

中国合同 实用手册

ZHONGGUO HETONG SHIYONG SHOUCHE

(上)

法律·经济大全
青苹果电子图书系列

中国合同实用手册

金 炜 主编

《中国合同实用手册》编委会

主 编 :金 炜

副 主 编 :李 晨 王陆军

编 委 (以姓氏笔划为序)

丁 兰	于俊青	门英辉	马连龙	王文长
王永海	王洪涛	邓益志	毛 俐	田 涛
孙法平	李顺兴	李泽君	李德金	邢 维
阮守武	朱金贵	朱新军	任兰锁	纪志平
刘长玲	刘尚伟	刘新重	刘宪鸿	曲水生
曲 波	张义勇	张文普	张丽珠	张朝阳
张 滨	张善宣	何绍军	陈志强	尚文贵
侯晓东	郭淑香	胡 猛	洪 平	饶锦兴
赵永臣	高金桂	高 勇	殷立春	徐 进
曹 荣	梁献伟	宿春礼	焦秋贵	裴新兴
樊洪君				

序 言

党的十四大确定了我国建立社会主义市场经济体制的改革目标，这对加快改革开放和社会主义现代化建设步伐无疑是一个巨大的推进。市场经济就是法制经济，是信誉经济，市场体系的建立和发展离不开规范交易行为的法制建设，而市场交易行为是否规范，其关键在于交易双方是否信守合同，全面履行合同规定的权利和义务。实现合同化是发展市场经济的重要条件，没有健全的合同制度，就没有健全的市场机制。

《中国合同实用手册》以我国现行合同制度为基础，全面介绍经济合同、技术合同、涉外经济合同、劳动合同与集体合同以及其他各类合同的法律规范性要求。《手册》共分十篇，分别介绍签订合同的基础知识、怎样订立各类合同、怎样办理合同公证与合同鉴证、合同的履行、合同的担保、合同漏洞与陷阱防范、合同的变更、解除和终止、违反合同所应承担的责任、如何处理合同纠纷、最新合同文本格式汇编。《手册》与其它同类书籍相比，具有以下几个特点：

（一）资料注重时效。《手册》收录的合同法规及立法、司法、行政解释均为现行有效文件。对于新颁布实施的《仲裁法》、《担保法》等重要法规及其主要内容，本书也做了详细的介绍。《手册》第十篇收录了国家工商行政管理局颁发的最新经济合同示范文本以及中国人民银行新颁发的借款合同文本。

（二）内容丰富完整。《手册》从实用角度出发，全面介绍中国合同知识，基本囊括日常经济交往中的各类合同。为便于读者实际工作中参照运用，《手册》以签订合同的基础知识作为开篇，依次介绍合同的订立、

运用,《手册》以签订合同的基础知识作为开篇,依次介绍合同的订立、公证、鉴证、履行、担保、变更、解除、终止、违约责任、纠纷处理等内容,层次清晰、内容丰富、便于查阅。此外,《手册》还专辟篇章讲述合同漏洞与陷阱防范知识(第六篇),搜集整理了最新合同文本格式(第十篇)。

(三)结构新颖独特。《手册》分设“法律精释”、“法规辑录”、“司法解释”、“案例剖析”四个栏目,对正文起到重要的补充和参考作用。“法律精释”针对合同法规中的疑难问题,选择重点条文加以解释;“法规辑录”全面收录合同法律法规及相关重要法规;“司法解释”选取最高人民法院对合同法的司法解释文件,突出普遍性疑难问题的处理;“案例剖析”精选近年来具有代表性的合同纠纷案例,剖析纠纷缘由、违法情节及适用法律。

我们希望,本书的广大读者能够从中获得完整的合同知识,能够找出解决实际工作问题的方法,能够有效地规避风险并保障自己的合法权益,这将对编者们的最大鼓励。

编 者

1996

总 目

第一篇 签订合同的基础知识

- 第一章 合同的基本概念
- 第二章 中国的合同法
- 第三章 经济合同与经济合同法知识
- 第四章 技术合同与技术合同法知识
- 第五章 涉外经济合同与涉外经济合同法知识
- 第六章 劳动合同和集体合同知识

第二篇 怎样订立各类合同

- 第一章 怎样订立经济合同
- 第二章 怎样订立技术合同
- 第三章 怎样订立涉外经济合同
- 第四章 怎样订立劳动合同与集体合同
- 第五章 怎样订立其它各类合同

第三篇 怎样办理合同公证与合同鉴证

- 第一章 怎样办理合同公证
- 第二章 怎样办理合同鉴证
- 第三章 怎样办理技术合同认定登记

第四篇 合同的履行

- 第一章 经济合同的履行
- 第二章 技术合同的履行
- 第三章 涉外经济合同的履行
- 第四章 劳动合同与集体合同的履行

第五篇 合同的担保

- 第一章 什么是担保
- 第二章 银行担保业务
- 第三章 合同的担保

第六篇 合同漏洞与陷阱防范

- 第一章 怎样防止订立无效合同
- 第二章 怎样防止合同条款漏洞
- 第三章 怎样防范合同欺诈行为

第七篇 合同的变更、解除和终止

- 第一章 经济合同的变更、解除和终止
- 第二章 技术合同的变更、解除和终止
- 第三章 涉外经济合同的变更、解除和终止
- 第四章 劳动合同与集体合同的变更、解除和终止

第八篇 违反合同所应承担的责任

- 第一章 违反经济合同的责任
- 第二章 违反技术合同的责任
- 第三章 违反涉外经济合同的责任
- 第四章 违反劳动合同与集体合同的责任

第九篇 如何处理合同纠纷

- 第一章 合同纠纷的协商和调解解决
- 第二章 合同纠纷的仲裁解决
- 第三章 合同纠纷的诉讼解决
- 第四章 涉外经济合同纠纷的解决
- 第五章 劳动合同纠纷的解决

第十篇 最新合同文本格式汇编

- 第一章 经济合同示范文本
- 第二章 各类合同参考文本

目 录

第一篇 签订合同的基础知识

第一章 合同的基本概念	3
一、合同的概念	3
【法律精释】合同的法律定义(《中华人民共和国民法通则》第八十五条)	4
【法律精释】民法通则对债的定义(《中华人民共和国民法通则》第八十四条)	5
【法律精释】什么是按份之债(《中华人民共和国民法通则》第八十六条)	6
【法律精释】什么是连带之债(《中华人民共和国民法通则》第八十七条)	7
二、合同的订立	8
合同订立的一般程序 / 合同的形式 / 合同的内容	
三、合同的变更和解除	9
合同变更和解除的概念 / 合同变更和解除的条件 / 合同变更和解除的法定程序	
四、合同的有效与无效	10
什么是合同有效 / 什么是合同无效	
五、合同的履行	11
合同履行的概念 / 合同履行的性质 / 合同履行的主要问题	
六、合同的担保	11
合同担保的概念及特征 / 合同担保的分类	
七、合同违约责任	12
第二章 中国的合同法	14
一、中国合同法的现状	14

民法通则 / 关于合同的民事特别法 / 其他法律中有关合同的规定 / 有关合同的法规	
二、现行合同法的缺点	15
三、经济合同法的修订与制定统一的合同法	16
经济合同法的修订 / 制定统一合同法的概况	
【法规辑录】中华人民共和国民法通则	18
【司法解释】最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民法通则》若干 问题的意见(试行)	34
【法规辑录】中华人民共和国海商法(节录)	51
第三章 经济合同与经济合同法知识	71
一、什么是经济合同	71
经济合同的概念 / 经济合同与协议的异同 / 经济合同的种类划分	
二、签订经济合同的主体资格	74
法人 / 其他经济组织 / 个体工商户、农村承包经营户	
【法律精释】民法通则对法人的有关规定(《中华人民共和国民法通则》第三十六条、 第三十七条)	75
三、签订经济合同的合法手续	77
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 / 单位之间 的代订经济合同必须具备合法手续 / 某些经济合同必须具有合法的批准手 续	
【法律精释】代订经济合同的条件(《中华人民共和国合同法》第十条)	78
【案例剖析】未经委托人直接授权而转托代理签订合同案	79
四、签订经济合同的法定程序	80
要约 / 承诺	
五、签订经济合同的基本原则	82
合法的原则 / 平等互利、协商一致的原则	
六、签订经济合同的基本条款	82
标的 / 数量和质量 / 价款或酬金 / 履行期限、地点和方式 / 违约 责任 / 当事人一方要求必须规定的条款	
【法律精释】经济合同法对定金的规定(《中华人民共和国合同法》第十四条)	85

【案例剖析】购销双方误认标的物造成购方损失案	86
七、签订经济合同的形式	87
口头经济合同形式 / 书面经济合同形式	
八、经济合同的有效条件和法律约束力	88
经济合同的有效条件 / 经济合同的法律约束力	
【法规辑录】中华人民共和国合同法	90
关于《中华人民共和国合同法修正案(草案)》的说明	98
中华人民共和国合同法原条文与修改后条文对照表	102
第四章 技术合同与技术合同法知识	112
一、什么是技术合同	112
【法律精释】职务技术成果和非职务技术成果的概念(《中华人民共和国合同法》第六条)	112
二、技术合同与其他合同有什么区别	114
技术合同与技术承包合同的区别 / 技术合同与经济合同的区别	
三、签订技术合同的程序	115
要约与承诺 / 技术合同的招标与投标 / 公证在技术招标工作中的任务和作用	
四、签订技术合同的基本原则	117
五、技术合同的主要条款	118
六、技术合同价款及其支付方式	118
技术合同价款的确定 / 技术合同价款的支付方式	
七、技术合同的形式	120
八、技术合同成立的条件	121
九、技术合同的担保和中介机构	121
技术合同担保的概念和方式 / 中介机构	
十、技术合同中侵权行为的处理	123
侵权行为的概念和标准 / 因侵权行为造成技术合同无效的处理	
【法规辑录】中华人民共和国合同法	124
【法规辑录】中华人民共和国合同法实施条例	131

第五章 涉外经济合同与涉外经济合同法知识	150
一、什么是涉外经济合同	150
二、涉外经济合同与国内经济合同的区别	151
三、涉外经济合同的主体资格	152
涉外经济合同的中国主体 / 涉外经济合同的外国主体 / 涉外经济合同外国主体资格的确认	
四、签订涉外经济合同应具备的合法手续	154
中方当事人签订涉外经济合同的合法手续 / 外方当事人签订涉外经济合同必须具备的合法手续	
五、签订涉外经济合同的基本原则	155
尊重国家主权的原则 / 平等互利、协商一致的原则 / 参照国际惯例的原则	
六、签订涉外经济合同的法定程序	157
要约(Offer) / 承诺(Acceptance)	
七、涉外经济合同的主要条款	159
合同的一般条款 / 根据需要应当约定的条款 / 当事人可以自愿在合同中约定的条款 / 标准合同	
八、签订涉外经济合同的形式	161
九、涉外经济合同成立的基本条件	162
主体资格条件 / 程序条件 / 形式条件 / 合法条件 / 时间条件 / 批准条件	
十、涉外经济合同的担保	165
涉外经济合同担保的概念 / 涉外经济合同的担保形式 / 签订担保条款应注意的几个问题	
十一、签订涉外经济合同应注意的问题	166
【法规辑录】中华人民共和国涉外经济合同法	170
【司法解释】最高人民法院关于适用《涉外经济合同法》	
若干问题的解答	174
第六章 劳动合同和集体合同知识	177
一、什么是劳动合同	177

劳动合同的概念 / 劳动合同的特征 / 劳动合同与民事合同有什么区别 / 劳动合同有哪些种类 / 什么是劳动合同制	
二、什么是集体合同	182
集体合同的概念 / 集体合同的特征 / 集体合同与劳动合同有什么区别 / 集体合同有哪些种类	
【法规辑录】中华人民共和国劳动法	187
【法规辑录】关于印发《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的 意见》的通知	197
关于贯彻执行《中华人民共和国劳动法》若干问题的意见	197

第二篇 怎样订立各类合同

第一章 怎样订立经济合同	211
一、怎样订立工矿产品购销合同	211
什么是工矿产品购销合同 / 工矿产品购销合同的主要条款	
【法律精释】经济合同法对购销合同的规定(《中华人民共和国合同法》 第十七条)	215
【法规辑录】工矿产品购销合同条例	219
【司法解释】国务院法制局关于解释购销合同条例问题的复函	228
关于工矿产品、农副产品、通用产品、专用产品的划分意见	228
【法规辑录】化肥调拨合同办法(试行)	229
【法规辑录】商业部关于检发“百货、文化用品商商购销合同”格式及说明 的通知	233
【法规辑录】纺织品、针织品、服装购销合同暂行办法	236
【法规辑录】五金交电家电化工商品购销合同实施办法	241
二、怎样订立农副产品购销合同	251
什么是农副产品购销合同 / 农副产品购销合同主要条款	
【法规辑录】农副产品购销合同条例	253
【法规辑录】生猪、鲜蛋、菜牛、菜羊、家禽购销合同实施办法	258

【法规辑录】棉花调拨合同实施办法(试行)	261
【法规辑录】边销茶调拨合同实施办法(试行)	265
三、怎样订立建设工程承包合同	268
什么是建设工程承包合同 / 建设工程承包合同的基本特征 / 建设工程承包合同的形式和分类 / 建设工程勘察设计合同的订立 / 建筑安装工程承包合同的订立	
【法律精释】经济合同法对建设工程承包合同的规定(《中华人民共和国经济合同法》第十八条)	271
【法规辑录】建设工程勘察设计合同条例	273
【法规辑录】建筑安装工程承包合同条例	275
【法规辑录】建设部 国家工商行政管理局建筑市场管理规定	279
【法规辑录】工程建设施工招标投标管理办法	283
【法规辑录】建设工程施工合同管理办法	289
四、怎样订立加工承揽合同	292
什么是加工承揽合同 / 加工承揽合同的基本特征 / 加工承揽合同的种类 / 加工承揽合同的基本原则 / 加工承揽合同的主要条款	
【法律精释】经济合同法对加工承揽合同的规定(《中华人民共和国合同法》第十九条)	296
【法规辑录】加工承揽合同条例	298
【法规辑录】武器装备研制合同暂行办法	302
【法规辑录】汽车维修合同实施细则	305
【法规辑录】关于《加工承揽合同条例》的一些说明	307
五、怎样订立货物运输合同	309
什么是货物运输合同 / 货物运输合同的基本特征 / 货物运输合同的种类 / 铁路货物运输合同的订立 / 公路货物运输合同的订立 / 水路货物运输合同的订立 / 航空货物运输合同的订立 / 联合货物运输合同的订立	
【法律精释】经济合同法对货物运输合同的规定(《中华人民共和国合同法》第二十条)	315
【法规辑录】铁路货物运输合同实施细则	316
【法规辑录】公路货物运输合同实施细则	321

【法规辑录】水路货物运输合同实施细则	325
【法规辑录】航空货物运输合同实施细则	332
【法规辑录】交通企业合同管理规定	335
【法规辑录】货物运输事故赔偿价格计算规定	337
【司法解释】最高人民法院关于保险货物发生损失引起运输合同赔偿纠纷 如何适用法律问题的批复	338
【法规辑录】中华人民共和国铁路法(节录)	338
【法规辑录】铁路货物运输实行保险与负责运输相结合的补偿制度的 规定(试行)	339
【法规辑录】水路货物运输实行保险与负责运输相结合的补偿制度的规定	340
六、怎样订立供用电合同	342
什么是供用电合同 / 供用电合同的基本特征 / 签订供用电合同的主体资 格 / 供用电合同的主要条款	
【法律精释】经济合同法对供用电合同的规定(《中华人民共和国合同法》 第二十一条)	343
【法规辑录】全国供用电规则(节录)	345
七、怎样订立仓储保管合同	346
什么是仓储保管合同 / 仓储保管合同的基本特征 / 仓储保管合同的主要 条款	
【法律精释】经济合同法对仓储保管合同的规定(《中华人民共和国合同法》 第二十二条)	348
【法规辑录】仓储保管合同实施细则	350
八、怎样订立财产租赁合同	354
什么是财产租赁合同 / 财产租赁合同的基本特征 / 财产租赁合同的主要 条款	
【法律精释】经济合同法对财产租赁合同的规定(《中华人民共和国合同法》 第二十三条)	356
九、怎样订立借款合同	358
什么是借款合同 / 借款合同的种类 / 签订借款合同的主体资格 / 借 款合同的条件和原则 / 签订借款合同的程序 / 借款合同的主要条款	
【法律精释】经济合同法对借款合同的规定(《中华人民共和国合同法》	

第二十四条)	361
【法规辑录】借款合同条例	363
十、怎样订立财产保险合同	365
什么是财产保险合同 / 财产保险合同的种类 / 签订财产保险合同的主体资格 / 财产保险合同的基本原则 / 财产保险合同的主要条款 / 财产保险合同的程序和形式	
【法律精释】经济合同法对财产保险合同的规定(《中华人民共和国合同法》	
第二十五条)	370
【法规辑录】财产保险合同条例	372
【法规辑录】中华人民共和国保险法(节录)	375
【法规辑录】企业财产保险条款	382
【法规辑录】机动车辆保险条款	387
【法规辑录】国内船舶保险条款	392
【法规辑录】国内水路、铁路货物运输保险条款	397
【法规辑录】渔船保险条款	400
【法规辑录】拖拉机保险条款	404
【法规辑录】公众责任险条款	408
十一、怎样订立联营合同	411
什么是联营合同 / 联营合同的种类 / 签订联营合同的主体资格 / 联营合同的基本原则 / 联营合同的程序 / 联营合同的主要条款 / 联营合同的形式 / 联营合同各方当事人的权利义务 / 联营组织的主体资格	
【法规辑录】国务院关于推动经济联合的暂行规定	419
【法规辑录】国务院关于进一步推动横向经济联合若干问题的规定	420
【司法解释】最高人民法院关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答	425
十二、怎样订立企业承包经营合同	428
企业承包经营责任制的概念 / 企业承包经营合同的概念 / 企业承包经营合同的主体资格 / 签订企业承包经营合同程序 / 签订承包经营合同的基本原则 / 企业承包经营合同主要条款 / 企业承包经营合同形式 / 企业承包经营合同当事人的权利和义务 / 企业承包经营合同的变更和解除 / 违反企业承包经营合同的责任	
【法规辑录】全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例	434

【法规辑录】国务院关于修改《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》第二十一条的决定	439
【司法解释】最高人民法院关于企业经营者依企业承包经营合同要求保护其合法权益的起诉人民法院应否受理的批复	439
【法规辑录】司法部关于印发《企业承包经营合同公证程序细则》的通知	440
企业承包经营合同公证程序细则	440
【法规辑录】乡镇企业承包经营责任制规定	443
【法规辑录】国家工商行政管理局关于加强企业承包经营合同、企业租赁合同管理的通知	448
十三、怎样订立企业租赁经营合同	450
什么是租赁 / 什么是企业租赁经营 / 企业租赁经营与承包经营的联系和区别 / 企业租赁经营合同的概念 / 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企业承包经营合同的区别 / 企业租赁经营合同的种类 / 企业租赁经营合同的主体资格 / 企业租赁经营合同的承租方条件 / 签订企业租赁经营合同的原则 / 签订企业租赁经营合同的程序 / 企业租赁经营合同应具备的条款 / 企业租赁经营合同的履行 / 企业租赁经营合同的变更和解除 / 签订企业租赁经营合同应注意的问题	
【法规辑录】全民所有制小型工业企业租赁经营暂行条例	459
【法规辑录】国务院关于修改《全民所有制小型工业企业租赁经营暂行条例》第二十二节的决定	463
【法规辑录】司法部关于印发《企业租赁经营合同公证程序细则》的通知	464
企业租赁经营合同公证程序细则	464
第二章 怎样订立技术合同	467
一、怎样订立技术开发合同	467
什么是技术开发合同 / 技术开发合同的主要条款 / 研究开发成果提交、验收和鉴定 / 技术开发合同的风险责任	
【法律精释】技术开发合同的概念和分类(《中华人民共和国合同法》第二十七条)	469
【法律精释】技术开发合同中的风险责任(《中华人民共和国合同法》第三十三条)	470

二、委托开发合同	471
委托开发合同的概念 / 委托开发合同当事人的权利和义务 / 委托开发合同当事人违反合同的责任 / 委托开发合同技术成果的归属和分享	
三、合作开发合同	474
合作开发合同的概念 / 合作开发合同当事人的权利和义务 / 合作开发合同各方违反合同的责任 / 合作开发合同技术成果的归属和分享 / 合作开发合同当事人风险责任的承担	
四、怎样订立技术转让合同	476
什么是技术转让合同 / 技术转让合同的主要条款和标的范围 / 技术转让合同中的保密和限制性条款 / 技术转让合同后续改进的技术成果分享 / 技术转让合同当事人的违约责任	
【法律精释】技术转让合同的概念和分类(《中华人民共和国合同法》第三十四条)	478
【法律精释】订立专利权转让或专利申请权转让合同应遵守专利法的有关规定(《中华人民共和国合同法》第三十六条)	480
【法律精释】技术转让合同中涉及专利的有关事项和专利实施许可合同期间的时效规定(《中华人民共和国合同法》第三十八条)	481
【案例剖析】技术转让合同转让方提供不成熟技术赔偿案	482
五、专利申请权转让合同	483
专利申请权转让合同的概念 / 专利申请权转让合同的主要条款 / 专利申请权转让合同当事人的权利和义务 / 违反专利申请权转让合同的责任	
六、专利权转让合同	485
专利权转让合同的概念 / 专利权转让合同的主要条款 / 专利权转让合同当事人的权利和义务 / 违反专利权转让合同的责任	
七、专利实施许可合同	486
专利实施许可合同的概念 / 专利实施许可合同的主要条款 / 专利实施许可合同当事人的权利和义务 / 违反专利实施许可合同的责任	
八、非专利技术转让合同	488
非专利技术转让合同的概念 / 非专利技术转让合同的主要条款 / 非专利技术转让合同当事人的权利和义务 / 违反非专利技术转让合同的责任	
九、怎样订立技术咨询合同	490
什么是技术咨询合同 / 技术咨询合同的适用范围 / 技术咨询合同的主要	

条款 / 技术咨询合同当事人的权利和义务 / 违反技术咨询合同的责任 / 技术咨询合同中的风险责任 / 技术咨询合同中新技术成果的归属	
【法律精释】技术咨询合同的概念(《中华人民共和国合同法》第四十四条)	494
【法律精释】技术咨询合同的违约责任和风险责任(《中华人民共和国合同法》第四十六条)	495
十、怎样订立技术服务合同	496
什么是技术服务合同 / 技术服务合同的条款 / 技术服务合同当事人的权利和义务 / 违反技术服务合同的责任	
【法律精释】技术服务合同的概念(《中华人民共和国合同法》第四十七条)	499
十一、技术培训合同	501
技术培训合同的概念 / 技术培训合同的条款 / 技术培训合同当事人的权利和义务 / 违反技术培训合同的责任	
十二、技术中介合同	503
技术中介合同的概念 / 技术中介合同的主要条款 / 技术中介合同当事人的权利和义务 / 违反技术中介合同的责任	
第三章 怎样订立涉外经济合同	505
一、怎样订立国际货物买卖合同	505
什么是国际货物买卖合同 / 国际货物买卖合同订立的程序 / 国际货物买卖合同成立的条件 / 国际货物买卖合同订立的形式 / 国际货物买卖合同的内容 / 国际货物买卖合同的主要条款	
二、怎样订立国际技术转让合同	526
国际技术转让的概念 / 什么是国际技术转让合同 / 国际许可合同的概念 / 国际许可合同的种类 / 国际许可合同的主要内容 / 国际技术转让合同的限制性条款 / 国际直接投资中的技术转让合同 / 技术引进合同 / 国际合作生产合同 / 国际技术咨询服务合同	
【法规辑录】中华人民共和国技术引进合同管理条例	547
【法规辑录】中华人民共和国技术引进合同管理条例施行细则	549
三、怎样订立国际工程承包合同	552
什么是国际工程承包合同 / 国际工程承包合同的种类 / 国际招标与投标 / 国际工程承包合同主要内容和基本条款	
四、怎样订立对外劳务合作合同	560

什么是对外劳务合作合同 / 对外劳务合同的内容 / 签订对外劳务合同的
注意事项 / 承包商(业主)与派遣方的权利和义务

五、怎样订立国际租赁合同 562

什么是国际租赁 / 国际租赁的种类 / 国际租赁合同的概念 / 国际租
赁合同的法律关系 / 国际租赁合同的内容 / 签订国际租赁合同应注意的
事项 / 国际租赁合同当事人的权利和义务

六、怎样订立中外合资经营企业合作 567

中外合资经营企业的概念 / 中外合资经营企业的法律地位 / 中外合资经
营企业协议 / 中外合资经营企业合作 / 中外合资经营企业合作 / 合
营企业协议、合同、章程和法律关系

【法规辑录】中华人民共和国中外合资经营企业合作法 571

七、怎样订立中外合作经营企业合作 573

中外合作经营企业的概念 / 中外合作经营企业的法律性质 / 中外合作经
营企业与合资经营企业的区别 / 中外合作经营企业合作的概念 / 中外合
作经营企业合作的内容 / 签订合作经营企业合作应注意的问题 / 中外合
作经营企业的章程

【法规辑录】中华人民共和国中外合作经营企业合作法 577

【法规辑录】中华人民共和国中外合作经营企业合作法实施细则 580

八、怎样订立对外加工装配合同 588

对外加工装配的概念 / 对外加工装配的种类 / 对外加工装配合同的概念
/ 对外加工装配合同的订立 / 对外加工装配合同内容 / 对外加工装
配合同的审批 / 签订对外加工装配合同应注意的几个问题 / 对外加工装
配合同双方当事人的权利和义务

九、怎样订立补偿贸易合同 594

补偿贸易的概念 / 补偿贸易的适用范围 / 补偿贸易的方式 / 补偿贸
易合同的订立 / 补偿贸易合同的内容 / 补偿贸易合同的审批 / 签订
涉外补偿贸易合同应注意的几个问题 / 补偿贸易合同当事人的权利和义务

第四章 怎样订立劳动合同与集体合同 600

一、怎样订立劳动合同 600

劳动合同的订立 / 订立劳动合同应遵循哪些原则 / 劳动合同为什么必须
采用书面形式 / 劳动合同的基本文本格式 / 劳动合同的主要内容

／ 劳动合同的期限如何确定 ／ 劳动合同中用人单位的权利和义务 ／ 劳动合同中劳动者的权利和义务 ／ 订立劳动合同的步骤和程序 ／ 什么叫聘用合同 ／ 什么叫借调合同 ／ 什么是农民工劳动合同 ／ 私营企业劳动合同有什么特点 ／ 中外合资企业劳动合同有什么特点

【法规辑录】国营企业实行劳动合同制暂行规定 616

【法规辑录】全民所有制企业招用农民合同制工人的规定 620

【法规辑录】外商投资企业劳动管理规定 624

【法规辑录】私营企业劳动管理暂行规定 627

【法规辑录】违反和解除劳动合同的经济补偿办法 631

二、怎样订立集体合同 632

订立集体合同应遵循哪些原则 ／ 集体合同的形式 ／ 集体合同的主要内容
／ 集体合同当事人有哪些权利和义务 ／ 订立集体合同的步骤和程序

【法规辑录】集体合同规定 639

第五章 怎样订立其它各类合同..... 643

一、怎样订立房屋买卖合同 643

买卖合同的概念特征 ／ 买卖合同当事人的权利和义务 ／ 房屋买卖合同的概念和特征

二、怎样订立房屋租赁合同 645

公有房屋租赁 ／ 私有房屋租赁

三、怎样订立民间借贷合同 647

使用借款合同 ／ 消费借款合同

四、怎样订立物品寄存合同 648

寄存合同的概念 ／ 寄存合同的特征 ／ 寄存合同当事人的义务

五、怎样订立旅客运输合同 650

运输合同概念 ／ 旅客运输合同

六、怎样订立保险合同 652

保险合同的特征 ／ 保险合同的特征 ／ 保险合同订立、履行的原则 ／ 人身保险合同

七、怎样订立委托合同 655

委托合同的概念和特征 ／ 委托合同的主要内容 ／ 委托合同的终止

八、怎样订立行纪合同	656
行纪合同的概念和特征 / 行纪合同的主要内容 / 行纪合同的终止	
九、怎样订立居间合同	656
居间合同的概念和特征 / 民间合同的主要内容 / 居间合同的终止	
十、怎样订立赠与合同	657
赠与合同的概念 / 赠与合同的特征 / 赠与合同的形式和范围	

第三篇 怎样办理合同公证与合同鉴证

第一章 怎样办理合同公证	661
一、什么是公证	661
二、什么是经济合同的公证	661
经济合同公证的概念 / 行使公证权的专门机关 / 公证机关的管辖	
/ 经济合同公证的基本原则	
三、经济合同公证的程序	662
四、经济合同公证具有哪些效力	663
五、经济合同公证的作用	664
六、经济合同公证与经济合同鉴证的区别	665
七、合同公证文书	665
法人资格公证书 / 委托公证书 / 合同公证书 / 招标公证书 / 撤销公证书通知书 / 适用于合同公证后未履行的强制执行效力的公证书 / 适用于合同未经公证而违约的强制执行效力的公证书 / 适用于还款协议的强制执行效力的公证书 / 适用于欠条、借据等债权文书的强制执行效力的公证书 / 商标注册公证书 / 强制执行公证书 / 提存公证书 / 经济合同公证申请表 / 法人涉外公证申请表 / 拒绝公证通知书	
【法规辑录】中华人民共和国公证暂行条例	671
【法规辑录】公证程序规则(试行)	674
【法规辑录】提存公证规则	681
【法规辑录】国家物价局、财政部关于发布司法系统行政事业性收费项目	

和标准的通知	685
【司法解释】最高人民法院、司法部关于已公证的债权文书依法强制执行问题的答复	689
【法规辑录】司法部、国家工商行政管理局关于经济合同鉴证与公证问题的联合通知	689
第二章 怎样办理合同鉴证	691
一、经济合同鉴证	691
经济合同鉴证的概念 / 经济合同鉴证的范围 / 经济合同鉴证的程序 / 经济合同鉴证书样本	
【法规辑录】国家工商行政管理局关于经济合同鉴证的暂行规定	694
【法规辑录】财政部、国家工商行政管理局关于经济合同仲裁费和鉴证费收费标准及其使用范围的规定(节录)	695
【法规辑录】国家工商行政管理局经济合同司关于经济合同鉴证费收取标准问题的复函	696
【法规辑录】国家工商行政管理局经济合同司关于中外合资企业合营合同鉴证问题的复函	697
【法规辑录】国家工商行政管理局经济合同司关于对联营合同收取鉴证费问题的复函	697
【法规辑录】国家工商行政管理局关于粮、棉订购合同鉴证费收费标准问题的复函	698
二、劳动合同鉴证	698
什么是劳动合同鉴证 / 为什么要进行劳动合同鉴证 / 劳动合同鉴证和公证有什么不同 / 劳动合同鉴证的步骤和方法	
【法规辑录】劳动合同鉴证实施办法	704
【法规辑录】国家物价局、财政部关于发布中央管理的劳动部门行政事业性收费项目和标准的通知(节录)	705
劳动合同鉴证和劳动争议仲裁收费管理办法	706
第三章 怎样办理技术合同认定登记	708
一、技术合同管理机关对技术合同的管理	708

技术合同管理的概念 / 技术合同管理的内容 / 技术合同认定登记的分工
管理

【法规辑录】技术合同管理暂行规定 709

【法规辑录】技术市场管理暂行办法 710

二、技术合同认定登记程序 714

申请认定登记时限 / 申请认定登记条件 / 技术合同认定登记审查内容
/ 技术合同的认定结论

【法规辑录】技术合同认定登记管理办法 715

【法规辑录】技术合同认定规则(试行) 719

第四篇 合同的履行

第一章 经济合同的履行 729

一、什么是经济合同的履行 729

二、经济合同履行的主要内容 730

标的的交付 / 标的的接收和结算

【案例剖析】购销合同供方用多交货的方式推销商品案 732

三、工矿产品购销合同的履行 733

产品数量和计算方法的履行 / 产品质量的履行 / 产品包装的履行
/ 产品运输与交接的履行 / 产品交(提)货期限的履行 / 产品价格的履
行 / 货款结算的履行 / 工矿产品购销合同的变更和解除 / 违反工矿
产品购销合同的责任 / 工矿产品购销合同中的日期计算

【案例剖析】购销合同双方均未履行合同的合同纠纷案 739

【案例剖析】购销合同双方约定分批交付货物,买方中途停止履行合同案 740

【案例剖析】购销水泥合同供应方未提供水泥出厂合格证和化验单,而购买方又

擅自使用案 742

四、农副产品购销合同的履行 743

农副产品购销合同责任的划分 / 供需双方违反农副产品购销合同的责任

五、建设工程承包合同的履行 745

建设工程勘察设计合同的履行 / 建筑安装工程承包合同的履行	
【案例剖析】建筑安装工程承包合同发包方不按合同规定拨付工程款案	747
【案例剖析】建筑安装工程投标方中标后拒不履行合同案	749
六、加工承揽合同的履行	750
定作方的义务 / 承揽方的义务 / 违反加工承揽合同的责任	
【案例剖析】加工承揽合同定作方拖欠加工费,承揽方留置加工物并造成留置物损坏案	752
【案例剖析】加工承揽合同定作物质量纠纷案	753
七、货物运输合同的履行	756
铁路货物运输合同的履行 / 公路货物运输合同的履行 / 水路货物运输合同的履行 / 航空货物运输合同的履行	
【案例剖析】水路货物运输合同承运货物重量短少案	768
八、供用电合同的履行	772
供电方的义务 / 用电方的义务 / 违反供用电合同的责任	
九、仓储保管合同的履行	773
存货方的义务 / 保管方的义务 / 违反仓储保管合同的责任	
【案例剖析】仓储保管合同保管方未按合同规定及时发货造成存货方损失案	775
【案例剖析】仓储保管合同存货方未按合同规定按时提货造成保管方无法与第三方履行合同案	776
十、财产租赁合同的履行	777
出租方的义务 / 承租方的义务 / 财产租赁合同的变更 / 财产租赁合同的解除 / 违反财产租赁合同的责任	
十一、借款合同的履行	779
贷款方的义务 / 借款方的义务 / 借款合同的变更和解除 / 违反借款合同的责任	
【案例剖析】借款合同借款方未按合同规定使用贷款案	780
十二、财产保险合同的履行	781
投保方的义务 / 保险方的义务 / 财产保险合同的变更和转让 / 违反财产保险合同的责任	
【案例剖析】保险合同投保方隐瞒真相,保险方单方解除合同案	783
【司法解释】最高人民法院关于国内工矿产品购销合同、农副产品购销合	

同中的合同履行地如何确定的批复	785
【司法解释】最高人民法院关于如何确定合同履行地问题的批复	786
【司法解释】最高人民法院关于如何确定加工承揽合同履行地问题的函	786
【司法解释】最高人民法院关于购销合同履行地的特殊约定问题的批复	787
第二章 技术合同的履行	788
一、什么是技术合同的履行	788
二、技术合同履行的原则	788
技术合同履行的一般原则 / 技术合同履行的特殊原则	
三、技术合同履行中的成果分享	789
技术开发合同中的成果归属和分享 / 技术转让合同后续改进的技术成果分享 / 技术咨询、技术服务合同中新技术成果的归属	
【法律精释】履行技术开发合同所完成的技术成果的归属和分享(《中华人民共和国技术合同法》第三十一条)	790
【案例剖析】委托开发合同受托方延误合同履行赔偿案	790
第三章 涉外经济合同的履行	792
一、什么是涉外经济合同的履行	792
二、涉外经济合同履行的原则	792
实际履行的原则 / 全面履行的原则 / 重合同、守信誉的原则	
三、涉外经济合同履行的中止	793
中止合同履行的含义 / 中止合同履行的法定条件 / 中止合同履行所产生的后果	
四、涉外经济合同的转让	794
涉外经济合同转让的概念 / 涉外经济合同转让的合法条件 / 转让涉外经济合同应注意的几个问题	
【法律精释】涉外经济合同的转让规定(《中华人民共和国涉外经济合同法》第二十六条、第二十七条)	795
第四章 劳动合同与集体合同的履行	797
一、劳动合同的履行	797

劳动合同的履行要遵循哪些原则 / 怎样正确地履行劳动合同	
二、集体合同的履行	801
集体合同的履行要遵循哪些原则 / 怎样正确地履行集体合同	

第五篇 合同的担保

第一章 什么是担保	807
一、担保的含义	807
二、担保的主要形式	808
保证 / 抵押 / 质押 / 留置 / 定金	
三、担保的种类	812
四、担保合同的形式	813
保函 / 备用信用证 / 安慰信	
五、担保合同条款	815
基本条款 / 保护性条款 / 特殊条款	
【法编辑录】中华人民共和国担保法	821
【法编辑录】企业动产抵押物登记管理办法	831
【案例剖析】保险合同无效案	833
第二章 银行担保业务	835
一、银行担保业务种类	835
二、我国商业银行现行贷款担保的有关规定	836
中国工商银行的贷款担保 / 中国建设银行的贷款担保 / 中国农业银行的贷款担保	
三、贷款抵押担保程序	848
【法编辑录】境内机构对外提供外汇担保管理办法	849
中国工商银行抵押贷款管理暂行办法	851
中国人民建设银行贷款抵押管理规定(试行)	854
中国农业银行贷款担保办法	862

【法编辑录】国家国有资产管理局关于国有企业办理抵押贷款若干问题的批复	868
【法编辑录】抵押贷款合同公证程序细则	870
【案例剖析】贷款担保合同中担保方使用他人帐号担保,银行划扣该帐号存款案	872
【案例剖析】借款合同双方变更借款合同后未通知担保方,担保方不再承担担保责任案	874
【案例剖析】以土地使用权抵押贷款案	875
第三章 合同的担保	876
一、购销合同中的担保	876
二、加工承揽合同中的担保	876
三、涉外经济合同中的担保	877
什么是涉外担保 / 保函 / 备用信用证 / 涉外信用担保的业务程序	

第一篇

第一篇

签订合同的基础知识

第一章 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,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。

法律精释

合同的法律定义

(《中华人民共和国民法通则》第八十五条)

【条文】 第八十五条 合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。依法成立的合同,受法律保护。

【释义】 本条规定合同的法律定义。

根据本条规定,合同具有以下法律特征:

1. 合同是双方或多方的法律行为。合同是当事人之间的协议,至少必须是两个以上的当事人意思表示一致才能使合同成立;两个以上的当事人必须分别代表双方或多方,只有单方的意见表示而无他方一致的意思表示,合同不能成立。这是合同区别于其他法律行为的重要标志,如遗嘱人立遗嘱只需单方的法律行为即可成立,因此不属合同范畴。

2. 合同的目的是设立、变更、终止民事法律关系。合同可以设立民事法律关系,如租赁合同就是在出租人和承租人之间设立转移物的使用权和交付租金的法律行为;合同也可以变更民事法律关系,如原租赁关系的双方当事人经协商变租赁为买卖合同,因此改变了法律关系;合同还可以终止民事法律关系,如经双方协商解除收养关系,被收养人给付收养期间的费用等。合同的这一特征,使合同区别于一般的无法律意义的约定。

3. 合同当事人法律地位平等。合同是独立的民事主体在自主自愿的基础上,通过平等协商签订的。因此,合同关系是平等的当事人之间的民事法律关系。无论是上级与下级,还是全民所有制单位与集体所有制单位,或者是单位与个人之间签订合同,其法律地位都是平等的;任何一方不得强迫或者命令对方订立合同。这一特征使合同关系区别于行政关系。

4. 合同是合法的行为,受法律的承认和保护。合同双方在订立合同时,应按照法律规定的要求进行。合同的内容必须符合国家法律法规的要求,合同的形式和订立合同的程序也要符合法律的要求。依法订立的合同一经成立便具有法律效力,受到国家法律的承认和保护,双方当事人必须遵照执行,不得擅自变更和解除。违背法律规定签订的合同,不但不能达到预期的法律效果,而且当事人还要承担相应的责任。

从本法规定的合同概念可以看出,合同包括债权合同和其他合同。债权合同,是指双方协议行为旨在设定、变更或消灭债权债务关系。其他非债权合同是指除债权合同以外的民事合同。有些合同虽然并不直接表现为债权债务关系,但在履行过程中,也可基于合同产生债的关系。所以,本法规定合同是债的产生原因之一。

调整合同关系的法律规范,除本法有关规定外,还有《经济合同法》、《技术合同法》、《涉外经济合同法》及最高人民法院的有关司法解释,国务院及其职能部门制订的实施细则和条例等。

法律精释

民法通则对债的定义

(《中华人民共和国民法通则》第八十四条)

【条文】 第八十四条 债是按照合同的约定或者依照法律的规定,在当事人之间产生的特定的权利和义务关系,享有权利的人是债权人,负有义务的人是债务人。

债权人有权要求债务人按照合同的约定或者按照法律的规定履行义务。

【释义】 本条规定债的含义,确定债权关系受法律保护原则。

按照本条规定,债是特定的当事人之间的民事法律关系,这种法律关系的一方当事人享有请求他方为一定行为或不为一定行为的权利,另有一方当事人负有满足该项请求的义务。当债和所有权或所有权关系相提并论时,称之为债权或债权关系。

1. 债的关系包含三个要素:

(1) 债的主体,即债的当事人,包括债权人和债务人。在债的关系中享有权利的人是债权人;负有义务的人就是债务人。具有民事主体资格的公民和法人都可以成为债的主体。作为特殊民事主体的国家,也可以成为债的主体。债权的主体与所有权的主体有显著不同:在债权关系中,其主体是特定的双方当事人,即不仅债权人特定,债务人也为特定;而在所有权关系中,其主体除权利人为特定外,义务人均不为特定,即任何人都负有不得侵犯所有人所有权的义务。

(2) 债的内容,包括债权、债务两方面。债权人享有的权利和债务人承担的义务构成了债的内容。在绝大多数情况下,债的内容表现为债权人要求债务人为一定的行为,少数情况下则表现为债权人要求债务人不为一定的行为。特定的债权人要求对方为特定的行为或不为特定的行为;特定的债务人被对方要求为特定的行为或不为特定的行为。债的这种关系,决定了债权与债务是相互对应、相互依存的。所有权关系中则无这种关系,其义务主体的义务只是不为一定的行为,即不妨碍所有人行使所有权,其权利主体则相对独立存在。

(3) 债的客体,即债权人的权利和债务人的义务所指向的对象。通常认为债的客体有物和行为两类。如买卖关系中的客体为商品,运输关系中的客体为运输行为。但也有人认为债的客体就是特定的行为,如给付行为,劳务行为等。

2. 根据本条规定,债的关系可依法按照合同的约定或者依照法律的规定而产生。

(1) 合同之债。合同是产生债的最普遍的依据。合同是设定当事人双方权利义务关系的协议,因此任何民事合同的成立,都可能意味着当事人之间债的关系的发生。本法第八十五条、第八十八条、第九十条等对合同有专门的规定。

(2)法律规定之债,主要是指依照本法规定的债。

①侵权行为所生之债。侵权行为是一种违法行为,受害人有权依法要求侵害人承担相应的民事责任。因此而在受害人和侵害人之间产生的债权、债务关系,就是侵权行为所生之债。本法第六章第三节对此有专门规定。

②不当得利所生之债。当事人一方没有法律根据,取得不当利益,造成他人损失时,其与受损害的另一方产生债的关系。本法第九十二条对此有专门规定。

③无因管理所生之债。依照本法第九十五条规定,没有法定的或者约定的义务,为避免他人利益受损而进行管理或者服务的,有权要求受益人偿付因此而支付的费用,无因管理人和受益人之间形成债的关系。

债权关系受到我国法律的确认和保护,债权人依法有权要求债务人按照合同的约定或者依据法律的规定履行义务,债务人也应依法积极地履行义务,保证债权人权利的实现;债务人如不自动履行,债权人可请求司法保护,由国家行使强制力使其履行。但是只有符合本法及其他法律规定所生之债,法律才予确认和保护;否则既不予确认也不予保护。如赌博是非法行为,赌债不受法律保护。

法律精释

什么是按份之债

(《中华人民共和国民法通则》第八十六条)

【条文】 第八十六条 债权人为二人以上的,按照确定的份额分享权利。债务人为二人以上的,按照确定的份额分担义务。

【释义】 本条是有关按份之债的规定。

债按其主体的人数为标准,可以分为单一之债和多数人之债。单一之债是指债权人、债务人双方均为一,所以又称简单之债。多数人之债则是指债权人或债务人为一方或双方是二人以上,所以也称共同之债。债权人为二人以上的,为多数债权人即共同债权人;债务人为二人以上的,为多数债务人即共同债务人。

多数人之债中,依多数债权人或多数债务人内部的关系,可分为连带之债和按份之债。本条规定的是按份之债,连带之债在本法第八十七条有具体规定。

按份之债是指以同一可分给付为标的,各债权人或各债务人按各自的份额分享债权或负担债务的多数人之债。各债权人享有的份额债权,称按份债权;各债务人负担的份额债务,称按份债务。

对于按份债权,各债权人只能就其所享的债权份额请求债务人履行,或接受债务人的给付,而无权接受超出其债权份额的给付,当其所享的债权份额受清偿时,该部分债权即归消灭,对其他债权人的按份债权不发生效力。对于按份债务,各债务人仅就自己所负担的债务份额向

债权人清偿,对其他债务人的按份债务,不负清偿义务,当其所负债务清偿完毕时,该部分债务即归消灭,对其他债务人的按份债务,不发生效力。

总之,按份之债的基本特征是:无论是多数债权人还是多数债务人,其各自享有的债权或所负担的义务的大小、多少,都只限于他们各自的份额。所以,按份之债实质上又可划分为数个独立之债。

法律精释

什么是连带之债

(《中华人民共和国民法通则》第八十七条)

【条文】 第八十七条 债权人或者债务人一方人数为二人以上的,依照法律的规定或者当事人的约定,享有连带权利的每个债权人,都有权要求债务人履行义务,负有连带义务的每个债务人,都负有清偿全部债务的义务,履行了义务的人,有权要求其他负有连带义务的人偿付他应当承担的份额。

【释义】 本条是关于连带之债的规定。

连带之债是指以同一给付为标的,各债权人或各债务人之间有连带关系的多数人之债。其中,数个债权人连带分享以同一给付为标的的债权称连带债权;数个债务人连带分担以同一给付为标的的债务称连带债务。所谓连带,就是债权人之一有权代受其他债权人应得份额的债权,或债务人之一有义务代负其他债务人应负担份额的债务。

连带债务中的任何一人,当其被任何一个债权人请求偿付全部债务时,不得以超过自己应负担份额为由予以拒绝;当其向债权人清偿完全连带债务时,全体债务人与债权人之间的债务归于消灭,但其有权向其余债务人请求偿付超过自己应负担份额的债务。实际上独自向债权人清偿全部债务的债务人,即可成为其他债务人的新债权人。在连带债务人内部,仍是按份债务,各债务人的债务份额,应依法律规定确定,法律无规定的,依当事人约定,无约定的,则均分份额。

连带债权中的任何一人,有权要求每一个债务人清偿债务;有权受领全部债权的给付。当其受领全部债权后,全体债权人的债权归于消灭。全体债权人内部仍应按各自确定的份额享受债权;受领全部给付的债权人对超出其应受份额的部分,应偿还给其他债权人。

规定连带之债的目的,是为加重债务人履行债务的责任,保证债的履行。实际上是债务人彼此之间承担了履行债务的担保。由于连带债务人的责任重大,因此,只有在法律规定或合同约定的情况下才可发生连带之债;否则,均按按份之债清偿。

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,变更或解除的权利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。

第二章 中国的合同法

一、中国合同法的现状

中国现行合同法主要包括下述法律、法规：

(一) 民法通则

中国尚未制定民法典，现行民法通则是中国民事法律的基本法。民法通则由第6届人大第4次会议于1986年4月1日通过，1987年1月1日施行。其中绝大多数规定都与合同有关，如第五章第二节债权，规定了合同定义；第六章规定了违反合同责任。

(二) 关于合同的民事特别法

中国现并存三个合同法，分别适用于不同的领域或不同的合同关系，形成所谓“三足鼎立”的格局。

1. 经济合同法

1981年12月13日公布，1982年7月1日施行，适用于国内的经济合同关系，包括总则、经济合同的订立和履行、经济合同的变更和解除、违反经济合同的责任、经济合同争议的调解和仲裁、经济合同的管理以及附则，共7章57条。依据该法第56条的规定，国务院陆续制定了7个合同条例。1993年9月2日第8届人大常委会第三次会议通过《关于修改经济合同法的决定》，对经济合同法作了重要的修正。

2. 技术合同法

1987年6月23日公布，同年11月1日施行，适用于国内技术开发、技术转让、技术咨询和技术服务的合同关系，包括总则、技术合同的订立、履行、变更和解除、技术转让合同、技术咨询和技术服务合同、技术合同争议的仲裁和诉讼、附则，共7章55条。

3. 涉外经济合同法

1985年3月21日公布，同年7月1日施行，适用于国内企业组织与外国企业组织和个人间的经济合同关系，但不适用于国际运输合同，包括总则、合同的订立、合同的履行和违反合同的责任、合同的转让、争议的解决、附则，共7章43条。

(三) 其他法律中有关合同的规定

最重要的是海商法。海商法于1992年11月7日公布，1993年7月1日施行。其中第四章规定海上货物运输合同，第五章规定海上旅客运输合同，第六章规定船舶租用合同，第七章规定海上拖航合同，第十二章规定海上保险合同。其他如著作权法，有关于著作权使用许可合同

的规定,铁路法有关于铁路运输合同的规定,中外合资经营企业法、中外合作经营企业法有关于合资经营合同和合作经营合同的规定,保险法有关于保险合同的规定,劳动法有关于劳动合同和集体合同的规定,城市房地产管理法有关于土地使用权出让合同、房地产转让合同、房地产抵押合同、房屋租赁合同的规定等。

(四)有关合同的法规

如工矿产品购销合同条例,农副产品购销合同条例,加工承揽合同条例,财产保险合同条例,借款合同条例,技术合同法实施细则等。

二、现行合同法的缺点

现行合同法是在中国改革开放的过程中陆续制定的,对于促进社会主义市场经济的发展,无疑发挥了重大作用。但现在看来,现行合同法还存在若干缺点:

1. 因经济体制上的原因所发生的缺点

现行合同法的产生,正值对旧的体制进行改革而新的体制尚未形成的时期,这就决定了现行合同法难免在立法目的和基本精神上较多地反映和体现了计划经济体制的要求,保留了不少反映旧体制特征的制度和原则。尤其是经济合同法制定于 80 年代初,较多地反映旧体制的要求,如强调国家指令性计划,对当事人合同自由的限制太多,行政干预太强。

2. 因立法体制上的原因所发生的缺点

中国现行立法体制实际上受行政体制的制约,除基本法如民法通则系由人大常委会法制工作委员会组织起草外,多数单行法及条例均由国务院所属一个或几个部委负责起草。负责起草的部委往往不可能从全局考虑,而是较多地考虑本部门、本系统的利益,这就导致了现行合同法互不协调、重复规定、相互抵触及被人为地肢解分割的缺点。并存三个合同法,就是这种立法体制造成的后果。

中国正致力于发展现代化的市场经济,建立全国统一的大市场,要求统一市场经济活动的法律规则。现行三个合同法互不统率,形成“三足鼎立”的格局,且各自的内容、体例、基本精神均不协调。例如关于基本原则的规定,经济合同法是“平等互利、协商一致、等价有偿”,涉外经济合同法是“平等互利、协商一致”;技术合同法是“自愿平等、互利有偿和诚实信用”。这些不同的表述,仅仅是文字上的差异,或是有实质上的不同?三个合同法只规范经济合同,而对于非经济合同迄今仍缺乏法律规定。并且三个合同法规均缺乏合同通则的规定。

3. 因民法理论上的原因所发生的缺点

中国原有民法理论是在 50 年代继受前苏联民法理论的基础上形成的,改革开放以来的立法基于社会经济生活所发生的根本变化,在许多方面已经突破或修改了原有理论。但现行合同立法仍保留了原民法理论中许多过时的、错误的东西。如以当事人之属于法人或公民而区分经济合同与民事合同,致使现行合同法不能涵盖全部合同关系。如公民之间的合同及消费者合同迄今未有规定。

4. 因立法指导思想上的原因所发生的缺点

中国立法指导思想历来强调所谓“成熟一个制定一个”及“立法宜粗不宜细”,造成现行合同法的分散零乱、过分原则及重要法律制度欠缺。如缺乏关于合同成立的要约承诺规则、关于合同履行的抗辩权的规定、关于法定解除权的规定、关于情事变更原则的规定等。经济生活中许多重要的合同类型迄今未有法律规定。已有的规定又往往因为太原则或过分简略而影响其适用。

三、经济合同法的修订与制定统一的合同法

(一)经济合同法的修订

1. 经济合同法修订工作概况

《经济合同法》的修订工作是从1987年开始的,中间经过若干曲折,产生过若干个修订草案。1992年春邓小平同志南巡讲话传达后,修订工作加快了进度。曾打算将该法修订成合同总则性质的法律,1993年春产生过一个名为中国合同法的草案,但后来考虑到通过法的修订不可能解决市场经济条件下合同法的统一问题,于是改为“两步走”。即将《经济合同法》的修订和合同法的统一问题分开。

2. 经济合同法修订的主要内容

1993年9月2日第8届人大常委会第三次会议通过《关于修改经济合同法的决定》,对经济合同法作了重要的修正。主要是:

其一,立法目的变更。即将原立法目的,由“保证国家计划的执行”修改为“保障社会主义市场经济的健康发展”,并删去诸如订立合同必须符合国家计划及违反国家计划的合同无效等规定。

其二,扩大适用范围。即扩大到“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”的合同。但仍不包括公民之间的合同和消费者合同。

其三,减少行政干预,扩大合同自由。特别表现在删去了由行政机关确认合同无效的制度。

其四,改革合同仲裁制度。将原法规定经仲裁不服可向法院起诉,改为当事人选择了仲裁即不得向法院起诉,仲裁裁决有终局效力。

(二)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。

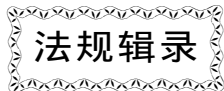
3. 法律基本结构

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。



中华人民共和国民法通则

(1986年4月12日第六届全国人民代表大会第四次会议通过)

目 录

第一章 基本原则

第二章 公民(自然人)

第一节 民事权利能力和民事行为能力

第二节 监护

第三节 宣告失踪和宣告死亡

第四节 个体工商户、农村承包经营户

第五节 个人合伙

第三章 法人

第一节 一般规定

第二节 企业法人

第三节 机关、事业单位和社会团体法人

第四节 联营

第四章 民事法律行为和代理

第一节 民事法律行为

第二节 代理

第五章 民事权利

第一节 财产所有权和与财产所有权有关的财产权

第二节 债权

第三节 知识产权

第四节 人身权

第六章 民事责任

第一节 一般规定

第二节 违反合同的民事责任

第三节 侵权的民事责任

第四节 承担民事责任的方式

第七章 诉讼时效

第八章 涉外民事关系的法律适用

第九章 附则

第一章 基本原则

第一条 为了保障公民、法人的合法的民事权益,正确调整民事关系,适应社会主义现代化建设事业发展的需要,根据宪法和我国实际情况,总结民事活动的实践经验,制定本法。

第二条 中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。

第三条 当事人在民事活动中的地位平等。

第四条 民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。

第五条 公民、法人的合法的民事权益受法律保护,任何组织和个人不得侵犯。

第六条 民事活动必须遵守法律,法律没有规定的,应当遵守国家政策。

第七条 民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益,破坏国家经济计划,扰乱社会经济秩序。

第八条 在中华人民共和国领域内的民事活动,适用中华人民共和国法律,法律另有规定的除外。

本法关于公民的规定,适用于在中华人民共和国领域内的外国人、无国籍人,法律另有规定的除外。

第二章 公民(自然人)

第一节 民事权利能力和民事行为能力

第九条 公民从出生时起到死亡时止,具有民事权利能力,依法享有民事权利,承担民事义务。

第十条 公民的民事权利能力一律平等。

第十一条 十八周岁以上的公民是成年人,具有完全民事行为能力,可以独立进行民事活动,是完全民事行为能力人。

十六周岁以上不满十八周岁的公民,以自己的劳动收入为主要生活来源的,视为完全民事行为能力人。

第十二条 十周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人,可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动;其他民事活动由他的法定代理人代理,或者征得他的法定代理人的同意。

不满十周岁的未成年人是无民事行为能力人,由他的法定代理人代理民事活动。

第十三条 不能辨认自己行为的精神病人是无民事行为能力人,由他的法定代理人代理民事活动。

不能完全辨认自己行为的精神病人是限制民事行为能力人,可以进行与他的精神健康状况相适应的民事活动;其他民事活动由他的法定代理人代理,或者征得他的法定代理人的同意。

第十四条 无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是他的法定代理人。

第十五条 公民以他的户籍所在地的居住地为住所,经常居住地与住所不一致的,经常居住地视为住所。

第二节 监 护

第十六条 未成年人的父母是未成年人的监护人。

未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的,由下列人员中有监护能力的人担任监护人:

(一)祖父母、外祖父母;

(二)兄、姐;

(三)关系密切的其他家属、朋友愿意承担监护责任,经未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会同意的。

对担任监护人有争议的,由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的,由人民法院裁决。

没有第一款、第二款规定的监护人的,由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人的住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。

第十七条 无民事行为能力或者限制民事行为能力的精神病人,由下列人员担任监护人:

(一)配偶;

(二)父母;

(三)成年子女;

(四)其他近亲属;

(五)关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任,经精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会同意的。

对担任监护人有争议的,由精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的,由人民法院裁决。

没有第一款规定的监护人的,由精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。

第十八条 监护人应当履行监护职责,保护被监护人的人身、财产及其他合法权益,除为被监护人的利益外,不得处理被监护人财产。

监护人依法履行监护的权利,受法律保护。

监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的,应当承担责任;给被监护人造成

财产损失的,应当赔偿损失。人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请,撤销监护人的资格。

第十九条 精神病人的利害关系人,可以向人民法院申请宣告精神病人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人。

被人民法院宣告为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的,根据他健康恢复的状况,经本人或者利害关系人申请,人民法院可以宣告他为限制民事行为能力人或者完全民事行为能力人。

第三节 宣告失踪和宣告死亡

第二十条 公民下落不明满二年,利害关系人可以向人民法院申请宣告他为失踪人。

战争期间下落不明的,下落不明的时间从战争结束之日起计算。

第二十一条 失踪人的财产由他的配偶、父母、成年子女或者关系密切的其他亲属、朋友代管。代管有争议的,没有以上规定的人或者以上规定的人无能力代管的,由人民法院指定的人代管。

失踪人所欠税款、债务和应付的其他费用,由代管人从失踪人的财产中支付。

第二十二条 被宣告失踪的人重新出现或者确知他的下落,经本人或者利害关系人申请,人民法院应当撤销对他的失踪宣告。

第二十三条 公民有下列情形之一的,利害关系人可以向人民法院申请宣告他死亡:

(一)下落不明满四年的;

(二)因意外事故下落不明,从事故发生之日起满二年的。战争期间下落不明的,下落不明的时间从战争结束之日起计算。

第二十四条 被宣告死亡的人重新出现或者确知他没有死亡,经本人或者利害关系人申请,人民法院应当撤销对他的死亡宣告。

有民事行为能力人在被宣告死亡期间实施的民事法律行为有效。

第二十五条 被撤销死亡宣告的人有权请求返还财产。依照继承法取得他的财产的公民或者组织,应当返还原物;原物不存在的,给予适当补偿。

第四节 个体工商户、农村承包经营户

第二十六条 公民在法律允许的范围内,依法经核准登记,从事工商业经营的,为个体工商户。个体工商户可以起字号。

第二十七条 农村集体经济组织的成员在法律允许的范围内,按照承包合同规定从事商品经营的,为农村承包经营户。

第二十八条 个体工商户、农村承包经营户的合法权益,受法律保护。

第二十九条 个体工商户、农村承包经营户的债务,个人经营的,以个人财产承担;家庭经

营的,以家庭财产承担。

第五节 个人合伙

第三十条 个人合伙是指两个以上公民按照协议,各自提供资金、实物、技术等,合伙经营、共同劳动。

第三十一条 合伙人应当对出资数额、盈余分配、债务承担、入伙、退伙、合伙终止等事项,订立书面协议。

第三十二条 合伙人投入的财产,由合伙人统一管理和使用。

合伙经营积累的财产,归合伙人共有。

第三十三条 个人合伙可以起字号,依法经核准登记,在核准登记的经营范围内从事经营。

第三十四条 个人合伙的经营活动,由合伙人共同决定,合伙人有执行和监督的权利。

合伙人可以推举负责人。合伙负责人和其他人员的经营活动,由全体合伙人承担民事责任。

第三十五条 合伙的债务,由合伙人按照出资比例或者协议的约定,以各自的财产承担清偿责任。

合伙人对合伙的债务承担连带责任,法律另有规定的除外。偿还合伙债务超过自己应当承担数额的合伙人,有权向其他合伙人追偿。

第三章 法 人

第一节 一般规定

第三十六条 法人是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。

法人的民事权利能力和民事行为能力,从法人成立时产生,到法人终止时消灭。

第三十七条 法人应当具备下列条件:

- (一)依法成立;
- (二)有必要的财产或者经费;
- (三)有自己的名称、组织机构和场所;
- (四)能够独立承担民事责任。

第三十八条 依照法律或者法人组织章程规定,代表法人行使职权的负责人,是法人的法定代表人。

第三十九条 法人以它的主要办事机构所在地为住所。

第四十条 法人终止,应当依法进行清算,停止清算范围外的活动。

第二节 企业法人

第四十一条 全民所有制企业、集体所有制企业有符合国家规定的资金数额,有组织章程、组织机构和场所,能够独立承担民事责任,经主管机关核准登记,取得法人资格。

在中华人民共和国领域内设立的中外合资经营企业,中外合作经营企业和外资企业,具备法人条件的,依法经工商行政管理机关核准登记,取得中国法人资格。

第四十二条 企业法人应当在核准登记的经营范围内从事经营。

第四十三条 企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营活动,承担民事责任。

第四十四条 企业法人分立、合并或者有其他重要事项变更,应当向登记机关办理登记并公告。

企业法人分立、合并,它的权利和义务由变更后的法人享有和承担。

第四十五条 企业法人由于下列原因之一终止:

- (一)依法被撤销;
- (二)解散;
- (三)依法宣告破产;
- (四)其他原因。

第四十六条 企业法人终止,应当向登记机关办理注销登记并公告。

第四十七条 企业法人解散,应当成立清算组织,进行清算。企业法人被撤销、被宣告破产的,应当由主管机关或者人民法院组织有关机关和有关人员成立清算组织,进行清算。

第四十八条 全民所有制企业法人以国家授予它经营管理的财产承担民事责任。集体所有制企业法人以企业所有的财产承担民事责任。中外合资经营企业法人、中外合作经营企业法人和外资企业法人以企业所有的财产承担民事责任,法律另有规定的除外。

第四十九条 企业法人有下列情形之一的,除法人承担责任外,对法定代表人可以给予行政处分、罚款,构成犯罪的,依法追究刑事责任:

- (一)超出登记机关核准登记的经营范围从事非法经营的;
- (二)向登记机关、税务机关隐瞒真实情况、弄虚作假的;
- (三)抽逃资金、隐匿财产逃避债务的;
- (四)解散、被撤销、被宣告破产后,擅自处理财产的;
- (五)变更、终止时不及时申请办理登记和公告,使利害关系人遭受重大损失的;
- (六)从事法律禁止的其他活动,损害国家利益或者社会公共利益的。

第三节 机关、事业单位和社会团体法人

第五十条 有独立经费的机关从成立之日起,具有法人资格。

具备法人条件的事业单位、社会团体,依法不需要办理法人登记的,从成立之日起,具有法人资格;依法需要办理法人登记的,经核准登记,取得法人资格。

第四节 联 营

第五十一条 企业之间或者企业、事业单位之间联营,组成新的经济实体,独立承担民事责任、具备法人条件的,经主管机关核准登记,取得法人资格。

第五十二条 企业之间或者企业、事业单位之间联营,共同经营、不具备法人条件的,由联营各方按照出资比例或者协议的约定,以各自所有的或者经营管理的财产承担民事责任。依照法律的规定或者协议的约定负连带责任的,承担连带责任。

第五十三条 企业之间或者企业、事业单位之间联营,按照合同的约定各自独立经营的,它的权利和义务由合同约定,各自承担民事责任。

第四章 民事法律行为和代理

第一节 民事法律行为

第五十四条 民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。

第五十五条 民事法律行为应当具备下列条件:

- (一)行为人具有相应的民事行为能力;
- (二)意思表示真实;
- (三)不违反法律或者社会公共利益。

第五十六条 民事法律行为可以采用书面形式、口头形式或者其他形式。法律规定用特定形式的,应当依照法律规定。

第五十七条 民事法律行为从成立时起具有法律约束力。行为人非依法律规定或者取得对方同意,不得擅自变更或者解除。

第五十八条 下列民事行为无效:

- (一)无民事行为能力人实施的;
- (二)限制民事行为能力人依法不能独立实施的;
- (三)一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下所为的;
- (四)恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益的;
- (五)违反法律或者社会公共利益的;
- (六)经济合同违反国家指令性计划的;
- (七)以合法形式掩盖非法目的的。

无效的民事行为,从行为开始起就没有法律约束力。

第五十九条 下列民事行为,一方有权请求人民法院或者仲裁机关予以变更或者撤销:

(一)行为人对行为内容有重大误解的;

(二)显失公平的。

被撤销的民事行为从行为开始起无效。

第六十条 民事行为部分无效,不影响其他部分的效力的,其他部分仍然有效。

第六十一条 民事行为被确认为无效或者被撤销后,当事人因该行为取得的财产,应当返还给受损失的一方。有过错的一方应当赔偿对方因此所受的损失,双方都有过错的,应当各自承担相应的责任。

双方恶意串通,实施民事行为损害国家的、集体的或者第三人的利益的,应当追缴双方取得的财产,收归国家、集体所有或者返还第三人。

第六十二条 民事法律行为可以附条件,附条件的民事法律行为在符合所附条件时生效。

第二节 代 理

第六十三条 公民、法人可以通过代理人实施民事法律行为。

代理人在代理权限内,以被代理人的名义实施民事法律行为。被代理人对代理人的代理行为,承担民事责任。

依照法律规定或者按照双方当事人约定,应当由本人实施的民事法律行为,不得代理。

第六十四条 代理包括委托代理、法定代理和指定代理。

委托代理人按照被代理人的委托行使代理权,法定代理人依照法律的规定行使代理权,指定代理人按照人民法院或者指定单位的指定行使代理权。

第六十五条 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。

书面委托代理的授权委托书应当载明代理人的姓名或者名称、代理事项、权限和期间,并由委托人签名或盖章。

委托书授权不明的,被代理人应当向第三人承担民事责任,代理人负连带责任。

第六十六条 没有代理权、超越代理权或者代理权终止后的行为,只有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。本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示的,视为同意。

代理人不履行职务而给被代理人造成损害的,应当承担民事责任。

代理人和第三人串通,损害被代理人的利益的,由代理人和第三人负连带责任。

第三人知道行为人没有代理权、超越代理权或者代理权已终止还与行为人实施民事行为给他人造成损害的,由第三人和行为人负连带责任。

第六十七条 代理人知道被委托代理的事项违法仍然进行代理活动的,或者被代理人知道代理人的代理行为违法不表示反对的,由被代理人和代理人负连带责任。

第六十八条 委托代理人为被代理人的利益需要转托他人代理的,应当事先取得被代理

人的同意。事先没有取得被代理人同意的,应当在事后及时告诉被代理人,如果被代理人不同意,由代理人对自己所转托的人的行为负民事责任,但在紧急情况下,为了保护被代理人的利益而转托他人代理的除外。

第六十九条 有下列情形之一的,委托代理终止:

- (一)代理期间届满或者代理事务完成;
- (二)被代理人取消委托或者代理人辞去委托;
- (三)代理人死亡;
- (四)代理人丧失民事行为能力;
- (五)作为被代理人或者代理人的法人终止。

第七十条 有下列情形之一的,法定代理或者指定代理终止:

- (一)被代理人取得或者恢复民事行为能力;
- (二)被代理人或者代理人死亡;
- (三)代理人丧失民事行为能力;
- (四)指定代理的人民法院或者指定单位取消指定;
- (五)由其他原因引起的被代理人和代理人之间的监护关系消灭。

第五章 民事权利

第一节 财产所有权和与财产所有权有关的财产权

第七十一条 财产所有权是指所有人依法对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利。

第七十二条 财产所有权的取得,不得违反法律规定。按照合同或者其他合法方式取得财产的,财产所有权从财产交付时起转移,法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

第七十三条 国家财产属于全民所有。

国家财产神圣不可侵犯,禁止任何组织或者个人侵占、哄抢、私分、截留、破坏。

第七十四条 劳动群众集体组织的财产属于劳动群众集体所有,包括:

- (一)法律规定为集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂等。
- (二)集体经济组织的财产;
- (三)集体所有的建筑物、水库、农田水利设施和教育、科学、文化、卫生、体育等设施;
- (四)集体所有的其他财产。

集体所有的土地依照法律属于村农民集体所有,由村农业生产合作社等农业集体经济组织或者村民委员会经营、管理。已经属于乡(镇)农民集体经济组织所有的,可以属于乡(镇)农民集体所有。

集体所有的财产受法律保护,禁止任何组织或者个人侵占、哄抢、私分、破坏或者非法查

封、扣押、冻结、没收。

第七十五条 公民的个人财产,包括公民的合法收入、房屋、储蓄、生活用品、文物、图书资料、林木、牲畜和法律允许公民所有的生产资料以及其他合法财产。

公民的合法财产受法律保护,禁止任何组织或者个人侵占、哄抢、破坏或者非法查封、扣押、冻结、没收。

第七十六条 公民依法享有财产继承权。

第七十七条 社会团体包括宗教团体的合法财产受法律保护。

第七十八条 财产可以由两个以上的公民、法人共有。

共有分为按份共有和共同共有。按份共有人按照各自的份额,对共有财产分享权利,分担义务。共同共有人对共有财产享有权利承担义务。

按份共有财产的每个共有人有权要求将自己的份额分出或者转让。但在出售时,其他共有人在同等条件下,有优先购买的权利。

第七十九条 所有人不明的埋藏物、隐藏物,归国家所有。接收单位应当对上缴的单位或者个人,给予表扬或者物质奖励。

拾得遗失物、漂流物或者失散的饲养动物,应当归还失主。因此而支出的费用由失主偿还。

第八十条 国家所有的土地,可以依法由全民所有制单位使用,也可以依法确定由集体所有制单位使用,国家保护它的使用、收益的权利,使用单位有管理、保护、合理利用的义务。

公民、集体依法对集体所有的或者国家所有由集体使用的土地的承包经营权,受法律保护。承包双方的权利和义务,依照法律由承包合同规定。

土地不得买卖、出租、抵押或者以其他形式非法转让。

第八十一条 国家所有的森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面等自然资源,可以依法由全民所有制单位使用,也可以依法确定由集体所有制单位使用,国家保护它的使用、收益的权利;使用单位有管理、保护、合理利用的义务。

国家所有的矿藏,可以依法由全民所有制单位和集体所有制单位开采,也可以依法由公民采挖。国家保护合法的采矿权。

公民、集体依法对集体所有的或者国家所有由集体使用的森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面的承包经营权,受法律保护。承包双方的权利和义务,依照法律由承包合同规定。

国家所有的矿藏、水流,国家所有的和法律规定属于集体所有的林地、山岭、草原、荒地、滩涂不得买卖、出租、抵押或者以其他形式非法转让。

第八十二条 全民所有制企业对国家授予它经营管理的财产依法享有经营权,受法律保护。

第八十三条 不动产的相邻各方,应当按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的精神,正确处理截水、排水、通行、通风、采光等方面的相邻关系。给相邻方造成妨碍或者损失的,应当停止侵害,排除妨碍,赔偿损失。

第二节 债 权

第八十四条 债是按照合同的约定或者依照法律的规定,在当事人之间产生的特定的权

利和义务关系。享有权利的人是债权人,负有义务的人是债务人。

债权人有权要求债务人按照合同的约定或者依照法律的规定履行义务。

第八十五条 合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。依法成立的合同,受法律保护。

第八十六条 债权人为二人以上的,按照确定的份额分享权利。债务人为二人以上的,按照确定的份额分担义务。

第八十七条 债权人或者债务人一方人数为二人以上的,依照法律的规定或者当事人的约定,享有连带权利的每个债权人,都有权要求债务人履行义务;负有连带义务的每个债务人,都负有清偿全部债务的义务,履行了义务的人,有权要求其他负有连带义务的人偿付他应当承担的份额。

第八十八条 合同的当事人应当按照合同的约定,全部履行自己的义务。

合同中有关质量、期限、地点或者价款约定不明确,按照合同有关条款内容不能确定,当事人又不能通过协商达成协议的,适用下列规定:

(一)质量要求不明确的,按照国家质量标准履行,没有国家质量标准的,按照通常标准履行。

(二)履行期限不明确的,债务人可以随时向债权人履行义务,债权人也可以随时要求债务人履行义务,但应当给对方必要的准备时间。

(三)履行地点不明确,给付货币的,在接受给付一方的所在地履行,其他标的在履行义务一方的所在地履行。

(四)价款约定不明确的,按照国家规定的价格履行;没有国家规定价格的,参照市场价格或者同类物品的价格或者同类劳务的报酬标准履行。

合同对专利申请权没有约定的,完成发明创造的当事人享有申请权。

合同对科技成果的使用权没有约定的,当事人都有使用的权利。

第八十九条 依照法律的规定或者按照当事人的约定,可以采用下列方式担保债务的履行:

(一)保证人向债权人保证债务人履行债务,债务人不履行债务的,按照约定由保证人履行或者承担连带责任;保证人履行债务后,有权向债务人追偿。

(二)债务人或者第三人可以提供一定的财产作为抵押物。债务人不履行债务的,债权人有权依照法律的规定以抵押物折价或者以变卖抵押物的价款优先得到偿还。

(三)当事人一方在法律规定的范围内可以向对方给付定金。债务人履行债务后,定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行债务的,无权要求返还定金;接受定金的一方不履行债务的,应当双倍返还定金。

(四)按照合同约定一方占有对方的财产,对方不按照合同给付应付款项超过约定期限的,占有人有权留置该财产,依照法律的规定以留置财产折价或者以变卖该财产的价款优先得到偿还。

第九十条 合法的借贷关系受法律保护。

第九十一条 合同一方将合同的权利、义务全部或者部分转让给第三人的,应当取得合同

另一方的同意,并不得牟利。依照法律规定应当由国家批准的合同,需经原批准机关批准。但是,法律另有规定或者原合同另有约定的除外。

第九十二条 没有合法根据,取得不当利益,造成他人损失的,应当将取得的不当利益返还受损失的人。

第九十三条 没有法定的或者约定的义务,为避免他人利益受损失进行管理或者服务的,有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用。

第三节 知识产权

第九十四条 公民、法人享有著作权(版权),依法有署名、发表、出版、获得报酬等权利。

第九十五条 公民、法人依法取得的专利权受法律保护。

第九十六条 法人、个体工商户、个人合伙依法取得的商标专用权受法律保护。

第九十七条 公民对自己的发现享有发现权。发现人有权申请领取发现证书、奖金或者其他奖励。

公民对自己的发明或者其他科技成果,有权申请领取荣誉证书、资金或者其他奖励。

第四节 人身权

第九十八条 公民享有生命健康权。

第九十九条 公民享有姓名权,有权决定、使用和依照规定改变自己的姓名,禁止他人干涉、盗用、假冒。

法人、个体工商户、个人合伙享有名称权。企业法人、个体工商户、个人合伙有权使用、依法转让自己的名称。

第一百条 公民享有肖像权,未经本人同意,不得以营利为目的使用公民的肖像。

第一百零一条 公民、法人享有名誉权,公民的人格尊严受法律保护,禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。

第一百零二条 公民、法人享有荣誉权,禁止非法剥夺公民、法人的荣誉称号。

第一百零三条 公民享有婚姻自主权,禁止买卖、包办婚姻和其他干涉婚姻自由的行为。

第一百零四条 婚姻、家庭、老人、母亲和儿童受法律保护。

残疾人的合法权益受法律保护。

第一百零五条 妇女享有同男子平等的民事权利。

第六章 民事责任

第一节 一般规定

第一百零六条 公民、法人违反合同或者不履行其他义务的,应当承担民事责任。

公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产,侵害他人财产、人身的,应当承担民事责任。

没有过错,但法律规定应当承担民事责任的,应当承担民事责任。

第一百零七条 因不可抗力不能履行合同或者造成他人损害的,不承担民事责任,法律另有规定的除外。

第一百零八条 债务应当清偿。暂时无力偿还的,经债权人同意或者人民法院裁决,可以由债务人分期偿还。有能力偿还拒不偿还的,由人民法院判决强制偿还。

第一百零九条 因防止、制止国家的、集体的财产或者他人的财产、人身遭受侵害而使自己受到损害的,由侵害人承担赔偿责任,受益人也可以给予适当的补偿。

第一百一十条 对承担民事责任的公民、法人需要追究行政责任的,应当追究行政责任;构成犯罪的,对公民、法人的法定代表人应当依法追究刑事责任。

第二节 违反合同的民事责任

第一百一十一条 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。

第一百一十二条 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。

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;也可以在合同中约定对于违反合同而产生的损失赔偿额的计算方法。

第一百一十三条 当事人双方都违反合同的,应当分别承担各自应负的民事责任。

第一百一十四条 当事人一方因另一方违反合同受到损失的,应当及时采取措施防止损失扩大;没有及时采取措施致使损失的扩大的,无权就扩大的损失要求赔偿。

第一百一十五条 合同的变更或者解除,不影响当事人要求赔偿损失的权利。

第一百一十六条 当事人一方由于上级机关的原因,不能履行合同义务的,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。

第三节 侵权的民事责任

第一百一十七条 侵占国家的、集体的财产或者他人财产的,应当返还财产,不能返还财

产的,应当折价赔偿。

损坏国家的、集体的财产或者他人财产的,应当恢复原状或者折价赔偿。

受害人因此遭受其他重大损失的,侵害人并应当赔偿损失。

第一百一十八条 公民、法人的著作权(版权)、专利权、商标专用权、发现权、发明权和其他科技成果权受到剽窃、篡改、假冒等侵害的,有权要求停止侵害,消除影响,赔偿损失。

第一百一十九条 侵害公民身体造成伤害的,应当赔偿医疗费、因误工减少的收入、残废者生活补助费等费用;造成死亡的,并应当支付丧葬费、死者生前抚养的人必要的生活费等费用。

第一百二十条 公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权受到侵害的,有权要求停止侵害,恢复名誉,消除影响,赔礼道歉,并可以要求赔偿损失。

法人的名称权、名誉权、荣誉权受到侵害的,适用前款规定。

第一百二十一条 国家机关或者国家机关工作人员在执行职务中,侵犯公民、法人的合法权益造成损害的,应当承担民事责任。

第一百二十二条 因产品质量不合格造成他人财产、人身损害的,产品制造者、销售者应当依法承担民事责任。运输者、仓储者对此负有责任的,产品制造者、销售者有权要求赔偿损失。

第一百二十三条 从事高空、高压、易燃、易爆、剧毒、放射性、高速运输工具等对周围环境有高度危险的作业造成他人损害的,应当承担民事责任;如果能够证明损害是由受害人故意造成的,不承担民事责任。

第一百二十四条 违反国家保护环境防止污染的规定,污染环境造成他人损害的,应当依法承担民事责任。

第一百二十五条 在公共场所、道旁或者通道上挖坑、修缮安装地下设施等,没有设置明显标志和采取安全措施造成他人损害的,施工人应当承担民事责任。

第一百二十六条 建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落造成他人损害的,它的所有人或者管理人应当承担民事责任,但能够证明自己没有过错的除外。

第一百二十七条 饲养的动物造成他人损害的,动物饲养人或者管理人应当承担民事责任;由于受害人的过错造成损害的,动物饲养人或者管理人不承担民事责任;由于第三人的过错造成损害的,第三人应当承担民事责任。

第一百二十八条 因正当防卫造成损害的,不承担民事责任。正当防卫超过必要的限度,造成不应有的损害的,应当承担适当的民事责任。

第一百二十九条 因紧急避险造成损害的,由引起险情发生的人承担民事责任。如果危险是由自然原因引起的,紧急避险人不承担民事责任或者承担适当的民事责任。因紧急避险采取措施不当或者超过必要的限度,造成不应有的损害的,紧急避险人应当承担适当的民事责任。

第一百三十条 二人以上共同侵权造成他人损害的,应当承担连带责任。

第一百三十一条 受害人对于损害的发生也有过错的,可以减轻侵害人的民事责任。

第一百三十二条 当事人对造成损害都没有过错的,可以根据实际情况,由当事人分担民

事责任。

第一百三十三条 无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的,由监护人承担民事责任。监护人尽了监护责任的,可以适当减轻他的民事责任。

有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的,从本人财产中支付赔偿费用。不足部分,由监护人适当赔偿,但单位担任监护人的除外。

第四节 承担民事责任的方式

第一百三十四条 承担民事责任的方式主要有:

- (一)停止侵害;
- (二)排除妨碍;
- (三)消除危险;
- (四)返还财产;
- (五)恢复原状;
- (六)修理、重作、更换;
- (七)赔偿损失;
- (八)支付违约金;
- (九)消除影响、恢复名誉;
- (十)赔礼道歉。

以上承担民事责任的方式,可以单独适用,也可以合并适用。

人民法院审理民事案件,除适用上述规定外,还可以予以训诫、责令具结悔过、收缴进行非法活动的财物和非法所得,并可以依照法律规定处以罚款、拘留。

第七章 诉讼时效

第一百三十五条 向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年,法律另有规定的除外。

第一百三十六条 下列的诉讼时效期间为一年:

- (一)身体受到伤害要求赔偿的;
- (二)出售质量不合格的商品未声明的;
- (三)延付或者拒付租金的;
- (四)寄存财物被丢失或者损毁的。

第一百三十七条 诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。但是,从权利被侵害之日起超过二十年的,人民法院不予保护。有特殊情况的,人民法院可以延长诉讼时效期间。

第一百三十八条 超过诉讼时效期间,当事人自愿履行的,不受诉讼时效限制。

第一百三十九条 在诉讼时效期间的最后六个月内,因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的,诉讼时效中止。从中止时效的原因消除之日起,诉讼时效期间继续计算。

第一百四十条 诉讼时效因提起诉讼、当事人一方提出要求或者同意履行义务而中断。从中断时起,诉讼时效期间重新计算。

第一百四十一条 法律对诉讼时效另有规定的,依照法律规定。

第八章 涉外民事关系的法律适用

第一百四十二条 涉外民事关系的法律适用,依照本章的规定确定。

中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的,适用国际条约的规定,但中华人民共和国声明保留的条款除外。

中华人民共和国法律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。

第一百四十三条 中华人民共和国公民定居国外的,他的民事行为能力可以适用定居国法律。

第一百四十四条 不动产的所有权,适用不动产所在地法律。

第一百四十五条 涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律,法律另有规定的除外。

涉外合同的当事人没有选择的,适用与合同有最密切联系的国家的法律。

第一百四十六条 侵权行为的损害赔偿,适用侵权行为地法律。当事人双方国籍相同或者在同一国家有住所的,也可以适用当事人本国法律或者住所地法律。

中华人民共和国法律不认为在中华人民共和国领域外发生的行为是侵权行为的,不作为侵权行为处理。

第一百四十七条 中华人民共和国公民和外国人结婚适用婚姻缔结地法律,离婚适用受理案件的法院所在地法律。

第一百四十八条 扶养适用与被扶养人有最密切联系的国家的法律。

第一百四十九条 遗产的法定继承,动产适用被继承人死亡时住所地法律,不动产适用不动产所在地法律。

第一百五十条 依照本章规定适用外国法律或者国际惯例的,不得违背中华人民共和国的社会公共利益。

第九章 附 则

第一百五十一条 民族自治地方的人民代表大会可以根据本法规定的原则,结合当地民族的特点,制定变通的或者补充的单行条例或者规定。自治区人民代表大会制定的,依照法律规定报全国人民代表大会常务委员会批准或者备案;自治州、自治县人民代表大会制定的,报

省、自治区人民代表大会常务委员会批准。

第一百五十二条 本法生效以前,经省、自治区、直辖市以上主管机关批准开办的全民所有制企业,已经向工商行政管理机关登记的,可以不再办理法人登记,即具有法人资格。

第一百五十三条 本法所称的“不可抗力”,是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。

第一百五十四条 民法所称的期间按照公历年、月、日、小时计算。

规定按照小时计算期间的,从规定时开始计算。规定按照日、月、年计算期间的,开始的当天不算入,从下一天开始计算。

期间的最后一天是星期日或者其他法定节假日的,以节假日的次日为期间的最后一天。

期间的最后一天的截止时间为二十四点。有业务时间的,到停止业务活动的时间截止。

第一百五十五条 民法所称的“以上”、“以下”、“以内”、“届满”,包括本数;所称的“不满”、“以外”,不包括本数。

第一百五十六条 本法自 1987 年 1 月 1 日施行。

司法解释

最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民法通则》若干问题的意见(试行)

(1988 年 1 月 26 日最高人民法院审判委员会讨论通过
1988 年 4 月 2 日 法(办)发[1988]6 号发文)

《中华人民共和国民法通则》(以下简称民法通则)已于 1987 年 1 月 1 日起施行。现就民法通则在贯彻执行中遇到的问题提出以下意见。

一、公 民

(一)关于民事权利能力和民事行为能力问题

1. 公民的民事权利能力自出生时开始。出生的时间以户籍证明为准;没有户籍证明的,以医院出具的出生证明为准。没有医院证明的,参照其他有关证明认定。

2. 16 周岁以上不满 18 周岁的公民,能够以自己的劳动取得收入,并能维持当地群众一般生活水平的,可以认定为以自己的劳动收入为主要生活来源的完全民事行为能力人。

3. 10 周岁以上的未成年人进行的民事活动是否与其年龄、智力状况相适应,可以从行为与本人生活相关联的程度、本人的智力能否理解其行为,并预见相应的行为后果,以及行为标的数额等方面认定。

4. 不能完全辨认自己行为的精神病人进行的民事活动,是否与其精神健康状态相适应,可以从行为与本人生活相关联的程度、本人的精神状态能否理解其行为,并预见相应的行为后果,以及行为标的数额等方面认定。

5. 精神病人(包括痴呆症人)如果没有判断能力和自我保护能力,不知其行为后果的,可以认定为不能辨认自己行为的人;对于比较复杂的事物或者比较重大的行为缺乏判断能力和自我保护能力,并且不预见其行为后果的,可以认定为不能完全辨认自己行为的人。

6. 无民事行为能力人、限制民事行为能力人接受奖励、赠予、报酬,他人不得以行为人无民事行为能力、限制民事行为能力为由,主张以上行为无效。

7. 当事人是否患有精神病,人民法院应当根据司法精神病学鉴定或者参照医院的诊断、鉴定确认。在不具备诊断、鉴定条件的情况下,也可以参照群众公认的当事人的精神状态认定,但应以利害关系人没有异议为限。

8. 在诉讼中,当事人及利害关系人提出一方当事人患有精神病(包括痴呆症),人民法院认为确有必要认定的,应当按照民事诉讼法(试行)规定的特别程序,先作出当事人有无民事行为能力为能力的判决。

确认精神病人(包括痴呆症人)为限制民事行为能力人的,应当比照民事诉讼法(试行)规定的特别程序进行审理。

9. 公民离开住所地最后连续居住 1 年以上的地方,为经常居住地。但住医院治疗的除外。

公民由其户籍所在地迁出后至迁入另一地之前,无经常居住地的,仍以其原户籍所在地为住所。

(二)关于监护问题

10. 监护人的监护职责包括:保护被监护人的身体健康,照顾被监护人的生活,管理和保护被监护人的财产,代理被监护人进行民事活动,对被监护人进行管理和教育,在被监护人合法权益受到侵害或者与人发生争议时,代理其进行诉讼。

11. 认定监护人的监护能力,应当根据监护人的身体健康状况、经济条件,以及与被监护人在生活上的联系状况等因素确定。

12. 民法通则中规定的近亲属,包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。

13. 为患有精神病的未成年人设定监护人,适用民法通则第十六条的规定。

14. 人民法院指定监护人时,可以将民法通则第十六条第二款中的(一)、(二)、(三)项或者第十七条第一款中的(一)、(二)、(三)、(四)、(五)项规定视为指定监护人的顺序。前一顺序有监护资格的人无监护能力或者对被监护人明显不利的,人民法院可以根据对被监护人有利的原则,从后一顺序有监护资格的人中择优确定。被监护人有识别能力的,应视情况征求被监

护人的意见。

监护人可以是 1 人,也可以是同一顺序中数人。

15. 有监护资格的人之间协议确定监护人的,应当由协议确定的监护人对被监护人承担监护责任。

16. 对于担任监护人有争议的,应当按照民法通则第十六条第三款或者第十七条第二款的规定,由有关组织予以指定。未经指定而向人民法院起诉的,人民法院不予受理。

17. 有关组织依照民法通则规定指定监护人,以书面或者口头通知了被指定人的,应当认定指定成立。被指定人不服的,应当在接到通知的次日起 30 日内向人民法院起诉。逾期起诉的,按变更监护关系处理。

18. 监护人被指定后,不得自行变更。擅自变更的,由原被指定的监护人和变更后的监护人承担监护责任。

19. 被指定人对指定不服提起诉讼的,人民法院应当根据本意见第十四条的规定,作出维持或者撤销指定监护人的判决。如果判决是撤销原指定的,可以同时另行指定监护人。此类案件,比照民事诉讼法规定的特别程序进行审理。

在人民法院作出判决前的监护责任,一般应当按照指定监护人的顺序,由有监护资格的人承担。

20. 监护人不履行监护职责,或者侵害了被监护人的合法权益,民法通则第十六条、第十七条规定的其他有监护资格的人或者单位向人民法院起诉,要求监护人承担民事责任的,按照普通程序审理;要求变更监护关系的,按照特别程序审理;既要求承担民事责任,又要求变更监护关系的,分别审理。

21. 夫妻离婚后,与子女共同生活的一方无权取消对方对该子女的监护权;但是,未与该子女共同生活的一方,对该子女有犯罪行为、虐待行为或者对该子女明显不利的,人民法院认为可以取消的除外。

22. 监护人可以将监护职责部分或者全部委托给他人。因被监护人的侵权行为需要承担民事责任的,应当由监护人承担,但另有约定的除外;被委托人确有过错的,负连带责任。

23. 夫妻一方死亡后,另一方将子女送给他人收养,如收养对子女的健康成长并无不利,又办了合法收养手续的,认定收养关系成立;其他有监护资格的人不得以收养未经其同意而主张收养关系无效。

(三)关于宣告失踪、宣告死亡问题

24. 申请宣告失踪的利害关系人,包括被申请宣告失踪人的配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女以及其他与被申请人有民事权利义务关系的人。

25. 申请宣告死亡的利害关系人的顺序是:

(一)配偶;

(二)父母、子女;

(三)兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女;

(四)其他有民事权利义务关系的人。

申请撤销死亡宣告不受上列顺序限制。

26. 下落不明是指公民离开最后居住地后没有音讯的状况。对于在台湾或者在国外,无法正常通讯联系的,不得以下落不明宣告死亡。

27. 战争期间下落不明的,申请宣告死亡的期间适用民法通则第二十三条第一款第一项的规定。

28. 民法通则第二十条第一款、第二十三条第一款第一项中的下落不明的起算时间,从公民音讯消失之次日起算。

宣告失踪的案件,由被宣告失踪人住所地的基层人民法院管辖。住所地与居住地不一致的,由最后居住地的基层人民法院管辖。

29. 宣告失踪不是宣告死亡的必然程序。公民下落不明,符合申请宣告死亡的条件,利害关系人可以不经申请宣告失踪而直接申请宣告死亡。但利害关系人只申请宣告失踪的,应当宣告失踪;同一顺序的利害关系人,有的申请宣告死亡,有的不同意宣告死亡,则应当宣告死亡。

30. 人民法院指定失踪人的财产代管人,应当根据有利于保护失踪人财产的原则指定。没有民法通则第二十一条规定的代管人,或者他们无能力作代管人,或者不宜作代管人的,人民法院可以指定公民或者有关组织为失踪人的财产代管人。

无民事行为能力人、限制民事行为能力人失踪的,其监护人即为财产代管人。

31. 民法通则第二十一条第二款中的“其他费用”,包括赡养费、扶养费、抚育费和因代管财产所需的管理费等必要的费用。

32. 失踪人的财产代管人拒绝支付失踪人所欠的税款、债务和其他费用,债权人提起诉讼的,人民法院应当将代管人列为被告。

失踪人的财产代管人向失踪人的债务人要求偿还债务的,可以作为原告提起诉讼。

33. 债务人下落不明,但未被宣告失踪,债权人起诉要求清偿债务的,人民法院可以在公告传唤后缺席判决或者按中止诉讼处理。

34. 人民法院审理宣告失踪的案件,比照民事诉讼法(试行)规定的特别程序进行。

人民法院审理宣告失踪的案件,应当查清被申请宣告失踪人财产,指定临时管理人或者采取诉讼保全措施,发出寻找失踪人的公告。公告期间为半年。公告期间届满,人民法院根据被宣告失踪人失踪的事实是否得到确认,作出宣告失踪的判决或者终结审理的裁定。如果判决宣告为失踪人,应当同时指定失踪人的财产代管人。

35. 失踪人的财产代管人以无力履行代管职责,申请变更代管人的,人民法院比照特别程序进行审理。

失踪人的财产代管人不履行代管职责或者侵犯失踪人财产权益的,失踪人的利害关系人可以向人民法院请求财产代管人承担民事责任。如果同时申请人民法院变更财产代管人的,变更之诉比照特别程序单独审理。

36. 被宣告死亡的人,判决宣告之日为其死亡的日期。判决书除发给申请人外,还应当在被宣告死亡的人住所地和人民法院所在地公告。

被宣告死亡和自然死亡的时间不一致的,被宣告死亡所引起的法律后果仍然有效,但自然

死亡前实施的民事法律行为与被宣告死亡引起的法律后果相抵触的,则以其实施的民事法律行为为准。

37. 被宣告死亡的人与配偶的婚姻关系,自死亡宣告之日起消灭。死亡宣告被人民法院撤销,如果其配偶尚未再婚的,夫妻关系从撤销死亡宣告之日起自行恢复,如果其配偶再婚后又离婚或者再婚后配偶又死亡的,则不得认定夫妻关系自行恢复。

38. 被宣告死亡的人在被宣告死亡期间,其子女被他人依法收养,被宣告死亡的人在死亡宣告被撤销后,仅以未经本人同意而宣布收养关系无效的,一般不应准许,但收养人和被收养人同意的除外。

39. 利害关系人隐瞒真实情况使他人被宣告死亡而取得其财产的,除应返还原物及孳息外,还应对造成的损失予以赔偿。

40. 被撤销死亡宣告的人请求返还财产,其原物已被第三人合法取得的,第三人可不予返还。但依继承法取得原物的公民或者组织,应当返还原物或者给予适当补偿。

(四)关于个体工商户、农村承包经营户、个人合伙问题

41. 起字号的个体工商户,在民事诉讼中,应以营业执照登记的户主(业主)为诉讼当事人,在诉讼文书中注明系某字号的户主。

42. 以公民个人名义申请登记的个体工商户和个人承包的农村承包经营户,用家庭共有财产投资、或者收益的主要部分供家庭成员享用的,其债务应以家庭共有财产清偿。

43. 在夫妻关系存续期间,一方从事个体经营或者承包经营的,其收入为夫妻共有财产,债务亦应以夫妻共有财产清偿。

44. 个体工商户、农村承包经营户的债务,如以其家庭共有财产承担责任时,应当保留家庭成员的生活必需品和必要的生产工具。

45. 起字号的个人合伙,在民事诉讼中,应当以依法核准登记的字号为诉讼当事人,并由合伙负责人为诉讼代表人。合伙负责人的诉讼行为,对全体合伙人发生法律效力。

未起字号的个人合伙,合伙人在民事诉讼中为共同诉讼人。合伙人人数众多的,可以推举诉讼代表人参加诉讼。诉讼代表人的诉讼行为,对全体合伙人发生法律效力。推举诉讼代表人,应当办理书面手续。

46. 公民按照协议提供资金或者实物,并约定参与合伙盈余分配,但不参与合伙经营、劳动的,或者提供技术性劳务而不提供资金、实物,但约定参与盈余分配的,视为合伙人。

47. 全体合伙人对合伙经营的亏损额,对外应当负连带责任;对内则应按照协议约定的债务承担比例或者出资比例分担;协议未规定债务承担比例或者出资比例的,可以按照约定的或者实际的盈余分配比例承担。但是对造成合伙经营亏损有过错的合伙人,应当根据其过错程度相应的多承担责任。

48. 只提供技术性劳务,不提供资金、实物的合伙人,对于合伙经营的亏损额,对外也应当承担连带责任;对内则应当按照协议约定的债务承担比例或者技术性劳务折抵的出资比例承担;协议未规定债务承担比例或者出资比例的,可以按照约定的或者合伙人实际的盈余分配比

例承担;没有盈余分配比例的,按照其余合伙人平均投资比例承担。

49. 个人合伙或者个体工商户,虽经工商行政管理部门错误地登记为集体所有制的企业,但实际为个人合伙或者个体工商户的,应当按个人合伙或者个体工商户对待。

50. 当事人之间没有书面合伙协议,又未经工商行政管理部门核准登记,但具备合伙的其他条件,又有两个以上无利害关系人证明有口头合伙协议的,人民法院可以认定为合伙关系。

51. 在合伙经营过程中增加合伙人,书面协议有约定的,按照协议处理;书面协议未约定的,须经全体合伙人同意;未经全体合伙同意的,应当认定入伙无效。

52. 合伙人退伙,书面协议有约定的,按书面协议处理;书面协议未约定,原则上应予准许。但因其退伙给其他合伙人造成损失的,应当考虑退伙的原因、理由以及双方当事人的过错等情况,确定其应当承担的赔偿责任。

53. 合伙经营期间发生亏损,合伙人退出合伙时未按约定分担或者未合理分担合伙债务的,退伙人对原合伙的债务,应当承担清偿责任;退伙人已分担合伙债务的,对其参加合伙期间的全部债务仍负连带责任。

54. 合伙人退伙时分割的合伙财产,应当包括合伙时投入的财产和合伙期间积累的财产,以及合伙期间的债权和债务。入伙的原物退伙时原则应予退还;一次清退有困难的,可以分批分期清退;退还原物确有困难的,可以折价处理。

55. 合伙终止时,对合伙财产的处理,有书面协议,按协议处理;没有书面协议,又协商不成的,如果合伙人出资额相等,应当考虑多数人意见酌情处理;合伙人出资额不等的,可以按出资额占全部合伙额多的合伙人的意见处理,但要保护其他合伙人的利益。

56. 合伙人互相串通逃避合伙债务的,除应责令其承担清偿责任外,还可以按照民法通则第一百三十四条第三款的规定处理。

57. 民法通则第三十五条第一款中关于“以各自的财产承担清偿责任”,是指合伙人以个人财产出资的,以合伙人的个人财产承担;合伙人以其家庭共有财产出资的,以其家庭共有财产承担;合伙人以个人财产出资,合伙的盈余分配所得用于其家庭成员生活的,应先以合伙人的个人财产承担,不足部分以合伙人的家庭共有财产承担。

二、法 人

58. 企业法人的法定代表人和其他工作人员,以法人名义从事的经营活动,给他人造成经济损失的,企业法人应当承担民事责任。

59. 企业法人解散或者被撤销的,应当由其主管机关组织清算小组进行清算。企业法人被宣告破产的,应当由人民法院组织有关机关和有关人员成立清算组织进行清算。

60. 清算组织是以清算企业法人债权、债务为目的而依法成立的组织。它负责对终止的企业法人的财产进行保管、清理、估价、处理和清偿。

对于涉及终止的企业法人债权、债务的民事诉讼,清算组织可以用自己的名义参加诉讼。

以逃避债务责任为目的而成立的清算组织,其实施的民事行为无效。

61. 人民法院审理案件时,如果查明企业法人有民法通则第四十九条所列的 6 种情形之

一的,除企业法人承担责任外,还可以根据民法通则第四十九条和第一百三十四条第三款的规定,对企业法定代表人直接给予罚款的处罚;对需要给予行政处分的,可以向有关部门提出司法建议,由有关部门决定处理;对构成犯罪需要依法追究刑事责任的,应当依法移送公安、检察机关。

62. 人民法院在审理案件中,依法对企业法定代表人或者其他采用罚款、拘留制裁措施,必须经院长批准,另行制作民事制裁决定书。被制裁人对决定不服的,在收到决定书的次日起 10 日内可以向上一级人民法院申请复议一次。复议期间,决定暂不执行。

63. 对法定代表人直接处以罚款的数额一般在 2000 元以下。法律另有规定的除外。

64. 以提供土地使用权作为联营条件的一方,对联营企业的债务,应当按照书面协议的约定承担;书面协议未约定的,可以按照出资比例或者盈余分配比例承担。

三、民事法律行为和代理

65. 当事人以录音、录像等视听资料形式实施的民事行为,如有两个以上无利害关系人作为证人或者有其他证据证明该民事行为符合民法通则第五十五条的规定,可以认定有效。

66. 一方当事人向对方当事人提出民事权利的要求,对方未用语言或者文字明确表示意见,但其行为表明已接受的,可以认定为默示。不作为的默示只有在法律有规定或者当事人双方有约定的情况下,才可以视为意思表示。

67. 间歇性精神病人的民事行为能力,确能证明是在发病期间实施的,应当认定无效。

行为人在神志不清的状态下所实施的民事行为,应当认定无效。

68. 一方当事人故意告知对方虚假情况,或者故意隐瞒真实情况,诱使对方当事人作出错误意思表示的,可以认定为欺诈行为。

69. 以给公民及其亲友的生命健康、荣誉、名誉、财产等造成损害,或者以给法人的荣誉、名誉、财产等造成损害为要挟,迫使对方作出违背真实的意思表示的,可以认定为胁迫行为。

70. 一方当事人乘对方处于危难之机,为牟取不正当利益,迫使对方作出不真实的意思表示,严重损害对方利益的,可以认定为乘人之危。

71. 行为人因对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识,使行为的后果与自己的意思相悖,并造成较大损失的,可以认定为重大误解。

72. 一方当事人利用优势或者利用对方没有经验,致使双方的权利与义务明显违反公平、等价有偿原则的,可以认定为显失公平。

73. 对于重大误解或者显失公平的民事行为,当事人请求变更的,人民法院应当予以变更;当事人请求撤销的,人民法院可以酌情予以变更或者撤销。

可变更或者可撤销的民事行为,自行为成立时起超过 1 年当事人才请求变更或者撤销的,人民法院不予保护。

74. 民法通则第六十一条第二款中的“双方取得的财产”,应当包括双方当事人已经取得和约定取得的财产。

75. 附条件的民事行为,如果所附的条件是违背法律规定或者不可能发生的,应当认定该

民事行为无效。

76. 附期限的民事法律行为,在所附期限到来时生效或者解除。

77. 意思表示由第三人义务转达,而第三人由于过失转达错误或者没有转达,使他人造成损失的,一般可由意思表示人负赔偿责任。但法律另有规定或者双方另有约定的除外。

78. 凡是依法或者依双方的约定必须由本人亲自实施的民事行为,本人未亲自实施的,应当认定行为无效。

79. 数个委托代理人共同行使代理权的,如果其中一人或者数人未与其他委托代理人协商,所实施的行为侵害被代理人权益的,由实施行为的委托代理人承担民事责任。

被代理人为数人时,其中一人或者数人未经其他被代理人同意而提出解除代理关系,因此造成损害的,由提出解除代理关系的被代理人承担。

80. 由于急病、通讯联络中断等特殊原因,委托代理人自己不能办理代理事项,又不能与被代理人及时取得联系,如不及时转托他人代理,会给被代理人的利益造成损失或者扩大损失的,属于民法通则第六十八条中的“紧急情况”。

81. 委托代理人转托他人代理的,比照民法通则第六十五条规定的条件办理转托手续。因委托代理人转托不明,给第三人造成损失的,第三人可以直接要求被代理人赔偿损失;被代理人承担民事责任后,可以要求委托代理人赔偿损失,转托代理人有过错的,应当负连带责任。

82. 被代理人死亡后有下列情况之一的,委托代理人实施的代理行为有效:(1)代理人不知道被代理人死亡的;(2)被代理人的继承人均予承认的;(3)被代理人与代理人约定到代理事项完成时代理权终止的;(4)在被代理人死亡前已经进行、而在被代理人死亡后为了被代理人的继承人的利益继续完成的。

83. 代理人和被代理人对已实施的民事行为负连带责任的,在民事诉讼中,可以列为共同诉讼人。

四、民事权利

(一)关于财产所有权和与财产所有权有关的财产问题

84. 财产已经交付,但当事人约定财产所有权转移附条件的,在所附条件成就时,财产所有权方为转移。

85. 财产所有权合法转移后,一方翻悔的,不予支持。财产所有权尚未按原协议转移,一方翻悔并无正当理由,协议又能够履行的,应当继续履行;如果协议不能履行,给对方造成损失的,应当负赔偿责任。

86. 非产权人在使用他人的财产上增添附属物,财产所有人同意增添,并就财产返还时附属物如何处理有约定的,按约定办理;没有约定又协商不成,能够拆除的,可以责令拆除;不能拆除的,也可以折价归财产所有人;造成财产所有人损失的,应当负赔偿责任。

87. 有附属物的财产,附属物随财产所有权的转移而转移。但当事人另有约定又不违法的,按约定处理。

88. 对于共有财产,部分共有人主张按份共有,部分共有人主张共同共有,如果不能证明财产是按份共有的,应当认定为共同共有。

89. 共同共有人对共有财产享有共同的权利,承担共同的义务。在共同共有关系存续期间,部分共有人擅自处分共有财产的,一般认定无效。但第三人善意、有偿取得该项财产的,应当维护第三人的合法权益;对其他共有人的损失,由擅自处分共有财产的人赔偿。

90. 在共同共有关系终止时,对共有财产的分割,有协议的,按协议处理;没有协议的,应当根据等分原则处理,并且考虑共有人对共有财产的贡献大小,适当照顾共有人生产、生活的实际需要等情况。但分割夫妻共有财产,应当根据婚姻法的有关规定处理。

91. 共有财产是特定物,而且不能分割或者分割有损其价值的,可以折价处理。

92. 共同共有财产分割后,一个或者数个原共有人出卖自己分得的财产时,如果出卖的财产与其他原共有人分得的财产属于一个整体或者配套使用,其他原共有人主张优先购买权的,应当予以支持。

93. 公民、法人对于挖掘、发现的埋藏物、隐藏物,如果能够证明属其所有,而且根据现行的法律、政策又可以归其所有的,应当予以保护。

94. 拾得物灭失、毁损,拾得人没有故意的,不承担民事责任。拾得人将拾得物据为己有,拒不返还而引起诉讼的,按照侵权之诉处理。

95. 公民和集体依法对集体所有的或者国家所有由集体使用的森林、土地、山岭、草原、荒地、滩涂、水面等承包经营的权利和义务,按承包合同的规定处理。承包人未经发包人同意擅自转包或者转让的无效。

96. 因土地、山岭、森林、草原、荒地、滩涂、水面等自然资源的所有权或者使用权发生权属争议的,应当由有关行政部门处理。对行政处理不服的,当事人可以依据有关法律和行政法规的规定,向人民法院提起诉讼;因侵权纠纷起诉的,人民法院可以直接受理。

97. 相邻一方因施工临时占用他方使用的土地,占用的一方如未按照双方约定的范围、用途和期限使用的,应当责令其及时清理现场,排除妨碍,恢复原状,赔偿损失。

98. 一方擅自堵截或者独占自然流水,影响他方正常生产、生活的,他方有权请求排除妨碍;造成他方损失的,应负赔偿责任。

99. 相邻一方必须使用另一方的土地排水的,应当予以准许;但应在必要限度内使用并采取适当的保护措施排水,如仍造成损失的,由受益人合理补偿。

相邻一方可以采取其他合理的措施排水而未采取,向他方土地排水毁损或者可能毁损他方财产,他方要求致害人停止侵害、消除危险、恢复原状、赔偿损失,应当予以支持。

100. 一方必须在相邻一方使用的土地上通行的,应当予以准许,因此造成损失的,应当给予适当补偿。

101. 对于一方所有的或者使用的建筑物范围内历史形成的必经通道,所有权人或者使用权人不得堵塞。因堵塞影响他人生产、生活,他人要求排除妨碍或者恢复原状的,应当予以支持。但有条件另开通道的,也可以另开通道。

102. 处理相邻房屋滴水纠纷时,对有过错的一方造成他方损害的,应当责令其排除妨碍、赔偿损失。

103. 相邻一方在自己使用的土地上挖水沟、水池、地窖等或者种植的竹木根枝伸延,危及另一方建筑物的安全和正常使用的,应当分别情况,责令其消除危险,恢复原状,赔偿损失。

(二)关于债权问题

104. 债权人无正当理由拒绝债务人履行义务,债务人将履行的标的物向有关部门提存的,应当认定债务已经履行。因提存所支出的费用,应当由债权人承担。提存期间,财产收益归债权人所有,风险责任由债权人承担。

105. 依据民法通则第八十八条第二款第(一)项规定,合同对产品质量要求不明确,当事人未能达成协议,又没有国家质量标准的,按部颁标准或者专业标准处理;没有部颁标准或者专业标准的,按经过批准的企业标准处理;没有经过批准的企业标准的,按标的物产地同行业其他企业经过批准的同类产品质量标准处理。

106. 保证人应当是具有代偿能力的公民、企业法人以及其他经济组织。保证人即使不具备完全代偿能力,仍应以自己的财产承担保证责任。

国家机关不能担任保证人。

107. 不是有法人资格的企业法人的分支机构,以自己的名义对外签订的保证合同,一般应当认定无效。但因此产生的财产责任,分支机构如有偿付能力的,应当自行承担;如无偿付能力的,应由企业法人承担。

108. 保证人向债权人保证债务人履行债务的,应当与债权人订立书面保证合同,确定保证人对主债务的保证范围和保证期限。虽未单独订立书面保证合同,但在主合同中写明保证人的保证范围和保证期限,并由保证人签名盖章的,视为书面保证合同成立。公民间的口头保证,有两个以上无利害关系人证明的,也视为保证合同成立,除法律另有规定的除外。

保证范围不明确的,推定保证人对全部主债务承担保证责任。

109. 在保证期限内,保证人的保证范围,可因主债务的减少而减少。新增加的债务,未经保证人同意担保的,保证人不承担保证责任。

110. 保证人为2人以上的,相互之间负连带保证责任。但是保证人与债权人约定按份承担保证责任的除外。

111. 被担保的经济合同确认无效后,如果被保证人应当返还财产或者赔偿损失的,除有特殊约定外,保证人仍应承担连带责任。

112. 债务人或者第三人向债权人提供抵押物时,应当订立书面合同或者在原债权文书中写明。没有书面合同,但有其他证据证明抵押物或者其权利证书已交给抵押权人的,可以认定抵押关系成立。

113. 以自己不享有所有权或者经营管理权的财产作抵押物的,应当认定抵押无效。

以法律限制流通的财产作为抵押物的,在清偿债务时,应当由有关部门收购,抵押人可以就价款中优先受偿。

114. 抵押物在抵押权人保管期间灭失、毁损的,抵押权人如有过错,应当承担民事责任。

抵押物在抵押人处灭失、毁损的,应当认定抵押关系存在,并责令抵押人以其他财产代替抵押物。

115. 抵押物如由抵押人自己占有并负责保管,在抵押期间,非经债权人同意,抵押人将同一抵押物转让他人,或者就抵押物价值已设置抵押部分再作抵押的,其行为无效。

债务人以抵押物清偿债务时,如果一项抵押物有数个抵押权人的,应当按照设定抵押权的先后顺序受偿。

116. 有要求清偿银行贷款和其他债权等数个债权人的,有抵押权的债权人应享有优先受偿的权利;法律、法规另有规定的除外。

117. 债权人因合同关系占有债务人财物的,如果债务人到期不履行义务,债权人可以将相应的财物留置。经催告,债务人在合理期限内仍不履行义务,债权人依法将留置的财物以合理的价格变卖,并以变卖财物的价款优先受偿的,应予保护。

118. 出租人出卖出租房屋,应提前3个月通知承租人。承租人在同等条件下,享有优先购买权;出租人未按此规定出卖房屋的,承租人可以请求人民法院宣告该房屋买卖无效。

119. 承租户以1人名义承租私有房屋,在租赁期内,承租人死亡,该户共同居住人要求按原租约履行的,应当准许。

私有房屋在租赁期内,因买卖、赠予或者继承发生房屋产权转移的,原租赁合同对承租人和新房主继续有效。

未定租期,房主要求收回房屋自住的,一般应当准许。承租人有条件搬迁的,应责令其搬迁;如果承租人搬迁确有困难的,可给一定期限让其找房或者腾让部分房屋。

120. 在房屋出典期间或者典期届满时,当事人之间约定延长典期或者增减典价的,应当准许。承典人要求出典人高于原典价回赎的,一般不予支持。以合法流通物作典价的,应当按照回赎时市场零售价格折算。

121. 公民之间的借贷,双方对返还期限有约定的,一般应按约定处理;没有约定的,出借人随时可以请求返还,借方应当根据出借人的请求及时返还;暂时无力返还的,可以根据实际情况责令其分期返还。

122. 公民之间的生产经营性借贷的利率,可以适当高于生活性借贷利率。如因利率发生纠纷,应本着保护合法借贷关系,考虑当地实际情况,有利于生产和稳定经济秩序的原则处理。

123. 公民之间的无息借款,有约定偿还期限而借款不按期偿还,或者未约定偿还期限但经出借人催告后,借款人仍不偿还的,出借人要求借款偿付逾期利息,应当予以准许。

124. 借款双方因利率发生争议,如果约定不明,又不能证明的,可以比照银行同类贷款利率计算。

125. 公民之间的借贷,出借人将利息计入本金计算复利的,不予保护;在借款时将利息扣除的,应当按实际出借款数计息。

126. 借用实物的,出借人要求归还原物或者同等数量、质量的实物,应当予以支持;如果确实无法归还实物的,可以按照或者适当高于归还时市场零售价格折价给付。

127. 借用人因管理、使用不善造成借用物毁损的,借用人应当负赔偿责任;借用物自身有

缺陷的,可以减轻借用人的赔偿责任。

128. 公民之间赠予关系的成立,以赠予物的交付为准。赠予房屋,如根据书面赠予合同办理了过户手续的,应当认定赠予关系成立;未办理过户手续,但赠予人根据书面赠予合同已将产权证书交与受赠人,受赠人根据赠予合同已占有、使用该房屋的,可以认定赠予有效,但应令其补办过户手续。

129. 赠予人明确表示将赠予物赠给未成年人个人的,应当认定该赠予物为未成年人的个人财产。

130. 赠予人为了逃避应履行的法定义务,将自己的财产赠予他人,如果利害关系人主张权利的,应当认定赠予无效。

131. 返还不当利益,应当包括原物和原物所生的孳息。利用不当得利所取得的其他利益,扣除劳务管理费用后,应当予以收缴。

132. 民法通则第九十三条规定的管理人或者服务人可以要求受益人偿付的必要费用,包括在管理或者服务活动中直接支出的费用,以及在该活动中受到的实际损失。

(三)关于知识产权、人身权问题

133. 作品不论是否发表,作者均享有著作权(版权)。

134. 两人以上按照约定共同创作作品的,不论各人的创作成果在作品中被采用多少,应当认定该项作品为共同创作。

135. 合著的作品,著作权(版权)应当认定为全体合著人共同享有;其中各组成部分可以分别独立存在的,各组成部分的著作权(版权)由各组成部分的作者分别享有。

136. 作者死亡后,著作权(版权)中由继承人继承的财产权利在法律规定的保护期限内受到侵犯,继承人依法要求保护的,人民法院应当予以支持。

137. 公民、法人通过申请专利取得的专利权,或者通过继承、受赠、受让等方式取得的专利权,应当予以保护。

转让专利权应当由国家专利局登记并公告,专利权自国家专利局公告之日起转移。

138. 法人、个体工商户、个人合伙通过申请商标注册或者受让等方式取得的商标专用权,除依法定程序撤销者外,应当予以保护。

转让商标专用权应当由国家工商行政管理局商标局核准,商标专用权自核准之日起转移。

139. 以营利为目的,未经公民同意利用其肖像做广告、商标、装饰橱窗等,应当认定为侵犯公民肖像权的行为。

140. 以书面、口头等形式宣扬他人的隐私,或者捏造事实公然丑化他人人格,以及用侮辱、诽谤等方式损害他人名誉,造成一定影响的,应当认定为侵害公民名誉权的行为。

以书面、口头等形式诋毁、诽谤法人名誉,给法人造成损害的,应当认定为侵害法人名誉权的行为。

141. 盗用、假冒他人姓名、名称造成损害的,应当认定为侵犯姓名权、名称权的行为。

五、民事责任

142. 为维护国家、集体或者他人合法权益而使自己受到损害,在侵害人无力赔偿或者没有侵害人的情况下,如果受害人提出请求的,人民法院可以根据受益人受益的多少及其经济状况,责令受益人给予适当补偿。

143. 受害人的误工日期,应当按其实际损害程度、恢复状况并参照治疗医院出具的证明或者法医鉴定等认定。赔偿费用的标准,可以按照受害人的工资标准或者实际收入的数额计算。

受害人是承包经营户或者个体工商户的,其误工费的计算标准,可以参照受害人一定期限内的平均收入酌定。如果受害人承包经营的种植、养殖业季节性很强,不及时经营会造成更大损失的,除受害人应当采取措施防止损失扩大外,还可以裁定侵害人采取措施防止扩大损失。

144. 医药治疗费的赔偿,一般应以所在地治疗医院的诊断证明和医药费、住院费的单据为凭。应经医务部门批准而未获批准擅自另找医院治疗的费用,一般不予赔偿;擅自购买与损害无关的药品或者治疗其他疾病的,其费用则不予赔偿。

145. 经医院批准专事护理的人,其误工补助费可以按收入的实际损失计算。应得奖金一般可以计算在应赔偿的数额内。本人没有工资收入的,其补偿标准应以当地的一般临时工的工资标准为限。

146. 侵害他人身体致使其丧失全部或者部分劳动能力的,赔偿的生活补助费一般应补足到不低于当地居民基本生活费的标准。

147. 侵害他人身体致人死亡或者丧失劳动能力的,依靠受害人实际扶养而又没有其他生活来源的人要求侵害人支付必要生活费的,应当予以支持,其数额根据实际情况确定。

148. 教唆、帮助他人实施侵权行为的人,为共同侵权人,应当承担连带民事责任。

教唆、帮助无民事行为能力人实施侵权行为的人,为侵权人,应当承担民事责任。

教唆、帮助限制民事行为能力人实施侵权行为的人,为共同侵权人,应当承担主要民事责任。

149. 盗用、假冒他人名义,以函、电等方式进行欺骗或者愚弄他人,并使其财产、名誉受到损害的,侵权人应当承担民事责任。

150. 公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权和法人的名称权、名誉权、荣誉权受到侵害,公民或者法人要求赔偿损失的,人民法院可以根据侵权人的过错程度、侵权行为的具体情节、后果和影响确定其赔偿责任。

151. 侵害他人的姓名权、名称权、肖像权、名誉权、荣誉权而获利的,侵权人除依法赔偿受害人的损失外,其非法所得应当予以收缴。

152. 国家机关工作人员在执行职务中,给公民、法人的合法权益造成损害,国家机关应当承担民事责任。

153. 消费者、用户因为使用质量不合格的产品造成本人或者第三人人身伤害、财产损失的,受害人可以向产品制造者或者销售者要求赔偿。因此提起的诉讼,由被告所在地或者侵权

行为地人民法院管辖。

运输者和仓储者对产品质量负有责任,制造者或者销售者请求赔偿损失的,可以另案处理,也可以将运输者和仓储者列为第三人,一并处理。

154. 从事高度危险作业,没有按有关规定采取必要的安全防护措施,严重威胁他人人身、财产安全的,人民法院应当根据他人的要求,责令作业人消除危险。

155. 因堆放物品倒塌造成他人损害的,如果当事人均无过错,应当根据公平原则酌情处理。

156. 因紧急避险造成他人损失的,如果险情是由自然原因引起,行为人采取的措施又无不当,则行为人不承担民事责任。受害人要求补偿的,可以责令受益人适当补偿。

157. 当事人对造成损害均无过错,但一方是在为对方的利益或者共同的利益进行活动的过程中受到损害的,可以责令对方或者受益人给予一定的经济补偿。

158. 夫妻离婚后,未成年子女侵害他人权益的,同该子女共同生活的一方应当承担民事责任;如果独立承担民事责任确有困难的,可以责令未与该子女共同生活的一方共同承担民事责任。

159. 被监护人造成他人损害的,有明确的监护人时,由监护人承担民事责任;监护人不明,由顺序在前的有监护能力的人承担民事责任。

160. 在幼儿园、学校生活、学习的无民事行为能力人或者在精神病院治疗的精神病人,受到伤害或者给他人造成损害,单位有过错的,可以责令这些单位适当给予赔偿。

161. 侵权行为发生时行为人不满 18 周岁,在诉讼时已满 18 周岁,并有经济能力的,应当承担民事责任;行为人没有经济能力的,应当由原监护人承担民事责任。

行为人致人损害时年满 18 周岁的,应当由本人承担民事责任;没有经济收入的,由扶养人垫付;垫付有困难的,也可以判决或者调解延期给付。

162. 在诉讼中遇有需要停止侵害、排除妨碍、消除危险的情况时,人民法院可以根据当事人的申请或者依职权先行作出裁定。

当事人在诉讼中用赔礼道歉方式承担了民事责任的,应当在判决中叙明。

163. 在诉讼中发现与本案有关的违法行为需要给予制裁的,可适用民法通则第一百三十四条第三款规定,予以训诫、责令具结悔过、收缴进行非法活动的财物和非法所得,或者依照法律规定处以罚款、拘留。

采用收缴、罚款、拘留制裁措施,必须经院长批准,另行制作民事制裁决定书。被制裁人对决定不服的,在收到决定书的次日起 10 日内可以向上一级人民法院申请复议一次。复议期间,决定暂不执行。

164. 适用民法通则第一百三十四条第三款对公民处以罚款的数额为 500 元以下,拘留为 15 日以下。

依法对法定代表人处以拘留制裁措施,为 15 日以下。

以上两款,法律另有规定的除外。

六、诉讼时效

165. 在民法通则实施前,权利人知道或者应当知道其民事权利被侵害,民法通则实施后,向人民法院请求保护的诉讼时效期间,应当适用民法通则第一百三十五条和第一百三十六条的规定,从1987年1月1日起算。

166. 民法通则实施前,民事权利被侵害超过20年的,民法通则实施后,权利人向人民法院请求保护的诉讼时效期间,分别为民法通则第一百三十五条规定的2年或者第一百三十六条规定的1年,从1987年1月1日起算。

167. 民法通则实施后,属于民法通则第一百三十五条规定的2年诉讼时效期间,权利人自权利被侵害时起的第18年后至第20年期间才知道自己的权利被侵害的,或者属于民法通则第一百三十六条规定的1年诉讼时效期间,权利人自权利被侵害时起的第19年后至第20年期间才知道自己的权利被侵害的,提起诉讼请求的权利,应当在权利被侵害之日起的20年内行使,超过20年的,不予保护。

168. 人身损害赔偿的诉讼时效期间,伤害明显的,从受伤害之日起算;伤害当时未曾发现,后经检查确诊并能证明是由侵害引起的,从伤势确诊之日起算。

169. 权利人由于客观的障碍在法定诉讼时效期间不能行使请求权的,属于民法通则第一百三十七条规定的“特殊情况”。

170. 未授权给公民、法人经营、管理的国家财产受到侵害的,不受诉讼时效期间的限制。

171. 过了诉讼时效期间,义务人履行义务后,又以超过诉讼时效为由翻悔的,不予支持。

172. 在诉讼时效期间的最后6个月内,权利被侵害的无民事行为能力人、限制民事行为能力人没有法定代理人,或者法定代理人死亡、丧失代理权,或者法定代理人本人丧失行为能力的,可以认定为因其他障碍不能行使请求权,适用诉讼时效中止。

173. 诉讼时效因权利人主张权利或者义务人同意履行义务而中断后,权利人在新的诉讼时效期间内,再次主张权利或者义务人再次同意履行义务的,可以认定为诉讼时效再次中断。

权利人向债务保证人、债务人的代理人或者财产代管人主张权利的,可以认定诉讼时效中断。

174. 权利人向人民调解委员会或者有关单位提出保护民事权利的请求,从提出请求时起,诉讼时效中断。经调处达不成协议的,诉讼时效期间即重新起算;如调处达成协议,义务人未按协议所定期限履行义务的,诉讼时效期间应从期限届满时重新起算。

175. 民法通则第一百三十五条、第一百三十六条规定的诉讼时效期间,可以适用民法通则有关中止、中断和延长的规定。

民法通则第一百三十七条规定的“20年”诉讼时效期间,可以适用民法通则有关延长的规定,不适用中止、中断的规定。

176. 法律、法规对索赔时间和对产品质量等提出异议的时间有特殊规定的,按特殊规定办理。

177. 继承的诉讼时效按继承法的规定执行。但继承开始后,继承人未明确表示放弃继承

的,视为接受继承,遗产未分割的,即为共同共有。诉讼时效的中止、中断、延长,均适用民法通则的有关规定。

七、涉外民事关系的法律适用

178. 凡民事关系的一方或者双方当事人是外国人、无国籍人、外国法人的;民事关系的标的物在外国领域内的;产生、变更或者消灭民事权利义务关系的法律事实发生在外国的,均为涉外民事关系。

人民法院在审理涉外民事关系的案件时,应当按照民法通则第八章的规定来确定应适用的实体法。

179. 定居国外的我国公民的民事行为能力,如其行为是在我国境内所为,适用我国法律;在定居国所为,可以适用其定居国法律。

180. 外国人在我国领域内进行民事活动,如依其本国法律为无民事行为能力,而依我国法律为有民事行为能力,应当认定为有民事行为能力。

181. 无国籍人的民事行为能力,一般适用其定居国法律;如未定居的,适用其住所地国法律。

182. 有双重或者多重国籍的外国人,以其有住所或者与其有最密切联系的国家的法律为其本国法。

183. 当事人的住所不明或者不能确定的,以其经常居住地为住所。当事人有几个住所的,以与产生纠纷的民事关系有最密切联系的住所为住所。

184. 外国法人以其注册登记地国家的法律为其本国法,法人的民事行为能力依其本国法确定。

外国法人在我国领域内进行的民事活动,必须符合我国的法律规定。

185. 当事人有两个以上营业所的,应以与产生纠纷的民事关系有最密切联系的营业所为准;当事人没有营业所的,以其住所或者经常居住地为准。

186. 土地、附着于土地的建筑物及其他定着物、建筑物的固定附属设备为不动产。不动产的所有权、买卖、租赁、抵押、使用等民事关系,均应适用不动产所在地法律。

187. 侵权行为地的法律包括侵权行为实施地法律和侵权结果发生地法律。如果两者不一致时,人民法院可以选择适用。

188. 我国法院受理的涉外离婚案件,离婚以及因离婚而引起的财产分割,适用我国法律。认定其婚姻是否有效,适用婚姻缔结地法律。

189. 父母子女相互之间的扶养、夫妻相互之间的扶养以及其他有扶养关系的人之间的扶养,应当适用与被扶养人有最密切联系国家的法律。扶养人和被扶养人的国籍、住所以及供养被扶养人的财产所在地,均可视为与被扶养人有最密切的联系。

190. 监护的设立、变更和终止,适用被监护人的本国法律。但是,被监护人在我国境内有住所的,适用我国的法律。

191. 在我国境内死亡的外国人,遗留在我国境内的财产如果无人继承又无人受遗赠的,

依照我国法律处理,两国缔结或者参加的国际条约另有规定的除外。

192. 依法应当适用的外国法律,如果该外国不同地区实施不同的法律的,依据该国法律关于调整国内法律冲突的规定,确定应适用的法律。该国法律未作规定的,直接适用与该民事关系有最密切联系的地区的法律。

193. 对于应当适用的外国法律,可通过下列途径查明:(1)由当事人提供;(2)由与我国订立司法协助协定的缔约对方的中央机关提供;(3)由我国驻该国使领馆提供;(4)由该国驻我国使馆提供;(5)由中外法律专家提供。通过以上途径仍不能查明的,适用中华人民共和国法律。

194. 当事人规避我国强制性或者禁止性法律规范的行为,不发生适用外国法律的效力。

195. 涉外民事法律关系的诉讼时效,依冲突规范确定的民事法律关系的准据法确定。

八、其 他

196. 1987 年 1 月 1 日以后受理的案件,如果民事行为发生在 1987 年以前,适用民事行为发生时的法律、政策;当时的法律、政策没有具体规定的,可以比照民法通则处理。

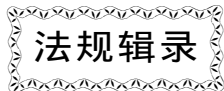
197. 处理申诉案件和按审判监督程序再审的案件,适用原审审结时应当适用的法律或者政策。

198. 当事人约定的期间不是以月、年第 1 天起算的,1 个月为 30 日,1 年为 365 日。

期间的最后 1 天是星期日或者其他法定休假日,而星期日或者其他法定休假日有变通的,以实际休假日的次日为期间的最后 1 天。

199. 按照日、月、年计算期间,当事人对起算时间有约定的,按约定办。

200. 最高人民法院以前的有关规定,与民法通则和本意见抵触的,各级人民法院今后在审理一、二审民事案件和经济纠纷案件中不再适用。



中华人民共和国海商法(节录)

(1992 年 11 月 7 日第七届全国人民代表
大会常务委员会第二十八次会议通过 1992 年 11 月 7 日
中华人民共和国主席令第 64 号公布 自 1993 年 7 月 1 日起施行)

第四章 海上货物运输合同

第一节 一般规定

第四十一条 海上货物运输合同,是指承运人收取运费,负责将托运人托运的货物经海路由一港运至另一港的合同。

第四十二条 本章下列用语的含义:

(一)“承运人”,是指本人或者委托他人以本人名义与托运人订立海上货物运输合同的人。

(二)“实际承运人”,是指接受承运人委托,从事货物运输或者部分运输的人,包括接受转委托从事此项运输的其他人。

(三)“托运人”,是指:

1. 本人或者委托他人以本人名义或者委托他人为本人与承运人订立海上货物运输合同的人;

2. 本人或者委托他人以本人名义或者委托他人为本人将货物交给一个海上货物运输合同有关的承运人的人。

(四)“收货人”,是指有权提取货物的人。

(五)“货物”,包括活动物和由托运人提供的用于集装货物的集装箱、货盘或者类似的装运器具。

第四十三条 承运人或者托运人可以要求书面确认海上货物运输合同的成立。但是,航次租船合同应当书面订立。电报、电传和传真具有书面效力。

第四十四条 海上货物运输合同和作为合同凭证的提单或者其他运输单证中的条款,违反本章规定的,无效。此类条款的无效,不影响该合同和提单或者其他运输单证中其他条款的效力。将货物的保险利益转让给承运人的条款或者类似条款,无效。

第四十五条 本法第四十四条的规定不影响承运人在本章规定的承运人责任和义务之

外,增加其责任和义务。

第二节 承运人的责任

第四十六条 承运人对集装箱装运的货物的责任期间,是指从装货港接收货物时起至卸货港交付货物时止,货物处于承运人掌管之下的全部期间。承运人对非集装箱装运的货物的责任期间,是指从货物装上船时起至卸下船时止,货物处于承运人掌管之下的全部期间。在承运人的责任期间,货物发生灭失或者损坏,除本节另有规定外,承运人应当负赔偿责任。

前款规定,不影响承运人就非集装箱装运的货物,在装船前和卸船后所承担的责任,达成任何协议。

第四十七条 承运人在船舶开航前和开航当时,应当谨慎处理,使船舶处于适航状态,妥善配备船员、装备船舶和配备供应品,并使货舱、冷藏舱、冷气舱和其他载货处所适于并能安全收受、载运和保管货物。

第四十八条 承运人应当妥善地、谨慎地装载、搬移、积载、运输、保管、照料和卸载所运货物。

第四十九条 承运人应当按照约定的或者习惯的或者地理上的航线将货物运往卸货港。

船舶在海上为救助或者企图救助人命或者财产而发生的绕航或者其他合理绕航,不属于违反前款规定的行为。

第五十条 货物未能在明确约定的时间内,在约定的卸货港交付的,为延迟交付。

除依照本章规定承运人不负赔偿责任的情形外,由于承运人的过失,致使货物因延迟交付而灭失或者损坏的,承运人应当负赔偿责任。

除依照本章规定承运人不负赔偿责任的情形外,由于承运人的过失,致使货物因延迟交付而遭受经济损失的,即使货物没有灭失或者损坏,承运人仍然应当负赔偿责任。

承运人未能在本条第一款规定的时间届满六十日内交付货物,有权对货物灭失提出赔偿请求的人可以认为货物已经灭失。

第五十一条 在责任期间货物发生的灭失或者损坏是由于下列原因之一造成的,承运人不负赔偿责任:

- (一)船长、船员、引航员或者承运人的其他受雇人在驾驶船舶或者管理船舶中的过失;
- (二)火灾,但是由于承运人本人的过失所造成的除外;
- (三)天灾,海上或者其他可航水域的危险或者意外事故;
- (四)战争或者武装冲突;
- (五)政府或者主管部门的行为、检疫限制或者司法扣押;
- (六)罢工、停工或者劳动受到限制;
- (七)在海上救助或者企图救助人命或者财产;
- (八)托运人、货物所有人或者他们的代理人的行为;
- (九)货物的自然特性或者固有缺陷;
- (十)货物包装不良或者标志欠缺、不清;

(十一)经谨慎处理仍未发现的船舶潜在缺陷;

(十二)非由于承运人或者承运人的受雇人、代理人的过失造成的其他原因。

承运人依照前款规定免除赔偿责任的,除第(二)项规定的原因外,应当负举证责任。

第五十二条 因运输活动物的固有的特殊风险造成活动物灭失或者损害的,承运人不负赔偿责任。但是,承运人应当证明业已履行托运人关于运输活动物的特别要求,并证明根据实际情况,灭失或者损害是由于此种固有的特殊风险造成的。

第五十三条 承运人在舱面上装载货物,应当同托运人达成协议,或者符合航运惯例,或者符合有关法律、行政法规的规定,

承运人依照前款规定将货物装载在舱面上,对由于此种装载的特殊风险造成的货物灭失或者损坏,不负赔偿责任。

承运人违反本条第一款规定将货物装载在舱面上,致使货物遭受灭失或者损坏的,应当负赔偿责任。

第五十四条 货物的灭失、损坏或者迟延交付是由于承运人或者承运人的受雇人、代理人的不能免除赔偿责任的原因和其他原因共同造成的,承运人仅在其不能免除赔偿责任的范围内负赔偿责任;但是,承运人对其他原因造成的灭失、损坏或者迟延交付应当负举证责任。

第五十五条 货物灭失的赔偿额,按照货物的实际价值计算;货物损坏的赔偿额,按照货物受损前后实际价值的差额或者货物的修复费用计算。

货物的实际价值,按照货物装船时的价值加保险费加运费计算。

前款规定的货物实际价值,赔偿时应当减去因货物灭失或者损坏而少付或者免付的有关费用。

第五十六条 承运人对货物的灭失或者损坏的赔偿限额,按照货物件数或者其他货运单位数计算,每件或者每个其他货运单位为 666.67 计算单位,或者按照货物毛重计算,每公斤为 2 计算单位,以二者中赔偿限额较高的为准。但是,托运人在货物装运前已经申报其性质和价值,并在提单中载明的,或者承运人与托运人已经另行约定高于本条规定的赔偿限额的除外。

货物用集装箱、货盘或者类似装运器具集装的,提单中载明装在此类装运器具中的货物件数或者其他货运单位数,视为前款所指的货物件数或者其他货运单位数;未载明的,每一装运器具视为一件或者一个单位。

装运器具不属于承运人所有或者非由承运人提供的,装运器具本身应当视为一件或者一个单位。

第五十七条 承运人对货物因迟延交付造成经济损失的赔偿限额,为所迟延交付的货物的运费数额。货物的灭失或者损坏和迟延交付同时发生的,承运人的赔偿责任限额适用本法第五十六条第一款规定的限额。

第五十八条 就海上货物运输合同所涉及的货物灭失、损坏或者迟延交付对承运人提起的任何诉讼,不论海事请求人是否合同的一方,也不论是根据合同或者是根据侵权行为提起的,均适用本章关于承运人的抗辩理由和限制赔偿责任的规定。

前款诉讼是对承运人的受雇人或者代理人提起的,经承运人的受雇人或者代理人证明,其行为是在受雇或者受委托的范围之内的,适用前款规定。

第五十九条 经证明,货物的灭失、损坏或者迟延交付是由于承运人的故意或者明知可能造成损失而轻率地作为或者不作为造成的,承运人不得援用本法第五十六条或者第五十七条限制赔偿责任的规定。

经证明,货物的灭失、损坏或者迟延交付是由于承运人的受雇人、代理人的故意或者明知可能造成损失而轻率地作为或者不作为造成的,承运人的受雇人或者代理人不得援用本法第五十六条或者第五十七条限制赔偿责任的规定。

第六十条 承运人将货物运输或者部分运输委托给实际承运人履行的,承运人仍然应当依照本章规定对全部运输负责。对实际承运人承担的运输,承运人应当对实际承运人的行为或者实际承运人的受雇人、代理人在受雇或者受委托的范围内的行为负责。

虽有前款规定,在海上运输合同中明确约定合同所包括的特定的部分运输由承运人以外的指定的实际承运人履行的,合同可以同时约定,货物在指定的实际承运人掌管期间发生的灭失、损坏或者迟延交付,承运人不负赔偿责任。

第六十一条 本章对承运人责任的规定,适用于实际承运人。对实际承运人的受雇人、代理人提起诉讼的,适用本法第五十八条第二款和第五十九条第二款的规定。

第六十二条 承运人承担本章未规定的义务或者放弃本章赋予的权利的任何特别协议,经实际承运人书面明确同意的,对实际承运人发生效力;实际承运人是否同意,不影响此项特别协议对承运人的效力。

第六十三条 承运人与实际承运人都负有赔偿责任的,应当在此项责任范围内负连带责任。

第六十四条 就货物的灭失或者损坏分别向承运人、实际承运人及他们的受雇人、代理人提出赔偿请求的,赔偿总额不超过本法第五十六条规定的限额。

第六十五条 本法第六十条至第六十四条的规定,不影响承运人和实际承运人之间相互追偿。

第三节 托运人的责任

第六十六条 托运人托运货物,应当妥善包装,并向承运人保证,货物装船时所提供的货物的品名、标志、包数或者件数、重量或者体积的正确性;由于包装不良或者上述资料不正确,对承运人造成损失的,托运人应当负赔偿责任。

承运人依照前款规定享有的受偿权利,不影响其根据货物运输合同对托运人以外的人所承担的责任。

第六十七条 托运人应当及时向港口、海关、检疫、检验和其他主管机关办理货物运输所需要的各项手续,并将已办理各项手续的单证送交承运人;因办理各项手续的有关单证送交不及时、不完备或者不正确,使承运人的利益受到损害的,托运人应当负赔偿责任。

第六十八条 托运人托运危险货物,应当依照有关海上危险货物运输的规定,妥善包装,作出危险品标志和标签。并将其正式名称和性质以及应当采取的预防危害措施书面通知承运人;承运人未通知或者通知有误的,承运人可以在任何时间、任何地点根据情况需要将货物卸

下、销毁或者使之不能为害,而不负赔偿责任。托运人对承运人因运输此类货物所受到的损害,应当负赔偿责任。

承运人知道危险货物的性质并已同意装运的,仍然可以在该项货物对于船舶、人员或者其他货物构成实际危险时,将货物卸下、销毁或者使之不能为害,而不负赔偿责任。但是,本款规定不影响共同海损的分摊。

第六十九条 托运人应当按照约定向承运人支付运费。

托运人与承运人可以约定运费由收货人支付;但是,此项约定应当在运输单证中载明。

第七十条 托运人对承运人、实际承运人所遭受的损失或者船舶所遭受的损坏,不负赔偿责任;但是,此种损失或者损坏是由于托运人或者托运人的受雇人、代理人的过失造成的除外。

托运人的受雇人、代理人对承运人、实际承运人所遭受的损失或者船舶所遭受的损坏,不负赔偿责任;但是,这种损失或者损坏是由于托运人的受雇人、代理人的过失造成的除外。

第四节 运输单证

第七十一条 提单,是指用以证明海上货物运输合同和货物已经由承运人接收或者装船,以及承运人保证据以交付货物的单证。提单中载明的向记名人交付货物,或者按照指示人的指示交付货物,或者向提单持有人交付货物的条款,构成承运人据以交付货物的保证。

第七十二条 货物由承运人接收或者装船后,应托运人的要求,承运人应当签发提单。

提单可以由承运人授权的人签发。提单由载货船舶的船长签发的,视为代表承运人签发。

第七十三条 提单内容,包括下列各项:

(一)货物的品名、标志、包数或者件数、重量或者体积、以及运输危险货物时对危险性质的说明;

(二)承运人的名称和主营业所;

(三)船舶名称;

(四)托运人的名称;

(五)收货人的名称;

(六)装货港和在装货港接收货物的日期;

(七)卸货港;

(八)多式联运提单增列接收货物地点和交付货物地点;

(九)提单的签发日期、地点和份数;

(十)运费的支付;

(十一)承运人或者其代表的签字。

提单缺少前款规定的一项或者几项的,不影响提单的性质;但是,提单应当符合本法第七十一条的规定。

第七十四条 货物装船前,承运人已经应托运人的要求签发收货待运提单或者其他单证的,货物装船完毕,托运人可以将收货待运提单或者其他单证退还承运人,以换取已装船提单;承运人也可以在收货待运提单上加注承运船舶的船名和装船日期,加注后的收货待运提单视

为已装船提单。

第七十五条 承运人或者代其签发提单的人,知道或者有合理的根据怀疑提单记载的货物的品名、标志、包数或者件数、重量或者体积与实际接收的货物不符,在签发已装船提单的情况下怀疑与已装船的货物不符,或者没有适当的方法核对提单记载的,可以在提单上批注,说明不符之处、怀疑的根据或者说明无法核对。

第七十六条 承运人或者代其签发提单的人未在提单上批注货物表面状况的,视为货物的表面状况良好。

第七十七条 除依照本法第七十五条的规定作出保留外,承运人或者代其签发提单的人签发的提单,是承运人已经按照提单所载状况收到货物或者货物已经装船的初步证据;承运人向善意受让提单的包括收货人在内的第三人提出的与提单所载状况不同的证据,不予承认。

第七十八条 承运人同收货人、提单持有人之间的权利、义务关系,依据提单的规定确定。

收货人、提单持有人不承担在装货港发生的滞期费、亏舱费 and 其与装货有关的费用,但是提单中明确载明上述费用由收货人、提单持有人承担的除外。

第七十九条 提单的转让,依照下列规定执行:

- (一)记名提单:不得转让;
- (二)指示提单:经过记名背书或者空白背书转让;
- (三)不记名提单:无需背书,即可转让。

第八十条 承运人签发提单以外的单证用以证明收到待运货物的,此项单证即为订立海上货物运输合同和承运人接收该单证中所列货物的初步证据。

承运人签发的此类单证不得转让。

第五节 货物交付

第八十一条 承运人向收货人交付货物时,收货人未将货物灭失或者损坏的情况书面通知承运人的,此项交付视为承运人已经按照运输单证的记载交付以及货物状况良好的初步证据。

货物灭失或者损坏的情况非显而易见的,在货物交付的次日起连续七日内,集装箱货物交付的次日起连续十五日内,收货人未提交书面通知的,适用前款规定。

货物交付时,收货人已经会同承运人对货物进行联合检查或者检验的,无需就所查明的灭失或者损坏的情况提交书面通知。

第八十二条 承运人自向收货人交付货物的次日起连续六十日内,未收到收货人就货物因迟延交付造成经济损失而提交的书面通知的,不负赔偿责任。

第八十三条 收货人在目的港提取货物前或者承运人在目的港交付货物前,可以要求检验机构对货物状况进行检验;要求检验的一方应当支付检验费用,但是有权向造成货物损失的责任方追偿。

第八十四条 承运人和收货人对本法第八十一条和第八十三条规定的检验,应当相互提供合理的便利条件。

第八十五条 货物由实际承运人交付的,收货人依照本法第八十一条的规定向实际承运人提交的书面通知,与向承运人提交书面通知具有同等效力;向承运人提交的书面通知,与向实际承运人提交书面通知具有同等效力。

第八十六条 在卸货港无人提取货物或者收货人迟延、拒绝提取货物的,船长可以将货物卸在仓库或者其他适当场所,由此产生的费用和 risk 由收货人承担。

第八十七条 应当向承运人支付的运费、共同海损分摊、滞期费和承运人为货物垫付的必要费用以及应当向承运人支付的其他费用没有付清,又没有提供适当担保的,承运人可以在合理的限度内留置其货物。

第八十八条 承运人根据本法第八十七条规定留置的货物,自船舶抵达卸货港的次日起满六十日无人提取的,承运人可以申请法院裁定拍卖;货物易腐烂变质或者货物的保管费用可能超过其价值的,可以申请提前拍卖。

拍卖所得价款,用于清偿保管、拍卖货物的费用和运费以及应当向承运人支付的其他有关费用;不足的金额,承运人有权向托运人追偿;剩余的金额,退还托运人;无法退还、自拍卖之日起满一年又无人领取的,上缴国库。

第六节 合同的解除

第八十九条 船舶在装货港开航前,托运人可以要求解除合同。但是,除合同另有约定外,托运人应当向承运人支付约定运费的一半;货物已经装船的,并应当负担装货、卸货和其他与此有关的费用。

第九十条 船舶在装货港开航前,因不可抗力或者其他不能归责于承运人和托运人的原因致使合同不能履行的,双方均可以解除合同,并互不负赔偿责任。除合同另有约定外,运费已经支付的,承运人应当将运费退还给托运人;货物已经装船的,托运人应当承担装卸费用;已经签发提单的,托运人应当将提单退还承运人。

第九十一条 因不可抗力或者其他不能归责于承运人和托运人的原因致使船舶不能在合同约定的目的港卸货的,除合同另有约定外,船长有权将货物在目的港邻近的安全港口或者地点卸载,视为已经履行合同。

船长决定将货物卸载的,应当及时通知托运人或者收货人,并考虑托运人或者收货人的利益。

第七节 航次租船合同的特别规定

第九十二条 航次租船合同,是指船舶出租人向承租人提供船舶或者船舶的部分舱位,装运约定的货物,从一港运至另一港,由承租人支付约定运费的合同。

第九十三条 航次租船合同的内容,主要包括出租人和承租人的名称、船名、船籍、载货重量、容积、货名、装货港和目的港、受载期限、装卸期限、运费、滞期费、速遣费以及其他有关事

项。

第九十四条 本法第四十七条和第四十九条的规定,适用于航次租船合同的出租人。

本章其他有关合同当事人之间的权利、义务的规定,仅在航次租船合同没有约定或者没有不同约定时,适用于航次租船合同的出租人和承租人。

第九十五条 对按照航次租船合同运输的货物签发的提单,提单持有人不是承租人的,承运人与该提单持有人之间的权利、义务关系适用提单的约定。但是,提单中载明适用航次租船合同条款的,适用该航次租船合同的条款。

第九十六条 出租人应当提供约定的船舶;经承租人同意,可以更换船舶。但是,提供的船舶或者更换的船舶不符合合同约定的,承租人有权拒绝或者解除合同。

因出租人过失未提供约定的船舶致使承租人遭受损失的,出租人应当负赔偿责任。

第九十七条 出租人在约定的受载期限内未能提供船舶的,承租人有权解除合同。但是,出租人将船舶延误情况和船舶预期抵达装货港的日期通知承租人的,承租人应当自收到通知时起四十八小时内,将是否解除合同的决定通知出租人。

因出租人过失延误提供船舶致使承租人遭受损失的,出租人应当负赔偿责任。

第九十八条 航次租船合同的装货、卸货期限及其计算方法,超过装货、卸货期限后的滞期费和提前完成装货、卸货的速遣费,由双方约定。

第九十九条 承租人可以将其租用的船舶转租;转租后,原合同约定的权利和义务不受影响。

第一百条 承租人应当提供约定的货物;经出租人同意,可以更换货物。但是,更换的货物对出租人不利的,出租人有权拒绝或者解除合同。

因未提供约定的货物致使出租人遭受损失的,承租人应当负赔偿责任。

第一百零一条 出租人应当在合同约定的卸货港卸货。合同订有承租人选择卸货港条款的,在承租人未按照合同约定及时通知确定的卸货港时,船长可以从约定的选卸港中自行选定一港卸货。承租人未按照合同约定及时通知确定的卸货港,致使出租人遭受损失的,应当负赔偿责任。出租人未按照合同约定,擅自选定港口卸货致使承租人遭受损失的,应当负赔偿责任。

第八节 多式联运合同的特别规定

第一百零二条 本法所称多式联运合同,是指多式联运经营人以两种以上的不同运输方式,其中一种是海上运输方式,负责将货物从接收地运至目的地交付收货人,并收取全程运费合同。

前款所称多式联运经营人,是指本人或者委托他人以本人名义与托运人订立多式联运合同的人。

第一百零三条 多式联运经营人对多式联运货物的责任期间,自接收货物时起至交付货物时止。

第一百零四条 多式联运经营人负责履行或者组织履行多式联运合同,并对全程运输负责。

多式联运经营人与参加多式联运的各区段承运人,可以就多式联运合同的各区段运输,另以合同约定相互之间的责任。但是,此项合同不得影响多式联运经营人对全程运输所承担的责任。

第一百零五条 货物的灭失或者损坏发生于多式联运的某一运输区段的,多式联运经营人的赔偿责任和责任限额,适用调整该区段运输方式的有关法律规定。

第一百零六条 货物的灭失或者损坏发生的运输区段不能确定的,多式联运经营人应当依照本章关于承运人赔偿责任和责任限额的规定负赔偿责任。

第五章 海上旅客运输合同

第一百零七条 海上旅客运输合同,是指承运人以适合运送旅客的船舶经海路将旅客及其行李从一港运送至另一港,由旅客支付票款的合同。

第一百零八条 本章下列用语的含义:

(一)“承运人”,是指本人或者委托他人以本人名义与旅客订立海上旅客运输合同的人。

(二)“实际承运人”,是指接受承运人委托,从事旅客运送或者部分运送的人,包括接受转委托从事此项运送的其他人。

(三)“旅客”,是指根据海上旅客运输合同运送的人;经承运人同意,根据海上货物运输合同,随船护送货物的人,视为旅客。

(四)“行李”是指根据海上旅客运输合同由承运人载运的任何物品的车辆,但是活动物除外。

(五)“自带行李”,是指旅客自行携带、保管或者放置在客舱中的行李。

第一百零九条 本章关于承运人责任的规定,适用于实际承运人。本章关于承运人的受雇人、代理人责任的规定,适用于实际承运人的受雇人、代理人。

第一百一十条 旅客客票是海上旅客运输合同成立的凭证。

第一百一十一条 海上旅客运输的运送期间,自旅客登船时起至旅客离船时止。客票票价含接送费用的,运送期间并包括承运人经水路将旅客从岸上接到船上和从船上送到岸上的时间,但是不包括旅客在港站内、码头上或者在港口其他设施内的时间。

旅客的自带行李,运送期间同前款规定。旅客自带行李以外的其他行李,运送期间自带旅客将行李交付承运人或者承运人的受雇人、代理人时起至承运人或者承运人的受雇人、代理人交还旅客时止。

第一百一十二条 旅客无票乘船、越级乘船或者超程乘船,应当按照规定补足票款,承运人可以按照规定加收票款;拒不交付的,船长有权在适当地点令其离船,承运人有权向其追偿。

第一百一十三条 旅客不得随身携带或者在行李中夹带违禁品或者易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性以及有可能危及船上人身和财产安全的其他危险品。

承运人可以在任何时间、任何地点将旅客违反前款规定随身携带或者在行李中夹带的违禁品、危险品卸下、销毁或者使之不能为害,或者送交有关部门,而不负赔偿责任。

旅客违反本条第一款规定,造成损害的,应当负赔偿责任。

第一百一十四条 在本法第一百一十一条规定的旅客及其行李的运送期间,因承运人或者承运人的受雇人、代理人在受雇或者受委托的范围内的过失引起事故,造成旅客人身伤亡或者行李灭失、损坏的,承运人应当负赔偿责任。

请求人对承运人或者承运人的受雇、代理人的过失,应当负举证责任;但是,本条第三款和第四款规定的情形除外。

旅客的人身伤亡或者自带行李的灭失、损坏,是由船舶的沉没、碰撞、搁浅、爆炸、火灾所引起或者是由于船舶的缺陷所引起的,承运人或者承运人的受雇人、代理人除非提出反证,应当视为其有过失。

旅客自带行李以外的其他行李的灭失或者损坏,不论由于何种事故所引起,承运人或者承运人的受雇人、代理人除非提出反证,应当视为其有过失。

第一百一十五条 经承运人证明,旅客的人身伤亡或者行李的灭失、损坏,是由于旅客本人的过失或者旅客和承运人的共同过失造成的,可以免除或者相应减轻承运人的赔偿责任。

经承运人证明,旅客的人身伤亡或者行李的灭失、损坏,是由于旅客本人的故意造成的,或者旅客的人身伤亡是由于旅客本人健康状况造成的,承运人不负赔偿责任。

第一百一十六条 承运人对旅客的货币、金银、珠宝、有价证券或者其他贵重物品所发生的灭失、损坏、不负赔偿责任。

旅客与承运人约定将前款规定的物品交由承运人保管的,承运人应当依照本法第一百二十七条的规定负赔偿责任;双方以书面约定的赔偿限额高于本法第一百二十七条的规定的,承运人应当按照约定的数额负赔偿责任。

第一百一十七条 除本条第四款规定的情形外,承运人在每次海上旅客运输中的赔偿责任限额,依照下列规定执行:

- (一)旅客人身伤亡的,每名旅客不超过 46666 计算单位;
- (二)旅客自带行李灭失或者损坏的,每名旅客不超过 833 计算单位;
- (三)旅客车辆包括该车辆所载行李灭失或者损坏的,每一车辆不超过 3333 计算单位;
- (四)本款第(二)、(三)项以外的旅客其他行李灭失或者损坏的,每名旅客不超过 1200 计算单位。

承运人和旅客可以约定,承运人对旅客车辆和旅客车辆以外的其他行李损失的免赔额。但是,对每一车辆损失的免赔额不得超过 117 计算单位,对每名旅客的车辆以外的其他行李损失的免赔额不得超过 13 计算单位。在计算每一车辆或者每名旅客的车辆以外的其他行李的损失赔数额时,应当扣除约定的承运人免赔额。

承运人和旅客可以书面约定高于本条第一款规定的赔偿责任限额。

中华人民共和国港口之间的海上旅客运输,承运人的赔偿责任限额,由国务院交通主管部门制定,报国务院批准后施行。

第一百一十八条 经证明,旅客的人身伤亡或者行李的灭失、损坏,是由于承运人的故意或者明知可能造成损害而轻率地作为或者不作为造成的,承运人不得援用本法第一百十六条和第一百十七条限制赔偿责任的规定。

经证明,旅客的人身伤亡或者行李的灭失、损坏,是由于承运人的或者承运人的受雇人、代

理人的故意或者明知可能造成损害而轻率地作为或者不作为造成的,承运人的受雇人、代理人不得援用本法第一百一十六条和第一百一十七条限制赔偿责任的规定。

第一百一十九条 行李发生明显损坏的,旅客应当依照下列规定向承运人的受雇人、代理人提交书面通知:

(一)自带行李,应当在旅客离船前或者离船时提交;

(二)其他行李,应当在行李交还前或者交还时提交;

行李的损坏不明显,旅客在离船时或者行李交还时难以发现的,以及行李发生灭失的,旅客应当在离船或者行李交还或者应当交还之日起十五日内,向承运人或者承运人的受雇人、代理人提交书面通知。

旅客未依照本条第一、二款规定及时提交书面通知的,除非提出反证,视为已经完整无损地收到行李。

行李交还时,旅客已经会同承运人对行李进行联合检查或者检验的,无需提交书面通知。

第一百二十条 向承运人的受雇人、代理人提出的赔偿请求,受雇人或者代理人证明其行为是在受雇或者受委托的范围内的,有权援用本法第一百一十五条、第一百一十六条和第一百一十七条的抗辩理由和赔偿责任限制的规定。

第一百二十一条 承运人将旅客运送或者部分运送委托给实际承运人履行的,仍然应当依照本章规定,对全程运送负责。实际承运人履行运送的,承运人应当对实际承运人的行为或者实际承运人的受雇人、代理人在受雇或者受委托的范围内的行为负责。

第一百二十二条 承运人承担本章未规定的义务或者放弃本章赋予的权利的任何特别协议,经实际承运人书面明确同意的,对实际承运人发生效力;实际承运人是否同意,不影响此项特别协议对承运人的效力。

第一百二十三条 承运人与实际承运人均负有赔偿责任的,应当在此项责任限度内负连带责任。

第一百二十四条 就旅客的人身伤亡或者行李的灭失、损坏,分别向承运人、实际承运人以及他们的受雇人、代理人提出赔偿请求的,赔偿总额不得超过本法第一百一十七条规定的限额。

第一百二十五条 本法第一百二十一条至第一百二十四条的规定,不影响承运人和实际承运人之间相互追偿。

第一百二十六条 海上旅客运输合同中含有下列内容之一的条款无效:

(一)免除承运人对旅客应当承担的法定责任;

(二)降低本章规定的承运人责任限额;

(三)对本章规定的举证责任作出相反的约定;

(四)限制旅客提出赔偿请求的权利。

前款规定的合同条款的无效,不影响合同其他条款的效力。

第六章 船舶租用合同

第一节 一般规定

第一百二十七条 本章关于出租人和承租人之间权利、义务的规定,仅在船舶租用合同没有约定或者没有不同约定时适用。

第一百二十八条 船舶租用合同,包括定期租船合同和光船租赁合同,均应当书面订立。

第二节 定期租用合同

第一百二十九条 定期租船合同,是指船舶出租人向承租人提供约定的由出租人配备船员的船舶,由承租人在约定的期间内按照约定的用途使用,并支付租金的合同。

第一百三十条 定期租船合同的内容,主要包括出租人和承租人的名称、船名、船籍、船级、吨位、容积、船速、燃料消耗、航区、用途、租船期间、交船和还船时间和地点以及条件、租金及其支付,以及其他有关事项。

第一百三十一条 出租人应当按照合同约定的时间交付船舶。

出租人违反前款规定的,承租人有权解除合同。出租人将船舶延误情况和船舶预期抵达交船港的日期通知承租人的,承租人应当自接到通知时起四十八小时内,将解除合同或者继续租用船舶的决定通知出租人。

因出租人过失延误提供船舶致使承租人遭受损失的,出租人应当负赔偿责任。

第一百三十二条 出租人交付船舶时,应当做到谨慎处理,使船舶适航。交付的船舶应当适于约定的用途。

出租人违反前款规定的,承租人有权解除合同,并有权要求赔偿因此遭受的损失。

第一百三十三条 船舶在租期内不符合约定的适航状态或者其他状态,出租人应当采取可能采取的合理措施,使之尽快恢复。

船舶不符合约定的适航状态或者其他状态而不能正常营运连续满二十四小时的,对因此而损失的营运时间,承租人不付租金,但是上述状态是由承租人造成的除外。

第一百三十四条 承租人应当保证船舶在约定航区内的安全港口或者地点之间从事约定的海上运输。

承租人违反前款规定的,出租人有权解除合同,并有权要求赔偿因此遭受的损失。

第一百三十五条 承租人应当保证船舶用于运输约定的合法的货物。

承租人将船舶用于运输活动物或者危险货物的,应当事先征得出租人的同意。

承租人违反本条第一款或者第二款的规定致使出租人遭受损失的,应当负赔偿责任。

第一百三十六条 承租人有权就船舶的营运向船长发生指示,但是不得违反定期租船合

同的约定。

第一百三十七条 承租人可以将租用的船舶转租,但是应当将转租的情况及时通知出租人。租用的船舶转租后,原租船合同约定的权利和义务不受影响。

第一百三十八条 船舶所有人转让已经租出的船舶的所有权,定期租船合同约定的当事人的权利和义务不受影响,但是应当及时通知承租人。船舶所有权转让后,原租船合同由受让人和承租人继续履行。

第一百三十九条 在合同期间,船舶进行海难救助的,承租人有权获得扣除救助费用、损失赔偿、船员应得部分以及其他费用后的救助款项的一半。

第一百四十条 承租人应当按照合同约定支付租金。承租人未按照合同约定支付租金的,出租人有权解除合同,并有权要求赔偿因此遭受的损失。

第一百四十一条 承租人未向出租人支付租金或者合同约定的其他款项的,出租人对船上属于承租人的货物和财产以及转租船舶的收入有留置权。

第一百四十二条 承租人向出租人交还船舶时,该船舶应当具有与出租人交船时相同的良好状态,但是船舶本身的自然磨损除外。

船舶未能保持与交船时相同的良好状态的,承租人应当负责修复或者给予赔偿。

第一百四十三条 经合理计算,完成最后航次的日期约定为合同约定的还船日期,但可能超过合同约定的还船日期的,承租人有权超期用船以完成该航次。超期期间,承租人应当按照合同约定的租金率支付租金;

市场的租金率高于合同约定的租金率的,承租人应当按照市场租金率支付租金。

第三节 光船租赁合同

第一百四十四条 光船租赁合同,是指船舶出租人向承租人提供不配备船员的船舶,在约定的期间内由承租人占有、使用和营运,并向出租人支付租金的合同。

第一百四十五条 光船租赁合同的内容,主要包括出租人和承租人的名称、船名、船籍、船级、吨位、容积、航区、用途、租船期间、交船和还船的时间和地点以及条件、船舶检验、船舶的保养维修、租金及其支付、船舶保险、合同解除的时间和条件,以及其他有关事项。

第一百四十六条 出租人应当在合同约定的港口或者地点,按照合同约定的时间,向承租人交付船舶以及船舶证书。交船时,出租人应当做到谨慎处理,使船舶适航。交付的船舶应当适于合同约定的用途。

出租人违反前款规定的,承租人有权解除合同,并有权要求赔偿因此遭受的损失。

第一百四十七条 在光船赁期间,承租人负责船舶的保养、维修。

第一百四十八条 在光船租赁期间,承租人应当按照合同约定的船舶价值,以出租人同意的保险方式为船舶进行保险,并承担保险费用。

第一百四十九条 在光船租赁期间,因承租人对船舶占有、使用和营运的原因使出租人的利益受到影响或者遭受损失的,承租人应当负责消除影响或者赔偿损失。

因船舶所有权争议或者出租人所负的债务致使船舶被扣押的,出租人应当保证承租人的

利益不受影响;致使承租人遭受损失的,出租人应当负赔偿责任。

第一百五十条 在光船租赁期间,未经出租人书面同意,承租人不得转让合同的权利和义务或者以光船租赁的方式将船舶进行转租。

第一百五十一条 未经承租人事先书面同意,出租人不得在光船租赁期间对船舶设定抵押权。

出租人违反前款规定,致使承租人遭受损失的,应当负赔偿责任。

第一百五十二条 承租人应当按照合同约定支付租金。承租人未按照合同约定的时间支付租金连续超过七日的,出租人有权解除合同,并有权要求赔偿因此遭受的损失。

船舶发生灭失或者失踪的,租金应当自船舶灭失或者得知其最后消息之日起停止支付,预付租金应当按照比例退还。

第一百五十三条 本法第一百三十四条、第一百三十五条第一款、第一百四十二条和第一百四十三条的规定,适用于光船租赁合同。

第一百五十四条 订有租购条款的光船租赁合同,承租人按照合同约定向出租人付清租购费时,船舶所有权即归于承租人。

第七章 海上拖航合同

第一百五十五条 海上拖航合同,是指承拖方用拖轮将被拖物经海路从一地拖至另一地,而由被拖方支付拖航费的合同。

本章规定不适用于在港区内对船舶提供的拖轮服务。

第一百五十六条 海上拖航合同应当书面订立。海上拖航合同的内容,主要包括承拖方和被拖方的名称和住所、拖轮和被拖物的名称和主要尺度、拖轮马力、起拖地和目的地、起拖日期、拖航费及其支付方式,以及其他有关事项。

第一百五十七条 承拖方在起拖前和起拖当时,应当谨慎处理,使拖轮处于适航、适拖状态,妥善配备船员,配置拖航索具和配备供应品以及该航次必备的其他装置、设备。

被拖方在起拖前和起拖当时,应当做好被拖物的拖航准备,谨慎处理,使被拖物处于适拖状态,并向承拖方如实说明被拖物的情况,提供有关检验机构签发的被拖物适合拖航的证书和有关文件。

第一百五十八条 起拖前,因不可抗力或者其他不能归责于双方的原因致使合同不能履行的,双方均可以解除合同,并互相不负赔偿责任。除合同另有约定外,拖航费已经支付的,承拖方应当退还给被拖方。

第一百五十九条 起拖后,因不可抗力或者其他不能归责于双方的原因致使合同不能继续履行的,双方均可以解除合同,并互相不负赔偿责任。

第一百六十条 因不可抗力或者其他不能归责于双方的原因致使被拖物不能拖至目的地的,除合同另有约定外,承拖方可以在目的地的邻近地点或者拖轮船长选定的安全的港口或者锚泊地,将被拖物移交给被拖方或者其代理人,视为已经履行合同。

第一百六十一条 被拖方未按照约定支付拖航费和其他合理费用的,承拖方对被拖物有

留置权。

第一百六十二条 在海上拖航过程中,承拖方或者被拖方遭受的损失,由一方的过失造成的,有过失的一方应当负赔偿责任;由双方过失造成的,各方按照过失程度的比例负赔偿责任。

虽有前款规定,经承拖方证明,被拖方的损失是由于下列原因之一造成的,承拖方不负赔偿责任:

(一)拖轮船长、船员、引航员或者承拖方的其他受雇人、代理人在驾驶拖轮或者管理拖轮中的过失;

(二)拖轮在海上救助或者企图救助人命或者财产时的过失。

本条规定仅在海上拖航合同没有约定或者没有不同约定时适用。

第一百六十三条 在海上拖航过程中,由于承拖方或者被拖方的过失,造成第三人人身伤亡或者财产损失的,承拖方和被拖方对第三人负连带赔偿责任。除合同另有约定外,一方连带支付的赔偿超过其应当承担的比例的,对另一方有追偿权。

