



最新合同法 实务全书

序 言

顾昂然 (全国人大法律委员会副主任委员 全国人大法工委主任 合同法起草组)

名誉主编

孙琬钟 (原国家法制局局长 中国法学会副会长)

主 编

吴 浩 (国务院法制局 合同法起草组)

宿 迟 (北京市第一中级人民法院副院长)

改革出版社

最新合同法实务全书

名誉主编 孙琬钟
主 编 吴 浩
副主编 宿 迟

(中 卷)

改革出版社

第三章 合同其他案例

一、书面合同已订，单方后悔应负责

【案情】

1990年8月，江西省某机械加工厂接到某钢厂的电话，委托某代为加工一批零部件。并称，之所以直接打电话，是因为双方以前有过良好的合作。双方在电话中谈妥了合同的有关内容，约定由机械加工厂自备原材料，钢厂一次性付加工费4万元。但因机械加工厂订购的特种机床尚未到货，而加工这批零件正需要此种机床，双方约定半个月后再联系。

过了半个多月后，钢厂打来电报，称其急需这批零部件，限机械加工厂三天内予以答复是否可以接这批加工活。此时，特种机床业已到厂。机械加工厂等2天就拍了回电表示同意接原定的条件接受这批加工活，并立即派了厂长去钢厂签订正式合同。哪知第3天加工厂收到钢厂的第2封电报，称其不做这批零部件了，请加工厂原谅云云。但加工厂因接到手的加工活并不多，厂里职工工资都快开不来了，坚决要求钢厂履行双方的约定，而钢厂坚决不同意，称其已打电报取消原先的约定了。实际上钢厂已将这批零部件支给了另一家加工厂定做，加工费低了10%。机械加工厂见协商无果，遂向人民法院起诉，要求钢厂履行合同，赔偿原材料损失费1850元。

法院经过审理认为，机械加工厂在钢厂规定的期限内作出了同意在此之前的约定的承诺，应视为双方之间合同关系成立。虽然钢厂撤销合同的电报也在此规定期限内到达，但为时已晚。且钢厂仅因加工费的低廉而违背自己原先的要约，拒绝机械加工厂的承诺，显然责任在钢厂。鉴于双方并未实际履行，且实际履行已不可能，遂判决双方之间的合同关系解除，钢厂赔偿机械加工厂原材料损失费1850元，诉讼费由钢厂负担。钢厂不服提出上诉，称其并无任何责任。但上诉被驳回，维持原判。

【评析】

合同是当事人之间明确相互权利义务关系的协议。这个协议的订立大致要经过两个程序：

1. 要约，是指一方当事人向另一方当事人发出的订立合同的意思表示。该意思表示可以用口头方式，也可以用书面方式订立。口头的有当面进行，通过电话进

行的等。口头方式只适用于一些简单，能够即时清结的经济合同。而绝大多数经济合同均需书面形式订立。书面形式不仅仅指双方当面签字盖章订立合同的形式，通过电报、电传、传真等方式订立的合同也包括在书面形式的合同之内，本案中的合同即是通过电报订立的。

由于要约是订立合同的意思表示。因此，要约的内容必须明确、具体，至少应包括合同的主要条款。这与那些通过广告等媒介招揽不特定的客户的要求引诱是有区别的。本案钢厂的第一封电报是否构成要约？回答应是肯定的。因为这电报是建立在双方半个月之前的电话约定的合同内容基础上而拍发的，应视为一个有效的要约。

要约发出后，要约人就要受到自身要约的约束，即不得随意变更和撤销要约。要约人需要变更或撤销要约必须在受要约人作出承诺之前，且受要约人应在承诺作出之前收到该要约变更或撤销的正式声明。当然，受要约人拒绝承诺或逾期承诺等情况下要约自然失效。本案中的钢厂虽然发出了撤销要约的电报，且也在要约期限内到达受要约人机械加工厂。但此时机械加工厂的承诺已经作出。因此，该电报不能发生撤销要约的效力。

2. 承诺，是指受要约人对于要约的全部接受。承诺须向要约人发出，且必须是对要约内容的全部接受。否则，若对其中的某些条件不接受或变更等，应视为反要约，而不构成承诺。承诺还应在规定的期限内作出。逾期则称为新要约。反要约和新要约均只有要约的效力。

在规定的期间内作出的承诺对要约人和受要约人都具有约束力。对双方来说，承诺作出后双方之间的合同关系成立。任何一方不得随意变更和撤除。要约人不得拒绝承诺，受要约人不得于承诺到达后撤回承诺。本案中机械加工厂在接到钢厂的要约后，同样以双方半月前的电话约定的内容为基础来作一点变更且在钢厂规定的期限内作出了承诺。该承诺应视为一个有效的承诺。

经过要约和承诺后合同就成立。当然，绝大多数合同不是经过一次要约和承诺就成立的，而是经过要约——反要约（新要约）——承诺的多次反复才成立的。

通过上述分析可以得出，本案双方当事人之间的合同关系是成立的。显然，钢厂拒不履行合同是有责任的。由于钢厂已将这批零部件交付给别的厂加工，再要钢厂履行合同就没有必要了。因此，法院在认定双方之间存在合同关系之后再根据实际情况判决双方解除合同是合理的。自然，机械加工厂预先准备原材料的损失也应当由钢厂承担。

