



各类

合同

的签订

DeQianDing

新《合同法》知识丛书

广东人民出版社

及其风险防范



主编：于志宏 袁冶 副主编：曾霞 邓鹤

JiLeiHeTongDeQianDingXianFangFan

258
D923.64
Y746
新《合同法》知识丛书

各类合同的签订及其 风险防范

主 编 于志宏 袁 冶
副主编 曾 霞 邓 鹤

广东人民出版社

新《合同法》知识丛书
各类合同的签订及其风险防范

主 编 于志宏 袁 冶
副主编 曾 霞 邓 鹤

*

广东人民出版社出版发行
广东省新华书店经销
湛江日报社印刷厂印刷
(厂址:广东省湛江市赤坎康宁路 17 号)

850×1168 毫米 32 开本 11.25 印张 219,000 字

1999 年 10 月第 1 版 2000 年 7 月第 2 次印刷

印数:5001—9000 册

ISBN 7-218-03185-4/F·452

定价:16.00 元

如发现印装质量问题,影响阅读,请与承印厂联系调换。

售书热线:(020)83791084 83790667

一、合同与合同种类

(一)合同的概念及特征

合同,也称契约,是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。

合同具有如下法律特征:

1. 合同是一种民事法律行为。民事法律行为作为一种最重要的法律事实,是民事主体实施的能够引起民事权利和义务的产生、变更或终止的合法行为。合同既然是一种民事法律行为,则在性质上不同于事实行为。所谓事实行为,是指不以意思表示为要件、并不能产生当事人预期法律效果的行为。如侵权行为、拾得遗失物等。事实行为并不是法律行为,因此与合同是不同的。合同作为民事法律行为,在本质上属于合法行为,这就是说,只有在合同当事人所作出的意思表示是合法的、符合法律要求的情况下,合同才具有法律约束力,并应受到国家法律的保护。而如果当事人作出了违法的意思表示,即使达成协议,也不能产生合同的效力。

由于合同是一种民事法律行为,因此民法关于民事法律行为的一般规定,如民事法律行为的生效要件,民事行为的无效和撤销等,均可适用于合同。

2. 合同以产生、变更或终止民事权利义务关系为目的。当事人订立合同都有一定的目的和宗旨,这就是说,订立合同都要发生、变更、终止民事权利义务关系。所谓产生民事权利义务关系,是指当事人订立合同旨在形成某种法律关系(如买卖关系、租赁关

系),从而具体地享受民事权利,承担民事义务。所谓变更民事权利义务关系,是指当事人通过订立合同使原有的合同关系在内容上发生变化。变更合同关系通常是在继续保持原合同关系效力的前提下变更合同内容。如果因为变更而使原合同关系消灭并产生一个新的合同关系,则不属于变更的范畴。所谓终止民事权利义务关系,是指当事人通过订立合同,旨在消灭原法律关系。无论当事人订立合同旨在达到何种目的,只有当事人的协议依法成立并生效,就会对当事人产生法律约束力,当事人也必须依照合同规定享有权利和履行义务。

3. 合同是两个以上的意思表示相一致的协议,或者说,合同是当事人协商一致的产物。由于合同是合意的结果,因此它必须包括以下要素:第一,合同的成立必须要有两个或两个以上的当事人。第二,各方当事人须互相作出意思表示。这就是说,当事人各自从追求的利益出发而作出意思表示,双方的意思表示是交互的才能成立合同。第三,各个意思表示是一致的,也就是说当事人达成了一致的协议。“协议”一词,在民法中有时作为合同的同义语,也可以指当事人之间形成了合意。由于合同是两个或两个以上意思表示一致的产物,因此当事人必须在平等自愿基础上进行协商,才能使其意思表示达成一致,如果不存在平等自愿,也就没有真正的合意。

(二)合同关系

合同作为一种法律关系和一般的民事法律关系一样,也是由主体、内容和客体三个要素构成。

1. 合同关系的主体。

合同关系的主体,又称为合同当事人,包括债权人和债务人。债权人有权请求债务人依据法律和合同的规定履行义务;而债务人则依据法律和合同负有实施一定行为的义务。当然,债权人与

