其委托的代理人。

被提示人:被提示人通常指付款人和付款人的保证人。

付款人是指已经承兑汇票或者设有承兑汇票的付款人。付款人破产、丧失行为能力、死亡时,分别向其破产管理人、法定代理人以及其继承人提示付款。

保证人是在为付款人或者承兑人保证其履行债务的保证人。保证人承担的票据债务与付款人或者承兑人相同。在付款人不履行其付款义务时,持票人可向其保证人提示付款。

票据交换所:票据交换所是指由金融机构为交换票据而设立的一种组织,以便利汇票的持票人顺利进行清算。

持票人通过向其开户银行在票据交换所交换汇票的,其法律效果与其本人亲往付款人处所提示付款相同。

(3)提示付款的期限。提示付款的期限,是指票据法规定的持票人向付款人提示付款的期限。持票人必须在票据法规定的期限内向付款人或者承兑人出示汇票,要求其付款,这是付款人付款的前提条件,也是各国票据法中的一个重要问题。各国票据法都规定,持票人必须在法定期限内向付款人提示付款。

我国票据法规定的提示期限,既不同于大陆法系国家票据法的规定,也不同于英美法系国家票据法的规定;而是在总结我国汇票流通实践经验的基础上,结合现实与可能,合理规定的。具体地讲,我国票据法规定了两种提示期限:

①见票即付的汇票,其提示付款的期限是自出票日起一个月;

②定日付款、出票后定期付款或者见票后定期付款的汇票,其提示付款的期限是自到期日起十日。

根据上述规定,持票人应当在法定的提示付款期限内向付款人提示付款。

2. 未提示付款的后果

对于见票即付的汇票,持票人在规定的期限内提示付款,该提示付款之日就是该汇票到期之日,提示付款的法律后果之一即为确定该汇票的到期日;如果持票人没有按照规定期限向付款人提示付款,则无从确定该汇票的到期日,持票人的付款请求权没有履行,持票人对其前手的追索权也难以保留。

对于定日付款、出票后定期付款或者见票后定期付款的汇票,如果持票人按照规定的期限向付款人提示付款,也就是向付款人行使付款请求权,付款人履行了付款义务的,持票人的付款请求权也就得以实现;如果持票人按照规定的期限向付款人提示付款,向付款人行使付款请求权而付款人拒绝履行付款义务的,这样持票人履行保全追索权的手续,保留了对其前手的追索权;否则,持票人的追索权便会因此丧失。

持票人因故没有按照规定期限提示付款,持票人将没有提示付款的原因向承兑人或者付款人说明之后,承兑人或者付款人仍然向持票人承担付款的责任;因为持票人没有按照规

定期限提示付款并不能解除作为票据主债务人的承兑人或者付款人绝对付款的票据责任,除非因时效届满持票人的权利消灭。

3. 委托收款银行提示和票据交换提示

有时持票人不是亲自向付款人现实地出示汇票而要求付款人付款,而是委托其开户银行向付款人收款,这种通过委托收款银行提示付款方式,与持票人亲自提示具有同样的法律效力。

由于使用汇票行为的繁多、日益普遍,往来票证结算需费时、费人、费力。为了便利票据使用者及时了结其彼此间的债权债务关系,加速社会资金的流转,各国都成立票据交换系统,并且为票据法所承认、吸收。我国在各大城市,都成立了票据交换所。持票人通过在票据交换系统向付款人提示付款,与持票人亲自向付款人提示具有同样的法律效力。

二、对付款人即时付款的原则的规定

(1)付款人付款的条件。持票人依照票据法第五十三条的规定,向付款人提示付款,付款人就必须当日足额付款。这就是说,只要持票人提示付款,付款人就必须当日付款。持票人提示付款是前提条件,付款人付款是结果。即持票人按照下列方式提示付款,付款人就有义务在当天付款:

①见票即付的汇票,持票人自出票日起1个月内向付款人提示付款;

②定日付款、出票后定期付款或者见票后定期付款的汇票,持票人自到期日起10日内向承兑人提示付款;

③通过委托收款银行或者通过票据交换系统向付款人提示付款的。

(2)当日足额付款。持票人按照规定期限提示付款。付款人经审查承担付款义务的,必须在当日内向付款人按照汇票上记载的金额全部付款。关于付款人在当日足额付款,理解时应把握以下两点:

①当日的含义。付款人在当日付款,是指持票人向付款人提示付款后付款人在提示后从承诺付款时起至当天正常经营活动结束时止这段时间向持票人付款。付款人在当日付款并不等于立即或者马上付款。法律规定当日付款,对于付款人准备资金按时向持票人付款,以及尽快了结债务关系,具有极其重要的意义。

②足额付款。根据票据理论,汇票是文义性要式证券,付款人付款时应当按照汇票金额足额付款。本条的规定,给付款人设定了全部付款的义务,否认了付款人部分付款。

鉴于我国票据的使用起步不久,人们对票据不太熟悉,对此作从严的规定是符合我国实际情况的,同时也会避免票据使用中由此而引起的争议。

三、收款银行和付款银行的责任范围

(1)收款银行的责任。收款银行和持票人之间的关系是委托代理关系。持票人是被代理人,收款银行是委托代理人。根据民法通则有关规定,代理人在代理权限内,以被代理人的名义实施的民事法律行为由被代理人承担。因此,收款银行作为委托代理人,替持票人按照汇票记载事项进行委托收款,其责任范围是按照汇票上记载事项将汇票票款收入持票人

的帐户。只要收款银行按照汇票上记载事项将汇票金额转入持票人的帐户,收款银行的收款责任已经履行,收款银行不再承担其他责任。

(2)付款银行的责任。付款银行和付款人之间的关系也是委托代理关系。付款人是被代理人,付款银行是委托代理人。作为委托代理人的付款银行在代理权限内实施的民事行为即按照汇票上记载事项从付款人帐户上支付汇票金额由被代理人即付款人承担。同样,付款银行的责任范围是按照汇票上记载事项从付款人帐户支付了汇票金额,付款银行已经履行了委托付款的责任,不再承担其他责任。

四、付款人在付款时应负的审查义务

持票人向付款人按照票据法规定的期限提示付款,付款人应当审查持票人所持的汇票的背书是否连续,并审查付款人的合法身份证明或者有效证件。如果付款人以恶意或者有重大过失付款的,应当自行承担责任。付款人委托的代理付款人付款时,不应承担与付款人相同的审查义务,否则,也应当自行承担责任。

(1)付款人付款时的审查义务。付款人或者其委托的代理付款人在付款时,具有以下审查义务:

①审查汇票背书的连续。付款人在持票人提示付款时,应当审查其所持的汇票背书是否连续。付款人经过审查,汇票在转让中转让汇票的背书人与受让汇票的被背书人在汇票上的签章依次前后衔接的,那么该汇票的背书是连续的,付款人应当向持票人付款,付款人的付款行为是合法的。如果付款人或者其委托的代理付款人在审查时发现,汇票的背书人与受让汇票的被背书人在汇票上的签章依次前后没有衔接,该汇票的背书是不连续的,付款人不应当向持票人付款。

②审查持票人的合法身份证明或者有效证件。付款人或者其委托的付款代理人除了审查背书连续之外,还有义务审查持票人的合法身份证明或者有效证件。通过审查持票人的合法身份证明或者有效证件,例如查验持票人的居民身份证、护照、工作证等证明其合法身份的有效证件,付款人或者其委托的代理付款人便可以认定该持票人是否是该汇票的真正收款人,也就是持票人是否是被背书人或者通过持票人举证能否证明其汇票权利,作为是否付款的另一个依据。

审查汇票背书连续以及持票人的合法身份证明或者有效证件,既是付款人或者其委托的付款代理人的权利,也是他们应承担的义务。作为权利来讲,持票人有义务配合付款人或者其代理付款人审查,这是无条件的。作为义务,付款人或者其委托的付款代理人必须履行;否则,因没有审查汇票背书的连续以及持票人的合法身份证明或者有效证件而造成损失的,付款人或者其委托的付款代理人自行承担责任。

(2)付款人没有注意的法律后果。票据法给付款人设定了审查汇票背书连续以及持票人合法身份证明或者有效证件的义务,付款人就必须履行其应尽的义务。

付款人或者其委托的代理付款人以恶意或者重大过失付款的情况主要指以下两种:

①付款人或者其委托的代理付款人明明知道汇票的背书是没有连续的,或者明知持票人不是汇票真正的权利人,或者通过审查持票人的合法身份证明或者有效证件就能得知持

票人不是汇票的权利人而没有加以审查予以付款的,付款人或者其委托的代理付款人的行为即构成恶意付款,由此造成的损失,由付款人或者其委托的付款代理人承担。

②付款人或者其委托的代理付款人稍加注意审查就能发现汇票的背书是不连续的或者汇票的持票人不是汇票的权利人,付款人或者其委托的代理付款人予以付款的,其付款行为具有重大过失,由此产生的责任,由其承担。

付款人或者其委托的代理付款人以恶意或者重大过失付款的行为,不能解除票据债务关系。如果真正的汇票权利人,通过举证主张其汇票权利,付款人或者其委托的代理付款人则仍应承担付款的义务,不能以已经付款为由拒绝承担付款义务。

五、远期汇票的支付

定日付款、出票后定期付款或者见票后定期付款的汇票,也就是说远期汇票,在法定到期日前,付款人没有义务付款。即使远期汇票的持票人提示付款,付款人亦无付款之义务而有权加以拒绝付款。

如果付款人在远期汇票法定到期日前按照汇票金额支付了汇票票款,付款人对其付款行为自行承担风险,自己承担付款的风险。汇票的持票人不是汇票的权利人,付款人对真正的权利人仍不能以已经付款为由拒不承担责任;相反,付款人付款的责任没有免除。

六、外币汇票的支付办法

在借鉴大陆法系国家的票据法和英美法系国家票据法有关外币汇票的规定的规定的基础上,根据我国外币汇票支付的实践经验,规定了两种支付办法:

(1)以人民币按照付款日的市场汇价支付。

汇票为外币金额的,即汇票的金额不是人民币而在我国支付的,应当将该外币金额按照付款日的市场汇价兑换成人民币,以人民币支付。

(2)按照当事人约定的币种支付。

对于外币汇票,如果当事人约定了支付的外币币种,则按照当事人约定的汇价以约定的币种支付汇票金额,当事人约定什么币种,就支付什么币种。当事人约定以出票日计算汇价的,按出票日折算;约定付款以付款日计算汇价的,按付款日折算。票据法赋予了票据当事人约定币种的权利,票据当事人有权约定支付币种,任何人不能非法限制。

七、对全部付款的效力的规定

付款人依法足额付款,是指付款人向持票人按照汇票金额全部支付票款;这里的足额付款就是全部付款而不是部分付款。

付款人按规定足额付款之后,付款人已经依法履行了付款责任,付款人的汇票责任应当免除;汇票上的除付款人以外的其他债务人,也因付款人的付款责任的履行而解除,其汇票责任即行免除。

第七节 汇票的追索权

一、对到期追索和期前追索的规定

1. 追索权

(1)追索权的定义。追索权是指,在汇票到期被拒绝付款或者在汇票到期日前有法定情形出现时,持票人在依法行使了或者保全了票据权利后,可以向汇票的背书人、出票人或者其他债务人请求偿还汇票金额、利息以及取得有关拒绝证明和发出通知书的费用的权利。

(2)追索权的种类。《票据法》第六十一条将追索权,根据持票人行使追索权的时间标准,分为两种:期前追索权和到期追索权。

此外,追索权还可以按照行使追索权的主体为标准,分为最初追索权和再追索权两种。

最初追索权,也称初次追索权,是指持票人提示承兑或者提示付款时被拒绝后持票人向汇票的背书人、出票人或者其他汇票债务人请求偿还汇票金额、汇票金额的利息、以有取得有关拒绝证明和发出通知书的费用的权利。

再追索权,是指清偿了最初追索权金额后的汇票债务人请求其他汇票债务人向其支付已清偿的全部金额、全部金额的利息和发出通知书费用的权利。

(3)追索权的主体、客体。

①追索权的主体。追索权的主体主要包括追索权人和被追索权人两种。追索权人是指具有追索权的人,主要指汇票的持票人和因清偿汇票债务取得汇票权利的人。被追索人是指负有清偿汇票债务的人,主要包括出票人、背书人和其他汇票债务人。

②追索权的客体。追索权的客体是指追索权利和义务所指的对象,即持票人有权向被追索人要求支付汇票金额、汇票利息和有关费用。

2. 到期追索权

《票据法》第六十一条第一款规定了到期追索权。

到期追索权,是指汇票的持票人在到期付款向付款人提示付款时付款人拒绝付款的情形下,持票人有权向出票人、背书人以及汇票的其他债务人要求支付汇票金额、利息和有关费用的权利。

行使到期追索权的权利主体是持票人。汇票的持票人是指依法取得汇票权利的人,包括收款人、被背书人、以及其他合法取得汇票的汇票权利人。

承担到期追索义务主体是负有支付汇票金额义务的汇票债务人,包括出票人、承兑人、背书人、保证人以及汇票的其他债务人。

行使到期追索权的法定原因是指,汇票到期被拒绝付款。也就是说,汇票到期被拒绝付款是行使到期追索权的实质要件;只有在汇票到期,付款人拒绝付款的情形出现时,持票人方能行使到期追索权。

3. 期前追索权

期前追索权是指,汇票虽未到期,但具有法定事由出现时,持票人也可以行使追索权,即持票人有权向汇票的债务人要求支付汇票金额及有关费用的权利。

行使期前追索权的法定原因是指,汇票在到期前有法定事由出现。也就是说,在汇票到期日前法定事由的出现是持票人行使期前追索权的实质要件。根据《票据法》第六十一条第二款的规定,下列法定事由是持票人行使期前追索权的法定事由:

(1)汇票被拒绝承兑。承兑是指,汇票付款人承诺在汇票到期日支付汇票金额的票据行为。汇票是设权证券,汇票的付款人没有绝对承兑的义务,因此付款人可以承兑也可以拒绝承兑。但是付款人拒绝承兑的,法律赋予持票人对出票人行使追索权的权利;如果经过背书转让,持票人可以向背书人、出票人行使追索权。

(2)承兑人或者付款人死亡、逃匿的。持票人在汇票到期日前还没有提示付款的情形下,承兑人死亡或者逃匿,持票人有权行使期前追索权。

汇票的付款人,在持票人向其提示承兑前,就已死亡或者逃匿,从而使持票人无法提示承兑、无法实现其付款请求权的,持票人有权行使期前追索权。

(3)承兑人或者付款人被依法宣告破产的或者因违法被责令终止业务活动的。在承兑人或者付款人是法人的情形下,如果承兑人或者付款人被依法宣告破产或者因违法活动被责令终止业务活动,此时,持票人亦无法向付款人提示承兑、无法向付款人请求付款,持票人有权行使期前追索权。

二、持票人行使追索权的方式

持票人行使追索权时,必须采取行使追索权的法定方式,即持票人必须提供被拒绝承兑或者被拒绝付款的有关证明。同时,为了充分保护持票人的合法权利,法律又为承兑人设定了必须出具拒绝证明或者退票理由书的义务;如果承兑人或者付款人没有履行出具拒绝证明或者退票理由书的义务,承兑人或者付款人就要承担由此产生的民事责任。

(1)持票人提供有关证明。持票人行使追索权时,必须提供被拒绝承兑或者被拒绝付款的有关证明。法律要求持票人提供这种证明,是对持票人行使追索权的方式要求;持票人不按法定方式行使的,就会承担由此产生的责任。持票人提供了被拒绝承兑或者被拒绝付款的有关证明,就表明,持票人已经依法行使了票据权利而没有实现票据权利,有待于依法继续行使票据权利。根据我国票据法的规定,下列证明是持票人必须提供的证明:

①被拒绝承兑的证明。拒绝承兑的证明,由承兑人出具;出具拒绝承兑的证明是承兑人的义务。

②被拒绝付款的证明。持票人向付款人提示付款付款人拒绝付款的,付款人向持票人出具的被拒绝付款的证明是持票人行使追索权应提供的证明。

③退票理由书。承兑人拒绝承兑或者付款人拒绝付款时有必要退票的,必须出具退票理由书;承兑人或者付款人出具的退票理由书是持票人行使追索权必须提供的证明。

(2)承兑人和付款人出具有关证明。《票据法》第六十二条第一款规定了持票人行使追索权时必须提供被拒绝承兑或者被拒绝付款的有关证明;第二款规定了承兑人或者付款人拒绝承兑或者拒绝付款时有义务出具拒绝证明或者出具退票理由书。票据法为承兑人或者

付款人设定了提供拒绝证明的义务体现了以下立法意图：

- ①方便持票人取得有关证明；
- ②有利于保护承兑人或者付款人的权益；
- ③有利于票据的安全流通。

三、对被追索人清偿债务的法律效力的规定

被追索人，包括初次追索中的被追索人和再次追索中的被追索人，依照票据法第七十条和第七十一条的规定，向追索权人清偿债务后，其责任即被免除。

1. 初次追索中的责任解除

初次追索中，持票人是追索权人。持票人行使追索权时，可以请求支付第七十条第一款所规定的金额和费用，并依照第七十条第二款所规定的义务。

(1)被追索人支付了规定的金额和费用。持票人向被追索人请求支付第七十条第一款规定的金额和费用，被追索人按照规定支付的，被追索人的责任才能解除。这是其解除责任的前提条件。具体地讲，被追索人支付下列金额和费用：

- ①被拒绝付款的汇票金额；
- ②汇票金额自到期日或者提示付款日起至清偿日止，按照中国人民银行规定的利率计算的利息；
- ③取得有关拒绝证明和发出通知的费用。

(2)持票人交出汇票及拒绝证明并出具收据。被追索人按规定清偿债务后，持票人应当交出被拒绝付款的汇票和有关拒绝证明，并出具所收到利息和费用的收据。这个义务是票据法给持票人设定的，持票人必须依法履行。权利和义务是对应的，给持票人设定了义务，也就等于赋予了被追索人权利，即被追索人有权要求持票人交出汇票、有关拒绝证明并且出具收到汇票金额利息和有关费用的收据。

(3)被追索人责任解除。被追索人依法清偿了汇票债务，即向持票人支付了汇票金额、汇票金额的利息和有关费用，其汇票责任解除。所谓责任解除，就是指被追索人再没有清偿汇票债务的义务，其他人也不能再向被追索人行使追索权；法律规定的被追索人不再承担责任，因此是至高的；被追索人可以以此规定拒绝再承担任何责任。

2. 再追索中的责任解除

被追索人按照票据法第七十条的规定向持票人支付了规定的金额和费用后，可以依据持票人交出的汇票、有关拒绝证明和持票人出具的所收到利息和费用的收据，行使再次追索权。行使再次追索权的被追索人在获得清偿后，即依据票据法第七十一条的规定，再追索中的被追索人向行使再追索权的被追索人即再追索权人支付了规定的金额和费用，其责任解除。

(1)被追索人支付了规定的金额和费用。再追索中的被追索人(以下简称追索人)在受到行使再追索权的被追索人即再追索权人(以下简称追索人)的追索后依据票据法第七十一条的规定支付了规定的金额和费用的，被追索人的责任才能解除。履行了清偿义务是其责任解除的前提条件。具体地讲，被追索人清偿下列汇票债务：

①已向初次追索人支付的全部金额；

②已付的全部金额的利息，即自清偿日起至再追索清偿日止，按照中国人民银行规定的利率计算的利息；

③追索人发出通知书支出的费用。

(2)行使再追索权的被追索人交出汇票和拒绝证明并出具收据。行使再追索权的被追索人获得清偿后，应当交出汇票和有关拒绝证明并且出具收到利息和有关费用的收据。再追索中的追索人的这个责任与初次追索中持票人的责任相同。同样追索人有义务将汇票和拒绝证明交给被追索人并且出具收到利息和有关费用的收据。被追索人也有权要求追索人向其交出汇票和有关拒绝证明并出具收据。

(3)被追索人责任解除。再追索中的被追索人依法清偿了汇票债务后，其责任解除。也就是说，被追索人向追索人支付了已经清偿的全部金额、全部金额的利息和有关费用后，其汇票责任解除，不再承担任何票据责任。被追索人没有再次清偿汇票债务的义务；其他汇票债权人也不能再向其行使追索权。如果其他汇票债权人再向其行使追索权，被追索人可以以已清偿汇票债务为由拒绝承担责任，因为法律规定了被追索人的责任因其已经履行而不再承担责任。

第八节 我国银行结算中的汇票结算

我国的票据制度还在恢复过程中，我国目前在对外贸易中使用的汇票完全符合国际惯例，但是在国内使用的汇票却不完全是票据意义上的汇票，这种汇票基本上是一种结算方式，有些规定尚不符合国际惯例。

我国国内现行的汇票分为银行汇票和商业汇票两大类。

一、银行汇票结算

1. 银行汇票结算的概念

银行汇票是汇款人将款项交存当地银行，由银行签发给汇款人持往异地办理转帐结算或支取现金的票据。银行汇票结算方式是指利用银行汇票办理转帐结算的方式。

2. 银行汇票结算的特点

与其他银行结算方式相比，银行汇票结算方式具有如下特点：

(1)适用范围广。银行汇票是目前异地结算中较为广泛采用的一种结算方式。首先这种结算方式不仅适用于在银行开户的单位、个体经济户和个人，而且适用于未在银行开立帐户的个体经济户和个人。凡是各单位、个体经济户和个人需要在异地进行商品交易、劳务供应和其他经济活动及债权债务的结算，都可以使用银行汇票。当然，前提是汇款人所汇款项事先交存签发银行，否则银行是不会签发银行汇票的。其次，银行汇票既可以用于转帐结算，也可以支取现金。当然只有现金汇票才能用来支取现金。

(2)票随人走，钱货两清。实行银行汇票结算，购货单位交款，银行开票，票随人走；购货

单位购货给票,销售单位验票发货,一手交票,一手交钱;银行见票付款,这样可以减少结算环节,缩短结算资金在途时间,方便购销活动。

(3)信用度高,安全可靠。银行汇票是银行在收到汇款人款项后签发的支付凭证,因而具有较高的信誉,银行保证支付,收款人持有票据,可以安全及时地到银行支取款项。而且,银行内部有一套严密的处理程序和防范措施,只要汇款人和银行认真按照汇票结算的规定办理,汇款就能保证安全。一旦汇票丢失,如果确属现金汇票,汇款人可以向银行办理挂失,填明收款单位和个人,银行可以协助防止款项为他人冒领。

(4)使用灵活,适应性强。实行银行汇票结算,持票人可以将汇票背书转让给销货单位,也可以通过银行办理分次支取或转让,另外还可以使用信汇、电汇或重新办理汇票转汇款项,因而有利于购货单位在市场上灵活地采购物资。

(5)结算准确,余款自动退回。一般来讲,购货单位很难准确估定具体购货金额,因而出现汇多用少的情况是不可避免的。在有些情况下,多余款项往往长时间得不到清算从而给购货单位带来不便和损失。而使用银行汇票结算则不会出现这种情况。因为单位持银行汇票购货,凡在汇票的汇款金额之内的,可根据实际采购金额办理支付,多余款项将由银行自动退回。这样可以有效地防止交易尾欠的发生。

3. 银行汇票结算的当事人

银行汇票结算的当事人包括:

(1)出票人。银行汇票结算的出票人是指签发汇票的银行。按照现行规定,银行汇票的签发和解付,由中国人民银行和各商业银行,目前主要是中国工商银行、中国人民建设银行、中国农业银行、中国银行,参加“全国联行往来”的银行机构办理。交通银行、中信实业银行、广东发展银行没有参加全国联行往来,这些银行向未设立本系统银行机构地区签发的银行汇票,只能委托人民银行兑付,但这些银行可以兑付其他银行系统的银行汇票。非银行机构不得签发银行汇票。

(2)收款人。收款人是指从银行提取汇票所汇款项的单位和个人。收款人可以是汇款人本身,也可以是与汇款人有商品交易往来或汇款人要与之办理结算的人。

(3)付款人。付款人是指负责向收款人支付款项的银行,同发票人一样,并不是所有的银行机构都可以充当银行汇票的付款人,必须是参加“全国联行往来”的银行机构。如果发票人和付款人属于同一个银行,如都是中国工商银行的分支机构,则发票人和付款人实际上为同一个人。如果发票人和付款人不属于同一个银行,而是两个不同银行的分支机构,则发票人和付款人为两个人。

4. 汇票上的记载事项

银行汇票一律为记名式,即必须记载收款人的姓名。

汇款金额起点为 500 元。

付款期为一个月。应该从签发日起算。逾期的汇票,兑付银行不予受理,原汇款人只能向签发行请求退款。

此外,汇票上记载的事项有:汇款人、发票日(签发日期)、付款地(兑付地点)、三个金额(汇款金额、实际结算金额、多余金额)、付款日(兑付日期)。

此外,汇票上还记载有“汇票用途”。这也是各国票据法所没有的。
汇票可以背书转让。汇票反面有背书栏,有填写被背书人和背书人的地方。汇票反面有记载收款人的证件的地方。

5. 办理汇票的手续

(1) 汇款人填写“银行汇票委托书”,向签发行申请办理银行汇票,详细填明兑付地点、收款人名称、汇款用途(军工产品可免填)等。

能确定收款人的,填写收款人姓名、单位等。不能确定的填写汇款人指定人员的姓名。

(2) 签发银行受理委托书,在收妥款项后,签发银行汇票,将汇票和解讫通知一并交给汇款人。

(3) 汇款人持汇票到兑付地点,或支取现金,或者与填明的收款人办理结算。收款人也可以用背书方式将汇票交给被背书人,办理结算。

(4) 被背书人在收受汇票时应审查:汇票未逾期,日期金额等填写无误,银行汇票和解讫通知齐全相符,汇款人或背书人证件无误,背书人证件上的姓名与其背书相符。

审查完毕后将实际结算金额和多余金额填入汇票和解讫通知。

(5) 收款人(包括被背书人)将汇票与解讫通知提交兑付行。收款人在银行开有帐户的可在汇票背面加盖印章,并填写进帐单,连同汇票、解讫通知交开户银行办理转帐。未在银行开立帐户的在交给证件后可支取现金。

(6) 兑付行转帐或付款后将解讫通知送交签发行。签发行将多余款收帐通知单交给汇款人。汇款人可凭此领取多余款项。

(7) 汇款人可以要求签发行办理退款。

以下一一论述办理汇票的手续。

6. 银行汇票的申请

单位内部供应部门或其他业务部门因业务需要使用银行汇票时,应填写银行汇票请领单,具体说明领用银行汇票的部门、经办人、汇款用途、收款单位名称、开户银行、帐号等,由请领人签章,并经单位领导审批同意后,由财务部门具体办理银行汇票手续。银行汇票请领单的基本格式如表 13.3.1 所示。

表 13.3.1 银行汇票请领单

请领日期 年 月 日		
收款人	开户银行	帐号
汇款用途		
汇款金额 人民币 (大写)		¥
部门负责人意见	单位领导审批意见	请领人签章

凡是要求使用银行汇票办理结算业务的单位,财务部门均应按规定向签发银行提交“银

行汇票委托书”，在“银行汇票委托书”上逐项写明汇款人名称和帐号、收款人名称和帐号、兑付地点、汇款金额、汇款用途(军工产品可免填)等内容，并在“汇款委托书”上加盖汇款人预留银行的印鉴，由银行审查后签发银行汇票。如汇款人未在银行开立存款帐户，则可以交存现金办理汇票。

汇款人办理银行汇票，能确定收款人的，须详细填明单位、个体经济户名称或个人姓名。确定不了的，应填写汇款人指定人员的姓名。

交存现金办理的汇票，需要在汇入银行支取现金的，应在汇票委托书上的“汇款金额”大写栏先填写“现金”字样，后填写汇款金额。这样，银行可签发现金汇票，以便汇款人在兑付银行支取现金。企事业单位办理的汇票，如需要在兑付银行支取现金的，由兑付银行按照现金管理有关规定审查支付现金。

“银行汇票委托书”一式三联，其中第一联是存根，由汇款人留存作为记帐传票；第二联是支款凭证，是签发行办理汇票的传出传票；第三联为收入凭证，由签发行作汇出汇款收入传票。如果申请人用现金办理银行汇票，可以注销第二联。“银行汇票委托书”的样式见本篇第八章。

7. 签发银行汇票

签发银行受理“银行汇票委托书”，经过验对“银行汇票委托书”内容和印鉴，并在办妥转帐或收受现金之后，即可向汇款人签发转帐或支取现金的银行汇票。对个体经济户和个人需要支取现金的，在汇票“汇款金额”栏先填写“现金”字样，后填写汇款金额，再加盖印章并用压数机压印汇款金额，将汇票和解讫通知交汇款人。

银行汇票的主要内容包括：

- ①收款人姓名或单位；
- ②汇款人姓名或单位；
- ③签发日期(发票日)；
- ④汇款金额、实际结算金额、多余金额；
- ⑤汇款用途；
- ⑥兑付地、兑付行、行号；
- ⑦付款日期。

银行汇票一式四联，第一联为卡片，由签发行结清汇票时作汇出汇款付出传票；第二联为银行汇票，和第三联解讫通知一并由汇款人自带，在兑付行兑付汇票后此联作联行往来帐付出传票；第三联是解讫通知，在兑付行兑付后随报单寄签发行，由签发行作余款收入传票；第四联是多余款通知，在签发行结清后交汇款人。其基本格式见本篇第八章。

汇款单位财务部门收到签发银行签发的“银行汇票联”和“解讫通知联”后根据银行盖章退回的“银行汇票委托书”第一联存根联编制银行存款付款凭证，其会计分录为：

借：其他货币资金——银行汇票

贷：银行存款

如果汇款单位用现金办理银行汇票，则财务部门在收到银行签发的银行汇票后根据“银行汇票委托书”第一联存根联编制现金付款凭证，其会计分录为：

借：其他货币现金——银行汇票

贷：现金

对于银行按规定收取的手续费和邮电费，汇款单位应根据银行出具的收费收据，用现金支付的编制现金付款凭证，从其帐户中扣收的编制银行存款付款凭证。其会计分录为：

借：财务费用

贷：现金或银行存款

出纳员在收到银行签发的银行汇票并将其交给请领人，应按规定登记“银行汇票登记簿”，将银行汇票的有关内容，如签发日期，收款单位名称、开户银行、帐号，持票人部门、姓名，汇款用途等等一一进行登记，以备日后查对。“银行汇票登记簿”的基本格式如表 13.3.2 所示。

表 13.3.2 银行汇票登记簿

签发日期	收款人			持票人		汇款用途	汇款金额	使用日期	实际结算金额	退回多余款
	名称	开户银行	帐号	部门	姓名					

8. 银行汇票的使用

汇款单位财务部门收到银行签发的银行汇票后，即可将汇票交与请领人，由其持汇票到兑付地点，或与填明的收款人办理结算，或者支取现金，当然也可以按规定用背书的形式将汇票转让给背书人，办理结算业务。

汇款单位持票人到汇入地点办理采购，凭转帐汇票进行结算时，应在“银行汇票联”和“解讫通知联”上填写收款单位及其银行帐号，将此二联一并交给收款单位财务部门，由其直接到其开户银行办理具体的进帐。

汇款单位持票人到汇入地点办理采购，如果银行汇票上“收款人”栏填写的是汇款单位持票人的名字，则持票人可以持票到汇入银行直接办理转帐结算，也可以背书转让给在银行开户的单位，由其持票到银行办理进帐。

汇款单位持票人到汇入地点进行采购，需要进行分次付款的，通常在汇票上“收款人”栏填写持票人的名字，持票人到汇入地点后，持“银行汇票联”和“解讫通知联”连同本人身份证一并送兑付银行，请求兑付银行开立分次支付的“临时存款帐户”，与收款单位办理结算。这种“临时存款帐户”只取不存，而且不计算存款利息。

汇款单位持票人到汇入地点办理采购，如果因采购不到所需要的货物准备到其他地方继续采购而需要办理转汇时，持票人可持“银行汇票联”和“解讫通知联”连同本人身份证，到

兑付银行请求转汇,并说明转汇指定地点。已注明不得转汇的银行汇票不得转汇。银行经过审查认为可以转汇后即可办理具体的转汇手续。持票人可以根据需要选择合适的转汇方式。如继续采用银行汇票方式转汇的,再次填写“银行汇票委托书”,在委托书上“收款人”和“汇款用途”等栏填写原收款人和原汇款用途等内容后交银行签发新的银行汇票。如果原银行汇票已注明“现金”字样,在转汇时可照填“现金”字样。如果转汇采用兑方式,则持票人可按规定填制信(电)汇凭证,办理信(电)汇手续。持票人在办理转汇时,转汇的金额可以与原汇款金额一致,也可以小于原汇款金额,其小于原汇款金额的余额将由兑付银行直接退回汇款单位帐户。

汇款人在利用银行汇票开展业务、办理结算时,一定要注意安全:一是有关人员在用银行汇票办理采购时,一定要先验货后交票,当面办清楚有关交易手续后,再将汇票交给销货方。这样可以减少和避免上当受骗和发生纠纷的机会。因为汇票一旦交与对方,对方就可以凭此或到银行办理转帐结算,或支取现金,或背书转让等。二是要妥善保管银行汇票,防止丢失或被盗。一旦发生丢失或被盗,应及时办理挂失或请有关单位协助防范。

汇款单位在用银行汇票购买货物并办理结算后,应等到签发银行转来的银行汇票第四联,即“多余款收帐通知联”后,根据其“实际结算金额”栏的实际结算金额并和供应部门转来的发票帐单等原始凭证上的实际结算金额核对相符后,编制记帐凭证,其会计分录为:

借:材料采购——××材料等

贷:其他货币资金——银行汇票

对于银行汇票实际结算金额小于银行汇票汇款金额的差额,即多余款,汇款单位财务部门应根据签发银行转来的银行汇票第四联“多余款收帐通知联”中列明的“多余金额”数编制银行存款收款凭证,其会计分录为:

借:银行存款

贷:其他货币资金——银行汇票

收款单位出纳员受理银行汇票时,应审查下列内容:

- ①收款人或背书人是否确为本单位;
- ②银行汇票是否在付款期内,日期、金额等填写是否正确无误;
- ③印章是否清晰,压数机压印的金额是否清晰;
- ④银行汇票和解讫通知是否齐全、相符;
- ⑤汇款人或背书人的证明或证件是否无误,背书人证件上的姓名与其背书是否相符。

审查无误后,在汇款金额以内,根据实际需要的款项办理结算,并将实际结算金额和多余金额准确、清晰填入银行汇票和解讫通知的有关栏内(实际结算金额和多余金额如果填错,应用红线划去全数,在上方重填正确数字并加盖本单位印章,但只限更改一次)。银行汇票的多余金额由签发银行退交汇款人。全额解付的银行汇票,应在“多余金额”栏写上“〇—”符号。

填写完结算金额和多余金额后,收款人或背书人将银行汇票和解讫通知同时提交兑付银行,缺少任何一联均无效,银行将不予受理。

在银行开立帐户的收款人或被背书人受理银行汇票后,在汇票背面加盖预留银行印鉴连同解讫通知和二联进帐单送交开户银行办理转帐。

进帐单一式二联。第一联(回单或收帐通知)由收款单位开户银行盖章后退收款单位作收款通知;第二联(收入凭证)由收款单位开户银行作收入传票。其基本格式见本篇第八章。

将“银行汇票联”、“解讫通知联”和进帐单送其开户银行办理收帐手续后,财务部门根据银行退回的进帐单第一联(收帐通知)所列实际结算金额和发票存根联等原始凭证,编制银行存款收款凭证,其会计分录为:

借:银行存款

贷:产品销售收入等

9. 未在银行开立帐户的收款人持银行汇票向银行支取款项时如何办理

(1)未在银行开立帐户的收款人持银行汇票向银行支取款项时,必须交验本人身份证件或兑付地有关单位足以证实收款人身份的证明,在银行汇票背面盖章或签字,注明证件名称、号码及发证机关,才能办理支取手续。

(2)分次支取的,应以收款人的姓名开立临时存款户办理支付。临时存款户只付不收,付完清户,不计付利息。

(3)支取现金的,银行汇票上必须有签发银行按规定填明的“现金”字样,才能办理。未填明“现金”字样,需要支取现金的,由兑付银行按照现金管理规定审查支付。

(4)转汇的,办理兑付后,可委托兑付银行办理信、电汇结算或重新签发银行汇票。转汇的收款人和用途必须是原收款人和用途,兑付银行必须在信、电汇凭证或银行汇票上加盖“转汇”戳记。已转汇的银行汇票,必须全额兑付。

10. 银行汇票的背书、兑付、拒付和退款

按照现行规定,银行汇票如果其收款人为个人的,可以经过背书将汇票转让给在银行开户的单位和个人。如果收款人为单位的,不得背书转让。汇票必须转让给在银行开户的单位和个人,不能转让给没有在银行开户的单位和个人。在背书时,背书人必须在银行汇票第二联背面“背书”栏填明其个人身份证件及号码,并签章,同时填明被背书人名称,并填明背书日期,被背书人按规定在汇票有效期内,在被背书人一栏签章并填制一式二联进帐单后到开户行为办理结算,其会计核算办法与一般银行汇票收款人相同。

兑付行收到收款人(或被背书人,下同)交来的“汇票”及“解讫通知”后,应进行认真的审查。对于在银行开户的收款人,银行主要审查:汇票和解讫通知是否同时提交;汇票上的收款人是否为该收款人,是否在“汇票”背面“收款人盖章”(或“被背书人”)处加盖预留银行印签,是否与进帐单上的收款人名称相符;汇票上的印章是否真实、符合规定;汇票上的金额是否由统一订制的压数机压印,与大写的汇款金额是否一致;汇票本身是否真实,有无防伪标志,填写是否符合要求,内容有无涂改;汇票的付款期是否超过;实际结算金额是否在汇款金额以内,与进帐单所填写的金额是否一致,多余金额的结计是否正确等等。对于未在银行开户的单位,除了审查上述内容外,还要审查收款人的身份证件、收款人在汇票上的背书以及注明证件名称、号码、发证单位。审查无误后,银行即会办理有关结算业务。

银行在收到收款人提交的银行汇票时,经过审查发现有下列情况的,将予以拒付:

- (1)伪造、变造(凭证、印章、压数机)的银行汇票;
- (2)非总行统一印制的全国通汇的银行汇票;
- (3)超过付款期的银行汇票;
- (4)缺汇票联或解讫通知联的银行汇票;
- (5)汇票背书不完整、不连续的;
- (6)涂改、更改汇票签发日期、收款人、汇款大写金额;
- (7)已经银行挂失、止付的现金银行汇票;
- (8)汇票残损、污染严重无法辨认的。

对拒付的汇票银行将退还给持票人。对伪造、变造以及涂改的汇票,银行除了拒付以外,还将报告有关部门进行查处。

汇款单位因汇票超过了付款期限或其他原因没有使用汇票款项时,可以分别情况向签发银行申请退款:

(1)在银行开立帐户的汇款单位要求签发银行退款时,应当备函向签发银行说明原因,并将未用的“银行汇票联”和“解讫通知联”交回汇票签发银行办理退款。银行将“银行汇票联”和“解讫通知联”和银行留存的银行汇票“卡片联”核对无误后办理退款手续,将汇款金额划入汇款单位帐户。

(2)未在银行开立帐户的汇款单位要求签发银行退款时,应将未用的“银行汇票联”和“解讫通知联”交回汇票签发银行,同时向银行交验申请退款单位的有关证件,经银行审核后办理退款。

(3)汇款单位因“银行汇票联”和“解讫通知联”缺少其中一联而不能在兑付银行办理兑付,而向签发银行申请退款时,应将剩余的一联退给汇票签发银行并备函说明短缺其中一联的原因,经签发银行审查同意后办理退款手续。

汇款单位办理退款手续,应等到银行转回的银行汇票第四联“多余款收帐通知联”后,财务部门根据“多余金额”(此多余金额等于原汇款金额),编制银行存款收款凭证,其会计分录为:

借:银行存款

贷:其他货币资金——银行汇票

11. 银行汇票的保管与丢失处理

由于银行汇票可以由个人携带,方便灵活,适应性强,一旦丢失,或为不法分子所利用,容易给单位带来经济损失,因此,单位的采购人员或财务人员应象对待现金那样,认真妥善保管和携带银行汇票。如果因不慎或其他原因发生丢失,应分别情况进行下列处理:

(1)收款单位(或持票人)丢失的银行汇票是已填写收款单位名称,但没有指定汇入行的转帐汇票,由于这种汇票没有指定汇入银行,而且可以直接到收款单位去提货,因此,银行不予挂失,但可向收款单位说明情况,请求其协助防范。如果丢失的是填写持票人姓名的转帐汇票,由于这种汇票可以背书转让,没有确定收款人和兑付银行,所以很难找到对方单位请

求协助,可以要求银行予以协助。

(2)收款单位丢失的是可以支取现金的银行汇票,则可以向银行申请挂失,单位向银行申请挂失时,应填写一式三联“汇票挂失申请书”,送交汇票指定的兑付银行或签发银行申请挂失付。经银行审查同意后,挂失申请单位向银行交付手续费由银行办理挂失手续并迅速与汇款单位联系,说明汇票丢失情况,请其另行汇款,以便及时办理结算。

(3)汇款单位采购员自行丢失现金汇票向银行申请挂失的,也应填写一式三联“汇票挂失申请书”向兑付银行办理挂失,经取得银行受理挂失的回单后,立即将汇票挂失回单返回本单位交给财会部门妥善保管,待付款期满一个月后,确未冒领的由汇票签发银行办理退汇。

12. 银行汇票结算业务程序

根据上述内容,银行汇票结算的程序,根据具体情况不同,大致可以分为三种情况:

(1)持票人直接支取现金的结算程序。

这种结算程序,汇款单位持票人持票去兑付银行直接支取现金,用现金去购买货物,其基本核算程序如图 13.3.1 所示。

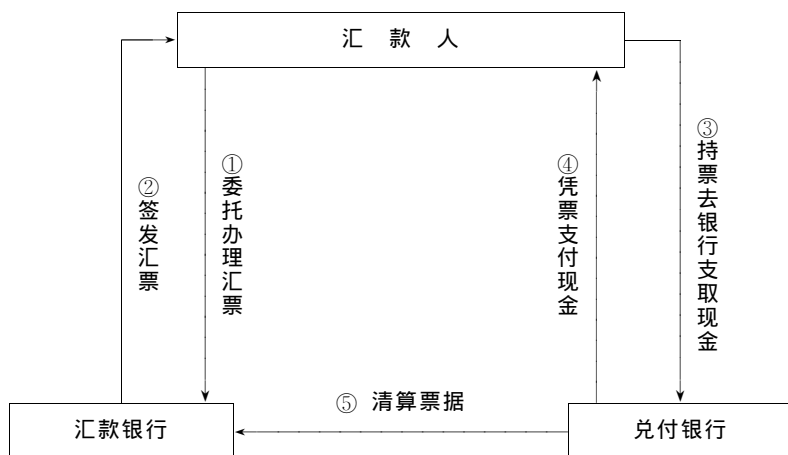


图 13.3.1

(2)持票人直接到兑付银行办理转帐结算。

按照这种结算程序,汇款单位持票人直接去兑付银行办理转帐,与销货单位办理结算,其基本程序如图 13.3.2 所示。

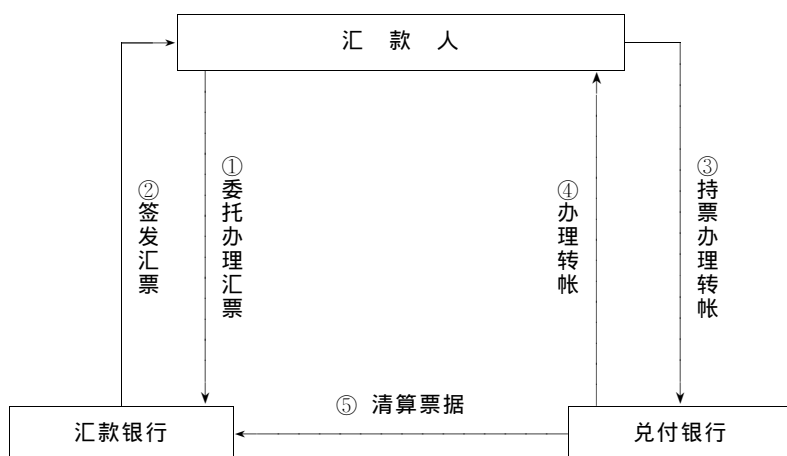


图 13.3.2

（3）收款单位或被背书人直接到兑付银行办理结算

按照这种结算程序，汇款单位持票人购货后将银行汇票交给收款单位或背书转让给有关单位或个人，由收款单位或被背书人直接到兑付银行办理结算。其基本程序如图 13.3.3 所示。

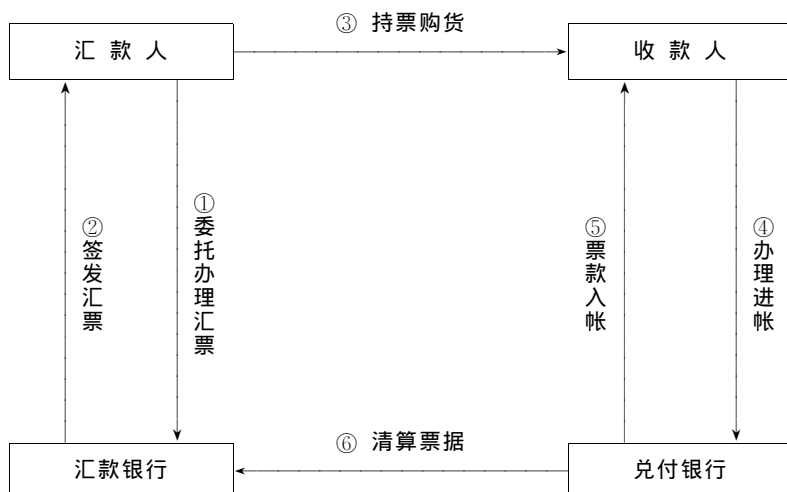


图 13.3.3

二、商业汇票结算

1. 商业汇票结算的概念

商业汇票是收款人或付款人(或承兑申请人)签发,由承兑人承兑,并于到期日向收款人或被背书人支付款项的票据。商业汇票结算即利用商业汇票来办理款项结算的一种银行结算方式。

商业汇票分为商业承兑汇票和银行承兑汇票。商业承兑汇票是由收款人签发、经付款人承兑,或由付款人签发并承兑的票据。银行承兑汇票是由收款人或承兑申请人签发,并由承兑申请人向开户银行申请,经银行审查同意承兑的票据。

结算办法规定,在银行开立帐户的法人之间根据购销合同进行商业交易,可以使用商业汇票。签发商业汇票必须以合法的商品交易为基础。禁止签发无商品交易的汇票。

商业汇票承兑后,承兑人即付款人负到期无条件支付票款的责任。

商业汇票一律为记名式。允许背书转让。

商业汇票承兑期限由交易双方商定,不得超过 9 个月。

2. 商业汇票结算的特点

与其他银行结算方式相比,商业汇票结算具有如下特点:

(1)与银行汇票等相比,商业汇票的适用范围相对较窄。它只适用于企业之间由于先发货后收款或双方约定延期付款的商品交易,有利于扩大销售,搞活流通,促进生产。除商品交易以外,其他方面的结算,如劳务报酬、债务清偿、资金借贷等不可采用商业汇票结算方式。

(2)与银行汇票等结算方式相比,商业汇票的使用对象也相对较少。商业汇票的使用对象是在银行开立帐户的法人。使用商业汇票的收款人、付款人以及背书人、被背书人等必须同时具备两个条件:一是在银行开立帐户,二是具有法人资格。个体工商户、农村承包户、个人、法人的附属单位等不具有法人资格的单位或个人以及虽具有法人资格但没有在银行开立帐户的单位都不能使用商业汇票。

(3)商业汇票,无论是商业承兑汇票还是银行承兑汇票,都必须经过承兑,承兑人负有到期无条件付款的责任,因而使用商业汇票收取货款是有一定的保障的。

(4)未到期的商业汇票可以到银行办理贴现,从而使结算和银行资金融通相结合,有利于企业及时地补充流动资金,维持生产经营的正常进行。

(5)商业汇票在同城、异地都可以使用,而且没有结算起点的限制。

3. 银行承兑汇票的签发与兑付

使用银行承兑汇票,应先由承兑申请人持空白的银行承兑汇票和购销合同向其开户银行申请承兑。

银行审查后认为申请符合条件的,与承兑申请人签订申请协议,然后填好汇票,办好承兑手续,将汇票和解讫通知交给承兑申请人转变收款人。承兑银行按票面金额向申请人收取 1‰ 的承兑手续费(不足 10 元的,收 10 元)。

收款人或被背书人应在银行承兑汇票到期时,将汇票、解讫通知连同进帐单送交其开户

银行办理转帐。

承兑申请人应于汇票到期前将票款足额交存其开户银行。承兑银行俟到期日凭票将款项付给收款人或被背书人。

承兑申请人于汇票到期日未能足额交存票款时,承兑银行除凭票向收款人、被背书人无条件支付外,应根据承兑协议,对承兑申请人执行扣款,并就尚未扣回的承兑金额每天按万分之五计收罚息。

在银行承兑汇票中:发票人是承兑申请人。付款人和承兑人是承兑行,即承兑申请人的开户银行。受款人是与发票人签订购销合同的收款人(买方)。

银行承兑汇票的签发与兑付,具体包括如下步骤:

(1)签订交易合同。

交易双方经过协商,签字商品交易合同,并在合同中注明采用银行承兑汇票进行结算。作为销货方,如果对方的商业信用不佳,或者对对方的信用状况不甚了解或信心不足,使用银行承兑汇票较为稳妥。因为银行承兑汇票由银行承兑,由银行信用作为保证,因而能保证及时地收回货款。

(2)签发汇票。

付款方按照双方签订的合同的规定,签发银行承兑汇票。银行承兑汇票一式四联,第一联为卡片,由承兑银行支付票款时作付出传票;第二联由收款人开户行向承兑银行收取票款时作联行往来帐付出传票;第三联为解讫通知联,由收款人开户银行收取票款时随报单寄给承兑行,承兑行作付出传票附件;第四联为存根联,由签发单位编制有关凭证。银行承兑汇票的基本格式见附录。

付款单位出纳员在填制银行承兑汇票时,应当逐项填写银行承兑汇票中签发日期,收款人和承兑申请人(即付款单位)的单位全称、帐号、开户银行,汇票金额大、小写,汇票到期日,交易合同编号等内容,并在银行承兑汇票的第一联、第二联、第三联的“汇票签发人盖章”处加盖预留银行印签及负责人和经办人印章。

(3)汇票承兑。

付款单位出纳员在填制完银行承兑汇票后,应将汇票的有关内容与交易合同进行核对,核对无误后填制“银行承兑协议”,并在“承兑申请人”处盖单位公章。银行承兑协议一式三联,其内容主要是汇票的基本内容,汇票经银行承兑后承兑申请人应遵守的基本条款等。银行承兑协议的基本格式见附录。

填制完银行承兑协议后,有关人员应在银行承兑汇票的第一、第二联中“承兑申请人盖章”处加盖预留银行的印鉴,然后将银行承兑汇票的第一联、第二联、第三联连同交易合同和银行承兑协议的第一联、第二联、第三联一并送交开户银行信贷部门申请承兑。银行信贷部门按照有关政策规定对承兑申请进行审查,重点审查付款单位的资信是否可靠,汇票所依据的商品交易和商业信用是否符合规定。经过审查符合条件的,银行按有关审批权限报经批准后,与付款单位签署“银行承兑协议”,在“银行承兑协议”上“承兑银行”处盖章,并将“银行承兑协议”第一联留存银行信贷部门,其余退给付款单位。付款单位持银行信贷部门退回的银行承兑汇票第一联、第二联、第三联和银行承兑协议第二联、第三联交开户银行会计部门

办理有关手续。银行会计部门审核后在银行承兑汇票第一联、第二联、第三联上注明承兑协议编号,并在第二联汇票“承兑银行盖章”处加盖银行汇票专用章,用总行统一订制的压数机在“汇票金额”栏小写金额的下端压印汇票金额,留下银行承兑汇票第一联(卡片)和承兑协议第三联(副本)备查,将其余退回付款单位。付款单位将银行会计部门退回的银行承兑汇票第二联、第三联和银行承兑协议第二联交财务部门,由专人保管。

(4)支付手续费。

按照“银行承兑协议”的规定,付款单位办理承兑手续应向承兑银行支付手续费,由开户银行从付款单位存款户中扣收。按照现行规定,银行承兑手续费按银行承兑汇票的票面金额的 1‰ 计收,每笔手续费不足 10 元的,按 10 元计收。

借款单位按规定向银行支付手续费时,应填制银行存款付款凭证,其会计分录为:

借:财务费用
 贷:银行存款

(5)寄交银行承兑汇票。

付款单位按照交易合同规定,向供货方购货,将经过银行承兑后的汇票第二联、第三联寄交收款单位,以便收款单位到期收款或背书转让。付款单位寄交汇票后,编制转帐凭证,其会计分录为:

借:材料采购
 或商品采购
 贷:应付票据

出纳员在寄交汇票时,应同时登记“应付票据备查簿”,逐项登记发出票据的种类(银行承兑汇票)、交易合同号、票据编号、签发日期、到期日期、收款单位及汇票金额等内容。“应付票据备查簿”的基本格式见表 13.3.3。

表 13.3.3 应付票据备查簿

票据种类											总第 页 分第 页			
年		凭证		摘要	合同 字号	票据基本情况					到期付款		延期付款	
						号 码	签发 日期	到期 日期	收款人及 单位名称	金 额	日期	金额	日期	金额
月	日	字	号											

收款单位财务部门收到付款单位的银行承兑汇票时,应按规定编制转帐凭证,其会计分录为:

借:应收票据
 贷:产品销售收入(工业企业)
 或商品销售收入(商品流通企业)

应交税金——应交增值税(销项税额)

出纳员据此登记“应收票据备查簿”,逐项填写备查簿中汇票种类(银行承兑汇票)、交易合同号、票据编号、签发日期、到期日期、票面金额、付款单位、承兑单位等有关内容。“应收票据备查簿”基本格式如表 13.3.4 所示。

表 13.3.4 应收票据备查簿

票据种类														总第 页						
														分第 页						
年		凭证		摘要	合同		票据基本情况			承兑人及 单位名称	背书人及 单位名称	贴现		承兑		转 让			注 销 ✓	
月	日	字	号		字	号	签发 日期	到期 日期	金 额			日	净	日	金	日	受理 单位	票面 金额		实收 金额
												期	额	期	额	期				
○																				
○																				

(6)交存票款。

按照银行承兑协议的规定,承兑申请人即付款人应于汇票到期前将票款足额地交存其开户银行(即承兑银行),以便承兑银行于汇票到期日将款项划拨给收款单位或贴现银行。付款单位财务部门应经常检查专类保管的银行承兑协议和“应付票据备查簿”,及时将应付票款足额交存银行。

(7)委托银行收款。

收款单位财务部门也应当经常检查专类保管的银行汇票或应收票据备查簿,看汇票是否到期。汇票到期日,收款单位应填制一式两联进帐单,并在银行承兑汇票第二联、第三联背面加盖预留银行的印鉴,将汇票和进帐单一并送交其开户银行,委托开户银行收款。开户银行会计专柜按照规定对银行承兑汇票进行审查,审查无误后将第一联进帐单加盖“转讫”章交收款单位作为收款通知,按规定办理汇票收款业务。收款单位根据银行退回的第一联进帐单编制银行存款收款凭证,作如下会计分录:

借:银行存款

贷:应收票据

同时在“应收票据备查簿”上登记承兑的日期和金额情况,并在注销栏内予以注销。

承兑银行按照规定办理银行承兑汇票票款划拨,并向付款单位发生付款通知。付款单位收到银行支付到期汇票的付款通知,编制银行存款付款凭证,其会计分录为:

借:应付票据

贷:银行存款

同时在“应付票据备查簿”上登记到期付款的日期和金额,并在注销栏内予以注销。

如果汇票到期,而承兑申请人(即付款单位)无款支付或不足支付的,承兑银行将继续向收款单位开户银行划拨资金,同时按照承兑协议规定将不足支付的票款转入承兑申请人的

逾期贷款帐户,并对不足支付票款每天计收罚息。按照规定,承兑申请人无款支付时,承兑银行将开来一张特种转帐传票,在传票的“转帐原因”栏中注明“××汇票无款支付转入逾期贷款户”字样并加盖银行业务章;承兑申请单位不足支付时承兑银行将开来两张特种转帐传票,在其中一张的“转帐原因”栏中注明“××汇票因存款不足,未付部分转入逾期贷款户”,另一张的“转帐原因”栏中注明“××汇票已支付部分款项”。

收款单位因无款支付而收到银行转来的特种转帐传票时,应编制转帐凭证,其会计分录为:

借:应付票据

贷:银行借款

因不足支付时收到银行特种转帐传票时,应根据已付款项作银行存款付款凭证,其会计分录为:

借:应付票据

贷:银行存款

根据不足支付部分,作转帐凭证,其会计分录为:

借:应付票据

贷:银行借款

同时在“应付票据备查簿”中加以记录。

对于因无款支付或不足支付的罚息,应在收到银行罚息通知时,作银行存款付款凭证,其会计分录为:

借:营业外支出

贷:银行存款

如果交易双方商定由收款单位签发银行承兑汇票,那么其基本步骤为:首先,由收款单位签发银行承兑汇票一至四联,然后第四联留存备查,将第一联、第二联、第三联寄交付款单位,再由付款单位向银行申请承兑,其他步骤与付款单位签发汇票的步骤相同。

综上所述,银行承兑汇票的结算程序如图 13.3.4 所示。

4. 商业承兑汇票的签发和兑付

商业承兑汇票的签发和兑付手续有如下几点与银行承兑汇票不同:

(1) 签发汇票。

商业承兑汇票按照双方协定,可以由付款单位签发,也可以由收款人签发。商业承兑汇票一式三联,第一联为卡片,由承兑人(付款单位)留存;第二联为商业承兑汇票,由收款人开户银行随结算凭证寄付款人开户银行作付出传票附件;第三联为存根,由签发人存查。商业承兑汇票的基本格式见附录。

商业承兑汇票由付款单位承兑。付款单位承兑时,无须填写承兑协议,也不通过银行办理,因而也就无须向银行支付手续费,只需在商业承兑汇票的第二联正面签署“承兑”字样并加盖预留银行的印签后,交给收款单位。由收款人签发的商业承兑汇票,应先交付款单位承兑,再交收款单位专类保管。

(2) 委托银行收款。

作为收款单位,匡算从本单位至付款人开户银行的邮程,在汇票到期前,提前委托银行收款。委托银行收款时,应填写一式五联的“委托收款凭证”,在其中“委托收款凭证名称”栏内注明“商业承兑汇票”字样及汇票号码,在商业承兑汇票第二联背面加盖收款单位公章后,一并送交开户银行。开户银行审查后办理有关收款手续,并将盖章后的“委托收款凭证”第一联退回给收款单位保存。

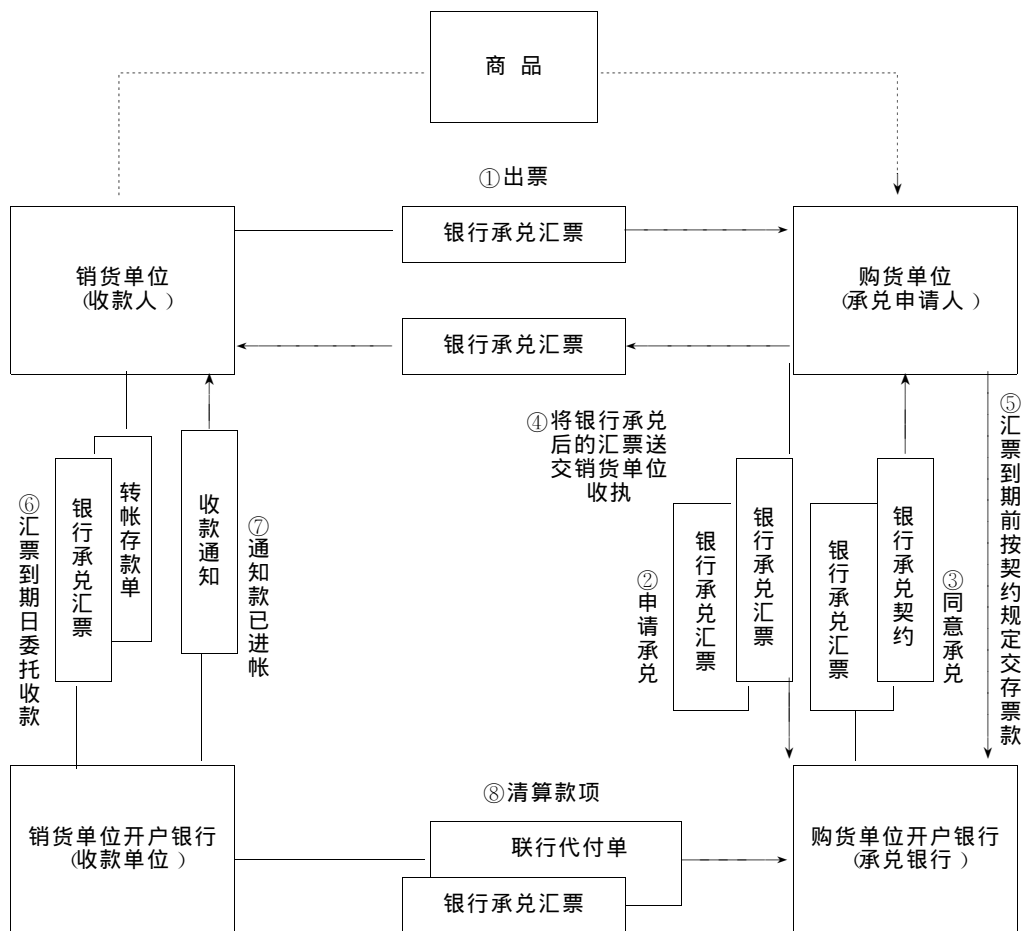


图 13.3.4 银行承兑汇票结算的一般处理程序图

(3) 到期兑付。

商业承兑汇票到期,付款单位存款帐户无款支付或不足支付时,付款单位开户银行将按规定按照商业承兑汇票的票面金额的 5% 收取罚金,不足 50 元的按 50 元收取,并通知付款单位送回委托收款凭证及所附商业承兑汇票。付款单位应在接到通知的次日起 2 天内将委

托收款凭证第五联及商业承兑汇票第二联退回开户银行。付款单位开户银行收到付款单位退回的委托收款凭证和商业承兑汇票后,应在其收存的委托收款凭证第三联和第四联“转帐原因”栏注明“无款支付”字样并加盖银行业务公章后,一并退回收款单位开户银行转交给收款单位,再由收款单位和付款单位自行协商票款的清偿问题。如果付款单位财务部门已将委托收款凭证第五联及商业承兑汇票第二联作了帐务处理因而无法退回时,可以填制一式二联“应付款项证明单”,将其第一联送付款单位开户银行,由其连同其他凭证一并退回收款单位开户银行再转交收款单位。应付款项证明单的基本格式见附录。

作为付款单位,由于无力支付而退回商业承兑汇票时,应编制转帐凭证,将应付票据转为应付帐款,其会计分录为:

借:应付帐款

贷:应付票据

并在“应付票据备查簿”中加以登记。

相应地,收款单位收到其开户银行转来的付款单位退回的商业承兑汇票时,应编制转帐凭证,将应收票据转为应收帐款,其会计分录为:

借:应收帐款

贷:应收票据

同样也应在“应收票据备查簿”中加以记录。

如果付款单位与收款单位经过协商,继续采用商业承兑汇票方式进行结算,应另开商业承兑汇票,并编制转帐凭证,其会计分录为:

借:应付票据

贷:应付帐款

同样收款单位在收到付款单位承兑的商业承兑汇票后,也应作转帐凭证,其会计分录为:

借:应收票据

贷:应收帐款

付款单位在收到其开户银行转来的因无力支付票据而收取的罚金凭证时,应按规定作银行存款付款凭证,其会计分录为:

借:营业外支出

贷:银行存款

综上所述,商业承兑汇票的结算程序如图 13.3.5 所示。

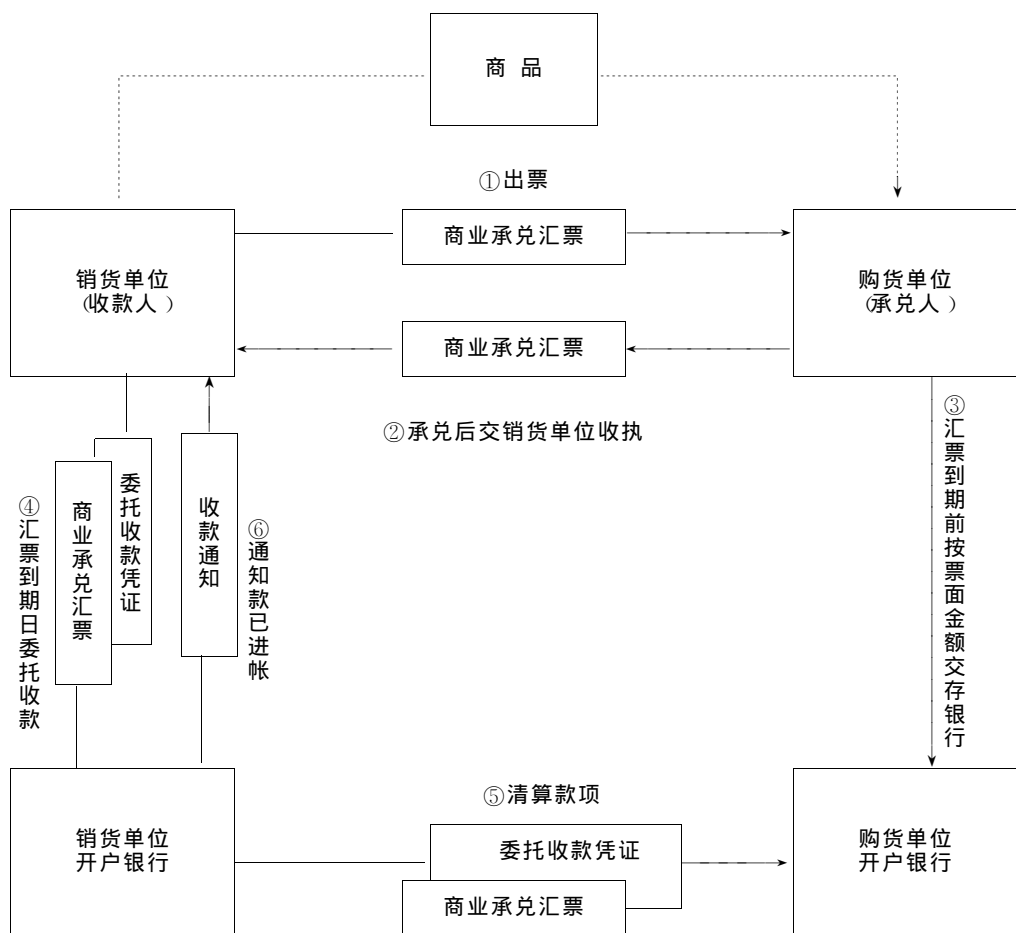


图 13.3.5 商业承兑汇票结算的一般处理程序图

5. 商业汇票的贴现

贴现是指汇票持有人将未到期的商业汇票交给银行，银行按照票面金额扣收自贴现日至汇票到期日期间的利息，将票面金额扣除贴现利息后的净额交给汇票持有人。商业汇票持有人在资金暂时不足的情况下，可以凭承兑的商业汇票向银行办理贴现，以提前取得货款。

商业汇票持有人办理汇票贴现，应按下列步骤办理：

(1) 申请贴现。

汇票持有人向银行申请贴现，应填制一式五联“贴现凭证”。贴现凭证第一联（代申请书）交银行作贴现付出传票；第二联（收入凭证）交银行作贴现申请单位帐户收入传票；第三联（收入凭证）交银行作贴现利息收入传票；第四联（收帐通知）交银行给贴现申请单位的收

帐通知;第五联(到期卡)交会计部门按到期日排列保管,到期日作贴现收入凭证。其格式见本篇第八章。

汇票持有单位(即贴现单位)出纳员应根据汇票的内容逐项填写贴现凭证的有关内容,如贴现申请人的名称、帐号、开户银行,贴现汇票的种类、发票日、到期日和汇票号码,汇票承兑人的名称、帐号和开户银行,汇票金额的大、小写等。其中,贴现申请人即汇票持有单位本身;贴现汇票种类指是银行承兑汇票还是商业承兑汇票;汇票承兑人,银行承兑汇票为承兑银行即付款单位开户银行,商业承兑汇票为付款单位自身;汇票金额(即贴现金额)指汇票本身的票面金额。填完贴现凭证后,在第一联贴现凭证“申请人盖章”处和商业汇票第二联、第三联背后加盖预留银行印鉴,然后一并送交开户银行信贷部门。

开户银行信贷部门按照有关规定对汇票及贴现凭证进行审查,重点是审查申请人持有汇票是否合法,是否在本行开户,汇票联数是否完整,背书是否连续,贴现凭证的填写是否正确,汇票是否在有效期内,承兑银行是否已通知不应贴现以及是否超过本行信贷规模和资金承受能力等。审查无误后在贴现凭证“银行审批”栏签注“同意”字样,并加盖有关人员印章后送银行会计部门。

(2) 办理贴现。

银行会计部门对银行信贷部门审查的内容进行复核,并审查汇票盖印及压印金额是否真实有效。审查无误后即按规定计算并在贴现凭证上填写贴现率、贴现利息和实付贴现金额。其中,贴现率是国家规定的月贴现率;贴现利息是指汇票持有人向银行申请贴现而应付给银行的贴现利息;实付贴现金额是指汇票金额(即贴现金额)减去应付贴现利息后的净额,即汇票持有人办理贴现后实际得到的款项金额。

按照规定,贴现利息应根据贴现金额、贴现天数(自银行向贴现单位支付贴现票款日起至汇票到期日前一天止的天数)和贴现率计算求得。用公式表示即为:

贴现利息 = 贴现金额 × 贴现天数 × 日贴现率

日贴现率 = 月贴现率 ÷ 30

贴现单位实得贴现金额则等于贴现金额减去应付贴现利息,用公式表示为:

实付贴现金额 = 贴现金额 - 应付贴利息

银行会计部门填写完贴现率、贴现利息和实付贴现金额后,将贴现凭证第四联加盖“转讫”章后交给贴现单位作为收帐通知,同时将实付贴现金额转入贴现单位帐户。贴现单位根据开户银行转回的贴现凭证第四联,按实付贴现金额作银行存款收款凭证,其会计分录为:

借:银行存款

贷:应收票据

同时按贴现利息作转帐凭证,其会计分录为:

借:财务费用

贷:应收票据

并在“应收票据登记簿”登记有关贴现情况。

(3) 票据到期

汇票到期,由贴现银行通过付款单位开户银行向付款单位办理清算,收回票款。

对于银行承兑汇票,不管付款单位是否无款偿付或不足偿付,贴现银行都能从承兑银行取得票款,不会再与收款单位发生关系。银行承兑汇票贴现的结算程序见图 13.3.6。



图 13.3.6 银行承兑汇票贴现的一般处理程序图

对于商业承兑汇票,贴现的汇票到期,如果付款单位有款足额支付票款,收款单位应于贴现银行收到票款后将应收票据在备查簿中注销。当付款单位存款不足无力支付到期商业承兑汇票时,按照《银行结算办法》的规定,贴现银行将商业承兑汇票退还给贴现单位,并开出特种转帐传票,在其中“转帐原因”栏注明“未收到××号汇票款,贴现款已从你帐户收取”字样,从贴现单位帐户直接划转已贴现票款。贴现单位收到银行退回的商业承兑汇票和特种转帐传票时,凭特种转帐传票编制银行存款付款凭证,其会计分录为:

借:应收帐款
贷:银行存款

同时立即向付款单位追索票款。如果贴现单位帐户存款也不足时,按照《银行结算办法》的规定,贴现银行将贴现票款转作逾期贷款,退回商业承兑汇票,并开出特种转帐传票,在其中“转帐原因”栏注明“贴现已转逾期贷款”字样,贴现单位据此编制转帐凭证,其会计分录为:

借:应收帐款
贷:短期借款

并立即向付款单位追索票款。
商业承兑汇票贴现的结算程序如图 13.3.7 所示。

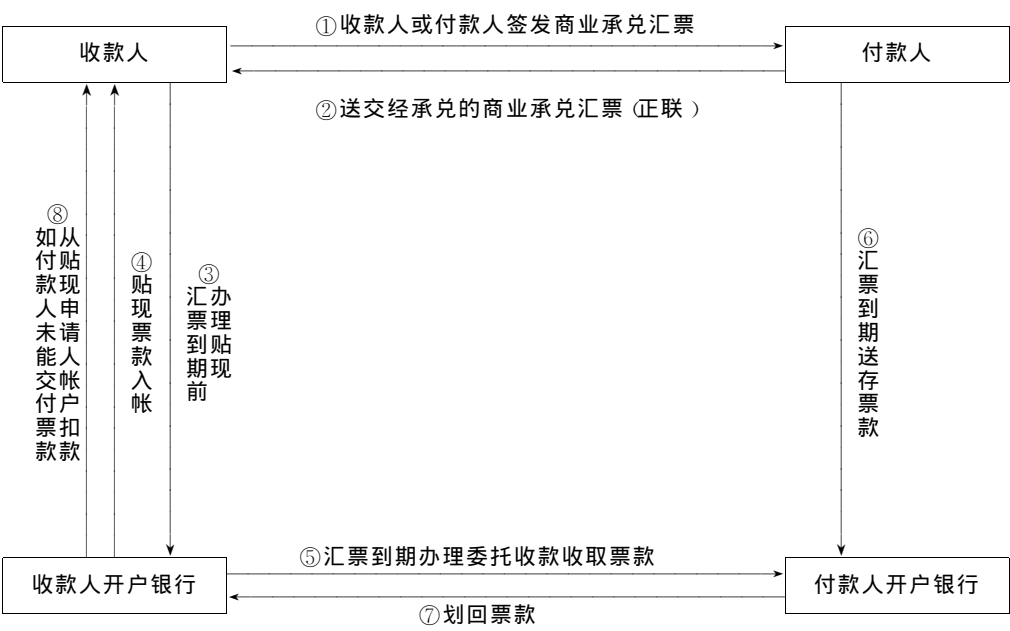


图 13.3.7 商业承兑汇票贴现的一般处理程序图

第四章 银行结算本票的使用

第一节 本票的定义

一、本票的定义

本票是出票人签发的,承诺自己在见票时无条件支付确定金额给收款人或者持票人的票据。《中华人民共和国票据法》第七十三条对本票的定义作了规定,以下从几个方面进行说明:

(1)本票是票据。本票是票据,或者说本票是票据法所称票据中的一种。票据的特征,也是本票所具有的特征。

(2)本票是出票人无条件的支付承诺。本票是出票人无条件的支付承诺,即本票的出票人承诺无条件支付收款人或者持票人确定的金额。这一点本票与汇票不同。汇票是出票人委托(或者命令、指示)付款人无条件支付收款人或者持票人确定金额的票据,而本票是出票人自己承诺。

(3)本票是出票人自己支付确定的金额。本票是出票人支付确定的金额的票据。本票的基本当事人有两方,一方是出票人本人,另一方是收款人;出票人是债务人,负责本票绝对付款的责任。

汇票和支票都有三方当事人,即出票人、收款人和付款人。出票人自己通常不直接付款,而是委托付款人付款。付款人承兑汇票的,他就成为汇票的主债务人,担保汇票的付款。支票的付款人也不是出票人本人。

可见,本票在出票人是否直接承担付款责任上,与汇票和本票有区别。

二、《中华人民共和国票据法》中的本票仅指银行本票

票据法第三章规定的本票,专指银行本票,不包括商业本票,这一点与汇票不同,因汇票可以分为商业汇票和银行汇票。

票据法明确本票的签发人为银行,出于以下考虑:

(1)本票是出票人签发并且由出票人自己付款的票据,签发本票必须具有相应的经济实力和高度的信用。如果对本票的出票人不予任何限制,势必会影响票据的信用,造成票据纠纷增多,不利于社会稳定和经济发展。

(2)我国推行本票时间不长,目前只有银行本票,没有商业本票。

(3)如果待客观条件成熟,有必要推行商业本票,可以通过修改票据法或者以行政法规、规章形式规范商业本票。

第二节 本票出票人的资格

本票的出票人必须符合下列两项要求,其一是,必须具有可靠的资金来源;其二是,保证支付本票。

一、出票人必须具有可靠的资金来源

因为本票是出票人承担付款责任的票据,本票的出票人必须具有支付票款的可靠资金来源,否则难以保证本票的按期付款。

银行本票的出票人为银行,银行签发本票,不论签发的本票的用途如何,不论由谁使用,银行在签发本票时,必须具有充足的资金保证,保证具有支付本票的能力。

出票人具有可靠的资金来源,这一点非常重要,因为只有具备充足的资金,才能保证本票的付款。

二、保证支付

本票的出票人必须保证本票的支付,其含义是,本票的出票人一经出票,就有保证本票支付的义务。

总之,本票出票人首要的、绝对的以及最终的责任是支付本票金额。

票据法强调“本票出票人必须具有支付本票金额的可靠资金来源。”其立法意图也是为了保证出票人支付责任的履行,维护金融秩序。

三、出票人的资格的审定

根据《中华人民共和国人民银行法》的规定,中国人民银行是中华人民共和国的中央银行;中国人民银行在国务院领导下,对金融业实施监督管理。票据法授权由中国人民银行审定出票人的资格,即审定哪一级、哪一些银行具有资格签发本票,或者具备什么条件的银行才能有资格签发本票。

由中国人民银行审定出票人的资格,不仅是必要的,而且是可行的。因为作为金融业的主管部门,完全有能力来从事本票出票银行的出票资格的审定工作。

四、具体管理办法

对本票出票人的资格的具体管理办法由中国人民银行制定是指中国人民银行以部门规章的形式拟定并且发布《本票出票人资格管理办法》。

中国人民银行,根据票据法的授权,在总结我国本票推广使用经验的基础上,制定本票

出票人资格管理办法。该办法又是中国人民银行行使对本票出票人资格审定的依据。

第三节 本票的记载事项

本票的记载事项是指本票票面上需要记载的必须记载的事项和法律允许记载的事项。票据法规定了六项绝对必要记载事项。

一、表明本票的字样

在票据上要求载明表明其票据性质的字样,如记明其为“汇票”、“本票”或者“支票”,这是票据法的基本要求中的一项,票据法在有关条文中都有这样的规定。

如果票据上没有记载其为本票的字样或者文字,该票据没有效力。因此,本票上必须记载“本票”字样。

二、无条件支付的承诺

票据包括汇票、本票和支票都是无条件支付确定金额的证券。本票也是无条件支付的,其与汇票、支票的区别是,本票是无条件支付的承诺,而汇票、支票是无条件支付的委托(指示、命令)。

三、确定的金额

票据的金额必须确定,本票的金额记载同样也必须是确定的,不得含糊。

四、收款人名称

签发本票必须记明收款人,没有记明收款人的本票,没有效力。也就是说,票据法不允许签发无记名本票。

我国票据法不允许签发不记载收款人名称的本票,其立法意图是对签发本票从严要求。

五、出票日期

签发本票时必须记明出票日期。出票日涉及到本票的付款日期,具有极其重要的意义。值得注意的是,我国本票的付款期最长不超过两个月。因此,记明出票日期更是非常必要的。

六、出票人签章

票据出票人签发票据,应当在票据上签章,并按照所记载的事项承担票据责任。各国票据法都把出票人在本票上签章作为绝对必要记载事项。

以上六项事项,属于绝对必要记载的事项。没有记载其中任何一项的,本票无效。这就是未记载必须记载事项的法律后果。

本票是要式证券。本票出票时,必须依据票据法规定的要求签发,即必须记载表明本票的字样、无条件支付的承诺、确定的金额、收款人名称、出票日期以及出票人签章,否则,不具有票据效力。

第四节 出票人的付款责任

一、本票的见票

(1)见票的定义。见票是指本票的持票人按照规定期限,向本票的出票人提示本票,由出票人在本票上记载“见票”字样、见票日期并签名的票据行为。

见票是本票特有的制度,类似于汇票的承兑。但是,两者的目的不同。汇票承兑是为了确定付款人是否承担付款责任;而见票是为了确定付款日期,即本票的到期日。

(2)见票的程序。本票的见票程序以下述方式进行。

①见票的当事人。在见票行为中,有两方当事人。一方是提示人,另一方是被提示人。提示人通常指本票的持票人及其代理人。被提示人通常指出票人及其代理人。

②见票提示期限。票据法规定的见票提示期限,最长为两个月,当事人不能变更此期限。

③见票应记载的事项。通常讲,持票人提示见票时,出票人应在本票上签章或者拒绝签章,签章的应当记载“见票”字样、见票日期和付款日期。

(3)见票的效力。关于本票见票的效力,主要有以下几种:

①确定到期日;②取得有关拒绝证明;③未按期提示见票的或者未取得有关拒绝证明的丧失对出票人以外的前手的追索权。

二、出票人的责任

持票人向出票人提示见票的,本票的出票人必须承担付款的义务。

本票的出票人出票后,就应承担对本票的持票人的付款责任。持票人向出票人提示见票,出票人就应按照本票金额足额付款。

第五节 我国银行结算中的本票结算

一、银行本票结算的概念

中国人民银行规定的《银行结算办法》只规定了银行本票,未规定商业本票和个人本票。

银行本票是申请人将款项交存银行,由银行签发给其凭以办理转帐结算或支取现金的票据。银行本票是应客户请求而签发,以代替现金流通,节约现金使用,缓冲货币投放压力。

银行本票一律为记名式,允许以背书转让,简化了结算手续,有利于实现资金清算的票据化,加速资金周转,扩展资金来源。

银行本票结算是指利用银行本票办理转帐结算的结算方式。

二、银行本票的种类和适用范围

我国银行本票目前有两种:一种是定额本票,另一种是不定额本票。定额本票是指凭证上预先印定固定面额的银行本票,由人民银行委托专业银行代理签发,面额有 500 元、1000 元、5000 元和 10000 元;不定额本票是指凭证上金额栏是空白的,签发时根据实际需要填写金额,并用压数机压印金额的银行本票,起点为 100 元,由专业银行签发。

《银行结算办法》规定,单位、个体经济户和个人在同城范围的商品交易和劳务供应以及其他款项的结算均可以使用银行本票。

三、银行本票结算的特点

和其他银行结算方式相比,银行本票结算具有如下特点:

1. 使用方便

我国现行的银行本票使用方便灵活。单位、个体经济户和个人不管其是否在银行开户,他们之间在同城范围内的所有商品交易、劳务供应以及其他款项的结算都可以使用银行本票。收款单位和个人持银行本票可以办理转帐结算,也可以支取现金,同样也可以背书转让。银行见票即付,结算迅速。

2. 信誉度高,支付能力强

银行本票是由银行签发,并于指定到期日由签发银行无条件支付,因而信誉度很高,一般不存在得不到正常支付的问题。其中定额银行本票由中国人民银行发行,各大国由商业银行代理签发,不存在票款得不到兑付的问题;不定额银行本票由各大国商业银行签发,由于其资金力量雄厚,因而一般也不存在票款得不到兑付的问题。

四、银行本票结算的基本步骤

付款单位使用银行本票办理结算,应按规定办理如下手续:

1. 申请办理银行本票的手续

申请人办理银行本票,应向银行填写一式三联“银行本票申请书”,其格式由人民银行各分行确定和印制,详细填明收款人名称,个体经济户和个人需要支取现金的并应填明“现金”字样。如申请人在签发银行有帐户,则应在“银行本票申请书”上加盖预留银行印鉴。

2. 银行本票的签发

签发银行受理“银行本票申请书”后,应认真审查申请书填写的内容是否正确。审查无误后,办理收款手续。付款单位在银行开立帐户的,签发银行直接从其帐户划拨款项;付款人用现金办理本票的,签发银行直接收取现金。银行按照规定收取办理银行本票的手续费,其收取的办法与票款相同。银行办妥票款和手续费收取手续后,即签发银行本票。

如前所述,银行本票包括定额银行本票和不定额银行本票两种。定额银行本票一式一

联,由中国人民银行总行统一规定票面规格、颜色和格式并统一印制。定额银行本票包括500元、1000元、5000元和10000元四种面额。面额为1000元的定额银行本票格式见本篇第八章。

签发银行在签发定额银行本票时,应按照申请书的内容填写收款人名称,并用大写填写签发日期,用于转帐的本票须在本票上划去“现金”字样,用于支取现金的须在本票上划取“转帐”字样,在银行本票上加盖汇票专用章,连同“银行本票申请书”存根联一并交给申请人。未划去“转帐”或“现金”字样的兑付银行将按照转帐办理。

不定额银行本票一式两联,其规格、颜色和格式由中国人民银行各省、自治区、直辖市分行在省、自治区、直辖市范围内作统一规定,并由各银行印制。不定额银行本票的基本格式见本篇第八章。

签发银行在签发不定额银行本票时,同样应按照申请书的内容填写收款人名称,并用大写填写签发日期,用于转帐的本票须在本票上划去“现金”字样,用于支取现金的本票须在本票上划去“转帐”字样,然后在本票第一联上加盖汇票专用章和经办、复核人员名章,用总行统一订制的压数机在“人民币大写”栏大写金额后端压印本票金额后,将本票第一联连同“银行本票申请书”存根联一并交给申请人。

付款单位收到银行本票和银行退回的“银行本票申请书”存根联后,财务部门根据“银行本票申请书”存根联编制银行存款付款凭证,其会计分录为:

借:其他货币资金——银行本票

贷:银行存款

对于银行按规定收取的办理银行本票手续费,付款单位应当编制银行存款或现金付款凭证,其会计分录为:

借:财务费用——银行手续费

贷:银行存款或现金

3. 持票购货

付款单位收到银行签发的银行本票后,即可持银行本票向其他单位购买货物,办理货款结算。付款单位可将银行本票直接交给收款单位,然后根据收款单位的发票帐单等有关凭证编制转帐凭证,其会计分录为:

借:材料采购(或商品采购)

贷:其他货币资金——银行本票

如果实际购货金额大于银行本票金额,付款单位可以用支票或现金等补齐不足的款项,同时根据有关凭证按照不足款项编制银行存款或现金付款凭证,其会计分录为:

借:材料采购(或商品采购等)

贷:银行存款(或现金)

如果实际购货金额小于银行本票金额,则由收款单位用支票或现金退回多余的款项,付款单位应根据有关凭证,按照退回的多余款项编制银行存款或现金收款凭证,其会计分录为:

借:银行存款(或现金)

贷：其他货币资金——银行本票

收款单位收到付款单位交来的银行本票后，首先应对银行本票进行认真的审查。审查的主要内容是：

第一，银行本票上的收款单位或被背书人是否为本单位、背书是否连续。

第二，银行本票上加盖的汇票专用章是否清晰。

第三，银行本票是否在付款期内（付款期限为一个月）。

第四，银行本票中的各项内容是否符合规定。

第五，不定额银行本票是否有压数机压印的金额，本票金额大小写数与压印数是否相符。

审查无误后，受理付款单位的银行本票，填写一式两联“进帐单”，并在银行本票背面加盖单位预留银行印鉴，将银行本票连同进帐单一并送交开户银行。开户银行接到收款单位交来的本票，按规定认真审查：银行本票是否真实；本票上的收款人或背书人是否为单位；背书是否连续；本票填写的各项内容是否正确；本票是否超过付款期；本票上的汇票专用章及收款单位印章是否是否正确；不定额银行本票是否有总行统一订制的压数机压印的金额，大小写金额是否一致等等。审查无误后即办理兑付手续，在第一联进帐单上加盖“转讫”章作收款通知退回收款单位。如果购货金额大于本票金额，付款单位用支票补足款的，可将本票连同支票一并送存银行，也可分开办理。如果收款单位收受的是填写“现金”字样的银行本票，按规定同样应办理进帐手续。当然如果收款人是个体经济户和个人，则可凭身份证办理现金支取手续。

收款单位应根据银行退回的进帐单第一联及有关原始凭证编制银行存款收款凭证，其会计分录为：

借：银行存款

贷：商品销售收入（或产品销售收入）

应交税金——应交增值税（销项税额）

如果收款单位收到的银行本票金额大于实际销售金额，则付款单位应用支票或现金退回多余的款项。在这种情况下，收款单位可以于收到本票时，根据有关发票存根等原始凭证按照实际销售金额编制转帐凭证，其会计分录为：

借：其他货币资金——银行本票

贷：产品销售收入（或商品销售收入）

应交税金——应交增值税（销项税额）

应付帐款——××付款单位

按照用支票或现金退回的金额编制银行存款或现金付款凭证，其会计分录为：

借：应付帐款——××付款单位

贷：银行存款（或现金）

将银行本票送存银行，办理进款手续后，再根据银行退回的进帐单编制银行存款收款凭证，其会计分录为：

借：银行存款

贷：其他货币资金——银行本票

综上所述，银行本票结算的基本程序如图 13.4.1 所示。

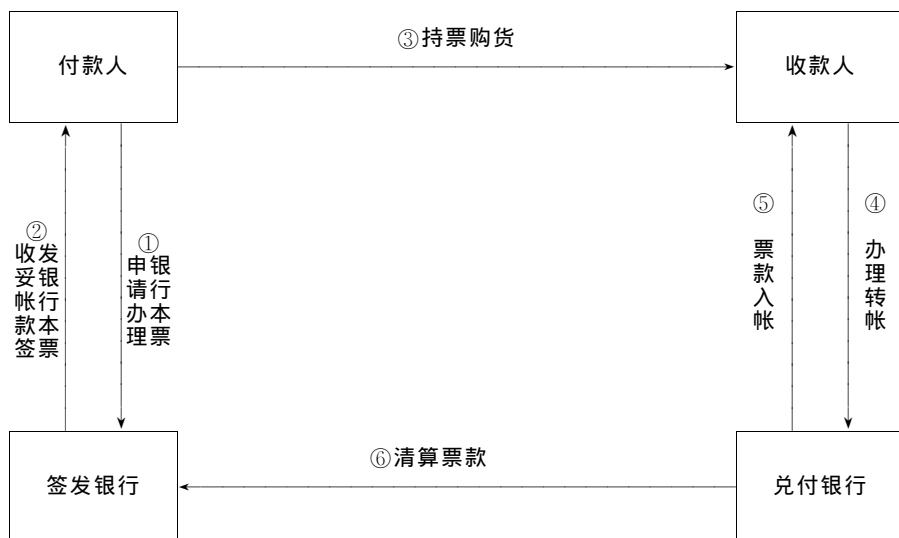


图 13.4.1 银行本票结算程序图

五、银行本票的背书转让

按照规定，银行本票一律记名，允许背书转让。银行本票的持有人转让本票，应有本票背面“背书”栏内背书，加盖本单位预留银行印鉴，注明背书日期，在“被背书人”栏内填写受票单位名称，之后将银行本票直接交给被背书单位，同时向被背书单位交验有关证件，以便被背书单位查验。被背书单位对收受的银行本票应认真进行审查，其审查内容和收款单位审查内容相同。按照规定，银行本票的背书必须连续，也就是说银行本票上的任意一个被背书人就是紧随其后的背书人，并连续不断。如果本票的签发人在本票的正面注有“不准转让”字样，则该本票不得背书转让；背书人也可以在背书时注明“不准转让”，以禁止本票背书转让后再转让。

如果收款单位收受银行本票之后，不准备立即到银行办理进帐手续，而是准备背书转让，用来支付款项或偿还债务，则应在取得银行本票时编制转帐凭证，其会计分录为：

借：其他货币资金——银行本票

贷：产品销售收入（或商品销售收入等）

应交税金——应交增值税（销项税款）

收款单位将收受的银行本票背书转让给其他单位时，应根据有关原始凭证编制转帐凭证。如果用收受的银行本票购买物资，则按发票帐单等原始凭证编制转帐凭证，其会计分录为：

借：材料采购（或商品采购等）

应交税金——应交增值税（进项税额）

贷：其他货币资金——银行本票

如果用收受的银行本票偿还债务，则其会计分录为：

借：应付帐款

贷：其他货币资金——银行本票

六、银行本票的保管和退款

银行本票见票即付，其流动性极强，银行不予挂失。一旦遗失或被窃，被人冒领款项，后果由银行本票持有人自负。所以银行本票持有人必须象对待现金那样，认真、妥善保管银行本票，防止遗失或被窃。

按照规定，超过付款期限的银行本票如果同时具备下列两个条件的，可以办理退款：一是该银行本票由签发银行签发后未曾背书转让；二是持票人为银行本票的收款单位。付款单位办理退款手续时，应填制一式两联进帐单连同银行本票一并送交签发银行，签发银行审查同意后在第一联进帐单上加盖“转讫”章退给付款单位作为收帐通知。付款单位凭银行退回的进帐单第一联编制银行存款收款凭证，其会计分录为：

借：银行存款

贷：其他货币资金——银行本票

如果遗失不定额银行本票，且付款期满一个月确未冒领的，可以到银行办理退款手续。在办理退款手续时，应向签发银行出具盖有单位公章的遗失银行本票退款申请书，连同填制好的一式两联进帐单一并交银行办理退款，并根据银行退回的进帐单第一联编制银行存款收款凭证，其会计分录同上。

第五章 银行结算支票的使用

第一节 支票的特征和种类

《中华人民共和国票据法》第八十二条以立法方式给支票下了定义,即“支票是出票人签发的,委托办理支票存款业务的银行或者其他金融机构在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。”

一、支票的特征

支票是票据中的一种,与汇票和本票一样,具有票据的共同特征。此外,支票还有与汇票、本票不同的特征。

支票的主要特征有两点,一是,支票的付款人是银行;二是,支票为见票即付。

(1)支票的付款人为银行或者其他金融机构。支票是出票人委托银行或者其他金融机构支付票款的票据。其他金融机构现在主要包括经中国人民银行批准的办理支票存款业务的城市信用合作社、农村信用合作社。

支票和汇票都有三方当事人,都是委托(指示、命令)证券。不同之处是,汇票的付款人不一定是银行或者其他金融机构,可以是自然人,也可以是法人;而支票的付款人必须是办理支票存款业务的银行或者其他金融机构,自然人或者其他法人不能充当支票的付款人。

(2)支票是见票即付的票据。汇票的付款日期有:见票即付、定日付款、出票后定期付款和见票后定期付款。支票的付款日期只有一种,即见票即付。

支票见票即付与银行本票(票据法所称的)相同。

支票为见票即付,是由支票的支付职能决定的。支票的职能在于为了避免使用现金的危险和麻烦而用支票来代替现金支付。

二、支票的当事人

支票的当事人有三方,即出票人、收款人和付款人,其中出票人和付款人都必须具备一定的条件。

出票人的资格,必须符合票据法的规定,如在银行开立支票存款帐户,领用支票必须有可靠的资信并存入一定的资金等。

付款人是办理存款业务的银行或者其他金融机构。其他金融机构的具体范围有多大,

有待于在票据管理办法中进一步明确。

三、支票的种类

根据票据法第八十四条第一款的规定,支票有两种。一种是现金支票,另一种是转帐支票。转帐支票的正面应当注明“转帐”字样。

1. 现金支票

支票中专门用于支取现金的为现金支票。现金支票可以另行制作,即单独制定现金支票。

现金支票只能用于支取现金,不能用于转帐。

2. 转帐支票

支票中专门用于转帐的,是转帐支票。转帐支票可以另行制作,即专门制作转帐支票。

转帐支票只能用于转帐,不能用于支取现金。

四、开立支票存款帐户的条件

开立支票存款帐户必须具备以下要求:

(1)使用本名并提交证明其身份的合法证件。申请人向银行申请开办支票存款帐户时,必须用其本名。不得使用假名、笔名或者他人的名称。同时,还需要向银行提交证明其身份的证件。例如,向银行提交居民身份证。

(2)应当有可靠的资信并存入一定的资金。申请开立支票存款帐户和领用支票时,申请人应当具有可靠的资金和良好的信誉,并且存入一定的资金。

至于“一定的资金”有多少,票据法没有明确,有待于在票据管理办法中具体规定。

(3)预留其本名的签名式样和印鉴。开立支票存款帐户,申请人应当将其本名的签名式样和印鉴式样交给银行。银行据此可以确认申请人的签章。

第二节 支票的绝对必要记载事项

一、支票上绝对必要记载的事项

(1)表明“支票”的字样。支票上必须记载表明其性质的字样,如果没有记载,不具有效力。

(2)无条件支付的委托。无条件支付的委托是支票上必须记载的,这一点与汇票相同。

如果有条件支付的委托,该支票无效。

(3)确定的金额。本票的金额必须确定,支票金额不确定或者不明确的,支票无效。这一点与汇票、本票相同。

(4)付款人名称。支票上记载的付款人不是个人,也不是一般的法人,而是某一银行或者金融机构。支票上付款人的名称只能是银行或者办理支票存款业务的金融机构的名称。

(5)出票日期。支票出票时必须记载出票日期,这一点与汇票和本票相同。

出票日涉及到支票的付款日期,关系重大。未记载出票日的支票无效。

(6)出票人签章。支票出票人签发支票时,必须在支票上签章。值得注意的是,支票出票人的签章必须与其在银行或者其他金融机构预留的签名和印鉴相符,否则,付款人不予付款。

二、支票上未记载绝对必要事项的法律后果

上述规定的六项绝对必要记载事项,支票上必须记载。支票上没有记载其中任何一项的,支票无效。例如,支票上没有出票人签章,该支票无效,银行或者其他金融机构不予付款。这就是支票上未记载绝对必要记载事项的法律后果。

支票也是要式证券。出票人签发支票,必须依据票据法第八十五条的规定签发,记载该条规定必须记载的事项;未按照该条规定出票的支票,没有票据效力,付款人不予付款。

第三节 禁止签发空头支票

一、支票的资金关系

支票是出票人签发的,委托办理支票存款业务的银行或其他金融机构在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。支票是支付证券,又是见票即付的证券,因此要求支票的签发人在付款银行或其他金融机构有相应的存款资金。支票的出票人通过支票合同形式委托付款银行或其他金融机构付款,于是支票出票人必须在付款人处有可以依法由其处分的资金,可见,在支票关系中,法律要求票据关系与基础关系中的资金关系有一定联系,可以说这是票据无因性的一种例外。

二、空头支票的概念及其危害

依据《票据法》第八十八条规定,出票人签发的支票金额超过其付款时在付款人处实有的存款金额的,为空头支票。我国票据法关于空头支票的定义是十分严格的,即要求在付款人处必须实有支票金额的存款,这便排除了预期或可能收到的存款,也即排除了透支合同。在国外有关立法中,多数国家允许支票出票人与付款人签订透支合同,即经付款人同意,出票人可以在一定范围内透支签发支票,由付款人代其垫付,待出票人资金到位时再结算,这实质上是一种贷款行为。在我国,银行贷款必须受到国家贷款规模等多种限制,故不允许签订透支合同。

空头支票一方面损害了持票人的合法权益,使其票据权利得不到实现。另一方面,空头支票扰乱了正常的金融秩序,破坏了社会经济交往的正常进行。近年来,一些犯罪分子利用空头支票到处进行诈骗、侵吞国有资产和骗取公民财产,严重地影响了支票的发挥支付结算功能,有的个别单位拒收支票,或要求用支票支付的成交金额比现金成交金额高。因此,应

尽快通过立法制止空头支票犯罪猖獗势头。

三、我国关于对空头支票的处理规定

我国目前关于对空头支票的处理,是适用 1988 年中国人民银行制定的《银行结算办法》,该办法第十六条第七项规定:“签发人必经在银行帐户余额内按照规定向收款人签发支票。对签发空头支票或印章与预留印鉴不符的支票,银行除退票外,并按票面金额处以百分之五但不低于五十元的罚款。对屡次签发的,银行根据情节给予警告,通报批评,直至停止其向收款人签发支票。”该办法实施几年后,普遍反映最低罚款额过低,最近,中国人民银行已将最低罚款五十元提高到一百元。

关于对空头支票的刑事处罚,我国刑法中尚没有对空头支票犯罪作出规定,在司法实践中,往往对空头支票数额较大,情节严重,危害社会公共利益的,以诈骗罪论处。票据法的法律责任中,对有票据欺诈行为签发空头支票骗取财物的,依法追究刑事责任。至于具体的刑事责任,量刑幅度和标准,依据《全国人大常委会关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》,其中规定了有关空头支票的犯罪具体刑罚幅度。该决定针对我国目前利用签发空头支票骗取财物问题较为严重的现实,对签发空头支票的犯罪应根据其空头支票金额的大小,处以有期徒刑、拘役、罚金和没收财产。

第四节 支票的签章和付款责任

一、支票的签章

支票的签发是基于出票人和付款人之间的合同关系,依据我国银行管理的有关规定,出票人应在银行或其他金融机构留存其本名的签名式样或者印鉴。银行或者其他金融机构支付出票人签发的支票金额至少应符合两个条件。其一,支票出票人必须在其处有足够的存款;其二,支票上的签章必须和出票人在付款处预留的本名签名式样和印鉴一样,否则,即使其签名是出票人本人所签,也不得支付支票金额。例如,出票人预留在付款人处的签名是行书的,而出票人在支票上的签名却是隶书,楷书或其他字样,这种情况便不得支付支票金额。预留印鉴是指银行客户以“印鉴卡片”的形式,向银行提供的用以核对鉴别支款(结算)凭证所盖印章真伪的印章底样。在我国,主要在各企业、单位的信贷,结算业务中普遍采用。各企业、单位在银行开立存款(结算)帐户,需向银行提交加盖有签发支款(结算)凭证使用的印章底样的“印鉴卡片”,做为银行核对鉴别支款(结算)凭证真伪的依据,以保障资金安全。在储蓄业务中,应储户要求,也可以预留印鉴。这样规定的目的是为了防止他人盗窃空白票据骗取资金,付款人如支付了与预留签名式样和印鉴不符的,应承担责任。

正常情况下,出票人均应按其预留的签名式样和印鉴签章。然而,在办理支票业务实践中,有人利用票据制度形式的严密性,欺骗收受支票的人,故意使支票得不到兑付。如某 A 收到货物后故意签发一张与其预留签名式样和印鉴不符的支票给 B,付款人对该支票当然

拒付,故意为此种行为的人可能有两种目的,有的是为骗取资金,其根本就不打算还帐,这种人可能在其签发这种支票时,其资金可能已转移他处;有的是为了占用拖延支付,因为支票在途中的来回时间,出票人实际上在无偿占用资金,而持票人的权利没有得到及时实现或根本就不能实现。我国票据法根据我国票据实践中存在的现实问题,在本条中专门对这种欺诈行为作了禁止性规定,这是符合我国国情的。国外的票据法一般没有此类规定。此外,在票据法的法律责任中,还明确规定,对故意签发与其预留的本名签名式样或者印鉴不符的支票骗取财物的,属票据欺诈行为,依法追究刑事责任。需要特别指出的是,在执行这一规定时,应特别注意故意与过失的区别,如果出票人由于疏忽大意而签发了与预留的本名签名式样或者印鉴不一致的支票时,应给予批评教育。造成严重后果的可进行行政处分,但不得据此追究刑事责任。

二、支票出票人的付款责任

支票出票人出票后,基本与汇票出票人相同,出票人对持票人负有保证付款的责任。因为支票为见票即付证券,没有汇票的承兑制度,支票的付款人不承担绝对付款的责任,持票人在付款人处提示付款遭到拒绝后,可以请求出票人承担责任,支票出票人的担保付款责任,与汇票的承兑人,本票的出票人责任相同,是绝对的,最终的。不论是出于出票人签发空头支票,或签发与预留本名签名式样或者印鉴不一致的支票,或是其他原因支票付款人拒绝付款,持票人均可请求出票人承担付款责任。

依据票据法规定,支票的持票人应当自出票日起十日内提示付款;异地使用的支票,其提示期限由中国人民银行另行规定。超过提示付款期限的,付款人可以不予付款;付款人不予付款的,出票人仍应当对持票人承担票据责任。

三、支票付款人的付款责任

支票付款人的付款责任是相对的,如要求出票人在付款人处有足够的存款支付票据金额,对空头支票可以拒付;要求出票人的签章必须与预留本名签名式样或者印鉴一致,否则可以拒付;要求持票人在自出票日起十日内提示付款,超过提示付款期限的,付款人可以不予付款。值得注意的是,这里强调的是可以不予付款,而不是应当不予付款,言下之意,付款人可以研究是否付款。如果出票人在付款人处有足够的资金,并且其请求付款程序均符合法律规定,则付款人必须付款,并且是当日付款。支票是见票即付的票据,可“即付”的时间概念不是十分确定。票据法针对付款人故意拖延支付支票金额的现象,具体规定必须当日付款,这对无故占票压票以此无偿占用他人资金的行为是强有力的约束,并在票据法的法律责任中规定了相应的处罚条款。票据的付款人对见票即付或者到期的票据,故意压票,拖延支付的,由金融行政管理部门处以罚款,对直接责任人员给予行政处分。由于票据的付款人故意压票,拖延支付,给持票人造成损失的,依法承担赔偿责任。具体处罚标准和幅度,将在有关配套法规中作进一步具体规定。可见,我国票据法对故意拖延支付票据金额的,既规定了行政责任,又规定了民事责任。可以预见,待票据法实施后,我国压票,占票的现象一定会大有减少。

第五节 支票付款的效力

一、支票付款的效力

当支票的持票人向付款人提示付款时,如出票人在付款人处有足额存款或与付款人订有一定的透支合同,并且支票的出票人签名与留在付款人处的印鉴一致,支票背书连续时,付款人应当向持票人付款。付款人依法支付支票金额后,即发生下列效力:

(1)付款人对出票人不再承担受委托付款的责任。支票也和汇票一样,在出票人与付款人之间存在着资金关系。而且由于支票是支付证券,又是见票即付的证券,所以法律十分强调支票的资金关系。支票的资金关系主要通过两种合同来体现,一种是支票合同,一种是透支合同。所谓支票合同,是指出票人与银行或者其他金融机构之间,就出票人在该银行或者其他金融机构的存款,由出票人发行支票,由银行或者其他金融机构按支票所指示的金额从存款中支付的约定。在此合同中,出票人负有存入款项的义务,银行则负有按支票记载的文义付款的义务。所谓透支合同,也是出票人与银行或者其他金融机构之间的一种约定,即约定在出票人的存款不足以支付支票金额时,银行或其他金融机构在一定限额内予以垫付,以后由出票人偿还。以上两种合同,使出票人与付款人之间建立起委托付款的法律关系,即出票人委托付款人支付支票金额,付款人则承担受委托付款的责任。当付款人依法支付支票金额后,就履行了他对出票人所付的义务,自然,对出票人不再承担受委托付款的责任。

(2)付款人对持票人不再承担付款的责任。付款人依法支付支票金额后,有权要求持票人在票上记载“收讫”字样,并交出支票,使票据债务得以解除。

二、付款人以恶意或者有重大过失付款的责任

我国《票据法》中关于支票付款人的审查义务,准用第五十七条对汇票付款人的规定:“付款人及其代理付款人付款时,应当审查汇票背书的连续,并审查提示付款人的合法身份证明或者有效证件。付款人及其代理付款人以恶意或者有重大过失付款的,应当自行承担赔偿责任。”此外,因支票的出票人应在付款人处留有印鉴或者本名的签名式样,因此,支票付款人除审查背书是否连续,审查提示付款人的合法身份证明或者有效证件外,还应审查签名或者印鉴是否相符。根据以上这些规定,可以看出什么是支票付款人恶意、重大过失的行为。所谓恶意,是指付款人明知背书或其他签名为伪造,或明知持票人为非票据权利人,仍予以付款。所谓重大过失,是指付款人应当审查绝对记载事项是否记载完全,如不审查,对绝对记载事项未记载完全的无效支票仍予以付款;付款时应进行的一般调查,付款人如不予以调查而付款错误的,如:不核对签名或印鉴,而对签有与预留的签名式样不符或者对盖有非预留印鉴的票据进行付款的,都是重大过失。

第六节 我国银行结算中的支票结算

一、支票结算的特点

支票结算的特点概括起来说就是简便、灵活、迅速和可靠。所谓简便,是指使用支票办理结算手续简便,只要付款人在银行有足够的存款,它就可以签发支票给收款人,银行凭支票就可以办理款项的划拨或现金的支付。所谓灵活,是指按照规定,支票可以由付款人向收款人签发以直接办理结算,也可以由付款人出票委托银行主动付款给收款人,另外转帐支票在指定的城市中还可以背书转让。所谓迅速,是指使用支票办理结算,收款人将转帐支票和进帐单送交银行,一般当天或次日即可入帐,而使用现金支票当时即可取得现金。所谓可靠,是指银行严禁签发空头支票,各单位必须在银行存款余额内才能签发支票,因而收款人凭支票就能取得款项,一般是不存在得不到正常支付的情况。

二、支票结算的管理

由于支票是由付款人自行签发,可以向银行直接支取现金(现金支票),也可以凭支票直接向销货单位采购商品,具有方便灵活的特点,因而是同城结算中应用最广泛的一种结算方式,也是除现金以外最容易发生弊漏之处,如果管理和控制不严,极容易发生支票丢失、被盗、空头等情况,一旦被不法分子钻了空子,将给单位资金、财产带来严重损失。因此银行对使用支票办理结算具有严格的限制,各单位应当建立健全内部控制制度,加强对支票结算的管理。

(1)为了保证支票结算的正确有序进行,银行规定了使用支票的基本条件。

各类企业使用支票必须具备下列条件:

- ①有工商行政管理部门颁发的营业执照;
- ②在银行存款帐户有一定数量的、可以支配使用的自有流动资金,实行独立经济核算,具有法人资格;

- ③有财务会计制度和专职财会人员。

机关、团体和事业单位使用支票必须具备下列条件:

- ①有一定数量的资金来源;
- ②实行独立的会计核算,并且具有法人资格;
- ③有财务会计制度和专职财会人员。

个体经济户使用支票必须具备下列条件:

- ①在县级(城市区级)及其以上工商行政管理部门登记,并发有营业执照;
- ②有固定营业门面和加工场所;
- ③确有转帐结算必要的;
- ④在银行开立帐户,帐户上保持一定的余额。

(2)为了避免发生丢失、被盗、空头等情况,防止由于管理不善而给单位带来经济损失,各单位应建立健全支票结算的内部控制制度,加强对支票结算的管理和控制,具体包括:

①支票的管理由财务部门负责,指定的出纳员专门负责,妥善保管,严防丢失、被盗。

②为安全起见,支票和预留银行印鉴、支票密码单应分别存放、专人保管。

③有关部门和人员领用支票一般必须填制专门的“支票领用单”,说明领用支票的用途、日期、金额,由经办人员签章,经有关领导批准。

④支票由指定的出纳员专签。出纳员根据经领导批准的“支票领用单”按照规定要求签发支票,并在支票签发登记簿上加登记。

⑤各单位不准携带盖好印鉴的空白支票外出采购。如果采购金额事先难以确定,实际情况又需用空白转帐支票结算时,经单位领导同意后,出纳员可签发具有下列内容的空白支票:定时(填写好支票日期)、定点(填写好收款单位)、定用途(填写好支票用途)、限金额(在支票的右上角再加注“限额××元”字样)。各单位签发空白支票要设置“空白支票签发登记簿”,实行空白支票领用销号制度,以严格控制空白支票的签发。“空白支票签发登记簿”一般应包括以下内容:领用日期、支票号码、领用人、用途、收款单位、限额、批准人、销号。领用人领用支票时要在登记簿“领用人”栏签名或盖章;领用人将支票的存根或未使用的支票交回时,应在登记簿“销号”栏销号并注明销号日期。“空白支票签发登记簿”的基本格式如表 13.5.1。

表 13.5.1 空白支票签发登记簿

单位:

19 年

领用日期		支票 号码	领用人	用途	收款 单位	限 额	批准人	销 号		
月	日							日期		✓
								月	日	

⑥建立、健全支票报帐制度。单位内部领用支票的有关部门和人员应按规定及时报帐,遇有特殊情况与单位财务部门及时取得联系,以便财务部门能掌握支票的使用情况,合理地安排使用资金。

⑦为避免签发空头支票,各单位财务部门要定期与开户银行核对往来帐,了解未达帐项情况,准确掌握和控制其银行存款余额,从而为合理地安排生产经营等各项业务提供决策信息。

⑧为避免收受空头支票和无效支票,各单位应建立收受支票的审查制度。为防止发生诈骗和冒领,收款单位一般应规定必须收到支票几天(如三天、五天)后才能发货,以便有足

够的时间将收受的支票提交银行,办妥收帐手续。遇例假日相应推后发货时间,以防不法分子利用假日银行休息无法办妥收帐手续进行诈骗。

⑨一旦发生支票遗失,立即向银行办理挂失或者请求银行和收款单位协助防范。

三、支票结算的基本步骤

1. 支票的领用

各单位需要领用支票,出纳员应按规定填制一式三联“空白重要凭证领用单”,在第一联上加盖预留银行印鉴,送银行办理。银行核对印鉴相符后,按照规定收取工本费和手续费后,在“重要空白凭证登记簿”上注明领用日期、领用单位、支票起讫号码、密码号码等,出售支票。银行在出售支票的同时,打印支票的密码号二张,一张给领用支票单位,另一张留银行备查,以便办理结算时进行核对。

按照规定,银行出售支票每个帐户只准一次一本,业务量大的可适当放宽。出售时每张支票上加盖银行名称和签发人帐号。

各单位因撤销、合并或其他原因结清帐户时,应将剩余未用的空白支票全部交回银行,由银行切角作废。

各单位在领取支票时,银行除按规定收取工本费外,还一次性收取办理支票业务的手续费(按照现行规定为每笔二角)。单位财务部门应根据银行收费收据编制银行存款或现金付款凭证,其会计分录为:

借:财务费用

贷:银行存款(或现金)

2. 支票的签发

(1) 现金支票的签发。

按照银行结算办法和现金管理暂行条例的规定,凡是在银行和其他金融机构开立帐户的企业、事业单位和机关、团体、部队及其他单位,只能在允许使用现金的范围内签发现金支票。出纳员在签发现金支票时,应按照规定认真填写签发日期、收款人、人民币大小写、支票号码、款项用途和支票密码等项目。其中,签发日期应填写实际签发支票的日期,不得漏填或预填日期。“收款人”栏,一定要写明收款单位或收款人。收款人可以是本单位,可以是外单位,也可以是本单位的附属机构或个人。收款人应在支票存根联签名或盖章。大小写人民币金额必须填写一致、完整,不得涂改,在小写金额前,应填写人民币符号“¥”,大小写金额和收款人三个栏目如有填错,应重新签发。其他栏目填错,可由签发人在改正处加盖预留银行印鉴之一证明。“用途”栏要实事求是填列,不得巧立名目套取现金。“密码号”栏应按照银行提供的密码单填写。“签发人盖章”处应将预留银行印鉴加盖齐全。

现金支票的基本格式见附录。

如果单位签发现金支票到银行提取现金以发放工资或补充库存现金,则应在“收款人”栏填写本单位名称,并在支票背面加盖预留银行印鉴或单位公章,然后即可到银行取款。财务部门根据现金支票存根编制银行存款付款凭证,其会计分录为:

借:现金

贷:银行存款

如果单位签发现金支票给其他单位和个人,则应在“收款人”栏填写收款单位或个人的名称,并要求其在现金支票存根联上签字或盖章。收款单位或个人在现金支票背面签章,并持证件到银行取款。财务部门根据现金支票存根和其他原始凭证编制现金付款凭证,其会计分录为:

借:材料采购等

贷:现金

(2) 转帐支票的签发。

出纳员签发转帐支票,首先应查验本单位银行存款帐户是否有足够的存款余额,以免签发空头支票,然后再按规定要求签发转帐支票。转帐支票的基本格式见本篇第八章。转帐支票签发的要求与现金支票的签发基本相同。单位签发的转帐支票可以持向本单位开户银行将款项支付给收款人,也可以将支票交给收款人由其办理结算。财务部门凭支票存根和发票等有关原始凭证编制银行存款付款凭证,其会计分录为:

借:材料采购等

贷:银行存款

3. 支票的使用

(1) 现金支票的使用。

按照规定,现金支票可以到银行支取现金,也可以转帐。

签发单位签发现金支票后,可以直接凭支票到本单位开户银行提取现金,也可以将现金支票交给收款单位或个人,由其持支票到付款单位开户银行提取现金。收款单位或个人收到现金支票后同样应对支票进行审查,审查内容与转帐支票相同。审查无误后在支票背后签字或加盖本单位(或本人)印章,并携带本人身份证件,直接到签发单位开户银行提取现金。如果收款人以现金支票办理转帐的,按转帐支票手续处理。

现金支票提取现金的结算程序如图 13.5.1 所示。



图 13.5.1 现金支票提取现金的结算程序图

(2) 转帐支票的使用。

如上所述,签发人签发转帐支票可以将转帐支票交给收款单位办理结算,也可以持向开户银行将款项直接划拨给收款单位。收款单位出纳员收到付款单位交来的支票后,首先应对支票进行审查,以免收进假支票或无效支票。对支票的审查应包括如下内容:

- ① 支票填写是否清晰,是否用墨汁或碳素墨水填写;
- ② 支票的各项内容是否填写齐全,是否在签发单位盖章处加盖单位印鉴,大小写金额和收款人有无涂改,其他内容如有改动是否加盖了预期银行印鉴;
- ③ 支票收款单位是否为本单位;
- ④ 支票大小写金额填写是否正确,两者是否相符;
- ⑤ 支票是否在付款期内;
- ⑥ 背书转让的支票其背书是否正确,是否连续。

收款单位出纳员对受理的转帐支票审查无误后,即可填制一式两联进帐单,连同支票一并送交其开户银行。开户银行收到收款单位送来的转帐支票和进帐单以后,应对其进行认真的审查,审查包括支票和进帐单填写的内容是否正确,支票与进帐单的金额是否相符,大小写金额是否一致,支票是否在付款期内等。如果收款单位和付款单位在同一银行开户,则银行可进一步审查支票印鉴是否与预留银行印鉴相符,付款人帐户是否有足够的款项用于支付等,审核无误后即可在进帐单第一联上加盖“转讫”章退回收款单位。如果收款单位和付款单位不在同一银行开户,则收款单位开户银行则通过票据交换将支票和进帐单送付款单位开户银行,由其审查印鉴是否正确,付款人帐户有无足够款项支付等,审查无误后办理转帐。收款单位开户银行在进帐单和支票上加盖“转讫”章,将进帐单第一联退还收款单位。收款单位根据银行盖章退回的进帐单第一联编制银行存款收款凭证,其会计分录为:

借:银行存款

贷:产品销售收入(或商品销售收入等)

付款单位签发支票直接送开户银行办理款项划拨的,财务部门应填制一式两联进帐单,在进帐单上,本单位为付款人,对方单位为收款人。填制完后连同转帐支票一并送本单位开户银行。银行接到转帐支票和进帐单后按规定进行审查,审查无误后在支票和两联进帐单上加盖“转讫”章,将进帐单第一联作为收帐通知送收款单位,收款单位收到银行转来的进帐单第一联后,编制银行存款收款凭证,其会计分录同上。

收付款双方在同一行处开户时,转帐支票结算程序如图 13.5.2 所示。

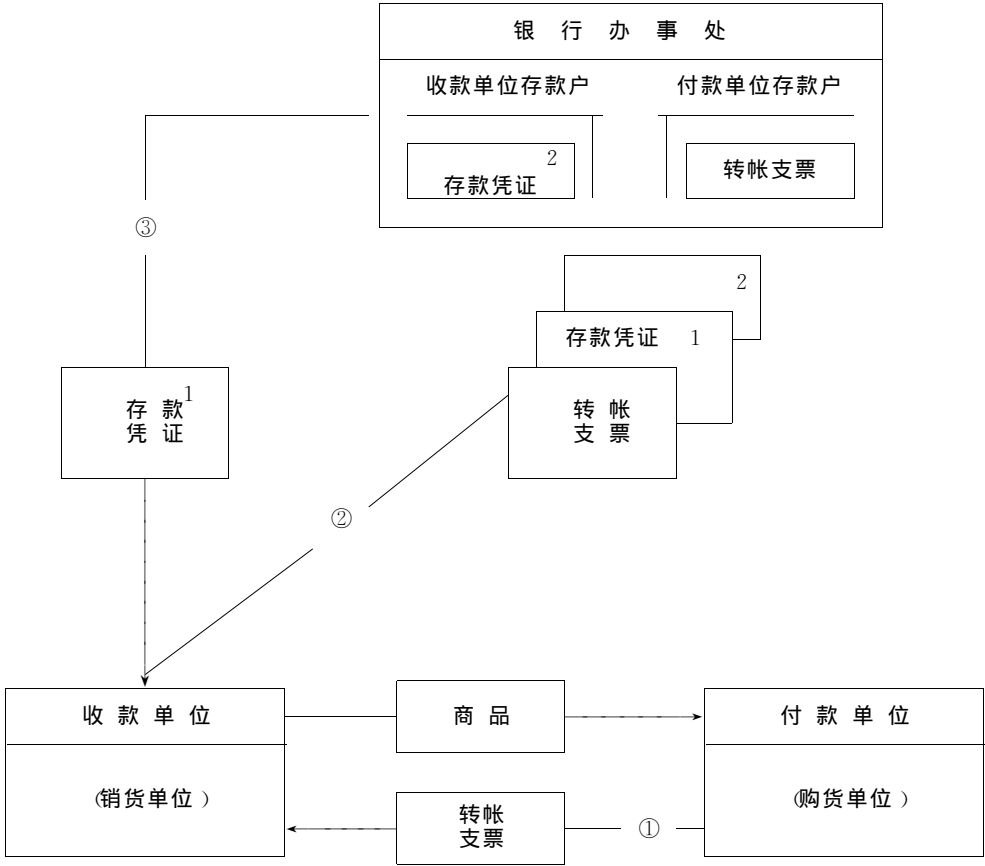


图 13.5.2 转帐支票结算方式凭证传递程序图

说明：①付款单位开出转帐支票，送到收款单位；
②收款单位将款项存到开户行；
③收款单位开户行受理后，将收、付款双方存款帐户结算清楚。

收付款双方不在同一行处开户时，转帐支票结算程序如图 13.5.3 所示。

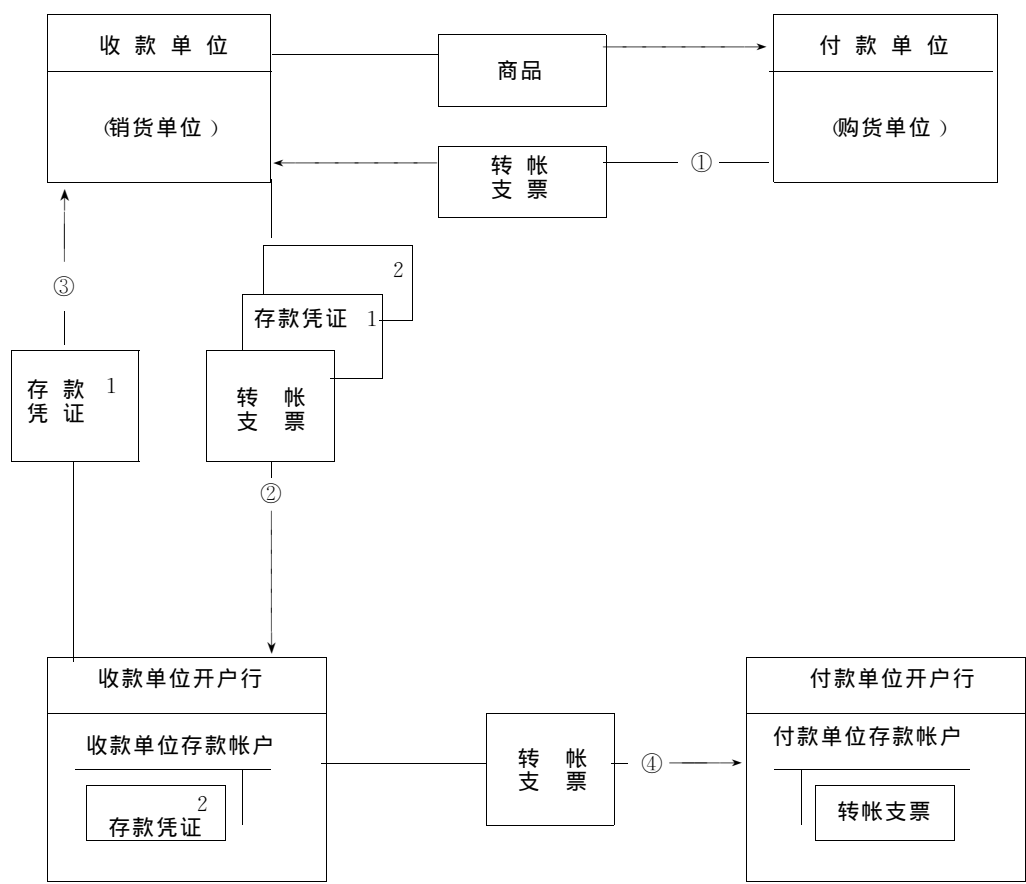


图 13.5.3 转帐支票结算方式凭证传递程序图

说明：①付款单位开出转帐支票，送到收款单位。
②收款单位将款项存入开户行。
③收款单位开户行受理。
④收款单位开户行，按照银行内部规定的交换时间和地点到交换处交换同城结算凭证，待票证交换后二小时，记收款单位存款增加；付款单位开户行，通过交换处取回转帐支票，记付款单位存款减少。

转帐支票由收款人提交银行的结算程序如图 13.5.4 所示。

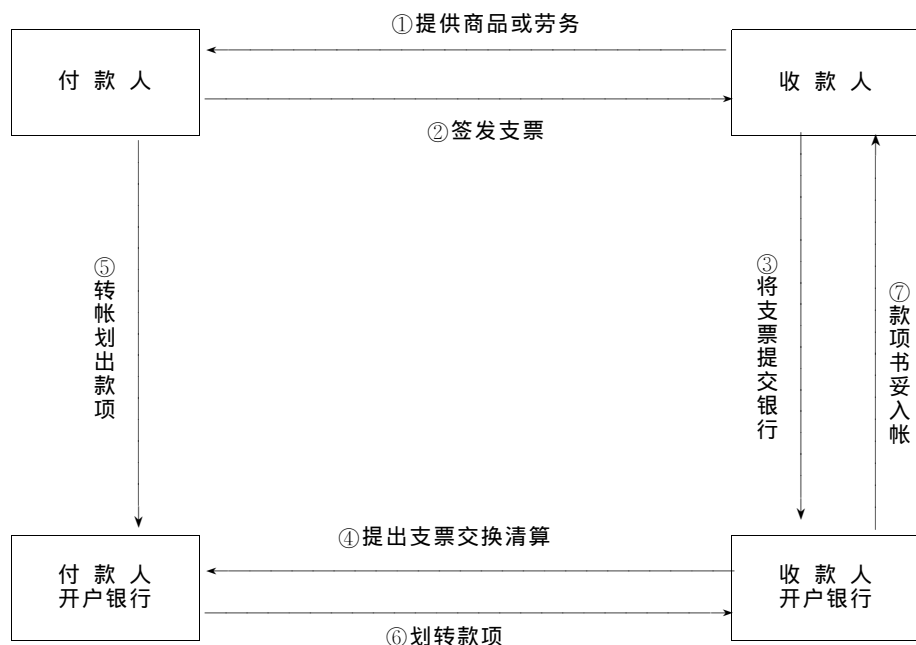


图 13.5.4

转帐支票由付款人提交开户银行的结算程序如图 13.5.5 所示。

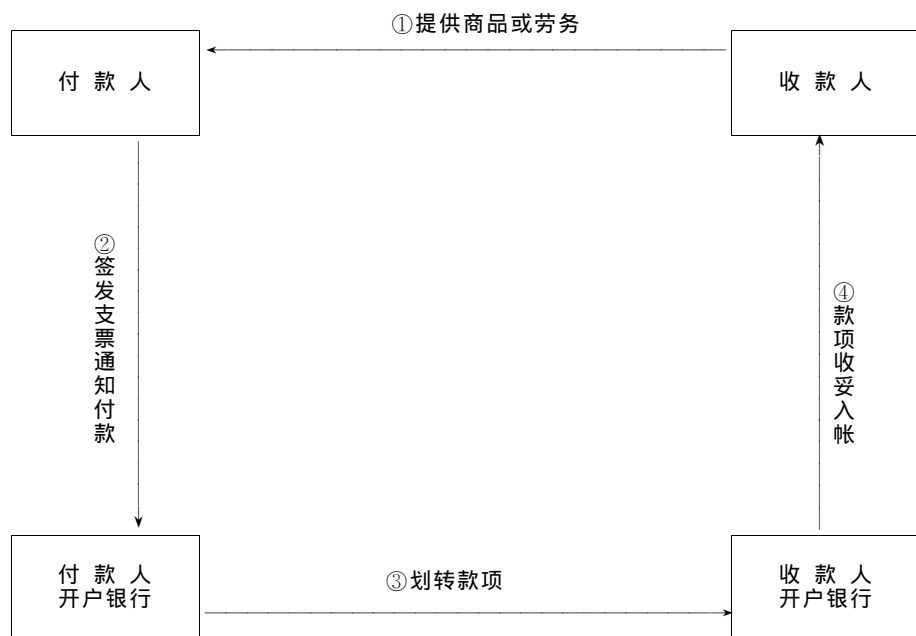


图 13.5.5

4. 定额支票的签发和使用

农副产品收购单位如在收购时需要使用定额支票的,应匡计需要数量,签发支款凭证,并加盖预留银行印鉴,要求开户银行签发定额支票。开户银行收到收购单位的支款凭证后,审查支款凭证的内容是否正确,印鉴是否相符,审查无误后配发同等金额的定额支票,并逐张加盖业务用公章和大写签发日期,将定额支票交给收购单位,并当面点清。

收购单位在定额支票有效期内可凭定额支票向农户进行采购。收购单位对超过结算期未用完的定额支票应及时交还银行,银行将相同金额的资金转入收购单位帐户。

商业、供销等部门在向农户销售商品时收进的定额支票,应在背面加盖预留银行印鉴,及时送开户银行办理转帐。银行对商业、供销、税务等部门送交的定额支票,不支付现金,超过结算期的不计付利息。

四、银行退票和罚款

如前所述,银行对于签发人或收款人提交的现金支票和转帐支票必须进行审查,对于付款单位存款数额不足以支付票款(空头支票)或者支票填写不合规定等情况,银行将按规定予以退票。所谓退票就是指银行认为该支票的款项不能进入收款人帐户而将支票退回。银行将出具“退票理由书”,连同支票和进帐单一起退给签发人或收款人。“退票理由书”的基本格式如表 13.5.2 所示。

表 13.5.2 退票理由书

年 月 日

出票单位_____

票据号码_____

项目	内容	退票理由(打√号)
帐户款项 不 足	1. 存款不足	
	2. 超过放款批准额度或经费限额	
内容填写	3. 非用墨汁或炭素墨水填写	
	4. 金额大小写不全、不清楚	
	5. 未填写收款单位或收款人	
	6. 未填写款项用途或用途填写不明	
	7. 按照国家政策规定不能支付的款项	
日期	8. 出票日期已过有效期限	
	9. 非即期支票	
背书签字	10. 背票人签章不清、不全、空白	
	11. 背票人签章与预留银行印鉴不符	

涂改	12. 支票大小写金额和收款人名称涂改	
	13. 日期、帐号等涂改处未盖预留银行印鉴证明	
其它	14. 此户已结清,无此帐户	
	15. 已经出票人申请止付	
	16. 非本行承付支票	
	17. 非该户领用此支票	

银行盖章:

如果银行退票是由于签发人签发空头支票或者签发不规范,如缺乏印鉴、缺乏密码、帐号错误、密码错误、印鉴不符、帐号帐户不符等,银行按规定对签发人给予处罚。付款人据此应编制银行存款付款凭证,其会计分录为:

借:营业外支出

贷:银行存款

五、支票和印章遗失的处理和印鉴的更换

已签发的现金支票如有遗失,可以向银行申请挂失。转帐支票如有遗失,银行不受理挂失,可向收款人和银行请求协助防范。付款人将已签发的各栏内容齐全的支票遗失,应出具公函或有关证明,并填写两联挂失申请书,向开户银行申请挂失止付。银行查时支票确未支付,经收取一定的挂失手续费后受理挂失,在挂失人帐户帐首用红笔注明“×年×月×日第×号支票挂失止付”字样。收款人将收受的现金支票挂失申请书经付款人盖章证明后,到付款人开户银行申请挂失止付,其他手续同上。

对遗失的支票超过原签发日的有效期或挂失前已经支付,银行不受理挂失。对银行不受挂失的支票,所发生的一切责任和损失均由遗失单位负责。

存款人预留银行的印鉴中的印章遗失时,应出具公函填写更换印鉴申请书,并将未用完的空白支票交还开户银行,由开户银行办理挂失手续。遗失人名章或签名的由开户单位备函证明,遗失公章的由上级主管单位备函证明;个体经济户或个人的印章遗失,取得有关证明,经银行同意后办理更换印鉴手续。但更换的印鉴形状必须与原印鉴有明显的区别。

对正常的更换印鉴,如日久磨损、改变名称、人员调动等,填写更换印鉴申请书,经银行审查同意后,存款人将原印鉴盖在新印鉴卡背面,新印鉴盖正面,并注明启用日期即可。存款人交回空白支票。已签发的支票在更换印鉴前仍然有效。

第六章 票据诈骗及其防范

第一节 票据诈骗

一、伪造票据

伪造票据是假冒出票人名义签发票据的行为。所谓假冒出票人名义,往往表现为虚构一个并不存在的人,或假托一个已死亡的人,或假冒他人签名、印章等。

例如,某省一公司向当地银行提示印尼某银行本票一张,金额为 500 万美金,公司请求贴现。银行当即发电传致出票行,要求证实真伪。先后收到两份回复电传。前份称该票是真实的,出票人保证到期付款。而后份则称该本票为伪造假票,票面上签字姓名及地址错误。据分析,此案多半是出票行内部人员假冒有权签字人的签字,企图骗取我公司货物。否则,我国内银行发出的查询电不会被截获。

伪造票据是票据诈骗中数量较多,危害极大的一种。其标的主要是票款、票据收款人的货物、样品以及银行的资金融通。所利用的被害要因主要是收款人坚信银行信用优于商业信用的心理,急于扩大销售的心理,企业对票据的知识了解不多,以为见票即见钱,轻易发货。

二、变造票据

变造票据是在有效票据上,非法变更票据上签名以外的记载内容的行为。作为票据诈骗的一种形式,变造票据的常见表现形式是非法变更票据上的金额。

例如,来自香港的一些行骗者利用星期六下午香港银行不上班,大陆银行无法立即与出票行取得联系以证实其票据真伪的机会,把预先准备好的小金额票据涂改成大金额票据,然后要求以一手交票,一手交货的方式进行交易,以达到行骗目的。

变造的票据和伪造的票据通常都被叫做假票,但制作这两种假票的行为在几个方面有所不同:第一,伪造票据的行为人所扮演的是出票人的角色,而变造票据的行为人所扮演的是收款人、持票人的角色。第二,在行为上,伪造票据是非法的原始创设票据的行为,而变造票据是没有合法变更票据文义权限的人非法更改票据文义的行为。第三,两种行为对进入该票据关系的其他合法关系人所造成的危害不同。因为依照票据行为独立性原则,当同一票据上有数个票据行为时,伪造票据上的其他真实签名人不论签名于票据的伪造之前或之

后,均应对自己所为票据行为负责,而变造票据上的其他真实签名人只对票据被非法变造之前的自己的票据行为负责。即,伪造票据的被害人可能比变造票据的被害人受更大的损失。

三、盗窃票据

盗窃票据是盗取有效票据后,向该票据付款人非法提示票据的行为。所谓提示是指,持票人将票据提交给付款人要求承兑或付款的票据行为。在票据诈骗中,常见的方式是盗窃旅行支票假冒“复签”后冒领票款的行为。此外,盗取空白汇票后骗取巨额外汇的行为也属于这种形式的票据诈骗。

四、空头支票

空头支票是支票金额超出其银行存款帐户余额或透支额度而不能兑付的支票。与空头支票相关的票据诈骗有四种形式:

(1)签发远期支票。远期支票是旨在套取银行信用,延长提示付款期限,以尚未到来的日期为出票日期的支票。由于对银行来说,支票限于见票即付,所以,签发远期支票的结果之一是,当远期支票的持票人于票载日期前提示支票请求付款时,往往因出票人存款不足或根本没有存款而遭拒付,实际上变成了空头支票。为此,那些承认远期支票的地方为制止空头支票而规定,于票载出票日期前提示支票请求付款的行为为犯罪,结果反而助长了空头支票的签发。因此,包括我国在内的多数国家都规定只许签发即期支票,不许签发远期支票。承认远期支票,无异于承认以空头支票行骗的行为。

(2)签发空头支票。指合法的出票人签发其金额超出存款帐户余额或透支额度的不能兑付支票的非法票据行为。用空头支票行骗的特征,主要表现为利用收款人坚信银行信用且急于脱手货物换回货款的心理和轻信出票人资信的侥幸心理,采取要求空运货物凭空运提单托收款项或先发货随后汇款的手段,骗取收款人的财产。因此,签发空头支票的行为是一种套取银行信用,扰乱金融秩序,欺骗收款人的诈骗行为。

(3)滥用作废支票。作废支票是以过期作废支票提示取现,充做抵押或其他交易筹码的票据诈骗行为。用这种支票行骗,实际上是以其余额为零的支票行骗。所以,也可视为一种特殊的空头支票诈骗。例如,1992年,国内好几家银行先后遇到持票人持由蒋孝全签发的巨额支票要求兑现的案件。其中,既有善意持票人,也有恶意持票人。现已查明,行骗人是一广东无业游民及两名港客,声称自己是蒋经国的私生子蒋孝全,为发展祖国经济偷渡来大陆引进资金。所持支票是早已作废3年的港基国际银行有限公司支票,企图骗取票款和其他受害者的钱财。这种形式的诈骗案件实际上兼有伪造票据的行为,其危害蔓延快,范围大,主观上极为恶劣,应是当前金融诈骗防范的重点。

(4)贩卖支票。指贩卖空白支票骗取财产的一种票据诈骗行为。例如,台湾某犯罪团伙先低价收买他人身份证、印章等,以这些章证的名义在银行开户,领取空白支票。先互开小额支票,交互兑现,以培植信用。然后领取更多的空白支票,以高价出售,谋取暴利。贩卖支票行为的直接标的是购买者的钱财,而且被出售的空白支票最终不能兑现,必遭退票,但往往由购买者任意填写金额,进入流通,严重扰乱金融秩序,降低票据交易的安全性。因此,金

融、司法部门应对其警惕。

五、骗取票据

在票据诈骗的前四种形式中,行骗人都是以票行骗,票据是行骗的工具。而在骗取票据中,票据则是行骗的标的。所谓骗取票据是指,以虚构事实的方法,使出票人基于错误认识而实施出票行为的票据诈骗行为。

例如,1989年,甲企业资金周转困难,听说乙企业有200万元可借,条件是银行开出承兑汇票作信用担保。为满足借款条件,当地政府出面协商,某银行开出了金额为200万元,收款人为乙企业的承兑汇票。出票后,乙企业的借款仍不到位。经查,发现乙企业实际上无款可借,而是用此汇票向其他银行贴现转借,从中渔利,但贴现未成。此时,丙企业得知消息,主动找到乙企业,说自己有钱可贴现。待乙企业将此汇票交丙企业后,丙企业并未将款项汇给乙企业,具体经办人员也去向不明。其实,丙企业已将此汇票抵押于另一银行,开出四张承兑汇票。其中,35.5万元开给乙企业,9.5万元扣除了乙企业的欠款,其余155万元均被丙企业占用,分别用于购货和还债。

第二节 票据诈骗的防范

一、假票的制造与识别

伪造或变造的假票是诈骗犯进行票据诈骗的主要工具。为了得到以假乱真的效果,骗犯采取的主要手段有:

印刷。其具体手段有手工刻板印刷、铅字排版印刷、誊写后彩色套印、以转写墨研成的墨汁手工石版印刷、照相腐蚀制版印刷等。

描绘。即经复印或针刺孔定位后,用水溶性颜料仿照法定票据的图样规格加以描绘。

涂改、剪贴。即以原票据为基础,用涂改、擦消、修描、挖补等手段改变原票据的期限、金额、签章等内容。

随着现代科技的发展,以印刷法制造的假票据变得更为常见且难以鉴别。

除了对假票制造手段的一般了解以外,更重要的是知道如何鉴别假票。其中,由于比较直观,以描绘、涂改、剪贴等方法制造的假票,比较容易识别。而采用印刷方法制造的假票,识别起来则有一定难度。行家认为,比较检验,是比较可靠的方法之一。

首先,应对印刷特征进行比较检验。所谓印刷特征包括印刷的版型、版面的内容、版面的尺寸、图文相对位置、图文细节、图文暗记特征等。比如,从印刷的版型来说,采用凸版,或平版,或凹版,或孔版印制的票据,其墨渍、纸面压痕、脏版现象,都会有所不同。可以比较肯定地说,如果版型不同,所检验的可疑票据一定不是真票。再比如,从图文相对位置来看,如果真票中图案、花纹、水纹、文字之间的距离、角度等与要检验的可疑票据中图案、花纹、文字之间的距离、角度之间有不一致,即可认定为假票。应当说明,图文暗记特征的确是

识别假票的主要标记,但不是唯一标记。因为,暗记一旦为世人所知,就无所谓明暗,同样可以仿造。如果仅以暗记特征为唯一的识别依据,就可能使骗犯得逞。

第二,除印刷特征外,票据印刷材料的检验,也是识别假票的一个重要途径。为了防止假冒,法定票据在印刷过程中都采用特别配方的油墨和纸张。只要该配方没有泄露,一般来说,骗犯不可能以完全相同的油墨和纸张制造假票。因此,在没有专用仪器设备的情况下,可以在紫外线灯、兰光灯下比对真票据与所检验票据上油墨的荧光现象是否一致。只要有较大程度上的不同,一般情况下可怀疑为假票。还可以用清水或酒精滴于所检验票据的某一局部,如果该局部的颜色很快发生溶解,说明该票的印刷材料根本不是油墨而是水溶性颜料,可怀疑为假票。此外,还可以从纸张的质地、色泽、厚度、水纹、裁切等方面鉴别所检验票据与真票据之间的异同。

二、伪造印章印文的特征与识别

公章、专用章、个人名章,在银行各项业务活动中的使用十分普遍。票据、结算凭证、会计凭证、储蓄凭证、资信文件、商业合同等等,都离不开印章印文。因此,绝大多数金融诈骗行为也离不开印章印文的伪造。

同一认定是印文检验、核对的主要目的,而比较法是对不同印文进行同一认定的主要途径。

比较合法印章的印文与所检验的可疑印文是否出于同一枚印章,首先应比对两者的规格性特征。如果两个印文的规格性特征具有明显的不同,则两个印文肯定不是出于同一枚印章。印文的规格性特征主要包括以下要素:

- ① 印文内容,即印文文字、图案内容。
- ② 印文形状,是圆形、椭圆形、方形、长方形、还是菱形。
- ③ 印文尺寸。
- ④ 印文内容布局,是环状、横排、还是竖排;是从左到右还是从右到左。
- ⑤ 印文边框,是单边还是双边;是粗边还是细边。
- ⑥ 印文字体,是楷、宋、仿宋、隶、篆还是行;是简体还是繁体。

在大多数情况下,骗犯不至于愚蠢到伪造的印章印文在规格性特征上露出破绽。因此,对印文比对来说,更重要的是看印文的细节特征:

- ① 字间距、图文间距,即字与字之间、字与边框之间、字与图之间的相对位置及距离。
- ② 线条相交位置,即笔画、线条之间交叉、连接、搭配的部位。
- ③ 相邻笔画、线条的比例,包括长短、粗细的比例关系。
- ④ 相邻笔画、线条之间的角度。
- ⑤ 印文其他形态,即笔画、线条的粗细变化、弧度变化、缺损、附着物痕迹、暗记等特征。

如果相比对的两个印文在规格性特征上相一致,在细节特征上也看不出十分明显的差异,是否就能肯定出于同一印章呢?不一定。从某种意义上说,印文真伪判定的肯定性程度,要低于指纹等同一认定结论的肯定性程度。这有几方面的原因:

- ① 上述印文的两类特征都可以视为印文的结构特征。换句话说,印文检验的主要依

据就是出于同一印章的印文,应当具有相同的结构性特征。目前,用特征标志法、测量比较法、画线比较法、拼接比较法、重叠比较法等方法检验印文的真伪,就是依据这一原理。

但是,从伪造印章印文的方法手段来看,雕刻法和描绘法不是伪造的唯一方法。雕刻法伪造印章,就是照着真印文再雕刻一枚印章。描绘法伪造印文,就是将伪造的文件覆盖在真印文上透光描绘;或将真印文覆盖在伪造文件上,造成压痕后加以描绘;或将真假文件之间放入复写纸,描出轮廓后再用所需颜色加以描绘。

这些方法的共同特征就是都难免留下手工痕迹。不要说不同人刻制的印章很难完全一样,就连同一人在不同时间刻制的两枚印章也不可能绝对一样。因此,对以这些手段伪造的印文进行比对,比较容易作出结论,真印文与所检验的印文是否出于同一枚印章。问题在于,伪造印章印文的方法决非这两种。例如,照相制版法、复印法等方法伪造的印文,仅仅靠结构性特征的识别,就不容易发现其中有诈。

照相制版方法伪造印文和复印法伪造印文,在内容、形状、尺寸、布局、连框、字体、图文间距、线条比例、角度、弧度、粗细等方面,甚至暗记、缺损等特征,都与真印文之间无明显差异。因此,除了比对不同印文之间的结构性特征外,还应检验可疑印文的其他特征。

例如,如果是照相制版伪造的印文,纸面上就没有凹入的压痕,印文化学物质成分也不是印泥、印油。如果是复印法伪造的印文,纸面上也没有印章的压痕,甚至还会表现为印文的反象,或留有蜡屑。总之,印文的检验,不能满足于结构性特征的比对。

② 以上叙述还有一个潜在的前提,即认为只要同一枚印章(真印章)在任何情况下都应当留下相同的印文。其实,这样说在大多数情况下可以,但没有考虑到印文本身的变化这个因素。加上这个因素后,不仅结构性特征相同的两个印文也可能出自一真一伪两枚不同印章,而且一些特征看上去不同的印文,也可能是出于同一印章。这就使印章印文的鉴别变得更为复杂。

首先,受材料、外界温度、湿度等因素的影响,印章本身的尺寸、形状会发生一定程度上的变化。第二,盖印时按压力的大小、偏斜,也会出现不同效果。第三,盖印时所用颜料的成分、多少、衬垫物的不同,也会使同一印章留下不同印文。第四,作为比对依据的真印文,随着时间、温度、湿度、折叠等因素的变化影响,有可能发生变化。

如果忽视这些因素,就无法肯定不同印文之间的差异是本质差异还是非本质差异,可能将真印文误认为假印文,影响到正常融资业务活动的效率。这也正是要求对印文进行综合性评判的重要原因。

对印文进行综合性评判,首先要求检验人员时刻保持高度的防伪意识和敬业精神,不轻易放过任何可疑点。第二,全面熟悉伪造印章、印文的各种方法手段,不以结构性特征的同一为识别真伪的唯一标准。第三,坚持各种检验手段的综合运用。第四,在不断总结经验的基础上,积极利用各种可能的现代科技手段,开发出技术含量较高的专门检验设备,尽量减少检验工作对具体检验人员经验因素的依赖。

附录 中华人民共和国票据法

(1995 年 5 月 10 日第八届全国人民代表大会常务委员会第十三次会议通过)

第一章 总 则

第一条 为了规范票据行为,保障票据活动中当事人的合法权益,维护社会经济秩序,促进社会主义市场经济的发展,制定本法。

第二条 在中华人民共和国境内的票据活动,适用本法。

本法所称票据,是指汇票、本票和支票。

第三条 票据活动应当遵守法律、行政法规,不得损害社会公共利益。

第四条 票据出票人制作票据,应当按照法定条件在票据上签章,并按照所记载的事项承担票据责任。

持票人行使票据权利,应当按照法定程序在票据上签章,并出示票据。

其他票据债务人在票据上签章的,按照票据所记载的事项承担票据责任。

本法所称票据权利,是指持票人向票据债务人请求支付票据金额的权利,包括付款请求权和追索权。

本法所称票据责任,是指票据债务人向持票人支付票据金额的义务。

第五条 票据当事人可以委托其代理人在票据上签章,并应当在票据上表明其代理关系。

没有代理权而以代理人名义在票据上签章的,应当由签章人承担票据责任;代理人超越代理权限的,应当就其超越权限的部分承担票据责任。

第六条 无民事行为能力人或者限制民事行为能力人在票据上签章的,其签章无效,但是不影响其他签章的效力。

第七条 票据上的签章,为签名、盖章或者签名加盖章。

法人和其他使用票据的单位在票据上的签章,为该法人或者该单位的盖章加其法定代表人或者其授权的代理人的签章。

在票据上的签名,应当为该当事人的本名。

第八条 票据金额以中文大写和数码同时记载,二者必须一致,二者不一致的,票据无效。

第九条 票据上的记载事项必须符合本法的规定。

票据金额、日期、收款人名称不得更改,更改的票据无效。

对票据上的其他记载事项,原记载人可以更改,更改时应当由原记载人签章证明。

第十条 票据的签发、取得和转让,应当遵循诚实信用的原则,具有真实的交易关系和债权债务关系。

票据的取得,必须给付对价,即应当给付票据双方当事人认可的相应对应的代价。

第十一条 因税收、继承、赠与可以依法无偿取得票据的,不受给付对价的限制。但是,所享有的票据权利不得优于其前手的权利。

前手是指在票据签章人或者持票人之前签章的其他票据债务人。

第十二条 以欺诈、偷盗或者胁迫等手段取得票据的,或者明知有前列情形,出于恶意取得票据的,不得享有票据权利。

持票人因重大过失取得不符合本法规定的票据的,也不得享有票据权利。

第十三条 票据债务人不得以自己与出票人或者与持票人的前手之间的抗辩事由,对抗持票人。但是,持票人明知存在抗辩事由而取得票据的除外。

票据债务人可以对不履行约定义务的与自己有直接债权债务关系的持票人,进行抗辩。

本法所称抗辩,是指票据债务人根据本法规定对票据债权人拒绝履行义务的行为。

第十四条 票据上的记载事项应当真实,不得伪造、变造。伪造、变造票据上的签章和其他记载事项的,应当承担法律责任。

票据上有伪造、变造的签章的,不影响票据上其他真实签章的效力。

票据上其他记载事项被变造的,在变造之前签章的人,对原记载事项负责;在变造之后签章的人,对变造之后的记载事项负责;不能辨别是在票据被变造之前或者之后签章的,视同在变造之前签章。

第十五条 票据丧失,失票人可以及时通知票据的付款人挂失止付,但是,未记载付款人或者无法确定付款人及其代理付款人的票据除外。

收到挂失止付通知的付款人,应当暂停支付。

失票人应当在通知挂失止付后 3 日内,也可以在票据丧失后,依法向人民法院申请公示催告,或者向人民法院提起诉讼。

第十六条 持票人对票据债务人行使票据权利,或者保全票据权利,应当在票据当事人的营业场所和营业时间内进行,票据当事人无营业场所的,应当在其住所进行。

第十七条 票据权利在下列期限内不行使而消灭:

(一)持票人对票据的出票人和承兑人的权利,自票据到期日起 2 年。见票即付的汇票、本票,自出票日起 2 年;

(二)持票人对支票出票人的权利,自出票日起 6 个月;

(三)持票人对前手的追索权,自被拒绝承兑或者被拒绝付款之日起 6 个月;

(四)持票人对前手的再追索权,自清偿日或者被提起诉讼之日起 3 个月。

票据的出票日、到期日由票据当事人依法确定。

第十八条 持票人因超过票据权利时效或者因票据记载事项欠缺而丧失票据权利的,仍享有民事权利,可以请求出票人或者承兑人返还其与未支付的票据金额相当的利益。

第二章 汇 票

第一节 出 票

第十九条 汇票是出票人签发的,委托付款人在见票时或者在指定日期无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。

汇票分为银行汇票和商业汇票。

第二十条 出票是指出票人签发票据并将其交付给收款人的票据行为。

第二十一条 汇票的出票人必须与付款人具有真实的委托付款关系,并且具有支付汇票金额的可靠资金来源。

不得签发无对价的汇票用以骗取银行或者其他票据当事人的资金。

第二十二条 汇票必须记载下列事项:

- (一)表明“汇票”的字样;
- (二)无条件支付的委托;
- (三)确定的金额;
- (四)付款人名称;
- (五)收款人名称;
- (六)出票日期;
- (七)出票人签章。

汇票上未记载前款规定事项之一的,汇票无效。

第二十三条 汇票上记载付款日期、付款地、出票地等事项的,应当清楚、明确。

汇票上未记载付款日期的,为见票即付。

汇票上未记载付款地的,付款人的营业场所、住所或者经常居住地为付款地。

汇票上未记载出票地的,出票人的营业场所、住所或者经常居住地为出票地。

第二十四条 汇票上可以记载本法规定事项以外的其他出票事项,但是该记载事项不具有汇票上的效力。

第二十五条 付款日期可以按照下列形式之一记载:

- (一)见票即付;
- (二)定日付款;
- (三)出票后定期付款;
- (四)见票后定期付款。

前款规定的付款日期为汇票到期日。

第二十六条 出票人签发汇票后,即承担保证该汇票承兑和付款的责任。出票人在汇票得不到承兑或者付款时,应当向持票人清偿本法第七十条、第七十一条规定的金额和费

用。

第二节 背 书

第二十七条 持票人可以将汇票权利转让给他人或者将一定的汇票权利授予他人行使。

出票人在汇票上记载“不得转让”字样的,汇票不得转让。

持票人行使第一款规定的权利时,应当背书并交付汇票。

背书是指在票据背面或者粘单上记载有关事项并签章的票据行为。

第二十八条 票据凭证不能满足背书人记载事项的需要,可以加附粘单,粘附于票据凭证上。

粘单上的第一记载人,应当在汇票和粘单的粘接处签章。

第二十九条 背书由背书人签章并记载背书日期。

背书未记载日期的,视为汇票到期日前背书。

第三十条 汇票以背书转让或者以背书将一定的汇票权利授予他人行使时,必须记载被背书人名称。

第三十一条 以背书转让的汇票,背书应当连续。持票人以背书的连续,证明其汇票权利;非经背书转让,而以其他合法方式取得汇票的,依法举证,证明其汇票权利。

前款所称背书连续,是指在票据转让中,转让汇票的背书人与受让汇票的被背书人在汇票上的签章依次前后衔接。

第三十二条 以背书转让的汇票,后手应当对其直接前手背书的真实性负责。

后手是指在票据签章人之后签章的其他票据债务人。

第三十三条 背书不得附有条件。背书时附有条件的,所附条件不具有汇票上的效力。将汇票金额的一部分转让的背书或者将汇票金额分别转让给二人以上的背书无效。

第三十四条 背书人在汇票上记载“不得转让”字样,其后手再背书转让的,原背书人对后手的被背书人不承担保证责任。

第三十五条 背书记载“委托收款”字样的,被背书人有权代背书人行使被委托的汇票权利。但是,被背书人不得再以背书转让汇票权利。

汇票可以设定质押;质押时应当以背书记载“质押”字样。被背书人依法实现其质权时,可以行使汇票权利。

第三十六条 汇票被拒绝承兑、被拒绝付款或者超过付款提示期限的,不得背书转让;背书转让的,背书人应当承担汇票责任。

第三十七条 背书人以背书转让汇票后,即承担保证其后手所持汇票承兑和付款的责任。背书人在汇票得不到承兑或者付款的,应当向持票人清偿本法第七十条、第七十一条规定的金额和费用。

第三节 承 兑

第三十八条 承兑是指汇票付款人承诺在汇票到期日支付汇票金额的票据行为。

第三十九条 定日付款或者出票后定期付款的汇票,持票人应当在汇票到期日前向付款人提示承兑。

提示承兑是指持票人向付款人出示汇票,并要求付款人承诺付款的行为。

第四十条 见票后定期付款的汇票,持票人应当自出票日起 1 个月内向付款人提示承兑。

汇票未按照规定期限提示承兑的,持票人丧失对其前手的追索权。

见票即付的汇票无需提示承兑。

第四十一条 付款人对向其提示承兑的汇票,应当自收到提示承兑的汇票之日起 3 日内承兑或者拒绝承兑。

付款人收到持票人提示承兑的汇票时,应当向持票人签发收到汇票的回单。回单上应当记明汇票提示承兑日期并签章。

第四十二条 付款人承兑汇票的,应当在汇票正面记载“承兑”字样和承兑日期并签章;见票后定期付款的汇票,应当在承兑时记载付款日期。

汇票上未记载承兑日期的,以前条第一款规定期限的最后一日为承兑日期。

第四十三条 付款人承兑汇票,不得附有条件;承兑附有条件的,视为拒绝承兑。

第四十四条 付款人承兑汇票后,应当承担到期付款的责任。

第四节 保 证

第四十五条 汇票的债务可以由保证人承担保证责任。

保证人由汇票债务人以外的他人担当。

第四十六条 保证人必须在汇票或者粘单上记载下列事项:

- (一)表明“保证”的字样;
- (二)保证人名称和住所;
- (三)被保证人的名称;
- (四)保证日期;
- (五)保证人签章。

第四十七条 保证人在汇票或者粘单上未记载前条第(三)项的,已承兑的汇票,承兑人为被保证人;未承兑的汇票,出票人为被保证人。

保证人在汇票或者粘单上未记载前条第(四)项的,出票日期为保证日期。

第四十八条 保证不得附有条件;附有条件的,不影响对汇票的保证责任。

第四十九条 保证人对合法取得汇票的持票人所享有的汇票权利,承担保证责任。但是,被保证人的债务因汇票记载事项欠缺而无效的除外。

第五十条 被保证的汇票,保证人应当与被保证人对持票人承担连带责任。汇票到期后得不到付款的,持票人有权向保证人请求付款,保证人应当足额付款。

第五十一条 保证人为二人以上的,保证人之间承担连带责任。

第五十二条 保证人清偿汇票债务后,可以行使持票人对被保证人及其前手的追索权。

第五节 付 款

第五十三条 持票人应当按照下列期限提示付款:

(一)见票即付的汇票,自出票日起 1 个月内向付款人提示付款;

(二)定日付款、出票后定期付款或者见票后定期付款的汇票,自到期日起 10 日内向承兑人提示付款。

持票人未按照前款规定期限提示付款的,在作出说明后,承兑人或者付款人仍应当继续对持票人承担付款责任。

通过委托收款银行或者通过票据交换系统向付款人提示付款的,视同持票人提示付款。

第五十四条 持票人依照前条规定提示付款的,付款人必须在当日足额付款。

第五十五条 持票人获得付款的,应当在汇票上签收,并将汇票交给付款人。持票人委托银行收款的,受委托的银行将代收的汇票金额转帐收入持票人帐户,视同签收。

第五十六条 持票人委托的收款银行的责任,限于按照汇票上记载事项将汇票金额转入持票人帐户。

付款人委托的付款银行的责任,限于按照汇票上记载事项从付款人帐户支付汇票金额。

第五十七条 付款人及其代理付款人付款时,应当审查汇票背书的连续,并审查提示付款人的合法身份证明或者有效证件。

付款人及其代理付款人以恶意或者有重大过失付款的,应当自行承担责任。

第五十八条 对定日付款、出票后定期付款或者见票后定期付款的汇票,付款人在到期日前付款的,由付款人自行承担所产生的责任。

第五十九条 汇票金额为外币的,按照付款日的市场汇价,以人民币支付。

汇票当事人对汇票支付的货币种类另有约定的,从其约定。

第六十条 付款人依法足额付款后,全体汇票债务人的责任解除。

第六节 追 索 权

第六十一条 汇票到期被拒绝付款的,持票人可以对背书人、出票人以及汇票的其他债务人行使追索权。

汇票到期日前,有下列情形之一的,持票人也可以行使追索权:

(一)汇票被拒绝承兑的;

(二)承兑人或者付款人死亡、逃匿的;

(三)承兑人或者付款人被依法宣告破产的或者因违法被责令终止业务活动的。

第六十二条 持票人行使追索权时,应当提供被拒绝承兑或者被拒绝付款的有关证明。

持票人提示承兑或者提示付款被拒绝的,承兑人或者付款人必须出具拒绝证明,或者出具退票理由书。未出具拒绝证明或者退票理由书的,应当承担由此产生的民事责任。

第六十三条 持票人因承兑人或者付款人死亡、逃匿或者其他原因,不能取得拒绝证明的,可以依法取得其他有关证明。

第六十四条 承兑人或者付款人被人民法院依法宣告破产的,人民法院的有关司法文书具有拒绝证明的效力。

承兑人或者付款人因违法被责令终止业务活动的,有关行政主管部门的处罚决定具有拒绝证明的效力。

第六十五条 持票人不能出示拒绝证明、退票理由书或者未按照规定期限提供其他合法证明的,丧失对其前手的追索权。但是,承兑人或者付款人仍应当对持票人承担责任。

第六十六条 持票人应当自收到被拒绝承兑或者被拒绝付款的有关证明之日起3日内,将被拒绝事由书面通知其前手;其前手应当自收到通知之日起3日内书面通知其再前手。持票人也可以同时向各汇票债务人发出书面通知。

未按照前款规定期限通知的,持票人仍可以行使追索权。因延期通知给其前手或者出票人造成损失的,由没有按照规定期限通知的汇票当事人,承担对该损失的赔偿责任,但是所赔偿的金额以汇票金额为限。

在规定的期限内将通知按照法定地址或者约定的地址邮寄的,视为已经发出通知。

第六十七条 依照前条第一款所作的书面通知,应当记明汇票的主要记载事项,并说明该汇票已被退票。

第六十八条 汇票的出票人、背书人、承兑人和保证人对持票人承担连带责任。

持票人可以不按照汇票债务人的先后顺序,对其中任何一人、数人或者全体行使追索权。

持票人对汇票债务人中的一人或者数人已经进行追索的,对其他汇票债务人仍可以行使追索权。被追索人清偿债务后,与持票人享有同一权利。

第六十九条 持票人为出票人的,对其前手无追索权。持票人为背书人的,对其后手无追索权。

第七十条 持票人行使追索权,可以请求被追索人支付下列金额和费用:

(一)被拒绝付款的汇票金额;

(二)汇票金额自到期日或者提示付款日起至清偿日止,按照中国人民银行规定的利率计算的利息;

(三)取得有关拒绝证明和发出通知书的费用。

被追索人清偿债务时,持票人应当交出汇票和有关拒绝证明,并出具所收到利息和费用的收据。

第七十一条 被追索人依照前条规定清偿后,可以向其他汇票债务人行使再追索权,请求其他汇票债务人支付下列金额和费用:

(一)已清偿的全部金额;

(二)前项金额自清偿日起至再追索清偿日止,按照中国人民银行规定的利率计算的利息;

(三)发出通知书的费用。

行使再追索权的被追索人获得清偿时,应当交出汇票和有关拒绝证明,并出具所收到利息和费用的收据。

第七十二条 被追索人依照前二条规定清偿债务后,其责任解除。

第三章 本 票

第七十三条 本票是出票人签发的,承诺自己在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。

本法所称本票,是指银行本票。

第七十四条 本票的出票人必须具有支付本票金额的可靠资金来源,并保证支付。

第七十五条 本票出票人的资格由中国人民银行审定,具体管理办法由中国人民银行规定。

第七十六条 本票必须记载下列事项:

- (一)表明“本票”的字样;
- (二)无条件支付的承诺;
- (三)确定的金额;
- (四)收款人名称;
- (五)出票日期;
- (六)出票人签章。

本票上未记载前款规定事项之一的,本票无效。

第七十七条 本票上记载付款地、出票地等事项的,应当清楚、明确。

本票上未记载付款地的,出票人的营业场所为付款地。

本票上未记载出票地的,出票人的营业场所为出票地。

第七十八条 本票的出票人在持票人提示见票时,必须承担付款的责任。

第七十九条 本票自出票日起,付款期限最长不得超过 2 个月。

第八十条 本票的持票人未按照规定期限提见票的,丧失对出票人以外的前手的追索权。

第八十一条 本票的背书、保证、付款行为和追索权的行使,除本章规定外,适用本法第二章有关汇票的规定。

本票的出票行为,除本章规定外,适用本法第二十四条关于汇票的规定。

第四章 支 票

第八十二条 支票是出票人签发的,委托办理支票存款业务的银行或者其他金融机构在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。

第八十三条 开立支票存款帐户,申请人必须使用其本名,并提交证明其身份的合法证件。

开立支票存款帐户和领用支票,应当有可靠的资信,并存入一定的资金。

开立支票存款帐户,申请人应当预留其本名的签名式样和印鉴。

第八十四条 支票可以支取现金,也可以转帐,用于转帐时,应当在支票正面注明。

支票中专门用于支取现金的,可以另行制作现金支票,现金支票只能用于支取现金。

支票中专门用于转帐的,可以另行制作转帐支票,转帐支票只能用于转帐,不得支取现金。

第八十五条 支票必须记载下列事项:

- (一)表明“支票”的字样;
- (二)无条件支付的委托;
- (三)确定的金额;
- (四)付款人名称;
- (五)出票日期;
- (六)出票人签章。

支票上未记载前款规定事项之一的,支票无效。

第八十六条 支票上的金额可以由出票人授权补记,未补记前的支票,不得使用。

第八十七条 支票上未记载收款人名称的,经出票人授权,可以补记。

支票上未记载付款地的,付款人的营业场所为付款地。

支票上未记载出票地的,出票人的营业场所、住所或者经常居住地为出票地。

出票人可以在支票上记载自己为收款人。

第八十八条 支票的出票人所签发的支票金额不得超过其付款时在付款人处实有的存款金额。

出票人签发的支票金额超过其付款时在付款人处实有的存款金额的,为空头支票。禁止签发空头支票。

第八十九条 支票的出票人不得签发与其预留本名的签名式样或者印鉴不符的支票。

第九十条 出票人必须按照签发的支票金额承担保证向该持票人付款的责任。

出票人在付款人处的存款足以支付支票金额时,付款人应当在当日足额付款。

第九十一条 支票限于见票即付,不得另行记载付款日期。另行记载付款日期的,该记载无效。

第九十二条 支票的持票人应当自出票日起 10 日内提示付款;异地使用的支票,其提

示付款的期限由中国人民银行另行规定。

超过提示付款期限的,付款人可以不予付款;付款人不予付款的,出票人仍应当对持票人承担票据责任。

第九十三条 付款人依法支付支票金额的,对出票人不再承担受委托付款的责任,对持票人不再承担付款的责任。但是,付款人以恶意或者有重大过失付款的除外。

第九十四条 支票的背书、付款行为和追索权的行使,除本章规定外,适用本法第二章有关汇票的规定。

支票的出票行为,除本章规定外,适用本法第二十四条、第二十六条关于汇票的规定。

第五章 涉外票据的法律适用

第九十五条 涉外票据的法律适用,依照本章的规定确定。

前款所称涉外票据,是指出票、背书、承兑、保证、付款等行为中,既有发生在中华人民共和国境内又有发生在中华人民共和国境外的票据。

第九十六条 中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的,适用国际条约的规定。但是,中华人民共和国声明保留的条款除外。

本法和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的,可以适用国际惯例。

第九十七条 票据债务人的民事行为能力,适用其本国法律。

票据债务人的民事行为能力,依照其本国法律为无民事行为能力或者为限制民事行为能力而依照行为地法律为完全民事行为能力的,适用行为地法律。

第九十八条 汇票、本票出票时的记载事项,适用出票地法律。

支票出票时的记载事项,适用出票地法律,经当事人协议,也可以适用付款地法律。

第九十九条 票据的背书、承兑、付款和保证行为,适用行为地法律。

第一百条 票据追索权的行使期限,适用出票地法律。

第一百零一条 票据的提示期限、有关拒绝证明的方式、出具拒绝证明的期限,适用付款地法律。

第一百零二条 票据丧失时,失票人请求保全票据权利的程序,适用付款地法律。

第六章 法律责任

第一百零三条 有下列票据欺诈行为之一的,依法追究刑事责任:

(一)伪造、变造票据的;

(二)故意使用伪造、变造的票据的;

(三)签发空头支票或者故意签发与其预留的本名签名式样或者印鉴不符的支票,骗取财物的;

- (四)签发无可靠资金来源的汇票、本票,骗取资金的;
- (五)汇票、本票的出票人在出票时作虚假记载,骗取财物的;
- (六)冒用他人的票据,或者故意使用过期或者作废的票据,骗取财物的;
- (七)付款人同出票人、持票人恶意串通,实施前六项所列行为之一的。

第一百零四条 有前条所列行为之一,情节轻微,不构成犯罪的,依照国家有关规定给予行政处罚。

第一百零五条 金融机构工作人员在票据业务中玩忽职守,对违反本法规定的票据予以承兑、付款或者保证的,给予处分;造成重大损失,构成犯罪的,依法追究刑事责任。

由于金融机构工作人员因前款行为给当事人造成损失的,由该金融机构和直接责任人员依法承担赔偿责任。

第一百零六条 票据的付款人对见票即付或者到期的票据,故意压票,拖延支付的,由金融行政管理部门处以罚款,对直接责任人员给予处分。

票据的付款人故意压票,拖延支付,给持票人造成损失的,依法承担赔偿责任。

第一百零七条 依照本法规定承担赔偿责任以外的其他违反本法规定的行为,给他人造成损失的,应当依法承担民事责任。

第七章 附 则

第一百零八条 本法规定的各项期限的计算,适用民法通则关于计算期间的规定。

按月计算期限的,按到期月的对日计算;无对日的,月末日为到期日。

第一百零九条 汇票、本票、支票的格式应当统一。

票据凭证的格式和印制管理办法,由中国人民银行规定。

第一百一十条 票据管理的具体实施办法,由中国人民银行依照本法制定,报国务院批准后施行。

第一百一十一条 本法自 1996 年 1 月 1 日起施行。

第十四篇 公司合同管理

第十四篇

公司合同管理

第一章 合同的基础知识

第一节 合同的基本概念

一、合同的概念

合同,就是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。我国民法所谓合同,仅指债权债务合同,是狭义的合同。

合同的法律特征为:①合同是一种民事法律行为;②合同是双方或多方的民事法律行为;③合同作为各方当事人意思表示一致的法律行为,各方当事人的法律地位平等;④合同是合法行为,不是违法行为;⑤合同的目的是设立、变更、终止民事关系。

社会经济生活的复杂性,决定了合同种类的多样性,根据不同标准可以将合同分成不同种类。合同分类的意义在于,通过分类清楚地看出不同类型的合同成立、生效的条件、特点等。最常见的分类有以下几种:

1. 有偿合同与无偿合同

根据当事人之间的权利义务是否互为对等,可以将合同分为有偿合同和无偿合同。有偿合同,就是指因享有权利而必须偿付代价的合同,如租赁、买卖合同等。无偿合同,就是指只享有合同权利而不偿付任何代价的合同,如赠与、无偿借用合同等。区分有偿合同与无偿合同的意义在于,当事人的责任不同。有偿合同中,债务人对故意和一切过失负责;而无偿合同中,债务人仅对故意及重大过失负责。另外,有偿合同与无偿合同对缔约人的要求及对物权追及力的阻碍程度不同。

2. 双务合同与单务合同

根据当事人双方对权利义务的分担方式,把合同分为双务合同与单务合同。双务合同,就是指合同当事人相互享有权利和负有义务的合同,如买卖合同等。单务合同,是指当事人一方只享有权利,他方只负有义务的合同,如赠与合同等。区分双务合同与单务合同的法律意义在于:双务合同有对待给付及同时履行抗辩等特殊规则,而单务合同不存在这些问题。

3. 诺成合同与实践合同

根据合同的成立是否要交付标的物为要件,将合同分为诺成合同与实践合同。诺成合同,就是指当事人意思表示一致,合同即告成立的合同,如买卖合同;实践合同,就是指除当事人协商一致外,还必须交付标的物或完成其它给付才能成立的合同,如借贷合同等。区分

诺成合同与实践合同的法律意义在于:两种合同成立的条件、时间不同。

4. 要式合同与不要式合同

根据合同成立是否需要特定的方式划分的。要式合同,是指法律要求必须具备一定的形式和手续的合同。不要式合同,是指法律不要求必须具备一定的形式和手续的合同。

5. 主合同与从合同

根据合同的地位不同而划分的。主合同,是指不以他种合同存在为前提而独立存在的合同。从合同,是指必须以他种合同的存在为前提才能成立的合同。如担保合同等是从合同。

二、合同的订立

(一) 合同订立的一般程序

订立合同要在当事人双方根据法律规定就合同的内容进行协商,双方达成一致意见后,合同即告成立。签订合同一般要经过要约和承诺两个步骤。

1. 要约

要约,是指当事人一方向另一方提出订立合同的愿望和要求。提出要约的一方,叫要约人;另一方叫受要约人,简称受约人。要约包括签订合同的愿望和要求,合同的主要条款及要求受约人作出答复的期限等。要约人的意思表示必须清楚,要约内容要合法,主要条款必须具体、明确。

要约是一种具有法律约束力和产生法律后果的法律行为。主要表现在:要约人发出要约后,要约人在约定的期限内受自己要约的约束,不得将同一要约同时向第三人发出,与第三人订立合同,否则因此给对方造成损失的,要约人要承担相应的责任;在要约期限内,不能变更、撤回要约。要约在被承诺前并不产生法定权利,并可在一定条件下终止。

2. 承诺

承诺,是指接受要约的一方,无条件接受要约人所提出的签订合同的内容的一种意思表示。接受要约的一方叫作承诺人。

法律上有效的承诺要符合下列条件:①承诺人必须完全同意要约人提出的各项条款;②由承诺人本人提出承诺,其他人提出的无效;③在约定的有效期内作出明确答复。

承诺的法律后果表现为:①如果承诺人完全接受要约,并在约定时间内送达要约人,合同即成立;②如果改变已经生效的承诺,要承担违约责任;③如果承诺人发出承诺后又反悔,必须在承诺生效前撤回承诺。

(二) 合同的形式

合同的形式,是指当事人双方订立合同采取的方式。通常有口头和书面两种。

口头合同,是用口头交谈进行意思表示而订立的合同,口头合同适用于即时清结的合同关系。书面合同,是以书面形式进行意思表示而订立的合同,实践中最普遍使用,包括用书信、电报等所订立的合同。

(三) 合同的内容

合同的内容,是指合同当事人双方经过协商达成一致同意的各项条款。合同的内容主

要有:

(1)标的。合同的标的,是合同权利义务共同指向的对象。合同的标的要规定得明确具体。

(2)价款或酬金。价款或酬金,是当事人一方取得标的物或者接受劳务向对方偿付的代价。

(3)期限、地点和方式。合同期限包括合同签订期限、有效期限和履行期限。

(4)数量和质量。

(5)违约责任。

合同必须符合国家的法律、法规及政策,并应遵循平等互利、协商一致的原则。

三、合同的变更和解除

(一)合同变更和解除的概念

合同的变更,是指合同签订后尚未履行或未完全履行时,签约双方当事人依照法律规定的条件和程序,对原合同条款进行修改或补充。合同的变更可以是合同标的、数量、价格、期限的变更。合同的解除,是指合同没有履行或没有完全履行之前,签约双方当事人依照法律规定的条件和程序,解除合同的权利义务关系,终止合同的法律效力。

合同具有法律效力,双方当事人要严格履行合同,不得擅自变更或解除合同,但是,经济生活千变万化,在继续履行合同已成为不必要或不可能时,双方当事人应该对原合同进行修改和补充,甚至解除合同,以避免更大的损失。

(二)合同变更和解除的条件

(1)当事人双方经过协商同意,并且不因此损害国家利益和社会公共利益。因为合同是经双方协商一致而订立的,变更或解除合同也要经当事人双方平等协商,达成一致意见。任何一方不能单方变更或解除合同。

(2)由于不可抗力致使合同无法履行。不可抗力,是指人们无法预料和抗拒的客观事实,在合同中是指当事人在订立合同时不能预见,对其发生和结果不能避免并不能克服的事件。包括自然现象中不可抗拒的事实,如地震、水灾等;社会因素中不可抗拒的事实,如战争、紧急行动等。

(3)由于另一方在合同约定的期限内没有履行合同。如果当事人一方不履行合同,造成违约,使另一方利益受损害,该合同的履行便无意义。变更或解除合同的前提是一方违反合同的事实,变更或解除合同的权力只能是无过错方享有。另外,法律对某一类合同的变更或解除,另有具体的解除条件。

(三)合同变更和解除的法定程序

变更、解除合同的程序,即变更、解除合同的方式和步骤。变更、解除合同,是重新确定当事人双方权利义务关系,废止原合同,达成新协议的过程。变更、解除合同的程序,与订立合同的程序基本相同。

(1)提出变更或解除合同的书面建议。建议书包括:变更或解除合同的理由;赔偿责任;善后处理意见;答复期限。

(2)对变更或解除合同建议的答复。合同当事人一方接到对方变更或解除合同的通知书后,如没有异议,即发生变更或解除合同的效力;如提出异议则不发生变更或解除效力。当事人一方的答复可以是肯定的,也可以是否定的,或是部分肯定,部分否定。

建议和答复都要在规定的期限内提出;有法律统一规定期限的,在法定期限内提出;无法律统一规定的,由当事人双方在约定的期限内提出。提出变更、解除合同的一方,可指定对方答复期限。对方当事人接到另一方变更或解除合同的建议后,如果建议方没有指明答复时间,那就按通常适用的期限答复;如果答复方在通常的期限内没予答复,则视为接受变更、解除合同的建议;如果答复方附有条件地接受建议,则需要双方协商,取得一致意见后达成新的协议。

经过鉴证或公证的合同,变更或解除合同的协议要送原鉴证或公证机关审查备案。

四、合同的有效与无效

(一)什么是合同有效

合同的有效,是指合同因具备一定的要件而在其双方当事人之间发生法律效力。这种法律效力的发生,可以使债权人有所凭借而请求债务人必须作成某种行为(作为或不作为);债务人如不履行其义务,债权人可以以此为根据请求国家司法机关强制债务人清偿并对债务人予以法律制裁。合同有效与合同成立不同,前者是指合同双方当事人之间所达成的一定的债权债务关系已得到法律的承认和保护并可随时予以实现,后者则是指合同双方当事人相互之间虽已同意确立一定的债权债务关系,但是由于某种原因的存在,这种债权债务关系是否为法律所认可并受到法律保障,这种法律的认可和保障能否继续,还处于不确定的状态之中,或者这种债权债务关系的实现以及能否保持还必须加以等待。上述使已经成立的合同不能生效的原因,主要包括合同附以条件或附以期限这两种情况。

(二)什么是合同无效

合同的无效,是指不具备法律规定的有效成立要件的合同,自始不具有任何法律效力。合同既然必须具备法律规定的有效成立的要件才能具有法律效力,那么,不具备有效成立要件的合同,则当然无效。并且,这种无效,是自始无效,即指合同在法律上根本没有成立,更不具有任何效力。合同无效与合同的撤销不同,前者是指合同在其双方当事人之间从未也不可能发生法律约束力,而后者则是指法律在一定情况下,对于已经有效成立的合同,准许当事人请求司法机关予以撤销。撤销后,合同自始不具有法律效力。由此可见,所谓撤销,是指取消已经有效成立的合同的法律效力,使合同失去原来已有的或应该发生的效力,而不是指自始就无效的合同。

五、合同的履行

(一)合同履行的概念

合同履行,亦称债的清偿,是指债务人(合同当事人)按照合同的约定或法律的直接规定,为实现合同标的而实施的给付法律行为。在这一概念里,首先需要注意的是,给付有两种含义:第一,给付是指义务,即指债务人因合同有效成立而负担的给付义务(作为和不作为

的义务)。这里,给付与合同内容、合同标的为同一含义。合同法理论称之为静态意义上的给付;第二,给付是指行为,即指债务人为履行上述给付义务(履行或清偿债务)而采取的给付行为(作为或不作为)。这时,给付与合同履行、债务清偿为同一含义。合同法理论称之为动态意义上的给付。因此,所谓为实现合同标的,即是指为实现给付义务。而所谓给付行为,即是指合同履行或债务清偿。其次需要注意的是,合同履行和债的清偿虽为同一概念,但这两个概念是从不同的角度来使用的。合同履行是从合同效力的角度来使用的,而债的清偿则是从债的消灭的角度来使用的。

(二) 合同履行的性质

合同依法成立,则给付义务必须履行(合同的法律效力)。同时,给付义务的履行又导致合同关系的消灭。可见,合同履行是合同关系的主要问题。对合同履行的性质,存在着合同法理论上不同的学说:①法律行为说,认为合同履行必须具有履行意思(效力意思);②非法律行为说,认为履行无须具有履行意思。这一学说为通说,因此,只要有履行行为,而无须履行意思,合同关系即消灭。

(三) 合同履行的主要问题

(1)合同主体。合同主体,是指合同关系的双方当事人。在一般情况下,合同主体就是合同履行主体。合同履行主体是指履行合同义务的债务人和接受履行的债权人,包括:债务人及其代理人 and 债权人及其代理人。但在不影响债务人和债权人利益的情况下,第三人亦可以作为合同履行主体。

(2)合同内容。合同内容,是指合同主要条款和非主要条款的内容,包括:履行标的、履行地点、履行期限和履行方法等。根据合同自由原则,合同的条款应由双方当事人自由加以确定;在双方当事人约定不明确时,法律通常仅作补充性的规定。

六、合同的担保

(一) 合同担保的概念及特征

合同担保,是指从保障合同债权的实现为目的而由合同双方当事人约定或法律直接规定的保证法律行为。

合同担保,如果由双方当事人约定,则为双方法律行为,也就是担保合同。而担保合同为从合同和主合同的关系。合同担保,如果是由法律直接规定,则为单方法律行为。而依照法律的直接规定所产生的担保,仍照从属于被担保合同(与担保合同类似)。而合同担保无论是何种原因发生,对于因担保的设立而使其合同债权得以实现的合同当事人(债权人)来说,均为一种民事权利。

综上所述,合同担保具有以下法律特征:

(1)合同担保以保障被担保合同债权的实现为目的。所谓保障合同债权实现,即保障合同债务(给付义务)的履行。合同担保是合同双方当事人以合同债权的实现(即债务的履行)为目的而采用的法律保障方法。

(2)合同担保是保证法律行为。无论是双方当事人约定,还是由法律直接规定,合同担保均为一种保证法律行为。

(3)合同担保所产生的担保合同法律关系和其他担保法律关系,从属于被担保合同。即担保法律关系以被担保合同的存在为前提,其本身不能独立存在。因此,担保法律关系随着被担保合同转移而转移,并随着被担保合同的消灭而消灭。

(二)合同担保的分类

1. 人的担保和物的担保

根据合同担保是以债权为担保还是以物权为担保,合同担保可以分为人的担保和物的担保。人的担保,是指以合同债权为担保。其实质是以从合同债权来保证主合同债权的实现。因此,主合同债权能否实现,最终并不是取决于主合同债务人,而是取决于从合同债务人。人的担保主要包括:保证、连带债务人等。物的担保,是指以物权(通过物权合同或法律规定)为担保。其实质是在特定财产上设定物权来保证被担保合同债权的实现。由于物权在法律上的排他性和优先性,所以物的担保能够确实保障合同债权的实现。物的担保主要包括:抵押权、质权、留置权等。

2. 各种具体担保形式

根据合同担保的法律形式,可以将合同担保分为以下几类:①保证;②抵押;③质;④定金;⑤留置权。《民法通则》第89条对以上几种形式的合同担保均作了规定,《中华人民共和国担保法》做出了具体的规定。

七、合同违约责任

合同违约责任,是当事人不履行合同时,依法应承担的责任。违约责任分为:法定违约责任、约定违约责任及法律和合同共同确定的违约责任。违约责任是一种法律责任,并且主要是财产责任,具有适当的补偿性。

1. 构成合同违约责任的条件

(1)违约事实,即当事人有不履行或不完全履行合同的行为。包括不履行和不完全履行。不履行是指当事人根本没有履行合同规定的条款。不完全履行是指当事人没有履行全部合同条款。不履行和不完全履行的事实,是追究当事人违约责任的客观条件。

(2)过错事实,即由于当事人的故意或过失导致违反合同的事实。过错是指违反合同的一方具有故意或过失的心理状态。故意,是指当事人明知自己的行为会引起违约后果,但主观上希望这种后果发生。过失,是指当事人应该知道自己的行为会引起违约后果,然而由于疏忽大意而未预见,或者虽有预见却轻信这种后果不会发生。

2. 承担合同违约责任的方式

承担合同违约责任的方式,就是指违约方依法律或合同约定应承担的责任措施。

(1)违约金。是指当事人因过错不履行或不完全履行合同时,依法律规定或合同约定向对方支付一定数额的货币。违约金是当事人进行担保,督促当事人履行合同的一种手段。

违约金一般分为法定违约金和约定违约金。法定违约金,是指法律直接规定的违约金,其中包括浮动比率的违约金和固定比例的违约金。约定违约金,是指当事人在合同条款中规定的违约金。约定违约金数额或比例要适当,不能过高或过低。

(2)赔偿金。是指当事人一方过错违约,给对方造成的损失超过违约金数额时,由违约

方支付给对方一定数额的补偿货币。赔偿金只是补偿性质的货币。

3. 合同违约责任的承担原则

(1) 赔偿实际损失原则。赔偿实际损失原则,就是当事人一方给对方造成损失后,要进行赔偿。这里“实际损失”是指违约方因自己的违约行为而给对方造成财产的损坏、减少,甚至灭失。包括直接损失和间接损失。直接损失,是指违约方已经给对方造成的财产损坏、减少及灭失。直接损失是可以计算的。间接损失,是指合同履行后,应得到的预期利益。间接损失无法计算。

(2) 过错责任原则。过错责任原则,是指在发生违约事实时,当事人必须有过错,才能承担违约责任。有过错者,承担违约责任,无过错者,免除责任;一方的过错,一方承担责任;双方的过错,双方各自承担自己的责任。

(3) 依法免除责任原则。因某些客观原因使当事人无法履行合同,依法律规定,违约人可以免除违约责任。具体范围是:①发生不可抗力;②因法律法规或合同约定。

当事人在出现以上客观情况后,可以免除违约责任,但当事人仍负有积极补救、举证及催告责任。

八、制定统一合同法的概况

经济合同法的修改只是使该法与市场经济不相适应的状况有所改善,没有也不可能根本解决现行合同法的统一和完善问题。中共中央关于经济体制改革的决定提出,要尽快建立社会主义市场经济法律体系,并特别指出要坚持市场经济法制的统一。中国合同法的统一和完善,只能通过制定统一的合同法才能实现。

1. 制定统一合同法的立法指导思想

其一,从中国改革开放和发展社会主义市场经济,建立全国统一的大市场及与国际市场接轨的实际出发,总结中国合同立法、司法实践经验和理论研究成果,广泛参考借鉴市场经济发达国家和地区立法的成功经验和判例学说,尽量采用和反映现代市场经济客观规律的共同规则,并与国际公约和国际惯例协调一致。

其二,充分体现当事人意思自治,在不违反法律和公序良俗的前提下,保障当事人享有充分的合同自由,不受行政机关及其他组织的干预。非基于重大的正当事由,不得对当事人的合同自由予以限制。

其三,考虑到本法制定和实施的时代特点,本法应能适应中国建成社会主义市场经济后对法律调整的要求,同时应兼顾目前计划经济体制向市场经济体制过渡时期的特点,但对落后的现实不应迁就。

其四,本法在价值取向上应兼顾经济效率与社会公正、交易便捷与交易安全。即在拟定法律规则时,既要注重有利于提高效率,促进生产力发展,又要注重维护社会公益,保护消费者和劳动者权益,维护市场经济的道德秩序,不允许靠损害国家、社会利益,损害消费者和劳动者而谋取不义之财;既要体现现代化市场经济对交易便捷的要求,力求简便和迅速,又不可因此损及交易安全,应规定必要的形式和手续。

其五,应注重法律的规范性和可操作性,条文繁简适当,概念尽量准确,有明确的适用范

围、构成要件和法律后果,以便于正确适用。

2. 调整范围及与其他法律的关系

其一,本法调整平等主体之间的合同关系。

其二,本法仍维护狭义合同概念,即本法所称合同为债权合同。

其三,本法坚持统一的合同概念,不区分经济合同与非经济合同,商事合同与民事合同,国内合同与涉外合同。

其四,非平等主体之间的承包关系,如企业内部承包、企业承包等尽管采取合同形式,亦不受本法调整。

其五,本法在坚持民商合一体制的前提下,处理与民(商)事特别法的关系:凡特别法有规定的,适用该特别规定;凡特别法无规定的,应适用本法。这里所说的民(商)事特别法,指公司法、票据法、证券法、海商法、保险法、专利法、商标法、著作权法等。

3. 法律基本结构

分为总则、分则、附则三部分。

总则 9 章:一般规定、合同的成立、合同的效力、合同的履行、合同权利义务的转让、合同的解除与终止、合同的消灭、违约责任、合同的解释。

分则 28 章:买卖、赠与、土地使用权转让、企业经营权转让、租赁、融资租赁、借贷、借用、承揽、运送、委托、行纪、居间、保管、医疗、旅游、住宿餐饮服务、邮政通讯服务、培训、出版、演出、储蓄、结算、合伙、雇用、保证、保险、技术成果转让许可。

附则 1 章。

第二节 经济合同与经济合同法知识

一、经济合同的含义和种类

(一)经济合同的含义

所谓经济合同,是指平等民事主体的法人、其他经济组织以及个体工商户、农村承包经营户相互之间,为实现一定经济目的、明确相互权利义务关系而订立的合同。经济合同是合同种类中的一种合同,因此,除具有合同的一般特征外,还有其自身的基本特征:

1. 经济合同主体的范围具有广泛性

根据 1981 年 12 月 13 日第五届全国人民代表大会第四次会议通过的《中华人民共和国经济合同法》的规定,经济合同的主体资格必须是法人,不具备法人资格的社会组织和社会团体,不能成为经济合同的主体。个体经营户、农村社员同法人之间签订的经济合同,只是参照《经济合同法》执行。而 1993 年 9 月第八届全国人民代表大会第三次会议修正后的《中华人民共和国经济合同法》明确规定,经济合同的主体并非都具有法人资格,除平等民事主体法人以外,还有非法人资格的其他经济组织以及个体工商户、专业户、农村承包经营户。

2. 经济合同是其主体为实现一定经济目的而签订的合同

“一定的经济目的”是经济合同与其他合同的主要区别。法人之间所达成的协议并非都是经济合同,只有为了实现某种经济利益,为了满足扩大再生产和整个社会的需要,在生产 and 流通领域中所确立的权利义务关系的协议,才称为经济合同。如产品购销、建设工程承包、加工承揽、交通运输等经济活动中,双方确立的经济权利和经济义务关系,都是经济合同法所调整的经济合同关系。

3. 经济合同是双方(或多方)当事人之间的法律行为

经济合同至少要有两个当事人。“协议”本身就包含了双方意思表示一致和双方法律地位平等的内容。任何一方在享有经济权利的同时,必须承担相应的经济义务。任何一方不履行或不完全履行合同时,必须承担法律责任,不允许任何一方擅自变更或解除经济合同。

4. 经济合同必须采用书面形式来表示

经济合同一般不是一手交钱,一手交货。标的物的交付一般是分期进行的。为了有利于当事人权衡利弊、审慎行事,在发生纠纷后,有据可查,便于举证和对经济合同的监督、检查管理,《经济合同法》第3条规定:“经济合同,除即时清结者外,应当采用书面形式。”目前,世界各经济发达国家,对经济合同所采取的书面形式问题,早有明确规定,如苏联的经济立法规定,价值在500卢布以上的销售合同,必须采用书面形式;美国商法规定,价值在500美元以上的销售合同,也必须采用书面形式。

5. 经济合同当事人之间发生纠纷以后,当事人可根据合同中的仲裁条款或事后达成的书面仲裁协议向仲裁机构申请仲裁。

当事人没有在经济合同中订立仲裁条款,事后又没有达成书面仲裁协议的情况,还可以向人民法院起诉。这一特征是经济合同区别于其他合同的主要标志。

(二)经济合同与协议的异同

在社会经济活动中,有人把协议称为合同,也有人把合同称为协议。合同与协议是否是一个概念,两者有何异同?

1. 经济合同与协议的共同点

所谓协议是指有关国家、政党、企、事业单位、社会团体或者个人经过平等协商而订立的一种具有政治、经济或其他关系的契约。协议在其所表示的意义、作用、格式及形式等方面基本上与合同相同。经济合同和以经济为内容的协议,都可以称为契约,两者都是确立当事人双方的法律关系,明确相互责任的法律文书。

2. 经济合同与协议的区别

经济合同虽然与协议有其共同之处,但两者也有明显区别。经济合同有具体标的,当事人双方的权利义务及违约责任规定得比较明确、具体。而协议书则内容比较简单、概括、原则、一般不涉及具体问题,不涉及违约责任。如我国法人为了吸引外商投资,就某一个项目,在已达成的意向书基础上进一步签订“协议”,为了落实“协议”,中外双方再根据“协议”签订“合同”。可见,协议和合同又是不相同的两个概念。协议是签订合同的基础,合同是协议的具体化。

区分经济合同与协议不能只从名称上来区分,而应该从其实质内容方面来确认。如果内容写的比较明确、具体、齐全,即使其名称写的是协议,但也是合同;如果内容写得比较概

括、原则很不具体,即使使用的名称是合同,其实质也是协议,不能称其为合同。

(三)经济合同的种类

在我国,经济合同的适用范围是非常广泛的,种类也是多种多样的。根据我国经济合同法的规定,经济合同的种类主要有:购销、建设工程承包、加工承揽、货物运输、供用电、仓储保管、财产租赁、借款、财产保险以及其他经济合同。这十种经济合同是按照经济合同的内容和业务范围来划分的。按照不同的标准,从不同的角度,还可以进行不同的分类,这种分类在法律上具有一定的意义。

1. 根据合同订立的形式不同,可分为口头经济合同和书面经济合同

口头经济合同是指当事人双方经过对话就可以钱货两清的“君子协定”。

书面经济合同是指当事人双方经过协商一致,而又不能即时清结,需要用文字形式记载下来的协议。《经济合同法》第3条规定:“经济合同除即时清结者外,应当采用书面形式。”

划分口头经济合同和书面经济合同的法律意义在于:对于那些标的金额比较大,不能即时清结,应该采用书面经济合同而没有采用书面形式的,合同无效。必须采用书面形式的合同,是否采用了书面形式,就成了经济合同成立的法定条件。

2. 根据经济合同成立的方式不同,可分为诺成合同和实践合同

所谓诺成合同,是指合同双方当事人,经充分协商,达成一致协议而不需要同时交付标的物,双方的权利义务即告成立的合同。如购销、建设工程承包、加工承揽等合同。

所谓实践合同,是指当事人双方除协商一致,达成协议以外,还必须同时交付标的物,双方权利义务才告成立的合同。如货物运输、仓储保管、财产保险、借款合同等。

划分诺成合同和实践合同的法律意义在于:对于确定合同是否成立、生效时间、合同标的物所有权和经营管理权的转移时间等均有实际意义。

3. 根据经济合同标的的不同,可分为转移财产的合同、完成工作的合同和提供劳务的合同

所谓转移财产的合同,是指一方将一定的财产转移给对方,对方支付相应报酬的合同。转移财产的合同包括:

(1)转移财产所有权和经营管理权;

(2)把财产暂时提供给他人使用。转移财产的合同,如购销合同、供用电合同、租赁合同、借款合同等。

所谓完成工作的合同,是指一方完成另一方交给的工作,另一方根据数量和质量给付一定报酬的合同。如建设工程承包合同、加工承揽合同、勘察设计合同等。完成工作合同的特点是:合同标的是指一定的劳动成果。

所谓提供劳务的合同,是指一方按照约定的条件,使用自己的劳动、设备和工具,为另一方提供自己的劳务活动,而另一方支付一定报酬的合同。如货物运输合同、财产保险合同、仓储保管合同等。提供劳务的合同其特点是:提供某种劳务活动或为第三者的利益而签订。这里所说的第三者是指在当事人双方之间,第三者虽然没有参加签订合同,但在合同中却享有一定的权利。如货物运输合同中的收货人,虽然没有参加合同的签订,但在货物送达之后,有接收货物的权利。

划分转移财产的合同、完成工作的合同、提供劳务的合同,其法律意义在于:对于各种不同种类的经济合同,可以承担各种不同的违约责任。如工矿产品购销合同,通用产品违约金比例为1—5%;专用产品违约金比例为10—30%;加工承揽合同,承揽方迟交定作物,(酬金计算)违约金比例为0.1%/天,定作方中途废止合同,(酬金计算)违约金比例为10—30%。

4. 根据经济合同的期限不同,可以分为短期经济合同和长期经济合同

所谓短期经济合同,一般是指一年以内的经济合同。一般适用于生产周期较短或者能在短期内即可交付的产品。

所谓长期经济合同,一般是指一年以上的经济合同。这种合同一般适用于生产周期较长,在短期内不能交付的产品或项目。如基本建设工程、成套的机器设备等。

5. 根据权利义务产生的方式不同,可分为标准经济合同和非标准经济合同

所谓标准经济合同,是指按照国家主管机关所颁布的合同基本条款而签订的合同。标准经济合同的特点是:当事人双方的权利和义务都是国家规定的。如货物运输合同、财产保险合同等。

所谓非标准经济合同,是指由当事人双方自由协商来确定双方权利义务关系的合同。在有标准经济合同的条件下,要尽量采用标准经济合同。在没有标准经济合同条件下,可以采用非标准经济合同形式。

划分标准经济合同和非标准经济合同的法律意义在于:属于国家标准合同的,要按照标准合同的规定确认双方的权利义务关系。在双方发生纠纷时,仲裁机关或人民法院可以直接按照国家规定的条款来解决纠纷。

二、签订经济合同的主体资格

经济合同的主体资格是指经济合同当事人签订经济合同的资格,即什么人才有资格签订经济合同。

《经济合同法》第2条规定:“经济合同是平等民事主体的法人、其他经济组织及个体工商户、农村承包经营户之间为实现一定经济目的,明确相互权利义务关系而订立的合同。”据此,在我国不是任何人都可以签订经济合同,目前,只有下述三种主体才有资格签订经济合同:

(一)法人

法人是指具有民事权利能力和民事行为能力,依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。

法人,是专用法律术语,与自然人相对而言的。国家赋予社会组织具有类似“人”一样的人身特征,将社会组织“人格化”,使社会组织能够像“人”一样参与社会经济活动。但是,也不是所有的社会组织都是法人,具有法人资格的社会组织必须具备以下四个条件:

1. 依法成立

依法成立包括三个方面内容:①必须经过有关机关批准;②必须符合国家有关法律规定;③必须经过主管机关的批准或核准登记。

2. 有必要的财产或经费

财产或经费是法人进行生产或经营,以及履行义务、承担责任的基本条件。对企业法人和某些事业单位、社会团体法人来说,必须拥有必要的财产(包括经营管理的国家财产或自己所有的财产);对于国家机关和某些事业单位及社会团体来说,则必须拥有必要的经费(国家财政拨款或符合规定的其他经费)。

3. 有自己的名称、组织机构和场所

法人的名称是法人根据自己的业务范围和隶属关系而确定的区别于其他法人的标志。

法人的组织机构是指对内管理内部事务,对外代表法人从事经济活动的常设机构。如决策机构、执行机构等。

法人的场所,是指法人经常从事业务活动的所在地方。法人没有一定的场所,就不能进行各种业务活动。

4. 能够独立承担民事责任

这里所说的民事责任是指法人能够以自己的所有财产或经费享受经济权利和承担一切债务的责任能力。否则,法人就失去了存在的条件。

在社会经济活动中,凡属于没有独立财产、没有组织机构和场所的所谓公司、中心等,不具备法人条件,不能成为法人。

企业内部的附属厂、车间;国家机关的科、室;农村中的专业组;学校内部的系、教研室等,不具有独立的财产或经费,不能独立承担民事责任,因此,不具备法人条件,不能成为法人。

目前,我国具有法人资格的社会组织主要有以下几类:

①独立预算的国家机关和事业单位;②独立核算的国营企业;③享有财产所有权和实行独立核算的城乡集体组织;④独立核算的经济联合组织;⑤有独立经费的社会团体;⑥符合法人条件的中外合资经营企业、外资企业和其他依法成立的社会组织。

上述六类法人组织,均可以在市场和经营活动中签订经济合同。

(二)其他经济组织

其他经济组织是指大量的非法人经济组织。即只具备营业执照,但不具备法人营业执照的经济组织。如合伙经济组织、总厂的分厂、总公司的分公司等。

(三)个体工商户、农村承包经营户

经济合同的主体资格,除法人以外,还有个体工商业户、农村承包经营户,虽然他们并不是法人,但是他们可以成为经济合同的主体,作为经济合同的当事人直接与国家机关、企业、事业单位、社会团体、农村集体经济组织等法人之间和相互之间发生权利义务关系,签订经济合同。

三、签订经济合同的合法手续

(一)法定代表人或者合法代理人签订经济合同时,必须具备合法手续

1. 法定代表人签定经济合同的合法手续

法定代表人,是指法人组织的主要负责人,如企业的厂长、经理、主任等,以及国家机关、事业单位、社会团体的主要行政负责人,上述主要负责人是法律所规定的、不需要特别委托

而有权代表法人签订经济合同的法定代表人。法定代表人有权以法人的名义对外签订经济合同。法人单位对法定代表人所签订的经济合同负完全责任。

法定代表人在签订经济合同时的合法手续,是指法定代表人的身份证明,如工作证,介绍信,以证明具有该法人的法定代表资格。

2. 合法代理人(或承办人)签订经济合同的合法手续

代理人是指受法定代表人的委托,以法人的名义签订经济合同的人。在社会实践,企业的法定代表人往往指派或授权所属职能部门负责人或熟悉业务的人员作为代理人,以法人的名义对外签订经济合同,这类签订经济合同的人员就是合法代理人。法人对合法代理人在授权范围内签订的经济合同负完全的责任,承担对法人产生的权利和义务。代理人签订经济合同是一种委托代理行为,具有一定的法律后果,因此,合法代理人在签订经济合同时必须具备以下合法手续:

(1)合法代理人必须具有本单位法定代表人的授权委托书(或委托证明)。委托书是代理人取得代理权或签订经济合同的资格证明。

委托书应包括以下内容:合法代理人姓名、年龄、单位、职务、委托代理事项、代理权限、有限期限、营业执照号码、开户银行、帐号、委托日期等,并由法定代表人签章和加盖单位公章。

(2)合法代理人必须在法定代表人所授予的代理权限范围内签订。合法代理人只有在授权范围内签订合同,才对法人单位直接产生权利义务关系和法律效力。合法代理人如果超越了授权范围,事后法定代表人又未予追认的,则超越部分对法人不具有法律约束力,不承担由此产生的权利和义务,而由合法代理人自己承担责任。

在现实经济活动中,有些单位指派业务人员外出签订经济合同并没有授权委托书;有些人虽然是本单位工作人员,但并不是本单位的合法代理人,他们也为本单位签订经济合同;有些单位对签订经济合同既不严肃,又不认真,把合同专用章或盖好章的合同纸交给受聘人员到处签订合同;甚至有些诈骗分子、假冒企业法定代表人或业务人员的名义签订合同,进行违法犯罪活动。签订经济合同是一项严肃的并具有法律后果的行为,因此,对派出的合法代理人必须开具正式书面委托证明,明确代理事项和授权范围,同时还应该要求对方当事人也同样出示委托证明。特别是对于一些金额比较大、比较重要的经济合同,更应该慎重对待,以减少合同纠纷,提高经济效益。

(二)单位之间的代订经济合同必须具备合法手续

代订经济合同是代理人在授权范围内,以被代理人的名义与第三方签订的对被代理人直接产生权利义务关系的合同。

代订经济合同是一种代理活动。代理是一种法律行为。按照被代理人的授权,以被代理人的名义从事某种法律行为的单位,称为代理人。授权他人以自己名义从事某种法律行为,而由授权人直接承担权利义务的人,称为被代理人。被代理人授予代理人进行某种法律行为的权利,称为代理权。代理人和被代理人之间相互存在的权利义务关系,称为代理关系。如甲委托乙代订经济合同,乙在甲的授权范围内,以甲的名义与丙签订经济合同。在上述关系中,甲是被代理人,乙是代理人,甲与乙之间的关系是代理关系,乙代替甲与丙签订经

济合同的活动,就是代理活动。

代订经济合同必须具备以下合法手续:

(1)被代理人(委托人)和代理人(受托人)都必须是法人。只有具备法人资格,才能独立进行生产和经营,才有能力承担民事责任。否则,一旦发生合同纠纷,双方均无力承担赔偿责任。

(2)代理人必须事先取得被代理人的委托证明。委托证明应注明代理人名称、委托事项、代理权限和委托期限等,并由被代理人签字盖章。

(3)代理人必须在被代理人授权范围内开展业务活动,签订经济合同。代理人超越代理权限,超越部分又未被追认的,其超越部分由代理人承担所产生的法律后果。

(4)代理人必须以被代理人的名义签订经济合同。代理人只有以被代理人的名义同第三方签订合同,才对被代理人直接产生法律效力。代理人如果以自己的名义或以被代理人的名义同自己或者同自己所代理的其他人签订经济合同,则经济合同无效。

(三)某些经济合同必须具有合法的批准手续

经济合同,如大中型建设工程承包合同、联营合同、企业承包和企业租赁合同等,必须事先经上级主管机关和有关政府部门审查批准后方为有效。

四、签订经济合同的法定程序

《经济合同法》第9条规定:“当事人双方依法就经济合同的主要条款经过协商一致,经济合同就成立。”“协商一致”是指当事人双方意思表示完全一致。在法律上,就把这种意思表示一致(即协商一致)分解为要约(或订约提议)和承诺(或接受提议)的程序。协商一致的过程,就是要约和承诺的过程。这是签订经济合同的两个不同阶段。

(一)要约

要约,是指当事人一方向另一方提出的签订经济合同的愿望和要求。提出要约的一方,称为要约人。要约人提出的要约,主要包括以下内容:签订经济合同的愿望和要求;经济合同的主要条款;要求对方作出答复的期限等。

要约人所提出的要约应该注意以下问题:

- (1)要约人的意思表示必须清楚;
- (2)主要条款必须明确、具体、肯定、真实;
- (3)要约内容必须符合国家法律和行政法规的规定;
- (4)要约人提出要约必须根据自己的权利能力和行为能力;
- (5)要约只有在传达到对方时才能生效。

要约是一种具有法律约束力和产生法律后果的法律行为。具体表现在:

(1)要约在未送达之前,要约人可以改变或者撤销自己的要约,但撤回的通知应在对方表示接受要约之前到达。

(2)要约人受要约所规定的有效期限的约束。

在有效期限内,要约人不能再向第三方发出口头或书面要约,更不能与第三方签订相同的合同。如果要约人违背了要约提议,就要承担因此给对方造成的经济损失。如果要约人

没有约定答复期限,这里面有两种情况:如果是口头方式提出的要约,在对方立即表示接受要约时,要约人受要约的约束;如果是用书信、电报等方式提出要约的,要约人在对方作出答复的书信和电报在正常往返的时间内,受要约的约束。

(3)对于超过有效期限或已撤销的要约、或对方虽在约定期限内作出同意的答复,但要约人在收到答复时已经超过有效期限,并且立即将这种情况通知了对方的情况下,要约人不承担违约责任。

要约的方式,通常有口头和书面两种。口头方式可以当面提出,也可以用电话方式提出。书面方式,一般是通过寄送订货单、书信、电报等形式提出。

(二)承诺

承诺,是指接受要约的一方,对要约人提出的签订经济合同的内容表示完全同意的一种意思表示。接受要约的一方叫做承诺人。所谓完全同意,是指承诺人对要约人提出的各项条款,不附带任何条件地表示赞同。

承诺也是一种具有法律约束力和法律后果的法律行为,因此,有效的承诺必须具备以下条件:

(1)承诺人必须无条件地完全同意要约人所提出的各项条款;

(2)承诺必须由承诺人本人提出;

(3)承诺必须在约定的有效期限内作出明确答复。如果承诺人所作的答复不具备上述条件,则不能视为承诺。

承诺的法律后果表现为:承诺人完全接受要约并在约定时间内送达要约人,合同即告成立。如果承诺人在发出承诺之后又反悔,必须在承诺生效前撤回承诺。如果改变已经生效的承诺,即视为单方面违约,应承担违约责任。

承诺的方式可以采用口头方式,也可以采用书面方式。一般应采用书面方式。

签订经济合同,就是当事人双方进行要约和承诺的协商过程。在实践活动中,可能经过一次协商就能达成一致协议,也可能需要经过多次反复协商,才能达成一致协议。这种反复协商的过程就是要约——新要约——再新要约——直至承诺的过程。

五、签订经济合同的基本原则

经济合同当事人,双方必须贯彻以下基本原则:

(一)合法的原则

所谓合法,是指经济合同内容必须符合国家法律、行政法规的规定。

符合法律、行政法规,是指经济合同的主体、各项条款、订立的程序都必须符合国家法律规定。任何单位和个人都不得签订与国家法律相抵触的经济合同。如国家法律规定:国有矿藏、水流、森林、土地等,都是国家禁止流通的特定物,因此,任何单位和个人均不得以此作为标的进入流通领域而签订经济合同,否则,视为违法行为,经济合同无效。

(二)平等互利、协商一致的原则

这个原则包括以下两个内容:

1. 平等互利

是指经济合同当事人,不论是全民所有制还是集体所有制;无论是国家机关、企事业单位,还是个体工商户、专业户或承包经营户;无论是大单位还是小单位,只要双方签订了经济合同,双方在法律地位上都是平等的。

经济合同当事人的法律地位不仅是平等的,而且还是互利的。互利,是指在符合国家利益和社会公共利益的基础上,使双方获得对等的经济利益,以维护当事人的合法权益。

2. 协商一致

是指经济合同当事人双方在自愿基础上,经过充分协商使双方真实意思取得了一致的表示。经济合同法规定:不允许采取欺诈、胁迫等手段签订经济合同;任何一方不得把自己的意志强加给对方;任何单位和个人也不得进行非法干预。否则,视为违反协商一致的基本原则,即使签订了合同,也视为无效经济合同。

六、签订经济合同的基本条款

经济合同的基本条款(或共同条款)是指每一份经济合同都必须具备的共同性的条款。这些条款是经济合同的主要内容和核心,它规定了当事人双方的权利和义务,是确认经济合同是否合法的主要条件,也是当事人双方全面履行经济合同的主要依据。

根据《经济合同法》第12条规定,经济合同应包括以下基本条款:

(一)标的

签订经济合同,必须具体写明标的的名称、规格、型号等。

标的,是指经济合同当事人双方的权利义务所共同指向的对象。由于合同种类不同,标的也不相同。标的,可以是某种实物,也可以是基础工程、劳务活动或智力成果等。如在购销合同中,标的是某项产品;供用电合同的标的是电力;借款合同的标的是货币;货物运输合同、仓储保管合同的标的是提供的劳务等等。但是,也并不是所有的物都可以用来作为合同的标的。经济合同的标的,必须符合国家法律和行政法规的要求。如国家限制流通的物(金银、毒品、武器、弹药等)、国家专有财产(土地、森林等)都不能作为合同的标的。

标的,是订立经济合同的目标和前提,如果没有标的或标的不明确,合同就无法履行,也不能成立。

(二)数量和质量

数量是标的的计量,是衡量标的大小、多少、轻重的尺度。

签订经济合同,必须明确规定标的数量,如果没有一定数量,双方的权利义务就无法确定。例如:购销合同的产品数量由供需双方协商签订。对于由双方协商确认标的数量的,应该实事求是,充分考虑自己的实际情况和市场变化情况。

标的数量是通过计量单位和计量方法来衡量的,必须使用国家法定计量单位,统一计算方法。标的以物为内容的,采用个、件、千克、吨、米、平方米、立方米、台、辆等计算;标的物以货币为内容的,用元、角、分计算。订立经济合同时,计量单位和计算方法必须统一、具体、准确。

此外,某些标的由于物理属性可能会产生自然增减的情况,因此,在合同中,应该明确记载合理磅差、正负尾差、超欠幅度、自然损耗率等。

产品数量的计量方法,按国家的规定执行;没有国家规定的,按供需双方商定的方法执

行。

所谓标的质量,是指标的的内在素质(物理的、机械的、化学的、生物的等)和外观形象的状况。签订经济合同,必须明确、详细地载明标的名称、品种、规格、型号、等级、质地等具体内容。

标的质量是经济合同条款的主要内容,必须明确规定质量标准。国家有强制性标准或者行业强制性标准的,不得低于国家强制性标准或者行业强制性标准签订,国家没有强制性标准或者行业强制性标准的由双方协商确定标准。采用国家标准要明确是哪一年颁布的标准;采用其他标准时,既要规定哪年颁布的标准,还要确定哪个级别的标准。对于协商确定的标准,应该约定具体的验收标准或提交一定样品。对于提交的样品,如果能够保存,双方应该将相同的样品各保存一份;如果不易保存,应将样品名称、品种、规格、型号、等级、质地详细记载清楚,各存一份,以作为验收凭证。

(三)价款或酬金

价款或酬金统称为“价金”。所谓价款或酬金是指经济合同当事人一方向交付标的物的另一方所支付的以货币为表现形式的代价。在以货物为标的的合同中,这种代价称为价款;在以劳务、智力成果为标的的合同中,这种代价称为酬金。

产品的价格,除国家规定必须执行国家规定的外,均由当事人双方协商议定。酬金也是如此。

此外,在履行合同义务时,除法律另有规定以外,必须采用货币计量来表示,用人民币进行计算和支付。

(四)履行期限、地点和方式

履行期限,是指履行合同标的和价金的时间界限。合同履行期限分为合同的有效期限和合同的履行期限。合同的有效期限是指合同有效时间的起、止界限。如长期合同、年度合同、季度合同等。合同的履行期限,是指实现权利义务的具体时间界限。合同的履行期限可以按日、按旬、按月、按季分期交付。

有些合同的履行期限就是合同的有效期限。如仓储保管合同、财产保险合同等。有些合同既要规定有效期限,又要规定履行期限。如供应合同的有效期限可能是一年,而履行期限可能是按月、按季分期供应。对于履行期限,必须规定得明确、具体。

履行地点,是指交付或提取标的物的地方。经济合同必须对履行地点作出明确规定。在购销合同中,由供方送货或者采用代办托运的,履行地点为产品发运地;需方自提的,履行地点为产品提货地;交付建筑物的,履行地点为建筑物所在地;给付金钱的,在接受给付的一方所在地履行。购销合同的供需双方在两地的,为避免错发同名地点,交(提)货地点应冠以省、市或县的名称。

履行方式,是指当事人采用什么方式履行合同义务。经济合同的履行方式,首先取决于标的的性质,不同性质的标的,有不同的履行方式。但是,无论当事人的目的和合同标的如何不同,都必须明确规定是一次履行还是分期分批履行,是当事人自己履行,还是由他人代为履行等等。

经济合同的履行方式包括标的的交付方式和价金的结算方式。

标的的交付方式,通常包括送货方式、自提方式、代运方式。送货方式一般由供方承担,

一切风险由供方自己负责。这种方式对需方来说,比较省事,但必须向供方支付相应的运输费用。自提方式,是需方按照约定的提货时间到供方交货地点,凭合同自己提取货物。代运式,即代办托运方式。代办托运,应明确规定何种运输工具、运输方式和运输路线。如果双方未能约定采用哪种运输方式和路线,则供方应选择合理的运输方式和路线完成托运。

经济合同的履行方式,还包括价金和费用的结算方式。结算方式又分为现金结算和转帐或票据结算两种形式。

现金结算是指使用人民币直接进行货币收付的行为。

转帐或票据结算,又称非现金结算,是指不使用现金人民币,而是通过银行从付款单位帐户将款项划拨到收款单位帐户进行货币收付的行为。《经济合同法》第13条第二款规定:“除国家允许使用现金履行义务的以外,必须通过银行转帐或者票据结算。”

(五)违约责任

违约责任是指因当事人一方或双方的过错,造成经济合同不能履行或不能完全履行而责任方必须承担的责任。对于违约责任,法律有规定的,按照法律规定执行;法律没有规定的,由当事人双方协商确定。

明确规定双方的违约责任,有利于双方严肃认真地签订和履行合同,有利于追究责任方的违约责任。

(六)当事人一方要求必须规定的条款

《经济合同法》第12条规定:“根据法律规定的或按经济合同性质必须具备的条款,以及当事人一方要求必须规定的条款,也是经济合同的主要条款。”经济合同是双方的法律行为,只有当事人双方意思表示一致,合同才能成立。因此,当事人一方要求必须规定的条款,只有在经过双方协商达成一致意见时,才能成为合同的主要条款。

七、签订经济合同的形式

经济合同的形式,是经济合同当事人之间确立、变更或终止相互权利义务关系的方式。经济合同法规定,经济合同,除即时清结者外,应该采用书面形式。经济合同分为口头和书面两种形式。

(一)口头经济合同形式

口头经济合同,是当事人双方通过口头或电话、谈判等方式而确定相互权利义务关系的协议。

口头经济合同形式,一方用口头或电话方式向另一方提出要约;另一方通过口头或电话方式作出承诺,合同就成立。口头经济合同多适用于非计划性的、能够即时清结(即时钱货两清)的简单的经济活动。

口头经济合同简便易行,商品流转迅速,在经济交往中是一种不可缺少的经济合同形式。但是,口头经济合同缺乏文字依据,一旦发生合同纠纷时,容易出现口说无凭、举证困难的不利后果。因此,对于标的金额比较大,履行期限长,不能即时清结的经济合同不允许采用口头形式,而必须采用书面形式。

(二)书面经济合同形式

书面经济合同形式,是当事人双方采用文字形式表达协商一致意见的一种协议。

书面经济合同多适用于计划的、标的金额比较大、内容比较复杂、一时不能即时清结的经济合同。书面经济合同的形式包括文书、电报、图表、传真。

书面经济合同形式,有利于加强经济合同当事人双方的责任心;便于业务主管部门和合同管理机关对经济合同的管理;有利于双方在发生合同纠纷时,有证可举,容易分清责任。为此,我国经济合同法明确规定,除即时清结者外,应当采用书面形式。

经济合同法规定应当采用书面形式的经济合同必须采用书面形式签订,否则,视为合同形式不合法。1981年12月《中华人民共和国合同法》颁布后,国务院发布的《工矿产品购销合同条例》、《农副产品购销合同条例》、《财产保险合同条例》、《建设工程勘察设计合同条例》、《建筑安装工程承包合同条例》、《借款合同条例》、《加工承揽合同条例》以及经国务院批准由国家物资局发布的《仓储保管合同实施细则》等有关经济合同法规,都明确地对各类经济合同必须采用书面形式的问题,作出了进一步具体规定。对上述各类经济合同如果采用口头形式订立,原则上视其违反《经济合同法》第七条第一项的规定而确认合同为无效。但是,具体情况也要具体分析。

八、经济合同的有效条件和法律约束力

(一)经济合同的有效条件

经济合同当事人双方签订经济合同后,合同是否具有法律约束力,受国家法律保护呢?这主要看经济合同是否具备了经济合同的有效条件。根据经济合同法的规定,有效的经济合同应具备以下条件:

1. 主体必须合格

经济合同的主体资格必须是法人、非法人的其他经济组织、个体工商户、农村承包经营户。

法定代表人签订经济合同,必须在本企业经营范围之内签订。合法代理人签订经济合同必须首先取得委托证明,并在经营范围和授权范围内签订。

个体工商户签订经济合同,必须经过核准登记、领有营业执照并且在经营范围之内签订。

2. 内容必须合法

经济合同的内容必须符合国家法律、行政法规规定。

3. 必须遵守签订经济合同的基本原则

经济合同是当事人双方真实意思的体现,是双方的法律行为,因此,签订经济合同必须贯彻“平等互利、协商一致”的基本原则。

4. 必须符合法定的形式

根据经济合同法的规定,对于不能即时清结的经济合同,必须采用书面形式。不能即时清结的经济合同是否采用书面形式,是经济合同成立的一个法定条件,不具备这个法定条件,经济合同不能成立。

(二)经济合同的法律约束力

经济合同的法律约束力是指经济合同法所规定的法律事件或当事人的行为在经济合同法上所产生的效果。经济合同的法律约束力是经济合同制度的核心。经济合同依法成立

后,即具有法律约束力,当事人必须全面履行合同规定的义务,任何一方不得擅自变更或解除合同。经济合同的法律约束力是根据经济合同法的规定和当事人双方的协商一致而产生的。具体表现在以下几个方面:

(1)当事人双方必须全面地实现合同规定的义务。从权利人来说,经济合同订立后,有要求对方履行合同的权力;同时,也有履行合同的义务。从义务人来说,经济合同订立后,既有履行合同的义务,又有要求对方履行合同的权力。因此,经济合同的法律约束力就表现为当事人的权利和义务是有效的,说经济合同无效,是指当事人的权利义务无效。如果双方都履行了合同义务,双方的权利也就得到了实现,合同关系即行终止,该项合同的法律约束力自然结束。

(2)任何一方不得擅自变更或解除。经济合同是当事人双方根据各自经济目的而确立的经济合同关系,是双方平等协商,取得一致意见的结果,是双方真实意思的表示,因此,任何一方不得擅自变更或解除,否则,就是把一方的意志强加给另一方,是违约行为,应该依法承担违约责任。

(3)经济合同的违约责任是实现经济合同的法律保证。经济合同法规定,除可以免除责任的以外,只要当事人有主观上的过错,有不履行或不能完全履行合同的行为,违约方都必须按照法律和合同的约定承担违约责任,支付违约金和赔偿金。在解决经济合同纠纷过程中,必要时,仲裁机关和人民法院可以强制义务人继续履行合同或强制执行应该承担的违约责任,以维护当事人的合法权益。如果不规定违约责任,经济合同就失去了法律约束力。

(4)经济合同是处理经济合同纠纷的依据。经济合同是当事人之间的一种协议和法律行为,双方必须严格履行各自的义务。有效的经济合同不是法律直接规定或依靠行政命令直接产生的,而是当事人双方依照法律、行政法规的规定在经过平等协商的基础上产生的。因此,对双方都具有约束力。所谓履行合同,就是按照合同约定的内容履行义务;所谓违反合同,就是没有按照合同的约定履行义务。对于没有履行合同义务的一方,应该按照合同的约定承担违约责任。在司法实践中,仲裁机关和人民法院在处理经济合同纠纷案件时,不仅要依靠我国法律,而且还必须依据当事人之间签订的有效经济合同。经济合同成为处理经济合同纠纷的重要依据,这一点正是经济合同法与其他法律规范所产生的法律效力的不同之处。

第三节 技术合同与技术合同法知识

一、技术合同的含义

根据我国技术合同法的规定,技术合同是指法人之间、法人与公民之间、公民之间就技术开发、技术转让、技术咨询和技术服务所订立的确立民事权利义务关系的协议。

在市场经济条件下,商品一般包括物质形态的商品和非物质形态的商品。技术是一种特殊商品。随着我国技术市场的放开、搞活、扶植、引导方针的贯彻实施,越来越多的技术成果进入了交换的技术市场,这就造成了科技成果的进一步商品化和社会化,从而推动了我国

技术合同的广泛应用。

技术合同具有下列基本特征：

(1)技术合同标的是一种无形的财产,是人类智力劳动的技术成果。由于技术合同标的具有这一特点,就使得技术合同标的确定,必须是通过当事人双方签订技术合同,采用书面语言方式来表示其具体的内容、范围和要求,并需要对某些关键的名词术语作出具体解释。

(2)技术合同标的价格没有统一标准。技术合同标的是人的脑力劳动的成果,因此,其价格或报酬的计算以及支付方式都比其他合同更为复杂,必须综合多种因素共同协商确定。

(3)技术合同中的技术转让,实质上是一种技术许可,即一方允许另一方在一定条件下使用他们所拥有的技术。

(4)技术合同的履行,通常涉及到与技术有关的其他权利的归属问题。如发明权、专利权、科技成果权、非专利技术使用权、转让权,以及其他技术权益问题。

二、技术合同与其他合同的区别

(一)技术合同与技术承包合同的区别

技术合同是法人之间、法人与公民之间、公民之间就技术开发、技术转让、技术咨询和技术服务所达成的确立、变更和终止双方权利义务关系的协议。而技术承包合同则是责任制发展的产物。它的法律适用比较复杂。在现实生活中,当事人之间订立的技术承包合同其内容也不尽相同。有些技术承包合同实际上是当事人之间就技术开发、技术转让、技术咨询和技术服务所达成的权利义务关系的协议,属于技术合同,而有些技术承包合同则是由承包者与被承包者的企业集体就生产资料的使用权、人事管理权、业务经营权以及各种提留关系所达成的协议;还有些技术承包合同是根据同一单位内部责任制的规定而签订的承包合同,这些则不属于技术合同。

(二)技术合同与经济合同的区别

在市场经济条件下,除物质形态的商品外,在客观上还存在着知识形态的商品,即科学技术商品。经济合同和技术合同分别是两类不同性质的标的进行交换和流通的合同形式。我国于1981年颁布的《经济合同法》中,规定了经济合同的种类,即购销、建设工程承包、加工承揽、货物运输、供用电、仓储保管、财产租赁、财产保险、借款和科技协作等十种经济合同。其中“科技协作”合同已发展成为今天的技术合同。在技术合同中,就技术开发合同、技术转让合同和技术咨询合同来说,它们与经济合同的区别是比较明显的,但是,区分技术服务合同与以劳务、工程为标的的经济合同则比较困难了。因为以劳务和工程为标的的经济合同中有时也含有一定的技术问题。但是,技术合同法明确规定:技术服务合同不包括建设工程的勘察、设计、施工和安装合同及加工承揽合同。也就是说,技术服务合同仅指服务方为委托方完成专业技术工作,解决特定技术问题、传授有关知识所订立的合同。而为生产经营目的进行的加工、定作、修缮、修理、印刷、广告、翻译、测绘、测试等项目所订立的合同,则属于经济合同,应依照经济合同法的规定处理。

此外,技术合同与经济合同还在其概念、主体、标的、权利与义务等方面,也都存在着明

显区别。

在现实生活中,区分技术合同与非技术合同,具有一定的实际意义。为了正确贯彻执行国家在财政、信贷、税收、奖金等方面扶植技术市场的各项政策,必须严格区分技术合同和非技术合同。只有技术合同才能适用有关优惠政策,非技术合同不能适用国家对技术合同的优惠政策。应否适用有关优惠政策,不能只看合同的名称,而应看其内容是否属于特定技术项目的开发、转让或为解决一定的专业技术问题提供科技服务。

三、签订技术合同的程序

(一)要约与承诺

签订技术合同,一般需要经过要约和承诺两个阶段。

1. 要约

要约是指当事人一方向另一方提出的订立技术合同的建议和要求,提出要约的一方,称为要约人,接受要约的一方,称为受要约人。

有效的要约须具备以下条件:①有明确的签订技术合同的意思表示;②有明确、肯定的合同条款;③有明确的答复期限;④要约在传达到受要约人时生效。

要约是一种法律行为。在其有效期限内,要约人受要约的约束。在有效期限内如果要约人撤销或变更要约,则应承担由此给对方造成的损失;如果要约人在要约生效前改变或撤销自己的要约,则必须及时通知受要约人。要约人撤销超过有效期限的要约,不承担责任。

2. 承诺

承诺是指当事人一方对于他方提出的要约表示完全同意。

有效的承诺必须具备下列条件:①必须由承诺人本人或其代理人作出;②必须在有效期限内作出;③对要约人的要约必须表示完全同意。

承诺也是一种法律行为。在有效期限内,承诺的撤回必须在承诺生效前或承诺同时到达,才能有效。否则,承诺人要承担法律责任。超过有效期限的承诺,合同不能成立。

(二)技术合同的招标与投标

1. 招标

(1)技术项目招标的概念

所谓技术项目招标,是指招标人在需要获得某项技术之前,首先发布公告,提出需要获得某项技术的具体要求和条件,吸引各方技术提供者前来投标,由招标人利用投标人的竞争,从中择优选择出最理想的技术提供者的一种方式。招标可以采用公开方式或非公开方式进行;也可以采用独自招标或联合招标方式进行。在招标范围上,分为:技术难题招标;计划内项目招标;引进技术招标;技术经营机构投标再招标等。无论在什么范围内采取何种方式进行招标,必须遵守招标程序。

(2)技术项目招标程序

技术项目招标程序是:①明确招标的目标和内容;②成立招标机构;③编制招标文件;④确定标底;⑤确定招标方式;⑥发布招标公告或通知;⑦投标单位资格审查;⑧发布招标文件或招标任务书。

2. 投标

(1) 技术项目投标的概念

投标是“招标”的对称。所谓技术项目投标是指投标人根据招标文件填写投标书,寄交招标人等候开标,决定能否中标的行为。

(2) 投标程序

技术项目的投标,应遵守下列程序:

①研究招标单位发布的招标公告;②向招标单位购买或领取招标文件;③投标项目的可行性研究;④作好投标前的准备工作;⑤编制投标文件;⑥向招标单位递交申请,参加资格审查;⑦资格审查合格后参加投标。

3. 技术项目的开标

开标是指在招标章程中规定的日期和地点,由招标单位出面,在有关单位参加下,将所有投标资料当众开封,在开标会上当众验明投标书,最后由开标主持人和公证人员签字的全部过程。在一般情况下,开标会由招标单位、投标单位、上级主管部门、银行参加,并由公证人员和法律顾问到场,依照公证程序进行监督。

4. 技术项目评标与定标

评标、定标是指通过对投标人的投标进行审查、鉴别、评比、对比、优选及对投标单位的调查了解,进行综合分析,在此基础上确定中标人的必经程序。

(三) 公证在技术招标工作中的任务和作用

技术项目在招标过程中,公证机关发挥着如下重要作用:

(1) 公证机关的公证行为,可以避免当事人草率行事,徇私舞弊。

(2) 公证机关的监督活动,可以为招标工作提供法律保证。

(3) 公证机关对招标活动予以监督,有利于提高招标单位的信誉。

(4) 协助招标单位做好招标前的一切准备工作,协助起草招标章程和招标文件等。

(5) 投标前及投标期间封存投标箱,并负责保管钥匙,增加投标人的信誉感。

(6) 开标时验标启封、检查封条,查看标箱是否完整无损,然后开箱取出标件。

(7) 监督唱标、评标。唱标时发现差错应及时纠正,当发现不符合招标章程行为的时候,应当立即宣布废标。参加评标,坚持秉公执法。

(8) 发表公证词。评标后,公证人员发表公证词,对招标的每一项工作程序的真实性和合法性给予法律上的确认和证明,证明开标结果有效。

(9) 出具公证文书,公证员所作的公证证明必须形成法律文书,并在法律文书上加盖公证处的印章和公证员的签名盖章。归档备案。

(10) 确定预选中标单位后,对预选中标者进行权利能力和行为能力的审查。

(11) 中标单位和招标单位签订技术合同后,经当事人同意,对合同可以进行公证。

四、签订技术合同的基本原则

签订技术合同应遵守下列基本原则:

1. 合法的原则

合法,是指技术合同在其形式、内容、手续等方面都符合国家法律、法规和政策的规定,不损害国家利益和社会公共利益,并受到国家法律保护。

2. 有利于科技进步的原则

技术合同法是适应我国经济体制改革和科技体制改革的需要,发展社会主义市场经济的一项重要科技立法。它为维护技术市场的经济秩序,保护当事人的合法权益,加速和深化科技体制改革,促进科学技术的发展提供了法律上的保证。因此,技术合同当事人必须贯彻有利于科技进步的原则,以促进科学技术的发展与繁荣。

3. 加速科技成果的应用和推广的原则

科学技术只有与生产实践和经济建设相结合,才能把科技成果转化成为生产力。科技成果只有通过技术合同形式,才能得到进一步的推广和应用。为了促进科学技术向生产力的转化,我国技术合同法明确规定,违反法律、法规的规定,或者损害国家利益和社会公共利益,非法垄断技术、妨碍科学技术进步的合同,视为无效技术合同。同时,还明确规定了侵害他人专利权、专利申请权、专利实施权、非专利技术使用权、转让权以及发明权、发现权的处理原则和方法,以加速科技成果的推广和应用。

4. 自愿平等、互惠有偿和诚实信用的原则

自愿,是指技术合同主体之间在签订技术合同时,必须真实地反映自己的意志,任何一方不得将自己的意志强加给对方,其他任何组织和个人也不得进行非法干预;平等,是指当事人双方法律地位的平等。当事人之间既享受权利,也必须承担义务。

互惠有偿,是指技术合同当事人之间在进行技术商品交易时,必须按照交换物的价值,在平等协商的基础上进行互惠交换,任何单位和个人均不得无偿占用或占有他人科学技术成果,或变相平调他人科学技术成果。

诚实信用,是指技术合同当事人必须以公平、善意、真实和诚实的态度来表达自己的意思和履行自己的义务,任何一方不得采取欺诈、胁迫等手段骗取对方的信任,侵犯他人的合法权益。

5. 技术成果合理分享的原则

技术成果的分享是技术合同当事人在履行技术合同过程中所发生的技术成果的归属及使用权、转让权、利益分配与办法以及改进技术的分享办法的问题。分享技术成果的一般原则是:各方投资开发的技术成果,属于各方所共有,由各成员分享;各成员单位自行开发的成果,归本单位所有;互相委托开发的技术成果,属于投资方和技术开发方所共有,其利益分配比例应按资金和智力投资情况在合同或协议中予以明确规定。如果在合同中没有明确规定,对于技术开发成果和非专利技术成果,当事人双方都有使用和转让的权利。但是,委托开发的研究开发方应在向委托方交付研究开发成果之前,不得将研究开发的成果转让给第三方;对于技术转让合同,如果在合同中没有约定实施专利和利用非专利技术后续改进的技术成果的分享办法时,任何一方无权享受另一方后续改进的技术成果;在履行技术咨询合同,技术服务合同过程中,除合同另有约定者外,顾问方或服务方利用委托方提供的技术资料和工作条件所完成的新的技术成果,属于顾问方或服务方;委托方利用顾问方或服务方的工作成果所完成的新的技术成果,属于委托方。

五、技术合同的主要条款

技术合同的条款是当事人双方履行技术合同,承担违约责任和解决技术合同纠纷的重要依据。根据我国技术合同法的规定,技术合同条款,一般应包括下列内容:

- (1)项目名称(标的名称);
- (2)标的范围、内容和要求;
- (3)履行合同的计划、进度、期限、地点和方式;
- (4)技术情报和技术资料的保密要求;
- (5)风险责任的承担;
- (6)技术成果的归属和分享;
- (7)验收的标准和方法;
- (8)价款或者报酬及其支付方式;
- (9)违约金或者损失赔偿额的计算方法;
- (10)争议的解决办法;
- (11)名词和术语解释。

六、技术合同价款及其支付方式

(一)技术合同价款的确定

技术合同价款,是指技术商品的价格或技术合同的价金。技术合同的价款是技术合同中一项比较复杂的问题,因此,确定技术合同价款时,除对使用技术所创造的超额利润或新增利润的估算必须予以充分考虑外,还应考虑下列各种因素:

(1)技术商品的转让次数。技术商品的转让都要占据总价格的一定比例。一种技术商品出卖的次数越多,范围越广,出售的价格也就越低。这里,转让的次数与合同价款成为反比关系。当该技术被全面推广和普及成为公有技术时,其价格也就趋向于零。

(2)技术商品的研究开发成本。技术商品与其他商品一样,也包括直接成本和间接成本两部分。直接成本是指与完成该技术商品直接有关的成本。比如:劳务费、材料费、专用设备费、资料费、外协费、外勤费、咨询费、上机费、旅差费、折旧费和培训费等。

间接成本是指技术商品研究开发单位及其有关上级部门为该技术商品作出各项服务时所需要支付的各项费用,及其他摊派费用。具体包括:管理费、通用仪器、仪表、设备、工具、建筑物折旧费,公共用水、电、气的摊派费,广告、宣传、摊销等摊派费等。

不同种类的技术商品,所含成本项目各不相同,其总成本应视具体情况来确定。

(3)技术商品的成熟程度。技术商品的成熟程度是指一项新的技术是否能够在最短的时间内在生产过程中直接被消耗和吸收,能否在较短的时间内直接产生经济效益。一项不成熟的技术其价格必然低于一项比较成熟的技术价格。

(4)技术商品的使用期限。技术商品的使用期限是指一项新的技术商品从第一次投入市场到被淘汰为止的一段期间。在这一段期间内,技术商品寿命周期的长短直接影响到技术应用后所节约的劳动量,以及所获得的经济效益的大小。如果技术商品使用周期长,则获

得的盈利就多,其价格也就越高;技术商品使用期限较短,则获得的经济效益就越差,其技术商品价格就应该越低。在一般情况下,技术商品使用期限与技术合同价款成正比。

(5)技术经济效益。技术经济效益是指一项新技术或对其受让方所产生的利润的大小。如果该项新技术风险责任小,利润大,经济效益好,其价格就应该比较高;如果该项新技术带来的利润小经济效益差,相应的风险责任也就比较大,其价格也就应该较低。

(6)技术商品价款的支付方式对其价格的影响。技术商品价款的支付方式,对技术商品价格也有很大影响。如果采用一次总付方式,其技术商品价格就应该降低;如果采用多次支付或提成方式支付,其技术商品价格应高于一次总付方式的价格。

此外,技术的使用范围、风险责任大小,技术的后续改进回授情况、分享技术成果情况等均对技术商品价格产生直接的影响。

(二)技术合同价款的支付方式

技术合同价款的支付,一般采用下列几种方式:

1. 定额支付

定额支付也称一次总付或总额付款。这种支付方式是指在当事人签订技术合同时,在合同条款中予以明确规定出总的金额,然后按照合同价款,一次付清。在这种合同价款中,除了技术商品自身的价格外,还应包括技术指导、技术服务和人员培训的报酬。如果在技术交易中包含有硬件(样品、样机等)交易时,则应在一次总付中进行详细分项,并规定出分项价格。

在实践中,定额支付包含有两种方式:一种是一次付清,另一种是分期付清。

(1)一次付清支付方式。一次付清也称一次总算,或一次总付使用费,这是指将一切费用在签订合同时就一次算清的一种支付方式。

(2)分期付清支付方式。分期付清的支付方式是指将合同总价款和完成的工作量结合起来。采用“按劳付酬”、分批支付的一种方式。也就是根据履行合同的情况和合同条款的规定,分期分批地支付款额的方式。

定额支付方式适用于技术合同标的金额较小,执行期间较短,技术不太复杂的技术转让合同。定额支付的合同价款数额,一般是研制成本的 200—300%。

2. 提成支付

提成支付是指在该项新技术被实施后,根据其所产生的经济效益的状况,按照一定比例向对方进行支付费用的一种方式。提成支付具体包括以下几种方式:

(1)单纯提成支付

单纯提成支付是指技术合同的全部价款只有在该项新产品正式销售之后才开始向对方进行支付的一种方式。这种支付方式对受让方比较有利。这种单纯提成的支付方式主要适用于那些合同的履行期限较短,技术比较成熟,市场又比较稳定的国内外技术交易。

(2)“入门费”加提成的支付

“入门费”加提成的支付方式是把合同价款分为固定价款和非固定价款或滑动价款两部分来进行支付的方式。

固定价款部分也称“入门费”或称初付费部分。它是合同生效后的一段时间内一次付清

或分期付款的部分,这部分价款约占合同价款总额的(10—20)%左右,其具体费用包括下列各部分:

- ①复制图纸和准备资料的工本费;
- ②针对受让方的具体需要进行的修改设计、重新描图、整理资料的工本费;
- ③转让方人员前往受让方进行考察的旅差费;
- ④转让方提供的产品样本费;
- ⑤技术培训费;
- ⑥在该技术贸易中,由转让方支付的咨询费、谈判费、律师费和行政管理费等。

非固定价款或滑动价款,也称提成价款,是在该项目投产后,根据产品的销售情况,逐年提成支付的部分。这部分价款约占合同价款总额的80—90%左右。

“入门费”加提成的支付方式,是目前国内技术交易活动中使用得比较普遍的一种计算方法。

(3)利润提成法

利润提成法是指在技术合同中约定的提成期限内,从实施该项技术后所获得的产品销售利润中来提取合同价款的一种方法。在实践中,通常按技术投产后当年增加的利润的5—25%提成。期限一般为1—5年。

(4)产值提成法

产值提成法是指在合同约定的期限内,以实施该技术后产品的产值为提成基数的一种付款方法。在实践中,通常按产值的1—5%提成。提成期一般为1—4年。

(5)销售额提成法

销售额提成法是指在技术合同条款中约定的提成期限内,以实施该技术后产品的销售额为提成基数的一种付款方法。在实践中,这种方法通常按净销售额的1—7%提成。提成期为2—6年。

七、技术合同的形式

我国技术合同法规定,签订技术合同,必须采用书面形式。非书面形式的技术合同,原则上视为无效合同。因此,签订技术合同时是否采用书面形式,是技术合同能否成立的法定条件之一。

此外,与履行技术合同有关的技术背景资料。可行性论证、技术评价报告、项目任务书和计划书、技术标准、技术规范、原始设计、工艺文件、图纸、表格、数据、照片以及修改合同的文书、电报、图表等,虽然不能独立地构成合同,但也可以作为技术合同的组成部分。

技术合同当事人可以在订立技术合同之前,就交换技术情报和资料达成书面保密协议。如果当事人不能就订立技术合同达成一致意见时,不影响保密协议的效力。

当事人也可以就相互关连的几个科技项目或者几类技术合同订为一个合同或者分订几个合同。

八、技术合同成立的条件

技术合同的成立必须符合下列条件：

- (1)技术合同自当事人在合同上签名、盖章后合同成立。
- (2)根据国家规定,需要经过有关机关批准的,自批准之日起成立。
- (3)法人之间订立的技术合同,由法定代表人或法定代表人授权的人在合同上签名、盖章,并加盖法人的公章或者合同专用章,合同成立。
- (4)公民个人订立技术合同,由签订合同的本人签名或盖章后,合同成立。
- (5)当事人可以约定技术合同的担保,由第三者作保证人的合同,自保证人和被保证人在合同上签名、盖章后,合同成立。

下列合同,经批准或履行必要手续后成立：

- (1)就列入国家计划或者省、自治区、直辖市计划的重要科技项目而订立的技术合同,由国务院主管部门或省、自治区、直辖市主管机关审批。
- (2)就内容涉及国家安全或者重大利益需要保密的技术而订立的技术合同,由核定的密级机关审批。
- (3)全民所有制单位转让专利权、专利申请权的合同,由其上级主管机关审批。专利申请权转让合同、专利权转让合同经中国专利局登记和公告后生效。
- (4)就易燃、易爆、高压、高空、剧毒、建筑、医药、卫生、放射性等高度危险或者涉及人身安全和社会公共利益的项目而订立的技术合同,按照国家有关的规定办理。

当事人就上述各项订立合同前,已经过有关机关批准或者履行了必要手续的,合同自当事人签名、盖章后成立;订立合同时未经有关机关批准或者未履行必要手续的,合同自有关主管机关批准或者履行必要手续后成立。

九、技术合同的担保和中介机构

(一)技术合同担保的概念和方式

技术合同担保,是指技术合同当事人一方为了保证合同的履行,根据法律规定或经双方协商确定而采取的一种保证措施。我国技术合同法规定,当事人可以约定技术合同的担保。由第三者作保证人的合同,自保证人和被保证人在合同上签名、盖章后成立。

技术合同的担保,可以采用在技术合同正式文本中约定担保条款的形式,也可以采用由当事人双方另外订立担保协议的形式。在实践中一般多采用第一种方法。担保协议是从合同,在被担保人不履行合同或没有完全履行合同时,担保人必须根据协议的规定,承担连带责任。

技术合同的担保,一般采用定金、保证、抵押权和留置权等方式。

(二)中介机构

1. 中介人

中介,在民法中称为居间。中介人(或居间人)在旧社会,由于是在当事人之间实施盘剥行为而被称为“掮客”。他的作用是在交易双方之间进行“穿针引线”“搭桥挂钩”撮合成交。

解放初期,我国政府曾把居间人的居间活动视为有害于国计民生的非法活动加以取缔。今天,随着我国经济体制改革的发展,现实生活中不断涌现出一些进行技术中介服务的公民个人。关于公民个人能否进行技术中介服务的问题,早在1985年国务院发布的《关于技术转让的暂行规定》中对中介人的范围问题就作出了规定:“经技术转让有关各方协商议定,促成技术商品交易的中介人(包括单位、个人)可以取得合理报酬。”可见,从法律上可以确定,具有完全行为能力的公民可以进行技术中介服务的活动。

中介人亦称中间人,是在技术转让过程中以经纪人的身份为技术转让方和受让方牵线搭桥促成技术商品买卖成交的公民个人。

2. 中介机构

中介机构亦称技术中介服务机构,是指专门为他人订立技术合同进行联系、介绍并提供签约机会,为技术成果商品化提供服务的专门机构。

中介机构的业务范围是:①促成当事人一方同适当的第三方订立技术合同进行联系介绍活动;②以参与技术成果的工业化、商品化开发;③承办订立合同的代理业务和合同争议的调解工作;④提供技术咨询、市场调查及情报信息服务等。

中介机构的主要权利义务是:①根据我国技术合同法和有关法规的规定,可以收取合理费用;②必须在合同约定的业务范围和具体要求下进行技术中介服务活动;③必须遵循诚实信用的原则,并在法律允许的范围内进行活动;④必须对当事人的技术成果承担保密责任,不得通过工作关系将掌握的技术以自己的名义进行转让,不得通过转包或转让技术合同牟取利益;⑤中介机构不得同第三者合谋,共同欺骗委托人、或者贿赂委托人或者第三者的代表人,作出损害第三者利益的行为。

3. 中介人和中介机构的限制条件

根据我国有关行政法规的规定,属于下列情况之一的机构和个人不能充当技术交易的中介人:

(1)乡(含乡)以上各级国家机关;

(2)各级国家机关中在职的干部、职工、包括退居二线的干部,以及中介项目与本人分管业务有直接联系的管理人员;

(3)全民所有制和集体所有制的企业事业单位中,中介项目与本人分管业务有联系的管理人员以及与中介项目直接有关的科学技术人员。

第四节 涉外经济合同与涉外经济合同法知识

一、涉外经济合同的含义

根据我国《涉外经济合同法》第2条的规定,涉外经济合同是指我国公司、企业、其他经济组织与外国公司、企业和其他经济组织或者个人之间,为了实现一定的经济技术目的而明确相互权利义务关系的协议。也就是说,我国法人与外国法人或自然人之间签订的具有涉

外因素的经济合同,均属于涉外经济合同。

涉外经济合同具有以下基本特征:

(1)涉外经济合同必须具有涉外因素

“涉外因素”不仅是指外国,也包括“外地区”。“外地区”是指实行与内地法制不同的外地区。其特点是:涉外经济合同主体涉外,或者合同履行在外国或外地区,或者合同标的在国外或外地区。凡具备其条件之一者,均属于具有涉外因素。

(2)涉外经济合同主体一方位于国外,同时接受外国法律制度的管辖

在解决涉外经济合同纠纷时,也要适用外国法律来确认当事人双方的权利和义务。

当事人双方在自由选择处理合同争议所适用的法律时,如果双方选择了中国的仲裁机构或法院,则适用中国法律;选择其他国家仲裁机构或法院的,则适用其他国家法律。双方未作选择时,适用与合同有最密切联系的国家的法律。双方达不成适用法律协议的,由法院认定。我国法律未作规定的,可以适用国际惯例、国际条约和国际公约。

(3)涉外经济合同与其所属国家的利益有密切联系

涉外经济合同是扩大对外经济技术合作,促进国际贸易发展的重要手段,因此,涉外经济合同往往受到本国有关对外政策的制约和国际形势变化的影响。我国涉外经济合同受我国对外开放政策的制约和影响,如我国涉外经济合同的成立,一般要经过国家主管部门批准后才能生效。党的十一届三中全会以来,由于我国实行对外开放政策,扩大了企业自主权,中央和地方许多企业都有了直接同外商签订涉外经济合同的权利,因此,有力地促进了我国对外经济关系的发展。

(4)涉外经济合同具有较强的政策性和法律性

由于涉外经济合同当事人分属于不同社会制度、不同国家、不同政治经济状况,同时,人们的信仰、观念、习惯及考虑问题的角度也不一样,因此,涉外经济合同往往需要涉及到一个国家有关方面的政策和法律的具体规定。如果违背这方面的有关规定,合同则不发生法律效力,并成为无效涉外经济合同。

(5)涉外经济合同涉及面比较广泛

涉外经济合同不仅涉及到货物,而且还涉及到买卖销售、贷款、外汇、市场、计划、技术引进、技术转让、货物运输及保险等许多方面,内容十分广泛。因此,签订涉外经济合同是一项十分复杂的工作。

(6)涉外经济合同一般期限较长

涉外经济合同的时间期限一般均在几年以上,有的长达10年、20年以至30年的时间。

总之,涉外经济合同不仅具有合同的一般基本特点,而且具有许多自身的基本特征。

涉外经济合同种类繁多,涉及面广,内容复杂。我国涉外经济合同的种类,根据双方当事人之间权利和义务的关系不同,可分为:国际货物买卖合同、国际技术转让合同、合作生产合同、技术咨询服务合同、国际工程承包合同、中外合资经营企业合作合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同、来料加工装配合同、补偿贸易合同、国际租赁合同、对外信贷合同、对外劳务合同、成套设备进口合同,以及其他涉外经济合同(包括保险、保管、委托、代理等合同)。

二、签订涉外经济合同应具备的合法手续

(一)中方当事人签订涉外经济合同的合法手续

1. 法定代表人签订涉外经济合同的合法手续

(1)具有法定代表人的身份证明。在涉外经济合同中,法人的法定代表人是指企业、和其他经济组织的行政的主要负责人。

在涉外经济合同中,签字人一般是其法定代表人。因此,法人的法定代表人签订涉外经济合同时,必须持有法人的证明,以证明法定代表人的身份和对其授权范围。

(2)法定代表人必须在被批准的经营范围內签订涉外经济合同。

2. 合法代理人签订涉外经济合同的合法手续

(1)合法代理人必须持有经过法定代表人授权的委托证明。合法代理人是指经过法定代表人正式授权的人。合法代理人必须具有法定代表人的授权委托书,才能代表企业或其他经济组织,在涉外经济合同上签字。

(2)合法代理人必须在授权范围内签订涉外经济合同。

(3)合法代理人必须在本法人单位的业务经营范围內签订合同。任何代理人无权签订超越其经营范围的涉外经济合同。

3. 代签涉外经济合同的合法手续

代签经济合同是指不具有涉外经济合同主体资格的法人,委托经政府批准可以对外进行经济贸易活动的法人,对外签订涉外经济合同的法律行为。

中方代签涉外经济合同的合法手续:

(1)代理单位(被委托单位)必须具有法人资格和经政府批准的经营外贸的权利;

(2)代理单位必须具有被代理单位(委托单位)的授权委托书;

(3)代理单位必须在被代理单位(委托单位)的授权范围内从事某种经营活动;

(4)代理单位必须以自己的名义对外签订涉外经济合同。

(二)外方当事人签订涉外经济合同必须具备的合法手续

1. 法定代表人必须持有经公证机关证明的、法人单位开具的正式书面授权证明书以及有关法律文件,以证明其合法身份和授权范围。

2. 委托代理人必须持有经过公证的授权证明书。

3. 其他经济组织必须具有所在国或所在地政府登记注册的合法证件副本或者影印件。

4. 外方当事人个人必须具有证明其确定的名称、法定地址、权利能力和行为能力等有关法律文件。

5. 企业、公司或者个人近期资产负债表及资本信用证明。

6. 经公证机构证明的担保书。

三、签订涉外经济合同的基本原则

签订涉外经济合同应遵守以下基本原则:

（一）尊重国家主权的原則

国家主权问题是一个国家在政治上、经济上是否独立自主地决定和处理本国事务而不受别国控制和干涉的问题。国家主权原则反映在一个国家的对外政策上,也就是独立自主的对外政策问题。

独立自主原则是国家主权原则的具体体现,每一个国家在对外经济贸易中都必须贯彻执行这个基本原则。因此,签订涉外经济合同也必须贯彻这一基本原则。我国《涉外经济合同法》第4条规定:订立合同,必须遵守中华人民共和国法律,并不得损害中华人民共和国的社会公共利益。国家主权原则,主要体现在以下两个方面:

1. 遵守我国法律,受我国法律调整

符合法律是指要符合我国宪法、法律及有关规定。我国具有法人资格的企业或其他经济组织在与外商签订涉外经济合同时,均不得损害我国主权和我国社会公共利益。双方必须共同遵守我国法律及有关规定,维护我国主权和法律尊严。我国《涉外经济合同法》第5条规定:在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同等,均适用中华人民共和国的法律;中国企业和其他经济组织不得与外商签订开发经营土地的合同;无权在合同中允许外商买卖、转租、抵押其使用土地。在处理涉外经济合同时,凡属于我国法院有管辖权的案件和应该适用我国有关法律的案件,必须由我国法院进行审理并适用我国的法律。总之,在我国,任何企业和其他经济组织均不得同外商签订与我国宪法、法律、法规和政策相抵触的合同,不能在协议、合同、章程中出现违背我国法律,有损我国主权的条款。

我国法律规定,对中外当事人的合法权益依法予以保护,当事人对违反合同规定的行为,必须依法承担相应的责任。

2. 不损害中华人民共和国的社会公共利益

社会公共利益是全国公民的共同利益,维护社会公共利益就维护了我国的国家主权原则。社会公共利益是国家主权原则的具体体现。我国《涉外经济合同法》第9条规定,违反中华人民共和国法律或者社会公共利益的合同为无效合同。根据我国法律规定,国内任何企业和其他经济组织,均不能与外商签订损害国家安全、公共秩序、社会风俗、精神文明和社会公共利益方面的合同。

（二）平等互利、协商一致的原则

平等互利是国家主权突出的体现,是国际法的基本原则,也是我国对外经济技术贸易的基本方针。因此,平等互利也是我国对外签订涉外经济合同的基本原则。我国《涉外经济合同法》第3条规定,订立合同应当依据平等互利、协商一致的原则。

平等是指中国企业或者其他经济组织同外国企业和其他经济组织或者个人之间在政治地位上的平等。互利是指中外双方当事人之间在经济上都有权获得某种利益。当前世界各国的经济在很大程度上都是互相联系、相互依赖的,双方签订涉外经济合同的目的都是为了实现各自的经济目的。

在涉外经济合同中,平等互利的原则包括以下内容:

(1)当事人双方应充分进行讨论协商提出各自的意见,最后达成共同协议。不允许任何

一方把自己的意志强加于对方。

(2) 合同标的、合同条款必须真实,不允许在合同中弄虚作假,不得以次充好,以假充真,不得以欺诈、胁迫等手段签订合同。

(3) 中外当事人双方的经济权利和经济义务是对等的,任何一方享受经济权利,同时也必须承担经济义务。不允许任何一方在损害对方利益的基础上获得自己的利益。

协商一致是指中外双方当事人在签订涉外经济合同时,意思表示必须真实、自愿和一致。涉外经济合同是双方真实意思一致的法律行为,任何一方不得将自己的意志强加给对方,任何一方也不得以强压弱,以大压小,甚至采取欺诈、胁迫等手段迫使双方签订有损于本身经济权益的合同。只有遵循平等和充分协商的原则,才能真正形成一致意见,合同才是有效的。

(三) 参照国际惯例的原则

所谓国际惯例是指在国际交往中,各国彼此之间长期普遍采用的,为各国所接受和公认并具有法律约束力的原则、规则和习惯作法。这些原则、规则和作法对当事人的权利和义务规定得比较明确,具有不成文的性质。根据其约束力的程度不同,国际惯例又分为强制性的国际惯例和任意性的国际惯例两种。但是在对外经济贸易中,经常性的、大量使用的是采用任意性的国际惯例。根据我国涉外经济合同法的规定,我国法律未作规定的,可以参照国际惯例。

我国所参照的国际惯例,必须是我国政府明示或默示表示同意的。比如当事人意思自治的规则;与合同联系最密切的国家的法律;国际法优于国内法的原则等。但是,我国没有承认的国际惯例,不受该国际惯例的约束。

所以要参照国际惯例,是因为在国际经济技术交往中,涉及面广,问题复杂,任何一个国家的法律无论多么完备,都不可能完全适应世界上各种复杂的经济关系。涉外经济合同法也是如此。我国涉外经济合同法即使很完备,也不可能把涉外经济合同的一切具体问题都规定出来。在这种情况下,就需要借助国际上各国公认的某些习惯作法,来弥补我国涉外经济合同法之不足。

根据我国具体情况,适用国际惯例的条件是:

(1) 我国法律包括涉外经济合同法未作规定的;

(2) 不损害我国社会公共利益,在维护我国主权原则的前提下,对我国有利而我国政府已经承认的国际惯例可以参照执行;对我们不利而且我国政府又未予承认的某些国际惯例,我们不应参照执行。

国际惯例与国际条约不同。国际惯例是一种具有明确的或固定内容的习惯作法。只有在当事人承认或在实践中具体采用时对当事人才有拘束力。否则,对当事人并不发生任何法律效力;而国际条约则是在一国加入以后,对该国便具有拘束力。国际惯例的内容允许当事人在采用时加以适当的修改或补充;而国际条约则不得任意更改其内容,除非该国在参加时已作保留声明。

四、签订涉外经济合同的法定程序

我国《涉外经济合同法》第7条规定,当事人就合同条款以书面形式达成协议并签字,即为合同成立。“达成协议”是当事人之间经过充分协商、意思表示一致的结果。这种反复协商的过程,从国际公认的法律来说,是通过一方向另一方提出要约,另一方对要约表示承诺来实现的。双方协商的过程,就是要约和承诺的过程。

(一) 要约(Offer)

要约是指一方当事人向另一方当事人发出的签订涉外经济合同的意思表示。发出要约的一方称为要约人(Offeror)。要约应包括以下内容:

(1) 要约人愿意与对方按照约定的条件签订合同的意思表示;

(2) 要约必须向特定人发出,而不是向公众发出。如果不是指向特定人,则不能称其为要约;

(3) 要约的内容必须明确、具体、肯定和完备,以便对方考虑是否需要签订合同。

在国际货物买卖中,要约通常包括商品的名称、价格、数量、品质规格,以及交货期限和付款方式等。

要约只有在到达受要约人时才能生效。

要约对要约人是否具有拘束力?各国规定不同。英美国家法律认为,要约原则上对要约人不具有拘束力,在受要约人向要约人作出承诺之前,要约人可以撤回其要约或变更要约的内容。要约人即使在要约中规定了有效期限,而在期限届满前仍然可以随时撤回要约。但是,如果受要约人收到要约后,要约人在约定期限内发生变更、撤销其要约时,即视为违约行为,应向受要约人承担赔偿责任。而德国、瑞士、巴西等国家法律则认为,要约原则上对要约人具有拘束力,除非要约人在要约中特别注明不具有拘束力,否则应视为具有约束力。如果要约中规定了有效期限,则在有效期限内不得撤回或变更;如果要约中没作出有效期限的规定,则在合理期限内也不得撤回或变更。如果要约中使用了“不受拘束”的概念,则应视为要约邀请。由于英美法系和大陆法系国家在要约是否具有拘束力的问题上存在着不同的观点,所以《联合国国际货物销售合同公约》规定:任何要约只要变更或撤回的通知是在要约到达受要约人之前或同时到达受要约人,则要约可以变更或撤回。

要约的失效也是要约中的一个重要问题。

要约可以因为期限届满而失效。期限届满后,受要约人的承诺随即失去效力。在口头的要约中,受要约人必须立即予以承诺,否则,要约即失去效力。以函电方式提出要约的,在规定的期限内,要约人受其要约的约束;未规定期限的,在合理期限内,要约人也应受其要约的约束。

要约可因要约人撤回而失效。撤回要约的通知,必须在到达受要约人时方能生效。要约也可以因为由于受要约人拒绝而失效。拒绝要约的通知,必须在到达要约人时生效。

要约与要约邀请不同,要约邀请是指邀请对方向自己提出要约的行为。比如向对方寄送报价单、价目表和商品目录等,目的都是为了使对方向自己提出订货单或发出要约。因此,寄送的报价单、价目表和商品目录等,都不是要约,而是要约邀请。

要约在涉外经济活动实践中也称为“发价”“报价”或“发盘”等。发盘分为实盘(正式要约)和虚盘(要约邀请)两种。两者要求不同,效力也不相同。两者的主要区别在于:实盘(正式要约)在规定时间内对要约人具有拘束力;虚盘(要约邀请)对要约人没有约束力。

(二) 承诺(Acceptance)

承诺亦称接受,是指受要约人对要约人发出的要约表示完全同意的一种意思表示。接受要约的一方,称为承诺人(Acceptance)。要约一经承诺,合同即告成立。承诺包括以下内容:

(1) 承诺必须由受要约人作出

受要约人包括本人及其授权代理人,其他任何人作出的意思表示不视为承诺,不具有拘束力。

(2) 承诺必须在要约的有效期限内进行

要约未规定期限的,必须在合理期限内承诺。超过规定期限的承诺,不视为承诺。逾期承诺只是一项新的要约。

(3) 承诺必须无条件地完全同意要约中所提出的各项条件,否则,不视为承诺。

《联合国国际货物销售合同公约》规定,如果受要约人一方对要约人的要约表示附有条件的接受,则不视为承诺;如果受要约人只是在非实质性条件上稍有变动,但不影响其实质性条件时,则仍然可以视为承诺。非实质性变动是指对要约中的货物名称、价格、品质、数量、交货地点和时间、赔偿责任范围、解决争议的方式等以外所做的变动和修改。

(4) 承诺的传递方式必须符合要约所提出的要求

承诺必须采用某种传递方式予以明确表示,默认不视为承诺。如果要约中要求以电报方式作出承诺,而受要约人擅自改用邮寄方式承诺,则承诺无效。如果在要约中对承诺方式未作具体规定,承诺方式一般应采取与要约相同的传递方式承诺。如果受要约人采用比要约传递方式更为迅速的通讯方式作出承诺,承诺应视为有效。比如要约是用邮寄方式传递的,承诺若采用电传或电报方式传递,则后一种方式在法律上是有效的。因为后一种方式比发出要约的传递方式更为迅速。

承诺的生效条件既是一个重要问题,也是一个复杂问题。在国际上,英美法系国家与大陆法系国家有着根本不同的主张:英美法系国家认为,以电报、电传或信函方式作出承诺时,应以承诺人发出承诺的时间为生效时间,承诺一经发出,协议即告成立。在这种情况下,承诺发生的地点就是合同成立的地点。对于这种承诺生效的条件,英美法系国家称其为“发信主义”或“投邮主义”。大陆法系国家认为,承诺应以要约人收到承诺的时间为生效时间。在这种情况下,要约人收到承诺的时间为合同成立的时间;要约人收到承诺的地方就是合同成立的地方。这种承诺生效的条件,大陆法系国家称其为“收信主义”或“到达主义”。

我国承认大陆法系国家关于承诺的生效条件,认为承诺的通知只有在到达要约人时才能生效。

承诺的撤回也是承诺中的一个重要问题。承诺的撤回应在承诺到达要约人之前或同时到达的时候,才被允许。如果承诺生效,合同即告成立,而承诺人不得再撤回承诺。

五、涉外经济合同的主要条款

涉外经济合同的主要条款,是涉外经济合同的核心。对此,我国涉外经济合同法作了指导性规定。涉外经济合同条款主要包括有:一般应当具备的条款;根据需要应当约定的条款和可以在合同中约定的条款三部分。

(一)合同的一般条款

涉外经济合同一般应当具备以下条款:

- (1)合同当事人的名称或姓名、国籍、主营业所或者住所;
- (2)合同签订的时间、地点;
- (3)合同的类型和合同标的的种类、范围;
- (4)合同的技术条件、质量、标准、规格、数量;
- (5)履行的期限、地点和方式;
- (6)价格条件、支付金额、支付方式和各种附带的费用;
- (7)合同能否转让或者合同转让的条件;
- (8)违反合同的赔偿和其他责任;
- (9)合同发生争议时的解决方法;
- (10)合同使用的文字及其效力。

上述所列十项内容是涉外经济合同一般应当具备而不是必须具备的条款。由于合同种类繁多,各类合同应当具备的或必须具备的条款也不一样,《涉外经济合同法》只是对此作了一般性的规定。

上述所列十项条款从其表现形式来说,可分为三部分,一是合同的首部或约首或序言,主要应写明合同的名称和编号,当事人的名称或姓名、国籍、主营业所或者住所,合同签订的时间和地点等;二是合同正文或主文,主要应写明当事人双方的权利和义务,这是合同的实质性条款;三是合同的结尾或约尾,主要应订明合同使用的文字及其效力,正文份数、附件份数及双方当事人的签名等。

(二)根据需要应当约定的条款

根据我国《涉外经济合同法》的规定,合同视需要应当约定的条款包括:风险责任界限条款和保险范围条款;约定合同有效期限和延长及提前终止合同的条件。

1. 风险责任界限条款和保险范围条款

风险是指在签订合同时人们主观上不能预见、客观上无法防止、人力不可抗拒的外界力量,这种外界力量可能是造成合同标的物的灭失或毁损的危险。风险责任界限是指合同标的物的风险责任。不可抗力包括自然现象、社会现象和当事人不能预见的第三人的损害行为。当不可抗力出现的时候,风险将随之产生,于是在双方当事人之间就产生了风险损失责任的承担问题。如货物在运输途中出现的财产被盗,遇到海难使货物灭失等。如果在合同中明确由卖方承担风险责任,那么货物的损坏或灭失就要由卖方承担风险损失。如果风险责任由买方承担,在货物发生损坏或灭失时,就由买方承担风险责任。可见涉外经济合同当事人根据需要应当在合同中明确规定划分各自承担风险责任的界限,以免发生风险责任纠

纷。

保险范围责任条款。保险范围是指当事人向保险公司投保,对标的物在遭受风险损失时,向保险公司索取保险金额、补偿经济损失的一种措施。根据我国涉外经济合同法的规定,必要时当事人应当约定对标的的保险范围,对标的物在哪一个阶段上投保哪一类险别,由谁负责投保,由谁支付保险费用。保险范围责任条款同合同中所采用的价格术语有直接联系。在国际货物买卖合同中,如果按照离岸价格(FOB,意思是船上交货价格)条件成交时,由于货物的价格中不包括保险费用,所以原则上由买方负责投保并承担保险费用。

如果按照到岸价格(CIF,意思是成本加运费和保险费价格)条件成交时,由于货物的价格中包括了保险费用在内,保险责任原则上应由卖方负担货物的保险费用。

如果按照成本加运费价格(C&F)条件成交时,保险费用应由买方承担保险责任。

2. 约定合同的有效期限和延长期限的条件

我国《涉外经济合同法》规定,对于需要较长时间连续履行的合同,当事人应当约定合同的有效期限,并可以约定延长合同期限及提前终止合同的条件。

需要较长时间履行的合同,主要是指中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同、技术引进合同以及其他需要较长时间连续履行的合同。

合同的有效期限,是指涉外经济合同从其成立的时候起到自然终止时止,合同存在的持续时间。合同的有效期限不同于合同的履行期限,合同的履行期限可以长于合同的有效期限。如合同的履行期限为10年,但履行5年后,由于某种原因,可以导致合同终止,此时,合同中规定的履行期限就长于合同的有效期限。相反,合同的履行期限也可能短于合同的有效期限,如合同约定的履行期限届满时,如果双方协商一致,可以自行延长若干年。在这种情况下,合同的履行期限就短于合同的有效期限。

由于合同种类较多,需要较长时间连续履行的合同种类也很多,而《涉外经济合同法》又不可能作出统一的强制性规定,因此我国《涉外经济合同法》规定,合同的有效期限应当由合同当事人在合同中约定。合同的有效期限时间的长短,可以根据有关法律规定的原则和实际情况确定。如《中外合资经营企业法实施条例》规定,一般项目的合营期限原则上应为10年至30年。投资大、建设周期长、资金利润低的项目,由外国合营者提供先进技术或关键技术生产尖端产品的项目,或在国际上有竞争能力的产品项目,其合营期限可以延长到50年。经国务院特别批准也可在50年以上。

当事人在约定延长合同有效期限时,受我国法律规定的最高期限的限制。技术引进合同不同于中外合资经营企业合同,对于技术引进合同,规定有效期限为10年,超过10年期限的必须进行审批。

在合同中约定延长合同期限可以采用以下三种方式:

- (1)只要双方均未提出异议,合同期满时,可自选延长若干年;
- (2)当事人在合同期满前若干时间内,协商合同延长年限;
- (3)约定经营项目因故不能得利时,可自动顺延若干时间以弥补不能得利的损失。

延长合同有效期限,法律和行政法规规定需要由国家批准的,应经原批准机关批准。

3. 提前终止合同的条件

当事人可以在合同中约定提前终止合同的条件。当履行合同出现合同中约定的终止合同的条件时,合同可以终止。如《中外合资经营企业法》规定,企业发生严重亏损,无力继续经营时,合营企业可以终止。

(三)当事人可以自愿在合同中约定的条款

根据我国《涉外经济合同法》的规定,当事人可以约定,也可以不约定以下条款:法律适用条款、担保条款、不可抗力范围条款、违约金条款、赔偿额计算方法条款、支付金额部分利息计算方法条款、解除合同条件等。