但法院的判决尚有遗漏之处，根据《加工承揽合同条例》的规定，定作方中途废止合同，属承揽方提供原材料的，应偿付承揽方未履行合同的价款总值10%～30%的违约金。本条，作为定作方的钢厂无故拒绝机械加工厂履行合同的要求，实履违约，应承担条例中规定的违约责任。根据上述规定，法院在判决合同解除的同

时，应判决钢厂偿付给机械加工厂一定数额的违约金为宜。该违约金属于法定违约金，由于双方在合同中没有约定具体的数额，可由法院根据违约方钢厂的过错程度在法定的幅度范围内确定一个恰当的比例。

二、发生不可抗力，当事人责任免除

【案情】

英国某公司（买方）向中国某丝绸进出口公司（卖方）签订了一份丝绸服装合同，合同总价款 27 万美元，CIF 价格条件，该国某港交货。买方于合同订立后 10 天内开立不可撤销的保兑信用证。卖方应保证于 1992 年 1 月 1 日在指定目的港买方提货。若违约，承担合同价款 5% 的违约金。合同生效后，买方如期开来了信用证。

1991 年 12 月 20 日，卖方将丝绸服装正式交由承运人启运。12 月 28 日，船在上海遭遇风浪和暴雨，致使服装部分受潮霉变，且比合同约定的交货期晚了 5 天到目的港。恰巧在 1 月 4 日，该国政府决定对来自中国的服装征收 100% 的反倾销税，丝绸服装自然也包括在内。买方在提货时经检验，货物受损部分价值 6 万美元，由于卖方保的只是平安险，对于部分海损不负责任。因此，买方就海损及关税损失 7.5 万美元向卖方提出索赔，并要求支付延迟交货的违约金 1.35 万美元。卖方不同意，认为延迟交货是由于不可抗力引起的，不构成违约。海损也是不可抗力引成的，不承担责任。关于关税损失，是其本国政府征收的，更与卖方不相关。买方的要求是无理的。

双方协调不成，打算将争议提交仲裁。由于合同中未规定仲裁条款，双方就仲裁协议进行了协商。开始各方坚持要在各自本国的仲裁机构仲裁，最后双方达成妥协，将争议提交某第三国仲裁院进行仲裁，适用该仲裁的规则，且裁决是终局的。申诉人买方的理由是卖方延迟交货，在延迟交货中发生关税损失，自然应当由卖方承担，且未依约办理部分海损险。要求赔偿各种损失共计 8.85 万美元。被诉人卖方的理由则坚持卖方的损失均是由不可抗力引起，卖方没有责任。

仲裁庭首先审查了合同中的条款，发现并没有不可抗力的规定，也即双方没有约定不可抗力的范围，遂依据国际上通行的做法认定，海上的风浪和暴雨是不可抗力，免除被诉人延迟交货的责任。申诉人所在国征收反倾销税不为不可抗力，损失由申诉人自己承担。裁决驳回申诉人的申诉。

【评析】

在涉外经济贸易中，常出现 FOB, CIF 等价格条件，这些称为国际贸易术语。目前通用的是 1990 年国际商会出牌的《国际贸易术语解释通则》中的贸易术语。

常用的有 FOB, CFR, CIF, FCA 等贸易术语。其中 CIF 贸易术语, 即 CIF 价格条件, 在这个术语之下卖方支付成本费和将货物运至指定目的港的运费及办理货物在运输途中应由买方承担的货物灭失和损失风险的海运保险, 订立保险合同并支付保险费。所谓“CIF”即指“成本+运费+保险费”。因此, CIF 价格条件下应由卖方负责办理保险, 支付保险费。而且, 该术语特别规定, 买方根据 CIF 术语只能要求卖方取得最低的保险险别。在海运货物的保险险别中, 可分为主要险、附加险和特殊附加险三类:

在主要险别中, 包括平安险、水渍险和一切险三种。其中平安险为最低保险险别, 保险人承保平安险时, 只赔偿货物遭遇自然灾害而造成的全部损失或推定全损等, 对货物遭受的部分损失只有在承担水渍险时, 承运人才予以赔偿。所以本案保险公司只承保了平安险, 故不对丝绸服装的部分损失予以赔偿。而卖方只保了平安险, 符合 CIF 价格条件的规定, 所以无可指责。又 CIF 术语规定: 货物灭失或损坏的风险以及货物装船后发生事件所产生的任何额外费用, 自货物于装运港越过船舷时起即从卖方转由买方承担。因此, 6 万美元的海损买方是无权要求卖方承担的。由于海风浪及暴雨一般均可认为是不可抗力, 自然承运人对损失也不负责任, 买方只好自己承担这 6 万美元的损失。