债务人的地位是相对的。在某些合同关系中,由于一方当事人只享受权利,而另一方当事人仅负有义务,所以债权人与债务人是容易确定的。但在另一些合同关系中,当事人双方互为权利义务,即一方享受的权利是另一方所应尽的义务,另一方承担的义务则是一方所享受的权利,因此,双方互为债权人和债务人。

2. 合同关系的客体。

关于合同关系的客体,首先涉及到客体与标的的关系问题。对此,学者存在两种截然不同的观点。一种观点认为,客体与标的是不同的概念。所谓标的,是指构成合同内容的债务人的行为,从债务人的角度讲,即为给付,在德国民法中称为“内容”;而日本民法称为“目的”。合同关系的客体并不同于标的,而是指债务人本身。另一种观点认为,客体与标的是同一概念,都是指债务人的给付,只不过标的使用范围较客体要小。我们认为,合同关系的客体与标的是很难区分的。因为,法律关系的客体与标的是从不同角度提出的概念,从静态上研究民事法律关系,其构成要素为主体、客体、内容;从动态上研究民事法律关系,其构成要素为主体、标的和内容。因此,就合同关系而言,合同关系的客体与标的也是从不同角度提出的概念,两者在内容上是相同的,都是指合同关系中权利义务所指向的对象。

3. 合同关系的内容。

合同关系的内容是指债权人的权利和债务人的义务,即合同债权和合同债务。合同为一种民事法律关系,乃是债权债务的统一体。

(三)合同的种类

在现实生活中,存在着许多名目繁多的合同,从不同的角度可以将合同分为若干种类。

1. 双务合同和单务合同。

根据合同当事人双方权利义务的分担方式,合同可分为双务合同和单务合同。

双务合同是当事人双方相互享有权利和相互负有义务的合同。例如:买卖、互易、租赁等。在双务合同中,一方享有的权利即是对方负担的义务,反之亦然。至于一方的权利与另一方负担的义务,在客观上其经济价值是否相等,则有所不同。

单务合同是指合同当事人双方并不互相享有权利、相互负有义务的合同。例如,借用合同,出借人只享有在借用期限届满后请求返还出借物的权利,而不负其他义务,借用人只负有按约定使用和按期归还借用物的义务。

区别双务合同与单务合同的意义,在于明确当事人在合同中的权利义务。

2. 有偿合同与无偿合同。

根据当事人取得利益有无代价,合同可分为有偿合同和无偿合同。

有偿合同是指合同当事人双方任何一方均须予他人相应的利益方能取得自己的利益的合同。凡当事人一方从另一方取得利益而自己并不给予他方相应利益的合同则为无偿合同。有偿合同的当事人从另一方取得权利必须偿付一定的代价,例如,或给付货币,或给付实物,或提供劳务等。这是有偿合同的主要特点。

有偿合同和无偿合同决定于法律的规定和当事人的约定。有的合同只能是有偿的,如买卖、租赁;有的合同只能是无偿的,如赠与、借用;有的合同则可以有偿的,也可以是无偿的,例如,借贷、委托,这种合同是否有偿由当事人约定,当事人若无约定,则应认定为无偿的。

合同的有偿、无偿与合同的双务、单务,其范围是不一致的。双务合同都是有偿合同,但单务合同也有有偿的。换言之,无偿合同都是单务合同,但有偿合同不都是双务合同,例如,有息借贷为

有偿的,却是单务合同。

区别有偿合同和无偿合同的意义,在于确定当事人权利义务的范围不同,责任有别。

3. 要式合同和不要式合同。

根据合同的成立是否以一定的形式为要件,合同可分为要式合同和不要式合同。

要式合同是指必须采用一定形式的合同。不要式合同是当事人可以采用任一形式的合同,合同形式并不影响其成立。合同一般为不要式的,但法律也规定了一些要式合同,如专利转让合同等。

区分要式合同和不要式合同的法律意义在于,二者的成立要件不同。要式合同非采用法律规定的形式不能成立生效,不要式合同的形式任由当事人决定,无论采用何种形式,均不影响合同的效力。

