**中国移动合同审查指引**

目 录

[编制目的及定位 10](#_Toc249866246)

[使用说明 10](#_Toc249866247)

[第一编 合同审查概述 12](#_Toc249866248)

[第一章 合同审查基础 12](#_Toc249866249)

[**第一节** **合同审查的概念** 12](#_Toc249866250)

[**一、** **合同审查的定义** 12](#_Toc249866251)

[**二、** **合同审查的目的** 12](#_Toc249866252)

[**三、** **合同审查的对象** 13](#_Toc249866253)

[**第二节** **合同审查的基本原则** 13](#_Toc249866254)

[**一、** **依法合规审查的原则** 13](#_Toc249866255)

[**二、** **公平与利益兼顾原则** 14](#_Toc249866256)

[**三、** **与缔约过程相结合原则** 14](#_Toc249866257)

[**四、** **风险控制与促成交易相结合原则** 14](#_Toc249866258)

[**五、** **全面审查与专项审查相结合原则** 14](#_Toc249866259)

[**第三节** **合同审查的主体及其分工** 15](#_Toc249866260)

[**一、** **合同经办部门** 15](#_Toc249866261)

[**二、** **合同会签部门** 18](#_Toc249866262)

[**三、** **法律部门** 20](#_Toc249866263)

[第二章 合同审查的方法 21](#_Toc249866264)

[**第一节** **合同审查方法概述** 21](#_Toc249866265)

[**一、** **法律分析法** 21](#_Toc249866266)

[**二、** **利益分析法** 21](#_Toc249866267)

[**三、** **范本比对法** 21](#_Toc249866268)

[**四、** **征求意见法** 22](#_Toc249866269)

[**五、** **专家确认法** 22](#_Toc249866270)

[**第二节** **合同审查的流程及步骤** 22](#_Toc249866271)

[**一、** **审核流程** 22](#_Toc249866272)

[**二、** **合同审查的步骤** 23](#_Toc249866273)

[**第三节** **合同审查的基本分类** 26](#_Toc249866274)

[**一、** **形式审查与实质审查** 26](#_Toc249866275)

[**二、** **专项审查与全面审查** 27](#_Toc249866276)

[**三、** **范本合同的审查与非范本合同的审查** 27](#_Toc249866277)

[**第四节** **常见问题及处理** 28](#_Toc249866278)

[**一、** **商务、技术、法律三类条款区分与审查分工问题** 28](#_Toc249866279)

[**二、** **合同审查流程的结构设计问题** 30](#_Toc249866280)

[**三、** **合同审查的绿色通道问题** 31](#_Toc249866281)

[**四、** **合同补签问题** 31](#_Toc249866282)

[**五、** **范本合同的审查问题** 33](#_Toc249866283)

[**六、** **不同层级审查人员的审查重点问题** 34](#_Toc249866284)

[**七、** **公章与合同专用章在合同签订做中的使用问题** 35](#_Toc249866285)

[**八、** **法定代表人或授权代表人私人印章能否代替签字的问题** 36](#_Toc249866286)

[第二编 合同原理精要 37](#_Toc249866287)

[第一章 合同与合同法概述 37](#_Toc249866288)

[**第一节 合同概述** 37](#_Toc249866289)

[**一、** **合同的概念和特征** 37](#_Toc249866290)

[**二、** **合同的分类** 39](#_Toc249866291)

[**第二节** **合同法概述** 45](#_Toc249866292)

[**一、** **合同法的概念和特征** 45](#_Toc249866293)

[**二、** **合同法的作用** 49](#_Toc249866294)

[**第三节** **合同法的基本原则** 50](#_Toc249866295)

[**一、** **平等原则** 51](#_Toc249866296)

[**二、** **自愿原则** 51](#_Toc249866297)

[**三、** **公平原则** 52](#_Toc249866298)

[**四、** **诚实信用原则** 52](#_Toc249866299)

[**五、** **合法原则** 53](#_Toc249866300)

[**六、** **维护合同效力的原则** 55](#_Toc249866301)

[第二章 合同的内容与形式 57](#_Toc249866302)

[**第一节** **合同的内容** 57](#_Toc249866303)

[**一、** **合同权利** 57](#_Toc249866304)

[**二、** **合同义务** 58](#_Toc249866305)

[**第二节** **合同条款** 62](#_Toc249866306)

[**一、** **合同条款的概念与特征** 62](#_Toc249866307)

[**二、** **合同条款的种类** 63](#_Toc249866308)

[**三、** **合同示范文本的参照** 65](#_Toc249866309)

[**第三节** **合同的形式** 65](#_Toc249866310)