关于不可抗力事件的认定, 由于双方未能在合同中约定不可抗力的范围, 只能由仲裁庭依据常识及国际惯例来决定。自然灾害属于不可抗力, 争议是很小的。争议较大的则是政府行为是否应属不可抗力。在国际上, 一般认为政府行为不是不可抗力。不过, 双方当事人合同中将其归入不可抗力也是可以的。若未有约定, 则由法院或仲裁机构来确定。本案中该国政府对中国的丝绸服装征收反倾销税就是一种政府行为。对此, 仲裁庭决定不属不可抗力。既然不是不可抗力, 那么损失该由谁来承担呢? 征收反倾销税的行为发生在合同约定的交货日期后, 本来不会发生关税损失问题。但卖方的延迟交货, 导致碰上反倾销的时候, 按理卖方应当承担违约责任, 赔偿这笔损失。然而, 卖方未在规定时间内让买方提货是由于不可抗力造成的, 使卖方免除了此违约责任。在此, 关税损失只能由买方自己承担。况且 CIF 术语下进口关税是由买方来支付的。还有, 不可抗力免除了卖方的违约责任, 也就不需要支付违约金。总之, 卖方不承担任何责任, 买方的申诉请求被驳回自在意料之中。

三、订立程序完备, 合同方有法律效力

【案情】

1990 年, 上海某公司从外地因抵债拉回一车共 1000 条丝棉被, 一直放在仓库中无人问津。1992 年 10 月, 江苏某镇供销社经理李某到上海拜访该公司总经理赵

某。在赵家闲谈中，赵经理提起公司仓库中尚存 1000 条丝棉被，请李经理帮忙找销路，并愿意低价出售，以便收回资金。李某一听，觉得有利可图。现在江苏农民很富，百把块钱的被子应该有很好销路的。于是拍着胸脯说，他们供销社要这批货，就算是帮老乡赵经理一个忙。赵经理很高兴，说这批丝棉被是因为外地某厂欠他们公司十万元的债还不起，将这 1000 条被子折价 10 万元抵给了公司。这种被子出厂价每条 102 元，既然是老乡，就再优惠点，每条 99 元。李经理认为 99 元还是太高，需再降低点。赵经理说，反正现在也没法签合同，价格好商量，该李经理回去后填上合同寄过来由公司盖章后再寄回去，只要每条不低于 96 元就行。李经理表示同意，说先预付一半的价款，余下的货款两个月内付清。双方遂谈成这笔交易。

李经理回去后，将价格定为 96 元一条，填好合同盖上章寄给了赵经理，并汇去一半的货款计 4.75 万。赵经理收到合同后，见价格是 96 元一条，心想当时说不低于 96 元，觉得有点吃亏，就将价格改成 98 元一条，盖上章寄回一份并将 1000 条被子发了出去。李经理见价格涂改成 98 元一条，就打电话给赵经理，这回双方怎么也谈不拢，李经理一气之下，剩下的一半货款也不付了，称被子销不掉了。赵经理见货款收不回来，当下也不甘示弱，到法院告了供销社，要求供销社偿付货款及赔偿损失。而李经理说赵经理私自涂改合同上的价格，想多骗取供销社的货款，应追究其欺诈的责任。受诉讼法院认为赵经理涂改价格并不构成欺诈。仅对双方之间的合同纠纷进行了审理。

法院经过审理查明，供销社李经理和公司赵经理二人对于价格的理解是不一致的。李经理认为赵经理说不低于 96 元一条自然包括 96 元在内，而赵经理则认为不包括 96 元在内。由于价格是合同的必要条款，双方意思表示不一致合同不成立。但双方实际上已部分履行了合同的有关内容。法院从实际情况出发组织双方进行调解，最后双方达成调解协议，丝棉被的价格定为 97 元一条，协议生效后两个月供销社付清余下的货款 4.95 万元，公司愿意承担 70% 的诉讼费。最后双方握手言和。

【评析】

一个有效合同的成立应具备以下三个条件：

1. 形式条件，是指合同应具备法定的形式，或口头，或书面。合同法对合同形式的规定是除即时清结的涉外合同等外，应采用书面形式。实际上能够即时清结的交易很少，绝大多数交易均采用书面形式。

2. 实质条件，是指合同的内容要合法。合同的内容包括合同的当事人具有法定资格；合同的必要条款符合法律的规定等。

3. 程序条件，是指合同成立的过程要符合法定中约定。例如法律规定需经过

批准合同只有在批准之后才成立；双方约定一方给付定金时合同才成立的，只有在约定的定金足额给付后合同才成立等。

上述三个条件缺一合同就不成立。其中第二个条件是核心部分。而合同的必要条款是核心中的核心。合同的必要条款，根据合同法的规定主要包括：①标的；②数量和质量；③价款或酬金；④履行的期限，地点和方式；⑤违约责任。

缺少必要条款和对必要条款理解不一致都不能成立有效合同。因为合同的成立是双方协商一致的过程，双方达不成合意谈不上成立合同，何况是买卖合同中最重要的价格问题。

本条中双方之间应成立的合同是购销合同，之所以被法院认为未成立就是因为双方在丝棉被的单价上不能达成一致。从合同订立的程序上说，赵经理涂改价格寄给李经理的行为是一种新的要约，李经理如果同意，那么合同就成立，事实上李经理并未同意。而赵经理主观上并没有存心欺骗的故意，只是认为不少于96元不包括96元在内，且96元太低。而双方都没有口头或以行动默认对方所定的价格。法院认为合同不成立是正确的。