上述条款是我国《涉外经济合同法》所作的指导性规定,这是根据我国的具体情况来确定的,其目的是为了使当事人订好涉外经济合同,保证合同的履行,减少经济纠纷,促进对外经济贸易的发展。

(四)标准合同

“标准合同”亦称为格式合同,它是指某一个国家企业及其他经济组织或个人,根据涉外经济合同的基本条款而拟定的、具有某种固定式样和成文的空白合同书。“标准合同”是一方向另一方提供的签订合同的建议,是供双方讨论使用的初步意见。因此,在双方未能达成一致意见以前,以双方均不具有任何法律约束力。签订“标准合同”需要注意的是:合同内容不得与本国法律或本国政府所承认的国际条约相抵触;合同内容不得超越当事人的经营范围;签订合同应贯彻协商一致的原则;合同只有在双方当事人签字后才具有正式合同的效力。

在我国涉外经济活动中,有时也使用自己制订的标准合同,以利于我国对外开展各种涉外经济活动。

六、签订涉外经济合同的形式

涉外经济合同的形式是合同当事人之间确定相互权利义务关系,意思表示一致的行为方式。这种方式既可以是书面的,也可以是口头的。根据我国法律规定,涉外经济合同必须采用书面形式。

在涉外经济活动中,当事人双方通过要约和承诺达成协议后,是否还需要采用某种特定形式来确定合同的成立,各国法律均有不同的规定。有些国家采取了不要式原则,即不要求对合同必须采用某种法定的方式来确定合同的成立;而有些国家为了维护合同的严肃性,在法律上明确规定,某些合同特别是超过一定标的金额的合同,必须采用书面形式才能确定合同的成立。为了适应国际经济贸易发展的需要,1980年世界上有62个国家派出代表到奥地利的维也纳参加联合国国际货物销售合同会议,共同制定了《联合国国际货物销售合同公约》,其中对合同的形式进行了原则规定:销售合同无须以书面订立或书面证明,在形式方面也不受任何其他条件的限制。为了照顾到不同的社会、经济和法律制度,《联合国国际货物销售合同公约》又规定,允许对上述规定声明保留。我国政府在参加该公约时,对此作了保留声明。

我国《涉外经济合同法》规定,签订涉外经济合同必须采用书面形式。这一规定,既参照了世界各国关于签订合同形式的法律规定,也体现了我国对多年来涉外经济活动经验的总

结。涉外经济合同一般成交金额比较大,情况比较复杂,履行期限也比较长,为了便于履行、检查、便于追究各自的违约责任,解决双方经济纠纷,采用书面形式固定下来,对当事人双方都是有益的。

根据《联合国国际货物销售合同公约》的规定,“书面”包括电报和电传。

我国最高人民法院在关于适用《涉外经济合同法》若干问题的解答中也明确规定,未采用书面形式的合同无效。也就是说签订涉外经济合同必须以书面形式订立,这是涉外经济合同成立的法定条件之一。

口头涉外经济合同,在国际经济交往中是很少使用的。《联合国国际货物销售合同公约》中虽然也规定,国际货物买卖合同无须以书面订立或以书面证明,可以采用口头形式,也可以采用包括人证在内的任何方法证明。但是,一些资本主义国家法律对某些特殊合同和一定金额以上的合同,也规定了必须采用书面的形式。总之,在国际经济交往中,通常都要求签订书面合同。

第二章 各类合同的订立

第一节 经济合同的订立

一、工矿产品购销合同的订立

(一) 工矿产品购销合同的概念

工矿产品购销合同是当事人双方关于一方在协议期限内,根据双方协商一致的意见,将一定数量的产品或商品销售或转移给对方,对方获得产品或商品后,并按约定支付相应价款的协议。销售或转移产品或商品的一方叫供方,获得产品或商品的一方叫需方,即通常所说的卖方和买方。

工矿产品购销合同,是特殊类型的买卖合同。在经济合同中占有重大比例和重要地位。我国经济合同法在列举的经济合同时,将购销合同列在首位。1984年1月23日国务院又发布了《工矿产品购销合同条例》,并对工矿产品购销合同的订立、履行、变更、解除、违约责任等问题分别作了具体规定。它在完善社会主义市场经济体制和促进社会主义经济建设方面发挥着重要作用。

工矿产品购销合同广泛地应用于工业、商业等各种经济活动之中,它在法律上反映了商品交换关系,是经济合同中比较常见的一种合同。不但具有经济合同的一般特征,还有以下主要特征:

(1) 工矿产品购销合同的标的是产品或商品。工矿产品是指工厂生产的产品或矿山生产的产品。工厂生产的产品,如钢铁、机床、汽车、洗衣机、电冰箱、电视机、自行车、布匹等重工业和轻工业产品;矿山生产的产品,如铁、煤、铜、铅、锡等产品。商品是指为交换而生产的产品,即可以买卖的物品。

(2) 购销的产品或商品的转移,是转移其所有权或经营管理权。所谓转移所有权,是指发生在国营企业与集体企业以及集体企业相互之间的购销合同之中。在供方交付产品或商品时,因经济合同关系,供方将财产所有权(即占有、使用和处分权)转移给需方,需方获得所有权,供方失去所有权。所谓转移经营管理权是指发生在国营企业相互之间的购销合同之中。国营企业,财产属于全民所有。因此,在供方交付产品或商品时,只是向需方转移财产的经营管理权,需方因此而获得经营管理权,供方丧失经营管理权,所有权仍然属于国家。

工矿产品购销合同的这个基本法律特征与其他种类的经济合同是根本不同的,如财产

租赁合同,只是暂时转移财产使用权;仓储保管合同只是暂时转移财产的占有权;借款合同转移的是一定数量的货币,而不是产品或商品;技术转让合同转移的是智力成果,也不是物质财产(产品或商品)等等。可见,转移产品或商品的所有权或经营管理权,是工矿产品购销合同的主要法律特征。

(3)工矿产品购销合同双方均享有一定的权利和承担一定的义务,是典型的双务合同。

(4)工矿产品购销合同,贯彻等价交换原则,维护双方的合法权益,它是典型的有偿合同。

(5)工矿产品购销合同是经双方平等协商,就主要条款达成协议后,合同就成立,因此,它又是典型的诺成合同。

(二)工矿产品购销合同的主要条款

1. 产品名称、品种、规格等

(1)产品名称,是指工矿产品的种类。工矿产品可分为许多种类,如按照工业部门可分为机械工业品、冶金工业品、纺织工业品等;同一工业部门的产品,按其经济用途相同,实际作用不同,可分为若干大类,如机械工业产品可分为金属切削机床、矿山设备、冶金设备、石油设备等;冶金工业产品又分为生铁、钢锭、钢材等。

同一大类产品,按其具体性能和具体用途又可分为小类,如金属切削机床可分为铣床、车床、刨床、钻床、磨床等;钢材可分为大型型钢、中型型钢、小型型钢、重轨、轻轨等。

各部门大类产品,又分有细目,如铣床又具体分为龙门铣床、仿形铣床、立式铣床、卧式铣床、万能铣床等;大型型钢又具体分为圆钢、方钢、角钢、钢、线材、三角钢、六角钢、八角钢、工字钢、扁钢、T 字钢、Z 字钢等。

为此,在签订合同时,必须按照部门产品大类产品 and 明细分类具体填写。

(2)产品规格,是指同一产品不同度量的标准。由于各种产品的性质、性能、成分、结构和作用的不同,规格也不一样,如圆钢产品有直径为 5 厘米、10 厘米等不同直径的圆钢;水泥产品,有 500 号、800 号等不同型号的水泥;白酒,有 38 度、45 度、65 度的白酒等等。

在工矿产品购销合同中,产品的规格、型号、等级、花色、是否是成套设备产品等,必须写得明确、具体、清楚。

2. 产品的技术标准(含质量标准)

(1)产品的技术标准是指国家法律、政策对工矿产品质量、检验方法、包装、运输等技术要求的统一规定。

产品技术标准,有国家强制性标准的按国家强制性标准执行;没有国家标准而有其他标准的,按其他标准执行;没有国家强制性标准和行业强制性标准的,按双方协商的标准执行。在合同中必须写明执行的标准,但需方有特殊要求的,按供需双方在合同中商定的技术条件、样品或补充的技术要求执行。

(2)合同要明确规定供方对产品质量负责的条件和期限。

对成套产品,在合同中应明确规定附件的质量要求。

对某些必须安装运转后才能发现内在质量缺陷的产品,除主管部门另有规定者外,合同中应具体规定提出质量异议的条件和时间。

实行抽样检验质量的产品,合同中应注明采用的抽样标准或抽验方法和比例。

有些产品在商定技术条件后需要封存样品的,应由当事人双方共同封存,分别保管,作为检验依据。

(3)供方交货时,应将产品合格证(或质量保证书)和双方商定的必要技术资料随同产品或运单交需方据以验收。

3. 产品的数量和计量单位

产品数量,由供需双方协商签订。产品数量包括产品总量和分批交货的数量。

产品数量的计量,按国家法定计量单位和主管部门规定的计量方法执行;国家或主管部门没有规定的,由供需双方商定。

对某些产品,必要时应当在合同中写明有关主管部门颁发的(没有主管部门规定的由当事人商定)交货数量的正负尾差、合理磅差和在途自然减(增)量规定及计算方法。

对机电设备,必要时应当在合同中明确规定随主机的辅机、附件、配套的产品、易损耗备品、配件和安装修理工具等。

对成套供应的产品,应当明确成套供应的范围,并提出成套供应清单。

4. 产品的包装标准和包装物的供应与回收

(1)产品的包装有两种含义:一种是指盛产品的容器,通常称为包装用品或包装物,如箱、桶、筐、袋、瓶、盒等;另一种是指包扎产品的操作过程。因此,包装质量既指包装物的材料,又指包装操作的好坏。

包装分为运输包装和销售包装两类;运输包装称为大包装,其作用是保护产品。销售包装又称小包装,即与消费者见面的包装,其作用在于维护产品质量,减少产品损耗,同时也美化产品,有利于销售。

(2)运输包装按国家标准或有关标准规定执行。没有国家标准或有关标准的,可按承运、托运双方商定的标准执行,并在合同中加以注明。有特殊要求或采用包装代用品的,应征得运输部门的同意,也要在合同中明确规定。

运输包装上的标记由供方印制(合同另有规定的除外),产品在包装时,必须附着有装箱清单。

(3)产品的包装物,一般由供方负责供应,国家规定由需方供应包装物的某些产品,可由需方供应,除此以外,应由供方负责包装。可以多次使用的包装物,应按有关主管部门制订的包装物回收办法执行;有关主管部门没有规定的,由供需双方按实际需要商定包装物回收协议,并作为合同附件。

5. 产品交货单位、交货方法、运输方式、到货地点

(1)产品一般应由供方实行送货或代运。送货是由供货单位将产品(商品)送到需方指定地点。实行送货的产品,国家主管部门规定有送货办法的,按规定的办法执行;没有规定送货办法的,按供需双方协议执行。代运,是由供货单位根据合同的决定,将产品委托运输部门发运到需方指定地点交货。实行代运的产品,由供方代办运输,供方应充分考虑需方的要求,商定合理的运输路线和运输工具。某些实行送货或代运的产品,必须由需方派人押运或者由有关主管部门签发装运证明的,应在合同中明确规定。

送货、代运确有困难,或者需方要求自提的产品,经供需双方商定,也可以由需方自提。自提,是由需方委派或委托他人到供货单位,凭合同提货。实行自提的产品,由需方按合同规定的时间和要求自提自运。

(2)需方要求变更到货地点或接货人,应在合同规定的交货期限(月份或季度)前 40 天通知供方,以便供方编报月度要车(船)计划。迟于上述期限,供需双方应当立即另行协商处理。

产品(商品)的运输方式主要有:铁路运输、水路运输、公路运输、航空运输、管道运输等。从运输工具来说,有火车运输、船舶运输、汽车运输、飞机运输及现代化的管道运输等。采用何种方式,必须在合同中明确规定。

6. 交(提)货单位或接(提)货人

7. 交(提)货期限

交(提)货期限一般分为一次交付和分期交付两种。无论采用哪一种方式交货,必须在合同中写明交付的时间和地点。

(1)合同中,产品交(提)货期限,应写明月份。有条件的和有季节性的产品,要规定更具体的交货期限(如旬、日等);有特殊原因的,也可以按季度规定交货期限。属于年度分配指标的订货,必须在本年度内商定具体的交货期限,除特殊情况外,不得跨年度供货;生产周期超过一年的大型专业设备和试制产品,可以由供需双方商定交货期限。不得签订没有交货期限的合同。

(2)规定送货和代运产品的交货日期,以供方发运产品时承运部门签发戳记的日期为准(另有规定或当事人另行商定者除外);合同规定需方自提的产品,以供方按合同规定通知的提货日期为准。供方的提货通知中,应给需方以必要的途中时间。实际交(提)货日期早于或迟于合同规定的交(提)货期限,应视为提前或逾期交(提)货。

8. 产品的验收方法

验收方法是指需方收到供方的产品(商品)时,对数量和质量的检验方法。对于验收地点、方法、标准,必须在合同中明确规定。供方必须根据经济合同法的规定,对产品的质量和包装质量负责,提供据以验收的必要的技术资料和实样。

产品的质量验收、检疫方法,根据国务院有关规定执行。没有规定标准的,由当事人协商确定。

9. 产品的价格

合同中产品的价格,除国家规定必须执行国家订价的以外,由当事人协商议定。

如果在签订合同时确定价格有困难的,可以由供需双方协商暂定价格,并在合同中注明:“按供需双方最后商定的价格(或物价主管部门批准的价格)结算,多退少补”。

外销转内销的工矿产品价格,按国家有关规定办理。

10. 结算方式、开户银行、帐户名称、帐号、结算单位

(1)产品的货款、实际支付的运杂费和其他费用的结算,应当按照合同中商定的结算方式和中国人民银行结算办法的规定办理。合同中应明确结算方式和双方的开户银行、帐号及帐户的名称。

用托收承付方式的,合同中应当注明验单付款或验货付款。验货付款的承付期限一般为10天,从运输部门向收款(付款)单位发出提货通知的次日起算。凡收、付双方在合同中商定缩短或延长验货期限的,应当在托收凭证上写明,银行从其规定。

大型设备定货的付款办法,按照财政部、人民银行和有关主管部门的规定办理。

(2)当事人双方应当按照合同规定的开户银行、帐户名称和帐号进行转帐结算。

11. 违约责任

双方必须明确规定违约责任和违约责任的计算标准。

12. 当事人协商的其他事项

工矿产品购销合同,除即时清结者外,必须采用书面形式,法定代表人或经法定代表人授权的承办人签字(盖章),并加盖单位公章或合同专用章。

产品分配单或调拨通知单只是签订合同的依据,不能代替合同。

当事人委托其它单位代订合同时,必须出具委托证明,并明确代理权限。

二、农副产品购销合同的订立

(一)农副产品购销合同的概念

农副产品购销合同,是供需当事人之间为购销农副产品而明确相互权利义务关系而订立的合同。将农副产品作为商品出售的一方,称为供方;接受农副产品的一方,称为需方。

农副产品的范围包括:粮、棉、油、麻、丝、茶、糖、菜、烟、水果、药材、肉、禽、蛋、鱼等农、林、牧、副、渔各种产品。

农副产品购销合同具有以下基本特征:

(1)农副产品购销合同主体,具有广泛性。随着农村经济政策的放宽和农村商品经济的发展,农村专业户、承包经营户有了很大发展,因此,农副产品购销合同的主体,不仅有国家机关、企业、事业单位、社会团体等法人组织,而且还包括个体工商户、专业户、承包经营户。

(2)农副产品购销合同的履行,具有较强的季节性。目前,我国农业受自然条件影响比较大,农副产品的丰、歉收,在很大程度上受着自然条件的影响。如小麦、稻谷、瓜果、蔬菜等的播种和收获,都有很强的季节性,如果错过收获季节或遇到某种自然灾害,都要影响农副产品购销合同的履行。因此,在签订和履行农副产品购销合同时,应该特别注意农副产品生产的季节性。

农副产品购销合同的主体资格包括:企业事业单位、国营农场、农村集体经济组织、农副产品收购单位、合同经济组织等法人和非法人资格的经济组织以及个体工商户,农村承包经营户、专业户、实行生产责任制的农民个人。

(二)农副产品购销合同主要条款

农副产品购销合同的主要条款是当事人双方权利义务的具体化,是当事人履行合同和解决合同纠纷的依据。根据《经济合同法》和《农副产品购销合同条例》的规定,农副产品购销合同包括以下主要条款:

1. 产品名称

产品名称必须准确、具体。如粮食,不能简单写粮食,应具体写明是小麦、玉米还是大

豆、高粱。在使用地区性习惯名称时,当事人双方应取得一致意见。如南瓜,南方一般称“南瓜”,而北方一些地区则称“窝瓜”、“北瓜”。

2. 产品数量和计量单位

对于产品的数量和计量单位,必须具体、准确和统一。产品数量应按照国家下达的定购计划指标签订;有些则需要由当事人双方根据需求和可能协商确定。计量单位也必须使用国家法定计量单位。

有些产品在签订合同时,应根据有关部门的规定或实际情况确定超欠幅度、合理损耗和正负尾差。

3. 产品品种、规格和质量

产品品种、规格和质量(等级)按国家标准或有关标准执行。无上述标准的,由当事人双方协商确定。对于某些干、鲜、活产品,应根据国家的有关规定,商定合理的切实可行的检验、检疫办法;国家没有规定的,由当事人双方协商确定。

商品确定标准后,需要封存样品的,应由当事人双方共同封存,妥善保管,作为验收的依据。

4. 产品的包装

包装物的标准,按国家标准或有关标准执行;没有国家标准或有关标准的,由承运方与托运方双方协商确定。包装物的供应由当事人双方商定。包装物可以多次使用的,按有关主管部门制定的包装物回收(回空)办法执行;有关主管部门没有规定的,当事人双方应当商定包装物回收办法,作为合同的附件。

5. 产品的价格

产品价格,按照物价主管部门规定的价格签订。国家允许协商定价或议价的,由当事人双方协商议定。

6. 交(提)货期限和地点

农副产品交(提)货期限应根据产品的生产周期、收获季节、交接能力明确规定。对一年收获两季以上的产品、季节性较强的产品、易腐烂变质的产品及鲜活产品,必须由供需双方按照实际情况做出具体规定。不得签订没有具体交(提)货期限和地点的合同。

有些农副产品因气候影响早熟或晚熟的,交货日期经当事人双方协商,可适当提前或推后。

7. 交(提)货方式

交(提)货方式,一般有送货、取货、代运、义运等方式。采用何种方式,可由当事人双方根据有关规定、历史习惯协商确定。实行送货的,供方应根据合同规定按时送往接收点;实行提货的,供方应按合同规定及时通知需方提货;实行代运的,供方应按需方的要求,选择合理的运输路线和运输工具,向运输部门提报运输计划,办理托运手续;实行义运的,对超过国家规定的义运里程的运输费用的负担,按国家有关规定执行;如需押运,应由当事人双方协商派人押运。国家没有规定的,由当事人双方商定。

8. 交(提)货日期的计算

实行送货和代运的,以发运时运输部门的戳记为准;实行提货的,以供方通知的提货日

期为准。

9. 货款的结算

货款结算,应明确规定货款的结算办法和结算时间。结算办法按照中国人民银行的统一规定执行。

合同中应注明双方的开户(结算)银行和帐户名称、帐号。

结算货款时,除法律另有规定者外,需方不得为其它单位代扣款项。

10. 产品的验收

合同应对产品的验收地点、验收方法、验收标准做出明确规定。在检验中如对产品质量发生争议,当事人双方应按照《中华人民共和国标准化法》的规定,请技术监督部门质量监督检查机构裁决。

11. 违约责任

12. 当事人双方协商同意的其他条款

副产品购销合同,除即时钱货两清者外,各种农副产品购销合同,均必须以书面形式签订。

三、建设工程承包合同的订立

(一)建设工程承包合同的概念

建设工程承包合同是指建设单位和施工单位之间,为了完成特定的工程建设项目,明确相互权利义务关系的协议。建设单位称为发包方,施工单位称为承包方。

建设工程承包合同是由建设单位(发包方)提供必要的投资计划、计划任务书、设计资料和其他必要的工作条件,由施工单位(承包方)按照合同约定,按质、按量、按期完成双方商定的工程建设项目,由建设单位按时验收并支付约定报酬的协议。

(二)建设工程承包合同的基本特征

建设工程承包合同,除具有经济合同的一般特征外,还有以下基本特征:

1. 建设单位和施工单位必须具有权利能力和行为能力

建设工程承包合同是勘察、设计、施工单位与国家机关、企业、事业单位之间,为了完成特定的工程建设任务而签订的合同。从勘察、设计、施工单位来说,必须具有权利能力和行为能力,即:必须是经国家主管部门审查、批准,在当地工商行政管理部门进行核准、登记并领有营业执照的基本建设专业组织。必须具备必要的人力、技术力量、机械设备以及工程技术人员等条件。勘察设计部门还必须持有勘察设计证书。只有具备权利能力和行为能力,才有资格成为建设工程承包合同的主体,对外签订建设工程承包合同。

2. 具有严格的法定程序

签订建设工程承包合同,必须严格遵守法定程序。基本建设工作涉及面广,内外协作配合环节多,必须有计划、有步骤、有秩序地进行,必须严格执行国家关于基本建设程序的规定。一个大中型建设项目,从提出建设项目到建成交付使用,一般需要经过以下严密程序:

(1)提出建设项目;

(2)根据发展国民经济长远规划编制计划任务书;

- (3)选定建设地点;
- (4)进行勘察设计;
- (5)初步设计的批准,列入国家年度计划;
- (6)进行施工准备;
- (7)计划安排;
- (8)组织施工;
- (9)进行生产准备;
- (10)工程竣工,组织验收和交付使用。

上述法定程序,既是基本建设的法定程序,又是签订建设工程承包合同的法定条件,任何单位和个人必须严格遵照执行,否则,视为无效合同。

3. 主体之间具有严密的协作性

建设工程承包合同涉及面比较广泛,往往需要由勘察、设计、建筑、安装、运输等各个部门的互相配合,密切协作,共同完成工程建设项目。各部门、各环节一旦出现质量问题或期限问题,都有可能影响到整个工程的质量和完成的期限。因此,建设工程承包合同主体之间必须树立一盘棋的思想,发扬互助协作,紧密配合的大协作精神,共同完成施工任务。

此外,一项建设工程,有时需要几个施工单位共同施工,由一个施工单位签订总包合同,然后,施工单位再与勘察、设计、安装、物资供应、交通运输等部门签订分包合同。各个分包单位必须向总包单位负责,总包单位向建设单位负责。总包与分包之间,分包与分包之间的权利和义务具有一致性和统一性,各单位之间只有认真履行各自的义务,才能保证整个工程项目的完成。否则,主体之间应负连带责任。

4. 必须接受专业银行的监督

中国建设银行是国家专业银行,建设单位和施工单位之间的建设工程承包合同必须接受国家监督,由中国建设银行实施监督权。

建设工程承包合同签订后,应报上级主管部门审批,并需要将合同副本送交中国建设银行。属于财政拨款的基本建设项目,依照法定程序由建设银行拨款;属于由银行贷款的基本建设项目,由银行依照法定程序贷给。建设工程承包合同的经济往来一律实行转帐结算。建设银行通过拨款、贷款和结算对建设工程承包合同的工程投资、工程造价、工程进度、费率标准以及合同的执行情况等,进行监督,发挥其分工协作互相制约、互相促进的保证监督作用。

(三)建设工程承包合同的形式和分类

建设工程承包合同的形式,可以由一个总包单位与建设单位签订总包合同,然后再由总包单位就工程的次要部分与其他承包单位签订分包合同。分包单位对总包单位负责,总包单位对建设单位负责。

建设单位也可以与勘察、设计、建筑、安装等单位分别签订承包合同。建设单位必须做好工程任务的协调工作,保证工程任务的完成。各分包单位必须对建设单位负责。

建设工程承包合同的种类可以分为两大类即:勘察、设计合同和建筑、安装工程承包合同。

(四) 建设工程勘察设计合同的订立

建设工程勘察设计合同是指委托方与承包方为完成特定的勘察任务,明确相互权利义务关系而订立的合同。建设单位,称为委托方;勘察单位称为承包方。

1. 建设工程勘察设计合同的主体资格

建设工程勘察设计合同主体必须是法人。其中特别是承包方必须具有权利能力和行为能力,必须持有国家颁发的勘察资质证书,委托方必须具有上级机关批准的设计任务书,否则,双方无权签订勘察设计合同。

2. 建设工程勘察设计合同的法定程序

建设工程勘察设计合同,必须符合国家规定的基本建设程序。

签订勘察合同,只要建设单位、设计单位或其他有关单位提出委托,经双方协商同意,即可签订。

签订设计合同,除经双方协商同意外,还必须具有上级机关批准的设计任务书。小型单项工程必须具有上级机关批准的文件。如果单独委托施工图设计任务,应同时具备经有关部门批准的初步设计文件方能签订。

3. 建设工程勘察设计合同的主要条款

(1)建设工程名称、规格、投资额、建设地点;

(2)委托方提供资料的内容、技术要求及期限,承包方勘察的范围、进度和质量,设计的阶段、进度、质量和设计文件份数;

(3)勘察、设计取费的依据,取费标准及拨付款办法;

(4)违约责任。

4. 建设工程勘察设计合同的形式

建设工程勘察设计合同必须采用书面形式。

建设工程勘察设计工作,一般说,具有较强的技术性,是建设工程项目必须首先解决的问题。当事人双方能否真正履行勘察设计合同对建筑、安装等工作及其它各项工作的质量和期限将产生直接的影响。因此,建设工程的设计任务无论是签订总包合同,还是签订分包合同,当事人双方经过协商取得一致意见后,必须采用书面形式签订合同,然后由双方负责人或指定的代表人签字并加盖公章后生效。

(五) 建筑安装工程承包合同的订立

1. 建筑安装工程承包合同的概念

建筑安装工程承包合同是指建设单位(发包方)与施工单位(承包方)之间,为完成特定的建筑安装工程任务而明确相互权利义务关系而订立的合同。

2. 建筑安装工程承包合同的基本条件

签订建筑安装工程承包合同必须具备以下基本条件:

(1)承包工程的初步设计和总概算已经批准;

(2)承包工程所需的投资和统配物资已经列入国家计划;

(3)当事人双方均有履行合同的能力。

3. 建筑安装工程承包合同的订立

(1) 建筑安装工程承包合同的主体资格

建筑安装工程承包合同的主体资格包括: 建设单位、安装单位、国家机关、企业事业单位、社会团体、农村集体经济组织以及个体工商户和农村个体经营户。全民所有制组织之间, 集体所有制组织之间, 全民所有制组织与集体所有制组织之间, 个体户与全民、集体所有制组织之间都可以签订建筑安装工程承包合同。

(2) 建筑安装工程承包合同的主要条款

建筑安装工程承包合同应包括以下主要条款:

- ① 工程名称和地点;
- ② 工程范围和内容; 主要包括栋数、结构、层数、面积、资金来源、投资总额以及工程批准文号等;
- ③ 开、竣工日期及中间交工工程开、竣工日期;
- ④ 工程质量保修期及保修条件;
- ⑤ 工程造价;
- ⑥ 工程价款的支付、结算及交工验收办法;
- ⑦ 设计文件及概、预算和技术资料提供日期;
- ⑧ 材料和设备的供应及进场期限;
- ⑨ 双方相互协作事项;
- 10 违约责任;
- 11 奖励条件。

(3) 建筑安装工程承包合同的形式

建筑安装工程承包合同必须采用书面形式。双方协商同意的有关修改承包合同的设计变更文件、洽商记录、会议记要, 以及资料、图表等, 也是承包合同的组成部分。

建筑安装工程承包合同依法签订后, 应将合同副本报双方业务主管部门、工商行政管理机关和经办银行备案。

四、加工承揽合同的订立

(一) 加工承揽合同的概念

根据《加工承揽合同条例》的规定, 加工承揽合同是指承揽方按照定作方提出的要求完成一定的工作, 定作方接受承揽方完成的工作成果并给付约定报酬而订立的合同。提出加工任务的一方, 称为定作方; 接受并完成加工任务的一方, 称为承揽方。

(二) 加工承揽合同的基本特征

加工承揽合同除具有合同的一般特征外, 还具有以下基本特征:

1. 加工承揽合同的标的是完成一定的工作, 并表现为一定的劳动成果

加工承揽合同是承揽方根据定作方的要求而完成的一定工作, 它的标的是工作成果而不是交付的物品或提供的劳务, 如加工、定作、修缮、修理、印刷、复制、设计、翻译以及物品性能的测试、检验等, 都表现为完成一定的工作, 因此, 可以成为加工承揽合同标的。

2. 加工承揽合同标的是具有特定性质的物, 即特定物

加工承揽合同的特定物是根据定作方提出的特殊要求和提供的材料或待修理的物品而完成的物。它不属于大批生产的产品,不同于市场上的一般商品,不能用其他物品来代替的物。因此,它具有特定性。

3. 承揽方必须自己完成定作方交给的工作任务

《经济合同法》第19条规定:“承揽方必须以自己的设备、技术和劳力,完成加工、定作、修缮任务的主要部分,不经定作方同意,不得把接受的任务转让给第三方。”这是加工承揽合同基本特征之一。其基本要求是:①承揽方必须具有能够独立完成定作方交给的工作任务的基本条件(包括:设备、技术和劳力);②承揽方必须由其自己来完成定作方交给的工作任务的主要部分;③不经定作方同意不得转交给第三方去完成。

4. 承揽方对定作方享有留置的权利

《经济合同法》第19条第4款规定:“定作方超过领取期限6个月不领取定作物的,承揽方有权将定作物变卖,所得价款在扣除报酬、保管费以后,用定作方的名义存入银行。”承揽方使用留置权的条件是:①定作方不按约定时间领取定作物超过6个月;②定作方不按合同约定给付承揽方应得的报酬。只要具备上述两个条件,承揽方就有权按照一定的程序变卖定作物。所得价款在扣除清偿报酬、保管费及其他合理费用外,如尚有余款,可以定作方的名义存入银行,所有权属于定作方。如果变卖定作物以后,仍不能弥补承揽方受到的损失,承揽方仍然有权向定作方追偿违约金或赔偿金,以补偿其不足部分。

5. 承揽方在完成工作或交付工作成果以前,对一切风险承担责任

承揽方在履行合同期间,对定作方的材料、定作物具有占有、管理的责任,不仅对完成工作成果的质量、数量、期限负有全部责任,而且对由于不可抗力原因造成标的物毁损或灭失的风险,也必须承担由于未能预料和不可防止的事故所造成的一切后果。也就是说,承揽方不得要求定作方给付由此引起的一切经济损失。

(三) 加工承揽合同的种类

加工承揽合同根据其性质和内容的不同,可分为以下几种:

1. 加工合同

所谓加工合同是由承揽方按照定作方提供的原材料或半成品,根据双方约定的品种、规格、质量、数量和期限等具体要求,进行加工特定产品、并按照约定收取定作方加工费用而签订的协议。加工合同的主要特点是:由定作方提供原材料,由承揽方收取加工费。

2. 定作合同

所谓定作合同是指由承揽方根据定作方提出的品种、规格、质量和数量等要求,使用自己提供的材料进行生产,为定作方加工特定产品,向定作方收取相应价款的协议。定作合同的主要特点是:产品所需原材料由承揽方提供,定作方支付相应价款。

3. 修缮合同

所谓修缮合同是指承揽方按照定作方的要求,为其修缮房屋、维修机器设备和其他修理工作,并向定作方收取相应报酬的协议。修缮合同的主要特点是:如果所需要的修缮材料是由定作方提供的,承揽方应收取相应酬金;如果所需修缮材料是由承揽方提供的,承揽方应向定作方收取修缮材料的价款。

4. 劳务合同

所谓劳务合同是指承揽方根据定作方的委托而为其提供劳动服务,并向对方收取相应报酬的协议。承揽方提供的劳务既可以是脑力劳动服务,如设计、测试、测绘、翻译书刊资料等,也可以是体力劳动服务,如打扫卫生等。

5. 印刷合同

印刷合同是印刷方按照出版方的要求,为其完成书刊印刷工作,并收取出版方相应报酬的协议。

6. 广告合同

广告合同是广告专营单位或兼营单位为刊户完成一定的广告宣传工作,并取得刊户相应报酬的协议。

加工承揽合同主要是指法人之间签订的加工承揽合同,除上述列举的合同以外,还有修理、测试、测绘、装配、包装、装潢、印染、复制、化验、翻译、出版等合同。

(四)加工承揽合同的基本原则

当事人双方应遵守以下基本原则:

(1)承揽方必须具备履约能力和条件。

《加工承揽合同条例》第4条规定:“承揽方应当如实提供有关设备能力、技术条件、工艺水平等情况。”第19条规定:“加工承揽合同,应根据定作方提出的品名、项目、质量要求和承揽方的加工、定作、修缮能力签订。”承揽方在签订加工承揽合同时,必须使用自己的设备、技术和劳力,完成加工、定作、修缮等任务的主要部分,不得在不具备履约条件的情况下签订合同或将任务的主要部分或全部转包给第三方,否则,视为非法转包渔利。

(2)定作方必须明确提出定作物的品名、数量、质量及其他特殊要求,承揽方不得擅自改变定作方的要求。

(3)当事人双方必须遵守《经济合同法》的规定,贯彻平等互利、协商一致、等价有偿的原则,否则,视为无效经济合同。

(五)加工承揽合同的主要条款

加工承揽合同的主要条款,是合同的核心部分,条款必须完备。其主要条款包括:

1. 品名或项目

加工承揽合同的品名或项目必须准确、具体,不得含混或模棱两可,不得使用代号,必须注明全称。

2. 数量、质量、包装、加工方法

加工承揽合同必须写明定作物的数量,执行标准、代号、编号和标准名称。当事人不得签订没有质量要求和技术标准的合同。对于加工定作的物品,需要封存样品的,应由双方代表当面封签,并妥为保存。作为验收依据。

3. 原材料的提供以及规格、数量和质量

由承揽方提供原材料完成工作的,必须依照合同规定的规格、数量和质量选用原材料,并接受定作方的检验。

由定作方提供原材料完成工作的,合同也应当明确规定原材料的数量、质量和规格、原

材料的消耗定额以及供料日期、方式和承揽方对原材料的检验。

4. 价款或酬金

价款或酬金是定作方按照合同约定向承揽方支付的代价。对于加工定作物品的价款或酬金,应当按照国家或主管部门的规定执行。国家或主管部门没有规定的,由当事人双方协商确定。

5. 履行期限、地点和方式

当事人双方应当在合同中明确规定交(提)定作物期限,并按照合同规定履行。对交(提)货日期的计算,按照《加工承揽合同条例》规定执行。承揽方自备运输工具送交定作物的,以定作方接收的戳记日期为准;委托运输部门运输的,以发运定作物时承运部门签发戳记日期为准;自提定作物的,以承揽方通知的提取日期为准;但承揽方在发出提取定作物的通知中,必须给定作方以必要的途中时间;双方另有约定的,按约定的方法计算。

原材料等物品交(提)日期的计算,参照上述办法办理。

6. 验收标准和方法

验收标准和方法在合同中必须明确具体规定。定作方应当按照合同规定的期限验收承揽方所完成的工作。验收前承揽方应当向定作方提交必要的技术资料和有关质量证明。

对于在短期检验难以发现质量缺陷的定作物或项目,应当由双方协商,在合同中规定保证期限。保证期限内发生的质量问题,除定作方使用、保管不当等原因而造成质量问题的以外,由承揽方负责修复或退换。

7. 结算方式、开户银行和帐号

8. 违约责任

当事人双方必须在合同中明确具体规定违约金计算比例,在法律规定的幅度内,由双方共同确定。

9. 双方约定的其他事项

当事人双方依法就合同的主要条款经过充分协商达成一致意见以后,必须以书面形式予以表示,这是加工承揽合同成立的法定形式。经双方法定代表人或经过授权的经办人签章和加盖单位公章或合同专用章后,合同方能生效。其他有关技术协议书、技术资料、图纸等也是合同的组成部分。

五、货物运输合同的订立

(一) 货物运输合同的概念

货物运输合同是指托运方和承运方,为了完成一定的货物运输任务,明确相互权利义务关系而订立的合同。请求运送货物的一方,称为托运方,托运方可以是货物所有者,也可以不是货物所有者而属于第三者,即货物运送到达地点后提取货物的人;承接运送货物的一方,称为承运方。

货物运输合同是由承运方,按照双方约定的交通工具和时间,将货物运送到约定的地点并收取托运方交付的运输费用的协议。

（二）货物运输合同的基本特征

1. 货物运输合同的标的是提供一定的劳动

货物运输合同的标不同于购销、建设工程承包、加工承揽等经济合同的标的,货物运输合同的标不是托运方所需要托运的货物,而是承运方为将货物运送到指定地点所提供的劳务活动。托运方根据承运方所提供的劳务活动而支付一定的运输费用。

2. 货物运输合同的运费由国家统一规定

货物运输合同的运输费用,一般由国家运输部门根据国家行政法规规定的标准签订合同条款,承运方和托运方无权改变国家规定的标准。

3. 货物运输合同主体一般需要涉及到第三方(即收货方)

货物运输合同的主体不仅包括托运方和承运方,在一般情况下,还包括第三方,即收货方。货物运输合同中有时托运方就是收货方,在这种情况下托运方与收货方是同一当事人,不发生与第三方的关系。但是在大多数情况下,托运方往往是为第三方即收货方办理托运货物,在这种情况下,托运方与收货方不是同一当事人,因而发生与第三方的关系。第三方不直接向承运方签订货物运输合同,但是在合同成立后需要由第三方享受收货权利和承担运输费用的义务,为此,收货方即是货物运输合同的关系人。

（三）货物运输合同的种类

货物运输合同根据不同的标准可以进行不同的分类。

根据国家所处地域的不同,可分为国际货物运输合同和国内货物运输合同两大类。

国内货物运输合同根据运输部门和使用运输工具的不同,可以分为铁路货物运输合同、公路货物运输合同、水路货物运输合同、航空货物运输合同、管道货物运输合同和联合货物运输合同等。

根据运输货物的性质不同,可以划分为普通货物运输合同、危险货物运输合同、鲜活货物运输合同等。

目前,我国普遍使用的运输方式是铁路、公路、水路、航空四种方式,因此,货物运输合同也主要采用铁路、公路、水路和航空四种运输合同。

（四）铁路货物运输合同的订立

铁路货物运输是指我国铁道部公布的营业铁路货物运输。

铁路货物运输合同,是指铁路运输部门与企业、农村经济组织、国家机关、事业单位、社会团体等法人非法人经济组织之间以及与个体工商户、农村承包经营户之间为了实现特定的货物运输任务而明确相互权利义务关系而订立的合同。承接货物运输任务的一方,称为承运方,要求托运货物的一方,称为托运方。

1. 签订铁路货物运输合同的主体资格

铁路货物运输合同的主体资格包括:铁路运输企业及其他企业、国家机关、事业单位、社会团体、农村经济组织以及个体工商业户、专业户、农村承包经营户,均可以与铁路部门签订货物运输合同。

2. 铁路货物运输合同的主要条款

按年度、半年度、季度或月度签订的货物运输合同(又称长期整车货运合同),应载明下

列基本内容：

- (1) 托运人和收货人名称；
- (2) 发站和到站；
- (3) 货物名称；
- (4) 货物重量；
- (5) 车种和车数；
- (6) 违约责任；
- (7) 双方约定的其他事项。

以货物运单作为货物运输合同(又称零星货运合同),应载明以下内容：

- (1) 托运人、收货人名称及其详细地址；
- (2) 发站、到站及到站的主要铁路局；
- (3) 货物名称；
- (4) 货物包装及标志；
- (5) 件数和重量(包括货物包装重量)；
- (6) 承运日期；
- (7) 运到期限；
- (8) 运输费用；
- (9) 货车类型和车号；
- (10) 施封货车和集装箱的施封号码；
- (11) 双方商定的其他事项。

3. 铁路货物运输合同订立的形式

铁路货物运输中,属于大宗物资的运输,有条件的可按年度、半年度或季度签订货物运输合同,也可以签订更长期限的运输合同;其它整车货物运输,可以按月签订运输合同。按月度签订的运输合同,可以用月度要车计划表代替。

零担货物和集装箱货物运输,以货物运单作为运输合同。

4. 铁路货物运输合同成立的合法手续

按年度、半年度、季度或月度签订的货物运输合同,经双方在合同上签认以后,合同即告成立。托运人在交运货物时,还应该向承运人按批提出货物运单,作为合同的组成部分。

零担货物和集装箱货物运输合同的货物运单,由当事人双方填写,托运人必须在运单上签名,托运人是社会组织的,还应当在运单上加盖单位的印章。托运人对自己在运单上所填记事项,必须负完全责任。承运人在托运人提出的货物运单上加盖车站日期戳记后,合同即告成立。

(五) 公路货物运输合同的订立

公路货物运输合同是指国内经营公路货物运输的企业与其他企业、农村经济组织、国家机关、事业单位、社会团体等法人之间以及个人或联户之间,为了实现特定货物运输任务而明确相互权利义务关系的协议,要求托运货物的一方,称为托运方,承接货物运输任务的一方,称为承运方。

1. 公路货物运输合同的主体资格

公路货物运输合同的主体资格包括:公路货物运输企业及其他企业、农村经济组织、国家机关、事业单位、社会团体等法人、其他经济组织及个体工商户、农村承包经营户。

公路货物运输合同的承运方必须持有经营公路货物运输的营业执照。否则,承运方无权对外签订货物运输合同。国家工商行政管理部门颁发的运输执照的主体包括:专业汽车运输企业(国营或集体)、工业企业运输队(在完成本企业运输任务以后所承接的任务)、联合运输企业和农村经营运输的专业户。

2. 公路货物运输合同的主要条款

- (1)货物的名称、性质、体积、数量及包装标准;
- (2)货物起运和到达地点、运距、收发货人名称及详细地址;
- (3)运输质量及安全要求;
- (4)货物装卸责任和方法;
- (5)货物的交接手续;
- (6)批量货物运输起止日期;
- (7)年、季、月度合同的运输计划(文书、表式、电报)提送期限和运输计划的最大限量;
- (8)运杂费计算标准及结算方式;
- (9)变更、解除合同的期限;
- (10)违约责任;
- (11)双方商定的其他条款。

3. 公路货物运输合同应具备合法手续

公路货物运输合同应具备下列合法手续:

(1)代订货物运输合同,被委托单位必须持有委托单位证明,并在授权范围内,以委托单位的名义签订。

(2)长大、笨重货物、危险品、国家限运以及需要办理检疫、商检、海关、公安、监理手续的货物,在交运前,托运方必须提供有关机关的准运证明,托运鲜活、易腐等有特殊要求的货物,应向车站说明最长的允许运输期限,并办理双方商定的专项手续。

(六)水路货物运输合同的订立

水路货物运输合同是指水路货物运输企业与其他企业、农村经济组织、国家机关、事业单位、社会团体等法人其他经济组织、个体工商户、农村承包经营户之间,为了实现特定的水路货物运输任务而明确相互权利义务关系而订立的合同。申请托运货物的一方,称为托运方;承接货运任务的一方,称为承运方。

水路货物运输合同具有以下基本特征:

①货物重量和体积的计算有其自己的特殊方式

整批货物的重量,由托运人确定,承运人也可以进行抽查。散装货物重量,承运人可以通过船舶水尺计算的吨数计算重量。货物按体积计量收运费的,托运人应提出重量和体积。

②合同履行期限受自然条件(气候、水情等)的影响

合同履行期限通常包括起运港发运时间、每一换装港的换装时间和运输时间。由于自

然条件因素所造成的误时,不计算在运期之内。

水路货物运输合同一般包括:大宗物资的运输合同、零星货物运输合同。

1. 水路货物运输合同的主体资格

水路货物运输合同的主体资格主要有:水路货物运输企业及其他企业,农村经济组织、国家机关、事业单位、社会团体、非法人经济组织及个体工商户、农村承包经营户。

2. 水路货物运输合同的形式及其主要条款

水路货物运输合同,除短途驳运、摆渡零星货物,当事人双方可以采用口头合同以外,应当采用书面形式。

大宗物资运输,可按月签订货物运输合同,对其他按规定必须提送月度托运计划的货物,经托运人和承运人协商同意,可以按月签订货物运输合同或以货物运单作为运输合同。零星货物运输以货物运单作为货物运输合同。

按月度签订货物运输合同的,应包括以下基本内容:

- (1)货物名称;
- (2)货物托运人和收货人名称;
- (3)起运港和到达港、海、江、河联运货物应载明换装港;
- (4)货物重量,按体积计费的货物应载明体积;
- (5)违约责任;
- (6)特殊条款。

合同条款经双方协商一致,并在合同上签认后,合同即告成立。

承、托运双方当事人无需商定特约事项的,可以用月度托运计划表代替运输合同,经双方在计划表上签认后,合同即告成立。

在当事人实际办理货物承托运手续时,托运人还应向承运人按批提出货物运单,作为运输合同的组成部分。

如以货物运单作为运输合同,货物运单应包括以下主要内容:

- ①货物名称;
- ②重量、件数、按体积计费的货物应载明体积;
- ③包装;
- ④运输标志;
- ⑤起运港和到达港;海、江、河联运货物应载明换装港;
- ⑥托运人、收货人名称及其详细地址;
- ⑦运费、港口费和其他费用及其结算方式;
- ⑧承运日期;
- ⑨运到期限(规定期限或商定期限);
- 10货物价值;
- 11双方商定的其他事项。

以货物运单作为运输合同的,经承、托双方商定货物的集中时间、地点,由双方认真验收、交接,并经承运人在托运人提出的货物运单上加盖承运日期戳记后,合同即告成立。

（七）航空货物运输合同的订立

航空货物运输合同是指航空货物运输的承运单位（包括国家民航局及所属的航空站（港）和机场）与企业、农村经济组织、国家机关、事业单位、社会团体等法人其他非法人经济组织及个体工商户、农村承包经营户与航空运输承运单位之间，为了实现特定货物运输任务而明确相互权利义务关系而订立的合同。申请托运货物的一方，称为托运方，承担托运任务的一方，称为承运方。

航空货物运输合同分为包机货物运输和零星货物运输。

1. 签订航空货物运输合同的主体资格

航空货物运输合同的主体资格包括：航空运输企业及其他企业、农村经济组织、国家机关、事业单位、社会团体等法人以及个体工商户和农村承包经营户和公民个人。这里说的社会组织和公民个人是指持有单位介绍信或其他必要证件的组织和公民个人，都有资格签订航空货物运输合同。

2. 签订航空货物运输合同的程序

托运人托运货物，应凭单位介绍信，向承运人填交货物托运单，并根据国家主管部门规定随附必要的有效证明文件，托运人填写货物托运单，内容必须真实、正确、清楚，并准确、详细填写托运人和收货人的单位、姓名、地址等。

托运人填交的货物托运单经承运人接受，并由承运人填发货运单后，航空货物运输合同即告成立。

托运人要求包用飞机运输货物，应填交包机申请书，经承运人同意接受并签订包机运输协议书后，航空包机货物运输合同即告成立。

（八）联合货物运输合同的订立

联合货物运输合同（简称联运合同）是指铁路、公路、水路等运输企业与其他企业、事业单位、国家机关、社会团体、农村经济组织等法人，其他经济组织及个体工商户、农村承包经营户之间，为了实现一定的货物运输任务，明确相互权利义务关系而订立的合同。要求托运货物的一方，称为托运方，接受托运货物的一方（两个或两个以上不同运输方式的企业），称为承运方。

联合货物运输合同的基本特点是：承运方为两个或两个以上不同运输工具的单位，以同一运输提单，互相衔接，共同完成货物运输任务，共同对托运方负连带赔偿责任。

联运合同根据参加联运单位的不同，可分为：铁路、水路联运合同；铁路、公路联运合同；公路、水路联运合同；铁路、公路、水路联运合同以及海、江、河联运合同。这里主要介绍铁路、水路联运合同。

根据托运货物数量的多少，还可以分为整车联运货物合同和零担联运货物合同。

托运人托运联运货物时，应当安排（从水路起运以装在同一船内为限）向起运站（港）提出“水陆联运货物运单”一份，运单须随同货物递送至到达地点，交给收货人。发站或起运港根据“水陆货物运单”填写“水陆联运货票”。货票分甲、乙、丙、丁四联。甲联报起运地铁路局或航运局财务部门。乙联随同货物至第一换装地点，报接运铁路局或航运局财务部门；但对于国家规定的在起运地实行一次收费以及中间区段委托到达地代收费用的货物，乙联应

作为铁路和水路之间的费用清算联,另由换装站(港)加抄一份报接运的铁路局或航航局。丙联由发站或起运港存查。丁联随同货物递交到达地点,由到达站报所管局财务部门或由到达港存查,如联运全程包括两个水运区段时,应增加货票两联;三个水运区段时,应增加货票四联。增加各联均使用空白号码货票,填注原号码。其中交各区段航运局各一联,其余由各换装港留存;均由起运港或第一换装港按照水运内部关于运输收入港航结算办法的规定分别递转。

联运合同的形式是“水陆联运货物运单”。根据联运货物运单,填写“水陆联运货票”。此凭证就是当事人双方的合同形式。对双方具有法律约束力。因此,在填写货物运单时,应注意:

(1)发站或起运港填制联运货票时,对于发站或起运港应写全称,不得写简称。如“大连港”不能只写“大连”。

(2)换装点各栏,应一律由发站或起运港按照月度联运计划平衡核定的联运路线填写。对于不编制计划的零担货物,由发站或起运港根据合理运输路线参照发货人意见填写。两段联运,填写一个换装点,三段联运填写两个换装点,四段联运填写三个换装点。

(3)“到站或到达港”栏和“收货人”栏,必须同在一地,注意防止两者分散两地,无法交付。如水陆联运的到站或到达港并非货物的最终到达点,尚须经过短途运输或其他工具转运时,应将负责转运的机关或代理人 and 原收货人同时填入“收货人”栏内。

对于整批到达,分批转运的联运货物,换装站(换装作业在站内进行时)或换装港(换装作业在港内进行时)应按照装妥的每辆货车或每艘船舶填写“水陆联运货物分运货票”。

对于自陆转水分批到达,集中转运的联运货物,换装港可以按照装妥的每艘船舶另行填写“水陆联运货物汇总货票”。

零担货物联运不受计划约束,根据托运人的需要和承运人的承运能力签订联运合同。零担货物不得分批转运。

按件数承运的零担和整车联运货物,发货人应当在每件货物上,涂刷简明标记或符号,并在运单上“发货人标记”栏内注明;同时,在每件货物上标写到达站(港)和收货人名称。

六、供用电合同的订立

(一)供用电合同的概念

供用电合同是指供电方根据国家电力分配计划、电力可供量和用电方的需要与用电方就供应和使用一定数量的电力明确相互权利义务关系而订立的合同。

供电方根据供电指标、电力可供量、用电方的需要,按时、按质、按量地将电力输送给用电方,用电方按照供电量向供方交纳用电费用。

(二)供用电合同的基本特征

1. 合同的标的(电力)是一种特殊的商品

所谓特殊,包括两个方面的内容:第一,电力是一种看不见、摸不着,但又是客观存在,并能发挥出一定效能的无形物质;第二,电力是随生产随使用,供用同时生产的一种特殊的供应合同的标的。

2. 供用电合同的供电方只能是特定的供电部门

在我国,电力的供应是由国家规定的特定供电部门(供电局)统一供应的,其他任何部门不负有专门供电的任务,无权与用户签订供用电合同。供电所不具备法人资格,不得与用户签订用电合同,未受供电局的委托,任何用户也不得擅自向其他单位转供电力。

3. 供用电合同一般具有长期性

供用电双方一般都具有法人资格,因此,双方签订供用电合同后,建立起来的经济合同法律关系也具有相对稳定性,所以,供用电合同是一种长期的供应合同。

(三)签订供用电合同的主体资格

供用电合同的主体资格是指签订供用电合同的当事人。主要包括:供电部门(供电局)、工业、农业、商业、基本建设等各部门、各企业、事业单位、社会团体、农村集体经济组织等法人、其他经济组织及个体工商户、农村承包经营户,都有资格对外签订供用电合同。发电厂、供电所不得与用户签订供用电合同。

(四)供用电合同的主要条款

根据《经济合同法》规定,供用电合同包括以下主要条款:

1. 标的

供用电合同的标的是电力,是供电方在一定时期内可以向用电方保证供给的,用电方所耗用的电。

2. 电量

电量是确定用电方耗用电力的数量指标,是用电方在一定时间内,根据供电部门的计划供应所允许消耗的电能。电量一般以千瓦小时表示,通常称为“度”。

3. 供电质量

供电质量是指供电的电压与频率是否相符、电力供应时间是否具有可靠保证的程度。供电质量标准,国家有具体规定。凡供电频率超过规定允许的偏差或电压超过规定的变动幅度,都应认为是供电质量不符合国家规定。

我国规定的供电频率的偏差是:电网容量在 300 万千瓦以上者,为 ± 0.2 赫;电网容量在 300 万千瓦以下者,为 ± 0.5 赫。

供用到户的供电电压的变动幅度是:35 千伏以上供电和对电压质量有特殊要求的用户,为额定电压的 $\pm 5\%$;10 千伏以下高压供电和低压电力用户,为额定电压的 $\pm 7\%$;低压照明用户为额定电压的 $+5\%$ 、 -10% 。

4. 用电时间

用电时间是指使用电力的起止时间。为了合理用电、节约用电,双方应在合同中具体规定开始和结止用电时间。

5. 电价

电价是用户按照用电数量和国家规定的标准向供电局所支付的电费。供用电合同应明确规定电价类别,不同类别的电价,有不同的标准。工业用电、农业用电、生活用电等其电价标准各不一样。用户可以按照不同类别缴纳电费。供电部门不得擅自抬高或降低电价。电费的收取,国家允许供电部门委托银行、信用社托收或代收。

6. 违约责任

供用电双方任何一方违反供用电合同,应承担违约责任。严重违反供用电合同的,还应当承担行政责任直至刑事责任。

7. 奖惩条款

对于计划用电、节约用电、安全用电表现好的单位,可予以鼓励;对超计划用电、浪费电力的单位,可根据有关规定予以罚款。

七、仓储保管合同的订立

(一) 仓储保管合同的概念

仓储保管合同是存货方和保管方为加速货物流通、妥善保管货物,提高经济效益,明确相互权利义务关系而订立的合同。交存货物的一方,称为存货方;代为保管货物的一方,称为保管方。

仓储保管合同的存货方将需要储存的货物交付保管方,在约定的储存期限届满时,将原物完好返还存货方,由存货方按照规定支付相应的仓储保管费用。

(二) 仓储保管合同的基本特征

(1) 仓储保管合同主体,一般为国家设立的专业仓储公司和商业、物资等从事仓储业务的法人组织。《仓储保管合同实施细则》第三条规定:“本细则适用于经工商行政管理机关核准,依法从事仓储保管业务的法人同委托储存货物的法人、其他经济组织及个体工商户、农村承包经营户之间签订的仓储保管合同。”当前,在经济体制改革过程中,农村中又出现了经营仓储粮食等农作物业务的专业户,也可以成为仓储保管合同的主体。

(2) 仓储保管合同的标的是保管方提供的劳务活动。仓储保管合同与货物运输等合同的标的一样,是指保管方使用自己的设备和人力等条件所提供的劳务活动,而不是被保管的物品本身。

(3) 仓储保管合同的标的是特定物或特定化的种类物。特定物是指特别指定的物品,有些被储存保管的物,在交付储存保管以后,就具有了特定化的性质。对于储存保管的物,在期限届满时,保管方必须将被储存的物品完好地交还给存货方。因此,储存保管的物品应该是特定物或特定化的种类物。

(三) 仓储保管合同的主要条款

- (1) 货物的品名和种类;
- (2) 货物的规格、数量、质量和包装;
- (3) 货物验收的内容、标准、方法和时间;
- (4) 货物保管条件、保管要求和保管方法;
- (5) 货物进出库手续、时间、地点、运输方式;
- (6) 货物损耗标准和损耗的处理;
- (7) 计费项目、标准和结算方式、银行、帐号、时间;
- (8) 责任划分和违约责任;
- (9) 合同有效期限;

(10)变更和解除合同期限。

此外,与仓储保管有关的货物检验、包装、保险、运输等事项,必须在合同中明确规定或另行签订合同。

仓储保管合同应采用书面形式。当事人双方协商同意的有关修改合同的文书、电报、图表和仓储保管合同副本也是合同的组成部分。当事人一方在接到修改合同的文书、电报后15日内或合同规定的期限内未提出异议,视为同意。

仓储保管合同当事人依法就合同的主要条款协商一致,由双方的法定代表或授权的经办人签字、加盖单位公章或合同专用章后,合同即告成立。

如果法定代表授权本单位经办人员代理签订合同,应事先出具本单位的委托证明。

代订合同时,代理单位必须事先取得委托单位的委托证明,并根据授权范围内以委托单位的名义签订。

八、财产租赁合同的订立

(一)财产租赁合同的概念

财产租赁合同是指出租方和承租方为了解决生产、工作和生活的需要,租赁某种特定财产而明确相互权利义务关系而订立的合同。出租财产的一方,称为出租方,租用出租财产的一方,称为承租方。

(二)财产租赁合同的基本特征

(1)财产租赁合同的标的在存续期间,出租方只能转移财产的使用权,不转移所有权。也就是说,承租方从出租方所取得的只是对财产(租赁物)的临时占有、使用和收益的权利,没有处分租赁物的权利。

(2)财产租赁合同的标的只能是国家法律、政策所允许流通的特定物。如交通运输中的车辆、飞机、船只、电子计算机;工农业产品中的机械设备和一些日用品等,都可以作为财产租赁合同的标的。但是,武器、弹药、军事设施、土地、矿藏、水流等,是国家法律所禁止的流通物,不能成为财产租赁合同的标的,进入流通领域。

(3)财产租赁合同的标的,必须是不易损坏,不易消耗和不易腐烂并能较长时间保存的物。《财产租赁合同条例》规定:租赁届满,承租方必须将原租赁物完好地返还给出租方,所以,租赁物不得是易耗、易腐和容易损坏的物。

(4)财产租赁合同标的,必须是属于出租方自己所有或有权经营管理的财产。出租方对属于自己的财产,不仅有占有、使用的权利,而且对自己的财产还有处分的权利。出租自己的财产是对自己财产的处分权利。对财产的处分权利是所有权的一种表现形式。因此,不具有对特定财产的所有权,就不具有出租该项特定财产的权利,不能作为合同的标的对外签订财产租赁合同。

随着我国改革、开放、搞活方针的贯彻执行,租赁业务又有了新的发展。由于所有权和经营管理权的分离,企业虽然对依法所经营管理的财产不具有所有权,但在法律、政策所允许的范围内,有权根据国家授权出租所经营管理的财产。为此,企业所经营管理的财产可以成为财产租赁合同的标的。

现代租赁关系是以金融信贷和物质信贷相结合的一种方式。也就是说,出租方根据承租方的需要为其筹集资金,购买租赁物(承租人选定的设备和技术),出租给承租方使用。在承租期内,承租人享有使用权,并以租金的形式,分期分批地向出租方交付租金。租赁期届满,承租人可以“名义货价”或双方商定的价格购买租赁物,将租赁物的所有权转移给承租方所有。承租方也可以续租或退还租赁物。

现代租赁关系具有其新的特点:

(1)既借钱,又借物,以分期偿还租金的方式借物还钱;

(2)所有权和使用权分离,租赁物的所有权属于出租方,使用权归承租方,但承租方负有维修、保养和保护完好的义务;

(3)由于承租方对租赁物不具有所有权,所以租赁物只作为租赁物登记,不计入固定资产。租金可以计入成本,也可以享受税务上的优惠,因此,支付租金,不同于分期付款。

现代租赁关系基本上可分为动产和不动产两大类。动产租赁又分为融资性租赁(又叫金融性租赁)和经营性租赁(又叫服务性租赁);不动产租赁又分为房地产租赁和其他类型租赁。这里主要介绍动产租赁。

融资性租赁,是由专业租赁公司融通资金。租赁公司根据承租方的需要,出资购买租赁物,然后出租给承租方使用,租期届满,按照租赁合同处理。从而解决承租方在生产发展上需要的设备和技术以及资金不足的困难。

服务性租赁,是承租方为了解决生产建设中所需要的大中型通用设备而向专业租赁公司实行的租用,用毕归还的一种租赁形式。

(三)财产租赁合同的主要条款

1. 租赁财产的名称

租赁财产的名称是财产租赁合同标的物的名称。租赁物必须是国家法律、政策允许流通的物品和能够长期使用并能长期保存使用效能的特定物。因此,易腐、易损、易耗或非特定物品,不能作为财产租赁合同的标的,签订财产租赁合同。

2. 租赁财产的数量和质量

财产租赁合同,除必须明确标的名称外,还必须具体规定租赁物的数量和质量(规格、型号和等级)。由于租赁物一般使用时间较长,并涉及租赁物届满时能否原样返还出租方,因此,在合同中必须明确、具体地规定租赁物的质量标准及合理损耗标准,作为返还租赁物时验收的依据和处理合同纠纷、划分双方责任的凭证。

3. 租赁物的用途

当事人双方在财产租赁合同中,必须写明租赁物的具体用途。承租方必须按照合同规定的用途使用租赁物,如果违反合同规定的用途或擅自转租给第三方或进行其他违法活动时,出租方有权解除合同。

4. 租赁限期

凡属于可以在合同中规定租赁期限的,必须在合同中明确规定。一般可按年、月、日、时计算;凡属难于规定租赁期限的,可在合同中只规定出租方向承租方提供租赁物开始的时间,不具体规定终止日期。只要出租方没有特殊原因需要收回租赁物,承租方又按照合同规

定支付租金和合法使用租赁物的,合同就可以继续履行。同时,根据情况的变化,出租方和承租方都有权随时提出终止合同的要求。

5. 租金和租金交付期限

租金,是承租方向出租方必须缴纳的租赁费用。租金主要包括租赁物的折旧费、维修费、出租方的合理盈利等费用。租金的标准,国家有统一规定的,按统一规定签订,没有统一规定的,由当事人双方协商议定。

租金交纳期限,是指交纳租金的时间界限,是预先交付或部分交付,合同中应加以注明。

6. 租赁物的维修和保养

租赁物在租赁期间如何维修和保养,由哪一方当事人承担,必须在合同中予以规定。一般说,凡属大修理的任务,应该由出租方承担,因租赁物的所有权属于出租方,出租方有义务保证租赁物能够正常使用。属于平时正常的维修和保养,应由承租方负责。在承租期间,承租方有使租赁物保证完好状态和能够正常使用的义务。

7. 违约责任

出租方和承租方必须根据《经济合同法》的规定共同确定具体违约责任。

总之,财产租赁合同的上述条款,经过当事人双方充分协商,取得一致意见,并履行了书面手续后,合同即告成立。

九、借款合同的订立

(一) 借款合同的概念

所谓借款合同是指借款方和贷款方之间,为了借贷一定数量的货币明确相互权利义务关系而订立的合同。出借货币的单位,称为贷款方;用款单位或个人,称为借款方。

借款合同也称贷款合同或信贷合同。由借款方向国家银行提出申请,经审核批准后,由贷款方划拨给借款单位,借款单位按照规定的期限、数量还本付息的一种有计划地分配资金的形式。

借款合同具有以下特征:

(1) 贷款方必须是国家批准的专门金融机构。贷款方包括:中国人民银行和专业银行(如中国工商银行、中国建设银行、中国农业银行、中国银行和信用社)。全国的信贷业务只能由国家金融机构办理,其他任何单位和个人无权与借款方互相发生借贷关系。

(2) 借款方一般是指实行独立核算的法人组织。国家机关、社会团体、学校、研究单位等实行财政预算单位均无权向金融机构申请贷款。借款方一般是实行独立核算、自负盈亏的全民和集体所有制企业、事业单位。但是,在一定条件下(依法登记、领有营业执照),城乡个体工商业户、农村承包经营户农村实行生产责任制的农民也可以成为借款方主体同贷款方签订借款合同。

(3) 借款合同的标的只限于货币,即:我国人民币和外币。

(4) 借款合同的贷款利率由国家统一规定,由中国人民银行统一进行管理。借款方在归还借款时,一般要偿还贷款利息。利率必须按照国家规定,由我国金融机构统一办理,当事人双方不得变更或修改。

（二）借款合同种类

借款合同种类是由贷款种类决定的。借款可以从不同的角度划分贷款种类。根据各部门的性质和借款用途,可以划分为如下借款合同种类:

1. 工业借款合同

工业借款合同是中国工商银行与国营工业企业、集体工业企业、工业各主管部门的供销企业,各级物资供应企业之间签订的合同。工业借款又分为:超定额流动资金贷款、结算贷款、大修理贷款、物资供销贷款、中短期设备贷款五种,与此相适应的,也有上述五种借款合同。

2. 商业贷款合同

商业贷款是中国工商银行同国营商业、粮食、外贸、供销社等企业和商办企业、农牧企业之间签订的借款合同。商业贷款分为:商品流转贷款、农副产品预购贷款、大修理贷款等。因此,商业贷款合同又包括商业流转贷款合同、农副产品预购贷款合同、大修理贷款合同等。

3. 农业借款合同

农业借款合同是中国农业银行、信用社与农业企业、农村集体经济组织和生产者之间为确立借款关系而签订的合同。农业贷款包括:农业企业贷款(主要有超定额贷款、临时贷款、结算贷款、设备贷款)和农村集体经济组织贷款(农业生产费用贷款、农业生产设备贷款、乡镇企业贷款、社员个人贷款)。为此,农业借款合同又包括农业企业贷款合同和农村集体经济组织贷款合同。

4. 基本建设借款合同

基本建设借款合同是中国建设银行同建设单位之间,为确立借贷关系而签订的合同。基本建设贷款分为:基本建设贷款、小型基本建设贷款、地方级基本建设储备贷款和缓建单位自主贷款等。与此具有与之相应的借款合同。

5. 其他专项借款合同

其他专项借款合同包括:工业交通企业挖潜、革新、改造资金贷款,煤炭工业企业挖、革、改和调整项目贷款,出口工业品生产专项贷款,引进国外技术设备贷款和短期外汇贷款等合同。

（三）签订借款合同的主体资格

根据《经济合同法》和《借款合同条例》的规定,借款合同的主体资格包括:中国人民银行、专业银行、信用合作社,实行独立核算的全民和集体所有制企业,事业单位、农村集体经济组织,持有营业执照、经营正当、有还款能力的非法人经济组织、城乡个体工商户、农村承包经营户以及实行生产责任制的农民个人。

（四）借款合同的条件和原则

1. 借款合同的条件

借款方向银行或信用社申请贷款,必须具备下列条件:

(1)借款方必须具有签订借款合同的主体资格。

(2)借款方应具有中国人民银行规定的一定比例的自有资金,并有适销适用的物资和财产作为贷款的保证;借款方无力偿还贷款时,贷款方有权要求依照法律程序处理借款方作为

贷款保证的物资或财产。

(3)借款方不完全具备一定比例资金或财产,但又有特殊情况需要借款时,也可以提出符合法定条件的保证人担保,经贷款方同意,并报经贷款方上级批准,方可借款。

保证人必须具有足够代偿借款的财产。在借款方不能履行合同时,由保证人连带承担偿还本息的责任。保证人履行保证责任后,有向借款方追偿债务的权利。

2. 借款合同的原则

(1)物资保证和按期归还的原则。中国人民银行对工商企业的流动资金贷款,物资保证原则、按期归还的原则。

物资保证原则。借款方向银行申请贷款,必须具有与贷款数额相适应的,适销适用的物资和财产作为物质保证。如果借款方不完全具备上述物质条件,可提供符合法定条件的保证人,连带承担偿还本息的责任。否则,银行将不予签订借款合同。

按期归还原则。借款合同期限届满,借款方必须按照合同规定的归还期限偿还贷款。如发生特殊情况不能归还时,借款方在征得贷款方同意后,可以办理延期手续。

(2)区别对待、择优扶持,以销定贷的原则。区别对待、择优扶持的基本精神,是指对于执行合同好、经营管理好、经济效益好、信用好的企业,给予优惠条件、实行优先贷款的鼓励政策;对于经营管理混乱、不按照合同办事,不适销对路、经济效益差、计划外亏损的企业,国家实行限制贷款、停发贷款以至扣收已占用贷款的政策。

以销定贷的精神是指对适销对路,市场需要的产品,国家给予支持,按照国家计划和销售状况给予贷款。

(3)贷款监督和贷款制裁的原则。贷款方发放贷款,必须坚持贷前调查、贷时审查、贷后检查的制度。贷款方应该了解借款方资信情况、物资库存等情况,了解有关报表、合同和其他资料,以及资金使用等情况。借款方如果不按照规定的用途使用贷款,或违反国家法律和财经纪律,贷款方有权予以纠正,并按照有关法规和合同规定对借款方予以信贷制裁。制裁方法主要有:①提高过期贷款利率;②加收贷款罚息;③提前收回一部或全部贷款;④停止发放新贷款等。

(五)签订借款合同的程序

(1)借款方必须向开户银行申报借款计划。开户银行根据国家批准的贷款指标和贷款方的实际需要,审查借款方贷款计划。

(2)提交借款申请书。借款方必须填写借款申请书,以书面形式提出贷款申请,并向银行提供有关借款凭证。

(六)借款合同的主要条款

借款合同的主要条款包括:

- (1)借款种类;
- (2)借款用途;
- (3)借款金额;
- (4)借款利率;
- (5)借款期限;

- (6)还款资金来源及还款方式;
- (7)保证条款;
- (8)违约责任;
- (9)当事人双方商定的其他条款。

借款合同必须采用书面形式。借款申请书、借款凭证、协议书等有关材料,均为借款合同的组成部分。

借款合同必须由当事人双方的法定代表人或者经法定代表人授权的承办人签字、盖章,并加盖单位公章后生效。

十、财产保险合同的订立

(一)财产保险合同的概述

财产保险合同是指投保方与保险方,以特定的财产和利益实行保险,明确相互权利义务关系而订立的合同。对特定的财产和利益申请保险的一方,称为投保方;在约定的保险事故发生后,承担赔偿责任的一方,称为保险方。

财产保险的投保方(在保险单或保险凭证中称为保险人)是被保险财产的所有权人或者经营管理人或者是对保险标的有保险利益的人。投保方向保险方申请订立保险合同,交纳保险费用。

财产保险的保险方,是与投保方签订保险合同,收取保险费用,在保险事故发生后承担赔偿责任或在约定期限届满时支付保险金的人。

根据《经济合同法》和《财产保险合同条例》的规定,财产保险合同具有以下特征:

(1)保险合同的保险方,一般是指特定的保险机构。在我国,专门经营国内财产保险业务的特定保险机构是经国家批准设立的各级中国人民保险公司。各级保险机构是当地人民银行领导下的独立核算企业,受人民银行和上级保险公司的双重领导。其他任何单位和个人均不得办理国内保险业务。投保方则可以是各种形式的社会组织和公民个人。

(2)财产保险合同是一种附有条件的法律行为。所谓附有条件是指当事人之间法律关系的生效,必须具备一定的条件,即:投保方交纳了保险费用,在保险期限和在保险合同责任范围内发生保险事故的条件下,双方的法律行为才发生法律效力,保险方与投保方之间才产生经济赔偿的权利和义务。

(3)财产保险事故的发生与财产保险合同当事人双方本身无关。财产保险事故的发生,既不是保险方的过错,也不是投保方的责任,而是由于客观外界的因素所致。

(4)财产保险合同的主要条款具有确定性。当事人双方必须按照保险机构事先法定的保险条款签订合同,保险方和投保方均不得变更或修改原条款的内容。

(二)财产保险合同的种类

财产保险是保险中的一个险种。我国《财产保险合同条例》第2条规定:“本条例所指的财产保险,包括财产保险、农业保险、责任保险、保证保险、信用保险等以财产或利益为保险标的的各种保险”。“本条例所指的财产保险”是广义的财产保险,包括有形和无形的财产保险。财产保险合同中列举的财产保险,是狭义的财产保险,是指存在于固定地点、处于相对

静止状态的财产。财产保险种类的多样性,决定了财产保险合同的多样性。

1. 财产保险(狭义)

狭义的财产保险是指以投保方自有的或为他人保管的财产以及与其有关的利益为标的的保险。如企业或家庭财产的保险。

2. 农业保险

农业保险是指投保方以农作物、牲畜、家禽等为标的,因自然灾害或意外事故造成农作物的歉收、损毁和牲畜死亡等损失,需要由保险方给予补偿的保险。

3. 责任保险

责任保险属于无形财产的一种险。是以投保方的民事损害赔偿责任为保险标的的保险。责任保险又分为船舶碰撞责任险、汽车责任险等需要由保险方承担责任的险。

4. 保证保险

保证保险是指保险方为投保方与他人签订合同时的行为提供信用保证的一种险。当投保方违约时,由保险方代替投保方向权利人承担赔偿责任经济损失的责任。保险方代投保方赔偿后,保险方有权向投保方追偿。

5. 信用保险

信用保险也称商业信用保险,是指保险方承保投保方的信用,当投保方(债务人)不能清偿或不去履行合同而使债权人受到损失时,由保险方负赔偿责任的一种保险。

目前,我国所开展的财产保险范围非常广泛,包括:企业财产保险、家庭财产保险、海上保险、运输保险、火灾保险、灾后损失保险、农业保险、工程保险、运输工具保险、盗窃保险、产品责任保险、职业责任保险、公共责任保险、保证保险、信用保险等等。均有与之相适应的各类保险合同。

(三)签订财产保险合同的主体资格

财产保险合同的主体资格包括:国家各级保险机构(保险公司)、国家机关、企业、事业单位、社会团体、农村集体经济组织、个体工商业户、农村承包经营户都可以成为财产保险合同的主体,同保险公司签订财产保险合同。

(四)财产保险合同的基本原则

财产保险合同除必须遵守《经济合同法》的基本原则外,还必须遵守以下原则:

1. 诚实信用原则

财产保险合同特别要求当事人必须坚持诚实信用原则。这一原则,要求投保方对于投保财产的具体情况,危险情况等事实,实事求是地提供,不得隐瞒和欺骗。《经济合同法》第41条第2款规定:“投保方如隐瞒被保险财产的真实情况,保险方有权解除合同或不负赔偿责任。”

投保方对被保险的财产发现有危险情况,不采取措施消除,由此发生事故造成的损失由自己负责,保险方不负赔偿责任。

2. 保险利益的原则

保险利益是指投保方对于他所投保的财产有直接的利害关系。在发生保险合同责任范围内的事故后,保险方对此应当履行赔偿损失的责任。法律不允许使用与自己没有利害关

系的标的申请投保,投保必须贯彻保险利益的原则。

3. 赔偿实际损失的原则

实际损失是指投保人实际受到的经济损失。实际损失原则包括以下内容:

(1)投保方所取得的赔偿金额应与投保方实际遭到的损失基本相同,而不能超过实际损失的数额;

(2)如果投保方的实际损失应由第三方承担赔偿责任,则保险方在赔偿投保方损失后,投保方应将向第三方请求追偿的权利转移给保险方,由保险方代投保方向第三方追偿;

(3)在保险方尚未取得保险赔偿以前,投保方不得豁免侵权人的赔偿责任,否则,投保方也随之丧失取得保险赔偿的权利;如果投保方在从保险方获得保险赔偿后豁免了侵权人的责任,使保险方丧失了代位权,则保险方有权追回已支付给投保方的赔偿。

(五)财产保险合同的主要条款

《经济合同法》第25条规定:“保险合同中,应明确规定保险标的、座落地点(或运输工具及航空)、保险金额、保险责任、除外责任、赔偿办法、保险费缴付办法以及保险起迄期限等条款。”

1. 保险标的

保险标的是指被保险财产的名称。标的必须属于投保方所有或经营管理或与其有保险利害关系的财产。标的是确立财产保险关系和保险责任的基础和依据。

2. 座落地点

座落地点是指被保险财产所在地点。被保险的标的有固定地点的,应在合同中写明;被保险标的属于运输工具的,如汽车、船舶等,应在合同中注明车、船起止地点及停靠地点。

3. 保险金额

保险金额是指保险标的实际金额,是保险标的的实际价值的表现。由于保险财产的不同,保险金额的多少也不一样。

保险是一种经济补偿。因此保险标的金额不得超过其实际价值(价格)。如果保险金额超过财产的实际价值,其超过部分为无效保险。如果是投保方故意弄虚作假,保险方不再退还已往收取的保险费;如果是投保方过失行为所致,则超过部分仍然有效,但超过部分应当减掉。

保险金额可以采用以下方式确定:

(1)帐面计算法。帐面计算法是指对固定财产在购置时,帐面上原来记载的原值来确定保险金额的方法。

帐面计算法,适用于经营管理正常,帐务健全、有帐可据的法人组织,不适用于个体经济和私人财产。

(2)临时估计法。临时估计法是指对流动财产,按照最近的帐面金额或平均帐面金额来确定保险金额的方法。

临时估计法,适用于需要重新估价投保财产的实际价值,帐面上没有而实物确实存在,或财务不健全,不具备按帐面计算法投保的法人和私人财产的投保。

4. 保险责任

保险责任,是指保险方对投保方财产遭到保险单上注明的保险事故而造成损失时,所应承担的赔偿责任。

保险范围内的保险事故,包括以下内容:

(1)自然灾害。如暴风、龙卷风、暴雨、洪水、雷电、海啸、地震、地陷、崖崩、雪灾、雹灾、冰凌、泥石流等。

(2)意外事故。如火灾、爆炸、空中运行物体的坠落、运输工具的搁浅、触礁、碰撞、沉没、出轨以及投保方的供电、供水、供气设备,因上述灾害或事故的发生造成破坏引起停电、停水、停气,以致造成投保方的机器设备、产品和贮藏物品的损坏或报废等。

上述保险责任范围,只有在合同中加以注明,保险方才对保险标的承担赔偿责任。

5. 除外责任

除外责任,是指在投保方的财产遭受损失后,可以免除赔偿责任的条件。

(1)战争、军事行动或暴力行为导致投保方财产遭受巨大损失;

(2)核辐射的污染,同战争一样,也属于除外责任;

(3)投保方故意隐瞒或弄虚作假造成保险事故的;

(4)保险单内注明的除外责任,包括以下几种情况:

①堆放在露天或在罩棚下的保险财产以及用芦席、布、草、纸板、塑料布做棚顶的罩棚下的财产,因暴风、暴雨等所造成的损失;

②由于上述灾害而造成的停工、停业的一切间接损失;

③因本身缺陷、保管不善而造成的损坏、霉烂、变质、受潮、虫咬以及自然磨损和按照规定的正常损耗;

④其他不属于保险责任范围内的损失。

除上述列举的除外责任外,凡不属于保险责任范围的损失,均属除外责任,保险方一律不承担赔偿责任。

6. 赔偿办法

指在保险事故发生后,投保的财产遭到损失时,保险方计算赔偿金额的办法。投保的财产全部遭到损失时,按照保险金额赔偿;部分遭受损失的,按照实际损失的数额,赔偿实际价值,但不得超过投保财产的保险金额。在规定的期限内,保险方向投保方支付赔偿金。

7. 保险费缴付办法

指投保方根据投保财产的价值,按照规定的时间向保险方必须缴纳的保险费用。具体作法是:投保方在起保后 15 天内,按照国家主管部门规定的保险费率,一次缴纳清洁。

8. 保险起迄期限

指财产保险合同的有效期限或保险方承担赔偿责任的起迄期限。我国财产保险合同的保险期限由双方议定,一般为一年。特殊财产的保险,可以根据财产的具体情况延长或缩短。保险期的计算是从约定起保当天的零时起到约定期满之日的 24 时止。保险期届满后,双方经过协商还可以继续签订合同。

(六)财产保险合同的程序和形式

签订财产保险合同,先由投保方向保险方提出投保要约,保险方应将办理保险的有关事项

项告知投保方,然后填具投保单,经双方协商,由保险方签章后,保险合同即告成立。

财产保险合同必须采用书面形式,即:保险单或保险凭证形式。保险单或保险凭证上的保险条款是保险方根据我国保险法规制定的,投保方不得选择和修改,只有接受或不接受其条件的权利。

在签订保险合同之前,投保方可以与保险方订立预约保险合同。预约保险合同的保险方,应根据保险合同向投保方出具预约保险单,以资证明。在预约保险合同有效期内,投保方应将预约保险合同范围内所增加的财产,按照规定的时间逐笔向保险方书面申报,保险方对投保方的每笔申报,均应视作预约保险合同的一部分,按保险合同承担保险责任。投保方有权要求保险方对申报的财产出具单独的保险单。

投保单、保险单或保险凭证、预约保险单都是保险合同的书面形式。《经济合同法》第25条规定:“财产保险合同,采用保险单或保险凭证的形式签订。”投保单、保险单或保险凭证是财产保险合同依法成立的书面形式,采用由保险方负责提供的统一标准格式。

十一、联营合同的订立

(一)联营合同的概念

联营合同是指两个以上联营各方在自愿协商,平等互利的基础上,为实现一定经济目的共同投资、联合经营、共享收益、共担风险和债务、明确相互权利义务关系而订立的合同。

联营合同除具有一般经济合同的特征外,还具有以下基本特征:

(1)联营合同主体的广泛性。横向经济联合,由于不受地区、部门、行业、所有制和隶属关系的限制,所以,在全民所有制企业之间、集体所有制企业之间、全民所有制企业与集体所有制企业之间以及全民所有制企业和集体所有制企业与个体工商业户、专业户、承包经营户之间,都可以成为联营合同的主体,签订联营合同。联营合同不仅是双方的,而且是多方的,如“西南化工联合经营公司”就是由西南三省(四川、云南、贵州)、五市(成都市、昆明市、贵阳市、重庆市、自贡市)化工厅、局和化工部在西南大区的部分重点企业联合建立起来的经济联合群体;“金宁元器件联合开发公司”是由江苏、浙江、江西、山东四省15家磁性元器件厂和中国电子进出口公司江苏分公司等17个成员单位自愿联合建立起来的。联营合同与其他经济合同的重要区别之一,就是联营合同主体具有广泛性。

(2)联营合同的多样性。企业之间的横向联合,提倡以大中型企业为骨干,以优质名牌为龙头进行组织。组织形式可以是原材料生产与加工企业之间的联合;生产企业与科研单位之间的联合;民用与军工企业之间的联合;工、农、商、贸企业之间联合以及铁路、公路、水运、民航企业之间的联合;也可以是本地区、本行业内部的联合和跨部门,跨地区、跨行业的联合。从其法律地位来说,联合可以是紧密型的、半紧密型的,也可以是松散型的。联合的方式可以是合资经营、合作生产、来料加工、技术合作、补偿贸易等方式的联合。联营合同主体和联营内容的广泛性产生了联合经营合同形式的多样性。

(3)联营合同主体权利义务的一致性。联营合同各方经济意向是一致的,都是为了组织好生产经营,增加企业活力,提高经济效益,实现共同的经济目的。因此,合同主体各方,即享受经济权利也承担经济义务,权利和义务即是一致的,又是平行的,但合同主体之间的权

利义务不是对等的。合同主体权利义务的一致性表现为:共同投资、共同经营、共同分享利润、共担风险和亏损。

(4)联营合同的长期性。联营合同种类中,无论是合资经营,还是合作生产、来料加工、技术合作、补偿贸易等合同,在短时期内是不能实现经济目的的。一般均需在3年以上,有些合同需要10几年、20几年时间。联营合同主体之间建立起来的经济法律关系相对来说,是比较稳定的,因此,联营合同一般具有长期性。

(二)联营合同的种类

在社会实践中,由于联营形式的多样性,决定了联营合同种类的多样性。目前联营合同种类主要有以下几种:

1. 合资经营合同

合资经营合同,是指当事人双方或多方,按照约定的股权比例,共同投资、联合经营、共同分享利润、共同承担风险、为实现共同的生产经营活动而明确各自权利义务关系的协议。

合资经营的特点是:共同投资、共同经营、共享利润、共担风险。建立起来的联营企业是能够独立承担经济法律责任的、具有法人资格的紧密型的经济实体。

2. 合作经营合同

合作经营合同,是指当事人双方或多方,以各自法人的身份,在不确定各方出资比例的情况下,根据自己的优势和条件(如场地、实物、技术、设备、劳力等)共同投资、共享利润,为实现生产、经营目的而明确各自权利义务关系的协议。

合作经营的特点是:参加合营各方各自提供合作条件,其投入的财产所有权仍然归投资者所有,但由合作组织统一管理和使用。各方以自己所有的或经营管理的财产承担连带责任,各方根据约定的比例和时限分享利润和承担债务。参加合作经营者不丧失原法人地位,新建立的合作组织一般不具有法人资格,是半紧密型的经济联合组织。

3. 来料加工合同

来料加工合同,是指由一方提供一定的原材料、辅助材料和包装物,由另一方按照对方要求的质量、规格、型号进行加工制造,完成特定加工任务而明确相互权利义务关系的协议。

来料加工的特点是:社会组织不是以投资方式,不是建立新的法人组织,而是使用自己的机器、设备和技术力量为另一方完成特定的加工任务。双方可以建立相对稳定的协作关系。

4. 补偿贸易合同

补偿贸易合同是指由一方提供资金、技术或设备、材料等,帮助另一方建立新企业或开发新产品或扩大原有生产能力,由另一方进行生产并在约定期限内以自己生产的产品分期偿还投资的协议。

补偿贸易的特点是:

(1)一方以资金或技术设备、材料与另一方的产品产生对流或互换。因此,所谓补偿,就是一方用生产出来的产品对另一方投入的资金或设备、技术、材料的补偿。

(2)补偿是以物易物的交换。因此,具有贸易的性质,但又不同于一般的贸易。补偿贸易不是使用任何一种物与另一种物的交换,而两者必须是互相密切联系的物与物的交换。

即：一方提供的资金或技术、设备与另一方使用这种资金、技术、设备生产出来的产品。

(3) 补偿贸易具有延期支付与信贷的性质。因为一方投入资金或技术、设备到取得补偿的产品需要一定的时间才能支付；另外，在较长一段时间内，一方还要加收一定利息，因此，又具有信贷的性质。

(4) 补偿贸易一方取得了资金、技术、设备后，同时也就取得了该项资金、设备的所有权和技术使用权。

联营合同是连接企业之间横向经济联合的纽带，是发展社会主义商品经济的客观要求，对于进一步保证横向联合的正常发展具有重要作用。随着我国改革、开放、搞活方针的贯彻执行，多层次、多形式的横向联合将会有更大发展，与之相适应的联营合同的种类，也将会有新的发展。

(三) 签订联营合同的主体资格

联营合同的主体资格包括：全民所有制和集体所有制企业、事业单位、个体经营户、专业户及一定条件下的公民个人，都有资格签订联营合同。这里，主要是法人。

(四) 联营合同的基本原则

签订联营合同应遵守下列基本原则：

1. 平等自愿的原则

平等自愿是企业联营的基础和前提。

平等是指联合各方法律地位的平等。无论大厂还是小厂，全民所有制企业还是集体所有制企业，无论是中央所属企业还是乡镇企业，都处于平等的法律地位。

自愿是指参加联营各方在是否联营，在什么问题上的联营，采用什么方式联营等问题上，都要根据各自发展生产和实际情况的需要，在发挥自己优势的条件下，自觉自愿地而不是行政命令地强制联合，不得搞“拉郎配”。联合应当自下而上与自上而下相结合，以自下而上为主。国务院《关于进一步推动横向经济联合若干问题的决定》中指出：“组织联合，一定要从生产发展的迫切需要出发，坚持自愿原则，不能用行政命令强行组织。”我国《经济合同法》第5条也规定：“订立经济合同，必须……协商一致……任何一方不得把自己的意志强加给对方，任何单位和个人不得非法干预。”自愿原则除包括自愿参加联合以外，还包括自愿退出的自由，按照协议和章程的规定享有自愿退出的权利。有关部门和各级政府应该积极支持和鼓励经济联合，尊重企业自主权。要注意防止采用行政命令办法拼凑各种所谓联合组织。同时，各级政府及有关部门也要加强对经济联合的领导，宏观指导和微观自愿相结合。

2. 互利互惠的原则

互利互惠是指联营组织各成员单位之间，根据所提供的条件，包括：资金、原料、技术、劳动、场地、设备、设施等确定分享经营成果（利润或产品）的经济实惠。联营必须照顾各方的经济利益。互利互惠是联营成败的关键。国务院《关于进一步推动横向经济联合若干问题的规定》中指出：“组织联合要平等互利，照顾各方的经济利益。”我国经济合同法也规定，订立经济合同必须贯彻平等互利、协商一致、等价有偿的原则。不允许一方侵犯另一方的合法权益。

贯彻互利互惠的原则，应处理好以下关系：

(1)主体厂与配套厂的关系。在联营中要积极扶植配套的发展,充分注意配套厂的经济利益。配套厂也应该自力更生、奋发图强,增强企业内部活力,不要依赖主体厂。

(2)眼前利益和长远利益的关系。联营各方既要考虑眼前困难,又要考虑长远发展目标,增强联合组织内部自我改造和自我发展的活力。

(3)正确处理地方与部门之间的利益分配关系。经济联合组织和参加各种形式联合的主体,应在当地依法缴纳增值税、消费税、营业税,然后按照“先分后税”的原则由联营各方按照协议规定分配利润,在各自所在地缴纳所得税,从而充分照顾地方的利益。

3. 合法的原则

指联营主体在签订和履行联营合同时必须遵守国家法律和有关政策的规定及国家计划要求。从签订联营合同的主体、内容、程序、形式到履行方式,都必须符合国家法律和政策的规定。

(五)联营合同的程序

联营合同的成立,除必须遵循经济合同的一般程序外,还有其特殊的要求。在实践中,签订联营合同一般需要经过以下几个阶段:

1. 寻找对象和了解对象阶段

企业为了搞活经济,实现某种经济联合,首先要寻找对象,其方法可以由中间人介绍,从中穿针引线,充当“红娘”;可以直接向对方发出要约,主动提出联营的愿望和要求;也可能对方主动上门,自愿协商等等。总之,必须首先寻找对象。

寻找对象的方式,即可以采用口头方式,也可以采用书信、函件、电报、电话等方式发生联系。

在选择满意对象过程中,为了稳妥起见,应该尽量了解对方,做到胸中有数。主要应了解对方以下内容:

(1)对方是否具有权利能力和行为能力;

(2)资信情况;

(3)生产经营管理能力;

(4)设备、技术、原材料供应情况;

(5)必要时,要求对方提供必要的有关证明材料。如银行资信证明、专利证明、注册商标证明等。

2. 确定对象和意向性洽商阶段

在了解对象的基础上,应加以选择,经过优先和权衡利弊后,慎重地确定对象。在确定对象以后进行洽谈,初步签订意向书。其主要内容包括:

(1)双方感兴趣的项目或产品是否愿意联合;

(2)规模大小及今后发展前景;

(3)经济效益状况的估价等。

意向书一般比较原则,不涉及具体问题,不具有法律约束力。

3. 上级主管部门的审核、批准阶段

意向书签订后,联营各方应向上级主管部门报送项目建议书和可行性报告,待审核批准

后,联营各方再进行实质性谈判。

项目建议书一般包括以下内容:

- (1)项目建设性质和合作方式;
- (2)项目的主要内容;
- (3)联合体的基本概况;
- (4)项目投资总额及其筹措办法;
- (5)技术、经济、市场分析;
- (6)经济效益状况及其他有关附件等。

可行性报告一般包括以下主要内容:

- (1)联合体的基本情况及条件;
- (2)生产规划;
- (3)物资供应规划;
- (4)地址选择;
- (5)技术、设备的选定;
- (6)生产组织、劳动定员和人员培训计划;
- (7)环境污染的防治措施;
- (8)项目实施的综合性计划;
- (9)资金概算和来源;
- (10)经济分析及其附件等。

4. 实质性谈判

联营各方在上级主管部门批准后,要认真组织力量进行实质性问题的谈判,这是联营的关键性阶段。为了组织好谈判,必须选择各方面有关人员参加,组织谈判小组。如法定代表人(或其他主要负责人)、工程师、会计师、律师及其他有关人员。必要时,还可以请有关业务主管部门,计委、经委、科委、建委、环保、财政、银行、工商行政管理部门人员参加。谈判时,就协议或合同的全部内容进行充分的、广泛的讨论。对于联营的有关文件(协议书、合同书、章程)可以事先委托一方或多方派人共同草拟出来。谈判开始后,则主要是对协议、合同、章程的具体条款进一步取得一致意见,并达成协议。

5. 签字、盖章与生效

通过实质性谈判,形成共同协议后,由双方法定代表人或经授权的承办人签字盖章并加盖单位公章或合同专用章。合同需要报经各自业务主管部门审核批准的,须在审核批准后生效。愿意鉴证或公证的,可到合同管理机关或公证机关分别办理鉴证或公证手续。

(六)联营合同的主要条款

联营合同一般应包括以下主要条款:

- (1)总则,包括联营合同主体各方名称、原则、目的;
- (2)联营企业名称、性质、生产经营范围和规模、质量标准及隶属关系等;
- (3)投资总额、注册资金、各方出资比例、出资方式(如厂房、仓库、场地、设备、资金、专利、商标、技术转让等)和履行期限;

(4) 联营组织权力机构、管理机构、的设置、人员分配比例及聘用；

(5) 生产计划、原材料供应、产品检验、生产销售等分工管理；

(6) 企业财物管理、利润分配比例、风险承担比例；

(7) 职工劳保、工资、福利、资金、保险；

(8) 违约责任；

(9) 联营期限及期满后财产、债务处理的原则；

(10) 联营协议、合同的修改、变更和解除；

(11) 联营合同生效日期；

(12) 联营合同签订地点和日期；

(13) 附则。包括由哪一方办理企业申请登记，合同鉴证或公证，正、副本份数以及其他需要说明的事项。

(七) 联营合同的形式

联营合同必须采用书面形式。联营合同一般比较复杂、时间期限较长，一时不能清结。因此，必须采用文字形式予以表示，不得采用口头形式，不得采用“君子协定”。当事人协商同意的有关修改合同的文书、电报和图表等，也是联营合同的组成部分。

(八) 联营合同各方当事人的权利义务

联营合同依法生效后，任何一方当事人必须信守合同，严格按照合同约定履行各自义务。联营合同权利义务的一致性，产生了各自权利义务的共同性。当事人共同的权利义务表现在：

1. 共同投资

(1) 联营各方可以根据各自的优势和条件，分别以下列财产进行投资：

① 厂房、场地、设备（包括停、缓建工程在内）；

② 企业结余的企业基金、利润留成资金，以税代利的国营企业和集体企业征收所得税后各项留利投资；

③ 用先进的技术成果、商标权、专利权作价作为投资；

④ 地方机动财力；

⑤ 国家预算投资；

⑥ 依据国家规定可以投资于联营的资金。

(2) 联营各方不得使用下列各项进行投资：

① 应上交国家的财政收入，包括税收、利润、折旧基金和资金占用费及能源交通建设基金等；

② 国家拨给的有指定用途的专款；

③ 流动资金或用流动资金购买的货物、银行贷款（不包括国家计划安排的国家财政预算内拨款改贷款）或以其他名义借贷的款项；

④ 工农联营建设占用的农田不得作为直接投资，但可以征用土地补偿费入股；

⑤ 一般性生产技术不得作为投资，但某些先进技术经合资各方同意，可以采取适当方式分享利益；

⑥ 不得利用承租的公产房屋投资；

⑦ 不得利用国有矿藏投资等。

联营各方投资必须遵守国家有关规定,真正做到投资合法。联营各方的具体投资内容及其份额,可以根据联营需要和各方的具体情况协商确定。联营企业对投资的财产享有占有、使用、收益的权利。在联营期间,联营各方不得擅自抽调资金或请求分割财产。

2. 共同经营

共同经营是指联营各方按照法律地位平等和民主管理的原则,参加联营组织机构、参与联营中重大原则事务的决策和执行联营组织机构决议的管理和经营活动。联营各方既有权参与发展规划、经营方针、生产经营计划、收支预算、利润分配、风险的承担等重大事务的决策,又有义务履行联营机构已经决定的事项。任何一方无权擅自改变或拒绝执行联营机构决定。

联营组织的各项重大决策,由联营组织权力机构决定。权力机构可以采用董事会(或管理委员会)的形式。权力机构的各项决定,由经营管理机构执行。经营管理机构的形式,可以采用董事会(或管理委员会)下的厂长或经理负责制,(适用规模较大的企业);企业规模较小的也可以不在董事会下设立厂长负责制,而由联营各方共同负责,分工管理;也可以授权一方或几方的联营成员单位执行。由联营全体成员单位对执行的情况进行监管、检查。采用何种方式,必须在联营合同中予以明确规定。

3. 共享收益、共负亏损

共享收益是指联营各方对企业共同创造的经营收益,享有所得利益的权利。收益分配和债务分担按照下列规定办理:

(1)联营企业经济收益分配办法:

① 按照各方投资的资金比例分配利润和产品;

② 补偿贸易以产品补偿投资;

③ 对合资一方实行定额利润分配;

④ 双方在合同中没有约定时,按投资份额合理分配,具体分配办法,由联营各方共同协商确定。

(2)联营企业生产的产品,除按规定应全部由国家进行分配的以外,原则上归联营各方所共有。如果联营的企业产品其主要原材料、燃料动力由国家供应的,或者是利用国家投资的原有设施生产的,应当按一定的比例上调由国家分配。

以产品偿还投资或按协议供应产品的,原则上应以联营企业投产后所生产的产品进行偿还或供应。

(3)联营组成新的经济实体所实现的利润,按照国家规定提取企业基金后,再根据协议分配给投资各方。投资各方原来就是经济实体的,分得的利润应视同本企业的利润,按照国家规定统一计算和提取企业基金或利润留成,其余上交财政。

以国营企业为主体厂吸收各方资金成为新的经济实体的,主体厂只能按照规定提取一次企业基金或利润留成,然后根据协议合理分配给投资的各方。主体厂分得的部分全部上交财政。

国家投资部分应分得的利润,按照谁投资谁得利润的原则,由联营企业直接上交中央财政或地方财政。

(4) 债务分担

联营企业如果发生亏损,应按照规定,由联营各方分担。如果新建企业具有法人资格,则按照各方的投资比例分担亏损和风险;不具备法人资格的合作组织,由合作各方按照出资比例分担并负连带责任;来料加工生产的,按照规定支付加工费或分期收购产品数付款办法,按有关条例规定处理;补偿贸易方式的,由接受资金或技术、设备的一方独自承担亏损和风险。

联营企业因发生严重亏损而倒闭的,应按照国家有关规定清理财产,偿还债务。

(九) 联营组织的主体资格

1. 联营组织的合法资格

联营合同主体之间达成协议后,必须经所在地政府授权部门批准,工商行政管理部门按照有关规定予以登记注册。属于新建立的紧密型经济联合组织,经工商行政管理局核发营业执照,成为具有法人资格的经济实体。半紧密型或松散型的经济联合组织,根据其协议和合同的期限,经核准后颁发注明有效期限的营业执照、不具备法人资格。

联合各方签署的协议和合同,受国家法律保护。联合组织拥有的资金、设备、物资、利息、利润、产品和外汇留成等,受国家法律保护,任何单位和个人不得平调。

2. 联合组织章程

联合组织章程是联合组织的基本准则,联合各方在签订合同后,协商制定章程。包括以下内容:

- (1) 名称和地址;
- (2) 经营宗旨;
- (3) 联合成员的名称及其经济性质;
- (4) 联合出资方式、数额和投资期限;
- (5) 联合成员的权利和义务;
- (6) 利润分配和承担连带责任的具体方案;
- (7) 经营范围和经营方式;
- (8) 参加和退出的条件及手续;
- (9) 领导机构的产生、形式、职权及决策程序,主要领导成员的任期;
- (10) 章程修改程序;
- (11) 其他需要说明的事项。

3. 联合各方纠纷的解决

联合各方通过联营合同建立起来的经济合同法律关系,未经协商同意,任何一方不得擅自中断。否则,应承担违约责任。联合各方如有不履行章程、合同和协议或在执行中发生纠纷时,属于行政管理方面的,由所在地主管部门协调解决;调解不了的,在省范围内的由省有关部门协调解决;跨省、跨部门的由国务院有关部门协调解决。属于经济合同方面的,可依法由仲裁机构仲裁,或者直接向人民法院起诉,依法维护各方合法权益。

十二、承包经营合同的订立

(一)企业承包经营责任制的概念

企业承包经营责任制,是在坚持企业的社会主义全民所有制的基础上,企业在生产经营和收入分配方面,通过与国家签订其主要内容为“包死基数、确保上交、超收分成、欠收自补”的承包经营合同,明确国家与企业各自的经营责任、经济权利和经济利益,实现所有权与经营权相对分离,使企业成为自主经营、自负盈亏的一种经营责任制形式。

承包经营责任制是目前我国实行“两权分离”,完善企业经营机制、增强企业活动能力的一种有效的经营形式。承包经营责任制,具有下列基本特征:

- (1)以合同形式,确立国家与企业的责权利关系;
- (2)把竞争机制引入企业承包,通过招标选择企业经营者或者经营集团;
- (3)合理确定承包基数和递增比例(或分成比例),确保国家财政稳定增收;
- (4)超收多留,欠收自补,使企业逐步做到自负盈亏;
- (5)留利后还贷,使投资主体逐渐转向企业;
- (6)提高企业自我积累能力,不断增强企业发展后劲;
- (7)促进企业配套改革,改善企业经营管理水平;
- (8)在发展生产、提高经济效益的前提下,逐步提高职工收入。

在企业中推行承包经营责任制,这是当前深化改革中的重要措施之一,对转变企业经营机制,实行“两权分离”,调动企业、职工的积极性、增强企业竞争能力,推动“双增双节”,挖掘企业内部潜力等方面都发挥了重要作用。

承包经营责任制发展到目前,在其内容上,除上交国家利润外,还包括有技术改造任务,新产品开发、产品质量、物质消耗、设备完好率、固定资产增值、资金使用效率、计划和合同执行情况、归还贷款、出口创汇、产品产量、安全生产等。但是其主要内容一般必须包括上交国家利润、完成技术改造任务、实行工资总额与经济效益挂钩三项指标。其他指标可以根据企业的实际情况,针对市场需要或企业生产经营活动中的薄弱环节,确定其他承包内容。

承包上交国家利润的形式主要有:

- (1)上交利润递增包干。企业依法纳税后,逐年按一定的递增率向国家上缴利润,一定几年不变。
- (2)上交利润基数包干,超收分成。先确定企业上交利润基数,超收部分按规定比例分成或分档分成。
- (3)上交利润定额包干。核定上交利润定额,超额部分全部留给企业。
- (4)减亏(补贴)包干。对亏损企业实行定额补贴,超亏不补,减亏全留或者亏损补贴,减亏分成的承包办法。

(二)企业承包经营合同的概念

企业承包经营合同,是发包方和承包方为承包经营国家所有的财产,而明确相互权利义务关系的协议。

承包经营合同是承包经营责任制的核心,是以承包经营合同的形式来确定国家和企业

之间的关系。

企业承包经营合同作为一种合同,它具有经济合同的共同特征。首先是当事人双方经过协商,在双方意见表示一致的基础上达成的关于权利义务关系的协议,因此,具有自愿性;在合同的签订的履行中,当事人双方的法律地位又是平等的。因此,双方又具有平等性,当事人双方必须共同遵守国家法律、法规和政策,兼顾国家、企业、经营者和生产者的利益,因而还具有合法性。除此以外,企业承包经营合同还具有其自身的主要特征。

由于承包经营合同是国家有关部门与企业签订的合同,因此,具有行政法律关系的性质;又由于承包经营合同是发包方与承包方签订的合同,因此,具有平等的民事主体之间的关系。由此可见,承包经营合同是既具有纵向行政法律关系的性质,又具有民事法律关系性质的特殊形式的经济合同。这也就是承包经营合同的最大特征。对于这种特殊的经济合同关系进行法律调整,既要从纵向上考虑它的行政法律关系的要求,又要考虑横向平等关系的要求。行政法律关系要求表现为企业在上交利润和技术改造任务上对于国家应承担较多的责任;横向平等关系要求表现为订立承包经营合同必须坚持双方平等自愿和协商一致的原则。这也是经济合同法的基本原则在承包经营合同中的具体体现。

企业承包经营合同,根据其划分标准的不同,可分为:

1. 按承包指标范围,可分为单项承包合同和综合承包合同

单项承包合同,是指就某一项指标所进行的承包。目前这种承包方式已不多见。

综合承包合同,是指就两项以上指标所进行的承包。这种形式的承包内容全面,有利于企业的全面发展。

2. 按承包指标形式,可分为实物指标承包合同和价值指标承包合同

实物指标承包合同,是指用实物的计量单位或自然物质单位来计算其指标的承包,其指标主要有:新产品开发、产品产量、物质消耗、技术改造任务等。

价值指标承包合同,是指用货币单位来计算指标的承包,其指标主要有上交利润、固定资产增值等。

此外,按其承包指标还可以分为:

- (1)上交利润、递增包干;
- (2)上交利润基数包干,超收分成;
- (3)上交利润定额包干;
- (4)减亏(补贴)包干;
- (5)国家批准的其他形式。

(三)企业承包经营合同的主体资格

企业承包经营合同的主体是指签订承包经营合同的当事人,即发包方和承包方。根据我国企业承包经营责任制的规定,发包方和承包方必须具备主体资格,否则,无权签订企业承包经营合同。

《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》(简称《条例》)规定:实行经营承包责任制,必须由企业经营者代表承包方同发包方订立承包经营合同。

发包方为人民政府指定的有关部门;承包方为实行承包经营的企业。但在实践中,也包

括有个人和合伙。

发包方作为国家机构,具体作法各地不大一致。有的地方是指企业主管部门,有的地方加有财政部门,有的地方还加有银行等。由于情况复杂,所以很难从法律上规定在全国范围内都以一个或确定几个部门作为发包方,为此,在《条例》中对发包方原则上确定为人民政府指定的有关部门。

由有关部门或业务主管部门作为发包方比较合适,是因为各类企业都有自己的业务主管部门。这些主管部门,一方面实行监督所属企业正确执行国家政策的职责;同时他们还负有管理所属企业的生产计划、人事安排、劳动用工等项工作。这是其他部门所代替不了的。为此,由企业的主管部门做为发包方是比较符合我国目前实际情况的。

对于承包方主体,法学界有不同的看法。有人认为,为了引入竞争机制,承包主体应该包括个人或集体(若干人组成的集团);有人认为承包方应该是企业。按照“条例”的规定,企业承包经营合同的承包方应该是实行承包经营的企业本身。至于引入竞争机制选择企业经营者的问题,可以通过招标方式来选择经营者也就是选择承包方的代表,而不是承包方本身。由承包方代表企业与发包方签订合同。但应该注意的是:通常所说的“个人承包”,“集体承包”的说法是不确切的,也是不符合《条例》规定的。

承包经营合同承包方的主体是企业而不是承包经营者个人。承包方的主体与经营者是不相同的两个概念。

承包经营者是企业的厂长(经理),对国家承担经济责任、对企业承担实现经营目标、对职工承担提高生活水平的责任。

经营者也可以聘任若干助手,组成经营集团。经营者本人和经营集团成员,都可以列为经营者的范围。

(四)签订企业承包经营合同程序

实行承包经营责任制,是由发包方与企业经营者的代表订立承包经营合同。而选定企业经营者和签订承包经营合同,一般是采用公开招标办法,通过竞争来确定企业经营者或经营集团。也可以按国家规定的其他方式确定企业经营者。

招标可以在本企业或本行业中进行,有条件的也可以面向社会,通过人才市场进行。

通过招标形式签订承包经营合同大体分为下列阶段:

1. 确定承包形式

选定承包形式,是发包方的首要任务。总的原则是要有利于企业的发展,有利于提高企业经济效益。

2. 核定承包基数及上交利润递增率或超收分成比例

确定承包基数,应当兼顾国家、企业和职工三者之间利益。

上交利润基数应以上年上交的利润额为准。

对于受客观因素影响,利润变化较大的企业,可以按承包前2—3年上交利润的平均数为基数。

上交利润递增率或超收分成比例,可以根据企业的生产增长潜力并适当考虑企业的技术改造任务来确定。

3. 组织招标委员会

由企业主管部门的有关领导和发包方组织有承包企业职工代表,并邀请有关其他专业技术人员参加的招标委员会(或小组),共同确定投标基本条件和范围;确定投标者考评内容;对投标者进行资格审查;对企业资产进行测算、估评、确定标底;拟定招标具体办法等。

4. 发布招标公告

招标公告内容包括:企业概况介绍、投标范围、投标须知、投标书的制作要求,投标的时间、地点和程序等。

5. 投标

发布招标公告后,由招标委员会负责接标登记和解答问题,并对投标人进行资格审查,凡符合投标条件者均可参加投标。

6. 开标

招标委员会通过对投标人的审查,召开答辩会。投标人在规定的时间内当众发布承包指标和治厂方案,回答所提出的问题。

在答辩基础上,对投资者进行评议或无记名投票方式进行民主测评,为招标委员会提供参考依据。

在评议基础上进行考评。招标委员会根据承包基数的先进性、治厂方案的可行性和投标人的群众性以及国家规定的厂长(经理)条件,对投标人进行筛选,确定中标者。

7. 上级批准

在招标委员会确定中标人以后,必须由上级主管部门确认和批准,并正式下达聘书聘任。

8. 公证生效

为了确保招标承包工作的合法性,招标工作的全部过程可以均由国家公证人员到现场实施监督和公证,并当众宣布公证书。

9. 签订承包经营合同

选定中标人后,发包方应立即与中标人签订企业承包经营合同。

(五)签订承包经营合同的基本原则

1. 平等、自愿和协商的原则

平等,是指承、发包双方法律地位的平等。在签订企业承包经营活动中,发包方与承包方都是以民事法律关系主体资格参加的,因此,双方必须贯彻法律地位平等的原则。享受权利必须承担义务,承担义务也必须享受权利。

自愿,是指当事人双方必须自觉自愿地真实地反映自己一方的意志,任何一方不能把自己的意志强加给对方,双方自愿达成一致意见。

协商,是指当事人双方不能以大压小,以上压下,以强压弱,不能把一方的意志强加给另一方,不得强迫对方签订有损于其合法权益的合同,必须反复进行磋商,最后达成一致意见,使双方真实意思得到体现。

2. 兼顾国家、企业、经营者三者利益的原则

兼顾国家、企业、经营者三者利益主要是指三者之间的物质利益。

首先要正确处理国家和企业之间的关系。正确处理这一关系的原则就是“包死基数,确保上交,超收分成、欠收自补”的原则,保证上交国家的税利,使整体利益得到实现。

企业利益与企业经营的效益挂钩,把经营者的利益同企业经营好坏紧密结合在一起,充分调动企业、经营者的积极性,使企业内部责权利相结合,逐步改善职工生活。

3. 遵守国家法律、法规和政策的原则

企业承包经营合同的签订及其内容必须合法,必须符合国家法律、法规和国家有关政策的规定。从合同的内容到合同的形式,从合同程序到合同的手续,都必须符合国家法律、法规和政策的规定。如果任何一方或双方违背这一原则,合同应视为无效。

(六)企业承包经营合同主要条款

企业承包经营合同一般应具备下列主要条款:

- (1)承包形式;
- (2)承包期限;
- (3)上交利润和减亏数额;
- (4)国家指令性供应计划和产品生产计划;
- (5)产品质量及其他主要经济技术指标;
- (6)技术改造任务、国家资产的维护和增殖;
- (7)留利使用,贷款归还,承包者的债权债务处理;
- (8)双方的权利和义务;
- (9)对企业经营者的奖惩;
- (10)违约责任;
- (11)争议的解决方式;
- (12)合同双方约定的其他事项。

(七)企业承包经营合同形式

承包经营合同必须采用书面形式。

书面形式是发包方和承包方商定的权利和义务的表现形式。

所谓书面形式是指用文字表示双方权利和义务的一种方式。在一般情况下,只要当事人双方就承包合同主要条款达成一致意见,并写成文字,书面合同即可成立。这种书面形式的优点是内容明确,有利于双方履行合同,也有利于防止和解决合同纠纷。

企业承包经营合同,不得采用口头形式。这种形式的缺点是,双方权利义务规定不明确,不利于双方履行合同,容易出现违约并发生合同纠纷并无据可查。

人必须按照当地政府的有关规定办理鉴证或公证手续。否则应视承包合同为无效。

(八)企业承包经营合同当事人的权利和义务

1. 发包方的权利和义务

发包方有权按照承包经营合同的规定,代表国家对承包方的经营活动进行检查和监督。

发包方的义务是:必须按照承包经营合同的规定,维护承包方和企业经营者的合法权益,并在其职责范围内帮助协调解决承包方生产经营中的困难。

2. 承包方的权利和义务

(1)承包方的权利

依法承包方享有国家法律、法规、政策和承包经营合同规定的经营管理自主权,具体包括有下列权利:

- ① 企业经营者有权任免中层干部;
- ② 有权根据经营管理需要设置企业内部机构;
- ③ 有权自主决定企业的经营方式;
- ④ 有权决定企业工人工资的分配方式。

(2)承包方的主要义务

承包方必须按照承包合同的规定完成各项任务。

(九)企业承包经营合同的变更和解除

1. 企业承包经营合同的法律约束力

企业承包经营合同依法成立后,即具有法律效力,对当事人双方均有法律约束力,受国家法律保护,任何一方均不得随意变更或解除,否则,应承担违约责任,并视情节轻重追究责任方的行政责任和经济责任。

2. 变更和解除企业承包经营合同的条件

具备下列条件之一者,可以变更或解除企业承包经营合同:

(1)国务院对税种、税率和指令性计划产品价格进行重大调整时,合同双方可以按国务院规定协商变更承包经营合同;

(2)因不可抗力致使企业承包合同的全部义务不能履行时,合同双方可以协商变更或解除承包经营合同;

(3)由于承包方经营管理不善完不成承包经营合同任务时,发包方有权提出解除承包经营合同;

(4)由于发包方违约使承包方无法履行承包经营合同时,承包方有权提出解除承包经营合同。

(十)违反企业承包经营合同的责任

企业承包经营合同依法成立后,当事人双方应严格按照合同约定,“重合同,守信誉”,履行自己应尽的义务。

但是,由于发包方没有按照合同规定履行应尽的义务,影响承包合同任务完成时,发包方应承担违约责任,向承包方支付违约金和赔偿金,并视情节轻重还要追究发包方直接责任者的行政责任和经济责任。

如果承包方完不成承包经营合同任务时,也应承担违约责任,向发包方承担违约责任,并视情节轻重追究企业经营者的行政责任和经济责任。企业领导班子其他成员也应承担相应的经济责任。

十三、租赁经营合同的订立

(一)租赁的概念

所谓租赁是指某项物品的所有人(出租方)按照双方的约定,在一定期限内将物品出租

给使用者(承租方)使用,承租方按照约定向出租方支付租金的一种活动。

目前,我国的租赁业务主要是指银行、租赁公司和信托投资公司出租大型设备,如飞机、船舶、车辆、电子计算机和各种机电设备,以致于扩大到企业的一种活动。

经营性租赁,也称服务性租赁、管理性租赁、操作性租赁和非清偿性租赁。它是指出租方将租赁物在较短期限内将使用权转移给承租方使用,由出租人负责维修、保养和管理,由承租方支付一定数额费用的活动。

经营性租赁具有以下基本特征:

(1)租赁物由出租方根据市场需要、自行决定先购。

(2)租赁经营出租方一般只承办一个或几个产业设备的出租业务,因此,其业务范围比较狭窄。

(3)租赁经营的租赁期限较短,最短有几小时或几分钟的。

(4)租赁物的维修、保养责任由出租人负责。

(5)经营性租赁的租金中包括租赁物的折旧费和租赁手续费。

(6)租赁期满,租赁物退回出租方。

(二)什么是企业租赁经营

企业租赁经营是指在全民所有制小型工业企业所有制性质不变的条件下,实行所有权与经营权分离,由国家(出租方)将全民所有制小型工业企业租给承租方经营,由承租方在一定期限内实行自主经营权利并向出租方支付租金和承担风险的一种经营方式。企业租赁经营具有以下基本特征:

(1)鲜明的国家性质。这种性质具体表现在承租方必须坚持企业的全民所有制和社会主义的经营方向,接受国家各项方针政策的指导和社会主义法制,在民主管理的形式下,发挥广大职工的积极性。

(2)所有权与经营权分离。企业租赁经营坚持了“两权分离”的原则,因此,使企业租赁经营具有更大风险性和竞争性,给承租方以更大的压力和动力。

(3)出租方与承租方具有双重身份。出租方与承租方之间,在一定条件下既具有自愿、平等、协商的租赁经营主体资格;在另一条件下,又有管理、监督、协调、服务和自觉接受管理、监督、协调的从属关系。因此,双方均属具有双重身份的主体。

(三)企业租赁经营与承包经营的联系和区别

1. 租赁与承包经营的联系

(1)租赁和承包经营都不改变企业全民所有制的性质。

(2)租赁、承包经营都是在“两权分离”的理论指导下,使企业真正成为自主经营、自负盈亏的商品生产者和经营者,提高经济效益,发展社会生产力。

(3)租赁、承包经营都是由国家授权的部门为出租方或发包方与承租者或承包者签订租赁或承包合同。

(4)租赁、承包经营的对象(客体)都是企业整体。在有效期限内,承租者和承包者均对生产资料具有占有、使用、处分和收益的权利。

2. 租赁、承包经营的区别

(1)对经营者的责任制约不同。租赁经营是以利益对经营者进行制约。承租者在实现合同目标后,首先完成国家任务,然后按照规定分享其收益;如果实现不了合同规定的目标,由承租者以自己的财产负责抵偿,仍不足抵偿时,用担保人的财产进行抵偿。承包经营主要是以责任对经营者进行制约。承包经营者实现合同目标是自己的责任,应该完成的任务。发包方根据实现合同目标的情况,对承包经营者进行奖惩。如果承包经营者实现不了合同目标,则由国家或企业承担无限责任。

(2)取得经营权和承担风险责任不同。企业租赁经营的承租方以个人收入交付租金为代价取得经营权,以自己财产抵押承担风险;承包经营者以确保上缴利润指标为条件取得经营权,以本人工资收入为风险担保。

(3)承租方与承包方所处地位不同。租赁双方在租赁合同中,与主管部门之间主要体现为自愿、协商、平等的原则,而上下级的地位观念淡薄;承包经营合同中,发包方与承包方之间的地位仍然是上下级关系。

(4)所有权与经营权分离程序不同。租赁经营远比承包经营大得多。比如,租赁经营企业的副厂长可以由厂长提名,报上级备案;承包经营企业副厂级干部,由上级主管部门任命。

(四)企业租赁经营合同的概念

所谓企业租赁经营合同是指由出租方和承租方之间,为了实现全民所有制中小型工业企业的租赁经营而明确相互权利义务关系而订立的合同。

企业租赁经营合同除具有合同的一般特征以外,还具有其自身的基本特征。

1. 企业租赁经营合同出租方具有特定性

具体表现为国家授权企业所在地人民政府委托的部门为出租方,代表国家行使企业出租权。

2. 企业租赁经营合同主体身份具有双重性

出租方一方面可以是租赁经营的主体,在平等、协商、自愿的原则上与承租方形成租赁关系;同时,出租方又具有监督、管理协调、服务的职能。承租方既可以平等主体的资格与出租方签订合同,自主地进行生产经营活动,又有接受被管理、协调、监督的义务。

3. 企业租赁经营合同标的具有特殊性

企业租赁经营合同标的为企业的全部财产(包括固定资产、流动资金和无形资产),其标的物为非消耗物。如《全民所有制小型工业企业租赁经营暂行条例》中规定,出租方有权“监督租赁企业的财产不受损害”、承租方有义务“维护租赁经营企业财产,保证设备完好,办理企业财产保险”等。

4. 租赁经营合同具有某些物权的特征

承租者依据合同对租赁物取得占有、使用、处分和受益权利,在合同有效期内受国家法律的保护,任何第三人和出租者不得侵犯。

5. 企业租赁经营合同是转移财产临时使用权的一种协议

根据双方达成的协议,企业的固定资产、流动资金等按规定交给承租方临时使用,其所有权并不发生转移。

（五）企业租赁经营合同与财产租赁合同的区别

企业租赁经营合同与财产租赁合同相比有如下区别：

1. 从标的来看

企业租赁经营合同的标的是指企业的全部财产，包括固定资产、流动资金，有形财产和无形财产，这些财产可以是一次消耗物，可以是财产、现金，也可以是债权和工业产权。而财产租赁合同的标的，一般是单个的物品，而且必须是非一次消耗物。

2. 从当事人的权利义务来看

企业租赁经营合同的承租方，对企业财产拥有经营管理的自主权，其中包括处分权；而财产租赁合同的承租方，对承租物一般只有简单的使用权，而没有处分权。

（六）企业租赁经营合同与企业承包经营合同的区别

企业租赁经营合同与企业承包经营合同的区别是：

1. 企业租赁经营合同的基本内容

承租方对企业财产进行租赁经营，向出租方（上级主管部门）交纳租金；企业承包经营合同的基本内容是承包向财政部门上交的利润，而且包括税收。

2. 适用范围

租赁经营合同多适用于小型国营企业和集体企业；承包经营合同多适用于大中型国营企业。

3. 租赁经营合同

合同中必须明确规定承租人所提供的抵押财产，而承包经营合同中，承包方提供抵押财产与否，不是合同的有效条件。

4. 对经营者的奖罚方面

租赁经营者完成合同规定义务，可以取得不超过企业职工平均工资五倍的奖励；对完不成合同规定义务的，首先由企业的风险保证金和预支生活费中抵补。不足的，还要由承租方和保证人提供的担保财产中补偿。承包经营合同中，承包经营者如果完成合同规定的义务，可以取得高于本企业职工平均工资的一至三倍的奖励；如果完不成承包指标的，最高的处罚是保留基本工资的一半。

5. 在承担责任的方式方面

如果承租方违约，由承租该企业的个人或合伙或全体职工或企业承担责任，也就是谁承租谁负责。但是以承租企业名义进行经济活动时所发生的债务，则首先由租赁企业承担，然后再按合同规定，由承租方承担。在承包经营合同中，如果承包方违约，由企业承担主要责任，而承包经营者只是承担一定的责任。

6. 新增资产权属问题上

租赁经营合同的承租方可以用其收入追加投资，用追加投资所添置的资产，其所有权应该属于承租方所有；在承包经营的情况下，承包方所新增的资产，其所有权不是归于承包方，而是归于企业所有，与承包前企业的所有权的性质是完全一致的。

（七）企业租赁经营合同的种类

企业租赁经营合同包括以下种类：

1. 根据承租方主体资格的不同,企业租赁经营合同可以分为

(1)个人租赁,即公民个人以个人的名义和资格与出租方签订租赁经营合同,承租经营企业;

(2)合伙租赁,指由2至5人自愿组合,合伙承租经营企业;

(3)全员租赁,即由本企业全体职工承租经营企业;

(4)企业租赁,即由一个企业承租经营另外一个企业。

2. 根据租赁企业所有制性质的不同,企业租赁经营合同可以分为

(1)全民所有制企业租赁;

(2)集体所有制企业租赁。

3. 根据租赁企业的行业归属不同,企业租赁经营合同可以分为

(1)服务业租赁;

(2)修理业租赁;

(3)饮食业租赁;

(4)商业和工业企业的租赁。

4. 按照租赁程序的不同,企业租赁经营合同可以分为

(1)社会公开招标租赁;

(2)企业内职工租赁。

(八)企业租赁经营合同的主体资格

企业租赁经营合同主体,也就是谁具有承租全民所有制小型工业企业的资格问题。企业租赁经营合同主体资格包括:

(1)出租方主体是指出租资产的所有者或者是所有者所指定的代理人。这主要是指国家授权企业所在地人民政府委托的主管部门为出租方,代表国家行使企业的出租权。

(2)承租方主体包括:公民个人、个人合伙、企业全体职工和企业。

承租经营者包括:承租经营企业的个人、合伙承租、全员承租确定的厂长、承租企业派出的厂长。

(九)企业租赁经营合同的承租方条件

企业租赁经营合同承租方必须具备以下条件:

(1)必须坚持社会主义方向,坚持四项基本原则,坚持改革、开放、搞活方针,坚持提高经济效益。

(2)遵守国家法律、法规和政策,自觉维护社会经济秩序。

(3)具有一定的经营管理能力和决策能力。

(4)廉洁奉公、身体健康。

(5)必须提供担保。

为了使承租者能够按照租赁经营合同认真履行自己的义务,增强其责任感和风险感,承租者必须按照规定,提供担保。

(十)签订企业租赁经营合同的原则

(1)自愿、平等、协调的原则

在《全民所有制小型工业企业租赁经营暂行条例》中规定：订立租赁经营合同的双方必须坚持自愿、平等、协商的原则。这一原则是由租赁经营合同的性质等因素所决定的。

- (2)贯彻以按劳分配为主体的多种分配方式的原则。
- (3)遵循企业自主经营、自负盈亏、强化企业预算的原则。
- (4)兼顾国家、企业、职工和承租方利益的原则。
- (5)租赁经营企业不得转租的原则。

(十一)签订企业租赁经营合同的程序

签订合同租赁经营合同一般应遵守下列程序：

1. 确定出租方

出租方应为企业所在地人民政府委托的部门，但通常为企业的业务主管部门。

2. 清产核资、清理债权债务、评估资产

出租方在企业出租之前，必须首先会同有关部门对企业进行清产核资、清理债权债务、评估资产（包括有形资产和无形资产），根据行业和本企业资金利润率确定标的。

3. 确定租赁经营方式

出租方根据本企业的特点，选择个人租赁、合伙租赁、企业租赁还是全员租赁，确定合理的租赁方式。

4. 选择承租者

- (1)公布招标公告，进行招标登记，对招标登记者进行资格审查，确定投标者。
- (2)组织投标者进厂考察，由投标者编制投标书，提出治厂方案。
- (3)组织投标者公开答辩，对投标者进行综合考评，征求职工代表大会的意见，确定中标者。

5. 签订企业租赁经营合同

出租方选定承租方后，出租方与承租方必须订立租赁经营合同。双方签订合同后按照国家有关规定，办理其他必要的批准手续或公证、鉴证手续。

6. 办理企业变更登记手续

承租经营者（或个人、或合伙承租或全员承租或企业承租）是企业租赁期间的法定代表人行使厂长职权，对企业全面负责。因此，企业实行租赁后，承租人需持有关必备证件及合同到工商行政管理机关办理变更法人代表手续。

(十二)企业租赁经营合同应具备的条款

- (1)当事人的名称和承租经营者姓名；
- (2)租赁企业名称、企业性质、经营范围；
- (3)出租方和承租方签订合同的根据；
- (4)租赁企业概况（包括固定资产、自有流动资金、产品、产值和产量）；
- (5)租赁期限及起止时间；
- (6)交接手续；
- (7)经营总目标和年度经营目标；
- (8)租金（包括租金数额和租金计算方法）；

- (9)租金交付期限和办法;
- (10)承租方的收益及企业各项基金的分配比例;
- (11)企业租赁前债权债务及遗留亏损的处理;
- (12)担保形式和要求(包括承租方和保证人担保财产的形式和数额);
- (13)承租方和出租方双方的权利和义务;
- (14)合同的变更和解除;
- (15)违约责任;
- (16)租赁期满后资产的返还和验收;
- (17)争议的处理办法;
- (18)合同生效时间和条件;
- (19)合同附件;
- (20)出租方和承租方签字盖章及年、月、日。

签订企业租赁经营合同必须采用书面形式。

(十三)企业租赁经营合同的履行

1. 企业租赁经营合同的担保

企业租赁经营合同承租方为了保证合同的履行,强化其租赁经营责任感和风险感,承租者必须向出租方提供担保。具体要求是:

(1)个人承租。承租者必须出具与租赁企业资产成一定比例的个人财产(其中应当有一定比例的现金)作为担保。现金必须专款存入银行,并有不少于两名有相应财产可资担保的保证人。

(2)合伙承租、全员承租。承租成员必须出具与租赁企业资产成一定比例的个人财产(其中应有一定比例的现金)作为担保,现金必须专款存入银行。

(3)企业租赁。必须出具与租赁企业资产成一定比例的留用资金作为担保,并存入银行。存入银行后,除征得出租方同意,不得挪作他用。

在企业租赁经营合同中,承租者所提供的担保,既有抵押性质,又有定金性质。当合同指标得到实现后,担保的个人财产(包括现金部分),承租者可以收回。如果承租者未能完成合同规定的指标,则以担保财产(包括现金在内)抵赔。再不足以抵偿时,如果是由个人承租的,则应用保证人的担保财产来抵偿,补足其不足部分。

2. 企业租赁经营合同当事人的权利和义务

(1)出租方的权利和义务:

① 出租方的权利主要有:监督承租方遵守国家方针政策、法律、法规,完成国家下达的计划;监督租赁企业的财产不受损害;收取承租方按照合同规定交付的租金。

② 出租方的主要义务有:按照合同规定保证承租方的经营自主权,依法维护企业租赁前享有的各项优惠等待遇;为租赁企业的发展提供必要的服务;根据承租方的要求,会同有关部门协助租赁企业解决经营活动中的困难。

(2)承租方的权利和义务:

① 承租方有以下主要权利:享有国家规定的厂长的权利;任免厂级行政副职,并报有关

部门备案;决定企业脱产人员编制;根据市场需求,调整企业的经营方向,并按照国家有关规定办理变更登记手续。

② 承租方有以下主要义务:履行国家规定的厂长职责;执行价格政策,维护用户和消费者的利益;维护职工的合法权益;维护租赁经营企业资产,保证设备完好,办理企业财产保险,不得将企业转租;按期交纳租金;提供合法、可靠的承租经营担保。

(十四)企业租赁经营合同的变更和解除

1. 企业租赁经营合同的效力

企业租赁经营合同依法签订后,即具有法律约束力,任何一方未经双方协商同意,均不得擅自变更和解除。

租赁经营合同当事人双方在签订合同时,是经过要约、承诺的程序和协商一致的原则签订的,因此,合同内容对当事人双方均具有约束力,双方必须认真履行合同义务。任何一方如果无合法原因不履行或不完全履行合同义务,则对方的合法权益将受到法律保护。即违约的一方应承担违约责任,赔偿对方经济损失。

2. 变更和解除租赁合同的条件

具有下列情况之一,使租赁经营合同无法履行时,允许变更或者解除合同:

(1)由于不可抗力,致使企业租赁经营合同的全部义务不能履行时,可以变更或解除。

(2)由于承租方经营管理不善达不到合同规定的年度经营目标。在企业租赁经营期间,承租方如果不能迅速扭转企业经营不善的局面,达不到合同中规定的年度经营目标,则表明承租者无力完成合同中规定的各项义务,意味着以后年度的经营目标仍然很难完成;国家(出租方)将要承担更大的经济损失,因此,允许变更或解除合同。

(3)由于另一方在合同约定的期限内没有履行合同,当事人一方有权要求变更合同或者通知另一方解除合同。

(4)由于合同中规定的其他变更或解除合同的条件出现,根据合同中的规定,可以变更或解除合同。

3. 租赁经营合同变更和解除的程序

具备了变更和解除租赁经营合同的条件,并不等于任何一方可以自行变更或解除,还应该遵守一定的法定程序,变更或解除合同的新的协议才能有效。具体程序是:

(1)要约和承诺。租赁经营合同一方要求变更或解除合同时,要约人必须向对方发出要约,另一方在接到要约人的通知后,应在收到通知之日起 15 日内作出书面答复,逾期不作答复的,即视为默认。

(2)用书面形式表示。租赁经营合同一方要求变更或解除合同时,必须及时以书面形式通知另一方;另一方在接到对方要求变更或者解除合同的书面通知后,必须以书面形式作出答复。因此,双方在变更或解除合同过程中来往的函件、电报及电话记录等,都属于合同组成部分,必须妥善保管。

(3)办理备案手续。在签订租赁经营合同时,如果是经过鉴证机关或公证机关鉴证或公证的,在变更或解除合同时,还必须再到原鉴证或公证机关备案。

4. 解除租赁经营合同后的法律后果

在解除租赁经营合同时,出租方应当会同有关部门对承租方经营效果进行审查。凡达到租赁经营合同规定的经营总目标并按照租赁经营合同规定交付租金的,出租方应当根据企业的经营情况,取得职工代表大会(职工大会)的同意,从企业的风险保证金中按照承租方担保现金数额的一至五倍支付给承租方。如果承租方在租赁期内达不到租赁经营合同规定的经营总目标,或者欠交租金时,应当以企业的风险保证金、预支的生活费(或承租成员的年度收入)抵补;不足部分,由承租方、保证人提供的担保财产中抵补。保证人以其保证财产抵补后,有权向承租方追偿。

个人承租的承租经营者对保证人的风险补偿,从其个人收入中支付,并订立书面协议。

(十五)签订企业租赁经营合同应注意的问题

签订企业租赁经营合同应注意以下问题:

1. 企业租赁经营合同承租人必须提供相应的担保

承租方提供财产作为担保,实际上是以财产充作抵押物,出租方对该财产具有抵押权。而承租方在租赁期限内不得随意处理抵押的财产,如果承租方对该财产进行了处理,则出租方对该项财产享有追索权。

2. 租金的计算

租金是承租人应履行的主要义务,也是出租人的主要权利,因此,租金如何计算,是双方最关心的问题。租金的计算通常采用以下几种方法:

(1)固定租金法

是由出租方和承租方在招标,中标时双方商定的在租赁期限内按年度确定基本租金额,租金数额不因利润增减而变动。这种确定和计算方法对出租方与承租方来说,都存在一定的风险。

(2)基数递增租金法

是根据租赁双方先确定年度基数利润和基数租金,在这个基础上实际租金随利润的增长等比例增加。如基数利润为10万元,基数租金为1万元,如果利润增长50%,则基数利润就由10万元增至15万元;基数租金也就从1万元增至1.5万元。如果利润下降,完不成基数利润时,基数租金不变,由承租方补偿照交基数租金。

(3)租赁成本法

是指以“租赁成本”为依据,进行计算租金的方法。具体办法是:将出租设备的价值,减去租赁期满时处理该项设备而收回的估计金额,再加上利息、税金、保险费及出租者应得的利润,以上述总和再除以租赁期限,即为应付租金额。其计算公式为:

租金 = (出租设备价值 - 估计余值 + 利息 + 税金 + 保险费 + 出租者利润) ÷ 租赁期限

(4)资产利润率法

是以企业出租时前一年度资产利润率作为资产租金率。以租赁企业有形资产总和乘以资产租金率,即为有形资产租金。有形资产租金加上由双方商定的无形资产租金,其总和为基数租金。

承租者如果完成了年度基数租金,可得基本收入;未完成基数租金,不能得基本收入,而且还须由承租者和保证人给予赔偿,补齐租金额。如果承租者超额完成了基数租金,承租者

可采用环比计算方法增加收入。

3. 承租方的收入计算

根据我国法律、法规和政策的规定,自租赁经营合同生效之日起,停发承租经营者及合伙承租成员的工资、奖金;预支生活费。

承租方按照租赁经营合同规定的比例取得的收入,在交付租金和实际支付给承租成员以后仍有盈余的,应当作为企业的风险保证金留存。

承租经营者个人的收入,原则不超过本企业职工平均工资(含奖金)的五倍。其他承租成员的收入应低于承租经营者的收入。

承租方个人所得收入按月平均超过个人收入调节税超征标准的部分,应照章纳税。

4. 企业租赁前债权债务的处理

承租方在签订租赁经营合同时,应充分考虑出租方的债权债务问题,否则,应由承租方以企业的名义予以清偿,然后,在租金中加上其受偿的债权份额,或从租金中减去清偿的债务数额。

5. 租赁期间新增资产的归属问题

(1)在租赁期间出租方为了帮助承租方而投入的资产属于全民或集体所有。

(2)个人租赁时,承租方用个人财产投资形成的资产,属于个人所有。

(3)合伙租赁时,承租方投资形成的资产,归承租成员共有。

(4)全员租赁时,承租方用其收入新增资产,产权属于全体职工。

(5)企业承租企业时,承租方用其收入新增资产,其产权属于承租企业所有(集体企业),或归其经营管理(全民企业)。

第二节 技术合同的订立

一、技术开发合同的订立

(一)技术开发合同的概念

技术开发合同是指当事人之间就新技术、新产品、新工艺和新材料及其系统的研究开发所订立的合同。

所谓新技术、新产品、新工艺、新材料及其系统,是指当事人在订立技术合同时尚未掌握的产品、工艺、材料及其系统等技术方案。但是,在技术上没有创新的现有产品的改型、工艺更新、材料配方调整,以及技术成果的检验、测试和使用的除外。

“技术开发”一词,是在我国技术合同法颁布实施后才被广泛使用的。在我国的科技和法律文献中曾经使用过“科研合同”,“科研有偿合同”等名称。1981年12月第五届人大四次会议上通过的《中华人民共和国合同法》中,第一次使用了“科技协作合同”的名称,但是,实践证明,“科技协作合同”这一概念也不能比较完整地、全面地反映我国科技改革中出现的各种实际情况,不能适应科技活动的复杂社会关系。在总结经验和教训的基础上,1987

年6月23日第六届全国人民代表大会常务委员会第21次会议上通过了《中华人民共和国合同法》，并正式使用了“技术开发合同”这一概念。

技术开发合同，包括委托开发合同和合作开发合同。

订立技术开发合同应具备以下条件：

(1)订立技术开发合同，必须具有相当的科学技术人员、研究开发经费、基础设施和技术情报资料等。

(2)订立技术合同之前，必须进行必要的可行性和论证，选择适当的研究开发方案。

(3)就列入国家计划的科技项目订立技术开发合同时，必须符合计划和项目任务书的要求以及国家有关技术政策的规定。

订立技术开发合同应进行可行性研究。可行性研究是指当事人双方在订立技术合同之前，对各种研究开发方案实施的可能性、技术先进性、经费合理性和经济效益性进行调查研究，分析评价的一种科学活动方法。为了避免研究开发的盲目性，减少经济损失，以最小的消耗，获取最大的成功，当事人双方在正式签订技术开发合同之前，对研究开发项目进行可行性研究分析，采取慎重态度是必要的，也是订立技术开发合同前的必要步骤。

(二)技术开发合同的主要条款

技术开发合同，一般应包括下列主要内容：

①项目名称；②标的技术的内容、形式和要求；③研究开发计划；④研究开发经费或者项目投资的数额及其支付、结算方式；⑤利用研究开发经费购置的设备、器材、资料的财产归属；⑥履行的期限、地点和方式；⑦技术情报和资料的保密；⑧风险责任的承担；⑨技术成果的归属和分享；⑩验收的标准和方法；⑪报酬的计算和支付方式；⑫违约金或者损失赔偿额的计算方法；⑬技术协作和技术指导的内容；⑭争议的解决办法；⑮名词和术语的解释。对于列入国家计划的科技项目所订立的技术合同，应当附项目计划书、任务书以及主管机关的批准文件。

(三)研究开发成果提交、验收和鉴定

研究开发成果，是指研究开发方按照合同规定的标的，成功完成的新技术、新产品、新工艺、新材料等技术成果以及与其密切相关的技术成果。对于研究开发成果的提交一般可以采取下列一种或几种方式，但其数量不得超过合理的范围：①产品设计、工艺规程、材料配方和其他图纸、论文、报告等技术文件；②磁带、磁盘、计算机软件；③动物、植物新品种、微生物菌苗；④样品、样机；⑤成套技术设施。

研究开发方提交技术成果后，新产品的制造、使用和销售，均不属于技术开发范围。

研究开发成果的验收，应按照合同约定的验收标准和方法进行。在合同中没有约定验收标准的，可以按照合乎实用的一般要求组织鉴定。

技术成果鉴定是评价技术成果的一种制度。技术成果鉴定应采用分析、讨论、民主的办法，应允许当事人参加答辩，不宜简单搬用民事、刑事案件的鉴定办法。个人意见不能当作“鉴定结论”。国家科委发布的《科学技术研究成果管理的规定》和《科学技术成果鉴定办法》是技术成果鉴定和处理技术评价争议案件的法律依据。

(四)技术开发合同的风险责任

风险责任是指研究开发方在研究开发过程中,虽然经过主观努力,但由于现有认识水平、技术水平和科学知识以及其他现有条件的限制,确实无法实现技术开发合同目标,而导致研究开发工作全部或者部分失败所引起的财产上的责任。技术开发合同中的风险责任,仅指技术风险责任,并不包括不可抗力引起的财产责任。如果由于出现无法克服的技术困难,导致研究开发失败或者部分失败的,其风险责任应当由当事人按照合同约定承担;合同中没有约定的,其风险责任应根据实际情况,由当事人双方合理分担。在研究开发过程中如果当事人一方发现了风险责任可能导致研究开发失败或者部分失败的情况时,应及时通知另一方并采取适当措施减少损失;否则,当事人一方应当就扩大的损失部分承担责任。

二、委托开发合同的订立

(一)委托开发合同的概念

我国技术合同法第28条规定,委托开发合同是指当事人一方委托另一方进行研发所订立的合同。具体地说,委托开发合同是由委托方向研究开发方提供研究开发经费或者报酬,研究开发方完成研究开发任务,向委托方交付研究开发成果并取得合理报酬的协议。承担研究开发任务的一方,称为研究开发方(或受托方),接受研究开发成果的一方,称为委托方。

(二)委托开发合同当事人的权利和义务

1. 委托方的主要权利和义务

(1)委托方的主要权利

①委托开发合同中,委托方有检查研究开发方履行合同和研究开发经费使用权的权利,但不得妨碍研究开发方的正常工作;

②委托方有接受研究开发成果的权利;有免费实施该项专利的权利;

③研究开发方就其发明创造转让专利申请权时,委托方有优先受让专利申请权的权利;

④如果研究开发方不能按计划实施研究开发工作,委托方有要求其实施研究开发计划并采取补救措施的权利,如果研究开发方逾期两个月不实施研究开发计划,委托方有权解除合同;

⑤如果研究开发方将委托方支付的研究开发经费用于履行合同以外的目的时,委托方有权制止并要求其退还相应的经费用于研究开发工作,如果研究开发方逾期两个月仍不退还经费用于研究开发工作时,委托方有权解除合同。

(2)委托方的主要义务

①委托方有按照合同约定支付研究开发经费和报酬的义务;

②按照合同约定提供技术资料、原始数据并完成协作事项的义务;

③按期接受研究开发成果。

2. 研究开发方的主要权利和义务

(1)研究开发方的主要权利

①研究开发方有接受委托方支付的研究开发经费和享受科研补贴的权利;

②研究开发方有要求委托方补充必要的背景资料和数据(但不得超过履行合同所需要的范围)的权利;

③委托方逾期两个月不支付研究开发经费或者报酬时,研究开发方有解除合同的权利;

④委托方逾期两个月不提供技术资料、原始数据和协作事项时,研究开发方也有权解除合同;

⑤委托方逾期六个月不接受研究开发成果时,研究开发方有处分研究开发成果和请求委托方赔偿损失的权利;

⑥委托开发所完成的发明创造,除合同另有约定的以外,研究开发方享有申请专利的权利。

(2)研究开发方的主要义务

①制定和实施研究开发计划;

②合理使用研究开发经费;

③按期完成研究开发工作;

④为委托方提供技术资料和具体技术指导,帮助委托方掌握研究开发成果。

(三)委托开发合同当事人违反合同的责任

1. 委托方违反合同的表现和责任

(1)委托方违反合同的主要表现

①不支付研究开发经费和报酬,或没有完全支付研究开发经费和报酬;

②未按合同约定提供技术资料、原始数据,以及未按照合同约定完成协作事项;

③未按期接受研究开发成果。

(2)委托方的违约责任

委托方不履行合同时,造成研究开发工作停滞、延误或者失败的,应当支付违约金或者赔偿损失。

①委托方迟延支付研究开发经费,造成研究开发工作停滞、延误的,研究开发方不承担责任。委托方逾期两个月不支付研究开发经费或者报酬的,委托方应支付违约金;在研究开发方宣布解除合同后,委托方应当返还技术资料,补交应付的报酬,并赔偿因此给研究开发方所造成的损失;

②委托方未按照合同约定提供技术资料、原始数据和协作事项或者所提供的技术资料、原始数据和协作事项有重大缺陷,导致研究开发工作停滞、延误、失败的,委托方应当承担责任;如果委托方逾期两个月不提供技术资料、原始数据和协作事项的,在研究开发方宣布解除合同后,委托方应当赔偿因此给研究开发方所造成的损失;

③委托方如果逾期六个月不接受研究开发成果,委托方应向研究开发方支付约定报酬、违约金和保管费,并负责补足研究开发方因此所遭受的全部损失。

2. 研究开发方违反合同的表现和责任

(1)研究开发方违反合同的主要表现

①未制定切实可行的研究开发计划,或者未按时实施研究开发计划;

②未按期完成研究开发工作,未按期交付研究开发成果,未按期提供有关的技术资料和

必要的技术指导,或者完成的研究开发工作不符合合同的约定。

(2) 研究开发方的违约责任

研究开发方不履行合同的,应当向委托方支付违约金或者赔偿金。

①研究开发方未按计划实施研究开发工作,造成研究开发工作停滞、延误的,研究开发方除了采取补救措施继续履行合同外,应当支付违约金或者赔偿损失;如果研究开发方逾期两个月不实施研究开发计划,在委托方宣布解除合同后,研究开发方应当返还研究开发经费,并赔偿因此给委托方造成的损失。

②研究开发方将研究开发经费用于履行合同以外的事项时,如果由此造成研究开发工作停滞、延误或者失败的,研究开发方应当支付违约金或者赔偿损失,如果委托方宣布解除合同,研究开发方应当返还研究开发经费,并赔偿因此给委托方所造成的损失。

③由于研究开发方的过错,造成研究开发成果不符合合同约定的条件的,研究开发方应当支付违约金或者赔偿损失,如果造成研究开发工作失败的,研究开发方应当返还部分或者全部研究开发经费和报酬,并支付违约金或者赔偿损失。

(四) 委托开发合同技术成果的归属和分享

1. 委托开发合同技术成果归属和分享的含义

委托开发技术成果的归属和分享,是指合同当事人在履行委托开发合同中所取得的发明创造和其他技术成果归谁所有,如何使用,如何向他人转让,如何进行利益分配等问题。

委托开发的技术成果的取得,一方面是由于委托方提供了研究开发经费和大量技术资料等物质条件;另一方面也是由于研究开发方付出了大量的创造性脑力劳动所实现的。因此,委托方和研究开发方都为此做出了贡献,都应该具有分享成果的权利。一方面技术成果的权属应归研究开发方;另一方面委托方也有分享技术成果的权利,也应照顾委托方的合法权益。

2. 委托开发合同技术成果的归属和分享原则

为了兼顾研究开发方和委托方的利益,确立委托开发合同技术成果的归属和分享,应遵守下列原则:

(1) 专利权和专利申请权的分享

①委托开发合同当事人在合同中约定发明创造的归属和分享条款的,按合同约定执行;

②委托开发所完成的发明创造,除合同另有约定的以外,申请专利的权利属于研究开发方。所谓“除合同另有约定者外”,是指委托开发合同的当事人既可以约定委托开发完成的发明创造申请专利的权利属于委托方,也可以约定属于双方所共有;

③委托开发所完成的发明创造,如果在订立合同时没有约定,申请专利的权利属于研究开发方。但是,根据平等互利的原则,研究开发方应向委托方提供如下优惠:研究开发方取得专利权的,委托方可以免费实施该项专利,该项实施许可不得撤销;研究开发方就其发明创造转让专利权的,委托方可以优先受让专利权;委托方在发明创造的专利申请还没有获得批准之前,也可以对该发明创造享有实施权,但应履行保密义务。

(2) 非专利技术成果的归属和分享

①委托开发合同当事人在订立合同时约定非专利技术成果的归属和分享条款的,按照

合同约定执行；

②委托开发合同当事人在合同中约定非专利技术成果使用权和转让权为当事人共有的，共有人应当约定利益分配办法。共有人没有约定的，任何一方均有实施使用非专利技术成果的权利，由此所获得的利益归实施使用方。但是一方转让技术必须征得另一方或其他各方的同意，由此所获得的利益由各方等额分享；

③委托开发所完成的非专利技术成果的使用权、转让权，以及利益分配办法，在合同中没有约定的，当事人双方均有使用和转让的权利。不过，委托开发的研究开发方必须在向委托方交付该研究成果之后，方有使用权和转让权。另外，委托开发的研究开发方也不得在向委托方交付研究开发成果之前，将研究开发成果转让给第三方。

三、合作开发合同的订立

（一）合作开发合同的概念

所谓合作开发合同是指当事人各方就共同进行研究开发所订立的合同。具体地说，合作开发合同是由当事人各方共同投资、共同参与研究开发活动、共同承担研究开发风险、共同分享研究开发成果的协议。

合作开发，是以平等主体之间共同合作的方式，进行共同研究开发工作的。合作各方既可以共同进行全部的研究开发工作，也可以按照合同约定分工，分别承担设计、工艺和试验等不同阶段或不同部分的研究开发工作。如果当事人一方提供资金、设备、材料等物质条件，另一方进行研究开发工作的合同，不属于合作开发合同，而属于委托开发合同。

（二）合作开发合同当事人的权利和义务

1. 合作开发合同当事人的权利

（1）合作开发合同当事人有权成立由双方代表组成的指导机构，有权对研究开发工作中的重大问题进行决策、协调和组织研究开发活动。

（2）当事人一方逾期两个月不进行投资或者不履行其他约定义务的，另一方或者其他各方有权解除合同。

（3）合作开发所完成的发明创造，其申请专利的权利属于合作各方共有的条件下，如果一方转让其共有专利申请权的，另一方或者其他各方有优先受让其共有的专利申请权的权利。

（4）合作开发各方中一方声明放弃其共有的专利申请权的，在发明创造被授予专利权后，放弃专利申请权的一方可以免费实施该项专利。

（5）合作开发各方中一方声明放弃其共有的专利申请权的时候，另一方或者其他各方均有单独申请或者共同申请的权利。

（6）合作开发所完成的非专利技术成果的使用权、转让权以及利益的分配办法，在合同中没有约定的情况下，当事人均有使用和转让的权利。

2. 合作开发合同当事人的义务

合作开发各方具有下列主要义务：

（1）按照合同约定进行投资，包括以技术进行投资

投资是指合作开发当事人以资金、设备、材料、场地、试验条件、技术情报资料、专利权、非专利技术成果等方式对研究开发项目所作的投入。采取资金以外的形式进行投资的,应当折算成相应的金额。

关于合作各方之间的投资比例问题,可以由当事人各方根据各自的具体情况在合同中约定。

合作各方的投资方式中,以技术(包括专利技术和非专利技术)作为投资的,应该注意如下两个问题:其一,在合同中应写明:如果发生产权争议,由以技术作为投资的一方承担全部责任。其二,确定作为投入技术的合理价格。技术投资作价问题,最好请有经验的中介机构和技术专家参加。

(2)按照合同约定分工参与研究开发工作

参与研究开发工作,包括按照约定的计划和分工共同进行或者分别承担设计、工艺、试验、试制等研究开发工作,直至完成研究开发项目。在合作开发过程中,每一方所负责完成的每一部分工作对于另一方或者其他各方来说,都是非常重要的,直接关系到整个研究开发项目的成功与失败。因此,任何一方当事人,对合同中约定的应尽义务必须认真履行,以切实保证合作开发项目的完成。

(3)与其他各方协作配合

合作开发合同各方必须在约定分工的基础上与其他各方协作配合,共同完成研究开发项目。因此,合作开发各方的协作配合是完成该项研究开发任务的重要保证。正因为如此,我国技术合同法明确规定,合作开发各方必须互相协作配合,这是合作开发各方的主要义务之一。如果任何一方违反合同,就应该承担违约责任。

(三)合作开发合同各方违反合同的责任

1. 合作开发合同当事人违反合同的表现形式

- (1)不按照合同约定进行投资或投资不足;
- (2)不按照合同约定的分工参与研究开发工作,或参与工作不及时;
- (3)不按照合同约定与其他各方协作配合完成研究开发项目或配合不及时、不紧密。

2. 合作开发合同当事人的违约责任

(1)合作开发各方中,任何一方违反合同,造成研究开发工作停滞、延误或者失败的,应当支付违约金或者赔偿损失。

(2)当事人一方逾期两个月不进行投资或者不履行其他约定义务的,当事人一方应当赔偿因此给另一方或者其他各方所造成的损失。

(四)合作开发合同技术成果的归属和分享

1. 发明专利权的归属和分享

合作开发所完成的发明创造,除合同另有约定的以外,申请专利的权利属于合作开发各方所共有。但是,如果合作开发各方中一方转让其共有的专利申请权的,另一方或者其他各方可以优先受让其共有的专利申请权;如果合作开发各方中一方声明放弃其共有的专利申请权的,另一方可以单独申请,或者由其他各方共同申请;放弃其共有的专利申请权的一方,在发明创造被授予专利后,可以免费实施该项专利;如果合作开发各方中一方不同意申请专

利的,另一方或者其他各方也不得申请专利。

2. 非专利技术成果的归属和分享

合作开发所完成的非专利技术成果的使用权、转让权以及利益的分配办法,按照当事人在合同中的约定执行。但是,如果合同中没有约定,则当事人各方均有使用权和转让权。除合同另有约定外,一方当事人使用和转让该成果所获得的收益,另一方或者其他各方均无权请求分享;如果约定研究开发成果的专利申请权只归当事人一方所有时,享有专利申请权的一方当事人可按约定将由此获得的经济利益适当补偿给其他各方当事人;如果约定向合同以外第三人转让研究开发成果时,经济合作各方当事人协商一致,由此取得的经济利益由各方分享;如果约定由当事人一方享有对合作开发成果的独占使用权或者转让权时,享有独占使用权或转让权的当事人一方应向其他各方当事人支付约定的价金。

(五)合作开发合同当事人风险责任的承担

在履行合作开发合同的过程中,因出现无法克服的技术困难,导致研究开发失败或者部分失败的,其风险责任由当事人在合同中约定。合同中没有约定的,风险责任由当事人合理分担。风险责任应具备下列条件:①课题在现有技术水平下具有足够的难度;②研究开发确实作出了主观努力,并且该领域的同行专家认为研究开发失败确属于合理失败。

四、技术转让合同的订立

(一)技术转让合同的概念

所谓技术转让合同是指当事人就专利权、专利申请权、专利实施许可和非专利技术的转让,明确相互权利义务关系的协议。根据这一概念,技术转让合同的一方当事人将一定的技术成果转让给另一方当事人,而另一方当事人接受技术成果,并支付约定的价款或者费用。交出技术成果的一方,称为转让方;接受成果并支付费用的一方,称为受让方。

技术转让合同一般可分为如下种类:①专利申请权转让合同;②专利权转让合同;③专利实施许可合同;④非专利技术转让合同。

(二)技术转让合同的主要条款和标的范围

1. 技术转让合同的主要条款

①序言;②项目名称;③标的内容、范围和要求;④履行计划、进度、期限、地点和方式;⑤验收的标准和方法;⑥价款或者使用费及其支付方式;⑦技术情报和资料的保密;⑧利用转让技术后续改进的技术成果的分享;⑨违约责任;⑩争议的解决办法;⑪关键名词和术语的解释;⑫当事人约定的其他事项。

2. 技术转让合同标的范围

①专利技术和非专利技术;②已经公开或者一些单位已经掌握的技术;③不属于本单位和个人亲自研究开发的技术;④借鉴他人的技术构思或者参照技术文献作出的技术方案;⑤未完成工业化开发的阶段成果;⑥再转让的技术;⑦未经鉴定的技术。

(三)技术转让合同中的保密和限制性条款

1. 技术转让合同中的技术保密

所谓技术保密,是指在技术转让合同中,当事人双方就特定技术情报和资料的秘密不得

向他人泄露的保证。技术保密问题,一般由当事人双方在技术转让开始阶段,就特定技术情报和资料的保密等内容事前达成的协议。协议内容一般包括:保密范围、保密对象、保密办法、保密期限及保密责任等。

2. 技术转让中的限制性条款

所谓限制性条款是指在许可证协议中,禁止出现的某一类条款。

技术转让合同是一种许可合同,即技术的所有者允许对方当事人使用其技术成果的一种合同。技术转让方能否允许受让方再转让该技术,应该根据合同的不同性质而定。如果合同属于分售许可合同,受让方则有权再转让;如果合同属于独占许可合同,则转让方不但不能再转让,甚至在一定的范围内也不能再使用和生产。因此,对于在合同中能否有限制性条款,可以根据具体情况来决定,同时,还必须在条款中加以注明。

在签订国内技术转让合同时,转让方不能强迫受让方接受限制性条款,受让方也不要因为急需先进技术而委曲求全。合同管理机关和合同审批机关,应认真执法,严格把关,对于含有限制性条款的技术转让合同,应不予审批,并应纠正其违法行为。

(四)技术转让合同后续改进的技术成果分享

我国技术合同法第43条规定,当事人可以按照互利的原则,在技术转让合同中约定实施专利、使用非专利技术后续改进的技术成果的分享办法。合同没有约定的,任何一方无权分享另一方后续改进的技术成果。

所谓后续改进,是指在技术转让合同的有效期限内,一方或者双方对作为合同标的专利技术或者非专利技术成果所作的革新和改良。双方互惠使用后续改进的技术应当另行订合同。

专利申请提出后,在公开以前,当事人之间就申请专利的发明创造所订立的技术转让合同,适用有关非专利技术转让合同的规定。受让方应当承担保密义务,并不得妨碍转让方申请专利。

专利申请公开后,原合同应参照专利实施许可合同的有关规定加以修订。

(五)技术转让合同当事人的违约责任

1. 转让方违反合同的责任

技术转让合同转让方违反合同应承担如下责任:

(1)未按照合同约定转让技术的,除返还部分或者全部使用费外还应当支付违约金或者赔偿损失;

(2)实施专利或者使用非专利技术超越合同约定范围的,违反合同约定擅自许可第三方实施该项专利或者使用该项非专利技术的,应当停止违反合同的行为,支付违约金或者赔偿损失;

(3)违反合同约定的保密义务的,应当支付违约金或者赔偿损失。

2. 受让方违反合同的责任

技术转让合同受让方违反合同的应承担如下责任:

(1)未按照合同约定支付使用费的,应当补交使用费,并按照合同约定支付违约金;不补交使用费或者不支付违约金的,必须停止实施专利或者使用非专利技术,交还技术资料,支

付违约金或者赔偿损失;

(2)实施专利或者使用非专利技术超越合同约定的范围的,未经转让方同意擅自许可第三方实施该项专利或者使用该项非专利技术的,应当停止违反合同的行为,支付违约金或者赔偿损失;

(3)违反合同约定的保密义务的,应当支付违约金或者赔偿损失。

五、专利申请权转让合同的订立

(一)专利申请权转让合同的概念

所谓专利申请权转让合同,是指转让方将其发明创造的专利申请权转让给受让方,受让方支付约定价款所订立的合同。

合同依法成立后,受让方即成为新的专利申请权人,转让方即失去了专利申请权人的资格。如果受让方就其发明创造申请专利被驳回的,不得请求返还价款,但是,转让方侵害他人专利权或者专利申请权的情况除外。

在订立专利申请权转让合同前,转让方已经实施发明创造的,除合同另有约定的以外,在合同成立后,转让方应当停止实施。专利申请权转让合同并不影响转让方在合同成立前与他人订立的非专利技术转让合同的效力。除合同另有约定的以外,原非专利技术转让合同所约定的权利和义务由专利申请权转让合同的受让方承担。

(二)专利申请权转让合同的主要条款

专利申请权转让合同应包括下列条款:①项目名称;②发明创造名称和内容;③发明创造的性质;④技术情报和资料清单;⑤专利申请被驳回的责任;⑥价款及其支付方式;⑦违约金或者损失赔偿额的计算方法;⑧争议的解决办法;⑨约定的其他事项。

(三)专利申请权转让合同当事人的权利和义务

1. 专利申请权转让合同转让方的权利与义务

(1)专利申请权转让合同转让方的权利

①专利申请权转让合同转让方有接受受让方支付约定的价款的权利;

②专利申请权转让合同的转让方有权就受让方发明创造申请专利被驳回后,扣收其价款的权利;

③受让方在约定的期限内不支付价款,转让方有权解除合同。

(2)专利申请权转让合同转让方的义务

转让方必须将合同约定的发明创造申请专利的权利移交给受让方,并提供申请专利和实施发明创造所需要的技术情报和资料。

2. 专利申请权转让合同受让方的权利与义务

(1)专利申请权转让合同受让方的权利

①专利申请权转让合同受让方有接受转让方移交的发明创造申请专利的权利,有接受申请专利和实施发明创造所需要的技术情报和资料的权利;

②专利申请权转让合同的受让方就发明创造申请专利被驳回的原因,如果是由于转让方侵害了他人专利权或者专利申请权的时候,受让方有权请求返还支付的价款;

③转让方在约定期限内不提供发明创造的有关技术情报和资料,受让方有权解除合同。

(2)专利申请权转让合同受让方的义务

①受让方必须按照合同约定向转让方支付约定的价款;

②受让方就发明创造申请专利被驳回的,不得再请求返还价款。

(四)违反专利申请权转让合同的责任

1. 专利申请权转让合同转让方的违约表现和责任

(1)转让方违反合同的主要表现

①未将特定的发明创造申请专利的权利移交给受让方,或者未按时移交给受让方;

②未提供与申请专利有关的发明创造的技术资料,或者提供的技术资料不足。

(2)转让方违反合同的责任

①转让方不履行合同,迟延提供技术情报和资料的,应当支付违约金,或者不提供有关发明创造的技术资料,或者所提供的技术情报和资料没有达到使该领域一般专业技术人员能够实施发明创造的程度的,应当返还价款,支付违约金或者赔偿损失;

②转让方逾期两个月不提供发明创造的有关技术情报和资料,转让方应向受让方支付违约金或者赔偿损失;

③专利申请权转让合同受让方就发明创造专利被驳回的原因如果是由于转让方侵害了他人专利权或者专利申请权的,转让方应承担返还价款的责任。

2. 专利申请权转让合同受让方的违约表现和责任

(1)受让方违反合同的主要表现

受让方违反合同的表现是:未按合同约定支付价款或报酬、或者支付的价款或者报酬不足、不及时。

(2)受让方违反合同的责任

①受让方不履行合同,迟延支付价款的,应当支付违约金;不支付价款或者不支付违约金的,应当返还专利申请权,交还技术资料,并支付违约金或者赔偿损失;

②受让方逾期两个月不支付价款的,受让方应当赔偿由此给转让方造成的损失。

六、专利权转让合同的订立

(一)专利权转让合同的概念

所谓专利权转让合同,是指专利权人(转让方)将其所拥有或者所持有的发明创造专利转让给受让方所拥有或者所持有,受让方支付约定价款所订立的合同。

在订立专利权转让合同前,转让方已经实施发明创造的,除合同另有约定者外,合同成立后,转让方应当停止实施。专利权转让合同不影响转让方在合同成立以前与他人订立的专利实施许可合同或者非专利技术转让合同的效力。除合同另有约定的以外,原专利实施许可合同所约定的权利与义务,由专利权转让合同的受让方承担。

专利权转让合同依法成立后,受让方成为新的专利权人,转让方就失去了专利权人的资格。

（二）专利权转让合同的主要条款

专利权转让合同的主要条款包括：①项目名称；②发明创造名称和内容；③专利申请人和专利权人；④专利申请日、申请号、专利号和专利权的有效期限；⑤专利实施和实施许可情况；⑥价款及其支付方式；⑦技术情报和资料清单；⑧违约金或者损失赔偿额的计算方法；⑨争议解决办法；⑩约定的其他有关事项。

（三）专利权转让合同当事人的权利和义务

1. 专利权转让合同转让方的权利和义务

（1）转让方的权利

- ①转让方有接受受让方支付的约定价款的权利；
- ②受让方逾期两个月不支付价款的，转让方有权解除合同。

（2）转让方的义务

转让方的主要义务是：将合同约定的专利权移交给受让方所有或者所持有，并保证该项专利权真实、有效。

2. 专利权转让合同受让方的权利和义务

（1）受让方的权利

- ①受让方有按照合同约定办理专利权移交手续归自己所有或持有的权利；
- ②转让方逾期两个月不办理专利权移交手续的，受让方有权解除合同；
- ③专利权转让合同成立后，该项专利权被宣布无效的，受让方有收回价款的权利。

（2）受让方的义务

受让方必须按照合同约定向转让方支付约定的价款。

（四）违反专利权转让合同的责任

1. 专利权转让合同转让方的违约表现和责任

（1）转让方违约的主要表现

转让方不将其所有或者持有的专利权移交给受让方，或者移交的不及时。

（2）转让方的违约责任

- ①转让方不履行合同，迟延办理专利权移交手续的，应当支付违约金或者赔偿损失；
- ②转让方逾期两个月不办理专利权移交手续的，转让方应当赔偿由此给受让方造成的损失；

- ③专利权转让合同成立后，该项专利权被宣布无效的，转让方应承担返还价款的责任。

2. 专利权转让合同受让方的违约表现和责任

（1）受让方违约的主要表现

受让方不按照合同约定向转让方支付价款或者报酬，或者支付的价款或报酬不足、不及时。

（2）受让方的违约责任

- ①受让方不履行合同，迟延支付价款的，应当支付违约金或者赔偿损失；
- ②受让方逾期两个月不支付价款的，受让方应当赔偿由此给转让方所造成的损失。

七、专利实施许可合同的订立

(一) 专利实施许可合同的概念

所谓专利实施许可合同,亦称专利许可证协议,是指专利权人(转让方)许可受让方在其约定的范围内实施其所拥有或者所持有的专利技术,受让方按照约定支付使用费所订立的合同。专利实施许可合同以转让专利技术的使用权为目的,转让方不因其转让专利技术的使用权而丧失其专利权。

专利实施许可合同一般可分为独占实施许可合同、排他实施许可合同、普通实施许可合同、可转让实施许可合同和交叉专利实施许可合同。

(二) 专利实施许可合同的主要条款

专利实施许可合同一般应包括下列条款:①项目名称;②发明创造的名称和内容;③专利实施许可的类型:是独占实施许可、排他实施许可还是普通实施许可等;④专利实施许可的范围,包括地域范围、期限范围和方式范围;⑤发明创造的专利申请人和专利权人、专利申请日、申请号、专利号和专利权的有效期限;⑥技术情报和资料及其保密事项;⑦转让方提供技术资料的数量、期限、地点和方式;⑧技术服务的内容;⑨验收标准和验收方式;⑩受让方支付使用费的数额及支付方式;⑪违约金或者损失赔偿额的计算方法;⑫转让方提供技术指导的内容和形式;⑬支付专利年费的方式;⑭专利技术性能的担保;⑮专利权完整性的担保;⑯后续改进的提供和分享;⑰合同争议的解决办法;⑱名词和术语的解释;⑲约定的其他事宜。

(三) 专利实施许可合同当事人的权利和义务

1. 专利实施许可合同转让方的权利和义务

(1) 转让方的权利

- ①按照合同约定,有接受受让方支付的约定使用费的权利;
- ②受让方逾期两个月不支付技术使用费的,转让方有权解除合同。

(2) 转让方的义务

- ①许可受让方在合同约定的范围内实施专利技术;
- ②转让方应当在合同有效期限内维持专利的有效性;
- ③交付实施专利有关的技术资料,提供必要的技术指导;
- ④排他实施许可合同的转让方除应履行上述义务以外,不得在已经许可受让方实施专利的范围内,就同一专利与第三方订立专利实施许可合同;
- ⑤独占实施许可合同的转让方除不得在已经许可受让方实施专利的范围内,就同一专利与第三方订立专利实施许可合同外,转让方自己也不得在已经许可受让方实施专利的范围内实施该项专利。

2. 专利实施许可合同受让方的权利和义务

(1) 受让方的权利

- ①有在合同约定的专利实施范围内实施特定专利的权利;
- ②有权接受转让方交付的与实施专利有关的技术资料和技术指导的权利;

③当事人根据中国专利局实施强制许可的决定而订立的专利实施许可合同,受让方有权享有普通实施权;

④转让方逾期两个月未交付技术资料 and 提供技术指导的,受让方有权解除合同。

(2) 受让方的义务

①受让方根据中国专利局实施强制许可的决定而订立的专利实施许可合同,无权许可他人实施;

②受让方在合同约定的范围内实施专利时,不得许可合同约定以外的第三方实施该专利;

③按照合同约定支付使用费。

(四) 违反专利实施许可合同的责任

1. 专利实施许可合同转让方违反合同的表现和违约责任

(1) 转让方违反合同的主要表现

①不允许受让方实施其专利技术,或者不允许受让方按合同约定的期限、地区和方式实施该项专利技术;

②未按合同约定,擅自许可第三方实施其专利技术;

③不交付与实施专利有关的技术资料、不提供必要的技术指导或者没有交足应交的技术资料,或者提供技术指导不及时。

(2) 转让方的违约责任

①专利实施许可合同的转让方不履行合同的,除返还部分或者全部使用费外,应当支付违约金或者赔偿损失;

②专利实施许可合同转让方超越合同约定范围,违反合同规定擅自许可第三方实施该项专利的,应当停止违反合同的行为,支付违约金或者赔偿损失;

③转让方逾期两个月未交付技术资料 and 提供技术指导的,转让方应当返还使用费,赔偿由此给受让方所造成的损失;

④专利实施许可合同在有效期限内,专利权被终止的,合同同时终止,转让方应当支付违约金或者赔偿损失;专利权被宣布无效的,转让方应当赔偿由此给受让方造成的损失;

⑤独占实施许可合同或者排他实施许可合同的转让方,实施专利超越合同约定的范围,或者在已经许可受让方实施专利的范围内又就同一专利与他人订立专利实施许可合同的,应当停止违反合同的行为,支付违约金或者赔偿损失。

2. 专利实施许可合同受让方违反合同的表现和违约责任

(1) 受让方违反合同的表现

①不按照合同约定支付使用费,或者支付使用费不足、不及时;

②违反合同约定擅自许可第三方实施其专利技术;

③未能在合同约定范围内实施其专利技术。

(2) 受让方的违约责任

①专利实施许可合同受让方不履行合同的,应当停止实施其专利技术,并支付违约金或者赔偿损失;

②受让方逾期两个月不支付技术使用费的,受让方应当补交使用费,并赔偿由此给转让方所造成的损失;

③受让方实施专利超越合同约定的范围,或者未经转让方许可擅自与他人订立再转让许可合同的,应当停止违反合同的行为,支付违约金或者赔偿损失。

八、非专利技术转让合同的订立

(一)非专利技术转让合同的概念

所谓非专利技术转让合同,是指转让方将其拥有的非专利技术转让给受让方,由受让方支付约定使用费所订立的合同。

非专利技术的范围有两种理解:一种认为,非专利技术就是指专有技术或者技术秘密;另一种认为,非专利技术包括专有技术和公有技术,统称为非专利技术。我们认为,非专利技术的范围应该包括:未申请专利的技术、未授予专利权的技术和《专利法》中规定的不授予专利权的技术。

根据我国专利法第 25 条的规定,不授予专利权的范围包括:

①科学发现;②智力活动的规则和方法;③疾病的诊断和治疗方法;④食品、饮料和调味品;⑤药品和用化学方法获得的物质;⑥动物和植物品种;⑦用原子核变换方法获得的物质。

(二)非专利技术转让合同的主要条款

非专利技术转让合同应具备下列主要条款:①项目名称;②非专利技术的内容、要求和工业化开发程度;③技术情报和资料及其提交期限、地点和方式;④技术秘密的范围和保密期限;⑤使用非专利技术的范围;⑥验收标准和方法;⑦使用费的数额和支付方式;⑧违约金或者损失赔偿额的计算方法;⑨技术指导的内容;10 后续改进的提供与分享;11 争议的解决办法;12 名词和术语的解释;13 约定的其他事项。

(三)非专利技术转让合同当事人的权利和义务

1. 非专利技术转让合同转让方的权利和义务

(1)转让方的权利

- ①有接受受让方支付约定使用费的权利;
- ②受让方逾期两个月不支付使用费的,转让方有权解除合同;
- ③根据合同约定,有权使用非专利技术后续改进的技术成果的权利。

(2)转让方的义务

- ①按照合同约定提供技术资料,进行技术指导;
- ②保证技术成果的实用性、可靠性及其应用性;
- ③承担合同约定的保密义务。

2. 非专利技术转让合同受让方的权利和义务

(1)受让方的权利

- ①有权实施转让方按照合同约定的条件转让的非专利技术成果;
- ②有权接受转让方按照合同约定提交的技术资料和技术指导;
- ③转让方逾期两个月未提供合同约定的非专利技术成果的,受让方有权解除合同;

④按照合同约定,有权享受使用非专利技术后续改进的技术成果。

(2) 受让方的义务

①在合同约定的范围内使用非专利技术;

②按照合同约定支付使用费;

③承担合同约定的保密义务。

(四) 违反非专利技术转让合同的责任

1. 非专利技术转让合同转让方违反合同的表现和责任

(1) 转让方违反合同的主要表现

①未按合同约定提供技术资料、进行技术指导,或者提供的技术资料不全、或者技术指导不及时;

②转让方转让的技术不实用、不可靠、不成熟;

③没有按照合同约定履行保密义务。

(2) 转让方违反合同的责任

①转让方不履行合同的,除返还部分或者全部使用费外应当支付违约金或者赔偿损失;

②违反合同规定,使用非专利技术超越合同约定范围的;擅自许可第三方使用该项非专利技术的,应当停止违反合同的行为,支付违约金或者赔偿损失;

③转让方逾期两个月未提供合同约定的非专利技术成果的,转让方应当返还使用费,支付违约金或者赔偿损失;

④转让方违反合同规定,不履行保密义务,泄露技术秘密使受让方遭受损失的,应当支付违约金或者赔偿损失;

⑤转让方使非专利技术成果达不到合同约定的技术指标的,转让方应当支付违约金或者赔偿损失;

⑥受让方按照合同约定使用非专利技术引起侵害他人合法权益的,转让方应承担责任。

2. 非专利技术转让合同受让方违反合同的表现和责任

(1) 受让方违反合同的主要表现

①未在合同约定的范围内使用非专利技术;

②未按合同约定支付使用费、或者支付的使用费不足、不及时;

③未按合同约定履行保密义务。

(2) 受让方违反合同的责任

①非专利技术转让合同的受让方不履行合同的,应按照合同约定补交使用费,并按照合同约定支付违约金;不补交使用费或者不支付违约金的,必须停止使用非专利技术,交还技术资料,支付违约金或者赔偿损失;

②受让方使用非专利技术超越合同约定范围内,未经转让方同意擅自许可第三方使用该项非专利技术的,应当停止违反合同的行为,支付违约金或者赔偿损失;

③受让方违反合同约定的保密义务的,应当支付违约金或者赔偿损失;

④受让方逾期两个月不支付使用费的,受让方应当补交使用费,支付违约金或者赔偿由此给转让方所造成的损失。

九、技术咨询合同的订立

(一) 技术咨询合同的概念

技术咨询是指咨询方(专家或者咨询机构)运用自己所拥有的专业知识、技术、经验和信息为委托方完成咨询报告、解答技术咨询、提供决策的智力服务工作。

所谓技术咨询合同,是指当事人一方为另一方特定技术项目提供可行性论证、技术预测、专题技术调查、分析评价报告所订立的合同。

(二) 技术咨询合同的适用范围

技术咨询合同的适用范围主要包括以下几个方面:①可行性研究;②技术经济论证;③专题项目预测;④对国家的经济、科技、社会发展战略提供宏观决策咨询(或称政策咨询);⑤为有关环境保护、交通运输等重大社会问题的解决提供决策咨询;⑥企业管理咨询;⑦技术评估;⑧为引进国外先进技术提供决策咨询。

除上述各项之外,技术咨询合同还可以适用下述几个方面:

接受委托,进行科技成果的评价、鉴定和专利申请的审查;为研究开发新技术、新产品、新工艺、新材料提供咨询服务;为对外经济技术贸易与合作提供咨询;为各级司法机关承办的案件提供技术咨询。

(三) 技术咨询合同的主要条款

技术咨询合同一般应包括下列条款:①项目名称;②委托方需要咨询的内容、形式和要求;③履行的计划和进度;④履行的期限、地点和方式;⑤技术情报和资料的保密;⑥委托方的协作事项;⑦报酬及其支付方式;⑧违约金或者损失赔偿额的计算方法;⑨咨询成果的归属;⑩违约责任;⑪争议的解决办法;⑫名词和术语的解释;⑬当事人约定的其他事项。

(四) 技术咨询合同当事人的权利和义务

1. 技术咨询合同委托方的权利和义务

(1) 委托方的权利

①委托方有接受顾问方符合合同约定条件的科学研究项目或者技术项目的权利;

②顾问方在接到委托方提供的技术资料和数据之日起两个月内,不进行调查论证的,委托方有权解除合同;

③委托方提供的技术资料和数据,在合同中没有约定保密条件的,受托方有引用、发表和向第三者提供的权利。

(2) 委托方的义务

①阐明咨询的问题,按照合同约定提供技术背景资料及有关技术资料和数据;

②委托方应为顾问方进行调查研究和论证提供必要的工作条件,补充有关资料和数据;

③必须按期接受顾问方的工作成果,并支付约定报酬;

④委托方在接到顾问方关于所提供的技术资料和数据有错误和缺陷的通知后,有进行补充、修改、保证咨询报告和意见符合合同约定条件的义务;

⑤按照合同约定的保密范围和期限,承担保密的义务;

⑥未经顾问方的同意,不得引用、发表顾问方咨询报告和意见,不得擅自将咨询报告和

意见提供给他入。

2. 技术咨询合同顾问方的权利和义务

(1) 顾问方的权利

① 有权接受委托方按照合同约定支付的价款或者报酬；

② 顾问方发现委托方提供的技术资料、数据有明显错误和缺陷的，有权及时通知委托方进行补充、修改，使委托方保证咨询报告和意见符合合同约定的条件；

③ 顾问方提出的咨询报告和意见，在合同中没有约定保密期限的，顾问方有引用、发表和向第三者提供的权利；

④ 委托方逾期两个月不提供或者不补充有关技术资料、数据和工作条件，导致顾问方无法开展工作的，顾问方有权解除合同。

(2) 顾问方的义务

① 利用自己的技术知识，按照合同约定，按时完成咨询报告或者解答委托方的问题；

② 提出的咨询报告必须达到合同约定的要求；

③ 除合同另有约定以外，顾问方进行调查研究、分析论证、试验测定的经费由顾问方自己负担；

④ 按照合同约定的保密范围和期限，承担保密义务。

(五) 违反技术咨询合同的责任

1. 技术咨询合同委托方违反合同的表现和责任

(1) 委托方违反合同的主要表现

① 未按照合同约定提供必要的数据和资料，或者提供的数据和资料不够、不及时；

② 未按照合同约定支付报酬或者支付的报酬不足、不及时；

③ 未按合同约定接受顾问方的工作成果，或者接受顾问方的工作成果不及时；

④ 未按照合同约定承担保密义务。

(2) 委托方违反合同的责任

① 委托方未按照合同约定向顾问方阐明咨询要点，未按照合同约定提供必要的技术数据、技术背景资料、技术资料，影响工作进度和质量的，所付的报酬不得追回，未付的报酬应当如数支付；

② 委托方未按照约定期限支付报酬的，应当补交报酬，并支付违约金或赔偿损失；

③ 接到顾问方要求改进或者更换不符合合同约定的技术背景材料、技术资料、技术数据、工作条件的通知后，未按照约定期限或要求进行改进或者更换的，应负责赔偿由此造成的损失；

④ 委托方迟延提供合同约定的数据和资料，或者所提供的数据和资料有严重缺陷，影响工作进度和质量的，应当如数支付报酬。给顾问方造成损失的，应当支付违约金或者赔偿损失；

⑤ 委托方逾期两个月不提供或者不补充技术资料、数据和工作条件，致使顾问方无法开展工作的，委托方应当支付违约金或者赔偿损失；合同另有约定的除外；

⑥ 未按合同约定期限接受工作成果的，应当向顾问方偿付由此支付的一切费用；

⑦未按照合同约定期限向顾问方支付报酬的,应当如数支付,并向顾问方支付违约金;

⑧未经顾问方同意,擅自引用、发表顾问方的咨询报告和意见或者擅自将顾问方的咨询报告和意见提供给他人的,应向顾问方支付违约金或者赔偿损失;

⑨未按照合同约定履行保密义务的,应支付违约金或者赔偿损失。

2. 技术咨询合同顾问方违反合同的表现和责任

(1) 顾问方违反合同的主要表现

①未按合同约定提供咨询报告、解答委托方的问题,或者提供咨询报告、解答委托方的问题不符合合同约定或者不及时;

②未按照合同约定承担保密义务。

(2) 顾问方违反合同的责任

①顾问方未能按期提交咨询报告和意见的应当支付违约金;

②咨询报告和意见不符合合同约定条件的,应当减收或者免收报酬;

③顾问方不提交咨询报告和意见,或者所提交的咨询报告和意见水平低劣,无参考价值的,应当免收报酬,支付违约金或者赔偿损失;

④顾问方在接到委托方提交的技术资料和数据之日起两个月内,不进行调查论证的,顾问方应当返还对方已付的报酬,支付违约金或者赔偿损失;合同另有约定的除外;

⑤未经委托方同意,擅自引用、发表委托方提供的技术背景材料、技术数据、咨询报告和意见或者提供给他人的,应当支付违约金或者赔偿损失;

⑥发现委托方所提供的技术背景材料、技术资料、技术数据或者工作条件不符合合同的约定,但又未按照约定期限通知委托方补充或修改而因此造成损失的,应当酌减或者免收报酬;

⑦参与委托方决策并负责指导实施工作,实施后造成损失的,应当承担赔偿责任,但合同另有约定的除外;

⑧顾问方违反合同约定保密义务的,应当支付违约金或者赔偿损失。

(六) 技术咨询合同中的风险责任

在技术咨询合同中,提供咨询的一方应按照合同约定完成咨询报告,达到合同要求。对于另一方按照咨询报告和建议作出决策,并实施后发生损失时,提供咨询的一方是否应该承担责任,应根据不同情况确定。

技术咨询合同委托方按照顾问方符合合同约定要求的咨询报告和意见作出决策所造成的损失,应当由委托方承担。技术咨询合同顾问方不承担委托方实施自己的结论性意见所造成的损失,因为顾问方是按照合同中约定的要求来完成的结论性意见。因此,我国《技术合同法》又规定:咨询报告和意见经验收合格后,顾问方对委托方按照咨询报告和意见作出决策并付诸实施所发生的损失不承担责任。但是,如果在合同中约定由顾问方也参与决策并负责指导实施工作时,顾问方则应当对因其所提出的报告和建议不当引起的损失承担一定责任。由此可见,在技术咨询合同中可以订立顾问方应该承担实施后风险责任的条款。

在技术咨询合同中,除非明确规定委托方实施顾问方的咨询论证或者意见不能达到预测目的,甚至造成经济损失时,应该由谁承担经济责任,否则,由此造成的一切经济损失,全

部由委托方自己承担。

(七)技术咨询合同中新技术成果的归属

根据我国《技术合同法》的规定:在履行技术咨询合同过程中,顾问方利用委托方提供的技术资料和工作条件所完成的新的技术成果,属于顾问方。委托方利用顾问方的工作成果所完成的新的技术成果,属于委托方。但是,合同另有约定的除外。

“合同另有约定的除外”是指下列三种情况:

(1)合同当事人可以约定,在履行技术咨询合同的过程中,顾问方利用委托方提供的技术资料和工作条件所完成的新技术成果,属于委托方所有(或持有)或者由双方当事人所共有;委托方利用顾问方的工作成果所完成的新的技术成果,属于顾问方所有(或持有),或者由双方当事人共有。

(2)合同当事人可以约定对新的技术成果的股份办法。

(3)委托方提供的技术资料和数据或者顾问方提出的咨询报告的意见,需要保密的,当事人可以在合同中约定保密的范围和期限。合同没有约定的,当事人有引用、发表和向第三者提供的权利。

十、技术服务合同的订立

(一)技术服务合同的概念

根据我国技术合同法的规定,技术服务合同是指当事人一方以技术知识为另一方解决特定技术问题所订立的合同。但是,以常规手段或者为生产经营目的进行一般的加工、定作、修理、修缮、广告、印刷、测绘、标准化测试等订立的加工承揽合同、建设工程勘察、设计、施工、安装等合同尽管也需要专门的知识和技术,但不属于技术服务合同,而属于经济合同范畴。技术服务合同标的是指为完成特定技术问题所进行的科学技术服务活动;而经济合同的标的,是指完成特定的工作任务。

技术服务合同,根据其内容不同,可分为两大类:即辅助服务合同和传授、传递科技知识和情报的合同。辅助技术服务合同又分为:产品设计合同、工艺编制合同、测试分析合同、计算机程序编制合同、工程计算合同等。传授和传递科技知识和情报的合同又分为:技术培训合同、传递科技情报合同和技术中介合同等。

(二)技术服务合同的条款

技术服务合同主要包括下列条款:①服务项目名称;②服务项目内容和要求;③履行计划、进度期限、地点和方式;④工作条件和委托方的协作事项;⑤价款或者报酬及支付方式;⑥服务项目的验收标准和方法;⑦技术情报和资料的保密;⑧服务成果的归属;⑨违约金或者损失赔偿额的计算方法;⑩争议的解决办法;⑪名词和术语的解释;⑫当事人约定的其他事项。

(三)技术服务合同当事人的权利和义务

1. 技术服务合同委托方的权利和义务

(1)委托方的主要权利

①委托方有接受服务方完成的约定服务项目的权利;

- ②委托方有接受服务方传授解决技术问题知识的权利；
- ③委托方有利用服务方所完成的工作成果权利；
- ④服务方逾期两个月不交付工作成果，委托方有解除合同的权力。

(2)委托方的主要义务

- ①按照合同约定为服务方提供工作条件，完成配合事项；
- ②按期接受服务方的工作成果，并支付报酬；
- ③委托方所提供的技术资料、数据、样品、材料或者工作条件不符合合同约定的，应当在双方约定期限内予以补充、修改或者更换；
- ④在服务方发现继续工作对材料、样品或者设备等有损害危险并通知委托方后，委托方应当在约定的期限内作出答复；
- ⑤委托方应当在合同约定的范围和期限内履行保守秘密的义务。

2. 技术服务合同服务方的权利和义务

(1)服务方的主要权利

- ①服务方有接受委托方提供的技术资料、数据、样品、材料或者工作条件的权利；
- ②服务方交付工作成果后，有接受委托方支付的报酬的权利；
- ③委托方逾期两个月不提供物质技术条件，服务方有权解除合同；
- ④委托方逾期六个月不领取工作成果的，服务方有处分其成果的权利，扣回委托方应支付的报酬和请求其赔偿损失的权利。

(2)服务方的主要义务

- ①按照合同约定的服务项目解决技术问题，保证工作质量；
- ②传授解决技术问题的知识；
- ③服务方发现委托方提供的技术资料、数据、样品、材料或者工作条件不符合合同约定时，应及时通知委托方；
- ④服务方在履行合同期间，发现继续工作对材料、样品或者设备有损坏危险时，应及时通知委托方；
- ⑤服务方完成的工作成果需要保密的，应根据合同中约定的保密范围和期限履行保密义务；
- ⑥技术服务合同标的在保证期内发现服务质量有缺陷的，服务方应当负责返工或者采取补救措施。

(四)违反技术服务合同的责任

1. 委托方违反合同的责任

- (1)技术服务合同委托方不履行合同的，应当支付违约金或者赔偿损失。
- (2)委托方未按照合同约定提供有关技术资料、数据、样品及工作条件，影响工作质量和进度的，应当如数支付报酬。
- (3)委托方逾期两个月不提供约定的物质技术条件的，委托方应当支付违约金或者赔偿由此给服务方所造成的损失。
- (4)委托方逾期两个月不支付报酬或者违约金的，应当交还工作成果，补交报酬，支付违

约金或者赔偿损失。

(5)委托方迟延接受工作成果的,应当支付违约金和保管费。

(6)委托方逾期六个月不领取工作成果的,服务方对其工作成果依法处理后,从所获得的收益中扣除报酬、违约金和保管费,还不足以抵偿报酬、违约金和保管费的,委托方还应赔偿损失。

(7)服务方发现委托方提供的技术资料、数据、样品、材料或者工作条件不符合约定,委托方在接到服务方的通知后,未按期做出答复的,委托方应承担相应的责任。

(8)服务方在履行合同期间,发现继续工作对材料、样品或者设备等有损害危险,服务方通知委托方后,委托方未按期答复的,委托方应承担相应的责任。

(9)委托方违反合同中约定的保密范围和期限及保密义务的应承担相应的责任。

(10)技术服务合同标的在保证期内,因委托方使用、保管不当引起服务质量缺陷的,委托方应承担赔偿责任。

2. 服务方违反合同的责任

(1)服务方不履行合同的应当按规定支付违约金或者赔偿损失。

(2)服务方迟延交付工作成果的,应当支付违约金。

(3)服务方逾期两个月不交付工作成果的,应当交还技术资料和样品,返还已付的报酬,支付违约金或者赔偿损失。

(4)服务方完成专业技术工作,解决技术问题需要的经费,由服务方负担。

(5)服务方的工作成果、服务质量有缺陷,委托方同意利用的,服务方应当减收报酬,并采取适当补救措施;工作成果、服务质量有严重缺陷、没有解决合同约定的技术问题的,服务方应当免收报酬,支付违约金或者赔偿损失。

(6)服务方对委托方交付的样品、技术资料保管不善,造成丢失、短少、变质、污染或者损坏的,应当支付违约金或者赔偿损失。

十一、技术培训合同的订立

(一)技术培训合同的概念

技术培训合同,是指当事人一方委托另一方对指定的专业技术人员进行特定项目的技术指导和专业训练所订立的合同。但不包括职业培训、文化学习和按行业、单位的计划进行的职工业余教育。

一般地说,技术培训的内容是就一定的专业技术,如农作物的育种技术,进行设计、工艺、制造、试验等方面的指导;讲解技术资料;解决和解答技术问题;进行示范操作;传授计算机软件的编制技术;先进仪器设备的装配等。

(二)技术培训合同的条款

技术培训合同一般包括下列条款:①项目名称;②培训内容和要求;③培训计划、进度、期限、地点和方式;④教员资历和水平;⑤学员的人数和质量;⑥教员、学员的食宿、交通、医疗费用的支付和安排;⑦工作条件和协作事项;⑧报酬及其支付方式;⑨考核标准和方法;⑩违约金或者损失赔偿额的计算方法;⑪争议的解决办法;⑫约定的其他事项。

(三)技术培训合同当事人的权利和义务

1. 技术培训合同委托方的权利和义务

(1)委托方的主要权利

- ①按照合同约定,委托方有享受培训专业人员的权利;
- ②按照合同约定,委托方有考核专业技术人员培训质量的权利;
- ③培训方逾期两个月不派出教员或者不改派合格教员的,委托方有权解除合同。

(2)委托方的主要义务

- ①按照合同约定,保证学员质量;
- ②教育学员遵守纪律、听从指挥;
- ③技术培训的场地、设施和试验条件在合同中没有约定的,委托方应负责提供和管理;
- ④培训方发现学员不符合合同约定的条件,委托方接到培训方通知后,未按约定改派的,委托方应承担相应责任。

2. 技术培训合同培训方的权利和义务

(1)培训方的主要权利

- ①按照合同约定有接受报酬的权利;
- ②按照合同约定有接受质量合格学员的权利;
- ③委托方逾期两个月不派出学员或者不改派合格学员的,培训方有权解除合同。

(2)培训方的主要义务

- ①按照合同约定配备合格的教员;
- ②制定和实施培训计划;
- ③按期完成培训工作,保证培训质量;
- ④培训方发现学员不符合合同约定条件的,应当及时通知委托方改派,如果没有通知委托方,培训方应承担相应的责任。

(四)违反技术培训合同的责任

1. 委托方违反技术培训合同的表现和责任

(1)委托方违反合同的主要表现

- ①未按合同约定保证学员质量;
- ②未交付报酬或者支付不及时;
- ③未及时通知培训方改派学员。

(2)委托方违反技术培训合同的责任

技术培训合同委托方不履行合同的,应当承担下列责任:

- ①学员不符合合同约定条件,影响培训质量的,应当如数支付报酬,逾期两个月不派出学员或者不改派合格学员的,委托方应当赔偿培训方因此所受到的损失;
- ②未经培训方同意,擅自修改或者变更培训计划造成损失的,应赔偿损失;
- ③未经培训方同意,擅自引用、发表培训方保密内容或者将其提供给他人的,应当支付违约金或者赔偿损失;

④未按照合同约定支付报酬的,应当补交报酬、支付违约金或赔偿损失。

2. 培训方违反技术培训合同的表现和责任

(1) 培训方违反合同的主要表现

①未按照合同约定指派教员、制定和实施培训计划;

②未完成培训工作,或者未及时完成培训工作,或者培训工作质量不合格;

③未及时通知委托方改派学员。

(2) 培训方违反合同的主要责任

技术培训合同的培训方不履行合同的,应当承担下列责任:

①配备的教员不符合合同约定的条件,影响培训质量的,应当减收或者免收报酬;

②培训方如果逾期两个月不派出教员或者不改派合格教员的,培训方应当赔偿委托方因此所受到的损失;

③未按照合同约定制定培训计划,影响工作的,应当酌减报酬;

④擅自变更或者修改培训计划给委托方造成损失的,应当赔偿损失;

⑤未按照计划和项目进行培训工作,导致培训结果达不到合同约定条件的,应当返还全部或者部分报酬,支付违约金或者赔偿损失。

十二、技术中介合同的订立

(一) 技术中介合同的概念

技术中介合同是指当事人一方以知识、技术、经验和信息为另一方与第三方订立技术合同进行联系、介绍、组织工业化开发并对履行合同提供服务所订立的合同。

(二) 技术中介合同的主要条款

技术中介合同应具备下列条款:①项目名称;②中介内容和要求;③技术服务的内容;④履行期限、地点和方式;⑤报酬、活动经费及其支付方式;⑥违约金或者损失赔偿额的计算方法;⑦情报和资料的保密;⑧争议的解决方法;⑨约定的其他事项。

(三) 技术中介合同当事人的权利和义务

1. 技术中介合同委托方的权利和义务

(1) 委托方的主要权利

①委托方有从中介方获得第三方真实情况的权利;

②委托方有自愿与第三方签订合同或不签订合同的权利。

(2) 委托方的主要义务

①如实提出订立合同的要求,提供有关背景资料;

②按照合同约定承担中介方的活动经费;

③按照合同约定支付报酬,中介方的报酬是指中介方为委托方与第三方成交,并为其履行合同提供服务应当得到的报酬。

2. 技术中介合同中中介方的权利义务

(1) 中介方的主要权利

- ①中介方有按照合同约定取得委托方支付活动经费的权利；
- ②中介方有按照合同约定取得报酬的权利；
- ③委托方逾期两个月不支付报酬或者活动经费的，中介方有权解除合同。

(2)中介方的主要义务

①真实反映委托方和第三方的履约能力、技术成果和资信情况，促成委托方与第三方成交；

- ②诚实守信，保守委托方和第三方的技术秘密；
- ③为委托方和第三方订立、履行合同提供约定的服务。

(四)违反技术中介合同的责任

1. 技术中介合同委托方违反合同的表现和责任

(1)委托方违反合同的主要表现

- ①未如实提出订立合同的要求和提供有关的背景资料；
- ②未按照合同约定承担中介方的活动经费，或者承担的不足、不及时；
- ③未按照合同约定支付报酬，或者支付的不足、不及时。

(2)委托方违反合同的主要责任

技术中介合同委托方不履行合同的，应承担下列责任：

①委托方任意变更主张、致使中介方徒劳和丧失信誉的，应当消除影响，恢复名誉，支付违约金或者赔偿损失；

②逾期两个月不支付报酬或者活动经费的，委托方应当补交报酬或者活动经费，赔偿中介方因此所受到的损失。

2. 技术中介合同中中介方违反合同的表现和责任

(1)中介方违反合同的主要表现

- ①未能如实反映委托方和第三方的履约能力、技术成果、资信等情况；
- ②未按合同约定承担保密义务；
- ③未按合同约定为委托方和第三方订立、履行合同提供服务或者提供服务不及时。

(2)中介方违反合同的主要责任

技术中介合同的中介方不履行合同的，应当承担下列责任：

①隐瞒第三方真实情况，给委托方造成损失的，应当支付违约金或者赔偿损失；隐瞒委托方真实情况，给第三方造成损失的，应当赔偿损失；

②违反合同约定的保密义务的，应当支付违约金或者赔偿损失，因此给第三方造成损失的，应当赔偿第三方所受到的损失；

③中介方利用中介关系以自己的名义擅自提供、转让委托方或者第三方技术成果的，应当支付违约金或者赔偿损失。

第三节 涉外经济合同的订立

一、国际货物买卖合同的订立

(一) 国际货物买卖合同的概念

国际货物买卖是指发生在不同国家之间的、超越一国边界的商品交换活动。

国际货物买卖合同是指营业地处于不同国家的当事人之间所达成的超越一国边界的货物买卖的协议。一方将货物出售、把所有权转移给另一方并接受货款,称为卖方;另一方接受货物取得所有权并给付价款,称为买方。

依法订立的国际货物买卖合同,对双方具有法律约束力,受到法律的承认和保护。

国际货物买卖关系,是通过具体合同形式实现的。国际货物买卖合同既不同于国内货物买卖合同,也不同于其他种类合同,在整个涉外经济合同中占有很大的比重,同国内合同相比,国际货物买卖合同具有以下基本特征:

(1) 国际货物买卖合同中,订约双方当事人可以是法人(企业、公司、社会经济组织),也可以是自然人。但在多数情况下,是以在国际市场上从事商业活动的公司、企业法人为订约主体。

(2) 当事人营业地处于不同国家或分别设立在不同国家。双方当事人的营业地不是他们的国籍。即使双方当事人国籍相同,如果他们的营业地处于不同国家,那么他们之间所订立的合同仍然属于国际货物买卖合同;反之,即使当事人双方营业地同处于一个国家之内,虽然他们具有不同的国籍,那么,他们之间所签订的合同仍应视为国内货物买卖合同。

(3) 国际货物买卖合同的标的是货物,即有形的动产,而不包括股票、债券、投资证券、流通票据和其他权利财产(如知识产权、商标、专利),也不包括不动产和提供劳务的交易。

(4) 国际货物买卖合同的标的必须是跨越一个或几个国家国境的标的。货物从一个国家经过一个或几个国家,最后运达目的地。可见,合同标的不出国境的合同,不能视为国际货物买卖合同。

(5) 国际货物买卖合同不仅要符合当事人双方本国法律规定,有时还涉及不同国家的法律制度和有关的国际公约、国际惯例。因而,国际货物买卖合同本身所涉及的问题比国内货物买卖合同更为复杂。

(6) 国际货物买卖合同一般总是与国际货物运输、保险、国际结算与支付以及国家对外贸易的管制和管理密切联系在一起。

(7) 国际货物买卖合同受双方当事人本国政治、经济关系及其他客观条件的影响,因而比国内货物买卖合同具有更大的不稳定性。

国际货物买卖合同从不同角度,可分为以下种类:

(1) 从一个国家的角度来划分,可分为进口合同和出口合同;

(2) 根据标的数量多少来划分,可分为一般货物合同和大宗货物合同;

(3)根据其价格条件来划分,可分为到岸价格合同、离岸价格合同等等。

(二)国际货物买卖合同订立的程序

国际货物买卖合同的签订一般包括:询价、发盘、还盘和接受等程序。其中发盘和接受是合同订立的基本环节。

1. 发盘(Offer)

(1)发盘含义。发盘又称发价、报价、报盘,法律上又称要约。发盘是指一方(发盘人)向另一方(受盘人)提出的十分确定的订立合同的建议并表示一旦受盘人接受,即受约束的意思。

发盘一般是由卖方主动或应买方询价,卖方通过函电或口头、电话、电传等形式发出的订约表示。有时,买方也可以主动向卖方通过函电、口头或寄送订约等形式向卖方发出,对买方此举,称为递盘。

(2)发盘的构成。发盘能否构成,必须具备下列条件:

①约束性。发盘人必须明确表示,一旦发盘被接受,合同即告成立,即受约束。如果买方的建议附有保留条件,就表明没有受约束的意思表示,这种附有条件的“发盘”,称为邀请发盘。

②确定性。发盘必须十分明确和肯定,不能含混不清。因此,发盘必须列明品名、价格、数量或决定价格或数量的方法等主要条件。

③特定性。发盘必须向特定的发盘人发出。

(3)发盘的方式。在涉外经济实践中,我国一般采用实盘和虚盘两种形式。

①实盘(Firm Offer)。实盘是指发盘人在发盘后的规定期限内对其发盘内容不得撤销或修改,一经受盘人在有效期内无条件地接受,交易即告达成,合同即告成立。实盘是一种对发盘人具有约束力的表现形式。采用实盘形式时,一般要求明确规定有效期限,如“本发盘须于5月1日复到我处有效,以北京时间为准”或“本要约须于7月15日复到我处,以我方时间为准”。这一实盘表示对发盘人具有约束力,在此期限内不得随意撤回和修改。受盘人的承诺通知必须在北京时间5月1日前(或我方时间7月15日)送达发盘人,合同即告成立。合同成立地为发盘人所在地。

②虚盘。虚盘是一种不规定有效期限,但附有保留条件,愿意与受盘人在一定条件下达成交易的发盘表示。如“我报价以我最后确认为准(或以未先售出为准)大豆600吨,每吨250美元C. I. F. 新加坡,9月8日装船。”

虚盘一般被用来试探行情或对方诚意,或作为吸引对方递盘的一种手段。

③还盘。还盘是指受盘人对发盘人所提的条件不同意或不完全同意而提出受盘人自己修改意见或条件的意思表示。还盘一方面是对原发盘的拒绝,一经还盘,原发盘即行失效;另一方面又是受盘人向原发盘人的反盘,如果原发盘人无条件接受,合同即告成立。比如受盘人答复:“你7月27日电悉,大米我接受250美元一公吨,数量5000公吨,限8月10日电复。”

2. 接受(Acceptance)

接受是指受盘人向发盘人作出的同意发盘的意思表示。在法律上,称为承诺。

承诺可以用函电、口头作出表示,也可以用行动,如在发盘有效期内以交货或开出信用证表示。

有效的接受必须具备以下条件:

- (1)必须由受盘人作出;
- (2)必须同意发盘人的全部条件;
- (3)必须在发盘规定的有效期内作出;
- (4)传递方式必须符合发盘要求。

接受与合同生效时间有着密切关系。世界各国对接受生效的时间均有不同的法律规定。而《联合国国际货物销售合同公约》则规定了接受通知在送达发盘人时生效的原则。鉴于此,在发盘中应明确规定有效期和接受生效的时间和地点。如“复到我处有效”等。

(三)国际货物买卖合同成立的条件

1. 合同当事人必须具有合法资格、适当资力和经济技术条件

(1)当事人的合法资格是指当事人具有完全的权利能力和行为能力。对于自然人来说他所进行的法律行为,符合他所属国家法律的规定,就具有权利能力;同时也有行使这种权利的完全的行为能力。对于法人单位来说,须是经国家正式批准、登记注册的法人。对于实际行使其权利的代理人,必须具有合法的代表资格。如该法人单位的董事长或经授权的总经理或其他代理人。

(2)合同当事人必须具备与所签合同相适应的资力。资力是指资金力量或注册资本的多少。如一个全部注册资本只有几万美元的公司,却签订了一项交易额为几千万美元的进出口合同。这就是与自己的资金不相称。

(3)当事人所签合同必须符合其经济技术条件,即符合其法定的经营范围。一个经营电子计算机的公司如果签订了一份销售化肥的出口合同,就是与其经济技术条件不相称。

2. 合同标的及其他条款不得违背国家法律规定,必须合法

比如:违反国家政策、违反国家利益或公共利益,经营法律所禁止的违禁品或实施了违法行为,则合同视为无效。对于构成违法的无效合同,当事人要承担经济责任、行政责任、直至刑事责任。

3. 国际货物买卖合同的订立,当事人双方意思表示必须真实

合同是双方当事人真实意思表示一致的结果,因此,当事人双方必须协商一致。如果当事人意思表示或内容有错误、不一致,或是在受欺诈(Fraud)或胁迫(Duress)的情况下订立合同,即使双方达成了协议,合同应视为无效。

(四)国际货物买卖合同订立的形式

国际货物买卖合同采用什么形式,各国法律的规定不尽相同。如法国法律规定对于商事合同采用不要式合同,可以用口头方式,也可以用书面方式,任何一种证据方式都可以使用。而德国法律规定,合同形式以不要式为原则,要式合同只是例外情况。目前,欧洲各国及日本等国家法律规定,对国际货物买卖合同的签订不要求必须采用书面形式。还有些国家(如美国)法律规定,某些合同,特别是超过一定金额(美国统一商法典规定,凡价金超过500美元)的货物买卖合同,必须采用书面方式订立。其作用是:

(1) 是否符合法定形式是合同是否有效的要件

当事人双方应该使用书面形式订立合同而采用了口头方式,即使通过要约和承诺达成协议,合同仍然不能成立。

(2) 以法定的书面形式作为证明合同的存在及其内容的证据

如果当事人双方采用了口头方式,而没有采用法定的书面方式,该口头合同在法律上仍然属于有效成立,只是不能向法院起诉要求强制执行。当然也有例外情况。

《联合国国际货物销售合同公约》对于国际货物买卖合同的形式,原则上规定不加限制。当事人无论是采用口头方式还是书面方式,都不影响合同效力,也不影响作为证据的效力。

为了适应国际经济贸易发展的需要和考虑到某些国家法律规定的不同现状,允许缔约国对此提出声明,予以保留。如果订约当事人任何一方营业所处于作出保留声明的缔约国内,则不予适用该“公约”的规定。

(五) 国际货物买卖合同的内容

国际货物买卖合同的内容一般包括约首、正文和约尾三个部分

1. 约首

约首是合同的首部,通常包括合同名称、编号、缔约当事人双方名称、法定地址、电报号码、订约日期、地点。合同也可以写有序言,说明双方签订合同的目的是,双方法律关系和签订合同的依据等。

(1) 合同名称

指合同的准确名称,如购货合同、销售合同、或购货确认书、销售确认书等。

(2) 缔约当事人名称及法定地址

合同缔约当事人,应写明单位全称,不能定简称,地址必须详细,要冠以国名和城市名称。

(3) 订约日期和地点

这是关系将来一旦发生合同纠纷时适用法律的问题,必须写明。如果是简式合同和一般合同,则可在合同右上角加以注明;如果是重大交易合同可以合同约尾部分专条注明。

(4) 双方法律关系

当事人双方的法律关系,通常是写在当事人单位全称之后,指明谁是卖方,谁是买方。

(5) 合同的依据

简式合同应注明形成合同的证件。在正式合同中,一般是以某协议或意向书为依据。

2. 正文

正文是合同的主体部分。主要反映的是双方的权利和义务关系,因此,也称权利义务条款。

3. 约尾

约尾又叫结尾。主要写明使用的文字,合同份数及其效力,合同生效时间、双方签字等。

国际货物买卖合同内容除包括上述三部分外,还应包括合同的附件。附件是合同不可分割的部分,与本文具有同等效力。附件必须在合同有关条款中加以明确注明,否则,就不具备构成合同附件的条件。

（六）国际货物买卖合同的主要条款

国际货物买卖合同的正文部分包括以下主要条款：

1. 标的物条款

在国际货物买卖合同中，合同标的物条款一般是指当事人双方同意买卖的商品名称。为此，合同标的物条款也称“品名条款”。

签订合同标的物条款，应注意：

（1）商品名称必须填写商品的正式全称，必须明确、详细、具体、切忌简单、笼统。

（2）为了避免对某些商品名称的不同理解，应尽可能采用国际上惯常使用的名称，符合国际惯例；或就其所使用的名称在其含义上取得一致的理解。

（3）合同中所使用的名称应该采用海关税则的规范名称。

（4）注意同一种商品，由于其名称不同而存在的不同的运输费用标准。

2. 商品品质条款

商品品质是指商品的内在质量和外观形态的综合。内在质量包括商品的物理性能、化学性能、机械性能等；外表形态包括商品的外形、结构、颜色、气味、长度、硬度等外表形态。

合同品质条款是合同重要条款之一，是买卖双方在交接货物时对货物质量进行评价的依据。在国际货物买卖合同中，通常用来确认商品品质的方法主要有以下几种：

（1）凭样品买卖

凭样品买卖也称看样买卖。在国际货物买卖合同中，样品通常是指从一批商品中抽取或由生产部门或使用部门设计、加工出来之前能够反映和代表全部成交商品品质的少量实物。凡以少量实物用来作为双方协商的交货品质依据的，即是凭样买卖。

凭样品买卖，即可以由卖方提出样品，送买方确认后成交，这种做法称为“凭卖方样品质量为准”；也可以由买方提出样品，向卖方加工订货，这种作法称为“凭买方样品质量为准”。由买方提出样品品质，必须经卖方同意，卖方所交货物质量，必须完全符合买方所提出的标准。

凭样品买卖的样品应有三份，买卖双方各保存一份，第三份按照合同规定，可存放在商检机构或公证机构，以备将来双方发生商品品质纠纷时检验使用。

凭样品买卖一般适用于农副土特产品、工艺品、服装等轻工产品。

在凭样品买卖的条件下，按照国际惯例，除合同另有约定者外，卖方应保证所交的货物与标准样品完全一致，否则，买方有权拒收货物，并可请求损害赔偿，以至撤销合同。

在买卖实践中，卖方所交货物有些有时难以与样品完全一致，为了减少纠纷和损失，卖方应在合同中加注“交货品质与样品大致相符”。如果不是凭样品买卖，则在提供样品时，应注明“参考样品”或“仅供参考”字样，以免发生误会。

（2）凭规格、等级、标准买卖

在国际货物买卖中，对于农副产品、轻工产品和工矿产品的买卖一般适用凭规格、等级或标准来确认商品品质。

①凭规格。商品的规格是指用来反映商品品质指标的标志。如成分、含量、纯度、性能、长短、粗细、容量、大小等。

在国际货物买卖中,买卖双方可以凭规格来说明商品品质。但是应注意,由于商品品种不同,因而商品品质的指标也是有差异,即使同一种商品,其品质规格也不完全相同。

②凭等级。商品等级是指把同一种商品,按其规格上的差异,将其分为若干不同级别的表示。这种等级一般是以一、二、三;甲、乙、丙;或大、中、小等表示。不同级别的商品均代表一定的规格。

③凭标准。标准是评定产品品质的依据,是由国家或有关政府部门制定和颁布的统一化了的规格、等级和检验方法。在我国有“国家标准”和“行业标准”。在出口商品时,应尽量使用我国标准;进口商品时,应尽量采用国际标准。在以标准成交时,必须在合同中明确确定以哪国标准为依据,并注明该项标准的名称、编号和年号。

除上述按等级和标准说明品质外,对某些产品的品质标准却很难作统一规定,如某些土特产品。对土特产品进行商品交易时,可以按“良好平均品质”(Fair Average Quality)来说明,“良好平均品质”一般是指生产年份的中等货,我国又称为“大路货”。

(3)凭说明书买卖

凭说明书进行买卖的商品一般是指机电、仪器及大型成套设备和技术密集型产品。由于商品构造和性能的复杂,简单指标难于说明其全部品质,因此,对这类产品必须凭详细的说明书并辅以图样、照片、设计图、分析表和各种数据来说明其构造、用材、性能、用途和使用方法。有些说明书中还有品质保证条款和技术服务条款。这些条款也是合同条款。买方如果有什么特殊要求,可以在说明书的基础上与卖方协商,确认后成交。比如:卖方需在一定期限内保证其商品的质量符合说明书所规定的指标,如果在保证期内发现品质低于规定,或部件的工艺质量不良,或因材料内部隐患而产生缺陷,买方有权提出索赔,卖方有义务消除缺陷或更换有缺陷商品或材料,并承担由此引起的各项费用。

(4)凭商标或牌号

商标就是商品的标志,是生产者或经营者用以标明自己所生产或经营的商品区别于他人生产或经营的同一商品的标记。人们通称为商品的“牌子”。

牌号是指工商企业为了将自己生产或销售的产品区别于其他企业生产或销售的产品而冠以的名称。如飞鸽牌自行车、双喜牌乒乓球等。

商标或牌号一般适用于某些品质稳定而具有良好信誉的商品。只要有了商标或牌号毋需对其品质再提出详细要求,但需注意:如果一种牌号的商品同时有许多种不同型号或规格时,必须在约定牌号的同时,进一步明确规定型号或规格。

商标不仅是商品标志,而且也是一种无形财产,是一种知识产权(工业产权)。知识产权是一种具有专有权或独占权的“产品”,经法定注册后,只有权利人才能享受。如果他人不经权利人同意而擅自使用注册商标者,将承担由此引起的法律后果。

(5)凭产地名称

凭产地名称是指农副土特产品用产地名称来说明其品质要求表示。如东北大豆。

3. 商品数量条款

商品数量条款是国际货物买卖合同重要条款之一,是买卖双方交收货物的依据。

在合同中一般必须有明确的商品数量条款规定。商品数量的计量表示各国并不完全一

致,目前在国际中常用的度量衡制度主要有:公制、英制和美制三种。我国是实行公制的国家,在国际货物买卖中一般使用公制计量,但也可以采用对方国家的习惯。在签订合同时,应明确规定采用哪一种度量衡制度。

在国际货物买卖中,一般采用以下计量单位表示商品数量。

(1)重量,如公吨、长吨(Long ton 英制)、短吨(Short ton 美制);公担、英担、美担等;公斤、磅、克、盎司等。

1 公吨折合为 2204 磅,英制 1 长吨为 2240 磅,美制 1 短吨为 2000 磅,计量谷物,1 蒲式耳英制折合 22.68 公斤,美制 1 蒲式耳折合 21.733 公斤。

(2)个数,如个、件(Piece)、套(Set)、打(Dozen)、双(Pair)、令(Ream)、卷、张、袋、箱、台、包、捆等;

(3)长度,如米(公尺)(Meter)、英尺(Foot)、码(Yard)等;

(4)面积,如平方米(Square Meter)、平方英尺(Square Foot)等;

(5)体积,如立方米(Cubic Meter)、立方英尺(Cubic Foot)、立方码(Cubic Yard)等;

(6)容积,如公升(Litre)、加仑(Gallon)、蒲式耳(Bushel)等。

在合同中不仅要明确计量单位,还应注意重量的计算方法。重量的计算方法,主要有:毛重(Gross Weight)。是指商品本身和包装(内包装、外包装)物重量。

净重(Net Weight)。是毛重减去皮重即商品本身的实际重量。但有些价值较低的农副产品或其他商品也有“以毛作净”的办法计重的。

公量(Conditioned Weight)。公量是指以商品重量减去所含实际水分再加上标准水分所计算出来的重量。其公式为:

$$\text{公量} = \frac{\text{实际重量}(1 + \text{标准水分})}{1 + \text{实际水分}}$$

理论重量。是指按固定规格尺寸生产和买卖的商品,在其每件货物质量一致、重量大体相同的基础上,从其件数推算出来的总的重量。如钢板、马口铁等。

法定重量(Legal Weight)和实物净重(Net Weight)

法定重量是指商品重量与接触商品的包装物料重量之和。如销售包装的重量。

实物净重是指去掉接触商品包装物料后的实际商品重量。

某些商品的数量,如农副产品和工矿产品,由于商品本身的特性及其他条件的限制(自然条件、包装、运输),卖方实际交货数量往往难于完全符合合同规定的数量,因此,双方当事人一般均对交货数量规定一个机动幅度。如规定“溢短装条款”(More or less clause)允许卖方多交或少交一定数量的货物;或规定一个约数,如“约 10000 公吨”或允许增减一定比例。如卖方可溢交或短交 2.5%。增减比例在国际上无统一规定,可根据不同地区和不同行业习惯确定。

4. 商品包装条款

国际货物买卖合同商品据其不同特点,多数商品都需要包装。

包装是保护商品品质安全和数量完整的重要手段。由于运输路途较远和轻装、储存的需要加之各国对包装使用的材料、尺寸、重量等的不同要求,所以,出口商品一般对包装要求

比较严格,在签订合同时,必须有明确规定。

商品包装条款,一般应订明包装种类、用料、包装方式、尺寸、包装费用由何方负担以及运输标志等内容。

国际货物买卖合同中,商品由于其性质、特点的不同,分为散装货(Cargo in bulk)、裸货(Nuded cargo)和包装货(Packing cargo)三类。

散装货是指不经任何包装而直接交付运输或销售的货物。一般是指谷物、矿砂和油类等数量较大的货物。散装货在运输时,应注意货损和货差的发生。

裸装货是指在付运时不需要或不能包装或略加捆扎即可运输的货物。如钢铁、汽车等。

包装不包装不是绝对的。在国际货物买卖中大部分商品是需要包装的。包装大体可分为运输包装和销售包装两大类。

(1) 运输包装

也称外包装或大包装,主要是为了保护商品和防止货损或者货差。

运输包装按其形态可分为:箱、桶、袋、卷、捆、篓、筐、罐等。从用料来讲,可分为纸制、木制、塑料制品、金属、棉麻、纤维、竹、草、藤、玻璃、陶瓷等制品包装。在国际贸易中,究竟采用什么包装,即包装用料、种类、尺寸、甚至重量等必须根据商品特性、运输方式、途中气候、进口国家要求等条件经双方协商,在合同中加以明确规定。

包装费用一般包括在售价之内,由卖方负责提供,不需要在合同中订明,如果买方对货物需要采用特制包装,而卖方又有困难,也可以规定由买方提供,这时应注明包装费用由买方负担。

卖方所交货物在包装方面与合同规定不符时,买方有权拒收货物,并可请求赔偿损失。

在国际货物买卖合同中,有些合同对于包装不作具体规定,而只注明“海运包装”(Sea-worthy packing)、“习惯包装”(Customary packing)等原则规定。对上述规定由于缺乏统一解释,容易引起纠纷,最好避免使用。

(2) 销售包装

又称内包装或小包装:是指直接接触商品,直接与消费者见面的包装。

在合同中,当事人双方不仅要对外包装进行约定,而且还应对商品内包装作出具体规定。

在商定包装条款时,应当注意有关国家和地区对此有关的法律规定。例如,有的国家或地区法律禁止使用玻璃、陶器、稻草、干草、报纸、废旧材料及植物材料作包装容器或衬垫物。

5. 商品价格条款

价格条款是货物买卖合同中核心条款。在国际货物买卖合同中,商品价格条款涉及货物的单价、总价、价格的计量单位、价格金额、计价货币、运输、保险费用的负担、风险责任的转移以及交货地点、作价办法等。这些内容通常包括在价格条件中。

在我国各进出口部门所签订的涉外经济合同中经常使用的价格条件有 F. O. B.、C. I. F. 和 CFR。

签订国际货物买卖合同的价格条款应注意以下问题:

(1) 价格计量单位和计价货币

价格计量单位由商品本身的特性和该商品在国际货物买卖合同中形成的习惯作法来决定。如粮食类商品一般以重量(公吨)为价格计量单位;机器产品一般以台为价格计量单位,当事人在以重量单位作为计价基础时,还应注意明确是按净重计算,还是按毛重计算或是以毛作净(Gross for net)。

计价货币可以采用出口国家或第三国的货物来表示。究竟采用哪个国家的货币,一般地说,是从自身利益出发来确定的。

(2) 国际货物买卖中应熟悉通常采用的价格条件

具体价格条件应采用《1990 年国际贸易术语解释通则》的国际惯例。

6. 装运条款

国际货物买卖合同中涉外因素的特点,决定了合同中的装运条款主要包括装运时间、装运港(地点)、目的港、装运方式、装运通知、装运单据等内容。

合同装运条款必须明确、具体、切实可行。

(1) 装运时间

装运时间也称运期(Time of shipment)。

国际货物买卖合同中,凡采用 FOB、CIF、CFR 等装运港交货条件的,卖方只要按照合同规定把货物装上指定的运输工具,就算完成了交货义务。在装运满交货条件下,对卖方来说,货物的装运地点就是交货地点,装运时间就是交货时间。这里,装运期和交货期在时间上是一致的。如果卖方未能按照合同规定时间将货物装上指定的运输工具,就构成违约,而买方就可以撤销合同,并有权请求赔偿损失。

在国际货物买卖合同中,装运时间有以下几种规定:

①规定具体时间或期限。规定具体日期。如 1989 年 2 月 15 日装运。规定一段时间内履行。如 1989 年 10 月底前装运或者 1989 年第三季度前装运。即卖方在规定期限内任何时间均可装运货物。

②规定在完成某一事件后若干天内装运。如规定“在收到信用证后 15 天内装运”。在这种情况下,卖方是否交货是以买方是否开出信用证为前提条件。这种规定办法既有利于卖方,也有不利于卖方的地方。为了确保买方能按时开立信用证,卖方往往在合同中还加列“买方最迟于某年某月某日以前将信用证开抵卖方”的规定。

③规定装运的其他先决条件。如在船舶供应比较紧张时,可规定“以租到船位为准”的条款。

④笼统规定装运时间。如“即刻装运”(Immediate Shipment)、“尽速装运”(Shipment as soon as possible)、“即期装运”(Prompt Shipment)“优先装运”(Shipment by First Opportunity)“有船装运”(Shipment by First available)等。此项规定因易发生纠纷,故不宜采用。

装运时间的规定是当事人双方的法律行为,一经确定就不得任意改变。但由于客观情况的变化,在一定条件下又是可以变更的。在国际货物买卖中,卖方只有取得买方在同意达成新的协议时,才可以变更。但买方在同意变更装运时间的同时,有权要求卖方赔偿因迟延交货而造成的损失。如果买方对此未提出任何要求,则表示对此权利的放弃。

(2) 装运港和目的港

装运港和目的港在合同中应予明确规定。FOB 合同必须指明装运港, C. I. F. 合同和 C. F. R. 合同必须指明目的港。

①对于装运港条款, 一般情况下, 由卖方提出, 经买方同意后确定。其具体方法主要有: 明确载明装运港名称。如 FOB 上海、FOB 广州等。

不规定具体装运港, 可以笼统写“在中国口岸(China ports)装运”, 而具体由哪个港口装运, 由卖方根据具体情况和需要决定。

②在规定装运港时, 应注意:

装运港口必须是我国对外政策所允许的。

如果对方提出装货港口, 必须注意了解其有关装卸的具体条件, 如港口设施如何、泊位多少、吃水深度、吞吐能力、装卸设备、工作效率、费用标准、管理水平及有无特殊的港口惯例等。

③对于目的港条款, 一般由买方提出, 经卖方同意后确定。在确定目的港时, 应注意:

我方为进口国时, 卖方在确定目的港(地)时, 应注意不得以政策不允许的港口为目的港。

目的港应规定得明确具体, 不得含混不清、模棱两可。如“欧洲主要港口”、“非洲主要港口”、“美国东海岸”等。

注意同名港。如维多利亚港, 世界上同名者有 12 个之多; 波特兰在美国和其他国家均有同名港等。为此, 目的港应载明国名, 以免错运。

目的港一般应为海港, 不应以内陆城市为目的港对外进行报价。如果内陆国家的买方要求在内地城市交货, 则应明确运费和保险费的负担。

冬季要注意目的港的冰冻期。如芬兰、瑞典有些港口每年 12 月份至第二年 4 月份为冰冻期; 加拿大东海岸的蒙特利尔、多伦多等地每年从 11 月份至第二年 3 月份为冰冻期。为此, 合同中应订明冰冻前如未装出, 允许在来年解冻后装运, 货价不变的条款。

目的港有 2 个或 2 个以上时, 买方可以确定甲、乙、丙, 然后由卖方选择。但双方所指定的港口原则上应在一个航区和就近港口。同时还应该加注“选港费由买方负担”; 信用证并应列明“选港费在信用证项下超额支付”的字样。

卖方在同意某一港口作为目的港时, 应该了解该目的港的具体条件, 如港口设施、泊位、水深、吞吐能力、收费标准、港口惯例、气候条件及有无直接班轮等。对于一些偏僻港口, 可以相应提高价格或延长交货期限, 加订允许转船条款等。

(3) 运输方式

由于国际货物运输工具的不同, 国际货物运输方式有多种, 其中主要是海上运输、铁路运输、航空运输和多式联运。

①海上货物运输。海上货物运输是指使用海上船舶, 经过海路将货物从一个国家港口运至另一个国家港口的运输。海上运输一般可分为租船运输和班轮运输。

租船运输。租船运输是船舶所有人出租船舶的一部或全部运送货主货物的运输。租船一般适用于运输大宗货物, 如粮食、石油、木材、煤炭等。按其租船方式不同, 分为航次租船

和定期租船两种。

航次租船(也称定程租船或程租),即按航程租船,船东按照约定的条件,按时将船开到装运港,装上一定数量货物,再将货物运至卸货港口卸下货物,完成整个航程义务,以取得运费。航次租船条件下,租方将负担货物装卸费、船舶滞期费等费用。而船方则应负担船员工资、港口使用费、船用燃料、物料费等。

航次租船的基本形式是单程的,也可以是来回航程,或连续多次航程。

定期租船也称期租,即按照一定期限租赁船舶运输。在规定期限内,由租船人支付租金,以取得租船的使用权。在租期内,租方有调度船舶和选择航线的权利。在定期租船条件下,船东只负担船员工资、给养、船舶维修保养费、船壳机器保险费等少量营运费,其余费用,如船用燃料、港口费、捐税、货物搬运、装卸费、理舱、平舱费等由租方负担。

班轮运输。班轮运输又称提单运输,是指轮船公司按照固定航线,沿线停靠固定港口,按照固定船期、固定运费所进行的运输。班轮运输多用于运输数量少、货价高、交接港口分散的货物。

无论是租船运输还是班轮运输,租船人与船主之间,必须签订租船合同,通过合同形式履行货物运输的义务。与此相适应的海上货物运输合同有:航次租船合同(即定程租船合同,简称程租合同)、定期租船合同(即期租合同)、光船运输合同等。

②铁路货物运输。国际间联运主要是通过铁路来进行的。依照有关国际条约,国际货物运输是指使用一份统一的国际联运票据,由一国铁路向另一国铁路移交货物,不需要发货人与收货人参加的一种运输方式。

国际铁路货物运输所适用的多边公约主要有两个:一个是1890年的《国际铁路货物运输公约》(简称“国际货约”),另一个是《国际铁路货物联运协定》(简称“国际货协”)。

③航空货物运输。国际航空货物运输适用于运送某些急需物资,如精密仪器、重要机器零件、化学药品、电讯器材及易损贵重、量小的物品和价值较高的鲜活产品等。

航空运输有班机运输和包机运输两种方式。班机运输是指经由客、货班机,定时、定点、定线进行的运输;包机运输,是指包租整架飞机运送货物的运输。

在调整国际航空货物运输关系方面的主要法律依据是:

1929年的《华沙公约》,其全称是《关于统一国际航空运输某些规则的公约》该公约是在华沙签字的,所以称为《华沙公约》,我国已于1958年正式加入了这个公约。

1955年各国代表在海牙召开会议,对华沙公约进行修改,因此就把修改华沙公约的文件称为《海牙议定书》我国于1975年正式加入该议定书。

1961年各国在墨西哥的瓜达拉哈拉召开会议,专门对华沙公约又作出了新的补充。这个公约称为《瓜达拉哈拉公约》,我国未参加该公约。

④国际货物多式联运。国际货物多式联运,又称国际多式联运,是指按照多式联运合同,至少以两种不同的运输方式,由多式联运经营人将货物从一国境内接管货物的地点运至另一国境内指定交付货物的地点的一种运输。

国际货物多式联运,有多种形式,如陆海联运、陆空联运、空海联运、乃至陆、海、空联运等形式。

国际货物多式联运的主要法律依据是 1980 年 5 月在日内瓦制定的《联合国国际货物多式联运公约》，我国也在最后文件上签了字。

(4) 装运通知

① 装运通知含义。装运通知(Advice of Shipment),是指卖方在将货装运完毕后,按照规定由卖方向买方发出的有关货物已经装妥的通知。装运通知内容一般包括:商品名称、数量、船名、日期、金额、码头、起运港、目的港等。

按照国际惯例,在按 FOB 条件成交时,船是由买方派出的,船长并不是买方接受货物的代理人,而是运输货物代理人。为了便于买方保险,卖方应于约定的装运期开始前 30 天,向买方发出货物备妥装船通知。买方接到卖方的上述通知后,应按约定时间将船舶预计到达装货港受载的日期通知卖方,以便卖方及时准备装船。

按 C. I. F. 条件成交时,卖方应于货物装船后,立即将合同号、货物名称、件数或重量、发票金额、船名及装船日期等有关事项通知买方,以便买方在目的港做好接货的各项准备工作。

在 C. F. R. 条件下,卖方在货物装船后必须在 24 小时内用电报向买方发出装运通知,否则,应承担货物在运输途中的一切风险。

在国际货物买卖合同中,无论是采用 FOB 还是采用 C. I. F. 或 C. F. R. 价格条件,都应规定有装运通知条款。

② 分运和转船条款

分批装运(Shipment by Instalments)。对于货物的分装问题由于在国际上存在着很大分歧,所以我国在出口合同中,如果需要分装时,应在合同中明确规定。

分批装运是指将合同中规定的货物分期分批地运抵目的地的行为。一般有以下几种确定方法:①只规定允许分批装运,但对分批的时间,批次和数量则不作具体规定。②严格规定装运时间和数量。③只规定允许分批交货。对于一些大宗交货的买卖,可以只在合同中规定允许分批交货,但具体时间和数量,可由买卖双方协商,写入合同。

转船条款。为了加速运输,减少货物在途中的货损和货差,尽可能不在中途转船,而应该争取直达运输目的地。但有时,由于种种原因又不得不在中途转运。按照国际惯例,凡需在中途转运的货物,都必须在合同中明确规定。

滞期和速遣条款。滞期是指船舶在指定港口滞留期间的实际装卸时间超过了合同规定时间的行为。由于滞期而引起的租船人向船东所支付的补偿金额(罚款),称为滞期费。

速遣是指船舶到港后,实际装卸货物的时间提前完成合同约定时间的行为。由此引起的由船东付给租船人的奖励金额,称为速遣费,速遣费一般是滞期费的一半。

在大宗交易中,为了减少船只在港口滞留所引起的经济损失,双方当事人应在合同中具体规定货物的装卸时间、装卸率及滞期、速遣费的负担等条款。为了避免损失,合同中有关滞期、速遣的条款应和租船合同保持一致。

7. 保险条款

(1) 货物运输保险概念

国际货物买卖都需要经过跨越国境的长途运输,在运输过程中可能会遇到各种风险和

损失。买方或卖方为了使货物的经济损失得到补偿,通常由买方向保险公司办理货物运输保险。因此,在国际货物买卖合同中,必须签订保险条款。

国际货物运输保险,是指由被保险人向保险公司(保险人)办理投保货物运输险,交纳规定费用并取得保险单证。如果货物在运输途中遭到投保货物运输险范围内的责任事故,被保险人或保险单持有人即可凭保险单向保险公司请求索赔,由保险公司按照约定数额对所受损失进行经济补偿。

(2) 海上货物运输保险

海上货物运输保险责任事故与损失的范围。国际货物运输保险的责任事故和损失是构成保险赔偿的两个重要因素。

事故,也称风险,主要包括:①自然灾害,如恶劣气候、雷电、海啸、地震、洪水及其他人力不可抗拒的自然灾害。②意外事故,如船舶搁浅、触礁、沉没、失火、碰撞、爆炸、失踪等。③外来风险,如偷窃、破碎、淡水雨淋、短量、渗漏、受潮、受热、发霉、串味、沾污、钩损、锈损等。④特殊风险,如战争、军事行动、罢工等。

损失是指风险带来的货物的损失,称为海损。根据货物损失的程度可以分为:①全部损失指保险货物的全部损坏或灭失。全部损失又分为实际全损和推定全损。

实际全损是指保险货物全部灭失或损坏或失去其原来的用途。

推定全损是指保险货物受损后,实际支付的费用估计已经超过了货物完好状态下的价值。②部分损失,指保险货物的损失尚未达到全部损失的程度。部分损失又可分为共同海损和单独海损。

共同海损是指在海运中,当出现自然灾害或意外事故等危险时,船方为了排除危险采取的合理救助措施而产生的某些损失或额外费用。共同海损一般由船方和货方等按最后获救价值多少共同分担。

单独海损是指在海上运输过程中,因自然灾害或意外事故或其他外来风险所造成的损失,这种损失只是由受损货物所有人自己负担,并不涉及船货各方的共同利益,所以称为单独海损。

(3) 海上货物运输保险的险别。海上货物运输保险责任是根据保险人与被保险人(投保人)所签订的保险合同来承担责任的。根据承保责任的范围不同,海运货物保险合同的险别有:

基本险。①平安险(Free from Particular Average 缩写为 F. P. A.)根据《海洋运输货物保险条款》的规定,平安险的承保范围是:由于运输途中的恶劣气候、雷电……自然灾害造成的货物的实际全损或推定全损;由于运输工具搁浅、触礁、沉没、互撞等意外事故造成货物的全部或部分损失;在运输工具已发生搁浅、触礁等意外事故的情况下,货物在此前后又在海上遇到海上恶劣气候、雷电等自然灾害所造成的部分损失;在装卸或运转时,由于一件或数件整件货物落海造成的全部或部分损失;被保险人对遭受承保责任内危险的货物采取抢救、防止或减少货损的措施而支付的合理费用,但不得超过该批被救货物的保险金额为限;运输工具在避难港由于卸货、在中途港由于卸货、在存仓以及运送货物中所产生的特别损失费用;共同海损的牺牲、分摊和救助费用;根据合同中关于“船舶互撞责任”条款的规定,应该由

货方偿还船方的损失。②水渍险(With Average 缩写为 W. A.)水渍险的承保范围是:平安险;自然灾害造成的部分货物损失。③一切险(All Risks 缩写为 A. R.)一切险的承保范围是:平安险;水渍险;由于外来因素使货物所造成的全部或部分损失。

附加险(Additional Risks)。附加险是指在承保主要险别的基础上,由外来原因所引起的一般风险而造成各种损失的险别,承保一切险的,不必再承保附加险。附加保险的种类主要有:①偷窃、提货不着险(Thert pilferage and Non Deliver);②淡水雨淋险(Fresh and /or Rain Water Damage Risks);③短量险(Shortage Risks);④渗漏险(Leakage Risks);⑤混杂、沾污险(Intermixtura & Contamination Risks);⑥碰撞、破碎险(Clash & Breakage Risks);⑦串味险(Taint of Odour Risks);⑧受潮受热险(Sweating & Heating Risks);⑨钩损险(Hook Damage Risk);10 锈损险(Rust Risk);11 包装破裂险(Breakage of Packing Risk)。

特殊附加险(Special Additional Risks)。特殊附加险是指由于外来原因引起的特殊风险而造成损失的险别。特殊附加险种类有:①交货不到险(Failure to Delivery Risk);②进口关税险(Import Duty Risk);③舱面货物险(on Deck Risk);④拒收险(Rejection Risk);⑤黄曲霉毒素险(Aflatoxin Risk);⑥海关检验险(Survey in Customs Risk);⑦码头检验险(Survey at jetty Risk)。

战争险(War Risk)。战争也是一种特殊的附加险。战争险负责赔偿的范围是:①由于战争行为、类似战争行为、敌对行为、武装冲突行为或海盗行为所造成的损失;②由于上述情况引起的捕获、拘留、禁制、扣押所造成的损失;③各种常规武器,如水雷、鱼雷等所致而造成的损失;④海洋运输货物战争险条款责任范围内引起的共同海损的牺牲、分摊和救助费。

上述海上运输货物保险,由于险别不同,保险公司的责任范围也不相同,保险费用多少也不一样。因此,买卖双方在选择险别时,应注意:商品特性、包装、季节航线、转船、沿途停靠口岸和卸货港具体条件、政治条件和费用的合理负担等情况。

(4)陆运、空运和邮包运输的保险

陆运、空运的邮包货物运输的险别均分为两种:陆运险和陆运一切险;航空运输险和航空运输一切险;邮包险和邮包一切险。陆运险、空运险和邮包险只承保运输途中因自然灾害或意外事故所造成的货物损失。而陆运、空运、邮包运输的一切险则承保在陆运、空运、邮包险的基础上再加上由于外来原因所造成的货物损失。

陆运险、空运险、邮包险都采取“仓至仓条款”责任原则,但其保险期限则不相同。陆运险在被保险货物到达最后卸载车站后的保险责任在 60 日为限;空运险则以货物卸离飞机后满 30 天为限;邮包险最长期限是从邮局发出通知书给收件人的当日午夜起算 15 日为限。

(5)投保人

在买卖合同中,保险条款的规定与签订合同时所采用的价格术语有密切关系。

在工厂交货条件下成交的合同,货物运输保险应由买方负责。

目的港船上交货条件成交的合同,货物运输保险应由卖方负责。

以 FOB 和 CFR 条件签订的合同,保险应由买方自行负责,货物的价格中也不包括保险费。

以 CIF 条件签订的合同,保险应由卖方负责办理。由于卖方是为买方利益而保险的,因此,卖方在所得保险单后,应把保险单转让给买方,如果货物在运输途中遇到承保范围内的风险,使货物受到损害或灭失时,买方可根据卖方转让的保险单,请求保险公司予以索赔。按照国际惯例的解释,卖方一般只限于按照平安险条款办理投保。平安险的保险费率较低,除买卖双方另有约定者外,一般货物只要在平安险或水渍险的基础上加保不同的附加险或特殊附加险即可。

在以 FOB 和 CFR 条件订立合同时,卖方也可以接受买方委托协助买方代办保险,但是保险费用仍由买方负担。凡由卖方代办保险的,在合同中应写明:“卖方代买方办理保险,费用由买方负担。”

8. 支付条款

支付条款是国际货物买卖合同中的一个重要问题,也是国际结算的一个最重要的组成部分。在买卖合同中,支付条款的具体内容主要包括:支付工具、支付时间和支付方式及分期、延期付款等。

在国际货物买卖中,支付工具主要是指货币和汇票。

(1) 货币。货币是货物买卖中用来进行计价、结算和支付的手段。

在国际货物买卖合同中,选用何种货币,可由双方协商确定。有三种不同货币可供双方选择:本国货币;对方国货币;第三国货币;还可以是某一种记帐单位。我国在进出口业务活动中,由于人民币不能在国外流通使用,所以只是用来进行计价结算,不能用来支付,因此,在国家间经济贸易往来的支付工具在多数情况下是采用外国货币来进行计价和结算的。在国际货物买卖中,应尽可能选用在兑换上比较方便,币值比较稳定,对我有利的货币。从理论上说,出口贸易,使用硬币比较有利;进口贸易,使用软币比较合算。如果采用了对我不利的货币,可以采取以下补救办法:

①根据该种货币今后可能的变动幅度,调整对外报价;

②在可能条件下,争取订立保值条款。

(2) 汇票。汇票(Bill of Exchange 或 Draft)是一方向另一方签发的要求受票一方立即或在一定时间内向特定人或其指定人或者持票人支付一定金额的书面票据。票据一般包括支票、本票和汇票。汇票是票据的一种,是国际贸易结算和支付的一种使用比较广泛的信用工具。

汇票当事人有三方:①出票人(Drawer),即签发汇票的人;②受票人(Drawee),即汇票付款人;③收款人(Payee),即受领汇票金额的人。

汇票根据出票人的不同,可分为商业汇票和银行汇票。商业汇票(Commercial Bill)是由从事外贸业务的工商、企业或个人开出的汇票。付款人也可以是工商、企业、个人或银行。银行汇票(Banker's Bill)是由银行开出、由该银行或其他银行付款的汇票。根据付款时所需单据的不同,汇票还可分为光票汇票和跟单汇票。光票汇票是由受票人凭汇票本身即可付款而不需要同时附上其他有关单据的汇票。跟单汇票是由受票人凭票付款时,不仅要求受票人提交汇票,而且还需要收款人同时附具其他有关单据,如提单、发票、保险单、商检证明等。根据付款期限的不同,汇票可分为即期汇票和远期汇票。即期汇票(Sight Draft)是指

受票人见到汇票时就立即付款的汇票。即期汇票付款的根据是汇票中写明的“见票即付”的字样。远期汇票(Time Draft)是指受票人见到汇票后隔一定时间才进行付款的汇票。远期汇票的付款日期一般有三种确定方法:一种是规定“见票后××天付款”;另一种是规定“出票后××天付款”;另一种是规定“签发后××天付款”。但是在实际交往中,通常情况下,同一张汇票是两种或三种汇票的结合,也就是“即期跟单商业汇票”,既是即期汇票,又是跟单汇票,也是商业汇票。这在法律上是三种汇票的权利和义务的结合。

在国际货物买卖支付中,根据国际上通行的法律规定,不论是选有哪一种汇票,从汇票的开出到付款,在法律上都要经过以下几个阶段:①出票。开票人(或出票人)开出汇票给受款人。②提示。汇票开出后,受款人(或持票人)拿汇票给受票人(或付款人),要求受票人付款或承兑。③承兑。受票人承认受款人向他提示的汇票的效力,可以付款。受票人在汇票正面横写“承兑”字样,承兑是指汇票的汇款人为了表示接受出票人的付款指示,同意承担付款义务而以书面的形式把意思记载在汇票之上的行为。并注明承兑日期,并签上受票人的名字来表示承认。④付款。受票人承兑后,即按汇票中载明的时间向受款人实际付款。如果是即期汇票,承兑和付款应同时进行;如果是远期汇票在承认后,应在汇票上写明付款日期,并按期付款;如果汇票是由一人转让给另一个人,必须经过转让人的背书。

国际货物买卖合同中的支付方式主要是指每笔货物价款付出和收进的当事人权利和义务关系的实现过程。在国际货物买卖中,法律允许当事人双方经过协商,在不违反有关条约或国内法规定的条件下,自由选择付款方式。

(1)立即付款

立即付款是指我国法人与外国公司、企业、其他经济组织或个人之间,根据交货共同条件议定书的规定和单据上的金额,采用记帐办法进行付出和收入,由双方国家保证每笔款项付、收实现的方式。我国与苏、蒙、朝以及东欧一些国家都签订有交货共同条件议定书的双边条约。

立即付款的方式是卖方发货后取得与货物有关的各项单据,将这些单据提交本国指定银行(即卖方银行),卖方银行收到卖方提供的单据后经审查所需单据齐全,符合交货共同条件和合同的规定,即将买方应支付的款额贷记在卖方帐户上,同时将该金额借记在买方国家指定的银行(买方银行)帐户上,并立即通知买方银行,附寄单据。买方银行收到卖方银行通知和附寄的单据后,立即将已付款额贷记在卖方银行帐户上,并同时向买方收款,交付单据。买方收到单据后,凭单据提取货物。

如果买方拒付全部或部分贷款,应在收到买方银行通知规定的日期(一般规定为十个营业日内)内,向银行提出拒付理由和有关文件。经买方银行审查后,将拒付的金额借记在卖方银行帐户上,同时通知卖方银行,并附寄有关文件。卖方银行在收到买方银行关于买方拒付的通知和有关文件后,立即将拒付的金额贷记在买方银行帐户上,同时借记在卖方帐户上,立即将拒付情况通知卖方,并附寄有关文件。

如果卖方不同意买方拒付,由双方当事人直接协商解决。如果买方拒付不能成立,则买方除应付给卖方拒付的金额外,还应支付罚金。

(2)汇付

汇付(Remittance)是指付款人(买方被保险人或托运人、债务人等)用汇兑的方法,通过第三者(银行)将其应付给对方的款项交付给收款方(债权人)的一种支付方式。汇付,也称汇款。

国际上通行的汇付方式主要有:

①电汇(Telegraphic transfer, T/T)。电汇是指付款人将其应付给受款人的款项,交给其所在国外汇业务银行,由银行通过电报、或电传通知受款人所在国的有关银行,将一定金额款项付给受款人的一种汇付方式。付款中的有关费用,应由付款人承担。

②信汇(Mail Transfer, M/T)。信汇是指付款人将应付款项提交其所在国银行,通过邮寄方法将信汇委托书寄入受款人所在国银行(汇入行),向受款人支付一定金额货款的一种汇付方式。

③汇票(Demand Draft, D/D)。汇票是指付款人向其所在地国家银行购买汇票,由付款人自己直接将汇票寄给受款人,受款人接到汇票后,直接到受票人处兑现的一种汇付方式。如果汇票是允许背书转让的汇票,则经过收款人背书,也可以转让流通。

汇付一般适用于佣金、杂费和保证金等。

(3)托收(Collection)

托收是指由收款人(出口方)根据发票金额自己开出的汇票,委托第三者(银行),向付款人所在国银行,凭汇票代为向付款人收款的一种结算方式。款项收到后再通过收款人所在国银行(托收行)转交给收款人,收款人支付托收中的各种费用。

托收分为光票托收和跟单托收。光票托收是指凭收款人开出的汇票就能委托银行代为收款。跟单托收是指除凭收款人开出的汇票外,还应随汇票提交与汇票有关的各种单据,如发票、运输单据、保险单据、货物检验证明、出口许可证等。根据向付款人交付单据的时间不同,又把跟单托收分为付款交单和承兑交单。

付款交单(Documents Against Payment, 简称为 D/P)是指代收银行以买方是否付款作为交单条件,付款人(买方)只有在实际上交付了汇票上所载明的款项后,该行才把跟随汇票的各种单据,交付给付款人(买方),买方也只有付款后取得有关货物装运单据的一种托收方式。付款交单又分为即期付款交单和远期付款交单。

即期付款交单(D/P at sight)是指由收款人(卖方)开具即期汇票,付款人见票后就立即付款,只有在付款后付款人才能取得提货单据。远期付款交单(D/P After Sight),是指由出口方(卖方)开具远期汇票,通过代收行向买方提示由进口方承兑,当汇票到期时由进口方在付清货款后,领取货运单据。

付款人(买方)为了能够及时取得货物所有权单据及时提取货物,买方在汇票到期前,可以凭信托收据(Trust Receipt),或其他抵押品向代收行借取单据,先行提货,待汇票到期日再向银行付清货款,换回信托收据。

承兑交单(Documents Against Acceptance 简写 D/A)是指由收款人(卖方)开具远期汇票委托银行代收,经代收行向付款人提示,由付款人承兑汇票后,即可将货运单据交给付款人(即汇票承兑人),由付款人凭单提货,收款人在汇票到期日时才收取货款。

托收付款时间如系即期付款交单,一般规定买方必须在银行第一次提示跟单汇票或装

运单据时付款;如系远期付款,则必须明确付款期限及起算日期或到期日。

在国际货物买卖中,远期汇票的期限,通常是 30 天、45 天、60 天、90 天、180 天,直至 360 天。

起算日期则由当事人双方协商确定。通常有:“见票后 $\times\times$ 天”(××Days after sight)此种方式比较常见。此外还有“出票后 $\times\times$ 天”,“提单日期后 $\times\times$ 天”等。

远期付款会给出口当事人造成利息损失,因此,卖方(收款人)在签订合同时,一方面可将遭受的利息损失加在货价之内(称为“内包法”),同时订立如买方未按期付款,应自到期日起,按年利 $\times\times\%$ 计算,以防止买方有意拖延货款;另一方面也可以在合同中订立利息条款,即在规定的付款期限的同时,订明买方应按年利 $\times\times\%$ 支付利息。

在进行货物买卖时,大部分是采用即期付款交单的方式,只有一小部分采用远期付款交单的方法,而对于承兑交单方式,则一般不予使用。

(4)信用证(Letter of Credit 缩写 L/C)

信用证(Letter of Credit)是指银行根据买方(进口一方)当事人(付款人)的请求开给出口一方当事人(收款人)保证付款的凭证。在这里买方委托银行以书面的形式从中保证。使用信用证进行付款的合同,其条款一般采用如下表示:“买方在收到卖方关于预计装船日期及准备装船的数量后,应于该装船日期前 $\times\times$ 天,通知 $\times\times$ 银行开立以卖方为受益人的不可撤销的信用证。该信用证凭即期汇票及本合同第 $\times\times$ 条所列的单据在开证银行付款。该信用证在货物装运后 $\times\times$ 天生效。”根据这一条款,买方应委托银行开出信用证,收到单据后才予付款,卖方见到信用证后才发货,发货后才能收到货款。

信用证包括以下内容:

- ①委托开证人(买方)、开证行、通知行、受益人的全称和地址。
- ②信用证的种类、号码、开证地点和日期以及有效日期。
- ③货物名称、规格、数量、包装、单价、总价、合同编号等。
- ④装运日期、起运港和目的港、运输方式、装运批次、可否中途转船等。
- ⑤凭证议付的日期、地点等。

在国际上凭信用证付款的一般程序是:

- ①由买卖双方合同中订明以信用证付款的条款。
- ②买方向开证行申请开出信用证,同时交纳费用、押金或保证金。
- ③开证行将开出的信用证寄送卖方所在地国家代理行(通知行),委托通知卖方,并代为向它转交已开出的信用证。
- ④卖方收到信用证,经审查无误后,即将货物装运,取得有关单据。
- ⑤由卖方开出即期汇票,并附所需各种单据,连同信用证,向其所在地的通知行或其他银行议付款项。议付行经审查信用证和单据后,认为无误,即将议付金额给付卖方。
- ⑥议付行付款后,即在信用证背面注明议付金额,随后将汇票及其他单据一起交开证行,要求开证行索还付款,开证行经审查单证无误后,应即偿还付款。
- ⑦开证行偿还付款后,收回信用证,取得汇票和单据,通知买方付款。
- ⑧买方向开证行付款,取得各单据,凭取得的单据,提取他们购买的货物。

信用证可以从不同的角度进行各种分类,如可撤销的信用证和不可撤销的信用证;跟单信用证和光票信用证;即期信用证和远期信用证;可转让和可分割信用证等。在国际货物买卖中,一般都使用不可撤销的跟单信用证。

(5)其他支付方式

其他支付方式是指分期付款和延期付款两种方式。

①分期付款(Pay by Instalments)。分期付款是指买方根据合同规定的进度,而分期分批地付清全部款项的办法。分期付款的基本要求是:买方在签订合同后,预先交付一定金额作为定金(通常为合同金额的5—10%)。这种付款方式称为首付(Initial-Payment)或定金(Down Payment)。

按照国际惯例,买方向卖方提供定金之前也要求卖方履行以下义务,作为买方付款的条件:卖方向买方必须提供经出口国政府批准的合同标的物出口许可证影印件;由卖方银行或双方同意第三国银行出具保证函,保证当卖方不履行合同时,由银行负责退还定金和利息。

对于其他余款的支付,应由当事人双方在合同中予以明确规定。在约定的各个阶段由卖方凭合同规定的证书,向买方收取货款。

②延期付款(Deferred Payment)。延期付款适用于一些标的金额较大的交易,与分期付款相似,它是指大部或全部款项在卖方交货后的较长的一段期限内分期进行摊付的办法,因此,这种付款方式也称为“信贷交易”或“赊销”。

签订这类合同应该注意:

首期应支付现金,具体数额一般不低于合同标的金额的15%。究竟付多少,应在合同中规定。

延期付款的期限和利息的计收应在合同中明确规定。

我国在国际货物买卖中,一般多采用即期付款方式。但对于某些成套设备、机电产品等大宗商品交易,在一定条件下,也采用分期付款和延期付款办法。

9. 商检条款

商检即商品检验。商检条款是指买方在接收卖方货物之前,根据合同规定,对卖方所交付的或拟予交付的合同标的的品质、卫生、数量、包装等,请求检验机构予以确定是否符合合同和法律规定的一种商品检验。

商品检验以什么标准为依据,选择哪个检验机构,何时何地检验等均应在合同中予以明确规定。商检条款的重要作用在于为买方确定卖方所交货物是否符合合同的条件,因此,对于合同的履行、索赔、解决双方纠纷等,具有重要意义。

商品检验条款应包括以下内容:

(1)商品检验权

对商品检验,目前国际上通常采用三种方法。

①以离岸品质、重量为准(也称装船前和装船时检验)。在离岸品质、重量的条件下,卖方所交货物的品质、重量以装船前(时)口岸检验机构所出具的品质、重量证明作为确定商品品质、重量和包装的依据。卖方在装船时,只要检验合格,卖方就算履行了全部合同义务。买方原则上不得再根据到货时的品质或数量与离岸时不符而提出异议。此种办法对卖方有

利。

②以到岸品质、重量为准。这是指货物到达目的地卸货后,在约定时间内进行检验。以目的港商检机构出具的证明作为确定商品品质、重量、包装的依据。在到岸品质、重量的条件下,卖方应承担货物在运输途中的品质、重量变化的风险。买方有权根据检验结果对于应属于卖方负责责任的货损、货差提出索赔。此种方法对买方有利。

③离岸时货物品质、重量的检验和到岸时货物品质、重量的复验。我国在国际货物买卖合同中,较多使用的是货物在装船前进行检验,卖方凭商检证书和其他装运单据交银行议付货款。货物到达目的港后,再由双方根据合同中约定的机构和在约定的时间内,对货物进行复验。如果发现货物的品质或数量与合同规定不符,买方有权在规定时效内提出异议。此种方法比较公平合理。

(2) 检验时间和地点

在检验条款中,买卖双方必须规定检验时间。如规定买方必须在货物到达目的港后若干天内(如 60 天)进行检验,或规定买方必须在目的港卸货后若干天(如 60 天)进行检验。这是买方取得检验证书并以此作为提出索赔的有效依据。

检验地点必须在合同中予以规定。按照国际惯例,F. O. B. 和 C. I. F. 合同,除当事人另有协议外,检验地一般是在货物的目的地。

(3) 检验机构和检验证书

在国际上进行商品检验的机构大致有以下几种:

- ①国家设立的商检机构。我国的商品检验机构为中国商品检验局。
- ②民间的公证行或公证人及同业公会附设的商检机构。
- ③卖方或生产、制造厂商的检验部门。
- ④买方或使用单位的检验部门。

进出口商品经过检验机构的检验后,检验机构应颁发检验证书。由于其证明的内容不同,所以也有不同的种类和名称,如品质检验证书、卫生检验证书、产地检验证书、重量检验证书、植物检疫证书等。在签订商品检验条款时,一般应写明以何种检验机构所签发的何种证明为准。

我国在订立出口商品检验条款时,通常用下列文字表示:“买卖双方以装运口岸中国进出口商品检验局签发的品质和重量检验证书为信用证项下议付所提出的单证的一部分,买方有权对货物的品质和重量进行复验,复验费由买方负担。如发现品质和/或重量与合同规定不符,买方有权向卖方索赔,但需提供×××检验机构所签发的品质检验证书或重量检验证书。索赔期限为货物到达目的港××天内。”

我国在订立进口商品检验条款时,通常的表示方法是:“双方同意以××公证行出具的品质或重量检验证明书作为有关信用证项下付款单据之一。但货到目的港××天内经中国商品检验局复验,如发现品质或重量与本合同规定不符,除属保险公司或船公司负责者外,买方凭中国商品检验局出具的品质或质量检验证书,向卖方提出索赔。所有因索赔引起的一切费用,包括复检费及损失,均由卖方负担。”

(4) 商品检验后的法律后果及买方复验期限

商品经检验机构检验后,其品质与重量如与合同规定不符,买方可以拒收和/或要求赔偿,但也可以通过合同规定对买方的这种权利加以限制。可以规定按一定比例扣价,但不得拒收。

在允许买方复验的条件下,应对买方的复验期限予以明确规定,如果买方超过期限不进行检验,将丧失请求赔偿的权利。

10. 索赔条款

(1) 索赔和理赔

索赔(Claim)是指受害方根据法律合同规定向违约方提出的赔偿经济损失的要求。

违约方根据法律或合同和受害方的请求,受理其所提出的赔偿请求,称为理赔。

关于索赔问题,买卖当事人双方可以自愿订立。但是,无论合同中是否约有规定,当发生违约事件后,受害方均有权根据法律采取合理的补救措施,任何一方不得以合同没有规定而拒绝理赔。

(2) 索赔条款内容

合同中的索赔条款,应主要订明以下内容:

①索赔期限。索赔必须在一定期限内提出,逾期提出,违约方有权拒绝理赔。这里,“一定期限”或“到达后”、“检验后”、“收到货物后”的“若干天”究竟如何确定,应根据货物的性质、港口条件、货物检验的可能性及所需时间等在合同中予以明确具体规定。

②索赔依据。索赔必须有事实根据和法律上的依据。

事实依据就是当事人在提出索赔时必须提供另一方违约的证据。至于什么样的证据才有效力,双方在合同中必须明确规定。

法律依据是指受害方在提出索赔的时间、举证、要求补救的办法或金额等都必须符合责任方国家或国际惯例以及国际公约的规定。

③索赔方式。索赔方式有两种:一种是签订索赔条款。索赔期限应视标的具体情况而定。易腐和不易保存的商品索赔期限应短些,通常为货物到达目的地后 30 天或 40 天。而对一些比较容易保存的商品,如机器设备等的索赔期可长一些,一般为货物到达目的地后 60 天。另一种是违约金,有的也称罚金或罚则。它是由当事人双方在合同中约定,如果发生合同所规定的违约事件时,则受害方可按合同规定,收取违约金或罚金。至于罚金的数额,应视违约情况,由当事人商定,但最多不得超过全部货价。

11. 不可抗力条款

不可抗力是指当事人在订立合同时不能预见、人的力量不可抗拒、对其发生的后果不能克服和无法避免的人的主观意志以外的客观意外事件。

在国际货物买卖合同中,不可抗力条款主要有三种方式:

(1) 概括式

对不可抗力范围只做概括规定,不作具体规定。如规定:“由于不可抗力的原因致使卖方不能交货或延迟交货,卖方不承担责任。”

(2) 列举式

详细列明不可抗力的范围。如规定:“如由于战争、洪水、火灾、地震、雪灾、暴风的原因

致使当事人任何一方不能按时履行义务时,可推迟履行义务的时间或者撤销部分或全部合同。”这说明如果发生合同列明的事件使当事人无法履约时,可以免除其责任。

(3) 综合式

这是概括式和列举式的并用。如规定:“由于战争、地震、风灾、雪灾、火灾、水灾以及双方当事人所同意的其他人力不可抗拒的意外事故……”,以便在发生合同没有列明的意外事故时,当事人双方可以协商是否可以作为不可抗力事件看待。

我国目前在实践中的不可抗力条款一般多采用综合式。

不可抗力事件是一种法律事实,能够引起一定的法律后果,主要有两种:一种是解除合同,另一种是迟延履行合同。在什么情况下可以解除,在什么情况下不可以解除,而只能迟延履行合同,主要根据不可抗力事件对履行合同的影晌程度而定。一般说,如果不可抗力事故使合同的履行成为不可能时,则可以解除合同,如果不可抗力事件只是暂时阻碍合同的履行,则可以迟延履行合同。在签订不可抗力条款时,应就不可抗力所引起的法律后果作出明确规定。

(2) 仲裁条款

在国际货物买卖合同中买卖双方发生争议后,虽然经过友好协商和调解,但有时双方仍然无法达成协议。在这种情况下,就需要通过仲裁或诉讼来解决。

由于仲裁程序简单、灵活、自由、费用低廉、处理迅速、及时等特征,所以当事人双方在解释和履行合同发生争议时,较多采用仲裁方式解决纠纷。

在国际货物买卖合同中,通常订有仲裁条款,其内容主要包括:仲裁地点、仲裁机构、仲裁程序、仲裁裁决的效力等。

13. 法律适用条款

合同的法律适用条款就是“合同的准据法”问题。在当事人双方发生争议后,就实体法部分适用何国法律的问题。

按照国际惯例,允许当事人通过协议指明合同争议适用何国法律,在国际私法上称为“意思自治”原则。根据这一原则双方当事人可以选择所适用的法律。如“本合同适用××国法律”。

当事人在选择适用的法律时,只允许在“与合同有实际联系的国家的法律”中选择。否则,被选择的法律将被视为无效。

二、国际技术转让合同的订立

(一) 国际技术转让的概念

1. 技术转让的概念

世界知识产权组织(WIPO)1977年版的《供发展中国家使用的许可证贸易手册》一书,第一章第78条第8款中给技术下了一个定义:“技术是指制造一种产品的系列知识,所采用的一种工艺,或提供的一项服务,不论这种知识是否反映在一项发明、一项外型设计、一项实用新型或者一种植物新品种,或者反映在技术情报或技能中,或者反映在专家为设计、安装、开办或维修一个工厂或为管理一个工商业企业或其活动而提供的服务或协助等方面。”根据

这一定义,“技术”这个概念是指在产品制造、工艺设计、管理服务三个方面所涉及的系统知识。

从技术的整体来说,可以把技术分为两大类:一类是工业产权技术,如商标、专利、实用新型和外观设计等;另一类是非工业产权技术,主要是指专有技术,如图纸、生产工艺、设计方案、技术产明、工作方法和手段等。

所谓技术转让是指一方将制造某种产品或应用某种加工工艺或提供某项服务的系统知识的使用权或者所有权转让给另一方的行为过程。这种转让必须是能够用文字、图表等表达的、能够传授的并且是不依附于个人生理特征的系统知识,其中不包括涉及货物买卖或货物租赁的交易。

关于技术转让的定义,联合国贸易发展组织(UNCTAD)1981年起草的《国际技术转让行动守则》草案中规定:为制造某种产品、应和某种工艺流程或提供某种服务而转让系统知识的活动,这种转让活动就称为技术转让。技术转让具有以下特点:

技术转让是以无形的技术知识的权利作为转让的对象,也就是说,技术转让的对象是某种权利,而不是物品。

技术转让,既包括技术知识的转让,也包括属于技术转让组成部分的机器、设备的买卖。如果仅有机器设备买卖,没有无形技术知识转让,则不称其为技术转让,而只是一般的货物买卖。技术转让中的技术知识亦称为软件,而机器设备亦称为硬件。

技术转让主要包括以下内容:

(1)各种形式的工业产权的转让、出售和授予许可。不包括技术转让交易以外的商标、服务标志和商品名称这三种工业产权的转让。

(2)以可行性研究、计划、图表、模型、说明、手册、公式、工程设计、技术规格和训练设备等方式提供的技术知识以及担任技术顾问、提供管理人员的服务和培养人员。

(3)提供关于工厂和设备的安装、操作和运用以及交钥匙项目所需要的技术知识。

(4)提供关于取得、安装和使用以购买、租借或其他方法取得机器、设备、中间货物或原料所需要的技术知识。

(5)提供工业和技术合作的技术内容。

技术转让内容十分广泛,不仅包括制造技术,也包括工艺程序,还包括咨询、服务和管理技能等。

2. 国际技术转让的概念

国际技术转让是指出让方(Licenser)将技术越出国境转让给受让方(Licensee)的一种行为活动。国际技术转让的概念应包括以下内容:

(1)被转让的技术必须是跨越国境的技术;

(2)技术的出让方和受让方不居于同一国家之内。

《中华人民共和国技术引进合同管理条例》中规定:技术引进是指中华人民共和国境内的公司、企业、团体或者个人,通过贸易或经济技术合作的途径,从中华人民共和国境外的公司、企业、团体或者个人获得技术。由此可见,凡是位于一国境内的一切自然人和法人,包括位于该国境内的外国自然人和法人,以及合营企业,只要是从外国引进或向外国输出技术,

都属于超越国界的技术转让,因而都是国际技术转让。而在一国境内的本国自然人和法人与外国自然人和法人之间,以及本国企业和合营企业之间的技术转让不属于国际技术转让,而是国内技术转让。

国际技术转让包括:许可证贸易、技术服务、合作生产、合资经营、补偿贸易、工程承包等。

3. 国际技术转让的方式

(1)非商业性技术转让,这主要是指两个国家政府之间的无偿技术援助方式进行的技术转让或通过各种学术会议、书刊、展览会等方式传播的技术。

(2)商业性技术转让,这主要是指企业之间、企业与自然人之间按照商业条件所进行的技术转让。

商业性技术转让又分为:国内技术转让和国际技术转让。国际技术转让又分为:技术引进转让和技术输出转让。

人们通常所讲的技术转让,是指商业性质的技术转让。

4. 国际技术转让的形式

国际技术转让主要是通过合同或协议的形式来进行的,具体包括:

(1)单纯引进技术知识的合同,如商标、专利许可合同、咨询服务合同、技术培训合同等。

(2)引进技术与进口设备相结合的合同,如成套设备合同、交钥匙合同、以及含有转让技术知识因素的设备进口合同和补偿贸易合同等。

(3)引进技术与引进外资相结合的合同,如合资经营合同、合作经营合同、工程项目承包合同等。

技术转让是一个广泛的概念,因此,技术转让的形式也是多种多样的,虽然各国对这一概念理解不一致,但是一般都承认许可证贸易以及转让“专有技术”是国际技术转让的主要形式。

(二)什么是国际技术转让合同

国际技术转让合同是技术出让方越过国界交技术或技术使用权转让给技术受让方,受让方取得技术或技术使用权并支付价款或技术费用或越过国界以技术为另一方完成一定工作任务使其获得劳动成果并支付报酬的协议。

国际技术转让合同具有以下法律特征:

(1)国际技术转让合同的标的为无形的技术知识,同时这种技术知识的交易有时又和机器设备、原材料的交易相结合来进行。但是,技术转让合同必须含有无形的技术知识成分。

(2)由于技术转让有时和国际投资和信贷结合进行,在这种情况下技术转让合同可以是一个分合同;也可以是合同的附件。在某些情况下,又可以以技术转让条款的形式表示。

(3)国际技术转让合同的主体通常为不同国家境内的自然人和法人,有时主体也为国家和国际组织。

(4)国际技术转让合同通常要根据本国法律规定的审批程序、审批期限,由主管机关进行审批。

(5)技术引进所支付的费用和报酬,除支付现汇外,还可以通过提供劳务和产品等其他

方式进行支付。

(6)国际技术转让合同由于内容复杂,涉及面广,所以合同期限较长。一项技术转让合同的履行期限可达几年、十几年。

国际技术转让合同根据其标的的不同,通常可分为:国际许可合同、咨询服务合同、工程承包合同、合作生产合同、补偿贸易合同等。其中国际许可合同(又称许可证合同、许可证协议或许可协议、特许权协议等)又是国际技术转让合同的主要形式。

(三)国际许可合同的概念

国际许可合同是指位于不同国家之间的出让方同意受让方使用自己专利、商标或专有技术而由受让方获得某种技术使用权并支付一定使用费的协议。

从国际贸易法角度来说,国际许可合同的主体通常是指自然人或法人,但是,在大多数情况下,都是以法人的名义进行转让的。我国《涉外经济合同法》关于涉外经济合同主体资格的规定,就排除了我国自然人与外商签订涉外经济合同的资格。

转让专利、商标或专有技术使用权的一方称为“出让方”(Licensor)(也称供方、许可方等);获得专利、商标或专有技术使用权的一方,称为“受让方”(Licensee)(也称受方、被许可方等)。

国际许可合同的客体是指“出让方”和“受让方”双方权利和义务的共同指向的对象,即商标、专利技术的使用权和专有技术的使用权。由于国际许可合同种类不同,其客体也不一样。或单独以专有技术为许可对象;或单独以专利技术为许可对象;或以专利技术和专有技术共同作为许可对象。其中以最后一种为多见。商标的使用权通常不是单独转让而是同专利技术或专有技术的使用权一起转让的。

国际许可合同具有以下基本法律特征:

(1)时间性

国际许可合同的时间性是指合同的有效期限。我国《专利法》、《技术引进合同管理条例》、《商标法》对许可合同的有效期限均有明确规定。目前,国际许可证贸易中,合同的有效期限一般为5—7年,最长不超过10年。对于产品更新换代较快的行业,如电子工业等技术,合同的有效期限一般为3—5年。

(2)地域性

国际许可合同主体由于位于各个不同的国家,因而,许可合同必须是在规定的国家或地区范围之内允许受让方享有使用权、制造权 and 产品销售权。

(3)法律性

国际许可合同的客体是使用权的转移,它涉及面广,转让的方式又是多种多样,因此,许可合同所涉及的法律问题也非常广泛。从其涉及的法律部门来说,有国际技术转让法、国际投资法、国际金融法、国际税法、国际贸易法;从其法律渊源来说,涉及到国内立法、国际条约和国际惯例。

近年来,我国先后颁布了《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》、《对外合作开采海洋石油资源条例》、《个人所得税法》、《企业所得税法》、《商标法》、《专利法》、《涉外经济合同法》、《技术引进合同管理条例》等法律、法规。这些法律、法规是我们签订和履行国际技

术转让合同的主要法律依据,必须遵守和执行。

(4) 有偿性

国际技术转让合同是双务合同,因此,有偿性是其主要法律特征之一。国际许可合同出让方的义务是向受让方转让使用权,受让方的权利是获得出让方转让的使用权;出让方的权利是向受让方收取使用费,而受让方的义务是向出让方支付使用费用。从当事人双方权利和义务来看,国际许可合同是属于买卖合同,出让方与受让方之间的贸易关系是一种买卖关系,因此,国际许可合同是一种有偿合同。

(5) 国际性

国际许可合同的国际性是指许可合同的标的具有跨越国界的性质。如果许可合同标的物不是在国外而是在中国境内,则这类许可合同属于国内许可合同。

(四) 国际许可合同的种类

根据合同当事人取得使用权的方式不同,国际许可合同分为:

(1) 专利技术使用权许可合同。我国《专利法》规定,获得国家专利权的技术,在允许他人使用时,应由专利权人和专利权使用人签订专利许可合同,并由专利权使用人向专利权人支付专利使用费。