第一百六十四条 拖轮所有人拖带其所有的或者经营的驳船载运货物,经海路由一港运至另一港的,视为海上货物运输。

第十二章 海上保险合同

第一节 一般规定

第二百一十六条 海上保险合同,是指保险人按照约定,对被保险人遭受保险事故造成保险标的的损失和产生的责任负责赔偿,而由被保险人支付保险费的合同。

前款所称保险事故,是指保险人与被保险人约定的任何海上事故,包括与海上航行有关的发生于内河或者陆上的事故。

第二百一十七条 海上保险合同的内容,主要包括下列各项:

- (一)保险人名称;
- (二)被保险人名称;
- (三)保险标的;
- (四)保险价值;
- (五)保险金额;
- (六)保险责任和除外责任;
- (七)保险期间;
- (八)保险费。

第二百一十八条 下列各项可以作为保险标的:

- (一)船舶;
- (二)货物;

- (三)船舶营运收入,包括运费、租金、旅客票款;
- (四)货物预期利润;
- (五)船员工资和其他报酬;
- (六)对第三人的责任;
- (七)由于发生保险事故可能受到损失的其他财产和产生的责任、费用。

保险人可以将对前款保险标的的保险进行再保险。除合同另有约定外,原被保险人不得享有再保险的利益。

第二百一十九条 保险标的的保险价值由保险人与被保险人约定。

保险人与被保险人未约定保险价值的,保险价值依照下列规定计算:

- (一)船舶的保险价值,是保险责任开始时船舶的价值,包括船壳、机器、设备的价值,以及船上燃料、物料、索具、给养、淡水的价值和保险费的总和;
- (二)货物的保险价值,是保险责任开始时货物在起运地的发票价格或者非贸易商品在起运地的实际价值以及运费和保险费的总和;
- (三)运费的保险价值,是保险责任开始时承运人应收运费总额和保险费的总和;
- (四)其他保险标的的保险价值,是保险责任开始时保险标的的实际价值和保险费的总和。

第二百二十条 保险金额由保险人与被保险人约定。保险金额不得超过保险价值;超过保险价值的,超过部分无效。

第二节 合同的订立、解除和转让

第二百二十一条 被保险人提出保险要求,经保险人同意承保,并就海上保险合同的条款达成协议后,合同成立。保险人应当及时向被保险人签发保险单或者其他保险单证,并在保险单或者其他保险单证中载明当事人双方约定的合同内容。

第二百二十二条 合同订立前,被保险人应当将其知道的或者在通常业务中应当知道的有关影响保险人据以确定保险费率或者确定是否同意承保的重要情况,如实告知保险人。

保险人知道或者在通常业务中应当知道的情况,保险人没有询问的,被保险人无需告知。

第二百二十三条 由于被保险人的故意,未将本法第二百二十二条第一款规定的重要情况如实告知保险人的,保险人有权解除合同,并不退还保险费。合同解除前发生保险事故造成损失的,保险人不负赔偿责任。

不是由于被保险人的故意,未将本法第二百二十二条第一款规定的重要情况如实告知保险人的,保险人有权解除合同或者要求相应增加保险费。保险人解除合同的,对于合同解除前发生保险事故造成的损失,保险人应当负赔偿责任;但是,未告知或者错误告知的重要情况对保险事故的发生有影响的除外。

第二百二十四条 订立合同时,被保险人已经知道或者应当知道保险标的已经因发生保险事故而遭受损失的,保险人不负赔偿责任,但是有权收取保险费;保险人已经知道或者应当知道保险标的已经不可能因发生保险事故而遭受损失的,被保险人有权收回已经支付的保险费。

第二百二十五条 被保险人对同一保险标的就同一保险事故向几个保险人重复订立合同,而使该保险标的保险金额总和超过保险标的价值的,除合同另有约定外,被保险人可以向任何保险人提出赔偿请求。被保险人获得的赔偿金额总和不得超过保险标的的受损价值。各保险人按照其承保的保险金额同保险金额总和的比例承担赔偿责任。任何一个保险人支付的赔偿金额超过其应当承担的赔偿责任的,有权向未按照其应当承担的赔偿责任支付赔偿金额的保险人追偿。

第二百二十六条 保险责任开始前,被保险人可以要求解除合同,但是应当向保险人支付手续费,保险人应当退还保险费。

第二百二十七条 除合同另有约定外,保险责任开始后,被保险人和保险人均不得解除合同。

根据合同的约定在保险责任开始后可以解除合同的,被保险人要求解除合同,保险人有权收取自保险责任开始之日起至合同解除之日止的保险费,剩余部分予以退还;保险人要求解除合同,应当将自合同解除之日起至保险期间届满之日止的保险费退还被保险人。

第二百二十八条 虽有本法第二百二十七条规定,货物运输和船舶的航次保险,保险责任开始后,被保险人不得要求解除合同。

第二百二十九条 海上货物运输保险合同可以由被保险人背书或者以其他方式转让,合同的权利、义务随之转移。合同转让时尚未支付保险费的,被保险人和合同受让人负连带支付责任。

第二百三十条 因船舶转让而转让船舶保险合同的,应当取得保险人同意。未经保险人同意,船舶保险合同从船舶转让时起解除;船舶转让发生在航次之中的,船舶保险合同至航次终了时解除。

合同解除后,保险人应当将自合同解除之日起至保险期间届满之日止的保险费退还被保险人。

第二百三十一条 被保险人在一定期间分批装运或者接受货物的,可以与保险人订立预约保险合同。预约保险合同应当由保险人签发预约保险单证加以确认。

第二百三十二条 应被保险人要求,保险人应当对依据预约保险合同分批装运的货物分别签发保险单证。

保险人分别签发的保险单证的内容与预约保险单证的内容不一致的,以分别签发的保险单证为准。

第二百三十三条 被保险人知道经预约保险合同保险的货物已经装运或者到达的情况时,应当立即通知保险人。通知的内容包括装运货物的船名、航线、货物价值和保险金额。

第三节 被保险人的义务

第二百三十四条 除合同另有约定外,被保险人应当在合同订立后立即支付保险费;被保险人支付保险费前,保险人可以拒绝签发保险单证。

第二百三十五条 被保险人违反合同约定的保证条款时,应当立即书面通知保险人。保险

人收到通知后,可以解除合同,也可以要求修改承保条件、增加保险费。

第二百三十六条 一旦保险事故发生,被保险人应当立即通知保险人,并采取必要的合理措施,防止或者减少损失。被保险人收到保险人发出的有关采取防止或者减少损失的合理措施的特别通知的,应当按照保险人通知的要求处理。

对于被保险人违反前款规定所造成的扩大的损失,保险人不负赔偿责任。

第四节 保险人的责任

第二百三十七条 发生保险事故造成损失后,保险人应当及时向被保险人支付保险赔偿。

第二百三十八条 保险人赔偿保险事故造成的损失,以保险金额为限,保险金额低于保险价值的,在保险标的发生部分损失时,保险人按照保险金额与保险价值的比例负赔偿责任。

第二百三十九条 保险标的在保险期间发生几次保险事故所造成的损失,即使损失金额的总和超过保险金额,保险人也应当赔偿。但是,对发生部分损失后未经修复又发生全部损失的,保险人按照全部损失赔偿。

第二百四十条 被保险人为防止或者减少根据合同可以得到赔偿的损失而支出的必要的合理费用,为确定保险事故的性质、程度而支出的检验、估价的合理费用,以及为执行保险人的特别通知而支出的费用,应当由保险人在保险标的损失赔偿之外另行支付。

保险人对前款规定的费用的支付,以相当于保险金额的数额为限。

保险金额低于保险价值的,除合同另有约定外,保险人应当按照保险金额与保险价值比例,支付本条规定的费用。

第二百四十一条 保险金额低于共同海损分摊价值的,保险人按照保险金额同分摊价值的比例赔偿共同海损分摊。

第二百四十二条 对于被保险人故意造成的损失,保险人不负赔偿责任。

第二百四十三条 除合同另有约定外,因下列原因之一造成货物损失的,保险人不负赔偿责任:

- (一)航行迟延、交货迟延或者行市变化;
- (二)货物的自然损耗、本身的缺陷和自然特性;
- (三)包装不当。

第二百四十四条 除合同另有约定外,因下列原因之一造成保险船舶损失的,保险人不负赔偿责任:

- (一)船舶开航时不适航,但是在船舶定期保险中被保险人不知道的除外;
- (二)船舶自然磨损或者锈蚀。

运费保险比照适用本条的规定。

第五节 保险标的的损失和委付

第二百四十五条 保险标的发生保险事故后灭失,或者受到严重损坏完全失去原有形体、

效用,或者不能再归被保险人所拥有的,为实际全损。

第二百四十六条 船舶发生保险事故后,认为实际全损已经不可避免,或者为避免发生实际全损所需支付的费用超过保险价值的,为推定全损。

货物发生保险事故后,认为实际全损已经不可避免,或者为避免发生实际全损所需支付的费用与继续将货物运抵目的地的费用之和超过保险价值的,为推定全损。

第二百四十七条 不属于实际全损和推定全损的损失,为部分损失。

第二百四十八条 船舶在合理时间内未从被获知最后消息的地点抵达目的地,除合同另有约定外,满两个月后仍没有获知其消息的,为船舶失踪。船舶失踪视为实际全损。

第二百四十九条 保险标的发生推定全损,被保险人要求保险人按照全部损失赔偿的,应当向保险人委付保险标的。保险人可以接受委付,也可以不接受委付,但是应当在合理的时间将接受委付或者不接受委付的决定通知被保险人。

委付不得附带任何条件。委付一经保险人接受,不得撤回。

第二百五十条 保险人接受委付的,被保险人对委付财产的全部权利和义务转移给保险人。

第六节 保险赔偿的支付

第二百五十一条 保险事故发生后,保险人向被保险人支付保险赔偿前,可以要求被保险人提供与确认保险事故性质和损失程度有关的证明和资料。

第二百五十二条 保险标的发生保险责任范围内的损失是由第三人造成的,被保险人向第三人要求赔偿的权利,自保险人支付赔偿之日起,相应转移给保险人。

被保险人应当向保险人提供必要的文件和其所需要知道的情况,并尽力协助保险人向第三人追偿。

第二百五十三条 被保险人未经保险人同意放弃向第三人要求赔偿的权利,或者由于过失致使保险人不能行使追偿权利的,保险人可以相应扣减保险赔偿。

第二百五十四条 保险人支付保险赔偿时,可以从应支付的赔偿额中相应扣减被保险人已经从第三人取得的赔偿。

保险人从第三人取得的赔偿,超过其支付的保险赔偿的,超过部分应当退还给被保险人。

第二百五十五条 发生保险事故后,保险人有权放弃对保险标的的权利,金额支付合同约定的保险赔偿,以解除对保险标的的义务。

保险人行使前款规定的权利,应当自收到被保险人有关赔偿损失的通知之日起七日内通知被保险人;被保险人在收到通知前,为避免或者减少损失而支付的必要的合理费用,仍然应当由保险人偿还。

第二百五十六条 除本法第二百五十五条的规定外,保险标的发生全损,保险人支付全部保险金额的,取得对保险标的的全部权利;但是,在不足额保险的情况下,保险人按照保险金额与保险价值的比例取得对保险标的的部分权利。

第十三章 时 效

第二百五十七条 就海上货物运输向承运人要求赔偿的请求权,时效期间为一年,自承运人交付或者应当交付货物之日起计算;在时效期间内或者时效期间届满后,被认定为负有责任的人向第三人提起追偿请求的,时效期间为九十日,自追偿请求人解决原赔偿请求之日起或者收到受理对其本人提起诉讼的法院的起诉状副本之日起计算。

有关航次租船合同的请求权,时效期间为二年,自知道或者应当知道权利被侵害之日起计算。

第二百五十八条 就海上旅客运输向承运人要求赔偿的请求权,时效期间为二年,分别依照下列规定计算:

(一)有关旅客人身伤害的请求权,自旅客离船或者应当离船之日起计算;

(二)有关旅客死亡的请求权,发生在运送期间的,自旅客应当离船之日起计算;因运送期间内的伤害而导致旅客离船后死亡的,自旅客死亡之日起计算,但是此期限自离船之日起不得超过三年;

(三)有关行李灭失或者损坏的请求权,自旅客离船或者应当离船之日起计算。

第二百五十九条 有关船舶租用合同的请求权,时效期间为二年,自知道或者应当知道权利被侵害之日起计算。

第二百六十条 有关海上拖航合同的请求权,时效期间为一年,自知道或者应当知道权利被侵害之日起计算。

第二百六十一条 有关船舶碰撞的请求权,时效期间为二年,自碰撞事故发生之日起计算;本法第一百六十九条第三款规定的追偿请求权,时效期间为一年,自当事人连带支付损害赔偿之日起计算。

第二百六十二条 有关海难救助的请求权,时效期间为二年,自救助作业终止之日起计算。

第二百六十三条 有关共同海损分摊的请求权,时效期间为一年,自理算结束之日起计算。

第二百六十四条 根据海上保险合同向保险人要求保险赔偿的请求权,时效期间为二年,自保险事故发生之日起计算。

第二百六十五条 有关船舶发生油污损害的请求权,时效期间为三年,自损害发生之日起计算;但是,在任何情况下时效期间不得超过从造成损害的事故之日起六年。

第二百六十六条 在时效期间的最后六个月内,因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的,时效中止。自中止时效的原因消除之日起,时效期间继续计算。

第二百六十七条 时效因请求人提起诉讼、提交仲裁或者被请求人同意履行义务而中断。但是,请求人撤回起诉、撤回仲裁或者起诉被裁定驳回的,时效不中断。

请求人申请扣船的,时效自申请扣船之日起中断。

自中断时起,时效期间重新计算。

第一章 经济合同与经济合同法知识

一、什么是经济合同

（一）经济合同的概念

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,在生产和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)经济合同的种类划分

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了。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。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。

法律精释

民法通则对法人的有关规定

(《中华人民共和国民法通则》第三十六条、第三十七条)

【条文】 第三十六条 法人是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。

法人的民事权利能力和民事行为能力,从法人成立时产生,到法人终止时消灭。

【释义】 本条是对我国法人概念的规定。

法人是一种享有民事主体资格的组织,虽然法人与公民同为民事主体,但法人是一独立的概念,并且随着商品经济的发展,形成了一种完善的法律制度。法人制度最早起源于罗马法,1896年公布的德国民法典最早使用了“法人”一词,1922年的苏俄民法典第一次以立法的形式给法人下了定义。我国在建国初期的有关法规中即使用了“法人”一词,但在很长一段时期并未实行法人制度。只是近十年来才开始重视法人立法,特别是本法设专章对法人制度予以规定,初步建立了我国的法人制度。

法人既然是一种民事主体,就应具备民事权利能力和民事行为能力。法人的民事权利能

力,是国家赋予社会组织参加民事法律关系,取得民事权利和承担民事义务的资格。法人的权利能力与公民的权利能力有所不同:首先,公民的权利能力自出生时发生,至死之时消灭;法人的权利能力自成立时发生,至撤销或解散时消灭。其次,法人与自然人权利能力的范围也不同,某些专属于公民的权利能力的内容,法人不可能享有;同样,某些专属法人权利能力的内容,公民也不能享有。第三,自然人民事权利能力一般是普遍一致的,法人则因各自经营、业务范围不同,受到法律和自己章程的限制,权利能力的内容各有区别。法人的民事行为能力,是国家赋予社会组织独立进行民事活动的能力或资格。法人行为能力,不仅是指法人为法律行为和其他合法行为的能力,还包括对违法行为承担民事责任的能力。法人的民事行为能力具有以下特点:首先,法人的行为能力和权利能力一起发生和消灭,都是自法人成立时产生,到法人终止时消灭。公民的权利能力是自出生时产生,行为能力则要到达一定年龄,并要具备相应的意思表示能力才能够取得。其次,法人的行为能力和权利能力的范围是一致的。第三,法人的行为能力要由它的机关或代表来实现。

【条文】 第三十七条 法人应当具备下列条件:

- (一)依法成立;
- (二)有必要的财产或者经费;
- (三)有自己的名称、组织机构和场所;
- (四)能够独立承担民事责任。

【释义】 本条规定的是法人应具备的条件。

法人是一种享有民事主体资格的社会组织,这种社会组织要成为法人就应具备一定的条件,这正是本条规定的内容,共包括四个方面:

1. 依法成立。这包括三个方面的含义:(1)必须经过国家有关部门批准;(2)必须符合法律、法规的具体规定和要求;(3)必须经过主管机关的批准或核准登记。对不同的法人,要求也不一样,有的法人必须符合上述三个方面的要求,如企业法人。有的法人则不必经过核准登记程序,如机关法人。

2. 有必要的财产或者经费。这是法人进行民事活动的物质条件。针对法人类型的不同,某些法人必须拥有必要的财产,如集体企业法人自己所有的财产和国营企业法人经营管理的国家财产。有些法人则只要求拥有必要的独立经费,如国家机关的国家财政拨款。法人的财产或者经费,必须是独立拥有的,即这种财产或经费不仅独立于其他法人和自然人的财产,而且独立于法人的成员和创立人的财产。

3. 有自己的名称、组织机构和场所。法人的名称是法人之间相互区别的标志。法人要以自己的名义参加民事活动,所以,名称对法人来说是必不可少的。法人的组织机构是指对内管理法人事务,对外代表法人进行民事活动的常设机构或机关。法人是一种社会组织,其活动要通过自然人所组成的具体机构进行,因而要具备相应的组织机构。因法人类型不同,法人的机构也不尽相同,概括起来有以下几种:第一,决策机构,即形成法人意志,决定法人重大事务的机构,如公司法人的股东大会;第二,执行机构,即通常所讲的法定代表人;第三,监督机构,即对法人执行机构的活动实行审查监督的机构。法人的场所是法人进行业务活动的所在地。没有一定的场所,法人就无从进行业务活动,他人也无法同法人进行业务联系。

4. 能够独立承担民事责任。法人应当能够以自己拥有的财产或经费承担它在民事活动所产生债务的财产责任。这包括两方面的含义:首先,法人应有能力以自己的财产或经费承担财产责任,否则就不具备作为法人的条件;其次,法人的财产责任只能由它自己承担,其他法人,法人的创立人,法人的组成人员均不对法人债务承担财产责任。

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。在社会实践中,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、有效期限、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。

法律精释

代订经济合同的条件

(《中华人民共和国合同法》第十条)

【条文】 第十条 代订经济合同,必须事先取得委托方的委托证明,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。

【释义】 本条是关于代订经济合同条件的规定。

代订经济合同,即经济合同的代理,是指代理人在代理权限内,以被代理人的名义订立经济合同或参加经济合同纠纷的诉讼活动,直接对被代理人产生权利和义务的一种法律行为。

在现实经济交往中,由于各种原因,法定代表人不能亲自签订经济合同,需要委托他人代订经济合同,是当事人双方建立经济合同关系时经常遇到的一种形式。因此,《经济合同法》把代订经济合同确定为一项法律制度。

根据本条规定,代订经济合同必须符合三个法定条件,才能对委托单位(被代理人)直接产生法律效力:

1. 代理人必须事先取得委托人的委托证明。委托证明,又称委托书或授权委托书,是证明法人与法人之间、法人和公民之间的委托代理关系的凭证。在一般情况下,有了委托书,代订经济合同才具有法律效力。

《经济合同法》这一规定的意义是:在内部,一方面可以防止业务主管机关或上级单位不经企业单位的同意或委托,包办代订经济合同,致使合同脱离实际而不能履行,造成损失;另一方面也可防止委托人的一般工作人员不负责任的乱签经济合同;在外部,可以防止有人假冒委托人的名义以签订经济合同之名,进行招摇撞骗,扰乱社会经济秩序。

2. 代理人必须根据授权范围订立经济合同。根据法律规定,委托人对代理人所作出的法律行为的后果,只对在委托授权范围内承担责任。代理人如超越代理权限或在代理权终止后的行为,除委托人事后追认,否则被代理人不承担责任。未经被代理人追认的行为,应由代理人承担责任。

3. 代理人必须以委托人名义签订经济合同。代理人是代表委托人与第三人签订经济合同。因此,代理人应以被代理人的名义签订经济合同。只有这样,订立的经济合同才能对委托人直接产生法律效力。代理人如果以自己的名义或其他名义签订经济合同,这一经济合同对委托人就不能直接产生权利和义务。

代订经济合同,只有符合上述三个条件,对委托人才具有法律约束力。委托人必须全面认真地履行经济合同规定的各项义务。

委托证书应写明代理人的姓名、职务、代理事项(委托范围),代理权限、有效期限和委托日期,并由委托人签字(盖章)并加盖委托人印章。这样的委托证明书,才符合法律规定。

案例剖析

未经委托人直接授权而转托代理签订合同案

【案情介绍】

某县供销合作社(以下简称卖方)的代理人邓某与某市医药公司(以下简称买方)副经理彭

某于1993年1月27日签订一份贡菊花中药材买卖合同,数量3吨,每公斤价10元,计货款总值3万元;交货地点,买方所在地;交货时间,1993年2月10日;所需运杂费用,由卖方承担。合同签订后,买方于1993年2月2日预付货款1万元。2月5日卖方电告买方称:“邓某非我方代理人,所签合同我方不予承认”。买方接到电报后,即派人到卖方协商,双方未达成协议,买方于1993年3月2日向某市经济合同仲裁委员会申请仲裁。

买方诉称:邓某持卖方合同书,并言明代理卖方向我方推销贡菊花中药材,我方审查其证件后,与其签订了3吨贡菊花中药材买卖合同,并按约定预付了1万元的货款。合同成立后,卖方考虑市场价格的变化,借口代理问题不履行合同,并将应卖给我方的3吨贡菊花中药材高价卖给某医药公司,违反了诚实信用的原则。我方要求卖方继续履行合同,并赔偿我方催货所花的差旅费。

卖方辩称:我方于1993年1月5日委托黄某代理我方到天津推销10吨贡菊花中药材,每公斤价10元。黄某已按委托授权范围,完成了委托任务,代理权消灭。但他又擅自转托邓某代理我方与买方签合同,这是错误的,此合同对我方没有约束力。我方已电告买方,并说明了理由。但买方无视法律,强行履行合同,这是没有道理的,我方也不承担不履行合同的責任。

【案情分析】

仲裁委员会在审理过程中,发现该合同是无效合同,便依法终止仲裁程序,将案件移交给某市工商行政管理局调查处理。

经查,1993年1月5日卖方委托黄某到外地推销贡菊花中药材10吨,每公斤售价可在10元至12元之间签订合同,并交给盖有公章的空白合同纸3张。黄某已按委托授权与某地两公司签订合同,销售10吨,代理任务已经完成。但黄某未征得被代理人同意,转托邓某于1993年1月27日与买方签订了买卖贡菊花中药材3吨的合同。合同签订后,黄某把转托邓某代理的情况向买方作了报告,卖方当即表示,不承认黄某转托邓某代理签订的合同,并将此情况立即电告买方。

工商行政管理局认为,代理人黄某事先未取得被代理人的同意,事后又未被被代理人追认,擅自转托他人代理签订的合同是无效的,其产生后果,应由代理人承担责任。根据《民法通则》第68条的规定作了如下处理:

(1)卖方代理人黄某事先未取得被代理人的同意,事后也未取得被代理人的追认,委托邓某代理与买方签订的贡菊花买卖合同无效,即以撤销。

(2)由于代理人黄某的过错给买方造成的250元损失,应予以赔偿。

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。

所谓标的的质量,是指指标的内在素质(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;给付货币的,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。

法律精释

经济合同法对定金的规定

（《中华人民共和国合同法》第十四条）

【条文】 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。

【释义】 本条是有关给付定金的规定。

定金是指合同当事人一方在订立合同之后,为了证明合同的成立和保证合同的履行,向对方预先给付一定数量的货币。对方接受定金后,就成为经济合同成立的法律证明。定金给付后,如果经济合同全面履行了,给付定金的当事人一方可以收回定金,也可以把定金抵作部分货款。但给付定金的当事人一方不履行经济合同,则失去定金的所有权,无权请求返还定金;如果是接受定金的当事人一方不履行经济合同,应双倍返还定金。

定金这种经济合同的担保方式,在我国除农副产品的预购合同、加工承揽合同、勘察设计合同普遍适用外,其他各类经济合同依据当事人的约定,也可采用。

《经济合同法》对定金规定的意义是:

1. 定金是经济合同成立的证明,当事人签订经济合同时,经济合同当事人一方为保证合同履行,预先给付对方一定金额。给付和接受定金的法律事实,是合同成立的法律依据。因此,定

金是经济合同成立的证明。

2. 定金是经济合同的担保形式。经济合同的担保,是指当事人为了确保合同全面履行,依照法律规定或双方商定所采取的一种具有法律效力的保证措施。担保本身不是直接为了实现一定的经济目的,而是为了保证订立的经济合同的全面履行。担保不能独立存在,而是从属于已经订立的经济合同。担保是对经济合同法律效力的加强和补充。

定金作为经济合同的一种担保形式,也是一种法律关系。在这种法律关系中,给付定金的一方违约而不履行经济合同时,无权请求返还定金。接受定金的一方当事人不履行合同,应双倍返还定金。经济合同当事人双方为了免受定金罚则的制裁,必须认真履行合同,从而发挥了定金的担保作用。

3. 定金是一种预先给付的法律行为。经济合同依法订立后,当事人一方在合同规定的货款中,预先给付一定数额的货币作担保,这实质是预付款的性质。因为,合同全面履行,定金可以收回或抵作应付款的一部分。但定金又不同于预付款,因为接受定金的一方当事人不履行合同,不但应当全部返还定金,还应双倍返还定金,即带有制裁性质。

案例剖析

购销双方误认标的物造成购方损失案

【案情介绍】

1993年7月17日,F市某综合商店函请E县服装厂携带服装样品到F市商洽签订购销合同。E县服装厂随即携带服装样品5件到F市,称衣料系尼龙哔叽。F市综合商店经试穿合体,亦认为系尼龙哔叽。双方于同年7月30日签订了购销合同。合同规定:F市综合商店向E县服装厂购买尼龙哔叽制成的男、女式西裤、女西装套装及童裤共1,850件,总价款为30,195元,由E县服装厂分三批发运;综合商店将样品封存,俟货到按样品验收;综合商店在货到7天内汇款50%,15天内将货款汇完。合同未规定违约金。同年8月8日,E县服装厂按合同规定的期限将第一批货男、女裤1,350条发至F市。综合商店提货,按封样验收,数量、质量相符。8月13日投放市场,顾客提出裤料不是尼龙哔叽,纷纷要求退货。该批服装滞销。综合商店请有关部门化验,证实裤料是涤纶。综合商店于8月26日正式通知服装厂,要求退货及停发第二、三批服装。服装厂即派人来F市协商。在协商中,综合商店认为,服装厂将涤纶服装当作尼龙服装出售,是欺骗行为,违反合同中规定的衣料条款,主张退货;如不退货每条裤应降价1.5元至2元;其余未发来的服装终止履行。服装厂表明衣料是从当地百货公司按尼龙购进的,况且合同中规定了按样品验收,所发服装与样品相符,不存在欺骗行为,故不同意退货;对已发来的服装愿意每件由原价11.5元降为11元;未发的服装同意终止履行。协商未成,因而成讼。

服装厂诉至F市人民法院,要求综合商店继续履行原合同;综合商店则辩称:原合同存在

欺诈因素,故不应履行。

【案情分析】

F 市人民法院邀请 F 市纺织纤维检验所对签订合同时封存的样品和发来的裤料进行鉴定,证实样品和发来的服装均不是尼龙纤维而是涤纶纤维。又经查:服装厂确系从 E 县百货公司按尼龙哔叽购进衣料,有发货票为证。F 市服装厂经常外出的营业人员证实,在 E 县普遍将涤纶哔叽称为尼龙哔叽,纺织纤维检验所技术人员说明涤纶与尼龙同属化学纤维,各有特色,涤纶质地比较柔软,更受群众欢迎。物价部门证实涤纶与尼龙在价格上接近。法院并审查了双方的法人资格与所签合同的条款。据此,F 市人民法院认为:

(1)双方均由于科学知识不足,将涤纶纤维误认为尼龙纤维,属于误认标的物,对此,E 县服装厂虽应负主要责任,但不属于故意欺骗,不影响合同的有效性;

(2)双方具备法人资格,符合《经济合同法》第 2 条的规定,双方所订合同符合《经济合同法》第 4 条、第 5 条和第 12 条的规定,应确认为有效合同;

(3)根据《经济合同法》第 27 条之规定,双方经协商,终止发运合同原定之第二、三批服装,应予准许;

(4)综合商店所收之服装本应照付价款,但综合商店因滞销要求缓期如数付款,服装厂则自愿每件降价 0.5 元要求近期内付款,可以由双方协商。

在法院主持下,双方自愿达成协议如下:

(1)所发第一批 1,350 条男、女筒裤,每条降价 0.50 元,共降价 675 元,应付货款 14,780 元,综合商店于 1993 年 12 月 25 日前电汇给服装厂;

(2)合同原定的第二、三批货终止履行;

(3)本案诉讼费 340 元,服装厂承担 150 元,综合商店承担 190 元。

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违约行为,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的经济合同。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。



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,根据国务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、数量和保管方法,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日内偿付,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费,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. 超约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,在保险金额的范围承担赔偿。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。

关于《中华人民共和国合同法修正案(草案)》的说明

国务院法制局局长 杨景宇

委员长、各位副委员长、各位委员:

我受国务院的委托,现就《中华人民共和国合同法修正案(草案)》作如下说明:

《中华人民共和国合同法》是 1981 年 12 月 13 日五届全国人大四次会议通过、1982 年 7 月 1 日起施行的。十年多来,经济合同法对保护经济合同当事人的合法权益,维护社会经济秩序,促进社会主义商品经济的发展,起了重要作用。但是,这部法律毕竟是在改革初期制定的,随着改革的不断发展和深化,有些规定与现实经济生活已经越来越不相适应;在一些重要问题上,同后来制定的民法通则、民事诉讼法、涉外经济合同法、技术合同法也存在若干不协调、不一致的情况。因此,修改经济合同法势在必行,也是各方面的普遍要求。

1990 年 7 月,国家工商局、国家体改委向国务院报送了经济合同法(修订草案送审稿)。国务院法制局收到此件后,即分送八十多个中央有关部门、专业总公司、专业银行、法院和地方政府以及几十位民法、经济法专家征求意见,并先后召开了四次规模较大的论证会。根据各方面的意见,总结实践经验,并参考国际立法例,对送审稿作了七次重大修改、补充,形成了经济合同法(修订草案)。有关方面和专家认为,这个修订草案总的看基础比较好,但是仍嫌单薄、原则,主张以此为基础起草民法典合同篇式的合同法。特别是党的十四大把建立社会主义市场经济体制确定为经济体制改革的目标、八届全国人大一次会议通过宪法修正案后,主张制定合同法的呼声更加强烈,认为这是调整社会主义市场经济关系的重要法律,立法条件也已成熟,应该抓紧起草,尽快出台。经同全国人大常委会法工委共同商议,认为上述意见是有道理的,但是起草比较完备的合同法涉及复杂的民事权利、义务关系,即使抓紧工作,也不是一朝一夕就能完成的,而现行的经济合同法在若干重要问题上显然已经不能适应发展社会主义市场经济和转变政府职能的要求,甚至同宪法修正案不一致,有关条款需要立即调整。因此,在立法上势必分两步走:首先,只对必须尽快修改的加以修改,暂不作全面修改,可改可不改的暂不改;与此同时,组织力量,尽速起草比较完备的合同法。现在提请审议的经济合同法修正案(草案),就是按照上述考虑,经同法工委共同研究,根据前一段工作中各方面提出的意见,并再次同国家工商局、国家体改委磋商后提出的,现就草案中几个主要问题说明如下:

一、关于经济合同法的适用范围问题

经济合同法规定：“经济合同是法人之间为实现一定经济目的，明确相互权利义务关系的协议。”“个体经营户、农村社员同法人之间签订经济合同，应参照本法执行。”许多部门、地方和专家提出，随着改革的发展和深化，从事市场经营活动的主体不仅有法人，还有大量非法人经济组织。按照上述规定，本法的调整范围过窄。因此，草案将上述规定修改为：“本法适用于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。”

此外，经济合同法具体规定了十种有名合同，其中包括科技协作合同。该法第五十五条还规定：“涉外经济贸易合同参照本法的原则和国际惯例另行制定。”考虑到全国人大常委会已经先后于1985年和1987年制定了涉外经济合同法和技术合同法，草案删去了经济合同法中有关科技协作合同的规定，并将该法第五十五条修改为“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。”

二、关于经济合同与计划的关系问题

八十年代初期制定经济合同法时，我国实行的还是计划经济，在实行计划经济的前提下，发挥市场调节的辅助作用。当时的认识是，经济合同是调节经济中的纵向和横向联系的，它既是使国家计划具体化和得到贯彻执行的重要形式，又是制定计划的重要依据和必要补充。为此，这部法律除在“总则”中明确制定本法的目的之一就是要“保证国家计划的执行”，规定订立经济合同必须符合国家和计划的要求外，并在有关条文中具体规定：属于国家指令性计划产品和项目的经济往来，必须按国家下达的指标签订经济合同；属于国家指导性计划产品和项目的经济往来，参照国家下达的指标，结合本单位的实际情况签订经济合同。显然，这些规定已经不能反映当前的实际，不能适应社会主义市场经济的需要，也不符合八届全国人大一次会议通过的宪法修正案对宪法第十五条的修改精神，必须加以修改。有些部门和专家还提出，经济合同法属于民法范畴，它是调整从事市场经营活动的平等民事主体之间横向财产、经济关系的。这不排除国家通过一定范围的指令性计划等手段对社会经济生活进行必要的宏观调控、管理。但是，第一，这种宏观调控、管理属于纵向经济关系或者行政管理关系，主要应由有关的经济法、行政法调整，经济合同法可以不作规定，尽量避免把两种不同的法律关系混在一起；第二，指令性计划如运输计划、信贷计划等，就特定市场经营主体如铁路、银行等来说，是对其经营活动实行总体控制的，不是、也不可能每项经营活动如每次运输、每笔贷款等都有计划指标，按指标订合同；第三，《全民所有制工业企业转换经营机制条例》体现改革精神，对国家下达指令性计划和企业执行指令性计划作了新的具体规定，已经不是经济合同法所规定的那样，要求企业无条件地按计划指标订合同，依照《条例》规定解决国家计划问题是切合实际的。因此，草案除对经济合同法个别条文根据《条例》加以修改后予以保留外，删去了经济合同法中有关国

家计划的规定。

三、关于购销合同与国家物价管理的关系问题

经济合同法规定:购销合同中“产品价格,按照各级物价主管部门规定的价格(包括国家订价、浮动价)签订。政策上允许议价的,价格由当事人协商议定”。按照物价管理体制改革的原理,草案将上述规定修改为“产品的价格,除国家规定必须执行国家定价的外,由当事人协商议定。”

四、关于上级机关过错造成违约的责任问题

经济合同法规定:“由于上级领导机关或业务主管机关的过错,造成经济合同不能履行或者不能完全履行的,上级领导机关或业务主管机关应承担违约责任。应先由违约方按规定向对方偿付违约金或赔偿金,再由应负责任的上级领导机关或业务主管机关负责处理。”这主要是针对当时政企不分、行政机关干涉企业经营自主权的问题而作出的规定。有些部门和地方提出,现在情况已经有了很大变化。无论法规,还是政策,都是保护企业经营自主权不受侵犯的。至于现实生活中这类问题还时有发生,那要依法处理,不能在经济合同法中为它提供“合法”存在的前提和依据。因此,草案删去了上述规定。

五、关于企业关闭、停产、转产是否允许变更或解除经济合同的问题

经济合同法规定:原来当事人一方由于关闭、停产、转产而确定无法履行经济合同的,允许变更或解除经济合同。有些部门和专家提出,按照民法原则,企业关闭、转产、停产不能履行经济合同的,如果单方面提出变更或者解除经济合同,必须承担违约责任。法律上不应将这种情况与不可抗力并列,允许变更或者解除经济合同而不负违约责任。因此,草案删去了上述规定。

六、关于无效合同的确认问题

经济合同法规定:“无效合同的确认权,归合同管理机关和人民法院。”在几次有实际工作部门、法院和专家参加的论证会上,普遍不赞成合同管理机关(工商行政管理部门)确认经济合同的无效。主要理由是:(1)合同的有效或者无效是一种民事法律关系,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,程序十分繁杂,造成一案多审,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也是相悖的。因此,草案将上述规定修改为:“工商部门无权确认经济合同的无效,由人民法院或者仲裁机构确认。”

七、关于解决经济合同纠纷的制度问题

经济合同法规定：“经济合同发生纠纷时，当事人应及时协商解决。协商不成时任何一方均可向国家规定的合同管理机关申请调解或仲裁，也可以直接向人民法院起诉。”“当事人一方或双方对仲裁不服的，可以……向人民法院起诉”。这种对经济合同纠纷既裁又审的制度比较烦琐，一场纠纷往往久拖不决，不适应市场经济体制的要求，而后来制定的民事诉讼法和涉外经济合同法、技术合同法规定的对合同纠纷实行或裁或审的制度则比较简便，也符合处理合同纠纷的国际惯例。因此，草案将上述规定修改为：“经济合同发生纠纷时，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。”“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。”

八、关于对经济合同的行政管理问题

经济合同法规定：“各级业务主管部门和工商行政管理部门应对有关的经济合同进行监督检查，建立必要的管理制度。各级业务主管部门还应把企业经济合同的履行情况，作为一项经济指标进行考核。”在征求意见中，许多部门和专家认为，经济合同的订立和履行是平等民事主体为实现一定经济目的而实施的一般民事法律行为。根据民法原则和政府转变职能的需要，政府部门不宜对这种一般民事关系进行过多的干预。从实际情况看，全国每年订立的书面经济合同十亿份左右，这样大量的合同，涉及的关系十分复杂，行政机关也很难管得了、管得好；即使进行必要的监督检查，也要严格加以限制，淡化对订立和履行经济合同的行政管理。因此，草案将上述规定修改为“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检查。”

九、关于经济合同法的实施条例问题

经济合同法第五十六条规定：“国务院有关部门和各省、市、自治区人民政府可以根据本法制定实施条例，报国务院批准施行。”近十年来，按照上述规定，国务院有关部门制定了十二个规范不同种类合同的条例或者实施细则，报国务院批准施行，属于行政法规；九个省、市制定了执行经济合同法的地方性法规或者政府规章。有些部门和专家提出，参考国际上的通行做法，合同法作为调整民事关系的重要法律，应当尽量规定得具体一些，以便于执行。至于各类合同的具体问题，通常都是由行业协会这类民间组织根据合同法制定标准合同来解决的。从我国的实际情况考虑，上述已经制定的有关行政法规、地方性法规和地方政府规章对执行经济合同法起了重要作用，在比较完备的合同法出台前，一时还不能废止。问题是，本修正案经全国人大常

委会审议通过后,这些行政法规、地方性法规、地方政府规章理应作相应的修改,但这样的工作量很大,最好在修正案中按照法规、规章服从法律的原则作适当处理,这些问题留待下步制定合同法时统一研究解决。根据这些意见,草案删去了经济合同法第五十六条,同时规定:“本修正案施行前,依据《中华人民共和国合同法》第五十六条规定制定的有关行政法规、地方性法规、规章,其内容与本修正案相抵触的,以本修正案为准。”

我的说明完了,请审议。

中华人民共和国合同法原条文与修改后条文对照表

原条目	原 条 文	修改后条文
第一条	为了保护经济合同当事人的合法权益,维护社会经济秩序,提高经济效益,保证国家计划的执行,促进社会主义现代化建设的发展,特制定本法。	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	经济合同是法人之间为实现一定经济目的,明确相互权利义务关系的协议。	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,明确相互权利关系而订立的合同。
第四条	订立经济合同,必须遵守国家的法律,必须符合国家和计划的要求。任何单位和个人不得利用合同进行违法活动,扰乱经济秩序,破坏国家计划,损害国家利益和社会公共利益,牟取非法收入。	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,必须贯彻平等互利、协商一致、等价有偿的原则。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。	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。

原条目		原 条 文	修改后条文
第七条	第一款	一、违反法律和国家政策、计划的合同；	一、违反法律和行政法规的合同；
	第三款	无效经济合同的确认权，归合同管理机关和人民法院。	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、科技协作以及其他经济合同，均适用本法的规定。	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。
第十条		代订经济合同，必须事先取得委托单位的委托证明，并根据授权范围以委托单位的名义签订，才对委托单位直接产生权利和义务。	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		属于国家指令性计划产品和项目的经济往来，必须按国家下达的指标签订经济合同；如果在签订时不能达成一致意见，由双方上级计划主管机关处理。属于国家指导性计划产品和项目的经济往来，参照国家下达的指标，结合本单位的实际情况签订经济合同。	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。
第十三条	第一款	经济合同用货币履行义务时，除法律另有规定的以外，必须用人民币计算和支付。	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。
	第二款	除国家允许使用现金履行义务的以外，必须通过银行转帐结算。	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。

原条目	原 条 文	修改后条文
第十五条	经济合同当事人一方要求保证的,可由保证单位担保。保证单位是保证当事人一方履行合同的关系人。被保证的当事人不履行合同的时候,由保证单位连带承担赔偿责任的责任。	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。
第十七条	第一项 一、产品数量,按国家和上级主管部门批准的计划签订;没有国家和主管部门批准计划的,由供需双方协商签订。产品数量的计量方法,按国家的规定或主管部门的规定执行;没有国家和主管部门规定的,按供需双方商定的方法执行。	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。
第十七条	第二段 二、产品质量和包装质量,有国家标准或专业标准的,按国家标准或专业标准签订;无国家标准或专业标准的,按主管部门标准签订;当事人有特殊要求的,由双方协商签订。	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。
第十七条	第三项 三、产品的价格,按照各级物价主管部门规定的价格(包括国家订价、浮动价)签订。政策上允许议价的,价格由当事人协商议定。 执行国家订价的,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,执行浮动价、议价的,按合同规定的价格执行。	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。

原条目		原 条 文	修改后条文
第十八条	第一款	建设工程承包合同,必须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。	(第一款、第二款合并为一款) 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。
	第二款	建设工程承包,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。	
第二十条	第一款	货物运输合同,根据货物调拨计划、运输能力和运输计划签订。零星货物的运输合同,根据国家的有关运输规定签订。	货物运输合同,由托运方和承运方协商签订。
第二十四条	第一款	借款合同,根据国家批准的信贷计划和有关规定签订。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。	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。
	第二款	贷款利率由国家规定,中国人民银行统一管理。	(删去)
第二十五条	第一款	财产保险合同,采用保险单或保险凭证的形式签订。	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。

原条目	原 条 文	修改后条文
第二十六条	科技协作合同(包括科研、试制、成果推广、技术转让、技术咨询服务等)根据上级主管部门或有关部门的计划签订;没有计划的,由当事人双方协商签订。 科技协作合同中,应明确规定科技协作的项目、技术经济要求、进度、协作方式、经费和物资概算、报酬、违约责任等条款。	(删去)
第二十七条	第一款	一、当事人双方经协商同意,并且不因此损害国家利益和影响国家计划的执行; 二、订立经济合同所依据的国家计划被修改或取消; 三、当事人一方由于关闭、停产、转产而确实无法履行经济合同; 四、由于不可抗力或由于一方当事人虽无过失但无法防止的外因,致使经济合同无法履行; 五、由于一方违约,使经济合同履行成为不必要。
第二十七条	第二款	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。

原条目	原 条 文	修改后条文
第二十八条	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)。协议未达成之前,原经济合同仍然有效。	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。
第二十九条	经济合同的变更或解除如涉及国家指令性计划产品或项目,在签订协议前应报下达该计划的业务主管部门批准。	(删去)
第三十条	变更或解除经济合同的建议和答复,在双方协议的期限内或有关业务主管部门规定的期限内提出。	(删去)
第三十三条	由于上级领导机关或业务主管机关的过错,造成经济合同不能履行或者不能完全履行的,上级领导机关或业务主管机关应承担违约责任。应先由违约方按规定向对方偿付违约金或赔偿金,再由应负责任的上级领导机关或业务主管机关负责处理。	(删去)
第三十四条	当事人一方由于不可抗力的原因不能履行经济合同时,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,在取得有关主管机关证明以后,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予承担违约责任。	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予承担违约责任。

原条目		原 条 文	修改后条文
第三十六条		违约金、赔偿金,企业应从企业基金、利润留成或盈亏包干分成中开支,不得计入成本;行政、事业单位应从预算包干的节余经费中开支。	(删去)
第三十七条		违约金、赔偿金应在明确责任后十日内偿付,否则按逾期付款处理。任何一方不得自行用扣发货物或扣付货款来充抵。	违约金、赔偿金应在明确责任后十日内偿付,否则按逾期付款处理。
第四十五条	第一项	一、贷款方的责任: 人民银行、专业银行、信用合作社,未按合同规定及时贷款,应偿付违约金。	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。
第四十五条	第二项	二、借款方的责任: 借款方不按合同规定使用贷款,应按有关规定加付利息;贷款方有权提前收回一部或全部贷款。	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。
第四十六条	第一项	一、保险方的责任: 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。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。如果不及及时偿付,应承担违约责任。	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。如果不及及时偿付,应承担违约责任。

原条目	原 条 文	修改后条文
第四十七条	违反科技协作合同的责任 一、受托方或技术转让方的责任： 受托方或技术转让方不履行合同，应根据具体情况，部分或全部退还委托方或技术受让方所拨付的委托费或转让费；拖延进度，应偿付因此所造成的额外费用。 二、委托方或技术受让方的责任： 委托方或技术受让方不履行合同，所拨付的委托费或转让费不得追回，并偿付受托方或技术转让方善后处理所支出的各项费用。	(删去)
第四十八条	经济合同发生纠纷时，当事人应及时协商解决。协商不成时，任何一方均可向国家规定的合同管理机关申请调解或仲裁，也可以直接向人民法院起诉。	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。

原条目	原 条 文	修改后条文
第四十九条	调解达成协议的,当事人应当履行。 仲裁作出裁决,由国家规定的合同管理机关制作仲裁决定书。当事人一方或双方对仲裁不服的,可以在收到仲裁决定书之日起十五日内,向人民法院起诉;期满不起诉的,裁决即具有法律效力。	(删去)
第五十条	经济合同当事人向合同管理机关申请调解或仲裁,应从其知道或应当知道权利被侵害之日起一年内提出,超过期限的,一般不予受理。	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。
第五十一条	各级业务主管部门和工商行政管理部门应对有关的经济合同进行监督检查,建立必要的管理制度。各级业务主管部门还应把企业经济合同的履行情况,作为一项经济指标进行考核。	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。
第五十二条	人民银行、专业银行、信用合作社应通过信贷管理和结算管理,监督经济合同的履行。 人民银行、专业银行、信用合作社应当按照结算制度的规定办理结算,并处理承付、拒付以及扣收延付款项。 经济合同当事人对调解书、仲裁决定书或法院的判决,在规定期限内没有自动履行的,人民银行、专业银行、信用合作社在收到人民法院的协助执行通知书后,应当从当事人帐户中扣留或划拨需支付的款项。	(删去)

原条目	原 条 文	修改后条文
第五十三条	对于订立假经济合同,或倒卖经济合同,或利用经济合同买空卖空、转包渔利、非法转让、行贿受贿,以及其他危害国家利益和社会公共利益的违法行为,由工商行政管理部门负责处理,需要追究刑事责任的移送司法机关处理。	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。
第五十四条	个体经营户、农村社员同法人之间签订经济合同,应参照本法执行。	(删去)
第五十五条	涉外经济贸易合同条例参照本法的原则和国际惯例另行制定。	涉外经济合同和技术合同,分别适用《中华人民共和国合同法》和《中华人民共和国技术合同法》的规定。
第五十六条	国务院有关部门和各省、市、自治区人民政府可以根据本法制定实施条例,报国务院批准施行。	(删去)

第四章 技术合同与技术合同法知识

一、什么是技术合同

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。

法律精释

职务技术成果和非职务技术成果的概念

(《中华人民共和国合同法》第六条)

【条文】 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。

【释义】 本条是对职务技术成果和非职务技术成果的规定。

技术合同法所称的技术成果,是指利用科学技术知识、信息和经验作出的产品、工艺、材料及其改进等技术方案。

我国技术合同法将技术成果分为职务技术成果和非职务技术成果两大类,具有其重要意义。它有利于进一步调动广大职工,特别是科学技术人员的积极性、主动性、创造性,使科学技术研究成果迅速转化为生产力。同时,这种划分不仅有利于巩固和发展社会主义公有制,维护本单位的合法权益,而且,还有利于维护科学技术人员的合法权益。

本条所称职务技术成果是指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。这里所谓“执行本单位的任务”是指:(1)在职人员承担本单位的科学研究和技术开发课题或者履行本岗位的职责。承担本单位科研或技术开发课题,包括履行本单位交付的本职工作以外的任务,如某工作人员并非从事研究设计工作,但被本单位委派去参加一种新产品开发攻关的临时性任务。(2)退休、离休、调动工作的人员在离开原单位一年内,继续承担原单位的科学研究和技术开发课题或者履行原岗位的职责。所谓“物质技术条件”是指单位提供的资金、设备、器材、未公开的技术情报和资料。但是,利用单位提供的物质技术条件,按照事先约定,返还资金或交纳使用费的不在此限。此外,调动工作人员既执行了原单位的任务,又利用所在单位的物质技术条件所完成的技术成果,由其原单位和所在单位合理分享。职务技术成果的使用权、转让权属于本单位,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。此外技术成果完成者对其职务技术成果享有精神权利,即在技术成果文件上写明自己是技术成果的完成者的权利和取得荣誉证书、奖励的权利。

本条所指非职务技术成果,是指不属于执行本单位的任务或者并非主要是利用本单位的物质技术条件所完成的技术成果,即科技人员在本职工作之外,利用自己的物质技术条件,为科学技术进步所作的贡献,其使用权、转让权属于完成非职务技术成果的个人。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。

所谓“完成技术成果的个人”,是指对技术成果单独或共同作出创造性贡献的人;不包括仅提供资金、设备、材料、试验条件的人员、组织管理人员、协助绘制图纸、整理资料、翻译文献等辅助人员。

本条第三款规定“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”。这里所称的“依照专利法的有关规定办理”是指专利法第六条的规定办理。该条规定:职务发明创造,申请专利的权利属于该单位。申请被批准后,全民所有制单位申请的,专利权归单位持有;集体所有制单位、外资企业、中外合资企业申请的,专利权归单位所有。非职务发明创造,申请专利的权利属于发明人或者设计人。申请被批准后,专利权归申

请专利的发明人或者设计人所有。发明人或者设计人有在专利文件上写明自己是发明人或者设计人的权利。

本条第四款规定的“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”。这里所说的“技术成果文件”是指专利申请书、发明奖励、自然科学奖励、科技进步奖励申报书、科技成果登记书等确认技术成果完成者身份的文件和荣誉证书,不包括一般的设计图纸、工艺规程、使用说明书、商业广告等技术文件。这里所称的“权利”包括身份权、姓名权和荣誉权。

二、技术合同与其他合同有什么区别

(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额外,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,另一种是分期付款。

(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)分期付款支付方式。分期付款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。

十、技术合同中侵权行为的处理

(一)侵权行为的概念和标准

技术合同中的侵权行为,是指受技术合同法保护的专利权、专利申请权、专利实施权等权益遭受一方或多方当事人侵害的行为。

判断技术合同侵权行为的标准是:

(1)以是否侵害了国家利益和社会公共利益为标准。在技术交易活动中,任何单位和个人均不得对国家利益、社会公共利益和人民利益实施侵害行为。比如需要经国家有关部门批准后才能生效的技术合同,而不去办理批准手续;涉及国家安全或重大利益需要保守秘密的,却不遵守国家有关规定,不办理审批手续等。

(2)以是否侵害了对方当事人的合法权益为标准。保护当事人的合法权益,是技术合同立法宗旨之一,因此,是否侵害了当事人的合法权益,也就成了衡量技术合同侵权行为标准之一。如合同价款、报酬或使用费显失公平;采用欺诈、胁迫等手段签订技术合同;履行技术合同时,以次充好,以假充真,擅自转让,泄露秘密等,均属侵害对方当事人合法权益的行为。

(3)以是否侵害了特定第三方(包括集体组织和个人)的合法权益为标准。侵害第三方合法权益的行为包括两个方面的内容:①侵害本单位技术权益(技术所有权、使用权、申请权、转让权及技术秘密等)。如技术人员未经本单位允许,擅自转让职务技术成果或者对外进行技术服务;擅自公开或者使用单位已申请专利权或发明权的成果;将不允许对外公开的技术秘密和正在开发的阶段性成果公开对外进行技术交易等。②侵害外单位或其他公民权益。如剽窃、篡改他人技术为己所有,并通过非法技术交易牟取暴利;在履行技术合同过程中,对他人的生命权、人身权及财产权等造成危害;假冒他人技术成果招摇撞骗等。

(二)因侵权行为造成技术合同无效的处理

1. 处理技术合同中侵权行为的程序

技术合同发生侵权行为后,当事人或者利害关系人应首先请求工商行政管理部门或人民法院宣布该技术合同无效。

工商行政管理机关在执行工作中发现技术合同无效的,有权进行查处。但是,涉及非法垄断技术、侵害他人技术权益的,工商行政管理机关就应当委托当地科学技术委员会作出结论后,再行处理。如果涉及专利侵权的,应委托专利机关作出结论后再行处理。

2. 技术合同中侵权行为的分工处理

(1)属于侵夺、侵犯、假冒或以其他方式侵害他人专利权的,由专利管理机关按照专利法有关规定进行处理,如责令侵权人停止侵权行为,赔偿经济损失或给予行政处分。

(2)属于剽窃、侵夺和以其他方式侵害他人发明权、发现权、科技成果权和其他技术权益的,由国家或地方科学技术委员会处理。如责令其停止侵害、赔礼道歉,消除影响和赔偿损失。

(3)利用技术合同进行一般违法活动,侵害国家利益和社会公共利益的,由工商行政管理部门处理。可以没收、罚款和赔偿经济损失。

(4)侵权人在技术合同中实施的侵权行为如果情节严重,给社会造成了重大影响和严重后果,触犯我国刑法,需要追究侵权人刑事责任的,由司法机关依法追究其刑事责任。

3. 因侵权行为造成技术合同无效的处理

(1)因侵害他人专利权、专利申请权、专利实施权的技术合同被宣布无效后,尚未履行的,不得履行;正在履行的,必须立即停止履行。

(2)因侵害他人专利权、专利申请权、专利实施权、非专利技术使用权和转让权或者发明权、发现权以及其他科技成果被宣布无效的技术合同,应当责令侵权人停止侵害、赔礼道歉、消除影响、赔偿损失。

(3)侵害他人非专利技术使用权和转让权的合同被宣布无效后,取得非专利技术的受让方可以继续使用该项技术,但应当向权利人支付合理的使用费。

(4)侵害他人发明权、发现权和其他科技成果权等技术成果完成人权利的合同,宣布部分条款无效后,不影响其余部分效力的,其余部分仍然有效。



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,参照前款规定办理。

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。



中华人民共和国技术合同法实施条例

(1989 年 2 月 15 日国务院批准 1989 年 3 月 15 日国家科委发布)

第一章 总 则

第一条 根据《中华人民共和国技术合同法》(以下称技术合同法)第五十四条的规定,制定本条例。

第二条 技术合同法第二条所称的法人,是指机关法人、事业单位法人、社会团体法人和企业法人。

该条所称的公民,是指具有中华人民共和国国籍的人。

法人的联营组织或者其他经济组织,可以作为一方当事人订立技术合同。

第三条 技术合同法所称的技术成果,是指利用技术知识、信息和经验作出的产品、工艺、材料及其改进等技术方案。

第四条 技术合同法第六条所称的执行本单位的任务是指:

(一)在职人员承担本单位的科学研究和技术开发课题或者履行本岗位的职责;

(二)退休、离休、调动工作的人员在离开原单位 1 年内,继续承担原单位的科学研究和技术开发课题或者履行原岗位的职责。

技术合同法第六条所称的物质技术条件,是指单位提供的资金、设备、器材、未公开的技术情报和资料。但是利用单位提供的物质技术条件,按照事先约定,返还资金或交纳使用费的不在此限。

调动工作的人员既执行了原单位的任务,又利用了所在单位的物质技术条件所完成的技术成果,由其原单位和所在单位合理分享。

第五条 技术合同法第三十二条所称的非专利技术成果的使用权、转让权,是指特定的当事人之间依据法律规定或者合同约定所取得的使用、转让非专利技术成果的权利。使用权是指

以生产经营为目的使用该项非专利技术成果的权利;转让权是指通过技术合同向他人提供和转让该项非专利技术成果的权利。

第六条 技术合同法第三十四条所称的非专利技术包括:

- (一)未申请专利的技术成果;
- (二)未授予专利权的技术成果;
- (三)专利法规定不授予专利权的技术成果。

第七条 技术合同法第六条所称的完成技术成果的个人,是指对技术成果单独作出或者共同作出创造性贡献的人。不包括仅提供资金、设备、材料、试验条件的人员,进行组织管理的人员,协助绘制图纸、整理资料、翻译文献等辅助服务人员。

该条所称的技术成果文件,是指专利申请书、科学技术奖励申报书、科技成果登记书等确认技术成果完成者身份和授予荣誉的证书和文件。

第八条 就涉及国家安全或者重大利益需要保密的技术订立技术合同,由有关科学技术保密机关核定密级后,按照法律和国家有关规定办理。

第九条 技术合同法第七条所称的具有重大意义的非专利技术成果,是指具有重大经济效益或者社会效益、经国家科学技术委员会核准符合发明一等奖或者科学技术进步一等奖条件的技术成果。

第二章 技术合同的订立、履行、变更和解除

第十条 订立技术合同应当经当事人协商一致。

当事人可以在订立合同前就交换技术情报和资料达成书面的保密协议。当事人不能就订立合同达成一致的,不影响保密协议的效力。

第十一条 当事人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,也可以分订成几个合同。

第十二条 法人订立技术合同,由法定代表人或者授权的人员在合同上签名或者盖章,并加盖法人的公章或者合同专用章。

公民订立合同,由本人签名或者盖章。

第十三条 订立下列技术合同应当经过有关机关批准或者履行必要的手续:

(一)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订立的合同,由国务院主管部门或者省、自治区、直辖市主管机关审批。

(二)就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,由核定密级的机关审批。

(三)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。

(四)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公共利益的項目订立的合同,按照国家有关规定办理。

当事人就前款各项订立合同前,已经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。

第十四条 技术合同的价款、报酬和使用费，由当事人根据技术成果的经济效益和社会效益、研究开发技术的成本、技术成果的工业化开发程度、当事人享有的权益和承担的责任，协商议定。

价款、报酬、使用费中包含非技术性款项的，应当分项计算。

第十五条 技术合同价款、报酬和使用费的支付方式由当事人协商议定，可以采取一次总算、一次总付或者一次总算、分期支付，也可以采取提成支付或者提成支付附加预付入门费的方式。

约定提成支付的，可以按照产品价格、实施专利和使用非专利技术后新增的产值、利润或者产品销售额的一定比例提成，也可以按照约定的其他方式计算。提成支付的比例可以采取固定比例、逐年递增比例或者逐年递减比例。

约定提成支付的，当事人应当在合同中约定查阅有关会计账目的办法。

第十六条 技术合同当事人可以约定给付定金。给付定金的一方不履行合同的，不得要求返还定金；接受定金的一方不履行合同的，应当双倍返还定金。合同履行后，定金应当返还或者将定金抵作价款、报酬或者使用费。

第十七条 技术合同当事人可以约定财产抵押。抵押人不履行合同的，抵押权人可以从抵押财产中或者将抵押财产变卖、折价后优先获得清偿。合同履行后，所抵押的财产应当返还。

法律、法规规定限制流通的财产不得用作抵押。

第十八条 由第三人作保证人的技术合同，可以在合同中约定保证条款，也可以另行订立保证合同。

约定保证条款的合同，自双方当事人和保证人在合同上签名、盖章后成立。附有保证合同的合同，自保证人和被保证人在合同上签名、盖章后生效。

保证人是被保证人履行合同义务的关系人。被保证人不履行合同义务的，保证人承担履行合同义务或者赔偿损失的连带责任。但是，保证人只对担保的部分承担责任。保证人履行合同义务或者赔偿损失后，有权向被保证人请求追偿。

没有相应的独立支配的财产或者履行合同能力的单位和个人不得作保证人。

第十九条 技术合同法第十三条所称的委托书应包括以下内容：代理人的姓名或者名称、代理业务、委托权限、期间和其他有关事项。

第二十条 技术合同法第十四条所称的中介机构，是指为技术成果商品化提供服务的组织。

中介机构可以通过技术中介合同，为促成当事人一方与第三方订立技术合同进行联系、介绍活动，促进合同的全面履行；组织或者参与技术成果的工业化、商品化开发；承办订立合同的代理业务、合同争议的调解工作；提供法律顾问、技术咨询、市场调查和情报信息服务。

第二十一条 当事人应当参照技术合同法第十五条和本条例的有关规定约定技术合同的条款。

合同中有关验收标准、履行期限、履行地点约定不明确的，当事人应当通过协商解决。通过

协商不能达成协议的按照合同内容适用下列规定:

(一)技术成果的验收标准不明确的,按照国家标准或者专业技术标准履行;没有标准的,按照本行业合乎实用的一般要求履行。

(二)履行期限不明确的,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,但应当给另一方必要的准备时间。

(三)履行地点不明确的,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。

第二十二条 当事人约定违约金的,违约金视为违反技术合同的损失赔偿额。违反合同的一方支付违约金以后,不再计算和赔偿损失。但是,合同特别约定一方违反合同给另一方造成的损失超过违约金时,应当补偿违约金不足部分的情况除外。

当事人没有在合同中约定违约金和损失赔偿额计算方法的,根据违反合同的一方给另一方造成的实际损失计算赔偿额。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。

当事人在合同中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。

第二十三条 当事人一方侵害另一方专利权、专利申请权、专利实施权、非专利技术使用权和转让或者违反保密义务的,除按本条例第二十二条的规定承担违反合同的责任外,应当停止侵害、采取补救措施并赔偿损失。该赔偿额应当相当于侵权人侵权期间的非法所得或者被侵权人被侵权期间的实际损失。

第二十四条 技术合同法第二十条所称的不可抗力,是指当事人不能预见、不能避免和不能克服的自然因素或者社会因素引起的客观情况。当事人可以在合同中约定不可抗力的范围。

当事人一方因不可抗力不能履行合同义务的,免除其不履行合同的责任。但是不可抗力仅造成合同部分不能履行的,不解除其履行其余部分的义务。

因不可抗力不能履行合同义务的当事人应当及时通知另一方,并在合理期间内出具合同不能履行的证明。当事人应当采取适当措施减轻损失。

第二十五条 技术合同法第二十一条有关技术合同无效的各项含义是:

(一)“违反法律、法规”,是指订立合同或者依据合同所进行的活动是法律、法规明文禁止的行为。

“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污染环境、损害珍贵资源、破坏生态平衡以及危害国家安全和社会公共利益。

(二)“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。

(三)“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。

第二十六条 属于技术合同法第二十一条所列情况之一的技术合同,当事人或者利害关系人可以请求工商行政管理机关宣布合同无效。当事人或者利害关系人也可以请求人民法院

宣布合同无效。

工商行政管理机关在执行工作中发现属于前款合同的,有权进行查处。但是,涉及非法垄断技术、妨碍技术进步、侵害他人技术权益的,工商行政管理机关应当委托当地科学技术委员会作出结论后,再行处理;涉及专利侵权的,委托专利管理机关作出结论后再行处理。

第二十七条 工商行政管理机关或者人民法院宣布技术合同无效后,对合同无效负有责任的一方应当赔偿在合同无效给另一方所造成的损失,当事人对合同无效均负有责任的,各自承担相应的责任。

第二十八条 因侵害他人专利权、专利申请权、专利实施权、非专利技术使用权和转让权或者发明权、发现权以及其他科技成果权被宣布无效的技术合同,应当责令侵权人停止侵害、赔礼道歉、消除影响、赔偿损失。

侵害他人专利权、专利申请权、专利实施权的合同被宣布无效时,尚未履行的,不得履行,已经履行的,必须停止履行。

侵害他人非专利技术使用权和转让权的合同被宣布无效后,取得非专利技术的受让方可以继续使用该项技术,但应当向权利人支付合理的使用费。

侵害他人发明权、发现权和其他科技成果权等技术成果完成人权利的合同,宣布部分条款无效后,不影响其余部分效力的,其余部分仍然有效。

第二十九条 发生下列情况之一的,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:

- (一)当事人对合同标的或者技术成果权属有重大误解的;
- (二)价款、报酬或者使用费显失公平的。

第三十条 当事人协商一致变更技术合同,应当就所增加、减少或者修改的合同条款和因此所引起的损失的处理办法达成书面协议。

当事人协商一致解除合同,应当就合同提前终止的日期和因此所引起的损失的处理办法达成书面协议。

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;经向技术合同登记机关登记的合同,变更或者解除时,应当向原登记机关备案。

第三十一条 发生技术合同法第二十四条所列情况之一的,致使技术合同的履行成为不必要或者不可能时,当事人一方有权解除合同,但应当通知另一方,并自通知发出之日起终止履行合同义务。

解除合同的通知必须采用书面形式,说明合同履行成为不必要或者不可能的实际情况,并出具有关证据。

第三十二条 技术合同变更或者解除时,有过错的一方应当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。

第三十三条 技术合同由下列原因终止:

- (一)合同义务履行完毕;
- (二)合同被宣布无效或者撤销;
- (三)合同解除;

(四)因其他原因终止合同。

技术合同终止时,当事人可以约定,一方或者双方在一定期限内对有关技术情报和资料负有保密义务。违反保密义务的,应当赔偿另一方因此所受到的损失。

第三十四条 技术合同当事人一方将合同的权利、义务部分或者全部转让给第三人的,应当取得另一方的同意,并且不得通过转让合同的权利和义务非法牟取利益。

第三章 技术开发合同

第三十五条 技术合同法第二十七条所称的新技术、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,但在技术上没有创新的现有产品改型、工艺变更、材料配方调整以及技术成果的检验、测试和使用的除外。

第三十六条 订立技术开发合同,应当有必要的研究开发经费、基础设施、技术情报资料等条件,进行必要的可行性论证,选择适当的研究开发方案,避免重复研究和开发。

就列入国家计划的科技项目订立技术开发合同,必须符合计划和项目任务书的要求;就其他项目订立合同,应当符合有关技术政策。

第三十七条 技术开发合同一般应当具备下列条款:

- (一)项目名称;
- (二)标的技术的内容、形式和要求;
- (三)研究开发计划;
- (四)研究开发经费或者项目投资的数额及其支付、结算方式;
- (五)利用研究开发经费购置的设备、器材、资料的财产权属;
- (六)履行的期限、地点和方式;
- (七)技术情报和资料的保密;
- (八)风险责任的承担;
- (九)技术成果的归属和分享;
- (十)验收的标准和方法;
- (十一)报酬的计算和支付方式;
- (十二)违约金或者损失赔偿额的计算方法;
- (十三)技术协作和技术指导的内容;
- (十四)争议的解决办法;
- (十五)名词和术语的解释。

就列入国家计划的科技项目订立的合同,应当附项目计划书、任务书以及主管机关的批准文件。

第三十八条 技术合同法第二十八条所称的研究开发经费,是指完成研究开发工作所需要的成本。除合同另有约定的以外,委托方应当提供全部研究开发经费。

当事人应当在合同中约定研究开发经费的结算办法。合同约定按照实际支付的,研究开发经费不足时,委托方应当补充支付;研究开发经费剩余时,研究开发方应当如数返还。合同约定

包干使用的,结余经费归研究开发方所有;不足的经费由研究开发方自行解决。合同没有约定经费结算办法的,按包干使用处理。

第三十九条 技术合同法第二十八条所称的报酬,是指研究开发成果的使用费和研究开发人员的科研补贴。合同约定研究开发经费的一定比例作为使用费和科研补贴的,可以不单列报酬。

第四十条 当事人可以约定采取下列一种或者几种方式提交研究开发成果,但是其数量不应当超过合理的范围:

- (一)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;
- (二)磁带、磁盘、计算机软件;
- (三)动物或者植物的新品种、微生物种;
- (四)样品、样机;
- (五)成套技术设备。

第四十一条 委托开发合同的委托方有权检查研究开发方履行合同和研究开发经费使用的情况,但不得妨碍研究开发方的正常工作。

研究开发方有权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。

第四十二条 委托开发合同的委托方不履行合同的,应当按照技术合同法第二十九条第一款的规定,支付违约金或者赔偿损失。

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,研究开发方有权解除合同,委托方应当返还技术资料,补交应付的报酬,赔偿因此给研究开发方所造成的损失。

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,委托方应当承担赔偿责任,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,研究开发方有权解除合同,委托方应当赔偿因此给研究开发方所造成的损失。

委托方逾期 6 个月不接受研究开发成果的,研究开发方有权处分研究开发成果。所获得的收益在扣除约定的报酬、违约金和保管费后,退还委托方。所得收益不足以抵偿有关报酬、违约金和保管费的,有权请求委托方赔偿损失。

第四十三条 委托开发合同的研究开发方不履行合同的,应当按照技术合同法第二十九条第二款的规定支付违约金或者赔偿损失。

研究开发方未按计划实施研究开发工作的,委托方有权要求其实施研究开发计划并采取补救措施。研究开发方逾期两个月不实施研究开发计划的,委托方有权解除合同。研究开发方应当返还研究开发经费,赔偿因此给委托方所造成的损失。

研究开发方将研究开发经费用于履行合同以外的目的的,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。因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。经委托方催告后,研究开发方逾期两个月未退还经费用于研究开发工作的,委托方有权解除合同。研究开发方应当返还研究开发经费,赔偿因此给委托方所造

成的损失。

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条件的,研究开发方应当支付违约金或者赔偿损失;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,支付违约金或者赔偿损失。

第四十四条 技术合同法第三十条所称的投资,是指合作开发合同当事人以资金、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,明确当事人在投资中所占的比例。

第四十五条 技术合同法第三十条所称的参与研究开发工作,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。

当事人一方提供资金、设备、材料等物质条件,承担辅助协作事项,另一方进行研究开发工作的合同,不属于合作开发合同,应当按委托开发合同处理。

第四十六条 合作开发合同的当事人可以成立由双方代表组成的指导机构,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,保证研究开发工作的顺利进行。

第四十七条 合作开发合同当事人不履行合同的,应当按照技术合同法第三十一条的规定支付违约金或者赔偿损失。

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。当事人一方应当赔偿因此给另一方或者其他各方造成的损失。

第四十八条 履行技术开发合同所完成的研究开发成果,按照合同约定的验收标准和方法验收。合同没有约定验收的,按照合乎实用的一般要求,组织鉴定。

第四十九条 研究开发成果验收时,当事人各方有权取得实施技术成果所必要的技术资料、试验报告和数据,要求另一方进行必要的技术指导,保证所提供的技术成果具备实施条件。但合同终止后,一方仍然需要另一方或其他各方继续提供技术服务的,应当另行订立合同。

第五十条 委托开发或者合作开发的技术成果,根据技术合同法第三十二条的规定或者合同约定专利权或者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,任何一方均有实施专利、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。但一方转让技术必须征得另一方或者其他各方的同意,由此获得的利益由各方等额分享。

第五十一条 国家主管部门或者项目主持部门就列入国家计划的项目与研究开发单位订立的委托开发合同的技术成果,国家主管部门或者项目主持部门有权决定该项技术成果的实施。

第五十二条 技术合同法第三十三条所称风险责任应当具备下列各项条件:

- (一)课题在现有技术水平下具有足够的难度;
- (二)研究开发方作了主观努力,并且该领域专家认为研究开发失败属于合理的失败。

第四章 技术转让合同

第五十三条 技术合同法第三十四条所称的技术转让合同包括:

(一) 专利权转让合同,是指专利权人作为转让方将其发明创造专利的所有权或持有权移交受让方,受让方支付约定价款所订立的合同。

(二) 专利申请权转让合同,是指转让方将其特定的发明创造申请专利的权利移交受让方,受让方支付约定价款订立的合同。

(三) 专利实施许可合同,是指专利权人或者其授权的人作为转让方许可受让方在约定的范围内实施专利,受让方支付约定使用费所订立的合同。

(四) 非专利技术转让合同,是指转让方将拥有的非专利技术成果提供给受让方,明确相互之间非专利技术成果使用权、转让权,受让方支付约定使用费所订立的合同。

第五十四条 技术转让合同应当以转让特定和现有的专利权、专利申请权、专利实施权、非专利技术使用权和转让权为内容,不包括转让尚待研究开发的技术成果或者传授不涉及专利或者非专利成果权属的知识、技术、经验和信息订立的合同。

第五十五条 技术合同第三十五条所称的实施专利或者使用非专利技术的范围,是指实施专利的期限、实施专利或者使用非专利技术的地区和方式。但是,当事人不得以合同条款约定本条例第二十五条第二项所列的不合理限制,限制技术竞争和技术发展。

第五十六条 专利权转让合同一般应当具备下列条款:

- (一) 项目名称;
- (二) 发明创造名称和内容;
- (三) 专利申请日、申请号、专利号和专利权的有效期限;
- (四) 专利实施和实施许可的情况;
- (五) 技术情被驳回的责任;
- (六) 价款及其支付方式;
- (七) 违约金或者损失赔偿额的计算方法;
- (八) 争议的解决办法。

第五十七条 专利申请权转让合同一般应当具备下列条款:

- (一) 项目名称;
- (二) 发明创造名称和内容;
- (三) 发明创造的性质;
- (四) 技术情报和资料的清单;
- (五) 专利申请报和资料的清单;
- (六) 价款及其支付方式;
- (七) 违约金或者损失赔偿额的计算方法;
- (八) 争议的解决办法。

第五十八条 订立专利权转让合同、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。

第五十九条 专利权转让合同、专利申请权转让合同不影响转让方在合同成立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。除合同另有约定以外,原专利实施许可合同或者非专利技术转让合同约定的权利与义务由专利权转让合同或者专利申请权转

让合同的受让方承受。

第六十条 专利权转让合同的转让方的主要义务是,将合同约定的专利权移交受让方所有或者持有,保证该项专利真实、有效。

受让方的主要义务是,按照合同约定向转让方支付约定的价款。

第六十一条 专利申请权转让合同的转让方的主要义务是,将合同约定的发明创造申请专利的权利移交受让方,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。

受让方的主要义务是,按照合同约定向转让方支付约定的价款。

第六十二条 专利权转让合同的转让方不履行合同,迟延办理专利权的移交手续,或者受让方不履行合同,迟延支付价款的,应当支付违约金或者赔偿损失。

转让方逾期两个月不办理专利权移交手续,或者受让方逾期两个月不支付价款的,另一方有权解除合同。违反合同的当事人应当赔偿由此给另一方所造成的损失。

第六十三条 专利申请权转让合同的转让方不履行合同,迟延提供技术情报和资料的,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,应当支付违约金或者赔偿损失。

受让方不履行合同,迟延支付价款的,应当支付违约金;不交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。

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或者受让方逾期两个月不支付价款,另一方有权解除合同,违反合同的一方应当赔偿由此给另一方所造成的损失。

第六十四条 专利申请权转让合同的受让方就发明创造专利被驳回的,不得请求返还价款,但转让方侵害他人专利权或者专利申请权的情况除外。

第六十五条 专利权转让合同成立后,该项专利权被宣布无效的,转让方应当返还价款。

第六十六条 专利实施许可合同一般应当具备下列条款:

- (一)项目名称;
- (二)发明创造的名称和内容;
- (三)实施许可的范围;
- (四)专利申请日、申请号、专利号和专利权的有效期限;
- (五)技术情报和资料及其保密事项;
- (六)技术服务的内容;
- (七)验收标准和方式;
- (八)使用费及其支付方式;
- (九)违约金或者损失赔偿额的计算方法;
- (十)后续改进的提供与分享;
- (十一)争议的解决办法;
- (十二)名词和术语的解释。

第六十七条 当事人就共有专利订立专利实施许可合同,应当征得共有专利权人的同意。

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,受让方享有普通实施权,并且无权许可他人实施。

第六十八条 专利实施许可合同的转让方应当在合同有效期内维持专利的有效性。在合同有效期内,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,但已经给付的使用费的不再返还。

第六十九条 专利实施许可合同可以采取独占实施许可、排他实施许可、普通实施许可等形式;对于产品发明或者实用新型专利,可以采取生产许可、使用许可、销售许可。

前款的许可形式可以包含给予受让方再转让许可。再转让许可应当是普通实施许可。

第七十条 专利实施许可合同当事人应当履行技术合同第三十七条规定的主要义务和合同约定的各项义务。

排他实施许可合同的转让方除履行前款规定的义务外,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。

独占实施许可合同的转让方除履行本条第二款规定的义务外,不得在已经许可受让方实施专利的范围内实施该专利。

第七十一条 当事人可以订立相互实施许可合同,约定免费互易实施另一方的专利,或者根据实施专利的效益约定一方给另一方以适当的补偿。

第七十二条 专利实施许可合同的转让方不履行合同的,应当按照技术合同法第四十条的规定支付违约金或者赔偿损失。

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。转让方应当返还使用费,赔偿由此给受让方所造成的损失。

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。

第七十三条 专利实施许可合同的受让方不履行合同的,应当按照技术合同法第四十一条的规定支付违约金或者赔偿损失。

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的,受让方应该补交使用费,赔偿由此给转让方造成的损失。

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。

第七十四条 非专利技术转让合同应当具备以下条款:

- (一)项目名称;
- (二)非专利技术的内容、要求和工业化开发程度;
- (三)技术情报和资料及其提交期限、地点和方式;
- (四)技术秘密的范围和保密期限;
- (五)使用非专利技术的范围;
- (六)验收标准和方法;
- (七)使用费及其支付方式;
- (八)违约金或者损失赔偿额的计算方法;
- (九)技术指导的内容;

(十)后续改进的提供与分享;

(十一)争议的解决办法;

(十二)名词和术语的解释。

第七十五条 作为非专利技术转让合同的标的的技术成果应当是实用、可靠,并能够在合同约定的领域内应用的技术。

未经鉴定的技术成果可以转让。在按照国家规定需要进行鉴定的产品、工艺上使用的技术成果,可以在订立合同前鉴定,也可以在合同成立或者终止后鉴定。鉴定结论不影响合同的效力。

转让阶段性成果,应当保证在一定条件下重复试验可以得到预期的结果,并在合同中载明后续开发的责任。

第七十六条 非专利技术转让合同的转让方不履行合同的,应当按照技术合同法第四十条的规定支付违约金或者赔偿损失。

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。转让方应当返还使用费,支付违约金或者赔偿损失。

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。

转让方违反合同约定的保密义务,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。

第七十七条 非专利技术转让合同的受让方不履行合同的,应当按照技术合同法第四十一条的规定,支付违约金或者赔偿损失。

受让方逾期两个月不支付使用费的,转让方有权解除合同,受让方应当补交使用费,支付违约金或者赔偿由此给转让所造成的损失。

受让方违反合同约定的保密义务,泄露技术秘密,给转让方造成损失的,应当支付违约金或者赔偿损失。

第七十八条 技术合同法第四十三条所称的后续改进,是指在技术转让合同有效期内,一方或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。互惠使用后续改进的技术应当另行订立合同。

第七十九条 专利申请提出以后,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。

专利申请公开以后,原合同参照专利实施许可合同的有关规定。

专利申请被批准以后,原合同即为专利实施许可合同,适用有关专利实施许可合同的规定。

专利申请公开后被驳回的,原合同即告终止。专利申请未公开而被驳回的,原合同仍然有效。

第五章 技术咨询合同

第八十条 当事人可以就下列技术项目的分析、论证、评价、预测和调查订立技术咨询合

同：

- (一)有关科学技术与经济、社会协调发展的软科学研究项目；
- (二)促进科技进步和管理现代化,提高经济效益和社会效益的技术项目；
- (三)其他专业性技术项目；

但是,当事人一方委托另一方就解决特定技术问题提出实施方案、进行实施指导所订立的合同,是技术服务合同,不适用有关技术咨询合同的规定。

第八十一条 技术咨询合同应当具备下列条款：

- (一)项目名称；
- (二)咨询的内容、形式和要求；
- (三)履行期限、地点和方式；
- (四)委托方的协作事项；
- (五)技术情报和资料的保密；
- (六)验收、评价方法；
- (七)报酬及其支付方式；
- (八)违约金或者损失赔偿额的计算方法；
- (九)争议的解决办法。

第八十二条 技术咨询合同当事人应当全面履行技术合同法第四十五条规定的主要义务和合同约定的各项义务。除合同另有约定的以外,顾问方进行调查研究、分析论证、试验测定的经费由顾问方负担。

第八十三条 技术咨询合同的顾问方应当对技术项目进行调查、论证,发现委托方提供的技术资料、数据有明显错误和缺陷的,应当及时通知委托方补充、修改,保证咨询报告和意见符合合同约定的条件。

委托方应当为顾问方进行调查论证提供必要的工作条件,及时提供、补充有关资料和数据。

第八十四条 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和意见,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。

第八十五条 顾问方应当维护委托方的技术、经济权益。在合同有效期内,顾问方就同类技术项目与委托方的竞争单位订立技术咨询合同的,应当征得委托方的同意。

第八十六条 技术咨询合同的委托方未按期支付报酬的,应当补交报酬,并支付违约金或者赔偿损失。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、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。

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,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。

第八十七条 技术咨询合同的顾问方迟延提交咨询报告和意见的,应当支付违约金。咨询报告和意见不符合合同约定的条件的,应当减收或者免收报酬。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。

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,委托方有权解除合同。顾问方应当返还已付的报酬,支付违约金或者赔偿损失。合同另有约定的除外。

第八十八条 当事人可以在技术咨询合同中约定对咨询报告和意见的验收或者评价办法。合同没有约定的,按照合乎实用的一般要求组织鉴定。

第八十九条 咨询报告和意见经验收合格后,合同即告终止。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,合同约定由顾问方决策并指导实施的情况除外。

第六章 技术服务合同

第九十条 技术合同法第四十七条所称的特定技术问题,是指需要运用科学技术知识解决专业技术工作中有关改进产品结构、改良工艺流程、提高产品质量、降低产品成本、节约资源能耗、保护资源环境、实现安全操作、提高经济效益和社会效益等问题。

第九十一条 以常规手段或者为生产经营目的进行一般加工、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和建设工程的勘察、设计、安装、施工合同,不属于技术服务合同。

第九十二条 技术服务合同一般应当具备下列条款:

- (一)项目名称;
- (二)服务内容、方式和要求;
- (三)履行期限、地点和方式;
- (四)工作条件和协作事项;
- (五)验收标准和方式;
- (六)报酬及其支付方式;
- (七)违约金或者赔偿损失额的计算方法;
- (八)争议的解决办法。

第九十三条 技术服务合同的当事人应当全面履行技术合同法第四十八条规定的主要义务和合同约定的其他义务。除合同另有约定的以外,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。

第九十四条 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的,应当及时通知委托方,委托方应当在约定的期限内补充、修改或者是更换。

服务方发现前款所述问题不及时通知委托方或者委托方接到通知后未按期作出答复的,责任方承担相应的责任。

第九十五条 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坏危险时,应当中止工作,并及时通知委托方或者提出建议。委托方应当在约定的期限内作出答复。

服务方不及时通知委托方并未采取适当措施或者委托方未按期答复的,责任方承担相应

的责任。

第九十六条 委托方提供的技术资料、数据、样品或者服务方完成的工作成果需要保密的,可以在合同中约定保密范围和期限以及各方承担的保密义务。当事人违反保密义务的,责任方承担相应的责任。

第九十七条 技术服务合同的标的在短期内难以发现缺陷的,当事人可以在合同中约定保证期。在保证期内发现服务质量缺陷的,服务方应当负责返工或者采取补救措施。但因委托方使用、保管不当引起的问题除外。

第九十八条 技术服务合同的委托方不履行合同的,应当按照技术合同法第四十九条第一款的规定支付违约金或者赔偿损失。

委托方未按照合同约定提供有关技术资料、数据、样品和工作条件,影响工作质量和进度的,应当如数支付报酬。委托方逾期两个月不提供约定的物质技术条件的,服务方有权解除合同,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。

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。

委托方迟延接受工作成果的,应支付违约金和保管费。委托方逾期 6 个月不领取工作成果的,服务方有权处分工作成果,从所获得的收益中扣除报酬、违约金和保管费后,剩余部分返还委托方,所获得的收益不足抵偿报酬、违约金和保管费的,有权请求委托方赔偿损失。

第九十九条 技术服务合同的服务方不履行合同的,应当按照技术合同法第四十九条第二款的规定支付违约金或者赔偿损失。

服务方迟延交付工作成果的,应当交付违约金。服务方逾期两个月不交付工作成果的,委托方有权解除合同,服务方应当交还技术资料 and 样品,返还已付的报酬,支付违约金或者赔偿损失。

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的补救措施;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。

服务方对委托方交付的样品、技术资料保管不善,造成灭失、缺少、变质、污染或者损坏的,应当交付违约金或者赔偿损失。

第一百条 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,不包括职业培训、文化学习和按照行业、单位的计划进行的职工业余教育。

第一百零一条 技术培训合同一般应当具备下列条款:

- (一)项目名称;
- (二)培训内容和要求;
- (三)培训计划、进度、期限、地点和方式;
- (四)教员资历和水平;
- (五)学员的人数和质量;
- (六)教员、学员的食宿、交通、医疗费用的支付和安排;

- (七)工作条件的协作事项;
- (八)报酬及其支付方式;
- (九)考核标准和办法;
- (十)违约金或者损失赔偿额的计算方法;
- (十一)争议的解决办法。

第一百零二条 技术培训合同的委托方的主要义务是:

- (一)按照合同约定,保证学员质量;
- (二)教育学员遵守纪律,听从指导;
- (三)按期支付报酬。

技术培训合同的培训方的主要义务是:

- (一)按照合同约定配备合格的教员;
- (二)制定和实施培训计划;
- (三)按期完成培训工作,保证培训质量。

第一百零三条 技术培训需要必要场地、设施和试验条件的,当事人应当在合同中约定提供和管理有关场地、设施和试验条件的责任,合同没有约定的,委托方应当负责提供和管理。

第一百零四条 培训方发现学员不符合合同约定的条件或者委托方发现教员不符合合同约定条件的,应当及时通知对方改派,接到通知的一方应当在约定的期限内改派。未及时通知或者未按约定改派的,责任方承担相应的责任。

第一百零五条 技术培训合同的委托方不履行合同的,应当承担下列责任:

(一)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,培训方有权解除合同,委托方应当赔偿培训方因此所受到的损失。

(二)未按照合同约定支付报酬的,应当补交报酬,支付违约金或者赔偿损失。

第一百零六条 技术培训合同的培训方不履行合同的,应当承担下列责任:

(一)配备的教员不符合合同的约定的条件,影响培训质量的,应当减收或者免收报酬。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,培训方应当赔偿委托方因此所受到的损失。

(二)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。

第一百零七条 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。

第一百零八条 技术中介合同应当具备下列条款:

- (一)项目名称;
- (二)中介内容和要求;
- (三)技术服务的内容;
- (四)履行期限、地点和方式;
- (五)报酬、活动经费及其支付方法;

(六)违约金或损失赔偿额的计算方法;

(七)争议的解决办法。

第一百零九条 当事人可以单独订立技术中介合同,也可以在委托方与第三方订立的技术合同中约定中介条款。

单独订立的技术中介合同,自委托方和中介方签名、盖章后成立。约定中介条款的合同自委托方、第三方和中介方签名、盖章后成立。

委托方和中介方可以在合同成立前就中介方的活动经费达成书面协议,委托方与第三方不能就订立合同达一致的,委托方应当向中介方支付活动经费。

第一百一十条 技术中介合同的委托方的主要义务是:

(一)如实提出订立合同的要求,提供有关背景材料;

(二)按照合同约定承担中介方活动经费;

(三)按照合同约定支付报酬。

技术中介合同的中介方的主要义务是:

(一)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;

(二)诚实守信,保守委托方和第三方的技术秘密;

(三)为委托方和第三方订立、履行合同提供约定的服务。

第一百一十一条 中介方的活动经费是指中介方在委托方和第三方订立合同前,进行联系、介绍活动所支出的通信、交通和必要的调查研究等经费。当事人可以在合同中约定活动经费的数额,当事人没有约定的,委托方应当支付中介方实际支出的活动经费。

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。该项报酬的数额,由当事人约定。

第一百一十二条 技术中介合同的委托方不履行合同的,应当承担下列责任:

(一)任何意变更主张,致使中介方徒劳和丧失信誉的,应当消除影响,恢复信誉,支付违约或者赔偿损失。

(二)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,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。

第一百一十三条 技术中介合同的中介方不履行合同的,应当承担下列责任:

(一)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;隐瞒委托真实情况,给第三方造成损失的,应当赔偿损失。

(二)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。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。

第一百一十四条 中介方与委托方或者与第三方恶意串通损害另一方利益的,中介方和委托方或者第三方应当负连带责任。

第一百一十五条 经委托方同意,中介方可以转中介,但不得要求委托方为转中介方支付报酬和活动经费。

第一百一十六条 公民订立技术合同委托中介机构提供服务的,中介机构可以代为办理经费结算业务。

第七章 技术合同争议的仲裁和诉讼

第一百一十七条 技术合同发生争议时,当事人可以通过协商解决,也可以请求有关部门和机构进行调解。

就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调解。

通过中介机构订立的合同发生争议时,可以请求中介机构进行调解。

当事人因技术成果的权属发生争议时,可以请求有关科学技术委员会调解和处理。

经调解达成和解后制作的调解协议书,当事人应当自动履行。

第一百一十八条 当事人不愿通过协商、调解解决技术合同争议或者协商、调解不成的,一方或者双方可以依据合同中的仲裁条款或者事后达成的仲裁协议,向约定的仲裁机构申请仲裁。

当事人可以约定向经济合同仲裁机构申请仲裁,也可以约定向技术合同仲裁机构申请仲裁。

对于涉及专利权、专利申请权、专利实施权、非专利技术成果使用权和转让权以及技术成果完成者权利的争议,仲裁机构应当委托有关科学技术委员会或者专利管理机关作出结论后裁决。

第一百一十九条 技术合同法第五十一条所称的仲裁决定包括仲裁决定书和由仲裁机构送达当事人的调解书。

当事人一方或者双方对仲裁决定不服的,可以请求上级或者原仲裁机构复议一次,复议的仲裁决定是终局的,当事人一方在规定的期限内不履行仲裁决定的,另一方可以申请人民法院强制执行。

第一百二十条 当事人没有在技术合同中订立仲裁条款,事后又没有达成书面仲裁协议的,任何一方可以在技术合同法第五十二条规定的期限内就合同争议向人民法院起诉。

第一百二十一条 当事人或者有关利害关系人对工商行政管理机关确认技术合同无效或者维护合同有效决定不服的,可以请求上级或者原工商行政管理机关复议一次。对复议结论不服的,可以自接到通知之日起3个月内向人民法院起诉。

第一百二十二条 当事人对科学技术委员会就技术成果权属所作结论不服的,可以请求上级或者原科学技术委员会复议一次,对复议结论不服的,可以自接到通知之日起3个月内向人民法院起诉。

第八章 技术合同的管理

第一百二十三条 技术合同法第八条所称的技术合同管理机关,是指各级科学技术委员

会、工商行政管理等主管部门。

技术合同管理机构应当按照职能分工和本条例的规定协同进行技术合同管理工作。

第一百二十四条 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，受理技术合同的登记申请。

第一百二十五条 技术合同登记机构应当对申请登记的合同进行审查。对于符合技术合同法规定的合同应当按照合同类型分类登记，核定技术性收入总额，发给技术合同登记证明。对于对技术开发、技术转让、技术咨询和技术服务为主要内容，但包含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。

第一百二十六条 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，向研究开发方、转让方、咨询方、服务方所在地的技术合同登记机构申请登记。

第一百二十七条 技术合同经认定并登记后，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第六条和本条例的有关规定，根据使用和转让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。

第一百二十八条 技术合同法第六条所称的奖励，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、技术服务合同所获得的收益，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，不计入单位奖金总额，不计征奖金税。但个人所得应当依法纳税。

第一百二十九条 各省、自治区、直辖市人民政府可以结合本地区的实际情况确定有关奖励的数额和比例。

第一百三十条 当事人违反国家保密规定，泄露国家重要科学技术秘密的，由所在单位或者上级主管机关给予行政处分；倒卖技术合同或者订立假合同，骗取科技贷款或者经费用于非法经营的，截留利润、偷税漏税、滥发奖金的，分别由工商行政管理机关、财政税务机关、审计机关或者上级主管机关给予行政处罚；情节严重，构成犯罪的，由司法机关依法追究直接责任人员的刑事责任。

第九章 附 则

第一百三十一条 技术合同法施行前订立的技术合同，本条例实行后仍在履行的，经当事人达成书面协议可以适用技术合同法和本条例的规定。

第一百三十二条 涉及国防的技术合同的实施办法，由国防科学技术工业委员会会同国家科学技术委员会参照本条例，另行制定。

第一百三十三条 本条例由国家科学技术委员会解释。

第一百三十四条 本条例自发布之日起施行。

第五章 涉外经济合同与涉外经济合同法知识

一、什么是涉外经济合同

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作合同、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、涉外经济合同与国内经济合同的区别

涉外经济合同与国内经济合同相比,具有以下区别:

1. 合同主体不同

涉外经济合同主体是中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;国内经济合同的主体是国内的法人、其他经济组织、个体工商户、农村承包户。

2. 签订合同方面的不同

(1)合同订立的原则不同

涉外经济合同贯彻主权原则,遵守国际条约和适用国际惯例的原则;国内经济合同贯彻合法原则、平等互利和协商一致的原则。

(2)合同订立的形式不同

根据我国涉外经济合同法规定,涉外经济合同必须采用书面形式;国内经济合同可以采用口头和书面两种形式。口头形式只限于双方权利义务能够即时清结的合同。

(3)合同订立的程序不同

涉外经济合同成立有三种情况:

①协议成立。协议成立是指当事人的法定代表人或其正式授权的代理人以书面形式达成协议并签字,合同即为成立,称为协议成立。

②确认成立。确认成立是指当事人通过信件、电报、电传达成协议,一方当事人要求签订确认书的,在签订确认书后,合同方为成立,称为确认成立。

③批准成立。批准成立是指当事人根据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,在国家批准后,合同方为成立,称为批准成立。

国内经济合同只要当事人双方就合同的主要条款经过协商一致,合同就成立。

(4)合同内容不同

涉外经济合同由于种类不同,所以必备条款也不相同。涉外经济合同法所规定的十项内容并非是各类涉外经济合同的必备条款;经济合同法所规定的经济合同的五项条款,则是国内经

济合同的必备条款。

3. 合同履行方面的不同

(1) 计价和支付手段不同

根据涉外经济合同法规定,涉外经济合同既可以用人民币来计价和支付,也可以用外币来进行计价和支付。国内经济合同除法律另有规定者外,必须用人民币来计价和支付。

(2) 支付的违约金不同

涉外经济合同只有约定违约金,当事人事先没有在合同中规定时,就不能要求责任方支付违约金,其违约金只具有补偿性质。国内经济合同的违约金分为法定违约金、约定违约金和法律规定与合同约定违约金。经济合同违约金既具有补偿性质,又具有惩罚性质。

(3) 支付的赔偿金不同

涉外经济合同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遭受的损失,但不得超过违反合同一方应当预见到的因违反合同可能造成的损失。国内经济合同当事人一方由于违约已给对方造成经济损失超过其违约金的,还应该进行赔偿,补偿违约金的不足部分。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。

涉外经济合同与国内经济合同之间,除上述所列之区别外,在其他方面仍有许多不同之处,了解和掌握相互之间的区别,对于维护当事人的合法权益和促进对外经济关系的发展,具有实际意义。

三、涉外经济合同的主体资格

什么人可以与外商签订涉外经济合同的问题,是签订涉外经济合同的主体资格问题。主体资格是指能够享受经济权利和承担经济义务的主体资格。

(一) 涉外经济合同的中国主体

涉外经济合同的中国主体是中国企业(包括公司)和其他经济组织。

中国企业和其他经济组织是指具有法人资格的企业或其他经济组织。

法人是指按照法律程序成立的,有自己的财产或经费,有一定组织机构,能够以自己名义参加涉外经济活动,享有经济权利和承担经济义务的经济实体。

企业和其他经济组织签订涉外经济合同不仅要具备法人资格,而且还必须具有从事对外经济贸易活动的资格。根据我国法律规定,我国涉外经济合同主体必须是经过国务院或其授权的对外经济贸易部门的批准,取得对外经济贸易经营权的企业或其他经济组织。没有取得对外经济贸易经营权的企业或其他经济组织需要对外进行经济贸易活动时,必须委托经过政府有关部门批准的具有对外经营权的企业或经济组织予以代理进行。

由于涉外经济合同的主体资格是指具有法人资格的独立的经济实体,所以,国家政府机构,没有资格对外签订涉外经济合同。由于不是经济实体,所以虽然也有法人资格,但不能成为涉外经济合同当事人。

根据我国对外开放,对内搞活的具体情况,个体工商户、专业户、合作经济组织、私营企业

和公民个人是否可以成为签订涉外经济合同的主体,在我国涉外经济合同法中没有明确规定。

(二)涉外经济合同的外国主体

根据我国涉外经济合同法的规定,涉外经济合同的外国主体包括外国企业、其他经济组织和个人。

外国企业包括:企业、公司、商号、银行等。

其他经济组织包括:具有法人资格的经济实体和非法人实体,如合伙经济实体组织。

个人是指依照属人法的规定,达到法定年龄并具有完全行为能力和该属人法所赋予的民事主体资格的自然人。

属人法是指与法律关系主体的当事人有关的一国的法律。只要符合属人法规定的法定年龄并具有完全行为能力,就具有签订涉外经济合同的主体资格。

个人还包括居住在中国境外或经营地在中国境外的中国人。

(三)涉外经济合同外国主体资格的确认

涉外经济合同外国主体无论是企业、公司,还是个人,无论是法人还是其他经济组织,在与我国企业或其他经济组织进行交往时,我国一方当事人必须首先确定对方当事人的国籍,因为,如果不能确定对方当事人的国籍,也就无法进一步确定他们的经济性质、权利能力和行为能力以及法律适用等问题。

1. 法人和经济组织国籍的确定

目前,在世界范围内确认法人国籍的常用标准是:

(1)登记地标准。登记地标准亦称成立地标准,即以法人和经济组织章程登记地(或批准地)为法人和经济组织的国籍国。采用这一标准的国家主要有美国、英国等。

(2)住所地标准。住所地标准亦称管理中心地标准,即以企业领导机构所在地为法人和经济组织的国籍国,或者以董事会所在国为法人和经济组织的国籍国。采用这一标准的国家主要有法国、德国、意大利、比利时、西班牙、瑞士和日本等大陆法系国家。

目前,世界上大多数国家均采用登记地和住所地的标准来确认法人和经济组织的国籍。

我国在与外商进行经济活动时,一般均采用以法人和经济组织的登记国为其所属国籍。

2. 自然人国籍的确定

我国企业或者其他经济组织在与外国个人发生经济技术往来,签订涉外经济合同时,也必须首先确定合同当事人(自然人)所属国籍,根据其属人法来确定其签订合同的主体资格。

自然人的国籍,一般比较容易确定,但是,对于自然人的属人法却有不同的理解。

一种主张是本国法的原则,即认为自然人国籍所属国家的法律为该自然人的属人法。如一个具有美国国籍的自然人,美国本国法律就是他的属人法。

另一种主张是住所地法原则,即认为自然人的住所所在地国家的法律,为该自然人的属人法。如一个朝鲜国自然人,其住所地在法国,根据住所地法的原则,该自然人的属人法就是法国法。

就住所地而言,各国法律的规定也是不相同的。国际间的一般原则是:当事人具有两个以

上国籍,其中一个为内国国籍时,可以以内国的住所为准;如果两个以上的住所都在国外,一般适用解决国籍中同类冲突的原则;当事人无国籍或无法确定其国籍时,通常以其住所所在地国籍为准;不能确定其住所时,以当事人当时住所地国籍为准。

在我国,根据有关法律规定,确定外国自然人的属人法,一般采用以当事人本国法律或住所地法律为其属人法。

总之,涉外经济合同外国当事人主体必须是在中国境外某地依法成立的法人、其他经济组织或者个人,并有确定的国籍、名称和法定地址。

四、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内签订合同。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。

五、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)尊重国家主权的原则

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。国此,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。

六、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。

七、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作合同、中外合作经营企业合作合同、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作合同,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。

八、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。

九、涉外经济合同成立的基本条件

涉外经济合同的成立,必须具备必要的基本条件。《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。根据《涉外经济合同法》的规定,合同的成立必须具备以下必要的基本条件。

(一)主体资格条件

主体资格是指当事人缔结合同能力的合法资格。我国《涉外经济合同法》第2条规定,我国的企业或者其他经济组织可以同外国的企业、其他经济组织或个人订立经济合同。我国的企业或者其他经济组织不仅需要具备法人资格,而且还必须是经国务院或其授权机构(对外经济贸易部门)的批准,已经取得对外经济贸易经营权的企业或其他经济组织,否则,则不具有签订涉

外经济合同的主体资格。

在外国,一些国家法律规定,凡具有行为能力的自然人和法人,都可以具有涉外经济合同的主体资格。对于自然人的行为能力问题,各国法律规定不尽相同。但是根据国际私法的原则,当事人的缔约能力应以当事人的属人法来决定,即当事人的本国法或住所地法来决定。如果当事人的属人法与缔约地法发生矛盾,则应依其缔约地法决定。

主体资格的能力的合法条件还包括主体签订涉外经济合同的权利能力和行为能力。法人的权利能力是由法人国籍国的法律来决定的;法人行为能力的行使必须由其法定代表人或经授权的合法代理人在其授权范围内来进行,否则,法人和法定代表人或合法代理人,都不具有签订涉外经济合同的主体资格。

(二)程序条件

程序是指当事人双方在签订涉外经济合同时所进行的协商一致的过程,当事人双方就涉外经济合同的条款经过充分协商达成协议后,合同才能成立。从理论上来说,协商一致的过程就是要约和承诺的过程。一方提出要求,另一方表示承诺,双方就算达成了协议,合同即告成立。

要约,亦称发价和发盘,发盘又分为实盘和虚盘。根据我国习惯,实盘一经对方在有效期限内的承诺,合同即告成立,不需要经发盘人确认,虚盘是附有保留条件的发盘,虚盘一般都附有“以我方最后确认为准”、“以货物尚未售出为准”等条件。

承诺是对要约的完全同意,要约一经承诺,合同即告成立。如果逾期承诺,或附有条件的承诺,均不能视为承诺,合同亦不能成立。

(三)形式条件

形式条件是指当事人就合同条款以书面形式达成协议并签字,合同即视为成立。根据我国《涉外经济合同法》规定,涉外经济合同的成立必须符合法定的书面形式。但是,对于内容比较简单的合同,当事人可以通过信件、电报、电传达成协议,即可视为合同成立。这种以信件、电报、电传所达成的协议,称为函电成交方式。这种方式也是书面方式。

对于函电成交的方式,有的交易双方除了事先以电报、电传等方式确定主要条款外,还必须签订售货确认书或购货确认书来作为合同正式成立的协议。因此,我国《涉外经济合同法》规定,一方当事人要求签订确认书的,须于签订确认书时,合同方告成立。

在涉外经济合同中,对于内容比较复杂,有效期限较长或超过一定数量金额的涉外经济合同,在国际上普遍存在着要求采用书面形式订立的规定,否则,合同无效,或在发生诉讼时,法院不予强制执行。

虽然目前世界各国对涉外经济合同普遍采用了“不要式原则”,即无论口头形式,还是书面形式,均不影响合同的效力。但是,根据我国的具体情况,按照《涉外经济合同法》的规定,无论内容复杂与否,合同有效期限的长短,均必须以书面形式订立。这是我国涉外经济合同成立的法定形式要件。这种规定,有利于当事人认真履行合约,有利于处理双方当事人的合同争议。

(四)合法条件

签订涉外经济合同必须合法。所谓合法就是合同的形式和内容必须符合本国法律和政策的规定。如我国《涉外经济合同法》规定,订立涉外经济合同必须遵守我国法律,并不得违反中华人民共和国社会公共利益。合法条件的具体内容包括:

- (1)涉外经济合同内容必须合法,不得违背国家法律和政策规定,不得违背社会公共利益。
- (2)当事人双方的意思表示必须诚实信用,不得采用欺诈、胁迫等手段签订合同。
- (3)当事人双方必须遵守自愿平等,互利互惠,等价有偿的原则。

(五)时间条件

涉外经济合同成立的时间是确认合同成立的重要问题之一。关于合同成立的时间问题,具体有以下几种情况:

- (1)当事人双方当面签订的合同,双方签字的日期就是合同成立的日期。
- (2)通过信件、电报、电传达成的协议合同时间的确定:

- ①英美法系国家一般确认以承诺人发出承诺的时间视为合同成立时间,亦称“发信主义”。
- ②大陆法系国家一般确认以要约人实际收到承诺的时间视为合同成立时间,亦称“收信主义”。

- ③我国《涉外经济合同法》规定:当事人就合同条款达成协议并签字之时,即为合同成立之时。

- ④我国《涉外经济合同法》还规定,通过信件、电报、电传达成协议,在要约和承诺过程中,一方当事人要求签订确认书的,须于签订确认书时,合同方告成立。在我国,合同成立应以要约人收到承诺的时间为准。一方当事人要求签订确认书的,合同则在对方收到确认书时生效,这就是我国承认的“收信主义”原则。

- ⑤根据我国法律规定,应当由国家批准的合同,须于获得批准时合同方为成立,即我国审批机关批准之日就是合同成立时间,而双方当事人合同上签字日期不是合同成立时间。

(六)批准条件

我国《涉外经济合同法》规定,凡按照中国法律、行政法规的规定应当由国家批准的合同必须在报经中国有关主管机关审核批准后,合同方为有效。应当由国家批准的合同主要有:中外合资经营企业合作合同,中外合作经营企业合作合同,中外合作勘探开发自然资源合同,补偿贸易合同,来料加工、来件装配合同,技术引进合同,技术转让合同等。这一类有效合同的成立,除须由当事人双方协商一致并在合同上签字外,还必须经中国有关主管机关批准。此外,这类合同的转让和重大变更也必须经原批准机关批准后,转让和变更才为有效。

十、涉外经济合同的担保

（一）涉外经济合同担保的概念

涉外经济合同的担保是合同当事人一方为了保护合同的成立和切实履行而要求对方提供的履行合同的一种保证措施。合同担保是当事人双方经过协商一致,自愿采取的一种法律手段。我国《涉外经济合同法》第15条规定: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。当事人为了保障自己应得的利益得以实现,可以要求对方提供担保并在合同中予以明确规定。如果在合同中没有规定,当事人一方发现另一方有不能履行合同的确切证据时,可以暂时中止合同,要求对方提供担保。当对方对履行合同提供了充分的保证时,应当履行合同。

（二）涉外经济合同的担保形式

涉外经济合同的担保形式主要有:

1. 定金

定金是指当事人一方为了保证合同的履行而预先给付对方的一定数量的金额。如果合同全面履行,定金不予返还,可以充抵合同中的一部分价款和财物。给付定金的一方不履行合同或不完全履行合同的,无权要求返还定金,接受定金的一方不履行合同或不履行合同义务的,应双倍返还定金。

2. 履约保证金

履约保证金也称违约金,是指当事人一方不履行合同或不履行合同义务时,按照合同约定的比例必须向对方支付一定数额的金钱。合同如果正常履行,保证金可抵作价款或投资的一部分;如果不履行合同,则用于承担违约责任和赔偿损失。采用履约保证金的合同应写明履约保证金的数额、交付时间、地点及方式。

3. 银行担保

银行担保是指由各自开户银行出具保函向对方提供的担保。当被担保人不能履行或不能完全履行合同规定的义务时,担保人(银行)有义务承担连带责任。债权人也有权向保证银行提出请求其代为清偿债务或赔偿损失。债权人只要按照保函规定向银行提出担保证明或付款通知书,银行就应该承担连带责任,履行付款义务。银行承担连带责任后,有权要求被保证人偿还。在涉外经济贸易活动中,中国银行在向外国当事人开出保函的同时,也应要求对方开户银行向我方合同当事人出具保函。

4. 公司或企业担保

公司或企业担保是指与合同当事人没有利害关系的第三方(公司或企业)充当保证人而进行的担保。由公司或企业担保时,必须经公证机关公证。当被担保单位或个人不履行或不履行合同义务时,担保人(公司或企业)在担保范围内承担连带责任。债权人也有权请求充当保

证人的企业履行担保范围内的合同义务或赔偿损失。

此外,在外国也有由律师事务所提供担保的。

5. 财产抵押担保

财产抵押是指当事人一方自愿使用自己的财产为对方提供清偿债务的一种担保形式。它是抵押人和抵押权人之间所签订的合同,当抵押人不履行合同义务时,抵押权人可以在法律允许范围内变卖其抵押的财产予以补偿,变卖抵押物的价款不足以清偿债务时,抵押权人有权要求抵押人继续给付其不足的部分。法律规定禁止流通或强制执行的财产不能作为抵押物。

财产抵押担保合同是主合同的附从合同,其法律关系具有特殊性,可以适用与主合同不同的国家的法律。

(三)签订担保条款应注意的几个问题

签订涉外经济合同时,当事人双方都担心对方违约会给自己造成损失,因而要求对方提供担保,这是正常的、合理的,也是合法的,签订担保条款时需注意以下问题:

(1)对于那些标的金额比较大、履行期限比较长的合同,如果对方违约将会给我方造成较大损失时,应要求外商在合同中提供担保,签订担保条款,并在合同中明确规定须在提供担保后合同方能生效。

(2)当事人如果选择企业或公司作为当事人一方的担保人,应当对担保人的资信情况进行调查了解,不具备一定物质基础的企业或公司不能承担担保。

(3)企业为合同当事人一方提供担保时,必须对被保证人的资信情况和履行能力进行调查。不具备一定物质基础和一定履行能力的被担保人,不要为其提供担保。

(4)中外合资经营企业的外国投资者如果要求中国银行担保合同的履行时,中国银行应不予办理。

十一、签订涉外经济合同应注意的问题

签订涉外经济合同应注意以下问题:

1. 严肃认真,审慎行事

涉外经济合同是我国对外进行经济和技术贸易的重要形式。签订涉外经济合同情况比较复杂,一般地说,标的金额比较大,稍有不慎,发生违约行为,就会给国家造成很大经济损失。因此,我们对待涉外经济合同,总的指导思想应该是“重合同、守信用”。在实践中,我方以往的教训就是事先对合同的签订不够慎重,主要表现为对于对方底数不清,对自己本身实际履约能力缺少实事求是的估计。

(1)熟悉国内外市场行情,了解国内外经济信息;

(2)组织各方面有关人员对双方的某项交易或某一项目从各方面进行充分论证和可行性分析研究;

(3)对经济效益及其可能出现的各种风险进行实事求是的预测和估计;

(4)全面收集合同所涉及的双方各种有关法律规定,获得最可靠的法律保证。

2. 对方当事人须具有合法的主体资格

当事人的合法主体资格,就是当事人是否有权签订涉外经济合同的合法资格。这是签订涉外合同的前提条件。对外商的主体资格,应着重了解以下问题:

(1)对方的法定名称(姓名)、法定地址、电话电传号码、法定代表人的姓名和国籍、企业登记住址。单位名称必须写全称,必须英汉对照,准确无误。

(2)如果对方是以法人资格出现的,则应了解对方公司的国籍、管理中心地、主营业地的详细地址和是否具有外国当地政府公证的法人证明;签约人是否具有经所在地政府公证的法人单位的授权书或委托书。

我国确认外国法人国籍,基本上是以对方成立地的法律为依据。依一国法律而成立的外国法人如果在我国从事经济活动,还必须依照我国法律的规定,由我国主管机关对其法人资格予以认可。

(3)如果对方是以公司的名义与我方签订合同,应了解对方公司的性质,是有限公司还是无限公司;是子公司还是总公司,如果是子公司,该子公司与总公司的关系是什么;该公司的登记注册地是哪里;公司章程是如何规定的;对外进行经济活动的权利能力及其所能承担经济责任的能力如何等等。

(4)如果对方是以合伙组织出现的,首先应取得合伙组织的协议副本;然后,了解该合伙组织的宗旨及其权利能力、行为能力。

(5)了解客商资信情况,包括:注册资本、实有资本和近期经营年报表及资产负债表;是否具有经公证机关公证的资信文件和资金信用材料;开户银行名称、帐号、详细地址;客商履行能力、技术状况、经营能力、商业作风、商业信誉等。

(6)如果对方是以个人名义与我方签订合同,应了解该人按其属人法、或住所地法、本国法是否具有行为能力。

当事人个人必须具备属人法所赋予的民事主体资格,这主要包括两个方面内容:

①客商个人必须依属人法达到法定年龄。如果小于属人法所规定的年龄,即属于不完全行为能力的人,不具备与我国签订涉外经济合同的主体资格。

②必须排除客商属人法的禁止性规定。即除具备法定年龄外,还必须是属于非禁治产人。在国外一些国家的法律中,明确规定精神病患者、白痴等不能识别自己行为性质的人均属于不能通过合同方式治理财产的人。不能与无行为能力的禁治产者签订合同。

对于客商个人签订合同的合法资格可以通过要求客商提供身份证明、固定住所、营业地、经营情况、资产情况的证明来确定。

3. 订立涉外经济合同必须符合我国法律规定、国家利益和社会公共利益

对于含有不符合我国法律规定或有损于我国国家主权和利益,妨害公共道德和社会公共利益等方面内容的合同,均视为无效合同。

对于一些含有不合理的和限制性条款的合同必须严格把关。比如,对方强制要求搭配卖给我方不需要的技术材料、零部件或产品;限制引进技术的生产量和销售价格;限制我方只能从对方购买原材料、零配件而不准从其他国家或地区购买等内容的合同,必须严格把关,并经国家有关机关批准,合同才能成立,否则,应视为无效合同。

4. 必须符合平等互利、协商一致原则

签订涉外经济合同的基本原则是坚持我国国家主权原则,维护我国独立自主方针。任何一方不得采用欺诈、胁迫、行贿、受贿等手段订立涉外经济合同。

5. 涉外经济合同条款必须齐备,文字表达必须准确

涉外经济合同条款是合同的核心内容,是当事人双方权利义务关系的具体表现,也是双方履行合同、解决合同纠纷的重要依据。因此,合同条款必须齐全、准确、公平。

(1)条款必须齐全,避免遗漏

比如,不仅要规定合同标的,还必须规定标的的规格、型号等;规定了产品质量、费用和交付期限,还要规定来料的周期和数量;规定了中方的违约责任,也要规定客商的违约责任;规定了运输费用,也要规定装卸费用;规定了生产费用,还要规定成品保管费用等。

(2)内容必须具体、详细

比如规定从外商手中引进“先进设备”必须明确其具体标准是什么,它的规格、型号、性能、产地等,必须在合同中予以具体约定。

(3)条款必须公平合理,不得显失公平

比如一方权利不得大于另一方权利,一方义务不得多于另一方义务;一方违约需要承担违约责任或罚款,另一方违约也应当承担违约责任或罚款。

(4)必须明确双方违约责任

违约责任是促使当事人履行合同的保证,是解决合同纠纷,维护当事人合法权益的重要依据,也是合同法律效力的一种体现。

(5)文字表达不得使用模棱两可,含混不清或一语双关的词句

比如“尽力”、“力争”、“希望”、“可能”等等。合同有译文时,要注意译文的准确性。

6. 明确订立不可抗力的范围

不可抗力(Force Majeure)是指当事人在签订合同时不能预见,对其发生和后果不能避免并不能克服的条件。在涉外经济活动中,外商有时借口不可抗力来逃避履行合同义务和所承担的违约责任。我方也不免要援用不可抗力条款来维护我方合法权益。因此,对不可抗力事件应该单独订立条款,并具体规定不可抗力事件范围、后果、出具证明的机构,以及通知对方的期限等,以利于双方纠纷的解决。

7. 涉外经济合同的法律适用和仲裁条款应有利于维护我方的权益

在涉外经济合同中,当事人双方为了实现各自的经济目的,都要选择有利于自己一方的国家法律,这就是涉外经济合同适用法律问题。一般情况下,选择法律的适用有三种形式:

(1)适用我国法律;

(2)适用对方当事人国家的法律;

(3)适用双方当事人以外的第三国法律。

我国企业和其他经济组织在与外商签订合同时应力争将签约地、履行地及仲裁地点规定在我国,以我国法律为准据法。如果双方达不成协议,也可以选择对我国持友好态度的国家的法律或按国际上的习惯提请仲裁机构进行仲裁。如果经双方协商同意,也可以选择与其合同有密切联系的国家的法律。但这种选择不得限制当事人各方国家有关法律的实施。凡在涉外经

济合同中规定以外国法律为依据的,必须经我国有关主管部门批准后,合同方能生效。在一般情况下,我方不应在合同中预先约定适用某个外国的法律,而应该将这个问题留待将来发生争议提起诉讼或提交仲裁时,由受理案件的机构根据争议的具体问题按照所在国的冲突法原则来确定,以利于维护我方权益。凡是有损于我国主权和平等互利原则的条款,我方坚决不应接受。

8. 合同文件必须完备

除合同原件外,还必须制定与合同不可分割的附件。主要有:

- (1)经济、技术可行性研究报告;
- (2)工程进度计划及与之相适应的提供资金的进度计划;
- (3)企业需要进口的物资、设备清单;
- (4)双方签订的其他与合同有关的协议。

合同本文与附件都是合同的有机组成部分,缺一不可。

9. 合同中的名词、术语必须准确和统一

由于合同当事人是处于两个不同的社会制度、不同的语言习惯、不同的法律体系的国家,因此,当事人双方对同一物品同一事实必然存在着不同的观念和不同的法律概念。这就要求当事人之间必须在合同中对于某些名词、术语给予统一的定义和含义。比如,对于森林中的野生动物来说,有些国家把它视为动产,而有些国家则把它视为不动产;再如,“保证责任”这一法律含义在我国是指当被保证当事人不履行合同时,保证人所应承担的连带责任。而在日本,保证责任的法律含义则是先向债务人请求偿还,当执行无效时,才能向保证人追索。这表明,相同的名词、术语,由于不同国家赋予了不同的法律含义,因而所产生的法律后果也是不相同的。为了获得一个共同的理解,双方必须在合同中明文赋予一致的定义。

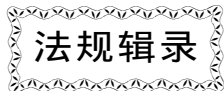
10. 合同的鉴证、公证与批准

在签订涉外经济合同时,应该注意的是,凡是法律规定需要鉴证或公证的合同,必须先经过鉴证和公证后再上报批准。涉外经济合同只有在经过主管机关或政府批准后方能生效。未经批准的合同,不受法律保护。

11. 必须写明合同签字地点、使用的文字以及生效日期

签订涉外经济合同时,我方应争取在我国签字,使用我国文字并在合同中写明。因为签字地点和使用的文字都与适用哪一国法律有关。在国际上,有些国家就明确规定不使用本国文字的合同不予批准。如在英国法中,对于当事人在合同中未规定适用法律的,就可以根据当事人所使用的文字和术语作出推定。

合同签订后,在某些国家明确规定需要在一定时间内报请有关主管部门批准的,在批准后合同才能生效。因此,确定签订日期和生效日期也是重要的法律程序。



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实证据时,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实证据,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。

司法解释

最高人民法院关于适用 《涉外经济合同法》若干问题的解答

(1987年10月19日法(经)发[1987]27号)

一、关于涉外经济合同法的适用范围问题

(一)涉外经济合同法的适用范围是我国的企业或者其他经济组织同外国的企业、其他经济组织或者个人之间订立的经济合同,包括货物买卖合同、合资经营企业合作经营企业合作勘探开发自然资源合同、信贷合同、租赁合同、技术转让合同、工程承包合同、成套设备供应合同、加工承揽合同、劳务合同、补偿贸易合同、科技咨询或者设计合同、担保合同、保险合同、仓储保管合同、委托代理合同等。但国际海上运输合同、国际航空运输合同、国际铁路运输合同以及国际复式联运合同除外。

(二)涉外经济合同法也可以适用于港澳地区的企业、其他经济组织或者个人同内地的企业或者其他经济组织之间订立的上述经济合同,以及外国企业、其他经济组织或者个人之间,港澳地区的企业、其他经济组织或者个人之间,外国企业、其他经济组织或者个人与港澳地区的企业、其他经济组织或者个人之间在中国境内订立或者履行的上述经济合同。

(三)在中国境内成立的中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业之间以及他们同我国其他企业、经济组织或者个人之间订立的经济合同,不应适用涉外经济合同法,而应适用《中华人民共和国合同法》。

二、关于处理涉外经济合同争议的法律适用问题

(一)对于涉外经济合同法第五条所说的“合同争议”应作广义的理解。凡是双方当事人对合同是否成立、合同成立的时间、合同内容的解释、合同的履行、违约的责任,以及合同的变更、中止、转让、解除、终止等发生的争议,均应包括在内。

(二)当事人在订立合同时或者发生争议后,对于合同所适用的法律已有选择的,人民法院在审理该项合同纠纷案件时,应以当事人选择的法律为依据。当事人选择的法律,可以是中国法,也可以是港澳地区的法律或者是外国法。但是当事人的选择必须是经双方协商一致和明示的。

(三)当事人有一个以上的营业所的,应以与合同有最密切关系的营业所为准。当事人没有营业所的,以其住所或者居所为准。

(四)我国缔结或者参加的有关国际条约,如果同涉外经济合同法或者我国其他与涉外经济合同有关的法律有不同规定的,适用国际条约的规定,但是我国声明保留的条款除外。

(五)在应当适用我国法律的情况下,如果我国法律对于合同当事人争议的问题未作规定的,可以适用国际惯例。

(六)在应适用的法律为外国法律时,如果适用该外国法律违反我国法律的基本原则和我国的社会公共利益的,则不予适用,而应适用我国相应的法律。

(七)在应适用的法律为外国法律时,人民法院如果不能确定其内容的,可以通过下列途径查明:

1. 由当事人提供;
2. 由我驻该国的使、领馆提供;
3. 由该国驻华使、领馆提供;
4. 由中外法律专家提供。

通过上列途径仍不能查明的,可以参照我国相应的法律处理。

三、关于无效涉外经济合同的确认问题

涉外经济合同有下列情形之一的,应当确认无效:

1. 订立合同的当事人不具备合法主体资格的;
2. 订立合同的我国当事人未经国家主管机关批准授予对外经营权的;
3. 订立合同的我国当事人超越其经营范围经营的;
4. 没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同,未经被代理人追认的,但被代理人在知道上述情况后未及时作否认表示的除外;
5. 订立合同未用书面形式的;
6. 我国法律和行政法规规定应当由国家主管机关批准成立的合同未经批准的,或者其重大变更或权利义务的转让未经原批准机关批准的;
7. 一方当事人采用故意制造假相、隐瞒事实真相或者其他欺骗手段,致使对方形成错误认识与之订立合同的;或者采用胁迫手段,以给对方造成经济损失或其他损害为要挟与之订立合同的;或者乘人之危,迫使对方违背自己的意志,按不公平的条件订立合同的;
8. 双方当事人恶意串通,订立损害国家、集体或者第三方利益的合同,或者以合法形式掩盖非法目的而订立合同的;
9. 合同内容违反我国法律的基本原则或者我国社会公共利益的。

四、关于涉外经济合同的撤销问题

一方当事人对于下列涉外经济合同有权请求人民法院予以撤销:

- (一)合同的订立出于对合同内容有重大误解;
- (二)合同显失公平。

被撤销的涉外经济合同从合同订立时起就没有法律约束力。

五、涉外经济合同被确认无效或者被撤销后的处理问题

(一)合同部分条款无效,如果不影响其他部分的效力的,其他部分仍然有效;无效条款经当事人协商同意予以取消或者在改正后,不影响合同的效力。

(二)合同被确认无效或者被撤销,如果是由当事人一方的过错造成的,有过错的一方应当对另一方因合同无效或者被撤销而遭受的损失负赔偿责任。如果当事人双方对合同无效或者被撤销都有过错的,各自承担相应的责任。

(三)当事人双方恶意串通,假借签订涉外经济合同进行违反国家法律或者损害社会公共利益的活动以及损害国家或者第三方利益的,除确认合同无效外,还应当追缴双方非法取得的财产收归国家所有或者返还第三方,并可视其情节轻重,依据法律规定给予训诫、罚款或者拘

留等处罚;发现有经济犯罪的,移交公安、检察机关查处。

六、关于涉外经济合同的违约责任问题

(一)一方当事人不履行合同或者履行合同义务不符合约定条件的,除采取其他补救措施或者合同另有规定外,违约一方当事人赔偿另一方当事人因此所受到的损失,一般应包括财产的毁损、减少、灭失和为减少或者消除损失所支出的费用,以及合同如能履行可以获得的利益(在国际货物买卖合同中,就是指利润),但不得超过违约一方当事人在订立合同时应当预见到因违反合同可能造成的损失。

(二)当事人在合同中约定的违约金,是预定的赔偿金。一方当事人违反合同,即应向另一方当事人支付约定的违约金。如果合同约定的违约金部份高于或者低于违反合同所造成的损失的,人民法院可根据当事人的请求,酌情予以适当减少或者增加。

(三)在中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,必须适用中国法律,当事人协议选择适用外国法律的合同条款无效。

(四)当事人在订立合同时或者发生争议后,对于合同所适用的法律未作选择的,人民法院受理案件后,应当允许当事人在开庭审理以前作出选择。如果当事人仍不能协商一致作出选择,人民法院应当按照最密切联系原则确定所应适用的法律。

(五)当事人协议选择的或者人民法院按照最密切联系原则确定的处理合同争议所适用的法律,是指现行的实体法,而不包括冲突法规范和程序法。

(六)如果当事人未选择合同所适用的法律时,对于下列涉外经济合同,人民法院按照最密切联系原则确定所应适用的法律,在通常情况下是:

1. 国际货物买卖合同,适用合同订立时卖方营业所所在地的法律。如果合同是在买方营业所所在地谈判并订立的,或者合同主要是依买方确定的条件并应买方发出的招标订立的,或者合同明确规定卖方须在买方营业所所在地履行交货义务的,则适用合同订立时买方营业所所在地的法律。

2. 银行贷款或者担保合同,适用贷款银行或者担保银行所在地的法律。

3. 保险合同,适用保险人营业所所在地的法律。

4. 加工承揽合同,适用加工承揽人营业所所在地的法律。

5. 技术转让合同,适用受让人营业所所在地的法律。

6. 工程承包合同,适用工程所在地的法律。

7. 科技咨询或者设计合同,适用委托人营业所所在地的法律。

8. 劳务合同,适用劳务实施地的法律。

9. 成套设备供应合同,适用设备安装运转地的法律。

10. 代理合同,适用代理人营业所所在地的法律。

11. 关于不动产租赁、买卖或者抵押的合同,适用不动产所在地的法律。

12. 动产租赁合同,适用出租人营业所所在地的法律。

13. 仓储保管合同,适用仓储保管人营业所所在地的法律。

但是,合同明显地与另一国家或者地区的法律具有更密切的关系,人民法院应以另一国家或者地区的法律作为处理合同争议的依据。

第六章 劳动合同和集体合同知识

一、什么是劳动合同

（一）劳动合同的概念

劳动合同就是劳动者与用人单位之间就劳动的权利和义务方面所达成的协议。从这个定义中可以看到：劳动合同的当事人，一方是劳动者，即工人、职员等；另一方是用人单位，即企事业单位、国家机关等。前者是自然人，后者一般是法人。劳动合同双方当事人的关系就是劳动关系。劳动合同经过法律的规定或确认，就具有法律上的约束力。劳动者作为用人单位的成员，承担一定工种或职务的工作，遵守用人单位的劳动规则；用人单位则根据一定的标准付给劳动报酬，并提供法律规定和双方议定的劳动条件。

根据《中华人民共和国劳动法》规定，我国劳动合同的条款分为必备条款和协商条款。必备条款是指法律、法规规定必须共同遵守的条款；协商条款是根据工种、岗位的不同特点，由双方协商确定的具体条款。

劳动合同是在社会生产中产生的一种法律制度。自从资本主义生产方式出现以后，劳动合同就成为各国立法的一项重要内容。先是少数工业化国家在民法中承认了劳动合同法律效力，随后多数国家在劳动法中制定了专门的劳动合同法或在劳动法典中列有劳动合同的专章，具体规定劳动合同的内容和形式，以及订立、变更和解除的条件和程序。

（二）劳动合同的特征

劳动合同是指劳动者与其所属的用人单位（企业、个体经济组织、国家机关、事业组织、社会团体等单位）之间签订的关于劳动权利、劳动义务的协议。

劳动合同是直接调整劳动关系的一种法律制度，它是劳动者与其所属的用人单位之间确立劳动关系的一种法律形式。

劳动合同是合同的一种。它具有一般合同所具有的法律特征：

（1）劳动合同是双方或多方当事人意思表示一致的法律行为，而不是单方的法律行为。如同一般合同一样，只有双方或多方当事人意思表示一致，自愿达成协议时，劳动合同才能成立。

（2）当事人在劳动合同关系中的法律地位平等。这是劳动合同当事人在双方协商中自由表达自己意志的重要前提，也是当事人实现相互权利和义务的基础。

（3）劳动合同是合法行为，即当事人之间订立、变更、终止或解除劳动合同，必须遵守国家法律的规定。

当事人订立劳动合同的主要目的，是要尽量使两者达到最佳结合，以增强企业活力，充分

发挥劳动者的积极性和创造性,保障当事人的合法权益,促进社会主义现代化建设的发展。因此,劳动合同除应具有如上所述的一般特征外,还应具有自己独特的法律特征:

1. 劳动合同的一方当事人必须是用人单位,另一方当事人是劳动者本人

劳动合同的这一特点与确保具体的劳动关系的产生有很大的关系。当事人之间发生了劳动关系,劳动者才能参加其所属用人单位的劳动,才能领取劳动报酬,才能与其所属的用人单位有密切的集体劳动的联系;用人单位才能拥有劳动者,才能管理这些劳动者,才能产生经济效益和工作效率。由此看来,劳动合同当事人的双方不能同时都是单位,必须有一方是劳动者。另外,就用人单位本身而言,参加劳动法律关系的,只能是该单位的行政方面,而决不是该单位的党、团或工会组织。同时,劳动合同的双方既是劳动权利主体,又是劳动义务主体,双方互享权利,互负义务。

2. 劳动合同当事人双方具有身份上的隶属关系

劳动合同订立后,作为劳动者一方必须加入到用人单位一方中去,成为该单位的一名职工,在用人单位内部享受和承担本单位职工的权利和义务;对用人单位以外的单位则在本单位法人代表授权的前提下,以本单位的名义从事生产经营和管理活动。从用人单位来说,有权利也有义务组织和管理本单位的职工,把他们的个人劳动组织到集体劳动中去。这种身份隶属关系是由我国社会化生产劳动过程所决定的,即在当事人双方权利义务对等的基础上,依照社会化生产劳动过程中的分工要求所形成的。劳动合同的这个特征还决定了劳动者一方在同一时期内只能同一个用人单位签订劳动合同,而不能同时与两个或两个以上的用人单位签订劳动合同。至于在法律允许的范围内从事兼职活动的人员,是以兼职身份与用人单位订立劳务合同,而不是劳动合同。

3. 有一定的试用期

劳动合同除必须规定合同的有效期限外,还必须明确规定一定的试用期限作为合同的一项必须条款。试用期,是企业在签订劳动合同后对合同制工人进行思想品德、实际操作技能、劳动态度等方面实行进一步考察的期限。按照《国营企业实行劳动合同制暂行规定》第六条的规定,劳动合同的“试用期为三至六个月,由企业根据不同工种具体确定”。试用期满经考核合格者,可正式被企业录用;不合格者取消其录用资格,解除劳动合同。劳动合同规定试用期,既有利于增强劳动合同制工人从事劳动生产(工作)的责任感、勤奋学习的内在动力,提高劳动者素质;有利于实现企业自主权,增强企业活力,从而有利于消除企业在用工制度上“统包统配”、“一次分配定终身”等弊病。

4. 劳动合同在一定条件下,往往涉及第三人的物质利益关系

劳动合同的内容不仅限于当事人双方权利义务的规定,而且还要涉及劳动者的直系亲属在一定条件下享有的物质帮助权。一般地说,劳动关系通过劳动合同确立后,用人单位就有义务帮助解决职工子女的入托、受教育问题,职工及其家属的住房问题及其他特殊困难问题。如果职工家属因生育、年老、患病、工伤、残废、死亡等原因部分或全部丧失劳动能力时,单位应对职工及其家属给予一定的物质帮助。

5. 劳动合同的目的在于劳动过程的实现,而不是劳动成果的给付

劳动过程是一个相当复杂的过程。有的劳动可以直接创造价值,有的劳动在于实现价值,

有的劳动是间接地帮助创造或实现价值;有的劳动成果当时就能衡量,有的劳动成果将来才能感到。因此,劳动合同一般都订有教育与培训的条款,其着眼点就在于劳动过程的实现。

6. 劳动合同应依法定程序订立

劳动合同的正式签订,要通过企业公布招工简章、劳动者自愿报名、考核录用等法定程序,即劳动者根据本人条件和志趣爱好来选择企业,而企业则对劳动者的体力素质、劳动技能、经验和知识水平等提出一定要求,实行德智体全面考核,择优录用。这就是说,这样做,就能使双方在签订劳动合同之前有一个“相互选择”过程。

(三) 劳动合同与民事合同有什么区别

劳动合同和民事合同的区别主要如下:

(1)合同当事人不同。劳动合同的当事人必须一方是劳动者,另一方是用人单位。即一方是提供劳动力的自然人,另一方是企业行政等用人单位。即使是个体工商户、私人企业雇佣的劳动者,也同样一方是劳动力提供者,另一方是劳动力接受者,两者是不能等同的,更不能出现两方都是法人的情况。而民事合同则是公民之间、法人之间及其相互之间有关民事权利义务的协议。其当事人既可以都是公民,也可以一方是公民,另一方是法人或双方都是法人。双方当事人不存在相对的因素。即使是具有劳动内容的民事合同,如加工承揽合同、劳务合同等,其合同当事人也同样可以存在于公民之间、法人之间或公民与法人之间。

(2)当事人的法律地位不同。劳动合同签订后,作为劳动者一方须加入到用人单位中去,成为其成员之一,在身份上具有隶属性。在合同期间,他应接受用人单位的管理和使用。承担用人单位分配给的劳动、工作义务,遵守所在单位的内部劳动规则,享受该单位的劳动保险福利待遇;而民事合同当事人的法律地位是平等的相对一方,双方没有隶属性。尽管加工承揽合同、劳务合同中的一方当事人也提供劳务,但他不参加对方的组织,不承担对方单位内部的劳动、工作义务,也不受对方内部劳动规则和制度的制约。

(3)合同的内容不同。劳动合同的内容主要是决定有关劳动条件和福利待遇方面的权利义务,其内容涉及劳动合同期限、试用期限、劳动纪律等等。而民事合同的内容只涉及双方的民事权利义务,没有工作条款和福利待遇等方面的内容。

(4)合同的标的不同。劳动合同的标的,是一定的劳动行为,而不是劳动成果。即劳动合同的标的没有物存在。劳动者只需要按规定参加用人单位的集体劳动,完成规定的工作量,而不论其劳动成果是否实现。而民事合同的标的主要是物和行为。虽然有的民事合同的标的也涉及到劳动行为,但一般是与劳动结果相联系的劳动行为。

(5)适用的法律不同。劳动合同是依照有关劳动法律、法规签订的劳动关系双方当事人权利义务的协议、涉及到劳动权利义务的实现,受劳动法的调整。民事合同是有关民事权益方面的法律协议,受民法调整。

(四) 劳动合同有哪些种类

除了国家法律法规规定的内容外,劳动关系的各个方面都可以采用劳动合同的形式协商加以确定。这样,按照劳动合同内容的若干方面,就可以划分出不同的劳动合同种类。

按照《国营企业实行劳动合同制暂行规定》的规定,我国劳动合同的种类主要是指如下三种:

1. 常年性工作岗位上用工的劳动合同

这一类劳动合同是我国劳动合同中占主要部分的劳动合同,其范围随着企业转换经营机制,企业内部劳动人事制度改革的深入而不断扩大。这一类劳动合同的主要特点是:必须是常年性工作岗位上招用工人,其合同期限不得低于1年;合同制工人的权利义务按照《国营企业实行劳动合同制暂行规定》以及其他有关的法律法规执行。根据企业生产、工作的特点和需要这一类劳动合同还可以做如下区分。

(1)长期工劳动合同。它的劳动合同期限在5年以上,包括一些终身录用的合同(指到法定退休年龄为止)。这种合同主要适用于常年性,变化小的生产或工作岗位,或是经过较长时间的技术培训才能胜任的工种或职务,特别是那些技术性较强、保密性较强的工作。在实践中,也有些企业是为了保持职工队伍的相对稳定和保持一定数量的生产、工作基本骨干,在经过考核合格或者经过实践锻炼后表现较好的劳动者订立这种长期劳动合同。

(2)短期工劳动合同。它的劳动合同期限在1—5年之间。这种劳动合同的特点是,用工期较短,用工灵活,能加快人才的合理流动。随着经济体制和劳动体制改革的逐步深入,短期工劳动合同可以促使企业和合同制工人都有更大的选择,将成为主要的劳动合同种类。

2. 临时工、季节工劳动合同

它是单位整个用工制度的必要补充。《国营企业实行劳动合同制暂行规定》规定,企业招用的1年以内的临时工、季节工,也应当签订劳动合同。根据有关法律规定,这类劳动合同具有以下几个特点:

(1)劳动合同期限在1年以下,1年以上的劳动合同,不叫临时工劳动合同,单位不得订立1年以上的临时工劳动合同。

(2)临时工劳动合同的内容,仅限于临时性、季节性较强的工种和岗位,长年性的工作岗位和工种,不得录用临时工,不能订立临时工劳动合同。

(3)临时工劳动合同期满,必须立即终止劳动合同,不允许利用临时工劳动合同长期使用临时工。临时工劳动合同期满后,如果仍需临时工,则应重新订立劳动合同。

(4)临时工劳动合同可以是用人单位和城镇待业人员订立的,也可以是和农村招用的临时工订立的。但用人单位招用农村临时工,须经设区的市一级劳动部门批准,而且不转户口和粮油关系。

临时工、季节工劳动合同,按规定只适用于企业的临时性和季节性用工,或者是需要集中一段时间进行突击来完成生产工作任务的工作岗位。这种劳动合同灵活机动,适应性强,是合理组织劳动减少不必要劳动消耗的好形式。

3. 定期轮换工劳动合同

这一类劳动合同主要适用因长期劳动会给职工身体健康带来某些不利影响的工作岗位,招用户、粮不变的农民劳动合同制工人。这类劳动合同的特点是:

(1)法定单位才能招用农民合同制工人,包括从农民中招用的定期轮换工。只有经过有关部门批准招收的生产岗位和工种,单位才能招收农民合同制工人,未经确定的生产岗位和工

种,不能招用农民劳动合同制工人。

(2)农民劳动合同制工人与单位订立的轮换工劳动合同,劳动者必须是农村中的农民。

(3)劳动者不转户粮关系,在企业工作期间享受与所在企业其他职工同等的权利,农民所分的责任田予以保留,享受与其他村民同等的待遇。

(4)农民合同制工人与单位订立的劳动合同的期限为1年以上,定期轮换工劳动合同的期限为3至5年,最长不得超过8年。劳动合同期限届满,应即终止。但依法律规定,农民轮换工转为城镇劳动制工人的除外。

上述劳动合同的种类是指国有企业而言,至于私营企业、外商投资企业等其他非公有制企业招用的劳动合同制工人,其种类及权利义务一般也应适用上述劳动合同制的规定。

(五)什么是劳动合同制

作为法律概念,劳动合同是一种法律形式,因而劳动合同制是一种法律制度;作为经济概念,劳动合同制是指一种用工制度,一种劳动力与生产资料相结合的方式的制度。完整地说,劳动合同制是指用人单位与职工通过互相选择和平等协商而建立起来的期限可长可短、稳定性和灵活性相结合的劳动关系的制度。我们平常所讲的劳动合同制主要是法律概念上说的,即是指通过订立劳动合同来确定和调节用人单位与劳动者之间的劳动关系的用工制度。

我国现行的劳动合同制是从1986年开始在国营企业实行的。尽管我们在五十年代就曾确立过劳动合同,如1950年5月,劳动部在《失业技术员工登记介绍办法》中就规定,招雇技术员工时,招雇者须拟定与被招雇者订立的劳动契约草案,将就业后的工资待遇等项明确规定。此后,劳动部在1951年、1954年等都曾颁布过有关劳动合同的法律规定,如1957年4月,国务院在《关于劳动力调剂工作中的几个问题》中就规定,在不同单位间调剂人员时,调入单位应与工人签订个人劳动合同。只是到五十年代中期以后,国家实行劳动力统一招收和调配制度,对固定工不再实行劳动合同以后,劳动合同制才被停止使用。

从五十年代中期以来,我国逐渐确立的固定工制度有两个致命的弊端:一是企业缺乏选择职工的自主权,二是职工缺乏选择职业和工作单位的主动权。企业需要的人难以调进,不需要的人不能调出,多余的还要“包下来”,使企业难以根据生产发展的需要,主动调节劳动力结构,改善劳动组织,加强劳动纪律,影响了劳动效率和劳动生产率的提高;职工无择业自由,一次分配定终身,常常出现学非所用、用非所长的现象,不能做到人尽其才和调动劳动者的生产积极性、创造性。为了克服上述弊端,我们决定对劳动制度进行改革,其目的是要使企业和劳动者都有一定权利“相互选择”,使劳动者能够合理流动,得到合理使用,实现劳动力和生产资料更合理、更有效的结合。于是从1981年以后,我国就逐步开始推行劳动合同制的试点工作,在总结经验的基础上,国务院在1986年颁布了《国营企业实行劳动合同制暂行规定》等四个文件,1994年7月4日第八届全国人民代表大会常务委员会第八次会议通过了《中华人民共和国劳动法》,从而从法律上确立了劳动合同制。

劳动合同制,是在生产资料公有制占主导地位的条件下,由用人单位和劳动者在平等协商的基础上,通过签订劳动合同的形式,明确规定双方的责、权、利和处理劳动关系的一种新型的用工制度。它具有如下特点:第一,签订劳动合同必须在双方向愿平等的基础上进行,合同明

明确规定双方的权利与义务,合同一经签订,即具有法律效力,双方必须严格遵守。第二,用工制度灵活,根据生产、工作的需要,用人单位可以使用长期工、临时工、季节工,也可以使用轮换工,合同期满,可以解除劳动合同,如生产需要双方协商可以续订合同,延长期限。第三,合同工在单位期间,政治地位与固定工平等,合同制工人有权参加企业管理,担任各级领导职务;经济地位与固定工相同,同工同酬,按劳分配。同时考虑到合同制工人在单位工作期间,某些劳保福利待遇低于固定工,以及存在暂时失业的可能性,个人还要按月缴纳社会保险金等情况,各地适当规定合同制工人的工资水平略高于固定工。第四,从城镇招收的合同制工人建立社会保险制度,农民劳动合同制工人实行回乡补助金制度,以解除其后顾之忧。第五,合同制工人离开企业暂时失业期间,由劳动服务公司负责组织管理、教育和培训,改变了过去临时工、合同工无人管理的现象。

劳动合同制工人既不同于以往的固定工,也不同于以前实行的合同工、临时工制度。因此,我国实行的劳动合同制,是在总结国内外用工制度经验的基础上,结合我国的实际情况和用工制度改革的方向,确立的一种新型的用工制度。它具有法律、经济与行政三种手段相结合和责、权、利相统一的以及多种用工方式相并存的特点。通过劳动合同的订立、续订、变更、解除和终止等法律行为,来确定和调整劳动者和企业之间的劳动关系,这就增加了用工制度的严肃性,对双方都具有同等的约束力和法律效力。

劳动合同制是在与固定工制度并存情况下施行的一种用工制度,由于历史的原因,劳动合同制度还不很完善,如有些地方存在歧视劳动合同制工人的现象。即使是劳动合同制本身也存在缺陷,需要在实践中不断完善和发展。

总之,劳动合同制是一种合同式劳动用工制度,其订立、变更、废止和用人单位和劳动者的劳动关系都须用法律形式确立,双方当事人的权益也都在合同中规定,可以有力地保护当事人的合法权益,是我国改革开放以来,推行的一项有利于经济发展和发挥劳动者创造性的比较好的用工制度。

二、什么是集体合同

(一)集体合同的概念

集体合同是工会与企业、事业单位行政及其主管机关、雇主及雇主团体之间缔结的以改进劳动组织、改善劳动条件和生活条件为主要内容的书面协议。

集体合同作为一种劳动法律制度,是商品经济发展的产物。在一切东西都商品化了的现代资本主义社会里,作为资产阶级民主法制制度的三项基本制度之一的契约自由原则得到了空前的发展,雇佣契约作为资本家与劳动者订立的有关劳动权利义务的协议也得到了资产阶级法律的认可和保护。工人阶级由于自身经济能力弱,不得不出卖劳动力以维持生存,这样就有了关于劳动力买卖的法律表现形式——雇佣合同的产生。在单个雇佣合同下,劳动者由于自身的经济实力不如资本家,因而常常处于弱者地位,不得不接受雇主提出的苛刻的、不公平的雇佣条件。于是,劳动者便开始组织团体——工会,希望以团体的优势来对抗资本家的经济优势,

从而出现了工会代表职工与雇主或雇主组织签订集体合同来代替单个劳动者的劳动合同的合同制度。

集体合同和劳动合同尽管都是劳动法中规定的调整劳动关系的法律形式,但集体合同与劳动合同在合同的主体、内容和效力上都存在明显的差别。就合同主体而言,集体合同的主体一方是工会组织,而一方是企业行政,而劳动合同的主体一方是单个劳动者,另一方是企业行政;从合同内容而言,集体合同涉及整个企业的生产任务和适用于全体职工的劳动条件和生活条件等内容,而劳动合同仅涉及职工个人的劳动权利义务内容;从合同效果来看,集体合同的效力高于劳动合同,而且集体合同中对劳动条件的规定对单个劳动合同具有预决的效力,同时劳动合同的订立还不能违背集体合同的基本原则。

集体合同,起源于 18 世纪末期的欧洲,是伴随着工人运动的发展而逐渐发生发展起来的。19 世纪中期,由于工人组织活动的高涨,资本家为了避免不必要的财产损失,减少和降低工人运动的影响,承认了工会的团体协约权,集体合同由此产生。但现代意义上的集体合同法的产生,却是 20 世纪初的事了。世界上第一个颁布集体合同法的国家为新西兰,此后,世界多数国家都制定了有关集体合同的法律。在我国,早在 1922 年 8 月,中国劳动组合书记部就曾在《劳动法草案大纲》中指出“劳动者有缔结团体协约的权利”。并把签订集体合同作为工人运动的斗争纲领之一。1930 年,在中国工人运动的压力下,国民党政府颁布了《团体协约法》,这是我国出现最早的带有半封建、半殖民地性质的集体合同法规。后来,在各革命根据地和解放区内,为了发展生产、改善劳动者的工作状况,先后在公营、私营工厂企业中推行过集体合同法律制度。解放后,1950 年我国的集体合同制度得到了充分的发展,国家也曾颁布过一些涉及集体合同的法规,但在 1957 年以后,集体合同制度却在我国被废止了。

集体合同制度,作为一种劳动关系的协议,其内容主要是规定职工的劳动条件和生活条件,改进劳动组织和促进经济效益方面的内容。具体包括劳动竞赛、劳动纪律、工资奖励制度、劳动保护措施、技术培训计划、劳动条件标准以及合同确立、变更、解除和合同纠纷处理办法与秩序等等。集体合同的内容与国家的发展状况和劳动法制的建设状况有着密切的联系。经济越发展,集体合同规定的劳动条件标准和职工生活条件会越高;法律越完善,集体合同的内容会越完备,越受到法律的保护。而且在不同的社会制度下,集体合同的内容会有所区别。集体合同一般为一年签订一次。签订时要经过起草合同草案、组织讨论、职工代表大会讨论通过、签字备案等程序。在资本主义社会,集体合同的订立主要是通过集体谈判来实现的,工会组织每年都要和雇主方面就集体合同的全部或某一单项内容举行谈判,在达成协议后签订新的集体合同。

我国目前尽管没有颁布集体合同法,但在劳动法中对集体合同也做出了规定,并颁布了《集体合同规定》,集体合同制度已在全国各地逐步推行起来了。而且不仅国有企业实行集体合同制度,就是在一些私营企业和外商投资企业,集体合同制度也有存在。在我国发展集体合同制度具有很重要的作用;其一,它能把发展生产力与提高职工生活水平两大内容结合起来;其二,它能够提高工会在企业中的地位,有利于改善企业的经营管理;其三,还可以加强企业的民主管理,增加职工的主人翁意识。总之,随着经济的发展,集体合同制度在我国会不断得到发展。当然集体合同作为一种劳动法律制度,不仅需要较完备的法规进行调整,而且,还需要建立

一整套有关合同的管理制度。不然集体合同很难起到应有的作用。所以,在我国迫切需要制定有关集体合同方面的法律、法规,以便调整和规范集体合同制度,使其沿着法制化、规范化、制度化的方向发展。

(二)集体合同的特征

集体合同是一种合同制度,因而它当然具有合同的一般特征。包括:

(1)签订集体合同是一种法律行为。即集体合同的双方当事人依法订立集体合同后。双方当事人之间就产生相应的法律上的权利义务关系。双方必须按合同的规定履行自己的义务和享受相应的权利,任何一方不履行或不适当履行合同规定的义务,都要承担法律责任。

(2)订立集体合同是当事人的合法行为。即订立集体合同的双方当事人按照一定的法律规范的要求达成协议,产生双方预期的法律后果,因而得到国家法律的承认和保护。

(3)集体合同是劳动法律关系主体之间为确立、变更、终止集体劳动权利义务关系的协议。即集体合同产生一定的劳动法律关系的后果,当事人的权利受到保护,不履行义务要承担法律责任。

(4)集体合同是双方当事人在地位平等的基础上产生的,是独立的劳动法主体之间在自主自愿的基础上订立的。订立集体合同必须贯彻平等、自愿、协商一致的原则,任何一方不得将自己的意志强加于对方。这是集体合同当事人自由表达意志的前提,也是当事人双方权利义务对等的基础。集体合同的这一特征,反映了集体合同当事人在法律上完全平等的原则。

(5)集体合同是双方的法律行为。集体合同的订立必须经两个劳动法律关系主体的意志表示一致。这也是集体合同区别于其他劳动法律等行为的标志。集体合同的订立须双方当事人的意志表示一致,有利于集体合同充分反映当事人的意愿,也有利于保护当事人的权益和实现集体合同的目的。

集体合同是一种团体协约,是多数主体之间的法律协议,因而它除具备合同法的普遍特征外,还有其自身的法律特征。如:

(1)集体合同是特定当事人之间的协议,而且当事人中至少有一方是多数人组成的团体。集体合同的基本点在于工会作为职工一方的代表与雇主或雇主团体签订法律协议。这一基本要求体现了集体合同的一个重要特征。那就是集体合同的当事人一方必须是具备合法资格的能代表劳动者利益的工会组织。至于另一方当事人是单个或多个主体组成的团体,并不影响集体合同的这一本质特征。资本主义国家的集体合同是工会与雇主或雇主团体订立的。社会主义国家的集体合同是工会与企业、事业单位的行政方面或企业主管部门订立的。无论是资本主义国家还是社会主义国家,集体合同都是特定人之间的合同,而且一方必须是工会,这一特定性是集体合同区别于民事合同和经济合同的主要特点之一。

(2)集体合同是当事人之间的劳动协议。首先从集体合同的内容看,集体合同主要反映生产过程中的劳动关系。集体合同所规定的标准条件,主要是劳动条件,如工资标准、安全卫生、职工生活福利等。集体合同中所规定的义务,不论是工会与行政共同承担的一般性义务,还是各自承担的特殊义务,都具有劳动的性质。其次,从当事人订立集体合同的目的看,是为了改进

劳动组织,巩固劳动纪律、调动职工的生产积极性,在发展生产的基础上,改善职工的劳动条件和生活条件。可见,集体合同是劳动关系的准则。缔结集体合同的主要目的在于预先规定劳动关系的各项标准,以避免纠纷。集体合同中规定的条件,是签订个人劳动合同的基础和准绳。

(3) 在我国,集体合同不仅是一种法律文件,而且是政治、经济文件。作为法律文件,集体合同规定了当事人双方的义务以及不履行这些义务的责任;作为经济、政治文件,集体合同可以帮助动员职工去完成和超额完成生产任务,发挥职工的生产积极性和劳动热情,为改善职工的物质生活提供服务。

(4) 集体合同是双务合同,当事人双方义务的性质不相同。但从集体合同双方当事人的义务的性质不同可以看出,集体合同又不同于一般的双务合同。一般的双务合同表现权利义务某些关联性和相互性。即尽管当事人双方的义务不一致,但却具有对应的特点。可集体合同这种双务合同的当事人双方的义务性质截然不同。在集体合同里,企业行政所承担的义务一般都具有法律性质,行政不履行其义务,就要承担法律责任。而企业工会代表全体职工所承担的义务,如组织劳动竞赛,搞好职工思想工作等,则带有政治、道义、社会的性质。履行这些义务的基础是职工的政治觉悟和舆论力量。工会不履行这些义务,也只承担政治和道义责任。工会一般不承担法律及经济责任。

(5) 集体合同是要式合同。双方当事人订立集体合同时,除要求合同内容合法外,还必须依照法律的规定程序进行。根据法律规定,集体合同必须采用书面形式,并且还得经过主管部门的登记备案。只有在履行了上述手续后,集体合同才算成立,才具有法律效力。

此外,集体合同还须遵守国家的劳动法律、法规以及在特殊情况下受国家计划的约束。

(三) 集体合同与劳动合同有什么区别

集体合同和劳动合同都是调整劳动关系的合同,且当事人之间的权利和义务关系都受劳动法调整。这是两者的相同之处,但是,集体合同与劳动合同又有明显的区别。

(1) 从合同主体来看,劳动合同的一方当事人通常是劳动者个人,有时是工会组织,另一方当事人是用人单位或个体经营户;集体合同的一方当事人必须是工人和职员的代表——工会组织,另一方当事人是企事业单位的行政组织。

(2) 从签订合同的目的来看,签订劳动合同是为了建立劳动关系,解决劳动者就业和用人单位或个体经营户用人的条件问题;签订集体合同是为了巩固劳动关系,调动职工和行政生产、工作的积极性、主动性和创造性,改善职工的物质文化生活条件。

(3) 从合同的内容来看,劳动合同是规定劳动者个人的劳动条件,主要包括工作地点、工种或职务,应达到的生产数量指标、质量指标或应完成的工作任务,试用期限、合同期限,生产、工作条件,劳动报酬和保险、福利待遇、劳动纪律,违反合同的责任等项内容;集体合同规定劳动者的集体劳动条件,主要规定保证完成和超额完成的生产计划指标或工作任务,企事业单位行政组织生产、改善劳动条件和提高职工物质文化生活水平的各项保证措施,工会组织职工完成和超额完成生产计划和工作任务的各项保证措施等项内容。

(4) 从订立合同的程序来看,签订劳动合同必须在自愿、平等、协商的原则下,实行公开招聘、自愿报名、全面考核、择优录用、签订合同;订立集体合同必须发扬民主,首先由工会和行政组织成立集体合同起草委员会。其次是由工会向全体职工介绍集体合同草案内容。第三是全体职工对集体合同草案进行讨论并提出修改意见。第四是起草委员会修改并通过集体合同草案。第五是职工大会或职工代表大会讨论并正式通过集体合同,最后由行政和工会的主要负责人签名盖章。

(5) 从合同的适用范围来看,劳动合同适用于劳动者个人,即一份劳动合同适用于一名工人或一位职员;集体合同适用于单位全体职工,即一份集体合同适用于单位每一工人或职员。

(6) 从法律效力来看,集体合同规定了劳动合同最低限度的劳动条件,凡劳动合同的劳动条件低于集体合同规定的则一律无效。

(四)集体合同有哪些种类

集体合同作为工会与企业、事业单位行政及其主管机关之间为实现组织劳动、发展生产、改善劳动条件、减少劳动争议的目的而签订的协议,是社会化大生产和扩大再生产中所产生的特定范围内的劳动关系的媒介之一。由于劳动关系主体所属地域及产业、职业范围不同,反映主体之间关系的集体合同也有一定的差异性。由于集体合同适用范围广泛、内容复杂多样,集体合同的种类也比较繁多。对集体合同进行科学地分类,使之有明确的概念和具体的含义,对于把握不同种类的集体合同的性质和特点,进一步完善我国的集体合同法律制度,具有重要的现实意义。

集体合同的分类标准。集体合同的种类是根据各种合同适用范围和特征进行划分的,具体说来,集体合同的划分标准主要有以下几种:

(1) 按集体合同适用范围的大小进行分类。这种划分标准的意义在于,区分不同的集体合同的适用范围,有利于集体合同的管理与监督检查。

(2) 以集体合同内容的不同作为划分集体合同的标准,以便按照集体合同的具体内容,区分不同集体合同当事人所承担的义务,确保集体合同的履行。

(3) 以集体合同期限的长短作为分类标准。这样划分的目的在于区分集体合同的履行期限,便于加强对集体合同的管理和检查。同时也有利于确定集体合同的责任问题。

(4) 以集体合同的形式作为分类标准。这样划分有利于集体合同符合法律要求。

(5) 以经济组织的性质作为分类标准。这样划分的意义在于区分集体合同当事人之间矛盾的性质,便于调节当事人之间的关系,减少纠纷。

(6) 以集体合同当事人国籍作为分类标准。这样划分有利于区分国内集体合同和涉外集体合同,因为按集体合同确认国内劳动关系和涉外劳动关系时,有着不同的具体要求。

集体合同的种类,不同的国家有着不同的分类标准和划分方法。目前,世界各国的集体合同大体可以分为以下几类:

(1) 按集体合同的主体范围的大小划分为:①企业集体合同,由企业工会代表企业全体职工与企业行政签订。②产业集体合同,由各产业工会与相应的雇主团体或产业主管部门签订。

③行业集体合同。由各行业工会联合会与雇主团体签订。

(2) 按集体合同适用地域范围的大小分为:①总括性集体合同,又称总集体合同。由各产业工会中央机关与相应的产业部门签订。②局限性集体合同,又叫地方性集体合同。由地方产业工会与相应的地方经济管理部门签订。以上两种分类是前苏联在1930年以前实行的。按照前苏联的劳动法典规定,在有总集体合同时,未经总集体合同特别规定,不得缔结局限性集体合同。

(3) 按集体合同的内容不同可分为:①工资(薪金)集体合同;②工资级别划分标准集体合同;③一揽子集体合同,包括工时、加班补助、劳动条件、休假等;④专门集体合同,如老年职工保护集体合同等。

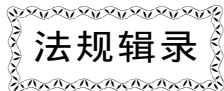
(4) 按集体合同的形式不同划分为:①要式集体合同,依照法律规定为书面形式的集体合同为要式集体合同;②不要式集体合同,不按集体合同法规定的形式签订的集体合同为不要式集体合同。不要式集体合同多见于所谓“契约自由”盛行的自由资本主义时期。

(5) 按集体合同当事人的意志表示是否自由分为:①自由集体合同,集体合同当事人意志表示自由而缔结的集体合同;②强制集体合同,用强制仲裁裁决或用其他手段强制集体合同当事人双方达成协议而产生的集体合同。旧中国国民党政府经常采用强制仲裁裁决的方法,强迫工人团体签订集体合同,以达到破坏工人运动的目的。

(6) 按集体合同内容的疏细不同分为:①纲领性集体合同,内容只是个大纲,必须由实施细则予以补充的集体合同;②特别集体合同,纲领性集体合同签订以后,在一定地域或产业范围内,订立一些内容具体、详细,时间性强,适用于小范围的集体合同。

(7) 按集体合同内容是否完整分为:①安全集体合同,集体合同既包括劳动合同方面的规范内容,也包括债权部分的内容;②不完全集体合同,集体合同只由债务部分组成。这两种集体合同只适用于资本主义国家。

我国建国初期。在运用集体合同调整劳动关系时,主要是采用产业集体合同和企业集体合同两类。1953年以后,国家开始在国营企业中推行集体合同制度,我国的集体合同制度的种类开始采用单一的企业集体合同形式。党的十一届三中全会以后,集体合同制度在一些地区和部门开始恢复。我国现行集体合同制度,不论是国有企业的,还是外商投资企业的,一般都采用企业集体合同的形式。即集体合同由本企业行政与本企业工会委员会签订的,只适用本企业内部。



中华人民共和国劳动法

(1994 年 7 月 5 日第八届全国人民代表大会常务委员会第八次会议通过
1994 年 7 月 5 日中华人民共和国主席令第 28 号发布)

第一章 总 则

第一条 为了保护劳动者的合法权益,调整劳动关系,建立和维护适应社会主义市场经济的劳动制度,促进经济发展和社会进步,根据宪法,制定本法。

第二条 在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织(以下统称用人单位)和与之形成劳动关系的劳动者,适用本法。

国家机关、事业组织、社会团体和与之建立劳动合同关系的劳动者,依照本法执行。

第三条 劳动者享有平等就业和选择职业的权利、取得劳动报酬的权利、休息休假的权利、获得劳动安全卫生保护的权利、接受职业技能培训的权利、享受社会保险和福利的权利、提请劳动争议处理的权利以及法律规定的其他劳动权利。

劳动者应当完成劳动任务,提高职业技能,执行劳动安全卫生规程,遵守劳动纪律和职业道德。

第四条 用人单位应当依法建立和完善规章制度,保障劳动者享有劳动权利和履行劳动义务。

第五条 国家采取各种措施,促进劳动就业,发展职业教育,制定劳动标准,调节社会收入,完善社会保险,协调劳动关系,逐步提高劳动者的生活水平。

第六条 国家提倡劳动者参加社会义务劳动,开展劳动竞赛和合理化建议活动,鼓励和保护劳动者进行科学研究、技术革新和发明创造,表彰和奖励劳动模范和先进工作者。

第七条 劳动者有权依法参加和组织工会。

工会代表和维护劳动者的合法权益,依法独立自主地开展活动。

第八条 劳动者依照法律规定,通过职工大会、职工代表大会或者其他形式,参与民主管理或者就保护劳动者合法权益与用人单位进行平等协商。

第九条 国务院劳动行政部门主管全国劳动工作。

县级以上地方人民政府劳动行政部门主管本行政区域内的劳动工作。

第二章 促进就业

第十条 国家通过促进经济和社会发展,创造就业条件,扩大就业机会。

国家鼓励企业、事业组织、社会团体在法律、行政法规规定的范围内兴办产业或者拓展经营,增加就业。

国家支持劳动者自愿组织起来就业和从事个体经营实现就业。

第十一条 地方各级人民政府应当采取措施,发展多种类型的职业介绍机构,提供就业服务。

第十二条 劳动者就业,不因民族、种族、性别、宗教信仰不同而受歧视。

第十三条 妇女享有与男子平等的就业权利。在录用职工时,除国家规定的不适合妇女的工种或者岗位外,不得以性别为由拒绝录用妇女或者提高对妇女的录用标准。

第十四条 残疾人、少数民族人员、退出现役的军人的就业,法律、法规有特别规定的,从其规定。

第十五条 禁止用人单位招用未满十六周岁的未成年人。

文艺、体育和特种工艺单位招用未满十六周岁的未成年人,必须依照国家有关规定,履行审批手续,并保障其接受义务教育的权利。

第三章 劳动合同和集体合同

第十六条 劳动合同是劳动者与用人单位确立劳动关系、明确双方权利和义务的协议。

建立劳动关系应当订立劳动合同。

第十七条 订立和变更劳动合同,应当遵循平等自愿、协商一致的原则,不得违反法律、行政法规的规定。

劳动合同依法订立即具有法律约束力,当事人必须履行劳动合同规定的义务。

第十八条 下列劳动合同无效:

- (一)违反法律、行政法规的劳动合同;
- (二)采取欺诈、威胁等手段订立的劳动合同。

无效的劳动合同,从订立的时候起,就没有法律约束力。确认劳动合同部分无效的,如果不影响其余部分的效力,其余部分仍然有效。

劳动合同的无效,由劳动争议仲裁委员会或者人民法院确认。

第十九条 劳动合同应当以书面形式订立,并具备以下条款:

- (一)劳动合同期限;
- (二)工作内容;
- (三)劳动保护和劳动条件;
- (四)劳动报酬;
- (五)劳动纪律;
- (六)劳动合同终止的条件;
- (七)违反劳动合同的责任。

劳动合同除前款规定的必备条款外,当事人可以协商约定其他内容。

第二十条 劳动合同的期限分为有固定期限、无固定期限和以完成一定的工作为期限。

劳动者在同一用人单位连续工作满十年以上,当事人双方同意续延劳动合同的,如果劳动者提出订立无固定期限的劳动合同,应当订立无固定期限的劳动合同。

第二十一条 劳动合同可以约定试用期。试用期最长不得超过六个月。

第二十二条 劳动合同当事人可以在劳动合同中约定保守用人单位商业秘密的有关事项。

第二十三条 劳动合同期满或者当事人约定的劳动合同终止条件出现,劳动合同即行终止。

第二十四条 经劳动合同当事人协商一致,劳动合同可以解除。

第二十五条 劳动者有下列情形之一的,用人单位可以解除劳动合同:

- (一)在试用期间被证明不符合录用条件的;
- (二)严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度的;
- (三)严重失职,营私舞弊,对用人单位利益造成重大损害的;
- (四)被依法追究刑事责任的。

第二十六条 有下列情形之一的,用人单位可以解除劳动合同,但是应当提前三十日以书面形式通知劳动者本人:

- (一)劳动者患病或者非因工负伤,医疗期满后,不能从事原工作也不能从事由用人单位另行安排的工作的;
- (二)劳动者不能胜任工作,经过培训或者调整工作岗位,仍不能胜任工作的;
- (三)劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化,致使原劳动合同无法履行,经当事人协商不能就变更劳动合同达成协议的。

第二十七条 用人单位濒临破产进行法定整顿期间或者生产经营状况发生严重困难,确需裁减人员的,应当提前三十日向工会或者全体职工说明情况,听取工会或者职工的意见,经向劳动行政部门报告后,可以裁减人员。

用人单位依据本条规定裁减人员,在六个月内录用人员的,应当优先录用被裁减的人员。

第二十八条 用人单位依据本法第二十四条、第二十六条、第二十七条的规定解除劳动合同的,应当依照国家有关规定给予经济补偿。

第二十九条 劳动者有下列情形之一的,用人单位不得依据本法第二十六条、第二十七条的规定解除劳动合同:

- (一)患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的;
- (二)患病或者负伤,在规定的医疗期内的;
- (三)女职工在孕期、产期、哺乳期内的;
- (四)法律、行政法规规定的其他情形。

第三十条 用人单位解除劳动合同,工会认为不适当的,有权提出意见。如果用人单位违反法律、法规或者劳动合同,工会有权要求重新处理;劳动者申请仲裁或者提起诉讼的,工会应当依法给予支持和帮助。