合同不成立，没有履行的不必再履行，已经履行的要停止履行，视具体情况分别处理。本案中双方实际已履行了合同，如果法院判决双方各自返还财产，恢复到合同订立前的状态，显然对双方不利且也没有必要。因此，调解是法院的较好选择，在分清是非的基础上促使双方和解是非常必要的。供销社并非不要棉被，而上海的公司需要收回占用的资金，在此基础上双方均做些让步，达成97元一条的调解协议对双方来说应是最佳结果。

至于诉讼费的分担，在双方无过错或过错差不多的情况下，调解结案的是双方各负担一半。上海的公司愿承担70%的诉讼费显然是对供销社让步的回报。

另外需要说明的是，合同成立并不必然等于合同有效。在大多数情况下，合同成立，合同就生效。但在合同内容违法，或合同一方当事人在成立合同时采取了欺诈，胁迫等手段时，合同就是无效的。换句话说，合同成立后有两种情况，即有效或无效。当然，合同不成立就谈不上有效及无效的问题。

四、涉外合同，确认书的法律效力

【案情】

1990年5月，某贸易公司（卖方）出口一批儿童玩具到美国某公司（买方）。双方通过来往传真件就合同条款达成协议如下：卖方提供10万套玩具，单价5美元，总价款50万美元，FOB价格条件，宁波港船上交货，买方公司开立不可撤销的即期保兑信用证，且不应迟于6月5日前开出，仲裁条款中规定若双方发生争议，以瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院为处理争议的机构，并适用其仲裁规则。应买方

的要求，卖方向买方传出了签字的确认书。5月20日，卖方收到买方签字的确认书后，发现买方将开证日期延后到6月20日，且将信用证改为远期信用证。卖方认为不能接受，随即给美方发了一份传真件，表示不同意。但买方一直未予理会。卖方备齐货物，准备装运。6月5日，卖方未能收到买方开出的信用证。一直到6月11日仍未收到信用证，为避免损失，卖方将货物卖给了另一家美国公司，同时通知买方解除合同。买方不同意解除合同，认为卖方转卖货物是严重违约行为，遂向斯德哥尔摩商会仲裁院申请仲裁。以卖方严重违约为由要求赔偿损失50万元。买方的理由是确认书上已写明6月20日为开证最后日期，但卖方却于6月11日将货物转卖了，是违约行为。卖方申辩理由是：双方原定6月5日为开证最后日期，但买方在确认书上改为20日，我方不能接受，且已表示了异议，但买方未予理会。为避免损失，我方不得已将货物转卖不构成违约。要求买方赔偿货物运费及滞港费8万美元。仲裁院组成仲裁庭，询问了关于卖方异议的事，买方承认收到，但认为卖方与买方合同已成立，卖方再提出异议已没有效力。故未予理会。

仲裁庭认为卖方申辩有理，裁决买方向卖方赔偿8万美元。驳回买方要求卖方赔偿50万元损失的请求。

【评析】

涉外合同是中国当事人与外国当事人之间明确权利义务关系的协议。这与国内合同的双方当事人均为中方是不同的。这样一来也就增加了合同成立的复杂性。一般而言，涉外经济合同的成立方式有下述三种：

1. 书面成立，即双方当事人就合同的条款以书面形式达成协议并签字，合同就告成立。这是合同订立的基本方式。我国法律规定，涉外经济合同须以书面形式订立。

2. 确认书成立，即双方当事人通过信件、电报、电传达成协议，一方当事人要求签订确认书的，签订确认书时合同才告成立。随着通讯手段的不断进步，面对面签订合同的方式已渐渐被这种方式所取代。因为这种方式省时省力，不必在两个国家之间来回奔波。

3. 批准成立，即对于那些根据我国法律、法规的规定必须经过国家批准的合同，获得批准时合同方为成立。这种须经批准的合同为数不多，主要是从我国社会公共利益等方面来考虑的，包括涉及到国家主权时。例如，中外合作勘探开发自然资源合同就需经过批准。

本案合同的成立方式是确认书成立。所谓确认书成立，是指对于双方来往函电中达成的合同条款的再确定。一般说来，确认书不能改变已达成的内容，无论是增加，还是减少，尤其是其中的主要条款。确认书在双方交换签字后生效，也即合同成立。但确认书并不是一个完整的合同，而只是一个简式的协议。确认书只有和双

方所有与合同有关的来往函电一起才构成一个完整的合同。从签订确认书，合同就成立这一角度看，确认书应是以原来双方达成的内容的全盘接受。否则，如果首签确认书的一方在确认书中改变了原内容，则应视为一个要约，对方同意改变的内容，且签字，那么合同成立。改变的内容也包括在内，如果后签确认书的一方当事人在对方签字的确认书中修改了原内容，则应视为一个新要约，对方若不同意，则虽然确认书上有双方的签字，但因一方改变了原内容，合同应视为未成立。因为对于这个新要约，一方不同意即为未承诺。如果双方均在确认书中改变了原内容，则应视为双方仍在继续合同订立的程序，直到对于合同的内容双方都表示完全同意为止。