[**一、** **合同形式的概念** 65](#_Toc249866311)

[**二、** **合同的书面形式** 66](#_Toc249866312)

[**三、** **合同的口头形式** 67](#_Toc249866313)

[**四、** **合同的其他形式** 67](#_Toc249866314)

[第三章 合同的订立 68](#_Toc249866315)

[**第一节** **合同的订立程序** 68](#_Toc249866316)

[**一、** **要约** 68](#_Toc249866317)

[**二、** **承诺** 72](#_Toc249866318)

[**第二节** **合同的成立时间和地点** 74](#_Toc249866319)

[**一、** **合同成立的时间** 74](#_Toc249866320)

[**二、** **合同成立的地点** 75](#_Toc249866321)

[第四章 合同的效力 77](#_Toc249866322)

[**第一节** **合同效力概述** 77](#_Toc249866323)

[**第二节** **合同的成立与生效** 78](#_Toc249866324)

[**一、** **合同的成立** 78](#_Toc249866325)

[**二、** **合同的生效** 79](#_Toc249866326)

[**第三节** **合同的无效** 81](#_Toc249866327)

[**一、** **合同无效概述** 81](#_Toc249866328)

[**二、** **无效合同的种类** 82](#_Toc249866329)

[**第四节** **合同的可撤销** 84](#_Toc249866330)

[**一、** **可撤销合同的概念与特征** 84](#_Toc249866331)

[**二、** **可撤销合同的种类** 85](#_Toc249866332)

[**第五节** **效力待定合同** 87](#_Toc249866333)

[**一、** **效力待定合同的概念与特征** 87](#_Toc249866334)

[**二、** **无缔约能力人所订立的合同效力** 88](#_Toc249866335)

[**三、** **无权代理人所订立的合同效力** 88](#_Toc249866336)

[**第六节** **无权处分合同** 90](#_Toc249866337)

[**第七节** **合同归于无效的法律后果** 91](#_Toc249866338)

[**一、** **合同归于无效概述** 91](#_Toc249866339)

[**二、** **合同归于无效的法律后果** 92](#_Toc249866340)

[第五章 合同的履行 94](#_Toc249866341)

[**第一节** **合同履行的概念和原则** 94](#_Toc249866342)

[**一、** **合同履行的概念** 94](#_Toc249866343)

[**二、** **合同履行的原则** 95](#_Toc249866344)

[**第二节** **合同履行的规则** 98](#_Toc249866345)

[**一、** **履行主体的规则** 98](#_Toc249866346)

[**二、** **履行标的的规则** 99](#_Toc249866347)

[**三、** **履行期限的规则** 100](#_Toc249866348)

[**四、** **履行地点的规则** 100](#_Toc249866349)

[**五、** **履行方式的规则** 100](#_Toc249866350)

[**六、** **履行费用的规则** 101](#_Toc249866351)

[**七、** **合同空缺条款的确定规则** 101](#_Toc249866352)

[**第三节** **双务合同履行中的抗辩权** 103](#_Toc249866353)

[**一、** **同时履行抗辩权** 103](#_Toc249866354)

[**二、** **先履行抗辩权** 104](#_Toc249866355)

[**三、** **不安抗辩权** 105](#_Toc249866356)

[第六章 合同的保全 107](#_Toc249866357)

[**第一节** **债权人的代位权** 107](#_Toc249866358)

[**一、** **债权人的代位权的概念** 107](#_Toc249866359)

[**二、** **债权人代位权的成立要件** 108](#_Toc249866360)

[**三、** **债权人代位权的行使** 109](#_Toc249866361)

[**四、** **进行代位权诉讼的若干问题** 109](#_Toc249866362)

[**五、** **债权人代位权行使的效力** 110](#_Toc249866363)

[**第二节** **债权人的撤销权** 111](#_Toc249866364)

[**一、** **债权人的撤销权的概念** 111](#_Toc249866365)

[**二、** **债权人撤销权的成立要件** 112](#_Toc249866366)

[**三、** **债权人撤销权的行使** 113](#_Toc249866367)

[**四、** **债权人撤销权行使的效力** 114](#_Toc249866368)

[第七章 违约责任 116](#_Toc249866369)

[**第一节** **违约行为** 116](#_Toc249866370)

[**一、** **违约行为** 116](#_Toc249866371)

[**二、** **违约形态** 116](#_Toc249866372)

[**第二节** **违约责任** 120](#_Toc249866373)

[**一、** **违约责任概念与特征** 120](#_Toc249866374)

[**二、** **违约责任的性质** 120](#_Toc249866375)

[**三、** **违约责任的归责原则** 122](#_Toc249866376)