第三十一条 劳动者解除劳动合同,应当提前三十日以书面形式通知用人单位。

第三十二条 有下列情形之一的,劳动者可以随时通知用人单位解除劳动合同:

- (一)在试用期内的；
- (二)用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动的；
- (三)用人单位未按照劳动合同约定支付劳动报酬或者提供劳动条件的。

第三十三条 企业职工一方与企业可以就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项,签订集体合同。集体合同草案应当提交职工代表大会或者全体职工讨论通过。

集体合同由工会代表职工与企业签订;没有建立工会的企业,由职工推举的代表与企业签订。

第三十四条 集体合同签订后应当报送劳动行政部门;劳动行政部门自收到集体合同文本之日起十五日内未提出异议的,集体合同即行生效。

第三十五条 依法签订的集体合同对企业和企业全体职工具有约束力。职工个人与企业订立的劳动合同中劳动条件和劳动报酬等标准不得低于集体合同的规定。

第四章 工作时间和休息休假

第三十六条 国家实行劳动者每日工作时间不超过八小时、平均每周工作时间不超过四十四小时的工时制度。

第三十七条 对实行计件工作的劳动者,用人单位应当根据本法第三十六条规定的工时制度合理确定其劳动定额和计件报酬标准。

第三十八条 用人单位应当保证劳动者每周至少休息一日。

第三十九条 企业因生产特点不能实行本法第三十六条、第三十八条规定的,经劳动行政部门批准,可以实行其他工作和休息办法。

第四十条 用人单位在下列节日期间应当依法安排劳动者休假;

- (一)元旦;
- (二)春节;
- (三)国际劳动节;
- (四)国庆节;
- (五)法律、法规规定的其他休假节日。

第四十一条 用人单位由于生产经营需要,经与工会和劳动者协商后可以延长工作时间,一般每日不得超过一小时;因特殊原因需要延长工作时间的,在保障劳动者身体健康的条件下延长工作时间每日不得超过三小时,但是每月不得超过三十六小时。

第四十二条 有下列情形之一的,延长工作时间不受本法第四十一条规定的限制:

- (一)发生自然灾害、事故或者其他原因,威胁劳动者生命健康和财产安全,需要紧急处理的;
- (二)生产设备、交通运输线路、公共设施发生故障,影响生产和公众利益,必须及时抢修的;
- (三)法律、行政法规规定的其他情形。

第四十三条 用人单位不得违反本法规定延长劳动者的工作时间。

第四十四条 有下列情形之一的,用人单位应当按照下列标准支付高于劳动者正常工作时间工资的工资报酬:

(一)安排劳动者延长工作时间的,支付不低于工资的百分之一百五十的工资报酬;

(二)休息日安排劳动者工作又不能安排补休的,支付不低于工资的百分之二百的工资报酬;

(三)法定休假日安排劳动者工作的,支付不低于工资的百分之三百的工资报酬。

第四十五条 国家实行带薪年休假制度。

劳动者连续工作一年以上的,享受带薪年休假。具体办法由国务院规定。

第五章 工 资

第四十六条 工资分配应当遵循按劳分配原则,实行同工同酬。

工资水平在经济发展的基础上逐步提高。国家对工资总量实行宏观调控。

第四十七条 用人单位根据本单位的生产经营特点和经济效益,依法自主确定本单位的工资分配方式和工资水平。

第四十八条 国家实行最低工资保障制度。最低工资的具体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定,报国务院备案。

用人单位支付劳动者的工资不得低于当地最低工资标准。

第四十九条 确定和调整最低工资标准应当综合参考下列因素:

(一)劳动者本人及平均赡养人口的最低生活费用;

(二)社会平均工资水平;

(三)劳动生产率;

(四)就业状况;

(五)地区之间经济发展水平的差异。

第五十条 工资应当以货币形式按月支付给劳动者本人。不得克扣或者无故拖欠劳动者的工资。

第五十一条 劳动者在法定休假日和婚丧假期间以及依法参加社会活动期间,用人单位应当依法支付工资。

第六章 劳动安全卫生

第五十二条 用人单位必须建立、健全劳动安全卫生制度,严格执行国家劳动安全卫生规程和标准,对劳动者进行劳动安全卫生教育,防止劳动过程中的事故,减少职业危害。

第五十三条 劳动安全卫生设施必须符合国家规定的标准。

新建、改建、扩建工程的劳动安全卫生设施必须与主体工程同时设计、同时施工、同时投入

生产和使用。

第五十四条 用人单位必须为劳动者提供符合国家规定的劳动安全卫生条件和必要的劳动防护用品,对从事有职业危害作业的劳动者应当定期进行健康检查。

第五十五条 从事特种作业的劳动者必须经过专门培训并取得特种作业资格。

第五十六条 劳动者在劳动过程中必须严格遵守安全操作规程。

劳动者对用人单位管理人员违章指挥、强令冒险作业,有权拒绝执行;对危害生命安全和身体健康的行为,有权提出批评、检举和控告。

第五十七条 国家建立伤亡事故和职业病统计报告和处理制度。县级以上各级人民政府劳动行政部门、有关部门和用人单位应当依法对劳动者在劳动过程中发生的伤亡事故和劳动者的职业病状况,进行统计、报告和处理。

第七章 女职工和未成年工特殊保护

第五十八条 国家对女职工和未成年工实行特殊劳动保护。

未成年工是指年满十六周岁未满十八周岁的劳动者。

第五十九条 禁止安排女职工从事矿山井下、国家规定的第四级体力劳动强度的劳动和其他禁忌从事的劳动。

第六十条 不得安排女职工在经期从事高处、低温、冷水作业和国家规定的第三级体力劳动强度的劳动。

第六十一条 不得安排女职工在怀孕期间从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动和孕期禁忌从事的劳动。对怀孕七个月以上的女职工,不得安排其延长工作时间和夜班劳动。

第六十二条 女职工生育享受不少于九十天的产假。

第六十三条 不得安排女职工在哺乳未满一周岁的婴儿期间从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动和哺乳期禁忌从事的其他劳动,不得安排其延长工作时间和夜班劳动。

第六十四条 不得安排未成年工从事矿山井下、有毒有害、国家规定的第四级体力劳动强度的劳动和其他禁忌从事的劳动。

第六十五条 用人单位应当对未成年工定期进行健康检查。

第八章 职业培训

第六十六条 国家通过各种途径,采取各种措施,发展职业培训事业,开发劳动者的职业技能,提高劳动者素质增强劳动者的就业能力和工作能力。

第六十七条 各级人民政府应当把发展职业培训纳入社会经济发展的规划,鼓励和支持有条件的企业、事业组织、社会团体和个人进行各种形式的职业培训。

第六十八条 用人单位应当建立职业培训制度,按照国家规定提取和使用职业培训经费,根据本单位实际,有计划地对劳动者进行职业培训。

从事技术工种的劳动者,上岗前必须经过培训。

第六十九条 国家确定职业分类,对规定的职业制定职业技能标准,实行职业资格证书制度,由经过政府批准的考核鉴定机构负责对劳动者实施职业技能考核鉴定。

第九章 社会保险和福利

第七十条 国家发展社会保险事业,建立社会保险制度,设立社会保险基金,使劳动者在年老、患病、工伤、失业、生育等情况下获得帮助和补偿。

第七十一条 社会保险水平应当与社会经济发展水平和社会承受能力相适应。

第七十二条 社会保险基金按照保险类型确定资金来源,逐步实行社会统筹。用人单位和劳动者必须依法参加社会保险,缴纳社会保险费。

第七十三条 劳动者在下列情形下,依法享受社会保险待遇:

- (一)退休;
- (二)患病、负伤;
- (三)因工伤残或者患职业病;
- (四)失业;
- (五)生育。

劳动者死亡后,其遗属依法享受遗属津贴。

劳动者享受社会保险待遇的条件和标准由法律、法规规定。

劳动者享受的社会保险金必须按时足额支付。

第七十四条 社会保险基金经办机构依照法律规定收支、管理和运营社会保险基金,并负有使社会保险基金保值增值的责任。

社会保险基金监督机构依照法律规定,对社会保险基金的收支、管理和运营实施监督。

社会保险基金经办机构和社会保险基金监督机构的设立和职能由法律规定。

任何组织和个人不得挪用社会保险基金。

第七十五条 国家鼓励用人单位根据本单位实际情况为劳动者建立补充保险。

国家提倡劳动者个人进行储蓄性保险。

第七十六条 国家发展社会福利事业,兴建公共福利设施,为劳动者休息、休养和疗养提供条件。

用人单位应当创造条件,改善集体福利,提高劳动者的福利待遇。

第十章 劳动争议

第七十七条 用人单位与劳动者发生劳动争议,当事人可以依法申请调解、仲裁、提起诉讼,也可以协商解决。

调解原则适用于仲裁和诉讼程序。

第七十八条 解决劳动争议,应当根据合法、公正、及时处理的原则,依法维护劳动争议当事人的合法权益。

第七十九条 劳动争议发生后,当事人可以向本单位劳动争议调解委员会申请调解;调解不成,当事人一方要求仲裁的,可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。当事人一方也可以直接向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。对仲裁裁决不服的,可以向人民法院提起诉讼。

第八十条 在用人单位内,可以设立劳动争议调解委员会。劳动争议调解委员会由职工代表、用人单位代表和工会代表组成。劳动争议调解委员会主任由工会代表担任。

劳动争议经调解达成协议的,当事人应当履行。

第八十一条 劳动争议仲裁委员会由劳动行政部门代表、同级工会代表、用人单位方面的代表组成。劳动争议仲裁委员会主任由劳动行政部门代表担任。

第八十二条 提出仲裁要求的一方应当自劳动争议发生之日起六十日内向劳动争议仲裁委员会提出书面申请。仲裁裁决一般应在收到仲裁申请的六十日内作出。对仲裁裁决无异议的,当事人必须履行。

第八十三条 劳动争议当事人对仲裁裁决不服的,可以自收到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼。一方当事人在法定期限内不起诉又不履行仲裁裁决的,另一方当事人可以申请人民法院强制执行。

第八十四条 因签订集体合同发生争议,当事人协商解决不成的,当地人民政府劳动行政部门可以组织有关各方协调处理。

因履行集体合同发生争议,当事人协商解决不成的,可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁;对仲裁裁决不服的,可以自收到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼。

第十一章 监督检查

第八十五条 县级以上各级人民政府劳动行政部门依法对用人单位遵守劳动法律、法规的情况进行监督检查,对违反劳动法律、法规的行为有权制止,并责令改正。

第八十六条 县级以上各级人民政府劳动行政部门监督检查人员执行公务,有权进入用人单位了解执行劳动法律、法规的情况,查阅必要的资料,并对劳动场所进行检查。

县级以上各级人民政府劳动行政部门监督检查人员执行公务,必须出示证件,秉公执法并遵守有关规定。

第八十七条 县级以上各级人民政府有关部门在各自职责范围内,对用人单位遵守劳动法律、法规的情况进行监督。

第八十八条 各级工会依法维护劳动者的合法权益,对用人单位遵守劳动法律、法规的情况进行监督。

任何组织和个人对于违反劳动法律、法规的行为有权检举和控告。

第十二章 法律责任

第八十九条 用人单位制定的劳动规章制度违反法律、法规规定的,由劳动行政部门给予

警告,责令改正;对劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任。

第九十条 用人单位违反本法规定,延长劳动者工作时间的,由劳动行政部门给予警告,责令改正,并可以处以罚款。

第九十一条 用人单位有下列侵害劳动者合法权益情形之一的,由劳动行政部门责令支付劳动者的工资报酬、经济补偿,并可以责令支付赔偿金:

- (一)克扣或者无故拖欠劳动者工资的;
- (二)拒不支付劳动者延长工作时间工资报酬的;
- (三)低于当地最低工资标准支付劳动者工资的;
- (四)解除劳动合同后,未依照本法规定给予劳动者经济补偿的。

第九十二条 用人单位的劳动安全设施和劳动卫生条件不符合国家规定或者未向劳动者提供必要的劳动防护用品和劳动保护设施的,由劳动行政部门或者有关部门责令改正,可以处以罚款;情节严重的,提请县级以上人民政府决定责令停产整顿;对事故隐患不采取措施,致使发生重大事故,造成劳动者生命和财产损失的,对责任人员比照刑法第一百八十七条的规定追究刑事责任。

第九十三条 用人单位强令劳动者违章冒险作业,发生重大伤亡事故,造成严重后果的,对责任人员依法追究刑事责任。

第九十四条 用人单位非法招用未满十六周岁的未成年人的,由劳动行政部门责令改正,处以罚款;情节严重的由工商行政管理部门吊销营业执照。

第九十五条 用人单位违反本法对女职工和未成年工的保护规定,侵害其合法权益的,由劳动行政部门责令改正,处以罚款;对女职工或者未成年工造成损害的,应当承担赔偿责任。

第九十六条 用人单位有下列行为之一,由公安机关对责任人员处以十五日以下拘留、罚款或者警告;构成犯罪的,对责任人员依法追究刑事责任:

- (一)以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动的;
- (二)侮辱、体罚、殴打、非法搜查和拘禁劳动者的。

第九十七条 由于用人单位的原因订立的无效合同,对劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任。

第九十八条 用人单位违反本法规定的条件解除劳动合同或者故意拖延不订立劳动合同的,由劳动行政部门责令改正;对劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任。

第九十九条 用人单位招用尚未解除劳动合同的劳动者,对原用人单位造成经济损失的,该用人单位应当依法承担连带赔偿责任。

第一百条 用人单位无故不缴纳社会保险费的,由劳动行政部门责令其限期缴纳;逾期不缴的,可以加收滞纳金。

第一百零一条 用人单位无理阻挠劳动行政部门、有关部门及其工作人员行使监督检查权,打击报复举报人员的,由劳动行政部门或者有关部门处以罚款;构成犯罪的,对责任人员依法追究刑事责任。

第一百零二条 劳动者违反本法规定的条件解除劳动合同或者违反劳动合同中约定的保密事项,对用人单位造成经济损失的,应当依法承担赔偿责任。

第一百零三条 劳动行政部门或者有关部门的工作人员滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊、构成犯罪的,依法追究刑事责任;不构成犯罪的,给予行政处分。

第一百零四条 国家工作人员和社会保险基金经办机构的工作人员挪用社会保险基金,构成犯罪的,依法追究刑事责任。

第一百零五条 违反本法规定侵害劳动者合法权益,其他法律、行政法规已规定处罚的,依照该法律、行政法规的规定处罚。

第十三章 附 则

第一百零六条 省、自治区、直辖市人民政府根据本法和本地区的实际情况,规定劳动合同制度的实施步骤,报国务院备案。

第一百零七条 本法自 1995 年 1 月 1 日起施行。



关于印发《关于贯彻执行 〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的 意见》的通知

(劳部发〔1995〕309 号)

各省、自治区、直辖市及计划单列市劳动(劳动人事)厅(局)、国务院有关部门、解放军总后勤部生产管理部:

现将《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》印发给你们,请遵照执行。

关于贯彻执行《中华人民共和国 劳动法》若干问题的意见

《中华人民共和国劳动法》(以下简称劳动法)已于一九九五年一月一日起施行,现将劳动法在贯彻执行中遇到的若干问题提出以下意见。

一、适用范围

1. 劳动法第二条中的“个体经济组织”是指一般雇工在七人以下的个体工商户。

2. 中国境内的企业、个体经济组织与劳动者之间,只要形成劳动关系,即劳动者事实上已成为企业、个体经济组织的成员,并为其提供有偿劳动,适用劳动法。

3. 国家机关、事业组织、社会团体实行劳动合同制度的以及按规定应实行劳动合同制度的工勤人员;实行企业化管理的事业组织的人员;其他通过劳动合同与国家机关、事业组织、社会团体建立劳动关系的劳动者,适用劳动法。

4. 公务员和比照实行公务员制度的事业组织和社会团体的工作人员,以及农村劳动者(乡镇企业职工和进城务工、经商的农民除外)、现役军人和家庭保姆等不适用劳动法。

5. 中国境内的企业、个体经济组织在劳动法中被称为用人单位。国家机关、事业组织、社会团体和与之建立劳动合同关系的劳动者依照劳动法执行。根据劳动法的这一规定,国家机关、事业组织、社会团体应当视为用人单位。

二、劳动合同和集体合同

(一)劳动合同的订立

6. 用人单位应与其富余人员、放长假的职工,签订劳动合同,但其劳动合同与在岗职工的劳动合同在内容上可以有所区别。用人单位与劳动者经协商一致可以在劳动合同中就不在岗期间的有关事项作出规定。

7. 用人单位应与其长期被外单位借用的人员、带薪上学人员、以及其他非在岗但仍保持劳动关系的人员签订劳动合同,但在外借和上学期间,劳动合同中的某些相关条款经双方协商可以变更。

8. 请长病假的职工,在病假期间与原单位保持着劳动关系,用人单位应与其签订劳动合同。

9. 原固定工中经批准的停薪留职人员,愿意回原单位继续工作的,原单位应与其签订劳动合同;不愿回原单位继续工作的,原单位可以与其解除劳动关系。

10. 根据劳动部《实施〈劳动法〉中有关劳动合同问题的解答》(劳部发[1995]202号)的规定,党委书记、工会主席等党群专职人员也是职工的一员,依照劳动法的规定,与用人单位签订劳动合同。对于有特殊规定的,可以按有关规定办理。

11. 根据劳动部《实施〈劳动法〉中有关劳动合同问题的解答》(劳部发[1995]202号)的规定,经理由其上级部门聘任(委任)的,应与聘任(委任)部门签订劳动合同。实行公司制的经理和有关经营管理人员,应依据《中华人民共和国公司法》的规定与董事会签订劳动合同。

12. 在校生利用业余时间勤工助学,不视为就业,未建立劳动关系,可以不签订劳动合同。

13. 用人单位发生分立或合并后,分立或合并后的用人单位可依据其实际情况与原用人单位的劳动者遵循平等自愿、协商一致的原则变更原劳动合同。

14. 派出到合资、参股单位的职工如果与原单位仍保持着劳动关系,应当与原单位签订劳

劳动合同,原单位可就劳动合同的有关内容在与合资、参股单位订立劳务合同时,明确职工的工资、保险、福利、休假等有关待遇。

15. 租赁经营(生产)、承包经营(生产)的企业,所有权并没有发生改变,法人名称未变,在与职工订立劳动合同时,该企业仍为用人单位一方。依据租赁合同或承包合同,租赁人、承包人如果作为该企业的法定代表人或者该法定代表人的授权委托时,可代表该企业(用人单位)与劳动者订立劳动合同。

16. 用人单位与劳动者签订劳动合同时,劳动合同可以由用人单位拟定,也可以由双方当事人共同拟定,但劳动合同必须经双方当事人协商一致后才能签订,职工被迫签订的劳动合同或未经协商一致签订的劳动合同为无效劳动合同。

17. 用人单位与劳动者之间形成了事实劳动关系,而用人单位故意拖延不订立劳动合同,劳动行政部门应予以纠正。用人单位因此给劳动者造成损害的,应按劳动部《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》(劳部发〔1995〕223号)的规定进行赔偿。

(二)劳动合同的内容

18. 劳动者被用人单位录用后,双方可以在劳动合同中约定试用期,试用期应包括在劳动合同期限内。

19. 试用期是用人单位和劳动者为相互了解、选择而约定的不超过六个月的考察期。一般对初次就业或再次就业的职工可以约定。在原固定工进行劳动合同制度的转制过程中,用人单位与原固定工签订劳动合同时,可以不再约定试用期。

20. 无固定期限的劳动合同是指不约定终止日期的劳动合同。按照平等自愿、协商一致的原则,用人单位和劳动者只要达成一致,无论是初次就业的,还是由固定工转制的,都可以签订无固定期限的劳动合同。

无固定期限的劳动合同不得将法定解除条件约定为终止条件,以规避解除劳动合同时用人单位应承担支付给劳动者经济补偿的义务。

21. 用人单位经批准招用农民工,其劳动合同期限可以由用人单位和劳动者协商确定。

从事矿山井下以及其他有害身体健康的工程、岗位工作的农民工,实行定期轮换制度,合同期限最长不超过八年。

22. 劳动法第二十条中的“在同一用人单位连续工作满十年以上”是指劳动者与同一用人单位签订的劳动合同的期限不间断达到十年,劳动合同期满双方同意续订劳动合同时,只要劳动者提出签订无固定期限劳动合同的,用人单位应当与其签订无固定期限的劳动合同。在固定工转制中各地如有特殊规定的,从其规定。

23. 用人单位用于劳动者职业技能培训费用的支付和劳动者违约时培训费的赔偿可以在劳动合同中约定,但约定劳动者违约时负担的培训费和赔偿金的标准不得违反劳动部《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》(劳部发〔1995〕223号)等有关规定。

24. 用人单位在与劳动者订立劳动合同时,不得以任何形式向劳动者收取定金、保证金(物)或抵押金(物)。对违反以上规定的,应按照劳动部、公安部、全国总工会《关于加强外商投资企业和私营企业劳动管理切实保障职工合法权益的通知》(劳部发〔1994〕118号)和劳动部办公厅《对“关于国有企业和集体所有制企业能否参照执行劳部发〔1994〕118号文件中的有关

规定的请示”的复函》(劳办发[1994]256号)的规定,由公安部门和劳动行政部门责令用人单位立即退还给劳动者本人。

(三)经济性裁员

25. 依据劳动法第二十七条和劳动部《企业经济性裁减人员规定》(劳部发[1994]447号)第四条的规定,用人单位确需裁减人员,应按下列程序进行:

(1)提前三十日向工会或全体职工说明情况,并提供有关生产经营状况的资料;

(2)提出裁减人员方案,内容包括:被裁减人员名单、裁减时间及实施步骤,符合法律、法规规定和集体合同约定的被裁减人员的经济补偿办法;

(3)将裁减人员方案征求工会或者全体职工的意见,并对方案进行修改和完善;

(4)向当地劳动行政部门报告裁减人员方案以及工会或者全体职工的意见,并听取劳动行政部门的意见;

(5)由用人单位正式公开裁减人员方案,与被裁减人员办理解除劳动合同手续,按照有关规定向被裁减人员本人支付经济补偿金,并出具裁减人员证明书。

(四)劳动合同的解除和无效劳动合同

26. 劳动合同的解除是指劳动合同订立后,尚未全部履行以前,由于某种原因导致劳动合同一方或双方当事人提前消灭劳动关系的法律行为。劳动合同的解除分为法定解除和约定解除两种。根据劳动法的规定,劳动合同既可以由单方依法解除,也可以双方协商解除。劳动合同的解除,只对未履行的部分发生效力,不涉及已履行的部分。

27. 无效劳动合同是指所订立的劳动合同不符合法定条件,不能发生当事人预期的法律后果的劳动合同。劳动合同的无效由人民法院或劳动争议仲裁委员会确认,不能由合同双方当事人决定。

28. 劳动者涉嫌违法犯罪被有关机关收容审查、拘留或逮捕的,用人单位在劳动者被限制人身自由期间,可与其暂时停止劳动合同的履行。

暂时停止履行劳动合同期间,用人单位不承担劳动合同规定的相应义务。劳动者经证明被错误限制人身自由的,暂时停止履行劳动合同期间劳动者的损失,可由其依据《国家赔偿法》要求有关部门赔偿。

29. 劳动者被依法追究刑事责任的,用人单位可依据劳动法第二十五条解除劳动合同。

“被依法追究刑事责任”是指:被人民检察院免于起诉的、被人民法院判处刑罚的、被人民法院依据刑法第三十二条免予刑事处罚的。

劳动者被人民法院判处拘役、三年以下有期徒刑缓刑的,用人单位可以解除劳动合同。

30. 劳动法第二十五条为用人单位可以解除劳动合同的条款,即使存在第二十九条规定的情况,只要劳动者同时存在第二十五条规定的四种情形之一,用人单位也可以根据第二十五条的规定解除劳动合同。

31. 劳动者被劳动教养的,用人单位可以依据被劳教的事实解除与该劳动者的劳动合同。

32. 按照劳动法第三十一条的规定,劳动者解除劳动合同,应当提前三十日以书面形式通知用人单位。超过三十日,劳动者可以向用人单位提出办理解除劳动合同手续,用人单位予以办理。如果劳动者违法解除劳动合同给原用人单位造成经济损失,应当承担赔偿责任。

33. 劳动者违反劳动法规定或劳动合同的约定解除劳动合同(如擅自离职),给用人单位造成经济损失的,应当根据劳动法第一百零二条和劳动部《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》(劳部发〔1995〕223号)的规定,承担赔偿责任。

34. 除劳动法第二十五条规定的情形外,劳动者在医疗期、孕期、产期和哺乳期内,劳动合同期限届满时,用人单位不得终止劳动合同。劳动合同的期限应自动延续至医疗期、孕期、产期和哺乳期期满为止。

35. 请长病假的职工在医疗期满后,能从事原工作的,可以继续履行劳动合同;医疗期满后仍不能从事原工作也不能从事由单位另行安排的工作的,由劳动鉴定委员会参照工伤与职业病致残程度鉴定标准进行劳动能力鉴定。被鉴定为一至四级的,应当退出劳动岗位,解除劳动关系,办理因病或非因工负伤退休退职手续,享受相应的退休退职待遇;被鉴定为五至十级的,用人单位可以解除劳动合同,并按规定支付经济补偿金和医疗补助费。

(五)解除劳动合同的经济补偿

36. 用人单位依据劳动法第二十四条、第二十六条、第二十七条的规定解除劳动合同,应当按照劳动法和劳动部《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》(劳部发〔1994〕481号)支付劳动者经济补偿金。

37. 根据《民法通则》第四十四条第二款“企业法人分立、合并,它的权利和义务由变更后的法人享有和承担”的规定,用人单位发生分立或合并后,分立或合并后的用人单位可依据其实际情况与原用人单位的劳动者遵循平等自愿、协商一致的原则变更、解除或重新签订劳动合同。在此种情况下的重新签订劳动合同视为原劳动合同的变更,用人单位变更劳动合同,劳动者不能依据劳动法第二十八条要求经济补偿。

38. 劳动合同期满或者当事人约定的劳动合同终止条件出现,劳动合同即行终止,用人单位可以不支付劳动者经济补偿金。国家另有规定的,可以从其规定。

39. 用人单位依据劳动法第二十五条解除劳动合同,可以不支付劳动者经济补偿金。

40. 劳动者依据劳动法第三十二条第(一)项解除劳动合同,用人单位可以不支付经济补偿金,但应按照劳动者的实际工作天数支付工资。

41. 在原固定工实行劳动合同制度的过程中,企业富余职工辞职,经企业同意可以不与企业签订劳动合同的,企业应根据《国有企业富余职工安置规定》(国务院令第111号,1993年公布)发给劳动者一次性生活补助费。

42. 职工在接近退休年龄(按有关规定一般为五年以内)时因劳动合同到期终止劳动合同的,如果符合退休、退职条件,可以办理退休、退职手续;不符合退休、退职条件的,在终止劳动合同后按规定领取失业救济金。享受失业救济金的期限届满后仍未就业,符合社会救济条件的,可以按规定领取社会救济金,达到退休年龄时办理退休手续,领取养老保险金。

43. 劳动合同解除后,用人单位对符合规定的劳动者应支付经济补偿金。不能因劳动者领取了失业救济金而拒付或克扣经济补偿金,失业保险机构也不得以劳动者领取了经济补偿金为由,停发或减发失业救济金。

(六)体制改革过程中实行劳动合同制度的有关政策

44. 困难企业签订劳动合同,应区分不同情况,有些亏损企业属政策性亏损,生产仍在进

行,还能发出工资,应该按照劳动法的规定签订劳动合同。已经停产半停产的企业,要根据具体情况签订劳动合同,保证这些企业职工的基本生活。

45. 在国有企业固定工转制过程中,劳动者无正当理由不得单方面与用人单位解除劳动合同;用人单位也不得以实行劳动合同制度为由,借机辞退部分职工。

46. 关于在企业内录干、聘干问题,劳动法规定用人单位内的全体职工统称为劳动者,在同一用人单位内,各种不同的身份界限随之打破。应该按照劳动法的规定,通过签订劳动合同来明确劳动者的工作内容、岗位等。用人单位根据工作需要,调整劳动者的工作岗位时,可以与劳动者协商一致,变更劳动合同的相关内容。

47. 由于各用人单位千差万别,对工作内容、劳动报酬的规定也就差异很大,因此,国家不宜制定统一的劳动合同标准文本。目前,各地、各行业制定并向企业推荐的劳动合同文本,对于用人单位和劳动者双方有一定的指导意义,但这些劳动合同文本只能供用人单位和劳动者参考。

48. 按照劳动部办公厅《对全面实行劳动合同制若干问题的请示的复函》(劳办发〔1995〕19号)的规定,各地企业在与原固定工签订劳动合同时,应注意保护老弱病残职工的合法权益。对工作时间较长,年龄较大的职工,各地可以根据劳动法第一百零六条制定一次性的过渡政府,具体办法由各省、自治区、直辖市确定。

49. 在企业全面建立劳动合同制度以后,原合同制工人与本企业内的原固定工应享受同等待遇。是否发给15%的工资性补贴,可以由各省、自治区、直辖市人民政府根据劳动法第一百零六条在制定劳动合同制度的实施步骤时加以规定。

50. 在目前工伤保险和残疾人康复就业制度尚未建立和完善的情况下,对因工部分丧失劳动能力的职工,劳动合同期满也不能终止劳动合同,仍由原单位按照国家有关规定提供医疗等待遇。

(七)集体合同

51. 当前签订集体合同的重点应在非国有企业和现代企业制度试点的企业进行,积累经验,逐步扩大范围。

52. 关于国有企业在承包制条件下签订的“共保合同”,凡内容符合劳动法和有关法律、法规和规章关于集体合同规定的,应按照有关规定办理集体合同送审、备案手续;凡不符合劳动法和有关法律、法规和规章规定的,应积极创造条件逐步向规范的集体合同过渡。

三、工资

(一)最低工资

53. 劳动法中的“工资”是指用人单位依据国家有关规定或劳动合同的约定,以货币形式直接支付给本单位劳动者的劳动报酬,一般包括计时工资、计件工资、奖金、津贴和补贴、延长工作时间的工资报酬以及特殊情况下支付的工资等。“工资”是劳动者劳动收入的主要组成部分。劳动者的以下劳动收入不属于工资范围:(1)单位支付给劳动者个人的社会保险福利费用,如丧葬抚恤救济费、生活困难补助费、计划生育补贴费;(2)劳动保护方面的费用,如用人单位

支付给劳动者的工作服、解毒剂、清凉饮料费用等；(3)按规定未列入工资总额的各种劳动报酬及其他劳动收入，如根据国家规定发放的创造发明奖、国家星火奖、自然科学奖、科学技术进步奖、合理化建议和技术改进奖、中华技能大奖等，以及稿费、讲课费、翻译费等。

54. 劳动法第四十八条中的“最低工资”是指劳动者在法定工作时间内履行了正常劳动义务的前提下，由其所在单位支付的最低劳动报酬。最低工资不包括延长工作时间的工资报酬，以货币形式支付的住房和用人单位支付的伙食补贴，中班、夜班、高温、低温、井下、有毒、有害等特殊工作环境和劳动条件下的津贴，国家法律、法规、规章规定的社会保险福利待遇。

55. 劳动法第四十四条中的“劳动者正常工作时间工资”是指劳动合同规定的劳动者本人所在工作岗位(职位)相对应的工资。鉴于当前劳动合同制度尚处于推进过程中，按上述规定执行确有困难的用人单位，地方或行业劳动部门可在不违反劳动部《关于〈工资支付暂行规定〉有关问题的补充规定》(劳部发〔1995〕226号)文件所确定的总的原则的基础上，制定过渡办法。

56. 在劳动合同中，双方当事人约定的劳动者在未完成劳动定额或承包任务的情况下，用人单位可低于最低工资标准支付劳动者工资的条款不具有法律效力。

57. 劳动者与用人单位形成或建立劳动关系后，试用、熟练、见习期间，在法定工作时间内提供了正常劳动，其所在的用人单位应当支付其不低于最低工资标准的工资。

58. 企业下岗待工人员，由企业依据当地政府的有关规定支付其生活费，生活费可以低于最低工资标准，下岗待工人员中重新就业的，企业应停发其生活费。女职工因生育、哺乳请长假而下岗的，在其享受法定产假期间，依法领取生育津贴；没有参加生育保险的企业，由企业照发原工资。

59. 职工患病或非因工负伤治疗期间，在规定的医疗期内由企业按有关规定支付其病假工资或疾病救济费，病假工资或疾病救济费可以低于当地最低工资标准支付，但不能低于最低工资标准的80%。

(二)延长工作时间的工资报酬

60. 实行每天不超过8小时，每周不超过44小时或40小时标准工作时间制度的企业，以及经批准实行综合计算工时工作制的企业，应当按照劳动法的规定支付劳动者延长工作时间的工资报酬。全体职工已实行劳动合同制度的企业，一般管理人员(实行不定时工作制人员除外)经批准延长工作时间的，可以支付延长工作时间的工资报酬。

61. 实行计时工资制的劳动者的日工资，按其本人月工资标准除以平均每月法定工资天数(实行每周40小时工作制的为21.16天，实行每周44小时工作制的为23.33天)进行计算。

62. 实行综合计算工时工作制的企业职工，工作日正好是周休息日的，属于正常工作；工作日正好是法定节假日时，要依照劳动法第四十四条第(三)项的规定支付职工的工资报酬。

(三)有关企业工资支付的政策

63. 企业克扣或无故拖欠劳动者工资的，劳动监察部门应根据劳动法第九十一条、劳动部《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第三条、《违反〈中华人民共和国劳动法〉行政处罚办法》第六条予以处理。

64. 经济困难的企业执行劳动部《工资支付暂行规定》(劳部发〔1994〕489号)确有困难，应根据以下规定执行：

(1)《关于做好国有企业职工和离退休人员基本生活保障工作的通知》(国发〔1993〕76号)的规定,“企业发放工资有困难时,应发给职工基本生活费,具体标准由各地区、各部门根据实际情况确定”;

(2)《关于国有企业流动资金贷款的紧急通知》(银传〔1994〕34号)的规定,“地方政府通过财政补贴,企业主管部门有可能也要拿出一部分资金,银行要拿出一部分贷款,共同保证职工生活和社会的稳定”;

(3)《国有企业富余职工安置规定》(国务院令 第 111 号,1993 年发布)的规定:“企业可以对职工实行有限期的放假。职工放假期间,由企业发给生活费。”

四、工作时间和休假

(一)综合计算工作时间

65. 经批准实行综合计算工作时间的用人单位,分别以周、月、季、年等为周期综合计算工作时间,但其平均日工作时间和平均周工作时间应与法定标准工作时间基本相同。

66. 对于那些在市场竞争中,由于外界因素的影响,生产任务不均衡的企业的一部分职工,经劳动行政部门严格审批后,可以参照综合计算工时工作制的办法实施,但用人单位应采取适当方式确保职工的休息休假权利和生产、工作任务的完成。

67. 经批准实行不定时工作制的职工,不受劳动法第四十一条规定的日延长工作时间标准和月延长工作时间标准的限制,但用人单位应采用弹性工作时间等适当的工作和休息方式,确保职工的休息休假权利和生产、工作任务的完成。

68. 实行标准工时制度的企业,延长工作时间应严格按劳动法第四十一条的规定执行,不能按季、年综合计算延长工作时间。

69. 中央直属企业、企业化管理的事业单位实行不定时工作制和综合计算工时工作制等其他工作和休息办法的,须经国务院行业主管部门审核,报国务院劳动行政部门批准。地方企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制等其他工作和休息办法的审批办法,由省、自治区、直辖市人民政府劳动行政部门制定,报国务院劳动行政部门备案。

(二)延长工作时间

70. 休息日安排劳动者工作的,应先按同等时间安排其补休,不能安排补休的应按劳动法第四十四条第(二)项的规定支付劳动者延长工作时间的工资报酬。法定节假日(元旦、春节、劳动节、国庆节)安排劳动者工作的,应按劳动法第四十四条第(三)项支付劳动者延长工作时间的工资报酬。

71. 协商是企业决定延长工作时间的程序(劳动法第四十二条和《劳动部贯彻〈国务院关于职工工作时间的规定〉的实施办法》第七条规定除外),企业确因生产经营需要,必须延长工作时间时,应与工会和劳动者协商。协商后,企业可以在劳动法限定的延长工作时数内决定延长工作时间,对企业违反法律、法规强迫劳动者延长工作时间的,劳动者有权拒绝。若由此发生劳动争议,可以提请劳动争议处理机构予以处理。

(三)休假

72. 实行新工时制度后,企业职工原有的年休假制度仍然实行。在国务院尚未作出新的规定之前,企业可以按照 1991 年 6 月 5 日《中共中央国务院关于职工休假问题的通知》,安排职工休假。

五、社会保险

73. 企业实施破产时,按照国家有关企业破产的规定,从其财产清产和土地转让所得中按实际需要划拨出社会保险费用和职工再就业的安置费。其划拨的养老保险费和失业保险费由当地社会保险基金经办机构 and 劳动部门就业服务机构接收,并负责支付离退休人员的养老保险费用和支付失业人员应享受的失业保险待遇。

74. 企业富余职工、请长假人员、请长病假人员、外借人员和带薪上学人员,其社会保险费仍按规定由原单位和个人继续缴纳,缴纳保险费期间计算为缴费年限。

75. 用人单位全部职工实行劳动合同制度后,职工在用人单位内由转制前的原工人岗位转为原干部(技术)岗位或由原干部(技术)岗位转为原工人岗位,其退休年龄和条件,按现岗位国家规定执行。

76. 依据劳动部《企业职工患病或非因工负伤医疗期的规定》(劳部发〔1994〕479 号)和劳动部《关于贯彻〈企业职工患病或非因工负伤医疗期的规定〉的通知》(劳部发〔1995〕236 号),职工患病或非因工负伤,根据本人实际参加工作的年限和本企业工作年限长短,享受 3—24 个月的医疗期。对于某些患特殊疾病(如癌症、精神病、瘫痪等)的职工,在 24 个月内尚不能痊愈的,经企业和当地劳动部门批准,可以适当延长医疗期。

77. 劳动者的工伤待遇在国家尚未颁布新的工伤保险法律、行政法规之前,各类企业仍要执行《劳动保险条例》及相关的政策规定,如果当地政府已实行工伤保险制度改革的,应执行当地的新规定;个体经济组织的劳动者的工伤保险参照企业职工的规定执行;国家机关、事业组织、社会团体的劳动者的工伤保险,如果包括在地方人民政府的工伤改革规定范围内的,按地方人民政府的规定执行。

78. 劳动者患职业病按照 1987 年由卫生部等部门分布的《职业病范围和职业病患者处理办法的规定》和所附的“职业病名单”(〔87〕卫防第 60 号)处理,经职业病诊断机构确诊并发给“职业病诊断证明书”,劳动行政部门据此确认工伤,并通知用人单位或者社会保险基金经办机构发给有关工伤保险待遇;劳动者因工负伤的,劳动行政部门根据企业的工伤事故报告和工伤者本人的申请,作出工伤认定,由社会保险基金经办机构或用人单位,发给有关工伤保险待遇。患职业病或工伤致残的,由当地劳动鉴定委员会按照劳动部《职工工伤和职业病致残程度鉴定标准》(劳险字〔1992〕6 号)评定伤残等级和护理依赖程度。劳动鉴定委员会的伤残等级和护理依赖程度的结论,以医学检查,诊断结果为技术依据。

79. 劳动者因工负伤或患职业病,用人单位应按国家和地方政府的规定进行工伤事故报告,或者经职业病诊断机构确诊进行职业病报告。用人单位和劳动者有权按规定向当地劳动行政部门报告。如果用人单位瞒报、漏报工伤或职业病,工会、劳动者可以向劳动行政部门报告。经劳动行政部门确认后,用人单位或社会保险基金经办机构应补发工伤保险待遇。

80. 劳动者对劳动行政部门作出的工伤或职业病的确认意见不服,可依法提起行政复议或行政诉讼。

81. 劳动者被认定患职业病或因工负伤后,对劳动鉴定委员会作出的伤残等级和护理依赖程度鉴定结论不服,可依法提起行政复议或行政诉讼。对劳动能力鉴定结论所依据的医学检查、诊断结果有异议的,可以要求复查诊断,复查诊断按各省、自治区和直辖市劳动鉴定委员会规定的程序进行。

六、劳动争议

82. 用人单位与劳动者发生劳动争议不论是否订立劳动合同,只要存在事实劳动关系,并符合劳动法的适用范围和《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》的受案范围,劳动争议仲裁委员会均应受理。

83. 劳动合同鉴证是劳动行政部门审查、证明劳动合同的真实性、合法性的一项行政监督措施,尤其在劳动合同制度全面实施的初期有其必要性。劳动行政部门鼓励并提倡用人单位和劳动者进行劳动合同鉴证。劳动争议仲裁委员会不能以劳动合同未经鉴证为由不受理相关的劳动争议案件。

84. 国家机关、事业组织、社会团体与本单位工人以及其他与之建立劳动合同关系的劳动者之间,个体工商户与帮工、学徒之间,以及军队、武警部队的事业组织和企业与其无军籍的职工之间发生的劳动争议,只要符合劳动争议的受案范围,劳动争议仲裁委员会应予受理。

85. “劳动争议发生之日”是指当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日。

86. 根据《中华人民共和国商业银行法》的规定,商业银行为企业法人。商业银行与其职工适用《劳动法》、《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》等劳动法律、法规和规章。商业银行与其职工发生的争议属于劳动争议的受案范围的,劳动争议仲裁委员会应予受理。

87. 劳动法第二十五条第(三)项中的“重大损害”,应由企业内部规章来规定,不便于在全国对其作统一解释。若用人单位以此为由解除劳动合同,与劳动者发生劳动争议,当事人向劳动争议仲裁委员会申请仲裁的,由劳动争议仲裁委员会根据企业的类型、规模和损害程度等情况,对企业规章中规定的“重大损害”进行认定。

88. 劳动监察是劳动法授予劳动行政部门的职责,劳动争议仲裁是劳动法授予各级劳动争议仲裁委员会的职能。用人单位或行业部门不能设立劳动监察机构和劳动争议仲裁委员会,也不能设立劳动行政部门劳动监察机构的派出机构和劳动争议仲裁委员会的派出机构。

89. 劳动争议当事人向企业劳动争议调解委员会申请调解,从当事人提出申请之日起,仲裁申诉时效中止,企业劳动争议调解委员会应当在三十日内结束调解,即中止期间最长不得超过三十日。结束调解之日起,当事人的申诉时效继续计算。调解超过三十日的,申诉时效从三十日之后的第一天继续计算。

90. 劳动争议仲裁委员会的办事机构对未予受理的仲裁申请,应逐件向仲裁委员会报告并说明情况,仲裁委员会认为应当受理的,应及时通知当事人。当事人从申请至受理的期间应视为时效中止。

七、法律责任

91. 劳动法第九十一条的含义是,如果用人单位实施了本条规定的前三项侵权行为之一的,劳动行政部门应责令用人单位支付劳动者的工资报酬和经济补偿,并可以责令支付赔偿金。如果用人单位实施了本条规定的第四项侵权行为,即解除劳动合同后未依法给予劳动者经济补偿的,因不存在支付工资报酬的问题,故劳动行政部门只责令用人单位支付劳动者经济补偿,还可以支付赔偿金。

92. 用人单位实施下列行为之一的,应认定为劳动法第一百零一条中的“无理阻挠”行为:

- (1)阻止劳动监督检查人员进入用人单位内(包括进入劳动现场)进行监督检查的;
- (2)隐瞒事实真相,出具伪证,或者隐匿、毁灭证据的;
- (3)拒绝提供有关资料的;
- (4)拒绝在规定的时间和地点就劳动行政部门所提问题作出解释和说明的;
- (5)法律、法规和规章规定的其他情况。

八、适用法律

93. 劳动部、外经贸部《外商投资企业劳动管理规定》(劳部发[1994]246号)与劳动部《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》(劳部发[1994]481号)中关于解除劳动合同的经济补偿规定是一致的,246号文中的“生活补助费”是劳动法第二十八条所指经济补偿的具体化,与481号文中的“经济补偿金”可视为同一概念。

94. 劳动部、外经贸部《外商投资企业劳动管理规定》(劳部发[1994]246号)与劳动部《违反〈中华人民共和国劳动法〉行政处罚办法》(劳部发[1994]532号)在企业低于当地最低工资标准支付职工工资应付赔偿金的标准,延长工作时间的罚款标准,阻止劳动监察人员行使监督检查权的罚款标准等方面规定不一致,按照同等效力的法律规范新法优于旧法执行的原则,应执行劳动部劳部发[1994]532号规章。

95. 劳动部《企业最低工资规定》(劳部发[1993]333号)与劳动部《违反〈中华人民共和国劳动法〉行政处罚办法》(劳部发[1994]532号)在拖欠或低于国家最低工资标准支付工资的赔偿金标准方面规定不一致,应按劳动部劳部发[1994]532号规章执行。

96. 劳动部《违反〈中华人民共和国劳动法〉行政处罚办法》(劳部发[1994]532号)对行政处罚行为、处罚标准未作规定,而其他劳动行政规章和地方政府规章作了规定的,按有关规定执行。

97. 对违反劳动法的用人单位,劳动行政部门有权依据劳动法律、法规和规章的规定予以处理,用人单位对劳动行政部门作出的行政处罚决定不服,在法定期限内不提起诉讼或不申请复议又不执行行政处罚决定的,劳动行政部门可以根据行政诉讼法第六十六条申请人民法院强制执行。劳动行政部门可以依法申请人民法院强制执行时,应当提交申请执行书,据以执行的法律文书和其他必须提交的材料。

98. 适用法律、法规、规章及其他规范性文件遵循下列原则:

(1)法律的效力高于行政法规与地方性法规;行政法规与地方性法规效力高于部门规章和地方政府规章;部门规章和地方政府规章效力高于其他规范性文件。

(2)在适用同一效力层次的文件时,新法律优于旧法律;新法规优于旧法规;新规章优于旧规章;新规范性文件优于旧规范性文件。

99. 依据《法规规章备案规定》(国务院令 第 48 号,1990 年发布)“地方人民政府规章同国务院部门规章之间或者国务院部门规章相互之间有矛盾的,由国务院法制局进行协调;经协调不能取得一致意见的,由国务院法制局提出意见,报国务院决定。”地方劳动行政部门在发现劳动部规章与国务院其他部门规章或地方政府规章相矛盾时,可将情况报劳动部,由劳动部报国务院法制局进行协调或决定。

100. 地方或行业劳动部门发现劳动部的规章之间、其他规范性文件之间或规章与其他规范性文件之间相矛盾,一般适用“新文件优于旧文件”的原则,同时可向劳动部请示。

第二篇

第二篇

怎样订立各类合同

第一章 怎样订立经济合同

一、怎样订立工矿产品购销合同

(一)什么是工矿产品购销合同

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 and 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。

法律精释

经济合同法对购销合同的规定

(《中华人民共和国合同法》第十七条)

【条文】 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,根据国务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。逾期提货或者逾期付款的,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。

【释义】 本条是关于购销合同的订立和履行,在商品数量、产品质量和包装质量、产品价格、交(提)货期限方面的规定。

1. 购销合同的概念。购销合同是指供方将产品、或商品出售给需方,需方接受产品或商品,并按规定付给供方价款的协议。购销合同的适用范围十分广泛,种类较多,常见的有供应、采购、订购、购销结合以及协作、调剂等合同形式。这些合同都是双务合同,即合同当事人双方既享有一定的权利,又都承担相应的义务。

供应合同,是指社会主义组织之间为实现国家物资分配计划而签订的合同。供应合同的特征:一是合同的主体主要是物资部门与工业部门;二是合同标的一般是工矿产品;三是合同必须以计划为前提,实现物资分配计划是供方的义务,变更或解除合同应经原物资分配机关批准。

采购合同,是商业、工业或其他经济组织,为了生产或商品流通的需要,采购产品、原材料或辅助材料而订立的合同。

预购合同,是指商业部门对某些特定的农副产品在播种或收购前,同农业生产部门签订的合同。预购合同标的的多是投资较大、技术性较强的经济作物或畜产品;预购合同的内容,一般都是国营商业或供销社预先给付一定价款或实物,以供生产方安排生产之用。而生产方按合同规定的品种、数量、质量等方面的要求组织生产,在收获后按照合同规定交售,收购方在扣除预付款后,结清货款。预购合同的签订,可以加强农业生产的计划性,密切农商联系,帮助农业生产单位解决生产资金困难,促进农副业生产的发展,保证城市供应。

购销结合合同,是指商业部门在收购农副产品的同时供应农业生产部门某些必要的工业品而签订的合同。其特点是:收购农副产品与销售工业产品互为条件,两种购销关系存在于同一合同之中,每一方当事人既是购货方,同时又是销售方。签订购销结合合同,对加强城乡经济联系,促进农副业生产的发展,及时满足农业对于某些农业生产资料和工业品的需要,以及保证城市供应,都具有重要作用。

物资协作合同,是指地区或部门在完成国家计划的前提下,相互支援工农业生产资料或生产资料而签订的合同。

调剂合同,是指工业部门和物资部门之间就原料、设备、产品等方面互通有无,调剂余缺而签订的合同。这种合同要求供方在签订合同之前,核实物资数量、质量、规格等情况,而需方则要落实资金,以保证合同的履行。

2. 购销合同中产品数量的规定。购销合同中产品数量是衡量标的的尺度。因此,双方当事人签订经济合同时必须要有准确的数量规定。如果没有数量的规定,当事人双方的权利义务都难以确定,一旦发生纠纷就难以分清责任。不论经济合同的标的是物、劳动或工作成果,都必须以相应的计量方法来作出标的的数量的规定。关于购销合同中产品数量如何规定的问题,本条明确作出以下两个方面的规定:

(1)关于购销合同中产品数量的规定是:由供需双方协商签订。

(2)关于购销合同中产品数量计量方法的规定是: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。国家规定的计量方法是:①计量单位长度采用公制、即米、厘米、毫米;重量采用千克、克。②计量器具要选用经过签定合格的计量器具,并要正确使用。③采用正确尾差和合理磅差。对某些产品,应在合同中明确规定交货数量为正负尾差、合理磅差和交货途中自然增减量规定及计算方法。当某些产品实际交货量与合同规定的交货数量之间差数未超过允许的尾差或磅差的,双方应按实际交(提)货数量结算,互不退补,也不按多交或少交论处。

3. 购销合同中产品质量要求和包装质量要求的规定。

(1)购销合同中产品质量要求的规定。主要有三点:

①关于产品质量标准的规定。质量是检验标的内在素质和外观形态优劣的标志。因此,合同标的质量标准,是在经济合同中必须明确的一个主要内容。在经济交往中,由于合同标的质量问题而发生纠纷是大量的。所以,在经济合同中关于标的的技术要求和标准应明确具体。这样不仅能防止纠纷的发生,而且有利于贯彻质量第一、适销对路的方针,从而提高经济效益。根据《中华人民共和国标准化管理条例》规定:产品质量标准分为国家标准、部标准(行业标准)、企业标准三级。部标准(行业标准)和企业标准,不得与国家标准相抵触,企业标准不得与部标准(行业标准)相抵触。

国家标准,是指对全国经济、技术发展有重大意义而必须在全国范围内统一的标准。国家标准由国务院和国务院规定的主管部门审批和发布。

部标准(行业标准),是指全国性的行业范围内统一的标准,由主管部门审批和发布。

企业标准,凡没有制定国家标准、部标准(专业标准)的产品,企业都要制定企业标准。

标准一经批准发布,就是技术法规。其中,凡属强制性的,各有关单位和部门都必须严格贯彻执行。因此,购销合同产品的技术标准(质量标准),有国家强制性标准或者行业强制性标准的,按不得低于国家强制性标准或行业强制性标准执行;没有国家强制性标准或行业强制性标准的,由双方协商签订。同时,在合同中还应写明执行的标准代号,编号和标准名称。

关于技术质量要求的内容,一般有物理性能、化学性能、电磁性能、使用特性、稳定性、质量等级、表面质量、内在质量、工艺要求以及有关防护、卫生和安全等等,供需双方在合同中都应明确商定。

②产品质量的责任规定。供方应对提供的产品质量负责。供方提供的产品要符合标准,并将产品的合格证、质量证明书、双方商定的必要技术资料、产品实样等,随同产品或运单交需方据以验收。

供方所提供的产品不符合标准的,应负责修理、更换或退货;或是经供需双方协商达成共认,对不符合标准的产品按质论价或是降价处理。

③产品质量的验收、检疫方法的规定。需方在收到供方所提供的产品后,应按国务院批准的有关规定或合同中约定的标准、方法、期限进行验收和检疫。在验收中,如果发现没有产品合格证、质量证明书和必要的技术资料,需方在拒收承付期内有权拒付这部分产品的货款,并应将产品妥善保管,及时向供方索要,供方应及时补送给需方。需方通过验收,如发现产品的品种、型号、规格、花色、质量不符合规定,应妥善保管,并向供方提出书面异议,在托收承付期内,需方有权拒付不符合合同规定部分的货款。

关于产品质量验收,必须注意时间界限,产品外观和品种、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(另有规定或当事人有商定期限者除外)提出书面异议。产品内在质量不符合合同规定的,不论是供方送货、代运或需方自提,需方应在合同规定的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。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 个月内提出异议。如果需方未按规定期限提出书面异议的,则视为产品符合合同规定。

供方在接到需方书面异议后,亦应在 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。

(2)关于产品包装的规定。产品包装(包装物),主要是指盛装产品的容器以及所用的材料,包括包扎商品的操作过程。产品的包装标准和包装物的供应与回收,同样是合同的主要条款。为了保证货物运输的安全,产品包装要按国家标准或者行业标准执行;没有国家标准或者行业标准的,可按双方商定并在合同中写明的承运、托运标准进行包装。产品包装有特殊要求或采用包装代用品的,应征得运输部门同意,并在合同中明确规定。

产品的包装,一般分为运输包装与销售包装两种。

①产品运输包装质量的要求是:一要考虑产品的物理、化学性能与外型、体积、结构等因素,选择不同的包装方法和包装材料;二要根据运输工具的特点、运程的远近、搬运的方法、货物的重量、产品的外型、货物的价值等因素,作到合理包装,提高装运量,节约运费,逐步实现包装的规格化和标准化;三要采用现代化的包装技术,包装材料要轻量化;四要做好货物包装标记。如发货人、收货人、生产地、运出地、卸货地、到货地、货物的品质等级、批数、件数、重量等等。

②产品销售包装质量的要求是:要牢固适用、经济美观、便于陈列展销、便于消费者识别选购、携带方便,以利提高产品的竞争能力。

产品包装物,除国家规定由需方供应外,都应由供方负责。多次使用的包装物,按主管部门制定的包装回收办法执行;主管部门没有规定的,由供需双方商定包装物回收协议,作为合同附件。

产品的包装费用,国家另有规定的除外,应由供方承担。如需方有特殊要求的,当事人双方应在合同中约定,包装费如超过原定标准的,超过部分由需方负责;如包装费低于原定标准的,应降低产品价格。

4. 购销合同中产品价格的规定。

(1)我国产品价格的规定。产品价格,是产品价值的货币表现。我国实行的是社会主义市场经济,对商品的价格主要是由经济活动的主体自由商定价,只有少数还实行国家定价。

国家定价,是指县和县以上各级人民政府及其物价主管部门,按照物价管理权限制定的价格。国家定价是计划价格的主要形式,包括中央定价和地方定价两种。对于国家定价,各有关单位必须严格执行。

议价,又称非计划价格,是指国家政策允许的商品,由买卖双方自由协商议定价格。议价商品受市场供求关系的调节,当供过于求则价格下降,求过于供则价格上升,同时也受国家经济政策和计划价格的制约和影响。

当事人双方订立经济合同时,关于产品的价格,除国家规定必须执行国家定价的外,都可通过协商议定。

(2)国家价格调整时,如何履行合同规定的价格。经济合同在履行过程中,如果遇到国家价格调整时,按照经济合同的规定解决。经济合同的规定是:①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。②需方逾期提货或逾期付款的,遇国家价格调整时,按新价格执行;国家价格下降时,按原价格执行。③执行议价的,遇到国家价格调整时,按合同规定的价

格执行。除双方另有协定者外,不能随市场价格变动而变动。这样规定的目的是为了维护经济合同纪律,保护按合同规定期限履约的当事人的合法权益,惩罚不按合同规定期限履行的一方当事人。

5. 购销合同中关于交(提)货期限的规定。经济合同必须规定履行的时间,这是检验经济合同是否按时履行的标准。在现代化的大生产中,各个环节都是紧密相连的,时间性很强,某个环节脱节或阻碍,都可能影响全局。因此,严格按照合同规定的交(提)货期限履行,有着重要的现实意义。任何一方当事人要变更交(提)货期限,当事人双方必须事先协商并达成协议,否则按违约论处。所以,在经济合同法和有关合同的法规中,对交(提)货的期限都有明确具体规定,当事人双方都必须严格执行。



工矿产品购销合同条例

(国发[1984]15号 1984年1月23日)

第一章 总 则

第一条 为了密切工矿产品(包括工业品生产资料和工业品生活资料,下同)购销之间的联系与协作,维护合同当事人的合法权益,保证国家计划的执行,根据《中华人民共和国合同法》的规定,特制定本条例。

第二条 本条例适用于取得法人资格的企业、农村社队、国家机关、事业单位、社会团体等单位之间的工矿产品购销合同。

个体经营户和农村社员、重点户、专业户同法人之间签订工矿产品购销合同,应参照本条例执行。

第三条 购销(供需)当事人,必须贯彻以计划经济为主、市场调节为辅的方针,本着按需生产、质量第一、适销对路的原则,按照国家法律、政策的规定,签订和履行合同。

第四条 工矿产品购销合同,除即时清结者外,必须采用书面形式,由当事人的法定代表人或者凭法定代表授权证明的经办人签字(盖章),并加盖单位公章或合同专用章。合同依法成立后即具有法律约束力,必须严格执行。

当事人委托其它单位代订合同时,必须出具委托证明,明确代理权限。

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。

第五条 属于国家指令性计划产品(包括计划分配、统购统销、计划收购等产品)的购销合同,按国家和国家授权的上级主管部门批准下达的计划指标和需方提出的花色、品种、规格、质

量签订;如不能按计划指标签订合同,发生争议时由争议双方下达计划任务的上级主管部门负责处理。

属于国家指导性计划产品的购销合同,参照国家和国家授权的主管部门下达的指标,结合本单位的实际情况,由供需双方协商签订。

属于自由购销产品的购销合同,由供需双方协商签订。

第六条 工矿产品购销合同应当包括以下主要条款:

- 一、产品的名称(注明牌号或商标)、品种、型号、规格、等级、花色;
- 二、产品的技术标准(含质量要求);
- 三、产品的数量和计量单位;
- 四、产品的包装标准和包装物的供应与回收;
- 五、产品的交货单位、交货方法、运输方式、到货地点(包括专用线、码头);
- 六、接(提)货单位或接(提)货人;
- 七、交(提)货期限;
- 八、验收的方法;
- 九、产品的价格;
- 十、结算方式、开户银行、帐户名称、帐号、结算单位;
- 十一、违约责任;
- 十二、当事人协商同意的其它事项。

第七条 产品的技术标准,有国家标准的按国家标准执行;没有国家标准而有专业(部)标准的,按专业(部)标准执行;没有国家标准、专业(部)标准的,按企业标准执行。在合同中必须写明执行的标准代号、编号和标准名称。没有上述标准的,或虽有上述标准,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。

为了保证货物运输的安全,产品包装按国家标准或专业(部)标准规定执行;没有国家标准或专业(部)标准的,可按承运、托运双方商定并在合同中写明的标准进行包装。

第八条 合同的变更和解除

一、变更或解除合同,必须符合经济合同法第二十七条的规定。

二、当事人一方要求变更或解除合同时,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十五天内(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。

变更或解除合同的协议,应采取书面形式(包括文书、电报等)。

三、变更或解除合同,涉及国家指令性计划指标的,应报经下达该计划的双方上级主管部门批准;属于国家指导性计划的,应报上级主管部门备案;属于自由购销合同的,由当事人双方协商办理。

变更或解除合同的日期,以当事人双方达成协议的日期为准;需要报经批准的,以上级主管部门批准变更或解除合同的日期为准。

四、当事人一方发生合并、分立时,由合并、分立后的当事人承担或分别承担履行合同规定的权利和义务。关、停单位应根据上级主管部门批准的关、停文件清理合同;遗留的有关事项,

由其上级主管部门按国家有关规定负责处理。

五、签订合同有笔误需要修正的,需经当事人双方协商同意。

第二章 产品的数量

第九条 产品数量的计量方法,按国家或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。

第十条 当事人双方应当严格按照合同规定的产品数量的计量方法履行。

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。

一、供方交付的产品多于合同规定的数量,需方不同意接收的,在托收承付期内,可以拒付多交部分的货款和运杂费。购销双方不在同一地点(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十天内(另有规定或当事人另行商定期限者除外),通知供方处理。

二、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,并在货到后十天内(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,应在十天内(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,按第二十七条二款和第三十五条五款的规定办理。

三、供方通知需方不能履行全部或部分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。

第十一条 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,由当事人根据不同产品的不同情况商定。

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,并在货到后十天内(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,并在货到后十天内(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,并在货到后十天内(另有规定

或当事人另行商定期限者除外)通知供方,否则,即视为验收天误。

供方在接到通知后,应在十天内(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。

第十二条 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。

第三章 产品的名称、品种、规格和质量

第十三条 合同中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。

第十四条 供方应对提供的产品的质量负责。供方交货时,应将产品合格证(或质量保证书)和双方商定的必要的技术资料随同产品或运单交需方承据以验收。需方在验收中,如果发现没有合格证(或质量保证书)和必要的技术资料,在托收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,即作为逾期交货处理。

需方在验收中,如果发现产品的品种、型号、规格、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;在托收承付期内,需方有权拒付不符合合同规定部分的货款。

凡原货、原封、原标记完好无异状,包装内的产品品种、型号、规格、花色、由生产企业或原封装单位负责;需要确定负责期限的,由当事人根据不同产品的不同情况商定。

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。

第十五条 需方在向供方提出书面异议时,按以下规定办理:

一、产品的外观和品种、型号、规格、花色不符合合同规定的,属供方送货或代运的,需方应在货到后十天内(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。

二、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。

三、对某些必须安装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,一般从运转之日起六个月以内提出异议。

四、在书面异议中,就说明合同号、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、检验方法、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。

五、如果需方未按期限提出书面异议的,视为所交产品符合合同规定。

六、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。

第十六条 供方在接到需方书面异议后,应在十天内(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。

第十七条 当事人双方对产品质量在检验或试验中发生争议,按《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。

第四章 产品的包装

第十八条 产品包装应符合第七条的规定,有特殊要求或采用包装代用品的,应征得运输部门的同意,并在合同中明确规定。

运输包装上的标记由供方印刷(合同另有规定的除外)。产品包装时,必须附有装箱清单。

第十九条 产品的包装物,除国家规定由需方供应的以外,应由供方负责供应。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,由供需双方商定包装物回收协议,作为合同附件。

第二十条 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。

第五章 产品的运输与交接

第二十一条 产品一般应由供方实行送货或代运。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。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。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。

第二十二条 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)前四十天通知供方,以便供方编报月度要车(船)计划。迟于上述规定期限,供需双方应当立即另行协商处理。

第二十三条 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:

一、凭封印交接的货物:

1. 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责任者外,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。

2. 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。

二、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,由运输部门负责接受后由需方负责。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,除能证明责任者外,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,由需方向供方提出书面异议,要求供方负责处理。

第二十四条 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。

第六章 产品的交(提)货期限

第二十五条 合同中的产品交(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供货;生产周期超过一年的大型专用设备和试制产品,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。

第二十六条 规定送货或代运的产品的交货日期,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期限者除外);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,即视为提前或逾期交(提)货。

第二十七条 合同当事人未按合同规定期限交(提)货的,按以下规定办理:

一、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。

二、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十五天内通知供方,办理解除合同手续,逾

期不答复的,视为同意发货。

三、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。

第七章 产品的价格

第二十八条 合同中产品的价格,必须遵守国家有关物价管理的规定。有国家定价的,按国家定价执行;应由国家定价的产品而尚无定价的,其价格应报请物价主管部门批准。不属于国家定价的产品,由供需双方协商定价。如因对产品有特殊技术要求需要提高或降低价格的,由供需双方商定。

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(或物价产管部门批准的价格)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。

第二十九条 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。逾期提货或者逾期付款的,遇价格上涨时,按新价执行;遇价格下降时,按原价执行。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。

第八章 产品货款的结算

第三十条 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结算方式和中国人民银行结算办法的规定办理。

用托收承付方式的,合同中应当注明验单付款或验货付款。验货付款承付期限一般为十天,从运输部门向收货(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。

大型设备订货的付款办法,按照财政部、中国人民银行和有关主管部门的规定办理。

第三十一条 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结算。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三十天通知供方。如果需方未按期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。

第三十二条 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。

第三十三条 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。

第九章 违约责任

第三十四条 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,还应支付赔偿金以补偿其差额部分。对方如要求继续履行合同的,应当继续履行。

第三十五条 供方的违约责任

一、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值的1—5%,专用产品为10—30%,具体比例可由供需双方在订立合同时商定。

根据国家指令性计划签订的购销合同,由于供方将产品自销而不按合同规定交货的,除按违约及有关规定处理外,并由工商行政管理部门没收其自销多得的收入,上缴中央财政。

二、供方所交产品品种、型号、规格、花色、不符合同规定的,如果需方同意利用,应当按质论价;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。

三、因产品包装不符合同规定,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。因包装不符合同规定造成货物损坏或者灭失的,供方应当负责赔偿。

四、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,并承担需方因此而支付的实际费用。

五、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。

六、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。

七、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。

八、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。

九、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、包装损坏或者其它质量事故的,应当由供方承担责任。

十、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。

第三十六条 需方的违约责任

一、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%至5%,专用产品的违约金为退货部分货款总值的10%至30%,具体比例可由供需双方在签订合同时商定。

二、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,向供方偿付顺延交货的违约金;如果不能提供的,按中途退货处理。

三、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。

四、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。

五、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。

六、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养不善而造成的损失。

第三十七条 由于上级领导机关或业务主管机关的过错,以致不能履行或不能完全履行合同的,上级领导机关或业务主管机关应当承担违约责任。但应先由合同违约方按本条例的有关规定向对方偿付违约金、赔偿金,再由应当负责的上级领导机关或业务主管机关负责处理。

第三十八条 当事人一方由于不可抗力的原因不能履行合同时,应及时向对方通报不能履行或不能完全履行的理由,在取得有关主管机关证明以后,允许延期履行、部分履行或者不履行合同,并根据情况可部分或全部免予承担违约责任。

第三十九条 按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办法付清,否则按逾期付款处理。但任何一方不得自行用扣发货物或扣付货款来充抵。

第四十条 违约金、赔偿金,没有实行利改税的企业应分别在企业基金、利润留成或盈亏包干分成中支付;实行利改税的企业,应在缴纳所得税后国家核定的企业留利中支付。以上支付的各项金额均不得计入成本(费用)和营业外支出,不得挤占应当上交财政的收入。行政事业单位一律在单位的预算包干的节余经费和预算外资金中支付,不得挤入经费的预算报销。依法对个人的罚款,一律不得用公款报销。

违约金和赔偿金收入,应用于弥补未能履行合同而蒙受的经济损失。

第四十一条 工矿产品购售合同发生纠纷时,当事人双方应当及时协商解决,协商不成时,任何一方均可请业务主管部门调解或者向工商行政管理部门设立的经济合同仲裁委员会申请仲裁,也可以直接向人民法院起诉。

第十章 附 则

第四十二条 本条例所指日期,除已有明确规定者外,凡直接送达的,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。

第四十三条 国务院各主管部门和各省、市、自治区人民政府可根据本条例制定实施办法。

第四十四条 本条例自公布之日起施行。过去的有关规定与本条例有抵触者,均按本条例执行。

司法解释

国务院法制局关于解释购销合同条例问题的复函

(1987年10月20日)

最高人民法院经济审判庭:

你庭今年7月11日的来函收悉。我局与国家工商行政管理局、国家物资局、国家标准局、商业部研究了《工矿产品购销合同条例》和《农副产品购销合同条例》中工矿产品、农副产品及通用产品、专用产品的划分标准问题,现将意见转给你们。

国务院法制局办公室

附:

关于工矿产品、农副产品, 通用产品、专用产品的划分意见

一、工矿产品和农副产品的划分

原则上以产品性质来划分;以产品性质难以区分的,可按产品的生产部门划分。

(一)工矿产品包括工业品生产资料和工业品生活资料。工业品生产资料通常称为物资,即由工业部门提供的用于社会再生产的原材料、燃料和机电设备等,如:钢材、有色金属及其制品、木材、水泥、煤炭、石油、化工原料以及各种机电设备、电工产品、工具等。工业品生活资料是指工业部门提供的用于满足人们物质文化生活需要的日用工业消费品,如纺织品、针织品、日用百货、文化用品、民用五金、交通电器、家用电器、化工产品等。

全民所有制、集体所有制工业企业,农村乡、村办工业企业生产的砖、瓦、砂、石、水泥、煤炭等产品和废旧物资,纺织部门的下脚料,林业部门的木材、木料,属工矿产品。

以农副产品为原料的加工品,可按生产的部门来划分,如土糖、土纸、草席从农民手中购进的,属农副产品,从乡村办工业企业购进的,属工矿产品。

(二)农副产品包括农副业生产者从事的植物栽培、种植和动物繁殖、饲养的产品及初步加工品,或捕猎、采集的野生动物等。包括粮食(原粮和成品粮)、(食用和非食用的植物油和油料)、粮食油植物油料加工副产品、猪、牛、羊、禽、蛋、水产品、棉花(籽棉和皮棉)、麻、烟叶、茶叶、甘蔗、甜菜、干鲜果、干鲜菜、中药材、畜产品、蚕茧、毛竹、篙竹、棕片、木材、蜂蜜、花、草、虫、鸟、野生植物油料、野生纤维原料、野生淀粉原料和野生烤胶原料等种植、采集、饲养和捕猎的农、林、牧、副、渔产品。

从屠宰厂购进的猪鬃、肠衣、皮张等畜产品,从粮油加工企业购进的成品粮、植物油及粮油副产品,属农副产品。

二、通用产品和专用产品的划分

(一)通用产品是指各个行业通常都可使用的工矿产品。如:工业品生产资料中的普通钢材、木材、水泥、化工材料、煤炭、机床、汽车、工具、配件等和工业品生活资料如纺织品、针织品、日用百货、文化用品和民用五金、交电、家用电器、化工产品等。

(二)专用产品是指根据某一行业的生产技术要求,从产品设计到工艺流程、制造方法,都为某一种专门用途而生产的工矿产品。如冶金设备、石油设备、化工设备、纺织设备和器材等。不包括为专用设备配套并兼供其他行业使用的通用设备,如管道、电机等。有些通用产品具有一定的专用功能,如车床专用于切削加工,这属于通用产品的专用性能而不属于专用产品。

按照需方提出的技术图纸、样品、技术条件生产的,只适用于该单位需要的产品,应视同专用产品。

鉴于工矿产品品种繁多,技术性能各异,不可能列出专用产品和通用产品的目录,因此,对通用产品和专用产品的划分,除国家已有规定和经销合同当事人双方约定者外,必要时由各有关生产主管部门认定。



化肥调拨合同办法(试行)

(1984年8月15日商业部发布)

第一章 总 则

第一条 为保证国家计划的执行,有利于支援工、农业生产,维护合同双方合法权益,提高经济效益,根据《中华人民共和国合同法》和国务院发布的《工矿产品购销合同条例》的规定,特制定本《办法》。

第二条 供需双方应按照国家下达的化肥分配计划,本着平等互利,相互支持和均衡发运的原则,组织好化肥调拨,努力完成国家计划。

第三条 凡国家下达的指令性化肥计划,供方:中国农业生产资料公司××化肥农药采购供应站与需方:各省、自治区、直辖市农业生产资料公司、外贸公司、工业及农垦、农场等部门,均应根据本《办法》签订调拨合同。

第四条 供需双方根据国家下达的化肥分配调拨计划,分季签订供需合同。如国家补充下达或调整原下达的化肥供货品种、数量及时间,双方以补充计划或调整计划的文件和通知单为

依据,调整原合同的供货品种,时间和数量。

第二章 供货品种、数量及时间

第五条 化肥的品种分为:

- (1)氮肥:包括尿素、硫酸铵、氯化铵、硝酸铵、硝酸纳等含氮素的化肥;
- (2)磷肥:包括过磷酸钙、三料过磷酸钙;
- (3)钾肥:包括氯化钾、硫酸钾;
- (4)复合肥:包括氮磷复合肥、氮钾复合肥及氮磷钾复合肥。

第六条 供方根据合理运输的原则,可以供给需方同一品类的国产和进口化肥。如需方在生产上需要特定的供应品种,应经双方协商同意在合同上注明。

第七条 供货数量,以国家主管部门下达的分配计划为准。各品种化肥数量的折算,均按商业部颁发的折算标准折算。

第八条 供货时间。季度供货计划合同(按计划签订的合同,下同)分月均衡调拨执行。国家主管部门补充或临时下达的分配计划,供需双方应根据当地运输部门的承运计划时间及运力情况签订合同。如因工厂停(减)产、进口船只提前或推迟到港以及遇有重大自然灾害时,供方可提前或推迟供货,但要及时通知需方,以便安排工作。合同数量的完成,应以年(季)度清算,欠交部分可转下年(季)度继续执行,提前调拨部分,在下年(季)度扣减。

国家下达的救灾化肥计划,供方应优先安排货源及运力,优先调拨。

第三章 化肥质量、包装标准

第九条 化肥质量:国产的按国家颁发的和部颁发的质量标准执行,进口的按外贸部门对外签订合同规定的标准执行。

第十条 化肥包装:

- (1)国产尿素、硝酸铵的包装为聚丙烯塑料编织袋内衬塑料袋和高压聚乙烯重包装袋。
- (2)国产过磷酸钙(磷肥)不带包装,散装交货。

(3)进口化肥,按外贸部门对外签订的包装规格、质量执行;散装进口的,不带包装,按散进散运有关规定处理。

第四章 化肥运输与交接

第十一条 运输计划的编报。需方根据国家下达的化肥分配计划,或需方委托供方代理调拨的化肥,应编制季度(分月)调拨计划,于季度前三十天报到供方,由供方向铁路、交通部门申报运输计划。

第十二条 需方要求变更到货地点或收货人,应向供方提出申请,由供方申报交通运输部

门批准后,给予变更。变更计划的有关事项按交通运输部门有关规定办理。

第十三条 交接地点:

(1)国家统配和外贸专用化肥,按国家现行规定,由供方送货。其送货地点,按《统配化肥调运交接办法》第八条的规定,由供方送至需方提报的第一到站(港),在车上,船上交接。

(2)需方自提的化肥,在供方指定的工厂、港口仓库交接。

(3)需方委托供方代办发运的用地方外汇进口的化肥,在进口口岸装运的车上、船上交接。

第十四条 凭封印交接的化肥:

(1)供方在工厂、港口专用线和码头装车(船)、需方或到站(港)运输部门卸车(船)的化肥,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责任外,由供方负责;封印脱落,货物发生丢失、短少、损坏、变质、污染,除能证明属供方或需方责任外,由运输部门负责。

(2)由发站(港)运输部门装车(船)、需方卸车(船)的化肥,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外,由运输部门负责。

第十五条 由工厂、港口组织装车(船)、运输部门按现状(或件数)交接的化肥,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。

第十六条 不论凭封印交接或凭现状(或件数)交接的化肥,供方将化肥运至第一到站(港)后,需方应按有关规定与运输部门办理交接手续,作出记录,双方签字,明确供方、需方和运输部门的责任,向责任方办理索赔。由工厂代运和港口组织装车(船)发运的化肥,按有关规定由供方向责任方办理索赔。

第十七条 化肥到达第一到站(港)后,如发生丢失、短少、损坏、变质、污染,不论哪一方责任,需方对运到的化肥,应当妥善保管,并立即通知有关部门查明处理,由此所支付的一切费用,由责任方承担。

第五章 费用负担

第十八条 符合本办法第十三条(1)款,由供方送货的,在化肥运至第一到站(港)车上、船上交货,交货前的费用由供方负担,交货后的费用由需方负担;如需方认为自行组织运输更为方便的,供方可在指定的工厂、港口、仓库交货,由需方自提。自提费用由需方负担,但供方应补贴需方合理的运杂费,每吨补贴额度,由供需双方商定。

第十九条 由需方自提的化肥,供方指定在工厂、港口、仓库交货,交货后的费用,由需方自理。

第二十条 由需方委托供方代办发运的化肥,一切费用由需方负担。供方向需方收取化肥出厂价或进口价总值百分之一的手续费。

第六章 化肥的价格及结算办法

第二十一条 供方调拨给需方的化肥,其价格按商业部制定的价格执行。

第二十二条 货款结算,供方发货或需方自提货后,凭供方填制的发货票,按中国人民银行结算办法,向需方指定的结算单位办理货款托收结算。需方应按银行规定期限承付货款。如货物发生残损、短量等问题,应做事故处理,不得拒付货款。

第二十三条 需方委托供方代办调拨的地方进口化肥,供方不承担货款的结算工作,由需方与交货部门办理货款结算。

第七章 违约责任

第二十四条 供方的违约责任。由供方违约造成的损失,由供方负责:

- (1)由于货源增、减,追加和落空车(船)计划或向运输部门错报运输计划需变更的车(船)计划,造成运输部门收取的手续费和制约金;
- (2)错发到站和错填收货人所付的一切费用;
- (3)错办货款托收,延误货款回收的损失;
- (4)错发化肥品种,造成退货的费用和损失。

第二十五条 需方的违约责任。由需方违约造成的损失,由需方负责:

- (1)不按期报送季度(分月)运输计划,造成压车、压船,由运输部门收取的罚款;
- (2)错报到站、收货人以及结算单位,所造成的费用和损失;
- (3)申报货损、货差、经查实有误,所支付的费用及损失;
- (4)变更、追加车(船)计划,所支付运输部门的手续费和制约金。

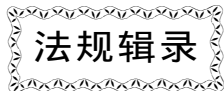
第八章 附 则

第二十六条 本合同未尽事宜,按《工矿产品购销合同条例》规定办理,也可参照不违反该条例精神的商业部(原供销合作总社)一九八二年颁发的《国家统配化肥调运交接办法》有关规定执行。供需双方发生纠纷时,可申请上级主管机关调解,调解不成的,可申请工商行政管理部门、人民法院仲裁或判决。

第二十七条 合同经供需双方签订即生效,均应严格执行。在执行中遇有不妥之处,可报商业部农业生产资料局修订,在未修订前,原合同条款仍然有效。

第二十八条 供需双方签订的合同,双方盖章生效。正本两份,交供需双方,副本若干份,交有关部门执行、备案。

第二十九条 本办法自一九八四年十月一日起执行。



商业部关于检发“百货、文化用品商商购销合同”格式及说明的通知

(1984 年 10 月 4 日(84)商百字第 24 号)

各省、市、区商业厅、局,重庆、沈阳、大连市商业局、武汉市商业管理委员会:

根据国务院《工矿产品购销合同条例》的要求,我们拟订了《百货、文化用品商商购销合同》格式及说明。经征求部分省市公司和采购供应站的意见,并商请国家工商行政管理局、中国人民银行、中国工商银行主管部门同意,现随文检发,请于一九八五年元月一日起执行。并请通知各有关站、司,此合同格式由总公司统一印制,在今年召开的一九八五年上半年全国百货、文化用品供应交流会上启用。各站司可在供应会上购买(只收成本费)。

附件:如文

关于百货文化用品商商购销合同的几点说明

一、为贯彻国务院颁布的工矿产品购销合同条例,发展商品流通,促进百货行业购销业务的开展,在现行流通体制和往来手续制度的基础上,为采取有效简便的方法,使我们行业内部的交易活动纳入法律轨道,特制订百货行业商商购销合同做为行业内部的统一合同格式,供各地采用。

二、这个合同格式是做为购销双方的总合同。每年签订一次,如无异议即自行延期一年。

三、这个合同中规定的条款均为共同性的制约条款,比较原则。购销双方经协商亦可就具体条款做改动或另附协议书做为本合同附件与合同有同等效力。

四、各地目前执行的要货成交单仍继续使用,是本合同的附件,与合同有同等效力。成交单要注明与合同相应的合同号码。

因我系统业务量很大,不可能每一品种一份合同,因此,将合同中的具体条款要求体现在成交单当中。总的原则条款体现在总合同中。购销双方签订总合同后,在商品成交活动中只签订成交单即视为签订合同。这样可以节省人力物力和简便手续。

五、合同拟从一九八五年一月一日生效,原商业部颁发的(79)商日字第 36 号《商业系统内部百货、文化用品、针织品调拨若干规定试行办法》同时废止。

百货、文化用品商商购销合同

(1984 年 10 月 4 日商业部颁发)

合同号

销货方:(以下简称甲方)

购货方:(以下简称乙方)

第一条 经购销双方协商交易活动,必须履行本合同条款。具体品类(种),需签订要货成交单,并作为本购销合同的附件;本合同中的未尽事宜经双方协商需补充的条款可另附协议书,亦视为合同附件。合同附件与本合同具有同等效力。

签订成交单,除上级规定按计划分配成交外,其余商品一律采取自由选购,看样成交的方式。

第二条 合同签订后,不得擅自变更和解除。如甲方遇不可抗拒的原因,确实无法履行合同;乙方因市场发生骤变或不能防止的原因,经双方协商同意后,在不影响国家计划的原则下,确需变更合同时,可予变更或解除合同。但提出方应提前通知对方,并将“合同变更通知单”寄给对方,办理变更或解除合同的手续。

按乙方指定花色、品种、规格生产的商品,在安排生产后,双方都需严格执行合同。如需变更,由此而产生的损失,乙方负担;如甲方不能按期、按质、按量按指定要求履行合同,其损失,甲方负担。

第三条 成交单中的商品价格,必须遵守国家有关物价管理的规定。有些商品双方亦可协商优惠办法;已放开的商品价格由双方协商定价。

在签订合同时,确定价格有困难,可以暂定价格成交,上下幅度双方商定。

国家定价的商品,在合同规定的交(提)货期限内,如遇国家或地方行政部门调整价格,按交货(指运出)时的价格执行。

逾期交货的,如遇价格上调时,按原价执行;遇价格下调时,按新价执行。逾期提货的,遇价格上调时,按新价执行,遇价格下调时,按原价执行。由于调整价格而发生的差价,购销双方另行结算。

第四条 对异地的商品调拨价格,均为车、船交货价,装车、装船以前的费用,由甲方负担,如装车、装船费与运费列在一张单据不能分割的,由乙方负担;对同城要货单位(包括外省驻本地单位)就厂就库直拨商品由工厂送货或乙方自提。对运费负担,也可按双方协商的办法办理。

第五条 各类商品质量标准,甲方应从对乙方负责和维护消费者利益出发,严格执行合同规定的质量标准。认真检验,严格把关,保证商品质量。

第六条 商品包装,必须牢固,甲方应保障商品在运输途中的安全。乙方对商品包装有特殊要求,双方应在具体合同中注明,增加的包装费用,由乙方负担。

第七条 商品调拨,应做到均衡、及时。对合同期内的商品可考虑按 3 : 3 : 4 的比例分批发货;季节性商品按承运部门所规定的最迟、最早日期一次发货;当令商品,零配件和数量较少的品种,可一次发货。执行可在合同期的前七天或延后十天内开单调拨(库存商品按开单日,工

厂直送的按车站、码头收货日为准)。

受交通运输影响或其它特殊原因造成延期及乙方要求暂缓发货(暂缓期宜在三十天以内)的,不作延误合同处理。

异地调拨,均由甲方代发货,如乙方自提,应持加盖财务印章自提证明;同城调拨,除工厂直送部分外,均由乙方在货款结算后七天内自提,(遇节假日顺延),超期未提部分,由乙方负责仓储费用。

第八条 对有有效期限的商品,其有效期在三分之二以上的,甲方可以发货;有效期在三分之二以下的,甲方应征得乙方同意后才能发货。

第九条 甲方应按乙方确定的合理运输路线、工具、到达站(港)委托承运单位发运,力求装足容量或吨位,以节约费用。

如一方需要变更运输路线、工具、到达站时,应及时通知对方,并进行协商,取得一致意见后,再办理发运,由此而影响合同期限,不以违约处理。

第十条 商品从取得发运证明起,所有权即属乙方。在运输途中发生的丢失、短少、残损等责任事故,由乙方负责向承运部门交涉赔偿,需要甲方协助时,甲方应积极提供有关资料。乙方(包括中转单位,下同)在接收商品时,必须派人到现场监卸,清点大件,检查包装,如发现问题,应及时向承运部门索取规定的记录和证明并立即详细检查,及时向有关责任方提出索赔;若因有关单据未能随货同行,货到后,乙方可先向承运具吉接收,同时,立即通知甲方,甲方在接到通知后五日内答复;属于多发、错运商品,乙方应做好详细记录,妥为保管,收货后十日内通知甲方,不能自行动用,因此而发生的一切费用由甲方负担。

第十一条 商品的外包装完整,发现溢缺、残损串错和商品质量等问题,在货到半年内(贵重商品在七天内),责任确属甲方的,乙方可向甲方提出查询。

发现商品霉烂变质,应在六十天内通知甲方,经双方共同研究,明确责任,损失由责任方负担。

接收进口商品和外贸库存转内销的商品,因关系到外贸查询,查询期为乙方收货后的六十天,逾期甲方不再受理。

乙方向甲方提出查询时,应填写“查询单”,一货一单,不要混列。查询单的内容应包括唛头、品名、规格、单价、装箱单、开单日期、到货日期、溢缺数量、残损程度、合同号码、生产厂名、调拨单号等资料,并保留实物;甲方接到“查询单”后,十日内作出答复,要在30天内处理完毕。

为减少部分查询业务,凡一张调拨单所列一个品种损溢在二元以下、残损在五元以下均不做查询处理(零件除外)。对笨重商品的查询(如缝纫机头、部件等的残品)乙方将残品直接寄运工厂,查询单寄交甲方并在单上注明寄运日期。

第十二条 商品货款、运杂费等款项的结算,购销双方应按中国人民银行结算办法的规定,商定适宜的结算方式,及时妥善办理。

货款结算中,要遵守结算纪律,坚持“钱货两清”原则,分期付款应在成交单上注明。有固定购销关系的国营、供销合作社商业企业,异地货款结算可采用“托收承付”结算方式;对情况不明的交易单位,可采用信用证结算方式,或先收款后付货。

第十三条 甲、乙双方的任何一方有违约行为的,应负违约责任并向对方支付违约金。因

违约使对方遭受损失的,如违约金不足以抵补损失时,还应支付赔偿金以补偿其差额。

1. 甲、乙两方所签订的具体合同要求,一方未能履行或未能完全履行合同时,应向对方支付违约合同货款总值百分之一的违约金。但经双方协商办理变更或解除合同手续的,不按违约处理。

2. 自提商品,甲方未能按期发货,应负逾期交货责任,并承担乙方因此而支付的实际费用;乙方未按期提货,应按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,向甲方偿付逾期提货的违约金,并承担甲方实际支付的保管费用。

3. 甲方提前交货和多交,错发货而造成的乙方在代保管期内实际支付的费用,应由甲方负担,乙方逾期付款的,应按照人民银行有关逾期付款的规定,向甲方偿付逾期付款违约金。

4. 对应偿付的违约金,赔偿金,保管、保养费用和各種经济损失,应在明确责任后,十天内主动汇给对方,否则,按逾期付款处理,但任何一方不得自行用扣发货物或扣付货款充抵。

第十四条 甲、乙两方履行合同,发生纠纷时,应本着照顾大局,相互谅解的精神,及时协商解决,协商不成时,任何一方均可向工商管理行政部门申请仲裁,也可向人民法院起诉。

第十五条 本合同一式四份,甲、乙两方各执二份,并送交当地人民银行有关部门,监督执行。

第十六条 本合同(协议)双方签章,依法生效,有效期为1年,期满双方如无异议,合同自动延长。

凡涉及日期的,按收件人签收日期和邮局戳记日期为准。

开户银行:

开户银行:

帐 号:

帐 号:

地 址:

地 址:

电报挂号:

电报挂号:

电 话:

电 话:

销货方(甲方)签章

购货方(乙方)签章

年 月 日



纺织品、针织品、服装购销合同暂行办法

(1984年11月8日商业部发布)

第一章 总 则

第一条 为了维护合同当事人的合法权益,保证合同的严肃执行,根据《中华人民共和国

经济合同法》和国务院《工矿产品购销合同条例》的规定,特制订本办法。

第二条 本办法适用于取得法人资格的经营纺织品、针织品、服装(包括劳保服装)的国营商业之间、国营商业同城乡集体商业之间的购销合同。

国营商业对机关、团体、工矿企业以及有证个体经营户、重点户、专业户销售纺织品、针织品、服装,签订购销合同时,可参照本办法执行。

第三条 国营商业之间,国营商业同城乡集体商业、机关、团体、工矿企业以及有证个体经营户、重点户、专业户之间发生的商品交易,除即时清结者外,都必须签订书面合同。合同一经签订,即具有法律约束力,必须认真履行,任何人不得非法干预,不得单方面变更或解除。任何一方违反合同,应承担经济和法律责任。

第二章 合同的签订

第四条 订立购销合同,由双方的法定代表或由法定代表授权的经办人签字(盖章),并加盖单位公章或合同专用章。当事人委托其它单位代订合同时,必须出具委托证明,明确代理权限。

第五条 购销合同应当包括以下主要条款:

一、商品名称(包括牌号或商标或商品编号)、产地、品种、型号、规格、款式、等级、花色、质量;

二、数量和计量单位;

三、价格;

四、交货日期;

五、交货单位、交货方法、运输方式、到货地点(专用线、码头)接(提)货单位或接(提)货人;

六、结算方式、开户银行、帐户名称、帐号、结算单位;

七、违约责任;

八、当事人双方协商同意的其它事项。

第六条 由供方代办发运的商品,执行合同的交货日期,以商品运出即取得承运部门发运证明的日期为准。在合同规定交货日期前十天内和交货日期终了后十天内运出的,不作为提前或逾期交货。因承运部门责任造成逾期交货的,供方取得承运部门或商业储运公司、当地商业行政部门证明,不按逾期交货处理,并应及时通知需方。

第七条 商品质量和包装质量,有国家标准或专业(部)标准的,按国家标准或专业(部)标准执行;无上述标准的,按生产厂的企业标准执行;无生产厂企业标准的,由双方协商确定。双方有特殊要求的,应事先商定并在合同中具体订明。供方要对商品质量和包装质量负责。

第八条 规定有保管期限的商品,调拨、发货、运输等各个环节,都要做到先进先出。如在保管期限以内发生因产品质量问题而引起的脆损、泛黄等变质事故,由产地供方承担赔偿责任。属于需方保管不善而发生的变质事故,由需方自理。对于储存较长或超出保管期限的,在成交时供方应说明情况,双方同意后再行成交,否则,因超过保管期而造成的损失,由供方负责。

第三章 商品的运输与交接

第九条 供方供应商品,除合同另有规定者外,异地的,由供方代办发运。如需方要自提时,应开具自提证明信和自提商品实物收据等,提货费用由需方自理;同城的交(提)货方式及费用负担办法由双方商定。

第十条 供需双方应商定选择最快、最合理的运输方式(包括路线,工具,整车、船,集装箱,零担,快件以及直达,联运,中转,分运等等)。供方如要改变时,应征得需方同意,否则,由此增加的运输费用,由供方负责;需方提出改变时,应在交货期限前四十天通知供方,供方应尽力协助解决。

第十一条 供方在合同交货期限终了时,如有尚未执行的部分,已经运到车站(码头)的可以继续发运;尚未运到车站(码头)的,应征得需方同意后再行发运,但均须承担逾期交货的责任。

第十二条 供方发运商品,必须做到单货相符,单货同行。填写的单据,要字迹清楚,内容准确,项目齐全。否则,造成的损失由供方承担。

第十三条 从承运部门开出发运证明,供方向银行办妥托收手续时起,商品所有权即归属需方,在运输途中如发生丢失、短少、残损等责任事故,由需方负责向承运部门交涉索赔,但供方有责任积极协助。

第十四条 需方在接到承运部门的到货通知后,应立即派人到现场监卸,清点大件,检查包装、唛头。如发现差错、短少、损坏、雨湿、污染、变质等,应按规定向承运部门索取记录或证明,责任属于承运部门的,应向承运部门查询索赔。属于供货方的,应在商品到达后十五天内向供方提出索赔(同时向供方提供运输部门的记录或证明),逾期不提,视为验收无误。

供方应在接到需方索赔通知后的十五天内,查明情况给予答复。逾期不答复,即视作认赔。

属于多发、错运的商品,需方在接收时要详细作好记录,将商品妥善保管,并立即向承运部门或中转单位查询,同时通知供方,共同协商处理。

第十五条 商品外包装完整无损、无异状,拆包发现短缺、串错、或质级不符等情况时,应保留原实物,并提出证明通知产地供方。产地供方应在收到通知后十五天内进行核实并负责赔偿。属于变质(不包括第八条有保管期限的商品)或残损,应分析责任,由责任方负责。

第十六条 为了减少查询索赔的事务工作,在国营商业批发企业之间,凡一张发票所列一个品种,短缺、串错、残损或质级不符等损失金额在五元以下的,不作查询索赔,由需方自行处理。超过上述额度,需要查询索赔的,需方应及时书面通知供方(属于外包装完整无损、无异状,拆包发现的,通知产地供方),供方应在接到通知后十五天内负责处理,逾期不办者,视作认赔。

国营批发企业售给集体批发企业、零售企业以及个体经济、机关、团体、工矿等的纺织品、针织品、服装,发现短缺、串错、残损或质级不符的,均由售出单位核实后负责赔偿。

供方负责理赔的货款(或实物),应在处理完毕后十五天内主动赔给需方。

进口商品的索赔,除另有规定者外,也按前款办理。

第四章 价格、费用与货款结算

第十七条 供应价格,必须遵守国家物价政策的规定。属于国家统一订价的商品(包括国家允许实行浮动价的),以供方所在地当日批发牌价为基础,实行按批量作价,协商作价;属于国家放开价格的商品,由供需双方协商订价。合同中的“结算价”即供应价,也是计算违约金的依据。

第十八条 签订合同时确定价格有困难的,可以订明“暂定价格”。在执行合同时,必须有正式供应价格。正式供应价格与“暂定价格”允许有一定的上、下幅度,具体幅度由双方协商并在合同中订明。

第十九条 凡属于国家统一订价的商品,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;调价前已交(提)货而未结算的,除合同另有规定者外,均按原价执行;在调整价同日发运(或自提)的,按调价后的价格结算;供方逾期交货的部分,遇价格上调时,按原价执行,遇价格下调时,按新价执行;需方逾期提货或者逾期付款的部分,遇价格上调时,按新价执行,遇价格下调时,按原价执行。

第二十条 异地供应价格,由供方代办发运的,均为车、船交货价,装车、船(火车铅封、轮船封舱)前的费用由供方负担。需派押运人员的,应征得需方的同意,押运费由需方负担。

第二十一条 供方供应存放在外地仓库的商品,除合同另有规定者外,其运杂费比供方所在地高的,高出部分由供方负担;比供方所在地低的,从商品存放地起算。

供方从生产厂直接发运商品,其运杂费的计算,按前款办理。

第二十二条 货款结算实行验单付款。供方在商品发运后,凭标明购销合同号的供应单结算联(发票)、代垫运费单据、发运(自提)证明等,委托银行办理托收。需方在接到银行通知后,应在银行规定的承付期限内承付。双方都应接受当地银行的监督。

第二十三条 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三十天通知供方。未按期通知或者通知有错误而影响结算的,应负逾期付款责任。

第二十四条 属于下列情况,需方可以拒付供方托收的部分货款:

- 一、托收凭证计算错误多算的部分;
- 二、错算供应价格,多计货款的部分;
- 三、未经需方同意,超过合同规定的要货数量而需方又不需要的部分。
- 四、未征得需方同意,供方改变了运输方式,因而多支出的运杂费部分。

第二十五条 属于下列情况,需方可以拒付供方托收的全部货款:

- 一、未订合同而发货的,或验单付款时发现来货与合同签订的产地、品种、型号、规格、款式、等级、花色、质量有一项或几项不符的;
- 二、双方已经协商同意解除合同而供方仍继续发货的;
- 三、未经需方同意,供方提前或逾期发货的;
- 四、未按合同规定的到货地点发货的;
- 五、未征得需方同意,结算价格超过合同订明的“暂定价格”上浮幅度的。

第二十六条 需方对按照第二十五条规定全部拒付货款的商品,以及第二十四条三款规定部分拒付货款的商品,应负责妥善保管,不得自行处理,并及时与供方联系,协商解决办法。在此期间的保管费用以及不属需方保管不善而发生的损失由供方承担。

属于上一批有争议的款项或应拒付而未拒付的货款,均不得在本批货款中扣抵。

第二十七条 需方拒付货款,不符合第二十四、二十五条规定的,应承担逾期付款的责任,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违约金。

第二十八条 供方在接到需方拒付货款理由书后,应在十天内查明答复,逾期不复,即视为同意拒付。需方在接到供方答复后,如同意,应立即偿付货款,否则,应在十天内提出理由答复供方,逾期不复,即视为同意供方意见,承担由此给供方造成的经济损失。

第五章 合同的变更或解除

第二十九条 合同的变更或解除,应经双方协商同意。一方要求变更或解除合同时,应采取书面(或电报)形式向对方提出,对方应在接到通知后十五天内书面(或电报)答复,逾期不答复的即视为同意。因变更或解除合同使一方遭受损失的,由责任方赔偿。

第三十条 变更或解除合同的生效日期,以供需双方达成书面协议之日为准。在新协议未达成以前,原合同仍然有效。

第三十一条 供需一方发生机构变更(合并、分立),由合并、分立后的单位继续履行合同规定的权利和义务。

第六章 违反合同的责任

第三十二条 供方的违约责任:

一、供方不能履行合同的,应向需方偿付违约金。一般商品的违约金为不能交货部分货款总值的百分之五;需方有特定要求的商品(应在合同中订明)的违约金为不能交货部分货款总值的百分之三十。

二、供方逾期交货,需方同意逾期交货的,不分一般商品或特定商品,按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。

三、供方对需方自提的商品,未能按通知的日期或合同规定的日期交货的,除应负逾期交货责任外,并应承担需方因供方延误交货而支付的费用。

四、供方代办发运的商品,如产地、品种、型号、规格、款式、等级、花色、质量有一项或几项不符合合同规定的,按未执行合同论(经供需双方协商,需方同意接收,并视作执行合同者除外),需方应代供方暂时保管,并即与供方联系商量处理办法。

五、供方承担由于错发、错运商品所造成的一切损失,承担需方或运输部门因处理供方提出的错误异议而支付的一切费用。

第三十三条 需方的违约责任:

一、需方中途退货,应向供方偿付违约金。一般商品的违约金,为退货部分货款总值的百分之五;有特定要求的商品的违约金,为退货部分货款总值的百分之三十。

二、需方自提商品,未按供方通知的日期或合同规定的交货日期而逾期提货的,按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。

三、需方拒绝接收供方按合同规定送货的商品,应承担供方由此遭受的损失和运输部门的罚款。

四、需方不按银行规定的承付期承付货款的,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。

五、需方承担因提供给供方的到货地点或接货人等有误而造成的一切损失;承担供方或运输部门因处理需方提出的错误异议而支付的一切费用;承担代供方保管的商品因保管不善所造成的损失。

第七章 附 则

第三十四条 本办法所指日期,除已有明确规定者外凡直接送达的,以收件人签收日期为准;邮寄送达的,以收到或发出日期的邮戳为准。

第三十五条 供需双方在执行合同中如发生争议,应及时协商解决。协商不成时,任何一方均可报请上级领导部门调解,或者向工商行政管理部门申请仲裁,也可以向人民法院起诉。

第三十六条 本办法修改权及解释权属商业部。

第三十七条 本办法自 1985 年 1 月 1 日起实行。



五金交电家电化工商品购销合同实施办法

(1984 年 10 月 18 日商业部发布 1985 年 10 月修订)

第一章 总 则

第一条 为了明确进行五金、交电、家电、化工商品购销活动的供需双方的经济责任,保障合同当事人的合法权益,维护正常经济秩序,保证国家计划顺利执行,促进国民经济繁荣发展,根据《中华人民共和国合同法》和《工矿产品购销合同条例》的规定,特制订本实施办法。

第二条 本办法适用于国内取得法人资格的全民和集体所有制企业(包括生产、经营和消

费五交化商品的各类企业)、国家机关、事业单位、社会团体、部队等单位之间的各种购销形式的在国内五金交电电化商品和原料的购销合同。

个体经营户与法人之间签订上列范围的购销合同,应参照本办法执行。

对国外的进口业务活动,应按照国务院和有关外贸主管部门的规定执行。进口五金交电电化商品进入国内市场时的购销合同,出口五金交电电化商品对外出口前的国内购销合同,除国务院另有特殊规定者外,均按本办法的规定执行。

第三条 属供需双方的购销活动,除在成交时钱货两清者外,都必须签订书面合同。合同必须由当事人的法定代表或法定代表授权证明的经办人签字(盖章),并加盖单位公章或合同专用章。

合同依法签订,即具有法律约束力,供需双方必须严格执行,任何一方不得擅自变更或解除。

当事人委托其他单位代订合同时,必须出具委托证明文件,明确代理权限。

合同除供需双方各执 1 份,并将副本报送有关部门,以监督合同的执行。

第二章 合同的签订和履行

第四条 属于国家指令性计划商品(包括原材料),购销双方必须按国家或国家授权的主管部门下达的计划指标执行。如由于质量、规格、数量等原因,双方未能达成一致意见,不能签订合同时,报双方上级计划主管部门处理。

属于国家指导性计划商品,参照国家或国家授权的主管部门下达的计划指标,根据双方的需要与可能,协商签订合同。

属于上述两项计划商品,供需双方应于接到上级收购调拨计划或商品分配单、调拨通知单二十日内签订正式合同。上级下达的收购、调拨计划或商品分配单、调拨通知单,只是签订合同的依据,不能代替合同。

非计划商品和计划商品的超计划数量,属于企业自主权范围以内者,由购销双方协商签订合同。

第五条 合同和合同附表中应明确以下内容:商品品名、规格、牌号、型号、产地(或国别),计量单位、数量、单价(或参考价)、金额总值、质量标准和验收办法,包装标准和包装物的供应与回收的时间、办法及费用负担,交货时间(或分几批交货)、交货单位与地点,交货方法(自提、代运或送货)、运输方式、发运地、中转地和中转单位,收货单位(包括地址、电话、电报挂号)、到达站(或专用线)、码头,接(提)货单位或接(提)货人、结算单位及开户银行、帐户名称和帐号,结算方式、合同经办人、违约责任及双方协商同意的其它条款等。

第六条 商品的质量标准:有国家标准的,按国家标准签订;无国家标准,按专业(部)标准签订;无国家标准和专业(部)标准的,可按企业标准签订,也可按上述标准中的较高标准协商签订。无上述标准的,或企业标准不能适应需方要求时,由供需双方协商确定标准,或由供需双方共同封样,按共同封签的样品执行。

第七条 合同的变更和解除:合同签订后,遇有《中华人民共和国合同法》第二十七条

所列情况之一时,允许变更或解除合同。因变更或解除合同使一方遭受损失的,除依法可免除责任的以外,应由责任方负责赔偿。

当事人一方要求变更或解除合同时,应于交货期前三十日以书面形式(包括文书、电报)通知对方,并由双方达成协议。未达成新的书面协议前,原合同仍然有效。

当事人一方接到另一方要求变更或解除合同的建议后,应在收到通知之日起十五日内作出答复,超期不复,视为默认。

供方接到需方变更或解除合同的通知时,如已按合同的规定向承运部门办妥承运手续(取得运单的),可照常发货,并立即答复对方,需方不得拒绝收货或拒付货款。

需方逾期提出变更或解除合同,经供方同意者,除应签订书面的变更或解除合同的协议书外,双方可协商由需方对变更或解除合同部分,赔偿供方一定的实际损失,具体赔偿额度由双方议定。

当事人一方发生《工矿产品购销合同条例》第一章第八条第四项所列情况时,除按该条例的规定执行外,应及时用函件通知对方,说明情况,明确新的当事人和新的当事人的法定代表,并明确新的当事人应承担或分别承担履行合同规定的权利和义务及附送新的当事人承担履行合同义务的证明文件。

其它均按《工矿产品购销合同条例》第八条的第三、四、五项执行。

第三章 商品的运输和交接

第八条 商品的运输和交接,除国家有规定的按有关规定执行外,应按下列办法处理:

供应外地可由供方代办发运或送货,也可由需方自提;供应同城,可由需方自提,也可由供方送货。

实行代运的(即供方代办发运),其交货地点(如供方仓库、火车上、轮船上)、运输方式(如整车、零担等)、运输路线和运输工具,均由双方协商确定,并订入合同,遵照执行。

实行送货的,供方按合同规定负责将商品送达需方指定的接货地点。

实行自提的,供方按合同规定及时通知需方,以供方商品储存地(仓库、生产工厂或港口)为交货地点。如属先交款后提货者,需方必须在办完结算手续付清货款后才能提货。如属需方凭“货物收到证明”(必须盖有公章、财物部门章、提货人章)提货者,应在规定时间(在供方仓库提货时,按双方协商的提取时间;在生产厂和港口提货时,按生产厂、港口规定时间)内提清或办理储存过户,商品过户后或运离交货地点后,即由需方负责。

第九条 供方每次发货,应按合同规定和实发数开制发货单,写明产地(或国别)、品名、规格、牌号、型号、成份、件数、计量单位、数量、单价、金额、合同号、包装情况等内容。发货单必须随货同行,一货一单,单货相符。属于检抓的商品,应附磅码单;以“个”为计量单位(非规格包装)装箱的,应附装箱单;凡有质量证明或化验单的,也应附上。发运整车或集装箱时,必须另附商品交接明细表。

第十条 供方发运的或由供方委托其它单位发运的商品,应力求装满车船容积或载重吨位。因组配不当发生浪费或因超载发生罚款,由直接发运的单位负责。由于铁路超计划容量给

车而多付的运费,由需方负担,双方事前另有议定者除外。

第十一条 危险品的发运,应按国家主管交通运输部门颁发的《危险货物运输规则》的有关规定执行。

第十二条 对使用铁路整车和水运一次在三十吨以上发运的商品,以及急用抢险、救灾的商品和危险品,供方或直接发运单位应在发运后的一个工作日内以电报或长途电话将发运时间和内容(如到站、港、数量、车号、船期等)通知需方或中转方,以便接货。

第十三条 需方要求变更到货地点或接货人时,应在合同规定的交货期限(月份或季度)前四十日通知供方,以利供方编报月度要车(船)计划(因此影响合同交货期不算供方违约)。迟于上述期限,双方应立即另行协商办理。如因改变月度车船计划,给供方造成损失,应由需方负责。

第十四条 供需双方对商品的运输和装卸,应按有关规定与运输或其他承运单位办理交接手续,监装、监卸,做出记录,双方签字,明确责任。

(一)凭封印交接的商品

1. 由供方装车(船),需方卸车(船)或到站(港)承运部门卸车(船)的商品,封印完整而商品发生丢失、短少、损坏、变质、污染,除能证明属于承运部门责任者外,由供方负责;封印脱落、损坏,商品发生丢失、短少、损坏、变质、污染,除能证明属于供方责任者外,由承运部门负责。

2. 由发站(港)承运部门装车(船),需方卸车(船)的商品,需方应会同到站(港)承运部门拆封,如发生封印脱落造成包装破损、商品丢失、短少、损坏、变质、污染,必须当场会同承运部门分清责任,作出商务、货运记录,除能证明属于供方或需方责任者外,由承运部门负责。

(二)凭现状(或件数)交接的商品,由供方组织装车(船)、承运部门按现状(或件数)交接的商品,如发生丢失、短少、损坏、变质、污染,承运部门接收前由供方负责,接收后由承运部门负责;到站(港)后在需方接收前发生丢失、短少、损坏、变质、污染,由承运部门负责,接收后由需方负责。但对在交接点验时包装完好无法从外部发现的商品丢失、短少、损坏、变质、污染,日后发现问题者,除能证明责任者外,在接货二十日内提出索赔者,由供方负责。超过二十日,由双方协商解决。

上述属于承运部门责任的,由需方按国家颁发的有关货物运输合同条例的规定向承运部门提出书面异议,要求赔偿损失。属于供方责任的,应按合同规定由需方向供方提出书面异议,供方负责处理。

第十五条 需方收到商品,经点验发现溢余,应及时书面通知供方处理,供方接到通知后应在十五日内补收货款,逾期没有补收,需方可按商品溢余自行处理。

需方收到商品,经点验发现损耗,应按商业部颁发的《五金交电化工商品运输保管定额损耗管理办法》的规定执行,定额以内者由需方自行处理;超过定额损耗者,其超过部分按以下办法处理:

(一)不属承运部门责任者,需方应于货到后二十日内书面向供方提出索赔,并将入库磅码单或点验记录等证明资料寄交供方。供方接到索赔函件后二十日内处理答复。到期不答复,即视为同意补偿。需方逾期提出的索赔,供方不再受理,其损失而需方负责。供方未按期办理损耗补偿,则按逾期补偿办理,从逾期补偿之日算起至补偿日止,按应补偿总值,每日万分之三计

付延期赔偿金,连同短少赔偿款一并划给需方,并可请银行监督。

(二)属于承运部门责任者,需方应于交接点验时取得运输部门的商务货运记录,并凭此向承运单位索赔。否则其损失由需方负担。

第十六条 供方发运商品,由于没有标记或标记不清、通知不明,以致造成混乱,无法验收时,收方应于货到十日内通知供方,供方应在十日内提出解决办法。化工商品如需倒换包装或化验测定时,由需方办理,由于以上原因发生的费用和损失均由供方负担。

第十七条 定额包装的化工粘皮商品,以包装外所注明的重量为准。毛重相符,除皮后净重短少的,可由需方自行处理。但经鉴定,供方计量皮重与实际皮重不符,不是由于粘皮原因而招致净重短少的,可向供方提出索赔。非定量商品,未标毛重,定量商品,未标皮重,按净重确定短少的,需方应于验收之日起十五日内提出索赔。

易挥发、风化和水份较大易蒸发的商品运达需方后,包装完整,但因挥发、风化或水份蒸发而重量不足时,经测定质量相应提高或质量未变,超额损耗在百分之一以下时,其短量由需方负担;经测定质量降低或质量未变超额损失在百分之一以上,并非商品运输及保管不善原因造成者,需方应在收货后十五日内,凭有关化验证明向供方提出索赔。

第十八条 对有时效期限的商品,发货时,其所余有效期在三分之二以上的,供方可照常发货;在三分之二以下的,供方应征得需方同意后再发货。

第十九条 凡附有物理、化学性能质量证明的商品,以及生产厂包退、包修、包换的商品,需方发现其质量与证明不符而又不是在商品流通过程中造成的,经供方检验属实,其损失由供方先给需方赔偿后,再向有关方索赔。

第二十条 进口商品的接验、发运,按内外贸规定的进口商品接运办法办理。关于进口商品代接、代管、代运的费用(包括手续费等)处理,由当事人双方协商在合同中明确规定。

供方由港口直拨的进口商品(包括原材料),需要在“异地检验”的,供方应在直拨前将“异地检验”的有关规定及要求通知需方,需方应在货到后十五日内办完一切检验事宜(有些商品另有规定验收期限的除外),并将检验的结果回报给供方,以便据情处理。

第二十一条 实行送货或代运的商品,由于到货地或接货人发生错误,属于需方的过错,一切责任由需方承担;属于供方的过错,一切责任由供方承担;属于承运单位的过错,由需方向承运单位要求赔偿损失。但不论哪一方责任,接货单位对运到的商品,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责任方承担。

第二十二条 交货期限及日期的计算。

供方在发运商品时,除合同中已明确一次发货或分批发货以及有特定的交货时间者外,对交货日期的计算,凡由供方发运或送货的,应以取得承运部门的提单或运单的装车日期为准。由于目前运输的实际情况,故按合同规定的交货期限前后不超过二十日交货者,不以提前或延期交货论,需方不得拒绝收货或拒付货款(遇有特殊情况,供需双方应及时联系协商,可不以违约论)。

凡由需方自提的,需方应在接到通知或开票的三日内付清货款,七日内提清商品。

第二十三条 代接代管商品的责任划分。属于下列情况之一时,商品到达地的有关企业应负责代接代管:

(一)进口商品由于变港在其他口岸到货的;

(二)符合本办法规定的拒付货款的商品;

(三)供方错发错运到达的商品。

以上三项商品所有权均属供方,代管方必须负责接收,妥善保管,不准挪用、调换或销售。在代管期间发生人为的损失时,由代管方负责。

凡属上列代接代管的商品,代管方应在接货后立即通知供方,供方接通知后应在三日内主动找代管方商定转调、退回、代管或留销。供方逾期不答复者,代管方不负责任。

第四章 商品的价格

第二十四条 合同中商品的价格,必须遵守国家统一规定的有关物价管理办法。有国家或国家授权的各级主管机关定价的,按规定价格执行;应由国家或国家授权的各级主管机关定价的商品而尚无定价的,其价格应报请物价主管部门批准。不属于国家或国家授权的各级主管机关定价,政策上允许浮动议价的商品,由供需双方协商定价。如因对商品有特殊技术要求,需要提价或降价的,由供需双方商定。

外销转内销的商品价格,按国家有关规定办理。

签订合同时是参考价的,必须在合同中定明确定正式价格的时间和办法。

第二十五条 商品的供应价格,属于国家或国家授权的各级主管机关定价的,以开发票之日的价格为准。在合同执行期间,遇有国家或国家授权机关调整价格的,凡合同规定由供方负责代运的商品,如供方是按调价前的价格开出发票,商品也在执行调价日的当日以及以前运出,并取得了承运部门的运单、提单的,仍按原开发货票的价格执行,如商品在执行调价日期以后运出的(以承运单位承运载记日期为准),应按调整后的价格执行。逾期交货的,遇有价格上涨时,按原价执行,遇价格下降时,按新价执行。凡合同规定由需方自提的商品,逾期付款或逾期提货的,遇价格上涨时,按新价格执行;价格下降时,按原价执行。其他情况,可由供需双方协商办理。

合同规定浮动价格、议定价格的,按合同规定的价格履行。

第五章 费用负担

第二十六条 商品运输费用的负担,除特殊情况由供需双方协商议定者外,均按以下规定办理:

(一)供方代发运的商品,在合同规定的发运地,装车、船前的一切费用,由供方负担(商业企业供应生产单位的原材料,装车船前的一切费用,仍由需方负担),装车、船后的一切费用包括中转费用及列入运单内的装车、船费用,由需方负担。

(二)由供方送货的商品,按合同规定的交货地点交货,其长途和短途运输方面的一切费用,均由供方负担。

(三)需方从供方仓库或生产厂自提的商品,提运或过户以前的费用(包括交接时的倒垛、检斤)由供方负担;提运或过户以后发生的费用由需方负担。

第二十七条 供方代需方垫付的费用,应随当批货款一并办理结算(分批结算时应注明发货票号)。代垫费用需由多数单位分担而原始单据无法分送者,其原始单据可由供方保存,另由供方出具分项的代垫费用清单(或分割单)随货款结算。中转费用由中转单位向需方结算。

第二十八条 代管商品所发生的一切费用,由委托代管方负担。退货、换货和返修商品的往返费用,由责任方负担。

第二十九条 供方委托代销商品及联营业务所发生的费用,按供需双方签订的委托代销协议、联营业务协议的规定办理。

第六章 商品包装

第三十条 为了保证商品运输储存的安全,商品的包装应按国家或专业(部)标准执行;没有国家标准或专业(部)标准的,可按承运托运双方商定并在合同中写明的标准进行包装。危险品的包装,应按国家主管交通运输部门颁发的《危险货物运输规则》的有关规定执行。有特殊要求或采用代用包装用品的,应征得运输部门的同意,并在合同中明确规定。包装外应明显注明品名、规格、生产厂、出厂日期、批号、毛重、净重及根据商品特点注明“勿倒置、轻放、危险、剧毒、易燃”以及其它必须标明的特殊标志。

第三十一条 商品的包装物,除国家规定应由需方供应者外,均由供方负担。

可以多次回收复用的包装物,应按主管部门的规定或双方协商的回收办法和费用分担办法执行。

第三十二条 商品的包装费用,除国家另有规定者外,不得向需方另外收费,但属于下列情况的费用,由需方负担:

(一)需方要求加固或改装超过原定标准的,其超过部分的费用;

(二)在发运时,承运部门为防止污染其他商品或者为保证贵重商品安全,要求另外加套,加固包装(如麻袋、布袋、塑料编织袋、木箱等)的费用;

(三)需方自备包装,经供方加工整理所发生的一切费用;

(四)进口商品的原包装凡属不符合国内运输要求,如在发运时必须改装换装的费用。

第七章 货款结算

第三十三条 货款和费用的结算,按中国人民银行规定的结算办法办理。

第三十四条 供需双方应当按照合同规定的开户银行、帐户名称和帐号进行结算。需方变更开户银行、帐户名称和帐号,应在实际变更前十日通知供方。如果需方未按期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。

第三十五条 需方拒付货款,应当按照中国人民银行结算办法中的拒付规定办理,采用托收承付结算方式的,如果需方拒付货款超过承付期限,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,按逾期付款处理。

第三十六条 需方对于拒付货款的商品,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。但供方对此项商品应积极与需方协商处理。如果确定退回或由需方代管,其往返运杂费或保管费均由供方负担。

第三十七条 需方接到供方托收结算凭证,根据银行验单付款或验货付款办法的规定,经与合同核对相符,应在承付期限内承付。银行在办理划款时,如果需方资金不足,其不足部分作为延期付款处理,按银行规定的货款利率计付赔偿金。属于验单付款的,在承付期内如已到货,经点验发现溢余、短少、残损和超过定额损耗等情况,仍应按验单付款办法承付货款,不得拒付,存在的问题按本办法有关规定处理。

第三十八条 属于下列情况之一者,可拒付部分货款:

(一)结算凭证或发货票所列价格、金额因计算或填写差错,可拒付其差错部分。

(二)部分商品确非合同内者,这部分商品的货款可拒付。

(三)发运商品数量,超过合同规定数量或超差幅度(因包装定额影响的尾数除外),其超过部分可拒付。

(四)实收数量少于发票所列数量,且不属承运部门责任,确系供方少发者,其少发部分可拒付。

(五)商品的质量、牌号与合同规定不符者,其不符部分可拒付。

第三十九条 属于下列情况之一者,可拒付全部货款:

(一)供应的商品全部与合同规定不符者。

(二)货款重复托收结算者。

(三)未按合同规定期限,也未征得需方同意而提前或逾期交货者。

(四)未按合同规定的到货地点发货的托收货款。

第四十条 部分或全部拒付货款时,需方应在承付期限内,提出书面理由,附有关证明,连同合同送交开户银行审核,由银行监督办理。凡符合规定拒付的货款,需方应在拒付的同时,将原有关单据寄回供方,不得拖延。

第四十一条 供方收到银行转来的需方拒付理由书后,如有异议时,应于七日内答复需方,如不按时答复,即视为同意拒付。需方在收到供方的答复意见后,认为可行时,应在七日内将拒付的货款汇给供方。

第四十二条 所发生的拒付款项,不论金额多少,均应专案处理,一事一清,不准在承付其他货款中扣抵。

第八章 违约责任

第四十三条 供需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,其实际损失超过违约金的,还应进行赔偿。对方如要求继续履行合同的,应当继续履行合同。违约金、赔偿金的支付期间,由双方商定,或由有关部门确定责任后十日内偿付,否则按逾期付款处理。违约金、赔偿金不得用其他款项扣抵。

第四十四条 由于上级领导机关或业务主管机关的过错,部分或全部不能履行购销合同的,其违约责任由上级领导机关或业务主管机关承担。先由违约方按规定向对方偿付违约金、赔偿金,然后再由承担责任的上级领导机关或业务主管机关负责处理

第四十五条 供方违约的责任。

(一)供方不能交货和逾期交货的数量,应向需方偿付违约金。其违约责任的处理,按《工矿产品购销合同条例》第三十五条第一项和第五项的规定办理。

(二)供方所交商品的品种、牌号、型号、规格、花色、质量等不符合合同规定的,如果需方同意利用,应按质论价;如果需方不能利用的,应根据商品的具体情况,由供方负责包修、包换或包退,并承担由此发生的一切费用。供方不能维修或不能调换的,按不能交货处理。

(三)因商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,并承担所支付的费用;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差价部分。因包装不符合合同规定造成商品损坏或丢失的,供方应当负责赔偿。

(四)供方错发到站、中转单位、收货单位及接货人,与需方同城的,由需方就近解决,供方应承担由此造成的损失和费用。与需方不在一地的,供方应负责改运需方,或者另按合同规定的到站收货人发货,由此造成逾期交货的,本条第一项的有关规定办理。

第四十六条 需方违约的责任:

(一)中途退货,应向供方偿付违约金,按《工矿产品购销合同条例》第三十六条第一项的规定执行。

(二)需方自提商品未按供方通知日期或合同规定日期提货的,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保管、保养费用。

(三)实行送货或代发运的商品,需方违反合同规定拒绝接货的,应承担由此造成的损失和运输部门的罚款。

(四)承担由于需方错填到货地点、收货单位、中转单位、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;承担代供方保管的商品因需方保养不善而造成的损失。

第九章 附 则

第四十七条 购销合同发生纠纷时,供需双方应及时协商解决。协商不能达成一致意见时,任何一方均可请主管机关调解或向工商行政管理机关设立的经济合同仲裁委员会申请仲裁,也可以直接向人民法院起诉。

第四十八条 供需双方商品运接工作如有委托当地储运公司或中转单位代办者,应负责

会同储运公司或中转单位参照本办法有关规定签订代发运代接收协议。

第四十九条 本办法涉及之时间期限,凡直接送达的,以收件单位签收日期为准;邮寄送达的,凭邮局收寄邮戳及收件单位签收日期为准。

第五十条 本办法自 1986 年 1 月 1 日起实行。过去的有关实施办法与本办法有抵触者,均按本办法执行。

凡本办法未包括的内容,均按《中华人民共和国合同法》及《工矿产品购销合同条例》的规定执行。

附件:

五金交电家电化工商品购销合同

字(19)第 号

(一)商品及交货日期:见《购销合同附表》

(二)原辅材料供应办法;

(三)商品质量标准及验收办法(或包修、包换、包退办法);

(四)商品交货运输方式及运费负担;

(五)价格;

(六)结算方式;

(七)包装及费用负担;

(八)正、副品率及残次品处理办法;

(九)供需双方违约责任:按《工矿产品购销合同条例》和《五金交电家电化工商品购销合同实施办法》的规定执行。

(十)其他:

本合同从双方签字盖章之日起生效。

本合同正本一式两份,供需双方各执一份,副本 份送有关部门。

附注:1. 本合同条款及附表所列各项是签订购销合同的基本内容,可以参照执行。

2. 大批量的和经常发生业务的单位之间,可以签订总合同,其条款可不一票一签。

需方 单位名称:(盖章)

供方 单位名称:(盖章)

地址:

地址:

电话、电报号码:

电话、电报号码:

开户银行和帐号:

开户银行和帐号:

货物到达站

经办人:

经办人

签订日期:一九 年 月 日

有效期:一九 年 月 日至一九 年 月 日

二、怎样订立农副产品购销合同

（一）什么是农副产品购销合同

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

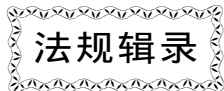
合同应对产品的验收地点、验收方法、验收标准做出明确规定。在检验中如对产品质量发

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。



农副产品购销合同条例

(国发[1984]15号 1984年1月23日)

第一章 总 则

第一条 为了保护农副产品购销合同当事人双方的合法权益,有计划地发展农副产品生产,安排好市场供应,协调产、供、销之间的关系,改善经营管理,提高经济效益,明确经济责任,保证国家计划的执行,根据《中华人民共和国合同法》的规定,特制定本条例。

第二条 本条例适用于依法成立的国营农场、农村社队、国家规定的农副产品收购单位、合作经济组织、以及一切企业、事业单位等法人之间签订的农副产品购销合同。

个体经营户和农村社员、重点户、专业户同法人之间签订农副产品购销合同,应参照本条例执行。

第三条 订立农副产品购销合同,必须遵守国家法律,符合国家政策,贯彻计划经济为主、市场调节为辅的原则,兼顾国家、集体、个人三者的利益。

第四条 农副产品购销合同,除即时清结者外,必须以书面形式签订。

在签订农副产品购销合同时,当地人民政府根据实际情况和可能,可组织签订包括农副产品收购和生产资料供应两方面内容的结合合同。

第二章 合同的签订与履行

第五条 农副产品购销合同依法订立后,即具有法律约束力,当事人双方必须恪守信用,严格履行,任何一方不得擅自变更或解除。

第六条 属于国家统购、派购范围的农副产品的购销,必须按照国家下达的统购、派购任务(牧区畜产品按国家确定的收购基数)签订合同。

属于议购的农副产品和完成国家统购、派购任务后允许上市的农副产品的购销,可由当事

人双方协商签订合同。

第七条 为了保证农副产品统购、派购任务的完成,除国家另有规定者外,对于统购、派购任务内的农副产品,是边交售、边上市,还是必须在完成统购、派购任务后才能上市,各省、自治区、直辖市人民政府可根据不同情况,因地制宜地做出规定。

第八条 农副产品购销合同,应包括下列主要内容:

一、产品的名称。使用的产品名称必须准确,使用地区性习惯名称时,当事人双方应取得一致意见。

二、产品的数量和计量单位。必须明确规定产品的数量、计量单位和计算方法,不得使用含混不清的计量概念。

有些产品在签订购销合同时,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。

三、产品的品种、规格和质量。产品的品种、规格、质量(等级),有国家标准的,按国家标准执行;无国家标准而有部颁标准的,按部颁标准执行;无国家标准和部颁标准的,按地区标准执行;无上述标准的,由当事人双方协商确定。对某些干、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。

四、产品的包装。包装物的标准,按国家标准或专业(部)标准执行;没有国家标准或专业(部)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,当事人双方应商定包装物回收办法,作为合同的附件。

五、产品的价格。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。

执行国家订价的,在合同规定的交付期限内如遇国家价格调整时,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;遇价格下降时,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;遇价格下降时,按原价格执行。执行浮动价、议价的,按合同规定的价格执行。

六、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。

有些农副产品因受气候影响早熟或晚熟的,交货日期经当事人双方协商,可适当提前或推迟。

七、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;如需押运,应由当事人双方协商派人押运。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;国家没有规定的,由当事人双方商定。

八、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。

九、货款的结算。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,需方不得为其他单位代扣款项。

十、产品的验收。对验收地点、验收办法应做出明确规定。在检验中如对产品质量发生争议,当事人双方应按《中华人民共和国标准化管理条例》的规定,交质量监督检验机构裁决。

十一、违约责任。

十二、当事人协商同意的其他条款。

第三章 合同的变更与解除

第九条 遇有《中华人民共和国合同法》第二十七条所列情况之一时,允许变更或解除合同。

第十条 当事人一方要求变更或解除合同时,应及时通知对方,并采用书面形式(包括文书、电报等)由当事人双方达成协议,未达成书面协议前,原合同仍然有效。

第十一条 当事人一方接到另一方要求变更或解除合同的建议后,应在收到通知之日起十五天内做出答复,当事人双方另有约定的,按约定的期限答复,超过规定(约定)期限不做答复的,即视为默认。

第十二条 属于国家统购、派购计划内产品的购销合同的变更或解除,应报经下达该计划的上级业务主管部门批准。属于国家统购、派购计划外产品的购销合同的变更或解除,由当事人双方协商办理。

合同的变更或解除的日期,以当事人双方达成协议的日期为准;需要报经上级业务主管部门批准的,以上级业务主管部门批准变更或解除合同的日期为准。

第四章 违反合同的责任

第十三条 当事人一方违反合同时,应向对方支付违约金。由于违约给对方造成的损失(指实际损失)超过违约金的,还应进行赔偿,以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。

第十四条 由于上级领导机关或业务主管部门随意变更计划、调度失当、非法干预等错误使合同不能履行、不能完全履行或造成经济损失的,上级领导机关或业务主管部门应承担违约责任,应先由违约方按规定向对方偿付违约金、赔偿金,然后再由应承担违约责任的上级领导机关或业务主管部门负责处理。

第十五条 由于运输部门的责任造成的违约,按国家有关规定处理。

第十六条 当事人一方由于不可抗力的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,经有关主管部门证明后,可允许延期履行、部分履行或不履行,并可根据情况部分或全部免予承担违约责任。

第十七条 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。其补交部分按本条第(4)项有关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的奖售、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。

在交售的农副产品中掺杂使假、以次顶好的,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疫病的,除需方应拒收外,还应按国家有关规定处理。

(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,应按本条第(4)项有关逾期交货的规定处理。

(4)交货时间比合同规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、包装或交货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,并承担非因保管、保养不善所造成的损失。

(6)不履行或不完全履行订购合同的,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,应在十五天内负责做出处理(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。

第十八条 需方违反合同的责任:

(1)在合同执行中退货的,应偿付供方退货部门货款总值 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)无故被拒收的送货或代运的产品,应向供方偿付被拒收货款总值的 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,同时应按本条例第(5)项规定,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,应按本条第(1)项处理,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。

第十九条 违约金或赔偿金,应在当事人双方商定的日期内或由有关部门确定责任后十天内偿付,否则,按逾期付款处理。任何一方均不得自行用扣发货物或扣付款来充抵。

第二十条 违约金、赔偿金的支付,已实行利改税的企业,应在缴纳所得税后国家规定的企业留利中开支;没有实行利改税的企业,应在企业基金、利润留成或盈亏包干分成中开支。违约金和赔偿金均不得计入成本(费用)和营业外支出,不得挤占应当上缴财政的收入。行政、事业单位支付的违约金和赔偿金,一律在单位的预算包干节余经费和预算外资金中支付,不得挤入经费中报销。依法对个人的罚款,一律不得用公款报销。

违约金和赔偿金收入,应用于弥补未能履行合同而造成的经济损失。

第二十一条 合同当事人双方发生纠纷时,首先应通过协商解决,协商不成时,任何一方均申请仲裁或向人民法院起诉。

第五章 附 则

第二十二条 购销结合合同涉及工矿产品的,应按《工矿产品购销合同条例》办理。

第二十三条 国务院各有关部门和各省、市、自治区人民政府可根据本条例制定具体实施办法。

第二十四条 本条例自公布之日起施行。过去颁发的有关农副产品购销合同的规定与本条例有抵触者,应按本条例执行。



生猪、鲜蛋、菜牛、菜羊、家禽购销合同实施办法

(1984年8月28日商业部发布)

第一章 总 则

第一条 为了保护合同当事人双方的合法权益,促进生猪、鲜蛋、菜牛、菜羊、家禽的商品生产,保证国家派购任务的落实和加强对议购产品的经营,搞好肉禽蛋商品的流通,根据国务院《农副产品购销合同条例》,特制定本办法。

第二条 本办法适用于收购同生产者(包括国营农场、农村社队生产者协会、平等得协会、专业户等,下同)、个体经营户之间签订的购销合同。

第三条 签订购销合同必须遵守国家法律、法规,符合国家政策,并以书面形式签订,除合同当事人双方各执一份外,还应报送有关部门。

第四条 合同签订后,如双方认为必要时,可根据自愿原则,请当地工商行政管理部门鉴证或司法公证机关公证。

第二章 合同的签订与履行

第五条 生猪、鲜蛋、菜牛、菜羊、家禽购销合同依法签订后,即具有法律约束力,当事人双方要严格信守,不得擅自变更或解除。

第六条 属于国家派购的产品,按照各级政府下达到生产单位的派购任务或派购基数同生产者签订合同。

派购任务或派购基数以外及议购的产品,其购销合同由当事人双方协商签订。

第七条 生猪、鲜蛋、菜牛、菜羊、家禽购销合同,应包括下列主要内容:

一、产品的名称。使用的产品名称必须准确。如使用地区性习惯名称或需注明产品品种(如黄牛、水牛等)时,由当事人双方协商确定。

二、产品的数量和计量单位。必须明确规定产品的数量、计量单位和计算方法。

三、产品的等级和质量。畜禽产品都是鲜活产品,产品的等级、质量,要根据国家的有关规定,商品合理的可行的检疫检验办法;国家没有规定的,由当事人双方协商确定。

四、产品的价格。派购任务或派购基数内的产品,执行国家规定的收购牌价,在合同执行期内遇有价格调整时,按新价格执行;派购任务或派购基数以外及议购的产品,其收购价格 事人双方协商议定。

五、交货期限、地点和方式。按派购任务签订的购销合同,原则上以一年为限,分季分月执行;派购任务或派购基数外及议购的产品按当事人双方协商的交货期限执行。根据鲜活商品的特点,交货日期经协商一致可适当提前或推迟。交货地点和方式,可由当事人双方商定。

六、货款结算。产品的货款结算,对社员个人、专业户、个体经营户等一般要求钱货两清,如需通过银行结算的,结算办法应按中国人民银行的统一规定执行。

七、违约责任。

八、当事人协商同意的其他条款(例如,以收购胴体代替活体时,要对数量、价格的折算办法和产品卫生质量要求,国家规定的奖售政策和产前产后服务项目等在合同中注明)。

第三章 合同的变更与解除

第八条 当事人双方或一方遇有下列情况之一时,允许变更或解除合同:

一、发生自然灾害或其他不可抗力的原因,致使合同不能履行或不能完全履行。但应尽快向对方通报理由,经乡政府主管部门证明后,可允许变更或解除合同。

二、当事人双方经过协商同意,并且不因此损害双方利益和影响国家收购计划的执行。

第九条 当事人一方要求变更或解除合同时,应提前通知对方,并采用书面形式由当事人双方达成协议,未达成书面协议前,原合同仍然有效。

第十条 当事人一方接到另一方要求变更或解除合同的通知后,应在收到通知之日起七天内做出答复(当事人双方另有约定的,按约定的期限答复),超过规定(约定)期限不做答复的,即视为默认。

第十一条 派购任务或派购基数内的购销合同的变更,还应报经下达该计划的上级政府和业务主管部门批准。

第四章 违约责任和纠纷处理

第十二条 当事人一方违反合同时,应向对方支付违约金,由于违约给对方造成的损失超过违约金的,还应进行赔偿,以补偿违约金不足的部分。违约金、赔偿金的交付时间由当事人双方或由有关部门确定责任后十天内偿付,否则按逾期付款处理。任何一方不得自行用扣付货款来充抵。

第十三条 由于上级领导机关业务主管部门随意变更计划、调度失当、非法干预等错误,使一方不能履行或不能完全履行购销合同而造成经济损失的,先由违约方按规定向对方偿付

违约金、赔偿金。上级领导机关或业务主管部门应承担违约责任,并负责处理善后工作。

第十四条 属于本办法第八条的情况时,可部分或全部免予承担违约责任。

第十五条 供方违反合同的责任:

一、逾期或交货少于合同规定的,如需方仍然需要,应照数补交,其违约金由双方协商确定;如需方不需要,按逾期少缴部分货款总值的 1—20% 偿付违约金。

交货时间比合同规定提前,而供方经有关部门证明理由正当,需方可考虑同意接收,并按合同规定付款;无正当理由提前交货的,需方有权拒收。

二、交售的产品规格、卫生质量标准与合同规定不符时,需方可以拒收。如经有关部门证明确有正当理由,需方仍然需要的可以延迟交货,不按违约处理。

第十六条 需方违反合同的责任:

一、未按合同规定收购或在合同期中退货的,应按需方未收或退货部分货款总值的 5—25% 偿付违约金。因此而使供方造成损失的,还应根据实际情况赔偿。

二、需方提前收购,如供方同意,变更合同,需方要给供方适当的补偿。需方因特殊原因必须逾期收购的,除比照中国人民银行有关延期付款的规定,按逾期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饲养费,并承担因此而造成的其他实际损失。

三、对通过银行结算而未按期限付款,应按中国人民银行有关延期付款规定,向供方偿付延期付款违约金。

四、供方按合同规定交货,需方无正当理由拒收的,除按拒收部分货款总值的 5—25% 偿付违约金外,还应承担供方因此而造成的实际损失和费用。

第十七条 合同当事人双方发生纠纷时,首先应通过协商解决;协商解决不了时,由双方上级主管部门调解,调解无效时,当事人一方可向工商行政管理部门申请仲裁或向当地人民法院起诉。

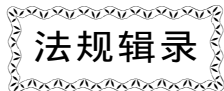
在协商解决纠纷的过程中,所发生的商品损失和费用开支,由有关部门确定的责任方承担。

第五章 附 则

第十八条 机关、团体等同国营收购单位之间签订的生猪、鲜蛋、菜牛、菜羊、家禽购销合同,也可参照本办法。

第十九条 本办法中的未尽事宜,按《农副产品购销合同条例》办理。各省、自治区、直辖市经营部门可以根据本办法制订实施细则或分品种的购销合同办法。

第二十条 本办法从一九八四年十月一日起实行。



棉花调拨合同实施办法(试行)

(1984 年 11 月 28 日商业部发布)

第一章 总 则

第一条 为了保护棉花调拨合同当事人双方的合法权益,协调供需之间的经济关系,改善经营管理,提高经济效益,明确经济责任,保证国家计划的执行,根据《中华人民共和国合同法》和《农副产品购销合同条例》的,特制订本办法。

第二条 订立棉花调拨合同,必须认真贯彻执行党和政府的有关政策,严格执行国家计划。

第三条 棉花调拨合同,必须采用书面形式。由供方(调出方,下同),需方(调入方,下同)的法定代表或者凭法定代表以委托书委托的经办人签字(盖章),并加盖单位公章或合同专用章,由省级业务主管部门审核,在合同上签字(盖章)。

供方、需方当事人委托上级业务主管部门或其他单位代订合同时,必须出具委托书并明确代理权限。

分段调拨计划或调拨通知单只是签订合同的依据,不能代替合同。

第二章 合同的签订与履行

第四条 棉花调拨合同依法订立后,即具有法律约束力,当事人双方必须恪守信用,严格履行,任何一方不得擅自变更或解除。

第五条 棉花调拨合同必须按商业部下达的棉花分段调拨计划和省(区、市)的分点调拨计划签订(进口棉花根据调拨通知单)。棉花调拨计划分三段或两段安排。

分段调拨计划的编报时间和要求,由商业部棉麻局通知。

分段调拨计划安排后,除特殊情况下,一般不再调整计划。

第六条 棉花调拨合同,包括以下内容:

一、品名:纺棉、絮棉。

二、等级:除一般细绒棉分列为一级(其中 31 毫米)、二级(其中 31 毫米)外,其他等级按《棉麻调拨办法》规定分列。

三、计量单位:一律暂为市担。

四、交货日期及数量:合同中应明确规定分月交货数量。

五、发站、中转站、到站和收货单位。

六、结算价格:按商业部核定的棉花调拨价格执行。

七、交货方式:棉花调拨商业系统内实行送货制。

八、货物运输、货款结算、商品质量验收、费用损耗均按《棉麻调拨办法》规定办理。

九、责任划分和违约责任按《棉花调拨办法》及本办法规定办理。

十、当事人双方协商同意的其他条款。

棉花调拨合同样式附后。

第七条 棉花调拨合同签订方式:

棉花分段调拨计划确定后,由商业部棉麻局组织召开全国的或分片的签订合同会议,由供需双方的法人代表根据本省的分点调拨计划直接签订合同,合同必须在第一个月执行前 25 天签订完毕。

第三章 合同的变更或解除

第八条 遇有下列情况之一时,允许变更或解除合同:

一、合同签订后,遇有人力不可抗拒的灾害等情况,其数量和品级允许部分变更或解除经济合同;

二、订立合同所依据的国家计划被修改或取消;

三、当事人一方由于关闭确实无法履行合同,并取得上级主管部门证明的;

四、由于一方违约,使棉花调拨合同履行成为不必要。

当事人一方要求变更或解除合同时,应及时通知对方。因变更或解除合同使一方遭受经济损失的,除依法可以免除责任外,应由责任方负责赔偿经济损失。

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。

第九条 棉花调拨计划是国家指令性计划,合同的变更或解除,必须按《棉麻调拨办法》规定,先报经下达该计划的上级业务主管部门批准,并及时通知对方。合同变更或解除应采用书面形式(包括文书、电报等)。变更或解除合同的日期,以上级业务主管部门批准变更或解除合同的日期为准。

第四章 违反合同的责任

第十条 凡是背离已签合同条款规定的行为,均是违约行为。如双方协商同意变更或解除合同并经下达计划的上级主管部门批准,不按违约处理。双方未达成变更或解除合同的协议,原合同仍有效,对不执行合同的行为,以违约论处。

第十一条 当事人一方违反合同时,应按本细则有关违约责任条款规定,向对方支付违约

金。由于违约给对方造成的损失(指实际损失)超过违约金的,应支付赔偿金,以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。

第十二条 由于省(区、市)各级领导机关或业务主管部门的过错造成合同不能履行或者不能完全履行,领导机关或业务主管部门应承担违约责任,违约方应先按规定向对方偿付违约金、赔偿金,再由应承担责任的领导机关或业务主管部门负责处理。

第十三条 由于运输部门不能按计划批给车皮影响合同执行,不按违约处理,运输中发生运输事故,应按《经济合同法》和《农副产品购销合同条例》有关规定办理。

第十四条 当事人一方由于不可抗力的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,经有关主管机关证明后,可允许延期履行,部分履行或不履行,并可根据情况部分或全部免予承担违约责任。

第十五条 供方违反合同的责任:

一、交货数量,合同规定的等级和分月完成数量,执行中允许有一定的公差。一个合同中每个等级数量差不超过 $\pm 5\%$,每个月完成数量差不超过 $\pm 10\%$,均视为完成合同规定。但一个合同最后完成的数量,在发最后一车时,不足半车的不发,半车以上的发一整车。其少发或多发的数量均视为完成合同,不按违约处理。凡未经双方协商同意,而超过以上规定的,其超交或少交的均按违约处理。供方应向需方偿付超交或少交部分棉花货款总值的 1% 违约金对超交的棉花,需方应妥善保管,并由双方另行协商处理。在未处理前,供方应承担超交棉花的保管费(每吨每天按 0.08 元计算,下同)和保险费。少交的棉花如需方仍需要,供方应按合同规定补发。

二、需方对棉花质量的验收,按国家标准(试行草案)中的有关规定办理。商品检验手续(包括重量品质)按《棉麻调拨办法》有关规定办理。验收中发现等级不符、重量短缺等有问题的商品,需方应按《棉麻调拨办法》规定的时间,通知对方派人前去处理,逾期不回电、不派人的,需方即按实际验收处理,并根据《棉麻调拨办法》规定向供方办理二次结算外,供方应向需方偿付有问题商品货款总值 1% 违约金。如发现有意掺杂使假,以次顶好的,供方应向需方偿付有问题商品的货款金额 5% 的违约金。在运输中由于不可抗力的原因造成商品质量不符合规定的,不以违约处理。对这些棉花可由供方、需方协商解决。

三、交售时间,实行送货和代运的,以发运时运输部门的戳记为准,比合同规定提前而需方书面同意接货的,可按合同规定的时间付款;未经需方同意接货而自行提前发货的,需方应按《棉麻调拨办法》规定,照常接卸,验收入库,妥善保管。但供方应承担该批棉花的保管费、保险费和提前发运商品货款总值 1% 的违约金。

四、由于供方的责任造成错发到站或接货单位时,供方应承担由此发生的各种费用。如因此造成逾期交货,则视同违约,应向需方偿付该批商品货款总值 1% 的违约金。

未经双方协商同意,供方单方面改变合同规定运输路线或运输工具的,供方应承担因此而多支付的费用。

五、供方棉花需要中转运的,而货款在货物由调出点发出后即向银行办理托收的,其中转运的棉花自银行办理托收承付之日起,超过两个月到货的,其超期的全部货款利息由供方负担。

第十六条 需方违反合同的责任:

一、合同执行中需方提出退货或无故拒收,而供方不同意的,需方应偿付供方退货或拒收

的棉花货款总值 5% 的违约金。

需方要求延期调入,而供方同意的,需方应偿付延期调入的棉花在延期内的货款利息、保管费、保险费和因此而支付的其它实际费用。

二、需方除《棉麻调拨办法》第二十六条规定的情况外,凡不按规定期限付款的,应按银行有关延期付款的规定承担供方贷款利息和延期付款的违约金。

三、对供方提前发运或发运有质量问题的棉花,需方必须按《棉麻调拨办法》规定,妥善保管,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,则按延期付款处理。

四、由于需方的责任造成错发到站或接货单位时,需方应承担由此而多支付的一切费用,如因此造成逾期交货由需方负责。

五、由于不可抗力造成的延误卸货,不以违反合同处理,但需方未按《棉麻调拨办法》有关规定及时卸货所遭致的罚款和事故损失由需方负担。如由此造成不按期付款,则按延期付款处理。

六、需方在合同执行过程中提出变更到站和接货单位,应按《棉麻调拨办法》有关规定办理,因变更到站和接货单位而增加的费用由需方负担。

第十七条 违约金或赔偿金应在供方、需方当事人商定的日期内或由有关部门确定责任后十天内偿付,否则,按逾期付款处理,任何一方均不得自行用扣发货物或扣付货款来充抵。

第十八条 违约金、赔偿金的支付,已实行利改税的企业,应在交纳所得税后国家规定的企业留利中开支;没有实行利改税的企业,应在企业基金,利润留成或盈亏包干分成中开支。违约金和赔偿金无均不得计入成本(费用)和营业外支出,不得挤占应当上缴财政的收入。违约金和赔偿金收入,应用于弥补未能履行合同而造成的经济损失。

第十九条 供方、需方合同当事人发生纠纷时,应通过协商解决,协商不成时,可申请上级业务主管机关调解,任何一方均可向合同管理机关设立的经济合同仲裁委员会申请仲裁,也可以直接向人民法院起诉。

第五章 附 则

第二十条 本办法自一九八五年一月一日开始执行。本办法执行后,《棉麻调拨办法》继续有效,其中与本办法规定有抵触者,均按本办法规定执行。

第二十一条 商业系统外棉花经营单位凡实行产地送货制的,也执行本办法。

各省、自治区、直辖市内棉花调拨合同和棉花工、商购销合同,可结合本地区情况,制定实施了细则,并报商业部备案。

法规辑录边销茶调拨合同实施办法(试行)^①

(1992年3月2日 商业部部发(92)土字第116号)

第一章 总 则

第一条 为了加强边销茶成品调拨管理,确保国家指令性调拨计划的执行,进一步明确供方(调出方)、需方(调入方)的经济责任,维护双方的正当合法权益,提高经济效益,对边销茶调拨实行经济合同制管理。根据《中华人民共和国合同法》和《农副产品购销合同条例》的规定,制定本办法。

第二条 签订边销茶调拨合同,必须在法律、法规和政策规定的范围内,按照平等互利的原则,由当事人以书面的形式认真协商签订。调拨合同的内容要充分反映当事人双方的权利和义务,明确双方的经济责任,规定对违约的处理办法。合同示范文本格式,由商业部制定发布,抄送国家工商行政管理局备案。

第三条 边销茶调拨合同一经签订具有法律约束力,当事人双方必须恪守信用,认真履行,任何一方不得擅自变更或解除。依法成立的调拨合同不受机构调整、领导人或经办人变动等影响。

第二章 调拨合同的签订和履行

第四条 边销茶属于国家指令性计划管理商品,签订边销茶调拨合同,必须以国家下达的调拨计划为依据。签订合同的办法,省间调拨的,由有关调出、调入者、市、自治区边销茶主管部门或由主管部门正式委托的主管单位,根据商业部确定的年度调拨计划,签订调拨总合同。合同供需双方主营单位根据总合同的规定,分段分点落实调拨任务,可采用分解调拨合同的方式,执行调拨总合同。分解调拨合同受调拨总合同的法律约束,必须注明总合同编号。

签订边销茶调拨合同,必须采用书面形式,供需双方要会章签字。合同正本一式两份,由供需当事人双方各执一份。并在通知有关运输部门的同时,抄送双方的开户银行。

第五条 边销茶调拨合同的主要内容包括:

(一)产品的名称(注明牌号或商标)、品种、规格、等级、花色;

^① 注:此办法已征得国家工商局、中国人民银行等部门的同意。

- (二)产品的技术标准(含质量要求);
- (三)产品的数量和计量单位;
- (四)产品的包装标准;
- (五)产品的交货单位、交货方式、运输方式、到货地点;
- (六)接(提)货单位或接(提)货人;
- (七)交(提)货期限;
- (八)验收方式;
- (九)产品的价格;
- (十)结算方式、开户银行、帐户名称、帐号、结算单位;
- (十一)违约责任;
- (十二)当事人双方协商同意的其他意见。

第六条 调拨边销茶的质量标准,按国家标准执行。

第七条 调拨边销茶的价格,按照商业部规定的调拨价执行。在合同期内如遇国家价格调整时按新规定价格计算;超过合同期限逾期交货的,遇价格上调时,按原价格执行,遇价格下降时,按新价格执行;逾期接货的,遇价格上调时,按新价格执行,遇价格下降时,按原价格执行。

第八条 履行调拨合同,计划内调拨的,有关运输计划的编制、申报、发运、接收、中转应注意的事项,损耗、超耗规定,运输事故的处理等,按国家有关规定执行。

第三章 调拨合同的变更与解除

第九条 遇有《中华人民共和国合同法》第二十七条所列的情况之一时,允许变更或解除合同。

第十条 变更或解除调拨合同,需经当事人双方协商一致。当事人一方如要求变更或解除合同,要及时通知对方;当事人一方接到对方的要求后,应尽快研究,给予答复。在双方未达成正式协议之前,原合同仍然有效。但是,如果当事人一方在接到对方要求之日起十五日之内不予答复,超过期限即视为默许。如双方另有约定期限即按约定期限计算。

变更或解除合同必须报经上级主管部门批准。

第四章 违反调拨合同的责任

第十一条 违反边销茶调拨合同,责任方应向对方支付违约金。因违约造成对方经济损失的,还应酌情进行赔偿。

第十二条 由于上级领导机关或主管机关随意变更计划、调度失当、非法干预等错误使合同不能履行、不能完全履行或造成经济损失的,上级领导机关或业务主管机关应承担违约责任。但应先由违约方向对方偿付违约金、赔偿金,然后再由应承担违约责任的上级领导机关或业务主管机关负责处理。

第十三条 由于运输部门的原因,造成合同不能按期履行或完全履行的,按国家有关规定处理。

第十四条 供方违反合同的责任:

(一)在合同期满时,实际完成的调出数量少于或多于合同规定数量的,均按违约处理。逾期不调或少调部分,如需方仍然需要,应照数补足,并由供方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;如需方因逾期交货而不再需要,或是供方不能再补调的,应由供方负责向下达计划的上级主管部门说明情况,并向需方偿付该部分货款总值 10% 的违约金。

确定调出是否逾期的计算方法,以供方发运货物时运输部门的戳记为准。

实际调出数量比合同规定数量多调或少调不超过 2% 的,可不作违约处理。

(二)供方未经需方同意,比合同规定时间提前调出的,接受单位可按合同规定的时间付款,并向调出单位收取这段时间的代贮保管费用。

(三)调出边销茶的质量合格,但低于合同规定的质量标准时,应按现行扣价、扣整理费的规定处理。质量高于合同规定标准时,如需方同意,可按质论价接收;如需方不同意,应按合同原规定标准付款。

凡卫生指标中有一项不合格或感观、理化指标中两项不合格者,即为产品质量不合格产品。不合格产品不准销售,应移交工商行政管理部门处理,并由供方承担全部经济责任。

第十五条 需方违反合同的责任:

(一)在合同履行期内,需方如要求不调入或减少调入数量,应向供方偿付该部分货款总值 20% 的违约金。

(二)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。

(三)无理拒付全部或部分货款的,应按照中国人民银行有关延期付款的规定,从拒付之日起,向供方支付违约金。

第十六条 违约金和赔偿金应在双方商定的日期内或由有关部门确认责任后十日偿付,否则按逾期付款处理。任何一方不得自行用扣发货物或扣付货款来充抵。

违约金、赔偿金的支付,应在《农副产品购销合同条例》规定的项目中开支。

第十七条 合同当事人双方发生纠纷时,应通过协商解决。协商不能解决时,可由上一级主管部门调解。调解不成时,任何一方均可向国家规定的经济合同仲裁机关申请仲裁或向人民法院起诉。

第五章 附 则

第十八条 各省、自治区、直辖市、计划单列(地区)的有关行政管理部门可根据本办法,结合本地区实际情况,制定具体执行细则,并报商业部备案。

第十九条 本办法自发布之日起试行。

三、怎样订立建设工程承包合同

(一)什么是建设工程承包合同

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设计任务,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;勘察设计单位称为承包方。

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设计书,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:建筑单位、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、会议纪要，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。

法律精释

经济合同法对建设工程承包合同的规定

(《中华人民共和国合同法》第十八条)

【条文】 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。

【释义】 本条是关于建筑承包合同的订立和履行的一般原则的规定。

1. 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，为了完成一定的建设工程项目，明确相互权利义务关系的协议。建设单位称为发包方（或委托方），施工单位称为承包方。

建设工程承包合同是以完成一定项目为目的,是与固定资产的扩大再生产和人民生活条件的改善密切相联的,所以,它是关系国计民生的重要经济合同。

2. 建设工程承包合同的订立。建设工程承包合同,通常由发包人和承包人自由协商订立。但国家的重大建设工程项目承包合同,必须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,违反者一律无效。建设工程重大项目承包合同的签订,必须严格遵守法定程序。即从提出建设项目到建成交付使用,需要经过以下程序:(1)提出建设项目;(2)根据国民经济和社会发展规划编制计划任务书;(3)选定建设地点;(4)进行勘察设计;(5)初步设计经批准后列入国家年度计划;(6)进行施工准备;(7)计划安排;(8)组织施工;(9)工程竣工、组织验收和交付使用等。

投资计划,是指国家根据当年的人、财、物的综合平衡制定的年度国民经济和社会发展规划中规定的基本建设投资总额。基本建设投资计划的资金来源包括六部分:(1)国家财政预算拨款;(2)地区、部门、企业的各类自筹资金;(3)银行贷款;(4)借用的外资;(5)专项资金(如烧油改烧煤的节能投资);(6)其他资金。基本建设实行统一的计划管理,全部项目纳入国家计划。按统一计划,分级管理的原则,全国基本建设投资总额分部门、分地区的投资额,大中型项目年度投资额和主要产品的新增生产能力,由国家计划确定,统一安排;地方用自筹资金安排的基本建设,按照国家确定的建设重点和投资控制指标,经过省、市、自治区计委综合平衡,纳入地方基本建设计划。

计划任务书,又称设计任务书,是确定基本建设项目,编制设计文件的主要依据。制定计划任务书,是基本建设程序的重要阶段之一。凡是新建、改建和扩建项目,根据国民经济的长远规划和建设布局,按照项目的隶属关系。由主管部门组织计划、设计等单位制定计划任务书,报请中央和地方有关部门批准。

3. 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,可以由建设单位与一个总包单位签订总包合同,然后再由总包单位就工程的各组成部分与其他承包单位签订分包合同。分包合同对总包单位负责,总包单位对建设单位负责。也可由建设单位与勘察、设计、建筑、安装等单位分别签订合同,各承包单位对建设单位负责,建设单位负责各承包单位之间的协调工作。

建设工程承包合同根据立法标准,可以分为两大类:一是勘察设计公司;二是建筑安装工程承包合同。

4. 建设工程勘察设计公司。建设工程勘察设计公司,是指建设部门与勘察计划单位为完成一定的勘察设计任务,明确相互权利义务关系而达成的协议。建设单位为委托方,勘察设计公司为承包方。

承包方根据建设工程勘察设计公司合同约定的期限提出建设工程的初步设计和施工图,并对重大项目和特殊项目提出技术设计;而委托方要依约定期限向承包方提供有关勘察、设计的基础资料 and 文件,并支付勘察费和设计费。

设计文件,是安排建设项目和组织工程施工的主要依据。设计文件一般包括初步设计、施工图、技术设计和设计概算。施工图和说明书是由设计单位依照正式批准的初步设计所编制的图样及文字说明。施工图和说明书将初步设计的内容更加精确、更加详细具体地描绘出来,达

到施工的需要。设计概算是控制建设项目总投资的主要根据。

5. 建筑安装工程承包合同。建筑安装工程承包合同,是指建设单位与施工单位(建筑安装单位)之间,为完成特定的建筑安装工程任务,明确相互权利义务关系的协议。建设单位称发包方(或委托方),建筑安装单位称承包方。

承包方根据合同规定和设计文件编制施工图预算和施工组织设计,并按照施工顺序合理组织施工,按规定期限和质量要求全面完成工程任务;委托方按规定搞好协作与配合工作,按期验收,并按规定向承包方拨款和结算。

6. 建设工程的竣工验收。竣工验收是全面考核建设工程成果的主要环节,是委托方的一项主要义务。关于各类建设项目由谁验收、如何验收、国家都有明确规定,应严格按照规定验收。



建设工程勘察设计公司条例

(国发[1983]122号 一九八三年八月八日)

第一条 根据《中华人民共和国合同法》的有关规定,结合实行建设工程勘察设计公司制的经验,特制定本条例。

第二条 建设工程勘察设计公司合同是委托方与承包方为完成一定的勘察设计任务,明确相互权利义务关系的协议。

第三条 建设工程勘察设计公司合同的双方必须具有法人地位。委托方是建设单位或有关单位,承包方是持有勘察设计证书的勘察设计单位。

第四条 建设工程勘察设计公司合同,必须符合国家规定的基本建设程序。

勘察合同,由建设单位、设计单位或有关单位提出委托,经双方同意即可签订。

设计合同,须具有上级机关批准的设计任务书方能签订。小型单项工程须具有上级机关批准的文件方能签订。如单独委托施工图设计任务,应同时具有经有关部门批准的初步设计文件方能签订。

第五条 勘察设计公司合同应具备以下主要条款:

一、建设工程名称、规模、投资额、建设地点。

二、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、质量的设计文件份数。

三、勘察、设计取费的依据,取费标准及拨付办法。

四、违约责任。

第六条 勘察设计公司合同在当事人双方经过协商取得一致意见,由双方负责人或指定的代

表签字并加盖公章后,方为有效。

第七条 按规定收取费用的勘察设计合同生效后,委托方应向承包方付给定金。勘察设计合同履行后,定金抵作勘察、设计费。勘察任务的定金为勘察费的百分之三十,设计任务的定金为估算的设计费的百分之二十。

委托方不履行合同的,无权请求返还定金。承包方不履行合同的,应当双倍返还定金。

第八条 一般建设工程(特殊专业工程除外)勘察设计合同双方的责任是:

一、委托方

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(或经过批准的资源报告)、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的各阶段,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. 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。

三、承包方

1. 勘察单位应按照现行的标准、规范、规程和技术条例,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。

第九条 建设工程的设计任务由两个以上的设计单位配合设计,如委托其中一个设计单位总包时,可以签订总包合同。总包单位和各分包单位应签订分包合同。总包单位对委托方负责,分包单位对总包单位负责。

第十条 委托方或承包方违反合同规定造成损失的,应承担违约责任:

一、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,并应视造成的损失浪费大小减收或免收勘察设计费。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、由于变更计划,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。

三、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,在合同中订明。

第十一条 建设工程勘察设计公司发生纠纷时,双方应及时协商解决。协商不成时,双方属于同一个部门的,由上级主管部门调解;调解不成,或不属于同一个部门的,可向国家规定的合同管理机关申请调解或仲裁,也可以直接向人民法院起诉。

第十二条 对于建设工程设计任务书以前的工作(包括可行性研究、选厂勘察、代编设计任务书等)以及咨询、技术服务等其它工作的委托与承包可以参照本条例执行。

第十三条 与建设工程勘察设计公司有关的其它问题,均按照《中华人民共和国合同法》的规定执行。

第十四条 国务院有关部门可根据《中华人民共和国合同法》及本条例的规定制订本部门的实施办法。

第十五条 本条例自颁布之日起施行。



建筑安装工程承包合同条例

(国发[1983]122号 1983年8月8日)

第一条 根据《中华人民共和国合同法》的有关规定,结合实行建筑安装工程承包合同制的经验,特制定本条例。

第二条 建筑安装工程承包合同是发包方(建设单位)和承包方(施工单位)为完成商定的建筑安装工程,明确相互权利、义务关系的协议。

第三条 承包合同应当采取书面形式。

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、会议纪要,以及资料、图表等,也是承包合同的组成部分。

第四条 列入国家计划内的重点建筑安装工程,必须按照国家规定的基本建设程序和国家批准的投资计划签订合同。如果双方不能达成一致意见,由双方上级主管部门处理。

第五条 签订承包合同必须遵守国家法律、符合国家政策,并应具备以下基本条件:

- 一、承包工程的初步设计和总概算已经批准;
- 二、承包工程所需的投资和统配物资已经列入国家计划;
- 三、当事人双方均具有法人资格;
- 四、当事人双方均有履行合同的能力。

第六条 承包合同应具备以下主要条款:

- 一、工程名称和地点;
- 二、工程范围和内容;
- 三、开、竣工日期及中间交工工程开、竣工日期;
- 四、工程质量保修期及保修条件;
- 五、工程造价;
- 六、工程价款的支付、结算及交工验收办法;
- 七、设计文件及概、预算和技术资料提供日期;
- 八、材料和设备的供应和进场期限;
- 九、双方相互协作事项;
- 十、违约责任。

第七条 单项工程较多,施工期较长的建筑安装工程,应根据国家长远计划、批准的初步设计和总概算签订总合同,进行施工准备;然后,再根据批准的年度计划,施工图和预算(或技术设计的修正概算)签订具体承包合同,进行施工。

如果施工准备工作量较大,又有条件作施工准备的,双方可以先签订施工准备合同,据以进行施工准备工作并应限期补签承包合同。

第八条 承包合同应建立在科学可靠、切实可行的基础上。双方的权利、义务必须在合同中明确加以规定。属于专业性建筑安装工程,国务院各有关主管部门可根据工程的特点,对承、发包双方的责任作特殊的规定。一般工业与民用建筑安装工程,双方的主要责任是:

一、发包方

1. 办理正式工程和临时设施范围内的土地征用、租用,申请施工许可执照和占道、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、上下水道的定位标桩、水准点和座标控制点;
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. 按双方协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、施工单位共同审定施工组织设计、工程价款和竣工结算,负责组织工程竣工验收。

二、承包方

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、竣工验收报告;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,负责无偿修理。

第九条 合同工期,除国务院另有规定者外,应执行各省、自治区、直辖市和国务院主管部门颁发的工期定额。暂时没有规定工期定额的特殊工程,由双方协商确定。工期一经确定,任何一方不得随意改变。

第十条 工程结算方式,根据具体情况可实行施工图预算或工程概算加签证的结算办法;也可以实行施工图预算加系数包干、按工程概算包干和房屋建筑平方米造价包干等办法。实行包干的工程,在合同条款中应明确规定包干范围,对合同工程价款一次包定。属于包干范围以外的设计变更、国家规定的材料设备价格调整、人力不可抗拒的灾害等,可对合同工程价款进行调整。

第十一条 建筑安装工程竣工验收,应以施工图纸及说明书、国家颁发的施工及验收规范和质量检验标准为依据。

第十二条 发包方可将全部建筑安装工程委托一个承包单位承包,也可委托几个承包单位分别承包。

承包单位可将承包的工程,部分分包给其他分包单位签订分包合同。承包单位对发包方负责,分包单位对承包单位负责。但承包单位不得通过将所承包的工程转包给其他单位,而从中渔利。

第十三条 违反承包合同的责任

一、承包方的责任:

1. 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;

2. 工程交付时间不符合规定,按合同中违约责任条款的规定偿付逾期违约金。

二、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,按合同的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,按银行有关逾期付款办法或“工程价款结算办法”的有关规定处理。

第十四条 违约金、赔偿金的偿付,企业(包括施工企业及改、扩建建设单位)应从自有资金中开支,不得计入成本;行政、事业单位,应从概、预算包干的节余经费中开支,或先从建设资金中垫付,然后由上级主管部门处理。筹建新建项目的单位,应先从建设资金中垫付,然后由上级主管部门处理。

第十五条 合同正本由签订双方各执一份,副本应报双方主管业务部门、工商行政管理机关和经办银行备案。

第十六条 合同管理与合同纠纷仲裁,按国务院有关合同管理和合同仲裁的规定执行。

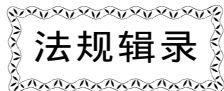
第十七条 全民所有制组织之间、集体所有制组织之间或全民所有制组织与集体所有制组织之间签订承包合同,均按本条例执行。个体户与全民、集体所有制组织之间签订承包合同,应参照本条例执行。

涉外建筑安装工程承包合同不适用本条例。

第十八条 与建筑安装工程承包合同有关的其他问题,均按照《中华人民共和国合同法》的规定执行。

第十九条 国务院有关部门可根据《中华人民共和国合同法》和本条例的规定,制定本部门的实施办法。

第二十条 本条例自颁布之日起施行。



建设部 国家工商行政管理局 建筑市场管理规定

(1991 年 11 月 21 日 建法〔1991〕798 号)

第一章 总 则

第一条 为加强建筑市场管理,保护建筑经营活动当事人的合法权益,维护建筑市场的正常秩序,制定本规定。

第二条 本规定所称建筑市场管理,是指各级人民政府建设行政主管部门、工商行政管理机关等有关部门,按照各自的职权,对从事各种房屋建筑、土木工程、设备安装、管线敷设等勘察设计、施工(含装饰装修,下同)、建设监理,以及建筑构配件、非标准设备加工生产等发包和承包活动的监督、管理。

第三条 凡从事上述发包和承包活动的单位和个人,均须遵守本规定。

第四条 各级人民政府建设行政主管部门、工商行政管理机关等,依法对建筑市场进行管理,保护合法交易和公平竞争。

第五条 任何单位和个人都不得在承包活动中行贿受贿或收受“回扣”,不得以介绍工程任务为手段收取费用。

第二章 建筑市场管理机构的职责

第六条 各级人民政府建设行政主管部门负责建筑市场的管理,履行下列主要职责:

(一)贯彻国家有关工程建设的法规和方针、政策,会同有关部门草拟或制定建筑市场管理法规;

(二)总结交流建筑市场管理经验,指导建筑市场的管理工作;

(三)根据工程建设任务与设计、施工力量,建立平等竞争的市场环境;

(四)审核工程发包条件与承包方的资质等级,监督检查建筑市场管理法规和工程建设标准(规范、规程、下同)的执行情况;

(五)依法查处违法行为,维护建筑市场秩序。

第七条 各级人民政府工商行政管理机关负责建筑市场的监督管理,履行下列主要职责:

(一)会同建设行政主管部门草拟或制定建筑市场管理法规,宣传并监督执行有关建筑市

场管理的工商行政管理法规；

(二)依据建设行政主管部门颁发的资质证书，依法核发勘察设计单位和施工企业的营业执照；

(三)根据《中华人民共和国合同法》的有关规定，确认和处理无效工程合同，负责合同纠纷的调解、仲裁，并根据当事人双方申请或地方人民政府的规定，对工程合同进行鉴证；

(四)依法审查建筑经营活动当事人的经营资格，确认经营行为的合法性；

(五)依法查处违法行为，维护建筑市场秩序。

第三章 发包管理

第八条 建立工程建设报建制度。固定资产投资计划下达后，大中型建设项目的建设单位须向工程所在地的省、自治区、直辖市人民政府建设行政主管部门或其授权的机构办理报建手续。其他建设项目按国家和地方的有关规定向相应的建设行政主管部门申请办理报建手续。

报建申请书应当载明下列主要内容：工程名称、建设地点、投资规模、当年投资额、资金来源、工程规模、开竣工日期、发包条件、工程筹建情况等。

第九条 凡具备招标条件的建设项目，必须按照有关规定进行招标。其他建设项目的承发包活动，须在工程所在地县级以上地方人民政府建设行政主管部门或其授权机构的监督下，按照有关规定择优选定承包单位。

第十条 发包建设项目的单位和个人(以下统称发包方)应当具备下列条件：

(一)是法人、依法成立的其他组织或公民；

(二)有与发包的建设项目相适应的技术、经济管理人员；

(三)实行招标的，应当具有编制招标文件和组织开标、评标、定标的能力。

不具备本条第二、三款条件的，须委托具有相应资质的建设监理、咨询单位等代理。

第十一条 发包工程勘察设计，除符合本章第十条规定外，还须具备下列条件：

(一)设计任务书已经批准；

(二)具有工程设计所需要的基础资料。

第十二条 工程施工发包除符合本章第十条规定外，还须具备下列条件：

(一)初步设计及概算已经批准；

(二)工程项目已列入年度建设计划；

(三)有能够满足施工需要的施工图纸及有关技术资料；

(四)建设资金和主要建筑材料、设备来源已经落实；

(五)建设用地的征用已经完成，拆迁已符合工程进度要求。

第十三条 工程的勘察、设计必须委托给持有《企业法人营业执照》和相应资质等级证书的勘察、设计单位。

工程的施工必须发包给持有营业执照和相应资质等级证书的施工企业。

建筑构配件、非标准设备的加工生产，必须发包给具有生产许可证或经有关主管部门依法批准生产的企业。

第四章 承包管理

第十四条 承包工程勘察、设计、施工和建筑构配件、非标准设备加工生产的单位(以下统称承包方),必须持有营业执照、资质证书或产品生产许可证、开户银行资信证明等证件,方准开展承包业务。

第十五条 跨省、自治区、直辖市承包工程或者分包工程、提供劳务的施工企业,须依照《施工企业资质管理规定》,持单位所在地省、自治区、直辖市人民政府建设行政主管部门或者国务院有关主管部门出具的外出承包工程证明和本规定第十四条规定的证件,向工程所在地的省、自治区、直辖市人民政府建设行政主管部门办理核准手续,并到工商行政管理等机关办理有关手续。

勘察、设计单位跨省、自治区、直辖市承包任务,依照《全国工程勘察、设计单位资格认证管理办法》的有关规定办理。

第十六条 承包方必须按照其资质等级和核准的经营范围承包任务,不得无证承包或者未经批准越级、越范围承包。

第十七条 工程的勘察、设计、施工,应当严格按照有关的工程建设标准进行,并按照国家有关规定接受当地人民政府建设行政主管部门或其授权机构的核验和监督检查。质量不合格的工程不准交付使用。

第十八条 没有出厂合格证或质量不合格的建筑材料、建筑构配件、设备等,不准在工程上使用。

第十九条 承包工程施工,必须自行组织完成或按照有关规定分包部分工程,不得非法转包。

任何单位和个人都不得出让资质证书、营业执照、图签、银行帐号等。

第二十条 承担建设监理业务的单位,必须持有建设行政主管部门核发的资质证书和工商行政管理机关核发的营业执照,严禁无证、照或越级承担建设监理业务。

第五章 合同管理

第二十一条 承发包双方必须按照《中华人民共和国合同法》、《建设工程勘察设计合同条例》、《建筑安装工程承包合同条例》等法规的规定,签订承发包合同,并严格履行。

第二十二条 承发包合同的签订,必须严格执行国家和地方的价格政策、计价方法和取费标准。任何单位和个人都不得随意扩大计价的各项标准,不得任意压价、抬价或附加不合理条件。

第二十三条 承发包合同正本一式两份,由双方各执一份。合同副本必须报双方的主管部门、经办银行备案。工商行政管理机关依法对合同进行登记管理。

各地可以根据实际情况实行合同鉴证。

第二十四条 承发包合同在执行过程中发生纠纷,双方应当协商解决。协商不成时,任何一方均可向国家规定的合同管理机关申请调解或仲裁,也可以直接向工程所在地人民法院起诉。

第六章 罚 则

第二十五条 对于发包利用发包权索贿受贿、收受“回扣”,或者将工程发包给不符合资质等级单位承担的,除没收非法所得外,处以二万元以下的罚款。

第二十六条 承包方有下列行为之一的,可以根据情节,予以警告、通报批评、没收非法所得、责令停止勘察设计或施工、责令停产整顿、降低资质等级、吊销营业执照等处罚,并处以二万元以下的罚款。

(一)无证、照或越级勘察、设计、施工的;

(二)非法转包工程的;

(三)出卖、出借、出租、转让、涂改、伪造资质证书、营业执照、银行帐号、图签等的;

(四)无证、照或越级承担建设监理的;

(五)利用行贿、“回扣”等手段承揽工程任务,或以介绍工程任务为手段收取费用的。

第二十七条 违反本规定的,由建设行政主管部门和工商行政管理机关依照各自的职责进行查处。需要配合的,双方应积极配合。构成犯罪的,由司法机关依法追究刑事责任。

第二十八条 在工程上指定使用没有出厂合格证或质量不合格的建筑材料、建筑构配件、设备,或者因设计、施工不按标准执行,造成工程质量、人身伤亡事故的,按照《建筑工程质量责任暂行规定》处理。

第二十九条 建筑市场管理人员以权谋私、敲诈勒索、徇私舞弊的,由其所在单位或上级主管部门给予行政处分。

第三十条 当事人对处罚决定不服的,可以按照《中华人民共和国行政诉讼法》和《行政复议条例》的有关规定,申请行政复议或者向人民法院起诉。逾期不申请复议或者不向人民法院起诉的,由作出处罚决定的行政机关申请人民法院强制执行或依法强制执行。

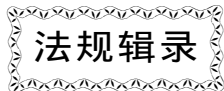
第七章 附 则

第三十一条 本规定由建设部和国家工商行政管理局共同负责解释。

第三十二条 各省、自治区、直辖市人民政府建设行政主管部门、工商行政管理机关,可以根据本规定制定实施办法。

村庄和集镇建设中的特殊情况可以另行制定实施办法。

第三十三条 本规定自十二月一日起施行。原城乡建设环境保护部、国家工商行政管理局一九八七年二月十日发布的《关于加强建筑市场管理的暂行规定》同时废止。



工程建设施工招标投标管理办法

(1992 年 12 月 30 日建设部令第 23 号发布)

第一章 总 则

第一条 为了适应社会主义市场经济体制的需要,加强政府对工程建设施工招标投标的管理,使建设单位和施工企业进入建筑市场进行公平交易、平等竞争,达到控制建设工期、确保工程质量和提高投资效益的目的,制定本办法。

第二条 凡政府和公有制企、事业单位投资的新建、改建、扩建和技术改造工程项目的施工,除某些不适宜招标的特殊工程外,均应按本办法实行招标投标。

第三条 施工招标投标,应当坚持公平、等价、有偿、讲求信用的原则,以技术水平、管理水平、社会信誉和合理报价等情况开展竞争,不受地区、部门限制。

第四条 施工招标投标是双方当事人依法进行的经济活动,受国家法律保护和约束。凡具备条件的建设单位和相应资质的施工企业均可参加施工招标投标。

第二章 机构与职责

第五条 建设部负责全国工程建设施工招标投标的管理工作,其主要职责是:

(一)贯彻执行国家有关工程建设招标投标的法律、法规和方针、政策,制定施工招标投标的规定和办法;

(二)指导、检查各地区、各部门招标投标工作;

(三)总结、交流招标投标工作的经验,提供服务;

(四)维护国家利益,监督重大工程的招标投标活动;

(五)审批跨省的施工招标投标代理机构。

第六条 省、自治区、直辖市人民政府建设行政主管部门,负责管理本行政区域内的施工招标投标工作,其主要职责是:

(一)贯彻执行国家有关工程建设招标投标的法规和方针、政策、制定施工招标投标实施办法;

(二)监督、检查有关施工招标投标活动,总结、交流工作经验;

(三)审批咨询、监理等单位代理施工招标投标业务的资格;

- (四)调解施工招标投标纠纷；
- (五)否决违反招标投标规定的定标结果。

第七条 省、自治区、直辖市建设行政主管部门可以根据需要,报请同级人民政府批准,确定各级施工招标投标办事机构的设置及其经费来源。

根据同级人民政府建设行政主管部门的授权,各级施工招标投标办事机构具体负责本行政区域内施工招标投标的管理工作。主要职责是:

- (一)审查招标单位的资质；
- (二)审查招标申请书和招标文件；
- (三)审定标底；
- (四)监督开标、评标、定标和议标；
- (五)调解招标投标活动中的纠纷；
- (六)否决违反招标投标规定的定标结果；
- (七)处罚违反招标投标规定的行为；
- (八)监督承发包合同的签订、履行。

第八条 国务院工业、交通等部门要会同地方建设行政主管部门,做好本部门直接投资和有关投资公司投资的重大建设项目施工招标管理工作。其主要职责是:

- (一)贯彻国家有关工程建设招标投标的法规和方针、政策；
- (二)指导、组织本部门直接投资和有关投资公司投资的重大建设工程项目的施工招标工作和本部门直属施工企业的投标工作；
- (三)监督、检查本部门有关单位从事施工招标投标活动；
- (四)商项目所在的省、自治区、直辖市建设行政主管部门办理招标等事宜。

第三章 招 标

第九条 按照建设项目实行业主负责制的原则,建设单位作为投资的责任者和业主享有下列权利:

- (一)按照有关规定程序,有权组织招标活动；
- (二)根据政府规定的资质标准,有权正当选择和确定投标单位；
- (三)根据有关评标原则和价格管理规定,有权选定中标价格和中标单位。

第十条 建设单位招标应当具备下列条件:

- (一)是法人、依法成立的其他组织；
- (二)有与招标工程相适应的经济、技术管理人员；
- (三)有组织编制招标文件的能力；
- (四)有审查投标单位资质的能力；
- (五)有组织开标、评标、定标的能力。

不具备上述二至五项条件的,须委托具有相应资质的咨询、监理等单位代理招标。

第十一条 建设项目招标应当具备下列条件:

(一)概算已经批准；
(二)建设项目已正式列入国家、部门或地方的年度固定资产投资计划；
(三)建设用地的征用工作已经完成；
(四)有能够满足施工需要的施工图纸及技术资料；
(五)建设资金和主要建筑材料、设备的来源已经落实；
(六)已经建设项目所在地规划部门批准，施工现场的“三通一平”已经完成或一并列入施工招标范围。

第十二条 施工招标可采用项目的全部工程招标、单位工程招标、特殊专业工程招标等方法。但不得对单位工程的分部、分项工程进行招标。

第十三条 施工招标可采用下列方式：

(一)公开招标。由招标单位通过报刊、广播、电视等方式发布招标公告；
(二)邀请招标。由招标单位向有承担该项工程施工能力的三个以上(含三个)企业发出招标邀请书；
(三)议标。对不宜公开招标或邀请招标的特殊工程，应报县级以上地方人民政府建设行政主管部门或其授权的招标投标办事机构，经批准后可以议标。参加议标的单位一般不得少于两家(含两家)。

第十四条 施工招标一般应按下列程序进行：

(一)由建设单位组织一个与本办法第十条要求相符的招标班子；
(二)向招标投标办事机构提出招标申请书。申请书的主要内容包括：招标单位的资质，招标工程具备的条件，拟采用的招标方式和对投标单位的要求等；
(三)编制招标文件和标底，并报招标投标办事机构审定；
(四)发布招标公告或发出招标邀请书；
(五)投标单位申请投标；
(六)对投标单位进行资质审查，并将审查结果通知各申请投标者；
(七)向合格的投标单位分发招标文件及设计图纸、技术资料等；
(八)组织投标单位踏勘现场，并对招标文件答疑；
(九)建立评标组织，制定评标、定标办法；
(十)召开开标会议，审查投标标书；
(十一)组织评标，决定中标单位；
(十二)发出中标通知书；
(十三)建设单位与中标单位签订承发包合同。

第十五条 招标文件的主要内容包括：

(一)工程综合说明。包括工程名称、地址、招标项目、占地范围、建筑面积和技术要求、质量标准以及现场条件、招标方式、要求开工和竣工时间、对投标企业的资质等级要求等；
(二)必要的设计图纸和技术资料；
(三)工程量清单；
(四)由银行出具的建设资金证明和工程款的支付方式及预付款的百分比；

(五)主要材料(钢材、木材、水泥等)与设备的供应方式,加工定货情况和材料、设备价差的处理方法;

(六)特殊工程的施工要求以及采用的技术规范;

(七)投标书的编制要求及评标、定标原则;

(八)投标、开标、评标、定标等活动的日程安排;

(九)《建设工程施工合同条件》及调整要求;

(十)要求交纳的投标保证金额度。其数额视工程投资的大小确定,最高不得超过 1000 元;

(十一)其它需要说明的事项。

第十六条 招标文件一经发出,招标单位不得擅自变更其内容或增加附加条件;确需变更和补充的,报招标投标办事机构批准后,在投标截止日期 7 天前通知所有投标单位。

第十七条 招标文件发出后 10 天内,招标单位组织答疑会。答疑纪要作为招标文件的补充,应报招标投标办事机构批准备案并以书面形式通知所有投标单位。

第十八条 发出招标文件至投标截止时间,小型工程不少于 15 天,大中型工程不少于 30 天。

第四章 标 底

第十九条 工程施工招标必须编制标底。标底由招标单位自行编制或委托经建设行政主管部门认定具有编制标底能力的咨询、监理单位编制。

第二十条 编制标底应遵循下列原则:

(一)根据设计图纸及有关资料、招标文件,参照国家规定的技术、经济标准定额及规范,确定工程量和编制标底;

(二)标底价格应由成本、利润、税金组成,一般应控制在批准的总概算(或修正概算)及投资包干的限额内;

(三)标底价格作为建设单位的期望计划价,应力求与市场的实际变化吻合,要有利于竞争和保证工程质量;

(四)标底价格应考虑人工、材料、机械台班等价格变动因素,还应包括施工不可预见费、包干费和措施费等。工程要求优良的,还应增加相应费用;

(五)一个工程只能编制一个标底。

第二十一条 标底必须报经招标投标办事机构审定。

第二十二条 标底一经审定应密封保存至开标时,所有接触过标底的人员均负有保密责任,不得泄漏。

第二十三条 实行议标的工程,其承包价格由承包双方商议,报招标投标办事机构备案。

第五章 投 标

第二十四条 施工企业作为建筑产品的生产者,在施工招标投标的活动中,享有下列权

利:

(一)凡持有营业执照和相应资质证书的施工企业或施工企业联合体,均可按招标文件的要求参加投标;

(二)根据自己的经营状况和掌握的市场信息,有权确定自己的投标报价;

(三)有权对要求优良的工程实行优质优价;

(四)根据自己的经营状况有权参与投标竞争或拒绝参与竞争。

第二十五条 投标单位应向招标单位提供以下材料:

(一)企业营业执照和资质证书;

(二)企业简介;

(三)自有资金情况;

(四)全员职工人数,包括技术人员、技术工人数量及平均技术等级等。企业自有主要施工机械设备一览表;

(五)近三年承建的主要工程及其质量情况;

(六)现有主要施工任务,包括在建和尚未开工工程一览表。

第二十六条 投标单位领取招标文件时,须按规定交纳投标保证金。

第二十七条 投标单位应按招标文件的要求,认真编制投标书。投标书应包括下列内容:

(一)综合说明;

(二)按照工程量清单计算的标价及钢材、木材、水泥等主要材料用量。投标单位可以依据统一的工程量计算规则自主报价;

(三)施工方案和选用的主要施工机械;

(四)保证工程质量、进度、施工安全的主要技术组织措施;

(五)计划开工、竣工日期,工程总进度;

(六)对合同主要条件的确认。

第二十八条 标投书须有单位和法定代表人或法定代表人委托的代理人的印鉴。投标单位应在规定的日期内将投标书密封送达招标单位。如果发现投标书有误,需在投标截止日期前用正式函件更正,否则以原投标书为准。

第二十九条 投标单位可以提出修改设计、合同条件等建议方案,并做出相应标价和投标书同时密封寄送招标单位,供招标单位参考。

第六章 开标 评标 定标

第三十条 开标、评标、定标活动,在招标投标办事机构的监督下,由招标单位主持进行。

第三十一条 招标单位应邀请有关部门参加开标会议,当众宣布评标、定标办法,启封投标书及补充函件,公布投标书的主要内容和标底。

第三十二条 有下列情况之一,投标书宣布作废:

(一)未密封;

(二)无单位和法定代表人或法定代表人委托的代理人的印鉴;

(三)未按规定格式填写,内容不全或字迹模糊、辨认不清;

(四)逾期送达;

(五)投标单位未参加开标会议。

第三十三条 评标组织由建设单位及其上级主管部门(包括由建设单位委托的咨询、监理单位)和建设单位邀请的有关单位组成。特殊工程或大型工程还可邀请有关专家参加。

第三十四条 评标、定标应采用科学的方法。按照平等竞争、公正合理原则,一般应对投标单位的报价、工期、主要材料用量、施工方案、质量实绩、企业信誉等进行综合评价,择优确定中标单位。

第三十五条 自开标(或开始议标)至定标的期限,小型工程不超过 10 天,大中型工程不超过 30 天,特殊情况可适当延长。

第三十六条 确定中标单位后,招标单位应于 7 天内发出中标通知书,同时抄送各未中标单位,抄报招标投标办事机构。未中标的投标单位应在接到通知后 7 天内退回招标文件及有关资料,招标单位同时退还投标保证金。

第三十七条 中标通知书发出 30 天内,中标单位应与建设单位依据招标文件、投标书等签订工程承发包合同。

第七章 罚 则

第三十八条 违反本规定,有下列行为之一的,由县级以上地方人民政府建设行政主管部门或其授权机构根据情况轻重,给予警告、通报批评、中止招标、取消一定时期投标权、不准开工、责令停止施工的处罚,并可处以罚款:

(一)应招标的工程而未招标的;

(二)招标单位隐瞒工程真实情况(如建设规模、建设条件,投资、材料的保证等)的;

(三)泄露标底,影响招标投标工作正常进行的;

(四)投标单位不如实填写投标申请书、虚报企业资质等级的;

(五)投标单位串通作弊、哄抬标价,致使定标困难或无法定标的;

(六)定标后,逾期拒签承发包合同的。

第三十九条 建设单位利用招标权索贿,收受“回扣”;投标单位以行贿,给“回扣”等不正当手段获取工程任务的,按《建筑市场管理规定》的有关规定处理。

第四十条 投标单位投标后,由于招标(建设)单位的原因而中止招标或招标失败的,招标(建设)单位应向各投标单位赔偿一定的经济损失。

第四十一条 建设行政主管部门或其授权机构的工作人员徇私舞弊、索贿受贿的,由所在单位或上级主管部门给予行政处分。构成犯罪的,由司法机关依法追究其刑事责任。

第四十二条 在招标投标中发生纠纷,可自行协商处理或由招标投标办事机构进行调解。调解无效时,可通过诉讼解决。

第四十三条 当事人对处罚决定不服的,可以在收到处罚通知书之日起 15 日内,向作出处罚决定的上一级机关申请复议。对复议决定不服的,可以在收到复议决定之日起 15 日内向

人民法院起诉;也可以直接向人民法院起诉。逾期不申请复议各或者不向人民法院起诉,又不履行处罚决定的,由作出处罚的机关申请人民法院强制执行。

第八章 附 则

第四十四条 省、自治区、直辖市人民政府建设行政主管部门,可以根据实际情况制定施工招标投标实施办法或细则,并报建设部备案。

第四十五条 涉外工程的招标投标管理办法另行制定。

第四十六条 本办法由建设部负责解释。

第四十七条 本办法自发布之日起实施。过去颁布的有关规定与本办相抵触的,按本办法执行。



建设工程施工合同管理办法

(1993 年 1 月 29 日 建设部〔1993〕78 号)

第一条 为适应建立社会主义市场经济体制需要,加强建筑市场管理,确保市场秩序正常,保护建设工程施工合同当事人的合法权益,根据《中华人民共和国合同法》、《建筑安装工程承包合同条例》和《建筑市场管理规定》,制订本办法。

第二条 本办法适用于土木工程,设备安装,管道线路敷设,装饰装修及房屋修缮等建设工程的施工合同(以下简称施工合同)。

第三条 施工合同的签订,应当遵守国家的法律、法规和国家计划,遵循平等互利、协商一致、等价有偿的原则。

承办人员签订合同,应取得法定代表人的授权委托书。

施工合同一经依法订立,即具有法律效力,当事人的合法权益受到法律保护;任何一方不得擅自转让、变更。

承发包双方之外的任何单位和个人,不得非法干预施工合同的签订和履行。

第四条 承发包双方签订施工合同,必须具备相应资质条件和履行施工合同的能力。对合同范围内的工程实施建设时,发包方必须具备组织协调能力;承包方必须具备有关部门核定的资质等级并持有营业执照等证明文件。

第五条 凡进行工程建设,承发包双方必须在中标后的规定时限内,或开工前依法签订书面施工合同,并全面履行。

第六条 任何单位和个人,不得利用合同进行违法活动,不得损害国家、社会和第三方利

益及扰乱建筑市场秩序。

第七条 签订施工合同必须具备以下条件:

1. 初步设计已经批准;
2. 工程项目已经列入年度建设计划;
3. 有能够满足施工需要的设计文件和有关技术资料;
4. 建设资金和主要建筑材料设备来源已经落实;
5. 招标投标工程,中标通知书已经下达。

第八条 签订施工合同,必须按照《建设工程施工合同示范文本》的“合同条件”,明确约定合同条款。对可能发生的问题,要约定解决办法和处理原则。合同应具备以下主要内容:

1. 工程名称、地点、范围、内容,工程价款及开竣工日期;
2. 双方的权利、义务和一般责任;
3. 施工组织设计的编制要求和工期调整的处置办法;
4. 工程质量要求、检验与验收方法;
5. 合同价款调整与支付方式;
6. 材料、设备的供应方式与质量标准;
7. 设计变更;
8. 竣工条件与结算方式;
9. 违约责任及处置办法;
10. 争议解决方式;
11. 安全生产防护措施。

第九条 发包方可以将组织、管理和协调工程建设的权力及职责,委托给具备相应资质的监理单位承担。在签订监理委托合同时,应明确监理单位的权限和责任,并写进施工合同。施工合同赋予监理单位的权限和责任,应与监理委托合同中明确的权限、责任一致。

第十条 承发包双方应参照国务院有关部门或省、自治区、直辖市颁发的工期定额,确定相应的施工工期,以确保工程质量。没有工期定额的工程,由双方协商确定合理工期。

第十一条 工程质量的标准和要求必须符合国家、行业或地方有关规定。

对材料、设备、施工工艺和工程质量的检查与验收要求,发包方应在合同中约定,承包方应严格按施工合同和标准规范要求组织施工。

第十二条 工程价款应以定额和相应取费标准作为指导价格,通过招标投标和双方协商确定合同价款,并按合同约定对价款进行适时的调整。

第十三条 发包方应将全部工程发包给一个施工企业总承包,签订总包合同;但大型或专业复杂的工程也可分别发包给几个施工企业承包。

承包方经征得发包方同意,或在施工合同中另有约定,才准将部分工程分包,签订分包合同。对此,承包方需在分包现场派出具有相应资质的常驻人员,管理、监督分包方履行合同。对分包工程的质量、工期和分包方行为造成违反总包合同的,由承包方承担责任。

分包合同与总包合同发生抵触时,以总包合同为准。

第十四条 各级政府建设行政主管部门要按照转换政府职能的要求,对施工合同进行以

下管理：

1. 宣传贯彻国家有关经济合同方面的法律、法规和方针政策；
2. 贯彻国家制订的施工合同示范文本，并组织推行和指导使用；
3. 组织培训合同管理人员，指导合同管理工作，总结交流工作经验；
4. 对施工合同签订进行审查，监督检查合同履行，依法处理存在的问题，查处违法的行为；

5. 制订签订和履行合同的考核指标，并组织考核；表彰先进的合同管理单位；

6. 确定损失赔偿范围；

7. 调解施工合同纠纷。

第十五条 发包方应加强施工合同的内部管理；

1. 建立管理制度；

2. 向工地派驻具备相应资质的代表，或聘请监理单位及具备相应资质的人员负责监控承包方履行合同。

第十六条 承包方应自觉把合同管理作为转换企业经营机制的工作内容，加强内部管理；

1. 制订管理办法，建立严格制度，有专门人员负责管理；

2. 向工地派驻具备相应资质、熟悉合同的管理人员。

第十七条 发包方须在施工合同正式签订之前，将双方协商一致的合同草案，送建设行政主管部门或其授权机构审查。审查的主要内容：

1. 是否有违反法律法规和违反合同签订原则的条款；

2. 双方是否具备相应资质和履行合同的能力；

3. 有无损害国家、社会和第三者利益的条款；

4. 是否具备签订合同的必要条件；

5. 合同条款是否完备、内容是否详尽准确；

6. 双方驻工地代表是否具备规定的资质条件；

7. 工期、质量和合同价款等条款是否符合本办法第十、第十一和第十二条的规定。

第十八条 建设行政主管部门或其授权机构，在收到合同草案之日起 10 日内予以审查，提出意见。承发包双方应按审查意见进行修改，重新报送，待合同符合要求后，正式签订施工合同。主管部门 10 日内不作答复，可视为该合同已符合要求，双方可正式签订施工合同。合同签订之日起 5 日内，将合同文本报建设行政主管部门或其授权机构和开户银行备案。

第十九条 凡不签订书面合同、或不按规定办理报送审查、备案手续，不按建设行政主管部门或其授权机构审查意见修改文本的，建设行政主管部门应责令补办有关手续，或采取其他有关措施处置。

第二十条 在履行合同中违反法律、法规和扰乱建筑市场秩序行为的，建设行政主管部门应提出警告，或依法令其停止施工，或中止合同履行。发生后两种情况时，当事人双方应保护好已完工程，按责任各自承担保护费用。

第二十一条 合同签订后，一方拒绝履行合同，应承担违约责任。因一方违约使合同不能履行，经另一方提出要求后，建设行政主管部门或其授权机构，可依法采取措施，保证合同履行。

行。

第二十二条 变更或解除合同应签订书面协议。解除合同的,应在签订协议之日起5日内将协议报送原备案机关。

第二十三条 当施工合同在履行中发生争议、纠纷,双方应在努力保持施工连续、不使工程质量受到损害的情况下,按合同约定的解决方法和程序进行调解、申请仲裁或向法院起诉。

第二十四条 对假冒其它组织或他人名义签订施工合同,或将合同用于违法活动的,视情节重处以20,000元以下罚款;构成犯罪的,由司法机关追究刑事责任。

第二十五条 对违反第十三条规定将工程转包的,或有其他扰乱建筑市场行为的,处以20,000元以下罚款。

第二十六条 凡违反本办法有关规定的,建设行政主管部门根据情节轻重,还可给予当事人以必要的警告、停业整顿、降低资质等级、收回资格证书,或其他行政处罚分。

第二十七条 当事人对处罚决定不服的,可在收到处罚通知书之日起15日内,向做出处罚决定的上一级机关申请复议。对复议决定不服的,可在收到复议决定之日起15日内向法院起诉。也可以直接向法院起诉。逾期不申请复议或者不向法院起诉,又不服从处罚决定的,由作出处分机关申请法院强制执行。

第二十八条 本办法由建设部解释。

第二十九条 各省、自治区、直辖市人民政府建设行政主管部门可根据本办法制定实施办法或细则。

第三十条 本办法自发布之日起施行。

四、怎样订立加工承揽合同

(一)什么是加工承揽合同

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 and 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到一致意见以后,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。

法律精释

经济合同法对加工承揽合同的规定

（《中华人民共和国合同法》第十九条）

【条文】 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，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。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 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、保管费用以后，用定作方的名义存入银行。

【释义】 本条是关于加工承揽合同订立和履行的一般原则的规定。

1. 加工承揽合同的概念与特征。

(1) 加工承揽合同的概念。加工承揽合同，是指承揽方根据定作方提出的要求完成一定工作，定作方接受承揽方完成工作成果，并支付约定报酬的协议。提出加工任务的一方，称为定作方；接受并完成工作的一方，称为承揽方。

(2) 加工承揽合同的特征。加工承揽合同，在经济生活中广泛应用。通过这类合同，承揽方自己承担风险责任，主要是用自己的设备、技术和劳力，根据定作方要求的规格、质量和数量完成加工任务，并将工作成果交付定作方；定作方接受该项特定的工作成果，满足生产或生活上的特殊需要，并支付约定报酬。这种合同特征是：

① 加工承揽合同标的特殊性。加工承揽合同标的是承揽方的劳动成果，是一种物化的劳动，通常表现为特定物品，既不同于市场上的一般商品，也不同于企业的定型产品或标准化产品，更不能用其他物品来代替。

② 加工承揽合同内容的特定性。加工承揽合同，是以完成特定工作为合同的内容。如修缮房屋、设备、工具等。这一特定工作，是为了满足定作方的特殊需要，因此，未经定作方同意，不得擅自变更或修改。

③ 承揽方必须亲自完成全部或主要的加工任务。加工承揽合同是由定作方与承揽方根据承揽方的设备、技术和劳力的条件，为完成特定工作而订立的。因此，承揽方在完成特定的工作

过程中,必须以自己设备、技术和劳力来完成定作方交给的工作任务。未经定作方同意,不得把接受的任务转让给第三方完成。

④承揽方应按期将工作成果交付定作方。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。

(3)加工承揽合同的种类。加工承揽合同的种类繁多,根据现实经济生活以及本条的规定,常见的有以下几种:

①加工合同。加工合同是指承揽方按照定作方提供的原材料,根据定作方提出的品种、质量、数量和期限等具体要求,为其加工特定的产品,并按照约定收取加工费用而签订的协议。这种合同的特征是:加工产品所需原材料由定作方提供,承揽方只收取加工费。

②定作合同。定作合同是指承揽方按照定作方提出的品种、规格、质量和数量等具体要求,用自己的原材料进行生产,为定作方加工特定产品,收取相应报酬的协议。这种合同的特征是:加工产品所需要的原材料由承揽方提供,定作方只付给相应的价款。

③修理合同。修理合同是指承揽方按照定作方的要求,对定作方交给的特定产品、生活用具进行修理,并收取定作方相应报酬的协议。这种合同的特征是:承揽方对定作方提供的标的进行修理。定作方给付承揽方一定报酬。

④修缮合同。修缮合同是指承揽方按照定作方的要求,为其修缮房屋、机器设备及其他工具等,并收取相应报酬的协议。若所需的修缮原材料是由定作方提供的,承揽方只收相应的酬金;若所需要的修缮材料是由承揽方提供的,定作方还应给付承揽方修缮材料的价款。

⑤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,并收取相应报酬的协议。承揽方提供的劳务,可以是脑力劳动服务,如产品或项目的设计,书刊资料的翻译等,也可以是体力劳动服务,如花木栽培等。

除上述合同外,加工承揽合同还包括印刷、广告、测试、测绘、包装、装配等合同。

2. 关于加工承揽合同双方当事人责任的规定。根据本条二、三款的规定,加工承揽合同双方当事人的责任如下:

(1)承揽方的责任

①承揽方用自己的原材料完成定作方工作的,应按照合同规定选用原材料,并对原材料的质量负责。如承揽方隐瞒原材料的缺陷或使用不符合合同规定的原材料,从而影响定作物质量时,承揽方应按照定作方的要求重作、修理、减少价款或退货。

②承揽方用定作方提供的原材料完成的定作物,其所有权属定作方,因此承揽方在工作过程中无权擅自更换原材料或偷换零部件。否则,是违法行为,应负赔偿责任。但定作方应保证定作物的质量,承揽方如发现定作方提供的原材料和零部件不符合要求的,应通知定作方更换或补齐,否则,其后果由定作方负责。

③定作方要求承揽方对承揽的工程保密时,承揽方应当保密。未经定作方许可,承揽方不得留存技术资料和复制品。

④承揽方按照定作方要求进行工作时,发现定作方提供的图纸或技术要求不合理时,应及时通知对方。

(2)定作方的责任。

①定作方按照合同规定接受定作物并支付相应的报酬。如果定作方无故不接受或迟延接受定作物,致使定作物遭受毁坏或损失时,由定作方自己负责;如定作方无故拒绝或延迟支付报酬的,应负违约责任,承揽方对标的物有留置权。

留置权,是经济合同担保的另一形式。留置权是指当事人一方按照合同规定,保管对方财物或接受来料加工,在对方不按期或不如数给付管理费或加工费时,有权留置其财物。如果合同履行,超过规定期限的,保管方或承揽方在法律许可范围内,可以变卖对方留置的财物,从价款中优先得到清偿。

②由定作方提供原材料完成工作的,定作方应按合同规定的数量、质量、规格和期限向承揽方提供原材料,否则,造成不良后果由定作方自己负责。

③定作方对承揽方通知其所提供的图纸或技术要求不合理,应在规定的时间内答复,并提出修改意见。否则,承揽方有权停止工作,因此造成的损失,由定作方负责。

3. 定作方逾期6个月不领取定作物的,承揽方有权按规定对定作方进行变卖处理。所得价款扣除报酬、保管费用以后,将余款用定作方名义存入银行。本条第四款这样规定的目的,一是保护承揽方的合法权益不受侵犯。承揽方可以从变卖定作方的价款中,扣除报酬和保管费用,从而使承揽方在定作方不领取定作物的情况下不受损失或少受损失;二是可以督促定作方按规定期限领取定作物。

变卖定作物的价款,除扣除报酬和保管费外的价款,承揽方以定作方的名义存入银行。因为原定作物的所有权属于定作方,所以变卖定作物所得价款按规定支付报酬、保管费之后的余款,理应归定作方所有。



加工承揽合同条例

(1984年12月20日 国务院发布)

第一章 总 则

第一条 本条例依据《中华人民共和国合同法》的有关规定制定。

第二条 加工承揽合同是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的协议。

第三条 本条例适用于法人之间的加工、定作、修缮、修理、印刷、广告、测绘、测试等合同。

个体经营户、农村社员、专业户、重点户同法人之间签订加工承揽合同,应当参照本条例执行。

第二章 合同的订立和履行

第四条 订立加工承揽合同时,定作方应当明确提出定作物或项目的数量、质量及其它特定要求,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。

第五条 加工承揽合同应当具备以下条款:

- 一、加工承揽的品名或项目;
- 二、数量、质量、包装、加工方法;
- 三、原材料的提供以及规格、数量、质量;
- 四、价款或酬金;
- 五、履行的期限、地点和方式;
- 六、验收标准和方法;
- 七、结算方式,开户银行、帐号;
- 八、违约责任;
- 九、双方约定的其它条款。

有关的技术协议书、技术资料、图纸等,也是合同的组成部分。

第六条 定作物或项目的质量和技术标准,由双方协商确定。合同中应当写明执行的标准、代号、编号和标准名称。当事人不得签订无质量要求和技术标准的合同。

第七条 加工定作物,需封存样品的,应当由双方代表当面封签,并妥为保存,作为验收的依据。

第八条 价款或酬金,按照国家或主管部门的规定执行,没有规定的由当事人双方商定。

第九条 根据国家有关规定,定作方可向承揽方交付定金。定金数额由双方协商确定。定作方不履行合同的,无权请求返还定金。承揽方不履行合同的,应当双倍返还定金。

第十条 根据国家有关规定,经当事人双方约定,定作方可向承揽方给付预付款。承揽方不履行合同的,除承担违约责任外,必须如数返还预付款。定作方不履行合同的,可以把预付款抵作违约金和赔偿金;有余款的,可以请求返还。

第十一条 用承揽方原料完成工作的,承揽方必须依照合同规定选用原材料,并接受定作方检验。承揽方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,定作方有权要求重作、修理、减少价款或退货。

第十二条 用定作方原材料工作的,合同应当明确规定原材料的消耗定额。定作方应按合同规定的时间、数量、质量、规格提供原材料。承揽方对定作方提供的原材料要按合同规定及时检验,不符合要求的,应立即通知定作方调换或补齐。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部件。

第十三条 承揽方应当根据合同规定,按定作方要求的技术完成工作,未经定作方同意,不得擅自变更。承揽方应当对所承揽的全部工作质量负责。

第十四条 承揽方在依照定作方的要求进行工作期间,发现提供的图纸或技术要求不合理,应当及时通知定作方;定作方应当在规定的时间内回复,提出修改意见。承揽方在规定的时

间内未得到答复,有权停止工作,并通知定作方,因此造成的损失,由写作方赔偿。

第十五条 承揽方对于承揽的工作,如果定作方要求保密的,应当严格遵守,未经定作方许可不得留存技术资料和复制品。

第十六条 承揽方在工作期间,应当接受定作方必要的检查,但定作方不得因此妨碍承揽方的正常工作。

第十七条 当事人双方对承揽的定作物和项目的质量在检验中发生争议时,可由法定质量监督检验机构提供检验证明。

第十八条 交(提)定作物期限应当按照合同规定履行。任何一方要求提前或延期交(提)定作物,应当在事先与对方达成协议,并按协议执行。

第十九条 交(提)定作物日期的计算: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,必须留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,参照上款规定执行。

第二十条 定作方应当按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需的技术资料和有关质量证明。

对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。

第三章 违约责任

第二十一条 承揽方的违约责任:

一、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。

二、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。

三、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。

四、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千分之一偿付违约金。

未经定作方同意,提前交付定作物,定作方有权拒收。

五、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 10—30%或酬金总额 20—60%的违约金。

六、异地交付的定作物不符合合同规定,暂由定作方代管时,应当偿付定作方实际支付的保管、保养费。

七、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。

八、由于保管不善致使定作方提供的原材料、设备、包装物及其它物品毁损、灭失的,应当偿付定作方因此造成的损失。

九、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的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。

十、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。

第二十二条 定作方的违约责任:

一、中途变更定作物的数量、规格、质量或设计等,应当赔偿承揽方因此造成的损失。

二、中途废止合同,属承揽方提供原材料的,偿付承揽方的未履行部分价款总值 10%—30%的违约金;不属承揽方提供原材料的,偿付承揽方以未履行部分酬金总额 20%—60%的违约金。

三、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,承揽方有权解除合同,定作方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。

四、超过合同规定期限领取定作物的,除按本条第五款规定偿付违约金外,还应当承担承揽方实际支付的保管、保养费。定作方超过领取限期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、保养费后,退还给定作方,变卖定作物所得少于报酬、保管、保养费时,定作方还应补偿不足部分;如定作物不能变卖,应当赔偿承揽方的损失。

五、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,按酬金总额的千分之一偿付违约金。

六、无故拒绝接收定作物,应当赔偿承揽方因此造成的损失及运输部门的罚款。

七、变更交付定作物地点或接收单位(人),承担因此而多支出的费用。

第二十三条 在合同规定的履行期限内,由于不可抗力致使定作物或原材料毁损、灭失的,承揽方在取得合法证明后,可免于承担违约责任,但应当采取积极措施,尽量减少损失,如在合同规定的履行期限以外发生的,不得免除责任;在定作方迟延接受或无故拒收期间发生的,定作方应当承担责任,并赔偿承揽方由此造成的损失。

第四章 附 则

第二十四条 加工承揽合同发生纠纷时,当事人双方应协商解决;协商不成时任何一方可向合同管理机关申请调解、仲裁,也可以直接向人民法院起诉。

第二十五条 国务院有关部门,各省、自治区、直辖市人民政府可根据本条例制定实施办法。

第二十六条 本条例自一九八五年二月一日起施行。



武器装备研制合同暂行办法

(1987 年 1 月 22 日 国发〔1987〕7 号)

第一章 总 则

第一条 为促进国防科学技术和武器装备的发展,提高国防科研试制费的使用效益,明确军兵种及总部有关业务部门(以下简称使用部门)和研制部门的经济技术责任,根据《中华人民共和国合同法》,结合国防科技工业实际情况,特制定本办法。

第二条 本办法适用于武器装备和人造卫星研制项目的总承包合同(主承包合同,下同),配套项目、分系统项目合同和阶段性合同。

第三条 武器装备研制合同(以下简称合同),必须以国家批准的武器装备研制的中长期计划和按计划程序批准的项目为依据,并在年度计划中予以保证。

第四条 订立合同,必须符合国家和计划的要求,服从加速武器装备发展的大局,贯彻平等互利、协商一致、等价有偿的原则。

第二章 合同的订立

第五条 合同由具有法人资格的当事人订立。当事人委托其他单位代订合同时,必须出具委托证明,明确代理权限。

第六条 凡列入国家批准的武器装备研制中长期计划的项目,或按计划程序批准的项目,标的明确、方案可行(或技术途径明确)、经费已有保证的,可以签订合同。

第七条 凡具备招标条件的项目,可以进行招标。有关主管部门应当支持具有设计、研制能力的单位投标。招标单位选定中标单位时,应当请有关工业部门在标底保密的条件下参与评审,并注意研制任务分工、条件、工作连续性以及有关对军工三线企、事业单位的政策。

第八条 技术、配套关系复杂的大型项目,使用部门一般应当与研制单位签订总承包合同。为大型项目配套的设备或分系统研制项目,一般应当由总承包单位与研制单位签订分承包合同;或由使用部门与研制单位直接签订承包合同,但必须在签订主承包合同时,明确各方面的技术责任。

第九条 对不具备签订总承包合同条件的项目,应当根据实际情况先签订配套设备或分系统项目合同;对风险较大的项目,可以签订阶段性合同,并明确双方承担风险的责任。

第十条 其他部门承担为武器装备配套的材料和机电产品研制任务,按国家有关规定的执行。

第十一条 需国家指令性计划予以保证的合同,报经双方主管部门审核后生效。其中属于一级定型委员会审批定型项目的合同(不含附件),由使用部门报总参谋部和国防科工委备案。其他的合同,经当事人签字即行生效。

第十二条 双方对合同条款不能达成协议时,可以上报有关主管部门协调处理。

第十三条 合同应当包括下列主要内容:

- 一、标的(指论证或研制项目等);
- 二、数量和质量;
- 三、研制进度及交付期限;
- 四、研制方案或技术途径;
- 五、交付方式及验收条件(含定型验收标准);
- 六、技术经济责任及违约责任;
- 七、合同价款及付款、结算方式;
- 八、主要配套项目及其研制分工协助关系;
- 九、密级和保密事项;
- 十、当事人协商同意的其他条款。

总承包合同还应当包括必要的附件。

第十四条 合同价款根据《国防科研试制费拨款管理暂行办法》中所列经费开支范围和研制单位提供的各项概算方案进行核算。

第十五条 研制武器装备的技术成果归国家所有。上述成果,按军品研制计划应用推广时,研制单位或生产单位均不得收取技术转让费。

完全用自筹资金研制的科研成果,归研制单位所有,实行有偿转让。

第三章 合同的变更和解除

第十六条 合同一经订立,双方应当全面履行,但订立合同所依据的国家计划被修改、取消,或发生不可抗力,或由于其他合法原因使合同不能履行时,可以变更或解除合同。

第十七条 变更或解除合同,应当由当事人以书面形式征求对方意见。对方在接到书面通知后,应当在合同规定的期限内以书面形式答复,期满不答复,即视为接受关于变更或解除合同提议。

第十八条 按本办法第十一条规定需报主管部门审核或备案的合同,其变更或解除,必须分别报原合同主管部门审核或备案。

第四章 违反合同的责任

第十九条 当事人一方因变更或解除合同给对方造成损失的,应当负责赔偿。但由于不可抗力可以免除责任的除外。

当事人一方因订立合同所依据的国家计划被修改、取消而变更或解除合同时,给对方造成损失的,应当先负责赔偿,再由主管部门进行处理。

第二十条 当事人一方违反合同时,应当负违约责任,并按国家有关法律、法规的规定和双方在合同中约定的条款向对方偿付违约金、赔偿金。

违约金和赔偿金不得计入成本。

第二十一条 违约方偿付违约金、赔偿金后,订立合同所依据的计划未被撤销,应当继续履行合同;如无法继续履行合同的,应当按变更或解除合同的条款执行。

第五章 合同的管理、调解与仲裁

第二十二条 合同双方的主管部门应当对合同加强管理,其主要内容是:

- 一、审核合同;
- 二、协调安排执行合同的必要条件;
- 三、督促检查合同的履行情况。

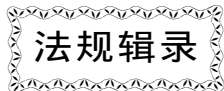
第二十三条 合同发生纠纷,经协商无效时,由合同双方主管部门共同负责调解。调解达成协议的,合同双方当事人应当履行。

第二十四条 调解无效时,当事人任何一方可以向合同管理机关申请仲裁,也可以直接向人民法院起诉。

第六章 附 则

第二十五条 各使用部门和国务院有关工业部门,可以依据本办法制定实施细则。

第二十六条 本办法自发布之日起施行。



汽车维修合同实施细则

(1992年2月14日交通部、国家工商行政管理局发布)

交运发〔1992〕112号)

第一条 为加强汽车维修行业管理,维护汽车维修经营活动的正常秩序,保障承、托修方当事人的合法权益,根据《中华人民共和国合同法》和《加工承揽合同条例》的有关规定,制定本细则。

第二条 本细则适用于中华人民共和国境内已取得当地交通主管部门核发的技术合格证和工商行政管理机关核发的营业执照的各类汽车维修业户(以下简称承修方)与送修单位或车主(以下简称托修方)签订的书面汽车维修合同(以下简称合同)。

第三条 本细则由交通主管部门和工商行政管理机关组织实施,并负责监督、检查。

第四条 承、托修双方必须按要求使用汽车维修合同文本。合同必须按照平等互利、协商一致、等价有偿的原则依法签订,承、托修双方签章后生效。

第五条 下列汽车维修作业范围,承、托修双方必须签订合同。

- (一)汽车大修;
- (二)主要总成大修;
- (三)二级维护;
- (四)维修预算费用在一千元以上的。

第六条 承、托修双方根据需要可签订单车或成批车辆的维修合同,也可签订一定期限的包修合同。

第七条 承修方在维修过程中,发现其它故障需增加维修项目及延长维修期限时,应征得托修方同意后,方可承修。

第八条 合同签订后,双方应严格按合同规定履行各自的义务。

(一)托修方的义务:

- 1. 按合同规定的时间送修车辆和接收竣工车辆;
- 2. 提供送修车辆的有关情况(包括送修车辆基础技术资料、技术档案等);
- 3. 按合同规定的方式和期限交纳维修费用。

(二)承修方的义务:

- 1. 按合同规定的时间交付修竣车辆;
- 2. 按照有关汽车修理技术标准(条件)修车,保证维修质量,向托修方提供竣工出厂合格证;

3. 建立承修车辆维修技术档案,并向托修方提供维修车辆的有关资料及使用的注意事项;

4. 按规定收取维修费用,并向托修方提供维修工时、材料明细表。

第九条 代订合同,要有委托单位证明,根据授权范围,以委托单位的名义签订,对委托单位直接产生权利和义务。

第十条 合同的主要内容:

(一)承、托修方的名称;

(二)签订日期及地点;

(三)合同编号;

(四)送修车辆的车种车型、牌照号、发动机型号(编号)、底盘号;

(五)维修类别及项目;

(六)预计维修费用;

(七)质量保证期;

(八)送修日期、地点、方式;

(九)交车日期、地点、方式;

(十)托修方所提供材料的规格、数量、质量及费用结算原则;

(十一)验收标准和方式;

(十二)结算方式及期限;

(十三)违约责任和金额;

(十四)解决合同纠纷的方式;

(十五)双方商定的其它条款。

第十一条 汽车维修合同签订后,任何一方不得擅自变更或解除。当事人一方要求变更或解除维修合同时,应及时以书面形式通知对方。因变更或解除合同使一方遭受损失的,除依法可以免除责任的外,应由责任方负责赔偿。

第十二条 托修方按合同规定对竣工车辆进行验收签字后,方能接收车辆。承修方必须按其义务和规定提供有关资料。

第十三条 托修方未按合同规定时间送修车辆和承修方未按合同规定时间交付竣工车辆,应按合同规定支付对方违约金。

托修方不按合同规定交付维修费,从应付费次日起,每日按不超过维修费的0.1%向承修方交纳滞纳金。

第十四条 违约金、滞纳金金额由双方商定,但法律另有规定的除外。

除双方另有商定的外,违约金、赔偿金应在明确责任后十日内偿付,否则按逾期付款处理。

第十五条 在合同期内已竣工的车辆,托修方不按合同期限验收接车,应承付车辆的保管费和自然损伤的修复费。逾期超过半年以上的,承修方有权将车辆提交有关部门依法处理。

第十六条 承、托修双方在履行合同中发生纠纷时,应及时协商解决;协商不成时,任何一方均可向当地经济合同仲裁部门申请仲裁或直接向当地人民法院起诉。维修车辆在质量保证期内发生质量问题,当事人也可先到所在地交通主管部门提请调解处理。

第十七条 承修方应建立健全合同管理制度,并有专(兼)职人员负责合同管理工作。对已签订的合同要建立登记台帐并妥善保管。

第十八条 汽车维修业户应定期向汽车维修行业管理部门书面报送合同履行情况,作为汽车维修行业管理部门对维修业户考核的内容之一。

第十九条 对违反本细则的行为,分别给予以下处理:

(一)凡属于第五条规定范围而不签合同的,交通主管部门可对维修业户予以警告和罚款,每次罚款额按实际发生或额定的维修费用总额2%(至少20元)计。由此而引起车辆维修质量或经济方面的纠纷,管理部门不予受理。

(二)维修业户凡不按规定签订的合同,交通主管部门责令维修业户修改。

第二十条 各地交通主管部门可结合本地的实际情况,根据本细则规定会同当地工商行政管理部门制定补充规定。

第二十一条 本细则中华人民共和国交通部和国家工商行政管理局负责解释。

第二十二条 本细则自一九九二年三月一日起执行。



关于《加工承揽合同条例》的一些说明

(1984年12月20日国家工商行政管理局经济合同司)

根据国务院办公厅(82)国办函字17号《关于组织起草经济合同法实施条例的通知》的要求,国家工商行政管理局起草了《加工承揽合同条例》。初稿形成后,曾征求国务院有关部门和各省、自治区、直辖市工商行政管理局的意见,并经国务院经济法规研究中心审查修改,由国务院审定公布。现就这个条例的主要内容和制订原则做一些介绍。

一、加工承揽合同的特征和适用范围。加工承揽合同是当事人双方为完成一定工作,明确双方权利义务的协议。它具有以下几个特征:(1)以完成一定工作为合同的内容。(2)工作成果要有一定的物质形态表示。如修缮、修理要体现在修复物的完好,加工、定作要形成符合对方要求的物品。(3)定作物(项目)具有特定性质,满足定作方的特殊需要。加工承揽物一般是非标准化的。加工承揽合同涉及范围广,除《条例》所列的适用范围外,还适用于装配、出版、装璜、印染、复制物品、化验、翻译、专业航空(航空探矿、航空医救、航空吊挂、航空播种、航空护林、人工降雨)等合同。由于加工承揽合同内容广泛,各具特点,《条例》只能作出共同适用的基本规定。具体实施时,有关部门可以另行制订或补充规定。

二、订立加工承揽合同的基本要求。加工承揽合同既然是以完成一定工作为内容的合同。在合同订立时,定作方不能预知工作成果的好坏,因此应当考虑承揽方是否能胜任这项工作。为了促使合同顺利履行,当事人在订立合同时,定作方应明确提出定作物或项目数量、质量及其它特定要求,承揽方应当如实提供设备能力、技术条件、工艺水平等情况。

三、关于技术标准。技术标准是指为科研、设计、检验等技术工作,以及为产品和工程的技术质量而制定的标准。国家有关部门根据技术标准管理的需要,对标准规定了一定的代号和编号。代号是国家标准、部颁标准和企业标准的汉语拼音缩写字头。例如,国家标准的代号是GB,商业部标准是SB。化工部标准是HG。编号往往采用顺序号加年代号表示,如JB205—63是一机部标准代号JB加上序数号205和技术标准发布年代号63组成。标准名称取自产品的名称,如有色金属硅青铜、铬铜、防锈钻等。

四、关于价款和酬金。价款和酬金统称“价金”,这是取得对方产品,完成工程、劳务或智力成果所支付的代价。价款一般是用来偿付对方产品和项目的价金。价款中包括原辅材料的价金,以及劳务、技术、燃料动力,设备耗损等项价金。酬金是用来支付对方劳务或智力成果的价金。在加工承揽活动中,有以价款形式偿付对方产品的,如定作、复制物品,也有以酬金形式来支付对方劳务的,如来料加工、修理、测绘测试等。由于价款和酬金的区别,在违约金核定比例上,便有不同规定。以价款来计算违约金比率,一般都低于以酬金计算的比率,这是因为价款中包含着原材料、产成品或购进品的价值部分,其价值量远远大于给付追加劳动的酬金数量。在实际工作中应注意准确选定违约金计算的基数。

五、关于定金和预付款。在加工承揽合同中,使用定金和预付款的情况比较多见。定金是合同担保的形式之一。当事人为了证明合同建立,保证合同履行,给付一定数额的价金。如果一方不履行合同便依法丧失定金或须双倍返还定金。预付款无担保作用,属于支援性质,当事人一方不履行合同的,在分清责任的基础上,承揽方商得定作方同意,可以在预付款中扣除违约金和赔偿金。双方有争执的,应由司法或执法部门解决。定金和预付款都要在国家规定的范围内采用。1963年12月财政部、人民银行发布的《关于严格禁止预收、预付货款的通知》和1964年2月国家计委、经委、中国人民银行、财政部等单位发布的《关于目前允许存在预收、预付货款范围的规定》,还应该严格遵照执行。

六、关于检验仲裁。当事人在检验上发生争论,可请有关部门进行仲裁。条例第十七条规定,执行仲裁检验可由法定质量监督检验机构来进行。我国的法定质量监督检验机构是国家标准局内的质量监督局,以及地方标准局质量监督部门等。此外还有一些专业性检验部门。例如:进出口产品由国家商检局负责;船舶建造修理运营检验由交通部船检局负责;食品检验由卫生部食品防疫局负责;药品检验由卫生部药政局负责;锅炉压力容器由劳动人事部负责;计量检验由国家计量局负责等等。

七、关于责任划分。加工承揽合同不仅仅是承揽方完成工作,定作方接受成果、给付报酬的一般规定。在许多合同关系中,定作方除明确提出工作要求外,还应按时、按质、按量地提交原材料、技术资料,完成必要的辅助工作和准备工作,这里便有责任划分问题。如果定作方不能履行自己的责任,延误了工期或给对方造成损失,承揽方有权要求顺延期限,赔偿损失。承揽方没有对定作方提供的原材料或完成的准备工作和辅助工作进行检验,发生了问题承揽方要承担责任。

五、怎样订立货物运输合同

（一）什么是货物运输合同

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延时,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、港口费和有关的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,应该注意:

(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。

法律精释

经济合同法对货物运输合同的规定

(《中华人民共和国合同法》第二十条)

【条文】 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。

【释义】 本条是关于货物运输合同的订立和履行的一般原则的规定。

1. 货物运输合同的概念。货物运输合同是指承运方根据托运人的委托,将承运的货物按时运到指定的地点,并交付收货方,托运方按规定给付运费并明确相互权利义务的协议。请求运送货物的一方,称为托运人。托运人可以是货物所有人,也可以不是货物所有人。承接运送货物的一方,称为承运人。

货物运输合同根据不同的标准,可以分成不同的种类。根据运输货物的性质不同,可以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。根据运输货物到站处的国家不同,可以分为国际货物运输合同和国内货物运输合同。国内货物运输合同根据运输工具和运输方式的不同,可以分为铁路、水路、公路、航空、管道和联合等货物运输合同。目前,我国普遍使用的是铁路运输、公路运输、水路运输和航空运输等四种。

2. 货物运输合同的订立。货物运输合同均由托运方和承运方自由协商订立。

货物运输合同的订立是经过托运和承运的。托运是托运方向承运方提出托运货物的要约,并提供托运货物的运单及有关证明文件。承运是承运方对符合运输要求的货物为托运方办理交接手续,核收运杂费。签发承运凭证。这样,货物运输合同便为成立。

3. 货物联运合同。联运又称混合运输,是指两种或两种以上运输工具的承运方实行联合运输的简称。因为联运涉及两个或两个以上的联运方,所以联运的货物运输合同必须明确规定双方或多方的责任和交接办法。我国运输主管部门对联运问题都有专门规定。联运的各承运方对所承运的货物负连带责任,当联运的货物丢失或损毁时,一般先由终点站(港)的承运方按照规定赔偿,然后再向其它有关承运方追加赔偿。

4. 关于货物运输安全包装的规定。保证货物运输安全的包装,是指发货人托运货物,根据货物的性质、重量、运输种类、运输距离、气候以及货车(船)装载条件,使用符合运输要求,便于装卸和保证货物安全的包装。为保证运输安全,使货物完好地到达目的地,国务院颁布的《标准

化条例》中明确规定:“包装标准必须符合保证质量、保证安全的要求。考虑装卸、运输、保管等条件,注意节约用材”。包装标准分为国家标准、部标准(行业标准)、企业标准三级。本条第三款所说国家主管机关规定的标准,是指国家标准和部标准(行业标准)。凡是有规定标准的,必须按规定标准包装,违反标准造成不良后果以至重大事故者,要依法追究法律责任。没有规定包装标准的,托运方应根据保证货物运输安全的原则进行包装。对于包装不符合要求的托运费,承运方有权拒绝承运。



铁路货物运输合同实施细则

(1986 年 11 月 8 日国务院批准 1986 年 12 月 20 日铁道部发布)

第一章 总 则

第一条 根据《中华人民共和国合同法》的有关规定,制定本细则。

第二条 本细则所指铁路货物运输是中华人民共和国铁道部公布的营业铁路货物运输。

本细则适用于铁路运输部门与企业、农村经济组织、国家机关、事业单位、社会团体等法人之间签订的货物运输合同。

个体经营户、个人与铁路运输部门签订的货物运输合同,应参照本细则执行。

军事运输,国际联运,铁路与水路、公路、航空、管道之间的货物联运,另行规定。

第三条 托运人利用铁路运输货物,应与承运人签订货物运输合同。

铁路货物运输合同,应按照优先运输国家指令性计划产品,兼顾指导性计划产品和其他物资的原则,根据国家下达的产品调拨计划、铁路运输计划和铁路运输能力签订。在签订国家指令性计划产品运输合同中,如不能达成一致意见,可逐级报请双方上级主管综合部门处理。其他货物运输,由托运人与承运人协商签定货物运输合同。

第二章 货物运输合同的签订

第四条 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;其他整车货物运输,应按月签订运输合同。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。

第五条 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后,合同

即告成立。托运人在交运货物时,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。

零担货物和集装箱货物的运输合同,以承运人在托运人提出的货物运单上加盖车站日期戳后,合同即告成立。

第六条 按年度、半年度、季度或月度签订的货物运输合同,应载明下列基本内容:

- 一、托运人和收货人名称;
- 二、发站和到站;
- 三、货物名称;
- 四、货物重量;
- 五、车种和车数;
- 六、违约责任;
- 七、双方约定的其他事项。

第七条 货物运单应载明下列内容:

- 一、托运人、收货人名称及其详细地址;
- 二、发站、到站及到站的主管铁道局;
- 三、货物名称;
- 四、货物包装、标志;
- 五、件数和重量(包括货物包装重量);
- 六、承运日期;
- 七、运到期限;
- 八、运输费用;
- 九、货车类型和车号;
- 十、施封货车和集装箱的施封号码;
- 十一、双方商定的其他事项。

第三章 货物运输合同的履行

第八条 托运人应当承担下列义务:

- 一、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;
- 二、需要包装的货物,应当按照国家包装标准或部包装标准(专业包装标准)进行包装,没有统一规定包装标准的,要根据货物性质,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,笨重货物还应在每件货物包装上标明货物重量;
- 三、按规定需要凭证运输的货物,应出示有关证件;
- 四、对整车货物,提供装载货物所需的货车装备物品和货物加固材料;
- 五、托运人组织装车的货物,装车前应对车厢完整和清洁状态进行检查,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;
- 六、在运输中需要特殊照料的货物,须派人押运;

七、向承运人交付规定的运输费用；

八、将领取货物凭证及时交给收货人并通知其向到站领取货物；

九、货物按保价运输办理时，须提出货物声明价格清单，支付货物保价费；

十、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，对于每件价值在七百元以上的货物或每吨价值在五百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，具体办法另行规定。

第九条 承运人应当承担下列义务：

一、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；

二、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；

三、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；

四、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；

五、由承运人卸车的货物，向收货人发出到货催领通知；

六、发现多收运输费用，及时退还托运人或收货人。

第十条 收货人应当承担下列义务：

一、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；

二、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；

三、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；

四、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。

第十一条 托运人托运个人搬家货物、行李每十千克价值在三十元以上者，可声明价格，要求保价运输。承运人按保价运输办理时，按规定核收货物保价费。

第十二条 托运人向承运人托运货物和承运人向收货人交付货物时，都应进行交接验收。如果发现货物（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，收货人应即向承运人提出异议。收货人在验收货物时，没有提出异议，即认为运输合同履行完毕。

由承运人组织装车并在专用线、专用铁道内卸车的货物，按承运人同收货人商定的办法，办理交接验收。

第十三条 承运人在查找不到收货人或收货人拒绝领取货物时，除不宜于长期保管的货物外，从发出催领通知次日起三十日内或从收货人拒绝领取货物时起三日内通知托运人。托运人自接到通知次日起，五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，承运人有权按照有关规定处理。

收货人拒绝领取货物时，应当出具书面说明。

第十四条 因自然灾害，货物运输发生阻碍，承运人应当采取绕路运输或卸下再装措施。因货物性质特殊，绕路运输或卸下再装会造成货物损失时，承运人应联系托运人或收货人在要求的时间内提出处理办法。超过期限未答复时，承运人可比照本细则第十三条规定处理。

第四章 货物运输合同的变更或解除

第十五条 货物运输合同必须经双方同意,并在规定的变更范围内办理变更。

第十六条 托运人或收货人由于特殊原因,经承运人同意,对承运后的货物可以按批在货物所在的途中站或到站办理变更到站、变更收货人,但属于下列情况,不得办理变更:

- 一、违反国家法律、行政法规、物资流向或运输限制;
- 二、变更后的货物运输期限,大于货物容许运送期限;
- 三、变更一批货物中的一部分;
- 四、第二次变更到站。

第十七条 货物运输合同在货物发送前,经双方同意,可以解除。

第五章 违反货物运输合同的责任和处理

第十八条 承运人的责任

一、由于下列原则之一,未按货物运输合同履行,按车向托运人偿付违约金五十元:

(一)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;

(二)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;

(三)拨调车辆的完整和清扫状态,不适合所运货物要求;

(四)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。

二、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:

(一)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;

(二)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;

(三)除上述一、二两项外,均由承运人按货物的实际损失赔偿。赔偿的价格如何计算,由铁道部商国家物价局、国家工商行政管理局另行规定。

三、由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;

(一)不可抗力;

(二)货物本身性质引起的碎裂、生锈、减量、变质或自燃等;

(三)国家主管部门规定的货物合理损耗;

(四)托运人、收货人或所派押运人的过错。

四、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。

五、未按规定的运到期限,将货物搬至到站,向收货人偿付该批货物所收运费 5% 至 20%

的违约金。

六、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%至 50%的罚款。

第十九条 托运人的责任

一、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五十元:

(一)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;

(二)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;

(三)承运前取消运输;

(四)临时计划外运输致使承运人违约造成其他运输合同落空者。

二、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:

(一)匿报或错报货物品名或货物重量的;

(二)货物包装有缺陷,无法从外部发现,或未按规定在货物包装上标明包装储运指示标志的;

(三)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;

(四)由于押运人过错的。

第二十条 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。

第二十一条 货物运输合同遇有下列情况,承运人或托运人免除责任:

一、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,超过二十四小时;

二、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;

三、由于组织轻重配装或已完成货物吨数而未完成车数时;

四、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。

第二十二条 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一百八十日(要求铁路支付运到期限违约金为六十日)。

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:

一、货物灭失、短少、变质、污染、损坏,为车站交给货运记录的次日;

二、货物全部灭失未编有货运记录,为运到期限满期的第十六日,但鲜活货物为运到期限满期的次日;

三、要求支付货物运到期限违约金,为交付货物的次日;

四、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。

第二十三条 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

次日起三十日内(跨及两个铁路局以上运输的货物为六十日内)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六十日内提出。

第二十四条 对货物运输合同的纠纷,承运人和托运人或收货人应协商解决。协商不一致时,任何一方均可向合同管理机关申请调解或仲裁,也可以直接向人民法院起诉。

第六章 附 则

第二十五条 本细则由铁道部负责解释。

第二十六条 本细则自一九八七年七月一日起施行。



公路货物运输合同实施细则

(1986年11月8日国务院批准 1986年12月1日交通部发布)

第一章 总 则

第一条 根据《中华人民共和国合同法》的有关规定,制定本细则。

第二条 本细则适用于中华人民共和国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签订的公路货物运输合同。

个人或联户与法人签订的公路货物运输合同,应参照本细则执行。

签订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。

军事运输,公路与水路、铁路、航空、管道之间的货物联运,另行规定。

第三条 公路货物运输合同,是按照平等互利,协商一致,等价有偿的原则,依法签订的书面协议。

第四条 公路货物运输合同,必须符合国家政策、法律、行政法规和计划的要求。根据运输能力与国家物资调拨计划和公路运输管理的规定签订。

第二章 运输合同的签订和履行

第五条 承、托双方根据需要,可订立年度、季度、月度货物运输合同,亦可按货物的批量订立运输合同。

年、季、月度货物运输合同签订后,托运方应在合同商定的期限内,向承运方提送履行合同

的月、旬、日运输计划。运输计划是货物运输合同的组成部分。

第六条 属于国家指令性计划调运货物的运输合同,必须根据国家平衡下达的指标签订;属于国家指导性计划调运货物的运输合同,参照国家下达的指标,结合承、托双方的实际情况签订。

第七条 代订运输合同,要有委托单位证明。根据授权范围,以委托单位名义签订,对委托单位直接产生权利和义务。

第八条 运输合同应包括的主要内容:

- 一、货物的名称、性质、体积、数量及包装标准;
- 二、货物起运和到达地点、运距、收发货人名称及详细地址;
- 三、运输质量及安全要求;
- 四、货物装卸责任和方法;
- 五、货物的交接手续;
- 六、批量货物运输起止日期;
- 七、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;
- 八、运杂费计算标准及结算方式;
- 九、变更、解除合同的期限;
- 十、违约责任;
- 十一、双方商定的其他条款。

第九条 长大、笨重货物、危险品和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,交运前,托运方应提供有关机关的准运证明。

第十条 货物交运时,托运方应按合同规定向承运方支付运杂费。

运杂费的支付方法,按人民银行的有关规定办理。

第十一条 合同签订后,双方应按合同规定履行各自的义务。

托运方的义务:

- 一、按合同约定的时间准备好货物,在货物起运期内及时发货、收货,所装货物符合合同签订内容,装卸地点、货场具备承运方正常通车条件;
- 二、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;
- 三、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;
- 四、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。

承运方的义务:

- 一、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;
- 二、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;
- 三、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;

四、装运鲜活、易腐等特殊要求的货物,应承担专门约定的义务。

第十二条 在货物装卸和运输过程中,合同双方当事人都应按合同规定办好货物交接手续,做到责任分明。

一、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:

二、货物运达指定地点后,收货人和承运方应在场点件交接,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。

第三章 运输合同的变更与解除

第十三条 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,需经双方同意,并在合同规定的时间内办理变更。如在合同规定的期限外提出,必须负担对方已造成的实际损失。

第十四条 涉及国家指令性计划的运输合同,在签订变更或解除协议前,须报下达计划的主管部门核准。

第十五条 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。

第十六条 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。

第四章 违反运输合同的责任

第十七条 承运方责任:

一、由于承运方过错,造成货物逾期到达,应按合同支付对方违约金。

二、从货物装运时起,至货物运抵到达地交付完毕时止,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:

- (一)不可抗力;
- (二)货物的自然损耗或性质变化;
- (三)包装不符合规定(无法从外部发现);
- (四)包装完整无损而内装货物短损、变质;
- (五)托运方的过错;
- (六)有押运人且不属于承运方责任的;
- (七)其他经查证非承运方责任造成的损失。

三、货物错运到达地或收货人,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,按本条第一项的规定处理。

四、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%到 50%的罚款。

第十八条 托运方的责任:

一、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。

二、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:

(一)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;

(二)错报笨重货物重量;

(三)货物包装不良或未按规定制作标志。

三、货物包装完整无损而货物短损、变质,收货人拒收,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。

第十九条 违约金、赔偿金的规定:

一、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%。

二、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,由交通部、国家物价局、国家工商行政管理局另行规定。

三、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。

四、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。

第二十条 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,不超过一百八十日。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六十日内处理。

第二十一条 违约金、赔偿金应在明确责任后十日内偿付,否则按逾期付款处理;任何一方不得自行用扣发货物或扣付运费来充抵。

第五章 运输合同纠纷的调解和仲裁

第二十二条 承、托双方在履行公路货物运输合同中发生纠纷时,应及时协商解决。协商不成时,可以申请交通主管部门调解,或申请合同管理机关调解、仲裁,也可能直接向人民法院起诉。

第六章 运输合同的管理

第二十三条 各级人民政府交通运输主管部门和工商行政管理部门根据国家的有关规定,对本辖区的运输合同进行检查监督。

第二十四条 凡签订货物运输合同的承运方,都应定期向交通运输主管部门书面报送履行合同的情况,以便考核。

第七章 附 则

第二十五条 本细则不适用于涉外的公路货物运输合同。

第二十六条 本细则由交通部负责解释。

第二十七条 本细则自一九八七年三月一日起施行。



水路货物运输合同实施细则

(1986 年 11 月 8 日国务院批准 1986 年 12 月 1 日交通部发布)

第一章 总 则

第一条 根据《中华人民共和国合同法》的有关规定,制定本细则。

第二条 本细则所称水路运输是指中华人民共和国沿海、江河、湖泊以及其他通航水域中一切营业性的货物运输。

本细则适用于水路运输企业与其他企业、农村经济组织、国家机关、事业单位、社会团体等法人之间签订的水路货物运输合同。

持有营业执照个体(联户)船民与企业、农村经济组织、国家机关、事业单位、社会团体等法人之间,以及水路运输企业与个体经营户、个人之间签订的水路货物运输合同,应参照本细则执行。

军事运输,水路与铁路、公路、航空、管道之间的货物联运,另行规定。

第三条 水路货物运输合同,应贯彻优先运输国家指令性计划产品和急需物资,适当兼顾指导性计划产品和其他物资的原则,根据国家下达的产品调拨或购销计划和船舶运输、港口通过能力签订。

对指令性计划产品的运输,在签订合同中如不能达成一致意见,可报请双方上级主管综合部门处理;其他物资运输,由托运人与承运人协商签订货物运输合同。

第二章 货物运输合同的签订

第四条 水路货物运输合同,除短途驳运、摆渡零星货物,双方当事人可以即时清结者外,

应当采用书面的形式。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。零星货物运输和计划外的整批货物运输,以货物运单作为运输合同。

第五条 按月度签订的货物运输合同,经双方在合同上签认后,合同即告成立。如承、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。

以货物运单作为运输合同的,经承、托运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后,合同即告成立。货物运单的格式,江海干线和跨省运输的由交通部统一规定;省(自治区、直辖市)内运输的由省(自治区、直辖市)交通主管部门统一规定。

第六条 按月度签订的货物运输合同,应具备下列基本内容:

- 一、货物名称;
- 二、托运人和收货人名称;
- 三、起运港和到达港,海江河联运货物应载明换装港;
- 四、货物重量,按体积计费的货物应载明体积;
- 五、违约责任;
- 六、特约条款。

第七条 货物运单应具备下列内容:

- 一、货物名称;
- 二、重量、件数,按体积计费的货物应载明体积;
- 三、包装;
- 四、运输标志;
- 五、起运港和到达港,海江河联运货物应载明换装港;
- 六、托运人、收货人名称及其详细地址;
- 七、运费、港口费和有关的其他费用及其结算方式;
- 八、承运日期;
- 九、运到期限(规定期限或商定期限);
- 十、货物价值;
- 十一、双方商定的其他事项。

第三章 货物运输合同的履行

第八条 托运人应当承担下列义务:

- 一、托运的货物必须与货物运单记载的品名相符;
- 二、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);

三、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质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;

四、正确制作货物的运输标志和必要的指示标志;

五、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;

六、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;

七、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。对于每件价值在七百元以上的货物或每吨价值在五百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,具体办法另行规定;

八、按规定必须凭证运输的货物,应当提供有关证件;

九、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;

十、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。

第九条 承运人应当承担下列义务:

一、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;

二、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;

三、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,应对托运人确定的重量进行抽查或复查;如不具备计量手段的,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;

四、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;

五、组织好安全及时运输,保证运到期限;

六、按照船舶甲板货物运输的规定,谨慎配装甲板货物;

七、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。

第十条 收货人应当承担下列义务:

一、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;

二、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;

三、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;对装运污秽运物、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。

第十一条 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。

第十二条 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、托运双方必须签订特约条款。

第十三条 易腐货物和有生动植物,承、托运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。

第十四条 遇有下列情况之一,应采取包船、包舱或租船运输:

- 一、由于货物本身性质,需用专船、专舱运输,造成船舶亏吨的;
- 二、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;
- 三、由于其他原因,经承、托运双方协议采用包船运输的。

第十五条 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。

第十六条 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物运单记载不符,按舱、按箱施封的货物如发现舱封、箱封有异状,收货人应立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。

第四章 货物运输合同的变更和解除

第十七条 凡发生下列情况之一者,允许变更或解除月度货物运输合同;

- 一、订立运输合同所依据的国家计划被变更或取消;
- 二、由于不可抗力使运输合同无法履行;
- 三、合同当事人一方由于关闭、停产、转产而确实无法履行合同;
- 四、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;
- 五、在不损害国家利益和不影响国家计划的前提下,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。

第十八条 以货物运单作为运输合同的,允许按下列规定变更或解除运输合同:

- 一、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。承运人提出解除合同

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;

二、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。

第五章 违反货物运输合同的责任

第十九条 按月度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一元;托运人在履行时未提供足够的货源,应按落空的货源每吨偿付违约金一元;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。

由于第十七条第一、二、五项所规定的情况变更或解除月度货物运输合同时,免除托运人或承运人的违约金。

第二十条 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:

一、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。

二、实行保价运输的个人生活用品,由承运人的按声明价格赔偿,但货物实际损失低于声明价格的按实际损失赔偿。

三、除上述一、二两项外,均由承运人按货物的实际损失赔偿。赔偿的价格如何计算,由交通部商国家物价局、国家工商行政管理局另行规定。

第二十一条 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:

一、不可抗力;

二、货物的自然属性和潜在缺陷;

三、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;

四、包装内在缺陷或包装完整、内容不符;

五、标记错制、漏制、不清;

六、有生动植物的疾病、死亡、枯萎、减重;

七、非责任性海损事故的货物损失;

八、免责范围内的甲板货物损失;

九、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。

第二十二条 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%到50%的罚款。

第二十三条 由于承运人责任发生货物错运、错交,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,应按本细则第二十四条规定偿付逾期违约金。

第二十四条 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;

- 一、自然灾害或气象、水文原因;
- 二、参加水上救助或发生海损事故;
- 三、政府命令或军事行动;
- 四、等候通过船闸;
- 五、应托运人要求在起运港预收保管的时间;
- 六、其他非承运人责任造成的延误。

逾期运到违约金额,视逾期天数的长短,按照每票货物装卸或运费的5%到20%偿付。

对于海江河联运货物的运到期限责任,另行规定。

对于代办中转货物的运到期限责任,按承、托运双方的协议执行。

第二十五条 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失、污染、腐蚀,或造成人身伤亡的,应由托运人负责赔偿:

- 一、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;
- 二、在普通货物中夹带流质、易腐货物,引起污染事故;
- 三、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。
- 四、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。

第二十六条 由于托运人责任发生下列情况之一,应由托运人负责处理:

- 一、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;
- 二、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;
- 三、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。

第二十七条 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和或违约金:

- 一、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限期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;
- 二、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一元违约金,但由于自然灾害影响货物按期托运的以及已按本细则第十九条规定承担违约责任的货物除外;
- 三、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。

第二十八条 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。

第二十九条 承、托运双方对拖带运输的责任划分如下:

一、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,应按照本细则第二十条规定承担实际短少部分的赔偿;

二、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;由于被托物本身原因造成自身、拖轮或第三者损失的,由托运人负责;由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另行规定。

第三十条 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。

第三十一条 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一百八十日。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六十日内处理。

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。

第六章 争议处理

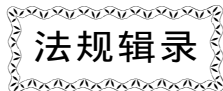
第三十二条 承运人和托运人或收货人在履行货物运输合同中发生纠纷,应协商解决。协商不成时,可向合同管理机关申请调解、仲裁,也可以直接向人民法院起诉。

第七章 附 则

第三十三条 对行驶国际航线,香港、澳门航线的船舶及所载货物,在我国港口作业中发生的船体、船具或货物的灭失、损坏事故,不适用于本细则。

第三十四条 本细则由交通部负责解释。

第三十五条 本细则自 1987 年 7 月 1 日起施行。



航空货物运输合同实施细则

(1986 年 11 月 8 日国务院批准
1986 年 12 月 1 日中国民用航空局发布)

第一章 总 则

第一条 根据《中华人民共和国合同法》的有关规定,制定本细则。

第二条 本细则适用于航空运输承运人与企业、农村经济组织、国家机关、事业单位、社会团体等法人之间签订的国内航空货物运输合同。

个体经营户、个人与航空运输承运人签订的国内航空运输合同,应参照本细则执行。

军事运输,航空与铁路、水路、公路之间的货物联运,另行规定。

第二章 货物运输合同的签订和履行

第三条 托运人托运货物应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。托运人应对托运单填写内容的真实性和正确性负责。

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。

第四条 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。签订协议书的当事人,均应遵守民航主管机关有关包机运输的规定。

第五条 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。凡不符合上述包装要求的,承运人有权拒绝承运。

第六条 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。

第七条 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。对于每千克价值在十元以上的货物。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,具体办法另行规定。

第八条 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。

第九条 在运输过程中必须有专人照料、监护的货物,应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,承运人应协助押运员完成押运任务。

第十条 托运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,应按有关规定处理。

第十一条 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于承运人开具货运单时一次付清。

第十二条 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,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。

第十三条 承运人应于货物运达到货地点后二十四小时内向收货人发出到货通知。收货人应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,免费保管三日。收货人逾期提取,应按运输规则缴付保管费。

第十四条 货物从发出提货通知次日起,经过三十日无人提取时,承运人应及时与托运人联系征求处理意见;再经过三十日,仍无人提取或托运人未提出处理意见,承运人有权将该货物作为无法交付货物,按运输规则处理。对易腐或不易保管的货物,承运人可视情况及时处理。

第十五条 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,应会同收货人查明情况,并填写货运事故记录。收货人在提取货物时,对货物状态或重量无异议,并在货运单上签收,承运人即解除运输责任。

第三章 货物运输合同的变更和解除

第十六条 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,承运人应及时处理。但如托运人的变更要求违反国家法律、法规和运输规定,承运人应予以拒绝。

第十七条 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处理办法。

第十八条 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能履行合同的,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。

第四章 违反货物运输合同的责任

第十九条 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,按下列规定赔偿:

- 一、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;
- 二、除本条第一项规定外,均由承运人按货物的实际损失赔偿。赔偿的价格如何计算,由中

国民用航空局商国家物价局、国家工商行政管理局另行规定。

第二十条 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:

- 一、不可抗力;
- 二、货物本身性质所引起的变质、减量、破损或灭失;
- 三、包装方法或容器质量不良,但从外部无法发现;
- 四、包装完整,封志无异状而内件短少;
- 五、货物的合理消耗;
- 六、托运人或收货人的过错。

第二十一条 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%到 50%的罚款。

第二十二条 货物超过约定期限运达到货地点,每超过一日,承运人应偿付运费 5%的违约金,但总额不能超过运费的 50%。但因气象条件或不可抗力的原因造成货物逾期运到,可免除承运人的责任。

第二十三条 由于托运人在托运货物内夹带、匿报危险物品,错报笨重货物质量,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。

第二十四条 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。

第二十五条 托运人或收货人要求赔偿时,应在填写货运事故记录的次日起一百八十日内,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六十日内处理。

第五章 货物运输合同争议的解决

第二十六条 航空货物运输合同当事人,在执行合同过程发生纠纷时,应及时协商解决。如协商不成,任何一方均可向合同管理机关申请调解或仲裁,也可以直接向人民法院起诉。

第六章 附 则

第二十七条 本细则由中国民用航空局负责解释。

第二十八条 本细则自一九八七年七月一日起施行。

法规辑录

交通企业合同管理规定

(1992年8月6日交通部第37号令发布)

第一条 为加强交通企业(以下简称企业)合同管理,预防合同纠纷,提高企业经营管理水平,根据《中华人民共和国合同法》和有关法律、法规,制定本规定。

第二条 本规定适用于交通系统具备法人资格的企业。

第三条 本规定所称合同,是指企业在经营管理活动中,以企业名义依法签订的明确相互权利义务关系的书面协议。

第四条 合同管理是企业经营管理的一项重要内容。企业上级主管部门应对企业合同管理进行指导和监督检查。

第五条 企业订立合同,应遵守国家的法律、法规、规章和政策,考虑本企业的履行能力和经济效益,严格履行规定的审查、审批程序。

合同应该条理清晰、含义明确,符合法律、法规对合同形式的要求。

第六条 企业合同管理,实行综合管理与分类管理相结合的原则。

第七条 企业的法律事务机构是企业合同综合管理部门。未设置法律事务机构的企业,应指定其他部门负责合同的综合管理。

第八条 企业内有合同业务的部门,为企业专项合同管理部门,负责本部门合同的管理。

第九条 企业合同综合管理部门的主要职责是:

- (一)宣传贯彻国家有关合同法律、法规和本规定;
- (二)拟定本企业的合同管理办法,并负责组织实施;
- (三)参与企业重大合同的可行性研究、谈判和起草,对合同的合法性进行审查,监督合同履行;
- (四)及时向企业法定代表人反映合同履行中出现的法律问题,提出解决意见;
- (五)参与合同纠纷的处理;
- (六)负责合同报表的统计与综合;
- (七)负责对专项合同管理部门进行法律业务指导,组织对合同管理员及有关人员进行法律知识培训。

第十条 企业专项合同管理部门的主要职责是:

- (一)制定本部门合同管理制度,并组织实施;
- (二)负责本部门主办合同的可行性研究、合法性审查,并对合同履行实施跟踪管理,监督合同的履行,处理合同纠纷;
- (三)建立本部门合同台帐,及时向合同综合管理部门报送合同统计报表及有关资料,反映

合同履行中出现的法律问题:

(四)及时将本部门合同及有关文件归档。

第十一条 合同由企业法定代表人签订,也可以由企业法定代表人书面委托的企业有关人员代理签订。签订合同,应由签约人签字并加盖合同专用章。代理企业法定代表人签订合同的,签约人应持有企业法定代表人签发并加盖企业公章的《法定代表人委托书》。《法定代表人委托书》应明确委托事项、权限和有效期限。

《法定代表人委托书》由合同综合管理部门统一管理。

第十二条 代理企业法定代表人签订合同的人员应经过有关法律知识培训,掌握必要的业务知识,熟悉企业情况。

第十三条 代理企业法定代表人签订合同的人员应在授权的范围内签订合同,对合同的合法性、可行性负责。

第十四条 合同签订前,应详细了解对方的资信情况、履约能力及签约人的签约资格。

对方资信不明、不好又不能提供担保,不得与之签约。

第十五条 合同内容涉及企业几个部门的,合同的主办部门应先行征求有关部门意见。

第十六条 企业应建立合同专用章管理制度,制定合同专用章领用、管理、使用办法。一个单位有二枚或二枚以上合同专用章的,应对合同专用章统一编号,明确专用章的使用范围。

第十七条 企业应建立合同台帐、统计报表和合同档案管理制度,如实反映和记载合同从签订到终结的全过程。

第十八条 国家规定了标准(示范)合同文本的,企业订立合同应使用标准(示范)合同文本,没有规定标准(示范)合同文本的,合同格式应符合有关法律、法规和规章的规定。

第十九条 企业认为合同需要公证的,应到公证机关办理公证手续。

第二十条 企业应全面履行合同。需要变更或解除合同的,应按法律规定的程序进行,并妥善处理善后事宜;遇有不可抗力或无法防止的外因,影响合同履行时,应及时以书面形式通知对方,并采取措施减少损失,同时收集有关证据。

第二十一条 企业对在合同管理中成绩显著和为企业避免、挽回重大经济损失的单位和个人,应当给予表彰或奖励。

第二十二条 在签订、履行合同和合理管理中失职、渎职或以权谋私、损害国家和企业利益的应依据有关规定追究责任人的经济、行政责任。构成犯罪的,由司法机关依法追究刑事责任。

第二十三条 本规定所称重大合同的范围,由企业根据合同标的数额、合同法律后果等因素自行确定。

第二十四条 交通系统事业单位的合同管理,可参照本规定执行。

第二十五条 企业应根据本规定制定具体的管理办法,报上一级交通主管部门备案。

第二十六条 本规定由交通部负责解释。

第二十七条 本规定自 1992 年 9 月 1 日起施行。

法规辑录

货物运输事故赔偿价格计算规定

(1987年4月20日铁道部、交通部、中国民用航空局、国家物价局、国家工商行政管理局发布)

一、根据国务院批准的铁路、水路、公路、民航等四个货物运输合同实施细则中有关条款的规定,为协调国内各种运输方式关于货运事故赔偿价格的计算方法,特制定本规定。

二、按照货运事故发生的运输方式,本规定分别适用于铁路、水路、公路、航空运输、军事运输以及铁路、水路、公路、航空货物之间联合运输。

三、货物在运输过程中,发生灭失、短少、变质、污染、损坏等事故造成的直接实际损失,根据承托运双方权利、义务对等的原则,由责任方向受损方按照下列规定负责赔偿:

1. 执行国家定价的货物,包括:实行合同定购的工、农业产品,计划调拨的各种生产资料,统一调拨分配的日用工业品,轻纺工业主要原材料以及纳入计划的进出口商品等,应按照各级物价管理部门规定的价格计算。

2. 执行国家指导价或市场调节价格的货物,应比照前项国家定价货物中相同规格或类似商品价格标准计算。但托运人已按货物实际价值办理保价运输的,由责任方按本规定第五项有关内容处理赔偿。

本规定的各项赔偿价格,均以起运地承运当日的价格为准。

对灭失、短少的货物,如起运地价格中未包括运杂费、包装费以及已付的税费时,应按全部或短少部分的比例加算各项费用;对变质、污染、损坏的货物,也可按受损货物减低的价值或支付加工、修理费用的方式赔偿。

四、国外进口商品在我国口岸起卸后又进入国内运输的,处理国内运输赔偿时,一律以人民币偿付。

五、处理赔偿货物如已投保货物运输险时,对实行保险与负责运输相结合补偿制度的,承运人按有关规定处理赔偿;未实行补偿制度的,其赔偿款额至多不超过保险金额(国外进口货物投保的国际货物运输险延伸到国内运输区段的,另按有关规定办法处理赔偿)。如已办理保价运输时,应按声明价格赔偿,但实际损失低于声明价格时,应按实际损失赔偿。

六、本规定分别由运输主管部(局)会同国家物价局或国家工商行政管理局负责解释。

七、本规定 1987 年 7 月 1 日起施行(其中公路运输自 1987 年 3 月 1 日起施行)。

司法解释

最高人民法院关于保险货物发生损失引起 运输合同赔偿纠纷如何适用法律问题的批复

(1989年5月30日 法(交)复[1989]3号)

辽宁省高级人民法院:

你院辽法(经)请[1988]127号函收悉。经研究并征求了有关部门的意见,现答复如下:

对已投保货物运输险的货物,由于承运人的责任造成损失的,应当依照《中华人民共和国合同法》第四十一条的规定,由承运人按货物的实际损失赔偿。如果保险公司根据保险合同先予赔偿的,由于投保额不足,保险赔款与实际损失的差额部分,则由承运人赔偿。

法规辑录

中华人民共和国铁路法(节录)

(1990年9月7日第七届全国人民代表大会常务委员会
第十五次会议通过 1990年9月7日中华人民共和国
主席令第三十二号公布 1991年5月1日起施行)

第十一条 铁路运输合同是明确铁路运输企业与旅客、托运人之间权利义务关系的协议。
旅客车票、行李票、包裹票和货物运单是合同或者合同的组成部分。

第十二条 铁路运输企业应当保证旅客按车票载明的日期、车次乘车,并到达目的站。因铁路运输企业的责任造成旅客不能按车票载明的日期、车次乘车的,铁路运输企业应当按照旅客的要求,退还全部票款或者安排改乘到达相同目的站的其他列车。

第十六条 铁路运输企业应当按照合同约定的期限或者国务院铁路主管部门规定的期限,将货物、包裹、行李运到目的站;逾期运到的,铁路运输企业应当支付违约金。

铁路运输企业逾期仍未将货物、包裹、行李交付收货人或者旅客的,托运人、收货人或者旅客有权按货物、包裹、行李灭失向铁路运输企业要求赔偿。

第十七条 铁路运输企业应当对承运的货物、包裹、行李自接受承运时起到交付时止发生的灭失、短少、变质、污染或者损坏,承担赔偿责任:

(一)托运人或者旅客根据自愿申请办理保价运输的,按照实际损失赔偿,但最高不超过保

价额。

(二)未按保价运输承运的,按照实际损失赔偿,但最高不超过国务院铁路主管部门规定的赔偿限额;如果损失是由于铁路运输企业的故意或者重大过失造成的,不适用赔偿限额的规定,按照实际损失赔偿。

托运人或者旅客根据自愿可以向保险公司办理货物运输保险,保险公司按照保险合同的约定承担赔偿责任。

托运人或者旅客根据自愿,可以办理保价运输,也可以办理货物运输保险;还可以既不办理保价运输,也不办理货物运输保险。不得以任何方式强迫办理保价运输或者货物运输保险。

第十八条 由于下列原因造成的货物、包裹、行李损失的,铁路运输企业不承担赔偿责任:

(一)不可抗力。

(二)货物或者包裹、行李中的物品本身的自然属性,或者合理损耗。

(三)托运人、收货人或者旅客的过错。

第三十二条 发生铁路运输合同争议的,铁路运输企业和托运人、收货人或者旅客可以通过调解解决;不愿意调解解决或者调解不成的,可以依据合同中的仲裁条款或者事后达成的协议,向国家规定的仲裁机构申请仲裁。

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。

法规辑录

铁路货物运输实行保险与负责运输相结合的补偿制度的规定(试行)

(1987年4月28日铁道部、中国人民保险公司发布)

第一条 根据国务院批准的铁道部《铁路货物运输合同实施细则》和批转的中国人民保险公司《关于加快发展我国保险事业的报告》的精神,特制定本规定。

第二条 本规定所称的保险与负责运输相结合的补偿制度的具体含义是:投保货物运输险的货物,由于承运人责任所造成的损失,由承运人在限额以内按照实际损失负责赔偿,超过限额的部分由保险公司在保险金额内给予补偿;不属于承运人责任而属保险责任范围的损失,由保险公司按照实际损失,在保险金额内给予赔偿。

第三条 中国人民保险公司可委托铁路车站代办铁路货物运输保险。托运人托运货物时,承运人应积极动员托运人投保货物运输险。

第四条 承运人对投保货物运输险的货物,应在货物运单、货票“托运人记载事项栏”内加盖“已投保运输险,保险凭证×××号”戳记。

第五条 托运人托运货物,应在货物单“货物价格”栏内准确填写该批货物总价格,根据总

价格确定保险金额,投保货物运输险。对于品名、规格、包装不同的货物,托运人还应向承运人递交“物品清单”(《铁路货物运输规程》格式三。)

第六条 从承运货物时起到将货物交付收货人或按照规定处理完毕时止,对依本规定已投保运输险的货物发生灭失、短少、变质、污染、损坏时,由承运人和保险公司按下列规定赔偿:

(一)由于承运人的责任所造成的货物损失,承运人对成件货物每件价值在 700 元以上的,按实际损失赔偿,但每件最多不超过人民币 700 元;非成件货物每吨价值在 500 元以上的,按实际损失赔偿,但每吨最多不超过人民币 500 元。超过承运人负责赔偿限额的部分,由保险公司在保险金额内给予补偿。每件价值不足 700 元的成件货物或每吨价值不足 500 元的非成件货物,由承运人按照货物实际损失赔偿。

(二)不属于承运人责任,而属于保险责任范围的损失,由保险公司按照实际损失,在保险金额内给予赔偿。

第七条 托运人或收货人依本规定投保运输险的货物,发生损失时,应在规定的期限内,分别按下列规定办理索赔:

(一)属于承运人责任的,货物实际损失每件超过 700 元的成件货物或实际损失每吨超过 500 元的非成件货物,按保险条款规定的手续逐向到站当地的保险公司要求赔偿,保险公司赔付后,承运人再向保险公司偿还应由承运人负责赔偿的部分;货物实际损失每件不足 700 元的成件货物或实际损失每吨不足 500 元的非成件货物,按《铁路货物运输规程》规定的手续,逐向承运人要求赔偿。

(二)不属于承运人责任,而属于保险责任范围的货物损失,逐向到站当地的保险公司要求赔偿。

(三)承运人责任与保险公司责任的确定问题,由铁路部门与当地保险公司具体商定。

第八条 按《铁路货物运输合同实施细则》第十八条第六项规定并由合同管理机关处以罚款的货物损失,不论保险与否均由承运人负责赔偿。

第九条 经铁路运输直接进出口的已投保对外运输险的货物不适用本规定。

第十条 为了便于本规定实施,各铁路局和保险公司可结合当地实际情况制订补充规定,联合发布实行。

第十一条 本规定由铁道部、中国人民保险公司共同负责解释。

第十二条 本规定自 1987 年 7 月 1 日起试行。



水路货物运输实行保险与负责运输相结合的补偿制度的规定

(1987 年 1 月 19 日交通部、中国人民保险公司发布)

第一条 根据《水路货物运输合同实施细则》和 1984 年国务院批转中国人民保险公司《关

于加快发展我国保险事业的报告》中关于“货物运输实行保险与负责运输相结合的补偿制度”的精神,特制定本规定。

第二条 本规定所称的“实行保险与负责运输相结合的补偿制度”的具体含义是:对投保货物运输险的货物,由于承运人责任所造成的损失,由承运人在限额以内按照实际损失负责赔偿;超过限额的部分由保险公司在保险金额内给予补偿。不属于承运人责任而属保险责任范围内的损失,由保险公司按照实际损失,在保险金额内给予赔偿。

第三条 托运人托运按件承运的货物,每件货物价值在 700 元以上(含 700 元)或只按重量承运、不计件数的货物,每吨货物价值在 500 元以上(含 500 元)的货物时,承运人应积极动员托运人投保货物运输险。对不投保货物运输险的,承运人可不受理承运。

第四条 托运人托运货物时,应在货物运单“货物价值”栏内准确地填写该批货物的总价值。对不具备“三同”条件(同品名、同规格、同包装)的计件货物,还应向承运人递交货物单件价值清单,清单格式同《水路货物运输规则》中规定的“物品清单”。

第五条 承运人从承运货物时起,至将货物交付收货人或依照规定处理完毕时止,对按本规定已投保货物运输险的货物发生灭失、短少、变质、污染、损坏,由承运人和保险公司按下列规定赔偿,但属于《水路货物运输合同实施细则》中第二十一条规定的原因造成,以及规定由托运人负责赔偿和自行负责处理的,承运人不承担赔偿责任。

一、承运人对每件货物价值在 700 元以上(含 700 元)的,赔偿金额按实际损失最多不超过人民币 700 元(含 700 元)计算赔偿;对每吨货物价值在 500 元以上(含 500 元)的,赔偿金额按实际损失最多不超过人民币 500 元(含 500 元)计算赔偿。但因责任海损事故造成的货物损失,按上述规定计算的赔偿总额,不应超过海损赔偿最高限额的规定。

二、货物的实际损失超过承运人负责赔偿的部分,均由保险公司在保险金额内给予补偿。

第六条 托运人或收货人按本规定投保货物运输险的货物发生货运事故的索赔案件,应在规定的索赔期限内按下列两种情况办理:

一、对每件货物的实际损失超过 700 元或每吨货物的实际损失超过 500 元的,按保险条款规定的手续径向当地保险公司索赔,再由保险公司向承运人追偿应由承运人负责赔偿的部分;

二、对每件或每吨货物的实际损失未超过上述一款规定标准的,按《水路货物运输规则》规定的手续,径向承运人提出索赔。

第七条 沿海航线蜜蜂运输,仍按《关于沿海航线蜜蜂运输的几项规定》及《沿海航线试办蜜蜂运输保险座谈会纪要》的规定办理。

第八条 个体(联户)船舶承运的货物,按国务院规定已投保承运货物运输险的,以及航行国际航线,香港、澳门航线的船舶及所载货物,在我国港口作业中发生的船体、船具或货物的灭失、损坏事故,均不适用本规定。

第九条 按《水路货物运输合同实施细则》第二十二条规定,由托运人或收货人证明货物损失的发生确属承运人的故意行为造成,并由合同管理机关处以造成损失部分 10%到 50%罚款的,其损失均由承运人负责赔偿。

第十条 本规定由交通部、中国人民保险公司共同负责解释。

第十一条 本规定自 1987 年 7 月 1 日起施行。

六、怎样订立供用电合同

(一)什么是供用电合同

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终止用电时间。

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。

法律精释

经济合同法对供用电合同的规定

《中华人民共和国合同法》第二十一条

【条文】 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。

【释义】 本条是关于供用电合同订立和履行应当遵循的原则的规定。

1. 供用电合同的概念与特征。

(1)供用电合同的概念。供用电合同是供电方根据国家电力分配计划,用电方需要的供电

量和电力的可供量,保质保量地向用电方输送电力,用电方按计划用电,并支付相应电费的协议。

供用电合同按供电的用途划分,可分为工业用电合同、农业用电合同和生活用电合同;按电压划分,可以分为高压供电合同和低压供电合同;按照工程用电性划分,可分为各种工程供电合同。

(2)供用电合同的特征。供用电合同从不同角度划分,可以分为各种供用电合同,不管哪种供用电合同,一般都具有以下特征:

①供用电合同客体的特殊性。供用电合同与其他合同相比,其客体是不同的,前者是电力,是一种无形的物质;后者一般是物,是有形的物质。因此,供用电合同不是一般的财产转移合同,而是属于特殊的财产转移合同。

②供用电合同主体的特定性。供用电合同主体一方必须是由供电局作为供电方,其他任何单位与个人都不能作为供电方。供电局作为供用电合同的当事人,除平等协商一面外,还有监督管理一面的职能。即供电局担负着执行计划的任务,对超标用电地区和用户可以限电或停电;可以对用户装设电力定量装置,以便对用户的用电指标进行监督管理;同时对用户的节约用电、安全用电工作有权进行检查。

③供用电合同的计划性。电力是一种极其重要的动力,是发展国民经济、改善人民生活的主要能源,占有举足轻重的地位。长期以来,我国电力一直供应不足,为了缓和供求矛盾,一方面采取多种措施,增加可供电量,另一方面推行节约用电、计划用电的方针,对电力实行统配计划,保证重点,择优供应的原则,向用户下达最高电力负荷、电量,规定用电时间,核定单位产品电耗定额。供电局和用户应用从电网统一调度,严格按指标供电、用电、不得超分超用。

④电价不是由双方当事人协商确定,而是由供电主管部门根据国家规定的电价标准,按照用电方的耗电量,转帐结算或直接收取的。

2. 供用电合同的主要条款。供用电合同是供电方与用电方之间就实施计划用电,明确相互权利义务关系的协议。根据本条规定,供用电合同应具备下列条款:

(1)标的。供用电合同的标的是电力,又称电力负荷,是一种特殊的无形物质。电力是指发电、输变电、用电设备在单位时间内生产、变换和消耗的电能,一般以千瓦表示。供用电合同的标的——电力,是指供电方在一定时间内可以维持、稳定地供给用电方耗用的电。

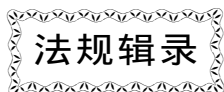
(2)电量。俗称度,是指发电、输变电、用电设备一定时间内生产、变换和消耗的电能。电量等于电力(千瓦)乘以时间(小时),即 $\text{千瓦} \times \text{小时} = \text{电量(度)}$ 。电量是计算耗用电量多少的数量指标,是用电方在一定时间内消耗的总电能。用电方只能在电力统配部门批准的电量限度内用电,不得超计划用电。

(3)供电质量。供电质量主要是以供电周率供电压是否符合国家标准来衡量。电压超出规定的变动幅度或供电周率超出规定给用户造成损失的,供电方要承担经济责任。

(4)用电时间。用电时间是指用户有权用电的时间范围。妥善安排用电,对于合理用电,安全用电有着重要意义。不允许用户单位在非用电时间用电,更不允许超用电时间用电,以免在同一时间大量用户集中用电,加剧电力供应紧张,或造成低峰用电时因低负荷而使电力浪费,或是在高峰时用电因超负荷而发生断电、停电事故。

(5)电价。电价即电费标准。国家有关部门对不同的用电类别规定了不同的电价标准。无论是工业用电、农业用电、生活用电,供用电双方都应当严格遵守国家电价分类标准。无论是供电方或是用电方都不得擅自变更电价,也不应互相混淆或代替。同时还应明确约定用户交付电费时间,用户须按约定的时间交付电费。

(6)违约责任。违约责任是指供用电双方违反供用电合同时应当承担的行政责任、经济责任或刑事责任。目的是促使供用电双方全面认真履行合同,保证计划供电、安全用电,避免因违反合同影响国家计划的执行,造成不必要的事故和损失。



全国供用电规则(节录)

(1983 年 8 月 25 日国家经济委员会批准,
1983 年 8 月 25 日实行,1983 年 9 月 1 日水利电力部转发)

第九章 供用电合同与经济责任

72. 按照《中华人民共和国合同法》供电局与电力用户一般应签订供用电合同,明确双方的权利、义务与经济责任。供用电合同的签订应根据用户的需要和电网的可能,从重要电力用户开始,逐步扩大范围。

73. 供用电合同中,订有计划用电经济责任条款的,按以下规定办理:

(1)供电局未按计划指标向用户供电时,事后应补还少供的电力、电量,并给予赔偿(包含违约金和赔偿金,以下均同);

(2)用户超计划指标用电时(包括低谷少用电量),供电局除扣还其超用电量外,并征收违约金。如用户超指标用电,导致对其他用户限电、停电时,可参照本规则第 74 条第(1)款的规定酌情赔偿;

(3)赔偿的实施办法由供电局提出,并征求用户意见后,报当地经济委员会批准。

74. 供用电合同中,订有责任事故停电的经济责任条款的,按以下规定办理:

(1)属于供电局运行操作责任事故造成用户停电时,供电局应按用户在停电时间内可能用电量的电度电费的五倍(单一制电价为四倍)给予赔偿。用户在停电时间内的可能用电量,按照停电前用户正常用电月份或正常用电一定天数内每小时平均用电量乘以停电小时求得。

但电力系统开关掉闸,经自动重合闸重合良好或对有备用电源的用户,只停其中一路电源,其它供电电源可以满足用户备用供电设备能力时,供电局不负赔偿责任。

(2)由于用户的责任造成供电局对外停电,用户应按供电局对外停电时间内少供电量,乘以上月供电局平均售电单价给予赔偿。

但用户引起的事故,因供电局的责任而扩大停电范围,则用户不负事故扩大部分的赔偿责任。

(3)对停电责任的分析和停电时间及少供电量的计算,均按供电局的事故记录及原电力工业部颁发的《电业生产事故调查规程》办理。如停电时间不足一小时按一小时计算,超过一小时按实际时间计算。

75. 供用电合同中,订有电压质量经济责任条款的,按以下规定办理:

(1)当供电电压超出本规则规定的变动幅度时,供电局应按用户每月在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% 给予赔偿。

(2)用户用电的功率因数未达到本规则规定或其它内部原因而引起的电压波动,供电局不负经济责任。

(3)电压波动超出允许变动幅度的时间,以用户自备并经供电局校验合格的电压自动记录仪表的记录为准;如用户未装此项仪表,则以供电局变电所的电压记录为准。

76. 供用电合同中,订有频率质量经济责任条款的,按以下规定办理:

(1)当供电频率超出本规则规定的允许偏差时,供电局应按用户每月在频率不合格的累计时间内所用的电量,乘以当月用电的平均电价的 20% 给予赔偿。

(2)频率变动超出允许偏差的时间,以用户自备并经供电局校验合格的频率自动记录仪表的记录为准;如用户未装此项仪表,则以供电局的频率记录为准。

77. 供电局如因施工错误或由于供电局的责任导致高压供电线路断落连接到低压供电线路,造成用户用电设备烧毁时,应负责对该设备进行修复或根据实际情况给予合理赔偿。

78. 由于第三方(供电局、用户以外的肇事者)责任造成供电局设备、设施的损坏和引起用户的经济损失,酌情由第三方赔偿。在用户维护管理的设备上,由第三方责任造成事故而引起其他用户的经济损失者,应由设备维护管理单位负责向第三方交涉赔偿,供电局应予协助。

七、怎样订立仓储保管合同

(一)什么是仓储保管合同

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。

法律精释

经济合同法对仓储保管合同的规定

（《中华人民共和国合同法》第二十二条）

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力由双方协商签订。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。

【释义】 本条是关于仓储保管合同订立和履行的一般原则的规定。

1. 仓储保管合同的概念与特征。

(1) 仓储保管合同的概念。仓储保管合同是保管合同中的一种。

保管合同是指当事人双方明确物品保管过程中相互权利义务关系的协议。保管合同可以分为寄存保管合同和仓储保管合同两种。凡是与个人生活有关的小件物品保管合同,是寄存保管合同;凡是联结生产、流通、分配和消费各环节的大宗物品的保管合同,是仓储保管合同。

仓储保管合同是存货方和保管方加速货物流通、妥善保管货物,提高经济效益,明确相互权利义务关系的协议。

(2) 仓储保管合同的特征。仓储保管合同具有以下特征:

① 仓储保管合同是双务有偿合同。仓储保管合同的双方当事人各自承担自己的义务。保管方负有按国家规定或合同约定的要求保管货物的义务,存货方负有按合同规定支付保管费的义务。

② 保管方必须是专门从事仓储保管业务的企业。仓储保管合同的保管方必须具备履行保管义务的行为能力,具备从事仓储保管业务的资金、人员、技术和设施,以便使存货方的合法权益得到基本保障。因此,凡未经工商行政管理部门从事仓储保管业务的单位,都不具备作为仓储保管合同保管方当事人的主体资格。经工商行政管理部门核准,依法从事仓储保管业务的个人、集体经营户也可作为保管方,与其他当事人订立仓储保管合同,成为合同的主体。

③ 仓储保管合同具有计划性。仓储保管合同的保管物(品种、规格、数量、质量和保管期限等)是根据存货方提出的委托储存计划协商订立的。在有计划商品经济条件下,存货方的储存计划是与国家物资供应计划、企业的生产经营计划密切相关的。因此,仓储保管合同必然具有

计划管理的特征。

2. 仓储保管合同的订立。根据当前我国物资存储的状况,订立仓储保管合同有以下三种情况:

(1)仓储保管合同的订立,是根据国家物资储存计划必须储存的物资,由存货方与保管方按计划协商签订的合同,以保障国家物资储存计划的执行。

(2)仓储保管合同的订立。是存货方根据自身需要提出的储存计划,保管方则根据仓储能量等条件,经双方协商而签订的合同。

(3)零星货物的储存,是由存货方和保管方根据有关规定办理储存手续。

3. 仓储保管合同的主要条款。仓储保管合同的条款因不同货物的保管要求不同而有所有同。仓储保管合同一般均应具备以下条款:

(1)货物的品名、规格、数量和保管方法。在合同中应标明存货方委托储存货物的品名、规格、数量、质量和保管方法,同时储存的货物必须是可移入仓库或特定的地区储存保管的有价物,是特定物或特定的种类物。如储存的是易燃、易爆、易渗漏或有毒的危险货物,以及易腐、超期限的特殊物,必须在合同加以注明。

对货物进行仓储保管,存货方应向保管方提交月度、季度、年度货物流转进出库计划,仓储单位按照存货方提交的计划,结合自己储存能量编制货物储存计划,对计划之内的储存货物,根据特定货物的性质按照管理规则妥善储存。

(2)储存货物的期限和仓储费用及其结算方法。储存货物的期限,是指存货方把货物存入直到提出的全部时间,仓储保管合同一般都应规定保管期限,存货方过期不取走货物,则承担违约责任。但有的合同没有规定期限,只要存货方按日或按月支付保管费,可继续存放。

保管费的计算时间一般以日为单位,重量一般以吨为单位,或是按货物体积及货件计算。关于特殊保管的货物,按其不同性质及保管要求另行议价。因此,仓储保管合同都应明确规定保管费单价或总额。具体的结算方法,按人民银行的有关规定办理。

(3)货物进出库手续和验收的规定。凡货物或新品种货物(包括性质)需要入库时,存货方应事先通知保管方,并将入库凭单和提供验收的资料在货物入库前或随同货物送交保管方验收入库。外埠到货入库,如货物与货票不同行时,必须由运输人员填制临时入库凭单交保管方验收入库。

保管方验收是按照存货方的凭单对入库货物品名、规格、数量、包装等进行感官验收。货物质量的技术性检验由存货方负责。验收的项目、比例、方法和时间等具体内容,则按照双方签订合同的规定办理。经过验收的货物。保管方验收人员应在凭单上签字盖章。经过拆件验收的货物,验收人员应在包装外面注明验收标记。在验收中没有发现货物的品名、规格、数量等与入库凭单所写的不符,货物方可入库。

货物的出库,包括移库、过户、提取样本等,存货方均应开具正式出库凭单,如出库货数量较大应事先通知保管方,保管方按照提货凭单所列项目逐项审核,向存货方办清交接手续,按时交货。

仓储保管合同对进出货物进行严格验收的目的有二:一是保证进出库货物符合仓库的规定,保证仓库和货物的安全;二是进出库货物发生问题时,便于分清是非,追查责任。

(4)货物损耗标准、损耗处理、货物包装和违约责任的规定。货物损耗有自然损耗和因当事人过错而造成的损耗,前者保管方不负责任,后者由过错方负责。因此,仓储保管合同应明确规定损耗标准和处理办法,这是处理违约责任的依据。

在仓储保管合同中还应明确规定有货方货物包装的规格,当事人除应按照规定包装标准外,还应互相协商包装中存在的问题。

关于违约责任的问题。根据本条第四款的规定,保管方入库货物有验收的责任。验收中如发现货物与合同规定不符,应及时通知存货方。货物经保管方验收入库后,如发现品种、数量、质量与合同规定不符时,应由保管方承担赔偿责任。

存货方负有向保管方提供必要的货物验收资料的责任。没有必要的验收资料,保管方则无法正确全面地对入库货物进行验收,在这种情况下如发生货物品种、数量、质量不符合规定时,应由存货方自己负责,保管方不承担赔偿责任。



仓储保管合同实施细则

(1985年9月25日国务院批准)

1985年10月15日商业部、对外经济贸易部、国家物资局发布)

第一章 总 则

第一条 根据《中华人民共和国合同法》的有关规定,特制定本细则。

第二条 仓储保管合同(以下简称合同)是存货方和保管方为加速货物流通、妥善保管货物、提高经济效益而明确相互权利、义务关系的协议。

第三条 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之间签订的仓储保管合同。

第二章 仓储保管合同的订立

第四条 订立合同,必须遵守国家法律、法规,符合国家政策和计划的要求;必须贯彻平等互利、协商一致、等价有偿的原则。

第五条 根据存货方的委托储存计划和保管方的仓储能量,双方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、单位盖公章或合同专用章,合同即成立。如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。

法人之间订合同时,必须事先取得委托单位的委托证明,并根据授权范围以委托单位的名义签订,才对委托单位直接产生权利和义务。

第六条 合同应采用书面形式。当事人协商同意的有关修改合同的文书、电报、图表和购销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、电报后十五日内或合同期限内未提出异议,即视为同意。

第七条 合同应具备以下主要条款:

1. 货物的品名或品类;
2. 货物的数量、质量、包装;
3. 货物验收的内容、标准、方法、时间;
4. 货物保管条件和保管要求;
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. 责任划分和违约处理;
9. 合同的有效期限;
10. 变更和解除合同的期限。

第八条 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订合同。

第三章 货物入库

第九条 入库计划的执行:

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;

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(含超议定储存量储存),应承担违约责任。

第十条 货物入库交接:

由存货方或运输部门、供货单位送货到库的,或由保管方负责到供货单位、车站、港口等处提运的货物,必须按照本细则第十一条或国家有关规定当面交接清楚,分清责任,合同另有规定者除外;交接中发现问题,供货方在同一城镇的,保管方可以拒收;外埠或本埠港、站、机场、邮局到货,保管方应予接货,妥善暂存,并在有效验收期内通知存货方和供货方处理,运输等有关方面应提供证明。暂存期间所发生的一切损失和费用由责任方负责。

第四章 货物验收

第十一条 保管方的正常验收项目为:货物的品名、规格、数量、外包装状况,以及无须开箱拆捆直观可见可辨的质量情况。

包装内的货物品名、规格、数量,以外包装或货物上的标记为准;外包装或货物上无标记的,以供货方提供的验收资料为准。

散装货物按国家有关规定或合同规定验收。

第十二条 保管方未按合同或本细则规定的项目、方法和期限验收或验收不准确,由此造成的实际经济损失,由保管方负责。合同议定按比例抽验的货物,保管方仅对抽验的那一部分货物的验收准确性以及由此造成所代表的那一批货物的实际经济损失负责,合同另有规定者除外。

存货方未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。

第十三条 验收期限,国内货物不超过十天,国外到货不超过三十天,法律或合同另有规定者除外。超过验收期限所造成的实际损失,由保管方负责。

货物验收期限,是指自货物和验收资料全部送达保管方之日起,至验收报告送出之日止。日期均以运输或邮电部门的戳记或直接送达的签收日期为准。

第五章 货物保管

第十四条 保管方的责任:

- 一、按合同议定的储存条件和保管要求保管货物;
- 二、货物在临近失效期(只限外包装或货物上标明了有效期或合同上声明的)六十天前应通知存货方,合同另有规定者除外;发现货物有异状,应及时通知存货方;
- 三、按国家或合同规定的要求操作、储存危险品和易腐货物。

第十五条 存货方的责任:

- 一、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;
- 二、及时处理临近失效期或有异状的货物。

第十六条 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。

第十七条 货物在储存保管和运输过程中的损耗、磅差标准,有国家或专业标准的,按国家或专业标准规定执行,无国家或专业标准规定的,按合同规定执行。

货物发生盘盈盘亏的均由保管方负责。

第六章 货物包装

第十八条 货物的包装由存货方负责。其标准,有国家或专业标准的,按国家或专业标准规定执行;没有国家或专业标准的,在保证运输和储存安全的前提下,由合同当事人议定。

第十九条 货物在储存保管过程中,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,由保管方负责。

第二十条 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。

第七章 货物出库

第二十一条 货物出库须按照先进先出或易坏先出(易坏只限合同中申明或货物外部显露出来的)原则发货,否则由此造成的实际损失由保管方负责。

第二十二条 由存货方或用户自提或保管方送货上门的责任划分:

一、当面办理交接手续;

二、保管方没有按合同规定的时间、数量交货,应承担违约责任;存货方已通知货物出库或合同期已到,由于存货方(含用户)的原因不能如期出库,应承担违约责任;

三、由于存货方调拨凭证上的差错所造成的实际损失,由存货方负责。

第二十三条 由保管方代办运输的责任划分:

一、由保管方负责向运输部门申报运输计划,办理托运、发运手续;

二、保管方未按合同规定期限和要求发货或发生错发到货地点、收货人等差错事故,应负责赔偿由此造成的实际损失;

三、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,应承担延期的责任和增加的有关费用。

第二十四条 保管方代运的货物,发生数量、质量异议时,除合同另有规定者外,由保管方负责处理,其费用由责任方承担。

凡原装、原封、原标记完好无异状,包装或货物上标明的品名、规格、数量、花色与实际不符时,除合同规定应开箱(拆捆)检验而未检验或验而不准者由保管方负责外,发生质量不符合要求或其它问题,按国家有关规定或合同规定处理。

第八章 违约责任

第二十五条 违反本细则第九条和第二十二条第二项的规定,当事人必须向对方支付违约金,合同另有规定者除外。违约金的数额,为违约所涉及的那一部分货物的三个月保管费(或租金)或三倍的劳务费,合同另有规定者除外。

因违约使对方遭受经济损失时,如违约金不足以抵偿实际损失,还应以赔偿金的形式补偿其差额部分。

其它违约行为,给对方造成经济损失的,一律赔偿实际损失。

第九章 附 则

第二十六条 赔偿货物损失,一律按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。

第二十七条 仓储保管合同发生纠纷时,当事人双方应协商解决;协商不成时,任何一方
可向合同管理机关申请调解或仲裁,也可以直接向人民法院起诉。

第二十八条 经工商行政管理机关核准,依法从事仓储保管业务的个体、集体经营户同城
乡个体、集体户之间或同法人之间,以及依法从事仓储保管业务的法人同城乡个体、集体户之
间签订的仓储保管合同,均参照本细则执行。

第二十九条 本细则自一九八六年一月一日起施行。

八、怎样订立财产租赁合同

(一)什么是财产租赁合同

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交纳的租赁费用。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。

法律精释

经济合同法对财产租赁合同的规定

(《中华人民共和国合同法》第二十三条)

【条文】 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的时间和标准,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。

【释义】 本条是关于财产租赁合同订立和履行的一般原则的规定。

1. 财产租赁合同的概念。财产租赁合同是指出租方将出租物交给承租方使用,承租方使用完毕后返还原物并支付租金的协议。现代财产租赁分为动产与不动产两大类。动产租赁可

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);不动产租赁又可分为房地产租赁和其他类型不动产租赁。目前,在我国比较成形的租赁合同是房屋租赁合同和船舶租赁合同等合同。

财产租赁合同是一种有偿合同,承租方必须按照合同规定交付一定租金,出租方必须对出租标的物在使用质量上予以保证。财产租赁合同具有以下特征:

(1)财产租赁合同的标的物,是法律允许流通的,具有一定物质形态的特定物和非消耗物。因为,财产租赁合同规定,合同期满后,承租方应将原租赁物返还出租方,所以种类物(如粮食、布匹等)以及易损、易耗、易腐物品都不能作为财产租赁合同的标的物。

(2)财产租赁合同标的物的所有权和使用权是分离的。承租方根据合同规定,在合同的有效期限内只取得对租赁物的使用权,所有权仍归出租人拥有。

2. 财产租赁合同的内容和形式。财产租赁合同必须采用书面形式。双方当事人就财产租赁合同的主要条款达成协议,该合同即成立。财产租赁合同一般包括以下内容:

(1)租赁财产的名称、数量和质量。租赁财产是租赁合同的标的,必须是长期使用而仍然具有使用效能的特定物和非消耗物。它是财产租赁合同的最重要条款,要规定的明确、具体。租赁物的质量规定的清楚,这是承租方正常使用租赁物的关键,是租赁期满后承租方返还租赁物的质量依据。如果租赁财产被毁损或超过规定的损耗标准,承租方负赔偿责任。

租赁财产是法律允许自由流通的物品,法律禁止或限制的流通物品,是不能出租的。否则,则是违法行为,合同也成为无效合同。

(2)租赁财产的用途和期限。承租方在租赁财产时,应向出租方说明用途,并写入合同。凡是违反合同规定的用途使用租赁财产,或是利用租赁财产进行非法活动的,出租方有权解除合同,并收回租赁财产。

租赁合同要明确规定财产的租赁期限,可按年、月、日计算。但有的财产租赁合同难以规定具体的租赁期限,只要出租方无特殊原因需要收回租赁财产,承租方按合同规定支付租金和使用租赁财产,租赁合同就可继续存在。

(3)租金和租金支付期限。这是关系当事人权利义务的条款,必须规定清楚。租金标准,国家有统一规定的,按统一规定支付;无统一规定的,由双方协商议定。租金支付期限,有一次支付的,有分期支付的。如分期支付,应将总金额和每次分别支付的金额和期限都要在合同中规定清楚。租金要公平合理,出租方不应将收取租金作为获取高利的手段。

(4)租赁期间财产维修保养的责任。出租方拥有租赁物的所有权,而且向承租方收取了一定的租金,所以出租方有义务保证租赁物符合承租方使用的要求,有责任对租赁物经常检查、维修、保养。此外,在某些特定情况下,如出租方不能或不便于对租赁物进行维修保养时,也可以在合同中规定由承租方在租赁期限内承担对租赁物维修保养的义务。

(5)违反租赁合同的责任。关于财产租赁合同违约责任问题,经济合同法第四十四条对承租方和出租方均有明确的原则规定。当事人双方都应根据有关法规的规定,在合同中约定具体的违约责任。

3. 租赁财产转让的法律问题。财产租赁合同中的租赁财产,法律是允许转让的。租赁财产转让有二种情况:一是出租方转让租赁财产;二是承租方转租租赁财产。本条第二、三款对租赁

财产转让和转租作了规定:

(1)出租方出售租赁物的法律规定。出租方将租赁物的所有权出售给第三方后,根据法律规定和实践,出租方和承租方原订的财产租赁合同对新的财产所有人仍继续有效。这样规定的目的,是使财产租赁合同不因租赁物所有权人转移而失效,从而保护了承租方的合法权益。

(2)承租方转租租赁物的法律规定。在财产租赁合同中,承租方承租租赁物的目的是为了自己使用,因而在一般情况下承租方不得将租赁物转租给第三方。但是,在符合法定条件时,是允许承租方转租租赁物给第三方使用。法定条件是:①必须事先征得出租方同意;②不得利用转租牟取非法收入。如不符合上述法定条件,则属于违法转租。

租金是指转让财产的使用权而定期取得的收入。租金额是由出租财产的价格决定的。出租财产的价格(其中包括租赁物的折旧费、维修管理费、利息和税金)按照其使用期限加以平均,就是每单位时间的租金。租金的确定,要符合公平合理的原则。本条第四款只是对租金的标准作了原则规定。即国家有统一规定的,按统一规定签订;没有统一规定的,由当事人协商议定。协商议定租金,应根据实际情况,参照相近或类似的租赁财产的租金标准,协商确定合理的租金数额。

九、怎样订立借款合同

(一)什么是借款合同

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:我国人民币和外汇。

(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）借款合同的种类

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。

法律精释

经济合同法对借款合同的规定

（《中华人民共和国合同法》第二十四条）

【条文】 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。

【释义】 本条是关于借款合同订立和履行的一般原则规定。

1. 借款合同的概念和特征。

(1)借款合同的概念。借款合同也称贷款合同或信贷合同,是指贷款方将一定数额的货币交付借款方使用,借款方应按期归还同等数量的货币,并支付利息的协议。

(2)借款合同的特征。借款合同的主要特征是:①借款合同的贷款方是特定的,即人民银行、各专业银行、信用社等特定的社会主义金融组织。②借款合同的标的,只能是货币。③贷款利率由国家规定,中国人民银行统一管理,当事人无权自行议定。

2. 借款合同的形式和种类。借款合同必须采用书面形式。根据借款单位和用途的不同,借款合同可以划分以下几种:

(1)工业借款合同。工业借款合同是中国工商银行同国营工业企业、集体工业企业、工业主管部门的供销企业、各级物资供应企业之间签订的借款合同。工业贷款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,也有上述五种贷款合同。

(2)商业借款合同。商业借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动贷款、农副产品预购贷款、大修

理贷款。与此相适应,商业借款合同又可分以上三种商业借款合同。

(3)农业借款合同。农业借款合同是指中国农业银行、信用社同农业企业、农村集体经济组织之间签订的借款合同。

(4)基本建设借款合同。它是指中国建设银行同建设单位之间确立信贷关系签订的合同。

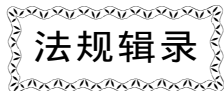
(5)其他专项借款合同包括有:工业交通企业挖潜、革新、改造资金签订的贷款合同,煤炭工业企业挖潜、革新、改造和调整项目签订的借款合同,出口工业品生产专项贷款合同,引进国外技术设备贷款和短期外汇贷款等合同。

3. 订立借款合同的原则和主要条款。

(1)订立借款合同的原则。签订借款合同,双方当事人必须遵守以下原则:①物资保证原则。借款方向银行申请贷款,必须有人民银行所规定的,与贷款数额相应的,适销适用的物资和财产作为借款保证。如果借款人不具备有此项借款条件,银行与信用社可以拒绝与其订立借款合同。②区别对待,择优扶持,以销定贷原则。区别对待,择优扶持,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,给以优惠条件,实行优先贷款的鼓励政策;对于经营管理混乱,亏损的企业等,国家实行限制贷款、停发贷款或扣收已占用的贷款政策。以销定贷是指适销对路、市场需要产品,国家给予支持,按照销售状况给予贷款。区别对待、择优扶持、以销定贷原则,有利于改善企业经营管理,健全经济合同制度,有利于提高经济效益,促进社会经济建设和社会事业的发展。③按期归还原则。按期归还借款是指借款人一定要按照合同规定期限归还借款。归还期限根据一般企业库存物资周转情况以及大修理基金的提存和使用计划确定,限期一到,按期归还。确因客观原因到期不能归还的,借款方应提出申请,经银行审查同意后方可延期。企业无正当理由逾期不还者,银行应停止发放贷款,并扣收逾期贷款。

(2)借款合同的主要条款。借款合同的订立不同于其他经济合同的订立,订立借款合同的程序是:首先是借款方要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借款方的实际需要,审查借款计划;其次是借款方要填写借款申请书,以书面形式提出借款申请,并向银行提供有关借款凭证。

根据本条的规定,借款合同应具备以下条款:①贷款数额。借款合同的贷款数额必须按国家批准的信贷计划和有关政策订立和发放,超计划贷款必须经上级银行批准,任何单位不得强令银行在国家计划之外增加贷款。②贷款用途。在借款合同中必须明确规定贷款用途,借款方必须按合同规定的用途使用贷款,贷款方有权进行监督。同时国家规定银行贷款不准用于弥补企业亏损或者垫交被挪用的税收和利润,不准用于职工福利或其他财政性的开支。这一规定目的是按计划用款,专款专用,把贷款用到急需的,经济效益较好的地方。③贷款期限。借款合同中应明确规定贷款的期限,借款方必须按期归还贷款。逾期不还的,应以违约处理。我国信贷合同的期限,短期贷款不得超过一年,长期贷款在一年以上。前者用于生产周转和商品流通,后者用于固定资产。④贷款利率。贷款利率由国家规定,中国人民银行统一管理。⑤结算办法。一般是按银行规定的结算办法执行。⑥违约责任。本法第四十五条有专门规定。



借款合同条例

(1985 年 2 月 28 日 国务院发布)

第一章 总 则

第一条 为了加强信贷资金的管理,提高资金的使用效益,保护借款合同当事人的合法权益,保证国家信贷计划的执行,根据《中华人民共和国合同法》的有关规定,特制定本条例。

第二条 本条例适用于实行独立经济核算的全民和集体所有制企业、事业等单位(以下简称借款方)同银行、信用合作社(以下简称贷款方)之间签订的借款合同。

城乡个人同银行、信用合作社之间签订的借款合同(契约),参照本条例执行。

第三条 借贷当事人双方必须遵守国家法律、按照国家政策、依据国家计划和有关规定,在平等协商的基础上,签订合同。

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。

第四条 借款合同依法签订后,即具有法律约束力,当事人双方必须严格遵守合同条款,履行合同规定的义务。

第二章 借款合同的订立和履行

第五条 借款方借款必须提出申请,经贷款方审查认可后,即可签订借款合同。

借款合同必须采用书面形式。借款申请书、有关借款的凭证、协议书和当事人双方同意修改借款合同的有关书面材料,也是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或者凭法定代表授权证明的经办人签章,并加盖单位公章。

第六条 借款合同应具备下列条款:

- 一、贷款种类;
- 二、借款用途;
- 三、借款金额;
- 四、借款利率;
- 五、借款期限;
- 六、还款资金来源及还款方式;

七、保证条款;

八、违约责任;

九、当事人双方商定的其它条款。

第七条 借款方申请借款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和财产。

借款方不完全具备本条第一款规定的申请借款条件,但有特殊情况需要借款时,可以提出申请,但需有符合法定条件的保证人,经贷款方同意,并报经贷款方上级批准后,方可借款。

第八条 按本条例第七条第二款需要保证人的,或者经当事人一方提出或双方协商需要保证人的,保证人必须具有足够代偿借款的财产。借款方不履行合同时,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,有向借款方追偿的权利。

第九条 借款方必须按照借款合同规定的用途使用借款,不得挪作他用,不得使用借款进行违法活动,必须按期还本付息。

第十条 贷款方有权检查、监督贷款的使用情况,了解借款方的计划执行、经营管理、财务活动、物资库存等情况。借款方应提供有关的计划、统计、财务会计报表及资料。

第三章 借款合同的变更和解除

第十一条 凡发生下列情况之一,允许变更或解除借款合同:

一、订立借款合同所依据的国家计划及有关的概算、预算经原计划下达机关批准修改或取消的;

二、工程项目经原批准机关决定撤销、停建或缓建的;

三、借款方经国家批准决定关闭、停产、合并、分立或转产确实无法履行借款合同的;

四、由于不可抗力或意外事故,致使借款合同无法履行的;

五、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。

第十二条 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。协议未达成之前,原借款合同仍然有效。

第十三条 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,应按原借款合同的规定偿付。

第十四条 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借款合同的义务和享受应有的权利。

第四章 违约责任和违法处理

第十五条 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。

第十六条 借款方不按期偿还借款,贷款方有期限期追回贷款,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。

第十七条 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。违约金数额的计算与本条例第十六条罚息的计算相同。

第十八条 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的,贷款方应追回贷款本息,有关单位对直接责任人应追究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。

第十九条 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。

第二十条 任何单位或个人违反本法第三条第二款,应追究其直接责任人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。

第二十一条 借款合同发生纠纷时,当事人双方应及时协商解决。协商不成时,任何一方均可向合同管理机关申请调解、仲裁,也可以直接向人民法院起诉。

第五章 附 则

第二十二条 借款合同格式,由银行、信用合作社制定。

第二十三条 各省、自治区、直辖市和国务院有关部门可根据本条例制定实施办法。

第二十四条 本条例自一九八五年四月一日起施行。

十、怎样订立财产保险合同

(一)什么是财产保险合同

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代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 responsibility 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。

法律精释

经济合同法对财产保险合同的规定

（《中华人民共和国合同法》第二十五条）

【条文】 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。

【释义】 本条是关于财产保险合同订立和履行的一般原则的规定。

1. 财产保险合同的观念与特征。

（1）财产保险合同的观念。财产保险合同是投保方和保险方就建立财产保险关系达成的有关权利义务关系的协议。财产保险合同的签订，应先由投保人提出保险要求，经保险人同意承保后，再由双方就合同各项条款协商一致。按照合同规定，投保方要向保险方交纳约定的保险费，保险方在保险事故发生后，对投保方的财产损失给予补偿。保险是一种具有社会互助性质的事业，由保险机构向投保方收取保险费，建立保险基金，再由保险基金中偿付因灾害事故而遭受损失的投保者，使投保者得到一定的补偿。保险是促进和组织社会力量向灾害作斗争的一种手段，对生产的恢复和发展，保障人民生活安定有着重要意义。

（2）财产保险合同的特征。财产保险合同具有以下特征：①财产保险合同标的物是固定资产。流动资金、易腐物品、危险物品、禁止流动物品等不能作为财产保险的投保物。②财产保险合同的保险方只能是国家专营的保险公司或其他办理保险业务的法人。③财产保险合同要采用保险单或保险凭证的形式签订。④投保应该是投保财产的所有人或经营管理人。

2. 财产保险合同的主要条款。

（1）保险标的。保险标的是指财产保险合同中由投保方自愿提出保险请求，经保险方同意承保的财产，即被保险的财产，被保险的财产只能是投保方所有财产或经营管理的财产。与保险方无关的财产，不能作为财产保险合同的标的。保险标的价值在合同中也应明确规定。

（2）座落地点（或运输工具及航程）。投保财产有固定地点的，在合同中应注明座落地点。投保财产在运输途中，在合同中应注明运输工具及航程。

(3)保险金额。保险金额是指保险财产在发生保险事故受到损失时,保险方负责补偿的最高金额。保险金额由投保人自己规定,但不能超过保险财产在投保时的当地实际价值,否则无效。

(4)保险责任。保险责任是指保险方应负的责任。因保险合同不同,保险责任各异。合同中保险责任的确定一般是保险方根据主管部门的规则制定,由投保方选择决定。如海洋运输货物保险条款分别列出:平安险、水渍险和一切险三种险别,供投保方选择。

(5)除外责任。这一条款是按照法律规定或当事人商定,在特定的情况下,投保方可以免除赔偿责任的规定。如保险人的故意行为或重大过失造成被保险财产的损失等,保险方不承担赔偿责任。

(6)赔偿办法。赔偿办法是按保险法规和保险合同的规定办理。一般做法是当被保险财产全部受到损失时,按照保险金额赔偿;部分受到损失时,按照损失部分的实际价值赔偿,最多不超过该项被保险财产的保险金额。被保险财产的实际价值以灾害发生日当地实际价格计算。

当被保险财产发生保险事故后,投保方应在规定的期限内通知保险方,并提出损失清单,出险原因,损失金额等有关凭证。保险方应及时到现场进行调查,核实是否赔偿和赔偿的金额。

(7)保险费缴付。保险费是投保方向保险方所缴纳的费用,又叫保险付款。保险费数额的确定,是以保险金额为依据,按照国家主管部门批准的保险费率计算,如果投保方增加或减少保险金额,则加缴或退还保险的手续。

(8)保险期。保险期是指保险合同的有效期,是由保险合同规定。保险期一般规定为一年,从保险单上约定的起保日的零时开始,到保险单订明的期满日 24 时为止。货物运输保险是从货物开始起运时起,到货物运达目的地入仓或卸离最后运输工具满规期限为止。保险期满,可以续订。

(9)违约责任。投保方和保险方对违约都应承担一定的责任。本法第四十六条有专门规定。

3. 维护被保险财产的安全。维护被保险财产的安全,是投保方和保险方共同的责任。开展财产保险的目的,是通过投保方和保险方共同努力,促进防灾、防损工作尽量减少灾害,减少事故的发生及其造成的损失。因此,投保方有责任维护被保财产的安全,保险方才有责任对被保险财产的安全进行检查,协助投保方消除不安全的因素,确保被保财产的安全。

4. 关于由第三人负责赔偿被保险财产损失的规定。被保险财产受到损失,是由第三人的故意或过失造成的,应由第三人负责赔偿。具体办法是:投保方向第三人要求赔偿。如果第三人不能赔偿或者赔偿不足,投保方可向保险方提出要求,保险方则按照合同规定,给予赔偿或补偿第三人赔偿不足部分;但是,投保方必须把向第三人的追偿权转让给保险方,并协助保险方向第三人追偿,以保护保险方的权益。



财产保险合同条例

(国发[1983]135号 1983年9月1日)

第一章 总 则

第一条 本条例依据《中华人民共和国合同法》的有关规定制定。

第二条 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。

本条例中的保险事故,是指发生保险合同责任范围内的事故。

第三条 财产保险的投保方(在保险单或保险凭证中称被保险人),应当是被保险财产的所有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,负责交纳保险费的义务。

第四条 保险合同当事人根据《中华人民共和国合同法》第五十条规定,向合同管理机关申请调解或仲裁,应从其知道或应当知道保险事故发生之日起一年内提出。

第二章 保险合同的订立、变更和转让

第五条 投保方提出投保要求,填具投保单,经与保险方商定交付保险费办法,并经保险方签章承保后,保险合同即告成立,保险方并应根据保险合同及时向投保方出具保险单或者保险凭证。

第六条 投保方可以与保险方订立预约保险合同。保险方应当根据保险合同向投保方出具预约保险单,以资证明。

预约保险合同应当订明预约的保险责任范围、保险财产范围、每一保险或一地点的最高保险金额、保险费结算办法等。

在预约保险合同有效期内,投保方应当将预约保险合同范围内的每一笔保险,按规定及时向保险方书面申报;保险方对投保方每一笔书面申报,均应当视作预约保险合同的一部分,按保险合同承担保险责任。保险方有权查对申报内容,如有遗漏,投保方必须补报。

投保方有权要求保险方对申报的每一笔保险,出具单独的保险单。

第七条 在订立保险合同时,保险方应当将办理保险的有关事项告知投保方;投保方应当按照保险方的要求,将保险方在决定其是否接受承保或者据以确定保险费率所需了解的有关主要危险情况告知保险方。

保险合同成立后,如果发现投保方对本条上款所述的主要危险情况不申报或者有隐瞒或者作错误的申报,保险方有权解除保险合同或者不负赔偿责任。

第八条 由于投保方的故意而发生保险事故,造成保险财产损失的,保险方不承担赔偿责任。

第九条 在保险合同有效期内,投保方和保险方可以协议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。

第十条 保险合同一经成立,保险方不得在保险有效期内终止合同。如果按法律或者保险合同的协议,保险方提前终止保险合同时,则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关的短期费率表的规定,收取自保险生效日起至终止合同日为止的保险费,退还投保方原已交付的保险费。但货物运输和运输工具有航程保险,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。

第十一条 除货物运输保险单或者保险凭证可由投保背书转让,毋须征得保险方同意外,其他保险标的的过户、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批改后方为有效,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。

第三章 投保方的义务

第十二条 投保方应当按照约定的期限,交付保险费,如不按期交付保险费,保险方可以分别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。

第十三条 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。

第十四条 保险标的如果变更用途或者增加危险程度,投保方应当及时通知保险方,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。

第十五条 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,保险方对由此而扩大的损失,有权

拒绝赔偿。

第四章 保险方的赔偿责任

第十六条 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,但最高以保险标的的保险金额为限。如有分项保险金额的,最高以各该分项保险标的的保险金额为限。

保险方在赔偿保险财产的损失时,应当将损余物资的价值和投保方从第三者取得的赔偿,在保险赔偿金额中扣除。

第十七条 投保方为了避免或者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检验、估价、出售的合理费用,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。

第十八条 投保方要求保险方赔偿时,应当提供损失清单和施救等费用清单以及必要的帐册、单据和证明。保险方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,应在十天内偿付。保险方如果不及时偿付,则应承担违约责任,自确定赔偿金额之日起十日后开始按中国人民银行当时对企业短期贷款利率支付违约金。

第十九条 保险标的发生保险责任范围内的损失,应当由第三者负责赔偿的,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时,保险方可以按照保险合同规定,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者追偿。

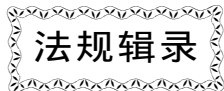
第五章 附 则

第二十条 公民个人同保险方签订的保险合同,参照本条例执行。

第二十一条 涉外财产保险合同参照本条例执行。

第二十二条 海上保险合同,除法律另有规定外,适用于本条例的规定。

第二十三条 本条例自颁布之日起施行。



中华人民共和国保险法(节录)

(1995年6月30日第八届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过)

第二章 保险合同

第一节 一般规定

第九条 保险合同是投保人与保险人约定保险权利义务关系的协议。

投保人是指与保险人订立保险合同,并按照保险合同负有支付保险费义务的人。

保险人是指与投保人订立保险合同,并承担赔偿或者给付保险金责任的保险公司。

第十条 投保人和保险人订立保险合同,应当遵循公平互利、协商一致、自愿订立的原则,不得损害社会公共利益。

除法律、行政法规规定必须保险的以外,保险公司和其他单位不得强制他人订立保险合同。

第十一条 投保人对保险标的应当具有保险利益。

投保人对保险标的的不具有保险利益的,保险合同无效。

保险利益是指投保人对保险标的具有的、法律上承认的利益。

保险标的是指作为保险对象的财产及其有关利益或者人的寿命和身体。

第十二条 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,保险合同成立。保险人应当及时向投保人签发保险单或者其他保险凭证,并在保险单或者其他保险凭证中载明当事人双方约定的合同内容。

经投保人和保险人协商同意,也可以采取前款规定以外的其他书面协议形式订立保险合同。

第十三条 保险合同成立后,投保人按照约定交付保险费;保险人按照约定的时间开始承担保险责任。

第十四条 除本法另有规定或者保险合同另有约定外,保险合同成立后,投保人可以解除保险合同。

第十五条 除本法另有规定或者保险合同另有约定外,保险合同成立后,保险人不得解除保险合同。

第十六条 订立保险合同,保险人应当向投保人说明保险合同的条款内容,并可以就保险标的或者被保险人的有关情况提出询问,投保人应当如实告知。

投保人故意隐瞒事实,不履行如实告知义务的,或者因过失未履行如实告知义务,足以影响保险人决定是否同意承保或者提高保险费率的,保险人有权解除保险合同。

投保人故意不履行如实告知义务的,保险人对于保险合同解除前发生的保险事故,不承担赔偿或者给付保险金的责任,并不退还保险费。

投保人因过失未履行如实告知义务,对保险事故的发生有严重影响的,保险人对于保险合同解除前发生的保险事故,不承担赔偿或者给付保险金的责任,但可以退还保险费。

保险事故是指保险合同约定的保险责任范围内的事故。

第十七条 保险合同中规定有关于保险人责任免除条款的,保险人在订立保险合同时应当向投保人明确说明,未明确说明的,该条款不产生效力。

第十八条 保险合同应当包括下列事项:

- (一)保险人名称和住所;
- (二)投保人、被保险人名称和住所,以及人身保险的受益人的名称和住所;
- (三)保险标的;
- (四)保险责任和责任免除;
- (五)保险期间和保险责任开始时间;
- (六)保险价值;
- (七)保险金额;
- (八)保险费以及支付办法;
- (九)保险金赔偿或者给付办法;
- (十)违约责任和争议处理;
- (十一)订立合同的年、月、日。

第十九条 投保人和保险人在前条规定的保险合同事项外,可以就与保险有关的其他事项作出约定。

第二十条 在保险合同有效期内,投保人和保险人经协商同意,可以变更保险合同的有关内容。

变更保险合同的,应当由保险人在原保险单或者其他保险凭证上批注或者附贴批单,或者由投保人和保险人订立变更的书面协议。

第二十一条 投保人、被保险人或者受益人知道保险事故发生后,应当及时通知保险人。

被保险人是指其财产或者人身受保险合同保障,享有保险金请求权的人,投保人可以为被保险人。

受益人是指人身保险合同中由被保险人或者投保人指定的享有保险金请求权的人,投保人、被保险人可以为受益人。

第二十二条 保险事故发生后,依照保险合同请求保险人赔偿或者给付保险金时,投保人、被保险人或者受益人应当向保险人提供其所能提供的与确认保险事故的性质、原因、损失程度等有关的证明和资料。

保险人依照保险合同的约定,认为有关的证明和资料不完整的,应当通知投保人、被保险人或者受益人补充提供有关的证明和资料。

第二十三条 保险人收到被保险人或者受益人的赔偿或者给付保险金的请求后,应当及时作出核定;对属于保险责任的,在与被保险人或者受益人达成有关赔偿或者给付保险金额的协议后十日内,履行赔偿或者给付保险金义务。保险合同对保险金额及赔偿或者给付期限有约定的,保险人应当依照保险合同的约定,履行赔偿或者给付保险金义务。

保险人未及时履行前款规定义务的,除支付保险金外,应当赔偿被保险人或者受益人因此受到的损失。

任何单位或者个人都不得非法干预保险人履行赔偿或者给付保险金的义务,也不得限制被保险人或者受益人取得保险金的权利。

保险金额是指保险人承担赔偿责任的最高限额。

第二十四条 保险人收到被保险人或者受益人的赔偿或者给付保险金的请求后,对不属于保险责任的,应当向被保险人或者受益人发出拒绝赔偿或者拒绝给付保险金通知书。

第二十五条 保险人自收到赔偿或者付保险金的请求和有关证明、资料之日起六十日内,对其赔偿或者给付保险金的数额不能确定的,应当根据已有证明和资料可以确定的最低数额先予支付;保险人最终确定赔偿或者给付保险金的数额后,应当支付相应的差额。

第二十六条 人寿保险以外的其他保险的被保险人或者受益人,对保险人请求赔偿或者给付保险金的权利,自其知道保险事故发生之日起二年不行使而消灭。

人寿保险的被保险人或者受益人对保险人请求给付保险金的权利,自其知道保险事故发生之日起五年不行使而消灭。

第二十七条 被保险人或者受益人在未发生保险事故的情况下,谎称发生了保险事故,向保险人提出赔偿或者给付保险金的请求的,保险人有权解除保险合同,并不退还保险费。

投保人、被保险人或者受益人故意制造保险事故的,保险人有权解除保险合同,不承担赔偿或者给付保险金的责任,除本法第六十四条第一款另有规定外,也不退还保险费。

保险事故发生后,投保人、被保险人或者受益人以伪造、变造的有关证明、资料或者其他证据,编造虚假的事故原因或者夸大损失程度的,保险人对其虚报的部分不承担赔偿或者给付保险金的责任。

投保人、被保险人或者受益人有前三款所列行为之一,致使保险人支付保险金或者支出费用的,应当退回或者赔偿。

第二十八条 保险人将其承担的保险业务,以承保形式,部分转移给其他保险人的,为再保险。

应再保险接受人的要求,再保险分出人应当将其自负责任及原保险的有关情况告知再保险接受人。

第二十九条 再保险接受人不得向原保险的投保人要求支付保险费。

原保险的被保险人或者受益人,不得向再保险接受人提出赔偿或者给付保险金的请求。

再保险分出人不得以再保险接受人未履行再保险责任为由,拒绝履行或者迟延履行其原保险责任。

第三十条 对于保险合同的条款,保险人与投保人、被保险人或者受益人有争议时,人民法院或者仲裁机关应当作有利于被保险人和受益人的解释。

第三十一条 保险人或者再保险接受人对在办理保险业务中知道的投保人、被保险人或者再保险分出人的业务和财产情况,负有保密的义务。

第二节 财产保险合同

第三十二条 财产保险合同是以财产及其有关利益为保险标的的保险合同。

本节中的财产保险合同,除特别指明的外,简称合同。

第三十三条 保险标的转让应当通知保险人,经保险人同意继续承保后,依法变更合同。但是,货物运输保险合同和另有约定的合同除外。

第三十四条 货物运输保险合同和运输工具航程保险合同,保险责任开始后,合同当事人不得解除合同。

第三十五条 被保险人应当遵守国家有关消防、安全、生产操作、劳动保护等方面的规定,维护保险标的的安全。

根据合同的约定,保险人可以对保险标的的安全状况进行检查,及时向投保人、被保险人提出消除不安全因素和隐患的书面建议。

投保人、被保险人未按照约定履行其对保险标的的安全应尽的责任的,保险人有权要求增加保险费或者解除合同。

保险人为维护保险标的的安全,经被保险人同意,可以采取安全预防措施。

第三十六条 在合同有效期内,保险标的危险程度增加的,被保险人按照合同约定应当及时通知保险人,保险人有权要求增加保险费或者解除合同。

被保险人未履行前款规定的通知义务的,因保险标的危险程度增加而发生的保险事故,保险人不承担赔偿责任。

第三十七条 有下列情形之一的,除合同另有约定外,保险人应当降低保险费,并按日计算退还相应的保险费:

(一)据以确定保险费率的有关情况发生变化,保险标的危险程度明显减少;

(二)保险标的的保险价值明显减少。

第三十八条 保险责任开始前,投保人要求解除合同的,应当向保险人支付手续费,保险人应当退还保险费。保险责任开始后,投保人要求解除合同的,保险人可以收取自保险责任开始之日起至合同解除之日止期间的保险费,剩余部分退还投保人。

第三十九条 保险标的的保险价值,可以由投保人和保险人约定并在合同中载明,也可以按照保险事故发生时保险标的的实际价值确定。

保险金额不得超过保险价值;超过保险价值的,超过的部分无效。

保险金额低于保险价值的,除合同另有约定外,保险人按照保险金额与保险价值的比例承担赔偿责任。

第四十条 重复保险的投保人应当将重复保险的有关情况通知各保险人。

重复保险的保险金额总和超过保险价值的,各保险人的赔偿金额的总和不得超过保险价值。除合同另有约定外,各保险人按照其保险金额与保险金额总和的比例承担赔偿责任。重复

保险是指投保人对同一保险标的、同一保险利益、同一保险事故分别向二个以上保险人订立保险合同的保险。

第四十一条 保险事故发生时,被保险人有责任尽力采取必要的措施,防止或者减少损失。

保险事故发生后,被保险人为防止或者减少保险标的的损失所支付的必要的、合理的费用,由保险人承担;保险人所承担的数额在保险标的的损失赔偿金额以外另行计算,最高不超过保险金额的数额。

第四十二条 保险标的发生部分损失的,在保险人赔偿后三十日内,投保人可以终止合同;除合同约定不得终止合同的以外,保险人也可以终止合同。保险人终止合同的,应当提前十五日通知投保人,并将保险标的的未受损失部分的保险费,扣除自保险责任开始之日起至终止合同之日止期间的应收部分后,退还投保人。

第四十三条 保险事故发生后,保险人已支付了全部保险金额,并且保险金额相等于保险价值的,受损保险标的的全部权利归于保险人;保险金额低于保险价值的,保险人按照保险金额与保险价值的比例取得受损保险标的的部分权利。

第四十四条 因第三者对保险标的的损害而造成保险事故的,保险人自向被保险人赔偿保险金之日起,在赔偿金额范围内代位行使被保险人对第三者请求赔偿的权利。

前款规定的保险事故发生后,被保险人已经从第三者取得损害赔偿的,保险人赔偿保险金时,可以相应扣减被保险人从第三者已取得的赔偿金额。

保险人依照第一款行使代位请求赔偿的权利,不影响被保险人就未取得赔偿的部分向第三者请求赔偿的权利。

第四十五条 保险事故发生后,保险人未赔偿保险金之前,被保险人放弃对第三者的请求赔偿的权利的,保险人不承担赔偿保险金的责任。

保险人向被保险人赔偿保险金后,被保险人未经保险人同意放弃对第三者请求赔偿的权利的,该行为无效。

由于被保险人的过错致使保险人不能行使代位请求赔偿的权利的,保险人可以相应扣减保险赔偿金。

第四十六条 除被保险人的家庭成员或者其组成人员故意造成本法第四十四条第一款规定的保险事故以外,保险人不得对被保险人的家庭成员或者其组成人员行使代位请求赔偿的权利。

第四十七条 在保险人向第三者行使代位请求赔偿权利时,被保险人应当向保险人提供必要的文件和其所知道的有关情况。

第四十八条 保险人、被保险人为查明和确定保险事故的性质、原因和保险标的的损失程度所支付的必要的、合理的费用,由保险人承担。

第四十九条 保险人对责任保险的被保险人给第三者造成的损害,可以依照法律的规定或者合同的约定,直接向该第三者赔偿保险金。

责任保险是指以被保险人对第三者依法应负的赔偿责任为保险标的的保险。

第五十条 责任保险的被保险人因给第三者造成损害的保险事故而被提起仲裁或者诉讼

的,除合同另有约定外,由被保险人支付的仲裁或者诉讼费用以及其他必要的、合理的费用,由保险人承担。

第三节 人身保险合同

第五十一条 人身保险合同是以人的寿命和身体为保险标的的保险合同。

本节中的人身保险合同,除特别指明的外,简称合同。

第五十二条 投保人对下列人员具有保险利益:

(一)本人;

(二)配偶、子女、父母;

(三)前项以外与投保人有抚养、赡养或者扶养关系的家庭其他成员、近亲属。

除前款规定外,被保险人同意投保人为其订立合同的,视为投保人对被保险人具有保险利益。

第五十三条 投保人申报的被保险人年龄不真实,并且其真实年龄不符合合同约定的年龄限制的,保险人可以解除合同,并在扣除手续费后,向投保人退还保险费,但是自合同成立之日起逾二年的除外。

投保人申报的被保险人年龄不真实,致使投保人支付的保险费少于应付保险费的,保险人有权更正并要求投保人补交保险费,或者在给付保险金时按照实付保险费与应付保险费的比例支付。

投保人申报的被保险人年龄不真实,致使投保人实付保险费多于应付保险费的,保险人应当将多收的保险费退还投保人。

第五十四条 投保人不得为无民事行为能力人投保以死亡为给付保险金条件的人身保险,保险人也不得承保。

父母为其未成年子女投保的人身保险,不受前款规定限制,但是死亡给付保险金额总和不得超过金融监督管理部门规定的限额。

第五十五条 以死亡为给付保险金条件的合同,未经被保险人书面同意并认可保险金额的,合同无效。

依照以死亡为给付保险金条件的合同所签发的保险单,未经被保险人书面同意,不得转让或者质押。

父母为其未成年子女投保的人身保险,不受第一款规定限制。

第五十六条 投保人于合同成立后,可以向保险人一次支付全部保险费,也可以按照合同约定分期支付保险费。

合同约定分期支付保险费的,投保人应当于合同成立时支付首期保险费,并应当按期支付其余各期的保险费。

第五十七条 合同约定分期支付保险费,投保人支付首期保险费后,除合同另有约定外,投保人超过规定的期限六十日未支付当期保险费的,合同效力中止,或者由保险人按照合同约定的条件减少保险金额。

第五十八条 依照前条规定合同效力中止的,经保险人与投保人协商并达成协议,在投保人补交保险费后,合同效力恢复。但是,自合同效力中止之日起二年内双方未达成协议的,保险人有权解除合同。

保险人依照前款规定解除合同,投保人已交足二年以上保险费的,保险人应当按照合同约定退还保险单的现金价值;投保人未交足二年保险费的,保险人应当在扣除手续费后,退还保险费。

第五十九条 保险人对人身保险的保险费,不得用诉讼方式要求投保人支付。

第六十条 人身保险的受益人由被保险人或者投保人指定。

投保人指定受益人时须经被保险人同意。

被保险人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的,可以由其监护人指定受益人。

第六十一条 被保险人或者投保人可以指定一人或者数人为受益人。

受益人为数人的,被保险人或者投保人可以确定受益顺序和受益份额;未确定受益份额的,受益人按照相等份额享有受益权。

第六十二条 被保险人或者投保人可以变更受益人并书面通知保险人。保险人收到变更受益人的书面通知后,应当在保险单上批注。

投保人变更受益人时须经被保险人同意。

第六十三条 被保险人死亡后,遇有下列情形之一的,保险金作为被保险人的遗产,由保险人向被保险人的继承人履行给付保险金的义务:

(一)没有指定受益人的;

(二)受益人先于被保险人死亡,没有其他受益人的;

(三)受益人依法丧失受益权或者放弃受益权,没有其他受益人的。

第六十四条 投保人、受益人故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病的,保险人不承担给付保险金的责任。投保人已交足二年以上保险费的,保险人应当按照合同约定向其他享有权利的受益人退还保险单的现金价值。

受益人故意造成被保险人死亡或者伤残的,或者故意杀害被保险人未遂的,丧失受益权。

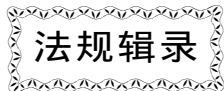
第六十五条 以死亡为给付保险金条件的合同,被保险人自杀的,除本条第二款规定外,保险人不承担给付保险金的责任,但对投保人已支付的保险费,保险人应按照保险单退还其现金价值。

以死亡为给付保险金条件的合同,自成立之日起满二年后,如果被保险人自杀的,保险人可以按照合同给付保险金。

第六十六条 被保险人故意犯罪导致其自身伤残或者死亡的,保险人不承担给付保险金的责任。投保人已交足二年以上保险费的,保险人应当按照保险单退还其现金价值。

第六十七条 人身保险的被保险人因第三者的行为而发生死亡、伤残或者疾病等保险事故的,保险人向被保险人或者受益人给付保险金后,不得享有向第三者追偿的权利。

第六十八条 投保人解除合同,已交足二年以上保险费的,保险人应当自接到解除合同通知之日起三十日内,退还保险单的现金价值;未交足二年保险费的,保险人按照合同约定在扣除手续费后,退还保险费。



企业财产保险条款

(1993 年 4 月 9 日中国人民银行发布)

保险财产范围

第一条 下列财产可以在保险财产范围以内：

- 一、属于被保险人所有或与他人共有而由被保险人负责的财产；
- 二、由被保险人经营管理或替他人保管的财产；
- 三、具有其它法律上承认的被保险人有经济利害关系的财产。

第二条 下列财产非经被保险人与本公司特别约定，并且在保险单上载明，不在保险财产范围以内：

- 一、金银、珠宝、玉器、首饰、古玩、古书、古画、邮票、艺术品、稀有金属和其它珍贵财物；
- 二、牲畜、禽类和其它饲养动物；
- 三、堤堰、水闸、铁路、道路、涵洞、桥梁、码头；
- 四、矿井、矿坑内的设备和物资。

第三条 下列财产不在保险财产范围以内：

- 一、土地、矿藏、矿井、矿坑、森林、水产资源以及未经收割或收割后尚未入库的农作物；
- 二、货币、票证、有价证券、文件、帐册、图表、技术资料以及无法鉴定价值的财产；
- 三、违章建筑、危险建筑、非法占有的财产；
- 四、在运输过程中的物资。

保险责任

第四条 由于下列原因造成保险财产的损失，本公司负赔偿责任：

- 一、火灾、爆炸；
- 二、雷击、暴风、龙卷风、暴雨、洪水、破坏性地震、地面突然塌陷、崖崩、突发性滑坡、雪灾、雹灾、冰凌、泥石流；
- 三、空中运行物体坠落。

第五条 保险财产的下列损失本公司也负责赔偿：

一、被保险人自有的供电、供水、供气设备因第四条所列灾害或事故遭受损害,引起停电、停水、停气以致造成保险财产的直接损失;

二、在发生第四条所列灾害或事故时,为了抢救财产或防止灾害蔓延,采取合理的、必要的措施而造成保险财产的损失。

第六条 发生保险事故时,为了减少保险财产损失,被保险人对保险财产采取施救、保护、整理措施而支出的合理费用,由本公司负责赔偿。

除外责任

第七条 由于下列原因造成保险财产的损失,本公司不负责赔偿:

一、战争、军事行动或暴乱;

二、核子辐射或污染;

三、被保险人的故意行为和违法行为。

第八条 本公司对下列损失也不负责赔偿:

一、保险财产遭受第四条各款所列灾害或事故引起停工、停业的损失以及各种间接损失;

二、保险财产本身缺陷、保管不善导致的损坏,保险财产的变质、霉烂、受潮、虫咬、自然磨损以及损耗;

三、堆放在露天或罩棚下的保险财产以及罩棚,由于暴风、暴雨造成的损失;

四、其它不属于保险责任范围内的损失和费用。

保险金额与赔偿计算

第九条 固定资产可以按照帐面原值投保,也可以由被保险人与本公司协商按帐面原值加成数投保,也可以按重置重建价值投保。

上述保险财产发生保险责任范围内的损失,按以下方式计算赔偿金额:

一、全部损失

按保险金额赔偿,如果受损财产的保险金额高于重置重建价值时,其赔偿金额以不超过重置重建价值为限。

二、部分损失

(一)按帐面原值投保的财产,如果受损财产的保险金额低于重置重建价值,应根据保险金额按财产损失程度或修复费用与重置重建价值的比例计算赔偿金额;如果受损保险财产的保险金额相当于或高于重置重建价值,按实际损失计算赔偿金额。

(二)按帐面原值加成数或按重置重建价值投保的财产,按实际损失计算赔偿金额。

以上固定资产赔偿应根据明细帐、卡分项计算,其中每项固定资产的最高赔偿金额分别不得超过其投保时确定的保险金额。

第十条 流动资产可以按最近十二个月的平均帐面余额投保,也可按最近帐面余额投保。

上述保险财产发生保险责任范围内的损失,按以下方式计算赔偿金额:

一、按最近十二个月帐面平均余额投保的财产发生全部损失,按出险当时的帐面余额计算赔偿金额;发生部分损失,按实际损失计算赔偿金额。

以上流动资产选择部分科目投保的,其最高赔偿金额分别不得超过出险当时该项科目的帐面余额。

二、按最近帐面余额投保的财产发生全部损失,按保险金额赔偿,如果受损财产的实际损失金额低于保险金额,以不超过实际损失为限;发生部分损失,在保险金额额度内按实际损失计算赔偿金额,如果受损财产的保险金额低于出险当时的帐面余额时,应当按比例计算赔偿金额。

以上流动资产选择部分科目投保的,其最高赔偿金额分别不得超过其投保时约定的该项科目的保险金额。

第十一条 已经摊销或不列入帐面的财产可以由被保险人与本公司协商按实际价值投保。

该项保险财产发生保险责任范围内的损失,按以下方式计算赔偿金额:

一、全部损失:

按保险金额赔偿,如果受损财产的保险金额高于实际价值时,其赔偿金额以不超过实际损失金额为限。

二、部分损失:

按实际损失计算赔偿金额,但以不超过保险金额为限。

第十二条 被保险人因保险事故发生本条款第六条的费用支出时,本公司按以下方式计算赔偿金额:

一、固定资产按帐面原值加成数或按重置重建价值投保的,流动资产按最近十二个月帐面平均余额投保的,已经摊销或不列入帐面的财产经被保险人与本公司协商按实际价值投保的,根据被保险人实际支出的费用计算赔偿金额。

二、除按上列方式以外投保的财产,根据保险金额与重置重建价值或出险当时的帐面余额的比例计算赔偿金额。

以上费用的最高赔偿金额,以不超过保险金额为限。

第十三条 保险财产遭受损失以后的残余部分,应当充分利用,协议作价折归被保险人,并且在赔偿中扣除,必要时可由本公司处理。

被保险人义务

第十四条 被保险人应当在签订保险合同之日起十五天内按照保险费率规章的规定一次交清保险费。

第十五条 被保险人应当遵守国家有关部门制定的保护财产安全的各项规定,对安全检查中发现的各种灾害事故隐患,在接到防灾主管部门或本公司提出的整改通知书后,必须认真付诸实施。

第十六条 在保险合同有效期内,被保险人名称、保险财产占用性质、保险财产所在地址、保险财产危险程度等事项如有变更,被保险人应当及时书面向本公司申请办理批改手续。

第十七条 保险财产发生保险事故时,被保险人应当积极抢救,使损失减少至最低限度,并立即通知本公司查勘现场。

第十八条 被保险人如果不履行第十四条至第十七条规定的各项义务,本公司有权拒绝赔偿,或者从书面通知之日起终止保险合同。

其它事项

第十九条 被保险人在向本公司申请赔偿时,应当提供保险财产损失清单、救护费用清单以及必要的帐册、单据和有关部门的证明。本公司应当迅速审定、核实。保险赔偿金额一经保险合同双方确认,本公司应当在十日内一次支付赔款结案。

第二十条 保险财产发生保险责任范围内的损失,应当由第三方负责赔偿的,被保险人应当向第三方索赔。如果被保险人向本公司提出赔偿请求时,本公司可以按照本条款的有关规定,先予赔偿,但被保险人必须将向第三方追偿的权利转让给本公司,并协助本公司向第三方追偿。

第二十一条 保险财产遭受部分损失经本公司赔偿以后,保险合同继续有效,但其保险金额应当相应减少,由本公司出具批单批注。

第二十二条 被保险人从通知本公司发生保险事故的当天起三个月内不向本公司提交本条款第十九条规定的各种必要单证,或者从本公司书面通知之日起一年内不领取应得的赔偿,即作为自愿放弃权益。

第二十三条 被保险人向本公司提供的各种单证、证明必须真实、可靠,如有涂改帐册、伪造单证、制造假案等欺骗行为,本公司有权拒绝赔偿或追回已付的保险赔偿。

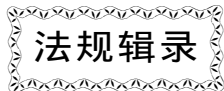
第二十四条 被保险人和本公司发生争议不能达成协议时,可申请仲裁机关仲裁或向人民法院提起诉讼。

附表

企业财产保险费率表

(元/保险金额千元)

类别	号次	占 用 性 质	年费率
(一) 工 业 险	1	第一级工业	1.00
	2	第二级工业	1.50
	3	第三级工业	2.00
	4	第四级工业	3.50
	5	第五级工业	5.00
	6	第六级工业	7.00
(二) 仓 储 险	7	(1)贮存一般物资(不堆存危险品与特别危险品)	1.00
	8	(2)贮存危险品(不堆存特别危险品)	2.00
	9	(3)贮存特别危险品	4.00
	10	(4)金属材料专储	0.50
	11	(5)石油专储	3.00
(三) 普 通 险	12	(1)公园 (2)动物园 (3)办公室 (4)学校 (5)医院 (6)托儿所 (7)图书馆 (8)博物馆	1.00
	13	(1)一般商店 (2)新华书店 (3)饮食店 (4)菜场 (5)基层供销社 (6)综合修理门市部 (7)旅馆 (8)浴室 (9)文化娱乐场所 (10)展览馆 (11)体育馆 (12)电视台 (13)广播电台 (14)有线广播站 (15)房产局房产 (16)飞机场 (17)火车站 (18)港务局、航运局、海运局、渔港 (19)农场、林场、牧场 (20)养鸡场、养貂场 (21)宿舍 (22)汽车站 (23)运输公司的汽车 (24)专业局汽车队 (25)专业公司汽车队 (26)煤店	2.00
	14	(1)石油商店 (2)化工原料商店 (3)油漆商店 (4)染料商店 (5)化学试剂商店 (6)气焊门市部 (7)轮胎修补门市部 (8)胶鞋修补门市部 (9)弹花网套门市部 (10)废旧物资收购站 (11)汽车加油站 (12)液化石油气供应站 (13)化验室(独立核算对外营业者)	3.00
	15	建筑工程:(1)建筑工地上正在建筑的建筑物、材料、设备 (2)建筑工地上施工单位的财产及储备材料、设备 (3)地质勘探施工单位的财产及储备材料、设备	2.00
	16	(1)供电高压线路 (2)输变电设备及电信线路	1.00



机动车辆保险条款

(1993 年 4 月 9 日中国人民银行发布)

本保险分为车辆损失险和第三者责任险,本公司按承保险别分别承担保险责任。

车辆损失险

第一条 由于下列原因造成保险车辆的损失,本公司负责赔偿:

- 一、碰撞、倾覆、火灾、爆炸;
- 二、雷击、暴风、龙卷风、洪水、破坏性地震、地陷、冰陷、崖崩、雪崩、雹灾、泥石流、隧道坍塌、空中运行物体坠落;
- 三、全车失窃(包括挂车单独失窃)在三个月以上;
- 四、载运保险车辆的渡船遭受自然灾害或意外事故(只限于有驾驶人员随车照料者)。