本案买方在确认书中改变了开立信用证的最后期限及信用证由即期变为远期，应视为买方向卖方提出的一个新要约，由于卖方未同意且表示了异议，则合同实际上并未成立。但在卖方表示了异议后，买方一直未予答复，直至过了15日仍不答复。对买方不理会的答复是否为默认，虽然我国涉外经济合同法中未明确规定，但根据国际公约及国际惯例，应当视为默认。仲裁庭的裁决也是持了默认观点的。既然买方对于卖方的异议视为默认，未及时提出及异议，那么合同自此应视为成立。买方修改确认书的内容不包括在合同之内。合同成立，买方未在规定的时间内开立信用证，属于违约行为，应赔偿卖方损失，卖方为避免受到更大损失，有权解除合同，转卖货物。仲裁庭的判决是正确的。

五、代理的有权与无权

【案情】

1993年3月，湖北省某县饲料公司经理与东北某县植物油厂厂长签订了一份购销豆粕的合同。合同规定，植物油厂6月至8月以单价每吨2000元供给饲料公司豆粕800吨，其中6月、7月各供300吨，8月供200吨。需方饲料公司在湖北该县火车站提货，每批货到后三天内付款。并对其他条款作了详细规定。

合同签订后，供方植物油厂于6月、7月依约共发了600吨的豆粕，但饲料公司只付了75万元的货款。7月20日，需方打电报给供方称所发的豆粕水份含量高，结块，霉变严重等，要求供方来人处理。供方遂派了副厂长赴需方地了解情况，同时打电报给需方说来人只了解情况，至于如何处理听候厂长的通知。7月25日，供方人员到达，在需方经理的带领下到仓库察看，果然存在需方所说的质量问题。后来法院查明所谓质量问题均是需方一手伪造的，且在货到时未会同车站检验就将货提走。当时供方人员在不明真相的情况下，在检验记录上签了字。随后需方以此为依据要求降价，并对供方人员采取威逼利诱的方法迫使供方人员在需方拟就的一份降价协议上签字，该协议规定每吨单价为1250元，这样600吨总计75万，

已货款两清，余下 200 吨因“质量问题”不要了。供方人员回到厂里后，植物油厂厂长认为该协议严重损害了本厂的利益，不能接受。遂向法院起诉饲料公司，要求法院确认协议无效，判决被告偿付所欠货款 45 万元及原告人员赴湖北的差旅费和未发 200 吨豆粕损失费共 8 万元。法院受理后形成两种意见：一种意见认为协议有效，因为供方在协议上签字的是副厂长，在厂长不在的情况下具有代理厂长处理问题的能力，属于职务代理，故协议有效。且供方称是在逼迫的情况下签订的合同，并无真凭实据。另一种意见认为协议无效，因为协议是在胁迫的情况下签订的，有供方人员现场偷录的录音为证。两种意见各执一词，此案于是提交法院审判委员会讨论决定。

经过审判委员会的讨论，法院最终判决双方之间的第二个协议无效，后为供方在协议上签字的副厂长无权代签这个协议，属于无权代理行为，判决被告立即偿还原告货款 45 万元及有关损失 8 万元，诉讼费由被告承担。

【评析】

代理在合同领域中占有相当的地位。现代社会经济的发展要求当事人事必躬亲已成为不可能，故代订经济合同成为普遍现象，代理的有效性来自于代理行为的合法性，构成一个有效的代理应具备如下要件：

1. 代理人须具有行为能力，这是毋庸置疑的。没有行为能力的人自身尚且需要代理，怎能代理他人？
2. 代理人须经授权，非经被代理人授权不能代订经济合同。
3. 代理人须以被代理人名义同第三人订立经济合同，而不能以自己的名义代订，也不能同自己订立。
4. 代理人须在授权范围内代订经济合同，因为代理产生于授权，越权则代理无效。

满足上述四个要件即构成一个有效代理，因而代订的合同对被代理人产生效力，如同被代理人亲自与合同对方当事人订立合同一样。也就是说，代理人签订的合同对被代理人产生约束力，被代理人应承担合同中规定的权利和义务。

与有效代理相对的自然是无效代理。在经济合同领域里，无效代理主要有无权代理、越权代理、自己代理、双方代理等形式。无权代理是指代订合同的人事实上并没有得到授权或原先的代理权已终止而以被代理人名义同第三人签订合同的行为；越权代理是指代理人超越代理权限而签订合同的行为，自己代理和双方代理分别指代理人以被代理人名义同自己和同自己代理的他人订立合同的行为。这些无效代理行为的后果产生的法律上的效力将由代理人自己来承受。就无权代理或越权代理来说，只有在得到被代理人追认情况下其代理行为才对被代理人有效。合同法规定无效代理而签订的合同也无效。

本案中法院的定性是准确的，判决也是公正的。第一个合同为有效合同，自然无任何异议，争议的焦点在于第二个协议是否有效。法院之所以认定供方签协议人的行为属于无权代理，是因为供方的副厂长并非法定代表人厂长，而且派其去湖北时也向需方声明只是了解情况，无权进行处理，有电报为证，且事后供方厂长也未追认，故属无权代理。所谓职务代理只是学术上的研究，并无法律上的依据。因此，协议是无效的。既然协议无效，就要按第一个合同来分清是非。需方伪造质量问题诱使供方在检验记录上签字，这除了说明需方有欺诈的故意外，也只能说明检验当时确定存在质量问题，却不能说明质量问题一定由供方承担。因为需方在提货时就应会同车站一同检验，分清责任，若是由于运输部门的责任，应向运输部门索赔，若是供方发货时的责任，应在规定的时间内向供方提出。然而需方并未这样做，而是直接将货提走了，事实也证明所谓质量问题乃是需方一方炮制的，故主要责任在于需方，一切损失均应由需方承担，法院也正是这样判决的。