(2) 商标使用权许可合同。凡在我国登记注册的商标,任何单位需要使用时,应与商标所有人签订商标使用许可合同。

(3) 专有技术使用权转让合同。专有技术(Know—How)亦称“技术诀窍”、“技术秘密”,是指在工业上实用的、先进的、未经公开、未申请专利的知识和技巧。包括各种设计资料、图纸、数据、技术规范、工艺流程、材料配方或经营管理等技术资料,也包括专家、技术人员、工人等所掌握不成文经验、知识和技巧。

专有技术不是工业产权,不属于工业产权法保护对象,其拥有人不享有独占权,如果不慎泄密,为公众所知,或由其他人通过独立研究取得同样的专有技术,也可以加以利用,而不需要征得原专有技术人的许可,所以在单独转让专有技术时,一般不称为许可合同,而称为技术转让合同。

技术转让主要是指专利、专有技术或专利和专有技术结合在一起的转让,因此,这类合同有时也可称为许可合同,或混合型许可合同。国际间的技术转让是指制造某种产品、运用某种工艺或者提供某种劳务所需要的系统知识的转让,并不延伸到货物的单纯买卖和租赁。

(4) 混合许可合同。混合许可合同亦称组合许可和成捆许可合同。是指专利、商标和专有技术三项内容中,具有两项以上内容包含在同一合同之中的许可合同。

(5) 计算机软件许可合同。对于计算机软件是否受法律保护问题,各国法律规定不同。在某些国家,计算机软件受版权法的保护,但多数国家法律的规定则不明确。由于计算机软件的技术转让和专利许可相似,所以也可称为许可合同。

根据受让方享受的使用权限大小的不同,可以分为以下几种:

(1) 普通许可合同。所谓普通许可合同是指出让方允许受让方在许可证所规定的地域和期限内享有某项技术的使用权。但受让方不是独占的。出让方仍然有权在该地区继续使用该项技术,制造和销售合同中规定的产品,也可以把该项技术使用权再转让给在该地域内

的第三方使用。

(2)排他许可合同。排他许可合同是指在许可证规定的区域和有效期内,受让方有独自使用所购进技术的权利,出让方不得再将该项技术向第三方转让,但出让方自己仍然保留有在合同规定的区域和期限内使用这项技术的权利。

(3)独占许可合同。独占许可合同是指在许可证规定的区域和有效期内受让方对所购技术具有独占使用权,出让方对受让方所购技术在该地区和有效期内也没有使用权,而且,出让方也不得再向第三方进行转让。

(4)可转让许可合同。可转让许可证合同又称可转售许可证合同,是指受让方不仅享有在许可证合同规定的地域和有效期内对某项技术的使用权,而且还有权在该地域和有效期内将所购买的技术全部或者部分转让给第三方,使该第三方在该地域内也享有使用权。

(5)交叉许可证合同。交叉许可证合同是指出让方和受让方以价值相等的技术在互惠的基础上相互交换使用权的合同。双方使用的权限可以是独占的,也可以是非独占的。

(五)国际许可合同的主要内容

国际许可合同包括以下主要条款:

1. 序文

序文亦称序言、前言或导言,是国际许可合同的开头部分。一般包括以下内容:

- (1)双方所签合同名称及合同号;
- (2)双方当事人的名称及其法定地址(一般指办事处所在地);
- (3)合同签订地点;
- (4)签订合同的日期;
- (5)鉴于条款。

鉴于条款(Whereas Clause)主要是用来说明当事人双方签订合同的目的和转让技术的合法性质。如:“鉴于受让方愿意引进出让方的某项技术,鉴于出让方得到本国有关当局的可能能够出让某项技术给受让方,双方通过友好协商达成如下协议……”

鉴于条款的作用在于可以避免某些问题发生,有利于明确当事人双方的法律责任,一旦发生纠纷,法院可以据此维护受让方的合法权益。

2. 定义条款

定义条款是指对合同中关键性名词术语的解释部分。由于当事人双方所在国家不同,适用法律不同,因而对合同中一些关键性名词术语常常会产生完全不同的解释。为了避免双方在履行合同过程中发生分歧,必须在定义条款中对关键性名词术语达成一致意见。

在国际许可合同中,对某些关键性名词术语如“专利”、“专有技术”、“技术资料”、“技术改进”、“技术服务”、“商标”、“质量标准”、“合同产品”、“出让方”、“被出让方”、“第三方”等一般均专门作出具体解释。

3. 合同项目条款

合同项目条款是该合同的核心部分,是双方当事人权利和义务的主要依据。具体包括:

(1)转让技术的对象

转让技术的对象是指所转让的技术名称。对转让的对象必须详细、明确、具体、完整地

写明。比如专利,就应写明名称、申请日、申请国、专利有效期限,出让方应提供哪些技术资料以及提供日期等。如果转让的技术项目即有专利,又有专有技术,甚至还包括商标时,应分别列出技术对象的具体内容。对此,一般的作法是,除在合同条款中订明以外,还应附表具体说明。

(2) 转让技术的范围

转让技术的范围包括两个内容:一是使用技术的领域;二是制造和销售产品的地区。

使用技术的领域也就是使用权利范围大小的问题,是独占许可,还是排他许可,或者是普通许可,是否可以转让,一般在合同中均应明确规定。如规定:“出让方给予受让方制造某种型号超精密轴承的不可转让的普通许可。”

制造和销售产品的地区是指这种权利在什么领土范围内有权享受,应在合同中明确规定。可以与使用权利范围一起规定,也可以单独加以规定。如果与使用权利范围一起规定,可以规定为:“出让方同意向受让方出售××型号轴承的不可转让的普通的限于合同领土的许可。”如果单独规定,可规定为:“受让人有权在合同领土范围内制造使用和出售××机器,但不得在其他国家和地区制造和委托制造此种机器。但受让人有权向世界任何国家和地区出售此种机器。”

(3) 出让方提供情报、交付资料的时间、地点和方式

技术资料交付的时间应按照受让方工程计划和进度以及根据受让方的具体情况来决定。技术资料交付的方式,可以一次交付,也可以分批交付。技术资料的交付地点一般是在受让方国家。

技术资料的交付条款应注意以下几点:

①提供技术资料使用何种文字。

②提供技术资料必须考虑风险的转移。

③在每批资料发运后 24 小时内出让方应将合同号、空运单号、空运日期、件数、重量、班机号及预计抵达目的机场的日期等,用电报或电传告知受让方。同时,出让方还应将空运单和资料清单各一式两份寄给受让方。

④受让方收到技术资料后,应立即组织力量进行验收核查资料短缺和清晰程度。如发现问题,应在 30 天内通知出让方。如果符合合同规定,也应书面通知出让方。

(4) 技术服务和人员培训

在国际技术贸易中,受让方不仅需要出让方的技术,而且还需要出让方传授实际操作的技能,因此,出让方需要派出技术人员或操作工人向受让方提供技术服务,进行技术指导,传授技术。对此,合同中应对服务内容、任务、工作量、专业、来华人员的人数、级别、在华时间及验收标准等具体规定清楚。

人员培训可以采取两种方法:或派出人员到出让方进行培训,或请出让方技术人员到受让方讲课。合同中应具体规定培训形式、质量、时间、期限、受训人员的资格、数量、培训地点、次数、语言、费用的负担等。

(5) 国际许可合同的种类

许可合同属于哪一类,是专利许可,还是专有技术许可,或者是混合许可;是独占许可,

还是排他许可,或者是普通许可。

(6)与引进技术有关的机器、设备、备件、部件或原材料的供应

在国际许可证贸易中,受让方在使用出让方所转让的技术生产产品或进行工艺加工时,还需要取得某些机器、设备、零部件或原材料的供应。这时出让方总是希望能扩大出口,而受让方应根据需要适当进口。

4. 商标、专利条款

商标和专利条款主要规定出让方必须保证他所提供的商标和专利是有效的、合法的。如果出让方提供的商标和专利的权利是无效的,或被宣告为无效,受让方有权终止合同的效力。受让方应停止支付使用费,并可以收回提成费或收回被宣告无效之日起的提成费。

如果专利权或商标权受到第三方侵权时,应由谁起诉或由谁应诉,诉讼费用由谁负担等。一般地说,如果是独占许可的,由受让人起诉;非独占许可的,由出让方出诉。诉讼费用应由出让方缴纳。在诉讼期间,受让方有权暂时停止支付使用费,或按规定的比例支付使用费。

在商标使用许可协议中,应规定受让方所制造的产品必须符合规定的质量标准;出让方有权对受让方所生产的产品质量进行监督检查,如果发现产品质量不符合规定的标准,有权要求受让方予以改进,否则,有权终止商标使用许可合同。

5. 技术改进和发展条款

技术改进和发展是指在技术的使用过程中,出让方或受让方对于许可证项下的技术所获得的新的改进和发展。

关于技术改进和发展的成果所有权问题,在许可证协议中可以规定由作出此项改进的一方所有;或采用双方交换技术改进成果的方法,即任何一方无偿地将自己所取得的技术改进成果提供给对方使用;或双方采取互惠的方法使用对方取得的技术改进成果。所谓“互惠”是指出让方对原来的发明和技术有改进时,在受让方支付适当费用下,出让方有义务将改进后的技术提供给受让人使用;当受让方在技术上有改进时,在出让方支付适当费用下,也有义务将改进后的技术提供给出让方。这种情况,通常称为“技术回馈”。

对于西方国家要求的在许可证协议中规定的,受让方必须把所取得的技术改进成果无偿地提供给出让方,而出让方则没有义务把他所取得改进后的新技术提供给受让方的片面回馈权不应接受。

6. 价格和支付条款

(1)技术计价费范围

技术计价一般应包括以下各项费用:

①技术转让的直接成本;包括:技术资料费、技术服务费、技术培训费、项目设计费,以及为执行合同所需的一切其他开支费用;

②部分技术开发费;

③技术水平的先进程度;

④使用该项技术可能产生的经济效益;

⑤承担风险的费用;

⑥承担各种税收费用。

受让方在一般情况下,必须充分考虑技术的有效价值,或使用价值,即使用这项技术所能获得的实际效益和其他社会效益。

(2)技术计价的方法

技术计价比较复杂、困难,方法也比较多。在国际许可合同中,常见的计价方法有:

①统包价格计价方法。所谓统包价格计价方法是指出让方和受让方在签订合同时,明确规定出技术的总的金额(包括技术使用费、设计费、技术资料费、技术服务费、技术培训费等)的一种计价方法。

②提成价格计价方法。提成价格计价方法是指出让方和受让方按照技术转让的经济效益进行提成的一种计价方法。

③固定与提成相结合的价格计价方法。固定与提成相结合的价格计价方法是指按照固定价格与非固定价格相结合(即统包价格计价方法与提成价格计价方法相结合)的一种计价方法。这种方法是目前在国际技术转让中通常使用的计价方法。我国近几年来在技术引进中也主要采用这种计价方法。

④技术服务费的计价方法。所谓技术服务费,是指由出让方派出技术人员或操作人员到技术引进方为其提供安装、试车、操作、检验等技术指导所产生的费用。

技术服务费的计价方法通常有两种:一是固定式的,二是滑动式的。但是技术服务费用又不同于固定价格(或称入门费),也不同于非固定价格(或称提成费)。

(3)技术转让许可合同使用费的支付

许可合同使用费的支付主要有以下方式:

①统包价格的支付方式。统包价格(又称一次总付)的支付方式包括两种方式:即一次总付和分期付款的支付方式。

一次总付的支付方式是指由双方在合同中明确规定一个总金额,当出让方将技术资料交付给受让方,并经受让方核对验收后,由受让方对许可证使用费采取一次付清的办法。这种方法称为固定计价法。

分期付款的支付方式是指把合同的总价按照合同执行的先后顺序,根据出让方完成工作量的多少,分期向出让方支付合同价款的一种方式。

一次总付一般用于质量确有保证和高级技术的国际许可合同。在经济交往中,一般多采用分期付款方式。

②提成价格的支付方式。提成价格的支付方式是指在受让方引进技术后,根据其技术使用后的经济效益,按照一定的提成率而向出让方支付费用的方法。这种提成方法也称滑动计价法。具体方法有以下几种:

按生产产品的数量提成。即受让方在实施技术后,每生产一个计量单位的产品,应向出让方支付约定的提成费用以补偿其技术费用的一种计算方法。在合同有效期限内,提成费的单位金额是固定不变的,不因产品价格的涨落而变动。

按产品销售价格提成。销售价格有两种:一种是总售价(Gross Selling Price),即产品的发票价格;另一种是净售价(Net Selling Price),即在总售价中扣除与生产产品无直接关

系的一切费用(如包装费、广告费、运输与保险费、各种税金等)之后,按一定比例提成向出让方支付技术转让使用费。

按利润提成。按利润提成是指受让方在实施技术后,根据所获得的售后利润,按一定比例提成给出让方。这种方法对出让方不利。

在采用提成的支付办法时,有的还规定有最低提成费,最高提成费和递减提成费等条款。

③入门费加提成费的支付方式。入门费(也称初付费或预付金)加提成费是指双方在签订许可合同后,或在受让方收到出让方的技术资料后若干天内,先给付出让方一笔约定数量的金额,其余数额待产品正式投产后销售后再按规定分年提成。

采用入门费加提成费的支付方式,从总体上来说,对出让方是有利的。在我国与外国签订技术转让的协议中,通常是采用一次总付的方式,也有些是采用入门费加提成的方式,而单纯提成方式的极少。

7. 保证条款

许可合同的保证条款主要包括以下几种:一是技术资料保证;二是经济保证;三是权利保证。

从技术资料保证来说,出让方必须保证他们所提供的技术资料是完整、可靠和正确的,而且必须保证按时交付使用。

从经济保证来说,出让方必须保证受让方在正确使用该项技术资料的情况下,在规定的时间内,能够达到合同中规定的产品数量、质量和其他技术指标。

从权利保证来说,是指出让方必须向受让方保证他所持有的技术是合法的、有效的,保证受让方对该项技术所拥有的合法权益,同时在合同中还应规定,如果这种权利被第三方控告为侵权行为和这种权利被第三方侵犯时,应由谁应诉或起诉。一般地说,当第三方控告该项技术为侵权行为时,应由出让方应诉。该项技术受第三方侵犯时,由谁起诉应在合同中明确规定。

8. 违约及救济办法条款

违约是一种法律行为,双方在签订合同后,由于主观和客观情况的变化,双方均可能出现违约行为。当一方违反合同规定时,受害的另一方有权向违约方提出赔偿要求,这在法律上称为“索赔”。违约方接受受害方提出的赔偿要求时,即称为“理赔”。同时,受害方还有权采取相应的救济措施,以维护自己的合法权益。

(1) 出让方违约时,受让方的救济办法

①如果出让方拒不提供合同规定的技术资料或不传授技术或不提供技术服务和派遣技术人员等,受让方有权终止许可合同,并要求退还已付的款项,或由出让方向受让方支付违约金。

②如果出让方的技术未能达到技术指标,受让方可以根据具体情况,采取终止许可合同、修改许可合同或要求出让方支付约定的违约金。

③如果出让方延迟提供技术,双方可商定由出让方按迟交时间的长短向受让方支付约定违约金。

(2) 受让方违约时, 出让方的救济办法

①如果受让方不能按照合同规定向出让方支付款项时, 出让方可以终止许可合同, 并取回已交付的技术资料, 同时, 还应要求受让方支付一定金额以示补偿。

②如果受让方迟延付款, 出让方有权向受让方取得迟延金额的利息。

9. 保密条款

许可合同的标的如果是属于尚未取得专利的专有技术的转让, 则出让方一般要求受让方必须承担保密义务, 限制受让方扩散或泄漏技术秘密。保密条款一般包括以下内容:

(1) 保密对象

它指许可合同中特指的专有技术秘密, 如设计、图纸、技术、经验等。

(2) 保密范围

它是指对于除出让方和受让方以外的任何第三方的保密。但有的合同规定, 受让方有权使从事制造工作的人员知悉技术秘密。

(3) 保密地区

保密地区是指该项专有技术在什么区域以外不得泄密。如合同规定, 受让方不得向本国以外的任何地区或第三方泄密。

(4) 保密期限

保密期限一般与合同有效期限相同, 也可以在合同期满后继续延长 1—2 年的保密义务。合同中还可以规定, 如果出让方已公开其技术, 受让方即可不承担保密义务。

(5) 保密责任

受让方不按照许可合同规定进行保密, 即构成违约行为, 应承担违约责任。合同条款中应规定受让方在泄密时应承担的具体责任。

10. 许可合同的生效、期限、终止及延期条款

(1) 许可合同的生效(Effectiveness)

许可合同经双方代表签字后, 自签字之日起合同即告成立并生效。如果属于需要经过一定批准手续, 则合同中应规定在有关部门批准后, 开始生效。

(2) 期限(Validity Period)

许可合同的期限由双方协商确定, 专有技术转让的合同期限, 一般应考虑以下因素:

①受让方最低掌握、消化、试制和生产直至批量生产所需的最短时间;

②双方的研究能力和改进技术情况;

③受让方依赖出让方供应原材料或零部件的时间;

④其他需要与供方合作的时间。

许可合同的期限一般为 3 年、5 年、7 年、8 年, 最多不超过 10 年。世界各国规定的许可合同期限不尽相同。随着科学技术的发展, 许可合同的期限日趋缩短, 这对受让方是有利的。

目前我国对外签订许可合同期限一般为 3—8 年。对于专利和商标许可合同期限, 应根据专利权和商标权的有效期限来确定。

(3) 终止(Termination)

许可合同期满双方可以延长期限,如果双方不再延长期限,合同即自然终止。

合同应包括终止条款,终止许可合同有三种情况:

①因合同到期而终止,双方当事人的权利和义务也随之终止。也有的合同规定,合同期满,受让方仍然有权继续使用已转让的技术,而出让方也不要求收回已经转让的技术资料、图纸等。

②因不可抗力而提前终止。在此情况下,遭受不可抗力的一方不承担赔偿责任。

③因一方违约而终止。由于一方违约,另一方对合同可以行使终止权。但是在合同中应明确规定在什么情况下行使终止权及其法律后果是什么。

如果出让方违约,受让方可行使终止权并要求出让方退回受让方已支付的全部金额和 $\times\times\%$ 的利息。

如果受让方违约,出让方也有权行使终止权,并在行使终止权后要求收回技术资料和授予的使用权、制造权、销售权,而且不再向受让方退还其已支付的费用。如许可合同规定:“出让方不履行义务,并在要求履约后 90 天内仍不履约,受让方有权终止合同,出让方应将受让方已支付的全部金额,加上 $\times\times\%$ 利息,一并退还给受让方。如果受让方中途违约,供方有权终止合同,受让方已支付的费用不再退还。”

以上是许可合同的主要条款,还应该包括:“税收”条款、“不可抗力”条款、“仲裁”条款、“法律适用”条款,以及许可合同使用的文字、份数、效力等。

(六)国际技术转让合同的限制性条款

1. 限制性条款的含义

限制性条款又称“限制性商业条款”、“限制性商业惯例”、“限制商业行为”,还有的称之为“反垄断禁令”等。这种条款在国际许可合同中是被禁止或不应包含的条款,如果包含了这类条款,就会导致合同无效、不予批准或不予登记的法律后果。限制性条款指出让方在国际许可合同中不合理地限制受让方商业行为的条款。而受让方为了维护自己利益,总是要极力反对出让方的不合理的限期,但出让方也总是对技术受让方施加压力,使受让方接受限制性条款,并把它签订在许可合同条款中。限制性条款的实质就是为了实现控制技术,垄断该产品销售市场,增强竞争能力的目的。

我国对确定限制性条款的原则是:凡属影响我国主权,控制我国经济、技术自主发展和不对等不互利的,都应视为不合理的限制性条款。

2. 国际条约中限制性条款的规定

1978 年联合国贸易和发展组织制定的《联合国国际技术转让行动守则》草案中规定了如下限制性条款:

- (1)单方面的回授条款;
- (2)要求受让方对出让方转让给他的专利或工业产权和专有技术的有效性不得提出异议;
- (3)限制受让方就类似的或竞争性的技术或产品签订销售、代理或制造协议的自由;
- (4)限制受让方从事研究和发展工作;
- (5)要求受让方使用出让方指定的人员或限制使用受让方国家的人员;

- (6)限制受让方在取得技术后自行确定产品销售和提供服务时的价格自由;
- (7)限制受让方结合当地情况修改引进的技术,对其技术更改加以限制;
- (8)要求受让方必须把产品的包销权或独家代理权授予出让方或出让方指定的代理人;
- (9)出让方强迫受让方接受不需要的技术、设备或服务或限制受让方技术、设备和服务来源,以此作为受让方取得所需技术的条件;
- (10)出让方对受让方产品的出口地区或数量上进行限制,或规定受让方在确定产品出口价时必须事先征得出让方的同意等;
- (11)由于共同专利而对受让方的产品出口地区、数量、价格、客户和市场加以限制;
- (12)限制受让方进行广告宣传;
- (13)出让方要求受让方在许可合同期满或被撤销,或失效后,仍然继续承担付款的义务或其他义务;
- (14)在许可合同期满或终止后,限制受让方继续使用该项技术;
- (15)限制受让方在引进技术项下的生产能力、产品的品种和数量;
- (16)出让方限制受让方不需要或者不愿意要的某些质量控制方法和标准;
- (17)出让方要求受让方使用特定商标、服务标志或商品名称,或者要求受让方在其产品上标明出让方的名称;
- (18)出让方强迫受让方与其共同经营并参与企业管理,以此作为受让方取得技术的条件;
- (19)技术转让合同期限过长,或不规定期限;
- (20)出让方限制受让方扩散或传播转让的技术,也不准许受让方扩大该项技术的使用范围。

3. 我国在技术引进中常见的限制性条款

近些年来,我国在技术引进工作中也遇到了出让方提出的限制性条款问题,主要表现为以下几种:

- (1)出让方要求受让方接受同技术引进项目无关的附带条件,其中包括购买不需要的技术,技术服务、原材料、设备或产品;
- (2)限制受让方自由选择从不同来源购买原材料,零部件或设备;
- (3)限制受让方发展和改进所引进的技术;
- (4)限制受让方从其他来源获得类似技术或与之竞争的同类技术;
- (5)双方交换、改进技术的条件不对等;
- (6)限制受让方利用引进的技术生产产品的数量、品种或销售价格;
- (7)不合理地限制受让方的销售渠道或出口市场;
- (8)禁止受让方在合同期满后,继续使用引进的技术;
- (9)出让方要求受让方为不使用的或失效的专利支付报酬、或承担义务;
- (10)技术转让合同有效期限过长,特别是在有提成的支付方式中;
- (11)出让方要求受让方对此项技术进行了改进或革新后,将改进或革新的技术无偿地回授给出让方并允许出让方享有转让权;

(12)限制受让方在技术转让合同期满后引进的技术再转让给第三者。

(七)国际直接投资中的技术转让合同

1. 补偿贸易中的技术转让合同

补偿贸易是由一方提供设备和技术,另一方以此设备和技术制造出来产品,以产品进行偿还其价款(亦称产品反销)或者以其他产品偿还其价款(亦称回购或互购)的行为。

在签订补偿贸易的直接投资合同时,通常需要签订设备和技术买卖合同和被偿产品的买卖合同。

设备和技术的买卖合同包括以下主要内容:

(1)设备和技术出让方提供的设备、材料、备件、专用工具等货物的名称、规格、型号、数量或重量,以及技术资料的范围、份数、交付日期等;

(2)设备和技术出让方对上述设备性能、技术和资料的完整性、正确性的保证;

(3)设备、技术的价格;

(4)设备、技术价款的支付方式;

(5)设备的检验、安装和验收,包括检验的时间、地点、标准、检验人员或机构等;

(6)索赔。

此外,还包括保险、不可抗力、税收、争议的解决等。

2. 合资经营中的技术转让合同

合资经营企业的出资方式,不仅包括现金,还包括设备、厂房、原材料以及工业产权和专有技术等,所以合资经营企业中也涉及技术转让问题。我国与外国合营者在签订技术转让合同时,这类技术转让合同通常作为合资经营合同的附件(合资经营合同有关问题见第十三章)。

在签订合资经营企业中的技术转让合同时,应注意以下问题:

(1)引进的技术应该是适用的、先进的,其产品具有显著的经济效益;

(2)出让方应向受让方提交转让的工业产权或专有技术的有关资料;

(3)技术转让合同必须经过上级主管部门审查同意和审批机构批准;

(4)支付技术使用费应公平合理,一般可采用提成方式支付或一次总付;

(5)技术转让协议的期限一般不超过10年;

(6)技术转让协议期满后,技术受让方有权继续使用该项技术;

(7)订立技术转让协议双方,相互交换改进技术的条件应该对等;

(8)技术受让方有权按照自己认为合适的来源购买需要的机器设备,零部件和原材料;

(9)技术转让协议中不得含有违反中国法律、法规的规定,不得签订不合理的限制性条款。

3. 国际租赁中的技术转让合同

在国际租赁中,也涉及技术转让问题。因此,在签订国际租赁合同的同时还必须签订技术转让合同。从其形式来说,既可以在设备买卖合同中加以规定,也可以作为合同的附件予以详细规定。

国际租赁中的技术转让合同一般包括以下内容:

- (1)标的名称,型号,规格,数量;
- (2)备件清单和试生产用的原材料清单;
- (3)设备和备件的检验、安装、试车和验收的标准及办法;
- (4)技术秘密的提供,包括安装、制造和生产管理方面的说明书、文件、标准、设计图纸、试验方法、质量管理方法等;
- (5)出租方进行技术指导的规定;
- (6)承租方技术人员的培训;
- (7)各种费用,包括:设备、试车材料、生产材料和技术秘密费的支付;
- (8)出租方对设备的先进性和第三方不提出诉讼的保证;
- (9)承租方对技术秘密的保密义务等。

(八)技术引进合同

1. 技术引进的概念

技术引进是指某国境内的公司、企业、团体或者个人,通过贸易或经济技术合作的途径,从境外的公司、企业、团体或个人获得技术。

技术引进项目包括以下内容:专利权或其他工业产权的转让或许可;以图纸、技术资料、技术规范等形式提供的流程、配方、产品设计、质量控制以及管理等方面的专有技术;技术服务。

我国的技术引进必须符合下列一项以上的要求:

- (1)能发展和生产新产品;
- (2)能提高产品质量和性能,降低生产成本,节约能源和材料;
- (3)有利于充分利用本国资源;
- (4)能扩大产品出口,增加外汇收入;
- (5)有利于环境保护;
- (6)有利于安全生产;
- (7)有利于改善经营管理;
- (8)有助于提高科学技术水平。

2. 技术引进合同的概念

技术引进合同是指处于两个不同国家和地区之间的公司、企业或者个人,为了引进先进生产技术,由一方将技术转让给另一方,另一方支付一定酬金的协议。

技术引进合同包括以下几种形式:

(1)中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业(即外商投资企业)从供方获得技术的技术引进合同。

(2)补偿贸易、合作生产、加工装配和其他合作项目中的技术引进合同。

(3)工业产权的转让或者许可合同。工业产权的转让或者许可合同,是指涉及发明专利权、实用新型专利权、外观设计专利权以及商标权的转让或者许可的合同(仅涉及商标权转让的合同除外)。

(4)专有技术许可合同。专有技术许可合同是指提供或者传授未公开过、未取得工业产

权法律保护的制造某种产品或者应用某项工艺以及产品设计、工艺流程、配方、质量控制和管理等方面的技术知识的合同。

(5) 技术服务合同。技术服务合同是指出让方利用其技术为受让方提供服务或者咨询以达到特定目标的合同。包括：受让方委托出让方或者与出让方合作进行项目可行性研究或者工程设计的合同；雇用外国地质勘探队或者工程队提供技术服务的合同；委托出让方就企业技术、改造、生产工艺或者产品设计的改进和质量控制、企业管理提供服务或者咨询的合同等（聘请外国人在中国企业任职的合同除外）。

(6) 含工业产权的转让或者许可、专有技术许可或者技术服务任何一项内容的合作生产合同和合作设计合同。

(7) 含工业产权的转让或者许可，专有技术许可或者技术服务任何一项内容的成套设备、生产线、关键设备进口合同。

(8) 审批机关认为应当履行审批手续的其他技术引进合同。

3. 技术引进合同的主要内容

(1) 合同名称、合同当事人名称及法定地址、签订地点（涉及在中国取得专利权或者商标权的转让或者许可的技术引进应当写明有关专利号或者专利申请号、商标注册号并附具商标式样）；

(2) 合同中的关键性词语的含义；

(3) 引进技术的内容、范围、技术指标、技术资料清单等具体要求；

(4) 出让方对受让方技术培训和技术服务的具体规定；

(5) 引进技术达标考核检验的标准、期限、措施及风险责任的承担以及考核验收中发生争议时的解决办法；

(6) 保证责任，出让方应对技术和受让方的权利应予以保证；

(7) 受让方（引进方）在国内享有制造、使用和销售产品的权利；

(8) 技术引进的保密责任，改进技术的归属和分享；

(9) 价款或报酬总价，使用的货币、支付方式；

技术引进总价款的确定，主要应考虑该项技术的经济效益和许可合同条款中的各种因素。

(10) 违约损失赔偿额的计算方法；

(11) 不可抗力条款；

(12) 适用法律和仲裁条款；

(13) 纳税责任，出让方从受让方所得的报酬，一般应按照受让方国的有关规定纳税；

(14) 合同的有效期限；

(15) 技术引进合同中不宜订入不合理的限制性条款。

此外，与履行合同有关的技术引进附件资料，可以根据当事人的协议作为技术引进合同的组成部分。

4. 技术引进合同的保证义务

技术引进合同当事人双方应承担如下保证义务：

(1) 出让方的保证义务

① 出让方应当保证所提供的技术或者文件资料完整、准确、有效,能够达到合同规定的技术目标。技术文件交付的时间应当符合受让方工程计划进度要求。

② 出让方向受让方提供的引进技术所需要的原材料、零部件或者设备,其价格不得高于国际市场上同类产品的价格。

③ 出让方应当保证自己是所提供技术的合法拥有者,或者保证自己有权转让或者许可该项技术。受让方使用转让或者许可的技术生产或者销售产品如被第三方指控侵权,应当由出让方负责应诉;如被第三方指控的侵权成立,受让方的经济损失由出让方负责赔偿。

(2) 受让方的保证义务

① 受让方对出让方提供或者传授的专有技术和有关技术资料,受让方应当按照合同约定的范围和期限承担保密义务。合同规定出让方在合同有效期内向受让方提供其发展和改进技术,受让方应在合同期满后继续承担保密义务。保密期限自出让方提供该项技术之日起计算,不得超过原合同规定的期限。

② 受让方向出让方提供改进技术时,其条件应当与出让方向受让方提供改造技术的条件相同。

5. 技术引进合同的审批

我国的技术引进合同应当进行审批。

(1) 技术引进合同的审批机关

我国技术引进合同的审批机关是对外经济贸易部和经贸部授权的省、自治区、直辖市、沿海开放城市、经济特区和计划单列市的对外经济贸易厅、委、局及其他管理机关。

(2) 技术引进合同审批办法

我国技术引进合同,按下列规定分级审批:

① 由国务院各部、委和各直属机构批准可行性报告项目,其技术引进合同由经贸部审批;

② 由省、自治区、直辖市、沿海开放城市、经济特区和计划单列市人民政府或者其授权主管机关批准可行性研究报告的项目,其技术引进合同由同级授权审批机关审批;如果该项技术引进合同系委托跨地区的其他公司对外签订的,在征得委托方所在地的授权审批机关同意后,可以由签约地的授权审批机关审批。合同批准后,签约地的授权审批机关应当将合同批准证书复印件送委托方所在地的授权审批机关备案。但是跨地区委托设在北京的公司(不包括北京市属公司)对外签订的技术引进合同,由经贸部审批;

③ 外商投资企业获得技术所签订的技术引进合同,属于国务院各部、委和各直属机构批准的外商投资企业,由经贸部审批;其他的分别由授权审批机关审批。

授权审批机关应当在批准技术引进合同之日起 10 日内,将《技术引进合同批准书》的复印件及其他有关资料报送经贸部备案。

(3) 技术引进合同审批时限

当事人双方签订书面技术引进合同后,应由受让方或者代理对外签约的公司企业,在签字之日起 30 天内提出申请书,报中华人民共和国对外经济贸易部或其授权的其他审批机关

审批;审批机关应在收到申请书之日起的 60 天内决定批准或不批准;经批准的合同自批准之日起生效。在规定的审批期限内,如果审批机关没有作出决定,即视同获得批准,合同自动生效。

(4)合同审批应提交的文件

技术引进合同的审批应提交下列文件:

①合同报批申请书,申请书内容应当包括合同名称,出让方国别及厂商名称、引进标的的内容和范围、项目可行性研究报告的批准机关及文号等;

②合同副本和合同译文文本;

③签约各方的法律地位证明文件;

④经批准的可行性研究报告及资金落实情况。

(5)技术引进合同不予批准的条件

报送的技术引进合同及其他文件中有下列情况之一的,审批机关应当责成当事人限期修改,否则不予批准。

①违反国家现行法律和法规,损害社会公共利益;

②损害国家主权;

③合同内容与批准的项目可行性研究报告不符;

④合同的基本条款和内容不完善;

⑤合同未对所转让或者许可的技术引起的产权争议及其他履约中出现争议的责任及其解决办法作出明确、合理的规定;

产品的质量保证作出合理规定;

⑥引进技术的价格和支付方式不合理;

⑦合同各方的权利、责任、义务的规定不够明确、不对等和不合理;

⑧合同规定有未经国家税务机关同意的税收优惠承诺。

6. 可行性研究

(1)技术引进合同可行性研究的任务

技术引进可行性研究是进行方案规划,技术论证、经济核算和分析比较,为项目的决策提供可靠的依据和建议。具体包括以下内容:

①市场需求、产品价格的分析和预测,生产规模的拟定;

②厂址选择、生产工艺、设备选型、设备分交与合作制造、原材料来源、能源供应、运输方式、技术力量、生产协作和环境保护等问题的分析和安排;

③投资、成本、利润的估算和资金的来源;

④技术经济的分析和评价。

(2)可行性研究报告的内容

①总说明。包括项目名称;项目的主办单位及负责人;可行性研究工作的主要技术负责人和经济负责人的名单;项目建议书的审批文件;可行性研究的总概况,结论与建议。

②承办企业的基本情况与条件。

③生产规划。包括产品的名称、规格、技术性能力与用途;国内需要情况的调查、研究与

预测;如历年有大量进口的、附最近 10 年来的进口统计;国外市场情况的调查研究与预测;进入国际市场的设想与措施(无外销出口可能的产品,本项可省略);国内(外)产品销售价格的调查、研究与分析;分年的国内(外)需要估算;产品生产能力的选定;说明几个可供选择方案的比较与论证,选定的理由;分年的产品产量与国内(外)销售量规划。

④物料供应规划。包括原材料、半成品、配套件、辅助材料、维修材料、电力、燃料以及其他公用设施等的使用、来源、价格;物料选用的几个可供选择方案的比较与论证,选择的理由;分年的物料供应量规划及其进口部分。

⑤厂址选择。包括厂址的自然、经济、社会、交通运输等条件的概述,几个可供选择方案的比较与论证,选定的理由;总平面布置的几个可供选择方案的比较与论证,选定的理由。

⑥技术与设备。技术选定的几个可供选择方案的比较与论证,选定的理由;技术的来源国别与厂商(写明外文全称);技术转让费用估算;设备的选定;主要生产设备及辅助设备的名称、型号、规格、数量;几个可供选择方案的比较与论证,选定的理由;设备的国内外分交方案和与外国厂商合作制造方案;进口设备的来源国别与厂商(写明外文全称);设备费用的估算。

⑦生产组织、劳动定员和人员培训计划。

⑧环境污染的防治。

⑨项目实施的综合计划。包括询价、谈判、签订合同、工程设计、技术与设备的交付、工程施工、调试与试生产进度以及正式投产年月;建筑安装工程内容和工作量;施工力量的安排与施工组织规划。

10资金的概算和来源。项目的总用汇额,包括准备工作阶段的实际发生和费用(均折算为美元计算,使用非美元外汇的要注明折算率);外汇资金的来源(申请国家拨付、利用外资代款、延期付款、补偿贸易、自筹外汇等)与偿还方式(国家统一偿还、企业自行偿还);国内资金的概算(均按人民币万元计算);项目的全部资金需用额及来源;基本建设投资。

11经济分析。包括生产成本与销售收益的估算;分年的现金流量;分年的损益计算表和资金平衡表;根据分年的现金流量,计算投资回收年限(包括外汇回收年限)与投资回收率;根据分年的现金流量,按“现值”法计算的“净现值”与内部回收率;折现率的依据;项目的敏感度分析和盈亏分析;其他技术经济指标的分析。

12附件。包括聘请外国专家计划;出国培训计划;外汇资金的分年、分用途用汇计划;国内资金的分年、分用途用款计划;国家外汇管理总局对于外汇资金来源和安排的审核意见书;财政部或省、市、自治区财政厅、局对国内资金来源和安排的审核意见书;利用外资贷款或补偿贸易项目的本息、偿还或补偿计划;厂址选择报告;矿山、油田等项目的资源储量报告;有关主管部门对主要原材料、电力、燃料、配套件等供应来源落实情况与供应可能的意见书;国家科学技术委员会对拟引进的技术的审核意见书;由国家组织有关机械制造部门提出对进口设备和设备分交、合作制造方案的审定的意见书;有关外国厂商的基本情况资料;与外国厂商技术交流及非正式探询价格的有关资料;预审报告;工程项目一览表。

7. 技术引进合同的变更

技术引进合同签订后,双方应认真履行合同,如果经过批准的技术引进合同的技术标的

内容、价格、期限及保密期限等条款需要修改、变更,应当经签约各方协商一致并征得原审批机关书面同意。该项修改与原批准的技术标的内容不符或者超过原批准所需外汇金额的,还应当按照有关规定重新办理审批手续。

8. 签订技术引进合同应注意的几个问题

在签订技术引进合同中,应注意以下问题:

(1)在签订合同当事人名称及法定地址条款时,应特别注意子公司和母公司对技术所有权的关系,明确合同当事人究竟是谁。

母公司和子公司如分处不同国家,适用法律也不一样。

(2)出让方提供技术的内容要把技术参数(技术指标)和提供技术资料的清单、日期等在合同中明确规定。

合同中应该规定在中国境内受让方享有制造、使用和销售产品的权利。一般不应限制产品的出口地区。

(3)技术转让费用要注意合理

转让技术的报酬,一般与技术的水平以及实际获利的程度即技术的效益相适应。

(4)在规定支付方式时,以货币支付的,要注意规定哪一国家、哪一种货币,以何方式支付,并注意货币汇价的变化情况。

(5)在签订保证条款时,应注意出让方对所提供的技术是否是合法拥有者。

(6)在规定不可抗力时,不仅要规定不可抗力范围,而且还应规定在发生不可抗力后,应办理的手续以及如何进行处理。

(7)适用法律条款中,一般应规定适用中国法律或规定仲裁条款

仲裁地可以规定在中国或第三国。

(8)注意规定纳税问题

出让方从受让方取得的收入,应按规定在受让方所在国纳税。如果双方国家间签订有税收协定的,按协定规定办理。并在合同中予以注明。

(9)技术引进合同,期限一般不超过 10 年。

(10)合同要严密、条款要齐全。

(11)要熟悉各国关于技术贸易的有关政策和法令的规定。

(12)要熟悉技术贸易的国际惯例和专利法基本知识。

(13)合同签订后,应注意及时向政府有关审批部门申报审批。

(九)国际合作生产合同

1. 国际合作生产合同的概念

国际合作生产合同是指不同国家的两个以上企业或个人之间,为了共同制造产品或完成工程项目而明确相互权利义务关系的协议。

国际合作生产合同具有以下法律特征:

(1)当事人之间的关系是指处于不同国家或地区的两个或两个以上法律主体之间的权利义务关系。

(2)当事人之间的关系是在合作生产项目的具体合作生产过程中,将技术转让给另一

方,或者是通过共同研究、共同设计、相互交流实现技术转让而形成相互权利义务关系。

(3)当事人之间是一种合作生产和技术转让相结合的关系,并不是单纯的买卖和技术转让关系。

2. 当事人之间的合作方式

在国际合作生产合同中,当事人之间合作有以下几种方式:

(1)按照合同规定,各自生产某种产品的不同零部件,然后由另一方组装,或双方各自组装成产品。

(2)按双方约定,由一方提供零部件或主要部件,而由另一方组装成成品。

(3)按双方约定,由一方提供技术、机器和设备,由另一方为对方制造零部件,然后由对方组装成产品。

(4)按双方约定,各自生产对方所需要的零部件,相互交换,各自组装成产品。

(5)根据合同规定,一方向另一方提供技术,并承担一定的制造产品的义务,而技术受让方逐步承担较多的制造任务,最后达到全部机器由自己制造。

(6)根据合同规定,双方共同合作研制。

3. 国际合作生产合同的主要形式

国际合作生产合同形式主要有:

(1)分别签订国际许可合同、合作生产合同和设备买卖合同。

(2)首先签订一个国际许可合同,然后把合作生产合同,设备买卖合同作为许可合同的附件。

(3)只签订一份技术合作合同,规定合同的一般条款,而把技术转让、合同生产、设备零部件等的供应情况,列在合同附件之中。

国际合作生产合同的形式,应根据具体情况选定。

4. 国际合作生产合同的主要内容:

(1)合作各方的名称、注册国家、法定地址、法定代表人的姓名和国籍。

(2)合作生产的项目

包括项目或产品名称、规格、质量和数量、交付日期、组装、调试等。

(3)质量保证

双方提供的机器、设备、零部件的名称、规格、型号、质量、技术参数和标准、验收方式、验收机关、交货日期等。

(4)合同生产各方的权利和义务,以及合作的条件。

(5)技术转让

当一方提供技术资料时,应规定资料种类、名称、份数和交付资料时间。出让方是否需要派出技术人员指导和是否培训受让方人员等。

(6)价格计算与支付

合同中对技术使用费、设备费、技术服务费、材料费、配套件费如何计价和支付必须具体规定。

(7)违约责任

任何一方违约时,应承担什么赔偿责任及赔偿金额或其他处罚办法。

(8) 税收

合同中应明确纳税义务,发生在当事人一方国内的税收一般由该方负担。

(9) 保密责任

(10) 批准条款

此外,合同还需对不可抗力、仲裁、适用法律、联系地点和人员等作出明确规定。

(十) 国际技术咨询服务合同

1. 国际技术咨询服务合同概念

国际技术咨询服务合同是指出让方利用其技术为受让方提供技术服务或咨询,而由受让方支付约定报酬的合同。

国际技术咨询服务合同通常包括以下几种:

(1) 工程咨询服务合同;

(2) 技术服务项目合同;

包括:可行性研究、制定计划和方案、工程项目的设计制图、购买机器、为咨询一方代办招标等;

(3) 技术、管理、销售咨询服务合同;

(4) 提供技术情报和资料合同;

(5) 技术培训合同。

2. 国际技术咨询服务合同的主要条款

一般说,国际技术咨询服务合同应包括以下主要条款:

(1) 出让方提供的咨询、服务项目名称、目的、内容、范围、时间及履行服务的条件等;

(2) 技术情报和资料提供的方式、时间、地点和清单等;

(3) 专家、工程师、工程技术人员的派遣,包括专家、工程师、工程技术人员的水平、级别、资格人数、应完成的任务、工作地点、工作期限和待遇等;

(4) 人员的培训,包括培训人员的水平、人数、培训时间、期限、地点、方式、语言、培训目标、培训人员出境、入境手续、旅差费、培训人员待遇等;

(5) 出让方对技术咨询服务项目的担保和保证;

(6) 服务报酬的计算与支付方式;

(7) 技术咨询服务的验收方法;

(8) 违约责任的赔偿;

(9) 与其他合同的关系。

三、国际工程承包合同的订立

(一) 国际工程承包合同的概念

国际工程承包合同指发包方(或称业主)和承包方之间为了完成某项工程项目而明确双方权利义务关系的协议。承包方承担提供劳务、材料、机械设备和技术工作及工程的实施,并按时、按质、按量地完成发包方所委托的工程建设项目;发包人则提供施工的必要条件,按

时验收承包人完成的工程项目,并支付承包酬金。国际工程承包合同具有以下基本法律特征:

(1) 特殊性

国际工程承包合同的主体具有特殊性,其发包人一般为政府机构、企业、事业单位、社团法人、地方政府、公司及私人企业或个人;而承包人一般是指从事专门工程项目施工的单位和个人,通常为承包公司。

(2) 综合性

国际工程承包合同内容复杂,涉及面广,不仅是一项综合性输出,而且还涉及到勘察、设计、土木工程、机械工程、设备交易、技术使用许可证以及人员的培训等。工程承包合同是一种特殊的综合性技术转让合同。

(3) 风险性

工程承包合同要求承包合同具有相当的经营管理水平和先进的施工技术手段。工程时间长、交易金额大、市场变化快,具有一定的风险,并且是由承包人自己承担费用和风险。

(4) 国际性

国际工程承包合同是具有国际性的工程承包。而发包人与承包人分处不同国家境内的工程承包合同,因此,具有国际性。

(二) 国际工程承包合同的种类

国际工程承包合同可以从不同角度,按照不同标准进行分类,国际上通常有以下几种:

1. 根据工程承包的内容和责任的不同,可以分为:

(1) 统包合同。统包合同是指承包方与发包方(业主)之间直接签订某项工程的全部任务的协议。统包合同又称“交钥匙”的合同。它是指从方案的选择、规划、勘察、可行性研究、设计、材料供应、施工和安装到操作人员的培训和指导、试运投产等,在产品质量、数量及原材料消耗达到设计要求后,再移交给发包人的合同。

(2) 分包合同。分包合同是指总承包方与发包方(业主)之间签订工程项目的总承包合同后,然后再由发包人(业主)将一项工程分为若干部分,每个部分包含一个或几个工程项目,分别与分承包方签订工程项目的合同。

(3) 合资承包合同。合资承包合同是指由两个或几个承包人共同出资成立具有独立法人性质的公司,以公司名义统一与发包方签订总包合同,然后在其内部签订分包合同。

(4) 半统包合同。半统包合同是指由一个承包人统包一个工程项目的全部技术和建设工作,直到该工程项目符合合同规定的各项指标和效率,但不必对产品质量、数量、原材料消耗标准负责的合同,一般称为半统包或半交钥匙合同。

(5) 保产合同。保产合同又称产品到手合同,是指承包人不仅必须保证履行从勘察、设计到交付工程项目任务,而且必须保证在工程使用后的一定时间(一般为二三年)内的技术指导,设备维修和技术培训等任务并保证按照合同规定的各项指标生产出产品的合同。

2. 按照估价方式不同分为:

(1) 总价不变合同。总价不变合同是指承包人同意按照承包发包双方在合同中确定的总价,负责完成合同规定的全部工程任务的合同。国际上投标竞争的项目多采用这一类合

同。

总价不变合同对承包人来说,必须承担工资、物价上涨等一切风险。

总价不变合同包括:

①单位单价合同。单位单价合同是指在整个施工和结算过程中,无论市场上发生何种变化,双方仍然按照合同中固定单位工程单价进行结结算计付的合同。

②最高成本限额合同。最高成本限额合同是指必须按照发包方规定的最高成本限额进行施工和结算的合同。超过最高限额的部分,由承包方自己负责,发包方不予付款。

③限定更改估价数额合同。限定更改估价数额合同是指在工程施工过程中,如果出现变更净差额超出了合同总包价所规定的百分比时(一般规定为10%至20%)有的国家则准许按工程师和承包方协商同意的总额予以更改。但也有的国家则不予承认。

(2)成本加酬金合同。成本加酬金合同也称成本加费用合同。成本加酬金合同是指承包人为完成工程项目和合同中规定的其他任务所实际支付的成本再加上发包方向承包方支付的一笔酬金(附加费)和应得利润而确定双方权利义务的合同。这类合同与总价不变合同不同。

成本加酬金合同具有以下几种形式:

①成本加百分率的酬金合同。成本加百分率的酬金合同是指按照全部付出的费用,经过调整后,补偿承包人所发生的成本,再提取一个规定的百分比,作为承包人的酬金。这类合同适用于只有草图缺乏建设细节的工程。

②成本加固定数目的酬金合同。成本加固定数目的酬金合同与成本加百分率的酬金合同基本一样,所不同的是用一个固定不变的数目代替百分率,而不管工程实际成本比初步估算是损是余。固定数目实际上也是按估算成本的百分率计算出来的。

③成本加奖金合同。成本加奖金合同的报酬是按照承包方完成的总价,算出一个较低的百分比基数再加上一笔根据工程完成的质量而给予承包方的奖金计算出来的。奖金按以下比例提取:工程质量好坏占20%;降低成本占40%;提前完成时间占40%。

④最高限额成本加固定数目的酬金合同。最高限额成本加固定数目的酬金合同是对发包方(业主)比较有利的合同。如果造价超过初定的总价则可以削减以至使用承包方自己的资金来支付超过合同规定的总价部分。如果有节余,则发包方(业主)还可以分享余额中的一部分。

⑤按预算成本规定进行奖惩按照预算成本规定进行奖惩是指根据工程实际成本,承包、发包双方签订合同,超过预算成本的,对承包方进行经济惩罚;低于预算成本的,对承包方进行奖励。

3. 根据合同标的不同,可以分为:

- (1)设备供应合同;
- (2)建筑工程合同;
- (3)安装工程合同;
- (4)工程咨询合同;
- (5)工程监督合同;

(6) 劳务分包合同;

(7) 土建工程合同。

在国际工程承包中,成交的方式主要有两种:一种是通过招标成交;另一种是通过谈判成交。在一般情况下,采用招标成交。

(三) 国际招标与投标

1. 国际招标

国际招标(Invitation to Tender)是指发包单位(建设单位)由自己标明条件,在国际上招引或邀请应招单位或人员对其承包该工程所要求的价格、施工方案等进行报价,以便进行比价而达成的某项交易方法。

国际招标通常采用以下几种方式:

(1) 竞争性招标。竞争性招标具体包括:

① 公开招标。公开招标是一种无限竞争性招标,是指招标人在国内外报纸或有关刊物上公开刊登招标广告的方式进行的招标。

② 选择招标。选择招标也称邀请招标,它是有限竞争性招标。招标人根据自己的经验和情报资料或由咨询公司提供的情况,由招标人对某些承包单位发出邀请,进行资格预审后,再由投标单位提出报价指标。

(2) 非竞争性招标。非竞争性招标也就是谈判招标。谈判招标是一种非竞争性招标。具体做法是:由招标单位找一家承包单位直接与其进行合同谈判的招标。其实,这不是一种招标,而是一种谈判合同。

(3) 综合性招标。综合招标是一种无限竞争和有限竞争相结合的招标。综合性招标也称两段竞争性招标。也就是说,在第一阶段,按公开招标方式进行,经过开标评价之后,再邀请其中报价较低或最有资格的几家招标单位进行第二阶段报价。

2. 招标前的准备工作

(1) 确定国际招标项目,选择代理机构。

(2) 发布招标公告。招标公告包括招标通知和招标公告两种形式。

① 招标通知和招标公告的概念。工程项目确定后,应立即向外发出招标通知。如果工程项目是世界银行贷款项目,则招标通知应发送世界银行会员国中与项目所在国有外交关系或商务关系的各国。在通常情况下,招标通知发到拟进行邀请的各承包单位驻项目所在国的当地代表机构,必要时,还应同时发送世界银行;如果当地没有上述机构,也可将招标通知送至各驻有关国政府派往当地的外贸机构。

在一般情况下,凡采用“选择招标”或“谈判招标”时,适用于招标通知的方式。

在发出招标通知的同时,应在国内外著名报刊杂志上发布招标公告。招标公告适用于“公开招标”或“两段招标”方式。

② 招标通知(或招标书)的主要内容。招标通知包括以下内容:项目名称;项目地点;项目内容;工程范围;项目资金来源;索取招标文件的日期、地点和截止日期;招标文件的价格;接受招标的最后日期;开标日期、时间和地点;提供资格预审资料的日期、份数、使用的语言、文字;投标保证金的金额;投标业主的名称、地址、电报挂号、电传、电话;项目所在国有关投

标事项的咨询单位及地址。

③招标通告的时限。发送招标通知和刊登招标公告必须符合规定的时间。按照国际惯例,在一般情况下,国际招标项目开始招标(即购买招标文件)到提出报价单,其间隔期不应少于45天。大型土建项目其间隔期不应少于90天。因此,招标通知和招标公告一般应在开始招标前15天发出,也就是应该在报价截止前60天到105天以前发出。

(3)对投标人的资格预审。资格预审就是发包人(业主)对参加投标的单位和个人就其财产状况、技术能力、管理水平等情况事先进行审查,从而择优选择承包人的行为。

资格预审的主要内容有:

①投标人简况。公司名称、地址、电话、电挂、电传;注册国家及地址;公司等级、资本(包括注册及已认缴部分),所属公司或集团、附属公司、联营公司及所属工厂名称和地点、自有或租用的工厂设施;近三年的年周转额、往来银行;公司与其合作者的协议类型;组织机构表;前两个会计年度的年报表,包括资金平衡表、损益表,财务状况变动表及业主权益表等;已承担的任务(包括已经开工而未完工及拟开工项目)等。

②施工经验及以往成就。施工经验及以往成就,包括:一般施工经验和管理水平;特定施工经验;以往完成的类似项目数及其工程内容、规模、总造价;对类似项目试运投产的经验以及公司的信誉等。

③人员能力。人员能力包括:工人(熟练工人及半熟练工人)人数;全部经营管理方面与后勤人员人数及专业、学历、经历、职称;拟使用的二包人数及工种。

④厂房设施。厂房设施包括:主要建筑物,设施总平面图、室内室外的工场面积、结构、仓库、码头能力、预制能力、航运连接情况,铁路、公路、机场、码头。

⑤施工装备。施工装备包括:板材加工装备;管材加工装备;机械加工装备;铸、锻、热处理装备;焊接装备;运输装备;质量检查装备。

对投标人进行资格预审,必须在招标通知中说明,并可采用两种方法。一是发出“资格预审调查表”;二是进行现场访问。通常情况下,应采用前一种方法。

(4)投标人的现场勘察。投标人的投标书是根据招标人在招标文件中提供的有关水文、气候和自然条件的资料制订的。但是,为了避免出现风险和意外事件,以及其他可能影响其投标的各种情况,投标人还必须亲赴现场进行实际勘察,为制订一个稳妥可行的投标书搜集有关资料。现场勘察的主要内容有:

①项目所在地的政治条件。项目所在地政局是否稳定,与相邻国家是否存在封锁或战争可能,当地政府和人民对投标人的基本政治态度如何。

②项目所在地的经济条件。项目所在地的经济条件包括以下项目:施工用料供应情况和市场价格水平;生活用品供应情况及市场价格水平;施工工程所需设备、材料、临时工程用料供应来源,可能性、材质和价格水平;当地建筑材料的来源情况,开采沙、石等建材特许使用费的征收情况;运输情况、车辆租赁情况。汽车运费标准、油料的供应和价格、汽车零配件的供应和价格及雇用司机人员的费用;空运条件及价格;水陆空联运情况和价格;工地附近港口和铁路车站的装卸设施和价格标准;当地劳动技术水平、劳动状况和雇用价格等。

③项目地理环境条件。项目地理环境条件,包括以下几个方面:

工地及其附近的地形、地貌、土壤地质情况；自然地理条件对物资运输及施工有无影响；土地水文情况，附近江河、湖泊、地下水深及水质情况等；土地及附近气候状况、冻土层深度、主导风向、风速、年降雨、降雪量；风、雪、雨、雹、霜冻等自然灾害情况；地震、火灾情况。

④项目所在地国家有关法律规定。项目所在地国家有关法律、法令包括：项目所在国家宪法有关规定；民法；经济法；涉外经济法；劳动法；海关法等。

⑤项目所在地工程分工情况。工程和土地情况包括：工程的性质；投标人分包工程与其他单位分包工程间的关联情况；工地障碍物的拆除及准备工作情况；暂设工程准备情况等。

(5)确定标底。确定标底(Base Price)就是确定合同价格编制项目概算。一般采用下列公式确定标底：

合理标底 = 设计需要的材料、设备费 + 人工费 + 机械台班费 + 经营管理费 + 合理利润。

3. 招标文件

招标文件是招标机构为使投标者顺利进行投标工作而向投标人提供的招标材料。

招标文件一般应包括以下内容：

(1)投标人须知。应包括以下内容：

- ①交标程序；
- ②报价资料文本份数、使用语言；
- ③送交报价的截止日期、时间、地点；
- ④关于需要澄清和更改的要求；
- ⑤随同报价单位提交的资料；
- ⑥开标日期、时间、地点；
- ⑦拒绝投标的权利；
- ⑧投标担保；
- ⑨现场勘察；
- 10 报价计算基础；
- 11 价格与报价使用的货币；
- 12 在投标期间负责人与投标人进行联系的人员、姓名、地址、电传、电话。

(2)投标书的附件。投标书是投标者的发盘。

(3)协议书。协议书是承包、发包双方在签订合同前的一种保证。

(4)投标保证金或保证书。

(5)合同条款。

(6)技术规范。

(7)图纸和技术说明书。

(8)工程量表。

(9)其他注意事项、补充或修改意见。

投标有效期限是指从投标截止日期到公布中标之日止的一段时间。在此期间内，全部投标均为有效。

按照国际惯例，投标有效期，一般为 90 天至 120 天，并载明于招标文件之中。投标有限

期一般不得延长,但在特殊情况下,应在有效期终止前,征得所有投标人的同意后,也可以延长有效期。

4. 国际投标

(1)国际投标的概念。所谓投标是指由投标人在国际上根据招标通知,按照招标条件,向招标人报价,争取中标从而达成交易的行为。投标应遵守投标程序和方法。

(2)作好投标前的准备工作。在投标人收到招标文件或者“投标邀请书”以后,投标人应开始进行投标资料的搜集、编制工作。在这一段时间内,投标人应完成下列工作要求:

①编制投标资料。投标者在接到招标文件后,应认真汇制报价资料,但从接标到投标,投标者必须完成以下各项工作:填制资格预审调查表;现场调查研究;确定担保单位;选择咨询单位;分析招标文件;核定工程量;整理报价依据;分析各项定额与确定利润方针;确定费用依据;编制报价书。

②估价。报价是投标的核心,是投标成败的关键,因此报价前必须作好估价工作。合理估价应做好以下工作:估价的整理和分析;精确计算工程量;合理确定定额与成本。

③编制报价书或投标文件。编制投标文件,必须完全按照招标文件的各项要求编制,既不能附带任何附加条件,也不能短缺,否则,视为废标。

投标文件应包括以下内容:投标书及附录;投标保证书;价格表;主要工程进度表;交付办法和时间表;施工方案;施工组织机构及拟任命的主要管理人选及简历;拟雇佣二包人的有关资料;人力安排计划曲线图;对完成特定任务的体制和方案的说明;招标文件中规定的其他必须随报价书递交的有关资料,如协议书、合同条件、图纸、说明书以及合同所要求的其他各种表格。

(3)招标文件编制期限。招标文件编制期限指从投标人收到招标文件之日起至投标截止日止的一段投标准备期限。根据国际惯例,一般的工程项目不少于45天,大型复杂的工程项目,则不少于90天。

5. 开标与中标

(1)开标。开标是指在规定的日期、时间和地点将全部投标人寄来的报价书中所列的标价予以公开宣布的行为。开标必须公开进行。公开开标是按照规定的日期和地点,由投标人或其代表参加监督,当众宣读各个投标单位的名称及其标价并予以记录和录音的全部活动过程。

开标以后即转入幕后评价阶段,对投标进行审查、鉴别、比较,直至决标,批准中标单位。

(2)审查报价书。审查报价书是指在评价以前对所有报价书事先进行初步审查,以保证报价书不漏不缺。

开标后,由招标机构组织有关专家对全部报价书进行审查评比,确定投标者。

对报价书应审查以下内容:

- ①有无重大计算错误;
- ②是否完全符合招标文件的要求;
- ③是否提供了所需要的保证;
- ④全部文件是否按规定签了名;

⑤文件是否完整齐备。

(3) 投标评价。评价就是要从所有报价书中评出一个技术上合适同时又是费用最低的报价书。

(4) 决标。决标就是决定谁是中标者。在决标阶段应完成以下工作：

① 决标前的谈判。谈判的内容包括合同、成本、财务、工程、施工、计划各个方面。谈判中达成的结论应用书面形式予以记载并载入合同文件。谈判结束，形成最后文件，双方应各派一名高级代表共同审阅合同文件，并在文件的每页上签字。中标结果必须在招标文件中规定的投标有效期内宣布。谈判结束，立即宣布中标人，并向中标单位发出中标通知。同时，对未中标的单位也发给未中标通知。

中标人一经宣布，投标阶段即告结束。

② 履约保证书。按照国际惯例，中标单位接到正式中标通知书后，承包人应立即按照招标文件的要求，在规定时间内，向招标单位提交履约保证书。

履约保证书是承包人保证履行合同的一种担保方式。按照国际惯例，履约保证金额一般为合同总价的 15%，最低不少于 10%。

履约保证书的有效期限一般可延续到工程保修期满为止。

6. 废标

废标就是拒绝全部投标。在招标文件中，通常都规定招标单位有权废标。具备下列条件之一者为废标：

(1) 最低“评定标价”大大超过了标底（一般指超过 20% 以上），招标单位无力接受投标、进行开工；

(2) 所有报价书在实质上均未按照招标文件的要求编制；

(3) 投标单位过少，没有竞争性。

7. 签订合同

中标人在正式接到“中标通知书”后，应在规定期限内和招标单位签订工程承包合同。逾期不与招标机构签订合同，则招标机构没收其投标保证金。

在签订合同前，中标人应提供以下文件：

(1) 项目所在国有关单位对中标者的登记证明和当地公证机关证明；

(2) 中标者的注册国驻项目所在国使馆的认证；

(3) 代表中标者签字的授权委托书和公证机关的公证（也可以由其注册国驻项目所在国使馆认证）；

(4) 履约保证金和保函；

(5) 按惯例投保的保险单；

(6) 若同意分包，须提交分包者的名单及其分包范围；

(7) 按项目所在国的特别规定应提交的其他文件。

(四) 国际工程承包合同的主要内容和基本条款

通过招标成交的合同包括以下基本内容：

1. 合同文件的组成

通过招标成交的合同内容由一系列文件所组成的合同,合同文件(Contract documents)一般包括下列文件:招标通知书;投标须知;投标书(投单);中标通知书;协议书;说明书;设计文件和图纸;附录。

2. 基本条款和特定条款

合同条款在国际上通常分为“基本条款”和“特定条款”或称“一般条件”和“特定条件”。一般条件,也称通用条件或总条件,适用于当事人一般权利义务的合同条款。特定条件适用于各项交易中的具体合同条款。如发包人、承包人名称;工程项目;竣工日期……等;而且也包括可以选择、采用、修改、增删的条款。国际上通用的一般合同条款包括:定义与解释条款;工程师与工程师代表职权责任条款;转让和分包条款;一般义务条款;开工时间与工期和推迟竣工条款;特殊自然条件和人为障碍条款;维修条款;工程变更、追加与削减条款;索取追加费用条款;价格支付条款;承包方违约条款;发包方违约条款;特殊风险条款;保证与保险条款;税金条款;货币与兑税率条款;争议解决条款;法律适用条款;合同失效条款;合同文本、语言和生效条款。

四、对外劳务合作合同的订立

(一)对外劳务合作合同的概念

对外劳务合作是指由我国提供劳务人员,按照合同规定与外国业主或承包商之间通过转移劳动力而实现相互合作的一种对外经济贸易形式。

在国外进行劳务合作又称“国际劳务合作”,包括承包各类工程的劳务合作和单纯提供劳务的合作。向国外某项工程、某个专门的部门或行业提供工程设计人员、专家施工人员、技术人员、技术工人、管理人员、服务人员,代培技术人员,提供教师、厨师、会计师、烹饪技师、各种顾问等到外国进行技术服务和劳动服务的合作。

对外劳务合作具有以下法律特征:

(1)对外劳务合作以出卖劳动力为合作的标的

对外劳务的提供,有的是通过技术服务、技术咨询体现的,有的是通过某种劳动服务体现出来的,还有的是通过其他形式表现出来的。但无论哪种表现形式,其标的都是一种劳动力。

(2)对外劳务合作的主体可以是法人,也可以是自然人

对外出口劳动力是通过两种形式进行的,一种是通过对外经济技术合作合同,组织成批劳动力出口;另一种是通过私人关系提供特殊劳务。通过合作合同组织劳务出口时,其中方主体是法人。通过私人关系进行劳务输出时,中方主体是自然人。目前对外劳务合作主要是前者。

(3)对外劳务合作一般是与国际工程承包联系在一起的

为了完成某项建筑工程任务,就需要派出工程技术人员、熟练技术工人等。因此,必然涉及到劳务输出。劳务输出是国际工程承包活动的不可分割的一部分。

对外劳务合同是一国公司、企业与劳务进口国的主管机关、公司、企业之间,为了向劳务进口国的某项工程、行业、企业或公司提供劳力活动而由双方签订的协议。

(二) 对外劳务合同的内容

对外劳务合同一般包括首部、主文和尾部三部分。

首部包括：当事人名称、法定地址、签订日期、地点、期限等。

主文部分包括以下内容：

(1) 劳务合同的内容和规模；

合同应明确对派遣方需要提供的具体专业、工种、人数、技术要求等；

(2) 当事人双方具体的权利和义务；

(3) 人员的派遣、变更和解雇；

(4) 每天工作时间及节日、休假、病假、事假；

(5) 工作条件；

(6) 工资及各种费用条款，包括工资标准；动员费；交通和通讯费；住宿费；膳食费；医疗费；工具和劳保用品；加班加点费；零用费；奖金；

(7) 人员更换和解雇条件；

(8) 支付货币种类、支付期限、支付办法；

(9) 纳税；

(10) 损害赔偿，包括人身伤残和死亡；

(11) 不可抗力；

(12) 保险；

(13) 保密；

(14) 履约担保；

(15) 合同的修改和终止；

(16) 合同转让；

(17) 法律适用；

(18) 争议解决；

(19) 涉外其他事宜。

结尾部分，包括合同的生效、文字和签字等。

(三) 签订对外劳务合同的注意事项

(1) 签订劳务合同要慎重选择输出的方向、工种和专业，要扬长避短。

(2) 要防止大批技术人才和熟练技术工人的外流。

(3) 要严格区分劳务合同和技术转让合同。注意了解和熟悉各国的法律、法规中的有关规定。如有的国家把智力输出看成是劳力输出；也有的国家则把纯智力技术服务，看成是技术转让活动。

(4) 劳务合同的条款必须详细和完整。

(5) 由于对外劳务合同种类较多，内容形式比较复杂，因此，涉及各国的法律、法规也比较繁杂。为了符合各国法律规定，应注意了解和熟悉各国合同法、劳工法、税法、保险法、外汇管理法等法律和法规。

(四) 承包商(业主)与派遣方的权利和义务

在对外劳务合同中,一方为业主(承包商),另一方为派遣方。双方的权利和义务是相辅相成的。一方应履行的义务,正是另一方应享有的权利。

1. 业主的义务

(1) 业主必须在人员派遣前一至两个月内,向派遣方发出通知,明确指定到达现场的日期,并保证派遣人员按时获得签证,居留证和工作许可证。

(2) 业主必须提供派遣人员的住房,家具及盥洗设备。

(3) 业主必须提供办公房间和办公用具。

(4) 业主必须保证在场工作期间免费提供翻译人员。

(5) 业主应采取一切有效的措施,保证安全,防止伤亡事故。

(6) 业主对派遣人员的操作应给予技术上的指导。

(7) 业主应承担由于自己的过失或违法或指挥错误而给派遣人员造成损失的责任。

(8) 业主应承担以下差旅费用:

① 派遣人员从其本国到工作现场的往返航空经济舱的旅费及有关合同所要求私人物品、仪器和工具的运费、关税和保险费等。我国对派遣人员私人物品的超重限制在 10—20 公斤,超重费由业主承担。

② 与合同有关的差旅费。

③ 在业主不提供免费交通的情况下,由于条件所限,业主应负责往返工地、工作现场及工作现场与进膳地之间的交通费用。

④ 业主应按合同规定负责派遣人员探视休假的往返旅费。

2. 派遣方的义务

(1) 派遣方在派出人员前一个月必须向业主提交派遣人员姓名、出生年、月、日、工种、护照号码及办理派往工作所在国入境手续所需要的其他资料;办理派遣人员所在国的出入境手续和过境手续并承担其费用。

(2) 派遣方必须及时通知业主关于派遣人员的出发日期。

(3) 派遣方因工作疏忽而未选择合适派遣人员或未按时提供派遣人员时,应承担给业主造成损失的责任。

(4) 派遣方有监督、检查派遣人员、工作情况的义务。

五、国际租赁合同的订立

(一) 国际租赁的概念

国际租赁是指处于不同国家的当事人一方(出租方),在一定期限内将自己的财产交付给另一方(承租方)使用,由另一方在租赁期限内分期分付相当于出租财产总值、出租的财产利息和利润的租赁费用;在租赁期满后,原则上仍归出租方所有的一种分期付款的信贷方式。

国际租赁具有以下法律特征:

(1) 出租方必须保证对出租物享有所有权,出租方有权将财物转交给承租方,使其取得

使用权并符合双方约定的或通常使用的标准,承租方按照约定的数额和期限交付租金。所以租赁关系的出租方不是向承揽方转移财物的所有权,而是转移财物的使用权。

(2)在国际租赁关系中,当事人是处于不同国家的法人或自然人;其财物要从一个国家转移到另一个国家;其租赁的法律行为(如签订租赁合同,使用租赁物品,交付租金等)往往发生在不同国家境内。

(3)承租方在使用租赁财物时,不得违背租赁合同规定,未经出租方许可不准转租和转借;在合同期满或终止时,原则上应将承租的财产返还出租方。一方如不履行或不完全履行合同规定的义务,应按合同有关规定向对方承担违约责任。

(4)国际的财物租赁一般是金额高,期限长,风险大,牵涉面广,关系人多,涉及的内容比较复杂。

(5)由于国际租赁关系是不同国家当事人之间发生的关系,具有面广、复杂的特点,因此,往往涉及到不同国家的法律和国际公约及国际惯例的某些规定。

(二)国际租赁的种类

1. 根据租赁期限长短,可以分为短期租赁、中期租赁和长期租赁。

短期租赁,一般是指1年以下的租赁,少则可至几小时的“出租”或“暂租”的租赁。中期租赁,一般是指1年至3年期间的租赁。长期租赁,一般是指3年以上,以至于长达20年的租赁。

2. 根据租赁业务内容的不同,可以分为以下种类:

(1)专业租赁(经营租赁)或业务租赁(作业租赁)。这种租赁一般适用于期限较短,技术发展迅速的商品,如电子计算机等。租赁结束,租赁物可以退回出租方,也可以续协商出租条件。

(2)服务型租赁。这种租赁一般是指中期租赁。出租方除租赁财物外,还负责机器设备的保养、维修,提供原料、燃料、部件和负责培训技术人员。在合同到期前,承租方有权书面通知出租方取消合同,退还租赁物。

(3)金融租赁(资金租赁)。金融租赁也叫融通资金租赁,这种租赁适用于长期租赁形式,以租赁机器、设备为主。出租方从银行获得贷款,然后向承租方出租机器、设备。出租方再从租金中收回垫付的全部资本。

如果出租方不是制造商,则可用银行贷款与制造商签订买卖合同,购买设备,然后再与承租方签订租赁合同,把设备租赁给承租方。

在这种租赁中通常由承租方自己负责设备的保养和维修。

(4)信贷租赁。信贷租赁也称平衡租赁或辛迪加租赁。

这种租赁是由出租人(租赁公司)提供租赁设备或交通工具所需资金的20—40%,其余的60—80%资金,由其他银行或财团借贷。租赁物的所有权归租赁公司所有。这种方式适用于大型机器设备、交通工具等。

(5)杠杆租赁。杠杆租赁也称代偿贷款租赁,也就是抵押贷款租赁。这种方式是由租赁公司为解决资金不足而向银行或保险公司贷款,购买设备作为租赁物品,承租方向银行或保险公司按期支付租金,以代替租赁公司偿还贷款,而租赁公司则从中收取佣金。这种方式适

用于租赁大型设备或成套设备。

(6)综合租赁。综合性租赁是指租赁与其他贸易方式相结合的租赁。具体包括:

①租赁与补偿贸易相结合的综合租赁。即由承租方向出租方租赁某种租赁物,由承租人用租赁物所生产的产品来偿还租金。

②租赁与加工装配相结合的综合租赁。即承租方向出租方租赁机器、设备,承租方的产品由出租方负责包销,出租方从包销价格中收取佣金。

(7)售出与回租租赁。售出与回租租赁是指制造厂商先把自己生产出来的机器、设备出卖给租赁公司,租赁公司取得机器、设备的所有权以后,再以出租人的身份将机器、设备租赁给生产该机器、设备的制造厂商,双方签订租赁合同,由厂商向出租方再分期交付租金。

(8)转租。承租方经出租方的同意后,也可以将租赁的机器、设备转租给分租人。

(三)国际租赁合同的概念

国际租赁合同是指处于不同国家的当事人之间为了实现租赁目的而明确相互权利义务关系的协议。

在国际租赁合同中当事人一方(出租方)将自己财产的使用权转移给另一方(承租方),在规定的合同期限内使用租赁的财产,期满将原物返还给出租方并支付约定租金的协议。国际租赁合同当事人一方为出租方,即租赁公司;另一方为承租方,即使用设备的企业或公司。

(四)国际租赁合同的法律关系

1. 国际租赁合同法律关系主体

国际租赁合同法律关系主体是指处于不同国家境内的当事人,主要包括:

(1)租赁专业公司。如美国租赁公司、日本租赁股份公司(株式会社)、中国租赁公司等。

(2)制造厂商。这是指制造商品的工厂或企业。制造厂商可以下设租赁部门,但对外参加活动是制造商。也可以下设租赁公司,是独立的法律实体。如德国的“大众汽车公司”,日本的“丰田汽车公司”等。

(3)银行或保险公司。银行或保险公司既可以“借贷人”的身份,向出租人一方提供信贷,获取利润;也可以成立自己的租赁公司,独立开展租赁活动。

(4)推销商或经销商。一个国家经销商品的公司或出口公司,有时也以出租人的身份经营租赁业务。如意大利的菲亚特汽车公司在英国就出租拖拉机和摩托载重车等。

(5)制造商或租赁公司与银行联合组成租赁联营组织。如美国国际商业机器公司与银行联合经营计算机租赁中心。

(6)国际性的租赁垄断组织。

(7)从事租赁业务的商业经纪人。经纪人代表出租方或承租方与对方磋商租赁条件,促成交易,从中收取手续费。

由于国际租赁合同涉及面广,种类较多,故其主体资格除出租方和承租方外,还有其他关系人。

2. 国际租赁合同法律关系客体

国际租赁合同法律关系的客体是指国际租赁的对象或标的。

国际租赁合同法律关系的客体是指有形的物体,包括动产和不动产。目前国际租赁中主要是以动产为对象。包括:

机械,如纺织机械、农业机械和各种计算机等。

设备,如各种成套设备、生产线,建筑设备,采矿、炼油、钻井、机场、码头、港口设备等。

运输工具,如汽车、飞机、船舶等。

(五)国际租赁合同的内容

国际租赁合同应包括以下内容:

(1)当事人的名称、国别、法定地址、法定代表人和职务。

(2)合同标的的名称、规格、型号、牌号及数量和交货期限。

(3)租赁费及租赁费的支付办法

租赁费的计算因租赁对象的不同而异。但是,出租设备的租赁费应由设备的价格、利息、利润、手续费、保险费和租期等因素决定,其计算公式为:

$$\text{租赁费(每次交付)} = \frac{\text{租赁设备价格} + \text{利息} + \text{保险费} + \text{手续费}}{\text{交付租赁费的次数}}$$

如果租赁合同中还有其他项目,如出租方提供专利、专有技术、保养、人员培训、捐税、关税等,在租赁费中还应一并加入计算。

租赁费的支付,一般根据合同期限,按周、月、季、半年或一年等周期,按期交纳。

(4)租赁期限

一般为2—3年,最长为4—8年。具体时间应根据用户的资金计划、设备使用时间和寿命长短以及租赁公司资金条件来决定。

(5)结汇货币

用什么货币结算由双方协定,一般以美元结算。

(6)租赁开始日期

租赁物的起租日期应以承租方向租赁公司签发租赁物的接受证书之日算起。

(7)租赁物的保养和维修

一般来说,在“湿租”的情况下,租赁物的保养和维修由出租方负责。在“干租”的条件下,保养和维修可以做不同的规定:

①负责保修的租赁。即出租方除提供租赁物品外,还必须负责保养、维修并支付有关费用。

②纯租赁。即出租方只承担提供租赁物品的责任,不负责保养和维修的责任,一切保养和维修,由承租方负责,并支付有关费用。

(8)交货地点

合同应明确规定如果是“离岸价格”条件(FOB)由何处出口;如果是到岸价格条件(CIF或CFR)在哪里交货。

(9)保证、担保与保险

保证是指出租方必须保证他所出租的租赁物品不是陈旧的,其质量合格;否则,应及时调换、赔偿损失。并且,承租方有权中止合同。担保是指为了担保承租方按时交付租赁费,

出租方要求承租方的银行开出保证函。

租赁物的保险应由承租方负担。

(10) 租赁物的毁损

租赁物在租赁有效期间,因承租方的过失导致租赁物毁损时,均由承租方承担责任;如无法修复,则由承租方赔偿全部损失;非因承租方的过失,则应由出租方负责。

(11) 租赁合同的终止

承租方如果不能按期支付有关费用,则出租方有权终止合同。合同终止后,承租方应向出租方支付从租赁合同终止日至原定租期的剩余租赁费。如果承租方不能承担上述任务,应按出租方的要求将租赁物运往出租方指定的地点,而自己承担一切有关费用。

(12) 租赁期满后租赁物的处理

国际租赁合同期满后,对于租赁物的处理应在合同中予以规定,或由承租方以调整后的租赁费继续租赁;或由出租方收回;或由承租方以低价收购。在得到出租方的同意后,承租方也可以转售,并可以从中取得一定比例售货款作为租金的回扣。

除上述内容以外,还应包括违约和赔偿条款、特别保留条款、不可抗力条款和争议解决条款。

(六) 签订国际租赁合同应注意的事项

(1) 注意了解出租方的资信情况,做到稳定可靠;

(2) 要精确计算租赁物是否能取得经济效益,必须进行充分论证;不可轻率地与出租方签订租赁合同;

(3) 尽力熟悉和了解各国租赁业务情况,力求准确判断出租方所要求的租赁费是否合适;

(4) 合同文本内容要具体,语言要准确,文字要简练严谨。

(七) 国际租赁合同当事人的权利和义务

1. 出租方的义务和权利

(1) 出租方的义务

① 出租方必须按照合同中的约定条件,按规定的时间、地点和交货条件,向承租方提供租赁物品。如果是“湿租”则应按规定提供运输工具和工作人员,负责为承租方进行人员培训和租赁物的保养和维修。

② 出租方必须保证提供的租赁物质量可靠、运转正常,不过时,不陈旧。

③ 对于非承租方的过失而使租赁物发生故障或损坏时,由出租方承担责任。

(2) 出租方的权利

① 出租方有按照合同规定取得租赁费的权利。

② 出租方有权检验租赁物是否在规定的地点使用及使用的情况。

③ 在承租方不履行合同义务或不按时交纳租赁费时,出租方有权解除合同。

2. 承租方的义务和权利

(1) 承租方的义务

① 承租方必须按照合同约定的条件向出租方支付租赁费用。

②承租方必须按照合同规定,正确使用租赁物,未经出租方同意,不得随便改变租赁物的结构,并且必须保证妥善维护租赁物。

③承租方按照规定的交货条件接收租赁物后,必须承担租赁物的运输、存放和开工所需的一切费用。

④承租方必须承担租赁物的技术和资料的保密义务。

(2)承租方的权利

①承租方有权按照合同规定的条件,对租赁物行使使用权。

②承租方发现租赁物品损坏或不能使用,或租赁物不符合合同规定时,承租方有权提出中止或解除租赁合同。

六、中外合资经营企业合同的订立

(一)中外合资经营企业的概念

中外合资经营企业也称合营企业(Joint Venture),是由两个或两个以上的中国公司、企业或其他经济组织与外国公司、企业、其他经济组织或个人,按照平等互利的原则,经中国政府批准,在中国境内共同举办的共同投资、共同经营、共享利润、共担风险的股权式企业。

这种企业一般由外商提供资金技术、设备和工业产权,由中方提供场地、厂房、原料、现金和专有技术等作为投资。中外合营企业是有限责任公司,各方以他们各自的投资对公司的债务负责,互相不负连带责任,公司以其全部财产对债权人承担全部责任。

合资经营企业具有以下法律特征:

(1)合资经营当事人既可以是两方的,也可以是多方的;

(2)外国合营者可以是公司、企业、其他经济组织或个人。但是,根据我国现行法律规定,我国公民不能成为合资经营企业的主体,没有资格与外商共同举办合资经营企业;

(3)合资经营企业是指有中国合营者参加的在中国依法成立且管理机构在中国境内的合营企业。

(二)中外合资经营企业的法律地位

法律地位是指依法享有的权利和依法承担的相应义务。

我国《宪法》规定:中华人民共和国允许外国企业和其他经济组织和个人,根据中华人民共和国法律的规定在中国投资,同中国企业或者其他经济组织进行各种形式的经济合作。在中国境内的外国企业和其他外国经济组织,以及中外合资经营企业,都必须遵守中华人民共和国的法律。它们的合法权利和利益受中华人民共和国法律的保护。

我国《中外合资经营企业法》也规定:中国政府依法保护外国合营者按照经中国政府批准的协议、合同、章程在合营企业的投资、应分得的利润和其他合法权益。合营企业的一切活动应遵守中华人民共和国的法律、法令和有关条例规定。

我国的《中外合资经营企业法实施条例》进一步明确规定:依照《中外合资经营企业法》批准在中国境内设立的中外合资经营企业是中国法人,受中国法律的管辖和保护。

我国法律、法规规定,中国境内的合资经营企业是中国企业不是外国企业,也不是外国人的企业。企业的合法权益受中国法律保护;同时,合营企业也必须遵守中国法律。

我国法律、法规对中国境内合资经营企业法律地位的规定,为解决合营企业与国内其他企业、合营企业与外国企业和其他经济组织,合营企业内部之间的关系提供了法律依据。

(三)中外合资经营企业协议

1. 协议的概念

合营企业协议是合营者就设立合营企业的基本要点在谈判中通过友好协商而草签的初步书面文件。协议是合营者各方签订合营合同的基础,然后在协议的基础上再签订比较具体的合同。如果协议与后来签订的合同有抵触时,应以合同为准。协议对双方具有约束力,合营企业的协议必须依法定程序经过批准。

2. 合营企业协议的内容

中国境内的合营企业协议一般包括以下内容:

- (1)合营各方的名称;
- (2)合营的项目;
- (3)合营企业的经营产品、经营范围和生产规模;
- (4)合营企业投资总额、注册资本、各方的出资比例、出资方式和利润分配;
- (5)合营企业的组织机构、双方席位的分配;
- (6)产品销售方向、内外销比例、原材料来源;
- (7)合营企业采用的设备和技术;
- (8)合营期限;
- (9)经双方协商同意的其他问题。

3. 协议的其他类型

除上述类型的协议外,还有其他类型的协议。如在签订合同后,认为合营企业合同不完善、不明确,则合营者可以签订补充协议。这样的协议应视为合同的附件,与合营合同具有同等效力。合同修改后,应以新的协议为准。补充协议应由合营各方授权代表签字,并由原审批机关批准后方能生效。

此外,还有作为合同附件的其他类型协议,如原材料协议;产品销售协议;技术转让协议等。

这几种协议与合同签发前合营者达成的协议不是同一意义上的协议。

4. 合营协议与意向书、备忘录的区别

意向书(Letter of Intent)由合营各方在初步接触后和谈判之前,就某项内容表示愿意进行谈判的意向,在签订意向书后,各方可以进行广泛接触,互相了解情况。而协议是合营者开始谈判以后,对主要问题进行充分磋商后形成的一个比较明确的文件。

备忘录是合营各方在进行谈判期间,一方对某个问题表示自己的观点、方案或意见的简要书面陈述或通知。备忘录仅是单方面意见的陈述,或补充已经表示过的意见。对另一方没有法律约束力。

备忘录一般以电讯和书信方式通知对方。

(四)中外合资经营企业合同

1. 合营企业合同的概念

中外合资经营企业合同是指合营各方为设立合营企业,在合营协议的基础上,经过合营各方调查研究、考察、谈判、协商,就举办合营企业各有关事项明确相互权利义务关系的全面协议。

中外合资经营企业合同具有以下特征:

(1)合营企业合同不但应由合营各方以书面形式达成协议,由各方授权代表签字,还必须经中国政府批准方为有效。

(2)合营企业合同的签订应符合中国法律。合同依法成立后,对各方均有法律约束力。

(4)合营企业合同内容复杂,涉及面广。合营企业合同不仅包括一个基本合同,而且有许多专门合同作为整个合营合同的组成部分。不仅与合同当事人有关,而且涉及其他许多方面的多种关系。不仅涉及中外合资经营企业法律、法规,而且涉及农业、工业、价格、税收、外汇、技术引进、技术转让、劳动等各方面的法律、法规和政策。

2. 合营企业合同的内容

根据我国《中外合资经营企业法实施条例》的规定,合营企业合同应包括以下主要内容:

(1)合营各方的名称、注册国家、法定地址和法定代表姓名、职务和国籍;

(2)合营企业名称、法定地址、宗旨、经营范围和规模;

(3)合营企业的投资总额、注册资本,合营各方的出资额、出资比例、出资方式、出资的缴付期限以及出资额欠缴、转让的规定;

(4)合营各方利润分配和亏损分担的比例;

(5)合营企业董事会的组成、董事名额的分配以及总经理、副总经理及其他高级管理人员的职责、权限和聘用办法;

(6)采用的主要生产设备,生产技术及其来源;

(7)原材料购买和产品销售方式,产品在中国境内和境外销售的比例;

(8)外汇资金收支的安排;

(9)财务、会计、审计的处理原则;

(10)有关劳动管理,工资、福利,劳动保险等事项的规定;

(11)合营企业期限,解散及清算程序;

(12)违反合同的责任;

(13)解决合营各方之间争议的方式和程序;

(14)合同文本采用的文字和合同生效的条件等。

3. 合营企业合同的附件

合营企业合同附件是合营企业合同不可分割的部分。在签订合营企业总合同时或以后,往往还需要就有关问题专门进行谈判,签订专门合同。专门合同作为合营企业合同的附件,与合营企业合同具有同等效力。

4. 签订合营企业合同应注意的事项

(1)必须了解外商资信等情况,如果对外商资信等情况不清楚,不能盲目签订合同;

(2)合同内容必须符合中国法律、法规和政策的规定;

(3)合营各方的权利义务规定应当完备、详细、具体、清楚,切忌含混不清和疏漏不全;

(4)对重要问题应要求对方具有保证措施。如银行担保或保证金担保等;

(5)各方签约人不得越权;外方代表必须在授权范围内从事各项活动;中方代表是中国的经济组织,其活动范围也不能超越权限,无权代表政府或政府部门对外作出任何承诺,如减免税收等。

(五)中外合资经营企业章程

1. 中外合资经营企业章程的概念

中外合资经营企业章程(简称合营企业章程)是根据我国法律、法规的规定,按照合营企业合同规定的原则,经合营各方一致同意,明确合营企业的宗旨,组织原则和经营管理方法等事项的文件。

合营企业章程是企业法人本身进行组织和活动的行为规程和法律依据。合营企业章程具有以下特征:

(1)合营企业章程一经批准,即具有法律效力。

(2)合营企业章程不仅需要各方授权代表签字,而且还必须经合营合同的审批机关批准后方为有效。

(3)合营企业章程的内容应与合营企业合同的原则相一致,合营企业合同是合营企业章程的依据。

2. 合营企业章程的基本内容

根据我国《中外合资经营企业法人实施条例》的规定,合营企业章程包括以下主要内容:

(1)合营企业名称及法定地址;

(2)合营企业的宗旨,经营范围和合营期限;

(3)合营各方的名称、注册国家、法定地址、法定代表的姓名、职务和国籍;

(4)合营企业投资总额、注册资本、合营各方的资额、出资比例、出资额转让的规定、利润分配和亏损分担比例;

(5)董事会的组成,职权和议事规则,董事的任期、董事长、副董事长的职责;

(6)管理机构的设置,办事规则,总经理、副总经理及其他高级管理人员的职责和任免方法;

(7)财务会计,审计制度的原则;

(8)解散和清算;

(9)章程修改的程序。

(六)合营企业协议、合同、章程和法律关系

举办中外合资经营企业必须以合营者的协议、合同和章程作为合营企业建立、活动以至歇业、清算的依据。协议、合同和章程虽然不是法律,但从属于法律,因此,合营企业的协议、合同和章程必须符合下列条件:

(1)合营企业的协议、合同和章程必须符合中国法律,如果违背中国法律,则视为无效;

(2)合营企业协议、合同和章程的制定程序、变更、修改、补充、批准以及合同的转让,必须依照法定程序进行,并经批准后方为有效;

(3)合营企业协议、合同和章程的订立,必须依据平等互利,协商一致的原则。如果违背

这一原则,任何一方把自己的意志强加给对方或以强迫欺骗等手段签订协议、合同或章程的,均应视为无效;

(4)在订立合营企业的协议、合同和章程时,其法律体系主体必须具有合法资格和履约能力,并互相提供证明合法身份的文件,以证明任何一方主体的权利能力和行为能力。

七、中外合作经营企业合同的订立

(一)中外合作经营企业的概念

中外合作经营企业,是由外国公司、企业、其他经济组织和个人(简称外国合作者),同中国企业或其他经济组织(简称中国合作者),在平等互利原则下,根据《中外合作经营企业法》和其他有关法规的规定和约定的合作条件,经我国政府批准,在中国境内共同设立的,负有限责任的经济组织。

合作经营企业一般由外国合作者提供资金、技术、设备和原材料,由中国合作者提供场地、厂房,双方按照合同约定的比例(不是按投资比例),分配收益;在合作期限内,由外国合作者定期收回本金,合作期满,企业全部归中国合作者所有。

合作经营企业具有以下主要法律特征:

(1)中外合作经营企业外国合作者主体是指公司、企业、其他经济组织或者个人

外国合作者不仅包括具有法人资格的企业,也包括不具备法人资格的经济组织和个人。中国合作者的主体,必须是中国法人,即中国的公司、企业或其他经济组织。中国公民个人,目前还不能成为中外合作者的主体。

(2)中外合作经营企业,是契约式合作经营企业

在合作经营企业中,中外各方的权利和义务是由双方共同协商,通过书面合同的形式确定的。中外合作企业与中外合资企业具有不同的法律特征。

(3)中外合作经营企业是责任有限的经济组织,即合作企业各方以其出资额对合作企业债务负责

这种责任有限的经济组织,可以取得法人资格,也可以是不具有法人资格的一种经济组织,但无论什么形式,其应承担的责任都是有限的。

(二)中外合作经营企业的法律性质

中外合作经营企业,是我国合资经营中引伸出来的一种契约形式;合作项目,也是我国引进外资的一种主要形式。

中外合作经营企业,根据双方的约定,即可以组成具有法人资格的合作经济组织,也可以组成不具有法人资格的合作经营组织。

法人式的合作经济组织的特点是:由中外合作者共同投资,组成共同的财产,投资方式和比例不受限制,投资可以不折算成股份,成为独立的法人组织。合作企业能够成为法律关系主体和诉讼主体,可以自己的名义起诉或应诉;设立董事会和经理部两层机构,实行董事会领导下的经理负责制。

非法人式合作经济组织,不具有法人资格,但也是由中外合作者共同投资,其全部资本可以归合作者所共有,也可以确定分别归投资者所有,但是无论哪一种形式,全部资本都是

由合作组织共同使用和管理。在管理上,可以由合作双方代表组成联合管理机构,也可以不组成联合机构,而由合作各方直接参与经营管理,分工负责。每个合作者均可代表联合体,从事一定的法律行为,也可以经协商,委托一方管理。

非法入式合作经济组织,实质上是一种合伙关系,每一合作者对经营项目的债务负连带责任。

(三)中外合作经营企业与合资经营企业的区别

中外合作经营企业与合资经营企业的区别主要有以下几点:

1. 组织形式不同

合作经营企业可以组成一个独立的法人,也可以不组成具有法人资格的经济实体。法人企业设董事会,非法人企业组成联合管理机构。合作经营企业属于有限责任公司,是我国具有法人资格的企业。

2. 投资方式与投资构成不同

计股引进,任何投资都必须折合成股金,并计算出比例;外商投资只有不低于 25% 的下限,而没有上限。

3. 投资回收不同

合作经营企业的各方或一方可以通过固定资产折旧或采用其他方式使其中一方的总收益达到其原投资额,也就是回收投资。合资企业各方在合营期限内不能收回其投资的本金。企业解散后才可以取回资本。

4. 收益分配的方式与比例不同

合作经营企业由合同规定收益的分配方式和比例,进行分成。合资企业依照法律规定,各方按投资比例分享利润。

5. 责任与风险的分担不同

有法人资格的合作企业,以该企业的全部资产为限,对外承担债务。不组成法人的合作企业,以各方利益的分成比例分担债务,各方负连带责任。合资企业对外以企业的全部财产为限承担责任;各方按注册资本比例分担风险及亏损,以其投资额为限承担债务,不负连带责任。

6. 解散后财产归属不同

合作企业按各方投资与回收的情况进行清算。多数情况下合同规定,合作期满后,全部财产无条件地归属中国合作者。合资企业宣布解散后,必须进行清算。

7. 审批机构不同

合作企业由各省、自治区、直辖市人民政府,或国务院各部、委、局审批,同时由他们颁发批准证书。特殊情况报经贸部审批,发批准证书。合资企业审批权在经贸部,投资总额在一定限额以下的,由经贸部委托各省、自治区、直辖市人民政府或国务院各部、委、局审批,报经贸部备案,由经贸部统一发给批准证书。

8. 批准程序不同

合作企业审批程序是:项目较小的先报批一次申请书,然后再报批一次合同;项目较大的与合资企业相同。合资企业的审批分三个阶段:

(1)报批项目建议书和预测性可行性报告;

(2)报批可行性研究报告;

(3)报批企业协议、合同和章程。

中外合作经营企业与合资企业之间的区别,除上述情况外,在经营管理、登记办法、所得税、工商统一税、进出口关税等方面也存在着不同之处。

(四)中外合作经营企业合同的概念

中外合作经营企业合同是指中国公司、企业和其他经济组织与外国公司、企业、其他经济组织或者个人,为在我国境内进行合作经营而明确相互权利义务关系的协议。

(五)中外合作经营企业合同的内容

中外合作经营企业合同的基本内容是:

(1)合作各方名称、注册地点、法定地址、法定代表人的姓名、职务、国籍;

(2)合作组织名称;

(3)生产经营宗旨、合作规模、目的、范围;

(4)合作各方投资数额、方式、作价办法;

(5)合作各方的具体责任、权利和义务;

(6)合作各方利润分配比例和分配方式、风险承担办法;

(7)设备、技术;

(8)产品的销售;

(9)物资购买;

(10)组织管理机构;

(11)劳动管理;

(12)外汇管理;

(13)税务和财务;

(14)保险;

(15)合作期限及合作期满后合作企业财产的处理;

(16)合同变更和解除的条件;

(17)违约责任;

(18)不可抗力;

(19)适用法律;

(20)争议的解决;

(21)文字及合同生效条件等。

(六)签订合作经营企业合同应注意的问题

1. 合作经营企业的法律地位

可以是具有法人资格的企业,也可以是不具有法人资格的经济实体。

2. 法人式组织机构的管理

管理方式可以组成董事会,作为该企业最高权力机构,代表企业对外进行各种活动;不具备法人资格的组织机构,其管理可以选择下面三种中的任何一种:

(1)由联合机构任命的总经理负责;

(2)经协商委托一方经营管理;

(3)委托第三方进行经营管理。

3. 合作者的利润分成及风险的承担

利润分配和风险合同中明确规定,既要考虑合作者的投资,也要考虑国内需要和国际市场等各方面的情况。

4. 税收

合作经营企业应遵守我国税法的有关规定。

5. 合作经营企业(或项目)所需要的机器、设备、原材料、燃料、配套件、运输工具、办公用品,有权自行决定在中国购买或向外国购买,在同等条件下,应尽量在中国购买。

6. 合作经营企业的产品的销售,除另有规定者外,可直接向国际市场销售。经政府有关部门批准,也可以主要在中国境内销售。

合作经营企业有权自行出口其产品,也可以委托外国合作者的销售机构或中国的外贸公司代销或经销。

7. 合作经营企业的终止和清算

合作经营企业期限届满,如不再延长,合作经营则自动终止。合作终止后的清算可以采取如下方式:

(1)不具备法人资格的合作经营企业,如果外国合作者已按规定在合作期内收回投资,在正常情况下,合作企业内所有财产,归中国合作者所有,不再作价,清算即告结束。如果外国合作者未收回投资,应按合同规定办理。如果外国合作者违约,使合作不能继续下去,则中国应提出终止申请书,并报审批机构批准,同时应追究外方造成损失的责任。

(2)具有法人资格的合作经营企业,其清算办法与合资经营企业的清算办法相同。但是,剩余财产的分配比例,仍按照原合同的规定办理,而不能按投资比例分配。

(七)中外合作经营企业的章程

中外合作经营企业章程包括下列主要内容:

(1)总则;

(2)宗旨、经营范围和规模;

(3)投资总额、注册资本、投资方式、利润分配、亏损分担比例;

(4)董事会的组成;

(5)经营管理机构的设置和规章制度;

(6)财务会计;

(7)销售产品和购置物资;

(8)职工和工会组织;

(9)期限、终止、解散和章程修改程序;

(10)附则。

八、对外加工装配合同的订立

（一）对外加工装配的概念

对外加工装配,是指对外来料加工和对外来件装配。这是我国参照国际贸易的习惯作法,是发展对外经济交流的一种合作方式。

1. 对外来料加工

对外来料加工,是指由外商提供一定原材料、辅助材料、零部件、元器件和包装材料,必要时提供某些设备、仪器、工具、模具等,由我国企业按外商要求的质量、规格和款式进行加工、制作成为产品,交付给外商销售;中方向外商收取约定的工缴费的一种贸易方式。对于外商提供的设备、仪器的价款,我国国内企业可以用加工费偿还,也可以另外签订合同。

来料加工包括以下两种形式:

(1)带料加工。带料加工,是指由外商提供部分来料,部分采用中方企业当地的原料和辅料,中方企业按照外商提出的规格、质量、式样和商标加工成产品并交与外商在国外销售,中方向外商收取工缴费和原料费。

也有的由外商提供全部原辅材料,元器件、零部件,由中方企业按照外商提出的规格、质量、技术标准加工成成品或半成品,交外商自行销售,由中方按照合同约定向外商收取工缴费。

还有的外商在提供原、辅材料的同时,还提供有关的机器、仪器、工具、模具、包装机械等。中方向外商收取工缴费,但外商所提供的上述材料和各种器械的价款要从工缴费中扣除。

(2)进料加工。是来料加工的一种形式。进料加工也称“进料加工复出口或以进养出”。它是指使用本国的外汇,到国际市场上购买原材料,加工成成品再出口销售。其特点是:购进的原料,加工的设备及成品的销售,完全由中方企业自己负责。产品所有权属于中方企业。

2. 来样加工

来样加工,是指由外商提供式样、花色、规格、质量、数量等要求,全部采用中方当地的原辅材料,使用自己的加工设备和工具加工制作为成品,然后交与外商在国外销售或使用。中方向外商收取加工费和原材料费。如果外商在来样加工业务中又提供了生产设备等,则设备价款应从外商支付的加工费和其他有关费用中扣除。

3. 对外来件装配

对外来件装配,主要是指由外商向中方企业提供需要装配的零部件、元器件等,由中方企业根据外商的要求进行装配,将成品交外商销售。中方企业向外商收取约定的装配费或工缴费。

在来件装配业务中,外商可以提供元器件和零部件,由中方企业按外商要求将来件装配成产品交付给外商销售,中方只收工缴费。

也有的外商只提供装配所需的部分重要元器件、零部件,其余部件采用中方企业自产零件装配成成品后交付外商销售,外商向中方企业支付工缴费及零件价款。

还有的外商除了提供元器件、零部件外,还提供有装配机构和仪器设备,在这种情况下,外商将从支付给中方企业的工缴费中将机械、设备费用扣除。

上述来料加工和来件装配的性质基本上是一致的,即由外商提供劳动对象,由中方企业提供劳动力,制造成产品,交由外商销售,由中方收取工缴费。从其基本形式来说,工厂、机器、设备均为中方所有;劳动力由中方提供;原材料、零部件、元器件为外商所有;加工后的成品也为外商所有。所有来料加工的原材料、零部件、元器件以及加工的成品,其风险均由外商承担。中方企业进行劳动加工,收取约定的报酬。

对外加工装配具有以下法律特征:

(1)对外加工装配,是指国内外当事人之间的一种加工定作承揽关系。

其国内主体为公司、企业或其他经济组织;外国主体为位于国外或港澳地区的外商、侨商或港、澳商及个人。

(2)对外加工装配是当事人之间,以一定劳动力为内容的建立在双务、有偿、诺成合同基础上的债权、债务关系。

(3)在加工和装配的整个过程中,外商对其所提供的原材料、零部件、元器件及加工装配的产品拥有所有权。

因此,在生产、运输、储运过程中,外商对上述原材料、零部件及其产品的风险承担全部责任。

中方企业的义务是对外商提供的原材料、零部件、元器件进行加工装配,取得报酬。

(二)对外加工装配的种类

(1)根据外商所提供的劳动对象比重与分量的不同,对外加工装配可分为:

①部分供料(供件)的加工装配。是指由外商提供部分原材料或零部件,其他所需的原材料、零部件由中方企业提供;也可以使用国产原材料、零部件,也可以自行进口。

②全部供料(供件)的加工装配。即外商不仅负责提供全部原材料或零部件,而且还负责提供辅助材料与包装物料,也就是附带辅助材料和包装物料的加工装配。

③全部提供原材料(零部件)和设备的加工装配。指外商不仅提供加工装配所需的全部原材料、零部件,而且还可以商定由外商提供必要的机器设备、工具或检验机器和生产设备等。这部分价款,由中方企业所收入的工缴费中分期偿还。

(2)根据合同当事人的不同,对外加工装配可分为:

①由中方外贸公司与外商签订加工装配合同,承接加工装配业务,然后再由外贸公司与国内某单位成立购销关系或加工关系。这种情况下的对外加工装配合同主体的一方为中方外贸公司,另一方为外商。

②国内企业与外贸公司一起对外签订加工装配合同,而由国内企业直接承担生产和交换方面的加工装配业务。

③由接受加工装配业务的国内企业直接与外商签订合同。

④运进原材料或零部件与运出成品分别订立合同,并各自计价;加工或装配的企业通过赚取差价,取得工缴费。

(三)对外加工装配合同的概念

对外加工装配合同,是指外国公司、企业、其他经济组织或个人与我国公司、企业和其他经济组织之间就来料加工装配业务,明确相互权利义务关系的协议。外商为委托方,中方企

业为受托方。

对外加工装配合同可以由受托方国内企业与客户直接签订,也可以由国内企业和我国外贸公司一起与客户签订,必要时还可以由我国外贸公司与客户签订,然后再由外贸公司委托国内企业加工或装配。

加工装配合同的形式包括以下几种:

- (1)综合式的对外加工装配合同,包括来料、来件和产品出口;
- (2)分别式的对外加工装配合同,包括来料加工、来件装配合同,产品出口合同等。

(四)对外加工装配合同的订立

对外加工装配合同正式签订之前,应遵守以下程序:

1. 确立项目和编写项目建议书

(1)在确立项目时,应充分考虑以下因素:

- ①通过分析、预测、调查了解,选择好加工装配目标;
- ②结合自己的实际情况和生产条件,选择好加工装配项目;
- ③选择合适的外商对象;
- ④初步立项。

(2)在编写项目建议书时,应包括以下内容:

- ①项目名称、项目主办单位及负责人;
- ②合作外商的名称、国籍、企业资信情况;
- ③承办项目的理由和条件;
- ④对外加工装配的范围、规模和经济效益状况的估计;
- ⑤项目进度和安排。

编写项目建议书,必须从实际出发,根据不同的对外加工装配形式,具体区别对待。

2. 进行可行性和编写研究报告

(1)进行可行性研究,必须注意以下几点:

- ①进行可行性研究,必须吸收或邀请各方面有关人员(工程技术人员、财会人员、外贸业务人员、科研人员、设计人员、法律人员等)参加;
- ②必须对外商资信、材料供应、产品销售、市场需求进行预测和调查;
- ③可行性研究方案和报告应与外商共同商定;
- ④进行可行性研究,应对加工装配的各个重要环节进行深入的分析、研究。

(2)编写可行性研究报告,应包括以下内容:

- ①总说明、项目名称、项目主办单位及负责人、立项理由、经济技术意义、中外合作各方的基本情况、技术方案的内容和依据;
- ②材料、技术和设备来源和保障,包括原材料、辅助材料、零配件、设备的来源和技术、交通、能源、劳力的保障;
- ③项目规模、加工装配方案和国际市场分析预测;
- ④项目场地及环境污染的防治;
- ⑤加工装配生产方案;

⑥项目可以带来的经济效益预测和分析。

3. 合同谈判

在编写完可行性研究报告以后,中方企业应积极草拟合同条件,然后,双方接洽谈判,达成协议后,签订对外加工装配合同。

(五)对外加工装配合同内容

无论是什么样的对外加工装配合同,一般均包括以下内容:

1. 前言

当事人的名称、国籍、法定地址、签订合同的目的和原则等。

2. 正文

(1)加工装配项目条款。来料或来件名称、规格、质量、数量、交付的日期、交付的方式等。加工为成品的名称、规格、质量、数量、交付日期及方式。原材料或零部件的损耗率、合理次、废品率等。

(2)外商提供设备和技术条款。在对外加工装配贸易中,如果外商提供先进设备或生产线,合同中应订明品种、型号、规格、标准技术、价款、交货条件和时间、验收办法以及外商派遣的专家、技术人员的人数、时间和费用等。

(3)工缴费条款。

①在由外商全部供料(供件)的情况下,计算工缴费时,应包括工人和管理人员的工资、生产费用、管理费用、折旧费、手续费、税金。如果使用中方商标,还应计入企业登记费。把一切加工或装配产品的成本计入后,再加合理利润,即构成工缴费的金额。

②在由外商提供部分原材料或零部件的情况下,还应计入中方提供的那部原材料或零部件的费用,其费用按国际市场销售价计入。

③在中方提供辅助材料和包装物料的情况下,这些材料费也应计入工缴费,并由对方支付。

④如果成品以 CIF 价格计算,由中方承办运输和保险,并支付运保费,在工缴费中,还应计入运费和保险费。

⑤包装物料和辅料由中方提供时,也可以不计入工缴费而另外计算。在合同中另外单列条款,规定包装物料和辅料由中方提供或购买,除工缴费外,另向外商收费。

⑥成品按 FOB 条件发运,而由中方代客户支付运保费,其运保费应由外商向我方支付。

(4)支付的货币和付款方式。在一般情况下,采用外商所在地的货币或双方都同意的第三国货币。

支付方式主要有以下三种:

①直接支付。直接支付包括:信汇、电汇或票汇等方式。在采用任何一种汇付方式时,应争取先“预付工缴费”的办法,避免使用“先出后结”的方式。

②银行托收。银行托收主要有两种方式:

一是成品出口后,委托银行向外商托收工缴费。

二是来料、来件与成品分别采取托收方式,两次托收金额的差价,就是工缴费金额。在一般情况下,来料、来件采用承兑交单托收方式(D/A),也就是由外商将来料、来件按合同发

出后,经银行承兑交付单据;成品出口后,采取付款交单托收方式(D/P)。

③信用证付款。信用证付款主要有三种方式:

一是出口成品时,由外商通过银行开出信用证,支付工缴费。

二是来料、来件与成品分别通过一家银行办理,两者差额即为工缴费。来料、来件采取承兑交单托收方式,成品出口由外商开来信用证付款。

三是对开信用证。来料来件进口,由加工装配的一方开出远期信用证;成品出口由外商开出即期信用证。

(5)运输和保险条款。在协议或合同中,必须订明运输和保险条款。这一条款不仅涉及到双方如何负担运输和保险费用的问题,而且还涉及到双方的权利义务和风险的转移等一系列问题。

①如果来料、来件是由外商交付给加工装配一方,成品由加工装配方交付给外商,双方均按“到岸价格”(C. I. F.)方式成交,则合同中应订明由外商负责运输和保险并支付运费和保险费;在合同中还应写明由哪一方负责支付卸货的费用。如果是班轮条件,按惯例应由船方或外商负担卸货费。

②如果是以 C. F. R. 条件成交,则应由外商租船订舱,负责运输和支付运输费用,由中方负责保险并支付保险费用,但此保险费应计入工缴费或由外商另行支付。

③如果来料、来件采取“离岸价格”(F. O. B.)成交,则应由中方负责雇船和保险,并支付运费和保险费,这些费用应计入工缴费。如果合同中规定的是 F. O. B. 班轮条件,外商只负责将货物交到港口码头,然后由船方负责装船和理舱,装船费用可计算在班轮运费之内。如果外商接受中方委托,代为租船订舱或投保,其运费和保险费仍然由加工装配方负担。

④成品的运输和保险也应在合同中明确规定,在“到岸价格”(C. I. F.)条件下,由加工装配方负责办理运输和保险,但应由外商负担运费和保险费,运至外商指定的港口交货。在“离岸价格”(FOB)条件下,由供料的外商负责办理运输和保险并负担运费和保险费。但加工装配方也可以接受外商委托代办运输和保险,其费用由外商负担。

⑤在加工装配业务中,保险主要存在来料、来件运输、加工装配和成品运输三个阶段之中。在加工装配中的保险由加工装配方代理办理,由外商支付保险费用。如果合同中规定由加工装配方承担保险,则应计收在工缴费中。

⑥限期条款规定是指合作期限。这个期限可以是半年、一年或几年,多长时间由双方商定。

⑦双方责任条款。合同中应规定,如果当事人未能根据合同规定按时、按质、按量提供来料、来件或成品,应承担违约责任。为了保证义务的履行,应该规定由银行担保、退换、补足的期限和罚金等;相应地也可以规定成品由何机构检验,如何赔偿、退修和补偿期限等。

此外,合同中还应该包括:不可抗力条款、法律适用条款和仲裁条款等。

(六)对外加工装配合同的审批

对外加工装配合同与对外许可证协议、合资经营合同等一样,必须由国家主管部门批准。这是国家主权原则的要求,也符合通行的国际惯例。

按照我国有关法规规定,凡是不需要国家增拨原材料,不影响燃料动力平衡,其产品也

不涉及外国市场配额,同时用汇又在 100 万美元以下的项目,由省、自治区、直辖市自行研究确定和审批,报国家计委、对外经济贸易部和主管部门备案;凡涉及上述问题和用汇在 100 万美元以上的项目,需事先报国家计委会同对外经济贸易部等有关部、委审查批准。

(七) 签订对外加工装配合同应注意的几个问题

(1) 签订对外加工装配合同应了解外商加工各种产品对原材料的质量、规格和加工精密度的要求;

(2) 要注意掌握我方加工厂或车间是否能够执行外国标准,是否具有承接加工装配业务并保证产品品种、规格、数量和质量的能力;

(3) 要熟悉国际市场行情和国际惯例;

(4) 要注意外商是否企图以来料加工形式,用加工后的产品,打着中国制造的招牌到国际市场销售,进而达到挤掉我国传统的国际市场的目的;

(5) 不要接受那种使用我国配额的加工产品到进口我国产品有配额规定的地区去销售,注意不要挤掉我们自己的国际市场;

(6) 掌握我国对外贸易政策和有关法规的规定;

(7) 签订加工装配合同前,尽可能邀请承担加工装配业务的生产单位或车间的负责人及技术人员共同研究讨论可行性方案和其他有关问题;

(8) 合同条款应反复推敲,做到准确无误,草拟的合同文本应送上级有关部门审定和批准。

(八) 对外加工装配合同双方当事人的权利和义务

对外加工装配合同当事人双方的权利和义务是相辅相成的。一方的权利是另一方的义务,一方的义务也正是另一方的权利。

1. 对外加工装配合同委托方的义务

(1) 委托方有义务按时、按质、按量地向受托方提供原材料、零部件、元器件;也可以约定由委托方提供部分原材料或零部件、元器件、辅料、辅件以及包装材料。如果委托方未能按照合同规定,按时、按质、按量地提供原材料、零部件、元器件或辅料、辅件及包装材料,以致使加工装配工作不能按期、按质、按量地履行合同义务而给受托方造成损失的,由委托方承担违约责任。

委托方应按照约定的方式和条件履行物料的运输和保险义务。在“到岸价格”条件下,委托方应负担运费和保险费;在“离岸价格”条件下,由受托方代为租船订舱和投保,其运费和保险费由委托方负担;在“成本加运费”条件下,委托方应负责租船订舱。通知受托方保险,其费用仍由委托方负担。

委托方提供的物料,为制作过程中如果发生意外灭失,则由委托方承担责任,由委托方负责保险。如果由受托方代为保险,则保险费仍由委托方负担。

(2) 委托方有支付工缴费的义务。如果委托方未能按照合同中规定的货币、方式和期限履行支付义务,则应承担违约责任,负担因延期支付而给受托方所造成的损失。

(3) 委托方有接收受托方加工装配的成品的义务。委托方在接收受托方成品时,如果发现成品的品质、规格、数量与合同约定不符,则应在规定的索赔期限内向受托方提出索赔,如

果超过规定期限,则无权请求赔偿。如果委托方无故拒收或延迟接收成品,除应支付保管费外,还应承担财产责任。在无故拒绝或延迟接收期间如果成品遭到意外灭失,委托方应负赔偿责任。

2. 对外加工装配合同受托方的义务

(1)受托方有按时、按质、按量完成加工装配业务的义务。非经委托方同意,不得擅自变更成品的规格、质量、数量和期限。原材料、零部件、元器件的损耗率不得超过双方在合同中约定的比例。如果受托方未能按期、按质、按量地履行合同义务,委托方不仅有权解除合同,而且受托方还应承担赔偿责任。

(2)受托方有按照合同约定的方式和条件,按期向委托方交付成品的义务。如果受托方未能按照合同规定如期向委托方履行交付成品的义务,受托方应该赔偿委托方的经济损失。

九、补偿贸易合同的订立

(一)补偿贸易的概念

国际间的补偿贸易是由一方通过信贷的形式向另一方购买机器、设备、生产技术以及原材料和劳务,约定在项目建成投产后的一定期限内,用其生产的产品或双方商定的其他商品或劳务,一次或分期偿还引进技术、设备等贷款的一种国际贸易形式。提供技术、设备的一方,称为设备出口方或卖方;取得设备、技术的一方称为设备进口方或买方。

补偿贸易具有以下基本特征:

(1)补偿贸易是以技术、设备为一方与以产品为另一方的对流

一方用设备、技术来交换另一方的产品,即补偿贸易就是以产品来补偿另一方的技术和设备。

(2)补偿贸易是以货对货的交换

补偿贸易但又不同于一般的易货贸易,只不过是带有易货贸易的性质。补偿贸易是一种相互密切联系的两个方面的货物的交换(一方是技术和设备;另一方是用这种技术或设备生产出来的产品)。

(3)补偿贸易带有延期付款性质

补偿贸易一方使用的是技术或设备,属于即期支付;另一方购买对方的技术或设备,一次完成,而偿还产品则分次完成,需要经过一个过程,因此,不属于即期支付。

在实际交往中,买方对于设备和技术是延期偿付的,偿还时要加付一定的利息,因此,又具有信贷的性质。

(4)按照补偿贸易的方式买进的技术与设备是用买卖方式取得的

因此,买方对于设备具有所有权,对于技术具有使用权(特许使用权)。买方用以偿还设备价款的产品,在转移给设备出口方以前,其所有权仍属于买方。

(二)补偿贸易的适用范围

国际间的补偿贸易开始于 60 年代末,最早开始于欧洲、东西方之间的贸易中,后来很快发展到世界各国,并成为国家信贷和国际贸易中经常采用的一种合作方式。补偿贸易适用范围广泛,如钢铁、石油、矿山等资源的开采、提炼和加工,轻工、纺织、机电工业等项目建设,

以及某些农副产品生产等项目。我国从 1978 年开始也较多地采用了补偿贸易的方式。

(三) 补偿贸易的方式

在国际贸易中,补偿贸易的方式主要有以下几种:

1. 直接补偿(产品返销)

卖方(设备出口方)将机器设备或先进技术卖给买方,买方使用进口的设备、技术生产出产品直接用来补偿引进的设备、技术价款。

2. 间接补偿(回购或互购)

卖方将机器设备或先进技术卖给进口方,即买方,买方不是用引进的设备、技术生产出来的产品进行偿还,而是用双方商定的其他种类商品来偿付价款。

3. 综合补偿

卖方将机器设备或先进技术卖给买方,而买方使用一部分直接生产的产品进行偿还价款,另一部分用间接产品来进行补偿的一种办法。

4. 劳务补偿

卖方将机器设备或先进技术卖给买方,买方使用来料加工的加工费用来进行补偿的一种方法。劳务补偿通常是在来料加工或来件装配业务中采用。

5. 部分直接补偿、部分现汇补偿

卖方将机器设备或先进的技术卖给买方后,买方先交一部分现汇定金,其余部分在项目投产后,再以其产品进行补偿的一种方式。也可以用其他产品或劳务等多种方式向卖方进行补偿。

除此以外,在国际贸易中,我方企业也有采用另外一种方式,即:用项目所得的收入,按照约定的比例分期偿还外商贷款的,如中国企业与外商合作建造旅游宾馆、游乐场所等。

(四) 补偿贸易合同的订立

补偿贸易合同是指一方提供设备、技术或原材料等,帮助另一方建立新企业或开发新产品或扩大原有生产能力,由另一方进行生产,并在约定期限内以自己直接生产出来的产品分期偿还对方价款的协议。

在我国,对外开办中小型项目的补偿贸易,一般采取以下程序:

(1) 实事求是地了解自己的优势和劣势,准确确定补偿贸易项目;

(2) 要了解外商,对外商的基本情况进行调查,掌握准确信息,慎重地选择合作对象;

(3) 提出项目建议书,报上级主管部门审批;

(4) 编制初步可行性研究报告。可行性研究工作主要是从合作的外商的资信情况、国际市场的需求和项目的经济效益三个方面进行分析,主要包括以下内容:

① 总述,包括:项目名称、项目内容和申请理由,合作对方的名称和国籍;

② 合作对象的资信情况,包括:技术、设备、资金和销售情况;

③ 生产规划,包括:产品品种、规格和生产能力的选定;

④ 基建条件,包括:厂址、土地、市政配套、交通条件、建筑材料和环境保护的解决;

⑤ 生产条件,包括:燃料、动力、原材料的供应,交通,人员培训等;

⑥技术设备条件,包括:选定引进的技术设备、国内设备的配套,分交方案的确定,技术转让费的支付方式和费用的估算;

⑦资金条件,包括:外汇贷款和人民币落实情况;

⑧市场条件,包括:国内外市场的预测和调查;

⑨经济分析,包括:资金利润率、投资回收年限和外资偿还年限等;

10经济效益分析,包括:货币、利率、汇率、设备价格和产品价格之间的整体效益;外贸贷款偿还期,以及创外汇的经济效益等。

(5)编写合同草案,商务谈判和签订合同。

从可行性研究报告中选出最佳的可行性方案后,可邀请有关部门的专家,编写合同草案,以此作为与外商谈判的依据。

应在做好充分准备工作的基础上,以合同草案为基础与外商谈判,并根据谈判结果修改合同草案,然后签订正式合同。

(五)补偿贸易合同的内容

在补偿贸易业务中,数额不大的中小型补偿贸易,只要签订一个协议或合同即可,称为补偿贸易协定,或补偿贸易协定书,或补偿贸易契约或补偿贸易合同。这种协议或合同,大体包括三部分内容:

1. 前言

包括:当事人的名称、注册国家、法定地址、法定代表人姓名、职务、国籍、签约意图、合同基本原则等。

2. 主文

包括当事人双方权利义务条款的一般条款,具体有以下内容:

(1)进口设备和补偿产品项目名称、规格和数量;

(2)卖方提供机器、设备、技术项目名称、型号、规格、商标、产地、制造者、数量和质量及包装等;

(3)买方补偿产品的名称、规格、商标、数量、质量及包装等;

(4)卖方提供的机器、设备、技术等和买方补偿产品的标准、计价货币、结算货币以及结算办法;

(5)支付期限,即进口设备、技术的期限和以产品补偿设备价款的期限;

(6)支付方式,可采取保函和信贷方式,按托收、信用证办理;

(7)利息的计算办法;

(8)技术服务,如是否需要卖方派出技术人员和专家进行现场指导或协助安装机器设备;

(9)保险,可根据不同的价格条件,规定由哪一方进行投保责任险,设备进口后,应由中方投保;

(10)履约保证,明确规定履约的保证方式,如双方分别向对方提供银行出具的保函;

(11)商检条款,确定商检机构和商检标准;

(12)违约责任,任何一方违约均需向对方支付违约金并赔偿损失,违约金比例一般规定

为交货总金额的 15—25%，赔偿损失的数额和办法也应做出具体规定；

(13) 合同变更、中止和解除的条件；

(14) 不可抗力条件及处理办法；

(15) 争议解决，即发生纠纷后，到哪一个仲裁机关进行仲裁；

(16) 法律适用条款，经双方协商，确定某一个国家的法律作为准据法；

(17) 合同签订日期、地点、文字、效力以及生效日期。

3. 结尾

补偿贸易合同的形式，可以视具体情况而定。

如果标的数额较大，内容复杂，就不适宜签单一协议的，而应该签订两个相互联系的公司。可以先签订一个补偿贸易总协议或总合同，然后再签订设备买卖合同和一个返销或回购合同；也可以先签订一个补偿贸易总协议或总合同，再签订分期执行合同。

如果补偿贸易有政府或银行参加提供信贷，应同时签订信贷协议；如果补偿贸易包含技术转让，则可以附有专门的许可证协议；如果设备出口方负有义务为对方培训技术人员或派遣专家到现场进行指导和协助安装设备，则可以签订专门的培训协议和专家协议。

此外，协议和合同还可以带有附件，如果履约保证方式是由对方银行出具保函，则银行保函可以作为合同附件。当事人双方提供的设备数量、规格、原材料以及补偿产品的清单等，一般也作为合同的附件。

(六) 补偿贸易合同的审批

根据国务院发布的《开展对外加工装配和中小型补偿贸易的办法》的规定，对补偿贸易合同应按照下列规定进行审批：

引进技术和进口设备凡不需要国家增拨原材料，不影响燃料动力平衡，产品也不涉及国外市场配额，用汇在 100 万美元以下的项目，由省、自治区、直辖市研究确定，报国家计委、并抄报对外经济贸易部和主管部备案；凡涉及上述问题和用汇在 100 万美元以上的项目，需事先报国家计委会同对外经济贸易部等有关部门审查批准。

如果采用回购方式，进口设备采用其他商品进行偿还的，属于中央管理的商品由国家计委及对外经济贸易部审批；属于地方管理的商品，由省、自治区、直辖市审批。

(七) 签订涉外补偿贸易合同应注意的几个问题

(1) 在草签补偿贸易合同之前，应邀请有关部门和专家进行论证，就合同中的技术条款、价格条款、贷款条款、支付方式、使用的货币、法律适用条款等方面的问题提出最佳方案，认真编写合同草案；

(2) 做好充分准备工作，不急于求成。应该把外商的资信情况和意图搞清楚，做好调查研究工作，做到基本了解对方。在条件成熟后再签订正式合同；

(3) 必须认真进行可行性研究，除自己的条件外，特别应注意对进口机器设备的先进性进行可行性研究，并对产品的销路进行实事求是的预测分析；

(4) 必须注意机器设备、原材料及产品所有权的转移时间。在国际间的补偿贸易活动中，通常采用以交货时间作为所有权转移的时间；

(5) 保险责任必须明确。机器设备在运输途中，应按“离岸价格”或“到岸价格”处理；设

备在安装中如果交货时所有权已经转移,通常情况下,由进口方负责保险;如果当款付清后所有权才开始转移,则由出口方负责保险;产品在生产或储存阶段,通常由进口方负责保险;

(6)补偿贸易中涉及商标权时,通常采用联合商标,即在同一商标中标记双方的标记;

(7)注意某些不法外商、港商利用补偿贸易的银行担保进行诈骗活动;

(8)警惕某些外商巧立名目乱加费用,任意抬价的行为;

(9)警惕一些不法外商和港商对其所提供的设备、原材料以次充好,以假乱真的行为。

(八)补偿贸易合同当事人的权利和义务

在补偿贸易合同中,双方的权利和义务既是互相制约的,又是相互对等的。设备进口方的义务,正是设备出口方的权利;设备出口方的义务,也是设备进口方的权利。

补偿贸易合同当事人的基本权利、义务是:

设备出口方供应设备或技术并取得对方补偿的产品;设备进口方提供补偿的产品并取得对方的设备或技术。

1. 设备出口方的义务

(1)设备出口方有义务按质、按量、按时地将设备、技术以及原材料等交付给设备进口方,并按合同规定向对方提供技术服务。

设备出口方对其所交付的标的物的数量和质量负有责任,如果标的物不符合规定标准,设备出口方应负责修理、更换、补足,并赔偿损失。

设备出口方将标的物交付给设备进口方,如果采用的是“离岸价格”(FOB)贸易方式,则由设备出口方自己负担费用,将货物运到岸边,如果采用“到岸价格”贸易方式,则由设备出口方将货物装上托运的运输工具,并自负运费和保险费。如果采用“成本加运费”(C. F. R.)贸易方式,则由设备出口方负责运费,将货物装上托运的运输工具。设备出口方如未能按时交货,应承担延迟交付的责任。

(2)设备出口方有义务将设备、原材料等的所有权转移给设备进口方;如果包括有向进口方提供技术服务的,还应按照合同规定,提供技术图纸和技术使用权。

按照国际贸易惯例,设备、原材料所有权的转移,一般均发生在合同所规定的单据交付给对方之时。设备出口方有义务将合法单据通过适当途径交付对方。在补偿贸易中,双方也可以商定设备所有权转移,以是否付清货款为标准。

(3)设备出口方有义务及时如约领受进口方向其提供的产品和由于使用了提供的设备所获得的收益。

设备出口方由于自己的故意或过失,不能按期如数领取进口方提交的产品和收益时,应当按照合同规定承担罚款或赔偿损失的责任。

2. 设备进口方的义务

(1)设备进口方有义务按照合同规定的设备价款和应支付利息的数额,用该设备所生产的产品和所得的收益,按时、按质、按量地向对方提供补偿。

如果设备进口方未能履行上述义务,则应负赔偿损失的责任;如果提供的产品不符合合同的规定时,应负责修理、更换、补足,并承担延迟交付的责任。

(2)设备进口方有义务将补偿产品的所有权转移给对方。

(3)设备进口方有义务及时领受进口设备、原材料等。如果由于自己的故意或过失未能如期领受标的物,由应按规定承担罚款或赔偿损失的责任。

第四节 其它各类合同的订立

一、房屋买卖合同的订立

(一)买卖合同的概念和特征

1. 买卖合同的概念

买卖合同是当事人一方将财物交给他方,他方取得财物并支付价金的协议。

买卖合同的标的物是相当广泛的,但也不是无限制的,法律限制流通的物品,不能成为买卖合同的标的物,例如,毒品、武器等。按照我国法律,土地、草原、河流、荒地、滩涂等,为国家所有,也不能成为买卖合同标的。

买卖合同的标的物有的是已经存在的,有的是尚不存在的,如农产品购销合同多是这样,这并不影响合同的成立。

2. 买卖合同的特征

(1)标的物所有权转移。买卖合同履行的结果,是出卖人丧失对标的物的所有权,买受人则取得标的物的所有权。这是买卖合同最主要的法律特征。买卖合同的这一法律特征,使之与租赁合同、使用借贷合同相区别,后者不转移物的所有权。

(2)买卖合同是双务有偿合同。在买卖合同中,当事人之间的权利义务是对应的,并且双方都以履行一定给付义务而取得利益。出卖人要交付货物,并因此享有收取价款的权力,买受人要支付货款,并因此享有取得货物的权利,买卖合同的这一特征,使之区别于赠与合同。

(3)买卖合同是诺成性合同。除了法律有规定或当事人另有约定外,买卖合同的当事人一经达成协议,合同就成立。交付实物并不是买卖合同成立的要件。这一特征使买卖合同与借贷、保管、赠与、运输等合同相区别。

(二)买卖合同当事人的权利和义务

1. 出卖人的主要义务

(1)出卖人的主要义务,是将出卖财产的所有权转移给买受人。为此,出卖人必须是财产的所有权人,非所有权人作出卖人时,必须是依法或依合同约定而有权出卖该财产的人,如信托物的出售人。出卖人还有责任保证出卖物不受任何第三人追索,如果发生第三人追索,出卖人有义务证明第三人无追索权。如果第三人对出卖物享有某种权利,如抵押权等,在订立合同时,出卖人应向买方说明,未作说明的,出卖人要对买受人因此遭受的损失负赔偿责任。

(2)出卖人有义务按合同规定的质量、数量、时间、地点把出卖物交给买受人。交付分为实际交付和拟制交付,实际交付即将实物直接交给买方,拟制交付是将物的所有权凭证交付

给买受人。货物的质量、数量有缺陷或不足的,出卖人有义务更换或补足。货物的交付时间、地点如果没有约定,或约定不清的,标的物是特定物时,可以标的物的所在地为交付地点;标的物是种类物时,可以出卖人的营业地为交付地点。货物的交付方式,在合同没有约定的情况下,应推定为送货方式。交付期限如果没有约定,双方都可随时要求交付。

标的物的交付义务,还包括一切与标的物有关的单证的交付,如产品合格证、质量认证证明、发票、保修单、保险单,房屋所有权证等等。物与单证全部交付,才视为交付行为完成,如果按时交付货物,而单证延迟交付,也要负延迟交付的责任。

2. 买受人的主要义务

(1)支付价金的义务。买受人有义务按合同规定的时间、方式、数额交付货款。货物买卖有即时买卖和期货买卖,一般是即时买卖即时清结,期货买卖的付款时间要由双方约定,没有约定的,按照“同时履行”的原则办理,即时清结。

法律或合同对价格有明确规定的,买受人应按规定价格和规定方式交付。标的物按国家定价的,在合同有效期内价格调整的,应按交付时的价格付款。如果出卖一方延迟交货,交货时价格上涨,买方应按原价付款;如果价格下跌,买方应按新价交付。如果买方过期付款,价格上涨时,买方应按新价交付,价格下跌时,买方应按原价交付。

合同对价格约定不明的,按照国家价格履行,没有国家价格的,参照市场价格或同类物品价格履行。

(2)及时领受标的物。买受人应按合同约定的时间、地点领受标的物,以及及时免去出卖人的保管义务和财产损失。标的物由买受人自己提取的,应在出卖人通知的期限内到约定地点提取,由出卖人代为托运的,应按承运人的通知及时提取,由卖方送货的,应按承运人的通知及时提取,由卖方送货的,买方要按时接收。买受人不及时领取标的物,由此造成的损失,应由买受人承担。

(三)房屋买卖合同的概念和特征

房屋买卖合同,是公民与公民之间、公民与法人之间就买卖私有房屋或商品房所达成的协议。

房屋买卖合同,是在我国唯一以不动产为标的物的买卖合同。它除了具有买卖合同的一般法律特征外,还具有以下特征:

(1)房屋买卖合同的标的物所有权的转移以当事人双方到有关房管机关办理登记过户手续为必要条件。没有办理登记过户手续的,不能视为标的物所有权转移。

(2)房屋买卖合同的主体受到法律限制。国务院颁布的《城市私有房屋管理条例》规定:“机关、团体、部队、企业事业单位不得购买或变相购买城市私有房屋。如因特殊需要必须购买,须经县以上人民政府批准。”

(3)房屋买卖合同是要式合同,即必须采取书面形式。合同中应写明买卖房屋的位置、面积、结构、价款、付款和支付房产的期限和方法,由双方当事人盖章,写明合同成立日期。同时,买卖城市私有房屋,卖方须持房屋所有权证明和身份证明,买方须持购房证明和身份证明,到房屋所在地房管机关办理手续。

二、房屋租赁合同的订立

房屋租赁合同是人们日常生活中最常见的租赁合同。在各国都是一个重要的合同形式。我国的房屋租赁分公有房屋租赁和私有房屋租赁两种。公有房屋包括国有的和集体所有的,也就是通常所见的由房管部门统管的房屋和机关、企事业单位管理的房屋。公房依照房管部门规定的租赁办法租赁,私房则由双方协商,订立租赁合同。

(一)公有房屋租赁

公有房屋的租赁都应遵守房产管理部门规定的租赁办法。现在虽然国内没有房屋租赁的统一法规,但各地都制定有公有房屋租赁暂行办法,如沈阳、上海、北京等地。各地公有房屋的租赁都是依照这些地方法规制定的房屋租赁合同和租金标准。公有房屋租赁的具体作法如下:

(1)订立租赁合同。租用公有房屋一般是由用户先申请分配住房,经分配部门批准,发给住房证以后,承租人凭住房证会同管理房屋的房管所共同查验房屋的装修设备和其他附属物,填写装修设备保管单。房管部门再核定租金之后,双方签订“房屋租赁合同”。合同内容包括房屋类别、结构、面积、用途等,合同是由房管部门印制好的,签约时只要填好后签名即可。各单位管理的公房,租赁手续比较简单,一般是发给住房证就形成租赁关系。

(2)房屋维修。房屋出租后,出租人要负责房屋维修,保证正常使用以及居住的安全。出租人维修房屋时,承租人要积极协助。出租人对房屋要定期检修保养,对危险房屋要及时拆除翻建,保证安全。承租人不得擅自拆改房屋或将住房改作他用,未经出租人同意而拆改的房屋,承租人要负责恢复原状。出租人未履行或不适当履行修缮义务,造成承租人的人身或财产损害的,出租人应负赔偿责任。

(3)租金。公有房屋的租金都应根据当地政府规定的租金标准核定。房屋条件或租金标准有变动时,租金应作相应调整。

(4)换房及更换户名等。承租人与第三人按规定换房时,出租人应当协助,并按规定办理户主更换手续。承租人更换户名或分立户名,均须向出租人申请,经核准之后办理。

(5)优先承租。出租人对房屋作大修或翻建之后,原承租人有优先承租权,这已是惯例。

除上述之外,遇到承租人死亡,出租人应允许原承租人的家庭成员(共同居住者)继续居住。承租人如果将住房擅自转租、转借、私自交换或长期闲置不用,或破坏房屋结构,改变用途以及长期不交租金,出租人有权终止租赁合同。造成损失的,由承租人赔偿。

(二)私有房屋租赁

个人所有的住房,在自用有余或闲置不用时,法律允许私人出租。1983年12月17日,国务院发布了《城市私有房屋管理条例》,这是一个全国性法规,适用于城、镇、县、市和工矿区内的一切私房、农村私房租赁,在没有相应法规的时候,也可以参照办理。

私有房屋租赁与公房租赁的不同之处在于:公房租赁关系中的当事人,多是一方是个人,一方是单位,在居住用房中更如此;在各类事业的办公用房中,多为双方都是单位。而私房租赁,在居住用房中,多是在个人与个人之间进行的。此外,公有房屋租赁,其租约都是由房管部门印制好的,而私房租赁中的合同则要双方当事人协商议定。

(1)签订租约。按照国务院的《城市私有房屋管理条例》的规定,私有房屋的出租人和承租人应签订租赁合同,并报所在地的房管机关备案。这就要求私房租赁合同必须是书面的。该条例还规定,机关、团体、部队、企业事业单位不得租用或变相租用城市私有房屋。如因特殊需要而租用,须经县以上人民政府批准。

(2)租金。房屋租金由双方按照当地政府规定的私有房屋租金标准协商议定,没有规定标准的,由租赁双方根据公平合理的原则,参照房屋所在地租金的实际水平协调议定。条例还规定:“出租人除收取租金外,不得收取押租或其他额外费用。”

(3)房屋修缮。条例规定,房屋修缮是出租人的义务。只有在出租人确实无力修缮时,可以和承租人合修。承租人付出的修缮费用可以抵充租金或由出租人分期偿还。房屋与其设备由出租方和承租方共同使用的,双方应互谅互让,照顾公共利益,共同合理使用和维护。

(4)换房。条例规定,承租人与第三人换房时,要经出租人同意。对承租人的合理的换房要求,出租人应当支持。换房后,原租赁合同终止,新承租人与出租人应另订租赁合同。

此外,按照条例的规定,承租人擅自将房屋转租、转让或转借的;或利用房屋进行非法活动的;或拖欠租金累计达六个月的,有上述行为之一时,出租人可终止合同。条例还规定,租赁合同期满后,如承租人无法找到新的房屋,出租人应酌情延长租赁期限。另外,房屋所有人要出卖房屋,须提前三个月通知承租人。在目前条件下,承租人有优先购买权。

私房租赁中有些情况在国务院的条例中没有规定的,应当参照地方法规办理。

从前述的国务院关于城市私房租赁的管理条例的内容看,私房租赁与公有房屋租赁中,当事人的权利义务都是基本相同的。

随着经济生活的发展,目前出租的房屋使用范围也逐渐发展,从生活住房到办公、生产用房,以及商业设施用房。本文所谈及的只限于生活用房的租赁。但其中反映出的租赁关系中,双方当事人基本的权利义务关系,也是适用于其他公用或商业性租赁关系的。

三、民间借贷合同的订立

借款合同,是指合同当事人的一方交付一定的实物或金钱给他方使用,他方到期还原物或如数返还实物、金钱的合同。俗称借用合同。

借贷合同的标的物,可以是动产,也可以是不动产,可以是特定物,也可以是非特定物,可以是消耗物,也可以是非消耗物。借贷合同的标的物是非消耗物的,称为使用借贷合同,标的物是消耗物的,称为消费借贷合同。借贷合同可以有偿的,也可以是无偿的。

(一)使用借贷合同

使用借贷合同是当事人一方无偿使用他人的财产,并于使用后返还原物的合同。使用借贷合同有以下特征:

(1)使用借贷合同的标的物可以是动产,也可以是不动产,但必须是特定物、非消耗物,因为使用之后必须返还原物。这是使用借贷合同与消费借贷合同的不同之处。

(2)使用借贷合同是无偿的。使用借贷关系一般都不是建于财产关系之上的,而是建立在当事人之间的友好互助关系上的,如朋友之间借某物使用,或是建立于组织关系之上的,如个人向单位借某物使用。借用的物品在使用完毕,或约定期限内原物返还,使用借贷关系

也可因当事人之间关系变化而终止,如借用人调离原单位,就应退还借用的物品。使用借贷与租赁不同,租赁必须是有偿的。

(3)使用借贷关系的一个显著特点是,双方的权利义务不对等,这是因为使用借贷合同是单务合同。出借人将物品借与借用人,并不因此获得什么利益,也不再承担什么义务,而借用人则要承担维修和保护借用物品的义务,要按物品的使用性能去使用,并在约定的条件下返还原物。

(4)使用借贷合同是要物合同还是诺成合同,对此各国法律规定不同,我国法学界的看法也不相同,从实际情况看,两种情况都有,所以,还应当看双方当事人如何约定。在两种情形下,双方当事人的权利义务不尽相同。

使用借贷合同中出借人的义务:首先是将出借物交借用人并允许其作用。其次,对出借物的瑕疵有告知的义务,如果故意不告知,造成使用人的损失时,出借人要负赔偿责任。由于使用借贷合同是无偿合同,故出借人的瑕疵担保责任轻于租赁关系中的出租人的责任。

使用借贷合同中借用人的义务:借用人要依约定的方法或物的性质使用借用物;借用人未经出借人允许不能将出借物转借他人,更不能租给他人;在使用期间,借用人要负责出借物的保养、维护,如是动物要喂养、治疗;借用人要在借用期满或使用完毕时,应返还原物,合同未定期限的,出借人可随时请求返还。

使用借贷合同可因期限届满、使用完毕和出借人需要自用而终止,也可以因下述原因而终止:借用人违反约定使用借用物,或者擅自转借他人,或者借用人对借用物保护不周,有损坏的可能;或者借用人死亡。没定期限合同的,出借人可随时请求返还。

(二)消费借贷合同

消费借贷是当事人一方把一定数量的物或货币的所有权转移给他方,而他方约定以同样数量的金钱或同种类同数量的替代物返还的合同。消费借贷合同有以下特征:

(1)消费借贷合同的标的物是可消耗的,如钱、粮食、燃料等,可以用同质同量的替代物返还。

(2)消费借贷可以是有偿的,也可以是无偿的,如有利息的借款合同就是有偿的消费借贷,而货币借贷通常都是有偿借贷。

(3)消费借贷合同是单务的,即使在有偿合同下,也是单务的。

(4)消费借贷与使用借贷一样,对其是要物合同还是诺成合同,各国法律规定不一样。从实际情况看,消费借贷有要物合同,也有诺成性的合同。有一种看法认为,有偿的消费借贷应是诺成性的,无偿的则是要物合同。

(5)消费借贷合同的一个突出特点是,合同标的物的所有权发生转移。在消费借贷合同下,借用人取得合同规定的出借物后,便有了对该物的使用、处分权,这是由标的物的消费性所决定的。如借了粮食就可以吃掉,借了钱就可以花。只是在合同到期后,借用人要再以同质同量的种类物返还给出借人。因此,消费借贷是一个物的所有权转移再返还的过程。

消费借贷合同中出借人的义务:在要物式消费借贷中,出借人将出借物交借用人后,合同才成立,而借用物交出后,出借人就不再有什么义务了。在诺成式的消费借贷中,出借人的首要义务是交付出借物。在有偿的消费借贷中,出借人有瑕疵担保义务,在无偿的消费借

贷中,出借人只有在故意不告知借用物的缺陷时,才对借用人受到的损害负赔偿责任。

消费借贷合同中借用人的义务:在合同有期限时,要按期返还借用物;合同无期限时,可以随时返还,或在出借人请求时返还。可以返还同质同量的原物,也可以经出借人同意,返还替代物。在有偿合同中,出借人有支付报酬的义务。如是有息借贷货币,双方约定的利率不得违反国家法律。在有的借贷合同中,出借人与借贷人约定了借款的用途,这时的借贷人有按约定使用贷款的义务。

消费借贷合同可以在期限届满时终止,在没有规定期限的时候,双方都可以随时终止合同。

四、物品寄存合同的订立

(一)寄存合同的概念

寄存合同是寄托人与保管人订立的以零星物品为保管对象的协议。其内容是,保管人为寄托人保管其交付的财产,并完好地返还这项财产。

从事保管业务的,可以是国营单位,也可以是集体或个人。寄托人可以是法人,也可以是公民个人。

(二)寄存合同的特征

寄存合同与仓储保管合同不同,它是以零星物品为保管对象,并且不需要事先提出委托储存计划,只需双方根据实际需要协商订立。寄存合同有以下特征:

(1)寄存合同是实践合同。寄存合同只有双方当事人的意思表示一致还不能成立,还必须有交付保管物的事实,合同才成立。

(2)寄存合同可以有偿的,也可以是无偿的。在实践中,双方当事人可以自行约定。没有约定的,不影响合同成立。如果事后保管人要求支付费用,双方应协商解决。

(3)寄存合同的形式可以是口头的,也可以是书面的。所谓书面的合同,一般也只是以简单的凭证为据。

寄存合同除具有上述特征之外,可以一切法律允许的物品和易于保管的物品为保管对象,通常对易燃、易爆、易烂的物品不予保管,贵重物品一般也不保管。寄存物品可以是特定物,也可以是种类物。寄存的目的是委托保管,保管人应保持物品的原状,不得利用。这是寄托合同与租赁合同和消费借贷合同的不同之处。

(三)寄存合同当事人的义务

1. 保管人的义务

(1)保管义务。保管人必须亲自保管,没有特别的理由,如生病,不得委托他人进行保管。保管人的义务还包括妥善保管,即在保管期间,要采取措施防止物品损毁。在无偿合同下,保管人要象对自己的物品一样保管寄托物,如给寄托人造成了损失时,依公平原则承担责任。在有偿合同下,保管人应对保管的物品妥善保管。由于保管人保管不善造成损失时,由保管人负责赔偿,由于不可抗力,物品的自然属性或寄托人的过失造成损坏的,保管人可以免责。如果由于寄托人的过失,给保管人造成损失的,寄托人负赔偿责任。第三人的过失造成财产损失,由第三人赔偿。

(2) 返还义务。保管人有义务按期返还保管物品,如遇寄托人要求提前返还,也应还给寄托人。返还地应为财产保管地,但双方当事人有约定的,可以按约定的地点返还。

(3) 告知义务。保管人对保管的物品,当遇到第三人主张权利,或遇灾害造成保管物品灭失,或遇某种情形使被保管物品的危险性增大时,有义务告知寄托人。

除上述之外,保管人有义务遵守有关部门规定的保管工作注意事项和公安机关的有关规定,不得保管禁止流转物品,发现赃物或违禁物品,应及时报告有关部门。

2. 寄托人的义务

(1) 付酬义务。在有偿的寄存合同下,寄托人有义务向保管人支付规定的或约定的报酬。如果寄托人不付报酬,保管人可以对保管物品行使留置权。超期保管的,还要支付超期的保管费。如果是无偿合同则例外。

(2) 负担必要费用的义务。寄存合同无论是有偿的还是无偿的,寄托人都有负担必要费用的义务。所谓负担必要的费用,是指管理人为保证保管物完好而采取措施所支付的费用,例如重新包装等。

(3) 风险负担义务。被保管物品如遇不可抗力而灭失或损坏,损失要由寄托人承担,保管人则可免责。另外,寄托人如将寄托凭证遗失,应当及时挂失,如果在挂失之前,寄托物品被人冒领,损失也要由寄托人自己承担。

(4) 损害赔偿。因寄托物品的性质或瑕疵,使保管人遭受损失时,寄托人要负赔偿责任。

五、旅客运输合同的订立

(一) 运输合同概念

运输合同是有关承运人应将货物或旅客送达一定地点,而托运人或旅客则应支付运输费用的协议。

从运输合同的概念中,不难看出运输合同的当事人,在货物运输合同中有:托运人、承运人及收货人;在旅客运输合同中则为承运人和旅客。

在我国,作为承运人一方的,可以是国营运输组织,如铁路局、汽运企业、航运局和民航局等;也可以是集体性质的运输组织;还有个体户。

运输合同的标的是运输行为。在货运合同中,是将货物从起运站运送到指定地点的行为;在客运合同中,是将旅客送达指定地点的行为。

运输合同包含内容较广,根据运输方式不同,分为铁路运输合同,公路运输合同、水上运输合同、航空运输合同及联运合同。

(二) 旅客运输合同

旅客运输合同是有关承运方根据旅客要求,将旅客和他的行李送达指定地点,而旅客按规定给付运费的协议。

旅客运输合同的当事人是旅客和承运组织。合同以旅客提出到站(机场、码头)、座别、径路为要求,并给付相应的承运旅费,而承运方售给旅客合于要求的客票而成立。旅客运输合同有以下特点:

(1) 合同成立时间。承运方售出客票时,即为合同成立之时。生活中常有旅客先乘车后

补票,在这种情况下,合同自旅客开始乘车时成立。另外还有预定车票的制度或送票制,在这两种情况下,以车票的交到取票人的时间,和车票送到签收人的时间,为合同成立的时间。

(2)合同生效时间。旅客运输合同的成立时间与生效时间是不同的。合同成立之时并不生效,只有在旅客登上运输工具之前经过了检票,合同才生效。即检票之时是合同生效的时间。在此之前,车票可以转让,也可以退换,但生效以后,即检票之后,就不得再行转让。

(3)在旅客运输合同中,旅客需预先付出运费,这是旅客的要约表示,承运方给付客票,则是承诺的表示,合同即告成立。因此,旅客运输合同属诺成合同。

在旅客运输合同中,旅客既是合同的当事人,又是运输对象,这个特点使旅客运输合同既区别于一般合同,也区别于货物运输合同。

旅客运输合同中承运人有如下权利和义务:

(1)权利。按客票票面定价收取价款;按规定检票、验票,要求旅客出示减免凭证和相应证件;对违章乘车、无票乘车或携带危险品、禁运品的旅客,可批评教育,并按规定处罚,如补票、罚款等。

(2)义务。按时将旅客及其行李、包裹安全地运达目的地,包括按时起运、按时到达;安全运送并妥善保管旅客托运的行李、包裹;给旅客提供必要的设备和生活服务;尽力抢救遇险旅客;照顾、医治病人,帮助老年人、残废人、幼儿。

旅客运输合同中旅客有如下权利和义务:

(1)权利。按客票上载明的日期、车次(班次)、座别,乘坐约定的运输工具到达目的地;按规定免费携带小孩一名,但限于规定的标准范围之内。按规定免费携带一定物品,但重量、范围、体积要受限制,要符合规定的要求。

(2)义务。按客票票面指定的日期、车次、铺别和座别乘车,接受乘务员检票、验票;支付规定票价及行李、包裹的运费;遵守运输部门关于公共安全、卫生等方面的规定,不得携带危险品、违禁品和妨碍公共卫生的物品;爱护运输设备。

旅客运输合同的履行,还包括行李、包裹的托运。而行李托运并不基于旅客运输合同而当然成为合同一部分。这表现在:行李、包裹托运除须凭客票办理外,还需填写行李票,领取时也必须凭行李票;所以,行李托运是基于旅客运输合同而附带订立的一个运输协议。而旅客以外的人办理的包裹托运,则属独立的快件货运合同。

在合同履行中,即在运输过程中,如果由于承运人的过错,造成旅客的财产损失,承运人应承担赔偿责任。如遭到意外事故,造成人身伤亡的,应按照《旅客意外伤害强制保险条例》的规定,由保险公司赔付,但按规定属险外责任的例外。旅客在运输途中违反规定,给交通工具、设备造成损坏的,应负赔偿责任。

六、保险合同的订立

(一)保险合同的概述

保险合同是保险人与投保人之间关于承担风险的协议。根据保险合同,保险人向投保人就要保的利益所可能发生风险事故承担保险责任,收取保险费,在保险事故发生造成所保利益损失时,在保险金额范围内承担赔偿责任,或者在合同约定的期限届满时承担给付保

险金的责任。

保险是依法律规定或依合同产生的民事法律关系。凡依法律规定的强制程序而产生的保险,称为强制保险;依据合同而产生的保险,称为自愿保险。自愿保险在社会生活中被广泛运用着。

保险合同的当事人,包括保险人和投保人,还包括被保险人和受益人。

保险人,是与投保人签订保险合同,收取保险费,并在保险事故发生后负赔偿责任的,或在约定期限届满时支付保险金的人。在我国,中国人民保险公司是专营保险业务的公司,此外,除国家批准的保险公司外,任何法人或个人均不能从事经营保险业务。

投保人,是与保险人签订保险合同并支付保险费的人。

被保险人是保险关系成立后,直接受到保险的人;受益人则是依据保险合同获得赔偿金或领受保险金的人。

在保险合同中,被保险人和受益人,往往不是投保人本人。投保人可以为别人的利益投保,或为自己掌管的他人的财产投保,这类情况下,被保险人和受益人都不是投保人,而被保险人和受益人却也都是保险合同的当事人。

(二) 保险合同的特征

(1) 保险合同是附合合同。这是指保险合同的基本条款是一方事先拟定的,另一方只能就是否接受这些条款表示意见,却不得要求对合同基本条款进行修改。保险公司将事先拟定的各种保险合同条款,印在保险单的背面。投保人对是否接受这些条款有完全的自由,但如果投保人表示要签约,就意味着他必须接受印制好的全部条款,既不能对这些条款更改删除,也不能提出新的条件。

(2) 保险合同是要式合同。这是指,保险合同必须以法定的书面形式签订。我国经济合同法就规定了,财产保险合同,采用保险单或保险凭证的形式签订。这也就是说,保险合同不能以口头形式订立。

(3) 保险合同是双务有偿的合同。所谓双务是指双方互有权利义务,一方的权利即为另一方的义务,反过来也一样。在保险合同中,投保人的主要义务,是按照合同的规定向保险人交付保险费,保险人的主要义务,是在合同中规定的保险事故一旦发生向投保人或者受益人支付赔偿金或保险金。保险合同从本质上看,是就危险造成的损失分担,因此,保险合同必须是有偿合同,即投保人必须向保险人交付一定的保险费,否则,保险合同就无效。

(4) 保险合同是一种机会性行为合同。投保人与保险人订立保险合同,并不是因为事故必然要发生,而只是可能会发生。订立保险合同后,就等于通过支付一定的代价将损失的机会卖给了保险人,一旦所承保的事故发生,保险人就必须履行赔付的义务,然后损失就转移到由保险人承担了。作为保险合同内容的保险危险的不确定性,决定了保险行为的机会性。这个不确定性,包括保险危险是否发生是不确定的;保险危险何时发生,是不确定的;事故造成的损失程度是多少也是不确定的。

除上述之外,保险合同还具有保险人的确定性和投保人的广泛性的特点。可以从事保险业的,在我国只有中国人民保险公司和太平洋保险公司等少数公司,因此,我国保险合同中的保险人是特定的,而投保人却可以是机关、团体、企事业单位,个体户、个人及个人合伙

等。

另外,保险赔偿与民事侵权责任的赔偿不同。民事侵权责任的产生,是基于行为人有违法行为,并且违法行为与损害事实之间有因果关系。保险赔偿则不同,保险人并没有实施违法行为,保险赔偿是基于保险合同而产生的,或者说是基于合同当事人的约定而产生的。只要投保人付了保险金,保险人在事故发生时,就有义务赔偿损失。

(三)保险合同订立、履行的原则

保险合同除要遵守我国保险法与合同法的基本原则之外,还要遵守一些特殊的原则,这是保险合同的特殊性所决定的。这些原则是:

1. 诚实信用原则。在保险合同中,保险危险,可能造成的损失是不确定的,只能估计,而保险人对这种风险的测定和估计,主要依赖于投保人在申请投保时的陈述和保证。如果投保人陈述不真实,保险人就无法正确估计风险,因此,订立和履行保险合同要求当事人必须坚持诚实信用的原则。这一原则要求投保人对保险标的的状况、危险的现状等重要事实和情况,作出真实可靠的陈述,不得有任何隐瞒和虚假。如果发现投保人有隐瞒或作假的行为,保险人有权解除合同或不负赔偿责任。

2. 保险利益原则。保险利益,又称可保利益。是指投保人对他所投保的标的有直接的利害关系。如果一个人将与他没有直接利害关系的标的用于投保,以便在发生保险事故时得到一笔赔偿金,这种作法是法律所不允许的。各国法律都规定了保险利益为保险合同的生效要件,投保人对投保标的无保险利益时,保险合同无效。凡为获取保险金而损毁财产或致人伤残、死亡者,均为无保险利益者。

3. 赔偿实际损失的原则。这个原则的内容是,被保险人所取得的赔偿数额应与他所受到的损失相一致,被保险人不能获得超过实际损失的额外赔偿。如果损失是由第三人造成的,保险人在支付了赔偿金后,便取代了被保险人,从而取得对第三人的追偿权。但是,代位追偿权不适用于人身保险。这就是说,人身保险的被保险人或受益人从保险人那里获得保险金后,仍可获得因劳动保险或社会福利保险所得金额,或从第三人处获得赔偿。

(四)人身保险合同

人身保险,是指以人的身体或生命作为保险标的的保险。按照人身保险合同,保险人根据被保险人的年龄、健康状况,按规定向投保人收取保险费,在被保险人死亡、伤残或者保险期限届满时,向被保险人或受益人支付赔偿金或保险金。

人身保险主要包括人身意外伤害保险、疾病保险和人寿保险。

人身保险合同的主要条款是:

1. 保险标的条款

这个条款包括保险标的和保险金额两个内容。人身保险的标的是被保险人的生命和身体。人身保险合同的投保人只能是被保险人,或是被保险人同意的配偶、亲属和有抚养关系的人。国家、企业、事业单位和社会团体,也可以作为投保人为其成员投人身保险。人身保险的保险金额是“定值”的,由保险人和投保人约定。由于人身保险和人身密切相关,因此必须是记名的,要载明被保险人的姓名、年龄、职业、性别和所在地区等,并不得转让。由于人身保险合同的被保险人可能死亡,因此人身保险合同必须指定受益人。

2. 保险责任条款

人身保险合同的责任范围是被保险人因生病、受伤、残废或死亡所引起的风险。人身保险中,伤害保险、健康保险和人寿保险,各自的保险责任范围不同,除外责任也不同。

3. 保险费条款

保险费根据保险金额,按规定的费率计算确定。

4. 保险期限条款

这项条款与财产保险合同中的保险期限条款相同。

5. 赔偿办法或保险金支付条款

人身保险合同的赔偿金可以是固定的,也可以按保险合同定的赔偿金额表所订的百分率确定。但最高赔偿金以不得超过保险金额为限。保险金的具体赔偿办法是:(1)因疾病或意外伤害事故而死亡,或因此双目永久失明或因此两肢永远完全残废,或一目永久失明同时一肢永久完全残废的,给付保险金额全数;(2)因疾病或意外伤害事故一目永久完全失明或者一肢永久完全残废的,给付保险金额半数;(3)因意外伤害事故造成上述以外的伤害以致永久完全丧失或者部分丧失劳动能力的,按照丧失程度给付全部或者部分保险金额。

人身保险合同中,投保人的义务主要有:按合同规定支付保险费,不按时交保险费,保险人可终止合同。投保人有通知义务,即被保险人改变职业的,投保人应当立即书面通知保险人。在保险有效期内发生保险事故,投保人应立即以书面通知保险人。保险人的责任是在被保险人发生保险事故以致伤残、死亡等,或在保险期届满时,向被保险人或受益人支付赔偿金或保险金。

人身保险合同因以下原因终止:(1)期限届满;(2)义务已经履行;(3)因违约终止,如投保人不交保险金;(4)因中途退保而终止;(5)原始失效,即投保人以欺诈、隐瞒等手段订立的合同,自合同成立之时就无效。

七、委托合同的订立

(一)委托合同的概念和特征

委托合同,是指双方当事人约定,一方为他方处理一定事务的合同。委托他方办理事务的一方为委托人(委任人);接受委托的一方为受托人(受任人)。

委托合同的法律特征:

(1)委托合同的目的是处理委托人的事务。通常受托人为委托人办理事务属于法律行为。

(2)委托合同建立在双方当事人互相信任的基础之上。

(3)委托合同可以有偿的,也可以是无偿的。

(4)委托合同为双务、诺成合同。

(二)委托合同的主要内容

1. 委托人的义务

(1)对受托人在委托权限内所办理的事务必须承担法律责任。

(2)支付费用。委托人向受托人提供和补偿委托事务所必需的费用。

(3)如果合同为有偿合同,应向受托人支付报酬。

(4)赔偿责任。应向受托人赔偿受托人在执行受托任务中非因自己过错造成的损失。

2. 受托人的义务

(1)受托人应当按照委托人的指示办理委托事务。受托人应亲自办理受托事务,只有经委托人同意或在紧急情况下为保护委托人的利益而转委他人。

(2)受托人应该将委托事务的办理情况,及时报告给委托人。

(3)受托人要将因办理委托事务所得利益,及时交给委托人。

(4)受托人办理委托事务时,因自己的过错给委托人造成损失时,应负赔偿责任。

(三)委托合同的终止

委托合同的终止有两种情况:

(1)一般原因的终止:因合同履行;合同有效期届满;合同履行已不可能。

(2)特殊原因的终止:当事人一方终止合同。或者委托合同主体为公民的,公民死亡或丧失行为能力;合同主体为法人的,法人撤销时,合同终止。

八、行纪合同的订立

(一)行纪合同的概念和特征

行纪合同,又称信寄合同,是指一方根据另一方的委托,以自己的名义为他人办理购销、寄售等动产买卖事务,并收取手续费的协议。办理事务的一方称为行纪人,另一方为委托人。

行纪合同的法律特征:①行纪人以自己的名义办理所受托的事务;②行纪合同中的事务为特定的,仅限于购销、寄售等动产买卖事务;③行纪合同是有偿合同;④行纪人为委托人的利益而办理事务。

(二)行纪合同的主要内容

1. 委托人的义务

(1)支付报酬。委托人应向行纪人支付报酬,数额由合同双方当事人约定,但是如果法律有规定的,依照法律规定。

(2)支付费用。委托人要偿付行纪人在行纪活动中所支付的费用。

(3)委托人要及时接受行纪人完成的行纪事务的后果。委托人对行纪人为之购进的物品,要及时验收受领,否则行纪人对该物不负瑕疵责任。

2. 行纪人的义务

(1)行纪人按委托人的指示办理行纪事务。

(2)行纪人要妥善保管寄售或购进的物品。

(3)行纪人对接受委托人出售或购入的物品,应进行质量、成色等检查。否则,行纪人对物品的瑕疵负责。

(4)行纪人因办理行纪事务的一切利益,应及时转交给委托人。

(5)法律责任。行纪人不履行或不完全履行合同,应承担违约责任等。

（三）行纪合同的终止

行纪合同的终止准用委托合同终止的规定。

九、居间合同的订立

（一）居间合同的概念和特征

居间合同，也称中介合同，是指双方当事人约定一方为他方提供订立合同的机会或充当他方订立合同的中介人，他方支付一定报酬的协议。其中一方为居间人，另一方为委托人。

居间合同的法律特征：

- （1）居间合同是有偿合同，居间人从事居间活动要收取报酬；
- （2）居间合同的居间人按委托人的指示、具体要求进行业务活动；
- （3）居间人的联系、介绍活动是以委托人与第三人订立合同为目的；
- （4）居间合同是不要式合同、诺成合同。

（二）民间合同的主要内容

1. 居间人的主要义务

（1）居间人要忠实地进行居间活动，包括如实向委托人报告情况及信息，不损害委托人的利益，不得弄虚作假。

（2）居间人应尽力为委托人提供有关成交机会和商业信息，并对此负有向第三人保密义务。

（3）居间人必须在法律许可的范围内进行业务活动。

2. 委托人的义务

给付报酬。委托人在居间活动取得成果时，要向居间人支付一定的报酬，即居间费。居间费的数额由当事人自行约定；当事人未约定的，依国家有关规定；既无当事人约定又无有关规定的，遵从商事习惯。

（三）居间合同的终止

居间合同的终止原因一般为：因居间人的业务活动而促使合同已成立；因居间人过失而失去订立合同机会，居间合同终止。

十、赠与合同的订立

（一）赠与合同的概念

赠与合同是无偿转移财产所有权的合同。合同的内容是，一方当事人自愿将自己所有的财物无偿地给予对方当事人所有，对方当事人也表示接受。

赠与关系往往是基于亲属、友谊或道德上的原因而产生的。它不是以实现商品交换为目的，所以与一般转移财产所有权的合同性质不同。

（二）赠与合同的特征

（1）赠与合同是双方的法律行为，赠与合同的成立，不仅要有赠与人把自己的财产无偿地给予他人所有的表示，还要有对方接受赠与的表示。如果受赠人不接受赠与，赠与合同就不能成立。这使赠与区别于遗赠，遗赠是单方的行为，只要有赠与人一方的意思表示就行

了。

(2) 赠与合同是无偿地转移财产所有权。赠与人给予受赠人财产是没有代价的,受赠人也不必因此给予赠与人以等价或不等价的补偿。有的赠与合同,约定受赠人负担一定义务,但这个义务不是对价的。由于赠与合同是无偿的,赠与人对标的物的瑕疵,只有在故意或有重大过失造成受赠人损失时负赔偿责任。

(3) 赠与合同是单务合同,仅赠与人一方负有交付赠与物的义务,和有限的担保义务。

(4) 赠与合同是诺成合同。双方当事人达成协议后,合同就算成立。

(三) 赠与合同的形式和范围

1. 赠与合同的形式

根据《民法通则》,赠与合同可以书面形式、也可以口头形式或其他形式订立,但根据赠与客体的不同,有的赠与合同必须以法律规定的形式订立。例如不动产的赠与就必须采取书面形式订立合同,并到国家房管部门办理过户手续,合同才有效。

在实践中,为了减少纠纷,赠与应以订立书面合同为好,特别当赠与物价值较高时,更应以书面形式订立合同,必要时还应公证。

2. 赠与合同的适用范围

赠与合同的主体,主要是公民。公民必须是有完全民事行为能力的,并且是赠与财产的所有人,才能将财产赠与他人,受赠人可以是公民,也可以是国家、集体组织和社会团体等。一般情况下,国家和集体组织的财产不许无偿赠与个人或集体组织,但用于救灾、赈济和赞助的例外,并且也是有限制的,要经一定的批准程序,而且不能影响生产和工作的正常进行。

赠与合同的客体可以是动产,也可以是不动产,可以是特定物,也可以是种类物。但有些标的物的赠与是有特别限制的,例如,珍贵文物不能私自赠送外国人。

第三章 合同公证与合同鉴证

第一节 怎样办理合同公证

一、什么是公证

公证是由国家公证机关,根据当事人的申请,依法对机关、团体、企业事业单位和公民的各种法律行为,具有法律意义的文书和事实真相经过审查给以证明,确认它的真实性和合法性,以保护公共财产和公民合法权益的一种非诉讼活动。

公证制度是我国一项司法制度,也是我国法制建设的一个组成部分,在社会经济活动和人民日常生活中,经常发生一些涉及当事人权利义务关系的事情,如法人之间的经济往来,公民之间的财产继承,收养子女等法律行为,在经过公证机关予以证明以后,即具有法律效力并受到法律的保护。

二、什么是经济合同的公证

(一)经济合同公证的概念

经济合同的公证,是指国家公证机关对合同主体之间,根据当事人的申请,依照法律的规定,证明他们之间所签订的经济合同是否真实、合法并使其具有法律效力的一种非诉讼活动。

经济合同的公证,发生于经济合同签订以后,根据当事人的申请,由公证机关对当事人订立的经济合同的真实性、合法性给予认可和证明,借以预防合同纠纷的发生和减少诉讼的一种非诉讼活动。

(二)行使公证权的专门机关

行使公证权的专门机关是公证处。公证处是国家的公证机关。公证处统一行使公证权,法律没有规定行使公证权任务的行政机关、企业事业单位和群众团体都不能办理公证事务。根据《中华人民共和国公证暂行条例》规定,直辖市、县(自治县)、市设立公证处。经省、自治区、直辖市司法行政机关批准,市辖区也可设立公证处。公证处受司法行政机关领导,各公证处之间没有隶属关系,其出具的文书具有同等效力。

(三)公证机关的管辖

公证机关的管辖范围,主要有地域管辖,协商管辖,指定管辖和特殊管辖。

(1)地域管辖是指公证事务一般由当事人户籍所在地,法律行为地,或者事实发生地的公证处管辖。涉及财产转移的公证事务,由当事人户籍所在地或主要财产所在地的公证处管辖。

(2)协商管辖是指申请办理同一公证事务的若干当事人的户籍所在地不在一个公证处辖区,或者财产所在地跨几个公证处辖区时,由当事人协商,可以向其中任何一个公证处提出申请。如果当事人不能达成协议,由有关公证处从便民原则出发协商管辖。这种协议是有关公证处之间的协议(有关公证处根据便民原则协商解决的协议),而不是当事人之间的协议。

(3)指定管辖是指某项公证事务,由司法行政机关指定某一个公证处办理,称为指定管辖。它是在公证处之间因管辖权发生争议而产生的。

(4)特殊管辖是指在某些特定场所,公证机关不可能在那里行使公证职能时,可以依照法律规定,由某些单位,某些个人代行公证职能所进行的公证证明。其效力与公证机关所作的公证文书相同。如,进出口商品检验局的商品检验证明;专利局的商标注册证明等等。

(四)经济合同公证的基本原则

经济合同的公证实行自愿原则。任何一份经济合同是否需要公证,不是法定的必须程序。因此,经济合同法中也未作具体规定,完全由当事人本着自愿的原则,协商确定。当事人双方愿意公证的,可以进行公证;当事人一方要求公证的,也可以进行公证;当事人双方不要求公证的,也可以不做公证。合法的经济合同与公证后的经济合同,具有同样的法律约束力。经过鉴证以后的合同,没有必要再作公证。但是当事人要求公证的,也可以给予公证证明。

三、经济合同公证的程序

办理经济合同公证需经下列程序:

(1)提出申请。凡是法人之间,法人与个体经营户、专业户、承包经营户、农户之间依法签订的经济合同,均可向当地公证机关提出申请。申请时,一般要求当事人到场办理,任何一方不能直接到场办理的,受托人应向公证机关提交委托证明书。外省市(跨地区)的申请人所签订的数额较大的经济合同,要求当事人先在本地区办理好委托公证后,再到合同签订地的公证机关提出申请。申请人申请公证时,必须提交经济合同一式三份,经济合同由双方当事人签字或盖章,并要求加盖法人单位公章,同时还必须提交其它有关证明材料。

申请的形式可采用口头或书面两种形式。口头申请时,公证机关要制作书面记录。书面申请,要按照一定格式填写申请表。

(2)审查。公证机关接受合同当事人的申请以后,依法对经济合同进行全面审查,主要包括以下内容:

①当事人是否具有合法资格;当事人是法人的,要审查其是否具有法人资格;当事人是专业户、个体户时,要审查其是否在工商行政管理机关已进行注册登记,是否持有营业执照。

②合同内容是否符合国家法律、行政法规的要求。

③在签订合同时,是否贯彻平等互利、协商一致的原则。

④合同条款是否齐备,合同的主要条款应包括:标的、数量、质量、价款或酬金、履行期限、地点和方式,违约责任等。

⑤签订合同的手续是否完备。

通过公证人员的审查,如果认为当事人提供的证明材料不完备或者有疑义时,当事人在接到公证处通知以后,应作必要的补充。公证人员也可以向有关单位、个人进行调查,索取有关证明和材料。如果公证人员认为经济合同不真实,不合法,公证处可予以拒绝办理公证。公证员应当用口头或书面形式向当事人说明拒绝公证的理由和申诉程序。当事人不服公证处的拒绝或认为公证员处理不当,可以向公证处所在地的市、县司法行政机关申诉,由受理申诉的机关作出决定。如果公证人员认为应予公证时,公证员应制作公证书。

(3)制作公证书。公证人员认为符合法定条件准予公证时,应该按照国家有关规定或批准的格式制作公证书。公证书的主要内容包括:申请事项、单位名称(全称)、公证书编号、办理公证时间、公证员签名和公证机关印章。经济合同公证,一般不写实体证词,只证明双方当事人合同上签字、印章属实。

公证书要制成正本两份,一份由公证处存档备案;另一份交给当事人。根据要求,可以制成若干份副本。

(4)交纳公证费用。当事人办理公证事务,应按照规定收费办法,交纳费用。

四、经济合同公证具有哪些效力

经济合同经过公证以后,具有以下效力:

(1)证明的效力。公证处依法办理的公证书,主要具有证明的效力。公证处按照“以事实为依据,以法律为准绳”的原则出具公证书,因此,公证书不仅具有一般的普遍的证明效力,而且,对人民法院确认案件事实,也有证明的效力。但是,如果审判人员根据案情认为公证证明的内容有疑义,并有相反证据足以推翻时,也可以不确认其法律效力,否定公证机关的证明作用。

(2)强制执行的效力。公证主要是证明法律行为是否有效,具有法律意义的文书和事实的真实性及合法性。它不同于人民法院的判决,一般不具有强制执行的效力。只有在法律规定的情况下,有条件地对某些文书的公证证明,才赋予强制执行的效力。对其他一切公证事项不能赋予强制执行的效力。

我国公证条例规定:“对于追偿债务、物品的文书,认为无疑义的,在该文书上证明有强制执行的效力。”

公证处赋予公证书具有强制执行的效力,具有严格的范围限制,其范围只限于追偿债务和物品的文书。公证处在一定条件下,只能对上述两项内容赋予其具有强制执行的效力,而对其他一切文书,则不能赋予其具有强制执行的效力。

公证处赋予具有强制执行效力的文书,必须具备下列条件:

- ①追偿债务、物品的文书内容不违法;
- ②双方当事人对其权利和义务没有疑义;
- ③按时效规定到达履行期限,并有能力履行而不履行;

④只限于追偿一定数额的债款、物品的文书。

必须同时具备上述条件,公证处对于经过公证证明的文书,才赋予强制执行的效力。因此,《中华人民共和国公证暂行条例》第24条中规定:“经过公证处证明有强制执行效力的债权文书,一方当事人不按文书规定履行的,双方当事人可以向有管辖权的基层人民法院申请执行”。但是,本条中又规定:“受申请的人民法院发现公证文书确有错误的,不予执行,并通知原公证机关。”这就是说,人民法院在接受申请后,要对债权文书进行审查,如果认为是正确的,就可以把它作为人民法院强制执行的依据,予以执行;如果发现确有错误,应否认经公证机关证明并赋予强制执行效力的债权文书,不予执行,并把错误情况通知原公证机关。

(3)具有法律行为成立要件的效力。公证证明具有法律行为成立要件的效力,是指依照法律规定或者依照当事人的约定必须公证的法律行为,只有经过公证证明以后,该项法律行为才能成立,才发生应有的效力。

目前,从全国范围来说,虽然还没有规定经济合同必须经过公证,但是,当事人如果商定该项法律行为必须经过公证后才能成立的,这时,公证就是该项法律行为成立的要件之一,在没有办理公证手续之前,应认为该项法律行为尚不具有法律效力。

五、经济合同公证的作用

经过公证的经济合同具有下列作用:

(1)预防纠纷、减少诉讼。公证机关审查经济合同的主体资格、内容条款等,可以使合同更具有可靠性和可行性。根据实践中发生的问题来看,许多纠纷的产生,多是由于当事人在发生法律行为时,没有事先运用法律形式确认当事人双方之间的经济合同法律关系。如果对经济合同加以公证,就可以使经济合同建立在比较可靠的基础之上,防患于未然,预防经济纠纷,减少经济诉讼。

(2)促进经济合同当事人双方认真履行经济合同。经济合同公证后,公证处有责任监督、检查当事人是否认真履行合同。如果双方发生合同纠纷,公证人员可以对当事人双方进行调解,协助解决纠纷。如果当事人一方诉诸于人民法院时,公证人员可以以公证员的身份,向人民法院提供有关证件或证词(包括公证证明文件、调查笔录,提供法律、政策的依据和事实根据等)作为法庭审理的证据。如果经公证处调解不能达成协议,当事人又不愿诉诸人民法院解决时,公证处可以作出执行许可的证明,请求人民法院予以协助执行,以严肃合同纪律,维护当事人的合法权益。

(3)预防经济违法活动的发生。对于经济合同的公证,旨在运用法律手段加强对经济合同的管理和监督,以保证经济合同的真实性和合法性,制止订立假合同、利用经济合同转包渔利、非法转让、行贿受贿等违法活动的发生。从而保护国家利益和社会公共利益,维护社会主义经济秩序,提高经济效益,促进社会主义现代化经济建设。

(4)有利于扩大国际交往,保护国家对外经济活动的正常进行。随着对内搞活经济,对外实行开放政策的贯彻实施,我国对外经济活动不断发展和扩大。在合资经营、合作经营、合作开采、独资经营、引进技术、加工装配、补偿贸易、对外承包工程、投标、贷款、商标注册等经济往来中,根据国际惯例和文书使用国的要求,不仅需要取得我国公证机关的公证证明,

还需取得国外当局的承认,而且我国也需要外国企业、公司及其它经济组织和个人取得所在国的公证证明,以避免给我们造成经济损失,维护我国法人单位的合法权益。

六、经济合同公证与经济合同鉴证的区别

经济合同的公证与鉴证,都是对经济合同主体资格、内容条款的真实性、合法性加以审查,并予以证明。但是,两者是不相同的,主要有下列区别:

1. 性质不同

经济合同公证,是国家对经济合同进行法律监督的手段;鉴证是国家依法对经济合同进行行政监督的一种行政措施。

2. 行使公证和鉴证权的国家机关不同

经济合同公证是由国家公证机关即公证处统一行使公证权;鉴证是由国家鉴证机关即工商行政管理局依法行使鉴证权。

3. 处理程序不同

经过公证的经济合同如果一方违约,即可形成新的债权债务关系。这种新的债权债务关系,在一定的条件下,公证机关可根据债权人的申请,作出强制执行的证明,申请人可依此直接到人民法院申请强制执行,不必经过诉讼程序。而鉴证后的经济合同,如果发生合同纠纷,一般由合同管理机关进行调解或仲裁。当事人还可按照诉讼程序诉诸人民法院解决。

4. 法律效力不同

公证机关对于需要追偿一定数额债款、物品的文书,如果认为没有疑义,公证机关可赋予公证文书具有强制执行的法律效力;鉴证,则不具有强制执行的法律效力。

七、合同公证书

(一)法人资格公证书

公 证 书

()××字第××号

兹证明中国××××公司(单位全称)是经××××(依法有管理权的机关)核准登记,依法取得法人资格的中国国营(或集体)公司(或企业)。公司(或企业)地址:××省××市××街××号,总经理是×××。

中华人民共和国××省××市公证处

公证员 (签名)

××××年×月×日

注:证明企业、公司法人用。

(二)委托公证书

公 证 书

()××字第××号

兹证明××××(单位全称)的法定代表人×××(男或女,××××年×月×日出生)于××××年×月×日来到我处,在前面的委托书上签名(盖章)。所盖××××(单位名称)的印鉴属实。

经查,×××的委托行为符合《中华人民共和国民事诉讼法通则》第五十五条和六十三条的规定。

××省××市公证处

公证员 (签名)

××××年×月×日

注:用于法人委托。

委托书应包括的内容

1. 委托人姓名、性别、出生年月日、现在详细地址,如法定代表人委托,应写明法人单位全称、法定代表人职务、姓名、性别、出生年月日;
2. 受托人姓名、性别、出生年月日、现在详细地址;
3. 委托事项、授权范围;
4. 必须时写明委托期限;
5. 委托人亲笔签名或盖章,法定代表人委托的,应同时盖法人单位印章,并写明年月日。

(三)合同公证书

公 证 书

()××字第××号

兹证明×××(男或女,××××年×月×日出生,现住××省××县××乡××村)与×××(男或女,××××年×月×日出生,现住××省××市××街××号)在××××(地点)签订了前面的××××合同。×××的担保人×××也在该合同上签名(或盖章)。双方[三方]的签名(或盖章)均属实。

经查。×××与×××签订了该项合同的行为符合《中华人民共和国民事诉讼法通则》第五十五条的规定。

××省××县公证处

公证员 (签名)

××××年×月×日

注:1. 适用于个人之间签订合同的情况。

2. 中括号内的内容适用于有担保人的情况。

3. 个人与法人签订合同可参考此格式。

(四) 招标公证书

公 证 书

()××字第××号

兹证明×××(招标单位全称)于××××年×月×日在××××(地点)当众举行××××(工程项目全称)开标仪式。参加投标的单位有××××、××××、××××、(列上所有投标单位全称)。经决标评议小组评定,××××(单位全称)为中标单位。

经审查,招标单位与中标单位均具有法人资格,其法定代表人(或代理人)身份明确。招标项目业经主管机关批准。标函、标底密封完好,招标、投标、开标、决标程序符合规定,此次中标合法有效。

××省××市公证处

公证员 (签名)

××××年×月×日

(五) 撤销公证书通知书

通 知 书

××××(当事人):

我处(局)已于××××年×月×日作出了撤销()××字第××号公证书的决定,现将()撤字第××号《关于撤销()××字第××号公证书的决定》送上,并将原发给你的、现已撤销无效的公证书(共×份)退还我处(局)。

××省××市公证处

(或××省××司法局)

××××年×月×日

(六) 适用于合同公证后未履行的强制执行效力的公证书

公 证 书

()××证字第××号

兹证明×××(债务人全称)违反了前面××合同第××条的规定,应于一九××年×月×日前,按该合同第××条的规定,向××(债权人全称)给付违约金×××元。

逾期不付,×××(债权人)可持本证书向人民法院申请强制执行。

北京市××公证处

公证员:(签名)

一九××年×月×日

注:装订公证书时,应把原合同放在前面。

(七) 适用于合同未经公证而违约的强制执行效力的公证书

公 证 书

()××证字第××号

经审查前面的××合同,×××(债务人)未履行合同规定的义务,应于一九××年×月×日前,按该合同第×××条(《××合同条例》第××条)的规定,向×××(债权人全称)支付××元(或何种物品)。

逾期不付,除按人民银行的规定支付迟延利息外,×××(债权人)可持本证书向人民法院申请强制执

行。

北京市××公证处

公证员:(签名)

一九××年×月×日

注:1. 物品应注明数量、质量、规格、名称、价值、交付地点等。

2. 装订公证书时,应把合同的影印件放在前面。

(八)适用于还款协议的强制执行效力的公证书

公 证 书

()×证字第××号

经审查前面的还款协议,×××(债务人全称)应按照协议规定,于一九××年×月×日前,将所欠××元,偿还×××(债权人全称)。

逾期不还,×××(债权人)可持本证书向人民法院申请强制执行。

北京市×××公证处

公证员:(签名)

一九××年×月×日

注:(1) 债权人或债务人是自然人,则应注明其姓名、性别、出生年月和住址。

(2) 装订公证书时,应把原协议放在前面。

(九)适用于欠条、借据等债权文书的强制执行效力的公证书

公 证 书

()×证字第××号

经审查前面的供据(欠条款),×××(债务人全称)必须于一九××年×月×日前,将所欠人民币××元(或何种物品)偿付×××(债权人全称)。

逾期不付,×××(债权人)可持本证书向人民法院申请强制执行。

北京市×××公证处

公证员:(签名)

一九××年×月×日

注:1. 债权人或债务人是自然人,应注明其姓名、性别、住址、出生年月。

2. 物品应注明名称、数量、规格、价值、交付地点等。

3. 装订公证书时,应把原欠条或借据等放在前面。

(十)商标注册公证书

公 证 书

()××字第×号

兹证明我国××××厂(或公司)生产的××××(货物名称)上的××商标注册证(编号或登记号××号)是我国工商行政管理总局出具。该商标的专有权属于我国××××厂(或公司)。

商标图案附后。

中华人民共和国××省××市公证处(公章)

公证员 (签名)

××××年×月×日

(十一) 强制执行公证书

强制执行公证书

()××字第×号

根据债权人××××办理强制执行公证的申请,经查,债权人××××与债务人××××于××××年×月×日签订了《××××合同》,并经××××公证处公证[公证编号()××字第×号],根据上述合同的规定,债务人××××应于××××年×月×日将×××(标的名称、数量)偿还给债权人××××;现债务人违反了合同规定,尚未把欠款(或物品)全部偿还给债权人××××。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百一十八条和《中华人民共和国公证暂行条例》第四条第十款的规定,证明债务人××××应于××××年×月×日前,将所欠本金×币××××元、利息×币××××元,合计×币××××(或物品),偿还给债权人××××。

逾期不付,债权人××××可将本公证书向××××人民法院申请强制执行。

××省××市公证处(公章)

公证员 (签名)

××××年×月×日

注:1. 此格式适用于经过公证证明的各类债权文书,包括合同、欠单、借据;

2. 利息按原合同的规定或中国人民银行的规定计算;

3. 物品应写明名称、数量、规格、质量、交付地点、方式等;

4. 装订公证书时,应将原公证书放在后面;

5. 债权人或债务人是自然人的,应写明其姓名、性别、出生年月、身份证号码、住址。

(十二) 提存公证书

提存公证书

()××字第×号

兹证明债务人××××(单位全称)因××××(债务依据及无法直接给付的原因),于××××年×月×日将债务标的××××(标的名称、数量)提交于我处。从即日起,债务人××××(单位全称)所欠债权人××××(单位全称)的上述债务已经履行。

××省××市公证处(公章)

公证员 (签名)

××××年×月×日

注:1. 此格式适用于债务人无法向债权人给付到期债务的提存;

2. 当事人为自然人的,应写明其姓名、性别、出生年月、身份证号码、住址。

(十三)经济合同公证申请表

申 请 表

()××字第×号

单位名称(或姓名)	代表人姓名	职务	性别	年龄
住址				
申请公证事项及理由				
提出的证件				
备 考				
填表人：			申请人：	
			19××年×月×日	

承办人：

(十四)法人涉外公证申请表

申 请 表

单位名称				地址			
代表人姓名		性别		工作部门 及职务		电话	
申请办理公证种类及件数	办证种类		件 数				
			正 本		副 本		
办证目的、用途	使用国家或地区		译何种文字		预计经济效益		
提供的有关证明材料和文件							
是否送认证				送何处认证		外交领事司	
						使馆名称	
备 注							

填表人：

申请日期： 年 月 日

(十五)拒绝公证通知书

通 知 书

()拒字第×号

××××(姓名或单位的全称)：

你(或单位)申请办理××××公证事项,经本处审核调查,认为……(不真实或不合法或不可行又坚持不接受本处的修改建议)。现根据《中华人民共和国公证暂行条例》第六条规定,本处决定不予公证。特此通知。

如对本处的不予公证的决定不服,可在接到通知书的第二日起 10 日内,向××县、市、省司法行政机关提出申诉,由受理申诉的机关作出最后决定。

××公证处

主任×××(签名或盖章)

××××年×月×日(公章)

第二节 怎样办理合同鉴证

一、经济合同鉴证

(一) 经济合同鉴证的概念

经济合同的鉴证是指经济合同管理机关,根据双方当事人的申请,依照法律规定,审查、核实、证明经济合同的真实性和合法性的一种制度,也是对经济合同的一种行政管理办法。

鉴证,我国早在 50 年代就开始了。当时,对某些农副产品收购合同,如棉花收购合同,就实行过鉴证。1956 年以前,对私人工商业,如加工订货、经销代销等合同,也实行过鉴证。十一届三中全会以后,工商行政管理部门把鉴证工作当作加强经济合同管理的一项重要手段,并把其作为加强对经济合同管理的重要任务之一。其基本出发点在于,便于对合同的监督履行,以及合同纠纷的调解和仲裁。最大限度地使合同建立在比较可靠而又易于履行的基础之上,维护当事人的合法权益。

经济合同的鉴证实行自愿的原则。十一届三中全会以后,对经济合同的鉴证没有统一规定。1979 年 8 月 8 日国家经委、工商行政管理总局、中国人民银行《关于管理经济合同若干问题的联合通知》第三项中规定:“合同鉴证,目前暂不做统一规定,各省、市、自治区有关合同管理机关,可以根据实际情况,自行决定”。在后来的试点工作中,各省、市、自治区的作法不尽相同。1982 年 7 月 1 日开始实施经济合同法,对经济合同的鉴证工作也没有作出明确规定。1985 年 8 月 13 日国家工商行政管理局发布的《关于经济合同鉴证的暂行规定》第二项规定:经济合同的鉴证实行自愿原则,国家另有规定者除外。鉴证是对经济合同实行管理的一种行政管理手段。由于经济合同面广、量大、复杂,就全国来说,每年有几亿份合同,如果作出必须全部实行鉴证的统一规定,是不可能的。经济合同的鉴证机关是工商行政管理局,就其本身的工作人员和他的工作任务来说,也是难于完成这个任务的。究竟是否需要鉴证?哪一类合同需要鉴证?多大的标的需要鉴证?在什么情况下需要鉴证等等,可以根据各自的实际情况自愿进行。此外,当事人一方提出需要鉴证的和国务院有关部门或各省、市、自治区人民政府规定对某些重要的经济合同要求鉴证的,应该进行鉴证。

(二) 经济合同鉴证的范围

经济合同在什么范围内可以实行鉴证呢?国家工商行政管理局《关于经济合同鉴证的暂行规定》中规定,经济合同鉴证的范围包括:法人之间、法人与个体经营户、农户、专业户之间及个体经营户之间、专业户之间和个体经营户、专业户相互之间订立的购销、建设工程承包、加工承揽、货物运输、供用电、仓储保管、财产租赁、借款、财产保险、科技协作、联合经营合同等。

(三) 经济合同鉴证的程序

1. 申请

经济合同当事人在签订合同时,一方或双方要求鉴证的,应由当事人双方到合同签订地或合同履行地的工商行政管理局递交鉴证申请书。如果需要委托他人代办鉴证的,代理人员必须持有委托单位的委托证明。

2. 提供证明材料

申请鉴证的当事人应提供如下材料:

- (1) 经济合同正本或副本;
- (2) 营业执照或副本;

(3)鉴证经济合同的法定代表人和委托代理人的资格证明;

(4)其他有关证明材料。

工商行政管理局在办理经济合同鉴证时,如果需要到外地调查情况,应该提出明确的项目和要求,委托外地工商行政管理局协助进行调查,然后将调查材料及时返回。

3. 审查

鉴证,是根据当事人双方提供的合同文本及有关证明材料和外调材料,依照国家法律、行政法规和政策的规定,进行严格审查。鉴证人员一般应审查以下内容:

(1)签订经济合同的当事人是否合格,是否具有权利能力和行为能力;

(2)经济合同当事人的意思表示是否真实;

(3)经济合同的内容是否符合国家的法律、政策和计划的要求;

(4)经济合同的主要条款是否完备、文字表述是否准确,合同签订是否符合法定程序。

经审查后,鉴证人员如果认为经济合同真实、合法、可行、符合鉴证条件,应予以证明。由鉴证人员在合同文本上签名、并加盖工商行政管理局经济合同鉴证章。如果当事人提供的合同文本及证明材料不完备,当事人应该予以补正。如果发现经济合同不真实、不合法、则不应予以证明,并在合同文本上证明不予鉴证的理由。如果工商行政管理局发现自己对经济合同的鉴证有错误时,可以撤销证明。

4. 费用

申请鉴证的当事人应按照国家工商行政管理局、财政部关于经济合同鉴证费收取标准的规定交纳鉴证费用。

鉴证费按照下列标准收取:

(1)由当事人双方各负担一半。

(2)购销合同、订货合同、建筑安装工程承包合同按价款或工程造价的一定比例收取。

(3)加工承揽、建设工程勘察设计、科技协作合同及其它经济合同按价款或酬金的一定比例收取。

上述各类经济合同鉴证费最高收取 3000 元,最低收取 2 元。

5. 经济合同鉴证的作用

经济合同的鉴证对搞好经济合同的管理是十分必要的。是调整经济合同关系的重要环节,具有下列主要作用:

(1)可以确保合同的合法性和真实性,以维护双方当事人利益;

(2)有利于促使合同当事人双方认真贯彻协商一致、平等互利的原则;

(3)有利于当事人双方签订一个条款完备、文字清楚、经济责任明确的经济合同,增强双方认真履行合同的责任感,提高合同的履约率;

(4)有利于预防或减少经济合同纠纷和违法犯罪行为的发生;

(5)有利于经济合同纠纷的调解和仲裁。

(四)经济合同鉴证书样本

经济合同鉴证书

×鉴字[19]×号

上列双方于××××年×月×日签订_____经济合同壹份,经审查合格,准予鉴证。

双方当事人应严格信守该项合同,认真履约。违反合同条款,应按有关经济合同法规承担经济责任。

鉴证机关:××工商行政管理局(鉴证专用章)

鉴证员:(签名盖章)

××××年×月×日

(合同书原本附后)

经济合同鉴证笔录

当事人:

名称_____ 执照号码_____

经济范围_____ 注册资金_____

经济性质_____ 核算形式_____

代表人:

姓名_____ 职务_____ 年龄_____ 证件号码_____

姓名_____ 职务_____ 年龄_____ 证件号码_____

当事人:

名称_____ 执照号码_____

经济范围_____ 注册资金_____

经济性质_____ 核算形式_____

代表人:

姓名_____ 职务_____ 年龄_____ 证件号码_____

姓名_____ 职务_____ 年龄_____ 证件号码_____

双方当事人签名:

鉴证人:

19××年×月×日

二、劳动合同鉴证

(一)什么是劳动合同鉴证

劳动合同鉴证,是指国家劳动行政机关依法对劳动合同签订、变更程序及其内容的合法性、真实性、完备性、可行性,进行全面审查、核实、确认的行政监督行为。

在我国,劳动合同鉴证是对劳动合同确立的劳动关系合法性的证明,是国家对劳动合同实施有效管理的一种有效手段。它对于提高劳动合同质量、保证劳动合同的健康发展和稳定劳动关系都具有积极的意义。

劳动合同鉴证,虽然在法律诉讼中具有一定效力,但就其性质而言,仍然还是一种行政管理和监督检查的措施。它具有如下主要特征:

(1)鉴证人是国家劳动行政机关的法定部门。一般情况下,劳动合同鉴证由各级劳动行政机关的劳动力管理部门具体承担。

(2)鉴证的对象和内容是劳动合同的主体资格与合同条款的真实性、合法性和可行性,以及当事人订立劳动合同的程序。

(3)鉴证依法进行,具有强制性。劳动合同管理机关在实施鉴证时,要以劳动法律、法规为依据,法律、法规要求鉴证的劳动合同,只有通过劳动合同鉴证才能具有法律效力。

(4)劳动合同鉴证的证明力在行政机关的权力范围内有效。经过鉴证的劳动合同可以作为劳动争议仲裁机关处理劳动争议案件的可靠依据和证据。

劳动合同鉴证是一种行政管理手段,是现阶段我国劳动合同管理的主要方法。劳动行政管理机关在对劳动合同鉴证时,一般要审查如下内容:

(1)审查劳动合同主体的合法性。即审查签订劳动合同的当事人双方是否具有合法资格,是否具有劳动权利能力和劳动行为能力。若是代理人代理法人签订的劳动合同,代理人是否依法取得了代理权,是否具有委托证明,是否超越了代理权限。

(2)审查劳动合同关系的真实性。即审查劳动合同当事人双方的意思表示是否真实,是否按照平等自愿、协商一致的原则签订劳动合同。

(3)审查劳动合同内容的合法性。即审查劳动合同的内容是否符合法律、法规和政策的要求。

(4)审查劳动合同条款的准确性。即审查劳动合同的主要条款内容是否完备,文字表述是否准确,劳动合同的签订是否符合法定程序。

鉴证机关工作人员根据上述内容,认真审查劳动合同双方当事人提供的有关合同材料,对符合鉴证要求的应予以鉴证证明,鉴证工作人员应在劳动合同文本上签字,并加盖鉴证机关鉴证印章;对于不真实、不合法的劳动合同不予鉴证证明,并向当事人说明不予鉴证的理由,督促当事人纠正劳动合同中不真实、不合法的内容;对违法乱纪的劳动合同,应予以制止,对于劳动合同的有关内容显然违背法律规定的,应移交有关机关对当事人进行法律制裁。

劳动合同鉴证,虽然不同于法律公证,不具有法律上的最高证明力,但鉴证仍然具有明显的效力。

(1)鉴证可以促使劳动合同双方当事人严格履行合同条款。经过鉴证的劳动合同,能够产生促使劳动合同双方当事人严格履行合同条款的效力。劳动合同经过鉴证以后,它的真实性、合法性已被鉴证机关所确认,必然会增强劳动合同的严肃性和权威性,增强劳动合同双方当事人履行合同的责任心,提高他们履行劳动合同的自觉性,使他们认识到,不严格履行劳动合同,就是违反劳动合同的违约行为,会被追究法律责任,从而使合同双方在实际生产、工作活动中,严格按照劳动合同的条款履行各自的义务。

(2)作为处理劳动合同争议时的依据。经过鉴证的劳动合同在法律上具有证明力,能够产生作为处理劳动争议依据的效力。劳动合同经过鉴证以后,它的真实性和合法性已被鉴证机关确认,这不仅可以增强合同双方自觉履行劳动合同的可能性,同时还可以预防因劳动合同内容不合法、不合理而引发劳动争议,减少诉讼。而且即使在引起劳动争议纠纷以后,经过鉴证的劳动合同,一般来说也不再需要劳动争议仲裁机关对合同内容重新确认,可以直接作为劳动争议仲裁委员会和人民法院审理劳动争议案件的依据,以便使劳动争议得到迅速、正确的解决。当然,劳动合同鉴证的证据证明效力并不是绝对的。它尽管具有较强的可靠性,但仍然难免有错误的时候。不过在没有引起异议的情况下,劳动争议处理机关和人民法院在处理争议时是可以以鉴证结果作为判案根据的。除非经劳动争议处理机关或人民法院查明鉴证后的劳动合同确有不真实的情况,劳动合同双方当事人的异议确有理由。

劳动合同鉴证,是一种行政执法行为。鉴证机关工作人员一定要依法办事,以维护鉴证权威。在鉴证过程中,当事人对鉴证人员的不当处理行为也有权向其所在的劳动行政机关提出申诉,要求作出处理,以维护劳动合同的鉴证权威。这就要求鉴证机关狠抓人员培训,

积极探索和改造进劳动合同鉴证方法,做到既维护了合同权威,又为企业和劳动者提供了法律服务。

(二)为什么要进行劳动合同鉴证

劳动合同鉴证是保证劳动合同正确履行的一项劳动行政措施。其作用和功能都是明显的,但对于劳动合同是否一定要进行鉴证,目前在认识上尚难一致,有关的法律、法规对此也没有统一规定。一种观点认为,签订劳动合同是双方当事人的自愿行为,无需再进行行政鉴证,劳动合同一经订立,就应该具有法律约束力。况且,随着劳动制度改革的深入,劳动用工将逐步实行全员劳动合同制,劳动行政机关也没有能力对所有的劳动合同都进行鉴证,还有人认为,劳动合同鉴证是劳动行政机关为收取费用而实行的一种行政措施。这些说法固然偏颇,但也应当承认,由于我国法制还不健全、劳动立法更是相对滞后,对劳动合同进行鉴证还没有明确的法律依据。不过从近年来全国各地劳动仲裁机关在办理劳动合同鉴证的具体实践来看,对劳动合同进行鉴证益处很多。如能大大提高合同履约率,有利于促进劳动合同的正确履行和保护劳动者的合法权益等。由此可见,目前我国实行劳动合同鉴证无论从理论上还是实践上都是必要的。

(1)劳动合同鉴证有利于维护正常的生产、工作秩序,促进劳动制度的深化改革。在劳动制度改革中,由于对劳动合同这种法律形式还缺乏足够的正确认识,一些用人单位不重视劳动合同的签订,在履行中随意违反劳动合同,给招工、用工带来很多混乱,给企业生产也带来了严重损失。因此,为了认真维护劳动合同制,维护正常的生产、工作秩序,促进招工、用工制度改革的顺利进行,必须对劳动合同采取有效的管理措施。实行劳动合同鉴证,可以对劳动合同当事人的合法资格以及合同内容是否真实,是否合法,进行全面的审查,从而确定因签订劳动合同而产生的劳动合同法律关系,并促进劳动力在终止劳动合同后的合理流动。这样就可以防止劳动合同中的违法现象,增强当事人双方的合同法律意识,明确当事人双方各自的合同责任,保证劳动合同的严格执行,显示出劳动合同制的优越性,促进劳动制度改革的深化。

(2)实行劳动合同鉴证,可以促进当事人双方认真履行合同义务,防止或减少劳动合同争议的发生。用人单位和劳动者,对如何签订劳动合同,如何协商劳动合同条款,如何规定劳动合同的内容,如何明确双方的权利、义务等情况的法律知识都必须有充分的了解。如对必要的基本法律常识缺乏了解,签订的劳动合同往往就比较草率,出现劳动合同条款不具体、不明确、不完备的现象,该规定的不规定,该明确的不明确,有的甚至违反国家法律、法令和政策,这样的劳动合同在以后的履行过程中难免出现争执。实行劳动合同鉴证,通过对劳动合同进行全面审查和鉴证,可以保证劳动合同具有真实性、合法性和可靠性,使之能成为合同双方当事人执行的依据;同时,在对劳动合同鉴证后,鉴证机关还要负责监督和检查该劳动合同的履行。这样,一方面,劳动合同经过鉴证,使劳动合同比较真实、合法和完善,使合同双方当事人确切地知道自己的权利义务,了解违反劳动合同应承担的法律责任,增强双方当事人履行劳动合同的责任感和自觉性;另一方面,在劳动合同鉴证后,鉴证机关通过经常性的监督检查,对履行劳动合同过程中出现的问题,可以及时采取有效措施进行处理,避免劳动合同争议的发生,保证劳动合同的顺利履行。

(3)劳动合同鉴证有利于加强劳动合同管理。经过劳动合同鉴证,劳动行政管理机关可以掌握用人单位的招工、用工情况,便于按照有关劳动法律法规和政策对劳动合同的履行情况进行检查,一旦发现妨碍劳动合同或者违法现象,可以及时加以处理,进行劳动合同鉴证,也有利于用人单位加强对劳动合同的管理。由于劳动合同要经过劳动合同仲裁机关的鉴证,就会促使用人单位在同劳动者签订劳动合同时,认真对待双方所签订劳动合同的真实性、合法性和可行性,并根据劳动合同日益增多的实际情况,确定专门机构或专职人员进行劳动合同的管理工作,建立劳动合同管理制度和劳动合同档案,妥善保存劳动合同文本。经常分析劳动合同的履行情况,对履行劳动合同中出现的问题能够及时解决,使劳动合同的管理落到实处。

(4)有利于保护劳动者的合法权益。目前我国劳动关系双方当事人的法律意识还很薄弱,存在着一些用人单位在签订劳动合同时,侵犯劳动者合法权益的现象。如合同条款过于苛刻,内容违背法律规定的劳动安全卫生标准,劳动保护和保障措施差等等。这些内容如不经过劳动合同鉴证,除非出现劳动争议,否则很难使劳动行政管理机关进行合法处置,不可避免地出现劳资关系紧张和侵犯劳动者的合法权益的事件发生。

(5)劳动合同鉴证还有利于劳动争议得以及时、稳妥的处理。经过鉴证,劳动仲裁机关能够了解劳动合同的内容和合同双方当事人的权利义务。如果发生劳动争议,能够迅速查明情况,及时、准确地作出妥善处理。

总之,劳动合同鉴证,有利于国家对劳动关系进行宏观调控,并在日益复杂的劳动关系中实现对劳动合同的管理;同时,对劳动合同实行鉴证,也是劳动合同管理法制化的要求,有利于国家的劳动行政管理从单一行政手段向法制化、制度化转变。

(三)劳动合同鉴证和公证有什么不同

劳动合同鉴证,是劳动合同管理机关对用人单位和劳动者之间订立的劳动合同,就其真实性、合法性和可行性进行合同审查和鉴证,并给予证明的一种行政管理制度。它也是对劳动合同进行科学管理的一种有效方法。鉴证的权利主体即鉴证当事人,是订立劳动合同的双方法人和劳动者,鉴证的权利客体即鉴证对象是具有法律意义的劳动合同文书;鉴证的内容即鉴证的范围,是证明权利客体的真实性和合法性。根据国家的规定,由各级劳动行政主管部门的劳动争议仲裁部门行使鉴证职能,负责对各类劳动合同进行审查和鉴证。

公证,是指国家司法行政机关的公正机构,根据合同当事人的申请,依照有关法律、法规,对劳动合同的合法性、真实性、可行性进行审查的一种非诉讼活动。其证明活动是在被证明对象没有发生权益争议的情况下进行的;公证必须在双方当事人完全自愿的前提下进行;公证必须依当事人自愿请求为依据,不得在无请求情况下或超越请求范围而主动予以公证;请求公证的合同当事人不得以对公证不服为由向人民法院起诉。经公证机关公证的劳动合同,具有较强的可靠证据效力,可以作为劳动仲裁机构和人民法院处理劳动争议的有力证据。

由此可见,公证和鉴证在对象、方法、意义等方面有共同之处,公证与鉴证都是一种具有权威性的合同证明制度,都是代表国家对劳动合同行使审查、证明权。但是,公证与鉴证也有明显的区别。

(1) 鉴证是劳动行政机关对劳动合同实施管理的一种行政手段,属于劳动行政执法和监督检查的行政范畴;公证则是司法制度的一项重要内容,属于司法范畴,公证与鉴证在性质上是有区别的。

(2) 鉴证是保证劳动合同有效执行的必要程序,因而带有强制性。法律、法规要求鉴证的某些关系到劳动者根本利益的劳动合同,只有经过鉴证才具有法律效力,因而具有强制鉴证的因素;而公证则是当事人的一种自愿行为,当事人对合同是否进行公证,完全由其自愿协商确定,公证机关只能根据当事人的申请进行公证,不采取主动公证的形式。

(3) 国家赋予劳动行政机关和人民法院对劳动合同效力的确认权,劳动合同鉴证便是确认劳动合同效力的重要方式。鉴证不仅要审查合同内容的真实性,而且更重要审查其是否合法。公证只是对劳动合同当事人之间缔结的劳动合同的真实性作出研制,无权确认劳动合同是否有效。

(4) 劳动行政机关对经过鉴证确认有效的劳动合同,负有监督履行和义务;而公证机关仅从公证人的角度证明合同的真实性、合同性,对经过公证的劳动合同不承担监督执行的责任。

劳动合同的公证和鉴证,尽管都能起到证明合同内容的真实性、合法性的能力,但由于劳动合同关系到劳动合同当事人的切身利益,从鉴证的角度看,对劳动合同的鉴证优于公证。主要表现是:

① 能够保证劳动合同的顺利履行。经过鉴证的劳动合同,劳动合同鉴证机关负有监督检查其执行的义务,劳动行政机关要经常对劳动合同的执行情况进行监督,以保证劳动合同当事人严格履行劳动合同;而经过公证的劳动合同,公证机关只负有证明其内容合法性、真实性的作用,对劳动合同的履行不负监督义务,公证机关对劳动合同公证后就不再过问公证后的劳动合同了。所以,从劳动合同的实际履行原则来看,劳动合同的鉴证比公证更有效果。

② 能够保证劳动合同争议处理的顺利进行。劳动合同的鉴证,在我国是由劳动争议处理机关就开始介入劳动合同的内容审查和劳动关系当事人权利义务的确定。经过鉴证后的劳动合同,劳动争议处理机关对合同内容非常熟悉,一旦发生争议,劳动合同争议处理就能及时有效地查明劳动合同争议的原因,进而准确地处理合同纠纷。而劳动合同的公证,只是公证机关对劳动合同内容的真实性、合法性进行审查,以确认合同内容符合法律、法规的规定。劳动合同发生争议时,劳动争议处理机关在处理时不仅要查明争议原因,而且还要对争议的公证合同的合法性进行必要的审查,然后才能作出准确地判断,否则,劳动合同争议的处理就不会及时、准确、顺利地进行,也就不能有效地保护劳动合同当事人的合法权益。

(四) 劳动合同鉴证的步骤和方法

劳动合同的鉴证一般要经过受理、审查到出具鉴证证明一系列程序,它是劳动合同鉴证机关对劳动合同进行鉴证的步骤和方法。劳动合同鉴证,一般来说要经过以下几个阶段。

1. 劳动合同鉴证的申请和受理

劳动合同签订以后,当事人双方要亲自到当地劳动行政机关提出劳动合同鉴证的书面或口头申请。如果用人单位法人代表不能前往,可由其授权委托代理人申请。但须由法定

代表人出具委托书,明确代理人的授权范围及授权事项。当事人在申请劳动合同鉴证时,要向鉴证机关提供如下证明材料。①劳动合同书及其副本;②用人单位的营业执照或副本;③用人单位法定代表人或委托代理人资格证明;④劳动者的身分证或户籍证;⑤劳动者的学历证明、体格检查证明和《劳动手册》;⑥其他有关证明材料。劳动合同鉴证机关在对上述材料经过审查后,对符合规定的,应予受理;对材料不完备或因其它原因不符合鉴证要求的,应告诉当事人予以补正。补正后再予以受理。

2. 鉴证审查

对于受理后的劳动合同鉴证申请,劳动合同鉴证人员应按照规定进行鉴证审查。具体内容包括:

(1) 审查劳动合同的签订。鉴证审查劳动合同,一开始就要抓住双方签订劳动合同的真实性进行审查,看双方当事人意思表示是否一致,有无一方欺诈或胁迫另一方签订劳动合同现象。只有在双方当事人自愿签订劳动合同的前提下,才有条件进一步审查劳动合同的内容,否则应视为无效劳动合同,终止鉴证审查并将该合同案件提交劳动争议仲裁委员会处理。所以,在鉴证开始时,劳动行政仲裁机关应请用人单位的法定代表人或委托代理人与合同制工人或合同制工人的集体代表一同到场,由劳动仲裁机关负责人主持,当面逐一询问双方当事人签订劳动合同是否在平等、自愿的基础上进行,所签劳动合同条款是否赞同等,以确定其劳动合同的真实性。

(2) 审查劳动合同条款。通过严格对劳动合同条款的审查,以确定劳动合同的合法性、合理性和可行性。在审查中,一要看劳动合同条款是否齐全、手续是否完备,权利和义务是否明确;二是看合同内容是否符合法律、法令和国家政策;三是看合同形式是否符合有关规定要求。经过审查,鉴证机关工作人员认为有必要时,还应该与有关部门联系,向有关单位和个人进行调查,索取有关证据。有关单位和个人有义务给予协助。当审查发现劳动合同内容与国家的法律、法令和政策相抵触,或者不平等时,鉴证机关应督促当事人修改。

(3) 办理鉴证手续。对经过鉴证审查,符合国家法律、法规规定的劳动合同,应由鉴证机关签署意见,确认有效劳动合同,并由鉴证工作人员签名,加盖鉴证机关的鉴证专用章;对于违反国家法律、法令和政策的,或不平等的劳动合同,应拒绝鉴证,驳回申请;对构成犯罪的,应提交司法机关或有关部门处理。

(4) 整理归档,妥善保管。对经过鉴证的四份正、副本劳动合同书要进行统一编号,鉴证机关留存一份正本劳动合同书存卷归档,以便于查阅。劳动合同书交给用人单位保存,其他两份劳动合同书分别交给合同制本人及其所在地的劳动行政主管部门所属的劳动服务公司保存和管理。

在劳动合同鉴证过程中,鉴证人员对当事人双方提供的证明材料,认为不完备或有疑义时,应当要求当事人作必要的补充,或向有关单位核实。如果证明材料不完备或应当核实的未经核实,不能急于通过鉴证予以签名盖章。在劳动合同鉴证时,鉴证人员有权就劳动合同内容的有关问题询问双方当事人,对于内容不合法、不真实的劳动合同,鉴证人员应立即向当事人提出纠正,待纠正后予以鉴证。在劳动合同鉴证过程中,当事人对鉴证人员的处理认为有不当之处时,可以向鉴证人员所在地的劳动行政机关申诉,要求作出处理。

第三节 怎样办理技术合同认定登记

一、技术合同管理机关对技术合同的管理

(一) 技术合同管理的概念

技术合同管理是指技术合同管理机关,依照法律规定,对技术合同的订立、履行、变更和解除、监督和检查、调解和仲裁,以及查处技术合同违法行为等一系列活动进行法律调整的手段。

根据我国技术合同法的规定,我国技术合同管理机关是各级科学技术委员会、工商行政管理局等主管部门。

技术合同管理机关按照各自分工、协同进行技术合同的管理工作。

国家科学技术委员会管理全国技术合同登记工作。

各省、自治区、直辖市科学技术委员会、技术合同登记机构,负责合同的认定和登记工作。技术合同登记机构可以委托有关机构管理技术合同的登记申请。

(二) 技术合同管理的内容

技术合同管理工作包括下列内容:

(1) 各级工商行政管理机关必须加强对技术合同的监督、检查管理。

凡订立技术合同的企业、事业单位,都应当建立技术合同管理制度。

(2) 各地区应当建立技术合同的登记管理制度。技术合同的认定登记工作,由国家科委和各省、自治区、直辖市、计划单列城市科学技术委员会或者由其委托的机构负责。其中转让专利申请权或者专利权的当事人还需要向中国专利局登记;许可他人实施专利的,由专利权人在合同生效后,3个月内向中国专利局备案。

(3) 技术合同经认定登记后,当事人可以凭技术合同登记机构出具的技术合同登记证明,向有关专业银行申请科技贷款,向税务机关申请减免税收。当事人是单位的,可以按照技术合同法的有关规定,根据使用和转让职务技术成果所获得的收益,对完成该项职务技术成果的个人给予奖励。

(4) 上述奖励是指单位根据使用职务技术成果和通过履行技术开发合同、技术转让合同、技术咨询合同和技术服务合同所得的收益,按照国家有关规定发给技术成果完成者的奖金。

该项奖励费用的列支,应从实施技术成果所获得的利润和使用、转让技术成果所获得的价款、报酬或者使用费中列支,不列入单位奖金总额,不计征奖金税。但是,个人所得应当依法纳税。

(5) 技术合同具备了无效合同条件的,当事人或者利害关系人可以请求工商行政管理商宣布技术合同无效。工商行政管理局也可以进行查处。在处理过程中,凡涉及非法垄断技术、妨碍技术进步、侵害他人技术权益的,工商行政管理局应当委托当地科委或者专利管理

机关做出结论后,再进行处理。

(三)技术合同认定登记的分工管理

我国技术合同法规定,技术合同成立后,当事人可以向所在地区技术合同登记机构申请登记,当事人不在同一地区的,则向研究开发方、转让方、咨询方和服务方所在地的技术合同登记机构申请登记。

当事人依照技术合同法订立的技术开发合同、技术转让合同、技术咨询合同和技术服务合同申请认定登记,必须遵循统一政策,归口管理、服务基层的原则,实行按照地域一次登记的制度。

国家科学技术委员会管理全国技术合同认定登记工作。

各省、自治区、直辖市和计划单列城市科学技术委员会、管理本行政区划的技术合同认定登记工作,决定在本行政区划内,设立技术合同登记机构,受理技术合同的认定登记申请。

各省、自治区、直辖市和计划单列城市人民政府设立技术市场管理机构的,技术合同认定登记的日常工作可以由该机构负责管理和指导。

二、技术合同认定登记程序

(一)申请认定登记时限

申请技术合同认定登记,合同的研究开发方、转让方和服务方,应当自技术合同成立之日起 30 日内向所在地区的技术合同登记机构申请登记。

(二)申请认定登记条件

(1)申请认定登记的当事人应当向技术合同登记机构提交完整的书面合同文本和有关附件。合同文本可以采用国家科学技术委员会监制的技术合同示范文本;采用其他格式文本的,一般应当符合技术合同法实施条例中关于技术开发合同、专利权转让合同、专利申请权转让合同、专利实施许可合同、非专利技术转让合同、技术咨询合同、技术服务合同、技术培训合同和技术中介合同规定的条款内容。

以当事人之间往来电报、电传、信件作为合同文本申请认定登记的,登记机构不予受理,并通知当事人制作完整的合同文本后重新申请。但有关电报、电传、信件可以作为合同附件。

(2)当事人对于列入国家计划或者省、自治区、直辖市计划的重要科技项目订立的合同;内容涉及国家安全或者重大利益需要保密的技术订立的合同;全民所有制单位转让专利权、专利申请权的合同;就易燃、高压、高空、剧毒、建筑、医药、卫生、放射性等高度危险或者涉及人身安全和社会公共利益的项目订立的合同,申请认定登记,应当提交有关机关批准的文件和必要的证照。

(3)个人就非专利技术转让订立的合同,应当向技术合同登记机构申请认定登记,并提交所在单位或者有关单位确认非职务技术成果的证明。

(4)委托代理人订立的合同申请认定登记的,应当提交委托书复印件。

(5)通过中介方订立的合同申请认定登记的,中介方应当是根据国家科学技术委员会及省、自治区、直辖市、计划单列城市科学技术委员会的有关规定批准的中介机构,不符合上述

要求的,不予登记。

(6)申请认定登记的合同,应当使用“技术合同”、“技术开发合同”、“技术转让合同”、“技术咨询合同”、“技术服务合同”等名称,采用技术合同法及其实施条例的规范表述;使用其他名称或者所表达的内容,在认定合同性质上引起混乱的,技术合同登记机构应当退回当事人补正,否则,不予登记。

(7)当事人约定鉴证或公证的技术合同,应当在办理鉴证、公证后,申请认定登记。

技术合同登记机构可以根据当事人双方的申请,在进行技术合同认定登记前办理鉴证手续。

(三)技术合同认定登记审查内容

技术合同的认定登记,应以当事人提交的合同文本和有关材料为依据,以技术合同法及其实施条例和国家有关政策为准绳。

技术合同登记机构对当事人所提交的合同文本和有关材料进行审查和认定。其主要事项是:①法律和技术认定;②分类登记;③核定技术性收入。

当事人应当如实反映技术交易的实际情况,如果当事人在合同文本中弄虚作假,应当对其后果承担责任。

(四)技术合同的认定结论

技术合同登记机构对经过认定后,符合登记条件的合同,应当分类登记和存档,向当事人发给技术合同登记证明,并在合同文本上加盖技术合同登记专用章。

对于主要条款或者有关材料不完备的合同,登记机构应当以书面形式通知当事人补正。当事人应当自接到通知书之日起 30 日内补正完备,再行申请认定登记。

对认定非技术合同或者不符合登记条件的合同,登记机构不予登记,并在合同文书上注明“未予登记”字样。

对于以技术开发、技术转让、技术咨询和技术服务为主要内容,但包括部分非技术交易的合同,应当就其属于技术合同的部分进行登记。对于与技术交易无关的其他合同,一律不予登记。

当事人对技术合同登记机构的认定结论有异议的,可以在收到认定结论之日起 15 日内按行政复议程序请求复议一次。

技术合同登记机构发现已认定登记的技术合同确有错误时,应当及时纠正,撤销登记,并以书面形式通知当事人,当事人已提取奖酬金或者已办理减免税收手续的,应当通知有关单位予以纠正。

经技术合同登记机构认定登记的合同,当事人协商一致可以变更、解除,或者被有关机关撤销,宣布无效时,应当向原登记机构办理变更登记或者注销登记手续。

第四章 合同的履行

第一节 经济合同的履行

一、什么是经济合同的履行

所谓经济合同的履行,是指经济合同依法成立后,当事人双方按照合同规定的内容和约定的履行期限、地点和方式,全面完成各自所承担的合同义务,从而使该合同所产生的经济合同法律关系得以全部实现的整个行为过程。

经济合同履行的法律含义,包括以下几个内容:

(1)经济合同的内容必须合法。只有有效的经济合同才产生履行合同的有効行为,否则,应当立即终止履行。因此,合同的有效性是产生经济合同履行的前提条件。

(2)履行经济合同的主体,必须是经济合同义务的当事人。除法律或合同另有规定的情况外,任何一方当事人不得擅自将自己的合同义务转托给第三人去履行。这里所说的“法律规定”或“合同另有规定”是指《经济合同法》第十五条所规定的,即被保证的一方当事人不能履行或不能完全履行合同义务时,对方可以直接向其保证人请求代为履行。这时的保证人即具有代为履行的资格和义务。

(3)经济合同的履行,必须是按照合同中约定的履行期限、地点和方式的履行。任何违反合同约定的履行,都应视为违约行为。

经济合同的履行包括以下几种情况:

(1)全面履行

经济合同当事人双方按照合同约定的全部条款,全面完成各自的义务,并使双方的全部权利得以实现的行为,称为全面履行。

(2)不完全履行

经济合同当事人只完成了合同规定的部分义务或在履行标的、数量、质量、期限、地点、方式等方面没有完全按照合同规定的要求履行,叫做不完全履行。

(3)不适当履行

经济合同当事人虽然履行了合同义务,但是不适当地超越了合同所规定的标准所实施的行为,叫做不适当履行。

(4)迟延履行

经济合同当事人未能按照合同规定的日期履行或在合同到期后,一方无故不接受标的物,致使对方无法履行合同义务的行为,叫做迟延履行。

(5)不能履行

由于不可抗力等客观原因,使实际履行在事实上成为不可能,或当事人一方根本就没有履行合同的能力,履行合同不可能成为现实,叫做不能履行。

(6)不履行

经济合同当事人,由于主观原因,有意识地不去完成合同规定的各项义务,致使合同没有履行,叫做不履行。

二、经济合同履行的主要内容

(一)标的的交付

标的的交付包括以下内容:

1. 按照合同规定的标的履行

合同中规定的是什么标的,义务人就应该交付什么标的,并且按照合同规定的规格、型号、牌号等交付。即不能用其他标的物来代替,也不能用金钱来代替。如果一方违约,违约方在交付违约金和赔偿金以后,如果受害方要求违约方继续履行合同,违约方也有能力履行时,违约方应该按照合同规定的标的物继续履行合同。

2. 按照合同规定的数量和质量履行

合同规定的标的数量是多少,义务人就应该履行多少,既不能多,也不能少。合同中规定了什么样的质量标准,义务人就应该按照规定履行约定的质量标准。

3. 按照约定的价格履行

合同对标的的价格是怎样规定的,义务人就应该按照合同规定履行。除国家规定必须执行国家定价的以外,由当事人双方议定。执行国家订价的,在合同规定的交付期限内,遇国家价格要调整时,则按交付时的价格履行。逾期交货的,遇价格上涨时,按原价格执行;遇价格下降时,按新价格执行。逾期提货或逾期付款的,遇价格上涨时,按新价格执行;价格下降时,按原价格执行。

4. 按照约定的期限履行

交(提)货期限,是指交(提)货的时间界限,任何一方要求提前或延迟交(提)货时间,都应该事先达成变更履行期限的协议,然后按新协议履行。

5. 按约定地点履行

履行地点是指完成合同权利和义务的地方。合同中规定在什么地方履行,义务人就应该在什么地方履行。如果需要变更履行地点,应及时通知对方。不经对方同意,不得擅自变更履行地点。如果因不可抗力或其他原因不能在约定地点履行,可在距约定地点较近的地方履行,但也要及时通知对方。对于没有约定履行地点的,按下列办法履行:

交付标的为货币的,应在权利人(接受货币一方)所在地履行。通过银行转帐结算交付的,在接受货币一方所在地开户银行履行。

交付标的为建筑物的,履行地点为建筑物所在地。

交付标的为提供劳务的,履行地点一般在提供劳务一方当事人所在地。

标的是物的,如果供方送货,履行地在发货所在地;供方代办托运的,履行地则在供方所在地或发运地;需方自提货物的,履行地则在产品提货地。

6. 按照约定的方式履行

履行方式是指按合同规定的包装方式、运输方式、交(提)货方式、验收方式、结算方式等履行。合同中是怎样规定的,义务人就应该按照合同规定的方式履行。

总之,在经济合同履行过程中,当事人的各种经济行为必须与合同所规定的各项条款相符合时,才算完成了交付标的物的义务。

(二) 标的的接收和结算

标的的接收是指权利人按照合同规定的要求,在约定的时间、地点、对标的的名称、数量、质量等进行验收无误而自愿收受标的物的行为。标的物的接收包括验收和结算两部分内容:

1. 验收

验收主要包括:标的名称验收。接收方应该按照合同规定的要求,对标的的名称、(牌号或商标)花色、品种、规格、型号等认真查验。在验收中如发现产品品种、规格、型号、花色等不符合合同规定要求,应该一方面妥善保管,另一方面在规定的时间内向供方提出书面异议。

标的数量的验收。接收方应注意查验标的的分批交货数量或商品的总货量;无论是需方自提还是供方送货,都应在交货时当面点清;供方代办托运的,应按托运单上所列数量清点;属于途中数量减少或损坏的,超过国家规定合理损耗范围的,由接收方向承运部门追索;发货数与实际验收数之间的差额,实际交货数量与合同规定的交货数量之间的差额,不超过有关主管部门规定的,双方互不退补;超过规定范围的,按照国家规定计算多交或少交的数量,双方对验收有争议的,应在规定的期限内提出异议,超过规定期限的,视为履行合同无误。

标的质量的验收。采用国家规定的质量标准的,按照国家规定的质量标准验收;采用双方协商标准的,按照封存样品或按样品详细记录下来的标准验收;接收方对标的质量提出异议的,应在规定的期限内书面指出,否则,视为验收无误;当事人双方对质量在检验或试验中发生争议时,按照《中华人民共和国标准化管理条例》规定,由标准化部门的质量监督检验机构执行仲裁检验。

2. 结算

结算,是经济合同履行中的最后阶段。经济合同的价款或酬金及其他费用的结算,应该按照合同中商定的结算方式和中国人民银行结算办法办理。当事人双方应按照合同规定的开户银行、帐户名称和帐号进行结算。

接收方不仅应该按照合同约定及时办理结算,而且还应该知道在什么情况下享有拒付、少付或延付全部或部分货款或酬金的权利。拒付全部或部分货款或酬金的条件是:

- (1) 已经付清而重复托收的货款;
- (2) 供方托收的货款,不是合同中所订购的货物;

- (3) 货价高于合同规定的部分;
- (4) 质量高于合同规定而又未经需方同意所提价的那一部分货款;
- (5) 未经对方同意, 发货量超过合同规定的部分货款;
- (6) 未经对方同意, 提前交货部分的货款;
- (7) 托收金额计算错误而多计算部分的货款;
- (8) 经查验货物与发货清单不符的部分货款。

对于采用托收承付方式结算的, 如果接收方超过承付期限, 银行不予办理。如果无理拒付货款, 经银行说服无效的, 由银行实行强制扣款。

接收方对于拒付货款的产品, 必须负责接收, 妥善保管, 不准动用。如发现动用, 由银行代供方扣收货款, 并按逾期付款处理。

三、工矿产品购销合同的履行

(一) 产品数量和计算方法的履行

(1) 当事人双方应当严格按照合同规定的产品数量和计量方法履行。需方不得少要或不要, 否则应承担中途退货的责任。供方不按合同规定的数量交货的, 应分别按下列规定处理:

① 供方交付的产品多于合同规定的数量, 需方不同意接受的, 在托收承付期间, 可以拒付多交部分的货款和运杂费。购销双方在同一点(同城)的, 需方可以拒收多交的部分; 购销双方不在同一地点(异地)的, 需方应把产品接收下来, 并负责保管, 将详细情况和处理意见在货到后 10 天内(另有规定或当事人另行商定期限者除外)通知供方处理。

② 供方交付的产品少于合同规定的数量, 需方凭有关合法证明, 在托收承付期内, 可以拒付少交部分的货款, 并在货到后 10 天内(另有规定或当事人另行商定期限者除外)将详细情况和处理意见通知供方。供方接到通知后, 应在 10 天内(另有规定或当事人另行商定者除外)答复处理, 否则, 即视为默认需方的意见。少交的部分, 应立即补交, 因此造成逾期交货的, 应按《工矿产品购销合同条例》第 27 条第二款和第 35 条第五款的规定办理。

③ 供方通知需方不能履行或部分履行合同规定的交货数量的, 供方应负全部或部分不能交货的违约责任。

(2) 凡原装、原封、原标记完好无异状, 包装内的产品数量, 由生产企业或封装单位负责。需要确定负责期限的, 由当事人根据不同情况商定。

由供方组织装车(船)、凭封印交接的货物, 需方在卸货时, 如车(船)封印完整, 无其他异状, 但件数短缺的, 属于供方的责任, 需方凭运输部门编制的记录证明, 可以拒付短缺部分的货款, 并在货到后 10 天内(另有规定或当事人另行商定期限者除外)通知供方; 如件数相符, 但重量、尺寸等短缺, 或者包装标明的重量与实际的重量相符而包装内数量短缺, 需方可以凭本单位的验收书面证明, 在托收承付期内, 拒付短缺部分的货款, 并在货到 10 天内(另有规定或当事人另行商定期限者除外)通知供方, 否则, 即视为验收无误。

由供方组织装车(船)、凭现状(或件数)交接的货物, 需方在卸货时, 无法从外部发现货物丢失、短少、损坏的, 应由供方负责的部分, 需方可以凭本单位的验收书面证明和运输部门

的交接证明,在托收承付期内,可以拒付丢失、短少、损坏部分的货款,并在货到后 10 天内(另有规定或当事人另行商定期限者除外)通知供方,否则,即视为验收无误。

供方接到通知后,应在 10 天内(另有规定或双方当事人另行商定期限者除外)答复处理,否则,即按少交处理。

(3)发货数与实际验收数之间的差额,不超过有关主管部门规定(没有主管部门规定的由当事人商定)的磅差和自然减(增)量范围的,不按多交或少交论处,双方互不退补。

超过规定范围的磅差,按照实际交货数量计算多交或少交的数量;超过规定范围的自然减(增)量,按有关主管部门规定或当事人商定的计算方法计算多交或少交的数量。

实际交货数量与合同规定的交货数量之间的尾差,不超过有关主管部门规定(没有主管部门规定的由当事人商定)的尾差范围的,双方互不退补;超过范围,按照合同规定的数量计算多交或少交的数量。

(二)产品质量的履行

(1)需方在接到供方产品以后,在验收中如果发现没有合格证(或质量保证书)和双方商定的必要的技术资料,在托收承付期内有权拒付这部分产品的货款,并应将产品妥为保管,立即向供方索要,供方应及时补送给需方。超过合同规定交货期限补交的,作为逾期交货处理。

需方在验收中,如果发现产品的规格、品种、型号、花色和质量不符合合同规定,应一面妥为保管,一面向供方提出书面异议。在托收承付期限内,需方有权拒付不符合合同规定部分的货款。

凡原装、原封、原标记完好无异状,在当事人商定的期限内,该产品的质量由生产企业或封装单位负责。

(2)需方在向供方提出书面异议时,按以下规定办理:

①产品的外观和品种、型号、规格、花色不符合合同规定,属供方送货或代运的,需方应在货到后 10 天内(另有规定或当事人另行商定期限者除外)提出书面异议。需方自提的,应在提货时或者双方商定的期限内提出异议。

②产品内在质量不符合合同规定的,不论供方送货、代运或需方自提,需方应在合同规定由供方对质量负责的条件和期限内检验或试验,提出书面异议。某些产品,国家规定有检验或试验期限的,按国家规定办理。

③对某些必须安装运转后才能发现内在质量缺陷的产品,除另有规定或当事人另行商定提出异议的期限外,一般从运转之日起 6 个月以内提出异议。

④在书面异议中,应说明合同号、运单号、车(船)号,发货和到货日期;说明不符合合同规定的产品名称、型号、规格、花色、标志、牌号、批号、合格证(或质量保证书)号、数量、包装、验收方法、检验情况和检验证明;提出不符合合同规定的产品的处理意见,以及当事人双方商定的必须说明的事项。

⑤如果需方未按规定期限提出书面异议的,视为所交产品符合合同规定。

⑥需方因使用、保管、保养不善等造成产品质量下降的,不得提出异议。

(3)供方在接到需方书面异议后,应在 10 天内(另有规定或当事人另行商定期限者除

外)负责处理,否则,即视为默认需方提出的异议和处理意见。

(4)当事人双方对产品质量的检验或试验中发生争议,按《中华人民共和国标准化法》规定,由技术监督部门的质量监督检验机构执行仲裁检验。

(三)产品包装的履行

产品的包装费用,除国家另有规定者外,不得向需方另外收取。如果需方有特殊要求的,双方应当在合同中商定。其包装费超过原定标准的,超过部分由需方负担;其包装费低于原定标准的,相应降低产品价格。

(四)产品运输与交接的履行

(1)供方、需方对产品的运输和装卸,应按有关规定与运输部门办理交接手续,做出记录,双方签字,明确供方、需方和运输部门的责任。

①凭封印交接的货物

由供方装车(船)、需方或到站(港)运输部门卸车(船)的货物,封印完整而货物发生丢失、短少、损坏、变质、污染,除能证明属运输部门负责人者外,由供方负责;封印脱落、损坏,货物发生丢失、短少、损坏、变质、污染,除能证明属供方责任者外,由运输部门负责。

由发站(港)运输部门装车(船)、需方卸车(船)的货物,需方应会同到站(港)运输部门拆封,如发生丢失、短少、损坏、变质、污染,除能证明属供方或需方责任者外,由运输部门负责。

②凭现状(或件数)交接的货物

由供方组织装车(船)、运输部门按现状(或件数)交接的货物,如发生丢失、短少、损坏、变质、污染,运输部门接收前由供方负责,接收后由运输部门负责;到站(港)后在需方接收前发生丢失、短少、损坏、变质、污染,由运输部门负责,接收后由需方负责。但对在交接时无法从外部发现的货物丢失、短少、损坏、变质、污染,除证明责任者外,由供方负责。

上述属于运输部门责任的,由需方按国家颁发的有关货物运输合同条例的规定向运输部门提出书面异议,要求赔偿损失。属供方责任的,应按规定由需方向供方提出书面异议,供方负责处理。

(2)实行送货或代运的产品,到货地点或接货人发生错误,属于需方过错的,一切责任由需方承担;属于供方过错的,一切责任由供方承担;属于运输部门过错的,由托运单位按国家颁发的有关货物运输合同条例的规定向承运部门要求赔偿损失。但是不论哪一方的责任,接货单位对运到的货物,应当妥善保管,并立即通知有关单位查明处理,由此所支付的一切费用由上述责任方承担。

(五)产品交(提)货期限的履行

合同当事人未按合同期限交(提)货的,按以下规定办理:

(1)提前交货的,需方接货后,仍可按合同规定的交货时间付款;合同规定自提的,需方可拒绝提货。

(2)逾期交货的,供方应在发货前与需方协商,需方仍需要的,供方应照数补交,并负逾期交货责任;需方不再需要的,应当在接到供方通知后 15 天内通知供方,办理解除合同手续,逾期不答复的,视为同意发货。

(3)逾期提货的,需方除应当按合同规定时间付款外,并承担逾期提货的责任。

(六)产品价格的履行

执行国家定价的,在合同规定的交(提)货期限内,遇国家调整价格时,按交货时的价格执行。逾期交货的,遇价格上涨时,按原价执行;遇价格下降时,按新价格执行。由于逾期付款而发生调整价格的差价,由供需双方另行结算,不得在原托收结算金额中冲抵。执行浮动价和协商定价的,按合同规定的价格执行。

(七)货款结算的履行

(1)在货款结算问题上,如果需方变更开户银行、帐户名称和帐号,应于合同规定的交货期限前 30 天通知供方;如果需方未按期限通知或者通知有错误,而影响结算的,需方应负逾期付款责任;如果供方接到通知后,仍按变更前的情况办理结算,一切责任由供方承担。

(2)需方拒付货款,应当按照中国人民银行结算办法的拒付规定办理,采用托收承付结算方式的,如果需方超过承付期限,银行不予受理。需方无理拒付货款经银行说服无效的,由银行实行强制扣款;由于无理拒付而增加银行审查时间的,应自承付期满的次日起算,按逾期付款处理。

(3)需方对于拒付货款的产品,必须负责接收,妥善保管,不准动用。如果发现动用,由银行代供方扣收货款,并按逾期付款处理。

(八)工矿产品购销合同的变更和解除

工矿产品购销合同依法成立后,任何一方不得擅自变更或解除。变更或解除合同,除必须符合《经济合同法》第 27 条的规定外,还必须符合以下条件:

(1)当事人一方要求变更或解除合同的,在新的协议未达成以前,原合同仍然有效。但要求变更或解除合同的一方应及时通知对方,对方应在接到通知后 15 天内(另有规定或当事人另行商定期限者除外)予以答复。逾期不答复的,视为默认。

(2)变更或解除合同的协议,应采取书面形式(包括文书、电报等)。

(3)签订合同有笔误需要修正的,需经当事人双方协商同意。

(九)违反工矿产品购销合同的责任

1. 当事人双方或一方有违约行为的,必须向对方支付违约金

因违约使对方遭受损失的,如违约金能够抵补损失时,不再另行支付赔偿金;如违约金不足以抵补损失时,还应支付赔偿费以补偿其差额部分。对方如要求继续履行合同的,应当继续履行。

2. 供方的违约责任

(1)供方不能交货的,应向需方偿付违约金。通用产品的违约金为不能交货部分货款总额的 1—5%,专用产品的违约金为不能交货部分货款总值的 10—30%,具体比例可由供需双方在订立合同时商定。

(2)供方所交产品品种、型号、规格、花色、质量不符合合同规定的,如果需方同意利用,应按质论价;如果需方不能利用的,应根据产品的具体情况,由供方负责包修、包换或者包退,并承担修理、调换或退货而支付的实际费用。供方不能修理或者不能调换的,按不能交货处理。

(3)因产品包装不符合合同规定,必须返修或重新包装的,供方应当负责返修或重新包装,

并承担支付的费用;需方不要求返修或重新包装而要求赔偿损失的,供方应当偿付需方该不合格包装物低于合格包装物的价值部分。因包装不符合合同规定造成货物损坏或者灭失的,供方应当负责赔偿。

(4)自提产品供方不能按合同规定期限交货的,应负逾期交货责任,并承担需方因此而需要支付的实际费用。

(5)逾期交货的,应比照中国人民银行有关延期付款的规定,按逾期交货部分货款总值计算,向需方偿付逾期交货的违约金。

(6)提前交货的产品、多交的产品和品种、型号、规格、花色、质量不符合合同规定的产品,需方在代保管期内实际支付的保管、保养等费用以及非因需方保管不善而发生的损失,应当由供方承担。

(7)产品错发到货地点或接货人的,供方除应负责运交合同规定的到货地点或接货人外,还应承担需方因此多支付的一切实际费用和逾期交货的违约金。

(8)供方未经需方同意,单方面改变运输路线和运输工具的,应当承担由此增加的费用。

(9)在供方专用线自装的产品,因装载技术不善造成产品灭失、质量下降、包装损失或者其他质量事故的,应当由供方承担责任。

(10)供方用罐车发运货物,未随车附带规格质量证明或化验报告,致使需方无法卸货的,由此造成的卸车等存费及运输罚款,应当由供方偿付。

3. 需方的违约责任

(1)中途退货,应向供方偿付违约金。通用产品的违约金为退货部分货款总值的 1—5%,专用产品的违约金为退货部分货款总值的 10—30%,具体比例可由供需双方在签订合同时商定。

(2)未按合同规定的时间和要求提供应交的技术资料或包装物的,除交货日期得予顺延外,应比照中国人民银行有关延期付款的规定,按顺延交货部分货款总值计算,向供方偿付违约金。如果不能提供的,按中途退货处理。

(3)自提产品未按供方通知的日期或合同规定的日期提货的,应比照中国人民银行有关延期付款的规定,按逾期提货部分货款总值计算,向供方偿付逾期提货的违约金,并承担供方实际支付的代为保管、保养的费用。

(4)逾期付款的,应按照中国人民银行有关延期付款的规定向供方偿付逾期付款的违约金。

(5)实行送货或代运的产品,需方违反合同规定拒绝接货的,应当承担由此造成的损失和运输部门的罚款。

(6)承担由于需方错填到货地点或接货人等所造成的损失;承担供方或运输部门因处理需方提出的错误异议而实际支付的一切费用;承担代供方保管的产品因需方保管不善而造成的损失。

(十)工矿产品购销合同中的日期计算

1. 购销合同中的法定日期

(1)供方在多交或少交产品(商品)时,需方都应在货到后 10 天内(另有规定或当事人另

行商定期限者除外)将详细情况和处理意见通知供方)。供方接到通知后,也应在 10 天内作出答复,否则,即视为默认需方的意见。

由供方组织装车(船)、凭封印交接的货物,需方在卸货时,如车(船)封印完整,其他无异状,但件数短缺的;或件数相等,但重量、尺寸等短缺;或者包装标明的重量与实际的重量相等而包装内数量短缺的。需方应在货到后 10 天内(另有规定或当事人另行商定期限者除外)通知供方,否则视需方验收无误。

由供方组织装车(船)、凭现状(或件数)交接的货物,需方在卸货时,无法从外部发现货物丢失、短少、损坏的,经验收后发现丢失、短少、损坏的,应在货到后 10 天内(另有规定或当事人另行商定期限者除外)通知对方,否则,视为需方验收无误。

供方在接到通知后,也在 10 天内(另有规定或当事人另行商定期限者除外)答复处理,否则,即按少交处理。

(2)供方应对产品的质量负责。需方在验收中如发现产品质量不符合规定,应一方面妥为保管,另一方面向供方提出书面异议。如果产品的外观和品种、型号、规格、花色不符合合同规定,属供方送货或代运的,需方应在货到后 10 天内(另有规定或当事人另行商定期限者除外)提出书面异议。某些产品必须安装运转后才能发现内在质量缺陷的产品,除另有规定或当事人另行商定提出异议的期限外,一般从运转之日起 6 个月以内提出异议。

如果需方未按规定期限提出书面异议的,视为所交产品符合合同规定。

供方在接到需方书面异议后,也应在 10 天内(另有规定或当事人另行商定期限者除外)负责处理,否则,即视为默认需方提出的异议和处理意见。

(3)在产品(商品)的运输与交接过程中,如果需方要求变更到货地点或接货人,应在合同规定的交货期限(月份或季度)前 40 天通知供方。迟于上述规定期限,供需双方应当立即另行协商处理。

(4)交(提)货期限内,供方逾期交货,需方又不再需要的,应当在接到供方通知后 15 天内通知对方,办理解除合同手续,逾期不答复的,视为同意发货。

(5)货款的结算期限问题,法律规定:用托收承付方式的,验货付款的承付期限一般为 10 天,从运输部门向收货(付款)单位发出提货通知的次日起算。

货款的结算应当按照当事人双方在合同中规定的开户银行、帐户名称和帐号进行结算,需方需要变更开户银行、帐户名称和帐号,应在合同规定的交货期限前 30 天通知供方,如果需方未按期通知或者通知有误而影响结算的,需方应负逾期付款责任;如果供方接到通知后,仍按变更前的情况办理结算,一切责任由供方承担。

按照合同规定应该偿付的违约金、赔偿金、保管保养费和各种经济损失,应当在明确责任后 10 天内,按中国人民银行规定的结算方法付清,否则,按逾期付款处理。

(6)工矿产品销购合同的变更和解除,也涉及法定的时间问题。如当事人一方要求变更或解除合同时,应及时通知对方,对方应在接到通知后 15 天内(另有规定或当事人另行商定期限者除外)予以答复,逾期不答复的视为默认。

上述法定日期的规定,是当事人、合同管理机关以及人民法院经常涉及的一个日期如何计算的法律问题。

2. 经济合同法定期限的计算

(1)除已有明确规定的以外,凡属于直接送达的,以收件人签收日期为准;邮寄送达的,以邮局挂号回执注明的收件日期为准。

(2)开始日期的计算。开始日期计算问题,经济合同法没有作具体规定。一般是按照民事诉讼法的法定期间和人民法院指定的期间来确定。开始的日期,不计算在期间以内,一般从开始日期的第2日算起。同时还规定,若届满的最后一日是节假日,则以节假日后的第一日为期间。届满日期,根据经济合同法的情况来看,应该把当日计算在内。所以,当事人在签订经济合同时,应对“当日”是否包括在内应加以注明,以免发生争议。

(3)交货日期的计算。交货日期在经济合同法中也没有具体规定,但是《中华人民共和国民事诉讼法》规定,法定期间和人民法院指定的期间不包括在途期间。因此,只要供方将货物交付了运输部门并办理了手续,就应认为供方已经履行了交货的义务。

四、农副产品购销合同的履行

农副产品购销合同的履行主要依据《经济合同法》和《农副产品购销合同条例》的规定。具体履行要素与工矿产品购销合同的情况相同,这里不再重复,仅就违反农副产品购销合同的违约责任进行说明。

(一)农副产品购销合同责任的划分

(1)由于一方违约,造成不能履行或不能完全履行时,应由违约方承担违约责任。

(2)由于运输部门的责任造成违约的,按照国家有关规定处理。

(3)当事人一方由于不可抗力原因而不能履行或不能完全履行合同时,应尽快向对方通报理由,在取得有关部门证明以后,允许延期履行、部分履行或不履行,并且可以根据情况部分或全部免于承担违约责任。

(二)供需双方违反农副产品购销合同的责任

1. 供方违反合同的责任

(1)交货数量少于合同的规定而需方仍然需要的,应照数补交。其补交部分按照逾期交货的规定处理。超过规定期限不能交货的,应偿付需方不能交货部分货款总值1—20%的违约金。

如因违约自销或因套取超购加价款而不履行合同时,应向需方偿付不履行合同部分货款总值5—25%的违约金,并退回套取的加价款和奖售、换购的物资;违约自销多得的收入,由工商行政管理部门没收,上缴中央财政。

(2)由于不可抗力造成产品质量不符合合同规定的,不以违约论处。对这些产品的处理办法,可由供需双方协商决定。

在交付的农副产品中掺杂使假、以次充好的,需方有权拒收,供方同时应向需方偿付该批货款总值5—25%的违约金。

交售的鲜活产品如有污染或病疫的,除需方应拒收外,还应按照国家有关规定处理。

(3)包装不符合合同规定,发货前需返修或重新包装的,应负责返修或重新包装,并承担因此而支付的费用。发货后因包装不善给需方造成损失时,应赔偿其实际损失。由于返修或

重新包装而造成逾期交货的,按照逾期交货的规定处理。

(4)交货时间比合同约定提前而需方不同意接货的,可以拒收;需方同意接货的,可按合同规定的时间付款。

逾期交货而需方仍需要的,应照数补交,并比照中国人民银行有关延期付款的规定按逾期交货部分货款总值计算,向需方偿付逾期交货的违约金;因逾期交货需方不再需要的,由供方自行处理,并向需方偿付该部分货款总值1—20%的违约金。

需方按供方通知的时间、地点前往提货点提货而未提到时,供方应负逾期交货的违约责任,并承担需方因此而支付的实际费用。

(5)因数量、质量、包装或交付期限不符合合同规定而被拒收的产品,需方应负责代为保管,在代保管期间,供方应负责支付实际开支的一切费用,并承担因保管、保养不善所造成的损失。

(6)不履行或不完全履行预购合同的,应加倍偿还不履行部分的预付定金。

(7)错发到货地点或接货单位(人)时,应按合同规定重新发货或将错发的货物送到合同规定的地点、接货单位(人),并承担因此而多支付的运杂费及其他费用;造成逾期交货的,还应偿付逾期交货的违约金。

未征得需方同意,单方面改变合同规定的运输路线或运输工具的,应承担因此而多支付的费用。

实行送货或代运的产品,由于错发到货地点或接货单位(人)而造成损失,属于承运部门责任的,由供方按国家有关货物运输规定向承运部门要求赔偿损失。

(8)在接到需方验收产品提出的书面异议后,应在15天内负责做出处理(当事人双方商定有期限或另有规定的除外),如供方未按时处理,可视为默认。

2. 需方违反合同的责任

(1)在合同执行中退货的,应偿付供方退货部分货款总值5—25%的违约金。因此使供方造成损失的,还应根据实际情况赔偿其损失。

(2)无故拒收送货或代运的产品,应向供方偿付被拒收货款总值5—25%的违约金,并承担因此而造成的损失和费用。

(3)逾期提货(收购)的,除比照中国人民银行有关延期付款的规定,按逾期提货(收购)部分货款总值计算偿付违约金外,还应承担供方在此期间所支付的保管费或保养费,并承担因此而造成的其它实际损失。

(4)未按合同规定供应包装物的,交货日期得予顺延,同时应按中国人民银行有关延期付款的规定,向供方偿付延期付款的违约金。因此而使供方造成损失的,还应根据实际情况赔偿其损失,如不能按合同规定提供包装时,应按在合同执行中退货的规定处理或由当事人双方协商解决。

(5)未按合同规定期限付款的,应按中国人民银行有关延期付款的规定,向供方偿付延期付款的违约金。

(6)不履行或不完全履行预购合同的,无权收回未履行部分的预付定金。

(7)承担因错填或临时改变到货地点而多支付的一切费用。

自办托运的产品,由于错发到货地点或接货单位(人)而造成损失,属于承运部门责任的,由需方按国家有关货物运输规定向承运部门要求赔偿损失。

(8)在合同规定的验收期限内,未进行验收或验收后未在规定的期限内提出异议,可视为默认。

(9)被拒收的一般产品,在代保管期间,必须按原包装妥善保管保养,不得动用。一经动用即视为接收,应按期向供方付款,如不按期付款,则应按延期付款处理。对被拒收的易腐烂变质的产品及鲜活产品,供方应允许需方在取得有关部门同意后,及时就地处理。

五、建设工程承包合同的履行

(一)建设工程勘察设计合同的履行

建设工程勘察设计合同依法成立后,双方必须严格履行合同规定的义务,并承担责任。

1. 委托方的义务

(1)向承包方提供开展勘察设计工作所需的有关基础资料,并对提供的时间、进度与资料的可靠性负责。

委托勘察工作的,在勘察工作开展前,应提出勘察技术要求及附图。

委托初步设计的,在初步设计前,应提供经过批准的设计任务书、选厂报告,以及原料(或经批准的资源报告)、燃料、水、电、运输等方面的协议文件和能满足初步设计要求的勘察资料、需要经过科研取得的技术资料。

委托施工图设计的,在施工图设计前,应提供经过批准的初步设计文件和能满足施工图设计要求的勘察资料、施工条件,以及有关设备的技术资料。

(2)在勘察设计人员进入现场作业或配合施工时,应负责提供必要的工作和生活条件。

(3)委托配合引进项目的设计任务,从询价、对外谈判、国内外技术考察直至建成投产各阶段,应吸收承担有关设计任务的单位参加。

(4)按照国家有关规定付给勘察设计费。

(5)勘察设计合同生效后,委托方应向承包方付给定金。勘察任务的定金为勘察费的30%,设计任务的定金为估算的设计费的20%。勘察设计合同履行后,定金抵作勘察、设计费。

(6)维护承包方的勘察成果和设计文件,不得擅自修改,不得转让给第三方重复使用。

2. 承包方的义务

(1)勘察单位应按照现行的标准、规模、规程和技术条件,进行工程测量、工程地质、水文地质等勘察工作,并按合同规定的进度、质量提交勘察成果。

(2)设计单位要根据批准的设计任务书或上一阶段设计的批准文件,以及有关设计技术经济协议文件、设计标准、技术规范、规程、定额等提出勘察技术要求和进行设计,并按合同规定的进度和质量提交设计文件(包括概预算文件、材料设备清单)。

(3)初步设计经上级主管部门审查后,在原定任务书范围内的必要修改,由设计单位负责。原定任务书有重大变更而重作或修改设计时,须具有设计审批机关或设计任务书批准机关的意见书,经双方协商,另订合同。

(4)设计单位对所承担设计任务的建设项目应配合施工,进行设计技术交底,解决施工过程中有关设计的问题,负责设计变更和修改预算,参加试车考核及工程竣工验收。对于大中型工业项目和复杂的民用工程应派现场设计代表,并参加隐蔽工程验收。

3. 违反勘察设计合同的责任

委托方或承包方违反建设工程勘察设计合同规定造成损失的,应承担违约责任。

(1)委托方的责任

①由于计划变动,提供的资料不准确,未按期提供勘察、设计必需的资料或工作条件而造成勘察、设计的返工、停工、窝工或修改设计,委托方应按承包方实际消耗的工作量增付费用。因委托方责任而造成重大返工或重作设计,应另行增费。

②委托方超过合同规定的日期付费时,应偿付逾期的违约金。偿付办法与金额,由双方按照国家的有关规定协商确定。

(2)承包方的责任

①因勘察设计质量低劣引起返工或未按期提交勘察设计文件拖延工期造成损失,由勘察设计单位继续完善勘察、设计任务,并根据造成的损失浪费大小减或免收勘察设计费。

②对于因勘察设计错误而造成工程重大质量事故者,勘察设计单位除免收受损失部分的勘察设计费外,还应付与直接受损失部分勘察设计费相等的赔偿金。

(二)建筑安装工程承包合同的履行

建筑安装工程承包合同,属于专业性建筑安装工程的,按国务院各有关主管部门的特殊规定和合同约定执行。

1. 发包方的义务

(1)办理正式工程和临时设施范围内的土地征用、租用,申请施工许可证和占道、爆破以及临时铁道专用线接岔等的许可证;

(2)确定建筑物(或构筑物)、道路、线路、上下水道的定位标准、水准点和坐标控制点;

(3)开工前,接通施工现场水源、电源和运输道路,拆迁现场内民房和障碍物(也可委托承包方承担);

(4)按双方商定的分工范围和要求,供应材料和设备;

(5)向经办银行提交拨款所需的文件(实行贷款或自筹的工程要保证资金供应),按时办理拨款和结算;

(6)组织有关单位对施工图等技术资料进行审定,按照合同规定的时间和份数交付给承包方;

(7)派驻工地代表,对工程进度、工程质量进行监督,检查隐蔽工程,办理中间交工工程验收手续,负责签证、解决应由发包方解决的问题,以及其他事宜;

(8)负责组织设计单位、施工单位共同商定施工组织设计、工程造价和竣工结算,负责组织工程竣工验收。建筑安装工程的竣工验收,应以施工图纸及说明书、国家颁发的施工及验收规定和质量检验标准为依据。

2. 承包方的义务

(1)施工场地的平整,施工界区以内的用水、用电、道路和临时设施的施工;

(2)编制施工组织设计(或施工方案),做好各项施工准备工作;

(3)按双方商定的分工范围,做好材料和设备的采购、供应和管理;

(4)及时向发包方提出开工通知书、施工进度计划表、施工平面布置图、隐蔽工程验收通知、施工验收报告;提供月份施工作业计划、月份施工统计报表、工程事故报告以及提出应由发包方供应的材料、设备的供应计划;

(5)严格按照施工图与说明书进行施工,确保工程质量,按合同规定的时间如期完工和交付;

(6)已完工的房屋、构筑物和安装的设备,在交工前应负责保管,并清理好场地;

(7)按照有关规定提出竣工验收技术资料,办理工程竣工结算,参加竣工验收;

(8)在合同规定的保修期内,对属于承包方责任的工程质量问题,应负责无偿修理。

3. 违反建筑安装工程承包合同的责任

建筑安装工程承包合同的发包方和承包方违反合同造成损失的,应承担违约责任:

(1) 发包方的责任

①未能按照承包合同的规定履行自己应负的责任,除竣工日期得以顺延外,还应赔偿承包方因此发生的实际损失;

②工程中途停建、缓建或由于设计变更以及设计错误造成的返工,应采取措施弥补或减少损失,同时,赔偿承包方由此而造成的停工、窝工、返工、倒运、人员和机械设备调迁、材料和构件积压的实际损失;

③工程未经验收,发包方提前使用或擅自动用,由此而发生的质量或其他问题,由发包方承担责任;

④超过合同规定日期验收,按合同违约责任条款的规定偿付逾期违约金;

⑤不按合同规定拨付工程款,按银行有关延期付款办法或“工程价款结算办法”有关规定处理。

(2) 承包方的责任

①因勘察设计质量低劣或未按期提交勘察设计文件拖延工期造成损失,由勘察设计单位继续完善设计,并减收或免收勘察设计费,直至赔偿损失;

②工程质量不符合合同规定的,负责无偿修理或返工。由于修理或返工造成逾期交付的,偿付逾期违约金;

③工程交付时间不符合合同规定,按合同中违约责任条款的规定偿付逾期违约金。

六、加工承揽合同的履行

(一) 定作方的义务

(1)由定作方提供原材料完成工作的,必须按照合同规定的时间、数量、质量、规格向承揽方提供原材料,否则,由此造成的工作延期或影响工作质量的,由定作方负责。

承揽方发现定作方提供的图纸或技术要求不合格,应及时通知定作方;定作方应在规定的时间内回复,提出修改意见,否则,承揽方有权停止工作,造成的经济损失,由定作方赔偿。

(2)定作方负有及时、认真检验标的物并接受承揽方所完成的工作成果的义务。定作方

必须按照合同规定在承揽方工作期间检查承揽方的工作,但不得因此妨碍承揽方的正常工作。

定作方必须按照合同规定的期限及时检验承揽方交付的工作成果或完成的工作任务,否则,应向承揽方交付保管费和保养费。如果定作方无故拒不接受或迟延接受标的物,致使标的物因不可抗力而遭到毁损和灭失时,定作方自己承担责任,承揽方不负任何责任。

(3)定作方必须向承揽方支付相应报酬。由于定作方在规定的期限内接受承揽方交付的工作成果,所以定作方必须按照约定向承揽方支付相应报酬。定作方无故拒绝或迟延支付报酬的,应承担违约责任,承揽方也有权扣留标的物,享有留置权利。

(二)承揽方的义务

(1)承揽方必须按照约定完成工作任务。承揽方必须按照定作方提出的品名、数量、质量和技术要求完成工作任务;承揽方在交付工作成果时,必须接受定作方的检查和验收。

(2)由承揽方提供原材料完成工作的,承揽方必须严格按照合同规定选用材料,并接受定作方的检验。承揽方如隐瞒原材料的缺陷或者使用不符合合同规定的原材料而影响定作物的质量时,必须按照定作方的要求负责重作、修理、减少价款或接受退货,并赔偿经济损失。

(3)用定作方原材料完成工作的,承揽方负有检验、保管、合理使用材料的义务。承揽方应对定作方提供的原材料的质量负责检验,如果不符合要求,应立即通知定作方进行调换或补齐,承揽方对定作方提供的原材料或物品,负有妥善保管的责任,否则,造成材料或物品的毁损和灭失,应承担违约责任;承揽方对定作方提供的原材料,必须精打细算,节约使用,合理使用,剩余材料应归还定作方;承揽方对定作方提供的原材料,不得擅自更换,对修理的物品不得偷换零部件。

(4)承揽方必须亲自完成合同中规定的义务。承揽方必须具有自己的设备、技术和劳力,并亲自完成定作方交给的工作任务。承揽方未经定作方同意,不得擅自将接受的任务的主要部分或全部转让给第三方,不得利用加工承揽合同转包渔利,不得在法律允许的范围以外,从事剥削他人劳动的加工承揽活动。

(5)承揽方必须按照合同约定为定作方保守秘密。承揽方对于承揽的工作,如果定作方要求保密的,应当严格履行保密的义务,未经定作方许可,不得留存技术资料和复制。

(三)违反加工承揽合同的责任

当事人任何一方违反加工承揽合同应承担以下违约责任:

1. 承揽方的违约责任

(1)定作方向承揽方交付定金后,承揽方不履行合同时,应向定作方双倍返还定金。

(2)未按合同规定的质量交付定作物或完成工作,定作方同意利用的,应当按质论价;不同意利用的,应当负责修整或调换,并承担逾期交付的责任;经过修整或调换后,仍不符合合同规定的,定作方有权拒收,由此造成的损失由承揽方赔偿。

(3)交付定作物或完成工作的数量少于合同规定,定作方仍然需要的,应当照数补齐,补交部分按逾期交付处理;少交部分定作方不再需要的,有权解除合同,因此造成的损失由承揽方赔偿。

(4)未按合同规定包装定作物,需返修或重新包装的,应当负责返修或重新包装,并承担

因此而支付的费用。定作方不要求返修或重新包装而要求赔偿损失的,承揽方应当偿付定作方该不合格包装物低于合格包装物的价值部分。因包装不符合合同规定造成定作物毁损、灭失的,由承揽方赔偿损失。

(5)逾期交付定作物,应当按照合同规定,向定作方偿付违约金;合同中无具体规定的,应当比照中国人民银行有关延期付款的规定,按逾期交付部分的价款总额计算,向定作方偿付违约金;以酬金计算的,每逾期一天,按逾期交付部分的酬金总额的1%偿付违约金。

未经定作方同意,提前交付定作物,定作方有权拒收。

(6)不能交付定作物或完成工作的,应当偿付不能交付定作物或不能完成工作部分价款总值的10—30%或酬金总额20—60%的违约金。

(7)异地交付的定作物不符合合同规定,暂由定作方代保管时,应当偿付定作方实际支付的保管、保养费。

(8)实行代运或送货的定作物,错发到达地点或接收单位(人),除按合同规定负责运到指定地点或接收单位(人)外,并承担因此多付的运杂费和逾期交付定作物的责任。

(9)由于保管不善致使定作方提供的原材料、设备、包装物及其他物品毁损、灭失的,应当偿付定作方因此造成的损失。

(10)未按合同规定的办法和期限对定作方提供的原材料进行检验,或经检验发现原材料不符合要求而未按合同规定期限通知定作方调换、补齐的,由承揽方对工作质量、数量承担责任。

(11)擅自调换定作方提供的原材料或修理物的零部件,定作方有权拒收,承揽方应赔偿定作方因此造成的损失,如定作方要求重作或重新修理,应当按定作方要求办理,并承担逾期交付的责任。

2. 定作方的违约责任

(1)定作方向承揽方支付定金后,如果定作方不履行合同,定作方因此丧失定金的所有权,无权请求返还定金。

(2)中途变更定作物的数量、规格、质量或设计等,定作方应当赔偿承揽方因此造成的损失。

(3)定作方在履行加工承揽合同过程中,中途废止合同,属于承揽方提供原材料的,应偿付承揽方的未履行部分价款总值10—30%的违约金;不属于承揽方提供原材料的,应偿付承揽方未履行部分酬金总额20—60%的违约金。

(4)定作方未按合同规定的时间和要求向承揽方提供原材料、技术资料、包装物等或未完成必要的辅助工作和准备工作时,承揽方有权解除合同,并且定作方还应当赔偿承揽方因此而造成的损失;承揽方不要求解除合同的,除交付定作物的日期得以顺延外,定作方应当偿付承揽方停工待料的损失。

(5)超过合同规定期限领取定作物的,除应当比照中国人民银行有关延期付款的规定向承揽方偿付违约金外,还应当承担承揽方实际支付的保管、保养费。定作方超过领取期限6个月不领取定作物的,承揽方有权将定作物变卖,所得价款在扣除报酬、保管、保养费后,定作方还应当补偿不足部分;如果定作物不能变卖,应当赔偿承揽方的经济损失。

无故拒收定作物的,应当赔偿承揽方因此造成的损失以及运输部门的罚款。

(6)超过合同规定日期付款,应当比照中国人民银行有关延期付款的规定向承揽方偿付违约金。以酬金计算的,每逾期一天,按酬金总额的 1‰ 偿付违约金。

(7)变更交付定作物地点或接收单位(人),应承担因此而多支出的费用。

七、货物运输合同的履行

(一)铁路货物运输合同的履行

铁路货物运输合同依法成立后,当事人双方必须认真履行合同。履行合同,包括承担各自应尽的义务、交接货物的验收及货物的接收等。

1. 托运人和承运人应承担的义务

(1)托运人应承担的义务

①托运人应按照货物运输合同约定的时间和要求向承运人交付托运的货物;

②对于需要包装的货物,应当按照国家包装标准轻工部有关标准进行包装,没有统一规定包装标准的,可根据货物的性质,在保证货物运输安全的原则下进行包装,并按国家规定标明包装储运指示标志,笨重货物还须在每件货物包装上标明货物重量;

③按规定需要凭证运输的货物,应出示有关证件;

④对于整车货物,提供装载货物所需的货车装备物品和货物加固材料;

⑤对于托运人组织装车的货物,装车前应对车厢完整和清洁状况进行检查,并按规定的装载技术要求进行装载。在规定的装车时间内,将货物装载完毕或在规定的停留时间内,将货车送至交接地点;

⑥在运输中需要特殊照料的货物,须派人押运;

⑦必须向承运人交付规定的运输费用;

⑧将领取货物凭证及时交给收货人并通知其向到站地点领取货物;

⑨货物按保价运输办理时,须提出货物声明价格清单,支付货物保价单;

10 国家规定必须保险的货物,托运人应在托运时投保货物运输险,对于每件价值在 700 元以上的货物或每吨价值在 500 元以上的非成件货物,实行保险与负责运输相结合的补偿制度,托运人可在托运时投保货物运输险。

(2)承运人应当承担的义务

①按照货物运输合同约定的时间、数量、车种、拨调状态良好,清扫干净的货车;

②在车站公共装卸场所装卸的货物,除特定者外,负责组织装卸;

③将承运的货物按照合同规定的期限和到站,完整、无损地交给收货人;

④对托运人或收货人组织装车或卸车的货物,将货车调到装、卸地点或商定的交接地点;

⑤由承运人组织卸车的货物,向收货人发出到货催领通知;

⑥发现多收运输费用,及时退还托运人或收货人。

(3)收货人应承担的义务

①缴清托运人在发站未交或少交以及运送期间发生的运输费用和由于托运人责任发生

的垫款;

②及时领取货物,并在规定的免费暂存期限内,将货物搬出车站;

③收货人组织卸车的货物,应当在规定的卸车时间内将货物卸完或在规定的停留时间内将货车送至交接地;点;

④由收货人组织卸车的货物,卸车完毕后,应将货车清扫干净并关好门窗、端侧板(特种车为盖、阀),规定需要洗刷消毒的应进行洗刷消毒。

2. 货物的交接验收

托运人向承运人托运货物和承运人向收货人交付货物时都应当进行交接验收。如果发现(托运人组织装车的为封印、货物装载状态、篷布苫盖状态或规定标记)有异状或与货物运单记载不符,在承运时,应由托运人改善后接收;在交付时,收货人应立即向承运人提出异议。收货人在验收货物时,没能提出异议,即认为运输合同履行完毕。

如果由承运人组织装车并在专用铁路线,专用铁道内卸车的货场,按承运人同收货人商定的办法办理交接验收。

3. 货物的交付

按照货物运输合同的规定,承运人应将托运人所托运的货物运送到双方约定的地点,并交付给货物运单上所载明的收货人,而收货人应在规定的期限内领取货物,在一般情况下,收货人在接到货物后,货物的交付即告结束。

在交付货物时,承运人组织卸车和发站由承运人组织装车,到站由收货人组织卸车的货物,在向收货人点交货物或办理交接手续后,即为交付完毕;发站由托运人组织装车,到站由收货人组织卸车的货物,在货车交地点交接完后,即为交付完毕。

如果承运人在查找不到收货人或收货人拒绝领取货物时(收货人必须出具书面说明),除不宜于长期保管的货物外,从发出催领通知次日起 30 日内或从收货人拒绝领取货物时起 3 日内通知托运人。托运人自接到通知之日起 5 日内提出处理办法答复承运人。超过期限,运输合同仍无法履行时,车站应建立台帐,编制货运记录,妥善保管,不得动用。在保管期间要千方百计寻找线索,力求使物归原主。确实无法交付货物时,车站有权按照国家经济委员会颁布的《关于处理港口、车站无法支付货物暂行办法》的规定处理。

4. 货物的领取

收货人在到站领取货物时,必须提交领取凭证(个人还须提交证明本人的证件),并在发票上签字或盖章。如领取凭证未到或丢失时,机关、企业、团体应提交本单位的证明文件;个人应提交本人工作证、户口簿或服务所在单位出具的证明文件。用本人工作证或户口簿作证件时,车站应将姓名、工作单位名称、住址及证件号码记载在货票存查联上;用证明文件时,应将领取货物的证明文件粘贴在货票到站存查联上。在收货人办完领取手续和缴付费用后,应将货物连同货物运单一并交给收货人。

5. 铁路货物运输合同的变更和解除

铁路货物运输合同的变更是指发货人或收货人由于特殊原因,对铁路承运后的货物按批向货物所在的中途站或到站提出变更到站、变更收货人的行为。发送前托运人可向发站提出解除货运合同。铁路货物运输合同的变更必须在规定的变更范围内经双方协商同意即

可成立。但是属下列情况不得办理变更。

- (1)违反国家法律、行政法规、物资流向或运输限制的变更；
- (2)变更后的货物运输期限，大于容许运送期限；
- (3)只变更一批货物中的一部分；
- (4)重复变更到站。

发货人或收货人要求变更时，应提交领货凭证和货物运输变更通知书。如不提交领货凭证时，应提交其他有效证明文件，并在货物运输变更要求书内注明。

货物运输变更由车间受理，但整车货物变更到站，受理站应报主管铁路分局同意。车站在处理合同的变更时，应在货票记事栏内记明变更的根据，改正运输票据、车牌、标记(货签)等有关记载事项，并加盖车站日期戳或带有站名的名章。变更到站时，并应通知新到站及其主管铁路局财务处和发站。

铁路货物运输变更，应收取变更要求手续费。

铁路货物运输合同在货物发送前，经双方协商同意，可以解除。

6. 违反铁路货物运输合同的责任

(1) 承运人的责任

由于下列原因之一，未按货物运输合同履行，按车向托运人偿付违约金 50 元：①未按旬间日历装车计划及商定的车种、车型配够车辆，但当月补足或改变车种、车型经托运人同意装运者除外；②对托运人自装的货车，未按约定的时间送到装车地点，致使不能在当月装完；③拨调车辆的完整和清扫状态，不适合所运货物的要求；④由于承运人的责任停止装车或使托运人无法按计划将货物搬入车站装车地点。

从承运货物时起，至货物交付收货人或依照有关规定处理完毕时止，货物发生灭失、短少、变质、污染、损坏，按下列规定赔偿：①已投保货物运输保险的货物，由承运人和保险公司按规定赔偿；②保价运输的货物，由承运人按声明价格赔偿，但货物实际损失低于声明价格的按实际损失赔偿；③除上述①、②两项外，均由承运人按货物的实际损失赔偿。赔偿的价格如何计算，执行铁道部、国家物价局、国家工商行政管理局的规定。

由于下列原因之一造成的货物灭失、短少、变质、污染、损坏、承运人不负赔偿责任：①不可抗力；②货物本身性质引起的碎裂、生锈、减量、变质或自燃等；③国家主管部门规定的货物合理损耗；④托运人、收货人或所派押运人的过错。

由于承运人的过错将货物误运到站或误交收货人，应免费运至合同规定的到站，并交给收货人。

未按规定的运到期限，将货物运至到站，向收货人偿付该批货物所收运费 5—20% 的违约金。

如果托运人或收货人证明损失的发生确属承运人的故意行为，则承运人除按规定赔偿实际损失外，由合同管理机关处其造成损失部分 10—50% 的罚款。

(2) 托运人的责任

由于下列原因之一，未按货物运输合同履行，按车向承运人偿付违约金 50 元：①未按规定期限提出旬间日历装车计划，致使承运人未拨货车(当月补足者除外)，或未按旬间日历装