第二条 发生保险事故时,被保险人对保险车辆采取施救、保护措施所支出的合理费用,由本公司负责赔偿。但此项费用最高赔偿金额以不超过保险金额为限。

第三条 本公司对下列各项造成的损失概不负责:

- 一、战争、军事冲突或暴乱;
- 二、酒后开车、无有效驾驶证、人工直接供油;
- 三、受本车所载货物撞击;
- 四、两轮及轻便摩托车失窃或停放期间翻倒;
- 五、被保险人或其驾驶人员的故意行为。

第四条 保险车辆的下列损失,本公司也不负责:

- 一、自然磨损、朽蚀、轮胎自身爆裂或车辆自身故障;
- 二、保险车辆遭受保险责任范围内的损失后,未经必要修理,致使损失扩大部分;
- 三、保险车辆遭受第一条各款所列灾害事故致使被保险人停业、停驶的损失以及各种间接损失;
- 四、其它不属于保险责任范围内的损失和费用。

第五条 公有车辆的保险金额,可以按重置价值确定,也可以由被保险人和本公司协商确定。

私有或个人承包车辆的保险金额,由被保险人和本公司协商确定,但最高不超过投保时的实际价值。

第六条 在保险合同有效期内,被保险人要求调整保险金额,应向本公司申请办理批改。

第七条 保险车辆发生保险事故遭受损坏后,应当尽量修复,被保险人修理前应当会同本公司检验受损车辆,明确修理项目、修理方式和修理费用,否则,本公司有权重新核定修理费用。

第八条 在保险合同有效期内,保险车辆发生保险事故而遭受的损失或费用支出,本公司按以下规定赔偿:

一、全部损失:

按保险金额赔偿,但保险金额高于重置价值时,以不超过出险当时的重置价值为限。

二、部分损失:

投保时按重置价值确定保险金额的车辆,按实际修理费用赔偿。

投保时保险金额低于重置价值的车辆,按保险金额与出险当时的重置价值比例赔偿修理费用。

上列车辆损失赔偿以不超过保险金额为限。如果保险车辆按全部损失赔偿或部分损失一次赔款等于保险金额全数时,车辆损失险的保险责任即行终止。

第九条 保险车辆发生保险事故遭受全损后的残余部分,应协商作价折归被保险人,并在赔款中扣除。

第三者责任险

第十条 被保险人或其允许的驾驶人员在使用保险车辆过程中发生意外事故,致使第三者遭受人身伤亡或财产的直接损毁,被保险人依法应当支付的赔偿金额,本公司依照保险合同的规定给予补偿。但因事故产生的善后工作,由被保险人负责处理。

第十一条 下列人身伤亡和财产损毁,不论在法律上是否应当由被保险人承担赔偿责任,均不属于本保险的责任范围,本公司概不负责:

一、被保险人所有或代管的财产;

二、私有车辆的被保险人及其家庭成员,以及他们所有或代管的财产;

三、本车的驾驶人员;

四、本车上的一切人员和财产;

五、拖带的未保险车辆或其它拖带物造成的损失;

六、保险车辆发生意外事故,引起停电、停水、停产、停业或停驶造成的损失以及各种间接损失。

第十二条 本公司对下列各项概不负责:

一、酒后开车或无有效驾驶证;

二、被保险人的故意行为。

第十三条 保险车辆发生第三者责任事故时应当按出险当地的道路交通事故处理规定和有关法律、法规处理赔偿。被保险人自行承诺或支付赔偿金额,本公司有权重新核定。

本公司赔偿后,对受害第三者的任何病变或赔偿费用的增加不再负责。

第十四条 本公司赔偿后,第三者责任保险的保险责任继续有效,直至保险期满。

被保险人义务

第十五条 被保险人投保时对保险车辆的情况应当如实申报,并应当在签订保险合同时一次交清保险费。

第十六条 被保险人应当做好保险车辆的维护、保养工作,使保险车辆保持正常技术状态。

第十七条 在保险合同有效期内,保险车辆转卖、转让、赠送他人或变更用途,被保险人应当事先通知本公司并申请办理批改手续。

被保险人不得利用保险车辆从事违法犯罪活动,不得非法转卖、转让保险车辆。

第十八条 保险车辆发生保险事故后,被保险人应当采取合理的保护、施救措施,并立即向交通管理部门报告,同时通知本公司。

第十九条 被保险人不履行本条款第十五条至第十八条规定的义务,本公司有权拒绝赔偿或自书面通知之日起终止保险合同。

无赔款优待

第二十条 被保险人及其驾驶人员应当严格遵守交通规则,保险车辆在一年保险期间内无赔偿,续保时可享受无赔款优待,优待金额为上年度应交保险费的10%,不续保者不给。被保险人投保车辆不止一辆的,无赔偿优待分别按辆计算。

索赔事宜

第二十一条 被保险人索赔时,应当向本公司提供保险单、事故证明、事故调解结案书、损失清单和各种有关费用单据。本公司应当迅速审查核实。赔款一经保险合同双方确认,本公司应当在十天内一次赔偿结案。

第二十二条 被保险人向本公司索赔时提供的各种单证必须真实可靠。被保险人如果有涂改、伪造单证或制造假案等欺骗行为,本公司有权拒绝赔偿或追回已付保险赔款。

第二十三条 保险车辆发生保险责任范围内的损失或被保险人的赔偿责任,应当由第三方负责赔偿的,被保险人应当向第三方索赔。如果被保险人向本公司提出赔偿请求,本公司可以按照本条款的有关规定,先予赔偿,但被保险人必须将向第三方追偿的权利转让给本公司,并协助本公司向第三方追偿。

第二十四条 被保险人自保险车辆修复或自交通事故处理结案之日起三个月内不提交本条款第二十一条规定的各种必要单证或自本公司书面通知被保险人领取保险赔款之日起一年内不领取应得的赔偿,即作为自愿放弃权益。

其它事项

第二十五条 保险车辆必须有交通管理部门核发的行驶证和号牌,并经检验合格,否则本保险单无效。

第二十六条 本条款中的重置价值是指保险合同签订地的新车购置价。

本条款中的实际价值是指保险合同签订地的该车市价。

第二十七条 被保险人和本公司发生争议不能达成协议时,可以申请仲裁机关仲裁或向人民法院提起诉讼。

附表一

机动车辆(不含拖拉机)保险费率表

车辆使用性质	机关自用车辆						企业自用车辆				
险 别	车辆损失险			第三者责任险			车辆损失险			第三者 责任险	
费 别	基本保费 (元)		费率 (%)	固定保费(元)			基本保费 (元)		费率 (%)	固定保费 (元)	
车辆种类	国产	进口		限额 2 万	限额 5 万	无限额	国产	进口		限额 2 万	无限额
1 六座以下客车	80	160	0.4	80	110	140	120	300	0.5	100	180
2 六座至二十座以上客车	200	300	0.4	100	140	180	300	400	0.5	140	260
3 二十座及二十座以下客 车	240	340	0.4	140	180	240	340	440	0.5	180	320
4 二吨以下货车	80	200	0.5	100	140	180	100	280	0.6	140	260
5 二吨至十吨以下货车	200	300	0.5	320	400	500	240	400	0.6	380	540
6 十吨及十吨以上货车	400	600	0.5	400	500	600	500	700	0.6	460	720
7 十吨以下货车拖挂车	240	360	0.5	500	580	700	300	480	0.6	580	800
8 挂车	40	60	0.5	—	—	—	60	80	0.6	—	—
9 油罐车、汽罐车、液罐车	200	400	0.3	180	280	380	240	480	0.4	240	460
10 起重车、装卸车、工程 车	160	300	0.3	240	320	420	200	400	0.4	280	500
11 冷藏车、监测车、医疗 车	300	480	0.3	100	140	180	400	640	0.4	180	300
12 清洁车、邮电车	60	160	0.3	100	140	180	80	180	0.4	120	200
13 警车、消防车、救护车	80	160	0.3	160	220	280	100	200	0.4	200	340
14 两轮摩托车	40	60	0.4	30	50	60	50	80	0.5	40	70
15 三轮摩托车	50	100	0.4	40	60	70	80	120	0.5	50	80
16 轻便摩托车	20	30	0.4	20	30	40	30	40	0.5	30	50

附表二

机动车辆(不含拖拉机)保险费率表

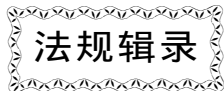
车辆使用性质	营业运输车辆						私人及个人承包运输车辆				
险 别	车辆损失险			第三者责任险			车辆损失险			第三者责任险	
费 别	基本保费 (元)		费率 (%)	固定保费(元)			基本保费 (元)		费率 (%)	固定保费 (元)	
车辆种类	国产	进口		限额 2 万	限额 5 万	无限额	国产	进口		限额 2 万	无限额
1 六座以下客车	200	500	0.7	180	260	340	240	560	0.8	240	400
2 六座至二十座以下客车	360	400	0.7	300	380	460	400	580	0.8	360	520
3 二十座及二十座以上客 车	400	600	0.7	600	720	840	440	700	0.8	680	960
4 二吨以下货车	160	300	0.7	180	240	300	200	380	0.8	200	340
5 二吨至十吨以下货车	400	600	0.7	600	700	800	400	800	0.8	700	940
6 十吨及十吨以上货车	700	900	0.7	600	800	1000	800	1000	0.8	800	1200
7 十吨以下货车拖挂车	480	700	0.7	700	840	940	580	920	0.8	840	1300
8 挂车	80	100	0.7	—	—	—	100	120	0.8	—	—
9 油罐车、汽罐车、液罐车	400	600	0.5	400	560	700	480	800	0.6	580	900
10 起重车、装卸车、工程 车	300	560	0.5	440	600	760	400	720	0.6	660	920
11 冷藏车、监测车、医疗 车	500	700	0.5	200	260	320	600	800	0.6	240	400
12 清洁车、邮电车	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
13 警车、消防车、救护车	160	280	0.5	280	360	440	200	400	0.6	360	不清
14 两轮摩托车	80	100	0.6	60	80	90	100	120	0.7	70	100
15 三轮摩托车	100	140	0.6	70	90	100	120	160	0.7	80	110
16 轻便摩托车	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—

附表三

挂车第三者责任险保费表

单位:元

	限额 2 万	限额 5 万	无限额
机关自用车辆	180	200	240
企业自用车辆	200	240	300
营业运输车辆	220	260	320
私人及个人承包运输车辆	240	280	360



国内船舶保险条款

(1993 年 4 月 9 日中国人民银行发布)

第一章 保险船舶范围

第一条 凡中华人民共和国国家、集体、个人所有或与他人共有的机动船舶与非机动船舶,依照本条款的规定,都可以向保险人投保船舶保险。

建造或修理中的船舶、试航的船舶、石油钻探船,失去航行能力的船舶,以及从事捕捞作业的渔船,都不在本保险范围内。

第二条 本保险的保险标的包括下列各项:

- 一、船体;
- 二、机器、仪器及用于航行的设备(其中包括舵、桅、锚、橹、子船);
- 三、特别约定的船舶附属设备。

零星工具、备用材料、燃料及水、盐等给养品和船员的衣物、行李不属本保险范围。

第三条 投保本保险的船舶必须具有港航监督部门签发的适航证明和按规定配备持有职务证书的船员,从事客货营业运输的必须持有工商行政管理部门核发的营业执照。

第二章 保险责任

第四条 保险船舶由于下列原因造成的全部或部分损失保险人负赔偿责任:

- 一、八级以上(含八级)大风、洪水、海啸、地震、崖崩、滑坡、泥石流、冰凌、雷击;
- 二、火灾、爆炸;
- 三、碰撞、搁浅、触礁、倾覆、沉没;
- 四、船舶航行中失踪六个月以上。

第五条 碰撞责任:保险机动船舶或其拖带的保险船舶与它船、它物发生直接碰撞责任事故,致使被碰撞的船舶及所载货物,或者被碰撞的码头、港口设备、航标、桥墩、固定建筑物遭受损失以及被碰撞船舶上的人员伤亡,依法应当由被保险人所负的赔偿责任,由保险人负责赔偿。但最高赔偿额以不超过船舶的保险金额为限。属于本船舶上的人员伤亡和货物损失,保险人不负赔偿责任。

第六条 共同海损和救助:

- 一、依照国家有关规定或惯例应当由保险船舶摊负的共同海损牺牲和费用;
- 二、保险船舶在发生保险责任范围内的灾害或事故时,被保险人为防止或减少保险船舶的损失而支付的必要的、合理的施救或救助费用,由保险人负责赔偿,但最高赔偿额以不超过保

险船舶的保险金额为限。

第七条 保险期限为一年,起止日期以保险单载明的时间为准。

第三章 除外责任

第八条 保险船舶由于下列原因造成的经济损失或赔偿责任,保险人不负责赔偿:

- 一、战争、军事行动和政府征用;
- 二、不具备适航条件;
- 三、被保险人及其代表的故意行为;
- 四、超载、浪损、座浅引起的事故损失;
- 五、船体和机件的正常维修、油漆费用和自然磨损、朽蚀,机器本身发生的故障;
- 六、因保险事故导致停航、停业的损失以及因海事造成第三者的一切间接损失;
- 七、木船、水泥船的锚及锚链(缆)或子船的单独损失;
- 八、清理航道,清除污染的费用;
- 九、其它不属于保险责任范围内的损失。

第四章 保险金额

第九条 国营、集体所有的新船按照出厂造价确定保险金额(钢质船五年内、木质船三年内、水泥船二年内可视同新船)。旧船按照实际价值确定保险,也可以由被保险人和保险人协商确定保险金额。

第十条 个体船舶按照最高不超过实际价值的七成确定保险金额。

第五章 被保险人义务

第十一条 被保险人应在签订保险合同时一次交清保险费。有特别约定者,可按约定分期缴费。

第十二条 保险船舶发生保险责任范围内的灾害或事故时,被保险人应及时采取合理的施救保护措施,并须在到达第一港后四十八小时内向港航监督部门报告,同时通知保险人。

第十三条 被保险人及其代表应当严格遵守港航监督部门制定的各项安全航行规则和制度,按期做好保险船舶的检验和修理,确保船舶的适航性。

第十四条 被保险人对保险船舶的情况应如实申报。在保险期限内,保险船舶出售、转借、出租、变更航行区域,以及被保险人需要调整保险金额,应当事先书面通知保险人,经保险人同意并办理批改手续后方为有效。

第十五条 被保险人不履行本章第十一条至第十四条各款规定的义务,保险人有权自发出书面通知之日起终止保险责任或拒绝赔偿。

第六章 无赔款安全优待

第十六条 保险船舶在一年保险期限内安全航行无赔款,续保时可享受无赔款安全优待,

优待金额为上年度应交保险费的百分之十。被保险人投保的船舶不止一艘,无赔款安全优待按艘分别计算。

第七章 赔偿处理

第十七条 在保险期限内,保险船舶不论发生一次或多次保险责任范围内的损失或费用支出,保险人均按以下规定赔偿:

一、全部损失按照保险金额赔偿,但保险金额高于出险时新船造价的以不超过出险时同类型新船造价为限。

二、部分损失在保险金额的范围内,按下列规定赔偿:

(一)新船按照出厂造价确定保险金额的,按实际损失部位的修理费用赔偿;

(二)按照估价或实际价值以及实际价值的成数确定保险金额的,按照保险金额与同类型新船造价比例赔偿。

三、保险船舶发生保险责任范围内的灾害或事故,保险人按照本条款第五条对碰撞责任的赔偿规定,以及按照本条款第六条负责的共同海损、施救、救助费用的规定,与保险船舶本身赔款分别计算。

以上船舶损失的一次赔款,等于保险金额全数或同类型新船出厂造价时,船舶保险责任即行终止。

第十八条 保险船舶发生单独海损事故时,对施救、救助费用的赔偿,保险人只负责获救的船舶价值与获救的船、货总价值的比例分摊部分。

第十九条 保险船舶发生保险责任范围内损失时,被保险人必须经与保险人商定后方可进行修理或支付所需费用。否则保险人有权重新核定。

第二十条 被保险人索赔时,必须向保险人提供保险单、海损事故证明、事故责任裁定书、损失清单和各种赔偿费用的有关单证。保险人应根据本条款和参照现行海事处理的规定迅速查证核实,赔偿一经确定,保险人应在十天内赔付。

第二十一条 保险船舶发生保险责任范围内的损失,根据法律规定应由第三方负责赔偿的,被保险人应先向第三方追偿损失。如果被保险人向保险人提出赔偿要求,保险人可按照本条款的规定先予赔偿,但被保险人必须将向第三方追偿的权利及有关证据转让给保险人,并协助保险人向第三方追偿。

第二十二条 保险船舶遭受损失以后的残余部分,应由被保险人与保险人议定价值后,折归被保险人,并在赔款中扣除。

第二十三条 被保险人从知道或应当知道保险船舶遭受损失或发生事故的当天起,一年内不向保险人申请赔偿,不提出本条款第二十条规定的有关单证,或者在达成结案协议时起一年内不领取应得的赔款,即作为自愿放弃权益。

第二十四条 被保险人与保险人发生争议时,应本着实事求是、公平合理的精神协商解决,双方不能达成协议时,可提交仲裁机关仲裁或向人民法院起诉。

附表一

国内船舶保险费率表(一)

(元/保险金额每百元)

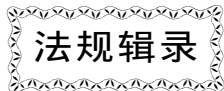
航 行 水 域	船质结构		钢(铁)壳船					
	种 类		机 动 船				非机动(驳)船	
	船 龄 吨位或马力		5 年 以 下	6—10 年	11— 20 年	21 年 以 上	10 年 以 下	11 年 以 上
沿海线 (ⅠⅡⅢ 类航区)	10001 吨或 10000 马力以上		0.4	0.6	0.8	1.0	0.3	0.5
	50001—10000 吨或 5000—10000 马力		0.5	0.7	1.0	1.2	0.4	0.6
	1001—5000 吨或 1000—5000 马力		0.6	0.8	1.2	1.4	0.5	0.7
	201—1000 吨或 200—1000 马力		1.2	1.4	1.6	1.8	0.8	1.2
	21—200 吨或 40—200 马力		1.4	1.6	2.0	2.2	1.0	1.4
	20 吨或 40 马力以下		1.8	2.0	2.4	2.6	1.4	1.6
长江及其它内河线(A、B、C 级航区)	平 流	1001 吨或 1000 马力以上	0.5	0.6	0.8	1.0	0.3	0.4
		201—1000 吨或 200—1000 马力	0.6	0.8	1.0	1.2	0.4	0.5
		21—200 吨或 40—200 马力	1.0	1.2	1.4	1.6	0.6	0.7
		20 吨或 40 马力以下	1.2	1.4	1.6	1.8	0.8	1.0
	半 急 流	1001 吨或 1000 马力以上	0.6	0.8	1.0	1.2	0.5	0.6
		201—1000 吨或 200—1000 马力	0.8	1.0	1.2	1.4	0.7	0.8
		21—200 吨或 40—200 马力	1.2	1.4	1.6	1.8	1.0	1.2
		20 吨或 40 马力以下	1.6	1.8	2.0	2.2	1.2	1.4
	急 流	1001 吨或 1000 马力以上	0.8	1.0	1.2	1.4	0.7	0.8
		201—1000 吨或 200—1000 马力	1.0	1.2	1.4	1.6	0.8	1.0
		21—200 吨或 40—200 马力	1.4	1.8	2.0	2.2	1.2	1.4
		20 吨或 40 马力以下	1.8	2.2	2.4	2.6	1.6	1.8

附表二

国内船舶保险费率表(二)

(元/保险金额每百元)

航 行 水 域		船质结构	木壳船					水泥船	
		种 类	机动船			非机动(驳)船		机 动	非 机 动
		船 龄 吨位或马力	5 年以下	6— 10 年	11 年 以上	5 年 以下	6 年 以上		
沿海线 (ⅠⅡⅢ 类航区)		10001 吨或 10000 马力以上							
		50001—10000 吨或 5000—10000 马力							
		1001—5000 吨或 1000—5000 马力							
		201—1000 吨或 200—1000 马力	1.4	1.8	2.2	1.0	1.2	2.4	2.0
		21—200 吨或 40—200 马力	1.8	2.2	2.6	1.4	1.6	2.6	2.2
		20 吨或 40 马力以下	2.2	2.6	3.0	2.0	2.2	3.0	2.8
长江及其它内河线 (A、B、C 级航区)	平 流	1001 吨或 1000 马力以上							
		201—1000 吨或 200—1000 马力	1.2	1.6	1.8				
		21—200 吨或 40—200 马力	1.6	2.0	2.2	1.6	1.8	2.4	2.0
		20 吨或 40 马力以下	2.0	2.4	2.6	1.8	2.0	2.6	2.2
	半 急 流	1001 吨或 1000 马力以上							
		201—1000 吨或 200—1000 马力	1.6	1.8	2.0				
		21—200 吨或 40—200 马力	2.0	2.4	2.6	1.8	2.0	2.8	2.6
		20 吨或 40 马力以下	2.4	2.6	2.8	2.0	2.2	3.0	2.8
	急 流	1001 吨或 1000 马力以上							
		201—1000 吨或 200—1000 马力	1.8	2.0	2.2				
		21—200 吨或 40—200 马力	2.2	2.6	2.8	2.0	2.2	3.0	2.8
		20 吨或 40 马力以下	2.6	2.8	3.0	2.2	2.4	3.2	3.0



国内水路、铁路货物运输保险条款

(1993 年 4 月 9 日中国人民银行发布)

第一章 总 则

第一条 为使保险货物在水路、铁路运输过程中,因遭受保险责任范围内的自然灾害或意外事故所造成的损失能够得到经济补偿,并加强货物运输的安全防损工作,以利商品生产和商品流通,特举办本保险。

第二章 保险责任

第二条 本保险分为基本险和综合险两种。保险货物遭受损失时,保险人按承保险别的责任范围负赔偿责任。

(一)基本险:

1. 因火灾、爆炸、雷电、冰雹、暴风、暴雨、洪水、地震、海啸、地陷、崖崩、滑坡、泥石流所造成的损失;
2. 由于运输工具发生碰撞、搁浅、触礁、倾覆、沉没、出轨或隧道、码头坍塌所造成的损失;
3. 在装货、卸货或转载时,因遭受不属于包装质量不善或装卸人员违反操作规程所造成的损失;
4. 按国家规定或一般惯例应分摊的共同海损的费用;
5. 在发生上述灾害、事故时,因纷乱而造成货物的散失及因施救或保护货物所支付的直接合理的费用。

(二)综合险:本保险除包括基本险责任外,保险人还负责赔偿:

1. 因受震动、碰撞、挤压而造成破碎、弯曲、凹瘪、折断、开裂或包装破裂致使货物散失的损失;
2. 液体货物因受震动、碰撞或挤压致使所用容器(包括封口)损坏而渗漏的损失,或用液体保藏的货物因液体渗漏而造成保藏货物腐烂变质的损失;
3. 遭受盗窃或整件提货不着的损失;
4. 符合安全运输规定而遭受雨淋所致的损失。

第三条 保险责任的起讫期,是自签发保险凭证和保险货物运离起运地发货人的最后一个仓库或储存处所时起,至该保险凭证上注明的目的地的收货人在当地的第一个仓库或储存处所时终止。但保险货物运抵目的地后,如果收货人未及时提货,则保险责任的终止期最多延长至以收货人接到《到货通知单》后的十五天为限(以邮戳日期为准)。

第三章 除外责任

第四条 由于下列原因造成保险货物的损失,保险人不负赔偿责任:

1. 战争或军事行动;
2. 核事件或核爆炸;
3. 保险货物本身的缺陷或自然损耗,以及由于包装不善;
4. 被保险人的故意行为或过失;
5. 其它不属于保险责任范围内的损失。

第四章 保险金额

第五条 保险金额按货价或货价加运杂费计算。

第五章 被保险人的义务

第六条 被保险人在保险人签发保险凭证的同时,应按照保险费率,一次缴清应付的保险费。

第七条 被保险人应当严格遵守国家及交通运输部门关于安全运输的各项规定,还应当接受并协助保险人对保险货物进行的查验防损工作。货物包装必须符合国家和主管部门规定的标准。

第八条 货物如果发生保险责任范围内的损失时,被保险人获悉后,应立即通知当地保险机构并应迅速采取施救和保护措施防止或减少货物损失。

第九条 被保险人如果不履行上述各条规定的义务,保险人有权终止保险责任或拒绝赔偿一部或全部经济损失。

第六章 货物检验及赔偿处理

第十条 货物运抵保险凭证所载明的目的地的收货人在当地的第一个仓库或储存处所时起,收货人应在十天内向当地保险机构申请并会同检验受损的货物,否则保险人不予受理。

第十一条 被保险人向保险人申请索赔时,必须提供下列有关单证:

1. 保险凭证、运单(货票)、提货单、发货票;
2. 承运部门签发的货运记录、普通记录、交接验收记录、鉴定书;
3. 收货单位的入库记录、检验报告、损失清单及救护货物所支付的直接费用的单据。

保险人在接到上述索赔单证后,应当根据保险责任范围,迅速核定应否赔偿。赔偿金额一经保险人与被保险人达成协议后,应在十天内赔付。

第十二条 货物发生保险责任范围内的损失时,按货从确定保险金额的,保险人根据实际损失按起运地货价计算赔偿,按货价加运杂费确定保险金额的,保险人根据实际损失按起运地货价加运杂费计算。但最高赔偿金额以保险金额为限。

第十三条 如果被保险人投保不足,保险金额低于货价时,保险人对其损失金额及支付的施救保护费用按保险金额与货价的比例计算赔偿。保险人对货物损失的赔偿金额,以及因施救或保护货物所支付的直接、合理的费用,应分别计算,并各以不超过保险金额为限。

第十四条 货物发生保险责任范围内的损失,如果根据法律规定或者有关约定,应当由承运人或其他第三者负责赔偿一部或全部的,被保险人应首先向承运人或其他第三者索赔。如被保险人提出要求,保险人也可能先予赔偿,但被保险人应签发权益转让书给保险人,并协助保险人向责任方追偿。

第十五条 保险货物遭受损失后的残值,应充分利用,经双方协商,可作价折归被保险人,并在赔偿中扣除。

第十六条 被保险人从获悉或应当获悉货物遭受损失的次日起,如果经过一百八十天不向保险人申请赔偿,不提出必要的单证,或者不领取应得的赔款,则视为自愿放弃权益。

第十七条 被保险人与保险人发生争议时,应当实事求是,协商解决。双方不能达成协议时,可以提交仲裁机关或法院处理。

货物分类表(略)

附表

国内水路、铁路货物运输保险费率档次表

(元/保险金额每千元)

			直 达 运 输					联 运	
			水运						陆运
			江 河		沿 海				火 车
			201 吨 以上船舶	200 吨 以下船舶	3001 吨 以上船舶	201 吨 —3000 吨船舶	200 吨 以下船舶		
基本 险	一类货物	省内	0.30	0.50	0.50	1.00	1.50	0.20	
		省外	0.60	0.80	0.80	1.50	2.50	0.40	
综 合 险	二类货物		1	2	1	2	5	1	按 第 一 种 主 要 运 输 工 具 确 定 费 率 并 另 加 5‰
	三类货物		3	4	3	4	7	2	
	四类货物		5	6	5	6	10	4	
	五类货物		7	8	7	8	12	6	
	六类货物		10	12	10	12	15	8	
	七类货物		12	14	12	14	18	16	



渔船保险条款

(1993 年 4 月 9 日中国人民银行发布)

保险渔船范围

第一条 本保险承保的渔船应当具有国家渔业船舶主管部门签发的适航证明和捕捞许可证,并专门从事渔业生产或为渔业生产服务(以下简称保险渔船)。油船、渔港工程船、拖轮、驳船、不足一吨的小型渔船,不在本保险范围内。

第二条 本保险承保的渔船包括:

船体、轮机、仪器、设备。

渔网、子船、艇非经被保险人与本公司特别约定,并在保障单上载明,不在保险渔船范围内。

第三条 下列财产不属本保险承保范围:

保险渔船上所载货物、燃料、零星工具、用具、备用机件、渔获物、给养品、渔需物资及船上所有人员的私人财产。

保险责任范围

第四条 保险渔船由于下列原因造成的全部损失或部分损失,本公司负责赔偿:

一、搁浅、倾覆、沉没、碰撞、触礁;

二、火灾、爆炸;

三、雷击、八级以上大风、龙卷风、海啸、洪水、崖崩、破坏性地震、地陷、泥石流、冰凌、滑坡;

四、航行中全船失踪六个月以上。

第五条 保险渔船因发生保险事故所产生的救助费用,本公司负责赔偿。

第六条 保险渔船上的锚、橹、螺旋桨、缆、链、绳索、消防设备、救生设备与船体遭受同一保险事故而同时受损时,本公司负责赔偿。

经特别约定承保的渔网、子船、艇只有与船体同时灭失,本公司才负责赔偿。

第七条 保险渔船在航行或作业中发生碰撞,依法应由被保险人承担的赔偿责任,本公司按本条款的规定负责赔偿。

第八条 保险渔船发生保险事故时,被保险人为抢救保险渔船而支出的合理施救费用,本

公司负责赔偿。

除外责任

第九条 由于下列原因所致的损失、费用或碰撞责任本公司不负赔偿责任：

- 一、不适航或不具备作业条件；
- 二、战争、军事行动、暴力行为或政府征用、扣押；
- 三、被保险人、船舶所有人、船长的故意行为或违法犯罪行为。

第十条 下列损失或费用支出，本公司不负责赔偿：

- 一、正常维修、保养、油漆费用以及蚀损、自然磨损、潜在缺陷、自身故障；
- 二、清理航道和清理污染的费用；
- 三、任何人员伤亡或疾病引起的费用；
- 四、因遭受保险事故导致停航、停业的损失以及各种间接损失。
- 五、其他不属于保险责任范围内的损失。

保险金额和赔偿处理

第十一条 保险渔船的保险金额由被保险人与本公司协商确定，但不得超过保险渔船的保险价值。

第十二条 保险渔船在保险期间内，不论发生一次或多次保险事故，本公司均按下列规定赔偿：

- 一、保险渔船完全灭失或严重损毁不能恢复原有效用，为实际全损，按保险金额赔偿；
- 二、保险渔船在航行中失踪超过六个月，视为实际全损，按保险金额赔偿；
- 三、保险渔船实际全损已不能避免，或恢复、修理、救助的费用总和达到保险价值时，在被保险人向本公司发出委付通知后，为推定全损，本公司不论是否接受委付，按保险金额赔偿；
- 四、保险渔船发生部分损失，本公司赔付恢复、修理费用；
- 五、对施救费用和救助费用，本公司根据获救船舶价值与获救船、货总价值的比例计算赔偿。

第十三条 保险渔船发生碰撞责任事故，致使被碰撞船舶及其所载货物，或者被碰撞船坞、码头、港口设备及其他固定建设物遭受直接损失，依法应由被保险人承担赔偿责任时，本公司依照本条款以及出险当地渔港水域交通事故处理规定和有关的法律、法规处理赔偿。

第十四条 保险金额低于保险单上载明的保险价值时，本公司对保险渔船损失、碰撞责任以及救助费用、施救费用均按保险金额与保险价值的比例计算赔偿。

第十五条 本公司对保险渔船损失（含恢复、修理、救助费用）、碰撞责任以及施救费用的赔款分别计算，每次赔款各以不超过保险渔船的保险金额为限。当渔船损失的一次赔款达到保险渔船的保险金额时，本公司的保险责任即行终止。

第十六条 保险渔船遭受损失以后的残余部分,应当协议作价折归被保险人,并在赔偿中扣除,必要时也可由本公司处理。

第十七条 保险渔船发生保险事故后,本公司有权放弃对保险渔船残余部分的权利和向第三者追偿损失的权利,而按保险金额赔偿,同时解除保险合同中的一切责任。但本公司行使上述权利,必须从收到发生保险事故的通知之日起七天内通知被保险人。被保险人在收到本公司通知前所支付的施救费用,本公司仍负责赔偿。

第十八条 保险渔船发生保险事故需要修理时,被保险人必须征得本公司同意后方可进行修理,否则本公司有权重新核定修理项目和修理费用。

第十九条 本公司对每次赔款均按保险单中的规定扣除免赔额。

被保险人义务

第二十条 被保险人投保时,对保险渔船的情况必须如实申报,并应在签订保险合同时一次交清保险费。

第二十一条 被保险人应严格依照主管部门关于航行、作业、停泊的规定或惯例,按期对保险渔船进行维修、保养和检验,确保保险渔船的适航性。

第二十二条 被保险人一经获悉保险渔船发生保险事故,应尽力采取必要措施进行救护,并须在到达第一港口四十八小时内通知本公司或本公司在出险当地的代理人。

第二十三条 在保险合同有效期内,保险渔船如果发生转借、出租、变更航行区域等情况,被保险人应事先通知本公司并申请办理批改。

第二十四条 被保险人不履行本条款第二十条至第二十三条规定的义务,本公司有权拒绝赔偿或自书面通知之日起终止保险合同。

索赔事项

第二十五条 被保险人索赔时,应向本公司提供出险通知书、保险单(证)、海损事故证明、事故责任裁定书、损失清单、船舶主管部门签发的有关证书及各种涉及索赔的原始单证。本公司应迅速审查核实,赔款一经保险合同双方确认,本公司应在十天内一次赔偿结案。

第二十六条 保险渔船发生保险事故应由第三方负责赔偿时,被保险人应向第三方索赔。如果被保险人向本公司提出索赔请求,本公司可以按照本条款规定先予赔偿,但被保险人必须将向第三方追偿的权利转让给本公司,并协助本公司向第三方追偿。

第二十七条 被保险人从获悉保险渔船发生保险事故的当天起,一年内未向本公司提出索赔,或不提供本条款第二十五条规定的各种单证,或从本公司书面通知之日起一年内不领取应得的赔款,即作为自愿放弃权益。

其他事项

第二十八条 保险渔船在保险期间内安全作业无赔款,被保险人在续保时可按照保险单

中的规定享受无赔款安全优待,不续保者不给。

第二十九条 被保险人与本公司发生争议不能达成协议时,可申请仲裁机关仲裁或向保险合同签订地人民法院提起诉讼。

附表一

国内渔船保险费率表

(元/百元保险金额)

船 种 类 功 率 (或 吨 位) 船 龄	钢质或铁质机动渔船		其它机动渔船 或机动帆船		非机动渔船	
	10 年 以 下	10 年 以 上	5 年 以 下	5 年 以 上	5 年 以 下	5 年 以 上
200 马力以上 (100 吨以上)	1.60	1.80	2.00	2.20	2.20	2.40
60—199 马力 (20—99 吨)	1.80	2.00	2.40	2.60	3.00	3.20
59 马力以下 (19 吨以下)	2.00	2.20	3.00	3.20	3.40	3.60

注:吨位档次适用于非机动渔船。

附表二

短期费率表

保险期(个月)	一	二	三	四	五	六	七	八	九	十	十一	十二
按年费率%	25	35	45	55	65	70	75	80	85	90	95	100

注:1. 投保一年,若被保险人在禁捕期间或修理期间提出退保,可按短期费率计算退费,保险日期不满一个月的,按一个月计算。

2. 在保险期间内,若因停航或所有权转让等情况申请退保,其退费应按日计算。

渔船保险费率说明

一、本费率表所指的“船龄”,是指从新船出厂时算的实际使用年限。

二、一次投保 20 艘(含 20 艘)以上者,按同类渔船的费率减收 10%,一次投保 100 艘(含 100 艘)以上者,按同类渔船的费率减收 15%。

三、国营渔业公司的渔轮,可按同类渔船的费率减收 20%。

四、在江河湖泊(包括水库)作业的渔船,按同类渔船的费率减收 20%。

五、远洋作业的渔船,按同类渔船的费率上浮 10%。

六、根据实际业务经营情况,各地的渔船保险费率经当地中国人民银行省级分行(包括计划单列城市分行)批准可在规定费率的基础上,上下浮动 30%。浮动幅度如需超过 30%的,一律报经中国人民银行总行审批。

七、投保短期保险,按短期费率计算收费。



拖拉机保险条款

(1993 年 4 月 9 日中国人民银行发布)

本保险分为拖拉机损失险和第三者责任险,本公司按承保险别分别承担保险责任。

拖拉机损失险

第一条 由于下列原因造成保险拖拉机的损失,本公司负责赔偿:

- 一、碰撞、倾覆、火灾、爆炸;
- 二、雷击、暴风、龙卷风、洪水、破坏性地震、地陷、冰陷、崖崩、雪崩、雹灾、泥石流、隧道坍塌、空中运行物体坠落;
- 三、全机失窃(包括拖斗单独失窃)在三个月以上;
- 四、载运保险拖拉机的渡船遭受自然灾害或意外事故(只限于有驾驶人员随机照料者)。

第二条 发生保险事故时,被保险人对保险拖拉机采取施救、保护措施所支出的合理费用,由于本公司负责赔偿。但此项费用最高赔偿金额以不超过保险金额为限。

第三条 本公司对下列原因引起的损失概不负责:

- 一、战争、军事冲突或暴乱;
- 二、酒后开机、无有效驾驶证、人工直接供油;
- 三、受本机所载货物撞击;
- 四、被保险人或其驾驶人员的故意行为。

第四条 保险拖拉机的下列损失,不本公司也不负责:

- 一、自然磨损、朽蚀、轮胎自身爆裂或保险拖拉机自身故障;
- 二、保险拖拉机遭受保险责任范围内的损失后,未经必要修理,致使损失扩大部分;
- 三、保险拖拉机遭受第一条各款所列灾害或事故致使被保险人停业、停驶的损失以及各种间接损失;
- 四、其他不属于保险责任范围内的损失和费用。

第五条 保险拖拉机的保险金额由被保险人与本公司协商确定,但最高不超过投保时的实际价值。在保险合同有效期内,被保险人要求调整保险金额,应向本公司申请办理批改。

第六条 保险拖拉机发生保险事故遭受损坏后,应当尽量修复,被保险人修理前应当会同本公司检验受损拖拉机,明确修理项目、修理方式和修理费用,否则,本公司有权重新核定修理费用。

第七条 在保险合同有效期内,保险拖拉机发生保险事故而遭受的损失,本公司按以下规定赔偿:

一、全部损失

按出险当时的实际价值赔偿。

二、部分损失

按实际修理费用赔偿。

投保时保险金额低于实际价值的拖拉机,按保险金额与出险当时实际价值的比例赔偿修理费用。

上列保险拖拉机损失赔偿以不超过保险金额为限,如果保险拖拉机按全部损失赔偿或部分损失一次赔款或累计赔款达到保险金额全数时,拖拉机损失险的保险责任即行终止。

第八条 本公司赔偿被保险人实际支出的合理的、必要的施救费用,但投保时保险金额低于实际价值的拖拉机,本公司按保险金额与出险当时实际价值的比例赔偿施救费用。

第九条 保险拖拉机发生保险事故遭受全损后的残余部分,应协商作价折归被保险人,并在赔款中扣除。

第三者责任险

第十条 被保险人或其允许的驾驶人员在使用保险拖拉机从事道路行驶、田间作业、场院作业或停放过程中发生意外事故,致使第三者遭受人身伤亡或财产的直接损毁,被保险人依法应当支付的赔偿金额,本公司依照保险合同的规定给予补偿,但因事故产生的善后工作,由被保险人负责处理。

第十一条 下列人身伤亡和财产损毁,不论在法律上是否应当由被保险人承担赔偿责任,均不属于本保险的责任范围,本公司概不负责:

一、被保险人所有或代管的财产;

二、私有拖拉机的被保险人及其家庭成员,以及他们所有或代管的财产;

三、本机的驾驶人员;

四、本机(含拖斗)及其牵引、悬挂的农机具上的一切人员和财产;

五、保险拖拉机发生意外事故,引起停电、停水、停产、停业或停驶造成的损失以及各种间接损失;

六、拖斗或被牵引、悬挂的农机具脱离保险拖拉机机身、单独放置造成的损失;

七、被保险人的故意行为造成的损失。

第十二条 被保险人或其允许的驾驶人员酒后或者无有效驾驶证开机造成第三者人身伤亡或财产损毁,本公司仅承担其应付保险赔款的百分之七十。

第十三条 保险拖拉机在道路上发生第三者责任事故时,应当按出险当地的道路交通事故处理规定和有关法律、法规处理赔偿。

第十四条 保险拖拉机在田间作业、场院作业或非道路停放过程中发生第三者责任事故,

本公司按以下规定给予赔偿:

- 一、受害第三者死亡,不超过保险单载明的非道路事故人身伤害赔偿限额;
- 二、受害第三者永久性残废,不超过按《拖拉机保险人身伤害残废给付标准》计算的金额;
- 三、受害第三者致伤,按县级以上医院出具的医疗费用单证赔偿;
- 四、受害第三者的财产遭受的灭失、毁坏,本公司按直接损失计算赔偿。

第十五条 本公司对每次第三者责任事故支付的赔款,不超过保险单载明的每次事故赔偿限额。本公司对每名受害第三者(限于非道路上的第三者责任事故)支付的赔款,不超过保险单上载明的非道路事故人身伤害赔偿限额。

第十六条 未经本公司同意而由被保险人自行承诺或支付的赔偿金额,本公司有权重新核定。

本公司赔偿后,对受害第三者的任何病变或赔偿费用的增加不再负责。

第十七条 本公司赔偿后,第三者责任保险的保险责任继续有效,直至保险期满。

被保险人义务

第十八条 被保险人投保时对保险拖拉机的情况应当如实申报,并应当在签订保险合同时一次交清保险费。

第十九条 被保险人应当做好保险拖拉机的维修、保养工作,使保险拖拉机保持正常技术状态。

第二十条 在保险合同有效期内,保险拖拉机转卖、转让、赠送他人时,应当事先通知本公司并申请办理批改。

被保险人不得利用保险拖拉机从事违法犯罪活动,不得非法转卖、转让保险拖拉机。

第二十一条 保险拖拉机发生保险事故后,被保险人应当采取合理的保护、施救措施,并立即向有关管理部门报告,同时通知本公司。

第二十二条 被保险人不履行本条款第十八条至第二十一条规定的义务,本公司有权拒绝赔偿或自书面通知之日起终止保险合同。

无赔款优待

第二十三条 被保险人及其驾驶人员应当严格遵守交通规则,保险拖拉机在一年保险期间内无赔款,续保时可享受无赔款优待,优待金额最高为上年度应交保险费的10%,不续保者不给。被保险人投保拖拉机不止一台,无赔款优待分别按台计算。

索赔事宜

第二十四条 被保险人索赔时,应当向本公司提供保险单、事故证明、事故调解结案书、损

失清单和各种有关费用单据。本公司应当迅速审查核实。赔款一经保险合同双方确认,本公司应当在十天之内一次赔偿结案。

第二十五条 被保险人向本公司索赔时提供的各种单证必须真实可靠。被保险人如果有涂改、伪造单证或制造假案等欺骗行为,本公司有权拒绝赔偿或追回已付赔款。

第二十六条 保险拖拉机发生保险事故,应当由第三方负责赔偿时,被保险人应当向第三方索赔。如果被保险人向本公司提出赔偿请求,本公司可以按照本条款的有关规定,先予赔偿,但被保险人必须将向第三方追偿的权利转让给本公司,并协助本公司向第三方追偿。

第二十七条 被保险人自保险拖拉机修复或自交通事故处理结案之日起三个月内不提交本条款第二十四条规定的各种必要单证或自本公司书面通知被保险人领取赔款之日起一年内不领取应得的赔款,即作为自愿放弃权益。

其他事项

第二十八条 保险拖拉机应当经国家有关主管部门检验合格。

第二十九条 本条款拖拉机损失险中所称“保险拖拉机”是指机身和拖斗。

本条款第三者责任险中所称“保险拖拉机”是指机身、拖斗以及由机身牵引或悬挂的农机具。

第三十条 本条款中的实际价值是指保险合同签订地该拖拉机市价。

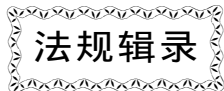
第三十一条 被保险人和本公司发生争议不能达成协议时,可以申请仲裁机关仲裁或向人民法院提起诉讼。

附表

拖拉机保险费率表

科 类	拖拉机损失险		第三者责任险	
	基本保险费 (元)	费率 (%)	固定保险费(元)	
			每次事故赔偿限额 2 万元,非 道路事故人身伤害赔偿限额 5 千元	每次事故无限额,非道路事故 人身伤害赔偿限额 1 万元
手扶拖拉机	30	0.5	50	70
小四轮拖拉机	35	0.5	50	70
大中型拖拉机	45	0.6	95	120

注:表列以外的拖拉机由各保险公司另行订费,并将型号、规格、保费(含计算办法)等在“特别约定”栏中注明。



公众责任险条款

(1993 年 12 月 20 日中国人民保险公司财产保险部
保财业〔1993〕58 号发文)

一、责任范围

根据本保险单表列范围,在本保险期内发生意外事故引起的、被保险人在法律上应承担的赔偿金额,本公司负责赔偿。

二、除外责任

除非另行特别规定,本保险单所列责任,不适用也不包括下列各项:

1. 被保险人根据协议应承担的责任,但即使没有该项协议,仍应承担的责任除外。
2. 对正为被保险人服务的任何人所遭受的伤害的责任。
3. 对财产损失的责任:
 - a. 被保险人、其雇佣人员或其代理人所有的财产或由其照管或由其控制的财产;
 - b. 被保险人或其雇佣人员或其代理人正在从事或一直从事工作的任何物品、土地、房屋或建筑。
4. 由于下列事因与下列有关而引起的损失或伤害责任:
 - a. 对于未载入本保险单表列而属于被保险人的或其所占有的或以其名义使用的任何牲口、脚踏车、车辆、火车头、各类船只、飞机、电梯、升降机、自动梯、起重机、吊车或其他升降装置;
 - b. 火灾、地震、爆炸、洪水、烟熏和水污;
 - c. 有缺陷的卫生装置或任何类型的中毒或任何不洁或有害的食物或饮料。
5. 由于震动、移动或减弱支撑引起任何土地或财产或房屋的损坏责任。
6. 由于战争、入侵、外敌行动、敌对行为(不论宣战与否)、内战、叛乱、革命、起义、军事行动或篡权行为的直接或间接引起的任何后果所致的责任。

三、其他事项

1. 一旦发生保险责任内的事故或索赔或诉讼时,被保险人或其代表应立即以书面通知本公司。

2. 未经本公司书面同意,在发生任何事故或索赔时,被保险人不应拒绝责任、谈判或作出任何承诺出价、议定或赔款。在必要时,本公司有权以被保险人的名义接办对任何索赔的抗辩,或以被保险人的名义,由本公司支付费用,为其自己的利益向任何人提出赔偿请求的诉讼。本公司有权对任何诉讼程序自行处理和解决任何索赔案件。本公司如有需要时,被保险人应提供一切有关情况和帮助。

3. 在发生本保险单项下的索赔时,如同时尚有其他保险承保同样责任或其中任何一部分的责任,本公司对有关赔偿将按比例负责赔付。

4. 保险内容如有变动或承保风险增加时,被保险人应立即书面通知本公司办理批改手续。否则,本公司对由变动或风险增加所致的损失概不负责。

5. 本公司可以在七天前以挂号信通知被保险人注销本保险单。对未到期的保险费按比例退给被保险人。

6. 被保险人应努力做到雇用可靠的、认真的、合格的工作人员,并且使所有的建筑物、道路、工厂、机器、装置和设备处于坚实、良好、可供使用的状态。被保险人应遵照当局所颁布的任何法律及规定的要求。被保险人对已经发现的缺陷如有需要应予立即修复,并视情况需要采取临时性的预防措施以防止发生事故。但是发生本保险单项下承保的任何事故后,在未经本公司检查和同意之前,被保险人不得予以改变和修理。本公司在合理的时间内可以检查任何财物。本公司的检查人员如发现任何缺陷或危险时,将以书面通知被保险人。在该项缺陷或危险未被排除并使本公司认为满意之前,对其有关的或因而引起的一切责任本公司概不负责。

7. 被保险人与本公司之间的一切有关保险的争议应通过友好协商解决。如经协商达不成协议,可申请仲裁机构仲裁或向法院提出诉讼。除事先另有协议外、仲裁或诉讼应在被告方所在地。

货币单位:人民币元;费率单位:千分率(‰)

[illegible]

十一、怎样订立联营合同

（一）什么是联营合同

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 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、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,应按照合同规定,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,按照合同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。包括以下主要内容:

- (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。



国务院关于推动经济联合的暂行规定

(1980年7月1日国务院常务会议通过)

随着经济管理体制的初步改革,当前各地已开始出现一些经济联合的形式。这种联合,可以扬长补短,发挥各个经济单位的优势,提高经济效益,加快生产建设步伐;有助于把地方、企业的物力、财力吸引到国家建设急需的方面来;有助于按照经济规律沟通横向联系,打破地区封锁、部门分割;有助于按照专业化协作原则改组工业,避免以小挤大,重复建厂,盲目生产。走联合之路,组织各种形式的经济联合体,是调整好国民经济和进一步改革经济体制的需要,是我国国民经济发展的必然趋势。为了推动联合,特作如下暂行规定:

一、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。一般应当自下而上与自上而下相结合,以自下而上为主,由易到难,循序渐进,逐步发展,不要一哄而起。

组织联合,不受行业、地区和所有制、隶属关系的限制。但不能随意改变联合各方的所有制、隶属关系和财务关系。参加联合的各方原有的收入解缴关系,以及同银行的债权、债务关系,不得改变,如果需要改变时,应当征得财政部门 and 银行的同意。

组织联合,要平等互利,兼顾各方的经济利益。根据各方提供的条件,包括资金、原料、技术、动力、场地、设备、设施等,确定分享经营成果(利润、产品)的比例,签署协议或合同。

联合的形式,要从实际出发,允许多种多样,不要硬套某种模式。

二、各种形式的联合体,在保证完成国家下达的计划任务的前提下,超计划的产品和自己组织原材料生产的产品,有的可以由商业、物资部门收购,有的可以按国家政策自销,互通有无。

三、要推进原料产地与加工地区的联合。原材料必须首先保证完成国家下达的计划调拨任务。超过部分,经过协商,有的可以由加工地区返还一部分利润或产品;有的可以由加工地区与原料产区联合经营,就地加工。

联合企业内部自产自用原料的供应,不再经过商业、供销、物资等中间环节,实行直拨自供。国家分配的原料,目前仍按联合双方的隶属关系,根据经济合理的原则,有的直达供应;有的由商业、供销、物资企业就地就近组织供应。

四、各种经济联合体都必须保证国家税收和利润上缴任务的完成,履行对国家的义务,不得挤占国家财政收入。

参加经济联合的各方,职工的工资福利待遇办法,应当各按原来的规定执行,不要轻易变

动。

五、经济联合的组织领导,要体现协作配合、共同负责的精神,实行民主管理,科学管理。联合企业应由有关各方的代表组成联合委员会,作为权力机构。对联合委员会的决议,联营各方无权加以改变,行政部门也不得任意干预。

经济联合的各方,原有的协作关系未经协商同意,不得擅自中断。在履行协作合同的条件下,可以与联合体外的其他企业发生业务关系。组织在专业化协作联合体内的企业,不能吃大锅饭,应当实行独立核算。

六、经济联合的各方,达成协议后,要报请各自主管部门和工商行政管理部门备案。联合各方签署的协议和合同,受国家法律保护;拥有的资金、设备、物资等,任何人、任何单位不得平调。不履行协议或合同,以及执行中发生的纠纷,由主管部门调解。调解无效的,由法院裁决。

七、跨省市区、跨行业的经济联合,有关行政领导、物资供应、产品分配的归口等问题,目前可以由联合各方协商一个暂行办法。

八、各级政府要加强对经济联合的领导。凡是有利于发展生产、沟通供销、繁荣经济的联合,都应当积极支持和鼓励。要尊重企业的自主权,不要搞不合理的行政干预。要善于引导企业把办联合企业的积极性和发展社会生产的合理性结合起来,加快社会主义建设的步伐。

随着各种形式的经济联合的形式,会带来一系列的新问题,需要各有关部门在政策、制度、办法上作相应的改进,以促进联合的巩固和发展。计划部门要加强综合平衡。工商行政管理部门要加强管理,使各种联合有利于国民经济的调整和发展。银行要运用信贷、利率等经济手段,实行区别对待,择优扶植,并根据各种形式的经济联合的特点,组织结算工作,试办各种信托业务。财政税务部门要改进税制,解决联合体内部协作配套产品重复收税等问题。促进经济联合,是我们国家的重要政策,各地区、各部门都要满腔热情地爱护它,支持它,不断总结经验,引导它健康地向前发展。

以上暂行规定,希各地区、各部门结合实际情况试行。



法规辑录

国务院关于进一步推动横向经济联合若干问题的规定

(1986年3月23日发布)

党的十一届三中全会以来,随着对内搞活经济、对外实行开放方针的贯彻执行,地区、部门之间开始打破封锁,在生产、流通、科技领域,多层次、多形式的横向经济联合有了很大的发展,势头很好。在扩大企业自主权的基础上,企业之间出现了不同内容、不同形式的横向经济联合,这是我国经济生活中的一个新事物,已经显示出了很大的优越性和强大的生命力。横向经济联

合,是经济体制改革的重要内容,是发展社会生产力的要求。它促进了资源开发和资金的合理使用,促进了商品流通和社会主义统一市场的形成,促进了技术进步和人才的合理交流,促进了经济结构和地区布局的合理化。横向经济联合,是发展社会主义商品经济的客观要求,是社会化大生产的必然趋势,是对条块分割、地区封锁的有力冲击,对于加快整个经济体制改革和社会主义现代化建设,具有深远的意义。

为了进一步推动横向经济联合的健康发展,现就有关问题作如下规定。

横向经济联合的原则和目标

一、企业之间的联合,是横向经济联合的基本形式,是发展的重点。企业之间的横向经济联合,要在自愿的基础上,坚持“扬长避短、形式多样、互利互惠、共同发展”的原则,不受地区、部门、行业界限的限制,不受所有制的限制。要积极发展原材料生产与加工企业之间的联合,生产企业与科研单位(包括大专院校)之间的联合,民用与军工企业之间的联合,工、农、商、贸企业之间的联合,以及铁路、公路、水运、民航企业之间的联营,等等。这些联合,可以是专业化协作,也可以是人才、资源、资金、技术和商品购销等方面的联合。通过企业之间的横向经济联合,逐步形成新型的经济联合组织,发展一批企业群体或企业集团。

二、企业之间的经济联合,提倡以大中型企业为骨干,以优质名牌产品为龙头进行组织。联合可以是紧密型的、半紧密型的,也可以是松散型的。可以采取合资经营、合作生产、来料加工等多种方式。各种经济联合,都要以合同、协议关系确定下来。

三、发展经济联合,应当围绕以下目标和要求进行:(1)有利于充分挖掘现有企业潜力,做到投入少、产出多、产品质量好,技术进步快,经济效益高;(2)有利于促进企业组织结构、产业结构和地区布局的合理化;(3)有利于形成和发展商品市场、资金市场和技术市场;(4)有利于打破条块分割,实现政企职责分开、简政放权和所有权与经营权适当分开。

四、企业发展经济联合,是一项重要经营战略决策,要按照国家宏观经济发展的要求,进行可行性论证,注意经济、技术的合理性,不要一哄而起。

维护企业横向经济联合的自主权

五、要维护企业横向经济联合的自主权,允许企业按照协议和章程的规定,自愿参加、自愿退出。经济联合的组织管理形式,由参加联合的各方协商确定。

六、国务院有关部门和各级政府要进一步贯彻落实国务院发布的有关扩大企业自主权的规定,积极推动和引导企业发展各种形式的经济联合,特别是跨地区、跨部门、跨行业的企业之间的经济联合,不得从本位利益出发加以干涉。要防止继续采取行政办法拼凑各种所谓的经济联合组织。对联合中暴露出来的管理体制上的各种弊端和妨碍联合的某些政策、规定,都要认真加以研究,积极进行调整和改革。

七、企业之间的横向经济联合组织是企业性的,不能变成行政性的管理机构。不允许在联

合组织上面再加一层行政性的公司,或把现有的行政性公司换个牌子当作联合组织,不准行政性公司干涉企业之间的经济联合。

改进计划管理和统计方法

八、在发展经济联合中,要切实加强宏观管理和指导,搞好行业、地区规划,避免盲目性。鼓励联合开发能源,增加原材料生产和资源的综合利用;联合发展交通运输事业;联合增产市场短缺产品。特别要鼓励工贸、农贸联合增加出口产品和顶替进口产品的生产,为国家多创外汇和节约外汇。同时,要限制长线产品的生产,限制工艺技术落后、消耗高、质量差的 product 的发展。

九、发展横向经济联合,是控制固定资产投资规模,改善投资结构,提高投资效益的重要途径。凡通过企业横向联合,在产量、质量、品种上能够满足需要的,就不要另上新的建设项目。凡联合起来进行技术引进和技术改造能够做到投资省、见效快的项目,要优先予以安排。

十、在国家控制的固定资产投资规模内,国家、部门、地区每年要预留一定额度,主要用于能源、交通和原材料联合建设项目。企业联合兴建的基本建设和技术改造项目,按国家规定程序进行审批。企业和单位用原有厂房、设备和技术、专利、商标等折价投资的,均不计入固定资产投资规模控制指标。

十一、参加经济联合组织的企业,必须保证完成国家的指令性计划,严格履行合同。经济联合组织承担的指令性生产计划,由主管部门或地区按原来渠道下达到经济联合组织的各个企业,也可以直接下达到经济联合组织。国家统配物资的分配指标,随生产、建设计划下达。在经济联合组织内部,生产、建设指标和物资分配指标可以互相划转。

十二、经济联合组织的生产、建设、劳动、物资、财务、成本等各项经济技术指标,要纳入国家统计范围,按统一核算的联合组织或按独立核算的基层企业统计。同时,经济联合组织应按统计办法汇总所属企业的统计资料,报送主管部门和当地统计部门,作为上报计算“所在地”和“所属地”统计数字的依据。统计部门对经济联合组织的经济活动要进行统计分析,定期编报有关资料。

促进物资的横向流通

十三、物资管理部门要促进横向经济联合。各地要逐步扩大和发展生产资料市场,中心城市要办好物资贸易中心,吸收生产、物资、商业、外贸企业参加,积极开展物资协作、串换,搞活物资流通。仓储、运输、装卸也要通过横向经济联合,逐步实现社会化和企业化,提高储运能力和社会经济效益。

十四、通过横向经济联合增加的产品,除国家有特殊规定的以外,凡不属于国家投资和计划供应原材料的,由企业自行销售。企业从联合中分得的产品和节约的能源、原材料,物资部门不扣减分配指标。高能耗产品转移到能源富裕地区生产,不减少给原地区切块分配的能源指标。

十五、经济联合组织内部自产自用属于国家计划分配的原材料,由参加联合组织的企业的主管部门或所在地区划转分配指标,经主管订货部门平衡安排后,可由企业直拨自供。大宗经济协作物资,都要经过有关部门的综合平衡,纳入运输计划。

加强生产与科技的结合

十六、要采取有力措施,促进生产与科技密切结合,推动生产企业同科研单位的联合。科研单位与生产企业的联合,可以以科研单位为主,吸收生产企业参加;也可以以生产企业为主,吸收科研单位参加。有关主管部门都要积极促进,给予支持。

十七、经济联合组织要加强技术开发能力,可以通过联合吸收科研单位作为自己的开发机构,为联合组织的技术开发工作服务,也允许它们为其他企业和单位服务。参加联合的科研单位,可继续享受独立的科研单位原来的纳税优惠,其事业费的增减不受影响。

十八、要积极支持生产企业和科研单位联合进行中间试验。主管部门在计划上要给予安排,银行要在贷款方面制定鼓励办法。纳税有困难的,可向税务部门申请减免税。

十九、经济联合组织投资开发的技术成果,属联合组织所有,由成员单位共享。各成员单位自行开发的成果归本单位所有;互相委托开发的成果,属投资方和技术开发方共有,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。

发展资金的横向融通

二十、在工商行政管理部门已登记注册的经济联合组织,各专业银行应按分工和开户规定,允许其在当地开立帐户。

二十一、在国家控制的固定资产投资规模和贷款额度内,允许各专业银行跨地区、跨专业向经济联合组织发放固定资产投资贷款,也可以跨地区、跨专业组织银行贷款。要保障银行在这方面的自主权不受侵犯。经济联合组织及参加各种形式联合的企业和单位,从银行取得的固定资产投资贷款,可以用于内部互相投资。流动资金贷款,可以由经济联合组织上贷下拨、统贷统还,也可以由参加联合的企业分别贷款,横向划拨,谁贷谁还,但不准用于固定资产投资,不准参与分配。

二十二、各专业银行及其他金融机构,可以采用多种信用方式支持经济联合。联合组织签发的商业票据,经付款企业或有关银行承兑后,可以跨地区、跨专业向金融机构办理贴现。

二十三、经济联合组织按照中国人民银行的有关规定,经过批准,可以通过银行和其他金融机构向内部职工以及社会发行债券。

调整征税办法

二十四、对经济联合组织不要重复征税。凡实行统一核算的经济联合组织,内部各单位之

间相互提供的协作产品,不缴纳产品税;对外销售的产品缴纳产品税,税率要按联合前各单位缴纳的税额占对外销售额的比例换算确定。不实行统一核算的经济联合组织的产品,除烟、酒、化妆品等高税率产品外,可以实行增值税。增值税征收办法,暂由省、自治区、直辖市及计划单列城市税务局商有关部门制定,报财政部税务总局备案。没有条件实行增值税的协作产品,按税务总局制定的减免税的规定执行。

二十五、采取补偿贸易方式,由对方提供资金、设备,以新增产品分期偿还投资的,应当在交付产品时,按实际销售收入就地缴纳产品税(增值税)、资源税。

二十六、经济联合组织及参加各种形式的联合企业,应在当地依法缴纳产品税(增值税)、营业税,然后按照“先分后税”的原则,由联合各方按协议规定分配利润,在各自所在地缴纳所得税。全民所有制企业从联合中新分得的利润,免缴调节税,这些企业的原有利润,应继续缴纳调节税。

二十七、企业和单位向能源、交通设施以及“老、少、边、穷”地区进行投资分得的利润,可减半征收所得税五年。参与投资的企业和单位,从联合中分得的利润再投资于上述行业和地区的,可免征所得税。联合集资办电(柴油发电除外),其新增的售电量定期减免产品税。经济联合组织开发的新产品,按照有关税收规定减征或免征产品税(增值税),减免的税款,专项用于技术开发。企业的技术转让收入,年净收入在30万元以下的,暂免征收所得税;超过30万元的部分,依法缴纳所得税。

保障经济联合组织的合法权益

二十八、经济联合组织,经所在地政府授权部门批准后,工商行政管理部门按有关规定予以登记注册。经济联合组织必须遵守国家的法律和有关政策、规定;它的合法权益如本金、利息、利润、产品和外汇留成等,受国家的法律保护。

二十九、经济联合组织的章程,是联合组织的基本准则,由参加单位协商制定,共同遵守。章程应明确规定:参加各方的权利和义务,利益的分配和风险的承担,加入和退出的手续,领导机构的产生和领导人员的任期等。

三十、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,由所在地的主管部门协调解决;协调不了的,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,可依法由工商行政管理部门仲裁,也可向法院起诉。

本规定自发布之日起施行。各省、自治区、直辖市和经济特区可根据本规定制定具体实施办法。

司法解释

最高人民法院关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答

(1990 年 11 月 12 日)

根据《中华人民共和国民事诉讼法通则》和其他有关法律、法规,现就人民法院在审理联营合同纠纷案件中提出的一些问题,解答如下:

一、关于联营合同纠纷案件的受理问题

(一)联营各方因联营合同的履行、变更、解除所发生的经济纠纷,如联营投资、盈余分配、违约责任、债务承担、资产清退等纠纷向人民法院起诉的,凡符合民事诉讼法(试行)第八十一条规定的起诉条件的,人民法院应予受理。

(二)联营各方因联营体内部机构设置、人员组成等管理方面的问题发生纠纷向人民法院起诉的,人民法院不予受理。

二、关于联营合同纠纷案件的管辖问题

(一)联营合同纠纷案件的地域管辖,因不同的联营形式而有所区别:

1. 法人型联营合同纠纷案件,由法人型联营体的主要办事机构所在地人民法院管辖。
2. 合伙型联营合同纠纷案件,由合伙型联营体注册登记地人民法院管辖。
3. 协作型联营合同纠纷案件,由被告所在地人民法院管辖。

(二)由联营体主要办事机构所在地或联营体注册登记地人民法院管辖确有困难的,如法人型联营体已经办理了注销手续,合伙型联营体应经工商部门注册登记而未办理注册登记,或者联营期限届满已经解体的,可由被告所在地人民法院管辖。

三、关于联营合同的主体资格认定问题

(一)联营合同的主体应当是实行独立核算,能够独立承担民事责任的企业法人和事业法人。

个体工商户、农村承包经营户、个人合伙,以及不具备法人资格的私营企业和其他经济组织与企业法人或者事业法人联营的,也可以成为联营合同的主体。

(二)企业法人、事业法人的分支机构不具备法人条件的,未经法人授权,不得以自己的名义对外签订联营合同;擅自以自己名义对外签订联营合同且未经法人追认的,应当确认无效。

党政机关和隶属党政机关编制序列的事业单位、军事机关、工会、共青团、妇联、文联、科协和各种协会、学会及民主党派等,不能成为联营合同的主体。

四、关于联营合同中的保底条款问题

(一)联营合同中的保底条款,通常是指联营一方虽向联营体投资,并参与共同经营,分享联营的盈利,但不承担联营的亏损责任,在联营体亏损时,仍要收回其出资和收取固定利润的条款。保底条款违背了联营活动中应当遵循的共负盈亏、共担风险的原则,损害了其他联营方和联营体的债权人的合法权益,因此,应当确认无效。联营企业发生亏损的,联营一方依保底条款收取的固定利润,应当如数退出,用于补偿联营的亏损,如无亏损,或补偿后仍有剩余的,剩余部分可作为联营的盈余,由双方重新商定合理分配或按联营各方的投资比例重新分配。

(二)企业法人、事业法人作为联营一方向联营体投资,但不参加共同经营,也不承担联营的风险责任,不论盈亏均按期收回本息,或者按期收取固定利润的,是明为联营,实为借贷,违反了有关金融法规,应当确认合同无效。除本金可以返还外,对出资方已经取得或者约定取得的利息应予收缴,对另一方则应处以相当于银行利息的罚款。

(三)金融信托投资机构作为联营一方依法向联营体投资的,可以按照合同约定分享固定利润,但亦应承担联营的亏损责任。

五、关于在联营期间退出联营的处理问题

(一)组成法人型联营体或者合伙型联营体的一方或者数方在联营期间中途退出联营的,如果联营体并不因此解散,应当清退退出方作为出资投入的财产。原物存在的,返还原物;原物已不存在或者返还确有困难的,折价偿还。退出方对于退出前联营所得的盈利和发生的债务,应当按照联营合同的约定或者出资比例分享和分担。合伙型联营体的退出方还应对退出前联营的全部债务承担连带清偿责任。如果联营体因联营一方或者数方中途退出联营而无法继续存在的,可以解除联营合同,并对联营的财产和债务作出处理。

(二)不符合法律规定或合同约定的条件而中途退出联营的,退出方应当赔偿由此给联营体造成的实际经济损失。但如联营其他方对此也有过错的,则应按联营各方的过错大小,各自承担相应的经济责任。

六、关于联营合同的违约金、赔偿金的计算问题

根据民法通则第一百一十二条第二款规定,联营合同订明违约金数额或比例的,按照合同的约定处理。约定的违约金数额或比例过高的,人民法院可根据实际经济损失酌减;约定的违约金不足补偿实际经济损失的,可由赔偿金补足。联营合同订明赔偿金计算方法的,按照约定的计算方法及实际情况计算过错方应支付的赔偿金。联营合同既未订明违约金数额或比例,又未订明赔偿金计算方法的,应由过错方赔偿实际经济损失。

七、关于联营合同解除后的财产处理问题

(一)联营体为企业法人的,联营体因联营合同的解除而终止。联营的财产经过清算清偿债务有剩余的,按照约定或联营各方的出资比例进行分配。

联营体为合伙经营组织的,联营合同解除后,联营的财产经清偿债务有剩余的,按照联营合同约定的盈余分配比例,清退投资,分配利润。联营合同未约定,联营各方又协商不成的,按照出资比例进行分配。

(二)在清退联营投资时,联营各方原投入的设备、房屋等固定资产,原物存在的,返还原物;原物已不存在或者返还原物确有困难的,作价还款。

(三)联营体在联营期间购置的房屋、设备等固定资产不能分割的,可以作价变卖后进行分配。变卖时,联营各方有优先购买权。

(四)联营体在联营期间取得的商标权、专利权,解除联营合同后的归属及归属后的经济补偿,应当根据《中华人民共和国商标法》、《中华人民共和国专利法》的有关规定处理。商标权应当归联营一方享有。专利权可以归联营一方享有,也可以归联营各方共同享有。联营一方单独享有商标权、专利权的,应当给予其他联营方适当的经济补偿。

八、关于无效联营收益的处理问题

联营合同被确认无效后,联营体在联营合同履行期间的收益,应先用于清偿联营的债务及补偿无过错方因合同无效所遭受的经济损失。

当事人恶意串通,损害国家利益、集体或第三人的合法利益,或者因合同内容违反国家利益或社会公共利益而导致联营合同无效的,根据民法通则第六十一条第二款和第一百三十四条第三款规定,对联营体在联营合同履行期间的收益,应当作为非法所得予以收缴,收归国家、集体所有或者返还第三人,对联营各方还可并处罚款;构成犯罪的,移送公安、检察机关查处。

九、关于联营各方对联营债务的承担问题

(一)联营各方对联营债务的责任应依联营的不同形式区别对待:

1. 联营体是企业法人的,以联营体的全部财产对外承担民事责任。联营各方对联营体的责任则以各自认缴的出资额为限。对抽逃认缴资金以逃避债务的,人民法院除应责令抽逃者如数缴回外,还可对责任人员处以罚款。

2. 联营体是合伙经营组织的,可先以联营体的财产清偿联营债务。联营体的财产不足以抵债的,由联营各方按照联营合同约定的债务承担比例,以各自所有或经营管理的财产承担民事责任;合同未约定债务承担比例,联营各方又协商不成的,按照出资比例或盈余分配比例确认联营各方应承担的责任。

合伙型联营各方应当依照有关法律、法规的规定或者合同的约定对联营债务负连带清偿责任。

3. 联营是协作型的,联营各方按照合同的约定,分别以各自所有或经营管理的财产承担民事责任。

(二)农业集体经济组织以提供自己所有的土地使用权参加合伙型联营的,应当按照联营合同的约定承担联营债务,如合同未约定债务承担比例的,可参照出资比例或者盈余分配比例承担。

(三)以提供技术使用权作为合伙型联营投资的联营一方,应当按照联营合同的约定承担

联营债务,如其自己所有的或者经营管理的财产不足清偿联营债务的,可以一定期限的技术使用权折价抵偿债务。

在试点过程中,人民检察院可以通过下列方式对民事、经济、行政诉讼活动实行法律监督:

1. 受理公民、法人和其他组织不服人民法院发生法律效力判决、裁定的申诉。
2. 检察长列席同级人民法院的审判委员会。
3. 对人民法院已经发生法律效力行政案件的判决、裁定,发现违反法律、法规规定的,按照审判监督程序提出抗诉。
4. 应人民法院邀请或当事人请求,派员参加对判决、裁定的强制执行,发现问题,向人民法院提出。

最高人民法院和最高人民检察院重点抓好六个省、直辖市的试点工作。这些省、直辖市人民检察院和高级人民法院应当密切联系,共同研究,加强对试点工作的指导,以保证这项工作积极稳妥地开展。各地有关调查研究和试点工作的部署、进展情况及经验和问题,应及时向最高人民法院、最高人民检察院请示汇报。

十二、怎样订立企业承包经营合同

(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

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向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規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. 承包方的权利的义务

(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。



全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例

(1988 年 2 月 27 日国务院发布)

第一章 总 则

第一条 为发展和完善全民所有制工业企业(以下简称企业)承包经营责任制,转变企业经营机制,增强企业活力,提高经济效益,制定本条例。

第二条 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,按照所有权与

经营权分离的原则,以承包经营合同形式,确定国家与企业的责权利关系,使企业做到自主经营、自负盈亏的经营管理制度。

第三条 实行承包经营责任制,必须兼顾国家、企业、经营者和生产者利益,调动企业经营者和生产者积极性,挖掘企业内部潜力,确保上交国家利润,增强企业自我发展能力,逐步改善职工生活。

第四条 实行承包经营责任制,应当按照责权利相结合的原则,切实落实企业的经营管理自主权,保护企业的合法权益。

第五条 实行承包经营责任制,按照包死基数、确保上交、超收多留、欠收自补的原则,确定国家与企业的分配关系。

第六条 实行承包经营责任制,合同双方必须遵守国家法律、法规和政策,接受人民政府有关部门的监督。

第七条 实行承包经营责任制,由国家审计机关及其委托的其他审计组织对合同双方及企业经营者进行审计。

第二章 承包经营责任制的内容和形式

第八条 承包经营责任制的主要内容是:包上交国家利润,包完成技术改造任务,实行工资总额与经济效益挂钩。

在上述主要内容的基础上,不同企业可以根据实际情况确定其他承包内容。

第九条 承包上交国家利润的形式有:

- (一)上交利润递增包干;
- (二)上交利润基数包干,超收分成;
- (三)微利企业上交利润定额包干;
- (四)亏损企业减亏(或补贴)包干;
- (五)国家批准的其他形式。

第十条 上交利润基数一般以上年上交的利润额(实行第二步利改税的企业,是指依法缴纳的所得税、调节税部分,下同)为准。

受客观因素影响,利润变化较大的企业,可以承包前2至3年上交利润的平均数为基数。

确定上交利润基数时,可参照本地区、本行业平均资金利润率进行适当调整。

上交利润递增率或超收分成比例,应当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确定。

第十一条 上交利润的方式为:企业按照税法纳税,纳税额中超过承包经营合同规定的上交利润额多上交的部分,由财政部门每季返还80%给企业,年终结算,多退少补,保证兑现。

第十二条 技术改造任务,应当根据国家的产业政策、市场需求、技术改造规划和企业的经济技术状况确定。

第十三条 实行工资总额与经济效益挂钩,其具体形式,可根据国家的规定和企业的实际情况确定。

第三章 承包经营合同

第十四条 实行承包经营责任制,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。

第十五条 订立承包经营合同,合同双方必须坚持平等、自愿和协商的原则。

第十六条 承包经营合同一般应当包括下列主要条款:

- (一)承包形式;
- (二)承包期限;
- (三)上交利润或减亏数额;
- (四)国家指令性供应计划和产品生产计划;
- (五)产品质量及其他主要经济技术指标;
- (六)技术改造任务,国家资产维护和增殖;
- (七)留利使用,贷款归还,承包前的债权债务处理;
- (八)双方权利和义务;
- (九)违约责任;
- (十)对企业经营者的奖罚;
- (十一)合同双方约定的其他事项。

第十七条 承包期限,一般不得少于3年。

第十八条 承包经营合同依法成立,即具有法律效力,任何一方均不得随意变更或解除。

第十九条 国务院对税种、税率和指令性计划产品价格进行重大调整,合同双方可按国务院规定协商变更承包经营合同。

因不可抗力或由于一方当事人虽无过失但无法防止的外因使企业无法履行承包经营合同时,合同双方可协商变更或解除承包经营合同。

第二十条 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。

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。

第二十一条 合同双方发生纠纷,应当协商解决。协商不成的,合同双方可以根据承包经营合同规定向国家工商行政管理机关申请仲裁;也可以根据承包经营合同规定直接向人民法院起诉。

第四章 承包经营合同双方的权利和义务

第二十二条 发包方有权按承包经营合同规定,对承包方的生产经营活动进行检查、监督。

发包方应当按承包经营合同规定维护承包方和企业经营者的合法权益。并在职责范围内帮助协调解决承包方生产经营中的困难。

第二十三条 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。

承包方必须按承包经营合同规定完成各项任务。

第二十四条 由于发包方没有履行合同,影响承包经营合同完成时,发包方应当承担违约责任,并视情节轻重追究发包方直接责任者的行政责任和经济责任。

第二十五条 承包方完不成承包经营合同任务时,应当承担违约责任,并视情节轻重追究企业经营者的行政责任和经济责任。

第五章 企业经营者

第二十六条 实行承包经营责任制,一般应当采取公开招标办法通过竞争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。投标者可以是个人、集团或企业法人。集团或企业法人中标后,必须确定企业经营者。

国家鼓励企业法人投标经营其他企业,以促进产品结构和企业组织结构的调整。

第二十七条 地方各级人民政府应当积极创造条件,逐步建立承包市场,为企业承包经营提供招标投标信息,为企业经营人才提供平等的竞争机会。

第二十八条 由发包方组织有承包企业职工代表参加的招标委员会(或小组),对投标者进行全面评审,公开答辩,择优选定。

第二十九条 企业经营者必须具备下列条件:

(一)国家规定的厂长(经理)条件;

(二)招标规定的其他条件。

第三十条 企业经营者是企业的厂长(经理),企业的法定代表人,对企业全面负责。

第三十一条 企业经营者可根据需要,按国家有关规定聘任一定数量的人员,组成企业领导班子。承包期满后,原企业领导班子即告解散。

第三十二条 企业经营者必须履行承包经营合同规定的有关义务;在承包期间,按年度向发包方和企业职工代表大会提交承包经营合同执行情况的报告。

第三十三条 企业经营者的年收入,视完成承包经营合同情况,可高于本企业职工年平均工资的1至3倍,贡献突出的,还可适当高一些,企业领导班子其他成员的收入要低于企业经营者。

完不成承包经营合同时,应当扣减企业经营者的收入,直至只保留其基本工资的一半。企业领导班子其他成员也要承担相应的经济责任。

第六章 承包经营企业的管理

第三十四条 实行承包经营责任制的企业,试行资金分帐制度,划分国家资金和企业资

金,分别列帐。

承包前企业占用的全部固定资产和流动资金,列为国家资金。

承包期间的留利,以及用留利投入形成的固定资产和补充的流动资金,列为企业资金。

承包期间利用贷款形成的固定资产。用留利还贷的,划入企业资金;税前还贷的,按承包前国家与企业的利润分配比例,折算成国家资金和企业资金。

承包期间所提取的固定资产折旧基金,按固定资产中国家资金和企业资金的比例,分别列为国家资金和企业资金。

企业资金属全民所有制性质。

第三十五条 企业资金作为承包经营企业负亏的风险基金。承包期满后转入下期承包的企业资金。

企业完不成上交利润,先用企业当年留利抵交。不足时,用企业资金抵交。

第三十六条 承包经营企业必须合理核定留利中的生产发展基金、福利基金和奖励基金分配比例,并提取一定比例的福利基金和奖励基金用于住房制度改革。承包后新增的留利应当主要作为生产发展基金。

第三十七条 实行承包前的贷款,由国家承担的部分,要在承包经营合同中规定还款额度和期限,分年还清,然后按规定调整承包基数。实行承包后的贷款,原则上要用企业资金偿还。

第三十八条 承包经营企业必须严格遵守国家物价政策,不得擅自涨价或变相涨价。企业发生价格违法行为时,按国家有关规定追究企业和企业经营者的责任。

第三十九条 承包经营企业应当搞好企业内部领导制度改革,实行厂长(经理)负责制。

第四十条 承包经营企业应当加强民主管理,健全职工代表大会制度,充分发挥工会的作用,切实保障职工的民主权利。

第四十一条 承包经营企业应当按照责权利相结合的原则,建立和健全企业内部经济责任制,搞好企业内部承包。

第四十二条 承包经营企业应当贯彻按劳分配原则,确定适合本企业的工资形式和分配办法,积极推行计件工资制和定额工资制,使职工的劳动所得同劳动成果紧密挂钩。

第七章 附 则

第四十三条 交通、建筑、农林、物资、商业、外贸行业的全民所有制企业实行承包经营责任制的,可参照本条例执行。

实行行业包干的部门和国家计划单列的企业集团的承包,按国家有关规定办理,不适用本条例。

第四十四条 各省、自治区、直辖市人民政府可根据本条例制定实施办法。

第四十五条 本条例自 1988 年 3 月 1 日起施行。

法规辑录

国务院关于修改《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》第二十一条的决定

(1990年2月24日发布)

国务院决定对《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》第二十一条作如下修改：

《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》第二十一条增加三款，作为第二、三、四款：

承包经营合同未规定纠纷处理办法，但当事人在合同订立后或发生纠纷时达成申请工商行政管理机关仲裁的书面协议的，由工商行政管理机关依法受理该仲裁案件。

承包经营合同的任何一方当事人对仲裁机关的裁决不服，均可在接到裁决书之日起十日内向上一级仲裁机关申请复议。上一级仲裁机关作出的复议裁决，或逾期未申请复议发生法律效力的仲裁决定，均为终局裁决。

当事人一方在规定期限内不执行已经发生法律效力的调解书、裁决书的，另一方可以申请人民法院强制执行。

本决定自发布之日起施行。

附：《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》第二十一条修改前的条文。

第二十一条 合同双方发生纠纷，应当协商解决。协商不成的，合同双方可以根据承包经营合同规定向国家工商行政管理机关申请仲裁；也可以根据承包经营合同规定直接向人民法院起诉。

司法解释

最高人民法院关于企业经营者依企业承包经营合同要求保护其合法权益的起诉人民法院应否受理的批复

(1991年8月13日 法(经)复[1991]4号)

新疆维吾尔自治区高级人民法院：

你院新法经字(1991)第2号《关于企业经营者依企业承包经营责任制合同要求保护其合法权益的起诉法院应否受理的请示报告》收悉。经研究,答复如下:

根据《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》的规定,承包经营合同的发包方是人民政府指定的有关部门,承包方是实行承包经营的企业。企业经营者通过公开招标或者国家规定的其他方式确定之后,即成为企业的厂长(经理),企业的法定代表人,对企业全面负责。企业经营者因政府有关部门免去或变更其厂长(经理)职务而向人民法院起诉,要求继续担任厂长(经理)的,属于人事任免争议,人民法院不予受理。企业经营者为请求兑现承包经营合同规定的收入而向人民法院起诉的,属于合同纠纷,人民法院应予受理。



司法部关于印发《企业承包经营合同公证程序细则》的通知

(1991年9月20日)

各省、自治区、直辖市司法厅(局):

现将《企业承包经营合同公证程序细则》印发给你们,请遵照执行。

附:

企业承包经营合同公证程序细则

第一条 为规范企业承包经营合同公证活动,保证办证质量,根据《中华人民共和国公证暂行条例》、《公民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》、《公证程序规则(试行)》及有关规定,制定本细则。

第二条 企业承包经营合同是发包方与承包方按照所有权与经营权分离的原则,明确双方权利、义务关系的协议。

第三条 企业承包经营合同公证是国家公证机关依法证明企业承包经营合同的真实性、合法性的活动。

第四条 本细则适用于全民所有制工业、交通、建筑、农林、物资、商业、外贸企业承包经营合同公证。

第五条 企业承包经营合同公证由实行承包经营的企业所在地的公证处管辖。

第六条 发包方(为人民政府指定的部门)、承包方(由企业经营者代表)为承包经营合同公证的申请人。

第七条 申请人应填写公证申请表,并分别提交下列材料:

(一)发包方

1. 法人资格证明和法定代表人身份证明及本人身份证件,代为申请的,应提交授权委托书和本人身份证件;

2. 企业实行承包经营的批准文件和有关材料;
3. 承包前的企业资产审计评估报告;
4. 经过招标投标的,需提交企业经营者的中标证明;
5. 企业承包经营合同;
6. 其他有关材料。

(二)承包方

1. 法人资格证明和法定代表人身份证明及本人身份证件(企业承包),企业职工代表大会决议和全员承包代表身份证明及本人身份证件(全员承包),合伙协议和授权委托书及合伙代表本人身份证件(合伙承包),本人身份证件(个人承包),代为申请的,需提交授权委托书和本人身份证件;

2. 企业经营者符合国家有关法律规定和发包方要求的厂长(经理)条件的证明材料;
3. 担保书和抵押物的所有权凭证,抵押物系共有的,应提交共有人同意的证明;
4. 其他有关材料。

第八条 企业承包经营合同应具备下列条款:

1. 合同双方的名称、地址、法定代表人或代理人的姓名、住址,合同签订日期、地点、合同的生效日期;

2. 承包形式及承包期限;
3. 上交利润或减亏数额;
4. 国家指令性原材料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,国家资产维护和增殖;
7. 留利使用、贷款归还;
8. 承包前债权债务的处理,承包期满后的资产返还验收;
9. 双方的权利、义务;
10. 合同变更、解除的条件和程序;
11. 违约责任和合同争议处理办法;
12. 经济担保及风险基金;
13. 对企业经营者的奖罚;
14. 双方约定的其他条款。

第九条 符合下列条件的申请,公证处应予受理,并书面通知当事人:

- (一)申请人符合本细则第六条的规定;
- (二)申请公证事项符合本细则第四条规定的范围;

(三)申请公证事项属于本公证处管辖;

(四)本细则第七条规定的材料基本齐全。

不符合前款规定条件的申请,公证处应作出不予受理的决定,通知当事人,并告知对不予受理不服的复议程序。

第十条 受理或不予受理的决定,应在本细则第七条所列材料基本齐全后的七日内作出。

第十一条 公证员应认真接待申请人,按《公证程序规则(试行)》第二十四条的规定制作谈话笔录,并着重记录下列内容:

(一)实行承包经营企业的基本情况;

(二)经过招标投标的,招标投标情况;

(三)合同签订情况;

(四)承包方经营实施方案;

(五)公证费的负担及支付方式;

(六)公证员认为应当询问的其他情况。

第十二条 办理企业承包经营合同公证,公证员除应按《公证程序规则(试行)》第二十三条规定的内容审查外,还应着重审查以下内容:

(一)本细则第七条所列材料是否齐全、属实;

(二)合同条款是否完备、合法,文字表达是否清楚、准确;

(三)承包基数确定的依据;

(四)担保能力。

第十三条 符合下列条件的企业承包经营合同,公证处应按《公证程序规则(试行)》规定的程序和期限出具公证书:

(一)发包方、承包方符合规定的发包、承包条件;

(二)双方意思表示真实;

(三)合同内容真实、合法。

不符合前款规定条件的,应当拒绝公证。拒绝公证的,公证处应在办证期限内将拒绝的理由书面通知当事人,并告知对拒绝不服的复议程序。

第十四条 集体所有制企业、三资企业、企业集团承包经营合同公证,参照本细则办理。

第十五条 本细则由司法部负责解释。

第十六条 本细则自发布之日起施行。

法规辑录

乡镇企业承包经营责任制规定

(1990 年 4 月 13 日农业部令第 16 号发布)

第一章 总 则

第一条 为发展和完善乡镇集体企业(以下简称企业)承包经营责任制,保护企业发承包双方和企业职工的合法权益,增强企业活力,促进企业健康发展,根据国家有关法规、政策,制定本规定。

第二条 本规定适用于乡(区、镇)村集体企业、农民股份合作企业、农民在城镇举办的集体企业和乡镇企业主管部门管理的其他集体企业。

第三条 承包经营责任制,是在坚持社会主义劳动群众集体所有制的前提下,按照所有权与经营权分离的原则,以承包经营合同形式,确定劳动群众集体经营组织与企业的责权利关系,是企业自主经营、自负盈亏、自我约束的经营管理制度。

第四条 企业实行承包经营责任制,其社会主义劳动群众集体所有制性质不变。企业的全部财产(包括承包后新增的资产)仍属举办该企业的全体劳动群众集体所有。

第五条 实行承包经营责任制必须兼顾国家、集体、个人三者利益关系,保障投资者权益,调动企业经营者和生产者的积极性,挖掘企业内部潜力。要确保国家的税收,增加企业的积累,兑现投资者分利,保证按合同规定上交发包方的利润,逐步增加职工的收入。

第六条 实行承包经营责任制,应坚持责权利相结合的原则,切实落实企业的经营管理自主权。

第七条 实行承包经营责任制,发承包双方必须遵守国家法律、法规和政策,坚持企业的社会主义经营方向、经营作风和职业道德,依法接受乡镇企业主管部门及其他有关部门的指导、监督。

第八条 实行承包经营责任制,必须全面提高企业素质,推进科技进步,不断开发新技术和新产品,提高产品质量和经营效益。

第二章 承包经营责任制的内容和形式

第九条 承包经营责任制的主要内容是:包生产经营任务;包税收和利润上缴;包企业提留;包产品质量、技术改造、安全生产;包固定资产流动资金的增值;实行工资总额与经济效益

挂钩;加强社会主义精神文明建设。

企业可按实施情况确定其他必须承包的内容。

第十条 承包内容有相应的指标。指标根据企业生产能力、前三年特别是上年的实绩、企业发展潜力、市场预测、资金条件等,参照当地同行业的平均水平,科学测算确定。

第十一条 企业实行承包经营责任制,应以集体承包为主,小型、微利、亏损企业也可以实行其他承包经营形式。

第十二条 承包企业的利润分配形式应根据企业的不同情况,由承包合同双方确定,可以实行利润定额、超额分成;可以实行全额利润按比例分成;也可以采取联利计酬;小型微利、亏损企业还可以实行利润包干、全奖全赔等形式。

第三章 企业经营者

第十三条 实行承包经营责任制,企业所有者应当采取公开招标方式确定经营者,不具备条件的,也可以采取招聘、推荐等方式选用经营者。

招标可以在企业内部或者企业外部进行。投标者可以是经营集团或个人。经营集团中标后,必须确定承包经营企业的经营者。

第十四条 各级乡镇企业主管部门应当积极创造条件,逐步建立承包市场,为企业承包经营提供招标、投标信息,为企业经营人才提供平等竞争机会。

第十五条 企业所有者应当对投标者全面评审,择优选定。

企业经营者应当具备下列条件:

- (一)必要的文化知识专业技术知识;
- (二)必要的企业经营管理能力;
- (三)提供必要的财产担保或者保证人;
- (四)企业所有者提出的其他合法条件。

第十六条 企业经营者是企业的厂长(经理)。企业实行厂长(经理)负责制。厂长(经理)是企业的法定代表人,对企业全面负责,代表企业行使职权。

第十七条 企业经营者可以根据需要,按规定权限聘任一定数量的人员,组成企业领导班子。承包期满后,原企业领导班子即告解散。

第十八条 企业经营者必须履行承包经营合同规定的有关义务;在承包期内,按年度向发包方和企业职工大会(职工代表大会)提交承包经营合同执行情况的报告。

第十九条 企业经营者的年收入,视完成承包经营合同情况,可高于职工年平均收入的一至三倍,贡献特别大、成绩显著的还可适当高一些,但最高不得超过职工年平均收入的五倍。也可以采取其他奖励办法,企业领导班子其他成员的收入要低于企业经营者。

企业经营者不能完成承包经营合同的,应当扣减其收入,直至保留基本工资的一半。企业领导班子其他成员也要承担相应的经营责任。

第四章 承包经营合同

第二十条 实行承包经营责任制,必须由企业经营者代表承包方同发包方订立承包合同。

发包方是指企业的所有者,它的代表是企业所属的集体经济组织或企业的董事会;承包方为实行承包经营的企业,它的代表是企业的经营者。

第二十一条 签订承包经营合同,发承包双方必须坚持平等、自愿、协商的原则。

第二十二条 签订承包经营合同,必须采取书面形式。当事人协商同意的修改合同的文书、图表,也是合同的组成部分。

第二十三条 承包经营合同一般应当包括下列主要条款:

- (一) 承包形式;
- (二) 承包期限;
- (三) 固定资产和流动资产的数额;
- (四) 各项承包指标;
- (五) 厂房、设备、运输工具和其他的附属设施的维修办法及承包期满后的完好程度;
- (六) 企业留利、各项提留和基金的使用,债权债务的处理;
- (七) 承包期满后库存物资、产成品、在产品的处理方法;
- (八) 合同双方的权利和义务;
- (九) 违约责任;
- (十) 工资总额与经济效益挂钩办法及奖惩原则和办法;
- (十一) 变更或解除合同的条件;
- (十二) 合同双方约定的其他事项。

第二十四条 承包期限,一般为三到五年。承包经营完成好的,在双方自愿的基础上,可以连续承包。

第二十五条 承包合同依法成立,即具有法律的约束力,任何一方不得擅自变更或解除。

第二十六条 下列承包经营合同为无效:

- (一) 违反国家法律、法规 and 政策的合同;
- (二) 损害集体利益或社会公共利益;
- (三) 采取欺诈、胁迫或利用职权强制签订的合同;
- (四) 未经发包方同意,承包方擅自转包或分包的合同。

无效承包经营合同从订立时起,就无法律的约束力。经承包合同管理机关或人民法院确认后,予以废除。

第二十七条 凡发生下列情况之一者,允许变更或解除承包经营合同:

- (一) 国家对税种、税率和价格等政策进行重大调整,合同双方可以协商变更或解除承包经营合同;
- (二) 由于不可抗力或由于一方无过失但无法防止的外因,致使承包经营合同无法履行的,承包双方可以协商变更或解除承包经营合同;

(三) 由于承包方经营管理不善而不能完成承包经营合同任务的,发包方有权提出解除承包经营合同;

(四) 承包方对承包企业进行掠夺式经营,发包方提出要其限期改正而不改正的,发包方可以变更或解除合同;

(五) 由于发包方违约使承包方无法履行承包经营合同,承包方有权提出解除承包经营合同。

承包合同当事人一方要求变更或解除承包经营合同时,应及时通知对方。因变更或解除承包经营合同使一方遭受损失的,除依法可以免除责任的外,应由责任方负责赔偿。

第二十八条 承包经营合同双方当事人发生纠纷时,应协商解决。协商不成时,任何一方当事人均可以向承包合同管理机关申请仲裁;也可向人民法院直接起诉。

第二十九条 承包经营合同的任何一方当事人对仲裁机关的裁决不服,均可在接到裁决书之日起十日内向上一级仲裁机关申请复议;上一级仲裁机关作出的复议裁决或逾期未申请复议发生法律效力的仲裁决定,均为终局裁决。

第三十条 承包经营合同的一方当事人在规定期限内不执行已经发生法律效力的调解书、裁决书的,另一方可以申请人民法院强制执行。

第五章 发承包双方的权利和义务

第三十一条 发包方依法享有下列权利:

- (一) 对企业资产拥有所有权;
- (二) 决定企业的经营方向和经营方式;
- (三) 决定厂长(经理)人选或选聘方式;
- (五) 对承包方在贯彻执行国家法律、法规、政策和企业财产的使用、保护等方面进行监督检查;
- (六) 对企业招聘、辞退职工进行指导、监督;
- (七) 企业内部审计监督;
- (八) 作出关于企业分立、合并、迁移、停止、终止、破产等决议。

第三十二条 发包方应当履行下列义务:

- (一) 发包前,对企业的资产及债权债务进行清理,登记造册;
- (二) 发包时,做好企业财产及债权债务的确认;
- (三) 发包后,为企业提供经济技术信息,协助疏通供销渠道和其他协作关系,协助解决承包方生产经营中的困难,必要时为企业提供经济担保;
- (四) 按承包经营合同规定维护承包方的合法权益。

第三十三条 承包方在生产经营范围内享有以下权利:

- (一) 占有和使用企业资产,按国家和承包经营合同的规定接收投资、入股,并进行其他方式的集资;
- (二) 在国家法律、法规、政策和承包合同的范围内,自主安排生产经营活动;

(三) 确定企业内部机构的设置和人员配备,依法招聘、辞退职工,并确定工资形式和奖惩办法;

(四) 依法自销售产品并确定企业产品的价格或者是服务收费标准;

(五) 依法自愿参加行业协会、产品评比和各种招标、投标活动;

(六) 依法对外开展经济技术合作,自主订立经济合同;

(七) 依法开发和利用自然资源;

(八) 拒绝和抵制摊派和非法罚款。

第三十四条 承包方应当履行下列义务:

(一) 贯彻执行国家法律、法规和政策;

(二) 全面履行承包经营合同规定各项任务;

(三) 建立健全企业规章制度,加强企业管理;

(四) 依法纳税,按规定上交利润并提足各项提留,按时清偿银行借款和其他债务,及时收回应收款;

(五) 搞好安全生产,做好劳动保护和资源、环境保护,防止和治理污染;

(六) 管好用好企业财产,不搞掠夺式经营;

(七) 推进技术进步,搞好职工培训,提高职工政治、文化、技术素质;

(八) 关心职工生活,保障职工合法权益,接受职工监督;

(九) 如实向发包者和有关部门提供企业情况,按期编报财务、统计报表。

第三十五条 发包方没有履行承包合同,影响合同完成的,应当承担违约责任,并视情节轻重,由上级乡镇企业主管部门或会同有关部门追究发包方直接责任者的行政责任和经济责任。

第三十六条 承包方不能全面完成承包经营合同任务的,应当承担违约责任,并视情节轻重,由上级乡镇企业主管部门或会同有关部门追究企业经营者的行政责任和经济责任。

第六章 管理与监督

第三十七条 承包经营企业应当建立健全职工代表大会制度,切实保障职工民主管理的权利,保护职工的合法权益。

第三十八条 承包经营企业应当建立健全内部经济责任制,加强内部经营管理;

(一) 实行风险抵押,建立交纳风险抵押金制度;

(二) 建立健全岗位责任制,以岗定人,以岗定责;

(三) 搞好内部承包,层层分解承包指标,健全内部承包考核体系;

(四) 贯彻按劳分配原则,确定合理的劳动报酬形式,积极推行联产、联质、联效的浮动工资制度;

(五) 贯彻精简高效原则,优化组合行政管理人员和生产者;

(六) 严格执行农财两部颁发的财会制度,实行统一的账簿、科目和报表;

(七) 结合企业实际,运用现代管理方法,提高企业管理水平。

第三十九条 企业应依照国家规定,提足各项基金和提留。

分用于福利基金和奖励基金。

第四十条 发包方应当加强对企业内部审计监督,进行年终决算分配和经营者任期届满离任审计。

企业主管会计凭县级乡镇企业主管部门颁发的“会计人员合格证”上岗,由企业上级主管部门任免和调动,经营者不得随意调换。

第四十一条 实行承包经营的企业必须严格遵守国家物价政策,在国家政策允许的范围内,根据市场变化合理确定本企业产品的价格或服务收费标准。

第四十二条 各级乡镇企业主管部门是承包经营企业的主管部门,根据国家的法律、法规和政策,负责对企业进行指导、管理、监督、协调和服务。

第七章 附 则

第四十三条 本规定由农业部负责解释。

第四十四条 各省、自治区、直辖市乡镇企业主管部门可根据本规定制定实施办法。

第四十五条 本规定自颁发之日起施行。

法规辑录

国家工商行政管理局关于 加强企业承包经营合同、企业租赁 经营合同管理的通知

(1988年7月23日 工商同字〔1988〕第132号)

为转变企业经营机制,增强企业活力,提高企业经济效益,国务院先后发布了《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》和《全民所有制小型工业企业租赁经营暂行条例》。为了贯彻这两个暂行条例,做好企业承包经营合同、企业租赁经营合同的管理工作,特作如下通知:

一、各级工商行政管理机关要采取切实措施,组织有关人员认真学习两个暂行条例,并利用各种形式向当事人宣传条例内容及有关的法律知识,为当事人提供咨询服务,提高当事人依法签订和认真履行企业承包经营合同、企业租赁经营合同的自觉性。

二、工商行政管理机关主要负责对企业承包经营合同、企业租赁经营合同的订立和履行进行指导和监督检查,对合同纠纷进行调解、仲裁。帮助当事人建立必要的管理制度,维护当事人的合法权益。

三、为了促使企业承包经营合同、企业租赁经营合同的管理逐步走向规范化,各级工商行

政管理机关可根据当地的实际情况,先行制定企业承包经营合同、企业租赁经营合同的参考文本。企业承包经营合同文本,应包括《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》第十六条所规定的合同主要条款;企业租赁经营合同文本,应包括《全民所有制小型工业企业租赁经营暂行条例》第十八条所规定的合同主要条款。此外,这两种合同文本都应要求当事人明确发生纠纷时的解决方式。

四、对企业承包经营合同、企业租赁经营合同,应实行自愿鉴证的原则。当事人双方自愿要求鉴证或者当地人民政府要求鉴证的,工商行政管理机关应本着积极、慎重的态度,认真审查当事人的签约资格和合同的主要条款,对符合鉴证条件的合同予以鉴证。当地人民政府规定企业承包经营合同、企业租赁经营合同必须公证的,工商行政管理机关也可对这两种合同实行备案制度。

五、当事人在企业承包经营合同、企业租赁经营合同中约定有仲裁条款或者事后达成仲裁协议的,发生纠纷时,由企业所在地或被诉方所在地工商行政管理机关的经济合同仲裁委员会仲裁。企业所在地或被诉方所在地经济合同仲裁委员会对个别案件办理确有困难的,可以报请上级经济合同仲裁委员会办理,应告知当事人到相应的主管部门申请处理。当事人之间的合同纠纷涉及上述问题的,可在征得有关主管部门对上述问题的正式处理意见后,再作裁决。

经济合同仲裁委员会只对当事人之间的合同权利义务纠纷进行调解和仲裁。对纯属财政、税务、劳动、人事、工资以及业务行政管理等方面的纠纷,应告知当事人到相应的主管部门申请处理。当事人之间的合同纠纷上述问题的,可在征得有关主管部门对上述问题的正式处理意见后,再作裁决。

经济合同仲裁委员会办理企业承包经营合同、企业租赁经营合同纠纷案件,要贯彻先行调解的原则。调解达成协议的,应制作调解书。调解不成的,应及时作出裁决,制作仲裁决定书。当事人对仲裁决定书不服的,可以在收到仲裁决定书之日起十日内,向上一级经济合同仲裁委员会申请复议。上一级经济合同仲裁委员会作出的裁决,即为终局裁决。逾期未申请复议,发生法律效力,即为终局裁决。

企业承包经营合同、企业租赁经营合同仲裁的其他事项,按《中华人民共和国经济合同仲裁条例》的规定办理。

六、确认无效的企业承包经营合同、企业租赁经营合同,查处利用这两种合同从事违法活动的行为,暂按《中华人民共和国合同法》和国家工商行政管理局《关于确认和处理无效经济合同的暂行规定》以及其他有关规定办理。

七、企业承包经营合同、企业租赁经营合同的鉴证费、仲裁费收取标准,国家工商行政管理局将与财政部协商后另行通知。在此之前,当地人民政府有规定的,暂按当地人民政府的规定执行;当地人民政府没有规定的,参照经济合同鉴证费、仲裁费的收取标准执行。

八、对集体所有制企业的承包经营合同和租赁经营合同,原则上也按上述办法进行管理。

十三、怎样订立企业租赁合同

(一)什么是租赁

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个人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)公布招标通告,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的责任,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:

$$\text{租金} = (\text{出租设备价值} - \text{估计余值} + \text{利息} + \text{税金} + \text{保险费} + \text{出租者利润}) \div \text{租赁期限}$$

(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)。



全民所有制小型工业企业租赁经营暂行条例

(1988 年 5 月 18 日国务院第五次常务会议通过
1988 年 6 月 5 日中华人民共和国国务院令第 2 号发布)

第一章 总 则

第一条 为完善企业租赁经营,增强企业活力,提高经济效益,制定本条例。

第二条 本条例适用于全民所有制小型工业企业(以下简称企业)。

企业划分标准按照国家有关规定确定。

第三条 本条例所称租赁经营,是指在不改变企业的全民所有制性质的条件下,实行所有权与经营权的分离,国家授权单位为出租方将企业有期限地交给承租方经营,承租方向出租方交付租金并依照合同规定对企业实行自主经营的方式。

第四条 实行租赁经营必须兼顾国家、企业、职工和承租方的利益。

第五条 出租方和承租方必须执行国家的方针政策、法律法规,接受人民政府有关部门的监督。

第二章 出租方与承租方

第六条 国家授权企业所在地方人民政府委托的部门为出租方,代表国家行使企业的出租权。

第七条 按照本条例规定承租经营企业的为承租方。

承租方可以采取下列形式承租经营企业:

- (一) 1 个人承租经营企业(以下简称个人承租);
- (二) 2 至 5 人合伙承租经营企业(以下简称合伙承租);
- (三) 本企业全体职工承租经营企业(以下简称全员承租);
- (四) 一个企业承租经营另一个企业(以下简称企业承租);

(五)国家允许的其他租赁经营形式。

第八条 租赁期限每届为 3 至 5 年。承租方不得将企业转租。

第九条 承租经营者是指承租经营企业的个人,或者合伙承租、全员承租确定的厂长,或者承租企业派出的厂长。承租经或者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。

第十条 承租经营者必须具备国家规定的厂长条件。

第十一条 承租方必须提供下列担保:

(一)个人承租的,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,并有不少于两名相应财产可资担保的保证人;

(二)合伙承租、全员承租的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(其中应当有一定比例的现金)作为担保,现金必须专款存入银行;

(三)企业承租的,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,除征得出租方同意可作为流动资金参加周转外,不得挪作他用。

前款各项担保财产与租赁企业的资产的具体比例,由出租方所在地方人民政府根据具体情况确定。

第三章 租赁招标

第十二条 出租方在企业出租前必须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底。

第十三条 出租方选择承租方的步骤:

(一)公布招标通告,进行招标登记,对招标登记者进行资格审查,确定投标者;

(二)组织投标者进厂考察,由投标者编制投标书,提出治厂方案;

(三)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(职工大会)的意见,确定中标者。

第十四条 企业、事业单位的干部或者职工按照国家有关规定参加租赁企业投标的,其所在单位应当允许,并支持中标者到租赁企业任职。

第十五条 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,按照国家有关规定办理法人变更登记手续。

第十六条 租赁期满,出租方同意承租方继续承租的,必须重新订立合同并按照国家有关规定办理法人变更登记手续。

租赁期满前 6 个月,出租方和承租方应当互相明确是否继续租赁关系。

第四章 租赁经营合同

第十七条 租赁经营合同应当采用书面形式。订立租赁经营合同的双方必须坚持自愿、平

等、协商的原则。

租赁经营合同依照本条例订立,即具有法律约束力。

第十八条 租赁经营合同应当具备下列条款:

- (一)标的;
- (二)租赁经营合同的生效条件和有效期限;
- (三)租赁期内经营总目标及年度经营目标;
- (四)租金数额、交付期限及计算方法;
- (五)承租方的收益及企业各项基金的分配比例;
- (六)企业租赁前债权债务及遗留亏损的处理;
- (七)租赁双方的权利和义务;
- (八)担保的形式和要求;
- (九)合同的变更、解除及合同纠纷处理方法;
- (十)违约责任;
- (十一)租赁期满后资产返还和验收;
- (十二)租赁双方约定的其他条款。

第十九条 未经协商同意,任何一方不得擅自变更、解除租赁经营合同。

第二十条 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:

- (一)由于不可抗力,或者由于一方当事人虽无过失但无法防止的外因;
- (二)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;
- (三)由于一方违约;
- (四)由于合同规定的其他变更或者解除合同的条件出现。

第二十一条 租赁经营合同一方要求变更或者解除合同时,应当及时以书面形式通知对方,双方未达成书面协议以前,原合同仍然有效。

租赁经营合同一方接到另一方要求变更或者解除合同的书面通知后,应当自收到书面通知之日起 15 日内作出书面答复,逾期未作出答复的,即视为默认。

第二十二条 租赁经营合同双方发生纠纷,应当协商解决。协商不成的,可以根据合同规定向工商行政管理机关申请调解或者仲裁。租赁经营合同任何一方对仲裁机关的仲裁决定不服的,可以在接到仲裁决定书之日起 10 日内向上一级仲裁机关申请复议。上一级仲裁机关作出的决定,即为终局裁决。逾期未申请复议,发生法律效力仲裁决定,即为终局裁决。

租赁经营合同任何一方可以根据租赁经营合同规定直接向人民法院起诉。

第五章 权利义务

第二十三条 出租方的权利:

- (一)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;
- (二)监督租赁企业的财产不受损害;
- (三)收取承租方按照合同规定交付的租金。

第二十四条 出租方的义务:

- (一)按照合同规定保障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待遇;
- (二)为租赁企业的生产发展提供必要的服务;
- (三)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。

第二十五条 承租方的权利:

- (一)享有国家规定的厂长权利;
- (二)任免厂级行政副职,并报有关部门备案;
- (三)决定企业脱产人员编制;
- (四)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。

第二十六条 承租方的义务:

- (一)履行国家规定的厂长职责;
- (二)执行价格政策,维护用户和消费者的利益;
- (三)维护职工的合法权益;
- (四)维护租赁经营企业资产,保证设备完好,办理企业财产保险;
- (五)按期交付租金。

第二十七条 承租经营者作为承租方的代表享有和履行本条例第二十五条、第二十六条规定的权利和义务。

第六章 收益分配及债权债务处理

第二十八条 出租方可视企业技术改造任务情况,将承租方交付租金的全部或者一部交给企业,用于生产发展和技术改造,或者清偿企业租赁前的债务及遗留亏损。

第二十九条 租赁经营企业实现的利润依法纳税后,分为承租方的收入(含租金)、企业生产发展基金、职工集体福利基金、职工奖励基金四部分,按照合同规定的比例进行分配。

第三十条 租赁经营企业可以在规定的工资总额(包括奖励基金)范围内,自主确定企业内部分配的制度、形式和方法,并依法纳税。

第三十一条 企业租赁经营前的债权债务及遗留亏损的处理办法,按照租赁经营合同规定办理。

第七章 承租收入

第三十二条 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。承租经营者及合伙承租成员的收入可以按照本条例第三十三条的规定分年度结算或者租赁期满一次结算。

承租经营者及合伙承租成员的原工资和租赁期间按照国家规定应当调整的工资,计入档案,作为承租期满后恢复工资的依据。

全员承租的承租成员的工资收入,企业承租的收入,由租赁双方协商确定。

第三十三条 承租经营者的收入,原则上不超过本企业职工平均工资(含奖金)的5倍。其他承租成员的收入应当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起征标准的部分,应当照章纳税。

第三十四条 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余额的,应当作为企业的风险保证金留存。

第三十五条 租赁经营合同解除时,出租方应当会同有关部门对承租方经营成果进行审查,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,商得职工代表大会(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1至5倍支付给承租方。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抵补。保证人以其保证财产抵补后,有权向承租方追偿。

第三十六条 个人承租的承租经营者对保证人的风险补偿,应当从个人收入中支付并订立书面协议。

第八章 附 则

第三十七条 租赁经营企业的劳动、财政管理办法,由国务院有关部门根据本条例制定。

第三十八条 集体所有制工业企业实行租赁经营的,可参照本条例执行。

第三十九条 各省、自治区、直辖市人民政府可以根据本条例制定实施细则。

第四十条 本条例自1988年7月1日起施行。



法规辑录

国务院关于修改《全民所有制小型工业企业 租赁经营暂行条例》第二十二条的决定

(1990年2月24日发布)

国务院决定对《全民所有制小型工业企业租赁经营暂行条例》第二十二条作如下修改:

《全民所有制小型工业企业租赁经营暂行条例》第二十二条增加两款,作为第三、四款:

租赁合同未规定纠纷处理办法,但当事人在合同订立后或发生纠纷时达成申请工商行政管理机关仲裁的书面协议的,由工商行政管理机关依法受理该仲裁案件。

当事人一方在规定期限内不执行已经发生法律效力的调解书、裁决书的,另一方可以申请人民法院强制执行。

本决定自发布之日起施行。

附:《全民所有制小型工业企业租赁经营暂行条例》第二十二條修改前的条文

第二十二條 租赁经营合同双方发生纠纷,应当协商解决。协商不成的,可以根据合同规定向工商行政管理机关申请调解或者仲裁。租赁经营合同任何一方对仲裁机关的仲裁决定不服的,可以在收到仲裁决定书之日起十日内向上一级仲裁机关申请复议。上一级仲裁机关作出的决定,即为终局裁决。逾期未申请复议,发生法律效力仲裁决定,即为终局裁决。

租赁经营合同任何一方可以根据租赁经营合同规定直接向人民法院起诉。



司法部关于印发《企业租赁经营合同公证程序细则》的通知

(1991 年 9 月 20 日)

各省、自治区、直辖市司法厅(局):

现将《企业租赁经营合同公证程序细则》印发给你们,请遵照执行。

附:

企业租赁经营合同公证程序细则

第一条 为规范企业租赁经营合同公证活动,保证办证质量,根据《中华人民共和国公证暂行条例》、《全民所有制小型工业企业租赁经营暂行条例》、《公证程序规则(试行)》及有关规定,制定本细则。

第二条 企业租赁经营合同是出租方与承租方按照所有权与经营权分离的原则,明确双方权利、义务关系的协议。

第三条 企业租赁经营合同公证是国家公证机关依法证明企业租赁经营合同的真实性、合法性的活动。

第四条 本细则适用于全民所有制小型工业企业、集体所有制工业企业租赁经营合同公证。

第五条 企业租赁经营合同公证由实行租赁经营的企业所在地的公证处管辖。

第六条 出租方(人民政府委托的部门或集体所有制企业的所有者)、承租方(承租经营者)为企业租赁经营合同公证的申请人。

第七条 申请人应填写公证申请表,并分别提交下列材料:

(一)出租方

1. 法人资格证明和法定代表人身份证及本人身份证,代为申请的,应提交授权委托书和本本人身份证;

2. 企业实行租赁经营的批准文件和有关材料,集体所有制企业需提交企业职工代表大会的决议;

3. 租赁前的企业资产审计评估报告;

4. 经过招标投标的,需提交承租方的中标证明;

5. 企业租赁经营合同;

6. 其他有关材料。

(二)承租方

1. 法人资格证明和法定代表人身份证明及本人身份证(企业承租),企业职工代表大会决议和全员承租代表身份证明及本人身份证(全员承租),合伙协议和授权委托书及合伙代表本人身份证(合伙承租),本人身份证(个人承租),代为申请的,需提交授权委托书和本本人身份证;

2. 承租经营者符合国家有关法律规定和出租方要求的厂长(经理)条件的证明材料;

3. 担保书和抵押物的所有权凭证,抵押物系共有的,应提交共有人同意的证明;

4. 其他有关材料。

第八条 企业租赁经营合同应具备下列条款:

1. 合同双方的名称、地址,法定代表人或代理人的姓名、住址,合同签订日期、地点,合同的生效日期;

2. 标的;

3. 合同的生效条件和有效期限;

4. 租赁期内经营总目标及年度经营目标;

5. 租金数额、交付期限及计算办法;

6. 承租方的收益及企业各项基金的分配比例;

7. 租赁前债权债务及遗留亏损的处理;

8. 双方的权利、义务;

9. 租赁期满后资产的返还和验收;

10. 合同变更、解除的条件和程序;

11. 违约责任和合同争议的处理办法;

12. 经济担保及风险基金;

13. 双方约定的其他条款。

第九条 符合下列条件的申请,公证处应予受理,并书面通知当事人:

(一)申请人符合本细则第六条的规定;

(二)申请公证事项符合本细则第四条规定的范围;

(三)申请公证事项属于本公证处管辖;

(四)本细则第七条规定的材料基本齐全。

不符合前款规定条件的申请,公证处应作出不予受理的决定,通知当事人,并告知对不予受理不服的复议程序。

第十条 受理或不受理的决定,应在本细则第七条所列材料基本齐全后的七日内作出。

第十一条 公证员应认真接待申请人,按《公证程序规则(试行)》第二十四条的规定制作谈话笔录,并着重记录下列内容:

- (一)实行租赁经营企业的基本情况;
- (二)合同签订情况;
- (三)承租方经营实施方案;
- (四)公证费的负担及支付方式;
- (五)公证员认为应当询问的其他情况。

第十二条 办理企业租赁经营合同公证,公证员除应按《公证程序规则(试行)》第二十三条规定的内容审查外,还应着重审查以下内容:

- (一)本细则第七条所列材料是否齐全、属实;
- (二)合同条款是否完备、合法,文字表述是否清楚、准确;
- (三)租金确定的依据;
- (四)担保能力。

第十三条 符合下列条件的企业租赁经营合同,公证处应按《公证程序规则(试行)》规定的程序和期限出具公证书:

- (一)出租方、承租方符合规定的出租、承租条件;
- (二)双方意思表示真实;
- (三)合同内容真实合法。

不符合前款规定条件的,应当拒绝公证。拒绝公证的,公证处应在办证期限内将拒绝的理由书面通知当事人,并告知对拒绝不服的复议程序。

第十四条 非工业企业的企业租赁经营合同公证,参照本细则办理。

第十五条 本细则由司法部负责解释。

第十六条 本细则自发布之日起施行。

第二章 怎样订立技术合同

一、怎样订立技术开发合同

（一）什么是技术开发合同

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研究和论证，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。

法律精释

技术开发合同的概念和分类

（《中华人民共和国合同法》第二十七条）

【条文】 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。

【释义】 本条是对技术开发合同的概念和分类的规定。

所谓技术开发，有广、狭两义之分。广义的技术开发，是指科学技术上的发现与发明转化为社会生产力的全过程，其中包括了与科学技术发展相联系的定向基础研究、应用研究和发展研究。狭义的技术开发，是指利用基础研究的成果，经过技术发明创新、完善和产品商业化三大步骤，使技术变成物质的过程，它只是由应用研究和开发研究组成，不包括基础研究和直接生产过程在内。我国技术合同法采用了技术开发与研究开发二词并用的提法。研究开发，包括基础研究、应用研究、发展研究、工业化试验、商业化投资和扩大再生产等阶段。我国《技术合同法》中的研究开发，主要包括应用研究和开发研究领域。

本条所称技术开发合同，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。

本条所称“新技术”，是指在一定的时空范围内首创，技术水平达到最先进水平，对生产、建设、科研具有全面性重大影响，实践一年以上证明功能稳定可靠，并具有显著经济效益和社会效益的科技项目。

本条所称“新产品”，是指初次试制的产品。这种产品在技术指标、性能、规格、结构、材质、工艺等方面与老产品相比，具有显著差异和新的改进的产品。新产品又分为填补国际空白的新产品；填补国内空白的新产品和填补省、市空白的地区级的新产品。

本条所称“新工艺”，是指更为先进的产品制造工艺。这种工艺能使产品制造符合高效率、高质量、低能耗、缩短生产过程，以及改善劳动条件，使产品能够满足用户需要并能够带来更大的经济效益。新工艺又分为：在国内首创的全新技术和工艺；在原技术、原工艺基础上有重大突破的新技术、新工艺和在性能上有所改进的新技术新工艺。

本条所称“新材料”，是指材料品种、性能、节约、综合利用及技术经济指标超过国内同类材料水平或者达到同类材料国际先进水平，具有较高的经济效益和社会效益的材料。新材料也分

为填补国际空白的新材料和填补国内空白的新材料。

本条所称“系统”，是指新的技术系统，即新技术、新工艺、新材料、新产品等组合的系统工程。如自动化生产线系统工程；卫星系统工程；运载火箭系统工程等。

根据《技术合同法实施条例》规定，订立技术开发合同，应当有必要的研究开发经费、基础设施、技术情报资料等条件，进行必要的可行性论证，选择适当的研究开发方案，避免重复研究和开发。就列入国家计划的科技项目订立技术开发合同，必须符合计划和项目任务书的要求；就其他项目订立合同，应当符合有关技术政策。

根据《技术合同法实施条例》的规定，技术开发合同一般应包括下列条款：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、资料的财产权属；6. 履行期限、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。

根据本条规定，技术开发合同又分为委托开发合同和合作开发合同。所谓委托开发合同，是指当事人一方委托另一方进行研究开发订立的技术合同；所谓合作开发合同，是指当事人就共同进行研究开发所订立的合同。

法律精释

技术开发合同中的风险责任

（《中华人民共和国合同法》第三十三条）

【条文】 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，致使损失扩大的，应当就扩大的损失承担责任。

【释义】 本条是对技术开发合同中风险责任的规定。

所谓风险，是指在研究开发过程中，虽经研究开发方的主观努力，但由于我国整个技术水平和技术条件的限制，以及由于无法预见、无法防止、无法克服的意外因素导致研究开发失败或部分失败所带来的经济责任。技术风险不同于不可抗力，不包括自然条件、社会事件、人员风险、市场风险等原因。

本条所称“风险责任”，是指当事人在履行技术合同中，因无法预见、无法防止和无法克服的技术风险而导致研究开发工作失败或者部分失败所承担的民事责任。风险责任不同于违约

责任。风险责任可以由当事人各方在合同中约定,合同中没有约定的,风险责任由当事人合理分担。风险责任,一般应具备下列条件:

1. 课题在国际和国内现有水平下是否有足够的难度。如果该研究课题本身在国内或国际上的现有技术水平和技术条件下,确有足够的难度,研究开发失败就属于风险而不属于违约。

2. 要看当事人在研究开发工作中是否充分发挥了主观能动性并已经取得实质性进展。如果该合同当事人在研究开发中确实发挥了主观能动性,并对研究开发课题本身中的某些技术和问题有了进一步的认识和实质性的进展,研究开发失败就属于风险而不属于违约。

3. 要看同行专家认为研究开发失败或部分失败是否属于合理失败。研究开发的合理失败属于风险,而不属于违约。

根据本条规定,技术开发合同中的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。但是,当事人一方发现上述所列风险责任可能导致研究开发失败或者部分失败的情况时,应当及时通知另一方并采取适当措施减少损失;如果当事人一方未尽此种义务,致使损失扩大的,应当就扩大的损失承担责任。这里的责任,主要是指增加了的风险责任的承担。由于当事人一方发现风险情况时未尽通知另一方和未履行采取适当措施减少损失的义务,致使损失扩大,因此存在过错。按照过错责任原则,应承担相应的责任。

二、委托开发合同

(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究开发所订立的合同。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情况的权利,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,委托方应当承担赔偿责任;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

(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款。

(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、怎样订立技术转让合同

(一)什么是技术转让合同

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项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。

法律精释

技术转让合同的概念和分类

(《中华人民共和国合同法》第三十四条)

【条文】 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。

【释义】 本条是对技术转让合同概念和分类的规定。

所谓技术转让,是指转让方将其所有的专利权、专利申请权、专利实施许可、非专利技术等的所有权和使用权有偿地转让给受让方的行为。技术转让的范围包括:

1. 专利权转让。指专利权人将自己拥有的或者所持有的专利权转让给他人所拥有或者所持有的行为。

2. 专利申请权转让。指对发明创造享有专利申请权的人将其申请专利的权利转让给他人所享有的行为。

3. 专利实施许可转让。指合同当事人一方许可另一方在一定条件下实施自己的专利技术,而另一方享有使用权,并支付实施费用的行为。

4. 非专利技术转让。指合同当事人一方将其所拥有的非专利技术转让给另一方实施或者转让该项非专利技术的行为。

所谓技术转让合同,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,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;接受技术成果并支付费用的一方,称为受让方。

技术转让合同一般又分为:专利申请权转让合同;专利权转让合同;专利实施许可合同;非专利技术转让合同。

所谓专利申请权转让合同,是指转让方将其就特定的发明创造申请专利的权利移交给受让方,受让方支付约定价款订立的合同。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,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约定的权利和义务由专利申请权转让合同的受让方承担。

所谓专利权转让合同,是指专利权人(转让方)将其拥有的或者所持有的发明创造专利权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。除合同另有约定者外,原专利实施许可合同约定的权利和义务,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;转让方则失去了专利权人的资格。

所谓专利实施许可合同,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,亦称专利许可证协议。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。专利实施许可合同又分为: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。所谓独占实施许可合同,是指转让方许可受让方对其所接受的专利技术在规定的范围内享有排除任何第三方和转让方自己实施独占使用权的合同。所谓排他实施许可合同,是指转让方允许受让方对其所接受的专利技术,在规定的区域内享有排除任何第三方使用该项专利技术,而转让方自己则可以保留使用权,但不得把在该范围的专利使用权再转让给受让方以外的第三人的合同。所谓普通实施许可合同,是指转让方允许受让方对其所接受的专利技术,在规定的范围内,不享有排除第三方也可以使用该项技术和转让方自己仍然保留有使用该项技术和转让给受让方以外的任何第三人的权利的合同。所谓可转让实施许可合同,是指转让方允许受让方对其所接受的专利技术使用权,在约定的地域范围内,除受让方自己享有使用权外,还有权再转让给第三方实施该项技术使用权的合同。可转让实施许可合同亦称可转售实施许可合同。可转让实施许可合同属于普通实施许可合同。所谓交叉专利实施许可合同,是指在专利权人之间约定相互给予对方以免费或者根据实施专利的效益由一方给另一方以适当补偿而实施专利技术的合同。交叉专利实施许可合同也属于普通实施许可合同。

所谓非专利实施许可合同,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。这里所说的非专利技术包括: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。

法律精释

订立专利权转让或专利申请权转让 合同应遵守专利法的有关规定

(《中华人民共和国合同法》第三十六条)

【条文】 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。

【释义】 本条是对订立专利权转让或专利申请权转让合同法律依据的规定。

本条所称“专利法的有关规定”,是指《中华人民共和国专利法》第十条的规定。根据本条规定,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》第十条具体规定:

1. 全民所有制单位转让专利申请权的,必须经上级主管机关批准。
2. 中国单位或者个人向外国人转让专利申请权或者专利权的,必须经国务院有关主管部门批准。
3. 转让专利申请权或者专利权的,当事人必须订立书面合同,经专利局登记和公告后生效。

法律精释

技术转让合同中涉及专利的有关事项和专利实施许可合同期间的时效规定

（《中华人民共和国合同法》第三十八条）

【条文】 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。

【释义】 本条是对技术转让合同中涉及专利的有关事项和专利实施许可合同期间的时效的规定。

本条所称“涉及专利的”是指涉及专利权转让合同、专利申请权转让合同和专利实施许可合同的内容。

本条所称“发明创造的名称”是指能够表明或者反映发明创造内容的产品或者方法的名字。填写的目的是为了对该项申请进行分类、整理和调查，因此，用语应简明、扼要、准确、恰当地把发明主题反映出来，使人一目了然。

本条所称“专利申请人”，是指首先向国家专利局提出专利申请的自然人、法人及外国单位的个人。

本条所称“专利权人”，是指专利权的合法所有人或专利的持有人。专利权人可以是发明人，也可以是其合法受让方。专利权人在法律上又称为专利权主体。

本条所称“申请日”，是指专利权的有效期限以及其他一些法律规定程序的起算日。申请日是评价一项发明创造是否具备新颖性的或者创造性的时间基准。我国《专利法》规定“先申请原则”，即两个以上的申请人分别就同样的发明创造申请专利时，专利权授予最先申请人，因此，申请日的确定，对于申请人来说是非常重要的。

本条“专利权的有效期限”是指专利权具有法律效力和受到法律保护的一定时间限制。一项发明创造，总是需要一定的时间和需要花费一定的人力物力，因此，在取得专利权以后，要使专利权人有足够的时间收回其投资，同时又要使发明创造早日成为社会公有财富，尽早让公众自由利用，因此，必须规定专利权的有效期限。我国专利法规定，发明专利权的期限为15年，期满后不能延长；实用新型和外观设计专利权的期限为5年，期满前专利权人可以申请续展3年。以上期限均自申请日起计算。

根据本条规定，专利实施许可合同是否成立是以该项专利权是否有效为前提的。专利实施许可合同的转让方应当在合同有效期内维护专利的有效性。在合同有效期内，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，专利权人不得

就该项专利与他人订立专利实施许可合同。同时,转让方应当赔偿由此给受让方造成的损失,但已经给付的使用费不再返还。

案例剖析

技术转让合同转让方提供不成熟技术赔偿案

【案情介绍】

1994年4月,开封市茂林化工研究所(以下简称茂林所)与北京某近郊县李家村签订了一份技术转让合同,合同规定:茂林所将自己拥有的专利技术——“生产烧碱、纯碱的全套新工艺”转让给李家村,并且负责提供全套定型设备规格型号、非标设备图、工艺规程、产品分析方法,培训操作人员和技术人员及进行安装、试车、投产的技术指导。经济指标规定为:总投资300000元,在管理各方面跟上去的情况下,投产后3个月可收回全部投资。纯碱质量达到工业纯碱部颁标准,烧碱纯度为95%。如因技术问题,产品质量达不到部颁标准和无利润者,由茂林所赔偿全部损失。同时约定技术转让费300000元,合同生效后10天内一次性汇给茂林所;交款后,因该村停建,缓建拖延时间,茂林所不退款,并不负责现场指导,合同签订后该村依约将300000元技术转让费一次性付给了茂林所,此后又开始组织筹建碱厂工作。而茂林所只提供了部分图纸和技术资料。之后茂林所为李家村培训操作人员,在培训过程中,实验室内进行氯化铵分解试验未取得成功。之后,茂林所带培训人员到其实验厂参观试车时,该村的技术人员对此试车结果提出异议,由此双方发生争执,其间,李家村又了解到茂林所另外转让此技术给其他厂家均未达到预期效果,李家村觉得此事后果严重,又找到有关单位,依茂林所提供的定型设备的规格型号、非标准设备图进行投资测算,远远超过了合同所规定的投资金额。故李家村决定停建碱厂,并诉至法院,要求解除合同,返还技术转让费并赔偿经济损失。

【案情分析】

人民法院受理后,着重审查了以下几个问题:

(1)从签订的技术转让合同内容来看,此合同应属技术转让合同中保效益合同,即转让方的承担风险更大些。理由是合同中规定了3个月内收回投资及保证有利润等条款。技术转让合同也同样尊重双方合同约定,如达不到视为违约。

(2)转让的技术,必须实用、可靠,必须是成熟的技术,如系阶段性成果,必须说明并对后续开发明确界定权利、义务。茂林所所转让的技术是否实用、可靠,茂林所应负主要责任。这是转让技术的前提,尚待开发技术不得进行技术转让,否则将承担违约责任。

(3)李家村主动停止建厂,是由于对茂林所的技术产生了怀疑。为了避免扩大损失,停止了建厂,有一定的理由。

以上涉及到的法律规定有《中华人民共和国合同法实施细则》第三十四条规定:“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。”《中华人民共和国合同法实施细则》第五十三条第一款第(四)项之规定:“非专利技术转让合同,是指转让方将拥有的非专利技术成果提供给受让方,明确相互之间非专利技术成果使用权、转让权,受让方支付约定使用费所订立的合同。”第五十四条同样规定:“技术转让合同应当以转让特定和现有的专利权、专利申请权、专利实施权、非专利技术使用权和转让权为内容,不包括转让尚待研究开发的技术成果或者传授不涉及专利或非专利技术成果权属的知识、技术、经验和信息订立的合同。”综上,法院做出如下判决:(1)合同解除。(2)茂林所返还李家村技术转让费 30 万元,赔偿经济损失 5 万元。

五、专利申请权转让合同

(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的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

（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权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

(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

(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疾病的论断和治疗方法；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、怎样订立技术咨询合同

(一)什么是技术咨询合同

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人。

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,但又未按约定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。

法律精释

技术咨询合同的概念

(《中华人民共和国合同法》第四十四条)

【条文】 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。

【释义】 本条是对技术咨询合同概念的规定。

本条所称“咨询”是指顾问方(或称咨询方,即咨询专家或咨询机构)根据委托方(企业、事业单位、社会团体、政府部门和公民个人)提出的要求,以顾问方的丰富知识、信息、技能和经验,为委托方提供智力服务的一种活动。

技术咨询,是指咨询方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。根据《技术合同法实施条例》规定,当事人可以就有关科学技术与经济、社会协调发展的软科学研究项目,促进科技进步和管理现代化,提高经济效益和社会效益的技术项目,以及其他专业性技术项目的分析、论证、评价、预测和调查订立技术咨询合同。

本条所称“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。所谓可行性论证,是指在技术合同中,对某种特定技术项目的可能性、先进性、经济效益性进行分析、计算和评价,确定其是否可行,能否成功,及如何取得最大经济效益的一种实用的科学方法。这种科学方法的可行性研究,就是可行性论证。所谓技术预测,是指顾问方对技术项目,技术应用的有关问题,评估技术项目能否成功,技术项目及其效果,技术项目与市场需要的新产品的联系,技术项目的社会影响等所进行的咨询服务活动。所谓专题技术调查,是指顾问方对委托方咨询的技术项目的技术要求所进行

的专题材料、数据的考察收集工作。所谓分析评估报告,是指顾问方通过对咨询项目进行分析、计算、评估、比较、权衡利弊得失的书面文字报告。

根据《技术合同法实施条例》规定,技术咨询合同应当具备下列条款:1. 项目名称;2. 咨询的内容、形式和要求;3. 履行期限、地点和方式;4. 委托方的协作事项;5. 技术情报和资料的保密;6. 验收、评价方法;7. 报酬及其支付方式;8. 违约金或者损失赔偿的计算方法;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。

法律精释

技术咨询合同的违约责任和风险责任

(《中华人民共和国合同法》第四十六条)

【条文】 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的资料,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。

【释义】 本条是对技术咨询合同当事人双方违反合同责任和风险责任的规定。

根据本条第一款规定,委托方除了未按合同约定提供必要的数据和资料,影响顾问方工作进度和质量,仍应如数支付报酬以外,如果因所提供的数据、资料有严重缺陷,影响工作进度和质量的,委托方仍应承担责任。给顾问方造成损失的,应当支付违约金或者赔偿损失。如果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,导致顾问方无法展开工作的,委托方应当支付违约金或者赔偿损失。合同另有规定的除外。

根据本条第二款规定,技术咨询合同顾问方除了未按期提供咨询报告或者所提供的报告不符合合同约定的,应承担责任外,对迟延提交咨询报告和意见,还应当支付违约金。

本条所称“减收”是指在顾问方提供的咨询报告和意见不符合合同约定条件的情况下,采用的减收或者免收办法。本条第二款所称“咨询报告不符合合同约定”主要指以下几方面情况:第一,顾问方在咨询活动中弄虚作假,欺骗委托方;第二,顾问方由于自身科学水平的限制,使咨询报告在研究办法、计算方法等方面存在较明显的失误;第三,顾问方敷衍塞责、草率从事,导致咨询报告质量低劣;第四,咨询报告缺乏应有的客观性和公正性;第五,顾问方在工作中与第三方恶意串通,损害委托方的利益;第六,咨询报告华而不实等。

本条所称“免收报酬”是指在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,无参考价值的情况下,应当免收报酬,并支付违约金或者赔偿损失。

此外,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,顾问方则应返还已付的报酬,并支付违约金或者赔偿金。

根据本条第三款规定,技术咨询合同中的风险责任,应根据具体情况,具体处理。所谓风险,一般泛指可能出现的无法预见、无法防止和无法克服的情况。所谓技术咨询合同风险责任,是指委托方采纳和实施了顾问方作出的符合合同约定的咨询报告和意见后所产生的不良后果的责任。根据技术咨询合同约定,顾问方利用自己所掌握知识、技术、经验等条件,以最大的责任心,按照合同约定保证所提出的可行性论证报告和意见能够达到合同规定的要求。而委托方应向顾问方阐明进行可行性论证的具体问题和注意事项,提供必要的技术背景材料和有关技术资料和数据。委托方对顾问方的咨询报告和意见经验收合格后,据此作出决策造成损失时,应当由委托方承担。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,顾问方则应当对此引起的损失承担一定责任。

本条所称“合同另有约定的除外”主要是指合同约定由顾问方决策并指导实施的情况除外。具体内容包括下列三个方面:

1. 合同当事人可以约定,在履行技术咨询合同中,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分享办法;
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和意见,需要保密的,当事人双方可以在合同中约定保密的范围和期限。合同中没有约定的,当事人双方均有引用、发表和向第三方提供的权利。

十、怎样订立技术服务合同

(一)什么是技术服务合同

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。

法律精释

技术服务合同的概念

（《中华人民共和国合同法》第四十七条）

【条文】 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。

【释义】 本条是对技术服务合同概念的规定。

所谓技术，是指生产和加工新型产品，改进和采用新型工艺，提高产品质量、降低产品成本、改善经营管理、实现安全操作、保护环境资源、提高经济效益和社会效益等方面的专业技术。

所谓技术服务，是指当事人一方以自己的技术知识为另一方解决特定技术问题（如进行产品设计、工艺编制、工程计算、产品及材料鉴定、培训人员等），然后由当事人的另一方支付约定的价款或者报酬。这里所称的“技术服务”不包括科学研究、技术开发、技术转让活动在内，也不包括技术咨询活动在内。

本条所称“特定技术问题”是指需要运用科学技术知识解决专业技术工作中有关改进产品结构、改良工艺流程、提高产品质量、降低产品成本、节约能源消耗、保护资源环境、实现安全操作、提高经济效益和社会效益等问题。在一般情况下，以常规手段或者为生产经营目的进行的一般加工、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和建设工程的勘察、设计、施工、安装合同和加工承揽合同，不属于技术服务合同，而是经济合同范畴。

技术服务合同具有以下法律特征：

1. 技术服务合同主体（服务方）通常指具有一定科学技术力量的全民或集体的企业、事业单位和具有一定专业技术知识的科学技术人员。这些科技人员大都具有一定的学历和专业技术职务，具备从事一定专业技术工作的实际能力。

2. 技术服务合同的客体是指当事人一方运用自己的知识和技术、设备和材料为委托方重复提供的科学技术活动。在通常情况下不包括专利技术和专有技术，而是在日常专业技术工作中反复运用的现有技术即公有技术。

3. 技术服务合同是一种特殊的劳务关系。服务方主要是运用科技知识，为委托方完成一定的专业技术工作；解决特定技术问题。

4. 技术服务合同的价款或者报酬的计算主要包括下列因素：（1）智力服务的支出情况；（2）辅助材料和设备的消耗或者使用费；（3）服务后可能产生的经济效益。

5. 技术服务合同的委托方不享受技术成果的所有权。但是，委托方可以免费取得普通实施许可权。

本条所称“建设工程的勘察、设计、施工、安装合同”是建设工程承包合同的统称。所谓建设

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。建设工程承包合同虽然在履行中会遇到大量专业技术问题,但是并不属于《技术合同法》中规定的技术服务合同。其主要原因是:

1. 建设工程承包合同有法定程序,即必须严格根据国家规定的程序签订;
2. 建设工程承包合同有严格的计划性,因此,必须根据国家批准的投资计划、计划任务书等文件签订;
3. 建设工程承包合同受到有关部门的严格监督,即必须接受银行的监督。同时,国家还专门制订有验收规范、验收标准和全面验收制度。

建设工程承包合同由于具有本身的基本特征,在整体上并不包括在技术合同中,但是,就与建设工程承包合同相联系的单项的、特定的技术问题所订立的合同,符合《技术合同法》关于技术服务合同规定的,则属于技术服务合同。

本条所称“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,定价方接受承揽方完成的工作成果并给付约定报酬的协议。包括加工、定作、修理、修缮、广告、印刷、测绘、标准化测试等。技术服务合同不同于加工承揽合同。

1. 加工承揽合同标的,通常表现为非科技特定物或者特定项目,如加工定作服装、来料加工、修缮等;技术服务合同的标的表现为当事人运用科学技术知识完成特定专业技术工作,如数据、软盘以及传授一定的知识等。

2. 加工承揽合同的定作方是根据承揽方完成的劳动成果支付报酬;而技术服务合同的委托方支付约定的价款或者报酬。

3. 加工承揽合同的目的是为了满足不同人们在生产、工作及日常生活中对社会服务工作多样化和具体化的实际需要;技术服务合同履行的目的是通过解决特定技术问题来实现利用科学技术为经济建设和社会服务。由于加工承揽合同不同于技术服务合同,所以我国《技术合同法》未将其列入技术合同范畴之中。

技术服务合同依其内容不同,可分为技术培训合同和技术中介合同。

所谓技术培训合同,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、文化学习和按照行业、单位的计划进行的职工业余教育。

技术培训合同一般应具备下列条款:第一,项目名称;第二,培训内容和要求;第三,培训计划、进度、期限、地点和方式;第四,教员资历和水平;第五,学员的人数和质量;第六,教员、学员的食宿、交通、医疗费用的支付和安排;第七,工作条件和协作事项;第八,报酬及其支付方式;第九,考核标准和办法;第十,违约金或者损失赔偿额的计算方法;第十一,争议的解决办法。

所谓技术中介合同,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。

技术中介合同应具备下列条款:第一,项目名称;第二,中介内容和要求;第三,技术服务的内容;第四,履行期限、地点和方式;第五,报酬、活动经费及其支付方法;第六,违约金或损失赔偿额的计算方法;第七,争议的解决方法。

当事人可以单独订立技术中介合同,也可以在委托方与第三方订立的技术合同中约定中介条款。单独订立的技术中介合同,自委托方和中介方签名、盖章后成立。约定中介条款的合同自委托方、第三方和中介方签名、盖章后成立。

委托方和中介方可以在合同成立前,就中介方的活动经费达成书面协议,委托方与第三方不能就订立合同达成一致的,委托方应当向中介方支付活动经费。

十一、技术培训合同

(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

(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力。

(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。

第三章 怎样订立涉外经济合同

一、怎样订立国际货物买卖合同

(一)什么是国际货物买卖合同

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形式,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,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”(Seaworthy 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陆城市交货,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,国际货物联运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。

国际铁路货物联运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,凡需要在中途转运的货物,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(Theft 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碰损、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,不仅要求收款人提交汇票,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)开出汇票给收款人。

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收款人,收款人接到汇票后,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),买方也只有在付款后才能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××天,通知××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××条所列的单据在开证银行付款。该信用证在货物装运后××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,应当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、怎样订立国际技术转让合同

(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、技术发明、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限内,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限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限内也没有使用权,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限内对某项技术的使用权,而且还有权在该地域和有效期限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关部分。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是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”、“出让人”、“被出让人”、“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、参训人员的资格、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,由出让人出诉。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,先给出让方一笔约定数量的金额,其余数额待产品正式投产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 $\times\%$ 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 and 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 $\times\%$ 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,将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研究报告项目,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;主要生产设备与辅助设备的名称、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。



中华人民共和国技术引进合同管理条例

(1985 年 5 月 24 日国务院发布)

第一条 为了进一步扩大对外经济技术合作,提高我国科学技术水平,促进国民经济发展,特制定本条例。

第二条 本条例规定的技术引进是指中华人民共和国境内的公司、企业、团体或个人(以下简称受方),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、团体或个人(以上简称供方)获得技术,其中包括:

(一)专利权或其他工业产权的转让或许可；

(二)以图纸、技术资料、技术规范等形式提供的工艺流程、配方、产品设计、质量控制以及管理等方面的专有技术；

(三)技术服务。

第三条 引进的技术必须先进适用,并且应当符合下列一项以上的要求:

(一)能发展和生产新产品；

(二)能提高产品质量和性能,降低生产成本,节约能源或材料；

(三)有利于充分利用本国的资源；

(四)能扩大产品出口,增加外汇收入；

(五)有利于环境保护；

(六)有利于生产安全；

(七)有利于改善经营管理；

(八)有助于提高科学技术水平。

第四条 受方和供方必须签订书面的技术引进合同(以下简称合同),并由受方在签字之日起的 30 天内提出申请书,报中华人民共和国对外经济贸易部或对外经济贸易部授权的其他机关(以下简称审批机关)审批;审批机关应当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。

第五条 技术引进合同的签订,应当遵守《中华人民共和国涉外经济合同法》和其他法律的有关规定。

下列事项,双方应当在合同中加以明确:

- (一)引进的技术的内容、范围和必要的说明,其中涉及专利和商标的应当附具清单;
- (二)预计达到的技术目标以及实现各该目标的期限和措施;
- (三)报酬、报酬的构成和支付方式。

第六条 供方应当保证自己是所提供的技术的合法拥有者,并且保证所提供的技术完整、无误、有效,能够达到合同规定的目标。

第七条 受方应当按照双方商定的范围和期限,对供方提供的技术中尚未公开的秘密部分,承担保密义务。

第八条 合同的期限应当同受方掌握引进技术的时间相适应,未经审批机关特殊批准不得超过 10 年。

第九条 供方不得强使受方接受不合理的限制性要求;未经审批机关特殊批准,合同不得含有下列限制性条款:

- (一)要求受方接受同技术引进无关的附带条件,包括购买不需要的技术、技术服务、原材料、设备或产品;
- (二)限制受方自由选择从不同来源购买原材料、零部件或设备;
- (三)限制受方发展和改进所引进的技术;
- (四)限制受方从其他来源获得类似技术或与之竞争的同类技术;
- (五)双方交换改进技术的条件不对等;
- (六)限制受方利用引进的技术生产产品的数量、品种或销售价格;
- (七)不合理地限制受方的销售渠道或出口市场;
- (八)禁止受方在合同期满后,继续使用引进的技术;
- (九)要求受方为不使用的或失效的专利支付报酬或承担义务。

第十条 合同报批必须提交下列文件:

- (一)报批申请书;
- (二)合同副本和合同译文文本;
- (三)签约双方法律地位的证明文件。

第十一条 修订合同或延长合同期限,都应当比照本条例第四条、第十条的规定办理。

第十二条 本条例由对外经济贸易部负责解释;施行细则由对外经济贸易部制定。

第十三条 本条例自发布之日起施行。



中华人民共和国技术引进合同管理条例施行细则

(1987 年 12 月 30 日国务院批准)

1988 年 1 月 20 日对外经济贸易部发布)

第一条 根据《中华人民共和国技术引进合同管理条例》(以下简称《条例》)第十二条的规定,制定本细则。

第二条 《条例》第二条规定的受方和供方签订的下列技术引进合同,不论供方国别和地区、受方资金来源和偿付方式,均应当按照《条例》和本细则的规定向审批机关申请办理审批手续:

(一)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);

(二)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;

(三)技术服务合同。技术服务合同是指供方利用其技术为受方提供服务或者咨询以达到特定目标的合同,包括受方委托供方或者与供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,委托供方就企业技术改造、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咨询的合同等(聘请外国人在中国企业任职的合同除外);

(四)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;

(五)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;

(六)审批机关认为应当履行审批手续的其他技术引进合同。

第三条 没有对外技术引进经营权的公司、企业、团体或者个人引进技术时,应当委托具有对外技术引进经营权的公司、企业对外签订技术引进合同,并出具委托书。

第四条 在中华人民共和国境内设立的中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业(以下简称外商投资企业)从供方获得技术所签订的技术引进合同,应当按照本细则的规定办理审批手续。

外商投资企业的外国投资者以工业产权或者专有技术作为投资的,按照国家有关外商投资企业的法律和规定办理。

第五条 技术引进合同的审批机关是对外经济贸易部(以下简称经贸部)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省辖市的对外经济贸易厅、委、局及其他管理机关(以下简称授权审批机关)。

第六条 技术引进合同,按照下列规定分级审批:

(一)由国务院各部、委和各直属机构批准可行性研究报告的项目,其技术引进合同由经贸部审批;

(二)由省、自治区、直辖市、沿海开放城市、经济特区和计划单列省辖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;

(三)外商投资企业从供方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的,由经贸部审批;其他的分别由授权审批机关审批。

第七条 技术引进合同应当订明下列事项:

- (一)合同名称;
- (二)引进标的技术的内容、范围和要求;
- (三)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;
- (四)引进技术的保密义务,改进技术的归属和分享;
- (五)价款或者报酬总价和各分项价格,以及支付方式;
- (六)违约损失赔偿额的计算方式;
- (七)争议的解决办法;
- (八)名词和术语的解释。

与履行合同有关的附件资料,可根据当事人的协议作为技术引进合同的组成部分。

第八条 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合同,应当写明有关专利号或者专利申请号、商标注册号和附具商标式样。属于专利权转让的,应当按照《中华人民共和国专利法》的规定,向专利局备案;属于商标许可的,应当按照《中华人民共和国商标法》的规定,向商标局备案。

第九条 供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方工程的计划进度要求。

第十条 受方需要供方提供引进技术所需的原材料、零部件或者设备的,其价格不得高于国际市场上同类产品的价格。

第十一条 供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,应当由供方负责应诉;如被第三方指控侵权成立,受方的经济损失由供方负责赔偿。

第十二条 在合同有效期内,改进技术的所有权,包括申请专利的权利,属于改进方。在受方向供方提供改进技术时,其条件应当与供方向受方提供改进技术的条件相同。

第十三条 对供方提供或者传授的专有技术和有关技术资料,受方应当按照合同约定的范围和期限承担保密义务。保密期限一般不得超过合同有效期限,因特殊情况需要超过合同有效期的,应当在合同中订明,并在申请办理审批手续时申明理由。

在受方承担保密义务期限内,由于非受方原因技术被公开,受方承担的保密义务即行终止。合同规定供方在合同有效期内向受方提供其发展和改进技术的,受方可以在合同期满后继续承担保密义务,保密期限自供方提供该项技术之日起计算,但该期限不得超过原合同规定的期限。

第十四条 未经审批机关批准,合同中不得含有限制受方利用引进技术生产的产品出口的条款。但属下列情况之一的除外:

- (一)供方已签订独占许可合同的国家和地区;
- (二)供方已签订独家代理合同的国家和地区。

第十五条 未经审批机关批准,合同中不得规定禁止受方在合同期满后继续使用技术的条款。合同期满时,引进技术所涉及的专利尚未期满的,应当按照《中华人民共和国专利法》的有关规定办理。

第十六条 供方应当按照中华人民共和国税法的规定纳税。

第十七条 技术引进合同的受方或者代理对外签约的公司、企业,应当在签约之日起 30 日内,按照本细则第六条的规定向审批机关报送下列正式文件:

(一)合同报批申请书。申请书内容应当包括合同名称、供方国别及厂商名称、引进标的技术的内容和范围、项目可行性研究报告的批准机关及文号等;

(二)合同副本(如系外文本,应当附合同中文译本);

(三)签约各方的法律地位证明文件的复印件;

(四)经批准的可行性研究报告及资金落实情况。

为有助于合同审批,受方或者代理对外签约的公司、企业可以在谈判前或者谈判过程中,就合同主要内容或者某些条款向审批机关征求意见或者提请预审。

第十八条 本细则第十七条规定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,不修改的,不予批准:

(一)违反国家现行法律和法规、损害社会公共利益;

(二)损害国家主权;

(三)合同内容与批准的项目可行性研究报告不符;

(四)合同的基本条款和内容不完善;

(五)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、合理规定;

(六)合同未对所转让或者许可的技术应当达到的技术水平、经济效益包括对使用该项技术生产产品的质量作出合理规定;

(七)引进技术的价格和支付方式不合理;

(八)合同各方的权利、责任、义务的规定不够明确、对等、合理;

(九)合同规定有未经国家税务机关同意的税收优惠承诺。

第十九条 审批机关应当在收到申请之日起 60 日内决定批准或者不批准。审批机关按照第十八条规定提出修改的合同,其审批期限自收到修改后的合同文本或者修改书之日起计算。

审批机关逾期未予答复的,视为合同获得批准。

第二十条 合同自批准之日起生效,由审批机关颁发经贸部统一印制和编号的《技术引进合同批准证书》。

第二十一条 技术引进合同超过《条例》第八条规定的 10 年期限或者含有《条例》第九条规定的限制性条款的,受方应当在按照本细则的规定办理审批手续时,向审批机关提交申请报告,详细说明理由。

第二十二条 修改经批准的技术引进合同的技术标的内容、价格、期限及保密期限条款,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,应当按照《条例》第四条和第十一条以及本细则第六条的规定重新办理审批手续。

第二十三条 授权审批机关应当在批准技术引进合同之日起 10 日内,将《技术引进合同批准证书》的复印件及其他有关资料报送经贸部备案。

第二十四条 技术引进合同在执行过程中办理有关银行担保、信用证、支付、结汇、报关纳税等项业务时,应当按照规定向有关机关出示《技术引进合同批准证书》或者其复印件;不能出示的,银行、海关、税务机关有权拒绝受理。

第二十五条 本细则由经贸部负责解释,由经贸部自行修订。

第二十六条 本细则自发布之日起施行。1985 年 9 月 18 日经贸部发布的《技术引进合同审批办法》同时废止。

三、怎样订立国际工程承包合同

(一)什么是国际工程承包合同

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。投标有效期一般不得延长，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，应认真汇报报价资料，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;投标保证金;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、怎样订立对外劳务合作合同

(一)什么是对外劳务合作合同

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品。
- (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、怎样订立国际租赁合同

(一) 什么是国际租赁

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、怎样订立中外合资经营企业合作合同

(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人法》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人法实施条例》进一步明确规定:依照《中外合资经营企业法人法》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作合同

1. 合营企业合作合同的概念

中外合资经营企业合作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作合同具有以下特征:

(1)合营企业合作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)合营企业合作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)合营企业合作合同内容复杂,涉及面广。合营企业合作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. 合营企业合作合同的内容

根据我国《中外合资经营企业法实施条例》的规定,合营企业合作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. 合营企业合作合同的附件

合营企业合作合同附件是合营企业合作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作合同的附件,与合营企业合作合同具有同等效力。

4. 签订合营企业合作合同应注意的事项

(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。



中华人民共和国中外合资经营企业法

(1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议通过)

1979年7月8日全国人民代表大会常务委员会委员长令第7号公布)

(根据1990年4月4日第七届全国人民代表大会第三次会议

《关于修改〈中华人民共和国中外合资经营企业法〉的决定》修正)

第一条 中华人民共和国为了扩大国际经济合作和技术交流，允许外国公司、企业和其他经济组织或个人(以下简称外国合营者)，按照平等互利的原则，经中国政府批准，在中华人民共和国境内，同中国的公司、企业或其它经济组织(以下简称中国合营者)共同举办合营企业。

第二条 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法律、法令和有关条例规定。

国家对合营企业不实行国有化和征收；在特殊情况下，根据社会公共利益的需要，对合营企业可以依照法律程序实行征收，并给予相应的补偿。

第三条 合营各方签订的合营协议、合同、章程，应报国家对外经济贸易主管部门(以下称审查批准机关)审查批准。审查批准机关应在三个月内决定批准或不批准。合营企业经批准后，向国家工商行政管理主管部门登记，领取营业执照，开始营业。

第四条 合营企业的形式为有限责任公司。

在合营企业的注册资本中，外国合营者的投资比例一般不低于百分之二十五。

合营各方按注册资本比例分享利润和分担风险及亏损。

合营者的注册资本如果转让必须经合营各方同意。

第五条 合营企业各方可以现金、实物、工业产权等进行投资。

外国合营者作为投资的技术和设备,必须确实是适合我国需要的先进技术和设备。如果有意以落后的技术和设备进行欺骗,造成损失的,应赔偿损失。

中国合营者的投资可包括为合营企业经营期间提供的场地使用权。如果场地使用权未作为中国合营者投资的一部分,合营企业应向中国政府缴纳使用费。

上述各项投资应在合营企业的合同和章程中加以规定,其价格(场地除外)由合营各方评议商定。

第六条 合营企业设董事会,其人数组成由合营各方协商,在合同、章程中确定,并由合营各方委派和撤换。董事长和副董事长由合营各方协商确定或由董事会选举产生。中外合营者的一方担任董事长的,由他方担任副董事长。董事会根据平等互利的原则,决定合营企业的重大问题。

董事会的职权是按合营企业章程规定,讨论决定合营企业的一切重大问题:企业发展规划、生产经营活动方案、收支预算、利润分配、劳动工资计划、停业,以及总经理、副总经理、总工程师、总会计师、审计师的任命或聘请及其职权和待遇等。

正副总经理(或正副厂长)由合营各方分别担任。

合营企业职工雇用、解雇,依法由合营各方的协议、合同规定。

第七条 合营企业获得的毛利润,按中华人民共和国税法规定缴纳合营企业所得税后,扣除合营企业章程规定的储备基金、职工奖励及福利基金、企业发展基金,净利润根据合营各方注册资本的比例进行分配。

合营企业依照国家有关税收的法律和行政法规的规定,可以享受减税、免税的优惠待遇。

外国合营者将分得的净利润用于在中国境内再投资时,可申请退还已缴纳的部分所得税。

第八条 合营企业应凭营业执照在国家外汇管理机关允许经营外汇业务的银行或其他金融机构开立外汇帐户。

合营企业的有关外汇事宜,应遵照中华人民共和国外汇管理条例办理。

合营企业在其经营活动中,可直接向外国银行筹措资金。

合营企业的各项保险应向中国的保险公司投保。

第九条 合营企业生产经营计划,应报主管部门备案,并通过经济合同方式执行。

合营企业所需原材料、燃料、配套件等,应尽先在中国购买,也可由合营企业自筹外汇,直接在国际市场上购买。

鼓励合营企业向中国境外销售产品。出口产品可由合营企业直接或与其有关的委托机构向国外市场出售,也可通过中国的外贸机构出售。合营企业产品也可在中国市场销售。

合营企业需要时可在中国境外设立分支机构。

第十条 外国合营者在履行法律和协议、合同规定的义务后分得的净利润,在合营企业期满或者中止时所分得的资金以及其他资金,可按合营企业合同规定的货币,按外汇管理条例汇往国外。

鼓励外国合营者将可汇出的外汇存入中国银行。

第十一条 合营企业的外籍职工的工资收入和其他正当收入,按中华人民共和国税法缴

纳个人所得税后,可按外汇管理条例汇往国外。

第十二条 合营企业的合营期限,按不同行业、不同情况,作不同的约定。有的行业的合营企业,应当约定合营期限;有的行业的合营企业,可以约定合营期限,也可以不约定合营期限。约定合营期限的合营企业,合营各方同意延长合营期限的,应在距合营期满六个月前向审查批准机关提出申请。审查批准机关应自接到申请之日起一个月内决定批准或不批准。

第十三条 合营企业如发生严重亏损、一方不履行合同和章程规定的义务、不可抗力等,经合营各方协商同意,报请审查批准机关批准,并向国家工商行政管理主管部门登记,可终止合同。如果因违反合同而造成损失的,应由违反合同的一方承担经济责任。

第十四条 合营各方发生纠纷,董事会不能协商解决时,由中国仲裁机构进行调解或仲裁,也可由合营各方协议在其他仲裁机构仲裁。

第十五条 本法自公布之日起生效。本法修改权属于全国人民代表大会。

七、怎样订立中外合作经营企业合同

(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。

非法人式合作经济组织,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。



中华人民共和国中外合作经营企业法

(1988年4月13日第七届全国人民代表大会第一次会议通过)

1988年4月13日中华人民共和国主席令第4号公布施行)

第一条 为了扩大对外经济合作和技术交流,促进外国的企业和其他经济组织或者个人(以下简称外国合作者)按照平等互利的原则,同中华人民共和国的企业或者其他经济组织(以下简称中国合作者)在中国境内共同举办中外合作经营企业(以下简称合作企业),特制定本法。

第二条 中外合作者举办合作企业,应当依照本法的规定,在合作企业合同中约定投资或者合作条件、收益或者产品的分配、风险和亏损的分担、经营管理的方式和合作企业终止时财产的归属等事项。

合作企业符合中国法律关于法人条件的规定的,依法取得中国法人资格。

第三条 国家依法保护合作企业和中外合作者的合法权益。

合作企业必须遵守中国的法律、法规,不得损害中国的社会公共利益。

国家有关机关依法对合作企业实行监督。

第四条 国家鼓励举办产品出口的或者技术先进的生产型合作企业。

第五条 申请设立合作企业,应当将中外合作者签订的协议、合同、章程等文件报国务院对外经济贸易主管部门或者国务院授权的部门和地方政府(以下简称审查批准机关)审查批准。审查批准机关应当自接到申请之日起 45 天内决定批准或者不批准。

第六条 设立合作企业的申请经批准后,应当自接到批准证书之日起 30 天内向工商行政管理机关申请登记,领取营业执照。合作企业的营业执照签发日期,为该企业的成立日期。合作企业应当自成立之日起 30 天内向税务机关办理税务登记。

第七条 中外合作者在合作期限内协商同意对合作企业合同作重大变更的,应当报审查批准机关批准;变更内容涉及法定工商登记项目、税务登记项目的,应当向工商行政管理机关、税务机关办理变更登记手续。

第八条 中外合作者的投资或者提供的合作条件可以是现金、实物、土地使用权、工业产权、非专利技术和其他财产权利。

第九条 中外合作者应当依照法律、法规的规定和合作企业合同的约定,如期履行缴足投资、提供合作条件的义务。逾期不履行的,由工商行政管理机关限期履行;限期届满仍未履行的,由审查批准机关和工商行政管理机关依照国家有关规定处理。

中外合作者的投资或者提供的合作条件,由中国注册会计师或者有关机构验证并出具证明。

第十条 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。

第十一条 合作企业依照经批准的合作企业合同、章程进行经营管理活动。合作企业的经营管理自主权不受干涉。

第十二条 合作企业应当设立董事会或者联合管理机构,依照合作企业合同或者章程的规定,决定合作企业的重大问题。中外合作者的一方担任董事会的董事长、联合管理机构的主任的,由他方担任副董事长、副主任。董事会或者联合管理机构可以决定任命或者聘请总经理负责合作企业的日常经营管理工作。总经理对董事会或者联合管理机构负责。

合作企业成立后改为委托中外合作者以外的他人经营管理的,必须经董事会或者联合管理机构一致同意,报审查批准机关批准,并向工商行政管理机关办理变更登记手续。

第十三条 合作企业职工의录用、辞退、报酬、福利、劳动保护、劳动保险等事项,应当依法通过订立合同加以规定。

第十四条 合作企业的职工依法建立工会组织,开展工会活动,维护职工的合法权益。

合作企业应当为本企业工会提供必要的活动条件。

第十五条 合作企业必须在中国境内设置会计帐簿,依照规定报送会计报表,并接受财政税务机关的监督。

合作企业违反前款规定,不在中国境内设置会计帐簿的,财政税务机关可以处以罚款,工商行政管理机关可以责令停止营业或者吊销其营业执照。

第十六条 合作企业应当凭营业执照在国家外汇管理机关允许经营外汇业务的银行或者其他金融机构开立外汇帐户。

合作企业的外汇事宜,依照国家有关外汇管理的规定办理。

第十七条 合作企业可以向中国境内的金融机构借款,也可以在中国境外借款。

中外合作者用作投资或者合作条件的借款及其担保,由各方自行解决。

第十八条 合作企业的各项保险应当向中国境内的保险机构投保。

第十九条 合作企业可以在经批准的经营范围內,进口本企业需要的物资,出口本企业生产的产品。合作企业在经批准的经营范围內所需的原材料、燃料等物资,可以在国内市场购买,也可以在国际市场购买。

第二十条 合作企业应当自行解决外汇收支平衡。合作企业不能自行解决外汇收支平衡的,可以依照国家规定申请有关机关给予协助。

第二十一条 合作企业依照国家有关税收的规定缴纳税款并可以享受减税、免税的优惠待遇。

第二十二条 中外合作者依照合作企业合同的约定,分配收益或者产品,承担风险和亏损。

中外合作者在合作企业合同中约定合作期满时合作企业的全部固定资产归中国合作者所有的,可以在合作企业合同中约定外国合作者在合作期限内先行回收投资的办法。合作企业合同约定外国合作者在缴纳所得税前回收投资的,必须向财政税务机关提出申请,由财政税务机关依照国家有关税收的规定审查批准。

依照前款规定外国合作者在合作期限内先行回收投资的,中外合作者应当依照有关法律的规定和合作企业合同的约定对合作企业的债务承担责任。

第二十三条 外国合作者在履行法律规定和合作企业合同约定的义务后分得的利润、其他合法收入和合法企业终止时分得的资金,可以依法汇往国外。

合作企业的外籍职工的工资收入和其他合法收入,依法缴纳个人所得税后,可以汇往国外。

第二十四条 合作企业期满或者提前终止时,应当依照法定程序对资产和债权、债务进行清算。中外合作者应当依照合作企业合同的约定确定合作企业财产的归属。

合作企业期满或者提前终止,应当向工商行政管理机关和税务机关办理注销登记手续。

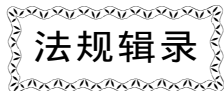
第二十五条 合作企业的合作期限由中外合作者协商并在合作企业合同中订明。中外合作者同意延长合作期限的,应当在距合作期满 180 天前向审查批准机关提出申请。

第二十六条 中外合作者履行合作企业合同、章程发生争议时,应当通过协商或者调解解决。中外合作者不愿通过协商、调解解决的,或者协商、调解不成的,可以依照合作企业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。

中外合作者没有合作企业合同中订立仲裁条款,事后又没有达成书面仲裁协议的,可以向中国法院起诉。

第二十七条 国务院对外经济贸易主管部门根据本法制定实施细则,报国务院批准后施行。

第二十八条 本法自公布之日起施行。



中华人民共和国中外合作 经营企业法实施细则

(1995年8月7日国务院批准 1995年9月4日
对外贸易经济合作部令第6号发布)

第一章 总 则

第一条 根据《中华人民共和国中外合作经营企业法》，制定本实施细则。

第二条 在中国境内举办中外合作经营企业(以下简称合作企业)，应当符合国家的发展政策和产业政策，遵守国家关于指导外商投资方向的规定。

第三条 合作企业在批准的合作企业协议、合同、章程范围内，依法自主地开展业务、进行经营管理活动，不受任何组织或者个人的干涉。

第四条 合作企业包括依法取得中国法人资格的合作企业和不具有法人资格的合作企业。

不具有法人资格的合作企业，本实施细则第九章有特别规定的，从其规定。

第五条 合作企业的主管部门为中国合作者的主管部门。合作企业有二个以上中国合作者的，由审查批准机关会同有关部门协商确定一个主管部门。但是，法律、行政法规另有规定的除外。

合作企业的主管部门对合作企业的有关事宜依法进行协调、提供协助。

第二章 合作企业的设立

第六条 设立合作企业由对外贸易经济合作部或者国务院授权的部门和地方人民政府审查批准。

设立合作企业属于下列情形的，由国务院授权的部门或者地方人民政府审查批准：

(一)投资总额在国务院规定由国务院授权的部门或者地方人民政府审批的投资限额以内的；

(二)自筹资金，并且不需要国家平衡建设、生产条件的；

(三)产品出口不需要领取国家有关主管部门发放的出口配额、许可证，或者虽需要领取，但在报送项目建议书前已征得国家有关主管部门同意的；

(四)有法律、行政法规规定由国务院授权的部门或者地方人民政府审查批准的其他情形的。

第七条 设立合作企业,应当由中国合作者向审查批准机关报送下列文件:

- (一)设立合作企业的项目建议书,并附送主管部门审查同意的文件;
- (二)合作各方共同编制的可行性研究报告,并附送主管部门审查同意的文件;
- (三)由合作各方的法定代表人或其授权的代表签署的合作企业协议、合同、章程;
- (四)合作各方的营业执照或者注册登记证明、资信证明及法定代表人的有效证明文件,外国合作者是自然人的,应当提供有关其身份、履历和资信情况的有效证明文件;
- (五)合作各方协商确定的合作企业董事长、副董事长、董事或者联合管理委员会主任、副主任、委员的人选名单;
- (六)审查批准机关要求报送的其他文件。

前款所列文件,除第四项中所列外国合作者提供的文件外,必须报送中文本,第二项、第三项和第五项所列文件可以同时报送合作各方商定的一种外文本。

审查批准机关应当自收到规定的全部文件之日起 45 天内决定批准或者不批准;审查批准机关认为报送的文件不全或者有不当之处的,有权要求合作各方在指定期间内补全或者修正。