法院之所以定为无权代理，而没有定为胁迫，是因为胁迫的证据不足。需方否认协议签订过程中有胁迫行为，而供方人员声称有，所举证据只有一盘偷录的录音带。然而，根据最高人民法院的司法解释，偷录的录音带不能作为证据使用，故本案不能将争议的性质定为胁迫，而只能按无权代理来定性和判决。判决所依据的只能是能够定案的证据，而不是仅凭当事人的陈述。因此，在合同履行的过程中，保留合法的证据是非常必要的，这样有利于在可能发生的纠纷中维护自己的主张及权益。

六、专利的后续开发与转让

【案情】

1990年4月，赵某申请的一项A专利技术被专利局授予了专利权。A专利是一项食品加工方面的技术。某市第一食品加工厂获悉后，与赵某签订了专利实施许可合同。约定赵某将A专利许可食品加工厂在8年内享有独占的使用权，但若在使用过程中对该项专利有改进时必须无偿交给赵某，归赵某所有。食品加工厂第一年支付使用费1万元，以后7年每年支付使用费8000元。一方违约须支付合同总价款20%的违约金。

合同生效后，双方合作得不错。1993年10月，食品加工厂在赵某原有的专利技术基础上作了一项改进，并将改进的技术称为B技术，并瞒着赵某去申请专利。同年12月，食品加工厂将A专利和B技术提供给该市的一家儿童食品厂，双方签订了专利实施许可合同。约定儿童食品厂每年支付使用费5000元。1994年12月专利局驳回了食品加工厂的B技术专利申请，认为B技术专利申请不符合有关条件。儿童食品厂闻知，遂要求食品加工厂返还使用费，赔偿损失，终止合同。食品

加工厂同意终止合同却不同意返还一年的使用费。理由是，虽然专利申请被驳回，但儿童食品厂还是使用了，且也不是一点效益没有。儿童食品厂则坚持要求返还使用费，并诉诸了法院。这时，赵某所说食品加工厂收取了儿童食品厂的使用费，且有改进的 B 技术也不让其知道，十分气恼，也到法院告了食品加工厂，要求将儿童食品厂使用费给他，B 技术应归其所有，并要食品加工厂赔偿损失。由于赵某与儿童食品厂同时起诉食品加工厂，且两案有牵连关系，法院决定作为共同诉讼法将两案合并审理。

本案比较复杂，6 个月后法院对两案分别作了如下判决：

1. 赵某诉食品加工厂一案，合同有效。判决食品加工厂支付赵某违约金 1.16 万元，合同继续履行，驳回赵某对于索要 5000 元使用费和 B 技术的请求，B 技术归食品加工厂所有。

2. 儿童食品厂诉食品加工厂一案，合同部分有效。被告转让 A 专利的部分无效，判决双方终止合同，被告赔偿原告损失 8000 元，返还使用费 3000 元，原告不得再用 A 专利和 B 技术。诉讼费均由被告承担。

【评析】

在技术合同中有一些条款称之为限制性条款。即对当事人的权利作了某些限制性规定的条款，主要可分为下面两类：

1. 商业性限制条款

(1) 限制受让方实施专利与非专利技术的期限、地区和方式。这是合理的，法律允许的；

(2) 限制受让方生产的规模和产量，这是不合理的，妨碍了公平竞争；

(3) 限制受让方产品的价格及一切进出口，这也是妨碍公平竞争的协议。

(4) 限制受让方从转让方以外的渠道购买设备，原材料等，或者要求受让方提供原材料等。一般说来，这也是无效的。

2. 技术性限制条款

(1) 规定使用该技术生产产品，只能使用技术，不能改进；

(2) 规定只能使用该技术，不能从别的渠道吸收技术综合利用；

(3) 要受让方将改进的技术单方面地返还给转让方。

上述三个条款均是不合理的，非法的。同为妨碍了技术进步和违反了公平互利原则。

本案中赵某与食品加工厂的合同具有两项限制性条款：一是限制食品加工厂使用专利的期限，这是合理的，另一是赵某要求食品加工厂将改进技术无条件地、单方无偿返还，这是不合理的，因而也是无效的，后续改进的利用不应是单方面的，而是相互的。

所谓后续改进,是指在技术转上合同有效期内,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。对于后者改进的技术成果,当事人可以按照互利的原则在合同中约定分享办法,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,所以本案法院驳回了赵某对于B技术的要求,判决B技术应属食品加工厂所有。

在专利实施许可合同中,许可方式可以定独占性许可,也可以是排他性许可和普通许可。独占许可只能受让方使用该项技术,排他许可则转让方可以自己实施该项技术,普通许可受让方既不能阻止转让方自己实施,也不能阻止转让方许了别人实施。但是,无论何种许可方式,受让方在未征得转让方同意的情况下,不得将受让的技术再转让给他人。否则,构成违约行为,本案食品加工厂私自许可儿童食品厂使用A专利,应承担违约责任。经法院判决食品加工厂支付赵某违约金,合同中若规定了违约金,则视为损失赔偿额,赵某再要求赔偿损失是不合理的。