4. 诺成合同与实践合同。

根据合同的成立是否以交付标的物为要件,合同可分为诺成合同与实践合同。

诺成合同是指当事人意思表示一致即可成立的合同,亦称不要物合同。实践合同是指除当事人意思表示外,还须实际交付标的物方能成立的合同,又称要物合同。

诺成合同与实践合同区分的标准不在于是否交付标的物,而在于交付标的物的意义不同。在诺成合同,交付标的物是合同的履行行为,如买卖合同的出卖人交付出卖物是在履行自己的义务。而在实践合同,交付标的物是合同成立的要件,例如,出借人将借用物交付于借用人,这是合同成立的要件,若没有该交付行为,合同不为成立。所以,不能认为诺成合同不交付标的物。

因而,区分诺成合同与实践合同的法律意义在于,二者的成立和生效时间不同。诺成性合同自当事人就合同主要条款达成一致

协议时成立生效。而实践合同当事人只就主要条款达成协议,合同并不为成立,须交付标的物后才成立。实践合同当事人的承诺,只能算作预约。没有一方当事人交付标的物的行为,合同不能成立生效。

5. 主合同与从合同。

根据两个合同相互间的关系,合同可分为主合同与从合同。

主合同是指不依赖他合同而独立存在的合同。从合同是以主合同的有效存在为存在前提的合同。从合同依照合同的存在而存在,所以,又称为附随合同。例如借款合同为主合同,为保证借款合同履行而订立的保证合同、抵押合同则为从合同。主、从合同是相对而言的,没有主合同即没有从合同,没有从合同也无所谓主合同。

区分主合同与从合同的法律意义在于,主合同的命运决定从合同的命运,主合同终止,从合同亦终止;主合同无效,从合同亦不发生效力。而从合同无效,不能当然使主合同无效。

6. 有名合同与无名合同。

根据法律上有无规定一定的名称,合同分为有名合同和无名合同。

有名合同是指法律上或经济生活习惯上按其类型已确定了一定名称的合同,又称典型合同。我国合同法规定的 15 类合同,都是有名合同。有名合同,法律上一般有特别规定,可作当事人约定合同内容之示范。

无名合同是指法律上或经济生活习惯上尚未予以确定一定名称的合同,又称非典型合同。无名合同又可分为纯无名合同与混合合同两种。纯无名合同是指其以法律全无规定的事项为内容的合同,混合合同是指以包含有两个以上有名合同的事项或包含有一有名合同的事项和其他有名合同没有规定的事项为内容的合同(也有的把后一种情况称之为准混合合同)。

区分有名合同与无名合同的法律意义在于,处理这两类合同适用的规则不同。对于有名合同,应当直接适用合同法的规定或其他有关该合同法的规定。对于无名合同,则应当比照类似的有名合同的规则,参照合同的经济目的和当事人的意思,根据合同法的一般规定和民法的基本原则,进行处理。

7. 要因合同与不要因合同。

根据合同效力是否以一定的原因为要件,合同可分为要因合同与不要因合同。

要因合同指合同的有效必以一定原因的存在为要件的合同,又称有因合同。要因合同的原因若不存在,该合同则无效。不要因合同是其效力不受其原因影响的合同,即使其原因不存在,该合同仍为有效,所以,又称无因合同。合同原则上都须有原因,但也有的合同是无因的。例如,以支票来支付货款,即使该买卖无效,按支票划拨的债务依然存在。又如债权让与合同,不论其让与原因如何,均不应影响其让与的效力。

8. 为订约人自己订立的合同和为第三人利益订立的合同。

根据订约人订立合同的目的是否为自己取得利益,合同可分为订约人自己订立合同和为第三人利益订立合同。

凡订约当事人订立合同是为自己直接享有和取得某种利益的,该合同即为为订约人自己订立的合同。大多数合同当事人订立合同都是为自己设定权利义务的,但在某些情况下,订约当事人并不为自己设定权利,而是为了第三人利益订立合同,这种合同即为第三人利益订立合同。例如,在托运人与收货人不一致时,托运人与承运人订立的合同就是为第三人利益的合同。

以上是从合同的法律特征上区分合同种类的,另外从合同标的的种类上分,合同还可以分为以下几种:

1. 转移财产所有权的合同。

转移财产所有权的合同,就是把合同标的物的财产所有权转

移给别人的合同。这类合同的标的只能是可以转移所有权的物或知识产权,行为、风险等则不可以成为这类合同的标的。转移财产所有权合同的主体一方,必须是财产的合法所有人,或依照法律规定可以转让他人财产的当事人,否则,转让无效。由于财产权是公民、法人、其他组织的一项重要民事权利,所以绝大数的财产转移合同都要求要采用书面形式,有些特定物品的转让,还需要履行特定的手续。国有企业、公司转让其财产时,需要报其主管部门批准。转移财产所有权的合同很多,如买卖合同、赠与合同、专利权和商标权转让合同等。

2. 转移财产使用权合同。

转移财产使用权合同,是将财产的所有权与使用权相分离,把使用权转移他人使用,如借用合同、租赁合同、借贷合同、专利许可使用合同、商标许可使用合同等。因为转移的不是所有权,只是财产的使用权,将来还需要归还财产,所以,在这类合同中多订有使用用途、归还期限、财产保护等条款。如果对财产所有权造成侵犯的,应当承担赔偿、修理等责任。

3. 完成一定工作的合同。

完成一定工作的合同,不涉及到财产所有权和使用权的转让问题,只是一方应对方要求,为对方完成一定的工作。如加工承揽合同、建筑工程承包合同、设计合同、勘察合同等。这类合同的标的一般是根据对方要求的规格、质量、技术标准等制作的特殊产品,这些特定产品一般不能用其他产品来代替。由于是应一方的要求所制作的特定产品,万一委托方将来不接受特定产品,这种产品别人不一定需要,所以很难销售出去,委托方违约后会给完成工作方造成损失,所以,这类合同中可以约定一方先付给对方一定数额的定金,并且要订好违约责任条款。

4. 提供一定劳务的合同。

这类合同的标的是一方为另一方提供一定的劳务,如委托合

同、保管合同、信托合同、货物运输合同等。它与完成一定工作的合同的区别在于:完成一定工作的合同是一方通过自己的工作,为对方完成了一项新的产品或设计,如服装加工合同,加工方通过自己的劳动为定作方缝制出一件新的服装。而劳务合同只是为对方提供一定的劳务,没有出现新的产品或设计等,如一方为对方保管货物,就是一个保管行为,通过保管行为不能产生新的产品。

5. 合伙、联营合同。

合伙合同是两人以上共同出资、共同经营、共同分享利益和分担风险而达成的明确相互权利和义务关系的协议。联营合同是两个以上单位共同出资、共同经营、共享所得利益、共担风险而达成的明确相互权利义务关系及生产经营活动原则的协议。合伙合同的主体主要是公民个人,联营合同的主体多是单位和依法登记的个体工商户、农村承包经营户。合伙、联营合同的标的是参与合伙、联营的各方共同进行生产或经营行为。这种行为的特殊性就在于它必须是几方当事人合伙、联营在一起的共同行为,缺少任何一方的行为,都无法独立去实现。并且当事人之间的利害关系是共同的,除法人型联营外,其他合伙和联营当事人之间承担的是无限连带责任,所以,合同一定要采用书面形式。合同中应载明出资数额、盈余分配、债务承担、入伙、退伙、合伙终止、联营的终止等内容。

6. 承担标的风险的合同。

这种合同的当事人一方为使自己的人身财产得到安全保障,向他方支付保险费,他方在发生保险事故时,承担赔偿责任。如保险合同。合同的一方当事人向对方交纳一定的保险费,只有当发生保险事故时,对方才承担赔偿责任,如果没有发生保险事故,对方不赔偿,绝大多数的保险也不退回保险费。

二、签订合同前的准备工作

(一)对合同主体资格的认定和审查

合同是平等主体的自然人、法人、其他组织设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。这些平等主体包括：

1. 自然人,是指基于自然规律出生的人,包括中国人、外国人和无国籍人。

2. 法人,是与自然人相对应的民事权利主体,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。

3. 其他组织,是指依法成立,有一定的组织机构和财产,但又不具备法人资格的各种实体。如合伙组织、企业法人依法设立的分支机构和一些事业单位,科技性社会团体开办的非法人企业等。