车计划的安排,提出日要车计划;②收货人组织卸车的,由于收货人的责任卸车迟延,线路被占用,影响向装车地点配送空车或对指定使用本单位自卸的空车装货,而未完成装车计划;③承运前取消运输;④临时运输致使承运人违约造成其他运输合同落空者。

由于下列原因之一招致运输工具、设备或第三者的货物损坏,按实际损失赔偿:①匿报或错报货物品名或货物重量的;②货物包装有缺陷,无法从外部发现,或者未按规定在货物包装上标明包装储运指示标志的;③托运人组织装车的,加固材料不符合规定条件或违反装载规定,在交接时无法发现的;④由于押运人过错的。

由于收货人原因招致运输工具、设备或第三者的货物损坏,由收货人按实际损失赔偿。

(3) 承运人或托运人的免责条件

货物运输合同遇有下列情况,承运人或托运人免除责任:

①因不可抗力或铁路发生重大事故影响排空送车,企业发生重大事故以及停电影响装车,超过 24 小时;

②根据国家和省、自治区、直辖市的主管行政机关的书面要求停止装车时;

③由于组织轻重配装或已完成货物吨数而未完成车数时;

④由于海运港口、国境口岸站车辆积压堵塞,不能按计划接车而少装时。

(4) 要求索赔的时效期限

承运人同托运人或收货人相互间要求赔偿或退补费用的时效期限为 180 日(要求铁路支付运到期限违约金为 60 日)。

托运人或收货人向承运人要求赔偿或退还运输费用的时效期限,由下列日期起算:

①货物灭失、短少、变质、污染、损坏,为车站交给货运记录的次日;

②货物全部灭失未编有货运记录,为运到期限满期的第 16 日,但鲜活货物为运到期限满期的次日;

③要求支付货物运到期限违约金,为交付货物的次日;

④多收运输费用,为核收该项费用的次日。

承运人向托运人或收货人要求赔偿或补收运输费用的时效期限,由发生该项损失或少收运输费用的次日起算。

承运人与托运人或收货人相互提出的赔偿要求,应自收到书面赔偿要求的次日起 30 日内(跨及两个铁路局以上运输的货物为 60 日内)进行处理,答复赔偿要求人。

索赔的一方收到对方的答复后,如有不同意见,应在接到答复的次日起 60 日内提出。

(二) 公路货物运输合同的履行

公路货物运输合同的履行包括货物交运发货运输、检验收货等行为过程。

1. 合同签订后,双方必须严格履行各自承担的义务

(1) 托运方的义务

①按年、季、月度运输的,托运方应在合同商定的期限内,向承运方提交履行合同的月、旬、日运输计划;

②按合同约定时间准备好货物,在货物起运期内及时发货、收货、所装货物符合合同签订合同内容,装卸地点、货场具备承运方正常通车条件;

③负责装卸时,应准备相应的劳力和装卸机具,按约定时间和质量要求搞好装卸;

④装运散装货物,应提供计量设备,按规定标准装载。需要包装的货物,必须符合国家或国家主管部门规定的包装标准;国家未规定包装标准的货物,应在保证运输安全的原则下进行包装;

⑤托运超限货物,应事先向承运方提供货物说明书。需要特殊加固车箱时,应负担所需费用;

⑥货物交运时,托运方应按合同规定向承运方支付运杂费。

(2) 承运方的义务

①按合同规定的期限、数量、起止点,合理调派车辆,完成运输任务;

②负责装卸时,应严格遵守作业规程和装载标准,保证装卸质量;

③实行责任运输。安排装货的车辆,货箱要完整清洁,货物要捆扎牢固,苫盖严密。运输途中要定时检查,发现异常情况,及时采取措施,保证运输质量;

④装运鲜活、易腐等特殊要求的货物,应承担专门约定的义务。

2. 在货物装卸和运输过程中,当事人双方应按合同规定办理货物交接手续

(1) 托运方应凭约定的装货手续发货。装货时,双方当事人应在场点件交接,并查看包装及装载是否符合规定标准,承运方确认无误后,应在托运方发货单上签字。

(2) 货物运达指定地点后,收货人和承运方应在场点件交换,收货人确认无误后,应在承运方所持的运费结算凭证上签字,如发现有差错,双方当事人应共同查明情况,分清责任,由收货人在运费凭证上批注清楚。

3. 公路货物运输合同的变更和解除

公路货物运输合同签订后,任何一方不得擅自变更或解除。如确有特殊原因不能继续履行或需变更时,必须向承运单位(车站)提出申请,经双方协商同意并在合同规定的时间内办理变更手续。

因自然灾害造成运输线路断阻或执行政府命令等原因影响按时履行运输合同时,承运方应及时通知托运方提出处理意见。

变更或解除运输合同,应当以书面形式(包括公函、电报、变更计划表)提出或答复。

4. 违反公路货物运输合同的责任

(1) 承运方的责任

由于承运方过错,造成货物逾期到达,应按合同规定支付对方违约金。

从货物装运时起,至货物运抵到达交付完毕时止,承运方应对货物的灭失、短少、变质、污染、损坏负责,并按货物实际损失赔偿。但有下列情况之一者除外:①不可抗力;②货物的自然损耗或性质变化;③包装不符合规定(无法从外部发现);④包装完整无损而内装货物短损、变质;⑤托运方的过错;⑥有押运人且不属于承运方责任的;⑦其他经查证非承运方责任造成的损失。

货物错运到达地点或收货人,由承运方无偿运到规定地点,交给指定的收货人,由此造成的货物逾期到达,按合同规定支付对方违约金。

如果托运方或收货人证明损失的发生确属承运人的故意行为,则承运人除按规定赔偿

实际损失外,由合同管理机关处其造成损失部分 10—50% 的罚款。

(2) 托运方的责任

未按合同规定的时间和要求提供托运的货物,应按合同规定支付给对方违约金。

由于托运人发生下列过错造成事故,致使车辆、机具、设备损坏、腐蚀或人身伤亡以及涉及到第三者物质的损失,应由托运人负赔偿责任。①在普通货物中夹带、匿报危险品或其他违反危险品运输规定的行为;②错报笨重货物重量;③货物包装不良或未按规定制作标志。

货物包装完整无损而货物短损、变质,收入拒收,或货物运抵到达地找不到收货人以及由托运方负责装卸的货物,超过合同规定装卸时间所造成的损失,均应由托运方负责赔偿。

(3) 违约金,赔偿金的计算标准

承担违反公路货物运输合同责任的方式,主要有支付违约金和赔偿金两种。

①违约金数额由双方商订,同等对待,一般最高不应超过违约部分运量应计运费的 10%。

②货物的灭失、短少按灭失、短少货物的价值赔偿;货物的变质、污染、损坏按受损货物所减低价值或修理费赔偿。赔偿的价格如何计算,按国家有关部门的规定执行。

③造成车辆、设备损坏或第三者物质损失,按损坏或损失部分的价值赔偿。

④造成车辆空驶损失或延误损失,按空驶损失费或延滞费赔偿。

(4) 违反公路货物运输合同责任的时效期限

承、托双方彼此之间要求赔偿的时效,从货物运抵到达地点的次日起算,不超过 180 日。赔偿要求应以书面形式提出,对方应在收到书面赔偿要求的次日起 60 日内处理。

违约金、赔偿金应在明确责任后 10 日内偿付,否则按逾期付款处理,任何一方不得自行扣发货物或扣付运费来充抵。

(三) 水路货物运输合同的履行

水路货物运输合同签订后,当事人双方及收货人必须认真履行合同义务。

1. 托运人的义务

(1) 托运的货物必须与货物运单记载的品名相符;

(2) 在货物运单上准确地填写货物的重量或体积。对起运港具备符合国家规定计量手段的,托运人应按照起运港核定的数据确定货物重量;对整船散装货物,托运人确定重量有困难时,可以要求承运人提供船舶水尺计量数,作为托运人确定的重量;对按照规定实行重量和体积择大计费的货物,应填写货物的重量和体积,对笨重长大货物,还应列出单件货物的重量和体积(长、宽、高);

(3) 需要包装的货物,必须按照国家或国家主管部门规定的标准包装;没有统一规定包装标准的,应在保证运输安全和货物重量的原则下进行包装;需要随附备用包装的,应提供备用包装;

(4) 正确制作货物的运输标志和必要的指示标志;

(5) 在托运货物的当时,按照合同规定的结算方式付清运输费用;

(6) 实行保价运输的个人生活用品,应提出货物清单,逐项声明价格,并按声明价格支付规定的保价费;

(7)国家规定必须保险的货物,托运人应在托运时投保货物运输险。对于每件价值在700元以上的货物或每吨价值在500元以上的非成件货物,实行保险与负责运输相结合的补偿制度,托运人可在托运时投保货物运输险;

(8)按规定必须凭证运输的货物,应当提供有关证件;

(9)按照货物属性或双方商定需要押运的货物,应派人随船押运;

(10)托运危险货物必须按危险货物运输的规定办理,不得匿报品名、隐瞒性质或在普通货物中夹带危险货物。

2. 承运人的义务

(1)应按商定的时间和地点调派适航、适载条件的船舶装运,并备妥相应的护货垫隔物料;但按规定应由托运人自行解决的特殊加固、苫垫材料及所需人工除外;

(2)对承运货物的配积载、运输、装卸、驳运、保管及交接工作、应谨慎处理,按章作业,保证货运质量;

(3)对经由其他运输工具集中到港的散装运输、不计件数的货物,如具备计量手段的,应在保证质量的前提下,负责原来、原转、原交。对按体积计收运输费用的货物,应对托运人确定的体积进行抽查或复查,准确计费;

(4)对扫集的地脚货物,应做到物归原主;对不能分清货主的地脚货物;应按无法交付货物的规定处理;

(5)组织好安全及时运输,保证运到期限;

(6)按照船舶甲板货物运输的规定,谨慎配装甲板货物;

(7)按照规定的航线运输货物,到达后,应由到达港发出到货通知,并负责将货物交付给指定的收货人。

3. 收货人的义务

(1)接到达港到货通知后,应在规定时间内同到达港办妥货物交接验收手续,将货物提离港区;

(2)按规定应由收货人支付的运输费用、托运人少缴的费用以及运输途中发生的垫款,应在提取货物时一次付清;

(3)由收货人自理卸船的货物,应在商定的时间内完成卸船作业,将船舱、甲板清扫干净”对装运污秽货物、有毒害性货物的,应负责洗刷、消毒,使船舱恢复正常清洁状态。

4. 不同种类货物的履行方式

(1)散装液体货物,只限于整船、整舱运输。装船前应由托运人验舱,合格后才能装运。托运人要求在两个以上地点装船或卸船,或在同一卸船地点由几个收货人接收货物时,其计量分劈工作及发生重量差数,由托运人和收货人自行处理。

(2)拖带运输的货物,托运人应按规定提供被拖物的技术资料。承运人应当根据被拖物的技术资料和航道、气象等条件、调配适当的拖轮。在航行中,被拖物上的人员应听从拖轮船长的指挥,配合拖轮保证航行安全。

对于有特殊技术要求的拖带运输,承、托双方必须签订特约条款。

(3)易腐货物和有生动植物,承、托双方应预先商定容许的运到期限;采用冷藏设备船舶

装运的,应商定冷藏温度。有生动植物在运输途中需要照料、饲养的,由托运人自行负责;随带的饲料免收运费,需用的淡水由承运人按规定提供。

(4)在已经开办集装箱运输的水运航线和海、江、河联运线路上,凡精密、易碎、价高及其他适于集装箱运输的物品,承、托运双方应采用集装箱运输。

5. 遇有下列情况之一,应采取包船、包舱或租用运输

(1)由于货物本身性质,需用专船、专舱运输,造成船舶亏吨的。

(2)货物的起运点或到达点超出正常的营业航线,承运人必须指派专船运输,造成船舶亏吨或排空的。

(3)由于其他原因,经承、托运双方协议采用包船运输的。

6. 货物的验收与交接

(1)承运人向收货人交付货物时应认真进行验收交接。按件承运的货物如发现货物有异状或与货运单记载不符,按舱、按箱施封的货物如发现舱封、箱封有异状,收货人应即向承运人提出异议。收货人在验收交接时没有提出异议,并在提货单上签章后,运输合同即终止。

运输合同的终止,不影响履行合同中发生违约责任事项的处理。

(2)发货人自理装船的计件运输的货物,承运人应选配有货舱船舶装运,货物装妥后,由发货人按舱进行施封,并将舱封数目,印文、材料品种,在运单“发货人记载事项”栏内注明。对不施封或甲板上装载的货物,发货人可派员押运。

(3)托运人自理装船或卸船的货物,按下列办法交接:

①起运时由发货人自行装船施封,到达时由港口卸船的货物,到达港应会同船舶,收货人共同拆封。对卸入港口库场的货物,应由收货人和到达港共同监卸计数。

②起运时由港口装船,到达时由收货人自理卸船的货物,由船舶同收货人计数交接。

③起运时由发货人自行装船施封,到达时由收货人自行卸船的货物,由船舶与收货人凭舱封交接。

托运人自行派员押运的货物,不办理交接手续。托运人认为可以不封舱、不押运的货物,可凭装载现状交接。

7. 到达和交付

货物到达港以后,由到达港指定卸货地点,并向收货人及时发出到货通知,在货票内注明通知时间。

单位提货,提货人应在提货单上签章并加盖公章(或凭单位介绍信);个人提货,凭本人工作证或其他证件,并在提货单上签章。

收货人应及时组织提货,并在收货当时验收货物,付清港口费用和按规定偿付的运输费用或中途垫款。

从到达港发出到货通知的次日起,经过催提、查找,满30天(个人托运的生活用品和搬家货物满60天)仍无人提货、拒绝提货或超期不提的货物,港口可按无法交付货物处理;对拒提或超期不提的货物,也可以进行转栈,并按规定计收转栈费和货物保管费。对性质不宜保管的货物,由港口及时适当处理。

8. 水路货物运输合同的变更和解除

(1) 月度货物运输合同, 具有下列情况之一者, 允许变更或解除:

- ① 由于不可抗力使运输合同无法履行;
- ② 由于合同当事人一方违约, 使合同履行成为不必要或不可能;
- ③ 在不损害国家利益的前提下, 经当事人双方协商同意。

变更或解除月度货物运输合同应当采用书面形式(包括文书、电报或变更计划表等), 并应在货物发送前, 由要求变更或解除的一方向对方提出。月度货物运输合同只能变更一次。

(2) 以货物运输单作为运输合同, 符合下列规定允许变更或解除:

① 货物发运前, 承运人或托运人征得对方同意, 可以解除运输合同。承认人提出解除合同的, 应退还已收的运输费用, 并付给托运人已发生的货物进港短途搬运用费; 托运人提出解除合同的, 应付给承运人已发生的港口费用和船舶待时费用;

② 货物发运后, 承运人或托运人征得对方同意, 可以变更货物的到达港和收货人; 同一运单的货物不得变更其中的一部分, 并只能变更一次, 对指令性运输计划内的货物要求变更时, 除必须征得对方同意外, 还必须报下达该计划的主管部门核准。

由于航道、船闸障碍、海损事故、自然灾害、执行政府命令或军事行动, 货物不能运抵到达港时, 承运人可以到就近港口卸货, 并及时通知托运人或收货人提出处理意见。合同中订有特约变更条款的, 应按双方商定的变更条款办理。

9. 违反水路货物运输合同的责任

(1) 承运人的责任

按月签订的货物运输合同, 承运人在履行时未配备足够的运力, 应按落空的运量每吨偿付违约金 1 元;

如果托运人或收货人证明损失的发生确属承运人的故意行为, 则承运人除按规定赔偿实际损失外, 还应支付合同管理机关处其造成损失部分 10—50% 的罚款。

由于承运人责任发生货物错运、错交时, 应无偿运回合同规定的到达港, 交给指定的收货人, 如由此发生逾期运到, 则应按照规定向收货人偿付逾期违约金。

从承运货物时起, 至货物交付收货人或依照规定处理完毕时止, 货物发生灭失、短少、变质、污染、损坏, 按下列规定赔偿: ① 已投保货物运输险的货物, 由承运人和保险公司按规定赔偿; ② 实行保价运输的个人生活用品, 由承运人按声明价格赔偿; 但货物实际损失低于声明价格的, 按实际损失赔偿; ③ 除上述①、②两项外, 均由承运人按货物的实际损失赔偿。

承运人未按规定或约定的时间将货物运抵到达港, 应按规定向收货人偿付违约金, 但由于下列原因之一引起的滞延时间应从实际运到期限中扣除: ① 自然灾害或气象水文原因; ② 参加水上救助或发生海损事故; ③ 政府命令或军事行动; ④ 等候通过船闸; ⑤ 应托运人要求在起运港预收保管的时间; ⑥ 其他非承运人责任造成的延误。

逾期运到的违约金额, 视逾期天数的长短, 按照货物的装卸或运费的 5—20% 偿付。

对于代办中转货物的运到期限责任, 按承托双方的协议执行。

(2) 托运人的责任

按月度签订的货物运输合同, 托运人在履行时, 未提供足够货源, 应按落空的货源每吨

偿付违约金 1 元。运量与货源均有落空时,应按对等数量相互抵销违约金,偿付差额。

由于托运人责任发生下列事故,以致船舶、港口设备或波及其他货物的损坏、污染、腐蚀、或造成人身伤亡的,应由托运人负责赔偿:①在普通货物中夹带危险货物,匿报危险货物品名,隐瞒危险货物性质,或其他违反危险货物运输规定的行为,引起燃烧、爆炸、中毒、污染、腐蚀等事故;②在普通货物中夹带流质、易腐货物,引起污染事故;③错报笨重货物重量,引起船体损伤、吊机倾翻,货件摔损、人员伤亡等事故;④货物包装材质不良、强度不足或内部支衬不当等缺陷,以及外包装上必须制作的指示标志错制、漏制,引起摔损事故。

由于托运人责任发生下列情况之一,应由托运人负责处理:①自理装船的货物,卸船时船体完好,舱封完整或装载状态无异状,而发生货物灭失、短少、损坏的;②自行装箱、施封的集装箱运输货物,箱体完整,铅封完好,拆箱时发现货物灭失、短少、损坏或内容不符;③除证明属于承运人责任外,自行押运的货物所发生的灭失、短少、变质、污染、损坏或其他损失。

(3) 托运人或收货人的责任

由于托运人或收货人责任发生下列情况之一,应由托运人或收货人承担有关的费用或违约金:

①货物运抵到达港,承运人发出到货通知后,收货人拒绝收货或找不到收货人,承运人应通知托运人在期限内自行处理该项货物,并应承担由此而发生的一切费用;如托运人在限期内不予处理的,承运人可以按照无法交付货物的规定对该项货物就地处理。

②以货物运单作为运输合同的,未按运单规定的时间和要求提供托运的货物,应向承运人支付落空货源每吨 1 元违约金,但由于自然灾害影响货物按期托运的以及按《水路货物运输合同实施细则》第 19 条规定承担违约责任的货物除外。

③托运人或收货人未及时付清运输费用及其他应付的费用,应按规定按日向承运人支付迟交金额的滞纳金。

由于货物本身原因或应托运人要求,需要对货物、船舱、库场进行检疫、熏蒸、消毒的,应由托运人或收货人负责办理检疫、熏蒸、消毒并承担有关费用。

承、托运双方对拖带运输的责任划分如下:

①木(竹)排在拖运途中,属于木(竹)排本身原因造成的散失,由托运人负责;属于拖轮责任造成的散失,承运人应支付清漂费和必须的重新扎排费,未能全部清回的,应按照《水路货物运输合同实施细则》第 20 条规定承担实际短少部分的赔偿。

②拖带船舶或其他水上浮物,属于拖轮责任造成被拖物或第三者损失的,由承运人负责;属于被拖物本身原因造成自身、拖轮或第三者损失的,由托运人负责;属于拖轮和被拖物双方责任造成彼此的损失以及第三者的损失,按双方应负的责任比例,分别承担。

对钻井平台、浮船坞、工程船舶及其他大型水上装置的特殊拖带,承运人和托运人的权利、义务关系和责任划分,可以由双方签订特约条款。

③由托运人自理装船或收货人自理卸船的货物,可以由承运人与托运人或收货人签订装卸合同,商定装卸时间和条件,实行船舶速遣和滞期奖罚办法。

对工矿企业自备船舶运输经由交通部门管辖港口装卸的货物,可以按照上款规定由当事人双方签订船舶速遣和滞期的奖罚办法。

(4) 赔偿的时效期限

承运人与托运人或收货人彼此之间要求赔偿的时效,从货运记录交给托运人或收货人的次日起算不超过 180 日。赔偿要求应以书面形式提出,对方应在收到书面赔偿要求的次日起 60 日内处理。

承、托运双方相互索取各项违约金、滞纳金、速遣奖金或滞期费的时效,按有关规定办理。

10. 水路货物运输合同的免责条件

(1) 共同免责条件。发生下列情况之一者,允许免除托运人或承运人的违约责任:

- ① 由于不可抗力使运输合同无法履行;
- ② 在不损害国家利益和社会公共利益的前提下,经当事人双方协商同意。

(2) 承运人的免责条件。由于下列原因造成货物灭失、短少、变质、污染、损坏的,承运人不承担赔偿责任:

- ① 不可抗力;
- ② 货物的自然属性和潜在缺陷;
- ③ 货物的自然减量和合理损耗,以及托运人自行确定的重量不正确;
- ④ 包装内在缺陷或包装完整、内容不符;
- ⑤ 标记错制、漏制、不清;
- ⑥ 有生动植物的疾病、死亡、枯萎、减重;
- ⑦ 非责任性海损事故的货物损失;
- ⑧ 免责范围内的甲板货物损失;
- ⑨ 其他经承运人举证或经合同管理机关或审判机关查证非承运人责任造成的损失。

(四) 航空货物运输合同的履行

1. 托运人应履行的义务

(1) 托运人对托运的货物,应当按照国家主管部门规定的标准包装,没有统一规定包装标准的,应当根据保证运输安全的原则,按货物的性质和承载飞机等条件包装。凡不符合上述包装技术的,承运人有权拒绝承运。

(2) 托运人必须在托运的货件上标明发站、到站和托运人、收货人的单位、姓名和地址。按照国家规定标明包装储运指示标志。

(3) 在运输过程中,必须有专人照料、监护的货物,由托运人指派押运员押运,押运员对货物的安全负责,并遵守民航主管机关的有关规定,承运人也应该协助押运员完成押运任务。

(4) 国家规定必须保险的货物,托运人应该在托运时投保货物运输险。对于每千克价值在 10 元以上的货物,实行保险与负责运输相结合的补偿制度,托运人可在托运时投保货物运输险。

(5) 托运人托运的货物内不得夹带国家禁止运输、限制运输物品和危险物品,如发现托运人谎报品名,夹带上述物品,根据有关规定进行处理。

(6) 托运人托运货物,应按照民航主管机关规定的费率缴付运费和其他费用,除托运人

和承运人另有协议外,运费及其他费用一律在承运人开具货运单时,一次付清。

2. 承运人应履行的义务

(1) 承运人承运货物时,应对托运人填交的托运单进行查核,并有权在必要时会同托运人开箱进行安全检查。

(2) 承运人应协助托运人指派的押运员完成押运任务。

(3) 承运人应按照货运单上填明的地点,按约定的期限将货物运达到货地点,货物错运到货地点,承运人应无偿运至货运单上规定的到货地点,如逾期运到,应承担逾期运到的责任。

(4) 承运人应在货物运达到货地点后 24 小时内向收货人发出到货通知。

(5) 承运人应按货运单交付货物。交付时,如发现货物灭失、短少、变质、污染、损坏时,应立即会同收货人查明情况,并填写货运事故记录。

3. 收货人应履行的义务

收货人在接到到货通知后,应该及时凭提货证明到指定地点提取货物。货物从发出到货通知的次日起,免费保管 3 日,收货人逾期提取,应按规定缴付保管费用。逾期 60 日无人提取或托运人未提出处理意见,承运人有权将货物作为无法交付的货物,按运输规则处理。

4. 航空货物运输合同的变更和解除

货物承运后,托运人可以按照有关规定要求变更到站,变更收货人或运回原发站。托运人要求变更合同,除必须提出货运单外,还必须向承运人提出书面要求,承运人应及时处理。但是,托运人要求变更运输的货物,应是一件货运单的全部货物,不能变更一件货运单的部分货物。同时,托运人的变更不得违反国家法律、法规和运输规定,否则,承运人可以拒绝托运人的变更。

承运人也可以提出变更合同。由于承运人执行国家交给的特殊任务或气象等原因,航空货物运输受到影响,需要变更运输时,承运人应及时与托运人或收货人商定解决办法。

货物发运前,经合同当事人双方协商同意,或任何一方因不可抗力不履行合同时,可以解除运输合同,但应及时通知对方。承运人提出解除合同的,应退还已收的运输费用;托运人提出解除合同的,应付给承运人已发生的费用。

5. 违反航空货物运输合同的责任

(1) 承运人和保险公司的责任

① 从承运货物时起,到货物交付收货人或依照规定处理完毕时止,货物发生灭失、短少、变质、污染、损坏时,已投保货物运输险的货物,由承运人和保险公司按照规定赔偿;凡属没有投保货物运输险的货物,均由承运人按货物的实际损失赔偿。

② 如果托运人或收货人证明损失的发生确属承运人的故意行为,则承运人除按规定赔偿实际损失外,由合同管理机关处其造成损失部分 10—50% 的罚款。

③ 货物超过约定期限运达到货地点,每超过一日,承运人应偿付运输费 5% 的违约金,但总额不得超过运输费的 50%。

(2) 托运人的责任。由于托运人在托运货物内夹带,匿报危险物品、错报笨重货物重量或违反包装标准和规定,而造成承运人或第三者的损失,托运人应承担赔偿责任。

(3)收货人应承担的责任。由于收货人的过错,造成承运人或第三者的损失,收货人应承担赔偿责任。

(4)承运人的免责条件

由于下列原因造成货物灭失、短少、变质、污染、损坏的,承运人不承担责任:

- ①不可抗力;
- ②货物本身性质所引起的变质、减量、破损或灭失;
- ③包装方法或容器质量不良,但从外部无法发现;
- ④包装完整,封志无异状而内部短少;
- ⑤货物的合理损耗;
- ⑥托运人或收货人的过错。

货物超过约定期限运达到货地点,是因为气候条件或不可抗力的原因造成货物逾期运到的,可免除承运人的责任。

(5)赔偿责任的时效期限

托运人或收货人要求赔偿时,应从填写货运事故记录的次日起 180 日内,以书面形式向承运人提出,并随附有关证明文件。承运人对托运人或收货人提出的赔偿要求,应在收到书面赔偿要求的次日起 60 日内处理。

八、供用电合同的履行

(一)供电方的义务

1. 供电方向用电方按时、按质、按量供应电力

供电方应根据合同约定的时间和电量,按照国家规定的供电质量标准向用电方安全供电。

2. 不能无故限电、停电

供电方没有正当理由,不得限制和停止用电方使用电力。因故限电、停电时,应事先通知用电方。如因检修设备、排除险情、超计划用电、电力供应不足等原因需要限电、停电、供电方有权限电、停电,但必须事先通知用电方。

3. 定期或不定期地检修用电方用电、节电设施

为了计划用电、节约用电和安全用电,供电方应经常对用电方的用电、节电设施进行检修,发现问题,及时排除隐患。

(二)用电方的义务

1. 用电方必须计划用电

用电方必须根据国家分配的电力计划指标和合同规定的电量、负荷、时间使用电力,不得擅自变更合同的规定。因特殊情况需要超负荷用电时,必须事先通知供电方,否则,应承担违约责任。

2. 按时用电

用电方必须按照合同规定的日期和具体用电时间使用电力,否则,用电方应承担违约责任。

3. 按期交纳费用

用电方必须按照用电种类和国家规定的电价标准,按期、如数交纳电费,否则,应承担违约责任。对于长期不交纳电费、经警告仍不交纳者,供电方有权对其实行限电和停止供电,解除合同并追缴所欠电费。

4. 接受供电方的监督检查

用电方在供电方检修供电设备、检查计划用电情况时,应主动作好协助工作。用电方因电力设备而发生重大事故时,应迅速报告供电方,及时排除险情,保证电力供应。

(三)违反供用电合同的责任

供用电当事人双方违反供用电合同,应承担违约责任。

1. 供电方的责任

(1)供电方不按合同规定时间和指标供电,事后应补还少供电量、电力,并向用户偿付违约金和赔偿金。

(2)供电方的责任造成用电方停电,供电方应按用电方在停电时间内可能用电量的五倍电费(单一制电价为四倍)赔偿造成的损失。

(3)供电频率超出规定偏差的和供电电压超出变动幅度的,以用户每月在频率和电压不合格的累计时间内所用的电量,乘以用户当月用电的平均电价的20%,向用电方支付违约金。

2. 用电方的责任

(1)超过指标用电,用电方不仅需要支付违约金,而且供电方还有权扣回超用的电量或加倍罚款。

(2)用电方造成供电方对外停电的,用电方应向供电方支付违约金。即:对外停电时间内少供电量乘以上月供电方平均售电单价,向供电方偿付违约金。

(3)违反合同规定的时间,不按期交纳电费,应向供电方支付违约金。

九、仓储保管合同的履行

(一)存货方的义务

(1)按照合同规定的品名、规格、数量、质量和时间提供货物和存货的有关验收资料。

(2)对易燃、易爆、易渗漏、有毒等危险货物以及易腐、超限等特殊货物,必须在合同中注明,并向保管方提供必要的保管、运输技术资料,以便保管方妥善保管;负责及时处理临近失效期或有异状的货物。

(3)按照国家标准或有关标准负责货物的包装,没有国家标准或有关标准的,在保证运输和储存安全的条件下,由合同当事人双方商定。

(4)按照合同规定的期限及时提取储存的货物,逾期不提取货物,要承担违约责任。

(5)按照合同约定的时间和数额交纳保管费用。迟交、少交、不交保管费者,应承担违约责任。

(二)保管方的义务

(1)按照合同规定的货物品种、数量、质量、包装状况对入库的货物进行验收。

如果发现不符合合同规定的情况时,保管方应及时通知存货方;

(2)必须亲自保管存货方的货物。

保管方必须利用自己的仓库、自己的人力和劳动,直接完成保管任务,未经存货方同意,不得将保管物转归第三方保管;

(3)对所储存的货物要进行妥善保管。保管方必须按照合同议定的储存条件和保管要求保管货物,不得损坏、不得使用、不得私自开包(箱)。

货物在临近失效时(只限于外包装或货物上已标明有效期或合同中申明的),60 天前应通知存货方;发现货物有异状,也应及时通知存货方;

对于危险货物、易腐货物,应按有关规定进行特殊储存保管;

(4)由保管方负责发运货物。

保管方应在保管期满后,按规定的时间和地点申报运输计划、办理托运发货手续;

(5)向存货方返还保管物。

仓储保管合同期限届满后,保管方应向存货方返还保管物,不得予以更换。

(三)违反仓储保管合同的责任

仓储保管合同依法成立后,任何一方违反合同规定,应承担违约责任。

1. 存货方的责任

(1)存货方不能全部或部分按合同议定的品名(品类)、时间、数量入库(含超议定储存量的储存),应承担违约责任。

(2)存货方未按照合同规定提供验收资料或提供的资料不齐全、不及时,所造成的验收差错及贻误索赔期,由存货方负责。

(3)货物在储存期间,保管方履行了合同规定的保管要求,由于不可抗力原因、自然因素或货物(含包装)本身的性质所发生的损失,由存货方负责。

(4)包装不符合国家或合同规定,造成货物损坏、变质的,由存货方负责。

(5)对危险物品、易腐、超限等特殊物品的保管,未在合同中注明或未提供必要的保管、运输资料、造成货物损坏的,由存货方承担责任。

(6)保管方已通知货物出库或合同期已满,由于存货方的原因不能如期出库,由存货方承担违约责任。

(7)存货方未按合同规定及时提供包装材料或未按规定期限变更货物的运输方式、到站、收货人,存货方应承担延期的责任和增加的有关费用。

2. 保管方的责任

(1)保管方不能全部或部分按合同议定的品名(品类)、时间、数量接货,应承担违约责任。

(2)未按国家或合同规定的正常验收项目和方法验收储存的货物或验收不准确而出现货物品种、数量、质量不符合合同规定,保管方应承担由此而造成的实际经济损失。

(3)保管方在法律规定的验收期限内(国内货物不超过 10 天,国外到货不超过 30 天)不予验收,超过验收期限所造成的实际损失,由保管方负责。

(4)货物在储存保管过程中,因未按合同规定的储存条件和保管要求保管货物而造成的

货物的损坏、短少、污染、变质以至灭失的,由保管方承担赔偿责任。

(5)在货物保存期间,因保管或操作不当而使包装发生毁损,由保管方负责修复或按价赔偿;造成货物损坏的,由保管方负责。

(6)货物保管期满后,保管方没有按照合同规定的时间、数量交货的,保管方应承担违约责任。

(7)保管方未按合同规定的期限、要求发货或发生错发到货地点、收货人等差错事故,应赔偿由此造成的实际损失。

综上所述,仓储保管合同当事人违反合同,必须承担法律责任,必须向对方支付违约金。除合同另有规定者外,违约金的金额,一般为违约所涉及的那一部分货物的3个月的保管费(或租金)或3个月的劳务费。其他违约行为,给对方造成经济损失的一律赔偿实际损失。因违约使对方遭受损失的,如违约金不足以抵偿实际损失时,还应以赔偿金的形式补偿其差额部分。

赔偿货物的损失,一律按照进货价或国家批准调整后的价格计算;有残值的,应扣除其残值部分或残件归赔偿方;不负责赔偿实物。

十、财产租赁合同的履行

(一)出租方的义务

(1)必须按照合同规定的名称、数量、质量、时间将租赁物交付承租方使用;

(2)必须按照合同规定负责租赁物的大修理义务和其他维修、保养义务、确保承租方对租赁物的正常使用;

(3)在履行合同过程中,出租方如果将租赁物所有权或经营管理权转让给第三者时,必须及时通知承租方;

(4)财产租赁合同时间届满,出租方应按照合同规定的时间和验收标准,接收承租方返还的租赁物。

(二)承租方的义务

(1)承租方必须按照合同规定的用途、性能合法使用租赁物;

(2)承租方按照合同规定对租赁物负有维修、保养义务时必须爱护和妥善使用租赁物,及时维修和保养租赁物,并接受出租方对租赁物使用情况的检查和监督;

(3)在租赁期间,承租方不得擅自将租赁物转租给第三方使用和进行非法活动;承租方可以将租赁物转租给第三方使用,但必须事先征得出租方的同意,否则,与第三方发生的协议无效,并且承租方还应当承担违约责任和法律责任;

(4)必须按照合同规定的租金标准和时间及时、全部地交付租金;

(5)按照合同规定,租赁期限届满时,承租方应严格按照合同规定及时向出租方返还租赁物,并按照合同规定的标准接受出租方的验收。

(三)财产租赁合同的变更

所谓财产租赁合同的变更,是指财产租赁合同主体对租赁合同标的的转让和转租。

1. 出租方的转让

出租方的转让,是指出租方将租赁物所有权转让给第三方所有的一种法律行为。

根据《经济合同法》的规定,财产租赁合同在履行期间,出租方有权将租赁物的所有权转让给第三方,而不必征求承租方的意见。但是出租方在转让租赁物时,应立即通知承租方。出租方在将租赁物所有权转让给第三方以后,出租方和承租方之间原订立财产租赁合同对租赁物的新的所有方仍然继续有效。出租方的变更不丧失原合同的约束力,不影响承租方与租赁物新的所有者之间继续履行合同的效力。

2. 承租方的转租

承租方的转租是指承租方将租赁物转移给第三方使用的一种法律行为。

根据《经济合同法》的规定,承租方因工作需要,可以把租赁物转租给第三方承租使用,但必须事先征得出租方的同意。在一般情况下,承租方对租赁物只有使用权,没有所有权,有权将租赁物转租给第三方使用,但是,在符合法律规定的条件下,才是允许的,其法定条件是:

(1)确实是因工作需要,也只能是因为工作的需要,其他一切原因均不得转租;

(2)必须事先征得出租方的同意。在没有征得出租方同意之前,不得擅自转租给第三方使用,否则,承租方应承担违约责任或法律责任。

承租方只有在同时具备上述两个条件情况下,才可以实施向第三方转租的行为。承租方在依法转租后,取得租赁物使用权的新的承租方,享有合法的权利和义务,即:享有原承租方的权利和义务,原承租方的权利和义务随之解除。

(四)财产租赁合同的解除

财产租赁合同的解除,是指出租方与承租方之间签订合同以后和履行合同过程中提前终止合同的协议。在什么情况下可以解除合同呢?根据《经济合同法》的规定,解除财产租赁合同的条件是:

(1)当事人双方协商同意。

(2)法定条件的出现。如承租方擅自将租赁财产转租或进行非法活动,出租方有权解除合同。

(3)租赁合同与国家颁布的行政法规和政策相抵触。国家根据形势发展的需要颁布新的法规或政策后,租赁合同违反行政法规或政策的规定,财产租赁合同自法规生效和政策公布之日起不具有法律约束力,合同即行解除。

(4)租赁物的毁损、灭失情况的出现。租赁物被损坏或因不可抗力致使租赁物已经灭失无法履行合同时,当事人可以提出解除合同的要求。

当出现上述情况之一时,均可按照法定程序提出解除财产租赁合同。

(五)违反财产租赁合同的责任

任何一方违反已经生效的财产租赁合同,必须承担违约责任。

1. 出租方的责任

(1)未按合同规定的名称、数量、质量和时间向承租方提供租赁物,出租方应承担违约责任,并赔偿由此给承租方造成的实际损失。

(2)未按合同规定向承租方提供与租赁物有关的设备、附件等,致使承租方不能如期正

常使用租赁物时,出租方除继续履行合同如数补齐外,还应当向承租方支付违约金。

(3)出租方按照合同规定对租赁物负有维修、保养义务时,应履行合同,保证承租方能够正常使用租赁物,否则,应承担由此给承租方所造成的实际损失。

(4)出租船舶、车辆等大型工具,如因出租方操作不当或服务人员的过失,造成租赁逾期,按合同或有关规定偿付承租方违约金。

2. 承租方的责任

(1)由于使用保管或维修、保养不当,造成租用财产损坏、灭失的,负责维修或赔偿。

(2)未按合同规定的用途和租赁物的性能合理使用租赁物,擅自拆改房屋、设备、机具等财产的,负责赔偿由此而造成的损失。

(3)未经出租方同意,擅自将租赁物转租或进行非法活动。出租方有权解除合同。

(4)未按合同规定期限和数额交付租金,承租方必须补交租金,并按银行延期付款的规定支付违约金。

(5)租期届满,不按时返还租赁物,除补交租金外,还应向出租方偿付违约金。造成租赁物超过合同规定的损耗标准时,应负赔偿责任。

十一、借款合同的履行

(一)贷款方的义务

(1)贷款方必须根据合同的规定按时、足额地向借款方提供贷款金额;

(2)贷款方应注意经常检查、监督借款方对贷款的使用情况、计划执行情况、合同履行情况、以及经营管理状况、收支活动、统计报表和其他有关资料情况等。

(二)借款方的义务

(1)借款方必须按照借款合同规定的用途使用借款,不得挪用,不得改变贷款用途,更不得使用借款进行各种违法犯罪活动;

(2)借款方应向贷款方提供有关计划、统计、财务会计报表及其有关资料,接受银行的检查和监督;

(3)借款方应按期归还贷款并支付利息。

(三)借款合同的变更和解除

1. 借款合同变更和解除的条件

凡发生下列情况之一,允许变更或解除借款合同:

(1)工程项目经原批准机关决定撤销、停建或缓建的;

(2)由于不可抗力或意外事故,致使借款合同无法履行的;

(3)在借款合同履行中,确因决策不当,继续履行将造成损失浪费的。

2. 变更和解除借款合同的形式

当事人一方要求变更或解除借款合同时,应及时通知对方。变更或解除借款合同的通知或协议,必须采用书面形式。借款合同的格式,采用银行、信用合作社统一制定的格式。

3. 变更和解除借款合同后的责任

变更或解除借款合同以后,借款方已占用的借款和应付的利息,按照原借款合同的规定

偿付。

(四)违反借款合同的责任

1. 借款方的责任

(1)借款方不按合同规定的用途使用借款,贷款方有权收回部分或全部贷款,对违约使用的部分,按银行规定的利率加收罚息。情节严重的,在一定时期内,银行可停止发放新贷款。

(2)借款方不按期偿还借款,贷款方有权限期追回贷款,并按银行规定加收罚息。借款方提前偿还贷款的,应按银行规定减收利息。

(3)借款方使用借款造成损失浪费或利用借款合同进行违法活动,贷款方应追回贷款本息,有关单位对直接责任人员应追究行政责任和经济责任。情节严重的,由司法机关追究其刑事责任。

2. 贷款方的责任

(1)因贷款方责任,未按期提供贷款,应按违约数额和延期天数,付给借款方违约金。

(2)银行、信用合作社的工作人员,因失职行为造成贷款损失浪费或利用借款合同进行违法活动的,应追究贷款方工作人员的行政责任和经济责任。情节严重的,由司法机关追究刑事责任。

3. 第三方的责任

任何单位和个人不得强迫银行、信用合作社签订借款合同和发放贷款。否则,应追究其直接责任人员的行政责任和经济责任。情节严重的,由司法机关追究刑事责任。

十二、财产保险合同的履行

(一)投保方的义务

(1)投保方应当按照约定的期限,交付保险费。投保方如不按期交付保险费,保险方可以分情况要求其交付保险费及利息或者终止保险合同。保险方如果终止合同,对终止合同前投保方欠交的保险费及利息,仍有权要求投保方如数交足。

(2)投保方应当遵守国家有关部门制订的关于消防、安全、生产操作和劳动保护等有关规定,维护劳动者和被保险财产的安全。保险方可以对被保险财产的安全情况进行检查,如发现不安全因素,应及时向投保方提出消除不安全因素的合理建议,投保方应及时采取措施消除。否则,由此引起保险事故造成的损失,由投保方自己负责,保险方不负赔偿责任。

(3)保险标的如果变更用途或者增加危险程度,投保方应当及时通告保险方,在需要增加保险费时,应当按规定补交保险费。投保方如不履行此项义务,由此引起保险事故造成的损失,保险方不负赔偿责任。

(4)在发生保险事故后,投保方有责任采取一切必要措施,避免扩大损失,并将事故发生的情况及时通知保险方。如果投保方没有采取措施,保险方对由此引起的扩大部分的损失,有权拒绝赔偿。

(二)保险方的义务

(1)在订立财产保险合同时,保险方应当将办理保险的有关事项告知投保方,并向投保

方提供统一制订的投保单、保险单或者保险凭证。

(2) 负责检查投保财产的安全措施,对于已发现的危险情况提出合理化建议,帮助保方消除隐患。

(3) 保险合同成立后,保险方不得在保险有效期内终止合同。

(4) 保险方对发生保险事故所造成的保险标的的损失或者引起的责任,应当按照保险合同规定履行赔偿责任。除另有协议者外,保险方的赔偿责任是对投保方在发生事故当时实际遭受的损失负责赔偿,但不得超过保险标的的金额。如有分项保险金额的,最高不得超过各该分项保险标的的保险金额。保险方在收到投保方要求赔偿的单证后,根据保险合同的规定,核定应否赔偿;在与投保方达成有关赔偿金额的协议后,应在 10 天内偿付。保险方如不及时偿付,应承担违约责任。

(5) 保险标的发生保险责任范围内的损失,应当由第三者赔偿的,投保方应当向第三者要求赔偿。如果投保方向保险方提出赔偿要求,保险方可按照保险合同的规定,先予赔偿,但投保方必须将向第三者追偿的权利转让给保险方,并协助保险方向第三方追偿。

(三) 财产保险合同的变更和转让

1. 财产保险合同的变更

在财产保险合同的有效期限内,投保方和保险方可以协商变更保险合同的内容。对于变更保险合同的任何协议,保险方均应当在原保险单、保险凭证上批注或者附贴批单,以资证明。

保险合同成立后,如果按照法律或保险合同的协议,保险方提前终止保险合同时,应将按日计算的未到期的保险费退还投保方。

投保方要求终止合同时,保险方有权按照国家保险管理机构规定的短期费率的规定,收取自保险生效日起至终止合同日止的保险费,退还投保方原已交付的保险费。但货物运输和运输工具的航程保险,保险责任一经开始,除非保险合同另有规定,投保方不能要求终止合同,也不能要求退还保险费。

2. 财产保险合同的转让

在货物运输保险中,保险单或保险凭证可以不经保险方同意而由投保方背书随着货权的转移而转让。毋须征得保险方同意外,其他一切保险标的的过户、转让或者出售,事先应当书面通知保险方,经保险方同意并将保险单或者保险凭证经过批改后,可以转让。否则,从保险标的的过户、转让或者出售时起,保险责任即行终止。

(四) 违反财产保险合同的责任

1. 投保方的责任

(1) 投保方如果隐瞒被保险财产的真实情况,所引起的经济损失的责任,由投保方承担,保险方既不负赔偿责任,又有权解除合同。

(2) 投保方对被保险的财产发现有危险情况,不采取措施消除,由此发生事故造成的损失,由投保方自己负责,保险方不负赔偿责任。

2. 保险方的责任

(1) 对于保险事故造成的损失和费用,在保险金额的范围内承担赔偿责任。

(2)投保方为了避免或减少保险责任范围内的损失而进行施救、保护、整理以及诉讼所支出的必要的合理费用,以及为了确定保险责任范围内的损失,所支付的对受损标的的检验、估价、出售等合理费用,按照保险合同的规定,由保险方负责偿还,但最高以保险金额为限。

第二节 技术合同的履行

一、什么是技术合同的履行

技术合同的履行是指技术合同依法成立后,当事人双方严格按照合同中约定的标的、数量、质量、期限、地点和方式等条款,全面完成各自应尽义务,使合同中的权利和义务得到全部实现的整个行为过程。技术合同履行包含下列涵义:①技术合同合法有效;②当事人必须自己履行合同义务;③当事人必须按照合同中约定的标的、数量、质量、期限、地点和方式等条款履行义务。

二、技术合同履行的原则

技术合同的履行原则包括:一般原则和特殊原则两部分。

(一)技术合同履行的一般原则

(1)亲自履行原则。亲自履行是指除在技术合同中约定当事人可以委托第三者履行合同的以外,合同当事人必须亲自履行自己应尽的义务。

(2)适当履行原则。适当履行是指技术合同依法签订后,当事人各方按照合同约定的进度计划等条款全面履行合同义务,并使履行合同的的行为与合同内容完全相符合。适当履行还包括履行期限适当、履行地点适当、履行方法适当等。

(3)实际履行原则。实际履行是指当事人按照合同中约定的标的向对方履行合同义务并完全与验收标准相符合。对于合同的标的,不能用金钱来代替。合同中规定什么标的,就应该履行什么标的。

(二)技术合同履行的特殊原则

(1)技术合同履行期限不明确的履行原则。技术合同如果履行期限不明确,按照合同有关条款内容又不能确定时,当事人各方应当就履行期限问题进行充分协商。如果各方不能就合同的履行期限达成一致意见,应按下列原则办理:承担义务的一方可以随时向另一方履行义务,享有权利的一方也可以随时要求另一方履行义务,但应当给另一方以必要的准备时间。

(2)技术合同履行地点不明确的履行原则。如果当事人各方没有在技术合同中约定履行地点、或履行地点不明确,或按照合同有关条款内容也不能确定时,当事人各方可以通过协商加以明确解决。如果各方就合同履行地点达不成协议,应按下列原则办理:技术开发合同,在研究开发方所在地履行;技术转让合同,在受让方所在地履行;技术咨询合同,在顾问

方所在地履行;技术服务合同,在委托方所在地履行。

(3)技术合同中技术成果验收标准不明确的履行原则。在技术合同中没有约定技术标准或技术标准签订得不明确或按照合同有关条款的内容也不能确定时,当事人各方应通过友好协商来确定。如果当事人各方不能达成一致意见,则可按国家标准或专业技术标准履行;没有标准的,可按本行业合乎实用的一般要求履行。

三、技术合同履行中的成果分享

(一)技术开发合同中的成果归属和分享

(1)委托开发所完成的发明创造,除合同另有约定的以外,申请专利的权利属于研究开发方。研究开发方取得专利权的,委托方可以免费实施该项专利。研究开发方就其发明创造转让专利申请权的,委托方可以优先受让专利申请权。

(2)合作开发所完成的发明创造,除合同另有约定的外,申请专利的权利属于合作开发各方共有。一方如果转让其所共有的专利申请权时,另一方或者其他各方可以优先受让其共有的专利申请权。合作开发各方中,一方声明放弃其共有的专利申请权的,可以由另一方单独申请,或者由其他各方共同申请。发明创造被授予专利权以后,放弃专利申请权的一方可以免费实施该项专利。合作开发各方中,一方不同意申请专利的,另一方或者其他各方也不得申请专利。

(3)委托开发或者合作开发所完成的非专利技术成果的使用权,转让权及利益分配办法,由当事人在合同中约定。合同中没有约定的,当事人均有使用和转让的权利。但是,委托开发的研究开发方不得在向委托方交付研究开发成果之前,将开发成果转让给第三方。

(二)技术转让合同后续改进的技术成果分享

所谓后续改进,是指技术转让合同在有效期限内,一方或双方对专利技术和非专利技术成果所作的革新和改良。后续改进技术成果,可以由当事人事先在合同中约定实施专利和使用非专利技术后续改进技术成果的分享办法。如果当事人在合同中事先没有约定,任何一方则无权分享另一方后续改进的技术成果。

(三)技术咨询、技术服务合同中新技术成果的归属

在履行技术咨询合同、技术服务合同过程中,顾问方或者服务方利用委托方提供的技术资料和工作条件所完成的新的技术成果,属于顾问方或者服务方。委托方利用顾问方或者服务方的工作成果所完成的新的技术成果,属于委托方。但是,合同另有约定的除外。

第三节 涉外经济合同的履行

一、什么是涉外经济合同的履行

涉外经济合同成立后,对双方即具有法律约束力。双方当事人均应“重合同,守信誉”,严格按照合同的条款,履行各自的义务。涉外经济合同的履行是指双方当事人根据合同中

约定的内容、按照约定的时间、地点和方式,全面完成各自所应承担的合同义务的行为。

二、涉外经济合同履行的原则

(一)实际履行的原则

实际履行是指当事人双方按照合同规定的标的完成所承担合同义务的行为。合同规定什么标的,就应交付或完成什么标的,不能用其他标的来代替,也不能用金钱来代替。

实际履行只有在一定的条件下,才可以用违约金和赔偿金来代替。比如,当事人一方违约,致使继续履行合同成为不必要时,需方可以自动放弃取得标的物的权利。

(二)全面履行的原则

全面履行是指当事人双方除按照合同规定的标的物履行外,还必须按照合同规定的数量、质量、价款、期限、地点、方式等条款全面承担义务,并经过验收合格后为对方所接收的行为过程。涉外经济合同中的任何一项条款没有按照合同规定履行,都是违反合同的行为,都不能称为全面履行了合同。全面履行的原则是判定涉外经济合同是否履行和是否违约的法律标准,也是衡量涉外经济合同履行程度和违约责任的尺度。

(三)重合同、守信誉的原则

“重合同、守信誉”是我国对涉外经济合同所实施的总的方针,也是我国履行涉外经济合同的一条基本原则。合同双方如果不能遵守信誉,就不可能进行平等互利的经济往来和发展国际间经济技术贸易关系。我国《涉外经济合同法》规定:合同依法成立,即具有法律约束力。当事人应当履行合同规定的义务,任何一方不得擅自变更或者解除合同。还明确规定:在中华人民共和国境内履行,经国家批准成立的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同,在法律没有新的规定时,可以仍然按照合同的规定执行。

三、涉外经济合同履行的中止

合同依法成立后,当事人应当严格履行合同中约定的义务,任何一方不得擅自变更或者解除合同。但在履行合同过程中,当事人一方在一定条件下,又可以中止合同的履行。

(一)中止合同履行的含义

合同的中止是指当事人双方在履行合同过程中,在当事人一方不能履行合同规定的义务时,另一方当事人为了避免造成更大的经济损失,而暂时停止履行合同中规定的双方权利义务关系的一种法律行为。

(二)中止合同履行的法定条件

当事人一方在履行合同过程中,如果中止合同履行,必须有另一方不能履行或不履行合同的确切证据。

我国《涉外经济合同法》第17条规定:当事人一方有另一方不能履行合同的确切证据时,可以暂时中止履行合同,但是应当立即通知另一方。可见,一方有另一方不能履行合同的确切证据是当事人一方采取暂时中止合同履行的前提条件,不具备这个前提条件,即不得中止合同的履行。

当事人一方暂时中止履行合同约定后,如果另一方对履行合同约定提供了充分的保证时,应当继续履行合同约定。

(三)中止合同履行所产生的后果

1. 承担赔偿责任

当事人一方中止履行合同约定后,另一方可能不再继续履行合同约定。此种中止合同约定相当于合同的解除或终止。在这种情况下,中止履行合同约定一方可以依法要求对方采取补救措施,承担违反合同的赔偿责任。

2. 继续履行合同约定

中止履行合同约定后,另一方也可能对履行合同约定提供了充分的保证,在这种情况下,采取中止合同约定措施的一方应当恢复合同的履行。

3. 承担违反合同的责任

当事人一方采取中止履行约定的措施后,如果没有另一方不能履行约定的确切证明,中止履行约定的一方,应承担违反合同的责任。

四、涉外经济合同的转让

(一)涉外经济合同转让的概念

涉外经济合同的转让是指涉外经济合同当事人一方将合同中规定的权利和义务全部或部分转让给第三者,而合同的内容和客体不发生改变的行为。

涉外经济合同的转让是涉外经济合同主体的变更,是合同规定的权利义务的转让,也就是当事人一方把自己享有的权利或者应该履行的义务转让给第三者去享有或履行。这里所称第三者是指合同当事人双方以外的其他人,即中国企业或其他经济组织或外国企业、其他经济组织和个人。当事人在转让权利义务时,可以转让一部分权利和义务,也可以是全部权利和义务的转让。

合同能否转让,是签订涉外经济合同时应该具备的主要条款之一。为了避免在转让合同时发生争议,在合同中,当事人双方应订明合同能否转让以及转让的条件。例如,只限于对特定人转让或者出让人在转让后负责保证等。

(二)涉外经济合同转让的合法条件

有效合同的转让,必须具备下列条件:

1. 取得另一方同意

我国《涉外经济合同法》第26条规定:当事人一方将合同权利和义务的全部或者部分转让给第三者的,应当取得另一方的同意。也就是说,当事人一方在将其权利义务转让给第三者时,必须按照法律规定征得另一方当事人的同意以后才能生效。在实践中,合同另一方有优先购买权,只有当合同另一方明确表示不买时,转让人才可以向第三方转让。没有取得另一方同意而转让合同权利、义务的,其转让无效。

2. 审查、批准的程序

涉外经济合同不仅是双方协商一致的法律行为,而且某些合同在成立时是由国家批准的。因此,在其权利义务发生转让时,还必须经过原批准机关批准。我国《涉外经济合同法》

第 27 条规定:中华人民共和国法律、行政法规规定应当由国家批准成立的合同,其权利义务的转让,应当经原批准机关批准。但是,已批准的合同中另有约定的除外。合同的转让应当由原批准机关批准,未经办理批准手续的,其转让应视为无效。我国《中外合作经营企业法》第 10 条规定:中外合作者的一方转让其在合作企业合同中的全部或者部分权利、义务的,必须经他方同意,并报审查批准机关批准。

3. 转让的限制条件

中国法律明确规定合同转让需要具备一定的条件,只有在符合法律规定的条件下,合同的转让才是有效的。比如,我国《中外合资经营企业法实施条例》第 23 条规定:合营一方转让其全部或部分出资额时,合营他方有优先购买权。合营一方向第三方转让出资额的条件不得比向他方转让的条件优惠,违反上述规定的,其转让为无效。

4. 涉外经济合同转让的法定形式

我国法律规定,订立、变更和解除涉外经济合同也必须采取书面形式,“口头协议”,“君子协定”形式的转让无效。

(三) 转让涉外经济合同应注意的几个问题

1. 注意担保关系的变化

涉外经济合同的转让,产生两种法律关系。其一,转让合同当事人同受让的第三者之间形成的转让合同法律关系;其二,转让合同当事人一方同另一方当事人所出具的同意转让合同的法律关系。

涉外经济合同的转让经一方当事人的同意,在法律关系发生变化时,必须注意到转让方当事人如果原来就为履行合同提供了担保,那么,转让合同的法律关系发生变化后,随着合同主体的变化,原来的担保关系也就失去了效力。如果合同的转让并未征得对方当事人的同意,其担保关系并未取消,双方原法律关系仍然有效。如果转让合同一方为受让合同的第三方提供了担保,于是一个新的法律担保关系随产生,并发生效力。

2. 注意受让的第三者履行合同义务的能力

涉外经济合同当事人在对方转让合同时应考虑受让的第三者是否有履约能力。受让的第三方的履约能力可以通过转让方为受让方提供担保未解决,但在一般情况下,转让方不会为其提供这种担保。因此,当事人是否同意对方转让合同,必须采取慎重态度。

3. 受让的第三者注意对转让方的对方当事人履约能力的了解

受让的第三者在受让前,应该注意了解转让方为什么要转让合同?转让方的对方资信情况又是如何?是否具有履约能力等。对于上述有关问题,应进行认真调查,否则,容易上当受骗。

第五章 合同的变更、解除和终止

第一节 经济合同的变更、解除和终止

一、经济合同变更和解除的概念

在社会经济活动中,人的主观愿望和客观情况是不断发展变化的,因此,经济合同的内容也应随之发展变化。所以,在一定的条件下,法律允许经济合同的变更和解除。

经济合同的变更,是指经济合同当事人在签订合同以后,在没有履行或没有完全履行合同义务之前,对合同的主体、内容进行增减、修改、或变更,经双方协商一致所达成的新的协议。经济合同的变更,可以是主体的变更,也可以是合同的标的、数量、质量、价格、交货期限、地点和方式等的变更。

经济合同的解除,是指当事人双方在法律规定的条件下,在未履行或未完全履行合同时,经双方协商一致所达成的提前终止合同的协议。经济合同的解除包括两个方面的意思:一方面说,当事人之间在履地合同之前或履行过程中所确立的合同关系的解除;另一方面的意思是,当事人双方各自已经完成了应尽的义务,合同得到全面履行后,双方确立的合同关系自行解除。

经济合同的变更和解除,是指经济合同依法成立后,尚未履行或尚未完全履行时,由于当事人一方或双方主观或客观情况的变化,对于已经生效的经济合同需要进行某些增减、修改或终止,而双方经过协商一致所达成的新的协议。

二、经济合同变更和解除的条件

(一)经济合同什么情况下可以变更和解除

经济合同的变更和解除,都是一种法律行为,必须依法进行。根据《经济合同法》第26条的规定,凡符合下列条件之一者,即可允许变更或解除:

(1)当事人双方经过协商同意,并不因此损害国家利益和社会公共利益时,合同可以变更或解除。

这个条件包括两个方面的内容:

①必须经过当事人双方协商同意。经济合同的成立是当事人双方协商一致的结果,因此,经济合同的变更或解除,也应该是当事人双方在原合同的基础上,经过平等协商所达成

的新的协议。任何一方不能把自己的意志强加给对方,不得违背经济合同的基本原则。为此,任何一方经济合同当事人不得擅自变更或解除合同。

②不得损害国家利益和社会公共利益为前提。在这个前提下,经双方同意,允许变更或解除合同。

(2)由于不可抗力致使合同的全部义务不能履行时,允许变更或解除。

这个条件,包括两个方面的含义:其一,是不可抗力。所谓不可抗力是指人们无法预见、不可避免、无法抗拒的某种外界强制力量。如地震、风灾、水灾、火灾现象和军事行动及战争等现象。其二,是全部合同义务不能履行。这里指的是“全部”合同义务,而不是“部分”合同义务;是“不能”履行,而不是“暂缓”履行,也不是“不能完全”履行。

(3)由于另一方在合同约定的期限内没有履行合同。

所谓“没有履行”是指另一方当事人在合同约定的期内,没有全部履行义务的行为。

根据我国《经济合同法》第27条的规定,只要发生上述二或三两种情况,当事人一方就可以通知另一方解除合同。

(二)经济合同在什么条件下不允许变更或解除

根据经济合同法的规定,下列两种情况,不允许变更或解除。

(1)当事人一方当生合并或分立,原订经济合同不允许变更或解除;

(2)当事人一方法定代表人或承办人的变动不能变更或解除经济合同。

无论是由法定代表人还是承办人签订的经济合同都不是代表其个人签订的,而是代表法人签订的合同,合同依法成立后,所产生的权利义务直接对法人单位产生法律效力,由法人单位享受权利和承担义务。因此,法定代表人或承办人的变动不能成为变更或解除经济合同的理由。

三、经济合同变更和解除的法定程序

变更或解除经济合同,实际上是重新确定当事人双方的权利义务关系,是废除原合同,达成新协议的过程。因此,变更或解除经济合同必须遵守法定的程序。在变更或解除经济合同的程序上,大体与订立经济合同的程序相同。

(1)要约与承诺

要约(提议),是指当事人一方根据变更和解除经济合同的条件,向对方发出的要求变更或解除经济合同的提议。提议内容包括变更或解除合同的理由、答复期限、赔偿责任,善后处理意见等。提出要约的一方应在双方协议的期限内提出。

承诺(答复),是指在当事人一方提出要约后,另一方当事人对提议方所提出的要约在协议期限内表示完全同意。

接受要约的一方必须在协议的期限内答复。超过约定期限不做答复的,即视为默认。如果接受要约的一方附有条件地接受,则视为是一种新的要约,经双方反复协商,直至取得一致意见后,再达成新的协议。

(2)变更和解除经济合同必须采用书面形式

变更或解除经济合同的书面形式包括修改合同的文书、电报、图表等,它们都是协议的

组成部分,同样具有法律约束力。经济合同的变更或解除,在符合法律规定的条件下,当事人一方必须以书面形式向另一方提出,对方也必须以书面形式作出答复。

(3)经过公证或鉴证的经济合同,需要变更或解除时,必须再到原公证或鉴证机关审查备案。

(4)当事人双方对变更或解除经济合同的协议发生争议时,当事人一方可向合同仲裁机构或人民法院请求仲裁或起诉。

四、经济合同变更和解除的基本原则

变更或解除经济合同,必须遵守以下基本原则:

(一)双方协商一致的原则

经济合同的成立是在当事人双方协商一致的基础上产生的,是双方真实意思的体现。经济合同的变更或解除也是当事人双方真实意思的体现。因此,有效地变更或解除经济合同,必须贯彻双方充分协商的原则。

(二)赔偿损失的原则

当事人一方要求变更或解除经济合同时,应当及时通知对方。如果因变更或解除经济合同使对方遭受经济损失时,除依法可以免除责任的以外,应由要求变更或解除经济合同的一方承担赔偿责任。同时,受害方也有权要求责任方赔偿经济损失。如果要求变更或解除经济合同的一方没有给对方造成经济损失,则不向对方承担赔偿责任的责任。

(三)变更或解除经济合同的协议在未达到之前,原合同仍然有效的原则

当事人一方向另一方提出变更或解除经济合同要求的,除由于不可抗力致使经济合同的全部义务不能履行或者由于另一方在合同约定的期限内没有履行合同的情况外,在对方尚未答复或双方尚未达成一致协议以前,提出要求变更合同的一方不得擅自终止合同,原订立的合同仍然有效,必须继续履行合同中规定的各项义务,否则,提议方应承担违约责任。

五、经济合同变更和解除的赔偿责任

经济合同依法变更或解除后,并不等于就可以免除首先提议要求变更或解除合同一方的经济责任。我国《经济合同法》第26条规定:“因变更或解除经济合同使一方遭受损失的,除依法可以免除责任的以外,应由责任方负责赔偿。”那么,如何划分变更或解除经济合同的赔偿责任呢?

(1)当事人双方协商同意变更或解除经济合同时,如果造成了经济损失,由要求变更或解除合同的一方承担赔偿责任。

(2)合同的变更或解除如果属于双方的责任,要根据实际情况,由双方分别承担各自应负的责任。

(3)由于不可抗力的原因造成经济合同的变更或解除时,除双方另有约定以外,不承担责任。在发生不可抗力以后,当事人应立即通知对方,否则,要承担一定经济责任。

(4)当事人双方在合同中约定变更或解除经济合同可以免除责任的,在合法的范围内,当一方提出要求变更或解除经济合同时,可以不负赔偿责任。

(5)法律明确规定变更或解除经济合同时可以免除责任的,在变更或解除合同时,可以不承担责任。

如《经济合同法》第39条“违反财产租赁合同的责任”规定:承租方“擅自将租赁财产转租或进行非法活动,出租方有权解除合同”;第41条“违反财产保险合同的责任”规定:“投保方如隐瞒被保险财产的真实情况,保险方有权解除合同或不负赔偿责任”。

(6)如果当事人一方被撤销而使经济合同解除时,解除后的经济责任应该由享受其经济权利的上级单位来承担。

总之,变更或解除经济合同的赔偿责任,只有在给对方造成经济损失时,才产生赔偿责任。如果变更或解除经济合同并未给对方造成经济损失,则不负赔偿责任。负责赔偿损失的范围,一般限于直接经济损失,即财物的实际损失或可以计算的 actual 损失。对于间接损失或经营损失,一般难于计算,则不予考虑。如果有充分证据,经双方协商又无异议,也可以给予合理赔偿。

六、经济合同的终止

(一)什么是经济合同的终止

经济合同的终止,是指经济合同订立后,因为一方当事人法律事实的出现,而引起双方的权利义务关系在客观上的消失。经济合同是基于一定法律事实的出现而产生的,也基于一定的法律事实的出现而终止。引起合同终止的法律事实,就是合同终止的原因。经济合同是具有法律约束力的双方法律行为,不允许任何一方擅自终止合同。

(二)经济合同终止的原因

经济合同依法签订后,任何一方不得擅自终止合同。但是,在一定的条件下,又是可以终止的。经济合同法律关系终止的原因主要有以下几种:

1. 合同因履行而终止

当事人双方按照经济合同的约定履行了全部义务,双方的权利义务已经全部实现,因而合同的法律关系即行消失。这是经济合同最通常的终止原因。如供需双方签订了购销合同,供方按照合同规定的名称、数量、质量、交货期限和方式交付了货物;需方按照合同的规定支付了货款,双方各自履行了自己的义务,享受了自己的权利,因而双方经济法律关系随之消失。此时,合同即行终止。

2. 合同因双方协商一致而终止

在履行合同过程中,当事人双方由于种种原因,使合同不能再继续履行,经双方协商一致、达成协方后,即可终止合同。但是,根据国家指令性计划形成的经济合同关系,还必须再经过下达该计划的上级机关批准后才能生效。

3. 合同因违约或约定期限届满而终止

由于一方违约或约定的期限已经届满,不能继续履行合同义务时,致使经济合同主体解除法律关系,也是合同的终止。

4. 合同因当事人双方合为一体而终止

在法律上,对权利人和义务人合并为一体的现象称为“混同”。在出现这种混同现象以

后,原有的合同因没有履行的必要,因而自行终止。如甲、乙两个企业在调整中合并为一个企业,因而甲、乙两个企业之间的合同关系,也就没有再继续履行的必要,而自行终止。

5. 合同因法人破产而终止

法人破产后,法人的权利能力和行为能力已不复存在,无权再继续进行各种经济活动,因而合同即行终止。

6. 合同因不可抗力的出现而终止

不可抗力的出现,无论是自然现象,还是社会现象,致使当事人一方或双方无法继续履行,合同关系无法继续存在(取得有关证明材料)时,应当终止合同。

7. 合同因仲裁机构和人民法院的裁决而终止

经济合同管理机关,可以采用裁定书、裁决书、无效经济合同确认书以及违法合同的查处决定书等方式,裁决终止合同。人民法院也采用调解书、裁定书、判决书等方式,终止合同的法律约束力。

综上所述,当事人任何一方不得擅自终止合同,但在一定的条件下,又可以终止合同。合同的终止,是当事人双方权利义务的消灭,双方权利义务关系在客观上已不存在,合同即告终止。合同的终止与合同的解除是两个不相同的概念,合同的终止不等于合同的解除,但合同的解除,就是合同的终止。

第二节 技术合同的变更、解除和终止

一、技术合同变更和解除的概念

所谓技术合同的变更是指技术合同当事人在签订技术合同以后,没有履行或没有完全履行合同以前,依照法律规定的条件和程序,对原技术合同中的某些条款进行增减、修改和变更,经双方协商一致后所达成的新的协议。

所谓技术合同的解除是指技术合同当事人在签订技术合同以后,没有履行或没有完全履行合同之前,依照法律规定或当事人双方的商定所达成的提前终止合同的协议。

二、变更和解除技术合同的条件

(1)经当事人双方协商同意,技术合同可以变更或解除。

当事人双方协商一致即可变更或解除的技术合同是指那些不涉及国家指令性计划的技术项目和原合同未经过批准机关批准,未经过公证、鉴证以及未经过登记机构登记的合同。

(2)技术合同当事人一方不履行或不适当履行合同,致使原来签订的技术合同成为不必要或者不可能时,当事人一方有权通知另一方解除合同,并自发出通知之日起,可以终止履行合同义务。

我国技术合同法规定:发生下列情况之一者,致使技术合同的履行成为不必要或不可能时,当事人一方有权通知另一方解除合同:

①另一方违反合同

技术合同当事人一方在另一方违反合同时,所产生的当事人一方有权通知另一方解除合同的权利,必须符合如下两个条件:其一,另一方必须具有违反合同的行为;其二,违反合同行为后果是使合同再继续履行已经成为不必要或不可能,只有达到了失去了实际意义或可能的程度时,当事人一方才有权通知另一方解除合同,并不是只要另一方有违反合同的行为,当事人一方就可以通知另一方解除合同。

②发生不可抗力

不可抗力的范围问题,当事人双方可以在合同中约定。当发生不可抗力确实使合同的履行达到了不必要或不可能的程度时,当事人一方可以通知另一方解除合同。

③作为技术开发合同标的的技术已经由他人公开

当事人双方签订技术合同后,在没有履行或者没有完全履行时,如果作为技术开合同标的的技术已被他人在出版物上,展览会上或者以其他方式向社会公布,使原技术开发合同失去继续履行的必要时,当事人一方就可以因技术开发合同标的的技术已经被他人公开而通知另一方解除合同。

(3)技术合同所依据的国家计划被修改或被取消时,技术合同可以变更或解除。

在发展科学技术的过程中,有些技术合同的签订是根据国家下达的科技发展规划而签订的。因此,当国家下达的科技发展规划被修改或者被取消时,技术合同当然也应该随之进行相应的变更或解除。

(4)研究开发工作遇到技术风险而导致失败或者部分失败时,合同可以变更或解除。

在科学技术研究开发过程中,发生当事人不能预见、无法防止或者无法克服的困难等技术风险是常有的事情,如果发生上述技术风险而使研究开发工作失败或部分失败时,允许变更或解除技术合同。

(5)技术合同主体一方终止,技术合同无法继续履行时,可以变更或者解除。

技术合同主体终止有两种情况:一种是公民个人死亡或者丧失行为能力;另一种是法人的关闭、撤销、解散或者破产,使其失去从事科技活动的能力和条件。上述两种情况,都属于主体终止的变化,而且由于这种变化使技术合同无法继续履行时,合同可以变更或解除。

(6)当事人对合同标的或者技术成果权属有重大误解的。

所谓重大误解是指当事人对合同标的或技术成果的权属了解的不正确、不真实或者是错误的,因此产生了误解。重大误解应符合下列条件:①误解不是主观上的错误,而是由于过失造成的;②误解是重大的;③误解与合同标的或者技术成果权属有因果关系。上述三个条件缺一不可。技术合同与其他合同一样,是当事人双方真实意思的体现。当事人对合同标的或者技术成果权属如果产生重大误解,这正是体现了当事人的意思表示不真实。因此,当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构予以变更或者撤销技术合同。

(7)价款、酬金或者使用费显失公平。

技术合同的签订应贯彻平等互利的原则。技术合同中的价款或者酬金以及使用费,如果显失公平,说明双方在签订技术合同过程中,违反了平等互利、真实自愿的原则,因此才产生了对当事人一方有利,对另一方不利的结果。在这种情况下,当事人一方有权请求人民法

院或仲裁机构予以变更或撤销技术合同。

三、变更和解除技术合同后的责任

依照我国技术合同法的规定,技术合同变更和解除后,除依法应当免除责任的以外,不影响当事人要求赔偿损失的权利。

(1)当事人一方要求变更或解除技术合同时,有过错的一方应该赔偿另一方因此所受到的损失;双方都有过错的,各自承担相应的责任。

(2)当事人一方因另一方严重违反合同而通知其解除合同时,由此造成的损失由违反合同的一方承担赔偿责任。

(3)因不可抗力致使技术合同的履行成为不必要或者不可能,而引起合同的变更或解除时,由此造成的经济损失,由当事人分担。

(4)由于当事人已经获知技术开发合同标的已由他人以开或者技术开发工作遇到技术风险而导致失败或者部分失败,产生技术合同的变更或解除时,除合同另有约定者外,由此引起的经济损失,由当事人双方协商合理分担。但是在通常情况下,委托方提出解除合同的,由委托方赔偿研究开发方的损失;研究开发方提出解除合同的,由研究开发方赔偿委托方的损失。

(5)因国家计划的修改或取消引起合同的变更或解除时,如果国家机关法人与下属企业、事业法人、公民依照国家下达的计划签订的技术合同,所引起的变更或者解除后的责任,应由国家机关法人赔偿另一方由此造成的经济损失;如果企业、事业法人之间,法人与公民之间,以及公民之间签订的技术合同,当事人一方由于上级机关的原因引起合同的变更或者解除后的责任,应按合同约定向另一方赔偿损失或者采取其他补救措施,然后再由其上级机关对它因此遭受的损失负责处理。

(6)当事人一方对合同标的或者技术成果的权属有重大误解,在请求人民法院或者仲裁机构予以变更或者撤销合同后所引起的经济损失,应根据过错责任的大小,各自承担相应的责任。如果因合同价款、报酬或者使用费显失公平,引起合同的变更或解除时,由此造成的损失,应由不当得利一方当事人承担责任。

第三节 涉外经济合同的变更、解除和终止

一、涉外经济合同的变更和解除

涉外经济合同成立后,即具有法律约束力,当事人双方必须严格按照合同的规定履行各自应尽的义务,任何一方不得擅自变更和解除。

(一)合同的变更

经济合同成立后,在尚未履行或尚未完全履行合同之前,由于当事人一方或双方主观和客观情况的变化,对已经生效的涉外经济合同的内容所进行的某些增加、减少、修改,经双方

协商一致所达成的新的协议,即为合同的变更。

涉外经济合同的变更,包括:主体的变更,标的、数量、质量、价款、交货时间、地点、方式及内容的变更。

1. 变更合同的条件

根据我国《涉外经济合同法》的规定,合同的变更必须具备以下条件:客观需要和当事人双方协商同意,合同即可变更。当事人双方为变更合同所达成的新的协议具有法律约束力。涉外经济合同的订立是当事人双方真实意思的体现,是双方协商一致的结果。因此,变更合同也必须体现当事人双方协商一致的原则,任何一方不经对方同意而擅自变更合同内容,都是对签订涉外经济合同基本原则的违反,应向对方承担违约责任。

2. 变更合同的法定程序

涉外经济合同的变更必须遵守法定程序,具体包括以下内容:

(1)合同的变更必须采用书面形式。书面形式指:要约、承诺双方所达成的协议必须采用书面形式,因此,双方同意修改合同的文书、电报、电传和图表,都是合同的组成部分。

(2)变更合同的协议在未达到之前,原涉外经济合同应仍然有效,必须继续履行。

(3)中华人民共和国法律、行政法规规定应当由国家批准的涉外经济合同,其重大变更还必须经原批准机关批准,其变更协议才发生法律效力。

(二)合同的解除

涉外经济合同的解除,是指在合同期限届满前当事人没有履行或者没有完全履行合同时,另一方根据法律或者合同约定的条件,通知对方提前终止合同的法律行为。

1. 解除合同的条件

涉外经济合同的解除是单方解除合同法律约束力的行为,因此,必须严格遵守法律规定。根据我国《涉外经济合同法》的规定,有下列情形之一者,当事人一方有权通知另一方解除合同。

(1)另一方违反合同,以致严重影响订立合同所期望的经济利益。这里所说的“违反合同”是指由于一方违约,而使对方不能实现经济目的或使所要实现的经济利益受到重大损失的行为。对于一般轻微的违反合同行为,当事人一方不得通知另一方解除合同,也就是说,当事人一方如果违约,没有在合同约定的期限内履行合同时,另一方不得单方要求解除合同,而应当再给予违约方一个合理的履行期限,让其有时间继续履行,违约方在被指定的合理期限内仍不履行合同时,受害当事人一方才有权通知另一方单方解除合同。

(2)发生不可抗力事件,致使合同的全部义务不能履行。不可抗力,是属于人的主观意志以外的,既不能预料,又无法防止、无法克服的外界强制力量。发生不可抗力事件,如果不是使合同不能履行,而是不能按照合同规定期限履行,合同还应当延迟履行,当事人一方无权要求解除合同。只有当不可抗力事件使合同的全部义务不能实现,继续履行合同义务已成为根本不可能时,当事人一方才有权通知另一方解除合同。

(3)合同中约定的解除合同的条件已经出现。合同约定条件是指经过双方协商一致,所达成的解除合同的条件。合同中的各项条款是当事人双方协商后所确立的法律关系,对双方都具有约束力。当双方约定的解除合同的条件出现时,双方应按照合同的约定享受权利

和承担义务。因此,当事人双方有权利要求解除合同,并受法律保护。

2. 解除合同的法定程序

涉外经济合同的解除,涉及到国家之间的经济关系和双方当事人的合法经济利益,因此,必须采取慎重态度。根据我国《涉外经济合同法》的规定,解除合同必须遵守法定程序:

(1)必须书面通知对方。当前,在国际上解除合同通常采用两种方法,一种是当事人一方向法院起诉,由法院作出解除合同的判决,如法国;另一种是当事人一方向另一方当事人发出解除合同的通知,合同即可解除,如英国和美国。我国采用了后一种方法。因此,我国《涉外经济合同法》规定,在一定条件下,当事人一方有权通知另一方解除合同,而不需要到法院提起诉讼,由法院作出裁决。但是,解除合同的通知必须采用书面形式。

(2)合同的解除应当报原批准机关备案。根据我国法律规定,当事人一方向另一方发现解除合同的通知,合同即可解除,不需要再经过原批准机关批准的程序。但是,我国法律又规定,其合同解除应当报原批准机关备案,以便国家有关机关能够及时掌握情况,加强对涉外经济合同的监管。

二、涉外经济合同的终止

(一)涉外经济合同终止的概念

涉外经济合同的终止是指合同签订以后,因一方当事人法律事实的出现,而引起的当事人双方权利义务关系的消灭。由于涉外经济合同是在一定的法律事实出现后发生的,也是基于一定的法律事实的消灭而终止的。因此引起合同终止的法律事实,就是合同终止的原因。

(二)合同终止的原因

根据我国《涉外经济合同法》的规定,合同的终止分为:自然终止、裁决或判决终止和协议终止三种。

1. 自然终止

自然终止是指合同已按约定条件得到履行。双方各自应享受的权利和应当履行的义务都已经全部得到实现,双方的法律关系自然随之消灭。

2. 仲裁机构裁决或者法院判决而终止

因裁决或判决而终止是指合同成立后由于当事人一方经济权利被侵害或双方争议或由于发生不可抗力事件,经当事人提请仲裁机构或向法院提起诉讼,而由仲裁机构裁决或法院的判决宣布合同终止。

3. 双方协议终止

双方协议终止是指合同当事人双方经协商一致,达成协议,双方的权利义务关系随之消灭而终止合同。

三、变更、解除和终止合同后的赔偿责任

(一)赔偿责任的概念

赔偿责任是指当事人一方在合同变更、解除或终止后给另一方带来经济损失时,责任方

应向另一方承担赔偿责任的责任。《涉外经济合同法》第34条规定:合同的变更、解除或者终止,不影响当事人要求赔偿损失的权利。

(二)承担赔偿责任的条件

承担变更、解除或终止合同后造成损失的赔偿责任必须具备下列条件:

(1)合同变更前,一方违约给另一方造成损失,而引起合同的变更时,责任方应负赔偿损失的责任。如果当事人双方在变更合同的协议中没有约定如何进行赔偿,受损失的一方仍然有权要求另一方赔偿经济损失。

(2)如果合同的解除是由于一方当事人的违约行为所造成的,那么在当事人一方通知另一方解除合同后,提出解除合同一方当事人并不丧失向违约方要求损害赔偿的权利。

(3)合同终止后,在一定条件下,也会发生赔偿损失的问题。在符合法定条件的情况下,法律上允许终止合同。如双方约定终止或仲裁机构和法院的裁判终止等。在合同终止后,不影响受害方当事人向违约方当事人要求赔偿损失的权利。

四、变更、解除或终止合同的效力

变更、解除或终止合同后的效力,包括变更、解除或终止合同后对于包含有几个相互独立部分的合同和双方约定解决争议的条款,以及双方约定的结算和清理条款的效力。

(1)对于包含几个相互独立部分的合同,可以依据解除合同条款的规定,解除其中的一部分而保留其余部分的效力。

包含有几个相互独立部分的合同是指在一个合同中,包含有若干个可以独立履行的部分,根据解除合同的条件,如果解除其中一部分合同,则其余部分需要保留的合同,对当事人双方仍然具有法律约束力,受到法律的保护。

(2)合同约定解决争议的条款,不因合同的解除或者终止而失去效力。

合同约定解决争议的条款包括:当事人双方协商同意的仲裁条款和调解、解决争议的条款。即使是在解除或终止合同的当时或以后,解决争议的条款仍然具有法律效力。

(3)合同约定的结算和清理条款,不因合同的解除或者终止而失去效力。

合同约定的结算和清理条款是当事人双方在解除或终止合同后对合同所及的有关财产如何进行清算,如何分享权利和承担义务的具体规定,对双方始终具有约束力。因此,无论是解除或者是终止合同,对于合同所涉及的财产进行清算时,还必须按照合同约定的条款来进行。

结算和清理条款,随着合同的解除或终止而发生效力,随着结算和清理的结束而失去其效力。

第六章 违反合同应承担的责任

第一节 违反经济合同的责任

一、违反经济合同为什么要承担责任

为了严肃合同纪律,保证合同的全面履行,实现合同任务,经济合同法对违反经济合同的责任作了专门规定。追究违反经济合同的责任,表明了经济合同的严肃性及其法律约束力。违反经济合同后不追究其法律责任,合同就失去了存在的意义。因此,承担违反经济合同的责任具有以下意义:

1. 有助于当事人双方严肃、认真地签订合同

当事人双方为了免受法律制裁,在签订经济合同时,能够认真地考虑本单位的实际情况和市场需要,本单位是否具有履行合同的能力以及合同是否合法、条款是否完备等,从而可以有效地减少经济纠纷的发生。

2. 有助于促使合同双方全面地履行经济合同

经济合同当事人必须切实履行各自的义务。经济合同法规定,当事人一方违反经济合同时,应该承担违约责任,向对方支付违约金,损失超过违约金的,还应当进行赔偿。同时还规定,违约金、赔偿金,企业不得计入成本;事业单位不得挤占预算内经费,从而体现经济合同法对违约方的经济制裁。合同当事人为了避免经济损失,提高经济效益,必须合理安排人力、物力和财力,改善经营管理,促使合同当事人全面地履行所承担的义务,实现合同目的。

3. 有利于受损失一方得到经济补偿,维护合同当事人的合法权益

经济合同当事人一方不履行或不完全履行合同义务,从法律角度来说,是违约方对受害方侵权行为。如果责任方不承担经济责任,则受害方的财产损失就得不到补偿。因此,应该将受害方的经济损失转移到有过错的责任方,由责任方承担因为自己的过错而造成的经济损失,从而维护受害方当事人的合法权益。这正是我国经济合同法中过错责任原则的体现。

为此,经济合同法把违反经济合同的责任和具体几种经济合同的违约责任专门作出了原则的规定。

二、经济合同违约责任

(一)经济合同违约责任的概念

经济合同违约责任,是指经济合同当事人及其个级领导机关或业务主管部门,因自己的过错造成经济合同不能履行或不能完全履行时,所应当承担的违反经济合同的责任。

违约责任分为:法定违约责任、约定违约责任及法律和合同共同确定的违约责任。

法定违约责任,是指当事人根据法律规定的具体数目或百分比所承担的违约责任。

约定违约责任,是指在现行法律中没有具体规定违约责任的情况下,经济合同当事人双方根据有关法律的基本原则和实际情况,共同确定的经济合同违约责任。

法律和合同共同确定的违约责任,是指现行法律对违约责任只规定了一个浮动幅度(具体数目或百分比),然后由当事人双方在法定浮动幅度之内,具体确定一个数目或百分比。如工矿产品购销合同中,供方不能供货的,应向需方偿付违约金,通用产品的违约金为不能交货部分货款总值的1—5%。在此浮动幅度内由供需双方共同确定具体比例。

(二)经济合同违约责任的特点

经济合同的违约责任具有以下特点:

(1)经济合同的违约责任,只有在当事人一方或双方产生了自己的过错而又实施了不履行或不完全履行合同行为的情况下,才产生经济合同的违约责任。

(2)经济合同违约责任的承担者,在一般情况下是平等民事主体的法人、其他经济组织及个体、工商户、农村承包经营户。经济合同在双方约定有保证单位时,可以由保证单位履行或承担连带责任。一般公民不能成为经济合同违约责任的承担者。

(3)经济合同违约责任表现为一定的经济制裁。经济合同当事人违约后,应该承担经济责任,受到经济制裁。这种经济制裁表现为违约方丧失一定的经济权益或增加一定的经济义务。经济制裁是各种经济合同共同的法律特征。

(4)经济合同当事人一方产生违约行为后,当受害方直接向违约方追究违约责任而不能奏效时,可以请求合同仲裁机关或人民法院依法追究其违约责任,从而维护当事人的合法权益,维护合同的严肃性。

三、承担经济合同违约责任的基本原则

经济合同违约责任的基本原则,是各类经济合同必须贯彻执行的具有普遍指导意义的共同原则。主要有下列内容:

(一)过错责任原则

过错责任,是指由于当事人主观上的故意或过失而引起的经济合同的违约责任。过错责任的含义,是指经济合同当事人只要有不履行或不完全履行合同的主观过错,就必须承担违约责任。谁有过错,谁承担责任;谁无过错,就免除责任。一方的过错,一方承担责任;双方的过错,由双方分别承担各自应负的责任。

(二)赔偿实际损失的原则

所谓实际损失,是指违约方因自己的违约行为而在事实上给对方造成的财物的减少、损

坏和灭失。实际损失包括两部分：一是直接损失；二是间接损失。

直接损失，是指已经给对方造成的财物的减少、损坏和灭失。如归还货款、利息、违约金、旅差费用、运费、诉讼费等。直接经济损失是可以计算的。

间接损失，是指在合同履行以后，可以得到的预期利益，即经营损失。如甲公司与乙工厂签订一份加工冰淇淋机合同。合同规定某年3月1日前交货，但乙工厂违约未能如期履行合同。甲公司要求乙工厂赔偿直接损失和间接损失（合同如果履行，可以获得的利润）。间接经济损失是难于计算的。

在确认赔偿责任时，应该注意：如果违约方已将不能履行或不能完全履行的情况通知了受害方时，受害方也有义务采取合理的、有效的措施避免或减轻或防止损失的扩大。如果受害方有能力防止或使其减少损失而不积极采取措施，任其扩大损失范围时，扩大的部分由受害方自己承担。

（三）全面履行的原则

所谓全面履行，是指违约方承担了经济责任（支付违约金、赔偿金）后并不能代替经济合同的履行，不能自然免除经济合同的法律约束力，不能免除过错方继续履行合同的责任。只要受害方要求过错方继续履行，过错方又有能力履行，过错方就必须继续履行未完成的合同义务。

四、承担经济合同违约责任的前提和条件

（一）经济合同当事人承担违约责任的前提和条件

1. 经济合同的有效性，是违约责任产生的前提

经济合同违约责任发生以后，首先应该确认当事人之间签订的经济合同是否有效。只有有效的经济合同，才对双方当事人产生法律约束力，如果确认经济合同为无效合同，则不产生承担违约责任的问题。双方既不享受权利也不承担责任。因此，经济合同的有效性是违约责任产生的前提条件。

2. 经济合同当事人必须有不履行或不完全履行合同的违约行为

经济合同违约行为大致可分为两类：

（1）经济合同完全没有履行。完全没有履行是指当事人达到履行期限届满时，对经济合同中所约定的义务完全没有兑现的行为。完全没有履行合同，也是一种毁约行为。

（2）经济合同没有完全履行。没有完全履行是指经济合同当事人没有完全按照合同约定而是部分地或不适当地履行了合同义务的行为。具体包括以下三种情况：

①当事人只承担了合同中规定的部分义务；

②当事人履行过高，擅自超过了合同规定的标准；如当事人多交货、超质量标准、提前交货等等；

③当事人虽然作了一定的履行，但是在标的数量、质量、履行期限、地点、方式等方面不完全符合合同的要求。

3. 要有主观上的过错

经济合同成立后，当事人应当全面履行合同义务。只要当事人一方不履行或不完全履

行合同的行为是主观过错所至,而不是主观意志以外的原因造成的,当事人就要承担违约责任。

当事人主观上的过错是指违约方不履行或不完全履行合同的主观心理状态。主观心理状态又分为故意和过失两种情况。所谓故意,是指当事人明知自己违反经济合同后会发生有损于对方经济权益的后果,但是又希望或者放任这种结果的发生,称为故意。

所谓过失,是指当事人应当预见或者能够预见到自己违反经济合同可能会发生有损于对方权益的后果,但因疏忽大意而没有预见或者已经预见而轻信能够避免,以致发生了有损于对方权益的结果,称为过失。如在供应合同中,供方明知道只有保持一定数量的原料、材料储备,才能保证按期完成合同规定的义务。但是自信能够临时买到原材料而疏忽大意,致使需方发生停工待料现象,未能完成合同义务。这种过错,就是一种过失行为。

无论是故意,还是过失,都属于主观上的过错。

经济合同当事人在合同有效的前提下,只要有不履行或不完全履行合同的行为和主观上的过错,不管是否已经给对方造成了经济损失,违约方必须承担违约责任。

(二)经济合同当事人承担赔偿责任损失的条件

经济合同当事人违约后,如果给对方造成了经济损失,还应当承担赔偿责任损失的责任。当事人在什么情况下需要承担赔偿责任损失的责任呢?

(1)当事人要有不履行或不能完全履行合同的行为。

(2)要有主观上的过错。

(3)要有损害事实。

损害事实是指由于一方的过错而给对方所造成的财产上的减少、损坏或灭失。如果没有损害事实,就不赔偿损失;如果损害事实没有超过所支付的违约金,也不再赔偿经济损失;只有在即有损害事实,又超过了所支付的违约金的数额时,才承担支付违约金和违约金的不足部分的经济损失。

(4)损害事实和未履行或不完全履行合同的行为必须存在因果关系。

因果关系是损害事实和未履行或不完全履行合同之间的必然联系,两者之间只要存在着必然的原因和结果的关系,就应该承担赔偿责任损失的责任。如果两者之间不存在因果关系,就不应该承担赔偿责任。如在购销合同中,甲方未能按照合同规定向乙方供货,原因是由于货物在运输途中遇到险情,遭到灭失。在这里,甲方未能按照合同规定向乙方交货,就是违约行为,而运输途中遇到的险情,使货物灭失,是甲方违约的原因。但是,甲方的违约行为和货物灭失造成损害事实之间并没有因果关系,因此,甲方不应该承担赔偿责任损失的责任。

经济合同当事人只有在同时具备上述条件的情况下,才承担赔偿责任损失的责任。否则,可以不承担责任。

五、免除经济合同违约责任的条件

经济合同违约责任的免除,是指不履行或不 完全履行合同义务的当事人,在什么条件下可以不承担违约责任。根据《经济合同法》第 29 条、30 条、31 条的规定,在确实属于客观原因造成合同违约的情况下,可以部分或全部免除违约方的违约责任。具体条件是:

（一）发生不可抗力

不可抗力是指合同当事人不能预见和人力不可避免的一种强制力量。也就是直接造成经济合同当事人不能履行或不能完全履行合同义务时,当事人本身虽无过错,但在当时当地的条件,又无法预料、无法防止和无法抵抗的外界强制力量。

因不可抗力发生不能履行经济合同的,应注意区分是延期履行、部分履行还是不能履行。应根据具体情况确定部分或全部免予承担违约责任。但是,无论哪种情况,只要当事人一方发生不可抗力的情况,就必须履行下列义务:

(1)当事人一方必须及时向对方通报不能履行或延期履行或部分履行经济合同的理由和不可抗力发生后的具体情况。

(2)当事人一方应及时取得有关机关的证明和不可抗力发生后,当事人不能按照合同规定履行合同具体情况的材料,并及时送达对方。

当事人一方在发生了不可抗力因素,又及时履行了上述两项义务以后,根据具体情况才可以免除当事人部分或全部经济合同的违约责任,否则,由此给对方造成的经济损失,当事人一方应当负责赔偿。

（二）法律规定或合同约定的免责条件

符合法定的或合同约定的免责条件,可以不承担违约责任。《经济合同法》第36条第一款第五项规定:“在符合法律和合同规定条件下的运输,由于下列原因造成货物灭失、短少、变质、污染、损坏的,承运方不承担违约责任:

- (1)不可抗力;
- (2)货物本身的自然性质;
- (3)货物的合理损耗;
- (4)托运方或收货方本身的过错。”

(三)由于军事行动、救灾、抢险等原因,造成经济合同不能履行或迟延履行时,也不承担违约责任

总之,在具备了上述免责条件,又履行了应该履行的义务后,均可免除经济合同当事人的违约责任。

六、经济合同违约责任的划分

（一）怎样划分经济合同违约责任

根据经济合同法的规定,划分经济合同违约责任有以下几种情况:

(1)由于当事人一方的过错,造成经济合同不能履行或不能完全履行时,由有过错的一方承担违约责任。

(2)如果属于双方的过错造成经济合同违约的,根据实际情况,由双方分别承担各自应负的违约责任。

(3)当事人一方由于不可抗力的原因造成不能履行经济合同而产生违约责任时,在履行了应当履行的义务后,可根据具体情况部分或全部免予承担违约责任。

（二）承担违约责任的方式

承担经济合同违约责任的方式有以下几种：

1. 支付违约金

《经济合同法》第31条规定：“当事人一方违反经济合同时，应向对方支付违约金。”只要造成经济合同违法，不论是否给对方造成经济损失，都应当承担违约责任，支付违约金。

违约金一般按不履行合同部分价款或酬金的一定比例支付。违约金比例是根据法律的规定和双方约定共同确定的。

违约金计算方法是：

应支付的违约金 = 违约价金 × 违约比例 或 = 违约金额 × 每天提取比例 × 迟交天数

例1：某针织厂与外埠“发发贸易公司”签订一份购销合同，总货款为3万元，合同中规定，任何一方违约按违约部分货款总值的3%支付违约金。针织厂按照合同全面履行了义务。“发发贸易公司”收货后，拖延1年之久不能归还货款，针织厂诉诸人民法院。其中，违约金的计算方法是：

应支付违约 = 3万元 × 3% = 900元

例2：某公司（定作方）与木器加工厂（承揽方）签订一份加工承揽合同，定作方供应木料，总费用为8万元，合同规定：承揽方于某年7月31日前交货；定作方预付加工费2.4万元，余额在承揽方交清货为后10天内付清。

合同签订后，承揽方按照合同规定全面履行了义务，而定作方由于资金不足直至同年9月14日才予付清。承揽方要求定作方支付违约金。其计算方法是：

应支付违约金 = (8万元 - 2.4万元) × 0.1% × 35 = 1.96万元

根据《加工承揽合同条例》第二十二条第五款规定，定作方每逾期1天，按未交部分酬金的0.1%计算违约金。从8月1日至8月10日为合法期限。8月11日至9月14日为延期付款时间，计35天。

2. 支付赔偿金

《经济合同法》第31条规定：“如果由于违约已给对方造成的损失超过违约金的，还应进行赔偿，补偿违约金的不足部分。”如违约金为700元，直接经济损失为1000元。在这种情况下，违约方应再向对方支付300元，以补偿违约金的不足部分。300元即为赔偿金。

赔偿金是违约方对受害方实际损失给予补偿的一种法律手段，用以维护当事人的合法权益。

3. 返还定金

《经济合同法》第14条规定，经济合同履行后，“给付定金的一方不履行合同的，无权请求返还定金。接受定金的一方不履行合同的，双倍返还定金。”如果不履行合同是双方的责任，接受定金的一方，只返还其接受的定金。关于定金的使用范围问题，在《农副产品购销合同条例》、《加工承揽合同条例》等法规中，都作了具体规定。

4. 继续履行经济合同

违约方在承担经济责任后，无论是支付违约金还是支付赔偿金，都不能代替经济合同的履行。《经济合同法》第31条规定，违约方在支付违约金、赔偿金以后，如果“对方要求继续

履行合同的,应继续履行。”如果违约方不履行,可请求有关国家机关强制其履行。

5. 支付保管费、保养费

在购销合同中,需方逾期提货、供方提前交货;在加工承揽合同中,定作方超期领取定作物或修理物品等,应向对方支付保管费、保养费。

6. 偿付多支的运杂费用

在货物运输合同中,供方错发到货地点或需方错填或临时变更收货地点,均属违约行为,应承担多支付的运杂费用。

7. 信贷制裁

信贷制裁是指在借款合同中,当借款方不能按照规定的作用使用贷款时,金融机关有权按照有关规定加付利息、提前收回一部或全部贷款的一种制裁措施。这种制裁只能由贷款的专业银行、信用合作社等国家金融机构行使。

8. 价格制裁

由于一方违约造成经济合同不能履行或不能完全履行时,应按照《经济合同法》第 17 条规定:“执行国家定价的,在合同规定的交付期限内国家价格调整时,按交付时的价格计价。逾期交货的,遇价格上涨时,按原价格执行;价格下降时,按新价格执行。逾期提货或逾期付款的,遇价格上涨时,按新价格执行;价格下降时,按原价格执行。执行浮动价、议价的,按合同规定的价格执行。”

这里所指“逾期交货”、“逾期提货”、“逾期付款”都是由当事人的主观故意或过失所致。如果不是由于当事人的主观过错,而是由于不可抗力的外因所致,则不应采用价格制裁的方法。

(三)违约金、赔偿金的支付办法

1. 违约金、赔偿金的支付办法

违约金、赔偿金是当事人进行担保,督促当事人履行经济合同的手段。违约方的责任,必须受到经济制裁。这主要表现在把违约金、赔偿金的列支限制在法定的范围之内。在企业未实行利改税以前,企业的违约金、赔偿金应从企业基金、利润留成或盈亏包干分成中支付,不得列入成本和营业外支付,不得挤占应当上缴的财政收入;对于已经实行利改税的企业,应在交纳所得税以后,国家规定的企业留利中开支;行政、事业单位应从预算包干的节余经费中开支或者从预算外资金中支付,不得挤入预算经费中报销。

经济合同法关于如何支付违约金、赔偿金的规定,使企业把本身利益、职工利益同经济合同履行的好坏紧密结合起来,有利于保护国家利益和消费者利益;有利于使企业和职工积极关心企业和职工本身的经济利益,关心经济合同的履行;有利于保证国家计划的实现。

违约金、赔偿金收入的使用,应该用于弥补企业因未能履行合同而造成的经济损失,不得挪用他用。以利于生产的发展和经济活动的正常运行。

2. 违约金、赔偿金的偿付期限

《经济合同法》第 32 条规定:“违约金、赔偿金应在明确责任后 10 天内偿付,否则按逾期付款处理。”

所谓明确责任,是指违约责任如果是当事人协商解决的,应自达成协议的次日起 10 天

内偿付;如果是经济仲裁机关或司法机关解决的,应自仲裁书或调解书或判决书的生效日期开始后 10 天内偿付。

七、直接责任者个人违反经济合同的责任

在违反经济合同的责任中,不仅要追究经济合同的违约责任,还应该追究直接责任者个人的责任。

经济合同是法人之间的协议。法定代表人或承办人签订的经济合同,直接对法人单位产生经济权利和经济义务。在一般情况下,法定代表人是按照国家法律、政策和法人组织的规章制度来实现法人经济权利的。但是,《经济合同法》第 29 条规定:“对由于失职、渎职或其他违法行为造成重大事故或严重损失的直接责任者个人,应追究经济、行政责任直至刑事责任。”

直接责任者个人的经济责任,一般是指扣发工资、奖金、赔偿部分经济损失等。

行政责任,是指根据法律或机关、企业、事业单位的规章制度,对犯有违法失职行为但又不够追究刑事责任的工作人员所采取的一种行政制裁措施。行政责任分为行政处分和行政处罚两种。

行政处分,是指根据国家法律或国家机关、企、事业单位的规章制度,按照行政隶属关系,对所属工作人员的轻微违法失职行为所给予的一种纪律处分。根据国家有关规定,行政处分共分为八类:警告、记过、记大过、降级、降职、撤职、留用察看和开除。

行政处罚,是指特定国家行政机关,如公安部门、税务部门、海关部门、工商行政管理等机关,对违反行政管理法规的人所给予的行政制裁。行政处罚行为:①违反治安管理的行政处罚;②违反农、林、水利管理的行政处罚;③违反科研、文教、卫生管理的行政处罚;④违反财政、金融管理的行政处罚。对于违反财政金融管理的处罚方式,主要包括:警告、罚款、加收滞纳金、扣发工资、没收财物、停止营业、吊销营业执照等等。行政处罚,一般由国家行政机关裁决,作出各种裁决书。当事人不服的,可向上级行政管理部门申诉。

刑事责任,是指直接责任者个人实施了刑事法律所禁止的行为而必须承担的法律后果。从客观来说,直接责任者的行为触犯了刑事法律所保护的社会关系和社会公共利益,并对社会产生了严重危害而需要追究刑事责任。从主观来说,直接责任者个人具有主观故意或过失。如行贿受贿、诈骗等严重破坏国家利益和社会经济秩序的行为,这些行为情节严重,已触犯刑律的,应该由司法机关依法追究法定代表人或直接责任者个人的刑事责任。

第二节 违反技术合同的责任

一、技术合同违约责任概念

技术合同违约责任是指技术合同当事人由于自己的过错而没有履行或者没有完全履行合同或者履行合同义务不符合约定条件,依照法律规定和双方约定,违约方必须向受害方承

担的违反技术合同的责任。技术合同违约责任是技术合同当事人之间的一种财产责任,使受害方所遭受的损失依法受到补偿,以维持当事人合法权益的一种经济制裁。

二、违反技术合同的行为

根据我国技术合同法的规定,下列行为属于违反技术合同的行为:

(一)不履行合同义务

不履行合同义务是指当事人有能力履行,但故意不去履行合同义务的行为。不履行合同义务有两种情况:一种是当事人主观上故意不去履行;另一种是当事人主观上愿意履行,但由于客观条件的限制,使其不能履行。

(二)履行合同义务不符合约定条件

履行合同义务不符合约定条件,是指技术合同当事人虽然有能力和履行,而且也履行了合同义务,但是由于故意或者过失而没有完全按照合同中约定的条件去履行合同义务的行为。履行合同义务不符合约定条件,有两种情况:一种情况是,当事人虽然履行了合同义务,但在事实上超过了合同中约定的条件;另一种情况是,当事人虽然履行了合同义务,但还没有达到合同中约定的要求。

(三)单方违反技术合同和双方违反技术合同

单方违反技术合同是指合同当事人一方不履行或不完全履行合同义务的行为。单方违反技术合同有两种表现形式:一种是不履行,不能履行和迟延履行;另一种是不完全履行和不适当履行。

双方违反合同,是指当事人双方均没有履行合同或者没有完全履行合同义务的行为。

区分单方违反合同和双方违反合同,对于分清是非,明确责任,维护技术合同当事人合法权益具有重要意义。

(四)由于当事人自己的过错违反合同

由于当事人自己的过错违反技术合同是指当事人主观上的故意或者过失所实施的违反合同的行为。故意是指当事人明知自己的行为会产生有损于对方技术权益的后果,但是,又希望或者放任这种结果的发生。过失是指当事人应当预见或者能够预见到自己违反技术合同产生有损于对方权益的后果,但是,因疏忽大意而没有预见或者已经预见但又轻信能够避免,以致于发生了有损于对方权益的后果。

(五)由于当事人无法防止的外因违反技术合同

由于当事人无法防止的外因而违反合同是指由于当事人主观意志以外的客观因素而导致当事人实施了违反技术合同的行为。这种主观意志以外的客观因素,主要包括:

(1)不可抗力。不可抗力是指当事人不能预见,不能避免并不可抗拒的客观情况。

(2)由于第三人的原因。第三人的原因是指技术合同当事人双方以外的其他人的原因。具体包括:上级机关的原因和同一合同当事人以外的第三方的原因。

(3)由于作为合同标的的技术落空。合同标的落空是指技术合同的不能按照合同规定的条件达到预期目的并且已经失去了作为合同标的的意义,再履行合同已经成为不可能的事实。

三、承担技术合同违约责任的条件

承担技术合同违约责任,必须同时具备下列条件:

(一)技术合同有效

技术合同是否有效,是当事人承担违约责任的前提条件,如果技术合同无效,则合同中任何一个条款,对双方均不发生法律效力约束力,责任方也就可以不承担违约责任,有效的技术合同,才能受到国家法律的保护,任何一方违约,均应承担违约责任,以维护当事人的合法权益。

(二)要有不履行或者不完全履行合同的行为

当事人不履行或者不完全履行合同的行为包括:不履行、不能履行、不当履行,以及迟延履行履行的行为。只要当事人具有上述任何一种行为,均属于违约行为,依法应该承担违约责任。

(三)要有主观过错

技术合同当事人没有履行或者没有完全履行合同义务的行为,无论是故意,还是过失,都属于主观上的原因,因此,当事人应当依法承担违约责任。

上述三个条件,是当事人承担违约责任的必不可少的条件,缺一不可。技术合同当事人只要在合同有效的条件下,即有不履行或者不完全履行合同的行为,又是由于当事人的主观原因所致,违约方就应该向对方承担法定的或者约定的违约责任。

四、承担技术合同违约责任的方式

依照我国技术合同法的规定,承担技术合同违约责任的方式主要有:

(一)继续履行合同

当事人一方不履行技术合同义务或者履行合同义务不符合约定条件时,当事人另一方如果认为还有必要履行合同,违约方也有能力履行,则违约方应当继续履行未完成的合同义务。除非当事人另一方不再要求违约方继续履行合同义务或者违约方确实无力继续履行合同义务。全面履行合同义务的原则是落实国家科学技术计划的保证。

(二)采取补救措施

当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定条件时,当事人另一方有权要求违约方采取补救措施,以减少因违约而造成的经济损失,从而减轻违约方应当赔偿损失的责任。

(三)支付违约金

违约金是指由于当事人一方不履行或者不完全履行合同义务,依照法律规定或者双方约定的比例,必须向另一方当事人支付的一定数量的金额。但是,我国技术合同法规定,对于约定的违约金,不得超过合同价款、报酬,或者使用费的总额,损失赔偿额的计算方法不得显失公平。根据这一规定,当事人支付违约金可以选择下列方式:

(1)当事人双方约定违约金,违约金视为违反技术合同的损失赔偿额。技术合同当事人一方违反合同后,无论是否给另一方当事人造成经济损失,违约方都应当按照约定支付违约

金。支付违约金以后,不管给对方造成多大损失,都不再继续赔偿损失,即使还不能补偿给另一方所造成损失,违约方也不再负责赔偿。

(2)当事人双方在合同中可以特别约定,一方违反合同给另一方造成损失超过违约金时,应当继续补偿支付违约金后的不足部分。

(3)技术合同当事人双方在合同中没有约定违约金和损失赔偿额计算方法的,则应根据违反合同的一方给另一方造成的实际损失计算其赔偿额。但该项损失额应当相当于受损失一方的收益的减少或者支出的增加。

(四)赔偿损失

赔偿损失,是指技术合同当事人双方没有在合同中约定违约金时,违反合同的一方承担补偿对方经济损失的一种责任方式。承担赔偿损失的责任,必须符合下列条件:

(1)损失必须是违反合同约定而引起的损失。有损失存在并不是赔偿损失的必然条件,只有这种损失是由于违反合同规定所引起的时候,才负责赔偿。如果是由于技术风险责任造成的损失,则不应赔偿损失。

(2)必须有违反合同的行为。当事人一方如果确实具有违反合同的行为时,才能赔偿损失,否则,不赔偿损失。

(3)必须有损失事实存在。当事人一方在违反合同的前提下,必须具有损失事实的存在,才能赔偿损失。如果没有造成损失,即使是违反合同规定,也不应赔偿损失。

赔偿损失,必须同时具备上述三个条件,缺一不可。我国技术合同法规定,当事人一方违反合同的赔偿责任,应当相当于另一方因此所受到的损失,但不得超过违反合同一方订立合同时应当预见到的损失。这里,技术合同法已明确规定了当事人双方赔偿损失的责任范围。

所谓“相当于另一方因此所受的损失”,是指违约方赔偿损失的数额,应当相当于违约方给对方造成的实际损失。实际损失包括直接损失——可以计算的财产的直接减少;间接损失——不可计算的或者称为经营上的损失。

所谓“不得超过违反合同一方当事人订立合同时应当预见到的损失”,是指当事人根据客观实际情况科学合理地确定出来的损失。在社会实践中,实际损失的计算是非常困难的。为了避免当事人就损失数额问题争论不休,我国技术合同法对此又明确规定,当事人可以约定因违反合同而产生的损失的赔偿额的计算方法。同时技术合同法还规定,因一方违反合同受到损失的当事人也应当及时采取适当措施防止损失的扩大,如果没有及时采取适当措施致使损失扩大的,无权就扩大的损失部分要求赔偿。

五、违反技术合同的免责条件

免责条件,是指在技术合同中可以免除当事人承担违约责任的条件。我国技术合同法规定,当事人因不可抗力不能履行技术合同的,免除其不能履行合同的的责任。根据这个规定,免除技术合同违约责任的条件是:

(一)确实存在不能预见,不能避免,不能克服的自然因素或社会因素所引起的客观情况不能预见,是指技术合同当事人对某一事物的发生之前是不能预知的;

不能避免,是指技术合同当事人对某一事物的发生,不论事先采用什么方法,在客观上都是不能防止这种情况的发生;

不能克服,是指依靠技术合同当事人的主观努力或其他力量,都是无法克服的。

上述不能预见,不能避免和不能克服的情况,正是不可抗力的表现。但是,确认是否属于不可抗力,则是确定是否需要免除承担违约责任的关键。

(二)当事人必须履行法定义务

在技术合同履行过程中,当出现不可抗力的情况后,不能履行合同义务的当事人还必须履行如下义务:

- (1)立即将发生不可抗力的情况通知对方。
- (2)在合理期限内出具不能履行合同的证据。
- (3)采取合理措施尽力减少不可抗力所造成的损失。

技术合同当事人符合上述三个条件时,即可以免除其不能履行合同义务的责任。

第三节 违反涉外经济合同的责任

一、违反涉外经济合同责任的含义

所谓违反合同的责任是指当事人一方不履行合同或者履行合同义务不符合约定条件的行为,依照法律规定或合同约定所承担的责任。

涉外经济合同成立后,当事人任何一方违反合同,都应该承担违约责任。

二、承担违反涉外经济合同责任的条件

(一)要有主观过错

主观过错是指当事人在具有故意或过失的心理状态下所实施的不履行或不完全履行合同的行为。故意是指当事人能够预见或明知自己行为会给对方造成某种严重后果,但仍然希望或放任这种结果发生即是故意。过失是指当事人一方能够预见或因疏忽大意而没有预见或已经预见到而又轻信能够避免,以致发生了不履约的某种结果。

无论故意还是过失,只要当事人一方是由于主观原因造成违约,则违约方就应该承担违约责任。

(二)要有违约行为

承担涉外经济合同违约责任是否需要具有违约行为,在不同的国家存在着不同的承担民事责任的原则。我国《涉外经济合同法》规定,当事人一方不履行合同或履行合同义务不符合约定条件,即为违反合同。这表明:涉外经济合同当事人承担违约责任,必须具有不履行或履行合同义务不符合约定条件的违约行为。只要有违约行为,违约方就应当承担违约责任。

三、违约的补救方法

涉外经济合同在一方当事人发生违反合同行为的时候,另一方当事人(受害方)可以采用相应的补救措施来维护自身的经济利益。依照我国《涉外经济合同法》的规定,在一方违约后,另一方可以采取的违约补救方法主要有以下几种:

(一)违约金

违约金亦称约定赔偿金,是当事人违反涉外经济合同时,另一方当事人依法采取的一种补救办法,一般在合同中具有明确的比例规定。违约金是双方经过协商一致后约定的。双方当事人是否愿意采用违约金方式来进行补救,应该由合同当事人双方协商确定,并将其作为合同条款写入合同之中,当一方违反合同规定时,则按事先约定的条款由违约一方向对方支付违约金。如果当事人双方事先并无此约定,那么当事人一方也就无权要求违约方向其支付违约金。

我国《涉外经济合同法》规定:合同中对约定的违约金,视为违反合同的损失赔偿。支付违约金后,另一方不得再要求赔偿损失。即当事人在合同中约定的违约金,就是预定的赔偿金,具有损害赔偿的性质,不具有惩罚性质。

我国《涉外经济合同法》规定,如果当事人在合同中约定的违约金过分高于或低于违反合同所造成的损失,当事人有权请求仲裁机构或者法院予以适当的增加或减少,以便使违约金的金额与违约所造成的损失相称。

为合理赔偿当事人因违约所受到的损失,减少评定和计算损失数额时的争议,双方可以在合同中约定损失赔偿额的计算方法。

(二)赔偿损失

赔偿损失是指合同当事人违反合同后,一方向另一方必须承担的赔偿损失的责任。我国《涉外经济合同法》第18条规定:当事人一方不履行合同或者履行合同义务不符合约定条件时,另一方有权要求赔偿损失或者采取其他合理的补救措施。如果采取其他补救措施后,尚不能完全弥补另一方所受到的损失,另一方仍然有权要求赔偿损失。采用赔偿损失必须是一方的违约行为确定使对方受到了损失,而且这种损失确系另一方的违约行为所造成的。

我国《涉外经济合同法》规定,当事人一方违反合同的赔偿责任,应当相当于另一方因此所受到损失,但是不得超过违反合同一方订立合同的应当预见到的因违反合同可能造成的损失。

损害赔偿的范围,事实上包括两部分:一是实际损失,二是利润损失。当事人赔偿这种损失必须以受害方在订立合同时应当预见到为前提,如果受害方不能预见到上述损失,则违约方只能赔偿应当预见的损失额。所谓订立合同时能够预见到的损失额是指合同当事人订立合同时,在可能的范围内,对不履行合同义务或不按合同约定的条件履行其义务所造成的损失,应该有所预见,而在事实上又未能预见到,这时,违约方就不能以其事实上没有预见到损失后果为由而不承担赔偿责任。受害方仍然有权要求对方赔偿损失。

当事人一方因另一方违反合同而受到损失时,应当在合理的范围内及时采取适当措施防止损失的扩大。所谓合理范围是指采取措施所使用的费用小于不采取这种措施所造成的

损失额。如果当事人一方没有及时采取适当措施致使损失扩大时,则无权就扩大的损失部分要求赔偿。对此,《联合国国际货物销售合同公约》中规定:“声称另一方违反合同的一方,必须按情况采取合理措施,减轻由于另一方违反合同而引起的损失,包括利润方面的损失。如果他不采取这种措施,违反合同一方可以要求从损害赔偿中扣除原可以减轻的损失数额。”

如果一方当事人没有支付价款,另一方当事人有权对这些款额收取利息,并有权要求另一方当事人承担因其违反合同而遭受的包括利润在内的损失额相等的损害赔偿。

(三)支付利息

支付利息是指合同当事人一方未能按期支付合同规定的应付金额或者与合同有关的其他应付金额时,应向另一方当事人支付迟延支付金额的利息。我国《涉外经济合同法》明确规定,迟延支付应付金额的当事人对以下两种应付金额必须支付利息:

- (1)当事人一方未按期支付合同规定的应付金额;
- (2)当事人一方未按期支付与合同有关的其他应付金额。

对于迟延支付应付金额的利息,各国规定不同。如德国民法典第 228 条规定,迟延支付应付金额的利息率为 4%;德国商法典第 352 条规定,商业交易中金钱债务的利息率为 5%。我国《涉外经济合同法》对应付金额利息问题没有作出明确规定,只是规定:“计算利息的方法,可以在合同中约定。”当事人双方在合同中约定计算利息的方法有三种方式:

- (1)直接约定利率;
- (2)约定按某国中央银行利率计算;
- (3)约定按国际金融市场平均利率计算。

(四)中止履行合同

中止履行合同是违约补救的一种临时性措施。我国《涉外经济合同法》规定:当事人一方有不能履行合同的确切证据时,可以暂时中止履行合同,但是应当立即通知另一方;当另一方对履行合同提供了充分的保证时,应当履行合同。当事人一方没有另一方不能履行合同的确切证据,中止履行合同的,应当负违反合同的责任。

关于履行担保问题,一般是指银行出具履约保证书,在有关当事人的财产上设定担保物权(如抵押权、留置权等),或其他形式的担保。

(五)解释合同

解除合同也是对违反合同的一种补救措施。由于解除合同是一种重要的法律行为,所以各国都采取了慎重的态度,在法律上给予了一定的限制,并不是当事人一方的任何违约行为都可以使对方有权解除合同。如英国和美国法律规定,当事人一方只有在违反条件和重大违约的情况下,当事人另一方才可以解除合同。如果一方仅是轻微违约,则另一方只能要求损害赔偿,不能解除合同。在《联合国国际货物销售合同公约》中也规定:无论卖方或买方根本违反合同或在规定的额外时间内不履行义务或专声明将不在所规定的时间内履行义务的条件下,卖方和买方才有权解除合同。

我国《涉外经济合同法》对解除涉外经济合同也作了限制性规定,如当事人一方违反合同时,另一方只有在一定条件下才有权解除合同。

(六)其他补救措施

在一方当事人违约的情况下,当事人一方除了采取上述补救措施外,还可以采取其他的补救措施。

我国《涉外经济合同法》所规定的补救措施包括:

1. 实际履行

即受害人要求对方继续履行合同,责任方也有能力履行时,仍然可以继续履行合同。但我国《涉外经济合同法》强调赔偿损失,不强调采用实际履行方式。

2. 调整履行

调整履行是指合同当事人一方违反合同时可以对其所违反的部分进行修理、调换、补交、补齐、补进等方式进行调整。

3. 赔偿损失

合同当事人一方违反合同采用实际履行还不能弥补给另一方造成的损失,而又不能进行调整时,应向另一方当事人进行赔偿,予以补救。

补救措施是多种多样的。责任方可以采取补救。受害方也可以采取补救。受害方如果没有采用本应该能够采用的补救措施以减少损失时,责任方不负责这部分损失的赔偿责任。

补救措施必须贯彻合理的原则。所谓合理是指采用补救措施的费用不得大于责任方所造成的损失,不能使违约方蒙受过重的负担,对于某一个合同来说,是否采用补救措施,采用哪些合理补救措施,应根据不同种类的和具体的违约情况以及当事人的意愿来确定。

四、免除承担违反涉外经济合同责任的条件

在涉外经济合同中,当事人双方应当“重合同、守信誉”,任何一方违反合同,都应该承担违反合同的责任。但是,并非在任何情况下违约方都需要承担违约责任。

免除违反合同责任的条件是:

1. 因不可抗力事件而免除责任

由于不可抗力,致使合同不能履行的,可以免除其全部或部分责任,另一方无权请求履行合同或要求赔偿损失。

我国《涉外经济合同法》规定:当事人因不可抗力事件不能履行合同的全部或部分义务时,免除其全部或部分责任。还规定:当事人一方因不可抗力事件不能按合同约定的期限履行的,在事件的后果影响持续期间内,免除其迟延履行责任。

在发生不可抗力事件后,合同当事人必须履行下列任务才可以免除其责任:

(1)当事人一方因不可抗力事件不能履行合同的全部或部分义务的,应当及时通知另一方;

(2)遇到不可抗力事件一方应在合理期限内提供有关机关(如公证机关等)出具的证明材料,以便对方采取措施,减少损失。如果当事人没有及时告知对方发生不可抗力事件,则不能免除其赔偿责任。同时,遭受不可抗力一方当事人如果使对方遭受损失时,对方有权向遭受不可抗力的当事人就遭受损失部分请求赔偿。

对于不可抗力的范围,各国有不同的理解。为了避免双方发生争议,当事人在签订合同

时,应对此作出明确规定。

当事人一方发生不可抗力后可能产生以下法律后果:

- (1)免除全部履行合同的责任,即解除合同;
- (2)免除部分改造合同或延期履行合同的责任。

究竟应该采用哪一种法律后果,应根据具体情况来确定。

2. 因政府行政命令的干预而免除责任

在国际经济技术交往活动中,由于一国政府的行政命令,国家的干预而影响涉外经济合同履行情况,是时有发生。国家之间的经济活动往往同一个国家的主权、安全、经济发展等整个国家利益紧密相连。如在一个时期内为了保护国内市场和本国资源,可以通过行政命令方式限制进口或限制出口。此时,某些涉外经济合同即无法履行。按照国际惯例,在这种情况下当事人可以免除承担责任。按照我国《涉外经济合同法》的规定,一国政府的行政命令也属于不可抗力事件范围。

3. 当事人约定的条件出现时,可以免除责任

当事人双方约定的条件包括:不可抗力事件范围内的条件和不可抗力事件范围以外其他免责条件。

我国《涉外经济合同法》规定:不可抗力事件的范围,可以在合同中约定。根据我国法律的这一规定,当事人双方应在合同中事先约定当事人一方在不可抗力事件范围内发生不履行或者履行合同义务不符合约定条件。当这些约定条件出现时,当事人可以免除承担违反合同的责任。

双方约定的不可抗力事件以外的其他免除责任的条件是指当事人因无法控制的某些现象发生或生产经营过程中可能出现难于避免的问题,而不能按约定履行合同义务的,当事人可以在合同中就这方面的问题约定免责条件。

4. 完全是由于一方的过错,另一方可以免除违反合同的责任

一方当事人不履行合同,完全是由于对方当事人的过错时,造成一方当事人不能履行合同或者履行合同义务不符合约定条件时,一方当事人可以免除违反合同的责任。

5. 违约一方对于订立合同时不能预见的损失不负赔偿责任

我国《涉外经济合同法》规定,当事人一方违约,承担损失赔偿责任的范围是“不得超过违反合同一方订立合同时应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”

6. 受损失一方未及时采取措施,违约方不负扩大损失的赔偿责任

我国《涉外经济合同法》规定,因一方违反合同而受到损失的,应当及时采取措施防止损失的扩大,如果受损失一方没有及时采取适当措施致使损失扩大的,其扩大部分的责任应当由受损失一方自己承担,违约一方对此则不负赔偿责任。这一规定既明确了对受损失一方索赔权的限制,也明确了违约方所应承担的赔偿责任的界限。目的在于有利于促使当事人一方因另一方违约而受到损失时,能够及时采取适当措施防止损失的扩大,从而减轻违约方由此而承担的赔偿责任。

第七章 如何处理合同纠纷

第一节 合同纠纷的协商和调解解决

一、经济合同纠纷的协商和调解解决

(一) 经济合同纠纷的协商解决

所谓经济合同纠纷的协商,是指经济合同当事人在履行合同过程中,对所产生的合同纠纷,应当互相主动接触,充分协商,取得一致意见,从而正确解决合同纠纷的一种方法。

经济合同签订后,当事人双方应严格按照合同规定,履行自己应尽的义务,任何一方或双方违约,都要承担违约责任。发生经济合同违约责任以后,违约方应主动与受害方及时取得联系,说明原因和理由,并积极主动地承担法律规定或合同约定的违约责任,取得受害方的谅解。而受害一方在知道对方违约事实后,也应积极主动地与违约方取得联系,迅速协商,及时、合理解决经济合同纠纷,减少不必要的经济损失。《经济合同法》第42条规定:“经济合同发生纠纷时,当事人应及时协商决定。”协商是解决合同纠纷的一种方法。

(1) 经济合同当事人之间具有解决合同纠纷的基础和目标。

当事人双方,虽然都是各自独立的经济实体,都是为了维护各自的合法权益。但是,当发生经济合同纠纷时,当事人双方由于具有共同基础和共同的目标,所以能够通过平等协商的办法来解决合同纠纷。

(2) 协商符合当事人双方的经济利益和有利于维护各自的合法权益。

经济合同制度在我国得到了广泛的推广,经济合同纠纷不断发生,给当事人双方都不可避免地会带来一定程度的经济损失。如果不能及时解决,损失就会更大。如果双方能够及时协商解决,就可以减少许多不必要的经济损失。协商,既可以减轻仲裁机关和人民法院的工作任务,又可以减少当事人双方的经济损失。因此,协商不仅是解决合同纠纷的一种方式,而且应该是一种主要的办法。

(二) 经济合同纠纷的调解解决

1. 什么是经济合同纠纷的调解

所谓调解是指在第三者参加下,由第三者出面,认真查明事实、分清责任、说服教育,促使双方互相谅解,从而依法解决双方合同纠纷的一种调处办法。

在经济合同纠纷案件中,调解当事人双方之间的争端有二种方式:律师事务所调解,仲

裁机构、人民法院调解。

律师事务所的调解,是当事人一方或双方,以律师事务所为第三方,在律师的参与下所进行的调处方法,也称为非诉讼调解。

仲裁机构调解,是指仲裁机构对当事人双方的合同纠纷所进行的调处。调解应当由当事人知道或应当知道其权利被侵害之日起二年内向仲裁机构提出,超过规定期限的,一般不予受理。

人民法院调解,是人民法院在审理经济合同纠纷案件中,在审判人员的主持下,由双方当事人自愿协商,在互谅互让的基础上,达成协议,从而解决当事人双方合同争端的一种重要方式。

在律师参加下的调解工作,不是必经的法定程序,但是,它是我国解决经济合同纠纷的一种有效方式,无论是律师事务所(或法律顾问处)的调解,还是仲裁机构或者人民法院的调解,都必须遵循调解的基本原则。否则,双方即使达成调解协议,也不具有法律约束力。

2. 经济合同纠纷调解的基本原则

经济合同纠纷的调解,必须遵守下列基本原则:

(1)查明事实,分清是非,明确责任的原则。查明事实就是查明合同纠纷的来龙去脉。第三者即人民律师仲裁员、审判人员必须虚心倾听当事人双方陈述的意见,认真、细致、全面、深入地调查研究,彻底弄清事实真相,分清是非界限。在此基础上,对当事人双方进行法制宣传和教育,使其晓之以法。在提高当事人法律观念条件下,促使双方自愿达成协议。不能只求“息事宁人”,不分是非曲直“抹稀泥”,也不能对双方各打五十大板,迫使双方“互谅互让”、“握手言欢”。在这里,律师、仲裁员、审判员是否公证无私,是否依法办事,是能否促使双方达成调解协议的关键。特别是律师在非诉讼活动中,不能只站在委托代理人一边,为被代理一方强词夺理维护被代理方的“合法权益”,而应当根据事实和法律,站在公正的立场上,维护当事人双方的合法权益。不能损害另一方当事人的合法权益而满足自己所代理的当事人的利益。确认当事人的合法权益,必须合情、合理、合法,否则,即使达成“协议”也是无效的。

(2)以事实为依据,以法律为准绳的原则。这是我国司法实践经验的总结。是正确适用法律的基本准则,也是适用经济合同法的一个基本原则。

以事实为根据,要求律师事务所(法律顾问处)律师、仲裁员和人民法院审判人员必须依靠群众,深入调查研究,实事求是地弄清事情真相,由表及里地找到现象与本质之间的必然联系,全面地、客观地、准确地确认问题性质和分清各自应承担的责任。

以法律为准绳的原则,要求律师、仲裁人员和审判人员,有法必依,秉公执法。在调解过程中,必须做到:

①分清事与非、分清双方责任的大与小,正确适用我国经济合同法和有关现行政策的规定;

②在调解过程中,必须在法律和政策允许的范围内进行调解,对于那些利用经济合同进行违法犯罪活动的违法合同不应该采用调解的方式予以解决;

③在国家法律、政策允许的范围内,在第三者的支持下,双方达成的调解协议,不得损害

国家利益,集体利益和当事人双方的合法利益,以及其他权利人的合法权益。否则,即使双方达成一致协议,也应视为无效协议。

以事实为根据,以法律为准绳是辩证的统一,是一个完整的原则。它要求参加调解的三者既要准确把握事实,又要正确适用法律。

(3)当事人双方自愿的原则。经济合同纠纷的调解过程,是当事人双方弄清事实真相,提高法制观念,分清是非、明确责任,互谅互让,自愿协商取得一致意见的过程。协议是双方当事人自愿达成一致意见的结果。因此,律师、仲裁人员、审判人员对合同纠纷必须坚持完全自愿的原则,不能采取威胁或强迫的方法,强迫当事人一方或双方接受调解协议。违反自愿原则而达成的调解协议是无效协议。

3. 调解在经济合同纠纷案件中的作用

调解,在我国,不仅是解决一切民事案件的主要方式,也是律师事务所、仲裁机构和人民法院解决经济合同纠纷的基本原则。调解具有下列作用:

(1)有利于减少仲裁、起诉和上诉,有利于及时解决当事人的合同纠纷。经济合同纠纷发生后,当事人之间通过平等协商,自愿达成的协议是在对当事人进行法制宣传、教育,提高法制观念,互谅互让基础上达成的一致意见。因此,在双方达成调解协议以后,可以减少仲裁、起诉的程序,也可以避免出现上诉和要求强制执行的现象发生。这样,既可以减轻仲裁机构人民法院的工作负担,又可以使纠纷得到及时合理解决,有利于维护当事人双方的合法权益。

(2)有利于维护安定团结和社会经济秩序。在一些经济合同纠纷案件中,当事人相互之间存在着长期的供应关系或协作关系。为了维护各自的合法权益,提高经济效益,又不可避免地会产生合同纠纷。在解决经济合同纠纷中,当事人之间一方面希望能够合理解决纠纷,另一方面又希望今后继续互相支援,互相合作,友好往来,不伤和气。为此,当事人一方或双方也希望能够通过调解协商取得一致意见,收到良好效果。由于参加调解的律师事务所、仲裁机构和人民法院,坚持先行调解的原则,所以,在一般情况下能够使双方在自愿协商、自觉让步、顾全大局、心平气和的条件下达成调解协议。因此,这种调解不但不致于激化当事人双方的矛盾,反而会有利于促进当事人双方的安定团结,有利于维护社会经济秩序。

(3)有利于维护当事人合法权益。在履行经济合同过程中,当事人双方一旦发生争议,不但会给双方造成直接和间接经济损失,而且不可避免地影响单位领导人和承办人及其他有关人员的很大精力。时间拖得越长,精力耗费得越多,各种经济损失就越大,以至于使某些企业发生关、停、并、转的后果。如果在律师事务所仲裁机构和人民法院主持下,能够在自愿、合法的基础上,通过调解,及时排除隔阂,达成调解协议,就可以争取到更多的时间迅速集中精力进行生产和经营。

二、技术合同纠纷的协商和调解解决

(一)技术合同纠纷的协商解决

技术合同争议的协商解决,是指技术合同当事人双方发生争议后,就其技术合同的争议问题,由双方立即接触,友好协商、互谅互让、求同存异,达成一致意见,从而解决双方争议的

一种方式。

我国技术合同法规定,技术合同发生争议时,当事人可以通过协商解决。但是,技术合同当事人“私了”解决双方争端,必须遵守两条原则:

(1)维护国家利益、集体利益和当事人合法权益的原则

当事人双方通过友好协商解决合同争议,不能损害国家利益、集体利益和双方当事人的合法权益。任何违反这一原则所达成的协议均是无效的。

(2)合法原则

所谓合法,是指当事人双方协商解决合同争议,必须在法律所允许的范围内通过友好协商达成一致意见。具体内容包括:

①双方协商自觉自愿;

②协商内容符合国家法律和政策规定;

③对于任何一方或者双方具有违法或者犯罪行为的,不得采用协商办法解决。否则,所达成的协议均不受法律保护。

当事人通过友好协商达不成协议的,可以通过其他手段解决。

(二)技术合同纠纷的调解解决

根据我国技术合同法的规定,技术合同发生争议时,当事人不仅可以通过协商解决,也可以请求有关部门和机构协助进行调解解决。

凡列入国家计划的科技项目订立的合同,发生争议时,当事人可以请求上级主管机关进行调解解决。

通过中介机构订立的技术合同发生争议时,当事人双方可以请求中介机构进行调解解决。

当事人因技术成果的归属问题发生争议时,可以请求有关科学技术委员会进行调解和处理。

经调解使双方达成一致意见后,应制作调解协议书。当事人双方应自动履行自己应尽的义务。如果当事人一方发生反悔,则可以通过仲裁或者诉讼方法解决。

第二节 合同纠纷的仲裁解决

一、什么是仲裁

仲裁亦称“公断”。所谓仲裁是指当事人双方对某一个事件或问题发生争议时,由一方或双方提请一定的机构以第三者的身份,对双方发生的争议事实进行审理,并对双方当事人的权利义务作出具有约束力的裁决。这种解决争议的方式,称为仲裁。仲裁是解决合同纠纷的另一种方式。

仲裁制度的产生,已有悠久的历史。它是随着商品交换和贸易的发生、发展而产生和发展起来的。仲裁的最初形态可以追溯到古代希腊的城邦国家,当时曾采用过最原始的仲裁

方法来解决城邦国家之间的争议。在古罗马的商业发展时期,开始出现了使用仲裁的方法解决贸易往来中发生的经济纠纷的事实。到 14 世纪中叶,在地中海各港口所采用的《海事法典》中就提到了用仲裁庭解决争议的问题。在瑞典地方法规中,对仲裁也有明确规定和记载,但是,这个时期的仲裁还只是解决国内某些商品流转中的纠纷。以后,随着生产和国际间经济贸易的普遍发展,在地区之间和国家之间以及相互之间的经济贸易往来不断发展,也开始采用仲裁的方法解决相互之间的经济争端。到目前为止,仲裁制度已适用于下列三个领域:

(1)国际仲裁,即专门处理主权国家之间发生的争端,受国际法调整;

(2)对外贸易仲裁,主要处理国家之间在经济贸易中带有涉外因素的一切经济贸易争端;

(3)国内经济仲裁,主要处理国家机关、企、事业单位及其他经济组织的经济争议。

对外贸易仲裁、国内经济仲裁属于经济法体系的范畴,受经济法调整。

二、合同纠纷仲裁与仲裁法

《中华人民共和国仲裁法》已经第八届全国人民代表大会常务委员会第九次会议通过,自 1995 年 9 月 1 日起施行,这是继民事诉讼法颁布之后,解决经济纠纷的又一个重要法律。仲裁法的颁布和实施,是中国仲裁制度建设上的里程碑,对保证公正、及时地仲裁经济纠纷,保护当事人的合法权益,保障社会主义市场经济健康发展,具有重要意义。

我国的仲裁制度,是改革开放之后恢复和建立起来的。继恢复对外贸易仲裁、海事仲裁之后,又先后开展了经济合同仲裁、技术合同仲裁和房地产争议仲裁。除此之外,还有劳动争议仲裁、人才流动争议仲裁、消费纠纷仲裁、版权纠纷仲裁、农业承包合同纠纷仲裁、外国专家聘用纠纷仲裁等。

中国国际经济贸易仲裁委员会成立于 1956 年(原名对外贸易仲裁委员会,1980 年改称对外经济贸易仲裁委员会,1988 年改为现名)。并分别于 1989 年和 1990 年在深圳和上海设立了分会。在仲裁程序上适用 1994 年 3 月中国国际贸易促进委员会(中国国际商会)第二届第一次常务委员会会议修订并通过、1994 年 6 月 1 日施行的《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》。

经济合同仲裁是在《中华人民共和国合同法》实施后,1983 年正式建立起来的。1983 年 8 月,国务院发布《经济合同仲裁条例》,1983 年 12 月国家工商行政管理局制定了《经济合同仲裁委员会组织规则(试行)》,1985 年 8 月制定了《经济合同仲裁委员会办案规则》。目前全国共有经济合同仲裁委员会 3500 个,其中省级 30 个,地方级 443 个,县级 3027 个,还有 5000 个乡镇派出仲裁庭。从事经济合同仲裁的工作人员 2 万余人,专职仲裁员 8800 余人。

技术合同仲裁是在《中华人民共和国技术合同法》实施后,1991 年建立起来的。1991 年 1 月,国务院批准发布《技术合同仲裁机构管理暂行规定》,1991 年 6 月,国家科学技术委员会发布《技术合同仲裁机构仲裁规则(试行)》。目前全国共有 30 个技术合同仲裁机构。技术合同仲裁员有 1000 余人。

房地产争议仲裁是在各地房地产业迅速发展,房地产纠纷日益增多,根据一些地方的地方性法规、规章等建立起来的。1987年,城乡建设环境保护部要求各地积极做好房地产纠纷处理工作,有条件的地方可以建立房地产仲裁委员会。目前全国设立房地产仲裁机构共110个。从事房地产仲裁的专职仲裁员有2000余人。

国际经济贸易仲裁委员会等仲裁机构对解决当事人的争议、维护经济秩序、推动改革开放进一步发展,发挥了巨大作用。国际经济贸易仲裁委员会1992年受理仲裁纠纷267件,1993年受理仲裁纠纷486件,1994年受理仲裁纠纷829件,国际经济贸易仲裁委员会的受理数在各国仲裁机构的受理数中位居前列。从1983年以来,经济合同仲裁共解决纠纷250万件,争议金额330.7亿元;1992年受理纠纷28.5万件,1993年受理纠纷12.4万件。房地产仲裁平均每年解决纠纷约2万余件。技术合同仲裁从1991年以来共受理纠纷60余件。

但是,我国搞仲裁的历史不长,缺乏经验,又处在计划经济向市场经济的转轨时期,过去建立的仲裁制度特别是国内仲裁制度上存在两个主要问题。第一是仲裁机构不够健全。仲裁机构不够健全,表现在两个方面。其一是仲裁机构过多,不符合精简、效益的原则。除上述仲裁机构以外,证券、技术监督、教育、卫生等方面也有提议设立仲裁机构。有的同志说,从目前的发展趋势看,不长的时间内,一个县就可能出现10多块仲裁机构的牌子。其二是仲裁机构的行政色彩太浓,不符合国际上仲裁机构是民间组织的性质。我国的许多仲裁机构,都是以某个行政机关为主设立的,从事仲裁的工作人员同时是行政机关的工作人员。这种一身二任的体制,从历史上看,有其必然性、合理性,但随着仲裁实践的发展,随着改革开放的深化,日益显示出其弊端,在理论上和实践上都有其不足之处。我国仲裁制度存在的第二个问题是仲裁规则不够统一。从国际经济贸易仲裁、技术合同仲裁以及经济合同仲裁、房地产仲裁等仲裁程序看来,在许多基本运作方面都有着显著的差别。如在申请仲裁上,有规定只有达成仲裁协议才能申请仲裁,有规定不需要仲裁协议只要一方申请即可的;在管辖上,有规定搞地域管辖和级别管辖,有规定不搞地域管辖和级别管辖,只需当事人协议选择的;在仲裁员的人选上,有规定只能由仲裁机构指定,有规定由当事人选定的;在裁决的效力上,有规定一裁终局,有规定对裁决不服,还可以到法院起诉的等等。这种仲裁规则的不统一现象,细析其产生原因和背景,也会发现有其合理的内含,但无论如何,其中的许多规定,是违背仲裁的基本性质,违背当事人的意愿,不适应建立社会主义市场经济体制的要求的。

因此,根据我国仲裁工作的经验和国际仲裁的通行做法,健全仲裁机构,统一仲裁规则,就是仲裁立法的主要目的,并通过完善仲裁制度,更好地解决当事人的经济纠纷,维护社会经济秩序,促进社会主义市场经济发展。

三、仲裁法有关仲裁机构的规定

(一)关于仲裁委员会的设立条件

《仲裁法》第11条规定:“仲裁委员会应当具备下列条件:(一)有自己的名称、住所和章程;(二)有必要的财产;(三)有该委员会的组成人员;(四)有聘任的仲裁员。仲裁委员会的章程应当依照本法制定。”依照该条规定,设立仲裁委员会必须符合四项条件。第一项是有

自己的名称、住所和章程。名称如“中国国际经济贸易仲裁委员会”、“中国海事仲裁委员会”、“××市仲裁委员会”等。住所指仲裁委员会办事机构所在地。章程规定仲裁委员会的设立宗旨、组成人员的产生办法等。第二项条件是有必要的财产。作为仲裁委员会,应当有自己的办公用房以及办公设备,需要有作为从业员工资的资金等。办公用房可以是自有的,也可以是租赁的。这里“必要的财产”,虽然没有规定具体金额,但也不是毫无量的界限,指的是应当具有与从事仲裁工作相适应的资金。另外,这里指的必要的财产,联系仲裁法关于“仲裁委员会独立于行政机关,与行政机关没有隶属关系。仲裁委员会之间也没有隶属关系”的规定,该财产必须是独立的,归仲裁委员会所有。不应当像过去的仲裁委员会,隶属于某个行政机关,办公用房属于行政机关,工资属于行政机关经费,由财政划拨。第三项条件是有该委员会的组成人员。该委员会的组成人员,指该委员会的主任、副主任和委员。第四项条件是有聘任的仲裁员。仲裁员由仲裁委员会从符合任职资格的人员中聘任,具体进行仲裁纠纷的工作。一个仲裁委员会应当有多少名仲裁员,本法没有明确规定,但从仲裁法关于仲裁委员会的设立以及按照不同专业设仲裁员名册的规定看来,仲裁员不会是少量的几名人员。符合上述四项条件,才能设立仲裁委员会。

(二)关于仲裁委员会的设立程序

仲裁委员会的设立程序包括设在什么地方、由谁设立以及设立登记等问题。《仲裁法》第10条规定:“仲裁委员会可以在直辖市和省、自治区人民政府所在地的市设立,也可以根据需要在其他设区的市设立,不按行政区划层层设立。仲裁委员会由前款规定的市的人民政府组织有关部门和商会统一组建。设立仲裁委员会,应当经省、自治区、直辖市的司法行政部门登记。”该条规定明确规定了设立程序问题。仲裁委员会能在什么地方设立呢?依照仲裁法的规定,可以在直辖市和省、自治区人民政府所在地的市设立,也可以根据需要在其他设区的市设立。也就是说,仲裁委员会只在两类市内设立。一类是直辖市和省、自治区人民政府所在地的市,另一类是设区的市。这一规定具有重要意义。其一仲裁委员会设在城市,符合仲裁的性质,便利当事人申请仲裁。城市是某一地区的经济中心,大量经济纠纷的发生地,经济纠纷的当事人基本上集中于城市。其二仲裁委员会只设在两类城市,有利于改变过去仲裁委员会过多过滥的情况,改变过去某些仲裁委员会按行政区划层层设立的情况,有利于我国的仲裁委员会真正符合民间组织性质的国际通行做法。从仲裁法的规定来看,在仲裁委员会的设立问题上,有明显的“精简、效益”的指导思想。如在第10条第一款中规定“可以在直辖市和省、自治区人民政府所在地的市设立,也可以根据需要在其他设区的市设立”。在直辖市和省、自治区人民政府所在地的市,用“可以”设立。在其他设区的市,用“可以根据需要”设立。意思是在直辖市和省、自治共人民政府所在地的市,一般都可以设立。在其他设区的市,不是都应当设,而是确有必要的才设。

仲裁委员会由谁设立呢?依照《仲裁法》第10条第二款的规定:“仲裁委员会由前款规定的市的人民政府组织有关部门和商会统一组建。”这里明确规定仲裁委员会不是由个人或者企业设立,而是由市人民政府组建。这一规定和外国仲裁机构的设立有所不同,主要是从我国当前实际情况出发制定的。外国的仲裁机构,多数是由商会设立。我国的商会组织目前有两个:一个是国际贸易促进委员会对外又称中国国际商会,另一个是中国工商联对外又

称中国民间商会。中国国际商会下设国际经济贸易仲裁委员会和海事仲裁委员会,长期以来办理涉外经济贸易纠纷仲裁,一般不办理国内经济纠纷仲裁。国内经济纠纷的仲裁主要由国家工商局设的经济合同仲裁委员会办理。中国民间商会成立不久,内部没有仲裁委员会,没有开展仲裁工作。因此,我国国内经济纠纷的仲裁工作,规定由商会来组织是不现实的。根据现有仲裁机构的设立情况,并考虑到设立的仲裁委员会,尚需在经济上等方面得到政府部门的支持,仲裁法规定仲裁委员会由市人民政府组织有关部门和商会统一组建。这里的“有关部门”,主要指已经设有仲裁机构的政府部门,如工商行政管理局、科学委员会、房产管理局等。当然,仲裁委员会虽由人民政府组建,并不是说仲裁委员会隶属于人民政府。第一,从性质上说,仲裁委员会属于事业单位法人,人民政府属于机关法人。第二,仲裁委员会的职责是组织进行仲裁工作,解决经济纠纷。行政部门的职责是依法行政,享有行政管理权力。仲裁委员会只是由人民政府组建。组建之后,仲裁委员会独立工作,经济上也独立核算,人民政府不能干涉仲裁委员会的工作。

依照仲裁法的规定,设立仲裁委员会,应当经省一级的司法行政部门登记。仲裁委员会是依法设立的解决经济纠纷的重要组织,仲裁庭作出的裁决依法具有执行力。因此,仲裁委员会不能自由设立。设立仲裁委员会,是否符合条件,是否确有需要,需经省一级司法行政部门审核。认为符合法定条件的,予以登记,认为不符合法定条件的,不能登记。

(三)关于仲裁委员会的组成人员

《仲裁法》第12条规定:“仲裁委员会由主任1人、副主任2至4人和委员7至11人组成。仲裁委员会的主任、副主任和委员由法律、经济贸易专家和有实际工作经验的人员担任。仲裁委员会的组成人员中,法律、经济贸易专家不得少于 $2/3$,”该条规定,对仲裁委员会的组成人数作了限制,并对组成人员的条件作了规定。仲裁委员会由谁组成,依照仲裁法的规定,由主任1人、副主任2至4人和委员7至11人组成。在以往设立的仲裁委员会中,曾有这样的现象,即仲裁委员会的组成队伍过于庞大,和仲裁委员会有那么一点关系的各方面领导甚至从职业上看毫无关系的也被奉为仲裁委员会的委员、副主任。其结果使仲裁委员会的一部分组成人员成为一种摆设。从仲裁委员会的实际工作出发,仲裁法明确规定了仲裁委员会的组成人数,目的是讲究工作效益,扎扎实实地开展工作。

那么,仲裁委员会组成人员应当具有怎样的素质呢?仲裁法明确规定,仲裁委员会的主任、副主任和委员由法律、经济贸易专家和有实际工作经验的人员担任。仲裁范围主要是经济纠纷,经济纠纷中又以贸易纠纷占多数,因此,仲裁委员会的组成人员应当是经济贸易方面的专家。仲裁委员会是开展仲裁工作,解决经济纠纷的组织,解决经济纠纷的标准或者尺度是有关法律的规定,是运用法律的规定来判断是非,衡量损益。因此,法律专家可以成为仲裁委员会的组成人员。“有实际工作经验的人员”的含义宽一些,既包括某些科学技术人员,也包括某些虽然不能称之为经济贸易专家,但长期从事经济管理工作,富有经验的行政部门同志。从仲裁法的规定看,担任仲裁委员会主任、副主任和委员的人员,强调应当具有较高的专业水平。为了使仲裁委员会真正办成少而精的机构,仲裁法还明确规定,在仲裁委员会的组成人员中,法律、经济贸易专家不得少于 $2/3$ 。

(四)关于仲裁员条件

关于仲裁员条件,过去设立的仲裁委员会多数没有成文的规定,但仲裁员条件是十分重要的问题。仲裁实行或裁或审、一裁终局的制度后,需要建立一支素质良好的仲裁员队伍。中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则中规定,仲裁员由中国国际贸易促进委员会(中国国际商会)从对法律、经济贸易、科学技术等方面具有专门知识和实际经验的中外人士中聘任。技术合同仲裁委员会,通过统一考试共聘请 1000 余人担任仲裁员。根据仲裁工作的要求和各方面的实际情况,并反复征求有关部门和专家的意见,《仲裁法》第 13 条规定:“仲裁委员会应当从公道正派的人员中聘任仲裁员。仲裁员应当符合下列条件之一:(一)从事仲裁工作满 8 年的;(二)从事律师工作满 8 年的;(三)曾任审判员满 8 年的;(四)从事法学研究、教学工作并具有高级职称的;(五)具有法律知识、从事经济贸易等专业工作并具有高级职称或者具有同等专业水平的。仲裁委员会按照不同专业设仲裁员名册。”仲裁法的这一规定较好,既对仲裁员提出了道德品质的要求,又对仲裁员提出了业务条件,所规定的业务条件,虽然要求较高,但又能够做到。仲裁法明确规定应当从公道正派的人员中聘任仲裁员。公道正派指的是办事公道、作风正派,在仲裁工作中主要指能够根据事实、依法仲裁、不偏不倚。在业务条件中提出的“从事仲裁工作满 8 年的”,指的是在仲裁法实施前已在过去存在的仲裁机构中如中国国际经济贸易仲裁委员会、海事仲裁委员会、经济合同仲裁委员会、房地产争议仲裁委员会等机构中从事仲裁工作满 8 年的。这样,使我国的仲裁工作在仲裁法实施后有一定连续性,能够充分发挥曾任仲裁员的积极作用,搞好仲裁工作。同时,这一规定对以往聘任的仲裁员提出了更高的要求,不是全盘吸收,只有“从事仲裁工作满 8 年的”,才有资格在仲裁法实施后被聘任为仲裁员。另外,这一规定也是一种过渡条款,主要适用于新组建仲裁委员会时,聘任一些多年从事过仲裁工作,具有一定经验的同志担任仲裁员。因此,“从事仲裁工作满 8 年”的时间计算,指的是仲裁法实施前从事仲裁工作满 8 年。仲裁法实施后聘任的仲裁员,都具有符合仲裁法规定的条件,不存在“从事仲裁工作满 8 年”才能聘任为仲裁员的问题。关于仲裁员条件,再说明几点如下:第一,曾任审判员满 8 年的,强调的是审判员和仲裁员不能兼职,只有担任过审判员满 8 年并离开法院工作的同志,才能聘任为仲裁员。第二,具有法律知识、从事经济贸易等专业工作并具有高级职称或者具有同等专业水平的。从事经济贸易等专业工作的同志,能够被聘任为仲裁员,必须符合两个条件,其一是具有法律知识。具有法律知识并不要求必须具有法律的大学本科、专科毕业文凭,指的是学习过法律知识、懂得法律知识。其二是在经济贸易等专业中具有高级职称或者具有同等专业水平。具有同等专业水平的规定,主要考虑到有的行业没有评职称。另外也有少数同志虽然不具有高级职称,但其业务水平和有高级职称的同志相比具有同等水平甚至更高水平,这样的同志也有资格被聘任为仲裁员。第三,《仲裁法》第 13 条第二款规定的仲裁员条件,(一)(二)(三)项写的是“满 8 年的”,(四)(五)两项写的是“具有高级职称”。按照目前规定,大学本科毕业后大约 10 年才能取得高级职称。考虑到律师在取得律师资格时已经通过国家的有关考试,并长期从事法律服务;审判员多年从事解决民事、经济纠纷的审判工作;律师、审判员的工作和仲裁工作较为接近,许多法律知识都是通用的;因此,在仲裁员任职资格上比从事其他工作的同志,在年限要求上可以适当缩短一点。

(五)关于仲裁协会的性质及其职责

为了改变过去设立的仲裁机构行政色彩过浓的情况,根据仲裁的性质和要求来设立仲裁委员会,仲裁法明确规定仲裁委员会独立于行政机关,与行政机关没有隶属关系,仲裁委员会之间也没有隶属关系。仲裁委员会和行政机关分开后,由谁来对仲裁委员会及其组成人员和仲裁员的行为进行监督,仲裁程序中的一些具体规则,法律没有明确规定,那么,是由各个仲裁委员会分别规定呢还是由某个机构统一制定。对此,《仲裁法》第15条规定:“中国仲裁协会是社会团体法人。仲裁委员会是中国仲裁协会的会员。中国仲裁协会的章程由全国会员大会制定。中国仲裁协会是仲裁委员会的自律性组织,根据章程对仲裁委员会及其组成人员、仲裁员的违纪行为进行监督。中国仲裁协会依照本法和民事诉讼法的有关规定制定仲裁规则。”该条规定阐明了仲裁协会的性质及其主要职责。

关于仲裁协会的性质,仲裁法规定为社会团体法人。我国的社团法还没有制定出来,但作为社会团体法人,必须有设立该社会团体的章程,有承认该章程的成员,并经有关部门的社团登记。仲裁法规定,仲裁委员会是中国仲裁协会的会员,中国仲裁协会的章程由全国会员大会制定。注册会计师法规定,中国注册会计师协会的章程由全国会员代表大会制定。由于仲裁委员会的机构比注册会计师事务所少,没有必要采取全国会员代表大会的形式,因此,中国仲裁协会的章程规定为由全国会员大会制定。

关于仲裁协会的职责,法律中写了两项。其一是根据章程对仲裁委员会及其组成人员、仲裁员的违纪行为进行监督。其二是依照本法和民事诉讼法的有关规定制定仲裁规则。当然,中国仲裁协会的其他职责,在不违背法律规定的情况下,可以在章程中作出规定。

(六)关于仲裁法施行前设立的仲裁机构的问题

仲裁法施行前设立的国内仲裁机构,如经济合同仲裁委员会、技术合同仲裁委员会、房地产争议仲裁委员会等怎么办,对此,仲裁法作了明确规定。《仲裁法》第79条规定:“本法施行前在直辖市、省、自治区人民政府所在地的市和其他设区的市设立的仲裁机构,应当依照本法的有关规定重新组建;未重新组建的,自本法施行之日起届满1年时终止。本法施行前设立的不符合本法规定的其他仲裁机构,自本法施行之日起终止。”《仲裁法》第79条的规定,从立法思路把过去设立的仲裁机构分成两类,一类是在直辖市、省、自治区人民政府所在地的市和其他设区的市设立的仲裁机构,另一类是除前一类以外的仲裁机构。关于第一类仲裁机构,由于所在地区和《仲裁法》第10条规定可以设立仲裁委员会的地区吻合,因此,依照仲裁法规定,有一个重新组建仲裁委员会的问题。重新组建仲裁委员会的工作,依照《仲裁法》第10条的规定,即由该地区的市人民政府组织有关部门和商会统一组建,并经省、自治区、直辖市的司法行政部门登记。仲裁委员会重新组建之后,原有的仲裁机构终止。有的设区的市,没有必要设立仲裁委员会,不存在重新组建仲裁委员会的问题。那么,依照仲裁法规定,未重新组建的,原有的仲裁机构自仲裁法施行之日起届满1年时终止。仲裁法自1995年9月1日起施行,施行之日起届满1年终止,即1996年8月31日终止。《仲裁法》第79条第二款规定的“本法施行前设立的不符合本法规定的其他仲裁机构”,指的是在直辖市、省、自治区人民政府所在地的市和其他设区的市以外的地区设立的国内仲裁机构。如在国务院所属部门一级设立的仲裁机构,在省、自治区一级(除直辖市外)设立的仲裁机构,以

及在县一级(包括县级市)设立的仲裁机构。上述三级仲裁机构,没有重新组建仲裁委员会的问题,自仲裁法施行之日起终止,即 1995 年 9 月 1 日起终止。

(七)关于涉外仲裁委员会的问题

涉外仲裁委员会指中国国际经济贸易仲裁委员会和中国海事仲裁委员会。这两个仲裁委员会设在中国国际商会内,从隶属关系上符合国际上仲裁机构是民间组织的通行做法,而且,中国国际经济贸易仲裁委员会和中国海事仲裁委员会的机构较为健全,仲裁规则较为完善,从成立的 40 年来,特别是改革开放后的 15 年来,积极解决涉外经济贸易纠纷,推动对内搞活和对外开放的发展,在国际仲裁领域赢得较高声誉。仲裁法对涉外仲裁委员会在设立程序、组成人员、外籍仲裁员的聘任、仲裁规则的制定等方面作出特别规定,基本肯定了中国国际贸易仲裁委员会和中国海事仲裁委员会的现行做法。

仲裁法有关涉外仲裁委员会的特别规定,简述如下:

(1)涉外仲裁委员会可以由中国国际商会组织设立。

(2)涉外仲裁委员会由主任 1 人、副主任若干人和委员若干人组成。因此,涉外仲裁委员会的副主任并没有限制在 2—4 人,委员也没有限制在 7—11 人。中国国际商会可以聘任涉外仲裁委员会的主任、副主任和委员。

(3)涉外仲裁委员会可以从具有法律、经济贸易、科学技术等专门知识的外籍人士中聘任仲裁员。需要指出,该条规定的是聘任外籍仲裁员。涉外仲裁委员会聘任中方仲裁员的条件,应当依照《仲裁法》第 13 条的规定。

(4)涉外仲裁规则可以由中国国际商会依照仲裁法和民事诉讼法的有关规定制定。中国国际商会在仲裁法颁布前制定的仲裁规则,有的地方应当依照仲裁法的规定,作出修改和补充。

四、申请仲裁的条件

申请仲裁和提起诉讼不同,起诉权是公民和法人均享有的民事权利,只需当事人一方的意思表示就能够提起诉讼。申请仲裁的前提是达成仲裁协议,需要双方协商一致才能请求仲裁,同时放弃诉讼权利。而且,仲裁事项必须符合法律有关仲裁范围的规定。如果不符合仲裁范围的规定,约定不能仲裁的事项请求仲裁机构解决纠纷,仲裁不能进行,应当驳回申请。有仲裁协议和符合仲裁范围是进行仲裁的前提条件。仲裁协议的内容和仲裁范围有一定联系,为叙述方便,分别阐明。

(一)仲裁协议

关于仲裁协议的形式,依照仲裁法的规定有二种。一种是在经济合同中订立的仲裁条款,如在买卖合同中订立的仲裁条款,合同的主要内容是买卖双方的权利义务,但在解决争议方式上写明仲裁协议的内容,该条款即为仲裁协议的一种形式。另一种形式是单独订立的仲裁协议,该协议的内容只是有关仲裁的条款,一般不涉及其他内容。单独订立的仲裁协议,可以在当事人发生纠纷之前约定,也可以在当事人发生纠纷之后订立。

关于仲裁协议的内容,仲裁法明确规定有三项。第一,请求仲裁的意思表示,即有“仲裁意愿”。而且,该仲裁意愿不仅是内心活动,必须形诸于外,用书面方式表达出来。请求仲裁

的意思表示,对当事人说来行使的是一种选择权。依照或裁或审的原则,采取仲裁方式解决纠纷,同时排除了向法院诉讼的权利,对这一具体纠纷,法院无权审判。第二,仲裁事项,即仲裁什么,哪些纠纷可以由仲裁庭解决。仲裁权是当事人赋予的。仲裁员不能任意仲裁当事人之间的纠纷,哪些可以裁决,哪些不能裁决,依据是当事人委托的范围。第三,选定的仲裁委员会。选定仲裁委员会,解决“由谁来仲裁”的问题,否则,仲裁不能进行。

关于仲裁协议无效的规定,《仲裁法》是在第 17 条和第 18 条中规定的。《仲裁法》第 17 条规定:“有下列情形之一的,仲裁协议无效:(一)约定的仲裁事项超出法律规定的仲裁范围的;(二)无民事行为能力人或者限制民事行为能力人订立的仲裁协议;(三)一方采取胁迫手段,迫使对方订立仲裁协议的。”《仲裁法》第 18 条规定:“仲裁协议对仲裁事项或者仲裁委员会没有约定或者约定不明确的,当事人可以补充协议;达不成补充协议的,仲裁协议无效。”

(二) 仲裁范围

当事人订立的仲裁协议,必须是仲裁事项符合法律有关仲裁范围的规定。如果不符合,虽然有仲裁意愿,该仲裁意愿也不能实现。因此,约定的仲裁事项符合仲裁范围的规定,是仲裁赖以进行的又一个前提条件。

关于仲裁范围,仲裁法根据以下原则作出规定:第一,发生纠纷的双方应当是属于平等主体的当事人。第二,仲裁的事项,应当是当事人有权处分的。第三,从我国法律有关规定和国际做法看,仲裁范围主要是合同纠纷,也包括一些非合同的经济纠纷。因此,《仲裁法》第 2 条规定:“平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷,可以仲裁。”《仲裁法》第 3 条规定:“下列纠纷不能仲裁:(一)婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷;(二)依法应当由行政机关处理的行政争议。”《仲裁法》第 2 条规定的“合同纠纷”,不仅指经济合同法、涉外经济合同法、技术合同法所包括的合同,而且指民法通则、铁路法、海商法、商标法、专利法、著作权法等法律所规定的合同。“其他财产权益纠纷”主要指侵权纠纷,如海事侵权纠纷。仲裁法对仲裁范围的规定,用“经济纠纷”“财产权益纠纷”的概念,排除了行政争议;并明确规定“婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷”不能仲裁。因此,我国的仲裁范围基本接近于外国的当事人享有和解权或者处分权的民事纠纷的范围。

关于仲裁范围,还有几点需要说明:第一,劳动争议仲裁和农业承包合同纠纷仲裁的问题。劳动争议仲裁有其特点,从妥善处理企业劳动争议、保障企业和职工的合法权益、维护正常的生产经营秩序出发,国务院于 1993 年 7 月颁布了《企业劳动争议处理条例》,其中规定了非协议仲裁、地域管辖、一裁二审等制度。劳动争议仲裁应当如何进行,各国也有不同规定。依照《仲裁法》第 77 条的规定,劳动争议仲裁另行规定,不适用仲裁法。农业承包合同纠纷面广量大,涉及广大农民的切身利益,在仲裁机构设立、仲裁程序上也有其特点,依照《仲裁法》第 77 条的规定,农业承包合同纠纷的仲裁另行规定,不适用仲裁法。第二,企业承包合同仲裁问题。国务院 1988 年颁布《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》,其中规定企业承包合同纠纷由工商行政管理局的经济合同仲裁委员会仲裁。在仲裁法中是否规定企业承包合同仲裁问题,有不同意见。考虑到企业承包合同的行政管理色彩浓厚,纠纷的解决主要依靠行政途径,企业承包制度是计划经济向市场经济过渡时某一时期的产物,在仲裁法中没有明确规定企业承包合同纠纷的仲裁问题。第三,口岸、渔政管理和质量争议的

解决方式问题。在以往的行政法规中特别是 1990 年前颁布的行政法规中,曾规定了口岸、渔政管理争议的仲裁问题,以及水泥、药品、化肥等质量纠纷和计量纠纷的仲裁问题。口岸、渔政管理的争议,是行政管理权限的争议。水泥等质量纠纷和计量纠纷,有的属于质量鉴定的问题,不属于仲裁,有的可以通过合同纠纷采用仲裁方式解决。因此,除符合《仲裁法》第 2 条的规定,可以申请仲裁外,依照《仲裁法》第 78 条的规定,仲裁法施行前制定的有关仲裁的规定与仲裁法的规定相抵触的,以仲裁法为准。

五、仲裁程序

仲裁的具体程序,是指当事人提出仲裁申请直至仲裁庭作出裁决的程序。仲裁程序是具体解决纠纷的操作规程。

(一) 申请和受理

在仲裁法中,申请和受理的内容,包括受理条件、申请书应当载明的事项、受理期限、有仲裁协议但一方起诉的如何处理、反请求、财产保全、代理仲裁活动等规定。这里谈一下反请求和财产保全两个问题。

《仲裁法》第 27 条规定:“申请人可以放弃或者变更仲裁请求。被申请人可以承认或者反驳仲裁请求,有权提出反请求。”反请求,是被申请人在仲裁程序进行过程中提出的,以申请人为被申请人,与仲裁请求的标的和理由有牵联的一种独立请求。被申请人提出反请求除了必须符合仲裁请求的一般规定外,还必须具备下列条件:

(1) 反请求的被申请人必须是已经受理的仲裁申请中的申请人,或者说,递交反请求书的人必须是该仲裁申请中的被申请人。

(2) 反请求和仲裁请求必须是基于同一事实或同一法律关系,即反请求与仲裁请求的标的或理由相互有牵联。如申请人以需自用为理由请求被申请人交还租用的房屋,被申请人提出反请求,请求申请人返还预付的租金。这里的请求与反请求都是基于房屋租赁这一法律关系提出的。

(3) 提出反请求的时间必须是在仲裁规则规定的期限内,一般应当在开庭结束前提出。如果提出反请求的时间超过了仲裁规则规定的期限,反请求将不会被受理。在这种情况下,如果要申请仲裁,可以采取一般方式另行提出仲裁申请。

反请求请求仲裁的事项必须是属于仲裁协议范围之内的。如果不属于仲裁协议范围之内,仲裁机构将不予受理。仲裁机构受理反请求后,将申请人提出的仲裁请求与被申请人提出的反请求合并审理。但由于原请求和反请求是各自独立的仲裁请求,即使合并审理,仲裁庭也将对原请求和反请求分别加以裁决。

《仲裁法》第 28 条规定:“一方当事人因另一方当事人的行为或者其他原因,可能使裁决不能执行或者难以执行的,可以申请财产保全。当事人申请财产保全的,仲裁委员会应当将当事人的申请依照民事诉讼法的有关规定提交人民法院。申请有错误的,申请人应当赔偿被申请人因财产保全所遭受的损失。”仲裁中的财产保全,是指法院根据仲裁委员会提交的当事人的申请,就被申请人的财产作出临时性的强制措施,包括查封、扣押、冻结、责令提供担保或者法律规定的其它方法,以保障当事人的合法权益不受损失,保证将来作出的裁决能

够得到执行。《民事诉讼法》第92条规定:“人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因,使判决不能执行或者难以执行的案件,可以根据对方当事人的申请,作出财产保全的裁定;当事人没有提出申请的,人民法院在必要时也可以裁定采取财产保全措施。”《民事诉讼法》第258条规定:“当事人申请采取财产保全的,中华人民共和国的涉外仲裁机构应当将当事人的申请,提交被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院裁定。”依照民事诉讼法的规定,因涉外仲裁和国内仲裁的不同,仲裁委员会提交仲裁申请的人民法院也不同。涉外仲裁的财产保全申请,提交中级人民法院裁定,国内仲裁的财产保全申请,一般提交基层人民法院裁定。人民法院收到仲裁委员会提交的财产保全申请后,是裁定采取财产保全措施还是驳回申请,是否要求提供担保等,依照民事诉讼法的有关规定。

(二)仲裁庭的组成

《仲裁法》第30条规定:“仲裁庭可以由3名仲裁员或者1名仲裁员组成。由3名仲裁员组成的,设首席仲裁员。”由3名仲裁员组成的仲裁庭称合议仲裁庭。由1名仲裁员组成的仲裁庭称独任仲裁庭。在仲裁中,当事人最重要的权利之一是选定仲裁员审理争议案件。依照仲裁法的规定,当事人约定由3名仲裁员组成仲裁庭的,应当各自选定或者各自委托仲裁委员会主任指定1名仲裁员,第三名仲裁员由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定。第三名仲裁员是首席仲裁员。当事人约定由1名仲裁员成立仲裁庭的,应当由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定仲裁员。当事人没有在仲裁规则规定的期限内约定仲裁庭的组成方式或者选定仲裁员的,由仲裁委员会主任指定。仲裁员必须在仲裁中保持独立与公正。仲裁法还规定了回避制度。《仲裁法》第34条规定了必须回避的四种情形,第一种情形“是本案当事人或者当事人、代理人的近亲属”。近亲属的含义包括三代以内的直系血亲、配偶和兄弟姐妹。第二种情形是“与本案有利害关系;”所谓“与本案有利害关系”,主要指的是本案裁决的结果和仲裁员有利害关系。如仲裁员是一方当事人(公司)的股东,持有该公司的股票,仲裁纠纷的结果,影响到股票的分红。第三种情形是“与本案当事人、代理人有其他关系,可能影响公正仲裁的”。这里讲的“其他关系”,主要指的同乡、同学、同事、朋友等关系。但是,有这些关系,并非必须回避,而应当看是否可能影响公正仲裁。

(三)不公开仲裁

《仲裁法》第40条规定:“仲裁不公开进行。当事人协议公开的,可以公开进行,但涉及国家秘密的除外。”仲裁不公开进行,包括申请、受理仲裁的情况不公开报道,仲裁开庭不允许旁听,裁决不向社会公布等等。仲裁不公开进行,是仲裁制度的一项特点,也是国际商事仲裁的惯例。仲裁是为了解决商事争议的需要应运而生的,商事活动中一般都涉及一些不对外公开的文件或其他的商业秘密,同时,当事人也不愿意因一时的争论而影响日后的贸易活动。因此,仲裁一般是保密的,不允许局外人旁听参加,不允许新闻记者进行采访报道。参与仲裁的仲裁员、书记员、翻译、鉴定人、勘验人等都负有保密的责任。正是仲裁的保密性,使当事人能放心地将纠纷提交仲裁,一方面能尽快将争议了结,另一方面也不会影响自己的商业信誉,并尽可能地不损害双方的合作关系。而在民事诉讼上正好相反,实行的是公开审判制度。

对于当事人协议公开仲裁的,仲裁法规定了“可以”公开仲裁。一般说来,仲裁庭应当根据当事人的协议,满足当事人的意愿,进行公开仲裁。但有的时候,当事人双方可能意气用事,考虑不周,进行公开仲裁并不对当事人有利。因此,在这个问题上,仲裁法规定得灵活一点,给仲裁庭保留一点做工作的权利。总的说来,仲裁是否公开进行,都应当基于当事人的意愿和利益来决定。但是,当提交仲裁的事项涉及国家秘密时,不能公开仲裁。1988年颁布的《保守国家秘密法》第2条规定:“国家秘密是关系国家的安全和利益,依照法定程序确定,在一定时间内只限一定范围的人员知悉的事项。”

(四) 举证责任

《仲裁法》第43条规定:“当事人应当对自己的主张提供证据。仲裁庭认为有必要收集的证据,可以自行收集。”提供证据是当事人的权利,也是在仲裁过程中应尽的义务。申请人提出仲裁请求,有责任对他所根据的事实和理由提出证据,加以证明,证明自己的仲裁请求正当、合法。被申请人提出答辩,反驳申请人的请求,也有责任提供证据,证明他的反驳是真实的,有根据的,并证明申请人的仲裁请求不能成立。仲裁法规定的当事人应当对自己的主张提供证据,贯彻的正是“谁主张,谁举证”的原则。

仲裁法还规定,仲裁庭认为有必要收集的证据,可以自行收集。如仲裁庭认为某个事实尚不清楚,除责令当事人补充证据外,还可以自行收集证据。这样,在强调当事人举证的同时,也保留了仲裁庭自行收集证据的权利。

(五) 和解协议

《仲裁法》第49条规定:“当事人申请仲裁后,可以自行和解。达成和解协议的,可以请求仲裁庭根据和解协议作出裁决书,也可以撤回仲裁申请。”和解是指争议的双方当事人以口头或书面的方式直接交涉以解决争议的一种方式。和解是没有仲裁庭的介入,由当事人自己协商解决纠纷。和解的意义在于:1. 能够较好地保守当事人之间的商业秘密;2. 有助于保持和促进当事人之间的合作关系;3. 方式上较为简便灵活。如果当事人一方没有和解解决争议的意愿,当事人可以按照具体情况,通过调解、仲裁的方式解决争议。和解在整个仲裁过程中都可以进行,在达成调解协议或者作出裁决之前,当事人均可以通过和解方式解决争议。和解达成协议的,既可以请求仲裁庭根据和解协议作出裁决书,也可以撤回仲裁申请。需要指出的是,和解达成协议撤回仲裁申请后,一方反悔或者没有履行和解协议的,按照原仲裁协议可以重新申请仲裁,即原仲裁协议仍然有效。这一点和裁决被撤销或者不予执行的不同。在裁决被撤销或者不予执行的情况下,原仲裁协议失效,当事人如果申请仲裁,应当重新达成仲裁协议。

(六) 调解和裁决

《仲裁法》第51条规定:“仲裁庭在作出裁决前,可以先行调解。当事人自愿调解的,仲裁庭应当调解。调解不成的,应当及时作出裁决。调解达成协议的,仲裁庭应当制作调解书或者根据协议的结果制作裁决书。调解书与裁决书具有同等法律效力。”调解是指当事人在自愿的基础上,在仲裁庭主持下,查明事实、分清是非,通过仲裁庭的调解工作,使双方当事人互谅互解,达成协议解决争议。调解与和解的主要区分在于有无仲裁庭的介入,有无仲裁庭做双方当事人的工作。调解应遵循下述原则:1. 调解不是裁决前必经的程序。2. 调解必

须是双方当事人自愿的。3. 调解必须在查明事实、分清是非、公平合理、实事求是的前提下进行。4. 调解程序可以单独进行,也可以与仲裁程序同时进行。

依照《仲裁法》第51条的规定,调解达成协议的,仲裁庭应当制作调解书或者根据协议的结果制作裁决书。那么,在什么情况下应当制作调解书,在什么情况下应当制作裁决书呢?考虑到我国加入的纽约公约并没有规定调解书的承认和执行问题,联合国《国际商事仲裁示范法》也没有规定调解书的执行问题。如《纽约公约》第1条规定:“仲裁裁决,因自然人或法人间之争议而产生且在声明承认及执行地所在国以外之国家领土内作成者,其承认及执行适用本公约。”“‘仲裁裁决’一词不仅指专家选派之仲裁员所作裁决,亦指当事人提请仲裁之常设仲裁机关所作裁决。”联合国《国际商事仲裁示范法》第30条规定:“①如果在仲裁程序中当事各方和解解决争议,仲裁应终止仲裁程序,而且如果当事各方提出请求而仲裁庭并无异议,则应按和解的条件以仲裁裁决书的形式记录此和解。②根据和解的条件作出的裁决应按照第31条的规定作出,并应说明它是一项裁决。这种裁决应与根据案情作出的任何其他裁决具有同等的地位和效力。”因此,调解达成协议的结果需要到国外履行的,应制作裁决书,不制作调解书,以有利于在外国法院申请执行。如果调解协议的内容是国内纠纷,不发生到外国法院申请执行,只需在中国法院申请执行,那么,应当根据当事人的意愿,既可以制作调解书,也可以制作裁决书。

《仲裁书》第53条规定:“裁决应当按照多数仲裁员的意见作出,少数仲裁员的不同意见可以记入笔录。仲裁庭不能形成多数意见时,裁决应当按照首席仲裁员的意见作出。”该条规定适用合议庭仲裁的场合。一般来说,仲裁庭能够取得多数意见,但也不排除可能发生3名仲裁员有3种不同意见,仲裁庭无法形成多数意见,在这种情况下,依照《仲裁法》第53条的规定,裁决应当按照首席仲裁员的意见作出。这条规定避免了因仲裁庭形不成多数意见而使仲裁久拖不决的情况,有利于迅速解决争议。

《仲裁法》第55条规定:“仲裁庭仲裁纠纷时,其中一部分事实已经清楚,可以就该部分先行裁决。”先行裁决是指在案件审理过程中,对某一个或某几个问题已经审理清楚,为了及时保护当事人的合法权益或有利于继续审理其它问题,仲裁庭对当事人的部分仲裁请求先行作出的终局性裁决。先行裁决对当事人具有法律约束力。从这个意义上讲,先行裁决构成了最终裁决的一部分。

《仲裁法》第56条规定:“对裁决书中的文字、计算错误或者仲裁庭已经裁决但在裁决书中遗漏的事项,仲裁庭应当补正;当事人自收到裁决书之日起30日内,可以请求仲裁庭补正。”依照这条规定,对裁决书的补正,仲裁庭应当自行补正,当事人可以向仲裁庭提出补正仲裁裁决的请求。可以补充和修正的情况是:1. 裁决书中文字抄写、排印错误,计算错误;2. 仲裁庭已经裁决但在裁决书中遗漏的事项。对裁决的补正构成原裁决的组成部分。

《仲裁法》第57条规定:“裁决书自作出之日起发生法律效力。”裁决一经作出,对双方当事人均具有法律约束力,当事人必须自觉履行裁决书所规定的各项义务,一方不履行的,另一方可以申请法院强制执行。依照《仲裁法》第9条的规定,仲裁实行一裁终局制度。即裁决作出后,除仲裁法另有规定外,任何一方当事人均不得就同一纠纷向仲裁委员会再申请仲裁或向人民法院起诉。这些规定相互衔接,都是根据仲裁的性质作出的,符合国际仲裁制度

的通行做法。

六、对裁决不服的救济措施

(一) 申请不予执行

仲裁的调解书和裁决书作出后,当事人应当自觉履行义务。由于仲裁基本上是基于当事人的意愿进行的,特别在是否采用仲裁方式解决纠纷,以及由谁(仲裁员)来公断纠纷这两个大问题。因此,仲裁的处理结果绝大多数得到当事人的遵守,能够自觉履行义务。依照法律的规定,一方当事人不履行时,另一方当事人可以向人民法院申请执行。民事诉讼法上规定裁决书的执行问题,仲裁调解书发生法律效力后,一方当事人不履行时怎么办,这个问题过去一般不发生。因为在涉外仲裁中,虽然仲裁庭做调解工作,但调解达成协议后,为便于在各国执行,仍然以裁决书的形式作出;在国内仲裁中,仲裁庭也做调解工作,调解达成协议后有的制作调解书,但由于过去多实行“一裁二审”的制度,当事人一方不履行时,另一方不是申请执行,而是向人民法院起诉。对调解书的执行问题,仲裁法中作了明确规定。《仲裁法》第51条规定:“调解书与裁决书具有同等法律效力。”这样就解决了仲裁调解书的执行力问题。

关于不予执行制度,民事诉讼法对涉外仲裁和国内仲裁分别作了规定。《民事诉讼法》第217条规定:“被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的,经人民法院组成合议庭审查核实,裁定不予执行:(一)当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的;(二)裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的;(三)仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的;(四)认定事实的主要证据不足的;(五)适用法律确有错误的;(六)仲裁员在仲裁该案时有贪污受贿,徇私舞弊,枉法裁决行为的。”《民事诉讼法》第260条规定:“对中华人民共和国涉外仲裁机构作出的裁决,被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的,经人民法院组成合议庭审查核实,裁定不予执行:(一)当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的;(二)被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知,或者由于其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见的;(三)仲裁庭的组成或者仲裁的程序与仲裁规则不符的;(四)裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的。”民事诉讼法这二条规定的主要不同点,在于国内仲裁的不予执行条件有“认定事实的主要证据不足的”和“适用法律确有错误的”,这二项规定在涉外仲裁中没有。在起草仲裁法时,有的同志建议删去这二项规定,使国内仲裁和涉外仲裁在不予执行的条件趋于一致。理由是有这二项规定,法院有可能对裁决进行实体审查,不符合或裁或审和一裁终局的原则;而且,国内仲裁机构重新组建后,仲裁员的条件有较大提高,仲裁质量有一定保证,在不予执行的条件上没有必要再区别涉外仲裁和国内仲裁。考虑到删去这二项规定,涉及修改民事诉讼法;而且,民事诉讼法施行3年来,因这二项规定并没有发现问题,不存在导致“一裁二审”的问题;保留这二项规定,可以有备无患。因此,仲裁法在不予执行条件上和民事诉讼法的规定是一致的,未作任何修改。

法院裁定不予执行或者撤销裁决后,当事人之间的纠纷怎么处理,能否按照原仲裁协议申请仲裁,即原仲裁协议是否有效?依照《仲裁法》第9条的规定,在这种情况下原仲裁协议

失效,不能按照原仲裁协议申请仲裁。为了解决纠纷,当事人可以按照重新达成的仲裁协议申请仲裁,也可以向人民法院提起诉讼。这一规定和达成和解协议后撤回仲裁申请时原仲裁协议仍然有效的规定是不同的。

(二) 申请撤销裁决

仲裁法根据我国仲裁工作的实际情况,借鉴外国的有益经验,对申请撤销裁决作了专章规定。关于申请撤销裁决的条件,仲裁法对国内仲裁裁决和涉外仲裁裁决分别作出规定。《仲裁法》第58条规定:“当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的,可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决:(一)没有仲裁协议的;(二)裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁的;(三)仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的;(四)裁决所根据的证据是伪造的;(五)对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的;(六)仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿,徇私舞弊,枉法裁决行为的。人民法院经组成合议庭审查核实裁决有前款规定情形之一的,应当裁定撤销。人民法院认定该裁决违背社会公共利益的,应当裁定撤销。”《仲裁法》第70条规定:“当事人提出证据证明涉外仲裁裁决有《民事诉讼法》第260条第一款规定的情形之一的,经人民法院组成合议庭审查核实,裁定撤销。”《民事诉讼法》第260条第一款规定:“对中华人民共和国涉外仲裁机构作出的裁决,被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的,经人民法院组成合议庭审查核实,裁定不予执行:(一)当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的;(二)被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知,或者由于其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见的;(三)仲裁庭的组成或者仲裁程序与仲裁规则不符的;(四)裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的。”申请撤销国内仲裁裁决和涉外仲裁裁决的条件,不同点主要表现在申请撤销国内仲裁裁决,具有“裁决所根据的证据是伪造的”和“对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的”两项情形。该两项情形在申请撤销涉外仲裁裁决时没有规定。另外,仲裁法还规定了申请撤销裁决的期限、法院审理当事人撤销裁决申请的期限以及中止、恢复撤销程序等问题。

第三节 合同纠纷的诉讼解决

一、督促程序

(一) 什么是督促程序

督促程序,是指人民法院根据债权人一方要求债务人给付一定数量金钱和有价值证券的请求,不经审判程序,直接向债务人发出支付令,要求债务人按期给付,如果债务人在一定期间内不提出异议又不履行的,即可根据债权人的申请和支付令予以强制执行的程序。

督促程序是一种解决一定数量的金钱、有价值证券为内容的给付债务的迅速简易的程序。这一程序的设立,既是我国民事诉讼程序的进一步完善,也是在人民法院民事受案与日俱增、审判任务日益繁重的情况下,通过立法形式进行审判方式改革的重大措施。它比我国民

事诉讼法规定的简易程序更简洁、迅速。具体表现在：

(1)简化了诉讼程序,有利于节省人力、物力和时间。

在现实生活中,民事纠纷虽然错综复杂,但由于其多样化、多层次性,总有一些债权债务纠纷的权利义务关系明确、合法,当事人双方对此无实质争议,债权的存在无须确认。对这类纠纷固然可以通过一般的诉讼程序得到解决。但一般诉讼程序必然要经过许多诉讼阶段和环节,未免浪费人力、物力和时间。而适用督促程序不必询问债务人和开庭审理,法院仅根据债权人的申请发出支付令。对支付令无异议的债务人,慑于强制执行的威力,不得不履行给付义务。从而简化诉讼程序,提高人民法院的办案效率,迅速、及时、简便地解决纠纷。

(2)有利于保护债权人的合法权益。

现实生活中,有些负有金钱和有价证券给付义务的债务人,并非没有履行义务的能力,而是有意拖延履行。督促程序对当事人来讲,无论是公民、法人、还是其他组织,无须参加审判活动,就可以使债权债务关系明确的纠纷得到解决,既避免了费时耗资,又使自己的合法权益得到及时保护。

(二)督促程序的特点

督促程序作为一种独立于其他程序的特殊的诉讼程序,具有以下几个特点:

(1)债权人对于拒不履行义务的债务人可以直接申请人民法院发布支付令强制债务人履行,而不必经过审判程序。

(2)人民法院受理债权人的申请后,仅就债权人提供的事实证据进行审查,无须传唤债务人和开庭审理,只要债权人提出申请的程序合法,证据充分,债权债务关系明确、合法,人民法院并不对债权的内容进行实质性审查,就可以直接发出支付令,要求债务人清偿债权人提出的债务。

(3)人民法院的支付令具有与判决同等的效力。

人民法院根据债权人的请求发出了支付令后,在法定的期间内,债务人不提出异议又不履行的,支付令与发生法律效力判决具有同等效力,债权人可以此为根据向人民法院申请强制执行。

(4)督促程序不同于一般的诉讼程序(如普通程序、简易程序)表现在:

①诉讼程序发生的起因不同。督促程序的发生基于债权人的申请而开始;而一般诉讼程序的发生则基于当事人的起诉;

②当事人的称谓不同,督促程序的当事人称为债权人和债务人;而一般诉讼程序的当事人则称为原告和被告;

③适用范围不同。督促程序适用范围仅限于以金钱和有价证券为标的的诉讼;而一般诉讼程序则不受此限制;

④审理方式不同。督促程序不存在当事人在法庭审判人员的主持下争辩是非的过程,无需通知当事人到庭进行调查审理,而一般诉讼程序则恰恰相反。

(三)督促程序的进行

1. 支付令的申请条件

督促程序依债权人的申请而开始。我国《民事诉讼法》第189条第1款规定:“债权人请

求债务人给付金钱、有价证券,符合下列条件的,可以向有管辖权的基层人民法院申请支付令:

(1)债权人与债务人没有其他债务纠纷的;

(2)支付令能够送达债务人的。”根据此规定,债权人向人民法院申请支付令,须具备以下要件:

①督促程序的适用范围只限于“给付金钱和有价证券”。即支付令的申请首先必须是属于给付之诉的案件。所谓给付之诉的案件,包括借款、借贷、有效买卖欠款、赊销、代销欠款等。其次,支付令的申请范围必须以金钱和有价证券为限,而不能是申请债务人履行提供货物、提供劳务等义务。所谓“金钱”,是指作为流通手段和支付手段的货币。“有价证券”,是指券面所表示的财产权利必须实际持有其券才得以实现的证券,如汇票、支票、股票、公债、国库券、提货单、抵押单等。

②债权人与债务人没有其他债务纠纷。所谓其他债务纠纷,是指除金钱、有价证券以外等标的物的债务纠纷,如以财产或行为为标的物的纠纷。即使是以金钱、有价证券为标的物的纠纷,也必须限于债权人对债务人没有给付义务,只有债务人对债权人有给付义务,并且债权人不能负有尚未履行的对等义务。如果债权人与债务人之间有其他债务纠纷,那么就形成了双方债权、债务的交叉,这样在债权人提出支付令的请求后,债务人往往以对方没有履行相应的给付义务为理由提出异议,不仅会使案情复杂化、还会使督促程序自动结束。

③支付令能够送达债务人。这里的送达是指直接送达,即人民法院指派专人(主要是司法警察)把支付令直接交给债务人,本人不在的交给他的同住成年家属签收的送达方式。而不能用公告的方式送达,因为公告送达等方式往往会使债务人由于种种原因的存在而不能直接及时了解公告的内容,从而限制了债务人及时保护其合法权益的权利。因此,债权人提出申请后,人民法院对于债务人不在我国境内,以及债务人虽在我国境内,但不能将支付令直接送达债务人的,不予受理。

④支付令的申请,须向有管辖权的人民法院提出。有管辖权的人民法院是指本法第22条规定的管辖法院。即债务人为公民的,由债务人住所地基层人民法院管辖;债务人住所地与经常居住地不一致的,由经常居住地基层人民法院管辖;债务人为法人或其他组织的,由其办事机构所在地的基层人民法院管辖。债权人向人民法院申请有关支付令,除必须具备上述要件外,同时还要具备诉讼的一般要件,如债权人有无诉讼行为能力,是否具备申请回避的条件等,人民法院才能予以受理。

2. 督促程序的提起

债权人提起督促程序,必须提交申请书。根据《民事诉讼法》第189条第2款的规定“申请书应当写明请求给付金钱或者有价证券的数量和所根据的事实、证据”。依照此规定,申请支付令的方式只能是书面方式,即债权人申请支付令,应当向人民法院提出申请书,并附有债权文书。申请书应当记明下列事项:

(1)当事人(包括债权人与债务人)的姓名、性别、年龄、职业、工作单位和住所,法人或其他组织的名称、住所地和法定代表人或主要负责人的姓名、职务。

(2)请求给付金钱或者有价证券的数量和所根据的事实和证据。对于事实和证据,应表

明债权发生的原因和事实以及证据或证据来源;对于数量,应表明有价证券或金钱的具体数额。如果债权人的请求有数项时,应将各个请求分别表明。

(3)申请支付命令的陈述。即表明申请的目的是请求支付令,而不是起诉。债权人支付令的申请,除表明上述事项外,还应当表明一般诉讼要件及督促程序的物别要件的其他事项,如指出债务人的住所,说明债务履行期已到等。

3. 督促程序的受理

债权人提出申请后,人民法院应当对债权人提交的申请书进行审查,经过审查在法定期间内作出是否受理的决定。审查主要从以下几个方面进行:

(1)审查申请手续是否完备,申请书内容是否明确。对于手续不完备,内容不明确的,人民法院可以通知债权人补正;债权人委托代理的案件,是否填写了授权委托书、代理权限是否明确;法人或者其他组织申请时,是否填写了法定代表人身份证明书;法定代理人起诉时,代理人与被代理人的关系是否清楚;申请书上的证据和证据来源、证人的姓名和住所是否清楚等。

(2)审查是否属于本院管辖。

(3)债权人的请求是否超过了给付金钱和有价证券的范围。

(4)债权人是否有给付义务。

(5)债务人是否在我国领域。

(6)支付命令是否需要公告送达。

(7)当事人有无资格或诉讼行为能力。

经过审查,人民法院认为申请符合受理条件的,应当在5日内立案,并及时通知债权人;申请不符合受理条件的,应当在5日内通知债权人不予受理,并说明理由。

4. 督促程序中的审查与处理

(1)督促程序中的审查

所谓审查是指人民法院受理债务人的申请后,对申请的内容、范围所作的审查。根据《民事诉讼法》第191条第1款规定:“人民法院受理申请后,经审查债权人提供的事实、证据,对债权债务关系明确、合法的,应当在受理之日起15日内向债务人发出支付令;申请不成立的,裁定予以驳回。”依据该规定,人民法院对债权人申请的审查,依债权人的请求为基础,仅限于债权人提供的事实和证据,不要求债务人提出书面陈述以及事实和证据。但是,如果债务人在发出支付令之前的审查阶段,主动向人民法院陈述意见的,可以作为人民法院在审查债权人申请或依职权调查时的参考。在审查方式上,人民法院采取书面审查的方式,不需要询问债务人和开庭审理。这是因为人民法院对债务人的申请进行审查的积极后果是发出支付令。而支付令的执行效力是以债务人不提出异议为前提,一旦债务人在法定期间内提出异议,支付令自动失效,督促程序即宣告结束。如果债务人对债权人的请求提出正当的理由进行答辩,则表明当事人之间的权利和义务存在争议,当事人可依普通程序提起诉讼。由此可见,人民法院在发出支付令前,只审查债权人提供的事实、证据,不需要询问债务人和开庭审理,这是督促程序与普通程序和简易程序的重要区别之一。

在审查内容上,要着重审查当事人的债权债务关系是否明确合法。这是因为债权债务

关系明确、合法,是人民法院发出支付令的必要条件。所谓债权债务关系明确,是指债权人与债务人的债权债务关系事实清楚、数额确定、双方没有实质争议,债权的存在无须确认,债务人对债权人负有给付的义务;债权人对债务人没有给付义务。所谓债权债务关系合法,是指引起债权债务关系发生的事实以及债权债务的内容不违反法律的规定。

(2)向债务人发出支付令

人民法院经过对债权人提供的事实、证据的审查,认定债权、债务关系明确、合法并已经达到履行期限,同时符合《民事诉讼法》第189条规定条件的,应当自受理之日起15日内,直接向债务人发出支付令。支付令应记载以下内容:①当事人(包括债权人和债务人)的姓名、性别、年龄、职业、工作单位和住址;当事人是法人或者其他组织的,应写明法定代表人或主要负责人的姓名、职务;②债务人应为支付的事实、理由和应支付的标的物种类、数量;③债务人应承担的案件受理费;④债务人自收到支付令的次日起15日内,清偿债务或者提出异议,如果债务人在15日内不提出异议,支付令发生法律效力;⑤审判员、书记员署名并加盖人民法院印章。

人民法院受理申请后,经审查债权人提出的事实证据,认为债权人的申请不成立的,裁定予以驳回。所谓申请不成立,是指申请不符合本章和本法的有关规定。例如,债权债务关系不成立;债权人的权利是附期限或附条件的,期限或条件还未达到;债权债务关系不合法;支付令需要在外国送达或者公告送达;债权人的申请已超过诉讼时效等等。人民法院驳回债务人申请的裁定,当事人不得上诉,督促程序即因此裁定而终结。驳回支付令申请的裁定,应由债权人负担督促程序的受理费用。

5. 支付令的执行

依照我国《民事诉讼法》第191条第2款、第3款的规定,债务人自收到支付令之日起15日内清偿债务,或者向人民法院提出书面异议,债务人在收到支付令之日起的15日内不提出异议又不履行支付令的,债权人可以向人民法院申请执行。这里的“15日”是法定期间,无论是当事人还是人民法院都不能缩短或者延长。据此,债务人不愿按照支付令清偿债务和承担案件受理费的,应于收到支付令之日起15日内向发出支付令的人民法院提出书面异议。债务人异议的提出须具备以下几个条件:①必须在法定的期间即15日内提出;②必须以书面的形式提出,在书面的异议中,应附具足够的证据证明债权人的请求没有法律依据。如果债务人承认全部债务,只要求延长支付期限或允许分期付款,不能视为对支付令的异议。如果债务人在法定期间内对该支付令提出异议,并提出正当理由进行答辩的,则支付令自动失效,督促程序宣告结束。如果债务人在法定期间内既不提出异议,又不履行支付令规定的义务,则支付令与确定判决有同等的效力,即与确定判决有同等的确定力和执行令。债权人可以据此为根据向人民法院申请强制执行。

(四)债务人提出书面异议后的处理

人民法院向债务人发出支付令后,如果债务人在法律规定的期间内提出异议的,我国《民事诉讼法》第192条规定:“人民法院收到债务人提出书面异议后,应当裁定终结督促程序,支付令自行失效,债权人可以起诉。”这就是说,债务人对人民法院发出的支付令在法定期间内提出书面异议,向人民法院说明自己不应负担债务的理由和事实,或者提出其他事

由,如发布支付令的人民法院无管辖权或送达不当等,人民法院应对此进行程序上的审查,如果债务人提出的异议合法、有效,应作出裁定终结督促程序,终结督促程序的裁定作出之日也就是支付令自行失效之时。这是因为民事案件、经济纠纷案件有时错综复杂,不讯问债务人和开庭审理,用简单的审查方式难以正确处理。因此,对于人民法院裁定终结督促程序的案件,债权人可以向人民法院起诉,由人民法院通过审判程序解决当事人之间的争议。但是,督促程序因债务人的异议而被人民法院以裁定宣告终结后,是否转为审判程序,应由债权人自己决定,人民法院不应主动受理有争议的民事、经济纠纷案件。

二、审判程序

合同发生纠纷后,合同当事人可以通过自行协商、调解方式解决,当事人不愿通过协商调解解决或者协商调解不成的,可以依据合同中的仲裁条款或者事后达成的书面仲裁协议,向仲裁机构申请仲裁。当事人没有在合同中订立仲裁条款,事后又没有达成书面仲裁协议的,向人民法院起诉。合同当事人任何一方在不服人民法院一审判决时,还可以向其上一级人民法院提起上诉和申诉解决。

(一) 起诉

1. 什么是起诉

起诉是指法人和特殊情况下的公民,由于自己经济权利受到侵害或发生争议而向人民法院提起的,请求人民法院行使国家审判权,依法保护自己合法权益的经济诉讼行为,称为起诉。

2. 起诉的条件

合同当事人,向人民法院提起诉讼,必须具备下列条件:

(1)原告必须是与本案有直接利害关系的法人或特殊情况下的公民。“与本案有直接利害关系”,是指原告与诉讼标的有直接的权利和义务关系。

(2)起诉必须有明确的被告、具体诉讼要求和事实根据。原告起诉,不仅需要指明谁是原告,而且必须准确指明谁是被告。“明确”是指在原告和被告之间确实存在着的权利义务关系。没有被告、或认定被告不准确,人民法院无法进行诉讼活动,不予受理。

原告起诉,必须提出具体诉讼要求。即诉讼目的。如请求变更或解除合同;请求责令被告归还货款或责令被告支付违约金或赔偿金等。

原告起诉,必须明确提出诉讼的事实根据。事实根据是指确认诉讼标的法律关系的发生、变更、消灭的证据,主要包括:

- ①合同或协议的正本或副本;
- ②双方来往的文书、电报、图表、电话记录、录音等;
- ③能够证明原、被告双方经济法律关系确立、变更及发展变化的其它事实和证据等。

(3)起诉必须符合法律所规定的管辖范围。原告起诉必须向有管辖权的人民法院提起诉讼。人民法院受理合同纠纷案件,一般采用地域管辖的原则。即由合同签订地或履行地的人民法院管辖。合同履行地包括领取或支付货物的地点、债务清偿地点、送达地点。如甲公司与乙工厂签订的一份购销合同,合同规定由乙工厂代办托运,从北京将货物发往广州。

甲公司收货后,发现质量不符合合同规定,于是拒付货款。这时,如果乙工厂认为货物质量没有问题,就可以到合同履行地点北京有管辖权的人民法院起诉,也可以在合同签订地人民法院起诉。北京某单位与河南省某单位在山东省召开的一个订货会议上,签订了一份供货合同。北京某单位按照合同的规定向河南某单位发运了货物。河南省某单位收货后,由于资金困难,不能偿还货款。这时,北京某单位就可以到合同签订地山东省有管辖权的人民法院起诉。

铁路、公路、水上运输和联合运输中发生的合同纠纷诉讼,由负责查处这类合同纠纷的管理机构所在地人民法院管辖。

3. 起诉方式和起诉书内容

起诉方式就是原告向人民法院递交起诉书,并按照被告人数提供副本若干份的行为方式。

起诉书是原告向人民法院提出的借以引起诉讼程序产生的诉讼文书。合同起诉书应包括以下内容:

原告,单位名称、地址。

被告,单位名称、地址。

案由。案由是指每一特定诉讼案件的名称或者原因。在合同纠纷案件中,是指属于哪一类合同纠纷的名称。

诉讼请求。诉讼请求是指诉讼的目的。如请求法院责令被告发货或付款;支付违约金或赔偿经济损失等。

事实和理由。事实和理由是合同诉状的主要部分,是请求法院裁决当事人之间经济利益争端的重要依据。主要写明当事人双方发生合同纠纷的时间、地点、原因、情节和事实经过等。重点写明起因,双方争执焦点和被告应承担的责任,并应充分引用书证、物证、证人证言及法律条文等。

(二)受理

人民法院经济审判庭收到起诉状后,首先应审查是否符合起诉条件,符合起诉条件的,应当在7日内立案,并通知当事人;认为不符合起诉条件的,应当在7日内裁定不予受理;原告对裁定不服的,可以提起上诉。

被告提出答辩状的,人民法院应当在收到之日起5日内将答辩状副本发送原告。被告不提出答辩状的,不影响人民法院审理。

(三)合同纠纷案件的管辖

合同纠纷案件的管辖是指在各级人民法院或同级人民法院之间,划分受理第一审合同纠纷案件职权范围。

合同纠纷案件的管辖分为:级别管辖、地域管辖、指定管辖、移送管辖。

1. 级别管辖

级别管辖是指根据案件影响的范围和诉讼标的争议金额的大小,在上下级人民法院之间来划分第一审合同纠纷案件管辖的,称为级别管辖。

诉讼标的争议金额的大与小,各省、自治区、直辖市各级人民法院实施标准不尽相同,因

此,诉讼当事人及各级人民法院应执行各地区的具体规定。各省、自治区、直辖市高级人民法院及最高人民法院一般不受理第一审合同纠纷案件。

2. 地域管辖

地域管辖是指根据合同的签订地或合同履行地或被告所在地来确定法院管辖的,称为地域管辖。地域管辖分为一般地域管辖和特殊地域管辖。

一般地域管辖是指按照法人机构常驻地或个体工商户、农户的户籍所在地或居住地来划分合同纠纷案件管辖的,叫做一般地域管辖。在一般地域管辖中,通常情况下,实行原告就被告的原则,即原告到被告所在地有管辖权的人民法院进行诉讼。

特殊地域管辖是指以诉讼标的所在地或引起法律关系发生变更、消灭的法律事实所在地为标准划分诉讼管辖的,叫做特殊地域管辖。在特殊地域管辖中,包括两种情况:

(1)因合同纠纷提起的诉讼,由合同履行地或者合同签订地人民法院管辖;

(2)因铁路、公路、水上运输和联合运输中发生的诉讼,由负责查处该项纠纷的管理机构所在地人民法院管辖。

因航空运输中发生的诉讼、由运输始发地,目的地或者合同签订地人民法院管辖。

3. 指定管辖

指定管辖是指由于发生了人民法院无力抗拒的事故;或由于人民法院的全体审判人员被申请回避,不能组成合议庭审理某一案件;或在案件管辖权上,两个人民法院发生争议、双方又不能协商解决时,由上级人民法院决定由哪一个人民法院管辖的,叫做指定管辖。

4. 移送管辖

移送管辖是指人民法院在审理合同纠纷案件中,发现原告起诉的案件不属于自己管辖时,主动将案件移送有管辖权的人民法院管辖,叫做移送管辖。

(四)合同诉讼当事人

1. 诉讼当事人的概念

当事人是指因为某种经济权利义务关系发生纠纷或者受到侵害,而以自己的名义进行诉讼,并受人民法院裁判拘束的利害关系人。

当事人具有如下特征:

(1)以自己的名义进行诉讼。

凡不是以自己的名义,不是为了保护自己的合法经济权益,而是以他人的名义进行诉讼的人,不能充当当事人。

(2)与案件有直接的利害关系。

当事人与本案必须具有直接的经济权利和经济义务关系。如果与本案没有经济法律关系,就不能成为本案诉讼当事人。

(3)必须承担人民法院已经生效的调解或判决所引起的法律后果。

不承担法律后果的诉讼参加人,不能成为诉讼当事人(如证人、鉴定人等)。在司法实践中,企业、事业单位、机关、团体等具有法人资格的社会组织,合并后的新企业、被关闭企业的上级主管单位以及个体经营户、专业户、实行生产责任制的农民等,都可以成为合同纠纷案件的诉讼当事人。

(4) 结案后, 需要承担诉讼费用的诉讼参加人。

2. 诉讼当事人的范围

合同纠纷案件的诉讼当事人, 也称合同的诉讼主体。包括公民、法人和其他经济组织, 在诉讼中是指原告人、被告人、共同诉讼人和第三人。

(1) 原告人

原告是“被告”的对称。是指首先向人民法院提起诉讼, 请求保护自己合法权益, 因而引起经济诉讼程序发生的人, 称为原告。

(2) 被告人

被告是“原告”的对称。是指经原告声称曾侵犯他的经济权益或双方发生争议, 由原告起诉到人民法院, 由法院通知他到法院应诉的人, 称为被告。

合同纠纷诉讼中的原告和被告必须是法人和在一定条件下的公民个人。国家机关、企业、事业单位、社会团体和其他经济组织在签订合同, 进行经济活动时, 是以法人的资格出现的, 因此, 在合同诉讼中也必须具有法人资格。不具备法人资格的社会经济组织不能充当合同纠纷案件诉讼中的当事人。个体工商户、专业户、承包经营户在与法人之间签订合同以后, 在发生合同纠纷时, 也可以成为经济诉讼中的当事人, 其他公民个人不能成为合同纠纷当事人。

(3) 共同诉讼人

在合同诉讼中, 通常是一个人为原告, 另一个人为被告。但是, 在某些情况下, 当事人一方或双方均为两个人以上, 这种诉讼, 称为共同诉讼, 原告为两个以上的, 称为共同原告; 被告为两个人以上的, 称为共同被告; 原告被告均为两个人以上的, 称为混合共同诉讼。参加共同诉讼的人, 称为共同诉讼人。

共同诉讼的意义在于: 简化诉讼程序, 节省时间和费用, 避免人民法院在同一案件中, 作出相互矛盾的判决。

共同诉讼分为两种: 即必要的共同诉讼和普通的共同诉讼。所谓必要的共同诉讼, 是指当事人一方或双方为两人以上, 其争议标的是共同的, 称为共同诉讼。

争议标的, 是指双方当事人所争议的, 要求人民法院裁判的合同权利义务关系。

争议标的是共同的, 是指当事人在经济权利和经济义务上有着共同的利害关系。因此, 人民法院应该合并审理。这里, 争议标的是共同的, 就是构成共同诉讼必须具备的条件。

必要的共同诉讼的特点是, 每一个共同诉讼人, 都是独立的诉讼主体。共同诉讼人中, 一个人的诉讼行为不约束其他共同诉讼人。但是, 共同诉讼的一方当事人对诉讼标的有共同权利义务的, 其中一个人的诉讼行为经其它共同诉讼人承认后, 对所有共同诉讼人, 都发生法律效力。

普通共同诉讼是指当事人一方或双方为两个以上, 诉讼标的属于同一类, 人民法院认为可以合并审理的诉讼, 称为普通的共同诉讼。

普通共同诉讼的特点是, 当事人对诉讼标的没有共同的权利义务关系, 因此, 其中一方的诉讼行为对其他共同诉讼人不发生任何效力, 每个诉讼当事人只对自己的行为负责。

普通共同诉讼的条件是:

①共同被告必须是在一个人民法院辖区以内。如果其中一个被告不在该法院辖区内,不能将其列为共同被告;

②必须属于同一诉讼程序。几个诉讼必须同属于依普通程序审理的案件。如果属于几个诉讼审理程序,则不应合并审理;

③必须符合合并审理的目的。即有利于简化程序,节省时间和费用,不符合这个审理目的,则也不能作为共同诉讼进行审理。

(4)第三人

经济诉讼当事人,一般由原告、被告两方当事人参加。但在特定情况下,还可以有第三人参加。第三人,即对他人之间的诉讼标的具有独立的请求权,或者虽无独立的请求权,而案件的处理结果与其有法律上的利害关系,因而参加到诉讼中来的人,称为第三人。

第三人可以申请参加诉讼,或者由人民法院通知他参加诉讼。参加诉讼的时间必须是在他人之间的诉讼已经进行,法院的终局判决之前。原、被告之间正在进行的诉讼,称为本诉;第三人参加的诉讼,称为参加诉讼。

第三人分为两类:有独立请求权的第三人和无独立请求权的第三人。

有独立请求权的第三人,是指对当事人争议的诉讼标的全部或一部分有独立诉讼请求的人。他的诉讼地位相当于原告,他以本诉中的原告和被告作为共同被告提起诉讼。实际上是以独立的实体权利人的资格向人民法院提起的一个新的诉讼。他享有原告的诉讼权利,承担原告的诉讼义务。这就形成了一个原来是当事人双方之间的诉讼。即本诉。另一个是有独立请求权的第三人和原来当事人之间的诉讼。人民法院应把两个诉讼合并审理,以避免由于把这两个有关联的诉讼分开审理,而作出互相矛盾的判决。

无独立请求权的第三人,是指对当事人争议的诉讼标的虽然没有独立请求权,但案件处理结果同他有法律上的利害关系的人。他只是参加到一方当事人一边进行诉讼的人。他与参加诉讼的当事人一方有法律上的利害关系,如果该当事人败诉,他对该当事人负有某种实体上的义务,该当事人对他有返还或赔偿的请求权。不论他是参加原告一方,还是参加被告一方进行诉讼,他既不是原告,也不是被告,而是具有独立诉讼地位的一种诉讼参加人。他在有可能使他负有法律义务的情况下,参加一方当事人的诉讼,陈述自己意见,提供证据,进行辩论,以维护自己的合法权益。

3. 合同诉讼与一般民事诉讼的区别

合同当事人和代理人必须具备特定的资格。

(1)法人资格

合同当事人参加诉讼时,必须向法院提交资格证明和营业执照等。

(2)法定代表人的资格

企业、事业单位、国家机关、社会团体等作为当事人参加诉讼时,无论法定代表人是否参加诉讼,必须向法院提交法人单位法定代表人的身份证明。

(3)委托代理人资格

法定代表人在自己不便参加诉讼时,可以委托其他人(1—2人)代替自己进行诉讼活动,但必须向法院提交“授权委托书”。受委托的人可以是单位职能部门负责人或其他工作

人员,也可以是律师或法律许可的其他人,在规定的委托事项和权限范围内参加诉讼活动。

(五) 当事人的权利和义务

1. 诉讼当事人有下列权利:

(1) 原告有起诉的权利,有放弃、变更增加诉讼请求的权利

(2) 原告有申请财产保全的权利

财产保全是指人民法院在审理合同纠纷案件开始以后,在作出判决之前,可能由于当事人一方的行为或其他原因,造成判决不能执行或难以执行时,为保证将来发生法律效力判决得到全部执行,可以根据对方当事人的申请,作出财产保全的裁定。对当事人一方的财产或执行的标的物采取的一定的强制措施,称为财产保全。

财产保全的条件是:

① 必须具有给付内容;确认、变更之诉,不能采取诉讼保全。

② 必须由于当事人一方的行为或其他原因,有可能使将来判决不能执行或难以执行时,才可以实施财产保全措施。所谓“当事人一方的行为”是指当事人一方实施的恶意行为,如将争议的标的物出卖、毁损、转移、隐匿、挥霍、资金抽走或将自己动产调出国外等行为。所谓“其他原因”主要是指客观原因,使争议的财产不能保存或者日久变质等。

③ 应根据当事人一方的申请;在当事人没有提出申请,而人民法院认为必要时,也可依其职权作出采取财产保全的裁定。

④ 申请人必须提出担保,拒绝提供担保的,裁定驳回其财产保全申请。担保包括:提供银行担保,保证人担保,现金担保或实物担保。申请人不提供担保的,驳回申请。

诉讼保全的范围只限于诉讼请求范围之内或者与本案有关的财物,超过诉讼请求的范围或者与本案无关的财物不得实施保全,保全财物的价值也不应超过诉讼请求的金额。

人民法院在接受当事人财产保全的申请以后,作出裁定,采取诉讼保全措施。在紧急情况下,人民法院必须在 48 小时内作出裁定,并立即开始执行。

诉讼保全采取的措施是:查封、扣押、冻结、责令提供担保或者法律准许的其他措施。

如果申请人败诉,申请人应赔偿被申请人因诉讼保全所遭到的财产损失。

当事人不服财产保全的裁定,可以申请复议一次。复议期间,准予财产保全的裁定继续执行。对撤销财产保全的裁定不服而申请复议的,在申请复议期间,准许财产保全的裁定不能再发生法律效力。

(3) 原告有申请先予执行的权利

先予执行是人民法院在审查合同纠纷案件中,在作出判决交付执行之前,因权利人(即原告或债权人)确实十分困难,甚至无法维持生产和经营活动,需要及时裁定义务人(即被告)先行给付一定款项或特定物,并立即交付执行的措施,称为先予执行。

先予执行的条件是:

① 双方当事人的经济法律关系必须是明确的和肯定的;

② 被告对原告必须具有给付内容,并无疑义;

③ 原告经济十分困难,确实难以维持生产或经营活动。

根据以上条件,由人民法院根据实际情况裁定并立即执行。

裁定先予执行并已立即执行的款项或特定物(如图纸、资料、设备等部件),应在案件判决时,在判决书中记载明确,并应在被告给付的总数额中扣除或返还。

先予执行的裁定确有错误,应作出撤销的决定。

当事人不服先予执行裁定的,可以申请复议一次,在申请复议期间,准予先予执行的裁定不得停止执行。对撤销先予执行的裁定不服而申请复议的,在申请复议期间,准许先予执行的裁定不能再发生法律效力。

(4)被告有承认或者反驳原告诉讼请求的权利和提起反诉的权利

被告不仅有承认或者反驳原告诉讼请求的权利,而且有权提起反诉的权利。

反诉是相对本诉而言的。所谓反诉,就是在已经开始审理的合同纠纷中,被告以本诉的原告为被告,向人民法院提出和本诉标的和理由有牵连的保护自己合法权益的请求。反诉的目的在于抵销、排斥、并吞本诉原告的权利或者使本诉原告的诉讼请求失去实际意义。

被告提出反诉,除必须符合反诉的要素以外,还必须具备下列条件:

①反诉必须在本诉起诉后,法庭辩论终结之前提起;

②反诉必须以原告为前提条件,反诉中的被告必须是本诉原告;

③反诉必须向审理本诉的人民法院提起,反诉提起后,如果本诉原告撤回其诉讼请求,法庭可以继续审理反诉;如果反诉撤回,法庭可以对本诉继续审理;

④反方与本诉的标的或理由必须存在着内部的联系,产生于同一法律关系或以同一事实为依据。比如:某工厂与某建筑工程公司之间发生了建设工程承包合同纠纷,某建筑工程公司(原告)诉某工厂(被告)拖欠工程款,而某工厂反诉某建筑工程公司的工程质量不合格,要求赔偿损失。

这里,某建筑工程公司的本诉,与某工厂的反诉都产生于建筑工程承包合同,存在于同一个法律关系,并向同一法院起诉。如果反诉的内容和本诉没有直接牵连,反诉就不能成立。

在诉讼过程中,如果被告就同一诉讼标的,掌握了原告违反合同的确切证据,应当特别注意依法行使这项权利,以维护自己的合法权益。有些被告不知道或不注意行使反诉权利,因此,使自己遭受经济上的损失。

法律规定反诉制度,有利于维护当事人的合法权益,有利于简化程序、节省人力物力和时间;可以避免在相关联的问题上作出相互矛盾的判决。

(5)双方当事人均享有使用本民族语言、文字进行诉讼的权利

此外,诉讼当事人还有委托代理人进行诉讼的权利;请求法庭有关人员回避的权利;有提供证据、进行辩论的权利;认为法庭笔录对自己的陈述确有遗漏或差错,有申请补正的权利;在不违背国家法律、政策的前提下,有自行和解的权利;对第一审法院的裁决不服,在规定期限内有权上诉的权利;对已经生效的判决、裁定、调解,一方不履行时,另一方当事人有向法院申请执行的权利;对第二审法院的裁决不服,有提请申诉的权利等。

2. 当事人的诉讼义务

(1)起诉后,当事人应向法院提交合同副本及其他有关材料

(2)当事人必须依法行使诉讼权利

当事人指使,购买他人作伪证,隐匿、转移、变卖、毁损已被查封、扣押的财产等,要依法处理,构成犯罪的,要追究刑事责任。

(3)当事人必须接受法院合法传唤;按时出庭

原告经法院两次合法传唤后,如无正当理由,拒不到庭,或者未经许可,中途退庭,法院可以按自动撤诉处理;如果被告此时已提出反诉,法院可以缺席判决。如果被告经法院两次合法传唤后,无正当理由,拒不到庭,法院可以拘传,也可以缺席判决。

(4)当事人必须自觉地履行已经生效的调解协议和裁判

(5)当事人必须交纳诉讼费用

诉讼费用由原告预交。被告提出反诉的;根据反诉金额或者价额计算案件受理费,由被告预交。

原告自接到人民法院预交诉讼费用通知的次日起七日内预交;反诉案件,由反诉当事人在提出反诉同时预交案件受理费。当事人预交确有困难的,可以在预交期内向法院申请缓交。当事人在预交期内未预交又不提出缓交申请的,按自动撤回起诉处理。

上诉案件诉讼费用,由上诉人向法院提交上诉状时预交。双方当事人提出上诉的,由上诉的双方当事人分别预交。上诉人在接到法院预交诉讼费用的通知后七日内仍未预交又不提出缓交申请的,按自动撤回上诉处理。

人民法院在受理合同纠纷案件时,根据争议的价款或金额,按照下列比例交纳:

- ①不满 1 千元的,每件交纳 50 元;
- ②超过 1 千元至 5 万元的部分,按 4% 交纳;
- ③超过 5 万元至 10 万元的部分,按 3% 交纳;
- ④超过 10 万元至 20 万元的部分,按 2% 交纳;
- ⑤超过 20 万元至 50 万元的部分,按 1.5%;
- ⑥超过 50 万元至 100 万元的部分,按 1% 交纳;
- ⑦超过 100 万元的部分,按 0.5% 交纳。

案件受理费由败诉当事人负担。双方都有责任的由双方分担。

诉讼当事人除向人民法院交纳上述案件受理费外,还应当按照人民法院规定,交纳其他有关费用,如勘验、鉴定、公告、翻译费,证人、鉴定人、翻译人员的交通费、住宿费、生活费和误工补贴费以及财产保全申请费、申请执行费等。

当事人交纳诉讼费用确有困难的,可以依照规定向人民法院申请缓交、减交或者免交。

(六)开庭审理

人民法院经济审判庭审理合同纠纷案件,一律公开进行审理。

开庭审理的程序,根据民事诉讼法的规定,其顺序为:开庭审理前的准备、审理开始、法庭调查、法庭辩论、法庭调解、合议庭评议、宣判,最后由法院制作判决书,送达当事人。

合同纠纷诉讼当事人,在法庭审理过程中,应该充分摆事实、讲道理,实事求是地向法庭提供有关证据,充分利用自己的一切合法权利,积极参加法庭辩论,维护自己的合法利益。

(七)合同纠纷的上诉与审判监督程序

1. 上诉

(1)什么是上诉

上诉是当事人对第一审未发生法律效力判决不服,在法律规定的期限内,请求上一级人民法院进行审理,作出撤销或变更原判决的诉讼行为。

当事人任何一方或双方不服各级人民法院的一审判决时可在收到判决书的第二天起15日内向上一级人民法院提起上诉。当事人不服地方人民法院第一审裁定的有权在裁定书送达之日起10日内向上一级人民法院提起上诉。超过上诉期限的,不予受理。第一审为初级人民法院的,第二审应向中级法院上诉;中级法院为一审的,第二审应向高级人民法院提起上诉。

(2)上诉的必要条件

①提起上诉,必须是符合条件的上诉人对符合条件的被上诉人提起上诉。上诉人必须是在第一审程序中的原告或被告和有独立请求权的第三人;被上诉人也必须是在第一审程序中的对方当事人和有独立请求权的第三人。上诉人、被上诉人是企事业单位、机关、团体的,应由其法定代表人提起上诉或应诉。

②提起上诉,必须在法律规定的上诉期限内提起上诉,上诉的期限自第一审判决合法送达后第二天起15日内向上一级人民法院提起上诉。

③提起上诉,必须提出上诉状。

(3)上诉案件的受理

合同当事人不服人民法院判决,向上一级人民法院提起上诉,应当通过原审法院提出上诉状,并且应按照对方当事人的人数提出副本,当事人也可以直接向第二审人民法院上诉,第二审人民法院应当在5日内将上诉状发送原审人民法院。

原审人民法院收到上诉状后,应当在5日内将上诉状副本送达对方当事人。对方当事人收到上诉状副本后,应当在15日内提出答辩状。当事人不按时提出答辩状或不提出答辩状的,不影响人民法院的审理。

原审人民法院收到上诉状、答辩状连同全部案卷和证据,应尽快送达第二审人民法院。

(4)上诉案件的审理

第二审人民法院审理上诉案件,除依照民事诉讼法关于第二审程序的规定外,适用于民事诉讼法第一审普通程序的规定。

(5)上诉案件的裁决

第二审人民法院对上诉案件经过审理所作出的处理,有以下几种情况:

①驳回上诉裁决。第二审人民法院如果确认原审判决事实清楚,适用法律正确,应驳回上诉,维持原判。

②改正原审判决的裁决。第二审人民法院通过审理如果确认原判决认定事实清楚,但适用法律有错误,应作出改正原判的裁决。但只就适用法律部分予以改正,并不变动原判决有关认定事实部分。

如原审判决的结果,即判决的全文,有失误或不明确,第二审人民法院应对原审判决进行补正。

③发回原审人民法院重新审理或自行判决。第二审人民法院对上诉案件经过审理,认

为原审判决所认定的事实不清,证据不足,可以裁定撤销原判,发回原审人民法院重新审理。但是,第二审人民法院也可以不发回原审法院重审,自己依法进行调查,收集证据进行审理。在查清事实后,依法撤销原审判决,自行作出判决。

人民法院审理对判决的上诉案件,应当在第二审立案之日起3个月内审结。有特殊情况需要延长的,由本院院长批准。

人民法院审理裁定的上诉案件,应当在第二审立案之日起30日内作出终审裁定。

第二审人民法院判决为终审判决。当事人如对第二审人民法院作出的判决不服,不能再提起上诉,只能依审判监督程序提出申诉。

第二审人民法院的判决一经宣告或送达立即发生法律效力。

2. 审判监督程序

(1)什么是审判监督程序

所谓审判监督程序是指人民法院依法对已经发生法律效力的判决、裁定发现确有错误进行再次审理的程序,称为审判监督程序或者简称再审程序。

审判监督程序与第二审程序是完全不相同的法定程序。

(2)再审程序提出的法定条件

当事人的申请符合下列情形之一的,人民法院应当再审:

- ①有新的证据,足以推翻原判决裁定的;
- ②原判决裁定认定事实的主要证据不足的;
- ③原判决裁定适用法律确有错误的;
- ④人民法院违反法定程序,可能影响案件正确判决裁定的;
- ⑤审判人员在审理该案件时有贪污受贿,徇私舞弊,枉法裁判行为的。

人民法院对不符合前款规定的申请予以驳回。

当事人对已发生法律效力的调解书,提出证据证明调解违反自愿原则,或者调解协议的内容违反法律的,可以申请再审。经人民法院审查属实的,应当再审。

当事人申请再审,应当在判决、裁定发生法律效力后2年内提出。

3. 提出再审的程序

提出再审应遵守下列法定程序:

(1)各级人民法院院长对本院已经发生效力的判决、裁定发现确有错误,需要再审的,提交审判委员会讨论决定。

人民法院对案件作出的判决、裁定,在尚未发生法律效力之前,可以上诉再审予以纠正;一经宣告或送达,对本院就发生法律效力拘束力,不得撤销、变更。因此,只能依法通过再审的程序进行审理纠正。人民法院院长和审判委员会对本院审判人员和合议庭的审判工作进行监督。所以,院长发现已经生效的判决、裁定,确有错误,有权提交审判委员会会议讨论决定。决定再审的,另外组织合议庭进行再审。

(2)最高人民法院对地方各级人民法院已经发生效力的判决、裁定,发现确有错误的,有权提审或者指令下级人民法院再审。

最高人民法院对地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作行使审判监督权。对各

级人民法院已经生效的判决、裁定,如发现确有错误,可以直接调取全部案卷材料,进行审查。自己可以审理并作出判决、裁定。也可以指令下级人民法院再审,并将审判结果上报最高人民法院。

(3)上级人民法院对下级人民法院已发生效力的判决、裁定,发现确有错误的,有权提审或者指令下级人民法院再审。

上级人民法院对下级人民法院已经发生效力的判决、裁定行使审判监督权,可以向下级人民法院调取全部案卷材料,自行审理或指令原审人民法院再审,再审的原审法院应将再审结果上报上级人民法院。

(4)人民法院按照审判监督程序再审的案件,发生法律效力判决、裁定是由第一审法院作出的,按照第一审程序审理,所作的判决、裁定,当事人可以上诉;发生法律效力判决、裁定是由第二审法院作出的,按照第二审程序审理所作的判决、裁定是发生法律效力的判决、裁定;上级人民法院按照审判监督程序提审的,按照第二审程序审理,所作的判决、裁定是发生法律效力的判决、裁定。

(5)人民检察院对人民法院的民事审判活动实行法律监督。

最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力判决和裁定,上级人民检察院对下级人民法院已发生法律效力判决和裁定,如果发现确有错误,有权按照审判监督程序提出抗诉。人民法院接到人民检察院提出的抗诉,应根据提出再审的具体程序,对已发生效力的判决和裁定进行再审。

4. 当事人的申诉

合同当事人对于已经发生法律效力判决,如果认为确有错误,并有新的证据证明自己是正确的,可以向原审人民法院或者上级人民法院提起申诉。

当事人提起申诉,应当提交申诉状。

当事人提起申诉,并不直接引起再审程序的开始,只是要求原审或各级法院对已发生法律效力判决进行复查,为接受申诉的人民法院提供原判决是否有错误的线索,决定应否提交再审。人民法院经过认真复查后,如果认为原判决正确,申诉无理的,通知驳回;原判确有错误的,由院长提交审判委员会讨论决定,依审判监督程序提出再审。在人民法院未作出撤销原裁判之前,不能因提出申诉而停止已经生效的判决。

(八)人民法院的强制执行

第二审人民法院的判决宣判之后,立即发生法律效力,败诉方当事人不得再行上诉和重新起诉。当事人一方或双方必须按照法院的判决严格履行义务。当一方当事人拒不履行法律文书所规定的义务时,另一方当事人有权向人民法院请求执行。

1. 什么是执行

执行是执行组织和人员依照法律规定的程序,运用国家的强制力量,根据法院判决及其他法律文书的规定,强制合同当事人履行义务的行为。

对合同纠纷案件进行执行,必须具备下列条件:

(1)申请执行,必须要有执行根据

执行根据是指法院和仲裁机关已经生效的判决书或裁定书、调解书,和公证机关制作的

依法赋予强制执行效力的债权文书等。如果没有法律文书作为执行的根据,申请人不得申请,人民法院也不能予以执行。

(2) 法律文书必须具有给付内容

“给付内容”是指一方当事人向另一方当事人应该交付的财产、金钱或者完成一定的义务等。没有给付内容的法律文书不能作为执行根据。

(3) 作为合同执行根据的法律文书,必须发生法律效力

如当事人不上诉的第一审判决书、裁定书和第二审判决书,都是生效的法律文书,可以作为合同执行根据。

(4) 开始执行

开始执行是按照法律文书的规定,在当事人不能自动履行义务,而是推托或拒绝履行已生效的法律文书所确定的义务时,才能向人民法院申请开始执行。

2. 执行的一般规定

(1) 执行根据

执行根据是指生效的法律文书,也叫执行文书,主要包括以下几种:

- ① 人民法院制作的发生法律效力合同判决书、裁定书、调解书;
- ② 财产保全、先予执行的裁定书;
- ③ 仲裁机关制作的生效的仲裁决定书、调解书;
- ④ 公证机关制作的依照法律赋予强制执行效力的债权文书等。

(2) 执行对象

是指合同执行工作所指向的物体。执行对象只能是被申请人的财产,不能对被申请人的人身实行强制执行,只有给付的判决才产生执行问题。我国法律不允许以羁押、拘留被申请人的办法迫使被申请人履行法律文书或者用以代替履行法律文书所确定的义务。只有在被申请人拒不履行生效法律文书并造成严重后果,或者以暴力,威胁方法阻碍执行人员依法执行职务时,人民法院才根据具体情节,对被申请人采取强制措施,或者依照刑法给予刑事处罚。

(3) 执行机构

人民法院的执行权是审判权的组织部分,执行权由人民法院统一行使,只有它才可以强制当事人的财产,其他任何单位和个人,都不得行使执行权。执行工作,一般应由原第一审人民法院的执行机构负责执行。被执行人、被执行人的财产在外地的,可以委托当地人民法院代为执行。受委托的人民法院收到委托函件后,应在 15 日内开始执行,执行完毕,应当把执行结果及时函复委托人民法院。

3. 申请执行和执行开始

(1) 申请执行

不上诉的第一审判决和第二审判决发生法律效力后,一方当事人拒绝履行义务时,另一方当事人(法人或个人)有权向有管辖权的人民法院提出申请,请求人民法院开始执行。

执行过程中,案外人对执行标的提出异议的,执行员应当按照法定程序进行审查,理由不成立的予以驳回;理由成立的,由院长批准中止执行。如果发现判决、裁定确有错误,按照

审判监督程序处理。

向人民法院申请执行时,应提交申请执行书,说明申请执行的事项和理由,提出作为执行根据的法律文书和被申请人的经济状况等材料。

申请执行必须遵守法律规定的申请期限,在法定期限内申请执行的,才是有效的。法定的申请执行期限问题,我国民事诉讼法规定,双方或一方当事人是个人的,申请执行的期限是一年;双方当事人是企业事业单位、机关、团体的,申请执行的期限为半年。执行日期的计算,均从法律文书规定履行期限的最后二日起计算,如果法律文书规定分期履行,则从每次履行期限的最后二日起计算。

被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的,经人民法院合议庭审查核实,裁定不予执行:

- ①当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的;
- ②裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的;
- ③仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的;
- ④认定事实的主要证据不足的;
- ⑤适用法律确有错误的;
- ⑥仲裁员在仲裁该案时有贪污受贿徇私舞弊,枉法裁决行为的;
- ⑦人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的,裁定不予执行。

(2) 执行开始

执行开始的原因有以下三种:

①因权利人的申请而开始执行。享有权利的当事人,在对方拒不履行法律文书确定的内容时,当事人有权向人民法院提出申请,请求强制执行。只要符合条件,人民法院接到申请后,执行程序应即开始。

②因审判组织的移送而开始执行。人民法院审判组织认为必要时,可将已生效的判决、裁定或者调解协议直接移送给执行组织,由执行人员执行,因而开始移送执行程序。

③因有关人民法院的委托而开始执行。在执行工作中,在通常情况下,由原审人民法院或者有管辖权的人民法院执行。在被申请人或申请人的财产不在本法院管辖区内的,依照法律规定,可以委托财产所在地的人民法院代为执行。

在执行中,双方当事人自行和解达成协议的,执行员应当将协议内容记入笔录,由双方当事人签名或者盖章。

一方当事人不履行和解协议的,人民法院可以根据对方当事人的申请恢复对原生效法律文书的执行。

在执行中,被执行人向人民法院提供担保并经申请执行人同意的,人民法院可以决定暂缓执行及暂缓执行的期限。被执行人逾期仍不履行的,人民法院有权执行被执行人的担保财产或者担保人的财产。

4. 执行措施

执行措施,也就是强制执行的具体办法,根据我国法律规定,合同的强制执行主要使用以下三种办法:

(1)查封、扣押、冻结、变卖被申请人的财产

人民法院在执行过程中,对合同当事人经常采用查封、扣押、冻结、变卖的强制措施。

查封,是人民法院的执行人员对被申请人的财产加贴封条,以限制财产移动、使用和处分的行为。查封,即可以对动产查封,也可以对不动产进行查封。经过查封后的财产自查封之日起未经人民法院准许,任何人不得处理。

扣押,是人民法院对被申请人的财产运到其他场所加以扣留,使被申请人不能再对被扣押的财产行使占有、使用和处分的权利。

冻结,是人民法院对被申请人在银行、信用社的存款所采取的强制措施。这里的存款,主要是指企业事业单位、机关、团体等各种存款。执行人员认为有必要冻结被申请人的存款时,可以以人民法院的名义发出协助执行通知书,由有关银行、信用社冻结,不准被申请人和其他人提取或转移。

变卖,是人民法院对被申请的财产实行强制出售的一种强制措施。被申请人的财产被查封、扣押后、经过说服教育,仍然拒绝在期限内履行法律文书确定的义务时,人民法院可以变卖被查封、扣押的财产,也可以由执行员直接进行变卖。

(2)强制执行指定交付的财物或者票证

人民法院的判决书、裁定书、调解书以及其他法律文书,责令一方当事人交付财物或者票证的,由执行人员传唤双方当事人当面交付,也可以由被申请人先将财物或票证交给执行人员,再由执行人员转交,由申请人签收。如果被申请人拒不交出的,予以强制执行。

(3)强制划拨企业事业单位、机关、团体的存款

强制划拨存款是对法人单位采取的一种强制措施,合同一方当事人败诉或双方各负相应的责任而不履行义务时,人民法院可以根据法院的判决、裁定,仲裁机关的仲裁决定,以及其他法律文书的规定,依自己的职权,向有关人民银行或者信用社发出协助执行通知书,由他们根据通知的数额,把被申请人帐户上的存款,划拨到申请人的帐户上去,执行强制划拨的措施。

人民法院审理合同纠纷案件,主要是依据《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国涉外经济合同法》等法律法规,同时,也要依据《中华人民共和国民事诉讼法》规定的诉讼程序,依法保护当事人的合法权益。经济合同当事人在诉讼过程中,应注意充分运用法律手段转被动为主动,以达到维护自己合法权益的目的。

第四节 涉外经济合同纠纷的解决

一、涉外经济合同纠纷的协商和调解解决

(一)涉外经济合同纠纷的协商解决

协商亦称友好协商,是指缔约双方当事人在发生争议后,由双方当事人自愿直接进行接触,友好磋商,相互做出一定让步,在彼此都认为可以接受的基础上,达成和解协议,从而解

决双方争议的一种方法。

友好协商在一般情况下,反映了双方的共同心愿。这样做节省时间、节省费用、气氛友好,有利于双方今后继续发展友好合作关系。如争议发生后,违约一方给付对方一定数额的金钱作为赔偿,或补交质量合格货物代替质量不合格货物,或在某些方面让对方享受一定优惠条件,以补偿其损失等。在国际经济技术交往中,我国大部分合同纠纷都是通过双方友好协商解决的。

友好协商的关键是双方是否都能作出一定让步。在某种情况下,双方当事人虽经友好协商,但都不肯作出让步,双方各执一端,相持不下;或者一方故意违约,根本就没有协商解决问题的诚意,在这种情况下无法达成协议,只有采用其他办法解决。

(二)涉外经济合同纠纷的调解解决

调解是由第三者出面在双方当事人之间进行调停,促使双方互谅互让,使争议得到解决的一种方法。

调解的第三者可以是自然人或法人,也可以是国际调解组织,还可以是某国的仲裁机构。调解解决合同双方争议,在国际上已经较为广泛地运用。为了更好地解决国家间合同争议,联合国国际贸易法委员会于1980年就制订了《调解规则》。

我国始终重视通过调解来解决涉外经济纠纷,这也是我国商事仲裁的一个特点。我国的涉外经济纠纷是通过中国国际经济贸易仲裁委员会进行调解的。

1. 调解程序

调解程序包括:

(1)申请

提议调解的一方当事人应向他方当事人发出进行调解的书面邀请,并简要说明双方争端的内容。

如果提议调解的一方当事人从发出邀请之日起30天内,或在该邀请规定的期限内未收到答复,则被认为是对调解邀请的拒绝。

(2)调解人员组成

当事人双方如果在协议中已明确应有两名或三名调解员,那么,就由他们共同完成调解工作。否则,调解人员应为一。

由一名调解员进行调解时,调解人员由双方当事人协商共同确定。

由两名调解员进行调解时,则由双方当事人各指定一名调解人员。

由三名调解员进行调解,除每一方指定一名调解员外,第三名调解员由当事人双方达成协议确定。

除此以外,双方当事人也可以请求适当的机构或个人协助指定调解员。

(3)当事人双方的义务

① 每一方当事人应向调解员提交一份简要的书面陈述,说明争端的一般性质和争执点;同时将陈述书的抄本送交他方当事人。

② 每一方当事人必须向调解员再提供一份陈述书,以进一步说明自己立场及事实和理由,并附上有关文件和其他证据。同时,将陈述书抄本送交他方当事人。

③ 调解员有权在调解程序的任何阶段要求一方当事人向他提供他认为适当的补充材料。

(4) 调解员和当事人的联系

调解员可以邀请双方当事人同他会谈,也可以用口头和书面形式同他们联系。调解员可以同时会见双方当事人或同他们联系,也可以分别会见每一方当事人或同每一方当事人联系。

除非双方当事人已商定同调解员会谈的地点,否则,会谈地点应由调解员同双方当事人协商后决定。

(5) 解决争端协议

调解员在认为有某种可能为双方当事人接受的解决因素存在时,可以拟定一项可能的解决方法条款,提交双方当事人,征求当事人的意见。然后,参照当事人提出的意见重新拟定可能的解决办法条款。

如果双方当事人就争端的解决办法达成协议,则可草拟并签署一份书面的解决争端协议。

调解员根据双方当事人的请求,可以草拟或协助双方当事人草拟解决争端协议。

(6) 调解程序的终止

调解程序可以在下列情况下终止:

① 双方当事人签署了解争端的协议,则调解程序从协议签署之日起终止;

② 调解员在同双方当事人协商后,发表书面声明,宣布继续进行调解已无意义,则调解程序从声明发表之日起终止;

③ 双方当事人向调解员发出书面声明,宣布终止调解程序,则调解程序从声明发表之日起终止;

④ 一方当事人向他方当事人或向已指定的调解员发出书面声明,宣布终止调解程序,则调解程序从声明发表之日起终止。

2. 调解费用

调解费用,包括以下内容:

(1) 调解员的合理酬金;

(2) 调解员的旅差费和其他费用;

(3) 经双方当事人同意,由调解员邀请的证人的旅费和其他费用;

(4) 经双方当事人同意,由调解员请求专家提供意见的费用;

(5) 行政协助费用;

(6) 除非解决争端协议明确规定费用按不同比例分担,否则,以上规定的费用应由双方当事人平均分担;一方当事人承付的一切其他费用由该当事人自行承担;

(7) 调解员经指定后或在调解进行期间,可以要求每一当事人交存数额相等的预付金或补充预付金。

如果双方当事人在 30 天内未交足付调解员的合理数额酬金和其他预付金,调解员可终止调解程序或向双方当事人发出终止调解程序的书面声明。终止调解程序从声明发表之日

起生效。

调解程序一经终止,调解员应向双方当事人提出一份有关收到预付金的帐目清单,并向双方当事人退还一切未用款项。

二、涉外经济合同纠纷的仲裁解决

我国《涉外经济合同法》第37条规定:当事人不愿意协商、调解的,或者协商、调解不成的,可以依据合同中的仲裁条款或者事后达成的书面仲裁协议,提交中国仲裁机构或者其他仲裁机构进行仲裁。

(一)涉外经济合同仲裁的概念

1. 什么是涉外经济合同仲裁

涉外经济合同仲裁是指由双方当事人在争议发生之前或在争议发生之后,以书面协议的方式,自愿将他们之间将来可能发生的争议或已经发生的争议提交给双方所同意的第三者进行审理,并做出对双方当事人都具有约束力的裁决的一种解决争议的方法。

仲裁决定是终局性的,当一方不服裁决时,另一方则可以向法院起诉要求强制执行。

2. 申请仲裁的前提和依据

涉外经济合同如果发生争议,任何一方欲将争议提交仲裁机关进行审理,那么双方必须在签订合同时预先订明仲裁条款,或者在双方发生争议后,达成仲裁协议,根据双方事先的仲裁条款或事后的仲裁协议将争议提交仲裁机构。仲裁条款或仲裁协议均必须采用书面形式。

3. 仲裁的基本特征

涉外经济合同仲裁既不同于调解,也不同于诉讼,具有以下基本特征:

(1)仲裁必须根据当事人双方自愿达成的仲裁条款或仲裁协议提出申请。如果双方当事人没有在事先签订仲裁条款而事后也没有达成仲裁协议,任何一方都不得迫使另一方进行仲裁。

(2)仲裁机构是民间组织,没有法定管辖权。

(3)合同当事人双方可以自由选择仲裁地点、机构、仲裁人员及所适用的法律。

(4)仲裁人员以仲裁者而不是以调解员的身份对双方争议事项进行裁决。

(5)裁决的效力是终局的,对双方当事人都具有约束力。如果败诉方不执行裁决,胜诉方有权向法院提出申请,要求予以强制执行。

(6)仲裁人员是由双方当事人指定的。仲裁员一般是由对国际经济技术贸易比较熟悉的知名人士或有关方面的专家担任。

由于仲裁有上述主要特征,所以当争议双方协商不成或调解又不能解决问题时,一般都愿意采用仲裁方法解决合同争议。

(二)仲裁协议

1. 仲裁协议的涵义

仲裁协议是双方当事人表示愿意把他们之间的合同争议提交仲裁机构解决的书面共同意思表示。

仲裁协议当事人必须具备的条件包括：依仲裁地法或属人法，该当事人具有行为能力；争议当事人与仲裁协议当事人必须一致，为同一当事人。

仲裁协议包括以下三种形式：

(1) 仲裁条款 (Arbitration Clause)

当事人一方或双方要想在合同发生争议后，采用仲裁的方法予以解决，必须在双方签订合同时就要明确订立仲裁条款。仲裁条款是双方当事人签订涉外经济合同时，表示愿意把将来可能发生的争议提交仲裁机构进行仲裁，并将其作为主合同组成的一部分而明确规定在合同之中。

(2) 仲裁协议 (Submission)

仲裁协议是当事人双方在签订合同时没有订立仲裁条款，当双方发生争议后，为了表示同意把双方争议提交仲裁机构进行裁决而达成的书面文件。

(3) 其他有关书面文件

其他有关书面文件是指当事人双方来往的信函、电报、电传等文件中足以说明双方当事人同意将争议提交仲裁机构进行审理的文字表示。

仲裁条款是在签订合同时，双方尚未发生争议之前订立的；仲裁协议是在双方发生争议后，原合同条款中又没有规定仲裁条款的情况下订立的。无论是仲裁条款或仲裁协议，其法律效力和作用是完全相同的。只要合同中订有仲裁条款，日后如果发生合同争议，任何一方当事人都可以根据仲裁条款提出仲裁，不必在合同之外另行签订提交仲裁的协议。

2. 仲裁协议的作用

仲裁协议(包括仲裁条款)的作用主要表现为以下几个方面：

(1) 有效的仲裁协议是仲裁机构受理双方争议的依据。当事人双方如果没有仲裁协议，当事人不得将争议提交仲裁机构审理，仲裁机构也无权受理。

(2) 双方当事人均须受仲裁协议的约束，如果发生争议，就应以仲裁方式进行，不能向法院提起诉讼。

(3) 排除法院对有关争议案件的管辖权，这是仲裁的一项重要作用。只要双方当事人订立了仲裁协议，双方就不能把争议案件提交法院审理。如果任何一方违反仲裁协议，把争议提向法院诉讼，对方可以根据仲裁协议要求法院停止诉讼，并将争议交由仲裁机构进行审理。如我国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则中规定：仲裁委员会根据当事人在争议发生之前或者在争议发生之后达成的将争议提交仲裁委员会仲裁的仲裁协议和一方当事人的书面申请，受理产生于国际经济贸易中的争议案件。还规定：仲裁裁决是终局的，任何一方当事人均不得向法院起诉，也不得向其他机构提出变更仲裁裁决的请求。此外，我国《民事诉讼法第 257 条》也规定：经中华人民共和国涉外仲裁机构裁决的案件，当事人不得向法院起诉。

关于仲裁协议具有排除法院对争议案件的管辖权问题已被国际公约(如《承认及执行外国仲裁裁决公约》、《国际商事仲裁欧洲公约》)所确认，大多数国家已在法律上确定了仲裁协议的效力具有排除法院司法管辖权的基本原则。

(4) 按照国际上通常的习惯，在一国订立的并已生效的仲裁协议，在他国一般也承认其

有效。

(5)有效的仲裁协议是仲裁裁决具有强制力的法律前提。

3. 仲裁协议的主要内容

仲裁协议或仲裁条款是仲裁员或仲裁庭受理仲裁案件的依据,是当事人双方都十分关心的重要问题,因此,必须认真对待。

仲裁协议或仲裁条款,除应明确将其争议提交仲裁解决的意向外,还应明确规定仲裁地点、仲裁机构、仲裁程序、仲裁裁决效力和仲裁费用的负担等方面的内容。

(1)仲裁地点

仲裁地点在仲裁协议或仲裁条款中占有重要地位,它涉及在当事人双方发生合同争议后,应在哪一个国家或地区进行仲裁,直接关系到当事人的经济利益。确定仲裁地点,一般应根据当事人双方所签合同的具体情况,谈判中双方的地位,当事人所在国的方针、政策以及各方法律的规定来综合考虑。我国在涉外经济贸易合同中,确定仲裁地点条款时,主要有以下几种方式:

① 在我国仲裁。在我国仲裁的条款基本上可以这样规定:

“甲、乙双方因执行本合同或与本合同有关的一切争议,应通过友好协商解决。如经协商不能解决时,应提交北京中国国际贸易促进委员会国际经济贸易仲裁委员会,按照中国国际贸易促进委员会国际经济贸易仲裁委员会的仲裁规则进行仲裁。”

在涉外经济合同中,仲裁选择在什么地点是很重要的。按照一般惯例,仲裁地点选择在哪个国家,就适用哪个国家仲裁机构的仲裁规则(包括程序法和实体法)。如果合同中没有具体规定,仲裁员通常按照当地的规则来确定合同所适用的准据法。由于对争议双方可能会作出不同的解释和结论,因此,在商订仲裁条款时,仲裁地点往往是双方当事人争论的焦点。为了争取主动,维护我方当事人的合法权益,我们应该争取选择在我国北京,根据我国的仲裁规则进行仲裁。

② 在被告国仲裁。在被告国仲裁的条款可以这样规定:

“甲、乙双方因执行本合同或与本合同有关的一切争议,应通过友好协商解决。如经协商仍不能解决时,可以提交仲裁。仲裁地点在被告方仲裁机构进行。×方仲裁地点是北京,中国国际贸易促进委员会国际经济贸易仲裁委员会;×方仲裁地点是……。”也就是说,如果我国企业是被告方,仲裁则在中国,根据中国国际贸易促进委员会国际经济贸易仲裁委员会的仲裁规则进行;如果对方是被告方,仲裁则应在对方国家的仲裁机构并依对方国家仲裁规则进行。目前,中国国际贸易仲裁委员会已分别同日本、意大利、法国等国家的仲裁机构达成协议,各自向本国企业推荐,仲裁应在被告方国家进行。

此类条款应在对方国家具有常设仲裁机构的情况下才能采用。

采取这一条款进行仲裁的好处是,对双方当事人来说,完全是对等的,都有在本国仲裁机构进行仲裁的机会。

③ 在第三国仲裁。选择在第三国仲裁,其条款可以这样规定:

“甲、乙双方因执行本合同或与本合同有关的一切争议,应通过友好协商解决。如经协商不能解决时,应提交双方同意的第三国(×××国)的仲裁机构(×××国仲裁机构名称),

根据有关仲裁程序规则进行仲裁。”

采用这一条款，一般是在对方国家没有常设仲裁机构的情况下采用的。

当事人双方在选择第三国或地区性或国际性仲裁机构时，我国合同主体应着重考虑以下两个条件：

第一，该国仲裁机构在政治上必须对我方是友好的；

第二，该国或仲裁机构是比较公平合理，业务能力和信誉比较好的机构。如瑞典的斯德哥尔摩商会仲裁院、瑞士的苏黎世商会仲裁院、日本的国际商事仲裁协会、南斯拉夫的南斯拉夫商会对外贸易仲裁院等都可以作为第三国的仲裁地点。

目前，采用这种方式进行仲裁的主要是那些金额比较大的技术引进合同和成套设备合同。如果金额较小的争议也选择在第三国，由于仲裁费用很大，是得不偿失的。

④ 在被告方选择的国家仲裁。在被告方所选择的国家仲裁，其条款可以这样规定：“凡因执行本合同所发生的或与本合同有关的一切争议，双方应首先通过友好协商解决；如经协商不能解决，应提交仲裁。”

仲裁在中国北京或在（国家名、城市名称）进行，由被告一方选择。

在中国北京，由中国国际贸易促进委员会国际经济贸易仲裁委员会依照该会现行的仲裁程序规则进行仲裁。

在（国家名称、城市名称、仲裁机构名称）按照其仲裁程序规则进行仲裁。

仲裁裁决是终局的，对双方都有约束力。

⑤ 在对方当事人国家仲裁。在对方当事人国家仲裁，其条款可以规定为：“凡因执行本合同发生的或与本合同有关的一切争议，双方应首先通过友好协商解决；如经协商不能解决，应提交（对方当事人国家名称、城市名称、仲裁机构名称），按照其仲裁程序规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的，对双方均有约束力。”

⑥ 在临时组织的仲裁庭仲裁。在临时组织的仲裁庭进行仲裁，其条款可以这样规定：“凡因执行本合同所发生的或与本合同有关的一切争议，双方应首先通过友好协商解决；如经协商不能解决，则应提交仲裁。”

仲裁在（国家名称、城市名称），按照（双方当事人约定的仲裁程序规则的全称）进行。

仲裁裁决是终局的，对双方均有约束力。”

（2）仲裁机构

在国际上，涉外经济合同的仲裁有两种方式：一种是在常设仲裁机构进行仲裁；另一种是由临时仲裁机构进行仲裁。

仲裁协议或仲裁条款应明确规定仲裁机构是由常设仲裁机构进行仲裁还是由临时仲裁机构进行仲裁。如果选择在常设仲裁机构进行仲裁，应写明常设仲裁机构的名称；如果采用临时仲裁机构进行仲裁，应具体规定临时仲裁庭的组成方式。临时仲裁机构是在自己国家没有常设仲裁机构，又不愿意到外国仲裁机构去仲裁的情况下，直接由当事人双方指定仲裁员自行组成仲裁庭进行仲裁。仲裁庭是临时性的，案件处理完毕即自动解散。

当事人选择常设仲裁机构比选择临时仲裁机构具有较大好处，有利于仲裁的行政管理和组织工作。因此，近年来在涉外经济贸易中，约有 95% 的仲裁案件是在常设仲裁机构的

主持下进行的,只有少数仲裁案件是由临时仲裁机构进行仲裁的。

(3) 仲裁程序规则

仲裁机构的确定是与仲裁程序规则紧密相联的。

仲裁程序规则亦称仲裁程序法或仲裁规则。仲裁程序规则是仲裁机构、仲裁员、当事人和其他参与人在仲裁活动中必须遵循的行动准则。其中包括如何提出仲裁申请、如何进行答辩和反诉、如何指定仲裁员、怎样组成仲裁庭、怎样进行仲裁审理和怎样做出仲裁裁决等。

仲裁程序规则是由各国仲裁机构自行制定的。同时,也有一些国际性的和地区性的仲裁规则。

当事人在选择仲裁机构和仲裁程序时一般是一致的。确定哪个仲裁机构就采用那个仲裁机构的仲裁规则。这种做法既有利于仲裁工作的审理,又容易取得仲裁地国家法院的配合。但是,有些资本主义国家法律又规定,当事人选择在某个国家的仲裁机构进行仲裁时,可以不采用该国仲裁机构制订的仲裁程序规则,但必须以不违反仲裁地国家仲裁法中的强制性规定为前提条件。该国仲裁机构以外的仲裁程序规则主要是指适用别国常设仲裁机构的程序规则和一些国际性及地区性的仲裁程序规则。

(4) 仲裁裁决的效力

仲裁裁决的效力主要是指裁决是否为终局性裁决的效力,对双方当事人是否具有法律约束力及能否继续向法院提起上诉。

我国《民事诉讼法》第 259 条规定:对中华人民共和国涉外仲裁机构裁决的,当事人不得向人民法院起诉。一方当事人不履行的,对方当事人可以申请该仲裁机构所在地或财产所在地的中级人民法院依照我国民事诉讼法的有关规定执行。《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第 38 条规定:一方当事人不履行的,另一方当事人可以根据中国法律的规定,向中国法院申请执行,或根据 1958 年《承认及执行外国仲裁裁决公约》,或者中国缔结或参加的其他国际公约,向外国有管辖权的法院申请执行。同时《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第 36 条还规定:仲裁裁决是终局的,任何一方当事人均不得向法院起诉,也不得向其他机构提出变更仲裁裁决的请求。

当前,世界各国的法律对仲裁裁决都作出了原则上不允许上诉的限制。有些国家虽然规定允许当事人向法院上诉,也只是允许在仲裁裁决本身的有效性和法律程序及手续上进行上诉。但就其具体事实、内容、适用法律方面,仍不允许上诉。有些国家仲裁法规定,当法院认定具有下列情况之一时,有权撤销仲裁裁决:

- ① 仲裁裁决缺乏有效的仲裁协议作为依据;
- ② 仲裁员行为不当(即未按仲裁程序规则行事)或越权作出裁决;
- ③ 交付仲裁裁决的事项属于法律规定不得提交仲裁处理的问题;
- ④ 仲裁裁决违反该国的公共秩序;
- ⑤ 仲裁程序不当或仲裁裁决不符合法定要求。

但是,对仲裁裁决提起上诉,然后由法院根据条件再撤销仲裁裁决的情况是极少的。为了明确仲裁裁决的效力,避免引起复杂的上诉程序,双方当事人在订立仲裁协议或仲裁条款时,一般都应明确规定仲裁裁决是终局的,对双方当事人都有约束力,任何一方都不得向法

院提起上诉或要求更改终局的裁决。

(5) 仲裁费用

在仲裁协议或仲裁条款中,一般都规定有仲裁费用由败诉方负担或规定按仲裁裁决执行。

(三) 仲裁机构

在涉外经济合同仲裁活动中虽然有临时仲裁机构和常设仲裁机构之分,但一般情况下均选择常设仲裁机构。

我国的常设仲裁机构是中国国际贸易促进委员会国际经济贸易仲裁委员会。这个仲裁机构,不是国家的政府机构,而是民间性的常设仲裁机构。

我国的这个民间的常设仲裁机构是根据中央人民政府政务院 1954 年通过的《关于在中国国际贸易促进委员会内设立对外经济贸易仲裁委员会的决定》于 1956 年成立时,同时制订了《对外贸易仲裁委员会仲裁程序暂行规则》,主要受理对外贸易合同和交易中所发生的争议,特别是外国商号、公司或者其他经济组织同中国商号、公司或其他经济组织间的争议;同时也受理外国商号、公司或者其他经济组织之间的争议;还包括由于在国外购买、销售商品的合同或者委托买卖合同所发生的争议,以及有关对外贸易商品的运输、保险、保管、发送中所发生的争议。

为了适应我国对外经济贸易发展的需要,国务院于 1980 年 2 月决定,将对外贸易仲裁委员会改名为“对外经济贸易仲裁委员会”使其受案范围又有所扩大,包括了中外合资经营、合作经营、合作开发、技术转让、金融信贷、投资、租赁等各种国际经济合作方面所发生的争议。1989 年 6 月 21 日经国务院批准,将中国国际贸易促进委员会对外经济贸易仲裁委员会又改名为中国国际经济贸易仲裁委员会。其受理案件范围扩大为国际经济贸易中发生的一切争议。同时,中国国际贸易促进委员会第一届第三次委员会会议通过了《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》。

(四) 仲裁程序

1. 我国涉外仲裁机构案件的受理

我国涉外仲裁机构受理涉外合同争议案件必须具备下列三个条件:

(1) 当事人双方必须在合同中订有仲裁条款或者在争议发生后订有书面仲裁协议。同时还必须在仲裁协议中明确表示自愿将双方争议提交我国涉外仲裁机构依我国仲裁程序规则进行仲裁。

(2) 仲裁协议一方当事人必须向我国涉外仲裁机构提出仲裁申请。仲裁申请是仲裁员或仲裁庭对争议案件取得审理权的直接依据,仅有仲裁协议或仲裁条款,而没有当事人一方提出仲裁申请的案件,我国涉外仲裁机构不予受理。

(3) 当事人申请仲裁的案件必须是属于我国涉外仲裁机构有权受理的范围之内的争议案件,否则不予受理。

2. 仲裁申请和答辩程序

申诉人根据仲裁协议向仲裁机关提请仲裁,必须递交仲裁申请书。仲裁申请书是一方当事人根据仲裁协议(包括仲裁条款)的规定,向规定的仲裁机构提交合同争议要求仲裁的

书面请求。首先提交仲裁申请书的一方称为申诉人;另一方当事人为被诉人。

申诉人必须按照下列要求向仲裁委员会提出仲裁申请:

(1)向仲裁委员会提交仲裁申请书。仲裁申请书应写明:

① 申诉人和被诉人的名称、地址、邮政编码、电传(或电话号码),如果当事人委托代理人办理有关仲裁事项,应向仲裁委员会附具授权委托书,并写明代理人名称、地址、邮政编码、电传及电话号码;

② 申诉人所依据的仲裁协议;

③ 申诉人的要求及所依据的事实和证据;

④ 仲裁申请书应当由申诉人及(或)申诉人授权的代理人签名。

(2)申诉人应附具申诉人要求所依据的事实的证明文件(契约、仲裁协议、当事人往来函件)的原本或经过证明的足够的副本或抄本。

(3)申诉人在仲裁委员会仲裁员名册中指定一名仲裁员,或委托仲裁委员会主席指定仲裁员。

(4)申诉人在提交仲裁申请的同时,交纳双方争议金额 0.5% 的仲裁预付款。

仲裁委员会收到仲裁申请书及其附件后,如审查合格,应立即将申诉人的仲裁申请书及附件,连同仲裁委员会的仲裁规则和仲裁员名册各一份,寄送给被诉人。

被诉人应当在收到仲裁申请书之日起 20 天内,在仲裁委员会仲裁员名册中再指定一名仲裁员,或者委托仲裁委员会主席指定,并应在收到仲裁申请书之日起 45 天内向仲裁委员会提交答辩书及有关证明文件。

3. 组成仲裁庭程序

仲裁庭受理案件后,应做好准备,组织仲裁庭。仲裁庭分为合议仲裁庭和独任仲裁庭。合议仲裁庭,是指由仲裁员数人组成的仲裁庭,合议仲裁庭称合议制;独任仲裁庭是指由独任仲裁员一人成立的仲裁庭,独任仲裁庭称独任制。

仲裁庭的组成主要是仲裁人员的确定。

(1)仲裁员条件

中国国际贸易促进委员会国际经济贸易仲裁委员会设有仲裁员名册,目前有仲裁员 76 人,由中国国际贸易促进委员会从对国际经济贸易、科学技术和法律等方面具有专门知识和实际经验的中外人士中聘任。

(2)仲裁员人数

根据《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》的规定,仲裁员的人数为 1—3 人。独任仲裁庭由独任仲裁员 1 人成立独任仲裁庭;合议仲裁庭由首席仲裁员 1 人和仲裁员 2 人,共 3 人组成合议仲裁庭。两种仲裁庭组成形式,可以自由选用。

(3)仲裁员的选定或指定

① 独任仲裁庭的成立。由双方当事人在仲裁委员会仲裁员名册中共同指定或者委托仲裁委员会主席指定 1 名仲裁员为独任仲裁员,成立仲裁庭,单独审理案件。

如果双方当事人约定由 1 名独任仲裁员审理案件,但在被诉人收到仲裁申请书或者在约定由 1 名独任仲裁员审理案件之日起 20 天内就独任仲裁员人选达不成一致意见时,则由

仲裁委员会主席指定。

② 合议仲裁庭的组成。合议仲裁庭由双方当事人各自在仲裁委员会仲裁员名册中指定或者委托委员会主席指定 1 名仲裁员,如果被上诉人未按规定要求指定或者委托仲裁委员会主席指定仲裁员,仲裁委员会主席有权为被上诉人指定 1 名仲裁员。然后,仲裁委员会主席再在仲裁员名册中指定 1 名(第三名)仲裁员为首席仲裁员,由 3 人组成仲裁庭,共同审理案件。

仲裁案件有两个或两个以上申诉人及(或)被上诉人时,申诉人之间及(或)被上诉人之间应当经过协商,在仲裁委员会仲裁员名册中各自共同指定 1 名仲裁员。如果申诉人之间未能在提交仲裁申请书时共同指定及(或)被上诉人之间未能在收到仲裁申请书之日起 20 天内共同指定仲裁员,则由仲裁委员会主席指定。

仲裁员不代表任何一方的利益。

4. 审理程序

(1) 审理方式

根据我国《国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》的规定,仲裁庭一般应当开庭审理案件。但经双方当事人的申请或者征得双方当事人同意,也可以不开庭审理,只依据书面文件进行审理并作出裁决。

根据我国《仲裁规则》规定,仲裁庭开庭审理案件,不公开进行,如果双方当事人要求公开审理,则由仲裁庭作出决定。

(2) 仲裁庭开庭日期

仲裁庭开庭审理的日期,由仲裁庭商事仲裁委员会秘书处决定,并于开庭前 30 天通知双方当事人。当事人有正当理由的,可以申请延期,但必须在开庭前 12 天向仲裁委员会秘书处提出请求,除非发生不能预见的特殊情况。延期请求由仲裁委员会秘书处转告仲裁庭,然后由仲裁庭商事仲裁委员会秘书处作出决定。

(3) 保全措施

保全措施是指仲裁机构受理案件后到作出裁决前,为了维护当事人的正常权益,根据一方当事人的申请和中国法律规定,向中国法院提出的对被诉人的财产采取的一种强制性保护措施。我国《国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》规定:仲裁委员会可以根据当事人的申请和中国法律的规定,提请被上诉人财产所在地或仲裁机构所在地的中国法院作出关于保全措施的裁定。根据这一规定,保全措施是由当事人向仲裁机构提出申请,而不是仲裁机构主动依职权行使。仲裁委员会根据我国民事诉讼法的规定,向被上诉人财产所在地或者仲裁机构所在地的中级人民法院提出申请,由中级人民法院作出关于保全措施的裁定。保全措施提请我国人民法院裁定,经人民法院作出裁定后,才能予以执行。仲裁机构无权作出采取保全措施的决定。

(4) 开庭审理

仲裁机构在做好开庭前的一切准备工作后,即可组织开庭审理。

根据我国《仲裁规则》的规定,在开庭审理前,仲裁委员会应按照规定将开庭日期和地点通知双方当事人。当事人双方可以亲自出庭,也可以委托中国和外国公民作为代理人,代表

当事人出庭参加审理。代理人必须持有当事人的授权委托书。

① 开庭地点。仲裁委员会受理的案件,应当在仲裁委员会所在地进行审理;为了便于当事人参加仲裁和对案件的审理;经仲裁委员会主席批准,也可以不在北京而在我国其他地点进行审理。

仲裁庭开庭时,如果一方当事人或其代理人不出席,仲裁庭可以进行缺席审理和作出缺席裁决。

② 先行调解。所谓调解,是指在开庭审理之前或审理之中在仲裁机构的主持下,双方当事人自愿互谅的基础上,经充分协商,自愿达成一致意见,从而解决合同争议的一种活动。

先行调解在我国《仲裁程序》中虽然没有明确规定,但它是我国多年来行之有效的经验总结。我国和外国签订的仲裁条款中,明确规定在仲裁前应先提交我国仲裁委员会调解。在仲裁程序中,凡有调解可能的,都应尽可能争取调解解决。这样既有利于解决争议,又有利于双方友好往来。

调解必须坚持当事人自愿,即当事人是否参加调解要坚持自愿,双方达成的协议也必须自愿。任何一方的意志不能强加给另一方,仲裁机构的调解意见也不能强加给当事人任何一方。当事人可以同意采纳,也可以不同意采纳,对双方均没有约束力。调解始终必须自愿。当事人双方经过调解如果达成和解协议,仲裁庭应当根据双方当事人和解协议内容,作出裁决书。如果双方当事人自行达成和解,申诉人应当及时申请撤销案件。案件的撤销,如果发生在仲裁庭组成以前,由仲裁委员会主席作出决定;如果发生在仲裁庭组成以后,由仲裁庭作出决定。

③ 仲裁。强调先行调解不是只要调解不要仲裁,或只重视调解不重视仲裁。调解与仲裁相结合,互相联系,相互补充是我国对外经济贸易仲裁的一个显著特点。在调解无效时,仲裁机构即可按照仲裁程序进行审理,及时作出裁决。

近年来,我国在仲裁工作中又突破了单独由我国仲裁机构进行调解的模式,创造了“联合调解”的新方法。联合调解的具体做法是:在有条约或协议的条件下,当中外当事人之间发生合同争议时,首先由双方当事人直接接触,进行友好协商解决。经协商达不成协议时,双方当事人可分别向本国仲裁机构提交仲裁申请,两国的仲裁机构各指派人数相等的人员组成调解委员会,由调解委员会主持调解。经调解达成协议的,制作调解书,以此结案;不能达成协议的,根据当事人的仲裁协议,按照仲裁程序进行仲裁。如1980年中国和法国达成一项仲裁协议,其中规定:

一切有关涉外经济合同的争议由双方当事人友好协商解决;

如协商无效,争议提请中国国际贸易促进委员会和法国工业产权局指定相等的人员,组成调解委员会联合调解。1981年我国国际经济贸易仲裁委员会和意大利仲裁协会签订的仲裁合作协议中规定:遇有中意经济贸易争议,应鼓励争议双方通过直接友好协商解决;如经协商不能解决,无论争议双方有无仲裁协议,均应鼓励他们将来将争议提请由我国国际经济贸易仲裁委员会和意大利仲裁协会各指定人数相等的调解员组成联合调解委员会,进行联合调解。调解无效时,再按争议双方的仲裁协议提请仲裁。

5. 裁决的效力

仲裁裁决的效力主要是指裁决是否具有终局性,对当事人双方是否具有法律约束力,是否允许向法院上诉的问题。

由 1 名仲裁员组成的独任仲裁庭,由仲裁员单独审理案件并作出裁决。

由 3 名仲裁员组成的合议仲裁庭审理的案件,裁决是依照多数仲裁员的意见形成仲裁决定的。对于少数仲裁员的意见应作成记录附卷。根据我国《国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》的规定,仲裁裁决由仲裁庭在案件审理终结之日起 45 天内作出。仲裁庭对其作出的裁决(经调解达成和解协议的案件除外),应当在裁决书上说明裁决所依据的理由,裁决书应当由仲裁庭全体或多数仲裁员署名,并写明作出裁决书的日期和地点。

仲裁裁决的效力问题,应在条款中明确规定:仲裁裁决是终局的,任何一方当事人均不得向法院起诉,也不得向其他仲裁机构提出变更仲裁裁决的请求。当事人应当依照裁决书规定的期限自动履行义务,裁决书未规定期限的,应当立即履行。

仲裁适用的实体法问题,是一个法律冲突问题。由于这个问题比较复杂,当事人最好不要在仲裁条款中订明适用哪一个国家的实体法,而由仲裁庭根据发生争议的具体情况,去选择适用哪一个国家的实体法。

第八章 合同漏洞与陷阱防范

第一节 怎样防止订立无效合同

一、怎样防止订立无效经济合同

(一)什么是无效经济合同

无效经济合同,就是不具备有效经济合同条件,不具有法律效力的经济合同。经济合同是当事人之间进行经济交往,建立经济法律关系的一种形式。但是,并不是说,当事人之间签订的任何一项经济合同都是合法有效的。一切违背国家法律、政策规定的经济合同,都是无效经济合同。《经济合同法》第7条规定:“无效经济合同,从订立的时候起,就没有法律约束力。”而且,当事人还应当承担由此产生的法律后果。

(二)无效经济合同的法定条件

根据《经济合同法》的规定,具备下列条件之一的,为无效经济合同:

1. 经济合同的主体不合格

(1)未经核准登记、领取营业执照或虽有执照但超范围经营的,合同无效。签订经济合同要审查对方是否经过核准登记,具有营业执照,银行帐户等合法条件。如某公司(供方)与某酒厂劳动服务公司(需方)签订了购销150万个苇子的经济合同,总金额达750万元。某公司按照合同约定发出第一批货15万个苇子后,某酒厂劳动服务公司不但不予提货并且要求退货。但某公司要求继续履行合同,双方发生纠纷。经法院查实:某酒厂劳动服务公司未经当地工商行政管理局核准登记、没有领取营业执照。某酒厂劳动服务公司从事非法经营活动,所签经济合同无效。

取得了法人资格,领取了营业执照,还必须在法律规定或核准登记的业务范围之内开展业务活动。法人的权利能力和行为能力如果超越国家规定或者核准登记的业务范围,也就失去了自己的权利能力和行为能力。超越自己业务范围的经济合同为无效合同。如甲公司(需方)与乙公司(供方)签订了一项150万条麻袋的购销合同,总金额达295.5万元。甲公司预付货款40万元。由于乙方无货,甲方要求退回预付货款,乙公司已将40万元挪作他用。双方发生纠纷。经法院调查核实,甲乙双方均没有经营麻袋的业务,双方均属超范围经营。因此经济合同无效。

(2)国家法律限制行为能力的人签订经济合同的,合同无效。如政府部门行政机关干部

从事工商业活动,签订经济合同的,所签合同为无效。

2. 经济合同内容不合法

(1)经济合同的条款违反国家法律、行政法规、政策规定的合同无效。如贩运走私物资、投机倒把、放高利贷、违反信贷计划,违反金融、外汇、市场管理的经济合同,不管当事人主观动机如何,都视为无效经济合同。

(2)经济合同标的为国家明令禁止的买卖物,未经许可经营的物或法律、政策所不允许的行为。经济合同的标的是否合法,是确定经济合同是否有效的重要内容。在我国,不是任何物品都可以作为合同的标的签订经济合同。国家明令禁止买卖的物品,如土地、矿藏、水流、国有森林、荒地等都是国家专有财产,法律对国家专有财产给予特殊的保护,不得进入流通领域。任何单位和个人无权进行买卖。

对于未经许可而经营的物品,法律明确规定不得买卖。如为了加强对广东、福建两省进口商品的管理和制止走私货物内流,1985年国务院曾明文规定:按正常渠道进口的“17种进口商品”(汽车其中包括各种新旧汽车及汽车底盘、摩托车包括轻骑、自行车、缝纫机包括机头、电视机、三用机和录音磁头、手表、照像机、电风扇、洗衣机、电子计算器、电冰箱、录相机、录音带、化纤制品其中包括尼龙丝、纯化纤和混纺化纤织物及制成品等)必须按照商品经营分工,分别由主管的物资、商业和纺织工业部门经营,在省内销售,不准跨省、市、自治区代销。在一段时间内经济合同当事人如果违反了国家现行政策规定,未经允许而经营“17种进口商品”,所签合同无效。