既然食品厂无权转让A专利,其与儿童食品厂的实施许可合同就是无效的。但由于B技术归其所有,故合同中转让B技术部分是有效的。根据合同法的规定,专利申请提出后,公开以前,当事人之间就申请专利的发明创造所订的技术转让合同,适用有关非技术转让合同的规定。专利申请未公开而被驳回的,原合同仍然有效。一项专利技术以提出申请到早期公开一般经过18个月,本案B技术从申请到被驳回只有14个月,双方的合同有效部分为非专利技术实施许可合同。由于合同部分履行,且有效与无效部分难以区分,所以,法院判决食品加工厂与儿童食品厂的合同终止。食品加工厂赔偿损失,返还部分使用费,至于数额由法院根据被告的责任程序酌定,当然,儿童食品厂也不得再使用A专利和B技术。由于赵某已得到违约金,再要求儿童食品厂的5000元使用费显然是不合理的,因为赵某与此使用费没有直接的联系。

综观本案,引起纠纷的主要责任者是被告食品厂,主要错误在于其私自将受让的A专利许可儿童食品厂使用,B技术专利申请被驳回后,因受让方实施这项非专利技术还是有效益的,所以法院只判决返还部分使用费,返还的这部分使用费是A专利的使用费。依法是应当给予赵某的,因为赵某是A专利的所有人,法院之所以未判给赵某,是考虑到被告人已付给了赵某违约金,不应再判给其这笔使用费。

七、反担保人的担保责任

【案情】

金蟾公司拟从美国引进一套先进设备,需筹集800万美元的资金来购买,除了其本身的自有资金外,打算贷款100万美元。1993年6月,金蟾公司与某银行签订了借款100万美元的贷款合同。合同的主要内容是,银行于7月23日前将100

万美元划入金蟾公司帐户，金蟾公司于1994年7月23日全部还清贷款本息等。应银行的要求，金蟾公司找了兴联房产公司作为担保人，由兴联公司向银行出具了不可撤销的担保函，对贷款合同项下的100万美元及利息承担担保责任，同时，兴联公司考虑到担保责任太重，提出要求金蟾公司再找一方提供反担保。金蟾公司遂找到文科电子有限公司向兴联房产公司出具了不可撤销的反担保函，保证在接到兴联公司书面通知后七天内归还借款方向贷款方所欠的借款本息。反担保合同自担保合同生效之日起生效。

金蟾公司引进设备后，效益并不象预期的那样好，一直处于亏损状态，1994年7月23日借款到期后，金蟾公司无钱还贷，银行在催讨无果后，于1994年9月9日起诉金蟾公司所欠的借款本息，判决生效后，兴联公司找反担保方文科电子有限公司，要求其代为偿还。但文科电子公司一直置之不理，而此时，法院强制执行从兴联公司的帐户中划走了25万美元。兴联公司无奈，就去法院起诉了金蟾公司和文科电子公司，要求两被告偿还所欠的借款本息，法院受理此案后产生两种意见，一种意见认为此案的标的为100万美元及利息，因为两个担保中担保的范围均是100万美元及利息，另一种意见认为此案的标的应为25万美元，因为原告目前只损失了25万美元。

法院最终判决两被告连带向原告偿还被告金蟾公司所欠的贷款100万美元的本息。原告在留下被法院划走的25万美元之后，将余下的75万美元本息立即归还银行。

【评析】

反担保的出现使担保变得复杂起来，反谓反担保，是指反担保向主合同的担保人提供的担保，也就是担保的担保，在存在反担保关系的场合，共包括一个主合同 and 两个担保合同，这三个合同既相互联系又相互独立：

1. 主合同，即为基础合同，双方当事人分别为债权人和债务人。
2. 担保合同，这是主合同的从合同。在担保合同中，分别有债权人、担保人、债务人三方当事人，担保人的担保责任主要是保证债务人能及时偿还债务，在债务人不履行时，由担保人代为履行或承担连带责任。
3. 反担保合同，这可以说是担保合同的从合同，在反担保合同中，分别有担保人、债务人、反担保人三方当事人，在这里，担保人成为债权人，反担保人的担保责任主要是在担保人代替债务人履行了债务之后，保证债务人能及时向担保人偿还代为履行的债务，若债务人未按时履行此债务，则由反担保人代为履行或承担连带责任。反担保合同实际上就是担保合同，只不过合同中的债权人是主合同下原担保合同的担保人而已。因此反担保合同的反担保人担保责任的履行应以担保合同中担保人的担保责任已履行为前提。

反担保与平行担保是有区别的,所谓平行担保,是指主合同下存在两个并列的担保合同,担保人同时为债务人向债权人提供担保,而两个担保人之间互独立的。反担保的两个担保合同是相互联系的,二者之间的关系如主合同与担保合同的关系一样,反担保合同实际上已与主合同中的债权人没有关系,主合同的债权人也无权依据担保合同或反担保合要求反担保人承担担保责任。