上述三类主体才具有签订合同的资格。国家法律规定要签订合同,必须具备一定的条件和资格。在审查合同主体是否合格时,要根据主体性质的不同的实际情况,作出具体审查。

1. 对企业法人主体资格的审查。

企业法人是指依法取得法人资格以营利为目的从事生产经营活动的经济组织。在我国企业法人包括国有企业法人、集体企业法人、私营企业法人、联营企业法人、中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资独资企业法人。对企业法人,签约前主要审查下列两个方面的内容:

(1)是否依法领取企业法人营业执照,取得企业法人资格。根

据《民法通则》和《企业法人登记管理条例》的有关规定,申请企业法人营业执照,取得企业法人资格,应当具备下列条件:

第一,要有名称、组织机构和章程。企业法人的名称,是不同企业法人之间相互区别的标志,应由字号(商号)、所属行业或者经营特点、组织形式等部分组成,企业法人名称前应冠以所在地的行政区划名称,不得使用对国家、社会或者公共利益有损害的名称,不得用外国国家或地区以及国际组织的名称,不得使用以数字、外国文字或者汉语拼音组成的名称。企业法人的组织机构主要包括法人的权力机关(如股东大会、社员大会、职工大会等)和执行机关(如董事会、理事会、厂长、经理等),有的企业还规定了法人的监察机关(如监事会等)。企业法人的组织机构要配备一定数量的从业人员,以保证法人正常的活动。从业人员中包括负全面职责的企业经营管理人员,严守财务开支的财务人员以及具有一定知识水平的科技专业人员。企业法人的组织章程是由组成法人的成员一致通过作为指导企业进行民事活动的规范性文件。在章程中记载法人的名称、性质、目的和经营活动范围,法人的主要机构和分支机构,法人的资金构成,法人的权力机关和执行机关,法人的盈余分配和亏损承担责任等项内容。

第二,有固定的经营场所和必要的设施。法人的场所也是法人章程中记载的内容。对具有一定规模的企业法人,其场所除主要办事机构外,还包括设立在各地的分支机构。企业法人的场所应当固定,这对于法人本身的经营活动以及国家行政管理和诉讼管辖各方面都是必要的,因此,它也是企业进行法人登记时的一项内容。企业法人设立后,场所有变动时还应履行变更登记手续。企业法人的住所和经营场所按所在市、县、乡(镇)及街道门牌号码的详细地址注册。

第三,有符合国家规定并与其生产经营和服务规模相适应的资金数额和从业人数。企业法人的资金是保证企业从事正常经营

活动的物质条件,根据不同的企业类型,国家对其资金数额有不同的要求,以企业法人的资金与其生产经营和服务规模相适应为原则。《企业法人登记管理条例实施细则》规定,在注册时,生产性的注册资金不得少于 30 万元(人民币,下同),以批发业务为主的商业性公司的注册资金不得少于 50 万元,以零售业务为主的商业性公司的注册资金不得少于 30 万元,咨询服务性公司的注册资金不得少于 10 万元,其他企业法人的注册资金不得少于 3 万元,国家对企业注册资金有专项规定的按规定执行。从业人员是法人行使职能的必须,人数应与其生产规模和业务相适应,其中专职人员不得少于 8 人。

第四,能够独立承担民事责任。独立承担民事责任是法人的一个重要条件。这个条件对于参加民事活动,建立多种经济关系的企业法人尤为重要。企业法人应是独立自主经营、自负盈亏的经济实体。企业法人的独立承担民事责任不仅国家或者出资人以及主管部门不承担企业法人的民事责任,而且,法人的组成人员也不承担法人的民事责任。

第五,经主管机关核准登记。企业法人建立前,一般须经主管业务部门核准,以确定该企业是否有必要建立,对于已核准建立的企业,还须向工商行政管理部门进行登记。《企业法人登记管理条例》规定,具备法人条件的各类企业,应申请办理企业法人登记,经工商行政管理机关审核,准予登记注册的,领取“企业法人营业执照”,取得法人资格,其合法权益受国家保护。各类企业按其性质、经营范围和业务活动的不同,依法分别向国家或地方工商行政管理机关申请法人登记。未经核准登记的工商企业,一律不准筹建或者开业,不得进行民事活动,签订合同。