法律和政策所不允许的行为,也属于经济合同内容不合法,是无效的经济合同。如经济合同当事人利用合同进行违法活动,扰乱经济秩序,损害国家利益和社会公共利益,牟取非法收入的,都是法律和政策所不允许的行为。

(3)当事人的意思表示不真实,采取胁迫、欺诈等手段签订经济合同的,合同无效。胁迫,是指当事人一方使用暴力或要挟、威胁的方法,迫使对方同意与自己签订某项经济合同的行为。比如供应原料单位以停止供应原料相挟;铁路运输部门以停止运输相要挟;供电单位以限电、断电相要挟或一方对另一方采用暴力或实施精神上的压力相威胁,使对方同意订立显然对自己不利的经济合同。胁迫的特点是:要挟的行为是一种违法行为,而且确实可能发生,并足以迫使对方屈服,违背其意志而订立的合同,都是无效合同。

另外,某些国家机关及其工作人员,利用职权,强迫命令,使对方接受不合理条款签订合同,也属于采取胁迫手段签订经济合同。

欺诈,是指当事人一方故意制造假相或隐瞒真相,致使对方产生错误认识,上当受骗的行为。如某铁厂与某加工厂签订了一份购销150吨生铁的经济合同。第一批供货70吨,双方无争议。第二批货40吨,进货一个月后,某加工厂发现质量有问题,提出异议,要求赔偿损失,剩余的40吨要求退货,双方发生纠纷。经济合同仲裁机关查实,某铁厂从其他两个厂购进生铁70吨,冒充本厂生产的生铁,然后以此为样品同该加工厂签订了购销合同,其中包括本厂生产的80吨不合格的生铁。仲裁机关裁定,某铁厂以欺诈手段订立的经济合同,合同无效。

(4)当事人有意规避法律,损害国家利益、社会公共利益或他人利益而签订的合同,合同

无效。所谓规避法律,是指经济合同当事人明知国家具有某项法律规定,但为了获取经济利益,采用种种手段逃避法律的制裁,进行违法活动的行为。如签订内容淫秽的唱片、录音带、录相带等;质量低劣有损于国家利益、社会公共利益和他人利益的合同,合同无效。

3. 无效代理行为

(1) 代理人未经授权或超越代理权限或代理权消灭后签订经济合同,而被代理人又未予追认的,这种代理属于无权代理,实际上是擅自利用他人名义进行的法律行为,并不代表被代理人的意志,对被代理人不产生有效的权利义务关系,是无效代理行为。

(2) 代理人以被代理人的名义同自己订立经济合同。以被代理人的名义同自己订立经济合同,实际上是自己同自己签订合同,这种代理没有充分反映被代理人的意志和利益,难于做到双方在权利义务上的平等互利,因而代理行为无效。

(3) 代理人以被代理人的名义同自己代理的其他人签订的合同,这种代理是同一个代理人,代理双方签订合同,不是双方真实意志的反映,仍然是代理人自己同自己签订合同。经济合同是双方的法律行为,同一代理人代表双方签订合同,实际上是单方的法律行为,也是无效代理行为。

(4) 代理人与对方通谋签订损害被代理人利益的合同。这种代理合同既违反了经济合同是双方当事人意志的反映,又违反了双方平等协商的原则;既违反了等价交换的原则,又违反了平等互利原则。代理关系是双方的法律行为,代理人与对方通谋签订损害被代理人利益的合同,实质上仍然是单方的法律行为,不受法律保护的代理行为。因而也是无效的代理行为。

4. 签订经济合同手续不合法

对于某项合同,如涉外经济合同、联合经济合同、大中型建设工程承包合同等,应事先经有关政府部门或主管部门审查、批准具备合法批准手续后才能依法成立,否则,视为无效合同。

无效经济合同,从订立的时候起,就没有法律效力。但是,确认经济合同是否有效,情况比较复杂,必须依具体情况,具体分析。

无效经济合同,分为全部无效合同和部分无效合同两种。确认经济合同部分无效的,如果不影响其余部分的效力,其余部分仍然有效。

(三) 无效经济合同的确认权

无效经济合同的确认权,就是确认经济合同为无效经济合同的权力。《经济合同法》第7条第六款规定,无效经济合同的确认权,由人民法院或仲裁机构确认。原无效经济合同的确认权是由合同受理机关和人民法院确认的,现修改为人民法院或者仲裁机构,其主要理由是:

(1) 合同的有效或者无效是一种民事法律关系,而判定合同的效力是司法机关的职权;

(2) 工商行政管理机关确认合同无效,使行政法律关系与民事法律关系交织在一起,特别是在行政诉讼法施行后,当事人不服工商行政管理机关的决定而提起诉讼时,程序复杂,一案受审,增加当事人的负担;

(3) 工商行政管理机关干预合同的效力与政府转变职能的改革方向显然是相悖的。第

7 条规定:“无效经济合同的确认权,归合同仲裁机构和人民法院”。其他任何机关或个人无权确认。

(四)无效经济合同的种类和解决方式

无效经济合同大致可分为三类,并有三种不同解决方式。

(1)不涉及违法行为或虽有违法行为但情节较轻或显著轻微,危害不大,虽然造成了财产后果,但不需要追缴财产和罚款的无效经济合同。这类无效经济合同形成的财产问题可以采用协商、调解方式解决。

(2)虽然涉及到违法行为,违反了国家利益或社会公共利益,涉及到追缴财产和罚款,需要给予经济制裁,但又没有给社会造成严重危害,不需要追究当事人刑事责任的无效经济合同。这类无效经济合同,由工商行政管理机关和人民法院采用裁决和判决的方式加以确认和处理。

(3)利用经济合同进行违法活动,有严重违法行为,以至构成犯罪,需要追究当事人刑事责任的无效经济合同。这类无效经济合同,应由公安机关或检察机关进行侦查、起诉的方式解决。

(五)无效经济合同的法律后果

任何种类的经济合同,被确认为无效以后,合同尚未履行的,不得履行;正在履行的,应当立即终止履行。不同种类、不同性质的无效合同,产生不同的法律后果。

1. 对于不涉及违法行为和虽有违法行为,只需要追缴财产和罚款处理的上述第一类及第二类的无效经济合同,应该根据《经济合同法》第 16 条的规定,区分不同情况,产生返还、赔偿、追缴财产的法律后果。

(1)返还财产

返还财产是指经济合同被确认为无效以后,有过错的当事人一方应将从对方取得的财产返还给对方,使当事人的财产关系恢复到合同签订以前的状态。如果有过错的一方依据无效经济合同取得的标的物还存在,则应将原物返还给对方;如果标的物已不存在或者已被第三人合法取得,而不能再返还时,有过错的一方当事人可用赔偿损失的方法抵偿。不得以任何借口拒绝交出应退还的财物。

(2)赔偿损失

赔偿损失是有过错的一方当事人造成经济合同无效,并给对方造成损失时,所应承担的赔偿责任。如果过错是一方造成的,由有过错的一方承担责任;如果过错是由双方造成的,则应按照责任的大小、主次、轻重各自承担相应的赔偿责任。

(3)追缴财产追缴财产

是指对当事人故意损害国家利益或社会公共利益的行为所采取的惩罚手段。如果双方都是故意的,应追缴双方已经取得的或约定取得的财产,收归国库所有。如果只有一方是故意的,则故意的一方应将从对方取得的财产返还给对方;非故意一方已经从对方取得或约定取得的财产,应予追缴,收归国库所有。以维护国家利益和社会公共利益不受侵害。

2. 对于涉及严重违法行为的无效经济合同,应根据我国刑法有关规定,由司法机关处理。

(六)处理无效经济合同应注意的政策界限

1. 注意区分有效合同责任与无效合同责任的界限

当事人违反了有效合同条款,主要是通过偿付违约金和赔偿损失等办法来承担责任;而无效经济合同的责任,则是按照《经济合同法》第16条规定的原则来处理。两种责任的性质不同,不可混淆。

2. 注意区分部分无效合同责任与全部无效合同责任的界限

部分无效合同的责任,应按《经济合同法》第16条规定的原则处理;全部无效合同的责任要区分那些利用经济合同进行违法、犯罪活动,故意损害国家利益或社会公共利益而引起的无效经济合同的责任,对于这类无效合同的责任,应按照《经济合同法》第45条规定处理。

3. 赔偿损失应当注意区分责任大小、承担相应份额的界限

无效经济合同双方如果都有过错,对返还财产后的损失赔偿,应按照《经济合同法》第16条的规定,各自承担相应的责任。所谓“相应责任”不是指“平均分担损失”或“各自承担自己的损失”,而是按照双方责任的主次、大小、轻重,分别承担经济损失中与其责任相适应的份额。

4. 要注意返还财产和追缴财产的界限

返还财产是消除无效经济合同所造成的财产后果的一种法律手段,不具有惩罚性质。

追缴财产是一种惩罚手段。根据《经济合同法》第16条的规定,追缴财产只适用于故意违反国家利益或社会公共利益的合同。其性质和损害后果,要比其他无效合同严重,用返还财产的方法处理不足以消除其所造成的不良后果。因此,法律规定,追缴其取得或约定取得的财产,归国库所有,以示惩罚。

如何区分合同当事人是故意还是非故意的行为呢?从司法实践来看,大体上可以从导致合同无效的性质、损害的对象、危害的后果等方面进行具体分析。

属于违反国家法律 and 政策的,一般是指违反工商企业登记和市场、财政、税收、金融、商标以及劳动管理等法规,妨害了国家对企业的正常经济管理秩序。这类情况的发生,有些过错方是明知故犯,也有的是法制观念淡薄或者缺少法律知识,不了解有关法律和政策,不懂得需要办理必要的法律手续。因此,引起经济合同的无效。

属于违反国家利益或社会公共利益的经济合同,不仅侵犯了当事人的合法权益,也侵犯了国家利益或社会公共利益。这类情况的发生,从其主观上来看,行为人一般都是明知故犯,具有牟取非法利益的动机。如购销内容淫秽的书画、录音带、录像带,购销质量低劣有损于人民身体健康的药品和违禁品等,均属故意违反国家利益或社会公共利益的无效经济合同。

二、怎样防止订立无效技术合同

(一)什么是无效技术合同

无效技术合同是指违背国家法律、法规和政策规定,不具有法律约束力,不受国家法律保护的合同。也就是说,不具备有效技术合同条件的合同,均视为无效技术合同。

无效技术合同,从订立的时候起,就不具有法律约束力,不受国家法律保护。确认技术

合同部分无效的,如果不影响其余部分的效力,则其余部分仍然有效。技术合同也可以全部无效。

(二)无效技术合同的法定条件

技术合同具备下列条件之一者,合同为无效:

1. 技术合同主体不具备合法资格,合同无效

主体不具备合法资格的情况,包括以下几种:

- (1)超越经营范围;
- (2)超越本身实际履约能力;
- (3)登记注册不符合规定手续或者未经上一级主管部门同意而擅自成立的社会组织;
- (4)对技术成果不享有合法权利的单位或个人又订立处分该技术成果的技术合同;
- (5)盗用、冒用单位、商号和技术专家,以及科技研究人员的名义订立的技术合同;
- (6)超越代理权限,超越部分无效,但经被代理人追认的除外;
- (7)代理人以被代理人的名义同自己或者同自己代理的其他人签订的技术合同。

2. 违反国家法律、法规或者损害国家利益和社会公共利益的技术合同无效

所谓“违反法律、法规”是指订立合同或者依合同所进行的活动是法律、法规明确禁止的行为。所谓“损害国家利益和社会公共利益”是指订立合同的目的或者履行合同的后果,严重损害了国家利益或社会公共利益。如污染环境、损害珍贵资源、破坏生态平衡以及危害国家和社会公共利益的行为。上述造成技术合同无效的行为,一般表现为:

(1)利用技术开发合同名义侵占和损害自然资源或者骗取国家科技贷款(或当事人的预付款),然后从事与技术无关的经营活动。

(2)利用技术合同进行贪污、受贿。

(3)技术合同标的的技术特征和实施后果具有违反国家法律和损害社会公共利益的可能性。

(4)技术合同标的违反国家法律和社会公德或者妨碍公共利益。

(5)技术合同标的涉及国家安全或者重大经济利益,需要保密而未经国家有关部门批准。

(6)技术合同的签订违反法定形式和法定程序。

3. 非法垄断技术,妨碍技术进步的合同无效

“非法垄断技术,妨碍技术进步”是指通过合同条款限制另一方在合同标的技术的基础上进行新的研究开发,限制另一方从其他渠道吸收技术,或者阻碍另一方根据市场的需求,按照合理的方式充分实施专利和使用非专利技术。我国在改革中大力推行技术合同制度,其目的在于促进科学技术的进步和经济建设的发展。因此,订立技术合同必须有利于科学技术进步,有利于加速科研成果的应用和推广,使科学技术真正为社会主义经济建设服务。

4. 侵害他人合法权益的技术合同无效

所谓侵害他人合法权益,是指侵害另一方或者第三方的专利权、专利申请权、专利实施权、非专利技术使用权和转让权或者发明权、发现权以及其他科技成果权的行为。

在实践中,当事人一方侵害他人合法权益的行为主要有以下几种情况:

(1)当事人一方未经专利权人同意而与他人订立专利实施许可合同的。

(2)由一方当事人申请专利或者由双方共同申请专利的发明创造、当事人以自己名义申请专利的。

(3)未经当事人许可而实施另一方当事人专利的,也就是说,以生产经营为目的而制造、使用或者销售其发明专利方法,以及制造或者销售其外观设计专利产品的。

(4)专利实施许可合同中,被许可方实施专利超越了合同中约定的范围(包括实施期限、地区、方式等)的。

(5)许可方已经承担不向他人发放专利实施许可或者自己不实施该项专利义务而违反合同约定又与第三方订立专利实施许可合同或自己实施专利的。

(6)个人未经单位同意而私自使用、转让其利用工作关系取得的职务技术成果的。

(7)单位未经个人同意而使用、转让个人的非职务技术成果的。

(8)合同约定非专利技术的使用权或者转让权属于一方而另一方擅自使用或转让的。

(9)当事人未经注册商标所有人许可,在同一种商品或者类似商品上使用与该注册商标相同或者相近似商标,或者擅自制造或者销售该注册商标标识,给他人注册商标专用权造成损害的。

(10)剽窃他人作品,侵犯他人版权的。

(11)将他人成果以自己名义申报发明奖、自然科学奖、科学进步奖、合理化建议奖和技术改造奖,或者向科学技术行政部门申请科技成果登记的。

5. 采取欺诈或者胁迫手段订立的技术合同无效

所谓欺诈是指技术合同当事人一方故意制造假相,隐瞒真相,骗取对方信任,使其产生错误认识而上当受骗的行为。

胁迫是指当事人一方采用要挟或使用暴力的方法,迫使对方同意签订与其本身意志相违背的合同的的行为。

当事人之间订立技术合同,必须遵守自愿平等的原则,当事人意思表示的内容必须符合当事人的真实意图,如果采取欺诈或胁迫的手段订立技术合同,不仅违背签订技术合同的基本原则,而且也不符合法律的规定,因而合同无效。

在技术市场上,少数人采用欺诈、胁迫手段与对方订立技术合同的现象时有发生,其表现形式也多种多样,应提高警惕,以防上当受骗。

(三)无效技术合同的确认权

无效技术合同的确认权,是指确认技术合同为无效的权力。这个权力只能由工商行政管理机关和人民法院来行使。其他任何单位和个人无权确认。我国技术合同法规定:属于技术合同法所列无效技术合同条件之一的技术合同,当事人或者利益关系人可以请求工商行政管理机关宣布合同无效。当事人或者利益关系人也可以请求人民法院宣布合同无效。

(四)无效技术合同的处理

技术合同被确认无效后,合同尚未履行的,不得再履行;正在履行的,应当立即终止履行。对于不同种类的无效技术合同,可以采取不同的处理方法:

1. 对于不涉及违法行为和只涉及一般违法行为的无效技术合同,应采取下列三种处理

方法:

(1)恢复原状。恢复原状是指将当事人的财产关系恢复到签订合同以前的状态。作为一般无效经济合同的处理原则是:如果当事人依据无效经济合同取得的标的物还存在时,应返还给对方;如果标的物已不存在或者已被第三者合理取得,不能原物返还时,可以赔偿经济损失。但是,技术合同不同于一般经济合同,由于技术合同的标的物是无形的,所以技术合同当事人承担恢复原状的责任方式具有特殊性,具体方式是:①一方当事人返还另一方当事人所交付的技术资料或样品,并不得存留复制品。②技术合同被公布为无效后,当事人双方可以约定,一方或双方在一定期限内负有对技术情报和资料进行保密的义务,或者承担不实施该项技术的义务或由对无效合同负有责任一方赔偿因合同无效而给另一方造成的损失。

(2)赔偿损失。赔偿损失是指有过错的一方当事人如果给对方造成了经济损失,则应根据过错责任原则,向受害方承担赔偿责任,如果技术合同无效是由双方当事人的过错引起的,应根据责任大小、主次、轻重各自承担相应的责任。我国技术合同法明确规定,工商行政管理机关或者人民法院宣布技术合同为无效后,对合同负有责任的一方应当赔偿因合同无效而给另一方造成的损失,当事人双方对合同的无效负有责任时,由各自承担相应的责任。

(3)追缴财产。追缴财产是指对故意损害国家利益和社会公共利益,而造成技术合同无效的当事人所进行的一种经济制裁。如果无效技术合同是由一方故意造成的,则故意一方应将从对方取得的财产返还给对方,非故意一方已经从对方取得的财产或约定取得的而尚未取得的财产应予追缴;如果技术合同无效是由双方当事人故意造成的,则双方已经取得或约定取得的财产应全部收缴,上缴入库。

2. 对于涉及严重违法行为的无效技术合同,应由我国司法机关处理。

三、怎样防止订立无效涉外经济合同

(一)什么是无效涉外经济合同

无效经济合同是指不具备有效经济合同的条件或者是违反我国法律或公共利益,国家不承认其法律效力的合同。

具有下列条件之一者,合同为无效:

1. 主体不合格

主体不合格是指涉外经济合同当事人不具有签订涉外经济合同的资格,包括以下几种情况:

(1)在我国,不具备法人资格的企业和其他经济组织,以法人的名义签订合同的。

(2)在我国,未经国家主管部门批准的合同,不享有对外经营权的企业和其他经济组织签订合同的;

(3)在国外,无行为能力的人签订合同的;

(4)当事人超越企业经营范围签订合同的。

我国企业的经营范围是经过国家主管部门批准的,当事人的生产经营活动只有在被批准的对外经营权限范围内签订合同,合同才发生法律效力。

外国法人所经营的业务和进行的法律行为必须符合该国政府批准的法人章程的规定。

2. 内容不合法

- (1) 合同条款违反中华人民共和国法律规定的；
- (2) 违反中华人民共和国社会公共利益的；
- (3) 采取欺诈或者胁迫等手段订立合同的。

3. 无效代理行为

涉外经济合同中的代理是指代理人在代理权限范围内,以被代理人的名义与第三方签订涉外经济合同的一种法律行为。代理必须有代理权,并在授权范围和有效期限内进行。

(1) 没有代理权、超越代理权或代理权限被终止以后仍然以被代理人名义签订涉外经济合同的为无效代理行为,因而合同无效。但是,代理行为如果在事后为被代理人所承认的,则代理行为仍然有效,因而合同也视为有效。

- (2) 代理人与第三方恶意串通,签订损害被代理人利益合同的,合同无效。

4. 不符合法定形式

- (1) 没有采用书面形式；
- (2) 没有依法经过批准。

(二) 无效涉外经济合同的法律后果

无效涉外经济合同分为部分无效和全部无效两种。确认为部分无效涉外经济合同的,如果不影响其余部分的效力,则其余部分仍然有效。无效涉外经济合同从订立的时候起对双方就不具有约束力,不受法律的保护。

无效涉外经济合同的法律后果是指一方或双方故意违反我国法律规定或社会公共利益或者采取欺诈、胁迫等手段订立涉外经济合同,因而导致合同无效所承担的法律后果。这包括:

1. 取消或改正合同

部分或全部合同条款违反中华人民共和国法律或社会公共利益,经当事人协商同意予以取消或改正后,不影响合同的效力。

2. 赔偿损失

合同当事人如果是一方故意违反我国法律规定或违反我国社会公共利益而签订损害另一方当事人合法权益的合同,而造成合同无效,使另一方遭受经济损失时,故意一方应向受害方赔偿经济损失。如果是当事人双方的责任造成合同无效,应根据双方责任的大小,各自承担相应的责任。

3. 罚款、没收财产

当事人双方通谋签订违反我国法律或社会公共利益及损害国家或第三方利益,造成不良后果的,如买卖黄色录像带、录音带等禁运品,由我国工商行政管理部门、海关予以收缴,没收非法取得的财产上缴国库或返还给第三方。根据具体情况还可予以罚款、拘留,直至送交公安、检察机关追究当事人的刑事责任。

四、怎样防止合同条款漏洞

无论签订何种类型的合同,完备的合同条款是有效地避免合同纠纷,防止合同出现漏洞,保护当事人利益的重要措施。

以签订工矿产品购销合同为例,完备的合同条款应包括以下内容:

1. 产品名称、品种、规格等

(1)产品名称,是指工矿产品的种类。工矿产品可分为许多种类,如按照工业部门可分为机械工业品、冶金工业品、纺织工业品等;同一工业部门的产品,按其经济用途相同,实际作用不同,可分为若干大类,如机械工业产品可分为金属切削机床、矿山设备、冶金设备、石油设备等;冶金工业产品又分为生铁、钢锭、钢材等。同一大类产品,按其具体性能和具体用途又可分为小类,如金属切削机床可分为铣床、车床、刨床、钻床、磨床等;钢材可分为大型型钢、中型型钢、小型型钢、重轨、轻轨等。各部门大类产品,又分有细目,如铣床又具体分为龙门铣床、仿形铣床、立式铣床、卧式铣床、万能铣床等;大型型钢又具体分为圆钢、方钢、角钢、钢、线材、三角钢、六角钢、八角钢、工字钢、扁钢、T字钢、Z字钢等。

为此,在签订合同时,必须按照部门产品大类产品 and 明细分类具体填写。

(2)产品规格,是指同一产品不同度量的标准。由于各种产品的性质、性能、成分、结构和作用的不同,规格也不一样,如圆钢产品有直径为5厘米、10厘米等不同直径的圆钢;水泥产品,有500号、800号等不同型号的水泥;白酒,有38度、45度、65度的白酒等等。在工矿产品购销合同中,产品的规格、型号、等级、花色、是否是成套设备产品等,必须写得明确、具体、清楚。

2. 产品的技术标准(含质量标准)

(1)产品的技术标准是指国家法律、政策对工矿产品质量、检验方法、包装、运输等技术要求的统一规定。产品技术标准,有国家强制性标准的按国家强制性标准执行;没有国家标准而有其他标准的,按其他标准执行;没有国家强制性标准和行业强制性标准的,按双方协商的标准执行。在合同中必须写明执行的标准,但需方有特殊要求的,按供需双方在合同中商定的技术条件、样品或补充的技术要求执行。

(2)合同要明确规定供方对产品质量负责的条件和期限。

对成套产品,在合同中应明确规定附件的质量要求。对某些必须安装运转后才能发现内在质量缺陷的产品,除主管部门另有规定者外,合同中应具体规定提出质量异议的条件和时间。实行抽样检验质量的产品,合同中应注明采用的抽样标准或抽验方法和比例。有些产品在商定技术条件后需要封存样品的,应由当事人双方共同封存,分别保管,作为检验依据。

(3)供方交货时,应将产品合格证(或质量保证书)和双方商定的必要技术资料随同产品或运单交需方据以验收。

3. 产品的数量和计量单位

产品数量,由供需双方协商签订。产品数量包括产品总量和分批交货的数量。

产品数量的计量,按国家法定计量单位和主管部门规定的计量方法执行;国家或主管部

门没有规定的,由供需双方商定。对某些产品,必要时应当在合同中写明有关主管部门颁发的(没有主管部门规定的由当事人商定)交货数量的正负尾差、合理磅差和在途自然减(增)量规定及计算方法。对机电设备,必要时应当在合同中明确规定随主机的辅机、附件、配套的产品、易损耗备品、配件和安装修理工具等。对成套供应的产品,应当明确成套供应的范围,并提出成套供应清单。

4. 产品的包装标准和包装物的供应与回收

(1)产品的包装有两种含义:一种是指盛产品的容器,通常称为包装用品或包装物,如箱、桶、筐、袋、瓶、盒等;另一种是指包扎产品的操作过程。因此,包装质量既指包装物的材料,又指包装操作的好坏。包装分为运输包装和销售包装两类:运输包装称为大包装,其作用是保护产品。销售包装又称小包装,即与消费者见面的包装,其作用在于维护产品质量,减少产品损耗,同时也美化产品,有利于销售。

(2)运输包装按国家标准或有关标准规定执行。没有国家标准或有关标准的,可按承运、托运双方商定的标准执行,并在合同中加以注明。有特殊要求或采用包装代用品的,应征得运输部门的同意,也要在合同中明确规定。运输包装上的标记由供方印制(合同另有规定的除外),产品在包装时,必须附着有装箱清单。

(3)产品的包装物,一般由供方负责供应,国家规定由需方供应包装物的某些产品,可由需方供应,除此以外,应由供方负责包装。可以多次使用的包装物,应按有关主管部门制订的包装物回收办法执行;有关主管部门没有规定的,由供需双方按实际需要商定包装物回收协议,并作为合同附件。

5. 产品交货单位、交货方法、运输方式、到货地点

(1)产品一般应由供方实行送货或代运。送货是由供货单位将产品(商品)送到需方指定地点。实行送货的产品,国家主管部门规定有送货办法的,按规定的办法执行;没有规定送货办法的,按供需双方协议执行。代运,是由供货单位根据合同的决定,将产品委托运输部门发运到需方指定地点交货。实行代运的产品,由供方代办运输,供方应充分考虑需方的要求,商定合理的运输路线和运输工具。某些实行送货或代运的产品,必须由需方派人押运或者由有关主管部门签发装运证明的,应在合同中明确规定。送货、代运确有困难,或者需方要求自提的产品,经供需双方商定,也可以由需方自提。自提,是由需方委派或委托他人到供货单位,凭合同提货。实行自提的产品,由需方按合同规定的时间和要求自提自运。

(2)需方要求变更到货地点或接货人,应在合同规定的交货期限(月份或季度)前 40 天通知供方,以便供方编报月度要车(船)计划。迟于上述期限,供需双方应当立即另行协商处理。

产品(商品)的运输方式主要有:铁路运输、水路运输、公路运输、航空运输、管道运输等。从运输工具来说,有火车运输、船舶运输、汽车运输、飞机运输及现代化的管道运输等。采用何种方式,必须在合同中明确规定。

6. 交(提)货单位或接(提)货人

7. 交(提)货期限

交(提)货期限一般分为一次交付和分期交付两种。无论采用哪一种方式交货,必须在

合同中写明交付的时间和地点。

(1)合同中,产品交(提)货期限,应写明月份。有条件的和有季节性的产品,要规定更具体的交货期限(如旬、日等);有特殊原因的,也可以按季度规定交货期限。属于年度分配指标的订货,必须在本年度内商定具体的交货期限,除特殊情况外,不得跨年度供货;生产周期超过一年的大型专业设备和试制产品,可以由供需双方商定交货期限。不得签订没有交货期限的合同。

(2)规定送货和代运产品的交货日期,以供方发运产品时承运部门签发戳记的日期为准(另有规定或当事人另行商定者除外);合同规定需方自提的产品,以供方按合同规定通知的提货日期为准。供方的提货通知中,应给需方以必要的途中时间。实际交(提)货日期早于或迟于合同规定的交(提)货期限,应视为提前或逾期交(提)货。

8. 产品的验收方法

验收方法是指需方收到供方的产品(商品)时,对数量和质量的检验方法。对于验收地点、方法、标准,必须在合同中明确规定。供方必须根据经济合同法的规定,对产品的质量和包装质量负责,提供据以验收的必要的技术资料和实样。产品的质量验收、检疫方法,根据国务院有关规定执行。没有规定标准的,由当事人协商确定。

9. 产品的价格

合同中产品的价格,除国家规定必须执行国家订价的以外,由当事人协商议定。

如果在签订合同时确定价格有困难的,可以由供需双方协商暂定价格,并在合同中注明:“按供需双方最后商定的价格(或物价主管部门批准的价格)结算,多退少补”。

外销转内销的工矿产品价格,按国家有关规定办理。

10. 结算方式、开户银行、帐户名称、帐号、结算单位

(1)产品的货款、实际支付的运杂费和其他费用的结算,应当按照合同中商定的结算方式和中国人民银行结算办法的规定办理。合同中应明确结算方式和双方的开户银行、帐号及帐户的名称。用托收承付方式的,合同中应当注明验单付款或验货付款。验货付款的承付期限一般为10天,从运输部门向收款(付款)单位发出提货通知的次日起算。凡收、付双方在合同中商定缩短或延长验货期限的,应当在托收凭证上写明,银行从其规定。大型设备定货的付款办法,按照财政部、人民银行和有关主管部门的规定办理。

(2)当事人双方应当按照合同规定的开户银行、帐户名称和帐号进行转帐结算。

11. 违约责任

双方必须明确规定违约责任和违约责任的计算标准。

12. 当事人协商的其他事项

工矿产品购销合同,除即时清结者外,必须采用书面形式,法定代表人或经法定代表人授权的承办人签字(盖章),并加盖单位公章或合同专用章。产品分配单或调拨通知单只是签订合同的依据,不能代替合同。当事人委托其它单位代订合同时,必须出具委托证明,并明确代理权限。

第二节 怎样防范合同欺诈行为

一、合同欺诈行为的特点

(一)什么是合同欺诈行为

合同欺诈行为主要是指法人或其他经济组织无履行合同的诚意或者无履行合同的能力,却诱人签订合同,利用合同达到非法占有他人财物目的的违法行为。其特征:(1)主体是法人或其他经济组织,包括企业法人和机关、事业单位以及社会团体法人,还有企业法人的分支机构。这一界定就使合同欺诈行为与刑法上的诈骗罪区别开来。虽然我国学术界和刑法立法中已经承认法人犯罪,但还只限于走私罪等犯罪行为中。《刑法》第一百五十一条、第一百五十二条、第一百五十三条中规定的诈骗罪,犯罪主体都限于自然人,不包括法人,有刑法中这3条所规定的量刑幅度为证:法人犯欺诈罪如何判处5年以上有期徒刑、拘役或者管制。如何判处5年以上10年以下有期徒刑?如何判处10年以上有期徒刑或无期徒刑?显而易见,刑法没有对法人或其他经济组织实施的欺诈行为加以规范。(2)主观方面:应该是存在主观故意,而且具备恶意。否则是不会实施或导致合同欺诈的,当然,认定主观故意存在一定难度,但根据办案实践可以从两个方面考虑:①有无履行合同的诚意。②有无履行合同的能力。这就将合同欺诈与合同纠纷区别开来。在实践中,合同欺诈容易被当作合同纠纷来调解、仲裁或处理,其实二者之间是有本质区别的。合同欺诈案中,骗方从订立合同一开始就没想履行合同,而且大多数在订立合同前就有骗取财物的预谋,甚至经过精心策划、巧妙安排,布置陷阱,诱人上当。工商行政管理机关在办案中如果深入分析,联系骗方合同的上家下家、来龙去脉,认定其是否有履行合同的诚意,是否有履行合同的能力,是不难做到的。(3)客体。合同欺诈行为侵犯的客体是社会主义市场经济秩序。合同欺诈行为不仅仅是侵犯了法人或其他经济组织的财产所有权,而且由于多米诺效应,将导致社会市场交易法则被肆意践踏,商业信誉低下,有些地方市场交易已倒退到一手交钱、一手交货甚至以货易货的低级市场状态,足见其危害,绝非危言耸听。所以合同欺诈行为决不只是合同当事人双方之间的“小事”,其最大危害性在于破坏社会主义市场经济秩序。(4)客观方面:非法占有他人财物。骗方无论采用什么手段诱骗他人签订合同,其最终目的是非法占有他人财物。这里有必要说明的是,要追究的对象是行为,而不是合同本身,这就将合同欺诈行为与通常所说的无效合同、违法合同区别开来,作为监管市场的行政执法机关,监管的对象是市场交易行为,其中包括合同欺诈行为,至于合同这一形式本身,则不是行政执法的对象。

合同欺诈行为能成为独立的违法行为吗?有必要专门列入行政执行的范畴吗?回答显然是肯定的。因为合同欺诈具有不同于其他违法行为的特殊性,除了上述与诈骗罪、合同纠纷、无效合同及违法合同的区分外,还体现于以下这些主要特征:(1)“合法性”。合同,从其属性来看,是双方平等主体的民事行为,依法订立的合同,具有法律约束力,受法律保护。当一方当事人不能履行或不能完全履行合同义务时,一般表现为合同纠纷,由仲裁机构或人民法院调解或裁决。一些不法分子(法人或其他经济组织),见有漏洞可钻,趁机骗取财物,一

旦阴谋败露,则是违法行为民事化处理,最多承担违约责任,一点也不伤筋动骨。(2)欺骗性。骗方蓄欺诈之意已久,在合同上早就做好文章,打好埋伏,将对方的责任条款订得很严,自己这一方的责任很轻,或者虽然也重,但以对方更重的责任(如质量标准由骗方定)为前提。骗方还煞有介事地细抠条款,并主动要求到工商机关鉴证,公证机关公证。(3)复杂性。合同欺诈已向智能化发展。有的企业注册后,不是去开展合法经营,而是专门从事合同欺诈活动。他们自称“吃合同饭”,专门研究如何规避法律,如何钻法律空子。在他们手里,合同成了骗取财物的陷阱和摇钱树,同时又是掩盖其骗取财物非法目的的合法外衣和保护伞。

(二)合同欺诈行为的表现手法

合同欺诈行为的表现手法很多,当前最为突出的是利用合同骗买骗卖。为了使欺诈得逞并逃避追究,骗方还时常变换手法,花样翻新。这里仅介绍几种常见的手法:(1)以紧缺或畅销商品为诱饵,诱人签订购销合同,骗取预付款、定金等。这里骗方以购销合同中的卖方形式出现。(2)先履行几份小额合同,以骗取信任,给对方以诚实守信的印象,骗取大量货物或货款。这里骗方以购销合同中的买方或卖方形式出现。(3)给有关主管以贿赂、回扣等,骗取对方货物。(4)先付一小部分货款,骗取合同金额的大量货物。这两种手法中,骗方以购销合同中的买方形式出现。(5)预先设置圈套,诱人签订无法履行的加工承揽合同。骗取定金、合同担保金、合同保证金、押料款、材料款等。这里骗方以承揽合同中的定作方形式出现。(6)用已被吊销企业的名义或盗用其他企业的名义,伪造或利用已失效的公章、合同专用章、财务专用章、介绍信、委托书等证件,签订经济合同;或者干脆伪造经济合同,骗取财物。

二、合同欺诈行为的防范及其难点

从合同欺诈发展的社会原因和骗方、被骗方的心理特征和行为特点来分析,可以使我们对合同欺诈行为认识得更清楚。从社会原因来看,法律法规不够健全完善,给一些企业利用合同骗取财物以可乘之机。合同纠纷属民法调整的范围,犯罪主体只限于自然人。法人或其他经济组织利用合同从事欺诈活动,骗取财物,民法、经济合同法和刑法均未作规定。立法中的空白滋生了合同欺诈行为这一隐患。而执法不严,很多企业法律意识薄弱,导致合同欺诈行为蔓延和泛滥。从骗方、被骗方的心理特征和行为特点来看,骗方早有预谋,并在一定程度上掌握合同法律法规,精心设计,布置陷阱,合同不过是其行骗的最重要的道具,根本目的就是为了骗取财物。为了达到这一目的,骗方事先总是千方百计发出要约,未得手前总是装得很诚恳,比如对合同条款每一条都很认真,主动要求到公证部门公证或到鉴证机关鉴证。合同条款从表面上看,再齐全不过,手续完备,实际上双方权利义务条款中已暗布圈套,比如,加工承揽合同中定作方规定一个模糊的或者根本达不到的产品质量标准,吃定了承揽方先支付的定金、预付款、违约金等。作为被骗方大多参与市场经验不足,法制意识薄弱,订立合同前不重视对对方的资信调查,或急于成交。当然现在还没有一套较完善的资信调查机制,也使想搞资信调查的企业心有余而力不足。被骗方的心理误区主要有:盲目轻信,饥不择食,心存侥幸,贪图小利等等。骗方骗取财物的数额有大有小,骗取大额的,迅速转移,逃之夭夭,或留一二人看守应付,“要钱没有,要命有一条”。骗取小额的,外地企业由于路途遥远,一般不愿意为这点钱物远距离多次追债,“花钱买教训”,也就不了了之。有些

企业看出这门道,就专门“小打小闹”,每次行骗,下至一万或是几千,上至三万四万(封顶),积少成多,以此为生财之道。

企业发觉被骗后,常四处投诉,几个回合下来,他们发现这种投诉并不能得到真正的救济。比如上海市某经济发展公司加工承揽合同欺诈骗案,定作方(上海某经济发展公司)在合同中规定一个模糊不清的产品质量标准,承揽方完成加工任务后,提交样品和产品,经定作方验收,样品、产品总是不合格,定作方指责承揽方违约,侵吞承揽方订立合同时支付(定作方要求)的预付款和定金,承揽方有异议,诉至仲裁机构和法院,仲裁机构和法院从承揽方违约看问题,保护定作方的“合法权益”,结果是被骗方败给骗方。

仲裁机构和法院适用民法(合同法),拿这些骗子企业没办法,那么公安机关适用刑法予以追究情况又会如何呢?公安机关如果管辖这种案件,只能按刑法第151条、第152条、153条处理,追究诈骗罪,但是从刑法来看,诈骗罪适用的仅是自然人,对于法人或其他经济组织进行欺诈,是不能适用诈骗罪的。

三、防范加工承揽合同中的陷阱

(一)防范广告骗局

不法分子以广告宣传“作托”,以一些完全是虚构、杜撰出来的利润可观的加工项目为诱饵,蓄意骗取接产方的合同保证金(也称质保金、立项费)。他们采取的主要方法是发布广告招引接产方并诱使接产方与其签定加工承揽合同,在收到接产方合同保证金等费用后,千方百计以各种理由认定接产方制做的产品样品不合格,单方面撕毁合同并将毁约责任归接产方,并以罚扣违约金为借口,不退还接产方已交的款项。一些不法分子在进行欺骗活动时,往往委托一些单位做中介代表承揽接产方。这些中介者刊登广告招引接产者,收取中介费后再把接产者介绍给转产者(又称定做方),致使接产方被骗后,也难以讨回支付给中介方的中介费。

加工承揽广告宣传介绍的主要是一些技术难度小、操作简单、取材容易、利润较高的项目,如加工制作木包装箱、面袋、服装、鞋帽、玩具等。这些项目对一些中小企业和个体经营者特别是生产经营困难的企业有很强的诱惑,他们往往饥不择食,放松警惕。而且有些企业被骗后,因对违法分子能被依法受到处理信心不足,往往不予深究,使违法分子的违法问题,不能得到及时反映。同时,因为此类问题是以一般的经济合同纠纷的假象出现,而且违法分子善于利用法律的空子,在合同中设定各种圈套,不进行认真调查,难以发现问题的实质。特别是中介方的义务和法律责任没有明确的规定,中介方与转产方是否串通共同行骗又难认定,如果转产方逃匿,中介方的欺诈行为基本受不到追究,其收取的中介费也很难被追还。

从作案手法上看,这些违法行为表现出很多“智能型”的特征:

(1)被骗主体属外省市居多。一般每个合同骗取一至二万元左右,有的只有数千元。一旦发生争议,被骗方考虑到诉讼费、聘请律师费、旅差费等因素,怕“赢了官司赔了钱”而不愿起诉。违法分子谙熟此道,故有恃无恐。

(2)合同标的很具有诱惑力。此类合同一般标的都系简单加工劳动,加工费较高,而且数量很大,动辄几十万元、上百万元的订货。甚至是打着为外商加工、海外订单的幌子。被骗对象往往都是急于“找米下锅”的企业。这些企业在转换经营机制、调整产品结构中,急于

求成。违法分子则充分利用这种心态,屡屡得手。

(3)精心设计圈套。在这类合同签订前,违法分子往往在合同条款的质量标准、检验方法、图纸尺寸、原材料和零部件上预先设置了各种障碍,迫使受害方根本不可能做出合格产品来。例如:××经济发展公司外发加工的松木包装箱,三张图纸分别看,尺寸是合理的。但要组装起来,尺寸则自相矛盾,永远装配不起来。还有某锁厂外发加工的报警门锁,零部件本身就有缺陷,装配出来的门锁根本不可能合格。所有这些,善良的人们几乎是想像不到的。

(4)与境外不法商人相勾结。从今年案发的合同欺诈情况看,不少违法分子往往出示境外企业的订单、委托书,以应付工商行政管理部门的检查。据现在查明事实看,其中大部分都是虚假的。有的订单、委托书的出具人根本没有境内登记过常设机构;有的则是早已过期的、作废的证书;甚至有些是花钱买来的。

(二)防范质保金欺诈

承揽方按照定作方提出的要求而完成一项工作所签订的协议,依据我国的经济合同法中的有关条例,应为《加工承揽合同条例》范畴,此条例中的第六条明确指出:“当事人不得签订无质量要求和技术标准的合同。”然而,一些别有用心者则抓住当前很多街道、乡镇企业或偏远地区中小型企业领导缺乏有关法律常识和经济状况不景气,急于寻找活路的特点,抛出精心炮制的饵料,在不去合同专管部门鉴证的情况下,与之签订了内容条款不完备,对承揽方要求苛刻的合同。在洽谈时,他们既没有样品,又违反上述规定对产品不做出详尽的质量规定。《加工承揽合同条例》指出,“根据国家有关规定,定作方可向承揽方付定金。”而这些人不但不如此,反倒过来向承揽方索要质量保证金。这样,就为他们以后鸡蛋里挑骨头,反怪他人不能履约做好了铺垫。工商人员形象地称这种做法为“依法行骗”。

在众多的这类欺诈案中,有共性的地方相当多。河南省郑州市的某乡镇企业也碰到了类似的遭遇。海淀区一家民办集体企业与他们签订了加工 60 万双鞋垫的合同,每双可赚一元钱加工费,合同的格式、内容如前面说的那家一样。交了两万元质保金之后,承揽方便组织力量像绣花般地精制了 40 双样品,定作方说不合格,又改制了几次,仍不合格。定作方便以质量不行,欲吞占质保金。由于发生两家合法企业间的纠纷,工商局受理此案后,指出这是一种非法获利的手段。此案中的定作方只得低头认错,全部退还了质保金。办案人员指出,在这类的骗局中,那些所加工的产品,根本就没有销路,也拿不出这些产品的订货合同。他们仅以极为优厚的条件诱骗对方。海淀区工商局受理的几件类似欺诈案中,10 万件医用白大褂和 10 万件出口美国的专用白布提袋案,都与上述案件大同小异。还应该指出的是,这类合同在实施之前往往都有中介人,这些中介人有的是定作方的同伙,也有的人则是只为挣些中介费的情况不明者。为了达到目的,他们常常夸大事实,力促合同的签订。从法律的角度上看,他们应负一定的责任。

目前,以质保金为其中一款的承揽加工合同,都是当事双方的自愿行为,加上行骗者往往研究过有关法律,能够巧妙地钻行于法律的空隙之间,钱骗到手则罢,败露了也没多大危险。所以,企业的经营者只有坚持经济交往合同化、法制化,才会少吃亏,不受骗。而且应尽快制定相应的法规,以法律的形式严格规范承揽加工行为才是治本之道。

附录一 中华人民共和国合同法

(1981年12月13日第五届全国人民代表大会第四次会议通过
根据1993年9月2日第八届全国人民代表大会常务委员会第三次
会议《关于修改〈中华人民共和国合同法〉的决定》修正
1993年9月2日中华人民共和国主席令第9号公布)

第一章 总 则

第一条 为保障社会主义市场经济的健康发展,保护经济合同当事人的合法权益,维护社会经济秩序,促进社会主义现代化建设,制定本法。

第二条 本法适用于平等民事主体的法人、其他经济组织、个体工商户、农村承包经营户相互之间,为实现一定经济目的,明确相互权利义务关系而订立的合同。

第三条 经济合同,除即时清结者外,应当采用书面形式。当事人协商同意的有关修改合同的文书、电报和图表,也是合同的组成部分。

第四条 订立经济合同,必须遵守法律和行政法规。任何单位和个人不得利用合同进行违法活动,扰乱社会经济秩序,损害国家利益和社会公共利益,牟取非法收入。

第五条 订立经济合同,应当遵循平等互利、协商一致的原则。任何一方不得把自己的意志强加给对方。任何单位和个人不得非法干预。

第六条 经济合同依法成立,即具有法律约束力,当事人必须全面履行合同规定的义务,任何一方不得擅自变更或解除合同。

第七条 下列经济合同为无效:

- 一、违反法律和行政法规的合同;
- 二、采取欺诈、胁迫等手段所签订的合同;
- 三、代理人超越代理权限签订的合同或以被代理人的名义同自己或者同自己所代理的其他人签订的合同;

四、违反国家利益或社会公共利益的经济合同。

无效的经济合同,从订立的时候起,就没有法律约束力。确认经济合同部分无效的,如果不影响其余部分的效力,其余部分仍然有效。

经济合同的无效,由人民法院或者仲裁机构确认。

第八条 购销、建设工程承包、加工承揽、货物运输、供用电、仓储保管、财产租赁、借款、财产保险以及其他经济合同,除法律另有规定的以外,均适用本法的规定。

第二章 经济合同的订立和履行

第九条 当事人双方依法就经济合同的主要条款经过协商一致,经济合同就成立。

第十条 代订经济合同,必须事先取得委托人的委托证明,并根据授权范围以委托人的名义签订,才对委托人直接产生权利和义务。

第十一条 国家根据需要向企业下达指令性计划的,有关企业之间应当依照有关法律、行政法规规定的企业的权利和义务签订合同。

第十二条 经济合同应具备以下主要条款:

- 一、标的(指货物、劳务、工程项目等);
- 二、数量和质量;
- 三、价款或者酬金;
- 四、履行的期限、地点和方式;
- 五、违约责任。

根据法律规定的或按经济合同性质必须具备的条款,以及当事人一方要求必须规定的条款,也是经济合同的主要条款。

第十三条 经济合同用货币履行义务时,除法律或者行政法规另有规定的以外,必须用人民币计算和支付。

除国家允许使用现金履行义务的以外,必须通过银行转帐或者票据结算。

第十四条 当事人一方可向对方给付定金。经济合同履行后,定金应当收回,或者抵作价款。

给付定金的一方不履行合同的,无权请求返还定金。接受定金的一方不履行合同的,应当双倍返还定金。

第十五条 经济合同当事人一方要求保证的,可由保证人担保。被保证的当事人不履行合同的,按照担保约定由保证人履行或者承担连带责任。

第十六条 经济合同被确认无效后,当事人依据该合同所取得的财产,应返还给对方。有过错的一方应赔偿对方因此所受的损失;如果双方都有过错,各自承担相应的责任。

违反国家利益或社会公共利益的合同,如果双方都是故意的,应追缴双方已经取得或者约定取得的财产,收归国库所有。如果只有一方是故意的,故意的一方应将从对方取得的财产返回对方;非故意的一方已经从对方取得或约定取得的财产,应收归国库所有。

第十七条 购销合同(包括供应、采购、订购、购销结合及协作、调剂等合同)中产品数量、产品质量和包装质量、产品价格和交货期限按以下规定执行:

一、产品数量,由供需双方协商签订。产品数量的计量方法,按国家的规定执行;没有国家规定的,按供需双方商定的方法执行。

二、产品质量要求和包装质量要求,有国家强制性标准或者行业强制性标准的,不得低于国家强制性标准或者行业强制性标准签订;没有国家强制性标准,也没有行业强制性标准的,由双方协商签订。

供方必须对产品的质量和包装质量负责,提供据以验收的必要的技术资料或实样。

产品质量的验收、检疫方法,根据国家院批准的有关规定执行,没有规定的由当事人双方协商确定。

三、产品的价格,除国家规定必须执行国家定价的以外,由当事人协商议定。

执行国家定价的,在合同的交付期限内国家价格调整时,按交付时的价格计价。逾期交货的,遇价格上涨时,按原价格执行;价格下降时,按新价格执行。逾期提货或者逾期付款的,遇价格上涨时,按新价格执行;价格下降时,按原价格执行。

四、交(提)货期限要按照合同规定履行。任何一方要求提前或延期交(提)货,应在事先达成协议,并按协议执行。

第十八条 建设工程承包合同,包括勘察、设计、建筑、安装,可以由一个总包单位与建设单位签订总包合同,也可以由几个承包单位与建设单位分别签订合同。国家的重大建设工程项目承包合同,根据国家规定的程序和国家批准的投资计划、计划任务书等文件签订。

勘察、设计合同中,应规定双方提交勘察、设计基础资料、设计文件(包括概预算)的时间,设计的质量要求以及其他协作条件等条款。

建筑、安装工程合同中,应明确规定工程范围、建设工期、中间交工工程开竣工时间、工程质量、工程造价、技术资料交付时间、材料和设备供应责任、拨款和结算、交工验收、双方互相协作等条款。

建设工程的竣工验收,应以施工图纸及说明书、国家颁发的施工验收规范和质量检验标准为依据。

第十九条 加工承揽合同,应根据定作方提出的品名、项目、质量要求和承揽方的加工、定作、修缮能力签订。除合同另有规定的以外,承揽方必须以自己的设备、技术和劳力,不得把接受的任务转让给第三方。定作方应当接受承揽方完成的物品或工作成果,并给付报酬。

承揽方对定作方提供的原材料,应及时检验,发现不符合合同规定时,应立即通知定作方调换或者补齐。承揽方对定作方提供的原材料不得擅自更换,对修理的物品不得偷换零件,违反的应承担赔偿责任。

承揽方修缮房屋或者加工成批非标准化物品,应接受定作方必要的检查和监督,但定作方不得妨碍承揽方的正常工作。承揽方承揽的复制、设计、翻译和物品性能测试、检验等任务,定作方要求保密的,应严格遵守。

定作方超过领取期限六个月不领取定作物的,承揽方有权将定作物变卖,所得价款在扣除报酬、保管费用以后,用定作方的名义存入银行。

第二十条 货物运输合同,由托运方和承运方协商签订。

凡涉及联运的,应明确规定双方或多方的责任和交接办法。

托运的货物按照规定需要包装的,托运方必须按照国家主管机关规定的标准包装;没有统一规定包装标准的,应根据保证货物运输安全的原则进行包装,否则承运方有权拒绝承

运。

第二十一条 供用电合同,根据用电方需要和电力可供量签订。合同中应明确规定电力、电量、用电时间和违约责任等条款。

第二十二条 仓储保管合同,根据存货方委托储存计划和保管方的仓储能量由双方协商签订。零星货物的储存,根据有关仓储规定签订。

仓储保管合同中,应明确规定储存货物的品名、规格、数量 and 保管方法,验收项目和验收方法,入库、出库手续,损耗标准和损耗的处理,费用负担和结算方法,违约责任等条款。

保管方应按照合同规定的包装外观、货物品种、数量和质量,对入库货物进行验收,如果发现入库货物与合同规定不符,应及时通知存货方。保管方验收后,如果发生货物品种、数量、质量不符合合同规定,由保管方承担赔偿责任。

存货方应当向保管方提供必要的货物验收资料,否则,发生货物品种、数量、质量不符合合同规定时,保管方不承担赔偿责任。

第二十三条 财产租赁合同,应明确规定租赁财产的名称、数量、用途、租赁期限、租金和租金交纳期限、租赁期间财产维修保养的责任、违约责任等条款。

出租方应按照合同规定时间和标准,将出租的财产交给承租方使用。如果出租方将财产所有权转移给第三方时,租赁合同对财产新的所有方继续有效。

承租方因工作需要,可以把租赁物转让给第三方承租使用,但必须事先征得出租方的同意。

租金的标准,国家有统一规定的,按统一规定签订;没有统一规定的,由当事人双方协商议定。

第二十四条 借款合同,应当遵守国务院有关规定。合同中,应明确规定贷款的数额、用途、期限、利率、结算办法和违约责任等条款。

第二十五条 财产保险合同,由投保人提出保险要求,经保险人同意承保,并就合同的条款达成协议后成立。保险人应当及时向投保人签发保险单或者其他保险凭证。

保险合同中,应明确规定保险标的、座落地点(或运输工具及航程)、保险金额、保险责任、除外责任、赔偿办法、保险费缴付办法以及保险起迄期限等条款。

投保方应当维护被保险财产的安全。保险方可以对被保险财产的安全情况进行检查,如发现不安全因素,应及时通知投保方加以消除。

被保险财产的损失,应由第三人负责赔偿的,如果投保方向保险方提出要求,保险方可以按照合同规定先予赔偿,但投保方必须将追偿权转让给保险方,并协助保险方向第三者追偿。

第三章 经济合同的变更和解除

第二十六条 凡发生下列情况之一者,允许变换和解除经济合同:

一、当事人双方经协商同意,并且不因此损害国家利益和社会公共利益;

二、由于不可抗力致使经济合同的全部义务不能履行；

三、由于另一方在合同约定的期限内没有履行合同。

属于前款第二项或第三项规定的情况的，当事人一方有权通知另一方解除合同。因变更或解除经济合同使一方遭受损失的，除依法可以免除责任的以外，应由责任方负责赔偿。

当事人一方发生合并、分立时，由变更后的当事人承担或分别承担履行合同的义务和享受应有的权利。

第二十七条 变更或解除经济合同的通知或协议，应当采取书面形式（包括文书、电报等）。除由于不可抗力致使经济合同的全部义务不能履行或者由于另一方在合同约定的期限内没有履行合同的情况以外，协议未达成之前，原经济合同仍然有效。

第二十八条 经济合同订立后，不得因承办人或法定代表人的变动而变更或解除。

第四章 违反经济合同的责任

第二十九条 由于当事人一方的过错，造成经济合同不能履行或者不能完全履行，由有过错的一方承担违约责任；如属双方的过错，根据实际情况，由双方分别承担各自应负的违约责任。

对由于失职、渎职或其它违法行为造成重大事故或严重损失的直接责任者个人，应追究经济、行政责任直到刑事责任。

第三十条 当事人一方由于不可抗力的原因不能履行经济合同的，应及时向对方通报不能履行或者需要延期履行、部分履行经济合同的理由，在取得有关证明以后，允许延期履行、部分履行或者不履行，并可根据情况部分或全部免于承担违约责任。

第三十一条 当事人一方违反经济合同时，应向对方支付违约金。如果由于违约已给对方造成的损失超过违约金的，还应进行赔偿，补偿违约金不足的部分。对方要求继续履行合同的，应继续履行。

第三十二条 违约金、赔偿金应在明确责任后十天内偿付，否则按逾期付款处理。

第三十三条 违反购销合同的责任

一、供方的责任：

1. 产品的品种、规格、数量、质量和包装质量不符合合同规定，或未按合同规定日期交货，应偿付违约金、赔偿金。

2. 产品错发到货地点或接货单位（人），除按合同规定负责运到规定的到货地点或接货单位（人）外，并承担因此而多支付的运杂费；如果造成逾期交货，偿付逾期交货的违约金。

二、需方的责任：

1. 中途退货应偿付违约金、赔偿金。

2. 未按合同规定日期付款或提货，应偿付违约金。

3. 错填或临时变更到货地点，承担由此而多支出的费用。

第三十四条 违反建设工程承包合同的责任

一、承包方的责任：

1. 因勘察设计质量低劣或未按期提交勘察设计文件拖延工期造成损失,由勘察设计单位继续完善设计,并减收或免收勘察设计的费用,直到赔偿损失。
2. 工程质量不符合合同规定,发包方有权要求限期无偿修理或者返工、改建,经过修理或者返工、改建后,造成逾期交付的,承包方偿付逾期的违约金。
3. 工程交付时间不符合合同规定,偿付逾期的违约金。

二、发包方的责任：

1. 未按合同规定的时间和要求提供原材料、设备、场地、资金、技术资料等,除工程日期得予顺延外,还应偿付承包方因此造成停工、窝工的实际损失。
2. 工程中途停建、缓建,应采取措施弥补或减少损失,同时赔偿承包方由此而造成的停工、窝工、倒运、机械设备调迁、材料和构件积压等损失和实际费用。
3. 由于变更计划,提供的资料不准确,或未按期提供必需的勘察、设计工作条件而造成勘察、设计的返工、停工或修改设计,按承包方实际消耗的工作量增付费用。
4. 工程未经验收,提前使用,发现质量问题,自己承担责任。
5. 超过合同规定日期验收或付工程费,偿付逾期的违约金。

第三十五条 违反加工承揽合同的责任

一、承揽方的责任：

1. 由于保管不善,致使定作方提供的材料和物品损坏、灭失的,负责赔偿。
2. 未按合同规定的质量、数量完成定作方交付的工作,应无偿进行修理、补足数量或者酌减报酬。如果工作成果有重大缺陷,还应承担赔偿责任。

二、定作方的责任：

1. 未按时、按质、按量向承揽方提供原材料,造成工作延期的,负责赔偿损失。
2. 超过规定日期领取定作或修理的物品,应向承揽方给付逾期保管费。
3. 超过合同规定期限付款,偿付逾期的违约金。

第三十六条 违反货物运输合同的责任

一、承运方的责任：

1. 不按运输合同规定的时间和要求配车(船)发运的,偿付托运方违约金。
2. 货物错运到货地点或接货人,应无偿运至合同规定的到货地点或接货人。如果货物运到逾期,偿付逾期交货的违约金。
3. 运输过程中货物灭失、短少、变质、污染、损坏,按货物的实际损失(包括包装费、运杂费)赔偿。
4. 联运的货物发生丢失、短少、变质、污染、损坏应由承运方承担赔偿责任的,由终点阶段的承运方按照规定赔偿,再由终点阶段的承运方向负有责任的其他承运方追偿。
5. 在符合法律和合同规定条件下的运输,由于下列原因造成货物灭失、短少、变质、污染、损坏的,承运方不承担违约责任：

- (1)不可抗力；
- (2)货物本身的自然性质；

(3)货物的合理损耗;

(4)托运方或收货方本身的过错。

二、托运方的责任:

1. 未按运输合同规定的时间和要求提供托运的货物,偿付承运方违约金。

2. 由于在普通货物中夹带、匿报危险货物,错报笨重货物重量等而招致吊具断裂、货物摔损、吊机倾翻、爆炸、腐蚀等事故,承担赔偿责任。

3. 由于货物包装缺陷产生破损,致使其他货物或运输工具、机械设备被污染腐蚀、损坏,造成人身伤亡的,承担赔偿责任。

4. 在托运方专用线或在港、站公用专用线、专用铁道自装的货物,在到站卸货时,发现货物损坏、短少,在车辆施封完好或无异状的情况下,应赔偿收货人的损失。

5. 罐车发运货物,因未随车附带规格质量证明或化验报告,造成收货方无法卸货时,偿付承运方卸车等存费及违约金。

第三十七条 违反供用电合同的责任

一、供电方的责任:

供电方要按照国家规定的供电标准和合同规定安全供电。因故限电,应事先通知用电方。如无正当理由限电或由于供电方的责任断电,应赔偿用电方由此而造成的损失。

二、用电方的责任:

用电方要根据合同规定用电。因特殊情况需要超负荷用电或不能按规定时间用电时,应事先通知供电方。如无正当理由超负荷用电或不按规定时间用电,应偿付违约金。

违反供用水合同、供用气合同的责任,可参照本条规定处理。

第三十八条 违反仓储保管合同的责任

一、保管方的责任:

1. 货物在储仓期间,由于保管不善而发生货物灭失、短少、变质、污染、损坏的,负责赔偿损失。如属包装不符合合同规定或超过有效储存期而造成货物损坏、变质的,不负赔偿责任。

2. 对危险物品和易腐货物,不按规定操作或妥善保管,造成毁损的,负责赔偿损失。

3. 由于保管方的责任,造成退仓或不能入库时,应按合同规定赔偿存货方运费和支付违约金。

4. 由保管方负责发运的货物,不能按期发货,赔偿存货方逾期交货的损失;错发到货地点,除按合同规定无偿运到规定的到货地点外,并赔偿存货方因此而造成的实际损失。

二、存货方的责任:

1. 易燃、易爆、有毒等危险物品和易腐物品,必须在合同中注明,并提供必要的资料,否则造成货物毁损或人身伤亡,承担赔偿责任直到刑事责任。

2. 超议定储存量储存或逾期不提时,除交纳保管费外,还应偿付违约金。

第三十九条 违反财产租赁合同的责任

一、承租方的责任:

1. 由于使用保管或维修保养不当,造成租用财产损坏、灭失的,负责修复或赔偿。

2. 擅自拆改房屋、设备、机具等财产,负责赔偿由此而造成的损失。

3. 擅自将租赁财产转租或进行非法活动,出租方有权解除合同。

4. 逾期不还租赁财产,除补交租金外,还应偿付违约金。

二、出租方的责任:

1. 未按合同规定的时间提供出租财产,应偿付违约金。

2. 未按合同规定质量提供出租财产,负责赔偿由此而造成的损失。

3. 未按合同规定提供有关设备、附件等,致使承租方不能如期正常使用的,除按规定如数补齐外,还应偿付违约金。

4. 出租船舶、车辆等大型工具,如因出租方操作不当或服务人员的过失,造成租赁逾期,按合同或有关规定偿付承租方违约金。

第四十条 违反借款合同的责任

一、贷款方的责任:

贷款方不按合同规定及时贷款,应偿付违约金。

二、借款方的责任:

借款方不按合同规定归还贷款的,应当承担违约责任,并加付利息。

借款方不按合同规定使用政策性贷款的,应当加付利息;贷款方有权提前收回一部或全部贷款。

第四十一条 违反财产保险合同的责任

一、保险方的责任:

对于保险事故造成的损失,在保险金额的范围内承担赔偿责任。被保险方为了避免或减少保险责任范围内的损失而进行的施救、保护、整理、诉讼所支出的合理费用,根据合同规定偿付。如果不及时偿付,应承担违约责任。

二、投保方的责任:

投保方如隐瞒被保险财产的真实情况,保险方有权解除合同或不负赔偿责任。

投保方对被保险的财产发现有危险情况,不采取措施消除,由此发生事故造成的损失由自己负责,保险方不负赔偿责任。

第五章 经济合同纠纷的调解和仲裁

第四十二条 经济合同发生纠纷时,当事人可以通过协商或者调解解决。当事人不愿通过协商、调解解决或者协商、调解不成的,可以依据合同中的仲裁条款或者事后达成的书面仲裁协议,向仲裁机构申请仲裁。当事人没有在经济合同中订立仲裁条款,事后又没有达成书面仲裁协议的,可以向人民法院起诉。

仲裁作出裁决,由仲裁机构制作仲裁裁决书。对仲裁机构的仲裁裁决,当事人应当履行。当事人一方在规定的期限内不履行仲裁机构的仲裁裁决的,另一方可以申请人民法院强制执行。

第四十三条 经济合同争议申请仲裁的期限为二年,自当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。

第六章 经济合同的管理

第四十四条 县级以上各级人民政府工商行政管理部门和其他有关主管部门,依据法律、行政法规规定的职责,负责对经济合同的监督。

第四十五条 对利用经济合同危害国家利益,社会公共利益的违法行为,由县级以上各级人民政府工商行政管理部门和其他有关主管部门依据法律、行政法规规定的职责负责处理;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

第七章 附 则

第四十六条 涉外经济合同和技术合同,分别适用《中华人民共和国涉外经济合同法》和《中华人民共和国技术合同法》的规定。

第四十七条 本法从 1982 年 7 月 1 日起实施。

附录二 中华人民共和国技术合同法

(1987年6月23日第6届全国人民代表大会常务委员会第21次会议通过
1987年6月23日中华人民共和国主席令第53号公布)

第一章 总 则

第一条 为了推动科学技术的发展,促进科学技术为社会主义现代化建设服务,保障技术合同当事人的合法权益,维护技术市场秩序,制定本法。

第二条 本法适用于法人之间、法人和公民之间、公民之间就是技术开发、技术转让、技术咨询和技术服务所订立的确立民事权利与义务关系的合同。但是,当事人一方是外国的企业、其他组织或者个人的合同除外。

第三条 订立技术合同,必须遵守法律、法规,有利于科学技术的进步,加速科学技术成果的应用和推广。

第四条 订立技术合同,应当遵循自愿平等、互利有偿和诚实信用的原则。

第五条 技术合同的内容涉及国家安全或者重大利益需要保密的,按照国家有关规定办理。

第六条 执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质技术条件所完成的技术成果,是职务技术成果。职务技术成果的使用权、转让权属于单位,单位有权就该项职务技术成果订立技术合同。单位应当根据使用和转让该项职务技术成果所取得的收益,对完成该项职务技术成果的个人给予奖励。

非职务技术成果的使用权、转让权属于完成技术成果的个人,完成技术成果的个人有权就该项非职务技术成果订立技术合同。

就职务技术成果或者非职务技术成果申请专利和被授予专利权的,依照专利法的有关规定办理。

完成技术成果的个人有在有关技术成果文件上写明自己是技术成果完成者的权利和取得荣誉证书、奖励的权利。

第七条 国务院有关主管部门和省、自治区、直辖市人民政府,根据国家利益或者社会公共利益的需要,对本系统或者管辖范围内的全民所有制单位的具有重大意义的非专利技术成果,有权决定在指定的单位中推广使用。使用单位对该项技术成果负有保密责任。使用单位应当按照双方协议支付使用费;双方不能达成协议,由作出决定的机关确定合理的使

用费。

集体所有制单位或者个人的非专利技术成果,对国家利益或者社会公共利益具有重大意义,需要推广使用的,由国务院有关主管部门报国务院批准后,参照上款规定办理。

第八条 技术合同的管理机关由国务院规定。

第二章 技术合同的订立、履行、变更和解除

第九条 技术合同的订立、变更和解除采用书面形式。

第十条 技术合同自当事人在合同上签名、盖章后成立;按照国家规定需要经过有关机关批准的,自批准时起成立。

第十一条 当事人可以约定技术合同的担保。由第三者作保证人的合同,自保证人和被保证人的合同上签名、盖章后成立。

第十二条 技术合同中的价款或者报酬及其支付方式由当事人约定。

第十三条 当事人可以委托代理人订立技术合同。委托人应当向代理人出具委托书。代理人应当在委托人授权的范围内,以委托人的名义订立合同。

第十四条 为订立技术合同提供服务的中介机构,应当遵守本法有关规定,遵循诚实信用的原则,可以收取合理的费用。

第十五条 技术合同的条款由当事人约定。一般应当包括:

- (一)项目名称;
- (二)标的内容、范围和要求;
- (三)履行的计划、进度、期限、地点和方式;
- (四)技术情报和资料的保密;
- (五)风险责任的承担;
- (六)技术成果的归属和分享;
- (七)验收标准和方法;
- (八)价款或者报酬及其支付方式;
- (九)违约金或者损失赔偿额的计算方法;
- (十)争议的解决办法;
- (十一)名词和术语的解释。

与履行合同有关的技术背景资料、可行性论证和技术评价报告、项目任务书和计划书、技术标准、技术规范、原始设计和工艺文件,以及图纸、表格、数据和照片等,可以根据当事人的协议作为合同的组成部分。

第十六条 技术合同依法成立,即具有法律约束力,当事人应当全面履行合同约定的义务,任何一方不得擅自变更或者解除。

第十七条 当事人一方不履行技术合同或者履行合同义务不符合约定条件,即违反合同的,另一方有权要求履行或者采取补救措施,并有权要求赔偿损失。

当事人一方违反合同的赔偿责任,应当相当于另一方因此所受到的损失,但是不得超过违反合同一方订立合同时应当预见到的损失。

当事人可以在合同中约定,一方违反合同时,向另一方支付一定数额的违约金;也可以约定因违反合同而产生的损失赔偿额的计算方法。

另一方违反合同受到损失的当事人,应当及时采取适当措施防止损失的扩大;没有及时采取适当措施致使损失扩大的,无权就扩大的损失要求赔偿。

第十八条 当事人都违反技术合同的,各自承担相应的责任。

第十九条 当事人一方由于上级机关的原因,不能履行技术合同义务的,应当按照合同约定向另一方赔偿损失或者采取其他补救措施,再由上级机关对它因此受到的损失负责处理。

第二十条 当事人因不可抗力不能履行技术合同的,免除其不能履行合同的责任。

第二十一条 下列技术合同无效:

- (一)违反法律、法规或者损害国家利益、社会公共利益的;
- (二)非法垄断技术,妨碍技术进步的;
- (三)侵害他人合法权益的;
- (四)采取欺诈或者胁迫手段订立的。

无效的合同,从订立时起就没有法律约束力,合同部分无效,不影响其余部分的效力的,其余部分仍然有效。

第二十二条 订立违反法律、法规或者损害国家利益、社会公共利益的技术合同,进行违法活动的,依法追究行政责任或者刑事责任。

第二十三条 经当事人协商一致,技术合同可以变更或者解除。

经过有关机关批准的合同,其变更或者解除应当征得原批准机关的同意。

第二十四条 发生下列情况之一,致使技术合同的履行成为不必要或者不可能的,当事人一方有权通知另一方解除合同:

- (一)另一方违反合同;
- (二)发生不可抗力;
- (三)作为技术开发合同标的的技术已经由他人公开。

第二十五条 技术合同的变更、解除,不影响当事人要求赔偿损失的权利。

第二十六条 在技术合同有效期内,当事人一方未经另一方同意,不得将其权利和义务的部分或者全部转让给第三方。

第三章 技术开发合同

第二十七条 技术开发合同是指当事人之间就新技术、新产品、新工艺和新材料及其系统的研究开发所订立的合同。

技术开发合同包括委托开发合同和合作开发合同。

第二十八条 委托开发合同是指当事人一方委托另一方进行研究开发所订立的合同。委托方的主要义务是：

- (一)按照合同约定支付研究开发经费和报酬；
- (二)按照合同约定提供技术资料、原始数据并完成协作事项；
- (三)按期接受研究开发成果。

研究开发方的主要义务是：

- (一)制定和实施研究开发计划；
- (二)合理使用研究开发经费；
- (三)按期完成研究开发工作，交付研究开发成果，提供有关的技术资料和必要的技术指导，帮助委托方掌握研究开发成果。

第二十九条 委托方违反合同造成研究开发工作停滞、延误或者失败的，应当支付违约金或者赔偿损失。

研究开发方违反合同造成研究开发工作停滞、延误的，除应当采取补救措施继续履行合同外，应当支付违约金或者赔偿损失；造成研究开发工作失败的，应当返还全部或者部分研究开发经费和报酬，支付违约金或者赔偿损失。

第三十条 合作开发合同是指当事人各方就共同进行研究开发所订立的合同。

合作开发各方的主要义务是：

- (一)按照合同约定进行投资，包括以技术进行投资；
- (二)按照合同约定的分工参与研究开发工作；
- (三)与其他各方协作配合。

第三十一条 合作开发各方中，任何一方违反合同，造成研究开发工作停滞、延误或者失败的，应当支付违约金或者赔偿损失。

第三十二条 履行技术开发合同所完成的技术成果的归属和分享原则是：

(一)委托开发所完成的发明创造，除合同另有约定的以外，申请专利的权利属于研究开发方。

研究开发方取得专利权的，委托方可以免费实施该项专利。

研究开发方就其发明创造转让专利申请权的，委托方可以优先受让专利申请权。

(二)合作开发所完成的发明创造，除合同另有约定的以外，申请专利的权利属于合作开发各方共有。一方转让其共有的专利申请权的，另一方或者其他各方可以优先受让其共有的专利申请权。

合作开发各方中一方声明放弃其共有的专利申请权的，可以由另一方单独申请，或者由其他各方共同申请。发明创造被授予专利权以后，放弃专利申请权的一方可以免费实施该项专利。

合作开发各方中，一方不同意申请专利的，另一方或者其他各方不得申请专利。

(三)委托开发或者合作开发所完成的非专利技术成果的使用权、转让权以及利益的分配办法，由当事人在合同中约定。合同没有约定的，当事人均有使用和转让的权利。但是，委托开发的研究开发方不得在向委托方交付研究开发成果之前，将研究开发成果转让给第

三方。

第三十三条 在履行技术开发合同的过程中,因出现无法克服的技术困难,导致研究开发失败或者部分失败的,其风险责任由当事人在合同中约定。合同没有约定的,风险责任由当事人合理分担。

当事人一方发现前款所列可能导致研究开发失败或者部分失败的情况时,应当及时通知另一方并采取适当措施减少损失;当事人一方没有及时通知另一方并采取适当措施,致使损失扩大,应当就扩大的损失承担责任。

第四章 技术转让合同

第三十四条 技术转让合同是指当事人就专利权转让、专利申请权转让、专利实施许可、非专利技术的转让所订立的合同。

第三十五条 技术转让合同可以约定转让方或受让方实施专利或者使用非专利技术的范围。但是,不得以合同条款限制技术竞争和技术发展。

第三十六条 订立专利权转让合同或者专利申请权转让合同,应当遵守专利法的有关规定。

第三十七条 专利实施许可合同的转让方的主要义务是:

- (一)许可受让方在合同约定的范围内实施专利;
- (二)交付实施专利有关的技术资料,提供必要的技术指导。

专利实施许可合同的受让方的主要义务是:

- (一)在合同约定的范围内实施专利,并不得许可合同约定以外的第三方实施该专利;
- (二)按照合同的约定支付使用费。

第三十八条 技术转让合同涉及专利的,应当注明发明创造的名称、专利申请人和专利权人、申请日期、申请号、专利号以及专利权的有效期限。

专利实施许可合同只在该项专利权的存续期间内有效。在专利权有效期限终止或者专利权被宣布无效以后,专利权人不得就该项专利与他人订立专利实施许可合同。

第三十九条 非专利技术转让合同的转让方的主要义务是:

- (一)按照合同约定提供技术资料,进行技术指导;
- (二)保证技术的实用性、可靠性;
- (三)承担合同约定的保密义务。

非专利技术转让合同的受让方的主要义务是:

- (一)在合同约定的范围内使用技术;
- (二)按照合同约定支付使用费;
- (三)承担合同约定的保密义务。

第四十条 转让方违反合同的,应当承担下列责任:

- (一)未按照合同约定转让技术的,除返还部分或者全部使用费外,应当支付违约金或者

赔偿损失；

(二)实施专利或者使用非专利技术超越合同约定的范围的,违反合同约定擅自许可第三方实施该项专利或者使用该项非专利技术的,应当停止违反合同的行为,支付违约金或者赔偿损失；

(三)违反合同约定的保密义务的,应当支付违约金或者赔偿损失。

第四十一条 受让双方违反合同的,应当承担下列责任：

(一)未按照合同约定支付使用费的,应当补交使用费并按照合同约定支付违约金；不补交使用费或者支付违约金的,必须停止实施专利或者使用非专利技术,交还技术资料,支付违约金或者赔偿损失；

(二)实施专利或者使用非专利技术超越合同约定的范围的,未经转让方同意擅自许可第三方实施该项专利或者使用该项非专利技术的,应当停止违反合同的行为,支付违约金或者赔偿损失；

(三)违反合同约定的保密义务的,应当支付违约金或者赔偿损失。

第四十二条 受让方按照合同约定实施专利、使用非专利技术引起侵害他人合法权益的,由转让方承担责任。

第四十三条 当事人可以按照互利的原则,在技术转让合同中约定实施专利、使用非专利技术后续改进的技术成果的分享办法。合同没有约定的,任何一方无权分享另一方后续改进的技术成果。

第五章 技术咨询合同和技术服务合同

第四十四条 技术咨询合同是指当事人一方为另一方就特定技术项目提供可行性论证、技术预测、专题技术调查、分析评价报告所订立的合同。

第四十五条 技术咨询合同的委托方的主要义务是：

(一)阐明咨询的问题,按照合同约定提供技术背景材料及有关技术资料、数据；

(二)按期接受顾问方的工作成果,支付报酬。

技术咨询合同的顾问方的主要义务是：

(一)利用自己的技术知识,按照合同约定按期完成咨询报告或者解答委托方的问题；

(二)提出的咨询报告达到合同约定的要求。

第四十六条 技术咨询合同的委托方未按照合同约定提供必要的数据和资料,影响工作进度和质量的,所付的报酬不得追回,未付的报酬应当如数支付。

技术咨询合同的顾问方未按期提出咨询报告或者所提出的咨询报告不符合合同约定的,应当减收或者免收报酬,支付违约金或者赔偿损失。

技术咨询合同的委托方按照顾问方符合合同约定要求的咨询报告和意见作出决策所造成的损失,应当由委托方承担。但是,合同另有约定的除外。

第四十七条 技术服务合同是指当事人一方以技术知识为另一方解决特定技术问题所

订立的合同,不包括建设工程的勘察、设计、施工、安装合同和加工承揽合同。

第四十八条 技术服务合同的委托方的主要义务是:

- (一)按照合同约定为服务方提供工作条件,完成配合事项;
- (二)按期接受服务方的工作成果,支付报酬。

技术服务合同的服务方的主要义务是:

- (一)按期完成合同约定的服务项目,解决技术问题,保证工作质量;
- (二)传授解决技术问题的知识。

第四十九条 技术服务合同的委托方违反合同,影响工作进度和质量,不接受或者逾期接受服务方的工作成果的,应当如数支付报酬。

技术服务合同的服务方未按照合同约定完成服务工作的,应当免收报酬并支付违约金或者赔偿损失。

第五十条 在履行技术咨询合同、技术服务合同的过程中,顾问方或者服务方利用委托方提供的技术资料和工作条件所完成的新的技术成果,属于顾问方或者服务方。委托方利用顾问方或者服务方的工作成果所完成的新的技术成果,属于委托方。但是,合同另有约定的除外。

第六章 技术合同争议的仲裁和诉讼

第五十一条 发生技术合同争议的,当事人可以通过协商或者调解解决。当事人不愿通过协商、调解解决或者协商、调解不成的,可以依据合同中的仲裁条款或者事后达成的书面仲裁协议,向国家规定的仲裁机构仲裁。

当事人一方在规定的期限内不履行仲裁机构的仲裁决定的,另一方可以申请人民法院强制执行。

当事人没人在合同中订立仲裁条款,事后又没有达成书面仲裁协议的,可以向人民法院起诉。

第五十二条 技术合同争议的诉讼时效和申请仲裁的期限为1年,自当事人得知或者应当得知其合法权益受到侵害之日起计算。

第七章 附 则

第五十三条 本法施行以后订立的技术合同,不适用经济合同法。

第五十四条 国务院科学技术主管部门可以根据本法制定实施条例,报国务院批准施行。

第五十五条 本法自1987年11月1日起施行。

附录三 中华人民共和国涉外经济合同法

(1985年3月21日第6届全国人民代表大会
常务委员会第10次会议通过 1985年3月21日
中华人民共和国主席令第22号公布)

第一章 总 则

第一条 为了保障涉外经济合同当事人的合法权益,促进我国对外经济关系的发展,特制定本法。

第二条 本法的适用范围是中华人民共和国的企业或者其他经济组织同外国的企业和其他经济组织或者个人之间订立的经济合同(以下简称合同)。但是,国际运输合同除外。

第三条 订立合同,应当依据平等互利、协商一致的原则。

第四条 订立合同,必须遵守中华人民共和国法律,并不得损害中华人民共和国的社会公共利益。

第五条 合同当事人可以选择处理合同争议所适用的法律。当事人没有选择的,适用与合同有最密切联系的国家的法律。

在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同,适用中华人民共和国法律。

中华人民共和国法律未作规定的,可以适用国际惯例。

第六条 中华人民共和国缔结或者参加的与合同有关的国际条约同中华人民共和国法律有不同规定的,适用该国际条约的规定。但是,中华人民共和国声明保留的条款除外。

第二章 合同的订立

第七条 当事人就合同条款以书面形式达成协议并签字,即为合同成立。通过信件、电报、电传达成协议,一方当事人要求签订确认书的,签订确认书时,方为合同成立。

中华人民共和国法律、行政法规规定应当由国家批准的合同,获得批准时,方为合同成立。

第八条 合同订明的附件是合同的组成部分。

第九条 违反中华人民共和国法律或者社会公共利益的合同无效。

合同中的条款违反中华人民共和国法律或者社会公共利益的,经当事人协商同意予以取消或者改正后,不影响合同的效力。

第十条 采取欺诈或者胁迫手段订立的合同无效。

第十一条 当事人一方对合同无效负有责任的,应当对另一方因合同无效而遭受的损失负赔偿责任。

第十二条 合同一般应当具备以下条款:

- 一、合同当事人的名称或者姓名、国籍、主营业所或者住所;
- 二、合同签订的时间、地点;
- 三、合同的类型和合同标的的种类、范围;
- 四、合同标的的技术条件、质量、标准、规格、数量;
- 五、履行的期限、地点和方式;
- 六、价格条件、支付金额、支付方式和各种附带的费用;
- 七、合同能否转让或者合同转让的条件;
- 八、违反合同的赔偿和其他责任;
- 九、合同发生争议时的解决方法;
- 十、合同使用的文字及其效力。

第十三条 合同应当视需要约定当事人对履行标的承担风险的界限;必要时应当约定对标的保险范围。

第十四条 对于需要较长时间连续履行的合同,当事人应当约定合同的有效期限,并可以约定延长合同期限和提前终止合同的条件。

第十五条 当事人可以在合同中约定担保。担保人在约定的担保范围内承担责任。

第三章 合同的履行和违反合同的责任

第十六条 合同依法成立,即具有法律约束力。当事人应当履行合同约定的义务,任何一方不得擅自变更或者解除合同。

第十七条 当事人一方有另一方不能履行合同的确切证据时,可以暂时中止履行合同,但是应当立即通知另一方;当另一方对履行合同提供了充分的保证时,应当履行合同。当事人一方没有另一方不能履行合同的确切证据,中止履行合同的,应当负违反合同的责任。

第十八条 当事人一方不履行合同或者履行合同义务不符合约定条件,即违反合同的,另一方有权要求赔偿损失或者采取其他合理的补救措施。采取其他补救措施后,尚不能完全弥补另一方受到的损失的,另一方仍然有权要求赔偿损失。

第十九条 当事人一方违反合同的赔偿责任,应当相当于另一方因此所受到的损失,但是不得超过违反合同一方订立合同时应当预见到的因违反合同可能造成的损失。

第二十条 当事人可以在合同中约定,一方违反合同时,向另一方支付一定数额的违约

金;也可以约定对于违反合同而产生的损失赔偿额的计算方法。

合同中约定的违约金,视为违反合同的损失赔偿。但是,约定的违约金过分高于或者低于违反合同所造成的损失的,当事人可以请求仲裁机构或者法院予以适当减少或者增加。

第二十一条 当事人双方都违反合同的,应当各自承担相应的责任。

第二十二条 当事人一方因另一方违反合同而受到损失的,应当及时采取适当措施防止损失的扩大;没有及时采取适当措施致使损失扩大的,无权就扩大的损失要求赔偿。

第二十三条 当事人一方未按期支付合同规定的应付金额或者与合同有关的其他应付金额的,另一方有权收取迟延支付金额的利息。计算利息的方法,可以在合同中约定。

第二十四条 当事人因不可抗力事件不能履行合同的全部或者部分义务的,免除其全部或者部分责任。

当事人一方因不可抗力事件不能按合同约定的期限履行的,在事件的后果影响持续的期间内,免除其迟延履行责任。

不可抗力事件是指当事人在订立合同时不能预见、对其发生和后果不能避免并不能克服的事件。

不可抗力事件的范围,可以在合同中约定。

第二十五条 当事人一方因不可抗力事件不能履行合同的全部或者部分义务的,应当及时通知另一方,以减轻可能给另一方造成的损失,并应在合理期间内提供有关机构出具的证明。

第四章 合同的转让

第二十六条 当事人一方将合同权利和义务的全部或者部分转让给第三者的,应当取得另一方的同意。

第二十七条 中华人民共和国法律、行政法规规定应当由国家批准成立的合同,其权利和义务的转让,应当经原批准机关批准。但是,已批准的合同中另有约定的除外。

第五章 合同的变更、解除和终止

第二十八条 经当事人协商同意后,合同可以变更。

第二十九条 有下列情形之一的,当事人一方有权通知另一方解除合同:

- 一、另一方违反合同,以致严重影响订立合同所期望的经济利益;
- 二、另一方在合同约定的期限内没有履行合同,在被允许推迟履行的合理期限内仍未履行;
- 三、发生不可抗力事件,致使合同的全部义务不能履行;
- 四、合同约定的解除合同的条件已经出现。

第三十条 对于包含几个相互独立部分的合同,可以依据前条的规定,解除其中的一部分而保留其余部分的效力。

第三十一条 有下列情形之一的,合同即告终止:

- 一、合同已按约定条件得到履行;
- 二、仲裁机构裁决或者法院判决终止合同;
- 三、双方协商同意终止合同。

第三十二条 变更或者解除合同的通知或者协议,应当采用书面形式。

第三十三条 中华人民共和国法律、行政法规规定应当由国家批准成立的合同,其重大变更应当经原批准机关批准,其解除应当报原批准机关备案。

第三十四条 合同的变更、解除或者终止,不影响当事人要求赔偿损失的权利。

第三十五条 合同约定的解决争议的条款,不因合同的解除或者终止而失去效力。

第三十六条 合同约定的结算和清理条款,不因合同的解除或者终止而失去效力。

第六章 争议的解决

第三十七条 发生合同争议时,当事人应当尽可能通过协商或者通过第三者调解解决。

当事人不愿协商、调解的,或者协商、调解不成的,可以依据合同中的仲裁条款或者事后达成的书面仲裁协议,提交中国仲裁机构或者其他仲裁机构仲裁。

第三十八条 当事人没有在合同中订立仲裁条款,事后又没有达成书面仲裁协议的,可以向人民法院起诉。

第七章 附 则

第三十九条 货物买卖合同争议提起诉讼或者仲裁的期限为四年,自当事人知道或者应当知道其权利受到侵犯之日起计算。其他合同争议提起诉讼或者仲裁的期限由法律另行规定。

第四十条 在中华人民共和国境内履行、经国家批准成立的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同,在法律有新的规定时,可以仍然按照合同的规定执行。

第四十一条 本法施行之日前成立的合同,经当事人协商同意,可以适用本法。

第四十二条 国务院依据本法制定实施细则。

第四十三条 本法自 1985 年 7 月 1 日起施行。

第十五篇 公司商标管理

第十五篇

公司商标管理

第一章 商 标

第一节 商标的概念与特征

一、商标的概念

在商品世界里人们在市场上亿万次接触商品,稍加留神就会发现在每个商品上都贴有各式各样的文字图形、符号等标记,这些标志就是商标法中所要研究的问题。

在世界各国的法律上,商标的定义并不是完全一样,但是,在绝大多数国家里,商标的实质是相同的。商标在商品中的生产和交换方面很重要,与人们的日常生活也有着密切的联系。

商标是商品的标记。它是商品生产者或经营者为把自己新生产或经营的商品与其他人生产或经营的同类商品显著地区别出来,而使用在一定的商品、商品包装及其他宣传品上面的专用标记。这种标记用文字、图形、字母、数码、线条、名称、颜色或声音等组成。例如,上海“凤凰牌”自行车的标记,就是上海自行车三厂生产的这种自行车的商标,以区别于“永久牌”、“飞鸽牌”自行车。同样,“蝴蝶牌”缝纫机的蝴蝶图形,并不是作为缝纫机本身的形状,而只是这种商品的商标。小霸王电子工业公司在国内首次把李扬的“小霸王其乐无穷”的声音作为商标。

商标的使用者是商品生产者、经营者或服务的提供者,而不是消费者;标志物是商品或服务,而不是物品;标志的目的是为了出售自己的商品和服务,而不是为了赠予、储备、铭志,也不是为了国家调配、管理物质的标志。商标的组成要素就我国目前的情况来说主要是文字、图形或文字图形的组合图案,现在又兴起用音响作商标。由于商标的最终目的是为了销售自己的商品和服务,所以商标必须是能够具有与他人的商标相区别的显著特征,使不同厂商的商品或服务能够区别、比较、鉴定。一些外国学者常以“商标是商品的脸”来解释商标,他们认为人的脸象征着人的名声、信誉和评价,也是这个人与那个人相区别的特征。这一比喻虽不十分科学,但对于我们理解商标的意义是有帮助的。

二、商标的基本特征

1. 商标是用于一定商品或服务上的专用标记

商品是用于交换的劳动产品。商标法意义上的商品是指能够通过市场进行流通的产

品,是在“一定范围”和“一定质量”上使用的商品。服务则是指广告、金融、建筑、洗涤等服务行业所为人们提供的劳务,是一种无形的商品。商标不是一般性的标志,它是专用标记,是商品的生产者或者经营者有意识地使用于商品上的标记。

2. 商标是区别同一类商品的不同质量和不同的生产者和经营者的标记,它应当有显著特征,便于识别

同一类商品包括相同商品和类似商品,商标的基本功能在于对不同来源、质量和特点的同—类商品加以明显的区分,从而表明商品的一定质量,树立商品生产者和经营者的信誉。

3. 构成商标的因素主要是文字、图形或文字与图形的组合

用文字构成的商标称“文字商标”,如“牡丹”牌电视;用图形构成的商标称“图形商标”,如长城电扇商标的城墙图案;由文字与图形结合组成的商标称“组合商标”。此外,商标与商品的名称、商店牌号既有联系,又不能相互混用。商标不能仅是一种图形文字构成的“标志”,而且必须是具有一定的名称,如“光明”牌,“灯塔”牌等。

4. 商标可以通过树立信誉,标示商品的一定质量

它可以在市场上向消费者提供商品信息,反映特定商品的质量和咨询服务,使消费者认牌选购,所以商标又具有竞争性。如可口可乐公司的商标的公开标价达 244 亿美元,靠的就是商标的信誉。

第二节 商标的分类

弄清商标的分类,对人们认识商标,正确地理解、使用和设计商标有积极的意义,也为企业进行商标决策提供了有益的参考。当前,随着市场经济的发展,商品品种越来越多,商标的使用也越来越广泛。从不同的角度,按不同的标准,商标可分为不同的种类。

一、按照商标的构成分类

按照商标构成分类,商标可分为文字商标、图形商标、记号商标、组合商标、立体商标、非形象商标等 6 种。

1. 文字商标

文字商标,即用文字组成的商标。这里的文字,包括汉字、字母、数字和拼音等。

汉字商标,有由普通汉字构成的,如“松下”、“茅台”、“亚都”、“威力”等,也有用汉字变体构成某个特殊图案的,如“永久”牌自行车的商标。汉字商标的字体不限,篆书、隶书、行书、楷书、草书都可以。这些字体各具特色,篆书象征历史悠久,能唤起人们对商品商标的历史感;隶书则古朴典雅;行书活泼大方;楷书端正庄严;草书富于变化。企业可根据不同的商品的特点选用不同字体作为商标,如在中成药和酒类商标上选用篆书或隶书就比较合适。字母商标由外文字母构成,如“SONY”、“PHILIPS”等等,其字母组合可以是生造而无任何意义的,如广东出口的磁带上使用了“CKK”这个无含义字母的组合。数字商标,如“868”皮鞋,“999”胃泰,“505”神功元气袋等等。在我国,数字商标是允许的,但在世界许多国家都不

予承认,很多我国的数字商标在外国注册申请都被驳回了,只有这种商标已经成为驰名商标,才可被获准注册,如英国的“555”香烟。另外,我国国内的商标,一般不允许使用外国文字,但也有出口商品的商标上加上外国文字名称的。国内用汉字组成的商标,可以在汉字下加注汉语拼音,以利于普通话的推广,但不要单独使用拼音字母作为商标,否则,不利于人们识别,也易被误认为英文。

2. 图形商标

图形商标即指用图形构成的商标。这种商标以艺术作品的形式出现,给人以深刻印象,但它不同于一般的艺术作品,它要符合商标的特点,易于识别、便于记忆。

各种图形均可作为商标。用人物形象作为商标的,不宜用一些著名人物的形象,如毛泽东、孙中山、华盛顿等,更不能未经当事人同意就将其形象当做商标,否则将是侵犯他人肖像权的行为;可用一些虚构的形象,如嫦娥、孙悟空、精灵等等。用动物形象做商标的,可采用一些人们喜爱的动物,如熊猫(电视机),小白兔(儿童牙膏),也可用有一定寓意的动物形象,如金狮(自行车),冰熊(电冰箱)等。另外,花草树木、山川河流、名胜古迹等等,都可以作为商标图案使用。

图形商标不受语言文字的限制,不论在什么国家什么地区,人们只要一看见图形,就会形成印象。但图形商标的缺点是不便于呼叫,交易中不便于相互交流,特别是许多图形的称谓并不固定,呼叫时有可能造成混乱。如只画一个火炬的图形,到底是叫它“光明”牌好,还是叫它“火炬”牌好呢?因此,图形商标最好要有显著特征,一看到图形,就能起到叫一个名称的作用,才是比较合适的。如在自行车上画一只凤凰,人们就知道应该叫“凤凰”牌自行车。

3. 记号商标

记号商标是指由某种记号或符号组成的商标。例如三角形、菱形、波浪形等记号都可作为商标。以记号作为产品的标志起源最早。据史书记载,一万多年以前在许多古陶器上就刻有⊕、⊙等的标记,虽然不具有现代商标的完整意义,但确具有标志生产者的意思。记号商标的特点是既简单又特别,给人以深刻的印象。如美国的英格尔——兰特公司的机械产品商标,就是取了公司名称的两个字头“I”和“R”并把它们重合书写在一起,结合组成一种与任何字母都不同的符号。

4. 组合商标

组合商标是用文字、图形或记号联合而成的商标。在我国,组合商标用的最普遍,这种商标图文并茂,便于呼叫,形象生动,容易记忆,易于识别,能够引起消费者注意。设计和使用这种商标要注意结构简单、明显、清晰,使人看了能留下深刻印象。如中国的“李宁”牌商标,美国的“百事可乐”商标都是设计上乘的组合商标。

组合商标要求文字与图形和谐一致,密切相关。若文字与图形毫不相关,则不能作为一个商标,更不可能是组合商标。比如图形是“山”的形状,文字却注明是“海洋”,实质上就是两个商标,是不能予以核准注册的。

5. 立体商标

立体商标是指以产品外形或产品的实体包装作为商标。例如商品的容器、饮料瓶、酒

瓶、香水瓶以及与商品本身联系紧密的装璜作为商标。我国现阶段尚无关于立体商标的规定。但欧美一些国家已广泛使用立体商标。如美国的“可口可乐”饮料,就是以该饮料瓶的形状作为该商品的商标。

6. 非形象商标

前面提到的 5 种商标均为形象商标,而非形象商标,是指以“音响”、“气味”、“电子数据传输标记”等申请商标注册。关于这种商标,我国《商标法》没有明文规定,在核准注册问题上,还有许多监测技术及审查原则尚未解决。

二、按照商标使用对象划分

根据商标使用对象的不同,商标又可分为使用于商品上的“商品商标”和使用于服务上的“服务商标”。

1. 商品商标

使用在商品上,借以区别不同商品的商标是商品商标。商品商标按使用者的不同,可分为“制造商标”和“销售商标”。

制造商标,是指表示商品制造者的商标,又称生产商标。这种商标与“厂标”的意义相同。如“可口可乐”公司的“可口可乐”商标,日本松下电器公司的“松下”商标,荷兰飞利浦电器公司的“飞利浦”商标。使用这种商标,不仅可以把别的生产厂家与自己区别开,而且还可以和销售商利益均沾。如果在商品上不使用“制造商标”,仅有销售者的销售标记,生产商的利润就会受到侵犯,长此以往,就会使销售商独得其利,使制造商隐姓埋名,听任销售商摆布。因此,生产商使用“制造商标”是十分必要的。

销售商标,是指为了表示经营者的销售商品而使用的商标,也叫“商业商标”。当制造商生产能力薄弱,商标不太出名,而销售商实力相对雄厚,享有盛誉的时候,常常使用销售商标,也可以与制造商合伙使用商标。这种商标不是为了宣传生产者的标记,而是为了宣传销售者的标记。如上海郊区一些乡镇企业生产的服装,质量并不比一些著名大服装厂生产的服装差,但由于其本身的商标信誉不高,消费者往往对乡办厂生产的服装不屑一顾。于是上海有些大的百货公司和著名服装店,在这些服装上贴上了自己的“销售商标”,消费者认大公司、大商店的信誉,纷纷选购这类服装。当然,销售商标仍然要以质量取胜,严格检验商品质量,否则销售商标的信誉将受到损害。

2. 服务商标

服务商标是指运输、建筑、金融等服务行业为把自己的服务与其他企业的服务区分开来而使用的商标。服务是种无形的商品,但它也有彼此相互区别的要求。如中国保险公司的服务商标是“PICC”,郑州亚细亚商场的服务商标是“野太阳”图案等等。

三、按照商标使用目的来分

商标除了具有区别商品生产者、经营者和服务的提供者的一般作用之外,按照商标的特殊使用目的,还可分为防御商标、联合商标、保证商标和等级商标。

1. 防御商标

防御商标是指拥有驰名商标的商标注册人在该商标核定使用商品类别以外的不同商品上注册的同一商标。原商标为正商标,注册在另外不同类别商品上的这种商标为防御商标。商标注册人使用防御商标的目的是为了防止他人将与自己的商标相同的商标在其他商品上注册,从而冲淡自己商标的识别作用。因为对驰名商标来说,商标往往与拥有该商标的原有企业紧密相联,如一提到“柯达”牌,人们自然会联想起美国柯达公司。所以如果有别的企业在即使是不同类别的商品上使用与驰名商标相同的商标时,由于驰名商标的巨大影响力,消费者常常会误以为这些使用在其他商品上的驰名商标与原驰名商标之间存在着某种联系,甚至认为这些商标就是归原驰名商标拥有者所有,从而对商品出处产生混淆,长此下去,就会降低驰名商标的独特性和识别作用。而且一旦消费者对使用这些商标的商品质量不满意,就会迁怒到驰名商标上,使商标所有人的信誉受到损害。为了防止这些情况的出现,驰名商标所有人常常使用防御商标。如美国可口可乐公司就在许多非饮料商品上注册了“可口可乐”商标,作为防御措施。

防御商标的注册比较困难,首先是创驰名商标毕竟很不容易,而不够驰名商标,要想超出经营范围注册,会受到种种限制。其次是该商标设计要特别新颖。如果以常用的“龙”、“凤”之类的商标申请注册防御商标,往往会因为在其他类别的商品上已有与之相同或近似的商标进行了注册而被驳回申请。只有商标新颖,申请才可能被批准。如“琴岛海尔”在注册于其他类别时,就因其新颖性的原因而较为容易注册。

2. 联合商标

联合商标是指一个企业在相同的商品上注册几个类似的商标,或在相类似的商品上注册几个相同或近似的商标。注册联合商标的目的,不是为了每一个商标的使用,而是为了保护其主要商标,防止别人影射、仿制。如杭州娃哈哈营养食品厂,在看到市场上出现了很多与“娃哈哈”近似的商标以后,又申请注册了“娃娃哈”,“哈哈娃”,“哈娃娃”等商标,与“娃哈哈”这一主商标相联合,有效遏止了侵权行为。

因为联合商标主要是起保护作用,所以不受“三年不使用即取消商标权”的规定的限制,只要使用了联合商标中的某一个商标,就可视为整个联合商标都符合使用的要求。而且联合商标在转让时,必须整体转让,不允许分割转让,以防止出现同一商品或类似商品上出现两家企业使用相同或相似商标的局面。

3. 保证商标

保证商标又叫证明商标,是指表明商品的质量已经过鉴定,保证或证明其质量等级的商标。通过保证商标为商品所提供的证明,商品便对消费者有更大的吸引力,从而有利于打开销路,占领市场。如国际羊毛局的“纯羊毛标志”就是世界闻名的保证商标,又如日本厂商在纯毛制品上所使用的“ツール”,在高级纯棉制品上使用的“JCC”,在优秀式样设计商品上使用的“G”等,也都是保证商标。在我国,商标局于1992年4月17日确认“绿色食品”标志授于申请人农业部,农业部享有其专用权,这是我国“保证商标”的诞生。“绿色食品”标志是特定质量标志,专为证明其食品出自良好的生态环境、无公害、安全营养而设立。我国工商局和农业部规定,凡从事食品加工、生产的企业,需要在某项产品上使用“绿色食品”标志的,须按《农业部“绿色食品”标志管理暂行办法》的有关规定提出申请,符合标准的授予《绿色食品

证书》及专用编号。

保证商标一般是由商会或其他经济团体申请注册,申请人必须对商品有检定能力并负保证责任。保证商标并不是由商标注册人使用,而是由经他指定的有条件的企业使用,未经商标所有人许可,或其生产、经营的商品未达到保证标准的,不得使用保证商标。

4. 等级商标

等级商标是同一厂商为了区别相同品种而不同规格、质量的商品而设立的商标。这是为便于顾客根据自己经济条件,使用习惯和使用目的对商品进行鉴别和选购而创制的。如瑞士手表“劳力士”、“欧米茄”为一类手表,而“天梭”和“浪琴”则是次于它们的副牌手表。又如上海卷烟厂根据卷烟品质、等级,分别使用“中华”牌、“牡丹”牌、“前门”牌和“飞鸟”牌的商标。

四、特殊性质商标

特殊性质的商标是因其功能、性质特殊而归为一类的商标,如“集体商标”、“备用商标”、“驰名商标”等。

1. 集体商标

顾名思义,集体商标就是商标所有权归属于一个集体组织的商标。集体商标应由该组织的成员共同使用,由于这种商标使用成员较多,使用起来比较复杂,一般事前都应对使用条件和侵权责任专门订立章程并报请备案。集体商标不是用来标明某个特定企业生产的产品,而是用来标明一个加入该联合组织、协会或其他组织的企业的产品。集体商标一般不能转让。

2. 备用商标

备用商标是指已经注册,但实际上并未使用而只是贮存在企业内部的商标,因此,也叫“贮藏商标”。它是为了在企业商标情况变化之时做应急之用,适应了某些变化较大的商品的需要。如化妆品、药品、电器用品等,多有这种性质的商标。

3. 驰名商标

驰名商标又称著名商标,是指知名度很高,为公众所周知的商标。

根据《保护工业产权巴黎公约》的规定,各公约成员国均有保护驰名商标的义务,如果发现与驰名商标相同或近似的商标,即使该驰名商标并未在该国注册,也要撤销这些与驰名商标相同或近似的商标。但判断商标是否驰名的具体标准,巴黎公约并无规定,而是由各国商标管理机关自行掌握。

驰名商标因为它的驰名性,所以在享受的专用权利上比普通商标更大,这在本书“商标权的保护”一章中将专门谈到。

我国在1991年9月19日公布了我国首批驰名商标,共10个。它们是:茅台酒、凤凰自行车、永久自行车、青岛啤酒、五粮液酒、琴岛海尔电冰箱、北极星钟、霞飞化妆品、泸州曲酒和中华卷烟。

美国兰德咨询公司,在对美国、西欧、日本一万名消费者进行调查之后,评出当今世界最有影响力的十大驰名商标:“可口可乐”、“索尼”、“奔驰”、“柯达”、“迪斯尼”、“雀巢”、“麦克唐

纳(麦当劳)”、“IBM”、“百事可乐”。

第三节 商标的作用

商标在不同性质的社会中所起的作用有所不同,但是排除社会的政治、经济因素对商标的影响外,商标一般都具有以下几方面的作用。

一、区别相同类商品的不同生产者和经营者

在现代商品市场上,同一商品有成千上万的生产厂家。因此,消费者如果熟悉了商品的商标,也就知道是哪家企业生产的商品。这就如同一个人的脸象征一个人一样,商标作为商品的脸,成为某一企业特定商品的象征,与商品荣辱与共,代表商品的信誉,同时直接关系对商品生产者和经营者的评价。企业也因为有自己独特的商标而显示出自己的与众不同,进而使整个市场呈现出内在的活力。这是商标最本质、最基本的作用。

二、区别不同生产者生产商品质量的不同

消费者依据什么去选择自己所需要的商品呢?无疑是根据这些商品的商标信誉去选择,而商标信誉同商品质量是紧密联系在一起的。从这个意义上说,商标是代表商品一定质量的标志,企业使用商标,就等于在商品质量保证书上签了字,商品出了问题,消费者可以依其商标找到生产厂家,从而加强了消费者对企业的监督。有利于增强企业责任心,保证和提高商品质量,努力争创名牌。

三、便于消费者认牌购货

由于商品品种繁多,商品的质量、等级、规格、花色、特点等各不相同,如果商品没有商标去供人们认识区分商品,那将出现十分混乱的局面,消费者将在五花八门的各色商品面前不知所措,无所适从。企业用商标把它们区分开来,使消费者根据商标去识别商品、认牌购货,节约了消费者的购物时间,增强了消费者的购物信心,引导了消费者的购物取向。同时商标也成为消费者同商品生产者和经营者之间联系的纽带。

四、有利于商品广告宣传

商标作为一种标志体现了商品的质量和信誉,自然也就成了商品广告的非常有效的手段。利用商标宣传商品,言简意赅、醒目突出、便于记忆,能够增强广告效果,给消费者留下深刻印象,以吸引诱发其“从速购买”的欲望,从而达到创名牌、扩大销路的效果。很多成功的广告都反复强化其商品的商标,如“新飞”牌电冰箱的电视广告,通篇广告的歌词只有一句:“新乡飞利浦,新飞。”再配以动人的画面,就给观众留下了很深的印象。其他驰名商标的广告如“松下电器”、“金利来”、“东芝”、“可口可乐”等都将其商标的宣传放在了广告最醒目的位置。

五、有利于美化商品

一个设计美观的商标,等于给商品穿上了一件漂亮的外衣,可以增加商品的美感,提高商品的身价,扩大商品的销路。如南京生产的“芭蕾”牌珍珠霜的设计,极具现代风格,轰动了香港市场,赢得了消费者喜爱,一下子就成为了名牌商品。又如“标志”牌轿车的商标、“霞飞”化妆品的商标都很富美感,为其商品增色不少。当然,商品最重要的还是质量,只有在质量过硬的前提下,把商标设计得美观一些,才能真正增强竞争能力,相反,如果商品质量差,就是把商标设计得再美,也是无济于事。

六、有利于开展国际贸易

实行对外开放以来,我国对外贸易有了很大发展,商标的作用也越来越显著。在国际贸易中,商标是极为重要的,国际间的贸易离不开商标,尤其是对西方国家的贸易。在出口商品上使用商标,并及时在外国进行商标注册以得到对商标的法律保护,这对维护商品在当地的合法权益,扩大出口,有着重要作用。同时,商标还标志着出口商品的技术水平,表明商品的质量,代表国家的生产水平和信誉,能起到促进外贸的作用。树立商标信誉,在国际上争创驰名商标,对加强我国出口商品在国际市场上的竞争能力,促进我国对外贸易的发展很有益处。以前,我国在这方面注意不够,以致有的名牌商标被人冒用或抢先注册,造成很大的损失,这在今后是值得汲取的教训。

七、有利于开展正当竞争

商标是商品信誉好坏的标志。信誉好的商标,竞争力强,其结果必然生意兴隆;信誉不好的商标,竞争力弱,其结果必然是生意萧条。商标信誉在市场竞争中至关重要,一个有信誉的商标,对于提高商品竞争力、打开商品销路都起着十分重要的作用。商品在市场上接受社会检验和监督,参予竞争,这种市场竞争是商品品种、质量、价格等多种因素的竞争,而这些信息则是通过商标这一桥梁传递给消费者的,所以,企业在市场上的公正竞争,必须借助商标的参予。商标的广泛使用,把企业推向市场,而企业则成功地运用商标取得明显经济效益,同时激励企业提高商品质量,增加品种,创立和保持驰名商标,以商标这种简明有力的形式展开公平竞争,开拓市场,引导消费。

总之,商标是促进生产,繁荣市场,参加国际间市场竞争,维护生产者和消费者利益的一个有力工具。

第四节 商标和其他类似标志

商标是人们用以识别商品的标记。但是,由于反映到人们头脑中的标记是多种多样的,因此,有时候容易把一些与商标近似的其他标志认为是商标。在此我们谈谈商标与它们的区别与联系。

一、商标与装潢

装潢是指商品包装的表面装饰,包括图案装饰、文字设计和色彩运用。因为很多商品的商标在实际使用时常与包装装潢在一起,结果造成人们对商标和装潢不易区别的现象。其实,只要了解二者各自的特点,还是不难区别的。它们的不同之处在于:

(1)商标具有专用性和长期性的特点,其形式比较稳定,在一般情况下不会改变。装潢则是非专用的,不受法律保护。其形式也随着市场的变化而变化。

(2)使用的目的不同。商标的使用主要是为了区别商品的不同生产者和经营者。装潢的目的则是为了说明和美化商品,它用艺术的语言、精美的图案真实而美观地把商品展现在人们的眼前,以美的感染力吸引消费者,帮助生产者推销商品。

(3)二者的图形构成不同。商标的图形注重显著性,即要求有区别于其他商品的明显特征。而装潢的图形则注重渲染性,以美化商品为目的。例如,“长城”牌鸡肉罐头,其商标是一段蜿蜒曲折的万里长城,衬托出“长城牌”三个大字,这显然是商标。而罐头的其他部位,则画着一只煮熟了的肥鸡,使人垂涎欲滴,显然这是装潢,没有区分生产者的作用。

(4)商标不能表示商品的内容,而装潢的内容却往往与商品的内容一致。装潢上的文字应该注明商品名称、原料、成份、用途、使用方法等方面的内容。如上面提到的鸡肉罐头,决不允许以鸡作为罐头的商标,但装潢上可以画鸡,用以说明罐头里装的是鸡肉而不是其他物品。

商标与装潢之间的联系也是紧密的,设计美观的商标也可以成为商品装潢的一部分。如“凤凰”牌自行车的商标就有装潢的作用。同样,有些商品的装潢别致,在某种程度上和商标一样能起到识别商品的作用,在有些国家还可以作为商标注册。我国在 1986 年为彻底禁止假冒名牌白酒的侵权行为,对全国十三家名酒厂生产的优质白酒的瓶贴和装潢,都允许作为商标使用。

二、商标与外观设计

外观设计是指对产品的色彩、形状、图案或者其组合所作出的富有美感并适用于工业上应用的新设计。它通过人们的视觉,引起美感,给人以购买的刺激。它和商标一样,都可置于商品的表面或商品的包装上,都可以由某种图形组成,一个设计得好的商标和外观设计都能引起美感,刺激消费者的购买欲。此外,商标权和外观设计专利权又都属于工业产权的重要内容。但两者从本质上讲又是不同的。首先,它们的作用不同。商标主要是区别不同生产者和经营者的商品,而外观设计则起装饰商品的作用,使商品变得美观大方,它有机地与商品构成一体。其次,它们受不同的法律保护。商标权是《商标法》的保护对象,外观设计专利权则是《专利法》的保护对象,因此,它们的内容以及权利、义务是不相同的。作为一个设计而言,到底是以外观设计还是以商标提出申请保护,申请人必须明确,不能模棱两可,否则,将会带来法律后果。如美国“可口可乐”饮料的瓶型,原系工业品外观设计,由于工业品外观设计的保护期只有 5 年,且只许续展一次,也是 5 年,过此期限,即被认为失去新颖性而不能再得到保护;而做为商标注册,一次有效期为 20 年,且可无限续展。于是“可口可乐”公

司就将“可口可乐”饮料的瓶型改作为立体商标进行了注册,获得了永久的保护。

三、商标与商务标语

商务标语是为了推销商品而宣传或做广告时所使用的口号。商务标语通常是和商标一起出现的,所以同商标有着密切的联系,但它又与商标有着明显的不同。商务标语的作用是宣传商品,对商品的质量、工艺、性能等进行赞美,如“美观大方”、“经久耐用”、“质量上乘”、“信誉第一”等等,这些并不能起区别商品的作用,也不能为一家企业所独占。商务标语还往往随时改变,不具有稳定性和显著性的特点。

但是,有些商务标语进行了大量宣传之后,已成为驰名商务标语,具有了显著性,能使顾客识别其使用者。如“雀巢咖啡,滴滴香浓,意犹未尽”、“金利来、银利来,男士添风采”、“牡丹虽好,还要爱人喜欢”、“车到山前必有路,有路必有丰田车”等等,这些商务标语已和其使用的商品紧密结合在一起,成为一个有机整体。对于这些驰名商务标语,如有别的企业窃用,那么标语原有者可以根据《反不正当竞争法》请求保护。对于极少数具有特殊独创性和文学性的商务标语,也可以成为版权的保护对象。

四、商标与商号

商号,也就是厂商名称或企业名称,如上海无线电十八厂,无锡电视机厂等。商号与商标的区别是:商标必须与它所标示的特定商品或服务相联系而存在,而商号则是必须与制造销售商品或提供服务的厂商相联系而存在。如果说商标将不同企业的商品或服务区别开来,那么商号则是将整个企业同其他企业区别开来,而不必参考它所提供的商品或服务。如青岛电冰箱总厂生产“琴岛海尔”牌电冰箱,“青岛电冰箱总厂”就是商号,而“琴岛海尔”则是商标。商号也是一种专用权,受法律保护。

但商标和商号的联系又是密切的,商号往往同时也能起到商品标记的作用。我国允许把商号作为商标注册,而且有不少的企业把商号作为商标取得了注册。如“同仁堂药店”出售的药品以“同仁堂”为注册商标,“盛锡福帽厂”出产的帽子以“盛锡福”为注册商标。在外国,商号作为商标的也屡见不鲜,如美国波音公司注册的“波音”商标,日本丰田汽车公司注册的“丰田”商标等等。以商号作为商标,使它们有机地结合为一体,既是商品的牌子又是企业的名称,不但有利于宣传,也有利于促使企业保证和提高商品质量。用商号作为商标也可使用商号名称的缩写,如哈尔滨磁化器厂生产的磁化杯商标为其商号缩写“哈磁”。但使用商号缩写时要注意实际效果,不适当的滥用缩写有时会造成令人啼笑皆非的结果。正如一段相声里说的,如果把自贡杀虫剂厂的缩写“自杀”,上海吊车厂的缩写“上吊”,怀阳轮胎厂的缩写“怀胎”等等作为商标使用,对商品销售的不良影响就可想而知了。

五、商标与产地标记

产地标记是商品包装上表明商品产地的标记。产地标记在不少国家中属于商标法保护的内容。但商品上的产地标记并不能被某一家特定的厂商所专有,因其性质与商标有着本质的差别。商标只能由它的所有人专有,并可以许可给转让合同中的受让人及使用许可合

同中的被许可人使用;而产地标记则可由该产地的一切人使用,并且不能由法人或自然人申请注册,也不能进行转让或使用许可。基于这一特点,因产地标记而受到侵害的就可能不是某个特定的厂商,而是可能涉及到该地区所有经营某一商品的若干厂商,因此,有权对侵犯产地标记而提起诉讼的也往往不止一家。《巴黎公约》和《马德里协定》中,都规定了公约及协定的成员国有义务禁止一切带有虚假产地标记的商品进口,并规定了对使用这种虚假标记的当事人应实行法律制裁。《巴黎公约》中规定的因受害而有权起诉的主体包括,在虚假产地标记所标示的国家或地区内,以及使用该标记的国家或地区内的任何生产、制做或经销同一种商品的自然人或法人。

第二章 商标法

第一节 商标法的概念和内容

商标法同商标一样,是商品经济的产物。因为商标是商品生产者、经销者或服务提供者使用在商品和服务上借以区别不同商品和服务的专用标记。所以,在商品经济发展过程中,商标得到了广泛使用,从而产生了商标使用者之间、商标使用者和消费者之间、以及商标所有人同侵犯商标权人之间的矛盾和纠纷。为了维护商品生产者或经销者的正当权益,保护商标的专用权,就应当赋予商标一种权利,即如果某种商品已经使用了某一商标,在同类或者类似产品上,其他人就不应该再使用与此相同或者类似的商标。为了使这种权利在复杂的社会关系中,在涉及国家整体利益、商品生产者、经销者的利益以及广大消费者利益之间的种种利益关系中得以保护和遵守,各国都应运而生了一种法律以便对这些复杂的社会关系进行法律调整。这种法律就是商标法。一般来说,商标法是调整关于商标关系的法律规范,即调整在商标的使用、转让和制止侵犯商标权行为过程中发生的社会关系的法律规范。其核心内容就是保护商标专用权,并通过保护商标专用权建立起一整套完整的商标管理制度。它规定了商标权取得的原则和条件、商标权的保护、对商标使用的管理以及对商标争议的解决等。商标法的直接目的就是通过这一整套的商标管理体制,达到维护商标使用者和消费者的利益,促进社会主义商品生产和流通的发展的目的。通过商标管理,可以使商标得以正常使用,防止滥用、混同等现象发生,严厉打击利用商标进行扰乱市场等不法行为,维护社会主义经济秩序,就象我国《商标法》第1条所阐述的那样“为了加强商标管理,保护商标专用权,促使生产者保证商品质量和维护商品信誉,以保证消费者利益,促进社会主义商品经济的发展,特制定本法。”及第3条规定“经商标局核准注册的商标为注册商标,商标注册人享有商标专用权,受法律保护。”

商标法是一个集合的概念,它不仅指已颁布的《中华人民共和国商标法》,而且还包括国家有关机关制定的调整商标关系的各种商标条例、法令、实施细则,还包括在其他法律文件中有关商标的规定,以及我国在涉外关系方面有关商标的规定,这些商标法律规范的总和构成了我国的商标法。

总而言之,我国的商标法,是国家权力机关制定的,体现人民意志和利益,以国家强制力保证实施的,调整国家、商标所有人、使用人在商标注册、使用、管理和保护商标专用权过程中所发生的各种社会关系的法律规范总和。

第二节 商标法的任务和作用

我国《商标法》第1条就开宗明义地阐明了商标法的总任务。我国商标法之所以产生并趋于完善的重要原因就在于它的宗旨是为社会主义市场经济服务,要发挥商标的有利作用,克服它的某些消极因素,巩固和发展社会主义经济基础,以利于我国现代化建设的早日实现。

商标是区别不同商品和服务的标志,它能明确各个工商企业的责任,提高企业竞争意识,促进市场繁荣,还便于消费者指牌购货,加强对商品质量的监督,更好地维护消费者权益,在我国社会主义制度下,商标是促进生产,繁荣市场,参加国际竞争,维护生产者与消费者利益的有力工具。它是沟通生产者和消费者之间供求、购销的渠道,是我国社会主义市场经济中不可缺少的组成部分。

但是,正如任何事物都有利弊二重性,如果不进行必要管理而放任自流任其发展,那样,商标在实际使用中也会不可避免地带来很大的混乱,而商标法归根结底是为社会主义市场经济服务的,在这种客观条件下,商标法的任务就是扬利抑弊,并且通过商标法所具有的特点为社会主义市场经济服务。

商标法通过对各种商标关系的法律调整,可以充分发挥商标对发展我国社会主义市场经济的作用。这些具体作用主要表现在以下几个方面:

(1)可以监督产品质量,维护消费者的利益。我国商标法的特点之一,就是通过商标管理,监督商品质量问题,提高商品质量,防止假冒伪劣产品,从而保护消费者的利益。商品质量问题,主要是生产主管部门的事情,商标是其中的一个环节,是辅助商品质量管理的手段。这样看来,商标的作用似乎无足轻重,但是,当商品一经进入市场,就会自然而然地受到广大消费者的鉴定。在商品流通领域里,通过对商标的管理和消费者对商标的反映,来监督产品的质量,制止损害和欺骗行为的发生。《商标法》第5条“国家规定必须使用注册商标的商品,必须申请商标注册,未经核准注册的,不得在市场销售。”第6条“商标使用人应当对其使用商标的商品质量负责。各级工商行政管理部门应当通过商标管理,监督商品质量,制止欺骗消费者的行为。”及第25条、第31条等都对保证商品质量和保护消费者利益作了具体规定。

(2)可以在发展社会主义市场经济的过程中,保护合法竞争。我们的商标竞争是奖励先进,鼓励后进,使生产者感到商品使用了商标等于企业在商品上立了保证书,有经营风险的直接责任,使发展商品生产有一定的能动力。《商标法》正是通过商标权的取得、使用、续展、转让和保护等问题,为商标竞争规定了一套完整的保护合法,制止违法,打击犯罪的规范,这样就把商标竞争活动限制在法律规定的范围内。禁止利用商标从事不正当的竞争活动,使生产者、经营者能在竞争这一巨大动力推动下,遵守法规法纪,发展生产和经营业务。

(3)通过保证商标注册人的商标权不受非法侵犯而达到充分调动商品注册人的创名牌、保名牌的生产经营积极性的效果。《商标法》的第3条规定就明确阐明了这点。保护商标权

还解除了商标注册人担心自己的商标被他人非法利用的后顾之忧,鼓励了商标注册人生产名牌,保护名牌产品的勇气与信心,从而使他们把更多精力放在产品质量管理上,生产出更多的优质产品。

四、可以保护我国商标在国际市场上的合法权益,发展对外贸易,促进国际交流。驰名商标具有很大优点,它们使用时间长、商品销售量大、范围广,为消费者普遍接受而且能在对外贸易中为国家大量创汇。如“娃哈哈”商标、“霞飞”、“琴岛海尔”及“虹雨”商标等。商标法通过多种规定为商品生产者创驰名商标建立良好的社会环境,使商标在国际贸易和国际经济交往中发挥重要作用。同时,在我国实行对外开放政策条件下,切实保障外国企业在中国的合法权益也十分必要,对外国企业的商标专用权的保护好坏直接关系到我国同其他国家的经济交往和贸易来往。我国《商标法》第9条、第10条及《商标法实施细则》中第29、30、31条,对这些问题作了明确的规定。

第三节 我国商标法的基本原则

商标法的基本原则,是指社会主义商标立法宗旨和经济法学原理相结合而产生的指导商标立法的基本原则。它既体现了立法者的意志,也体现了商标活动的规律。巩固和发展商标法制,加强商标管理,可以促进商品生产发展,保护合法竞争,保护消费者利益,繁荣市场,扩大交流,便利消费,维护经济秩序。

商标法的原则不仅要具有一般经济法律原则的共性,也应具有自己独立存在的个性,这种个性就是充分体现在对商标专用权和消费者利益的特殊保护。商标权的基本原则有其相对的稳定性。在一定条件下,根据客观需要,会对商标法的具体法律规范加以修改或补充,但商标法的基本原则一般不会有大的改变。

一、保护商标权的原则

这是国家运用法律手段,根据商标立法的宗旨,按照法定的程序,赋予商标注册申请人以商标权,并在注册商标的使用、管理上给予保护的立法准则。

商标立法的核心就是保护商标权,有关商标的一切法律制度都是围绕商标权而展开。因此,只有商标法确立了,商标权才可以得到保障,平等竞争才能得以正常进行,商品经济才可以得到健康发展。

把商标权的保护作为商标法的基本原则,且在基本原则中占有极重的份量不是没有根据的。首先,保护商标权是商品经济发展的客观需要。商品是用于交换的劳动产品,社会分工是商品生产的基础,自愿原则又是商品交换的根本原则。任凭选购,争先出售,仍然是社会主义商品交换规律的反映,仍然是社会主义商品市场交换的要求。如果不承认并保护商标权,而允许商标假冒,那么商品信誉就没有保证,商品质量就无人负责。这样的竞争必然会扰乱社会经济秩序,阻碍市场经济建立进程。

其次,保护商标权,可以促进商品生产的发展。商标,从某种意义讲,实际是企业的标

志,表示商品的一定质量,代表商品信誉,区别商品的生产者和经营者。保护商标权就是从法律上承认企业在商标信誉里凝结的“个别劳动”、“特殊劳动”,简言之,就是劳动的成果。劳动成果有差别,承认了这种差别,才能鼓励先进,推动后进,促使商品生产者、经营者在改进生产上下功夫,提高质量,降低成本,增加花色品种,创立驰名商标,形成合法的正当竞争,自然而然地保证市场秩序的稳定,从而促进了商品生产的正常发展。

最后,只有保护商标权,消费者的利益才能真正得到保护。保护消费者的利益的主要途径是确认商标权。商标权只限于该商标在批准注册时所核定的商品范围。如果该商品质量不符合要求,可以向有关部门反映,使问题得以解决,从而保护消费者的利益。

二、保护合法竞争的原则

保护合法竞争的原则,是指对商品生产者在商标上所表现出来的合法竞争,必须进行法律保护,用这一指导思想来作为调整商标关系的准则。

竞争,有合法的、正当的竞争,也有不择手段,损人利己的竞争。市场经济是法制经济,在我国建立社会主义市场经济进程中,应通过各种法律手段对社会经济进行宏观调控与管理,鼓励平等竞争,打击不正当竞争的行为,以保证国民经济持续、稳定、健康地发展。在我国的商标竞争中也会不可避免地出现一些消极因素。我们商标立法是要保护合法竞争,鼓励企业创名牌,使自己的商标在市场上树立信誉,创造驰名商标。我国商标立法关于保护正当竞争,禁止他人假冒注册商标,败坏他人的商标信誉,侵犯他人商标的专用权等不正当的竞争行为的规定,是发展社会主义市场经济中的一项很重要的原则。

三、保护消费者利益的原则

保护消费者利益的原则,是指把保护消费者利益作为调整商标关系的准则。这是因为在生产发展的基础上,逐步改善人民的物质生活和文化生活,是社会主义生产的根本目的。商标立法也应遵循这一点,一切商标立法都不能有损于消费者利益。

我国的消费者都是各行各业的劳动者。劳动者也是消费者,他从社会得到的消费品所包含的劳动量,与个人提供给社会的劳动量(扣除为社会基金而进行的劳动)是相等的。所以,我国商标立法十分重视促使企业爱护商标信誉,保证商品质量,禁止粗制滥造、以次充好、欺骗消费者的行为。与其他国家的商标法比较,我国商标法十分强调保护消费者利益的原则。《商标法》第6条规定商标使用人应当通过商标管理,监督商品质量,制止欺骗消费者的行为,并规定了监督商品质量的具体要求和处罚条款,使消费者的利益有了可靠的保证。

第四节 注册商标与未注册商标

商标注册是指商标所有人为了取得商标权,将其使用的商标依照法律规定的注册条件和程序,向商标局提出注册申请,商标局经过审核准予注册的法律事实。经过商标注册的商标称为注册商标,反之,则为未注册商标。

1982年《商标法》颁布以前,我国对商标实行的是全面注册的原则。所谓全面注册,实际上就是强制注册,即使用商标必须注册,这种用行政手段强制所有商标都要注册的一刀切做法在商品经济迅速发展、企业自主权明显扩大的今天,非常不利于调动企业积极性和提高企业经济效益;另外,还有不少城市街道、农村乡镇办的小企业及个体工商业者则往往是生产不稳定、产品不定型、生产地产地销的小产品,这些企业他们往往没有商标或临时使用一个商标,如果对此也强制其申请注册,不仅增加他们的负担,而且注册后极不稳定,反而影响其他企业注册和使用这个商标。再则,全国工商企业数以万计,商品品种浩繁,要求所有商品使用商标都要注册既不现实也不必要。所以,我国1982年颁布的《商标法》改变了过去全面注册的方法,实行商标自愿注册。自愿注册是指商标是否申请注册完全取决于商标所有人的意愿。其愿意取得商标所有权,可以申请商标注册,注册商标受法律保护。如果其不愿意申请商标注册,其商标也可以使用,但不享有商标权,也就不在法律保护之列。自愿注册原则赋予商品生产者和经营者自主权,使企业有能力在市场机制中更好地发挥作用。商标法对商标实行自愿注册原则是个总体概念,就局部而言,法律对自愿注册还有一定限制。《商标法》第5条明确规定“国家规定必须使用注册商标的商品,必须申请商标注册,未经核准注册的,不得在市场销售。”这就是说有一部分商品不能适用自愿注册原则,而必须实行强制注册,一般来说是与人们生活关系密切,直接涉及人民健康的少数商品,如人用药品、卷烟等。强制注册有利于确保产品质量,防止滥用和假冒商标,从而保护人民健康,但是有些企业因不懂或无视商标法关于必须使用注册商标的商品,未经核准注册不能在市场销售的规定,让这些商品流入市场引起行政纠纷。

我国实行了商标自愿注册原则,除了一部分注册商标外,还有大量的未注册商标的存在,未注册商标与注册商标有何不同呢?

1. 注册商标享有商标权,受法律保护;未注册商标不享有商标权,不受法律保护

依照国家有关法律规定,商标注册人享有商标专用权,受到法律保护。因此,商标所有人可在法律规定的范围内长期、稳定地使用自己的注册商标。这有利于树立商标信誉,并在市场竞争中处于有利地位。如果发现他人侵犯自己的注册商标,有权向工商行政管理部门或人民法院提出控告。而未注册商标由于没有申请注册,不享有商标专用权,也不受法律保护,加之,一个企业不可能具备全国商标注册的资料。因此,在使用未注册商标前,无法判断是否与他人注册商标相同或相似,就是判明了和已注册商标不类同的情况下使用了某一商标,也可能因和后注册商标相同或相似而不自觉地造成了侵权行为。所以,未注册商标的使用权处于极不稳定的状态,随时都可能与他人的注册商标发生相同或相似而被视为侵权行为受到处罚。天津汽车工业公司就因未注意商标注册问题而痛失“天津大发”微型面包车商标。早在1982年,正当进口汽车汹涌进入中国市场之时,天津汽车工业公司经过市场预测,发现微型面包车在国内市场潜力很大,便于1984年3月与日本大发汽车株式会社签订了引进微型面包车的技术合同:日方提供技术,由天津方面组织生产。但在签订合同时,并未讨论协商有关“天津大发”商标的注册保护问题。

天津汽车工业公司在日方技术合作期间,不但充分吸收了日方的先进技术,还进行了多项技术的改进。使“天津大发”汽车成为质量好、销路广、深受国人喜爱的汽车,产量逐年提

高,市场供不应求。天津汽车工业公司更是耗资上百万元,大作广告宣传,提高“天津大发”的知名度。

与此同时,日方为了控制“天津大发”车在中国的市场,不动声色地将“大发”在中国商标局进行了商标注册。这样在 1991 年双方合同期满后,天津汽车工业公司已无资格继续延用“天津大发”商标,不仅使几年来创“名牌”的努力化为乌有,而且还白白花掉了巨额广告费。该公司只好忍痛放弃“天津大发”的商标权,以新商标“华利”以及后来的“夏利”,作为微型面包车的商标并重新制定本公司的商标策略和战略。

2. 注册商标比未注册商标更易创信誉

注册商标获得商标专用权后,便于创名牌,可以在商标上加注“注册商标”的标记。这种做法给广大消费者在心理上带来一种稳定可靠的感觉,从而增强群众对商品的信誉,有利于扩大商品销售。而未注册商标不能得到专用权,也就很难有创名牌的良机,其产品的优质也不易为人们所信任。

另外,由于注册商标是排他性的,在其注册范围内,不会出现第二个与其相同或相似的合法商标,因而对其所进行的广告宣传,会提高自己的商标信誉,增强商品的竞争能力。而未注册商标则很可能在同一种商品或者类似商品上的商标相同或者相似,因此所进行的广告宣传会给别的企业带来好处或者造成侵犯他人专用权。如电视机厂使用“百花牌”未注册商标,该厂为了扩大销售,通过电视、电台等大量宣传,每年花广告费 20 万元,但由于与另一已注册“百花牌”电视机商标相同,不但造成侵犯他人专用权,所作的宣传也等于是为别人宣传的。

注册商标与未注册商标既然有很大的区别,那么企业在使用商标时,就要从实际出发,慎重加以选择。一般来说,生产有计划、原料来源有保证、质量较稳定、销售范围较广的产品以及习惯上使用商标的产品,要争优质,创名牌的产品、出口商品和用专有技术生产的产品等等,都应当申请商标注册,获得商标专用权以维护企业的经济利益。反之,那些当地产当地销的产品,生产未定型、原料无保障、生产不稳定的产品,以及试制、新销的新产品等,则可以使用未注册商标。有些产品可以先使用未注册商标,待条件成熟后再申请注册,这样比较灵活。

第三章 商标权

第一节 商标权的概念

商标权是商标法的核心问题。商标法所规定的管理制度、审批制度、以及防止他人侵权、假冒等有关规定都是从认定、保护商标权的角度来制定的。那么,什么是商标权呢?所谓商标权,概括地说,就是商标使用人对其注册、核准的商标享有的独占权利。商标经法定程序核准注册后,商标所有人便成为商标注册人,获得注册商标的专用权,并获得法律保护。商标权的主体限于商标注册人。

商标权的含义,又可以从广义和狭义两个方面来说明。广义的商标权的概念,包括商标的所有权及与其相联系的各种商标权利。如商标的专用权、商标的转让权、商标的许可权、商标的续展权等。狭义商标的概念,就是商标的专用权,这里主要包括商标所有人对商标的使用权和对于其他人不得随意使用商标的禁止权。而本书所提的则是指广义上的商标权。其中商标专用权是商标权最主要法律特征的表现,也是商标权很重要的一项内容。没有商标专用权,商标权也就失去存在的意义。正是基于这个原因,一般都把商标权和商标专用权不加区别地相提并论,认为商标权就是商标专用权的简称。我国及其它许多国家规定在商标权被确认之后,商标所有人取得商标专用权。

商标权所有人不但拥有使用权而且拥有禁止权。也就是说商标权所有人可以自己使用其注册商标,还可以按照自己的意志处理其商标权,可以转让,也可以许可他人使用,遇到他人侵犯时可以要求法律保护。这里所指的法律保护,是泛指的法律保护,除商标法本身以外,还可以受宪法、民法、民事诉讼法、刑法、行政法以及今后国家对商标管理工作作出的有关办法、规定等的保护。但这一切必须是在通过法定的程序取得、续展、转让、使用许可等的情况下才能拥有。

商标的使用权,根据我国《商标法》第 37 条的规定:注册商标的专用权,以核准注册的商标和核定使用的商品为限。即商标注册人所使用的商标不能超出已核准的商品范围,也不能使用在与核准的商品相类似的其他商品上。另外商标权的禁止权要求其使用权的范围广。按照商标法第 38 条的规定下列行为均属侵犯注册商标权的行为。

①未经注册商标所有人的许可,在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标的;

②销售明知是假冒注册商标的商品的;

③伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识的；

④给他人的注册商标权造成其他损害的。

注册商标所有人不仅有权禁止他人使用与其注册商标完全相同的商标,而且有权禁止他人在类似商品上使用相同或者近似的商标。

商标是商品生产的产物,商标权则是为了适应保护商标的需要,而由统治阶级采取立法形式所确定的一种权利。商标的性质是随着商品生产的目的不同而异的。在资本主义社会,它是资本家进行剥削、牟利的一种手段,成为一种私有权,受到资本主义国家颁布的商标法律的保护。在我国社会主义市场经济体制中,社会主义国家经济公有制仍是主体,国有企业、集体企业、私营企业和三资企业的并存和经济迅速发展而带来的激烈的市场竞争。在硝烟弥漫的市场上,商标成为商品的一把利刃捍卫着自己的权利。

商品生产和交换首先是为了实现使用价值,商标是代表商品一定质量的标志。商标的注册保护其商标专用权,其目的是为了促进生产、调节市场,保证产品质量,保护消费者的利益,促进社会主义市场经济的迅速发展,维护社会主义的经济秩序。因此,不能忽视其对企业所起的这个作用,不能忽视商标在扩大企业经营、增加产品销售方面的积极作用。由于商标直接关系到企业产品在市场上的声誉,这种声誉对企业的成败生死攸关,所以商标所有权势必引起各个企业的高度重视。同时市场竞争力的加强,各企业因商标专用权的利害冲突也会加剧。围绕商标权的归属,保护商标专用权,制止侵权行为,也就成为健全商标法制的重要环节。为充分保护商标权所有人的权利起见,商标法还规定被侵权人可以直接向人民法院起诉,请求通过诉讼程序保护。对于严重破坏社会主义经济秩序的假冒商标行为,它在更大程度上侵犯了商标注册企业的商标专用权,法律特别规定,对此种行为可以依法直接追究责任人员的刑事责任。例如,“小天才”是香港东昆有限公司 1989 年向国家工商行政管理局商标局申请注册的游戏机专用商标。珠海联华电子厂曾于 1989 年先后三次向国家工商行政管理局商标局申请注册“小天才”、“大天才”、“新天才”商标,均被商标局以与香港东昆公司在同一种商品上注册的“小天才”的标头部分近似或中文部分相同为由驳回了申请。在明告无权使用“小天才”的情况下,珠海联华电子厂于 1989 年 11 月与珠海电子公司注塑厂签订加工制造了 3 万套“小天才”10501 型电脑游戏机的塑料机壳的合同;与珠海国际商品社签订印刷“小天才”游戏机外包装盒 5000 个的合同;与光华器件厂签订印刷“小天才”游戏机商标标识 1000 件合同。先后生产销售了假冒“小天才”游戏机 2000 台,非法获利 30 余万元。

广东省高级人民法院依法对“小天才”商标侵权案件作出终审判决,判处珠海联华电子厂赔偿香港东昆公司人民币 34 万元。

此处工业产权均属于专有权,具有独占和排他的性质。工业产权都是无形的财产权,它与普通有体物的所有权不同,容易被他人所模仿和复制,所以在法律上没有特殊的保护方法。一般说来,工业产权必须依法登记才能享有,才能具有对抗第三人的效力。

第二节 商标权的特征

商标权一经国家工商行政管理局商标局核准注册,商标所有人就享有把某一特定商标用于特定商品上的权利。商标权属于知识产权的范围。知识产权包括版权和工业产权。而商标权和专利权则是构成工业产权的主要内容。作为人们脑力劳动所创造的精神财富和智力成果,经国家确认并给予保护的知识产权,是一种无形财产权。无形财产权同有形财产权相比较,既有相同之处,又有不同的法律特征。各种知识产权都具有独占性、时间性和地域性三个主要法律特征,这是知识产权都具有排他性的表现。商标权亦是如此,因此商标权作为无形财产权的三大法律特征为:

一、独占性

独占性也称专有性、垄断性。商标权是商标申请人给商标局核准其商标注册,而获得的一项特殊权利。商标权一经取得就具有独占性的特征,就是某注册商标的使用权只能归该商标所有者独家占有,不许他人共享或侵犯;即在行使商标权时具有排他性,只有商标权所有人才能享有,非经商标所有人的许可,任何他人均不得行使,擅自使用就是侵犯他人商标专用权。例如,1983年日本麒麟麦酒株式会社向中国提出注册“麒麟”商标的申请,但因为我国陕西麟游酒厂已经于1979年就正式以“麒麟”牌商标登记注册了,国家商标局根据掌握的实际情况驳回了日本申请的商标。

但精明的日本人并未就此作罢,而是和中国粮油食品进出口公司签订了一份寄售麒麟啤酒的合同。从而大量日本“麒麟”啤酒流入中国市场,仅1984年到1986年初,经中国粮油食品进出口公司销往全国各省市公司的“麒麟”啤酒就有7.5万箱之多,日方得款33.5万美元。日本人以“麒麟”作商标寄销的啤酒实际上是对陕西麟游酒厂的侵权。当陕西麟游酒厂发现这个情况后,直接告至国家商标局。

“麒麟”啤酒系为侵权产品,应予严肃查处,国家商标局义正辞严,通知日方:违法运来的啤酒立即停止销售,全部退回,并准备接受罚款。但后来由于日方多方周旋,竟然以18万元买下了“麒麟”商标专用权,中国商标局仍然做出了“侵权在先,私了在后,仍应查处,罚款5000元”的裁决。如果日方没有在此期间买走“麒麟”商标,处罚将更加严厉。

商标专用权的独占性,又表现在以下两个方面:

①商标权所有人享有使用权。使用权是指注册商标的所有人,在注册商标所核实的商品上,使用该商标的权利,他人不得非法干涉。但是商标所有人使用其注册商标时,应当符合法律规定,不得乱用或滥用。在使用过程中商标所有人具有绝对性支配和使用,并获得全部利益的权利。例如,“星光”牌汽车轮胎的注册商标,只归吉林光明橡胶厂使用,其他橡胶厂生产的汽车轮胎未给允许,不准使用“星光”牌商标。“星光”牌汽车轮胎商标的所有人享有使用该商标的合法权利。

在谈到商标的使用权的时候,应该把已经注册的商标所有人的商标使用权和未注册的

商标使用权加以区别。二者虽都是商标的使用权,但前者受法律保护又具有排他性,其商标使用人不必担心别人会禁止他的使用权。而后者的商标使用权虽也是法律所允许的,但属于未注册人的不受法律保护的使用权,是不稳定的使用权,当与已经注册的商标相同或相似并都用在相同或类似的商品上,便被撤销对此商标的使用权。对于具有侵权行为的未注册商标,应及时给予制止,此时未注册商标的影响大小,质量好坏,及使用时间的长短均不能减免处罚。如 1993 年 3 月甘肃《读者文摘》杂志社不得不作出痛苦的决定,它将放弃这个令众多读者仰慕,花了十二年时间苦心经营的名称。

在 1981 年《读者文摘》创刊之初,美国读者文摘协会便来函要求中方停止使用《读者文摘》这个名称。当时中国未参加任何国际版权公约,所以这一要求没能实现。但在 1982 年 8 月《中华人民共和国商标法》颁布以后,美国读者文摘协会敏锐地抓住这一机会,立即向中国国家工商局商标局申请注册“读者文摘”中文名称。并于 12 月 30 日率先取得了该项名称的商标注册证书。而甘肃《读者文摘》直到 1989 年 9 月才到商标局办理“读者文摘月刊”注册事宜。1990 年 8 月 24 日美国读者文摘协会致函中国工商局商标评审委员会,以侵犯其商标专用权为由,要求撤销甘肃方面的注册商标。商标评审委员会受理此案后,立即通知甘肃方面作出答辩。

由于美国“读者文摘”商标在中国注册在先,那么在中国范围内的专用权理应受到保护,更重要的是中国和美国都是《保护工业产权巴黎公约》的成员国,按照统一的国际惯例在对等的基础上办事,是缔约各方应当共同遵守的准则。最后甘肃方面不得不做出既明智又痛苦的选择——放弃名称。

② 商标所有人享有禁止权。他排除了第三者擅自使用该商标的权利,禁止权即商标注册人有权禁止他人未经其许可而使用其注册商标的权利,并且有权禁止他人擅自制造其注册商标标识及损害其注册商标声誉的行为。如 1983 年 4 至 5 月间一些人非法合伙组装冒牌“飞鸽”自行车 690 辆,取得非法利润 10080 元。根据天津自行车厂的控告,对于组装冒牌“飞鸽”自行车的人,按照《商标法》有关规定以假冒商标罪进行惩处。

如果商标所有人没有禁止权,听任第三者将同商标所有人的注册商标相同或相似的商标,使用于同一种商品或类似商品上,必然造成商品出处混淆,妨碍注册商标的使用,损害商标所有权的利益和消费者的利益。

商标权和专利权一样不同于有形财产,一个商标和一次专利的专有权,只能授予一次。而完全相同或相似的两个或两个以上的有形财产,无论为同一个所有或分别为不同的人所有,其所有权都可以成立,不发生互相排斥的问题。

在商标使用过程中,难免会发生一些纠纷。有关部门处理和调解纠纷时,应当从保护商标独占使用权出发,协调各个方面的关系,把纠纷加以解决。

二、时间性

商标权具有一定的时间性,是指注册商标只能在商标法规定的有效期限内发生效力,只在有效期限内商标权才受到法律保护。有效期满而未经续展,商标权自行终止,丧失法律保护。我国商标法规定注册商标的有效期限自核准注册之日起计算共十年。期满后允许申请续

展,续展没有次数限定,因此商标所有人如果愿意并按时按法定程序申请续展,商标权能够成为永久的产权。

商标权的这一特点在经济贸易中有着重要的意义。因为商标专用权人许可他人使用自己的注册商标,一般是通过许可贸易方式进行的,而这种合同都是有一定期限的。被许可方只有在商标权有效的期限内,才有义务向许可人支付报酬,在商标权终止后,被许可人就不必再支付使用费了。由于这一特点,商标使用许可合同中就应该特别了解清楚允许使用的商标权的法律地位,以利于合同的签订。

世界各国对注册商标的有效期限有不同的年限规定,如10年、20年、15年等,过了有效期而不再续展,即失去了商标专用的权利。但法律对动产和不动产的保护一般是没有时间限制的。

三、地域性

商标权具有严格的地域性,即通常说的“属地原则”。商标注册人所享有的商标权仅在一定的国家或地区有效,也就是仅在授予该项权利的国家领域内受到保护,在其它国家不发生任何效力,其它国家也没有保护的义务。如果需要得到商标权,则务必遵照所在国规定的法律程序申请注册商标。因此,出口商品的商标,只在国内注册还不行,还必须按规定到商标出口国申请注册。

在涉外的商标权的确认和保护方面,尽管签订了一系列的国际条约,但仍完全取决于本国的国内法;在处理问题时,所适用的法律依据仍然是本国的法律规范。这一点和其他财产所有权不同。如小汽车、电视机等就是没有地域性的商品。所谓有形财产权就不存在地域性的问题,一个人从此国移到其它国家所携带的有形财产,其所有权也会得到该国法律的承认和保护。

知识产权包括人身权和财产权。人身权是与特定的人的身份密切联系在一起的一种权利,是人身关系在法律上的反映,它不象财产权那样可以转让和继承。知识产权转让和继承,只是其中的财产权而不是人身权。人身权和财产权都应受到法律的保护。我国《商标法》只保护财产权而不保护人身权,这是《商标法》和《专利法》所不同的地方。《专利法》关于“发明人或设计人有在专利文件中写明自己是发明人或设计人的权利”的规定,就是保护人身权的表现,而《商标法》则无类似的规定。商标设计人属于实用工业美术设计人,其人身权可以通过版权法加以保护。

第三节 商标权的内容

商标权是受国家法律保护的权利,不允许任何人侵犯,这是世界各国商标法所通用的原则。它的内容包括以下八个方面:

一、商标的专有使用权

商标的专有使用权也叫商标的独占使用权,是指经过核准注册的商标使用权,是只准商标所有人在注册商标的范围内有完全独占使用其商标的权利。也就是说,如果他人有同自己的商标相同或近似的商标,而且用在与自己的商标指定的商品相同或者近似的商品上时,也是无效的,法律只保护商标专有权人的权利。但是这种独占使用权并不是无边无际的,毫无限制的,它受到法律的制约,只能在一定条件下行使,如果违反所规定的范围,则失去了独占使用权。如果商标注册人在一切合法的前提下,便可取得合法利益。如:上海五和针织厂注册在汗衫上的“鹅牌”商标,由于取得了合法使用的权利,具有排他性。所以,几十年来一直稳定使用,并加以价廉物美,逐渐为广大消费者所熟知,成了名牌产品,对企业生产的发展和经济效益的提高起了重要作用。

在法律上对独占使用权的范围规定为:

①根据巴黎公约规定的商标独立原则,商标权所有者只能在商标注册国的范围内享有独占使用权。

②商标权所有者只能在适用于该商标注册时所指定的商品范围内有效。反之,如果他人将商标权所有者的注册商标使用在其他商品上则不具有法律约束力。

③这种独占使用权属于商标权所有者独有,除了通过正常渠道取得使用之外,一般不能使用。

④在商标所有者或者经商标所有者同意后,可以使用于同一商标的生产者,也必须保证原申请注册商标所核准的商品质量和规格。如粗制滥造,降低产品质量,其独占使用权将受到干涉,甚至有可能被停止或撤销。

二、商标的禁止权

所谓商标的禁止权,是指商标所有人有权禁止他人不经过自己的许可而使用其注册商标的权利。对禁止权前面已有论述,在此不再重复。对侵犯注册商标专用权者,商标所有人可依靠《商标法》的规定,向主管商标的工商行政管理部门或司法机关控告,要求停止侵权行为,赔偿经济损失,情节严重的可以直接追究刑事责任。如:张某于1988年4、5月间先后伙同13人,组装冒牌永久牌自行车一千余辆,获取非法利润近2万元。根据永久牌自行车的生产厂家的控告,当地司法机关调查确认,张某等人的违法活动,触犯了《刑法》第127条的规定,构成了假冒商标罪,对张犯依法给以惩处。

三、商标转让权

所谓商标的转让权,是指商标专有权人有权将其所有的注册商标依法定程序,按一定的条件,转让给他人所有,由他人享有这种专用权。例如:吉林某无线电厂将使用在收音机上的飞跃牌注册商标,以7万元转让给上海一家电视机厂。

注册商标的转让有两种形式:一为合同转让;二为继承转让。所谓合同转让就是企业与企业之间、企业与个人(个体工商业者)之间,个人与个人之间,通过签订合同而进行的转让。

这种转让可以是有偿的也可以是无偿的,不过一般都是有偿的。所谓继承转让,就是原注册人(个体工商业者)因死亡或丧失经营能力,由法定继承人继承其注册商标。经过转让,转让人丧失了商标权,受让人得到商标权,成为该注册商标的所有人。

另外由于商标转让权而享有的商标权不仅是在我国,还可以在其他国家享有商标注册所有权,因此商标注册转让又可以分为国际转让和国内转让。

四、商标的使用许可权

所谓商标的使用许可权,是指商标专用权人将其自己注册的商标允许其他单位或个人在商定的期限内,以一定的条件许可被许可人使用其注册商标,享有该注册商标的使用权的一种权利。根据《商标法》第26条规定,商标所有人有偿或无偿地许可他人使用自己的注册商标。如上海一〇一厂将使用在收音机上的海燕牌注册商标,许可福建八四〇〇厂使用,按收音机出厂价的5%提取许可使用费。

商标使用许可合同应报商标局备案。

许可人应监督被许可人使用注册商标的质量。使用他人注册商标的商品,应标明许可人名称、被许可人名称和商品真实产地,防御商标不得许可他人使用。

五、商标的续展权

商标的续展权是指商标权有效期限结束时,注册商标所有人有权进行续展注册申请,以使商标权延续下去。

六、商标的注销权

商标的注销权是指商标注册所有人主动申请注销自己的注册商标的一项权利。由于商标已失去商用价值等原因,商标所有人可以向商标局申请注销该商标。当然,也可以通过放弃续展使自己的商标权自行消失。

七、商标的争议权

商标争议权,是指注册商标所有人可以在其他后注册的商标核准注册一年之内,以该商标在相同或相似的商品上与本商标相同或相似为由,提出争议,要求撤销该商标。

八、商标诉讼权

当其他人因伪造销售假冒注册商标,销售明知是假冒注册商标的商品,或未经注册商标所有人许可,即在相同或类似商品上使用与注册商标相同或相似的商标,而对商标所有人权益造成侵害的,商标所有人有对侵权行为提出控告,要求制止其行为并作出赔偿的权利。

第四章 商标权的取得

第一节 商标权取得的概念及分类

如前章所述,商标权包括商标使用权、续展权、转让权、使用许可权和法律诉讼权等等。而商标权的取得就是指特定的人(法人或自然人)依据一定的法定程序全部或部分地得到商标权的行为。

商标权的取得按取得的内容可分为完全取得和不完全取得两大类。

一、商标权的完全取得

完全取得是指全部取得商标权的各项权利,即取得商标所有权。它又可分为原始取得和继受取得两种。

1. 原始取得

原始取得又叫直接取得,凡商标所有人对其使用商标的商标权的取得是最初的,即不是以原来的商标所有人的商标及其意志为依据产生的,就称为原始取得。

在我国,商标权原始取得的方式是商标注册。《商标法》第3条规定“经商标局核准注册的商标为注册商标,商标注册人享有商标专用权,受法律保护。”商标所有人必须依照法律规定的注册条件、原则和程序,向商标局提出注册申请,商标局经过核审,准予注册之后,商标所有人才享有商标权。商标注册是确定商标权的法律依据,有关商标的一切权利都是最终来源于商标注册,未经注册的商标,不受法律保护。

商标权归属的判定遵循注册在先的原则。即谁是先申请商标注册,无论该商标是否已实际使用,商标权就授予谁。如果使用商标的人不及时申请注册,一旦被他人抢先申请注册,即使申请人未使用该商标,原商标使用的人也无法取得该商标的商标权。例如,1985年,河南省平顶山市临汝县宋宫酒厂试制生产出“宋都”贡酒,投放市场后很快赢得了顾客喜爱,产品远销十几个省,但却未及时申请商标注册,由于该厂酒瓶上厂家署名为“中国宋宫酒厂”,以至于很多外地客商认定“宋都”应出在开封,于是纷纷到开封县酒厂找“宋都”。开封县酒厂对这送上门的生意大喜过望,很快地推出了相同商标的“宋都”贡酒上市。继而,河南淮阳、郸城、太康等县数十家酒厂争相生产出各自所谓的“宋都”贡酒。市场上一时间冒出了大量的“宋都”,给临汝宋宫酒厂带来了料想不到的冲击,经济损失近百万元。此时该厂领导心急如焚,要求工商行政管理部门保护其权益。但由于该厂商标未申请注册,虽然率先使

用,也仍然没有商标权,故不受法律保护。厂领导追悔莫及,赶快到省工商局申请注册,不料“宋宫”商标却已被开封市一家个体汽酒厂率先注册。此时的宋宫酒厂非但不是商标权的被侵犯者,反而成了侵犯他人商标权的侵犯者,宋宫酒厂于是陷入了很大的被动境地中。

我国《商标法》还规定,如果两个或两个以上申请人在同一天同在相同或相似的商标上以相同或相似商标申请注册的,则应审定公告使用在先的商标。使用在先者,必须按照商标局的通知,限期提交第一次使用该商标时间的证据,如用该商标第一次刊登广告、签订合同、印制商标标识的收据凭证等。如果双方均未开始使用该商标,则由双方申请人协商,30天协商仍达不成协议的,由商标局根据使用该商标的商品产量多少、质量好坏、销售范围大小等实际情况进行裁定或者在商标局主持下,由申请人抽签决定。

2. 继受取得

继受取得又叫传来取得。这是商标权的转移而非商标权的创生,是以原商标所有人的商标权及其意志为依据而产生的。

继受取得有两种情况,一种是根据转让合同,由受让人从转让人处有偿或无偿地取得商标权。如前面所说的宋宫酒厂最终就以5000元转让费从开封市那家个体汽酒厂处转让取得了“宋都”的商标权。再一种是根据继承程序由法定继承人继承已死亡的被继承人的商标权。如传统名牌狗皮膏药注册商标“大槐树”牌。注册人死后,商标权由他的三个儿子(法定继承人)继承。

二、商标权的不完全取得

不完全取得是商标权的特殊取得方式,它专指凭商标权的使用许可合同而获得享有该商标的一部分权利。通过这种方式取得的不是商标的所有权而只是使用权,商标权的不完全取得方并没有因此获得商标的续展、转让和再使用许可等权利。

不完全取得又因使用许可的类型分为两个层次:因商标权的独占使用许可可能获得商标的相对独占使用权;因商标权的一般使用许可可能获得商标的一般使用权。这在本章第八节中将有详尽论述。

第二节 申请商标注册的条件

所谓商标注册,就是商标使用人按照法定手续向商标局申请商标注册,经核准注册后,由商标局将核准注册的商标载入《商标注册簿》,并发给《商标注册证》。商标注册的申请是完成商标注册的第一步。而申请商标注册应具备以下条件。

一、商标注册申请人必须是具有合法地位的商品生产经营者或服务项目提供者

我国商标法规定:凡是企业、事业单位和个体工商业者,从事生产、制造、加工、拣选、经销商品的,或者提供服务项目的,都有权申请商标注册,但申请人必须是经工商行政管理部门核准登记,持有“营业执照”并能独立承担民事责任的企事业单位和个体工商业者。也就

是说,只有受法律保护的经济实体才有权要求法律保护其商标权。

这里所指的生产,是指人们使用工具来创造各种生产资料和生活资料,如钢铁、煤、棉、油等等;所谓制造,是指经过人工加工使原材料变成可供使用的物品,如制造拖拉机、汽车、各种机器、生活用品等;所谓加工,是指对原材料、半成品做各种工作(如改变尺寸、形状、性质,提高精度、纯度等),使其达到规定的要求或者成为成品,如把猪肉、牛肉、鱼肉加工成各式罐头,用人造革加工成各种包装和服装,用布加工成各式服装、日用品,用钢丝加工成各种弹簧等;所谓拣选,是指对成品或半成品加以挑选后用于销售,如对水果、蔬菜、水产品、中药材进行分等挑选;所谓经销,是指经营销售,如百货商店经销的各种商品,外贸部门经销的商品,有些出口商品并不是外贸部门生产的,但由他们注册商标经销国外,属外贸口岸商标。

除生产经营商品的可以申请商标注册外,提供服务的也可以申请注册商标。我国《商标法》以前没有服务商标的规定,服务商标的商标权一直不能够得到有效的保护,这在经济实践中造成了很大的弊病。在保护工业产权巴黎公约中,规定了保护服务商标的内容,为适应建立社会主义市场经济的需要并与世界发达国家经济法律制度接轨,我国1993年修订《商标法》时特别增加了保护服务商标的条款。《商标法》第四条补充规定:“企业、事业单位和个体工商户,对其提供的服务项目,需要取得商标专用权的,应当向商标局申请服务商标注册。本法有关商品商标的规定,适用于服务商标。”服务项目,包括广告、保险、金融、建筑、娱乐、运输、贮藏等等,服务部门并不出售有形商品,而是提供商业性质的无形的服务活动,而这种服务也需要用不同的标记把它们区分开来,如中国航空公司的标志“CAAC”等,都属于服务商标。

二、申请注册的商标应具备商标构成的基本要素

商标构成的基本要素是指具备构成商标的各种条件。我国《商标法》规定:商标由文字,图形或其组合构成。这就说明商标构成的基本要素是文字和图形。

由于商标的色彩对提高广告宣传效果和更有效地发挥商标的作用有重要的意义,因此,色彩也可作为商标构成的要素。但与文字,图形不同的是,色彩不能独立地作为商标构成要素,只有与文字图形相结合才能构成。因此,在商标的文字、图形中明确其色彩就十分重要。由于商标色彩做为商标构成要素的这一特殊性质,一个商标的文字、图形与另一个商标完全相同而色彩不同时,就有可能被视为另外的商标。因此,在使用商标时应特别注意这一点。

目前,国际上有的国家把商品包装和容器的特殊样式乃至音响、气味等等,也认为可以构成商标,允许注册。例如,美国可口可乐公司就把饮料可口可乐瓶子的形状作为商标在美国注了册,享有专用权。美国一家银行把倒金币的“哗啦”声音录下来作为商标,其他人不得再用这种声音。关于这些构成,我国《商标法》并无明文规定,以前一律不予承认。但从近年司法实践来看,有承认这些特殊商标的趋势。如小霸王电子工业公司耗资200万,在国内首次采用有声商标,把给唐老鸭配音的著名演员李扬的声音输入游戏机内,只要一开机就可以听到李扬说的“小霸王其乐无穷”的声音,使消费者当场就能识别冒牌货,从而赢得了顾客们的信任。

三、商标应具有显著特征

所谓商标具有显著特征,是指商标的标志具有明显的独特性和识别性,人们很容易把该商标同其他商标区分开来。我国商标法第7条规定:“商标使用的文字、图形或者其组合,应当有显著特征。”

这是商标注册的另一个重要条件,商标是用于商品上的一种独特标志,以便消费者区别不同的生产者和经销者,这种作用决定了商标本身应当具备与众不同的特点。这要求商标无论是文字也好,图形也好,都要立意新颖,具有独特风格,借以和其他同类商品加以区别,这种能力越强,商标就越显著,反之则不显著。

一般来说,用印刷体表示的一个或两个外文字母、汉语拼音字头组成的商标就不具有显著特征。如单独A、B或D、E组成的商标一般认为无显著性。但一个或两个外文字母或汉语拼音字头组成的图案变形字母,以特殊形式出现,可以被视为具有显著性。如大众汽车公司的商标由“V”和“W”组成,就有显著性。另外,商标名称与图案是不相关的两个事物,也不符合有显著性的要求。如“太阳”牌商标的图案却是一座宝塔;“风帆”牌商标背景却是一副拳击手套;“虎”牌商标图形却是一只羊等等,这都不能作为一个商标进行申请。另外一些商标不具有显著特征的,在后面商标禁用条款中还会提到。

四、商标不能违反禁用条款

一般来说,商标内容可以选用各种有意义或无意义的文字和图形,但从国家、社会组织、单位和个人利益方面考虑,我国又规定了某些文字、图形或其组合不能构成商标。《商标法》第8条规定:商标不得使用下列文字和图形:

- (1)同中华人民共和国的国家名称、国旗、国徽、军旗、勋章相同或者近似的;
- (2)同外国的国家名称、国旗、国徽、军旗相同或者近似的;
- (3)同政府间国际组织的旗帜、徽记、名称相同或者近似的;

以上三项规定的内容,采用了国际上的惯例,体现了对我国国家威严的崇高尊重,同时也体现了我国对外国和各国之间国际组织的尊重,如果把这些“名称”作为区别商品的标记,不利于国家、军队等威信和维护,也有损于国家和国际组织的尊严,对其他国家也是一种不友好、不礼貌、不尊重的表现,不符合国与国之间平等互助和团结协作的精神,并且会引起消费者对商品来源的混淆,从而造成不良影响,所以以上内容都不得使用在商标上。如广西桂林包装机械厂在机械产品上申请注册的“中华”牌商标,就被依法驳回。申请人不服,要求复审。理由是“中华”二字不应认为是国名,用汉语拼音还是用外文缩写这两个字都不是国名的含义,国内一些产品也有使用“中华”商标的,故在机械产品上也可使用,我国包装机械产品从无到有,从进口到出口,使用“中华”商标更能体现国产感。但复审申请又被驳回,理由是在我国近现代出版的词典里,“中华”均解释为中国,“中华”商标违反禁用条款,故不能核准。但是,对《商标法》颁布以前已经注册并已取得名牌地位的商标,如“中华”香烟,可以采取从宽处理,今后则一律从严。另外,上述图形和标志如果不是用作商标主体,则不在禁用之列。如“巨轮”牌商标画着一艘乘风破浪的巨轮,船头飘扬着五星红旗,商标主体为轮船,

并非国旗,因而可以注册。

(4)同“红十字”、“红新月”的标志、名称相同或者近似的;

这一项也是采用了国际上的通用规定。红十字会是一个志愿的、国际性的救护救济团体,以红十字为它的标志。红新月会是伊斯兰国家中与红十字会性质相同组织,标志是红新月。为了保证这些标志的“纯洁”与专用,我国禁止将这些标志作为商标。但如果不是商标主体,同样不在禁用之列。如“卫生”牌商标的画面是医护人员肩挎带有红十字的药箱,因商标主体不是红十字,所以可以注册。

(5)本商品的通用名称和图形;

本项规定是为了避免商标丧失显著特征。所谓“通用名称和图形”,是指在某区域内为大家通用于某一商品或服务上的文字或图形,可由生产同一商品的企业各自用于商品的标记或包装等地方,而不能由某一企业作为商标专用。如“罐头”牌罐头、“巧克力”牌巧克力、“奶糖”牌奶糖等都因违反该禁用条款而不能予以核准注册。但这里的通用名称或图形是指本商品的通用名称或图形,而非其他非类似或不同类的商品。如“雷达”虽不能做为雷达的商标,但可以被用来作为抽油烟机的商标。

但本项规定也有例外。从商标使用的实际情况和国际惯例来看,有些“通用名称或图形”在进行了大规模长时间宣传之后,正变成能使人区别商品生产者和经营者的标志,这种通用名称或图形应可以成为某一企业的商标,这种驰名商标,作为例外也可以取得注册。最典型的就要数酒类商标了。

在历史上的很长一段时期内,酒类商品的瓶贴上,商标名称和图形都不醒目,而酒类的特定名称却特别显著,形成了消费者只认酒的特定名称而忽视商标的情况。如,人们都知道贵州遵义的茅台酒,却很少有人重视其注册商标是“金轮”牌,只是通称为“茅台酒”。类似的还有四川的五粮液,山西的汾酒、竹叶青等等。如果按《商标法》的严格规定,这些都是商品的名称而非商标,因而不能受到法律保护。所以这些特定名酒的特定名称往往被别人明目张胆地仿冒,甚至被外国人作为商标在国外抢先注册,这就使我们国家名酒的经济效益和名牌信誉受到很大损害,也往往对通常只注意酒名而忽视商标的广大消费者造成误导。因此,我国对酒类商标注册有如下规定:①酒的商标应同它特定名称统一起来,如“青岛”啤酒,“青岛”既是这种酒的特定名称,又是这种酒的商标。②若企业生产的酒既有注册商标,又有特定名称的,则要么去掉酒的特定名称,只保留原注册商标,要么不再使用自己的注册商标,以酒的特定名称申请商标注册,并申请撤销原注册商标。这也是一种酒的商标与特定名称统一的方法。如原“跃进”牌张弓大曲,或者去掉酒的特定名称“张弓”,改为“跃进大曲”,或者撤销原注册商标“跃进”,申请以特定名称做为商标注册,使用“张弓大曲”的名字。但为避免影响名酒在国际市场上的销路,在这些名酒的特定名称作为商标注册后,可允许同时使用原注册商标。③今后酒类商品不再用地名做商标。

一些企业在酒类商品商标标识上以产地作为商品名称,或用不适当方式渲染产地名称以误导消费者,客观上侵犯了商标注册人的利益。针对这种情况,我国工商行政管理局对酒类商品标识上使用产地名称的有关问题做了如下规定:①使用的产地名称,必须是该企业所在地的名称。②使用产地名称,必须标明该产地的行政区划单位。如产地是洋河,应标明

“洋河镇”，不应只称“洋河”；产地是绵竹，应标明“绵竹县”，不应只称“绵竹”；产地是泸州，应标明“泸州市”，不应只称“泸州”。③按前项使用的产地名称，其字体的写法、大小和颜色必须一致，每一个字体大小不得超过8毫米，并不得大于商标名称。在外包装上使用产地名称，其字体大小不得超过商品名称字体大小的三分之一。标明产地名称必须加括号，不得与商品名称连用。④使用带有地名的企业名称，其字体的写法、大小、颜色必须一致。

(6)直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点的；

这项禁用条款也是为避免商标缺乏显著特征，它禁止以商品本身的特点作为商标，因为生产同一种商品的生产者，如果都用同样的商品特点作为商标，该商标也显然不可能具有区别不同生产者的显著特征。

直接表示商品质量的，如“优良”牌，“冠军”牌等；直接表示商品的主要原料的，如“可可”牌可可糖，“绵羊”牌羊绒衫等；直接表示商品功能的，如“绝缘”牌电工工具，“准确”牌手表等；直接表示商品用途的，如“学习”牌文化用品，“运动”牌体育用品等；直接表示商品重量、数量的，如“半缸酒”牌白酒等；表示商品其他特点的，如“六色”牌水彩笔，“甜”牌奶粉等。这些商品都不能被核准注册。但要注意本项所禁止的是“直接表示商品的质量……”的商标，这就意味着反面“间接表示”或“暗示”是允许的。例如“幸福”牌奶糖，这“幸福”二字给商品以暗示“优质”，使消费者乐于选购，起到宣传和推销商品的作用，但没有“直接表示”商品的质量，所以并未违反禁用条款，为合法商标。

此处举一个案例。日本石原产业株式会社在除草剂上申请注册“稳杀得”商标，被驳回。驳回理由是：“稳杀得”文字商标含有叙述性，意指使用这种化学制剂，对于杂草和病虫害的杀伤力稳妥可靠，该商标与使用商品有直接联系。“稳”直接涉及商品质量，“杀”说明商品用途与功能，“稳杀得”系属对本商品的质量、用途、功能的叙述性文字，违反商标禁用条款，不能获准注册。

(7)带有民族歧视性的；

我国是一个多民族的国家，要尊重各民族的风俗习惯，而且我国《宪法》规定，各民族一律平等，因此，维护各民族的平等、团结，禁止民族歧视是很重要的。所以，凡带有民族歧视的商标都不能使用。

(8)夸大宣传并带有欺骗性的；

所谓夸大宣传，就是超越了原产品的质量，做一种言过其实的宣传。比如用“最优”牌显示衣服的质量，以“健康”牌显示香烟的无害，以“十里香”牌显示香水的效力，都具有夸大宣传并带有欺骗性的功能，应予以禁止。

由于历史原因，以前的商标管理不严，从而造成有些商标名称有夸大性质，因此原则上应将原商标加以更改。但根据驰名商标的例外原则，对于已经驰名的商标，若改变其名称会直接影响到其产品的销售，就不宜再改。如上海的“永久”牌自行车，尽管严格上讲它属于夸大宣传的商标，但因为其已经成为中国自行车界的驰名商标，就没有令其更改。总之，对这一规定的掌握是本着过去从宽，今后从严的精神灵活运用的。

(9)有害于社会主义道德风尚或者有其他不良影响的。

有害于社会主义道德风尚，如画有裸体女人像的商标以及其他含有不健康内容的商标；

有其他不良影响的,如用世界地图和中国地图作为商标图案,由于商标面积狭小,很容易因画得不准而引起不必要的误解和纠纷,甚至引起国际争端,因而,这些内容都不能作为商标使用。

另外,1993年修改后的《商标法》有关商标禁用范围的第8条新增加了一款:“县级以上行政区划的地名或者公众知晓的外国地名,不得作为商标,但是,地名具有其他含义的除外;已经注册的使用地名的商标继续有效。”

对于地名商标,特别是公众知晓的地理名称,大多数国家都是不允许作为商标注册的,其理由是地名商标不具有显著性,地名做为通用名称,也不能被一家企业所独占。我国用地名构成的出口商品商标,如“青岛”、“天津”、“北京”、“上海”等名牌,在国外申请注册,都被一一驳回。在商标注册和使用上,我国曾一度出现过使用产地地名混乱的情况,一家企业使用产地名称,产地其他企业无法再用这个名称,这就等于把集体性权利变成独占性权利。独占地区名称,往往导致其他企业不能生产当地传统产品,阻碍地方经济发展。例如,湖北孝感县的麻糖十分闻名,而“孝感”县名已在1979年被一家企业做为麻糖商标注了册,从而使其他厂家无法再用“孝感”来标志自己产品的来源。因为如果这样做,就会侵犯他人的商标专用权。这种状况显然对发展地方土特产品,繁荣地方经济不利。考虑到种种弊端并为和国际通用规则接轨,我国在修订《商标法》时特别新增加了禁用地名的条款。如最近广东某家企业以“广州”作为起重机的商标提出注册申请,就被依法驳回。汉语拼音组成的地名商标,仍应视为行政区划名称不予核准,如以“Zheng Zhou”这一郑州的汉语拼音做为商标名就应被驳回。又如,“香槟”是法国一个省的译音,属于公众知晓的外国地名,因此,我国企、事业单位和个体工商户以及在中国的外国(除法国外)企业不得在酒类商品上使用香槟的字样(包括大香槟、小香槟、女士香槟等),对现在商品使用上述字样的,要限期使用,逾期不得再用。但地名有其他含义的,该名称可以作为商标使用。这是指商标设计中所引用的名称不会使消费者联想起地名而一般仅联想起该名称的实际含义。如“凤凰”牌自行车的商标,虽然湖南省也有一个凤凰县,但凤凰是古代中国传说中一种吉祥的鸟名,商标的图形也是一只凤凰鸟,并不会让人联想到地名,因此可以作为商标使用。又如阳春是广东的一个县名,但阳春同时又是阳光和春天的缩写,是人们广泛用于描写春天和阳光的形容词,且该词的特殊含义已更强于地名,“阳春三月春光好”之类的名句也早已为公众所周知,所以“阳春”也可以作为商标使用。由于以前我国核准注册了一大批地名商标,其中一些已在广大消费者中赢得了声誉,为了避免更大的混乱,我国《商标法》特别规定已经注册使用的地名商标继续有效。另外,县以下的地名可以作为商标,如“杏花村”、“林河镇”等,这些商标具有显著性。

应指出的是,我国《商标法》第8条虽然规定了以上禁用条款,但法律不能穷尽一切不能用以作为商标的文字和图形。在实际工作中,审查人员往往根据不同的情况,以多年核驳案例为依据,驳回一些商标申请,同样具有法律效力。如在痰盂、卫生纸或亵渎性商品上不能使用诸如“天安门”等有庄严感的商标。而我国古典名著《西游记》、《水浒传》、《三国演义》等,其形象和名称属于整个中华民族,不能为一家出版社或企业所独占享用。另外按通例,仅以普通方式表示的缺乏显著性的标志和未经当事人允许而使用的他人肖像、名字以及著名商号或者有损其他民事权利的文字、图形不得作为商标注册。我国现行《商标法》对此虽

无明文规定,但在实际工作中,上述标志不存在获准商标注册的可能。

最后,申请注册的商标还应注意不得与已注册的商标在相同或类似的商品上相同或近似,否则,就将侵犯他人商标权,即使申请,也会被商标局依法驳回。

第三节 商标注册的申请

在具备了前书所列举的各项条件之后,就可以进行商标注册的申请。

一、注册申请的原则:一类商品一件商标一份申请

根据这一原则,商标注册申请人在一份申请中只能请求注册在一类商品上使用的一件商标。同一份申请中既不能在两个类别的商品上使用同一商标,也不能在同类商品上使用两个商标,如真需要这种情况,则必须填写两份申请。

这一原则要求申请人在申请商标注册时,应该按照以下规定提出申请。

1. 按商品分类表将申报商品归类

申请人提出的一份商标注册申请中,对使用某件商标的商品类别和商品名称,应按商品分类表的规定填写清楚,不能随意划分商品类别和填写名称。我国自1988年11月1日起,采用《商标注册商品和服务国际分类表》,正式与国际接轨。

我国《商标法》规定,在相同或者相似的商品中不得采用与注册商标相同或者相似的商标。商品分类表是确立商品相同或相似的重要标准。它确立了注册商标专用权受到保护的范同与界限。一般地说,凡在不同类别的商品上使用同样商标不算相同或相似,只有在同一种商品或类似商品上使用相同或近似的商标才算商标相同或相似。换句话说,商品在“商品分类表”上不同类必不相似,而同类未必相似。

2. 按商品类别提出申请

同一申请人申请同一商标,若用于两种以上的商品,而这些商品按商品分类表属于同一类的,就可以作为一件商标提出申请。如某厂欲将同一商标用于蜂蜜、可可、咖啡上,而这些商品在国际《商品分类表》中同属于第30类商品。所以,就可以作为一件商标填报一份申请书。这样,手续相对简化,申请人也可以在申请注册时同时申请本类的几种商品,以备将来扩大使用商标时免得再重新申请,费时费力。相反,若同一商标,用于两种以上商品,按商品分类表不属于一类的,就应按类别分别提出申请。例如,如果将在果冻和咖啡上使用同一商标,就需要提出两份申请。这是因为在国际《商品分类表》中,果冻属于第29类,而咖啡属于第30类,两个商品不属于同一类商品。

3. 注册商标变更的,应另行申请

注册商标的变更分为使用该商标的商品的变更,商标本身文字、图形的变更和注册人名义、地址的变更三种。无论哪种变更都需要重新申请。

(1)我国《商标法》第13条规定:“注册商标需要在同一类的其他商品上使用的,应当另行提出注册申请。”注册商标扩大使用商品范围,即使属于同类的其他商品,应另行提出注册

申请。这是因为扩大到同类其他商品上的商标被视为另一个商标,与原注册商标无关。而我国的注册商标专用权是以核准注册的商标和核定使用的商品为限。注册商标扩大使用,是超出了核定使用商品的界限,因而其商标权不被法律保护,而且由于扩大使用的商标也有可能与他人注册或审定的商标相同或近似。因此,即使注册商标扩大使用到属于同类的其他商品上,也应另案申请。

(2)我国《商标法》第14条规定:“注册商标需要改变文字、图形的,应当重新提出注册申请。”这是因为改变注册商标的文字、图形的,被视为另一个商标,必须通过重新申请注册才能取得商标权。

这两条变更,都被视为新的商标,申请手续应与申请注册商标手续相同。

(3)我国《商标法》第15条规定:“注册商标需要变更注册人的名义、地址或者其他注册事项的,应当提出变更申请。”商标注册单位有如以下变动:①从其他单位分出,并入另一单位而变更企业名称;②虽未分出或并入,而因其他原因变更企业名称;③注册地址因故迁移或其他注册事项有了变更;这时,原注册人均应及时向商标局提出变更申请,否则,其注册商标有可能被撤销,如北京中药厂恢复为“同仁堂”,工农兵食品厂恢复为“义利”食品厂,前进帽店恢复为“盛锡福”,杭州刀剪厂恢复为“张小泉”刀剪厂等等都要按此办理。这种变更,并非新商标的创立,而只是原有商标权的转移,所以有其特殊的申请程序。

申请变更商标注册人名义的,每一个申请应当向商标局交送《变更注册人名义申请书》一份,注册人名义变更证明一份,并交回原《商标注册证》,经商标局核准后,将原证加注发还,并以公告。注册人地址或其他注册事项有变更的,每一份申请应向商标局交送《变更注册人地址申请书》或者《变更商标其他注册事项申请书》一份,有关变更证明一份,并交还原《商标注册证》,经商标局核准后,将原《商标注册证》加注发还,予以公告。

商标注册人的注册商标若不止一个,则在其名义或地址变更时,必须将其全部注册商标一并办理。法律对没有申请变更的商标不予保护。

二、商标注册申请的程序

根据修改后的《商标法实施细则》,商标注册申请的具体程序取消了原来的工商行政管理部门在商标局审查核准前先进行核转的程序,而代之为直接申请和代理申请。这是我国商标工作的一项重大改革,是发展社会主义市场经济、深化经济体制改革的需要。取消核转程序改变了政府用行政手段直接干预商标事务的做法,有利于商标管理部门转变职能,实现政企分开,也进一步落实了企业自主权。

商标申请具体程序有以下几点。

1. 提供申请文件和提交商标图样

我国《商标法实施细则》第9条规定:“申请商标注册,应当依照公布的商品分类表按类申请。每一个商标注册申请应当向商标局交送《商标注册申请书》一份,商标图样十份(指定颜色的彩色商标,应当交送着色图样十份),黑白墨稿一份”。

商标图必须清晰,便于粘贴,用光洁耐用的纸张印制成或者用照片代替,长和宽应当不大于十厘米,不小于五厘米。

由于申请书是申请人向国家商标管理机关申请商标注册的主要文件,因此,申请人应该十分重视申请书中所要求的内容。如果不按申请书的要求认真填写,会给申请人带来不利的法律后果,甚至会被撤销其注册。因此,申请人应该按商标局拟定并经国务院批准的书式填写。首先,应填报申请注册的商标名称、商品类别、具体商品名称。对一个商品有两个或两个以上通用名称的,应当附加说明。同时填写商品的用途,制造商品的原料。其次,商标注册申请人的名称、地址等所填事项一定要明确、清楚。写明所在省(市、自治区)、市(县、区)、乡(镇)、村名或街道门牌号码。不准填两个地址或不固定的地址,以免影响书信往来。还必须加盖单位或个人的印章,由负责人或个人签字。如果填写技术标准时,应写明是国家颁布、部级颁布还是行业自定标准。而且必须是实际执行的标准。无技术标准的,应附加说明。另外,对商标图也有一定的要求。商标图样要用光洁耐用的纸张印刷或者照片代替,应当清晰、洁净,便于粘贴。如有的申请人送交塑料的、金属的、玻璃纸的和印花的不能粘贴的图样就不符合规定。对设计抽象、过于简单或复杂的商标,应当附加说明。

明确指出的是,申请国家规定必须使用注册商标的商品,申请人应提供有关证明文件。《商标法实施细则》第11条规定:“申请人用药品商标注册,应当附送卫生行政部门发给的证明文件”;“申请卷烟、雪茄烟和有包装烟丝的商标注册,应当附送国家烟草主管机关批准生产的证明文件”;“申请国家规定必须使用注册商标的其他商品的商标,应当附送有关主管部门的批准证明文件”。

总之,就国家规定必须使用注册商标的商品,申请商标注册的,都应按照规定提交必须的证明文件。

我国《商标法实施细则》第10条对商标申请书应该用什么笔,什么颜色书写以及字体等都作了较具体的规定。商标注册申请等有关书件,应当使用钢笔、毛笔或打字机填写,应当字迹工整、清晰。不得用圆珠笔或铅笔填写,这样不便于存档保管。书写的颜色以黑、蓝为宜,不能使用红色。填写申请书必须用汉字逐项填写,字体应工整、端正、规范化。如果字体书写潦草,无法辨认,将给商品审查工作带来麻烦。

2. 申请日的确定

所谓商标注册申请日,是指提出注册申请的那一天。确定申请日是十分重要的,一旦商标权发生法律纠纷时,申请日的先后便成为决定商标专用权的有力证据。因此,我国《商标法实施细则》第12条规定“商标注册的申请日期,以商标局收到申请书件的日期为准。申请手续齐备并按照规定填写申请书件的,编定申请号,发给《受理通知书》;申请手续不齐备或者未按照规定填写申请书件的,予以退回,申请日期不予保留。”

此条又规定,申请手续基本齐备或者申请书件基本符合规定,但需要补正的,商标局通知申请人予以补正,限其在收到通知之日起15天内,按指定内容补正并交回商标局。限期内补正并交回商标局的,保留申请日期。此项规定避免了“一刀切”的办法,考虑到申请在先原则,充分保护当事人的合法权益,体现了《民法通则》第60条的规定,“民事行为部分无效,不影响其他部分的效力时,其他部分仍然有效。”当然,“未做补正或者超过期限补正的,予以退回,申请日期不予保留。”

需要指出的是依《商标法实施细则》第46条第三款规定,凡以邮寄方式收发文件的,以

邮戳日期为准;邮戳不清,或者没有邮戳的,以商标局发文后 20 天或者收文前 20 天分别做为当事人收到或者发出的日期。

三、代理申请

商标代理是商标代理组织接受商标注册人委托,依照《商标法》和《商标法实施细则》的规定,为商标注册申请人办理商标注册申请和其他有关事宜的行为。商标代理组织必须是依法登记,具有法人资格,能独立承担民事责任并由国家工商行政管理局认可的经济实体。目前我国商标代理组织主要有商标代理事务所,中国贸促会等。商标代理组织可为申请人代理商标设计,代理进行商标查询,代理商标注册申请,代理商标侵权诉讼,以及其它事宜。商标代理组织必须在申请人授权范围内依法实施代理行为,否则为无权代理。

四、优先权声明

我国《商标法实施细则》规定,商标局受理申请商标注册要求优先权的事宜,具体程序依照国家工商行政管理局公布的规定办理。

所谓优先权声明,是指根据保护工业产权巴黎公约第四条规定,凡巴黎公约成员国公民,在其成员国第一次提出商标注册申请后 6 个月内,又向其他巴黎公约成员国就同一商标在相同商品上提出商标注册申请,可以享受优先权,即以第一次申请提出之日作为申请日期,而不以 6 个月内再次申请提出申请日期。

第四节 商标注册申请的审查与核准

一、审查

对申请注册的商标,是初步审定,予以公告,还是驳回申请,不予公告;是核准注册,还是不核准注册,需要经过商标局的统一审查之后才能确定。

商标注册的审查从程度上分为两个阶段,即形式审查和实质审查。

形式审查主要是审查该商标注册申请是否具备法定条件和手续,主要是对申请人资格和申请文件进行审查。即审查申请人填报的商品是否规范、商品是否跨商品分类、商标使用的文字是否规范,申请人名义与章戳是否一致,申请人日期和续定的申请号是否清楚,商标申请费是否付清等。

实质审查的主要内容是,审查申请注册商标是否具有显著性,是否违反商标法规定的禁用条款,是否与已注册或已申请的商标相同或相似。实质审查是对申请注册商标的文字、图形、涵义及其客观效果等进行审查,从而对该项申请做出准或驳的结论。实质审查是决定申请注册的商标能否初步核准审定并予以公告的重要环节。

商标申请审查中,实质审查要求申请注册商标不得与其相同或相似商品中的已注册商标相同或相似。关于相同或相似商品以及相同或相似商标的判定将在商标权保护一章中详

细阐述。

下面举一则案例来进一步说明这一规定。

1985 年上半年,青海省烟草公司申请注册“35”牌卷烟商标。商标局予以驳回。理由是该商标与英国阿台斯烟草公司在我国注册使用在卷烟上的“555”商标呼叫名称相同。尽管数字组成不一样,但仍被视为相似商标,不能核准。

审查的其他内容在本章第二节和第三节中已详细说明,只要严格按照其注意事项办理,注册商标的审查一般是会通过的。

二、商标注册的初步审定和公告

我国《商标法》第 16 条规定,申请注册的商标,经过审查符合商标法有关规定的,由商标局初步审定,予以第一次公告。《商标公告》将发给商标注册申请人一份。

《商标公告》是商标局出版的法定性刊物,每半月一期,它是有关商标注册和商标专用权的公开的行政通知。其内容主要刊登商标审定、注册、转让、续展、撤销、注销、异议和争议的裁定等有关事项。发布《商标公告》的目的,一是为了使注册商标的有关事项产生法律效力,二是为了使初步审定或者注册的商标让公众周知,以便在先让申请注册人和社会各方面依法提出异议或争议,三是便于注册申请人查阅,避免和减少新申请注册的商标与已经注册的商标发生相同或者相似。

三、申请注册商标的驳回及驳回商标的复审

凡是注册商标的申请违反注册申请程序或不符合注册申请条件的,以及申请注册商标在相同或相似的商品中与已注册商标相同或相似的,商标局将驳回申请,不予公告。对驳回申请的商标,商标局发给申请人《驳回通知书》。如河南某卷烟厂申请注册“长寿”牌卷烟商标,被商标局驳回。因为“长寿”是个吉祥词句,用于香烟这种对健康有害的商品上,违反了商标的禁用条款中商标不得为夸大宣传并带有欺骗性的规定。卷烟厂商标注册申请被驳回后,也自动改换了名称。

又如中国专利代理(香港)有限公司,代理箭牌糖类有限公司于口香糖上申请注册“箭”牌商标,于 1990 年 12 月被商标局驳回。理由是香港康元海外投资有限公司在糖果类商品上已在先注册“ARROW”商标。“ARROW”中文译意为箭的意思,两个商标虽然文字不同但含义相同,同样构成了相同商标。而且“箭”牌商标指定商品为口香糖,“ARROW”商标指定为糖果,两者属于类似商品。因此,“箭”牌商标被予以驳回。

如果商标局认为申请注册商标的内容可以修正的,则向申请人发给《审查意见书》,申请人应在收到通知之日起 15 天内予以修正。如果逾期仍不能修正的,商标局将发出《驳回通知书》,申请注册商标被予以驳回。申请人如果对商标局驳回申请不服,可以在收到驳回通知书 15 天内,对商标局驳回的理由进行申辩或解释,向商标评审委员会申请复审。申请复审时,申请人应向商标评审委员会递送一份《驳回商标复审申请书》,同时附送原《商标注册申请书》,原商标图样十份,黑白墨稿一份和《驳回通知书》。

商标评审委员会经过复审做出终局裁定,一种是维持原驳回决议不变,一种是撤销原驳

回决议,予以初审公告,复审决定要书面通知申请人。如某企业的申请注册商标上有“鸭头”图案,而申请注册商标的适用商品又是鸭肉制品。商标局以该商标图案为所使用商品的通用图形,违反商标法所规定的有关禁用条款为由,驳回该商标申请。申请人不服,向商标评审委员会提出申请复审,其理由是:该商标的图形是经艺术化的图案,不能被视为使用商品的通用图形。商标评审委员会经研究认为:该申请商标图案是一个鸭头,鸭嘴上叼一枝樱桃,鸭头只是其使用商品鸭子的一部分,商标整体表现形神相融,是具有显著特征的艺术化的图案,并非普通鸭子图形,并不违反“不得使用商品通用名称和图形”的禁用条款,所以做出终局裁定:申请人复审理由成立,准予初步审定公告。

又如某酒厂以“千杯少”为其生产的酒的商标申请注册,商标局认为“千杯少”使用在酒类商品上,夸大宣传了商品质量,违反《商标法》有关禁用条款:不得使用夸大宣传并带有欺骗性的商标,所以商标局对该商标注册申请予以驳回。该酒厂不服,向商标评审委员会提出复审申请,理由是:“千杯少”一词源于“酒逢知己千杯少,话不投机半句多”的俗语,不涉及酒的质量。商标评审委员会认为“千杯少”所直接出处“酒逢知己千杯少”一句的含义是:性格相投的知心朋友常在一起畅饮,次数再多也觉得少。其含义并不涉及酒的质量,只是对一种融洽气氛的概括描述,并无夸大宣传酒的质量之意。但将“千杯少”从整句中抽出,单独构成一个词组做为酒的商标,却往往导致消费者联想起因酒的质量好而喝的再多仍想喝的含义,从而起到刺激消费者购买的效果。因此,仍属夸大宣传的商标,违反商标禁用条款,复审申请予以驳回,维持商标局原判。

四、商标的异议、异议裁定及异议裁定的复审

对于商标局初步审定并予以公告的商标,依照《商标法》第 19 条的规定,自公告之日起 3 个月内,任何人都可以提出异议。提出异议的人,可以是商标利害关系人,认为商标局初步审定的商标同自己已经注册商标或者审定公告在前的商标相同或相似,为保护自己的商标权益,要求商标局撤销这一初步审定公告的商标。异议人也可以是第三者,如机关、团体和个人,认为审定公告的商标本身违反《商标法》规定的禁用条款,向商标局提出意见,要求撤销。但异议的提出不能超过公告发布起 3 个月的期限,超过这一法定期限才提出的异议,商标局不再受理。如黑龙江省某市食品厂向商标局对“临海”牌雪糕商标提出异议,理由是“临海”牌雪糕与它已注册的“林海”牌冰淇淋商标读音相同,属相同商标,不能准其注册。商标局在审查这项异议过程中,发现异议是在“临海”牌雪糕商标初步审定公告后半年才提出的,尽管商标读音相同,雪糕与冰淇淋也是类似商品,但因其异议的提出已超出法律所规定的时限,因此决定不予受理,核准“临海”牌雪糕属于合法。该食品厂若想与自己所认定的“临海”侵权行为进行对抗,只能按注册商标“争议”的程序进行,向商标评审委员会提出“争议申请”。

对初步审定公告商标提出异议的异议人,应当向商标局送交《商标异议书》一式两份。异议书中应填写清楚被异议方的商标被刊登在哪一期《商标公告》上,以及其页码和初步审定号和提出异议的理由等。商标局收到异议书后,应将其中的副本交被异议人,被异议人应在接到通知之日起 30 天内予以答辩,限期内未提出答辩的,即视为弃权,异议程序照常进

行。商标局听取申请人陈述的事实和理由,经调查核实后,作出异议成立或不成立的裁定,并以异议裁定书的形式通知异议有关当事人。异议成立的,撤销初步审定的商标,不予核准注册;异议不成立的,则核准初步审定的商标注册。被异议商标在异议裁定生效前就被核准注册的,该商标的注册公告无效。

这里举一个商标异议的案例。外国某公司对上海信谊药厂申请注册并予初审公告的“信谊 SINE”商标提出异议,理由是与其在药品上在先注册的“SINEX”商标相似,“SINE”与“SINEX”相比只少一个 X,而其主要部分一样,容易被消费者混淆。信谊药厂在商标局规定的答辩期内进行了答辩,认为:“信谊 SINE”商标由中文“信谊”、英文“SINE”以及四周 24 个小半圆组成的大圆圈图案共同构成,因此,这三者是该商标有机组成部分,而外国某公司使用的“SINEX”商标则纯粹由英文字母构成,与“信谊 SINE”商标迥然不同。且虽然“SINE”与“SINEX”相比只少一个字母,但读音和含义都不同。总之,两商标不会造成混淆。商标局在研究了双方的理由和对实际情况进行了调查之后,裁定某公司对信谊商标提出的异议不能成立,商标局应核准注册“信谊 SINE”商标。

异议人可以是任何人,包括机关、团体和个人,如某市商标包装装潢设计公司设计人员对初审公告的“健身”牌拉力器的商标提出异议,认为该商标直接表示商品功能、用途、特点,违反商标法禁用条款,不能作为商标。商标局裁定异议成立,撤销其初审公告。

有关当事人(商标异议人或商标注册申请人)如果对商标异议之裁定不服,可以在收到异议裁定通知 15 天之内,向商标评审委员会申请复审。申请复审时应当交送《商标异议复审申请书》正副本各一份,商标图样五张,由商标评审委员会做出终局裁定,并书面通知异议人和申请人,移交商标局办理。

如:华星实业公司于 1991 年在洗衣粉商品上申请注册的“彩漂”商标经商标局初步审定并予公告。广州油脂化学工业公司在初步审定公告期间以“彩漂”是洗衣粉的通用名称为由向商标局提出异议。商标局裁定为,“彩漂”不是洗衣粉的通用名称和特征名称,亦不是常用广告语。所以异议人所提异议不能成立,经商标局初步审定的“彩漂”商标准予注册。广州油脂化学工业公司提交《商标异议复审申请书》,对商标局关于“彩漂”的裁定不服,提出申请复审。

广州油脂化学工业公司异议复审理由主要是:“彩漂”洗衣粉表示产品配方中加以具有彩漂作用的漂白剂;“彩漂”是洗衣粉产品的功能与特性名称,直接表示了洗衣粉的功能与特性。且证明这种洗衣粉在国外也有生产。

华星实业公司答辩的主要理由为:我国的科学文献中并无有关“彩漂”是洗衣粉产品的功能、特性的名称的记载。异议方所引用的国外资料也没有科学文献作为依据,轻工部尚未把“彩漂”作为洗衣粉的专用名词,世界通用商品目录也未见记载。国外市场见到“彩漂”也只是对产品的说明。故此,本公司可以将“彩漂”作为洗衣粉的商标申请注册。

商标评审委员会经查认为,“彩漂”是我国洗涤剂行业所生产的洗衣粉品种名称之一。如浓缩洗衣粉、加酶洗衣粉等,实际上已成为洗衣粉的一个专用名词。彩漂洗衣粉可把衣服洗得更加洁白艳丽,其主要原料为一种含氧漂白粉。

且被异议人称:“国外市场见到‘彩漂’只是对产品的说明。”这本身也证明了在国外市场

也有这一品种的洗衣粉。在国内市场,天津、广州等城市都有厂家生产并销售。

所以说,“彩漂”是洗衣粉的品种名称之一,直接表示了本商品的功能及特点,不具有显著性。商标评审委员会在复审后决定,广州油脂化学工业公司对商标局“彩漂”商标异议裁定申请复审理由成立,经商标局初步审定的“彩漂”商标不予核准注册。

五、核准注册和发证公告

对于初审公告的商标,3个月内无人提出异议,或者经裁定异议不成立的,即予核准注册。商标局对申请注册的商标核准注册的,应按地区、企业名称以及商标使用的文字图形等分别载入《商标注册簿》,并向申请人颁发《商标注册证》,而此《商标注册证》就是该企业在法律上获得该项商标独占使用权的证明;同时,刊登《商标公告》,以昭示公众不得侵犯其注册商标的商标权。

已经注册并使用注册商标的,应在使用时标明“注册商标”的字样,或者标明注册标记“®”或“®”,以示注册商标。如在商品上不便标明的,应当在商品包装或者说明书以及其他附着物上标明。

若注册商标所有人遗失或毁损了《商标注册证》,应该申请补发注册证,否则,发生侵权纠纷时,会产生很多不必要的麻烦,并且今后商标注册的续展、转让商标权以及变更注册等都很难进行。申请补发《商标注册证》的,应向商标局交送《补发商标注册申请书》一份,商标图样五张。其中《商标注册证》遗失的,应在《商标公告》上刊登遗失声明,《商标注册证》破损的,应当将原破损的注册证交回商标局。

《商标注册证》注册人必须妥善保管,不得伪造或涂改。若有伪造或涂改行为的,其所在地工商行政管理机关可依情节对其处以2万元以下的罚款,并收缴伪造或涂改了的《商标注册证》。

第五节 注册商标的争议和注册不当

我国《商标法》第27条规定,对已经注册的商标有争议的,可以自该商标核准之日起一年内,向商标评审委员会申请裁定,若超过一年的期限,商标评审委员会就不予受理。已公告的商标的专用权则不容任何人争议了。

注册商标的争议,是指商标注册人对在后来注册的商标与其在同一种或者类似商品上注册在先的商标相同或者近似而发生的争议。但是,在核准注册前已经提出异议并经裁定的商标,不得再以相同理由和事实申请裁定。

提出争议的范围,一般只限于公告的商标本身,而不能涉及由于商标引起的其他问题,更不得附带损害赔偿的请求。争议的请求,可以是对商标的全部撤销,也可以是商标的修改,还可以对商标使用在某个商品上加以限制。

提出争议时,按照《商标法实施细则》第24条规定,应将《商标争议裁定申请书》一式两份寄送商标评审委员会申请裁定,并附必要的证据。商标评审委员会通知有关当事人并限

期提出答辩,在听取有关当事人答辩之后做出终局裁定。终局裁定有四种情况:1. 驳回争议,维持原审定商标不变;2. 争议成立,撤销注册商标,并予以公告;3. 争议成立,对商标进行局部的修改;4. 争议成立,仅对该商标在使用的商品上加以必要的限制。商标评审委员会的终局裁定应书面通知有关当事人,并移交商标局办理。裁定的后三种情况,原注册人均应在收到裁定通知之日起 15 天内,将原《商标注册证》交回商标局。

下面介绍两则商标争议案例。

案例一 某市丝绸进出口分公司以先行注册用于真丝绸缎的“采桑”牌商标,对某省丝绸进出口分公司稍后注册的用于丝缎的“翠桑”商标提出争议裁定申请,要求撤销“翠桑”的商标注册。商标评审委员会根据《商标法》第 27 条有关规定受理此案。被争议人到会答辩:“采桑”与“翠桑”两个商标图形迥然不同,商标名称也不同。“翠桑”的“翠”为形容词,“采桑”的“采”为动词,含义各异,不会造成消费者误认。商标评审委员会听取双方当事人的意见后认为:商标名称一为“采桑”,一为“翠桑”,含义及汉语拼音的读音虽然都不同,但从实际使用上来看,在江苏、浙江、上海等地区“翠桑”和“采桑”方言读音混淆,特别是从商标名称和图形联系起来观察,“翠桑”商标的图形并没有着力描绘青翠鲜嫩的桑叶,没有在形容词上重点渲染,却以采桑姑娘的采桑动作为主体,这就更造成了两个商标的混淆。因此,两商标虽然不完全相同,但属于近似商标。据此,根据《商标法》第 29 条规定做出终局裁定,争议裁定申请理由成立,公告撤销被争议人的“翠桑”商标,并限于其在 15 日内缴销该商标注册证。

案例二 上海人民工具工厂以其在刨刀上在先注册的“金兔”商标对浙江永康县红岩刀具厂在同一商品刨刀上注册在后的“白兔”商标提出争议。争议理由是:金兔与白兔仅一字之差,而商标图案又都是兔,且图形排列极相似。同时两者使用在相同商品上,属于相似商标。在国际市场上,“白兔”商标还给“金兔”商标带来了不良影响。被争议人浙江永康县红岩刀具厂答辩认为:两商标无论从商品名称还是图案设计都迥然不同。在“金兔”商标中,兔是匍匐式、睡眠状、两眼紧闭、小耳、短须、短毛、四肢短小,属菜兔型,字体属书写体。而在“白兔”商标中,兔则呈奔跑状,两眼圆睁、大耳、长须、长毛、四肢粗壮,属长毛兔,字体为美术体,不会被混淆,不能被认定为类似商标。

商标评审委员会经调查研究后认为:“金兔”与“白兔”不论是否“一字之差”,但主体都是“兔”。商标图形更多都是用线条勾画成的一只兔子,别无其他陪衬。另一方面,作为广大消费者不可能在购物时作一些诸如毛短毛长、须长须短之类的细微比较。所以说,两个商标构成类似商标。又因使用在相同商品上,所以做出裁定,争议人理由成立,撤销浙江永康县红岩刀厂注册的“白兔”商标。

根据 1982 年《商标法》的规定,商标一旦注册成立,若仍有不妥,其他人只能以该商标侵犯注册在先商标的商标权为由提出争议,并有一年的期限。这在实际工作中出现大量的问题,一些因国家机关工作失误而获核准的明显不符合禁用条款的商标和通过不正当手段取得注册的商标,国家没有法律依据予以撤销。为了弥补这一漏洞,1993 年新修订的《商标法》第 27 条增加了注册不当的规定。根据该项条款,已经注册了的商标,凡违反商标禁用条款,或者是以欺骗手段及其他不正当手段取得注册的,任何人都可以请求商标评审委员会撤销该商标的注册。

值得特别指出的是,以注册不当为由要求撤销该注册商标没有时间上的限制,商标注册以后任何时期任何人都可提出撤销申请。申请人应将《撤销注册不当申请书》一式两份交送商标评审委员会,申请书中写明被申请撤销的商标,申请撤销的理由等。商标评审委员会做出终局裁定,书面通知有关当事人,并移交商标局办理。被撤销的注册不当商标由商标局予以公告。原商标注册人应当在收到决定或者裁定通知之日起 15 天内,将原《商标注册证》交还商标局。

所谓以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册的行为是指:

- (1) 虚构、隐瞒事实真相或者伪造申请文件及有关文件进行注册的;
- (2) 违反诚实信用原则,以复制、模仿、翻译等方式,将他人已为公众熟知的商标进行注册的;
- (3) 未经授权,代理人以其名义将被代理人的商标进行注册的;
- (4) 侵犯他人合法的在先权利进行注册的;
- (5) 以其他不正当手段取得注册的。

下面例举一则关于注册不当的案例:

A 厂使用于组合音响商品上的“SHER WOOD”商标,于 1988 年 3 月 30 日经核准注册。1989 年 7 月 1 日香港域雄有限公司认为“SHER WOOD”商标注册不当,依法申请要求撤销该注册商标。理由为:

1. SHER WOOD 商标原系美国 SHER WOOD 电子实验室有限公司的商标,1981 年授权南朝鲜东原电子公司(现改名为 INKEL 有限公司)先后在南朝鲜、南斯拉夫、苏联、原民主德国、智利、英国、新加坡、澳大利亚等国家和地区注册专用,商品行销世界各地。在中国举办的大规模歌舞活动中,也常使用 SHER WOOD 音响设备,因此它已是驰名商标。

2. 域雄有限公司根据东原电子公司授权保护和注册 SHER WOOD 商标的协议,于 1987 年 4 月 11 日与 A 厂签订协议,组装 1000 套音响设备,使用 SHER WOOD 商标销售市场。

3. A 厂在履行协议进行组装期间,竟于 1987 年 4 月 24 日申请 SHER WOOD 商标注册,采取不道德手段取得商标专用权,应予撤销。

A 厂答辩理由为:

1. 根据《巴黎公约》第 6 条规定,在联盟成员国注册商标有其独立性,各不相关,而中国法律目前对驰名商标未作具体规定。SHER WOOD 商标获准注册是符合《巴黎公约》规定的。

2. 现行《商标法》第 27 条规定自注册之日起一年内可提出商标争议,SHER WOOD 商标注册已过一年,域雄有限公司对此已失去申请撤销的权利。

商标评审委员会根据双方当事人陈述的事实以及提供的证据进行核查评议后认为:第一,现行《商标法》第 27 条规定的一年时效,是指注册商标争议程序的期限,《商标法实施细则》第 25 条规定的注册不当裁定程序并无一年限制,而且规定“任何人”都可以提出申请裁定,本案所提注册不当申请裁定适用法律正确。第二,《巴黎公约》第 6 条规定,联盟成员国注册的商标,有其各自的独立性,当然不能作为另一成员国注册商标的条件,但可从中了解

商标的创立及其历史过程并作为参考, SHER WOOD 商标, 原出自企业名称的一部分, 自 1957 年以来, 先后在美国、俄罗斯等国注册使用, 在组合音响商品上与“建伍”、“先锋”齐名, 属驰名商标, 应按《巴黎公约》第 6 条 2 款的规定予以保护。第三, 域雄有限公司于 1987 年 4 月 11 日与注册人 A 厂签订的协议, 只准许在 1000 套组合音响商品上使用 SHER WOOD 商标, 而该协议刚刚签订 10 余天, 即 1987 年 4 月 24 日注册人 A 厂就原封照搬 SHER WOOD 商标申请注册。采取此种手段以取得商标权利, 实属不正当行为。

综上所述, 依据《商标法》实施细则第 25 条规定, 域雄有限公司诉注册人 A 厂注册的 SHER WOOD 商标注册不当理由成立, 裁定撤销该注册商标。

因商标争议和注册不当而撤销的注册商标, 其商标权应被视为自注册之日起就不存在。但为了稳定社会主义经济秩序, 撤销注册商标的决定或裁定对在撤销前国家机关或人民法院已做出的商标侵权案件的处理决定, 不具有追溯力。即撤销前做出的处理决定不因其后该商标的被撤销而有更改。撤销注册商标前已履行的商标转让和商标使用许可, 则应分别情况, 分别对待。如果与该商标注册人签订合同的当事人当时并不知情, 即并不知道对方是以欺骗手段或其他不正当手段取得商标权的, 使用许可或转让行为并不因撤销商标而无效。这是为了保护善意第三人的利益, 也为了维护社会经济秩序的稳定, 但是如果第三人明知对方是以欺骗或其他不正当手段取得商标专用权的, 则双方所签合同即为无效。这样便防止了双方当事人恶意串通。另外, 凡商标注册人的恶意给他人造成损害的, 应当予以赔偿。

第六节 注册商标的续展

我国《商标法》规定, 注册商标的有效期为 10 年, 期满后若想继续保有商标权, 则应进行“续展注册”。期满而不申请注册的, 就意味着原注册商标失去了商标权。注册商标有效期限的计算, 从核准注册之日算起, 即在初步审定公告发布后 3 个月内无人提出异议, 或经裁定异议无效的, 自第 4 个月的第一天也就是第二次核准公告之日算起。续展注册可以无限制地重复申请, 每次续展注册的有效期为 10 年, 核准续展注册的有效期与上一次有效期相衔接, 即续展有效期从该商标上一届有效期满之日算起。如第一次有效期自 1985 年 3 月 1 日开始, 到 1995 年 3 月 1 日为止, 那么续展有效期就应以 1995 年 3 月 1 日算起。续展有效期并不是自“续展注册”的日期开始。

依照《商标法》规定, 商标所有人申请续展注册, 应当在注册商标期满前 6 个月内办理。如在此期间因故不能提出续展注册申请的, 可给予 6 个月的宽展期, 在这期间内, 原商标注册人仍可以申请注册。过了宽展期而仍未提出续展申请的, 其注册商标即被注销。

提出续展商标申请, 要按照《商标法实施细则》的有关规定办理。申请商标续展注册的, 每一个商标续展申请, 应当向商标局寄送《商标续展注册申请书》1 份, 商标图样 5 份, 交回原《商标注册证》, 并缴纳费用, 经商标局审核, 确认手续齐备的, 予以受理; 手续不齐备的, 应予补交, 否则, 不予受理。申请续展注册的商标, 经核准注册后, 商标局将原《商标注册证》加注发还, 并予以公告。

但申请续展注册商标并不是一定被核准的。当申请已过宽展期,或商标续展申请人自行改变商标文字、图形,自行扩大商标使用范围,严重违反商标法规定,自行转让,擅自改变注册人名义,或因商品质量降低,群众要撤销商标的,商标局都不能核准其续展注册。其续展申请将予以驳回。如某电讯器材厂使用“星”牌注册商标,该厂从甲地迁往乙地,并更改厂名为某扬声器厂,但未办理变更商标注册人名义、地址的手续,属于擅自变更注册人名义、地址的行为。则当该厂申请续展注册时就被商标局驳回。

申请人对商标局驳回续展注册申请的决定不服的,可向商标评审委员会申请复审。复审申请人应在收到驳回通知 15 天内,送交 1 份《驳回续展复审申请书》,同时附送原《商标续展注册申请书》和《驳回通知书》,商标评审委员会做出终局决定,书面通知申请人,终局决定核准续展注册的,移交商标局办理。

第七节 通过商标转让获得商标权

一、商标转让的定义及分类

注册商标作为一种工业产权,与有形财产一样,可以进行转让。注册商标的转让,就是注册商标所有人在法律允许的范围内,根据自己的意志和按一定条件将其注册商标转让给他人所有,并由受让人专用,受让人相应取得注册商标所有的一切商标权。这就叫做注册商标的转让。

对于转让人而言,商标的转让权是其商标权的一部分,商标转让是作为其权利实现的一个方面而出现的,并且标志着其商标权的终结。对于受让人而言,商标转让是取得商标权的一种手段,通过商标转让权可以取得已注册商标的商标权。

注册商标转让有两种形式,一种是合同转让,另一种是继承转让。

合同转让就是企业与企业、企业或个人或个人与个人之间,通过签订合同而进行的转让,这种转让既可以是有偿的也可以是无偿的。合同转让分为两种。一种是企业之间或企业和个人之间有偿转移注册商标。另一种是由于企业的合并、迁出或企业间的联合引起商标实际拥有者的变更而进行的商标转移。虽然没有契约之类的签订,但也属于商标转让。如上海“华生”牌电风扇是名牌产品,为了扩大名牌产品的生产,华生电风扇厂与其他十多家工厂联合成立上海华生电风扇总厂,经过办理注册商标转让手续,原华生电风扇厂的“华生”注册商标转让给了上海华生电风扇总厂。继承转让,就是原注册人(一般指个体工商业者)因死亡或年老丧失经营能力,由法定继承人继承其注册商标。

在我国,合同转让是商标转让的主要形式。

二、通过商标转让取得商标权的益处

1. 通过转让,弱势企业直接获得名牌商标

如美国一家公司通过转让取得了纳比斯公司生产的“迪尔·蒙蒂”牌水果罐头、“云丝

顿”和“骆驼”牌香烟的商标权,从而一举在市场竞争中夺得了优势地位。但由于有信誉的商标对商标注册人来说是一笔巨大的财富,因而获得该商标转让一般比较困难,即使转让,价格也很高。本例中“迪尔·蒙蒂”、“云丝顿”、“骆驼”等商标的转让费就高达 250 亿美元。

2. 通过转让,保持被其他企业抢先注册的名牌产品的商标信誉

有的企业生产的产品被评为优质产品,深受消费者喜爱,成为名牌产品。但该产品使用的商标已被别的厂注册在先,为避免更改商标所带来的损失,保住已在市场上取得一定地位的商标信誉,就需要转让获得商标权。如某毛纺厂生产的“长城”牌毛毯,被评为省级优质产品,不仅在国内市场上享有盛誉,而且行销国外赚得大量外汇。但“长城”商标已被某毛毯厂注册在先。于是,毛纺织厂提出要毛毯厂转让该商标。经过双方反复协商,毛毯厂把“长城”注册商标有偿转让给毛纺织厂。又如云南玉溪卷烟厂生产的“红梅”香烟在国内属名牌烟,殊不知其商标已被成都卷烟厂注册,此纠纷结果是玉溪卷烟厂花了 180 万商标转让费获得了此项商标权。

3. 通过转让,取得理想商标

有的企业为使用一个理想的商标,但该商标已被他人注册,就可以通过商标转让来实现。如某无线电厂以 39000 元的代价买进了“航天”注册商标。又如某企业原只生产化妆用的膏、粉,使用“佳丽”注册商标。现该公司扩大经营范围,除生产原来产品外,还生产服装等,并仍希望用“佳丽”商标,以保持企业整体商标形象的统一。但已有另一家企业在服装上已注册了“佳丽”商标。于是,这家企业就通过转让取得了“佳丽”服装商标的商标权。

4. 通过转让,取得本企业已对其进行大量投资的商标的商标权,以减少损失

如芜湖合成洗涤剂厂,申请注册“神鱼”牌洗衣粉商标。因和郑州洗涤剂厂注册过的“神鱼”牌商标相同,而被商标局驳回。芜湖洗涤剂厂已为“神鱼”牌商标花了不少广告宣传费,在当地也小有名气,不想放弃该商标权。而郑州洗涤剂厂的洗衣粉产量不大,准备下马。于是,经双方协商,该商标由郑州洗涤剂厂有偿转让给芜湖洗涤剂厂。不过,这从另一个侧面表明了商标及时申请注册的重要性。在商标未获注册取得商标权之前,企业不能冒然对该未获法律保护的商标进行大量投资。

三、商标转让的程序

注册商标通过合同的形式进行转让,必须依法办理申请转让注册的手续,才能发生法律效力。根据《商标法》第 25 条和《商标法实施细则》第 21 条的规定,转让注册商标的,转让人和受让人应当共同向商标局提出申请,每一个申请交送《转让注册商标申请书》1 份,附送原《商标注册证》,双方签订的转让合同一份,还要按规定缴纳转让申请费,转让注册费。转让申请书中,应写明商标的名称、注册证号、转让人和受让人的名称(全称、地址、营业执照号等,并加盖双方印章。转让申请手续由受让人办理,经商标局核准后,将原《商标注册证》加注发给受让人,并予以公告。

四、商标转让时应注意的几个问题

(1)类似商品使用同一个商标的,不能分割转让。如果其注册商标核定范围内的几个商

品是类似商品时,不能只转让其中一个或几个商品上的商标权。因为如果允许将商标权分割转让的话,就会出现在同一种或类似商品上,存在不同的生产者使用相同商标的现象,造成商标混淆。如某企业在皮包和皮箱两个商品上共同使用一个“飞天”牌注册商标,它就不能将其中一个商品上使用的“飞天”牌商标单独转让出去,而必须一并转让。因为这两个商品是类似商品,但如果企业是在非类似商品上注册了同一商标,分割转让不会使消费者误认,则不在此禁之列。如一企业拥有服装和化妆品上的“天坛”牌注册商标,最近把“天坛”牌化妆品单独转让给别的企业使用,由于服装和化妆品不是类似商品,因此这种转让是允许的。但驰名商标除外。

(2)同一商品使用相似商标的,不能只转让其中的一个商标。同一商品上注册几个相似的商标,称为联合商标。如果转让这样的联合商标,应把全部联合商标一起转让,不能只转让其中的一个,否则就会使同一种商品有两个或两个以上的企业同时使用近似商标,造成商标上的混乱。例如某公司在豆奶粉上注册了“乐口福”、“口乐福”、“乐福口”、“口福乐”四个商标。这四个商标就是联合商标。该公司如果要转让商标权,就必须把四个商标一起转让,不得任意将其中一个商标单独转让他人使用。

(3)无论是“合同转让”还是“继承转让”,为了维护消费者利益,受让人应当保证被转让注册商标原有商品的质量。如果受让人不具备保持受让商标的商品质量的条件,那么,不能取得转让的注册商标。对于这一点,转让人和商标管理机关均有责任提出和审核受让人是否能够做到保证原来注册商标所表明的商品质量。在转让合同或其他文件中,应明确加以规定。如某暖瓶厂生产的“双环”牌暖瓶,外型别致,质量稳定,在市场上享有较好的声誉。该厂本打算将该商标转让给另一家乡镇企业,但由于这家企业在技术、设备、操作、管理等方面都存在不少问题,生产的暖瓶质量低劣,投放市场后,商业部门和消费者纷纷提出意见。结果,该厂取消了转让“双环”牌商标的打算。

(4)注册商标人如果已许可他人使用其注册商标,则必须征得被许可人的同意,才能将注册商标转让给第三人,否则转让合同无效。

(5)被转让的注册商标必须是有效的。如果注册商标已经停止使用3年,商标文字、图形有变动,注册商标核定使用的范围已超过等等,则该注册商标已在有可能被撤销之列,因而不能进行转让。

(6)转让人把药品、烟草制品的注册商标进行转让,受让人应当依照法规规定,提供有关部门的证明文件,证明受让人有资格生产和经营药品、烟草制品。否则,转让合同不予承认。

商标注册人消亡(如企业破产、关闭)后6个月内,其商标未办理转让或移转注册的,视为该商标权自行消灭,商标局注销其商标,必予公告。

(7)申请商标转让不能产生误认、混淆或者其他不良影响。

商标局如果判定转让行为有违反以上规定的,可驳回转让申请,申请人如果对驳回不服,可在收驳回通知15天内,向商标评审委员会送交1份《驳回转让复审申请书》,同时附送原《转让注册商标申请书》和《驳回通知书》。商标评审委员会做出的是终局裁定,书面通知申请人。终局裁定核准转让的,移交商标局办理。

第八节 商标权的不完全取得:使用许可

一、使用许可特点

注册商标的使用许可,是指注册商标所有人通过许可合同的形式许可他人使用其注册商标,从中得到一定报酬。注册商标使用许可同注册商标的转让不同。注册商标的使用许可是注册商标所有人将注册商标的商标权中的使用权部分或全部移交给被许可人,自己仍然保留注册商标的所有权及附有的其他权利。而注册商标的转让,是注册商标的所有人将商标的所有权移交给受让人,受让人成为注册商标的所有者,享有全部商标权。

所以,对于许可人而言,使用许可是自己商标权利的一种实现,完成其商标权的部分转移;对于被许可人而言,使用许可则是取得商标权的一种特殊形式,他可以借此取得部分商标权利。

二、使用许可的好处

注册商标的使用许可,适应了名牌商品生产和销售的需要,有利于促进商品经济的发展,提高经济效益,解决商品的供求矛盾。

随着我国市场经济体制的建立,人民生活水平的提高,广大消费者对商品的选择性增强了,商品中的名牌效应十分明显。一方面,这在很大程度上造成消费者集中购买的名牌商品,因生产名牌商品的企业生产能力有限,不能生产出更大数量的名牌商品来满足群众需要,市场上严重供不应求;另一方面,非名牌产品,却无人问津,出现供过于求,生产这些非名牌产品的企业,由于技术力量薄弱,管理水平较低,产品质量不稳定,商标信誉不高,一时很难打开销路。实行注册商标使用许可制度,是解决这一矛盾的好办法。

按照注册商标使用许可的规定,使用名牌商标的被许可人保证商品的质量是必须应当做到的,而许可其他企业使用名牌商标的企业,也就往往将技术转让同生产经营管理经验相结合。对于被许可人来说,通过名牌商标的使用许可,既可以用不太高的代价获得名牌商标的使用权,扩大产品销路,取得良好经济效益,又可以借此改进本企业生产技术条件,提高管理水平,是一举两得的好事。

对于一般的名牌商标所有者的许可方来说,通过使用许可可以进一步发挥注册商标的作用,在不损害本企业经济利益的前提下取得一定的经济报酬(当然使用许可也可以是无偿的)。这样又可扩大商标的市场占有率,提高商标的知名度。所以,使用许可对当事双方都有很大的好处。

三、使用许可的种类

根据被许可人享有的商标权大小的不同,使用许可可分为独占使用许可和一般使用许可两种。

所谓独占使用许可,就是许可人在规定的地区和指定的商品上只能许可一个被许可人独家使用其注册商标,而不能在相同的地区就相同的商品再许可第三人使用其注册商标。但在另外的地区或不相似的商品上,许可人仍可允许其他人使用该注册商标。独占使用许可也可不限定被许可人独占使用的地域范围,这样,商标权所有人就把商标使用权完全转移给另一家企业,连许可人自己也不得使用其注册商标。这两种情况,被许可人享有的是商标独占使用权,享有该项权利的被许可人可以行使禁止权。即如果他人有侵犯注册商标使用权的行为,被许可人有权提出控告,制止侵权行为并向人民法院提出追究法律责任。

所谓一般使用许可,就是注册商标所有人对其注册商标可以允许不同的人同时使用,注册商标所有人也可以继续使用注册商标,还可以对被许可人使用的商标在商品品种和地域范围上给予限制。这里的被许可人享有的商标一般使用权,也就没有禁止其他被许可人使用的“禁止权”。如果遇有非被许可人对该注册商标实施了侵权行为,被许可人应该协助许可人查明事实,由许可人依法提出控告,请求法律保护,也可直接向工商行政机关或司法机关提出控告。

四、商标使用许可的程序和注意事项

实行注册商标的使用许可、许可人和被许可人必须签定许可合同。我国《商标法》第 26 条规定:“商标注册人可以通过签定商标使用许可合同,许可他人使用其注册商标。”《商标法实施细则》第 35 条规定“许可人和被许可人应当在许可合同签订之日起三个月内,将许可合同副本交送其所在地县级工商行政管理机关存查,由许可人报送商标局备案,并由商标局予以公告。如违反这项规定,工商行政管理机关将责令当事双方限制改正,拒不改正的,处以 10000 元以下罚款,直至报请商标局撤销其注册商标”。

使用许可合同一般应具备下列内容:当事人双方的单位名称和地址;许可使用的商标名称和注册证号;许可使用的商品名称和质量标准;许可使用的期限;被许可人保证商品质量的措施和许可人监督商品质量的措施;被许可人应当在产品上注明本企业的名称或附加标记;有报酬的,要商定许可使用报酬及其支付方式。

我国 1993 年新修订的《商标法》在商标使用许可规定中又新规定了“经许可使用他人注册商标的被许可方,必须在使用注册商标的商品上标明被许可人的名称和商品产地”。否则,工商行政管理机关收缴其商标标识,并可根据情况处以 50,000 元以下的罚款。这一规定主要是为了更有效地进行商品质量监督,区分同一商标的不同产地。

另外,被许可人必须符合《商标法实施细则》第 2 条的规定,必须是依法成立的企业、事业单位、社会团体、个体工商户、个人合同等。许可人应当监督被许可人使用其注册商标的商品质量,被许可人应当保证该注册商标的商品质量,否则,商标使用许可不受法律保护。

商标使用许可费的计算,应根据平等、自愿、互利的原则,由许可使用的双方当事人协商决定。具体计算方式各有不同,可以在商品利润中按一定比例提成;也可以用商品销售价格乘以一定比率;也可将商标使用许可费和技术转让、生产经验传授等费用一并计算。商标使用许可的报酬可以支付现金,也可用其他形式,如约定被许可人生产电冰箱,必须使用许可人生产的电冰箱压缩机。这样,既可以使许可人扩大商品销售,增加利润,又可以使被许可

人保证产品质量,维护商标信誉。

当注册商标依法被商标局撤销后,使用许可合同也随之失效。

五、注册商标使用许可双方的权利和义务

就许可人而言,主要义务有:

(1)未经被许可人同意,不得将其注册商标转让给他人。因为许可商标随所有权的转让而失效,必然影响被许可人的利益,所以必须经双方协商达成一致,宣布使用许可无效后才能转让,否则注册商标所有人不得转让其注册商标。

(2)不得放弃续展注册。注册商标到期不续展,就表示失去了商标权,许可也随之失效。在许可合同不到期限的情况下,不续展就损害了被许可人的利益,因此,许可人应继续续展。

(3)不得申请注销。如果合同不到期,许可人就申请注销合同,使用许可权也就随之消失,这等于破坏了合同,所以应当被禁止。

(4)监督被许可人商品质量。根据商标法规定,许可人有权对被许可人进行商品质量监督,这不仅是为维护自己的商标信誉,也是对消费者负责的措施。这是许可人的权利,也是他的义务。如不进行监督,商品质量出现问题,许可人应与被许可人共同承担责任。

(5)许可人也应保证自己商品质量。商品质量是商标信誉的保证,许可人如果保证不了自己生产商品的质量,就会降低商标信誉,从而影响被许可人的正常使用商标,被许可人的经济利益就要受到损害,所以许可人自己也应保证商品质量。

被许可人的主要义务有:

(1)必须保证使用许可人注册商标商品质量,维护商标信誉,这是商标使用许可制度的核心内容之一。如果达不到使用该商标的商品质量要求,可用其他标记,而不应使用许可人的商标。如果使用许可人的商标来推销自己的劣质产品,就是变相冒牌。对这种行为,应在合同中规定按商标侵权治处。

(2)不得与第三人签订使用许可合同或转让商标使用权。因为被许可人只在许可使用的期限内对商标享有使用权,不享有处分权,更不是商标所有权的主体,无权与他人签订使用合同或转让商标使用权,如违反可按商标侵权论处。

(3)信守合同,不得超过商标使用许可所规定的商品种类、使用许可期限、区域或者数量。如许可人注册的商标专用权核定使用的商品包括毛巾、香皂、化妆品等,而使用许可合同中标明只允许被许可人在化妆品上使用其商标,那么被许可人不能违反合同规定在香皂、毛巾上使用许可人的商标。在合同中还应订明商标使用许可的期限,使用该商标的商品可在哪些区域内销售,以及该商品生产、经营的数量。被许可人违反合同的,应被视为侵权行为。

(4)被许可人不经许可人同意不得任意改变许可使用商标的文字与图形,如要改变,必须征得许可人同意,由许可人重新申请注册,并需双方重新订立合同,这样完成所有程序之后才能进行。

(5)要维护许可人的商标权。如被许可人发现该商标被其他企业仿冒,应及时通知许可人并向有关管理部门报告。

第五章 商标权的保护

第一节 保护商标权的意义和范围

保护商标权,是指用法律手段制止、制裁一切商标侵权行为,以保护商标权所有人对其注册商标的专有使用的权利。

国家运用法律手段加强商标管理,保护商标专用权,使商标注册人的合法权益不受非法侵犯,这是健全商标法制的中心环节,是商标立法的宗旨所在。

我国自《商标法》颁布实施以来,工商行政管理机关及司法机关,通过各种商标侵权行为和其他商标违法行为的案件,打击违法犯罪活动,通过各种形式大力开展宣传教育,在保护商标权、确立社会主义商标管理秩序方面发挥着积极作用。但是,在搞活经济、对外开放的情况下,由于商标运用十分频繁,注册和未注册商标的犯罪行为仍时有发生,特别是假冒注册商标,目前已成为经济生活中的一个严重问题。有些劣质商品假冒名牌商品,严重影响了驰名商标的声誉。这些违法犯罪活动极大地破坏了商标管理秩序,干扰了社会主义企业创优,保名牌,树立商标信誉的正当竞争,侵犯商标注册人的正当权益,妨害了消费者对商品的正常使用,甚至威胁到消费者的健康及生命安全。在对外贸易中,也使我国驰名商标的声誉遭受了破坏,失去了国际市场。所以,认真贯彻执行《商标法》,切实保护注册商标的专用权,是商标管理部门的主要任务,也是司法部门的重要任务。

综上所述,保护商标权,同破坏商标管理秩序的违法犯罪行为作斗争,是当前和今后的一项重要任务。只有严格执行商标法规,制止和制裁侵犯商标权和其他破坏商标管理秩序的违法犯罪行为,才能有效地维护注册商标所有人的合法权益和广大消费者的利益,维护社会主义经济秩序,发展社会主义市场经济,才能有效地维护注册商标的信誉,保证商品的质量,建立创驰名商标的良好环境。

保护商标权有一定的范围。我国《商标法》第 37 条明确规定“注册商标的专用权,以核准注册的商标和核定使用的商品为限。”商标权的保护范围,是区别和判断侵权和非侵权之间的一条根本界限。因此,研究保护商标权的问题首先必须弄清楚商标专用权的保护范围。对注册商标专用权的保护不得随意扩大或变更。如果擅自将注册商标的文字、图形或其组合加以改变,或者将注册商标使用于核定商品以外的其他商品上,便超出了商标专用权的保护范围,从而不受法律保护,也不能以此来对抗他人。把商标权限制在一定范围内,工商行政管理部门和司法部门就可以据此来正确划分侵权与非侵权的界限,制止和制裁真正的商

标侵权行为,保护注册商标所有人的商标权益,对于不是商标侵权的行为,也不致作为商标侵权进行追究。

第二节 侵权行为

一、侵权行为的分类

根据我国《商标法》第 37 条的规定“注册商标的专用权,以核准注册的商标和核定使用的商品为限。”只有把法律保护的范围限制在商标注册范围内,才能分清侵权与非侵权的界限,同时也才能使每一个注册商标平等地得到法律的保护。

商标的侵权行为就是侵犯他人商标专用权的不法活动。《商标法》第 38 条将商标侵权行为的表现形式,归纳为以下四种。

(1)未经注册商标所有人的许可,在同一种商品或相似商品上使用与其注册商标相同或者相似的商标的行为,不管是故意或过失,都是侵权行为。如 T 自行车厂设计的“金凤”牌自行车商标标识,文字的字体和金凤图案完全摹仿上海的“凤凰”牌自行车商标,使消费者难以辨认。到 1983 年 8 月止,T 自行车厂共组装“金凤”牌自行车 22.5 万辆,销售了 20.5 万辆,产品行销 23 个省。T 县工商行政管理局在查清事实后,以 T 自行车厂的这种行为为侵权行为而予以严肃处理。又如刮胡子用的保安刀片和刀架属于类似商品。既不能用相同商标,也不能用近似商标。S 市刀片厂已注册了“飞燕”牌保安刀片商标,而 J 省 H 市日用品厂在刀架上使用了“飞雁”商标。“燕”与“雁”虽然字形不同但读音相同,购买呼叫时易混淆,买者易误认为是一家企业生产的配套产品。因而此案判定为在类似商品上使用与注册商标相近似商标的侵权行为而予以处理。

(2)销售明知是假冒注册商标的商品的。某县银河公司于 1985 年 3 月 15 日,向该县木闸厂何某处购得了上海自行车三厂生产的 65 型 26 寸“凤凰”牌自行车 100 辆,每辆单价 165 元,共计现款 16500 元。何某即将盖有“上海市五金交电公司第一门市部”印章的一张空白销售发票给银河公司填写,并由张某在经手人栏内签名。

此事经该县工商行政管理局发现并查明这 100 辆自行车是经手多次后才全部转手给何某的冒牌“凤凰”牌自行车,发票印章等也属于伪造。

何某销售明知是假冒注册商标的商品,其行为属于侵权行为。为了维护消费者利益,保护被侵权人的合法权益,该县工商行政管理局根据我国《商标法》及商标法实施细则的有关规定,收缴了已扣银河公司冒牌自行车 100 辆。对何某的非法收入予以没收并处以罚款。

(3)擅自制造或者销售他人注册商标标识的。所谓商标标识,是指附有文字、图形或其组合所构成的图样的物质实体。如商标纸、商标标牌、商标织带等,常见的自行车、收音机、电视机上的标牌,药品,化妆品的瓶贴,服装上的商标织带均是。凡未经注册商标所有人委托或授权而制造注册商标标识,或者制造者超越权限,擅自超额制造或销售,包括销售商标标识的残次品,均属于侵权行为。如四川复制倒卖注册商标案。丹阳县农民谢某,通过个体

雕刻工仿制其他企业已注册的“凤凰”、“牡丹”商标,印刷了 3700 张,倒卖给一些服装厂和个体户使用,被该县工商行政管理部门查处。再如,河北交河县泊镇工艺美术厂,非法仿冒天津、上海“飞鸽”、“红旗”、“凤凰”、“永久”自行车商标,被该县工商行政管理部门查获,受到制裁。

(4)给他人注册商标专用权造成其他损害的。凡不属于前三种形式的对注册商标专用权造成损害的行为均属此列。我国《商标法实施细则》第 41 条规定了所谓其他损害行为包括以下三类:

①经销侵犯他人注册商标专用权商品的;

②在同一种或者类似商品上,将与他人注册商标相同或者近似的文字、图形作为商品名称或者商品装潢使用,并足以造成误认的;

③故意为侵犯他人注册商标专用权行为提供仓储、运输、邮寄、隐匿等便利条件的。

这些行为都在不同程度上侵害了注册商标所有人的权益,给其造成了一定的损失。所以,应被法律禁止。

下面举案例说明给他人注册商标专用权造成其他损害的。

案例一 经销侵犯他人注册商标专用权的商品,给他人注册商标专用权造成损害的。

原告:上海手表厂。

被告:上海长春钟表商店(简称 A)。

被告:河北省唐山市东矿区百货批发公司(简称 B)。

被告:广东省佛山地区百货商店(简称 C)。

被告:广东省惠东县商业信托贸易公司(简称 D)。

被告:广东省惠东县进出口服务公司(简称 E)。

原告上海手表厂因被告 A、B、C、D、E 销售原告注册的“春蕾”牌商标手表案向上海市中级人民法院起诉。

原告称:原告 1981 年 5 月 1 日经国家工商行政管理局商标局批准,享有“春蕾”牌商标专用权。1984 年 11 月,被告 A 销售假冒的“春蕾”牌手表,每块 70 元。经原告调查,发现被告 A 销售的假“春蕾”牌手表系从被告 B 处购进,而被告 B 是从被告 C 处购进的,被告 C 又是从被告 D、被告 E 处购进,被告 E 则是由县打击走私办公室罚没走私品后处理给他们的。原告认为,这些被告的行为违反商标法规定,要求被告停止侵权行为,赔偿经济损失,诉讼费由诸被告负担。

被告 A 辩称,我们从被告 B 进货时并不知道是冒牌货,且被告 B 在发票上也写明是“沪产”。因此我们不应作为诉讼被告。

被告 B 辩称,他们从被告 C 处进货时,被告 C 只讲是组装货,没有说明是假冒的走私表,因而对是否假冒并不知情,不构成侵权。

被告 C 辩称,他们从被告 D、E 购进罚没的组装“春蕾”牌女表,以后销售给被告 B,属于商业内部流通,手续清楚,发票上也写明“2103”型,没有侵犯原告的商标权。

被告 D 和 E 辩称,县“打私办”将该批罚没走私假冒表处理给他们,货源合法,他们出售给客户时说明是仿“春蕾”,没有消除假冒商标作法欠妥,但只出售 2126 块,谈不上严重扰乱

市场。

经查明,惠东县“打私办”于1984年7月将罚没的2126块组装“春蕾”牌女表以每块35元的价格处理给被告E。同月24日被告E将其中1877块以每块30至38元的价格销售给被告D,发票上写“仿女装春蕾表”。同年9月5日被告D将其中589块手表以每块44元价格销售给被告C,发票上写“组装17钻单历春蕾女表”。同年10月13日,被告B以每块61.60元的价格将300块表出售给被告A,发票上写“沪产2103机芯春蕾日历女表”,从11月20日起,被告A以每块70元的价格零售给消费者,发票上写“春蕾17钻全钢日历女表”。

上述被告经营的走私“春蕾”手表,经上海市钟表质量监督检验站检验,确属假冒“春蕾”手表。

上海市中级人民法院审理后认为,被告E对县“打私办”罚没处理给他们的假冒走私表,未经任何技术处理便就地销售,侵犯了原告商标专用权。被告D、C、B、A在经销这批假冒手表时,也违反商业部和国家工商行政管理局的规定,均侵犯了原告的商标专用权,各被告均应承担责任,赔偿原告损失。

案例二 将他人注册商标作为商品名称使用,并足以造成误认的。

山西杏花村汾酒厂生产的竹叶青酒历史悠久,该酒采用传统工艺,以汾酒为底酒,添加十余种名贵药材配制而成,从1954年开始出口,现已行销60多个国家和地区,深受消费者喜爱。1981年以前,竹叶青酒注册的是“古井亭”牌商标。为维护“竹叶青”酒的质量和信誉,杏花村汾酒厂依据国家关于酒类商标注册的特殊规定,于1981年向商标局提出注册“竹叶青”商标的申请,并保留使用原注册商标“古井亭”牌,商标局依法核准了“竹叶青”的商标注册申请。从此,山西杏花村汾酒厂取得了“竹叶青”的商标专用权。

但十几年来,发现全国竟有120多家酒厂生产“竹叶青”酒。浙江省是生产“竹叶青”酒较多的一个省,据不完全统计,全省生产“竹叶青”酒的厂家有24家。这些企业声称:“竹叶青”是酒的名称而不是商标,其他企业有权使用“竹叶青”作为酒类商品的名称。

为此,山西杏花村汾酒厂对这些侵权企业提出起诉,要求法院制止这种侵权行为。法院作出的判决认为:“竹叶青”按照我国有关酒类商标的注册规定,已由山西杏花村汾酒厂进行了商标注册,享有商标专用权,不是酒类商品的一般名称,其他企业将“竹叶青”当做商品名称使用,导致消费者产生混淆,对商标权所有人造成了损害。依据《商标法实施细则》的有关规定,法院确认这些企业侵权,勒令其停止使用“竹叶青”作为酒名,并赔偿山西杏花村汾酒厂的经济损失。

侵权行为曾一度泛滥,极大地损害了商标注册人和消费者的利益。

据有关部门不完全统计,1981年以来,国内市场上仅假冒“上海”、“春蕾”、“海鸥”牌手表就不少于220万只。河北省1988年查获冒牌自行车179000多辆,价值达289万元。北京市的一些供销社和个别国营商场,就有冒牌自行车4000多辆;因为酒的利润大,有一段时期,市场上70%的五粮液都是假的。有一年春节,技术监督局在西安几家大百货店检查,“西凤”酒没有一瓶是真的。茅台酒生产有一定数量限制,但市场上销售的茅台酒却超过了生产的数量,不言而喻,假冒的茅台酒也在市场上出现。从酒这个商品看,80年代以来,我

国酿酒工业高速度发展,大小酒厂有5万多家,年产各种酒800万吨,国家酿酒工业产值达850亿元,进入了世界酿酒大国。因此,酒的商标假冒更为突出,无怪乎人说“洋河泛滥,西凤乱舞,群狼闹中州(洋河大曲、西凤酒、郎酒)”。这些冒牌商品流散各地,严重冲击国家管理,扰乱市场秩序,侵犯注册商标专用权,损害消费者利益。因此,工商行政管理机关和司法机关必须对侵权行为予以坚决制止和制裁。

二、侵权行为要件

认定商标侵权有4个要件,这4个要件需同时具备,缺一不可。否则就构不成商标侵权行为。这4个要件是:

(1)行为具有违法性。构成侵权的基础必须是被侵权人的注册商标。如果该商标未经注册,或者已经注册,但由于某种原因已经失去效力(如已超过时效期限),则不构成侵权行为。

(2)损害的事实与违法行为之间有因果关系,确是由商标侵权行为所造成的。

(3)行为人有主观上的过错,即损害行为确属故意或过失。

(4)损害事实客观存在。

另外,还应明确,认定侵权行为应以实际注册的商标图样为准,而不以注册商标所有人实际使用的商标为准。如果注册商标在实际使用中擅自改动了商标的内容,则改动过的商标不受法律保护。商品质量的好坏,也不能作为认定是否构成商标侵权行为的条件,即使使用假冒商标的商品质量与原注册商标的商品质量不相上下,使用假冒商标本身仍已经构成侵权。

第三节 对侵权行为的处理

当侵权行为发生后,对侵权行为的处理,要明确以下几点。

一、处理的机关

依据我国《商标法》的规定,对商标侵权行为的查处工作由工商行政管理机关和司法机关两个机关处理。当事人可以自行选择哪一个机关。这种“双轨制”是我国商标管理的一个特点。当注册商标所有人的注册商标专用权受到损害时,可以依照行政程序请求工商行政管理机关或依照诉讼程序请求司法机关予以保护。制止侵权人的不法行为,并可要求对这种行为实行制裁。即追究侵权人应负的法律 responsibility。

二、工商行政管理机关对商标侵权案件的管辖

根据我国《商标法》第39条及《商标法实施细则》第42条的规定,对侵犯注册商标专用权的,任何人可以向侵权人所在地或者侵权行为地县级以上工商行政管理机关控告或者检举。这项规定对“管辖”问题作了一定阐述。

(1)地域管辖。一是侵权人所在地,二是侵权行为地。侵权人所在地,一般指侵权人办事机构所在地,若无办事机构,则以其登记注册所在地为准。而侵权行为地比较复杂,它指制造销售侵权商标商品的地区。侵权行为地可能是一个或多个。在几个地方的情况下,当事人可以选择管辖机关。不过从实践来看,最合适的地区应是主要侵权人所在地,便于停止侵权商品的生产。这样有利于从根本上制止侵权活动。

(2)级别管辖。由县级工商行政管理机关负责查处一般的商标侵权案件。工商所作为县级工商行政管理机关的派出机构,不能直接处理商标侵权案件,但可以调查案件,并可受县级工商行政管理机关的授权,以县级工商行政管理机关的名义做出处理。并且执行县级工商行政管理机关的处理决定。大、要案件以及涉外商标案件要由地级或直接向省级工商行政管理机关报批查处。

三、法律依据及其处理措施

各级工商行政管理机关对其受理的商标侵权案件,应本着“以事实为依据,以法律为准绳”的原则,认真进行调查研究,在查清事实基础上,对已构成侵权行为的,有权采取下列措施予以制止:

(1)责令立即停止销售;

(2)收缴并销毁侵权商标标识;

(3)消除现存商品上的侵权商标;

(4)收缴直接专门用于商标侵权的模具、印板和其他作案工具;

(5)采取前四项措施不足以制止侵权行为的,或者侵权商标与商品难以分离的,责令并监督销毁侵权物品。

对侵犯注册商标专用权,尚未构成犯罪的,工商行政管理机关可根据情节处以非法经营额 50% 以下或者侵权所获利润五倍以下的罚款。对侵犯注册商标专用权的单位的直接责任人员,工商行政管理机关可根据情节处以一万元以下的罚款。

以上处理可以单处,也可以并处。以下列举有关侵权行为处理的两个案例。

湖南省茶叶公司长沙茶厂 1982 年创制的新产品茉莉花茶,味道醇和,价廉物美,畅销全国,供不应求。1982 年该厂即对其茉莉花茶以“猴王”牌在国家商标局核准注册。不料,湖南、湖北、江苏等省一些厂家纷纷生产销售假冒“猴王”牌茉莉花茶。使“猴王”牌茉莉花茶的信誉急剧下降。长沙茶厂为维护自己的商标权益,从 1985 年 1 月起经一年多的努力,向工商部门告发了 77 件假冒其注册商标的行为。工商部门处理了 62 家企业和个人,为长沙茶厂追回损失 4 万多元,制止了 15000 多担假冒劣质茶叶进入市场,基本煞住了假冒“猴王”商标的歪风。

另一案例基本案情如下:

某五金矿产进出口公司从 1983 年 2 月开始,在窗纱商品上冒用某窗纱厂已经商标注册的“昆虫”牌窗纱商标,共生产了冒牌窗纱 2038 匹,其中已出口 450 匹。窗纱厂发现此情况后,于 1983 年 7 月向当地工商行政管理部门告发,经该部门调查,事实是五金矿产进出口公司知道“昆虫”商标是窗纱厂的注册商标,并且曾两次派人去窗纱厂商量借用“昆虫”商标而

未达成一致意见。在此情况下擅自冒用“昆虫”商标,是有意侵犯注册商标专用权的违法行为。另外,五金矿产进出口公司在布置其加工厂生产冒牌“昆虫”窗纱时,加工厂感到冒用别的工厂注册商标不妥,曾多次提出意见,特别是在商标法实施后,专门派人到公司提出意见,该公司不但不接受意见,反而强调说:“生产什么规格用什么商标,都是根据出口需要,根据国外客商指牌要货来安排的。”

当地工商行政管理部门认为五金矿产进出口公司冒用“昆虫”商标是侵犯商标专用权的行为,违反了商标法的规定,决定对其侵权行为作出如下处理:①没收S公司“昆虫”冒牌商标纸贴。②对已贴用在窗纱商品上的冒牌“昆虫”商标标识应予以消除。③罚款1500元。五金矿产进出口公司接受了处罚决定。

对商标侵权行为要严肃处理,但在实际处理时,应根据情况选择处罚方式。在实施具体处罚时要注意下面几个问题。

第一:责令赔偿问题。工商行政管理机关可以应被侵权人的请求责令侵权人赔偿损失,赔偿额为被侵权人在侵权期间因被侵权所受的损失额。但这不是必经之序,被侵权人若因各种原因不要求赔偿或者不请求工商行政管理机关处理,而直接向人民法院起诉,工商行政管理机关则不能违背被侵权人的意愿。

责令赔偿问题需要注意的是,责令赔偿具有明显的民事性质。赔与不赔,赔多与赔少,都是当事人之间的民事法律关系。工商行政管理机关处于中间人的位置。应该明确行政处罚与民事赔偿是两种性质不同的措施,是否责令赔偿不以罚款为前提。

当事人如果对工商行政管理机关有关的责令赔偿不服的,可以向人民法院起诉。但当事人对此不能作为行政诉讼案件,而应向人民法院提出民事诉讼。

第二:非法经营额问题。实践中对经销侵犯他人注册商标专用权的商品的,如何计算其非法经营额问题有不同的做法。问题的焦点在于商业企业已购进尚未卖出的那部分侵犯他人商标专用权的商品的价值是不是非法经营额。非法经营中的“经营”范围是广义的,购买商品是一种经营活动,因为有买才有卖,购进的目的是为了销售。认为购进商品的价值不是非法经营者认为,购进没有卖出,没有在市场上造成混乱,没有给注册人造成实际的损害。但是商标侵权是不以造成实际损害为前提的。许多商标案件,商标注册人并不知道,也没有什么损害,但侵权人实施了法定的侵权行为,构成了侵权行为。所以,对于经销侵犯他人注册商标专用权商品的行为,其非法经营额根据商标法实施细则可以这样计算:①商品已全部销售的,其销售总额为非法经营额。②商品尚未销售的,其购入总货款为非法经营额。③部分销售的,已售出部分的销售总数加上尚未售出部分的购入货款之和为非法经营额。

四、对商标侵权案件的复议

侵权人和被侵权人,如果同意工商行政管理机关的处理决定,应自动履行。如果对处理决定不服的,可以在收到决定通知之日起15天内,向上一级工商行政管理机关申请复议。上一级工商行政管理机关应当在收到复议申请之日起45天内,作出复议决定。对复议决定不服的,当事人可在收到复议决定通知之日起15天内,向人民法院起诉。逾期不申请复议,不起诉而又不履行决定的,由工商行政管理机关申请人民法院强制执行。

复议程序是对处理决定进行再审理的一个措施,保证处理决定的正确性,合理性。它也是上级机关对下级机关指导监督的一种方式,有利于充分保护当事人的合法权益,提高工作质量,提高办案人员的工作水平。复议程序较复杂,下面就复议程序做简单介绍。

1. 复议的申请

复议申请人应当向复议机关递交复议申请书,15 天内因故不能递交复议申请书的,复议申请人应在 15 日内明确表示申请复议的要求。书写复议申请书确有困难的,可以口头申请,由行政复议机关工作人员记入笔录,复议申请人签名。

复议申请书应写明被复议行政机关名称、地址、申请复议事实和复议理由,以及复议申请人的要求和有关证据。

行政复议机关应自收到复议申请书之日起 7 日内,根据不同情况对复议申请分别作出以下处理:

(1) 复议申请符合规定的,应予以立案,并书面通知复议申请人。

(2) 复议申请有下列情形之一的,裁定不予受理,并将理由书面通知原处理机关及复议申请人:①行政处理不涉及复议申请人权益,或者复议请求没有法律、法规或者规章依据;②复议申请超过法定期限,且无正当理由的;③复议申请提出之前,复议人已经向人民法院起诉的;④不属于本复议机关管辖的。

对复议申请书不符合要求,或者应提供的证据、材料不足的,应把申请书发还复议申请人,限期改正,过期不改正的,可视为未申请或申请已被驳回。

2. 复议的审批

复议机关应当在立案之后,将复议申请书副本发送被申请人,书面通知复议被申请人。被申请人应当在收到申请书副本之后的 10 天内,向行政复议机关提交作出行政处理的有关材料或依据,并提出答辩书,过期不答辩的,不影响复议。

行政复议机关经过审理,根据不同情况,分别作出以下决定:

(1) 原处理适用法律,法规正确,事实清楚,符合法定权限和程序的,决定维持。

(2) 原处理有形式上或者程序上不足的,决定被申请人补证。

(3) 原处理有下列情形之一的,决定撤销,变更或者责令被申请人重新作出具体行政行为:①案件的主要事实不清的;②适用法律、法规和规章错误的;③违反法定程序影响复议申请人权益的;④超越或滥用职权的。

4. 行政处理所依据的规范性文件与上一层次的规范性文件相抵触的,决定撤销或建议有关机关撤销。

复议机关作出复议决定,应制作《复议决定书》。

复议申请人对复议决定不服的,可以在收到《复议决定书》之日起 15 日内向人民法院起诉,逾期不起诉又不履行复议决定的,最初作出具体行政行为的行政机关或者复议机关依法申请人民法院强制执行。

3. 人民法院对侵权行为的处理

对侵犯注册商标专用权的行为,被侵权人也可以直接向人民法院起诉。在申请查处商标侵权行为时,人民法院与工商行政管理机关有以下不同:

(1)对商标侵权案件当事人的要求

按照商标法及其实施细则规定,任何人都可以向工商行政管理机关控告或检举侵犯商标专用权的行为,既包括被侵权人,也包括不是被侵权人的消费者等。而请求人民法院处理商标侵权案件的当事人,必须是被侵权人,其他人的起诉,人民法院不予受理(第三人支持起诉除外)。

(2)对被告的要求

工商行政管理机关在受理商标侵权案件时,只要当事人提供的侵权事实存在,被告不一定十分明确,也予受理。如消费者提供,在某商店有假冒车辆出售,但不知侵权人是谁。工商行政管理机关则可以认定某商店即为侵权人,依法处理。而人民法院要求被侵权人起诉时,必须提供明确的被告,否则,人民法院不予受理。

(3)控告与受理的关系

工商行政管理机关从制止不正当竞争、保护消费者利益出发,即使无人控告或检举,也要主动查处商标侵权案件。而人民法院受理此类案件实行“不告不理”原则,没有被侵权人起诉,人民法院不处理商标侵权案件。

第四节 商品和商标相同或相似的判定

我国《商标法》明确规定:注册商标享有专用权,受法律保护,其他人不得在相同或类似商品上使用与注册商标相同或相似的商标。在这里,有四个概念非常重要,那就是“相同商品”、“类似商品”、“相同商标”和“相似商标”。之所以说重要,是因为这四个概念不仅影响到商标的注册程序中审查、异议、驳回、争议、复审等一系列活动,而且也是判断侵权与否的关键性概念。还有一点就是对它们的定义有一定的难度,在判断中常常要花费很大的功夫,从某种意义上说,商标的注册、保护和管理,就是围绕着这四个概念的准确判断展开的。

因此,以下对这四个概念判定的原则与方面进行一番说明。

一、相同商品

相同商品是指名称相同,或者从商品的原料、外观形状、性能、用途等方面以及消费习惯上判断具有共同本质的商品。如收录机、音响、扬声器等,虽然其具体结构、功能不尽相同,但在组合音响这一概念上却属于相同商品。又如,汽车上用的方向盘、离合器、车灯、油箱等产品,用途不同,但在汽车零部件这一概念上也应属于相同商品。因此,在《商标法》的专有概念中,“相同商品”并不仅指完全一样的商品。

二、类似商品

类似商品,是《商标法》确定商标权范围的专用术语,是指不同的商品由于在原料、外观形状、性能、生产工艺、用途和销售场所等方面,具有一定程度的相似之处,而使消费者会认为可能是同一企业所生产的商品。判断不同的两种商品是否是类似商品的主要标准有以下

4点:①生产制造部门是否一致;②原料、质量是否一致;③销售部门是否一致;④用途是否一致。例如,毛巾、毛巾被和枕巾;电灯泡和日光灯管;内燃机和柴油机;墨水和墨汁;自来水笔和圆珠笔;这五组商品,每组均为类似商品。

三、相同商标

相同商标一般是指名称相同的文字商标,图形相同的图形商标,名称图形的组合相同的组合商标。

在组合商标中,若只是其中的文字部分或图形部分相同的,也应被视为相同商标。如两个组合商标,其中文字部分相同,均为“友谊”,而一个的图形是两只互相紧握的手,另一个图形则是两个儿童微笑的脸,这两个商标仍应被视为相同商标。又如两个组合商标,图形部分相同,均为熊熊燃烧的火炬,但一个名称为“光明”,一个名称为“火炬”,则这两个商标亦应被视为相同商标。

商标文字虽不同,但含义一样的,即所指事物相同的,也是相同商标,如“双喜”和“囍”,“箭”和“ARROW”(ARROW为英文“箭”的意思);商标字同音不同,如“朝乐(cháo Yuè)”和“朝乐(zhāo Lè)”;“茂盛(Mào Shèng)”和“茂盛(Mào Chéng);或者音同字不同,如“虹美”与“红美”,“临海”和“林海”,这些商标也是相同商标。文字商标汉字字序相反的,由于我国对文字同时存在正读和倒读的习惯,所以也应视为相同商标,如“美多”和“多美”,“雁翔”和“翔雁”等。数字组成的商标,若采用不同文字或不同排列方法,但呼叫方法相同的,也被视为相同商标,如“三九”与“999”,“三五”与“555”。

四、相似商标

如果两个商标的外观、读音或意思仅有细小差别,而基本相同或大体相同,容易使消费者发生混淆的,即为相似商品。

外观相似,是指商标在视觉上使人感到外观上相互混淆不易分辨。如“洋河”和“洋珂”,“天明”和“大明”,两组都是文字商标,而每组的文字在外观上都极为近似。又如“飞帆”和“风帆”,不仅文字近似,且商标图形都是简单几何线条构成的帆船,图形外观也十分相似,属于相似商标。另外,外观相似应遵循“分开观察”的原则,也就是说消费者在不同时间、不同地点分别看到两个商标而不易分辨其差别的,即为相似。有的商标如果放在一起仔细比较,还是会发现有很多不同的,但在实际生活中,消费者一般不会对两个商标放在一起仔细观察比较以找出不同,而只是对商标施以“普通的注意”,再以一般的记忆力对不同时间地点出现的商标是否相同进行判断,所以那些“合并观察有不同,分开观察极相似”的商标足能使消费者产生混淆,应被视为近似商标。

读音相似,指两个商标读音不易分辨,即商标文字的发音相近似或图形名称相近似,容易引起混淆。如“三羊”和“山羊”、“TDK”和“TTK”,作为商标名称,消费者呼叫时无法明显区别,应视为近似商标。

含义近似,是指商标所表示的意思近似,容易发生混淆,如“红双喜”和“双喜”、“太阳”和“小太阳”,“娃哈哈”和“娃娃乐”等等。

第五节 驰名商标的扩大保护

驰名商标是具有特殊性质的商标。它是指那些使用时间长,商品经销范围广,为消费者所普遍熟知的名牌商标。世界十大驰名商标都被美、德、日等经济强国所占据。由于驰名商标在经济生活中所具有的重要性,各国对其都予以严密保护。

驰名商标作为商标的一种,自然享有其他商标所享有的一切权利。如有权禁止在相同或者相似商品上使用与本驰名商标相同或者相似的商标。但这对于驰名商标来说远远不够,驰名商标因为享有卓越的信誉而为消费者喜爱,对消费者有一种特殊的魅力。在消费者心目中,驰名商标与生产驰名商标的企业及使用驰名商标的商品是紧密联系的。一提到驰名商标,消费者自然就会联想到其生产企业和使用商品。如果别的企业或个人将驰名商标使用到其他商品上,消费者就很有可能误认为两者在经济上、经营上或组织上有某种内在的联系,从而产生商品出处的混淆。而且久而久之,消费者就很难再将驰名商标与原来的企业和商品相联系,驰名商标的显著性、独特性就将减弱,其广告作用也将受到影响。因此,对驰名商标仅仅靠原有的商标法对一般商标的保护规定对其保护,防止出处混淆,显然是不够的。驰名商标是企业花费大量人力、物力创造出来的,是企业一笔不可估量的巨大财富。如果允许他人滥用就会给驰名商标注册人带来很大的损失。所以,对驰名商标的保护范围,不仅限于同类或类似商品上禁止使用与驰名商标相同或近似的商标,还应扩大到不类似商品上也禁止使用与驰名商标相同或近似的商标。

在国外,各国都相当重视对驰名商标的扩大保护问题。如日本某家公司将照相机驰名商标“亚西卡”用于化妆品上(字体略有不同)被法院以侵犯驰名商标而予以禁止。判断中认为:“尽管化妆品与照相机属于不类似商品,但将与“亚西卡”商标类似或相同的标识用于化妆品上会淡化该商标的印象,减弱该商标和照相机的关系,减低照相机对顾客的吸引力和该商标的广告作用,减少该商标的无形财产价值”。这是典型的对驰名商标扩大保护范围的判决。

在我国,对驰名商标的保护制度刚刚起步,借鉴各国对驰名商标的扩大保护,无疑是对完善和发展我国商标法制大有益处。

我国在新修订的《商标法》和《商标法实施细则》中,增加了对驰名商标保护的有关规定。将在不类似商品上注册与驰名商标相同或相似商标的行业定为注册不当,视为对驰名商标的侵权。被侵权人有权指控并要求制止侵权行为。我国《商标法实施细则》规定“违反诚实信用原则,以复制、模仿、翻译等方式,将他人已为公众熟知的商标进行注册的,为注册不当。”而这类商标的注册申请,也不能予以核准。例如,美国可口可乐公司之外的其他企业在自行车或运动服等其他商品上申请注册“可口可乐”商标,都将被依法驳回,不予注册。

下面介绍两则对驰名商标扩大保护范围的案例。

案例一:杭州娃哈哈营养食品厂于1991年以其在第32类酒精饮料商品上注册的第541094号“娃哈哈”商标,对杭州云峰化妆品厂在第3类化妆品商品上注册的第543209号

“娃哈哈”商标提出争议。

其争议理由为,杭州娃哈哈营养食品厂的“娃哈哈”商标与杭州云峰化妆品厂的“娃哈哈”商标属于同一地区,容易使消费者误认为该厂商标所附着的商品为杭州娃哈哈营养食品厂的系列产品。“娃哈哈”注册商标属于娃哈哈营养食品厂在全国首创该类型的注册商标,已具有较高知名度。“娃哈哈”商标指定使用商品虽属儿童营养液,但同时又具有美容效果,所以说,杭州云峰化妆品厂侵犯了娃哈哈营养食品厂的注册商标专用权,损害了其利益,欺骗了消费者。

杭州云峰化妆品厂认为其厂注册的“娃哈哈”商标的指定商品为第3类的化妆品,属于第32类的营养食品与化妆品在性能、用途、使用方法、制造技术上都截然不同,根本谈不上“类似商品”,同时,两商标中一个为文字商标,一个为文字及图形组合商标,直观上区别也很明显。所以,无所谓侵犯娃哈哈营养食品厂注册商标的专用权。

商标评审委员会经过复审,认为娃哈哈儿童营养液是近年来在儿童营养食品上开发的新产品。“娃哈哈”一词是杭州娃哈哈营养食品厂首创,并于1989年获准注册。目前,该商标在同类产品中享有较高的声誉。由于该词的独特性及宣传效果,“娃哈哈”已成为杭州娃哈哈营养食品厂的代名词,成为该厂的特有标志。杭州云峰化妆品厂利用这一为公众熟知的商标,以己方名义注册,虽不属于类似商品,但从娃哈哈一词的显著性和消费者的熟知程度看,该商标应属首创人独家所有。况且,两商标同出一地区,也易给消费者带来产地方面的误认。所以说,杭州云峰化妆品厂注册的“娃哈哈”商标的行为属于不当注册,应予撤销。

案例二:从1988年至1989年一段时间内,工商行政管理机关在杭州市市场上发现一种由杭州某酒厂生产,注册商标为“天下景”的葡萄酒,其外包装的正面和两侧的图形、字体、色彩与美国菲利普莫里斯公司生产的“万宝路”卷烟包装盒基本相似,就连封口上印的商标与“万宝路”卷烟封口都近似。

此案中,葡萄酒与卷烟显然不属同一种或者类似商品。但是,“万宝路”和“Marlboro”商标是美国菲利普莫里斯有限公司使用在卷烟上的驰名商标,已在我国注册。该商标在市场上早已成为消费者熟知、信誉很高的商标。而驰名商标应是扩大保护范围的。显然,杭州某酒厂使用与“万宝路”,“Marlboro”商标相同,近似的文字、图形作为葡萄酒包装盒的装潢,是一种侵犯注册商标专用权的行为。

第六节 假冒商标罪

假冒商标包括伪造商标和仿造商标两种情况。伪造商标是指无权制作他人注册商标的企业或个人擅自制造与他人注册商标相同的商标,用于自己生产或销售的同一种商品或类似商品上,以假冒真的行为。仿造是指模仿他人的注册商标或与该注册商标近似的商标,用于自己生产或者销售的同一种或类似商品上,使人误认为真的行为。

假冒商标罪,是指工商企业直接责任人员为了牟取非法利润,违反商标管理法规,假冒他人已经注册的商标,侵犯商标专用权的行为。

假冒他人注册商标,是最常见的也是危害性最大的一种商标侵权行为,不仅侵犯注册商标所有人的商标专用权、损害消费者利益和商标注册人的利益,而且扰乱社会主义经济秩序,破坏正常的商标管理活动。因此,对其中情节严重已构成犯罪的,应追究其刑事责任。我国《商标法》第40条明确规定“假冒他人注册商标,构成犯罪的,除赔偿被侵权人的损失外,依法追究刑事责任。”“伪造、擅自制造他人注册商标标识,构成犯罪的,除赔偿被侵权人的损失外,依法追究刑事责任。”“销售明知是假冒注册商标的商品,构成犯罪的,除赔偿被侵权人的损失外,依法追究其刑事责任”。

这里有必要介绍一下假冒商标罪的主要特征。假冒商标罪同其他犯罪一样,也是由犯罪客体、客观方面、犯罪主体、主观方面组成,这四个方面缺一不可。

一、假冒商标罪的犯罪客体

犯罪客体是指犯罪行为所侵害的受刑法保护的一定的社会关系。假冒商标罪的犯罪客体即国家的商标管理活动。进一步解释,这种犯罪行为所侵害的客体,就是注册商标专用权和社会主义经济秩序。

二、假冒商标罪的客观方面

犯罪的客观方面是指犯罪者的作为或不作为的行为。作为,是指去实施法律所禁止的积极的行为;不作为,是指犯罪者有义务实行某种行为而不去实行的消极行为。此外,客观方面还要看行为的结果,一定的原因引起一定的结果,一定的结果也必须从一定的原因中产生。假冒商标罪的客观方面是指违反商标管理法规,假冒伪造其他企业已经注册了的商标的积极行为。其特点有:

1. 假冒商标罪是一种以作为的方式进行的犯罪。商标专用权的义务主体只有不采取假冒其他企业注册商标的积极行为,就不会侵害他人的商标注册权,因此不作为不会构成假冒商标罪。假冒商标罪的客观方面必须要有假冒伪造他人已注册商标的行为。

2. 犯罪者违反的法规必须是商标管理法规。如果违反的法规是其他法规,也构不成假冒商标罪,只能以其他罪加以论处。

3. 假冒的商标必须是其他企业的注册商标。如果假冒的商标是其他企业未经注册的商标,或者是以未注册的商标冒称已经注册的商标,均不能构成假冒商标罪。

三、假冒商标罪的犯罪主体

犯罪主体指犯罪行为的实施者和刑事责任的承担者。具体涉及到《商标法》有关的内容,犯罪主体是指假冒他人注册商标的直接责任人员,是自然人而非法人,追究刑事责任最终也必定要追究到自然人,对法人不能定罪量刑。假冒商标罪的主体可以是工商企业中假冒他人注册商标的直接责任人员,也可以是假冒他人注册商标的个体工商业者、个体工商贩以及外国公民、海外侨胞等。

四、假冒商标罪的主观方面

犯罪的主观方面指行为人对自己的危害行为和结果所持有的一种故意或过失的心理状态,也称主观过错。具体涉及到《商标法》有关的内容,主观方面指明知他人商标已经核准注册,但为了牟取非法利润,而违反商标管理法规,有意假冒他人注册商标,伪造、擅自制造他人注册商标标识或有意销售明知是假冒注册商标的商品。也就是说侵犯注册商标专用权构成犯罪的行为在主观方面必须存在有犯罪的故意,而侵权行为若由过失造成则是一般侵权行为,只追究民事责任,不构成假冒商标犯罪。需要指出的是,是否为犯罪的故意,不单凭行为人的供认,而是有一个客观的标准。

故意和过失的客观标准怎样认定呢?如有一家日用化工厂假冒上海牙膏厂的“中华”牙膏。群众都知道“中华”牙膏是上海牙膏厂生产的,这家日用化工厂又是同行业,他就无法辩解假冒“中华”牙膏不是故意的。又如南京一家副食品加工厂用“大桥”牌作为酱油商标,未注册。而武汉有一家酱油厂早已注册了“大桥”牌酱油商标,因武汉长江大桥比南京长江大桥建设早,南京和武汉两家酱油厂虽然是同行业,却相距甚远,两厂商标相同确是偶合,而不能认为是故意假冒。同时具体到大桥牌酱油,这类商品流通的“腿”也不长,又不是名牌,一般不能以故意假冒来认定。

以上四个方面是构成假冒商标所必须具备的犯罪行为,缺少其中任何一项,犯罪就无从谈起。此外,区别侵犯注册商标专用权的行为是否构成犯罪也是值得特别注意的,在这里,区别一下假冒商标罪与其他违法行为的界限。

(一)一般侵权行为同假冒商标罪的界限

一般侵权行为和假冒商标罪都以其实际行为侵犯了注册商标专用权,但在情节和后果方面有较大不同。如果情节轻微,未造成危害后果或危害后果不大的,不应认定为假冒商标罪,而只能作为一般商标侵权行为,即一般违法行为予以处理。如果情节严重,危害很大,其实施是出于主观故意,手段恶劣,影响极坏。比如假冒商标的数量巨大或者次数较多,严重损害了注册商标所有人的商标专用权和信誉的,采取的手段恶劣,牟取非法利润较大,明显破坏了国家的商标管理活动和经济秩序的,才认定为犯罪。由司法机关(人民法院和人民检察院)依法追究其刑事责任,对于一般侵权案件,主要是行政处分或经济制裁。在司法实践中,作为假冒商标罪处理的商标侵权案件,只占极少数,大多数商标侵权案件都是作为一般侵权行为处理。

(二)假冒商标罪与投机倒把罪的界限

在司法实践中,假冒商标罪往往与投机倒把罪结合在一起,假冒行为本身就具有投机倒把性质,都是为了获取非法利润,用假冒商标的方法,以假乱真,以次充好,贩卖商品,扰乱社会主义经济秩序。但两者的区别也是很明显的,主要区别是:从犯罪的客体来看,假冒商标罪侵害的客体仅仅是国家的商标管理活动,而投机倒把罪侵害的客体则是国家金融、外汇、银行、工商行政管理活动;从犯罪的客观方面来看,假冒商标罪表现为违反商标管理法规,假冒他人注册商标达到一定严重程度的行为,而投机倒把罪则表现为违反金融、外汇、物资、工商管理法规,严重扰乱市场秩序的行为。因此,两者是不同的。我国刑法之所以将假冒商标

罪定为一种独立的罪,也是缘于这点。如果犯罪人同时犯了假冒商标罪和投机倒把罪,则可按两罪并罚论处。如山东省某县农民薛某和贺某,私自印刷国家注册的“景芝白干酒”商标,改装白酒,以次充好,非法牟利,即构成了假冒商标罪,又构成了投机倒把罪。人民法院对其两罪并罚,依法做出了处罚决定。又如,某人收购名酒瓶子,放入普通白酒,投放市场高价出售,这就是一种投机倒把的行为。因为他不是为了假冒商标,而只是利用商标投机倒把,以伪充真,牟取非法利润,并不存在假冒商标主观上的故意,所以,构不成假冒商标罪。

(三)假冒商标同冒充注册商标的区别

假冒商标和冒充注册商标完全是两种不同性质的行为。根据我国《商标法》第7条规定,使用注册商标,应当标明“注册商标”或者注册标记。但是,未经商标局核准注册的商标不得加注此标记,如果未注册商标使用人不遵守商标法的规定而私自加注了“注册商标”或者注册标记,则构成了冒充注册商标的行为。这种行为违反了商标法的规定。对这种行为,在未触及其他人的商标权益时,地方工商行政管理部门应加以制止和限期改正,或处以罚款。这种处罚属于行政处理范围。而假冒商标罪则是故意假冒、仿制他人的注册商标,侵犯了商标注册人的商标专用权,破坏了商标管理秩序,情节严重构成犯罪。因此,二者在主观方面以及客观方面都完全不一样。

现在就从实际案例来探讨一下假冒商标罪。

S无线电厂生产的“红灯”753型收音机商标已经商标局核准注册,并被评为优秀产品,在市场上有较好的信誉。B综合厂未经S无线电厂许可,便与S市仪表局供应站服务部(以下简称服务部)签订合同,擅自制造“红灯”753型收音机的注册商标标牌,后服务部通知B综合厂“红灯”牌商标因是冒牌,不能再制造,可改制“小红灯”商标。S市Z县工商局予以制止,B综合厂不予理睬,继续大量制造和销售。两年来共生产“红灯”牌753型收音机商标和近似于“红灯”商标的“小红灯”牌701型收音机商标共216000余块,销往上海、陕西等省市的29个单位,其中由服务部销售近20000块,获纯利3800余元,这些冒牌商标被其他地区企业装配在冒牌收音机上,投入市场,仅上海市就查出装配该商标的冒牌“红灯”收音机12万台,销售往16个省市,使消费者上当,纷纷投诉,严重影响了“红灯”牌收音机的销路和信誉,损害了消费者的利益。

此案已经具备了构成假冒商标罪的4个要件。B综合厂擅自生产他人商标标识近两年,并且在工商部门责令其停止侵权活动后仍继续生产、销售。情节严重,违反了商标管理法规,侵害了S无线电厂的注册商标专用权,而且明知自己的行为为侵权行为,依然不停止这种侵权行为,持以主观故意。所以,工商行政管理部门认定B综合厂的这种行为为假冒商标罪并予以处罚。