按照上述分析,在金蟾公司到期未能偿还贷款本息后,作为担保人的兴联公司当代替金蟾公司向银行偿还贷款的本息,法院从兴联公司账户中划走 25 万美元是正确、合法的。余下的 76 万美元本息应由兴联公司偿还,在兴联公司偿还了债务,也即履行了担保责任后,可向金蟾公司或反担保方文科电子公司索偿。索偿的金额应是其偿还的金额。由此看来,兴联公司提起反担保的诉讼标的应为 25 万美元,而不是 100 万元本息,因为起诉时兴联公司只代为履行了 25 万美元,法院的第二种意见是正确的,因为债务人的根本偿还对象是债权人,在担保人未为偿还之前,担保人不能要求债务人向自己履行债务,此时,担保人并没有取得追偿权,只能要求债务人向债权人履行债务。在担保人部分代偿债务的情况下,担保人也只是取得该部分的追偿权,而不能取得未代偿那部分债务的追偿权。换句话说,债务人此时除了向担保人偿付担保人代偿的部分外,剩下的部分还是应向债权人偿付。具体到本案中,兴联公司被划走 25 万美元,只取得了返 25 万美元的向金蟾公司的追偿权。也就是说,在兴联公司与金蟾公司之间当时只存在 25 万美元的债权债务关系。再具体到反担保合同中,与上述分析的一样,虽然文科公司担保的是借款方所欠的 100 万美元本息,但文科公司的担保范围仍然以被担保人金蟾公司应对兴联公司所欠的债务为前提,即其担保责任只限于金蟾公司实际对兴联公司所应偿还的债务,而非“未实现”的 100 万美元的全部债务。

综上所述,兴联公司起诉文科电子有限公司的标的应为 25 万美元。法院的判决是不妥当的,法院应判决文科电子有限公司偿付原告 25 万美元。至于金蟾公司尚欠的 75 万美元本息,应由法院强制兴联公司履行,兴联公司履行后再要求文科电子公司偿还,而不能将二者合在一起。当然,兴联公司既可以要求文科电子公司将 75 万美元本息交给其,然后再转交给银行,也可要求文科公司直接交给银行。但兴联公司却不能代替银行作为诉讼主体要求法院判文科公司偿还这 75 万美元。

八、转让专利申请权应负的责任

【案情】

1992 年,某机械制造厂工程师李某发明了一种用于机床上的传动装置,用于机床上可提高机床的功效二倍。李某打算申请发明专利。但考虑自身财力有限及获得专利权的时间太长,就想将此专利申请权转让出去。某机床制造厂听说后,遂与

李某签订了专利申请权转让合同；李某将此项发明的所有资料交付机床厂，机床厂支付转让费2万元给李某，其他条款按照技术合同法的规定订立。

合同订立后，机床厂即着手申请专利，向专利局提交了专利申请书。不料，在专利申请的初步审查过程中，机械制造厂与李某就该项发明的权属发生了纠纷，机械制造厂认为李某的发明属于职务技术成果，而李某则认为该项发明是其独自创造的，不属于职务技术成果。双方争执不下，机械制造厂诉至法院，要求法院确认发明的权属。专利局在接到机械制造厂的异议后，决定等法院作出判决后再进行审查，让机床厂听候通知。一个月后，法院作出了判决，法院认为李某在创造这项发明过程中，主要利用了某本单位的物质技术资料，属于职务技术成果。判决争议的发明创造属于机械制造厂所有。专利局在收到法院的判决后，驳回了机床厂的专利申请。机床厂于是要求李某退还转让费，李某认为法院的判决有误，拒不退还转让费。机床厂无法也只有诉至法院，李某又当了一次被告。机床厂要求李某返还转让费，支付违约金及赔偿损失；李某则辩称合同约定的是权利的转让，而非结果转让。只要转让方依约转让了申请权，受让方受让了申请权，合同就已履行完毕。因此，其不应返还转让费。

法院认为李某侵害了其单位机械制造厂的专利申请权，因而李某与机床厂签订的专利申请权转让合同是无效的。法院判决李某返还转让费二万元，承担全部诉讼费用，机床厂申请专利所花去的费用也由李某承担。机床厂将发明创造所有资料交出，由法院转交给李某的单位机械制造厂，机床厂不得使用。

【评析】

本案涉及到两个方面的问题：发明创造的归属问题和有关专利申请权的转让问题。

1. 发明创造的归属，根据《专利法》及合同法的规定，发明创造的归属基本原则是，谁发明，谁拥有。即对发明创造作出实质性贡献的人享有发明创造的所有权或持有权。（全民所有制的单位的专利归其“持有”）。这是一个总的原则，但在某些情况下，为了平衡各方面的利益，法律又规定了例外的情况；

（1）职务技术成果归属单位的原则。所谓职务技术成果，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完成技术成果，职务技术成果的使用权和转让权属于单位。完成该项职务技术成果的人只能获得单位的奖励。除职务技术成果之外的均是非职务技术成果，其应属于完成人所有。二者划分的标准也就是看发明人是否执行本单位的任务或主要利用本单位的物质技术条件。具体地说，下列情况均属于职务技术成果；

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；

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