第八条 对外贸易经济合作部和国务院授权的部门批准设立的合作企业,由对外贸易经济合作部颁发批准证书。

国务院授权的地方人民政府批准设立的合作企业,由有关地方人民政府颁发批准证书,并自批准之日起 30 天内将有关批准文件报送对外贸易经济合作部备案。

批准设立的合作企业应当依法向工商行政管理机关申请登记,领取营业执照。

第九条 申请设立合作企业,有下列情形之一的,不予批准:

- (一)损害国家主权或者社会公共利益的;
- (二)危害国家安全的;
- (三)对环境造成污染损害的;
- (四)有违反法律、行政法规或者国家产业政策的其他情形的。

第十条 本实施细则所称合作企业协议,是指合作各方对设立合作企业的原则和主要事项达成一致意见后形成的书面文件。

本实施细则所称合作企业合同,是指合作各方为设立合作企业就相互之间的权利、义务关系达成一致意见后形成的书面文件。

本实施细则所称合作企业章程,是指按照合作企业合同的约定,经合作各方一致同意,约定合作企业的组织原则、经营管理方法等事项的书面文件。

合作企业协议、章程的内容与合作企业合同不一致的,以合作企业合同为准。

合作各方可以不订立合作企业协议。

第十一条 合作企业协议、合同、章程自审查批准机关颁发批准证书之日起生效。在合作期限内,合作企业协议、合同、章程有重大变更的,须经审查批准机关批准。

第十二条 合作企业合同应当载明下列事项:

- (一)合作各方的名称、注册地、住所及法定代表人的姓名、职务、国籍(外国合作者是自然

人的,其姓名、国籍和住所);

(二)合作企业的名称、住所、经营范围;

(三)合作企业的投资总额,注册资本,合作各方投资或者提供合作条件的方式、期限;

(四)合作各方投资或者提供的合作条件的转让;

(五)合作各方收益或者产品的分配,风险或者亏损的分担;

(六)合作企业董事会或者联合管理委员会的组成以及董事或者联合管理委员会委员名额的分配,总经理及其他高级管理人员的职责和聘任、解聘办法;

(七)采用的主要生产设备、生产技术及其来源;

(八)产品在中国境内销售和境外销售的安排;

(九)合作企业外汇收支的安排;

(十)合作企业的期限、解散和清算;

(十一)合作各方其他义务以及违反合同的责任;

(十二)财务、会计、审计的处理原则;

(十三)合作各方之间争议的处理;

(十四)合作企业合同的修改程序。

第十三条 合作企业章程应当载明下列事项:

(一)合作企业名称及住所;

(二)合作企业的经营范围和合作期限;

(三)合作各方的名称、注册地、住所及法定代表人的姓名、职务和国籍(外国合作者是自然人的,其姓名、国籍和住所);

(四)合作企业的投资总额,注册资本,合作各方投资或者提供合作条件的方式、期限;

(五)合作各方收益或者产品的分配,风险或者亏损的分担;

(六)合作企业董事会或者联合管理委员会的组成、职权和议事规则,董事会董事或者联合管理委员会委员的任期,董事长、副董事长或者联合管理委员会主任、副主任的职责;

(七)经营管理机构的设置、职权、办事规则,总经理及其他高级管理人员的职责和聘任、解聘办法;

(八)有关职工招聘、培训、劳动合同、工资、社会保险、福利、职业安全卫生等劳动管理事项的规定;

(九)合作企业财务、会计和审计制度;

(十)合作企业解散和清算办法;

(十一)合作企业章程的修改程序。

第三章 组织形式与注册资本

第十四条 合作企业依法取得中国法人资格的,为有限责任公司。除合作企业合同另有约定外,合作各方以其投资或者提供的合作条件为限对合作企业承担责任。

合作企业以其全部资产对合作企业的债务承担责任。

第十五条 合作企业的投资总额,是指按照合作企业合同、章程规定的生产经营规模,需要投入的资金总和。

第十六条 合作企业的注册资本,是指为设立合作企业,在工商行政管理机关登记的合作各方认缴的出资额之和。注册资本以人民币表示,也可以用合作各方约定的一种可自由兑换的外币表示。

合作企业注册资本在合作期限内不得减少。但是,因投资总额和生产经营规模等变化,确需减少的,须经审查批准机关批准。

第四章 投资、合作条件

第十七条 合作各方应当依照有关法律、行政法规的规定和合作企业合同的约定,向合作企业投资或者提供合作条件。

第十八条 合作各方向合作企业的投资或者提供的合作条件可以是货币,也可以是实物或者工业产权、专有技术、土地使用权等财产权利。

中国合作者的投资或者提供的合作条件,属于国有资产的,应当依照有关法律、行政法规的规定进行资产评估。

在依法取得中国法人资格的合作企业中,外国合作者的投资一般不低于合作企业注册资本的 25%。在不具有法人资格的合作企业中,对合作各方向合作企业投资或者提供合作条件的具体要求,由对外贸易经济合作部规定。

第十九条 合作各方应当以其自有的财产或者财产权利作为投资或者合作条件,对该投资或者合作条件不得设置抵押权或者其他形式的担保。

第二十条 合作各方应当根据合作企业的生产经营需要,依照有关法律、行政法规的规定,在合作企业合同中约定合作各方向合作企业投资或者提供合作条件的期限。

合作各方没有按照合作企业合同约定缴纳投资或者提供合作条件的,工商行政管理机关应当限期履行;限期届满仍未履行的,审查批准机关应当撤销合作企业的批准证书,工商行政管理机关应当吊销合作企业的营业执照,并予以公告。

第二十一条 未按照合作企业合同约定缴纳投资或者提供合作条件的一方,应当向已按照合作企业合同约定缴纳投资或者提供合作条件的他方承担违约责任。

第二十二条 合作各方缴纳投资或者提供合作条件后,应当由中国注册会计师验证并出具验资报告,由合作企业据以发给合作各方出资证明书。出资证明书应当载明下列事项:

- (一)合作企业名称;
- (二)合作企业成立日期;
- (三)合作各方名称或者姓名;
- (四)合作各方投资或者提供合作条件的内容;
- (五)合作各方投资或者提供合作条件的日期;
- (六)出资证明书的编号和核发日期。

出资证明书应当抄送审查批准机关及工商行政管理机关。

第二十三条 合作各方之间相互转让或者合作一方向合作他方以外的他人转让属于其在合作企业合同中全部或者部分权利的,须经合作他方书面同意,并报审查批准机关批准。

审查批准机关应当自收到有关转让文件之日起 30 天内决定批准或者不批准。

第五章 组织机构

第二十四条 合作企业设董事会或者联合管理委员会。董事会或者联合管理委员会是合作企业的权力机构,按照合作企业章程的规定,决定合作企业的重大问题。

第二十五条 董事会或者联合管理委员会成员不得少于 3 人,其名额的分配由中外合作者参照其投资或者提供的合作条件协商确定。

第二十六条 董事会董事或者联合管理委员会委员由合作各方自行委派或者撤换。董事会董事长、副董事长或者联合管理委员会主任、副主任的产生办法由合作企业章程规定;中外合作者的一方担任董事长、主任的,副董事长、副主任由他方担任。

第二十七条 董事或者委员的任期由合作企业章程规定;但是,每届任期不得超过 3 年。董事或者委员任期届满,委派方继续委派的,可以连任。

第二十八条 董事会会议或者联合管理委员会会议每年至少召开 1 次,由董事长或者主任召集并主持。董事长或者主任因特殊原因不能履行职务时,由董事长或者主任指定副董事长、副主任或者其他董事、委员召集并主持。1/3 以上董事或者委员可以提议召开董事会会议或者联合管理委员会会议。

董事会会议或者联合管理委员会会议应当有 2/3 以上董事或者委员出席方能举行,不能出席董事会会议或者联合管理委员会会议的董事或者委员应当书面委托他人代表其出席和表决。董事会会议或者联合管理委员会会议作出决议,须经全体董事或者委员的过半数通过。董事或者委员无正当理由不参加又不委托他人代表其参加董事会会议或者联合管理委员会会议的,视为出席董事会会议或者联合管理委员会会议并在表决中弃权。

召开董事会会议或者联合管理委员会会议,应当在会议召开的 10 天前通知全体董事或者委员。

董事会或者联合管理委员会也可以用通讯的方式作出决议。

第二十九条 下列事项由出席董事会会议或者联合管理委员会会议的董事或者委员一致通过,方可作出决议:

- (一)合作企业章程的修改;
- (二)合作企业注册资本的增加或者减少;
- (三)合作企业的解散;
- (四)合作企业的资产抵押;
- (五)合作企业合并、分立和变更组织形式;

(六)合作各方约定由董事会会议或者联合管理委员会会议一致通过方可作出决议的其他事项。

第三十条 董事会或者联合管理委员会的议事方式和表决程序,除本实施细则规定的外,

由合作企业章程规定。

第三十一条 董事长或者主任是合作企业的法定代表人。董事长或者主任因特殊原因不能履行职务时,应当授权副董事长、副主任或者其他董事、委员对外代表合作企业。

第三十二条 合作企业设总经理 1 人,负责合作企业的日常经营管理工作,对董事会或者联合管理委员会负责。

合作企业的总理由董事会或者联合管理委员会聘任、解聘。

第三十三条 总经理及其他高级管理人员可以由中国公民担任,也可以由外国公民担任。

经董事会或者联合管理委员会聘任,董事或者委员可以兼任合作企业的总经理或者其他高级管理职务。

第三十四条 总经理及其他高级管理人员不胜任工作任务的,或者有营私舞弊或者严重失职行为的,经董事会或者联合管理委员会决议,可以解聘;给合作企业造成损失的,应当依法承担责任。

第三十五条 合作企业成立后委托合作各方以外的他人经营管理的,必须经董事会或者联合管理委员会一致同意,并应当与被委托人签订委托经营管理合同。

合作企业应当将董事会或者联合管理委员会的决议、签订的委托经营管理合同,连同被委托人的资信证明等文件,一并报送审查批准机关批准。审查批准机关应当自收到有关文件之日起 30 天内决定批准或者不批准。

第六章 购买物资和销售产品

第三十六条 合作企业按照经批准的经营范围和生产经营规模,自行制定生产经营计划。政府部门不得强令合作企业执行政府部门确定的生产经营计划。

第三十七条 合作企业可以自行决定在中国境内或者境外购买本企业自用的机器设备、原材料、燃料、零部件、配套件、元器件、运输工具和办公用品等(以下简称“物资”)。

第三十八条 国家鼓励合作企业向国际市场销售其产品。合作企业可以自行向国际市场销售其产品,也可以委托国外的销售机构或者中国的外贸公司代销或者经销其产品。

合作企业销售产品的价格,由合作企业依法自主确定。

第三十九条 外国合作者作为投资进口的机器设备、零部件和其他物料以及合作企业用投资总额内的资金进口生产、经营所需的机器设备、零部件和其他物料,免征进口关税和进口环节的流转税。上述免税进口物资经批准在中国境内转卖或者转用于国内销售的,应当依法纳税或者补税。

第四十条 合作企业不得以明显低于合理的国际市场同类产品的价格出口产品,不得以高于国际市场同类产品的价格进口物资。

第四十一条 合作企业销售产品,应当按照经批准的合作企业合同的约定销售。

第四十二条 合作企业进口或者出口属于进出口许可证、配额管理的商品,应当按照国家有关规定办理申领手续。

第七章 分配收益与回收投资

第四十三条 中外合作者可以采用分配利润、分配产品或者合作各方共同商定的其他方式分配收益。

采用分配产品或者其他方式分配收益的,应当按照税法的有关规定,计算应纳税额。

第四十四条 中外合作者在合作企业合同中约定合作期限届满时,合作企业的全部固定资产无偿归中国合作者所有的,外国合作者在合作期限内可以申请按照下列方式先行回收其投资:

(一)在按照投资或者提供合作条件进行分配的基础上,在合作企业合同中约定扩大外国合作者的收益分配比例;

(二)经财政税务机关按照国家有关税收的规定审查批准,外国合作者在合作企业缴纳所得税前回收投资;

(三)经财政税务机关和审查批准机关批准的其他回收投资方式。

外国合作者依照前款规定在合作期限内先行回收投资的,中外合作者应当依照有关法律的规定和合作企业合同的约定,对合作企业的债务承担责任。

第四十五条 外国合作者依照本实施细则第四十四条第二项和第三项的规定提出先行回收投资的申请,应当具体说明先行回收投资的总额、期限和方式,经财政税务机关审查同意后,报审查批准机关审批。

合作企业的亏损未弥补前,外国合作者不得先行回收投资。

第四十六条 合作企业应当按照国家有关规定聘请中国注册会计师进行查帐验证。合作各方可以共同或者单方自行委托中国注册会计师查帐,所需费用由委托查帐方负担。

第八章 期限和解散

第四十七条 合作企业的期限由中外合作者协商确定,并在合作企业合同中订明。

合作企业期限届满,合作各方协商同意要求延长合作期限的,应当在期限届满的180天前向审查批准机关提出申请,说明原合作企业合同执行情况,延长合作期限的原因,同时报送合作各方就延长的期限内各方的权利、义务等事项所达成的协议。审查批准机关应当自接到申请之日起30天内,决定批准或者不批准。

经批准延长合作期限的,合作企业凭批准文件向工商行政管理机关办理变更登记手续,延长的期限从期限届满后的第一天起计算。

合作企业合同约定外国合作者先行回收投资,并且投资已经回收完毕的,合作企业期限届满不再延长;但是,外国合作者增加投资的,经合作各方协商同意,可以依照本条第二款的规定向审查批准机关申请延长合作期限。

第四十八条 合作企业因下列情形之一出现时解散:

(一)合作期限届满;

(二)合作企业发生严重亏损,或者因不可抗力遭受严重损失,无力继续经营;

(三)中外合作者一方或者数方不履行合作企业合同、章程规定的义务,致使合作企业无法继续经营;

(四)合作企业合同、章程中规定的其他解散原因已经出现;

(五)合作企业违反法律、行政法规,被依法责令关闭。

前款第二项、第四项所列情形发生,应当由合作企业的董事会或者联合管理委员会做出决定,报审查批准机关批准。在前款第三项所列情形下,不履行合作企业合同、章程规定的义务的中外合作者一方或者数方,应当对履行合同的他方因此遭受的损失承担赔偿责任;履行合同的另一方或者数方有权向审查批准机关提出申请,解散合作企业。

第四十九条 合作企业的清算事宜依照国家有关法律、行政法规及合作企业合同、章程的规定办理。

第九章 关于不具有法人资格的合作企业的特别规定

第五十条 不具有法人资格的合作企业及其合作各方,依照中国民事法律的有关规定,承担民事责任。

第五十一条 不具有法人资格的合作企业应当向工商行政管理机关登记合作各方的投资或者提供的合作条件。

第五十二条 不具有法人资格的合作企业的合作各方的投资或者提供的合作条件,为合作各方分别所有。经合作各方约定,也可以共有,或者部分分别所有、部分共有。合作企业经营积累的财产,归合作各方共有。

不具有法人资格的合作企业合作各方的投资或者提供的合作条件由合作企业统一管理和使用。未经合作他方同意,任何一方不得擅自处理。

第五十三条 不具有法人资格的合作企业设立联合管理机构。联合管理机构由合作各方委派的代表组成,代表合作各方共同管理合作企业。

联合管理机构决定合作企业的一切重大问题。

第五十四条 不具有法人资格的合作企业应当在合作企业所在地设置统一的会计帐簿;合作各方还应当设置各自的会计帐簿。

第十章 附 则

第五十五条 合作企业合同的订立、效力、解释、履行及其争议的解决,适用中国法律。

第五十六条 本实施细则未规定的事项,包括合作企业的财务、会计、审计、外汇、税务、劳动管理、工会等,适用有关法律、行政法规的规定。

第五十七条 香港、澳门、台湾地区的公司、企业和其他经济组织或者个人以及在国外居

住的中国公民举办合作企业,参照本实施细则办理。

第五十八条 本实施细则自发布之日起施行。

八、怎样订立对外加工装配合同

(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、企业资质情况;
- ③承办项目的理由和条件;
- ④对外加工装配的范围、规模 and 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. 主文

（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”(F. O. B.)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、怎样订立补偿贸易合同

(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，就不适宜签订单一的协议，而应该签订两个相互联系的合同。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。

第四章 怎样订立劳动合同与集体合同

一、怎样订立劳动合同

(一) 劳动合同的订立

劳动合同的订立是指劳动者和用人单位就劳动合同的条款经过协商一致达成协议,并以书面形式明确规定双方的责任、义务和权利的法律行为。劳动合同的订立,是劳动法律关系发生的根据,并由此产生一定的法律后果,因此,劳动关系双方当事人在订立劳动合同时一定要严肃认真。

劳动合同的订立是劳动合同双方当事人要约、承诺的法律行为。在我国是指用人单位和有一定劳动能力的劳动者,依照劳动法规,由一方向另一方提出订立劳动合同的条件和要求,经双方平等协商,对劳动合同的内容和条款取得一致意见的过程。书面订立的劳动合同一般适用于定期劳动合同和以完成一项工作为期限的劳动合同。订立不定期劳动合同,在双方同意时也可以口头订立。根据我国劳动法和其他有关劳动法规,我国订立劳动合同须用书面形式。

劳动合同的订立是一种法律行为,因此双方当事人都须有订立劳动合同的资格。劳动合同的当事人是用人单位和劳动者,但并不是所有的用人单位和劳动者都具有劳动合同当事人的资格,而必须是具有劳动权利能力和劳动行为能力的用人单位和劳动者,才能成为劳动合同的当事人。

劳动权利能力和劳动行为能力是指公民和用人单位能够以自己的行为行使劳动权利和劳动义务,从而使劳动法律关系产生、变更或消灭的能力。

(1) 用人单位的劳动权利能力和劳动行为能力。劳动合同一方当事人的用人单位首先必须是具有法人资格的社会组织。如果不具有法人资格,它就不能成为一方主体。而且用人单位必须具备法人资格外,还须具备相应的法人特点和劳动权利能力和劳动行为能力。①法人的劳动权利能力和劳动行为能力,并非在法人依法成立时就具有,而是在法人依法成立以后,以法人的名义,呈报劳动用工计划,经政府有关部门批准以后,才具有劳动权利能力和劳动行为能力,法人才有资格招收工人,订立劳动合同。②按照劳动法规定,企业法人对其法定代表人和其他工作人员以法人代表的名义进行活动所引起的后果,负有法律责任。如企业行政部门未被法人代表授权或部分授权招工,而擅自以企业法人名义招工或超越代理权限,企业法人对企业行政部门的越权行为后果负有一定的责任。

(2) 劳动者的劳动权利能力和劳动行为能力。公民的劳动能力,可以分为有劳动能力,有部分劳动能力,没有劳动能力,这是生理问题,而非法律赋予的能力。劳动权利则是法律赋予公民的重要权利。我国法律规定公民有劳动权利,但公民在实现权利时,不仅要受到公民劳动能力

的限制,也就是说,公民有劳动能力或者有部分劳动能力,才能实现劳动权利。如果公民没有劳动能力或完全丧失劳动能力,则无法实现劳动权利;而且还受劳动权利能力和劳动行为能力的限制,公民只有具备法律规定的劳动权利能力和劳动行为能力后,才能实现劳动权利。公民的劳动权利能力,是指公民依据劳动法的规定,能够作为劳动法律关系的主体资格。公民的劳动行为能力,是指公民依据劳动法的规定,能够以自己的行为行使劳动权利和承担劳动义务,使劳动法律关系发生、变更或消灭的能力。劳动者的劳动权利能力和劳动行为能力具有如下特点:①凡年满16周岁的公民,能以自己的行为来行使自己的劳动权利和承担劳动义务,可视为具有劳动权利能力和劳动行为能力;②劳动者的劳动权利能力和劳动行为能力是统一的,不可分割的,只能由其本人行使而不允许第三者代理。如果第三人代理劳动者行使劳动权利能力和劳动行为能力,不仅无效,而且违法;③我国现行劳动法规定,某些工种和岗位不得招用未满18周岁的未成年工和女工。如果用人单位在法律规定禁止招用未成年工和女工的工种或岗位上招用了他们,则要依法受到处罚。因此,用人单位和劳动者在订立劳动合同时要审查对方的劳动权利能力和劳动行为能力,这是保证劳动合同合法有效的首要前提。

劳动者和用人单位订立劳动合同的时候,还应严格审查劳动合同的内容。不论是双方约定的内容,还是用人单位提出的内容,都必须符合法律法规的规定,不得违反,而且用人单位也不得强迫劳动者接受或放弃某一劳动合同内容。

订立劳动合同,要依法定形式进行。按照我国有关劳动合同法律规定,劳动合同必须用书面形式订立,不能用口头订立。因此,劳动合同双方当事人订立劳动合同时就须依法确立劳动合同文本,履行劳动合同订立的法律手续,而且还必须坚持面向社会、公开招收、自愿报名全面考核,择优录用的原则。

总之,劳动合同的订立关系着劳动关系双方当事人的权利义务的实现,是一项很重要的工作。双方都要认真对待,并严格按照法律规定的条件和原则来订立劳动合同,任何违反法律规定订立的劳动合同都是无效的。

(二)订立劳动合同应遵循哪些原则

劳动合同的订立,是一项法律行为,因而必须遵守法律规定的条件和原则,履行法律规定的程序。根据我国劳动合同法律的有关规定,劳动合同在订立时要遵循下列法定原则。

劳动合同订立过程中必须遵守的原则是对双方当事人而言的,劳动关系双方当事人都必须严格遵守。具体而言:

1. 面向社会、公开招收、全面考核、择优录用的原则

根据我国有关法律法规的规定和《全民所有制企业转换经营条例》的要求,企业享有用工自主权。但在招用职工时,应当按照面向社会公开招收、全面考核、择优录用的原则,来进行招工和订立劳动合同。

2. 遵守国家法律和政策的原则

这一原则,也叫合法原则。所谓合法,是指劳动合同双方当事人必须具备合法的资格,劳动合同的内容必须符合法律的规定,劳动合同的形式合法。具体包括:①劳动合同的当事人必须具备法定的资格。即当事人要有劳动权利能力和劳动行为能力。双方应各自审查对方的资格。

如对方是法人,应审查其是否具有法人资格,有无被批准的经营范围和履行能力以及承担经济责任能力。如对方是公民,应审查是否具备宪法规定的 16 岁以上公民的劳动权利能力和劳动行为能力,对劳动行为能力,还要审查是全部劳动行为能力,还是部分劳动行为能力,对只具有部分劳动能力的公民如一时难以审查的,应在劳动合同期内及试用期进一步审查。^②劳动合同的内容必须合法。即双方当事人在确定具体的劳动权利、义务时,不得违背国家有关法律政策的规定。只有双方当事人的合法行为,才能产生预期的法律后果,受到法律保护。否则,即使是当事人双方自愿订立的劳动合同,如果内容违反了国家法律、政策要求,非但不能受到法律保护,还要依据情况,依法追究法律责任。^③劳动合同订立的程序必须合法。按照我国现行劳动法规定,劳动合同的订立,要采用书面形式,而且还须履行法定手续。

3. 坚持平等自愿、协商一致的原则

双方当事人法律地位平等的原则,是民事法律关系的基本原则,合同关系的成立,以当事人双方在平等的地位上经过协商一致为根本条件,哪一方都不得以自己的地位、权力因素把自己的意志强加于另一方。这种法律地位的平等,标志着双方当事人在政治上、经济上不存在任何依附关系。尽管劳动合同当事人一方是用人单位,一方是劳动者个人,但在订立劳动合同时,不存在谁命令谁,谁服从谁的问题。坚持当事人地位平等原则,才能保证劳动合同是在双方当事人完全自愿基础上订立的,也才能充分体现劳动合同双方当事人的真实意志和保证劳动合同的完全履行。所谓自愿,是指劳动合同的订立,变更或终止,完全出于合同当事人的自愿,任何一方不得强制对方接受某种条件,第三人也不得干涉劳动合同的订立,变更或终止。所谓协商一致,是指劳动合同双方当事人所发生的一切分歧必须用协商办法解决,最后取得一致意见。平等是自愿的前提,没有平等,自愿就是一句空话,自愿是平等的体现,不自愿也就谈不上平等;协商一致,是平等自愿的唯一表达方式。在意见分歧的情况下,只有通过协商达到的统一,才能真正体现平等自愿。目前,在实践中有不少单位招用劳动合同制工人时,提出录用的先决条件,要求就业人员缴纳所谓的“建厂资金”,否则不予录用。这种作法,即违背了招工的法定条件,又违背了平等自愿、协商一致的原则,是错误和违法的。

4. 平等互利,权利义务相互有偿的原则

合同是商品经济的产物,商品的等价交换原则在合同关系中表现为等价有偿原则。而在劳动合同中表现为权利义务有偿原则。按照我国劳动法规,劳动者的权利表现在:①有劳动权利;②有在企业参加民主管理的权利;③有按照劳动的数量和质量领取劳动报酬的权利;④有休息和休假的权利;⑤有退休并受到社会保护的權利;⑥有享受劳动保护的權利;⑦有获得职业培训和文化技术,业务进修的权利;⑧有享受教育的权利。劳动者的主要义务包括:①有认真负责地工作,在规定的时间内保质保量完成任务的义务;②有遵守劳动纪律和企业内部劳动规则的义务;③有保守国家机密和厂矿企业业务机密和商业秘密的义务;④有爱护机器设备的义务;⑤有遵守国家法律、遵守安全卫生规程、安全技术规程、防火规程等义务。在我国劳动者的权利和义务是一致的。劳动者的权利,即企业单位的义务;劳动者的义务,则是企业单位的权利。在劳动合同中,努力贯彻双方当事人权利义务互为有偿原则,对贯彻社会主义按劳分配原则,对促进当事人双方履行合同的自觉性,都有重要意义。

劳动合同的订立原则,除须遵循上述四项原则外,劳动合同双方当事人在订立劳动合同

时,还必须遵守国家有关招工的法律规定和区域要求,不得违法招工。

(三)劳动合同为什么必须采用书面形式

劳动合同的形式,是指劳动合同的外在表现。是劳动合同双方当事人协议一致的具体体现。法律行为的表现形式一般有两种:书面形式和口头形式。劳动合同作为劳动关系双方当事人权利义务协议,是一种法律行为。因而也有书面形式和口头形式之分。书面劳动合同是指由双方当事人达成协议后用文字形式固定下来,经双方签字,作为凭证的合同;口头劳动合同是指双方当事人口头承诺即告成立的合同,不必用文字写成书面形式。根据《中华人民共和国劳动法》的要求,劳动合同必须是书面形式。企业、事业、机关单位录用职工,不论是劳动合同制工人,还是临时工或者是农民合同制工人,都须签订劳动合同。不得采用口头形式。但在个别情况下,国家未作硬性规定时,也不排斥用人单位和劳动者确立口头劳动合同。不过值得注意的是,大学、中等专业学校的毕业生,根据国家劳动计划,分配给企业、事业、机关单位时,这种分配工作的通知书或者根据劳动计划,各企业、事业、机关单位录用公民参加工作的录用通知书,就其实际意义而言,在法律上都属于书面的带有劳动合同性质的形式。职工的登记表、工作证都是劳动合同存在的书面证据。只是这种劳动合同没有具体的、严格的文字表现形式,因此,不能将这类用人协议当作口头劳动合同对待。

(四)劳动合同的基本文本格式

企业、事业、机关团体等用人单位,按照法律规定,必须与劳动者订立书面劳动合同,必须用书面形式来确立双方的劳动权利义务。这样规定的目的,除了在发生劳动合同争议时,能够提供可靠的文字依据外,更重要的是为了加强合同当事人的责任感,促使合同所规定的各项义务全面履行。

劳动合同的书面文本,应当由用人单位提供。这主要是因为用人单位作为一集体组织,较之劳动者个人更有条件了解掌握国家的有关劳动法规。在制定的劳动合同中更能反映国家的有关劳动政策和法规,况且,用人单位有用人自主权,它能够依据自己企业的需要和本身的经济条件拟定劳动合同的补充条件。但是这样做并不是说劳动合同制工人在同用人单位订立劳动合同时,只有签字和不签字两种选择。根据我国劳动法规的规定,在劳动合同内容中,应当包含双方认为需要规定的其他事项。这就为劳动合同的签订提供了双方平等协商的法律依据。因此,双方当事人都要珍惜法律赋予的这一权利,作为用人单位一方切不可把合同搞成“单方合同”,只考虑企业自己的利益,劳动者一方也不可认真分析合同条款,草草签字。双方都应正确提出自己的合理要求和意见,相互协商,并反映在劳动合同中,以此做为双方自觉履行劳动合同的前提条件,以减少劳动争议的发生。

劳动法律规定的主要条款,并用一定的书面规格书写成文字形式,以便劳动合同管理机构审查或备案。

书面劳动合同的规格,一般要由企业制作,内容应当包括下面四部分:

第一部分,开始条款。包括当事人名称(用人单位和劳动者可以分别简称为甲方、乙方),签订劳动合同的宗旨和依据的法律、法规。

第二部分,合同内容。可以根据实际情况选定以下栏目:①合同期限和试用期限;②工作或生产任务;③劳动报酬;④工作时间、休息时间;⑤劳动安全与卫生方面的特殊要求;⑥劳动保险;⑦生活福利;⑧民主管理权限;⑨学习与培训;⑩变更和解除劳动合同的条件;⑪违约责任;⑫其他。

第三部分,补充内容。劳动合同中应留有双方协商补充意见的补充内容条款。凡是单位内部规章制度及其所依据的法律、法规,允许当事人进行变通和选择的内容及劳动者提出的合理要求,都应当留有当事人协商规定具体内容和附加条件的填写地方。

第四部分,结束条款。包括合同生效日期;合同份数和保留人;双方当事人签名、盖章;合同审批机构签署意见并盖章。

凡是劳动法律法规规定必须用书面形式订立劳动合同的,如果双方当事人用口头形式订立合同,其劳动合同不受法律保护。在发生争议时,应按无劳动合同而事实上存在劳动关系对待。

(五)劳动合同的主要内容

劳动合同的内容分法定内容和约定内容两种。法定内容是我国劳动法规定的劳动合同双方当事人必须履行的条件;约定内容是指劳动合同双方当事人协商的条件。其中又包括必要内容和补充内容。必要内容主要是指劳动者参加到用人单位内何种职务或从事何种工作;补充内容主要是指劳动合同中规定的职工的住房和其他生活待遇。但协议约定的合同内容,不论是必要的还是补充的,都不得与劳动法规相抵触,否则一律无效。

根据《中华人民共和国劳动法》的有关规定,劳动合同的内容必须包括:

- (1)劳动合同期限;
- (2)工作内容;
- (3)劳动保护和劳动条件;
- (4)劳动报酬;
- (5)劳动纪律;
- (6)劳动合同终止的条件;
- (7)违反劳动合同的责任。

劳动合同制的内容在实践中由于人们不懂劳动法,订立的内容粗糙,疏漏甚多,许多地方都曾发生过因劳动合同条款简单而引起劳动争议的事件。所以,为了保护当事人的合法劳动权益,建立符合国家利益的劳动秩序,劳动合同的内容,应在上述七项内容的基础上加以补充。具体来说,在劳动合同中要包括下列内容:

- (1)双方当事人名称、姓名

用人单位的名称要写全称,劳动者的姓名要与户口本、身份证上的署名相一致。

- (2)合同期限

要写明劳动者被录用的期限和劳动合同终止的期限,具体到年、月、日。以完成某项工作的时间为期限的合同,必须注明“本合同以某一工作的完成为届满期限”。

- (3)试用期限

要写明试用开始和结束的日期。试用期的长短,凡有关部门有规定的,按规定执行;有关部门无规定的,由用人单位根据实际需要确定。

(4)职务(工种)

要明确劳动者所担任的具体工作。职务和工种须用专门术语写明,不得含糊其辞。

(5)工作时间

它含有两层意思:一是每周工作几天,休息几天;二是每天工作几小时和上、下班的准确时间(包括中间休息时间)。如果是以完成一定工作量为期限的合同,工作时间可由双方协商。

(6)劳动报酬

可分为试用期工资、试用期满后的工资、在合同期限内晋级后的工资三种。实行计件工资的,按计件付酬。按工作量订立的合同,可按工作量确定报酬。

(7)生活福利待遇

一是补贴待遇,合同制劳动者的粮、菜、交通、取暖等补贴应和固定工相同;二是假日待遇,合同制劳动者的节假日、婚丧假、产假、探亲假应与固定工相同;三是特殊费用,如抚恤费、救济金等也应与固定工相同。

(8)劳动保护

不论用人单位还是劳动者本人,必须按国家的劳动保护法规办理。

(9)劳动保险待遇

劳动者患病、伤残、生育等待遇以及养老保险办法,凡国家有规定的,按规定执行;国家没有规定的,由双方协商。

(10)政治待遇和劳动纪律

合同制劳动者与固定工享有同样的政治权利。如:参加企业民主管理的权利,参加党团组织和工会的权利等等。如果劳动者在合同期限内担任所属用人单位的领导职务,可将合同期限视为领导职务的任期。

劳动者必须遵守所属用人单位的厂规厂纪和劳动纪律。

(11)教育与培训

应规定用人单位须加强对劳动者的思想政治教育、遵纪守法教育和安全生产等教育;规定用人单位应根据工作和生产任务的需要,多方面、多形式地开展业务和技术培训,对培训合格者,经过试用期可上岗使用,并承认国家或有关单位颁发的学习证明。

(12)劳动合同的变更

这项内容凡国家有规定的,按国家规定办;国家没有规定的,由双方协商。在签订劳动合同时,须规定变更合同的原因及变更的办法。凡没有变更原因或变更原因未出现时,用人单位不得随意安排劳动者从事合同规定以外的工作。

(13)劳动合同的解除

国家对劳动合同的解除条件有明确规定的,按国家规定办;国家没有规定的,由双方协商。双方协商的内容不得违背劳动法规及其他有关法律、法规、政策的规定。合同解除后,双方必须办理解除手续,用人单位必须上报有关部门备案。

(14)违约责任

对于用人单位无故辞退劳动者,除应发给劳动者辞退补助费和路费外,还必须支付给劳动者违约金若干元。用人单位违反安全和劳动保护的规定,以致发生事故,应赔偿劳动者的损失。劳动者若擅自解除劳动合同,必须赔偿用人单位的职业技术培训费和付给用人单位违约金若干元。劳动者违纪或违反操作规程,给用人单位造成损失时,用人单位有权按处理固定工的规定予以处理。

(15)其他事项

如住房问题、特殊困难问题等内容,均在本条款中写明。

(16)纠纷处理

在劳动合同中,应明确规定按《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》处理劳动纠纷,即:先由企业调解委员会调解,调解不成、不愿调解或不能调解的,可向当地劳动部门所属的劳动争议仲裁委员会申请仲裁,对仲裁裁决不服的,可以收到裁决书之日起十五日内向人民法院起诉。

(六)劳动合同的期限如何确定

劳动合同的期限,即劳动合同制工人与用人单位劳动关系的存续期间,是劳动合同双方当事人享有权利,履行义务的法定期限。劳动合同的期限,一般分为定期的劳动合同,也称作有期限的劳动合同;不定期的劳动合同,也称作无期限的劳动合同以及以完成一项任务为期限的劳动合同。

确定劳动合同的期限,是为了用人单位和劳动者更好的履行劳动合同规定的义务,实现劳动合同的目的。因此,究竟采用何种劳动合同期限形式。要根据用人单位和劳动者协商确定。一般来说,长期的劳动合同与不定期的劳动合同的特点是有利于职工稳定,积累生产经验和保留生产技术骨干。选择劳动合同期限应根据企业的特点和实际情况而定。

根据《国营企业实行劳动合同制暂行规定》和其它有关劳动合同制的法律规定,我国的劳动合同期限规定,应由企业根据企业生产工作的特点和需要,经过企业行政和劳动者本人协商确定,可以招用5年以上的长期合同工,也可以招用1年至5年的短期工和定期轮换工。

劳动合同的期限,按照国际惯例,一般都分为定期的劳动合同、不定期劳动合同和以完成一项任务为内容的合同。

定期劳动合同,是指劳动合同在订立时就明确规定了期限的劳动合同。其期限可长可短,长到几年、十几年;短到1年或几个月。定期劳动合同的好处是期限明确,权利义务比较具体。期限届满,劳动者可以流动,因而有利于择业选择。不利的是不利于职工的稳定,容易产生短期行为。

定期劳动合同一般具有下列特点:

(1)周期较短,变动频繁,应变能力强,因此这类劳动合同一般适用于技术性不强的行业、岗位、工种或临时性、季节性的工作。

(2)定期劳动合同解除的方式一般为自动解除。因为劳动合同是有期限的,期限届满,合同自动解除。

(3)定期劳动合同,一律采用书面形式,一般不得用口头形式。

不定期劳动合同,是指在劳动合同中没有明确规定合同终止日期,合同关系的存在随双方当事人意愿而定。它具有如下特点:①不定期劳动合同的期限,随双方当事人的意愿而长短,合同中不明确终止日期,如果双方当事人不提出解除合同,合同关系可以一直持续下去。所以不定期劳动合同一般适用于技术性较强的工种或长期性工作。②不定期劳动合同的解除方式,由于合同中没有解除期限的预先约定,因此不会发生合同到期自动解除的情形,故没有自动解除方式。一般来说,不定期劳动合同的解除方式有下列两种:一是法定解除。当事人依法办理了提前通知对方的手续,双方当事人的任何一方都可以提出解除劳动合同;二是约定解除。实际上是在劳动合同约定不能解除劳动合同的条件。③不定期劳动合同,一般允许采用口头形式订立。不定期劳动合同的优点是灵活、机动性,对双方当事人来说,都是有好处的。

根据国务院公布的《国营企业实行劳动合同制暂行规定》的规定,我国企业可以根据生产、工作的特点和需要,招用5年以上的长期工,也可以招用1年至5年的短期工。由于该法规没有作出具体规定,因而在实践中出现了两种不同的倾向:一是劳动期限过长,如订为15年,20年,更有订立“终身”劳动合同的。这样一来,劳动合同制比原来的固定工制度还要固定。因为在合同期限内是不允许流动的,而原有的固定工制度中,往往在符合条件时,还可以申请调动。因此,过长的劳动合同期限使劳动合同不仅没有发挥出有利于合理流动的作用,反而形成了阻碍人才流动的因素;二是劳动合同期限过短,一般为3—5年。期限过短,导致职工的临时思想,不愿意钻研业务和技术,技术人员流失也很严重,企业担心职工留不长,也不愿投入过多培训技术人员。这样一来,很不利于劳动关系的稳定和企业职工队伍素质的提高。

我们现行的劳动制度,实际上劳动合同制和固定工制度并存。固定工制度存在严重缺陷,自不必说,可定期的劳动合同制度也有一定的弊端,为了解决这一问题,我们应当采取定期劳动合同和不定期劳动合同相结合的方式。

对实行劳动合同制的职工,可以实行定期劳动合同的同时,根据工种、岗位的性质,实行定期劳动合同和不定期劳动合同相结合、共同存在的制度。但要注意,实行不定期劳动合同要适合其行业和企业的特点,不能一哄而上,搞一刀切。对固定工制度应改革为以不定期劳动合同为主,辅以定期劳动合同。因为现在仍实行固定工制度的职工,一般是工作比较稳定的行业和机关团体用人单位,对这些用人单位劳动制度的改革也应根据其特点,实行不定期劳动合同较为有利。对一些非技术性和一般性工种、岗位,可实行定期劳动合同。企业可在执行定期劳动合同的同时,对一些技术骨干、管理人员实行不定期劳动合同。这样就可以消除目前用工中存在的弊端。

(七)劳动合同中用人单位的权利和义务

劳动合同是用法律形式来规范劳动关系双方当事人的权利义务的。用人单位的权利,也即劳动者的义务;用人单位的义务,也就是劳动者的权利。按照我国有关劳动法律规定和劳动合同的要求,用人单位的权利和义务一般表现为:

1. 用人单位的权利

(1)有要求职工提供劳动义务的权利。用人单位与劳动者签订劳动合同的目的就是为了让劳动者参加本企业的劳动或工作,因此,如果劳动者不提供劳务,就意味着劳动合同的目的没

有实现。而且劳动者获取报酬的前提是以提供劳务的质量和数量计算的,劳动者提供劳动成为劳动关系赖以存在的前提。同时,劳动者如何劳动依合同要由用人单位指定。所以说,用人单位有权利要求劳动者提供劳动义务。这既是劳动合同的要求,又是法律关系中权利义务一致性的体现。

(2)有管理、指挥职工的权利。劳动关系是一种以劳动者加入到用人单位,与用人单位形成职业上的从属关系为特征的社会关系。劳动者与用人单位签订劳动合同后,就与用人单位订立了劳动关系,自然也就有了职业上的从属关系。即服从用人单位的生产、指挥、管理和调动,这是劳动关系的内在体现。但须注意的是,劳动合同签订时已确立了劳动者的工种或岗位的,用人单位一般不得随意改变劳动者的职业,除非是让劳动者从事与原工种或岗位同一性质的工作。

(3)有处分职工的权利。劳动者既然负有服从用人单位管理、指挥的义务,自然也就应该遵守用人单位的各项规章制度。包括国家的劳动法规、企业的内部劳动规则以及操作规程等。如果劳动者不遵守上述规定,就违反了劳动合同的规定,用人单位也就有权对其进行处分。这种处分包括行政的、经济的及其它性质的处分。如降级、罚款、警告等。情节严重的还可以辞退、开除职工,或解除劳动合同。

(4)有组织劳动的权利。劳动者服从用人单位的管理和指挥也包括服从用人单位的劳动组织管理。用人单位有合理安排企业劳动,组织职工劳动的权利。如用人单位有权确定职工的工作班次,依法定条件和程序组织职工加班加点;调整本单位的公休假日;合理调配职工,确定劳动定额定员、改善劳动组织等。

2. 用人单位的义务

(1)支付劳动报酬的义务。这是用人单位的主要义务。用人单位与劳动者确立劳动关系后,取得了劳动合同规定的各项权利,自然也须履行劳动合同规定的义务。按规定支付劳动报酬是其主要的义务。用人单位支付给劳动者的劳动报酬,可以是工资形式,也可以是以工资为主,奖金、津贴相结合的形式。但不管如何,用人单位须按法律规定的标准或劳动合同约定的形式支付劳动者的报酬。劳动报酬既可以按法律规定执行,也可以在法定基础上由用人单位和劳动者约定。但法律规定用人单位必须支付给工人的法定报酬,用人单位不得克扣或拒绝支付。

(2)提供生产、工作条件的义务。主要包括两个方面的内容:一是劳动场所和设备,这是进行劳动的基本物质条件。如果用人单位一方不能及时提供必需的劳动场所和劳动设备,由此造成的成果应由用人单位承担,并且不得拒绝支付劳动者由于不能劳动而造成的收入损失。二是安全卫生条件,这是保障劳动者身体健康和安全的重要措施,也是法律规定的用人单位必须履行的义务。用人单位须为劳动者提供法定的安全卫生条件,既包括生产工作环境符合法定标准,也包括保障职工生命安全和身体健康的各种保健手段。如营养品、劳保用品等。

用人单位为劳动者提供劳动安全卫生条件,是法律对用人单位的要求,是用人单位必须遵守的,用人单位不得以任何借口或约定方式取消或降低劳动安全卫生条件,并且还须视企业经营情况,不断加以改善。

(3)有保障职工休息、休假、休养的义务。劳动者的休息权是宪法规定的,用人单位不得侵犯。不得以任何借口减少或限制职工的休息权,更不能强令职工加班加点。用人单位根据生产

工作需要,对公休假日的调整,也须依法定条件进行,否则就侵犯了职工的合法权益。

(4)有支付职工劳动保险和福利待遇的义务。用人单位不仅要依法或合同承担职工的劳动报酬,还须按照法律规定支付劳动者的社会保险费用和福利待遇。按照法律规定,用人单位与劳动者一经签订合同,就负有负担职工劳动保险和福利待遇的义务。用人单位不得以任何借口拒绝承担或转嫁到职工身上。

(5)有保障职工参加民主管理的义务。劳动者参加本单位的民主管理是法律规定的一项权利,用人单位不仅不得限制或剥夺,而且还应积极支持和保障劳动者的民主管理权利的行使,并为此提供各种物质便利。

(6)其它义务。一般均为法律上的规定。如劳动者依法行使政治权利和参加社会活动,用人单位应该给予便利等等。

(八)劳动合同中劳动者的权利和义务

劳动合同是劳动者和用人单位确立劳动关系、明确双方各自权利义务的法律形式。按照法律规定,合同规定的内容是通过双方的权利和义务形式来表现的。劳动合同也不例外,国家和劳动者的要求一般表现为用人单位的义务。用人单位对劳动者的要求体现在劳动者的义务上。而且,权利和义务一般来说是相对应的。劳动者一方的义务,在法律上表现为用人单位的权利;用人单位的义务,也即劳动者的权利。根据国务院颁布《国营企业实行劳动合同制暂行规定》和其它有关劳动合同法规,劳动者在劳动合同中的权利义务主要表现为如下几个方面。

1. 劳动者的权利

(1)劳动的权利。劳动者有劳动的权利,是我国宪法确定的一项基本要求。特别是在目前劳动还是劳动者谋生的手段时,明确规定劳动者有劳动的权利就显得尤为必要。劳动者有劳动的权利,这在法律上就意味着用人单位不得以限制劳动者上班或关闭工厂来对付劳动者一方的要求,而只能通过其他方式来解决劳资冲突。否则就违犯了法律,是要受到法律处罚的。

(2)参加讨论企业重大经济决策的权利和选举、被选举为各级领导的权利。劳动者的这项权利在劳动合同中主要表现在劳动者的民主管理上。按照有关法律规定,劳动者有参加企业民主管理的权利。民主管理的重要一条就是参与决定企业的重大决策;劳动者有选举和被选举为各级领导的权利,既是一项政治权利,又是一项民主权利,是劳动者参加国家管理、社会管理的重要方式,企业用人单位不得限制和剥夺。

(3)按照劳动的数量和质量领取劳动报酬的权利。这是劳动者的一项重要权利,在法律上体现为同工同酬原则。劳动者付出了劳动,用人单位就应该给予相应的报酬。以任何借口和形式非法剥削工人的经济收入是法律不允许的。

(4)休息和休假的权利。休息和休假权是国家规定的给予劳动者恢复体力、保持健康的一项重要措施,体现了国家对劳动者的保护。休息和休假权是国家规定的用人单位必须遵守的一项义务,用人单位不得无故剥夺劳动者的休息和休假权。

(5)享受劳动保护的权利。劳动保护是劳动者免受职业灾害的重要手段,也是劳动者享有的一项重要权利,它一般体现在劳动合同的法定内容上。

(6)享受劳动保险和有关福利待遇的权利。按照劳动合同的有关法律规定,劳动者除有领

取劳动报酬的权利外,还依法享有国家规定的有关劳动保险和福利待遇的权利。劳动者的这项权利是劳动者有分享社会进步和经济发展权利的具体表现。

(7)获得在职培训和文化技术、业务进修的权利。这也是劳动合同中规定的劳动者有权享受的一项权利,劳动者有权获得培训,不仅有利于提高劳动者的劳动技能,同时也有利于企业劳动生产率的提高。所以,国家规定用人单位要负责劳动者的培训,为劳动者提供增进技能的各种条件。

(8)获得政治荣誉和物质鼓励的权利。

(9)法律规定的其他权利。

2. 劳动者的义务

按照劳动合同的要求,劳动者的义务主要表现为:

(1)认真负责地工作,在规定的时间内保质保量完成任务的义务,即劳动者的劳动义务。劳动不仅是劳动者的一项权利,同时也是其必须履行的一项义务,是劳动者取得劳动报酬和享受其他有关权利的前提。劳动者被录用到用工单位后,他应担任任何工种或职务,生产上应该达到何种数量和质量指标,或者他应当完成哪些工作任务,这些都应在劳动合同中明确作出规定。劳动或工作的时间、地点和范围等,法律上有统一规定的,应当依规定执行,没有统一规定的,由劳动关系双方当事人协商确定,但不得违背劳动法的基本原则。

劳动者有劳动的义务,必须认真完成其生产工作任务,这是劳动者必须遵守的。但应当注意的是,劳动合同是双方当事人基于互相信任而订立的,劳动者在法律上只负对订立劳动合同的对方提供劳动的义务。因此,用工单位对于劳动者提供劳动义务的请求权,原则上不得转让给第三人。就是说,劳动者被招到一个单位工作,除非劳动者本人同意,用人单位不得随意将其转移到其它单位,即使必须调动,也须经得劳动者本人意见。现在有些企业租赁、承包甚至出卖给个人、集团和企业法人后,对劳动者劳动义务请求权的转移应当在征得劳动者本人同意后方可实施。否则是没有法律依据的。实践上出现的不经劳动者同意,私自调动职工的工作地点的现象,不仅损害了劳动者的权利,同时也引发了大量的劳动争议,应当引起重视。

(2)遵守劳动纪律和企业内部劳动规则的义务。劳动者遵守劳动纪律和企业内部劳动规则的义务,不仅是劳动合同对劳动者的要求,而且是我国宪法和法律明文规定的。遵守劳动纪律是劳动者履行劳动义务的保证,也是企业经营管理所必需的。所以劳动合同中明文规定劳动者有遵守劳动纪律的义务。企业内部劳动规则,是企业基于内部具体情况,结合有关法律规定制定的,类似于厂规厂纪。只要其内容合法并经职代会讨论通过,就具有劳动纪律的效力,劳动者应当遵守。此外,劳动者还有服从用人单位在生产和工作上指挥的义务。但这种指挥必须符合法律规定,而且对劳动者的安全和健康不构成危害。如果用人单位的工作指挥,危害到劳动者的安全和健康,劳动者有权拒绝。

(3)其它义务。劳动者应当遵守的其它义务,一是法律上有规定的,即使劳动合同没有约定,劳动者也应当遵守。如劳动者应当遵守国家法律、遵守安全卫生规程、防火规程等义务;二是双方自行协商拟定的。但其内容不得损害国家利益、社会公德和违背法律规定。如有关职业道德的规定,劳动者都应遵守。但对用人单位和劳动者明义上是协商拟定的,但实际上是违法合同内容,如“生死合同”就是违法和无效的。

（九）订立劳动合同的步骤和程序

如何订立劳动合同,也就是劳动合同订立时的操作规程。包括订立劳动合同的步骤和订立程序两大部分。

1. 订立劳动合同的步骤

劳动合同当事人之间依照法律规定就合同的主要条款达成一致协议,合同即告成立。所以,合同是当事人之间意思表示一致的结果。意志表示一致必须是双方当事人就同一标的交换各自的意思表示。法律上一般把意思表示分解为一方的要约和对方的承诺。如果一方当事人向对方提出要约,而对方对该项要约表示承诺,就在双方当事人间发生了具有法律约束力的合同关系。订立任何合同,都要经过要约和承诺两个阶段。劳动合同也不例外。

(1)要约。要约是一方当事人以缔结合同为目的,向对方所作的一种意思表示,亦即由一方通知对方表示有与他订立合同的愿望。要约人在提出要约时,除表示订立合同的愿望和决心外,还必须依照法律规定明确提出订立合同的主要条款,以便对方进行考虑,决定是否订立合同。要约是订立合同的第一个步骤,是一种法律行为。它的法律后果表现在,要约人在要约有效期内受要约的约束,有与受要约人订立合同的义务。当然,要约人也有权在法定期限内撤回要约,违背规定,要约人要承担法律责任。具体到劳动合同,就是用人单位在发出招工信息后,劳动者在其规定期限内有权进行考虑,并与之订立劳动合同。如果用人单位在公布招工条件后,劳动者在与其达成协议的情况下,用人单位不与劳动者订立劳动合同,用人单位就要承担法律责任。

(2)承诺。承诺即受要约人按照要约指定的方式,对要约内容表示同意的一种意思表示。要约一经承诺,合同即告成立。一般承诺要具备如下条件才能有效。a. 承诺必须由受要约人作出。如劳动合同的承诺要由劳动者本人作出。b. 承诺必须在要约的有效期间内进行。如果受要约人没有要在要约有效期间内作出承诺,该要约即告终止。c. 承诺必须与要约内容一致。d. 承诺必须以法定或约定方式发出。

任何一个合同的订立,一般都要经过上述两个阶段。不过,合同的订立是一个要约——承诺——再要约——再承诺的过程。劳动合同的订立也要经过用人单位发出招工要约,劳动者和用人单位协商达成一致,即为承诺,然后劳动合同才能成立。

2. 劳动合同的订立程序

劳动合同的订立程序是指通过劳动合同订立,建立劳动关系的程序,也就是用人单位招用合同制工人的程序。根据国务院发布的《国营企业招用工人暂行规定》及其他有关招工程序的规定,用人单位和劳动者在订立劳动合同时必须依法履行如下程序。

(1)公布招工简章。用人单位在招用合同制工人时,应先公布招工简章。招工简章包括两部分:一是招工条件,二是录用后的权利、义务。招工条件应包括所招收的工种或岗位、招工名额、男女比例、对象及条件、招工地区范围等。录用后的权利义务,主要是指工资、福利、劳动保护、保险和遵守规章制度等。

(2)自愿报名。符合条件的应招人员,可以结合自身情况和志愿,有选择地自愿报名。应招的劳动者必须是年满16周岁,具有一定文化程度,现实表现好的。因此,在报名时,要提交城镇户口,毕业证书或其它证明文件,便于企业掌握和按照法定条件招用职工。

(3)全面考核。用人单位招用合同制工人,要进行德、智、体全面考核。考核的内容和标准,可以根据生产工作岗位需要有所侧重。如招用学徒工人,应侧重文化考核;招用技术工人,侧重专业技术知识技能考核等。

(4)择优录用。用人单位对考核合格者必须张榜公布,公开录用。

(5)签订试用期合同。用人单位在向当地劳动行政主管部门办理录用手续后,依照劳动合同制的有关规定和劳动者签订劳动合同。按照我国现行劳动法规规定,劳动合同制实行试用期。双方通过签订试用期合同,进行互相适应和进一步考查。试用期一般为3个月。所谓试用期,是指在订立劳动合同时,附有解除劳动合同。在试用期内,用人单位可以进一步了解考查被录用人员的业务水平和工作能力,是否与其担任的工作或职务相称。被录用人员可以体验用人单位的招工条件和适应分配的工作岗位。在试用期内,如果双方或一方发现不符合招工条件,或与其担任的工作或职务不相称,都可以提出解除劳动合同。试用期的规定,对双方是平等的,其目的是为了更好地实现双方当事人的“互相选择”。

(6)签订正式劳动合同。劳动合同草案由用人单位提出,经过双方当事人平等自愿协商一致后、正式签订劳动合同,并标明合同期限。在履行了上述程序后,经劳动行政主管部门鉴证后认为程序合法,并出具鉴证手续后,劳动合同即告成立。

(十)什么叫聘用合同

聘用合同是劳动合同的一种,是确立聘用单位与应聘的劳动者之间权利义务关系的协议。有关聘用合同的法律规定,散见在诸多规范性文件之中。如1951年劳动部《关于各地招聘职工的暂行规定》,1986年国务院《国营企业实行劳动合同制暂行规定》,1987年国务院《国营企业劳动争议处理暂行规定》,1988年国务院《中华人民共和国私营企业暂行条例》等,都是调整聘用合同的法律依据。聘用合同在签订时当然首先应当符合一般合同的平等互利、等价有偿、协商一致的原则,还应当采取书面形式并向当地劳动行政管理机关备案。聘用合同属于劳动合同范畴,也当然具有一般劳动合同的特点:

第一,聘用合同要求特殊的主体资格。聘用合同一方主体通常是企业、事业、机关团体等用人单位。另一方主体是一个或数个劳动者。

第二,聘用合同主体在地位上具有从属性。聘用合同成立后,受聘用的劳动者在聘用单位承担一定的工作,成为聘用单位的一名职工,接受聘用单位的行政管理。劳动者与聘用单位形成一种行政隶属关系。劳动者按协议或国家规定享有工作、休息、福利等权利。

第三,劳动者主要以工资形式取得报酬。劳动者只要按照合同,通过自己的工作完成一定的数量、质量指标或任务,即可以取得报酬。该报酬与劳动者所完成的工作直接挂钩。

第四,劳动者在工作中不承担经营风险。经营风险不直接影响劳动者的基础工资,而只可

能影响奖励工资。

由于聘用合同是特定主体之间基于特殊需要而确立的一种劳动合同,因而它还具有一些有别于一般劳动合同的特征。如被招聘的人所从事的工作一般比较复杂,因而应聘的人须具备一定的文化程度或者某种技术和业务专长;聘用合同是以单位下聘书的形式,来聘请特定的人从事特定的工作或任务,而且在合同期限内不得调动;在各项劳动条件上,应聘人享有优惠待遇等等。

(十一) 什么叫借调合同

借调合同是在全民所有制单位范畴内,用人单位之间为了解决劳动力余缺调剂或者技术力量的有无等问题而采用借调形式订立的协议。它是由借调单位、被借调单位与借调职工本人共同订立的,在合同内要明确三者的权利义务关系。借调合同是国家通过合同方式解决职工余缺和人才流动的具体形式,1954年5月劳动部在关于订立建筑工人借调合同的办法中就规定,为了完成国家紧急建筑任务或减少窝工浪费,各建筑单位需要相互借调工人时,须由借调单位与被借调单位及工人(或工人代表)共同签订借调合同。1984年5月,劳动人事部发布的《关于成立人才交流咨询服务中心的通知》中也规定,经人才交流咨询服务中心推荐和帮助,急需技术干部的单位可与技术力量雄厚的单位签订借调干部合同。借调合同一般存在于全民所有制企业或机关、事业、社会团体。非国有企业之间很少用借调合同来解决劳动力不足问题。

借调合同是劳动合同的一种,但它具有与其他劳动合同不同的特点:一是合同一方的劳动者在订立借调合同之前,已经是某个单位的职工,所以在订立借调合同时,借调单位首先要征得劳动者所在单位的同意,然后与之签订借调合同;二是在借调合同期限内,劳动者应属于借调单位的一名职工,享受和承担借调单位职工的权利和义务,但他与被借调单位的劳动法律关系仍然保留,只是处于暂时中止状态。当借调合同终止时,劳动者仍然回原单位工作,因此,劳动者与原工作单位也需签订协议予以肯定。由于借调合同涉及到三方当事人的合法权益,因此需要在借调合同中具体规定各当事人的权利义务。1984年3月,国务院在批转国务院科技领导小组《关于抽调一批科技骨干支援国家重点建设项目的请示报告的通知》中就明确规定,对借调人员,其工资、奖金、补贴费、医疗费、探亲路费等可由用人单位负担。原工作单位对他的工资调整、住房分配、职称评定、职务晋升以及子女就业等问题,应当与本单位其他科技人员一视同仁;如他的生活有困难时,应给予补助。

借调合同是劳动合同中的特殊形式,是一种不完全的劳动法律关系。职工在身份上仍从属于原单位,但在实际工作中,却和借调单位发生权利义务关系。借调合同的变更、终止也应由三方共同协商。

(十二) 什么是农民工劳动合同

农民工,是指在国家下达的劳动工资计划之内,在国务院劳动行政主管部门确定的需要从农民中招用劳动力的工种和生产岗位上,企业等用人单位从农村中招用的使用期限在1年以

上,并实行劳动合同制的工人,包括农民轮换工。农民工的法律特征包括如下几个方面:

(1)农民工是在国家劳动工资计划指标内,在国务院劳动行政主管部门确定的工种和生产岗位上,通过签订劳动合同的形式,从农村招收的工人。

(2)农民工的用人单位是由劳动法作出规定的。我国目前农民工的用人单位是全民所有制企业。

(3)农民工在企业工作期间,农民身份不变,户口粮食关系不转(国家有特殊规定的除外)。

(4)农民工在企业工作期间为企业的职工。在政治上,与所在企业其他职工享有同等的权利;在工资、保险福利待遇方面与所在企业的城镇合同制工人相同。但国家法律、行政法规另有规定的除外。

我国的农民工合同制度,始于八十年代初期。由于一些劳动强度大,劳动条件艰苦的工种、岗位劳动力严重不足,从城镇招工十分困难,因此,国家决定首先在矿山、建筑、交通铁路部门装卸搬运作业以及邮电部门乡邮投递等部门和行业试用农民工劳动合同制度。

随着我国经济体制改革的深入发展,为满足企业生产发展的需要,使用农民工的行业越来越多,现在各个行业、工种都程度不同地使用着农民工。农民工已成为我国职工队伍中不可忽视的力量。为了调整和协调农民工的使用,规范农民工的法律制度,国务院于1991年7月25日发布了《全民所有制企业招用农民合同制工人的规定》。该规定对农民工的招收录用,劳动合同的签订、变更、终止和解除,工资、保险福利待遇等都作了明确的规定,对农民工的合法权益提供了法律保障。有利于国家统筹安排城乡劳动力,加强对农民进城务工的宏观管理。同时,该规定也为企业使用农民工制定了规范。即可以保证艰苦行业工种劳动力的来源,又有利于深化企业劳动制度改革,进一步巩固和完善劳动合同制,扩大企业用工的自主权。

(十三)私营企业劳动合同有什么特点

根据国务院1988年6月发布的《中华人民共和国私营企业暂行条例》和1989年9月劳动部发布的《私营企业劳动管理暂行规定》的规定,私营企业招用职工必须以书面形式签订劳动合同,确定双方的权利和义务。在我国,私营企业劳动合同具有如下特点:

(1)私营企业劳动合同的双方当事人,一方是雇佣人,即私营企业的经营者;另一方是受雇人,即劳动者。这里的“私营企业经营者”,是指资产属于私人所有,雇工8个以上,在国家法律、法规和政策规定的范围内,从事工业、建筑业、交通运输业、商业、饮食业、服务业、修理业和科技咨询等营利性行业的人员。这里的“劳动者”,是指年满16周岁有劳动能力的公民。

(2)私营企业劳动合同关系是建立在生产资料私人所有制基础上的雇佣劳动合同关系。

(3)在我国社会主义条件下,私营企业劳动合同的订立、变更、终止和解除,必须根据国家的有关法律和法规进行。

(4)私营企业劳动合同,是我国社会主义劳动合同法律制度的组成部分。即在我国劳动合同法律制度中,除了以全民所有制企业的劳动合同和集体所有制企业的劳动合同为主外,私营企业劳动合同是一种补充形式。

(5)私营企业劳动合同关系的内容,由劳动法作特殊性调整。如《私营企业暂行条例》第三十条规定,“私营企业对从事关系到人身健康、生命安全的行业或者工种的职工,必须按照国家规定向保险公司投保”。

(6)私营企业劳动合同的订立必须贯彻平等自愿、协商一致的原则,必须采用书面形式,明确双方的权利义务,而且须经当地劳动合同管理机关鉴证并备案。私营企业劳动合同必须遵守国家法律规定的基本劳动条件和保障职工的合法权益。

私营企业劳动合同的违法状况令人担忧。内容不合法、不规范,这些都严重侵犯了职工的合法权益。因此,必须进一步加强和完善私营企业劳动合同制度,使私营企业劳动合同真正成为规范私营企业劳动关系双方当事人权利义务关系的重要法律保障。

(十四)中外合资企业劳动合同有什么特点

根据国家已经颁布的有关中外合资经营企业劳动关系的法律法规来看,中外合资经营企业劳动合同具有这样几个特点:

(1)中外合资经营企业劳动合同的主体一方是合资经营企业。在我国合资经营企业的领导机构中,既有中方的代表,又有外方的代表;主体的另一方是受雇佣的职工,既有中方职工,又有外国人。因此,中外合资经营企业劳动合同的主体要比我国国有企业劳动合同的主体复杂得多。

(2)中外合资经营企业劳动合同的双方当事人之间,既有社会主义或资本主义性质的劳动或劳资关系,又有社会主义性质的劳动关系和资本主义性质的劳资关系同时并存的情况。即当中外合资经营企业是我国与其它社会主义国家合资经营时,签订劳动合同的双方当事人之间就具有社会主义性质的互助合作关系;在我国与资本主义国家或外国资本家合资经营时,签订劳动合同的双方当事人之间,既有我方管理人员与我方职工之间的互助合作的劳动关系,又有资方管理人员与我方职工之间的纯劳资关系。

(3)中外合资经营企业劳动合同的订立、变更、终止和解除,必须根据我国有关合资经营企业劳动合同问题的法律法规和政策。因为在我国境内的中外合资经营企业尽管是中外双方共有的企业,但是,它却是根据我国有关合资经营企业的法律、法规设立的,所以,调整中外合资经营企业劳动合同制度的法律法规,也只能根据我国的法律规定。目前,在我国尚未颁布一部单独的中外合资经营企业劳动合同法,关于中外合资经营企业劳动合同的有关规定,分别见于如《中外合资经营企业劳动管理规定》、《中外合资经营企业劳动管理规定实施办法》、《中外合资经营企业法》及其实施细则等有关法律法规中。这些法律法规都是中外合资经营企业劳动合同订立、变更、终止和解除的依据。当然中外合资经营企业劳动合同的其它法律事项,在上述法规没有规定时,可遵照我国颁布的有关劳动法律法规执行。

(4)中外合资经营企业劳动合同,是双方当事人发生争议时仲裁和判决的重要依据。因此,必须严格重视中外合资经营企业劳动合同的签订内容,不可轻率。



国营企业实行劳动合同制暂行规定

(1986 年 7 月 12 日国务院发布)

第一章 总 则

第一条 为改革国营企业(以下简称企业)的劳动制度,增强企业活力,充分发挥劳动者的积极性和创造性,保障劳动者的合法权益,促进社会主义现代化建设,特制定本规定。

第二条 企业在国家劳动工资计划指标内招用常年性工作岗位上的工人,除国家另有特别规定者外,统一实行劳动合同制。用工形式,由企业根据生产、工作的特点和需要确定,可以招用五年以上的长期工、一年至五年的短期工和定期轮换工。不论采取哪一种用工形式,都应当按照本规定签订劳动合同。

企业招用一年以内的临时工、季节工,也应当签订劳动合同。

第三条 劳动合同制工人与所在企业原固定工人享有同等的劳动、工作、学习、参加企业的民主管理、获得政治荣誉和物质鼓励等权利。

第二章 招收录用

第四条 企业招用劳动合同制工人,应当在当地劳动行政主管部门指导下,贯彻公开招收、自愿报名、德智体全面考核、择优录用的原则。由企业向当地劳动行政主管部门办理录用手续。对重新就业的工人,企业应当注重实际技能的考核,经过考核合格的,优先录用。

第五条 对劳动合同制工人,应当建立《劳动手册》制度。

《劳动手册》由劳动人事部统一制发。

第六条 企业招用劳动合同制工人,应当订明试用期。试用期为三个月至六个月,由企业根据不同工种具体确定。

第三章 劳动合同的订立、变更、终止和解除

第七条 企业与被招用的工人签订劳动合同时,必须遵守国家政策和法规的规定,坚持平等自愿和协商一致的原则,以书面形式明确规定双方的责任、义务和权利。劳动合同一经签订,

就受到法律保护,双方必须严格遵照执行。

第八条 劳动合同的内容应当包括:

- (一)在生产上应当达到的数量指标、质量指标,或应当完成的任务;
- (二)试用期限、合同期限;
- (三)生产、工作条件;
- (四)劳动报酬和保险、福利待遇;
- (五)劳动纪律;
- (六)违反劳动合同者应当承担的责任;
- (七)双方认为需要规定的其他事项。

第九条 劳动合同期限,由企业和工人协商确定。

劳动合同期限届满,应即终止执行。由于生产、工作需要,在双方完全同意的条件下,可以继续订合同。

轮换工的劳动合同,期限届满时必须终止。

第十条 企业经上级主管部门批准转产、调整生产任务,或者由于情况变化,经合同双方协商同意,可以变更合同的相关内容。

第十一条 劳动合同制工人因生产、工作需要,或按照国家有关规定,需要跨地区转移工作单位时,经有关地区劳动行政主管部门协商同意,并办理户口和退休养老基金的转移手续,可以与所在企业解除劳动合同,与所需单位签订劳动合同。

第十二条 在下列情况下,企业可以解除劳动合同:

- (一)劳动合同制工人在试用期内,经发现不符合录用条件的;
- (二)劳动合同制工人患病或非因工负伤,医疗期满后不能从事原工作的;
- (三)按照《国务院关于国营企业辞退违纪职工暂行规定》,属于应予辞退的;
- (四)企业宣告破产,或者濒临破产处于法定整顿期间的。

第十三条 劳动合同制工人被除名、开除、劳动教养,以及被判刑的,劳动合同自行解除。

第十四条 劳动合同制工人在下列情况下,企业不得解除劳动合同:

- (一)劳动合同期限未满,又不符合第十二条规定的;
- (二)患有职业病或因工负伤并经劳动鉴定委员会确认的;
- (三)患病或非因工负伤,在规定的医疗期内的;
- (四)女工在孕期、产假和哺乳期间的;
- (五)符合国家规定条件的。

第十五条 在下列情况下,劳动合同制工人可以解除劳动合同:

- (一)经国家有关部门确认,劳动安全、卫生条件恶劣,严重危害工人身体健康的;
- (二)企业不能按照劳动合同规定支付劳动报酬的;
- (三)经企业同意,自费考入中等专业以上学校学习的;
- (四)企业不履行劳动合同,或者违反国家政策、法规,侵害工人合法权益的。

第十六条 任何一方解除劳动合同,必须提前一个月通知对方,方可办理解除劳动合同的手续。

解除劳动合同,企业应当报请上级主管部门和当地劳动行政主管部门备案。

一方违反劳动合同,给对方造成经济损失的,应当根据其后果和责任大小,予以赔偿。

第十七条 企业解除劳动合同,应当征求本企业工会的意见。

第四章 在职和待业期间的待遇

第十八条 劳动合同制工人的工资和保险福利待遇,应当与本企业同工种、同岗位原固定工人保持同等水平,其保险福利待遇低于原固定工人的部分,用工资性补贴予以补偿。工资性补贴的幅度,为劳动合同制工人标准工资的 15% 左右。

劳动合同制工人的奖金、津贴、保健食品、劳动保护用品、口粮补差和物价补贴等待遇,应当与所在企业同工种原固定工人同等对待。

第十九条 重新就业的劳动合同制工人,仍从事原工种的,经考核合格后,按照原工资等级支付工资;改变工种的,试用期间的工资按照不低于二级工工资标准支付,试用期满后考核定级。

第二十条 劳动合同制工人患职业病或因工负伤,以及女工孕期、产假和哺乳期间,应当与所在企业同工种的原固定工人同等对待。

第二十一条 劳动合同制工人患病或非因工负伤,按其在本单位工作时间的长短,给予三个月至一年的医疗期。在本单位工作二十年以上的,医疗期可以适当延长。在医疗期内,其医疗待遇和病假工资与所在企业原固定工人同等对待。医疗期满后因不能从事原工作被解除劳动合同的,由企业发给相当于本人标准工资三个月至六个月的医疗补助费。

第二十二条 劳动合同制工人因工或因病死亡的丧葬补助费、供养直系亲属抚恤费、救济费,应当与所在企业原固定工人同等对待。

第二十三条 劳动合同制工人因合同期满或属于第十二条(二)项和第十五条规定情况,解除劳动合同时,企业应当按照其在本企业工作年限,每满一年发给相当于本人标准工资一个月的生活补助费;但是,最多不超过十二个月的本人标准工资。

按照第十二条(三)项规定被解除劳动合同的,或按照第十三条规定自行解除劳动合同的,以及自行离职的,不发给生活补助费。

第二十四条 劳动合同制工人,其公休假、婚丧假、探亲假、上下班交通费补贴、取暖和防暑降温补贴等,应当与所在企业原因定工人同等对待。

第二十五条 劳动合同制工人待业期间,按照国家规定领取待业救济金和医疗补助费。

第五章 退休养老期间的待遇

第二十六条 国家对劳动合同制工人退休养老实行社会保险制度。退休养老基金的来源,由企业和劳动合同制工人缴纳。退休养老金不敷使用时,国家给予适当补助。

企业缴纳的退休养老基金,在缴纳所得税前列支,缴纳的数额为劳动合同制工人工资总额

的 15% 左右。由企业开户银行按月代为扣缴,转入当地劳动行政主管部门所属的社会保险专门机构在银行开设的“退休养老基金”专户。对逾期不缴者,按照规定加收滞纳金。

劳动合同制工人缴纳的退休养老基金数额为不超过本人标准工资的 3%。由企业按月在工资中扣除,向当地劳动行政主管部门所属的社会保险专门机构缴纳。

退休养老基金存入银行的款项,按照城乡居民个人储蓄存款利率计息,所得利息转入退休养老基金项下。

第二十七条 劳动合同制工人的退休养老待遇包括:退休费(含国家规定加发的其他补贴、补助)、医疗费和丧葬补助费、供养直系亲属抚恤费、救济费。

劳动合同制工人退休后,按月发给退休费,直至死亡。退休费标准,根据缴纳退休养老基金年限长短、金额多少和本人一定工作期间平均工资收入的不同比例确定,医疗费和丧葬补助费、供养直系亲属抚恤费、救济费,参照国家有关规定执行。

对缴纳退休养老基金年限比较短的工人,其退休养老费用可以一次发给。

第二十八条 劳动合同制工人退休养老工作,由劳动行政主管部门所属的社会保险专门机构管理,其主要职责是筹集退休养老基金,支付退休养老费用和组织管理退休工人。

第六章 组织管理

第二十九条 劳动合同制工人在企业工作期间,由企业负责管理;在待业期间,由当地劳动行政主管部门所属的劳动服务公司负责管理。

第三十条 劳动行政主管部门有监督、检查劳动合同履行情况的责任和权力。

第三十一条 劳动合同双方发生劳动争议时,应当协商解决;协商无效的,可以向当地劳动争议仲裁委员会申诉,由劳动争议仲裁委员会仲裁;对仲裁不服的,可以向当地人民法院起诉。

第七章 附 则

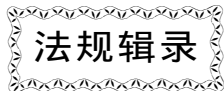
第三十二条 国家机关、事业单位和社会团体在常年性岗位上招用的工人,应当比照本规定执行。

第三十三条 本规定第四、五章不适用矿山、建筑、装卸、搬运行业从农村招用的户、粮关系不变的劳动合同制工人,以及从城镇招用的临时工、季节工,他们的劳动报酬、保险福利待遇,按照国家有关规定执行。

第三十四条 省、自治区、直辖市人民政府可以根据本规定制订实施细则,并报劳动人事部备案。

第三十五条 本规定由劳动人事部负责解释。

第三十六条 本规定自一九八六年十月一日起施行。



全民所有制企业招用农民合同制工人的规定

(国务院 1991 年 7 月 25 日发布)

第一章 总 则

第一条 为了深化全民所有制企业(以下简称企业)劳动制度改革,进一步完善劳动合同制,保障企业和农民合同制工人的合法权益,提高劳动生产率和经济效益,制定本规定。

第二条 企业招用的农民合同制工人是指从农民中招用的使用期限在一年以上、实行劳动合同制的工人,包括从农民中招用的定期轮换工(以下统称农民工)。

第三条 企业招用农民工必须在国家下达的劳动工资计划之内,用于国务院劳动行政主管部门确定的需要从农村中招用劳动力的生产岗位和工种。矿山企业招用农民工须报经省、自治区、直辖市人民政府或其授权的设区的市或相当于设区的市一级(以下简称市)人民政府批准,其他企业招用农民工须报经省、自治区、直辖市人民政府批准。

第四条 农民工在企业工作期间,与所在企业其他职工享有同等的权利。

农民工不转户粮关系,但国家法律、行政法规另有规定的除外。

第二章 招收录用

第五条 企业招用农民工应当公开招收、自愿报名、择优录用,并到当地劳动行政主管部门办理录用手续。

农民工的基本条件是:现实表现好,年满 16 周岁,完成规定的义务教育,身体健康,能够适应本岗位工作。

第六条 企业招用农民工应当遵循就近和选择群众生活困难、劳动力富余的地区招收的原则,需要跨省、自治区、直辖市招收的,须经有关各方的省级劳动行政主管部门批准。

第七条 农民工的试用期一般为 3 至 6 个月,不同工种的具体试用期,由企业根据实际情况确定。

第三章 劳动合同的签订、变更、终止和解除

第八条 企业招用农民工,应该直接与农民工本人签订劳动合同,劳动合同一经签订,即

具有法律约束力。

签订劳动合同,必须遵守国家有关规定,坚持平等自愿、协商一致的原则。

劳动合同签订后,企业应当向当地劳动行政主管部门备案。

第九条 劳动合同的内容应当包括:

- (一)合同期限,试用期限;
- (二)生产、工作岗位及应当完成的任务;
- (三)生产、工作条件;
- (四)劳动报酬及保险福利待遇;
- (五)劳动纪律;
- (六)违反劳动合同的责任;
- (七)双方认为需要规定的其他事宜。

第十条 劳动合同期限应当根据生产、工作需要和保护劳动者身体健康的原则,由企业 with 农民工协商确定。劳动合同期限届满应即终止,经双方当事人同意,可以续订。

第十一条 国务院劳动行政主管部门确定的有害身体健康的工种、岗位,必须招用定期轮换工。企业与轮换工签订的劳动合同期限一般为 3 至 5 年;经企业主管部门同意,报经省、自治区、直辖市人民政府劳动行政主管部门或其授权的市人民政府劳动行政主管部门批准,合同期限最多可为 8 年。合同期限届满应即终止。

第十二条 企业经其主管部门批准转产或者调整生产任务,经劳动合同双方当事人协商同意,可以变更合同。

第十三条 有下列情形之一的,企业可以解除劳动合同:

- (一)试用期内发现不符合录用条件的;
- (二)无故不能完成合同所规定的生产、工作任务的;
- (三)患病或者非因工负伤,医疗期满不能从事原工作的;
- (四)企业经其主管部门批准转产或者调整生产任务,人员多余的;
- (五)企业宣告破产或者濒临破产处于法定整顿期间的;
- (六)按照国家有关规定应予辞退的。

符合本条第(四)项规定解除劳动合同时,须报当地劳动行政主管部门批准。

农民工患有职业病或者因工负伤并经劳动鉴定委员会确认,属于全部或者大部分丧失劳动能力的,以及女农民工在孕期、产假和哺乳期间的,企业不得因此解除劳动合同。

第十四条 农民工被开除、劳动教养或者判刑的,劳动合同自行解除。

第十五条 有下列情形之一的,农民工可以解除劳动合同:

- (一)企业不履行劳动合同,或者违反国家政策、法规,损害工人合法权益的;
- (二)经企业同意,自费考入中等专业以上学校学习的;
- (三)在其户口所在地应征入伍的。

第十六条 任何一方解除劳动合同,必须提前 30 日通知对方。

解除劳动合同,除第十三条第二款规定的情形外,企业应当报当地劳动行政主管部门备案。

一方擅自解除劳动合同给对方造成经济损失的,应当予以赔偿。

第十七条 农民工因劳动合同期满,劳动合同终止执行,或者属于第十三条第(三)、(四)项和第十五条的规定解除劳动合同时,企业应按照其在本企业工作年限,每满一年发给相当于本人1个月标准工资的生活补助费,但最多不超过本人12个月的标准工资。

第四章 工资、保险福利及其他待遇

第十八条 农民工在试用期内享受城镇合同制工人的工资待遇(不含15%左右的工资性补贴);试用期满考核合格的,按照国家有关规定定级,工资形式由企业确定。

农民工的奖金、津贴、保健食品、副食品价格补贴以及节假日等待遇,与城镇合同制工人相同,但国家另有规定的除外。

第十九条 农民工患病或非因工负伤,企业应当根据劳动合同期限长短给予3至6个月的停工医疗期。停工医疗期间的医疗待遇和病假工资与城镇合同制工人相同。停工医疗期满不能从事原工作被解除劳动合同的,由企业发给本人3至6个月标准工资的医疗补助费。

农民工供养的直系亲属,不享受半费医疗待遇。

第二十条 农民工非因工死亡的(含因病死亡),由企业发给丧葬补助费和一次性供养直系亲属救济费。具体发放标准由省、自治区、直辖市人民政府规定。

第二十一条 农民工因工负伤,由企业给予免费医疗。医疗期间,该农民工原标准工资照发。医疗终结经医院证明,并经劳动鉴定委员会确认不能从事该工作的,送回农村妥善安置,由企业按下列办法发给因工致残抚恤费:

- (一)完全丧失劳动能力的,按照城镇合同制工人的抚恤费标准,按月发给,直至死亡;
- (二)大部分丧失劳动能力的,按照该农民工原标准工资的70%,按月发给,直至死亡;
- (三)部分丧失劳动能力的,根据其伤残程度一次性发给。具体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定。

第二十二条 农民工因工死亡的,由企业按照城镇合同制工人享受的同等待遇,发给其家属丧葬补助费和供养直系亲属抚恤费。

第二十三条 第二十一条第(一)、(二)项和第二十二条规定发给的各项费用,经双方协商同意,企业也可以采取一次性支付的办法。具体办法由省、自治区、直辖市人民政府规定。

第二十四条 农民工患职业病的,其医疗和生活待遇,与城镇合同制工人相同。

第二十五条 企业招用农民工,实行养老保险制度。其中,招用农民轮换工,实行回乡生产补助金制度。实行养老保险制度和回乡生产补助金制度的具体办法由省、自治区、直辖市人民政府规定。

第二十六条 农民工在工作期间的劳动保护用品,由企业按照同工种城镇合同制工人的标准发给。农民工离开企业时劳动保护用品未满足使用期限的,应当归还企业或者由企业作价卖给个人。

第二十七条 农民工在工作期间的口粮,按照同工种城镇合同制工人的标准由当地粮食部门根据保量不保价的原则予以保证,其口粮与平价粮的差价部分由企业负担。具体办法由

省、自治区、直辖市人民政府根据实情况规定。

第二十八条 矿山企业根据生产、工作需要,每年可在国家下达的农业户口转为非农业户口的计划指标内,按照不超过合同期限为8年的农民轮换工人数3%的比例,将从事井下采掘生产劳动五年以上的农民轮换工中经业务技术培训考试或考核合格的技术生产骨干,转为城镇户口合同制工人,但须报经省、自治区、直辖市劳动行政主管部门批准后,再到公安、粮食部门申报农业户口转为非农业户口的户粮关系。

第五章 组织管理

第二十九条 企业应当对农民工加强管理,做好思想政治工作,进行安全生产和操作规程教育,组织文化技术培训。

农民工应当积极参与企业管理。

第三十条 根据生产需要,企业可与县、乡签订劳务合同。签订劳务合同的县、乡,应当协助企业做好农民工的招收、更换、伤亡事故处理,以及思想政治和安全教育等工作。

企业应当按月交给签订劳务合同的县、乡不超过农民工当月标准工资3%的管理费。

第三十一条 农民工应当交给所在集体经济组织不超过本人标准工资5%的公益金。农民工所分责任田、自留地应予保留。农民工应当享受与其他村民同等的待遇。

第三十二条 履行劳动合同发生劳动争议时,应当协商解决;协商不成的,按照国家有关劳动争议处理的规定办理。

第三十三条 各级劳动行政主管部门负责监督检查本规定的执行。违反本规定的,应当视情节轻重,由劳动行政主管部门给予经济处罚或者提请有关主管部门对直接责任者给予行政处分。经济处罚的具体办法由国务院劳动行政主管部门会同国务院有关部门规定。

第六章 附 则

第三十四条 省、自治区、直辖市人民政府可以根据本规定制定实施细则。

第三十五条 本规定由国务院劳动行政主管部门负责解释。

第三十六条 本规定自发布之日起施行。1984年6月30日国务院发布的《矿山企业实行农民轮换工制度试行条例》,1984年10月5日国务院批准、1984年10月15日劳动人事部和城乡建设环境保护部发布的《国营建筑企业招用农民合同制工人和使用农村建筑队暂行办法》,1984年12月19日国务院批准、1984年12月27日劳动人事部发布的《交通、铁路部门装卸搬运作业实行农民轮换工制度和使用承包工试行办法》同时废止。

法规辑录

外商投资企业劳动管理规定

第一条 为了保障外商投资企业(以下简称企业)及其职工的合法权益,确立、维护和发展企业与职工之间稳定和谐的劳动关系,根据国家法律、行政法规,制定本规定。

第二条 本规定适用于中华人民共和国境内设立的中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业、中外股份有限公司及其职工。

第三条 县及县级以上各级人民政府的劳动行政部门依据本规定,对企业的用人、培训、工资、保险福利待遇和劳动安全卫生等实行监察。

第四条 企业制定的规章制度,不得违反国家的法律、行政法规。

第五条 企业按照国家有关法律、行政法规,自主决定招聘职工的时间、条件、方式、数量。

企业招聘职工,可在企业所在地的劳动部门确认的职业介绍中心(所)招聘。经当地劳动行政部门同意,也可以直接或跨地区招聘。

企业不得招聘未解除劳动关系的职工。禁止使用童工。

第六条 企业招聘职工时,应当在中国境内招聘中方职工;确需招聘外籍及台湾、香港、澳门地区人员的,必须按照国家有关规定,经当地劳动行政部门批准,并办理就业证等有关手续。

第七条 企业应当建立职业培训制度,对职工进行职业培训。对从事技术工种或有特殊技能要求的职工,须经过培训后,持证上岗。培训经费须按照国家有关规定提取和使用。

第八条 劳动合同由职工个人同企业以书面形式订立。工会组织(没有工会组织的应选举工人代表)可以代表职工与企业就劳动报酬、工时休假、劳动安全卫生、保险福利等事项,通过协商谈判,订立集体合同。

劳动合同、集体合同的内容,应符合国家有关法律、行政法规。

第九条 劳动合同签订后,应当于一个月之内到当地劳动行政部门签证。集体合同订立后,应报送当地劳动行政部门备案。劳动行政部门自收到之日起 15 日内未提出异议的,集体合同即行生效。

第十条 劳动合同期满或双方约定的终止条件出现,劳动合同即行终止,经双方同意,可以续订劳动合同。

劳动合同变更需经双方协商同意,并办理劳动合同变更手续。劳动合同变更内容,可由劳动合同双方商定。

第十一条 有下列情形之一的,企业或职工可以解除劳动合同:

(一)劳动合同当事人协商一致;

(二)试用期内不符合录用条件、职工不履行劳动合同、严重违反劳动纪律和企业依法制定的规章制度,以及被劳动教养或被判刑的,企业可以解除劳动合同;

(三)企业以暴力、威胁、监禁或者其他妨害人身自由的手段强迫劳动;企业不履行劳动合

同或者违反国家法律、行政法规,侵害职工合法权益的,职工可以解除劳动合同。

第十二条 有下列情形之一的,企业在征求工会意见后,可以解除劳动合同,但应提前 30 日以书面形式通知职工本人:

(一)职工患病或非因工负伤,医疗期满后,不能从事原工作或不能从事由企业另行安排的工作;

(二)职工经过培训、调整工作岗位,仍不能胜任工作的;

(三)劳动合同订立时所依据的客观情况发生变化,致使原劳动合同无法履行,经双方协商不能就变更劳动合同达成协议的;

(四)法律、行政法规规定的其他情形。

第十三条 职工患职业病或因工负伤并被确认丧失或部分丧失劳动能力的,职工患病在规定的医疗期内的,女职工在孕其期、产期、哺乳期内的,用人单位不得解除劳动合同。因患职业病或因工致残的职工,若本人要求解除劳动合同,企业应按当地政府规定,向社会保险机构缴纳因工致残就业安置费。

职工患病或非因工负伤的医疗期限按现行规定执行。

第十四条 企业的工资分配,应实行同工同酬的原则。职工工资水平应在企业经济发展的基础上逐年提高。企业职工的工资水平由企业根据当地人民政府或劳动行政部门发布的工资指导线,通过集体谈判确定。

职工法定工作时间内的最低工资,不得低于当地最低工资标准。

第十五条 企业必须以货币形式按时足额支付职工工资,每月至少要支付一次,并为职工代扣、代缴个人所得税。

第十六条 企业应当按照有关规定进行劳动工资统计,并向所在地区劳动行政部门、财政部门及统计部门和企业主管部门报送劳动工资统计报表。

第十七条 企业必须按照国家有关规定参加养老、失业、医疗、工伤、生育等社会保险,按照地方人民政府规定的标准,向社会保险机构按时、足额缴纳社会保险费。保险费应按照国家规定列支。职工个人应按照有关规定缴纳养老保险费。

第十八条 企业应当建立职工《劳动手册》和《养老保险手册》制度,记录职工的工龄、工资及养老、失业、工伤、医疗等社会保险费用的缴纳与支付情况。

第十九条 企业对依照本规定第十一条第一、三款、第十二条规定解除劳动合同的职工,应当一次性发给生活补助费。对依照本规定第十二条一款规定解除劳动合同的,除发给生活补助费外,还应当发给医疗补助费。

第二十条 生活补助费和医疗补助费标准,根据其在本企业的工作年限计算。生活补助费按每满 1 年发给相当本人 1 个月的实得工资;医疗补助费按在本企业工作不满 5 年的,发给相当本人 3 个月的实得工资,5 年以上的为 6 个月实得工资。在本企业工作 6 个月以上不满 1 年的,按 1 年计算。

生活补助费和医疗补助费计发基数,按本人解除劳动合同前半年月平均实得工资计算。

第二十一条 企业按照有关规定宣布解散或经双方协商同意解除劳动合同时,对因工负伤、或者患职业病经医院证明正在治疗或疗养、以及医疗终结经劳动鉴定委员会确认为完全或

者部分丧失劳动能力的职工,享受抚恤待遇的因工死亡职工遗属,在孕期、产期和哺乳期的女职工,以及未参加各项社会保险的职工,应当根据企业所在地区人民政府的有关规定,一次向社会保险机构支付所需要的生活及社会保险费用。

第二十二条 企业职工在职期间的福利待遇,按照国家有关规定执行。

第二十三条 企业应当按照当地人民政府的规定,提取使用中方职工住房基金。

第二十四条 企业职工享受国家规定的节假日、公休日、探亲假、婚丧假、女职工产假等假期。

第二十五条 企业因订立集体合同与工会或工人代表发生争议,争议双方协商不能解决的,可以由当地劳动行政部门组织争议双方协商处理;企业因履行集体合同发生的争议,经双方协商不能解决的,可依法申请仲裁、提起诉讼。

第二十六条 企业的劳动争议、劳动安全卫生、工伤事故报告和处理、工作时间、女职工和未成年工的特殊保护等,按国家规定执行。

第二十七条 企业或者职工一方违反劳动合同,侵害对方利益,给对方造成损失的,应当承担赔偿责任。

第二十八条 企业违反本规定招聘职工的,当地劳动行政部门对企业可以按被招聘者月平均工资的3—10倍处以罚款,并责令其退回招聘的职工。

第二十九条 企业职工工资低于当地最低工资标准的,由当地劳动行政部门责令其限期纠正,企业除按最低工资标准补齐外,还应按实发工资与最低工资标准差额的20%—100%发给职工赔偿金。拒发实发工资与最低工资标准差额及赔偿金的,对企业处以实发工资与最低工资标准差额及赔偿金1至3倍的罚款。

随意加班加点的,应立即改正,不改正的,按超规定总工时数每人当月实得工资的时、日平均数的5倍处以罚款。

第三十条 企业不为职工办理社会保险手续的,应按照劳动行政部门规定的期限补办;不按期缴纳各项社会保险费的,应当从逾期之日起按日加收应缴金额2%的滞纳金。滞纳金分别纳入各项社会保险费用。

第三十一条 企业违反劳动安全卫生规定的,应令其限期改正或停业整顿,并按有关规定处以罚款。

第三十二条 阻挠或拒绝劳动行政部门进行劳动监察的,处以月经营及销售收入1%以下的罚款。

第三十三条 以上各项罚款,当地劳动行政部门应在对其警告后仍不改正的情况下,方可实施。

第三十四条 上述行政处罚,由劳动行政部门依法执行。罚款全部上交国库。

第三十五条 华侨和台湾、香港、澳门投资者在中国大陆投资举办的合资经营企业、合作经营企业和拥有全部资本的企业及股份有限公司,均适用本规定。

第三十六条 本规定由劳动部负责解释。

本规定自发布之日起施行。过去有关外商投资企业劳动管理规定与本规定有抵触的,按本规定执行。



私营企业劳动管理暂行规定

(劳政字[1989]5号)

第一章 总 则

第一条 为了加强私营企业的劳动管理,保障经营者和职工的合法权益,促进私营企业健康发展,根据《中华人民共和国私营企业暂行条例》和有关劳动法规,制定本规定。

第二条 私营企业必须严格执行国家的劳动政策和有关劳动管理的法律规定,建立健全劳动管理制度。

第三条 私营企业职工应当以积极的态度从事劳动,遵守劳动纪律和规章制度,完成生产和工作任务。

第四条 私营企业经营者不得打骂、虐待和侮辱职工。

第五条 本规定适用于城镇私营企业。农村私营企业可参照执行。

第二章 企业用工和劳动合同

第六条 私营企业享有用工自主权,可根据行业特点和生产经营的需要,确定职工数量,招用条件和考核办法。

私营企业用工,应当主要在城镇招收,并向当地劳动行政部门登记。不得招用在校学生,禁止使用未满十六周岁的童工。

第七条 私营企业用工必须按照平等自愿、协商一致的原则,以书面形式签订劳动合同,确定双方的权利、义务。劳动合同签订后,须经当地劳动行政部门鉴证并备案。

私营企业工会有权代表职工与企业签订集体合同。

第八条 劳动合同应包括下列内容:

- (一)对职工劳动的质量和数量要求;
- (二)合同期限;
- (三)劳动条件;
- (四)劳动报酬,保险和福利待遇;
- (五)工作时间,休假;

(六)劳动纪律;

(七)违反劳动合同应承担的责任;

(八)双方议定的其他事项。

第九条 私营企业因转产、调整生产项目,或者由于情况变化,经双方协商同意,可以变更合同的相关内容。

变更后的劳动合同,须报当地劳动行政部门鉴证并备案。

第十条 在下列情况下,私营企业可解除劳动合同:

(一)录用后职工不符合用工条件的;

(二)职工患病或非因工负伤,医疗期满后不能从事原工作又无法安排其他工作的;

(三)按照国务院《关于国营企业辞退违纪职工暂行规定》,属于应予辞退的;

(四)企业歇业、宣告破产,或者濒临破产处于法定整顿期间的。

第十一条 私营企业在下列情况下,不得解除劳动合同:

(一)劳动合同期限未满,又不符合第十条规定的;

(二)职工患有职业病或因工负伤并经医务劳动鉴定委员会确认的;

(三)职工患病或非因工负伤,在规定的医疗期内的;

(四)女工在孕期、产假和哺乳期间的。

第十二条 在下列情况下,职工可以解除劳动合同:

(一)企业违反国家规定,无安全防护设施,劳动安全、卫生条件恶劣,严重危害身体健康的;

(二)企业无力或不按照劳动合同规定支付职工劳动报酬的;

(三)企业不履行劳动合同或者违反国家政策、法规,侵害职工合法权益的;

(四)职工本人有正当理由要求辞职的。

第十三条 私营企业职工被劳动教养,以及受刑事处罚的,劳动合同自行解除。

第十四条 私营企业或职工任何一方解除劳动合同,须提前 10 天通知对方,并办理解除劳动合同的手续,未办理手续而中止合同关系的一方应负法律责任。

企业或职工任何一方违反劳动合同,给对方造成经济损失的,应根据其后果和责任大小,予以赔偿。

企业解除劳动合同,应征求本企业工会组织的意见。

企业解除劳动合同,应报当地劳动行政管理部门备案。

第十五条 私营企业因破产或歇业而解除劳动合同,经营者按工作每满 1 年(超过半年不满 1 年的按 1 年计算)发给职工 1 个月标准工资的辞退费,同时还应对合同期未届满的职工发给合同期内的失业补偿费,其标准为:合同期未届满的时间,每相差 1 年发给相当于本人标准工资 1 个月的补偿费。补偿费合计最高不超过 12 个月本人标准工资。

第三章 工资待遇

第十六条 私营企业有权依照国家法律和有关政策确定企业的工资制度和工资形式。

企业应当每月按期发放工资。超过当月规定发薪日期的,从第6日起每天按拖欠职工本人工资额为1%赔偿职工损失。

第十七条 私营企业职工最低工资不得低于当地同行业集体所有制企业同等条件工人的最低工资水平。男女应同工同酬。

私营企业的工资标准由企业与企业代表或工会组织协商制定,并经当地劳动行政部门同意后实行。

第十八条 私营企业应当根据企业的生产发展,逐步提高职工的工资水平。

第十九条 私营企业除按国家规定交纳税金外,企业经营者和职工的收入超过国家规定限额的,必须照章缴纳个人收入调节税。

第四章 保险待遇

第二十条 国家对私营企业职工退休养老,实行社会保险制度。

企业按职工工资总额的15%左右,职工按不超过本人工资的3%,按月向当地劳动行政部门所属的社会保险事业管理局缴纳退休养老金。企业缴纳的退休养老基金在缴纳所得税前列支。

职工退休后,由社会保险机构依据其缴纳退休养老金数额多少和年限长短确定退休金标准,并按月支付。

第二十一条 私营企业职工参照《国营企业职工待业保险暂行规定》实行失业保险制度。

第二十二条 私营企业职工因工负伤或患职业病,治疗期间工资照发,所需医疗费用由企业支付。医疗终结,经市(县)医务劳动鉴定委员会鉴定,确认为残废的,由企业发给残废金。职工因工死亡或患职业病死亡,由企业发给丧葬费和供养直系亲属抚恤费。残废金、丧葬费和供养直系亲属抚恤费的标准,按照《劳动保险条例》和有关规定执行。

第二十三条 私营企业职工患病或非因工负伤,企业应按其工作时间长短给予3至6个月的医疗期。在医疗期间发给不低于本人工资60%的病假工资。

第二十四条 私营企业女职工生育,按《女职工劳动保护规定》及有关规定执行。

第二十五条 私营企业经营者应从利润中提取适当的职工福利基金,为职工举办集体福利事业。

第五章 劳动安全与卫生

第二十六条 私营企业必须执行国家有关劳动安全与卫生的法规、标准,采取劳动保护措施,改善劳动条件,建立安全生产规章制度,保证安全生产和职工健康,并接受劳动行政部门的监察和工会组织的监督。

第二十七条 企业经营者对企业的安全生产负有全面责任。企业对从事关系到人身健康、生命安全的行业或者工种的职工必须采取特殊保护措施,在保证职工安全和健康的前提下,组

织生产经营活动。

第二十八条 私营企业生产经营场所和设施应符合国家规定的要求,各类设备的安全卫生防护装置必须齐全,有关技术条件应符合国家标准。

第二十九条 私营企业在从事矿山及锅炉、压力容器、起重机械等危险性较大的生产设备的设计、制造、安装、维修作业时,必须按照国家有关规定,经审查取得相应资格证书后,才可报工商行政管理部门核发营业执照。

第三十条 私营企业应对职工从事的作业进行正确有效的管理,进行安全教育和技术培训、制定安全操作规程。对从事特种作业职工,必须进行专业训练,并经劳动行政部门考核合格发证后持证上岗操作。

私营企业应有专人定期对生产场所、危险设备进行安全检查,消除事故隐患,纠正违章。

第三十一条 私营企业应当对从事有毒有害作业的职工定期实施体检及其他有利于职工健康的措施。

企业应当根据劳动生产需要,按照国家规定发给劳动保护用品。

企业应当做好女职工和未成年工(16~18周岁)的劳动保护工作,不得安排不适合他们从事劳动的工种。

从事有易燃、易爆和有毒有害作业的私营企业的厂(矿)长,必须经过安全培训,并经劳动行政部门考核发证,未经考核发证者不得出任厂(矿)长。

第三十二条 私营企业发生职工因工伤亡事故、急性中毒、职业病以及锅炉压力容器设备损坏、矿山重大非伤亡事故时,应及时报告当地劳动行政部门和工会组织,并接受他们对事故的调查处理。

第三十三条 私营企业应实行每日不超过8小时工作制,因生产需要确需延长工作时间时,须经职工本人同意,并发给职工加班工资。日加班时间不得超过3小时,连续加班不得超过3天。连续加班,工时过长,影响职工身体健康的,工会可以提出意见,当地劳动部门有权予以制止,禁止安排未成年工、孕期、哺乳期女职工加班加点。

第六章 劳动争议

第三十四条 私营企业发生的劳动争议,双方当事人应及时协商解决。协商不能解决的,可向当地劳动争议仲裁委员会申请仲裁,劳动争议仲裁委员会可参照《国营企业处理劳动争议暂行规定》处理。

第七章 附 则

第三十五条 私营企业应按照国家有关规定,向所在地劳动行政部门报送劳动工作的有关统计报表。

第三十六条 私营企业违反本规定,由劳动行政部门视其情节轻重,给予处罚、罚款,

提请工商行政部门管理责令停业或吊销营业执照,直至追究刑事责任。

第三十七条 本规定由劳动部负责解释,并由各级劳动行政管理部门监督实施。

第三十八条 本规定自公布之日起施行。



违反和解除劳动合同的经济补偿办法

第一条 为了规范违反和解除劳动合同对劳动者的经济补偿标准,根据《中华人民共和国劳动法》的规定,制定本办法。

第二条 对劳动者的经济补偿金,由用人单位一次性发给。

第三条 用人单位克扣或者无故拖欠劳动者工资的,以及拒不支付劳动者延长工作时间工资报酬的,除在规定的时间内全额支付劳动者工资报酬外,还需加发相当于工资报酬百分之二十五的经济补偿金。

第四条 用人单位支付劳动者的工资报酬低于当地最低工资标准的,要在补足低于标准部分的同时,另外支付相当于低于部分百分之二十五的经济补偿金。

第五条 经劳动合同当事人协商一致,由用人单位解除劳动合同的,用人单位应根据劳动者在本单位工作年限,每满一年发给相当于一个月工资的经济补偿金,最多不超过十二个月。工作时间不满一年的按一年的标准发给经济补偿金。

第六条 劳动者患病或者非因工负伤,经劳动鉴定委员会确认不能从事原工作、也不能从事用人单位另行安排的工作而解除劳动合同的,用人单位应按其在本单位的工作年限,每满一年发给相当于一个月工资的经济补偿金,同时还应发给不低于六个月工资的医疗补助费。患重病和绝症的还应增加医疗补助费,患重病的增加部分不低于医疗补助费的百分之五十,患绝症的增加部分不低于医疗补助费的百分之百。

第七条 劳动者不能胜任工作,经过培训或者调整工作岗位仍不能胜任工作,由用人单位解除劳动合同的,用人单位应按其在本单位工作的年限,工作时间每满一年,发给相当于一个月工资的经济补偿金,最多不超过十二个月。

第八条 劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化,致使原劳动合同无法履行,经当事人协商不能就变更劳动合同达成协议,由用人单位解除劳动合同的,用人单位按劳动者在本单位工作的年限,工作时间每满一年发给相当于一个月工资的经济补偿金。

第九条 用人单位濒临破产进行法定整顿期间或者生产经营状况发生严重困难,必须裁减人员的,用人单位按被裁减人员在本单位工作的年限支付经济补偿金。在本单位工作的时间每满一年,发给相当于一个月工资的经济补偿金。

第十条 用人单位解除劳动合同后,未按规定给予劳动者经济补偿的,除全额发给经济补偿金外,还须按该经济补偿金数额的百分之五十支付额外经济补偿。

第十一条 本办法中经济补偿金的工资计算标准是指企业正常生产情况下劳动者解除合同前十二个月的月平均工资。

用人单位依据本办法第六条、第八条、第九条解除劳动合同时,劳动者的月平均工资低于企业月平均工资的,按企业月平均工资的标准支付。

第十二条 经济补偿金在企业成本中列支,不得占用企业按规定比例应提取的福利费用。

第十三条 本办法自一九九五年一月一日起执行。

二、怎样订立集体合同

(一)订立集体合同应遵循哪些原则

集体合同的订立,是集体合同当事人双方依法就集体合同的主要条款经过协商一致,达成协议的法律行为。集体合同一经订立,就具有法律约束力,因而当事人在订立集体合同时就必须严格按照法律、法规规定的条件和程序,不得任意签订集体合同。否则,集体合同的效力就会受到影响。因此,在订立集体合同时,除要求当事人严肃认真地对待外,还必须遵循一定的基本原则。具体来说,集体合同当事人在订立集体合同时必须遵循的原则主要包括如下方面:

1. 合法原则

集体合同是一法律协议,其签订行为是当事人的双方法律行为,因而必须遵守法律、法规 and 政策的有关要求,履行法定的手续。所谓合法原则,包括订立集体合同的程序合法和集体合同的内容合法两个方面。

订立集体合同的程序合法,主要是指当事人双方在集体合同的起草、协商、签字、登记等各个环节上,都应按照法律规定的程序进行。违反法律规定的签订程序,集体合同的合法性就会受到影响。尤其是在目前我国还没有颁布集体合同法的情况下,更应遵守集体合同的签约程序,严格按法定或规定程序进行。

集体合同的内容合法,是指当事人在集体合同中确立的各项条款,必须符合法律的规定。不得违背法律、法规的要求或损害国家利益和社会公德。主要包括集体合同所规定的标准条件应符合国家劳动法律以及其他有关法律、法规的原则要求。如改进劳动组织,不断提高劳动生产率;各尽所能,按劳分配;在发展生产的基础上,提高劳动者的劳动报酬和保险福利;保障职工参加企业的民主管理;劳动者有劳动休息权和获得劳动保护的权利等等。集体合同中不仅要规定生产劳动条件,而且还要规定职工的工资、保险和福利以及职工应遵守的劳动纪律规则。这些内容对劳动者关系重大,而且国家对此也有原则要求,企业行政在签订劳动合同时就应该严格按照国家已经确定的劳动条件标准确定集体合同的基本条款,低于甚至违反这些条件标准,企业行政与工会确立的集体合同就是违法的。内容合法还包括集体合同当事人约定的合同条款不得损害国家利益、社会利益和公共道德。如果企业行政与工会约定的集体合同条款显然违背国家利益、社会利益或社会公德,其内容不仅是违法的,而且造成严重后果的,则会追究其领导人和直接责任人员的法律责任。

此外,合法原则还应包括集体合同的形式合法。所谓集体合同的形式要合法,是指集体合

同必须采取国家法律规定的形式。一般来说,合法的集体合同必须采用书面形式,而且还得履行必要的登记备案手续。当事人订立的集体合同,只有在遵守国家法律和政策的基础上,才能得到国家的认可,获得法律保护。否则,即使集体合同是当事人双方自愿订立的,也不具有法律约束力。

2. 平等自愿、协商一致原则

平等自愿,是指集体合同双方当事人的法律地位平等,在政治上、经济上都不存在任何依赖关系。也就是说,集体合同的双方当事人在订立集体合同时,没有任何隶属关系、主从关系,不存在经济上的依附关系。双方都是依照法律规定,在经过平等协商的基础上订立集体合同的。凡是有不平等的强制行为,都是违反该原则的,建立在强制基础上的不平等的集体合同当然是没有法律效力的。

集体合同在订立时要严格贯彻平等自愿、协商一致的原则,这既是集体合同订立这一法律行为本身所要求的,也是法律行为要坚持当事人意思表示真实的反映。只有在当事人平等自愿、协商一致的基础上订立的集体合同,才是真正体现当事人意愿,能够为当事人所认真履行的合同。否则,那种依仗权势,通过胁迫手段订立的强加于人的不平等合同,是不会实现当事人订立集体合同目的的。在实践中,由于我国还没有颁行集体合同法,再加上当事人的法律意识还很薄弱,出现了有些企业的行政领导,错误地理解其享有的决策、指挥权,在订立集体合同时,强行要求工会接受其条件,这种作法是不合法的,也是违背平等自愿,当事人意思表示一致原则的。当然,当事人一方的工会在订立集体合同时,也应应以国家利益为重,正确处理职工利益和国家利益的关系,不能只片面强调职工方面的要求,对企业行政提出过高的要求和限制,而是要在实事求是、平等协调的基础上,和企业行政方面签订符合国家总体利益又体现职工具体利益并能为企业行政所接受的集体合同条款。

3. 当事人权利义务相一致原则

集体合同双方当事人的权利义务要体现一致性原则。即不论是企业行政的义务还是工会方面的义务,都要体现在发展的基础上改善职工物质生活条件的目的。同时在确定各自承担的义务时,要体现权利义务相对应的原则。任何一方都不能只享受权利而不承担义务,或片面强调自身利益而忽视对方利益。而应在总体目标一致的基础上,合理确定各自应承担的义务,尽可能实现各自的具体利益。

(二)集体合同的形式

集体合同的形式就是集体合同双方当事人订立集体合同的意思表示方式。集体合同当事人意思表示一致的具体表现形式,由国家法律规定或当事人双方具体约定。

集体合同是一种法律协议,它具有一般合同所具有的共同特征。一般来说,合同可以采用口头形式也可以采用书面形式。口头形式简便、迅速;书面形式正式、庄重。但口头形式容易出现争执,一旦发生争议难以确定事实真伪,因此法律规定,一般来说,集体合同更应采取书面形式。

集体合同的口头形式,是双方当事人通过口头交谈(包括电话)进行意思表示而订立的合同。一般适用于一些目标的数量不大,能及时清结的合同关系。书面集体合同,是指双方当事

人通过书面形式进行意思表示而订立的合同,它一般适用于目标的数量较大,内容比较复杂的合同关系。书面合同又可以分为普通书面合同和特殊书面合同。凡内容合法,只需当事人达成书面协议,不需要再履行其它手续,合同即可成立的就是普通书面合同。如公民之间或公民与法人之间因房屋租赁关系、保险关系、加工承揽关系等所签订的书面合同,就是普通书面合同。特殊书面合同是指需要签证、公证或有关部门核准登记的书面合同,如法人之间订立的目标数量大、当事人均要求经过公证才能生效的合同。集体合同就属于书面合同中需要核准登记的特殊书面合同。我国在建国初期颁发的《关于私营工商企业劳资双方订立集体合同的暂行办法》中规定,各行各业的劳资集体合同,系以规定劳动关系为目的的一定时间的书面合同,集体合同须由双方代表签字,申请劳动局批准施行。又如1953年10月17日,中央人民政府纺织工业部和中国纺织工会全国委员会在《关于在国营工厂中签订集体合同的联合指示》中指出,集体合同的批准手续为:各地各厂的集体合同,须由各纺织局与中国纺织工会各区、省、市委员会批准,向中央人民政府纺织工业部、中国纺织工会全国委员会和当地人民政府劳动局、地方工会联合会备案。各地重点厂的集体合同除由各纺织工业管理局与中国纺织工会各区、省、市委员会批准外,并须经中央人民政府纺织工业部与中国纺织工会全国委员会批准。集体合同的这种特殊书面形式,具有以下特点:一是内容明确、义务清楚,便于履行;二是便于国家和当事人上级机关监督;三是有据可查,一旦发生争议易于举证,便于纠纷的处理。

我国目前还没有颁布集体合同法,但从一些试用集体合同形式确定当事人权利义务的企业、行业和工厂来看,集体合同多数采用特殊书面形式。集体合同的特殊书面形式体现了国家的监督职能,有利于国家对劳动关系进行宏观调控。集体合同的形式从其形成和发展来看,经历了从口头契约到书面形式,再到特殊书面合同的过程。在集体合同的形成和早期发展阶段,资本主义国家在个人自由、私有资产不可侵犯和契约自由三大原则的指导下,风行当事人自由意志主义,即由当事人双方自由约定,不需要政府采取干预。这样,当时的集体合同形式没有严格的规定,既有口头形式,也有书面约定。但由于集体合同当事人之间经济地位过分悬殊,存在着雇主凭借经济优势强迫劳动者接受其所提协议条件的不平等作法,这种不公平的集体合同侵犯劳动者的基本权利,因而受到劳动者的激烈反对,他们联合起来和资本家展开斗争,虽然这样做迫使资本家改变了一些条款内容,但也损害了国家的经济发展,于是资本主义国家开始倾向于采取干预政策,因而集体合同的形式也由自由约定的口头契约发展成为特殊的书面形式。国家干预不仅体现在对集体合同内容进行限制,而且也表现在对集体合同的形式要求上。现在,无论是资本主义国家还是社会主义国家,法律都明确规定集体合同必须按某种程序订立。否则,所签订的集体合同无效。而且订立集体合同必须向政府主管官署或其他有关机关登记备案。

我国从50年代开始,集体合同就一直采用特殊书面形式,这不仅是出于保护劳动者合法权益的考虑,而且也是国家经济利益的必然要求,体现了国家监督和群众监督的一致性。因为当时的企业,不论是私营还是国营,都直接或间接地服务于国家的计划任务。用书面合同形式把劳资双方或企业行政与职工双方在发展生产、改善劳动组织和劳动条件等方面各自承担的义务明确规定下来,并向当地政府劳动部门和企业主管机关及上一级工会登记备案,有利于增强国家对集体合同订立和履行的监督,也有利于提高企业行政和劳动者的责任心。

我国实行社会主义市场经济体制,多种经济成份并存决定了我国的集体合同制度在当事人权利义务上的差异性。为了加强对劳动关系的宏观调控,保护劳动者的合法性,建立稳定、协调、和谐的劳动关系,有必要在未来的集体合同法律制度和有关的法律、法规上规定集体合同的特殊书面形式。这既符合我国的国情,也与国际集体合同立法的趋势相一致。

(三)集体合同的主要内容

集体合同写作格式包括下面几方面。

1. 集体合同名称

集体合同应在卷首标明合同的名称和适用年代。如“×××工厂 1995 年度集体合同”,“××公司 1995 年集体合同”,或在“××商场集体合同”下面另起一行注明年代。

2. 序言

序言是集体合同正文前的一段叙述文字,多写明签订本集体合同的目的和意义等内容。也可以不写,而把正文部分的第一章作为总则部分,用条文的形式介绍一下签订集体合同的目的和某些原则性问题。

3. 正文

正文是双方议定的基本条款。这些条款包括对生产的计划指标,职工工资福利等问题作出的规定;为达到各项指标以及改善职工的劳动条件和生活条件的措施;违反合同的责任;集体合同变更、解除的条件和集体合同履行期间监督检查;集体合同的期限等内容。

4. 结尾

结尾是集体合同不可缺少的部分,结尾部分的内容多放在“附则”一章中,集体合同正本、副本的份数及法律效力,正本保管何处,备案单位;集体合同双方当事人签名盖章;集体合同的签订年、月、日;合同附件及其他应注明的有关事项。

(四)集体合同当事人有哪些权利和义务

集体合同制度是一种法律制度。集体合同的双方当事人依法订立合同以后,相互之间就产生了一定的权利义务关系。集体合同的权利和义务,从其性质来分,可以分为法定的权利义务和约定的权利义务。

所谓法定的权利义务,是指国家法律、法规和政策中所规定的集体合同当事人所必须履行的义务。如果从法理上分析,法定的权利义务是属于义务性规范、强制性规范,具有绝对的法律效力,不取决于集体合同双方当事人的意志。也就是说,不管集体合同书中是否规定,都不影响它的效力的发挥。如劳动的安全与卫生条件、职工的奖惩办法等内容,在国家的有关法律、法规及政策等规范性文件已作出明确规定。而集体合同中包括这些内容,也只是为了结合本单位实际情况加以贯彻执行。所以,集体合同的当事人双方都应认真执行这种义务性、强制性的规范,不能自行其事,随意改变。

集体合同约定的权利义务,是指在不违背法律、法规、政策规定的情况下,集体合同双方当事人协商规定的义务。从法理上看,它是属于授权性规范、任意性规范。集体合同的当事人对约定的权利和义务可以协商变更;如有变更,合同书中必须写上;如没有变更,合同书中也无须

重复,比如增加某项生活福利或文化设施等。

从集体合同书中所规定的权利和义务的内容来看,占主导地位的应是约定的权利和义务。因为法定的权利义务是法律明文规定的当事人必须遵守的,只要合同当事人在合同中涉及到此类事项,都必须遵守此类规定,没有必要在集体合同中对此作太多规定。当然,凡是具有法律约束力的集体合同,当事人在合同中约定的义务,在集体合同有效期内,具有等同法定义务的效力,当事人必须严格执行,否则,要受到法律制裁;当事人在合同中的权利,也同样是受法律保护的。如果这些权利受到侵犯时,当事人有权通过法律手段获赔偿或强制要求义务人履行。集体合同当事人的权利义务,与其合同的具体类别(即属哪一类集体合同)有着密切的联系,不过下面所列权利义务将是所有集体合同当事人必须履行的基本权利义务。

1. 企业行政一方的权利义务

企业行政的权利和义务是集体合同内容中极其重要的一部分。根据各地集体合同的实践来看,企业行政方面的权利主要有:

(1)企业的厂长(经理)对企业的日常生产经营和行政管理享有指挥权、决定权。

(2)厂长(经理)负责组织实施集体合同已确立的目标和任务,有权制定具体的实施方案,采取必要的奖惩措施。

(3)对影响实现集体合同目标的一切不合理要求,厂长(经理)有权拒绝。

企业行政方面的义务主要有:

(1)执行国家的有关法律、法规和政策。

(2)建立健全经济责任制,确保集体合同目标的实现。

(3)在发展生产、提高经济效益的基础上,兴办职工集体福利事业。

2. 职工集体一方的权利和义务

职工集体作为集体合同的关系人之一,同样享有一定的权利和承担相应的义务。具体而言,职工集体的权利主要有:

(1)职工集体有权通过职工代表、职代会对厂长实行监督,批评或向厂长提出合理化建议。

(2)根据集体合同内容完成情况,对厂长(经理)实行奖惩。

(3)有权监督企业行政对集体合同的执行情况。

(4)有权维护自己的合法权益。

(5)有权享受企业行政的奖励和表彰。

职工集体的主要义务有:

(1)全体职工对完成集体合同规定的目的和措施,负有与企业行政同样的风险责任。

(2)全体职工必须保质保量地完成企业行政交付的生产任务,以确保集体合同规定的各项目标和任务的实现。

(3)全体职工必须遵守厂规厂纪。

(4)全体职工都必须服从企业行政的生产调度和指挥。

3. 企业工会的权利和义务

企业工会作为集体合同的一方当事人,同样享有一定的权利和负有一定的义务。主要来说,企业工会的权利主要有:

(1)依法享有监督行政方面贯彻执行国家劳动法律、法规和方针政策的权利。

(2)在实现集体合同的过程中,工会有权定期检查集体合同的执行情况。

企业工会的主要义务有:

(1)企业工会有义务对职工开展思想政治教育工作,开展民主管理和企业精神教育以及遵纪守法教育等。

(2)积极组织职工开展各种形式的劳动竞赛和岗位练兵,提高职工的技术水平。

(3)开展群众性的技术革新和合理化建议活动。

(4)贯彻劳动保护法规,发挥职工群众劳动保护组织的作用,提高职工自我保护的能力,确保安全生产。

(5)搞好工会自身建设,提高工会的组织水平和参与企业决策活动的 ability。

(6)积极开展各项文体活动,活跃职工的文化生活。

集体合同当事人的权利义务并不是一成不变的,它随着经济的发展和国家劳动法制的健全会有所改变和加强。况且,我国目前还没有颁布专门的集体合同法规,上面所列权利义务主要是各项试行集体合同的经验总结和通行作法,相信随着集体合同法制的建立和健全,集体合同当事人的权利义务会更加明确和具体,这对国家和集体合同当事人来说都是非常必要的。

(五)订立集体合同的步骤和程序

集体合同的签订程序,是集体合同当事人双方将约定的集体合同内容用书面形式表达出来的具体程序。一个集体合同的订立,要履行许多必要的手续,这些手续的运作就是当事人订立集体合同的行为过程。按照我国五十年代的实践经验和现行试行的作法以及国际上的惯例,集体合同的签订工作,可以分为签订前的准备工作和签订程序两部分。前者是当事人各自应当开展的工作,后者是集体合同的签订程序。

1. 集体合同签订前的准备工作

(1)检查和总结上一年度集体合同的执行情况,收集职工对新集体合同草案的建议和要求。这是集体合同订立工作的一项基础性工作,是订立新集体合同的必要准备。按照这一要求,企业行政一方当事人应当在厂长领导下,由企业行政部门承担日常工作。工会一方当事人应以企业工会所属的各工作委员会为中心,吸收广大职工参加,尽可能多收集职工的建议。

企业工会委员会所属的各工作委员会。应在总结上年度集体合同履行情况的基础上,分别参与新集体合同的草案拟定工作。

(2)拟定集体合同草案。企业行政应在检查和总结上年度集体合同履行情况和广泛征求职工意见的基础上起草集体合同草案。企业工会在各专门委员会提出了与自己有关部分的建议以后,应将各部门建议综合整理成集体合同草案文本,并就文本的内容展开讨论。集体合同草案经企业工会委员会讨论通过后,应在各车间和科室公布,以便职工了解合同内容。然后由行政和企业工会委员会共同审查职工的修改意见和建议,并根据职工的意愿再次修订集体合同草案。企业工会委员会和单位行政在拟定集体合同草案时应根据国家有关集体合同的法律、法规,企业上级主管部门及上级工会有关集体合同的文件,并参考集体合同文本。由于集体合同的内容与职工的利益的密切相关,因此,目前不少企业的签订集体合同时先由工会提出集体

合同草案文本作为协商的基础。但这丝毫不意味集体合同签订前的准备工作仅由工会承担。事实上集体合同作为一种法律文件,草案文本既可以由工会提出,也可以由企业行政提出,还可以由工会和行政共同组织起草。当然不论草案由谁提出,都必须符合法律、法规的规定,不得违反法律和当事人的真实意志。

2. 集体合同的签订程序

集体合同的签订大体经过协商、审议、签字与登记备案四个程序。

(1)协商。协商在资本主义国家里被称作谈判。通过谈判来确定集体合同当事人的权利义务是集体合同的基本要求。不过由于资本家和工人的利益根本冲突,因而常常会发生罢工或停业。在社会主义国家,集体合同是建立在双方当事人根本利益相同或相似基础上,一般说来,通过协商是可以确定集体合同的,因而也就不存在采取罢工或停业等激进的促成措施。在我国,集体合同草案拟定后,不论是由哪一方当事人提出的草案文本,双方当事人无正当理由都不得拒绝。对集体合同内容有不同看法,应由企业行政领导与企业工会委员会进行协商,以补充或修改集体合同草案。在协商过程中,当事人双方应平等相待,贯彻公平、自愿的权利义务对待原则。不得出现一方当事人强迫另一方当事人接受合同条件的现象。协商作为签订集体合同的必经程序,是法律规定当事人必须履行的手续。违反协商原则不仅不利于集体合同内容的顺利签订,而且还会影响集体合同的履行。

(2)审议。集体合同草案经当事人协商修改后,应提交职工代表大会或职工大会审议。以便使广大职工了解集体合同的内容、熟悉各自的权利义务。

(3)签字。集体合同经职工代表大会或职工大会审议通过后,应交由企业行政领导人(法人代表)和工会主席签字,集体合同经双方法定代表人签字后即告成立。签字后的集体合同不得因双方法人代表的变更而变更或解除。签字是集体合同订立过程中的一个必要手续,也是集体合同的形式要件,不得轻视或不履行签字手续。实践中有些企业存在集体合同经过职代会审议即行成立的现象,这样做是不合法的。

(4)登记。集体合同签字后,应在一定期限报请集体合同管理机关登记。如果登记机关在登记时发现集体合同有违反国家法律、法规的内容,应指令当事人予以修改,待错误部分删除或修正后才能登记。我国现行集体合同实践中的通行作法是,集体合同签字后,在3日内将合同文本及全部附件一式三份提请集体合同管理机关登记。登记机关应在接到登记申请后7日内办理完登记手续,合同内容有违法行为时,须在违法部分修改后再行登记。

(5)公布。集体合同登记生效后,企业行政应将集体合同文件复制多份,在不迟于1个月内通知全体职工,不得延误。集体合同应张贴在车间、科室或其他引人注目的地方,也可以放在专门公布集体合同内容的橱窗内,总之便于广大职工知晓。

集体合同在履行完上述程序和工作后,即宣告集体合同订立工作的结束。

法规辑录

集体合同规定

第一章 总 则

第一条 为指导和规范集体协商及签订集体合同,协调处理集体合同争议,加强集体合同管理,根据《中华人民共和国劳动法》和《中华人民共和国工会法》的有关规定,制定本规定。

第二条 本规定适用于中华人民共和国境内的各类企业。

第三条 企业职工一方与企业进行集体协商、依法签订的集体合同对企业和企业全体职工具有约束力。

第四条 集体合同应由县级以上人民政府劳动行政部门审查。

第二章 集体合同签订

第五条 集体合同是集体协商双方代表根据法律、法规的规定就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项在平等协商一致基础上签订的书面协议。

第六条 集体合同应当包括以下内容:

- (一)劳动报酬;
- (二)工作时间;
- (三)休息休假;
- (四)保险福利;
- (五)劳动安全与卫生;
- (六)合同期限;
- (七)变更、解除、终止集体合同的协商程序;
- (八)双方履行集体合同的权利和义务;
- (九)履行集体合同发生争议时协商处理的约定;
- (十)违反集体合同的责任;
- (十一)双方认为应当协商约定的其他内容。

第七条 集体协商是指企业工会或职工代表与相应的企业代表,为签订集体合同进行商谈的行为。

第八条 集体协商代表每方为三至十名,双方人数对等,并各确定一名首席代表。工会一

方首席代表不是工会主席,应由工会主席书面委托。

双方应另行指定一名记录员。

第九条 企业代表,由其法定代表人担任或指派。

职工一方由工会代表;未建立工会的企业由职工民主推举代表,并须得到半数以上职工的同意。

第十条 协商代表一经产生,无特殊情况,必须履行其义务。遇不可抗力造成空缺的,应按照本规定第九条指派或推举新的协商代表。

第十一条 职工一方代表在劳动合同期内自担任代表之日起五年以内除个人严重过失外,企业不得与其解除劳动合同。

个人严重过失包括严重违反劳动纪律或用人单位规章制度和失职,营私舞弊,对用人单位利益造成重大损害以及被依法追究刑事责任等。

第十二条 集体协商应遵守法律、法规的规定和平等、合作的原则。任何一方不得有过激行为。

第十三条 集体协商的内容、时间、地点就由双方共同商定。

在不违反有关保密法律、法规的规定和不涉及企业商业秘密的前提下,协商双方有义务向对方提供与集体协商有关的情况或资料。

第十四条 协商未达成一致或出现事先未预料的问题时,经双方同意,可以暂时中止协商。协商中止期限最长不超过六十天。具体中止期限及下次协商的具体时间、地点、内容由双方共同商定。

第十五条 集体合同签订人为双方的首席代表。

第十六条 集体合同期为一至三年,在集体合同规定的期限内,双方代表可对集体合同履行情况进行检查。经双方协商一致,也可对集体合同进行修订。

第十七条 集体合同期限满或双方约定的终止条件出现,集体合同即行终止。

第十八条 在集体合同期限内,由于签订集体合同的环境和条件发生变化,致使集体合同难以履行时,集体合同任何一方均可提出变更或解除集体合同的要求。

签订集体合同的一方就集体合同的执行情况和变更提出商谈时,另一方应给予答复,并在七日内双方进行协商。

第十九条 集体合同双方协商一致,对原集体合同进行变更或修订后,应在七日内报送劳动行政部门审查。

第二十条 经集体合同双方协商一致,可以解除集体合同。但应在七日内向审查该集体合同的劳动行政部门提交书面说明。

第三章 集体合同审查

第二十一条 县级以上人民政府劳动行政部门的劳动合同管理机构负责集体合同的审查。

第二十二条 集体合同签订后,应当在七日内由企业一方将集体合同一式三份及说明报送劳动行政部门。

第二十三条 地方各类企业和不跨省(自治区、直辖市)的中央直属企业集体合同报送的管辖范围,由省(自治区、直辖市)劳动行政部门确定。

全国性集团公司、行业性公司以及跨省(自治区、直辖市)企业的集体合同报送国务院劳动行政部门或由国务院劳动行政部门指定的省(自治区、直辖市)劳动行政部门。

第二十四条 集体合同审查包括以下内容:

- (一)合同双方的资格是否符合法律、法规的规定;
- (二)集体协商是否按照法律、法规规定的原则和程序进行;
- (三)集体合同中的各项具体劳动标准是否符合法律、法规规定的最低标准。

第二十五条 集体合同的审查按以下程序进行:

- (一)登记、编号;
- (二)审查;
- (三)制作《集体合同审查意见书》;
- (四)备案、存档。

第二十六条 劳动行政部门在收到集体合同书后十五日内应将《集体合同审查意见书》送达集体合同双方代表。《集体合同审查意见书》包括以下内容:

- (一)集体合同双方的名称、地址、代表人姓名与身份证号码;
- (二)集体合同的收到时间;
- (三)审查意见;
- (四)通知时间;
- (五)劳动行政部门印章。

第二十七条 劳动行政部门自收到集体合同文本之日起十五日内未提出异议的,集体合同即行生效。

第二十八条 签订集体合同双方在收到劳动行政部门的审查意见书后,对其中无效或部分无效的条款应进行修改,并于十五日内报送劳动行政部门重新审查。

第二十九条 经劳动行政部门审查的集体合同,双方应及时以适当的形式向各自代表的全体成员公布。

第四章 集体合同争议处理

第三十条 地方各类企业和不跨省(自治区、直辖市)的中央直属企业因签订集体合同发生争议的处理,由省(自治区、直辖市)劳动行政部门确定管辖范围。

全国性集团公司、行业性公司以及跨省(自治区、直辖市)的中央直属企业因签订集体合同发生的争议,由国务院劳动行政部门指定有关省(自治区、直辖市)劳动行政部门受理,或由国务院劳动行政部门组织有关方面协调处理。

第三十一条 县级以上人民政府劳动行政部门的劳动争议协调处理机构是受理和协调处理签订集体合同争议的日常工作机构。

第三十二条 因签订集体合同发生争议,双方当事人不能自行协商解决的,当事人一方或

双方可向劳动行政部门的劳动争议协调处理机构书面提出协调处理申请,未提出申请的,劳动行政部门认为必要时可视情况进行协调处理。

第三十三条 劳动行政部门协调处理因签订集体合同发生的争议时,应组织同级工会代表、企业方面的代表以及其他有关方面的代表共同进行。

第三十四条 因签订集体合同发生争议的协调处理机构的主要职责是:

- (一)调查了解争议的情况;
- (二)研究制定协调处理争议的方案;
- (三)对争议进行协调处理;
- (四)制定《协调处理协议书》并监督处理结果的执行;
- (五)统计归档并将处理结果报上级劳动行政部门备案;
- (六)必要时向政府报告并提出有关建议。

第三十五条 劳动行政部门处理因签订集体合同发生的争议,应自决定受理之日起三十日内结束。争议复杂或遇影响处理的其他客观因素需要延期时,延期最长不得超过十五日。

第三十六条 协调处理因签订集体合同发生的争议,双方当事人应各选派代表三至十名,并指定一名首席代表参加。代表产生的方式按本规定第九条办理。企业不得在此期间解除与职工代表的劳动关系。

第三十七条 争议双方及其代表应如实提供有关情况和材料。

第三十八条 协调处理因签订集体合同发生的争议结束后,由劳动行政部门制作《协调处理协议书》,双方当事人首席代表和协调处理负责人共同签字盖章。《协调处理协议书》下达后,双方应当执行。

第三十九条 因履行集体合同发生的争议依据《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》处理。

第五章 附 则

第四十条 实行企业化管理的事业单位与其职工进行集体协商、签订集体合同以及因签订和履行集体合同发生的争议,依照本规定执行。

第四十一条 本规定自一九九五年一月一日起施行。

第五章 怎样订立其它各类合同

一、怎样订立房屋买卖合同

(一) 买卖合同的概念特征

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，须经县级以上人民政府批准。”

(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、怎样订立房屋租赁合同

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、市和工矿区内的所有私房、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,须经县级以上人民政府批准。

(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、怎样订立民间借贷合同

借贷合同,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,他方到期返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、怎样订立物品寄存合同

(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,还必须要有交付保管物的事实,合同才成立。

(2)寄存合同可以是有偿的,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、怎样订立旅客运输合同

(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、怎样订立保险合同

(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的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。投保人可以别人的利益投保,或为自己掌握的他人的财产投保,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,但如果投保人要表示要签约,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时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、怎样订立委托合同

(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)委托合同可以是有偿的，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、怎样订立行纪合同

(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、怎样订立居间合同

(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、怎样订立赠与合同

(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。

第三篇

第三篇

怎样办理合同公证与合同鉴证

第一章 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间的各种法律行为,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,只证明双方当事人在合同上签字、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:“对于追偿债权、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权和物品的文书。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追偿债权、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权、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经济合同。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书证明,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》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》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)：

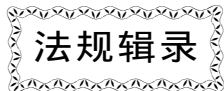
你(或单位)申请办理××××公证事项,经本处审核调查,认为……(不真实或不合法或不可行又坚持不接受本处的修改建议)。现根据《中华人民共和国公证暂行条例》第六条规定,本处决定不予公证。特此通知。

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)



中华人民共和国公证暂行条例

(1982 年 4 月 13 日国务院发布)

第一章 总 则

第一条 为健全国家公证制度,以维护社会主义法制,预防纠纷,减少诉讼,特制定本条例。

第二条 公证是国家公证机关根据当事人的申请,依法证明法律行为、有法律意义的文书和事实的真实性、合法性,以保护公共财产,保护公民身份上、财产上的权利和合法利益。

第三条 公证处是国家公证机关。公证处应当通过公证活动,教育公民遵守法律,维护社会主义法制。

第二章 公证处的业务

第四条 公证处的业务如下:

- (一)证明合同(契约)、委托、遗嘱;
- (二)证明继承权;
- (三)证明财产赠予、分割;
- (四)证明收养关系;
- (五)证明亲属关系;
- (六)证明身份、学历、经历;
- (七)证明出生、婚姻状况、生存、死亡;
- (八)证明文件上的签名、印鉴属实;
- (九)证明文件的副本、节本、译本、影印本与原本相符;
- (十)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;
- (十一)保全证据;
- (十二)保管遗嘱或其他文件;
- (十三)代当事人起草申请公证的文书;
- (十四)根据当事人的申请和国际惯例办理其他公证事务。

第三章 公证处的组织和领导

第五条 直辖市、县(自治县,下同)、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。

第六条 公证处受司法行政机关领导。

公证处之间没有隶属关系。

第七条 公证处设公证员、助理公证员。根据需要,可以设主任、副主任。

主任、副主任由公证员担任。主任、副主任领导公证处的工作,并且必须执行公证员职务。

主任、副主任、公证员、助理公证员分别由直辖市、县、市人民政府依照干部管理的有关规定任免。

第八条 有选举权和被选举权的公民,符合下列条件之一的,可以被任命为公证员:

(一)经见习合格的高等院校法律专业毕业生,并从事司法工作、法律教学工作或者法学研究工作1年以上的;

(二)在人民法院、人民检察院曾任审判员、检察员职务的;

(三)在司法行政机关从事司法业务工作两年以上,或者在其他国家机关、团体、企业事业单位工作5年以上,并具有相当中等法律学校毕业生的法律知识的;

(四)曾任助理公证员职务2年以上的。

第九条 经见习合格的高等、中等法律学校毕业生,以及具有同等学历的国家工作人员,可以被任命为助理公证员。

第四章 管 辖

第十条 公证事务由申请人户籍所在地、法律行为或者事实发生地的公证处管辖。

第十一条 涉及财产转移的公证事务由申请人户籍所在地或者主要财产所在地的公证处管辖。

第十二条 申请办理同一公证事务的若干个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,可向其中任何一个公证处提出申请。如当事人不能达成协议,由有关公证处从便民出发协商管辖。

第十三条 公证处之间如因管辖权而发生争议,由其共同上级司法行政机关指定管辖。

第十四条 司法部和各省、自治区、直辖市司法行政机关有权指定某项公证事务由某一公证处办理。

第十五条 我国驻外国大使馆、领事馆可以接受在驻在国的我国公民的要求,办理公证事务。

第五章 办理公证的程序

第十六条 当事人申请公证,应当亲自到公证处提出书面或口头申请。如果委托别人代理

的,必须提出有代理权的证件。但申请公证证明委托、声明书、收养子女、遗嘱、签名印鉴的,不得委托别人代理,当事人确有困难时,公证员可到当事人所在地办理公证事务。

国家机关、团体、企业事业单位申请办理公证,应当派代表到公证处。代表人应当提出有代表权的证件。

第十七条 公证员不许办理本人、配偶或本人、配偶的近亲属申请办理的公证事务,也不许办理与本人或配偶有利害关系的公证事务。

当事人有申请公证员回避的权利。

第十八条 公证员必须审查当事人的身份和行使权利、履行义务的能力;审查当事人申请公证的事实和文书以及有关文件是否真实、合法。

第十九条 公证处对当事人提供的证明,认为不完备或有疑义时,有权通知当事人作必要的补充或者向有关单位、个人调查,索取有关证件和材料。有关单位、个人有义务给予协助。

第二十条 公证员应当按照司法部规定或批准的格式制作公证书。

第二十一条 公证书办理完毕后,应留存一份附卷。根据当事人的需要,制作若干份副本连同正本发给当事人。

第二十二条 公证处办理公证事务,应当按规定收费。公证费收费办法由司法部另行制订。

第二十三条 公证人员对本公证处所办理的公证事务,应当保守秘密。

第二十四条 依照第四条第十款规定,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时,对方当事人可以向有管辖权的基层人民法院申请执行。

第二十五条 公证处对不真实、不合法的事实与文书应拒绝公证。公证处拒绝当事人申请办理公证时,应当向当事人用口头或者书面说明拒绝的理由,并且说明对拒绝不服的申诉程序。

当事人对公证处的拒绝不服或者认为公证员处理不当,可以向公证处所在地的市、县司法行政机关或者上级司法行政机关申诉,由受理机关作出决定。

第二十六条 公证处或者它的同级司法行政机关、上级司法行政机关,如发现已经发出的公证书有不当或者错误,应当撤销。

第二十七条 当事人申请办理的公证书如系发往国外使用的,除按本章程规定的程序办理外,还应送外交部或者省、自治区、直辖市外事办公室和有关国家驻我国大使馆、领事馆认证。但文书使用国另有规定或者双方协议免除领事认证的除外。

第六章 附 则

第二十八条 本条例适用于在中国居住的外国公民。

第二十九条 本条例由司法部负责解释。

第三十条 本条例自发布之日起施行。



公证程序规则(试行)

(1990年12月12日司法部令第13号发布)

第一章 总 则

第一条 为了规范办证程序,保证公证质量,根据《中华人民共和国公证暂行条例》,制定本规则。

第二条 公证处依据事实和法律、法规、规章,独立办理公证事务,不受其他单位、个人的非法干涉。

第三条 法律、法规、规章规定应当采用公证形式的法律行为以及其他属于公证业务范围的事项,公证处应当给予公证,但不真实、不合法或违背社会公共利益的除外。

第四条 公证员应当亲自办理公证事务,公证处的其他人员协助公证员办理公证事务。

第五条 公证人员办理公证事务,应当保守国家秘密和当事人的秘密。

前款规定,适用于接触公证事务的鉴定人、翻译、见证人和其他公职人员。

第二章 当 事 人

第六条 公证当事人是指与公证事项有法律上的利害关系并以自己的名义向公证处提出公证申请,在公证活动中享有权利和承担义务的公民或法人。

第七条 限制民事行为能力人申办公证,应当征得其法定代理人的同意或由其法定代理人代理;无民事行为能力人申办公证,应当由其法定代理人代理。

法人申办公证,应当由其法定代表人代表。

第八条 当事人、当事人的法定代理人或法定代表人,可以委托代理人申办公证事项,但申办遗嘱、遗赠扶养协议、赠与、认领亲子、收养、解除收养、委托、声明、生存及其他与当事人人身有密切关系的公证事项除外。

公证人员不得代理当事人在本公证处申办公证。

第九条 居住在国外或香港、澳门、台湾地区的当事人,委托代理人申办公证事项,其委托书应经当地公证人、我驻外使领馆公证,或经司法部指定的机构、人员证明。但司法部另有规定的除外。

第三章 回 避

第十条 公证人员有下列情形之一的,应当自行回避;当事人也有权申请他们回避。

(一)是本公证事项的当事人或者当事人的近亲属;

(二)与本公证事项有利害关系;

(三)与本公证事项的当事人有其他关系,可能影响正确办证的。

前款规定,适用于接触该公证事项的翻译、鉴定人等有关人员。

当事人提出回避申请,应当在公证书作成前提出。

第十一条 公证处主任或副主任的回避,由本级司法局局长或副局长决定;其他人员的回避,由公证处主任或副主任决定。回避决定作出后,公证处应当通知当事人。

第四章 管 辖

第十二条 公证事项由当事人住所地、法律行为或者事实发生地的公证处管辖。

涉及不动产转让的公证事项,由不动产所在地的公证处管辖。但遗嘱、委托、声明中涉及不动产转让的除让。

收养公证由收养人或被收养人住所地的公证处管辖;涉外及涉港、澳、台地区的收养公证的管辖,依照司法部有关规定确定。

第十三条 住所地不同的若干个当事人共同申办同一公证事项的,必须共同到其中一名当事人住所地的公证处办理。除不得委托的公证事项外,可以委托一名当事人代为办理。

第十四条 直辖市、省(自治区)辖市公证处与该市所辖区、县(市)公证处之间的管辖划分,由省、自治区、直辖市司法厅(局)确定。

第五章 申请与受理

第十五条 公民、法人申请公证,应当向公证处提出,并填写公证申请表。公证申请表应记明下列内容:

(一)申请人及代理人的姓名、性别、出生日期、身份证号码、工作单位、住址等;申请人为法人的,应记明法人的名称、地址、法定代表人的姓名、职务等;

(二)请求公证的事项及公证书的用途;

(三)提交材料的名称、份数及有关证人的姓名、住址;

(四)申请的时间及其它需说明的问题。

申请人应在申请表上签名或盖章。申请人填写申请表确有困难的,可由公证人员代为填写。

第十六条 公民、法人申请公证应当提交下列材料:

(一)身份证明,法人资格证明及其法定代表人的身份证明;

(二)代理人代为申请的,委托代理人须提交授权委托书,其他代理人须提交有代理权资格的证明;

(三)需公证的文书;

(四)与公证事项有关的其他材料。

第十七条 符合下列条件的申请,公证处应予受理:

(一)申请人与申请公证的事项有利害关系;

(二)申请公证事项的当事人、利害关系人之间对申请公证的事项无争议;

(三)申请公证的事项属于公证处的业务范围;

(四)申请公证的事项属于本公证处管辖;

对不符合条件的申请,公证处应作出不予受理决定,并通知申请人。

第十八条 公证处应当建立分类登记制度。登记事项包括:公证类别、当事人姓名(名称)、代理人(代表人)姓名、受理日期、承办人、审批人、办结日期、结案方式、公证书编号等。

第十九条 公证处受理公证申请后,应将受理通知单发给当事人,并开始建立公证卷宗。

受理通知单应记明:申请人的姓名(名称)、申请公证的事项、申请人提供的主要材料、受理日期及承办人。申请人或其代理人(代表人)应在受理通知单回执上签名。

第二十条 公证处受理公证申请后,应按规定标准由专人收取公证费。公证办结后,经核定的公证费数额与预收数额不一致的,应当办理退还或补收手续。当事人交纳公证费有困难的,应提出书面申请,由公证处主任或副主任决定是否减、免。

第二十一条 公证处可以设立公证事项承办单,各环节的经办人应在承办单上签名并注明日期。承办单应附卷。

第六章 审 查

第二十二条 公证人员应当通过询问证人、调取书证、物证、视听材料、现场勘验、进行鉴定等方式,认真收集证据。

当事人应当如实陈述与公证事项有关的事实,并提供相应的材料。

第二十三条 公证处应重点审查:

(一)当事人的人数、身份、资格和民事行为能力;

(二)当事人的意思表示和相应的权利;

(三)需公证的行为,事实或文书的内容是否真实、合法;

(四)需公证的文书内容是否完善,文字是否准确,签名、印鉴是否齐全;

(五)当事人提供的证明材料是否真实、充分。

第二十四条 公证人员询问当事人和有关证人时,应向被询问人讲明他的权利、义务、法律责任和注意事项,并制作谈话笔录。

笔录应记明:谈话日期、地点、询问人、记录人、被询问人的姓名、性别、出生日期、住址、单位、证件名称及编号、联系电话及邮政编码、谈话内容等。

笔录应交被询问人核对并签名;确实不能签名者,可由本人盖章或按手印。笔录中修改处须由被询问人盖章或按手印。

第二十五条 公证处认为当事人提供的证据材料不完备或有疑义的,应通知当事人作必要的补充或向有关单位、个人调查索取有关证明材料,并有权到现场作实地调查。

第二十六条 公证人员外出调查,应由两名公证人员共同进行。特殊情况只能由一名公证人员进行调查的,应有一名见证人在场,见证人应在笔录上签名。

第二十七条 公证人员从有关单位摘抄的档案或其他书面证据材料,应交提供材料的单位核对并盖章。有关单位应积极予以协助。

第二十八条 公证处可以委托外地公证处调查。委托调查,必须提出明确的要求。受委托的公证处根据办证需要,可以主动补充调查内容。

受委托的公证处收到委托调查函后,应在一个月内完成调查。因故不能完成的,应在上述期限内函告委托调查的公证处。

第二十九条 遇到专门性问题,公证处可聘请或委托专业部门、有专业知识的人员进行鉴定、翻译。鉴定结论或翻译材料应有鉴定人、翻译人签名。

第三十条 对原件或其他无法入卷的证据材料,公证人员应作成复制件或复印件入卷,复制人应注明复制件或复印件与原件相符和复制日期并签名。

第三十一条 公证处可以应当事人的要求,帮助当事人起草、修改法律文书。

当事人申请公证的文书内容不完善、用词不当的,公证人员应指导当事人予以改正;当事人拒绝修改的,应在笔录中注明。

第七章 出 证

第三十二条 法律行为公证应符合下列条件:

- (一)行为人具有相应的民事行为能力;
- (二)意思表示真实;
- (三)行为的内容和形式不违反法律、法规、规章或者社会公共利益。

第三十三条 有法律意义的事实或文书公证应符合下列条件:

- (一)该事实或文书对公证当事人具有法律上的利害关系;
- (二)事实或文书真实无误;
- (三)事实或文书的内容不违反法律、法规、规章。

第三十四条 文书上的签名、印鉴公证,签名、印鉴应当准确属实;文书的文本公证,文本内容应与原本完全一致。

第三十五条 赋予债权文书具有强制执行效力的公证,应当符合下列条件:

- (一)债权文书经过公证证明;
- (二)债权文书以结付一定货币、物品或有价证券为内容;
- (三)债权文书中载明债务人不履行义务时应受强制执行的意思表示。

第三十六条 符合本规则规定条件的公证事项,承办公证员应及时草拟公证书,连同卷宗

报公证处主任、副主任或其指定的公证员审批。

任何人不得审批自己承办的公证事项。

第三十七条 审批人应重点审核以下内容：

- (一)事实是否清楚,证据是否充分;
- (二)证明对象是否真实、合法并符合社会公共利益;
- (三)是否符合公证程序,文书上的签字、印鉴是否齐全。

审批人对于重大复杂的公证事项,应提交公证处处务会讨论。处务会讨论意见应记录附卷。

第三十八条 公证书按司法部规定或批准的格式制作。公证书中应包括以下内容：

- (一)公证书编号;
- (二)当事人的基本情况;
- (三)公证证词;
- (四)承办公证员的签名(签名章)、公证处印章和钢印;
- (五)出证日期。

有强制执行效力的公证书应在公证证词中注明,并注明债务人履行债务的期限、强制执行标的名称、种类、数量等。

公证证词中注明的文件是公证书的组成部分。

公证书不得涂改、挖补,必须修改的应加盖公证处校对章。

第三十九条 制作公证书应使用中文。在少数民族聚居或者多民族共同居住的地区,除涉外公证事项外,可使用当地民族通用的文字。根据需要或当事人的要求,公证书可附外文译文。

第四十条 除法律另有规定外,公证书从审批人批准之日起生效。审批人批准日期即为出证日期。

第四十一条 公证处应制作公证书正本和若干份副本发给当事人。公证处留存公证书原本(签发稿)或一份正本附卷。

第四十二条 公证书需要办理领事认证的,应由承办公证处送有关部门认证,并代收认证费。

第四十三条 公证书由当事人或其代理人到公证处领取。必要时,也可由公证处发送。

当事人或其代理人应在公证书送达回执上签名或盖章,并注明收到的日期、份数和公证书的编号。

代理人代领时,送达人应核对代理人的身份或委托书。

第八章 期限、终止与拒绝公证

第四十四条 公证处应及时办理各类公证事务。公证事项应从受理之日起一个月内办结。重大复杂的、当事人举证不足的、或者需委托调查的公证事项,经公证处主任或副主任批准,可适当延长,但最长不得超过六个月。延期的原因应告知当事人。

因不可抗力事件致使公证处无法工作的期间,不计入上述期限。

第四十五条 有下列情况之一的,公证处应当终止公证:

- (一)因当事人原因致使在六个月内不能办结的;
- (二)公证书生效前当事人撤回申请的;
- (三)因当事人死亡(法人终止)不能继续办理或继续办理已无意义的。

第四十六条 终止公证的,承办公证员应写出书面报告,报公证处主任或副主任批准。终止公证的决定应通知当事人。

第四十七条 对不真实、不合法的行为、事实和文书,公证处应拒绝公证。拒绝公证的,承办公证员应写出书面报告,报公证处主任或副主任批准。拒绝公证的决定应书面通知当事人,并告知对拒绝公证不服的复议程序。

第四十八条 公证处对审查中发现的违法行为,应责令当事人或有关人员予以改正,并有权向有关主管部门发出司法建议书。

当事人弄虚作假、提供伪证或阻挠、妨害公证查证工作正常进行的,公证处除可拒绝公证外,所收的公证费不予退还。

第九章 卷宗的归档

第四十九条 公证事项办结、终止或拒绝后,承办人应按照《公证文书立卷归档办法》和《公证档案管理办法》,在三个月内,将全部卷宗整理归档。

第五十条 对公证事项的讨论意见和有关请示批复等不宜对外公开的材料,应装订成副卷,与正卷一起保存。对涉及国家秘密和个人隐私的公证事项,应列为密卷保存。

遗嘱公证卷应列为密卷单独保存。遗嘱人死亡后,转为普通卷保存。

第十章 特别程序

第五十一条 公证处办理招标投标、开奖、拍卖等公证事项,承办公证员应亲临现场,对其真实性、合法性予以审查核实。对真实、合法的,当场宣读公证词,并在七日内作成公证书发给当事人。该公证证明从宣读之日起生效。

在上述活动中,如发现当事人有弄虚作假、违反活动规则或违法行为的,应当场责令当事人予以改正;拒不改正的,公证员应当拒绝宣读公证词。

第五十二条 遗嘱公证应由两名公证人员共同办理,由其中一名公证员在公证书上署名。特殊情况由一名公证员办理时,应有一名见证人在场,见证人应在遗嘱和笔录上签名。

第五十三条 公证处办理提存公证,应以通知书或公告方式通知债权人在确定的期限内领取提存标的物。债权人领取提存标的物时,应提供身份证明和有关债权的证明,并承担因提存所支出的费用。

不易保存的或债权人到期不领取的提存物品,公证处可以拍卖,保存其价款。

提存人可以凭人民法院的裁决书或提存之债已清偿的其他证明领回提存物。

从提存之日起,超过二十年无人领取的提存标的物,视为无主财产,上交国库。

第五十四条 经过公证的事项在履行过程中发生纠纷的,原公证处可应当事人的请求进行调解。经调解后当事人达成新协议的,公证处应给予公证;新达成的协议符合本规则第三十五条规定条件的,公证处就依法赋予强制执行效力。

调解不成的,公证处应告知当事人向人民法院起诉或申请仲裁。

第十一章 复 议

第五十五条 当事人对公证处作出的不予受理、拒绝公证、撤销公证书的决定有异议的,可以在接到决定之日起十日内,向该公证处的本级司法行政机关申请复议。受理复议的司法行政机关应当在收到申请书之日起两个月内作出决定。

第五十六条 公证处的本级司法行政机关发现公证书有错误的,可以作出撤销公证书的决定。

当事人对撤销公证书的决定不服的,可以在接到撤销决定之日起十日内,向上一级司法行政机关申请复议。受理复议的司法行政机关应当在收到申请之日起两个月内作出决定。

第五十七条 受理复议的司法行政机关复议后,应按下列情形,分别作出复议决定:

(一)公证书正确的,维持原公证书。

(二)公证书内容正确,仅表述不当的,应当责成原公证处收回公证书更正后重新发给当事人;不能收回的,另行制发补充性的公证书。

(三)公证书内容不真实或违反法律、社会公共利益的,撤销公证书。

(四)违反公证程序的,责成公证处补充必要的手续;无法补充或严重违反公证程序的,撤销公证书。

被撤销的公证书应当收回,不能收回的,应公告撤销。

对已经发往域外使用的公证书的撤销或更正,按司法部的有关规定备案。

第五十八条 司法行政机关的复议决定书应当送达复议申请人和原公证处。

复议申请人对复议决定不服的,可以在接到复议的决定后十五日内,向人民法院起诉。

第五十九条 复议材料应由复议机关立卷归档,复议决定应存入原公证卷内一份。

第六十条 公证处发现本处出具的公证书存在第五十七条第二项至第四项规定情形的,应当参照第五十七条的规定处理。

第六十一条 因公证处的过错撤销公证书的,所收的公证费应全部退还当事人;因当事人的过错而撤销公证书的,所收的公证费不予退还;因公证处和当事人双方过错而撤销公证书的,所收的公证费酌情退还。

第十二章 附 则

第六十二条 外国人、无国籍人和外国组织向我国公证机关办公证的,适用本规则。但

法律或司法部另有规定的除外。

第六十三条 本规则由司法部负责解释。

本规则自一九九一年四月一日起施行。一九八六年十二月四日司法部发布的《办理公证程序试行细则》同时废止。



提存公证规则

(1995 年 6 月 2 日司法部令第 38 号发布)

第一条 为维护经济流转秩序,预防和减少债务纠纷,保证提存公证质量,根据《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国公证暂行条例》及有关规定,制订本规则。

第二条 提存公证是公证处依照法定条件和程序,对债务人或担保人为债权人的利益而交付的债之标的物或担保物(含担保物的替代物)进行寄托、保管,并在条件成就时交付债权人的活动。为履行清偿义务或担保义务而向公证处申请提存的人为提存人。提存之债的债权人为提存受领人。

第三条 以清偿为目的的提存公证具有债的消灭和债之标的物风险责任转移的法律效力。

以担保为目的的提存公证具有保证债务履行和替代其他担保形式的法律效力。

不符合法定条件的提存或提存人取回提存标的的,不具有提存公证的法律效力。

第四条 提存公证由债务履行地的公证处管辖。

以担保为目的的提存公证或在债务履行地申办提存公证有困难的,可由担保人住所地或债务人住所地的公证处管辖。

第五条 债务清偿期限届至,有下列情况之一使债务人无法按时给付的,公证处可以根据债务人申请依法办理提存:

(一)债权人无正当理由拒绝或延迟受领债之标的的;

(二)债权人不在债务履行地又不能到履行地受领的;

(三)债权人不清、地址不详,或失踪、死亡(消灭)其继承人不清,或无行为能力其法定代理人不清的。

第六条 有下列情况之一的,公证处可以根据当事人申请办理提存公证:

(一)债的双方在合同(协议)中约定以提存方式给付的;

(二)为了保护债权人利益,保证人、抵押人或质权人请求将担保物(金)或其替代物提存的。

当事人申办前款所列提存公证,必须列明提存物给付条件,公证处应按提存人所附条件给付提存标的物。

第七条 下列标的物可以提存：

- (一)货币；
- (二)有价证券、票据、提单、权利证书；
- (三)贵重物品；
- (四)担保物(金)或其替代物；
- (五)其他适宜提存的标的物。

第八条 公证处应当在指定银行设立提存帐户，并置备保管有价证券、贵重物品的专用设备或租用银行的保险箱。

第九条 提存申请人应当填写公证申请表，并提交下列材料：

(一)申请人的身份证明；法人应提交法人资格证明和法定代表人身份证明，法定代理人应提交与被代理人关系的证明，委托代理人应提交授权委托书；

(二)合同(协议)、担保书、赠与书、司法文书、行政决定等据以履行义务的依据；

(三)存在本规则第五条或第六条规定情况的有关证明材料；

(四)提存受领人姓名(名称)、地址、邮编、联系电话等；

(五)提存标的物种类、质量、数量、价值的明细表；

(六)公证员认为应当提交的其他材料。

第十条 符合下列条件的申请，公证处应当受理：

(一)申请人对提存受领人负有清偿或担保义务；

(二)具有本规则第五条或第六条规定的情况；

(三)申请事项属于本公证处管辖；

(四)本规则第九条规定的材料基本齐全。

公证处应在收到申请之日起3日内作出受理或不予受理的决定。不予受理的，公证处应当告知申请人对不予受理不服的复议程序。

第十一条 公证人员应按《公证程序规则(试行)》第二十四条规定制作谈话笔录，记录下列内容：

(一)提存理由和相关事实(如无法给付债的标的物的事由和经过)；

(二)有关提存受领人的详细情况；

(三)提存标的物的详细情况；

(四)提存人所作的特别说明等。

第十二条 公证员应当按《公证程序规则(试行)》第二十三条规定，审查下列内容：

(一)本规则第九条所列材料是否齐全，内容是否属实；

(二)提存人的行为能力和清偿依据；

(三)申请提存之债的真实性、合法性；

(四)请求提存的原因和事实是否属实；

(五)提存标的物与债的标的是否相符，是否适宜提存；

(六)提存标的物是否需要采取特殊的处理或保管措施。

第十三条 符合下列条件的，公证处应当予以提存：

- (一) 提存人具有行为能力,意思表示真实;
- (二) 提存之债真实、合法;
- (三) 符合本规则第五条或第六条以及第七条规定条件;
- (四) 提存标的与债的标的相符。

提存标的与债的标的不符或在提存时难以判明两者是否相符的,公证处应告知提存人如提存受领人因此原因拒绝受领提存物则不能产生提存的效力。提存人仍要求提存的,公证处可以办理提存公证,并记载上述条件。

不符合前两款规定的,公证处应当拒绝办理提存公证,并告知申请人对拒绝公证不服的复议程序。

第十四条 公证处应当验收提存标的物并登记存档。对不能提交公证处的提存物,公证处应当派公证员到现场实地验收。验收时,提存申请人(或其代理人)应当在场,公证员应制作验收笔录。

验收笔录应当记录验收的时间、地点、方式、参加人员、物品的数量、种类、规格、价值以及存放地点、保管环境等内容。验收笔录应交提存人核对。公证员、提存人及其他参与人员应当在验收笔录上签名。

对难以验收的提存标的物,公证处可予以证据保全,并在公证笔录和公证书中注明。

经验收的提存标的物,公证处应当采用封存、委托代管等必要的保管措施。

对易腐易烂易燃易爆等物品,公证处应当在保全证据后,由债务人拍卖或变卖,提存其价款。

第十五条 对提存的贵重物品、有价证券、不动产或其他物品的价值难以确定的,公证处可以聘请专业机构或人员进行估价。

第十六条 提存货币的,以现金、支票交付公证处的日期或提存款划入公证处提存帐户的日期为提存日期。

提存的物品需要验收的,以公证处验收合格的日期为提存日期。

提存的有价证券、提单、权利证书或无需验收的物品,以实际交付公证处的日期为提存日期。

第十七条 公证处应当从提存之日起 3 日内出具提存公证书。提存之债从提存之日起告清偿。

第十八条 提存人应将提存事实及时通知提存受领人。

以清偿为目的的提存或提存人通知有困难的,公证处应自提存之日起 7 日内,以书面形式通知提存受领人,告知其领取提存物的时间、期限、地点、方法。

提存受领人不清或下落不明、地址不详无法送达通知的,公证处应自提存之日起 60 日内,以公告方式通知。公告应刊登在国家或债权人在国内住所地的法制报刊上,公告应在 1 个月内在同一报刊刊登 3 次。

第十九条 公证处有保管提存标的物的权利和义务。公证处应当采取适当的方法妥善保管提存标的,以防毁损、变质或灭失。

对不宜保存的、提存受领人到期不领取或超过保管期限的提存物品,公证处可以拍卖,保

存其价款。

第二十条 下列物品的保管期限为 6 个月：

- (一)不适于长期保管或长期保管将损害其价值的；
- (二)6 个月的保管费用超过物品价值 5% 的。

第二十一条 从提存之日起,超过 20 年无人领取的提存标的物,视为无主财产;公证处应在扣除提存费用后将其余额上缴国库。

第二十二条 提存物在提存期间所产生的孳息归提存受领人所有。提存人取回提存物的,孳息归提存人所有。

提存的存款单、有价证券、奖券需要领息、承兑、领奖的,公证处应当代为承兑或领取,所获得的本金和孳息在不改变用途的前提下,按不损害提存受领人利益的原则处理。无法按原用途使用的,应以货币形式存入提存帐户。

定期存款到期的,原则上按原来期限将本金和利息一并转存。股息红利除用于支付有关费用外,剩余部分应当存入提存专用帐户。

提存的不动产或其他物品的收益,除用于维护费用外剩余部分应当存入提存帐户。

第二十三条 公证处应当按照当事人约定或法定的条件给付提存标的。本规则第六条第一项规定的以对待给付为条件的提存,在提存受领人未为对待给付之前,公证处不得给付提存标的物。

提存受领人领取提存标的物时,应提供身份证明、提存通知书或公告,以及有关债权的证明,并承担因提存所支出的费用。提存受领人负有对待给付义务的,应提供履行对待给付义务的证明。委托他人代领的,还应提供有效的授权委托书。由其继承人领取的,应当提交继承公证书或其他有效的法律文书。

第二十四条 因债权的转让、抵销等原因需要由第三人领取提存标的物的,该第三人应当提供已取得提存之债权债务的有效法律文书。

第二十五条 除当事人另有约定外,提存费用由提存受领人承担。

提存费用包括:提存公证费、公告费、邮电费、保管费、评估鉴定费、代管费、拍卖变卖费、保险费,以及为保管、处理、运输提存标的物所支出的其他费用。

提存受领人未支付提存费用前,公证处有权留置价值相当的提存标的物。

第二十六条 提存人可以凭人民法院生效的判决、裁定,或提存之债已经清偿的公证证明取回提存物。

提存受领人以书面形式向公证处表示抛弃提存受领权的,提存人得取回提存物。

提存人取回提存物的,视为未提存。因此产生的费用由提存人承担。提存人未支付提存费用前,公证处有权留置价值相当的提存标的。

第二十七条 公证处不得挪用提存标的。公证处或公证人员挪用提存标的的,除应负相应的赔偿责任外,对直接责任人员要追究行政或刑事责任。

提存期间,提存物毁损灭失的风险责任由提存受领人负担;但因公证处过错造成毁损、灭失的,公证处负有赔偿责任。

公民、法人以不正当手段骗取提存标的的,负有赔偿责任;构成犯罪的,依法追究刑事责

任。

公证处未按法定或当事人约定条件给付提存标的给当事人造成损失的,公证处负有连带赔偿责任。

第二十八条 符合法定或当事人约定的给付条件,公证处拒绝给付的,由其主管的司法行政机关责令限期给付;给当事人造成损失的,公证处负有赔偿责任。

根据人民法院、仲裁机构的裁决或司法行政机关决定给付的,由此产生的法律后果由作出决定的机构承担。

第二十九条 司法机关或行政机关因执行公务而申办提存公证的,参照本规则办理。

监护人、遗产管理人为保护被监护人、继承人利益,请求将所监护或管理的财产提存的,参照本规则办理。

遗嘱人或赠与人为了保护遗嘱受益人或未成年的受赠人利益,请求将遗嘱所处分的财产或赠与财产提存的,参照本规则办理。

第三十条 外国人、无国籍人在中国境内申办提存公证,适用本规则。

第三十一条 本规则自发布之日起施行。由司法部负责解释。



国家物价局、财政部关于发布司法系统 行政事业性收费项目和标准的通知

(1991年11月19日 [1991]价费字第549号)

司法部:

根据《中共中央国务院关于坚决制止乱收费、乱罚款和各种摊派的决定》(中发[1990]16号)的有关规定,对司法系统的所有行政事业性收费进行了重新审查,现就司法系统行政事业性收费规定如下:

一、公证费按《公证费收费规定》(附件一)和《公证费收费标准表》(附件二)执行。

二、律师服务费按《律师服务收费管理办法》(附件三)和《律师服务收费标准表》(附件四)执行。

三、律师工作执照费,每册一元。

四、乡镇法律服务所法律服务费,由省、自治区、直辖市物价局(委员会)、财政厅(局)制定管理办法和收费标准,并抄报国家物价局、财政部备案。

五、司法系统收费项目以本通知为准,各地区、各部门不得增设收费项目,也不得提高收费。

六、各公证处、律师事务所和乡镇法律服务所应到指定的物价部门申领收费许可证,并使用财政部门统一印制的收费票据。

七、本通知自一九九一年十二月一日起执行。过去有关收费的规定一律废止。

附件：一、公证费收费规定

二、公证费收费标准表

三、律师服务收费管理办法(略)

四、律师服务收费标准表(略)

附件一

公证费收费规定

第一条 公证处是国家公证机关。公证处为法人和公民办理公证事项时,应按本规定收取公证费。

第二条 公证处办理公证事项,必须严格按照本规定的收费标准向当事人收取公证费,并发给正式收据。其他任何单位和个人不得向当事人收取或截留公证费。

公证员不得私自收费。

第三条 在办理本规定以外的公证事项时,公证处可比照《公证费收费标准表》中最相类似的项目酌收公证费。

第四条 公证处办理公证事项时,遇有下列情况可减、免收费:

(一)办理抚恤金(或劳工赔偿金)、劳动保险金的证明;

(二)办理养老金、子女助学金的证明;

(三)当事人所在工作单位、城市街道办事处或乡、镇人民政府证明当事人确实经济困难无力负担者;

(四)有其他特殊情况需要减、免者。

减免收费由公证处主任或副主任决定。

第五条 因公证处的过错而撤销公证书,所收的公证费应全部退还当事人。因当事人的过错而撤销公证书,所收公证费不予退还。因公证处和当事人双方过错而撤销公证书,应酌情退还一部分公证费。

第六条 通过驻外使领馆或外交部领事司转办的公证事项,其公证费由驻外使领馆或领事司代收后上交国库,不再汇寄经办公证处。

第七条 当事人对公证费的收取有异议可向公证处或司法行政机关申请复议。

第八条 本规定所列收费标准系按人民币计算,当事人交纳外币,按当时中国银行牌价折合人民币收取。

第九条 各地公证处要加强收费管理,公证费开支专款专用,不准挪用。

附件二

公证费收费标准表

项目	公 证 事 项	收 费 标 准
1	证明出生、生存、死亡、身份、经历、学历、国籍、委托书、亲属关系、婚姻状况、未受或受过刑事处罚	10 元
2	证明印鉴属实,证明副本、节本、译本与原本相符、证明影印件与原件相符	5 元
3	证明招标、拍卖、开奖	100 元至 150 元
4	证明遗嘱、遗赠,证明产权,证明查无档案记载	10 元
5	证明法人资格,收养,财产分割,证明产品抽样检测	10 元至 30 元
6	证明担保书,证明公司章程、资信情况等有关文书	50 元至 200 元
7	证明商标注册	50 元
8	证明劳动保险金、养老金、子女助学金	5 元
9	证明遗赠扶养协议	10 元至 50 元
10	证明劳务合同	5 元
11	证明经济合同、企业承包经营合同	标的总额 (1)不满 10 万元的收 10 至 50 元; (2)10 万元以上不满 50 万元的收 100 元; (3)50 万元以上不满 100 万元的收 300 元; (4)100 万元以上不满 200 万元的收 600 元; (5)200 万元以上不满 300 万元的收 1000 元; (6)300 万元以上不满 400 万元的收 2000 元; (7)400 万元以上的收 3000 元。
12	证明股票、房屋转让、买卖,土地使用权有偿转让	按股票面额或房价收 3‰,最低 10 元。
13	证明财产继承、赠与	按受益人收入金额总数: (1)不满 1 万元的收 1‰,最低 10 元; (2)1 万元以上的收 2‰。
14	证明债权文书有强制执行效力	债务总金额的 3‰,(原债权文书经过公证的,1‰)最低 10 元。