现在再举一则在是否构成了假冒商标罪上存有争议的案例,进一步认识假冒商标罪及理解假冒商标罪的构成要件。

某市电视机厂“友谊”牌16寸黑白电视机由该市交电公司经销全国,该市电讯设备厂在生产任务不足的情况下,未经电视机厂同意,自行安装“友谊”牌电视机2300余台(仅在外包装纸盒上印有“电讯设备厂”字样)。电视机厂向S市P区检察院进行控告,P区检察院以电讯设备厂生产仿“友谊”牌电视机没有盈利为由,不予受理。电视机厂遂向S市工商行政管

理局反映,工商行政管理局向S市检察院反映,后经市工商局、市检察院、P区检察院共同分析,对电讯设备厂的行为性质有三种意见:(1)认为属于假冒商标,应向人民法院起诉。(2)认为电讯设备厂没有从中盈利,并在外包装上注明了电讯设备厂的广告,不能视为故意假冒。(3)认为已经构成假冒商标罪,但考虑既往从宽,免予起诉。

由于认识不一,P区检察院作出不构成犯罪,不予起诉的决定。

但有关专家认为:

(1)没有盈利不等于不是以牟利为目的,更不等于没有假冒。只要有假冒商标行为的发生,即使未达到盈利目的,也可以构成假冒商标罪,是否盈利,盈利多少,都不是构成假冒商标罪的条件。

(2)假冒商标和假冒厂名是两个不同的范畴,不应把厂名问题牵扯到该案中来,否定其属于假冒商标的行为。只要假冒商标标识同商品结合起来,就发生侵权。如果“友谊”商标标识上没有注明电视机,而把“友谊”标牌放在自行车或其他不同且不相似的商品上,就不发生冒牌了。

对假冒商标罪的处理我国有以下规定。

由于假冒商标不仅是对被假冒的企业的一种严重的侵权行为,它损害了被假冒企业的商标信誉和经济利益,而且还欺骗了广大消费者,扰乱和破坏了社会主义经济秩序。因此,我国现行《商标法》及《商标法实施细则》规定了对假冒商标罪的处罚。对假冒他人注册商标已构成假冒商标罪的,任何人都可以直接向人民检察院控告和检举。如果向工商行政管理机关控告和检举的,由工商行政管理机关移交人民检察院,由司法机关依法追究直接责任人员的刑事责任。一般对假冒商标的犯罪行为可采用下列处罚措施:

(1)责令侵权行为人依法赔偿被侵权人的经济损失,并对情节严重的处以罚款。

(2)依据我国现行《刑法》及《刑事诉讼法》的规定,由人民检察院向人民法院提出公诉,由人民法院依法审理,追究侵权人的刑事责任,人民法院对于认定的假冒商标罪,应当按照《刑法》第127条的规定“违反商标管理法规,工商企业,假冒其他企业已经注册的商标的,对直接责任人员,处以三年以下有期徒刑、拘役或者罚金”。如1992年以来,昆明在审理红塔山假烟案,贵州在审理伪造茅台酒案中,从严从速,根据犯罪情节轻重对直接责任人员分别判处了有期徒刑至死刑,起到了打击假冒、杀一儆百的作用。

还有一则违反商标法规定,造成假冒商标罪,被追究刑事责任的案例。

1987年7月下旬,北京市通县工商行政管理局在通县宋庄乡小堡村查获一起制造销售假西凤酒的大案。

刘某(个体工商户)通过北京电建公司二处工人谢某等人,于1987年2月至1988年10月先后从陕西宝鸡市秦西酒厂等处购进假红标西凤酒750箱,每箱20瓶,每瓶进价5.5元,进货金额为82500元。秦西二曲酒1840箱,每箱20瓶,每瓶进价2.17元,进货金额为79856元。这两种酒共进货2590箱,总进货额为162.356万元。有500箱假红标西凤酒未付款。这样,刘某共进酒3090箱,并从秦西酒厂购得印包装箱用带有“陕西省西凤酒厂出品,中国名酒,西凤酒”字样的假印板及成套的作案工具,还以每套0.60元的价格购得假红标西凤酒标、盖36800套,合款22080元。刘犯从陕西、北京等地购白纸箱1840个,每个4

元,合款 7360 元。

刘某伙同陕西宝鸡刑满释放人员董某,北京制笔零件三厂工人李某等人将购进的秦西二曲酒商标撕掉,换上假西凤酒标盖。在北京雇人租房制造假西凤酒销往吉林、山东、河北及北京等地。查获时共销出 1131 箱,销售额 213000 余元,纯获利 108000 余元。

本案首犯刘某、董某、李某由通县工商行政管理部门行政处罚后,交司法机关追究其刑事责任。

从上述案例看,犯罪人员显然为假冒他人注册商标案件的直接责任人员,是犯罪主体。从犯罪客体来说,“西凤”、“红塔山”、“茅台”等都为我国驰名的注册商标。刘某等人的违法行为直接损害了该注册商标专用权。他们明知自己制造销售假冒商标的行为会危害社会经济秩序,损害消费者利益,却希望这种后果发生。并且在犯罪客观方面表现为具体实施了制造、销售等一系列的假冒商标行为。

另外,上述侵犯注册商标专用权的直接责任人员在作案时,手段恶劣,情节严重,非法经营额从数十万到数百万,牟取非法利润,严重危害消费者的健康,损害消费者的利益,危害极大,与一般的违法行为明显不同。所以,司法部门予以严肃处理,追究其刑事责任,对于情节特别恶劣,后果特别严重,危害性极大的犯罪行为,超出了假冒注册商标罪的量刑范畴,司法机关则可以比较投机倒把罪及其他犯罪行为所应受的刑事处罚来定罪量刑,甚至可以判处死刑。

所以,对于商标中的犯罪活动,必须运用法律武器予以打击,保护注册商标权不受侵犯,保护广大消费者的合法利益不受侵犯。

第六章 商标使用的管理

第一节 概述及管理机关

商标注册以后,还要进行使用的管理。这是我国商标法的必要步骤之一,商标注册集中在商标局统一办理,商标的使用管理则主要是地方各级工商行政管理部门负责。

广义上的商标管理包括:国家商标管理机关、商标的使用者对商标的设计、注册、续展、转让、使用和商标纠纷的处理等项工作的管理。狭义上商标管理的概念,是指国家管理机关对注册商标和未注册商标的使用管理而言。

商标管理大体上可以分为对注册商标的管理、对未注册商标的管理以及对商品质量的管理、商标印制的管理和对出口商品商标的管理。由于商标管理和企业管理有不可分割的联系,所以商标使用的管理,又可分为企业内部和主管机关的管理,前者是基础,后者是保证。企业正确使用商标,加强商标的管理是商标使用和管理的中心环节。

国家、企业都应加强对商标使用的管理。应当看到,影响和干扰正常使用商标的外界因素是多方面的,如市场竞争,产、供、销的市场平衡,企业的关、停、并、转和他人的侵权行为等等,都会使商标使用脱离法制轨道,造成对国家和企业利益的损害。只有正确使用商标,才能使商标活动受到法律保护并发挥商标的作用。所以国家、企业都应加强对商标使用的管理,让商标法得以贯彻实施,使社会主义市场经济的竞争体制得以完善。

商标管理机关是国家主管商标事宜的部门。由于商标权和专利权都属于工业产权,因而在许多国家中往往把商标的管理机关和专利的管理机关统一起来,确定为一个管理机关,如美国设有专利商标局统管商标专利工作,法国设有工业产权局统管专利商标工作。而我国的商标管理机关则是国家工商行政管理局商标局和该局下设地方各级工商行政管理部门,如我国《商标法》第2条规定“国务院工商行政管理部门商标局主管全国商标注册和管理的工作。”而且在《商标法》中还对各个部门的职能进行了专门规定。按上述条款的规定,我国的商标管理工作原则上实行统一注册、分级管理的制度。由于各级管理部门的分工不同,因而他们担负各种不同的职责。商标局的主要职责是:受理注册商标的申请、审查和核准商标注册;办理注册商标的转让、变更、注销和续展工作;对商标的异议作出裁定并可撤销违法商标;研究、指导全国的商标管理工作。地方各级工商行政管理部门在商标管理工作方面的主要职责是:对注册商标和未注册商标使用的管理;通过商标管理监督商品质量,指导企业正确地使用商标;对商标印刷进行管理;对于商标侵权案件和其他商标违法案件进行处理。

第二节 注册商标的管理

对注册商标的管理是围绕保护注册商标专用权的有效性和维护公共利益的目的来进行的。商标注册人享有法律所赋予的权利,同时为了维护这个权利就该相应地承担一定的义务,否则商标专用权就有可能丧失。《商标法》对使用商标作了如下规定,以指导工商行政管理机关和企业对商标正当地使用。

1. 检查注册商标是否自行改变了注册商标的文字、图形或者组合;或自行改变注册商标的注册人名义、地址;或自行转让商标,或连续三年停止使用

如“大前门”香烟总是灰色包装纸上印有前门楼图形,字体也一直不变;“白玉”牙膏总是白底正楷红字,而不是红、黄、绿底或改变字体。如果需要改变注册商标的文字、图形的,则须根据商标法中第十四条规定“注册商标需要改变文字、图形的,应当重新提出申请注册。”

但是,商标内容发生某些变化有时是难免的。如有变化应按法律规定提出申请,得到主管机关的批准后再加以改动,使其合法化。

注册商标专用权的拥有是以“核准注册的商标和核定使用的商品”为限,它的内容是经过审查、核准、公告后批准注册的。其中使用商标(包括用于广告宣传或展览)的内容必须稳定,作为一个整体,不可分割,保持与核准注册商标的高度一致。如果擅自随便改动而出了问题,法律不给予任何保护,否则商标注册也就无任何意义了。商标注册人是权利的主体,自行改变注册人名义、地址对保护商标是不利的,而且不利于工商行政管理部门对企业进行联系和管理。从法律角度上,权利主体自行改变,就会失去享有的权利,所以,我国《商标法》规定:“使用注册商标,有下列行为之一的,由商标局责令限期改正或者撤销其注册商标。”

- (1) 自行改变注册商标的文字、图形或者其组合的;
- (2) 自行改变注册商标的注册人名义、地址或者其他注册事项的;
- (3) 自行转让注册商标的;
- (4) 连续三年停止使用的。

要使商标权中的转让发生法律效力,务必依照法定程序办理,不可自行转让。因为商标专用权是依法定程序核准注册的而不是自然存在的。具体细则本书第四章已有专门论述,在此不予重述。这种权利的转让被法定批准后,被转让者便拥有原转让人享有的各种权利。

注册商标的长期(我国以三年为限)搁置,不但不会产生价值,还影响他人的使用,在法律上称之为不作为状况。这在社会主义市场经济大潮中,无疑是不能被容忍的,法律上也是严令禁止的。世界上各国商标法对这种长期不用的注册商标都有撤销的规定。我国《商标法实施细则》第29条规定,对连续三年不使用的注册商标,任何人可以向商标局提出撤销申请并说明有关情况。商标局请商标注册人限期三个月内提供使用证明或不使用的正常理由。越期不提供或提供的证明无效的,则撤销该注册商标。

2. 检查是否按规定标明注册商标

《商标法》第7条规定,使用注册商标的,应当标明“注册商标”或者注册标记。注册商标

与未注册商标从法律意义来说,具有原则区别。注册商标的所有人,从法律意义上来说享有商标专有权,受到国家法律保护,其他单位和个人不得非法侵权。反之,未注册商标的所有人,则不享有这个权利。例如,甲胶鞋厂在球鞋上使用“乘风”未注册商标,每年生产各种球鞋 20 多万双,销售 9 个省、市。该厂制造了 10 多套模具,价值数万元,还印制了带有“乘风”商标的包装盒 50 多万支。因与乙运动鞋厂在球鞋上使用的“顺风”注册商标图形相同,构成侵权行为。当地工商行政管理部门接受乙运动鞋厂的控告,经调查属实,根据《商标法》第 39 条和《商标法实施细则》第 24 条的规定,责令甲胶鞋厂立即停止“乘风”牌球鞋的生产和销售,消除商品上的商标,收缴了带有商标的模具、包装,赔偿被侵犯人 5 万多元的经济损失,并处以 3 千元的罚款。

由此可以看出注册商标和未注册商标的区别在于,注册商标享有专用权,受法律保护,商标所有人可以在法律规定的时间内,使用自己的注册商标;未注册的商标不但没有专用权,不能受到法律保护,而且随时有可能因与他人的注册商标相同或相似而被作为侵权行为处理。

从另一种角度,注册商标可以增加商品的可信度,使消费者感到放心、可靠,从而有利于商品的销售。《商标法实施细则》第 26 条进一步规定了注册标记使用方式,即在商品上不便标明注册标记的,应当在商品包装,说明书,以及其它附着物上标明。

但凡未注册商标则绝对不能标明“注册商标”或“注”或“®”的标记,如有这种欺骗性行为,商标管理部门将责令改正,给予处理。

3. 禁止使用注册商标的商品粗制滥造

《商标法》第 31 条规定,使用注册商标,其商品粗制滥造,以次充好,欺骗消费者的,由各级工商行政管理部门分别不同情况,责令限期改正,并且可以予以通报或处以罚款,或由商标局撤销其注册商标。企业生产者也应当尽力维护本商标的信誉。例如,某省某市东风酒厂注册了“东风”牌商标,用于 65 度曲酒上,商标上标明 65 度和高粱制造的说明。后因高粱米缺乏,用白薯干代替。群众反映酒味不正,浓度不够,并向该市工商行政管理部门反映。工商行政管理部门根据东风酒厂申请“东风”牌商标时质量表上所填的浓度(65 度)和使用的原料(高粱米),而实际用了白薯干,降低了酒的浓度,以此认为其侵犯了消费者利益。这种行为属于粗制滥造,以次充好,欺骗消费者。

工商行政管理部门决定对东风酒厂实行罚款 3000 元,并责令东风酒厂在一周内改正,并且在接到罚款通知 15 天内如果不服向该市 W 区人民法院起诉。东风酒厂对工商行政管理部门的决定不服,向该市人民法院提出上诉。理由是,该厂由于一时高粱米原料用完,又买不到,为了生产临时用白薯干代替,因而浓度较差。同时在接到工商部门处分书时,已开始用高粱米原料生产,产品质量已达到原有标准,不合格的“东风”牌仅生产了 3 天,数量也不大。

W 区人民法院经济审判庭调查核实了事实,确认酒厂所述属实。人民法院根据《商标法》及《商标法实施细则》而做出如下判决:

①责令检讨,对库存的用白薯干作原料制造的“东风”牌曲酒应贴上二等品字样,按质定价。对已出厂的在商业部门的“东风”牌曲酒,应按生产日期也贴上二等品字样,按质定价出

售。

②用白薯干制作的“东风”牌曲酒,只是浓度质量差,无毒仍可食用,但对入口的食物,除了价格上按质论价外,对欺骗消费者的行为要从严掌握,应予以经济制裁,根据《商标法实施细则》判处有期徒刑 1500 元,东风酒厂表示不上诉,立即执行了判决。

4. 使用商标的商品必须在注册商标所核定的范围之内

注册商标专用权,只能用在核定的商品上才有法律效力,超出了指定商品的范围就不再具有专用权了,所以《商标法》第 13 条规定“注册商标需要在同一类的其它商品上使用的,应当另行提出注册申请”。其目的就在于使商标经常保持与核定商品范围一致,否则商标使用就会发生混乱,其商标专用权将得不到法律保护。如发现不一样的情况,商标管理部门将责令改正,或者令其另行申请注册。例如,某企业注册商标指定的商品是“面粉”,而该企业却把面粉的注册商标用在该企业生产的罐头上,并标明“注册商标”字样。面粉和罐头不属于同类产品,企业这样做自然是冒充注册商标行为,从而受到通报和被处以 1000 元罚款。

5. 加强对商标使用许可合同的管理

注册商标的使用许可是指注册商标所有人依照法律规定与被许可人签订使用商标合同,许可他人使用其注册商标。商标使用许可是与商标转让有本质的区别。现在许多国家的商标法对此都有明确的规定,因而有些企业就将商标交给其在国内或设在世界各地的分支机构使用,或将商标许可给其他国家的企业使用,这可以扩大名牌商标的使用范围,充分发挥所拥有的名牌商标的作用,获取更多的利润。但是使用许可中所得到的是注册商标的使用权,而不是商标的所有权,该商标的所有权仍在许可人手里,而不象转让把商标的所有权都转移给他人,转让后原商标所有人丧失对转让商标的所有权利。许可使用合同应从以下几个方面加以注意:使用的期限不应超过注册商标的有限期限,若许可合同的有效期限超过了注册商标的有效期,则在许可人续展之后才能使用,而许可人也有续展的义务,使用的商标必须与注册商标一样,不得改变,注册商标的专用权仅限于核准注册的商标,变更了的注册商标就不具有专用权了,自然不能授权他人使用;使用商标的商品应是注册商标核定的范围之内,商标专用权以核定的商品为限;被许可人不得将商标让第三者使用,即所谓的“再许可”;被许可人不得以许可人名义使用商标,被许可人要标明真实的厂名、厂址,要对消费者负责;许可人必须监督使用商标的商品质量,被许可人应当保证其质量,如果质量出现问题许可人首先负责。如果违反上述规定,工商行政管理部门可以宣布许可合同无效。

6. 加强对已被注销或撤销的商标的管理

一些注册商标在已被注销或撤消时,由于商品本身的周转期和商标声誉在群众中的影响,商标权的终止之时,并不等于该商标在市场上或群众中彻底消失,其各种影响仍依然存在。这时为维护消费者利益,在《商标法》第 32 条规定:“注册商标被撤消的或者期满而不再续展的,自撤消或注销之日起一年内,商标局对与该商标相同或近似的商标注册申请不予核准。”这样做并不是仍要保护已注销或撤消商标的权利,而是完全为了维护市场秩序和保护消费者利益,以免造成不必要的误会和损失。所以要在撤消或注销与再申请之间规定一段时间间隔。例如:上海无线电三十六厂曾于原商品分类第 14 类无线电商品上申请注册“音影”商标。商标局发现该申请商标与上海电视十六厂的“音影”商标相同。

商标局经调查得知,原上海电视十六厂合并于上海无线电三十六厂,其原注册商标可以转让给上海无线电三十六厂。但原上海电视十六厂却注销了原“音影”注册商标。这样原“音影”注册商标专用权即行消之,不可能再发生商标专用权的转移。而上海无线电三十六厂申请时间又在原“音影”商标注销公告一年的期限内。这样,此种情况适用第 32 条规定,在上述注册商标公告注销一年之内,不能核准他人注册。更何况上海无线电三十六厂对原“音影”注册商标又进行了修改。即使原上海电视十六厂对其原商标不予注销,也不能办理转让手续,因为注册商标不能自行改变其文字、图形或其组合,所以只有转让未经变动的原“音影”注册商标方为有效法律行为。

根据以上情况,商标评审委员会先后在初审和复审中两次驳回了上海无线电三十六厂的注册商标的请求。

7. 加强对必须注册商标的商品的管理

我国《商标法》第 5 条规定“国家规定必须使用注册商标的商品,必须申请商标注册,未经核准注册的,不得在市场上销售”。必须使用注册商标的商品,包括国家规定并由国家工商行政管理局公布的人用药品和烟草制品,以及工商局公布的其他商品。如违反此项规定的由地方工商行政管理部门责令限制申请注册,可以并处罚款。如河南某市一卷烟厂,注册了七个商标,分别用在甲、乙、丙三级卷烟上。有一次一批烟叶,经过处理加工,仍达不到该厂所使用的 3 个商标的丙级质量标准。于是厂务会议决定,在不够丙级的烟盒厂,临时印上“经济”牌的商标,并署上卷烟厂的厂名,价格按丁级烟标准,将这种卷烟投入市场销售。该市工商行政管理部门发现后,认为该厂违反了商标法有关规定,即某些商品(卷烟、药品)必须注册商标。因此对该厂进行处罚。工商部门便在《商标法》和《商标法实施细则》中规定的权限内,责令该厂限制申请注册,并处以罚款 500 元。该烟厂对工商行政管理部门的决定不服,在收到罚款决定 15 天的期限内对该市 S 区人民法院起诉。理由如下:

在卷烟上法律规定,必须要使用注册商标,使用注册商标才能在市场上销售,不注册而使用商标是不对的。但在工商行政管理部门指出该厂错误后,该厂就为今后生产丁级烟申请注册商标,按《商标法》和《商标法实施细则》对该厂的错误可责令限期申请注册,并不都要并处罚款。该烟厂认为那一批烟叶数量不多,为了及时处理,违反了法律规定,情节轻微,可以不并处罚款。人民法院审理后,该事件事实清楚,工商行政管理部门依法规定并无不当,维持了工商行政管理部门的原处理决定。

必须注册的商标应及时申请注册。当前国家要求必须注册的商品有药品和卷烟(包括雪茄)。《商标法》第 33 条规定“违反本法第五条的,由地方工商行政管理部门责令限期申请注册,可以并处罚款。”《商标法实施细则》明确规定,对此种情况应当禁止其商品在市场上销售,停止广告宣传,封存或者收缴其剩余未注册商标标识,并可根据情节处以非法经营额 10% 以下的罚款。及时指导注册,可以避免和减少这类事件发生。

例如,某厂在刺五加香啤酒上使用带有“注册商标”字样的天宏牌商标。经查,该厂曾办理了商标申请手续,但尚未取得商标局的批准,却通过私人关系,非法印制了带有注册商标字样的天宏牌商标瓶贴 24 万张。同时该厂产品质量低劣,某年 3 月到 9 月共生产刺五加香啤酒 210120 瓶,按其上报的材料标准,应投刺五加浸膏 840.5 斤,仅投 30 斤,少投了 808.5

斤;应投酒花 924.9 斤,实投 427 斤,少投放 497.5 斤。该厂产品以次充好,且又冒充注册商标,严重违反了《商标法》第 34 条的规定。

为此工商行政管理部门根据《商标法》和《商标法实施细则》第 31、32 条规定对该厂做如下处理:(1)责令停止使用带有注册商标标识的天宏牌商标瓶贴;(2)按标准投料,并报县物价管理委员会重新核价;(3)厂负责人作出书面检查;(4)处以罚款 2 千元。

8. 同一企业生产质量相同的质量商品,原则上应当只使用一个商标

利用增加商标来表示增加商品花色品种或者提高售价,都是不应该的。因为商品信誉是以质量为基础,质量一样而用多个商标只能欺人一时,不能长久下去。长此下去,不但不能提高商品信誉,反会倒牌子。但由于企业改组,过去几家企业的注册商标,现在归给一个企业,而且这些商标在市场上尚有需求,一时不能取消的,可暂予保留使用,但要逐步调整压缩,避免商标多了在市场上自相竞争。

9. 企业对注册商标应当指定人员负责管理,同时还要建立健全企业内部管理商标的多项制度

这主要是:商标档案制度;管理商标设计和印制的制度;以及监督和管理商标使用的制度。要求对商标申请注册和核准后变更的情况,都有案可查;重印商标时,商标图样与原注册图样应该完全一致;使用的商标不任意增加或改换,商品的质量都符合注册时核定的产品技术标准,而且商标只在注册的商品范围内使用。有了规章制度,企业还应经常进行检查,保证它的贯彻执行。否则如果企业在商标管理各种程序中有一项漏洞,便一损俱损。

例如,北京义利食品公司杨经理以企业家的胆魄,花了上百万元外汇从英国进口了一套果汁糖生产流水线。这套流水线投产以后,年产量可达 4000 吨,纯利不会低于 150 万元。

杨经理赴瑞士考察,看到标有 gugus 字样的果汁糖包装非常精致。他认为自己厂子的果汁糖将要生产,正好可以借鉴一下人家的包装。设计人员曾怀疑:“这字母会不会是商标?如果是,这将是侵权行为。”但有人认为:“这几个字母就是英文果汁糖的意思,如果巧克力,不过是某一糖果的简称,所以不可能构成侵权。更何况该公司已有商标,只是把这几个字母作为整体装潢的一部分”。

就这样该产品投产了,并且带来了很好的经济效益。然而就在义利人沉醉在胜利的喜悦之中时,雾下巧克力公司写来一封信:“gugus 这个拉丁字母商标,已经在你们国家 1980 年 3 月 20 日注册了,号码为 135701,并发生了法律效力,我们已具有商标专用权。你公司使用这个商标,很明显侵犯了我公司的商标专用权。所以在我们没有听到你们作出的保证之前,你们要马上停止生产和销售 gugus 的仿制品,否则,我们将被迫采取法律手段来保护我们的商标权。”义利人面对这个残酷的现实,不得不做出无奈而痛苦的决定,把已经印好价值数万美元的包装纸销毁,把尚未出厂的果汁糖全部改换包装。

10. 及时补发商标注册证

商标注册证是商标所有人所有权的法律凭证,是解决商标归属纠纷的依据。加强对遗失或毁损商标注册证的管理和补发工作,对于减少和及时处理商标纠纷是十分重要的。所以《商标法实施细则》给予了强调重申。

此外,在商标使用中,如发生“转让”、“续展”和“使用许可”等情况,除商标所有人应将其

合同副本报商标局备案外,还应另备副本交送当事人双方所在地工商行政管理部门存查,以便加强对这一部分商标的管理。

11. 做好商标案件中的复审和执行工作

《商标法》第 35、36 条规定:“对商标局撤销注册商标的决定,当事人不服的,可以在收到通知十五天内申请复审,由商标评审委员会做出终局决定,并书面通知申请人。”同时对罚款决定当事人不服的,可以收到通知十五天内,向人民法院起诉。这样要求当事人不服的要及时按法定程序给予起诉,否则将被强制执行。法院、工商行政管理局则需准确用法,严格执法,杜绝或尽量减少冤案。如有发生则应尽可能迅速平反昭雪,以维护法律的尊严。

第三节 未注册商标的管理

我国商标法采用自愿注册原则。未注册商标与注册商标同时存在。但两者的作用完全相同。企业的商标是否申请注册完全由企业自由决定,别人不得干涉,但必须注册的商品应当除外。

商品的生产和交换是个复杂的过程,市场情况瞬息万变,有些季节性商品、未定型的商品以及地产地销的小商品,均不强行要求注册,以便于它们扬长避短,迅速取得经济效益。使用未注册商标是大量的,但因为未经注册,没有取得商标专用权,不受法律保护。对未注册商标进行管理不是对其进行保护,而是从保护注册商标专用权,维护消费者利益出发,因此管理未注册商标是商标管理的重要方面。

对未注册商标的管理,主要是加强法制宣传教育,使未注册商标的使用者知法、守法,不侵犯注册商标的所有权,不危害人民群众的利益。其管理办法为:

一、使用未注册商标不得违反法律规定

对使用未注册商标违反《商标法》第 34 条规定,冒充注册商标,擅自在商标上标明“注册商标”或者国家规定的“注”或“®”注册标记的,或在广告、说明书宣传中自称是注册商标,欺骗消费者的,由地方工商行政管理部门加以制止,禁止其产品在市场上销售,停止广告宣传,封存或收缴其商标标识,并限一定期限内改正,根据情节轻重,可予以通报或者处以非法经营额 20% 以下罚款。

在有的国家,如印度,未注册商标如果冒充注册商标,或者生产未经注册的商品,而伪称注册者,处以六个月以下的监禁或者五百卢比以下的罚款,或者两者并科。

二、加强对未注册商标的监督检查

监督检查的内容包括:

(1) 未注册商标不准使用商标法所规定的禁用标志。有的企业在商品上标上“德国一号”、“上海一号”等字样,即使企业自己不认为是商标,但从效果来看,已起到了商标作用。使消费者受到了假象的蒙蔽,特别是不了解《商标法》的更是如此。有的企业夸大商品效用,

有的企业用地名作为商标,这都是不允许的。

(2)使用未注册商标不得侵犯他人注册商标专用权。企业如果知道了自己使用的商标与他人注册的商标相同或近似时,应自觉停止使用。工商行政管理部门一旦发现,应予以制止。

(3)制止粗制滥造,以次充好,欺骗消费者。对有的未注册的商标,尽管商标设计符合要求又没有侵权行为,但由于商品质量低劣,同样会造成对消费者利益的损害。这种现象是商标法所严令禁止的。

然而在商标管理过程中,有许多未注册商标在许多方面同时违反了《商标法》的许多种规定。如 505 发明人来辉武教授根据中国传统的“内病外治”、“外病外治”理论,多年苦心研究和探索发明的 505 神功元气袋,自 1989 年投产以来,已畅销全国,并陆续进入一百多个国家和地区。该产品以疗效神奇,先后荣获美国纽约第十四届世界发明家博览会世界发明家奖和国际成果奖,法国巴黎第八十二届巴黎国际发明博览会铜奖,中国北京 1991 优质保健产品金奖等多项国内外大奖。

陕西省咸阳医药保健品研究所和某些不法之徒,有组织地先后在国家近百家报纸上大量刊登秦龙牌壮元神袋违法广告,侵犯“505”商标权,企图以鱼目混珠牟取暴利。他们盗用“505”神功元气袋的主治和功能,以及患者的反映,假冒“505”神功元气袋获得的国际、国内十几项荣誉,侵犯了“505”商标权,将“505”神功元气袋篡改为“505”壮元神袋等。

陕西省咸阳市中级人民法院,依法判决 505 人在这起侵害商标权与名誉诉讼案中胜诉,并对这次侵权案中的所有侵权者严惩不贷。

三、使用未注册商标必须在商品上、包装上标明企业名称和地址

这样做的目的是对消费者负责,避免商品发生问题无法查找,消费利益无法得到保障,而工商行政管理部门也很难开展工作。所以国家工商行政管理机关规定,凡使用未注册商标不标明企业名称和地址的商品,不得在市场上销售。对粗制滥造,以次充好,以假充真的,欺骗消费者利益的,要从严查处,没收其非法所得。凡责令限期改正,而没有改正,情节严重的,要吊销其营业执照。

四、加强法制宣传

在我国当前有很大一部分商品属于未注册商标的商品,但这些产品在满足人民需要和市场需求,又是不可缺少的一部分。为了使其正规化,合法化,既有利于本产品优势的发挥,又不侵犯注册商标的专用权,加强关于使用未注册商标的法制宣传变得十分重要。把它们的活动纳入商标法调整的范围以内,可以增加未注册商标的使用者的法律意识,同时也体现了我国注册商标的自愿原则。注册商标和未注册商标的产品,在市场上是平等的,凡符合商标法规定的未注册的商标,同样也可以生产、销售、出口、参与各种质量评比。

但如果他人侵犯一个未注册商标的企业的权利的时候,则依靠《反不正当竞争法》中的有关条例给予解决。所以未注册商标的权利,法律同样在一定范围内给予保护。

第四节 商品质量的管理

通过商标来监督管理商品质量,是商标管理工作的重要一环。《商标法》第1条就明确规定了这一点。同时《商标法》第6条规定“商标使用人应该对其使用的商品的质量负责。各级工商行政管理部门应当通过商标管理,监督商品质量。制止欺骗消费者的行为。”监督商品质量是我国《商标法》的重要内容之一,表明我们在保护商标专用权的同时,维护消费者利益也是十分重要的。

监督商品质量,是指工商行政管理部门在商品流通领域中,通过商标管理,对商标质量进行监督而言。从商标管理监督商品质量,主要是在商品流通领域中进行。主要工作是:保证商品质量,促使企业保持商标信誉。

在《商标法实施细则》中,第31条明文规定:“对使用商标的商品粗制滥造,以次充好,欺骗消费者的,工商行政管理部门应责令限期改正;对情节严重的,责令检讨,予以通报,并处以非法经营额20%以下或者非法获利润两倍以下的罚款。使用注册商标的,依法撤消其注册商标。”

其意义主要有以下几点:

(1)通过质量监督,促使企业生产者保证其商品质量,维护消费者利益和商标的信誉,促进社会主义市场经济的发展,让市场经济在正常轨道上运行。这也是法律关系中权利和义务等关系要求的反映。

(2)提高产品质量创最佳效益。产品质量问题是国民经济中的大事。质量不高,损害消费者利益,与社会主义经济发展的目的背道而驰;质量低,经济效益自然也不会高,出口创汇及各项能力都不可能很高。因此对人民、企业及国家均有百害而无一利。同时提高产品质量又是节约的主要内容,因为质量不高是最大的浪费,产而无用,既害国又害民,所以提高产品质量既是最好的节约,又是最好的增产。

(3)加强商品质量监督,也是创名牌,保名牌的必要条件。企业要生存,要发展是企业保证商品质量的内因,但如果没有法律监督,就会使企业对质量检查产生懈怠情绪,认为有无均可。这样出了问题也不易及时发现,及时纠正,从而造成更大的损失。所以国家对商品质量实行监督,并规定严格的处罚条款,对于提高产品质量、企业信誉都是十分重要的。反之,如果企业严格对质量进行了监督,那么其收效也是十分明显的。例如,“借问酒家何处有,牧童遥指杏花村”的山西杏花村酒驰名中外,靠名牌打天下天经地义,长期以来,该酒厂严格强化生产质量管理,狠抓产品售前服务。在全国29个省市,10多个城市建立信息点144个,聘用信息人员40多名,及时反映市场信息,质量反馈,质量监督等,并为消费者提供99%以上的优质服务,终于保住了名牌的风采,并在经济效益上得以突飞猛进。

商品的生产质量的优劣是由多方面因素决定。如:工艺流程、产品设计、生产设备、科学技术水平、企业管理、原材料、动力能源、交通运输等等各个方面。鉴于以上原因,对商品质量的监督应从以下几个方面着手:

(1)建立管理商标、监督商品质量的规章制度。

企业应该经常核对注册商标时商品质量和商标使用时的商品质量,经常检查、处理降低商品质量的行为。如国家经济委员会于1986年发出通知,要求对家用电器开展一次以安全为重点的全国性质量检查,要求有关部门和地方经济委员会组织力量对生产安全性能不合格的企业进行检查。列入检查的项目是电视机、录音机、收录机、电冰箱、空调器、吸尘器等20种。对产品粗制滥造,以次充好,假冒商标,坑害群众的不法单位,要依法追究其单位负责人和有关人员责任。这就保证了电器产品的质量。

(2)配合有关部门对优质名牌进行表彰,组织优质名牌商品参加全国或地方性的评比活动,同时,对劣质商品进行督促改进。

中华人民共和国优质产品奖励条例规定,许多优质产品,授予国家金质奖章,银质奖章,并可在该商品的说明书中及商标上标明优质产品奖章的荣誉标记,质量下降的应取消这种标志。

如1985年国家质量评比委员会评出国家优质食品85项,其中金奖13项,银奖72项。如青岛啤酒厂生产的青岛牌啤酒,烟台市张裕葡萄酒公司生产的葵花牌金奖白兰地,山西杏花村汾酒厂生产的古井牌汾酒、长城牌竹叶青,浙江省食品公司生产的金华牌特级金华火腿,浙江杭州茶厂生产的狮峰牌特级龙井茶,安徽祁门茶厂生产的中茶牌特级、一级祁红茶,江苏省镇江恒顺酱醋厂生产的金山牌镇江香醋,天津市罐头厂生产的长城牌咸牛肉罐头,山东省烟台招远龙口粉丝加工厂总厂生产的塔牌绿豆龙口粉丝等都是这次评出的金质奖食品。此外还可以通过工商行政管理部门对市场、物价、合同等方面的管理,对商品进行质量监督,以促进企业保证产品质量。

(3)通过各种途径,了解消费者对商品质量的反映,及时转达消费者的意见,促进企业改进商品质量。在这方面,包括设立商品意见箱,对重点信息进行质量反馈,组织消费者座谈会,组织商品质量检查团,深入流通领域中检查,监督产品质量,促进商标使用人保证产品质量。

(4)建立商品质量监督网。各地工商行政管理部门可根据当地的条件,在生产、销售或用户单位的工人、营业员、技术员、检验员、修理员中聘请商品质量监督员,建立商品质量监督网。通过他们来反映消费者、用户的意见和要求,会同有关部门分析研究质量方面存在的问题,及时采取措施,促进商品质量的改进和提高。否则一味追求数量而忽视了质量,必将致使企业走向溃败,为商品大潮所淘汰。如“青松牌”男衬衫的加工单位,为了取得超产奖,片面追求产量放松了质量管理,衬衫做工粗糙、质量低,经过批评而没及时改正,为了维修消费者利益,工商行政管理部门采取措施进行了处理。当合格衬衫重新投放市场时,群众很满意,从而提高了“青松牌”商标的信誉。

再如,沈阳市百货大楼、辽宁商场、省友谊商店等十五家商店经理,向全市商品由经销单位发出抵制劣质产品,提出不经销掺杂使假的商品和冒牌商品,不经销隐匿厂名、厂址的商品,不经销没有商品检验合格证的商品,不经销国家已经明令淘汰的商品,不经销国家实行生产许可制度而到期未取得生产许可证的产品,不经销违反国家安全、卫生、环境和计量法规要求的商品,不经销过期失效的商品。并对本单位近几年的经销情况进行一次大检查,对

库存现有商品进行一次清理,发现劣质商品立即停止销售,已售出的劣质产品由经销单位免费修理和积极退换。这就从流通领域过程中保证了商品的质量,对不符合质量的商品不予出售,这对商标的使用情况是一种很好的监督形式。

在商品监督管理过程中,如果发现某些商品粗制滥造,以次充好,欺骗消费者,依据《商标法实施细则》第 31 条,地方工商行政管理部门可做如下处理:

①情节轻微的,责令限期改正;

②情节严重的,责令检讨予以通报,并处以非法经营额 20% 以下或者非法获利两倍以下的罚款;

③对有毒、有害并且没有使用价值的商品予以销毁;

④使用注册商标的,应当依照《商标法》的规定,撤消其注册商标。

(5)个体工商户申请注册商标时,对商标注册申请书中商品用途,原料,技术标准要认真、清楚,并需企业主管部门审查盖章。新产品根据《标准化管理条例》的规定,持有产品鉴定合格证。通过上述手续,促使个体工商业者企业在申请商标注册时,都要重视商品质量,维护商标信誉。

(6)进行质量信息反馈,商品质量是商标信誉的基础,通过商标管理去监督商品质量,反映商品质量变化。工商行政管理部门可以根据当地的实际情况选一些群众关心的,与人民生活关系密切的日用品和高档耐用的消费品,作为开展质量信息反馈的重点商品。

信息反馈工作是运用商品质量的数据和用户的评价来说话,使生产和消费联系起来,有利于企业及时掌握市场信息,了解本企业产品,以指导生产。而信息反馈工作又必须通过一定的工作手段才能达到实际的效果,如做好信息记录、统计工作定期汇总,编发简报,才能进行信息反馈。例如,沪产电视机开始生产时,由于基础较差,问题较多,群众讽刺为“多瑙河之波”、“黎明前的黑暗”、“看不见的战线”、“今天我休息”,尖锐形象地批评了沪产电视机的质量问题。

为了督促企业维护商标信誉和提高产品质量,上海市工商行政管理局选择销售量大,专业性强的 25 家电视商店,组成“沪产电视机质量信息反馈网”,开展质量信息反馈工作。30 年来,信息反馈网统计了沪产电视机 2 万 4 千多台,其中有故障的坏机 1 千 3 百多台,使工厂得到有的商店柜面开箱失效的信息。由于这种信息,比较客观公正地反映了各厂产品质量的实际情况,为工厂质量管理工作指明了方向,所以工厂及主管部门十分重视。他们充分运用市场信息,采取一系列措施。如对整机使用的元器件反馈,对整机进行高温老化,低温检验和进行 MTBF(可靠性)试验以及振动、潮湿、跌落、电光声测试;整机出厂实际收看;加强对工人的技术培训等等,使沪产电视机质量有了显著提高。据统计,商店一次开箱合格率从 1978 年的 78.6% 提高到 1983 年的 98.3%;可靠性平均小时从 1978 年的 1220 小时提高到了 3 千到 5 千小时。早期返修率从 1978 年的 20% 下降到 1%。现在沪产电视机中涌现了“飞跃”、“金星”、“凯歌”等名牌,它不仅在国内享有盛誉,而且在国际上也有很强的竞争力。

第五节 商标印制的管理

商标的使用是从商标制作开始的,对商标印制的管理是整个商标管理中的一个重要环节。对商标的印制工作加强管理,就具有特别重要的意义,也是保障商标法贯彻执行的重要措施。把好印制关对指导企业正确使用商标,防止商标侵权、假冒具有重大意义。

1983年,国家工商行政管理局颁布了《商标印制管理规定》,对印制商标实行了“定点印刷”的管理制度,即由工商局核定一部分印刷企业来印制商标,其他任何未经认定的企业一律不准印刷商标。1985年,国家工商行政管理局又制定了《商标印刷管理暂行办法》,对原来的《规定》作了修改,确定了保护注册商标的专用权,保障消费者利益的指导思想。《暂行办法》取消了原《规定》中的“定点印刷”制度,实行企业凭《商标注册证》或《营业执照》到所在地县级工商局开《注册商标印刷证明》或《未注册商标印刷委托书》,到印制企业印制商标的办法。

为避免假冒商标和侵犯商标专用权,必须加强对商标印制控制管理,否则就给假冒商标和侵犯商标专用权的投机分子有隙可乘。如沈邱县查获的假冒商标案件中,发现假冒商标的出现无不与一些印刷企业为生产冒牌产品企业非法印刷假商标标识有关,该县有19家工厂私印注册商标标识,范营乡印刷厂非法印刷牡丹、大重九、三七、前门、团结等假烟盒及假茅台酒标识等八种;山东惠民县城关镇综合门市部私印济南百马山鲜啤酒20000张,然后将进价0.24元的散装啤酒改成瓶装,贴上“济南百马山鲜啤酒”商标,以每瓶六角七分的高价出售,用来牟取高利。诸如此类案件还很多,以此可看出印制商标已到了非治不可的地步。

根据1993年7月15日修订的《商标法实施细则》对商标印刷问题作的规定,细则第34条规定,“任何人不得非法印刷或者买卖商标标识”。对违反此规定的,由工商行政管理机关予以制止,收缴商标标识,并可根据情节处以非法经营额20%以下的罚款;销售自己注册商标的,商标局还可以撤销其注册商标;但属于侵犯注册专用权的,依照《商标法实施细则》的第43条规定处理。如某衬衫厂和某进出口公司分别向工商行政管理部门反映,要求处理某塑料包装品厂销售他们印有注册商标的塑料包装袋的违法行为。经工商部门调查,某塑料包装制品厂利用为他人印制商标塑料袋之便,擅自销售八个注册商标的塑料袋,以进行违法牟利。

据此,工商行政管理部门责令停止其买卖商标标记的行为,并通报行业和有关单位。

为了进一步完善商标印制的管理,1990年8月8日由国家工商行政管理局重新修改发布《商标印制管理办法》。办法规定:商标标识实行定点印刷。从而恢复了定点印刷的制度。商标印制单位应向其所在地县级以上工商局申请,由县级工商局确定“指定印制商标单位”并发给证书,并在营业执照中载明“印制商标”,经营项目;商标印制委托人应向“指定印制商标单位”出示营业执照副本和相应证明;印制注册商标,须出示《商标注册证》;废次商标统一销毁。擅自制造他人注册商标标识是侵犯商标专用权的行为。如M省V市有四人搞一个合作组织,专门冲(手)表面,在手表面上冲上“上海牌”手表商标标识,每只表冲“上海”两个

字收费 1 角,一共冲了 2 万只表面。这四个人是接受了 Y 贸易行委托的。Y 贸易行再装配冒牌“上海”手表出售,这种假冒商标的行为愈演愈烈,这种冒牌上海表仅在 V 市国营百货商店就有 9000 只。W 市工商行政管理局发现后,根据《商标法》第 38 条规定,对这种行为给予制裁。

工商局决定,对冲表面的四个人,没收工具,罚款 2000 元(即全部冲字的加工费),对 Y 贸易行,没收冒牌上海表 1 万只(库存),罚款 5000 元。百货商店的 9000 只冒牌手表,因进货时不知是冒牌,责令赔礼道歉,并将表退回 Y 贸易行。Y 贸易行返回百货商店货款。这 9000 只退回的冒牌上海表,由 Y 贸易行除去商标标识,按定价出售。

V 市工商行政管理局处理后,Y 贸易行表示服从处罚,而冲表面的 4 个人合作组织却不履行 V 市工商行政管理局的处罚,向 V 市 S 区人民法院起诉。理由是:

- (1)加工“上海牌”手表表面是 Y 贸易行指明要的,冒牌的责任不在加工人;
- (2)冲 2 万只表面,加工费总共 2000 元,全部作罚款,处理太重;
- (3)冲字工具要求发还。

S 区人民法院经调查认定,4 人合作组织把“上海牌”表字体冲在表面上冒牌,对这种行为后果四个人是清楚的。它不是冲一般的字,上海牌手表是国内名牌,作为修理手表的人不可能不知道。为牟取加工费而制造冒牌表面,是一种商标侵权行为。Y 贸易行委托加工应当拒绝,而不应当承担。罚款 2000 元的根据是收取的冒牌加工费,并不为重。没收加工工具是为了避免今后再搞冒牌加工。因而 S 区人民法院维持了 V 市工商行政管理局的处罚决定。

《商标印制管理规定》是十分必要的。因为,在查处冒牌商标的案件时,工商行政管理部门发现一些名牌商标被人仿冒,除了某些企业或某些贩子、投机倒把分子故意侵权以外,有相当一部分是由于在商标所有人的商标印制和商标标识管理上有漏洞造成的。如为上海两家自行车厂加工制作商标标识的标准件五厂,由于管理不严,标牌被职工偷窃,非法卖给外地社队企业。据已查实来看,他多次与江苏吴县的社队企业采购员在家成交“凤凰”、“永久”标牌,贴花配套商标 180 件。又如上海卷烟厂的“大前门”、“牡丹”、“中华”等名牌香烟的废次品包装纸和商标没有销毁,就大批地交由废旧物资部门收购,而废旧物资部门又违反“各种废次商标,必须将商标切开或改制后出售,不准作商标使用”的规定,在门市部大量出售。安徽等地一帮投机违法分子乘机套购几百斤、上千斤,转卖给当地两三个县,几十个村队的地下卷烟作坊,制造冒牌劣质土烟在各地集市上成批出售,欺骗群众,牟取暴利,既严重地破坏了烟叶的收购计划,扰乱了市场经济秩序,又严重地损害了名牌信誉和消费者利益。

为严格地执法,切实地维护广大消费者利益,促进企业正当经营,国家经济委员会、轻工业部、商业部、工商行政管理局十分重视这种情况,于 1985 年 7 月 2 日发出通知,对企业生产过程中的废次商标标识作出了规定。凡是企业对注册商标所需要的商标标识应该自行使用,不能将自己的注册商标标识出售给他人,更不能将自己的残次商标标识出售给他人,就是商标印制单位的残次产品也必须彻底销毁,不得擅自出售。这是从维护国家信誉和保护广大消费者利益出发的。如果企业不遵守规定而违反者,可以由工商行政管理部门进行处理,工商行政管理部门可以予以通报、罚款。情节严重的还可以撤销其注册商标。

如重庆市手表厂等单位非法销售废次商标标识,涉及五个省,影响极大。该市工商行政管理局对重庆市手表一厂、手表壳二厂、一厂等6个单位,从1984年1月1日到1985年8月的销售情况进行了检查。这六个单位共销售载有“山城”、“山花”、“宝律”等商标标识的零件及其他废次手表零部件638万件,销售金额92万多元,严重违反了《商标法》的规定,重庆市工商行政管理局没收其非法收入46万元,并罚款1500元。

第六节 出口商品商标的使用管理

对出口商品使用商标的管理,总的说,用一般使用的商标的管理是相同的。但是由于出口商品商标直接关系到我国商品在国际市上的竞争能力和我国对外贸易的发展,因此对出口商品的商标的管理具有特殊性。随着我国对外贸易的发展和出口商品商标的广泛使用,需要重视和加强出口商品的商标的管理工作。

按照我国商标法和对外贸易的有关法律、政策的规定,即在国家授权的出口商标的管理工作由国家工商行政管理局统一管理下,由对外经济贸易部门协调和具体管理。各省、自治区和直辖市对外经济贸易厅(委、局)和生产出口商品的企业配合进行管理。它们分工负责,由省、自治区、直辖市对外经济贸易厅(委、局)主要负责监督本地区出口商品商标的使用和注册、督促各出口单位认真执行国家有关出口商品商标的政策和法规,协调本地区各出口单位之间及其与生产企业之间的关系,注意商品质量监督。

各外贸专业公司认真执行国家有关出口商品商标的政策和法规,做好本系统出口商品的商标使用管理工作。对我方假冒外国商品和侵权行为要及时处理。对国外假冒我方商标或侵权行为要积极进行交涉,维护我国商标在国外的权益。

出口商品商标的管理包括:出口商品商标的统一管理,向外国申请注册商标情况管理,对于多家共同商标的管理,对于出口商品商标的使用情况管理等。

在商标使用管理过程中要重视我国出口商品商标在国外提出注册申请的情况。申请被驳回,应视情况予以过问。申请单位也要将外国核驳理由抄报国家对外经济贸易部和国家工商行政管理局存查。如发现外国核驳不妥,可以研究对策,进行交涉,请求复审。经外国核准注册的,应按规定报对外经济贸易部和国家工商行政管理局备案。

对于需要多家共同生产一种产品,共同使用共同商标的,1980年国家进出口管理委员会、国家经委、外贸部和国家工商行政管理局发出了《关于出口商品使用商标问题的联合通知》,规定出口商品的商标都可以向外国申请注册取得商标专用权。如果一个企业的产品不能满足国外市场需要,为了扩大出口,外贸部门需要组织多家生产时,可允许许多家共同使用一个商标。如果该商标是以工业企业注册的,有关外贸部门要征得有关注册企业的同意,工贸双方签订协议,明确双方责任,并报国家工商行政管理局备案,如果出口商品多家共用一个商标,必须保证使用同一个商标的各家产品的质量一致。

在出口商品商标的使用上的管理仍然要注意以下几个方面:

(1)集中宣传,集中使用,创立名牌。已获准在商品销地注册的商标,应积极通过各种媒

介和宣传方式大力宣传,使之成为销售地妇孺皆知的新产品,莫立创名牌的基础。

(2)提高质量,培养名牌,维护信誉。过去我国有许多出口商品以物美、优质、价廉在国际享有盛名,其商标家喻户晓而成为名牌。但不注意保持产品质量,而使费尽千辛万苦而树起的名牌毁于一旦。所以不但要创名牌而且要维护信誉。

(3)提高警惕,防止冒牌。外商假冒我国的商标不仅扰乱了市场,而且在很大程度上损害了我国的经济利益,破坏了我国商业的威信。如:我国的“蝴蝶”牌缝纫机,畅销于东南亚各国和香港地区,并在有些地区进行了商标注册,取得了商标专用权。但是,一些非法外商竟然假冒我国“蝴蝶”牌缝纫机,给我国经济上、信誉上造成很大的损失。对这种侵权行为,我国商标管理机关向该国法院提出控诉,使之得以制止,挽回了一定的损失。所以对侵权行为不可姑息养奸,应及时制止。

(4)长期使用,扩大影响,扩大名牌。经我方长期宣传而树立的商业形象,如果已造成一定的影响,应毫不松懈地继续使用,继续宣传,以求不断扩大影响,即使原来的名牌已有信誉下降之趋,也不应该轻易改换新牌,而应找缺点查漏洞以求力挽狂澜,重新立于不败之地。否则一旦起用新牌,一切从零开始,必将导致销路受到更大的影响。

第七章 涉外商标

第一节 我国商标在国外的注册

我国出口商品使用商标在国外注册的重要性:

现代国际市场竞争的一个重要特点就是商标在开拓市场和扩大商品销售中发挥着巨大作用。随着对外经济贸易的不断发展,我国商品源源不断地走向世界市场,我国商标也开始在世界驰名。以商标开拓市场的一个重要前提就是商标必须在商品销售地及时注册,以取得销售地的法律保护,从而维护我国出口商品的权益。如果注册不及时,被他人抢先注册或仿冒注册,就会阻止我国商品进入特定市场,他人也可据此对我方进行要挟,或索要佣金,或高价出售专用权,甚至控告我侵权,使我国商品处于不利的困境继而造成相当大的经济损失。这种事例已发生了不少。如已在英国打开销路的“火炬牌”打火机,被瑞士商人抢先在英国注了册,使我国“火炬牌”打火机被迫退出英国市场;上海的“芭蕾牌”珍珠霜在国际市场上很有声誉,但未及时在销售地注册,最后我国外贸部门为保护该商标的专用权,不得不花20多万美元从这些外商手中买回此商标的专用权。又如,上海钢笔厂的产品——“英雄牌”金笔,深受日本消费者的欢迎。日本商人见此情况抢先将此商标在日本注了册,从而要挟我外贸部门,在日本每销售一支金笔须付5%的佣金,致使我国“英雄牌”金笔无法进入日本市场,造成巨大经济损失。所以,出口商品的商标在国外及时注册意义重大。只有注册在先,才能占据销售国市场的有利地位,才能稳定地发展商标信誉,扩大商品销售。而一旦发生商标侵权事件,才能受到各国法律的保护。

一般注册与国际注册。

怎样到国外办理商标注册,从目前的我国情况来看,可以通过两条途径办理:一是马德里商标国际注册,二是逐一国家注册即一般注册。

一、一般注册

一般注册指的是我国企业通过代理人,到另一个国家或地区办理商标注册。一般来讲,我国企业可以到巴黎公约成员国或与我国签定有商标互惠协议的国家逐一注册。

申请一般注册应做好以下工作:

(一)了解注册国的商标法

只有熟悉有关国家的商标法,不与申请国的商标相抵触,才能顺利办理商标注册事宜。

具体应了解:

1. 什么样的人能作为申请人

一般有两种情况:一种是按国民待遇原则,即任何一个国家的国民都可以去申请;另一种是按对等原则,即申请人的国家允许对方申请商标注册,对方也允许申请人所在国的国民申请注册。

2. 了解注册国确定什么样的商标专用权原则

目前,各国确定商标专用权的原则有:①“使用在先”原则,即商标的最先使用人取得该商标的专用权。但目前采取这种原则的国家很少。②“注册在先”原则。按此原则,只有商标注册人享有商标专用权。如果一个商标使用人不及时办理注册手续,被别人抢先注册,即使是该商标的最先使用人也无法取得该商标的专用权。③“基本上实行注册在先”的原则,即若最先使用人在规定的期限内(如二年、三年或五年)没有提出指控,请求予以撤销的话,商标注册人才能享有商标专用权。目前,英国、美国、印度、加拿大、澳大利亚、新西兰、西班牙、奥地利、科威特、叙利亚以及巴基斯坦等国都采用此原则。④“注册与使用并用”原则,即在确认商标注册人取得专用权的同时,也允许最先使用该商标但却未注册的人继续使用。不过商标首先使用人不能任意扩大使用范围,因只能是自己使用该商标或者只能将商标连同企业一并转让,不能象商标注册人那样可以任意把该商标的使用权转让给别人。因此,在不同的国家申请注册商标,就必须了解该国在确定专用权时采用什么原则,才能受到法律保护。违反了该国的规定,其注册申请就毫无意义,商标专用权也得不到保护。

3. 了解注册国所规定的哪些东西不能注册为商标

一般规定有不能用一个国家的国旗、国徽、军旗、勋章以及与此类似的其它标志;不能用某些国际组织的旗帜、证章;不能用与“红十字”“红新月”相同或相类似的标志;不能用直接表示商品本身的通用名称;不能用违反公共道德和公共秩序的文字、图形作商标;不能与已注册的商标相同或类似;不能用带有不实夸大宣传或使用欺骗性的文字、图形;不能在商标中表现出商品的原料、功能、用途、数量、质量等;不能使用地名等等。

4. 了解申请商标注册的手续、所需文件

世界各国有关申请商标注册的手续的规定大体上相同。一般都要求注册人提供①申请书。申请书是申请人向注册国主管机构申请商标注册的主要文件。通常都有规定的格式。主要填写的内容是:申请注册的商标名称,使用该商标的商品名称和所属类别,申请人的名称、地址,申请人的法律地位(指的是申请的公司、企业是根据哪国法律组成的),商标申请使用日期。②商标图样和印版。商标图样一般指黑白图样,用颜色作为商标保护的则应提供彩色图样。③缴纳规定的申请注册费。④提供证件。各国商标法对外国人申请商标注册需要提供的证件有不同的规定。有的国家需要提供申请人所在国注册证件(复印件或照片即可),证明该商标已在申请人所在国注册;有的国家需要提供国籍证明,证明申请人的国籍。如果申请人是公司,应提供是由哪国法律组成的证明。有关证件需要公证或认证的,应办理公证认证手续。⑤优先权声明。因为《保护工业产权巴黎公约》规定了优先权。这一原则得到了联盟成员国的承认(我国于1985年3月19日正式成为《巴黎公约》的成员国)。所谓优先权原则,就是指巴黎同盟任何成员国的一个商标申请人第一次在甲国申请注册商标后,在

一定期限(6个月)内又向乙国提出商标注册申请,乙国必须将在甲国的申请日视为在乙国提出的申请日。这就是说,后来的申请比在这两项申请之间其他人提出的同样申请具有优先权的权利。另外,如果企业到非巴黎公约成员国申请商标注册,只要这些国家与我国订有国际注册互惠协议,并且协议中规定有优先权条款的,也可在申请时附加优先权声明。

5. 了解商标注册申请的审查和公告异议

外国商标主管机构对商标注册申请的审查包括形式审查和实质审查。①形式审查是指商标主管机关对申请所做的手续上的审查,即审查申请书的填写是否符合要求;是否附送的文件都已送到;是否缴纳了费用等等。若形式审查没有发现什么问题,即转入实质审查;若有问题,由主管机关通知申请人或其代理人在规定的时间内补齐手续。②实质审查是指商标主管机关审查所申请注册商标是否违反商标法中的禁用条款以及其它一些条款。所谓禁用条款是指商标法禁止注册某些商标的法律规定。禁用条款的有关规定视国家不同而有所不同。此外还要审查申请注册商标是否与已注册商标相同或相近。各国商标管理机构对申请注册商标经过审查后,如认为不符合规定的,便拒绝为其注册并发给申请人核驳通知书。若申请人对此不服,可按规定程序向商标主管机构或法院申请裁定。如果商标管理机构认为商标申请符合规定的,则将该项申请在官方的商标公告上予以公告。公告期各国不等,一般为1至3个月。在公告期内,任何人都可以对此商标依法向商标管理机构提出异议。如果公告期间无人提出异议或异议裁定不成立的,即可给予注册。对异议裁定不服的,可请商标评审机关或法院进行最后裁定。大多数国家的商标法都规定商标申请日期即为商标注册日期。

6. 了解注册商标的有效期限

商标注册的有效期限,各国规定不一,最长的为20年,最短的为5年。像美国、瑞士、意大利、西班牙、菲律宾等国规定有效期为20年;加拿大、伊拉克、捷克、叙利亚等国规定有效期为15年;法国、德国、日本、瑞典、奥地利、希腊、挪威、丹麦、比利时、卢森堡、荷兰等国家都规定为10年;英国、新西兰、澳大利亚等国规定有效期为7年。

商标有效期满了以后,商标权所有人可依法办理续展手续,继续使用商标。续展期限一般与注册的有效期限相等。对申请续展的次数,各国都不加限制,可以一直续展下去。所以商标注册人只要按时办理续展手续,缴纳规定的费用,就可以持续使用商标。

7. 了解注册商标的转让和使用许可

许多国家的商标法都有关于商标的转让的规定。但有的国家规定在转让商标的同时要全部或部分地转让企业,如美国就实行这种制度。当然,大部分国家还是允许只转让商标而不转让企业的。

转让商标权,双方必须签订合同,并按规定的程序办理注册手续方能生效。商标所有人通过订立使用许可合同,允许他人在按照一定的条件(如时间、地点的限制),付以一定报酬的前提下使用商标。大多数的国家要求将使用许可合同报商标管理机构备案。但像英国等一些国家则要求必须办理注册,这样许可人才有使用权并被称为注册使用人。

(二)对注册商标进行申请前查询

凡是欲在某国申请注册商标,最好在申请前查询了解一下自己的商标是否与他人已经

注册或申请在先的商标相同或类似,避免申请后不能获得注册。我国出口商标在销售国需要注册时一般可以委托这个国家的代理人或我国驻外国商务参赞处进行查询。查询的好处是:一旦发现自己的商标与他人已经注册过或已申请的商标冲突时,就不用再花钱去这个国家申请注册这一商标了。这样可以省下时间和金钱去设计新的商标。但是查询并不是一道必要的程序。如果你认为自己的商标具有独创性,不可能同别人注册商标冲突时,你就可以不必去办理查询。

(三)聘请代理人

许多国家商标法规定:在申请商标注册时,需要委托注册国的代理人代为办理注册事宜。有些国家规定某些机关或团体为法定代理机构,有些国家规定必须委托代理机构代为办理。因为商标注册有规定程序,如审定、公告、异议、答辩、复审、核准、核驳等,聘请代理人可以使规定程序顺利进行,不会因为注册申请人与注册国相隔遥远,联系不便而拖延时间,影响注册。同时,作为外国人不了解注册国的商标法规和注册手续。因此,需要代理人代其办理注册事宜。聘任代理人前应充分了解代理人的资信情况。国外有权代理商标注册的机构很多,其资信情况、代理水平、收取代理费的标准也很不一样。因此,我国企业应对多个代理人进行综合比较,从优选择。聘请代理人后,企业除可要求代理人代理商标注册外,还可要求代理人办理因商标注册而可能引起的各种法律事宜。若代理人不代理或代理不力,企业可变换代理人。

(四)了解到国外申请商标注册的机构

由于我国国内企业、事业单位对国外商标注册事宜不够熟悉,因此,为克服申请注册中的各种困难,往往需要通过专门机构代为办理注册事宜。企业可聘请国内机构或国外机构代理。

(1)目前能在国外办理商标注册的国内机构有:中国国际贸易促进委员会商标代理部、中国专利代理(香港)有限公司北京办事处、中国商标事务所、永新专利代理有限公司北京办事处等。这些机构的主要业务之一就是代为办理我国商标向国外申请注册。由于是专门机构,所以对各国的商标法规和注册手续比较熟悉。在申请人不具备直接委托注册国商标代理人的条件的情况下,委托这些机构代理较为稳妥、方便。

(2)通过我国驻外使馆商务处代为办理。如果我国企业要直接向国外或某地区申请商标注册,而在注册国未找到合适的代理人,可以请我国驻外使馆商务处代为办理,我商务处可通过当地代理人进行商标注册事宜。

(3)直接委托注册国商标代理人代为办理。我国企业如能在国外直接找到代理人,也可以委托外国商标代理人为其办理商标注册事宜。例如有的进出口公司就是直接和国外的商标代理人进行联系,由当地商标代理人直接为其办理注册商标事宜。这样做的好处是可以减少中间环节,从而省去周转时间和手续,可使商标注册迅速得到批准。但采用这个办法一定要聘请一位信誉好、办事能力强的商标代理人。

二、国际注册

实行一般注册,若商标所有人要想在不同的国家获得注册保护,就需要分别向每一个国

家都履行一次申请注册的手续。在分别向各国申请注册时还得以不同的文字、按各国的不同格式准备申请案。这种做法不利于商标所有人,也不利于国际贸易往来。因此,我国于1989年10月4日正式加入商标国际注册联盟。从那时起,就开始办理商标国际注册。这样申请人的商标就可按申请人的要求在一个、几个甚至所有联盟成员国国内受到保护。这是我国企业到国外注册商标的一条省时、省力、省钱的好通道。

(一) 商标国际注册的申请

1. 申请条件

申请人的商标必须是在我国已经注册过的或已经初步审定的商标,并且申请国际注册的内容必须与申请人在国内注册的内容完全一致。

2. 申请书的填写及注意事项

申请人应填写由商标局提供的商标国际注册申请书或与申请书内容相同的正式申请书一份。填写的内容有商标的原属国,申请人的名称、地址,商品的类别,商标的类型,指定保护的国家,要求保护的期限等项。

应注意:

①申请人名义必须与在我国注册或初步审定的商标注册人一致。

②商标中含有中文时,要注明其汉语拼音以及相应的法语音译。如果中文有一定的含义,还需将此译成法文。

③商标国际注册的有效期为20年,申请人可将此期限分两个10年注册,也可以按照20年注册。

当申请书填好以后,申请人将申请书及申请书中规定的商标图样5张和商标在国内注册复印件或初步审定公告复印件一份,直接递交国家工商行政管理局商标局。商标局根据申请书核算申请费用,并通知申请人限期缴纳费用。

(二) 商标国际注册的审查

商标国际注册的审查包括原属国主管机关的审查和国际局的审查。

1. 原属国主管机关的审查

商标局重点审查以下几方面:①申请人是否有权利申请;②申请表格填写是否正确;③申请人是否附送了有关材料;④申请人是否缴纳了有关费用。经商标局审查的,将自申请之日起20天内将申请寄往国际局;若审查不合格,商标局会寄发通知书,指出不合格处,并要求申请人按规定修改后再进行补办。若自通知书发出后30天内不补办的,商标局会将申请退还申请人。

2. 国际局审查

国际局的审查主要是形式审查。国际局认为手续齐备,商品类别及商品名称填写正确的即予以国际注册。认为手续不齐备的,将暂缓注册,并通知商标局。商标局在收到国际局通知后的20天内函告申请人备齐手续。申请人在收到商标局函后,应在国际局通知规定的期限内通过商标局向国际局补齐手续,逾期不补的,视为自动放弃申请。在这种情况下,国际局通知商标局向申请人退回已缴纳的有关费用,但商标局收取的手续费不退。若申请人填报的商品名称及所属类别不正确的,国际局向商标局提出修改建议,商标局在这个问题上

应按国际局的意见办理。商标局在收到意见之日的 20 天内函告申请人。申请人在收到商标局函之后,应在国际局规定的期限内通过商标局向国际局补缴应缴的附加注册费。

(三) 驳回保护

所谓驳回保护是指国际注册申请中指定保护的国家依其本国法律对申请保护的商标的驳回。因为国际注册的审查以形式审查为主,因此难免有些商标违反被指定保护国的法律条款。在现实中以违反禁用条款的居多。被指定保护国国家主管机关要想驳回某商标国际注册申请,需向国际局声明,且声明驳回的时限最多为一年,即从指定该国保护之日起到主管机关声明驳回之时,相隔的时间不得超过一年。若超过一年,被指定保护国的主管机关不得行使驳回权利。

国家主管机关在驳回声明中应说明驳回理由。国际局收到驳回声明后,应及时将声明的抄件各一份转给原属国主管机关及商标所有人。若商标所有人对此不服,可以按驳回国家的法定程序进行申请。

(四) 国际注册的变更、转让及续展

国际注册的变更包括撤销、删减其商品或服务,变更所有人名义和地址,以及申请领土延伸。所谓申请领土延伸是指商标国际注册后,商标所有人若想在以前没有申请予以保护的国内受到保护,就可申请领土延伸。

转让所要注意的就是如果国际注册的商标转让给一个无权申请商标国际注册的人,不能在国际注册簿登记该转让,并且转让人所在国家主管机关有权要求国际局在国际注册簿上撤销该商标注册。

经国际局注册的商标,其有效期为 20 年,期满后可以请求续展,续展期也为 20 年。续展期的期限自上一次期限届满时起算。有效期届满前 6 个月,国际局应发送通知,提醒商标所有人或其代理人注意届满日期。对国际注册的续展,可给予 6 个月的宽展期,但要按细则的规定交纳罚款。如果在宽展期内仍未提出续展注册的申请。那么,宽展期一过,该注册就被注销。商标所有人自公告注销之日起丧失其商标权。

(五) 进行国际注册的优点

① 联盟成员国商标局直接向世界知识产权组织国际局办理商标国际注册事宜,不需要委托国内外的代理组织代为申请;

② 填写一份申请书可以取得在一个或多个商品类别和在一个或多个成员国的商标注册;

③ 使用统一的工作语言——法语,不需要将申请书再译成有关指定保护国的语言;

④ 缴纳以瑞士法郎计算的统一的费用,不需要到成员国内每个指定保护的国家分别缴纳费用。国际注册费用数额低于分别到每个国家注册的费用。

⑤ 商标国际注册可以在申请之日起的一年内完成。

进行国际注册的缺点是:

① 参加商标国际注册联盟的国家还不多,一些经济大国,如美、日等都未参加;

② 因为必须在国内先注册后才能申请国际注册。这样费时费力,对某些不愿在本国注册而愿直接向外国申请注册的人来说,无疑是一种负担;

③商标的国际注册只有在5年之后,才具有独立性。即商标所有人从获准国际注册之日起的5年以内,如该商标在其所属国已全部或部分不再享有法律保护时,该商标在国际注册中所得到的法律保护,也会全部或部分不再享有。当商标被所有人自动注销或被政府依据职权而撤销时,其所属国的注册当局可要求国际局撤销该商标的国际注册。国际局不应驳回。只有在5年期限满了之后,国际注册才与原所属国的注册没有关系,即使在原属国失去保护,也不影响该商标国际注册所产生的权利。

第二节 几个主要西方国家对商标权的保护

我国商标到国外申请注册,最重要的是在西方工业化国家,下面分别就英国、美国、法国、德国、日本几个主要西方国家谈谈其商标法的具体规定。

一、英国

英国商标法中的申请原则为“基本注册在先原则”,也即混合原则。规定在商标注册后七年内,其他任何人都可以自己商标使用在先为由提出指控,要求撤销该注册商标,若7年内无人指控或指控不成立,则商标注册人始享有无可争议的商标权。

英国商标注册分A部和B部,由申请人依据商标情况申请并经注册局核定分别在A部或B部注册。A部对注册商标要求较严,要求商标必须具有显著性,社会公众能够完全将它与别人的商标相区别而不致发生混淆。A部商标注册后经过7年即可绝对生效,他人不得以使用在先或其缺乏显著特征以及过去没有使用等为由要求予以撤销。且在A部注册的商标,只要其他未注册商标与之相同或近似,则不论其是否使用在相同或类似的商品上,均作为侵权论处。A部商标专用权被扩大到注册商标的商品以外,他人如在广告、传单中使用其商标作为商品名称,均被视为侵权行为。B部商标则要求较松,商标不要求已经具有显著性,只要日后有可能在使用中具备为公众所识别的显著特征就可以注册。例如,作为酒商标的“Ch in Ch in”被拒绝在A部注册,因为“Ch in Ch in”是喝酒时的一个招呼,但是,该商标被B部所接受。相应的,B部商标在享有权利上不如A部。B部商标不能享有经过7年绝对生效的权利,注册只起到预防他人仿冒的作用,他人若使用了与B部商标相同或近似的商标,但并不在相同或类似的商品上,或能证明其实际使用方式不致引起公众混淆的,都不能算做侵权行为。

B部注册商标的权利虽不如A部,但掌握一般较宽,容易获准注册。因此,为了出口商标在国外注册的需要,往往申请B部注册更为合适,而且,在B部注册的商标在树立了信誉之后,也可以申请改为A部。

英国商标保护期限为7年,届满续展为14年,申请续展的次数不限。

二、美国

美国商标法中的申请原则亦为混合原则,注册后其他人仍可以使用在先为由提出指控,

指控的期限为 5 年。

美国商标注册也采取两部制,分为主册和副册。凡为所有人正当使用,可以识别本人商品而不违反国家法令,又不与他人已经注册使用的商标相同或相似的,准予注册列入主册。服务商标、保证商标、集体商标必须列入主册。如果申请前已在合众国国际商业中使用了 1 年的商标,或在外销中使用虽不到 1 年,但因有向国外申请注册的需要而希望国内早日核准注册的商标申请可以列入副册。主册与副册的区别与英国 A 部与 B 部之间的区别相似,在主册注册需要有显著特征,对于副册来讲,商标只要能区分产品就足够了。只有在主册中的注册商标在注册 5 年后才具有无可争议性,并在法律诉讼中占有特定优势。

美国商标法规定,凡未经商标注册人同意而发生下列行为的,均被视为侵权行为:

1. 在其商品或商品经营上(如销售、经销、批发、广告等)复制、伪造、抄袭、仿冒一项已注册的商标,可能引起混淆、讹误或欺骗的;

2. 复制、伪造、抄袭或仿冒已注册的商标,并在其商品或商业经营上使用复制、伪造、抄袭或仿冒的商标于其标鉴、符号、印刷、包装、包皮容器或广告上,可能引起混淆、讹误或欺骗的。

对侵权行为的处理,一是对受害人赔偿利润和损失,并承担全部诉讼费用,二是禁止其商品销售。

美国商标注册有效期为 20 年,续展每次有效期也是 20 年。

三、法国

法国商标申请采用“注册在先”的原则,商标所有权属于第一申请人,自核准之日起,即获商标权。使用在先者未经注册,其商标权不受法律保护。商标注册实行“一部制”。

法国规定:一切用以识别任何企业的产品、物品或服务标记,如姓氏、别名、地名、标鉴、包封、标徽、烙印、印花、戳记、插画、边纹、涤带、图画、浮雕、字母、数字、铭文等,都可作为工业、商业或服务业的商标。

法国的商标审查较松,除审查商标是否影响公共道德,是否与本国和外国的国旗相同之外,其他一概不审查,所以比较容易通过。但由此发生的纠纷也很多,发生了商标纠纷,统归高等法院审理。

法国商标的注册有效期为 10 年,续展有效期仍为 10 年,可以连续申请续展。

四、德国

德国商标申请也采用“注册在先”原则,商标注册也没有两个部的区别。

对侵权行为的制裁方法有:立即制止侵权、责令赔偿、罚款和监禁等。

商标注册有效期为 10 年,每次续展有效期也为 10 年。

五、日本

日本商标申请也是奉行“注册在先”原则。对侵权行为的处罚,有以下几种:

1. 对侵权者施以不超过 50 万日元的罚款或不超过 5 年的徒刑;

2. 对有欺诈行为者,施以不超过 20 万日元的罚款或不超过 3 年的徒刑;
3. 对伪造证明者,施以 3 个月至 10 年以内的徒刑,事前坦白者,可减刑或免刑。

此外,商标所有人还可要求侵权者赔偿损失。日本商标权有效期和续展有效期均为 10 年。

第三节 外国企业在中国的商标注册

近年来,大量的外商来我国投资,外国企业到我国申请商标注册的也越来越多,获准注册的外国商标已达 5 万件左右。其中以美国的商标最多。

按我国商标法规定,外国人或外国企业在中国申请商标注册的,应当按其所属国和中华人民共和国签定的协议或者共同参加的国际条约办理,或者按对等原则办理。同时规定,外国人或者外国企业在中国申请商标注册和办理其他商标事宜的,应当委托国家指定的组织代理。

一、按所属国和我国签定的协议或共同参加的国际条约办理商标注册

申请人所属国与我国已有协议的,自然按双方所签定的协议办理。申请人所属国与我国共同参加了国际条约的,则按该条约的要求办理。目前与我国订有商标协议的国家有英国、瑞士、瑞典、捷克、斯洛伐克、匈牙利、德国、挪威、丹麦、芬兰、加拿大、意大利、比利时、荷兰、卢森堡、澳大利亚、新西兰、法国、伊朗、希腊、奥地利、泰国、西班牙、阿根廷、日本、波兰、罗马尼亚、美国、巴基斯坦、列支敦士登、新加坡、爱尔兰、巴西、巴拿马等三十多个国家,另外我国又加入了世界知识产权组织、保护工业产权巴黎公约和商标国际注册马德里协定等国际商标组织。

按照巴黎公约规定的在同盟成员国之间应相互实行国民待遇的原则,即任何成员国的国民,在其他成员国内享有各种该国法律现在或今后给予该国国民的各种便利。具体到商标,成员国中外国企业或外国人都可到我国按平等原则办理商标注册,同我国国民一样对待,不受歧视。核准后,也同我国国民一样受我国商标法的保护。

按商标国际注册马德里协定,缔约国的任何申请人在其所属国办理了某一商标注册后,对该商标就可以向世界知识产权组织的国际局申请国际注册。在申请中若要求在我国注册,我国即成为其商标保护国之一。国际局收到申请经审查合格后予以公告,并通知申请人要求给予保护的各缔约国。被要求保护的缔约国在接到国际局的通知后,有权在 1 年内对是否给予保护作出决定。如果在 1 年的期限内不向国际局提出驳回该商标注册的声明,即视为该商标已在该国核准注册。

二、按对等原则办理商标注册

所谓对等原则就是双方按同样的条件办理对方的商标注册,也就是说,你允许我去注册,我也允许你来注册,你不要求签定协议,我也不要求签订协议,你不要求提交本国注册证

件,我也不要求提交本国注册证件。这一原则是世界上绝大多数国家和地区在受理外国商标注册时所采用的。我国于 1978 年开始采用这一原则,这一改革不仅适应世界上多数国家关于涉外商标的规定,而且有利于我国涉外商标的注册。

三、外国商标申请注册的委托代理

对外国人或外国企业申请商标注册或办理其他有关商标事宜,我国规定由国家指定的组织代理,被指定的组织即为委托代理人。因为办理商标注册和注册后的申请变更,申请转让、申请续展或者提出商标异议、争议以及要求保护被侵犯的商标专用权等这些事务都需与在国外的商标所有人联系。有些因为联系不便而耽误了时间,导致了商标权受到损害。为了避免类似情况的发生,应由在国内居住的人代为办理有关商标事宜。因此我国商标法实施细则规定,外国人或者外国企业在中国申请商标注册或者办理其他商标事宜,应当委托中国工商行政管理局指定的商标代理组织代理。目前,我国能够代理外国商标在国内申请注册和其它商标事宜的机构有:中国国际贸易促进委员会商标代理部、中国专利代理(香港)有限公司、中国商标事务所、永新专利商标代理有限公司、上海专利事务所。委托代理人在代理权限内进行活动,对被代理人直接发生法律效力。

四、外国商标在国内申请注册的手续

外国人或外国企业申请商标注册的具体手续通过商标代理机构代理,并按规定填报商标注册申请书、委托书、国籍证明书、商标图样、缴纳商标注册申请费和注册费等。一般地,代理人委托书和有关证明的公证、认证手续,按照对等原则办理。商标代理机构将有关证件译成中文后,送国家工商行政管理局商标局统一审查,经审查合格后即予以批准注册。

第八章 公司的商标战略

在当前激烈的市场竞争中,商标的作用越来越大。它已成为企业参与市场竞争的一种重要手段,在营销过程中起着极为重要的作用。因为商标包含并体现专有技术、商品质量、品牌信誉、社会影响及企业管理水平等诸多因素。驰名商标能吸引广大消费者认牌购物,能给企业带来丰富利润。因此拥有驰名商标的企业就如同拥有了一笔巨大的财富。例如,据美国《广告周刊》估计:“万宝路”(Malboro)这块世人皆知的香烟牌子至少能卖 300 亿美元。美国最大的烟草商菲利普·摩里斯公司的商标出价为 129 亿美元,竟 4 倍于该公司的有形资产。其实,驰名商标这种特殊的财富,往往比企业的有形资产更为宝贵,甚至可以说是企业的无价之宝。曾经就有人假设过,即使全世界所有的可口可乐公司都被大火烧成一片废墟,但只要“可口可乐”的商标仍在,就会赢得无数家银行的贷款。因为“可口可乐”商标会带来滚滚财源,可口可乐公司一定能重振旗鼓。

在我国,随着市场竞争机制的不断完善,越来越多的企业家已认识到:谁拥有驰名商标,谁开拓、占领市场的能力就强。因此,每一家企业都希望自己的商标能拥有知名度。那么,如何才能让自己的商标驰名呢?从根本上讲,需狠抓商品的质量和产品的售后服务质量。但现代市场竞争中的无情事实表明:再好的商品,如果没有正确的商标策略,在市场上也可能无立足之地,其商标长期处于默默无闻的状态,更谈不上“驰名”。反之,在商品质量相同的情况下,正确的商标策略能使滞销品变为畅销品,能使濒临倒闭的企业起死回生。所以,企业若用商标战略去发展生产,开拓市场,就会树立全新的企业形象,提高产品的竞争力。

第一节 商标使用的策略

一、重视使用商标

有些企业在生产一些产品(特别是专利产品)时不使用商标,这是很不妥的,虽然法律没有规定在商品上必须使用商标(卷烟、药品除外),但是凡是适合使用商标作为区别商品来源标记的商品,都应尽量使用商标。因为商标的主要作用是区别不同生产者或经营者所生产经营的商品。它是企业与消费者之间的桥梁,是购销活动的纽带。企业使用商标,对消费者和企业自身都是有利的。因为消费者使用商品,关心的是商品的价格与质量,而企业家费尽心机的是如何使本企业的产品引起消费者的注意,使其产生购买欲望,这二者都可集中到商品的商标上来。即消费者通过商标认定选购目标,而生产者通过商标来推销商品。所以,企

业应重视使用商标,而且应当让它成为区别商品来源和特点的最显著的标志。现在有些企业虽然注册了商标,但对商标是发展生产、打开和占领市场的重要意义却认识不足。有些商标在使用时把它搞得很小,放在商品上不起眼、不显著的位置,却把商品名称、装潢放在特别显著的位置。结果商标引不起人们的注意,在市场销售中,消费者只认商品名称和装潢,却不注意商标,因此不利于商品,也容易被不法分子钻空。这种情况在酒、中成药等商品上尤为突出。比如,在相当长的一段时间,我国一些著名白酒,就不注意商标使用,把品名和装潢弄得面积很大,很显著,而商标只用一个小纸圈贴在酒瓶脖子的一个小部位,很不引人注目。如“金轮”牌茅台酒、“交杯”牌五粮液、“古井亭”牌汾酒、“郎泉”牌郎酒等酒的商标就很不显著,许多消费者喝了这些酒还不知道这些酒的商标。因此在销售中,受法律保护的商标没有起作用,而起作用的是不受法律保护的装潢。由于消费者在购买中认装潢购物,因此一些企业和个人仿冒、伪冒这些酒的装潢。如“××茅台,××牌子”写的很小,茅台两个字写的很大,而且包装和茅台酒的包装几乎一样,消费者不细看,往往认为是贵州茅台酒。以至我国不得不对酒类商标采用特殊规定以制止“侵权”。

二、灵活使用商标

商标的使用总体上有两种情况,一个是用自己创立的商标,另一种是使用他人的驰名商标,带动自己的商标成名。对于自己创立的商标,企业可根据具体情况,采取不同策略,或是所有出产商品使用同一商标,或是每种商品使用不同的商标,也可以几种商标同时使用。

1. 所有商品用同一商标

那些拥有高知名度商标的企业若想让新产品迅速被广大消费者接受,可使用这一策略,如:香港名牌“金利来”原来只是领带上的商标,但当该商标成名后,金利来(远东)有限公司又将其用于腰带、皮包、袜子、皮鞋等商品上,从而使这些商品借助名牌的信誉迅速打开局面,占领市场。这种策略也可被资金有限的中小企业所用。因为这样做的话,企业可集中有限的资金开拓市场,尽快提高其知名度,进而创造出名牌。如上海霞飞日用化工厂在其各类化妆品上都使用“霞飞”牌,做各类化妆品广告都突出“霞飞”商标,最终创出了名牌,成为中国十大驰名商标。还有的企业出产的商品花色品种不多,也适宜使用同一商标。这类情况在食品罐头、糖果、饼干等商品上经常见到。

采用这一策略所应注意的是:必须使所有品种的商品都保证质量,保持信誉。因为一旦一样商品出了问题,就会影响到其他商品。

2. 一种商品使用一个商标

这种策略减少了各种不同商品间的信誉关联,不会出现“一损俱损,一荣俱荣”的局面。宜用于商品品种比较多而质量又参差不齐或各种商品的生产技术条件有较大差别的情况。如上海牙膏厂生产的牙膏分别按高中低三种档次和不同香型分为:高档“美加净”和“宫灯”牌,中档“中华”、“白玉”、“留兰香”、“固齿灵”、“黑白”牌,低档“玉叶”牌等。但这种策略因商标品种多,难以集中力量进行宣传,有时也影响了商标的知名度。

3. 设一个总商标,在不同商品上除使用总商标外,再使用各自不同的商标

因为使用一个商标的策略存在“一块臭肉坏了满锅汤”的风险,而不同产品不同商标的

策略又存在难以集中力量创立驰名商标的弊端。所以这种将这二者结合起来取长补短的策略应运而生。如美国雷诺兹·纳贝斯克公司在 100 来个国家注册商标达一万多件。他们的做法就是将企业(公司)标志作为“总商标”,用于企业的所有商品,用来表示商品出处,长期使用,还有一种叫“个别商品商标”,使用在一种商品上,这样一来,一个商品上就有了二个甚至是三个商标,这样做,可以使各种商品借助总商标的信誉进入市场,又不致因某一商品的“砸牌”而葬送总商标。

另外一种商标的使用就是借用他人的商标。按《商标法》规定,企业可通过签定使用许可合同,使用其他企业的注册商标。这对许可人和被许可人都是有利可图的。因为名牌商品是为消费者所青睐的,市场需求量一般较大,使用许可可扩大生产厂家,丰富商品,满足了消费者的需要。当然也扩大了名牌影响。对被许可人来说,可借助他人商标的信誉,逐步树立起自己的形象。同时按《商标法》规定,商标使用人需保证商品质量,所以,许可人为保证其商标的声誉,必须给被许可人提供先进的技术、管理经验等,因此,获得使用许可的企业能迅速发展起来。

但是,借用他人商标的目的,不仅仅是为了使用而使用,而应处理好吸取他人之长与保持自己优势的关系,最终摆脱他人商标的影响,而创立自己的名牌。所以,最好的策略是在使用他人商标的同时,力争也使用自己的商标,或者将他人的商标与自己的商标结合在一起构成一件复合商标使用。如“琴岛——利勃海尔”,“远东——阿里斯顿”等。一旦自己的商标有了一定知名度,就可以只使用自己的商标了,如“中意——阿里斯顿”商标改为“中意”商标。但应注意,使用他人商标,不仅要交高额费用,而且还有时间限制。如“江西五十铃”在使用日本“五十铃”商标期满以后,日本不让用了,不得不将商标改为“江陵”。此外上海“施乐”复印机、湛江“佳能”复印机都有类似问题。因此,要避免依赖他人商标而不积极争取创自己的名牌的行为。

三、稳定使用

商标使用要固定,不要经常变换,更不能倒了一个牌子后再换一个。如果任意更换商标会使企业长期培养商标信誉所付出的劳动付之东流,更不利于创出名牌。所以,商标的使用必须稳定,应让消费者在市场上时时可以看到带有这种商标的产品。“一回生、二回熟”,消费者一次次地加深对这种商标的印象,若这种商品消费者用的满意的话,就会成为“回头客”,指牌要物。

另外,注意商标一旦为消费者认识后,就不要有所改动。若商标的文字、图形,包括所使用的颜色有了改变,消费者就不敢轻易相信。因此,商标在设计时或选择时,一定要精心认定。用了以后,就坚持不变,那样时间越久,影响就越深。

第二节 商标设计

设计一个好商标是企业商标战略的重要一环。因为一个好的商标能美化商品,能引起

人们的注视,能给消费者留下美好的印象。所以要想成为驰名商标,设计好商标是第一步。事实上,有很多企业对此是非常重视的。有的登广告征集商标,从成千上万件设计方案中选择一件作为自己的商标,还有的出动大批人马,花费大笔资金去设计一个商标。如美国一石油公司聘请了包括心理学、社会学、经济学、史学、美学等方面的专家,花了六年时间,研究了50多个国家的风土人情,花了140万美元才设计出一个“艾克森”商标。

那么,如何搞好商标设计呢?应注意以下几个方面:

一、合法性

所谓合法性是指商标的设计必须符合国家法律的规定。主要是指不能违反《商标法》第七条的规定和第八条的规定。这就要求商标要有显著性且不能使用《商标法》所禁用的文字和图形。

二、独创性

所谓独创性是指所设计的商标不得与他人在同一种或者类似商品上已注册的商标相同或相近。有的企业花费大量时间与金钱设计出的商标,在申请注册时被驳回,就是由于与他人的商标相同或类似。如天津市东郊区音响设备厂申请注册“银豹”商标被驳回一案,就是由于该商标与美国皮维电子公司已注册的第239582号“PEAVEY”商标的整体形象十分相似,又均用于音响设备这一类商品上,因此商标局对该商标不予核准注册。所以,为避免类似情况的发生,企业应在商标设计过程中注意查询,看自己设计的商标是否与他人注册商标相同或类似。

三、新颖性

一般来说,商标设计要新颖,要有自己独特的风格。目前,我国在商标设计上多用当地名胜或动植物作为商标。如杭州市用西湖美景当做商标的多达58个,其中取名为“西湖”牌、用三潭印月图案的有30多个。又如,有一种收音机使用“熊猫”牌,图案为一熊猫怀抱竹子。这一商标同样出现在电视机、衣服、文具用品、保健用品等许多产品上。这样用的过多过滥的商标,往往难以成为驰名商标。

因此,企业应根据自己的需要和爱好,以及商品的特点,创造新颖独特的商标。

四、易读、易记,有寓意,能产生联想

商标的名称应是朗朗上口的,如娃哈哈儿童营养食品厂的“娃哈哈”商标就是很独具匠心的。“哈哈”是人们欢乐喜悦的口语表达方式,说起来响亮,也容易被人们接受,易在消费者中传播,从而产生知名度。商标的名称也应简练,便于记忆。

另外,商标有广告信息的载体作用,应该尽量利用商标巧妙地向消费者传递信息。直接叙述本商品的性质特点是《商标法》所禁止的。但巧妙的寓意于商标之中,则是好商标了。如某服装厂在服装上申请注册“华丽”牌商标,这样不但没有直接表达商品质量和性质,而且还给人一种商品优质的暗示。此外,还有“蜜蜂”牌、“密封”垫圈、“第二春”牌化妆品、“百灵”

牌乐器等,都是有着较深寓意的好商标。

好的商标能让人产生美好的联想。如沙市日化厂的“活力 28”商标。“活力”给人无限的遐想和无穷的力量。“28”是一个吉祥的数字,易发易发,好事逢双,象征着幸福如意,吉祥美好。所以,该商标就特别容易被广大消费者接受。

此外,还要注意商标的读音,有些商标的读音容易使人产生误解,比如浙江省温州制药厂在药品上使用该厂的简称“温药”作为商标,而“温药”的读音和“瘟药”的读音相同。因此,使用这种商标就不会在消费者中产生好的效果。显然,谁也不愿拿钱去买“瘟药”。

五、突出主题,合理布局

由于商标的作用主要是识别商品,因此商标的设计,要注意其合理布局,要突出主题。有的商标设计构图过于庞杂,画面太乱,事物众多,有的在方寸之间有山有水有楼阁,给人拥挤混乱的感觉。这种商标给人的印象是淡薄的。当然,过于简单的图形作为商标,如一个点、一条线、一个圈等,这就显示不出商标的特点,也不会给人以深刻的印象。

六、符合消费者心理

由文字、图形或它们的组合组成的商标,对消费者心理上的影响,对他们选择哪种商品往往有一定的关系,有的甚至起决定性的影响。因此,许多企业在设计商标时很重视这个问题,根据商品的特点、销售的对象等各种因素进行研究,然后选择适合的商标。但是,有的企业对这方面的问题还重视不够。如对女鞋选用“大象”牌商标,这自然不符合妇女的心理要求。一般来说,妇女们讲求美观、纤细,并不希望自己的脚笨得像大象。“大象”牌无疑让人产生不愉快的感觉。因此,可以想象得到,以这种商标命名的鞋,销路不会很好。当然,消费者购买物品时的心理是各种各样的,因他们的文化教育、家庭经济情况、喜欢爱好都不同,自然在选择时就各有所求。所以,要根据他们购买物品时的心理状态进行不同的分析。通常情况是,青年人注重式样,喜欢新潮,中年人注重实际,老年人喜欢朴实大方。商标设计要符合这种需求,不要在老年人衣服上用“玫瑰”之类的商标,也不要青年人在衣服上用“松鹤”之类的商标,

七、注意政治、宗教、民族习惯等

设计商标要注意政治、宗教、民族习惯等,否则,会引起不良后果。如以我国版图为商标,如果漏掉了台湾省,就会造成极大的难以弥补的政治错误。

在商标设计上,必须注意各国在商标注册中的忌讳。不要把该国家禁忌的东西做为商标,以免商品行销国际市场上遇到麻烦。各国禁忌情况有:

- (1) 瑞典的国旗是蓝色,所以他们禁用蓝色作商标。
- (2) 阿拉伯国家禁忌黄色。
- (3) 法国人认为黑桃是死人的象征,桃花也是不祥之物。因此禁用这些作商标。
- (4) 意大利把菊花当成国花,所以忌用菊花作为商品的商标。
- (5) 日本忌用菊花作为商标图案。把菊花视为皇家的象征,所以也不能用它作商标。

- (6) 拉丁美洲把菊花视为妖花,所以也不能在商标上画菊花。
 - (7) 澳大利亚忌用兔作商标,因为该国盛产羊毛,重视牧草的繁殖,害怕兔子会吃掉草地。如果把我国“大白兔”奶糖商标去注册,就难以获准。
 - (8) 印度及阿拉伯国家禁用猪的图形作商标。我国著名的“野猪”牌蚊香不能在那儿注册。
 - (9) 英国人忌讳用人像作为商品的装潢。
 - (10) 北非一些国家忌讳用狗作为商品的商标。
 - (11) 国际上都把三角形作为警告标记,不能作商标。
 - (12) 土耳其认为绿三角表示为“免费样品”,在那里不能作为商标图案。
 - (13) 捷克人认为红三角是有毒的标记,上海名牌毛巾“三角”牌不能在那儿注册。
 - (14) 玫瑰花是保加利亚的国花,许多国家的人民把这种花作为赠送亲友的礼物,但在印度和欧洲一些国家则把它作为悼念品,不能注册。
 - (15) 熊猫在非洲一些国家是禁忌的,不能作商标。
 - (16) 在信奉伊斯兰教的国家和地区,不能使用以色列国旗的六角形标志和商标,他们对此种标志的商品一律禁止进口。
 - (17) 英国人把山羊喻为“不正经的男子”,我国出口的“山羊”牌闹钟就不会为英国人所喜欢。在英国雄鸡、金鸡意味着下流的意思,我国的“金鸡”牌鞋油也无法打开英国市场。还有大象意味着包袱、累赘,因此,“白象牌”电池也无法出口到英国。
- 诸如此类的禁忌有很多很多。因此,目前国外商标设计的趋势是倾向于无含义的文字组成的商标,即把几个字母拼凑在一起,形成没有任何含义的字,或构成图形,这样既避免重复又不犯禁忌。

第三节 及时取得商标权

在使用商标过程中最好让商标经过注册,取得商标权,受到法律保护。法律之所以允许使用未注册商标,并不是鼓励使用未注册商标而是考虑到商标注册需要经过一定程序和花费一定的时间。有时商标注册尚未核准,市场就已发生变化,生产的商品就需换代甚至转产,原来申请注册的商标可能就不适用了。目前在一些私营企业、乡镇企业,多是生产紧俏小商品,由于其生产尚不稳定,产品未定型,他们往往采用不注册商标的战略。这也是可行的。但是,对于大多数企业来讲,使用注册商标要比使用不注册商标好得多。首先,未注册商标不受法律保护,被他人仿冒也无法追究。如《少年文艺》商标侵权案就是个很好的例子。上海市少年儿童出版社出版的《少年文艺》创刊于1953年,由宋庆龄同志书写刊名、题词和撰写发刊词,是一本影响很大的杂志。但由于未办理商标注册,取得刊物名称的专用权,而长期被他人仿冒,江西少年儿童出版社出版同名的杂志,从而在我国图书界出现了两种版本的《少年文艺》并存的局面。其次,一个企业往往不具备全国注册商标的资料,因此使用未注册商标就有可能同他人的注册商标相同或相似,从而侵犯了他人的商标权。另外,注册商标

比未注册商标更易创名牌,因为商标经注册后,可在商标上加注“注册商标”的标记,这就给广大消费者在心理上带来一种稳定和可靠的感觉。

企业若决定使用注册商标,就应该进行及时申请,抢先注册。因为一旦被他人注册该商标的话,自己就失去了该商标的使用权,而自己进行的广告宣传也成为为他人做嫁衣。如北京市北冰洋食品公司于1985年7月生产一种新型保健饮料“维尔康”。为了宣传“维尔康”饮料,北冰洋食品公司花了300万元的广告宣传费,不仅使“维尔康”成为第十一届亚运会指定产品,而且还吸引了外商投资。但是,北冰洋食品公司对“维尔康”一直没有办理商标注册申请。而山西阳泉饮料厂,虽然是个小厂,却于1987年向国家工商行政管理局申请注册了“维尔康”饮料商标。而北冰洋食品公司则失去了该商标的使用权。再比如:一家进出口公司经营“Double Happiness”(双喜)在国外有较高的声誉,虽然长期使用却未申请注册。国内另一家企业将与此相近的“喜喜”商标申请注册,使进出口公司失去了原有商标的权利,该进出口公司只得以“DH”代替“Double Happiness”商标,但外商对此却摇头不认。

由于我国和许多国家法律都规定,商标注册实行申请在先原则,即对于两个或两个以上的申请人申请注册相同商标,最先申请者取得商标专用权。因此,企业应及时提出申请,最好在产品的设计阶段,甚至在建厂的同时就着手考虑申请商标注册。倘若等产品进入市场,再去申请注册,就会产生许多麻烦。因为从申请到核准这一年左右里,无法追究他人在相同商品上使用同一商标,如果他人的商品质量低劣,则败坏了该商标的信誉。等取得商标权后再来挽回影响已经很难了。因此不能等到商品进入市场,商标被人仿冒后才想起申请商标注册。还有的企业在生产已初具规模后去申请商标注册时,才发现自己申请注册的商标已是他人注册商标,从而不得不更换商标,已有的生产图纸、资料、说明书等均需做相应的修改,甚至报废造成巨大损失。如前文提到过的某鞋厂使用未注册商标——“乘风”牌,因与另一家鞋厂所使用的商标相类似,而不得不将价值数万元的模具和50多万支包装纸盒上交。

总之,对于企业来讲,最好做到商品未流通,商标注册要先行。

第四节 广告宣传

商标与广告的关系极为密切,广告要以商标为中心,商标也要靠广告宣传和推广,两者相辅相承,互相依赖,成为企业决策战略中两个重要方面。如果能很好地运用商标和广告,就能使商品在消费者心中扎根,使企业生产获得飞速发展。

广告对于商标具有十分重要的作用,企业在做广告时也应应以商标为中心。有的广告词或电视画面海阔天空地介绍商品,介绍企业,始终避而不谈商标。这种广告不能帮助消费者认牌购物,不能提高商标知名度。只有用商标作为广告的中心才能使产品更好地取得消费者的信任,使商标深入人心,扩大消费者的购买欲。所以,在广告宣传中应突出商标,这样做的好处是:

- (1)扩大商标知名度,有利于开拓市场,推销商品;
- (2)有利于提高商标的地位,强化商标的使用;

(3) 商标上了广告后可以被视为商标的使用,避免商标专用权因不使用而丧失效力;

(4) 在广告中使用商标,可作为使用证据,对抗他人的在先申请(本条适用于英美等国)。

所以说,把商标用于广告宣传,可以起到很好的作用。

另外,企业也应重视广告宣传。正确运用广告宣传是创名牌、保持并提高商标知名度、增强商标竞争力的重要手段。当前,我国有些企业对广告宣传认识不够,有的认为只要企业产品质量好,搞不搞广告宣传无关紧要,有的认为自己的产品特畅销,不需要再浪费钱财去搞广告宣传。其实,这种想法是十分幼稚的。日本一些大企业广告宣传费占销售额的20%—40%,欧、美一些大企业竟高达50%。这些企业并不是因为产品质量不好,商品在世界上不畅销才做广告宣传的;他们之所以这样做,是知道“龟兔赛跑”的道理,知道在激烈的市场竞争中,如果自己停滞不前,就有被他人用新产品占领市场的危险。如1984年第二十三届奥运会前夕,美国洛杉矶爆发了“富士”、“柯达”胶卷大战。当时美国柯达公司是生产胶卷大王,按常规指定胶卷非它莫属。但“柯达”舍不得为奥运会赞助400万美元,奥运会组委会只得另寻施主。为此,日本“富士”乘虚而入。该公司提供赞助700万美元,奥运会场到处是“富士”广告,从而使“富士”在全世界名声大振。“柯达”公司此时方才醒悟,为亡羊补牢忙拿出1000万美元大做广告,并免费赠送美国800名运动员“柯达”照相机。1992年的巴塞罗那奥运会也不例外,从一开始就得到许多企业的大力支持,“柯达”、“索尼”、“IBM”、“可口可乐”等等都不失时机地纷纷解囊做广告,以推销自己的商品,占领国际市场。

第五节 让驰名商标永远驰名

俗话说:“打江山难,守江山更难”。不错,创立一个驰名商标是一件艰苦的事,但是保住名牌则更加不易。因为一方面人们对名牌的要求高,另一方面名牌受到的攻击与挑战也最多。因此,企业若想要让自己的驰名商标永远驰名的话,除了要保持自己商品的高质量外,还要建立健全商标使用和管理制度。

具体的措施包括:

(1) 制止假冒自己商标的侵权行为(详见“商标权的保护”一章)。

(2) 防止自己的商标转化为商品的通用名称。历史上,曾有一些驰名商标,因使用时未注意保护,最终丧失了商标的性质到转化为商品的通用名称。如:赛珞粉(Lellophane)在开始时实际上是一种玻璃纸的商标,“阿斯匹林”(Aspirin)在开始时也曾经是药物的商标,但后来它们逐渐成为玻璃纸和这种消炎药的通用名称,它们作为商标的作用就随之消失。所以为了防止自己的商标变成一个通用名称,企业在使用商标时,尤其在广告宣传和,始终坚持表明它是一个商标,而不是一个产品的名称,具体的做法是将自己的商标与商品名称结合起来使用。如在广告宣传和,应该说“美年达”汽水,而不应说“请喝‘美年达’”。另外,在使用商标时可以使用一个标记,即国际通用标记®表明这是一个注册商标。而且,如果有人将自己的商标用于商业目的,即使不是作为商标,而是作为一个普通名称使用,商标所有者也可以对这种侵权行为提起诉讼。

(3)可用联合商标来保护自己的原有商标,这主要是防止别人使用同自己商标类似的商标。如:杭州娃哈哈营养食品厂的“娃哈哈”系列食品走俏市场后,市场上出现了不少企业使用与“娃哈哈”近似的文字商标的情况。如:“娃娃哈”、“娃娃乐”、“娃娃笑”、“上海娃哈哈”、“乐哈哈”、“娃娃宝”等,并生产同类产品,造成了消费者误认误购,给杭州娃哈哈营养食品厂带来了不小的损失。于是企业一方面向工商行政管理部门提出制止侵权的请求,另一方面企业把“哈哈娃”、“哈娃娃”也注了册,作为防御性措施。

(4)防止自己的驰名商标被“淡化”。驰名商标凝结着商标所有人的信誉,它可为企业带来大量的财富。正因为如此,它也容易遭到侵犯。随着商业竞争的日趋激烈,不免有人投机取巧、坐享他人劳动果实,将别人的驰名商标用于与该驰名商标商品既不相同也不相似的商品上。这种行为虽然没有直接侵犯驰名商标的商标权,但可能会使消费者引起混淆,从而冲淡和弱化驰名商标。如果拥有驰名商标的企业对这种淡化不加防止而听之任之的话,那么不仅有商业利益的损害,如利润的减少等,而且信誉也会降低,商标对顾客的吸引力减弱,商标的显著性冲淡。

目前,我国《反不正当竞争法》已经颁布,企业可依据此法的有关规定对上述行为进行控诉。还有一种防止自己的驰名商标被“淡化”的措施,就是申请注册防御商标,即在与驰名商标商品不同的商品上申请注册与驰名商标相同的商标。如美国可口可乐公司在许多非饮料商品上申请注册了“可口可乐”商标,其用意正在于此。

(5)许可使用要慎重。许可他人使用自己的商标,可获得高额使用费,还能扩大名牌的影响。但千万不可急功近利,而应根据本企业的发展情况全面分析,进行决策。对被许可人的选择一定要慎重。一旦决定了使用许可人,就要对其进行有效的监督,确保其商品质量不低于自己生产的商品质量。必要时可帮助许可人提高技术水平,改进管理。千万不可只顾收取高额使用费,而不考虑被许可方的商品质量,结果是既坑害了消费者,也败坏了自己商标的信誉,甚至被商标局取消该注册商标。如广东羊洲电冰箱厂在电冰箱上注册“RIZHI”(日芝)商标。随后,该厂先后与数十家企业签定了商标使用许可合同,许可这些企业在相同商品上使用“RIZHI”(日芝)注册商标,共收取商标许可费 355.7 万元,但被许可企业的冰箱质量不过关,致使大量劣质冰箱流入市场。最后,商标管理部门撤销了广东羊洲电冰箱厂的“RIZHI”(日芝)注册商标。

当然,企业的商标战略并不是孤立的,它只是企业经营战略这个大系统下的一个小分支。所以,在运用企业商标战略时要注意与其他战略的协调配合。只有这样,企业才能在激烈的市场竞争中得以生存和发展,才能创造出自己的驰名商标。

附录一 中华人民共和国商标法

(1982年8月23日第五届全国人民代表大会常务常员会第二十四次会议通过

根据1993年2月22日第七届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议《关于修改〈中华人民共和国商标法〉的决定》修正)

第一章 总 则

第一条 为了加强商标管理,保护商标专用权,促使生产者保证商品质量和维护商标信誉,以保障消费者的利益,促进社会主义商品经济的发展,特制定本法。

第二条 国务院工商行政管理部门商标局主管全国商标注册和管理的工作。

第三条 经商标局核准注册的商标为注册商标,商标注册人享有商标专用权,受法律保护。

第四条 企业、事业单位和个体工商业者,对其生产、制造、加工、拣造或者经销的商品,需要取得商标专用权的,应当向商品局申请商品商标注册。

企业、事业单位和个体工商业者,对其提供的服务项目,需要取得商标专用权的,应当向商标局申请服务商标注册。

本法有关商品商标的规定,适用于服务商标。

第五条 国家规定必须使用注册商标的商品,必须申请商标注册,未经核准注册的,不得在市场销售。

第六条 商标使用人应当对其使用商标的商品质量负责。各级工商行政管理部门应当通过商标管理,监督商品质量,制止欺骗消费者的行为。

第七条 商标使用的文字、图形或者其组合,应当有显著特征,便于识别。使用注册商标的,并应当标明“注册商标”或者注册标记。

第八条 商标不得使用下列文字、图形:

(1) 同中华人民共和国的国家名称、国旗、国徽、军旗、勋章相同或者近似的;

- (2) 同外国的国家名称、国旗、国徽、军旗相同或者近似的；
- (3) 同政府间国际组织的旗帜、徽记、名称相同或者近似的；
- (4) 同“红十字”、“红新月”的标志，名称相同或者近似的；
- (5) 本商品的通用名称和图形；
- (6) 直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点的；
- (7) 带有民族歧视性的；
- (8) 夸大宣传并带有欺骗性的；
- (9) 有害于社会主义道德风尚或者有其他不良影响的。

县级以上行政区划的地名或者公众知晓的外国地名，不得作为商标，但是，地名具有其他含义的除外；已经注册的使用地名的商标继续有效。

第九条 外国人或者外国企业在中国申请商标注册的，应当按其所属国和中华人民共和国签订的协议或者共同参加的国际条约办理，或者按对等原则办理。

第十条 外国人或者外国企业在中国申请商标注册和办理其他商标事宜的，应当委托国家指定的组织代理。

第二章 商标注册的申请

第十一条 申请商标注册的，应当按规定的商品分类表填报使用商标的商品类别和商品名称。

第十二条 同一申请人在不同类别的商品上使用同一商标的，应当按商品分类表提出注册申请。

第十三条 注册商标需要在同一类的其他商品上使用的，应当另行提出注册申请。

第十四条 注册商标需要改变文字、图形的，应当重新提出注册申请。

第十五条 注册商标需要变更注册人的名义、地址或者其他注册事项的，应当提出变更申请。

第三章 商标注册的审查和核准

第十六条 申请注册的商标，凡符合本法有关规定的，由商标局初步审定，予以公告。

第十七条 申请注册的商标，凡不符合本法有关规定或者同他人在同一种商品或者类

似商品上已经注册的或者初步审定的商标相同或者近似的,由商标局驳回申请,不予公告。

第十八条 两个或者两个以上的申请人,在同一种商品或者类似商品上,以相同或者近似的商标申请注册的,初步审定并公告申请在先的商标;同一天申请的,初步审定并公告使用在先的商标,驳回其他人的申请,不予以公告。

第十九条 对初步审定的商标,自公告之日起三个月内,任何人都可以提出异议。无异议或者经裁定异议不能成立的,始予核准注册,发给商标注册证,并予公告;经裁定异议成立的,不予核准注册。

第二十条 国务院工商行政管理部门设立商标评审委员会,负责处理商标争议事宜。

第二十一条 对驳回申请、不予公告的商标,商标局应当书面通知申请人。申请人不服的,可以在收到通知十五天内申请复审,由商标评审委员会做出终局决定,并书面通知申请人。

第二十二条 对初步审定、予以公告的商标提出异议的,商标局应当听取异议人和申请人陈述事实和理由,经调查核实后,做出裁定。当事人不服的,可以在收到通知十五天内申请复审,由商标评审委员会做出终局裁定,并书面通知异议人和申请人。

第四章 注册商标的续展、转让 和使用许可

第二十三条 注册商标的有效期为十年,自核准注册之日起计算。

第二十四条 注册商标有效期满,需要继续使用的,应当在期满前六个月内申请续展注册;在此期间未能提出申请的,可以给予六个月的宽展期。宽展期满仍未提出申请的,注销其注册商标。

每次续展注册的有效期为十年。

续展注册经核准后,予以公告。

第二十五条 转让注册商标的,转让人和受让人应当共同向商标局提出申请。受让人应当保证使用该注册商标的商品质量。

转让注册商标经核准后,予以公告。

第二十六条 商标注册人可以通过签订商标使用许可合同,许可他人使用其注册商标。许可人应当监督被许可人使用其注册商标的商品质量。被许可人应当保证使用该注册商标的商品质量。

经许可使用他人注册商标的,必须在使用该注册商标的商品上标明被许可人的名称和商品产地。

商标使用许可合同应当报商标局备案。

第五章 注册商标争议的裁定

第二十七条 已经注册的商标,违反本法第八条规定的,或者是以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册的,由商标局撤销该注册商标;其他单位或者个人可以请求商标评审委员会裁定撤销该注册商标。

除前款规定的情形外,对已经注册的商标有争议的,可以自该商标经核准注册之日起一年内,向商标评审委员会申请裁定。

商标评审委员会收到裁定申请后,应当通知有关当事人,并限期提出答辩。

第二十八条 对核准注册前已经提出异议并经裁定的商标,不得再以相同的事实和理由申请裁定。

第二十九条 商标评审委员会做出维持或者撤销注册商标的终局裁定后,应当书面通知有关当事人。

第六章 商标使用的管理

第三十条 使用注册商标,有下列行为之一的,由商标局责令限期改正或者撤销其注册商标:

- (1) 自行改变注册商标的文字、图形或者其组合的;
- (2) 自行改变注册商标的注册人名义、地址或者其他注册事项的;
- (3) 自行转让注册商标的;
- (4) 连续三年停止使用的。

第三十一条 使用注册商标,其商品粗制滥造,以次充好,欺骗消费者的,由各级工商行政管理部门分别不同情况,责令限期改正,并可以予以通报或者处以罚款,或者由商标局撤销其注册商标。

第三十二条 注册商标被撤销的或者期满不再续展的,自撤销或者注销之日起一年内,商标局对与该商标相同或者近似的商标注册申请,不予核准。

第三十三条 违反本法第五条规定的,由地方工商行政管理部门责令限期申请注册,可以并处罚款。

第三十四条 使用未注册商标,有下列行为之一的,由地方工商行政管理部门予以制止,限期改正,并可以予以通报或者处以罚款:

- (1) 冒充注册商标的;
- (2) 违反本法第八条规定的;
- (3) 粗制滥造,以次充好,欺骗消费者的。

第三十五条 对商标局撤销注册商标的决定,当事人不服的,可以在收到通知十五天内申请得审,由商标评审委员会做出终局决定,并书面通知申请人。

第三十六条 对工商行政管理部门根据本法第三十一条、第三十三条、第三十四条的规定做出的罚款决定,当事人不服的,可以在收到通知十五天内,向人民法院起诉;期满不起诉又不履行的,由有关工商行政管理部门申请人民法院强制执行。

第七章 注册商标专用权的保护

第三十七条 注册商标的专用权,以核准注册的商标和核定使用的商品为限。

第三十八条 有下列行为之一的,均属侵犯注册商标专用权:

- (1) 未经注册商标所有人的许可,在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者相似的商标的;
- (2) 销售明知是假冒注册商标的商品的;
- (3) 伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识的;
- (4) 给他人的注册商标专用权造成其他损害的。

第三十九条 有本法第三十八条所列侵犯注册商标专用权行为之一的,被侵权人可以向县级以上工商行政管理部门要求处理,有关工商行政管理部门有权责令侵权人立即停止侵权行为,赔偿被侵权人的损失,赔偿额为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润或者被侵权人在被侵权期间因被侵权所受到的损失,侵犯注册商标专用权,未构成犯罪的,工商行政管理部门可以处以罚款。当事人对工商行政管理部门责令停止侵权行为,罚款的处理决定不服的,可以在收到通知十五天内,向人民法院起诉;期满不起诉又不履行的,由有关工商行政管理部门申请人民法院强制执行。

对侵犯注册商标专用权的,被侵权人也可以直接向人民法院起诉。

第四十条 假冒他人注册商标,构成犯罪的,除赔偿被侵权人的损失外,依法追究刑事责任。

伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识,构成犯罪的,除赔偿被侵权人的损失外,依法追究刑事责任。

销售明知是假冒注册商标的商品,构成犯罪的,除赔偿被侵权人的损失外,依法追究刑事责任。

第八章 附 则

第四十一条 申请商品注册和办理其他商标事宜的应当缴纳费用,具体收费标准另定。

第四十二条 本法的实施细则,由国务院工商行政管理部门制定,报国务院批准施行。

第四十三条 本法自 1983 年 3 月 1 日起施行。1963 年 4 月 10 日国务院公布的《商标管理条例》同时废止;其他有关商标管理的规定,凡与本法抵触的,同时失效。

本法施行以前已经注册的商标继续有效。

附录二 中华人民共和国商标法实施细则

(一九八八年一月三日国务院批准修订，
一九九三年七月十五日国务院批准第二次修订)

第一章 总 则

第一条 根据《中华人民共和国商标法》(以下简称《商标法》)第四十二条规定,制定本实施细则。

第二条 商标注册申请人,必须是依法成立的企业、事业单位、社会团体、个体工商户、个人合伙以及符合《商标法》第九条规定的外国人或者外国企业。

本实施细则有关商品商标的规定,适用于服务商标。

第三条 申请商标注册、转让注册、续展注册、变更注册人名义或者地址、补发《商标注册证》等有关事项,申请人可以委托国家工商行政管理局认可的商标代理组织代理,也可以直接办理。

外国人或者外国企业在中国申请商标注册或者办理其他商标事宜,应当委托国家工商行政管理局指定的商标代理组织代理。

商标国际注册,依照《商标国际注册马德里协定》办理。

第四条 申请商标注册、转让注册、续展注册、变更、补证、评审及其他有关事项,必须按照规定缴纳费用。

第五条 国家工商行政管理局商标局(以下简称商标局)设置《商标注册簿》,记载注册商标及有关注册事项。

商标局编印发行《商标公告》,刊登商标注册及其他有关事项。

第六条 依照《商标法》第三条规定,经商标局核准注册的集体商标、证明商标,受法律保护。

集体商标、证明商标的注册和管理办法,由国家工商行政管理局会同国务院有关部门另

行制定。

第七条 国家规定并由国家工商行政管理局公布的人用药品和烟草制品,必须使用注册商标。

国家规定必须使用注册商标的其他商品,由国家工商行政管理局公布。

第八条 国家工商行政管理局设立商标评审委员会,对依照《商标法》和本实施细则规定提出的评审事宜,做出终局决定、裁定。

第二章 商标注册的申请

第九条 申请商标注册,应当依照公布的商品分类表按类申请。每一个商标注册申请应当向商标局交送《商标注册申请书》一份、商标图样十分(指定颜色的彩色商标,应当交送着色图样十份)、黑白墨稿一份。

商标图样必须清晰、便于粘贴,用光洁耐用的纸张印制或者用照片代替,长和宽应当不大于十厘米,不小于五厘米。

第十条 商标注册申请等有关书件,应当使用钢笔、毛笔或者打字机填写,应当字迹工整、清晰。

商标注册申请人的名义、章戳,应当与核准或者登记的名称一致。申报的商品不得超出核准或者登记的经营范围。商品名称应当依照商品分类表填写;商品名称未列入商品分类表的,应当附送商品说明。

第十一条 申请人用药品商标注册,应当附送卫生行政部门发给的证明文件。

申请卷烟、雪茄烟和有包装烟丝的商标注册,应当附送国家烟草主管机关批准生产的证明文件。

申请国家规定必须使用注册商标的其他商品的商标注册,应当附送有关主管部门的批准证明文件。

第十二条 商标注册的申请日期,以商标局收到申请书件的日期为准。申请手续齐备并按照规定填写申请书件的,编定申请号,发给《受理通知书》;申请手续不齐备或者未按照规定填写申请书件的,予以退回,申请日期不予保留。

申请手续基本齐备或者申请书件基本符合规定,但是需要补正的,商标局通知申请人予以补正,限期在收到通知之日起十五天内,按指定内容补正并交回商标局。限期内补正并交回商标局的,保留申请日期;未作补正或者超期限补正的,予以退回,申请日期不予保留。

第十三条 两个或者两个以上的申请人,在同一种商品或者类似商品上,以相同或者近似的商标在同一天申请注册的,各申请人应当按照商标局的通知,在三十天内交送第一次使用该商标的日期的证明。同日使用或者均未使用的,各申请人应当进行协商,协商一致的,应当在三十天内将书面协议报送商标局;超过三十天达不成协议的,在商标局主持下,由申请人抽签决定,或者由商标局裁定。

第十四条 申请人委托商标代理组织申请办理商标注册或者办理其他商标事宜,应当交送代理人委托书一份。代理人委托书应当载明代理内容及权限,外国人或者外国企业的代理人委托书还应当载明委托人的国籍。

外国人或者外国企业申请商标注册或者办理其他商标事宜,应当使用中文。代理人委托书和有关证明的公证、认证手续,按照对等原则办理。外文书件应当附中文译本。

第十五条 商标局受理申请商标注册要求优先权的事宜。具体程序依照国家工商行政管理局公布的规定办理。

第三章 商标注册的审查

第十六条 商标局对受理的申请,依照《商标法》进行审查,凡符合《商标法》有关规定并具有显著性的商标,予以初步审定,并予以公告;驳回申请的,发给申请人《驳回通知书》。

商标局认为商标注册申请内容可以修正的,发给《审查意见书》,限其在收到通知之日起十五天内予以修正;未作修正、超过期限修正或者修正后仍不符合《商标法》有关规定的,驳回申请,发给申请人《驳回通知书》。

第十七条 对驳回申请的商标申请复审的,申请人应当在收到驳回通知之日起十五天内,将《驳回商标复审申请书》一份交送商标评审委员会申请复审,同时附送原《商标注册申请书》、原商标图样十份、黑白墨稿一份和《驳回通知书》。

商标评审委员会做出终局决定,书面通知申请人。终局决定应予初步审定的商标移交商标局办理。

第十八条 对商标局初步审定予以公告的商标提出异议的,异议人应当将《商标异议书》一式两份交送商标局,《商标异议书》应当写明被异议商标刊登《商标公告》的期号、页码及初步审定号。商标局将《商标异议书》交被异议人,限其在收到通知之日起三十天内答辩,并根据当事人陈述的事实和理由予以裁定;期满不答辩的由商标局裁定并通知有关当事人。

被异议商标在异议裁定生效前公告注册的,该商标的注册公告无效。

第十九条 当事人对商标局的异议裁定不服的,可以在收到商标异议裁定通知之日起十五天内,将《商标异议复审申请书》一式两份交送商标评审委员会申请复审。

商标评审委员会做出终局裁定,书面通知有关当事人,并移交商标局办理。

异议不成立的商标,异议裁定生效后,由商标局核准注册。

第四章 注册商标的变更、转让、 续展、争议裁定

第二十条 申请变更商标注册人名义的,每一个申请应当向商标局交送《变更商标注册人名义申请书》和变更证明各一份,并交回原《商标注册证》。经商标局核准后,将原《商标注册证》加注发还,并予以公告。

申请变更商标注册人地址或者其他注册事项的,每一个申请应当向商标局交送《变更商标注册人地址申请书》或者《变更商标其他注册事项申请书》,以及有关变更证明各一份,并交回原《商标注册证》。经商标局核准后,将原《商标注册证》加注发还,并予以公告。

变更商标注册人名义或者地址的,商标注册人必须将其全部注册商标一并办理。

第二十一条 申请转让注册商标的,转让人和受让人应当向商标局交送《转让注册商标申请书》一份,附送原《商标注册证》。转让注册商标申请手续由受让人办理。受让人必须符合本实施细则第二条的规定。经商标局核准后,将原《商标注册证》加注发给受让人,并予以公告。

转让注册商标的,商标注册人对其在同一种或者类似商品上注册的相同或者近似的商标,必须一并办理。转让本实施细则第七条规定的商品的商标,受让人应当依照本实施细则第十一条规定,提供有关部门的证明文件。

对可能产生误认、混淆或者其他不良影响的转让注册商标申请,商标局不予核准,予以驳回。

第二十二条 申请商标续展注册的,每一个申请应当向商标局交送《商标续展注册申请书》一份,商标图样五份,交回原《商标注册证》。经商标局核准后,将原《商标注册证》加注发送,并予以公告。不符合《商标法》有关规定的,商标局不予核准,予以驳回。

续展注册商标有效期自该商标上一届有效期满次日起计算。

第二十三条 对商标局驳回转让、续展注册申请不服的,申请人可以在收到驳回通知之日起十五天内,将《驳回转让复审申请书》或者《驳回续展复审申请书》一份交送商标评审委

员会申请复审,同时附送原《转让注册商标申请书》或者《商标续展注册申请书》和《驳回通知书》。

商标评审委员会做出终局决定,书面通知申请人。终局决定核准转让注册或者续展注册的,移交商标局办理。

第二十四条 商标注册人对他人已经注册的商标提出争议的,应当在他人商标刊登注册公告之日起一年内,将《商标争议裁定申请书》一式两份交送商标评审委员会申请裁定。

商标评审委员会做出维持或者撤销被争议注册商标终局裁定,书面通知有关当事人,并移交商标局办理。撤销理由仅涉及部分注册内容的,该部分内容予以撤销。被裁定撤销的,原商标注册人应当在收到裁定通知之日起十五天内,将《商标注册证》交回商标局。

第二十五条 下列行为属于《商标法》第二十七条第一款所指的以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册的行为:

(1)虚构、隐瞒事实真相或者伪造申请文件及有关文件进行注册的;

(2)违反诚实信用原则,以复制、模仿、翻译等方式,将他人已为公众熟知的商标进行注册的;

(3)未经授权,代理人以其名义将被代理人的商标进行注册的;

(4)侵犯他人合法的在先权利进行注册的;

(5)以其他不正当手段取得注册的。

商标注册人对商标局依照《商标法》第二十七条第一款规定做出的撤销注册商标决定不服的,可以在收到决定通知之日起十五天内,将《撤销注册不当商标复审申请书》一份交送商标评审委员会申请复审。商标评审委员会做出终局决定,书面通知申请人,并移交商标局办理。

任何单位或者个人认为商标注册不当的,可以将《撤销注册不当商标申请书》一式两份交送商标评审委员会申请裁定。商标评审委员会做出终局裁定,书面通知有关当事人,并移交商标局办理。

被撤销的注册不当商标由商标局予以公告,原商标注册人应当在收到决定或者裁定通知之日起十五天内,将《商标注册证》交回商标局。

依照《商标法》第二十七条第一款、第二款的规定撤销的注册商标,其商标专用权视为自始即不存在。撤销注册商标的决定或者裁定,对在撤销前人民法院做出并已执行的商标侵权案件的判决、裁定,工商行政管理机关做出并已执行的商标侵权案件的处理决定,以及已经履行的商标转让或者使用许可合同,不具有追溯力。但是,因商标注册人的恶意给他人造成损失的,应当予以赔偿。

第五章 商标使用的管理

第二十六条 使用注册商标应当标明“注册商标”字样或者标明注册标记®或®。在商品上不便标明的,应当在商品包装或者说明书以及其他附着物上标明。

第二十七条 《商标注册证》遗失或者破损的,必须申请补发。商标注册人应当向商标局交送《补发商标注册证申请书》一份,商标图样五份。《商标注册证》遗失的,应当在《商标公告》上刊登遗失声明。破损的《商标注册证》,应当交回商标局。

伪造或者涂改《商标注册证》的,由其所在地工商行政管理机关根据情节处以二万元以下的罚款,并收缴伪造或者涂改的《商标注册证》。

第二十八条 对有《商标法》第三十条第(1)、(2)、(3)项行为之一的,由工商行政管理机关责令商标注册人限期改正;拒不改正的,由商标注册人所在地工商行政管理机关报请商标局撤销其注册商标。

第二十九条 对有《商标法》第三十条第(4)项行为的,任何人可以向商标局申请撤销该注册商标,并说明有关情况。商标局应当通知商标注册人,限其在收到通知之日起三个月内提供该商标使用的证明或者不使用的正当理由。逾期不提供使用证明或者证明无效的,商标局撤销其注册商标。

前款所指商标的使用,包括将商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上,或者将商标用于广告宣传、展览以及其他业务活动。

第三十条 在同一种或者类似商品上申请注册与本实施细则第二十九条规定撤销的商标相同或者近似的商标,不受《商标法》第三十二条规定的限制。

第三十一条 对有《商标法》第三十一条、第三十四条第(3)项行为之一的,由工商行政管理机关责令限期改正;情节严重的,责令检讨,予以通报,并处以非法经营额20%以下或者非法获利两倍以下的罚款;对有毒、有害并且没有使用价值的商品,予以销毁;使用注册商标的,应当依照《商标法》的规定,撤销其注册商标。

第三十二条 对有《商标法》第三十四条第(1)、(2)项行为之一的,由工商行政管理机关禁止其进行广告宣传,封存或者收缴其商标标识,责令限期改正,并可根据情节予以通报、处以非法经营额20%以下的罚款。

第三十三条 对违反《商标法》第五条规定的,由工商行政管理机关禁止其商品销售和广告宣传,封存或者收缴其商标标识,并可根据情节处以非法经营额10%以下的罚款。

第三十四条 任何人不得非法印制或者买卖商标标识。

违反前款规定的,由工商行政管理机关予以制止,收缴其商标标识,并可根据情节处以非法经营额 20% 以下的罚款;销售自己注册商标标识的,商标局还可以撤销其注册商标;但属于侵犯注册商标专用权的,依照本实施细则第四十三条的规定处理。

第三十五条 商标注册人许可他人使用其注册商标,必须签订商标使用许可合同。许可人和被许可人应当在许可合同签订之日起三个月内,将许可合同副本交送其所在地县级工商行政管理机关存查,由许可人报送商标局备案,并由商标局予以公告。

违反前款规定的,由许可人或者被许可人所在地工商行政管理机关责令限期改正;拒不改正的,处以一万元以下的罚款,直到报请商标局撤销该注册商标。

违反《商标法》第二十六条第二款规定的,由被许可人所在地工商行政管理机关责令限期改正,收缴其商标标识,并可根据情节处以五万元以下的罚款。

第三十六条 商标注册人许可他人使用其注册商标,被许可人必须符合本实施细则第二条的规定。

许可他人使用本实施细则第七条规定的商品商标的,在将许可合同副本交送存查时,被许可人应当依照本实施细则第十一条的规定,附件有关部门的证明文件。

第三十七条 商标局依照《商标法》第三十条、第三十一条和本实施细则第二十八条、第二十九条、第三十一条、第三十四条、第三十五条规定做出的撤销注册商标的决定,应当书面通知商标注册人及其所在地工商行政管理机关。

商标注册人对商标局撤销其注册商标决定不服的,可以在收到决定通知之日起十五天内,将《撤销商标复审申请书》一份交送商标评审委员会申请复审。

商标评审委员会做出终局决定,书面通知商标注册人及其所在地工商行政管理机关,并移交商标局办理。

第三十八条 商标注册人申请注销其注册商标,应当向商标局交送《商标注销申请书》一份,交回原《商标注册证》。

第三十九条 撤销或者注销的注册商标,由商标局予以公告;自撤销或者注销公告之日起,其商标专用权丧失。被撤销的注册商标,由原商标注册人所在地工商行政管理机关收缴《商标注册证》,交回商标局。

第四十条 对工商行政管理机关依照《商标法》第六章和本实施细则第五章的规定做出的处理决定不服的,当事人可以在收到决定通知之日起十五天内,向上一级工商行政管理机关申请复议;上一级工商行政管理机关应当在收到复议申请之日起两个月内,做出复议决定。对复议决定不服的,当事人可以在收到复议决定通知之日起十五天内,向人民法院起

诉。逾期不申请复议、不起诉又不履行的,由工商行政管理机关申请人民法院强制执行。

第六章 注册商标专用权的保护

第四十一条 有下列行为之一的,属于《商标法》第三十八条第(4)项所指的侵犯注册商标专用权的行为:

(1) 经销明知或者应知是侵犯他人注册商标专用权商品的;

(2) 在同一种或者类似商品上,将与他人注册商标相同或者近似的文字、图形作为商品名称或者商品装潢使用,并足以造成误认的;

(3) 故意为侵犯他人注册商标专用权行为提供仓储、运输、邮寄、隐匿等便利条件的。

第四十二条 对侵犯注册商标专用的,任何人可以向侵权人所在地或者侵权行为地县级以上工商行政管理机关控告或者检举。被侵权人也可以直接向人民法院起诉。

工商行政管理机关认为侵犯注册商标专用权的,在调查取证时可以行使下列职权:

(1) 询问有关当事人;

(2) 检查与侵权活动有关的物品,必要时,可以责令封存;

(3) 调查与侵权活动有关的行为;

(4) 查阅复制与侵权活动有关的合同、帐册等业务资料。

工商行政管理机关在行使前款所列职权时,有关当事人应当予以协助,不得拒绝。

第四十三条 对侵犯注册商标专用权的,工商行政管理机关可以采取下列措施制止侵权行为:

(1) 责令立即停止销售;

(2) 收缴并销毁侵权商标标识;

(3) 消除现存商品上的侵权商标;

(4) 收缴直接专门用于商标侵权的模具、印板和其他作案工具;

(5) 采取前四项措施不足以制止侵权行为的,或者侵权商标与商品难以分离的,责令并监督销毁侵权物品。

对侵犯注册商标专用权,尚未构成犯罪的,工商行政管理机关可根据情节处以非法经营额 50% 以下或者侵权所获得利润五倍以下的罚款。对侵犯注册商标专用权的单位的直接责任人员,工商行政管理机关可根据情节处以一万元以下的罚款。

工商行政管理机关可以应被侵权人的请求责令侵权人赔偿损失。当事人不服的,可以

向人民法院起诉。

第四十四条 对工商行政管理机关依照前条第一款、第二款的规定做出的处理决定不服的,当事人可以在收到决定通知之日起十五日内向上一级工商行政管理机关申请复议;上一级工商行政管理机关应当在收到复议申请之日起两个月内,做出复议决定。对复议决定不服的,当事人可以在收到复议决定通知之日起十五日内,向人民法院起诉。逾期不申请复议、不起诉又不履行的,由工商行政管理机关申请人民法院强制执行。

第四十五条 对假冒他人注册商标的,任何人可以向工商行政管理机关或者检察机关控告和检举。

向工商行政管理机关控告和检举的,工商行政管理机关依照本实施细则第四十三条的规定处理;其所控告和检举的情节严重,构成犯罪的,由司法机关依法追究刑事责任。

第七章 附 则

第四十六条 依照《商标法》第二十一条、第二十二条、第三十五条和本实施细则第二十三条、第二十五条规定申请复审的,当事人应当在规定的期限内办理。当事人因不可抗拒的事由或者其他正当理由,可以在期满前申请延期三十天,是否准许,由商标评审委员会决定。

以邮寄方式收发文的,以邮戳日期为准;邮戳不清或者没有邮戳的,以商标局发文后二十天或者收文前二十天分别作为当事人收到或者发出的日期。

第四十七条 申请商标注册或者办理其他商标事宜的书式,由国家工商行政管理局制定、公布。

申请商标注册或者办理其他商标事宜的收费标准,由国家工商行政管理局依照国家有关规定制定、公布。

商标注册的商品分类表,由国家工商行政管理局公布。

第四十八条 连续使用至一九九三年七月一日的服务商标,与他在相同或者类似的服务上已注册的服务商标(公众熟知的服务商标除外)相同或近似的,可以依照国家工商行政管理局有关规定继续使用。

第四十九条 本实施细则由国家工商行政管理局负责解释。

第五十条 本实施细则自发布之日起施行。

附录三 中国商标注册与法律文书格式

商标注册申请书

书式一：此表适用于国内申请人
的商品商标申请申请日期 _____
申请编号 _____ 类别 _____

申请人名称 _____

申请人地址 _____

联系人 _____ 电话 _____

(章戳)

经济性质 _____

年 月 日

邮政编码

证件名称 _____

证件号码 _____

发证机关 _____

--

商标规费：

代理人名称 _____

代理人地址 _____

联系人 _____ 电话 _____

(章戳)

邮政编码

年 月 日

注：直接送达或寄达的申请书件，应附送盖有发证机关印章的证件复印件。寄达的商标规费，请信汇至中国工商银行北京分行南礼士路分理处，帐号 890110—37 国家工商行政管理局商标局，并附信汇单复印件。未委托代理的，不需填代理一栏。

商标注册申请书

书式二：此表适用于国内申请人
的服务商标申请

申请日期_____

申请编号_____类别_____

申请人名称_____

申请人地址_____

联系人_____电话_____

(章戳)

经济性质_____

年 月 日

邮政编码

证件名称_____

证件号码_____

发证机关_____

商标规费：

代理人名称_____

代理人地址_____

联系人_____电话_____

(章戳)

邮政编码

年 月 日

注：直接送达或寄达的申请书件，应附送盖有发证机关印章的证件复印件。寄达的商标规费，请信汇至中国工商银行北京分行南礼士路分理处，帐号 890110—37 国家工商行政管理局商标局，并附信汇单复印件。未委托代理的，不需填代理一栏。

商 标

是否指定颜色： 是 ☐ 否 ☐

商标设计说明：

在其它哪类上已

注册了相同商标：

类别： 同时在哪些类提出申请

[illegible]

商标注册申请书

书式三：此表适用于外国、地区及中国
台湾申请人的商品商标申请

申 请 日 期_____

申 请 编 号_____类别_____

优行权申请：

商标规费：

初次申请国_____

申 请 日 期_____

申 请 号_____

国 籍_____

申请人名称(中文)_____

(英文)_____

申请人地址(中文)_____

(英文)_____

申请人签字/章戳_____

年 月 日

代理人名称_____

代理人地址_____

(章戳)

联 系 人_____电话_____

邮 政 编 码

年 月 日

商标注册申请书

书式四：此表适用于外国、地区及中国
台湾申请人的服务商标申请

申 请 日 期 _____

申 请 编 号 _____ 类 别 _____

优行权申请：

商标规费：

初次申请国 _____

申 请 日 期 _____

申 请 号 _____

国 籍 _____

申请人名称（中文） _____

（英文） _____

申请人地址（中文） _____

（英文） _____

申请人签字/章戳 _____

年 月 日

代理人名称 _____

代理人地址 _____

（章戳）

联 系 人 _____ 电 话 _____

邮 政 编 码

年 月 日

商标续展注册申请书

书式五：此表适用于国内申请

续展申请日期_____国际商品分类_____

续展申请编号_____跨 国 际 分 类_____

中华人民共和国国家工商行政管理局商标局：

你局核准注册的第_____号（该申请保留原注册号/该申请另编注册号）商标，有效期于_____年____月____日期满，现申请续展注册。

申请人名称_____

申请人地址_____

联 系 人_____电话_____

（章戳）

邮 政 编 码

年 月 日

（将一张续展商标图样贴在格内，另附五张图样。图样中需要放弃部分商标专用权的填于右下方。）

商 标

续 展 费：

续展延迟费：

商标中不专用部分放弃说明：

代理人名称_____

代理人地址_____

联 系 人_____电话_____

（章戳）

邮 政 编 码

年 月 日

注：直接送达或寄达的申请书件，应附送盖有发证机关印章的证件复印件。寄达的商标规费，请信汇至中国工商银行北京分行南礼士路分理处，帐号 890110—37 国家工商行政管理局商标局，并附信汇单复印件。未委托代理的，不需填代理一栏。

商标续展注册申请书

书式六：此表适用于外国、地区

及中国台湾申请人

续展申请日期_____国际商品分类_____

续展申请编号_____跨 国 际 分 类_____

中华人民共和国国家工商行政管理局商标局：

你局核准注册的第_____号（该申请保留原注册号/该申请另编注册号）商标，有效期至_____年____月____日期满，现申请续展注册。

国籍/地区_____

申请人名称（中文）_____

（英文）_____

申请人地址（中文）_____

（英文）_____

申请人签字/章戳_____年 月 日

（将一张续展商标图样贴在格内，另附五张图样。图样中需要放弃部分商标专用权的填于右下方。）

商 标

续 展 费：

续展延迟费：

商标中不专用部分放弃说明：

代理人名称_____

代理人地址_____

联 系 人_____电话_____

（章戳）

邮 政 编 码

年 月 日

商标代理委托书

书式七

中华人民共和国国家工商行政管理局商标局：

我/我厂_____是_____国国
籍、依_____国法律组成，现委托_____代理
_____商标的如下“√”事宜。

- ☐注册
☐续展注册
☐转让注册
☐变更注册人名义
☐变更注册人地址
☐补发商标注册证
☐注销注册商标
☐证明
☐异议
☐商标使用许可合同备案
☐商标侵权纠纷案件
☐其他事项

委托人_____

地 址_____

联系人_____电话_____

(章戳)

邮政编码

年 月 日

商标代理委托书

书式八

中华人民共和国国家工商行政管理局商标局：

我/我厂_____是_____国国籍、依_____国法律组成，现委托_____代理
_____商标的如下“√”事宜。

- ☐ 驳回商标复审
- ☐ 商标异议复审
- ☐ 商标争议裁定
- ☐ 撤销注册不当商标复审
- ☐ 撤销注册不当商标裁定
- ☐ 撤销注册商标复审
- ☐ 驳回转让复审
- ☐ 驳回续展复审
- ☐

委托人_____

地 址_____

联系人_____ 电话_____

(章戳)

邮政编码

年 月 日

变更商标注册人名义申请书

书式九

变更申请日期_____

变更申请编号_____

中华人民共和国国家工商行政管理局商标局：

你局核准注册的第_____号使用于商品和服务国际分类第_____类
商品/服务上的_____商标，因注册人名义由_____

_____变更为_____现

申请变更。

申请人名称_____

申请人地址_____

联系人_____电话_____

(章戳)

邮政编码

年 月 日

变更费：

代理人名称_____

代理人地址_____

联系人_____电话_____

(章戳)

邮政编码

年 月 日

注：寄达的商标规费，请信汇至中国工商银行北京分行南礼士路分理处，帐号 890110—37 国
家工商行政管理局商标局，并附信汇单复印件。未委托代理的，不需填代理一栏。

附送商标注册证；有关部门证明文件_____；其他：

变更商标注册人地址申请书

书式十

变更申请日期_____

变更申请编号_____

中华人民共和国国家工商行政管理局商标局：

你局核准注册的第_____号使用于商品和服务国际分类第_____类
商品/服务上的_____商标，因注册人地址由_____

_____变更为_____现
申请变更。

申请人名称_____

申请人地址_____

联 系 人_____电话_____

(章戳)

邮 政 编 码

年 月 日

变 更 费：

代理人名称_____

代理人地址_____

联 系 人_____电话_____

(章戳)

邮 政 编 码

年 月 日

注：寄达的商标规费，请信汇至中国工商银行北京分行南礼士路分理处，帐号 890110—37 国
家工商行政管理局商标局，并附信汇单复印件。未委托代理的，不需填代理一栏。

附送商标注册证；其他：

转让注册商标申请书

书式十一

转让申请日期_____

转让申请编号_____

中华人民共和国国家工商行政管理局商标局：

你局核准注册的第_____号使用于商品和服务国际分类第_____类
商品/服务上的_____商标，原注册人_____

_____申请转让给_____现

双方共同提出转让注册申请。

转让人_____受让人_____

地 址_____地 址_____

邮政编码 邮政编码

营业执照号_____

(章戳)

经 济 性 质_____

(章戳)

年 月 日

年 月 日

转让费：

代理人名称_____

代理人地址_____

联 系 人_____电话_____

(章戳)

邮 政 编 码

年 月 日

注：直接送达或寄达的申请书件，应附送受让人盖有发证机关印章的证件复印件。寄达的商标规费，请信汇至中国工商银行北京分行南礼士路分理处，帐号 890110—37 国家工商行政管理局商标局，并附信汇单复印件。未委托代理的，不需填代理一栏。

附送商标注册证。其他：

补发注册商标申请书

书式十二

补证申请日期_____

补证申请编号_____

中华人民共和国国家工商行政管理局商标局：

你局于____年____月____日核准注册的第_____号使用于商品和服务
国际分类第_____类_____商品/服务上的
_____商标，因_____，现申请补发。

申请人名称_____

申请人地址_____

联系人_____电话_____

(章戳)

邮政编码

年 月 日

补证费：

遗失声明刊登费：

代理人名称_____

代理人地址_____

联系人_____电话_____

(章戳)

邮政编码

年 月 日

注：寄达的商标规费，请信汇至中国工商银行北京分行南礼士路分理处，帐号 890110—37 国家工商行政管理局商标局，并附信汇单复印件。未委托代理的，不需填代理一栏。

附送商标图样 5 份；若属注册证破损补证，请附原注册证；其他：

商标注册申请书

书式十三

注销申请日期_____

注销申请编号_____

中华人民共和国国家工商行政管理局商标局：

你局核准注册的第_____号使用于商品和服务国际分类第
_____类商品/服务上的_____商标,现申请注销。

理由如下：

申请人名称_____

申请人地址_____

联系人_____电话_____

(章戳)

邮政编码

年 月 日

代理人名称_____

代理人地址_____

联系人_____电话_____

(章戳)

邮政编码

年 月 日

注：附送商标注册证；其他：

未委托代理的,不需填代理一栏。

变更商标其他注册事项申请书

书式十四

变更申请日期_____

变更申请编号_____

中华人民共和国国家工商行政管理局商标局：

你局核准注册的第_____号使用于商品和服务国际分类第
_____类商品/服务上的_____商标，现申请变更如下事项：

申请人名称_____

申请人地址_____

联 系 人_____电话_____

(章戳)

邮 政 编 码

年 月 日

变更费：

代理人名称_____

代理人地址_____

联 系 人_____电话_____

(章戳)

邮 政 编 码

年 月 日

注：寄达的商标规费，请信汇至中国工商银行北京分行南礼士路分理处，帐号 890110—37 国家工商行政管理局商标局，并附信汇单复印件。未委托代理的，不需填代理一栏。

附送商标注册证；其他：

提供申请日期证明申请书

书式十五

中华人民共和国国家工商行政管理局商标局：

我厂/_____申请注册在商品和服务国际分类表第_____类

商品/服务上的_____商标,已向你局办理申请注册手续。现拟往

国家(地区)申请注册并要求优先权。请提供申请日期,申请号的证明。

申请人名称_____

申请人地址_____

联 系 人_____电话_____

(章戳)

邮 政 编 码

年 月 日

证明费：

代理人名称_____

代理人地址_____

联 系 人_____电话_____

(章戳)

邮 政 编 码

年 月 日

注：寄达的商标规费,请信汇至中国工商银行北京分行南礼士路分理处,帐号 890110—37 国家工商行政管理局商标局,并附信汇单复印件。未委托代理的,不需填代理一栏。

商标异议书

书式十六

中华人民共和国国家工商行政管理局商标局：

兹对_____厂/_____经你局初步审定的第_____类商品/服务上的_____商标提出异议(该商标刊登于_____年_____月_____日第_____期/总第_____期《商标公告》初步审定号为_____),请予裁定。

理由如下：

申请人名称_____

申请人地址_____

联系人_____电话_____

(章戳)

邮政编码

年 月 日

异议费：

代理人名称_____

代理人地址_____

联系人_____电话_____

(章戳)

邮政编码

年 月 日

注：寄达的商标规费，请信汇至中国工商银行北京分行南礼士路分理处，帐号 890110—37 国家工商行政管理局商标局，并附信汇单复印件。未委托代理的，不需填代理一栏。

附送副本一份，证据_____件，其他：

驳回商标复审申请书

书式十七

中华人民共和国国家工商行政管理局商标评审委员会：

我厂/_____前以_____商标申请注册，经商标局于_____年____月____日以第_____号通知书驳回。依照《商标法》第二十一条规定，现申请复审，请你会予以决定。

理由如下：

申请人名称_____

申请人地址_____

联 系 人_____电话_____

(章戳)

邮 政 编 码

年 月 日

评审费：

代理人名称_____

代理人地址_____

联 系 人_____电话_____

(章戳)

邮 政 编 码

年 月 日

注：寄达的商标规费，请信汇至中国工商银行北京分行南礼士路分理处，帐号 890110—37 国家工商行政管理局商标局（借用），并附信汇单复印件。未委托代理的，不需填代理一栏。附送商标局驳回的《商标注册申请书》原件一份，商标局的《商标核驳通知书》一份，原商标图样十份，黑白墨稿一份，有关证明材料_____份。

商标异议复审申请书

书式十八

中华人民共和国国家工商行政管理局商标评审委员会：

我厂/_____对商标局()商标异字第_____号异议裁定不服，依照《商标法》第二十二条规定，现申请复审，请你予以决定。

理由如下：

申请人名称_____

申请人地址_____

联系人_____电话_____

(章戳)

邮政编码

年 月 日

评审费：

代理人名称_____

代理人地址_____

联系人_____电话_____

(章戳)

邮政编码

年 月 日

注：寄达的商标规费，请信汇至中国工商银行北京分行南礼士路分理处，帐号 890110—37 国家工商行政管理局商标局(借用)，并附信汇单复印件。未委托代理的，不需填代理一栏。

附送副本一份；其他：

商标争议裁定申请书

书式十九

中华人民共和国国家工商行政管理局商标评审委员会：

我厂/_____使用在商品和服务国际分类第_____类商品/服务上的
_____商标,已经商标局核准注册,证号_____。依照《商标法》第二
十七条规定,现对_____厂/_____经商标局核准注册
使用在第_____类商品/服务上的第_____号商标(刊登于_____
年____月____日第_____期《商标公告》)有争议,请你会予以裁定。

理由如下：

申请人名称_____

申请人地址_____

联 系 人_____电话_____

(章戳)

邮 政 编 码

年 月 日

评审费：

代理人名称_____

代理人地址_____

联 系 人_____电话_____

(章戳)

邮 政 编 码

年 月 日

注：寄达的商标规费,请信汇至中国工商银行北京分行南礼士路分理处,帐号 890110—37 国
家工商行政管理局商标局(借用),并附信汇单复印件。未委托代理的,不需填代理一栏。

附送副本一份,证据_____件,其他：

撤销注册不当商标复审申请书

书式二十

中华人民共和国国家工商行政管理局商标评审委员会：

兹对商标局根据《商标法》第二十七条规定撤销我厂/_____使用在商品和服务国际分类第_____类上的注册号为_____的_____商标不服,根据《商标法》第三十五条规定,现申请复审,请你会予以决定。

理由如下：

申请人名称_____

申请人地址_____

联系人_____电话_____

(章戳)

邮政编码

年 月 日

评审费：

代理人名称_____

代理人地址_____

联系人_____电话_____

(章戳)

邮政编码

年 月 日

注：寄达的商标规费,请信汇至中国工商银行北京分行南礼士路分理处,帐号 890110—37 国家工商行政管理局商标局(借用),并附信汇单复印件。未委托代理的,不需填代理一栏。
其他：

撤销注册不当商标申请书

书式二十一

中华人民共和国国家工商行政管理局商标评审委员会：

兹认为商标局核准注册的使用于商品和服务国际分类第_____类上的注册证号为_____的_____商标注册不当，依照《商标法》第二十七条规定，现申请裁定撤销该注册商标。

理由如下：

申请人名称_____

申请人地址_____

联系人_____电话_____

(章戳)

邮政编码

年 月 日

评审费：

代理人名称_____

代理人地址_____

联系人_____电话_____

(章戳)

邮政编码

年 月 日

注：寄达的商标规费，请信汇至中国工商银行北京分行南礼士路分理处，帐号 890110—37 国家工商行政管理局商标局(借用)，并附信汇单复印件。未委托代理的，不需填代理一栏。

其他：

撤销注册商标复审申请书

书式二十二

中华人民共和国国家工商行政管理局商标评审委员会：

我厂/_____对商标局_____字第_____号撤销注册第
_____号使用于商品和服务国际分类第_____类商品/服务上的
_____商标不服,依照《商标法》第三十五条规定,现申请复审,请你会
予以决定。

理由如下：

申请人名称_____

申请人地址_____

联 系 人_____电话_____

(章戳)

邮 政 编 码

年 月 日

评审费：

代理人名称_____

代理人地址_____

联 系 人_____电话_____

(章戳)

邮 政 编 码

年 月 日

注：寄达的商标规费,请信汇至中国工商银行北京分行南礼士路分理处,帐号 890110—37 国家工商行政管理局商标局(借用),并附信汇单复印件。未委托代理的,不需填代理一栏。

附送证明材料_____份,其他：

驳回转让复审申请书

书式二十三

中华人民共和国国家工商行政管理局商标评审委员会：

我厂/_____前以第_____类_____注册商标(证号
_____)申请转让,经商标局于_____年____月____日以第
_____号通知书驳回。依照《商标法实施细则》第二十三条规定,现申请复审,请
你会予以决定。

理由如下：

转让或受转让人名称_____

转让或受转让人地址_____

联 系 人_____电话_____

(章戳)

邮 政 编 码

年 月 日

评审费：

代理人名称_____

代理人地址_____

联 系 人_____电话_____

(章戳)

邮 政 编 码

年 月 日

注：寄达的商标规费，请信汇至中国工商银行北京分行南礼士路分理处，帐号 890110—37 国家工商行政管理局商标局(借用)，并附信汇单复印件。未委托代理的，不需填代理一栏。

附送：原《转让注册商标申请书》一份，商标局驳回通知书一份，其他：

驳回续展复审申请书

书式二十四

中华人民共和国国家工商行政管理局商标评审委员会：

我厂/_____前以第_____类_____注册商标(证号
_____)申请续展,经商标局于_____年____月____日以第
_____号通知书驳回。依照《商标法实施细则》第二十三条规定,现申请复审,请
你会予以决定。

理由如下：

申请人名称_____

申请人地址_____

联系人_____电话_____

(章戳)

邮政编码

年 月 日

评审费：

代理人名称_____

代理人地址_____

联系人_____电话_____

(章戳)

邮政编码

年 月 日

注：寄达的商标规费,请信汇至中国工商银行北京分行南礼士路分理处,帐号 890110—37 国家工商行政管理局商标局(借用),并附信汇单复印件。未委托代理的,不需填代理一栏。

附送：原《续展注册商标申请书》及附件,商标局驳回通知书一份。

其他：

延期申请书

书式二十五

中华人民共和国国家工商行政管理局商标评审委员会：

我厂/_____收到商标局(_____)标_____号《
_____》一文,准备申请复审,因不能在期限内完成申请手续,根据《商标法实
施细则》第四十六条规定,申请延期三十天,期限自我厂/_____收到商标局通知
的_____年____月____日起,延至_____年____月____日。

申请人名称_____

申请人地址_____

联系人_____电话_____

(章戳)

邮政编码

年 月 日

延期费：

代理人名称_____

代理人地址_____

联系人_____电话_____

(章戳)

邮政编码

年 月 日

注：寄达的商标规费,请信汇至中国工商银行北京分行南礼士路分理处,帐号 890110—37 国
家工商行政管理局商标局(借用),并附信汇单复印件。未委托代理的,不需填代理一栏。
其他：

提供商标注册证明申请书

书式二十六

中华人民共和国国家工商行政管理局商标局：

我厂/_____在你局注册的使用在第_____类_____
_____商品/服务上的第_____号
_____商标,现因_____,请
提供注册证明。

申请人名称_____

申请人地址_____

联系人_____电话_____

(章戳)

邮政编码

年 月 日

证明费：

代理人名称_____

代理人地址_____

联系人_____电话_____

(章戳)

邮政编码

年 月 日

注：寄达的商标规费，请信汇至中国工商银行北京分行南礼士路分理处，帐号 890110—37 国家工商行政管理局商标局(借用)，并附信汇单复印件。未委托代理的，不需填代理一栏。

商标使用许可合同备案表

书式二十七

收文编号_____

收文日期_____

中华人民共和国国家工商行政管理局商标局：

_____厂（公司）注册的第_____号
_____商标（商标注册证的影印件/复印件附后），根据《商标法》第二十六条
规定，许可_____厂（公司）使用。经双方协议，签订商标使用许
可合同，请予备案。

许可使用的商标：

（贴商标图样，并由注册人盖骑缝章）

许可使用的商品_____

许可使用期限_____

具体使用许可条件，见所附的许可合同副本

许 可 人_____（章戳）

被 许 可 人_____（章戳）

地 址_____

地 址_____

邮 政 编 码 邮 政 编 码

年 月 日

第十六篇 公司广告管理

第十六篇

公司广告管理

第一章

公司广告与广告决策

第一章 公司广告与广告决策

广告是一种重要的促销手段。广告是指广告者支付一定的费用,采取非人员沟通形式,通过种种媒介把商品信息传递到广大目标沟通对象,广而告之,促进商品销售。

美国市场营销协会给广告下的定义是:“广告的发起者以公开支付费用的做法,以非人员的任何形式,对产品、劳务或某项行动的意见和想法等的介绍。”这个定义包含如下内涵:

1. 任何形式。这是指广告可以用任何形式进行介绍。杂志、广播、电视、海报招贴、牌坊、符号、卡片、汽球、车船、火柴盒、瓶罐、日历等都可用作广告。

2. 非人员。这就排除了广告与人员推销相混淆的可能。面对面地个人对个人、小组对小组进行游说促销,不属于广告的范畴。

3. 介绍产品、劳务或某项行动的意见和想法。人们在给广告下定义时,往往只提到介绍产品或劳务,而忽略了对某种意见和想法的推广,其实这是很重要的。

4. 由明确的发起者以公开支付费用的做法。这就是说,做广告的人必须明确,并承认曾为使用广告媒介而付出费用。

按照广告的用途来分类,主要有以下五种类型:

1. 机构广告。指用来宣传介绍某一组织或企业,建立这个组织或企业的良好形象成永久信誉的广告。

2. 品牌广告。指用来长期宣传介绍某种品牌,指出其利益,使广大目标顾客知道某公司的产品的牌号并逐渐对它有好感的广告。

3. 分类广告。指用来传递一次大贱卖、某种劳务或某种比赛项目的信息的广告。

4. 贱卖广告。指用来预告一次大贱卖的广告。

5. 主张广告。指用来宣传或提倡某种理想的广告。

在制定广告方案时,营销经理首先必须确定目标市场和购买者动机。然后,他们才能接着作出制定广告方案所需的5项主要决策:

1. 广告的目标是什么?

2. 有多少钱可供花费?即广告预算。

3. 应传送什么信息?即广告信息。

4. 应使用什么媒体?即广告媒体。

5. 应如何评估效果?即广告效果评估。

这些内容,我们将在以下部分分别论述。

第一节 广告目标

广告目标确定广告在总体上应该实现什么样的目的。广告战略则将广告目标具体化为一系列实践方法。

一、广告目标的作用

在充分了解企业的整体营销计划之后,广告规划工作需要对市场、产品、消费者等进行分析,在此基础上确立一次广告运动的目标。确立广告目标,可以发挥下述三项作用:

1. 协调宗旨的作用

广泛活动是一项需要靠协调来维持的工作。在广告主企业内部,广告部门是最主要的广告工作机构,广告部门必须在企业计划部门、财务部门、销售部门、公共关系部门等的协助下,才能够开展广告工作。同时,广告主企业还必须同各类广告促进机构,如广告公司、广告制作单位、广告媒介单位、广告研究机构等,相互配合以保证广告活动的顺利进行。除此之外,广告主还必须协调其同政府有关部门、竞争对手企业、公众利益组织等的关系。所以,在广告活动的整个运作过程中,从始至终都需要做协调工作。

协调工作的目的,是确保所有涉及广告活动的单位或个人,都能够相互配合地工作,所以这一协调必须有一个明确的宗旨。当不同单位或某些人之间在进行工作时有了分歧,应当以这个宗旨为基础,通过调整各自的工作,以符合这一宗旨的要求。广告目标的确立,就为广告活动中的协调工作提供了这样一个宗旨。凡是有助于广告目标实现的计划、行动,就应该坚决执行;凡是同广告目标要求有偏差的,就应该进行适当的调整。以广告目标为宗旨进行协调,才有可能保证涉及广告工作的所有单位和个人可以有条不紊地协同工作。

2. 决策准则的作用

如果我们把广告工作看成一系列决策和行动的话,确保一系列决策之间不相互矛盾冲突,一系列行动能符合决策的要求,就成为广告工作的主体了。

决策过程必须以一定的准则来限制,用此准则来判断决策的做出是否恰当。广告目标的确立正为广告决策提供了这一准则。广告目标是整个广告活动中的核心目标,整个广告的策划工作,将以广告目标为中心制定出一套目标体系来,确定文本创作的目标、文本测试的目标、媒介选择的目标、媒介组合的目标、广告效果评价的目标、广告的经济效益目标、广告的社会效益目标等等。每确定一个具体的目标,就是对一个具体的工作步骤进行一次决策。这一具体工作步骤的开展,将都以此决策为准则。而每一项决策又都以总体的广告目标为准则,由此确保整个广告活动的顺利进行,最终实现广告目标的要求。

3. 评价依据的作用

对广告活动的效果进行评价,是一项十分重要的工作,也是广告管理工作从低水平向高水平转变的标志。而进行效果评价必须有一定的依据,广告目标的确立可以起到这一作用。

对广告活动效果如何的判断,必须以其是否完成了广告目标的要求为依据。如果没有

一个明确的广告目标,广告工作可以热热闹闹地大干一场,干完之后了事,无法评价其达到了什么效果。因此,广告目标不但要明确、可以测定,而且还要能够化成一系列的具体目标,以指导每一具体的广告工作步骤。只有这样,在广告活动结束后,才能够将广告活动的结果同广告目标相比较,对广告活动的效果做出一个准确的评价。

二、广告目标的分类

可供企业选择的广告目标很多,大致可分为三类:

1. 提供信息

即企业通过广告活动向目标沟通对象提供种种信息。诸如告诉目标市场将有一种新产品上市行销,介绍某种产品的新用途或新用法,通知社会公众某种产品将要变价,介绍各种可得到的劳务,纠正假象,说明产品如何使用,减少消费者的顾虑,建立企业信誉等。以向目标沟通对象提供信息为目标的广告,叫做提供信息的广告,又叫做开拓性广告。这种广告的目的是在于建立基本需求即使市场需要某类产品,而不在于宣传介绍某种品牌。

2. 诱导购买

即企业通过广告活动建立本企业的品牌偏好,改变顾客对本企业产品的态度,鼓励顾客放弃竞争者品牌转而购买本企业品牌,劝说顾客接受推销访问,诱导顾客立即购买。以上述这种劝说、诱导、说服为目标的广告,叫做诱导性(或说服力)广告。这种广告的目的是在于建立选择性需求,即使目标沟通对象从需要竞争对手的品牌转向需要本企业的品牌。近几年来,在西方国家,有些诱导性广告或竞争性广告发展为比较广告,即广告主在广告中拿自己的品牌与若干其他品牌相比较,以己之长,攻人之短,以宣传自己品牌的优越性。

3. 提醒使用

即企业通过广告活动提醒消费者在不远的将来(或近期内)将用得着某产品(如秋季提醒人们不久将要穿御寒衣服),并提醒他们可到何处购买该产品。以提醒、提示为目标的广告,叫做提示广告。这种广告的目的是在于使消费者在某种产品生命周期的成熟阶段仍能想起这种产品。例如,可口可乐公司在淡季耗费巨资在杂志上做彩色广告,其目的就是要提醒广大消费者,使他们时时刻刻不要忘记可口可乐。还有一种与此有关联的广告形式叫做加强性广告,其目的在于使现有用户确信他们所做出的选择是正确的。例如,美国汽车制造商常常用广告描述其顾客对于他们已购买的汽车很满意,以加强其购买选择。

三、确立广告目标的要求

对确立广告目标的要求一共有六项:

1. 符合企业整体营销的要求

广告不是一项独立的活动,而是企业整体营销活动中的一项具体工作。所以,广告目标必须在企业的整体营销计划指导下做出。广告目标特别要反映出整体营销计划中的考虑重点,如广告发挥影响的范围、时限、程度等,以便使广告运动配合整体营销活动。

2. 清楚明确、可以被测量

因为广告目标将会成为广告主同广告公司之间相互协调的宗旨、一系列广告决策的准

则以及最后对广告效果进行测定的依据,所以广告目标不能够含含糊糊、模棱两可,使得人们可以对其肆意加以解释。对广告目标的确立要求清楚明确,可能还是一个容易实现要求,要求广告目标可以被测量,就有一定的困难了。广告目标无法被测量,最大的缺点就是无法准确地评价广告的效果。因此,广告主应尽可能在广告运动规划之前,将广告运动的目标具体化,使得人们可以以一套公认的标准对其进行测量。当然可测量不一定是严格地要求广告目标定量化,可测量是要求广告目标具有可以明确进行比较的性质。上一小节中我们介绍的广告目标,只是一系列广告目标的趋向,广告主在将其定为真正的广告目标时,一定还要对其加以限定和具体化,使得其可以被测量。

3. 切实可行、符合实际

广告目标虽然主要由广告主来确定,但是因广告活动是集团与个人相互协调的产物,所以这就要求广告目标必须切实可行、符合实际。也只有切实可行、符合实际的广告目标,才能保证广告运动的顺利进行。

4. 能够被其它营销部门接受

广告活动只是整体营销中的一个组成部分,为了配合整体的营销活动,广告目标就一定要让其它营销部门能够接受,这样才可以让广告运动同其它营销活动相互协调起来。

5. 要有一定的弹性

广告目标必须明确,只有这样才能够起到指导整个广告运动的作用。但是,正因为广告目标要指导整个广告运动,所以必须考虑环境的种种变化对广告运动的影响。广告运动为了更好地配合整体营销的进行,可能会做出适当的调整。而这样的调整,又应该是广告目标所能够允许的。因此,广告目标还应该具有一定的弹性。

6. 能够被化为一系列具体广告活动的目标

因为广告运动是由一系列具体的广告活动组成的,而每一项具体的广告活动又都需要一个具体的目标来指导,所以广告目标若要发挥其指导整个广告运动的作用,就要能够分解成为一系列广告活动的具体目标。而这些具体的广告目标一一实现,将能够逐步使得总的广告目标实现。

如上所述,一个较符合要求的广告目标应该是这样的:

在广告运动进行以后的七个月里,在广告运动所覆盖的主要市场中,本企业产品的知名度将比广告运动以前提高百分之十以上,本企业产品的销售额将比广告运动以前提高百分之七以上。

或者:

在本次广告运动进行后的一年内,本市内消费者抽样调查的结果应显示出,对本企业声誉评价的明显好转(如超过百分之二十的人转变其反对态度)。

四、制定广告目标的科利法

美国广告学家科利曾提出了“制定广告目标以测定广告效果”的方法。科利认为广告工作纯粹是对限定的视听众传播信息并刺激其行动广告的成败与否,应视它是否能否有效地把想要传达的信息与态度在正确的时候、花费正确的成本、传达给正确的人。

科利法包含下面六条原则：

(1)广告目标是记载营销工作中有关传播方面的简明陈述。这表明了只有广告才具有这种能力完成特定工作,而不包括与其它营销组合因素共同发挥作用。

(2)广告目标是用简洁、可测定的词句写成的。如果在一切有关广告人员中已经对期望广告所完成事项达成协议时,将广告的目标书写出来并不是件困难而讨厌的工作。如果对广告目的尚未达成协议,那么在制作广告之前就要把广告目标找出来,而非在事后再找。

(3)广告的各种目标要得到创作与核准各部门的一致同意。制定计划与执行计划要分开。在花费时间和金钱执行计划前,需要在“说什么,对谁去说”上面取得协议。

(4)广告目标的制定,应当以对市场及各种购买动机方面精湛的知识为基础。

它们是以缜密小心地衡量市场各种机会为根据而表示出非常实际的期望。它们并不表示毫无事实根据的希望与欲望。

(5)基准点的决定是依据其所完成的事项能够测量而制定。

心理状态——认识、态度与购买习性——要在广告刊播之前与后加以鉴定,或者以广告达到者与未达到者之视听众比较。

(6)用来在日后测定广告成果的方法,在建立广告目标时即应制定。

科利法最重要主题为有效的广告目的是既明确又能测定的。他的见解是测定广告效果的关键,首先要能界定要达成的广告目标。此一决策为本工作最难部分之一。

科利建议一种“6M”方法,概述如下：

商品(Merchandise):我们所要卖的商品与服务其最重要的那些利益是什么？

市场(Markets):我们所要影响的人们是谁？

动机(Motives):他们为什么要买或者不要买？

讯息(Messages):我们所要传达的主要想法、资讯与态度是什么？(为了推动潜在顾客更接近我们最后销售之目的。)

媒体(Media):怎样才能达到这些潜在顾客？

测定(Measurements):我们提出什么样的准则来测定所要传达给特定视听众的成果？

要能测定广告讯息效果,广告运动计划者一定要能查出消费者在知觉、态度或行动上的改变。科利提议下述在传播过程中的层次阶段,旨在达成广告最后说服消费者去行动的目标。

科利所提议“商业传播”的四个阶段是：

(1)知名(Awareness):潜在顾客首先一定要对某品牌或公司的存在“知名”。

(2)了解(Comprehension):潜在顾客一定要“了解”这个产品是什么,以及这个产品能为他作什么。

(3)信服(Conviction):潜在顾客一定要达到一心理倾向或“信服”想去买这种产品。

(4)行动(Action):最后潜在顾客一定要采取行动。

科利的方法之主要长处,是在许多情况下可用现有调查研究工具及方法来测定传播的反应。其所提广告对消费者可能发生的影响事例如表 16.1.1。他用两种不同产品比较广告传播前后之效果。

表 16.1.1 广告对消费者反应的效果

产品：滤嘴香烟		
	广告前(%)	广告后(%)
知道本品牌名称：		
用未帮助记忆法·····	20	40
用帮助记忆法·····	40	80
了解讯息：		
讯息 A·····	6	12
讯息 B·····	10	20
讯息 C·····	8	16
有乐于购买的倾向·····	4	8
表示过行动·····	2	4
形象：工业化学品部门		
知道公司名称·····	85	88
知道本公司为一著名工业		
化学产品供应者·····	15	30
了解主要讯息：		
讯息 A·····	6	12
讯息 B·····	4	8
讯息 C·····	5	10
有乐于购买之倾向·····	5	10
导致采购行动·····	3	6

五、广告战略决策

广告战略是若干项选择,根据市场分析、产品分析、消费者分析得到的资料,在广告目标的指导下,对广告运动的开展方法、劝说侧重方式、媒介选择总体原则等做出决策。有了广告战略,广告目标就可以进一步化解为一系列具体广告活动的目标了,整个广告运动就可以运作起来了。

下面就是在广告战略决策过程中必须进行的若干选择:

(一)面向总体市场的战略或面向细分市场的战略

对上面这两种战略的选择,基本上确定了广告运动的针对对象以及广告运动应如何选

用媒介的趋向。

面对总体市场的战略,是为了配合所谓无差别营销(undifferentiated marketing)这类营销战略的。无差别营销战略将总体市场看成同质性的,向市场中的所有消费者推销产品。这时要推销的产品,必须是大众化的用品,其大众化体现在用途、质量、性能、价格、销售地点等方面,使得大多数人有可能成为这种产品的消费者或用户。

采用面向总体市场的战略,广告运动就必须充分考虑如何迎合普通大众的需求和口味。首先,广告的文词、形象等必须是大众化的,要用大众熟习的语言讲话,用大众可以接受的形象来推销产品;其次,广告必须在大众可以接收的媒介上传播,如电视节目、报纸上、大众化杂志上、新闻节目前后的无线电广播节目中等等,使得一般大众可以接收到广告信息;最后,广告还必须能够具体配合这种无差别营销的推销活动,如保持长期稳定的广告形象、广告口号、劝说重点等。使得广告宣传可以给人留下连续性、统一性的印象,让人们长期接受这一产品。

面对分隔市场的战略,则同面对总体市场的战略十分不同。面对分隔市场的战略是为了配合差别营销(differentiated marketing)战略的。这种营销战略把市场进行细分,找出本企业产品可以进行推销的若干分隔市场,以及向不同分隔市场可以推销的不同产品。在这样的营销战略指导下,企业的生产和销售都必须是多元化的,以迎合不同分隔市场中不同消费者的多样需求。产品的生产应该是小批量、多品种、式样变化快、总产量高的,而产品的销售则应以多种推销方式、多种售价、多种产品(甚至商标)形象来进行。

为了配合差别营销战略,广告战略决策也需要适应这种生产和销售的多元化要求。所以,面对分隔市场的广告战略要求,广告运动是多样化的,以便于迎合各种类型的消费者,以多种劝说方式推销多元化的产品。面对分隔市场的广告战略对广告运动提出若干宏观要求。广告运动不能再是大型的统一行动,而应该采用企业整体广告同具体产品广告相结合的方式。有一定数量和规模的宣传企业自身、企业商标、企业营销标记、企业形象等的广告,连续不断在大众化的媒介上推出;同时,又有一系列具体宣传各种产品的广告,以不同的劝说方式在各种针对性强的媒介上推出。这两类广告的总体效果,是既不断强化企业的整体形象,又向不同类型的消费者推销不同品种的产品。

比较一下面对总体市场的广告战略和面对分隔市场的广告战略,我们应该了解到:

(1)两者的目标是不同的,是为了配合不同的营销战略而做出的决策。所以,两者绝无随意调换的可能;

(2)面对总体市场的广告战略形式略为简单些,可以不过多考虑广告的针对性,只需要保持基本形象的稳固,同时顺应社会发展对形象略加调整即可。但是,这种广告战略需要的广告经费庞大,而且很可能不能及时适应消费者需求的变化;

(3)面对分隔市场的广告战略形式较为复杂,需要对不同类的消费者、以不同的劝说方式、推销不同的产品,如果广告的针对性没有把握好,广告运动就会失败。但是,这种广告战略是为了适应市场变化而发展起来的,只要其针对性好,广告的推销效果会更加明显;

(4)随着消费水平的提高,消费者需求中个性化趋向将越来越明显,这就会对企业生产的产品提出多样化的要求。所以,面对分隔市场的广告战略可能会越来越受到重视,被越来越

越多的企业所采用。

(二) 满足基本需求的战略或满足选择需求的战略

对这两种战略的选择,基本决定了广告运动中应采取的总的劝说方式和重点。

关于基本需求和选择需求的概念,我们在第四章第三节中已经详细介绍过了。在广告战略决策中,必须结合消费者分析和产品分析得出的结论,了解消费者对某一种产品的需求到底是属于哪一个层次的,由此决定应采用什么样的劝说方式,向消费者着重介绍产品的哪些特点。

当消费者对某一种产品的需求是基本需求时,这种产品必然是能够为消费者的基本生活需要提供便利的。消费者对这一产品的要求是供应充足稳定,价格合理且以尽可能低廉为好,性能稳定不易损坏,可以长期使用,维修方便收费低廉等等。为了能更有效地向消费者推销这类产品,满足基本需求的广告战略要求广告的劝说方式如下:

- (1) 尽量采用大众化的语言、通俗易懂,不要使用不易理解的概念和词汇;
- (2) 以实例、对比、产品使用者代表、明星及其他权威人士等来加强劝说效果;
- (3) 突出产品的物美价廉,经久耐用,甚至可以公布参考性价格,以证实产品的价格之低廉;
- (4) 劝说方式中可以有一定程度的夸张和噱头,以满足消费者的心理期望;
- (5) 对产品的销售数量、售后服务方式等进行宣传,以增加消费者的购买决心;
- (6) 塑造产品形象应注意其大众化、实惠的特点。

如果消费者需要一种产品以满足其选择需求时,消费者在评价这种产品时情绪化的因素会起很大作用。消费者已不再把价格低、可以经久耐用当成重点来考虑,转而注意产品的时髦和是否符合自己的风度。这时消费者对产品的要求是,是否漂亮华丽(或者古朴粗犷),是否能符合本人所在的小集体的审美观,是否能使本人具有一些独特性,是否能使本人得到(或者是自认为得到)别人更多的赞美,等等。为了迎合消费者的这些需求,满足选择需求的广告战略要求广告的劝说方式为:

(1) 强调产品的独特性是广告劝说的重点。产品要么豪华名贵、要么古朴典雅,要么庄重美丽、要么怪诞离奇,总之这一产品必须是同其它产品有着相当明显的不同,而这些不同点又能为消费者带来自豪感。

(2) 在劝说中加重情感成分,培养消费者对产品形象、商标形象的羡慕之情,突出拥有这一产品后消费者将会有的风度。这时可以请明星来进行劝说。

(3) 通过广告中的气氛渲染,显示本产品的高档次和高价格,吸引消费者注意。

(4) 对产品的销售方式、销售地点做若干限定,加强消费者购买此产品时所能获得的心理满足。如在广告中注明“本产品只能用某某信用卡付账购买”,或者“本产品只在本市最高级的商店出售”等。

(5) 广告语言要美好动人,格调优雅。

由上述介绍,我们可以看到满足基本需求的广告战略和满足选择需求的广告战略在劝说方式和重点上是十分不同的。这一不同反映在两方面上,一是产品通用化、大众化或产品独特性、个性化,二是产品物美价廉或产品贵重豪华。

在进行这一组的广告战略决策中,除广告劝说方式之外,还应该考虑广告推出应选择的媒介。满足基本需求的广告战略,要求广告在大众化的媒介上出现。满足选择需求的广告战略,除要求广告在大众化的媒介上出现之外,还要在一些专门性、对接受者要求较严格的媒介上出现。

(三)推出需求战略或拖拉需求战略

对这两种战略的选择,基本决定了广告运动应如何同其它推销活动相配合。

推出需求广告的形式是这样的:产品已经在市场上销售了,消费者可以看到、买到这些产品,广告同时也在宣传这些产品,使得广告和直接销售紧密联系起来。推出需求广告战略是企业一般情况下采用的,所以也是十分普遍的。之所以称其为推出需求,是因为广告的作用是推动需求去接受产品的供给,促进销售。

拖拉需求广告战略的形式同推出需求广告战略正好相反,这种广告战略虽然被企业采用的不多,但也绝不是十分罕见的。在拖拉需求广告战略指导下,企业准备把一种新产品推出之前,或者是企业准备把一种产品在一个新的市场中推出之前,就开始对这种产品做广告宣传,让消费者未见产品先见广告,当这些广告带动(拖拉出)消费者的需求后,再让产品正式上市销售。

由于推出需求广告战略是企业广泛的采用的,所以其形式为大家所熟习。这里着重分析一下拖拉需求广告战略。拖拉需求广告战略把广告当成产品销售的先锋,如果运用得当,将会大大促进产品销售,为整体营销带来很大的利益。因为先进行广告宣传,让消费者知道、了解新的产品,把消费者的消费欲望拖拉出来,然后再销售产品,产品的销售就不再是盲目的、被动的了。产品一投放市场,就有可能取得良好的销售效果。

拖拉需求广告战略可以为企业的营销带来很大的利益,但是也必须承担两重风险。这两重风险的原因,都因为在拖拉需求广告战略下消费者先了解到的是广告中的产品,而非市场中的产品。

采用拖拉需求广告战略必须承担的第一重风险是这样的:由于消费者接触产品的信息首先是广告宣传,所以消费者对产品的第一印象来自广告。如果广告策划工作做得不好,广告不能够迎合消费者的潜在需求欲望,或者广告中产品的形象是消费者不喜爱的,那么这种产品将很难再在这一市场中销售出去。在推出需求战略指导下,如果广告宣传不当的话,消费者可能不喜欢广告中的这种产品,却可以在市场中或其他人那里看到这种产品。所以,消费者对此产品的了解是多渠道的,不同渠道得来的信息可以相互补充。只要产品本身是好的,消费者尽管不喜欢广告中的这一产品形象,却完全可以通过接触真实产品,了解这一产品的性质,从而喜爱上这一产品。但是,在拖拉需求广告战略指导下,上述情况就不会出现了,消费者不可能接触到产品实物,只能从广告上对产品形成第一印象。如果消费者不喜欢这一产品的形象,这一产品真的上市销售时,就不会有人问津,不但白白浪费了一笔广告费,而且破坏了整个营销计划的实施。企业若想重新树立产品的形象,就要再花费更多的金钱和力量,比新树立一个产品的形象困难得多。正因为如此,企业确定要采用拖拉需求广告后,必须认真进行广告的策划,最好先在小范围内测试一下广告的效果,有了十足的把握后,再将广告推出。

采用拖拉需求广告战略还可能要承担另一重风险:企业采用拖拉需求广告战略后,在广告推出和产品上市之间,一定有一段驰豫时间,以便广告宣传产生效果,拖拉出消费者的潜在消费欲望来。但是,在这一段驰豫时间中,市场上的需求正在形成,而广告主企业又不能及时满足这些需求,所以完全有可能为其他竞争对手提供了可乘之机。由于拖拉需求广告战略指导下所推销的产品大多是新产品,消费者首先要了解的是产品本身,而不是具体某一种商标牌号的产品,所以竞争对手的产品完全可能抢先一步上市,吃掉广告主企业拖拉需求广告带动起的需求,使得广告主出钱为其竞争对手做广告。在推出需求广告战略指导下,广告是专为本企业产品而做的。产品在市场上销售,广告在宣传产品的种种特点的同时,强调本产品的商标牌号。所以,消费者接受到的广告信息,是包含有产品和商标的。这样,消费者将区别市场上不同商标牌号的同类产品,广告信息将会在消费者的购买决策中发挥一定的作用。但是在拖拉需求广告战略指导下,情况就完全不同。拖拉需求广告虽然也可以既宣传产品也宣传该产品的商标牌号,但消费者由于没有区别比较不同商标牌号的这种产品的可能,所以注意的仅仅是这种产品,而不是商标牌号。只要市场上一有这种产品出现,已经被拖拉需求广告带动出消费欲望的消费者就会去购买这种产品,而不理会这种产品是不是同广告上所宣传的是同一商标。这样一来,广告主企业就要被捷足先登的竞争对手抢走自己辛辛苦苦开拓出的市场,不但部分损害了广告的效果,而且也影响整体营销计划的实施。为了防止这一情况的出现,广告主在决定采用拖拉需求广告战略后,除了要特别在广告中突出本企业产品的商标牌号外,还要把握好从广告推出到产品上市之间的驰豫时间的长短,并且尽量把产品上市的时间订得有弹性一些,以便及时对抗竞争对手的突然袭击。这就需要广告部门同其它的营销部门密切配合了。

虽然采用拖拉需求广告战略要承担这样大的风险,但是很多企业还是不惜代价一试,主要是因为这种广告战略很可能为企业的营销带来巨大的好处。

推出需求广告战略是任何情况下均可采用的。但是企业若想采用拖拉需求广告战略,就一定要具备下述条件中的若干个:

(1)广告主企业本身必须财力雄厚,经营状况良好,有实力承担风险,也有实力同可能的竞争者对抗。经营状况不佳的企业如果想凭运气来采用拖拉需求广告,只要广告效果不理想,这家企业就可能一败涂地。

(2)新产品的市场比较广泛,潜在的消费者或用户很多,即使有若干个竞争企业涉足这一市场,也不会严重影响广告主企业的营销地位。广告主仍然可以在广告的配合下,争取到众多的消费者。

(3)广告主准备推出的产品是十分先进的、高科技的,其他竞争对手一时无法马上仿制出来,无法对广告主企业的新产品构成直接的威胁。

(4)广告主有能力委托好的广告公司,将广告文本的创作水准提高,在着重宣传产品本身的同时,突出本企业的商标牌号。另外,在广告文本中不显示产品的细节,使别人只能了解该产品的用途,而无法了解该产品的制造方法。

(5)广告主企业对推出这一产品已有十足的把握,能够在必要的时候提前让产品上市,以保证配合广告的宣传效果。当产品尚在试制阶段,绝不可贸然率先做拖拉广告,以免广告

做出后,产品无法按时上市,损害企业的名誉和形象,又浪费了广告费。

当然,拖拉需求广告和推出需求广告不是绝对分开的,而是相互连接的。当拖拉广告效果良好,广告主企业的产品上市后销售情况合乎理想,推出需求广告就要随之而来了。推出需求广告应该同拖拉需求广告保持一致,使得消费者从产品上市前后广告中得到的信息是一样的,以便进一步劝说消费者购买此产品。

选择采用推出需求广告战略还是拖拉需求广告战略,实际上是要对产品上市前是否要率先做广告宣传做决策。不论产品上市前是否做广告,产品上市后的广告都是要做的,所以这项决策并不影响以后的广告运动规划。只不过在采用拖拉需求广告战略时,应考虑广告运动的连接问题。

最后,任何新产品上市前(或新服务推出前)企业都是要做广告的,如果这些广告的推出时间距上市时间很近,这些广告就不应算做拖拉需求广告,只不过是推出需求广告的前奏而已。拖拉需求广告仅指那些广告推出和产品上市之间有一定时间间隔的广告。

(四)产品广告战略或形象广告战略

对这两种战略的选择,基本上决定了广告运动为整体营销发挥作用的层次和发挥作用的长短。

产品广告和形象广告是广告的两种形式,在广告目标和广告主题上有着明显的区别。产品广告的目标是直接推销产品,希望广告劝说能够带来销售额的迅速上升。产品广告的内容可能是多种多样的,但是其主题却是一样的,展示、介绍、宣传产品的种种特点和优点,催促人们尽快来买此产品。目前,我国大陆地区的广告,绝大多数都是产品广告,采用各式各样的劝说内容和劝说方式,让消费者了解产品的情况,赶快来购买产品。

形象广告的目标不是直接推销产品,而是塑造产品、商标或企业整体的形象,通过长久地巩固和发展这一形象,赢得消费者的喜爱和支持。所以,形象广告的内容不是直接展示、介绍产品的。形象广告大多情感动人、内容美妙、耐人寻味,通过显示拥有此产品的人将会具有的风格和风度、此产品的情调、此产品能够带给人们的联想等等,塑造产品的形象,并由此进一步塑造商标形象和企业形象。通过广告内容同消费者交流感情,赢得消费者的喜爱。

下面我们比较两则广告文本,可以清楚地看到产品广告和形象广告之间的区别。

第一则广告,在电视屏上先展示出一只酒瓶,接下去一位明星手托酒杯——介绍这种酒的好处,如历史悠久、味道香醇、健身活血等等。然后是很多人一起举杯畅饮,其中一位转头冲着观众说:“你们都来尝一尝吧!”

第二则广告,在电视屏上首先出现的是一派柔和华美的色彩,一只装璜豪华的酒瓶。然后出现一位容貌美丽的少女。接下去,一位英俊的男士打开酒瓶盖,另一幅镜头上少女猛的一回头;男士向酒杯中倒酒,酒入杯中不断地打旋,另一幅镜头上少女正在急速跑下一旋转式的楼梯;男士将装满酒的酒杯举起,对着烛光一望,色彩光华灿烂,另一幅镜头上少女正走上一幢大厦前的高高台阶;最后,男士将酒杯送到嘴边,一饮而尽,另一幅镜头上少女和男士两人热烈地拥抱。电视屏上再次出现那只装璜豪华的酒瓶,第一次出现画外音“魅力凝聚,谁可抗拒”。

第三则广告,电视屏上一架飞机腾空而起,画外音介绍一家航空公司的经营历史和服务

特色。接下来,几位漂亮的空中小姐微笑着送上饮品和点心,同时展示着飞机中坐椅的舒适。然后,一位明星人物走到空中小姐中间,笑着向观众介绍这家航空公司航班准时、飞行安全、服务周到。镜头一转,在飞机售票台前,这位明星又加上一句:“票价合理,对熟客还有折扣打!”最后,这位明星和几位空中小姐一起向观众说:“我们欢迎您!”

第四则广告,电视屏上先出现的是正在飞行的飞机内舱,一位空中小姐正在给客人送饮料,走到一位男士前,见到他正在摆弄一条漂亮的项链。空中小姐笑着问:“送给谁的?”男士回答:“我女儿,她的生日。”空中小姐赞赏地拿起项链看了看说:“她一定喜欢。”接下去,飞机正在下降,机场上的一位少女正迫不及待地守在候机室门口。镜头转回机舱内,客人已经走光,空中小姐收拾着东西,突然发现那位男士把首饰盒忘在座椅上了,这位空中小姐拿起首饰盒就向外跑。机场候机室外,少女激动地向走来的父亲握手,男士见到女儿,高兴地伸手去摸上衣口袋,但是什么也没有摸到,顿时皱起眉头来。少女见父亲手按胸口,双眉紧蹙,于是扑了上去,抱住父亲。此时空中小姐赶到,在父女俩拥抱的时候,从少女背后将手首盒递到男士的手中,然后又用手指在自己嘴上一挡,笑着走开了。爸爸把项链从盒中拿出,女儿高兴地跳了起来。

从上面这两对广告中,我们可以看到产品广告和形象广告的不同。产品(服务)广告,用直接介绍的方式向消费者展示一种产品或服务的种种优点,再请出明星来进行劝说,前后总是催促消费者赶快行动。而形象广告几乎不自我介绍,而是透过一系列的画面或情节,向消费者显示拥有或使用某种产品将使人具有的风度和形象,或者是同消费者交流感情,以此来赢得消费者的喜爱。

无疑,我们可以看到虽然形象广告并没有直接向消费者推销产品,但是其采用的同消费者培养感情的方法,发挥的作用层次更高,发挥作用的时间更长。因此,形象广告的创作是较产品广告的创作复杂一些。

那么,广告主企业如何选择应该采用产品广告战略还是形象广告战略呢?我们可以用中国的一句成语来说明问题,即“人无远虑,必有近忧”。当一个企业正在为其近期内的销售发愁时,是无法去考虑五年、十年以后的销售问题的。所以,企业希望广告能带来直接的销售,广告效果越直接明显、越快就越好。在这样的营销战略指导下,企业自然要采用产品广告战略,以便于广告可以迅速支持企业的整体营销。

但是,如果一个企业的产品近期内销售不成问题,五年内销售也不成问题。这个企业的管理者就必须考虑七年以后情况如何?十年甚至二十年以后情况如何?此时企业管理者要为未来的营销做准备,未来的产品/服务可能改变,但是商标,企业本身却不会变,所以产品广告无法再发挥作用,必须借助形象广告去赢取消费者的信任和喜爱,这样才能保证消费者在未来的日子里继续支持本企业。

在正常情况下,企业经常采用一种组合方式来综合运用产品广告战略和形象广告战略。用形象广告战略来指导一组广告宣传本企业的商标形象和企业形象,把这一组广告保持在一定的规模上,持续不断地做下去。另一方面,用产品广告战略指导另外的广告去推销各种产品。这样做可能会花费高些,但是却可以收到近期和远期、低层次和高层次的综合效果,是比较理想的。

第二节 广告媒介

选择媒介的目的,在于寻求最佳传送路线,使期望的展露数量到达目标沟通对象。研究展露数量有什么意义呢?假定广告主希望获得来自目标沟通对象的某种特定反应,譬如某种产品试用水平。而产品试用率又大致决定于人们对品牌的注意度,图 16.1.1 中,设产品试用率随着品牌注意度的提高以递减的速率增加,这样,如果广告主希望产品试用率达到 T^* ,对产品的注意度须达到 A^* ,下一步工作就是找出为达到注意度 A^* ,需要多少次展露 E^* 。这也正是研究展露数量的真正意图。而展露的效果,又依展露的送达率、频率和影响的不同而有所差异。

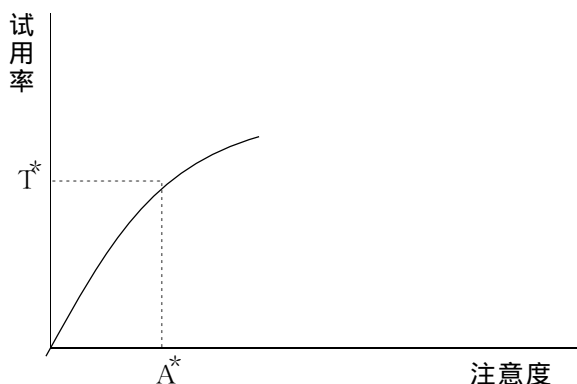


图 16.1.1 产品试用率与人们注意度的关系

一、展露的送达率、频率与影响

所谓送达率(R),是指在某一特定时期内,不同的人或家庭至少一次展露在媒介计划下的数目。所谓频率(F),是指在某一特定时期内,一般人或家庭接触信息的次数。所谓影响(I),是指经由特定媒介的展露所产生的定性价值。

图 16.1.2 表明了注意度与送达率的关系。当展露的送达率、频率和影响增大时,注意度也会提高。如果企业的媒介计划人员有 100 万元的广告预算,每千个一般性展露为 5 元,也就是说,广告主可买到 2 亿个展露($1000000 \times 1000 \div 5$);如果广告主希望展露次数为 10 次,则在此预算下广告信息可到达 2000 万人($2 \text{ 亿} \div 10$)。如果广告主需要一些比较高级的媒介,其每千个展露为 10 元(除非他愿意降低展露次数),则广告信息可到达 1000 人。

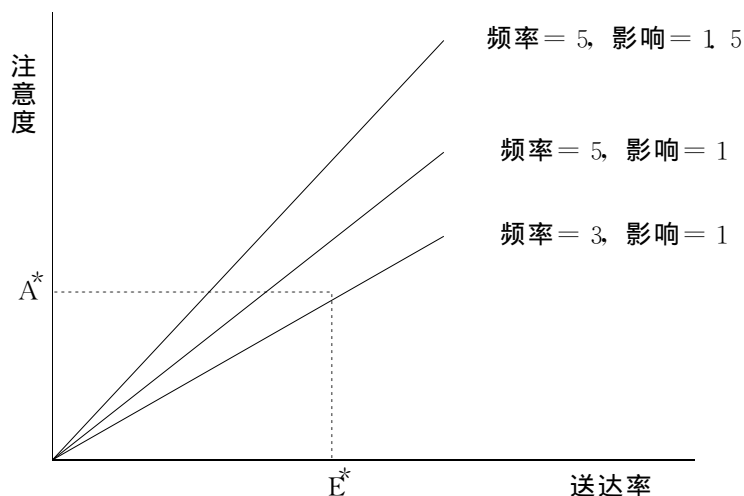


图 16.1.2 人们注意度与展露的送达率、频率的关系

送达率、频率和影响的关系可借助下列概念来描述：展露总数(E)为送达率乘以平均频率($E=RF$)，又叫做总评分(Gross rating points, GRP)。如果某一媒介计划接触 80% 的家庭，平均展露频率为 3，则其总评分为 $80 \times 3 = 240$ 。假如还有一个媒介计划，其总评分为 300，虽比上例有较强的攻势，但是我们却无法确认送达率与频率各为何值。加权展露数(Weighted number of exposures, WE)，是指送达率乘以平均频率再乘以平均影响所得的数值，即 $WE=RFI$ 。

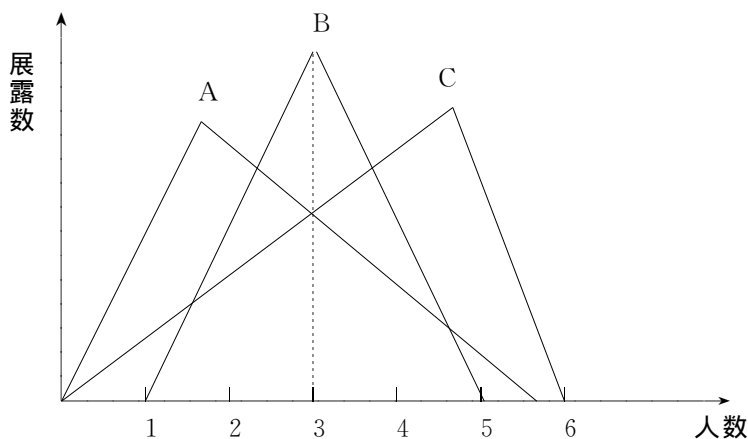


图 16.1.3 展露与频率分布

制定媒介计划时可能遇到的难题是：在既定预算下，如何购买有效的送达率、频率和影

响的组合。如果媒介计划人员愿意采用一般影响的媒介,其余工作则是决定频率与送达率的高低。现代市场学认为,先决定频率是合理的,因为一旦确定了对目标沟通对象做多少次广告,送达率也就随之确定了。

国外有些学者认为,广告只有大量展露给目标沟通对象才有效,重复次数太少会劳而无获。美国学者鲁卡斯(D. Lucas)和布利特(S. H. Britt)曾指出:“介绍性的广告所造成的印象不会太深,不足以引起购买兴趣;连续性的广告可以把已经形成的肤浅印象加深到足以采取行动的水平,因而能收到更好的效果。”美国学者克鲁曼(H. E. Krugman)则认为有三次展露就足够了:第一次展露用于引起人们的独特的感觉反应,第二次展露便是造成刺激,第三次展露用于提醒那些想购买但未采取行动的人。作为广告主,他所关心的是广告活动所要达到的展露——频率分布。展露——频率分布主要用于描述在特定时期内有多少人对同一广告接收到 $0, 1, 2, \dots, n$ 次展露。图 16.1.3 表明了三种不同的展露——频率分布。其中,B分布是最有效的,因为大多数人都接收到三次展露;而C分布重复太多,A分布则重复太少。

二、主要媒介种类的选择

当送达率、频率和影响目标确定之后,企业媒介计划人员还必须评核各种主要媒介到达特定目标沟通对象的能力,以便决定采用何种媒介。主要媒介有报纸、杂志、直接邮寄、广播、户外广告等。这些主要媒介在送达率、频率和影响价值方面互有差异。例如,电视的送达率比杂志高,户外广告的频率比杂志高,而杂志的影响比报纸大。

媒介计划人员在选择媒介种类时,须了解各媒介的特性。报纸的优点是弹性大、及时、对当地市场的覆盖率高、易被接受和被信任;其缺点是时效短、转阅读者少。杂志的优点是可选择适当的地区和对象、可靠且有名气、时效长、转阅读者多;其缺点是广告购买前置时间长、有些发行量是无效的。广播的优点是大量使用、可选择适当的地区和对象、成本低;其缺点是仅有音响效果、不如电视吸引人、展露瞬间即逝。电视的优点是视、听、动作紧密结合且引人注目、送达率高;其缺点是绝对成本高、展露瞬间即逝、对观众无选择性。直接邮寄的优点是沟通对象已经过选择、有灵活性、无同一媒介的广告竞争;其缺点是成本比较高、容易造成滥寄的印象。户外广告的优点是比较灵活、展露重复性强、成本低、竞争少;其缺点是不能选择对象、创造力受到局限等。

企业媒介计划人员在选择媒介种类时,须考虑如下因素:

(1)目标沟通对象的媒介习惯。例如,生产或销售玩具的企业,在把学龄前儿童作为目标沟通对象的情况下,绝不会在杂志上作广告,而只能在电视或电台上作广告。

(2)产品特性。不同的媒介在展示、解释、可信度与颜色等各方面分别有不同的说服能力。例如,照相机之类的产品,最好通过电视媒介作活生生的实地广告说明;服装之类的产品,最好在有色彩的媒介上作广告。

(3)信息类型。譬如,宣布明日的销售活动,必须在电台或报纸上作广告;而如果广告信息中含有大量的技术资料,则须在专业杂志上作广告。

(4)成本。不同媒介所需成本也是一个重要的决策因素。电视是最昂贵的媒介,而报纸

则较便宜。不过,最重要的不是绝对成本数字的差异,而是目标沟通对象的人数构成与成本之间的相对关系。如果用每千人成本来计算,可能会表明:在电视上作广告比在报纸上作广告更便宜。

三、特定媒介工具的选择

选择特定媒介工具的第一个步骤,应是决定在每种媒介工具上花多少钱。譬如,现已决定从总广告预算 100 万元中拨出 24 万元用于杂志广告,但选择什么杂志、每种杂志应刊登几期等则属其次的问题。

在美国,企业选择杂志媒介时,常常借助有关各类杂志的研究报告。例如,美国审计调查公司的研究报告提供五家杂志的读者人数及其特性的有关资料;标准评分资料公司所出版的各期报告,则提供有好几百家杂志的成本及其有关资料。对于不同广告文稿的大小、颜色选择、广告位置以及插入广告的数量等,均订有不同的价格。大多数杂志都采用数量折扣办法,依该年度所购买的插入广告份数而有所不同。

在美国工商企业里,媒介计划人员一直试图计算某一特定媒介工具接触到每千位目标沟通对象的成本。例如,《新闻周刊》上一个全页四色的广告要 58000 美元,而《新闻周刊》约有 600 万读者,那么,广告信息到达每千人的成本约为 10 美元。同样的广告在《商业周刊》上可能要 26000 美元,但广告信息仅可到达 200 万读者,即每千人的广告成本为 13 美元。媒介计划人员可根据每千人成本将各种杂志予以分级,然后在每千人成本最低的杂志上登广告。

但是,这种每千人成本准则,已日益受到攻击。其主要缺点在于只用杂志的总读者人数为计算成本的基础,而不是以读者中的可能购买者人数来计算。譬如说,某杂志有 100 万读者,虽然有 100 万次的机会可让人们看到该广告,但其真正的展露价值的高低,还要视读者的个性与目标顾客群的个性的相近程度而定。譬如对婴儿润肤霜所作的广告,如果所有的读者都是年轻的母亲,则其展露价值可能就是 100 万美元;如果读者都是老年人,则其展露价值可能为零。所以,广告的展露价值依读者构成情况及读者人数的不同而不同。

每千人成本准则的第二个缺点是展露的概念不明确。每千人成本准则所采用的展露概念,只是潜在的展露,而不是实际的展露。当某一广告刊登在《时代》杂志上时,便可说有一次展露机会发生在《时代》杂志的所有读者上,但事实上,《时代》杂志读者中仅有一部分人注意到该广告,较少的人了解广告信息的内容,更少的人才留下正确的印象。所以,最全部的计算单位是目标读者的人数,而不是所有读者的总人数。这些目标读者不仅看到广告,而且被该广告所刺激。可是,这种单位的人数根本不可能估计出来。

每千人成本准则的第三个缺点是它忽略了存在于不同杂志之间的编辑印象与影响力等质上的差别。即使两种杂志拥有同等数量的目标购买者,但在甲杂志上做广告可能会比在乙杂志上做广告更令人信服,更有名贵感,或在其他方面有更高的质量,这很可能就是由于甲杂志的编辑质量及印刷质量比乙杂志好。

每千人成本准则的第四个缺点是它基本上只使用平均法,而不使用边际法。如果某一杂志,不管在上面登多少次广告,其每千人成本都维持最低水平,而不受竞相刊登的影响,则

所有的杂志广告预算都应花在该杂志上。然而实际上,当在同一杂志上刊登的广告逐渐增加时,该杂志很快就会失去其在每千人成本上所占的优势。这是由于连续几期在同一杂志上刊登同一广告,读者基本上还是原有的同一批人。这与用新杂志把广告展露给新读者所造成的影响相比,显然会有收益递减问题。

四、电脑化媒介选择

在现代市场学中,运用高等数学方法进行媒介选择是 60 年代初的一项重大突破。目前,现代市场学已研究证明:有三种模型对媒介选择有重要的帮助与改进作用,即线性规划、高分析、模拟模型以及其他模型。

1. 线性规划

线性规划是分析媒介选择问题的一种常用公式。它可以用于必须同时满足好几个限制条件的问题。在媒介选择中,常用的限制条件有:(1)广告预算规模;(2)某种特定媒介工具与媒介种类的最小与最大使用限制;(3)对不同的目标顾客的最小满意展露率。要选择一个最佳的分配计划,首先须制定有效度标准。对媒介选择来讲,其标准则为有效展露的数目。线性规划就是寻求能达到最大最有效展露数目的媒介组合的数学方法。

所谓应用线性规划方法解决媒介选择问题,也就是在限制条件(又叫约束条件)下,求取最佳的媒介组合,并借此组合形成最大的有效展露数目。其基本形式如下:

求极大 $E = e_1 X_1 + e_2 X_2 + \dots + e_n X_n$ (有效度函数)

限制条件 $c_1 X_1 + c_2 X_2 + \dots + C_n X_n \leq B$ (预算限制)

$c_1 X_1 + c_2 X_2 \leq B_1$ (媒介种类使用限制)

X_1	$\geq k_{1l}$	} (个别媒介的使用限制)
X_1	$\leq k_{1u}$	
X_2	$\geq k_{2l}$	
X_2	$\leq k_{2u}$	
.....		
	$X_n \geq k_{nl}$	
	$X_n \leq k_{nu}$	

其中, E 表示总展露数目; e_i 表示在第*i*媒介做一次广告的展露数值; X_i 表示在第*i*媒介所做广告的次数; c_i 表示在第*i*媒介做一次广告的成本费用; B 表示广告预算总额; B_1 表示广告预算的一部分; k_{il} 表示购买第*i*媒介的最小单位数; k_{iu} 表示购买第*i*媒介的最大单位数。

运用线性规划公式进行媒介选择,有四点重要限制,即:(1)它假设重复展露的边际效果固定不变(不递减或递增);(2)它假设媒介成本已固定(不打折扣);(3)它无法处理目标沟通对象重复的问题;(4)它无法处理广告的时间安排问题。

下面举例说明线性规划法的应用。假设某企业广告预算总额为 500000 元,但至少在第 1 种媒介上必须花 250000 元,第 1 种媒介每次可形成 3100 单位的有效展露,其成本为 15000 元。一年中在第 1 种媒介可能作 0—52 次广告。其余数值的分配可以依同样方式予以解释。给予这些具体的数据后,可用特定的数学程序(或电脑程序)求得本问题所要求的最佳答案,其基本算式如下:

$$\begin{aligned}
 E &= 3100X_1 + 2000X_2 + \cdots + 24000X_n \\
 15000X_1 + 4000X_2 + \cdots + 5000X_n &= 500000 \\
 15000X_1 &\geq 250000 \\
 X_1 &\geq 0 \\
 X_1 &\leq 52 \\
 X_2 &\geq 1 \\
 X_2 &\leq 8 \\
 &\cdots \\
 X_n &\geq 6 \\
 X_n &\leq 12
 \end{aligned}$$

2. 高分析

高分析法是依次进行对媒介的选择,而不是同时决定媒介的选择。其基本思想是,在一年中的第1个星期,从所有可采用的媒介中选择最好的一种作广告。作了这个选择之后,对其余可供选择的媒介重新进行评估,并对沟通对象重复现象及媒介的可能折扣加以考虑。如果这一星期所达到的展露率低于原定的最适展露率,那么在同一星期就要作第二个选择,以替代第一次的选择。最适展露率是许多个市场营销变数、媒介变数的函数。依此方式继续进行分析,一直到达该星期的最适展露率为止,并以此为基础考虑下个星期新的媒介选择。这种循环过程(图 16.1.4)继续进行下去,直到该年度的计划都安排好为止。

高分析法实际上是线性规划法的改进,它具有如下优点:

- (1) 它除了考虑媒介的选择外,同时还安排时间;
- (2) 它解决了目标沟通对象重复的问题;
- (3) 它考虑了媒介折扣的问题;
- (4) 它加入了品牌转换率和多重展露系数等在理论上较重要的变数。

3. 模拟模型

线性规划模型与高分析模型都属于求取最佳值的形式。美国有人曾提出一种媒介组合模拟模型,其用途并不是寻求最佳媒介分配计划,而仅仅是估计各已知媒介分配计划的展露率。这种模型采取抽样法,其样本为 2944 个媒介接收者(沟通对象),代表全美国不同性别、年龄、社区类型、就业状况、教育程度的公众。每个人对媒介的选择是由概率决定的,这一概率为其经济特征和其在 98 个社区之一中的位置的函数。如图 16.1.5 所示,将某一特定顾客的媒介计划展露给样本群中的每个人,随着本年度广告计划模拟的进行,电脑将接收到广告的人的类型与数目列出表来。在该年度终结时,全年的汇总图表即自动编好,对该广告在时间安排上所可能产生的影响进行多方面的描述。企业查验这些图表后,便可断定拟议中的媒介计划在接收者(沟通对象)的特性、送达率与频率的特点等各方面是否令人满意。

由于模拟模型并不是用来求取最佳的媒介组合计划,而是用来求取某一特定时间安排在一年内的最佳送达率与频率的特征,所以与前面所讲的两个模型可以相互补充,而不是互相排斥。当运用该模拟模型时,必须了解其局限性:(1)该模型不包括总体有效函数,相反,它只能表述一种多层面影响力的概况;(2)该模型缺乏求取较佳媒介分配计划的过程;(3)该模型所假设的样本群不一定有代表性。

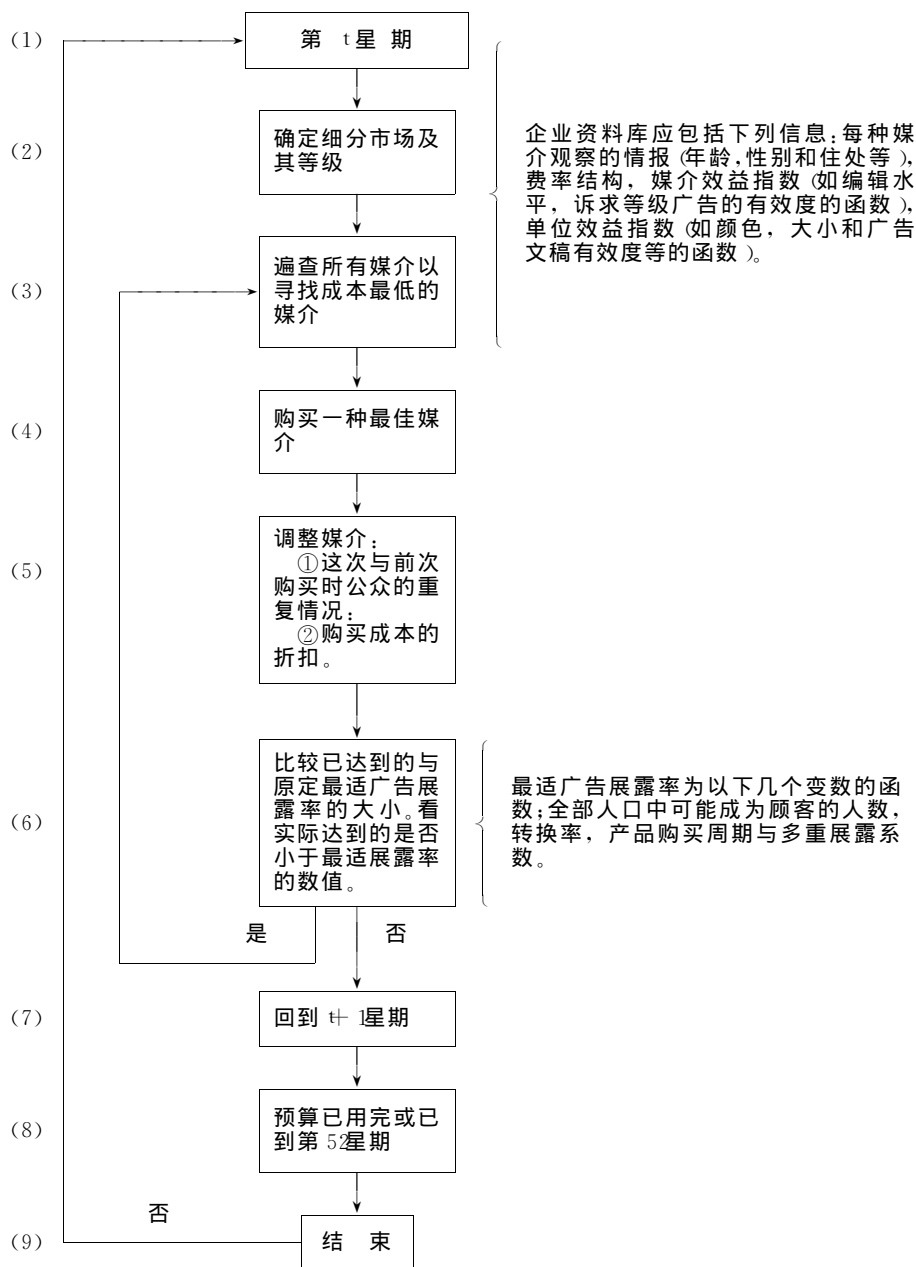


图 16.1.4 媒介选择的高分析法

4. 其他模型

现代市场学的媒介模型已有相当发展,并远远超过上述几种简单模型。美国学者利特尔(John D. C. Little)和洛迪什(Leonard M. Lodish)曾提出一个 MEDIAC 模型。该模型能以任何分析方式处理一大堆媒介选择的实际问题,许多有关市场营销与广告方面的因素,诸

如市场细分、销售潜量、展露概率、边际反应递减率、遗忘率、季节性以及成本折扣等,都可放入该模型。它以一种对话的方式来指导使用者按照模型的逻辑输入所需要的资料,在几分钟之内就可得到一份最佳媒介时序计划表。使用者可以很容易地通过改变输入的资料来观察其对媒介时序表的影响。

需要指出,电脑化的媒介选择模型仅仅是企业管理当局进行分析判断的辅助工具,不能完全取代理当局的判断。电脑能够在几个小时之内制订或试行一个媒介计划,同样的工作在从前可能要花几天甚至几星期。速度快是电脑化媒介选择模型的最大优点。可是,在电脑方程式的规定说明中,所使用的权数和所确定的约束条件,多少有些人人为的成分。

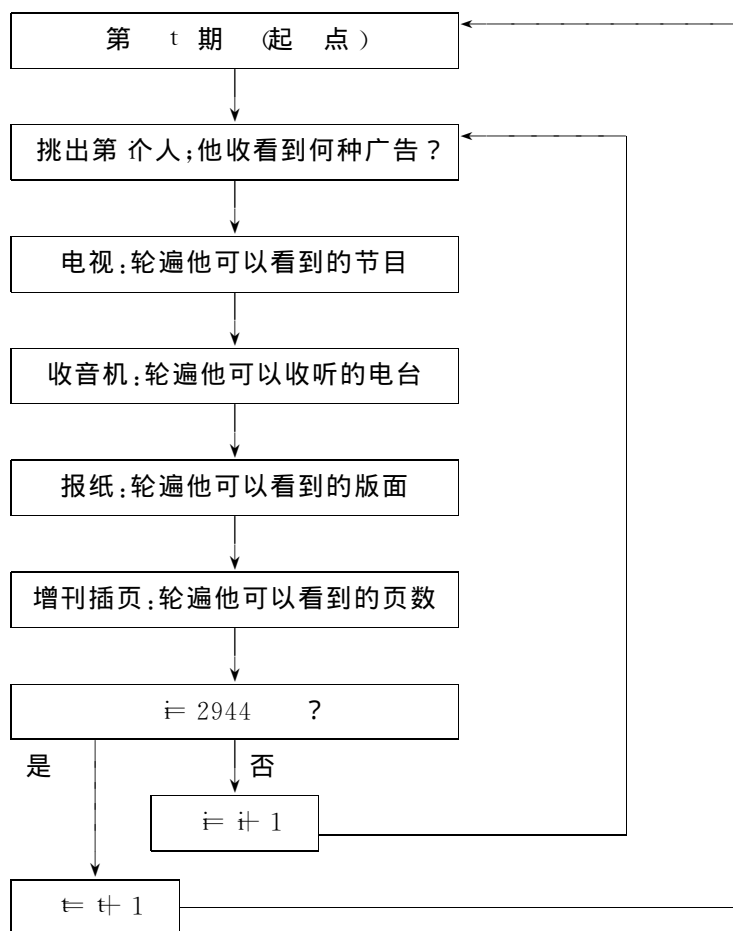


图 16.1.5 衡量媒介展露度的模拟模型

第三节 广告技巧

广告技巧,是由广告内容的结构,文字的表达以及画面和色彩的运用等方面的材料组

成。构成平面广告设计的画面材料都离不开对上述材料的取舍和巧妙的安排。

广告设计的目的不是追求形式的美,而在于取得消费者对广告的良好反应。广告技巧的运用,同样不是追求形式的美,而在求得对广告文字的简洁、清晰、生动和完整的表达,使之成为吸引或诱发消费者达成购买的主要因素。

广告文稿是广告技巧的集中体现,由文学和图画组成。当然也有没有画面,只有文字的广告,或只有图画而没有文字的广告。

从广告的内容上看,一幅广告至少包括六个方面的内容:(1)商品名称;(2)商品性能与特点;(3)商品能为消费者带来什么好处和利益;(4)说明商品的用途和使用方法;(5)说明售后能为消费者提供哪些服务;(6)注明厂名、厂址以及联系办法,或说明在哪里购买。

一、广告的创作风格

广告作品有一定的风度格调,广告风格取决于广告制作人的业务水平及一定文化氛围下的艺术表现手法。一般说来,我国广告作品的创作风格,大体可归纳为三种类型:

(一)规则式风格

这种创作风格有点近乎公式化,在格调上比较正规、刻板,很少带感情、艺术色彩。有人把它称为“报导或教条式风格”。

规则式风格的广告文稿,介绍产品时,一般只从质量参数、价格水平、规格尺寸、花色品种等自然属性方面和顾客可从中得到的某种好处与实惠等方面如实介绍,就像新闻报导那样,又仿佛是一份有关产品或劳务项目的报告、通知单,语言文字上一般不作太多的修饰,有一说一,有二说二地如实告诉消费者或用户。这种风格的广告文稿多用于生产资料和技术服务广告。其好处是内容具体,介绍比较全面,而且所提供的信息资料都要有一定的科学依据。缺点是文体平铺直叙地写出来,显得平淡枯燥。倘若在语言文字上略加修饰,又容易同客观实际情况不符,而且很难面面俱到,也难突出产品、劳务的形象,功能特点。这种广告如果反复出现,容易引起与广告内容无关的广大消费者的反感。因此,广播电视中不宜做这类广告,无特定对象的全国性报刊杂志也不宜刊登这类广告。

(二)理性感化风格

这种风格被广泛运用于广告文稿创作。其特点是大都从文学艺术形式的艺术表现力方面打动顾客的情感,通过理性的感情诉求去改变顾客的态度。要求创作者必须发挥语言文学天才,巧妙地述说,戏剧性地显示,绘声绘色地描写产品或劳务的优点与可能给人们带来的利益或好处,促使市场潜在需求变为立即购买行动。

理性感化风格的广告文稿又可分为 5 种:

1. 诱导式

这种创作风格,其文稿表现为一种许诺性诉求,是直接从满足消费心理、需求心理和购买心理的积极因素方面来付诸广告语言文字表达的。作者为了使顾客感到称心如意,专门以适合市场消费习惯、特点及其变化趋势的题材和信息作为广告文稿的构思依据,望读者见到广告后产生一种能实现宿愿的心情,并迅速将购买欲望变为购买行动。

2. 同情式

这种创作风格国外广告学称之为“恐惧式”或“忧惧式”。从字面意义看,其作法是给对象市场目标消费者提出一种不采用某种产品或劳务将导致危险的信息,而后再提供一种消除忧虑的许诺诉求,文学手法上叫“欲扬先抑”。“忧惧”、“恐惧”式的广告,反映了资本主义社会广告的纯商业性宣传手段,社会主义广告不应把它当作一种创作风格来提倡。按照社会主义的生产目的和广告的社会责任,应当出自对消费者同情与体贴的心情来付诸广告诉求,决不许危言耸听,故意制造紧张、恐惧气氛,造成人为的精神紧张。尤其是为了诉求产品或劳务的认知或推销滞销产品,更不能运用这种制造忧惧气氛和过分渲染的创作风格。在我国广告中,保险业务、医药产品或劳务、环保劳务、某种为特定生理条件的人所生产的食品、用品等广告,多数情况下都采用同情式的创作风格。比如:“您想去口臭吗?请用西湖牙膏!”“要想避免牙龈出血,请用天津日用化工厂生产的双重氟化钠透明牙膏”等广告,其语言文字充分体现了对大众的关心、爱护,对那些有某种病患但又从不注意挑选商品的人是一种热情、积极的提醒,客观上也为产品打开了销路。

3. 设身处地式

其特点是把广告诉求的语言文字直接以消费者或用户的口气来表达。作者往往根据消费者或用户所处的生活环境和某种产品或劳务的真实情景创作广告文稿,使广告诉求意愿正好同消费者或用户的需求心理、消费心理和购买心理不谋而合。用这样的口气说服潜在需求者从速购买。正好抒发了消费者和用户发自内心的共同心声。同时,还可以唤起更多的犹豫潜在需求者自觉地将固有的消费习惯与购买习惯同广告的诉求意愿统一起来。这种创作风格通常广泛应用于中高档日用工业品的供销广告,创作的文稿一般带有知识性、戏剧性,充满生活情趣,为人们喜闻乐见。

4. 幽默式

运用这种创作风格,作者目的在于引起读者的兴趣,提高注意率,加强信息的影响深度与广度。运用幽默风格创作广告文稿应防止低级趣味,注意维护社会行为的道德标准与规范。另外,幽默不等于逗趣,并非画个漫画或用丑角的滑稽语言表达就能奏效,相反,有时还会给人以低级庸俗之感。比如有一些广告矫揉造作地采用相声形式进行广告,结果不伦不类。令人啼笑皆非,有损广告严肃性与科学性的声誉。目前,我国最时兴的幽默广告文稿,多采用常识打趣、成语错用、一语双关、形象联想等手法,既能使广告具有一定的中国特色和民族风格,又富于知识性和趣味性。创作幽默式风格的广告作品,作者必须有丰富的社会知识、综合性的写作才能,滑稽的表达能力和熟练而多方面的心理学知识。

5. 启发式

启发式风格的广告大都从不同角度摆事实讲道理,而不正面去讲产品如何如何好。国内好几个省市电台播出的厨房自动排油烟机广告、太原市一则关于“爱的投资——子女婚嫁储蓄”广告等,都是从理性诉求方面,摆事实讲道理,启发人们为了健康幸福、为了从长远利益上疼爱子女而购买上述商品。这种启发式风格的广告充满对消费者和用户负责的情感,从深刻的道理、情理、事理中引起人们的关注,指导消费的指导思想十分明确。通过启发式诉求,向人们宣传新的消费观念、推广新的生产、生活方式、从而达到促进产品销售的目的。

（三）论证式风格

运用论证式风格创作广告文稿,一般采用一点论、两点论和比较等三种方法突出信息焦点。所谓一点论,是指文稿只就产品或劳务本身固有的优点来述说,引用的信息资料都是有利于证明产品如何如何好的事实依据。作者的立足点站在产品生产者一边,故又称之为“一面之词”、“拣好听的说”。所谓两点论,就是客观地向人们介绍产品,既讲产品的优点和消费利益,也毫不掩饰其缺点和使用时应避免出现的问题,而且还介绍解决问题的办法,指明如何防止或避免因不会使用产品可能发生的事故。这种广告,便于顾客按自己的消费水平、消费习惯和选购标准来决定购买与否,其广告效果比一点论好。所谓比较法,是就产品外型、质量、价格、性能而言的。作者通过广告文稿的创作要证明其产品在同类产品中确实是最好的。运用这种创作风格撰写广告文稿必须实事求是,不能言过其实或故意贬低他人;不许出现假冒他人商标、品牌,或滥定“第一”骗取公众信任;不许滥用空洞、浮夸的词汇强词夺理,耸人听闻。我国目前在创作广告稿时运用这种风格大都采用权威性鉴定、评比结果加以证实,使广告文稿创作的论证式风格的运用,建立在科学依据基础之上。

二、广告的内容

广告作品从文稿创作的角度来看,包括题材、主题、标题、正文四部分。

（一）题材

广告题材来源于广告主提供的广告信息,(产品的质量、性能、价格和服务等)对市场的调查研究,以及消费者对商品和劳务的认识和态度。

广告题材和素材是有区别的。素材是指广告创意人员在广告活动中积累的原始材料和各种知识。广告创意人员掌握的素材越多,知识面越广越有益于对题材的选择加工和提炼。

对广告题材的选择、处理、加工和提炼,均反映广告创意人员和设计人员的思想水平和艺术水平。这一切都将对广告作品的主题产生重要的影响。有经验的撰稿人不是以自己的爱好和一时的感情冲动来选择题材,而是根据国际市场的特点来选择题材。有些广告创意人员和设计人员为了迎合社会上少数人的需求,往往选择一些低级下流、甚至淫秽、丑恶和迷信内容的题材来作为广告的内容。这种单纯追求心理刺激的选材方法,必然会给社会带来精神污染,有害于社会主义的精神文明建设。

题材是为主题服务的,主题统率题材,没有题材,无所谓主题,没有主题,题材再好也无用。因此,只有主题明确,材料可靠,广告创意人员和设计人员才有可能通过形象的手法,创意出感人的广告作品。

（二）主题

主题是广告的灵魂。任何文学和绘画作品都有一个中心思想。古人称之为立意,主旨或题旨。没有主旨或题旨的作品是没有生命力的作品。因此,在文学创作中,主题是整个艺术作品的灵魂。广告作品的主题如同其他艺术作品的主题一样,如果一幅广告没有主题,可以断定它的效果是不好的。当然,有主题的广告,不一定是诉求力强的广告,但是没有主题的广告,读者看后抓不住中心,不知广告什么,这样的广告是失败的广告。

有一则推销电扇的广告,标题是:“庐山庐山,中外驰名,庐山电扇全国第二。”

标题的用词很流利,但主旨不明,文不达意。读者看后会问:“庐山中外驰名人人皆知,但庐山的驰名与你厂生产的电扇有何关系。你厂生产的电扇在全国排行第二,能为我带来什么好处。”

上述广告并没有回答这个问题,因此,这类广告属于主旨不明的广告。

请看下面几例主旨明确的广告:

(1)推销爱心牌玩具广告。

作品主旨的定位是:“爱心玩具款款新奇,宝宝开心妈妈满意。”根据这个主旨,作者利用各种不同的玩具组成一幅宝宝开心,妈妈满意的画面。由于作品的主旨鲜明,生动活泼,哪一位妈妈看了这幅广告之后,会不动心为她的小宝宝买一件玩具呢。(引自台湾广告作品选)

(2)推销企业百科全书的广告。

作品主旨:以书与酒的价格作比较,衬托出书的价值。

广告撰稿人根据创意指导提出的作品主旨精神,对广告文案作了以下处理:

标题:书与酒

副题:价格相同,价值不同

图画:一本书,一瓶酒

正文:一套书的价格只相当于一瓶酒,但价值及效用却大为不同。尤其,花一瓶酒的代价,买一套最新的管理知识和有效的管理技巧,使你的企业能够提高效率,增加利润,快速增长,无论如何都是值得的。

因为,酒香,固然令人扑鼻陶醉,但不过是短暂、刹那的美妙。

书香,却是咀嚼的品味,历久弥新,源远流长。

一本好书,能为你带来智慧与启示,让你解惑去忧,触类旁通,左右逢源。

所以:与其花钱买醉,不如斗室书香。《企业管理百科全书》,正是为每一位经营者准备的,它是140位经理、学者智慧的结晶,由20位专家联合编纂。拥有一套“企业管理百科全书”任何企管新知,伸手可得,真正是对付经济不景气与同业竞争最有利的武器(上述广告作品是台湾广告文案人员张永诚撰写的)。

这幅作品的主旨既鲜明又独具一格,富有哲理,寄慨遥深,令人产生遐想。从广告语言来看,整个正文词采清丽,朴素遒劲,通篇文稿没有一句吹捧的话,但把书的价值表述得清清楚楚。

如果作品的主旨不清楚,其正文肯定离题十万八千里。

郑板桥说过:“作诗非难,命题为难。题高则诗高,题矮则诗矮。”作广告何尝不是如此。一般来说,广告文稿都比较短,撰写一篇广告文稿是非难之事,但是,命题就难了。像上面那条广告,从文字上看是通顺的,但命题不达意,显得空泛,不知所云。

主题是决定广告品质的主要因素之一。广告的主题在整个广告中处于支配和统率地位,广告设计、文案以及形象、色彩和表达方式都必须符合主题的中心思想,如果广告的主题不明确,即便广告文稿写得天花乱坠,也很难取得较好的社会效果。

广告主题的形成和深化是广告撰稿人员和广告设计人员对客观事实的认识和对素材提

炼的成果。因此,主题不是闭门造出来的,而是来源于客观事实。广告主题的选择和表现是否正确,首先决定于撰稿人员对广告目标市场的认识程度。有人认为选择主题,撰写文稿与撰稿人员的立场观点和思想方法没有什么直接关系,这种看法是不对的。

古人说,言为心声。广告作品的好坏都与作者的立场观点和思想水平有关。

(三)标题

广告标题也称导语,它是广告文稿的精髓。标题和主题不是一回事,主题是广告的中心思想,而标题则是对广告的命名或称之为表现广告主题的短文或题目。

比如《轻身减肥片》,《优质电器产品展销会在北京举行》,《蜂花液体香皂》等标题都是广告的命名。

据美国广告专家们的调查,读者阅读标题的概率是文案的5倍。

广告标题的作用,是概括和提示广告的内容,帮助消费者一目了然广告的中心思想,既起到提示作品主题实质的作用,又起到吸引消费者的兴趣,活泼和美化版面的作用。

在广告文案中,确定标题是广告写作中的主要工作程序之一。在确定标题时,首先要做到掌握材料,致细阅读稿件,分清主次,抓住中心,要精心创意,对每一个字都要仔细推敲,通盘权衡。

广告标题的种类繁多,从我国的报刊广告来看,广告标题可分为如下几种:

从广告内容的层次来分,广告标题可分为引题、主题、副题、分题。

从广告版面上看,广告标题又可分为通栏标题、大标题、栏题、边题。

从标题的手法上看,广告标题可分为实题和虚题。

从标题的形式和内容划分,广告标题可分为直接标题、间接标题和复合标题。

1. 直接标题

所谓直接标题,即直接体现广告的中心思想或一语点明广告主题的标题。比如“人参蜂皇浆,提神开胃见效快”,“防臭解放鞋”,“止咳有妙药,快服川贝精”,上述标题均属直接标题。它开门见山,直接了当地说明广告的主旨。

采用直接标题有什么好处呢?

一般来说,你心目中的潜在顾客可能每天都很繁忙,而且阅读广告的时间也很短,或者你的顾客性急,阅读广告心不在焉等,为了让你的顾客一眼就明白你的意图,你最好能在标题中一语道破你的广告能为消费者带来什么好处。

2. 间接标题

所谓间接标题,即不直接揭示广告主题,而是以间接的方式宣传产品的特点和功能。这类广告用词讲究,具有艺术性,达到使人过目不忘的目的。

间接性标题往往是“醉翁之意不在酒”,给人以想象或回味。

请看一家服装公司推销妇女时装的广告,标题上只用了四个大字:“鸡会不多!”乍一看,以为作者写了错别字,细看副题才明其意。副题是这样写的,鸡年将逝,机会当然不多,特别折扣,机会当然不多……”

采用这种间接性广告标题的实例很多,现选用一些实例供大家学习参考。

(1)“有意想不到的效果”

这是上海推销某某牌子的药品广告

(2)“第一流产品,为足下增光”

这是上海宣传鞋油的户外广告标题

(3)“清风大人驾到”

香港报纸上的一则电风扇的广告标题

(4)“孩子孝,爸爸笑”

这是一则推销刀片的广告标题

(5)“捕捉音乐动感”

这是推销录音机的广告标题

(6)“欢笑如常,若无其事”

这是推销脱脂棉的广告标题

(7)“请大家告诉大家!”

“台风季节即将来临”

这是一条公益性广告

(8)“刚柔并重,动静皆宜”

这是推销瑞士宝路华手表的广告

(9)“宝宝不再泪汪汪”

这是推销婴儿洗发精的广告标题

(10)“神采奕奕,帅劲十足”

这是推销青年装的广告标题

3. 复合标题

所谓复合标题,就是指一则广告有二个或三个标题,例如下面几组广告都属复合型广告标题。

(1)推销高维灵药品广告。

引题:复方野灵芝,强力补剂

正题:高维灵使你活力充沛

副题:增强体质,大补元气

(2)推销天府花生广告

引题:四川特产,口味一流

正题:天府花生

副题:越剥越开心!

(3)推销宝露化妆品广告

标题:女人,你追求什么?

副题:昂贵的珠宝?

华丽的衣裳?

无遐的美丽?

旁题:欢迎你加入“宝露”行列

(4)正题:CASIO 跳字表

副题:尖端科技,创造未来

在广告文案中,也可将直接标题和间接标题组合成复合标题,也就是说复合标题既包含直接标题的内容,也包含间接标题的内容,例如:

标题的应用大致可分为以下几种类型

(1)表示产品性能的标题。

“坚刚璀璨,光采永恒”

——瑞士雷达表永不磨损型的广告宣传

(2)表示商品质量的标题。

“一夫当关”

——这是上海宣传鱼牌锁的广告

(3)表示商品特点的标题。

“红顶金身百事吉,一看就知好酒质”

——香港推销酒的广告

(4)表示商品效果的标题。

“千尘万埃无处藏,清洁家居称我强”

——日本三洋公司推销吸尘器的广告

(5)表示商品用途的标题。

“高朋满座之后,狮宝就是主角”

——香港推销狮宝牌洗洁剂广告

(6)表示商品好处的标题。

“赶走热辣辣的暑气

享受凉浸浸的滋味”

——日本三洋公司推销电风扇的广告

(7)表示商品声誉的标题。

“长春有何功,年老能返童,

药酒何处有,潮阳和平中”

——利源有限公司推销长寿牌药酒的广告

(8)表示关怀式的标题。

“打出美满成绩,

打出锦绣前程”

——志美娱乐有限公司推销打字机的广告

(9)表示亲切感的标题。

“孩子孝、爸爸笑”

——推销刀片的广告

(10)表示诚恳态度的标题。

“中国人的致富之道”

——倡导存款储蓄的广告

(11)表示提示性的标题。

“学海无涯路有岸，
第二机会莫踌躇”

——招收外语函授生的广告

(12)表示幽默感的标题。

“你简直弄不清你的黄牙马锈跑到哪里去了！”

——美国推销牙膏广告标题

(13)表示夸张式的标题。

“清风大人驾到”

——推销电风扇的广告

(14)表示情谊的标题。

“正需要您的照顾”

——一则推销专治小儿惊风药品的广告

(15)表示含蓄式的标题。

“有意想不到的效果”

——推销录音机的广告

(16)表示双关式的标题。

“第一流产品，为足下增光”

——宣传鞋油的广告

(17)表示呼吁式的标题。

“请大家告诉大家！”

——预报台风季节即将来的公益广告

(18)表示反效果式的广告。

“禁止抽各种香烟

连 555 牌香烟也不例外”

——推销香烟的广告

(19)表示与同类产品进行比较的标题。

“尊贵超卓始终，高一着”

——推销酒的广告

(20)表示自信式的广告。

“高人一等的营养，荣获高人一等的荣誉”

——推销食品的广告

(四)标题写作要点

(1)坚持广告标题的准确性是撰写广告文稿的基本要求。写标题一定要题文相符，如果一时找不到适合的词句作标题，那就应该按鲁迅先生说的：“写不出不要硬写”。

(2)揭示广告主题是撰写标题的主要任务，也就是说，标题要体现主题思想。

(3)撰写广告标题要开门见山,画龙点睛,尽管标题只有几个字,但是要利用点睛之笔给人以丰富的联想,深邃的意境。这类广告的阅读率往往要高于无标题的广告。

(4)语言要生动活泼,富于创意,但是用词要贴切,不要生搬硬套,更不要题不对文,故弄玄虚。

(5)标题不宜过长,最好控制在12个字之内。有人认为超过12个字的标题,读者的记忆力要降低50%。

(6)最具有推销力的标题是承诺给读者能带来什么利益。因此,在标题中,要尽可能回答你的潜在顾客所关心的问题。

(7)要把标题与图画视为一个整体。既要利用图画去配合标题,又要利用标题去配合图画。要力求两者之间都起到陪衬和烘托的作用,以增强整个广告的效果。

(8)能为人们提供最新信息的标题是最容易引起人们注意的标题。所谓新讯息,系指在广告标题中加上新闻性的消息,诸如新产品的推出,某某企业生产的新时装上市啦,某某产品在那里展销等等均属带有新讯息的性质。据美国广告界人士说:“带有讯息的广告标题,往往会有多出22%的人记住它。”

(9)标题的字体要区别于副题和正文的字体。一般来说,要用大号字体为宜。每一条标题既可以反复使用,又可只使用一次。

(10)标题的位置要安排在醒目显要的位置上。标题不一定是一句完整的句子,既可以是半句话,也可以是一二个字。不要用文言文,更不要使用虚字,什么“之乎者也”的字最好不用,通俗上口,使人容易记住。

总之,整个标题写作要以引起读者注意,产生兴趣,促使购买者留下良好印象为出发点。

(五)正文

正文是广告的中心,以说明商品或劳务为其主要内容。从正文的作用来看,正文实属一种说明文。产品说明书就是一种广告文稿。

在我国,说明书是一种常见的广告宣传。它的主要功能是说明商品的特点、性能、作用、价格以及使用方法等内容。因此,广告撰稿人员必须熟悉产品的性能并掌握消费者的心理。

前人写文章有“凤头、猪肚、豹尾”之说。意思是说,文章的开头要写得像凤头那样漂亮、俊秀,主体部分要像猪肚那样饱满、充实,结尾要像豹尾那样结实、有力,这是对写文章的一般要求。撰写广告也不例外。

广告文稿字数不要多,但要表现出准确、简洁、鲜明、生动,给人留下了深刻印象。

广告标题引人注目,既要点出主题,又使人不知其意,从而吸引着读者迫切地想了解其意。当读者读下去后,谜底豁然解开,使读者一下子就抓住全文的中心思想。

开门见山是撰写广告文稿的总原则,要做到这一点,起笔要力求新颖,不落俗套,不要落笔太远,离题万里,切忌套话废话连篇,这是撰写“凤头”的基本要求。

如何撰写广告正文呢?

(1)易读性。

撰写正文一定要以读者易懂为目的。通俗易懂是撰写正文的基本原则。

“这样好的奶嘴,空前绝后,我愿吃它直到长寿。”

这是苏联著名诗人马雅可夫斯基写的广告诗,用词非常简单,易读易记,意境无穷。

(2)易记性。

让读者看后记住广告的内容也是撰写广告正文的基本原则之一。要让读者记住广告说了一些什么,你就必须在广告中回答人们最关心的问题,即你的广告能为读者带来什么益处,只有当读者感到广告的内容与他的切身利益有关,他才会对你的广告产生兴趣。这是从广告内容方面加强读者记忆的方法。

从技术上看,广告正文的字体要区别于引题、标题、副题的字体。根据我国读者的习惯,撰写黑体字和明体作为正文的字体较好。

(3)直接性。

正文的写法要越直接越好。一般来说,直接涉及读者利益的广告,是具有诉求力的广告。读者不可能用很多时间来看你的广告,因此,你的广告首先要回答能为读者带来什么好处。如果你的广告满足了读者某种需要,你的广告将会取得较好的效果。纽约广告公司的联合创建人金·法德雷指出:“沟通愈直接,广告的效果就愈大,这就是本公司近几年来获得最大利益的原因,即了解直接有多么的重要。”

不言而喻,广告正文是越直接越好,越简单越好,越清楚越好。做到了这三条,广告的效果也就越好。

(4)实在性。

广告正文不是随笔,更不是小说,因此,只要正文能反映事实就足够了。文学性的语言可以用,但不要讲夸张的话。诸如“我的产品是世界上最好的”,“誉满全球”等自吹自擂的话。

为了取得消费者的信任,有些刊户在广告正文中,使用来自群众的感谢信、留言之类的赞语,特别是名人名家的留言和赞语,对提高产品的知名度,加深读者对产品的印象具有一定的意义。但是这种做法不宜提倡或过多采用,因为,消费者看了广告之后,往往记住了名人而忘记了产品,甚至有人还会怀疑这位名人是否被广告主收买了。如果名人留言具有一定的权威性,那么,名人留言无疑会提高产品和企业的身价。

(5)短而精。

一般来说,长的文案比短的文案更具有推销力,但是,这也不是绝对的。

在美国,最长的广告文案达到 6450 字。美国的 Schlitz 啤酒广告一共占五页,其销售额在几个月内,就从第五位上升到第一位。

美国的壳牌石油广告为 800 字,在美国有 20% 的男性读者阅读了这条广告的大部分内容。

由此可见,撰写较长的广告文稿不是绝对不可以做的事,关键在于文稿的内容要能吸引读者。

上述之各点,是现代广告写作所包含的基本内容。尽管他们的职能各不相同,但他们是相互关联、互为补充的。只有把上述各点溶为一体,才有可能创作出具有促销能力的广告佳作。这是广告人员必须牢记的一条创作原则。

(六)插图和色彩

广告插图是为广告主题服务的,在广告设计中,使主题与插图的表现手法浑然一体,才有益于发挥广告的诉求效果。

插图的设计是广告的主体之一。从报纸和杂志媒体的版面要求来看,插图设计必须注意以下几点:

(1)首先要引起读者的注意,达到视觉的最佳效果。

(2)要让读者一目了然,明白其意,以取得读者理解的“看读效果”。

(3)要引起读者产生心理反应,促使读者把视线引向正文,以达到诱导的效果,进而促使读者产生购买的欲望。

插图设计又称美术设计,在报纸和杂志媒体上的表现手法有以下几种:

(1)钢笔画:是以线条或点组成的黑白画。

(2)色彩画:又分为广告彩和水影两种,目前,报纸媒体使用彩色广告的甚少,杂志、海报等印刷媒体使用较多,一幅优秀的色彩广告画自然要比黑白画具有更好的诉求效果。

(3)摄影照片:可分为彩色照片和黑白照片两种,由于彩色照片的成本高,我国的报纸广告照片,大多是黑白照片,尽管黑白片的效果不如彩色片,但是,印刷精制的黑白照片,同样可以取得诱导的效果。

(4)油画:我国使用油画作广告者较少,而且多数是用于大型的户外广告,由于成本高,油画的使用范围也就比较窄。

由于广告插图在广告宣传中担任着重要的作用,今日的广告人把插图应用于广告,在于加深印象,产生以下明显的效果:

(1)显示产品的形状或使用情况;

(2)显示产品功能及所产生的效力;

(3)突出产品的特殊性能、品质;

(4)显示产品能为消费者带来的好处;

(5)有助于解决消费者对产品存在的疑虑;

(6)显示消费者使用此产品后的满足情况;

(7)提高产品知有率,建立牌子的形象;

(8)加深消费者的记忆;

(9)有利于建立广告主的形象或提高企业的知名度;

(10)给消费者带来各种不同的感受和欢快。

总之,插图是广告文稿中极为重要的组成部分。善于运用插图就等于取得了一半的成功。

如何正确地选择插图呢?