(2)审查对方的经营范围和经营方式。经登记主管机关核准登记注册的经营范围和经营方式体现了企业法人的民事权利能力和民事行为能力。民法通则和有关法律、法规都规定,企业法人应

当在核准注册的经营范围内以核准登记注册的经营方式从事经营活动,否则即属于非法经营。

对于某些特殊的物资的经营,国家有特殊规定的,还应遵守其特别规定。例如《中华人民共和国药品管理法》第10条规定:“开办药品经营企业必须由所在地药品生产经营主管部门审查同意,经县级以上卫生行政部门审核批准,并发给《药品经营企业许可证》。”无《药品经营企业许可证》的,工商行政管理部门不得发给《营业执照》。《药品经营企业许可证》应当规定有效期,到期重新审查发证。如果经营药品者只领取经营的营业执照,而未取得《药品经营企业许可证》或者虽取得《药品经营企业许可证》,但该证已超期,该企业经营药品也是非法的。因此,在签订合同时,不仅要审查其营业执照的经营范围和经营方式,而且还要了解该经营项目国家是否有特殊规定。如有特殊规定,还要严格遵守。

2. 对非企业法人的审查。

非企业法人是指不从事营利性生产经营活动的取得法人资格的组织。非企业法人包括机关法人、事业单位法人和社会团体法人三种。机关法人是依法成立,根据其性质和国家授予的权限履行各自的能力,以国家预算拨款来进行活动并独立承担民事责任的社会组织。主要是指中央和地方的各级行政管理部门,包括政治、经济、军事、文化等各方面的机关。事业单位法人是指以国家预算拨款从事文化教育、科学技术、医疗卫生等方面专业活动为目的的组织。社会团体法人是指由人民群众自愿组成并依其经费进行活动,并以其经费独立承担民事责任的各类组织,包括社会公益团体、文艺工作团体、学术研究团体和宗教团体等。机关法人、事业单位法人和社会团体法人,为完成本职能,在实现和完成本身任务的过程中,必须要同其他单位或个人发生这样或者那样的经济交往,形成各种经济法律关系,从而享有民事权利并且承担民事责任。法律确认具备法人条件的机关、事业单位和社会团体都可

以作为签订合同的主体。但是,机关法人、事业单位法人、社会团体法人签订合同须注意两个问题:第一,机关法人、事业单位法人、社会团体法人,不能以营利为目的签订合同,第二,这些法人签订合同只能为了完成本身的任务、履行本身的职能,开展自己的业务活动以及与其本身生活所需。这是这些法人的权利能力和行为能力范围。如果超越了自己的本身任务,本身的职能和业务活动范围以及生活必需的权利能力范围所订立的合同是无效的。例如,某文化馆为了活跃职工群众的文娱生活,与某无线电厂签订购销20台彩色电视合同。这与其职能相适应,是有效合同,如果该文化馆购来20台彩色电视机是为了零售。其签订的购销合同则为无效合同。

3. 对非法人经济组织的审查。

非法人经济组织是指未取得法人资格,但法律允许其从事生产经营活动的经济组织。非法人经济组织的范围很广,在此仅指领有《营业执照》的经济组织。这些非法人经济组织主要有:依法登记领取营业执照的私营独资企业、合伙组织、合伙联营企业,依法登记领取我国营业执照的中外合作经营企业、外资企业,法人依法设立并领取营业执照的分支机构,中国人民银行、各专业银行、中国人民保险公司设在各地的分支机构,经核准登记领取营业执照的乡镇、街道、村办企业,等等。这些非法人经济组织依法成立,有一定的组织机构和财产,又不具备法人资格,法律允许其在一定范围内从事生产经营活动,对外发生关系,签订合同。审查非法人经济组织有无签订该项合同的资格,主要审查下列两个方面:第一,审查其是否依法经工商行政管理部门核准登记,领取营业执照。依法经工商行政管理部门登记,领取营业执照,是取得合法经营依据,也是享有签订合同资格的前提。《企业法人登记管理条例实施细则》规定,不具备企业法人条件的联营企业、企业法人所属的分支机构、外商投资企业设立的从事经营活动的分支机构,以及