项目	公 证 事 项	收 费 标 准
15	翻译	按照文化部文出字(84)第 1791 号《关于转发〈书籍稿酬试行规定〉的通知》规定执行,每千字 14 元,不足 1 千字的按 1 千字计算。外文打字和外文校对,分别按每千字 2 元至 5 元收取。
16	保管遗嘱或其它文件,证据保全	5 至 10 元
17	已受理立卷中途撤回的	2 至 5 元
18	起草、修改合同文本	5 至 20 元
19	代写与公证事项有关的文书	3 至 5 元

说明:

(1)如当事人以继承域外财产为目的而要求办理亲属关系、出生、死亡公证书的,按“证明财产继承”的标准收费。为继承域外同一宗财产而同时办理“财产继承”、“亲属关系”、“出生”或“死亡”等多项证明时,只按“财产继承”标准收一次费。

(2)继承、遗赠、赠与域外财产按所得标的额收费。疑难复杂的证明,可酌情增收,最高不超过 5%。

(3)遗赠、赠与我国政府、团体、企业、事业单位的财产按件收费,每件收 10 元,由受赠单位承担。

(4)雇员赔偿公证按实际办理的公证事项收费。

(5)经济合同标的总额,加工承揽合同按加工费、建设工程承包合同按建筑安装工程费、租赁合同按租期租金总额计算;企业承包经营合同总额,是指承包期内上交利润总额。

(6)农村各类承包合同以承包费为标的额,按经济合同收费标准收取,最低 5 元。

(7)经济合同公证收费在 100 元以上的,可在受理时预先收取 50 元 100 元。出证后,再统一结算,多退少补。

(8)当事人提供的合同不完善,需要公证处帮助修改甚至重新拟定的,可根据复杂程度收取 5 至 20 元的代书费。但合同签订后办理公证的不另收代书费。

(9)由于当事人难以举证而要求公证机关到外地对与公证事项有关的问题进行调查取证时,应由当事人按实际支出费用支付或按当地机关工作人员差旅费标准支付。

(10)保管遗嘱或其它文件按预定保管期限以年计收,保管时间不足一年的按一年的计收。

外国人、华侨和港澳同胞以及在国外、港澳地区注册的法人申办本收费标准表中 1、2、4、5、7、13、16 项规定的公证事项,一律加倍收费。

(11)公证书按每个当事人一份发给,当事人要求多发的,均按每份 5 元收费。

司法解释

最高人民法院、司法部关于已公证的 债权文书依法强制执行问题的答复

(1985 年 4 月 9 日)

湖北省高级人民法院：

你院鄂法(1985)2 号关于公证机关赋予强制执行效力的债权文书问题的请示报告收悉。对所提出的问题，经共同研究，答复如下：

根据国务院发布的《中华人民共和国公证暂行条例》第四条的规定，公证机关能够证明有强制执行的效力的，不是第四条第(一)项规定的一般的合同文书，仅限于第四条第(十)项规定的“追偿债款、物品的文书”。而且，要经过审查，认为这种追偿债款、物品的文书是无疑义的，公证机关才在该文书上证明“有强制执行的效力”。因此，当事人申请人民法院强制执行的，应当是公证机关在公证时明确赋予强制执行效力的追偿债款、物品的文书。根据《中华人民共和国民事诉讼法(试)》第一百六十八条的规定，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。

此复

法辑录

司法部、国家工商行政管理局 关于经济合同鉴证与公证问题的联合通知

(1983 年 8 月 13 日)

各省、市、自治区司法厅(局)、工商行政管理局：

《中华人民共和国合同法》和《中华人民共和国公证暂行条例》实施以来，各级工商行政管理部门和司法行政部门对宣传贯彻执行这两个法规做了大量工作，取得了显著成绩。但一

些地方就经济合同的鉴证和公证问题认识不一,做法各异,不利于经济合同法的正确贯彻实施。为了充分运用行政手段和法律手段保障和促进经济合同法的贯彻实施,经研究,对经济合同的鉴证和公证问题,特作如下通知:

1. 根据国务院国发(82)73号文件规定精神,中央及地方的各级工商行政管理部门统一管理经济合同。鉴证,是合同管理机关审查经济合同当事人的资格和合同内容是否真实、合法,给予证明。公证,是国家公证机关依照法定程序,证明经济合同的真实性和合法性,这是国家对经济合同的签订和履行实行监督的法律制度。它们的目的是为了维护社会主义经济秩序,保护经济合同双方当事人的合法权益。

2. 经济合同法第六条规定,“经济合同依法成立,即具有法律约束力。”公证暂行条例第二条规定,公证事项应根据当事人申请办理。鉴证也应采取自愿原则。各地工商行政管理部门、公证机关都不应对经济合同实行强制鉴证或公证,已经这样做的,要改变过来。

3. 目前,经济合同鉴证、公证工作的经验还不足,希望地方各级工商行政管理部门、司法行政机关和公证机关在当地党委和政府的统一领导下,互相配合,通力协作,注意调查研究,不断总结经验,做好经济合同的鉴证、公证工作,并希将工作中发现的新情况、新问题及时告诉我们。

第二章 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



国家工商行政管理局关于经济合同鉴证的暂行规定

(1985年8月13日)

为了做好经济合同鉴证工作,以利于经济合同法规的实施,保护当事人的合法权益,特作如下暂行规定:

一、鉴证是经济合同管理机构根据双方当事人的申请,依法证明经济合同的真实性和合法性的一项制度。

二、经济合同的鉴证实行自愿原则,国家另有规定者除外。

三、工商行政管理局是经济合同的鉴证机关。鉴证一般由合同签订地或履行地的工商行政管理局办理。

四、经济合同的鉴证,应当依照国家法律、行政法规和政策的规定,审查其下列内容:

- (一)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;
- (二)经济合同当事人的意思表示是否真实;
- (三)经济合同的内容是否符合国家的法律、政策和计划的要求;
- (四)经济合同的主要条款内容是否完备、文字表达是否准确、合同签订是否符合法定程序。

五、经济合同鉴证的范围,应包括法人之间、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。

六、经济合同的鉴证,应当由当事人双方到工商行政管理局办理。如果需要委托他人代办鉴证的,代理人必须持有委托证明。

七、申请鉴证应当提供下列材料:

- (一)经济合同正本、副本;
- (二)营业执照或副本;
- (三)签订经济合同法定代表人或委托代理人资格证明;
- (四)其他有关证明材料。

八、工商行政管理局在办理经济合同鉴证时,需要外地工商行政管理局协助调查的,应当提出明确的项目和要求。受委托的工商行政管理局,应当认真办理,及时回复。

九、鉴证人员应当认真审查双方当事人提供的合同文本及有关证明材料是否真实、合法。经审查符合鉴证条件的,予以鉴证。鉴证人员应当在合同文本上签名,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,应告诉当事人予以补正。

对不真实、不合法的经济合同,应当向当事人说明不予鉴证的理由,并在合同文本上注明。

十、工商行政管理局发现自己对经济合同的鉴证有错误时,应予撤销。

十一、办理鉴证应向申请鉴证的当事人收取鉴证费。收取鉴证费的标准按照国家工商行政管理局、财政部(84)工商1号文件关于经济合同鉴证费收取标准的规定执行。



财政部、国家工商行政管理局 关于经济合同仲裁费和鉴证费收费标准 及其使用范围的规定(节录)

(1984年1月18日 (84)工商1号)

根据《中华人民共和国经济合同仲裁条例》和有关管理经济合同的规定,对各级工商行政管理局收取仲裁费和鉴证费的标准及其使用范围作如下规定:

一、仲裁费和鉴证费收费标准

(一)仲裁费包括案件受理费和案件处理费。

案件受理费按下列标准收费:

1. 争议金额在十万元以下的收取千分之五,最低不少于二十元;
2. 争议金额在十万元至五十万元的,收取五百元加收超过十万元部分的千分之四;
3. 争议金额在五十万以上的,收取二千一百元加收超过五十万元部分的千分之三,但最高不得超过一万元。

争议金额一般以申诉人请求的数额为准,其请求数额与实际数额如有出入,以实际数额为准。

案件处理费按实际开支收取。

(二)鉴证费按下列标准收取,由当事人双方各负担一半。

1. 购销、订货、建筑安装工程承包合同收取价款或工程造价的万分之二;
2. 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收取价款或酬金的千分之一。

上述各类经济合同鉴证费最高收取三千元,最低收取二元。

二、案件受理费由申诉人预交。案件处理费由申诉人或被上诉人垫付。案件处理终结,案件受理费和案件处理费均由败诉人承担;当事人部分胜诉、部分败诉的,按比例分担。

当事人交纳案件受理费确实有困难的,由本人申请,经仲裁委员会批准,可以适当减免。

三、(略)

四、案件受理费和鉴证费在开支项目上统称“合同管理业务费”,主要用于合同管理的公用

经费开支补助,包括:

1. 专业设备购置费;
2. 文书表册印制费;
3. 仲裁审理办案费;
4. 资料费、宣传教育费;
5. 其它费用,如学术研究、经验交流和专业会议费等。

五、仲裁费和鉴证费属国家“规费”,在财务实行以收抵支管理,收支相抵后如有多余应当上交财政。具体上交办法,由各省、市、自治区财政厅(局)和工商行政管理局商定。

为了解决省、市、自治区和全国性的业务指导、宣传、培训干部和专业会议需要开支的费用,各省、市、自治区工商局每半年从县(市)、市辖区、省辖市、地区、自治州工商行政管理局收取的仲裁费和鉴证费的总额中提取百分之十,以其中的百分之三十上交国家工商行政管理局。

六、各级工商行政管理局要加强对仲裁费和鉴证费的管理,严格审批手续,专款专用,节约开支。要认真执行财政制度,严格执行财经纪律,并接受同级财政部门的监督。年度收支计划和决算应报同级财政部门审查核定。各省、市、自治区工商行政管理局汇总的年度收支决算,于下半年度二月底前报国家工商行政管理局二份。

本规定自发布之日起执行。过去的收费办法一律废止。



国家工商行政管理局经济合同司 关于经济合同鉴证费收取标准问题的复函

(1984年5月15日 (84)工商同字第2号)

吉林省工商行政管理局:

你省洮安县工商行政管理局来信提出有关经济合同鉴证费收取标准问题,现答复如下,请转告该局。

对财产保险、借款、供用电、货物运输、财产租赁、仓储保管等合同,过去工商行政管理部门多未予鉴证,一般也不须鉴证,因此国家工商行政管理局和财政部(84)工商1号文件中,对这些合同的鉴证费收取标准未做明确规定。如果这些合同当事人双方要求工商行政管理部门鉴证的,可以按照保险费、借款利息、电费、运费、租赁费、保护费的千分之一收取鉴证费。但最高不得超过三千元。

法规辑录

国家工商行政管理局经济合同司 关于中外合资企业合营合同鉴证问题的复函

(1984 年 8 月 27 日 (84)工商同字第 30 号)

湖南省工商行政管理局合同处：

八月十四日你处李华海同志来函提出有关中外合营合同的鉴证问题。我们意见：

对于已批准成立中外合资企业的合营合同，如果双方当事人约定要求工商行政管理局鉴证的，可予鉴证。鉴证费可按我局、财政部(84)工商 1 号文件规定标准收取。

法规辑录

国家工商行政管理局经济合同司 关于对联营合同收取鉴证费问题的复函

(1985 年 1 月 14 日 (85)工商同字第 1 号)

云南省工商行政管理局：

你省禄丰县工商行政管理局来函提出关于联营合同鉴证费的收取问题，现答复如下，请转告。

根据国家工商行政管理局、财政部 1984 年《关于经济合同仲裁费和鉴证费收费标准及其使用范围的规定》的精神，对联营、合资合同的鉴证费，以按投资总额的万分之二收取为宜，最高不超过三千元。



国家工商行政管理局 关于粮、棉定购合同鉴证费收费标准问题的复函

(1985年5月15日 (85)工商75号)

河南省工商行政管理局：

你省濮阳市工商行政管理局来函询问有关粮、棉定购合同鉴证费收费标准的问题，现答复如下：

根据当前农村中粮食、棉花由统派购改为合同定购，合同大多由收购部门直接与农户签订的实际情况，为减轻农民的负担，经研究决定，粮、棉定购合同鉴证仍按合同价款的万分之二收取，但合同价款在万元以下的，最低可收取二角。

请转告濮阳市工商行政管理局。

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,并应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,以便使劳动合同争议得到迅速、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,劳动合同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。

法规辑录

劳动合同鉴证实施办法

(1992 年 10 月 22 日 劳动部劳力字〔1992〕54 号)

第一条 为加强劳动合同管理,依法保护劳动合同双方当事人的合法权益,制定本办法。

第二条 劳动合同鉴证是劳动行政部门依法审查,证明劳动合同真实性和合法性的一项行政监督、服务措施。

第三条 劳动行政部门是劳动合同的鉴证机关。各级劳动行政部门应配备专门人员负责劳动合同鉴证工作。劳动合同鉴证的具体工作由合同签订地或履行地的劳动行政部门承办。

第四条 本办法所指劳动合同包括:

(一)全民所有制单位、集体所有制企业单位从城镇和农村招用劳动合同制工人,临时工签订的劳动合同;

(二)实行全员劳动合同制企业单位与企业职工签订的劳动合同;

(三)私营企业雇主招用雇工,个体工商户招用帮工签订的劳动合同;

(四)外商投资企业与职工签订的劳动合同;

(五)经双方当事人协商同意变更或续订的劳动合同;

(六)其他劳动合同。

第五条 劳动合同鉴证应审查下列内容:

(一)双方当事人是否具备签订劳动合同的资格;

(二)合同内容是否符合国家法律、法规和政策;

(三)双方当事人是否在平等自愿和协商一致的基础上签订劳动合同;

(四)合同条款是否完备,双方的责任、权利、义务是否明确;

(五)中外文合同文本是否一致。

第六条 鉴证时,当事人应提交下列材料:

(一)签订的劳动合同文本三份;

(二)用人单位为法人的,应提供法定代表人身份证明或授权委托书;用人单位不是法人的,应提供其主要负责人的身份证明或授权委托书和国家工商行政管理部门颁发的营业执照;

(三)劳动者身份证明;

(四)鉴证部门认为需要的其它材料。

第七条 双方当事人应到场。用人单位一方应为法定代表人、主要负责人、或者委托代理人,劳动者一方应为签订合同本人或委托代理人。

第八条 对审查合格的劳动合同,鉴证机关应予鉴证。鉴证人员应当在合同文本上签名并加盖劳动合同鉴证专用章,注明鉴证日期。

鉴证机关发现当事人提供的合同文本及证明材料不完备,应通知当事人予以补正。

对不真实、不合法的劳动合同,不予鉴证,并应向当事人说明理由,在合同文本上注明。

对审查不合格的合同,应指导当事人按照要求修改或重新签订,然后办理鉴证手续。

第九条 为方便当事人,应简化劳动合同鉴证手续。凡能到用人单位办理鉴证的,应派人到用人单位办理,并提供法律、政策咨询服务。

第十条 劳动合同鉴证为有偿服务。鉴证机关向申请鉴证的当事人收取鉴证费的标准,按国家物价局、财政部《关于发布中央管理的劳动部门行政事业性收费项目和标准的通知》([1992]价费字 268 号)执行。

第十一条 对已鉴证的劳动合同,其依据的政策法规重新调整后有矛盾时,可重新办理鉴证手续,不再收取鉴证费。

第十二条 劳动部门对有错误的劳动合同予以鉴证后,一旦发现应立即撤销并退还鉴证费,或重新鉴证。

第十三条 鉴证人员有下列情形之一的,根据情节轻重,由其所在单位给予批评教育或行政处分:

- (一)玩忽职守,造成严重后果的;
- (二)有意为不真实、不合法的劳动合同提供鉴证的;
- (三)不按国家规定,超标准乱收费的。

第十四条 本办法由劳动部负责解释。

第十五条 各省、自治区、直辖市可根据本办法制定实施细则,并报劳动部备案。

第十六条 本办法自一九九二年十一月一日起实施。以前凡与本办法有抵触的规定,同时废止。

法规辑录

国家物价局、财政部 关于发布中央管理的劳动部门行政事业性 收费项目和标准的通知(节录)

(1992 年 6 月 11 日 [1992]价费字 268 号)

劳动部:

根据中发[1990]16 号《中共中央、国务院关于坚决制止乱收费、乱罚款和各种摊派的决定》的精神,对中央管理的劳动部门的行政事业性收费项目及标准进行了重新审定,经全国治理“三乱”领导小组同意,现将有关规定通知台下:

……四、劳动合同鉴证费和劳动争议仲裁费

劳动合同鉴证费和劳动争议仲裁费按《劳动合同鉴证和劳动分议仲裁收费管理办法》(见

附件)规定执行。

中央管理的劳动部门的行政事业性收费项目和标准以本通知规定为准。收费单位应严格执行规定的收费范围和收费标准,并到指定的物价部门办理收费许可证,使用财政部门统一制定本通知自一九九二年七月一日起执行。

附件:

劳动合同鉴证和劳动争议仲裁收费管理办法

根据国务院《国营企业劳动争议处理暂行规定》,现将劳动合同鉴证和劳动争议仲裁收费作如下规定:

一、劳动合同鉴证费

(一)劳动合同鉴证,是劳动行政部门依据有关法律,劳动法规、劳动政策、对劳动合同进行管理和行政监察的措施。劳动合同鉴证由劳动行政部门的劳动仲裁机构对各类企业、事业、机关、人民团体与职工(包括合同工、临时工、季节工、农民轮换工)签定的劳动合同进行审查、鉴定,并予以证明。

(二)劳动合同鉴证包括以下内容:

1. 签定劳动合同双方是否符合国家有关招收职工的规定,特别是签定劳动合同职工一方是否在十六周岁以上;

2. 劳动合同内容是否符合国家的法律、法规和有关政策规定,当事人双方责任、权利、义务是否明确、可行;

3. 签定劳动合同的双方是否坚持平等、自愿、协商一致的原则;

4. 签定劳动合同手续是否完备、文字表达是否清楚。

(三)劳动合同鉴证收费每份3元,变更合同鉴证收费每份1元;续订合同不收费。

(四)劳动合同鉴证费由招工单位和职工各负担一半;变更合同鉴证费由提出变更合同的一方负担。

收费收入用于劳动合同鉴证方面的证书工本费及档案管理等。

二、劳动争议仲裁费

(一)劳动争议当事人申请仲裁,应当依照本办法向仲裁委员会交纳仲裁费。仲裁费包括案件受理费和处理费。

1. 劳动争议案件每件受理费标准是:3人以下的,20元;4人至9人的,30元;10人以上的集体劳动争议案件,50元。

2. 处理费按实际开支收取。主要内容包括:鉴定费、勘验费、旅差费、证人误工补助等。与直接处理本案无关或超出国家有关规定标准(如旅差费标准)的开支不得列入处理费向当事人收取。

(二)受理费由申诉方在收到仲裁委员会受理通知后五日内预交(职工当事人符合本办法第二条第四点第二款规定者除外),逾期不交的,按自动放弃申诉处理。处理费由当事人双方预付,预付金额由受理案件的仲裁委员会视案情而定,申诉方应在收到受理通知后,被诉方应在

收到申诉副本后,五日内预付(职工当事人符合本办法第二条第四点第二款规定者除外),结案后本着多退少补的原则,按实际开支收取。

(三)经仲裁委员会裁决的案件,当事人一方败诉,一方胜诉的,仲裁费由败诉的一方负担;当事人部分败诉,部分胜诉的,仲裁费由仲裁委员会决定双方各自应分担的数额。

(四)败诉方当事人是职工且4个以上具有共同争议事由的,由仲裁委员会根据人数决定他们分别应负担的仲裁费数额。

职工当事人一方,如交纳仲裁费确有困难时,可申请减交、缓交或免交,具体由仲裁委员会办公室审批。

(五)案件经仲裁委员会调解达成协议的,仲裁费的负担由双方当事人协商解决。

(六)撤诉案件,仲裁费由申诉人负担。

(七)当事人不得单独就仲裁委员会关于仲裁费的决定提起诉讼;不服劳动争议仲裁裁决,向人民法院起诉的,其仲裁费不予退还。

(八)当事人依法申请复制与本案有关的材料和仲裁文书,其费用由申请人负担。

(九)劳动争议仲裁费主要用于仲裁活动经费开支的补助,包括:1. 仲裁办案费(有旅差费、鉴定费、勘验费、证人误工补助、误餐补助以及其他费用等);2. 文书表册印制费;3. 专业设备购置费;4. 资料、宣传教育费等。

三、各级劳动行政部门要加强劳动合同鉴证费和劳动争议仲裁费的管理,专款专用,节约开支,不准用于劳动部门本身的奖金、福利等开支,要认真执行财务制度,严格遵守财经纪律,并接受同级财政部门的监督。

四、各地每半年应将劳动合同鉴证费和争议仲裁费的收支以及预决算情况,报同级财政部门;各省、自治区、直辖市及计划单列市的劳动行政部门应报劳动部;劳动部将收支情况汇总后报财政部。

五、各省、自治区、直辖市可根据本办法,制定本地区的具体实施办法。

本办法自一九九二年七月一日起施行。

第一章 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。



法规辑录

技术合同管理暂行规定

(1988年2月27日国务院批准 1988年3月21日国家科委发布)

为了进一步深化科技体制改革,推动科学技术进步,保证《技术合同法》的贯彻实施,现就技术合同的管理作如下规定:

一、技术合同是我国技术成果商品化的基本法律形式,涉及科技、经济、工商行政管理、财政税收等各个方面,各级科委、工商行政管理局和其他行政管理部门应当按照社会主义商品经济的特点和要求,协同做好技术合同管理工作。

各级科委应当会同有关部门研究制定加强技术市场宏观管理的有关政策,指导《技术合同法》的正确实施。

各级工商行政管理局应当加强对技术合同的监督、检查。

凡订立技术合同的企业、事业单位应当建立技术合同管理制度。

二、为了正确贯彻执行国家扶植技术市场的政策和规定,各地区应当建立技术合同登记制度。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、计划单列城市科委或其委托的机构负责。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。

经技术合同登记机关认定并登记的技术合同,有关部门应当按照国家的有关规定,在信贷、税收和奖励等方面给予优惠。

三、技术合同属于《技术合同法》第二十一条所列情况之一的,当事人或者利害关系人可以请求工商行政管理局宣布技术合同无效,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,再行处理。

四、技术合同发生争议,当事人不愿协商、调解或者协商调解不成的,可以依据合同订立的仲裁条款或者事后达成的仲裁协议,向工商行政管理局仲裁机构或者其他仲裁机构申请仲裁。其中涉及发明权、发现权、技术成果权或者专利申请权、专利侵权争议的,仲裁机构应当委托当地科委或者专利管理机关做出结论后,再行处理。

五、本规定由国家科委负责解释。

六、本规定自发布之日起施行。



技术市场管理暂行办法

(1986年12月18日 (86)国技市字004号)

第一章 总 则

第一条 为贯彻“经济建设必须依靠科学技术,科学技术工作必须面向经济建设”的战略方针,加强技术市场的管理,促进技术成果转化为生产力,特按照国家有关法规、政策制定本办法。

第二条 技术市场是我国社会主义商品市场的重要组成部分。技术市场的基本任务是:促进技术商品流通,推动技术成果的推广和应用。

第三条 各部门、各地区应当对技术市场实行“放开、搞活、扶植、引导”的方针。科学技术管理部门,经济管理部门,工商管理部门,财政、金融、税收部门以及各级业务主管部门应当对技术市场实行扶植政策并采取必要措施。

第二章 业务范围

第四条 技术市场的业务范围包括技术转让、技术服务、技术咨询、技术培训、技术承包、

技术入股和技术出口等。

第五条 各地区各部门可以根据技术市场买、卖、中介各方的需要,设置常设技术市场、流动技术市场,举办技术成果交易会、技术招标会,以及组织不同形式的科研、教学、生产联合体。

各单位组织全国性或者跨地区、跨部门的技术成果交易会、技术招标会,应当提前三个月向当地技术市场协调指导机构或技术市场主管部门备案。

第三章 协调指导机构

第六条 全国技术市场协调指导小组是全国技术市场协调指导机构,负责依据国家法律、行政法规和有关政策,对全国技术市场进行宏观指导,协调各业务部门的关系,推动全国技术市场的发展。

全国技术市场协调指导小组下设办公室,负责日常工作。

第七条 各省、自治区、直辖市和计划单列城市,可以根据实际情况建立相应的技术市场协调指导小组,负责本地区技术市场的协调指导工作。

国务院各有关部门可以指定有关业务局(司、厅),负责本部门技术市场的协调指导工作。

第八条 各级业务主管部门应当加强对技术市场的管理,接受技术协调指导机构的指导,协同开展技术市场工作。

第四章 技术市场管理

第九条 技术市场的活动必须遵守国家法令和有关规定,接受技术市场协调指导机构的监督和指导。

第十条 技术市场的交易活动,必须遵照国家有关法规订立书面技术合同。技术合同的条款可以包括:

- 一、项目名称;
- 二、合同标的、范围和要求;
- 三、履行的计划、进度、期限、地点和方式;
- 四、价格或报酬及其支付方式(包括中介方的收益);
- 五、验收标准和方式;

六、技术成果分享(包括专利权和专利实施权;非专利技术的使用权和转让权;是否要求告知该项技术后续改进的详细内容;是否将该技术转让第三方;是否要求告知已转让的次数和地点;是否预付入门费等);

- 七、风险责任的承担;
- 八、违约责任;
- 九、争议的解决办法;
- 十、名词和技术术语的解释。

第十一条 工商行政管理部门和各级业务主管部门应当加强对技术合同履行的监督和检查。

第十二条 技术合同签订后,当事人应当到当地指定的技术合同登记机关登记。当事人双方不在同一地区的,根据商定情况,可到卖、买任何一方所在地登记。

技术合同登记机关应当对合同进行审查,对于以技术交易为内容的合同,应按《关于技术市场统计工作的若干规定》分类登记;对于包含部分技术项目的合同,应就其中技术交易部分进行登记;对于与技术交易无关的其他合同,一律不予登记。

技术合同登记后,经税务机关审核按有关规定给予减免税收的优惠,银行凭登记机关出具的技术合同登记证明,承办科技信贷和合同结算业务。

第十三条 技术合同受国家法律保护和制约。技术合同发生争议时,当事人应当协商解决,协商不成时,技术中介方负有调解的义务。当事人拒绝接受中介方的调解时,可以向合同仲裁机构申请审查和仲裁,也可直接向人民法院起诉。

第十四条 技术交易项目,可以在技术市场上公开招标。招标和投标应当遵守公正平等、诚实信用和择优成交的原则。招标方按照规定程序提交的要约和投标方法、要约有效期内作出的承诺,具有法律约束力。擅自变更或者撤回要约或者承诺的,应当赔偿给对方造成的损失。

第十五条 进入技术市场的技术应当真实、可靠并力求成熟。转让涉及国家安全或者重大利益,需要保密的技术,应当按照国家有关规定办理。危害国家和社会利益的技术,侵犯他人技术权益的技术,以及国家法律和政策不允许转让的技术不得进入技术市场。

第十六条 各级技术市场统计部门应当依据《关于技术市场统计工作的若干规定》和《全国技术市场调查方案》做好技术市场统计工作。

第五章 技术商品服务机构

第十七条 技术商品服务机构的主要任务是:沟通科学技术与经济建设的信息,促进科学技术与经济建设的结合,加速科学技术成果商品化,繁荣社会主义市场。

第十八条 技术商品服务机构,应当有明确的经营内容和服务方向,有与经营内容相适应的科学技术和经营管理人员,有健全的组织机构和规章制度。

常设技术商品服务机构,要有必要的资金和设施。

第十九条 成立事业性质的技术商品服务机构,应当按照国家有关规定,经主管部门批准。成立企业性质的技术商品服务机构,经主管部门批准后,须向工商行政管理部门申请核准登记,领取营业执照。

技术商品机构成立后,应当向当地技术市场协调指导机构备案,并在国家规定的或者核准登记的范围内开展业务活动,接受业务主管部门和技术市场协调指导机构的监督。

第六章 价款、支付和税收

第二十条 技术交易的价款,实行市场调节,由交易双方协商议定。其支付方式可以一次

总付或者分期支付,可以按照技术实施后新增销售额或利润的一定比例提成,也可以按照双方商定的其他办法支付。

第二十一条 全民所有制企业,集体所有制企业支付技术交易费用,一次总算的,在企业管理费中列支。数额较大时,可以作为待摊费用,分期摊入成本,但一般不要超过两年。按照新增销售额或利润提成支付的,在实施技术后的新增利润中税前列支。接受科技开发贷款的,在新增利润税前还款。

第二十二条 全民所有制事业单位支付技术交易费,在事业费包干结余或预算外收入中列支;没有事业费包干结余或预算外收入的,在事业费中列支。

第二十三条 促成技术交易的中介方(包括单位、个人)应取得报酬,其数额由技术交易有关各方协商议定。

第二十四条 单位留用的技术净收入,应当按五比三比二的比例用于科技发展基金、集体福利基金和奖励基金,上级领导机关有关部门不得擅自抽调和干预。

第二十五条 技术交易收益的税收与分配,按财政税务部门的有关规定办理。

第七章 技术权益

第二十六条 执行国家和上级部门的计划研究、开发的技术成果,除保证按照计划规定推广外,研究开发单位根据国家有关政策,有权自行转让。

第二十七条 根据本单位计划研究、开发的技术成果,单位可自行转让,收入归单位。

接受其他单位委托研究、开发的技术成果,当事人应在合同中明确规定该项技术的使用权和转让权,合同没有规定的,各方均有使用和转让的权利。

第二十八条 科研人员在完成本职工作和不侵犯本单位技术权益与经济利益的前提下,自行研究、开发的技术成果,其收入依国家有关规定分配。使用本单位器材、设备和未公开的技术资料,应当事先征得本单位同意,按协议支付使用费。

第二十九条 获得专利权转让和专利实施许可应当符合《中华人民共和国专利法》的有关规定。

第八章 附 则

第三十条 技术商品经营和服务机构应当实行专业技术职务聘任制。从事技术市场工作的技术人员及专业技术职务,可按照工程技术序列或其他相应专业职务序列配置,并在工资和生活上与其他技术人员享有同等待遇。

第三十一条 各部门、各省、自治区、直辖市和计划单列城市,可以根据各自的实际情况参照本办法制定相应的实施细则。

第三十二条 本办法自公布之日起执行。

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。



技术合同认定登记管理办法

（1990 年 7 月 6 日国家科学技术委员会令第 7 号发布）

第一章 总 则

第一条 为了加强技术合同认定登记管理，保障技术市场的健康发展，根据《中华人民共和国技术合同法》以及有关技术市场的法规和政策，制定本办法。

第二条 当事人就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,技术合同登记机构进行技术合同认定登记工作,应当遵守本办法。

第三条 技术合同认定登记工作遵循统一政策、归口管理、服务基层的原则,实行按地域一次登记制度。

第四条 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,管理本行政区划内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。

第五条 经认定登记的技术合同,有关部门应当按照国家及本地区的有关规定,在信贷、税收和奖励等方面给予优惠。

未申请认定登记和未予登记的合同,不得适用前款规定。

第二章 认定登记程序

第六条 申请技术合同认定登记,合同的研究开发方、转让方、顾问方和服务方,应当自技术合同成立之日起三十日内向所在地区的技术合同登记机构申请。

第七条 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第三十七条、第五十六条、第五十七条、第六十六条、第七十四条、第八十一条、第九十二条、第一百零一条或者第一百零八条规定的条款。

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。有关电报、电传、信件可以作为合同附件。

第八条 当事人就属于技术合同法实施条例第十三条所列情况之一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。

第九条 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。

第十条 委托代理人订立的合同申请认定登记,应当提交委托书复印件。

第十一条 通过中介方订立的合同申请认定登记,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。

第十二条 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。

第十三条 技术合同的认定登记,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。当事人应当在合同中明确相互权利与义务关系,如

实反映技术交易的实际情况。当事人在合同文本中作虚假表示的,应当对其后果承担责任。

第十四条 技术合同登记机构依照《技术合同认定规则》,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:

- (一)法律和技术认定;
- (二)分类登记;
- (三)核定技术性收入。

第十五条 技术合同登记机构对认定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三十日内补正完备,再行申请认定登记。

对认定为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,并在合同文本上注明“未予登记”字样。

第十六条 申请认定登记的合同,涉及国家安全或者重大利益需要保密的,技术合同登记机构应当采取措施保守国家秘密。

当事人在合同中约定了保密义务的,登记机构应当保守有关技术秘密,维护当事人的合法权益。

第十七条 当事人约定鉴证或者公证的技术合同,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。

第十八条 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十五日内按行政复议程序请求复议一次。

第十九条 经技术合同登记机构认定登记的合同,当事人协商一致变更、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。

第二十条 当事人履行技术合同,取得技术性收入后,凭技术合同登记证明和项目成本核算单,向原登记机构办理奖金审批手续。

第二十一条 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,当事人已提取奖金或者已办理减免税手续的,应当通知有关单位予以纠正。

第二十二条 技术合同登记机构对申请认定登记的技术合同可以收取登记费。收费标准由省、自治区、直辖市和计划单列城市科学技术委员会会同同级物价局核定。

第三章 登记人员

第二十三条 技术合同登记机构应当设登记员办理技术合同认定登记。

登记员的基本职责是:

- (一)受理技术合同的认定登记申请;

(二)依法认定技术合同;

(三)办理技术合同登记手续,核定技术性收入和奖酬金额;

(四)进行技术合同的统计和分析工作;

(五)指导当事人订立和履行技术合同。

第二十四条 技术合同登记员实行岗位责任制。登记员应当忠于职守、廉洁公正、文明服务,正确执行法律、法规和政策,严格遵守各项制度,全面履行岗位职责,提高工作质量和效率。

第二十五条 技术合同登记员一般应当具有大、中专及相当学历或者初、中级以上技术职称,掌握较广泛的专业技术知识和有关法律知识,具有相应的政策水平和良好的职业道德。

登记员必须经过培训、考核,成绩合格,取得技术合同登记员证后,方能从事技术合同认定登记工作。无证人员不得从事技术合同认定登记工作。

第二十六条 各省、自治区、直辖市和计划单列城市科学技术委员会负责本地区登记员的培训和考核工作,对合格者颁发技术合同登记员证。

登记员的培训考核工作,按照国家科学技术委员会制定的培训考核大纲进行。

第二十七条 各省、自治区、直辖市和计划单列城市科学技术委员会应当加强对本地区技术合同登记员的监督、管理和指导,建立、健全登记员的工作业绩考核制度,对做出突出成绩的,应当给予表彰和奖励。

第四章 监督管理

第二十八条 对于订立假技术合同或者弄虚作假,采取欺骗手段取得技术合同登记证明的,由所在地区科学技术委员会予以通报批评,并配合有关部门追回违法取得的科技贷款、减免的税收和发放的奖酬金,依法追究当事人或者直接责任人员的行政责任;情节严重,构成犯罪的,应当移交司法机关,追究刑事责任。

第二十九条 各省、自治区、直辖市和计划单列城市科学技术委员会发现技术合同登记机构工作秩序混乱、管理与经营不分、擅自提高登记费或者不依法进行认定登记工作的,可以通报批评、令其限期整顿,直至取消其登记权,并追究其负责人和直接责任人员的行政责任。

第三十条 技术合同登记机构违反本办法第十六条规定,泄露国家秘密的,按照国家有关规定追究其负责人和直接责任人员的法律责任;泄露技术合同约定的技术秘密,给当事人造成损失的,应当承担相应的责任。

第三十一条 技术合同登记员玩忽职守、严重失职或者营私舞弊的,由所在地区科学技术委员会视情节轻重给予批评教育,直至取消其登记员资格,并给予行政处分。

第五章 附 则

第三十二条 各省、自治区、直辖市和计划单列城市可以根据本办法,结合本地区的实际情况制定实施细则。

第三十三条 本办法自一九九〇年八月一日起施行。



技术合同认定规则(试行)

(1990年7月27日 (90)国科发策字第532号)

第一章 一般规则

第一条 技术合同认定应当遵守技术合同法及其实施条例的规定,贯彻执行国家技术市场政策,按照技术合同认定登记管理办法和本规则,结合本部门、本地区的实际情况进行。

第二条 技术合同认定是指技术合同登记机构对当事人申请认定登记的合同文本从法律上、技术上进行审查,确认其是否符合技术合同要求的行政管理工作。

登记机构应当对申请认定登记的合同是否属于技术合同和属于何种技术合同作出结论。

第三条 技术合同应当是法人之间、法人和公民之间、公民之间依据技术合同法的规定,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与义务关系的协议。

经济合同、劳动合同、承包经营合同以及合资、联营协议等非技术合同,不得按技术合同登记。但标的包括技术、劳务、工程、经营承包和联合生产等多项内容的协议,其技术交易部分能单独成立并分订合同的,可以申请认定登记。

第四条 技术合同登记机构对申请认定登记的合同,应当确认当事人民事行为能力 and 民事行为为能力。

登记机构可以要求当事人出具有关证照。当事人拒绝出具或者所出具的证照不符合要求的,不予登记。

第五条 当事人为法人的合同,应当有法定代表人或者其授权的人员在合同上签名或者盖章,并加盖法人的公章或者合同专用章。

当事人为公民的合同,应当有本人的签名或者盖章。

当事人为法人联营的合同,应当有联营组织的负责人在合同上签名或者盖章,并加盖联营组织的印章;联营组织没有印章的,应当加盖组成联营的各单位的公章或者合同专用章。

当事人为不具备法人资格的民办科技机构、个体工商户、个人合伙、私营企业的合同,应当有负责人或者代表在合同上签名或者盖章,该组织有印章的,应当加盖印章。

印章不齐备或者印章与书写名称不一致的,不予登记。

第六条 以法人内部职能机构、课题组和群众组织为一方当事人的合同,不予登记。但有法定代表人书面授权的情况除外。

第七条 当事人就列入国家国民经济和社会发展计划的科技攻关项目所订立的合同申请认定登记,符合技术合同法的规定并附有国家主管部门或者有关项目执行部门的批准文件的,技术合同登记机构应予受理,单列类别登记。

第八条 全民所有制企业、事业单位转让专利权、专利申请权的合同,应当有上级机关的批准文件。

企业的上级机关指批准其成立并向工商行政管理机关出具证明的部门或者单位;事业单位的上级机关指主管其业务的县级以上人民政府的管理机关。

第九条 就易燃、易爆、高压、高空、剧毒、建筑、食品、医药、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,应当提交贯彻执行国家公共安全和行业许可制度有关规定的情况说明和有关证明。合同认定登记后,有关说明材料和证明视同合同附件一并存档。

第十条 申请认定登记的合同,其标的不符合国家产业政策要求,或者属于国家技术政策规定应当淘汰的技术和限制其继续发展的技术的,不予登记。

第十一条 个人就转让技术成果或者通过技术开发、技术咨询和技术服务提供技术成果的合同申请认定登记,应符合下列规定:

- (一) 在职人员应当提交所在单位关于该项技术成果为非职务技术成果的证明;
- (二) 离休、退休人员应当提交原单位有关技术成果权属的证明。

合同所涉及的技术成果属于本人离休、退休前原单位要求本人在一定期限内不对外转让的关键性技术或者本人自离开原单位起一年内继续进行原单位的研究开发课题、履行原单位岗位职责所完成的技术成果的,登记机构不予登记;

- (三) 调动工作的人员应当提交原单位和所在单位有关技术成果权属的证明;
- (四) 停薪留职人员应当提交留职单位或者有关单位关于技术成果权属的证明。

单位与个人就技术成果权属有争议的,可以请求所在地区科学技术委员会确认并出具结论。

第十二条 申请认定登记的合同缺少下列基本条款的,不予登记:

- (一) 没有标的或者标的空洞,同行专业技术人员无法了解具体技术内容的;
- (二) 没有价款、报酬、使用费及其支付方式的;
- (三) 存在其它重大缺陷,致使合同无法履行的。

第十三条 申请认定登记的合同约定给付定金,申请时尚未给付定金的,不予登记。

第十四条 申请认定登记的合同约定财产抵押,申请时尚未履行抵押手续或者以其不享有所有权、经营管理权的财产作为抵押的,不予登记。

第十五条 就约定由第三人作保证人的合同申请认定登记,属于下列情况之一的,不予登记:

- (一) 订立保证条款的,保证人未在合同上签名、盖章;
- (二) 订立保证合同的,保证人与被保证人没有在保证合同上签名、盖章;
- (三) 保证人为机关、机关职能机构和无相应的独立支配的财产或者履行合同能力的组织和个人。

第十六条 就通过中介机构订立的合同申请认定登记,合同中应当有中介条款,或者附有委托方与中介方订立的技术中介合同。中介条款或者技术中介合同应当具备技术合同法实施条例第一百零八条的主要条款。

第十七条 申请认定登记的合同约定有违约金的,违约金的约定违反法律、法规或者违约金超过合同价款、报酬以及使用费总额的不予登记。

第十八条 申请认定登记的合同所设定的权利与义务关系违反法律、法规或者订立合同的目的和履行合同的結果损害国家利益和社会公共利益的,不予登记。

第十九条 申请认定登记的合同,其条款含有一方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的,不予登记。

第二十条 技术合同登记机构根据事实能够确认申请认定登记的合同,属于侵犯他人合法权益或者属于采取欺诈、胁迫手段订立的,不予登记。

第二十一条 申请认定登记的合同,约定以下列方式提交有关成果的,技术合同登记机构应当确认其数量是否超出合理范围,具体原则是:

(一)技术文件,以通常掌握技术和必要存档所需份数为限;

(二)磁盘、磁带、计算机软件,动物或者植物的新品种、微生物菌种,样品、样机和其他产品,以进行必要试验、验证和掌握技术所需数量为限;

(三)成套技术设备限于1套,试验装备一般应限于1—2套。

前款超过合理数量的部分,按经济合同处理。

第二章 技术开发合同

第二十二条 技术开发合同应当是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。

技术开发合同的基本认定条件是:

(一)有具体的科学研究和技术开发课题;

(二)有明确的合同标的,且为当事人在订立合同时尚未掌握的技术方案;

(三)有相应的技术进步特征和技术创新的内容。

第二十三条 下列各项可以认定为符合技术开发合同标的范围:

(一)新产品开发;

(二)新工艺开发;

(三)新材料开发;

(四)新的技术系统开发;

(五)其他新技术的开发。

第二十四条 在基础性和应用研究基础上就有明确工业化、商业化的目标和前景的科研课题,可以认定为属于技术开发合同标的范围。但单纯以揭示自然现象、规律和特征为目标的基础性研究项目所订立的合同,以及就社会科学研究课题所订立的合同,不予登记。

第二十五条 就小试技术成果、中试技术成果进行工业化、商业化开发的课题,有技术进步特征和技术创新内容的,可以认定为属于技术开发合同标的范围。但可以直接应用于生产实践的情况除外。

第二十六条 企业、研究试验机构的技术改造项目,确属具有技术进步特征和技术创新内容的,可以认定为属于技术开发合同标的范围,包括:

- (一) 总体技术改造;
- (二) 成套设备和试验装备的技术改造。

但就一般设备的维修、改装以及常规的设计变更等订立的合同不属于技术开发合同。

第二十七条 国外引进技术、设备的创新改造项目、确属在消化、吸收基础上进行创造性的研究开发的,可以认定为属于技术开发合同标的范围。但简单仿制的除外。

前款活动违反与外方所达成的协议,侵害外方技术权益的,技术合同登记机构除不予登记外,应教育当事人停止侵权行为。

第二十八条 治理污染、保护环境和生态的单项课题或者系统工程等研究开发项目,确属有技术进步特征和技术创新内容的,可以认定为属于技术开发合同标的范围。但仅以提出规划和工作计划为内容的除外。

第二十九条 计算机应用技术的研究开发项目包括语言系统、过程控制、管理工程、特定专家系统、计算机辅助设计、制造及其系统等研究开发项目,可以认定为属于技术开发合同标的范围。但对应用软件复制、仿制、无原创性的程序编制除外。

第三十条 自然资源、生物资源的开发利用项目,有明确技术进步特征和技术创新内容的可以认定为属于技术开发合同标的范围。但仅以提出规划和工作计划为内容的除外。

第三十一条 下列合同不属于技术开发合同:

- (一) 合同标的为已经掌握的技术方案,包括已经完成工业化、商品化开发的产品、工艺、材料及其系统;
- (二) 合同标的为通过简单改变尺寸、参数、排列和类似的技术手段的变换实现现有的产品改型、工艺变更以及材料配方的调整;
- (三) 技术成果的检验、测试、鉴定和应用。

第三章 技术转让合同

第三十二条 技术转让合同应当是当事人之间就专利权转让、专利申请权转让、专利实施许可、非专利技术的使用和转让所订立的合同。

技术转让合同的基本认定条件是:

- (一) 合同标的为当事人订立合同时已经掌握的技术成果,包括发明创造专利和非专利技术成果;
- (二) 合同标的有特定的完整的技术内容,构成一项产品、工艺、材料及其改进的技术方案;
- (三) 当事人对合同标的有明确的权属约定。

第三十三条 申请认定登记的合同,其标的涉及专利权的当事人,应当提交专利证书复印件。无专利证书复印件或者在专利权终止和被宣告无效后申请认定登记的,不予登记。

第三十四条 申请登记的合同,其标的范围可以是工业、农业、交通运输、通讯、医疗卫生、环境保护、国防建设以及国民经济各部门能够应用的技术成果,不受行业、专业和自然科学学科的限制。

第三十五条 申请认定登记的合同,其标的为非专利技术成果的,可以含有公开技术成份或者公开技术的组合。但该项技术成果全部或者实质部分可以直接从公开情报中取得的,不予登记。

第三十六条 申请认定登记的合同,其标的为尚待研究开发的技术成果,不属于转让合同。符合技术开发合同条件的,可退回当事人补正后,按技术开发合同重新申请。

第三十七条 申请认定登记的合同,其标的属于下列情况之一的,不属于技术转让合同:

- (一) 专利权已经终止;
- (二) 非专利技术成果,未约定使用权、转让权归属;
- (三) 其它不具有技术成果权属的知识、技术、经验和信息。

前款规定的合同标的符合技术咨询合同或者技术服务合同条件的,可退回当事人补正后,按技术咨询合同或者技术服务合同重新申请认定登记。

第三十八条 申请认定登记的合同,其标的仅为一般的商业秘密和数据,不构成一项完整的技术方案,或者标的为依靠个人技能和经验掌握的技术诀窍、无法认定其技术内容的,不属于技术转让合同,不予登记。

第三十九条 申请认定登记的合同,其标的为高新技术产品,未约定转让技术成果的,不属于技术转让合同,不予登记。随产品提供用户的有关产品性能和使用方法等商业性说明,不属于技术成果文件。

第四章 技术咨询合同

第四十条 技术咨询合同应当是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。

技术咨询合同的基本认定条件是:

- (一) 合同标的为特定技术项目的咨询课题;
- (二) 咨询方式为运用科学知识和技术手段进行的分析、论证评价和预测;
- (三) 工作成果为科技决策服务所提供的咨询报告和意见。

第四十一条 下列有关科学技术与经济、社会协调发展的宏观决策的项目,可以认定为属于技术咨询合同标的范围:

- (一) 科技发展战略的研究;
- (二) 科技发展规划的研究;
- (三) 技术政策和技术选择的研究。

第四十二条 下列为促进科技进步和管理现代化,提高经济效益和社会效益的科技咨询

项目,可以认定为属于技术咨询合同的范围:

- (一) 重大工程项目、研究开发项目、技术改造和成果推广等的可行性分析;
- (二) 技术成果、重大工程和特定技术系统的技术评估;
- (三) 特定技术领域、行业专业和技术转移的技术预测;
- (四) 就专项技术进行的技术调查。

前款项目中与技术开发、技术转让有关的,可以作为技术开发合同或者技术转让合同的一部分。

第四十三条 下列申请认定登记的合同,其标的为对技术成果和专业性技术项目有关决策提供咨询的,可以认定为属于技术咨询合同标的范围:

- (一) 技术产品和工艺分析;
- (二) 技术方案比较;
- (三) 专用设施、设备的安全对策。

前款项目中与技术开发、技术转让有关的,可以作为技术开发合同、技术转让合同的一部分。

第四十四条 申请认定登记的合同,其标的为大、中型建设工程项目前期分析论证的,可以认定为属于技术咨询合同标的范围。但属于建设工程承包合同一部分的情况除外。

第四十五条 申请认定登记的合同,其标的为引进先进理化测试仪器,就其性能进行可行性分析,可以认定为属于技术咨询合同标的范围。但属于引进设备合同一部分的情况除外。

第四十六条 就解决特定技术问题提出实施方案,进行技术服务和实施指导所订立的合同,不属于技术咨询合同。符合技术服务合同条件的,可退回当事人补正后,按技术服务合同重新申请。

第四十七条 下列合同不属于技术咨询合同:

- (一) 就经济、法律、社会等非技术项目的分析、论证、评价、预测和调查所订立的合同;
- (二) 就购买仪器、设备、材料等提供商业信息所订立的合同。

第五章 技术服务合同

第四十八条 技术服务合同应当是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。

技术服务合同的基本认定条件是:

- (一) 合同的标的为运用专业技术知识、经验和信息解决特定技术问题的项目;
- (二) 服务内容为改进产品结构、改良工艺流程、提高产品质量、降低产品成本、节约资源能耗、保护资源环境、实现安全操作、提高经济效益和社会效益等专业技术工作;
- (三) 工作成果有具体的质量和数量指标;
- (四) 技术知识的传递不涉及专利和非专利技术成果的权属。

第四十九条 下列专业技术项目有明确技术问题和解决难度的,可以认定为属于技术服务合同标的范围:

(一) 设计服务,包括:

1. 改进现有产品结构的设计;
2. 专用工模量具及工装的设计;
3. 有特殊技术要求的非标准专用设备的设计;
4. 引进设备和其他先进设备仪器的测绘和关键零部件及国产化配套件的设计。

(二) 工艺服务,包括:

1. 工艺流程的改进;
2. 有特殊技术要求的工艺编制;
3. 新产品试制中的工艺技术指导。

(三) 测试分析服务,包括:

1. 新产品、新材料性能的测试分析;
2. 非标准化的测试分析;
3. 有特殊技术要求的科技成果的测试分析。

(四) 计算机技术应用服务。

(五) 新型或者复杂生产线的调试。

(六) 特定技术项目的信息加工、分析和检索。

(七) 农业的产前、产中、产后技术服务,包括为技术成果推广,以及为提高农业产量、品质、发展新品种、降低消耗、提高经济效益和社会效益的有关技术服务。

第五十条 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业务训练,可以认定为属于技术服务合同标的范围,按技术培训合同予以登记。但就职工培训、文化学习和按行业、单位计划进行职工业余教育的除外。

第五十一条 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技术中介服务的项目,可以认定为属于技术服务合同标的范围,按技术中介合同认定后与经中介方订立的技术合同一起登记。但就不含有技术中介服务内容的各种居间活动除外。

第五十二条 就下列项目订立的合同,其履行确需进行相应专业技术工作的,并有较大解决难度的,可以认定为属于技术服务合同标的范围:

- (一) 为特殊产品技术标准的制定;
- (二) 为重大事故进行定性定量技术分析;
- (三) 为重大科技成果进行定性定量技术鉴定或者技术评价。

但是,前款各项属于一般经营业务范围的情况除外。

第五十三条 下列合同不属于技术服务合同:

(一) 以常规手段或者为生产经营目的进行一般加工、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和建设工程的勘察、设计、安装、施工合同。但以非常规技术手段,解决复杂、特殊技术问题而单独订立的合同除外;

- (二) 就描晒复印图纸、翻译资料、摄影摄像和体检等所订立的合同;
- (三) 计量检定单位就强制性计量检定所订立的合同;

(四) 理化测试分析单位就仪器设备的购售、租赁及用户服务所订立的合同。

第六章 核定技术性收入

第五十四条 申请认定登记的合同,应当载明合同交易总额、技术交易额。申请认定登记时不能确定合同交易总额、技术交易额的,或者在履行合同中上述金额发生变化的,当事人应当在办理提取奖酬金手续前补正。

技术合同认定登记机构应当对合同交易总额和技术交易额进行审查,核定技术性收入。

第五十五条 本规则第五十四条用语的含义是:

(一) 合同交总额是指技术合同成交款项的总金额;

(二) 技术交易额是指从合同交易总额中扣除购置设备、仪器、零部件、原材料等非技术性费用后的金额。但是,本规则第二十一条所规定的合理数量标的的直接成本不计入非技术性费用。

(三) 技术性收入是指履行合同后所获得的价款、使用费、报酬等实际收益。

第五十六条 企业、事业单位和其他组织提取奖酬金,应当以技术合同登记机构核定的技术性收入为基数计算。

第五十七条 技术开发合同或者技术转让合同包含技术咨询、技术服务内容的,技术咨询、技术服务所得的报酬,可以视同技术使用费计入技术交易额中。

第五十八条 当事人一方为公民个人的技术合同,履行合同所实现的实际收益,应当依法缴纳个人收入调节税的,以技术合同登记机构核定的技术性收入为基数计算。

第七章 附 则

第五十九条 本规则由国家科学技术委员会解释。

第六十条 本规则自 1990 年 8 月 1 日起施行。

第 四 篇

第四篇 合同的履行

第一章 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效行为,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,任何一方当事人不能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,按照封存的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。

案例剖析

购销合同供方用多交货的方式推销商品案

【案情介绍】

1992年3月11日,某镇供销社与某市副食品公司签订一份干辣椒买卖合同。合同规定:数量50吨,每公斤2.4元,价款12万元;质量标准,长80mm以上,色红、身干、无霉变,按封存样品验收;交货日期,1992年9月上旬30吨,10月中旬20吨;交货地点,副食品公司仓库;由供销社送货并承担运费;结算方式,验收后付清货款。1992年9月2日,供销社送干辣椒30吨,副食品公司验收后付清货款。10月11日,供销社又送来辣椒30吨,副食品公司在验收时,对多交的10吨干辣椒要求供销社运走,供销社提出请副食品公司将多交的干辣椒暂存保管。副食品公司当时只支付货款2.8万元,比合同约定的20吨干辣椒货款少付款2万元,言明过两个月再支付。两个月过后,副食品公司仍未付拖欠的2万元货款,供销社于1992年12月26日和1993年1月14日两次去人催付货款。双方协商不成,供销社于1993年1月21日向某市经济合同仲裁委员会申请仲裁。

供销社诉称:我社按合同约定时间,送货到副食品公司仓库、经验收入库。在验收时,副食品公司口头讲过多发的10吨干辣椒要退货。当时我们讲,你公司是经营干辣椒的,与外地副食品经营单位联系销售也方便,当时他们未置可否。副食品公司要求降低价格,我们说这次(10月11日)在货款支付时间上,允许延付两个月,已让了一大步,还是按原价结算。当时副食品公司延期支付货款2万元,是接受多交货的一个交换条件,我们要求副食品公司支付拖欠的货款4.4万元,并承担延期支付货款的违约金。

副食品公司答辩称:我公司与供销社签订的干辣椒买卖合同,数量是50吨。第一批合同约定交货30吨,已验收付款,第二批合同约定交货20吨,实际交30吨,多交10吨干辣椒。我公司没有人表示愿意接收多交的干辣椒并按每公斤2.4元付款。在送货时,我方就表示,请他们把多交的10吨干辣椒运走,他们说暂存在我方仓库,待找到买主就拉走。我们要求退回多交的10吨干辣椒,偿付我们保管费用。

【案情分析】

仲裁委员会审理查明:1992年3月11日,供销社与副食品公司签订的干辣椒买卖合同,数量为50吨。1992年9月2日,供销社交付30吨干辣椒,已验收结算货款。10月11日,供销

社交付 30 吨,副食品公司对多交的 10 吨干辣椒表示拒收,并让供销社拉走,供销社请求副食品公司把多交的 10 吨干辣椒暂存副食品公司仓库。其目的是拖延时间,造成既成事实,推销货物。据查,当地辣椒丰收,供过于求,市场滞销,价格下跌。供销社从农村收购量大于销售量,企图用多交货方式推销商品,转嫁损失,其行为是违反合同的,应承担违约责任。经调解,双方于 1993 年 3 月 10 日达成如下协议:

(1)供销社违反合同约定数量多交 10 吨干辣椒,每月保管费 100 元,合计 400 元,由供销社偿付。

(2)副食品公司延期付款 2 万元,时间为 4 个月,每日按万分之三计算,偿付供销社违约金 720 元。

(3)上述两项相抵,副食品公司偿付供销社违约金 320 元,自调解书送达之日起 10 日内一次付清。

(4)案件受理费 220 元,供销社承担 150 元,副食品公司承担 70 元。

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,应当按质论价;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。

案例剖析

购销合同双方均未履行合同的合同纠纷案

【案情介绍】

1991 年 11 月 12 日,A 市软轴机具厂(以下简称 A 厂)与 B 市建筑装修机具厂(以下简称 B 厂)签订一份购销合同。合同规定:B 厂在 1992 年度供应 A 厂托入式震动器电机(以下简称电机)600 台,单价 192 元。之后,因原材料涨价 B 厂先后两次与 A 厂协商提高电机价格,双方于 1992 年 7 月 15 日第二次在 A 市达成了协议:B 厂自 1992 年 8 月至 12 月供给 A 厂电机 400 台,单价提高到 219 元;交货期限为,同年 8 月 15 日前交 40 台,8 月 31 日前交 40 台,9 月至 12 月每月交 80 台,总价款 87,600 元;交货方式:凭 B 厂的交货电报,A 厂在接到交货电报之日起 3 日内办好信汇手续,B 厂代办托运;如任何一方违约需承担 10%的违约金。协议生效后,B 厂于 1992 年 8 月 28 日交货 40 台,A 厂已付款;同年 9 月份 B 厂未交货,A 厂遂派人去

B厂催货,B厂答复要到10月15日有货,并给A厂厂长写信,提出“下个月按省物价局所定价格办理”。同年10月14日,A厂再次派人去B厂催货时,B厂提出,因原材料价格上涨,每台电机价涨到330元,不能再按原定价供货。A厂因生产急需,只好同意按330元提货,但B厂又提出只能在同年10月26日交货,经A厂与B厂协商由A厂给付赶工费200元,A厂才得以在同年10月18日提走电机40台。提货后,A厂以B厂没按期交货为由,拒付货款,并于到货后次日向B厂发电,要求B厂继续履行合同,赔偿损失后再付款。后经A、B两厂多次协商,仍未达成一致意见。

A厂诉诸A市中级人民法院,要求B厂履行1992年7月15日双方签订的协议,并给付违约金和赔偿金;B厂则辩称:我方交货40台以后,就预料到电机原材料价格要上涨,所以我们暂时不交货,可A厂于1992年10月18日提货后不付款,应当承担违约责任,因为A厂在提这批货时也同意按每台330元结算。

【案情分析】

A市中级人民法院依法审理了此案,并多次主持A厂和B厂进行调解,均未有结果。在1993年3月6日上午开庭时,B厂厂长未经法庭许可中途退庭。A市中级人民法院认为:A厂和B厂于1992年7月15日修订的协议,符合法律规定,是有效的民事法律合同。B厂除在1992年8月交电机40台,其余均未按规定日期交货,应负违约责任。同年10月A厂催货时,B厂提出电机涨价,A厂因紧急需要,迫于无奈同意提价提货,不是真实的意思表示,是无效的民事行为。A厂在提货后,没有按原协议规定的价格付款,也是违约行为,应负一定责任。依照《民法通则》第57条、第58条第3项、《经济合同法》第17条第3项、第28条、第38条、《工矿产品购销合同条例》第35条第1项、第36条第1项及《民事诉讼法(试行)》第113条之规定,判决如下:

(1)A厂与B厂于1992年7月15日签订的购销协议,B厂已履行80台,尚未履行的320台电机,价款总额70,800元,B厂应承担违约金(10%)7080元;

(2)A厂于1992年10月18日在B厂提走的40台电机,应按原协议价格,付给B厂货款8,760元,A厂逾期付款136天,应按延期付款的规定向B厂偿付逾期付款的违约金357.4元;

(3)1992年B厂收取A厂的赶工费200元,应退还给A厂;

(4)1992年7月15日的协议终止。本案诉讼费750元,A厂承担150元,B厂承担600元。

案例剖析

购销合同双方约定分批交付货物, 买方中途停止履行合同案

【案情介绍】

1992年5月7日,某市土产公司(以下简称卖方)与某市服装厂(以下简称买方)订立再生

布购销合同一份,合同约定同年12月31日前,卖方向买方交付再生布 20×10^4 米,每米价0.81元,价款总额16.2万元。交付方式,由买方到卖方仓库分批验收自提。合同签订后,买方于7月25日验收了第一批货32,274.30米。9月18日,卖方通知买主提第二批货时,买方以再生布制品滞销、资金周转困难、无仓库存放为由,拒绝提货。经双方协商,买方于9月25日提取再生布10,321米。剩下157,404.70米一直未提取。卖方因积压再生布,影响资金周转和库容,多次催促买方提货,买方均予回绝。卖方遂于1993年1月27日向某市经济合同仲裁委员会申请仲裁。

卖方诉称:买方不守信誉,中途毁约,单方无理解除合同,拒不提货,致使近 16×10^4 米再生布积压,占用流动资金近13万元,影响我公司购销业务的正常开展。买方声称,1992年8月25日曾向我公司提出停止进货的口头要求,这不是事实,双方从未达成过任何口头或书面的解除合同的协议。买方以产品滞销为由解除合同,是没有道理的。但是,我方考虑到买方的实际困难,同意将原合同规定的 20×10^4 米减为 10×10^4 米,买方已提42,595.30米,还应再提57,404.70米,履行期限延长到1992年3月31日。否则赔偿逾期提货所造成的损失。

买方答辩称:双方原订合同早在1992年8月25日就由我厂通知卖方解除,并取得对方同意,后来又经双方协商于9月25日提了1万多米,事后卖方一直未再提履行合同之事,所以合同早已不复存在。我厂属集体所有制的企业,资金微薄,仓库现存再生布和该布制成的产品积压过多,已无力再购进再生布。

【案情分析】

仲裁机关经查明认为:产生该合同纠纷的主要原因是,买方对市场趋势估计不足,签订合同比较盲目。产品滞销后,买方采购员张某于1992年8月25日曾口头要求卖方终止合同,在未获卖方答复的情况下,即单方拒绝提货,违反了合同的约定。在合同履行期间,买方只提货42,595.30米,价款34,502.19元,尚有157,404.70米,价款127,497.80元的合同未履行。仲裁机关按卖方在仲裁申请书中提出的方案调解,未达成协议,于1993年2月26日开庭审理后作出裁决如下:

(1)买卖双方原订合同受法律保护。

(2)买方由于产品滞销不履行合同是错误的,根据《工矿产品购销合同条例》第36条第1款的规定,按退货部分货款总值127,497.80元的4%计算,买方应向卖方偿付违约金5,099.91元。

(3)卖方每天支付货物的保管费用27元,共123天,计3,331元由买方偿付。

(4)考虑到买方的实际情况,合同未履行部分,终止履行。

(5)仲裁费609元由买方承担。

(6)以上买方承担的费用,自裁决书生效之日起,10日内一次付清。

案例剖析

购销水泥合同供应方未提供水泥出厂合格证和化验单,而购买方又擅自使用案

【案情介绍】

某建筑公司承接了南方某市一幢高层楼房的施工任务后,向某地水泥厂签订购销水泥合同。合同规定,建筑公司向水泥厂购买 425 号水泥 1000 吨,每月由铁路发运 100 吨。20 天后,100 吨便送到建筑工地,但没有送来出厂合格证和水泥化验单。建筑公司向水泥厂索要,水泥厂厂来电表示过几日便寄来。建筑公司为赶工期,等了 1 个星期不见合格证和化验单,就将这 100 吨水泥投入使用。一个月后,第二批 100 吨水泥又运到,随车带来了化验单和合格证。在此期间,建设单位的有关技术人员与建筑公司的质检员联合对隐蔽工程进行质量检查时发现,基础部分的水泥凝固状况不佳,强度不够。再作技术鉴定,发现水泥标号不够 425 号。为此,市建筑质量监督检验部门责令建筑公司将隐蔽工程全部返工重建。建筑公司一方面服从命令返工,一方面向人民法院起诉,要求水泥厂赔偿经济损失计人民币 50 万元。

【案情分析】

人民法院受理后,经庭审,核实了本案事实,主持双方调解。双方的代理律师在明确责任的基础之上,达成如下协议:

- (1)水泥厂重新发运合格的 425 号水泥 100 吨,并不得收取该 100 吨水泥款。
- (2)水泥厂赔偿建筑公司的返工(除水泥外)材料损失计人民币 16 万元。
- (3)建筑公司因返工造成的劳动力费用计人民币 6 万元自行承担,并放弃其它诉讼请求。
- (4)本案诉讼费由水泥厂负担。

双方的代理律师在法庭辩论中,经过 5 轮激烈辩论,握手言和。其代理意见经法庭确认并列入调解书中,其主要观点是:

(1)水泥厂的首批 100 吨水泥出厂前未经化验,出厂后又未及时补报化验,违反了建设部和国家技术监督局对水泥出厂必须化验合格的规定。而且经技术鉴定,不符合《中华人民共和国水泥标准》的要求,属于不合格的产品,违反了《中华人民共和国工业产品质量条例》的规定(该条例因产品质量法的实施而失效,但关于产品质量应当检验合格,不得以不合格产品冒充合格产品的规定是一致的),应承担纠纷的主要责任。

(2)水泥这种建筑材料,一旦使用,涉及到建筑物的根本寿命问题,关系重大,绝对不可马虎,水泥厂对这场质量事故引起的后果应当举一反三,高度重视,切实整改,杜绝不合格产品流入市场。

(3)建筑公司的有关人员在看到出厂合格证和化验单的情况下,为赶工期,轻信水泥厂送货人员的口头承诺,便将这批水泥投入使用,违反了国家有关部门对建筑工地使用水泥的

规定,导致快完成的基础工程返工,建筑公司承担了部分损失是恰当的。

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订购合同的,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订购合同的,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的费用。

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的费用外,还应付与直接受损失部分勘察设计的费用相等的赔偿金。

(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 and 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。

案例剖析

建筑安装工程承包合同发包方不按 合同规定拨付工程款案

【案情介绍】

原告南河建筑安装总公司第三分公司于 1991 年 12 月与北京市兴达熔解乙炔分厂筹建处签订了建筑安装工程承包合同。合同规定:北京市兴达熔解乙炔分厂的乙炔车间、电石库、丙酮库、泵房等建筑的土建、照明和采暖通风工程由南河建筑安装总公司第三分公司负责施工。建

筑面积 1268 平方米,工期自 1991 年 12 月至 1992 年 7 月 31 日,工程造价估算约 570000 元,工程所需“三材”指标由施工方解决,执行 1990 年定额,工程造价按原预算加变更增减预算,预算经双方讨论同意确认。合同签订后,北京市兴达熔解乙炔分厂筹建处分别于 1992 年 4 月 26 日和 5 月 25 日提交了建设工程许可证。南河建筑安装总公司第三分公司按期开工,共进行乙炔车间、电石库、循环水泵房、沉渣池、沉渣池泵房、变电室、清水池等工程的施工(建筑面积 1833.8 平方米)及变电室和渣池南侧围墙、车库的改建和维修。以上工程于 1992 年 12 月竣工。北京市兴达熔解乙炔分厂系北京市兴盛氧气厂与北京市丰达工业总公司联办的,双方共同派员组成。北京市兴达熔解乙炔分厂筹建处负责基建工程。1993 年 4 月 24 日大兴县建设质量监督站对工程质量进行核验,结论为“同意交付使用”。北京兴达熔解乙炔分厂经过五个月的试产考核,北京市兴盛氧气厂和北京市丰达工业总公司又会同本市 20 余个单位组成工程竣工验收小组,对已使用工程进行验收鉴定,结论为“该工程建设组织得力,建设工程短,土建质量合格,设备、工艺、电器等安装优良,工程质量较好,已具备竣工验收条件。同意验收。”1993 年 9 月北京市兴达熔解乙炔分厂筹建处被撤销,善后事宜由北京市兴盛氧气厂和北京市丰达工业总公司负责处理。该工程定额造价 612693.94 元,“三材”价差款 115000 元,零工费 3520 元,合计工程款 731213.94 元。北京市兴达熔解乙炔分厂筹建处已付款 547845.79 元,尚欠 183368.15 元未付。南河建筑安装总公司第三分公司遂向人民法院起诉,要求北京市兴盛氧气厂和北京市丰达工业总公司给付所欠工程款,并赔偿利息损失。被告北京市兴盛氧气厂辩称,该工程有预算,经双方审核的工程造价是 484000 元,我方已付款 555000 元,“三材”价差合同规定由原告方负责。因此不同意原告的诉讼请求,被告北京市丰达工业总公司辩称,原告方没有正式预算员和工程技术人员,而工程迟迟不能竣工,影响了生产,故不同意原告的诉讼请求。

【案情分析】

本案原告南河建筑安装总公司第三分公司与北京市兴达熔解乙炔分厂筹建处所签建筑安装工程承包合同,符合我国《经济合同法》及《建筑安装工程承包合同条例》的有关规定,为有效合同。原告南河建筑安装总公司第三分公司已按约履行了合同义务。工程竣工后,经大兴县建设质量监督站核验,以及北京市兴盛氧气厂、北京市丰达工业总公司验收,工程已投入使用。北京市兴盛氧气厂和北京市丰达工业总公司未及时与南河建筑安装总公司第三分公司结算,且无正当理由拖欠工程款,是错误的。由于北京市兴达熔解乙炔分厂筹建处已撤销,其遗留的债权债务应由北京市兴盛氧气厂和北京市丰达工业总公司承担。北京市兴盛氧气厂所称工程款已全部付清,无事实根据,对于所造成纠纷,应负主要责任。北京市丰达工业总公司答辩意见亦不能成立,法院未予认定。南河建筑安装总公司第三分公司要求被告给付“三材”价差款的主张,不违反北京市工程预算价格的规定,法院予以支持。北京市兴盛氧气厂、北京市丰达工业总公司应适当给付“三材”价差款及零工费用。国务院 1983 年 8 月 8 日颁布施行的《建筑安装工程承包合同条例》第十三条规定了违反承包合同的责任,第二款规定了发包方的责任,其中第五项规定:“不按合同规定拨付工程款,按银行有关逾期付款办法或工程价款结算的有关规定处理”。根据上述法律规定,人民法院判决,北京市兴盛氧气厂、北京市丰达工业总公司给付南河建筑安装总公司第三分公司工程款 64847.15 元。“三材”价差款及零工费用 118520 元,合计 183367.15 元及利息。预算审查费 710 元,由北京市兴盛氧气厂负担。

案例剖析

建筑安装工程投标方中标后拒不履行合同案

【案情介绍】

某省交通厅(以下简称原告)根据国家计划,利用世界银行贷款建设国道 220 线回河至马家店新建公路工程。该项工程采取国内公开招标后,某工程公司(以下简称被告)于 1991 年 5 月初购买了原告的全部标书文件。在原告的标书文件中,对新建公路沿线的地上水和地下水以及排水方法均有标书和说明,对沿线的地质情况亦有专项说明。1991 年 5 月 22 日,原告组织被告及其他投标单位进行了实地考察,检查了沿线的地上水、地下水情况,被告没有提出任何问题。次日,原告组织召开了现场考查情况座谈会,要求投标单位提出问题,被告也未提出任何异议。在此基础上,被告编造了标价预算,并于 1991 年 6 月向原告递交了投标文件。1991 年 6 月 21 日,原告举行开标仪式,经过评标委员会评审,被告以 705 万元的标价中标。同年 8 月 3 日,原告向被告正式颁发了《中标通知书》。同年 8 月 27 日,双方签订了《施工合同》和《协商纪要》。《施工合同》规定,开工的日期为 1991 年 10 月 15 日,工期为 15 个月。

开工令下达后,被告迟迟不开工,并向原告提出在中标前,没有发现地上水和地下水问题。在编制标价预算时,没有将路基工程、桥涵工程的排水费用计算在标价内,要求原告增加标价,延长工期,提供新建公路沿线各点和每个桥涵位置的具体水文资料。原告认为被告的要求不合理,予以拒绝。尔后,被告于 1992 年 1 月 30 日函告原告,要求双方负责人在济南或在沈阳进行会谈,并通知原告已将进场的施工人员、机械撤离,仅留几名看守人员。原告根据被告来函的提议,多次以电报、电话邀请被告负责人到济南进行会商,被告借故推托。原告便发电报给沈阳市政府,要求督促被告到济南解决问题。被告于 1992 年 3 月派代表到济南。双方代表于 3 月 17 日至 19 日进行了会谈。会谈期间双方代表互不相让,经济南市公证处代表提议,决定到施工现场边考察边研究,就地解决问题。临行前,被告首席代表又以有事不能参加为由,拒绝前往。因问题未得解决,合同无法履行,施工一再拖延,给国家造成损失,原告即向法院起诉。

【案情分析】

法院立案后,组织当事人进行现场考查,双方均认为因地表水影响开工的地段占全线工程的 10%,90%的地段具备开工条件。法院认为:原、被告签订的公路建设招标承包合同是通过公开招标、投标、中标等活动后,依法签订的有效合同。被告提出部分地段有水塘、苇塘、沉沙池和地下水位较高等问题,在原告的标书文件中早已载明。当原告组织被告进行实地考察后,被告也未提出异议。现被告提出是中标后发现的,毫无道理。拒绝开工是违约行为,应对合同不履行负法律责任。本案经法院调解,双方自愿达成协议:继续履行签订的公路建设招标承包合同;被告作好开工准备,并保证在 1993 年 9 月 30 日前全部竣工;被告赔偿原告经济损失 5 万元。

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,承揽方不承担任何责任。

(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。

案例剖析

加工承揽合同定作方拖欠加工费,承揽方 留置加工物并造成留置物损坏案

【案情介绍】

1994 年 1 月 5 日,某电视机厂(以下简称定作方)与某塑料厂(以下简称承揽方)签订一份加工承揽合同,合同规定,从同年 1 月 10 日起到 7 月底止,承揽方以定作方提供的原材料为其加工 47cm(21 英寸)电视机后盖 5000 个,散热器 6800 个,垫圈 20 万个,总加工费用为 86312.50 元。前几批产品,定作方提供原料,及时付款;承揽方及时加工、交货,未发生问题。4 月 15 日,定作方给承揽方送去加工原料后,第二天突然电话通知承揽方停止加工,未说明原因。三天后,定作方派人到承揽方,要求修改加工费用,电视机后盖每个由原来的 14.50 元降为 10 元,如不同意就终止合同。承揽方不同意降低加工费用,继续履行合同。到 7 月底合同期满时,定作方尚欠承揽方加工费 36215 元。承揽方以定作方拖欠加工费为由,将未交付的 2434 个电视机后盖扣留,经几次商谈,双方未达成一致意见。直到 10 月上旬,定作方由于生产需要,感到这样拖下去不是办法,答应仍按原合同规定的加工费用执行。10 月 9 日,定作方提货时发现部分电视机后盖被机油浸泡,变形变质,无法使用,因此拒绝提货。承揽方认为,电视机后盖在入库之前是合格的,之所以发生损坏是由于定作方拖欠加工费用造成的,如果定作方按合同约定给付加工费用,及时提货,就不会产生损坏,因此,定作方除应给付拖欠的加工费、提走 2434 个电视机后盖外,还要赔偿延期给付加工费的银行利息。定作方不同意承揽方的要求,于 11 月 9 日向市经济合同仲裁委员会申请仲裁。

定作方诉称,原合同规定每个电视机后盖加工费为 14.50 元,有些偏高,影响我厂成本,所以要求修改加工费的标准。在加工费标准未解决之前,承揽方不应扣留加工物。因此,我方不应承担延期给付加工费的银行利息,扣留的电视机后盖变形、损坏,属于产品质量问题,除掉残损的外,其余的应当降低加工费用,否则,我们不要了,由承揽方赔偿我方的原材料和因此造成的损失。

承揽方答辩称,合同中约定的加工费用是经双方当事人协商一致的,因此,双方都应严格按合同办事。定作方未按期交付加工费,我方依法有权扣留加工物。定作方未按期给付加工费,又拒不提取加工物,应当按照《加工承揽合同条例》第 22 条第 4 款关于“超过合同规定期限领取定作物,除按本条第 5 款规定偿付违约金外,还应当承担承揽方实际支付的保管、保养费”的规定,承担违约责任。至于部分电视机后盖的损坏,是由于定作方延期给付加工费造成的。如果定作方按期提走加工物,便不会发生这个问题,显然,加工物损坏与延期提取和拖延给付加工费之间存在着因果关系,我方不承担责任。

【案情分析】

仲裁委员会审理查明,定作方提出加工费偏高,是由于定作方又与外地一乡镇加工厂签订了加工电视机后盖的合同,加工费用每个 10 元,故此,向承揽方提出降低加工费。仲裁委员会认为,本案合同的加工费用是当事人双方协商同意的,合同一经成立,就应严格遵守。如需变更,双方必须达成一致协议,否则原合同必须履行。定作方找到了加工费较低的单位就要求修改前一加工单位的加工费标准是错误的,所以,不予采纳。定作方拖欠加工费用,又不提取已完成加工物是不对的,应负主要责任。

承揽方对扣留的电视机后盖保管不善,被油脂浸蚀的后盖有 1/10 之多,造成变形变质,承揽方应承担变质损坏的责任。经仲裁委员会主持调解,双方当事人达成协议如下:

(1)原合同未履行部分终止履行。

(2)定作方拖欠加工费 36125 元应当偿付给承揽方。

(3)承揽方留置的加工物 2434 件,由于保管不善,腐蚀损坏,计 244 件,由承揽方承担,其余 2190 件由定作方提走,每件 14.50 元计加工费,共计 31755 元。

(4)上述(2)、(3)项定作方应给付承揽方款项共计 67880 元,本调解书送达之日起 10 日内一次付清。

(5)仲裁费 339.40 元,定作方承担 305.40 元,承揽方承担 34.00 元。

案例剖析

加工承揽合同定作物质量纠纷案

【案情介绍】

1990 年 11 月 5 日,在中国石油化工设备成套公司(简称中石化成套公司)主持下,宁夏炼

油厂(以下简称原告)与邯郸石油化工机械厂(以下简称被告)双方签订了定作液化气球罐合同。合同约定原告委托被告加工 400m³ 球罐 3 台, 200m³ 球罐 1 台, 造价为 124.5 万元。此外, 双方就交货事宜、钢材指标和有关技术问题达成了协议, 作为合同的附件和补充。并确定这 4 台液化气球罐作为国家重点工程项目, 由被告在邯郸制作并预组装合格后, 交由中国化学工程总公司第十三建设公司(简称十三化建)在宁夏炼油厂一场组装。同时, 原告向被告提供了制作 3 台 400m³ 球罐和 1 台 200m³ 球罐图纸各一张。图纸系原告委托中国石油化工总公司北京设计院设计, 图纸上详列了制作、安装的技术要求和条件。1991 年 8 月, 被告向原告交货 3 台(400m³), 同年 12 月交货 1 台(200m³)。该 4 台球罐在制作前, 被告首先按规定对球壳板母材即某钢厂生产 16kmmR 钢板进行抽查复检, 均合格后进行了预组装, 并由原告和安装单位十三化建派员到厂验收。产品出厂前经劳动部锅炉压力容器监督检测中心驻厂监检人员复检后签发产品合格证书和质量监督检验证书。1992 年 4 月底, 十三化建在现场施工中对已组装好的第一台液化气球罐检验后进行了整体热处理, 其余 3 台也达到了热处理条件。在施工人员按规程用磁粉探伤的方法检验 102[#]400m³ 球罐焊缝时, 无意将磁粉留置在球壳表面发现了裂纹, 原告遂通知被告派员前去处理。被告于 1992 年 5 月 13 日及时派修复小组到现场, 并委托十三化建对裂纹进行了处理。但原告随即又发现了裂纹, 修复小组提出用同样的办法修复。原告为慎重从事, 考虑对球罐表面进行全面磁粉探伤, 使修复工作暂停。同年 6 月 3 日, 原告提出进行全面磁粉探伤, 要求被告派员到现场, 被告未同意。同年 7 月上旬, 原告对 103[#]球罐表面进行了 100%磁粉探伤, 发现球壳板表面重皮、裂纹缺陷严重。于是就把探测结果和处理意见向自治区有关上级部门、中石化成套公司、劳动部等部门作了汇报。为此, 中石化成套公司于 1992 年 8 月 18 日在宁夏炼油厂主持召开了由有关部门和专家参加的球罐表面裂纹分析处理会, 但会议对检测费用和修复费用未达成一致意见。会后原告按会议意见在对 103[#]球罐检测的基础上对另 3 台球罐进行了内外表面 100%磁粉探伤。4 台球罐探伤结果为 204 块罐皮 74 片有缺陷, 其中裂纹 90 处, 重皮 146 处。探测费用 11.9 万元。陆续分台探测时间从 1992 年 7 月上旬至 10 月上旬约三个月。此后原告就检验结果向上级部门汇报, 但原、被告双方却未就修复事宜当面正式协商。1993 年 1 月 18 日, 劳动部锅炉压力容器安全监察局根据原告反映的情况, 以被告对“有的产品出厂后发现质量问题处理不够及时”以及“无损探伤存在问题”等理由决定缓发被告《三类压力容器制造许可证》。至此, 使被告对宁夏炼油厂的球罐质量问题引起了足够重视。1993 年 2 月 12 日, 原告以本厂(1993)年第 006 号文向宁夏自治区石化总公司提出《宁夏炼油厂四台液化气球罐质量问题的报告》, 并抄报中石化成套公司, 要求将四台球罐报废并由被告重新制作合格产品安装到位。1993 年 2 月 26 日, 应原、被告双方要求, 中石化成套公司在北京召开了宁夏炼油厂球罐质量问题分析处理技术研讨会, 并由劳动部、机电部、化工部、北京设计院、宁夏自治区石化总公司、河北机电厅及中石化成套公司的代表组成领导小组, 并邀请了有关方面的代表。会议形成了一致意见: 一、认为球罐内外表面的质量是不合格的; 二、上述缺陷是钢厂、制造厂按钢材标准, 制造检验标准及设计要求正常检验后未能发现, 而是偶尔发现和磁粉探伤的结果; 三、认为现有表面缺陷按规程要求是允许修复的。修复工作由邯郸石化机械厂争取在 1993 年 6 月底前完成。其它四项费用因原、被告争执不下, 中石化成套公司提出了协调意见。会后, 被告委托十三化建对上述球罐质量缺陷部位进行了全面修复, 经宁夏锅炉

压力容器检验所监检合格。修复时间自1993年6月8日至7月18日。由于从1992年6月初原告提出全面磁粉探伤至1993年7月17日十三化建提出修复报告止,历经一年零一个半月,造成了施工单位十三化建的窝工损失38.69万元。为此十三化建向原告追偿(原告已付10万元),经法院做工作,十三化建同意将窝工费压缩到20万元,此款额应为原告要求追偿的确定额。

【案情分析】

受诉法院认为:

(1)根据国务院颁布的《加工承揽合同条例》第四条规定:“订立加工承揽合同时,定作方应当明确提出定作物或项目的数量、质量及其特定要求,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”。第十三条规定:“承揽方应依据合同规定,按定作方要求的技术条件完成工作,未经定作方同意,不得擅自变更”、“承揽方应当对所承揽的全部工作质量负责”。据上述规定,原告经中石化成套公司主持协调,将国家重点建设项目中的四台液化气球罐作为定作物交被告承揽加工,并交付了图纸和有关技术资料;被告系国家三类压力容器定点生产厂家,具备加工制造液化气球罐相应的设备、工艺和技术水平。双方签订定货合同和技术协议书符合法律规定,具有法律效力。被告对定作物的质量缺陷有义务处理并承担相应责任。原告则应对定作物的制作要求和技术条件负责。

(2)四台球罐壳板内外表面出现裂纹、重皮多处,不论常规检验是否发现,它都是客观存在的事实。按照国家标准局《压力容器用碳素钢和低合金钢厚钢板》对钢板表面质量的要求,即:“钢板表面不允许存在裂纹、气泡、结疤、折叠和加杂等缺陷。钢板不得有分层”这一规定,显然球壳板表面存在质量问题未达到标准。这种表面缺陷,按同一文件规定允许清理、修复。尽管这种缺陷并非被告加工制造方面的问题,系所选用钢板即原材料的质量问题,按国务院《工业产品质量责任条例》关于质量不符合要求的,应“根据不同情况由产品生产企业对用户和经营企业承担质量责任”的规定,被告仍有义务对产品的缺陷予以修复。

(3)原告作为产品定作单位,在向被告提供定作物的制作要求和技术条件时,应周密考虑和确定以什么样检测手段检验以达到预定的标准。原告提供给被告的《技术条件》,没有规定对制造液化气球罐的钢板表面进行磁粉探伤。而磁粉探伤又不是必须规定的常规检测程序,因此对磁粉探伤的费用和因此产生的问题,原告负有责任。

(4)原告在发现球罐表面质量问题后,坚持检测费用和修复费用全部由被告承担,在对球罐进行全面磁粉探伤后又未针对修复问题直接与被告进行具体协商。特别是错误地主张产品报废,使双方失去协商的基础。原告对因此所造成的窝工问题负有责任。而被告对修复问题态度消极,以常规检测未发现问题而否定客观存在的产品质量问题,虽在北京多方会议之后对四台球罐进行了修复并承担了费用,但仍应承担质量问题引起检测所误工期和修复所误工期的窝工费。

(5)原告所提出的其它间接损失,按《工业产品质量责任条例》及其《实施细则》关于赔偿直接损失的规定,不应作赔偿处理。双方其它杂用费由原告、被告各自承担。

根据《加工承揽合同条例》第四条、第十三条关于产品定作方与加工承揽方相互承担义务的规定,邯郸市中级人民法院1995年1月5日作出判决:

(1)磁粉探伤费 11.9 万元由原告承担;修复费 8 万元被告已承担予以认可。

(2)窝工费 20 万元由原告承担 14 万元,被告承担 6 万元。

诉讼费 11525 元原告承担 5762.5 元,被告承担 5762.5 元。

本案判决后,原、被告双方服判、均未上诉。

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；

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

托运人向承运人托送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，在货车交接地点交接完后，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。托支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接受理,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,应收取变更要求人手续费。

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、易腐等有特殊要求的货物,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交接,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定,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,任何一方不得自行用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 and 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;对拒绝或超期不提的货物,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费用;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;如托运人在期限内不予处理的,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处理方法。

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。

案例剖析

水路货物运输合同承运货物重量短少案

【案情介绍】

1990 年 3 月 2 日,原告上海联合发展公司(下称联合公司)与被告上海港汇山装卸公司(下称汇山公司)协商托运镀锌管事宜,并填写了两张由汇山公司提供的货票。货票主要内容是托运五种规格的镀锌管 68 件,129.505 吨,从上海港至广州港,货物须于 3 月 20 日前运达,且理货时须分清规格。3 月 6 日,该货物从上海市金属材料公司市光路仓库和上海储运公司政民路仓库出仓,由上海市汽车运输服务公司运往被告汇山公司码头仓库,经点数入库待运。此后,汇山公司先后安排“成功 421”轮和“浙舟 222”轮运输未果。3 月 18 日,汇山公司安排福建省平潭县东庠沿海运输社(下称东庠运输社)所属“芦海 101”轮承运该票货物,并通知了原告。3 月 19 日,联合公司与汇山公司签订协议:一、联合公司责任为:按实填报货物的数量和规格,负责将货物运送到汇山公司的库场(码头),负责非汇山公司操作所引起的货物重量、质量和数量责任;汇山公司责任为:负责组织上海港至广州港的接运和船舶,负责货物的验收、保管并与船方交接,提供必要的机械和库场,做好接卸、转运工作。二、运费按协议价计收,实行港口包干费加协议运费方式,每吨人民币 75 元。三、有关货运质量问题按交通部规定处理。

3 月 20 日,东庠运输社所属“芦海 101”船,在汇山公司安排下装载上述货物,当日装船作业完毕。船方与汇山公司办理的《货物交接清单》记载:镀锌管 68 件,重 129.505 吨。3 月 27

日,该船在上海港申请出口,4月1日开航。4月12日,该船抵达广州港中国对外贸易运输总公司广东省分公司黄埔仓库(下称黄埔仓库)码头。4月16日,货物卸载入库,船方与广州市天河区前进码头办理交接手续后启航,由广州市天河区前进码头与黄埔仓库办理《周转货物进出仓凭证》。该凭证记载:来货数量:镀锌管68件,重129.505吨。4月17日,黄埔仓库通知收货人深圳市沙头角旅游公司贸易部提货。4月24日、25日,收货人在黄埔仓库办理提货手续,并在填有镀锌管68件而未填重量的《货物出仓记录》上签收。提货时,收货人请求复磅。复磅结果:镀锌管69件,122.528吨。5月22日,广州市黄埔区公证处对此复磅结果出具了公证证明书。

联合公司在收到收货人关于货物短少报告后,于4月28日致函汇山公司,告知托运镀锌管逾期和短少,并保留其索赔权利。5月16日,联合公司致函汇山公司,提出索赔。

1990年6月29日,联合公司向上海海事法院起诉,要求汇山公司赔偿:一、短少镀锌管6.977吨的实际损失19178.62元;二、逾期损失2881.97元;三、利息及其他损失4226.32元;四、诉讼费用。

上海海事法院收案后,经审查认为,东库运输社和黄埔仓库与本案有直接利害关系,根据《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》第四十七条规定,将其追加为共同被告参加诉讼。7月26日,该被告向上海海事法院递交了答辩状。

在公开开庭审理中,原告联合公司提出的主要诉讼理由是:托运协议上载明的是货物的重量,承运人也是以重量为单价计收运费的,并且货票的记载上也有重量数,因此运输量衡量标准应是重量。现货物重量短少,且逾期运抵,被告汇山公司应按交通部《水路货物运输规则》的规定赔偿损失。

被告汇山公司则认为,按照交通部《关于钢材运输的暂行规定》,镀锌管运输应属钢材运输。该规定第3条12项规定,重量在平均每件60公斤以上或每件每捆重量在20公斤以上一律按件接收承运。第9条第1项又进一步明确,符合第3条规定的按件、捆等接收承运的钢材点交点收,承运人只负件、捆数之责。此次镀锌管运输,从入库待运至目的港交货,其间各环节均是点数交接,不算重量的,故被告对镀锌管重量短少不负赔偿责任。另外,3月19日签订的协议书,没有运输期限的规定,而且那时装船已不可能在3月20日前运抵广州港。因此,这一协议改变了货票上运输期限的约定,故货物运输上也不存在逾期之说。

被告东库运输社没有到庭,但在其递交的答辩状中称,“芦海101”船从4月1日开航至4月9日抵港,整个船程(包括天气影响在内)仅用了9天,应属正常情况,且船方没有与任何一方约定到港期限,故不存在逾期的问题。另外,又称:3月29日系因大风影响,在吴淞口停泊至4月1日才开航。

黄埔仓库辩称,其对货物重量之短少无任何责任。因为1990年4月13日货物申请入库时填写的《周转货物出仓凭证》上,“来货件数”栏申明是68件;4月16日卸货时,验收的货物也是68件;该数字也反映在《周转货物出仓凭证》上“实收件数”栏中。4月24、25日,收货人在《出仓记录》上签字确认的也是68件。至于复磅记录上件数多一件,而重量短少6.977吨问题,按港口惯例,码头仓库对钢材等货物是按件数交接的,复磅只是作为货物出库后码头仓库为方便货主额外提供的一项服务,并不表示仓库对复磅记录负责。因货物卸船进仓时已有捆扎不固现象,在复磅时收货人对之进行整理和重新捆扎,由此造成件数多了一件。

上海海事法院经审理,查明:1990年3月2日,原告联合公司与深圳市沙头角物资公司在上海签订129.505吨镀锌管购销合同。合同约定原告代办发运,3月份交货。同日,原告到被告汇山公司办理托运手续。原告填写了一张记载4种规格、53件镀锌管99.647吨的货票和一张记载1种规格、15件镀锌管29.858吨货票。两货票“发货标志”栏没有记载;“发货单位记载事项”栏记载3月20日前运达,理货时请分清规格。汇山公司在货票的“水运部门确定重量(公斤)”栏下没有填写。3月6日,上述货物运抵汇山公司仓库待运,系点件入库,原告业务代表人在上海港务局入库联上批注“个别弯曲、散捆自理”,并加盖原告业务章。被告汇山公司因安排他船装运未果,3月19日,与原告就该批货物运输签订运输协议书,约定甲方(原告)责任为:按实填报货物的数量和规格,负责将货物运送到乙方库场(码头),负责非乙方操作所引起的货物重量和数量责任;乙方(被告汇山公司)责任为:负责组织上海至广州港的接运船舶,负责货物的验收、保管并与船方交接,提供必要机械和库场,做好接卸、转运工作。协议约定,运费按协议价计收,实行港口包干费加协议运费方式,每吨人民币75元。协议约定,有关货运质量问题按交通部规定处理。被告汇山公司以原告在货票上确定的货物重量,按协议约定计收运费,另加港务费、港建费及保险费,共收取费用人民币10190.95元。货票上的承运章系被告汇山公司在3月19日协议书签订后加盖的。

又查明:被告东库运输社之“芦海101”船在被告汇山公司安排下,于3月20日在汇山公司码头装载镀锌管,3月23日装货结束。船方与起运港港方办理的《货物交接清单》记载:镀锌管68件,重129.505吨;清单“实际装载”栏上,船方填写件数68件,未填重量。3月27日,该船在上海港其他港区载货结束,申请出口,4月1日启航。途中停靠蛇口港卸载甲板货。4月12日,该船抵被告黄埔仓库码头。4月16日,镀锌管卸载入库。船方与广州天河区前进码头办理交接后,由前进码头与被告黄埔仓库办理《周转货物进出仓凭证》。该凭证“来货数量”栏记载:镀锌管68件,重129.505吨;“仓库实收数量”栏记载68件,无重量记载。4月17日,港方通知收货人提货。4月24、25日,收货人办理提货手续,在仅填镀锌管68件的《货物出仓记录》上签收;同时提出复磅要求。经复磅,镀锌管69件,122.528吨。此复磅记录由广州市黄埔区公证处于1990年5月22日出具公证证明书公证。

另查明:原告所托运的镀锌管在运入货物储存仓库时有复磅记录,而运出则没有复磅。三被告在接收镀锌管时亦均未复磅,仅以件数接收。在目的港应收货人请求复磅时,因有散捆现象,司磅员按收货人提示,将其中散捆镀锌管估算后捆扎成件复磅。被告黄埔仓库因镀锌管出仓记录上件数并未短少,故未同船方编制《货运记录》。

此外,原告与被告汇山公司3月19日签定的协议书中没有运输期限约定;起运港港方与船方无关于货物运到期限之约定。

按《水路货物运输规则》规定,从上海港货物承运的次日起至运抵广州港开始卸货时止,允许运到期限应为17天。“芦海101”船此航次实际使用时间27天,自1990年3月21日起至1990年4月16日止。

【案情分析】

上海海事法院认为:原告与被告汇山公司签订的货票(即运单)和协议书,均为水路货物运输合同,系经双方协商一致后成立的,依法属有效合同,合同条款对双方均有约束力。托运人将

托运货物的件数和重量填在货票内,是履行托运人之义务。承运人以托运人确定之货物重量作为计费重量计收运费,是按照交通部《沿海港口收费规则》为依据的。计费重量与运输结束后承运人实际交付之货物重量并无必然联系。本案有关货物重量短少之争议,应根据运输合同之约定及各方当事人是否按规定办理加以解决。此次运输的镀锌管每件重量在 60 公斤以上,属于交通部《关于钢材运输的暂行规定》的范围,其运输条件符合该规定要求。其余二被告均系本案运输过程中当事方。故《关于钢材运输的暂行规定》对本案当事人均适用。三被告均以件数承运、交接,其做法符合该规定之规定,也不违反国家主管部门的有关规定。据此,三被告对货物重量短少均不应负重量溢短之责。原告要求被告汇山公司以计费重量吨作为实际交付重量吨,予以赔偿货物重量短少之请求,理由依据不足,法院不予认定。

惟承运人应对货物逾期运抵承担责任。按照交通部《水路货物运输规则》规定计算,从 1990 年 3 月 20 日起至 4 月 16 日止,实际运输时间 28 天,逾期 11 天。逾期天数占运输总天数 65%,应偿付之逾期违约为运费之 10%,汇山公司为合同承运人,东庠运输社为实际承运人,两者间无运到期限之约定,故应对偿付逾期违约金负连带责任。东庠运输社辩称之气象原因引起滞延,其陈述无举证,法院不予认定。

根据《中华人民共和国合同法》第三十七条、第四十一条第一款(二)项,《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十条之规定,上海海事法院于 1992 年 3 月 27 日判决如下:

(1)被告上海港汇山装卸公司和被告福建省平潭县东庠沿海运输社应对货物逾期运到承担连带责任,共同赔付原告上海联合发展公司人民币 971.29 元,于本判决生效后 10 日给付,逾期履行需加倍支付迟延履行债务利息。

(2)对原告上海联合发展公司的其他诉讼请求不予支持。

(3)被告中国对外贸易运输总公司广东省分公司黄埔仓库在本案中不承担责任。

联合公司不服此判决,认为上海海事法院判决适用交通部 1975 年重新印发的《关于钢材运输的暂行规定》不当,应适用交通部现行《水路货物运输规则》;承运人既然接受托运,即应对承运货物的件数和重量负责,其因货物重量短少而受到之经济损失应由承运人赔偿,向上海市高级人民法院提出上诉。

上海市高级人民法院经审理认为:《关于钢材运输的暂行规定》和《水路货物运输规则》均系交通部颁布施行的规章,效力相同。但前者是对钢材运输特别规定,目前未被废止,仍然有效,原审适用该规定处理本案纠纷并无不当。货物重量依法应由托运人自行确定并准确填写在货票上。联合公司向汇山公司交付镀锌管时,系点数交接,最终交付给收货人的件数并不短少,上诉人要求被上诉人赔偿货物重量短少的经济损失缺乏事实依据。原判决认定事实清楚、适用法律亦无不当,上诉人之上诉理由不能成立。

1992 年 12 月 30 日,上海市高级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(一)项、第一百五十八条之规定,判决如下:

驳回上诉,维持原判。

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。

案例剖析

仓储保管合同保管方未按合同规定及时 发货造成存货方损失案

【案情介绍】

1991年8月26日,某县供销社与林高仓库签订一份仓储保管合同。合同规定:棉花100吨,机器打包,布皮包装;进库时间,1991年9月15日至25日;出库时间,1992年2月20日,由林高仓库代办铁路运输;发往单位与时间,按供销社通知办理;保管费每吨每月12元。供销社按约定将100吨棉花送入林高仓库保管,按月结清保管费。1991年12月27日,供销社书面通知林高仓库,100吨棉花于1992年2月20日,发往某市第三棉纺厂,收货人为该棉纺厂供销科。但林高仓库没有按供销社通知的时间发货,造成供销社迟延交货,承担违约金1713.60元,供销社要求林高仓库承担这笔违约金,并支付27.2万元贷款的利息799.68元。林高仓库不愿承担存货方的损失,但提出免收3月份的仓储保管费1200元。双方协商不成,供销社于1992年4月17日向某经济合同仲裁委员会申请仲裁。

供销社诉称,我社与林高仓库签订的100吨棉花仓储保管合同规定,林高仓库代办出库运输,从仓库到达火车站及代办铁路运输的运杂费实行包干,每吨18元,合计1800元。我社于1991年12月27日通知林高仓库刘主任,请他们于1992年2月20日将100吨棉花发往第三棉纺厂,收货人为供销科。但林高仓库违反合同约定,没有在2月20日发货,而且延期到了3月21日才将100吨棉花送交火车站托运。我社要求林高仓库赔偿我方损失2513.28元。

林高仓库答辩称,合同签订后,我们认真履行合同,妥善保管好棉花。1991年12月27日接到供销社出库托运通知后,由于临近元旦,忙于年终总结,一时疏忽,没有及时向铁路部门申报运输计划,我们有责任。但供销社在此期间从未检查铁路运输计划落实情况并把延期交货情况及时通知第三棉纺厂,所造成的损失应该自负。由于我们工作疏忽,对此承担一定责任,可免收3月份的仓储保管费1200元。

【案情分析】

仲裁委员会审理查明,1991年8月26日,供销社与林高仓库签订100吨棉花仓储保管合同。合同规定:“出库时间,代办铁路运输手续;发往地点,收货人(单位),遵照供销社的通知办理”。在订立货物保管合同后,供销社于1991年10月15日与某市第三棉纺厂签订了一份货物买卖合同,合同约定:供销社卖给棉纺厂100吨棉花,交货时间为1992年2月20日。买卖合同

签订后,供销社于1991年12月27日通知林高仓库,请他们于1992年2月20日前将100吨棉花发往第三棉纺厂,收货人为供销社。但由于林高仓库忙于年终工作总结,一时疏忽,未申报到2月份的铁路运输车皮,只好申报3月份的运输计划,故造成供销社逾期交货,承担违约金1713.60元和多支付银行贷款利息799.68元。造成供销社损失的责任完全在林高仓库。经调解,双方未达成协议,故裁决如下:

(1)由于林高仓库未按约定的通知时间发货,造成供销社逾期交货,支付违约金1713.60元;27.2万元货款晚21天归还,多支付银行利息799.68元,合计2513.28元,由林高仓库承担。自裁决书生效之日起10天内一次付清。

(2)仲裁费20元,由林高仓库承担。

案例剖析

仓储保管合同存货方未按合同规定按时提货 造成保管方无法与第三方履行合同案

【案情介绍】

1991年3月13日,某出版社与张各庄仓库签订纸张保管合同。合同规定:卷筒纸570吨;入库时间,1991年3月30日至4月5日;出库时间,1992年4月底前分批全部提走;保管费,每吨每月1元;结算方式,每季末结清本季保管费。1991年4月初,出版社在合同规定的时间内,将570吨卷筒纸运进张各庄仓库储存,并按规定结清保管费。

1992年3月19日,张各庄仓库又与某报社签订保管300吨卷筒纸的合同,约定5月下旬入库。但到4月底,出版社仍不提货。张各庄仓库为了腾出库房,履行与报社签订的合同,多次催促出版社尽快提货,但出版社却以自己的库房尚未修好为由拖延提货。双方协商不成,张各庄仓库于1992年6月7日向某市经济合同仲裁委员会申请仲裁。

张各庄仓库诉称,1991年3月13日,我库与出版社签订了仓储保管合同。我方为出版社保管卷筒纸570吨,合同约定出版社于1992年4月底以前分批将货物全部提走。货物入库后,我们认真保管,使货物完整无损。1992年3月19日,我库与某报社签订保管卷筒纸300吨的合同,约定的入库时间是1992年5月下旬。但出版社在4月底以前未能提货,使我库与报社签订的保管合同无法履行。由于出版社延期提货给我方造成的损失,应当承担赔偿责任。

出版社答辩称,我社仓库破旧,需要翻修,不宜存放纸张,所以才在1991年3月13日与张各庄仓库签订了仓储保管合同,以解决570吨纸的存放问题。因承包翻修我库的施工单位不守信用,不按约定施工,严重地影响了工程进度。仓库翻修不能按期竣工,我们也很着急,570吨纸在张各庄仓库多存一个月,要损失570元。经与施工单位多次交涉,工程进度有所加快,但由于耽误时间太多,到8月底前后才能竣工。竣工后,一定尽快提货,腾出库房,让报社的纸张进库。

【案情分析】

仲裁委员会审理查明了出版社违约的原因以及因此而引起的张各庄仓库不能履行同报社所签订的合同这一事实,进行调解,双方未能达成协议,故仲裁委员会裁决如下:

(1)出版社在1992年9月底以前把570吨卷筒纸提走。

(2)1992年5月至9月的保管费由每吨每月1元提到2元(因5月、6月的保管费已按每吨1元结算,尚欠1140元)。

(3)出版社不能按时提货,应承担违约金1710元,连同尚欠保管费1140元,合计2850元,在裁决书生效后10日内一次付清。

(4)仲裁费20元,由出版社承担。

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,贷款方有期限追回贷款,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。

案例剖析

借款合同借款方未按合同规定使用贷款案

【案情介绍】

1993年12月28日,某市综合贸易公司(以下简称借款方)因购买麻袋和苹果树苗向某市中国农业银行办事处(以下简称贷款方)借款63.54万元,合同约定其中36.54万元购买麻袋,

另 20 万元购买苹果树苗,一个月后还本付息。

期限届满,借款方只归还贷款 7 万元,尚欠 56.54 万元。因苹果树苗无货源,借款方在未向贷款方申请改变用途的情况下,将其款项转用于购买麻袋,由于经营管理不善,麻袋销不出去,资金收不回来,无力归还贷款。双方协商达不成协议,于是贷款方于 1994 年 2 月 15 日向某市经济合同仲裁委员会申请仲裁。

贷款方诉称,我方于 1993 年 12 月 28 日与借款方签订一份贷款合同,按照合同约定,我方贷给借款方 63.54 万元,借款方用这笔贷款中的 36.54 万元购买麻袋,20 万元购买苹果树苗。借一个月,还本付息。但借款方未申请变更使用用途,即将购买苹果树苗的贷款项购买了麻袋,由于经营不善,资金收不回来,到期只归还 7 万元。借款方不仅违反了合同的约定,也违反了《借款合同条例》的有关规定。我们请求借款方偿还本息,承担违约责任。

借款方答辩称,借款合同签订后,本想按照合同约定的用途使用贷款,但苹果树苗买不到,社会上又需要麻袋,于是将买苹果树苗的贷款改为购买麻袋。前后用款 56.54 万元,购进麻袋 45.6 万条。麻袋买到手后不久,市场行情发生了变化,由畅销转为滞销,积压了资金,逾期只归还了 7 万元的贷款,未如数归还贷款本利,我们有责任。现在我方资金短缺,愿分期归还或将未销出的麻袋抵偿贷款,并按规定承担违约责任。

【案情分析】

仲裁委员会审理查明,贷款方的诉称和借款方的答辩基本属实。借款方未按借款合同规定的用途使用借款,到期未能按合同约定偿还本息,应当承担违约责任。经主持调解,双方于 1994 年 3 月 10 日达成协议如下:

(1)借款方用贷款购买的 45.6 万条麻袋,每条按 1.2 元计价共计合款 54.72 万元抵偿贷款。借款方已偿还 7 万元,还应偿付贷款本金 1.82 万元。

(2)借款方按月息 6.6 厘偿付 43.54 万元的利息 2873.64 元。其中 36.54 万元未按期偿付借款,按银行规定的加收罚息 50%,计 1205.82 元。

(3)借款方未按合同规定用途使用 20 万元的贷款,除应偿付月息 1320 元外,按银行规定,加收罚息 90%计 1188 元。

(4)以上三项,借款方应偿付贷款方本金、利息及加收罚息共计 24787.46 元;自接到调解书之日起 10 天内一次付清。

(5)仲裁费 2296.20 元由借款方承担。

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关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,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。

案例剖析

保险合同投保方隐瞒真相,保险方单方解除合同案

【案情介绍】

1992年6月9日,某市包装材料厂与市保险公司签订企业财产保险合同。企业财产保险单规定:保险财产名称,纸板箱生产线设备;保险金额300万元;特别约定,设备无损坏,能正常运转;保险费率每千元4元,保险费1.2万元;保险期限12个月,自1992年6月10日零时起至1993年6月9日24时止;保险财产座落于市东风路13号。6月10日,包装材料厂交了保险费。1992年8月10日,包装材料厂通知保险公司:因昨晚台风折断的大树轧坏了厂房顶,坠落物砸坏了纸板箱生产线的热板干燥机,生产无法进行,请保险公司派人员查看,并要求赔偿损失。保险公司来人查看时发现,热板干燥机被房顶坠落物所砸之处虽有凹陷,但不影响机器的正常运转;而热板干燥机未被坠落物砸伤的部分则有被更大的东西砸坏修理过的明显痕迹。保险公司拒绝赔偿损失,并提出解除保险合同。双方协商未达成协议,包装材料厂于1992年8月27日向市经济合同仲裁委员会申请仲裁。

包装材料厂诉称,我厂与保险公司签订了纸板箱生产线设备保险合同,交了保险费,履行

了自己的义务。在保险期限内,因台风折断大树轧坏了厂房顶,房顶坠落物砸坏了设备,此次热板干燥机被砸,是自然事故,属不可抗力。至于热板干燥机原有缺陷,并不影响使用,现在不能运转生产,完全是由于坠落物所砸造成的。为了满足市场需要,尽快恢复生产,保险公司应承担义务,赔偿热板干燥机损坏造成的损失。

保险公司答辩称,包装材料厂的纸板箱生产线设备办了保险,但在办理保险时,该厂隐瞒了其中热板干燥机过去被砸损坏过的潜在危险。这次台风折断大树轧破厂房顶,坠落物恰巧砸在热板干燥机上,所砸之处有凹陷,但不影响机器正常运转。而影响机器运转的是原来砸坏部位的机件。由于包装材料厂隐瞒热板干燥机过去被砸损坏的主要危险情况,这次机器不能运转又发生在原来被砸坏的机件上,我们要求解除纸板箱生产线设备保险合同,责任由包装材料厂自负。

【案情分析】

《经济合同法》上的“单方有权解除合同”既是对违约一方的制裁,也是对受害一方的一定补救。它通常是指“在特定经济合同中由于一方当事人严重违约或进行非法活动,法律赋予受害一方的一种特殊权利”。此种制裁措施一般只适用于《经济合同法》上明确规定的几种合同,如财产保险合同、借款合同,且在违约责任一方故意违反经济合同时,如《经济合同法》关于财产保险合同中投保方的责任中“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”的规定,即属此类。合同一经解除,原合同规定的当事人之间的权利义务关系即归于消失,但是由此引起的不利后果,仍须由违约一方承受,如支付违约金、赔偿金等。

还需要指出的是,广义的“单方有权解除合同”尚应包括“由于一方违约,使经济合同履行成为不必要”这样的法定情形。只不过此种情形下的合同解除不能直接体现单方面的意志而已,即此种情形下的“合同解除”,受害方应将解除经济合同的通知或协议以书面形式(包括文书、电报等)知会违约一方,并且在有关解除合同的“协议未达成之前,原经济合同仍然有效”。但是,更应该看到,法律规定,只要“由于一方违约,使经济合同履行成为不必”,即“允许变更或解除经济合同”。只不过这种“解除”在程序上要求比较严格。但即使违约一方不同意解除合同,即双方就合同解除无法达成协议,那么受害方可以通过司法或仲裁途径达到实现解除合同之目的,而这正好也可以体现他解除合同的意志。因此,此种情形之下的合同之解除也就曲折地反映了受害方单方的意志。

受理本案的仲裁委员会审理查明,1992年6月9日,包装材料厂向保险公司办理了纸板箱生产线设备保险合同,包装材料厂按规定交了保险费。在保险期限内的1992年8月9日,纸板箱生产线设备的厂房顶被台风折断的大树轧破了,坠落物砸了热板干燥机,所砸之处有凹陷,但不影响热板干燥机的运转。热板干燥机系在1992年5月7日运回卸货时被砸坏了部分机件,不会造成机器不能运转,但产生的震荡对过去砸坏的机件有影响。在签订纸板箱生产线设备保险合同时,包装材料厂隐瞒了热板干燥机被砸坏,经过修复仍未达到原标准的主要危险情况,这就违反了《中华人民共和国保险条例》第7条的规定,投保方对保险财产主要危险

情况必须如实申报,不得隐瞒或者作错误申报。由于包装材料厂隐瞒了热板干燥机的真实情况,保险事故的责任由包装材料厂承担。经调解,双方未达成协议,特裁决如下:

(1)解除纸板箱生产线设备保险合同。

(2)从1992年6月10日到1993年8月9日的保险费为2,000元,包装材料厂已交保险费1.2万元,保险公司退回保险费1万元,自裁决书生效之日起一次付清。

(3)仲裁费500元,由包装材料厂承担。

司法解释

最高人民法院关于国内工矿产品购销合同、 农副产品购销合同中的合同履行地如何确定的批复

(1985年7月4日)

河北省高级人民法院:

你院经济庭(85)冀法经字第8号函收悉。关于河北省大城县水利局食品厂(需方)诉上海市物资交易所综合门市部(供方)购销饼干机合同质量纠纷一案的管辖问题,经我们研究,答复如下:

民事诉讼法(试行)第二十三条规定:“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。”合同履行地是指履行合同规定义务的地点,合同标的为实物的,一般是指标的交付的地点。具体到经济合同法中的工矿产品购销合同或农副产品购销合同,其合同履行地除供需双方在合同中有特殊约定的以外,因交货方式不同而有所不同,凡合同规定由供方送货、代运的,合同履行地为产品发运地;凡合同规定由需方自提的,合同履行地为产品提货地。

本案的合同是在上海市签订的,产品是由供方在上海市交承运部门运出的,因此,合同签订地和履行地均为上海市。你院以供方承担产品安装调试义务而认定合同履行地为需方所在地是欠妥的。河北省大城县人民法院应依照民事诉讼法(试行)第二十三条、第三十二条的规定,将本案移送上海市供方所在地的区人民法院审理。

此复

司法解释

最高人民法院关于如何确定合同履行地问题的批复

(1988 年 4 月 22 日)

河南省高级人民法院：

你院〔87〕豫法经字第 11 号关于对最高人民法院(经)复(1985)39 号如何确定合同履行地的批复的意见收悉。经研究，现对该批复补充如下：

民法通则第七十二条规定，按照合同取得财产的，财产所有权从财产交付时起转移，法律另有规定或者当事人另有约定的除外。根据民法通则的上述规定，合同标的为实物的，标的物交付的地点，就是产品所有权转移的地点，也就是合同履行地，但工矿产品购销合同或者农副产品购销合同，除供需双方在合同中有特殊约定外，按照上述原则确定合同履行地时，因交货方式不同应有所不同：

(一)凡按照合同规定实行代运制，即由供方代需方向承运部门办理货物托运手续，运杂费由需方负担的，产品发运地为合同履行地。按国家规定的木材、煤炭送货办法送货的，也是一种代运制，应以产品发运地为合同履行地。

(二)凡合同规定实行送货制，但又不属于国家规定送货办法范围的，即由供方自备运输工具送货或者由供方将货物交承运部门运送给需方，运杂费由供方负担的，产品送达地为合同履行地。

(三)凡合同规定由需方自提的，合同标的物在产品提货地交付，提货地为合同履行地。

此复

司法解释

最高人民法院关于如何确定加工承揽合同履行地问题的函

(1989 年 8 月 8 日)

上海市高级人民法院：

你院(89)沪高经核字第 8 号请示报告收悉。关于如何确定加工承揽合同履行地问题，经研

究答复如下：

合同履行地应为合同规定义务履行的地点。加工承揽合同主要是以承揽方按照定作方的特定要求完成加工生产任务为履约内容的，承揽方履约又是以使用自己的设备、技术、人力为前提条件的。因此，加工承揽方所在地应为合同规定义务履行的地点，即合同履行地。但是，本案合同签订地在你市虹口区，合同承揽方所在地在你市松江县，松江县应为合同履行地。故虹口区法院和松江县法院对本案均有管辖权。现两院在管辖上发生争议，根据民事诉讼法（试行）第三十三条规定，应由上海市中级法院指定管辖。

司法解释

最高人民法院关于购销合同 履行地的特殊约定问题的批复

（1990年8月19日 法（经）复〔1990〕11号）

广东省高级人民法院：

你院粤法经请字（1989）第2号关于购销合同履行地问题的请示收悉。经研究，答复如下：

一、我院法（经）复（1985）39号、（1988）20号批复中所称的供需双方特殊约定的合同履行地，是指当事人在购销合同中明确约定的交货地点，即在合同的交货地点或履行地点栏目中填写的地点、或者在合同的履行条款或其他条款中写明的交货地点（货物交接地、交付地点）。若当事人约定在某地安装调试或验收完毕才算交货的，该安装调试或验收地即为双方特殊约定的合同履行地。在合同的到货地（到达站、到达港、到站地）或验收地栏目中填写的地点，不应当视为当事人特殊约定的合同履行地。

二、当事人在合同中明确约定的交货地点与合同其他条款的规定不一致的，以合同明确约定的交货地点为合同履行地。在供需双方已实际交接货物的情况下，若实际交接地点与合同约定的交货地点不一致的，人民法院在按合同履行地实施管辖时，以货物的实际交接地视为合同履行地，但不影响在交货地点上违约一方应承担的相应责任。

三、当事人在合同中没有明确约定交货地点的，仍按我院法（经）复（1988）20号批复的规定，区别不同的交货方式确定合同履行地。

第二章 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。

法律精释

履行技术开发合同所完成的技术成果的归属和分享

(《中华人民共和国合同法》第三十一条)

【条文】 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。

【释义】 本条是对合作开发合同当事人违反合同责任的规定。

合作开发合同当事人违反合同的形式是: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,或者参与工作不及时;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。

合作开发合同当事人不履行合同的,应当依法支付违约金或者赔偿损失。此外,当事人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,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。

案例剖析

委托开发合同受托方延误合同履行赔偿案

【案情介绍】

1993年7月18日,某箱包厂与某电子研究所(以下简称研究所)签订一份协议。协议约定:箱包厂委托研究所研制手提箱电子防盗报警器。箱包厂在协议生效后15日内向研究所支付研制费5000元,研制所需的仪器设备由研究所自己解决。研究所最晚不得迟于1994年1月20日向箱包厂提供电子防盗报警器样品和全部技术资料。样品经有关部门检验认可后方可投产。投产所需的场地、设备、人员、生产费用以及产品销售均由箱包厂负责。产品销售后,箱包厂分两次向研究所支付技术报酬。第一次应付报酬的数额为防盗手提箱第一年销售额的8%,第二次应付报酬为防盗手提箱第二年销售额的5%。两次支付时间均在销售年度的次月10日。双方还约定了违约责任:①双方对研制内容均负有保密义务。任何一方不得泄密,否则将承担30000元的经济责任;②研究所若不能按期提交样品及全部技术资料,应向箱包厂赔偿研

制费的两倍即 10000 元的经济损失;③箱包厂在产品销售后若不能按期按约定数额向研究所支付报酬,除应按约定数额支付外,还应按银行的规定从迟延给付之日起,向研究所支付利息,双方约定了合同履行期为三年。

合同签订后,箱包厂于 1993 年 7 月 30 日向研究所支付了研制费 5000 元。但是,研究所未按合同约定向箱包厂提供研究样品及技术资料。为此,箱包厂于 1994 年 3 月 10 日向法院起诉,要求研究所赔偿 10000 元经济损失,并要求解除合同。研究所辩称,由于到外地购买研制设备、原料,延误了研制时间,这属于客观情况,系不可抗力造成违约,要求免责,同时还要求将样品及技术资料提交给箱包厂。

【案情分析】

人民法院经审理认为,研究所与箱包厂签订的合同为有效合同。研究所未能在合同约定的期限内向箱包厂提供样品和全部技术资料是双方发生纠纷的直接原因,研究所到外地购买研制设备、原料从而延误了研制时间,这不是不可抗力。因此,研究所应负违约责任。经法院调解,双方达成以下协议:(1)研究所 1994 年 9 月 30 日前赔偿箱包厂经济损失 8000 元;(2)双方所签合同继续履行;(3)诉讼费 760 元,箱包厂负担 260 元,研究所负担 500 元。

第二章 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后,如果另一方对履行合同提供了充分的保证时,应当继续履行合同。

(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后,另一方可能不再继续履行合同。此种中止合同相当于合同的解除或终止。在这种情况下,中止履行合同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

中止履行合同后,另一方也可能对履行合同提供了充分的保证,在这种情况下,采取中止合同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合同履行的措施后,如果没有另一方不能履行合同的确切证明,中止履行合同的一方,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。

法律精释

涉外经济合同的转让规定

(《中华人民共和国合同法》第二十六条、第二十七条)

【条文】 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。

【释义】 本条是对转让涉外经济合同限制性条件的规定。

涉外经济合同的转让是指合同当事人一方将合同中规定的权利和义务全部或者部分转让给第三者,而合同的内容和客体不发生改变的行为。合同的转让是涉外经济合同主体的变更,是权利、义务的转让。“转让”是指转让给第三者,由第三者享受权利和履行义务。“第三者”是

指合同当事人以外的其他人,即其他的中国企业或其他经济组织和外国的企业;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、义务,也可以将自己的全部权利、义务转让给第三者。

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上发生争议,当事人双方应在合同中订明合同能否转让,以及转让的条件。例如,只限于对特定人转让或者出证人在转让后负责保证等。

涉外经济合同转让的限制性条件是:必须取得另一方同意。这是指当事人在将其权利和义务转让给第三者时,必须依照法律规定征得另一方当事人的同意时才能生效。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。没有取得另一方当事人的同意而转让合同权利义务的,其转让无效。如我国《中外合资经营企业法实施条例》第二十三条规定: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,其转让无效。

【条文】 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。但是已经批准的合同中另有约定的除外。

【释义】 本条是对转让涉外经济合同又一个限制性条件的规定。

本条所说的“中华人民共和国法律”是指经全国人民代表大会和人大常委会制定和颁布的法律性文件。由中华人民共和国法律批准成立的合同,其权利和义务的转让,应经原批准机关批准。如我国《中外合作经营企业法》第十条规定: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。

本条所说的“行政法规”是指由国务院颁布的各种规范性文件。由中华人民共和国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,也应当经原批准机关批准。未经办理批准手续的,其转让视为无效。

但是,法律规定也有例外,即有些已经批准成立的合同中,对合同的转让已有明确规定的,就可以根据约定转让,没有必要再经原批准机关批准。

我国法律作出如此规定,主要是因为涉外经济合同的法律效力是以经国家批准为前提的,合同的转让,是合同主体的变更,因此,这种变更即转让合同的协议只有经国家批准,才能发生法律效力。

第四章 劳动合同与集体合同的履行

一、劳动合同的履行

（一）劳动合同的履行要遵循哪些原则

劳动合同订立以后，劳动关系双方当事人的权利义务就要靠履行劳动合同来实现。没有劳动合同的履行，劳动合同的订立就变得毫无意义。因此，劳动合同的履行才是劳动合同制度的关键。对于订立劳动合同的当事人来说，要把合同规定的内容变成现实，达到订立合同的目的，就需要当事人认真履行劳动合同。

劳动合同的履行，是指劳动合同订立以后，当事人双方按照合同规定的条款，实现合同内容的行为。它既包括劳动合同当事人履行劳动义务的行为，也包括劳动合同当事人实现劳动权利的行为。劳动合同的履行以劳动合同的合法有效为前提条件。如果劳动合同合法有效，劳动关系双方当事人就必须全部履行，只有严格按照劳动合同的规定履行自己的全部义务，才能实现合同规定的权利。如果劳动合同不符合劳动合同的有效条件，被依法确认为无效劳动合同，那么该合同将从其订立之日起就不具有法律约束力，因而也就难以被当事人履行。不管当事人订立合同时如何约定，其权利义务都将无法取得法律保障。所以，劳动合同的合法有效是劳动合同履行的基础。劳动合同全部有效，当事人就必须全部履行；劳动合同部分有效，就只有部分履行的效力；劳动合同全部无效，则难以产生履行的效果。

一般来说，当事人之间订立的劳动合同，凡符合《中华人民共和国劳动法》和有关劳动合同的法律法规，具有合同有效的法定条件，其订立的劳动合同即为有效合同。应当承认，由于我国劳动制度改革还不够深入，劳动关系当事人的法律意识还很薄弱，实践中常常出现劳动关系当事人订立的劳动合同无效的问题，因而如何确立合法有效的劳动合同就成为一个迫切需要解决的课题。有效的劳动合同，按照法律规定，一般须具备如下几个方面的条件：①订立劳动合同的当事人具备有效资格。即劳动合同的主体合法。劳动合同的主体资格是对双方当事人都适用的。对用人单位来说，它必须具备法人资格，而且有招收职工的有效批文；对劳动者来说，它必须是具有劳动权利能力和劳动行为能力的公民。②劳动合同的内容必须合法。具体包括：劳动合同规定的劳动条件符合国家法律、法规的规定，不得有任何规避法律的内容或有损社会公德的条款；劳动合同约定的内容也须合法，即不能与法律规定相抵触。③劳动合同的订立体现了当事人的真实意愿。劳动合同只有在当事人意思表示一致前提下订立才能取得法律保障资格，任何欺诈、胁迫、恶意侵害一方利益的行为都是非法的；④劳动合同的形式合法，即订立的劳动合同必须是书面合同，而且必须履行法律规定的其它形式条件要求。

劳动合同的履行是特定当事人的行为，需要劳动合同当事人的共同努力。不允许由第三人

代为履行,也不允许当事人将劳动合同视作形式而不予履行。但在实际生活中,劳动合同的履约率并不理想,不履行或不能履行劳动合同、不完全履行劳动合同的现象并非少见,因不履行劳动合同或不正确履行劳动合同而发生的劳动争议也在不断增加。因此,迫切需要对劳动合同的履行予以重视和规范。

劳动合同的正确履行需要当事人主客观共同努力。从主观上说,要大力提高劳动合同当事人的法律意识,增强他们履行劳动合同的自觉性。这就要求企业、事业单位的行政领导、广大劳动者认真学习有关劳动合同法律制度,使他们从思想上树立起认真、全面履行劳动合同的法律意识,从而为劳动合同的全面履行奠定基础;从客观上说,劳动合同的全面、正确履行需要界定劳动合同的履行条件。即在什么情况下履行的劳动合同才算符合法律规定。根据我国的劳动合同法律制度和其他有关法律规定,劳动合同的履行条件有以下几个方面:①履行必须是双方当事人相互履行。劳动合同的履行主体是劳动合同的双方当事人,一般不允许由第三人代替一方当事人履行劳动合同义务,或者由一方当事人向第三人履行。只有劳动合同权利主体之间的履行才是正确的劳动合同履行方式。②履行的标的必须明确。劳动合同的具体内容,首先要有明确的标的。比如要求确定合同制工人的生产数量、质量以及劳动报酬的标准和数额等等。只有在劳动合同中对履行标的作出明确规定,才能为正确实际履行劳动合同提供准确的衡量标准。③要有履行的期限。劳动合同的期限作为劳动合同当事人履行义务和接受履行的期间,在劳动合同中要有明确具体的界定。这在劳动合同的履行中具有非常重要的意义。因为只有按期履行合同,才能保证当事人双方的不同需要,当事人应按照规定的时间履行。履行期限如果不明确,就难以认定当事人的履约行为是否符合合同约定,也就难以认定当事人是否正确履行了劳动合同。④要有履行地点的规定。劳动合同的履行地点,是劳动关系双方相互履行合同内容的地点。履行地点关系到合同内容履行的实现,关系到履行时间。因此,在劳动合同中必须对履行地点有明确的规定。即使在履行过程中由于特殊原因需要变更履行地点,也应征得合同当事人另一方同意。⑤履行的方法要和合同的性质和内容相适应。劳动合同的履行方法与合同本身的性质和内容有着密切的关系,可以说,履行方法是由劳动合同的性质和内容决定的。劳动合同的履行方式,一般包括生产经营方式、劳动方式和劳动报酬给付方式,而履行方式一经确定,就不可随意更改。

劳动合同的当事人只有在按照合同的履行条件严格正确地履行了劳动合同,才能取得合同约定的权利。劳动合同的履行在劳动合同法律制度中居于关键地位,劳动关系双方当事人要对此予以高度重视,切不可怀有任意态度,否则,劳动合同的签订目的不仅不能实现,而且还须承担相应的法律责任。

劳动合同的履行原则,是指双方当事人在履行劳动合同的过程中,共同遵守的行为规则,是双方当事人各自享有劳动权利,承担劳动义务的一般性准则。主要包括:

1. 劳动合同的实际履行原则

劳动合同的实际履行,是指劳动合同当事人双方按照合同规定的标的完成各自的义务。它包括两层含义:一是劳动合同的当事人要按照合同规定的标的履行,不能用其他标的来取代合同约定的标的,一方当事人违约时也不能用交付违约金或赔偿损失来代替履行合同,除非是违约方的履行行为已没有意义;二是当一方当事人不履行劳动合同时,另一方当事人有权请求人

民法院强制其履行。劳动合同的实际履行原则表明,劳动合同一经订立,当事人就应该以自己的行为去完成合同规定的任务,实现合同约定的目标。

劳动合同的实际履行原则是由劳动合同的性质和特定作用决定的。劳动合同是用人单位和劳动者之间以实现劳动权利和义务为目的的协议,是劳动法律关系确立的前提。对用人单位来说,劳动合同得不到履行,它的一切活动和目标就难以实现;对劳动者来说,劳动合同得不到实际履行,劳动者的生活就没有保障。企业不按劳动合同履行约定义务,劳动者的生命健康就受到影响。所以,劳动合同的实际履行对于劳动关系双方当事人来说意义重大。

劳动合同的实际履行,并不是一概绝对地要求劳动合同当事人不论情况如何变化都要按合同的约定履行义务。实际上劳动合同的实际履行并不排除在特殊情况下劳动关系当事人约定义务履行的免除。如在劳动合同履行过程中出现不可抗力事由,劳动合同约定的目的发生变化,实际履行已不可能或已无必要时,当事人可以不实际履行合同。劳动合同在特殊情况下可以不实际履行,但必须符合法律、法规的规定。当事人不得任意借口情况发生变化而不实际履行劳动合同,否则,违约的当事人要承担相应的法律责任。

2. 劳动合同的正确履行原则

劳动合同的正确履行,是指合同当事人按照合同规定的内容,全面地原原本本地履行,不打折扣,也不任意改变合同的内容。劳动合同正确履行的原则是对实际履行原则的补充和发展,其目的在于进一步指导和督促当事人按照劳动合同的要求,保质、保量,按时全面完成应承担的劳动义务,防止违反劳动合同的现象发生,借以保护劳动关系双方当事人的合法权益。劳动合同中规定的各项劳动方面的内容,是劳动合同当事人双方实现共同劳动和各自经济利益而协商约定的,当事人双方只有按照约定的内容全面正确地履行劳动合同,才能完成合同规定的任务,才能实现当事人各自的目的。正确履行原则是衡量劳动合同实际履行的尺度。如果劳动合同不能正确履行,或者当事人一方有违约行为,劳动合同的实际履行也就失去了意义。

劳动合同的正确履行包括两个方面的内涵。一是劳动合同当事人要亲自履行劳动合同,不得以第三人代替履行。因为劳动合同是劳动关系双方当事人基于信任而订立的,具有不可替代性。劳动合同体现了订立劳动合同当事人的各自意愿,如果一方当事人不亲自履行,就意味着劳动合同协商一致、平等自愿原则的丧失,同时也不符合合同法的基本要求。按照合同法的有关规定,主体变更实际上是原合同的终止,新合同的产生。而订立新的劳动合同是要经过双方当事人的充分协商和履行必要的手续。所以说,劳动合同当事人不亲自履行劳动合同,就意味着当事人没有正确履行劳动合同。二是劳动合同的内容要得到全面履行。劳动合同当事人要严格按照合同规定的内容全面认真地履行劳动合同规定的义务。不仅劳动合同的履行标的不随意变更,就是约定的履行期限、履行方式,当事人都要严格遵守,否则就是违约,就是不正确履行劳动合同。

3. 劳动合同的协作履行原则

劳动合同的协作履行原则,是指劳动合同的双方当事人在履行劳动合同的过程中,应该相互帮助,共同完成合同规定的义务。协作原则,大致包括以下几方面的内容:第一,任何一方都要保证自己按规定的时间、地点、用规定的方式,按质、按量地全面履行自己的合同义务。完成自己的任务,实际上就为对方履行合同提供了最好的基础,也是最重要的协作。第二,双方当事

人在合同履行过程中,应当相互关注,并进行必要的互相检查和督促,发现了不利于合同全面履行的情况和问题时,要及时提出合理化建议。第三,任何一方当事人履行合同遇到了困难时,他方都应该在法律允许的范围内,尽力给予帮助,以便双方尽可能地全面履行劳动合同。第四,一方没有履行或没有适当履行合同规定的义务,对方应尽快指出,帮助纠正。第五,如果双方因履行劳动合同发生纠纷,都应当从大局出发,根据法律和合同规定的精神和实际情况,及时解决,以避免造成不必要的损失。

劳动合同的协作履行原则是劳动合同当事人权利义务相对应的体现。在劳动合同关系中,一方当事人的权利,是另一方当事人的义务。一方当事人不当或没有履行合同规定的义务,意味着另一方当事人的权利受到侵害或得不到应有的保证。一方当事人协助或帮助另一方当事人履行其约定义务,实际上是在实现自己的权利。所以说,协作履行原则也是劳动合同履行的一个重要原则。

劳动合同的履行对于实现合同目的,提高社会和企业的经济效益,保障双方当事人的合法权益具有重要的意义,只有正确地履行劳动合同,才能使劳动合同制度得以健康发展。在劳动合同的履行过程中,只有严格遵守劳动合同的上述履行原则,才能保证劳动合同履行的顺利进行。

(二)怎样正确地履行劳动合同

劳动合同的正确履行,不仅是劳动合同履行中的一项基本原则,也是当事人权利义务的实现手段。劳动合同的正确履行依赖于当事人的自觉履行,也有赖于劳动合同的法律保护。

(1)劳动合同的实际履行是保证劳动合同正确履行的基本前提。要想使劳动合同得以正确履行,劳动合同双方当事人严格按照劳动合同的规定,正确履行自己的义务是首要的前提。这方面的内容主要包括:①劳动合同的履行主体不可变更。劳动合同的履行主体不可变更,是指订立合同的双方当事人要亲自履行劳动合同,不得通过第三人代为履行。具体到用人单位来说,企业不得将基于劳动合同而获得的劳动义务请求权随意交与第三人行使,也就是不可随意支配劳动者到本单位以外的地方或单位工作;对劳动者来说,要亲自完成自己的劳动定额和工作任务,不得让第三人代替其履行劳动义务。这是因为劳动合同具有职业依赖关系,劳动者的选择权必须得到切实保护。②劳动合同要严格按照约定的标的履行,不得随意更改。劳动合同的标的,也即劳动合同中当事人的义务。它是劳动合同订立时双方当事人协商一致的结果,严格按照合同标的履行劳动合同,意味着劳动关系当事人权利义务的实现。劳动合同的标的一经依法确认,是不可以随便变换的。具体来说,劳动者要严格按照合同的规定,保质、保量地完成全部生产工作任务,企业在劳动者完成约定定额后,不得要求劳动者加班加点,特殊情况下必须进行加班加点,须严格依法进行。用人单位要为劳动者提供法定或约定的劳动条件,健全劳动安全卫生保护措施。劳动者要认真遵守劳动纪律和企业内部劳动规则。企业等用人单位不得超越合同的规定,任意指挥、要求劳动者超额劳动等等。③劳动合同的当事人要严格按照合同约定的期限履行劳动合同,不能缩短或延长劳动合同期限。劳动合同履行期限是合同当事人行使劳动权利和承担劳动义务的时间,它是根据劳动关系双方在劳动方面的需要而定的。除了法律、法规规定可以提前终止合同关系和因不可抗力使合同无法继续履行需要终止合同关系

外,劳动合同的期限不得延长或缩短,劳动合同期限届满,必须依法终止。如果需要延长,劳动关系当事人得重新续订合同。劳动合同期限的正确履行是保证当事人自由择业权利实现的重要保证。④按照劳动合同规定的履行方式履行劳动合同,不得随意变动。劳动合同的履行方式是指劳动合同当事人双方完成合同规定的劳动任务和享有劳动权利的具体方式。就劳动者来说,履行劳动合同的方式就是用自己的劳动力通过劳动来履行合同规定的义务,这一履行方式不得擅自变更,不能以劳动以外的其他物或行为来代替自己的劳动。实际上劳动者对劳动力的使用是用其他方式不能代替的。就企业来说,如果劳动合同中规定支付给劳动者的劳动报酬是国家法定货币,那么,企业就不能擅自改变用其他货币来支付。劳动合同规定劳动者从事的工种和岗位也不能随意被改变,用人单位不能要求劳动者从事合同约定以外的其他工作方式。用人单位按合同规定为劳动者提供的劳动保险和福利报酬形式,也不得用其他方式代替。

(2)劳动合同的正确履行,除要求劳动合同双方当事人严格按照合同规定的义务履行外,还必须有赖于国家法律的外部保障。这种法律保障既有当事人的自力救济,也有国家的强制力保护。劳动者在履行劳动合同的过程中,如果发现用人单位不按合同规定履行其义务而侵犯了劳动者的合法权益,可以自行采取必要的合法措施保护自己的权益,包括紧急避险。尤其在劳动安全条件不合规定,有事故隐患时更是如此。如《中华人民共和国工会法》就规定,工会如发现企业行政方面违章指挥、强令工人冒险作业,或者在生产过程中发现明显重大事故隐患和职业危害时,有权提出解决建议;当发现危及职工生命安全的情况时,有权向企业行政方面建议组织职工撤离危险现场。劳动合同正确履行的法律保护主要包括两个方面的内容:一是劳动行政主管部门对经过鉴证的劳动合同有义务监督其实施,在检查过程中发现用人单位违反劳动合同的规定,侵犯了劳动者的合法权益时,有权要求企业行政改正。对当事人的任何不正确履行义务都有权干预,以保护当事人的合法权益或制裁违约行为。二是国家司法机关的法律保护。劳动合同当事人如果违反劳动合同的规定,不履行自己的劳动义务或侵犯对方当事人的合法权益,受侵害的一方当事人有权通过法律手段获得保护。这种法律保护一方面体现在对受侵害方合法权益的恢复或补偿上。另一方面也表现在对违约行为的法律制裁上。按照劳动合同规定,当事人一方违反合同规定的义务,不正确履行劳动合同时要承担相应的法律责任。这种法律责任既包括对受损害的经济赔偿责任,也包括对违反法律或合同当事人的行政制裁上。而且也包括对违反劳动合同,侵犯对方当事人的合法权益或国家社会公共利益造成严重后果的当事人追究刑事责任上。总之,劳动合同的正确履行离不开法律的强制力保护。

二、集体合同的履行

(一)集体合同的履行要遵循哪些原则

集体合同的履行,是指集体合同的履行主体按照集体合同的约定,在适当的地点、用适当的方法,全面完成各自承担的义务的法律行为。当事人双方都完成了集体合同规定的义务,称为集体合同的全部履行;当事人只完成了集体合同所规定的义务的一部分,称为集体合同的部分履行;当事人双方全都没有履行集体合同规定的义务,称作集体合同的未履行。如果一方当

事人完成了集体合同规定的义务,而另一方当事人没有完成或者只是部分完成规定的义务,称作集体合同单方面未履行,或者单方面部分履行。集体合同的履行以合法有效的集体合同为前提和基础。

集体合同的履行,是集体合同当事人实现各自权利和目标的过程,对双方当事人来说,都很重要。如何才能保证集体合同得以正确履行,双方当事人以共同的原则作为履行合同的指导方针是必不可少的。这就需要明确什么是集体合同的履行原则。

所谓集体合同的履行原则,是指工会与企业行政双方在完成集体合同规定的义务的全过程中,必须共同遵守的一般性规则。集体合同的履行原则与合同履行的目的有着密切的联系,履行合同的目的是决定着履行合同的原理。而且集体合同的履行原理,在不同的社会制度里有着不同的表现方式。在我国,集体合同的履行,应当贯彻实际履行、全面履行、协作履行的原理。

(1)实际履行原理。实际履行,是指除法律和集体合同另有规定或者客观情况发生变化使集体合同已不能履行者外,当事人都要严格按照集体合同规定的义务全面、正确地履行自己的义务,不允许用另外的履行义务来代替合同规定的履行义务。一方违约时,也不能以其它方式代替履行。对方要求继续履行集体合同时,仍应继续完成合同规定的义务。

贯彻实际履行原理,是由我国的性质决定的。工会与企业行政订立集体合同,从根本上说是为了更好地加强管理、提高效率、发展生产、满足社会日益增长的物质和文化需要,增加社会财富。并在此基础上,改善企业的劳动条件和提高职工的物质文化水平,进而提高全社会的进步和发展水平。这就是要求集体合同的双方当事人要严格贯彻实际履行的原理,不得随意用其他履行方式来代替约定义务的履行。因为,当事人一方如果用非实际履行的方式来代替合同约定义务的履行,从表面上看是满足了双方当事人的某些需要,但却因此损害国家和社会利益,这是我国法律所不能允许的。当然,集体合同的实际履行也不是绝对不能改变的。当事人在贯彻实际履行原理时,还要从客观实际出发,如果义务人延迟履行义务,享有权利的一方对原来约定的义务人的义务履行失去了需要,或者继续履行将会给企业带来不必要的损失时,就不应再强调实际履行。

实际履行原理有利于实现集体合同签订时的约定义务,对稳定集体合同法律关系有着积极的作用。但由于我国目前还处于改革阶段,一些基础的东西,如劳动条件标准、劳动安全与卫生、劳动者的保险福利等都会随着经济的发展和法制的健全而不断发生变化,因而如果在履行集体合同的过程中,出现了按照原订合同义务履行合同会损害双方当事人权益的情形下,应当允许以其他方式代为履行,但要在严格的监督条件下进行。

(2)全面履行原理。全面履行,是指当事人除按照集体合同规定的义务履行集体合同外,还要按照集体合同规定的时间、地点、履行方式,按质、按量地履行全部义务。全面履行原理是对实行履行原理的补充和发展,其实际意义在于督促和指导集体合同义务人全面彻底地完成合同规定的义务,正确地履行集体合同。全面履行原理也可称作正确履行原理。

(3)协作履行原理。协作履行是指当事人双方团结协作、互相帮助完成集体合同规定的义务。集体合同的履行是义务人的义务,这是无疑的,义务人只有履行了义务,权利人才能实现其权利。从这个意义上说,当事人双方严格履行义务,是协作履行的一般要求。当事人除了各自向对方履行义务外,还应积极配合对方履行义务。因为在工会及其所代表的职工与企业行政之

间建立的集体合同关系中,当事人双方各自的利益虽然不同,其权利义务也不相同,但双方当事人订立集体合同的目的是一致的。一方当事人的义务,也是双方当事人对企业和国家应尽的义务。这就要求当事人双方必须通力合作,共同完成集体合同所规定的总任务。而且,当事人履行合同在目的上的一致性也为双方在履行合同时互相配合、协作履行打下了基础。

协作履行原则是集体合同实际履行原则和全面履行原则的客观保证。具体包括如下内容:

①工会与企业行政在履行自己义务的同时,为双方履约创造便利条件;②当事人双方要相互支持、相互督促,发现问题及时通力解决;③一方在履行中遇到困难,对方要积极给予帮助;④一方没有履行或没有适当履行合同义务时,对方要尽快提出纠正意见;⑤因履行合同发生争议时,要依照法律的规定,协商解决。

(二)怎样正确地履行集体合同

集体合同一经订立,即具有法律约束力。双方当事人及关系人都必须按照集体合同的有关规定严格履行各自的义务。这既是合同法的规定,也是集体合同有关各方利益关系人实现各自目标的基础,如果集体合同不被严格按约履行,当事人签订集体合同的目标就无从实现。因此,法律规定,集体合同当事人须认真履行集体合同。

集体合同当事人在履行集体合同时必须遵守履行原则,即依照实际履行、正确履行、协作履行的原则去履行集体合同,这样要求有利于集体合同的正确履行。

所谓集体合同的正确履行,是指集体合同当事人严格按照集体合同约定的内容和履行方式去履行各自的义务,非经法律规定和当事人特别约定,不得改变合同的履行标的和其它履行事项。要保证当事人正确履行集体合同,就须按照集体合同的内容和约定履行合同,不得随便改变集体合同的约定要求。

(1)履行主体。履行主体是指集体合同中权利义务的承受者。按照法律规定,集体合同的当事人为工会和企业、事业单位行政、雇主或雇主组织,他们在集体合同的履行中必须按照预先约定的内容,亲自履行其义务,不得由其他非合同主体的第三人去代为履行;履行主体正确还包括工会代表的职工集体必须按照合同的规定按约完成任务,这些集体合同的关系人也要亲自履行合同义务,不能以第三人代替。

(2)履行目标。履行目标是集体合同当事人权利义务指向的对象。具体是指当事人各自承担的义务。集体合同的当事人和关系人只有严格履行了集体合同规定的各自应承担的具体义务,才能保证集体合同得以正确履行。具体来说,用人单位一方要按约依法提供有关劳动条件和劳动工作环境及场所。工会一方要组织职工认真履行工作义务。职工集体要按照合同的规定保质保量地完成任务。当事人任何一方没有完成合同规定的履行标的,即意味着没有正确履行集体合同。

(3)履行期限。即接受履行和提供义务的时间界限。集体合同一经订立,当事人就应该按照合同规定的时间履行各自的义务,如果当事人一方没有按时履行其义务,不仅自己违反了集体合同的规定,而且也会影响其他当事人的履行。履行期限的正确包含了当事人不得迟延履行要求。

(4)履行方式。即当事人履行义务的方式规定,按照集体合同的规定,当事人只有按照集体

合同规定的履行方式履行义务,才被认为是正确履行了合同。

一般来说,当事人只要按照上述规定履行自己的义务,就能够实现合同规定的任务。但在具体履行时常常会碰到合同条款规定的不明确、不具体的情况,给合同的履行带来了一些困难,也常常容易发生因合同某些条款不明确引起的劳动争议。在遇到这种情况下,可按照下列办法处理:

①劳动条件、职工待遇条件不明确。凡国家法律有明确规定的,按国家法律执行;国家法律没有具体规定的,应根据法律、法规所确定的原则,由当事人双方重新协商拟定条件,按新商定的条件履行。

②劳动保护、生活福利实施的标准条件不明确。双方可根据实际情况,重新议定标准。当重新议定标准意见不统一时,一般应当按过去的标准条件履行,而不能因意见不统一而不履行义务。

③履行期限不明确。凡没有规定履行期限的集体合同,其有效期一般应视为一年。如果集体合同规定的总任务是完成某段时间内国家下达的某项计划,那么集体合同应在规定的完成国家计划的期限内履行。

④履行方法不明确。集体合同的履行方法多种多样,如果集体合同没有规定履行方法,一般就由当事人重新约定履行方法。当约定不成时,凡负有义务的一方能够即时一次完成的义务,应即时一次履行完义务,一般不分期履行和拖延履行。其他义务应在合同有效期内分期履行。

在我国,集体合同是企业工会代表全体职工与厂长(经理)代表全体行政管理人员签订的,企业的每个职工与每个行政管理人员都是集体合同的关系人。集体合同关系人对集体合同的履行,是一个合同的多数人履行的问题,即集体合同当事人一方的多数人与另一方当事人在履行合同时的关系问题。这种关系可分为按份履行的义务关系和连带义务关系两种。

(1)集体合同的按份履行

集体合同按份履行是指集体合同关系人只承担其应承担的义务,而不承担全面履行集体合同的义务。按份履行的特点是集体合同关系人各自独立承担义务,如技术人员只履行合同规定的属于自己工作范围内的那一部分义务;工人只完成分配给自己的那一部分生产任务等。在实践中,集体合同的按份履行有利于建立健全企业的岗位责任制。在发生部分不履行集体合同的情况时,有利于分清是非,查明原因,区别不同情况追究直接责任人员的责任。

(2)连带义务

连带义务是指负有义务一方的多数人,各自都有独立履行全部义务的责任。享有权利的一方有权向连带义务人中的一人或数人请求部分或全部履行集体合同规定的义务。只要合同规定的全部义务尚未履行完毕,连带义务人中即使有一人或数人履行了部分义务,也不能因此而解除自己的义务。就连带义务人内部关系来说,每个人对全部义务可以共同承担,也可按份分担。当义务全部履行后,如果连带义务中的一人或数人所履行的义务实际上超过了其应承担的部分,对超过部分,有权请求其他连带义务人补偿。连带义务有利于加强关系人在履行义务时行动的一致性。在小范围内如生产班组或行政各职能科室内试行似无不可。但这种形式加重了关系人的责任,后果多半是消极的。在法律没有特别规定的情况下,不得实行连带义务这一集体合同关系人承担义务的形式。

第 五 篇

第五篇 合同的担保

第一章 什么是担保

一、担保的含义

担保是指根据合同或当事人的约定,以财物或第三者信用来确保债务的清偿或其它义务的履行的一种经济行为,是保证债权实现的一种法律手段。

简单地讲,担保行为表明这样一种契约关系,当债务人到期不能偿还债务时,债权人就有权要求担保人代替主债务人清偿债务。

担保是一种与签订和履行合同、金融信贷等行为相联系的经济业务行为,其具有的特点是:

1. 法律性

担保采取的是法律形式。担保人与被担保人,被担保的对方形成法律关系,其目的是为了担保被担保人(债务人)与债权人之间的责任和义务的实现。

2. 保证性

担保是法人(金融机构、公司等)或自然人充当债务或其他合同义务的保证人的行为,担保人在原来债权人和债务人之间作为第三方,处于法律上第三方保证人的地位,其主要责任是保证债务人履约,并承担由此产生的法律后果。

3. 从属性

担保一般采取合同形式。这种合同与其担保的合同之间的关系,是一种主从关系:被担保的合同是主合同,担保合同是从合同。从这个意义上讲,担保具有从属性。因为主合同是担保合同设立的前提,没有主合同的签订,就不可能有合同担保的设立。担保合同不脱离主合同而独立存在。所以担保合同总是从属性的,它基于主合同的成立而设立,随主合同的履行而失去法律效力。

4. 条件性

担保合同虽然具有保障主合同履行的作用,但是,这种合同的履行是有条件的。一般的情况是,只有在被担保一方不履行或无力履行主合同时,对方才有权要求担保人履行担保合同的义务;否则,担保人有义务拒绝履行义务的要求。

5. 风险性

担保从资产安全的角度来看,具有风险性,即意外事故或损失的可能性较大。担保的风险因素一方面来自委托人经营的风险和合同内容的变化,另一方面也来自担保人自身的经营和管理水平方面的风险。担保合约一旦成立,这种风险直接由担保人来承担,但仔细研究起来,担保人为了减轻自身的风险,而采取的反担保等措施,实质上风险是由担保人、债权人和债务人

共同承担的。

二、担保的主要形式

担保作为一项法律制度,是债务人在订立合同时为保证合同履行而向债权人作出的一种承诺。当债务人不履行合同或不适当履行合同时,债权人可不必经过仲裁或诉讼程序而直接从债务人或第三人处获得某种补救,以弥补债权人遭受的损失。担保主要有五种形式。

(一)保证

保证又称人的担保。它是指保证人和债权人约定,当债务人不履行债务时,保证人按照约定履行债务或者承担责任的行为。保证人可以是自然人,也可以是法人,一般都是在经济实力上比债务人强大的法人。在我国,国家机关不能担任保证人。

以保证作为担保形式,过去在我国法人之间的合同关系中一般采用不多。但是,在对外贸易交往以及公民之间的合同关系中,却被广为采用。随着我国经济体制改革的不断深入发展,金融体制以及改革的需要,采用保证作为贷款担保形式必将日益增多。因此,保证这种形式就具有更重要的意义。

保证人向债权人保证债务人履行债务的,应当与债权人订立书面保证合同,若没有单独订立书面保证合同,但在主合同中写明保证人的保证范围和保证期限,并由保证人签名盖章的,视为书面保证合同成立。除出具书面保证合同和在主合同中订立保证约定外,也可以用其他方法提供保证。如银行应借款人的请求对贷款人开出备用信用证,由债务人给债权人开出本票,然后保证人在本票上作保证背书,如果债务人在本票到期时不能偿付本票上所载明的金额,则保证人代为偿付。

保证人对被保证人仅负有财产责任。即他的责任,只能等于或者小于被保证人对债权人的义务。保证人承担义务的范围可以是全部主债务,也可以是部分债务。保证人承担义务的范围和期限,应在保证合同中确定。如果保证范围确定的不明确,则推定保证人对全部主债务承担保证责任。在保证期限内,保证人的保证范围可因主债务的减少而减少;新增加的债务,未经保证人同意担保的,保证人不承担保证责任。

债务人可以有一个保证人,也可以有多个保证人。两个以上的保证人对同一债务人作保证的,称为共同保证。同一被保证人有两个或两个以上的保证人时,他们之间的责任可按法律和合同确定。法律或保证合同对各保证人的责任范围已有明确规定的,按规定履行,即共同保证人若与债权人约定按份承担保证责任的,则每个保证人按各自份额承担保证责任。如果法律没有明确规定或合同约定,共同保证人应负连带保证责任。

保证人履行保证义务是有条件的。对于一般的保证合同来说,保证人只有在其所保证的合同未被履行或给债权人造成损失时,债权人才对保证人享有请求权。当保证人代替债务人履行合同或赔偿债权人损失后,保证人应立即通知债务人(被保证人),否则,出现债务人重复履行义务,保证人应承担责任。

保证人代债务人履行或赔偿损失后,应当立即通知债务人,并提供履行或赔偿的详细清

单,保证人有权要求债务人补偿其损失,这称为代位追偿权,即由保证人取代原债权人要求原债务人履行义务。

如果债权人向保证人提起诉讼,保证人应及时通知债务人参加,以便提出有利的辩护。如果保证人没有通知债务人参与诉讼活动,造成不应有的损失,债务人有权拒绝保证人的代位追偿权。

(二)抵押

抵押是以某种特定财产作为担保,也就是一方当事人(债务人)或第三人为履行合同约定向对方(债权人)提供的财产保证。如果债务人不履行或不能履行义务,债权人可行使其对担保物的权利来得到赔偿。提供抵押担保的义务人或第三人称为抵押人,享有抵押权的权利人,称为抵押权人。

抵押作为一种担保形式,其特点是:抵押权人对于其他没有设定抵押权的一般债权人具有优先受偿的权利。所谓优先受偿权就是抵押人有权从变卖抵押物的价款中优先得到受偿,只有在变卖抵押物的价款有剩余时才能用来清偿其他人的债权。可见,抵押权的设定能切实保障债权人的利益。

抵押也是一种古老的合同担保形式,我国自古有之,但现代意义和现实经济生活中的抵押,主要是指为了获得贷款而将不动产或动产进行抵押,如在本世纪 60 年代的美国,四分之三的大农场主都是利用土地作抵押而取得农业贷款。在本世纪 60 年代末,美国抵押债务超过债务总数的一半以上,而在英国,其抵押债务则达到农业、建筑工程、机器装备总值的四分之一。我国在 1985 年开始实施的《贷款合同条例》中作了抵押担保的规定,并于同年 4 月 1 日起施行。但实施过程中,抵押担保方式使用的还不广泛。

在我国,按照法律规定可以作为抵押物的有:

- (1)抵押人依法有权处分的国有土地使用权;
- (2)抵押人依法有权处分的国有房屋和其他国有建筑物;
- (3)抵押人依法有权处分的国有的机器、仪器、交通运输工具和其他设备;
- (4)抵押人拥有所有权的房屋、林木、果园等不动产;
- (5)抵押人拥有所有权的机器、仪器、交通运输工具和其他设备;
- (6)依法可以抵押的其他财产。

按照我国法律规定,还有一些财产不能作为抵押物。它们是:

(1)法律法规规定禁止自由买卖的自然资源或财物,如归国家所有的土地、矿藏等自然资源;

(2)无地上定着物的集体所有的土地使用权;

(3)学校、医院、幼儿园等教育设施和公共福利设施、公共交通设施以及水库、农田水利设施、电力设施;

(4)对所有权有争议的财产以及不属于自己的财产;

(5)依法被查封、扣押或采取诉讼保全措施的财产;

(6)依法不得抵押的其他财产。

抵押物的保管是以能够担保债权人的债权为原则,但同时又要考虑到双方的方便。抵押物的保管,一般是根据抵押标的的不同而确定的。

不动产抵押物,主要是土地和建筑物,由于不动产所具有的难于或不可移动的特性,因此以这类财产作为抵押物时,一般留归抵押人保管或有条件地使用,抵押权人有监督的权利。在抵押期间,非经债权人同意,抵押人不得将同一抵押物转让他人,或者将抵押物价值已设置抵押部分再作抵押。

以动产及权利证书作为抵押物时,一般要将其交给抵押权人保管,这对于保障债权人实现其债权是十分必要的。抵押权人对抵押财产负有妥善保管的义务,必要的保管费用可请求抵押人偿还。一般来说,抵押权人是无权使用抵押物的。根据平等互利的原则,抵押权人在保管和有条件使用抵押财产期间,对于抵押物的损坏、恶化或遗失,如果不能证明不是由于自己的过失所造成时,必须对此承担全部责任。

抵押人将抵押物抵押后,并没有丧失抵押物的所有权。然而,在抵押期限内,抵押财产不管由谁保管或有条件的使用,抵押人对该项财产已暂时丧失了独立的处分权。这表现为:第一,没有抵押权人的同意,抵押人不得擅自处理抵押财产。只有经抵押权人同意后,抵押人才可把抵押物转让给他人,但是,抵押权人的抵押权对该项财产的新所有人仍然有效。第二,如果抵押财产因遗失、偷窃或被抵押人擅自出卖,为他人所有时,抵押权人有权向新占有人追索。

抵押权的设定应当通过订立书面合同或者在原债权文书中写明。如果没有书面合同,应有其他证据证明抵押物或者其权利证书已交给抵押权人,这样可以认定抵押关系成立。

(三) 质押

质押包括动产质押和权利质押。所谓动产质押,是指债务人或者第三人将其动产移交债权人占有,将该动产作为债权的担保。债务人不履行债务时,债权人有权依照法律规定以该动产折价或者以拍卖、变卖该动产的价款优先受偿。债务人或者第三人被称为出质人,债权人为质权人,移交的动产为质物。

所谓权利质押,是指以下列权利作为质押:

- (1) 汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单;
- (2) 依法可以转让的股份、股票;
- (3) 依法可以转让的专利权、商标专用权、著作权中的财产权;
- (4) 依法可以质押的其他权利。

上述质物是一种财产权利,因此称为权利质押。在有一些法律规定中,将质押也作为抵押权的一部分,两者是有相同之处的,但抵押权主要指不动产的抵押,而质押是以动产作抵押,尤其是有价证券的权利作为担保的,其区别更为明显。

(四) 留置

留置是指债权人在合同产生的债务未得到清偿之前,按照合同的约定将占有的债务人的财物留置,直到债务人清偿完债务时再返还;如果超过一定的合理期限,债务人仍不清偿或未能清偿债务,债权人有权依照法律规定以留置财物折价或以变卖该财物的价值优先得到偿还。

享有留置权的债权人叫留置权人。

设定留置权主要是为督促债务人认真履行合同。留置是债权人控制债务人的一定财产作为债务履行的保证。如果无留置权,占有财物的债权人在交付财物后,可能会因对方缺乏清偿能力而使债权无法实现。但是,并不是任何债务的不履行债权人都可以行使留置权的。目前,我国法律规定可以使用留置权的,只限于加工承揽部门和运输部门。如来料加工、运送、保管、修理等业务。例如在铁路货物运输合同中,承运人有权向委托人收取运杂费,如果托运人不按合同规定交付运杂费,承运人有权将托运的货物予以留置。又如修理汽车,汽车修理厂有权向委托修理人收取修理费,在这项费用未偿清以前,修理厂可以将修好的汽车留置不归还委托人。

留置权的行使是有一定条件的。其条件是:①被留置的物品是与合同双方当事人的权利义务直接有关的,即留置的财物必须是债权人按照合同约定合法占有的财物,如果与当事人双方合同约定的权利义务无关的债务人的财产,不能发生留置权。②债权人只能是在债务已到了履行期限,而债务人却不履行其义务时才能行使留置权;债务人在规定期限内尚未履行义务,债权人不得行使留置权。

留置权人对留置物只享有占有权,不享有所有权。对因保管留置物而支付的必要费用,有权请求偿还,由债务人承担。留置权人在占有留置物期间应妥善保管留置物,造成损失的应负赔偿责任。待留置权终止后,留置权人负有返还留置物的义务。

债权人在债务人到期不履行义务时,可以将相应的财物留置,经过催告,债务人在合理期限内仍不履行义务,债权人可以依法将留置的财物以合理的价格变卖,并从变卖财物的价款中优先受偿。如果留置财产的价款不足弥补债权人的损失,债权人仍可要求债务人补偿;若留置财产的价值超过债权人的损失额,债权人应就超过部分返还债务人。

西方一些国家将留置权又称为扣押权,扣押权用作债的担保相当普遍,但各国的规定和作法不尽相同。如美国,一般认为债权人可以转让作为担保的扣押权;在英国,扣押权包括的名目繁多,有法定扣押权、特定扣押权、普通扣押权、银行扣押权等等,英国的法定扣押,除了代理商以外,扣押权人无权变卖扣押的财物,除非法规对扣押权人这种权利或契约有明文规定,否则,债权人将丧失其扣押权,并承担债务人因此造成的损失责任。

(五)定金

定金是合同当事人一方于合同未履行前,为了保证合同的履行,在应支付的规定数额以内,预先支付一定金额的款项作为债权的担保。债务人履行债务后,定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务时,则无权要求对方返还定金;如果接受定金的一方不履行约定的债务的,则应双倍返还定金。

定金在国际上是一种通用的、古老的合同担保形式。在传统民法中,定金依据的作用不同,可分为:①证约定金,即为证明合同成立而交付的定金。其作用是证明合同成立。也就是说,签订合同时,只要发生一方给付和另一方接受定金的事实,就证明所签订的合同已经成立,对双方都有法律约束力,任何一方都不得反悔。但是值得说明的是,定金不是合同成立的条件,这就是说,如果合同是通过合法手续签订的,只是规定一方应交定金而实际上没有交,这只能说明应

该交付定金的一方没有履行合同规定的义务,是违约行为,但并不能以此证明合同没有成立。

②违约定金,这是为合同成立后的履行提供的预付违约金。主要起到担保合同履行的作用。③解约定金,即合同关系解除时的对价金额。④预付定金,即合同成立后,先行给付一定数额的款项。我国的合同定金属于违约定金,但又兼有证约、预付和担保三重性。

定金也有一方先行给付的作用,一般都是负有给付价款或报酬的一方,在合同规定应当给付的数额内,先行给付一定的款项。这种先行给付,具有预付款和协作的性质。定金与预付款也有很大的区别,首先是设定的目的不同,定金与预付款都是预先给付的,但定金的设置是为保证合同的履行,预付款仅仅是预先支付的款项,并不保证合同的履行。其次是法律后果不同,定金具有惩罚性,而预付款无惩罚性,因为支付预付款的一方不履行合同,对方无权占有该款,接受预付款的一方不履行合同,只负返还义务,不需象定金那样双倍返还。

定金与违约金有明显的区别,前者是在合同履行之前的一种给付;后者则是违约后的偿付。

三、担保的种类

担保业务根据担保对象和担保用途的不同可划分为以下几种类型:

1. 借款担保

借款担保,是指贷款方在向借款人提供一定金额的贷款前,要求借款人提供的第三方保证。第三方被称为担保人。担保人保证在借款人没有按借款合同的规定向贷款方还本付息时,担保人在接到贷款方的书面通知后,负责支付借款方应付而未付的本息给贷款方。这种担保一般在借款人收到所借款项时生效,当借款人向贷款方偿还完本息后失效。

借款担保主要是为了分散贷款的风险,起到保证信用贷款安全的作用。

2. 租赁担保

租赁,是指某项财产的所有者,在一定期限内将财产交给承租者使用,以收取租金为条件的债权行为。租赁担保是承租人采用租赁方式取得设备时,委托第三者向出租人保证,当承租人未按租赁合同规定的期限给付租金时,由担保人代为给付。

3. 工程承包担保

在建筑工程承包以及招标投标方式成交的各种交易中,按照招标人的要求,在交易进行的不同阶段,要求投标人提供担保人,对投标、工程的履约、工程质量、工程维修等承诺一定的保证。它的内容主要包括:

(1)投标担保。在工程项目招标时,担保人应投标人请求对招标人的保证。如投标人未能履行投标中的义务,担保人保证支付给受益人一定金额,招标人以此来达到约束投标人在中标后一定签约的目的。

(2)履约担保。保证人根据承包商(在招标业务中即为中标人)的要求,给以工程业主(在招标业务中为招标人)为受益人的一项保证。保证中标人(即委托人)及时履行其和受益人所订合同的责任义务。如果委托人不能履行,保证人则将在保证书金额范围内赔付受益人,以弥补其损失,或按保证书规定,由保证人选择其他补救办法安排原合同的履行。

(3)保留款担保。对于工程合约中规定的保留价款承保,以保证卖方及时收到每期的应收款项,同时又保证买方在卖方未全部履行其义务时,向卖方追索足够的金额用作项目补偿。

4. 来料加工或补偿贸易担保

担保人应申请人要求向受益人出具的保证申请人履行合同的义务的担保,具有担保履约的性质。

来料加工的担保是指保证人应进料或进件方的要求向供应方提供的保证,保证进料或进件方按合同规定将加工装配的成品交付供应方或其指定的第三者。如果进料或进件方不能履约而又不能偿付价款及规定应付的利息时,保证人则按保证金额加规定的利息赔付。

补偿贸易担保是指保证人应引进方的要求,给予设备的供应方以保证。保证引进方在按补偿贸易合同及时收到与合同条款相符的设备后,以生产的产品按合同规定的数量和时间交付供应方或其指定的第三者,以偿付设备价款。如果引进方不能履行其义务而又不能以现汇偿付价款及有关的利息时,保证人则按保证金额加规定的利息赔付。

5. 保释金担保

为了保释因撞损码头设施、其它船只或走私等触犯法律而被扣留的船只,由船方向担保人申请给当地法院的保证合同。法院接到上述保函后,被扣船只便可启航,保函只有在法院所判的应赔偿的全部金额付清后,才能撤回。

6. 票据担保

这是指银行在发放贷款时,由借款人将票据上的权利背书转让给银行作为借款的担保。票据担保所使用的票据只限于国内外交易或劳务等产生的汇票或本票。支票属于非信用凭证,不能提供担保。票据担保后,若债务人到期不清偿贷款,银行即获得票据上的权益,可即刻兑现。因此,票据上的价值,应当与债务额(包括本息)相当。

7. 反担保

反担保是指依照当事人约定,如果债务人不履行或不全部履行债务时,保证人可以不经诉讼或仲裁程序,直接从债务人事先提供的某种措施获得履行或经济上的补偿。反担保主要有三种措施:

(1)保证金。保证金是由债务人在《委托保证合同》生效后交给保证人,主要用于债务人的借款债务的支付,当债务人不履行主合同时,保证人无需征得债务人同意,即可直接将保证金划拨给债权人。

(2)抵押反担保。抵押反担保是指债务人以其合法的财产向保证人提供抵押反担保。它是一种物权担保,当债务人不履行债务时,保证人享有从抵押财产价值中优先受偿的权利。

(3)信用反担保。信用反担保是债务人向担保人提供第三人(单位)作为保证人,在债务人不履行债务时,按照《信用反担保合同》的约定,由该保证人履行债务或者承担连带责任。

四、担保合同的形式

(一)保函

担保人根据申请人的要求,为其向受益人担保某项义务,承诺经济赔偿责任而开立的书面

承诺文件,是一种担保凭证,又称为保证书。它是涉外经济活动中较为广泛应用的一种合同,其中大量应用的是银行出具的保证书。

保函不占用资金,但是一经银行开出,就产生了一笔或有负债,在申请人未及时完成其应尽的义务时,担保人就得无条件地承担付款的责任。

保函和信用证都是受托人根据委托人的请求而授予受益人的信用行为。保函和信用证的共同点是出具者在一定条件下承担付款的责任。但两者有许多区别,其主要区别是:①信用证一经开立,就成为不依附于买卖双方供货合同的独立文件,但保函则以主合同的执行为基础。②信用证是第一性付款责任,而保函属于附属性的合同,保证人所承诺的责任通常属于“第二性”付款责任。③信用证的开立人是银行,而保证书除银行外,还可以是非银行的金融机构以及其他法人和自然人。④信用证的适合范围仅限于贸易,即货物交换的业务,而保证书的用途较为广泛。⑤信用证履行付款的依据是货运单据等各项单证,而保证书索偿的单证比较多样,各类保证书的保证事项不同,索偿的单证也不同。

(二)备用信用证

备用信用证是根据第二方(支付方)的请求,由一方(开证人)开发给另一方(受益人)的一种证书,是当今信用领域用来代替保函的流行方式。因此又可以说备用信用证在性质上是一种用于代申请人向受益人承担一定条件下付款、退款或赔款责任的银行保函。备用信用证由于具有“保证”功能,所以,当受益人出示一种特定单据或证件,开证人在单证相符的条件下必须履行付给受益人一笔规定的款项或承兑汇票的承诺。

备用信用证的应用范围较广,凡进行投标、承包工程、提供劳务、预收定金再提供合同规定的器材设备、技术服务、安装调试等,签约一方为防止因对方违约、毁约而蒙受损失,均可要求对方开立银行备用信用证,以取得保障。

备用信用证在美国银行方面得到使用,因为美国法律禁止银行以其信誉担保,美国银行订立的担保合同一般都被法律认为是越轨行为,因而是无效的。所以美国银行为规避法律而通过其海外银行或开立备用信用证方式来提供担保。

备用信用证与担保合同在以提供违约证明为先决条件后再承担清偿责任等方面是基本相同的,但二者也有区别,主要区别是:①担保合同要符合对价原则,否则就成了一种欺诈行为,而备用信用证不要求对价。②备用信用证要注明是可撤销的还是不可撤销的。可撤销信用证是指开证银行可随时修改、撤销,不需事先通知受益人和事后得到受益人同意修改的信用证。不可撤销信用证是指开证银行一经开立后,在未征得有关当事人(即开证银行、保兑银行、受益人)同意,买方不得单方面修改或撤销的信用证。不可撤销信用证是开证银行对担负的责任和履行自己义务的肯定承诺。而担保合同一旦成立,就是不可修改和撤销的。③由于信用证与作为其基础的交易行为是相互独立的,所以,开立信用证的银行是第一债务人,即使作为其基础的交易是无效的,它也得作为第一债务人向受益人付款。④开证行只对单据本身的正确性负责,凭单据付款,而对其真实性不负任何责任。对于违约及其他风险也不负审查的责任。当然,作为商业信用的基本原则,有关单据必须同备用信用证的要求相符。如果银行得到了有关欺诈、伪造的证据时,银行可以拒绝付款。

对于担保的一般原则是否也适用备用信用证,应在开立的备用信用证上具体列出明细条款加以说明。

(三)安慰信

在担保人不愿接受法律约束的前提下,由担保人(通常是母公司或政府)写给贷款人,对他发放给子公司或一个附属机构的贷款表示支持的信。

安慰信的条款相对模糊,保证承诺的效力也有限,因此法律效力比较薄弱,对出信人没有太大的约束力。

安慰信通常包括以下三部分内容:①筹资声明。这种声明表示它对该笔贷款认可并从道义上给予支持,其目的一方面是提供一种借贷之间的方便条件和融通的可能,另一方面,又不承担任何商业责任,因此这种声明不具有法律效力。②维持承诺。信中可以表明母公司对子公司拥有一定的比例的股权,并且,只要贷款尚未到期,母公司不会允许子公司破产以至于无力还债,但这种约定一般不表明任何赔偿损失的责任。即使有些担保的意向,也需以预期担保合同的有关条款为准。③某种程度上的贷款支持。这种支持仅仅是表明一种意愿,如“通过加强管理来保证子公司的债务偿还能力”,“从政策上约束子公司的经营管理,要求子公司采用各种必要方法来履行其义务”等等。但是,由于子公司的损失无法证明是否来自管理、政策或市场行情,这种没有法律约束的“承诺”,其可靠性大为降低。任何超越安慰信的承诺范围的清偿行为,也会构成欺诈等违法行为,因此,使用安慰信要注意它的合法性。

尽管如此,对于一些信誉卓著的大公司或政府机关来说通过安慰信对借贷行为表示支持还是可以发挥出重要作用的。

除上述以外,本票的背书,信用融资中的担保(如维护借款人清偿力的保证等),也都是担保的一些类型。

五、担保合同条款

担保合同主要包括三类条款:基本条款、保护性条款和特殊条款。

(一)基本条款

1. 基本栏目

基本栏目包括以下项目:

- (1)担保合同编号;
- (2)担保合同的开立日期;
- (3)担保合同的各个当事人的名称及地址、国家名称等;
- (4)有关证明文件(合同、协议、标书)的编号、日期;
- (5)担保的对象,如工程项目名称、其他标的物等;
- (6)内容陈述摘要,如我们为××号合同项下开立的无条件不可撤销的担保函;

(7)担保金额,用大小写分别表示。

2. 基本条款

担保合同的措词和条款是非常严谨的,许多技术性条款和适用法律使担保文件显得深奥难懂,但是究其根本,担保合同的核心无外是一种承诺和保证,即借款人不按时归还贷款,由担保人来还。这样一种权利和义务规定要在法律的监督和制约下实行,否则在激烈的市场竞争和利益机制驱使下谁也不会主动承担责任,因此,就有必要就担保合同的一些基本条款达到各方的一致和认同。

(1)担保人的信誉状况

担保人信誉的高低是担保合同成立以致于借贷活动得以进行的基础,为证明担保人的信誉状况需列明以下条款:

①陈述与保证:主要表明担保人资格的授权与权限问题。包括担保人是否有资格进行担保,是否经过授权与批准,担保人能力的大小,尤其是在外汇管制国家,这一点直接关系到债权是否能得到完全实现。

我国经中国人民银行和国家外汇管理局批准有权出具担保合同的担保人,必须是具有良好的信誉,资金实力雄厚,有外汇清偿能力,有能力执行担保合同义务的金融机构和企业法人。由于我国是外汇管制国家,对外出具担保合同的担保机构是由国家直接控制的,国家对担保机构的资信,出具担保的金额、比例、期限等方面都有严格的规定,必须坚决执行。

②其它约定事项:包括承诺所有还款都不带有税负以及追计还原条款、即包税和免税条款,消极抵押条款,采取一致行动条款,提供信息资料的责任以及其他重要承诺。

(2)适用法律及司法管辖权

一般情况下,如果担保人与债权人同属一国的自然人或法人,则该担保合同不会发生法律适用问题。如果双方当事人属于不同的国家,就使担保合同具有了国际性,因此,贷款协议和担保合同一般都要明文规定所依据的普遍法体系或对有争议问题的裁决地。

在国际信贷实践中,通常的选择是债权人所在国的法律。担保人所签订的担保合同一般都是债权人依据本国法律制定并提供给担保人的,以便担保项下债务一旦发生风险,其所适用的法律会做出有利于债权人的判决。常见的格式为“本合同适用于××国法并受××国法支配。”作为一种共同协调选择,担保合同的准据法以香港法和英国法居多,因为作为国际金融与市场,香港和英国的金融法规及相关法律是相对稳定和健全的,有利于当事人预见到自己行为的法律后果,容易找到法律依据。

从我国的实际情况看,如果债务人是境内机构,债权人是境外机构,那么,境内担保人所提供的担保一般适用中国法律;如果债务人和债权人都是境外机构,由于担保合同的签约地和履行地都在境外,根据国家主权原则中属地优先权原则,境内担保人所提供的外汇担保可以适用外国法律。

(二)保护性条款

担保合同的保护性条款是指目的在于保护债权人利益的各种条款。一方面避免担保人逃避偿付欠款的责任,另外一方面也是为了防止可能出现的履行条件和客观环境的变化。实践中

经常出现的担保合同中保护性条款包括以下内容：

1. 对价条款

担保合同要求对价才能生效。对价通常为贷款人对借款人(主债务人)的贷款。如果担保人同意为借款人担保,作为担保合同的对价也就是贷款人同意向借款人发放贷款。对价原则的四个主要条件是：

(1)对价一定不能是过去的,过去的对价不是对价。例如一份担保合同中以贷款人向借款人发放贷款为对价,而担保合同是在贷款已经发放或贷款人已经作出了贷款承诺以后才订立,那么该对价就是过去的(已经被执行生效的),担保合同由于无对价而无效。

(2)对价必须合法。如果贷款人同意放弃对借款人违约的追究,同意宽限还款期,或同意满足某一先决条件,都可以成为对价,但要明确写入合同文件中。

(3)对价必须是具体的、有价的。完成规定的对价,将被视为担保人履行担保责任的先决条件,比如说,担保合同以贷款 1,000 万元为对价,而对方只贷给了 500 万元,那么担保合同的基础丧失了,合同无效,当然担保人也就不承担责任。

(4)如果合同为书面的,对价也必须是书面的。

2. 延续担保条款

有些合同明文规定担保合同是一个“延续不断”的担保合同,这是指担保人要为贷款协议项下借款人的所有借款负责,并非某项特定交易项下固定贷款数额,而是在保证期内借贷双方资金往来的最终余额或透支额。常见的是在保证期内,主债务人在贷款银行(债权银行)的帐户内浮动的借方余额(如果贷款银行给予主债务人透支的便利,有时称为透支契约保证书)。在英国,由于银行法有一条名为“克莱顿案例”的规则,即无相反的约定,主债务人的每一笔还款都相应地冲销保证人所担保的债务,而后贷款人再提供的款项就不属于有担保的债务。因此,贷款的银行为了对付这条规则而在保证合同中订有延续保证的条款。在延续保证的条件下,不管借贷双方资金往来情况如何,保证人必须对保证期内主债务人的贷款余额(即在贷款银行帐户的借方余额)负责。

3. 延期、修改与和解条款

根据我国法律规定,任何未经担保人同意而擅自修改主合同的情况,都将增加担保人的风险,从而构成担保人义务的解除。主要情况有：

(1)延期。贷款人同意借款人延长归还贷款期限,即使担保人并未因此受到损害,但由于债权人延长还款期限而增加了担保人要多支付贷款利息的责任,或者在延长期内借款人的财务状况恶化,甚至借款人可能最终丧失赔偿能力,从而使担保人风险增大。在这种情况下,如果不动解除担保人的责任,担保人可能会受到更大的损失。

(2)修改。如果债权人对借款合同做了实质性的改动,担保人的担保责任自动解除。

(3)和解。如果债权人同意减少借款人的义务(削减借款人债务),与借款人达成某种和解,担保人可自动免除其担保责任。例如,债权人作为破产清帐时的一种变通,与借款人超出破产法范围达成一个协议,同意减少他们对借款人的索赔要求,使其免遭破产,那么担保合同就自动失效。

由于贷款人的保护上述行为将导致担保责任的解除,贷款人为了保护自身利益常常要求

在担保合同里增加一些条款,以使担保人的责任不会因为贷款条件的放宽或者与借款人的和解、修改、调整和延长而发生变动。但无论如何,也不要使修改后的协议成为一项新的债务而使担保人拒绝承担担保责任。

4. 借贷合同无效条款

担保合同是对借款人的还款义务的保证,当借款人依法没有了偿还义务,担保人当然也就没有担保责任,这就是借款合同无效条款。例如,贷款协议违反了某项法律,或是所借款项超过了某公司章程的权力或董事会权力,都可以使借贷合同无效,担保人的担保义务即告终止。因此,债权人为了保护自身利益,往往在担保合同中规定:担保人的责任不因借贷合同的不可执行或无效终止而受到影响,这是无条件担保的重要内容。

我国司法判例中规定:担保人与债务人负连带责任,并不以所担保的合同有效为前提,除事先有约定外,担保人必须对债务人的一切后果负责。

5. 立即追索条款

有些国家的法律规定,凡是主债务人根据主债务合同可以向债权人提出的抗辩,担保人也同样用其对抗债权人,即使主债务人放弃其抗辩权,担保人也不会因此而丧失抗辩权。因此,债权人必须首先向债务人请求清偿,只有在对债务人财产强制执行不足时,才能向担保人请求清偿其债务。这就是先诉抗辩权,是担保人的一项权利和保护担保人的一项法律制度。

但是,国际借贷实践中往往在担保合同中明确规定贷款人有权立即向担保人索偿,从而排除了担保人主张先诉抗辩权的可能,把担保合同由从属关系归为独立义务。之所以这样做,是由于债权人取得对借款人的立即追索权,可以避免首先要借款人清偿所带来的费时费力的清理过程及复杂的诉讼程序,避免由此带来的借款人财务状况恶化及失去赔偿能力的可能。目前国际上普遍采用的是独立性的、无条件的赔索即付的担保合同。

6. 代位求偿权条款

代位求偿权是指担保人一旦按照担保合同的规定取代债权人清偿义务,就立即获得了对借款人的偿还请求权,并可从贷款人处接受所有贷款项下的担保物权和对共同担保人的请求权。如果担保人的责任并不包括全部债务,那么也可以得到担保物权一定比例的权益和对共同担保人的按比例的要求权。

代位求偿权对于担保人来说非常有利,因为这是担保人因履行担保义务而得到的补偿。但是,在贷款未能全部偿还时,代位求偿权对贷款人极为不利,因为贷款人所持有的担保物权要按比例同担保人分享,贷款人在借款人停业清理后可能得到的份额也可能由于担保人的要求权而减少。并且当担保合同是连带的前提下,偿还了所担保的那部分债务的担保人,对未偿还债务的共同担保人有要求补偿的权利,形成担保人一只手付款,只一只手收款的情况。因此,担保合同中应规定,在全部贷款本息还清以前,担保人不能行使代位权,当贷款合同生效以后,担保人在要求借款人清偿债务或行使抵销物和执行担保物权时,均不得与贷款人竞争。也就是说,担保人对借款人的一切要求都应排列在贷款人的要求之后。

7. “无条件的”和“不可撤销”条款

“无条件的”这一条款的含义是:当违约事件发生以后,债权人无需首先尽最大努力和尽一切方法向借款人要求清偿的情况下,即可要求担保人立即履行赔偿义务。

“不可撤销的”这一条款是由于信用证是可以撤销的这一惯例,因此,如果担保合同上写明“不可撤销的”条款,则担保人的义务就不可撤销。同时也意味着拒绝考虑担保人在某些方面可能拥有的抗辩权,即使是贷款人同意延长借款人还款期限,解除了担保物权或作了其他弃权,担保人不能随贷款人的这些行为而解除担保责任。

8. 第一债务人条款

当担保人被明确规定为第一债务人或“主债务人”时,担保人就承担着一种独立的非从属性的偿付担保。目的在于掌握直接追索权,避免担保人在主债务不可强制执行或债权人向债务人表示弃权时,担保人的义务也随之解脱。我国目前的通行作法是:按照合同双方当事人的约定来决定合同的性质,担保人在约定的担保范围内承担责任。

(三)特殊条款

在担保业务中,根据实际需要,有时需规定一些特殊条款,主要包括以下内容:

1. “共同的”与“共同的和各别的”担保

当有两个或两个以上的担保人为一笔债务提供担保时,这就是“共同的”或“共同的和各别的”担保。采用这种担保形式主要出于几种情况,如借贷合同金额过大,或是被担保人财务能力太差,需要联合担保以分散风险、或是由于担保金额限制等原因。

当担保人不止一个时,为了更好地明确担保人之间的关系,担保合同专门设立了特殊条款,以此确立各担保人对债权人、债务人的权利义务关系。

在共同的担保中,每一担保人对全部债务都须承担保证责任,贷款人在向任何一个担保人或向所有担保人提出清偿的请求,法院只受理一次。

在“各别的担保”中,每一担保人只对一定比例的债务承担担保责任,但债权人在诉讼方面可分别对各个担保人起诉,并且对一方的判决不能使其他方免除责任。

在“共同的和各别的”担保条件下,是由每一方担保人和所有各方担保人提供的担保合同,债权人有多项诉权,既可以对任何一个担保人起诉,也可以对所有担保人起诉,而这种方式又使每个担保人对债务负有完全责任。财力不同的各个担保人之间,可以互相支持,这对债权人非常有利。当然,如果债权人未经其他担保人的同意而改变其中一个担保人的责任,其他担保人的担保义务即行解除。

2. 限定金额的担保

担保人的保证责任只限制在一定的数额内,超过此限额的任何债务都不属于保证范围,因为:

(1)有关法律或有关公司章程禁止担保人从事无限金额担保;

(2)担保的金额不是贷款的全部金额;

(3)在合同中有“放弃一切抗辩权”条款时,可防止贷款人趁机增加贷款金额,加重担保人承担的责任。

(4)贷款合同中对担保人不利的条款,可能会使担保人的责任大大超过还本付息的金额,如赔偿、伤害条款,或借款人应支付捐税条款等。限定金额条款的订立,可以有效地防止对担保人利益的侵害。

3. 限定期限的担保

限定期限的担保是指担保合同中所规定的担保责任的有效期或期限。以避免债权人对担保人的无限期享有的索赔权,并可以使担保人在所担保的贷款到期时,不等债权人提出要求,主动付款给债权人,以获得代位求偿权,拥有债权人的担保物权,使自己处于有利的地位,所以在担保合同中应明确区别担保责任的暂停或终止。例如,规定当担保人根据担保合同的条件通知贷款人以后,或者担保人停业清理,破产以至于担保人死亡等事件发生后,担保责任可暂停。对持续的担保合同停止执行后发放的贷款担保人不承担义务,但对暂停以前的未到期贷款,担保人仍须承担责任。担保合同的终止则是在担保合同中规定,贷款人对主债务人的清偿要求必须在该项贷款到期日起的三十天内提出,否则担保人将不承担任何责任。

4. 独立担保人

这是指独立于借款人之外,对借款人的营业活动没有控制权的担保人,如银行、政府机关、国家信贷机构等所提供的担保,独立担保人要求在担保合同中增加一些特别规定:

(1)债务宽限期:规定担保人在债务到期之日起的一定时间(如 60 天)后,才承担清偿义务,以此来确定违约是确实的、永久性的,并使担保人有可能采取补救措施。

(2)指定偿还期:在一般担保中,如发生要求贷款提前偿还时,贷款人可以要求担保人偿还加速到期的全部金额。但独立担保人往往只承担按原定时间还本付息的责任,不承认加速到期的还款时间。

(3)限制担保索赔额:独立担保人的担保金额仅限于还本计息的部分。而手续费、其他费用、罚金以及持续条款、个别损失条款、税收、追计还原条款项下的开支都不包括在担保合同之内。

(4)优先受偿:当违约事件发生时,独立担保人能够从借款人处收回的资产优先偿还其担保的债务,直到借款人还清被担保的债务时为止,贷款人不得要求借款人清偿其他债务。其它担保合同则无此优先权规定。

(5)担保人不放弃抗辩权:一般的担保合同都排除担保人的某些抗辩权,例如贷款人修改担保合同规定的责任,同意延期还款时,担保人不得取消担保合同等。但由于独立担保人对借款人没有任何控制权,所以一般都不愿放弃这种抗辩权,以避免贷款人与借款人双方私下达成某种交易,如增加担保人责任或其他行为。

相反,为了保护担保人的利益,这种抗辩权往往还要尽量多的争取。

(6)控制贷款合同权:独立担保人可以要求对担保项下的贷款协议予以一定程度的控制,以作为对担保的支持。这种控制包括了担保人有权在借款人违约时决定是否要求贷款人加速贷款的到期,贷款人应按照担保人的指令尽量对借款人采取司法救济措施,然后才能按照担保合同要求担保人履行义务。在违约事件发生时,贷款人应尽量设法减少损失,并随时向担保人通报将影响到担保人权益的事宜,如果贷款人未能遵守上述条款,担保人可以从担保金额中扣除所遭受的损失,甚至可以撤销担保。

(7)禁止让渡权:独立担保人可以要求在担保合同中明文禁止未经其同意进行的贷款合同或担保合同的转让,不允许改变担保合同的受益人。

(8)优先购买权:独立担保人有时还可以要求保留随时购买所担保债务的权利,当担保人

成为债权人,可以对债务人行使立即追索权,以避免借款人财务状况恶化和担保物权的贬值所带来的损失。



中华人民共和国担保法

(1995年6月30日第八届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过)

第一章 总 则

第一条 为促进资金融通和商品流通,保障债权的实现,发展社会主义市场经济,制定本法。

第二条 在借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动中,债权人需要以担保方式保障其债权实现的,可以依照本法规定设定担保。

本法规定的担保方式为保证、抵押、质押、留置和定金。

第三条 担保活动应当遵循平等、自愿、公平、诚实信用的原则。

第四条 第三人为债务人向债权人提供担保时,可以要求债务人提供反担保。

反担保适用本法担保的规定。

第五条 担保合同是主合同的从合同,主合同无效,担保合同无效。担保合同另有约定的,按照约定。

担保合同被确认无效后,债务人、担保人、债权人有过错的,应当根据其过错各自承担相应的民事责任。

第二章 保 证

第一节 保证和保证人

第六条 本法所称保证,是指保证人和债权人约定,当债务人不履行债务时,保证人按照约定履行债务或者承担责任的行为。

第七条 具有代为清偿债务能力的法人、其他组织或者公民,可以作保证人。

第八条 国家机关不得为保证人,但经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷

款进行转贷的除外。

第九条 学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体不得为保证人。

第十条 企业法人的分支机构、职能部门不得为保证人。

企业法人的分支机构有法人书面授权的,可以在授权范围内提供保证。

第十一条 任何单位和个人不得强令银行等金融机构或者企业为他人提供保证;银行等金融机构或者企业对强令其为他人提供保证的行为,有权拒绝。

第十二条 同一债务有两个以上保证人的,保证人应当按照保证合同约定的保证份额,承担保证责任。没有约定保证份额的,保证人承担连带责任,债权人可以要求任何一个保证人承担全部保证责任,保证人都负有担保全部债权实现的义务。已经承担保证责任的保证人,有权向债务人追偿,或者要求承担连带责任的其他保证人清偿其应当承担的份额。

第二节 保证合同和保证方式

第十三条 保证人与债权人应当以书面形式订立保证合同。

第十四条 保证人与债权人可以就单个主合同分别订立保证合同,也可以协议在最高债权额限度内就一定期间连续发生的借款合同或者某项商品交易合同订立一个保证合同。

第十五条 保证合同应当包括以下内容:

- (一)被保证的主债权种类、数额;
- (二)债务人履行债务的期限;
- (三)保证的方式;
- (四)保证担保的范围;
- (五)保证的期间;
- (六)双方认为需要约定的其他事项。

保证合同不完全具备前款规定内容的,可以补正。

第十六条 保证的方式有:

- (一)一般保证;
- (二)连带责任保证。

第十七条 当事人在保证合同中约定,债务人不能履行债务时,由保证人承担保证责任的,为一般保证。

一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁,并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前,对债权人可以拒绝承担保证责任。

有下列情形之一的,保证人不得行使前款规定的权利:

- (一)债务人住所变更,致使债权人要求其履行债务发生重大困难的;
- (二)人民法院受理债务人破产案件,中止执行程序的;
- (三)保证人以书面形式放弃前款规定的权利的。

第十八条 当事人在保证合同中约定保证人与债务人对债务承担连带责任的,为连带责

任保证。

连带责任保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的,债权人可以要求债务人履行债务,也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任。

第十九条 当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的,按照连带责任保证承担保证责任。

第二十条 一般保证和连带责任保证的保证人享有债务人的抗辩权。债务人放弃对债务的抗辩权的,保证人仍有权抗辩。

抗辩权是指债权人行使债权时,债务人根据法定事由,对抗债权人行使请求权的权利。

第三节 保证责任

第二十一条 保证担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。保证合同另有约定的,按照约定。

当事人对保证担保的范围没有约定或者约定不明确的,保证人应当对全部债务承担责任。

第二十二条 保证期间,债权人依法将主债权转让给第三人的,保证人在原保证担保的范围内继续承担保证责任。保证合同另有约定的,按照约定。

第二十三条 保证期间,债权人许可债务人转让债务的,应当取得保证人书面同意,保证人对未经其同意转让的债务,不再承担保证责任。

第二十四条 债权人与债务人协议变更主合同的,应当取得保证人书面同意,未经保证人书面同意的,保证人不再承担保证责任。保证合同另有约定的,按照约定。

第二十五条 一般保证的保证人与债权人未约定保证期间的,保证期间为主债务履行期届满之日起六个月。

在合同约定的保证期间和前款规定的保证期间,债权人未对债务人提起诉讼或者申请仲裁的,保证人免除保证责任;债权人已提起诉讼或者申请仲裁的,保证期间适用诉讼时效中断的规定。

第二十六条 连带责任保证的保证人与债权人未约定保证期间的,债权人有权自主债务履行期届满之日起六个月内要求保证人承担保证责任。

在合同约定的保证期间和前款规定的保证期间,债权人未要求保证人承担保证责任的,保证人免除保证责任。

第二十七条 保证人依照本法第十四条规定就连续发生的债权作保证,未约定保证期间的,保证人可以随时书面通知债权人终止保证合同,但保证人对于通知到债权人前所发生的债权,承担保证责任。

第二十八条 同一债权既有保证又有物的担保的,保证人对物的担保以外的债权承担保证责任。

债权人放弃物的担保的,保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任。

第二十九条 企业法人的分支机构未经法人书面授权或者超出授权范围与债权人订立保

证合同的,该合同无效或者超出授权范围的部分无效,债权人和企业法人有过错的,应当根据其过错各自承担相应的民事责任;债权人无过错的,由企业法人承担民事责任。

第三十条 有下列情形之一的,保证人不承担民事责任:

(一)主合同当事人双方串通,骗取保证人提供保证;

(二)主合同债权人采取欺诈、胁迫等手段,使保证人在违背真实意思的情况下提供保证的。

第三十一条 保证人承担保证责任后,有权向债务人追偿。

第三十二条 人民法院受理债务人破产案件后,债权人未申报债权的,保证人可以参加破产财产分配,预先行使追偿权。

第三章 抵 押

第一节 抵押和抵押物

第三十三条 本法所称抵押,是指债务人或者第三人不转移对本法第三十四条所列财产的占有,将该财产作为债权的担保。债务人不履行债务时,债权人有权依照本法规定以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为抵押人,债权人为抵押权人,提供担保的财产为抵押物。

第三十四条 下列财产可以抵押:

(一)抵押人所有的房屋和其他地上定着物;

(二)抵押人所有的机器、交通运输工具和其他财产;

(三)抵押人依法有权处分的国有的土地使用权、房屋和其他地上定着物;

(四)抵押人依法有权处分的国有的机器、交通运输工具和其他财产;

(五)抵押人依法承包并经发包方同意抵押的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等荒地的土地使用权;

(六)依法可以抵押的其他财产。

抵押人可以将前款所列财产一并抵押。

第三十五条 抵押人所担保的债权不得超出其抵押物的价值。

财产抵押后,该财产的价值大于所担保债权的余额部分,可以再次抵押,但不得超出其余额部分。

第三十六条 以依法取得的国有土地上的房屋抵押的,该房屋占用范围内的国有土地使用权同时抵押。

以出让方式取得的国有土地使用权抵押的,应当将抵押时该国有土地上的房屋同时抵押。

乡(镇)、村企业的土地使用权不得单独抵押。以乡(镇)、村企业的厂房等建筑物抵押的,其占用范围内的土地使用权同时抵押。

第三十七条 下列财产不得抵押：

- (一) 土地所有权；
- (二) 耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权，但本法第三十四条第(五)项、第三十六条第三款规定的除外；
- (三) 学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施；
- (四) 所有权、使用权不明或者有争议的财产；
- (五) 依法被查封、扣押、监管的财产；
- (六) 依法不得抵押的其他财产。

第二节 抵押合同和抵押物登记

第三十八条 抵押人和抵押权人应当以书面形式订立抵押合同。

第三十九条 抵押合同应当包括以下内容：

- (一) 被担保的主债权种类、数额；
- (二) 债务人履行债务的期限；
- (三) 抵押物的名称、数量、质量、状况、所在地、所有权权属或者使用权权属；
- (四) 抵押担保的范围；
- (五) 当事人认为需要约定的其他事项。

抵押合同不完全具备前款规定内容的，可以补正。

第四十条 订立抵押合同时，抵押权人和抵押人在合同中不得约定在债务履行期届满抵押权人未受清偿时，抵押物的所有权转移为债权人所有。

第四十一条 当事人以本法第四十二条规定的财产抵押的，应当办理抵押物登记，抵押合同自登记之日起生效。

第四十二条 办理抵押物登记的部门如下：

- (一) 以无地上定着物的土地使用权抵押的，为核发土地使用权证书的土地管理部门；
- (二) 以城市房地产或者乡(镇)、村企业的厂房等建筑物抵押的，为县级以上地方人民政府规定的部门；
- (三) 以林木抵押的，为县级以上林木主管部门；
- (四) 以航空器、船舶、车辆抵押的，为运输工具的登记部门；
- (五) 以企业的设备和其他动产抵押的，为财产所在地的工商行政管理部门。

第四十三条 当事人以其他财产抵押的，可以自愿办理抵押物登记，抵押合同自签订之日起生效。

当事人未办理抵押物登记的，不得对抗第三人。当事人办理抵押物登记的，登记部门为抵押人所在地的公证部门。

第四十四条 办理抵押物登记，应当向登记部门提供下列文件或者其复印件：

(一)主合同和抵押合同;

(二)抵押物的所有权或者使用权证书。

第四十五条 登记部门登记的资料,应当允许查阅、抄录或者复印。

第三节 抵押的效力

第四十六条 抵押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现抵押权的费用。抵押合同另有约定的,按照约定。

第四十七条 债务履行期届满,债务人不履行债务致使抵押物被人民法院依法扣押的,自扣押之日起抵押权人有权收取由抵押物分离的天然孳息以及抵押人就抵押物可以收取的法定孳息。抵押权人未将扣押抵押物的事实通知应当清偿法定孳息的义务人的,抵押权的效力不及于该孳息。

前款孳息应当先充抵收取孳息的费用。

第四十八条 抵押人将已出租的财产抵押的,应当书面告知承租人,原租赁合同继续有效。

第四十九条 抵押期间,抵押人转让已办理登记的抵押物的,应当通知抵押权人并告知受让人转让物已经抵押的情况;抵押人未通知抵押权人或者未告知受让人的,转让行为无效。

转让抵押物的价款明显低于其价值的,抵押权人可以要求抵押人提供相应的担保;抵押人不提供的,不得转让抵押物。

抵押人转让抵押物所得的价款,应当向抵押权人提前清偿所担保的债权或者向与抵押权人约定的第三人提存。超过债权数额的部分,归抵押人所有,不足部分由债务人清偿。

第五十条 抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。

第五十一条 抵押人的行为足以使抵押物价值减少的,抵押权人有权要求抵押人停止其行为。抵押物价值减少时,抵押权人有权要求抵押人恢复抵押物的价值,或者提供与减少的价值相当的担保。

抵押人对抵押物价值减少无过错的,抵押权人只能在抵押人因损害而得到的赔偿范围内要求提供担保。抵押物价值未减少的部分,仍作为债权的担保。

第五十二条 抵押权与其担保的债权同时存在,债权消灭的,抵押权也消灭。

第四节 抵押权的实现

第五十三条 债务履行期届满抵押权人未受清偿的,可以与抵押人协议以抵押物折价或者以拍卖、变卖该抵押物所得的价款受偿;协议不成的,抵押权人可以向人民法院提起诉讼。

抵押物折价或者拍卖、变卖后,其价款超过债权数额的部分归抵押人所有,不足部分由债务人清偿。

第五十四条 同一财产向两个以上债权人抵押的,拍卖、变卖抵押物所得的价款按照以下

规定清偿：

（一）抵押合同以登记生效的，按照抵押物登记的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿；

（二）抵押合同自签订之日起生效的，该抵押物已登记的，按照本条第（一）项规定清偿；未登记的，按照合同生效时间的先后顺序清偿，顺序相同的，按照债权比例清偿。抵押物已登记的先于未登记的受偿。

第五十五条 城市房地产抵押合同签订后，土地上新增的房屋不属于抵押物。需要拍卖该抵押的房地产时，可以依法将该土地上新增的房屋与抵押物一同拍卖，但对拍卖新增房屋所得，抵押权人无权优先受偿。

依照本法规定以承包的荒地的土地使用权抵押的，或者以乡（镇）、村企业的厂房等建筑物占用范围内的土地使用权抵押的，在实现抵押权后，未经法定程序不得改变土地集体所有和土地用途。

第五十六条 拍卖划拨的国有土地使用权所得的价款，在依法缴纳相当于应缴纳的土地使用权出让金的款额后，抵押权人有优先受偿权。

第五十七条 为债务人抵押担保的第三人，在抵押权人实现抵押权后，有权向债务人追偿。

第五十八条 抵押权因抵押物灭失而消灭。因灭失所得的赔偿金，应当作为抵押财产。

第五节 最高额抵押

第五十九条 本法所称最高额抵押，是指抵押人与抵押权人协议，在最高债权额限度内，以抵押物对一定期间内连续发生的债权作担保。

第六十条 借款合同可以附最高额抵押合同。

债权人与债务人就某项商品在一定期间内连续发生交易而签订的合同，可以附最高额抵押合同。

第六十一条 最高额抵押的主合同债权不得转让。

第六十二条 最高额抵押除适用本节规定外，适用本章其他规定。

第四章 质 押

第一节 动产质押

第六十三条 本法所称动产质押，是指债务人或者第三人将其动产移交债权人占有，将该动产作为债权的担保。债务人不履行债务时，债权人有权依照本法规定以该动产折价或者以拍

卖、变卖该动产的价款优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为出质人,债权人为质权人,移交的动产为质物。

第六十四条 出质人和质权人应当以书面形式订立质押合同。

质押合同自质物移交于质权人占有时生效。

第六十五条 质押合同应当包括以下内容:

- (一)被担保的主债权种类、数额;
- (二)债务人履行债务的期限;
- (三)质物的名称、数量、质量、状况;
- (四)质押担保的范围;
- (五)质物移交的时间;
- (六)当事人认为需要约定的其他事项。

质押合同不完全具备前款规定内容的,可以补正。

第六十六条 出质人和质权人在合同中不得约定在债务履行期届满质权人未受清偿时,质物的所有权转移为质权人所有。

第六十七条 质押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、质物保管费用和实现质权的费用。质押合同另有约定的,按照约定。

第六十八条 质权人有权收取质物所生的孳息。质押合同另有约定的,按照约定。

前款孳息应当先充抵收取孳息的费用。

第六十九条 质权人负有妥善保管质物的义务。因保管不善致使质物灭失或者毁损的,质权人应当承担民事责任。

质权人不能妥善保管质物可能致使其灭失或者毁损的,出质人可以要求质权人将质物提存,或者要求提前清偿债权而返还质物。

第七十条 质物有损坏或者价值明显减少的可能,足以危害质权人权利的,质权人可以要求出质人提供相应的担保。出质人不提供的,质权人可以拍卖或者变卖质物,并与出质人协议将拍卖或者变卖所得的价款用于提前清偿所担保的债权或者向与出质人约定的第三人提存。

第七十一条 债务履行期届满债务人履行债务的,或者出质人提前清偿所担保的债权的,质权人应当返还质物。

债务履行期届满质权人未受清偿的,可以与出质人协议以质物折价,也可以依法拍卖、变卖质物。

质物折价或者拍卖、变卖后,其价款超过债权数额的部分归出质人所有,不足部分由债务人清偿。

第七十二条 为债务人质押担保的第三人,在质权人实现质权后,有权向债务人追偿。

第七十三条 质权因质物灭失而消灭。因灭失所得的赔偿金,应当作为出质财产。

第七十四条 质权与其担保的债权同时存在,债权消灭的,质权也消灭。

第二节 权利质押

第七十五条 下列权利可以质押：

- (一) 汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单；
- (二) 依法可以转让的股份、股票；
- (三) 依法可以转让的商标专用权，专利权、著作权中的财产权；
- (四) 依法可以质押的其他权利。

第七十六条 以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，应当在合同约定的期限内将权利凭证交付质权人。质押合同自权利凭证交付之日起生效。

第七十七条 以载明兑现或者提货日期的汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单兑现或者提货日期先于债务履行期的，质权人可以在债务履行期届满前兑现或者提货，并与出质人协议将兑现的价款或者提取的货物用于提前清偿所担保的债权或者向与出质人约定的第三人提存。

第七十八条 以依法可以转让的股票出质的，出质人与质权人应当订立书面合同，并向证券登记机构办理出质登记。质押合同自登记之日起生效。

股票出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的可以转让。出质人转让股票所得的价款应当向质权人提前清偿所担保的债权或者向与质权人约定的第三人提存。

以有限责任公司的股份出质的，适用公司法股份转让的有关规定。质押合同自股份出质记载于股东名册之日起生效。

第七十九条 以依法可以转让的商标专用权，专利权、著作权中的财产权出质的，出质人与质权人应当订立书面合同，并向其管理部门办理出质登记。质押合同自登记之日起生效。

第八十条 本法第七十九条规定的权利出质后，出质人不得转让或者许可他人使用，但经出质人与质权人协商同意的可以转让或者许可他人使用。出质人所得的转让费、许可费应当向质权人提前清偿所担保的债权或者向与质权人约定的第三人提存。

第八十一条 权利质押除适用本节规定外，适用本章第一节的规定。

第五章 留 置

第八十二条 本法所称留置，是指依照本法第八十四条的规定，债权人按照合同约定占有债务人的动产，债务人不按照合同约定的期限履行债务的，债权人有权依照本法规定留置该财产，以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。

第八十三条 留置担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金，留置物保管费用和实现留置权的费用。

第八十四条 因保管合同、运输合同、加工承揽合同发生的债权，债务人不履行债务的，债权人有权留置。

法律规定可以留置的其他合同,适用前款规定。

当事人可以在合同中约定不得留置的物。

第八十五条 留置的财产为可分物的,留置物的价值应当相当于债务的金额。

第八十六条 留置权人负有妥善保管留置物的义务。因保管不善致使留置物灭失或者毁损的,留置权人应当承担民事责任。

第八十七条 债权人与债务人应当在合同中约定,债权人留置财产后,债务人应当在不少于两个月的期限内履行债务。债权人与债务人在合同中未约定的,债权人留置债务人财产后,应当确定两个月以上的期限,通知债务人在该期限内履行债务。

债务人逾期仍不履行的,债权人可以与债务人协议以留置物折价,也可以依法拍卖、变卖留置物。

留置物折价或者拍卖、变卖后,其价款超过债权数额的部分归债务人所有,不足部分由债务人清偿。

第八十八条 留置权因下列原因消灭:

(一)债权消灭的;

(二)债务人另行提供担保并被债权人接受的。

第六章 定 金

第八十九条 当事人可以约定一方向对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后,定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务的,无权要求返还定金;收受定金的一方不履行约定的债务的,应当双倍返还定金。

第九十条 定金应当以书面形式约定。当事人在定金合同中应当约定交付定金的期限。定金合同从实际交付定金之日起生效。

第九十一条 定金的数额由当事人约定,但不得超过主合同标的额的百分之二十。

第七章 附 则

第九十二条 本法所称不动产是指土地以及房屋、林木等地上定着物。

本法所称动产是指不动产以外的物。

第九十三条 本法所称保证合同、抵押合同、质押合同、定金合同可以是单独订立的书面合同,包括当事人之间的具有担保性质的信函、传真等,也可以是主合同中的担保条款。

第九十四条 抵押物、质物、留置物折价或者变卖,应当参照市场价格。

第九十五条 海商法等法律对担保有特别规定的,依照其规定。

第九十六条 本法自 1995 年 10 月 1 日起施行。



企业动产抵押物登记管理办法

(1995 年 10 月 18 日 中华人民共和国
国家工商行政管理局令(第 35 号)发布)

第一条 为加强对企业动产抵押物的登记管理,防止重复抵押,保障抵押债权的实现,根据《中华人民共和国担保法》的有关规定,制定本办法。

第二条 工商行政管理部门是企业动产抵押物的登记机关。

企业动产抵押物登记,由抵押物所在地的工商行政管理局办理。企业动产抵押物分别存放于两个以上不同登记机关辖区时,由主要抵押物所在地的市、县工商行政管理局登记,并将登记情况抄送抵押人登记注册机关和其他抵押物所在地的登记机关。

企业动产抵押物所在地与抵押人原登记注册机关所在地一致的,由抵押人登记注册机关登记。

第三条 企业以除航空器、船舶、车辆以外的下列动产抵押的,应当在抵押合同签字盖章后到工商行政管理机关申请办理抵押物登记,抵押合同自登记之日起生效:

- (一)企业的设备;
- (二)企业的原辅材料;
- (三)企业的产品或者商品;
- (四)企业其他可以依法抵押的动产。

企业动产抵押后,该动产价值大于所担保债权的,其余额部分可以再次申请办理抵押登记。

第四条 办理动产抵押登记,由抵押合同双方当事人共同向登记机关提交《企业动产抵押物登记申请书》,并提供下列文件或者其复印件:

- (一)主合同和抵押合同;
- (二)有关动产抵押物的所有权或者使用权证书;
- (三)有关动产抵押物存放状况资料;
- (四)抵押合同双方当事人的营业执照;
- (五)双方代理人身份和权限证明文件;
- (六)需要提供的其他资料。

第五条 《企业动产抵押物登记申请书》应当载明下列内容:

- (一)抵押人和抵押权人的名称(姓名)、地址、法定代表人和代理人的姓名、性别、住所;
- (二)申请抵押物登记的原因;

- (三)抵押物的名称、数量、品牌、型号规格、号码、出厂日期、使用年限、价值、存放地等;
- (四)抵押物的所有权或者使用权;
- (五)被担保的主债权种类、数额;
- (六)债务人履行债务的期限;
- (七)抵押担保的范围;
- (八)登记机关;
- (九)申请人;
- (十)申请日期。

第六条 企业动产抵押物的登记事项包括:抵押人、抵押权人、抵押合同、抵押物的名称、数量和价值,抵押担保的范围,被担保的主债权的种类和数额,债务人履行债务的期限。

企业动产抵押物登记应当根据登记事项设立《企业动产抵押物登记簿》,供社会查阅。

第七条 登记机关应当在受理登记申请材料后,依照国家法律、法规的规定,审查下列内容:

- (一)第四条所列文件是否齐备;
- (二)抵押合同条款是否齐备;
- (三)用作抵押的动产是否重复登记;
- (四)抵押物是否属于《中华人民共和国担保法》第三十七条禁止抵押的动产;
- (五)抵押期限是否在动产抵押物权属期限或者使用年限内。

第八条 登记机关收齐登记申请材料之日为登记申请受理日。

登记要关应当自登记申请受理之日起5日内审查完毕,并决定是否予以登记。对符合抵押物登记条件的,发给《企业动产抵押物登记证》,并在抵押合同上签注《企业动产抵押物登记证》的编号、日期,加盖登记专用章;对不符合抵押登记条件的,书面通知申请人不予登记,并将申请材料退回申请人。

《企业动产抵押物登记证》的格式由国家工商行政管理局统一制定。

第九条 变更被担保的主债权种类、数额或者抵押担保的范围的,抵押合同双方当事人应当于作出变更决定之日起7日内,持变更协议、原《企业动产抵押物登记证》和其他有关证明文件,向原登记机关申请办理变更登记。

同一动产向两个以上债权人抵押的,变更被担保的主债权数额时,必须征得后受偿的抵押权人的同意。

第十条 当事人延长债务人履行债务期限的,应当在到期日之前一个月内,持延长债务人履行债务期限的协议、原《企业动产抵押物登记证》和其他有关证明文件,向原登记机关申请办理续期登记。逾期不办理续期登记的,抵押合同自动终止。

第十一条 当事人提前解除抵押合同的,应当自解除抵押合同的协议签字盖章后7日内,持解除抵押合同的协议和原《企业动产抵押物登记证》,向原登记机关办理注销登记,抵押合同自注销登记之日起生效。

第十二条 合同履行完毕或者抵押物灭失后,当事人应当于履行完毕或者抵押物灭失之日起7日内,持履行或者灭失凭证和原《企业动产抵押物登记证》,向原登记机关办理注销登

记。

第十三条 提交虚假证明文件或者采取其他欺骗手段,骗取企业动产抵押物登记的,注销《企业动产抵押物登记证》,处以 5000 元以上 2 万元以下的罚款。

第十四条 未按规定办理企业动产抵押物变更登记的,由企业动产抵押物登记机关责令限期办理;逾期未办理的,处 2000 元以上 5000 元以下的罚款。

第十五条 登记机关办理动产抵押物登记时,按被担保的主债权的数额收取登记费。具体收费标准由国家工商行政管理局和有关部门共同制订。

登记费的承担由当事人协商;协商不成或者不愿意协商的,由抵押合同双方当事人各承担一半。

第十六条 有关单位和个人,可以持合法身份证明文件,向登记机关查阅、抄录或者复印有关抵押物的资料,并按规定交纳费用。

第十七条 县级以上人民政府规定由工商行政管理部门办理城市房地产或者乡(镇)、村企业的厂房等建筑物抵押登记的,适用本办法的规定。

第十八条 以依法可以转让的商标专用权出质的,出质人和质权人应当于订立书面协议之日起 20 日内,向国家工商行政管理局办理出质登记,质押合同自登记之日起生效。

出质登记的具体程序参照本办法的规定执行。

第十九条 本办法由国家工商行政管理局负责解释。

第二十条 本办法自发布之日起施行。

案例剖析

保证合同无效案

【案情介绍】

华丰贸易公司(以下简称华丰公司)与中国工商银行某办事处(以下简称办事处)于 1993 年 6 月 10 日签订了一份为期半年的借款合同。由五洲建筑公司为华丰公司的保证人。1993 年 6 月 12 日、16 日、24 日,华丰公司先后三次假借购买水暖器材的名义,从办事处贷款 35 万元。1993 年 10 月,五洲公司从办事处得知被保证人华丰公司亏损严重,为了逃避风险,撤销了对其的保证,改由某大学出版社(以下简称出版社)作为华丰公司保证人。但新的保证在履行保证手续时,只在一式五份中办事处所保存的那份上盖了公章。且在盖章时未请示出版社负责人,是非管章人代盖的。由于华丰公司到期未归还贷款并且已经歇业,办事处即从出版社帐户中陆续扣划了 29 万元。出版社发现后提出异议,认为办事处扣划款的行为无依据,是侵权行为。办事处则以保证合同为依据,不承认是侵权,认为扣划有理。出版社随之诉至法院,要求确认担保合同无效,退回扣划款 29 万元并赔偿由于办事处扣划款的侵权行为给出版社造成的经济损失。

【案情分析】

法院认为,保证合同无效,办事处扣划出版社的款是侵权行为。其理由是:

(1)由五洲公司作为保证人的华丰公司与办事处签订的借款合同是一式五份,而五洲公司撤出保证换出版社保证时,出版社只在办事处保存的那一份上盖了公章,未在华丰公司所持的合同等其余四份上盖章。华丰公司也不知换保之事。

保证合同,是由一方当事人请保证单位向另一方当事人作履行合同的担保。作为保证合同的当事人应该通过协商,意思表示一致,保证合同才能成立。对于保证人未征得被保证人的同意的所谓保证合同,是不成立的。

因此,出版社所做的保证是不成立的,自然也是无效的。

(2)超越代理权,擅自盖章,应属无效。在换出版社为保证人时,出版社的办事人员未经法定代表人同意和管章人之手,擅自在华丰公司与办事处的借款合同上盖了章,这不是法人的意思表示,其办事人员的行为超越了代理权限,是无效的行为。因此,保证合同是无效合同。

(3)恶意串通,转嫁风险,应属无效。五洲公司从办事处得知华丰公司亏损严重,与办事处串通撤出保证,换不明真相的出版社保证,是恶意串通,转嫁风险,其行为是无效的。

(4)华丰公司以欺骗的手段申请贷款,并与办事处签订借款合同,这一借款合同应为无效,因此保证合同也应无效。

华丰公司是以购买水暖器材为由贷款的。其实根本无此事,而是贷款还债。华丰公司以欺诈手段与办事处签订的借款合同应是无效的。而这一合同对于保证合同来说,它是主合同,保证合同是从合同。从合同是以主合同的存在为前提的,主合同既然无效,从合同也应该是无效的。所以保证合同也随之无效。

(5)出版社是事业单位,经费由国家行政费开支,因此,它没有保证能力。根据有关规定,它不能作为担保人。所以担保也是无效的。

第一章 银行担保业务

一、银行担保业务种类

银行担保业务是指债的担保,即发放各种贷款的商业银行(债权人)和申请使用贷款的借款单位(债务人)之间所采用的担保。债的担保是一种法律行为,它是督促债务人履行债务,保证债权实现的一种法律手段,债的担保的明确目的性是指债的当事人双方设立担保的目的十分明确,即确保权利人的请求能够得到满足。所以,债的担保都是为债权人利益设立的。

我国债的担保制度在当前经济生活中有两方面现实意义:一是在于加强经济联系,促进经济流转,防范交易风险,避免债务危机,保障债的关系的确立和实现。二是在于它能够缓解债务危机,排除经济交往中的流转障碍,解决许多司法实践中的难题,从而有力地维护着社会主义经济秩序,减少杜绝呆滞、呆帐贷款,优化贷款结构,缓解经济发展中的供求矛盾,不断提高信贷资产质量,发挥信贷资金应有作用和效益,促进经济的全面发展。

在社会主义公有制条件下,债的本质决定了债的担保是保障债权人利益、维护社会主义经济秩序、发展社会主义商品经济的法律工具。当前,我国商业银行开展的银行担保业务,大部分是债的特殊担保,是指当事人根据合同的约定或根据法律的规定,以某种财产或以某人的信用作为其履行债务的担保制度。债的特殊担保主要适用于合同贷款业务。合同当事人在订立合同时,为确保合同履行,同时约定采用何种担保方式。借款合同的担保制度,是在主合同之外,再设担保的从合同,使债仅人的债权得到双重保障。

目前世界上大多数国家,无论其国内或国际的经济往来,凡是合同双方履行时间有差异、交易数额较大或有一定影响的合同,几乎没有不采用担保的,所以银行担保业务的发展已势在必行,成为当今经济流转中的一个突出特点。

我国商业银行当前所采用的担保种类主要有以下几种方式:

1. 抵押担保

它是特指贷款过程中办理抵押的民事行为。即借款单位以一定物品或债权证书作为物质保证,向银行贷款,如到期不能还款,银行有权处理抵押品,优先取得补偿。这种做法称贷款抵押。从法律方面看,贷款抵押是一种债权债务关系。抵押使得银行的债权有了物质保障,也使借款单位的债务有了物质约束。贷款抵押并不改变抵押物的产权归属,只是预示在不能正常还贷时将要发生的产权转移。因此,贷款抵押比无贷款抵押风险更小。

抵押合同是一种从属性合同,它依赖于主合同(借款合同)而存在。

我国经济体制改革,是建立社会主义市场经济,经济活动的主体除国营和集体企业外,还有大量的个体工商户、农村承包经营户和三资企业,合同债的担保问题已具有了非常重要的意义,特别是抵押担保方式成为最适宜的担保方法。现今我国各商业银行均制定有详尽的办法和

规定(详见各银行贷款抵押管理规定)。

2. 保证担保

保证的信用担保方式就是保证人以自己的名义、信用(资产)向债权人做出保证,担保债务人履行债务,如果债务人没有履行债务,保证人将以自己的资产承担代为履行或赔偿的保证责任,也就是由保证人保证负有义务的一方当事人、即被保证人履行义务的担保方式。保证人是保证被保证人履行义务的第三人。被保证人不履行合同时,保证人应向对方当事人承担连带责任,但保证人仅在约定的担保范围内承担连带责任,超出约定的担保范围,则不承担责任。保证人承担保证义务后,有权要求被保证人偿还。

3. 质押担保

质押包括动产质押和权利质押。在有一些法律规定中,将质押也作为抵押权的一部分,两者是有相同之处的,但抵押权主要是指不动产的抵押,而质押是以动产做抵押,尤其是以有价证券的权利以及专利权、商标专用权、著作权中的财产权作用担保的,其区别更为明显。

二、我国商业银行现行贷款担保的有关规定

当前在银行的担保业务中,采用贷款抵押和贷款保证的担保方式较为普遍,为此各商业银行均制定了有关的管理规定、办法和规程等。现将中国工商银行、中国建设银行和中国农业银行的现行规定、办法分别介绍如下:

(一)中国工商银行的贷款担保

为了加强贷款管理,促进资金融通,提高资金使用效益,保证贷款安全,维护借贷双方的合法权益,中国工商银行根据《中华人民共和国民法通则》和《借款合同条例》的有关规定,制定了对经工商行政管理部门登记、具有法人资格的全民、集体工商企业、事业单位及我国境内的中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业向工商银行申请的流动资金贷款、固定资产贷款、科技开发贷款和其他贷款的担保的管理办法和工作规程,分行亦制定了相应的贷款抵押细则。办理贷款抵押必须遵循国家法律、法规和银行有关信贷款章、制度、原则,在平等协商基础上签订有关合同。其主要内容如下:

1. 贷款抵押的申请审查

借款人向银行提出申请,并提供需要审查的资料:

- (1)借款人有关法人资格的证明;
- (2)抵押物清单及符合法律规定的有关所有权的证明;
- (3)银行需要审查的其他有关抵押物的资料。

2. 抵押权的设定和抵押物的选择、验证

(1)抵押权设定原则条件

①抵押物必须是抵押人对其享有所有权或国家授予其经营管理权的财产,或是第三人的依法经其同意的财产,该财产经工商银行认可作为还款担保的财产方可设定。

②共同财产必须取得其他共有人书面同意,并以抵押人所有的份额为限设定抵押权。

③法律或法规规定限制流通或转让的财产设定抵押权,必须具备有关部门同意的书面证明方可设定。

(2)工商银行对抵押物选择、确定的原则是:抵押物应是适用、适销、易保管、价格稳定性高、受市场波动影响小、所有权属借款人并已参加财产保险的财产。

工商银行接受下列可以设定抵押权的财产:

- ①房屋和其他建筑物;
- ②依法可转让的土地使用权;
- ③机器、设备、运输工具、库存物品和原材料等物资;
- ④股票、债券、票据、提单等有价值证券;
- ⑤专利权、商标权、著作权、股权等可依法转让的权利;
- ⑥其他可依法流通或转让的财产;
- ⑦国家已有规划的建设用地及地上建筑物;
- ⑧一般性租赁的财产在租赁期满后,其财产所有权仍属于出租人一方的。

不能设定抵押权的财产包括:

- ①法律、法规禁止买卖的自然资源或财物;
- ②使用中的社会或单位的福利生活设施和物资;
- ③依法应当登记而未登记的财产;
- ④存在产权争议的财产;
- ⑤依法被查封、扣押或者采取其他保全措施的财产;
- ⑥其他无法实行强制执行的财产;
- ⑦融资租赁的财产在租赁期满后,其财产所有权自动转移到承租人一方的;
- ⑧国家没有规划的建设用地及地上建筑物。

(3)产权证明及其他有关证明的验证

①选择抵押物品后,贷款银行应逐项验证产权。对全民所有制企业,应核对抵押物的所有权;实行租赁经营责任制的企业,要有产权单位同意的证明;集体所有制企业用集体财产做抵押时,除应核对抵押物的所有权外,还应验证董事会或职工代表大会同意的证明。用共有财产抵押时,应交共有人同意抵押的证明。验证中特别要核查抵押物是否已经另作抵押。

②对于用有价值证券抵押的,应验证证券本身的真伪和发行单位的信用程度。

③验证抵押物已进行财产保险,并有保险部门出具的保险单据。

3. 抵押财产的估价与抵押率

(1)抵押财产的估价,是由国家指定的有关部门进行;或抵押双方协商确定抵押物的现值。

(2)抵押物的抵押率,根据物品在抵押期间的折旧、价格变化及处理费用等情况确定,一般不得超过抵押物现值的70%。

抵押贷款可贷额度的确定以抵押现值为基础,按双方约定的抵押率计算。

4. 抵押期限

抵押期限应与贷款期限相一致。流动资金贷款最长不超过一年,固定资产贷款一般为一至

三年,最长不超过五年。贷款一般不得展期。

5. 抵押合同的签订与履行

(1)贷款抵押申请经工商银行审查同意后,即可签订抵押合同。合同及有关资料应经公证机关对其真实性与合法性进行公证,公证生效后,借贷双方签订借款合同。并在合同中双方商定的其他事项条款后注明抵押合同编号。抵押合同必须由抵押双方法定代表人或其授权的代理人签章,并加盖单位公章。

抵押合同应具备的主要内容:

- ①抵押物的名称、规格、数量、现值、有效使用期及质量完好情况;
- ②抵押物的抵押率;
- ③抵押物的占管方式及占管责任;
- ④违约责任及抵押物的处分;
- ⑤抵押双方商定的其他条款。

(2)有关事项的说明

①在抵押期内,对易受灾害侵害的抵押物,抵押人应办理财产保险,并将保险单交银行保管,如发生灾害损失,银行可以从保险赔偿中收回贷款。

②抵押物的公证、保险、鉴定、登记、运输及保管等费用由抵押人负担。

6. 抵押物的占管

(1)抵押物占管的划分

对动产抵押物中属于体积小、价值大的贵金属、有价证券和存单、产权所有权证书、财产保险单、房地产契约等应由贷款银行占管保管;对动产抵押物中属体积大或不易移动的财产,以及不动产抵押物由抵押人占管,其中不使用的由抵押双方封存,使用中的如设备等应统一编号、挂牌。

(2)抵押财产占管的要求及有关事项说明

①抵押人对由自己占管的抵押物,必须妥善保管,在抵押期内负有维修、保养、保证完好无损的责任,并随时接受贷款银行的检查,对使用中的抵押物,除统一编号、挂牌外,应责成专人负责;银行对由自己占管的抵押物,要妥善保管,不准动用,如因银行过错造成财产的损坏、丢失,由银行承担责任;由双方共同封存的抵押物,在抵押期间,不经银行同意不得拆封。

②抵押物在抵押期内,抵押人未经银行同意,不得将其拆迁、出租、出售、转让、馈赠、作价入股或再抵押。

③以有价证券作抵押物的,在抵押期内到期兑现,由抵押双方共同负责办理,并偿还贷款。

7. 合同的变更和解除

(1)抵押合同依法需变更或解除的,必须经抵押双方协商同意。协商未达成之前,原合同继续有效。

(2)抵押人发生合并、分立时,由变更后的当事人承担或分别承担合同的义务和享受应有的权利。抵押人死亡或宣告失踪,其财产合法继承人继续履行抵押人签订的抵押合同。

(3)借款人按借款合同规定归还贷款本息后(含提前还清贷款本息),抵押物返还抵押人,抵押合同自动失效终止。

8. 违约责任和抵押物的处分

(1) 凡下列情况之一者银行有权处理抵押财产：

① 借款合同期满，借款人无故不偿还贷款本息的，或借款合同期满，银行不同意延期及延期还款期限已满，借款人不能足额归还贷款本息的。

② 借款人死亡而无继承人履行合同的。

③ 借款人被宣告解散的。

(2) 处分抵押物应遵循的原则：

① 拍卖抵押物要依法进行。银行根据合同确定的权利处分抵押物，应当委托当地政府指定的拍卖机构予以拍卖；无拍卖机构的，请工商行政管理机关或人民法院监督拍卖。

② 遇有抵押物的财产所有权出现纠纷，经法院判决停止拍卖；在拍卖成交前抵押借款人还清贷款本息的，应当中止拍卖。

借贷双方发生纠纷且不能协商解决的，任何一方均可向合同管理机关申请调解或仲裁，也可以向人民法院起诉。

③ 借款人违反合同规定挪用贷款，银行有权收回部分或全部贷款，返还相应价值的抵押物，并按银行规定加收罚息。

④ 抵押物处分所得价款的分配顺序：

—— 支付处分抵押财产的费用。

—— 偿还贷款本息及罚息。

—— 价款还清贷款本息及罚息有节余时，退还借款人，价款不足还贷时，银行有权另行追索应偿还部分，并可从对方存款帐户中扣收，直到还清为止。

9. 贷款的保证担保

(1) 保证人担保应具备的条件

贷款保证人应承担偿还借款不能按期归还银行的贷款本息及相关费用的责任。

保证人必须是具有法人资格，从事生产经营活动的经济实体；有足够的资产，生产、经营状况正常，具有良好的信誉和为借款人清偿所欠债务的能力。

(2) 保证人的审核

保证申请提出后，工商银行应对保证人的担保资格进行审查，主要内容有：

① 保证人的营业执照与法人资格；

② 保证人有关报表及申请内容的真实性；

③ 保证人生产经营、经济效益、资产负债情况及代偿借款债务的能力；

④ 验证保证法人和法人代表印鉴真伪。

(3) 保证合同的签订

申请及需银行审查有关资料、材料经审核同意及计算确定担保有效金额后，工商银行、借款人和保证人三方共同签订保证合同。合同的具体内容和各方当事人应承担的权利、义务，详见中国人民银行制定的试行“借款合同文本”内的保证合同内容。

(二)中国建设银行的贷款担保

为加强各类贷款的风险管理,依法办理贷款抵押,依法处置抵押物,维护银行与借款人的正当权益,中国建设银行(原中国人民建设银行)根据《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国合同法》和国家有关法律、法规,制定了发放人民币各类贷款的贷款抵押管理规定。其具体内容如下:

1. 抵押权的设定及抵押合同

(1)抵押权设定的原则条件

①抵押物必须是抵押人(借款人或第三方保证人,下同)为保证按期清偿贷款本息(含罚息)和各项费用,向银行(抵押权人)提供的并经建设银行认可,当抵押人不履行其债务时,银行有权予以处分的财产。

②抵押人对抵押物必须享有所有权或国家授予的经营管理权。对共有财产,抵押人按其所占份额,在取得其他共有人书面同意后方可设定抵押。

③股份制企业、合资合营企业或承包经营企业的抵押行为,须经企业董事会或发包人审议批准后方能确立。

(2)抵押合同

借款人对贷款银行设定抵押权,双方应在签订借款合同时,相应签订抵押合同,作为借款合同的补充文件。抵押合同的内容应包括:

- ①抵押人的名称、企业性质;
- ②以抵押形式所保证的贷款种类、名称、金额、贷款期及借款合同编号;
- ③抵押物清单。包括抵押物的种类、名称、型号、数量、净值、处所、有效使用期及质量完好情况;
- ④抵押物的所有权属及使用权属;
- ⑤抵押物是否已设有抵押及抵押额,是否租赁等权利负担状况;
- ⑥抵押物的占管形式及占管费用的收取;
- ⑦抵押率和抵押期限;
- ⑧抵押双方的权利、责任;
- ⑨抵押人办理抵押财产保险及抵押期间如遇意外损失对保险赔偿处理的约定;
- ⑩处分抵押物的约定;
- ⑪其他约定;
- ⑫股份制企业或合资合营企业董事会、承包经营企业的发包人对财产的审核意见;
- ⑬抵押双方法定代表人签字并加盖本单位行政公章。

抵押双方当事人必须全面履行抵押合同所规定的权利与义务,任何一方不得擅自变更或解除合同。

有抵押内容的借款合同和抵押合同,在签订时均应办理公证。

2. 抵押物及估价

(1)抵押物的选定

贷款银行认定的抵押物,应选择易于保管、转让、变卖(兑现)及适销适用、质量完好的财产。

建设银行接受以下财产的抵押:

①表示财产所有权和债权的各种有价证券。包括:各种记名或不记名债券、银行存款单证等;

②依法拥有或取得国家允许转让的土地使用权;

③房屋及其他建筑物;

④交通运输工具;

⑤机械设备;

⑥法律允许流通、转让的其他财产或权利。

上述范围抵押财产,银行可以根据其价值、风险、评估的技术条件等因素决定是否接受抵押。地方权力机关有明确规定的,可按地方规定的抵押范围执行。

不能作为抵押物的财产包括:

①法律禁止买卖转让的国有土地所有权、自然资源、文物等;

②已经使用的各项福利设施,如职工宿舍(职工住房抵押贷款除外)、医院、食堂、学校、幼儿园等;

③所有权和经营管理权有争议的财产,或未履行法定登记手续的财产;

④不能强制执行或处理的财产;

⑤依法被查封、扣押或采取诉讼保全措施的财产;

⑥金银及其制品;

⑦租用财产;

⑧国家法律、法规禁止设定抵押的其他财产或权利。

(2)有关要求及说明

①以依法拥有或取得国家允许转让的土地使用权、房屋及其他建筑物、交通运输工具和机械设备作为抵押物的,其使用期应长于贷款期限。各类记名有价证券和银行存单,在抵押期间不得挂失。

②贷款银行接受记名债券、存单等可以挂失的有价证券作为抵押物后,应于三日内向有价证券(存单)的签发行发出电报通知,通知其不得对该有价证券(存单)予以挂失。并在收到签发行发出的承诺不予挂失的书面回复后方能设定抵押。接受抵押人以土地使用权和房产做抵押时,应向当地土地、房产管理部门办理登记手续,注明其所出具的土地使用证和房产证等文件不得挂失。

③银行对自愿以抵押方式保证偿还银行贷款的借款单位,应对其法人资格、企业性质、营业执照或建设单位批准文件以及所提供抵押物等财产所有权(或经营权)、财产价值、完好程度等项逐一进行严格审查。

④已设定的抵押物在抵押价值额内,不得重复抵押,一旦发现有此行为的,银行有权要求借款单位作新的等额担保或收回贷款。抵押人在同一抵押物已设定的价值额外再行设定抵押权之前,应书面通知贷款银行。

⑤抵押人应在设定抵押前办理抵押物的财产保险,其期限不得短于抵押期。抵押期间,贷款银行为抵押财产保险第一受益人。抵押物财产保险费用由抵押人支付。

(3)抵押物应按以下情况分别做出估价和认定:

①各类固定资产的价值,以该抵押物按国家规定提足折旧后财产帐面净值减去抵押期间应计提的折旧额后确定;

②土地使用权按国家土地管理机关规定的出让土地使用权的价格标准和方法确定;

③各类有价证券及存单以该种证券券面金额确定。也可以按设定抵押日当地证券市场平均买入价计算的金额确定。

贷款银行应对所有抵押物的价值进行估价和认定。对抵押物的价值不易估计时,可由物价、国有资产管理部門出具估价证明材料,贷款银行据以认定抵押物的估价。抵押财产估价的评估费用由抵押人承担。

3. 抵押率及抵押期限

(1)抵押率

抵押率是贷款本息总额与抵押物价值之比,即:

$$\text{抵押率} = \frac{\text{贷款本息总额}}{\text{抵押物价值}} \times 100\%$$

银行可根据借款单位的资信程度、贷款期限、贷款风险、抵押物折旧率、抵押物的适用性以及价格变动等因素,分别确定不同的抵押率,一般应控制在70%左右。

(2)抵押期限

抵押期限一般应与贷款期限相一致。原贷款经批准展期后,抵押期限也应随之调整,并续办财产保险、公证等手续。

4. 抵押物的占管及处分

(1)抵押物占管划分

①各类有价证券及存单由贷款银行占管;

②以土地使用权作抵押的,其由国家土地管理部门签发的“土地使用证”正本及其他证明文件由贷款银行保管;

③房屋及其他建筑物、交通运输工具、机械设备等抵押财产,除当事人根据具体情况另有约定外均由抵押人占管、使用。可证明抵押物所有权和经营管理权权属的有关文件原则上由贷款银行占管。抵押财产保险单由银行保管;

④按规定进行抵押财产登记的有关登记证明文本正本由银行保管。

(2)抵押物的占管方式由抵押双方在抵押合同中予以确定

(3)抵押物占管要求及有关事项说明

①抵押人对自己占管的抵押物必须妥善保管,在抵押期内负有对其维修、保养和保证完好责任,贷款银行有权随时进行检查和验证,如发现抵押物有保管不当或有减损其价值的行为时,有权要求其恢复抵押物原状或提供其他等价的财产充当抵押物,抵押人不予执行的,银行可停止发放新贷款并收回部分贷款直至全部贷款。对抵押人未经抵押权人同意,迁移、出卖、质押、转移其占管抵押物或重复设定抵押以致影响银行行使抵押权的,一经发现,贷款银行可以

实施直接占管或收回贷款,并按挪用贷款的规定予以罚息。贷款银行对自己占管抵押物,应专项登记,封存保管,不得随意动用。若因银行过错造成抵押物损坏、遗失的,由银行承担责任并赔偿损失。

②贷款银行占管的抵押物及有关文件、凭证,应按照规定行的银行保管箱业务取费标准向抵押人收取保管费。

③抵押人未征得贷款银行的书面同意,不得以出租、出售、转借等形式处分自己所占管的抵押物。

④抵押物在抵押期间因意外灭失所得财产保险赔偿应交贷款银行。是否将其偿还贷款或重新选择设定抵押物,按抵押双方合同约定办理。

⑤已作为抵押物的有价证券在抵押期间到期,是否兑付并偿还贷款,由抵押双方协商确定。

(4)抵押物的处分

以抵押作保证的借款合同期满,借款人未按合同约定偿还全部贷款本息的,贷款银行有权依照国家有关法律、法规处分抵押物。抵押期间,抵押人依法被宣告破产者,贷款银行应积极申报债权,及时向有关部门提供财产抵押证明文件,确保优先受偿。

①贷款银行处分抵押物(除国家规定不得自行买卖之外)采取的形式:

第一,对抵押的各种财产,银行可依照国家及本地区有关规定,移交本地拍卖机构或按法律规定通过其他形式拍卖处理;

第二,按规定经有权机关认可,有偿转让给愿意接收抵押物的第三人;

第三,将各类有价证券兑付、贴现或转让;

第四,将抵押物折价抵债。

②依法处分抵押物所得价款的分配顺序:

——支付处分抵押物所需费用(含税金);

——支付贷款银行占管的抵押物保管费用;

——偿还借款人所欠贷款银行全部贷款本息及加、罚息;

——支付应由借款人支付贷款银行的其他有关费用;

——清偿上述款项后所余金额交还抵押人。

③处分抵押物所得金额不足以偿还借款人所欠贷款银行贷款本息及有关费用的,贷款银行仍有权追索债务。

④借款人按借款合同规定偿还银行全部贷款本息后,贷款银行应将自己占管的抵押物及有关文件退还抵押人。

⑤抵押期间,各种抵押物的孳息归财产所有权人或经营管理权人所有,可作为还款来源之一。

建设银行在办理贷款抵押业务中除按上述规定外,对抵押权的设立、抵押物的选择、审核登记、估价与处分,还应按照国家或本地有关土地、房产、国有资产管理等部门的规定掌握执行。在办理人民币担保业务中遇有抵押事宜的,亦应按照贷款抵押管理规定办理。

(三)中国农业银行的贷款担保

为了加强贷款管理,保证信贷资产安全,提高资金使用效益,中国农业银行根据《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国合同法》、《借款合同条例》的有关规定和银行贷款管理的基本制度,制定了以抵押担保和保证担保方式发放各种贷款的贷款担保办法。担保贷款当事人必须遵守国家法律、法规、信贷政策和银行有关规章制度,遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。其具体内容如下:

1. 抵押权的设定

(1)抵押财产必须是抵押人(包括借款人或第三人)提供为保证按期清偿贷款、并经农业银行认可的财产。抵押人对抵押财产享有所有权或国家授予的经营管理权。抵押财产具有合法性、实用性和变现性。抵押物的有效使用期应长于借款期限。

(2)可设定抵押权的财产包括:

- ①房屋和其他建筑物;
- ②依法可转让的土地使用权;
- ③机器、设备、交通运输工具;
- ④可封存的原料、产品;
- ⑤可兑换的外国货币;
- ⑥金银及其制品;
- ⑦存单、债券等有价值证券;
- ⑧法律允许转让流通的其他财产和依法可转让的权利。

(3)不能设定抵押权的财产有:

- ①法律禁止买卖的自然资源,财产和禁止转让的权利;
- ②教育、文化、卫生、体育等公共福利设施及水库、农田水利设施;
- ③所有权、专用权、专有权有争议的财产;
- ④被依法查封、扣押或采取诉讼保全措施的财产;
- ⑤不能强制执行的财产;
- ⑥未经海关许可的海关监管物;
- ⑦法律规定不得抵押的其他财产。

(4)抵押权设定的有关条件是:

①以贷款购置固定资产的,可以该固定资产设定抵押权。依法获准建造的房屋或其他建筑物,可自动工建造之日起设定抵押权,但该项贷款必须用于该建筑物的建造。抵押人购买依法获准建造的房屋或其他建筑物,签订了购买合同并预付款款的,可自该建筑物动工建造之日起设定与预付款金额价值相当的抵押权。

②按照法律、法规规定,企业以其财产设定抵押,须经有关部门审批的,应办理报批手续。

③抵押人以其共有财产设定抵押的,须取得其他共有人的书面同意(该项贷款用于共同经营的除外);以按份共有财产设定抵押权的,仅限于抵押人所有的额份,并须事先书面通知其他共有人。

④抵押人就已出租的财产设定抵押权,应书面告知承租人。并应就保证执行抵押借款合同与承租人达成书面协议交送农业银行。

⑤就同一财产设定若干抵押时,该财产价值必须大于各项抵押债权之和,抵押人应将设定抵押权的情况及其有关材料书面报送农业银行。

⑥抵押人以土地使用权或建筑物设定抵押权时,应向农业银行提交土地使用证、土地出让合同或建筑物转让证。

⑦抵押人隐瞒抵押财产存在共有、争议、被查封、被扣押、重复抵押等情况的,抵押人应承担由此产生的法律责任。

2. 抵押财产估价和抵押率

(1)抵押财产的估价

抵押财产现额根据不同种类财产的现行市场价格结合帐面净值及变化情况,由农业银行与抵押人共同估价。对估价有争议的财产,可以委托评估机构估价。

①国有资产的估价,依照国家有关国有资产管理的规定。

②房地产的现值,应由当地房地产交易机构估价。

③无形资产的现值,应由有关专业机构估价。

④国家债券、金融债券和定期存单,按票面金额作价。

(2)抵押率

抵押率是抵押贷款本息之和与抵押财产作价现额之比。

农业银行可根据借款人的资信程度、经营情况、抵押财产折旧率、贷款期限、投资风险以及价格波动等因素,分类逐笔确定贷款的抵押率。

(3)抵押贷款额度根据抵押率确定。但抵押贷款本息最高不得超过抵押财产作价现额的90%。

3. 抵押合同的签订及合同内容

(1)抵押合同的签订

抵押贷款申请经农业银行审查同意后,即可签订借款合同及抵押合同,合同必须由当事人各方法定代表人或法定代表人授权的经办人签章,并加盖单位公章。第三人以其财产为借款人贷款设定抵押权的,须出具书面证明。

(2)抵押合同应载明的内容有

①抵押财产的名称、规格、数量、净值、处所、有效使用期及完好程度,产权或使用权属状况以及设定抵押状况;

②抵押财产的估价与抵押率;

③抵押财产的占管方式和保管责任,意外毁损、灭失的风险责任及补救措施;

④保险受益事项;

⑤抵押财产投保的险种、险别及赔偿方法;

⑥违约责任及抵押财产处分方式;

⑦抵押贷款当事人商定的其他条款。

上列各项在合同制式文本中未载明的内容,可由借贷双方签订补充条款。抵押合同未尽事

项按《借款合同条例》和银行有关贷款规定办理。

4. 其他有关问题说明

(1)抵押贷款中有关抵押财产产权证明文件(原件)、抵押财产清单、抵押财产所有权代表机构或共有人同意抵押的证明文件以及抵押财产登记等文件资料,是合同的组成部分。

(2)抵押贷款当事人一方分立或合并后,原合同仍然有效,其权利、义务由变更后的当事人享有和承担。

(3)抵押合同及有关资料,农业银行认为有必要的,可向公证机关办理具有强制执行效力的公证。

(4)抵押人以共有财产、出租财产设定抵押的,或以同一财产设定若干抵押的,及以可转让的权利设定抵押的,应办理公证。

5. 抵押财产登记

当事人签订抵押合同,除以金银及其制品、外币和不予挂失的银行存单、有价证券设置抵押权的可免于登记外,须在规定期限内到当地各有关机关办理抵押财产登记:

- ①以房屋和其他建筑物设定抵押权的,到县以上房地产管理机构登记;
- ②以地面没有建筑物的土地使用权设定抵押权的,在县以上土地管理机构登记;
- ③以船舶、车辆设定抵押权的,在县以上交通管理机构登记;
- ④以记名的银行存单、有价证券设定抵押权的,到记名存单单位登记;
- ⑤以其他抵押财产设定抵押权的,在县以上政府指定的机构或有权机关登记。

抵押财产登记应凭抵押合同,登记内容应包括合同的主要事项。合同变更或终止时,应向原登记机关办理变更或注销登记手续。

6. 抵押财产的占管

(1)抵押财产占管的划分

房屋和其他建筑物,依法可转让的土地使用权和机器、设备、交通运输工具的抵押财产由抵押人占管,其产权证书及其他证明文件的原件交由农业银行保管;可兑换的外币、金银及其制品,存单、债券等有价证券的抵押财产由农业银行占管;可封存的原材料、产品,法律允许转让流通的其他财产和依法可转让的权利的抵押财产占管,由双方在抵押合同中约定。

(2)抵押财产占管要求及有关事项说明

①抵押人对自己占管的财产必须妥善保管,在抵押期负有维修、保养、保证完好无损的责任,并接受农业银行的检查,因抵押人过错造成抵押财产毁损、灭失或受查封的,抵押人应在三十日内恢复财产原状或提供其他等价的抵押财产,保证抵押财产价值不抵于原估价金额;农业银行对自己保管的抵押财产,应妥善保管,若因银行过错造成抵押财产的损毁、灭失,由银行承担责任。

②对易受灾害侵害的抵押财产,农业银行应要求抵押人办理财产保险,保险单由银行保管。在抵押期间,农业银行应为保险赔偿的第一受益人,享有从赔偿金中收回借款人应偿还贷款本息的权利。

③以有价证券作抵押的,在抵押期内证券到期兑现,由双方共同协商处理方案,并保证在抵押期内抵押财产价值不变。

④抵押财产依法继承或遗赠,由继承人或受遗赠人继续履行抵押人签订的合同,并办理变更登记。抵押财产出租、出售、赠与、转移,须经农业银行书面同意,并办理续约手续和变更登记。

⑤抵押人擅自处分抵押财产的,其行为无效,农业银行有权提前收回贷款本息,并要求抵押人支付违约金。

7. 抵押财产的处分

(1)抵押财产处分的原则

借款人按期偿还贷款本息后,抵押合同及有关协议等即告终止。农业银行应将占管的抵押财产及其产权证书和财产保险单等退还给抵押人。若出现下列情形之一的,银行有权处分抵押财产:

- ①合同期满,但借款人未按期偿还贷款本息、又未与银行签订延期还款协议书的;
- ②借款人死亡而无继承人或受遗赠人的;
- ③借款人的继承人拒绝偿还贷款本息或继承人放弃继承的;
- ④借款人被解散、宣告破产或依法撤消的。

(2)抵押财产处分方式

- ①公开拍卖、售卖;
- ②转让;
- ③兑现;
- ④接受。

按以上方式不能处分抵押财产的或抵押贷款当事人发生纠纷且不能协商解决的,农业银行可依法向仲裁机构申请仲裁或向人民法院起诉。

(3)抵押财产处分要求及有关事项说明

- ①农业银行处分抵押财产时,若抵押财产属海关监管物,须先同海关协商,办结海关手续。
- ②处分地上房屋及其他建筑物,其土地使用权的转移按有关法律规定执行。

③抵押财产的拍卖,由拍卖机构或省、市(地)、县政府指定的机构承担,或申请县以上政府组成临时机构拍卖。农业银行申请拍卖,应向拍卖机构提交拍卖申请书及有关文件。拍卖机构受理后,若借款人已具有偿还贷款本息的能力,农业银行或抵押人可申请中止拍卖。

④抵押财产拍卖所得价款的分配顺序:

- 支付处分抵押财产的费用;
- 扣缴抵押财产应纳税款;
- 偿还借款人所欠贷款本息及罚息;
- 剩余金额交还抵押人。

就同一财产设定若干抵押权的,其清偿顺序按设定抵押的先后确定。

⑤处分抵押财产的价款不足清偿贷款本息和加息的,农业银行有权另行追偿。

⑥抵押人因处分抵押财产出现关停、倒闭或破产时,农业银行不承担有关生产人员安置责任。

8. 保证担保

(1) 保证担保的条件和要求

① 贷款采用保证担保方式的, 保证人应当是具有代偿能力的公民、企业法人以及其他经济组织。国家机关不能担当保证人。

② 保证人申请担保贷款, 应将具有法人资格的保证人的营业执照副本、有关证明保证人偿债能力的资料及资产负债材料送交农业银行审查。银行认为必要时, 应经有权机关或注册会计师对其真实性进行鉴证。保证人也可另行向银行提交保证书, 其内容应具备保证合同有关保证条款。

(2) 保证合同的签订及合同内容

保证担保贷款申请经审查同意后, 由农业银行、借款人和保证人三方按借款合同文本要求签订借款合同及保证合同, 合同必须由三方当事人法定代表或法定代表人授权的经办人签章, 并加盖单位公章。保证合同中应具有以下有关保证内容条款:

- ① 保证人的名称、地址、开户银行及帐号;
- ② 保证人资信状况;
- ③ 保证金额及保证期限;
- ④ 代借款人履行偿还贷款本息的方式;
- ⑤ 代借款人承担加息等违约责任;
- ⑥ 其他保证条款。

(3) 有关问题的要求及说明

① 保证人为两个以上的, 相互间负连带保证责任(保证人之间约定按份承担保证责任的除外)。

② 在合同履行期间, 如发生贷款金额、期限等主要事项变更, 须经保证人书面认可。贷款到期后, 借款人不履行或不能完全履行偿还贷款本息义务时, 保证人应代为履行并承担连带责任。

③ 若被保证的借款合同被确认无效, 借款人应当返还贷款的, 保证人仍应承担连带责任。

④ 保证人不履行保证条款时, 农业银行可依照约定从其帐户中直接扣收贷款本息及加息, 或以借款人、保证人为共同被告向人民法院起诉。

9. 办理抵押和保证担保贷款所需的公证、鉴证、登记、保险、估价、仓储保管、运输等费用, 均由借款人负担。

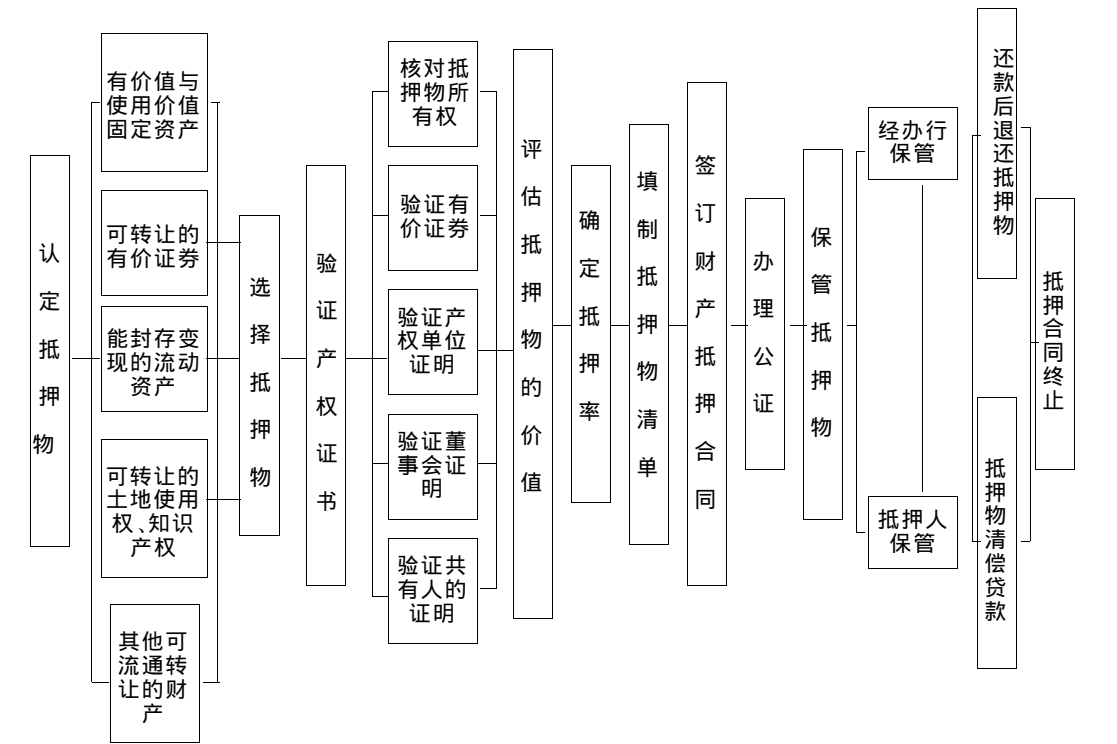
三、贷款抵押担保程序

贷款抵押担保方式亦称财产抵押担保方式, 它是借款合同担保方式之一, 是从属于借款合同的。这种方式不仅适用于借款单位以拥有所有权的财产作为抵押来保证偿还借款, 也适用于担保单位以拥有所有权的财产作为抵押来担保借款单位偿还借款。

抵押物的选择与认定关系极为重要, 它是确立抵押形式的先决条件, 也直接决定抵押的最终结果。抵押物应是具有保值性, 又容易兑现的物品。

财产抵押的基本程序为: 认定抵押物, 选择抵押物, 验证产权证书, 评估抵押物价值, 确定

抵押率,填制抵押清单,签订抵押合同,必要时办理公证,保管抵押物,处分抵押物,抵押贷款管理等。具体程序见“贷款(财产)抵押方式操作程序示意图”。



贷款(财产)抵押方式操作程序示意图

法规辑录

境内机构对外提供外汇担保管理办法

(中国人民银行 1991 年 8 月 1 日批准,国家外汇管理局 1991 年 9 月 26 日公布)

第一条 为促进对外经济技术合作,顺利开展对外金融活动,加强对外担保的管理,根据《中华人民共和国外汇管理暂行条例》的规定,特制订本办法。

第二条 本办法所称外汇担保系指以自有外汇资金向境外债权人或境内的外资银行、中外合资银行或外资、中外合资非银行金融机构承诺,当债务人未按合同规定偿付外汇债务时,由担保人用外国货币履行偿付义务的保证,包括:

1. 借款担保；
2. 融资租赁担保；
3. 补偿贸易项下的履约担保；
4. 境外工程承包中的债务担保；
5. 其他担保。

第三条 国家外汇管理局和外汇管理分局(以下简称“外汇管理部门”)为外汇担保的管理机关,负责外汇担保的审批、管理和登记。

第四条 允许提供外汇担保的机构和单位限于：

1. 经批准有权经营外汇担保业务的金融机构；
2. 有外汇收入来源的非金融性质的企业法人；

政府部门和事业单位不得对外提供外汇担保。

第五条 金融机构提供的外汇担保余额和对外债务余额之和不得超过自有外汇资金的20倍。

非金融机构提供的外汇担保余额不得超过其自有的外汇资金。

担保人不得为外商投资企业中的外方注册资本担保。

第六条 外汇担保的审批权限：

1. 为境内机构对外提供外汇担保,由担保人所在地外汇管理部门审批；
2. 为中国驻外企业提供外汇担保,由国家外汇管理局审批；
3. 为境内、外的外国机构和外资企业提供外汇担保,由国家外汇管理局审批。

第七条 外汇担保的审批范围：

1. 境内中国工商银行、中国农业银行、中国银行、中国人民建设银行、中国投资银行及交通银行、中信实业银行对外提供的借款担保；

2. 除前款所列银行以外的其他金融机构和非金融性质的企业法人对外提供的外汇担保。

第八条 担保人办理担保报批手续时,应向外汇管理部门提供全部或部分下列资料：

1. 担保项目可行性研究报告批准件和有关批复文件；
2. 担保人自有外汇资金情况的证明；
3. 担保人对外债务、担保的文件；
4. 担保合同意向书；
5. 被担保项下主债务合同或意向书及有关文件；
6. 落实反担保措施的文件；
7. 为外国机构和外资企业提供外汇担保,需有外国机构和外资企业的等值外汇资产作抵押的证明。

第九条 担保人提供外汇担保,应与债权人、债务人订立书面合同,订明担保人、债权人、债务人各方面的权利和义务。

1. 担保人有权对债务人的资金和财产情况进行监督；
2. 债权人有权要求担保人提供其财务报告和外汇收支情况等有关材料；
3. 担保人提供担保后,债权人与债务人如需修改所担保的合同,还须取得担保人的同意,

并由担保人报外汇管理部门进行审批,如未经担保人同意和外汇管理部门的批准,担保人的担保义务将自行解除;

4. 担保人提供担保后,在其所担保的合同有效期内,一旦债务人未按担保规定履行其义务,担保人应履行其担保义务。担保人履行担保义务后,有权向债务人进行追偿;

5. 担保人提供担保后,在担保合同的有效期内,如债权人未按合同履行其义务,担保人的担保义务将自行解除。担保人有权要求债权人赔偿相应的损失;

6. 担保人有权要求债务人落实反担保措施或提供相应的抵押物并收取一定的担保费。

第十条 担保人出具担保后,应到所在地外汇管理部门办理担保登记手续。

1. 非金融机构出具担保后,应在 10 天内到所在地外汇管理部门填写《外汇担保登记表》,领取《外汇担保登记证书》;

2. 金融机构实行按月定期登记制,月后 15 天内填写《外汇担保变动反馈表》,上报上月担保债务变动情况。

第十一条 担保需要展期时,担保人应在债务到期前 15 天到所在地外汇管理部门申请办理展期手续。办理展期手续时,应持展期债务的有关文件进行重新报批。

第十二条 担保项下债务到期或履行完毕以及出现其他终止担保合同情况时,非金融机构的担保人应在 10 天内将《外汇担保登记证书》退回原发证的外汇管理部门办理核销手续。金融机构按月办理核销手续。

第十三条 对于违反本办法的担保人,外汇管理部门将视情节轻重,对其进行警告、通报、暂停或撤销担保人外汇担保业务并根据《违反外汇管理处罚施行细则》的有关规定予以处罚。

第十四条 本办法也适用对外反担保。

第十五条 本办法由国家外汇管理局负责解释。

第十六条 本办法自公布之日起实施。1987 年的《境内机构提供外汇担保的暂行管理办法》,同时废止。

中国工商银行抵押贷款管理暂行办法

((87)工银发字第 258 号)

第一章 总 则

第一条 为了加强工商银行抵押贷款管理,保证贷款安全,维护借贷双方的合法权益,根据《中华人民共和国民法通则》和《借款合同条例》的有关规定,制定本办法。

第二条 本办法适用于经工商行政管理部门登记、具有法人资格的全民、集体工商企业、事业单位及我国境内的中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业向工商银行申请的流动资金贷款、固定资产贷款、科技开发贷款和其他贷款。

个体工商业户向工商银行申请抵押贷款时,比照本办法执行。

第三条 抵押贷款是借款方向银行申请贷款时,愿以一定财产作为抵押物的一种贷款担保形式。借款方到期不能归还贷款本息的,银行有权处理其抵押物作为补偿。

第四条 办理抵押贷款必须遵守国家法律和银行有关信贷章、制度、原则,在平等协商基础上签订抵押贷款合同。

第二章 抵押贷款的申请和审查

第五条 抵押贷款由借款方提出申请,并向银行提供以下需要审查的资料:

- (一)借款方的有关法人资格证明;
- (二)抵押物清单及符合法律规定的有关所有权证明;
- (三)银行需要审查的其他有关抵押物的资料。

第六条 下列财产可作为抵押贷款的抵押物:

- (一)有价值和使用价值的固定资产;
- (二)有价证券;
- (三)能够封存的流动资产;
- (四)其他可以流通、转让的物资或财产。

第七条 下列财产不能作为抵押:

- (一)归国家所有的土地、矿藏等自然资源;
- (二)集体福利设施;
- (三)所有权有争议的财产;
- (四)不能强制执行或处理的财产;
- (五)依法被查封、扣押或采取诉讼保全措施的财产。

第八条 借款方必须对抵押物拥有财产处理权。

以共有财产作抵押物的,要取得共有人的同意证明,并以借款方所有的份额为限。

第三章 抵押贷款合同的签订与履行

第九条 抵押贷款申请经银行审查同意后,即可签订抵押贷款合同。

抵押贷款合同必须由借贷双方的法定代表人或凭法定代表人授权证明的经办人签章,并加盖单位公章。

第十条 抵押贷款合同应具备以下内容:

- (一)抵押贷款的金额、用途、期限、利率及归还本息的办法;
- (二)抵押物的名称、规格、数量、现值、有效使用期及质量完好情况;
- (三)抵押率;
- (四)抵押物的保管方式及保管责任;

(五)违约责任及抵押物的处理方法；

(六)借贷双方商定的其他条款。

第十一条 抵押贷款合同及有关资料,银行认为有必要的,应经公证机关对其真实性与合法性进行公证。

第十二条 在抵押期内,对易受灾害侵害的抵押物,借款方应办理财产保险,并将保险单交银行保管,如发生灾害损失,银行可以从保险赔偿金中收回抵押贷款。”

第十三条 抵押物的公证、保险、鉴定、登记、运输及保管等费用由借款方负担。

第十四条 抵押贷款利率,分别按照相应的流动资金贷款、固定资产贷款、科技开发贷款和其他贷款所规定的利率办理。

第十五条 抵押贷款期限:流动资金贷款最长不超过一年,固定资产贷款一般的为一至三年,最长不超过五年。贷款要按期归还,一般不得展期。

第十六条 抵押物的抵押率,根据物品在抵押期内的折旧、价格变化及处理费用等情况确定,一般不得超过抵押物现值的70%。

第十七条 抵押贷款可贷额的确定以抵押物现值为基数,按双方约定的抵押率计算。

第四章 抵押物的保管

第十八条 动产抵押物属于体积小、价值大的贵金属及有价证券一般由银行保管;因保管支付的费用,由借款人负担。其余的动产、不动产抵押物由银企双方封存,原则上由借款方保管。

第十九条 借款方对由自己保管的抵押物,必须妥善保管,在抵押期内负有维修、保养、保证完好无损的责任,并随时接受银行的检查。

第二十条 银行对自己保管的抵押物,要妥善保管,不准动用,如因银行过错造成抵押物的损坏、丢失,由银行承担责任。

第二十一条 以有价证券作抵押物的,在抵押期内,有价证券到期兑现,由借款方与银行共同负责办理,并偿还贷款。

第二十二条 抵押物在抵押期内,借款方未经银行同意,不得将抵押物拆迁、出租、出售、转让、馈赠或再抵押。

第五章 抵押贷款合同的变更和解除

第二十三条 抵押贷款合同依法需变更或解除的,必须经借贷双方协商同意。协商未达成之前,原抵押贷款合同继续有效。

第二十四条 借款方发生合并、分立时,由变更后的当事人承担或分别承担履行贷款合同的义务和享受应有的权利。

借款人死亡或宣告失踪,其财产合法继承人继续履行借款人签订的抵押贷款合同。

第二十五条 借款方按合同规定归还贷款本息后(含提前还清贷款本息),抵押物返还借款方,抵押贷款合同终止。

第六章 违约责任和抵押物的处理

第二十六条 凡下列情况之一者银行有权处理抵押财产:

- (一)抵押贷款合同期满,借款方无故不偿还贷款本息的;
- (二)借款人死亡而无继承人履行合同的;
- (三)借款方被宣告解散的。

第二十七条 抵押物处理所得款项,依下列顺序和原则分配:

- (一)支付处理费用和与抵押贷款有关的其他费用;
- (二)偿还借款方所欠贷款本息。

第二十八条 处理变卖抵押物其价款不足以偿还贷款本息和费用的,银行有权追索应偿还部分,也有权从借款方帐户中扣收直到还清为止;处理变卖抵押物其价款超出偿还部分,应退还借款方。

第二十九条 借款方违反合同规定挪用贷款,银行有权收回部分或全部贷款,返还相应价值的抵押物,并按银行规定加收罚息。

第三十条 抵押贷款合同发生纠纷时,借贷双方应及时协商解决,协商不成的,任何一方均可向合同管理机关申请调解或仲裁,也可向人民法院起诉。

第七章 附 则

第三十一条 本办法由中国工商银行制订,解释、修改亦同。

第三十二条 各省、自治区、直辖市分行可根据本办法制订实施细则,并报总行备案。

第三十三条 本办法自公布之日起执行,过去本行公布的与本办法相抵触的以本办法为准。

中国人民建设银行贷款抵押管理规定(试行)

第一章 总 则

第一条 为了加强建设银行各类贷款的风险管理,依法办理贷款抵押,依法处置抵押物,维护本行与借款人的正当权益,根据《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国合同法》和国家有关法律、法规,特制定本规定。

第二条 本规定适用于建设银行发放的各类人民币贷款。

第三条 本规定所称贷款抵押是指借款人向本行申请贷款时,借款人或第三人愿以一定的财产作为抵押物并设定抵押权,当借款人不履行或不能履行其债务,按期偿还借款时,银行有权依照法律的规定,以抵押物折价或者以变卖抵押物的价款优先得到偿还。

第四条 本规定所称抵押物是指抵押人(借款人或第三方保证人,下同)为保证按期清偿银行贷款本息(含罚息)和各项费用,向贷款银行(抵押权人)提供的并经贷款银行认可,当抵押人不履行其债务时,贷款银行有权予以处分的财产。

第二章 抵押权的设定

第五条 抵押人对抵押物必须享有所有权或国家授予的经营管理权。对共有财产,抵押人按其所占份额,在取得其他共有人书面同意后方可设定抵押。

第六条 股份制企业、合资合营企业或承包经营企业的抵押行为须经企业董事会或发包人审议批准后方能确立。

第七条 借款人对贷款银行设定抵押权,双方应在签订借款合同时,相应签订抵押协议(见附件),作为借款合同的补充文件。抵押协议的内容应包括:

- (一)抵押人的名称、企业性质;
- (二)以抵押形式所保证的贷款种类、名称、金额、贷款期及借款合同编号;
- (三)抵押物清单。包括抵押物的种类、名称、型号、数量、净值、处所、有效使用期及质量完好情况;
- (四)抵押物的所有权属及使用权属;
- (五)抵押物是否已设有抵押及抵押额,是否租赁等权利负担状况;
- (六)抵押物的占管形式及占管费用的收取;
- (七)抵押率和抵押期限;
- (八)抵押双方的权利、责任;
- (九)抵押人办理抵押财产保险及抵押期间如遇意外损失对保险赔偿处理的约定;
- (十)处分抵押物的约定;
- (十一)其他约定;
- (十二)股份制企业或者合资合营企业董事会、承包经营企业的发包人对财产抵押的审核意见;
- (十三)抵押双方法定代表人签字并加盖本单位行政公章。

第八条 抵押双方当事人必须全面履行抵押协议所规定的权利与义务,任何一方不得擅自变更或解除协议。

第九条 有抵押内容的借款合同和抵押协议,在签订时均应办理公证。

第三章 抵押物及估价

第十条 本行接受以下财产的抵押:

(一)表示财产所有权和债权的各种有价证券。包括:各种记名或不记名债券、银行存款单证等;

(二)依法拥有或取得国家允许转让的土地使用权;

(三)房屋及其他建筑物;

(四)交通运输工具;

(五)机械设备;

(六)法律允许流通、转让的其他财产或权利。

第十一条 上条所列范围抵押财产,贷款银行可以根据其价值、风险、评估的技术条件等因素决定是否接受抵押。

第十二条 地方权力机关有明确规定的,可以按地方规定确定抵押范围。

第十三条 下列财产不能作为抵押物:

(一)法律禁止买卖转让的国有土地所有权、自然资源、文物等;

(二)已经使用的各项福利设施,如职工宿舍(职工住房抵押贷款除外)、医院、食堂、学校、幼儿园等;

(三)所有权和经营管理权有争议的财产,或未履行法定登记手续的财产;

(四)不能强制执行或处理的财产;

(五)依法被查封、扣押或采取诉讼保全措施的财产;

(六)金银及其制品;

(七)租用财产;

(八)国家法律、法规禁止设定抵押的其他财产或权利。

第十四条 本规定第十条中第(二)、(三)、(四)、(五)项规定之抵押物,其使用期应长于贷款期;第(一)项规定的各类记名有价证券和银行存单,在抵押期间不得挂失。

第十五条 贷款银行接受记名债券、存单等可以挂失的有价证券作为抵押物后,应在三日内向有价证券(存单)的签开行发出电报通知,通知其不得对该有价证券(存单)予以挂失。并在收到有价证券(存单)签开行发出的承诺不予挂失的书面回复后方能设定抵押。

贷款银行接受抵押人以土地使用权和房产做抵押时,应向当地土地、房产管理部门办理登记手续,注明其所出具有土地使用证和房产证等文件不得挂失。

第十六条 贷款银行对自愿以抵押方式保证偿还银行贷款的借款单位,应对其法人资格、企业性质、营业执照或建设单位批准文件以及所提供抵押物的财产所有权(或经营权)、财产价值完好程度等项逐一进行严格审查。有权选择易于保管、转让、变卖(兑现)及适销适用、质量完好的财产作为抵押物。

第十七条 已设定的抵押物在抵押价值额内,不得重复抵押。一旦发现抵押人有重复抵押行为的,贷款银行有权要求借款单位作新的等额担保或收回贷款。抵押人在同一抵押物已设定的抵押价值额外再行设定抵押权之前,应书面通知贷款银行。

第十八条 抵押人应在设定抵押前办理抵押物的财产保险,财产的保险期不得短于抵押期。抵押期间,贷款银行为抵押财产保险的第一受益人。抵押物财产保险费用由抵押人支付。

第十九条 抵押物应按以下情况分别做出估价和认定:

(一)各类固定资产的价值,以该抵押物按照国家规定提足折旧后财产帐面净值减去抵押期间应计提的折旧额后确定;

(二)土地使用权按照国家土地管理机关规定的出让土地使用权的价格标准和方法确定;

(三)各类有价证券及存单以该种证券券面金额确定。也可以按设定抵押日本地证券市场平均买入价计算的金额确定。

第二十条 贷款银行应对所有抵押物的价值进行估价和认定。对抵押物的价值不易估计时,可由物价、国有资产管理部門出具估价证明材料,贷款银行据以认定抵押物的估价。

第二十一条 因抵押财产估价而发生的评估费用应由抵押人承担。

第四章 抵押率及抵押期限

第二十二条 抵押率是指贷款本息总额与抵押物价值之比,即:

$$\text{抵押率} = \frac{\text{贷款本息总额}}{\text{抵押物价值}} \times 100\%$$

第二十三条 银行可根据借款单位的资信程度、贷款期限、贷款风险、抵押物折旧率、抵押物的适用性以及价格变动等因素,分别确定不同的抵押率,一般应控制在70%左右。

第二十四条 抵押期限一般应与贷款期限相一致。原贷款经批准展期后,抵押期限也应随之调整,并续办财产保险、公证等手续。

第五章 抵押物的占管及处分

第二十五条 抵押物按下列原则占管:

(一)各类有价证券及存单由贷款银行占管;

(二)以土地使用权作抵押的,其由国家土地管理部门签发的“土地使用证”的正本及其他证明文件应由贷款银行保管;

(三)本规定第十条(三)、(四)、(五)项之抵押财产,除当事人根据具体情况另有约定外均由抵押人占管、使用。可以证明抵押物所有权和经营管理权权属的有关文件原则上由贷款银行占管。抵押物财产保险单由贷款银行保管;

(四)按规定进行抵押财产登记的有关登记证明文件正本由贷款银行保管。

抵押物的占管方式应由抵押双方在抵押协议中予以确定。

第二十六条 抵押人对自己占管的抵押物必须妥善保管。在抵押期内负责其维修、保养,保证抵押物的完好。贷款银行有权随时进行检查和验证。贷款银行发现抵押人对所占管的抵押物保管不当或有减损其价值的行为时,贷款银行有权要求其恢复原状或提供其他等价的财产充当抵押物。抵押人不予执行的,贷款银行可以停止发放新贷款并收回部分贷款直至全部贷款。对抵押人未经抵押权人同意,迁移、出卖、质押、转移其占管的抵押物或重复设定抵押以致影响贷款银行行使抵押权的,一经发现,贷款银行可以实施直接占管或收回贷款,并按挪用贷款的规定予以罚息。

第二十七条 贷款银行对自己占管的抵押物,应专项登记,封存保管,不得随意动用。如因贷款银行过错造成抵押物损坏、遗失的,由贷款银行承担责任并赔偿损失。

第二十八条 贷款银行占管的抵押物及有关文件、凭证,应按照规定银行保管箱业务收费标准向抵押人收取保管费。

第二十九条 抵押人未征得贷款银行的书面同意,不得以出租、出售、转借等形式处分自己所占管的抵押物。

第三十条 抵押物在抵押期间因意外灭失所得财产保险赔偿应交给贷款银行。是否将其偿还贷款或重新选择设定抵押物,按抵押双方协议约定办理。

第三十一条 已作为抵押物的有价证券在抵押期间到期,是否兑付并偿还贷款,由抵押双方协商确定。

第三十二条 以抵押作保证的借款合同期满,借款人未按合同约定偿还全部贷款本息的,贷款银行有权依照国家有关法律、法规处分抵押物。抵押期间,抵押人依法被宣告破产的,贷款银行应当积极申报债权,及时向有关部门提供财产抵押证明文件,确保优先受偿权。

第三十三条 贷款银行处分抵押物(除国家规定不得自行买卖之外)可采取下列形式:

(一)对抵押的各种财产,贷款银行可依照国家及本地区有关规定,移交本地拍卖机构或按法律规定通过其他形式拍卖处理;

(二)按规定经有权机关认可有偿转让给愿意接收抵押物的第三人;

(三)将各类有价证券兑付、贴现或转让;

(四)将抵押物折价抵债;

(五)抵押双方另行约定的处分方式。

第三十四条 贷款银行对依法处分抵押物所得价款,按下列顺序分配:

(一)支付处分抵押物所需费用(含税金);

(二)支付贷款银行占管的抵押物保管费用;

(三)偿还借款人所欠贷款银行全部贷款本息及加、罚息;

(四)支付应由借款人支付贷款银行的其他有关费用;

(五)清偿上述款项后所余金额交还抵押人。

第三十五条 处分抵押物所得金额不足以偿还借款人所欠贷款银行贷款本息及有关费用的,贷款银行仍有权追索债务。

第三十六条 借款人按借款合同规定偿还银行全部款本息后,贷款银行应将自己占管的抵押物及有关文件退还抵押人。

第三十七条 抵押期间,各种抵押物的孳息归财产所有权人或经营管理权人所有,可作为还款来源之一。

第六章 附 则

第三十八条 贷款银行在办理贷款抵押业务中,除按本规定外,对抵押权的设立、抵押物的选择、审核登记、估价与处分,还应按照国家或本地有关土地、房产、国有资产管理等部门的

规定掌握执行。

第三十九条 各行办理人民币担保业务中遇有抵押事宜的,亦应按照本规定办理。

第四十条 本行外汇贷款抵押业务的管理,另行规定。

第四十一条 本规定由建设银行总行负责解释。各省、自治区、直辖市和计划单列市分行可根据规定,结合本地区实际情况制定实施细则,并报总行备案。

第四十二条 本规定自颁布之日起施行。在此之前本行制定的有关文件与本规定有抵触的,以本规定为准。

附一:

抵押协议

(参考文本)

立协议人:

抵押人: 企业性质:

抵押权人:中国人民建设银行 行

为了明确抵押人与抵押权人各自责任、权益和义务,恪守信用,根据《中华人民共和国合同法》等有关法律、法规和《中国人民建设银行贷款抵押管理规定(试行)》,特签定本《抵押协议》,以兹共同遵守。

一、抵押人自愿以“抵押物清单”(附后)所列之财产设定抵押权,担保借款人 与中国人民建设银行 行于 年 月 日签订之借款合同,按期履行债务偿还借款。该贷款种类为 ,金额 万元,用于 。贷款期限为 年 月至 年 月。借款合同编号为 。

二、当借款人不能依合同约定按期偿还借款时,抵押权人有权依照我国法律规定以抵押物折价或者以变卖抵押物的价款优先得到偿还。

三、抵押人对“抵押物清单”中所列财产依照国家法律规定拥有 (所有权或经营管理权)。并在抵押期内将所有抵押财产的产权证书交由抵押权人占管。

四、抵押物在此之前已设有抵押。抵押额为: 万元;抵押期限为: 。

五、经双方协商此项抵押的抵押额为: 万元,抵押率为 % ,抵押期限为 年。随号借款合同变更、解除或终止。抵押人在已设定抵押物的抵押价值额内不得重复抵押。在抵押价值额外再行设定抵押权的,应在再行设定抵押数之前书面通知抵押权人。

六、根据协商,双方占管抵押物采取下列方式:

1. 下列抵押物由抵押人占管、使用:

抵押物名称	型 号	数 量

2. 下列抵押物及有关文件由抵押权人占管：

抵押物名称	型 号	面 值	单 位	数 量

产权证书： ，共 件；

保险单： ，共 张。

保险金额： 万元；

证明文件： ，共 份。

3. 下列抵押物就地封存，不得使用：

抵押物名称	型号	数量

七、抵押人对自己占管的抵押物，在抵押期间负责维修、保养，保证抵押物的完好，并随时接受抵押权人的检查和验证。抵押人未征得抵押权人的书面同意，不得以出租、出售、转借等形式处分自己所占管的抵押物。抵押权人发现抵押人对所占管的抵押物保管不当或有减损其价值的行为时，抵押权人有权要求抵押人恢复原状或提供其他等价的财产充当抵押物。抵押人不予执行的，抵押权人可以停止发放新贷款或收回部分直至全部贷款。

八、抵押权人占管之抵押物，如因抵押权人过错造成抵押物及有关文件损坏、遗失的，由抵押权人承担责任并赔偿损失。

九、抵押权人占管、保管抵押物及有关文件、凭证，按照有关规定由抵押人向抵押权人交纳保管费 元，本协议生效后三十日内结清。

十、本抵押所保证的借款合同期满，借款人未按合同约定偿还全部贷款本息的，或在抵押期间抵押人依法被宣告破产的，抵押权人有权依照国家有关法律、法规采取 方式处分抵押物。处分抵押物所得价款，按下列顺序分配：

- (一) 支付处分抵押物所需费用(含税金)；
- (二) 支付抵押人欠交抵押权人占管抵押物的保管费用；
- (三) 偿还借款人所欠抵押权人全部贷款本息；
- (四) 支付应由借款人支付贷款银行的其他有关费用；

(五)清偿上述款项后所余金额交还抵押人。

处分抵押物所得金额不足以偿还借款人所欠抵押权人贷款本息的,抵押权人仍有权追索债务。

十一、借款人按借款合同规定偿还全部贷款本息后,抵押权人将自己占管的抵押物及有关文件退还抵押人。

十二、抵押人应按照规定办理抵押物的财产保险,保险期不得短于抵押期。保险费用由抵押人支付。抵押期间,抵押权人为抵押财产保险的第一受益人。如遇意外损失,财产保险赔偿首先交由抵押权人处理。

十三、抵押期间,各种抵押物的孳息归财产所有人或经营管理权人所有。

十四、其他约定:

- 1.
- 2.
- 3.

(说明:其他约定中应包括抵押期间财产保险赔偿处理方式和有价证券到期是否兑付等约定)

十五、双方当事人必须全面履行本《抵押协议》所规定的权利与义务,任何一方不得擅自变更或者解除。

十六、本《抵押协议》为 号借款合同的补充文件。一式 份,抵押人与抵押权人各执份。

股份制企业、合资合营企业、承包经营企业董事会或发包人审核意见:

(签字、盖章)年 月 日

抵押人(公章):

抵押权人(公章)

法定代表人(签字):

法定代表人(签字):

年 月 日

年 月 日

抵押物清单

抵押物 名称	规格 型号	单 位	数 量	原值 (万元)	折旧率 (%)	基期 价值 (万元)	抵押 价值 (万元)	产权 证书及 编号	有 效 使用期	质量 状况	设定抵 押状况	处 所	备注

注：基期价值为设定抵押时对抵押物的估价。

抵押人公章：

抵押权人公章：

中国农业银行贷款担保办法

(1993 年 9 月)

第一章 总 则

第一条 为了加强贷款管理,保障信贷资产安全,提高资金使用效益,根据《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国合同法》、《借款合同条例》的有关规定和银行贷款管理的基本制度,特制定本办法。

第二条 本办法所指担保限于抵押和保证方式。

贷款的抵押担保,是指借款人或第三人向农业银行提供一定的财产作为借款人按期偿还贷款的担保,借款人不能按期偿还贷款时,农业银行有权处分抵押财产和优先受偿的借贷方式。

贷款的保证担保,是指第三人向农业银行保证借款人按期偿还贷款,借款人不按期偿还贷款时,由保证人代为履行或承担连带责任的借贷方式。

第三条 本办法适用于农业银行以抵押和保证担保方式发放的各种贷款。

第四条 农业银行发放贷款,原则上适用抵押或保证担保方式。

第五条 担保贷款当事人必须遵守国家法律、法规、信贷政策和银行有关规章制度,遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。

第二章 抵押权的设定

第六条 抵押财产是指抵押人(包括借款人或第三人)提供为保证按期清偿贷款、并经农业银行认可的财产。

抵押财产必须具有合法性、实用性和变现性。

抵押物的有效使用期须长于借款期限。

抵押人对抵押财产必须享有所有权或国家授予的经营管理权。

第七条 下列财产可以设定抵押权：

- (一)房屋和其他建筑物；
- (二)依法可转让的土地使用权；
- (三)机器、设备、交通运输工具；
- (四)可封存的原材料、产品；
- (五)可以兑换的外国货币；
- (六)金银及其制品；
- (七)存单、债券等有价值证券；
- (八)法律允许转让流通的其他财产和依法可转让的权利。

前款财产设定的抵押权，其效力及于抵押物的从物、从权利和孳息。

第八条 土地使用权抵押时，其地上建筑物，其他附着物随之抵押；地上建筑物，其他附着物抵押时，其使用范围内的土地使用权随之抵押。

第九条 下列财产不得设定抵押权：

- (一)法律禁止买卖的自然资源、财产和禁止转让的权利；
- (二)教育、文化、卫生、体育等公共福利设施和水库、农田水利设施；
- (三)所有权、专用权、专有权有争议的财产；
- (四)被依法查封、扣押或采取诉讼保全措施的财产；
- (五)不能强制执行的财产；
- (六)未经海关许可的海关监管物；
- (七)法律规定不得抵押的其他财产；

第十条 以贷款购置固定资产的，可以该固定资产设定抵押权。

依法获准建造的房屋或其他建筑物，可自动工建造之日起设定抵押权，但该项贷款必须用于该建筑物的建造。

抵押人购买依法获准建造的房屋或其他建筑物，签订了购买合同并预付价款的，可自该建筑物动工建造之日起设定与预付款金额价值相当的抵押权。

第十一条 按照法律、法规规定，企业以其财产设定抵押，须经有权部门审查批准的，应当办理报批手续。

第十二条 抵押人以其共同共有财产设定抵押的，必须取得其他共有人的书面同意，但该项贷款用于共同经营的除外；以按份共有财产设定抵押权的，仅限于抵押人所有的份额，并须

事先书面通知其他共有人。

第十三条 抵押人就已出租的财产设定抵押权,应书面告知承租人。抵押人应就保证执行抵押借款合同与承租人达成书面协议,并送交农业银行。

第十四条 就同一财产设定若干抵押时,该财产价值必须大于各项抵押债权之和,抵押人应将设定抵押权的情况及其有关材料书面报送农业银行。

第十五条 抵押人以土地使用权或建筑物设定抵押权时,应向农业银行提交土地使用证,土地出让合同或建筑物转让证。

第十六条 抵押人隐瞒抵押财产存在共有、争议、被查封、被扣押、重复抵押等情况的,抵押人应承担由此产生的法律责任。

第三章 抵押财产估价和抵押率

第十七条 抵押财产现额根据不同种类财产的现行市场价格结合帐面净值及变现情况,由农业银行与抵押人共同估价。对估价有争议的财产可以委托评估机构估价。

国有资产的估价,依照国家有关国有资产管理的规定。

房地产的现值,应由当地房地产交易机构估价。

无形资产的现值,应由有关专业机构估价。

国家债券、金融债券和定期存单按票面金额作价。

第十八条 抵押率指抵押贷款本息之和与抵押财产作价现额之比。

农业银行根据借款人的资信程度、经营情况、抵押财产折旧率、贷款期限、投资风险以及价格波动等因素,分类逐笔确定贷款的抵押率。

第十九条 抵押贷款额度根据抵押率确定。但抵押贷款本息最高不得超过抵押财产作价现额的 90%。

第四章 抵押借款合同

第二十条 抵押贷款申请经农业银行审查同意后,即可签订抵押借款合同。合同适用中国农业银行借款合同制式合同文本。

抵押借款合同必须由当事人各方的法定代表人或者法定代表人授权的经办人签章,并加盖单位公章或合同专用章。

第三人以其财产为借款人贷款设定抵押权的,须出具书面证明。

第二十一条 抵押借款合同应载明下列抵押条款:

(一)抵押财产的名称、规格、数量、净值、处所、有效使用期及完好程度,产权或使用权属状况以及设定抵押状况;

(二)抵押财产的估价与抵押率;

(三)抵押财产的占管方式和保管责任,意外毁损、灭失的风险责任及补救措施;

- (四)保险受益事项;
- (五)抵押财产投保的险种、险别及赔偿方法;
- (六)违约责任及抵押财产处分方式;
- (七)抵押贷款当事人商定的其他条款。

上列各项在借款合同制式文本中未载明的内容,可由借贷双方签订补充条款。抵押借款合同未尽事项,按《借款合同条例》和银行有关贷款规定办理。

第二十二条 抵押贷款中有关抵押财产产权证明文件(原件)、抵押财产清册、抵押财产所有权代表机构或共有人同意抵押的证明文件以及抵押财产登记等文件资料,是抵押借款合同的组成部分。

第二十三条 抵押贷款当事人一方分立或合并后,原抵押借款合同仍然有效。合同的权利、义务由变更后的当事人享有和承担。

第二十四条 抵押担保借款合同及有关资料,农业银行认为有必要的,可向公证机关办理具有强制执行效力的公证。

抵押人以共有财产、出租财产设定抵押的,或以同一财产设定若干抵押的,或以可转让的权利设定抵押的,应当办理公证。

第五章 抵押财产登记

第二十五条 当事人签订抵押担保借款合同,除以金银及其制品、外币和不予挂失的银行存单、有价证券设置抵押权可免于登记外,须在规定的期限内到当地下列机关办理抵押财产登记:

- (一)以房屋和其他建筑物设定抵押权的,在县以上房地产管理机构登记;
- (二)以地面没有建筑物的土地使用权设定抵押权的,在县以上土地管理机构登记;
- (三)以船舶、车辆设定抵押权的,在县以上交通管理机构登记;
- (四)以记名的银行存单、有价证券设定抵押权的,在记名存单单位登记;
- (五)以其他抵押财产设定抵押权的,在县以上政府指定的机构或有权机关登记。

第二十六条 抵押财产登记应凭抵押担保借款合同,登记内容应包括合同的主要事项。

第二十七条 抵押担保借款合同变更或终止,应向原登记机关办理变更或注销登记手续。

第六章 抵押财产的占管

第二十八条 抵押财产按下列原则占管:

- (一)本办法第七条第一至第三项规定的抵押财产,由抵押人占管,但该抵押财产产权证书及其他证明文件的原件应交农业银行保管;
- (二)本办法第七条第五至第七项规定的抵押财产,由农业银行占管;
- (三)本办法第七条第四、八项规定的抵押财产的占管,由双方在抵押合同中约定。

第二十九条 抵押人对自己占管的抵押财产必须妥善保管,在抵押期内负有维修、保养、保证完好无损的责任;并接受农业银行的检查。因抵押人过错造成抵押财产毁损、灭失或受查封的,抵押人应在三十日内恢复抵押财产原状或提供其他等价的抵押财产,抵押财产价值不低于原估价金额。

第三十条 农业银行对自己保管的抵押财产,应妥善保管。如因农业银行过错造成抵押财产的毁损、灭失,由农业银行承担责任。

第三十一条 对易受灾害侵害的抵押财产,农业银行应要求抵押人办理财产保险,保险单交由农业银行保管。在抵押期间,农业银行应为保险赔偿的第一受益人,享有从赔偿金中收回借款人应偿还贷款本息的权利。

第三十二条 以有价证券作抵押的,在抵押期内,有价证券到期兑现,由抵押人与农业银行共同协商处理方案,并保证在抵押期内抵押财产价值不变。

第三十三条 抵押财产依法继承或遗赠,由继承人或受遗赠人继续履行抵押人签订的抵押借款合同,并办理变更登记。

第三十四条 抵押财产出租、出售、赠与、转移,必须经农业银行书面同意,并办理续约手续和变更登记。抵押人擅自处分抵押财产的,其行为无效,农业银行有权提前收回贷款本息,并要求抵押人支付违约金。

第七章 抵押财产的处分

第三十五条 借款人按期偿还贷款本息后,抵押担保借款合同及有关协议即告终止。农业银行应将占管的抵押财产及其产权证书和财产保险单等退还抵押人。

第三十六条 出现下列情形之一的,农业银行有权处分抵押财产:

(一)抵押担保借款合同期满,借款人未按期偿还贷款本息、又未与农业银行签订延期协议的;

(二)借款人死亡而无继承人或受遗赠人的;

(三)借款人的继承人拒绝偿还贷款本息或继承人放弃继承的;

(四)借款人被解散、宣告破产或被依法撤销的。

第三十七条 农业银行处分抵押财产的方式:

(一)公开拍卖、售卖;

(二)转让;

(三)兑现;

(四)接受。

按上款方式不能处分抵押财产的或抵押贷款当事人发生纠纷且不能协商解决的,农业银行可依法向仲裁机构申请仲裁或向人民法院提起诉讼。

第三十八条 农业银行处分抵押财产时,如抵押财产属海关监管物,须先同海关协商,办结海关手续。

第三十九条 处分土地上的房屋及其他建筑物,其土地使用权的转移按有关法律规定执

行。

第四十条 抵押财产的拍卖由拍卖机构或省、市(地)、县政府指定的机构承担或申请县级以上政府组成临时机构拍卖。

第四十一条 农业银行申请拍卖,应向拍卖机构提交拍卖申请书及有关证明文件。

拍卖机构受理后,如借款人已具有偿还贷款本息的能力,农业银行或抵押人可申请中止拍卖。

第四十二条 抵押财产拍卖所得价款按下列顺序处分:

- (一)支付处分抵押财产的费用;
- (二)扣缴抵押财产应纳税款;
- (三)偿还借款人所欠贷款本息及罚息;
- (四)剩余金额交还抵押人。

第四十三条 就同一财产设定若干抵押权的,其清偿顺序按设定抵押的先后确定。

第四十四条 处分抵押财产的价款不足清偿贷款本息和加息的,农业银行有权另行追偿。

第四十五条 抵押人因处分抵押财产出现关停、倒闭或破产时,农业银行不承担有关生产人员安置等责任。

第八章 保证担保

第四十六条 贷款采取保证担保方式的,保证人应当是具有代偿能力的公民、企业法人以及其他经济组织。国家机关不能担任保证人。

第四十七条 借款人申请保证担保贷款,应将具有法人资格的保证人的营业执照副本、有关证明保证人偿债能力的资料及资产负债材料送农业银行审查。对上款提供的有关证明偿债能力的资料及资产负债材料,农业银行认为必要时,应经有权机关或注册会计师对其真实性进行鉴证。

第四十八条 保证担保贷款申请经审查同意后,由农业银行、借款人和保证人三方签订保证担保借款合同。合同适用中国农业银行借款合同制式文本。合同中应具有以下有关保证内容的条款:

- (一)保证人的名称、地址、开户银行及帐号;
- (二)保证人资信状况;
- (三)保证金额及保证期限;
- (四)代借款人履行偿还贷款本息的方式;
- (五)代借款人承担加息等违约责任;
- (六)其他保证条款。

保证担保借款合同须经三方当事人的法定代表人或者凭法定代表人授权证明的经办人签章,并各加盖公章或合同专用章。

第四十九条 保证人也可另行向农业银行提交保证书。保证书应具备前条所列的保证条款。

第五十条 保证人为二个以上的,相互之间负连带保证责任,保证人之间约定按份承担保证责任的除外。

第五十一条 在保证担保借款合同履行期间,如发生贷款金额、期限等主要事项变更,须经保证人书面认可。

第五十二条 贷款到期后,借款人不履行或不能完全履行偿还贷款本息义务时,保证人应代为履行并承担连带责任。

第五十三条 如被保证的借款合同被确认无效,借款人应当返回贷款的,保证人仍应承担连带责任。

第五十四条 保证人不履行保证条款时,农业银行可依照约定从其帐户中直接扣收贷款本息及加息,或以借款人、保证人为共同被告向人民法院起诉。

第九章 附 则

第五十五条 按本办法办理抵押和保证担保贷款所需的公证、鉴证、登记、保险、估价、仓储保管、运输等费用,由借款人负担。

第五十六条 本办法由农业银行总行负责解释。各省、市、自治区、计划单列市分行,可根据本办法制定实施细则,并报总行备案。信用社发放担保贷款可比照本办法办理。

第五十七条 本办法自公布之日起执行,《中国农业银行抵押、担保贷款暂行办法》同时废止。其他办法有关规定与本办法相抵触的,以本办法为准。



法规辑录

国家国有资产管理局关于国有企业 办理抵押贷款若干问题的批复

(1994年3月16日)

(一)商业银行和其他金融机构开办抵押贷款业务,企业以其依法支配的各项财产设定抵押权作为还款担保取得贷款,是市场经济条件下的通行作法。随着我国金融体制改革的深化和现代企业制度的确立,抵押贷款将得到更普遍的采用。

(二)国有企业用所有者权益和负债形成的实际资产属于企业法人财产,企业有权独立支配并由其承担民事责任。国有企业可以自主提供其依法占用的各项资产作为抵押物取得贷款(国家另有具体规定的除外)。

(三)贷款抵押并不改变抵押物的产权归属,只是预示在不能正常还债时将要发生产权转移。国有企业的资产能否保全,不在于贷款时是否设定抵押,而在于企业能否有效地运用借入资金开展生产经营或投资活动并取得经济效益,以保证按时还款。

在正常的市场经济条件下,如果企业不能清偿到期债务,势将面临破产清算,抵押权人将强制处分抵押物,从而导致企业资产遭受损失;此时,设定抵押与否只影响债权人受偿的优先顺序,并不改变国家作为所有者最终必须承担损失的后果。有财产抵押担保的债权享有单独处分抵押物以优先受偿的权利,无财产抵押担保的债权须待清偿抵押贷款、欠发职工工资和欠交税款之后按比例受偿。对于无论抵押贷款还是非抵押信用贷款,企业均须以全部法人财产承担偿债责任。国家作为所有者只能在企业偿付债务包括全部贷款之后参与分配剩余财产。

因此,企业在决定向金融机构借款时,首要的是必须认真分析资金使用的预计效果,慎重决策,切实保证按时还本付息,避免财产遭受损失;从根本上说,抵押与否并无实质性区别。

(四)企业以财产作抵押向金融机构借款属于法人财产权范围内的自主行为,国有资产管理部門不应越权干预,也无法逐一审查具体融资决策的正误得失,更不能承担任何连带责任。因此,一般情况下国有资产管理部門无须对国有企业以其法人财产设定抵押权进行审批和签署意见(其他部門另有规定的,由該部門办理审批)。国有企业与贷款方签订有效的抵押借款合同后,如企业不能按时偿还贷款本息,债权人(抵押权人)即依法取得处分抵押财产的权利。处分国有企业贷款抵押物时,须依照国家有关规定进行资产评估,确定底价。

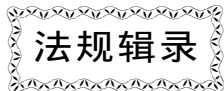
(五)与国家安全、国计民生有重大关系的国有企业,经政府有关部门作出具体规定,不得自行抵押其重要资产。为使这类企业正常运转,可以考虑采用下列方式之一保证企业的资金来源:

1. 国有国营,国家或国家指定的机构承担连带责任。
2. 国家足额投入(包括追加投入)资金。
3. 企业对外借款由国库或国家指定的机构担保。
4. 企业以财产抵押借款由有关部门办理审批手续,出现不能按时偿债情况时,由批准部門解决还款问题或准许抵押权人处分抵押财产。
5. 将企业财产划分可自主决定抵押和须经批准抵押两个部分,分别处理。

(六)国有企业以财产抵押借款时,有关抵押合同、抵押物、抵押作价、抵押率、抵押登记、抵押物的占管及处分等事项,应按照即将颁发的《抵押贷款管理条例》执行;该条例公布前,暂按照相关的各项现行规定或当事各方的约定执行。

(七)国有企业应当建立资产经营责任制,承担保值增值责任。国有资产管理部門应当加强对于国有企业资产经营状况和保值增值状况的监督、检查、考核。对于融资决策不当、资金运用效果低下、不能偿还贷款包括抵押贷款、造成资产损失的责任人员,要会同有关部门追究其责任。

以上各条已征询中国工商银行、中国农业银行、中国人民建设银行、中国银行等专业银行的意见并得到肯定的答复。



抵押贷款合同公证程序细则

(1992 年 11 月)

第一条 为规范抵押贷款合同公证,保证办证质量,根据《中华人民共和国公证暂行条例》、《借款合同条例》、《公证程序规则(试行)》及有关规定,制订本细则。

第二条 抵押贷款合同公证是公证机关依法证明当事人签订的抵押贷款合同的真实性、合法性的活动。

第三条 本细则适用于银行或其他金融机构与以自己所有或经营管理的财产提供抵押担保的借款人之间签订的抵押贷款合同公证。

第四条 抵押贷款合同公证由当事人住所地或合同签订地的公证处管辖。

抵押物为不动产的,也可以由不动产所在地的公证处管辖。

第五条 申请人应填写公证申请表,并向公证处提交下列材料:

一、法人资格证明和法定代表人身份证明及本人身份证件,代为申请的应提交授权委托书和本人身份证件;

二、贷款方的《经营金融业务许可证》;

三、抵押贷款合同草本及其附件;

四、抵押财产清单、抵押财产所有权或经营管理权证明;

五、抵押财产为土地使用权的,提交土地使用权证明;

六、抵押财产为共有的,提交其他共有人同意抵押的证明;

七、法律、法规或规章规定该项抵押需经有关主管部门批准的,提交有关主管部门的批准文件;

八、公证员认为应当提交的其他材料。

第六条 抵押贷款合同应具备下列条款:

一、借款人、贷款人的名称、地址、法定代表人或代理人的姓名、借款人的开户银行及帐号、合同签订日期、地点、合同生效日期;

二、贷款用途;

三、贷款的币种、金额、期限和利率;

四、贷款的支付及偿还本息的时间、方法;

五、抵押财产的名称、数量、质量、规格、处所、使用权属及使用期限;

六、抵押财产现值;

七、抵押财产及其产权证书的占管方式、占管责任、毁损和灭失的风险负担和救济方法;

八、抵押财产投保的险种、期限;

九、抵押财产的处理方式和期限；

十、违约责任及争议解决方法；

十一、借贷双方商定的其他条款；

双方当事人可以在合同中约定,借款人违约时,贷款人可以申请公证机关出具强制执行证书,向人民法院申请强制执行借款人的抵押财产。

第七条 符合下列条件的申请,公证处应予受理,并书面通知当事人:

一、申请人为该抵押贷款合同的借款人和贷款人;

二、申请公证事项符合本细则第三条规定的范围;

三、申请公证事项属于本公证处管辖;

四、本细则第五条规定的材料基本齐全。

不符合前款规定条件的申请,公证处应作出不予受理的决定,通知当事人,并告知对不予受理不服的复议程序。

受理或不受理的决定,应在本细则第五条所列材料基本齐全后的七日内作出。

第八条 公证员接待申请人,应按《公证程序规则(试行)》第二十四条的规定认真制作谈话笔录,重点记录下列内容:

一、合同签订的有关情况;

二、抵押财产的现值及归属、使用情况;

三、各方对合同中规定的权利、义务及后果是否明确,有无修改、补充意见;

四、公证员对合同的修改、补充建议及当事人对该建议的意见;

五、公证费的负担及支付方式;

六、公证员认为应当询问的其他情况。

第九条 办理抵押贷款合同公证,公证员应按《公证程序规则(试行)》第二十三条的规定进行审查,重点审查下列内容:

一、本细则第五条所列材料是否齐全、属实;

二、合同条款是否完善、合法、文字表述是否清楚、准确;

三、贷款人是否具有发放本次贷款的权利;

四、贷款的用途是否符合规定;

五、借款人对抵押财产是否有所有权或经营管理权;

六、抵押财产是否为法律所允许抵押。

下列财产不得抵押:

1. 法律、法规或规章禁止买卖或转让的财产;

2. 所有权有争议的财产;

3. 被依法查封、扣押或采取诉讼保全措施的财产;

4. 应履行法定登记手续而未登记的财产;

5. 无法强制执行的财产;

6. 法律、法规或规章禁止抵押的其他财产。

七、抵押率是否符合有关规定;

八、抵押财产是否有重复抵押,已设定抵押的,抵押财产的余值能否承担本次贷款的抵押责任;

九、抵押财产为共有的,其他共有人是否同意;

十、法律、法规或规章规定该项抵押需经有关主管部门批准的,是否已获批准;

十一、合同中有强制执行约定的,当事人对该项约定的法律后果是否明确,意思表示是否真实。

第十条 公证员认为必要时,可以对抵押财产进行勘验、清点、评估。

第十一条 符合下列条件的抵押贷款合同,公证处应按《公证程序规则(试行)》规定的程序和期限出具公证书:

一、贷款人、借款人符合贷款、借款的条件;

二、当事人的意思表示真实;

三、合同内容真实、合法。

合同中有强制执行约定的,公证处应赋予该公证书以强制执行的效力。

第十二条 不符合前条第一款规定条件的,公证处应当拒绝公证。拒绝公证的,公证处应在办证期限内将拒绝的理由书面通知当事人,并告之对拒绝不服的复议程序。

第十三条 公证处应设立抵押登记簿。对已办公证的抵押贷款合同,公证处应对抵押财产的名称、数量、现值、处所、所有人或经营管理人、权益的有效期限等内容进行专项登记。

抵押登记可按规定查询。

第十四条 以第三人所有或经营管理的财产提供抵押担保的抵押贷款合同公证,参照本细则办理。

第十五条 本细则由司法部负责解释。

第十六条 本细则自下发之日起实施。

案例剖析

贷款担保合同中担保方使用他人帐号担保, 银行划扣该帐号存款案

【案情介绍】

1990年5月19日,A厂向B行申请50万元商品流转资金贷款,期限一年,担保方C,由借款方、贷款方、担保方三方法人代表分别在借款合同及担保书上签字、盖章。

1991年5月19日,贷款到期,B行要求A厂还款,A厂表示无力偿还,B行多次找到担保单位,要求履行担保义务,并坚持要从担保方C提供的帐户中扣款(当时该帐户中有足额存款)。在这期间,C方多次派人与B行协商,请求暂缓还款。考虑到C方的实际困难,经B行、A厂、C方三方负责人当面协商,B行同意继续用其户名和帐号担保,重办借贷及担保手续,延期

还款一年。1991年7月6日,A厂和C方拿着重新签好的借款合同和担保书来B行办手续,B行经审查于次日签字、盖章,同意续保。

1992年5月19日,贷款再次到期后,A厂尚欠B行贷款本息25万多元,B行多次找到C方、A厂及有关主管单位,要求还款无效,于是1994年10月29日,B行依约从C方提供的帐户中扣回A厂所欠B行贷款本息25万元。

1995年7月20日,一个自称B行所扣之款是自己单位的D方向法院状告B行,声称D单位是经国家批准、独立核算的事业法人,D方从未给A厂做过担保,C方盗用帐号作担保是无效的。B行仅凭原告的一个帐号,就擅自冻结、划扣原告的存款是严重的侵犯客户权益的违法行为,要求人民法院判令B行归还原告存款24.6万元,赔偿上述款项的银行利息3960元,诉讼费用由被告承担。B行答辩,B行从未与D方(原告)打过交道,扣款所用的帐号和户名是C、D方主管单位的(附,帐户预留的签章),而与D方无关。D方无理由告B行侵权,干扰了我们正常的依法收贷工作,恳请人民法院驳回原告的诉讼请求,并赔偿B行因此所受到的损失。

两个月后,法院以诉讼主体不合格裁定D,不予受理。

事后不久,D方主管单位E方以原告身份再次以同种案由起诉。法院受理后,将D方列为诉讼第三人。E方起诉状称,利用E方的帐号为A厂进行担保,E方对此一无所知,完全是C方及C方法定代表人个人所为。作为金融部门,理应认真保管好客户资金,未经客户许可,不得擅自冻结,更不得擅自扣划、动用。尤其当原告向被告指出贷款担保书上公章,私章与帐号明显不符,并一直声明没有担保时,B行应进一步对保核实,确认担保单位。被告不去找真正的债务人——A厂,而扣划了原告存款,是严重的违法行为,要求立即归还原告存款25万元。

D方则认为对本案诉讼标的自己有全部独立请求权。D方既不同意E方的诉讼请求,也不同意B行的主张。认为两者的主张都侵犯了自己的权益,因为无论原告胜诉,还是被告胜诉,都使自身的利益受到损害。

B行答辩的主要内容是,

- (1)本案贷款担保人是A厂自找的,担保人C方自愿为担保,有申请书一份。
- (2)担保方所用的帐户是担保方提供的,原告要告也应该告担保方,与银行无关。
- (3)被告B行对此笔贷款的审核是认真的,扣款也是依约而为,不存在侵权问题。

【案情分析】

法院审理认为:A厂在向B行申请贷款时,担保人C方的法定代表人同时也是D方(当时尚在筹建中)的负责人,C方用D方的帐号作担保,并没有经其双方共同主管单位同意,担保所用的公章是C的,应认定是C方担保,要履行担保义务的是C方,而不是D方,B行对此笔贷款的担保负有审核不严的责任,应归还所扣款项25万元,B行应继续向C方追偿担保的连带责任。

据查明,此笔款项是由D方工作人员向社会募捐得来,D方经注册对外具有独立法人资格,E方作为D方的主管单位,对这笔资金有独立支配权。

案例剖析

借款合同双方变更借款合同后未通知担保方， 担保方不再承担担保责任案

【案情介绍】

1994年1月4日，某市某综合商场(下称综合商场)与该市信托投资公司(下称投资公司)签订了一份周转性借款合同。合同规定：由投资公司贷给商场500000元，期限3个月，于1994年4月5日还贷，利率为7.6‰，该合同综合商场由本市某实业开发(集团)公司(下称开发公司)担保。合同签订后，投资公司于1月5日付给综合商场500000元。综合商场将该款汇至某市某工贸公司(下称工贸公司)购买聚丙烯。后因综合商场与工贸公司发生纠纷，致其向投资公司的贷款无力偿还。同年4月3日，综合商场仅偿还贷款50000元及利息11400元，尚欠本金450000元，综合商场向投资公司要求在1994年5月5日归还，得到投资公司许可，双方签订了延期归还贷款的协议。至5月5日，综合商场仍无力归还，但其再次要求延期未得到投资公司的同意。之后投资公司多次催讨无着，遂于8月20日向法院起诉，要求综合商场归还本金450000元，利息及逾期罚息共17784元，并要求开发公司承担连带责任。

【案情分析】

法院认为：综合商场与投资公司的借款合同与延期还款协议均合法有效。综合商场逾期不还应承担违约责任。开发公司在借款合同中为约定商场担保，从而与投资公司成立了保证合同关系，但投资公司与综合商场自行协商后签订了延期还款协议，该协议是对原合同的变更，开发公司未在变更协议中继续为综合商场担保，故协议内容超出了开发公司的担保范围，开发公司不应再承担保证责任。据此，法院最后作出判决：

(1)综合商场应归还投资公司贷款450000元及利息28044元，共计478044元，于判决生效后10日内付清。

(2)驳回投资公司要求开发公司承担连带责任的诉讼请求。

一审法院判决后，投资公司不服，上诉二审法院。

二审法院经审理后判决，驳回上诉，维持一审法院的判决。

案例剖析

以土地使用权抵押贷款案

【案情介绍】

1992年5月,某钢厂向银行申请流动资金贷款300万元,用于引进外国的先进技术设备。银行对这么大的贷款项目非常慎重,积极参与企业的项目可行性研究,市场预测,以及和外商的洽谈。最后银行认为这个技术可以引进,很有前途,大约两年即可收回投资。这样银行同意了贷款。

在签订借款合同之前,银行提出钢厂要有足够的抵押物。钢厂当时提供了几种抵押物供银行选择:(1)300万元的国库券;(2)价值300万元的房产;(3)价值300万元的股票和企业债券;(4)钢厂准备盖居民区的一块土地;(5)无形资产;(6)钢厂价值300万元的汽车(包括货车、客车、小轿车、吊车、叉车等任意选择)。

银行对上述的抵押物进行了仔细的权衡,最后选中了钢厂的那块土地。银行认为地产很有把握,风险小,另外地产当时正在升值,市场上炒地产炒得很热,这块地位置不错,肯定会增值,如果钢厂不能如期还贷,银行可以将此地买下,然后转手卖掉赚钱,买下后建成商业区、娱乐城,也可以获得很大收益。所以银行和钢厂签订了借款合同,又办理了抵押土地的手续。其中规定该地由钢厂占有,不得转让开发。但是银行和钢厂都没有对这块地的价值作出拟定。

此后,钢厂获得了贷款,开始着手进行技术引进工作。在抵押的近2年时间里,钢厂把用于抵押的土地修建成存车棚,为职工存车。当时银行没有提出任何异议。

钢厂在新的技术设备安装调试后,准备试产时发现,必须要用进口矿石才能适应这套设备,而进口矿石难度很大,数量很少,价格昂贵,无形中增大了成本,即使销售出去,利润也微薄,两年还贷的计划落空了。

银行在看到企业技术引进失败后,知道收贷无望,随即准备拍卖抵押的土地,用价款抵债。

钢厂这时提出土地是国家的,任何人不得买卖。钢厂本来无权将其抵押,现在收回。银行坚持不同意,并提出不仅要把土地折换成300万元人民币,而且两年内钢厂在这块地上的收益银行要收回。双方争执不下,诉到法院。

【案情分析】

法院在调查研究的基础上,进行了判决。判决如下:

- (1)借款合同和抵押合同均有效;
- (2)土地使用权作价1200万元,转让给银行,银行将其中扣除应收回的贷款本金及利息的余额还给钢厂;
- (3)钢厂在抵押期间对土地的使用属自己的民事权利,银行无权要求获得其收益,对于银行该项请求,法院不予支持;
- (4)案件受理费由钢厂承担。

第三章 合同的担保

一、购销合同中的担保

购销合同是指法人之间为转让物品而明确双方权利义务关系的协议。支付物品、取得价款的一方为供方;接受物品、支付价款的一方为需方。

购销合同是我国《经济合同法》所列十种合同中的第一种。它包括的合同种类较多。根据目前的立法实践,购销合同所包括的合同可按两种方法进行分类。按购销活动的方式分类,购销合同可分为供应、采购、预购、购销结合以及协作、调剂等合同;按合同标的性质分类,购销合同又可以分为工矿产品购销合同和农副产品购销合同两大类,购销合同的担保主要在预购合同中使用,大多采用预付款或定金的担保方式。

预购合同,是指当事人双方协商签订的预先购买的供货合同。按照合同规定,需方在供方未投产前,先给供方一定数额的预付款,供方应按合同规定进行生产,然后按规定的数量、质量、规格等交售给需方。需方必须接受此项产品,并付清价款。预付款退还需方或抵作价款。

在我国,农副产品购销合同中使用预购合同比较多。这种预购合同是指商业部门按照国家收购计划,在农副产品播种或收获前,同农业经济组织、承包经营专业户等之间达成的预购农副产品、明确相互权利义务关系的协议。一般情况下,在订立合同时,由预购方支付约定的定金或其他等价物,供方在产品收获后交售产品。

二、加工承揽合同中的担保

加工承揽合同依据不同的具体合同内容,采取留置权、定金的担保方式。其具体内容如下:

1. 在一般条款中,规定了定金和预付款的担保内容

(1)根据国家有关规定,定作方可向承揽方交付定金。定金数额由双方协商确定。定作方不履行合同,无权请求返还定金。承揽方不履行合同的,应当双倍返还定金。

(2)根据国家有关规定,经当事人双方约定,定作方可向承揽方给付预付款。承揽方不履行合同的,除承担违约责任外,必须如数返还预付款。定作方不履行合同的,可以把预付款抵作违约金和赔偿金;有余额的,可以请求返还。

2. 在违约责任条款中,规定了承揽方和定作方违约时除支付违约金外还可以采取留置权的担保方式

(1)承揽方逾期交付定作物,应当按照合同规定,向定作方偿付违约金;合同中如无具体规定的,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,每逾期1天,按逾期交付部分的酬金总额的1‰偿付违约金。

(2) 承揽方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 10%~30% 或酬金总额 20%~60% 的违约金。

(3) 定作方中途废止合同,如果属于由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,应偿付承揽方以未履行部分酬金总额的 20%~60% 的违约金。

(4) 定作方超过合同规定期限领取定作物的,除按规定偿付违约金外,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,退还给定作方;变卖定作物所得少于报酬、保管、保养费时,定作方还应补偿不足部分;如定作物不能变卖,应当赔偿承揽方的损失。

(5) 定作方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 1 天,按酬金总额的 1‰ 偿付违约金。

三、涉外经济合同中的担保

(一) 什么是涉外担保

涉外担保,是指在涉外经济合同中,为了权利的实现,由义务方或第三方为权利方提供保函或其他保证事项的行为。

根据各国的法律,涉外担保具有如下一些基本特征:

- (1) 在涉外经济合同中,通常均要求加列担保;
- (2) 在涉外经济合同中,是否必须加列担保,取决于所适用的法律是否对此有硬性的规定;
- (3) 涉外经济合同所适用的法律未作硬性规定的,则担保与否完全决定于涉外经济合同当事方的意愿;

(4) 涉外经济合同是涉外担保存在的前提和基础。涉外担保随着涉外经济合同的签订,变更和消灭而存在与变化;

(5) 涉外担保的目的是保证涉外经济合同的正常履行,倘若义务方未能正常履行涉外经济合同,则涉外担保的保证方须代为履行。

涉外信用担保,是涉外担保的形式之一,即在涉外经济合同中,由当事人以外的第三方(保证人)向权利方保证履行合同义务的做法。

涉外信用担保主要包括保函和备用信用证。

(二) 保函

保函,即按照涉外担保申请人的要求,由涉外担保保证人向受益人签发的书面担保文件。

1. 保函的基本当事人

- (1) 申请人,即向保证人申请开立保函的当事人。
- (2) 保证人,即开出保函的当事人。

(3)受益人,即根据保函有权向保证人索取权益的当事人。

2. 保函的基本内容

保函应做到规范、严密且符合法律的程序,为此,保函须包括这样一些条款:

(1)担保函件序号,即保函的编号。

(2)申请人,保证人和受益人的完整名称。

(3)申请人,保证人和受益人的永久性地址。

(4)申请人和受益人的开户银行。

(5)有关贸易合同、协议、标书的编号和日期。

(6)有关贸易合同、协议、标书的货物名称、规格、数量或工程项目的名称。

(7)保函金额,即保证人所承担的债务。

(8)责任条款,即申请人、保证人和受益人各自的权利和义务。申请人的义务:①当保证人依保函条款履行义务后,申请人须立即偿付保证人所付款项。②承担保函项下的一切费用和利息。③在保证人的要求下,预付部分或全部押金。

保证人的权利和义务:①只要接受了开具保函的申请书,便必须依申请书的请求开立保函。②保函一经开出,保证人就义务按照保函条款,对受益人承担债务。③保证人在申请人不能立即偿还保证人已付之款时,可以处置押金,抵押品或担保品。若处置后仍不足抵偿,保证人可向申请人追索不足的部分。

受益人的权利:受益人有权按照保函的约定,向保证人提交索款声明,取得保函规定的补偿。

(9)索偿方式,受益人可以用信件可电报的方式向保证人索偿。

(10)索偿期限。

(11)索偿渠道。

(12)索偿时提交的单据或证明,如索赔通知书、发票、装运单据等。

(13)保函的货币选择。

(14)保函的生效期。

(15)保函的失效期。

3. 保函的种类

(1)投标保函

投标保函,即保证人开具的以投标人为申请人,招标人为受益人,以中标后签约为目的的保证文件。

(2)履约保函

履约保函,即保证人开立的以中标人为申请人,招标人为受益人,以合同履行为目的的保证文件。

(3)预付款退款保函

预付款退款保函,即以中标人为申请人,招标人为受益人,由保证人开出的以按期取得预付款的退偿为目的的保证文件。

(4)延期付款保函

延期付款保函,是由保证人开立的、以进口方为申请人、出口方为受益人、以出口设备的款项按商务合同约定得以偿付为目的的保证文件。

(5)租赁保函

租赁保函,是指保证方开具的,以承租人为申请人、出租人为受益人,以按时给付租金为目的的保证文件。

(6)补偿贸易保函

补偿贸易保函,即保证人在进口设备方的要求下,以设备供给方为受益人、以进口设备方如期给付产品或偿付设备款为目的的保证文件。

(7)来料加工及来件装配保函

来料加工及来件装配保函,指保证人开具的,以进料或进件方为申请人,供料或供件方为受益人、以进料或进件方按来料加工或来件装配合同的约定交付成品或以现汇偿付料款、件款为目的的保证文件。

(8)分包保函

分包保函,即保证人开具的,以二包或分包为申请人,头包或总包为受益人,以二包或分包履行合同义务为目的的保证文件。

(9)留置金保函

留置金保函,即保证人开出的,以卖方为申请人、买方为受益人,以退还买方预付的留置金为目的的保证文件。

(10)质量保函

质量保函,是保证人开立的,以卖方为申请人、买方为受益人,以卖方按涉外经济合同规定品质交货为目的的保证文件。

(11)维修保函

维修保函,是保证人开具的,以承包人为申请方,以工程业主为受益方、以按合同质量标准交付工程为目的的保证文件。

(12)借款保函

借款保函,即保证人开立的,以国内借款方为申请人,以国外贷款方为受益人,以按合同条款偿还本息为目的的保证文件。

(13)关税保付保函

关税保付保函,即保证人出具的,以赴国外施工或举办展览的单位为申请人,外国海关为受益人,以撤离施工机械或展品、或补交税金为目的的保证文件。

(14)付款保函

付款保函,即保证人出具的,以进口方为申请人、以出口方为受益人、以进口方收到货物或技术资料后按合同规定支付价款为目的的保证文件。

(15)帐户透支保函

帐户透支保函,是保证人出具的,以在国外开立透支帐户的施工单位为申请人,外国的开户行为受益人,以按合同约定及时补足透支金额为目的的保证文件。

(三)备用信用证

按国际商会第 500 号出版物的解释,备用信用证意指一项约定,不论其如何命名或描述,系指一家银行(开证行)应客户(申请人)的要求和指示或以其自身的名义,在与信用证条款相符的条件下,凭规定的单据:

- (1)向第三者(受益人)或其指定人付款,或承兑并支付受益人出具的汇票;或
- (2)授权另一家银行付款,或承兑并支付该汇票;或
- (3)授权另一家银行议付。

备用信用证产生于美国,原因是美国政府不允许担保公司以外的商业银行承揽担保业务,美国的商业银行在此背景下,采取变通方式,以备用信用证替代保函。

美国联邦储备银行对备用信用证的定义是:

“任何信用证或类似的协议,不论其如何命名或怎样叙述,只要开证时对受益人承担如下义务即为备用信用证:

- (1)偿还开证申请人的借款或预收款;或
- (2)支付由开证申请人所承担的负债;或
- (3)赔偿因开证申请人在履行合同中的违约。”

1. 备用信用证的基本当事人

(1)开证人:即开证申请人,是指向开证银行申请开立备用信用证的人。

(2)开证行:是指接受开证人的委托,开具备用信用证的银行。开证行承担按信用证条款保证付款的责任。

(3)受益人:是指备用信用证上指明有权使用该证的人。

2. 备用信用证的基本内容

(1)备用信用证的类型:备用信用证可以是可撤销的,或不可撤销的。因此备用信用证应该明确注明是可撤销的还是不可撤销的。以国际商会第 500 号出版物第 6 条的解释,倘若备用信用证没有注明,则应视为是不可撤销的。

(2)备用信用证的号码

(3)备用信用证的开证日期

(4)开证申请人

(5)受益人

(6)备用信用证的金额

(7)备用信用证的有效期限

(8)汇票的出票人:即受益人

(9)汇票期限

(10)出票日期

(11)开证行负责条款:每个备用信用证均须加列此条款,表示开证行对付款责任的书面承诺。

(12)开证行名称及签字

(13)适用跟单信用证统一惯例的声明:即在备用信用证的最后署明这样的文字:本证根据国际商会 1993 年修订之第 500 号小册跟单信用证统一惯例办理(This credit is subject to the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits 1993 Revision International Chamber of Commerce Publication No 500)。

(四)涉外信用担保的业务程序

1. 填制《开具保函申请书》

申请人向保证人申请开立保函时,须首先填制保证人已经印就的《开具保函申请书》。

《开具保函申请书》通常包含这样一些内容:

(1)申请人的基本情况。申请人的基本情况包括名称、地址、电话、生产经营情况及财务状况等。

(2)保函条款。保函条款,包括保函的全部详情及细节:受益人名称、地址、保函条款、责任条款、索偿办法、保函有效期等。

(3)申请人责任与义务。申请人责任与义务,包括在受益人按保函规定索偿时一定付款、付款的方法、提供哪种抵押或担保、以及支付保证人和国外银行的一切费用等。

(4)保证人的免责条款。保证人的免责条款,包括申请人承认保证人只处理单据或声明,对其所涉及的货物并不负责。处理单据或证明时,对其真伪及邮递过程之遗失延误,均不负责等。

《开具保函申请书》样例:

开具保函申请书		编号
申请人 (盖章) 日期: 法人代表签字:		受益人名称: 地址 电传:
保函种类:		保函金额 币种 大写金额:
索偿条件:		
☐ 根据 偿付 ☐ 无条件偿付		
保函开立方式 ☐ 信开 ☐ 电开		保函有效期 自一九 年 月 日 至一九 年 月 日止

××担保行:

我公司于××年×月×日在××与××国××××公司签订一份商务合同(合同号:×××)。根据该合同第××条规定,我公司须向对方提供一份担保函,鉴此,特请你行出具保函,由

我公司承担由此产生的(但不限于)责任和义务,并同意以下条款:

1. 在保函有效期内,如受益人按上述合同规定要求你行履行保函义务对外偿付时,你行无需事先征求我公司同意即可对受益人付款。
2. 你行对外偿付后,可即从我公司在你行的保证金帐户或存款帐户上扣回,或者通知我公司,我公司接到通知后立即归还你行的垫款。
3. 如我公司因故未能及时归还上述款项,你行可作为一年短期外汇贷款处理,按规定计收自你行付款日起至我公司归还该款项止的外汇利息及有关费用。如超过半年,愿按逾期加付罚息 50%。
4. 你行只处理单据或证明,对其所涉及的商务问题不负任何责任。你行在处理单据或证明时,对其真伪及邮递过程之遗失延误,也不负任何责任。

申请单位经办人:

电话:

附件:

- ☐ 项目的有关批准文件
- ☐ 营业执照(复印件)
- ☐ 商务合同(副本)
- ☐ 有关单位反担保文件
- ☐ 受益人提出的保函格式

担保行 审查意见	经办人意见: 年 月 日	负责人意见: 年 月 日
-------------	-----------------	-----------------

2. 提供反担保

按我国涉外担保机构的通常做法,担保人在出具保函前,均要求申请人提供必要的反担保。其具体操作有下面两种选择:

(1) 抵押反担保。所谓抵押反担保,是指申请人以其财产向担保人抵押作为反担保的措施。

申请人可以抵押的财产包括:①外汇;②人民币;③有价证券;④房产;⑤企业的一般固定资产;⑥企业的商品。

采取抵押反担保的方式,抵押人须与担保人签订《抵押协议书》,并送交公证机构予以公证。

按照《抵押协议书》的规定,如果担保人对受益人赔付后,申请人不能及时补偿,则担保人可向法院申请拍卖抵押的物品,并优先得到清偿。

(2) 提供反担保函。反担保函,须由有外汇收入的企业或金融机构出具。或者由与担保行有业务往来的外国银行(对我国境内的外资企业、三资企业)出具。担保人一般不接受无外汇的行政部门的反担保。

反担保单位所出具的反担保函,须包含这样一些基本的内容:

①保函的主要内容;②担保金额;③反担保人的责任、义务;④反担保人的违约责任;⑤反担保函与担保合同、保函的关系;⑥偿付方式。

反担保函样例:

反担保函

××担保行:

××公司于××××年×月×日在××与××国××公司签订一份商务合同(合同号:)根据该合同第×条的规定,该公司须向对方提供你行出具的担保函。担保金额为××; 外方受益人为××。为此,我单位愿为该公司承担对外付款责任并担保下列各项:

(1)本反担保函为无条件不可撤销的保函。在本保函有效期内,如受益人按保函及合同有关规定要求你行履行保函义务,而××公司无力履行对外付款责任时,你行不必事先征得我单位同意即可委托我单位开户行从我单位的外汇帐户或人民币帐户中扣收全部对外赔付的金额和费用。

(2)如我单位因故未能及时按上述要求办理,请求你行垫付资金,你行可按一年期外汇贷款利率计收自你行付款日起至我单位归还该款日止的外汇利息及有关费用。如超过半年,愿按逾期加罚息 50%。

(3)本保函有效期自签发之日起生效,至你行解除担保责任时止失效。

保证人: (盖章)

法定代表人(签章):

开户银行及帐号:

年 月 日

3. 审查《开具保函申请书》

担保行接到申请人递交的《开具保函申请书》后,要逐项对其内容进行认真的核查,以确定是否符合担保人的要求和规定。

(1)审查申请人的资格通常情况下,凡是中国境内的按中国法律注册的企业,依法有外汇资金来源,均可向我国的涉外担保机构申请开立对外担保的保函。其具体条件为:

①申请人是经国家有关部门批准,有权经营对外业务,具有履行合同能力和偿还能力的企业。

②有关合同、协议的内容符合国家有关规定和批准程序,并根据不同情况,具备进口许可证、出口许可证等官方文件。

③能提供相应金额外汇现汇保证金,或者外汇现汇的反担保,或外汇资产抵押品。

④经担保人或其他可靠机构进行咨询,受益人资信情况良好。

⑤申请人能提供担保人要求的其他有关文件。

对于企业的注册资本,中国的驻外企业(经外汇管理部门批准的除外),外国机构和外资企业(有等值的外汇资产作抵押除外),我国的涉外担保机构均不予提供担保。

(2)审查反担保的落实。为了确保担保人的担保权益,担保人要求申请人交存一定比例的外汇保证金,并且须及时到位,不得拖延。

对于采用反担保函方式的,应落实反担保单位外汇资金的来源。

4. 签订担保合同

《开具保函申请书》经担保人审查同意后,申请人须与担保人签订担保合同,明确双方的权利和义务。

担保合同的主要内容包括如下六个方面:

- (1)保函的主要内容;
- (2)申请人的责任和义务;
- (3)担保人的权利和义务和免责条款;
- (4)申请人的违约责任;
- (5)担保合同与保函的关系;
- (6)偿付方式。

担保合同构成了担保人开具保函的基础,担保合同一经签订,担保人便必须按照担保合同的有关约定,向外开立保函。

担保合同样例:

担 保 合 同

申请人: (单位全称)

担保人: (单位全称)

申请人向担保人申请开立保函,其受益人为××。为此保函事宜,双方达成如下协议:

1. 保函由担保人于××年×月×日出具,保函金额为××。保函有效期至××年×月×日止。
2. 申请人保证按开具保函申请书所列条款承担相应义务,并同意担保人在××等情况下不负任何责任。
3. 申请人按保函金额的××‰的费率支付担保费,共计××。其支付方式为××。
4. 本合同一式两份,具有同等效力。本合同自双方签字日起生效,至担保人担保责任解除之日失效。
5. 本合同未尽事宜均依照担保人公布实施的有关担保制度办理。
6. 本合同所列附件,即开具保函申请书(副本)、保函(副本)和反担保函(副本)均为本合同不可分割之组成部分,与本合同具有同等法律效力。

申请人(公章)

担保人(公章)

法定代表人(签章)

法定代表人(签章)

年 月 日

附件

- (1)开具保函申请书(副本)
- (2)保函(副本)
- (3)反担保函(副本)

5. 开立保函

签订担保合同后,担保人须立即依据《开具保函申请书》和担保合同中的保函条款,开出保函。

对国外受益人要求按其事先拟就的保函格式开立保函,尤其是保函格式中订有担保人对受益人的索赔无条件照付,或见索即付的条款,我国的涉外担保人一般不予接受。即便接受,也要求申请人在其开具保函申请书或在担保合同中明示由申请人承担接受这类条款的一切后果。

我国涉外担保人开立的保函,原则上不规定法律条款。对国外受益人在保函中列明适用受益人所在国法律的要求,我国担保人均争取改为按第三国法律解释和仲裁。若争取无效,须经申请人同意后,担保人才予接受。

由我国涉外担保人自拟文字对外开具保函时,须事先把保函文稿送申请人请其确认无异议后,再对外开出。

6. 监督与执行

涉外担保人开立保函后,申请人须接受担保人的检查监督,并按时提供有关报表资料,有关生产、经营、财务等方面的重大决策要及时通知担保人。当申请人签订的其他经济合同可能影响担保人的担保权益时,须事先征得担保人的同意。

保函生效后,如若申请人或受益人要求修改原商务合同和保函的内容,包括保函金额、保函有效期、担保责任等发生变化,须事先征得担保人的认可。否则,担保人的担保责任将自行解除。

在保函有效期内,如果受益人未能按合同的规定履行其义务,担保人的担保义务也自行解除。

保函开出后,担保人可随着申请人履行责任义务的进度,及时办理减额和注销手续,以避免承担不应承担的责任义务。

7. 收费

涉外担保机构开立保函后,在保函的有效期内,一般是按季向申请人收取担保费。不足一个季度按一个季度计收,每笔通常最低为人民币 100 元左右或等值外币。

如果保函金额每季递减,则担保费也随之递减。保函展期或增额时,须按费率加收费用。保函其他内容修改时,每次收取人民币 50 元左右或等值外币。

我国涉外担保机构的担保费率大约为 2~4‰,其具体标准大致如下:

(1)担保金额 50 万美元以下,包括 50 万美元或其他等值外币,费率约为 4‰;

(2)担保金额 50 万美元以上,100 万美元以下,包括 100 万美元或其他等值外币,费率约为 3.5~4‰;

(3)担保金额 100 万美元以上,150 万美元以下,包括 150 万美元或其他等值外币,费率为 3~3.5‰;

(4)担保金额 150 万美元以上,250 万美元以下,包括 250 万美元或其他等值外币,费率约为 2.5~3‰;

(5)担保金额 250 万美元以上,费率约为 2~2.5‰。

三资企业原则上按担保币种收取同样币别的外币担保费。国内企业视具体情况而定,既可收取外币担保费,也可按当天外汇牌价折算成人民币收取担保费。

8. 备案

涉外担保机构出具担保后,须在 10 天内将担保合同等有关资料报当地外汇管理部门备案。

金融机构充任涉外担保人时,按国家规定,实行按月定期备案方式。

涉外担保人在办理担保备案时,须填写《境内机构提供外汇担保备案表》,并提供下列材料:

- (1) 担保人自有外汇资金情况和证明
- (2) 担保人对外债务情况
- (3) 债务人的资信情况
- (4) 担保合同副本
- (5) 被担保项下主债务合同及有关合同副本

担保人出具担保后,未按规定到所在地外汇管理部门办理备案手续的,外汇管理部门将根据情况对担保人进行警告、罚款、停止或撤销担保人担保业务的处罚。不办理备案的,其担保合同无效。

9. 备用信用证的开立与使用

备用信用证的作用与保函作用相同,且同属于银行信用。

备用信用证与保函的区别是:

(1) 备用信用证的开证行承担第一性付款责任,而保函的担保行既可承担第一性付款责任,也可以承担第二性的付款责任。

(2) 备用信用证有可撤销的备用信用证与不可撤销的备用信用证之分,而保函都是不可撤销的。

(3) 按照国际商会第 500 号出版物第 3 条的解释、信用证与可能作为其依据的销售合同或其他合同,是相互独立的交易。即使信用证中提及该合同,银行亦与该合同完全无关。由此可见,备用信用证独立于商务合同,而保函却从属于商务合同。

(4) 备用信用证是可以转让的,而保函是不可转让的。

开立备用信用证的具体方法是:

申请人首先填制开证申请书,这种申请书一般都是开证行事先印就的固定格式。之后,申请人须向开证行存入百分之百的保证金,或者向开证行抵押财产,签订抵押协议书,或者向开证行提供反担保,出具反担保函。

开证行审核开证申请书无误,并落实好反担保措施后,按照开证申请书的要求,开出备用信用证。

备用信用证的开证费用包括:

(1) 开证手续费

开证手续费,一般按开证金额的 1.5‰ 折合成人民币收取,最低人民币 50 元,最高人民币 15000 元,若修改中增加开证金额,按增加金额的 1.5‰ 收费,最低为人民币 20 元。

(2)修改费

备用信用证的修改费,每次约为人民币 20 元。

(3)电报费

申请人要求用电报办理开证或修改备用信用证,按实加收电报费。

(4)开证后,国外银行向开证行收取的各项费用,均由开证申请人承担。

备用信用证的使用:

备用信用证作为代表开证行对受益人承担一项义务的凭证,只是在申请人不能偿还借款,或不能履行其合同义务时,才起支付作用,所以,倘若申请人已经履行了合同义务,则备用信用证便备而不用。

备用信用证的使用,只要求受益人提交一张汇票、或提交一张索款声明即可。