(1)要了解消费者的需求和爱好,要选择消费者最喜欢的插图。

(2)要有利于表现产品的形象和产品的某一特点。

(3)要符合广告主题。

(4)要言之有物,合情合理,且不可生搬硬套。

(5)要善于运用色彩来增强消费者对商品的注意力。

综上所述,我们可以看出插图在塑造商品形象时,担任着推销商品、促进购买的重要角色。

既然在本节中涉及到广告插图,看来,有必要对色彩的运用写几句话:

在运用广告色彩之前,要注意色彩与商品的配合。在使用兴奋的暖色或娴静的冷色时,都必须适合商品的品格,并以配合商品的内容为准。譬如冬天使用的商品,在广告上可使用红、橙、黄等颜色,给人一种温暖的感觉,如在夏天,广告插图的色彩则可采用冷色。总之,色彩的使用要根据不同的时间、季节、地区,以及消费者的态度和商品的特点、灵活掌握。如厨房用品,消费者通常喜欢用白色或浅蓝色,因为这两种颜色能给人一种干净、清洁、卫生的感觉,肉类包装从来不用黑色,因为黑色常给人一种陈旧和不新鲜的印象。

诚然,色彩对消费者具有很大的吸引力,但是,消费者对颜色的选择各异。日本人喜欢清爽、柔软、温和的色调,而忌讳绿色,他们认为绿色象征不祥之兆;欧美许多国家喜欢优雅的紫色,而忌讳黑色,他们把黑色作为丧葬的表示,比利时人则把蓝色作为不吉利的标志,因此,在公共场所很少有人使用蓝色;巴西人把棕黄色当作凶丧之色;在土耳其,茄花色代表凶兆之物,在公共场所,一般都禁止使用这种颜色;摩洛哥人视白色为贫困的象征,因而忌讳白色。总之,每一国家和民族都有自己喜爱和忌讳的色彩,准确地把握不同消费者对色彩的不同态度,是创作成功广告的主要因素之一。

目前,世界各国的大企业在商品包装和广告宣传中,普遍采用色彩战略,以此来达到吸引消费者的目的。简言之,颜色是心理及情爱的反映,准确地把握色彩,采用富有时代感的色彩战略,是吸引消费者注意力或诱发消费者购买的重要手段。

第四节 广告效果

一、广告效果的分类

广告的有效计划与控制,主要基于广告效果的测量。测量广告效果所用的研究技术,随着企业想要达到的目的不同而有所差异。在西方国家,一般来讲,对广告的销售效果的研究较受重视。实际上,销售效果的研究比沟通效果的研究还少。一般而言,广告效果有以下几种:

(一)宣传活动效果

宣传活动效果一般是指广告活动本身的效果说的,从古时候开始一般都认为销售额是测量效果的唯一尺度。但是,1961年R. H. 科里发表的达格玛(DAGMAR=提倡广告目标管理方式)模式以来,根据接受广告报道的人们的心理变化作为广告效果的依据,销售额或者销售效果是通过广告活动这一个因素,包含在销售活动总的效果中来认识,现在持这种看法的人占多数。

达格玛模式的广告报道效果的指标,科里亲自命名为报道系列,具体如下表表示的那

样,如对广告和商标,从不知广告主的名字阶段开始,到询问,以至到店铺里去确认阶段为止的接受人心理状况,用直线、逐步推移的模式表达出来。

此外,还有与这个类似的,广告界很早就被称作为 AIDMA 或者 AID(C)A 效果尺度模式,这个模式始终没有成为人们使用的标准,就消失了。因为它没有从广告报道的效果观点出发,不能构成各阶段效果的报道系列,所以它没有说服力。

在广告报道中,接触广告的人们心理变化基本上按认知→(感情上)接受→行动这种发展阶段,对具体的详细的推移过程,除前边已说过的达格玛模式以外,还有其他很多见解。但是,可以说这些见解的共同点是人们的心理变化不仅是直线的逐渐的推移,而且是螺旋的迂回的推移模式。例如,行动→接受→认知这种逆方向的推移过程,事先不知道商品的情况而购买了,其使用的结果知道这种商品的质量好,以后对该产品的广告就比较重视了,这种形式在现实中是承认的。

对支持广告报道效果的另一种批评是在现实广告活动中,广告活动的效果引起被做广告的商品和服务销售额增加了,换句话说,广告活动推进了商品和服务的销售,这种情况确实存在。在达格玛模式中科里所主张的在销售的各种因素中,只是广告活动完成报道机能的这种见解与现实情况相矛盾,同样这种说法,用来认为广告活动没有完成一切销售机能,这种说法同样是非现实的。

表 16.1.2 对于报道效果阶段的各种见解

理论家的名字	学习(根据认知)	感情	行动(根据能动)
不明	注目	兴趣、欲望	行动
拉比基、斯达依那(1961)	知名、知识	好意、选好	确信、购买
科里(1961)	知名、理解	确信	行动
罗杰斯(1962)	知名	兴趣、评价	试用、选择
曼德鲁斯逊(1962)	萌芽的反应(想起)	感情的反应	活动的反应
伍鲁夫和其他人(1962)	知名、接受	选好、兴趣	销售行动
阿斯宾喔鲁(1964)	接受	选好	要求
ARF	登出、知觉、报道(知识)	报道(态度)	销售行动
MSI(1968)	知名、知识	好意、选好	确信、购买
修娃鲁赤(1969)	登出、注目、记忆、把持	态度、改观	购买
哈娃都·谢斯(1969)	注目、理解	态度	决意、购买

理论家的名字	学习(根据认知)	感情	行动(根据能动)
哈娃都	事实登出、事实成为信号	态度	决意、购买
马惠(1971)	态度、理解	意义、识别	开始、行动
泰依拉,比达宋	注目	兴趣、欲望	理解、行动
强古(1972)	注目,报道	说服	
伙鲁布鲁库(1975)	注目、知觉、记忆	态度	决意

那么,广告活动的效果认为是单纯的报道效果的延长,这种妥协的想法是否可以呢?答案是否定的。为什么呢?购买(行动)阶段以往作为报道系列“行为”方面延长线的补充,这是从接受广告人心理上发现的,到广告效果的行动为止。但是,以后作为销售效果的销售额,是广告主在企业经营中发现的,取得销售效果区域水平,不经过详细研究是不能承认的。关于这点,1969年为对抗达格玛关于广告活动的销售效果的测定方法,R. H. 坎贝尔提出使用麦斯布罗(MESPRO=广告活动的销售效果的测定)实验的调查方法可以作到,但必须掌握和整理广告效果发生的区域和各个区域中销售活动的水平。

广告效果发生的区域有从个人到团体、广告活动、销售、经营、区域社会、宏观经济、国际社会等,可以按这个顺序扩大。承认诸区域的水平,包括各种各样的广告活动的效果,各个区域的水平如表 16.1.3 那样构成。

表 16.1.3 广告效果发生的范围

广告效果的范围	广告效果的种类
个人(接受方)	
↓	
集团	报道效果(包括购买行动)
↓	
广告范围	媒介效果,媒介、表现效果,广告费乃至效率效果
↓	
销售范围	促进流通效果(整顿销售环境=吸引力,制定销售计划等)
↓	
经营范围	销售额乃至 MS 效果、利益、其他(非经济的)效果
↓	
区域社会	经济、社会、文化的效果
↓	
国民经济	经济、社会、文化的效果
↓	
国际环境	经济、社会、文化的效果
↓	

(二)广告媒介的效果

关于广告活动的报道效果,达格玛模式即报道系列这个效果指标的模式已经有了,下边再看一下有关测定广告媒介效果的情况。1961年 ARF(美国广告调查财团)所发表的对媒介评价的模式,如下图:

ARF 的媒介评价模式	媒介普及	媒介登出	广告登出	广告认识	广告报道	销售效果

这里说的“媒介普及”在电波媒介里指广播和电视总的普及台数,或者有收音机和电视机的总户数,在印刷媒介里指报纸杂志发行份数或者实际销出份数,这两部分构成媒介普及总数。其次是“媒介登出”是指潜在的听众,观众的总数。具体来说,电波媒介的情况是在特定的时间内电视观众和广播听众的总数,或者在特定的时间内打开收音机、电视机的总数。印刷媒介的情况包括被传阅的读者总数。

“广告登出”是指按广告单位所接触的听众、观众总数,以及观众接触广告单位的频度总数。电波媒介的情况是正在收看播放广告通讯的总数。印刷媒介的情况包括报纸和杂志两个方面,报纸方面是指读者总数乘以特定版面的广告注目率的积数。杂志方面是指对特定号的广告读者总数。

ARF 的媒介评价模式中,纯粹是媒介广告效果的三个方面——“媒介普及”、“媒介登出”、“广告登出”,比这个更高的效果指标——“广告认识”、“广告报道”及“销售效果”,这些成为接受人实际接触的基础,它不仅是广告媒介的效果,而且也是广告媒介和广告表现综合的效果。还有,ARF 模式说的广告报道,指提高对广告商品的理解,形成好的印象以及决定购买意识,这点和达格玛模式并不完全一样。要认识到 ARF 模式的范围更广,这点是很必要的。

(三)广告原稿的效果

广告物或者广告表现固有的效果是要达到预先制定的认知率、显著程度、理解度、记忆率、唤起兴趣程度、形成印象等具体的目标。但是还没有制定出像广告活动效果的达格玛模式和像广告媒介效果的 ARF 模式那样的模式。人们认为在很多情况下有关广告表现的效果指标是包含在广告活动效果和广告媒介效果之中。这点要在“广告效果的测定方法”中进一步详述。

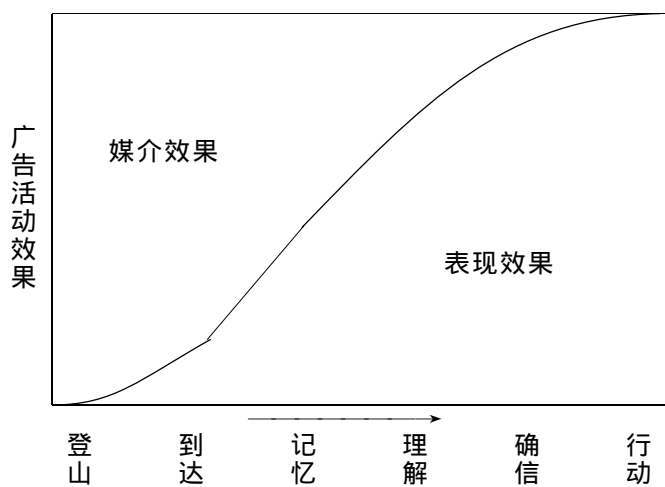


图 16.1.6 广告效果概念的模式

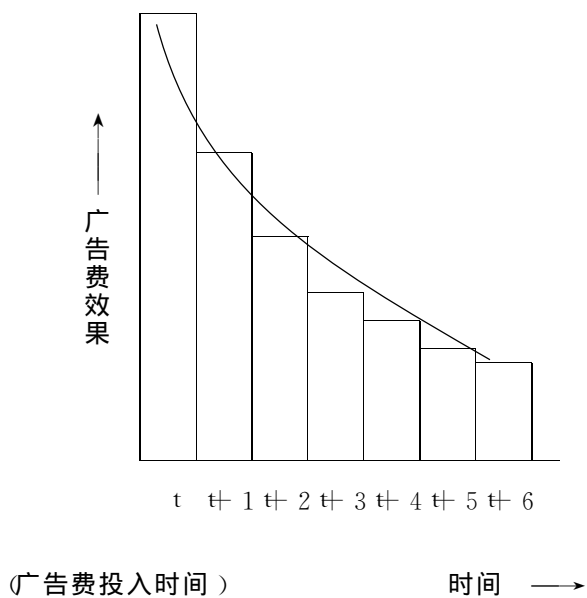


图 16.1.7 广告费效果的概念模式

表 16.1.4 广告媒介的 6 个标准

程序	选择顺序	广告媒介的范畴
普遍化 ↑ ↓ 特定化		媒介群 电波媒介、印刷媒介、固定位置的媒介等
	①	媒介种类 报纸、杂志、广播、电视、交通广告、户外广告、电影、幻灯、邮寄、夹入、传单、POP、其他
		媒介的等级 量的标准→媒介的各个种类 质的标准→媒介等级
	④	名牌媒介或者交通工具 ××报纸、××月刊杂志、××电视、××广播台个别企业水平的媒介
	②	广告单位 报纸的全 15 段、半 7 段、突出的或标题下的。提供电视广播 30 分钟的节目、15 秒的插入广告等
	③	媒介选择 月刊杂志××的封面,全页 4 种颜色。根据“广告单位”附有具体条件的。

(四)广告费效果

关于广告活动所投入广告费的效果的问题,上面在广告活动、广告媒介、广告表现等有关效果指标和投入的广告费中已经讲过了。广告通讯宣传的对象以每 1000 人为单位,所花的广告费就是广告费效率的指标(CPT 或者 CPM)。另外,像商标知名率和广告费投入额之间的关系那样,可以设想成为由各种各样广告效果指标的组合。关于广告费效果中存在“延伸效果”的问题,D·S·塔尔等人对此是承认的。这个效果可以从图 16.1.7 的概念模式形式中看出。

二、广告效果的测定方法

继上面广告效果,下面对广告效果的测定方法加以分类研究,测定方法有以下几种:

(一)生理反应测定法

像上节已论述的那样,具体来说,包含着各种指标的广告效果,用什么形式来测定呢?其测定方法可以分成几种。广告活动的效果和广告媒介的效果有关的阶段模式已经说过了,根据有关模式的构造,下边进行论述广告效果的测定方法。

在表 16.1.5 中第一项说的潜在接受人数相当于媒介普及程度的效果尺度,在美国 SRDS 公司的资料中,和日本广播协会,日本 ABC 协会等的调查资料中都可以得到这个尺度数。知觉程度的各种指标相当于媒介登出、广告登出、广告知觉,还包括直接听取被测者对问题的回答和用书面提问法进行的调查,再加上使用各种机器测定家庭电视视听率,也包括在实验室的效果测定。

电视视听调查法、(电视)视听自动记录法、电视节目观看状况报告法是用各个调查公司研制的特殊结构的测定机器,装在电视接收机内,进行对电视视听率测定的方法。有用称作瞬间测光机——装有能自由控制发光时间的闪光放电管的速示器法;使用自由调整测定视野(距离)器的远距离测定法;使用能够自由开闭的装置测量被测验者双目视野的立体测定法;再有是使用逐次的测定视点的动态,能正确追寻其动态轨迹的照相机,进行试验印刷广告效果测定的方法等,都是实验室测定广告表现明显度的方法。

为了测定相当于知觉和认知程度的广告效果——注目率、精读率(印刷媒介的情况),还有视听率(电视情况下认知程度),采用的方法是(记忆)再生法和(记忆)再认法。再生法和再认法之间的差别是让被测验的接受人本身想出广告表现内容,或者给被测者看包含各种要素的一览表,让他指出他所看过并记住的项目,以及让他回想记住的项目。一种是不给任何提示,接受人独自想出广告表现内容,另一种是给一点提示后想出的,前者称再生法,后者称再认法。这些方法还用在测定下边的理解、记忆程度的效果里。

在接受人的心理过程中,兴趣和感情在效果中占有很重要的地位,为此,创造出很多测定兴趣和感情的方法。以下是其中最受欢迎的几种方法:

(1)GSR 法(皮肤电流反应法)

这个方法是根据人们在感情变化时引起皮肤的汗腺扩张而出汗,造成皮肤电阻减小,电流容易通过这一生理反应来测定的。被测者手指夹上电极,通微量的电流,当他接触广告表现时感情上发生变化,扩大后在记录纸上记录了皮肤电阻的微小变化,利用这种办法测定。这个 GSR 也可以单独使用,但在测量时往往同时测出被测者的脉搏和呼吸。

表 16.1.5 广告效果的测定方法

广告 目标	心理过程		效果测定	效果测定方法
传 达	接 触	潜在接受	潜在接受人数	有效区(域)调查 (发行份数调查、广播、电视合同台数调查、通行人数调查、乘客数调查) 消费者实际情况调查。
		知	注目论 视听率 收听率	直接接触调查法 [访问调查法(广告注目率调查)] [电话调查法(视听率测定)] 书面提问法(剖视法) 杂志(广告)联券反回法 客观的视听率测定法 [电视视听调查法 (电视)视听自动记录法 [电视节目观看状况报告法]
		觉	认知界限 识别界限 明显	知觉心理学实验法 [速示器法、远距离测定法 立体测定法 用照像测定印刷广告效果法]
	认 识	认识	精读率 视听率 认知者数	日记法 记忆再生法 记忆再认法
		理解·记忆	理解度 记忆率 (知名率)	直接面谈法 书面提问法 记忆再生法 记忆实验法(记忆法,再生、再认、再学习法)

广告目标	心理过程		效果测定	效果测定方法
诉求	兴趣	感情	生理反应指数 反应集中度, 反应累积数	生理反应法(GSR 法、复写法等)
			评定数、 反应者数	心理学实验法(用照相测定广告印刷法) 评定法(节目分析法、标量法、阶段评定法)书面提问法
			判定顺序	集体面谈法 (自由集体讨论法,集体创造思考法,评论员判定法)
			广告影响雇客数	零售点调查 商店内调查
	联想	印象形成	评定数剖面联想 法,频数内容	SD 法(语义(学)区别法) (微分) 联想法
态度形成	态度	动机	态度尺度数法 解释 了解 反应数 名牌变更数	态度尺度法 购买动机调查法 [深层直接面谈法,PFT 法, SCT 法,TAT 法,自由联想法] 集体面谈法 CPT 法
唤起购买行动	购买行动	决定购买	购买者数 名牌变更者数 NETAPPS 率 (通过广告得到的 实际销售效果) 根据广告决定 名牌者率 根据广告决定 购买者率 销售额 利益率 广告效果比率	市场调查法 [新购买者数调查,名牌变更者数调查] [商品普及率调查,名牌占据率调查] 深层直接面谈法 零售店调查法 市场实验法 销售额调查法 利益律调查法

(2) 节目分析法

也称作节目分析机,是和电子计算机连接在一起使用的测定装置。被测验的人 20—50 人集合在一个试验室里,给每人 3—5 个按钮的开关,对提示的广告(电视或电影中的商业广告)表现内容,根据每个人的兴趣,按开关上说明的按钮,计算机在一秒钟内进行集中、分析。这个被试验的商业广告和集中、分析的结果马上一起在荧光屏上显示出来,有迅速处理的特点。但是,在一般情况下并不仅只用这种装置来测定,而且同时让被测者回答更详细的提问内容,从而测到兴趣程度大小的材料。

(3) 评论员判定法

接受广告的人作为评论员,也就是被测对象,把提示的广告表现内容请评论员看过之后,让他们对广告表现内容进行评论的方法。例如给评论员提示一对一对的广告,然后让他们对这一对一对的广告进行评论。采用这种方法至少要几个人以上,集中在一起进行评论,这是属于集体面谈范畴。

(二) 购买动机测定法

相当于印象程度的广告效果的测定方法——SD 法(语义(学)区别法)。这是 C·E·奥斯克德研究创造出的方法,把一对一对的形象词分成 5—7 个等级,标在直线的适当位置上,当被测验者接触实验的广告表现时,对此得出的印象程度标在这个直线相对的等级上,这是由 30 个以上的形容词群组成的,对数个被测者进行测试,掌握多种概念印象的平均数方法。被测者接触广告表现后,让他们回答有何联想,但使用更多的是对形成印象的测定,这就是 SD 法。

对接受人心理过程中占有重要位置的态度改变或者动机程度进行测定采用购买动机调查法,在深层心理学领域里使用以下的几种方法。

(1) PFT 法(写意画、压抑、试验法)

用写意画的对话形式进行的测定方法。这个写意画描画出两个以上的人物的心理纠葛场面,而且其中一个受压抑的人说话部分空着,让被测验者在空白处填写适合那个人物要说的话的内容。这种测定法是模仿创作者罗杰斯维克的方式,用 24 幅画面组成,也称作气球试验法。

(2) SCT 法(命题完成法)

也称作文章完成法。这个方法是把未完成的文章让被测验者把它写完,这样测定对广告表现和广告商品的态度。

(3) TAT 法(课题统觉法)

代表不同意思的 3 张图(称作测试图)分给每个测验者一张,让被测者根据这张图写出一段故事情节,用这种方法探测他们欲求的态度,这称作课题统觉法。

(4) 深层直接面谈法(Depth Interview Method)

由面谈调查者根据被测者的状态,不断的改变提问,促使被提者自由的回答所提出的问题,采取非一定形式的测定方法(自由联想法)或者给与电视商业广告等特定的具体的刺激,测定受测者对此感想的反应和态度(焦点提问法)等构成的。

(三)销售效果测定法

下边讲决定购买。作为广告效果的程度来说,购买者数和名牌变更者数也成为测定的对象。但主要的标准还是销售额,测定方法有零售店调查法和销售地区测验法。这是以实际的零售店和销售地区为对象,在特定期间中,以广告商品的销售量为中心,进行各种方式的测定。虽然有关测定的准确性还存在着问题,但仍是一种广告销售效果简便的评价方法,特别是美国现在还在采用。

下表中 NETAPPS 率(通过广告得到的实际销售效果)是测定广告注目率的创造者 D·斯塔赤制定的,意味着通过广告得到的实际销售效果的比率,但是,不仅在计算过程中而且在支撑测定本身都缺乏理论的精确性,因此,在日本广告界几乎都没有采用。为了参考起见,有关的计算式和数字内容表示如下:

		广告认知		合计人数
		有	无	
购买	有	a	b	a+b
	无	c	d	c+d
合计人数		a+c	b+d	N

看了广告以后购买的人:a

受广告以外的影响而购买的人: $(a+c)\frac{b}{(b+d)}$

• NETAPPS(通过广告得到的实际销售效果)

$$= \frac{a(a+c) \times \frac{b}{b+a}}{a+b}$$

• PFA(通过广告增加的销售额) $= \frac{ad-bc}{b+d}$

• UP(商品使用上的吸引力) $= \frac{a}{a+c} - \frac{b}{b+d}$

• AEI(广告效果指数) $= \frac{1}{N} \{ a - (a+c) \times \frac{b}{b+d} \}$

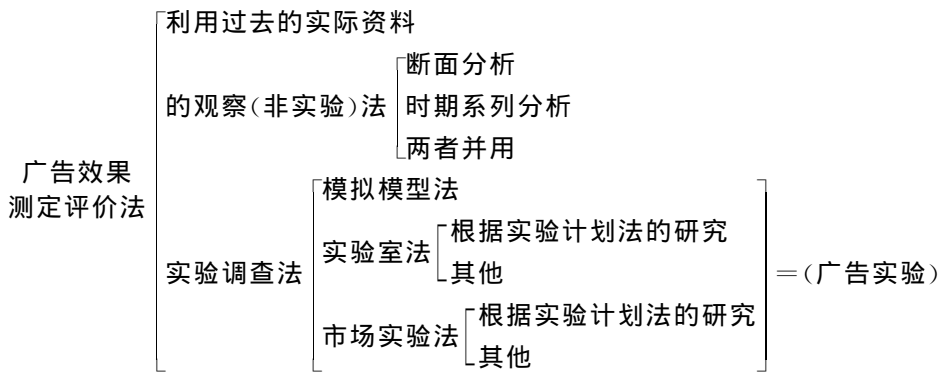
三、广告实验

对广告效果加以测定之后,需对决定广告预算的理论方法加一探讨:

(一)广告实验的本质和意义

测定广告效果的方法,从这个测定计划的观点分类就有下面 3 种。观查法、实验室法以及范围实验法等。

表 16.1.6 广告效果的测定、评价法



前面分类的实验调查法中,模拟模型法是指乱数表或者利用计算机的乱数发生器来进行模拟实验的意思。

在这里,多利用事先调查收集的有代表性的消费者资料(作为实验的数据),进行广告活动的结果,实际发生了(广告)效果,因为它不属于按照实际测定、评价的性质,所以,和其他两个范畴的方法——实验室法和市场实验法应该区别开。在实验调查法中,除了模拟模型法以外其他两个方法的广告效果测定、评价,销售领域的市场实验法,即试验销售或销售实验称作广告实验。

表 16.1.6 中所表示的属于广告实验的各种方法中,“根据实验计划法的研究”这句话的意思是将测得的结果数字,用统计学方法检定,其结果的可靠性和意义等,为了能够作量的判断,事先把测定的手续科学地编排后,利用试验计划法进行广告实验。这个实验计划法是统计学者 R·A·菲希尔在 1935 年设计出来的。根据手续内容的不同,有一元配置法、二元配置法、拉丁方格法、希腊方格法等,它能调整各个外生变数,能表明原因和结果的关系,在统计处理上是下了一番功夫的。

广告实验这个名称是从什么时候开始使用的呢?现在还不明确,至少 1960 年以后在美国广告业界和学术界就已经广泛使用实验的方法进行广告效果的测定和评价。这些调查设计本身的精度(准确性),可以说是处于鱼龙混杂的状态,最科学的广告实验调查是 1962 年秋季开始在明尼苏达州立大学商业实验研究中心,以 R·J 霍拉维为首进行的。

根据广告实验,成为调查对象的代表性项目有广告费支出额、广告的频度、广告物的大小、广告物的位置、印刷广告中空白版面的量、广告中对黑人的利用、广告の説明、插入广告对网络广告、潜在意识的广告等,种类很多。还有,有关效果的测定、评价的指标有销售额、名牌的选择、选好的顺序、广告原稿和广告说明等的想起、识别能力、胶卷上拍下来的视点的轨迹等,涉及到几乎一切的广告效果指标。

广告效果的测定,评价方法的实验法得到迅速发展的理由是广告以及销售管理方法向着精细化发展,同时要求精确的资料,这是第一个理由。

以往有关测定广告效果“限于一次的事后调查”,或者仅仅是“同一集团中对两个标本进

行事先、事后的调查”而已,广告活动以及在它的各种因素和它的效果之间的因果关系,这些关系中有关效果,并没有明确要求。

这里,对作为日本广告业界管理基础的达格玛派的有关广告效果的问题,进行若干批判。达格玛的广告管理标准以及作为目标值来使用的广告报道效果值,就是从广告知名率到(广告)行为率一系列的效果指标值以及变化或差异。其中,包括广告的能控制的销售变数、经济条件、产业条件、政府的法规等和不能控制的销售变数之间的综合效果以及每次调整的综合效果。测定广告效果时只是把指标值单纯的和实际广告活动的时间结合起来进行测定。

把广告效果理解成“广告本身带来的成果”这种意义下的广告效果(=广告的实际效果),意味着以往“实际资料的收集和分析”的调查、测定方法是不完全的,因此加进广告实验(=实验的调查、测定法)是不可缺少的。以上批判具体的说,在广告效果测定论的体系中,广告实验的位置或者特征用符号形式表示的话,如下表:

期间	销售活动	成果(市场反应)
I	$\alpha_1 A_1 + \beta_1 B_1 + \gamma_1 C_1 + \delta_1 D_1 + \epsilon_1 E_1 + \cdots v_1 N_1$	S R ₁ R ₂R _n
II	$\alpha_2 A_2 + \beta_2 B_2 + \gamma_2 C_2 + \delta_2 D_2 + \epsilon_2 E_2 + \cdots v_2 N_2$	S' R' ₁ R' ₂R' _n
III	$\alpha_3 A_3 + \beta_3 B_3 + \gamma_3 C_3 + \delta_3 D_3 + \epsilon_3 E_3 + \cdots v_3 N_3$	S'' R'' ₁ R'' ₂R'' _n
IV	$\alpha_4 A_4 + \beta_4 B_4 + \gamma_4 C_4 + \delta_4 D_4 + \epsilon_4 E_4 + \cdots v_4 N_4$	S'' R'' ₁ R'' ₂ R'' _n
⋮	⋮ ⋮ ⋮ ⋮ ⋮ ⋮	⋮ ⋮ ⋮
⋮	⋮ ⋮ ⋮ ⋮ ⋮ ⋮	⋮ ⋮ ⋮

A、B、C、.....N=销售变数(或者广告因素变数)

α 、 β 、 γ 、.....v=各个销售变数(或者广告因素变数)

对此效果的参数:

S=销售额,

R₁ R₂R_n=报道效果指标值

上边图表中成果(市场反应)SR₁ R₂ ...R_n 之间可以假设为代替和并存的关系,因此要注意效果的参数 $\alpha\beta\cdots v$ 的意思并不是一个。在图表中使用 AB.....N, $\alpha\beta\cdots v$ 这些字母仅仅是为了便于说明,并不只限于这 14 个字母。

事后测定

$$\frac{\text{第 I 期}}{\text{(实际)}} \alpha_1 A_1 + \beta_1 B_1 + \gamma_1 C_1 + \delta_1 D_1 + \epsilon_1 E_1 + \cdots + v_1 N_1 = S$$

(或者 $R_1 R_2 \cdots R_n$)

$$\frac{\text{第 II 期}}{\text{(实际)}} \alpha_2 A_2 + \beta_2 B_2 + \gamma_2 C_2 + \delta_2 D_2 + \epsilon_2 E_2 + \cdots + v_2 N_2 = S$$

(或者 $R_1 R_2 \cdots R'_n$)

或者

$$\alpha_2 A_1 + \beta_2 B_1 + \gamma_2 C_2 + \delta_2 D_2 + \epsilon_2 E_2 + \cdots + v_2 N_2 = S' \quad (\text{或者 } R'_1 R'_2 \cdots R'_n)$$

(关于变数的假定)

$$\frac{\text{第 II 期}}{\text{(假定 1)}} \alpha_2 A_2 + \beta_2 B_1 + \gamma_2 C_1 + \delta_2 D_1 + \epsilon_2 E_2 + \cdots + v_2 N_1 = S$$

(或者 $R_1 R'_2 \cdots R'_n$)

(关于参考数的假定)

$$\frac{\text{第 II 期}}{\text{(假定 2)}} \alpha_1 A_2 + \beta_1 B_1 + \gamma_1 C_1 + \delta_1 D_1 + \epsilon_1 E_1 + \cdots + v_1 N_1 = S$$

(或者 $R_1 R'_2 \cdots R'_n$)

$$\text{测定的结论} \begin{cases} A_1 \rightarrow S (\text{或者 } R_1, R_2 \cdots R_n) \\ A_2 \rightarrow S (\text{或者 } R'_1, R'_2 \cdots R'_n) \\ (A_2 - A_1) \rightarrow (S - S) (\text{或者 } R'_1 - R_1, -R_2, \cdots R'_n - R_n) \end{cases}$$

• DAGGMAR)

$$R_x - R_x^* \geq 0$$

但是 $X=1, 2, \cdots, n$ $R_x^* =$ 报道效果目标值

• 广告实验

(1) 实验室调查

$$\alpha_1 A_1 = R_x \quad \alpha_1 A_2 = R_x$$

调查的结论: $(A_2 - A_1) \rightarrow (R_x - R_x)$

$X=1, 2, \cdots, n$

$A =$ 广告表现的因素。舍去其他因素以及变数。

(2) 市场实验

$$\alpha_1 A_1 + \beta_1 B_1 + \gamma_1 C_1 + \delta_1 D_1 + \epsilon_1 E_1 + \cdots + v_1 N_1 = S$$

(或者 $R_1 R_2 \cdots R_n$)

$$\alpha_1 A_2 + \beta_1 B_1 + \gamma_1 C_1 + \delta_1 D_1 + \epsilon_1 E_1 + \cdots + v_1 N_1 = S'$$

(或者 $R'_1 R'_2 \cdots R'_n$)

$$\alpha_1 A_1 - \alpha_1 A_2 + 0 + 0 + 0 + \cdots + 0 = S - S'$$

(或者 $R_1 - R'_1, R_2 - R'_2 \cdots R_n - R'_n$)

实验结论: $(A_2 - A_1) \Rightarrow (S - S')$

(或者 $R_1 - R'_1 \quad R_2 - R'_2 \cdots R_n - R'_n$)

(二) 广告实验的实施步骤

广告实验的计划和实施时,一般需要决定 7 个项目。

- 决定定义
- 决定选定的标本(典型事例)
- 决定实验的类型
- 决定实验计划
- 决定有关测定
- 决定统计和数字
- 决定(一般化)结论

具体的实施步骤情况可以参考 M·文卡特先等所提示的广告实验的步骤表(图 3)。

从图 16.1.8 来看,实验方法的第一步是“陈述问题”。人们常说:“问题陈述清楚了,那么,问题已经解决了一半”,但是,实验方法比其他调查方法更要明确问题的实质。因为整个实验的设计能否作好,在于问题的陈述是否充分。问题是两个或两个以上的变数之间存在着什么关系,通常提出这样的疑问,对这个疑问的答案要在这个实验的调查中寻找。

第二步是“制定假设”。假设是推测两个或两个以上变数之间关系的陈述,一般用叙述文的方式表达。一般判断假说的好坏有两个标准,其一是“假设必须是叙述了变数之间的关系”,另一个是“假设中所叙述的关系必须包含实验所需要的明确的暗示”。

第三步是“明确变数”,变数分成独立变数和从属变数两类,广告实验由实验者亲自操作,所得出的或者变化的变数称作独立变数,如果独立变数又发生变化,与这个变化过程有关联的其他变数叫作从属变数。实验时用这个独立变数和从属变数来设计广告实验,要明确理解独立变数和应该控制的其他一切变数。

第四步是“设计实验方法”,图 16.1.8 的左下端与“设计实验方法”用实线连接的部分中,对具体内容说得很明确。

首先是“测定”,在广告实验中最关心的是广告费投入额的差和消费者对广告的反应,还有在一定地区内,或者商店内的销售额。因此,测定广告实验可以分成三类:

- ① 口头测定,测定(商品)排列的顺序,对书面提问的回答,对广告中的语言和文章的反应。
- ② 仪器测定,利用试验印刷广告效果的照像机测试反应。
- ③ 直接测定,测定销售额和利益额等。总之,为了取得可靠的数据,测定不能复杂。

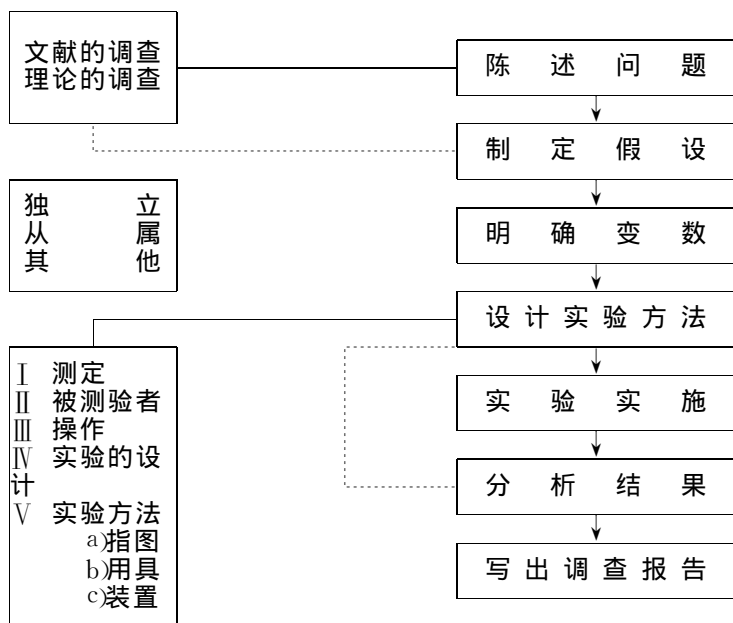


图 16.1.8 广告实验的步骤

“被实验者”不要只请大学生马马虎虎进行,应该请一般消费者作为对象,这点从广告实验的结论中得到一般化是特别重要的。

“变数的控制”问题在设计实验中已经讲过一部分了,下边讲实验的第六、第七部分“分析结果”和“写出调查报告”。

结果是否和+调查者期待的一样,或者为了弄清假设的是否成立,要对实验的资料进行必要的分析。因此对结果的分析是实验方法的核心,这个范围可以根据实验设计的性质和测定的类型事先决定,这个“分析”的过程请参照图 16.1.9。

“分析过程”是机械的、片面的,对结果的解释和讨论是不够的。另一方面,单纯地叙述结果是不全面的。需要对结果的意义更深一步的探求。把这个结果和其他研究、实验结合起来,或者把这个结果从理论上推导出的期望相比较,再有用原来的假设和进一步的假设相比较,看结果是否相同,这种作法就是“判断”。“写出调查报告”问题,请参照下面的“赠送的构成因素”。

(三) 广告实验对广告理论的贡献

进行广告实验,像已说过的那样,从该项广告管理的实践中,不仅得到了必须的效果资料,而且不要忘记其结果是有普遍性的。作为广告实验对象的广告活动乃至广告因素和作为结果所产生的效果关系,尽可能排除外部条件(发生变数)的影响进行测定和掌握,这种作法是必然的。因此,这种广告实验是以各种广告因素为对象严密地反复进行,以往的广告活动是凭经验直感的,现在是以现实的资料为根据提出一般的命题和原则。

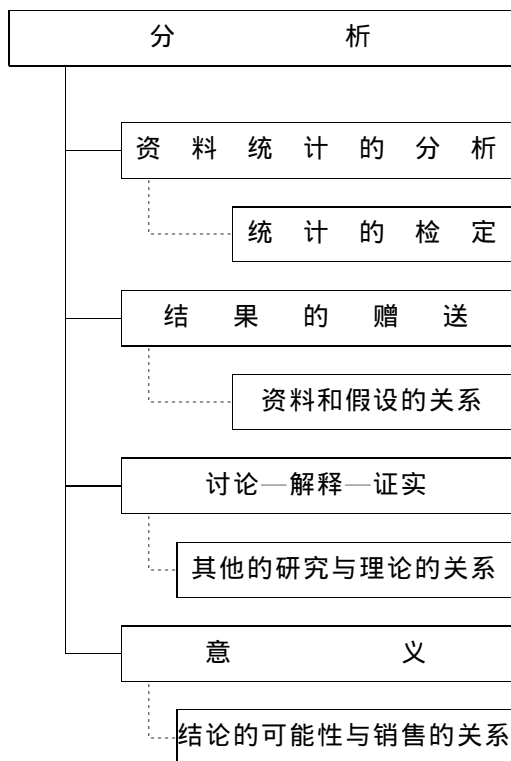


图 16.1.9 结果的分析过程

第五节 广告预算

在现代企业的广告管理的整个体系中,包含着很多决定方面的因素,其中占比重最大的是广告预算的决定。因为广告预算在销售活动费用中往往比重占得很大,不仅直接影响每种产品的利益,而且影响企业整体的利益。

一、广告预算的分类

决定广告预算的问题,包含着多种多样的决定。根据不同的类型,采用决定的方法也不同。在下面将明确决定广告预算问题有哪些种类。下面用多种分类标准来区分决定广告预算问题的群体。

(1) 总的广告预算和各种企业,各种商品的广告预算

决定广告预算的问题按总计标准分类的话,作为企业就有决定总的广告预算问题,和决定各种企业广告预算问题,以及决定各种产品的广告预算问题。根据决定问题的类型而采

用不同的决定方法,这在上文中叙述。

(2)长期广告预算和短期广告预算

广告预算根据广告预算计划期限的长短,分成长期广告预算和短期广告预算。在这里长期和短期的区分一般是一年以上或两年的叫做长期预算,比这期限短的叫短期预算。

(3)商标、产品广告预算和企业广告预算

广告预算分成商标或者各种产品的广告预算和企业广告预算。企业广告预算是有计划的形成企业印象或企业的信誉而做的广告预算,因此,根据不同类型,决定广告预算的方法也会有所有不同。

(4)新产品广告预算和已有产品的广告预算

决定广告预算的问题可以按广告对象产品的新旧之别,一个是新产品的广告预算问题,一个是已有产品的广告预算问题。如果再细说的话,广告预算的决定方法是把广告的时间放在该产品的寿命周期中,不同阶段而有所不同。

(5)不同媒介的广告预算和总体预算

决定广告预算问题是决定各种产品、商标的总体预算问题,在决定总体预算时按不同类型的广告媒介分配预算的问题。根据不同类型采取不同的决定方法是必要的。

(6)不同地区的广告预算和总体预算

决定广告预算的问题分为对全国性的总体预算和按不同地区的广告预算分配问题。

以上对决定广告预算问题的种类进行了分类。这样决定广告预算问题是多种多样的,这些问题共同的基本点必需予以注意。

从特定的角度(例如以短期的各品种预算的角度)做广告预算(用 A 来表示),广告以外的本公司混合销售变数(用 X 来表示), A 和 X 一起影响企业,并影响企业所得成果,企业不能控制的环境变数(用 E 来表示),以及企业作为目标来选择的市场反应、成果(用 R 来表示,比如知名度、市场占有率),这 4 个变数构成决定广告预算的变数群,而且这 4 个变数有如下的关系式:

$$R=f(A \cdot X \cdot E) \dots\dots\dots (1)$$

决定广告预算问题用(1)式作为前提时,所给的环境变数(E ,如市场总需要)作为基础,决定选择市场反应(R)的最大化或满足化的广告预算(A)和其他销售混合变数(X)的问题定型化了,在下边的叙述中把(1)式称作“决定广告预算的模式”。

这个决定广告预算的模式,根据决定广告预算问题的类型来决定广告预算的方法。为销售管理者所采用的经验方法还是采用研究销售文献上的理论方法,存在着各种不同的特定形态。在下边具体说明一下是用什么样种类的模式决定广告预算。

二、制定广告预算的方法

企业在确定广告目标之后,下一步就要确定广告预算,即确定在广告活动上应花费多少资金。企业确定广告预算的主要方法有以下六种,并有一些应注意的问题。

(一)量力而行法

尽管这种方法在现代市场学上没有正式定义,但不少西方企业确实一直采用。即企业

确定广告预算的依据是他们所能拿得出的资金数额。也就是说,在其他市场营销活动都优先分配给经费之后,尚有剩余者再供广告之用。企业根据其财力情况来决定广告开支多少并没有错,但应看到,广告是企业的一种重要促销手段,企业做广告的根本目的在于促进销售。因此,企业做广告预算时不仅要考虑财力情况,考虑企业能拿出多少钱用于广告开支,而且要考虑企业需要花多少广告费才能完成销售指标。所以,严格说来,量力而行法在某种程度上存在着片面性。

(二) 销售额比率法

今天的企业,大多采用销售额比率法决定广告预算。这个方法是以广告预算作为 A , 销售额作为 S , 广告费对销售额比率作为 a , 以此列出公式即:

$$A = S X a \dots\dots\dots (2)$$

这种决定广告预算的方法简单明了,在这里对销售额比率 a , 用于过去广告费 A 的销售额 S 的定数比率,一般来说,根据各企业或某一企业特殊条件定数比率的标准也不一样。

这个销售额比率法,作为决定企业整体的广告预算的方法,稳定企业在各阶段的整体受益是有力的“经验的方法”,但是,作为决定各个产品、商标的广告预算方法来说,就存在着很大问题。为什么呢?第1,根据产品寿命周期的位置或者根据产品品种不同,广告费中销售额比率 a 需要变动,因为固定的比率不能机械的适用于每个阶段或各种商品品种。第2,象 $P \cdot$ 科特勒已指出的那样,先决定销售额的标准,再决定广告预算,这种顺序忽视了广告带来的提高销售额这种本来的因果关系。第3,用这个方法没有体现出上文中(1)式所表示的决定广告预算模式的基本精神。如果首先决定作为市场反应的销售额 S ,再决定广告预算 A ,就忽视了(1)式所表示的决定意识的逻辑。

广告预算作为达到市场反应的政策手段来考虑,那么销售额比率法就应该从相反的方面来考虑。

可是虽然有按产品和按商标的广告预算,但是销售人员制定长期的销售预算时,把达到最终的销售额比率作为本企业制定的标准比率或近似这个比率,这种考虑是合理的,从这个意义上来说,把销售额比率法说成是不合理的决定方法是错误的。

(三) 计算盈亏估算法

第3个决定方法,是为了对企业的有关重要新产品作长期广告预算而使用的方法。在包括全部产品寿命周期的长期计划期限内,计算该产品的盈亏,最终达到所规定的利益水平,并且发挥期望的销售额效果的长期广告预算的决定方法。

这个方法是销售人员经常使用的方法,但问题是,第1,广告费对销售额的效果估计往往是缺乏客观的合理的论据,还没有制定出客观的决定模式。第2,广告费产生的最终效果往往被忽视——销售额或者利益有“不确实性”。销售额受到影响,第一是包括本社广告费的销售混合的各变数,第二是竞争对手销售混合的各变数,第三是消费者的类型,景气动向所表示的环境各变数等等多种变数的影响。在这些变数中,第二、第三属于一个集团的变数,是本公司不能控制(调整)的变数。这些数值处于什么位置事先很难预测。因此把这些变数所产生的销售额作为确实的数值对待并对他们进行预测是不可能的。但是,在销售人员估计盈亏计算中,忽视了这种情况,往往以“假定确实性”来决定广告预算。把不确实的变

数(如市场总需要)看成特定值作为前提来决定广告预算。因此它的实际数值比预想的要低,就会受到很大损失。

还有,这个盈亏估算法的一个变型——“剩余资金充当法”。这里所谓剩余资金充当法是从预想的销售额中,把成本,各种费用和目标利益扣除后的剩余资金充作广告预算的方法。

但是盈亏估算法有其缺陷,加上忽视广告对销售额的效果,忽视产品寿命周期阶段的不同,忽然决定广告预算模式等。

(四)主观的广告(对销售)效果估算法

第4种方法和第3种方法相比并不一定是独立的,而是以广告的销售效果作为主观的估算,决定广告预算的方法。

例如某一个企业负责销售的人使用特定商标的广告费(A)的水平,广告费所取得的销售额(S),主观估算出如图1那样:

图16.1.10是广告费A的水平对销售额S的估计数的图表,这个图表按照J·W·福雷斯德的说法不是图表数式,是一种用图表表示变数间关系的函数。

除这个图表函数外,另外还有数式类型的函数,例如J·D·C利特尔的销售额反应函数,即

$$S = b_0 + b_1 \cdot A - b_2 \cdot A^2 \dots\dots\dots (3)$$

用数字代入方程,即有如下方程解

$$S = -1 + 12A - 4A^2 \dots\dots\dots (4)$$

在这个式子里加进利益计算的式子,就能决定获得最大利益的广告费。在这里至少明确表示了(1)中表示的模式骨架。

但是这个图表函数主观的广告(销售)效果估算法是有如下的①忽视了不确实性,②缺乏客观的论据,③忽视了竞争对手的广告费,④忽视了从广告到销售额之间的市场反应(如消费者的知名度、选择度的变化)等问题,需要注意。

(五)竞争对手广告费对抗法

第5个方法是为了决定各种产品、各种商标广告预算的一种现实的经验方法,即把该产品的广告费提高到能对抗竞争对手产品的广告费水平的方法。D·A·艾肯和J·G·迈尔所说的“竞争对手均等法”是对这个竞争对手广告费对抗法的一种或者是相同的方法。

这个竞争对手均等法或者竞争对手广告费对抗法存在着4个问题,即:①竞争对手决定的广告费并不一定合理,但要追随,②竞争对手之间的广告费有可能向越来越高的方向发展,③有可能失掉本公司的盈亏条件和调整性,④决定广告预算的模式问题不明确等。

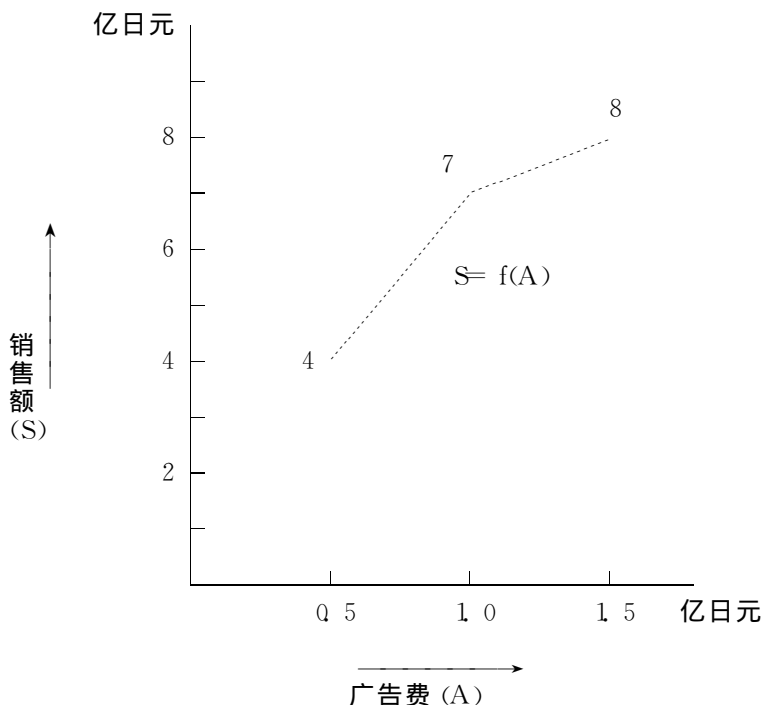


图 16.1.10 广告费对销售额效果主观的估算——图表函数

(六) 目标·课题法

第6是D·A·艾肯和J·G·迈尔、P·科特勒说的“目标·课题法”。在这个目标课题里,首先,制定达到特定水平的知名度的目标,其次,制定为了达到这个目标必要的具体手段,例如,作为一个课题的例子,要制定一定水平的必要的GRP(明显的分等级点)点数。

这里所说的GRP是广告与消费者接触到的范围率和达到1%的平均接触次数的积数,即表示总的广告接触次数或者总的广告印象数。

这个目标课题法是广告(对销售)效果的主观估计法,忽视了有关中间市场反应目标课题的制定,虽然有符合实际业务现实的优点,但是还存在着,①对目标变数 y 的课题变数 x 的效果的函数(决定模式的一种)即 $y=f(x)$ 常常被主观的估计成图表函数,②广告对销售额或者市场占有率的最终效果不能全部包括,而只能包括广告的直接效果(知名度,理解度,挑选度等中间的市场反应变化)等问题。克服这些缺点的方法请见后所叙。

(七) 经验决定方法的问题汇总

上面叙述了围绕经验决定广告预算的代替方案,①量力而行法,②销售额比率法,③盈亏估算法,④主观的广告效果估算法,⑤竞争对手广告费对抗法,⑥目标·课题法等6种类型,并指出存在的各种问题。把这些问题汇总起来,并加以若干补充说明,决定广告预算的经验现实的方法一般有下列的几个问题。

第一,在经验的决定方法中,广告投入市场以后,到获得销售额或者市场占有率的变化

为止,所产生的各种市场反应的多种因果关系往往被忽视。一般广告费投入市场就发生 GRP 的变化、知名度的变化、理解率的变化、选择率的变化、试用购买率的变化、反复购买率的变化、使用者(对该商标商品经常使用者)率的变化、购买数量的变化等,但还不能识别出这些中间市场反应变数之间的各个阶段因果连锁关系,只能判定投入特定水平的广告费可以直接地对销售额起到一定作用。

例如,主观的广告(对销售)效果的估算法,以图表函数的形式表示广告费和销售额有直接关系。在销售额比率法中,决定销售额水平以后才决定广告费的因果关系,这种完全相反的想法,在决定模式想法上存在着缺陷。

第二,在经验决定广告预算的方法中,竞争对手的广告费、广告表现质的效果、过去广告所积累的效果等和其他很多各种变数——而且对销售额有很大影响的各种变数——被忽视而只注意了少数几种变数,这是不完全的。例如,主观广告效果的估算法,只注意本社广告费和销售额这两个变数,对竞争关系和其他与销售额混合的各种变化不加考虑。

目标课题法往往忽视了竞争关系而只注意与销售额混合的各种变数中有关广告的变数。

第三,在经验决定的方法中,主观地估算变数之间的关系。例如,在销售负责人的盈亏估算法中主观地认为广告费和支出计划在达到特定水平的销售额时才成为系列。因此在各个时期的特定广告费与对应时期特定的销售额水平,在图表函数的函数关系中是假设的,是不能明确进行表示的。

这个图表函数对于复数的广告费水平的可能性没有分别作出特定的销售额水平,仅作了第一点的广告费水平与第一点的销售额水平的对应关系,这只是“第一点”的图表函数。虽然那是负责企业的人们所作的判断,但是,这个图表函数很多情况下是主观制定的。

第四,在经验决定广告预算的方法中,有竞争对手的销售额混合的各个变数,以及经济的、社会的、市场环境有关联的变数等,这些不能控制的变数,围绕这些变数分别所取的值有不确实性,这点往往被忽视。例如,以竞争对手广告费对抗法为例来说,结合以往与别的公司竞争时,那个公司所投入的广告费水平为依据,制定自己公司的广告费预算。但是,对抗的那个公司这次到底投入多少广告费是不清楚的,只能靠估计数,这当中就存在着不确实性。

在盈亏估算法中,曾经指出过的不确实性没有被重视,以假定确实性的思想来决定是常有的。

第五,在经验决定广告预算的方法中,变数间关系的复杂性被轻视或忽视,因而不能用明确变数之间关系的数式模式来表现,例如,销售人员使用的盈亏估算法,由于预计新产品销售额年年发展,在估计的产品寿命周期图表和每年计划投入广告费中揭示出来了,但是,广告费的变化和销售额发展之间的函数关系,很少有明确的表示。

还有利用竞争对手广告费对抗法时,能作出对抗其他公司广告费水平的广告预算,从而提高了销售额或者市场占有率。但是,与广告水平的函数关系在数式模式里没有明确表示出来。持这种观点的人可以说不多。

在经验方法决定广告预算中,有以上的 5 个问题,即①无视各个阶段的因果连锁关系,

②偏重于少数 n 种变数的过于简单化,③依赖变数间关系的主观估算,④无视不能控制变数的不确实性,⑤缺乏对于复杂变数之间关系的明确表示的模式等,这些问题能不能克服呢?要完全克服并不是容易的事情。可以说从根本上解决是很困难的问题。但是至少为解决上述的一部分问题而进行研究或者作为实践的尝试已经作了很多工作,在下面再作介绍。

弗雷斯特曾在有关广告预算和广告效果测定的问题时说“在企业(各种管理)机能中,怀疑由于经营管理人员缺乏基本的知识,支出大量费用,没有在广告上发挥作用而用在其他方面”。但是研究销售的人员对这种批评并不甘心接受。很多研究销售的人员,为了克服在上面所指出的经验决定广告预算方法中存在的问题,进行了大量的研究。

三、制定广告预算应注意的问题

在这里,对上述大量的研究成果进行了部分整理和介绍。下面将上面提出的五点问题分别讲一讲,解决问题的理论方法或者基本合理的方法和例子。

(一)掌握各个阶段因果连锁关系,决定广告预算模式

为了决定广告预算的理论方法的第一组,是在上文中指出过的掌握各个阶段因果连锁关系决定模式群。在这里属于这个决定模式群的决定模式有 D·B·勒纳和其他人共同创造的 DEMON 模式,L·W·普林格尔和其他人(美国的广告代理店 BBDO 公司的人员)共同创造的 NEWS 模式以及 G·M·尤里的目标·课题法的决定模式等,概要叙述如下:

(1)DEMON 模式

首先勒纳和其他人共同创造的 DEMON 模式从广告投入市场开始,到产生销售额为止,各种市场反应的因果连锁关系,如图 16.1.11 所表示的那样,形成图式模式化。这里,DEMON 是 Decision Mapping via Optimum Go—No Networks 的缩写,他包含着 11 个变数,这些是一共由 8 个阶段的因果连锁关系连接起来的。

在这 8 个阶段的因果连锁关系中,5 个阶段的各种因果关系的函数形式表示如下:

①总 GRP 函数

$$G = b_1 (A)^{1+k} \dots\dots\dots (5)$$

②达到函数

$$R = a_2 + b_2 \text{Ln} G \dots\dots\dots (6)$$

③知名度函数

$$W = b_3 \exp[-R^{-a_3}] \dots\dots\dots (7)$$

④试用购买率函数

$$T = a_4 + b_4 W \dots\dots\dots (8)$$

⑤使用者率函数

$$U = a_5 + b_5 T \dots\dots\dots (9)$$

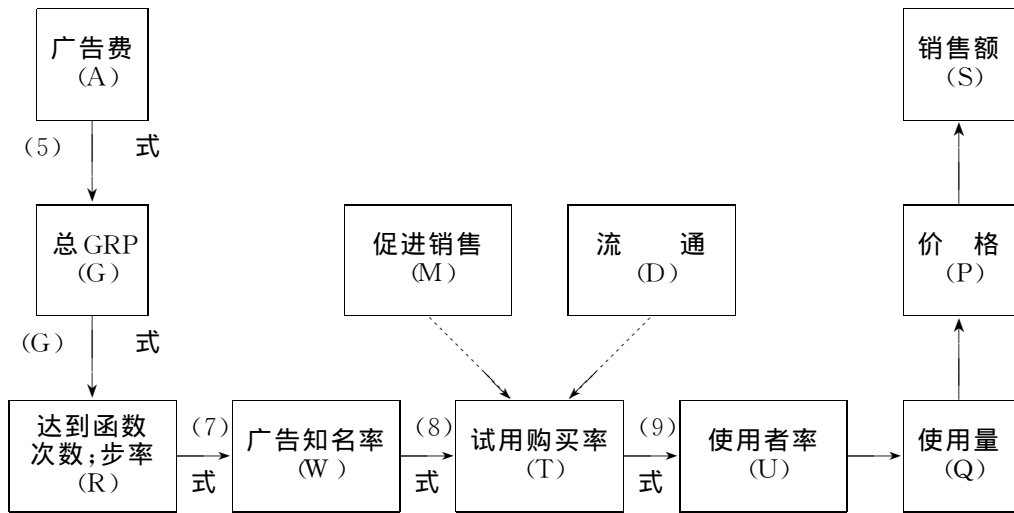


图 16.1.11 DEMON 模式的变数间关系

变数 G, A, R, W, T, U 参照图 16.1.11。 $b_1, k, a_2, b_2, a_3, a_4, a_5$ 以及 b_5 是根据各种调查数据用回归方程式分析推断出的参数。这个 DEMON 模式与上面的图 1 所表示的广告费和销售额之间的图表函数的模式相比较,明显地表现出使各个阶段因果连锁关系成为模式化。

(2)NEWS 模式

DEMON 模式是 60 年代初以 BBDO 公司为基点创造出来的模式。而 BBDO 公司的普林格尔和其他人在 60 年代末创造了 NEWS 模式,在以后的 10 年中这个模式使用了 102 次。该公司使用这个模式进行服务一次平均收费 1.1 万美元。从这个意义上看,这个模式完全成为实用化的决定模式了。在这个期间,没有听说使用 DEMON 模式的情报。因此,可以判断为 BBDO 公司从使用 DEMON 模式,改成使用 NEWS 模式了。

根据 NEWS 模式掌握的市场反应的各个阶段因果连锁关系用图 16.1.12 来表示。图 16.1.12 中所包含的 5 阶段因果连锁关系中,从左边的因果连锁看,普林格尔和其他人说明了商标的知名度,并为预测知名度列出了以下三个方程式:

$$AV_t = (A^* - A^0)[1 - \exp(-a \cdot G_t)] + (A_{t-1} - A_0)k \cdot \exp(-a \cdot G_t) + A_0 \dots\dots\dots (10)$$

$$AP_t = AS_t + AC_t - (AS_t \cdot AC_t) \dots\dots\dots (11)$$

$$A_t = AV_t + AP_t \cdot (A^* - AV_t) \dots\dots\dots (12)$$

这里 AV_t 表示在时间 t 中广告带来的商标知名度, A^* 表示知名度的最大可能水平, A_0 表示知名度初期值, G_t 表示媒介加重值,即 GRP, A_{t-1} 表示在前期的知名度, A_{pt} 表示进行奖励后的知名度, A_{st} 表示进行试用品后的知名度, A_{ct} 表示进行优待后的知名度。

系数“ α ”是知名度的系数,是根据观测资料推断的参数。这个参数的推断一般按原稿评价法进行调查。调查出的另一个系数“ K ”表示知名度保持率,是根据另外的研究得来的值。

这样,在 NEWS 模式中设制图 16.1.12 所表示的因果连锁关系阶段的函数,是以各自的调查资料、2 次调查资料,及其他资料(包括一部分经验判断值)为基础推断的。

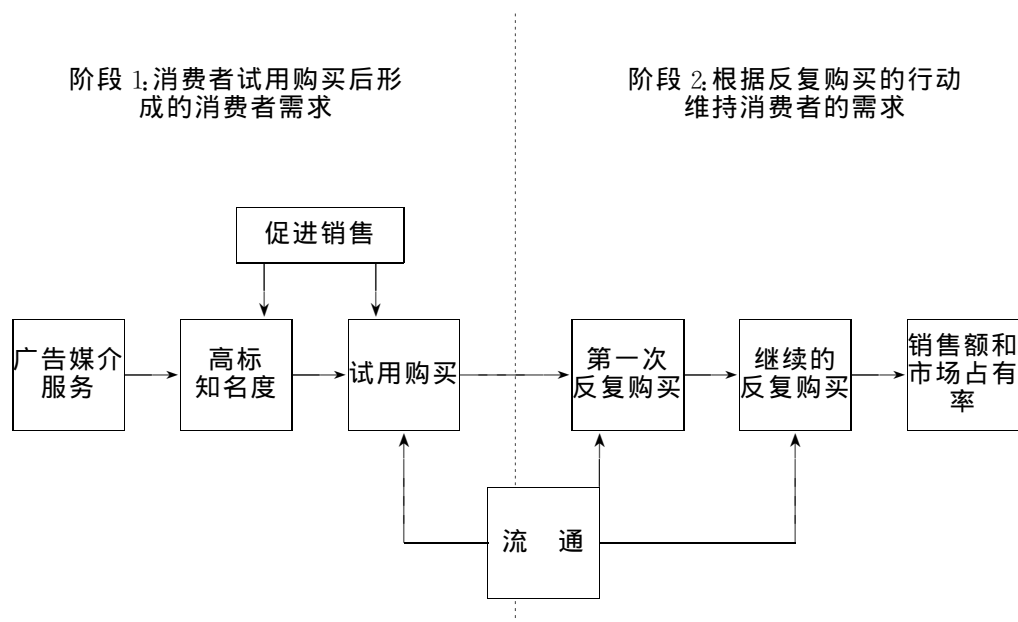


图 16.1.12 NEWS 模式的体制

这个 NEWS 模式不仅成为各个阶段因果连锁关系模式化的实际应用,而且成为(广告代理店)营业用的模式,并得到很好的评价。掌握这个阶段因果连锁关系这个困难课题是不可能的。

(3) 尤里的目标,课题法决定模式

第三,追求各个阶段因果连锁关系的模式是目标课题法的一种,是尤里的“报道阶段模式”加上作者的想法改编成的,这个模式是由下述 7 个方程式来表示的。

① 忠实的使用者数(L)模式

$$L = (m) \cdot (N) \dots\dots\dots (13)$$

② 试用购买者数(T)模式

$$T = L / (1) \dots\dots\dots (14)$$

③ 广告达到范围者数(R)模式

$$R = (r) \cdot N \dots\dots\dots (15)$$

④ 试用购买者率(t)模式

$$t = T / R \dots\dots\dots (16)$$

⑤必要的平均出现次数(F)模式

$F=f^{-1}(t)$ (17)

⑥GRP(G)模式

$G=F \cdot r \cdot 100$ (18)

⑦广告预算(A)计算模式

$A=G \cdot (c)$ (19)

这里 m 表示市场占有率, N 表示目标市场的人口, l 表示忠实使用者率, r 表示达到范围率, c 表示一次 GRP 所需的平均广告费。各式右边括号内的变数是方程式外部指定的值, 所以, 需要分别代入, 这就是所谓的外生变数。还有, (17) 式中的“ f^{-1} ”是在图 16. 1. 13 中表示的有关 t 的函数“ f ”的逆函数, 达到试用购买率“ t ”所需要的必要平均出现次数“ F ”, 参照图 16. 1. 13 图表函数。

以尤里的模式为基础, 把科特勒的数值例代入(13)式到(19)式的方程中就成为

$L=0.08 \times 5000 \text{ 万人}=400 \text{ 万人}$ (13)

$T=400 \text{ 万人}/0.40=1000 \text{ 万人}$ (14)

$R=0.80 \times 5000 \text{ 万人}=4000 \text{ 万人}$ (15)

$t=1000 \text{ 万人}/4000 \text{ 万人}=0.25$ (16)

$F=f^{-1}(0.25)=40 \text{ 次}$ (17)

$G=40 \text{ 次} \times 0.80 \times 100=3200 \text{ 次}$ (18)

$A=3200 \text{ 次} \times 3277 \text{ 美元}=10486400 \text{ 美元}$ (19)

这样, 根据市场占有率目标(m)为基础, 作为直接课题能算出广告预算的数值。

这个尤里为基础的模式, 它包含着主观的参数和图表函数, 还没有形成竞争对手的竞争关系模式化, 但他的逻辑简单明了, 因此实用价值很高。

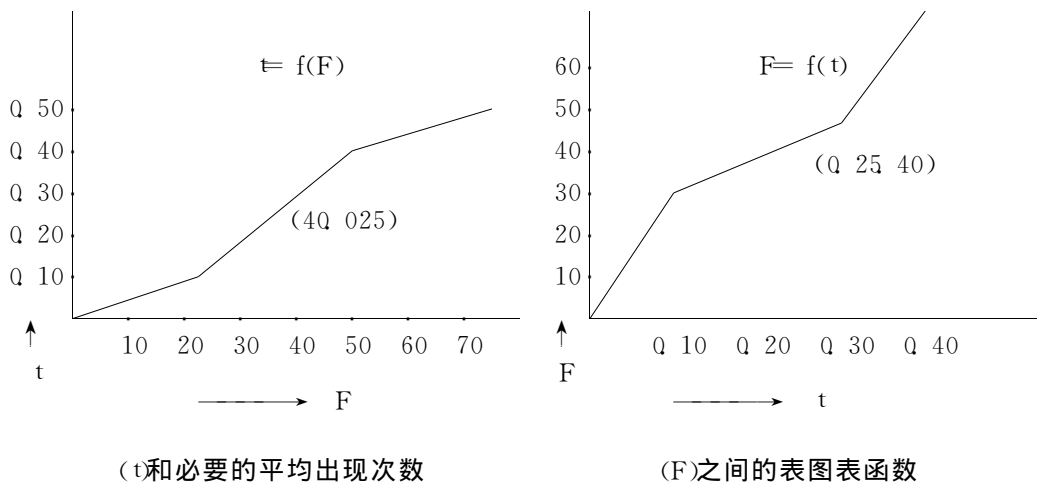


图 16. 1. 13 试用购买者率

当把图 16. 1. 13 表示的图表函数(f)特定为数式模式时, 例如, 利用 J · D · C · 利特尔

的 ADBUDG 型模式是很有用处的。这时的函数(f)是

$$t = t_L + (t_M - t_L) \frac{F_\alpha}{\beta + F^\alpha} \dots\dots\dots (17'')$$

这时的 t_M 是把 F 作为无限大时 t 的最大值, t_L 是 F 成为零时的最小值, α 和 β 是: 与 F 的标准计划值对应时, t 的估算值, 以及把 F 的标准计划值的 1.5 倍水平对应时 t 的估算值, 用这样两组调查资料来解连立方程式所得到的参数分别表示如下。这时, (17) 式表示的逆函数(f^{-1})变成下面特种型式的方程式:

$$F = \exp\{1/\alpha \cdot \ln[(t - t_L) \cdot \beta / (t_M - t)]\} \dots\dots\dots (17''')$$

一看这个式子, 给人一种很复杂的印象, 如果有小型计算器的话, 他的数值很容易计算出来。

例如: t_M 是 0.5, t_L 是 0.10, F 是 30 次的时候 t 是 $\frac{1}{3}$, F 是 45 次的时候 t 是 0.4, 这样估算来解连立方程式就得到 $\alpha = 1.8797$, $\beta = 427.0$

在(17''')式中代入上面所得的数字

$$F = \exp\{1/1.8797 \cdot \ln[(t - 0.10) \cdot 427.0 / (0.50 - t)]\}$$

假如, t 作为 0.38 时所需要的 F 是 39, t 作为 0.45 时所需要的 F 是 71, 以此类推就能算出。在(17'')式中代入得

$$t = 0.10 + (0.50 - 0.10) \frac{F^{1.8797}}{427.0 + F^{1.8797}}$$

(二) 采取多种类的关连变数编排的广告预算决定模式

为了决定广告预算的理论方法的第 2 组, 采取多种类的关连变数编排的广告预算决定模式群。属于第 2 个决定模式群的例子很多。下面只举五个模式例子。

(1) 根据科特勒的理论以专职人员的经验判断值为基础的混合销售决定模式

第一个介绍的是科特勒创造的销售混合决定模式, 是根据企业内部负责销售人员的经验判断值为基础能够决定包括广告预算的销售混合。

在这个方法中, 首先特定产品的销售数量为 Q , 其产品的价格为 P , 广告费为 A , 流通费为 D , 对于各种特定值的编排水平如何, 由企业内的负责销售人员用经验来判断。而且要编排出几种销售混合的编排案(P_i, A_i, D_i), 每个编排案都要估计出销售数量 Q_i 。

其次作为第二个顺序的是根据在第一个顺序中用经验判断出的多变量资料, 列出如下式子

$$Q = bP^p A^a D^d \dots\dots\dots (20)$$

这个式子的参数, 是把 b, p, a, d 的数值用非线性重复回归的方法推测。

作为第三个顺序, 利益 Z 用下面的式子来表示, 即

$$Z = (P - C) \cdot Q - F - A - D \dots\dots\dots (21)$$

把这个式子作为最大利益的销售混合(P^*, A^*, D^*)应用微分法来求。这里 C 表示变动的原材料价格, F 表示固定费用, (除去销售固定费用以外的制造固定费), 这里所得到的最合适的广告费 A^* 就成为广告预算。

这个科特勒的方法与根据上文公式取得最大利益决定广告预算的逻辑相比, 它是以销售混合变数同时决定为目标的, 从这个意义来说, 可以看出他是想要包括更多的变数的意

思。

(2) 方程式体系型销售混合决定模式

这是受到科特勒模式的启发而创造的方程式体系型销售混合决定模式。

这个决定模式是由下面的 10 个方程式组成的。

$$\text{市场总需要量} = (\text{全部顾客数}) \times (\text{产品种类} - \text{购买者率}) \times (\text{平均购买数量}) \dots\dots\dots (22)$$

$$\text{市场占有率} = K \times \left[\frac{(\text{本公司广告费})}{(\text{同行业广告费})} \right]^a \times \left[\frac{(\text{本公司促进销售费用})}{(\text{同行业促进销售费用})} \right]^d \dots\dots\dots (23)$$

$$\text{销售数量} = \text{市场总需要量} \times \text{市场占有率} \dots\dots\dots (24)$$

$$\text{销售额} = \text{销售数量} \times (\text{价格}) \dots\dots\dots (25)$$

$$\text{出厂价} = (\text{制造固定费}) + \text{销售数量} \times (\text{制造变动材料价}) \dots\dots\dots (26)$$

$$\text{总销售利益} = \text{销售额} - \text{出厂价} \dots\dots\dots (27)$$

$$\text{直接销售固定费} = \text{本公司广告费} + \text{本公司促进销售费} + (\text{其他直接销售固定费}) \dots\dots\dots (28)$$

$$\text{直接销售费} = \text{直接销售固定费} + (\text{销售变动费用率}) \times \text{销售额} \dots\dots\dots (29)$$

$$\text{直接利益} = \text{总销售利益} - \text{直接销售费用} \dots\dots\dots (30)$$

$$\text{直接利益率} = \text{直接利益} / \text{销售额} \dots\dots\dots (31)$$

各式的右边括号内的变数,对它的数值需要方程式外部的变数代入方程式,即外生变数。在(23)式中 k 、 a 、 d 和科特勒的销售混合决定模式一样,是根据销售负责人用经验判断的数值,是用非线性重复回归的方法推测出的参数。

(3) 注音巴古的广告预算决定模式

想要包括更多变数的广告预算决定模式的第 3 个例子是 R·S·温伯格的广告预算决定模式。

这个模式归纳成下面 6 个方程式

$$\bar{a} = \bar{A} / \bar{S} = \frac{\sum A_i - A_i}{\sum S_i - S_i} \dots\dots\dots (32)$$

$$a_i = A_i / S_i \dots\dots\dots (33)$$

$$e_i = a_i / \bar{a} \dots\dots\dots (34)$$

$$m_i = C \cdot \log e_i - d \dots\dots\dots (35)$$

$$e_i = 10^{[(m_i + d)/c]} \dots\dots\dots (36)$$

$$A_i = a_i \cdot \bar{S}_i = a \cdot e_i \cdot S_i = \bar{a} 10^{[(m_i + d)/c]} \cdot S_i \dots\dots\dots (37)$$

这里 $\bar{a}$ 表示扣除本公司广告费 A_i 以外的同行业广告费总数, $\bar{S}$ 表示扣除本公司销售额 S_i 以外的同行业销售额总数, $\bar{a}$ 表示别的公司平均广告费率, a_i 表示本公司广告费(对销售额)率, e_i 表示本公司广告费率 a_i 对其它公司平均广告费率 $\bar{a}$ 的比率(在本章称为广告强度比), m_i 表示本公司市场占有率增加部分, c 和 d 表示通过 m_i 和 e_i 之间的回归分析(以观测资料为基础)方法推测出的参数。

(36) 式是(37)式的逆函数, (37) 式是由(32)式到(35)式推导出来的, 是制定必要的广告费预算(为了达到增加市场占有率为目的的广告费)的模式。

在这个温伯格的模式中, 和(23)式的情况一样, 考虑到竞争对手的广告费。

(4)H·J·克来坎普和L·E·利迪的广告印象率模式以及试用购买率模式

重视多变数的决定模式的第4个事例是克来坎普和利迪创造的广告印象率(相当于知名度)模式和试用购买率模式。

广告印象率模式如下述的式子

$$AR = a_0 + a_1(PP) + a_2[(AHI \cdot C \cdot E)^{0.5}] + a_3(CP) + a_4(CI) \cdots \cdots (38)$$

试用购买率模式是

$$IP = b_0 + b_1(AR) + b_2(DN \cdot PK) + b_3(FB) + b_4(CP) + b_5(PS) + b_6(CU) \cdots (39)$$

这里,AR表示广告印象率,PP表示产品情况得分,AHI表示媒介印象数(相当于GRP),CE表示广告原稿的质量得分,CP表示向消费者进行奖励,CI表示对产品种类关心度,IP表示试用购买率,DN表示流通率,PK表示包装的质量得分,FB表示在家庭中商标有无声望,PS表示产品的满足度,CU表示产品种类使用度。

克来坎普和利迪把(38)式和(39)式的参数 $a_0, a_1, a_2, \cdots, a_4, b_0, b_1, \cdots, b_6$ 根据多数新产品商标的观测资料用重复回归分析法求得的。得到这两个方程式的话,将包括广告费的销售混合投入市场,可以预测到广告印象率和试用购买率的达到情况,这样就能得到制定广告费预算的有力线索。

(5)J·J·兰宾、P·A·内尔得和A·布尔顿的最适合销售行动的决定模式

包括多变数的决定广告预算模式的第5个事例,就是兰宾、内尔得和布尔顿3个人合创的最适合销售行动的决定模式(以下称LNB模式)。

这个LNB模式适合销售混合的研究,在研究系谱上是处于重要位置的模式,这个模式试图把R·多尔夫曼和P·O·斯蒂那的销售混合最适合模式一般化。但是这个LNB模式的数式体系已超过本讲义的程度,而且更复杂,因此这里只讲一讲基本特点。

①LNB模式的第一个特点,是假设本公司销售混合的变化和其他公司销售混合,要点交叉上,处于多元的竞争反应。例如,本公司广告费水平的变化不仅可能引起其他公司广告费的变化,而且也引起价格,产品质量的变化。它们是把这些多元化竞争反应,通过灵活反应行列加以表示,并提倡应测定的方法。

②市场总需要,可以认为受到本公司的销售混合变数,竞争对手的销售混合变数以及环境变数的影响。

③本公司的销售数量,是市场总需要和市场占有率的乘积,而市场占有率要受本公司销售混合和竞争对手的销售混合之间相对力量关系的影响。

④结果,本公司进行销售混合时其销售数量如何变化呢?受到灵活反应行列的其他公司销售混合的变化和本公司销售混合的变化;以及环境变数的变化对市场总需要的效果和因本公司及其他公司的销售混合对比的变化,而引起市场占有率和效果的乘积变化的影响。

兰宾和其他人根据LNB模式,提出了实证的分析,同时导出广告费与销售额最合适的比率和决定长期广告费的方式。

(三)依靠客观资料的广告预算决定模式

为了决定广告预算理论方法的第3组是依靠客观资料(如市场调查资料)的广告预算决定模式群,属于第3模式群的模式事例也不少,在这里介绍四个例子。

(1)利德尔的适应控制模式

第一个事例是第二章(3)式所表示的利德尔的模式。利德尔提倡,(3)式的参数 b_0, b_1, b_2 与销售额 S 和广告费 A 一起编排时,要根据主观的经验判断值进行推断。而且还明确了利益计算式和(3)式编排在一起是广告预算最合适的计算方法。

但是,利德尔对此并没有终止研究,他注意到(3)式的参数是根据主观的经验的判断值推导出来的这个缺点,因此主张对用市场实验经验资料得来的追加的客观情报应进行适当的修改。

他还主张按广告费的高低设定的市场为“ n ”,从 $2n$ 市场观测出的销售额资料中,求(3)式的参数“ b_1 ”的推测值 B_1 ,从 b_1 和 B_1 的平均数得出新 b_1 的推测值。

(2) DEMON 模式

依靠客观资料的第 2 个事例是已经介绍过的 DEMON 模式。在这个模式里,从(5)式至(9)式所含的参数是根据多数商标的市场调查资料,用回归分析方法推断的,这里明确指出了重视客观资料的观点。

(3) NEWS 模式

依靠客观资料的第 3 个事例是已经介绍过的 NEWS 模式。该模式体系中所含的各种参数(如(10)式的“ d ”)是用下述的方法求得的。

例如,知名度系数“ α ”是根据包含同样参数的(12)式的知名度推断值 A_i 和市场调查资料(用市场的原稿评价方法调查的资料)中知名度的实际值 A_t 之间差的平方和 D ,即

$$D = d(\alpha) = \sum (A_i - A_t)^2 \dots\dots\dots (40)$$

使“ α ”成为最小数值,根据反复计算法进行计算求得。因此,参数的制定并不是主观的,要依据客观的观测资料进行。

(4) 克来坎普和利迪的广告印象率模式以及试用购买率模式

依靠客观资料的第 4 个事例,这也是已介绍过的克来坎普和利迪的模式。他们是已经说过的那样,为了推断(38)式和(39)式的参数值,对多数新产品的商标投入市场时的状况,根据追踪调查资料的收集来测定的资料进行重复回归分析。

在他们用过的资料中,对于特定变数(如产品的自身得分和广告原稿质量得分),虽然含有同行业专家的经验判断值,但大部分的变数是用客观的调查资料,也尝试过根据模式的预测值和观测值之间的差进行的实验。

他们的模式使用了商标的横断面的资料,为此可以想象到用了庞大的调查费用。从这点来说,NEWS 模式虽然需要进行销售试验,但是,使用特定商标的系列资料与使用横断面资料的 DEMON 模式相比较,可以说是一种经济的方法。

克来坎普和利迪的模式,以美国广告代理店 NWA 公司为基地创造的模式,称作 AY-ER 模式,从调查费用和容易利用方面来看,可以说不如 BBDO 公司的 NEWS 模式优越。

以上所表示的在美国有关广告预算的模式作为广告代理店之间竞争的一个手段来进行创造的,是值得注目的,因此,可以认为,所创造出的模式从实用的观点展现在社会中,正在经受着严格的社会考验。为了通过社会考验,依靠客观的资料就成为必不可少的条件之一。

(四) 需要注重不确实性的广告预算决定模式

为决定广告预算的理论方法第 4 组,是对广告预算的有关市场成果(销售额、市场占有率等)影响,不能控制的环境变数(如市场总需要)不确实性作为重点,这些明确表示在模式

中的就是广告预算决定模式。下面举两个决定模式例子——都是根据作者的想法(部分的)为基础的。

(1)不确实性导入型目标·课题法决定模式

第一个事例像本节 1—(3) 指出的那样,尤里的目标课题法决定模式里导入的不确实性。

这个不确实性导入型模式,例如在(14)式中所包含的忠实使用者率 I 中,使它产生平均特定水平值的一般乱数,或者正规乱数,把以此得出特定的忠实使用者数(L),所必要的试用购买者数(T),使其概率地变动,这样把(17)式变成(17'')式,结果可以得出必要广告预算(A)的分布情况,这里的计算使用个人的计算器很容易就能计算出来。

这种想法,不是以得出特定的市场占有率(m)所必要的一定值的广告预算(A)为主要的,重要的是取得概率的变动数。

(2)不确实性导入型的方程式体系型销售混合决定模式

下边介绍的是在本节 2—(2)中所提出的方程式体系型销售混合决定模式中导入的不确实性。

这个模式如(22)式中所包含的产品种类的购买者率作为概率变数。再根据伯基安理论的逻辑制定事前概率分布,以此为根据算出各种广告预算方案直接利益的期待值,这样事前求得行动最适合的方针,再决定广告预算。假如,对产品种类购买者率能得到追加情报,那么根据事后分析就能选定今后最适合的广告预算。

(五)明确复杂的变数之间的关系广告预算决定模式

决定广告预算的理论方法第 5 组是明确复杂变数之间的关系广告预算决定模式,这组模式的例子也不少,下面仅举四个模式。

(1)NEWS 模式

明确复杂的变数之间关系的模式事例之一是已经介绍过的 NEWS 模式。

例如,再拿(10)式来说,在(10)中 AV_i 和 G_i 的关系式中随着 G_i 增大, AV_i 也增大,但是两者间的关系不是直线(线性)。随着 G_i 的增大, AV_i 的增加率递减,是接近一定饱和水平的非线性关系,这一点,使用个人的计算器很容易算出数值。

(2)R·S 温伯格的广告预算决定模式

复杂的变数间的关系模式化事例之二是 2—(3)中表示的温伯格广告预算决定模式。即从(32)式到(37)式所表示的决定广告预算的逻辑,与(2)式所表示的销售额比率法概念相比较,表现出相对的复杂的变数之间关系。

在这个温伯格模式体系(35)式中,市场占有率 m_i 只被规定为广告强度比 e_i 的非线性函数,这个式子可以修正为包含广告质的得分函数。

这里广告质的得分是各个竞争商标的广告表现的相对的评价指标,例如,根据 T·L·萨迪派的 AHP 分析法进行调查,可以求得客观的观测值。

这里广告质得分以 S_i 来表示,(35)式即变成

$$m_i = f(e_i \cdot S_i) = C_0 + C_1 \log e_i + c_2 \log S_i \dots\dots\dots (35)$$

(3)拿拉布和阿罗的在动态情况下最适合广告预算决定模式

明确表示复杂的变数之间关系的广告预算决定模式的第三个例子是拿拉布和阿罗的动

态广告预算决定模式。

这个模式是特定企业产品的销售数量为 q , 该产品的价格为 p , 该产品广告的累积“信誉”效果为 A , 以及该企业不能控制的环境变数 Z 的函数, 就成为

$$q = f(P, A, Z) \dots\dots\dots (41)$$

根据这个式子, 利益函数规定如下

$$R(t) = P \cdot f(PAZ) - C(q) - a \dots\dots\dots (42)$$

这里 $r(t)$ 是表示时间 t 的利益, C 表示费用函数, a 表示时间 t 的广告费。而且累积广告资产 A 的变化率受广告费 a 以及累积广告资产 A 的折旧率(损耗率)等的影响。

他们这样考虑之后加上把决定广告预算问题, 为了取得最大价值, 用(42)式规定的各时期的利益和长时间累积的累积利益值, 定为选择决定最适合各时期的价格和广告。

这样注重研究广告的累积效果(分布滞后性效果)的学派以 $K \cdot S \cdot$ 帕尔达为首, 并研究出很多成果。开创这个研究方向, 决定实用广告预算的逻辑是克服第二章中含糊不清的表示盈亏估算法的逻辑所不可缺少的课题。

(4) $J \cdot C \cdot$ 拉里逊和 $V \cdot$ 斯里尼瓦森的 STRATPORT 模式

第 4 个例子是拉里逊和斯里尼瓦森的 STRATPORT 模式, 根据这个模式可以决定出广告费总预算如何分配给各个事业单位(按产品种类)。

在这个模式中对各事业单位所投入的广告费水平的市场占有率的反应水平。是根据利特尔型模式((17")式同形的模式)制定的对市场占有率反应水平来决定的。

以上为了克服在第三章中决定广告预算的经验方法中的一般缺点和问题而提出的理论决定方法, 已从五个方面讲述过了。

这些理论的决定模式与经验的决定方法相比较有①明确的表示(1)式中决定模式的基础。②广告预算和市场成果之间关系(一般来说, 广告预算的决定模式)成为变数关系, 明确的模式化了。③为了克服上面所指出的五个一般问题至少是一部分(但全部是有困难的)具备了基本的条件。

这些理论的决定模式至今为止不能说已被企业的销售管理人员充分重视了, 像生产管理者想提高生产率一样, 对想提高销售效率的销售管理者来说, 再不能允许继续采用经验的方法决定广告预算了。

广告预算理论的决定模式的重要性, 被销售管理者重视并取得公认的日子不远了, 像 BBDO 公司的 NEWS 模式所启示的那样, 实用化的突破口已经被打开了。

除了以上的广告预算理论的决定模式外, 进入 80 年代以来, 不少西方学者陆续研究出了许多用以确定广告预算的广告决策模型。这些模型, 一般都随着广告情况(如老产品广告、新产品广告)的不同、所包含变数类型与数目的不同而有所差异。下面, 我们介绍四个模型: 销售反应与衰减模型、沟通阶段模型、适应控制模型和竞争占有率模型。

1. 销售反应与衰减模型。最初的广告预算模型试图测量出广告费用支出与销售额之间的直接关系。假如企业已知“销售—广告曲线”的形状, 那么利润达到最大值时的广告费用额就是最佳广告预算。美国学者韦达尔($M. L. Vidale$)和沃夫($H. B. Wolfe$)认为, 销售—广告曲线自原点起呈凹型, 即增加的广告支出会产生连续收益递减现象。他们曾提出一个销售反应模型。在该模型中, 时间 t 时的销售率变化是三个因素的函数: 销售反应常数、销售

饱和水平、销售衰减常数。其基本方程式为：

$$\frac{ds}{dt} = rA \frac{M-S}{M} - \lambda S$$

其中, S 表示时间为 t 时的销售率; $\frac{ds}{dt}$ 表示时间为 t 时销售率的改变; A 表示时间为 t 时的广告费用率; r 表示销售反应常数(定义为当 $S=0$ 时每美元广告费用所产生的销售额); M 表示销售饱和水平; λ 表示销售衰减常数(定义为当 $S=0$ 时每单位时间的销售损失); 其中, S 、 $\frac{ds}{dt}$ 、 A 为变数, r 、 M 、 λ 为参数。

公式表明, 销售反应常数越大, 广告费用越多, 销售饱和水平越高, 衰减常数越小, 则销售率的增加(变化)就越大。譬如, 对广告费用支出的反应估计为 4, 目前销售为 40000 元, 销售饱和水平为 100000 元, 广告费用支出为 0 时单位时间的销售损失率为 0.1。在这种情况下, 如果广告费用支出为 10000 元, 那么企业预期销售额将增加 20000 元, 即:

$$\frac{ds}{dt} = 4 \times 10000 \times \frac{100000 - 40000}{100000} - 0.1 \times 40000 = 20000 (\text{元})$$

假如在 20000 元销售中边际利润率超过 50%, 就值得花这 10000 美元的广告费, 因其成本与效益刚好两平, 即损益相等, 收支平衡。

2. 沟通阶段模型。沟通阶段模型是借助广告预算对连续广告支出与最终销售的中间变数的影响来决定广告预算的一种模型。美国学者马克斯韦尔·尤尔(G. Maxwell Ule)曾举例说明一家企业对其所生产的新型过滤嘴香烟编制广告预算的过程, 其步骤如下:

(1) 确定市场占有率。假如企业想要获得 8% 的市场占有率, 而全国吸烟的人数共有 5000 万人, 则企业必须吸引 400 万人经常吸本企业所生产的香烟。

(2) 确定本企业广告所要接触到的市场的百分比。假如企业希望其广告能接触 80% 的市场, 即 4000 万吸烟者。

(3) 决定在知道该品牌的吸烟者中可能被说明试用本企业品牌香烟者应占的百分比。假如企业希望在知道该品牌的顾客中有 25% 试用本企业香烟。这是因为, 企业估计所有试用者的 40% (即 400 万人) 可能成为忠诚的使用者, 而这正是企业的目标市场。

(4) 决定每 1% 试用率所需要的广告次数。该企业估计大约对每 1% 的人口作 40 次广告展露, 就会带来 25% 的试用率。

(5) 决定必须购买的总评分数。1 分是对每 1% 目标人口的一次广告展露。既然该企业期望对目标市场人口的 80% 进行 40 次展露, 那么它就必须购买 3200 总评分。

(6) 根据购买每一总评分的平均成本, 决定所需的广告预算: 假设 1 总评分的平均成本为 3277 美元, 在产品上市的第 1 年总共需 3200 总评分, 共需花费 10486400 ($= 3227 \times 3200$) 美元。

实际上, 上述沟通阶段模型是目标任务法的一种执行方式, 其优点在于企业的管理当局必须明确说出有关广告费用支出、广告展露水平、试用率和经常使用者之间关系的假设。其概念上的主要缺点, 在于市场占有率目标一开始就由企业管理当局来确定, 而不是根据利润最大化的方法所求得。

3. 适应控制模型。这一模型假设广告——销售反应函数的参数随着时间的推移不断发

生变化,而不是稳定不变。假如这些参数很稳定的话,企业就值得付出努力尽可能准确而迅速地求出该函数。但是,由于竞争活动、广告文稿、广告设计以及国内经济环境等情况都在不断变化之中,因此,这些参数不可能稳定不变。在这种情况下,倘若花费太多的时间与资金去求目前销售反应函数的准确参数值,只在短期内有用,实在是得不偿失。假如这些参数值随着时间的推移变化缓慢,那么,最佳的研究战略便是每次收集一些有关目前销售反应函数中参与水平的新信息资料,然后参照原有资料以求得该销售反应函数中参数的新估计值,作为决定目前促销费用支出的依据。

4. 竞争占有率模型。前面三个模型都没有明确考虑竞争者的反应。这种模型在下述两种情况下是可行的:(1)有众多的竞争者存在,但没有一个特别强有力的;(2)很难知道其他企业的广告费用支出额。然而,在大多数情况下,企业一般都能知道其他企业准备花费多少广告费,并试图维持竞争的均势。在这些情况下,企业在确定其广告预算时就必须考虑到竞争者的反应。

在某些假定条件下,这一问题可以借助博弈理论的某些技巧来处理。美国学者劳伦斯·弗里德曼(Lawrence Friedman)曾提出一些模型来说明:在两家垄断的市场上,假设各家都想利用对方的失误来获得最大利益,各家应该如何把固定的广告预算分配于不同的地区。他曾区分两种情况来说明,一是各企业的销售收入与企业广告费用支出的占有率成正比,一是只要广告费用支出的占有率超过了50%即可夺取整个市场。

弗里德曼认为,从长期来看,市场占有率与市场营销力量的占有率趋于相等。在西方国家,企业家一般都赞同弗里德曼的这一观点。人们都认为,要想获得10%的市场占有率,就必须大约花费所有广告费用支出的10%。在许多行业,这二者之间的相关度也很高。不过,这种相关度的存在,也许是由于许多企业都倾向于用销售百分比法来确定市场营销预算所致。

确定竞争占有率,是一项十分复杂的工作。因为竞争者对本企业广告费用支出水平的确定,往往采取“等等看”的态度。假如本企业的销售额大量增加,竞争者也许就会增加他们自己的广告费用支出;否则,他们会顺其自然,或采取减价、增加人员推销等对策。竞争者的每一种反应或对策,都会对市场占有率产生不同的影响作用。最后,即使竞争者确实增加广告费用支出,他们在对这部分新增开支的使用上(如开发新文稿、使用较多媒介等)也会有所不同。可见,博弈理论的方法也有其局限性,它无法把握由于竞争所产生的不确定性与其相关问题的微妙关系。

第二章 广告策划经典

第一节 广告策划与创意实例

一、可乐类饮料通过广告诉求改变印象

可乐类饮料著名的品牌是“百事可乐”和“可口可乐”，这两家饮料生产厂商都非常重视市场调查工作，他们每年都做详细调查以明了市场中消费者的动向。70年代中期，他们从市场调查的结果，发现可乐类饮料的销售，在市场中产生了阻力，主要的因素有三：

第一，认为可乐类饮料是用化学原料制成的，内含刺激人体神经的咖啡因。

第二，认为可乐类饮料的褐色，是用色素造成的。

第三，认为可乐类饮料的原料中，含有不少防腐剂，不宜多饮。

之所以如此，是因为某些新闻媒介向消费者传播了“可乐”类饮料诞生的历史：

据说有可口可乐诞生于1886年。地点是在美国乔治亚州的亚特兰大。

当地一家药房，老板名叫约翰·彭博顿。他自制一种有提神作用的药水，且销售得有点小名气。有一天，来了一位顾客要买这种药水，他在匆忙中，稍稍用错配制方法，将另一种褐色溶液冲调进去。不料这位顾客饮用后，大加赞赏，逢人介绍。竟使得这种药水出了名。彭博顿遂把握机会，将这种药水冲淡变成饮料，命名为可口可乐，扩大销售。

一年以后，由一位富有资金的药剂师，名叫柯乐，买下了制造权，进行大量生产，大量销售。

在第二次世界大战期间，可口可乐先做到了凡是有美国军队驻扎的地方，都能够饮到这种饮料。等到第二次世界大战结束，又乘势发展，成为销售遍及全世界的世界性饮料。这个阶段，世界各地的消费者，都已认为这是一种用化学原料制成的大众饮料。大家对之从未产生过怀疑，制造厂商亦从未否认过这点。

针对这种情况，“可乐”类饮料生产厂家希图通过广告宣传说明，其配制的原料成分中，是含有一种天然的植物在内，并非是纯用化学原料，而Coca一字的原意，是指南美及印度群岛所出产的药用植物，其叶子制成“可口因”和“咖啡因”。再谈Cola一字的原意，是指非洲所出产的可乐树，树上所长的可乐子内含有“咖啡因”。

有了这种几近改写“可乐”历史的广告战略，其广告代理拍摄了这样的两部卡通片广告：一部的画面中，显出一些树上，长着一些褐色的果子落到地上，变成了一瓶一瓶可乐。

其广告司说：“口渴的人都信赖清凉舒畅的百事可乐。在您最需要的时候，带给您欢乐舒畅。欢乐来自天然的原料；可乐子、香草豆、焦糖和蔗糖，还有纯净的水。大家都信赖百事可乐，来一瓶。”

另一部的画面中，显出几株树上，分别长着颜色不同的果子，有黄色的、红色的、绿色的，还有褐色的。突然，褐色的果子落到地上，渐渐变成一瓶瓶的可乐，其广告词说：“嘿！我是可乐子，他们都是我的朋友，您认为，他们是天然的，因为是生长在树上。我生长在可乐子树上。也是新鲜天然果子，百事可乐用我制成。一样新鲜纯净。只不过百事可乐是褐色的，因为我是褐色。但是百事可乐是一样的纯净天然。哈哈！您一定喜欢纯净天然的百事可乐”。

广告片经播出后，使许多消费者对“可乐”类饮料有了新的了解，产生了良好的说服作用，也巩固了“可乐”类饮料的消费市场。

二、金融业广告采用感情诉求

台湾地区的金融事业较少做广告，信托投资公司亦然，即使做广告，要吸引“信托资金”（亦即“储蓄存款”），广告内容也较少有新意。但 70 年代中期，台湾第一信托投资公司在报纸上推出了一套有系统性的以“中国妇女的传统美德”为主题的广告，吸引了社会大众。

这一套广告共有五张稿，分五个阶段刊出。第一张稿的上半部是画面，用特写的手法，表现了一位贤慧的家庭主妇微笑的面容。同时显示了这位家庭主妇时时刻刻在关怀她的家人，贡献出她对家人的爱。

稿的下半部是文字。包括大标题和诉求性的内文及广告主的名称、商标、地址、电话等等。

第一则稿的大标题是“丈夫第一”，在画面中，用家庭主妇的头脑部位，叠映出为丈夫整装，关爱丈夫的情景。第二则稿的大标题是“子女第一”，在画面中所叠映出的情景，又随之改为妈妈在陪伴着两个活泼可爱的子女。第三则稿的大标题是“父母第一”，在画面中所叠映出的情景，又随之改为女性承欢父母，侍奉公婆的贤德。第四则稿的大标题是“家庭第一”，在画面中所叠映出的情景，再随之改为主妇不计辛劳，在照顾全家大小。最后一则稿的大标题只有两上字——“忘我”。画面中所特写的主妇面部表情更显示了女性将爱情与亲情视为至上的忘我精神。丈夫、子女、父母的快乐，就是她的快乐。

欣赏这五则有系统性的广告，不论在直觉上或在注意度上，都令人意识到有一股浓郁的感人力量。图文配合设计得很精致动人。图与文的构想，都可列为是难得的佳作。

策划和制作这一套广告，所有的构想都有确切的市场资料为根据。其广告代理曾作过详细的调查，结果中有两个内容较为重要，谈到谁有储蓄的决定权？有 31% 的对象，回答是“家庭主妇”。另有 40% 的对象，回答家庭中的男主持人与女主人都能决定。单纯回答是“男主人”者，只有 17%。

谈到储蓄的目的，多数对象的答复是为了预防有紧急时的需用，其次是为了子女的教育费等等。

70% 的对象，表示从未接到或注意到任何信托投资公司的广告。

家庭主妇的辛勤储蓄,全是为了丈夫、子女、父母、家庭。许许多多贤慧的家庭主妇确实为此做到了“忘我”的地步。这的确是中华妇女的传统美德。令人感到这一套广告的方案是深具攻心力量。

再有一点是,这一套广告为广告主打开知名度,起到了很大的作用。

广告的名称是“台湾第一信托投资公司”,文案构想者把握住“第一”两字做文章。大标题“丈夫第一”、“子女第一”让读者们会感到这“第一”两字,实在具有双重作用。广告的内文中不断地强调安全第一,利润第一,拥有第一流的理财专家协助,有第一流的保障等等,也都具有双重作用。

广告发到各报,选定必须刊登在第一版,这也含有对社会大众增强“第一”两字印象的作用。

对于媒体的选择,广告主与他的广告代理者这次都没有选用电视。这是基于他们想使社会大众能不受时间的限制来欣赏与记忆这些广告的诉求内容。所以只选用了报纸、杂志和精致的直邮广告。

三、挑战性广告能促进产品改进

大多数商品广告,都是各自以自己的优点为诉求内容,绝不谈别的同类产品的缺点。即使谈到,也是轻描淡写,不会使相同行业感到问题严重。但是,也出现了这样一些广告,它们几乎都是先挑出同类产品的缺点,而且还拿同类产品的某些部件为例,说明自己的产品是如何胜过同类产品,这种广告的做法,我们可称之为“挑战性广告”。

如甲牌洗衣机的广告表现,先由一位著名的电视演员(男性)担任广告演员。左手先拿出一个乙牌洗衣机的回转盘,对观众说:“各位观众,这是旧式回转盘,会将衣服洗得结成一团,衣服总是洗不干净。”接着又用右手拿出一个自己甲牌回转盘说:“这是复合式回转盘,能产生多变化的复合式水流,将衣服一件一件完全打开,衣服洗得干干净净。请用甲牌全自动洗衣机”。

过了一会儿,乙牌洗衣机广告出现,由一位著名的节目主持人(男性)担任广告演员。他指着所陈列的甲牌洗衣机的水流情形说:“同样是洗衣机,有的单向给水,脏水无法排出,用水浪费。”接着指着自己乙牌洗衣机的水流情形说:“乙牌洗衣机分上下两段给水,不但能将脏水冲出,用水亦节省 $1/3$ ”。他又指着甲牌洗衣机的回转盘说:“这是尖叶型回转盘,易伤衣料。”再指着自己乙牌洗衣机的回转盘说:“这是我们的圆型回转盘,绝不伤衣料。请用乙牌全能洗衣机。”又过了一会儿,丙牌洗衣机广告出现。广告中并列着三台洗衣机,左右两台的后面,各站着一位男性广告演员。中间一台的后面,则站着一位女性广告演员(是著名的电视演员)。先是右边的演员,指着左边的洗衣机,对左边的男演员讥笑着说:“你的洗衣机会勾破衣服”。接着左边的男演员,指着右边的洗衣机,对右边的男演员亦讥笑着说:“你的洗衣机会将衣物结成一团”。最后中间的女演员,微笑着拦阻了他们的争吵说:“丙牌洗衣机,采用双面桨叶回转盘,威力大、漩涡式水流,衣服不结团,不会勾破衣;还有奇异内滤网,使衣服洗得更干净,请用丙牌洗衣机”。

另外,还有许多产品也是用这种方法作为表现内容。

但应注意的是,挑战性广告在策划时,必须符合下列两项原则:

第一、广告的内容,必须是真实的。换言之,广告中说明自己的产品,有怎样的优点,胜过了同业的产品。这些优点必须是真实的,绝不能过分夸大,无中生有。因为,挑战性广告势必会引起对方的反击,假定这些优点是虚假的,则很容易被对方击倒。说明自己的产品的制造,获有 5 项专利,就必须全是真的。

第二、广告的内容,必须是有依据的。换言之,广告指出同业的产品,有怎样的缺点,必须是有根据的,绝不能在未确切明了此中的究竟以前,就大事夸张。这样,就形成是诬蔑。所谓诬蔑就是捏造事实,须负法律责任的。例如:说明自己产品的销量,在市场跃升为第一位,同行业的 XX 牌产品降为第二位,另有同业的 XX 牌降为第三位。就必须注明,是根据某机构的调查统计。

基于这两点,挑战性广告,能让消费者了解各种产品的品质真实情况,是一种好现象。挑战性广告,能带动广告作真实的诉求,改进了社会上一些过分夸大,甚至暗含欺骗的广告。

商品用挑战性广告,打开销路、拓展市场,是很容易收效的。在欧美,就常常能见到挑战性广告。有些甚至敢指明对方的品牌名称挑战,其内容只要符合上述两个原则,其广告预算又支配得适当,就会有效。

四、用事实证明自己的声望地位

在欧美市场中,有一些商品的产销历史不算最老,但是它们抢先销售到亚洲,给亚洲的经济增长有先入为主的印象。这些商品遂被亚洲的消费者认为是老牌子商品。而产销历史确实很悠久的历史,由于销往亚洲较晚,却被亚洲的消费者认为是新产品。

早在 1791 年即已设厂制造销售的“芝柏”表,在欧洲各国消费者的心目中是一种有悠久历史的老牌名表。但是它在 1970 年初才运销来台湾。因此,被台湾市场的消费者认为是新牌子的手表。可是在台湾市场消费者印象中的老牌子高级手表,是在台湾已销售了 10 年多的“欧米茄”、“劳力士”等表。事实上,欧米茄表开始设厂生产是在 1800 年间,而劳力士表始设厂生产,是在 1910 年前后。只有一种康斯坦丁表比芝柏表早,它在 1755 年就设厂生产了。

老牌子的商品在市场中销售时,既然容易得到消费者的信任,因此,凡是老牌子的商品,对于本身悠久产销历史的这项特点,决不会放弃宣传。特别是售价比较高的老牌子商品,更需注重宣传本身的悠久历史,借以争取消费者的信心,以求销路能早日打开。

在此情况下,芝柏在香港的远东地区总代理——芝柏贸易公司,以及他们的广告代理业者,就不断通过广告方式,宣传芝柏的悠久历史。

他们利用报纸和电视两大媒体做广告,使得这种表在消费者心目中,渐渐建立了印象。可是,最能使消费者了解这种表有悠久历史的广告力量是他们的台北服务站。在 1973 年 11 月到 1974 年 1 月间所举办的“古今与未来的钟表展览”规模虽然不大,给消费者的印象却很深。

古式的钟表中,让人看到了 15 世纪 30 年代所用“日晷仪”,方方的一大片铜,铜上有一枝针和一些符号。这是 500 多年前的人们用来观察时候的,也是芝柏厂早年的研究用品。

中国元朝时代所用的火钟,亦陈列展出。其形状似龙,龙身中段挖空作油灯,龙身下置一铜盆,龙身中有铜球。经过一定的时候,铜球会燃落在铜盆内,落下时所发出的声音,是芝柏厂早年研究制造闹钟的依据。

19 世纪初期,这家厂为奥地利制造了燃油钟。1830 年,这家厂为中国皇帝特制了全金机件及全金外壳的金表。1853 年,这家厂为西班牙一位失明的公爵特制了盲人用钟。1867 年,这家厂设计制造了供教廷大主教佩用的十字架表。这块表曾在巴黎万国展览会中获奖。1882 年,这家厂设计制造了双表面天文台袋表。这四种表都很受消费者欣赏。

这家厂在 19 世纪早期还研究制造了一种法国炮钟。有一座放置在桌上,形状如玩具的铁质大炮。炮内装置放大镜及炸药,利用太阳光线的辐射热,在每日中午 12 时鸣炮报时。它还设计制造了 19 世纪的天文台用表。表内置有两个小巧的金质人像,能敲点报时。这些代表了这家厂早期的产品已很精致。

未来式的钟表,芝柏提出了 10 年或 20 年以后的构想。到时大家戴在手上的手表除能知道准确时刻外,同时还能获知世界各地的时间,还有天气预测的报导,包括台风警报及潮汐概况,甚至还能报导股票行情和道路交通消息。等于是含有收音机作用的手表。

今日式的钟表,主要展出的是古英钟和石英表。其准确性进步到每年的差度不会超过 30 秒。而且能报出 1/10 秒。

从这些古今与未来的钟表中,不但证实了芝柏的悠久历史,更显示了这家厂商如何不断的谋求改进与创意,以适应社会各方面日新月异发展的需要。

经过这些广告,台湾市场中,芝柏表目前的销量已经能和其他任何牌子的高级表取得同样的地位。这可以说是其广告做法把握得很正确的成果。而它在台湾地区所支配的广告预算并不多,只是此地营业总额的 10% 而已。

五、巧妙地改变消费者的观念习惯

“保卫尔”(BOVRZL)牛肉精,是一种英国出口的营养性饮食品,在世界各地市场中,销售已有数十年的历史。

可是数年前,当它开始在台湾销售时,却遇到很强的阻力。因为台湾当地的居民中,很多家庭都有不食牛肉的习惯。这是台湾民间多年来流传的迷信习惯。

在这情况下,“保卫尔”初期的销路只能以外省籍的家庭为主。诉求外省籍的家庭主妇购买给婴儿吃。由于诉求的对象狭窄,销量的增长当然很慢。

1969 年时,国际性的格兰广告公司受英国厂方的委托代为设计制作广告。

格兰在了解当时的市场情况以后,第一个构想认为一定要扩大消费阶层,才能使销量增加。第二个构想认为要设法改变一般家庭不食牛肉的观念,才能使销路趋向普及。由于这时的广告预算无法增加,推行第二个构想较难,于是先从第一个构想做起。

广告内容中,先避免显著刊出牛肉精字样,只强调这种产品能使孩子们发育得更健壮。它所含有的维生素的铁质的成分,能补充考生在夏天所需的大量营养。并在广告中列表比较这种产品,和鸡肉、猪肉、鱼肉、米饭、面的营养成份。

由于广告重点打得很能迎合这方面消费者的需要,广告画面亦显得有良好的风格,果然

很受一些父母的注意。买给孩子们试吃后,孩子们很乐于接受。不少家庭的青少年由试吃演变为常常吃。造成这种产品的销售有了显著增加。

从1972年起,台湾地区消费者不食牛肉的迷信习惯渐渐有了改变的趋势。一些高级的大饭店与餐厅开始进口新西兰牛肉或日本神户牛肉供应需要。消费者们又渐渐了解,有许多牛是专门饲养供作宰食的,并非是一般的耕牛。消费者有了这样的了解,也助长了售牛肉的风气。

有了这样良好的时机,格兰立即把握机会,采取改变消费者观念的广告策略,再扩大保卫尔的广告与销售对象。

1. 广告内容中的“牛肉精”字样,改为明显地标列。而且强调是浓缩的牛肉精华。

2. 将广告对象由年轻的一代,再扩大为男女老少全家人皆适宜。强调这种产品,有促进婴儿发育的功能外,且有培元补体强脑的营养作用,不管年龄大小,吃了都会有益。

3. 经过又一次的消费者调查,发现这种产品的购买者大多数是家庭主妇,广告必须向家庭方面扩大。于是格兰与广告主会商后,将广告预算改为全放在电视上。充分利用电视节目时间,包括普通话连续剧,闽南语连续剧,以及彩色世界金像奖影片类的影片节目。利用这些节目,将家庭方面的诉求对象不分省籍,由教育水准高及收入高的家庭,扩大到包括中级及中级以下的家庭。

同时在电视周刊的广告上,显著地配置了牛头等等画面,说明是从牛肉中炼煮出的浓缩品,是食物的精华。

这些深入家庭的广告做法,确实刺激了许多家庭改变了迷信的想法,渐渐放弃不食牛肉的观念,从试吃牛肉精到逐渐增加了吃牛肉类食物的次数。

接下来的三年,“保卫尔”的销量,每年倍增。1972年的销量较1971年增加了一倍,1973年的销量,又比1972年增加了一倍多。证明了这三年来所采取的广告策略是成功的。

六、“样品屋”先看后买的广告

在房地产销售行情看好时,房地产广告,被他们看成是“消息”,对于广告内容和设计的好或差,人们显得并不太注重。

可是,经过精心策划设计,且有创新构想的房地产广告,在效果方面比一般没有好好策划设计的广告,仍然要强得多。好的广告能使房屋销售得更快,并能使兴建者获得更丰厚的利润。

这里就有一个台湾九龙大厦广告的例子,显示有创新的做法,他们首创“样品屋”的广告方式,深受消费者欢迎。

过去,一般房屋买主对房屋建筑公司或多或少都抱有一种不太信任的观念。认为房屋建筑公司在预售时,所开列的种种条件到了交给房屋时,常常不能百分之百兑现。

还有一点是一般房屋买主在订购房屋时,往往先看到的只是一块尚未开工的地皮和一件纸上谈兵的说明书印刷品,无法获得一些真实感。造成买主们产生犹豫不决,迟疑不定的心理。大家都需经过一番观望与考虑,才肯作购买的决定。

针对买主们这样的心理,建造商华美公司始创了台湾地区的第一座“样品屋”。使买主

们在预约订购时,就能看到完工后房屋的内容,极有益于增加买主的信心。这种做法给予买主一种真实感,这比仅仅看报纸广告或仅仅看说明书效果强得多了。

“样品屋”在策划期间,所有参加策划的人还曾详细研讨如何定名称的事。当时有人提出用“展示间”、“展示屋”、“样品间”等等,都被认为不够好。最后才决定用“样品屋”这个名称,果然一打就很响亮。

公开“样品屋”的前一天,刊出半个版面的报纸广告,用“先看清楚再买房子”八个字为大标题。对于“什么是样品屋”?也给读者们有一种简单的说明:“过去,大家只能根据房屋广告,加上自己的想象力订购一幢房子。往往等房屋建好后,却发现和自己的理想并不符合。现在,我们特别在工地旁盖了一座样品屋,它的隔间大小、建材品质和格局,都与落成后的房屋一模一样。”这是一种进步而踏实的新做法,大家一致认为这种先看样品,再买房子的新尝试非常值得鼓励。

果然“样品屋”的广告方式引起一阵哄动,吸引了许多人前往参观,受到了许多人的赞许。订购的买主亦随之接踵而来。这着棋,显然是走得很成功。

另外,从九龙大厦的广告表现中,还可看出有一种建立企业权威性的广告作用。让消费者感到,建筑这座大厦的建设公司是一家有组织、有规模、有良好经营方针的公司。并不是仅仅为了买房地产图利的公司。

当这座大厦将要公开发售时,刊出的第一则报纸广告,在半个版面中,用了一句大标题是“又要开会了”。标题下是一幅会议室的图片,内容是一张很精致堂皇的会议桌,正中一个主席坐位,两旁有 10 多个出席人员的坐位,图片下是几段说明性的文字。主要是说:“我们为了最近即将公开发售的新厦,不知已经开过多少次会议,对于顾客的任何微小问题,都拿来当大问题。……我们都是以最慎重的态度来进行”。

紧接着,第二天刊出第二则广告,一句大标题是“精心出细货”。标题下是几位专业人员正在工作的一幅图片,再下面几段说明性的文字。主要是说:“这一座新厦,在 99 位专业人员历经 240 天的精心设计,将在最近与大家见面了。”

以后几天是公开“样品屋”,张贴“欢迎莅临工地参观样品屋”的广告。这些广告中说明这座大厦有九项特点。其中“代办租售服务”和“永久性大厦管理”两点特别受大家重视。

大家从上述各则广告以及其他有关的广告中,对这家建设公司产生了信心。这种信心,会演变成信任这家公司今后所建造的任何房屋。这种信心,也就是这家公司所争取的企业权威性。

七、创造销售重点争取领先地位

70 年代,台湾手表市场的竞争者主要是日本厂商和瑞士厂商,其市场占有率,前者为 70%,后者约为 30%。瑞士表在竞争中处劣势。

正当瑞士手表销量在台湾市场中低落时,一种瑞士中档表——香达表,以主力军的姿态打进了台湾市场,不但在售价方面、品质方面,重整了瑞士表的声誉,同时对于广告的运用,有其同业之间,更显得有杰出的表现。造成其今日在台湾市场中的销售量,高居所有各种瑞士货中的第一位。使瑞士货的销售量,止减回升。

雷达表广告策划中心,是香港的远东区总代理处。

过去,雷达表所选用的广告媒体,重点是在报纸,近二年,则改变为电视。目前其一年的广告预算,已有70%用于电视,将电视列为经常性的广告。另运用报纸作突击性的重点广告。凡是遇有新款手表上市,立即在报纸上刊登巨幅广告,常常刊登全页,或半页的篇幅,声势甚猛,从不发刊小面积的广告,以求激起消费者的重视。

逢年过节,及秋季各级学校的开学前后,亦是它的广告重要时期,因为这是销售的旺季。但是遇到同业间发动广告攻势时,它则退避一阵。等到同业的攻势过后,它再借机采取攻势。这种不和同业打广告硬仗的做法,有益于缓和市场竞争的尖锐化。

在中档表奠定市场基础后,其产品又向高档表方面发展。在台湾市场,有售价2.2万元和数千元新台币的高级雷达表销售,其广告的方式,也力求走高级路线。例如在广告费昂贵的《Life》、《读者文摘》等国际性发行的杂志上和《南国电影》等大规模发行的娱乐性杂志上,刊登精致的彩色广告图片。并有广告片在各地电影院放映;效果均较强,予消费者确有高级的感觉。

最成功的是在台湾地区的阳明山公园中,建了一座装饰得极为美观的花钟。其机件全由瑞士运来,花费虽不少,但广告效果亦甚高。在阳明山花季中,数以万计的众多游客(包括外县市及海外来台北观光的),人人都会看到“雷达花钟”和“RADO”几个中英文字。这种做法,有力地强调了其企业的价值,增进消费者购买这种产品的信心。

一个企业的广告,要做得有力和有效,必需有良好的销售条件来支持。雷达的表型,翻新得最快,就是一个最好的销售条件。在瑞士的制造厂内,有多位专家,专门负责研究创造新颖的表型。绿马型、金马型、紫马型、黑白型、翡翠型、海军上将型、水不磨损型、寰月型、马可波罗型,不断予消费者以新的印象,在市场中争取领先的地位。甚至连表带亦不断有新型的创造,显得产品极活跃,亦代表了日新月异的发展。

另一个好的销售条件,是在最热闹的市中心,创设了布置极精美的服务站,专门办理种种售后服务,以便利消费者。同时陈列了很多新款式的表并标明价格,供大家参观欣赏。并以划一的售价,巩固了市场。

八、售点广告的佳作

在台湾地区经销松下电器商店的门口,有一段时间里都站着一个少女,穿着桔黄色的迷你连衣裙,有1.68米至1.70米的高度,左手拿着几张幸福彩券,右手拿着一个蓝色旅行袋,满脸动人的笑容,象是要告诉大家一些什么。她的娇美姿态,深深吸引了来来往往许多消费者的注目。有些女少甚至走到她的身边,和她比比高度。有些年轻的男孩子,调皮地傍着她拍一张照片,算是他的女朋友。

实际,是一则以假乱真的图版,作为商店的售点广告。这则售点广告,是广告主配合“推销电冰箱电视机冷气机洗衣机等四种产品,举办450万元大赠奖”所施行的一套广告计划中的一部分。由于这则广告制作得很新颖显目,更由于这则广告,最能为各阶层消费者普遍接受。使得“她”产生了不少直接性的市场效果。

台湾松下的这一期大赠奖攻势,自5月初起至8月底止,共有4个月的时间。办了才两

个月各地的经销店中,已有不少新顾客光顾,或询价或购买。这些顾客中,大半都是“她”所引进来的。有些本无意购买,只是逛逛的消费者,经过“她”的吸引,变成了有意购买的顾客。亦有些原欲购买其他厂家产品的消费者,经过“她”的吸引,改变原意而购买了这种品牌产品。这就是售点广告效力。

这则彩色售点广告的计划制作过程,并不简单。首先是台湾松下营业部和营业技术部门,感到台湾一般经销店的门口,和日本的店家比较,显得太平静而不够热闹。如果多布置些售点广告,定能增加对消费者的吸引力。虽然该公司过去在每年年底,均制作一些悬挂式的售点广告,供各经销店应用,但都是小型的。这次他们决定制作一则大型的。经过选请模特儿,照相完成后,特地将彩色底片,送往日本放大分色,然后再携回台湾精心印制。背面再照模特儿的形态配上木板,用一根细铁条作为支柱,颇为经久耐用。

台湾松下,是此地的一家大规模企业。其中广告方面,首先有一套全年度的计划。根据全年的货品销售营业额,先决定全年的广告预算,然后再分次制定执行计划。这次大赠奖的广告,是其 1969 年广告计划中的一个重点,拨出了半年的广告预算,积极企划执行。其主要目的,是帮助经销商扩大推销该公司的各种产品。依照市场实况研究,他们认定用这种大赠奖的方式,比较有力,亦比较有效。

这套广告计划,在推行后,普及力极强。然而其中最能激起消费者兴趣者,还是这则大型售点广告。市场中以往所有的各种大型售点广告制品,都是自国外进口的,而这则是台湾首次资助自行制作的。各地经销店均认为“她”确能产生吸引新顾客的作用。在未来的两个月中,“她”予人的广告印象,还会再逐步加深。

此由也可以看出,生产产品种类多的大企业,尽管在市场中已占有较多的销售量,但为了维护既有的市场和进一步拓展市场,仍需采用广告强势宣传,且一定要有计划有重点。

九、运用经营战略配合广告

在市场中,产品的同质化程度越来越高,常常会有若干品牌,与品质相当的同类产品互相竞争,在这种情况下除了用广告的特殊表现来吸引消费者,还要以出奇制胜的“经营战略”与广告配合,展开攻势。

在台湾地区的市场上,百事可乐饮料在上市之初知名度只有 5—6%,在短短的时间内就达 90% 以上,主要也是靠好的经营战略与广告配合。

百事可乐的经营战略,有几点极值得参考:

1. 商品上市以前的市场调查工作做得很完善。这种调查,着重在了解各牌同类商品的市场占有率,消费者生活方式的变化,各牌同类商品的消费者阶层等等。根据市场调查的结果,来决定自己商品的消费者,应该属于哪一个阶层? 进一步应该向哪一个阶层发展,接着就向这些阶层发动攻势。

2. 商品上市前夕的准备工作,做得很周到。建立了各地分公司,有了完整的销售网。各种器材,例如包装、箱子、运输用具等等,均准备得很充分,不使销售上产生慌乱的情形。

3. 采取直接销售方针。这种方针,在美国等先进国家,称之为 Route Sale。将其译为中文是“巡路销售”方针。其做法,就是在销售上,不通过各地的经销商,而由生产厂商直接与

各地零售商及各客户联系,直接供应货品。

百事现拥有 70 余辆直接送货车,分布台湾省各重要据点。驾驶工作由推销员兼任。换言之,他们的推销员都必需具有驾驶卡车的经验。另配上一名助手,每日在指定的地区不断地展开访问、服务、收帐、送货等工作。其目标,是要做到在任何地方,任何时间,任何顾客需要货品,都能马上送到。

这种销售方针的优点是不但能减轻成本,节省中间费用,且有益于生产厂商经常能从消费者方面得到批评反映,使生产者与消费者之间没有隔离,便于改进。

4. 经营技巧灵活,处处力求争取先机。例如首创家庭用 770ml 装的大瓶,这着棋,在同类的可乐饮料中,领先达一年之久。再如首创派员到各喜庆宴会场所服务,协助做分瓶、开瓶、收瓶、搬运等工作。12 月中旬,中华杯全省棒球锦标赛,百事亦派员到场服务,并免费供应球员们饮料,这些机动性的做法普遍获得客户良好的反映。

5. 邀请亚洲各地有经验的推销员(华侨),来台训练指导此地的推销员。此项训练,包括如何开发票,如何挂广告牌,如何发货、收帐等等的细微技术在内。使得此地的推销员很顺利地能展开工作。

6. 以稍大的包装,较多的分量,相同的售价,打开市场,争取消费者。例如在分量方面,别的可乐 每瓶装 325ml,百事则每瓶装 500ml。

这些经营战略为饮料的销售打下了稳固的基础,所以当广告宣传展开后,产销量迅速增加,进入市场的第二年比第一年增加了 100%,第三年比第二年又增加了 80%。

十、主题同一的强势广告

台湾地区比较著名的饮料“黑松”,在一段时期内,其广告缺乏系统性,表现零乱。在一个广告季节中,刊出多则不同画面的广告,内容互无关联。电视广告与报纸广告之间也无同一性。

但在 70 年代中期,该品牌的广告做了重新调整,无论是报纸广告还是电视广告都受到消费者的赞赏,很多消费者对其广告都有好感。

首先,他们成功的创造出两句口号:一名是:“Happy Time”,另一句是“有黑松就有快乐,有快乐就有黑松”。

快乐!快乐!报纸广告与电视广告的每一个画面,都是充满了快乐的气氛。1972 年,有三则全页巨幅的报纸广告和数则 1/4 页的报纸广告,都是形容青年男女们在海滩上的活跃情景。写出“快乐的日子来到了”,叙述“大海与我们,我们与黑松,在这无垠世界的海边相聚着,你一瓶,我一瓶,舒畅了我们的四肢,在快乐的日子享受新时代的欢乐。”

接着,黑松又打出了 10 多则 1/2 页的大幅报纸广告。其重点是放在推销黑松可乐和黑松沙士两种产品上。例如有一幅的标题是“从乡村到都市,统统喝黑松”。其画面的表现是“中间放着一大瓶可乐,左边是乡村景色的图片,右边是都市风光的图片”。再如另一幅的标题是“从夏天到冬天,统统喝黑松”。其画面表现是“中间放着一大瓶沙士,左边是有白雪的冬天景色,右边是爽朗的夏天风光。”

其他描述,尚有“从男人到女人,统统喝黑松”,“从大人到小孩,统统喝黑松”等等。1973

年,先后打出了七则大篇幅的彩色报纸广告,三则是全页的,四则是二分之一页的。画面表现,比上年更精、更美。写出黑松与快乐的人生。黑松与快乐的亲情,黑松与快乐的大地。亦强调了“活跃在大太阳下的黑松沙土”,“滴滴甜蜜,点点柔情的黑松果汁”,“溶入了爱的世界的黑松可乐”,“清凉透顶,有快乐爽意的黑松汽水”。

其电视广告,亦是朝“快乐”的方向表现。

确定了广告对象。每一则平面广告,每部广告影片,都以有蓬勃朝气的青年男女为模特儿,针对着青年男女们的心理而策划极为正确。青年男女是饮料的大宗消耗者,透过青年男女,还能影响到他们的家庭,增加消费耗量。这比过去几年中,强调“拜拜要用黑松”、“庆宴要用黑松”,来得有效得多了,而且还能不断发掘青年消费者的消费潜力。

饮料的销售能增长,与广告有极密切的关系。没有很强的广告,很难称雄于市场。生产者必需不断地利用广告,使消费者经常记住产品的商标和名称。所以黑松一直能保持其销售进展与市场中的优势,得力于广告的效率颇大。

十一、富有攻心力量的广告歌曲

香皂和肥皂粉,在市场中同类产品众多,相互竞争非常激烈。

新牌子的香皂和肥皂粉,向市场进军前,除了必须在品质和包装及销售路线上,先有自信处,还需针对上述广告情形,发出与众不同的广告攻势,才能占领市场。台湾地区的快乐牌香皂和洗衣粉就是在这种情况下成功地进入市场的。

作了多次市场调查,分别邀请与访问家庭主妇、女学生、公教人员、工商各界薪津阶级者等,举行茶会、座谈会。出示许多假定的包装样品,广泛地征求大家的“定名”、“包装”、“售价”各方面的意见,从这许多有代表性的消费者身上,对于计划推出的新产品,先求得个自信的标准。

进一步,在新产品的供应及其经销网的布置已准备近充分时,即着手策划广告攻势。针对许多同类产品,在市场的竞销实况,厂商首先决定一个原则,要扩大利用广播媒体。并且要制作一则动人的广告歌曲,以求深深攻进消费者的心里。

几经研究,他们认为广告歌曲应着重在提高产品知名度上,采用比较简单清晰的歌曲。后请专家谱写成了:

“我爱快乐,mm—m。你爱快乐,mm—m。”这两声似有醉人意味的“mm—m”,最能吸引许多年轻的消费者。

歌曲有了,厂商又做了一个极大的决定。通知广告代理业者,将原定首期6个月的广告预算(指用于广播媒体及报纸媒体的预算)改为全部集中使用于新产品上市,最初的两个星期之内。

台湾广告公司遂代厂商,对每一地区的每一家商业广播电台,安排了每天作36次插播,总共安排了52家电台。造成在上市之初的14天中,全台湾各地的广播媒体,每天共播出这首快乐香皂歌曲1.872次。使得凡是收听广播者,没有一人不深深注意到这首歌曲。

同时,在报纸媒体上,由14家大报,轮流刊出了这种新产品的巨幅广告,使消费者更加深了印象。

在电视媒体上,以这首歌曲,配制了一部很美而雅的广告短片。短片的开始,先以动画方式,将新产品在包装上的主要标记——片片含着快乐笑意的嘴唇,构成简洁的图案,从中间向两边散开,表现得亦似鲜花绽开的意思。然后,显出一个少女使用这种香皂的出浴镜头,颇为生动脱俗。

两星期以后,广播广告和报纸广告如期全部停止,只让电视广告继续播出。此外,仅利用少数杂志,刊登了若干彩色广告。经过一段时间,厂商再作市场调查,发现这种香皂的知名度,境胜过了已畅销10多年的一种名牌香皂。

“快乐快乐真快乐,Happy Happy 真 Happy.”许多消费者都议论这两句歌词,能引起消费者在这方面的不断议论,就是厂商在这方面广告策略上的成功。

十二、寓推广于教育的广告活动

美国牛油脂生产协会和台湾地区清洁剂公会曾联合发动了教育性的广告活动,主题为:促进肥皂消费,增进国民健康,造成香皂和洗衣用皂的增销。

由于这个主题非常正确,立即获得了台湾地区多方面的支持。美国牛油脂生产者协会,在世界各地创立的一个肥皂洗手运动标志,亦在台湾地区的消费者心目中建立了印象。公会并先选择了联通广告公司,代理企划这个教育性的广告活动。

首先,大家决定以台湾地区的中学与小学学生为对象。当时经过几次企划研讨,所采用的媒体和广告活动方式,有下列几项:

1. 先编印一本“肥皂洗手与健康”,分送各地公私立小学的老师参考,内容是介绍肥皂消灭细菌的功能及手可能传染的病菌有哪些等等。

2. 通过广播电台,教唱“常常洗手好处多”肥皂洗手运动歌。在教唱的同时说明肥皂对健康的重要性,劝导大家养成用肥皂洗手的习惯。

3. 利用电视传播,创出一句“病从手入”的警语,劝导大家养成用肥皂洗手的习惯。普通人家都知道“病从口入”这句俗语,可是食物是经过“手”送到“口”里的。

4. 设计印制数万份海报,分贴在各小学与公共场所。海报的内容,是一个女孩惊奇表情的脸部特写:两眼睁得大大的,小嘴惊得圆圆的。在脸部的前面,配上肥皂洗手的镜头,小手拿着肥皂,两手都是肥皂泡沫,而且还有大大的肥皂泡。她所惊奇的,就是大大的肥皂泡。显得很传神,颇受大众注目。

5. 摄制“肥皂洗手运动”教育性影片,分赴各地小学放映。

6. 用肥皂为奖品,举办作文比赛,征文的对象是中小学校学生。分为小学组、初中组、高中组。

7. 对若干小学校分赠肥皂,小学生们在学校洗手,养成小朋友们常用肥皂洗手的观念。

接着,再以家庭妇女为对象,以保持家庭清洁为主旨,促使家庭妇女注意肥皂与健康的关系。并以肥皂作为奖品,利用报纸广告,举办家庭妇女有奖征答。

对于中小学生,让他们养成了用肥皂洗手的习惯,这种效果又是长久的。他们由孩子阶段到长大成人若保持着这个习惯,无形中为肥皂奠定了深厚的销售基础。

肥皂洗手运动的广告策略,是由原料厂商拨出经费,来帮助成品制造厂做广告,以求拓

展成品的销路和保卫已有的肥皂市场,亦是肥皂业合力制作的共同广告,并不是专推销某一家厂商、某一种牌子的产品,这类广告以后将会不断的增加。

十三、样品赠送需要做得步步确实

厂商推销大众化的新产品,往往采取“登门赠送广告样品”的做法。这种做法具有面对面的说服作用,应该收到较好的效果。但采取这种广告策略时应注意两点:

1. 新产品的质量与包装确对消费者有吸引力;
2. 在样品的赠送方法上,不能仅仅是送到为止,而要请消费者“一定试用”。

台湾地区一化工公司在运用这一广告策略推销一种新牌子洗衣粉时就取得了极大的成功。

这种新牌子洗衣粉,叫做“易洁”,是一种含有酵素的“酵素洗衣粉”。也是在1963年,欧美市场所发明的新产品。上市销售后,由于它的功效甚高,很快就完全取代了普通洗衣粉在欧美市场中的地位。

一般普通洗衣粉用以洗濯衣服时,总会遇到一些特别难以洗净的污垢。例如衬衫领子或袖口上的污渍。孩子们衣裤上的泥污、汗渍、果汁渍、巧克力、牛奶等污迹,及枕头套上的油污等等。这些污迹,一经衣物洗涤干燥,非但不能去除反而更牢牢沾在衣服上,使衣服愈洗愈硬,愈洗愈黄,这是因为普通洗衣粉,对于含有蛋白质的污渍,无法消除的缘故。

酵素洗衣粉则能分解、软化、松弛衣服上含有蛋白质污渍的附着力,而能很容易将这些污渍洗去。使用这种新洗衣粉,只要将肮脏的衣服,浸泡在有酵素洗衣粉的水中,浸泡一夜,到次日早晨,一切污垢已自行消除,根本不必再搓洗刷,只要取出,在清水中过一过就行了。

广告主在进行“派员登门赠送广告样品”时,首先认为对于样品的分量,不宜少。分量少的样品,不易普遍激起消费者的重视,亦不易使消费者试用出满意的效果。

赠送时,第一步是决定赠送对象的标准,禁止推销员任意随便分送。例如“购买力”,“需要情况”,“智识水准”等等,都列为是选择赠送对象的条件。第二步,规定推销员,必需将样品,送达各家庭主妇们或各商店主持人的手中,告诉他(她)们这件新产品的优点,并当面将样品拆封。这样的目的,是要让主妇们真正试用,使样品不致被搁一边。第三步,过一个时期或半个月,再去访问一次,听取反映。

这种赠送广告样品的做法,进度一定比较慢,但收获的市场效率,则确实可靠得多。这种做法,含有“改变消费者使用习惯”的重要作用。如果赠送不确实,虽然产品品质非常好,所发挥的作用亦不会高。

十四、促使新产品上市迅速接近消费者

1967年8月17日,台湾地区各主要的日报上,都刊登了一则广告。篇幅不大,面积只有全二栏,但很惹读者们注意。广告的左端,画了一个地球的欧洲部分,右端则画了一架飞机,两者之间有一根细线连接。广告中间是一句套红的六个字标题:“有朋自远方来”。边上用小字,配排着几名简单的说明:“有位从德国来的朋友,向各位问好。她带来很多礼物送给你们。这份礼物是大家所迫切需要的,她送礼的对象是谁呢?请看明日本报。”

很多读者看了这则广告,都猜想又有一种新产品要上市了。同时猜想到这当然是自国外进口的新货。

次日,各主要日报上紧接着又刊出一则很惹读者注意的广告,面积亦只有全二栏。广告的右端,画了一个少女捧着一个包装得很美观,外面有丝带扎着的大盒子。广告的左端,是“千里迢迢”四个套红的大字。其次的文句是:“从德国来到台湾的这位朋友,名字叫‘AN1’。我们给他取了中文名字叫‘恩旺’。您的朋友恩旺,入境随俗。她带来10份见面礼,送给企业家、各界经理人、公教人员、金融界人士、推销员、明星、歌星、运动家、夜生活的人、通宵应酬的人、勤奋的学生。只要您写信到XX信箱,附回邮,随即寄给您一份礼物,先到先送,送完为止。”

读者们看了这则广告,虽然还不清楚这究竟是一种什么新产品。可是写信前往索取这份礼者却极多。

在这则广告刊出40多天以后,10月初,各报又相继刊出一则面积超过全十栏的大广告,“恩旺”正式上市销售。同时函索礼物的读者,也纷纷收到了回信。其中的礼物,是一粒银色的恩旺和一份印刷得很精致的恩旺临床试验报告。这时,大家才先后从报纸广告上及回信的内容中,明了恩旺是一种德国汉司大药厂出品的药品,有调节人体各部神经系统的功用。能增加人工作上的活力和消除疲劳。

广告到了这个阶段,我们可以很明显地看出,它已收获了四种效果:

1. 赠送样品,可以说已尽量送到真正需要者的手中。广告主在复信时,查明所有去信索取礼物的读者,绝大多数都是广告中所指定的对象。这种赠送样品的方法,当然要比一般普通的赠送方法,高明而有效得多。

2. 将新产品的名称,深深印进了各界消费者的心目中。广泛地引起许多消费者对这种新产品的真正注意。

3. 收到样品的读者们,都会把那份临床试验报告,详细阅读一番。这又是一种很难得的直邮函件效果。加深了消费者的印象。

4. 这种新产品的相貌,是令人感到可爱且新鲜的银色,对于见到它的消费者,有高度的诱惑性。大家都不会随随便便放弃它,一定会试服它。一种新产品上市,最令人担心的是无法直接接触到消费者。如果能立即直接接触到消费者,又能对消费者发生诱惑作用,这对于吸引消费者购买来说,已经是成功了一半;消费者试用后,是否会购买,那就要看另一半——产品品质的功效了。

正式上市后,不料其销售情况之佳,出乎广告主的意外。每粒的售价虽然高达新台币9元,消费者却并不感到贵,购服者日多。新产品上市,立即有这样普遍的畅销效果,当然要归功于上述的广告与赠送样品技巧的成功。

十五、提高产品知名度的佳作

台湾地区电视台,在一段时间内,有一台“周末剧场”节目。这台节目时间的广告主,是台湾田边制药公司。并且由田边的广告代理——国华广告公司争取到节目制作人的资格,负责制作这台节目,每次都要甄选好多位电视观众参加表演,同时给这档节目,又加了一个

代名词,称为“田边俱乐部。”

严格地说,这是一台含有广告性的节目。这点,并不是指节目的前后及中间,插播广告主的广告。而是指节目中那座报告评分结果的圆灯,就是广告主的商标。

就广告研究而言,这实在是一种极成功的广告方法,虽然每周只演播一次,而且演播的时间并非是电视上的甲级黄金时间,而是列为乙级的时间,但其所收获的广告效果,一次比一次扩大。特别是演出 200 次以来,有很好的“累积广告效果”。

广告主的商标,透过这台节目,予消费者的印象,已极度普及,几乎在电视能到达的地方,每一个家庭都认识这个商标。同时,在每一个家庭的组成分子中,亦很少不知道这个商标者,知名度之高,已到达极理想的阶段。这是因为这台节目的内容,已做到男女老少咸宜,对象广泛得可以说无任何限制,没有偏重某一方面的对象。

从这个成功的广告实例中,我们可以研究了解几个问题:

1. 成功的广告,是基于在企划时,有良好的、突出的构想,然而田边俱乐部这个广告构想,能和消费者建立非常好的感情。

2. 广告主选购电视广告时间,多喜欢争购晚间的甲级黄金时间。因为甲级时间中,收看者多,广告效力高。可是,田边俱乐部这个成功的实例产生后,令人感到,在乙级时间中,只要节目内容能深受观众欢迎,同样能吸引很多人收看,同样能有很高的广告效力。

3. 当时在电视上,现场演了的节目中,田边俱乐部是唯一由广告公司制作的节目,我们感到电视广播界,值得鼓励有规模的广告公司担任节目制作人。因为广告公司中,多这方面杰出人才,而且能以团体的力量从事制作。并能说服广告主,增加制作费,创造更完善更受欢迎的节目。节目精彩动人,广告主所收获的广告效果,亦一定更强。

4. 经常刊播广告的大规模厂商,应重视象田边的这种多年来所累积的广告效果。这种效果,等于是广告主的产品,在市场中所竞获的销售基础。销售基础的强和弱,即代表了所累积广告效果的高和低。欲造成强而有力的“累积广告效果”是要注意到,平时对于每一则广告的设计制作,都不能马虎疏忽。对于任何媒体的广告,不论其面积大或小,时间长或短的,应该设计制作得每次都是有计划、有特色。

十六、新品上市先声夺人

一种新品牌手表在台湾地区面市之前,已有很多消费者虽还没有见到这种新表,却已很熟悉它的品牌名称,这就是美国商品“TIMEX”手表。它上市前的广告活动,就是从“为商品命名”开始的。

公开征求商品译名本是商品谋求打开知名度的一种广告方法。然而收效的大或小完全看奖额的多寡而定。广告主根据太洋企划人员的研究建议,拨出新台币 50 万元的广告预算,300 只表及一只高级电子表作为奖品,扩大推行此一广告活动。

于是 11 月 3 日这一天,台湾地区 7 种主要的日报上,同时刊出一则巨幅广告:TIMEX 表,请大家赐一个中文名字。说明有特优奖 1 名,赠奖金 1 万元及这种牌子的高级电子表 1 只。附奖 100 名,各赠这种牌子的手表 1 只。尚有参加奖 5 万名,各赠有兑奖机会的纪念奖 1 份。奖额计有 3 万个以上。同时介绍了这种手表的生产工厂,有 22 所分布在世界各地。

年产量达 2,500 万只,是世界上销路最大的手表。在美国市场中占 70%,在加拿大占 80%,在欧洲占 30%。

命名征求的期限,只有 18 天,至 11 月 20 日即截止收件。此外还利用电视媒体,做反射卡广告,其内容非常简单,着重在请消费者查阅 11 月 3 日的报纸,参加命名。

由于这次广告声势颇大,广泛地引起消费者的注意。至截止收件后统计所收到的应征信,竟有 8.7 万件之多。反应之广,可以说是出乎广告主与广告代理的意外。结果,郑重选定“天美时”三字为中文译名。并将得奖名单于 12 月 1 日准时在各报公布。

接着是分寄奖品,奖品中最妙的一种是纪念奖。这种奖是印得颇精致的贺年卡。卡上编印了号码及这种表的商标,赠给所有参加命名的应征者每人三张。并说明请应征者,将这三张贺年卡分寄给三位亲友,让亲友保留这份贺年卡。广告主将于 1970 年 2 月 4 日公开从中抽出 100 个幸运号码。凡是贺年卡的编号与此幸运号码相同者,寄卡人与收卡人双方面,可得这种手表一只。于是很多应征者寄发这种贺年卡。

研究分析这套广告法,我们感到确是一套杰出的“上市前的广告活动”。

从这个成功的实例中,足以使我们认识“上市前的广告活动”的重要性。同时可提醒有关的广告主,如果有新产品上市,值得与广告代理业者研议企划“上市前的广告活动”,为新产品在上市前,先在消费者心目中建立一种“先声夺人”的声势,一定会收获理想的市场销售效果。

十七、驰誉国际间的服务形象

航空公司在业务上的竞争,有国际组织——国际民航协会(IATA)的限制。首先,在票价方面,必须一律照公定的票价收费。决不能公开以“低廉的票价”为号召。其次,在飞机的种类方面,各公司亦尽可能求得均势,相继采用最新的机种。只有在航线和班次方面,规模大的公司,可以“双多取胜”。

于是,大家想出了以“服务”为宣传重点,更特别着重于“机内服务”这一点上。各航空公司的广告上,差不多都说:“有珍馐美酒款待,有精致点心执行,有腿部可伸曲自如的宽敞座位,有殷勤周到侍应的空中小姐。”

详细注意这许多“重点相同,表现方法不相同”的各航空公司广告,令人感到,经过各国广告代理来者的精心企划设计,确实是各具优点。其中首先值得我们提出研究的,是日本航空公司广告。

其最大的优点,是“多年来设计制作得有一贯的系统和创造了一个很可爱又很动人的服务形象”。

这个服务形象是一位身穿和服的日本女性,在飞机上侍应乘客时,所表现的种种优雅仪态。主要的几张画面是:①笑盈盈的双手托盘奉茶;②在进餐时,指导旅客如何用筷子的表情和动作;③注目微笑,纤手半掩樱唇的低声答问;④在斟酒分菜时的细心姿态……。充分表现了日本女性的柔美温情,深深打动了消费者的内心。

自 1955 年开始,日航和它的广告代理业者,其广告始终只在这一重点内求变化。在世界各地报纸、电视、杂志、海报、路牌等等任何一个媒体的画面上,都采用这样的服务形象。

不但显得其广告做得有计划、有系统,同时亦使这种形象深深注入各国消费者的印象中,造成有很好的知名度和良好的市场效果。

近年来,日航的各种广告画面上,又有改进。从前是专门以表现这种身穿和服日本女性的优雅服务形象为主,很少表现航程所到的世界各地风光。近年来,则变化为将两者叠映一起。

在日本女性的优雅服务形象背后、或两旁,陪衬了日本国内和世界各地的优美风光。益显得日本空中小姐,对旅客细心服务的情形。她们活跃在世界各地的天空旅程中,使画面较以往更生动。这种画面的制作技巧,确值得称道。

再就市场中利用广告销售商品的观点来说,日航所广告销售的,已不仅仅是很单纯的“飞机座位”。它还有许多的配合品,例如空中小姐的细心服务特色,舱内的豪华布置,舒适的座位,方便快捷的航线和精致的菜点等等。这种情形,亦等于显示,现代商品的推广销售,除了要有超群出众的包装外,还要有种种尽量能满足消费者需要,使消费者感到应用方便的配合,才能在和同类产品的竞销中,脱颖而出。

十八、普拉斯公司的“迷你文具组合”

1985年,全日本最畅销的新产品就是:普拉斯文具公司的“迷你文具组合”。

该产品于1984年10月推出,在一年之内卖出了300万套,不但创造了日本文具业界的销售奇迹,而且为该公司赚进了54亿日元。

此项产品长12公分,宽八点五公分,高3.5公分,大小就像一个大型的烟盒而已,小巧玲珑,里面装有尺、美工刀、胶水、胶带、剪刀、卷尺、钉书机七种文具。

坦白说,这七种迷你文具极不实用,而且售价每套二千八百日元,在开发此产品之时,曾遭普拉斯公司开发部门许多干部的强烈质疑,他们说:“一组毫不实用的迷你文具,卖二千八百日元,谁会来买呢?”

没想到,“迷你文具组合”推出后,在完全没有做电视、广告、报纸等广告的情形下,只靠几天的车厢广告,立刻造成抢购风潮,轰动全日本,普受消费者大众的喜爱。

“迷你文具组合”成功的要诀就在——抛开以往文具“实用”的要求,采用“感性”的诉求。这七种脱离旧有文具正常规格的迷你组合,实用性偏低,它们表面上看是文具,其实骨子里是玩具。所以,它既不是“实用产品”,也不是“流行产品”,而是不折不扣的“感性产品”。许多消费大众在打开盒子的那一刹那,都不自主地发出赞叹声“多可爱的东西啊”,这就是感性产品致胜的秘诀。

普拉斯公司的开发部门工作人员仔细分析文具店的顾客层面与产品特质。

经过几个月的努力,发现文具业经营保守,少有感性产品问世。于是运用“缩小”与“组合”的原则,为普拉斯公司创造了“迷你文具组合”,一举成名。

十九、马特尔公司的芭比娃娃

马特尔公司(Mattel Inc.)是美国规模最大的玩具制造商。提到“马特尔”,也许知道的人不多,若说到芭比娃娃(Barbie),那就妇孺皆知了。马特尔公司就是生产芭比娃娃的厂

商。

该公司成立于一九四五年,曾先后制造过匾额、四弦乐器(夏威夷土人使用的乐器),后来才转而制造儿童玩具。

马特尔公司负责人深知,玩具成败的关键就在产品的研究与开发,所以在创业之初,就以详细的市场调查资料,做为生产指针。同时,经常借着改良旧品,引发抢购的风潮。

他们曾经把一种传统的玩具机关枪,涂上绿漆,并配上玩具手榴弹与套子,使传统的“机关枪”变成了打树林战用的“游击枪”,上市后极受欢迎,为其营利二百万美元。

不过,真正使马特尔公司执玩具业牛耳的是,一九五九年芭比娃娃问世。芭比娃娃不但掀起玩具娃娃的大革命,而且使马特尔公司一跃成为玩具业界首屈一指的公司。

传统的玩具娃娃都以“小孩”为造型,该公司突破传统,大胆地以“成熟少女”为造型。推出之后,即引起很大的争议。

反对的人说:“芭比充满了象征性,它除了性的象征之外,别无他物。那是属于美国文化坏的一面”。赞成的人却说:“发觉芭比特性的人,并非孩子,而是孩子的父母。芭比替家长们训练他们的女儿,并满足了孩子想当大人的愿望,这并没有什么不对。”

姑且不论谁是谁非,

推出后,大受欢迎,这即是不争的事实。

其实,芭比娃娃的成功,除了“成熟少女”造型的大胆尝试之外,主要还是另一个创意,玩具娃娃与娃娃服装的组合。该公司在生产娃娃的同时,还为娃娃设计生产服装,使得人们在购买玩具娃娃的同时,还要购买配套的服装,同时也满足了孩子新鲜、好奇的心理,经常能为娃娃换新装。

结果单单芭比娃娃一个人的服装,就有九十二种花样之多。若包括了芭比的男友肯尼、妹妹斯基芭、好友美芝、美其男友阿岚,马尔公司一共开发出一百五十三种娃娃装。

后来他们继续开发了芭比的配件,诸如:香水、钻石、手表、梳妆台等,结果也都很成功。该公司的此项创意不但为其开拓了市场,还为其大大地扩展了市场,是一项极成功的创意。

二十、SONY 公司的随身听

随身听(Malkman)是日本 SONY 公司近年来最新出的创新产品。它创造了一年内卖出四百万部的销售奇迹。最难得的是,此一新产品的开发,根本不需要复杂的技术,它只不过是放音机与耳机的组合罢了。

该产品创始之初是一九七九年底,SONY 公司录音机部推出一种名叫“Pressman”的迷你轻巧型录放音机,由于很适合新闻记者的使用,所以销路很好。

经过一年的努力,虽然 Pressman 的销路不错,但是它不能产生立体音响效果,所以 SONY 公司给录音机部下了一道指令——必须让 Pressman 发出立体音响。

经过了一年的努力,该公司录音机部只达成一半的目标,因为当录音机部的工程师们把立体音响电路装进 Pressman 时,已经没有空间可装录音设备了。换言之,他们制造了一部有缺点的录放音机,故只能放出立体音响,却不能录音的录放音机。

由于改良后的 Pressman 只能放音,不能录音,工程师们仍旧绞尽脑汁想把录音部分塞

进 Pressman 里面。另一方面,工程师们觉得改良后的 Pressman 音响效果很好。于是该公司有人便产生了一些构想:

- 是否能够抛开录音部分,生产只有放音功能的新产品呢?
- 干脆录音部分与喇叭都拿掉,只留下放音部分,再与耳机组合起来。
- 以耳机取代喇叭,不但能降低耗电量,而且更能提高立体音响效果。

当这些构想向录音部的工程师们表明,结果遭到一致否决。他们虽然同意以耳机取代喇叭,能提高音响效果,可是,为了耳机而拿掉喇叭是不切实际的,一个既没有喇叭又没有录音装置的东西,岂不成为哑吧产品。这个必须使用录音带,却不能录音的哑吧产品,万一使用者想播放录音带给两人听时,该怎么办呢?尽管意见不一,最终,该公司负责人还是办排众议,决定推出“随身听”。

这样在以往,要花几千美元才享受得到的立体声音乐,如今,花一百美元买一台“随身听”即可享受到了。外表毫不起眼的“随身听”,把人们带入美妙的音乐世界,成为城市人的宠儿。

二十一、台湾久津公司的波蜜果菜汁

波蜜果菜汁是台湾久津实业公司最畅销的主力产品,“波蜜”于 1975 年 3 月间推出,在新产品发表会上,全年度的产量即由经销商订购一空,造成一年的产量一天卖完的销售奇迹。

久津公司是一家专门生产罐装果汁的厂商。

1971 年前后,该公司是以“津好”蔗笋汁为主力产品。到了 1973 年之后,由于蔗笋汁竞争品牌甚多,彼此削价竞争,再加上市面上谣传蔗笋汁只是糖水而已,因此不但利润大降,几乎无利可图,而且销售量亦锐减。于是,久津公司面临了经营上的困境。

为了突破困境,久津公司董事长与顾问师研究之后,发现要从旧产品求发展很困难,唯有开发新产品,才能走出一条生路。

其于久津公司当时拥有的资源——经营者对饮料的专业知识、厂房机器设备、饮料方面的经销商,他们认为,还是开发罐头果汁类的新产品,不但最经济,而且成功率较大。

接着,他们进行市场资料的调查、收集与分析工作。他们从全省各地的超级市场收集各种罐头产品,结果发现罐头产品大约可分为食品罐头、水果罐头、果汁罐头、汽水罐头四大类,经过分析,每一大类各种品牌的成分大同小异,均无特色可言。

然而,他们无意间发现了一个名叫“V8”的蔬菜汁罐头,那是从美国进口,深受美国人喜爱的罐装蔬菜汁。由于该产品深具特色,而在台湾尚无人生产,并且以久津公司之设备,立即就能投入生产。于是,他们决定对罐装蔬菜汁深入研究。他们进行过“V8”蔬菜汁的试喝研究后发现,本地人觉得“V8”太咸、太腥(生菜汁的腥味)。经过动脑结果,若既要维持蔬菜汁的特性,又能去其腥,且味道改为本地人喜爱的甜味,就要把蔬菜与果汁组合起来,生产果菜综合饮料。

最后他们决定,取凤梨、桔子、柠檬、甘蔗等水果,再加上红萝卜、芹菜、菠菜等蔬菜,组合成为“波蜜”果菜汁。

在广告促销方面,久津公司有鉴于现代人食用青菜与水果的机会显著减少,以“一瓶波蜜果菜汁就能满足你一天所需的蔬菜和水果营养”的诉求,深深打动消费者的心。

通过组合的概念开发出新产品,在高品质、高利润的订价策略下,配合强大的经销网与促销活动,“波蜜”终于大获成功。

二十二、音乐蜡烛的问世

音乐蜡烛问世之初是一项典型的时髦产品,当蜡烛点亮时,音乐就响起,当蜡烛熄灭时,音乐就停止。它能在生日或其他庆典的场合制造出浪漫的气氛,所以深受人们喜爱。

事实上,音乐蜡烛就是音乐与蜡烛组合而成的新产品。它是利用光线控制的原理发明出来的,曾荣获布鲁塞尔国际发明展的银牌奖。

以圣诞老人型的音乐蜡烛为例,就是把集成电路 IC 和直径一毫米的光线装在蜡烛中,当点亮蜡烛时,光线即经由光线而抵达 IC,IC 随即发出音乐,当蜡烛熄灭时,IC 所发出的音乐立刻跟着停止。

发明音乐蜡烛最困难的地方就在烛光与音乐的密切配合,也就是烛光与音乐的同步。

在发明音乐蜡烛之前,市场上已有类似的产品问世,然而均有烛光与音乐无法同步的问题。其中有一种是在蜡烛内装上 IC,然后利用重心的原理,藉之启动开关放出音乐,其缺点为常常蜡烛尚未点亮,音乐就响起,破坏了浪漫的气氛;另一种是在烛心中加入两条包线,当点亮蜡烛时,藉著烛光把两条包线融化彼此相通,随即发出音乐,其缺点为当蜡烛熄灭时,音乐还响个不停,也大煞风景。而音乐蜡烛是借光纤的控制,克服了上述缺点。

像音乐蜡烛一样,经由旧产品与美妙声音的组合,开发出新产品的例子很多,像台湾的“音乐卡片”与日本 CITIZEN 公司发明的“鸡鸣闹钟”都是极成功的实例。

音乐卡片就是卡片与音乐的结合,让接收者在打开卡片的一刹那,同时听到问候的歌曲(例如生日卡上另附的生日快乐歌)。而鸡鸣闹钟就是把传统讨人厌的铃声,以鸡鸣声代之,使人不再被铃声吵醒,而是被可爱的公鸡叫醒。

二十三、“舒跑”运动饮料与“维他露”汽水

运动饮料被称为是继汽水、沙士、可乐、果汁之后的“第五代饮料”,由于台湾一年内大约有五十亿元的市场,因此引起饮料厂商的重视,都看好这个市场。

当时台湾运动饮料的品牌众多,其中知名度较高者包括有:维他露的“舒跑”、味王的“宝矿力”、可口可乐的“水瓶座”、久津的“开特力”、味丹的“绿力”、黑松的“天力”、统一的“宝健”等等,其中以舒跑的市场占有率最高,达 60% 左右,成为国内运动饮料的第一大品牌。

运动饮料是从美、日等先进国家引进的一种新饮料,它其实只是碳酸汽水与一些盐(氯化钠)以及柠檬酸的组合罢了。运动饮料最初诉求的重点是:人们在激烈运动后,体内的盐分会大量流失,此时必须喝运动饮料,才能立即补充人体所欠缺的盐分。

维他露公司在一九八一年引进运动饮料,并以“舒跑”品牌推出市场时,即以“大量流汗的运动人士”为消费目标群。在舒跑获得运动人士的认同与接受后,慢慢地,其他人对这种口味清淡、略带碱味的饮料产生了好感,于是将之视为一般人的饮料。最后,舒跑不但变成

运动饮料的代名词,而且更带动了大众喝运动饮料的风潮。

另外,还有一种饮料产品“维他露”汽水也是通过组合创意开发出来的,是碳酸汽水与维生素的组合。

台湾维他露公司负责人以前曾经营一家制药厂。1956年的某天,他与药厂内的主管开会时,因为想服用自己所生产的维生素片,一时找不到开水,就拿汽水代替,结果一不小心维生素片掉入汽水中,因此触发其灵感——为什么不把维他命与汽水组合起来,使得人们在喝汽水之时,也能吸收维他命的养分呢?这就是含维生素的汽水——维他露汽水产生的由来。

这种有效应用“组合”的概念,不但使他顺利地从事医药业跨入饮料界,并使维他露汽水在饮料市场中占有一席之地,如今更上一层楼,已经成为国内运动饮料的霸主。

二十四、万用手册的问世

近年来,使用“万用手册”的人较多,特别是在日本、台湾等地尽管价格较高,但很多公职人员还是人手一册。

事实上,万用手册也是“组合”概念上诞生的杰出产品。把记事簿、工作情报手册、备忘录、企划表、皮夹、钥匙袋等组合成为一册,就变成万用手册了。

目前,市面上出售的万用手册大都具备了下列功能:

1. 记事簿:个人资料表、年历、每日每周每月一直到每年计划表、一年的回顾与检讨、家属生日表、亲友通讯录等。
2. 工作情报手册:世界各地地图、常用电话号码与长途电话直拨区域号码表、世界时刻对照表、度量衡换算表、日息与年息换算表、商业通讯资料、航空公司订位电话。
3. 备忘录:可随时记下恐怕忘记的事情,另外并附有单面自粘贴纸,那是袖珍备忘录与索引卡,可贴在任何物体上使用。
4. 企划表:可依个人需要之不同,制作成生活目标表、财务收支管理表、专业企划表、学生活动考核表等。
5. 皮夹与钥匙袋:皮夹部分可放入名片、钞票、计算机、信用卡。而钥匙袋则可摆入钥匙与若干硬币。

以往的记事本或工商日志都是以年为单位,一年到了,就弃之不用。而万用手册是采用六孔活面设计,使用人可随时补入新的资料,亦可随时淘汰不用的资料,所以它不但是万用手册,而且是万年手册。

脑筋灵活的日本办公室用品制造厂商,针对万用手册广大的市场,更推出与万用手册内页大小相同的影印机、文字处理机、电脑扫描机以及六孔式电脑报表纸,以便万用手册能和电脑连线作业。这么一来,不但万用手册中的任何资料,均可经由电脑扫描机输入电脑中整理与储存;而且已经电脑化的任何资讯,只要有需要,即可用六孔式电脑报表纸打出后,装入万用手册中,可随身携带翻阅。

原来记事簿、备忘录、工商日志、皮夹以及钥匙袋都已经是竞争激烈、利润微薄的成熟产品了,经过组合后,变成一个充满创意的畅销新产品,这应归功于“组合”的功劳。

二十五、菲仕兰公司的低脂奶粉

所谓低脂奶粉,顾名思义,就是低脂肪的奶粉,也就是脱脂奶粉。

低脂奶粉也是经由旧产品的分离之后,所产生的一种新产品。

奶粉都是鲜奶脱水之后制成的。传统的全脂奶粉在脱水的过程之中,并没有一并脱脂,因此脂肪含量高,这使得怕胖的人们,视喝牛奶为畏途。

现代人由于营养过量,再加上运动量减少,“肥胖”已经成为非常普遍的文明病。特别是那些保持健美身材的女性,和那些要控制体重以维持健康身体的中老年人,更是谈“胖”色变。

有鉴于此,许多奶粉厂商在全脂奶粉之外,均相继推出低脂奶粉,以满足想喝乳品又不爱胖的那些人的需要。而且都把脂肪含量减到最低的程度。

以菲仕兰奶粉为例,其全脂奶粉每 100 公克的标准含量为:乳脂肪 28 公克、蛋白质 26 公克、矿物质 5.5 份克、水份 3 公克、乳糖 37.3 公克、卵磷 0.2 公克;而低脂奶粉每 100 公克的标准含量为:乳脂肪 1 公克、蛋白质 36 公克、矿物质 8 公克、水分 4 公克、乳糖 51 公克。

从上述资料中明显地看出,低脂奶粉与全脂奶粉比较之下,脂肪含量已从 28 公克减低到只剩 1 公克。这么一来,奶粉每 100 毫升中所含的热量,就从 65 大卡减少至 35.5 大卡,这对肥胖者避免发胖,很有助益。

从上述比较中还可看出,全脂奶粉中矿物质有 5.5 公克,而低脂奶粉中特别增加钙的含量。这种针对消费群的需要,以改进产品内容的做法,也是现代企业在开发新产品之时,不可或缺的理念。

二十六、“一匙灵”浓缩洗衣粉的问世

由于洗衣粉早已进入市场饱和的状态,因此常被经销商批评为“无利可图”与“无法再技术改革”的老旧产品。

然而,日本花王公司推出的“一匙灵”浓缩洗衣粉,在洗衣粉市场造成了空前轰动。

“一匙灵”于 1987 年 5 月间推出,一个月后,即获得 10% 的市场占有率;一年后,达到了 30% 的市场占有率。由于增长惊人,日本洗洁剂行业者甚至预测,将来日本洗衣粉市场中,浓缩洗衣粉将占六成以上。

一匙灵的创意关键,就在把旧有的洗衣粉缩小至原来体积的四分之一。换言之,不但包装只有原来洗衣粉的四分之一,而且只要用旧洗衣粉四分之之一的量(即一匙 25 公克),就有同等的洗净力。

因此,除了浓缩旧产品外,洗净力特强是一匙灵的主要特色。花王公司认为,如果生产纸尿裤,就必须关心婴儿的生理与行动;如果生产化妆品,就必须联想到皮肤;那么,生产清洁剂,就必须深入研究纤维。他们针对纤维深入研究,10 年后,终于开发出此一洗净力特强的新产品。

其实,一匙灵乃是顾客抱怨下的成功产品。

花王公司设有顾客诉怨咨询中心。该中心每天平均受理两百个问题,平均每 2 分 24 秒

就会接到顾客打来的抱怨或咨询的电话。

该中心一方面对顾客所咨询的问题,通过电脑的处理,立即回答;另一方面对顾客的抱怨,虚心接受并耐心地解释,将之统计与分析后,存入电脑档案中。

结果,花王公司从顾客抱怨统计资料中发现,顾客对洗衣粉最不满意的是:笨重、携带不便、洗净力差。

于是,该公司乃针对上述的缺点,开发出“一匙灵”。由于它包装轻巧、携带方便、洗净力特强,而且无论在搬运或摆放时,均不占空间,难怪上市后立即大受欢迎。

一匙灵的成功,至少给我们两点启示:

一、旧产品的缩小,是开发新产品的一种有效途径。

二、顾客的需要,必须由顾客自己决定,厂商应真正地去了解顾客需要。

二十七、发酵粉的新用途

邱吉与怀特公司(Church&Dwight Co.)是一家生产斧头牌发酵粉的厂商。该公司成立于1846年,一百多年来,由于发酵粉是美国民众烘焙蛋糕与面包的必需品,所以生产量一直很稳定地增长。

到了20世纪60年代,因为蛋糕预调配方的出现,取代了部分发酵粉市场;到了70年代,更由于冷藏蛋糕的问世,使得发酵粉的销售量一落千丈。当然,斧头牌发酵粉的销路也大受影响,该公司因此而遭遇了前所未有的危机。

1969年,该公司组织人员对发酵粉的产销状况进行深入研究。

就产品的寿命周期而言,发酵粉已经从成熟期步入衰退期,其销售量势必逐渐萎缩,一直到产品死亡为止。

——正当发酵粉走入衰退期,又加上蛋糕预调配方与冷藏蛋糕的双重打击,只会加速产品的死亡。

——要使斧头牌发酵粉起死回生,唯一途径就是:发现发酵粉的新用途。

发酵粉的学名叫做碳酸钠,俗称小苏打。是一种白色略带点碱味的粉末物,大家都用它来烘焙蛋糕与面包。该公司在深入分析中发现,发酵粉除了能够烘焙蛋糕之外,把它放置在冰箱内能消除冰箱内的异味,而且把它倒入厨房内的水槽中,也能够消除恶臭。

1971年,该公司以“我发现了一个秘密”(即发现斧头牌发酵粉新用途的秘密)为题,制作了一系列电视广告,诸如:

——把用剩的斧头牌发酵粉放在冰箱内,能够消除冰箱内的异味,这真是一举两得。

——别忘了一台冰箱要放两包斧头牌发酵粉:一包摆在冷藏室,另一包摆在冷冻室。因为冷藏室与冷冻室的异味,都必须一并去除。(以台冰箱用两包,其销售量就增加了一倍)

——冰箱内的发酵粉放置一段期间后,除臭的效用会递减,此时应换入新的发酵粉,然后把旧的发酵粉倒入厨房内的水槽或下水道中,能够消除恶息。(此法可提高产品的重覆购买率)

上述一系列新用途广告推出后,引起了消费大众极大的反响,不但“我发现了一个秘密”变成了大众的话题,而且美国各地经销商订货电话蜂拥而至,甚至许多零售商还向公司抱怨

缺货,只有“就像挖到了金矿”才足以形容斧头牌发酵粉畅销的情形。

二十八、从交通工具到运动器材

人类的生命从出生、成熟、衰老到死亡,都有一定的循环。产品若从销售与利润的消长情况去观察,也有一定的循环,行销学者称之为产品寿命周期(Product Life Cycle)。

产品的寿命周期与人类的生命循环类似,可分为介绍期、成长期、成熟期、衰落期、死亡期等五个阶段。当产品抵达成熟期或衰落期时,若能开拓产品的新用途,不但可免于走入死亡期,而且可使产品以新面貌出现,重新展开另一个新的循环。自行车的从兴到衰、再从衰到兴,就是一个很典型的例子。

仔细观察台湾自行车的寿命周期,大约可分现下列的现象:

一、介绍期:1951 年。

二、成长期:1952 年至 1954 年。

三、成熟期:1955 年至 1965 年。

四、衰落期:1966 年至 1970 年。

由于自行车在当时的主要用途是交通工具,因此等摩托车在台湾出现之后,基于它的“快速”、“舒适”与“省力”,自行车便遭遇到严重的打击。所以,在民国 55 年至 59 年短短四年中,自行车的市场明显地萎缩了,取而代之的正是摩托车。

许多自行车商人看到自行车很明显地要被摩托车淘汰了,于是纷纷转业。眼看到自行车就要一步一步走向死亡期了。

想不到,这个已被视为夕阳工业的自行车业,到了 1971 年,反而呈现出空前的好景。其原因不是人们使用量大增,而是国外订单大批涌进之故。

为何这种在台已舍弃不骑的自行车,反而成为外国人的新宠呢?原来外国人早已不把它当作交通工具,而把它当作休闲运动器具。外国人认为,骑自行车既可健身,又不浪费能源、污染环境,而且成本又不高,于是乃成为家家户户的必需品。

仅仅一个观念的改变——“交通工具”改变为“运动器材”,就赋予自行车新的生命,使它从弃儿变成了宠儿,由此可见开拓产品新用途的功效实在太神奇了。

最妙的是,到了今天,自行车从交通工具到运动休闲器材,似乎隐然又从运动休闲器材走到时髦产品的趋势,“山地车”即此趋势的产品。这点,值得行销专家与自行车业者关切与注意。

二十九、艾维斯出租车广告的定位

威廉·彭巴克(William·Bernbach)是美国最成功的广告人之一,他与 Ned·Dane 共同创立的 DDB(Doyle Dane Bernbach Inc.)广告公司,目前营业额超过 100 亿美元,是全世界第十大广告公司。

彭巴克虽然已于 1982 年去世,但留下了两个伟大的广告企划案,其一是金龟车广告,其二就是艾维斯(Avis)出租车广告。

艾维斯出租车公司创立于 1952 年。从 1952 年至 1961 年 11 年间,在美国排名第一的

赫兹(Hertz)出租车公司激烈竞争下,年年亏损。一直到1962年罗伯·汤森得(Robert # Townsend)出任艾维斯的总裁后,事情才出现转机。

当时,赫兹的资产是艾维斯的五倍,可是两家公司的汽车、汽油、租金、保险、员工薪资等成本均相同。因此,汤森得认为,艾维斯的一元必须当五元来用,才能与赫兹竞争。于是,他坚持要找到一家花一百万代价而能创造出五百万价值的广告代理商。

许多广告公司听到五倍的广告效果,都怯步了。只有DDB的彭巴克大胆地承诺下来,不过他有三项附带条件:

一、艾维斯必须提供最详尽的业务资料,以使DDB能深入了解状况。

二、必须给DDB90天的时间。

三、对于DDB所撰拟的企划案,艾维斯不得有任何更改,而且广告必须登在DDB所指定的媒体上。

汤森得一口答应。接着,袁巴克在深入了解艾维斯与出租车事业状况后,与汤森得展开一次脑力激活式的对答。

彭巴克问:“艾维斯的汽车比赫兹的新吗?”

汤森得答:“不!”

彭巴克又:“租车价格比较便宜吗?”

汤森得答:“也不!”

彭巴克又问:“艾维斯与赫兹之间到底有什么不同之处呢?”

汤森得答:“我们比较认真”。

就是汤森得的这句话,终于激发出“老二定位”的创意。90天后,彭巴克推出了以“老二”(NO. 2指第二位)为点子的系列广告。

——我们只是老二,所以我们要更认真地工作。(指赫兹为老大,故意与老大联在一块,以凸显出自己老二的形象)

——当你只是老二时,一定要努力不懈。

——全世界的艾维斯都要加倍努力。

上述这些广告标题中的“认真”与“努力”,指的是:洗净的车子、干净的烟灰缸、满满的油箱、完好的冷暖气、轮胎与雨刷、可顺利调整的座位、热忱的服务态度等。

广告刊出后,“老二”不但成为热门的话题,而且激励了全美1800个营业所员工的士气。结果,1963年,艾维斯首度转亏为盈,营利120万美元;1964年,营利260万美元;1965年,营利500万美元。

彭巴克“老二定位”的点子,不但挽救了艾维斯,自己也因此博得了“广告界之良心”(意指以“诚实”为创意)的美誉。

三十、汽车限量销售

有一种汽车,它的旧车价格是新车的1.7倍,那是日本日产汽车公司所制造的(Be-1)轿车。

为什么旧车会比新车贵呢?因为日产限量生产1万部(Be-1),1万部卖完后,就再也

买不到了。基于物以稀为贵的道理,目前一部(Be-1)中古车价值 231.7 万日元,是新车 134.8 万日元的 1.7 倍。

这部针对年轻人所设计的(Be-1)汽车,从生产到销售,极富创意。

先谈生产方面:

第一,为了彻底了解年轻人的心态、想法与需要,日产汽车的企划人员,花了半年的时间,深入年轻人的世界,包括:年轻人喜爱的物品、场所、崇拜的人物等。

第二,传统的产品开发,都是由开发部门拟定计划,再交给设计部门去设计。此种情形常发生制造时技术上的困难。(Be-1)采取先设计后拟企划方案的做法,以消除技术上的困难。

第三,如果开发时间太长,会发生产品完成之时,消费者的需求已经改变的状况。因此,将开发时间从两年缩短为一年。

第四,把样品车展示在汽车展上,以探求潜在顾客的反应。等到获得热烈反应后,才决定批量上市。

在销售方面:

一、采取高品质高价位的订货策略。

二、放弃一般大众媒体的广告,选择年轻人喜爱的专业杂志大肆宣传。

三、一万部限量销售。

“一万部限量销售”的创意轰动全日本,不但引起消费者的兴趣,传播媒体也争相报导(节省大量广告费)。结果(Be-1)推出十天后,就收到了很多订单;两个月内,一万部全都卖光。“限量销售”是销售策略成功的关键。不过,运用“限量销售”必须具备下面三要件:一、产品必须有足够的魅力吸引消费者。二、设法把“限量销售”制造成话题。三、限量卖完后,绝不增产。

三十一、巧克力与口香糖的“感觉”销售

有人认为现代是一个感性消费的时代。

一个装有尺、美工刀、胶带、剪刀、卷尺、订书机等七种文具的“迷你文具组合”,由于各种文具的尺寸十足的“迷你”,因此非常不实用,可是一年内竟创造了 300 万套的销售奇迹。它销售的并非“实用”,而是文具组合所展现的“可爱感觉”。

日本罗曼蒂克公司,在 1984 年的情人节,推出“爱情诙谐故事”以促销它的巧克力。在心形的巧克力内,他们加上“你的存在,使我的人生有意义”“兹允许热吻一次”等感性字眼。结果那一年销售额,增长了 280%。罗曼蒂克公司的巧克力与其他公司的巧克力,并无两样,消费者喜欢那些视同儿戏的感性字眼。

在台湾,原本籍无名的“司迪麦”口香糖,就靠着“我有话要说、烤鸭篇、上班族面具”等充满批判传统与反抗权威的系列广告影片,攻占了大片市场。司迪麦口香糖与其他品牌大同小异,它不在销售口香糖,而在销售年轻人最喜欢的“叛逆的认同感”。

在美国,有一个家具商人,在贩卖了 40 年的家具后,才深刻地体会出,他根本不是在卖家具,而是在贩卖家具所产生的精神意义,诸如:温馨、舒适、松弛,使家成为一个充满爱与关

怀的地方。

迷你文具组合的“可爱感觉”，巧克力的“感性字眼”，口香糖的“叛逆的认同感”，家具的“温馨与关爱”，这在显示消费者愈来愈不在乎他买的产品，而在乎产品所带来的“感觉”。因为，如果不从“感性”的角度去分析的话，根本无法理解，那些产品为何会畅销。

日本著名企划者渡边寿彦说：“卖‘物’的时代已经过去了，现在是卖‘事’的时代。人们愿意付钱购买有趣的事、美丽的事以及愉快的事。”

渡边的这一句话，正好点出了产品企划案成败的关键所在。

三十二、“施乐”公司的只租不售

在全世界，施乐(XEROX)就是复印机的代名词，就好比看到 IBM，就想到电脑一样，而且其市场占有率高达一半以上，所以，称施乐公司为复印机之王，一点也不过分。

为什么施乐公司在竞争激烈的复印机市场中，能独占鳌头呢？它凭恃一种独特的经营策略，那就是只卖服务不卖产品，也就是只租不售的销售方法。

施乐公司于 1946 年，由美国人威尔逊所创立。创业初期，业绩平平，一直到了 1960 年，也就是创业 14 年后，(XEROX914)干式复印机的问世，才扭转局势，异军突起。

(XEROX914)是威尔逊的创业伙伴德索亚，历经 14 年的辛苦研究，共花了 7500 万美元的研究费用后的发明成果。

传统的湿式复印机，不但在复印时必须使用化学液体，而且必须使用表面涂上感光药物的复印纸。(XEROX914)干式复印机则无上述的麻烦，因此乃大受欢迎。

当时美国法律规定，任何产品的订价超过成本十倍时，即不得销售。结果，每部成本只有 2400 美元(XEROX914)，威尔逊订出 29500 美元的高价。

这样高价，不但市场无人问津，而且法律也禁止销售。这正合威尔逊的心意，他不想卖产品，只想卖服务。换言之(XEROX914)只出租而不出售。

威尔逊的经营创意来自 IBM 的出租制度。IBM 与电脑性质相似，维修非常麻烦。所以他干脆提高售价，也采用只租不售的经营方式。

事实证明威尔逊的判断非常正确，出租复印机的利润千倍于销售复印机的利润。(XEROX914)给施乐公司赚进大笔的财富。

三十三、啤酒当作饮料卖

以制造日本清酒“纯”闻名全日本的宝酒造工厂，在 1984 年 2 月推出无酒精啤酒“BAR-BICAN”，在 5 个月内卖出 100 万箱(每箱 24 罐，计 2400 万罐)，成为 1984 年全日本最畅销的产品，使许多市场专家跌破眼镜。

所谓无酒精啤酒，就是把啤酒中的酒精成分去除，使啤酒中 4.5% 的酒精含量，降低到几乎等于零的 0.02%。由于酒精含量锐减，因此卡路里的含量也跟着减低一半。不过，它喝起来的感觉，跟一般的啤酒一模一样。

此一“无酒精、低卡路里”的啤酒，并非宝酒造开发出来的新产品，多年前，日本啤酒之王“麒麟啤酒”即曾推出类似的产品，没想到在广大的销售网与强大广告活动配合下仍未成功。

既然是类似的商品,为什么麒麟失败,而宝酒造却成功了呢?

由于现代人愈来愈关心自己的健康,按理说,此种“无酒精、低卡路里”的啤酒应大受欢迎才对,可是在 BARBICAN 推出之前,乏人问津,全日本每年的销售量不超过 10 万箱。

针对此不合理现象,宝酒造下令该公司的“社会观察情报部门”深入研究。该部门由 10 名价值观与生活模式不同的职员所组成,他们留意社会的趋势,并收集饮酒的情报与消费文化信息。宝酒造根据他们的研究成果,开发新产品并拟定促销策略。

结果他们发现,无酒精啤酒之所以失败,就在它存在于啤酒的阴影下。不管如何强调无酒精啤酒的特性,它永远局限在“啤酒的附属产品”或是“啤酒的代替品”,因此,只有在无啤酒可喝时,才会想到它,这就是无酒精啤酒滞销的关键所在。

有鉴于此,宝酒造为了彻底改变 BARBICAN 的产品形象,拟定了“酒当饮料来卖”的行銷策略。

——无论包装、容量、价格,均比照一般的清凉饮料。

——打出“来自啤酒的成人新饮料”的宣传口号,以便与啤酒划清界线。

——基于“酒当饮料来卖”的策略,销售渠道的主力摆在食品,而酒类的渠道仅属点缀性。

事后的业绩证实,通过食品渠道来销售,是 BARBICAN 畅销的主因。其中,大部分的产品都是由综合零售商店与超级市场卖出,而酒类零售店的销售情形很差。由此可见,“酒当饮料来卖”是一项极为成功的创意。

三十四、食品当作药品卖

曾经介绍日本滞销的无酒精啤酒,以“酒当作饮料卖”的创意,创造了销售的奇迹的故事;现介绍碧芝减肥糖以“食品当药品来卖”,在台湾造成抢购的实例。

1974 年初,台湾的减肥风气刚刚开始,当时只有一些减肥药在市场销售。毕克路公司看好台湾的减肥市场,于是在 1974 年 9 月,从美国进口碧芝减肥糖(Ayds Diet Candy),刚开始仅刊登小量广告,并采用邮购的方式,销售情形不佳。

碧芝减肥糖虽然有减肥效果,但实际上是一种以节食(饥饿时吃碧芝糖能消除饥饿的感觉)来帮助减肥的食品。因此,它在美国是以食品在销售,所以不但售价低廉(每盒约一百元台币,相近于巧克力糖),而且走食品的销售渠道,只有在超级市场与食品店才买得到。

1974 年底,毕克路公司聘请行销专家为整个行销活动的策划人。他们在深入研究碧芝减肥糖之后,在广告方面,决定以“食品”姿态出现,强调它的安全性;而在渠道方面,决定弃“食品”而选“药品”,也就是“把食品当药品来卖”。

为何食品要当药品来卖呢?当时每盒碧芝减肥糖的进口成本约 200 元(含进口税),而每盒的零售价 480 元。每盒 480 元的商品,若以“糖果”来出售,根本卖不出去。而且,通过药房,可突出商品“减肥”的特性。因此,乃决定放弃食品的渠道,选择药房的销售渠道。

至于广告方面,以“请大家注意!减肥千万不能乱服药。美国碧芝减肥糖,不是药物没有副作用,是最安全的减肥食品”39 字,制成 10 秒的插播卡。简要的内容,一方面攻击减肥药的副作用,一方面强调减肥糖的安全。

1975年3月3日,10秒的广告在电视台进行黄金时段密集插播。

原本毕克路公司预估一个月可销100打,在广告后,半年600打的存量,在一个月内抢购一空,轰动整个药品界。

三十五、正确把握重点的简洁佳作

房地产的销售期间很短,往往希望在两个星期之内或一个月之内能销售完毕。至少亦要销出五成以上。所以广告做的期间亦很短。由于广告期间短,其广告攻势必须施展得强而猛。

1977年4月间,台北天母地区有22栋5层楼的公寓住宅,共110户。在广告攻势展开的第4天,即开始接受订购。到了订购的第3天,即达成100%的销售成绩。其立竿见影效果之高,销售速度之快,为近3年来所罕见。

这批公寓住宅的投资兴建者,是台湾信托投资公司。在信托投资事业中,过去虽然已有几家公司投资兴建房屋销售。但对中国信托来说,尚属第一次。依照近年的市场趋势,4层楼至5层楼的公寓住宅,显得比高楼大厦易于销售。遂决定利用天母荣华三路一大片有4000坪左右的土地设计规划成一个公寓住宅区。

其特色是采取凹型设计的ZONE形式组合,数幢房屋合围着一块百余坪的空地。将这块空地再设计成一座小花园,即形成数幢房屋合围着一片有百余坪的绿地花园。对住户而言,颇为理想。如果住在市区内的中等公寓中,根本不可能拥有这一片园地。

设计完成后,中国信托就准备刊播广告进行销售。当时,有两种性质不同的广告代理业争取广告代理权。一种是综合广告代理业,另一种是房地产专业广告代理业。经过比较各家所提出的广告企划案内容,中国信托决定选择房地产专业广告代理业的广业建设公司为广告代理。

广业建设在获得广告代理权的前后,曾将此案作了详细的研讨,发现了下列各种情况:

1. 这批公寓所在地目前较为冷僻,往来的公共汽车亦很少。换言之,当地的交通尚等待开发。在这地段的住户增多后,公共交通工具,自会增多。

2. 家庭主妇购买日用品目前感到不方便,菜市场亦距离颇远。换言之,当地的零售方面亦需等住户增多后,才能随之繁荣。

3. 与附近的同类房屋比较,其售价平均每坪要高出2000元左右。主要的是基于房屋中间有花园,及设计施工的技法较优。

4. 信托投资公司是新兴的金融事业,中国信托又是此中最具声誉者。金融事业兴建销售的房屋,将容易获得消费者信任。当时,民间各方面,对房屋预售制度,批评甚烈。对这种批评,应多加防止。

5. 所在地的环境确很宁静,适合许多消费者对于宁静环境的要求。附近的公园多,亦为消费者所喜欢。

6. 房价中,有半数可列为“信托”的7年贷款。另半数可分8期付。对消费者是方便有利的事。

针对上述情况,广告代理业者经过多次会商确定广告战略。

1. 强调这是金融业所兴建销售的房屋。
2. 强调房屋具有别墅的环境和大厦的水准。
3. 强调贷款多,自备款少。
4. 强调往来交通很方便,尤在圆山高架道路工程完成之后,更为方便。
5. 强调命名“天母福村”中的“福”字争取消费者好感。
6. 广告媒体,以报纸、说明书及直邮(DM)为主。

4月6日刊出第一则广告,主要的面积是全三批。广告中间配置一个三批高的圆角方菱形图案,以“福”字为底纹。再注上“福的消息”4个字,及“天母投资置产计划”8个小字。广告的左边,列着一句标题:“向银行买房子”。广告的右边,亦只有简单的文字,说明这是台湾信托投资兴建。买银行盖的房子,最有保障。

接着,刊出第二则广告,主要的仍是全三批、广告中间仍配置着福字图案。只是将“福的消息”四字,改为“福地”两字。广告标题改变“富贵花开荣华路”,右边的内文,改说明房屋所在地的重要,并配上位置图。

紧接着,刊出第三则广告,主要的仍为全三批,广告中间仍保持福字图案,只是将“福地”两字,改为“福音”。广东标题改为:“50%专案贷款,23万在天母”。右边的内文,改说明贷款高,并配上位置图与房屋透视图。

三则广告相继刊出后,面积不算大,声势却很强,其优点是广告中间的福字图案,予消费者印象颇深。在报纸上,编排在许多广告之中,能显得突出,引人注目,造成良好的象征作用。而“福的消息”、“福地”、“福音”的系列性变化,更能争取得消费者好感。

标题方面,简洁有力,颇能击中消费者心理。

同时,针对台湾信托所拥有的顾客名单,发出直邮广告。其内容强调“一个由银行策划兴建的新社区诞生”。这份直邮广告设计得很精,印得亦很好。到工地参观的顾客,又见到一册方型说明书,厚有50页。书中一则房屋透视图,表现得甚佳。房屋的总配置图,与各幢各户的平面图,均编列得予消费者有一目了然的好感。

第四则广告,即刊出紧急鸣谢的谢启。主要的面积,是半10批。广告中仍列出福字图案,并在中间改列了“谢”字。说明短短三天内,创下100%销售佳绩。

三十六、能击中消费者心理的标题

1977年4月中旬,台湾报纸上刊出一则以“只要青春不要痘”7个字为标题的广告,深深吸引消费者的注意。同时,其画面亦醒目、精美,以一个少女用扇子遮住了脸颊,只露出眼睛。生动、自然,和标题相互辉映。接着一句副标题,似说明了这则画面的含意:“遮不住的烦恼”。内文又紧跟着说:“青春是美好的,但恼人的青春痘,却常常令人扫兴。遮不住亦躲不掉……”青春痘确是一件麻烦事,许多青年都有这一种感觉。这四句更代表他(她)们心里的话。于是造成了这件商品有很好的销售效果。这些效果,亦显示了经过良好企划与设计的广告所发挥的功能。

这件商品是兰丽绵羊霜,亦是兰丽系列产品中的一种。凡是有系列产品的厂商,均需在其中求出一种有独到的特色,将其塑造成是这系列中的领导性商品。消费者如果对这一种

商品有了好感,对其他各种亦会随之产生好感。

过去,在这系列产品中,居领导地位者是兰丽绵羊油。其在市场中已有良好的知名度。自1976年10月份起,其知名度逐步打进了家庭,让许多家庭中的妇女,感到在生活中需要这种产品。

1976年10月间,报纸上有一则广告,画面是用细线条画成的一只手和几只羊。。标题说:“很久以前,一双手展开了一个美丽的传奇故事!”故事的内容已编成为一本彩色的英语画册,另附一册中文说明,等待消费者去函索阅。

当消费者收到了画册,会很有趣味地立即看完它。故事说:“在很久很久以前,一个很遥远的地方,有一位很讲究美食的国王。在皇家的御厨房中,有一位烹饪技术高超的厨师。他所做的大餐小点极受国王的爱好。有一天,国王忽发现餐点差了,将厨师叫来一问,原来厨师那双巧手忽变得又红又肿,当然做不出好的餐点来。国王立即让御医替厨师医治,可惜无效。逼得厨师不得不离去。

“厨师流浪到森林中的一个小村落,帮一位老人牧羊。他常常用手摸羊身上的毛,渐渐发觉手不疼了。后来,他又帮老人剪羊毛,手上的红肿亦渐渐消失了。他欣喜自己的手是痊愈了。

“他离开老人再返京城,正遇上皇家贴出告示征求厨师。于是他蓄须前往应征。所做的大餐小点,极获国王欣赏。他知道自己手已恢复了过去的灵巧。当他被录用了,剃了胡须,大家才发现他就是过去的大厨师。

“国王召见他,问他的手是如何治好的。他想了想说,大概是用手不断整理羊毛,获得无意中的治疗。

“根据这点线索,国王让科学家们详加研究。结果发现,羊毛中含有一种自然的油脂,提炼出来有治疗皮肤病的功能。并由国王命名为‘兰丽’。”

这个传奇故事,是由美国加州兰丽公司所编撰的。台湾的总代理用来告诉此地的许多消费者,是顺理成章的广告策略。让这个故事,更美化了这种产品。

不久,在报上又见到第二则广告。画面是一位怀孕待产的妈妈,坐在一张摇椅上,标题是“恭喜你,龙妈妈”。1976年是龙年,所生的婴儿都被称为龙子或龙女,做母亲的被誉为龙妈妈。是广告文案企划人员,运用得很好的新称呼。内文说明“在生产前后每天用几滴这种产品轻轻按摩腹部,可帮助松弛的腹部收缩,保持身材苗条。”

很明显的,这广告的诉求对象是家庭妇女,特别是已婚的女性。

一个月后,第三则广告刊出,画面表现一位家庭主妇,在门口送丈夫去上班,孩子去上学。标题是“满载着爱心出门”。内文说明:“在冬天让先生和孩子用一些这种产品出门,你就不必担心他们的皮肤会粗糙、干裂了。”

广告的内容,又更进一步地向家庭主妇诉求,并扩大了产品的用途。

春节前后,见到第四则广告刊出。画面的表现,是一位祖母样的家庭妇女,坐在沙发上,翻阅照相簿。标题是“祖母的心愿——假如我再回到18岁。”内文说明:“我现在唯一的遗憾,是脸上皱纹多了些。假如我再回到18岁,我一定要及早注意皮肤的保养。”

广告再进一步地,向家庭中的少女们进行诉求,又扩大了用途。

1977 年母亲节前,续有广告见报。画面改采用了手画稿,画着一位女士携着一包礼品。标题是“妈,我回来了。”内容诉求做女儿的,宜买这种产品送给妈妈。在远方的女儿,更可用邮寄方式托总代理将这种产品,寄送到母亲手中。

这则广告和第四则能前后呼应。力求产品能深入家庭。

三十七、请大家暂停购买的大胆策略

台湾摩托车制造厂商三阳工业公司,曾与台湾广告公司合作,成功地实施了一系列的广告策略。

该公司不论在生产规模方面、机器设备方面、员工技术方面、售后服务方面,均不输于任何一个同业,基本条件良好。但其销售情况,却始终落后,难以取得胜过别人的市场地位。于是,这家制造厂商想到,利用有规模的广告公司的力量,来帮助他们突破这种困局。

首先为新产品进行命名。经过数次会商,广告代理的企划与设计专案小组,想出了近 700 个名称,然后进行淘汰。淘汰成 15 个时,再进行投票决选。投票时,还邀请了多位消费者参加票选。结果,“野狼”这一名称,胜过了其他名称。由于这次“命名”做得非常郑重,广告主从中获得不少有关广告的深刻印象。

接着编印摩托车正确使用方法手册,供消费者索阅及作适当的分发。并编印四冲程摩托车挂图,悬挂在各地经销店。通过经销店的推销人员,与受过技术训练的修护人员,告知消费者在这方面的许多常识。特别强调,不能购用假机油,以免损伤车子。

同时编印大型海报一套,共 3 张,分送各地经销店张贴。这 3 张海报,足以布满每一家经销店的墙壁,且具有售点广告的作用。一时形成这 500 家左右的经销店,均变为三阳摩托车的专卖店,声势甚强。海报上那位美丽的外国模特儿,是通过台北的美国学校邀请来的,拍摄的结果,她表现得很有诱人欣赏的效果(有若干的消费者怀疑,海报上的这位模特儿是从国外的印刷品上,翻印而成的。这种看法是错了。当前台湾的广告事业,对于广告画面的设计制作,凡是有规模的广告公司,均耻于翻印国外的作品,多愿意为广告主做“新”的制作。这一讲究“新”的态度,足以反映台湾广告界,已有不少优秀的设计人才和较强的设计制作能力。)

最重要的广告战术,是在新产品正式上市前,造成全省消费者停止购买 6 天。这着棋,下得颇为哄动、惊人。

1974 年 3 月 26 日,台湾两家主要的日报上,刊出一则没有注明厂牌的摩托车广告。面积是八批 50 行。四周是宽阔的网线边,中间保留成一块空白。空白的上端,有一则漫画式的摩托车插图。图的下面,有 6 行字。内容是“今天不要买摩托车。请您稍候 6 天。买摩托车您必须慎重地考虑。有一部意想不到的好车,就要来了。”

次日继续刊出这则广告,内容只换了一个字:“请您稍候 5 天。”这天的广告引起了反应。同业们打听明了是三阳的广告,纷纷向三阳发牢骚,询问“为什么这二天叫消费者不要买摩托车?”因为,每一家摩托车店的营业都减少了。

第三天,继续刊出这则广告,内容重点仍只换了一个字,改为“请您再稍候 4 天”。这天的广告,又引起了反应,是广告主本身的各地经销店,都抱怨生意减少了。

第四天,内容取消了“今天不要买摩托车”一句,改为“请再稍候3天。要买摩托车,您必需考虑到外型、耗油量、马力、耐用度等等。有一部与众不同的好车就要来了。”这天的广告,又引起了反应。是广告主所属的推销员们,大叫:“受不了”。这几天的广告,影响了他们的推销数量。这3天中,里里外外的反应,使得广告主自己,亦有挡不住的感觉,几乎想中止这套预告性广告。广告代理方面的专案小组负责人,则苦苦劝广告主,要忍耐、要坚持。

第五天的广告,内容稍改为“让您久候的这部,无论外型、冲力、耐用度、省油等,都能令您满意的野狼125摩托车,就要来了。烦您再稍候两天。”

第六天的广告,内容又稍改为:“对不起,让您久候的三阳野狼125摩托车,明天就要来了。”

第七天,这种新产品正式上市,刊出全页面积的大幅广告,果然造成大哄动。广告主发送各地的第一批货几百部,立即全部卖完。以后,接连不断的畅销,累得若干地区的经销商,自己派人到工厂去争着取车,以应付买主的需要。“野狼”形成市场中的热门货。经销商的销售信心大增。广告主在市场中的声誉,亦随之大大改观。广告主以往所出产的其他型摩托车,销路亦连带地趋好。显得这一套广告,策划得非常成功。

当时,广告代理的专案小组调查获知台湾全省每天约有200部摩托车的成交量。让消费者停止购买6天,至少可积存了700部至800部的成交量。广告主的新产品上市后,一定可从中争取到不少的成交。自然造成了难得的畅销局面。

三十八、企业应重视公共关系广告

出版杂志或通讯等刊物,是公共关系广告的方法之一,如台湾大同公司出版的《大同》半月刊,远东关系企业出版的《消费者时代》旬刊,台湾田边制药公司出版的《田边药讯》等三种读物,均已在许多消费者心目中,奠定了良好的公共关系基础。

《大同》半月刊出版迄今,可能是台湾各大企业中,历史最久、资格最老的一种。

这份半月刊,32开本,近几年来,每期出版36页,外加彩色的封面与封底。由于封面的取材与处理良好,从外表看,先予人有玲珑精致的好感。

每期的封底与封底里,刊登的是其各种产品的彩色广告。在内页,每期亦有一页至两页的产品广告。封面里,是介绍其企业动态的各种图片。在内页,每期亦有2页至4页介绍其企业动态的文字,争取读者了解其发展的实况。

除了广告,在内容方面颇有些可读性甚高的文字,此中包括了知识性的、科学性的和趣味性的。

趣味影辑,相信是读者们每期必欣赏的一页,维妙的镜头,能逗人发笑。古典的幽默与童心稚语等专栏,都能惹人一乐。

不少介绍新书的文字,确能指导读者们去选看一些有价值的书。

谈太空探测事业、谈美国新能源发展方向等等,都是值得一读的文章,能带领读者到一种新的境界。

有许多的消费者,对《大同》产生不易忘怀的好感,全是这本半月刊所促成的。虽然它的广告意味颇重,但它内容的风格亦颇高。使许多消费者感到,它不仅只想赚消费者的钱。亦

懂得研究和想到给消费者一些益处。

远东关系企业的《消费时代》，可以称之为公共关系刊物中的后起之秀。出版迄今只有 10 个月（30 期），但其知名度已颇高。常逛百货公司和超级市场的消费者，几乎都知道有这本刊物。

《消费时代》旬刊，是 16 开本，每期出版的页数，已由 12 页增加至 18 页。它主要的任务，是求培养远东百货公司（超级市场）和消费者之间的良好公共关系。所以每期都有些远东百货公司的广告或商品的推销报导。由于报导性的文字多，因此，在消费者的心目中，已视为是一种具有客观报导的新闻性刊物。

内容方面，它着重让消费者认识消费环境、充实消费常识，使消费者有鉴别产品的眼光。每期都辑成一个专号，例如超级市场专号、冷冻食品专号、欧洲商品专号、櫥具餐具专号、女饰皮包专号等，同时依照季节性，辑成中秋礼品专号、儿童游乐专号等。每一专号都请一些专家，谈谈有关的经验与常识，此外尚有家常食谱、家庭护士、家庭手工艺、化妆沙龙、家庭布置和指导服饰的霓裳宫等专栏。还有“小智囊”和“实话实说”两栏，前者能增加消费者生活上需要的许多小常识，后者让消费者发发买东西吃了亏的牢骚。

它的特点，是虽属薄薄的一册，却编排得很够气派，吸引了家庭主妇们都有兴趣去翻阅它。家庭主妇全是掌握家庭中经济大权的人物。我们看到台北、台中、高雄三地的远东百货公司，每天都有许许多多家庭主妇，在里面逛逛选选，证明“消费时代”所造成的影响，已在渐渐扩大了。

《田边药讯》每月 1 期，16 页，是 16 开的活页本。边上打两个洞，供读者按期合并装订留存。

这份刊物的发行对象，是全台湾的西药房和医药界有关的人士。其主要的任务，着重介绍台湾田边制药公司所出口的各种药物的功能。但同时亦刊登不少有关医药常识的文字。这些文字，促成了田边和全省的西药房、医药界有关人士之间，建立了良好的公共关系。

“摄取过多食盐，容易导致疾病”、“胃溃疡常是胃癌的前兆”、“冠状动脉病的防治之道”、“肾脏保护法”、“儿童医护研究新知”、“药学浅说”等。都是这方面有关读者要看的。

“药房座右铭”、“推销要诀”、“贩卖经验谈”、“顾客的类型”等，更是西药房经营者认为可读性很高的有益文字。

它更努力造成大家有“制造良药、贩卖良药”的印象，增进了药厂本身的声誉。亦将有关的西药房，称之为“良药店”，提高这些西药房的荣誉感。

用作“培养”“建立”公共关系的广告性刊物，原则上对读者应该是免费赠阅的。但在发行上，却不能因为是免费赠阅而滥送。要选择适当的对象送，而且要赠送得普遍，以取得最佳效果。上述三种刊物，都是赠阅的。其中《消费时代》一种，自今年 3 月份起，对于新的索阅者，规定每期需收邮费及工本费 1.5 元新台币。更显得这份刊物，在消费者心目中，已有相当分量。《大同》半月刊与《消费时代》，每期赠阅的份数，均已超过 10 万份。前者以赠阅曾购买过大同产品的消费者为主，后者以赠阅远东百货公司及超级市场的顾客为主。《田边药讯》，每期发行数千份，以赠阅全省有关西药房及医药界人士为主。

三十九、在淡季中激起大众购买热潮

绝大多数的货品,都有销售的淡季和旺季。逢到旺季来临,适时的货品,都会把握机会及积极运用广告,争取销路或稳定销路。转到淡季,则大家多暂时静止一阵。因此,我们看到,货品在旺销季节中,广告亦多好的表现,在淡季中,则不易发现很有表现的广告。

有一年冬天,气候反常而不冷,羊毛衣及绸缎棉布等当今货品,滞销极为严重。春节以后,“儿童节”以前,又是绸缎布匹百货业每年例有的交易淡季,大家都不愿意多进货。此时,布厂为谋脱货求现,减轻资金周转上之困扰,愿意将布匹,按照原价的半数,亏本批售与绸缎布匹百货业。百货业感到,此项进价虽甚低廉,如果批进后卖不出去,反增加了本身的困难。要买进这笔货,就必需先要有好的推销方法。结果,第一百货公司抢先决定,研究如何运用广告来帮助销售这些布匹。

在推销百货时,过去市场中常用的“大牺牲、大廉价、大拍卖、大削价”等主要广告文句,经研究后,认为已太普遍,不足以刺激消费者的注意。接着又考虑用“七折或六折大廉售”的文句为号召,但认为仍不够力量。

最后,采用国艺广告公司所提出的一个新构想——增辟“不计成本部”专售此项布匹,并以“买 100 还 50”为广告标题,说明顾客在不计成本部,买了 100 元的货品,凭发票,还可选取 50 元的货品。等于是买 150 元的货品,只要实付 100 元货款就行了。

后来,又将“买 100 还 50”改为“买 100 送 50”。因为就字面的意义,“还”字代表顾客收还自己的东西,显得与第一公司没有关系。“送”字代表第一公司赠送给顾客的东西,显得经销公司与顾客之间,亲切而有感情。

此则定为全五栏的广告,在画面上又经过一番精致的设计后,于 3 月 5 日先在台北市的晚报刊出。当晚的反应尚少,但自次日起,第一公司二楼的不计成本部即挤满了买布匹的顾客。

3 月 6 日,建新、立大祥、南洋、鸿翔等 19 家绸布庄和百货公司,亦委托联艺广告公司,先在晚报刊出全八栏广告,亦以对折发售各种“不计成本品”为号召,当晚反应亦少。3 月 7 日,第一公司与这 19 家绸布庄等,续在日报同时刊出广告,立即造成各该店内,均挤满了买不计成本品的顾客。

紧接着,今日公司亦刊出了全十栏的广告,列出 70 余种绸缎布匹百货项目半价出售。

至此,各该百货公司均创造成在往年这个淡季中,所未见的旺盛交易。就第一公司来说,在广告刊出后的最初二天内,就销出了 11 万米布匹。其他各家卖出的数量亦甚多。将去年冬天滞销的绸缎布匹布货,一口气推销出不少。这是事先所未曾预料到的成果。

在一周内,由于一则报纸广告的成功,使得台北市的绸缎棉布百货业,在销售淡季中,激起了消费者的购买热潮。使得去年冬天滞销的布匹,竟销出甚多。就广告的表现而言,值得列为是一则成功的广告实例。

四十、视觉统一能加深受众印象

广告主和广告公司,实施一项广告计划,如果需要利用多种媒体时,往往很重视“影像统

一化”。例如,在广告设计制作决定了一张主体图片,于是在所有各种视觉媒体上,一致采用这张图片。这种方式,深能造成重叠的广告作用,加重消费者的印象,争取良好的市场效果。

本文所介绍的一个实例,就是基于广告主和广告公司很重视“影像统一化”。而在短时间内,因为影像统一化的广告作用发挥得颇强,收获有很不错的市场效果。这个实例,对于有些忽视“影像统一化”,太喜欢求广告内容作分别不同设计的广告,确有参考价值。

在全台湾地区,拥有最多分行的第一银行,为纪念创立 70 周年,事先经过了半年时间的计划和准备,自 1969 年 2 月 20 日起,首创举办“全行收付存款”业务。客户在开户后,只要凭一本存折和本人的签章卡,就可在该行任何地区的分行,随时提取存款,或解存不便携带的款项。

这种新业务,对于客户确有很多方便。最主要的是,客户在任何地区,向该行取款或存款,都可不必办理汇兑手续。同时,客户不论到任何地区,都可避免携带大量现款;既少麻烦亦多安全。

由于这是第一银行业务上一件有特色的创举,遂决定刊播广告,扩大征求客户。另一方面,又因该行的广告预算有严格的限制,经过和东方广告公司多次会商研究,决定采用“影像统一化”的方式制作广告。由二位影星为模特儿,扮饰为两位家庭主妇,拍成照片。再经过选择,选定其中一张为主要的广告图片。于是在报纸广告上,电视广告上,公共汽车车厢广告上,电影院广告上,海报上,直接函件印刷品上,一律配置这张图片。

报纸方面,在全台湾每一县市的报纸,都刊登了这则广告。电影院方面,在全台湾选择了 60 几家,放映这则幻灯广告。公共汽车方面,租用了 400 辆车,张贴了这页广告。海报方面,印制了 800 张,由该行所属的 89 个分行,分别洽请当地各重要地段的橱窗张贴。电视方面,买下了二次平剧节目时间,映出这则广告。同时还有直接函件印刷品,散送到许多老客户的办公处所或家中,上面亦印了这张主要的图片。

如此,广告的范围显得极为广阔。使得阅读报纸的人,如果漏看了这则广告,在其他地方,还能看到这则广告。更能使得许多人,重复看到这则广告。

广告刊播了一个月以后,第一银行在这种新业务上,立即得到 2400 余位客户的开户存款。至 5 月初(广告刊出 100 天以后),客户又已增至 5200 余户,效果颇为显著。同时发觉其继续增加的趋势日强。客户中,特别是一般家庭主妇们和大小企业的收款员等,很欣赏这种业务。主要是她们感觉到取款存款都很方便,不再受到地区性的限制,有益于节省不少时间和精力。

研究这个实例,可以看出,凡是一种长期性办理的业务,或长期性销售的货品,必需要采取“影像统一化”的广告方式,才能培养市场中消费者的记忆。第一银行还利用两种辅助媒体做广告,与报纸广告相得益彰。这两种媒体,一种是火柴,一种是扇子,这两种广告工具,费用不大,却有深入家庭,深入社会的作用。一扇在手,扇上的内容,免不了要看一看。火柴一定要做大盒的,才能引人注意,小盒的,则谈不上有什么广告效果。此外,他们又增加利用听觉媒体——广播来做广告。这个实例中,所利用的媒体,种类相当多。但是利用得层次不乱,而且将有限的广告预算,支配得颇有成效。

四十一、重视广告语的联想作用

一句给消费者印象非常深刻的广告词句,每每会变成这家企业或这种产品的副商标,足以提高其在市场中的地位和增进其在销售上的价值。消费者在任何时间、任何场合,只要看到这句广告词句,就会联想到这家企业或这种产品。于是,当消费者在这方面产生购买意愿,激起购买行动时,这家企业或这种产品必然会被列为是考虑和比较的对象。

例如,台湾的公众,只要看到“创造利润,分享顾客”这一句,就会联想到大同公司和它的许多产品。只要看到“心旷神怡,万事如意”这一句,就会联想到可口可乐。我们只要看到“一家烤肉三家香”这一句,就会联想到味全酱油。再如,过去在上海,只要看到“有美皆备,无丽不臻”这一句,就会联想到美丽牌香烟。只要看到“越陈越香”这一句,就会联想到明星花露水。只要看到“家有鲜大王,清水变鸡汤”这一句,就会想到鲜大王酱油和味精。

最近,台湾东部一家百货公司,在报纸上刊登购货有赠品的广告,其中最重要的,用大字标出的一句广告词句,是“请大家告诉大家”。同时,有一种奶粉,在各报刊登说明品质优良,价格公道的广告,其中最重要的,用大字标出的一句广告词句,亦是“请大家告诉大家”。有一种饼干,在电视上做广告,亦用了“请大家告诉大家”这一句。

“请大家告诉大家”这一句广告词,现在市场中似乎运用得很普遍。然而台湾有许多消费者一看到这一句,就会联想到生生皮鞋。因为生生皮鞋,是这句广告词句的首创使用者,多年来经常都在使用。另一方面,因为生生皮鞋在台湾工商界与广告界中,已被视为是精于创造予消费者印象深刻的广告词句的广告主,曾创出好几句风行的广告词句。

“白皮鞋来了!”相信很多读者,看到这一句,亦会联想到“生生”。生生创出了这一句,年年使用,造成在市场风行了10多年。许多朋友们,看到生生的徐经理来了,大家会情不自禁地用“白皮鞋来了”,作为招呼他的代名词。生生对于这一句广告词的5个字,特选定了标准字体,还配合了一个卡通人物,两手捧着二三十盒白皮鞋盒子,叠得高高的,显得摇摇晃晃却又走得很稳的样子,颇为有趣。就因为这一句给消费者有极深刻的印象,每年夏季,亦给生生带来了大量的白皮鞋生意。

1962年,台湾开始有了电视,生生遂又创造出“请大家告诉大家”这一句广告词句。首先在电视广告上经常播映,紧接着又在报纸广告上不断刊用,并在广播广告中时时播出。请大家告诉大家些什么呢?下面又有几句他使用了好多年的广告词句:“新样子七百种,买得称心。三十六年不二价,买得安心。”“南北六家,一样漂亮一样好。”这几句读起来很顺口,配合运用,简单利落,令人有一目了然之妙。

现在,市场效果证明,这一句广告词句又被创造成功了。不但对消费者加深了印象,使得生生的营业额,在同业中始终保持高居第一位。更风行得惹起其他若干行业,亦纷纷引用,有的照原文引用,有的予以略加改变后引用。于是“请小朋友告诉小朋友”,“请同学们告诉同学们”……都随之产生了。

一句广告词句,欲求传播得风行成功,必须具有三个条件:①要有良好的意义,②要简单得雅俗共赏,③要避免有命令式的口吻。具备了这些条件,而词句中商业气氛不浓者,益属上乘之选。如再能做到广告词句口语化,则更易成功。

这个实例说明,有规模的厂商,如能拥有一句有价值的“常用广告词句”,更可加深消费者对它的印象。同时也告诉人们,对于广告标题及主要广告词句,需要有好的构想和深长的思索。随随便便拟定的,其市场效果当然是弱而低。

四十二、一个能增强竞销力量的标志

现代的商品在销售时,除了讲究包装以外,还讲究在商品上悬挂或粘贴设计得非常精致的各种“标志”。这类“标志”绝大部分都是属于荣誉性的或表示负责任的,用以增加商品本身的价值,增强在市场中竞销的力量和增进购买者的信心。这亦是一种很重要的广告方法。

在国际市场中,有一个做得非常成功而且深具销售作用的广告标志——WOOL-MARK。这个世界性的标志,在台湾地区亦已创用了三年,它的意义是:All New WoOl”(纯新羊毛)。目前有益华、信华、勤益、台钟、华富、福华、利台、中本等八家纺织厂商的产品——西装料、毛线等等,挂用这个标志。代表他们的产品,具有三项特色:①是用 99.7% 以上的纯新羊毛所制造者,不皱不变型;②是用极可靠的染料和技术染织,绝不会褪色;③具有高性能的伸张强度。

事实上,今日全世界已有 94 个国家,数百家家纺织厂商的产品,挂用这个标志。借以证明,他们的产品都具有上述三项特色。同时,在今日的国际市场中,各国外销的毛纺织品,如果没有挂用这个标志,已不太容易找到合适的销路。

这个标志,今日能拥有这么强大的广告力量,其创造者——国际羊毛事务局很费了一番苦心。自 1964 年起,经过了五年的努力,才收获了这样的广告效果。

二次世界大战以后,人造纤维工业兴起。被命名为尼龙、达克龙、特多龙……等等“龙”质衣料,风行一时。创出了许多新的特点,给天然纤维工业的羊毛质衣料、棉质衣料、丝质衣料等,有极严重的威胁。造成消费者纷纷采用人造纤维织成的衣物,渐渐放弃了天然纤维织成的衣物。

国际羊毛事务局为抵抗人造纤维工业所给予的这种压力,维护羊毛的销售市场,遂设计了这个标志,于 1964 年首先在美国、英国、日本等主要的羊毛消费国家使用。到了第二年,就扩充至有 20 个国家使用。使用的方式,是由各厂商将这种标志印制成小卡或小牌子,吊挂在衣料或其他产品的边缘。另由国际羊毛事务局拨出经费,利用当地的报纸媒体刊登广告,介绍说明:凡是挂有这个标志的衣料,都是符合“国际品质标准”的纯羊毛制品,都具有前述的三项特色。

同时,国际羊毛事务局,对于使用这个标志的厂商,推行严格的品质管制。规定他们所有产品必需符合前述的三项特色。对于新申请参加使用这个标志的厂商,规定需先送其产品进行鉴定。凡是已符合前述的三项特色标准者,方许可其使用。凡是未经过该局许可而擅自使用这个标志,会受到取缔。

由于国际羊毛事务局对于所规定的一切,执行得很严格,而且经常对各厂实施抽查,消费者反映甚佳。使得世界各国的毛纺厂,在产销毛织品的信心大增。遂纷纷申请使用这个标志。至 1969 年,使用这个标志者已遍及 94 个国家。台湾地区在 1967 年,先有五家纺织厂被许可使用。次年增加为七家,至今年又增加为八家。

从这个广告标志,当前在市场中已收获多种良好效果的情况,我们可以研究了解国际羊毛事务局当初的这个广告构想和计划,充满了奋发振作的精神,是市场中商品勇于革新竞争的一个好实例。其实质是:

1. 利用这个广告标志,采取普遍性的品质管制方式以提高全世界羊毛制品的品质,加强和人造纤维制品销的能力,争夺消费者的购用信心。任何产品,在市场中遇到有新产品兴起,争夺市场占有率时,如果本身不自警觉,从检讨改进品质做起,不久一定会渐渐衰退,甚至遭到淘汰。因此,国际羊毛事务局的这点做法是深富智慧的,是健全基础的做法。

2. 利用这个广告标志,加强宣传羊毛纤维及其制品的种种优点。加强世界各国纺织厂商,对于制造和销售毛织品的信心。这和一般生产厂商企求加强各地经销代理信心的意义相同。各国纺织厂商如果对毛织品的信心减退,认为它将无法和人造纤维织品竞争,则势必渐渐减少采用羊毛为原料。

3. 利用这个广告标志,以国际羊毛事务局的名义,在世界各国的报纸媒体上刊登广告。帮助当地的纺织厂商,推销羊毛织品。这笔广告经费,是由澳洲、新西兰、南非联邦等国家的20万牧羊业者联合拨出的。他们每年向国际市场销售的羊毛达20万吨。他们同意根据本身的销售数量,摊负这项经费,支持羊毛在纤维市场中的地位。这点给各国的纺织厂商又有很好的鼓励作用。同时,亦造成消费者对于这个具有纯新羊毛的广告标志,有强烈的印象。

4. 利用这个广告标志,由国际羊毛事务局指派技术专家,帮助各国纺织厂作生产技术上的革新。例如在美国与日本,已演进到用羊毛原料亦能织制成夏季穿用的衬衫,使消费者穿在身上,同样有凉快舒适的感觉。而且在不断设法抑低毛织品的销售价格,使其趋于和人造纤维织品同样低廉。

在广告内容方面,国际羊毛事务局亦有严格的规定。此地负责代理其广告业务的台湾广告公司,将广告稿件依照规定设计制作完成。需再寄经该局审核同意后,才能发刊。三年来,其广告重点,完全放在加强灌输消费者,对这个“标志”的印象,力求贯彻此项广告计划,争取更好的市场效果,不让人造纤维织品专美于市场。

四十三、创造新颖风格适应市场变化

有段时间内国际广告业务上,一家著名的大广告主——泛美航空公司在报纸上、杂志上、海报上所表现的广告风格有了重大的改变。泛美的广告代理业者是位居全世界第一位的美国智威汤逊公司。这家广告公司最近设计供应世界各地泛美分公司的广告稿件,其内容与过去有很显著的不同。刊出后,引起了消费者和有关各方面很多新的注意。

这些新姿态广告中的人物,都改用了笔划简单有力的卡通漫画人物。这些广告中的标题,都改用了富有妙趣的美国俚语。整个风格,似乎在力求爽朗刺激,轻松活泼。革新了过去数十年来所一贯表现的严肃高贵的绅士型风格。

泛美是根据下列三个主要的市场情况,在广告上作了这样重大的改进。

依据市场调查,泛美觉察到空中旅行的乘客中年轻者越来越多,乘客的平均年龄显得步步降低。这点显示乘坐飞机的旅客渐见普遍。从前,往往是富豪、工商巨子、专家才有充裕的财力乘坐飞机。现在很多航空公司采取分期付款办法,使得许许多多的年轻人都能乘坐

飞机。于是泛美决心争取这许许多多年轻的乘客。

新改变的广告风格主要的策略之一,就是为了适应争取年轻的乘客。不但是在报纸、杂志、海报等印刷广告上做如此的改变。对于电视及广播广告的配乐,亦从缓慢幽雅的节奏改变为轻松明快的节奏。

在营业上,泛美曾和美国国防部签订合同,以一美元的代价,负责运输 6000 名美军至指定地点度假。最近一年中,乘这家飞机到各地度假的美军有 40 万人。在飞机上,他们享受到鲜嫩的大牛排,加有冰淇淋的苹果派等豪华的招待。这种做法深具广告作用。因为这些美军都是只有 20 岁左右的年轻人。希望这一次能造成他们一生难忘的好印象。使他们在退役后欲乘坐飞机旅行时,首先会想到这一家。

广告的表现是求脱离严肃性,改变为活泼性,以适应 70 年代市场的需要。泛美过去的广告是力求风格高,气派高,稳重华贵。在各界有身份、有地位的绅士型顾客的心目中,建立有极良好的印象,紧紧吸引住这方面的顾客。事实上,乘客们在机上,亦确实受到这样的服务。例如服务员对乘客一定尊称为某先生,而极力避免称呼你。进餐时的餐具,决不用塑料制品,至少是高级的瓷器。经常是一次用 5 种玻璃杯,分别供作饮冷水、白酒、红酒等等之用。飞机如遇到延迟起飞的事情,一定老老实实报告乘客要延迟多少时间,绝不使顾客故意受到耽误。此时乘客如要求改搭其他航空公司班机以争取时间者,亦一定诚实代办转机手续。

航空公司的广告中,常强调“最安全”这一个问题。因为乘客选搭一家航空公司的班机,对于安全问题的考虑,常占 70% 左右。泛美和智威汤逊公司在这方面有他们的看法,他们认为不宜直接标出“最安全”等词句。以避免乘客会起“不安全吗?”“不应该有不安全的”等等疑虑。广告的内容,如果有让消费者引起疑虑之处,广告的效果,就会削弱了很多。因此,他们用了“经验丰富,誉冠全球”,“搭乘泛美,一帆风顺”,这两句来代表有高度的安全性,确深具广告技巧。另方面,他们亦用许多事实来证明这点。象他们的驾驶员,每月 3600 美元的高待遇就是一例。他们不断革新飞行员设备,不断换用更安全的新机种,亦是一例。

依当前的市场反应而言,泛美这种新的广告风格,显然已受到了普遍的欣赏。这个实例告诉我们,一个有规模的企业,在它的广告上一定要树立一种风格,以求不断加深消费者的印象。这种风格在树立后,即不宜任意多变动,必需郑重其事,准备充分,抱定不动则已,一动就要做得有声有色,而求能收到更好的市场效果。

四十四、雅芳化妆品公司的直销

全世界排名第一的化妆品公司,既非美国蜜斯佛陀公司,也不是日本资生堂公司,而是美国雅芳(AVON)公司。

这家创立于 1886 年的化妆品公司,一百多年来,就依靠一套独特的销售方式称霸全球。目前雅芳全世界的年营业额高达 30 亿美元,为排名第二资生堂年营业额 15 亿美元的两倍。

一般的化妆品均通过百货公司的专柜或是百货行业销售,唯独美国雅芳公司从创立至今一直以雅芳小姐采取面对面直接销售(简称直销),这也就是一般所称的“无店铺贩卖”。

“雅芳小姐”是雅芳直销系统中的灵魂人物,采取责任区域制,每 150 户设一名雅芳小

姐。她负责访问、销售、订货、送货、收款等工作,但与雅芳公司只有产品销售而无聘雇的关系,她赚的是产品卖出后的佣金。

每 100 名雅芳小姐上面设置一名区经理,她是雅芳公司编制内的职员,负责雅芳小姐的招募、训练、辅导与激励等工作。

美国幅员广大,民众要购买化妆品,经常是要开半至一个小时的车,极不方便,因此造就了雅芳直销的良好环境。

此外,雅芳直销制度的成功,还有下列五项有利条件:

1. 雅芳小姐虽然人数众多(单单台湾就有 5000 人),但因与公司无聘雇关系,所以节省了庞大的人事费用。
2. 一般透过店铺来贩卖产品的化妆品公司,管销费用约占产品售价的三成左右。雅芳采无店铺贩卖,无中间转手,省下了这笔费用。
3. 一般化妆品须靠大量广告费来促销,而雅芳则很少做广告。
4. 雅芳把节省下来的管销费与广告费,一方面付给雅芳小姐当酬劳,一方面可降低产品售价以增强竞争力。
5. 根据以往的资料显示,直销对不景气有免疫力,因此雅芳的业绩,从不受经济不景气影响。

四十五、哈特威衬衫广告

被美国《广告时代》(Advertising Age)杂志评以“创意之王屹立于广告世界中”的大卫·奥格威(David·Ogilvy),1949 年以六千美元创业,如今已成为全世界四大广告公司之一。并在全世界 40 个国家设有 140 个分支机构。

这位美国广告泰斗成功的秘诀就在“创意”。40 年来,奥格威的点子层出不穷,他所企划的成功广告活动多不胜数,其中最脍炙人口的经典作品,莫过于哈特威(Hathawaq)衬衫广告。

哈特威是一家默默无闻的小公司,每年的广告预算只有 3 万美元,与当时箭牌(Arrow)衬衫每年 200 万美元的广告费相较之下,真是少得可怜。

当哈特威的老板杰得与奥格威洽谈广告代理时,奥格威不在乎广告预算太少,他在乎的是:杰得必须把广告全权委托给他,不得更改企划案,连一个字都不得更改。杰得一口答应。

接下哈特威衬衫的广告代理后,奥格威内心盘算着:

——面对箭牌衬衫每年 200 万美元庞大的广告费,哈特威要打出知名度,非出奇制胜不可。

——哈特威的广告活动,必须是一个伟大的创意,否则必败无疑。

——为了提高哈特威的知名度,必须先建立它的品牌形象。根据调查证实,消费大众都是先看广告图案(相片),再看标题,最后才读文案。

——此种图案→标题→文案的架构,就是故事诉求法。此种诉求法,常令消费者无法抗拒,不过,“故事”的内容必须充实,而且图案(相片)必须能引起大众的好奇,才能吸引他们接着“标题”、“文案”一路看下去。

——我要以何种图案为主题呢：啊！有了，就以戴“眼罩”的中年绅士为主题。

于是，一个伟大的创意出现了。

不久，一个戴著黑眼罩的中年男士，穿着哈特威衬衫出现在美国的报纸与杂志广告上。

在短短几个月内，那位戴眼罩的绅士表现出英勇的男子气概，风靡了全美国。当然，哈特威衬衫跟着水涨船高，达到家喻户晓的程度。

在美国的广告史上，从没有一个产品像哈特威一样，花那么少的代价（每年3万美元预算）创造了全美知名的品牌。虽然奥格威只从哈特威的广告上赚到6000美元，然而此一杰出的创意，将使他在广告史上永垂不朽。

妙的是，这位因“创意”而名满天下的广告大师，认为好的广告是：不愿你觉得它很有“创意”而已，宁愿你觉得它很有意义，而去购买该产品。

四十六、七喜汽水的“非可乐”型定位

自从可口可乐于1889年上市，百事可乐于1902年上市后，几十年来，美国的饮料市场均属可口与百事的天下。几乎每三瓶清凉饮料中，有两瓶是可乐，可乐已成为饮料的代名词。

被可口与百事所霸占的美国饮料市场，一直到了1968年，七喜汽水提出“非可乐”的定位策略后，迅速产生变化。

七喜是一种碳酸汽水，它在系列广告活动中，一直强调它是“非可乐”，并在广告文案中告诉消费者：清凉饮料有两种，一种是“可乐”，另一种是“非可乐”。当你喝腻可乐或不愿喝可乐时，“非可乐”的七喜汽水是你的另一种选择。

“非可乐”定位广告推出后，七喜汽水的销售量扶摇直上，那一年的销售额，从9000万美元，跃升至1.9亿美元，增长了两倍多。而且，七喜在短短一年内，仅次于可口与百事，位居第三大饮料品牌。

1978年，莫里斯公司(Philip Morris Products Inc.)以5.2亿美元买下七喜；当时，莫里斯所推出的“欢迎参加万宝路世界”香烟广告大获成功，于是依样画葫芦，推出“美国正转向七喜热潮”的活动。结果，非但美国没有转向七喜热潮，其市场占有率反而下降10%。七喜汽水在美国饮料的排名，也从第三掉到第四。

到了1981年底，莫里斯的行销人员偶然阅读了一篇有关咖啡因的报道。该报道指出：12盎司的可口可乐与百事可乐，分别含有34毫克与37毫克咖啡因，而咖啡因会刺激人类的心脏并兴奋中枢神经，所以有七成左右的美国成人均希望减少咖啡因的摄取量。

于是，该公司行销人员据上述的资料，将七喜汽水重新定位，从13年前的“非可乐”的饮料，转变为“无咖啡因”的饮料。

1982年初，七喜汽水的市场占有率逐渐回升。6个月后，七喜的排名，从第四回到第三。由此可见，“定位”得当与否，决定了产品的兴衰，绝不可掉以轻心。

四十七、百威啤酒广告策划

世界啤酒市场一直是竞争十分激烈的一个领域，市场领导者的角色，不断地在更换。在

这种拉锯战中,策略上稍有失误,胜利即很容易落入他人之手,即使一年间小小的差异,也会影响到企业未来长期的利益。

百威(Budweiser)啤酒是在美国及世界最畅销、销量最多的啤酒,长久以来被誉为是“啤酒之王”。在60年代激烈的啤酒市场竞争中,百威每次居首位,目前仍居于啤酒业的霸主地位。

百威之所以成功,除了确实是美国首屈一指的高品质啤酒外,与其卓越的市场策略和广告策略也是有着重要关系的,我们从百威啤酒成功地进军日本市场即可看出。

百威是1981年以后进入日本市场的,1982年在日本进口啤酒中就名列前茅,1982年销量比1981年增加50%,1984年就取得了销售200万瓶的业绩。

对企业来说,必须为自己的产品确立正确的目标、百威能取得成功首先在于把握了日本年轻人市场的变化、确立了以年青人为诉求对象的广告策略。日本年青人变得更有购买力,有更多时间去追求自己喜爱的事物,新奇而又昂贵的产品很能吸引他们。他们有自己的文字、表达方式和独特的语言,往往是市场舆论的制造者和领袖,如果要想用广告来打动他们,就必须认识他们,了解他们对事物的动机,只有这样才能推出有效的广告打动年青人的心坎,这是百威啤酒在日本行销成功的背景。

百威的主要广告对象,先是设定在25~35岁的男性,他们的生活形态是:平常都喝啤酒以外的烈酒,对运动与时装非常有兴趣,喜爱多姿多采的休闲活动。这个对象的设定与百威啤酒原本就具有的“年轻人的”和“酒味清淡”的形象十分吻合。

设定了目标后,百威即把重点放在杂志广告上,专攻年轻人市场,并推出特别精印的激情海报加以配合。广告的诉求重心则是积力强化品牌的知名度,以突出美国最佳啤酒的高品质形象。在行销的第一、二个阶段里,传播概念都建立在“全世界最有名的高品质啤酒”,视觉重点强调在标签和包装上。

百威广告在表现上运用了扣人心弦的创意策略,即将百威啤酒溶于美洲或美国的气氛中,如辽阔的大地、沸腾的海洋或宽广的荒漠、使观众面对奇特的视觉效果,产生一种震撼感,令人留下深刻的印象。这种策略在第一个阶段里被运用得非常技巧。在第二个阶段里,创意方向则针对美国风味加以渲染,以造成强大而新鲜的感觉,以勾起目标对象心里的渴望。

在第一阶段里,广告主题是:“第一的啤酒,百威”动人的标题是“我们爱第一”。到了第二阶段,主要的主题改为“百威是全世界最大,最有名的美国啤酒”。广告标题则变成“这是最出名的百威”,标题并印在啤酒罐上,只要拿起罐子就可看到。

在媒体选择上逐年加以扩展,从杂志扩展到海报、报纸、促销活动,到1984年开始运用电视媒体。为配合大众媒体的广告宣传,针对年青人市场,成功地举行了许多活动。如举办第三届新港爵士音乐节、邀请百威棒球队到日本访问等,这些活动都吸引了大批的青人,扩大了产品的影响力。

百威推出的多种不同广告,一直都博得了消费者的好感,尤其是海报更受到人们的青睐成为收藏品,其中一张给人以夏威夷风光印象的海报,1984年在纽约广告竞赛中获奖。一位客户在来信中说:“我们很高兴博服堂(百威在日本的广告代理公司)的夏威夷海报赢得人

人仰慕的克莱欧奖。这是享誉很高的广告奖,只有美国或国际性的最佳创意作品,才能获此殊荣。恭贺全体创意群,当然不只是为了这张夏威夷海报,而是为了百威后续的杂志及海报广告。不管是世界上任何角落,这必然是最精采的广告活动。对此殊荣,我们再次由衷地恭喜您。”

为了确保广告效果,百威授权给有责任感的日籍员工来判断广告的影响力,并同意用日本的方式,选择最具有强烈诉求的语言进行表现,因而更有的放矢达成目标。

大标题:我们爱第一——百威啤酒。

副标题:第一啤酒在此。

广告文:美式生活就是用百威啤酒润喉,请看这个设计,多么富有星条风味,当您手握此罐,必然,您将会感受到您已将美国紧握手中。当您拉开拉环,纤细泡沫一涌而出,新尝时滋味美妙,最后时滴滴畅怀,是的,这就是美国味,美国的伟大,我诚实的喉深深点头,如此完美足堪第一,何不畅饮最大牌的百威。

百威成功给人们的启示是,好产品、好配销、好广告,三要素融为一体,是营销成功之秘诀。

四十八、“双鹿”冰箱的广告策划

“双鹿牌”电冰箱是上海电冰箱厂生产的优质名牌产品。该厂产品品种齐全、质量稳定、外型美观、价格竞争优势大,且服务质量上乘,广大用户和消费者比较欢迎。近年来,电冰箱市场竞争加剧,为了在市场竞争中占据主动地位,保持该产品的销售优势,进一步扩大市场占有率,1988年,该厂精心地进行广告策划,取得了较好的效果。

(一)市场营销环境分析

该厂在市场调查和市场预测的基础上,对市场营销环境作如下分析:

1. 市场供求状况

1987年国内电冰箱市场供不应求,优质名牌冰箱尤其紧俏。1988年市场需求量为800万台,国家计划产量400万台,缺口400万台。1988年电冰箱市场仍呈供不应求状况。但随着生产厂家的增多,经济形势的变化,市场竞争的加剧,在不长的时间里,电冰箱市场将呈现供过于求的趋势。

2. 产品普及情况

从总体上看,产品普及不平衡:南方高于北方,沿海高于内地,城市高于农村。产品普及率:大城市60%左右,中小城市20%左右,农村0.5%左右。近几年内,尚形不成农村市场。上海市区190万户拥有量为90万台,产品普及率近48%,预估1988年末可达60%以上。

3. 市场消费情况

一是由于人们消费观念的变化,以及“攀比”心理、“保值”心理等因素的影响,刺激了电冰箱生产,使电冰箱市场早熟,无淡旺季之分。近期人们的消费意识逐步由冲动型转向理智型,人们对电冰箱的选择性加强了,且重新估价单门电冰箱的作用,单门电冰箱的销售将呈回升趋势。二是电冰箱市场出现多层次消费状况。如北方地区因电费贱,副食品供应较差,消费者偏爱大容积双门电冰箱;南方地区单、双门电冰箱均有市场,但在电费贵、副食供应品

充足的大城市中,质优价廉的单门电冰箱仍深受实惠型消费者的青睐,且市场需求量较大。三是今后国内电冰箱市场消费需求总的趋势是:追求①名牌②优质③节能④高档⑤多功能⑥大容积⑦双门⑧新款式。“双门”消费心理已成定势,不可逆转。预估 150~200 立升容积的电冰箱需求量将为总需求量的 70%。

4. 竞争状况

一是竞争对手众多,电冰箱市场形势严峻。“万宝”财力雄厚,起步较早,市场占有率较高,已获银牌,且已组建集团,暂处领先地位。“香雪海”、“雪花”基础较好,产量上升快,均获部优。“琴岛—利勃海尔”异军突起,质量上乘,大有创“中国第一名牌电冰箱”之雄心。相比之下,“双鹿”因产量上升不快,市场占有率较低,知名度不够高,已由前几年的前三名,退至 5~6 名。在上海市内受到“上菱”无霜电冰箱的威胁,暂与“上菱”处于平分秋色的相持阶段,稍有怠慢就要落后。二是国家轻工部定点 42 家电冰箱厂,已全部引进国外 80 年代初的电冰箱生产线及技术,几乎在同一时期消化吸收形成批量生产,在性能、规格等方面势均力敌,不相上下。竞争的重点移向品牌、知名度、广告、售后服务等方面。“双鹿”虽然起步较早,有一定的知名度,但优胜劣汰的竞争规律不容忽视,前景不容乐观。三是求新、求奇的消费心理驱使人们不加选择地偏爱无霜型电冰箱。这股冲击波,对直冷式电冰箱市场有一定影响。四是 1990 年前,电冰箱竞争的主体市场仍在城市。五是对竞争对手的广告分析、研究得不够。

(二) 营销目标与目标市场

根据以上企业市场营销环境和分析,结合企业本身的状况及其他有关方面的情况,该厂确定了自己的营销目标与目标市场。

1. 营销目标

积极参与市场竞争,提供更多的适销对路的优质的“双鹿”电冰箱,提供一流服务,满足用户和消费者多层次的需求,进一步扩大“双鹿”电冰箱的市场占有率,力争国内达到 5%,上海达到 15%。

2. 目标市场

(1) 月均收入在 50~150 元中下水平的家庭。

(2) 3~4 人的小家庭,求实、求廉。

(3) 大中城市。北方:北京、天津、沈阳、哈尔滨、长春、济南、郑州、石家庄(以双门为主)。南方:上海、南京、武汉、重庆、广州、南昌、十堰、厦门、福州、贵阳(单门、双门并举)。

(三) 广告目标策划

该厂在确定企业营销目标的基础上,对广告目标进行了如下策划:

1. 保牌

“双鹿牌”电冰箱已由投入期进入成长期,广告目标也要相应调整,由创牌变保牌,实施劝服性目标。引导、劝服消费者认牌选购“双鹿”电冰箱,进一步扩大“双鹿”品牌的知名度(占 20%)。

2. 竞争

实施扩大认识的广告目标,加强“双鹿”电冰箱个性特点的宣传,让人们了解“双鹿”给他

们带来其他电冰箱所不能提供的实惠,增强消费者对“双鹿”的偏爱与信心,提高“双鹿”的理解度(80%)。

(四)广告主题策划

“双鹿”电冰箱已进入中期保牌阶段,与早期创牌阶段不同,需要变更广告主题,应集中诉求当前消费者关心的焦点。从市场调查的资料来分析,“省电节能”、“低噪方便”是当前消费者最为关心的问题。因此,“双鹿”的各种广告均要围绕“耗电更省、噪声更低”、“最符合当前中国国情”这一主题来展开。

(五)广告媒体策划

1. 媒体组合

该厂在进行广告媒体策划时,首先做到媒体策划符合广告目标与广告主题的要求。在此前提下,以发挥媒体的“整体效应”为原则,认真分析、研究各种媒体的优缺点以及媒体的寿命与媒体的灵活性、协调性与可行性,结合广告预算等有关情况,有效地选择几种主要媒体并进行如下组合:

电视:以品牌、商标“双鹿”形象为主

电台:以“双鹿”直冷式六大优点为主

报刊:以“双鹿”直冷式六大优点为主

路牌:以“双鹿”产品外观形象及商标为主

霓虹灯:以“双鹿”商标、品牌为主

灯箱:以“双鹿”商标、品牌为主

这样,几种媒体相辅相成、扬长避短、互为补充、协同配合,能够及时、准确、有效地将信息传达到目标市场对象,能够增加消费者接触广告的机会,容易给他们留下深刻的印象,也有利于壮大企业的声势,形成广告优势,最终有利于促进企业的产品销售。

2. 媒体选择

(1)家庭主妇一般爱边干活边听电台广播。“上菱”抢先一步在上海电台 790 千周 17 : 55 开辟了“上菱”之声专题节目。此时正是人们准备吃晚饭的时候,准备收到 18 : 00 气象预告。虽然这个专题目不过 5 分钟,但由于是在电台的“黄金时间”播出,收听率很高。“双鹿”只得另辟蹊径。

(2)早为外商垂涎的上海制高点,目前霓虹灯广告还不算太多。以高级宾馆为例,只有国际饭店(东芝)、上海大厦(富士)、联谊大厦(桑塔纳—大众)、上海宾馆(双鹿)这四家。除电视塔(金星)之外,眼下争夺最激烈的是邮电大楼。包括“双鹿”、“上菱”等众多生产厂家,都在争上海闹市区中心这一制高点。“双鹿”一定要占领这一黄金宝地,以显示“双鹿”的竞争地位。在当今电冰箱市场竞争中,它对人们在心理上所产生的“威望效应”不应低估。

(3)企业广告费用的预算一般应量力而行。由于该厂经济效益不断上升,为“双鹿”广告费用的增加提供了物质基础。该厂在 1988 年选择中央电视台的“榜上有名”广告专栏,集中播放“双鹿”15 秒(或 30 秒)电视广告;配合创优(国家银质奖)的宣传,在上海电视台播放“双鹿”30 秒钟电视广告。与此同时,销售部门也要密切配合,集中投放一定数量的“双鹿”电冰箱上市,以获取广大消费者的好感。

(六) 广告策略策划

1. 广告定位策略

- (1) 产品定位: 中档双功能(冷冻、冷藏、保鲜)。
- (2) 功效定位: 直冷式经济(省电)、高效(制冷快)。
- (3) 品质定位: 保鲜度好(干耗慢), 风味不变。
- (4) 消费心理定位, 价廉物美, 既实用, 又富于装饰性。
- (5) 价格定位: 按容积计算, 在同类产品中最有竞争性。
- (6) 广告定位: 舒适生活的伴侣, 吉祥家庭的象征(精神意义)。
- (7) 市场区划定位:

①无差异性广告策略——在大的目标市场(全国、某些较大地区)采用相同主题、内容、画面, 有利于树立“双鹿”的统一形象, 有利于提高产品的知名度。

②差异性广告策略——针对不同的细分市场的特点, 采用不同的广告宣传主题及内容, 选择不同的媒体, 向不同的消费对象进行诉求。例如: 双门冰箱, 重点宣传: 容积大(贮藏食品多), 使用方便, 外型美观, 便于搬运(箱底装滚轮)。单门冰箱: 重点宣传省电、经济实惠、功能基本上满足消费者需求、维修方便, 最适合中国国情。又如: 同样是 145 立升的单门电冰箱, “双鹿”有两种型号, 各有所长。老品种: 价廉耐用、经济实惠。新品种: 装有保鲜性能优良的冰温盘, 装有滚轮, 搬运省力。节日期间, 整个冰箱可当冷冻箱使用, 比一般的双门还大, 这在全国所有的单门电冰箱中是独一无二的。

③集中性广告策略——针对一、二个细分市场, 调动多种广告宣传方式, 媒体、手段, 集中宣传同一主题、内容, 造成巨大声势, 有助于迅速提高产品知名度, 扩大市场占有率。如配合展销会, 让电视、电台、报刊、海报、橱窗一齐上。又如, “双鹿”49 立升冰柜, 只针对宾馆这一特定的细分市场进行广告宣传。

2. 广告促销策略

- (1) 馈赠广告: 开展“双鹿”用户有奖征询活动, 获奖者可得电冰箱或电冰箱供应券。
- (2) 公益广告: 上海长宁区“交通安全月”宣传广告, 首都“小天使节”赞助广告。
- (3) 中奖广告: 与银行联合举办“双鹿”电冰箱有奖储蓄活动。
- (4) 服务广告: 举办“家用冰箱”电视讲座, 京箱修维咨询服务广告。
- (5) 公共关系广告: “双鹿”文汇文学基金奖, 重大事件、工程竣工祝贺广告。

3. 广告心理策略

在进行广告策划和广告宣传时, 应科学地运用心理学原理, 诱导人们顺利地完 AID-MA(Attention——Interest——Demand——Memory——Action, 即注意——兴趣——需要——印象——行动)的心理过程。

(1) 注意的原理: 引起人们对广告的关注, 是任何一则广告成功的基础。为让人们在广告海洋中注意到“双鹿”广告, 该厂在路牌(十六铺)、车身(26、27、71)、橱窗(华联、和平商店)、灯箱等各种广告媒体上, 统一设计突出“双鹿”的固有颜色(蓝、白、黑)。这三种颜色的组合在国内不多见, 而且反复出现在不同的场合, 容易引起人们的注意。

(2) 联想的原理: 广告一般受时空的限制, 采用适当的方式和手段来引起人们联想, 能加

强人们对产品的认识,兴趣和记忆。在“双鹿”样本广告中,以冰雪、新鲜水果蔬菜为衬托;在橱窗、路牌广告中,色彩中的蓝色表示清凉、新鲜,白色表示冷、冻、霜、洁净,使人容易联想起“双鹿”冰箱所具备的冷冻、冷藏保鲜功能。

(3)需要的原理:需要是广告诉求定位的主要依据。电冰箱有许多属性。广告要发掘出“双鹿”最能满足特定消费群体的某种需要,从而导致购买行为。

人们对电冰箱的需要:商品的使用价值(制冷、保鲜);心理需要(装饰美化、显示气派)。

消费群体的需要:豪华型(三门、多门、无霜),实用型(单门、直冷式),兼而有之(双门)。

四十九、日用品公司选择广告代理的策略

(一)公司简介

日用品公司成立于 1927 年,是由几家小公司合并而成的,曾主要生产包装食品,随着公司业务的发展,它逐步将其业务扩展到生产诸如洗涤器等非食品类产品。1972 年,它的年销售额达 7.3 亿多美元,当年广告费的支出约为 5000 万美元,按照广告媒体的不同,公司广告费的支出可分类如表 16.2.1。

表 16.2.1 广告费支出分类表

广告媒体	占广告费用的%	广告媒体	占广告费用的%
报纸	30.6	户外	1.5
杂志	8.1	商报	4.9
收音机	5.9	其他	19.6
电视	16.8		
样品、尝试品	12.6	共计	100.0

公司的营销机构是根据产品品牌指定主管人员的。食品类分为两大类,非食品类作为第三类,每一类产品有一个营销经理,在营销经理之下,每一个产品品牌指定一位品牌营销主任,这些营销主任有时也负责一个产品系列。品牌营销主任全面负责他项下的产品或产品系列的营销管理工作。在公司总的管理政策限度内,品牌营销主任对项下产品的营销战略、销售政策、广告和促销方式的决策拥有相当大的权限,每一品牌营销主任都直接对分管营销经理负责,这些分管营销经理都是公司的高级管理层成员,直接对公司总经理负责。

(二)广告、销售政策和程序

事实上,日用品公司的某些产品彼此之间是具有竞争性的,因而,在某种程度上,品牌营销主任不仅要考虑到来自公司外部的竞争者,而且还要考虑来自公司内部竞争。总经理每年给一个品牌确定一个销售目标,根据该品牌的销售完成情况对品牌营主任进行考核。某些食品类产品,其计划销售额是按上年的实际完成额再加上 10% 的增幅来确定的。目前,公司有四家广告代理商,这些广告代理商在美国的各大城市都有他们的办事机构,其中有一家代理商还在加拿大的蒙特利尔和多伦多两地设有业务办公室。美国的广告代理商如

若要在加拿大做广告,既可直接通过加拿大的广告媒体,又可通过与美国广告公司有联系的加拿大广告公司。

加拿大的广告业务,无论是由美国的代理商还是由加拿大的代理商来做,都与美国的广告业务极其相似。公司的高级管理层认为,美国和加拿大广告业务的区别仅仅是程度不同而已。广告信息具有适应性,纽约的商品广告有什么新动向,在洛杉矶、芝加哥、蒙特利尔等地的广告市场上都会有所反应的。加拿大的人口大部分集中在美加边界旁,美国的广告媒体尤其是收音机和电视所播放的节目都能被加拿大人接收到。该公司为了开拓法语加拿大人的市场,大量用法语做广告,不过些法语广告仅仅是英语广告的简单翻译而已,为了使法语广告做得地道纯正,加拿大广告公司专门雇用了讲法语的加拿大人。

(三) 欧洲市场的广告

多种因素促使美国日用品公司进军欧洲市场。首先,它认为,无论经济形式如何变化,大部分欧洲国家的居民收入和生活水平是在提高的;其次,它认为美国的自助销售法在欧洲也许具有重要意义,它坚信其产品开发部如若对产品的设计和包装加以改进,是肯定会满足欧洲自助商店或超级市场的需要的。事实上,欧洲的自助销售在经过一段缓慢的发展时期之后,目前已在英国、法国、意大利等国家广泛风行起来。该公司认为与许多欧洲同类产品的生产者相比,它有能力适应这一销售革命的需要,它在这方面认为颇具优势;再则,欧洲电视机的广泛普及也是该公司考虑进入欧洲市场的原因之一,某些国家曾经禁止电视台播放商业节目,但随着电视节目的制作成本逐步增大,各国终究还是播放了获益极大的商业电视节目,丹麦、瑞典甚至转播周边国家的商业节目,许多欧洲国家的电视内容是播放美国节目,无疑这也会促进美国产品的销售。就广告成本而言,电视并不是它的主要广告媒体,该公司也曾成功地举办过几次信级极高的产品展销活动,公司善于运用各种广告媒体推销产品,高级管理层相信本公司的产品是完全能被欧洲市场接受下来的。

日用品公司并不打算立即在欧洲所有的国家展开营销活动,公司准备首先在英国建立一家分厂、将其生产的产品直接在英国市场上销售,然后再与荷兰的食品加工厂合资、在欧共同体市场内销售并寻机向欧洲自由贸易联盟各国出口。

公司还没考虑在欧洲市场出售产品商标权。

(四) 广告代理商的选择

公司目前还未就如何选择欧洲市场上的广告代理商取得一致的意见,不过总的看法是,在业务量还没有得到大量拓展之前,最好是找一家独家广告代理商,然后通过这家代理商,进行更进一步的行情调研,对欧洲各国的广告做法、包装习惯、销售法等进行深入的研究。

加拿大和美国的消费者口味是各不相同的,甚至美国各地的消费者口味也会大相径庭。西部美国人爱喝煮的咖啡,而东部美国人却喜欢喝速溶咖啡,这种消费者口味的差异性也许在欧洲各国之间会更大,因此,该公司就产品在欧洲市场上的适销性问题上还没有确定一个完整的生产计划。但有些管理职员提出,不应忽视消费者口味的同质性,选择的广告代理商应深知产品的适应性原理。

熟食部的销售经理认为,他们应选一家美国人经营的广告公司作代理,只要该公司有兴趣在欧洲开一个服务办公室就行,因为美国广告公司熟悉本公司的程序、政策、产品和经营

目的。鲜品部的销售经理则认为,美国广告公司熟悉日用品公司的情况,这一点固然不能忽视,但熟悉欧洲市场行情的广告公司则更应注意,因此,应选择那些既了解美国情况又熟悉欧洲市场的国际营销咨询服务机构作为本公司的广告代理商;而非食品部的销售经理则持另一种观点,即应选择一家欧洲人经营的广告公司作为本公司的广告代理商,但同时要注意,该广告公司必须在欧洲各国都有分支机构,或者该广告公司是一家大型营销咨询集团的成员。因为欧洲广告公司熟悉欧洲每一个国家的详细情况。不仅要把欧洲看作一个统一的市场,还要把欧洲看作是统一市场以下的众多分散市场,它需要熟悉欧洲各国情况的广告专家,以使它在欧洲每一个国家每一座城市的每一则广告都适合当地市场的特点,只有欧洲广告公司有条件符合这一营销导向。

目前,公司为进入欧洲市场,在广告代理商的选择问题上面临着三种方案,总经理征询是否还有其他的可供选择的方案。公司也可将欧洲市场的广告业务分作两个部分,一部分业务交给欧洲人的广告公司,一部分业务交给美国的国际广告公司,然后经过一段时期的试用后,衡量究竟哪家广告公司的工作效率更高,尔后再选定该家广告公司作为欧洲广告业务的代理。

第二节 国外广告标语及口号经典

一、食品类

(一)原粮及粮食制品

米面

每一粒都在向你致意!

(大米)本大叔粮食公司

如果你只对最好的感兴趣,那就去找“本大叔”吧!

(大米)本大叔粮食公司

大自然纯洁的赐予。

(里佛牌大米)

这些口袋里装的是称心如意。

(布尤勒面粉)布尤勒面粉厂

上乘的面包只能来自上乘的面粉

梅德拉尔特面粉公司

好的面粉使面包师更加技艺超群

联合面粉公司

它的纯洁将体现在你烘焙出的所有东西。

(丹迪面粉)食品加工公司

纯洁得好似雪花。

诺沃蒂面粉厂

力量是一切好面包的基础。

(发酵粉)瓦利埃面粉厂

有一颗心在里面跳动。

(面粉)埃伦面粉公司

支撑面团的力量。

(发酵粉)杰克斯食品厂

谁都会联想到金黄的麦穗。

斯蒂德面制品厂

烘焙出美味面包的最高奖赏就是丈夫的微笑。

帕斯伯雷面粉公司

好面粉会带给你好运气。

比斯奎面粉公司

手艺不到家没关系,只要比斯奎特面粉到了家。

比斯奎特面粉公司

它富有力量。	(冒险牌面粉)
“五朵玫瑰”总能使你的家人喜笑颜开。	(五朵玫瑰牌面粉)
以特殊风味著称。	(风味牌面粉)
新鲜——大自然食物法则的第一条。	辛可面制品公司
糕饼	
有身价的人吃有身价的面包。	比尔食品厂
象最可口的东西一样可口。	德里克糕饼公司
这些饼干多像是从你老祖母手里烘制出来的！	(邓肯曲奇)布拉克饼干公司
有了它晚宴才算完美。	(水果蛋糕)全国饼干公司
你别把它称作饼干,把它称作薄雪花也许更合适。	太平洋饼干公司
咬一口琼斯顿饼干,它会令你兴奋的手舞足蹈。	琼斯顿饼干公司
每一块饼干都会给你带来一份喜悦。	格莱能糕饼公司
你会把最后一粒面包屑也放进嘴里的。	斯坦莫尔面包公司
没有“温德”就没有美国。	(温德面包)ITT 面包公司
我们的厂旁有一千扇窗户。	阳光饼干公司
它能使你深情地回忆起母亲的手艺。	阿莫格林饼干公司
它的纯洁将体现在你烘焙出的所有东西中。	(丹迪面粉)食品加工公司
纯洁得好似雪花。	诺沃蒂面粉厂
力量是一切好面包的基础。	(发酵粉)瓦利埃面粉厂
有一颗心在里面跳动着。	(面粉)埃伦面粉公司
支撑面团的力量。	(发酵粉)杰克斯食品厂
谁都会联想到金黄的麦穗。	斯蒂德面制品厂
烘焙出美味面包的最高奖赏就是丈夫的微笑。	帕斯伯雷面粉公司
好面粉会带给你好运气。	比斯奎面粉公司
“五朵玫瑰”总能使你的家人喜笑颜开。	(五朵玫瑰牌面粉)
它富有力量。	(冒险牌面粉)
以特殊风味著称。	(风味牌面粉)
新鲜——大自然食物法则的第一条。	辛可面制品公司
每一包里装着九十块金灿灿的饼干。	阿伯里恩食品公司
是什么使一个婴儿长成健壮的男子汉？霍姆斯德面包	霍姆斯德面包厂
一片入口,永志难忘	比尔食品厂
集美味之精华。	塔斯特糕点公司
这才是面包。	上校面包厂
肯定是你一生中最喜爱的。	德里克糕饼公司
就象一曲美妙的情歌。	(白脱饼干)凯尔糕饼公司
这可是华盛顿母亲的配方。	(德里姆牌姜汁面包)
没有人不喜欢吃琼斯顿饼干。	琼斯顿饼干公司

经过五十年光阴考验的最完美的烘焙技术。	全国饼干公司
为了上帝的缘故请你尝尝里根牌面包。	(里根牌面包)
新鲜到最后一片。	斯坦莫尔面包公司
阳光属于你。	(阳光牌面包)
从十二方面增强你的体魄。	(奇迹牌面包)
你只需说“里茨”,连聋子也能听见	(里茨牌面包)
“里茨”总会让人们自然地停下脚步。	(里茨牌面包)
这是你所能买到的含卡路里低的面包。	(里茨牌面包)
每一顿早餐都洋溢着香味和美感。	(葡萄果仁蛋糕)通用食品公司
哪怕浸在牛奶里也依然松脆。	(波斯特薄饼)通用食品公司
燕麦片	
新型的早餐宴会。	(卡普斯牌麦片)全国饼干公司
美国大众一年四季的早餐。	(麦片)夸克燕麦制品公司
以好品味著称于世。	纯洁燕麦制品公司
不需冒险所获的健康。	(麦片)凯劳格食品公司
你的孩子该有这份健康和乐趣。	(三分钟麦片粥)钱国燕麦制品公司
最方便的早餐。	(斯莱德麦片)全国饼干公司
它铺就了健康之路。	(约克麦片)约克食品公司
你不妨去看一看那些强壮的小男孩正在吃什么!	(麦饼)通用面粉公司
早餐桌上的快乐。	阿法比茨麦片公司
这是最方便的食物——买起来方便,煮起来方便,吃起来更方便!	(麦片)夸克燕制品公司
人类健康的捍卫者。	(弗莱希牌麦精)
大自然最无私的奉献。	(弗莱希牌麦精)
肌体抵抗力最强大的助手。	(弗莱希牌麦精)
你又开始了金色的一天。	(金色格雷牌麦片)
风味独特也许就是人们喜爱它的原因。	(金色格雷牌胡桃麦片)
为全家人的健康保险。	(施莱德牌麦片)
冠军的早餐。	(维特牌麦片)
忽视早餐就是忽视健康。	(麦片)凯劳格食品公司
帮助你自己。	(麦片)凯劳格食品公司
“凯劳格”是健康和幸福的同义词。	(麦片)凯劳格食品公司
应该替孩子们着想,他们需要营养。	(卡普斯牌麦片)全国饼干公司
从枪膛里射出来的玩意。	(膨化食品)夸克燕麦制品公司
如同清晨一般新鲜。	(爆玉米花)坎贝尔公司
美国人的休闲零食。	(爆玉米花)杰克饼干公司
尽管吃,不用担心你的体重	(爆玉米花)杰克饼干公司

其味无穷的甜味爆玉米花。

凯劳格食品公司

你的另一个情人。

(爆玉米花)凯劳格食品公司

好滋味令你终身难忘。

美国谷物制品公司

(二) 畜肉、水产品

肉制品

全美国最考究的袋装肉类食品。

阿莫尔食品包装公司

方便的方形午餐肉。

印第安那罐头食品公司

来自遍地玉米的乡间。

(火腿)杜布鲁克食品公司

尝过“斯威夫特”，你会吃它一辈子

斯威夫特肉类食品加工公司

我们的辞典中没有“但是”、“如果”的字眼。

阿道夫肉制品公司

里面珍藏着美好的旧时光。

(午餐肉)阿莫尔食品包装公司

紧跟在美味后面的是健康。

康舍尔肉制品公司

来自堪萨斯农场最新鲜的火腿。

布茨肉制品公司

打上“莫尔尔”标记的，肯定是全美国最好的。

阿莫尔食品包装公司

牌子虽然是“魔鬼”，但它却是给天使们享用的

(魔鬼牌火腿)

“妈妈，我还要一片香肠”。

H·G·帕克斯肉制品公司

“这正是我想吃的火腿”。

(阿莫之星火腿)阿莫尔食品包装公司

以卫生命名，也以卫生著称于世。

卫生肉食品公司

姿态象虾一样优美。

(虾制品)金银岛食品公司

大海奉送给人类的最佳礼物。

(牡蛎)北美蛎养殖场

要么亲自下海，要么购买“法莱”。

法莱水产品公司

“基茨”商标使金枪鱼成为美味食品。

(基茨牌金枪鱼)

使每一餐都成了宴会。

(基茨牌金枪鱼)

难道这不是一个值得庆贺的日子吗？

(基茨牌金枪鱼)

打开罐头便能感受到大海的热情。

(基茨牌金枪鱼)

这正是我梦寐以求的。

汉密尔顿水产品公司

(三) 乳品

乳制品

永远是从最新鲜的牛奶中提炼。

(白脱)七月乳制品公司

我们生产的干酪充满着激情和活力。

美国乳制品联合会

乡村魅力的再现。

(白脱)迪恩食品公司

与新鲜牛奶一样易于吸收。

(炼乳)克拉夫脱食品公司

波尔顿冰淇淋配得上一把金匙子。

波尔顿乳制品公司

和雏菊一般新鲜娇嫩。

(白脱)七月乳制品公司

今天你喝过新鲜牛奶吗？

新鲜牛奶公司

为健康而配制的冰淇淋。

全国冰淇淋联合会

它们仿佛是在太空制做的。

衣阿华白脱制造公司

大自然忘记了维生素 D,但“迪恩没有忘记”。

再好也好不过“斯威夫特”。

它象处女般纯洁,绝无任何人染指。

每位医生都知道它。

欢笑跟随着匙子展现。

它将让你看到婴儿茁壮成长的奇迹。

你可以完全依赖“波尔顿”。

最挑剔的主妇会选择“吉夫”。

食品中的王子。

白脱会使一切变得更好。

婴儿的牛奶必须是最安全的。

让健康流入千家万户。

一刀切下一片更美味的干酪。

只要菜谱中需要牛奶。

所有的奶油都留在了里面。

我们关注着全人类的健康。

让每一餐都变得奇妙无比。

用牛奶和麦精制成的好东西。

保持你的健康可不能三天打鱼两天晒网啊!

“哈立克”为生命注入新的活力。

如果你买到了最好的麦乳精,那它一定是白十字架牌的。

哈立克——生命之源。

充满自然风味的冰淇淋。

还是让它的滋味来诉说吧!

只有一个皇帝。

青春的喷泉。

(四)蛋品

新鲜得犹如朝露。

(五)水果及水果制品

水果、干果

一天一只苹果,你会让医生失业。

新鲜得令你馋涎欲滴。

苹果吃得少,药就吃得少。

假如能钻进去看一下,那你每次都会买桑克斯特桔子。

尝一口抵得上一千句话。

剥开皮,里面是美味和健康。

与你的脸颊相映成辉。

(白脱)迪恩乳制品公司

(干酪)斯威夫特食品公司

(干酪)克拉夫脱食品公司

(牛奶)康乃馨乳制品公司

波因塔冰淇淋公司

(牛奶)波尔顿乳制品公司

(牛奶)波尔顿乳制品公司

(吉夫牌白脱)普劳克特乳制品公司

美国乳制品联合会

美国乳制品联合会

切林吉乳制品公司

切林吉乳制品公司

(丹麦蓝色干酪)

(炼乳)波尔顿乳制品公司

(炼乳)波尔顿乳制品公司

(挑战牌牛奶)

(菲利厄斯牌白脱)

(哈立克牌麦乳精)

(哈立克牌麦乳精)

(哈立克牌麦乳精)

(白十字架牌麦乳精)

(哈立克牌麦乳精)

(布里厄牌冰淇淋)

(戴里奇牌麦淇淋)

(皇家牌麦淇淋)

哈立克麦乳精公司

太平洋鸡蛋公司

太平洋果品公司

麦克法伦果品公司

弗吉尼亚果品公司

(桔子)桑克斯特果品公司

麦克法伦果品公司

美国水果批发公司

胡德诃苹果公司

最好的柠檬总是姓桑克斯特。	桑克斯特果品公司
为朋友相聚添一分意外的情趣。	(花生)普朗特果品公司
如果你感冒了,那就吃几只柠檬。	桑克斯特果品公司
无法忘怀的美味。	戴尔蒙特水果公司
切开一只菠萝吧,里面是金色的阳光。	戴尔蒙特水果公司
这是一片片来自热带的阳光。	(菠萝罐头)戴尔蒙特水果公司
我们批发健康。	美国水果批发公司
昨天在果园里,今天在餐桌上。	弥尔顿水果公司
我们只用新鲜水果。	(果酱)克拉夫特食品公司
餐桌上的公主。	(果酱)契沃父子食品公司
似乎不再是土豆了。	(炸土豆片)缪勒食品公司
只有含苞待放的花蕾能与之相比。	(果酱)卢希斯食品公司
它每天向你问早安。	(果酱)卢希利夫食品公司
早餐桌上奇妙的红色。	(草莓酱)斯威夫特果品公司
每家都应该有一瓶。	(匈牙利黑草莓酱)
了不起的葡萄,最独特的风味。	(维切牌葡萄酱)
陪伴在美国人身边。	(雷斯牌土豆片)
使美味食品的味道更美。	(亨氏蕃茄酱)
打开罐头,你就走进了加利福尼亚的阳光。	(亨特牌蕃茄酱)
砸开一只只好核桃不也是一种享受吗?	加利福尼亚核桃生产联合会

(六)汤料

家庭食谱的升华。	(汤料)坎贝尔食品公司
蕴含无限的美味。	(汤料)坎贝尔食品公司
对饥饿的人,它能给予最多。	(浓缩汤)坎贝尔食品公司
每一袋都散射着健康的光芒。	(浓缩汤)坎贝尔食品公司
你不想去照管一下花园吗?“坎贝尔”能为你省下更多的时间。	(浓缩汤)坎贝尔食品公司

给你一盘热腾腾的汤,却不会给你一个热腾腾的厨房。	(浓缩汤)坎贝尔食品公司
“坎贝尔”创造了一个又一个好胃口。	(浓缩汤)坎贝尔食品公司
一月里美妙的七月。	(浓缩汤)坎贝尔食品公司
好胃口是没有假期的。	(浓缩汤)坎贝尔食品公司
和家中做的汤一模一样。	(亨氏蕃茄汤罐头)
你能猜出客人们最喜爱吃什么吗?	(蕃茄汤)坎贝尔食品公司

(七)饮料

酒类	
绅士的象征。	(克提萨克威士忌)贝里布劳思公司
一个光荣的开始。	(苏格兰威士忌)兰菲尔德进口公司

一份最值得继承的遗产。	费城威士忌酿制厂
无论什么年代,它都是美国最好的威士忌。	(四玫瑰威士忌)
美国最有名的花束。	四玫瑰酿酒公司
高贵的苏格兰威士忌。	特里恩·马可·莫塔尔酿酒公司
雨后的彩虹。	(鸡尾酒)海伦·沃克酿酒公司
独一无二的体验。	(姜汁酒)索姆塞特进出口公司
它的产地就是法国国王的出生地。	(香槟)奥塔德酿酒公司
与平庸彻底决裂。	(混合威士忌)西格拉姆酿酒公司
这酒和它的名称一样欢快。	阳光小溪威士忌酿制厂
清爽平和地穿过你的喉咙。	(威士忌)大陆酿酒公司
产在荷兰,香在全球。	布朗·福尔曼酿酒公司
它是液体的狂欢!	(榛子酒)艾文酿酒公司
美妙乐曲般朗朗上口。	(老公鸡牌)全国酿酒公司
你喜欢意大利风味吗?尝一口“加里亚诺”。	(加里亚诺牌)麦金森公司
最富个性的酒为了最富个性的人。	(威士忌)西格拉姆酿酒公司
为崇尚古风者而酿制。	(威士忌)国王酿酒公司
它象羔羊般温顺。	(威士忌)麦金塔耶酿酒公司
没有 PM,怎么能算是一个夜晚!	(PM 威士忌)
它会让你喘不过气来。	(伏特加)霍布拉尔酿酒公司
此刻你才会知道什么叫其味无穷。	(教师牌威士忌)巴卡蒂进口公司
纯净、柔顺,好似天鹅绒一般。	(皇家牌威士忌)海伦沃克酿酒公司
永远与时代并驾齐驱。	(马拉加朗姆酒)
在它七岁之前,一滴也不会出售。	(威士忌)杰梅森父子酿酒公司
多付几分钱……可是天壤之别啊!	(JB 苏格兰威士忌)詹姆士酿酒公司
鲜红的商标。	(尊尼沃克威士忌)索姆塞特进出口公司
像交响乐般层次丰富。	(马利兰威士忌)
你只需说“西格拉姆”,剩下的就是舒心享用了。	(威士忌)西格拉姆酿酒公司
很多年前我们就把美味封在瓶中了。	(泰勒威士忌)全国酿酒公司
请你尝一口具有神奇魔力的乳酒。	(贝利爱尔兰乳酒)
英格兰王冠上的钻石。	(姜汁酒)科布兰德酿酒公司
水晶般的瓶子,水晶般的酒。	(姜汁酒)美国酿酒公司
当你愿意拿出最好的酒招待客人时……。	(尊尼沃克威士忌)索姆塞特进出口公司
象阳光和清泉——带给你激情无限。	伊特纳酿酒公司
它们已经在地窖里睡了许多年。	(波多黎各牌朗姆酒)
整个世界都需要快乐的“布莱丁”。	(布莱丁牌威士忌)
一点一滴蒸馏出来的美酒。	(早时光牌威士忌)
纯天然的美酒。	美国酿酒公司

唯有品尝才能告诉你一切。	美国酿酒公司
晚会上怎能没有凯维特超级威士忌。	(凯维特超级威士忌)
为所有已经成为或即将成为大人物的朋友。	(凯维特超级威士忌)
有八十五个国家的人们说:“这是家里最好的威士忌”。	加拿大俱乐部酿酒公司
“黑眼睛”早晚会走进你心里。	(黑眼睛牌姜汁酒)
一个美妙的狂欢之夜。	(榛子酒)艾文酿酒公司
它来自阳光明媚的墨西哥。	(克鲁瓦咖啡酒)
它与大自然一样。	(威士忌)先迪酿酒公司
象它的名字那般柔和。	(黑丝绒牌威士忌)
调制上等鸡尾酒必不可缺的部分。	(G&D 牌苦艾酒)
欢乐伴随着“布朗费尔”降低。	(布朗费尔牌威士忌)
维系着你今天、明天和永久的欢乐。	(威士忌)西格拉姆酿酒公司
“迪维尔斯”永远不会改变。	(迪维尔斯苏格兰威士忌)
在你美好的回忆中。	(迪维尔斯苏格兰威士忌)
答案就在瓶中。	(教师牌威士忌)
任何时代都是“标准”的时代。	标准酿酒公司
它之与众不同犹如白城与黑夜。	(朗姆酒)巴卡蒂进口公司
永远给人最充分的享受。	(朗姆酒)巴卡蒂进口公司
千万不要含糊其辞,明确地说“黑格和黑格”。	(黑格和黑格牌威士忌)
用不着再费心调制了,打开瓶塞尝尝吧!	(索西虾咪鸡尾酒)
正是早时光使你所有的时光更愉快。	(早时光牌威士忌)
每一次晚会都应该有额外的享受。	(额个牌威士忌)
比最奇妙的更奇妙。	匹茨堡酿酒公司
为了每一个伟大的时刻。	西部香槟酒公司
像二次大战前一样,它依然是美国最出色的威士忌。	(四玫瑰牌威士忌)
来自世界上最大的地窖。	(莫艾特牌香槟酒)
你永远不会忘记的一位老朋友。	(加文斯牌威士忌)
你不妨尝一口十二岁的苏格兰威士忌。	(格兰维特牌苏格兰威士忌)
自从 1820 年以来,从未有过丝毫变化。	(格兰维特牌苏格兰威士忌)
“只要我口袋里还有钱……”。	(格兰维特牌苏格兰威士忌)
伟大的西部和伟大的时刻。	(伟大的西部牌香槟酒)
仿佛回到了中世纪。	哈雄酿酒公司
最喜爱社交的酒。	(雪梨酒)哈雄酿酒公司
五十年无敌手。	(金婚牌威士忌)
你不用再使劲晃动摇壶了。	(郝格兰牌鸡尾酒)
十二种鸡尾酒——高级调酒师的杰作。	(郝格兰牌鸡尾酒)
无法超越的高品味。	(朗逊牌香槟酒)

聪明人才会买货真价实的美酒。(雾牌苏格兰威士忌)

不会有比这更纯净润泽的威士忌了。(海伦沃克威士忌)

就象苏打水对于威士忌的重要性一样,霍夫曼添加剂是调剂鸡尾酒必不可少的原料。(霍夫曼牌添加剂)

“格兰维特”为什么敢如此昂贵?(格兰维特牌苏格兰威士忌)

1860年以来,它一直是美国上层餐桌上的佳品。(亨特牌威士忌)

你应该尝尝美国的X·O。(白兰地)美国酿酒公司

至高无上的享受。(皇帝牌威士忌)

当然是从西班牙进口的,真正的雪梨酒都是如此。(达夫戈德牌雪梨酒)巴卡蒂进口公司

在八十七个国家中,还没有比“加拿大俱乐部更好的威士忌”。(加拿大俱乐部牌威士忌)

充满传奇色彩的苏格兰威士忌。(雾牌苏格兰威士忌)

三百二十年盛誉不衰。(海格牌苏格兰威士忌)

令人兴奋得透不过气来。(斯莫诺夫牌伏特加)

醇而又醇。(J和B牌苏格兰威士忌)

无论是谁,都会欢迎“黑牌尊尼沃克”的。(黑牌尊尼沃克威士忌)

要“J和B”;你就要了一个奇妙无比的夜晚。(J和B牌苏格兰威士忌)

节日之夜总是以“红牌尊尼沃威士忌”。(红牌尊尼沃威士忌)

比别的酒稍好些。索普酿酒公司

犹如一曲美妙的情歌。(凯尔牌苏格兰威士忌)

只会温暖你的心,不会冲昏你的头。(凯思勒牌混合威士忌)

为了恋旧的人们。(国王牌威士忌)

朋友相聚怎能没有葡萄酒。旧金山葡萄酒酿造协会

没有“诺利”,你什么也别干。(诺利牌葡萄酒)诺利牌葡萄酒公司

享用加利福尼亚的阳光吧!阿特勒葡萄酒公司

为了一切美好的时光。快乐谷葡萄酒公司

在加利福尼亚酿造出全人类的快乐。杰尔特酿酒公司

自从1889年起,一直戴着葡萄酒最高品质的桂冠。杰尔特酿酒公司

葡萄酒中最伟大的名字。(罗马牌葡萄酒)杰尔特酿酒公司

酒香中洋溢着意大利风情。玛基西葡萄酒公司

打开瓶塞,你就会知道它的魔力了。考贝尔酿酒公司

“我简直不能相信,世界上竟会有如此美妙的东西。”阿尔莎酿酒公司

尝一口你就会明白,经验对葡萄酒究竟意味着什么。奥玛顿酿酒公司

“蓝衣修女”出现在世界的每一个角落。(蓝衣修女牌葡萄酒)

纯洁无瑕的蓝色。(蓝衣修女牌葡萄酒)

注满了一瓶阳光。(桑斯波特牌白葡萄酒)

“来一杯杜波纳特！”这是最聪明的说法。

(杜波纳特牌葡萄酒)

法国葡萄酒中的王族。

巴顿·盖斯蒂尔酿酒公司

产于美国“香槟地带”的葡萄酒。

(金印牌葡萄酒)

最奇妙的景象莫过于面前放着一杯吉尼斯啤酒。

吉尼斯·哈珀啤酒公司

它的味道与它的色泽一样诱人。

巴伐利亚酿酒公司

问一问你的医生吧！

泛美啤酒公司

那是一道神圣的阳光。

伊特纳啤酒公司

喝上一口你就准备买一箱。

太平洋啤酒公司

它的身后是整整一个世纪的酿酒历史。

乔哈特·朗啤酒公司

喝啤酒也要有点头脑。

老殖民地啤酒公司

它的芬芳与它的历史一般悠远。

阿温斯·布希啤酒公司

敢在任何啤酒面前夸口。

(塞涅特啤酒)赫依里希啤酒公司

不妨设想一下,你手中有一杯“海涅根”。

(海涅啤酒)凡·门星啤酒公司

从今以后你不会再谈啤酒,你只会说“费斯达夫”。

费斯达夫啤酒公司

你对啤酒的一切期望都能从中获得满足,并且远不止这些。

米勒啤酒公司

“再来一杯皇家啤酒!”。

(皇家啤酒)中央啤酒公司

群山之巅。

阿温斯·布希啤酒公司

只要你有时间,“米勒”总在你身边。

米勒啤酒公司

最惬意的莫过于回家后端一杯“吉尼斯”了。

吉尼斯·哈珀啤酒公司

用餐的时光就是“吉尼斯”的时光。

吉尼斯·哈珀啤酒公司

最传统的生产方式——缓慢的,自然的。

格拉茨啤酒公司

每喝一口都有新的感受。

(铁城啤酒)匹茨堡酿酒公司

与众不同之处在于我们用的是山间的清泉。

坎布兰德酿酒公司

老朋友方是最好的朋友。

莱德森和赫尔曼啤酒公司

最高的技术永远不会从我们手中失去。

西弗啤酒公司

每杯中都藏有真正的活力。

斯力茨啤酒公司

谁听说过有比“海德公园”更好的啤酒?

海德公园啤酒公司

带上老锚啤酒你就会一帆风顺。

(老锚啤酒)布劳克里奇酿酒公司

它不仅是一杯啤酒,它更是一种传统。

安豪伊德布希啤酒公司

象定制服装一般,它恰好符合你的情趣。

(奶油啤酒)吉尼斯·哈珀啤酒公司

有好口味,但不会有腰围。

(雷布黑啤酒)美国酿酒公司

过去的好时光加上过去的好滋味。

埃特纳啤酒公司

这是传播友情的啤酒。

杰克斯啤酒公司

它能使暮年也充满阳光。

雅各布·卢珀啤酒公司

它能让你结识更多的朋友。

罗伯克啤酒公司

“海德公园”有一千万个朋友。

海德公园啤酒公司

金发女郎的最佳伴侣。

泰卡特啤酒公司

能分辨啤酒味道人的选择。 森林啤酒公司
一流中的一流。 美国啤酒公司
喝到最后一杯还是好味道。 中央啤酒公司
三十三种上乘原料酿成一杯无与伦比的啤酒。 帕布斯特啤酒公司
周末就是为米歇劳布啤酒而存在的。 (米歇劳布啤酒)安豪伊德布希啤酒公司
你早该踏入“米勒”时代。 米勒啤酒公司
哪里有生活哪里就有“布德”。 (布德啤酒)安豪伊德布希啤酒公司
当你第一次喝我们的啤酒时就应该警告自己,别为它使自己破产。 太平洋啤酒公司
端起一杯“吉尼斯”你就会知道,世上确实还有值得一喝的东西。 吉尼斯·哈珀啤酒公司
整个美国都浸在布德维塞啤酒中。 布德维塞啤酒公司
布希干啤酒——啤酒中的王子。 阿温斯·布希啤酒公司
端着杯子,捧着盒子,开着车子——来购买海德公园牌啤酒吧! 海德公园啤酒公司
全美国都泛起“加拿大”的泡味。 (加拿大牌啤酒)
“凯斯戴尔”已被捧上了天。 凯斯戴尔啤酒公司
登上顶峰的啤酒。 (特里莫牌啤酒)
啤酒象人类历史一般悠久。 布德维塞啤酒公司
为什么人们总是怀念过去的好时光?因为那时有卢珀啤酒。 雅各布·卢珀啤酒公司
昂首挺立在世界啤酒之林。 (参议员牌啤酒)
这才是啤酒! 布德维塞啤酒公司
什么地方有生活,什么地方就有“布德维塞”。 布德维塞啤酒公司
虽然是最好的啤酒,但它绝不要你多花一分钱。 (埃德布鲁牌啤酒)
这清纯的芳香曾吸引了几代人。 (克利考特姜汁啤酒)
令所有的人屏息以待。 (克利考特姜汁啤酒)
根本不用细想——来一杯“海涅根”。 (海涅根啤酒)
酿制的乐趣与品尝的乐趣相等。 (布拉茨啤酒)
你和“布德维塞”——这就是一个完整的世界。 布德维塞啤酒公司
你一定想当个好主人,那就用“布德维塞”来招待客人吧! 布德维塞啤酒公司
每一个泡沫中都溢出芳香。 (艾希勒牌啤酒)
满足你对啤酒的一切期望。 米勒啤酒公司
酿造大师的天才杰作。 费斯达夫啤酒公司
真正懂得啤酒的人们才喝“费斯达夫”。 费斯达夫啤酒公司
每一杯都令你能重温旧梦。 (蓝带啤酒)
来自清纯的山间泉水。 (海姆牌啤酒)
“金色的莱茵”闪烁着金色的光芒。 (金色莱茵牌啤酒)
纯净得如同水晶一般。 (戈登斯牌啤酒)
每天一杯,大有裨益。 吉尼斯·哈珀啤酒公司

当你无精打采时,请喝一杯“吉尼斯”。

现在到了喝“吉尼斯”的时间了。

没有任何东西能取代“吉尼斯”。

有谁能抵挡“吉尼斯”的魅力呢?

“吉尼斯”会给你足够的力量的。

天堂里的酒也不过如此。

“海德公园”的朋友以千万计。

朋友们会对你另眼相待的。

从不受通货膨胀的干扰。

真正的保健饮料。

现在是用“伯吉特”来改变潮流的时候了!

赢得了无数美誉的啤酒。

布德维塞——啤酒之王。

专家们说,这才是啤酒。

在每一轮比赛中取胜。

美得就像老朋友的祝愿。

“奥基夫”会令你终身难忘。

茶叶

让你的客厅里时时弥漫茶香。

杯中的片片翡翠。

为那些品茶高手。

新鲜得象是刚从茶园里摘来。

印度生产了世界上最优质的茶叶。

在一天中最美的时刻泡一壶最美的茶。

大自然奉送的绝妙佳品。

为惊恐万状的世界提供一帖安神剂。

有着高尚传统的茶叶。

当你开始饮用斯戈尔茶叶,你确实作出了一个明智的选择。

你有足够的理由饮用最好的茶叶。

仿佛还在晨露中。

有着最悠久传统的茶叶。

“蓝鸟”捎给你一个个愉悦的下午。

假如你想提起精神,就取出一小袋吧。

茶香中飘出温馨和惬意。

咖啡

杯中留着一片温馨的回忆。

永远以最完美的品质展现在世人面前。

吉尼斯·哈珀啤酒公司

吉尼斯·哈珀啤酒公司

吉尼斯·哈珀啤酒公司

吉尼斯·哈珀啤酒公司

吉尼斯·哈珀啤酒公司

(海姆牌啤酒)

(海德公园牌啤酒)

(印度山牌姜汁啤酒)

(布拉茨牌啤酒)

(加拿大牌干啤酒)

(伯吉特牌啤酒)

雅各布·卢珀啤酒公司

布德维塞啤酒公司

(库格牌啤酒)

(米勒啤酒公司)

(姜汁干啤酒)加拿大啤酒公司

(姜汁啤酒)奥基夫饮料公司

帕克斯茶叶公司

标准布兰茨茶叶公司

塞莱德茶叶公司

塞莱德茶叶公司

印度茶叶公司

约瑟夫·塔特林茶叶公司

密恩茶叶公司

星辰茶叶公司

安全之路茶叶公司

斯戈尔茶叶公司

W·S 昆贝茶叶公司

朱尔茶叶公司

坎特伯雪茶叶公司

蓝鸟茶叶公司

(袋泡茶)柔和之茶叶公司

蓝鸟茶叶公司

切克尼尔咖啡公司

迪顿咖啡公司

这才是真正的咖啡。
在两个世纪中赢得人们的喜爱。
端起这杯咖啡,为此刻的生活赋予意义。
它仿佛是从仙山琼岛上采摘来的。
为每一杯注满欢乐和激情。
你会爱它无数次。
滴滴香浓,意犹未尽。
连你在美梦中都会喝上一口的。
超越你渴望的咖啡。
你的愿望终将得到满足。
看看罐子上的日期你就会明白,它永远供不应求。
麦氏咖啡屋早已是美国风景的组成部分。
给你更多的回味。
清晨醒来的第一需求。
唯有优秀的咖啡才值得再饮一杯。
味道好得就像刚在杯中烘焙的一样。
我们总是将七种上乘的咖啡融为一体。
用耶鲁咖啡开始你的一天,便会有意料不到的收获。
这是最有助于你的想象力的咖啡。
喝上一杯,让烦恼随香而去。
它的苦更甜美。
用邓肯咖啡来体现南方的好客。
你准会喝尽最后一滴。
“雀巢”的轰动效应经久不衰。
最友善的饮料。
我们烘焙它,人们赞美它。
在早晨,为你插上双翅。
好味道始终如一。
开始了第二个世纪的统帅。
拥有国际声誉的咖啡。
开始了第二个世纪的统帅。
比一切咖啡更象咖啡的咖啡。
给人以灵感的咖啡。
绝不会影响你的睡眠。
总叫人喜形于色、赞不绝口。
它的味道你会终身难忘。
永远符合你的期望。

哈利金·金斯利咖啡公司
标准咖啡公司
通用咖啡公司
霍尔格咖啡公司
美国咖啡公司
普劳克特咖啡公司
麦氏咖啡公司
全国咖啡公司
美国咖啡公司
加利福尼亚食品公司
标准咖啡公司
麦氏咖啡公司
布鲁克·庞德食品公司
格兰格咖啡公司
比奈纳特咖啡公司
雀巢咖啡公司
加利福尼亚咖啡公司
斯坦万德咖啡公司
斯沃巴哈咖啡公司
贝克咖啡公司
福尔吉咖啡公司
邓肯咖啡公司
麦氏咖啡公司
雀巢咖啡公司
泛美咖啡公司
大角咖啡公司
麦克考米克咖啡公司
瑞拉伯咖啡公司
(切斯牌咖啡)
(切斯牌咖啡)
(切斯牌咖啡)
(塞费林牌咖啡)
斯沃巴哈咖啡公司
(海格牌咖啡)
巴里顿咖啡公司
比奇·纳特咖啡公司
(戴尔蒙特牌咖啡)

上帝喝的也是埃德牌咖啡。	(埃德牌咖啡)
美好的生活需要美好的咖啡。	桑卡咖啡公司
无法抗拒的美味。	(费莱切牌咖啡)
赞叹不已——从第一口到最后一口。	麦氏咖啡公司
雀巢咖啡——温馨家庭的奥秘所在。	雀巢咖啡公司
雀巢咖啡在任何地方都能引起轰动。	雀巢咖啡公司
费莱切咖啡本身就是一位好厨师。	(费莱切牌咖啡)
你自然会记住它的名字。	(费莱切牌咖啡)
你无法在品尝了“费莱切”之后不露出微笑。	(费莱切牌咖啡)
咖啡帮助你从生活中获得更多。	泛美咖啡公司
好的感觉来自于好的咖啡。	(桑卡牌咖啡)
咖啡的味道能有多好,它就有多好。	哈利·金斯利咖啡公司
真空包装使它始终新鲜。	哈利·金斯利咖啡公司
天上人间,举杯共饮。	(维克菲尔德牌咖啡)
咖啡爱好者的福音。	(高点牌无咖啡因咖啡)
每一滴都透出最高贵的气质。	麦氏咖啡公司
不多不少,味道恰到好处。	(戴乐蒙特牌咖啡)
现代口味的可乐。	王冠可乐公司
贵族的饮料,平民的价格。	克拉希国际公司
饮料的大本营。	通用食品公司
永远不含咖啡因。	七喜饮料公司
倾倒了每一个加拿大人。	加拿大七喜饮料公司
这就是可乐。	可口可乐公司
请饮可口可乐。	可口可乐公司
为所有充满青春活力的朋友。	百事可乐公司
畅销整个世界的饮料。	可口可乐公司
这才是真的可乐。	可口可乐公司
并不成倍的多,但却成倍的好。	莱恩可乐公司
绝妙的饮料。	百事可乐公司
全球最熟悉的商标。	可口可乐公司
休息时喝一杯可口可乐。	可口可乐公司
有可口可乐,世界变得更美好。	可口可乐公司
无法超越的品味。	百事可乐公司
干渴时喝“七喜”,沁人心脾。	七喜饮料公司
你喜欢“七喜”,“七喜”也喜欢你。	七喜饮料公司
你属于“百事”这一代。	百事可乐公司
情有独钟——“七喜”会带给你意想不到的收获。	七喜饮料公司

微笑着喝一口可乐。 可口可乐公司
口味怡人——皇冠可乐会给你一份新的喜悦。 皇冠可乐公司
好时光最需要皇冠可乐。 皇冠可乐公司
健康是你的幸福,我们的事业。 (山谷牌矿泉水)
饮料中具有全能营养的珍品。 海乐斯饮料公司
碳酸气被我们牢牢地囚禁起来了,最后才变成无数颗晶亮的汽泡。 (霍夫曼牌苏打水)
这是活着的液体。 (霍夫曼牌苏打水)
为任何饮料注入生机。 (霍夫曼牌苏打水)
“蜜露”才是最适合于你的饮料。 (蜜露牌饮料)
大自然最无私的奉献。 (克拉克牌矿泉水)
“七喜”给你带来真诚的朋友情谊。 七喜饮料公司
使你的头脑、神经和躯体紧密地联系在一起。 (奥弗汀牌)王德饮料公司
你喝的不仅是饮料,它还是一种能量。 韦尔切葡萄汁公司
每天都喝一只苹果。 (苹果汁)马提纳利饮料公司
你的健康与幸福就是我们的事业。 峡谷矿泉水公司
美利坚,我们为你服务。 大洋樱桃饮料公司
它也能使你清澈纯净。 白石矿泉水公司
“奥基”使你得到更多的朋友。 奥基矿泉水公司
瞧一瞧它是如何制做的吧! 桑给斯特饮料公司
餐桌上的饮料之王。 (佩里埃牌)健康饮料公司
将它倒入杯中,杯子也会发出欢呼。 莱恰特巧克力公司
迸射出火花的水。 埃弗莱斯饮料公司
在这纯净的水中有着水果的全部魅力。 (戴尔蒙特牌)加利福尼亚饮料公司
高尚情趣的象征。 (莫特苹果汁)达菲·莫特饮料公司
餐桌上只要有了它,欢声笑语就不会断。 (梨汁)荣格沃尔费饮料公司
你完全可以成打地购买,因为它们总是大受欢迎的。 (柠蒙汁)桑给斯特饮料公司
每一滴都是纯天然的。 (草莓汁)戴尔蒙特水果公司
每一口都充满能量。 韦尔切葡萄汁公司
大自然最慷慨的赐予 (比切牌鲜桃汁)
为了最纯粹享受。 (威尔士牌葡萄汁)
每一滴都饱含着青春活力。 (鲜果汁)桑给斯特饮料公司
假如有人举杯一饮而尽,那里面一定是泰恩果珍。 (泰恩果珍饮料)
只要你喜欢巧克力,你就一定会喜欢“马维斯”。 (马维斯巧克力饮料)
舞会上最受欢迎的饮料。 (太阳牌果汁)

(八)调味品

聪明的厨师从来不会将它忘记。 达贝食品公司
你的每一道菜肴都因它而更添风采。 (钻石牌精盐)钻石制盐公司

每只瓶内装着的都是健康。

它会使你的色拉具有诱人的魅力。

花不了一分钱,你的蛋糕便会喷香扑鼻。

每一餐都会留下温馨的回忆。

为每一种食品增加一丁点情调,而这正是你需要的情调。

假如你手边是多米诺白糖,尽管放心——它们绝对纯净。

家常菜也能非同凡响。

我们没有较好的,只有最好的。

用我们的调味品将食物惊醒。

你只要提到“卡莱”这个名字,对家庭主妇们已是足够了。

厨师的救急品。

柔和而纯洁的晶体。

你希望自己感觉良好吗?

小小一方,为你杯中增添无穷乐趣。

不需搅拌,它会自动溶解。

像糖一样甜但不含糖份。

你也需要甜蜜。

“利普顿”掌握了点金术。

要么不下雨,要么是倾盆大雨。

如果不是钻石牌,怎么如此快地溶化呢?

根本不用搅拌。

就像到了意大利。

(九)糖果

这感觉会使你兴百得喘不过气来。

记住,每餐之后!

你的问候也会变得更甜美。

你含着的是月光般的韵味。

“雀巢”常驻你心。

纯天然的滋味才能日久天长。

里面包着一片人类共同的情趣。

它的纯净犹如山间的清风。

放入口中,你就像见到了东升的旭日。

它里面有一颗奇妙的心。

这是一个神秘的童话世界。

它是美国人的礼品。

信手拈来,其味无穷。

每一次晚会欢乐的源泉。

理查德·赫尔曼食品公司

(色拉调料)拉尔特食品公司

谢里夫香草公司

F·H·莱格特食品公司

李·佩林调味品公司

美国糖业公司

彭克特厨房用品公司

贝斯特食品公司

特米诺粮油食品公司。

卡莱制盐公司

(牛排沙司)达贝食品公司

(钻石牌精盐)

(埃诺牌食盐)

(方糖)西弗林糖业公司

(埃诺牌食盐)

(伊克牌甜味剂)

(伊克牌甜味剂)

利普顿调味品公司

(莫顿牌食盐)

(钻石牌食盐)

(埃诺牌精盐)

(意大利面调料)拉古食品公司

(先锋口香糖)斯特朗·科本公司

(瑞格里口香糖)瑞格里糖果公司

梅德糖果公司

沃更糖果公司

(雀巢巧克力)雀巢公司

汤普斯口香糖公司

(克拉克口香糖)菲利普·莫里斯公司

D·L·克拉克糖果公司

美国口香糖公司

(果仁巧克力)利吉特公司

自由果园糖果公司

黑利糖果公司

(薄荷糖)比奇纳特糖果公司

波士顿糖果公司

只溶于口,不溶于手。
别出心裁的鸡尾酒口香糖。
聪明人款待朋友之佳品。
随身的好伙伴。
营养和口味一样好。
你可以把全部信任都押在西弗糖果上。
与你的口味最相宜。
百嚼不厌。
你不会想到一毛钱竟能买这么多奇妙的糖块吧?
怎么每个人的嘴都在动?
精神为之一振。
别忘了你的客人们。
赢得每个人的心。
最美味的英国老式巧克力。
“妈妈说这种糖味道最好!”
布切尔糖果正在朝你微笑。
珍惜生活的每一时刻。
它的滋味真是妙不可言!哦,别忙,中间还有更妙的!
你得到的,肯定超过你想到的。
它就在你的手边。
纯化你的呼吸。
姑娘再不会对你皱眉了。
“金米诺”把生活也变得甜美了。
瑞格里口香糖给你带来双倍的快乐。
上帝知道这是最好的糖果。
孩子们都知道其中的区别。
每一块都会让你惊喜不已。
嚼上三分钟,你就会知道它的奇妙之处了。
清香常驻!
为了每一个吻都更完美。
最受欢迎的礼物。
送给朋友一盒惠特曼巧克力——你很快最会懂得人们为什么将它称作“友好的使者”了。
为你的牙床按摩一会儿吧!
每一盒都盛满幸福。
你不会再半途而废。
与阿尔卑斯山齐名的巧克力。

(M&M 巧克力豆)玛尔斯糖果公司
(瓦伦口香糖)瓦伦公司
(布拉奇水果糖)布拉奇父子公司
美国口香糖公司
劳拉糖果公司
拉尔夫·西弗糖果公司
吐温糖果公司
贝卡口香糖公司
贝贝露丝糖果公司
奥蒙德口香糖公司
(口香糖)比奇纳特糖果公司
美国口香糖公司
美国口香糖公司
坎德伯雷食品公司
堪贝尔儿童食品公司
布切尔糖果公司
爱尔兰莫恰口香糖公司
(列吉特果仁巧克力)
(三枪牌巧克力)
(薄荷糖)比奇纳特糖果公司
(坦汀牌口香糖)
(坦汀牌日香糖)
多米诺糖果公司
瑞格里糖果公司
埃莫糖果公司
(拉尔恰特牌巧克力)
(玛尔蒂牌巧克力)
(菲纳特牌口香糖)
(绿叶牌口香糖)
(BYS 口香糖)
(公主牌巧克力)
(惠特曼牌巧克力)
(佳莱姆牌糖)
糖果联合批发公司
(银河牌口香糖)
瑞士巧克力公司

并不仅仅是甜蜜。

如何使她的眼睛流出欣喜的光芒？

假如她依然冷冰冰的，不妨送上一盒拯救者巧克力试试。

你确实具有最好的鉴赏力。

应该用它来款待每一位尊贵的客人。

(十) 宠物食品

如果不小心掉在街上，就会招引来一大群狗。

为人类的好朋友提供食物。

难道你不想用“艾尔普”来款待你的狗吗？

连最挑剔的美食家也喜爱它的味道。

你的狗会对你摇尾巴的。

猫和狗也该尽情享受一番了！

请把你家的狗拴牢，否则它会自己跑到卡斯克公司来的。

(十一) 其它类食品

全美国最棒的牛肉和大豆。

民众的健康是国家力量所在。

打开它就是一个盛大的节日。

信誉在食品是何等重要，而这正是我们所拥有的。

好胃口离不开“哈斯洛特”。

美味高于一切。

美食家总是敢于冒险。

百万婴儿的最佳食品。

封入罐中的是新鲜与健康。

还从来没有哪一个打开罐头的人表示过失望。

花极少的钱便能美餐一顿。

让野餐变成盛宴。

在你忙得不可开交时……

完全是大地母亲的赐予。

倾倒全美国的中国食品。

为了美国人的好胃口。

生活从四十岁开始。

苏格兰蜂蜜糖果公司

(惠特曼牌巧克力)

(拯救者牌巧克力)

皇家糖果公司

JH 糖果公司

(狗食) 切克瓦根饲料公司

萨金特宠物食品公司

艾尔普宠物食品公司

(好时光牌狗食)

(弗莱格牌狗食)

艾尔普宠物食品公司

卡斯克宠物食品公司

斯多克利·曼食品罐头厂

琳达食品公司

拉尔森罐头食品公司

普劳克特食品公司

哈斯洛特食品公司

戴尔蒙特食品公司

邓肯包装食品公司

克莱普婴儿食品公司

大陆罐装食品公司

(罐头) 哈斯洛特食品公司

(凡凯普牌猪肉黄豆罐头)

斯托克·凡罐头食品公司

(亨氏食品罐头)

(堪塔斯牌豌豆罐头)

拉切尔中国食品公司

兰德马克食品公司

(弗里斯曼牌营养食品)

二、药品类

好的药品会给你带来一个好的世界。

它防治感冒的效果肯定比威士忌更好。

绝无鱼腥。

当你头痛时，它总能最先赶到。

帕克·戴维斯制药公司

马尔斯博士制药公司

(鱼肝油) SMA 制药公司

(止痛片) 兰本特制药公司

止痛片三个字是怎样拼写的呢?——噢,是美国切克。(止痛片)切克制药公司
美利坚,你继续歌唱、继续工作、继续战斗吧!施贵宝制药公司
开口一“笑”,痛苦全消。(止痛片)欢笑制药公司
质量远胜过价格。强生制药公司
没有信誉,便没有“施贵宝”。施贵宝制药公司
它的名字是“迅速。”马尔斯博士制药公司
“格兰布鲁克”买进的是病痛,卖出的是健康。格兰布鲁克制药公司
消除病痛,只需两片。(止痛片)纳尔逊制药公司
最成功的斡旋者。(镇静剂)比奇曼制药公司
为大自然拾遗补缺。(维生素)普鲁托制药公司
对健康而言,它比黄金更珍贵。罗宾斯制药公司
用你的意志去嚼它。(减肥口香糖)汤普森制药公司
向人类今天和明天的一切疾病挑战。罗宾斯制药公司
克服失眠需要最完全的药物。C·A 诺格伦制药公司
全家健康的保证。(康泰克感冒药)
常备一盒最有效的感冒药。(康泰克感冒药)
咳嗽是在社交上所犯的错误。(止咳药)史密斯兄弟制药公司
我们最知道头痛有多么糟糕。(艾纳新止痛片)
“艾纳新”会让你的眉头舒展。(艾纳新止痛片)
最早的援救。埃斯迪帕定制药公司
完美的家庭怎能没有埃斯迪帕定”。埃斯迪帕定制药公司
再小的伤口也不应忽视。(邦迪牌创可贴)
伸缩自如,妥贴保护。(邦迪牌创可贴)
与杀手尼古丁决裂。(本特朗牌戒烟药)
“贝耶”能在瞬间创造奇迹。(阿斯匹林)贝耶制药公司
阿斯匹林中最值得信赖的名称。(阿斯匹林)贝耶制药公司
迅速、温柔、毫无痛苦。(蓝丁牌鸡眼膏)
守护着你的躯体、大脑和神经。(维生素)奥弗汀制药公司
当你的喉咙刚开始发痒时就喝上一口。(止咳糖浆)迪恩制药公司
十二小时内不必再为你的鼻子担心。(迪雷新牌滴鼻液)
全世界医生的处方里都有我们的药。埃勒制药公司
美国销售量最大的泻药。埃克斯莱斯制药公司
家庭的好朋友。(泻药)埃克斯莱斯制药公司
这是最独特的巧克力泻药。埃克斯莱斯制药公司
大自然会忘记,我们却不会。(泻药)埃克斯莱斯制药公司
“施隆斯”以迅速彻底止痛而闻名于世。(施隆斯牌止痛片)
我们为每个家庭提供各种最有效的急救药品。强生制药公司

烫伤后的第一个念头。	(恩奎汀牌烫伤油膏)
为了你内部的清洁。	(泻药)努乔尔制药公司
从维生素 A 一直到锌,每日只需一片。	桑特里姆制药公司
吉利脱——健康之源。	(维生素及微量元素)吉利脱制药公司
它能将愤怒吞没。	(镇定药)帕克脱制药公司
别忘了你肌体的需要。	(和谐牌维生素)
产品的高质量正是制造者的正直和名誉所在。	施贵宝制药公司
停止任何疼痛。	(施隆斯牌止上痛片)
你可以安心入睡了。	(西德林牌止痛片)
干得愈多,需要补充的也愈多。	(米亚迪克牌维生素)
“我身体棒极了,你怎么样?”	施蒂瓦尔塞制药公司
肌体的润滑油。	(泻药)努乔尔制药公司
身体机能的和谐才是最重要的。	(和谐牌维生素)

三、香烟类

烟草业

你最好的朋友。	斯特里夫烟草公司
一支真正的香烟。	(骆驼牌)I·雷诺德烟草公司
最富有同情心的香烟。	(假日牌香烟)
去问一下他为什么要抽韦伯斯特雪茄。	韦伯斯特烟草公司
会叫的狗是绝不会咬疼你的。	(狗头牌香烟)
点一支神仙牌,你就能心平气和。	(埃及神仙牌香烟)
最完美的混合型。	(云斯顿牌香烟)
这里就是万宝路的世界。	(万宝路香烟)
来到万宝路的世界——尽善尽美。	(万宝路香烟)
每抽一口都是至高的享受。	冈萨雷斯雪茄烟公司
时光是最好的导师。	(骆驼牌)I·雷诺德烟草公司
在社会档案中排名第一。	韦伯斯特烟草公司
对那些嗜烟如命的人来说,抽幸运牌是明智的选择。	(幸运牌)美国烟草公司
既能滤去有毒物质,又保留了好味道。	(健牌香烟)
最后一口的味道和第一口一样。	(幸运牌)美国烟草公司
“为了一支骆驼烟,我宁愿走上一英里路。”	(骆驼牌)I·雷诺德烟草公司
“我真妒忌男人们抽着烟的潇洒状态。”	美国烟草公司
“真是其味无穷!”	特雷瑟雪茄烟公司
它的配方是我们的秘密,它的味道却是你的愉快所在。	(僧侣牌)美国烟草公司
能止渴生津的香烟。	布朗烟草公司
更适合于你。	(摩尔香烟)

你想步入最上流的那一群吗？请你伸手取一支云斯顿吧。 (云斯顿牌香烟)

和“缪罗”约会吧！ (缪罗牌雪茄)

像五月一样温柔。 (万宝路香烟)

一百万人的选择不可能是错的。 (斯巴迪香烟)

提神醒脑但不会使你的神经受到刺激。 安东尼奥烟草公司

无论何时，无论何地，“幸运”都将伴随着你。 (幸运牌)美国烟草公司

不可能有更好的雪茄了。 (萨顿伯格雪茄)

即使抽上一卡车，你也不会咳嗽一声。 (老金牌香烟)

“花花公子”满世界跑。 (花花公子牌香烟)

古巴的土壤和阳光能创造奇迹。 古巴宇宙雪茄烟公司

别去抓糖，应该去抓“幸运”。 (幸运牌)美国烟草公司

“沙龙”为你带来阵阵清香。 (沙龙牌)雷诺兹烟草公司

一个星期享受七天。 布朗烟草公司

从它诞生直到永远。 (切斯特菲尔德牌香烟)

千万别浅尝辄止。 (布莱斯顿牌香烟)

快乐时增添快乐，烦恼时除去烦恼。 (阿尔伯特王子牌香烟)

每一位吸烟者都能从健牌中找到乐趣。 (健牌香烟)

万宝路——世界公民。 (万宝路香烟)

欢乐又回到你的身边。 (巴克雷牌香烟)

缭绕的烟雾中有一座城堡。 邦烟烟草公司

柔和但令你满足。 (切斯特菲尔德牌香烟)

当你需要一个朋友时。 (布里格斯牌香烟)

在老朋友聚会的时刻。 (桑塔菲牌雪茄)

为何你如此烦恼？快点一支老金牌吧！ (老金牌香烟)

散发着玫瑰的芬芳。 (玫瑰牌雪茄)

你终于遇到了“努维尔”。 (努维尔雪茄)

你的鼻子会告诉你一切。 美国烟草公司

朋友，你找我一定费了不少功夫吧？ 菲利普·莫里斯烟草公司

“赫夫曼”从未碰到过对手。 赫夫曼雪茄烟公司

永远不会背弃你的好伙伴。 (荷兰人牌雪茄)

最有名的香烟出自最有名的公司。 菲利普·莫里斯烟草公司

“切斯特菲尔德”是你的自豪。 (切斯特菲尔德牌香烟)

你买的是成百万人交口赞誉的雪茄。 金·爱德华雪茄烟公司

“骆驼”总是最温顺的。 (骆驼牌香烟)

在美国销量第一。 (骆驼牌香烟)

“我只抽切斯特菲尔德！” (切斯特菲尔德牌香烟)

获得殊荣，当之无愧。 (切斯特菲尔德牌香烟)

淡雅而迷人的清烟。	(切斯特菲尔德牌香烟)
更淡然而更好。	(切斯特菲尔德牌香烟)
成功男士的选择。	(黑石牌雪茄烟)
你终于发现了“维斯洛”。	(维斯洛牌香烟)
为什么不抽最好的？	(登喜路牌香烟)
每抽一支“艾尔多诺”就象经历了一次愉快的航程。	(艾蒂多诺牌雪茄烟)
最敏感的雪茄烟。	(法蒂玛牌雪茄烟)
好烟丝才是一支香烟中顶顶重要的东西。	(幸运牌)美国烟草公司
余味无穷，一枝独秀。	(斯巴达牌雪茄烟)
犹如春天般清新。	(沙龙牌香烟)
骆驼牌香烟也是助消化的良药。	(骆驼牌香烟)
它会给你真正的享受，也许还有自信。	(艾尔多诺牌雪茄烟)
健牌令你获得最大的满足。	(健牌香烟)
为了年轻人和年轻的思想。	通用雪茄烟公司
抽一支对你表示友好的雪茄吧！	(皇家牌雪茄烟)
身边有一盒阿瑟将军雪茄，你就不会再心烦意乱。	(阿瑟将军牌雪茄烟)
社会精英们的雪茄。	(阿瑟将军牌雪茄烟)
黄金时间的享受。	(金光牌雪茄烟)
每只烟斗都盛满满意。	(一半对一半牌烟草)
别让你的咽喉受伤。	(帕尔摩尔牌香烟)
“你竟会没有抽过幸运牌？”	(幸运牌香烟)
她也喜欢这种香味。	亨利烟草公司
按常日的价格购买假日的雪茄。	(辛克牌雪茄烟)
两美元就能买五支上等雪茄。	(标准牌雪茄烟)
幸运牌对你的喉咙最仁慈。	(幸运牌香烟)
“我的烟盒里永远只装‘切斯特菲尔德！’”	(切斯特菲尔德牌香烟)
如同象牙烟嘴般保护着你的双唇。	(万宝路超长香烟)
唯一能让每一个吸烟者都满意的香烟。	(健牌香烟)
“阿瑟将军”使你信心倍增。	(阿瑟将军牌雪茄烟)
最受美国人青睐的雪茄。	(爱德华国王牌雪茄烟)
古巴的土壤和古巴的太阳。	(帕玛多拉牌雪茄烟)

四、服饰品类

内衣

永远适合女性娇柔的身体。	佩姆罗斯内衣公司
由美丽的姑娘们制成的美丽内衣——为了让所有的姑娘更加美丽。	法兰西百合内衣公司

你也有了最漂亮的内衣。
 在每一件美人牌内衣的里面都有一个真正的美人。
 帮你保持体型,但不会妨碍你的自由。
 不要说“内衣”,应该说“梦馨”。
 保持住胸部的曲线,你就保住了一切。
 适合每个季节的时尚。
 象弦乐四重奏一般和谐动人。
 青春属于任何年龄。
 现在是改革的时候了!
 有一些小变化总是令人喜爱的。
 让你的目光停留在“麦登弗姆”上。
 永远贴身。
 除了你之外,它是最美妙的了。
 会让你的腰身变小,但不让你的钱包变小。
 古典风格的再现。
 世界只有一个“乔基”。
 “麦登弗姆”使你的美梦成真。
 不会再有人说你是胖子。
 你最亲密的朋友。
 华歌尔——卓越不凡的成熟美。
 梦幻中的天使姿彩。
 首先得自我感觉良好。
 让美经久不衰。
 在每一个关键部位向你大献殷勤。
 我们最理解青春无价的含义。
 为你塑造最迷人的线条。
 穿上“伯莎”无疑就是穿上了青春。
 试穿一下就会使你感慨万端。
 唾手可得是青春。

衣帽、服饰

我们有配任何脸型的帽子
 美国外衣的第一名牌。
 在雨中也会有奇迹。
 适合于每一个季节。
 克拉夫特衬衣,你的贴心朋友。
 “贝克莱”带领着整个世界。
 诞生在美国,流行在整个世界。

凡·担尔特内衣公司
 美人内衣公司
 玛莱特内衣公司
 梦馨内衣公司
 西斯塔内衣公司
 皇家沃塞斯特内衣公司
 古柏内衣公司
 克拉夫特内衣公司
 海伦内衣公司
 梦馨内衣公司
 麦登弗姆内衣公司
 西德莱维内衣公司
 克罗萨德内衣公司
 西德莱维内衣公司
 纽曼内衣公司
 乔基内衣公司
 麦登弗姆内衣公司
 斯坦利内衣公司
 邱比特内衣公司
 华歌尔内衣公司
 邱比特内衣公司
 达玛特内衣公司
 贝斯弗姆内衣公司
 阿多拉内衣公司
 (胸衣)佛梅德内衣公司
 (凯伯牌紧身胸衣)
 (伯莎牌紧身胸衣)
 斯特克内衣公司
 斯特克内衣公司

山姆·鲍纳特公司
 鲁道克父子公司
 (科罗西雨衣)戈德里奇通用公司
 (鳄鱼牌雨衣)
 贝尔·克拉夫特衬衣公司
 贝克莱领带公司
 约翰·史蒂林服装公司

你会象阳光一般明媚。

阳光衬衫公司

你的公众形象因此而大大提高。

威尔斯·泰克斯服装公司

阳光下一片诱人的绿荫。

卡拉丁草帽公司

“格兰诺特”显然是为幸福的人们所准备的。

格兰诺特服装公司

“帕尔玛”在你和瓢泼大雨之间构筑起坚实的屏障。

(雨衣)帕尔玛雨具公司

每个人都应该至少戴三顶草帽。

全国草帽公司

每种款式都值得一试。

路易斯·梅耶父子公司

依照箭头所指,你就会永远走在最前头。

(箭牌衬衫)克鲁特衬衫公司

穿伯基衬衫连上帝也会赞许的。

伯基衬衫公司

我们只为懂衣服的人士服务。

先锋制衣公司

我们在这些服装中注入了美感和情感。

道勒斯·米勒服装公司

情趣高雅的人才会喜爱我们的设计。

(外套和西装)莉莉·安公司

潇洒的年轻人最终的选择。

梅森服装公司

即使是最混乱的年代,我们依旧领导时尚。

特拉尔服装公司

使年轻人更年轻。

索罗门服装公司

为了使人们永远年轻。

阿尔弗雷德·戴克公司

我们敢担保,最艰巨的工作也不能将它磨损。

(牛仔服)D·H·李公司

我们制作的帽子是如此精美,以至它一直成为其它帽子的标准。

诺克斯帽业公司

我们服装的着眼点在于突出你的个性。

伍德哈沃制衣公司

“只要一戴上‘哈德曼’,我就神气十足。”

哈德曼帽业公司

“遇到重要场合我就穿它。”

劳力·戴伯服装公司

全世界都以此为重量标准。

曼哈顿服装公司

稍微多花几个钱,你就会知道为什么有那么多人喜爱“克拉涅特”了。

克拉涅特服装公司

穿上“扬森”,你就宛如穿上了微笑。

扬森制衣公司

上我们这儿,你就会真正了解女人的心。

布劳斯女子服饰公司

让孩子们在“凯尼”中幸福成长吧。

凯尼童装公司

一切为了可爱的美国儿童。

索罗门童装公司

从早餐到就寝,它永远笔挺如初。

埃斯勒衬衫公司

如果你喜欢偷听别人说话,约翰·史蒂森这个名字肯定已让你的耳朵听出了老茧。

约翰·史蒂森服装公司

你悄悄地穿上一件“布莱德勒”,再悄悄地出去约会吧!

布莱德勒编织公司

这是专为年轻人设计的,可所有的人都喜欢穿它。

切斯·莱维父子公司

衬衫世界中的贵族。

(鳄鱼牌衬衫)

这里是世界的“帽子角”。

诺克斯帽业公司

现代睡衣的倡导者。

联合睡衣公司

下雨时你唯一能想起的名字。

三角雨衣公司

即使是爱胡闹的大学生也无法损伤它一根毫毛。
我们在质量上从不让步、从不妥协。
干任何工作的人都能穿“李”。
既然人人都穿,那总是有一定道理的。
尽情享受加利福尼亚的阳光吧!
令人不解的是,别的公司为什么总爱模仿我们的产品。
我们并不为地位保险,但我们为质量保险。
当外表显得至关重要时,人们就会来找我们。
当太阳下山的时候。
你的肩膀会感激你的。
时刻准备着。
在雨中最醒目的标志。
帮助你成为校园中的国王。
骄阳下最凉爽的草帽。
你的镜子将不再嘲笑你。
克鲁特衬衫公司最受欢迎的礼物。
亲切怡人的神韵。
织成一片甜美的梦乡。
你是否执著地追求个人风格?
追随箭牌便是追随时尚。
去问一下你的镜子。
因为天有不测风云。
贝克莱的领带将整个世界系在一起。
时尚和你一起漫步海滩。
流行从你开始。
高雅的时装烘托出你高雅的气质。
让人体优美的曲线得到最充分的展示。
独一无二——就象你的指纹。
个人风格的典范。
“飞鹰”在哪里翱翔,你就应该紧随到哪里。
走遍世界,我只看中“埃迪达斯”。
命中注定由它去赴约。
自从 1881 年以来,我们一直是完美无瑕的。
人类双手的最高奉献。
为你的气质添上最后一笔。
象落日余晖一样充满西部风采。
象五月一样欢快。

(皮带)索罗门服装公司
兰格劳克服装公司
(李牌工作服)D·H·李服装公司
布劳斯服装公司
(男式运动衣)布莱克服装公司
阿尔索德服装公司
莱姆服装公司
大卫·阿德莱父子公司
(夜礼服)伯克莱服装公司
先锋背带公司
(鳄鱼牌雨衣)
(鳄鱼牌雨衣)
(雷克兰德牌运动衫)
卡拉丁草帽公司
(箭牌衬衫)
芝加哥领带公司
乔士时装公司
(睡衣)柯勒衬衫公司
约翰·史蒂森服装公司
(箭牌衬衫)克鲁特衬衫公司
(睡美人牌套装)
(鳄鱼牌雨衣)
贝克莱领带公司
(布莱德勒牌泳装)
布迪·李服装公司
德伯当服装公司
(约旦牌泳装)
加德纳王子皮装公司
飞鹰服装公司
飞鹰服装公司
(埃迪达斯牌运动服)
(六月牌女式时装)
无瑕睡衣公司
兰格劳克服装公司
(弗劳雷特牌西装)
(弗朗德克斯牌衬衫)
(泰克斯特朗牌宽松裤)

购物者说得最多的名字。	(乔治安娜牌时装)
为了幸福的人们,也为了人们更幸福。	梅兰诺特服装公司
从纺织厂一直到百万人的身上。	(汉密尔顿牌西装)
从任何角度看都完美无缺。	哈特·夏夫纳西服公司
讲究穿着往往使你事半功倍。	哈特·夏夫纳西服公司
“哈特·夏夫纳”意味着事业与成功。	哈特·夏夫纳西服公司
帅极了的西装。	哈斯佩尔西服公司
与任何服装相配。	马洛里帽业公司
半个世纪以来,整个上流社会一直戴它。	威尔士·豪森帽业公司
若是“沃尔芙”也无法改变你的形象,你是什么也别穿就上街去吧。	沃尔芙服装公司
“卡顿”帮助你全力以赴地接受挑战。	(卡顿牌工作服)
穿上它,魅力便会随之而来。	乔埃斯服装公司
令人大饱眼福。	(乔丹牌泳装)
一个微笑加一件“贾森”,你便拥有了全部。	(贾森牌泳装)
和时装一样漂亮的工作服。	(卡斯特牌工作服)
镶着美丽花边的睡衣总是最吸引人的。	(凯思菲牌睡衣)
DKI 该成为你目光的焦点。	DKI 时装公司
加斯莱德运动服是在体育场上缝制的。	(加斯莱德牌运动服)
领袖的风采。	杰巴克服装公司
来吧,太阳和大海的宠儿。	(阳森牌泳装)
支撑着你的裤子,也支撑着你的尊严。	(背带)巴西亚织造公司
制鞋业	
为你不再受震动和扭曲之苦。	(运动鞋)威耶博格制鞋公司
一切为了行动中的年轻人。	(红鹅牌)牌国际制鞋公司
足下生辉。	G·I·凯内制鞋公司
行千里路,双脚轻松依旧。	阿尔特·威廉逊制鞋公司
时尚的先驱。	康纳利制鞋公司
你的脚下是美国的骄傲。	(鞋跟)沙利文橡胶公司
既然有一百万美国人选择它,那一定是正确的选择。	(父子牌)艾迪考特制鞋公司
让你的脚踝舒适是无比。	布鲁希斯制鞋公司
每一双雷厄鞋都杰出的艺术品。	雷厄制鞋公司
所有的脚都是我们的主顾。	弗劳西姆制鞋公司
休息时的好伙伴。	(拖鞋)埃斯拉尔制鞋公司
比这更好的鞋还未制作出来哩!	莱斯夫人童鞋公司
迈出的每一步都会惬意无比。	(运动鞋)威耶博格制鞋公司
会穿不下,但不会穿破。	(童鞋)华荣士制鞋公司
它绝不会背叛你。	布鲁希斯制鞋公司

无论走路还是休息,它都不会使你为难。
睡觉时穿着它也不会叫你难受。
踏上“弗劳西姆”就像是回到了家。
为你双脚的未来保了险。
穿着它走进生活。
穿在女郎的脚上,看在情人的眼中。
伴随你的孩子从学步到十四岁。
留下一行青春的足印。
让小美国人穿上伟大的鞋。
塞克斯鞋——常穿常新。
日晒雨淋,“爱德华兹”依然如故。
多了一份美,也多了一份舒适。
你将巴黎同步。
踏着青春的脚步走向未来。
让你生活的步履轻松自如。
它使你将走路视作乐趣。
“弗劳西姆”已经走遍世界每个角落。
像你的丝袜一样合脚。
轻柔而耐久。
漂亮的鞋衬托漂亮的脚。
步履似春风。
这是最后使你满意的,也是使你满意到最后的鞋子。
质量比价格高得多。
轻盈如履白云。
我们定能赢得你的双脚。
我们像是在为坚硬的人行道铺高地毯。
既然你只为高品质付钱,那就买一双品质最高的鞋吧!
步行千里也不变形。
幸运终会降临。
你最可信赖的朋友。
脚踏“阿姆斯特朗”,如履春风。
像雕像的基座一般坚固。
青春从足下开始。
我们为每一双脚设计鞋子。
只需将它放入你的鞋里。
适宜得让你只想微笑。
新时尚的领路人。

合众制鞋公司
摩斯百克制鞋公司
弗劳西姆制鞋公司
朱利安制鞋公司
迈尔维尔制鞋公司
梅耶制鞋公司
法尔戈童鞋公司
威耶博格制鞋公司
小阳基童鞋公司
塞克斯制鞋公司
爱德华兹制鞋公司
超越皮革公司
巴黎昂采尔制鞋公司
(童鞋)凯内制鞋公司
L·A·克劳塞特制鞋公司
特莱德制鞋公司
弗劳西姆制鞋公司
肖特巴克制鞋公司
强平·杰克制鞋公司
格劳伯父子制鞋公司
乔治·凯塞制鞋公司
戈定制鞋公司
青年制鞋公司
轻云制鞋公司
联合制鞋公司
布朗制鞋公司
弗劳西姆制鞋公司
J·P·史密斯制鞋公司
(幸运牌)里奇伦制鞋公司
汤姆·马肯制鞋公司
阿姆斯特朗制鞋公司
艾德勒制鞋公司
艾尔斯达普制鞋公司
艾伦·艾德蒙制鞋公司
宜适鞋垫公司
宜适鞋垫公司
温斯劳普制鞋公司

富于弹性的双脚需要富于弹性的鞋子。

我们出售的是舒适与轻柔。

在质量上我们决不妥协。

你总是比别人先迈一步。

一路都是快乐。

恰巧让人踏上时代的节拍。

休息时请让你的脚也休息。

为你的风度添上最后也是最重要的一笔。

鞋子也是有感情的，——制鞋人所赋予的感情。

再没有再漂亮的鞋了。

给你疲惫的双脚一些安慰吧！

你一定感觉到它的柔软和体贴吧？

舒舒服服地追赶时尚。

最耐磨的童鞋。

令你的双脚兴奋不已。

为了当今最活跃的女性。

最著名的时尚预言家。

时髦，但格外舒适。

每一双脚都适得其所。

穿上“弗劳西姆”坎坷化坦途。

花钱就应该买最高质量的鞋。

我们能用新款式来开始你的一天，就能让你用微笑来结束一天。

最终战胜风雨的总是“弗劳西姆”。

适合每一双脚，也适合每一种情趣。

像你的丝袜一样轻柔。

你的每一步都与我们息息相关。

你的脚不会再疲惫沉重。

幸运牌引你踏上成功之路。

“我终于找到了一双完全称心如意的鞋！”

为新鞋赋予旧鞋的舒适。

我们只出售舒适。

科学地为青少年制作每一双鞋。

你甚至会不愿意换上拖鞋。

我们是时尚的新闻发布官。

你会感觉到腾云驾雾的快乐。

质量比价格更高。

孩子的双脚在哪里最安全？在“凯内”的手中。

凯特莱维制鞋公司

克劳斯曼制鞋公司。

斯苔弗里制鞋公司

康纳利制鞋公司

奥特制鞋公司

弗里德曼制鞋公司

（罗尔牌拖鞋）

鲍勃·斯迈特制鞋公司

（波士顿人牌皮鞋）

（高跟鞋）耐特尔顿制鞋公司

（肖尔博士牌拖鞋）

（肖尔博士牌拖鞋）

加迪克制鞋公司

（幼儿园牌童鞋）

戈定制鞋公司

梅耶制鞋公司

国际制鞋公司

杰蒂制鞋公司

凯内制鞋公司

弗劳西姆制鞋公司

弗劳西姆制鞋公司

弗劳西姆制鞋公司

弗劳西姆制鞋公司

弗劳西姆制鞋公司

塞沃制鞋公司

梅耶制鞋公司

奥索潘迪克制鞋公司

（幸运牌）里奇伦制鞋公司

德海姆制鞋公司

（肖尔博士牌鞋垫）

罗斯曼制鞋公司

麦里恩制鞋公司

（气垫鞋）玛莎吉克制鞋公司

国际制鞋公司

（气垫鞋）威耶博格制鞋公司

青少年制鞋公司

凯内制鞋公司

集中了一切优点的拖鞋——柔软、舒适、不打滑……

(康弗特牌拖鞋)

帮助孩子走上幸福之路。

标准儿童制鞋公司

像是一面闪光的镜子。

(绅士牌鞋油)

放心地去穿白皮鞋吧！

(绅士牌白鞋油)

你的确是一位绅士。

(绅士牌鞋油)

成功社交的秘诀。

(黑丝牌鞋油)

制袜业

用整整一英里长的丝线织成,但每一英寸都严守职责。

伯克夏编织公司

美的映衬。

弗吉尼亚织袜公司

为了所有最漂亮的腿。

伯克夏编织公司

假如你正为送礼发愁,“萝琳丝”定能助你一臂之力。

萝琳丝织袜公司

把美套在你的腿上。

卡麦隆织袜公司

这才是最美丽的风景线。

(丝袜)圣琼斯丝绸公司

你的双腿定会对你感激不尽。

(吊袜带)先锋织造公司

世界排名第一的公司才有最后的发言权。

布里坦尼克羊毛袜公司

穿绅士牌短袜才显得帅哩！

(绅士牌短袜)

洒落在你双脚上的皎洁月光。

(铁衣牌长统丝袜)

长统丝袜大舞台上的主角。

霍普洛夫丝袜公司

手套、手提包

留神你纤巧的双手。

(手套)巴克依皮件公司

美是可以创造的。

温伯赫手套公司

与时尚手携手。

(手提包)戴维斯皮件公司

时尚紧随着“西门斯”。

(手提包)西门斯皮件公司

你的风格或许体现在手套上？

王子皮件公司

远不止温暖。

阿克曼手套公司

轻柔得犹如羽毛。

阿克曼手套公司

路人目光的焦点。

(手提包)斯波特皮件公司

你的双手找到了最好的庇护所。

法内斯手套公司

制衣材料、配件

虽说它们只是钮扣,但又远不只是钮扣。

里茨兄弟制造公司

每一枚都像是玳帽。

E·克拉克钮扣公司

再也没有麻烦。

(揷钮)斯戈维尔制造公司

尽管打结,它从不会起皱。

(缎带)弗雷德伯格绸缎公司

人们称它为拉链,其实它叫作“普兰蒂斯”

普兰蒂斯拉链公司

首饰

唯有钻石是永恒的。

德比尔首饰公司

被一个世纪的新娘所爱戴。

(戒指)阿特卡德首饰公司

简直无法相信它们是真的。

(珍珠)马维拉首饰公司

钻石能赢得芳心。

劳芙蒂斯首饰公司

送礼前最好先和首饰商量一下。

全国首饰商联合会

为了那个最幸福的时刻。

(钻石戒)克劳斯贝夫人首饰公司

从一代人手上到另一代人手上。

奥尼达首饰公司

将最中意的戒指送给最中意的人。

A·H·邦德首饰公司

三个世纪以来,我们为全美国的心上人制作首饰。

劳芙蒂斯首饰公司

我们是为永恒而创造。

奥尼达首饰公司。

大师们的杰作。

莫耐特首饰公司

人人爱“戴”

莫耐特首饰公司

在梦幻中制作的耳环。

(艺术牌耳环)

永远符合时尚的是珍珠。

(珍珠)马维拉首饰公司

黄金魅力,由你引发。

马维拉首饰公司

为了充满温馨的圣诞节之夜。

扎尔斯钻石商店

揉进了传统工艺的现代首饰。

斯旺克首饰公司

拥有你所梦想的。

(钻石戒)克普塞首饰公司

别让你的头发散乱。

(发夹)斯戈顿公司

美的忠诚卫士。

星光发夹公司

眼镜

前景一片灿烂辉煌。

好视力眼镜公司

阳光下的绿荫。

威尔逊太阳镜公司

不仅让你看得清,还为你平添风采。

柯斯坦父子眼镜公司

生活将显得更加明快。

尤尼维斯眼镜公司

眼见为实。

康普顿眼镜公司

你将发现更多的生活之美。

博士伦眼镜公司

贴有“AO”标记的眼镜一定是最适合你的。

AO眼镜公司

好的生活需要好的视力。

好视力的眼镜公司

不用说太阳镜,只需说“西庞”。

西庞眼镜公司

光明使者。

(隐形眼镜)好视力眼镜公司

手帕

绅士口袋里都有一块“邦德”。

(邦德牌手帕)

社交场合的大赢家。

(邦德牌手帕)

五、个人及家庭清洁美容用品

洁齿用品

洁净的牙齿才能成为健康的牙齿。

拉提克牙刷公司

你该经常给牙齿洗澡。

兰本特制药公司

象牙医的反光镜,它能到达每一处地方。
清洁外侧,清洁内侧,还能清洁每一道缝隙。
为懒人所准备的。
为了你的微笑。
好习惯应该伴你一生。
清洁的牙齿,清新的呼吸。
美化你的呼吸。
留得清香在,不愁没人爱。
那些洁白的牙齿会告诉你一切。
每天两次,外加约会前一次。
它是你每日的牙医。
抵御牙病最坚固的防线。
“施贵宝”与你朝夕相伴。
让你笑口常开!
生活也对你咧嘴微笑了。
微笑与清香同在。
小心,别让你呼出的气息冒犯别人。
多多关照你的牙齿,否则它会背叛你的。
抽烟者的良友。
它的功效会使你大吃一惊。
该为你的微笑作些准备。
永远不会脱毛的牙刷。
为了你笑得更美。
和你嘴里的一切敌人作战。
每一副牙齿都应该是洁白的。
牙科研究的权威。
剃须用品
不必再担心傍晚脸上的阴影。
边刮边享受凉快与清爽。
也是一种乐趣。
为了那些必须每天刮脸的人。
每个男人都知道“吉列”。
“表面”价格最高。
送给父亲的最好礼物。
“天哪,这种油膏真是奇妙!”
看上去锋利无比,摸上去锋利无比,它确实锋利无比。
享受人生又一大乐趣。

(牙刷)施贵宝制药公司
西部牙刷公司
(牙膏)兰本特制药公司
(牙膏)梅耶制药公司
(牙膏)布劳斯制药公司
科尔盖特牙膏公司
(漱口液)布劳斯制药公司
科尔盖特牙膏公司
(漱口液)布劳斯制药公司
(牙膏)科尔盖特牙膏公司
(牙膏)普劳夫实验室
(牙膏)庄臣有限公司
(牙膏)施贵宝制药公司
卡洛克斯牙膏公司
卡洛克斯牙膏公司
科琴牙膏公司
(五月牌漱口液)
迈德索特牙膏公司
波斯特牙膏公司
波斯特牙膏公司
伊帕娜牙膏公司
(斯科特电子牙刷)
伊帕娜牙膏公司
(格里姆牌牙膏)
(丹汀牌牙膏)
(牙膏)施贵宝制药公司

吉恩安全剃须刀公司
英格拉姆剃须刀公司
英格拉姆剃须刀公司
约翰逊电动剃须刀公司
吉列剃须刀公司
(剃须油膏)凡汀公司
西佛斯电动剃须刀公司
(剃须油膏)商业药品公司
吉列剃须刀公司
吉列剃须刀公司

我们尽全力创造舒服。

带着微笑刮胡子。

担保你摸不到胡须根。

人们都发誓说这是最好的刀片,但从不用它来诅咒。

最经久耐用的礼物。

装在小盒子里的理发师。

世界剃须刀质量的标准。

专供女性使用的剃须刀。

从此开始了脸部的舒适。

你不可能剃得更干净了。

吉列,男士的选择,使你刮得更顺畅。

如春风拂面般舒适。

吉列,令你的脸上焕发出自信的光芒。

它几乎能深入你的皮肤内部。

原来荆棘丛生,现在平坦光整。

你想用它来割破自己的脸吗?那是绝对不可能的。

真是方便极了!

一张张更光洁的脸。

七分之一人类必须每天刮胡子。

软化最硬的胡子。

盥洗用品

使你象天使般甜美。

柔软而洁净。

大胆地举起双手吧!

给你百分之百的自信。

全天都象刚洗过澡一样。

有了“哈奇”,你还担心什么呢?

柔软而且耐搓揉。

“哈奇”让你周身处于清香的包裹中。

假如你想得到别人的爱,首先就得去接近别人。

医生指定你用“坦佩克斯”。

护发用品

美貌始于头发。

为你的美发保险。

新娘的守护神。

假如你的头发不美,我们也脸上无光。

将阳光注入你的秀发。

德曼恩剃须刀公司

杜克斯剃须刀公司

莱克特里尔剃须刀公司

杜克斯剃须刀公司

莱克特里尔剃须刀公司

美国安全剃须刀公司

吉列剃须刀公司

科菲特制造公司

(剃须油膏)J·B·威廉斯公司

(剃须刀)北美菲利普公司

吉列剃须刀公司

英格拉姆剃须刀公司

吉列剃须刀公司

帕克德剃须刀公司

(剃须刀)本迪克斯电子公司

(伊斯特曼牌剃须刀)

安德斯剃须刀公司

(宝石牌剃须刀)

吉列剃须刀公司

(剃须油膏)J·B·威廉斯公司

(爽肤水)瓦尔特·豪药品公司

(手纸)克拉克纸品公司

(除臭剂)普劳克特药品公司

(除臭剂)邦德药品公司

(爽肤水)西弗斯药品公司

(除臭剂)哈奇药品公司

(钱曼牌手纸)

(除臭剂)哈奇药品公司

(母亲牌除臭剂)

(坦佩克斯牌卫生纸)

(洗发香波)加布林化学品公司

(椰子油香波)瓦特金斯化学品公司

(发刷)欧文斯刷子公司

(洗发香波)利多化学品公司

(洗发香波)松树化学品公司

- 繁星般璀璨,行云般流畅。(洗发香波)德里恩化学品公司
- 飘洒明亮的秀发,总叫人心驰神往。(洗发香波)帕莫里夫化学品公司
- 永葆青春的光泽。(洗发香波)帕莫里夫化学品公司
- 让你的秀发苏醒。(洗发香波)阿德梅雷化学品公司
- 用“帕莫里夫”时,你的每一缕头发不都在歌唱吗?(洗发香波)帕莫里夫化学品公司
- 春天到了?你的头发就像灿烂的阳光。(梦幻牌洗发香波)
- 让梦幻变为现实。(梦幻牌洗发香波)
- 再不必为头屑苦恼。(菲奇牌洗发香波)
- “艾伯托”令头发滋润柔软,顺滑自然,更易梳理。(艾伯托牌洗发香波)
- 使你的头发柔顺似清泉。(洗发香波)阿德梅雷化学品公司
- 使梳子上的头发更少,使你头上的头发更多。(格娄佛牌生发水)
- 去吧,去吧,让头屑一点不剩。(海普夏尔牌去头屑洗发水)
- 每一位新娘的秘密武器。欧文斯梳子公司
- 保护你的秀发就像说一声“HQZ”一样容易。(HQZ 牌洗发香波)
- 再不留神你的头发可就为时太晚了。(克里蒙牌洗发香波)
- 肥皂会使你的头发黯然失色,而“海罗”却能使它们光艳迷人。(海罗牌洗发香波)
- 显示你的秀发,可千万别显示头屑。(海普夏尔牌去头屑洗发水)
- 婚礼前你还需要什么?(克里蒙牌洗发香波)
- 留住阳光,留住青春。(松树牌洗发香波)
- 香水
- 每一款新的香水向你叙述一个新的故事。庞贝香水公司
- 往身上洒一点,任何事情都可能发生。派弗姆·科迪香水公司
- 正如你不同于其它的女人,“达娜”也不同于其它的香水。达娜香水公司
- 感受新世界的情趣。查尔斯集团公司
- 与世界七大奇迹同样珍贵。莱芙隆香水公司
- 你将拥有征服一切的巫术。依维扬香水公司
- 芬芳陪伴着你,迈入理想境界。波特·摩尔香水公司
- 每个女人都有权得到钱诺五号香水。钱诺香水公司
- 香艳无限,浪漫不尽。罗杰·加莱特香水公司
- 为生活中具有特殊意义的瞬间。鲁茜香水公司
- 奉献给那些敢于与众不同的女士。派费姆·科迪香水公司
- 最富创造性的香型诞生于“道尔”。道尔化学品公司
- 定能觅得,你满心渴望的欢乐。(云雀牌香水)
- 芬芳袭来,留下一片悠闲。伦敦雅德莱香水公司
- 青春的清香。查莱美香水公司
- 注意:它会产生太大的诱惑力。埃维恩香水公司
- 冒险的前奏曲。埃维恩香水公司

答应给她一切,还不如给她一瓶“艾佩吉”。

让芳香渗透你的全部生活。

美国女性全部魅力所在。

心灵享受到的快乐。

你会钟情和迷恋它。

任何抵抗在它面前都会瓦解。

浪漫史每分钟都可能开始。

始于埃及女王。

洋溢着一片浪漫情调。

将生活中一个美好的片刻化作永久的回忆。

与柔和的晨雾一般清新。

连接心与心的芳香。

高贵而浪漫的“巴黎之夜”帮助你赢得生活。

它与其它香水不同正如你与其它女人不同。

小心,它是活泼而调皮的小精灵!

永不消失的馥郁芳香。

使你拥有仙女般的魔力。

谁不渴望青春的气息?

你会赢得爱人的心。

一滴是为了美,两滴是为了情人,三滴便足以招致一次风流的事。

两颗心之间的最短距离。

当你需要与人竞争时。

置身于爱情的芬芳中。

世界上最昂贵的香水。

你也能成为天使。

你的选择也是高贵夫人们的选择。

你能感受到香味中所蕴含的雍容华贵。

在迷人的夜晚……

美妙的香水会带来美妙的心境。

化妆及美容用品

光洁滋润的肌肤是永远讨人喜欢的。

一眼涌出青春的喷泉。

在你的指尖上逗留得最长久。

肌肤的娇嫩源于“诺克西玛”。

轻轻打开盒盖,里面飞出的是美貌。

从此开始美的旅程。

谁会留意无生气的嘴唇呢?

艾佩吉香水公司

玛丽·切思化学品公司

特莱施瓦香水公司

伦敦雅德莱香水公司

依布勒香水公司

特勒·尤尔香水公司

钱诺香水公司

格兰维耶香水公司

钱诺香水公司

查伯尔特香水公司

钱诺香水公司

派费姆·科迪香水公司

(巴黎之夜牌香水)

(艾米尔牌香水)

(亚德里安牌香水)

(莱思克牌香水)

(麦尼斯牌香水)

(春雨牌香水)

(弗劳里克牌香水)

(弗劳里克牌香水)

(英德斯特牌香水)

(危险牌香水)

(梦幻牌香水)

(乔伊德·朗巴多牌香水)

(尼特牌香水)

(高贵夫人牌香水)

(兰斯劳克牌香水)

(利朗牌香水)

(兰斯劳克牌香水)

努阿特化妆品公司

洛杜化妆品公司

(指甲油)萝尔化妆品公司

(粉底霜)诺克西玛化妆品公司

(粉饼)塞尼伯里特化妆品公司

(东方面霜)F·L·霍普金斯父子公司

(唇膏)布莱思顿化妆品公司

请对你的皮肤更仁慈些。 比弗化妆品公司
这是我们对美的奉献。 帕特公主化妆品公司
我们只希望你有一张妩媚动人的脸。 卡珀纳化妆品公司
让你的双手如梦幻般迷人。 (护肤霜)巴干化妆品公司
为了双手在明天洁白娇嫩,别忘了在今晚抹一点“达尔”。
(达尔牌护肤霜)弗雷厄雷化妆品公司
假如你得和别人握手? (护肤霜)蒙特克勒化妆品公司
它出自世界上最著名的化妆品实验室。 莱弗龙化妆品公司
它让你有了能赢得一切的感觉。 切思布罗·邦德化妆品公司
用青春守护者来守护你的青春。 青春守护者化妆品公司
让星星永远在你的眼中闪耀。 (眼影)塞尔丝化妆品公司
液体的珍宝。 (指甲油)劳瑞化妆品公司
十美分竟能为一个女人干那么多事,这在过去简直是不可思议的。
(指甲油)萝尔化妆品公司
为疲乏的肌肤注入生机。 多萝茜·格蕾化妆品公司
是它拯救了我们国家的脸。 法尔芙化妆品公司
让今天的脸柔媚,将明天的脸珍藏。 多萝茜·格蕾化妆品公司
非凡的化妆品造就非凡的美。 哈比根化妆品公司
象雨露般滋润着你的肌肤。 海伦·柯蒂丝化妆品公司
为美和青春构思。 海伦·柯蒂丝化妆品公司
当你进入梦乡时,你的皮肤将依然清醒。 (冷霜)伍德伯雷化妆品公司
“剃”是不能解决问题的! (维特牌脱毛膏)
每晚一次,便能常保肌肤晶莹洁白、幼滑润泽。 (亚德里安牌晚霜)
时刻看护着你的秀发、明眸、粉颊、樱唇和美甲。 贝佳斯化妆品公司
美学与科学的完美结晶。 贝佳斯化妆品公司
年轻的肌肤一样需要悉心护理。 贝佳斯化妆品公司
“切纳尔”令你显露天然健康的神采。 (护肤霜)切纳尔化妆品公司
每天都是一张姣好的面容。 (柯纳特牌磨面机)
“艾莫科”永远不会令你失望。 艾莫科化妆品公司
美的世界之权威。 法克特化妆品公司
让青春喷涌出你的肌肤。 (棕榈牌护肤霜)
不论你年龄多大,都能使你显得年轻。 (面霜)菲利普化妆品公司
我们是美的设计者。 德迈斯化妆品公司
时间只能使它变得更艳丽。 (唐璜牌唇膏)
用不着羡慕别人,“庞贝”会使你容貌出众。 庞贝化妆品公司
让你晒得黝黑,却不让你皮肤受伤。 (防晒霜)多萝茜·格蕾化妆品公司
化妆品中最高雅的名字。 杜巴蕾化妆品公司

女人总该有一丁点虚荣心。	(虚荣心牌化妆品)
以最温柔的方式展现你美妙的肌肤。	(纳迪特牌脱毛膏)
象火焰一般热情。	(火焰牌唇膏)
永远润泽的双唇。	(弗雷茨牌唇膏)
每一道目光的焦点。	(天使牌唇膏)
捕捉变幻莫测的女性情趣。	(切内尔牌唇膏)
展现青春神韵。	伊丽莎白·雅顿化妆品公司
象蝶翅轻柔。	(粉扑)汉普顿化妆品公司
一双列裂的手最不宜出现在社交场合。	(护肤霜)海因茨化妆品公司
你希望在五十岁时依然年轻吗?	(太阳少女牌化妆品)
让时光不在你的脸上留下痕迹。	(拉克丽亚牌面霜)
肥皂及其它清洁洗涤用品	
使你的肌肤更可爱。	(加美牌香皂)普劳克特制皂公司
用达尔香皂你不觉得特别舒服吗?	阿穆尔制皂公司
将纯洁轻轻地带给你。	南美油脂工业公司
无论对你还是婴儿都是最好的。	阿尔伯特制皂公司
抹去你所有的烦恼。	(城堡牌香皂)康蒂工业公司
“帕莫里夫”能保养肌肤,这已经得到医生们的证实。	帕莫里夫制皂公司
“鸽子”为你的皮肤涂上一层奶油。	鸽子肥皂公司
“早晨好!你用过梨牌香皂吗?”	梨牌肥皂公司
象象牙一般光洁的肌肤。	(象牙牌香皂)普劳克特制皂公司
“力士”使你的双手更迷人。	(力士牌香皂)莱弗布劳公司
“帕莫里夫”更关心你姣好的面容。	帕莫里夫制皂公司
促进健康的肥皂。	(药皂)莱弗布劳公司
弥散着更高贵的芳香。	凯希尔制皂公司
展现健康的美景。	(松树牌香皂)松树制皂公司
惹人爱的肌肤。	迪更斯制皂公司
美人用的香皂。	(象牙牌香皂)普劳克特制公司
与你的皮肤相亲相爱。	(恨人牌香皂)曼哈顿制皂公司
在一块肥皂里有多少个吻?	凯希米尔制皂公司
鸽子牌香皂令你的肌肤如奶油般细腻。	(鸽子牌香皂)
如果说你在水中是安全的,那你在“力士”中就更安全了。	(力士香皂)莱弗布劳公司
当所有的肥皂都无能为力时。	弗莱布劳公司
年轻可爱的肌肤更需要悉心照料。	(伍德伯雷牌香皂)
大自然奉献给你的另一个春天。	(象牙牌香皂)普劳克特制皂公司
你的双手一定还可以显得更年轻些。	(象牙牌香皂)普劳克特制皂公司
只要丁能放入水中的东西,就能用“力士”来洗涤。	(力士牌香皂)

对各种衣物都面慈心软。 (象牙牌洗衣皂)
医生不也劝说你用象牙牌吗? (象牙牌香皂)
具有魔力的肥皂。 (克劳欣牌肥皂)
清洁、洗涤用品
美国家庭必备的桦条扫帚。 克劳鲁克斯洁具公司
轻抹几下便光洁如新。 (瓷器清洁剂)巴比特公司
再厚的污垢也不是它的敌手。 (清洁剂)帕莫里夫化学品公司
追踪并消除一切脏物。 (老荷兰牌清洁剂)卡迪公司
清洁与上光同时进行。 (上光剂)海峡化学品公司
用量最少而效果最好的清洁剂。 西安娜密德化学品公司
洗清碟子只需一半时间。 (华盛顿牌洗涤剂)迪夫公司
你不必再对着一堆脏盘子愁眉苦脸了。 (洗涤剂)斯威夫特化学品公司
一倍的效果,一半的价格。 (清洁剂)斯威夫特化学品公司
我们产品的作用总是比你预料的更大。 格兰莫伦化学品公司
对油污毫不留情,对你的双手却爱护备至。 (洗涤剂)布劳克特化学品公司
当心,这窗户上是安了玻璃的! (玻璃清洁剂)德拉凯特化学品公司
它至今尚未在任何器具上留过痕迹。 (清洁剂)彭阿密洗涤剂公司
除了脏物之外,它不会伤害任何东西。 (厨房清洗剂)帕特里克化学品公司
象牙牌洗衣粉能使旧貌换新颜。 布劳克特化学品公司
让你家中的棉织品看上去或摸上去就象丝绸一般。 (林涅特漂洗剂)CPC 国际公司
使旧的变新,使新的发光。 (上光剂)布里特列公司
六分钟内让地板焕然一新。 (地板蜡)米德威化学品公司
脏物的死敌,织物的密友。 (洗衣粉)布劳克特化学品公司
出售时以卡车论,使用时以点滴论。 (清洁剂)迈德福特化学品公司
从今往后,你再也不必擦洗窗户了。 (玻璃、镜子清洁剂)霍利谢德公司
象阳光般明亮,有着毫无瑕疵的荣誉。 (擦铜油)斯威夫特化学品公司
清洗卫生间不再是一件苦活。 (清洁剂)全球实验公司
它使你的家务劳动充满惊奇和欢乐。 (清洁剂)米德威化学品公司
洗衣史上的奇迹。 (洗衣粉)布劳克特化学品公司
从女性出发进行设计。 格兰莫伦化学品公司
所有肥皂都失败时,该由“弗莱希罕”大显身手了。 弗莱希化学品公司
只需轻轻一拂,就象掸灰一般容易。 英格兰清洁剂公司
专司洗涤的女巫。 高效清洁剂公司。
你最好的衣物往往只能干洗。 美国法衣公司
我们是善解人意的洗衣行。 美国服务总公司
在强大的“阿杰克斯”面前,任何污垢都没有立足之地。 阿杰克斯清洁剂公司
闪光的并不一定都是新东西。 (老荷兰牌清洁剂)

蓝色皇家牌扫帚——美国家庭的宠物。	美国扫帚和毛刷公司
“卡尔冈”对衣物特别仁慈。	卡尔冈洗衣粉公司
餐具的守护神。	卡斯凯德洗涤剂公司
用凉水照样效果奇佳。	(切尔牌洗衣粉)
让“潮水”冲刷一切污迹。	(潮水牌洗衣粉)
我们扫遍全世界。	帝国刷子公司
油腻也会遇见真正的对手。	(SOS 洗涤剂)
让你的盥洗室给朋友们留下一个好印象。	(清洁剂)邦美化学品公司
与污迹不共戴天,和珧琅亲密无间。	(清洁剂)邦美化学品公司
我们时刻记挂着家庭主妇的需求。	(清洁剂)鲍里恩化学品公司
柔软得犹如天鹅绒一般。	(柔软调理剂)布劳克特化学品公司
似一道阳光,瞬间照亮你所有的盘碟。	(洗涤剂)比罗化学品公司
最重要的是人们再也闻不到其中的气味了。	(格莱德牌垃圾袋)
象一位小小的仙女,将你家的一切都洗净。	(金牌牌洗涤剂)
你家的碗碟都会笑脸相迎的。	(卡莫林牌洗涤剂)
柔软而耐用。	美国抹布公司
舒适的家庭首先必须是干净的家庭。	美国抹布公司

六、居家生活用品

(一)家具

富于生命力的传统家具。	传统家具公司
只有好家具才能与你朝夕相伴。	德莱克斯家具公司
我们有适用于任何场合的椅子。	波琳椅子公司
你不妨到“城堡”里来兜一圈。	城堡家具公司
价值与时间同步增长的艺术杰作。	凯尔家具公司
它的美符合任何时代的标准。	罗恩韦伯家具公司
每天看到它们,每天都是享受。	H·T·库希曼家具公司
充满内在 R 价值,绝无内在的危险。	辛迪勒家具公司
科内瓦格——地久天长的美。	科内瓦格家具公司
将过去、现在与未来融为一体。	西部家具公司
手艺人的自豪高于一切。	皇家家具公司
象手风琴般伸缩自如的沙发。	S·尼特沙发公司
永远坐在“贝米斯”上面。	贝米斯椅子公司
每个人都需要一张漂亮的书桌。	(布迪牌书桌)
明天是“邓巴”的朋友。	邓巴家具公司
每天都是新感受。	克拉马克家具公司
家具领域的第一个名字,质量方面的最终发言权。	克拉马克家具公司

高雅的家具能营造高雅的家庭氛围。

北方家具公司

统帅美国家具业整整一个世纪。

威迪克家具公司

超越时光的美。

韦伯家具公司

只有最好的房子才配放置“金色的勋章”。

(金色勋章牌家具)

每个人都有得到最好休息的权利。

(绿点牌金属床架)

家具是每个家庭的珠宝。

麦卡勒家具公司

让你的家显得更和谐。

考平家具公司

渴望最好的——你一定能如愿以偿。

亨利·海森家具公司

躺在钢铁的羽毛上是最舒适的。

(海格立斯牌弹簧床)

为休息投资就是为健康投资。

美国床业联合会

让你的腰背得到充分的休息。

(完美牌靠椅)

(二)家用电器及燃气器

家用电器

为食品终身保鲜。

阿拉斯加电冰箱公司

有一百万台冰箱已经工作十年了。

通用电器公司

插上电源,冰块就源源不断。

(诺尔吉牌制冰机)

真正的解放。

(蓝鸟牌洗衣机)

照进窗户的光线中再也瞧不见飞扬的尘埃。

(吸尘器)联合电器公司

我们制造清新的空气。

卡莱空调器公司

在每一家商店中。

通用电器公司

拇指一掀,满屋洁净。

比塞尔吸尘器公司

垃圾的死敌,地毯的密友。

(吸尘器)尤里卡电器公司

聪慧的家庭主妇的标志。

(电熨斗)辛普克斯电器公司

好味道丝毫不减。

(电冰箱)阳光电器公司

“辛格尔”让你大显身手。

(缝纫机)辛格尔电器公司

寒冷世界的最大王朝。

格隆诺电冰箱公司

最忠实的家庭仆人。

通用电器公司

最好的销售商都在销售诺尔吉冰箱。

诺尔吉电器公司

像和风细雨拂净万物。

(洗衣机)布鲁克·埃顿制造公司

工作时鸦雀无声。

国家电冰箱厂

十年之后你会说:到底还是“诺尔吉”。

诺尔吉电器公司

你应该买质量而不是买数量。

密森电器公司

让能量最完全地为你服务。

卡莱空调器公司

每一天都是美好的。

卡莱空调器公司

我们为整个世界制造气候。

卡莱空调器公司

昨日的梦幻,今天的现实。

卡莱空调器公司

一个强大的国家首先必须是一个干净的国家。

(吸尘器)萨波里奥电器公司

在洁净无尘的居室享受生活。
 比北极更寒冷。
 它能最精确地控制温度。
 我们为你留住冬天。
 一年又一年,它永远是你最忠实的仆人。
 让寒冬在此时此刻降临。
 一次新的妇女解放运动。
 有了“比塞尔”,地毯再不愁眉苦脸。
 它永远保持沉默。
 将我们的产品奉献给追求真善美的人们。
 区别就在部分干净和彻底干净。
 你能时常听说它,但却听不见它的声音。
 象圣诞蜡烛一般寂静无声。
 高贵也讲究实际。
 它能捕捉连眼睛都看不见的尘埃。
 肮脏不应该是家庭的特征。
 你会庆幸自己买的是 GE 冰箱。
 为你介绍一个又一个新朋友。
 这样一件礼物每天都会被打开。
 送给她胡佛吸尘器就是送给她关心。
 在无声无息中赢得声誉。
 家庭中有了“胡佛”就有了欢笑。
 将一切脏物席卷而去。
 既然你买得起洗衣机,为何不买最好的呢?
 一切归功于“爱迪生”。
 眼睛一眨,冰块已经制成。
 保持食物新鲜必须雪上加霜。(白霜牌冰箱)
 热水源源不断。
 你永远不会后悔。
 全美国最老牌的冰箱。
 。凯弗涅特”的记录是无懈可击的。
 以高品质著称于世。
 “夏普”将一个崭新的世界展现在你的眼前。
 新疆域的开拓者。
 电子学艺术化的再现。
 经验与智慧的集合点。
 取暖、热水器

菲扎登特吸尘器公司
 铁山冰箱制造公司
 凡尔沃空调器公司
 克利富兰冰箱制造公司
 克利富兰冰箱制造公司
 (水晶牌制冰机)
 (水晶牌洗衣机)
 比富尔吸尘器公司
 (塞诺尔牌冰箱)
 罗尔电器制造公司
 (胡佛牌吸尘器)
 伊莱克冰箱制造公司
 伊莱克冰箱制造公司
 沃尔顿电器制造公司
 (吸尘器)尤里卡电器公司
 (汉密尔顿牌吸尘器)
 (GE 牌冰箱)
 通用电器公司
 (GE 牌冰箱)
 (胡佛牌吸尘器)
 (布鲁克德牌冰箱)
 (胡佛牌吸尘器)
 (胡佛牌吸尘器)
 (本涅克斯牌洗衣机)
 爱迪生电器公司
 (制冰机)印第安那冰箱公司
 (亨弗里牌热水器)
 (凯弗涅特牌冰箱)
 (凯弗涅特牌冰箱)
 (凯弗涅特牌冰箱)
 佩卡特电器公司
 夏普电器公司
 劳克韦尔电器公司
 莫托洛拉电器公司
 柯林斯电器公司

最终你还是省了钱。凯恩燃气取暖器公司
家中自有一片温情。全美取暖器公司
寒冬里的热带风情。(取暖器)杰克斯·伊万斯制造公司
制造得象钟表一般精巧。(燃油取暖器)S·T·约翰逊制造公司
寒冷再也无处藏身。全美取暖器公司
你的家永远是春天。布赖恩取暖器公司
窗外地冻天寒,窗内春意盎然。全美取暖器公司
不是“莱诺克斯”,怎会令你满意?(取暖器)莱诺克斯工业公司
你的家再也不需要火炉了。(电热取暖器)佩恩电器公司
健康需要温暖。(取暖器)兰格伯德制造公司
给你送去另一个太阳。全美取暖器公司
你有一位最热忱的朋友。荷兰取暖器公司
让冰冷的房屋变成家。(取暖器)利姆工业公司
让你享受旧时炉边取暖的乐趣。(燃油取暖器)阿伦工业公司
从每一个美元中得到最多的热量。(燃油取暖器)吉尔伯特工业公司
最彻底的无烟燃烧。尤提卡取暖器公司
象阳光般寂静无声。寂静的阳光燃气取暖器公司
更多、更快、更热。(热水器)鲁德取暖器公司
为美国驱赶黑暗和寒冷。美国燃气具公司
露营时最好的伙伴。美国燃气具公司
外型最漂亮、热量也最大的火炉。美国燃气具公司
当寒潮袭来时,“马维尔”说:有我就有温暖”。马维尔取暖器公司
这充满温情的火光永远象征着殷勤好客。科尔曼炉具公司
太阳的接班人。科尔曼炉具公司
美观使我们赢得朋友,质量使我们赢得更多的朋友。波顿炉具公司
它加热的是整个房间,而不再是那根烟囱。(多富牌取暖器)
躲在冰冷的屋子里直打哆嗦才是最愚蠢的。(多福牌取暖器)
漂亮与能量的完美统一。佛罗伦萨取暖器公司
更多的热量,更少的麻烦。佛罗伦萨取暖器公司
敢与阳光媲美。美国燃气具公司
创造一个最温馨的小气候。(普雷米尔牌取暖器)
帮你节约三分之一的燃油。(汉密尔牌燃油取暖器)
我们的领袖地位是由质量确定的。(电子大师牌取暖器)

(三)厨房用品

总是开水。(电热水瓶)佳能电器公司
它反映出良好的持家手段。全美铝制品联合会
烹调因此而成为艺术。(烹调用具)罗马制造公司

谁也无法使它黯淡无光。

从没见过这么好的！

将繁琐的烹调简化到极限——只需轻轻一按。

它们在厨师手中显得如此轻巧。

为了烹调出更美味的菜肴，你不妨买一口铁锅试试。

不须费力便能打开任何罐头。

凡是能吃的，它都能搅拌或磨碎。

只要你会烧开一壶水，你就一定会用“祖曼”做一顿美餐。

我们是从不作声的仆人，但却有着一百双手。

一百万家庭主妇的明智选择。

烹调已变得象沪戏一般轻松。

在餐桌上为你烹饪。

有了“塔本”，你的烹调手艺会无师自通。

“我最讨厌的事就是洗碗碟！”

它们绝不会比任何精致的家具逊色。

你不再需要厨房女仆。

瓷器和银器

看到商标你就会知道这是最好的。

美餐的良好开端。

只有最好的厨师才用这些瓷器。

家庭主妇们一眼便能将它认出。

在美国所有的家庭里。

瓷器总是最能显示女主人的品味。

为美而创造。

什么也不用说了，这就是银器。

一生只需作一次选择。

新娘最美好的开端。

显尊贵，添气派——家庭主妇们的骄傲。

贵族化的图案设计使它们更光彩耀人。

这是为了让你世代相传的。

美国家庭七十年来一直使用我们的银餐具。

为了神圣的婚姻。

使用越久才越显光彩。

独特的抛光技术使它们更为出名。

(四)床上用品

皇家的气派与皇家的氛围。

一挨便能入眠。

伯克勤铝制品公司

(铝制器皿)雷诺兹金属公司

(微波炉)埃斯迪特厨房用品公司

全美铝制品联合会

芝加哥金属制造公司。

(起子)迪泽金属制造公司

(家庭助手牌搅拌器)

(祖曼牌微波炉)

霍泽尔厨房用具公司

(微波炉)摩尔电器公司

标准电气炉公司

(微波炉)切斯布拉斯电器公司

(塔本牌微波炉)

(康诺弗牌洗碟机)

(厨房柜)科珀斯普劳斯公司

(厨房用具)埃迪克斯公司

杰克逊瓷器公司

西拉奎斯瓷器公司

奥诺达加瓷器公司

阿洛夸瓷器公司

阿洛夸瓷器公司

杰克逊瓷器公司

华莱士银器公司

美国银器公司

华莱士银器公司

康缪蒂银器公司

康缪蒂银器公司

康缪蒂银器公司

康缪蒂银器公司

国家银器公司

戈尔汉姆银器公司

华莱士银器公司

国家银器公司。

凯诺米尔斯床上用品公司

(枕头)西勒床上用品公司

供你享受整个人生。

一夜成名。

睡在春之气息席梦思上,你便能充分享受春的温馨。

为休息而投资。

你恍如睡在洁白的云朵里。

世界上独一无二的将电子技术和毛毯合二为一的公司。

再造大自然的甜美温馨。

记住,你生命的三分之一是在床上席过的。

经过七十三年的考验,证明它是休息时的最佳选择。

你只需将身子靠在“埃克利斯”上,休息就成了一件最自然的事。

美国床上用品公司

埃克利普斯床上用品公司

春之气息床上用品公司

贝特床上用品公司

(鸭绒被)西勒床上用品公司

西门子电子公司

(床垫)西门子电子公司

西门子电子公司

奥斯特摩尔公司

埃克利斯床上用品公司

联合床上用品公司

托费克床上用品公司

西勒床上用品公司

(英国人牌床垫)

(佩罗牌床罩)

(哈奇曼牌空气床垫)

凯瑟毛毯公司

这是永远不会衰老的床垫。

温暖如阳光,轻柔似浮云。

你的早晨会象你的床垫一样美好。

为了更甜美的睡眠。

卧室最需要高雅的格调。

真正的美梦。

今夜的美梦,明日的成功。

(五)室内装潢与装饰

室内装潢

我们继承的遗产是质量、手艺和服务。

这就是人们梦境中的图画。

最好的墙纸才符合你的个性。

“弗米卡”的产品总有意料不到的效果。

轻轻一擦就会象新的一样。

就象用灯罩调节灯光色彩,我们也能用窗罩来调节阳光的色彩。

弗吉尼亚制镜公司

NB 装饰画公司

特因伯顿装潢公司

弗米卡装潢公司

哥伦比亚墙纸公司

(窗罩)哥伦比亚纺织公司

(装饰布)艾罗谢德纺织品公司

切克劳斯墙纸公司

康格里恩塑料地板公司

科尔文室内装潢公司

(墙纸)布朗纸品公司

NB 图案设计公司

法诺地板打磨机公司

法诺地板打磨机公司

(约翰逊牌地板蜡)

(约翰逊牌地板蜡)

使你的房屋象个家。

为何客人们对你家总是赞不绝口?

花很小的代价就能使家中的地板光亮异常。

我们营造和谐的家庭氛围。

家就得象家的样子。

梦幻般的图案设计。

地板是房屋主人的另一张脸。

集打蜡、抛光、磨砂于一身

只须将它抹在地板上——它会自动现出光亮。

不必再用那把沉重的蜡拖了。

地毯和壁毯

难道这不是艺术杰作？

让每一个房间充满魅力。

以极小的代价换来满屋生辉。

美的使者。

你的脚下是传统与时尚的巧妙衔接。

为你的家庭营造一个艺术氛围。

你一定在寻找我们的飞轮商标吧！

拥有“比各洛”的人才真正知道它那不朽的价值。

经受得住时间考验的美。

我们编织的地毯充满魔力。

被磨损……磨损……磨损……但永远不会磨损。

有艺术个性的人总会想到迪林吉公司。

天堂里铺的不正是利斯地毯吗？

经线是我们的真诚，纬线是我们的技术。

美当天长地久。

我们的地毯铺遍全美国。

我们的每一条地毯都是为顾客定做的。

(六) 钟表

无与伦比的精确。

美国人有着极强的时间概念。

美国是依照“博鲁瓦”的时间运行的。

唤醒美国人的声音。

博鲁瓦手表——最珍贵的礼物。

“卡西欧”显示着奇迹永远不会终止。

奥米茄——高贵的象征。

终身最自豪的拥有。

捍卫属于你的时间。

假如你需要的不仅仅是计时，那就该买一块“汉密尔顿”。

你忘记了没关系，它全都记着哩！

整整一个世纪的骄傲。

为了所有时间的主人。

用时间来赢得进步。

它也是精致的首饰。

瑞士钟表业的顶峰。

这才是最好的时间。

埃尔金——高贵和典雅的代名词。

柯林斯·阿克曼地毯公司

(壁毯)伯德父子纺织品公司

康格留地毯公司

拉克地毯公司

马奇地毯公司

霍尔姆斯父子地毯公司

马奇地毯公司

比各洛地毯公司

康洛留地毯公司

马斯兰德父子地毯公司

阿姆斯特朗地毯公司

迪林吉地毯公司

詹姆士·利斯地毯公司

马奇地毯公司

安特隆地毯公司

安特隆地毯公司

迪林吉地毯公司

瓦伦钟表公司

利波克斯钟表公司

博鲁瓦钟表公司

通用计时公司

博鲁瓦钟表公司

(手表)卡西欧电子公司

(奥米茄手表)

(奥米茄手表)

埃尔金全国手表公司

(汉密尔顿牌手表)

詹姆士钟表公司

(浪琴手表)

西科钟表公司

通用计时公司

(手表)先锋电器公司

(霍达手表)

通用计时公司

埃尔金全国手表公司

最高荣誉的拥有者。

(浪琴手表)

明天,每个人的手腕上都会戴着它。

(表带)斯比德公司

最幸福的时刻肯定是“博鲁瓦”的时刻。

(手表)博鲁瓦钟表公司

一个月的误差不会超过一秒。

(手表)普尔扎钟表公司

美国人最珍惜好时光。

(手表)利波克斯钟表公司

美国在“汉密尔顿”的时间上飞奔。

(汉密尔顿手表)

世界上唯一以空气为动力的时钟。

(埃特莫斯牌时钟)

任何国家都不欣赏迟到者。

(闹钟)大本钟表公司

没有比它更准确的时间了。

(闹钟)大本钟表公司

表带队列的排头兵。

伯兰特表带公司

“布劳克”永远和时间同步。

(时钟)布劳克钟表公司

男子的珍宝。

(手表)布劳克钟表公司

从 1856 年起,它就是美国领袖们的象征。

埃尔金全国手表公司

“埃尔金”与星辰一般准确。

埃尔金全国手表公司

瑞士钟表制作艺术的最高贡献。

(玛尔文牌手表)

起薄型表是未来的标志。

维莱辛手表公司

决不仅仅是时间。

(汉密尔顿牌手表)

你需要正确的时间,就应该作出正确的选择。

(哈佛牌手表)

掌握时间就是节约时间。

赫克斯时钟公司

“英格索尔”早已成为全美国的口头禅。

(英格索尔牌手表)

朗琴——朗琴牌手表)

(七)制伞业

我们统治着雨中的世界。

富莫制伞公司

在雨中风度依旧。

海利森制伞公司

就像它的名字一样坚强。

海格立斯①制伞公司

(八)婴儿用品

婴儿是我们唯一的服务对象。

吉伯尔婴儿用品公司

对婴儿服务周到就是对你服务周到。

强生儿童制品厂

漂亮的孩子由漂亮的食物造就。

伦敦内森食品公司

更容易洗,更容易干,能吸收更多水分,也能用得长久。

(尿布)坎道纺织品公司

你的宝宝需要干燥。

(潘恩帕斯牌尿布)

和在母亲的怀抱里一模一样。

海吉奶瓶制造公司

当婴儿吮吸时,它似乎也能跟着呼吸。

(埃夫罗牌奶嘴)

每一家医院都能为它作证。

(强生牌爽身粉)

最细腻与最温和的。

(强生牌爽身粉)

对婴儿和你都有益。

(强生牌爽身粉)

(九)玩具

“阿尔斯”的玩具造就了一代又一代幸福的儿童。

阿尔斯玩具制造公司

美国的孩子都认识“怀特”的汽车。

(玩具汽车)怀特公司

小姑娘的梦。

(布娃娃)施瓦茨玩具制造公司

未来天才的玩具。

吉尔伯特玩具制造公司

给你的孩子带回去一个最大的惊喜。

(电动火车系统)凡德迈勋玩具公司

七、文化、娱乐、体育、休闲用品、交际、嗜好

(一)电视机

永远坐在电视机王国的宝座上。

松下电器公司

无与伦比的享受。

松下电器公司

索尼——这一台也是唯一的一台。

索尼电器公司

全世界都知道,也都喜爱“东芝”。

东芝电器公司

电视机中最值得信赖的名字是 ICA。

ICA 电子公司

你家中的剧院。

美国电视机制造公司

我们让你眼界大开。

ICA 电子公司

一个面对整个世界的窗口。

美国电视机制造公司

从此每一个夜晚都充满欢乐。

(柯蒂斯牌电视机)

其实只有一种选择。

索尼电器公司。

(二)音响设备

唯有音乐才是最重要的。

先锋音响公司

我们希望你百般挑剔。

(汽车收音机)舒尔汽车公司

我们的产品卖给耳朵特别灵敏的人。

匹克林音响公司

你将和乐队融为一体。

EPI 音响公司

高贵的音乐只能源于高贵的音响。

德里拉弗音响公司

大师的声音。

ICA 音响公司

这声音难道是活着的?

洛茨录音机公司

它在时代前面歌唱。

佩内桑尼克音响公司

领袖的声音。

(电话听筒)健伍公司

我们今天的思想就是明天完美的艺术。

哈门·卡顿电子公司

它将快乐和活力注入了声音。

(接收器)山水公司

为声音创造新的标准。

电子音响公司

“三洋”和生活是同一回事。

三洋公司

最值得信赖的声音。

ICA 音响公司

这一个才是唯一的一个。

索尼公司

我们为每一台唱机赋予了灵魂。

(唱机)爱迪生公司

这就是声音的科学。

三菱公司

我们会将你引入美妙的新世界。
拨动你心弦的声音在这里。
用声音来开辟未来。
纯而又纯的声音。
永远代表音响世界的最高水准。
这声音仿佛来自她的指尖。
永远领先一年。
永远是你的最好伴侣。
美国最漂亮的收音机。
入耳便知什么是“音色纯正”。
像最好的乐器一样动听。
只有会听的人才会买“威斯汀·豪斯”
高科技的产物。
无论款式还是音色都美妙绝伦。
耳听为实。
价格高了些,但用途也更多些。
每一台都是最好的一台。
无线电领域的卓越代表。
收音机世界中一架辉煌的钢琴。
宛如身临其境。
美妙的音乐与你常相伴。
以纯正的音色著称于世。
超出你的最高希望。
电波世界最强大的王朝。
收音机工业的先驱。
超现实的杰作。
产生轰动效应的收音机。
每一位著名音乐评论家的选择。
收音机中的试金石。
证明就在倾听。
收音机中一个响彻云霄的名字。
在所有的性能上再加一个“十”。
收音机世界中的贵族。
接收性能登峰造极。
跟着音乐的节奏醒来。
为未来的岁月而制造。
一机牵动万人心。

JVC 公司
(汽车高保真收音机)杰生公司
F·C·亨特音响公司
(录音磁带)爱华公司
布兰斯维克唱机公司
(唱机)爱迪生公司
泽尼斯电子公司
收音机工业公司
阿德马奥电子公司
麦克耐沃电子公司
弗尔考收音机公司
威斯汀·豪斯电子公司
ICA 电子公司
本迪克斯电子公司
通用电器公司
泽尼斯电子公司
戴维森电子公司
里西奥制造公司
发达电器公司
波克曼电子公司
标准收音机公司
太平洋收音机公司
本迪克斯电子公司
帝国收音机公司
泛美收音机公司
联邦收音机公司
塞莫达恩收音机公司
泛美收音机公司
弗格森电子公司
莫托洛拉电子公司
本迪克斯电子公司
通用电器公司
肯尼迪电器公司
麦克拉伦收音机公司
通用电器公司
泛美收音机公司
飞鹰收音机公司

一路春风，一路欢乐。
 不会再有更真实的声音了。
 倾听全世界。
 距离决不会影响收听效果。
 它是一架收音机，但它更是精致的乐器。
 全球生产最小型收音机的最大厂家。
 享受高保真的音乐，绝不需要你多出一分钱。
 装在最豪华的汽车中也毫不逊色。
 为了那些听觉特别灵敏的人们。
 领导每一次收音机工业的革命。
 天空中飘荡着多少电波，“塞莫达恩”就能抓住多少。
 让你的神经放松一会儿吧！
 在每一架飞机上。
 传送天使的声音。
 灌入其中的是抹不去的美。
 倾听美国。
 鉴赏者的珍宝。
 美国最好的音乐。
 一切你正渴望的音乐。
 所有引起轰动的明星都汇集在 ICA 的唱片上。
 全明星唱片。
 震撼人心的艺术杰作。
 艺术家们最完美声音的再现。
 艺术家之家。
 有史以来最伟大的音乐。
 最热烈的节奏，最新颖的曲调——为了最现代的年轻人。
 大师的声音。
 最具个性的唱片。
 领袖地位来自完美的音质。
 记录下一去不复返的时光。
 假如你对音乐是真心喜爱，那你就只有一个选择了。

(三)摄影器材

来自照相机故乡的一家著名公司。
 “贝尔和豪厄尔”能使你不学自会。
 “佳能”永远迎接明天的挑战。
 光学领域的经典。
 最完美的真实。

波希汽车收音机公司
 本迪克斯电子公司
 德福斯特收音机公司
 佩莱曼收音机公司
 (艾卡特牌收音机)
 埃默森收音机公司
 法斯威斯收音机公司
 莫托洛拉电子公司
 匹克林收音机公司
 施图亚特·瓦纳收音机公司
 塞莫达恩收音机公司
 (拉曼特牌收音机)
 (李尔牌航空收音机)
 凯比特唱片公司
 水星唱片公司
 迪卡唱片公司
 先锋音响公司
 ICA 电子公司
 ICA 电子公司
 ICA 电子公司
 迪卡唱片公司
 布兰斯维克唱片公司
 布兰斯维克唱片公司
 布兰斯维克唱片公司
 ICA 电子公司
 蓝鸟唱片公司
 ICA 电子公司
 布兰斯维克唱片公司
 瑟莫克斯唱片公司
 格拉夫录音机公司
 先锋音响公司

(照相机)西德梅诺克公司
 (照相机)贝尔和豪厄尔公司
 (照相机)日本佳能公司
 (透镜)伯勒布鲁克公司
 (印相纸)柯达公司

永远属于你。	(一次成像照相机)柯达公司
“我正想去替你买一卷柯达胶卷。”	柯达公司
无论走到何处都能买到“柯达”。	(胶卷)柯达公司
生活本身就是一幕幕图景,“柯达”为你忠实记录。	柯达公司
“美能达”代表着最新的设计思想。	美能达公司
照片将向你叙述一切。	美国摄影家协会
让照片来说话。	E·A·维奇顿摄影器材公司
你对摄影懂得愈多就愈信赖“柯达”。	柯达公司
我们的牌子是因质量而著名的。	美能达公司
最优秀的照片总是出自“尼康”。	(照相机)尼康公司
你只需按动快门,其余的一切都交给我们。	(简易照相机)柯达公司
如果你能挑出毛病,我们将送你一卷胶卷。	阿克法胶片公司
用照片叙述你一生的故事。	美国摄影家协会
芝加哥警察当局的取证工具。	(照相机)日本佳能公司
如此先进,可又如此简便。	(照相机)日本佳能公司
现代光学制品的发源地。	(镜头)德国蔡司公司
最完美的镜头。	(镜头)德国蔡司公司
生活就象一部电影,“柯达”为你留下所有美好的瞬间。	柯达公司
图片已经把一切都讲清楚了。	商业摄影服务公司
我们带头走进九十年代。	贝尔和豪厄尔摄影器材公司
方便极啦!	(简易照相机)柯达公司
柯达胶卷的领袖地位确立于1928年。	柯达公司
为了你生活中的每一个事件。	柯达公司
质量领先,其余的一切紧随其后。	(胶卷)富士公司
节假日是“柯达”的日子。	柯达公司
美国故事的讲述者。	柯达公司
最有价值的礼物。	(胶卷)柯达公司
大自然有多少色彩,“柯达”就有多少。	柯达公司
“柯达”的服务和它的产品一样出色。	柯达公司
在每个游子的衣袋里。	柯达公司
“柯达”永远是摄影技术的先驱。	柯达公司
在人类的进步事业中始终有“柯达”的身影。	柯达公司
将来,当你的孙子翻开相册时,你的结婚照依然鲜艳如故。	柯达公司

(四)乐器

在它上面弹奏出了最辉煌乐章。	贝茨钢琴公司
像艺术大师那样选择你的钢琴。	鲍德温钢琴和风琴公司
为了家庭气氛的和谐。	康恩风琴公司

大师制作给大师弹奏。
 特别地道的工艺凝聚成特别纯真的音色。
 比起金钱来我们更在乎音乐。
 充满荣耀的音乐。
 没有哪一种乐器能给初学者如此多的回报。
 只须一根琴弦便抵得上一千句赞美之词。
 与音乐一样受人欢迎。
 为不朽的音乐而制作。
 琴键上留下了大师的指痕。
 它的声音传遍世界每个角落。
 “世界将变得更美好！”
 美妙的琴声伴你朝朝暮暮。
 克纳伯钢琴——音乐圣殿的丰碑。
 美与庄严的完美组合。
 发掘你的音乐天赋。
 有着辉煌名字的钢琴。
 让音乐在你的身边流淌。
 令人心醉的乐曲。
 最美妙的音乐之声。
 不朽的业绩。
 钢琴最高品质的继承者。
 一架钢琴是整个家庭的灵魂所在。
 永远鸣奏着时代的音符。
 这是从天堂借来的钢琴。

(五) 渔具

我们在你的运气上再加些科学。
 冠军使用的钓杆。
 假如你的钓钩是韦伯制造的,那么鱼肯定会咬它。
 有了“海顿”,你的好运气就有了保证。
 我们的钓杆连鱼看了都喜欢。
 你也许会网到一条美人鱼。
 在湖边,“海顿”总会有意外的收获。
 除非你没使用过它。
 你会使别的垂钓者瞠目结舌。

(六) 园艺用品

草坪是一个家庭的脸面。
 外形像个侏儒,可力气却像巨人。

布希尔庞德钢琴公司
 (吉它)大卫·韦克斯拉乐器公司
 凯尔乐器公司
 哈蒙德风琴公司
 哈蒙德风琴公司
 索尔门钢琴公司
 多温特钢琴公司
 斯坦威父子钢琴公司
 奥托·纽曼尼克钢琴公司
 S·海涅斯钢琴公司
 戈亚吉他公司
 布拉森钢琴公司
 克纳伯钢琴公司
 卡彭特风琴公司
 康恩风琴公司
 李斯特钢琴公司
 (雅马哈电子琴)
 (萨克管)布鲁希尔乐器公司
 哈蒙德风琴公司
 斯坦威父子钢琴公司
 柯勒·坎贝尔钢琴公司
 缪斯特钢琴公司
 莱德乐器制造公司
 (卡瓦伊牌钢琴)

坦布尔渔具公司
 阿博加斯特渔具公司
 韦伯渔具公司
 詹姆士·海顿父子渔具公司
 麦斯巴哈制造公司
 (渔网)维克多渔具公司
 詹姆士·海顿父子渔具公司
 穆尔渔具公司
 詹姆士·海顿父子渔具公司

联合种子公司
 (刈草机)美国马达公司

你很快就会拥有一片可爱的绿色草坪。

联合种子公司

周围没有种满植物,怎么能算是家呢?

黑尔斯德种子公司

让每一块空地都变成花园。

最佳种子公司

除了雨露,就数它了。

鲁特勒旋转喷射器公司

邻居们正是从草坪认识你家的。

联合种子公司

花园的守护神。

(猫头鹰牌杀鼠剂)

门前没有花园,这能算一个家吗?

斯戴尔苗圃

如果每一台刈草机在你眼里都一样,那一定是你看得不够仔细。

(特洛牌刈草机)

让你家的草坪像地毯般舒适平整。

(朗波尔牌刈草机)

(七)书写工具

唯有漂亮的笔才能写出漂亮的字。

(钢笔)沃特曼制笔公司

全美国人手一支。

西芬钢笔公司

钢笔的质量取决于笔尖的质量。

赫伍德·亨特制笔公司

富有想象力的工程。

斯奎特制笔公司

派克 51,笔中之王。

派克制笔公司

在你手中的是一杆有灵气的钢笔。

埃伯哈德·法珀制笔公司

拥有一支派克钢笔是值得骄傲的。

派克制笔公司

深受全世界欢迎的钢笔。

派克制笔公司

书写也是一种艺术。

诺尔制笔公司

用来描绘未来的铅笔。

埃伯哈德·法珀制笔公司

象金字塔那样永恒。

希金斯墨水公司

适合一切书写方式的笔尖。

埃斯特·布鲁克制笔公司

使你的签名更流畅。

(签名笔)西芬钢笔公司

派克 51——世界上最受欢迎的钢笔。

派克制笔公司

写遍整个世界。

卡特钢笔公司

说到底,留在纸上的还是墨水。

西格蒙墨水公司

用沃特曼理想牌钢笔,一切都是理想的。

沃特曼理想制笔公司

灌进去的是水,写出来的是墨水。

(骆驼牌钢笔)

你能说出来,我们就能记下来。

卡特钢笔公司

这是无比奇妙的蓝色。

(墨水)卡特钢笔公司

在每一支铅笔后面都有一只翘起的大拇指。

斯奎特制笔公司

黄底红条的飞鹰铅笔比其它铅笔耐用百分之三十四。

飞鹰制笔公司

让你的写作充满趣味。

(铅笔)埃伯哈德·法珀制笔公司

铅笔也能画出最美的图画。

埃伯哈德·法珀制笔公司

用“爱好”来写作,写作就会成为你的爱好。

(爱好牌铅笔)

和铅笔一般好使。

(英格拉夫牌钢笔)

紧紧地依偎在你的掌心。

(、迪克逊牌铅笔)

大事业中的小铅笔。 (迪克逊牌铅笔)

象绸缎般柔软,又象钢铁般坚硬。 (迪克逊牌铅笔)

为了永恒的纪念。 (切尔顿牌钢笔)

能抹去任何字迹。 威尔顿·罗伯特涂改液公司

(八)纸品

你能写得更出色,假如你用的是吉尔伯特的纸张。 吉尔伯特纸品公司

上乘的纸张能使一部好作品更趋完美。 西北纸品公司

问一问出版商们,你会就知道什么纸张最好。 莱辛纸品公司

这里是纸的世界——从保鲜薄膜一直到印刷用纸。 国际纸品公司

让思想成型。 沃克纸品公司

你不应忽视纸张的作用。 冠军纸品公司

好品质代代相传。 伊顿纸品公司

漂亮的信封会使人浮想联翩。 (信封)怀特纸品公司

你不会作战,但你能写作呀! 伊顿纸品公司

记忆的保险柜。 标准笔记簿公司

不朽之作的第一页。 牛津纸品公司

每个人都会对它多看一眼。 (包装纸)海德纸品公司

把它写在纸上:瓦尔纸品公司。 瓦尔纸品公司

别忘了,信封能给人留下第一印象。 标准信封公司

与钢笔亲密无间。 怀特纸品公司

把想到的写下来,你会有无穷的快乐。 伊顿纸品公司

从最精美的纸开始。 汉缪尔纸品公司

你能用它布置出世界上最漂亮的橱窗。 (玻璃纸)塞洛风纸品公司

它能给你带来丰厚的利润。 (玻璃纸)塞洛风纸品公司

选用纸也该有点想象力。 冠军纸品公司

为美国人抹眼泪已经有五十年了。 (餐巾纸)克里纳斯纸品公司

纸张能显示你的风格。 冠军纸品公司

我们知道你的情趣高雅。 冠军纸品公司

最漂亮的信纸。 伊顿纸品公司

写作使你赢得生命。 伊顿纸品公司

没有朋友间的书信来往是人生的一大憾事。 伊顿纸品公司

让你的思想在这精美的纸上跳跃吧! 伊顿纸品公司

世界上最薄最韧的卷烟纸。 埃克斯塔纸品公司

每一张纸都会给你留下好印象,当然你也能给它留下好印象。 埃迪纸品公司

让你的笔尖像行云流水般流畅。 邦德纸品公司

夹着紫色缎带的笔记本。 尤涅维索纸品公司

每一位拿笔的人都认识我们。 标准纸品公司

充满生机的活页簿。

斯苔弗里纸品公司

请依赖我的记忆力吧！

标准笔记簿公司

假如你看到一颗糖果，那它的包糖纸肯定是我们制造的。

李普斯纸品公司

高质量的表格有助于企业的发展。

巴尔蒂莫纸品公司

(九)运动器材

夺冠之后再作抉择。

塞夫迪自行车公司

“海德”送你平步青云。

海德滑雪具公司

他们才是最优秀的滑雪者。

美国滑雪具公司

这神奇的三角形就是保龄球的象征。

(三角牌保龄球器具)美国机械制造公司

高尔夫球场上最响亮的名称。

克洛伊顿高尔夫公司

我们善于学习，但是从不模仿。

(网球拍)维克多运动器材公司

唯有手工制作的球棒才符合你的个性。

(高尔夫球棒)凯尼斯·史密斯公司

“威尔逊”保佑你获胜。

威尔逊运动器材公司

在每一个项目上都会得高分。

麦克·格里高里运动器材公司

高尔夫球场上耀眼的星。

(高尔夫球)维克多运动器材公司

钢铁的翅膀。

(冰鞋)内斯特·约翰逊制造公司

并不是只有百万富翁才能玩高尔夫球。

瓦尔特·海洛高尔夫公司

我们的旱冰鞋有“三条命”。

芝加哥运动器材公司

教练们早已习惯于用蓝鸟的产品来评判一切运动器材。

蓝鸟运动器材公司

在大自然的怀抱中。

联合野营帐篷公司

是谁使滑雪成为一项最受欢迎的运动？当然是“海德”！

海德滑雪具公司

今天是“威尔逊”的时代。

威尔逊运动器材公司

(十)礼品与贺卡

寄走思念几分，收到欢乐无限。

(圣诞卡)贺卡协会

花中自有真情在。

种花者协会

这是一小片温馨的阳光。

贺卡协会

怀有最真挚情感的人才会选择最好的贺卡。

赫尔马克贺卡公司

让礼物给每个人带去快乐。

全国礼品艺术协会

爱的另一种语言。

普费法礼品公司

用欢乐代替忧虑，用温情驱逐孤独。

贺卡协会

你是一个考虑周到的人，肯定会寄给朋友最好的贺卡。

贺卡协会

(十一)烟具

你一定会欣赏这些最精致的艺术品。

(烟斗)克伍德烟具公司

身价百倍。

(烟嘴)基森烟具公司

打火机之王。

朗声公司

吸烟者的感觉所在。

(烟盒)吸烟者烟具公司

将你手中的烟再滤一遍。

(烟嘴)布莱尔烟具公司

烟斗王国的开拓者。	林克曼烟斗公司
“朗声”从不会辜负你的希望。	(打火机)朗声公司
在烟斗王国中拥有最后的发言权。	克伍德烟具公司
老牌烟斗中最老的牌子。	康莫尔烟斗公司
最完美的火苗。	(打火机)朗声公司
令人爱不释手的艺术品。	(烟斗)克伍德烟具公司
永不泯灭的希望之火。	(里根牌打火机)
点燃你未来的事业。	(鲍尔森牌打火机)

八、汽车、摩托车及零件

(一)汽车

为每一个选择都准备好了答案。	通用汽车公司
“沃弗”从不会辜负你的信赖。	沃弗汽车公司
和睦家庭的原动力。	比埃尔·埃洛汽车公司
一颗富于启迪的梦幻之星。	(水星牌轿车)福特汽车公司
法国文明在二十世纪的象征。	雷诺汽车公司
即使将外壳全部卸去,它依然是最美妙的。	比克汽车公司
“哈德森”美得令人震惊。	(哈德森牌轿车)美国汽车公司
最好的赌注就是“比克”。	比克汽车公司
“福特”又遇上一个好年头。	福特汽车公司
“丰田”经得住千锤百炼。	丰田汽车公司
“大众”提供给你的是最纯洁的驾驶环境。	大众汽车公司
“通用”使你摆脱平庸。	通用汽车公司
“福特”总会有一个最新的主意。	福特汽车公司
将你的双手放在“丰田”的方向盘上……你就再也舍不得离开它了。	丰田汽车公司
驶一段路试试……抵得上一千句赞美之词。	(雷鸟牌轿车)福特汽车公司
谁能想到这是一辆吉普车?	吉普汽车公司
我们将你放在第一,你也会将我们放在第一。	(雪佛兰牌轿车)通用汽车公司
坐在里面你就够神气了,假如买一辆你就更神气了。	斯图德贝克汽车公司
簇新!精致!这必定是“凯迪拉克”。	(凯迪拉克牌轿车)通用汽车公司
世界之标准。	(凯迪拉克牌轿车)通用汽车公司
最高限度地将技术转化为舒适。	福特汽车公司
后悔不属于“国王”。	国王汽车公司
“本田”永远行驶在未来的道路上。	本田汽车公司
象心上人那样,让你愈来愈喜欢。	马自达汽车公司
这才是最聪明的汽车。	萨布汽车公司
你会和“雷诺”一见钟情的。	雷诺汽车公司

在你的未来中,总会出现一辆“福特”的。	福特汽车公司
这是与火箭最相似的汽车。	通用汽车公司
世界十万英里拉力赛冠军。	(水星牌轿车)福特汽车公司
今天制造的明天的汽车。	福特汽车公司
“雷鸟”是世纪的骄傲。	(雷鸟牌轿车)福特汽车公司
你不妨数一下身边驶过了多少辆福特的汽车。	福特汽车公司
当朋友相聚时,我们也见面了。	(雪佛莱牌汽车)通用汽车公司
我们将质量铸造进了汽车。	美国汽车公司
我们带着良好的祝愿取胜。	奥克兰汽车公司
我们的马达是永不磨损型的。	奥弗兰德汽车公司
为全球辛勤工作的马。	吉普汽车公司
靠一辆雪佛莱,你就能永远跑在前头。	(雪佛莱牌汽车)通用汽车公司
一只眼睛盯着未来,一只耳朵紧贴大地。	通用汽车公司
最长寿的汽车。	底特律阿博特汽车公司
最重要的是不出故障。	通用汽车公司
在北美大陆上奔驰——“福特”让你一路欢笑。	福特汽车公司
难道不应该享受生活吗?	比克汽车公司
没有好的刹车,你还是不要发动。	美国刹车制造公司
将力量、速度和豪华融为一体。	(凯迪拉克牌轿车)通用汽车公司
永远有更多的人期望得到它。	(凯迪拉克牌轿车)通用汽车公司
“凯迪拉克”能在任何道路上行驶。	(凯迪拉克牌轿车)通用汽车公司
水星牌带给你的是奇迹。	(水星牌轿车)福特汽车公司
拥有未来的汽车。	(奥茨牌轿车)
用最低的价格买最好的汽车。	雪佛莱牌汽车
雪佛龙呈现给你的是一个又一个奇迹。	(雪佛莱牌汽车)通用汽车公司
舒适地飞驰,平安地回家。	(雪佛莱牌汽车)通用汽车公司
全球最豪华的低价汽车。	(雪佛莱牌汽车)通用汽车公司
每一段旅程都妙不可言。	克莱斯勒汽车公司
你有权拥有最好的。	克莱斯勒汽车公司
拓展未来科技新里程。	(蓝鸟牌)日产汽车公司
装上去容易,取下来简单。	哥伦布防滑链公司
作过一番比较之后,你肯定会买大众汽车。	大众汽车公司
与北美大陆一样强大。	大陆汽车公司
象驾驶它的人一样独一无二。	多伦多奥斯汽车公司
生命会提示你勇往直前。	亚特拉拉斯汽车公司
要赶上“奥迪”几乎是不可能的。	(奥迪牌轿车)
机械领域的艺术家。	(奥迪牌轿车)

运动员的汽车。	(BMW 轿车)
“我终于拥有了 BMW !”	(BMW 轿车)
即使你把它拆得七零八落,它依然是一位美人。	(BMW 轿车)
技术与艺术的结晶。	(加古牌汽车)
汽车历史的新纪元。	(鲍兰德电动汽车)
无论你用什麼速度行驶,发动机总是悄然无声地工作。	比克汽车公司
象初升的旭日般充满朝气。	比克汽车公司
有谁不想拥有一辆“比克”?	比克汽车公司
高速公路上的天之骄子。	迪尔汽车公司
这是最现代化的家庭汽车。	德索托汽车公司
道奇——这可真是一个好名字!	(道奇牌轿车)
一路顺风的总是“道奇”。	(道奇牌轿车)
你不应该落后于时代。	(富特牌六汽缸轿车)
质量正带领着我们奔驰。	日产汽车公司
买新车容易,卖掉旧车也容易。	(福特牌轿车)
驶上三十分钟肯定能赢得你的心。	(埃塞克斯牌轿车)
每年都有一个领袖,每年都是“凯迪拉克”。	(凯迪拉克牌轿车)通用汽车公司
它能追赶上最矫健的羚羊。	(道奇越野车)
最具欧洲传统色彩的汽车。	(菲亚特牌轿车)
时代的宠儿。	(菲亚特牌赛车)
它有着奇妙的新价值和充满传奇的旧名字。	(邦迪亚克牌轿车)
每年都有新的“福特”问世。	福特汽车公司
只有“福特”才能永不令你失望。	福特汽车公司
有谁的目光不被“福特”所吸引?	福特汽车公司
人类智慧最骄傲的创造。	(福特 T 型汽车)
新的创造永远由“福特”开始。	福特汽车公司
最高层次的探索与拓展。	福特汽车公司研究所
“富兰克林”会给你驾驶飞机的感觉的汽车。	(富兰克林牌轿车)
这是按飞行要求设计的汽车。	(帕克牌汽车)
分路上一颗光彩夺目的宝石。	(哥伦比亚牌汽车)
土星牌汽车代表了世界汽车的未来。	(土星牌轿车)通用汽车公司
高质量是汽车的工业的生命。	福特汽车公司
在未来道路上奔驰的仍将是克莱斯勒的汽车。	克莱斯勒汽车公司
一个好名字。	(道奇牌轿车)
坐在其中是件美事,被人们看见你坐在其中更是件美事。	(邦迪亚克牌轿车)
汽车工业的伟大杰作。	(罗尔斯·罗伊斯牌轿车)
只要它是福特汽车……	福特汽车公司

“我简直不敢相信自己的眼睛了！” (哈德森牌轿车)
 高速公路的主人。 (哈德森牌轿车)
 力量、安全、款式和速度！ (哈德森牌轿车)
 超级汽车！ (哈德森牌轿车)
 具有一千种速度的汽车。 (欧文磁性发动机汽车)
 你可以用它来收买一个领袖。 (雪佛莱牌汽车)通用汽车公司
 安全中的高速,高速中的安全。 丰田汽车公司
 “帝国”的时代已经来临。 (帝国牌汽车)
 在“杰克逊”面前,没有一座山可被称为陡峭,也没有一片沙漠可被称为广漠。

(杰克逊四轮驱动越野车)

技术和艺术的越级组合。 (豺狼牌汽车)
 放开你自己,走向“普利茅斯”。 (普利茅斯牌汽车)
 我们帮助你开拓新的事业。 (大篷车)福特汽车公司
 “道奇”制造出最结实的卡车。 道奇汽车公司
 卡车中的大力神。 怀特汽车公司
 永不停顿的车队。 (卡车)福特汽车公司
 美国就象福特卡车一样坚固。 (卡车)福特汽车公司
 司机是最好的见证人。 (加德夫德牌卡车)
 今天购买最好的卡车,明天拥有最辉煌的事业。 (哈斯特牌卡车)
 如果你需要力量和速度,就应该购买“斯维兰”。 (斯维兰牌卡车)

(二) 摩托车

跟随着领袖吧,他的名字叫本田。 本田公司
 好时光扑面而来。 铃木公司
 世界销量第一。 本田公司
 雅马哈——世界前进的方向。 雅马哈公司
 这是神话中的产物。 BMW 公司
 “瞧,这一道银色的闪电！” 哈勒·戴维森摩托车公司

(三) 零部件

一颗最精良的心脏。 (冠军牌火花塞)
 这是神奇的火花,驶上一万英里后你就能意识到。 (冠军牌火花塞)
 万无一失的发动。 (冠军牌火花塞)
 你的选择应该和专家们一致。 (冠军牌火花塞)
 装上去容易,取下来简单。 哥伦布防滑链公司
 无论你驶得多快,“贝涅克斯”总能让你立刻停下。 (刹车)贝涅克斯制造公司
 你只要看见红色的包装袋,就知道那里面肯定是全美国最好的防滑链。
 美国防滑链制造公司
 持久不息的能量来源。 (戴尔克牌汽车蓄电池)

哪里有汽车,哪里就有“戴尔克”。	(戴尔克牌汽车蓄电池)
迈向安全的一大步。	曼哈顿刹车制造公司
生命安全的保护神。	罗伯克斯刹车制造公司
如果你不会停止,那你千万不要开始。	美国刹车制造公司
一辆永远簇新汽车的秘诀。	(卡露牌汽车上光蜡)
发动机的干净取决于油的干净。	(弗兰牌滤油器)
让你的汽车常新常亮。	(麦克米兰牌汽车上光蜡)

九、产业及相关产品

(一)农牧、家禽业

让田地为你奉献更多。	约克化肥公司
与阳光雨露同样重要。	伯纳化肥公司
“阿莫尔”与丰收是同一概念。	(化肥)阿莫尔化工公司
以研究为后盾,以使用为明证。	卡斯克饲料公司
你可以用黄金来与之相比。	(雏鸡)康拉农场
好年景一个接一个。	(玉米种)芬克种子公司
“我真担心它们会长疯了。”	(鸡饲料)美国农业化学品公司
母鸡的唯一竞争者。	(孵卵器)布赖恩农用设备公司
如果“佩利纳”还不能使你的鸡下蛋,那它们一定是公鸡。	佩利纳饲料公司
最低廉的价格,无论是每一码、每一公里,或者每一小时。	克利夫兰拖拉机制造公司
“老兄,那才叫玉米哩!”	普菲斯特联合种子公司
太简单了,连孩子也能驾驶。	克利夫兰拖拉机制造公司
为农场主创造利润的新思想。	新思想农用机械公司
在世界上第一个用流水线生产拖拉机。	福特汽车公司
经过千百次考验的化肥。	罗伊斯特化工公司
为你的农场创造一个辉煌的未来。	布列里恩农业机械公司
具有强大生命力的种子。	菲利摩尔斯种子公司
最先来到金黄色的麦田。	国际联合收割机公司
新鲜得就象清晨的露珠。	太平洋禽蛋公司
阿莫尔——田野奇迹的创造者。	阿莫乐化肥公司
模样象侏儒,力量赛巨大。	(格里维牌小型拖拉机)
想收获什么就种植什么。	SI 种子公司
“怎么连养鸡也能名扬全球?”	菲莫斯养鸡场
美国首屈一指农用机械制造者。	国际联合收割机公司
将田野托付给它吧!	国际联合收割机公司
不要低估它的能力,当然你也无法高估它的能力。	韦恩抽水机公司
让母牛从早到晚都满意。	(乌索牌灭蝇喷剂)

区别在收获时节显现。
牵引着成长中的美国。
我们和美国农业共命运。
世界上最有力量的机器。

(二) 杀虫药

只有斩尽杀绝方能高枕无忧。
死去的飞蛾是无法啃噬植物的。
帮助你的朋友, 消灭你的敌人。
蚊子和飞虫们的恶运。
它能将白蚊置于死地。
既能杀死跳蚤, 又能使它们不敢再来。
用最干净的方法消灭最肮脏的老鼠。
在“D·康恩”面前, 没有一只老鼠会有免疫力。
真正的谋杀者!
“亨利, 赶快把弗雷特拿来!”
它是杀虫不眨眼的刽子手。

(三) 金属工业

当你遇到麻烦时, 我们会给你力量。
对于钢铁必须充满想象力。
在不锈钢上面你能触摸到“共和国”进步的脉搏。
我们的服务不会有片刻休息。
钢——这就是最响亮的字眼。
我们的使命是不断创新。
每个人都会需要铝制品的。
冶金业的首席代表——因此我们有最终发言权。
“哈蒙德”的太阳永不落。
世界上最大的生产和销售联合体。
我们的铜器由历史作证。
经验之家。
只有一个词: 信心。
哈德将明天引入今天。
美国最坚强的支柱。
镍才是力量的源泉。
镍与质量同在。

(四) 机械制造业

只知工作, 不知休息。
它们就是一群专家。

拉索化肥公司
卡特皮勒拖拉机制造公司
埃利斯拖拉机制造公司
克利夫兰拖拉机制造公司

福隆化学品公司
福隆化学品公司
埃克森化学品公司
米德维化学品公司
安特洛制药厂
(防跳蚤粉) 威廉·古伯化学品公司
D·康恩化学品公司
D·康恩化学品公司
弗拉克杀虫剂公司
弗雷特杀虫剂公司
弗拉克杀虫剂公司

(镍) 国际镍制品公司
戈拉斯古钢铁公司
共和国钢制品公司
雷诺德铝制品公司
日本钢铁公司
合众钢铁制造公司
美国铝制品公司
福斯丁冶金公司
哈蒙德钢铁联合公司
哈蒙德钢铁联合公司
俄亥俄铜器公司
美国镜用铝铂公司
哈蒙德钢铁联合公司
哈德金属制品公司
美国钢铁公司
国际镍制品公司
国际镍制品公司

亨克机械制造公司
卡麦伦机械制造公司

领先几英里。	(铺路机械)加里恩机械制造公司
全球的开路先锋。	欧基里德铺路机械公司
进步始于挖掘。	(挖掘机)马利恩机械公司
应该拥有一台“李”。	李机械制造公司
美国工业需要强有力的擎膀。	电气起动工具公司
无可替代的机械。	H·K·波特机械制造公司
艾德米特齿轮带动了整个机械行业。	艾德米齿轮公司
一人操纵便可完成一切工作。	耶斯起重机公司
它们从不知疲倦。	汀昆轴承公司
我们只制造完美的东西。	美国发动机公司
未来是信息的时代,“桑特尔”已经到达媾了。	桑特尔商用机器公司
克拉克——事业成功之母。	克拉克机械设备公司
“奎恩”能举起一切,因为支撑它的是高新技术。	奎恩起重机械公司
“格莱曼”的时代已经到来。	格莱曼机器制造公司
看到这奇妙的三角形,你就知道什么是正确的选择了。(三角形牌)	美国机械制造公司
机械制造业的唯一标准。	布朗夏普机械制造公司
在美国一切领域都能看到它的身影。	法纳轴承公司
质量不断提高,价格一动不动。	法纳轴承公司
福克——美国机械工业最响亮的名字。	福克机械制造公司
为了转得更快更精确,请你转向“莫纳克”。	莫纳克机床制造公司
无与伦比的精确。	吉林斯机床制造公司
把最艰难的事交给“红带”去做吧!	(红带牌机床)
从1878年起我们就支撑着全美国的工业。	纳尔斯升降机公司
我们重视服务而并非许诺。	海湾机械制造公司
我们的产品会为自己说话。	H·P·辛德机械制造公司
朋友们都在高喊:“海曼——”	海曼机械制造公司
奇迹般的压力。	美国水压机公司
英格索尔的机械设备能战胜任何恶劣环境。	英格索尔机械制造公司
现代工业离不开传送带。	美国快速传送机械公司
“乔尔”制造的机器早已遍布全球。	乔尔机器制造公司
声誉来自售后服务。	乔尔机器制造公司
我们使所有艰苦的工作变得轻松愉快。	KD 机器制造公司
声誉来自不停顿的创新。	维伦电子机械公司
(五)航空及飞机制造业	
波音飞机有一千张面孔。	波音飞机制造公司
无论在大气层内还是大气层外,“道格拉斯”总是使飞行完美无缺。	道格拉斯飞机制造公司

现代鹰毯。

“波音”是世界上第一个喷气飞机家族。

我们已习惯于最好的服务了。

空中的家庭汽车。

勇气开始的地方。

在太平洋上空追赶太阳。

我们能用一天时间将你送到世界任何一个地方。

未来由“加略特”制造。

我们的脚下是坚实的大地。

我们已经战胜了竞争对手,也一定能帮助你战胜竞争对手。

一架伟大的飞机决不会是偶然的結果。

我们正在着手创造一个新世界。

没人能在价格上击败我们,同样也没人能在质量上击败我们。

用双眼紧盯住“休斯”吧,看看它是如何创造奇迹的。

我们开创了航空电子领域的新纪元。

在尘世和天堂之间,没有我们干不了的事。

征服未来。

(六)造船工业

浮在水面上的家。

海洋中最伟大的名字。

自从 1720 年以来,我们的家族就一直在制造最坚固的帆船。

飞旋在世界的每一海域。

(七)建筑和建筑材料

好天气的朋友,坏天气的敌人。

我们将美和实惠一起烧制进砖块里去了。

为几个世纪而建造。

我们的石料筑起了整个国家。

从玻璃中透出的是创造性思想。

我们拥有建造一切建筑的一切材料。

它本身就是一幅最美的图画。

像轻柔的细语。

它拥有历史发展中最优美的曲线。

里德克莱克篱笆会为你引来最好的朋友。

美利坚的建造者们最喜爱“埃罗劳克”。

不需更新,因为它们永远是崭新的。

高质量的生活需要高质量的装潢。

(直升飞机)贝尔飞机制造公司

波音飞机制造公司

比彻·克拉夫特飞机制造公司

塞斯纳小型飞机制造公司

塞斯纳小型飞机制造公司

波音飞机制造公司

波音飞机制造公司

加略特飞机制造公司

加略特飞机制造公司

盖茨飞机制造公司

不列颠飞机制造公司

休斯飞机制造公司

休斯飞机制造公司

休斯飞机制造公司

休斯飞机制造公司

美国宇航局

美国宇航局

(埃尔克牌摩托游艇)

汤普逊造船公司

C·P·里克父子造船公司

约翰逊船用螺旋桨公司

(窗户)拉斯戈公司

康曼制砖公司

金斯顿建筑材料公司

印第安那建筑材料公司

圣特戈平玻璃公司

达沃尔建筑材料公司

(窗户)伍德科公司

(门的缓冲装置)萨更特公司

衣阿华铜器公司

里德克莱克铁丝网公司

埃罗劳克制锁公司

联合砖瓦公司

玛劳沃装潢公司

它能抵御火焰,也能抵御腐蚀。
 为发大财做一些小小的投资。
 象小猫的耳朵一般光顺。
 永远尽职尽责地守护着你。
 建筑材料中最古老的名字。
 最富创造性式样的窗户。
 美国建筑业的奠基者。
 任何材料中总有一种是最好的。
 你永不会有后悔的那一天。
 惟有我们敢嘲弄阳光。
 你将获得无限的保险系数。
 透进阳光却挡住热量。
 宫殿也得用一砖一瓦砌成。
 “那一定是伯特勒的建筑!”
 建筑史上的里程碑。
 我们的蓝图会告诉你一切。
 为冻得发抖的屋子披上一件外衣。
 “塞罗泰克斯”能为任何一幢建筑增添风采。
 花很小的代价,便能得到真正的全封闭。
 优秀的建筑师总是选用我们的产品。
 牢固得犹如地下金库的大门。
 每一座建筑都是永恒的丰碑。
 “帝国”建造的纪念碑将千秋永存。
 当今世界所有伟大的建筑都离不开“伯特勒”。
 以最奇妙的花纹著称于世。
 永远不会有一丝裂缝。
 既然你建造了它,为何又让它被焚毁呢?
 只要和建筑有关,“莫勒克”就是第一选择。
 没有比噪音更令人讨厌的了。

(八) 纺织品及材料业

你会吸引更多的目光。
 象雪花般洁白无瑕。
 时代浪尖上的弄潮儿。
 让女人和儿童打扮得更漂亮。
 纺织品最高质量的象征。
 比别的更好些,因为它们出自“克罗西奥”。
 充满柔情的尼龙。

加利福尼亚红木公司
 埃尔戈玛标牌公司
 哈蒙德木板公司
 美国柏油和化学品公司
 伯德父子公司
 马尔塔制造公司
 印第安那建筑材料公司
 琼斯玛维尔建筑材料公司
 霍桑瓦片公司
 印第安那普利斯篷帆公司
 标准制造公司
 欧文斯玻璃制造公司
 艾迪尔制砖公司
 伯特勒建筑材料公司
 伯特勒建筑材料公司
 CFP 建筑公司
 首都隔热材料公司
 塞罗泰克斯建筑材料公司
 (防火门)柯克逊制造公司
 华盛顿木材公司
 (马斯特牌门锁)
 埃德温建筑公司
 帝国石碑公司
 伯特勒建筑材料公司
 洛克花岗石公司
 弗洛林地板公司
 (杰克洛牌防火墙板)
 莫勒克建筑材料公司
 斯比克曼隔音材料公司

克鲁埃特纺织公司
 棉花生产者协会。
 塞拉尼斯纺织品公司
 格莱姆·拉文纺织品公司
 格林沃德纺织品公司
 克罗西奥纺织品公司
 康莎托化纤公司

纺织业中最古老的名字,同时也引导着合成纤维的最新发展。

康马克纺织品公司

站在纺织科技发展的最前列。

杜邦公司

每一款都独树一帜。

希斯顿纺织品公司

为了你体现个性的家庭装饰。

赫丘利斯纺织品公司

我们的纺织品总是在被人仿制。

维依拉纺织品国际公司

最柔软体贴的毛巾。

佳能纺织品公司

裹上一块大毛巾,你就有了一片充满抚爱的个人世界,一切烦恼都被摒弃在外。

(浴巾)佳能纺织品公司

只要是达布鲁克牌的,就一定是最美的。

达布鲁克丝绸公司

让你在浴室中的故事有一个圆满的结局。

(浴巾)佳能纺织品公司

料子决定了服装的品质。

波特涅纺织品公司

谁不喜欢又厚又软的邓迪毛巾?

(邓迪牌毛巾)

我们纺织品的缩水率绝不会超过百分之一。

桑弗拉斯纺织品公司

彩虹中的每一种颜色。

弗莱希纺织公司

具有特殊的力量,永远不会使你失望。

(纱线)贝尔棉纱公司

绝对不必为意外担忧。

(纱线)瓦伦制造公司

加入编织大军的保障。

(编织针)C·贝茨父子公司

(九)石油产品

石油产业中一个伟大的名字。

辛克莱石油公司

美国汽油一号。

索克涅真空公司

你能从每一加仑中额外获得一夸脱能量。

(摩托车用油)奎克国家石油公司

保证你用最纯净的油。

纯净石油公司

你若想节约,就该买高品质的。

威尔沃林石油公司

维持马达的生命。

奎克国家石油公司

速度的保障。

英国石油公司

你的汽车需要“斯盖尔”。

斯盖尔石油公司

提供最完全的能量。

威诺瓦石油公司

买高级轿车就应该使用菲利普六十六号汽油。

菲利普石油公司

“海湾”使一切运转。

海湾石油公司

快速飞旋的马达。

大陆石油公司

润滑油的统帅。

大卫·霍兰德石油公司

发动机的人寿保险。

威尔沃林石油公司

你的汽车会对你感激不尽。

奎克国家石油公司

为更好的发动机服务并使你的发动机更好。

海维斯石油公司

让石油为更多的人干更多的事。

大西洋石油公司

用石油创造奇迹。

大西洋石油公司

欢笑在每一英里旅程。

布劳斯炼油公司

向你提供更多的能量。	全国石油公司。
更远,更快,更安全。	(汽油)潘索石油公司
对新车是完美,对旧车是保护。	盖帝石油公司
将流畅注入你的发动机。	奥尼尔石油公司
质量——最根本的节约。	太阳石油公司
你将亲眼目睹奇迹的发生。	标准石油公司
汽油中的超级明星。	塔克萨克石油公司
花四分之一美元就能买到一夸脱最好的汽油,为什么还要花更多的钱呢?	
	布劳斯炼油公司
赛车冠军的选择。	康德尔炼油公司
纯净得象经过蒸馏一般。	太阳石油公司。
多跑的那几公里完全是免费的。	狮牌石油公司
经受了百万次考验的汽油。	全国石油公司
质量是无可取代的。	斯盖尔石油公司
润滑之冠。	(润滑油)斯盖尔石油公司
我们最爱护你的汽车。	标准石油公司
关于汽车的问题,壳牌都能解答。	壳牌石油公司
壳牌最值得你的信赖。	壳牌石油公司
“标准”将符合你最高的期望值。	标准石油公司
汽油——美国的血液。	美国汽油联合会
汤油等于效率。	美国汽油联合会
汽油:现代生活的加速剂。	美国汽油联合会
将磨损减低到极限。	美国润滑油公司
这不仅仅是润滑油,它还能防锈、防污、减低噪声……	美国润滑油公司
你想观察美国吗?那就驾着汽车奔驰吧!	美国石油研究协会
任何滤器都无法滤出一丁点杂质。	(皇冠牌汽油)
让石油为更多的人干更多的事。	AICO 石油公司
石油——幸福生活源泉。	AICO 石油公司
以最合理的方式提供能源。	中南石油公司
好车用好油。	(汽油)埃索石油公司
额外服务的标志。	(汽油)埃索石油公司
太空时代的燃料。	壳牌石油公司
西部弗吉尼亚的鲜明标志。	红色杰克石油公司
为了你能愉快地驾驶汽车。	(汽油)埃索石油公司
过滤得最干净的发动机用油。	吉尔莫石油公司
每一台发动机都在悄然而无声地飞转。	吉尔莫石油公司
让你的汽车永葆青春。	(城市服务牌汽油)

给你的汽车发动机一个双保险。
发动机的确热了,不过没关系。
它能使发动机保持清洁。
为你的每一台机器保险。
只有纯净的燃油才不会给你制造麻烦。
让你的汽车来做法官——因为它最清楚。

(汽油)潘索石油公司
(哈弗林牌润滑油)
(哈弗林牌润滑油)
(汉伯牌润滑油)
堪福德石油公司
(汽油)尼吉拉斯石油公司

(十)化工产品

蒙桑图公司专做表面文章。
请为明天着想。
恰当的选择能使你节省许多钱。
我们的产品能帮助其它产品臻于完美。
美国进步的基础所在。
人类生活得幸福——“杜邦”唯一使命。
我们为整个世界的工业服务。
在它的价值上还得再加一个“十”。
我们致力于大自然的清洁、保护和发展。
“哈伊森”的创造和进步受世人瞩目。
经验和探索在这里已融为一体。
我们是一切开端的开端。
时代最辉煌的成就。
现代和未来工业的基础。
这里的一切都尽善尽美。
用化工产品塑造美国的未来。
对“奥林”而言没有干不成的事。
与其买新的,不如用“道伊拉”染一下。
每一件产品都是为了造福于人类。
我们能将一切东西炸成粉末。
现代农业依赖现代化工产品。
化学工业的杰出代表。
化学工业正在为你竭尽全力。
人类进步需要催化剂。

蒙桑图镀层公司
安吉化学品公司
PPG 工业公司
田纳西化学品公司
联合化学品公司
杜邦化学品公司
斯威夫特化学品公司
通用化学品公司
杜勃瓦化学品公司
哈伊森化学品公司
达康林化学品公司
阿莫科化学品公司
联合化学品公司
联合化学品公司
美国化学品公司
美国化学品公司
奥林化学品公司
(道伊拉牌染料)
杜邦化学品公司
阿特拉斯炸药公司
盖耶化学品公司
帕法斯蒂尔化工公司
汉克化工公司
(催化剂)哈德勒化工公司

(十一)油漆

保护和装饰的双重效用。
这里是最完整的油漆家族。
它能美化整个世界。
你能用刷子将世界变成一个美人。
用美来守护一切。

凡内油漆公司
肖恩·威廉油漆公司
海罗油漆公司
布鲁克林油漆公司
大西洋油漆公司

将木器和风霜雨雪永远隔开。
 我们向大自然的暴力挑战。
 别再耽搁,立刻将它涂上去!
 当你刷下一道时,前面一道已经干透。
 永恒的美貌。
 它可以吸附在任何物体的表面。
 你无需花费更多,就能得到最好的油漆。
 你尽管用铁锤去砸吧!
 它能遮掩所有的瑕疵。
 看谁笑到最后。
 让每幢房屋都像白宫一样熠熠生辉。
 家具的贴身保镖。
 它从不畏惧阳光。
 很简单,你只需将它涂上去。
 铁锈的真正对手。
 接受海洋的洗礼。
 这是一道无法摧毁的屏障。
 把这件最牢靠的铠甲带回家去吧。
 为整个世界涂上浓浓的色彩。
 纯化一切的白色油漆。
 我们装饰了美国所有的房屋。
 色彩是大自然的语言,“斯托克勒”是大自然的代言人。
 我们的使命就延长寿命。
 在你面前表演神奇的魔术。
 不论为了装饰还是保护,它永远胜人一筹。
 让每一件家具都发出温柔之光。
 使旧的变成新的,使新的散发光芒。
 时刻护卫着你的家庭。
 黑暗中的一线光明。
 涂在你的房间里吧,谁也无法使它泛黄。
 覆盖整个地球。
 如果不是最好的,那它又有什么用呢?
 用什么来证明你爱惜它们呢?——当然是奎隆油漆。
 我们再现了大自然中的一切色彩。
 假如你珍惜它,就为它涂上奎隆油漆吧!
 最后一道工序。
 任何油漆都会在转瞬之间消失。

赛尔油漆公司
 S·弗里德曼父子油漆公司
 科恩·威尔逊油漆公司
 海罗油漆公司
 埃及人油漆公司
 格列顿油漆公司
 B·布鲁门油漆公司
 (抛光漆)兰博特油漆公司
 (抛光漆)兰博特油漆公司
 (油漆)杜邦化学品公司
 矿物冶炼和化学品公司
 理查逊·麦里奥油漆公司
 西伯利油漆公司
 波士顿油漆公司
 (防锈漆)奥莱姆油漆公司
 (防锈漆)瓦尔斯巴油漆公司
 莫格林油漆公司
 瓦尔斯巴油漆公司
 阿克曼油漆公司
 卡布拉化学品公司
 卡特油漆公司
 斯托克勒油漆公司
 大西洋油漆公司
 (抛光漆)海罗油漆公司
 布莱德勒油漆公司
 (抛光漆)布莱德勒油漆公司
 (抛光漆)布莱德勒油漆公司
 (荷兰男孩牌油漆)
 (加达克牌反光漆)
 (卡特牌白漆)
 肖恩·威廉油漆公司
 兰博特油漆公司
 (奎隆牌油漆)
 美国油漆公司
 (奎隆牌油漆)
 (奎隆牌油漆)
 (狗头牌除漆剂)

(十二) 粘合剂

它有一百万零一种用途。

通用液体水泥公司

它能将整个世界粘在一起。

H·B·福勒公司

它能粘合一切,除了一颗破碎的心。

通用液体水泥公司

决不松手。

卡斯凯德化学品公司

小心别把你自己粘住。

梅斯迪克粘合剂公司

有了它,你就再不会对别人发火了。

梅斯迪克粘合剂公司

(十三) 轮胎

最吃重也最耐磨。

吉列特轮胎公司

“邓洛普”带你同游世界。

邓洛普轮胎公司

为“米切林”作证的是你车上的里程表。

米切林轮胎公司

谁跑到最后,谁笑得最好。

F·B·古德里希轮胎公司

有路就有斯比尔轮胎。

斯比尔轮胎公司

承受住整个世界的重托。

法尔斯通轮胎公司

浪迹海角天涯。

弗莱特轮胎公司

安全条纹带的首创者。

尤温劳尔轮胎公司

即使轮胎爆炸也会安然无事。

(安全轮胎)好年景轮胎公司

同样花一美元,却能跑更多的路。

法尔斯通轮胎公司

路遥知“凯勒”。

凯勒轮胎公司

一路春风得意。

里巴隆轮胎公司

法尔斯通——尽人皆知的轮胎。

法尔斯通轮胎公司

在成功之路上一往无前。

阿特拉斯轮胎公司

赛车选手的最后选择。

法尔斯通轮胎公司

一路欢笑,奔驰三千英里。

通用轮胎公司

在一切之下却高于一切。

多佛轮胎公司

我们是轮胎部落的酋长。

标准轮胎公司

我们跑得更远,因此结识的朋友也更多。

哥伦比亚轮胎公司

比大象的皮更结实!

大陆轮胎公司

当你踏上征途去征服世界时……

康沃尔斯轮胎公司

轮胎中最经得住考验的一族。

F·B·古佛里希轮胎公司

你肯定能跑在最前面,也能跑得最远。

F·B·古德里希轮胎公司

飞驰在“好年景”。

好年景轮胎公司

要想磨损法尔斯通轮胎可不是件容易的事。

法尔斯通轮胎公司

你一定不愿意打滑吧?

菲斯克轮胎公司

任何道路都难不倒“米勒”。

米勒轮胎公司

五十年来始终是轮胎金字塔之顶。

通用轮胎公司

天壤之别!

通用轮胎公司

将长命百岁给你。 长命百岁轮胎公司
 它开始跑第二个一万英里。 通用轮胎公司
 与其它轮胎的最小区别是价格。 通用轮胎公司
 除非是最好的,否则就不能永远跑第一。 好年景轮胎公司
 把“好年景”带给整个世界。 好年景轮胎公司
 如果有人对你说“米切林”太贵的话,那么他肯定不知道什么叫做质量。

米切林轮胎公司

即使世界上只剩下一方法,“夸克”也能用它制成最好的轮胎。 夸克橡胶公司
 不会以热的轮胎寿命更长。 (塞布林牌轮胎)
 又有谁能超越“法尔斯通”呢? 法尔斯通轮胎公司

(十四)玻璃制品

再奇特的式样也难不倒我们。 伊利诺斯玻璃制品公司
 它能承受更大的压力。 伊利诺斯玻璃制品公司
 让我们带你走进奇妙的玻璃世界。 玻璃器皿联合会
 令人赏心悦目的水晶宫。 捷克斯洛伐克玻璃器皿公司
 每一件都是真正的艺术品。 莱彻福德玻璃器皿公司
 “利贝”建立起一个玻璃制品的王朝。 利贝玻璃器皿公司

(十五)煤气

煤气是一种最方便的燃料。 费城煤气公司
 煤气给你带来最高的效率。 美国煤气联合会
 唯有我们敢于嘲弄冬天。 考珀尔煤气公司

(十六)电力、电器和电料

为你服务的是首屈一指的发明家。 纽约爱迪生电器公司
 为每一位需要电池的人奉上一枚耶鲁电池。 耶鲁电器公司
 更好的生活需要更好的照明。 洛杉矶公共电力公司
 从微型到巨型一应俱全。 (电动机)通用电器公司
 电池会给你更多的方便。 (电池)爱迪生电器公司
 为你提供更强大的马力。 路易斯·艾利斯电器公司
 装在口袋里的能源。 索诺顿电池公司
 老朋友的耿耿忠心。 东北电器公司
 永远马不停蹄地向前飞奔。 (电动机)世纪电器公司
 永远在水下默默工作。 (船用引擎)克里斯勒制造公司
 它灵敏得可以感受到一片羽毛的触碰。 (触摸式开关)阿克米电器公司
 时光可以为我们作证。 哈德肖电缆公司
 跨越陆地,跨越海洋。 ASEA 电力公司
 世界电力工业的领袖。 布里格斯电力公司
 工业的心脏起搏器。 宾夕法尼亚电力公司

(十七) 电梯

“奥的斯”将你送上一个新的高度。

奥的斯电梯公司

早晨祝你平步青云, 夜晚祝你一路平安。

奥的斯电梯公司

安全、高速、无声。

坦布尔电梯公司

从深井直到摩天大厦。

奥的斯电梯公司

(十八) 办公用品

它是真正的守卫者, 而不是装装门面的笨家伙。

(保险箱) 泰勒制造公司

这很象一座摩天大楼。

(文件柜) 肖·沃克家具公司

它们的寿命将和你的企业一样长。

蒙罗计算机公司

我们能帮你削减办公费用。

洛拉夫办公用品公司

以微笑来结束一天。

皇家打字机公司

不须等待也不须奔波。

(电传打字机) 皇家打字机公司

无论现在或将来, IBM 都是最可靠的。

IBM 公司

有创新才有“超级”。

超级办公用品公司

将工作交给机器, 让人进行思考。

IBM 公司

将错误从办公室统统驱除。

维克多计算机公司

思考也得有个方向——SCM。

SCM 计算机公司

我们为高效率铺平了道路。

柯勒办公用品公司

或许你可以付更多的钱, 但你却无法获得更好的打字机了。

皇家打字机公司

CPT 向你解开文字处理的一切奥秘。

CPT 文字处理机公司

第一架便携式打字机。

柯罗拉打字机公司

你肯定需要一只庄重高雅的文件夹。

尼古森文件夹公司

最有意义的圣诞礼物。

皇家打字机公司

办公体系的试金石。

雷明顿办公用品公司

对于效率意味着一切的办公室来说, 这是最好的打字机。

(哈蒙德牌打字机)

你知道如何使一个聪明的孩子变得更聪明吗?

(皇家牌打字机)

出口便成章。

美国口述记录仪公司

它将告诉你智慧和速度究竟是什么。

IBM 公司

适用于任何需要的电脑。

普林·特劳克斯电脑公司

现代化的保障。

IBM 公司

智慧与美貌。

奥利沃提电脑公司

我们的电脑在任何方面都是第一流的, 除了价格。

阿尔法电脑公司

英雄牌电脑会帮你成为英雄。

莫赫克电脑公司

NEC 与我同在。

NEC 通讯公司

它从不会忘记什么。

象牌贮存器公司

世界愈来愈依赖电脑, 电脑愈来愈依赖“斯切拉特斯”。

斯切拉特斯软件公司

你将得到更多的自由。

帕卡德电脑公司

信息爆炸时代唯一的解决方法。

个人电脑新纪元的曙光。

你将用它冷静地迎接未来。

它能帮你解决最棘手的难题。

今天你就能拥有明天的软件。

你一定会比别人先得到答案。

进步是本公司最重要的产品。

新思想的发源地。

永远不会向你请假的得力助手。

让它干更多的工作吧！

最个人化的电脑。

我们改变了整个世界的思维方式。

工作方式的一次彻底革命。

思考。

假如这不是菲尔顿的产品,那它的功能一定不会齐全。

效率能够说明一切。

还有比这更容易的事吗？

只要是纸上的东西,它都能再现。

每个办公室都需要柯达复印机。

复印机的先驱。

谨防伪钞！

你需要的显然是阿德莱斯复印机。

为了世界各地人们的交流。

象阳光照耀一般容易。

一切都变得更小,除了它的功能。

不断创新的复印机。

最完美的奉献。

(十九)工具

真正万能的锉刀。

你的成功需要得心应手的工具。

你又多了一双手。

再艰难的工作也会变得轻而易举。

从 1850 年开始,就在人们的工作台上大显身手。

“斯盖尔”会替代解决难题。

一切标准的标准。

机械师最得力的助手。

有了“铁城”,你不会再腰酸背痛了。

斯佩里·蓝德电脑公司

夏克电脑公司

艾克森电脑公司

(电脑)卢特斯开发公司

霍根软件公司

佩克林·艾莫电脑公司

(电脑)通用电器公司

阿尔特斯电脑公司

(电脑)日本佳能公司

(电脑)通用数据处理公司

(苹果牌电脑)

迪杰特电脑公司

迪杰特电脑公司

IBM 公司

菲尔顿电脑公司

IBM 公司

维克·布劳斯复印机公司

美国复印机公司

柯达公司

施乐复印机公司

(彩色复印机)切思·布鲁宁公司

阿德莱斯复印机公司

美国复印机公司

(蓝牌复印机)

(东芝复印机)

(理光复印机)

(佳能普通纸复印机)

尼古森工具公司

布希纳尔工具公司

史密斯工具公司

KD 制造公司

普拉蒂斯工具公司

斯盖尔工具公司

斯达莱特量具公司

美国电动工具公司

(千斤顶)铁城制造公司

世界的工具箱。	斯坦利制造公司
我们只想助你一臂之力。	斯坦利制造公司
“卡利斯”的边缘锋利无比。	卡利斯刀具公司
我们创造有用的工具,也创造有用的服务。	德克萨斯工具公司
它有自己的脊梁。	美国锤子公司
“汉迪”的工具有一千零一种用途。	汉迪工具公司
适用于任何行业。	汉迪工具公司
你用锤子来砸我们的锤子吧!	阿瑟·约翰逊工具公司
行家里手开口就要“英格索尔”。	英格索尔工具公司
波顿工具众来不说“这我干不了。”	波顿工具公司
精确到永远。	加伦蒂液体衡器厂
你只要花一个工具间的价格,便能得到一个设备精良的实验室。	

伯莱特·惠特尼仪表公司
(量具)A·E·莫勒食品公司
国家衡器公司

(二十)枪支弹药

游戏和男子气概的展示相吻合。	(雏菊牌汽枪)
在任何季节都能得心应手。	克莱斯曼枪械公司
世界上最大的猎枪生产厂。	野蛮人猎枪制造公司
神枪手们的选择。	西部制造公司
你的目标就是我们的目标。	卡特里奇枪械公司
比你瞄得更准。	雷蒙瞄准器公司
这支枪知道,它从来没有打空过目标。	克莱斯曼枪械公司

十、服务业、文化业、公共事业

(一)金融业

你可以在一个屋顶之下完成所有的金融业务。	麦伦国家银行
能量之塔。	国家信托公司
为个人服务的银行。	第一信托公司
我们将支持你取得更大的成功。	农业投资银行
除了你自己以外,你可以在这里储存一切。	联合储蓄银行
节约将换来幸福。	国家信托公司
比现款更方便。	(旅行支票)第一国家城市银行
打个电话给中央银行,一切便办妥了。	中央信托银行
距离一点也不是障碍。	公民信托公司
我们的服务包罗万象。	美国金融银行
有一家伟大的银行在你身后。	制造商信托公司

没有哪一笔存款对我们显得太庞大,也没有哪一笔会显得太小。	南部公民银行
全球进步的助推器。	第一国家城市银行
这里绝对安全,不存在任何“假如”。	美国国家银行
向一切人开放的银行。	克利夫兰信托银行
加利福尼亚的伟大业绩从这里开始。	克劳克全国银行
走进这家银行本身就是一种享受。	合众国家银行
街上所有的汽车都在我们门前汇合。	尤的卡信托投资公司
你在曼哈顿有一个可靠的朋友。	曼哈顿银行
没有它你就不要出门。	(美国旅行信用卡)
人们说我们是“最可信任的”。	CIT 金融银行
全世界商业的领袖。	曼哈顿切思银行
“城市”永远不会沉睡。	纽约城市银行
你就是我们银行的一部分。	纽约城市银行
我们陪伴你周游世界。	纽约城市银行
在大陆银行,一切美梦都能成为现实。	大陆银行
加利福尼亚血脉所系。	柯洛克城市银行
促使一切事情的发生。	克利夫兰信托银行
一切事业的开端。	佛特韦恩国家银行
最富于想象力的银行。	德赖斯顿银行
作决定之前先去问一下“巴克雷”。	巴克雷国际银行
节约也是赚钱。	鲍德温国家银行
你在何处遇到障碍,我们就在何处开辟道路。	德赖斯顿银行
金融业中的巨人。	海勒斯信托银行
“汉诺威”的声誉是全球性的。	汉诺威银行
加拿大的第一家银行。	蒙特利尔银行
我们能和最难相处的人打交道。	波士顿第一银行
金融舰队的旗舰。	第一国家银行
全方位服务的银行。	美国商业银行
家庭财政的良医。	美国家庭银行
无论你在世界的哪个角落,我们都能给你以帮助。	安全太平洋银行
这里才是值得你信赖的银行。	美国国家银行
每个投资者都会获得丰厚的利润。	里德投资公司
这里的股票安全系数最高。	贝克投资公司
萧条对真正的投资者来说也是一种机遇。	斯盖伦投资公司
用帮助他人和企业来促使他们帮助你。	商业信贷公司
你支持国家,国家也会支持你。	美国国家储蓄银行
第一瞬间的信息服务。	道·琼斯工业股票公司

对金钱你要多加小心。
你想尝试一下拥有美国企业股票的滋味吗？
像美利坚合众国一样安全。
我们绝不会辜负你的信赖。
你的美元在这里会更努力地工作，也会增长得更多更快。
了不起的人们，了不起的投资。
今天就打电话给你的投资经纪人！
向机遇投资！
比较一下收益吧！
让你的钱生养出更多的钱来。
不妨向我们的客户打听一下。
机会属于每一个美国人。
你总是赢家。
我们的服务从来不受距离的限制。
和领袖在一起绝无后顾之忧。
千万别向雪花投资。
不要在九十年代面前无动于衷。
把明天握在你自己手中。
无论过去，现在还是将来，“邓布拉斯特”都是你最忠实的朋友。
忠实地信守诺言。
你唯一失去的是那些高额附加税。
既然你已经知道我们信誉卓著，那就开始愉快的合作吧。
说到做到的第一银行。
“我第一个想到的就是第一信托投资银行。”
我们为一切机遇创造条件。
通向利润的捷径。
向成功率最高的方向投资。
投资之前别忘了作调查！

（二）包装业

好食品该有好包装。
我们的纸板箱能包装任何货物。
货物最安全的“家”。
凡是有商品的地方都需要 H&D
包装工业所需要的新概念。

（三）铁路运输

值得所有美国人信赖的铁路。
“切斯”对美国的领土了如指掌。

美国投资公司
纽约股票交易市场
美国国家储蓄银行
鲁伯格投资公司
储蓄贷款联合会
美国金融信托公司
戴维尔投资公司
通用信托投资公司
克拉斯信托投资公司
联合信托投资公司
道芬信托投资公司
美国金融信托公司
贝克投资公司
公民信托投资公司
罗尔斯金融信托公司
斯坦罗信托投资公司
西克投资公司
西克投资公司
邓布拉斯特投资公司
忠实信托投资公司
忠实信托投资公司
第一信托投资银行
第一信托投资银行
第一信托投资银行
美国投资公司
美国投资公司
斯科投资公司
美国商业调查局

雷诺兹铝箔包装公司
H&D 纸箱公司
H&D 纸箱公司
H&D 纸箱公司
汉丁顿包装设计公司

大北方铁路公司
切斯—衣阿华铁路公司

在北美大陆延伸。	南太平洋铁路公司
通向繁荣西部的大门。	联合太平洋铁路公司
美国将和铁路一起成长。	美国铁路联合会
使旅途像圣诞节一样愉快。	加拿大太平洋铁路公司
朝前看,朝南看。	南方铁路公司
每一英里都舒适无比。	密苏里,塔萨斯,德克萨斯铁路公司
你到我们的车厢休息,而让你的汽车也得到休息。	巴尔的摩和衣阿华铁路公司
享受最豪华的旅行。	伊利诺斯中央铁路公司
通向未来之路。	纽约中央铁路公司
我们通造了一个庞大的帝国。	大北方铁路公司
沿途有着全世界最美的风光。	里奥—格兰德铁路公司
它最先看见美国。	大北方铁路公司
坐火车才能欣赏到一切。	联合不列颠铁路公司
途中像小猫一样安睡,抵站如雏菊那般清新。	衣阿华铁路公司
“南方”为南方服务。	南方铁路公司
我们是你全家的朋友。	巴尔的摩和衣阿华铁路公司
蜜月旅行之线。	国际铁路公司
在加拿大的每一处地方。	加拿大铁路公司
产生上千种奇迹的铁路。	南太平洋铁路公司
神秘的线路。	李峡谷铁路公司
乘坐之后你就会翘起大拇指的。	伯灵顿铁路公司
运输促进了工业的进步。	联合太平洋铁路公司
平稀得像在湖面上——你可以放心睡大觉。	纽约中央铁路公司
驶往下一个世纪。	彻塞铁路系统。
“伯灵顿”的经营方式是永远准点。	芝加哥伯灵顿铁路运输公司
安全而充满温情。	美国铁路联合会
即使天气预报“NO”,我们也照样说“OK”。	纽约中央铁路公司
一个夜晚将你送抵目的地。	联邦特别快车公司
你完全不必等待。	联邦特别快车公司

(四) 公路运输

美国最大的卡车。	缪切运输公司
布劳特威——最先进的运输方式。	布劳特威运输公司
公路运输业的首席代表。	团结卡车运输公司
公路运输的老大哥。	凯勒卡车运输公司
为一切需要服务。	麦克卡车运输公司
美运输业的中流砥柱。	泛美卡车运输公司
我们的卡车就停在这儿。	美国卡车运输联合会

将美国运入二十世纪。

灰狗运输公司

无所不在的庞大车队。

灰狗运输公司

象七月四日①一样对美国必不可少。

灰狗运输公司

我们建立起了全美国最完整的卡车运输体系。

联合州际运输公司。

(五) 航运

横越大西洋。

联合航运公司

上千英里的航行有着上千种奇趣。

加拿大航运公司

你可以到阳光照耀到的任何地方去。

美国总统航运公司

我们熟悉太平洋的脉搏。

梅森航运公司

给你更多的快乐。

意大利航运公司

去领略一下大海的风采吧！

P&O 航运公司

我们为你的家庭扬起欢乐的风帆。

美荷航运公司

向着太阳,向着东方。

多伦航运公司

铺满经验的航线。

弗纳斯航运公司

梦境中的航线。

联合航运公司

七十五年来,东西方交流的热线。

美国总统航运公司

世界上最完整的运输体系。

加拿大汽船铁路联运公司

辉煌的四十八小时。

纽约—迈阿密游轮公司

为了渴望欢乐的人们。

美国荷航运公司

速度就是我们的生命。

飞虎航运公司

我们可以载运任何货物。

飞虎航运公司

依赖我们,你就拥有了最高的速度。

飞虎航运公司

(六) 空运

空中的家庭大客车。

塞斯纳航空公司

创造性工程之首。

班的克斯航空公司

北美航空公司飞行在未来的领域。

北美航空公司

在喷气客机身后有着最强大的航线。

泛美航空公司

未来在加略特航空公司中缔造。

加略特航空公司

在你登上比切克拉夫特飞机的那一瞬间,世界已经变小了。

比切克拉夫特航空公司

永远领先数年的航空科学。

洛克西德航空公司

你的私人飞机就在这里。

蓝天航空公司

我们是你全家的朋友。

加拿大航空公司

美国的宠儿。

东方航空公司

眼睛一眨,东海岸已变成西海岸。

泛美航空公司

只要你准备好了,“德尔塔”也就准备好了。

德尔塔航空公司

最先飞越太平洋,最先飞越大西洋,最先飞越南美洲。

泛美航空公司

全国及全球的希望所系。

希望航空公司

“泛美”让你享受的舒适甚于天堂。	泛美航空公司
在太平洋上空就像在你家一样。	法兰西航空公司
我们与安琪儿比翼齐飞。	洲际航空公司
“奥斯卡”以分钟来测量大西洋。	奥斯卡航空公司
走进机舱宛如来到印度王宫。	印度航空公司
在安详的美妙氛围中享受声音的速度。	日本航空公司
欧洲低价格的急先锋。	冰岛航空公司
假如以快乐为赌本,等你下飞机时航空公司肯定已输得精光。	环球航空公司
西方航空公司让你带着最好的心情回到家中。	西方航空公司
为何要和别人一起慢吞吞地闲逛呢?	加利福尼亚特快航空公司
与“泛美”同在的是你的好运气。	泛美航空公司
你并不仅仅是在飞行,因为你所拥有的空间是最友好温馨的。	联合航空公司
蓝天上的特别快车。	艾米利航空公司
我们会送你去你想去的任何地方。	法兰西航空公司
如果说时间是最伟大的,那么我们可以征服时间。	加利福尼亚特快航空公司
载着荣誉飞翔。	大陆航空公司
自豪的金色的大鹏。	大陆航空公司
飞机的速度,卡车的价格。	(货运)东方航空公司
我们是人类的翅膀。	东方航空公司
今天在此地,今天又在彼地。	(货运)东方航空公司
非洲的事业就是我们的事业。	法里尔航空公司
永远延伸的地平线。	法里尔航空公司
太平洋上空第一家。	泛太平洋航空公司
每一条航线都是安全和舒适的纽带。	法兰西航空公司
我们永运能最先抵达目的地。	空中快车航空公司
让人们欢聚在一起。	波音航空公司
和伟大的人们一起飞行。	巴基斯坦航空公司
如果时间是最后一道难题,那么我们就能够将它征服。	加利福尼亚航空公司
(七)出租汽车	
你是最重要的人物。	道勒出租汽车公司
总是在你最需要的地方。	邓恩出租汽车公司
我们尽力而为,使“埃维斯”不亚于任何人。	埃维斯出租汽车公司
每个人都可以租用我们的汽车。	海因茨汽车出租公司
你可以立刻坐上驾驶座。	海因茨汽车出租公司
世界上最大的汽车出租公司。	海因茨汽车出租公司
(八)修车与加油站	
出门旅行前,你先为问问我们。	美国加油站

“马尔德斯”的点金术总会让你惊讶不已。

唯有我们才不会将你引入歧途。

(九) 电信

遍及全球的通讯网络。

呼叫“斯普林特”，它立刻会给你帮助。

除了亲自前往，打长途电话就是最好的方法。

长途电话是回家最短的路程。

同一个体系服务于全球每一位用户。

在推动美国成长中成长。

许多最终决定往往有赖于一份电报。

象当面交谈一样清晰。

我们让世界更加接近。

服务在地球的任何角落。

我们用甜美的声音赢得整个世界。

何必写信，提起话筒不就行了？

有了电话还怕没有朋友？

电话就是你的高速公路。

电话约会能避免失约。

无论何时何地何人何事，只要有了电话。

信件传递的最短路程。

质量就是区别所在。

既然有电传，还写信干嘛？

你将获得双倍的效率。

不必等待，不必奔波。

你想到的，对方立刻就能看到。

我就是你的秘书。

三天内能将邮件送到世界的任何地方。

搁起双脚，让你的手指散散步吧！

(十) 旅馆业

友谊之火永不熄灭。

你的第二个家。

美国商界的共同住址。

位于世界的十字路口。

方便得不能再方便了。

放眼全球，一切舒适和享受归于希尔顿。

为度假的愉快再添一分愉快。

消费低廉的豪华享受。

马尔德斯汽车修理行

杰西·佩内汽车修理中心

西部电信联营公司

斯普林特长途电话体系

贝尔电话公司

贝尔电话公司

贝尔电话公司

(电话设备)通用电器公司

西部电信联营公司

贝尔电话公司

贝尔电话公司

国际电信公司

美国电话公司

贝尔电话公司

贝尔电话公司

贝尔电话公司

贝尔电话公司

贝尔电话公司

德克特电传公司

艾比电信设备公司

西部电信联营公司

德克特电传公司

德克特电传公司

德克特电传公司

贝尔电话公司

国际邮件快递中心

贝尔电话公司

底特律福特谢里饭店

纽约帕克中央饭店

希尔顿饭店集团

纽约阿斯特饭店

费城利顿豪斯饭店

希尔顿饭店集团

美国假日旅馆集团

拉马达饭店

最有社交声望的场所。
 大饭店照样记得住所有的小事情。
 用最现代化的设施来维护旧时的传统。
 这就是生活。
 你在这里将得到青春与欢乐。
 最充分地体现出南方的好客。
 只要住上一天,你一辈子都不会忘怀。
 我们完美的服务总比别的饭店集团高出一筹。
 来到了洛杉矶就该住最好的饭店。
 服务最没有止境的。
 在这里麻烦不属于你。
 依靠传统创造的奇迹。
 这里会让你的一切美梦成真。
 你会在信中向家人叙述这里的一切。
 无论一天、一个星期、一个月或更长时间,这儿都是你的家。
 希尔顿——一个友好的世界。
 在世界的每一处地方都有“希尔顿”在恭候着你。
 最豪华的饭店也不非得多花钱。
 除了天堂,也许只有“希尔顿”了。
 假日旅馆从不寻找借口。
 最现代化的设施和最富传统人情味的服务。
 旅游者的第一选择。
 你的第二个家。
 充满现代气息,也具有历史神韵。
 比一切豪华饭店更豪华。
 除了人情味,这里没有丝毫旧的东西。
 在这里你绝不会犯错误。
 哈伊特饭店的恬静舒适是举世闻名的。
 面对中央公园,你在曼哈顿也能看到森林。
 这里就是宫殿。

(十一) 旅游业

美国最美丽的牧场。
 这里本身就是一个世界。
 一个国家的诞生地。
 全美风光的中心。
 到以色列来,和朋友们在一起。
 到科罗拉多来避暑!

纽约德莫尼卡饭店
 纽约大饭店
 美国假日旅馆集团
 麦里奥特汽车旅馆
 纽约多灵饭店
 亚特兰大大西洋饭店
 阿拉曼达广场饭店
 海雅特饭店集团
 洛杉矶大使饭店
 阿姆法克饭店
 阿姆法克饭店
 芝加哥德雪克饭店
 旧金山帕蒂尔饭店
 多伦多世纪大饭店
 布劳克饭店
 希尔顿饭店集团
 希尔顿饭店集团
 纽约辉煌大饭店
 希尔顿饭店集团
 美国假日旅馆集团
 美国假日旅馆集团
 美国假日旅馆集团
 纽约林肯饭店
 纽约梅斐尔饭店
 华盛顿里茨·卡尔顿饭店
 纽约斯戴拉饭店
 纽约斯戴拉饭店
 哈伊特饭店
 纽约埃塞克斯饭店
 洛杉矶宫殿饭店

威斯廉垦州
 新西兰旅游局
 弗吉尼亚环境开发署
 盐湖城
 以色列国家旅游局
 科罗拉多州

太平洋中的十字路口。

紧紧地拥抱美国。

我爱纽约。

六月的岛屿。

假日天堂。

历史之美与现实之美的交汇处。

最好能从汽车游览美国。

在去另一个世界之前多看看这个世界吧！

令人为之振奋的俄勒冈。

美国的心脏。

这是一个殷勤好客的州。

万湖之旅。

阳光的州。

世界的游乐场。

在夏日的阳光下享受冬季的欢乐。

没到过阿拉斯加就等于没到过美国。

充满浪漫情趣的野营生活。

旅游的最佳路线。

(十二)零售商店

从东海岸到西海岸,布朗宁公司遍布全美国。

需要最好的衣服时,人们便想到了“科门”。

高质量的里程碑。

世界上最大的雪茄烟商店。

为可靠起见,应该找“莱克索”。

就你家附近。

最具有人情味的商店。

每一件商品都富有个性。

你永远会找到一个新理由去布莱德·李商店。

我们又为你准备了一样好东西。

你永远不会在贝斯特商店多付一分钱。

全美国最省事的购物中心。

我们确实知道你需要什么。

妻子们决不会空手而归。

我们只有一个顾客——那就是你。

(十三)餐馆

好食品造就好身体。

你决不会懊悔。

夏威夷

新奥尔良州

纽约旅游局

拿骚旅游局

宾夕法尼亚州

弗吉尼亚经济开发署

美国石油公司

加拿大太平洋轮船公司

俄勒冈公路局

密苏里州

密西西比州

明尼苏达州圣保罗旅游局

佛罗里达州

新泽西大西洋城

爱达荷州太阳谷

阿拉斯加旅游开发署

美国公路旅游公司

伊利诺斯中央公司

布朗宁联营公司

科门服装商店

纽约商业公司

联合雪茄烟商店

莱克索地毯公司

莱克索地毯公司

阿特曼商业公司

富兰克林·西蒙公司

布莱德·李商店

K·马克商业公司

贝斯特商店

阿尔顿斯邮购中心

贝尔蒙超级市场

霍夫里奇餐具商店

杰西超级市场。

全国餐业联合会

邓肯·道纳茨连锁餐馆

美国人饥饿时的路标。

麦克唐纳餐馆和你。

从东海岸到西海岸——美国最好客的主人。

假如你想吃得更好一些,“温迪”一定会竭尽全力的。

风靡全球的中国食品。

我们的厨师知道你的口味。

“我还要一块阿贝牛排!”

我们为数十亿人服务。

“鲍勃·伊万斯”将你引回旧日的好时光。

每一餐都会给你留下难忘的回忆。

味道好得忍不住舔手指。

(十四) 社会服务

要搬家时你一定会记起全美最大的搬家公司。

我们搬送的不只是家具,而是整个家庭。

找工作其实并不难,只要你找到了我们。

除了人以外,我们出租一切。

只要你找到城市服务中心,一切问题都会迎刃而解。

“凯利”会为你料理一切。

人们都亲切地称她们是“凯利的姑娘们”。

我们只有一标准,让你百分之一百地满意。

把搬家的苦活让给我们吧。

(十五) 娱乐

连国王也无法拥有更多。

我们创造幸福的时光。

银幕上的瑰宝。

最好的影片总是派拉蒙拍摄的。

这里汇集的明星比夜空中的更多。

让每个人都松弛舒缓。

将整个世界展现在尔面前。

为了艺术的艺术。

我们促使人们成双成对。

五十年来,我们一直是美国家庭的密友。

人间最神奇美妙的音乐。

引起轰动的总是“豪尔”。

“海因茨”带给你的永远是欢乐!

校园里最热门的话题。

最伟大的演出。

霍华德·强生餐饮公司

麦克唐纳快餐公司

恰尔茨连锁餐馆

温迪国际餐业公司

拉乔尔中国餐馆

印第安那克兰特餐馆

阿贝牛排餐馆

麦克唐纳快餐公司

鲍勃·伊万斯乡村餐厅

阿瑟餐馆

肯塔基家乡鸡餐馆

联合搬家公司

联合搬家公司

邓西尔职业介绍所

艾克出租公司

美国城市服务中心

凯利家庭服务公司

凯利家庭服务公司

凯利家庭服务公司

联合搬家公司

派拉蒙影片公司

二十世纪福克斯影片公司

哥伦比亚影片公司

派拉蒙影片公司

米高梅影片公司

皇家影片公司

阿波罗电视公司

MGM 影片公司

阿莎·玛丽舞厅

袭尔游乐场

加拿大加尔 朗巴多皇家交响乐团

豪尔交响乐团

海因茨交响乐团

巴特勒·安德森交响乐队

巴雷大马戏团

(十六) 广播电视

给我们二十分钟,我们就能给你整个世界。

WINS 广播公司

明星的展示。

全国广播公司

你最想知道的东西你肯定能最先知道。

(CBS)哥伦比亚广播公司

无限的娱乐世界。

(ABC)美国广播公司

一个完全不同的世界。

(CBS)哥伦比亚广播公司

在家中紧随变化的世界。

WJZ 电视台

(十七) 出版业

经过几代人的手才编撰成功。

(美国大百科全书)

好好地对待你的衣袋和衣袋里的书。

袖珍书籍出版公司

仿佛让你全家人都进入大学。

(韦伯斯特国际辞典)麦里恩出版公司

市场的指南。

麦克格劳出版公司

这是一些有血有肉的书籍。

卡纳斯出版公司

这是最高权威。

(韦伯斯特国际辞典)麦里恩出版公司

有了《世界手册》,世界就属于你。

《世界手册》夸利出版公司

博学多才的捷径。

《韦伯斯特国际辞典》麦里恩出版公司

所有教育的最终标准。

(康普顿百科全书)

对天才我们永远是公正的。

美国出版商联合会

为了人们高尚的情趣。

卡纳出版公司

与事件同步进行。

克莱塞出版公司

能看会读的孩子总能先行一步。

儿童书屋

正确只能来自韦伯斯特大辞典。

(韦伯斯特大辞典)麦里恩出版公司

最有必要的智力投资。

(韦伯斯特大辞典)麦里恩出版公司

(十八) 报刊杂志

巴黎生活的再现。

巴黎之夜杂志

一份好报纸。

芝加哥美国人报

我们以人的兴趣为出发点。

纽约晚报

为了每一个准备写作或正在写作的人。

作家月刊

用图片展示生活。

纽约每日镜报

一切都是事实,没有个人观点。

华盛顿合众日报

既有报纸的灵活性,又有杂志的综合性。

华盛顿合众日报

每个人所关心的新闻。

纽约时报

包罗一切还是新闻的新闻。

每日新闻报

永远最先,永远公正。

印第安那波利斯之星报

永远值得信赖的报纸。

费城记录报

属于所有的美国人。

美国平民周刊

充满清洁的幽默。

笑声杂志

热爱家庭的人所热爱的杂志。	家庭圈子周刊
在美国销售量最大的周刊。	自由周刊
全美国最权威的杂志。	生活杂志
为报人服务的报纸。	第四产业报
一份独立的报纸。	洛杉矶先驱报
一份国际性的日报。	基督教科学箴言报
巴尔的摩人从不说“报纸”，他们只说“太阳报”。	巴尔的摩太阳报
不输的赌注。	新闻邮报
虔诚地祝愿全世界的少年茁壮成长。	美国少年报
巴尔的摩的一切都围绕着“太阳”旋转。	巴尔的摩太阳报
从头版头条直到最后都是真话。	纽约先驱论坛报
为了所有愿意独立思考的企业家。	企业家杂志
“幸运”与你的事业相伴。	幸运杂志
走进千家万户，留在千家万户。	巴尔的摩新闻报
象大西洋一般广博。	亚特兰大星期日报
对重要的人们来说是重要的。	广告时代杂志
有助于你的事业就是我们的事业。	建筑新闻报
千万别低估女性的力量。	妇女之家杂志
一百年的年轻。	青年之友杂志
培养孩子从摇篮到大学。	父母必读杂志
大众最亲密的伙伴——读者文摘。	读者文摘杂志
繁荣跟随在犁的后面。	美国农业出版者协会
阅读“时代”就能理解时代。	时代杂志
在决策的水平线上。	企业家杂志
体育不仅仅是运动和比赛。	体育图片报
享受生活从这里开始。	生活杂志
儿童自己的杂志。	儿童生活杂志
男人的杂志。	花花公子杂志
每一位重要人物眼中最重要的杂志。	时代杂志
最富启迪的杂志。	销售商杂志
影响遍及全国。	美国人周刊
偏见和压力与我们无缘。	衣阿华新闻报
新闻就是新闻，观点就是观点。	新闻周刊
这一张张报纸铺就了你的成功之路。	纽约商业报
堪萨斯城就是一颗明星。	堪萨斯城明星报
甜食业的教科书。	糖果和冰淇淋杂志
不讨好也不诅咒，我们只说真话。	堪萨斯城邮报

权威的声音。	商业周刊
致力于国家的更加强盛。	体育杂志
从真实生活来的真实故事。	时尚杂志
什么地方有“生活”，什么地方就有希望。	生活杂志
有关真实人们的真实故事。	奥秘杂志
在所有的时间、所有的地点被所有的人阅读。	故事天地杂志
美国人在笑声中走向未来。	美国人周刊
重要人们的重要的话题。	美国人周刊
与芝加哥一起成长。	芝加哥论坛报
给你更为广阔的视野。	芝加哥论坛报
不将它一口气看完你是不会罢休的。	辛辛那提探索者报
和我们在一起，从现在直到未来。	奥秘杂志
环球都购买“波士顿”。	波士顿环球报
世界上唯一的完全为农民妻子们编辑的杂志。	农民之妻杂志
德克萨斯成长最快的城市中成长最快的报纸。	休斯顿邮报
女性的第一杂志。	麦克考尔杂志
农场主也需要贴心朋友。	农场杂志
当今时代第一份真正与众不同的杂志。	插曲杂志
为了所有不安于现状的人。	幸运杂志
报业的巨人。	波士顿邮报
给他们光明，他们就能找到道路。	霍华德报业集团。
人生总需要几次冒险。	旅行冒险杂志
我们传播欢乐。	判断杂志
栩栩如生地描述现实生活。	观察杂志
就象在后花园里说的悄悄话。	妇女家庭伴侣杂志
最具感情色彩的杂志。	好家庭和好花园杂志
为工业传递最新信息。	产业家新闻杂志
美国销售量最大的晚报。	纽约晚报
让“富比斯”进港吧！	福比斯航海杂志
美国第一杂志。	生活杂志
生活杂志是美国人生活的一部分。	生活杂志
(十九)学校	
用知识保护你的未来。	加利福尼亚卡艾尔工程学院
请在厨房里边学边干。	烹调广播学校
你可以趿着拖鞋上学。	斯洛拉顿国际函授学校
今天商界的领袖们正是昨天 ICS① 的学生。	斯格拉顿国际函授学校
世界上最大的商业学院。	拉塞尔大学

夜晚的大学。

没人能像“伯利兹”那么快地教会你另一种语言。

教科书中有最好的教师。

边学习边获益。

“虽然我独自在家,但我确实是在上课。”

帮助你学会谋生。

让你的头脑和双手同时得到训练。

学习赚钱两不误。

无所不在的大学。

(二十)公共事业

美国依赖大学。

每个献出一点,让更多的心脏跳动。

为征服癌症而捐献。

帮助别人就是帮助自己。

做这样的事是正确的。

请注意:只有你才能防止森林火灾!

让每个街区象你家一样干净!

进步的动力。

活力与年龄无关。

让每个人的生命都更长久。

为了全美国二百万正在与癌症搏斗的人们。

请你少食用一些饱和脂肪,为了你的健康。

最好的邻居就是你。

我们会给你帮助,那么你呢?

为了人类受伤的朋友。

现在你知道什么是奇迹了吧!

每天做一件好事。

创造为了明天。

人类必将征服癌症!

粗心大意可能会使你丧失一切。

盲人必须学会自助和互助。

在医疗保健领域,美国依然是世界第一。

为了人类的呼吸。

(二十一)广告业

行动从广告开始。

帮你将梦境变为现实。

广告离销售最近。

斯格拉顿国际函授学校

伯利兹国际语言学校

斯格拉顿国际函授学校

斯格拉顿国际函授学校

斯格拉顿国际函授学校

印第安那假日技术学院

斯格拉顿国际函授学校

斯格拉顿国际函授学校

斯格拉顿国际函授学校

美国教育委员会

美国心脏基金会

美国癌症协会

救世军

儿童领养协会

公共服务部

美国卫生部

休斯顿电力公司

艾贝老年康复中心

美国癌症协会

美国癌症协会

美国心脏病基金会

美国红十字会

美国红十字会

美国森林资源委员会

海伦·凯勒基金会

美国童子军

美国童子军

美国癌症协会

哈特福德消防局

美国盲人之家

美国医疗联合会

美国肺病防治联合会

AT 广告公司

AT 广告公司

利托豪格拉弗全国广告公司

一家公司最好的广告就是它所拥有的客户。

在白天最为醒目,到夜晚光彩夺目。

我们是街头文学的缔造者。

这里不创造产品,但创造产品的灵魂。

巧妙地陈列商品就等于售出了一半。

“梅瑞狄斯”替每件商品插上翅膀。

重复等于生意。

我们提供的服务永远超出契约。

我们赋予一个符号以永恒的生命。

纽约广告业的中坚。

我们所说的每一句话都会常驻人们的脑际。

这里才是两点间最短的距离。

三思后的选择。

我们将使每个人都爱上这些美妙的标记。

梦想和现实之间的桥梁。

我们在塑造未来。

广告需要非凡的想象力。

更好的产品理应有更好的商标。

永远是崭新的。

我们的联盟有着成倍增长的力量。

最完美地表达你的思想。

我们掌握着打开市场大门的钥匙。

唯有我们才能干预每个人的思想。

(二十二)保险业

幸亏当初找了“依特纳”!

烈火见真情。

你可别忘了上一次的大水灾。

我们站在整个民族的前头。

盗贼可是从不管春夏秋冬的!

人人都需要阳光。

额外的服务,但无需额外的支出。

大火之后,你便能见到阳光。

请为你的明天着想!

你只需想一想医生开出的帐单。

你的安全会象岩石般牢固。

八十年来美国家庭的守护神。

“热线”服务。

亨福勒广告公司

匹洛加夫广告公司

D·H·阿伦特广告公司

马丁·艾曼广告公司

罗素广告公司

梅瑞狄斯广告公司

艾米尔广告公司

哈斯豪威尔广告公司

克拉夫脱广告公司

《星期天美国人》杂志

联合广告公司

阿诺德广告公司

三思广告公司

弗雷德里克广告公司

潘索尔广告公司

美国广告公司

塞普拉广告公司

美国商标印刷公司

杜拉招牌公司

联盟广告公司

联盟广告公司

联盟广告公司

联盟广告公司

依特纳人寿保险公司

法尔曼火灾保险公司

水灾保险局

埃奎特伯人寿保险公司

标准意外事件保险公司

阳光保险公司

W·C·乔伊斯保险公司

阳光保险公司

美国保险公司

蓝盾医疗保险公司

谨慎保险公司

守护神家庭财产保险公司

皇家汽车保险公司

科学让梦想成真,保险使噩梦不再。

备而无患总比患之无备好。

付了钱你就会知道什么才是真正天忧无虑。

这里是最保险的保险公司。

人寿保险使你永远向前看。

你将不再会有债务问题。

我们的事业就是让更多的人实现梦想。

我们的储蓄就是你的利润。

我们的保险单是用黄金制的。

我们保护雇主,也保护雇员。

时刻守护你所拥有的一切。

每一位保险单持有者请注意:你身后是六十一亿美元的坚强靠山。

象北美大陆一般坚固。

未来属于为未来作好准备的人们。

除了对你所关心的人和财产之外,你没有任何义务。

一座永远挺立的金字塔。

你的安全时刻挂在我们心头。

“坎普尔”会为你创造奇迹。

在世界的任何角落你都是最安全的。

花一点费用,你就不必再提心吊胆了。

“伊特纳”对你的隐私守口如瓶。

成为“伊特纳”的投保户是值得骄傲的。

为了你已经拥有的一切。

我们的事业也是你的事业。

每个人都需要有一些冒险精神。

我们是你最强大的靠山。

将不幸变成万幸。

我们出售的不是保险单,而是完全的保护。

为了美国的健康。

保险是我们的事业,但更是你的未来。

灾难发生时,我们就是那只救援的手。

粗心大意是灾祸之父。

当今的潮流就是拥向“缪切尔”。

将未来握在你的手中。

“赫顿”为生命赋予了新的含义。

当你的头上有白发时,我们每年都会把钱放入你的口袋。

我们为你本人的生活保险。

法尔曼火灾保险公司

哥伦比亚伤亡保险公司

都市人寿保险公司

不列颠保险公司

埃奎特伯人寿保险公司

计划保险公司

泛美保险公司

美国互惠保险公司

伦敦人寿保险公司

美国互惠保险公司

北美保险公司

西方保险公司

北美保险公司

谨慎保险公司

都市人寿保险公司

拉玛人寿保险公司

自由保险公司

坎普尔保险公司

旅行保险公司

全国安全保险公司

伊特纳保险公司

伊特纳保险公司

伊特纳保险公司

美国互惠保险公司

AIG 保险公司

奥斯代保险公司

美国火险公司

福勒保险公司

美国人寿保险公司

美国保险联合会

美国互惠保险公司

哈特弗火灾保险公司

缪切尔保险公司

考伦·布莱克人寿保险公司

E·F·赫顿人寿保险公司

公平人寿保险公司

公平人寿保险公司

全国保险业的领袖。
 安全——我们共同的感觉。
 噩梦醒来是早晨。
 你的家乡肯定有我们的分公司。
 为了一个充满安全感的明天。
 为了你的家人,你的汽车,你的企业和你所拥有的一切。
 第四种生活必需品。
 为你的家庭筑起一座坚固的城堡。
 美国人的安全之家。
 热线——向你提供最完善的服务。
 你拥有新的生活。
 今天投保为了拯救明天。
 全球人寿保险业的唯一标准。
 给你最快最好的帮助——这是我们的信条。
 “辛克”的承诺是无价的。
 让我们来为你承担风险。
 我们是在公路上的朋友。
 我们只关心你的安全。
 我们是私人的保险公司,我们只为你个人服务。
 站到“坎普尔”的旗帜下,人生便再无忧患。

(二十三) 棺 葬 业

给予死者最崇高的敬意和最可靠的庇护。
 一件能用上好几个世纪的礼物。
 我们制造庄严肃穆的气氛。

公平人寿保险公司
 共同自由保险公司
 美国火险公司
 美国火险公司
 美国互惠保险公司
 伊特纳保险公司
 都市人寿保险公司
 美国家庭保险公司
 帕拉顿斯保险公司
 帝国汽车保险公司
 哈特人寿保险公司
 培赫尔保险公司
 JH 人寿保险公司
 约翰逊保险公司
 辛克人身保险公司
 AIG 保险公司
 公众汽车保险公司
 公众汽车保险公司
 约翰逊保险公司
 坎普尔保险公司

克拉克金属棺材公司
 克拉克金属棺材公司
 (葬礼用旗)弗登加纳旗篷公司

十一、其他类

(一) 公司

致力于发现的公司。
 伟大的工程师。
 一群不懈的发明家。
 今天的“辛格尔”就是明天的新事物。
 从我们的构想中释放出未来。
 我们矗立在顶峰,你可从世界的任何角落看到我们。
 我们从不需为质量而道歉。
 出租美国!
 我们是只说“是的”的公司。
 工业的航标。

联合碳化物公司
 布尔德·瓦勒公司
 托林顿公司
 辛格尔公司
 本迪克斯公司
 布鲁德公司
 红头公司
 泰勒房产出租公司
 个人金融公司
 福克斯·波罗公司

改变整个世界的学习方法。

资料控制设备公司

伟大思想的诞生地。

艾文工业公司

客户才是我们的竞争对手。

NAI 管理公司

我们的公司大得足以满足你的一切要求,同时又小得能记住你们每一个人。

E·凯恩父子公司

最值得观赏一番的公司。

鲍伊斯花边制作公司

八个向前飞奔的公司。

特朗斯联合公司

最富传奇色彩的公司。

菲尔肯飞机制造公司

我们制造你所需要的一切,其中包括利润。

潘尔沃特联合制造公司

自由的企业体系现在已开始运行,STI 就是一个榜样。

STI 公司

“夏普”的思维永远是崭新的。

夏普电器公司

让每一位工程师展露头角。

博格瓦纳工程公司

为了你的货架永远琳琅满目。

HON 批发公司

服务远远地超过合同。

豪厄尔承包公司

我接触未来。

东芝公司

通过世界贸易促进世界和平。

IBM 电脑公司

阳光、海洋、空气是人类世界永恒的能源。

格罗曼能源开发公司

未来需要新能源。

美国新能源研究公司

信息是今天任何事业成功的保障。

豪厄尔信息公司

缺乏信息我们将寸步难行。

麦格劳信息公司

电子领域的首席代表。

通用电器公司

魔术世家。

通用电器公司

领导全世界的科技进步。

通用电器公司

进步是我们的产品,解决困难是我们的拿手好戏,人类生活幸福是我们的唯一目标。

通用电器公司

(二) 俱乐部

即使所有的道路都封闭了,“迪纳克”依然能帮你抵达彼岸。

迪纳克国际俱乐部

“不能成为‘迪纳克’的成员我死不瞑目!”

迪纳克国际俱乐部

聪明人总是去找聪明人商量。

企业家俱乐部

把生活还给每一个人。

犹太人俱乐部

具有小型俱乐部的高雅氛围。

纽约梅斐尔俱乐部

(三) 城市及州

到肯塔基来吧,在这里你将财运亨通!

肯塔基州财政部

达拉斯是通向德克萨斯的门户。

达拉斯市

上纽约来开开眼界吧!

纽约市财政厅

工业正在衣阿华起飞。

衣阿华开发署

新泽西为投资者鸣锣开道。

新泽西开发署

让密苏里盘踞在你的脑际。
你的头脑将在明尼苏达创造利润。
我们喜爱这片土地。
自由企业的沃土。
自然与工业的完美结合。
这座城市掌握着成功的秘诀。
你会在纽约发现一切新事物。
每个人都应该有机会在城市中立足。
一个伟大的国度——施展你的全部才华吧！

密苏里开发署
明尼苏达商业开发署
威斯康星财政部
印第安那州
洛杉矶市
旧金山市
纽约市财政厅
全美城市联合会
罗得岛州

第三节 广告语录

一、广告及广告运动

如果广告运动没有真正的内容,它将会象一艘在夜晚航行的船,一闪而过,无人理睬

[美]大卫·奥格威

一般说来,愈强愈清晰的印象,愈容易让人保持记忆。广告运动的目的就是使消费者产生强烈清晰的印象,它不仅要让人记忆商品和公司名称,更须使人记忆购买,甚至于使用时所产生的效用。

[日]川胜久:《广告心理学》

构成广告运动的基本要素有:广告主、广告经营单位、广告媒体、消费者和目标市场

广告本身是行销过程的绝对必要部分,但要成功则完全要依赖行销组合中其他要素的配合。若没有正确的产品、适当的定价及充分的配销,就没有广告运动能够成功。

广告常不能直接影响消费者,而用意见领袖则能有效地扩散及加强计划周延的广告运动的效果。

[英]丹·E·舒尔茨等著:《广告运动策略新论》《上》

当开展广告宣传时,应经常考虑有可能预测的环境系统和不可预测或预测困难的环境系统。前者是有规律的系统,后者是不规律的。

[日]八卷俊雄:《广告学》

广告活动是一系列广告促销实施过程,包括市场调研,产品设计与分析,决策促销策略,选择广告媒体,设计、制作、发布广告,广告效果测定等活动。

[中]宋顺清、刘瑞武:《广告学原理与应用》

在广告战中,对比性广告是一个特殊的专用工具。使用它需要更高的技术,因为它会在你的面前爆炸。

罗宾·怀特

当竞争者在他们的广告互相攻击时,消费者间就会刮起一股对二者都不信任的风。他

们将在争论中耗尽精力。

伦纳德·马修斯

在对比性的广告战中,小广告客户是没有能力去和大广告客户较量的。

[英]埃里克·克拉克:《欲望制造家》

没有一个人在自己广告中提到竞争对手时是充满善意的。

[美]杰克·希尔顿

任何为广告客户的美元或英镑进行竞争的人都是敌人。

[英]埃里克·克拉克

有教养及高雅,也许是可羡慕的物质,但不能用之于广告战之中。

[美]艾·里斯

广告这种工作的危险性是显而易见的,因为它不是独一无二的。竞争者很容易把我们的戏抢走。

卢瑟福·斯科特

在广告中无民主可言。广告商进行战斗首先是为了自己

雅克·塞居拉

广告是创造争夺战,是投机的表演。

[英]埃里克·克拉克:《欲望制造家》

市场竞争如同战场,广告战略不当,会使大量的金钱白白花掉而一无所得;巧妙的广告战略,往往却能花钱不多而收获甚大。

[中]陈培爱:《广告原理与方法》

广告唆使人不再买甲品牌的肥皂,而买乙品牌的。实际上,绝大多数的广告都是为质量极为相似的产品而竞争。

[美]大卫·奥格威:《一个广告人的自白》

广告正被用来作为制造超消费者的社会投机。……利用广告操纵社会会使人失掉个性。

N·帕卡德

大部分广告,通过刺激性别、地位、利用人们隐蔽在内心深处的要求达到推销某种特定的商品的意图。

A·莱克

广告的社会因素就是将消息传播给大众。具有说明力的广告,对广大群众提供更好的商品与劳务之消息,使人们产生更强烈的欲望。

[日]川胜久:《广告心理学》

广告就是宣传。广告创造不满的念头,并在实际上创造出了不满。

A·莱克

现代的广告自进入自发公布阶段之后,已形成了“被制造的新闻。”其结果,广告表现出一种“既不真实又不虚伪的魅力。”

[日]八卷俊雄:《广告学》

有许多表决是因为我们说要谴责或制造广告而获胜的。

巴里·戴

一个人看一本杂志时会出现 3 种情况：一是从不看广告，你的广告作得再好他都不看；二即使他看了，也只是匆促地瞄上一眼；第三种是认真地研究它。

埃利奥特·扬

在智慧的噱头、巧妙、诙谐或是灵敏复杂的文字组合，非但不能增加广告的效果，相反的还会减少广告的效果。

[美]汤·狄龙：《怎样创作广告》

没有人真正相信广告宣传运动的成功能够与制造和销售等别的因素的作用真正分开。

[英]伯纳德·巴尼特：《竞争》

通过数学的方法预测广告，结果是一种除了梦想以外我们对它能说的话只有“再见”

[英]伯恩斯坦

在某种程度上，广告是一种叙述商品性质与价格的纯粹情报，这些应该成为赞成广告的依据；但在广告中，真正正直地表示商品质量和价格的，所占比例颇少。

E·波尔登克

与广告相关的重大问题是：使我们受骗的根源是从我们所喜爱的事实中产生的。这比受了那些缺德家伙欺骗更加令人触目惊心。这已不属于能用以往的常识辨别真伪的范畴了。

贝阿斯汀

曾有人提出“传播媒介的传播作用”是一种现代病。这种论述，是指充斥在传播媒介里的广告已把现代这个时代加以催眠。

[日]川胜久：《广告心理学》

关于企业广告成功率测定：美国《时代周刊》对 64 家做企业广告的企业进行了调查研究，显示了做企业广告的公司获得了较高分。具有下列 4 个测量上的优势：(1)高的忙度；(2)高的熟悉度；(3)良好的印象度；(4)高的支持度。

[中]张南舟编：《广告趣谈》

广告可以促使发达国家的消费模式向发展中国家传输；在最贫穷的地方，其影响力又是最强。

[英]埃里克·克拉克：《欲望制造家》

广告是西方产品和西方文化的最显著的标记。

[美]罗伯特·戈尔茨坦

商标所有权，也是一种谎言，它不是说产品是什么，它说的是广告要你做什么。

巴里·戴

有一种有影响的见解认为：广告侵犯了个人权利，并使物欲主义横流。持不同见解的人对广告进行了大量调查，认为广告没有产生新的欲望，只不过是利用了消费者“先入为主”的倾向。这是关于广告作用的主要议论中心之一。

广告是“大众宣传的食物”。人们普遍认为：通过广告收入，大众宣传工具才能对社会做

出贡献。但也有认为一部分企业通过广告控制了大众宣传工具,威胁了社会民主的健全发展。

[日]八卷俊雄:《广告学》

有在利的条件下,广告会进一步促进不断增长的需求,相反,因为广告本身是独立的,在不利的条件下,广告即使能使正在减退的需求倾向减缓,也起不到使商品需求增大的作用。

N·H·博丹

一个广告在没有印刷出来、播映出、张贴出来、或一切应该刊播的各种方式之前,并开始尽到它应发挥的传播功能之前,它就不是一个广告。

所谓没有条理,是指在广告中的文字与图片在传递某一印象与某一思想时不能结合在一起工作,相互发生加强作用。

[美]汤·狄龙:《怎样创作广告》

广告只是表示了想卖的心情,并非卖出去的行动。

罗贝尔·格兰

广告就象我们日常生活中的空气一样,到处都存在着。

[日]柏木重秋:《广告概论》

广告人不厌其烦地对人们说,如果没有广告,美国人就不可能象今天这样生活。

人们是否喜欢广告,这并不成为一个问题,广告是我们生活和现实社会政治经济制度中不可缺少的组织部分……他们喜欢还是不喜欢广告,都毫无意义。

人们处于广告的重重包围中,紧锣密鼓,四面楚歌。然而,对于美国人来说,这是理所当然的现象。名正言顺,不足为奇。

在广告这面歪曲变形的镜里,美国社会里的各个部分相互分离,自顾不暇。并且,对于其中每一部分人,广告大师都因材施教,诲人不倦。

无论好坏,广告是我们高消费经济的基本要素,也是美国人生活的组成部分。

[美]安·E·韦斯:《奇妙的广告世界》

有明确广告目的的广告是“健康而有省略的”,并有说服力。

广告必须表示人生实际感情。

[日]柏木重秋:《广告概论》

广告是词汇的生涯。

[美]可口可乐公司

广告成功的关键在于精心策划。

国外某广告大师

包装广告——无声推销员

[中]丁凤飞

广告是上进的、有为的哲学,从“无为”的意义上看,广告又是强加于人的。它不但干扰了人们的清静生活,打破了原始的那种文明,而且是对人类智慧的最大消费。广告将与科学、文明等现代精神一样,在受到现代文明的吹捧的同时,也将受到某些人们的非议和责难。这也当是“广告哲学”和“广告经济学”的一个重要内容。

广告,是一个迷人的万花筒:

广告,是一颗常青的摇钱树;

广告,是一项大有可为的事业。

[中]木子

美国学者提出,评价广告有一个有效而易记的方法,名之为“SCOTE”即 5 个标准的简写。

S. 代表 SIMPLICITY,即简洁。愈是简洁的广告,愈能给人留下深刻的印象。

C. 代表 CREDTBIY,即可信性。广告必须讲真话,不能随意夸大真相。

O. 代表 ORIGINANALITY,即创新,不论是广告意念还是表现手法,必定给人以新的感觉。

T. 代表 TELEVANCE,即切题。所切之题,在于介绍商品,以发挥其广告功能。

E. 代表 EMPATHY,即共鸣。需使观听众对商品广告产生认同和好感。

以上这套 SCOTE 法则,近年来已为广告界广泛使用。

[中]张南舟编:《广告趣谈》

几乎所有的广告都怂恿人们过分消耗自然资源而忽视往往随之而来的环境破坏。

[美]安·E·韦斯:《奇妙的广告世界》

在今日的广告宣传中,有许多广告停留在就事论事的水平上。现代广告学强调广告既是传播经济信息的工具,又是一种宣传形式,它传播的不仅是广告信息,而且是某种意识、思想、定义、定理、公式和结论等,比竞选广告、意见广告和公关广告,均属意识形态范围。

[中]杨荣刚:《现代广告策划》

广告象雷达扫描,总是在搜寻踏进市场的潜在对象。

[美]大卫·奥格威:《一个广告人的自白》

实际上,没有什么东西能象广告那样具有目的性。今天,一般美国成年人每天至少要受到 560 条广告信息的冲击。

[美]阿尔温·托夫勒

广告已成为人类文明的第八艺术。

标题是广告的生命。

[中]白智勇

创造“广告”一词的人,是美国作家杰利特·伯吉斯。

工商业者的拼命宣传使销售额不断增大,由此加速了能源和为数不多的替代矿产资源的不足,同时造成庸俗化和公害的增加。

V·帕卡德

在当今充满竞争的社会里,不仅广告客户之间存在着竞争,而且在产品和劳务方面也存在着竞争。

[英]F·杰夫金斯:《公共关系·广告·市场营销》

没有不做广告的商人,也没有不依赖于广告而进行商品销售的商业活动。

[中]潘中法:《中外广告成功之道》

广告侵犯了个人权利,并使物质主义横流。

有人认为广告创造出流行,促使消费统一化,产生出庸俗的和偏生物质的世态。

有人甚至指责广告是造成骚动的因素。

暗示广告的本来意图就是不道德的。即使对经济增长作出了贡献,通过这种途径也是不正当的。

[日]八卷俊雄、握山皓:《广告学》

广告创造不满的念头,并在实际上创造出了不满。但不满可不是玩具,它成了各种各样革命的根源。

C·A·莱克

美国的伦理学家 T·M·佳莱特指责劝导广告忽视了人类的反省能力,或多或少阻止了反省作用,包含着“对人性的根本蔑视。”

[美]T·M·佳莱特

广告会提高商品的价格。

广告是叫人买消费的东西。

[日]仁科贞文:《广告心理》

雷蒙·罗必凯的定义:“上乘广告的最好标志是,它不仅能影响群众争购它可佩的杰作而长记不忘。”我认为广告佳作是不引公众注意就把产品推销掉的作品。它应该把广告诉求对象的注意力引向产品。诉求对象说的不是“多妙的广告啊!”而是,我从来没有听说过这种产品。我一定要买它来试试。

许多广告还没有发挥尽潜力就被替换搁置,这往往是由于主宰这些广告的人厌烦他们。

[美]大卫·奥格威:《一个广告人的自白》

广告是“吹牛”、“欺骗”的代名词。

[中]宋顺清、刘瑞武:《广告学原理与应用》

我们都是随大溜。依我之见,广告里最有效的主题就是绝大多数人的倾向。

克劳德·C·普金斯

自我克制曾经被公认为一种美德,可是许多广告却极力底毁它。

广告学是艺术,而不是科学。

[美]安·E·韦斯:《奇妙的广告世界》

广告,这一特殊物质从四面八方渗透生活,人称“挡不住的诱惑”。

[中]《时代青年》杂志 1993 年第 7 期封 2

消费者不是低能儿,她们是你的妻女。若是你以为一句简单的口号和几个枯燥的形容词就能够诱他们买你的东西,那你就低估他们的智能了。他们需要你给我提供全部信息。

[美]大卫·奥格威:《一个广告人的自白》

使人们注意到你的广告,就等于你的商品推销出去了一半。

[中]白智勇:《广告艺术的策略》

独具创意的广告以及提供消费者资讯成为对他们有概念价值的广告,是目前在媒体杂乱环境下最有效率的广告。只是为艺术目的而创造的广告,虽极可能获奖,但不能达到对大

多数消费者传播的效果。

[美]丹·E·舒尔茨等:《广告运动策略新论》《上》

第一则广告都必须一次讲清楚全部销售真相,因为公众不会去阅读同一产品的系列广告。

……我一向猛烈挟击电视广告中的“娱乐倾向”和印刷广告中的“乖巧倾向”……将这类广告的获奖者斥责如“疯子”。

[美]大卫·奥格威

我对于广告的最基本的认识是,广告所表达的“见解”与“允诺”是广告的生命力之所在。

已故的安奈林·比万说:“广告是罪恶的勾当。”阿诺德·汤因比说:“想不出在什么情况下广告能不是邪恶了。”加尔布雷斯教授说:“广告诱人把本用于公共事业的钱消费在购买‘不必要’的东西上。”

[美]大卫·奥格威

二、广告目标及广告投资

广告的第一目标,在于尽可能多地引起人们的注意,引起消费者的态度变化。

有了明确的广告目标再决定广告概念。应该具体规定在何种市场,什么时间,以什么作为目的,投入多少预算,怎样提高效果。

对消费者来说,比产品说明更重要的是制品与自己的关系,制品和服务竞争对消费者有什么好处;广告主题必须清清楚楚地表现出来。

[日]八卷俊雄:《广告学》

广告销售的最终目的是“应如何满足大众的欲望”,即挖掘深藏在消费者内心深处的欲望,使其决定“购买”。

[日]川胜久:《广告心理学》

广告的意图是增进关于商品、服务的销售,或加深人们的好感,广告是在收费后除直接对人的接触外,传递关于商品、服务情报的一种手段。

R·V·扎顿

广告宣传与推销的目的,就是要创造出需要的购买欲望。

哥鲁布列斯:《富裕的社会》

销售说辞不是广告工作的终点而是开始。

[美]汤·狄龙:《怎样创作广告》

一条广告的影响道德是要硬挤进人们的意识之中。没有记忆就没有信息。

[英]罗伯特·L·韦斯

广告的第一步作用是要捉住大众的眼睛和耳朵,也就是说,广告要引起顾客的注意,首先要将“注意”铭刻在顾客的眼睛和耳朵上不可。

决定广告概念时应注意一点,是从企业方面取广告题材还是从使用者方面选取题材。虽然从哪个方面谈都没关系,但应该注意的是最终必须使使用者产生购买欲望。

在决定广告概念时,产业广告一般是“第一次语言”型的,而消费品广告则“采用第二次语言”型较容易使人接受。

在决定广告表现特性时,选用一面揭示或者两面揭示非常重要。一般说来,对教育水平高的人用“两面揭示”的方法效果较好;对文化程度低的人用“一面揭示”的方法效果好。

价目表式广告,是不折不扣的“销售广告”。从标题到文字都直接说明价格质量的优点,它适于配发产品,礼品照片和图像。

对于广告制作人来说,选择广告主题必须注意以下几个方面:第一选取吸引广告接受者注意的主题;第二易懂;第三能刺激使用者购买动机;第四应该与商品和企业有统一性。

[日]川胜久:《广告心理学》

缺乏目标的广告时无的放矢、徒劳的广告。

[中]潘中法:《中外广告成功之道》

广告宣传的目的是劝诱人们对某一特定事情产生或增强信心,使他们赞成或坚决执行,要达到这个目的与广告宣传的次数有关系,如果使用的方式、方法和时机选择得适当,即使广告的次数少一些,也会得到满意的效果,广告是通过宣传商标达到销售的目的。

[日]中川静

广告文稿里的每一个词,画面里的每一条线,照片里的每一处阴影,音乐里的每一个音符,所有这一切都必须有助于达到广告的总目标:劝说人们购买产品。

所有的广告都有一个共同的目的,这就是要说服人们有所行动。而在绝大多数情况之下,哪个“行动”都要涉及到花钱。

广告词的实质在于把产品或服务解释为购买者某种需要的满足。所有广告的唯一目的就是影响和说服,最终使人们购买。

[美]安·E·韦斯:《奇妙的广告世界》

广告的目标是要在最短时间内,在最大市场范围达到直接推销某种产品或劳务的目标。广告目的在于加深印象,增强信息的感染力和人们形象记忆、联想的程度。

[中]宋顺清、刘瑞武:《广告学管理与应用》

广告的主要目的是为增加利润服务。

[中]陈培爱:《广告原理与方法》

在消费者主导型社会里,广告必须及时揭示生活的一个片断,很多只是为了广告表现范围而制造出来的。用大造声势形式的生活信息,不如采用脚踏实地的生活信息为好。不要矫揉造作,要有直接与日常生活有关系的生活信息,或者揭示新生活方式,这才是广告创作的新天地。

[日]柏木重秋:《广告概论》

任何企业都要选择发挥企业优势的目标市场。由于每一个企业选择的目标市场各异,其产品的广告策略也必然不同。

[中]杨荣刚主编:《现代广告策划》

今天的广告是针对更狭窄及分类的对象。媒介也在分体(SEGMENT)。反映出个人的个别兴趣、广告稿的信息亦不再是向每一个人宣言,而是为少数人设计。

[中]纪文凤:《广告真不简单》

要打开产品的销路,就要在广告上先预支一笔数目巨大的销售收入。为开发明天的市场所耗费的资金数额之巨,似乎已到了荒谬的程度。

广告是一种花费高昂的事业。

[英]埃里克·克拉克

广告投入的是智慧和时间,产出的是欲望和金钱。

[中]木子

广告费用不是利润的产物,而是为了获取利润而投入的资金。

[英]F·杰夫金斯:《公共关系·广告·市场营销》

很明显,被创造出来的欲望越强烈,制品的价格就越高,满足这些欲望的公司利润就越大。

A·巴兰·P·M·瑞基

一个企业的广告费在销售额中所占的份额与市场占有率之比大于1时,企业就能得到发展。

[美]温伯格

在广告活动中,读者为情所动付出的代价却是金钱。

广告促销失败,广告费就贵,因为同有产生良好的效果。反之,广告费就贱。

广告预算由广告部经理负责制定,既要接近企业所估计的数字又能被办事处所接受。

[英]F·杰夫金斯:《公共关系·广告·市场营销》

以最少的投入取得最大的效益。

在销售淡季投入再多的广告费用,也不可能将其变成销售旺季,应该把广告费多分配到销售旺季去用。

[中]潘中法:《中外广告成功之道》

对许多产品,广告费在产品总成本中还不到消费者在零售店买这种产品所花钱的30%。但是,一旦广告被废止,你花在寻求一种合适的东西上的钱,远远要超过你省下的那一点点钱。

有一次我和一位英国内阁大臣在一起策划如何说服女皇陛下的财政大臣多拨点钱在美国多做点英国的旅游广告。他说:“头脑清醒的美国人明明可以去阳光充沛的意大利度假,但却偏要跑到英国来受这种阴湿夏天的罪,真不知是怎么搞的。我唯一的解释只能是因为有了你来策划我们的广告宣传。”

[美]大卫·奥格威:《一个广告人的自白》

由于广告预算是一笔巨额支出,企业领导人在审批这笔经费时,常常举棋不定。而且有些企业领导人还认为作广告毫无效果,广告是一种巨大浪费。然而,有些企业家则相反,他们认为广告是一种有益的投资,能否取得较好的效果,关键在于有无周密的广告策划,并深信广告投资的利率决不会低于世界银行的平均利率。

[中]杨荣刚主编:《现代广告策划》

香港广告开支最多的10种商品(1985年上半年):1. 牙膏牙刷占12.36%;2. 超级市场占11.27%;3. 药品为11.1%;4. 香皂为10.99%;5. 奶类10.98%;6. 酒类为9.36%;7. 楼宇9.13%;8. 私人车为8.31%;9. 化妆品为8.42%;10. 洗洁精为7.92%。

广告量与广告投资额反映了一国家广告业的发展水平,是国家经济发展的一个“里程碑”,从这块“里程碑”看,人们可以明显地发现卖方市场与买市场的移位,产品质量的提高,

新产品的问世,感觉到经济发展的脉搏跳动频率。

[中]张南舟编:《广告趣谈》

就广告预算而论,真理在人们相信你之前并不是真理。

[美]汤·狄龙:《怎样创作广告》

首先设定特定的广告目标,再把为了实现这个目标所必需完成的工作任务所需要的经费累计起来,所产生的数字就是设定的广告预算。

编制商品广告的预算,是从销售分析出发的。

当决定广告预算时,预先要做的工作有以下4种:一是明确了解广告的生产率,二是掌握作为综合盈利计划组成部分的广告预算;三是考虑积累效果;四是考虑竞争条件。

[日]八卷俊雄:《广告学》

广告在两方面都得到了巨大的收获,一是能从那些职业劝诱家们那儿得到才智,二是能从客户的服务那儿得到资金。

[英]埃里克·克拉克

哪个职业用最少的智慧能挣到最多的钱?回答是广告业。

[美]艾尔弗雷德·波利茨

三、广告策略及广告执行

我发现消费者对广告的反应也是一样。你若是使用一张女人的照片,男人就不怎么注意你的广告。要是作为男人的照片,那么你的读者中女性大约就不多了。

要吸引女性读者,最好的办法是使用婴儿的照片。

[美]大卫·奥格威:《一个广告人的自白》

家庭主妇看百货广告就象看新闻版的标题一样认真。

[中]张南舟编:《广告趣谈》

如果你制造的优质产品要与消费者见面,你就需要告诉他们你在生产这种东西。几年来,我们发现效率最高,影响最大的推销货物办法就是文学地做广告——这就是广告的哲学。

牙罗克特·甘布尔

简洁有力的广告比一般商品广告更具有引诱力。

[日]川胜久:《广告心理学》

广告和思想同样普遍存在。在人类的生活王国里,到处是思想,到处是广告。

[中]木子

无论他们怎样抄袭我,可永远抄袭不了我的思想。

若是你有幸创作了一套很了不起的广告方案,你会看到,不久另一家广告公司便把它盗用。这确令人恼火,可是你千万不用烦恼,还没有什么人由于盗用了别人的广告而树起了一个品牌的。

[美]大卫·奥格威:《一个广告人的自白》

在这场享乐与罪过的冲突中,广告人员的一项主要任务不是销售产品,而是在道德上允许人们享乐而又没有负罪感。

[美]欧内斯特·蒂切特尔

成功地推销价值亿万美元的产品在很大程度上取决于厂商能否成功地操纵或消除人们心理的负罪感、焦虑心情、敌视态度、孤独感和紧张心理。

[美]万斯·派克尔

如果在广告中没有与众不同的意见作灵魂,那么,它就会象一艘在夜色中航行的船。

[美]大卫·奥格威

这个世界上的国家没有哪个是没有广告业的。

罗伯特·詹金斯

广告是世界摇滚业。

汤姆·马纳汉

昨天的广告是大众的广告时代,希望以同一讯息传达最多人数,是渔翁撒网式,产生很多不必要的消费。大众媒介是为群众而设,广告是提供资料、吸引注意力,对每一个人都有同样的承诺。(但今天的广告就不同了)

[中国·香港]纪文凤

广告业为世界绘的一幅画是,没有广告的世界是萧瑟凄凉的世界!

[英]埃里克·克拉克:《欲望制造家》

四、广告及广告客户

广告业是压力最大的职业。

[英]卡里·库珀

广告业是年轻人的事业。

任何东西都无法掩盖广告业这样的事实,不管你长得多漂亮,风度迷人,这都无关紧要,最终要看事情的结果究竟怎样。

[英]埃里克·克拉克

广告事业是一个“头脑生意”的行业,蕴育推广销售的力量,为广告客户的广告创作及业务推广而努力。

[中国·香港]纪文凤:《广告真不简单》

广告行业最严重的问题之一是:它的任务要成功地诱惑大众,但广告研究人员却不是典型的普通百姓。他们越成功,与一般百姓的距离越远。

[美]万斯·派克尔:《无形的兜售者》

我们不能把广告认为是一种静态的或一板一眼的行业,而应该是一种现代传播中流动的及生产气勃勃的力量。

[美]汤·狄龙:《怎样创作广告》

广告业是知识密集型的产业,广告公司主要经营手段是出卖智慧,整个广告业生存与发展,决定于人才的素质。

[中]张南舟编:《广告趣谈》

以往的广告交易,不可思议的是几乎都没有签订正式的合同书。

[日]八卷俊雄、梶山皓:《广告学》

广告业正面临一个困难的阶段。商业的混乱出现前所未有的糟糕局面。传播媒介的花费正在激增。商业产品的成本也令人生畏。客户间的斗争与倾向驱使广告公司卷入。最糟糕的是削减广告预算,大搞削价商品竞争正以无法控制的势头发展着。

把金奖授予创作人员,这表明评奖团相信在广告业中最主要的对象是两类人:撰稿员和艺术指导。

[美]大卫·奥格威

广告这一行并不总是大吹大擂,说什么使用这种产品会使您永远幸福、平静生活等等。但恐怕相当多的人是以自己有本事使消费者上当而感到自豪的。

[日]川胜久:《广告心理学》

世界上最幸福的人是有一个英国人的广告代理机构,美国人的薪水,法国人的厨师和中国人的妻子。

[英]雅克·塞居拉

对客户来说,广告的影响力越大,广告就越有现实性;它的影响力越大,客户就越感到自己做事的正确性越大。

戴维·考恩

广告客户长期追求的是使自己的商标具有一种与众不同的特别味儿,给产品增添无限的价值;“在实验室我搞的是化妆品,在商店我卖的是梦”,雷夫森这样说。

[英]查尔斯·雷夫森

广告的发生者,通常称为广告主。广告正在不断被广告主所垄断。广告主可分为政府、企业、个人等。

销售广告要启发客户的联想。如果长时间使用这种联想原则,可以在广告客户心目中造成联想映象,从而扩大产品知名度,提高产品销售量。

广告为使消费者产生购买欲望,就必须站在消费者的立场上解决消费者的心中所想:商品对我们有什么好处?

一般说来,一个人如果决定购买东西,他就会搜求支持自己决定的情报,而排除与自己决定相矛盾的情报,因而消除消费者的这种销售抗力,是广告的一大任务。

[日]川胜久:《广告心理学》

广告主如果是为了提高企业形象做企业广告,就必须选择威信高的大众宣传媒介物。

如果只在刊物上作一次广告,对消费者来说不一定留下印象。为了做周密的杂志广告,必须利用不吝惜服务时间的广告公司。

[日]八卷俊雄:《广告学》

按照现代广告表现策略的要求,企业家应有竞争的观念和广告意识,要努力塑造产品的个性,这是提高产品知名度的重要方法。

[中]杨荣刚主编:《现代广告策划》

广告正在不断被大广告主垄断。

[日]八卷俊雄、梶山皓:《广告学》

附录 中华人民共和国广告法

(1994年10月27日第八届全国人民代表大会常务委员会第十次会议通过)

第一章 总 则

第一条 为了规范广告活动,促进广告业的健康发展,保护消费者的合法权益,维护社会经济秩序,发挥广告在社会主义市场经济中的积极作用,制定本法。

第二条 广告主、广告经营者、广告发布者在中华人民共和国境内从事广告活动,应当遵守本法。

本法所称广告,是指商品经营者或者服务提供者承担费用,通过一定媒介和形式直接或者间接地介绍自己所推销的商品或者所提供的服务的商业广告。

本法所称广告主,是指为推销商品或者提供服务,自行或者委托他人设计、制作、发布广告的法人、其他经济组织或者个人。

本法所称广告经营者,是指受委托提供广告设计、制作、代理服务的法人、其他经济组织或者个人。

本法所称广告发布者,是指为广告主或广告主委托的广告经营者发布广告的法人或者其他经济组织。

第三条 广告应当真实、合法,符合社会主义精神文明建设的要求。

第四条 广告不得含有虚假的内容,不得欺骗和误导消费者。

第五条 广告主、广告经营者、广告发布者从事广告活动,应当遵守法律、行政法规、遵循公平、诚实、信用的原则。

第六条 县级以上人民政府工商行政管理部门是广告监督管理机关。

第二章 广告准则

第七条 广告内容应当有利于人民的身心健康,促进商品和服务质量的提高,保护消费者的合法权益,遵守社会公德和职业道德,维护国家的尊严和利益。

广告不得有下列情形:

(一)使用中华人民共和国国旗、国徽、国歌;

- (二)使用国家机关和国家机关工作人员的名义;
- (三)使用国家级、最高级、最佳等用语;
- (四)妨碍社会安定和危害人身、财产安全,损害社会公共利益;
- (五)妨碍社会公共秩序和违背社会良好风尚;
- (六)含有淫秽、迷信、恐怖、暴力、丑恶的内容;
- (七)含有民族、种族、宗教、性别歧视的内容;
- (八)妨碍环境和自然资源保护;
- (九)法律、行政法规规定禁止的其他情形。

第八条 广告不得损害未成年人和残疾人的身心健康。

第九条 广告中对商品的性能、产地、用途、质量、价格、生产者、有效期限、允诺或者对服务的内容、形式、质量、价格、允诺有表示的,应当清楚、明白。

广告中表明推销商品、提供服务附带赠送礼品的,应当标明赠送的品种和数量。

第十条 广告使用数据、统计资料、调查结果、文摘、引用语,应当真实、准确,并表明出处。

第十一条 广告中涉及专利产品或者专利方法的,应当标明专利号和专利种类。

未取得专利权的,不得在广告中谎称取得专利权。

禁止使用未授予专利权的专利申请和已经终止、撤销、无效的专利做广告。

第十二条 广告不得贬低其他生产经营者的商品或者服务。

第十三条 广告应当具有可识别性,能够使消费者辨明其为广告。

大众传播媒介不得以新闻报道形式发布广告。通过大众传播媒介发布的广告应当有广告标记,与其他非广告信息相区别,不得使消费者产生误解。

第十四条 药品、医疗器械广告不得有下列内容:

- (一)含有不科学的表示功效的断言或者保证的;
- (二)说明治愈率或者有效率的;
- (三)与其他药品、医疗器械的功效和安全性比较的;
- (四)利用医药科研单位、学术机构、医疗机构或者专家、医生、患者的名义和形象作证明的;
- (五)法律、行政法规规定禁止的其他内容。

第十五条 药品广告的内容必须以国务院卫生行政部门或者省、自治区、直辖市卫生行政部门批准的说明书为准。

国家规定的应当在医生指导下使用的治疗性药品广告中,必须注明“按医生处方购买和使用”。

第十六条 麻醉药品、精神药品、毒性药品、放射性药品等特殊药品,不得做广告。

第十七条 农药广告不得有下列内容:

- (一)使用无毒、无害等表明安全性的绝对化断言的;
- (二)含有不科学的表示功效的断言或者保证的;
- (三)含有违反农药安全使用规程的文字、语言或者画面的;

(四)法律、行政法规规定禁止的其他内容。

第十八条 禁止利用广播、电影、电视、报纸、期刊发布烟草广告。

禁止在各类等候室、影剧院、会议厅堂、体育比赛场馆等公共场所设置烟草广告。

烟草广告中必须标明“吸烟有害健康”。

第十九条 食品、酒类、化妆品广告的内容必须符合卫生许可的事项,并不得使用医疗用语或者易与药品混淆的用语。

第三章 广告活动

第二十条 广告主、广告经营者、广告发布者之间在广告活动中应当依法订立书面合同,明确各方的权利和义务。

第二十一条 广告主、广告经营者、广告发布者不得在广告活动中进行任何形式的不正当竞争。

第二十二条 广告主自行或者委托他人设计、制作、发布广告,所推销的商品或者所提供的服务应当符合广告主的经营范围。

第二十三条 广告主委托设计、制作、发布广告,应当委托具有合法经营资格的广告经营者、广告发布者。

第二十四条 广告主自行或者委托他人设计、制作、发布广告,应当具有或者提供真实、合法、有效的下列证明文件:

- (一)营业执照以及其他生产、经营资格的证明文件;
- (二)质量检验机构对广告中有关商品质量内容出具的证明文件;
- (三)确认广告内容真实性的其他证明文件。

依照本法第三十四条的规定,发布广告需要经有关行政主管部门审查的,还应当提供有关批准文件。

第二十五条 广告主或者广告经营者在广告中使用他人名义、形象的,应当事先取得他人的书面同意;使用无民事行为能力人、限制民事行为能力人的名义、形象的,应当事先取得其监护人的书面同意。

第二十六条 从事广告经营的,应当具有必要的专业技术人员、制作设备,并依法办理公司或者广告经营登记,方可从事广告活动。

广播电台、电视台、报刊出版单位的广告业务,应当由其专门从事广告业务的机构办理,并依法办理兼营广告的登记。

第二十七条 广告经营者、广告发布者依据法律、行政法规查验有关证明文件,核实广告内容。对内容不实或者证明文件不全的广告,广告经营者不得提供设计、制作、代理服务,广告发布者不得发布。

第二十八条 广告经营者、广告发布者按照国家有关规定建立、健全广告业务的承接登记、审核、档案管理制度。

第二十九条 广告收费应当合理、公开,收费标准和收费办法应当向物价和工商行政管理部门备案。

广告经营者、广告发布者应当公布其收费标准和收费办法。

第三十条 广告发布者向广告主、广告经营者提供的媒介覆盖率、收视率、发行量等资料应当真实。

第三十一条 法律、行政法规规定禁止生产、销售的商品或者提供的服务,以及禁止发布广告的商品或者服务,不得设计、制作、发布广告。

第三十二条 有下列情形之一的,不得设置户外广告:

- (一)利用交通安全设施、交通标志的;
- (二)影响市政公共设施、交通安全设施、交通标志使用的;
- (三)妨碍生产或者人民生活,损害市容市貌的;
- (四)国家机关、文物保护单位和名胜风景点的建筑控制地带;
- (五)当地县级以上地方人民政府禁止设置户外广告的区域。

第三十三条 户外广告的设置规划和管理办法,由当地县级以上地方人民政府组织广告监督管理、城市建设、环境保护、公安等有关部门制定。

第四章 广告的审查

第三十四条 利用广播、电影、电视、报纸、期刊以及其他媒介发布药品、医疗器械、农药、兽药等商品的广告和法律、行政法规规定应当进行审查的其他广告,必须在发布前依照有关法律、行政法规由有关行政主管部门(以下简称广告审查机关)对广告内容进行审查;未经审查,不得发布。

第三十五条 广告主申请广告审查,应当依照法律、行政法规向广告审查机关提交有关证明文件。广告审查机关应当依照法律、行政法规作出审查决定。

第三十六条 任何单位和个人不得伪造、变造或者转让广告审查决定文件。

第五章 法律责任

第三十七条 违反本法规定,利用广告对商品或者服务作虚假宣传的,由广告监督管理机关责令广告主停止发布、并以等额广告费用在相应范围内公开更正消除影响,并处广告费用一倍以上五倍以下的罚款;对负有责任的广告经营者、广告发布者没收广告费用,并处广告费用一倍以上五倍以下的罚款;情节严重的,依法停止其广告业务,构成犯罪的,依法追究刑事责任。

第三十八条 违反本法规定,发布虚假广告,欺骗和误导消费者,使购买商品或者接受服务的消费者的合法权益受到损害的,由广告主依法承担民事责任;广告经营者、广告发布

者明知或者应知广告虚假仍设计、制作、发布的,应当依法承担连带责任。

广告经营者、广告发布者不能提供广告主的真实名称、地址的,应当承担全部民事责任。

社会团体或者其他组织,在虚假广告中向消费者推荐商品或者服务,使消费者的合法权益受到损害的,应当依法承担连带责任。

第三十九条 发布广告违反本法第七条第二款规定的,由广告监督管理机关责令负有责任的广告主、广告经营者、广告发布者停止发布、公开更正,没收广告费用,并处广告费用一倍以上五倍以下的罚款;情节严重的,依法停止其广告业务。构成犯罪的,依法追究刑事责任。

第四十条 发布广告违反本法第九条至第十二条规定的,由广告监督管理机关责令负有责任的广告主、广告经营者、广告发布者停止发布、公开更正,没收广告费用,可以并处广告费用一倍以上五倍以下的罚款。

发布广告违反本法第十三条规定的,由广告监督管理机关责令广告发布者改正,处以一千元以上一万元以下的罚款。

第四十一条 违反本法第十四条至第十七条、第十九条规定,发布药品、医疗器械、农药、食品、酒类、化妆品广告的,或者违反本法第三十一条规定发布的,由广告监督管理机关责令负有责任的广告主、广告经营者、广告发布者改正或者停止发布,没收广告费用,可以并处广告费用一倍以上五倍以下的罚款,情节严重的,依法停止其广告业务。

第四十二条 违反本法第十八条的规定,利用广播、电影、电视、报纸、期刊发布烟草广告,或都在公共场所设置烟草广告的,由广告监督管理机关责令负有责任的广告主、广告经营者、广告发布者停止发布,没收广告费用,可以并处广告费用一倍以上五倍以下的罚款。

第四十三条 违反本法第三十四条的规定,未经广告审查机关审查批准,发布广告的,由广告监督管理机关责令负有责任的广告主、广告经营者、广告发布者停止发布,没收广告费用,并处广告费用一倍以上五倍以下的罚款。

第四十四条 广告主提供虚假证明文件的,由广告监督管理机关处以一万元以上十万元以下的罚款。

伪造、变造或者转让广告审查决定文件的,由广告监督管理机关没收违法所得,并处一万元以上十万元以下的罚款。构成犯罪的,依法追究刑事责任。

第四十五条 广告审查机关对违法的广告内容作出审查批准决定的,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,由其所在单位、上级机关、行政监察部门依法给予行政处分。

第四十六条 广告监督管理机关和广告审查机关的工作人员玩忽职守、滥用职权、徇私舞弊的,给予行政处分。构成犯罪的,依法追究刑事责任。

第四十七条 广告主、广告经营者、广告发布者违反本法规定,有下列侵权行为之一的,依法承担民事责任:

- (一)在广告中损害未成年人或者残疾人的身心健康的;
- (二)假冒他人专利的;
- (三)贬低其他生产经营者的商品或者服务的;
- (四)广告中未经同意使用他人名义、形象的;

(五)其他侵犯他人合法民事权益的。

第四十八条 当事人对行政处罚决定不服的,可以在接到处罚通知之日起十五日内向作出处罚决定的机关的上一级机关申请复议;当事人也可以在接到处罚通知之日起十五日内直接向人民法院起诉。

复议机关应当在接到复议申请之日起六十日内作出复议决定。当事人对复议决定不服的,可以在接到复议决定之日起十五日内向人民法院起诉。复议机关逾期不作出复议决定的,当事人可以在复议期满之日起十五日内向人民法院起诉。

当事人逾期不申请复议也不向人民法院起诉,又不履行处罚决定的,作出处罚决定的机关可以申请人民法院强制执行。

第六章 附 则

第四十九条 本法自一九九五年二月一日起施行。本法施行前制定的其他有关广告的法律、法规的内容与本法不符的,以本法为准。

第十七篇 公司违法犯罪及法律责任

第十七篇

公司违法犯罪及法律责任

第一章 公司法人犯罪及法律责任

公司是现代企业制度中重要的、典型的企业组织形式。随着我国社会主义市场经济的建立和发展,社会化大生产规模逐渐扩大,原有的以独资、合伙等企业形式为主导的企业结构模式已不能适应发展的需要。在这种情况下,有限责任公司和股份有限公司等组织应运而生,并在我国经济生活中发挥越来越重要的作用,公司制也成为我国企业制度改革并走向现代化的基础实现形式。客观现实迫切要求我国通过立法建立和完善公司法律制度,规范公司的地位及公司经营活动,保证交易的安全和社会经济秩序的稳定,以及调整公司企业参与的各种经济法律关系。正是在这种背景下,经过十余年的孕育,我国第一部《公司法》于1993年12月29日由八届全国人大常委会第五次会议正式通过,并已于1994年7月1日起施行。

由于公司的资本主要来源是股东投资和发行债券,公司企业的投资者和债权人人数众多,致使公司企业内部与外部关系都十分复杂。加之长期以来,我国忽视公司与公司法的重要关系,社会上曾出现了公司畸型发展的状况,一些公司徒具虚名,甚至采用各种恶劣手段从事诈欺活动,严重地损害了国家、社会 and 个人的利益,扰乱了社会经济秩序的正常运行。为打击违反公司法的犯罪活动,1995年2月28日,八届全国人大常委会第十二次会议审议通过了《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》(以下简称《决定》),并自同日起施行。

《决定》对我国刑法作了重大修改补充。其主要内容是:第一,根据司法实践的需要,增设了公司登记诈欺罪等10个新罪名,并在较大幅度上增加了我国刑法中单位犯罪的种类和数量。第二,修改了贪污罪、挪用公款罪和受贿罪的主体构成要件。根据全国人大常委会1988年《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》,贪污罪和挪用公款罪的主体范围为“国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他经手、管理公共财物的人员”,受贿罪的主体范围为“国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他从事公务的人员。”《决定》在增设公司、企业人员受贿罪、公司、企业人员侵占财物罪和公司、企业人员挪用资金罪的同时,规定公司、企业中国家工作人员利用职务或工作之便实施上述各种犯罪行为的,应当分别以受贿罪、贪污罪和挪用公款罪论处。而对公司、企业中非国家工作人员的“集体经济组织工作人员”等受贿、侵占本单位财物和挪用本单位资金的行为未作相同的定罪要求。换言之,这些人员的上述犯罪行为不再以受贿罪、贪污罪、挪用公款罪论处,《决定》已将这些非国家工作人员身份的人员排除在受贿罪、贪污罪和挪用公款罪主体范围之外。

1997年3月14日第八届全国人大五次会议修订了《中华人民共和国刑法》。新刑法基本上沿袭了《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》,但进一步完善了有关规定,在原有基础上做了进一步的补充和修正,增设了几种新罪名,并专节规定了妨害对公司、企业的管理秩序

罪,这为惩治违反公司法的犯罪提供了明确具体的法律依据。

第一节 公司登记诈欺罪

新刑法典第 158 条关于公司登记诈欺罪的规定,基本上继承了《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》(以下简称《决定》)第 1 条的规定。

公司登记诈欺罪,是指申请公司登记的人使用虚假证明文件或者采用其他欺诈手段虚报注册资本,欺骗公司登记主管部门,取得公司登记,虚报注册资本数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。

公司登记诈欺罪的构成特征是:

(1)本罪的犯罪主体为特殊主体,包括申请公司登记的自然人和单位。根据《公司法》的规定,公司设立登记中,向公司登记机关具体提出申请的自然人和单位有:为设立有限责任公司而由全体股东指定的代表或者共同委托的代理人;在以发起设立方式设立的股份有限公司设立前,由全体发起人指定的代表或者共同委托的代理人;在以募集设立方式设立的股份有限公司设立前的董事会成员,以及公司成立后因分立、合并需要申请设立登记而由各公司指派的代表或共同委托的代理人。

(2)公司登记诈欺罪在主观方面只能是故意,即明知无实有资本或实有资本未达法律规定的注册资本最低限额,而虚报其实有资本已达到法律规定的最低限额;或者是虽其实有资本已达注册资本最低限额,但故意加大注册资本。本罪的犯罪目的是为了欺骗公司登记机关,非法取得公司登记。过失不构成本罪。对于确实不知道公司登记条件,或因工作疏忽致注册资本数额与实有资本数额不符的,不能认为是犯罪。

(3)公司登记诈欺罪在客观上表现为,行为人实施了使用虚假证明文件或者采用其他欺诈手段虚报注册资本,欺骗公司登记主管部门,取得公司登记的行为,且虚报注册资本数额巨大、后果严重或者有其他严重情节。在这里,行为人使用虚假证明文件或者采用其他欺诈手段虚报注册资本是手段行为,欺骗公司登记主管部门,骗取公司登记是目的行为。本罪的客观方面,具体包括以下几点:

第一,行为人虚报了注册资本。注册资本是指有限责任公司和股份有限公司的股东在公司登记机关登记的股东实际缴纳的出资总额或实收股本总额。《公司法》对有限责任公司按不同经营范围,分别作了注册资本的最低限额规定,即以生产经营为主和以商品批发为主的有限责任公司的注册资本不得低于人民币 50 万元;以商业零售为主的有限责任公司的注册资本不得低于人民币 30 万元;科技开发、咨询、服务性有限责任公司的注册资本不得低于人民币 10 万元。同时,公司法对设立股份有限公司的注册资本的最低限额规定为人民币 1000 万元。最低限额需高于 1000 万元的,由法律、行政法规另行规定。例如,上市公司股本总额不少于人民币 5000 万元,设立商业银行的注册资本最低限额为 10 亿元。公司注册资本既是划分股东权利与义务的重要标准,又是公司经营资本的一部分和公司承担风险、偿还债务的一项基本保证。因此,注册资本虚假的公司一旦参与市场经济活动,必然严重地干

扰社会正常的经济秩序。本罪客观特征之一即是行为人不具有法定注册资本最低限额的情况下作出具有法定注册资本最低限额的申报,或者虽达到法定注册资本最低限额,却作出高于实缴资本的虚假申报。

第二,行为人必须实施了使用虚假证明文件或者其他欺诈手段的行为。根据《公司法》的有关规定,在发起人、股东全部缴纳出资以及将发行的股款缴足后,必须经法定的验资机构验资确认并出具证明后,方能凭此证明向登记机构提出申请设立有限责任公司或股份有限公司。这一规定的宗旨在于监督检查出资人对其所提供的出资是否真实并具有合法的权利,以防虚假注册资本的出现。所谓“使用虚假证明文件”,主要是指使用虚假的验资、验证、评估报告书或证明等有关文字材料。在这里,“证明文件”,主要是指法定的验资验证资产评估机构依法对申请公司登记的人所提交的注册资本,进行查验后得出的真实情况的文字材料和出资者合法拥有的财产的有效证明。实践中,申请公司登记的人为达到虚报注册资本、非法设立公司的目的,往往伪造、篡改合法的验资机构的验资报告书,或与验资等有关机构的工作人员恶意串通,取得虚假验资报告书等。但是,虚假证明文件来源如何,不影响本罪成立。

除使用虚假证明文件外,虚报注册资本尚存在其他欺诈手段,如申请公司登记时使用虚假的股东姓名,虚构生产经营场所,等等。构成本罪不论是使用虚假证明文件,还是采取其他欺诈手段,必须是与虚报注册资本有关的;如果与虚报注册资本无关,则不构成本罪。

第三,行为人欺骗公司登记主管部门,取得了公司登记。在本罪中,行为人虚报注册资本指向的欺骗对象是公司登记机关,即国家工商行政管理机关。如果申请公司登记的人使用虚假注册资金的证明文件,与他人签订经济合同,诈骗钱财,而非到工商行政管理机关去申请设立登记,则不构成本罪。正是通过向公司登记机关虚报注册资本,行为人才得以在其主观意志支配下实行欺骗公司登记机关并取得公司登记的行为。行为人欺骗公司登记机关,表现为在虚报注册资本时,隐瞒其虚报注册资本的真相,使公司登记机关信以为真。取得公司登记,是指行为人获取公司登记机关核准,致使公司登记机关发给其《企业法人营业执照》的行为。本罪是结果犯,是否取得公司登记,是本罪是否完全齐备犯罪构成要件的重要标志,即区分犯罪既遂与未遂的重要标志。

第四,构成本罪,在客观上还要求行为人虚报注册资本的数额巨大,后果严重或者有其他严重情节。我们认为,只要具备“虚报注册资本数额巨大”、“后果严重”和“其他严重情节”三者之一,即符合本罪的定罪情节,而不应理解为必须同时具备上述三种情形或其中两种情形才构成本罪。什么是“虚报注册资本数额巨大”?司法实践应根据具体情况,主要以行为人呈报的注册资本与其实有资本之差额为标准,加以认定。“后果严重”,是指公司登记诈欺行为给国家、社会或公司利害关系人造成严重损害;严重破坏公司登记机关的威信;造成恶劣的政治影响;等等。“其他严重情节”,是指上述两种情节以外的各种主客观因素的严重情节,比如虚假注册资本数额并不巨大,也未发生严重危害后果,但是行为人多次虚报注册资本,在同一次或连续多次公司设立登记申请中骗取公司登记,等等。

(4)本罪侵犯的客体是公司登记管理制度。为加强对公司的管理和监督,维护正常的市场经济秩序,保护国家、社会和公民利益,根据公司法规定,公司的设立、合并、分立都必须依

法向公司登记主管机关进行设立登记。在公司登记申请过程中,申请公司登记人必须向公司登记机关提供有关证明文件,申请注册资本。公司登记机关对有关证明文件进行审查后,认为符合法定条件的,予以登记并发给公司营业执照;对不符合法定条件的则不予登记。公司登记管理制度是保证公司设立质量,防止公司滥设的重要保障。申请公司登记的人使用虚假证明文件等欺诈手段虚报注册资本,骗取公司登记的行为,严重地干扰了公司登记机关的正常活动,破坏了国家对公司登记的管理,直接侵犯了公司登记管理制度。

根据新刑法典第158条规定,犯公司登记诈欺罪的,处3年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处虚报注册资本金额1%以上5%以下罚金。单位犯本罪的,对单位判处罚金,并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处3年以下有期徒刑或者拘役。

第二节 虚假出资、抽逃出资罪

虚假出资、抽逃出资罪是1995年2月28日第八届全国人民代表大会常务委员会第十二次会议通过的《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》第2条新增设的罪名。新刑法典第159条基本上沿袭了《决定》第2条的规定。

虚假出资、抽逃出资罪,是指公司发起人、股东违反公司法的规定,未交付货币、实物或未转移财产权,而采用欺骗手段出资,或者在公司成立后,又将其出资抽逃,数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。

本罪的主要构成特征是:

(1)虚假出资、抽逃出资罪的主体为特殊主体,即公司发起人和股东,包括自然人与法人、其他非法人单位。公司发起人是设立股份有限公司的先决条件。股份有限公司的发起人是按照公司法规定,认购其应认购的股份,制定公司章程并承担公司筹办事务的人。在我国,无论是自然人还是法人,本国还是外国人,或港、澳、台胞及华侨,均可作为股份有限公司发起人。但非营利性法人不可能成为发起人。发起人在公司设立后即成为股东。公司股东是指公司资本的出资人或股份的持有人。对有限责任公司来说,股东是公司设立时的全体出资人;对以发起方式设立的股份有限公司来说,股东即是全体发起人;以募集方式设立的股份有限公司,其股东除其设立时的发起人外,还包括公司因募集资金发行股票而持有公司股票的人。根据我国公司法的规定,自然人、法人和国家都可成为公司股东。当国家成为股东时,其代表为授权投资的部门。但国家不能构成本罪在犯罪主体,触犯刑法而应负刑事责任是只可能是其授权投资的部门。

(2)虚假出资、抽逃出资罪的主观方面表现为,行为人出于直接故意,即行为人明知自己违反公司法的规定未出资或未足额出资而仍决意作出其已足额出资的虚假行为,或者明知自己抽逃出资的行为违反公司法,而决意抽回,积极追求这种危害社会的结果。至于行为人虚假出资、抽逃出资动机如何,不影响本罪的成立。

(3)本罪的客观方面表现为,行为人实施了违反公司法的规定,没有出资,即未交付货币、实物或未转移财产权,而采取欺骗手段,虚假出资的行为;或者实施了在公司成立后抽逃

出资的行为。且虚假出资或抽逃出资的数额巨大、后果严重或者有其他严重情节。

首先,行为人的行为违反了公司法的规定,这是构成本罪的前提条件。如果行为人是依法行事,没有违反公司法,则不能构成本罪。

其次,行为人实施了下列两种行为之一,这是本罪在客观方面的根本特征;

第一,未交付货币、实物或未转移财产权,采取欺骗手段虚假出资。根据公司法的规定,有限责任公司的股东一经认缴公司的出资,就应依法一次交清。以发起方式设立的股份有限公司章程中规定的股份由全体发起人(公司成立后即为股东)一次性按所认购的股份缴足股款;以募集方式设立的股份有限公司,公司发起人应当认购不少于公司章程规定的股份总数的35%,并按此缴足股款。公司发起人、股东出资既可以用货币,也可以以实物、工业产权、非专利技术、土地使用权等作价出资。行为人虚假出资即是指在未交付货币、实物或未转移财产权的情况下,以欺骗手段向其他发起人、股东、债权人或社会公众掩盖其未出资或出资不足额的真相,使他人深信已出资。行为人采取的欺骗手段,因其出资方式不同而多种多样,如未将货币出资存入或未足额存入准备设立的公司在银行开设的临时帐户,而提供虚假的证明谎称已存入或足额存入;将已作债务抵押或不属于自己所有的实物出资;对用作出资的实物、工业产权、非专利技术或土地使用权故意高估作价而并未足额出资;等等。

第二,在公司成立之后抽逃出资。根据公司法的规定,公司发起人、股东出资之后,除股份有限公司未按期募足股份、发起人未按期召开创立大会或创立大会决议不设立公司的情形外,不得抽回其股本。也就是说,不管是有限责任公司还是股份有限公司,一经成立,其资本将实行充实不变原则,非依法不得改变尤其是减少。行为人违反这一原则,将其股本从公司法人财产中抽回,即视为抽逃出资。抽逃出资的情况包括两种:一种是为达到设立公司的目的,通过其他企业借款或者向银行贷款等手段取得资金,当作自己的出资,待公司登记成立后又抽回这些资金,造成虚假出资;另一种情况是在依法缴纳、足额出资的前提下,在公司成立之后,出于各种动机又将出资抽回,造成公司资本总额的减少。

最后,构成本罪,在客观上还必须具有虚假出资或抽逃出资数额巨大、后果严重或者有其他严重情节。是否“数额巨大”,应当通过比较应出资额与未出资额、抽逃数额与原已出资额的差额大小加以认定。具体标准如何,由于目前缺乏立法上的明确规定和司法解释,在实践中应视具体情况慎重掌握。“后果严重”,是指行为人虚假出资、抽逃出资的行为给公司、公司其他发起人或股东、外部债权人和社会公众造成严重经济损失或其他严重损害。“其他严重情节”,是指上述两种情节以外、足以表明行为社会危害性严重的各种主客观因素。例如纠集公司发起人、股东多人集体虚假出资或抽逃出资的;虚假出资或抽逃出资屡教不改的;虚假出资或抽逃出资在国内外造成恶劣影响的,等等。

(4)虚假出资、抽逃出资罪的客体是公司股东、债权人和社会公众的权益及公司法人财产权。公司作为独立的营利性法人,必须拥有独立的财产或资本,这是公司开展市场竞争,实现自主经营、自负盈亏、独立享有民事权利和承担民事责任的物质基础。有限责任公司和以发起方式设立的股份有限公司的注册资本由公司全体股东、发起人所认缴的出资或认购股份的股款构成;以募集方式设立的股份有限公司的注册资本也有相当一部分由公司发起人认购股份的股款构成。由于股东是以其出资对公司负责,公司债务仅以公司财产清偿,如

果公司发起人、股东不出资,公司就难以成立,成立后资金也没有保证,公司的经营也就难于正常进行,或者经营后也会使债权人利益难以保证。公司发起人、股东虚假出资,或者在公司成立后又抽逃出资,不仅违反公司法所规定的出资义务,而且侵害了公司其他股东的利益,妨碍了公司的正常经营,同时也损害了债权人的利益和广大社会公众的利益,破坏了社会经济秩序。公司的法人财产重要来源是股东出资。股东用于出资的财产本属于股东直接支配,但股东自愿将这部分财产交给公司,以资本金的形式注入公司,即公司对这部分财产注册登记后,法律上就确认该财产为公司独立支配的财产,从而公司就享有由股东投资形成的全部法人财产权。因此,股东抽逃出资的行为不仅违背了应尽的出资义务,同时也侵犯了公司法人财产权。

根据新刑法典第 159 条之规定,犯虚假出资、抽逃出资罪的,处 5 年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处虚假出资金额或者抽逃出资金额 2% 以上 10% 以下的罚金。单位犯本罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处 5 年以下有期徒刑或者拘役。

第三节 以虚假方法发行公司股票、公司债券罪

以虚假方法发行公司股票、公司债券罪是 1995 年 2 月 28 日第八届全国人民代表大会常务委员会第十二次会议通过的《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》第 3 条规定的新罪名,新刑法典第 160 条基本上沿袭了该《决定》第 3 条的规定。

以虚假方法发行公司股票、公司债券罪,是指公司、企业及其发起人或股东在招股说明书、认股书、公司企业债券募集办法中隐瞒重要事实或者编造重大虚假内容,发行股票或公司企业债券,数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。

本罪的主要构成特征为:

(1) 根据新刑法典及《公司法》的有关规定,本罪的行为主体范围包括股份有限公司的发起人及股份有限公司、国有独资公司和国有有限责任公司及其他企业。股份有限公司发起人既可以是自然人,也可以是单位。

(2) 本罪主观方面只能由直接故意构成,间接故意和过失不可能构成本罪。即行为人明知自己制作的是虚假的招股说明书、认股书、公司、企业债券募集办法,而有意以这种虚假方法发行股票、公司、企业债券。此外,构成本罪,行为人以非法募集集资金为目的,无此特定目的,并不符本罪的构成特征。

(3) 本罪在客观方面表现为,行为人实施了在招股说明书、认股书、公司、企业债券募集办法中隐瞒重要事实或者编造重大虚假内容,发行股票或公司、企业债券的行为,且发行股票或公司、企业债券的数额巨大、后果严重或有其他严重情节。具体包括以下几个方面的内容;

第一,必须实施在招股说明书、认股书、公司债券募集办法中隐瞒重要事实或者编造重大虚假内容的行为。所谓招股说明书,是指由公司发起人或公司制作的、用以专门表达募集

股份(包括发行新股)意思并载明有关股票发行及认购等信息的文件。根据公司法的规定,招股说明书是向国务院证券管理部门递交募股申请时必须报送的主要文件之一。在获准向社会公开募集股份筹集资金后,公司发起人或公司将其制作的招股说明书公告,从而成为投资者进行投资决策的主要依据。所谓认股书,是指发起人在公告招股说明书的同时或之前制作的、供投资者认股所用的标准格式的承诺文件。认股书上应载明招股说明书中所载明的事项。认股人在认股书填写所认股数、金额等项并且签名盖章后,发起人或公司就与认股人成立合同关系,认股人有按照其认股份数缴纳股款的义务。所谓公司债券募集办法,是指发行公司、企业债券的公司、企业制作的、专门表达公司、企业举债并载明公司、企业债券发行与认购等信息的文件。与招股说明书一样,它也是国务院证券管理部门在审批公司、企业募集债券申请时必须查验的主要文件之一,公告后也成为投资者投资决策的主要依据。行为人在招股说明书、认股书、公司债券募集办法中隐瞒重要事实或者编造重大虚假内容,是指行为人制作的招股说明书、认股书、公司债券募集办法的全部内容都是虚构的,或者对其中有关的重要事项作虚假陈述或记载,歪曲、夸大或遗漏重要事实,对投资者、社会公众及国家有关主管部门进行欺骗或误导,使之对公司的经济状况等产生错误认识,从而作出错误判断。通常表现为以下几种情况:

其一,在招股说明书中虚假记载发起人认购的股份数、每股票面金额及发行价格、无记名股票的发行总数、公司前次公开发行股票所筹资金的运用情况、重要合同,等等。

其二,在认股书中虚假记载招股说明书所应载明的事项;

其三,在公司债券的票面金额、债券的利率、公司净资产额、已发行的尚未到期的公司债券总额、公司债券的承销机构等内容上弄虚作假;

其四,在招股说明书、认股书或公司、企业债券募集办法中虚假记载其他可能影响投资者利益的事项。

值得注意的是,虚假的招股说明书、认股书、公司债券募集办法即使经国家证券管理部门批准,也不能成为否认行为人制作虚假招股说明书、认股书、公司、企业债券募集办法的理由。因为根据国家证监会颁发的有关准则规定,发行人保证招股说明书、认股书、公司、企业债券募集办法的内容真实、准确、完整,而政府及国家证券管理部门对发行股票、公司债券所作出的任何决定,均不表明其作出实质性的判断或保证。

第二,必须实施了发行股票或公司、企业债券的行为。构成本罪,在客观上仅有制作虚假招股说明书、认股书、公司、企业债券募集办法的行为是不够的,除此之外还必须要求行为人以这种虚假方法为前提实施了发行股票或公司、企业债券的行为。

第三,以虚假方法发行股票、公司、企业债券必须数额巨大,或后果严重,或者有其他严重情节。这是本罪与以虚假方法发行股票、公司、企业债券的一般违法行为相互区别的关键所在。“数额巨大”的标准,由于立法未有明确规定,实践中司法机关应根据案件的具体情况,结合公司的经营类型和大小,以及当地的经济水平等情况综合掌握,加以认定。“后果严重”,可以包括以虚假方法发行股票、公司、企业债券的行为给广大投资者造成严重经济损失;严重破坏国家证券管理部门等有关主管部门的信誉;激发一些社会矛盾;向国外发行股票、公司、企业债券造成恶劣的国际影响,等等。以虚假方法发行股票、公司、企业债券既

使数额并不巨大,也未造成严重的后果,但有其他严重情节的,仍可以成立本罪。比如制作虚假招股说明书、认股书,公司、企业债券募集办法屡教不改;发行股票、公司债券后又进行内幕交易活动,等等。

(4)本罪侵犯的客体一是公司股票或公司、企业债券发行制度,亦即国家对股票及公司、企业债券发行的管理;二是投资者和社会公众的利益。股票,是股份有限公司发给股东作为入股凭证并借以取得股息的有价证券。在我国,以募集方式设立的股份有限公司在设立过程中,为筹集资金,其中一部分股份由发起人认购,其余部分则需要通过向社会公开发行股票而募集股份资金。股份有限公司募集设立后,为筹集经营所需资本,还可依法另行发行新股,发行新股有的向社会公开募集股份,也可以不向社会公开募集。公司、企业债券,是公司、企业为筹集资金依法向社会发行的,用以记载和反映公司、企业债权债务关系的有价证券。公司、企业债券持有人以公司、企业债券为凭证而享有公司、企业债权,按照约定期限向公司、企业请求还本付息。按照公司法规定,有权发行公司债券的公司包括股份有限公司、国有独资公司和国有有限责任公司。发行股票或公司、企业债券有利于集中社会游资而创设公司、企业组织,或增加公司、企业经营资本,对适应社会化大生产的需要和促进资金市场乃至整个社会主义市场经济发展有积极作用。但是由于广大投资者不是自始参与公司、企业设立过程,对于公司、企业的设立、经营状况和前途等详细情况只能通过公司、企业或公司、企业发起人等制作并提供的招股说明书、认股书、公司、企业债券募集办法来了解。为防止公司、企业、公司、企业发起人或股东借募股、发行公司、企业债券之名从事欺诈活动,保护投资者利益,维护社会秩序的安定,国家禁止公司、企业及有关人员为非法募集资金而制作虚假的招股说明书、认股书、公司、企业债券募集办法。以虚假方法发行股票或公司、企业债券罪的行为直接侵犯了股票或公司、企业债券发行制度,破坏了国家对股票或公司、企业债券发行的管理活动,侵害了广大投资者及社会公众的利益。

根据新刑法典第160条的规定,犯以虚假方法发行公司股票、公司债券罪的,处5年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处非法募集资金金额1%以上5%以下罚金。单位犯本罪的,对单位判处罚金,并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处5年以下有期徒刑或者拘役。

第二章 公司人员犯罪及法律责任

第一节 财务会计报告诈欺罪

财务会计报告诈欺罪,是1995年2月28日第八届全国人民代表大会常务委员会第十二次会议通过的《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》第4条新增设的罪名。新刑法典第161条的规定基本上沿用了该《决定》第4条的规定。

财务会计报告诈欺罪,是指公司向股东和社会公众提供虚假的或者隐瞒重要事实的财务会计报告,严重损害股东或者其他入利益的行为。

财务会计报告诈欺罪的主要特征如下:

(1)财务会计报告诈欺罪的主体为特殊主体,即公司及其直接负责的主管人员和其他直接责任人员。根据有关法律、法规的规定,公司财务会计报告由董事会或执行董事制作,并由监事会或者其委托的会计检查员审核,由股东大会审议、承认并决定向股东和社会公众提供。所谓直接负责的主管人员和其他直接责任人员,包括上述机构或人员中指使、批准提供虚假的或隐瞒重要事实的财务会计报告的董事长、副董事长、监事、经理等公司有关领导人员,以及积极参与虚假或隐瞒重要事实的财务会计报告的制作、核准及提供的人员。

(2)本罪在主观上行为人出于故意,包括直接故意和间接故意。即行为人明知自己提供的财务会计报告内容虚假或者隐瞒了重要事实,必然或可能会严重损害股东或者其他入利益,而有意提供。过失不能构成本罪。

(3)财务会计报告诈欺罪在客观上表现为,行为人实施了向股东和社会公众提供虚假的或隐瞒重要事实的财务会计报告,并且严重损害了股东或者其他入的利益的行为。

首先,行为人提供的是虚假的或隐瞒重要事实的财务会计报告。所谓虚假的财务会计报告,是指财务会计报告记载的事项内容与事实不符,存在伪造、虚构的情形;所谓隐瞒重要事实的财务会计报告,是指将不利于公司而有损于公司股东、社会公众利益或违反国家法律的重要事项遗漏、未作记载的财务会计报告。根据公司法的规定,公司财务会计报告应包括以下财务报表及附属明细表:第一,资产负债表。即公司会计在定期核算时以货币形式总体表现公司资金的运用及其来源的会计报表。资产负债表中的资产项主要有流动资产,即流动资金的实物形态;固定资产,即土地、厂房等不动产;递延资产,即不能全部计入当年损益,应在以后年度内分期摊销的费用;无形资产,即公司长期使用而没有实物形态的资产,包括专有技术、商标权、专利权、著作权、商誉等;第二,损益表。损益表是反映公司在某一阶段时

期的经营成果及其分配情况的报表,是公司收益与亏损的动态报告。第三,财务状况变动表。财务状况变动表是综合反映一定会计期间内营运资金来源和运用及其增减变动情况的报表。其主要作用是反映公司在某一期间财务状况变动的各项数据,说明公司资金变化的原因。第四,财务情况说明书。也称会计报表附注,用于帮助理解以上各种报表的内容而对有关项目等所作的解释。虚假的或隐瞒重要事实的财务会计报告,可以是伪造、虚构或隐瞒上述各类报表及其有关内容,但通常表现为虚假记载下列事项,或者将下列事项中重要事实加以隐瞒而不作记载:一是公司各种财产、债权等实有资产,公司流动负债和长期负债,股东投入资本所形成的资本公积金、盈余公积金和未分配的利润等情况;二是公司收益、亏损及盈余分配情况;三是公司流动资金来源及其运用,流动资产及流动负债增加数。行为人提供的财务会计报告内容虚假或隐瞒重要事实,是构成本罪在客观上的前提条件。

其次,构成本罪要求行为人将虚假的或隐瞒重要事实的财务会计报告提供给股东和社会公众。如果行为人已编制了虚假或隐瞒重要事实的财务会计报告,但尚未向股东和社会公众提供,则不能构成本罪。所谓“提供”,包括送交、备置查阅或公告。根据公司法的规定,有限责任公司按照公司章程规定的期限将财务会计报告送交各股东;股份有限公司在召开股东大会的20日前将公司财务会计报告置于公司的住所供股东查阅;采取募集设立方式成立的股份有限公司还应当公告其财务会计报告;上市公司必须在每会计年度内半年公布一次财务会计报告,并根据有关法律法规规定,递交有关部门并将要求公布的信息刊登在有关部门指定的报刊上。只要在上述任何一种情况下,行为人提供了虚假的或隐瞒重要事实的财务会计报告,即符合本罪客观行为特征。

最后,构成本罪,必须发生一定的严重危害后果,即行为人的行为严重损害了股东或者其他入利益。由于财务会计报告是公司股东和社会公众(潜在投资人)据以了解公司财务状况、经营成果及方针等信息并进行投资决策的重要依据,所以行为人提供虚假的或隐瞒重要事实的财务会计报告,都可能损害股东或其他人利益。但本罪属于结果犯,其构成以实际发生严重损害后果为必要条件,否则,即使行为人提供虚假的或隐瞒重要事实的财务会计报告,也不能成立本罪。严重损害股东或其他人利益,主要是指股东或其他人造成严重的经济损失,或者严重影响其正常生活、生产经营活动,或者因此而激化了矛盾,严重影响社会安定和正常社会秩序。这里所说的“其他人”,是指公司的债权人,社会公众中潜在投资人,以及其他与公司生产经营有利害关系的人,包括作为征税人的国家。

必须指出的是,本罪在客观上,行为人提供虚假的或隐瞒重要事实的财务会计报告的行为,与股东或其他人遭受严重损害的后果之间应当存在因果关系,否则本罪也不成立。比如股东完全因为缺乏投资技巧或其他非因虚假的或隐瞒重要事实的财务会计报告的原因而受到严重损害,行为人并不构成本罪。

(4)财务会计报告诈骗罪侵犯的客体为公司财务会计制度和股东债权人及社会公众的合法经济权益。犯罪对象是财务会计报告。公司财务会计制度是关于公司资金管理、成本费用的计算、营业收入的分配、货币的管理、公司财务报告、公司清算及公司纳税、会计记帐及核算等方面的规程。公司生产经营的各种经济活动都必须在财务会计制度上反映,而财务会计报告是由公司董事会或者执行董事会按照国家规定于每一会计年度终了时制作、专

门反映公司财务会计状况和经营成果的书面文件。财务会计制度从性质上说是属于公司内部事务,旨在为公司权力机关及其执行机构进行经营决策提供依据。然而,由于我国目前的有限责任公司和股份有限公司都具有资合公司性质,这决定了公司所有与公司经营相分离,公司股东往往不直接参与公司的生产经营活动,而委托公司的董事经营。股东在无法直接参与公司生产经营的情况下,只能通过公司制作的财务会计报告来分析公司的经营状况并及时监督董事的经营活动,因此,国家法律规定公司必须有健全的财务会计制度,依法备置、编制、提供财务会计报告。同时,这也是保护公司债权人及社会投资者利益及便于国家对公司履行法定义务进行监督的需要。公司向股东和社会公众提供虚假和或者隐瞒重要事实的财务会计报告的行为,直接违反了公司财务会计制度,侵犯了股东和其他人的经济利益。

根据新刑法第 161 条的规定,犯财务会计报告诈欺罪的,对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处 3 年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处 2 万元以上 20 万元以下罚金。

第二节 公司、企业清算侵害他人利益罪

公司、企业清算侵害他人利益罪,是 1995 年 2 月 28 日第八届全国人民代表大会常务委员会第十二次会议通过的《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》第 5 条新增设的罪名,新刑法典第 162 条基本上沿袭了该条的规定。

公司、企业清算侵害他人利益罪,是指在公司、企业清算期间,公司、企业隐匿财产,对资产负债表或者财产清单作虚伪记载,或者在未清偿债务前分配公司财产,严重损害债权人或者其他入利益的行为。

本罪具有以下构成特征:

(1)本罪主体为特殊主体,即进行清算的公司 企业及其直接负责的主管人员和其他直接责任人员。在公司、企业清算过程中,公司、企业一经依法解散或被责令关闭,或被宣告破产,公司、企业原来的代表人已无法进行有法律意义的活动,而是由清算组代表公司、企业清理财产、处理与清算有关的公司、企业未了结的业务,清缴所欠税款、清理债权债务、处理清偿债务后的剩余财产,代表公司、企业参与民事诉讼活动。所以从实际情况看,本罪主体主要是清算组成员。根据公司法的规定,公司清算组可以由董事、股东、股东大会决议聘任的有关人员和人民法院指定的有关人员组成。对上述清算组执行清算事务负有领导、监督职责的公司董事、监事等主管人员,以及积极参与隐匿公司财产、虚伪记载资产负债表或者财产清单或者在未清偿债务前分配公司财产的公司企业人员,均可成为本罪主体。此外,在破产清算中,一经宣告进入破产程序而在破产宣告之前,公司、企业对公司、企业财产没有管理处分权,如果公司 企业对其实际控制的公司、企业财产加以隐匿或在未清偿债务前分配给股东,指使、批准或积极参与隐匿公司、企业财产或在未清偿债务前分配公司、企业财产的公司、企业主管人员和其他人员,亦构成本罪的主体。

(2)公司、企业清算他人利益罪在主观方面表现为故意,即行为人明知在公司、企业清算

时隐匿财产,对资产负债表或者财产清单作虚伪记载或者在未清偿债务前分配公司、企业财产的行为会发生危害结果,而仍有意为之。过失行为不能构成本罪。

(3)在客观上,公司、企业清算侵害他人利益罪表现为,行为人实施了在公司、企业清算期间隐匿财产并对资产负债表或财产清单作虚伪记载,或者在未清偿债务前分配公司、企业财产的行为,而且严重损害了债权人或者其他入利益。具体而言,包括以下三个方面的内容:

第一,行为人有隐匿公司、企业财产,对资产负债表或财产清单作虚伪记载的行为,或有在未清偿债务前分配公司、企业财产的行为。即本罪在犯罪行为上表现为三种形式:其一,隐匿公司、企业财产。所谓隐匿公司、企业财产,是指以各种形式将公司、企业财产转移、藏匿,并加以隐瞒不报的行为。如将公司存款从甲银行转入乙银行另立帐户,秘密隐藏。其二,对资产负债表或者财产清单作虚伪记载。是指在资产负债表或者财产清单中作出帐实不符的虚报,以达到逃避公司、企业债务的目的。通常表现为少列资产总额、多列负债总额。在本罪中,行为人对资产负债或财产清单作虚伪记载,是为了掩盖其隐匿公司、企业财产的行为。仅有虚伪记载资产负债表或财产清单而无实际隐匿公司、企业财产的行为,不能构成本罪。其三,在未清偿债务前分配公司、企业财产。按照公司法的规定,公司在支付清算费用和清偿公司债务后的剩余财产,有限责任公司可以按照股东的出资比例进行分配,股份有限公司按照股东持有的股份比例分配。但是公司清算组在支付清算费用和清偿公司债务前,不得向股东分配公司财产。在公司、企业破产清算期间,公司、企业或公司、企业原有清算组对公司、企业财产已丧失管理处分权,如果行为人将公司、企业实际控制的公司、企业财产分配给股东,使本来就不足清偿债务的公司、企业财产也不能分配给债权人,也属在未清偿债务前分配公司、企业财产的情形。

第二,行为人隐匿公司、企业财产或分配公司、企业财产的行为发生在公司、企业清算期间。这是构成本罪所必备的时间要件。如果行为人在公司、企业正常的营运过程中隐匿公司、企业财产或将公司、企业财产分配,或者在公司、企业清算后实施有关行为,则不构成本罪,侵犯公司、企业财产权或侵犯了股东或其他人利益犯有其他罪的,以其他罪论处。必须强调的是,分配公司、企业财产的行为构成本罪,不仅要求发生在公司、企业清算期间,还必须要求发生在公司、企业未清偿债务之前。如果在公司、企业清偿债务之后,清算终结之前,依法分配公司、企业剩余财产,自然与本罪具有本质的不同,也不可能构成本罪。

第三,必须有严重损害债权人或者其他入利益的危害后果发生。所谓“严重损害债权人或者其他入利益”,主要是指行为人隐匿公司、企业财产、在未清偿债务前分配公司、企业财产的行为,给公司、企业债权人或者其他入带来重大的经济损失。此外,还包括给债权人或者其他人的商业信誉等与经济活动密切相关的利益造成严重损害,等等。公司、企业债权人,包括一切因公司、企业举债而与公司、企业形成债权债务关系的金融机构、公司、企业债券持有人和其他债权人。所谓“其他人”,是指公司、企业债权人以外的、与清算公司、企业在法律上有利害关系的人,如公司职工、代表国家而征取公司所欠税款的税务部门,等等。如果行为人隐匿财产或未清偿债务前分配公司、企业财产的行为,并未严重损害债权人或者其他入的利益,其行为不能成立本罪,而只能作为一般违法行为看待。

(4)公司、企业清算侵害他人利益罪侵犯的客体是公司、企业清算制度以及公司、企业债权人或其他利害关系人的利益。公司、企业由于一定法定事由的发生而解散。为了终结解散公司、企业现存的各种法律关系,了结公司、企业债务,对公司、企业资产、债权债务关系等进行清理、处分,我国公司法及民事诉讼法、企业破产法对公司、企业清算制度作了详细规定。我国公司、企业清算不存在任意清算,而是依照上述规定的严格程序处分公司、企业财产所进行的清算,属于法定清算。公司、企业一经解散,即进入普通清算程序,由公司、企业清算组依法定的一般程序进行清算,而人民法院和债权人直接干预。在普通清算期间,如果发现公司、企业财产不足清偿债务,公司、企业清算组应当立即向人民法院申请宣告破产,转入破产清算程序。另外,国有独资公司因经营管理不善、国有独资公司以外公司、企业因各种原因而发生严重亏损,不能清偿到期债务的,经债权人或债务人向人民法院申请,也可直接进入公司破产清算程序。公司、企业破产清算组由人民法院在有关部门中指定人员组成。为保证公司、企业清算的顺利进行,保护债权人和其他人利益和维护公司、企业财产权益,公司、企业清算制度要求,在普通清算中,公司、企业清算组清理公司、企业财产、债权债务和处理清偿债务后的剩余财产时,应如实编制资产负债表和财产清单,制订清算方案,不得隐匿公司、企业财产。公司、企业财产在未按照法律规定清偿债务前,不得分配给股东。在破产清算组对公司、企业财产清算过程中,公司、企业或公司、企业原有清算组也不得隐匿公司、企业财产和在清偿债务前分配公司、企业财产。公司、企业清算侵害他人利益罪违反这些规定,主要侵犯了公司、企业清算制度,同时给债权人或其他人的利益造成了严重损害。

根据新刑法第162条规定,犯公司、企业清算侵害他人利益罪的,对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处5年以下有期徒刑或者拘役,并处2万元以上20万元以下罚金。

第三节 公司、企业人员受贿罪

1995年2月28日第八届全国人民代表大会第十二次会议通过的《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》第9条增设了公司、企业人员受贿罪。新刑法典第163条对《决定》第9条做了较大的补充和修正。主要表现在:(1)修正了公司、企业人员受贿罪的犯罪构成。一是将犯罪主体由《决定》第9条的“公司董事,监事或职工”这种具体的列举方式修改为“公司、企业的工作人员”的概括性表述方式,二是在犯罪客观方面明确增加了“为他人谋利益”这一构成要件。(2)补充规定“公司、企业的工作人员在经济往来中,违反国家规定收受各种名义的回扣、手续费、归个人所有”属于公司、企业人员受贿罪的表现形式之一。

公司、企业人员受贿罪,是指公司、企业工作人员利用职务上的便利,索取或非法收受贿赂,为他人谋利益,数额较大的行为。对于本罪的罪名,最高人民法院1995年12月25日制发的《关于办理违反公司法受贿、侵占、挪用等刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称“高法”《解释》)将之概括为商业受贿罪。我们认为,商业受贿罪是指在经济往来中从事生产、经营的单位或个人为他人谋取不正当竞争利益而收受贿赂的行为。在我国现行立法中,1993年《反不正当竞争法》第8条、第22条规定的受贿犯罪才属于商业受贿罪之范畴,新刑

法典第 163 条罪状所表述的受贿行为,以商业受贿罪罪名来概括是不甚贴切的。因为公司、企业人员受贿并非都发生在商业活动之中。

公司、企业人员受贿罪的构成特征如下:

(1)公司、企业人员受贿罪的主体为特殊主体,即公司、企业的工作人员,具体是指公司董事、监事或者职工,以及公司以外的企业职工。所谓公司的董事、监事,是指依照《公司法》的规定,经过有限责任公司的股东会或者股份有限公司的创立大会、股东大会选举的董事会或者监事会的成员。公司、企业的职工,是指除公司董事、监事之外的公司、企业经理、会计等行政人员或其他业务人员和工作人员。既包括具有一定管理职权的人员,也包括不具有管理职权,却具有其他公共性职务的人员,如业务员、售货员等等。但不包括无任何职权职务的普通职工,如直接从事生产的人员等,他们实际上也不可能构成本罪。国有公司、企业中从事公务的人员和国有公司、企业委派到非国有公司、企业从事公务的人员,不能成为本罪的主体。

(2)公司、企业人员受贿罪的主观方面表现为故意,行为人具有索取或收受贿赂的目的。

(3)在客观方面,公司、企业人员受贿罪表现为行为人利用职务上的便利,索取或非法收受他人贿赂为他人谋利益的行为,且索取、收受的贿赂数额必须达到较大。

首先,行为人必须利用了职务上的便利。所谓利用职务便利,是指公司企业的董事、监事或职工利用自己职务上主管、经管、负责或参与某项工作的便利条件。在“利用职务”这一点上,公司、企业人员受贿罪中的利用职务之便,与国家工作人员受贿罪中的利用职务之便并无区别。本罪的利用职务之便,同样是既包括直接利用职权,又包括间接利用职务所形成的便利条件。

其次,行为人实施了索取或者非法收受贿赂为他人谋利益的行为。所谓索取贿赂,是指公司、企业人员以公开或暗示的形式,主动向他人索要财物。所谓收受贿赂,是指公司、企业人员利用职务上的便利接受他人主动送予的财物。“为他人谋取利益”作为本罪的客观要件,并不要求以行为人实际上已完成或实现了为他人谋利为既遂的标准;行为人只要有承诺、实行、完成为他人谋利任何情形之一,均可成立本罪并达到犯罪的既遂状态。

再次,行为人索取或者收受的贿赂必须达到数额较大。何为“数额较大”的标准?最高人民法院和最高人民检察院以往分别制发的有关司法解释见解不一。最高人民法院《关于办理违反公司法受贿、侵占、挪用等刑事案件适用法律若干问题的解释》第 1 条规定,索取或者收受贿赂 5000 元至 20000 元以上的,属于“数额较大”;索取或者收受贿赂 10 万元以上的,属于“数额巨大”。最高人民检察院在《关于办理公司、企业人员受贿、侵占和挪用公司、企业资金犯罪案件适用法律的几个问题的通知》(以下简称“高检”《通知》)第 5 条规定,关于本罪数额较大的标准,参照 1988 年全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》(以下简称《补充规定》)关于构成受贿罪的标准执行,即公司、企业人员受贿犯罪案件以 2000 元为起点。为避免各级司法机关在处理公司、企业人员受贿犯罪案件定罪量刑时的分歧,最高人民法院与最高人民检察院应尽快在此问题上达成共识。必要时,也可由最高立法机关作出统一的立法解释。

此外,根据新刑法典第 163 条的规定,公司、企业的工作人员在经济往来中,违反国家规定收受各种名义的回扣、手续费、归个人所有,属于公司、企业人员受贿罪的表现形式之一。

第四,公司、企业人员受贿罪侵犯的客体是公司、企业的正常业务活动,亦即正确执行公司、企业对内对外业务的一切活动。公司企业内各项职务的设置,都是为完成公司、企业的业务活动,完成公司企业的生产、经营等目标。公司、企业人员以职务、职权作为个人谋取利益的筹码,用职务作交易收受他人贿赂,必然使公司企业的活动不能正常进行,严重破坏公司企业的信誉和形象,并且给公司企业的整体利益、公司企业的股东或投资者的利益带来损害。

根据新刑法第 163 条的规定,犯公司、企业人员受贿罪,数额较大的,处 5 年以下有期徒刑或者拘役;数额巨大的,处 5 年以上有期徒刑,可以并处没收财产。

第四节 向公司、企业人员行贿罪

为弥补全国人大常委会《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》只规定了公司、企业人员受贿罪,而将向公司、企业人员行贿的行为未规定为犯罪,不利于打击这类犯罪活动的不足,新刑法增设了向公司、企业人员行贿罪。

向公司、企业人员行贿罪,是指为谋取不正当利益,给予公司、企业的工作人员以财物,数额较大的行为。

本罪的主要构成特征如下:

(1)本罪的主体是一般主体。即凡是达到刑事责任年龄,具有刑事责任能力的自然人,均可成为本罪的主体。除自然人外,单位也可以成为本罪的主体。

(2)本罪在主观方面出于故意。行贿的目的是在于使公司、企业工作人员利用其职务上的便利为自己谋取不正当利益。至于谋取的不正当利益是否实现,不影响本罪的成立。

(3)本罪在客观方面表现为行为人给予公司、企业工作人员财物,数额较大的行为。行贿的方式是多种多样的,有的是主动送,有的是应对方的要求,被动提供。何谓“数额较大”,新刑法没有规定,司法机关也未做出司法解释。在此之前,可参照向国家工作人员行贿罪的数额标准掌握。

(4)本罪侵犯的客体是公司、企业的正常业务活动及公司、企业工作人员职务的廉洁性。行贿的对象是特定的,即公司、企业的工作人员,具体包括公司董事、监事或者职工,以及公司以外的企业职工。

根据新刑法典第 164 条的规定,犯向公司、企业人员行贿罪,数额较大的。处 3 年以下有期徒刑或者拘役,数额巨大的,处 3 年以上 10 年以下有期徒刑,并处罚金。单位犯前款罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照前款的规定处罚。行贿人在追诉前主动交待行贿行为的,可以减轻处罚或者免除处罚。

第五节 经营同类营业罪

我国 1979 年刑法典没有规定同类营业罪,以后制定的多个单行刑事法律也没有规定这

一罪名。但是,随着我国社会主义商品经济的发展特别是市场经济的实行,一些国有公司、企业利用职务之便非法经营与其所任职公司、企业同类营业以获取非法利益的现象时有发生。这种行为实质上是损害单位利益而变相谋取利益,如果任其发展,必将严重影响我国国有公司、企业的正常发展,破坏社会主义市场经济的顺利进行。为此,新刑法典第 165 条增设了经营同类营业罪,以惩治这类危害国有公司、企业利益的行为。

根据新刑法典第 165 条的规定,经营同类营业罪是指国有公司、企业董事、经理利用职务便利,自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业,获取非法利益,数额巨大的行为。

经营同类营业罪的构成特征是:

(1)犯罪主体,是特殊主体,只能由国有公司、企业董事、经理构成。所谓董事,是指依照公司法的规定,经过有限责任公司的股东会或者股份有限公司的创立大会、股东大会选举的董事会的成员。所谓经理,是指依照公司法规定,由董事会聘任,实施董事会决议,主持公司日常工作;或者由政府主管部门根据企业情况委任或招聘,或由企业职工代表大会选举作为企业法定代表人的人。

(2)犯罪主观方面,表现为故意,并具有非法牟利目的。即行为人明知其经营的营业与其所任职公司、企业的营业同类,但为获取非法利益仍予以经营。

(3)犯罪客观方面,表现为利用职务便利,自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业,获取非法利益,数额巨大的行为。

(4)侵犯的客体,是国有公司、企业正常活动和利益。

根据新刑法第 165 条的规定,犯经营同类营业罪的,处 3 年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;数额特别巨大的,处 3 年以上 7 年以下有期徒刑,并处罚金。

第六节 国有公司、企业、事业单位人员以权谋私罪

我国 1979 年刑法典没有规定国有公司、企业、事业单位人员以权谋私罪,以后制定的多个单行刑事法律也没有规定这一罪名。但是,随着我国商品经济的持续发展特别是市场经济的实行,一些国有公司、企业、事业单位人员利用职务便利以权谋私的现象日益严重。这种现象的一个突出表现是为其亲友进行经营活动提供各种便利,以损公肥私,获取非法利益。由于这种行为并不属于受贿,因此在过去常常无法予以处理。为了有效惩治这类行为,新刑法第 168 条增设了国有公司、企业、事业单位人员以权谋私罪。

根据新刑法典第 166 条的规定,国有公司、企业、事业单位人员以权谋私罪是指国有公司、企业、事业单位的工作人员,利用职务便利,损公肥私,将本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营,或者为其经营活动提供其他便利,获取非法利益,数额巨大的行为。

国有公司、企业、事业单位人员以权谋私罪的构成特征是:

(1)犯罪主体,是特殊主体,只能由国有公司、企业、事业单位的工作人员构成。

(2)犯罪主观方面,表现为故意,并具有非法牟利目的。即行为人明知自己利用职务便

利为亲友进行经营活动提供便利是一种损公肥私的行为,但为获取非法利益仍实施这种行为。

(3)犯罪客观方面,表现为以下三种情形;其一,利用职务便利,损公肥私,将本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营。这里的“亲友”,应作广义的理解,即包括指行为人的亲朋好友,对之不能作出限制性解释。“经营管理”当然泛指为获取利润而进行的一切商业活动。其二,以明显高于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位采购商品或者以明显低于市场的价格向自己亲友经营管理的单位销售商品。其三,向自己的亲友经营管理的单位采购不合格商品。只要实施上述三种情形之一者,均可构成本罪。

(4)侵犯的客体,是国有公司、企业、事业单位的正常管理活动和利益。

根据新刑法第 166 条的规定,犯国有公司、企业、事业单位人员以权谋私罪的,处 3 年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金,致使国家利益遭受特别重大损失的,处 3 年以上 7 年以下有期徒刑,并处罚金。

第七节 签订、履行合同被骗罪

随着改革、开放、市场经济的建立和发展,一些不法分子摸清了人人想赚钱,个个想发财的心理,利用经济活动,签订经济合同的形式,大肆进行经济诈骗活动,一些国营公司、企业、事业单位的领导人员和其他经营人员急于搞活、赚钱,在经销活动中,不向对方资信情况,不作任何调查,盲目签订、履行经济贸易等合同,以致被骗上当,所付出的资金,劳动费用等无法收回,致使公共财产、国家利益遭受重大损失。实践中对此种行为以玩忽职守罪处理。新刑法典将其从玩忽职守罪中分解出来,于第 167 条规定为一种新罪种,即签订、履行合同被骗罪。

签订、履行合同被骗罪,是指国有公司、企业、事业单位直接负责的主管人员,在签订、履行合同过程中,因严重不负责任被诈骗,致使国家利益遭受重大损失的行为。

本罪有如下构成特征:

(1)本罪的主体为特殊主体,即国有公司、企业、事业单位直接负责的主管人员。

(2)本罪在主观上只能出自过失,故意不能构成本罪。

(3)本罪在客观上表现为在签订、履行合同过程中,因严重不负责任被诈骗,致使国家利益遭受重大损失的行为。所谓严重不负责任,是指不履行、不正确、不认真履行职责的情况。如来自主管单位或有关单位了解。盲目同无资金、货源的另一方进行购销活动的,等等。本罪不限于发生在签订、履行经济贸易合同过程中,在签订、履行其他合同过程中因严重不负责任而被诈骗的,仍应构成本罪。

根据新刑法典第 167 条的规定,犯本罪的,对直接负责的主管人员处 3 年以下有期徒刑或者拘役;致使国家利益遭受特别重大损失的,处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。

第八节 徇私舞弊造成国有公司、企业严重亏损或者破产罪

近年来许多国有公司、企业、事业单位亏损严重,经营困难,有的甚至濒临破产、倒闭。这种局面的造成固然有许多主客观原因,但与许多国有公司、企业、事业单位领导人或者上级主管部门的领导人责任心不强,工作不力,缺少起码的经营管理素质不无关系。有的国有公司、企业的法定代表人或者上级主管部门领导人工作严重不负责任、致使公司、企业、事业单位严重亏损或者破产,更有甚者,个别国有公司企业领导人或者上级主管部门领导人利用职权,损公肥私,化公为私有,对造成国有公司、企业严重亏损或者破产,致使国家利益遭受重大损失的危害后果,不管不问,甚至采取完全放任的态度。新闻媒体对这种“穷了寺庙,富了方丈”的不正常现象曾给予了深刻的揭露,群众亦对此深恶痛绝。党中央一再强调,在国有企业改革过程中,一定要加强领导班子建设,使企业有一个好的领导班子,带领广大工人群众以积极的热情全面投身企业的改革和发展,以顺利完成企业深化改革、转换经营机制以适应社会主义市场经济发展的艰巨任务。为了促进企业的改革、发展,调动广大工人群众投身企业改革和发展积极性,对于玩忽职守、损公肥私致使国有企业、公司严重亏损或破产倒闭的领导人必须予以必要的法律制裁,直至予以刑事处罚。立法者正是适应这种形势发展的要求,在本次刑法修改中,以新刑法典第 168 条设立了徇私舞弊造成国有公司、企业破产、严重亏损罪。

徇私舞弊造成国有公司、企业严重亏损或者破产罪,是指国有公司、企业的法定代表人或者其上级主管部门领导人,利用职务上的便利损公肥私,化公为私,造成国有公司、企业严重亏损或者破产,致使国家利益遭受重大损失的行为。

本罪的构成特征是:

(1)本罪的主体是特殊主体,即国有公司、企业的法定代表人和其上级主管部门领导人,非国有公司、企业的法定代表人和非其上级主管部门领导人,不能作为本罪的主体,构成本罪。

(2)犯罪主观方面。本罪在主观罪过方面一般表现为故意,而且是放任的故意,但是过失也能构成本罪。

(3)犯罪客观方面。徇私舞弊致使国有公司、企业严重亏损或者破产。就客观行为而言,主要表现为利用职务上的便利损公肥私,化公为私。所谓损公肥私,主要是指在公司、企业经营活动中不是追求公司、企业最大利益,而是注重捞取个人好处,以及在公司、企业对外交往中利用公款大吃大喝,捞取个人名利,等等。所谓化公为私,主要是指,利用以单位名义利用公款购买各种奢侈消费品,供个人享用,如以单位名义购买汽车、公寓,以及其他贵重或非贵重消费品,然后用于个人消费,等等。除此以外谋取私利致使国有公司、企业严重亏损或者破产罪往往还表现为在工作中严重不负责任、玩忽职守以及其他各种滥用职权行为。

本罪除上述客观行为表现外,在客观上表现为造成国有公司、企业严重亏损或者破产,

致使国家利益遭受重大损失。如果仅有前述徇私舞弊,或者利用职务上的便利损公肥私,化公为私行为,而没有造成国有公司、企业严重亏损或得破产,致使国家利益遭受重大损失的危害后果,则不能认定构成本罪。

(4)本罪侵害的客体是国有公司、企业财产保值、增值制度。其危害性的具体表现是使国有公司、企业严重亏损或者破产,致使国家利益遭受重大损失。

根据新刑法典第168条的规定,犯徇私舞弊造成国有公司、企业破产、严重亏损罪,处3年以下有期徒刑。

第九节 低价折股或者低价出售国有资产罪

随着《中华人民共和国公司法》的颁布实施,为深化国有企业改造,转换企业经营机制,建立现代企业制度,近年来,许多国有企业纷纷改建为股份有限公司或有限责任公司的形式,以增强国有企业活力,提高竞争性,适应市场经济的发展。然而在这一过程中,许多原国有企业负责人或某上级主管部门直接负责的主管人员却违反国家法律、行政法规的规定,擅自决定将原企业的国有资产低价折股或者低价出售,造成国有资产大量流失,严重损害国家利益。为保护国有资产,不少有识之士早已大声呼吁,对在国有企业改建过程中将国有资产低价折股或者低价出售造成国有资产大量流失的直接责任人员,必须要给予必要的刑事处罚。只有如此,才能控制住将国有资产低价折股,低价出售的恶劣风气,保证国有资产不再大量流失,促进国有企业改革的深入建设发展。本次刑法修改中,立法者和适应形势发展的要求,在新刑法典中以第169条形式增设了低价折股或者低价出售国有资产罪。

低价折股或者低价出售国有资产罪,是指国有公司、企业或者其上级主管部门直接负责的主管人员违反国家规定,将国有资产低价折股或者低价出售,致使国家利益遭受重大损失的行为。

本罪的构成特征是:

(1)本罪的犯罪主体是国有公司、企业或者其上级主管部门直接负责的主管人员。这是因为,将国有公司、企业的国有资产低价折股或者低价出售的行为,一般来讲是以单位(即国有公司、企业)的名义实施的。

(2)本罪的主观罪过是故意而且是放任的故意,也即明知将国有资产低价折股或者低价出售违反国家规定,但仍然决定将国有资产低价折股或者低价出售,放任国家利益可能因此遭受重大损失的危害后果发生。本罪的动机一般是善意的,如为了尽快完成企业改造,吸引外资,等等。

(3)本罪在客观方面表现为国有公司违反国家规定,企业或者其上级主管部门直接负责的主管人员,实施了将国有资产低价折股或者低价出售的行为,并在客观上发生了致使国家利益遭受重大损失的危害后果。如果国有公司、企业或者其上级主管部门直接负责的主管人员。仅违反国家规定实施,将国有资产低价折股或者低价出售的行为,后被国家有关主管部门发现,予以及时制止或者纠正,客观上并没有发生致使国家利益遭受重大损失的危害后

果,那么不能认定构成本罪。

(4)本罪侵害的客体是国有公司、企业财产的国家所有权,其客观危害性具体表现在使国家丧失了被国有公司、企业低价折股或者低价出售的那部分国有资产其原有价值与现有价值的差价所代表的那部分国有资产的所有权,致使国家利益遭受重大损失。

根据新刑法典第 169 条的规定,国有公司、企业或者其上级主管部门直接负责的主管人员,徇私舞弊,将国有资产低价折股或者低价出售,致使国家利益遭受重大损失的,处 3 年以下有期徒刑或者拘役,致使国家利益遭受特别重大损失的,处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。

附录一 新刑法关于妨害对公司、企业的管理秩序罪的规定

第三节 妨害对公司、企业的管理秩序罪

第一百五十八条 申请公司登记使用虚假证明文件或者采取其他欺诈手段虚报注册资本,欺骗公司登记主管部门,取得公司登记,虚报注册资本数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处虚报注册资本金额百分之一以上百分之五以下罚金。

单位犯前款罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处三年以下有期徒刑或者拘役。

第一百五十九条 公司发起人、股东违反公司法的规定未交付货币、实物或者未转移财产权,虚假出资,或者在公司成立后又抽逃其出资,数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处虚假出资金额或者抽逃出资金额百分之二以上百分之十以下罚金。

单位犯前款罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处五年以下有期徒刑或者拘役。

第一百六十条 在招股说明书、认股书、公司、企业债券募集办法中隐瞒重要事实或者编造重大虚假内容,发行股票或者公司、企业债券,数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处非法募集资金金额百分之一以上百分之五以下罚金。

单位犯前款罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处五年以下有期徒刑或者拘役。

第一百六十一条 公司向股东和社会公众提供虚假的或者隐瞒重要事实的财务会计报告,严重损害股东或者其他入利益的,对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金。

第一百六十二条 公司、企业进行清算时,隐匿财产,对资产负债表或者财产清单作虚伪记载或者在未清偿债务前分配公司、企业财产,严重损害债权人或者其他入利益的,对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金。

第一百六十三条 公司、企业的工作人员利用职务上的便利,索取他人财物或者非法收受他人财物,为他人谋取利益,数额较大的,处五年以下有期徒刑或者拘役;数额巨大的,处五年以上有期徒刑,可以并处没收财产。

公司、企业的工作人员在经济往来中,违反国家规定,收受各种名义的回扣、手续费,归个人所有的,依照前款的规定处罚。

国有公司、企业从事公务的人员和国有公司、企业委派到非国有公司、企业从事公务的人员有前两款行为的,依照本法第三百八十五条、第三百八十六条的规定定罪处罚。

第一百六十四条 为谋取不正当利益,给予公司、企业的工作人员以财物,数额较大的,处三年以下有期徒刑或者拘役;数额巨大的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金。

单位犯前款罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照前款的规定处罚。

行贿人在被迫追前主动交待行贿行为的,可以减轻处罚或者免除处罚。

第一百六十五条 国有公司、企业的董事、经理利用职务便利,自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业,获取非法利益,数额巨大的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;数额特别巨大的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。

第一百六十六条 国有公司、企业、事业单位的工作人员,利用职务便利,有下列情形之一,使国家利益遭受重大损失的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;致使国家利益遭受特别重大损失的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金:

(一)将本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营的;

(二)以明显高于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位采购商品或者以明显低于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位销售商品的;

(三)向自己的亲友经营管理的单位采购不合格商品的。

第一百六十七条 国有公司、企业、事业单位直接负责的主管人员,在签订、履行合同过程中,因严重不负责任被诈骗,致使国家利益遭受重大损失的,处三年以下有期徒刑或者拘役;致使国家利益遭受特别重大损失的,处三年以上七年以下有期徒刑。

第一百六十八条 国有公司、企业直接负责的主管人员,徇私舞弊,造成国有公司、企业破产或者严重亏损,致使国家利益遭受重大损失的,处三年以下有期徒刑或者拘役。

第一百六十九条 国有公司、企业或者其上级主管部门直接负责的主管人员,徇私舞弊,将国有资产低价折股或者低价出售,致使国家利益遭受重大损失的,处三年以下有期徒刑或者拘役;致使国家利益遭受特别重大损失的,处三年以上七年以下有期徒刑。

附录二 我国公司法对违反 公司法的法律责任的规定

第十章 法律责任

第二百零六条 违反本法规定,办理公司登记时虚报注册资本、提交虚假证明文件或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实取得公司登记的,责令改正,对虚报注册资本的公司,处以虚报注册资本金额百分之五以上百分之十以下的罚款;对提交虚假证明文件或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实的公司,处以一万元以上十万元以下的罚款;情节严重的,撤销公司登记。构成犯罪的,依法追究刑事责任。

第二百零七条 制作虚假的招股说明书、认股书、公司债券募集办法发行股票或者公司债券的,责令停止发行,退还所募资金及其利息,处以非法募集资金金额百分之一以上百分之五以下的罚款。构成犯罪的,依法追究刑事责任。

第二百零八条 公司的发起人、股东未交付货币、实物或者未转移财产权,虚假出资,欺骗债权人和社会公众的,责令改正,处以虚假出资金额百分之五以上百分之十以下的罚款。构成犯罪的,依法追究刑事责任。

第二百零九条 公司的发起人、股东在公司成立后,抽逃其出资的,责令改正,处以所抽逃资金金额百分之五以上百分之十以下的罚款。构成犯罪的,依法追究刑事责任。

第二百一十条 未经本法规定的有关主管部门的批准,擅自发行股票或者公司债券的,责令停止发行,退还所募资金及其利息,处以非法所募资金金额百分之一以上百分之五以下的罚款。构成犯罪的,依法追究刑事责任。

第二百一十一条 公司违反本法规定,在法定的会计帐册以外另立会计帐册的,责令改正,处以一万元以上十万元以下的罚款。构成犯罪的,依法追究刑事责任。

将公司资产以任何个人名义开立帐户存储的,没收违法所得,并处以违法所得一倍以上五倍以下的罚款。构成犯罪的,依法追究刑事责任。

第二百一十二条 公司向股东和社会公众提供虚假的或者隐瞒重要事实的财务会计报告的,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以一万元以上十万元以下的罚款。构成犯罪的,依法追究刑事责任。

第二百一十三条 违反本法规定,将国有资产低价折股、低价出售或者无偿分给个人的,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分。构成犯罪的,依法追究刑事责任。

第二百一十四条 董事、监事、经理利用职权收受贿赂、其他非法收入或者侵占公司财产的,没收违法所得,责令退还公司财产,由公司给予处分。构成犯罪的,依法追究刑事责任。

董事、经理挪用公司资金或者将公司资金借贷给他人的,责令退还公司的资金,由公司给予处分,将其所得收入归公司所有。构成犯罪的,依法追究刑事责任。

董事、经理违反本法规定,以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保的,责令取消担保,并依法承担赔偿责任,将违法提供担保取得的收入归公司所有。情节严重的,由公司给予处分。

第二百一十五条 董事、经理违反本法规定自营或者为他人经营与其所任职公司同类的营业的,除将其所得收入归公司所有外,并可由公司给予处分。

第二百一十六条 公司不按照本法规定提取法定公积金、法定公益金的,责令如数补足应当提取的金额,并可对公司处以一万元以上十万元以下的罚款。

第二百一十七条 公司在合并、分立、减少注册资本或者进行清算时,不按照本法规定通知或者公告债权人的,责令改正,对公司处以一万元以上十万元以下的罚款。

公司在进行清算时,隐匿财产,对资产负债表或者财产清单作虚假记载或者未清偿债务前分配公司财产的,责令改正,对公司处以隐匿财产或者未清偿债务前分配公司财产金额百分之一以上百分之五以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以一万元以上十万元以下的罚款。构成犯罪的,依法追究刑事责任。

第二百一十八条 清算组不按照本法规定向公司登记机关报送清算报告,或者报送清算报告隐瞒重要事实或者有重大遗漏的,责令改正。

清算组成员利用职权徇私舞弊、谋取非法收入或者侵占公司财产的,责令退还公司财产,没收违法所得,并可处以违法所得一倍以上五倍以下的罚款。构成犯罪的,依法追究刑事责任。

第二百一十九条 承担资产评估、验资或者验证的机构提供虚假证明文件的,没收违法所得,处以违法所得一倍以上五倍以下的罚款,并可由有关主管部门依法责令该机构停业,吊销直接责任人员的资格证书。构成犯罪的,依法追究刑事责任。

承担资产评估、验资或者验证的机构因过失提供有重大遗漏的报告的,责令改正,情节较重的,处以所得收入一倍以上三倍以下的罚款,并可由有关主管部门依法责令该机构停业,吊销直接责任人员的资格证书。

第二百二十条 国务院授权的有关主管部门,对不符合本法规定条件的设立公司的申请予以批准,或者对不符合本法规定条件的股份发行的申请予以批准,情节严重的,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依法给予行政处分。构成犯罪的,依法追究刑事责任。

第二百二十一条 国务院证券管理部门对不符合本法规定条件的募集股份、股票上市和债券发行的申请予以批准,情节严重的,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依法给予行政处分。构成犯罪的,依法追究刑事责任。

第二百二十二条 公司登记机关对不符合本法规定条件的登记申请予以登记,情节严

重的,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依法给予行政处分。构成犯罪的,依法追究刑事责任。

第二百二十三条 公司登记机关的上级部门强令公司登记机关对不符合本法规定条件的登记申请予以登记的,或者对违法登记进行包庇的,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分。构成犯罪的,依法追究刑事责任。

第二百二十四条 未依法登记为有限责任公司或者股份有限公司,而冒用有限责任公司或者股份有限公司名义的,责令改正或者予以取缔,并可处以一万元以上十万元以下的罚款。构成犯罪的,依法追究刑事责任。

第二百二十五条 公司成立后无正当理由超过六个月未开业的,或者开业后自行停业连续六个月以上的,由公司登记机关吊销其公司营业执照。

公司登记事项发生变更时,未按照本法规定办理有关变更登记的,责令限期登记,逾期不登记的,处以一万元以上十万元以下的罚款。

第二百二十六条 外国公司违反本法规定,擅自在中国境内设立分支机构的,责令改正或者关闭,并可处以一万元以上十万元以下的罚款。

第二百二十七条 依照本法履行审批职责的有关主管部门,对符合法定条件的申请,不予批准的,或者公司登记机关对符合法定条件的申请,不予登记的,当事人可以依法申请复议或者提起行政诉讼。

第二百二十八条 公司违反本法规定,应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金的,其财产不足以支付时,先承担民事赔偿责任。