[**四、** **违约责任的免责事由** 123](#_Toc249866377)

[**五、** **违约责任的形式** 124](#_Toc249866378)

[第八章 合同的解释及争议处理 129](#_Toc249866379)

[**第一节** **合同解释概述** 129](#_Toc249866380)

[**第二节** **合同解释的种类** 129](#_Toc249866381)

[**一、** **合同的内容解释** 129](#_Toc249866382)

[**二、** **合同的补充解释** 130](#_Toc249866383)

[**三、** **合同的修正解释** 130](#_Toc249866384)

[**第三节** **合同解释的原则** 130](#_Toc249866385)

[**一、** **文义解释原则** 130](#_Toc249866386)

[**二、** **意图解释原则** 131](#_Toc249866387)

[**三、** **有利于非起草人的解释原则** 132](#_Toc249866388)

[**四、** **根据商业习惯、国际惯例对合同条款进行解释** 132](#_Toc249866389)

[**五、** **依照公平原则及最大诚信原则等解释合同的有关条款** 132](#_Toc249866390)

[**第四节** **合同争议的处理** 133](#_Toc249866391)

[**一、** **协商** 133](#_Toc249866392)

[**二、** **调解** 133](#_Toc249866393)

[**三、** **仲裁** 133](#_Toc249866394)

[**四、** **诉讼** 134](#_Toc249866395)

[第九章 合同相关实务研究 135](#_Toc249866396)

[**第一节** **公司注册资本与公司的信用关系** 135](#_Toc249866397)

[**第二节** **吊销营业执照的法律后果** 136](#_Toc249866398)

[**第三节** **公司的法定代表人制度** 138](#_Toc249866399)

[**第四节** **工商登记的意义及效力** 141](#_Toc249866400)

[**第五节** **公司超范围经营的问题** 143](#_Toc249866401)

[**第六节** **企业集团的性质与法律地位** 145](#_Toc249866402)

[**第七节** **分公司以自己作为签约和履约主体** 146](#_Toc249866403)

[第三编 合同审查通用指引 148](#_Toc249866404)

[第一章 形式审查 148](#_Toc249866405)

[**第一节** **形式审查概述** 148](#_Toc249866406)

[**一、** **形式审查的概念及目的** 148](#_Toc249866407)

[**二、** **形式审查的内容** 148](#_Toc249866408)

[**三、** **形式审查的审查依据及要求** 149](#_Toc249866409)

[**第二节** **形式审查的要点** 149](#_Toc249866410)

[**一、** **前置审批流程审查要点** 149](#_Toc249866411)

[**二、** **报审资料完整性、符合性审查要点** 150](#_Toc249866412)

[**三、** **合同文本形式审查要点** 151](#_Toc249866413)

[第二章 实质审查 155](#_Toc249866414)

[**第一节** **实质审查概述** 155](#_Toc249866415)

[**一、** **实质审查的概念及目的** 155](#_Toc249866416)

[**二、** **实质审查的主要内容** 155](#_Toc249866417)

[**三、** **实质审查的依据及要求** 162](#_Toc249866418)

[**第二节** **实质审查的要点** 162](#_Toc249866419)

[**一、** **合法合规性审查要点** 162](#_Toc249866420)

[**二、** **条款完备性、明确性、严谨性审查要点** 164](#_Toc249866421)

[**三、** **程序合法性审查要点** 167](#_Toc249866422)

[第三章 常见问题分析及处理 169](#_Toc249866423)

[**第一节** **合同、意向书、备忘录及传真** 169](#_Toc249866424)

[**一、** **合同的名称问题** 169](#_Toc249866425)

[**二、** **合同生效日期缺漏及与有效期相矛盾的问题** 171](#_Toc249866426)

[**三、** **合同用语不准确的问题** 172](#_Toc249866427)

[**四、** **关于合同目的的约定问题** 173](#_Toc249866428)

[**五、** **意向书、备忘录的法律性质问题** 174](#_Toc249866429)

[**六、** **关于传真签署合同的有效性问题** 175](#_Toc249866430)

[**第二节** **合同的签约主体** 177](#_Toc249866431)

[**一、** **分支机构对外签约问题** 177](#_Toc249866432)

[**二、** **法人内设职能部门对外签约问题** 178](#_Toc249866433)

[**三、** **投标主体与签约主体不一致问题** 179](#_Toc249866434)

[**第三节** **违约责任** 180](#_Toc249866435)

[**一、** **违约责任承担方式的选择适用问题** 180](#_Toc249866436)

[**二、** **违约金约定过高的判断问题** 182](#_Toc249866437)

[**第四节** **合同其他条款** 183](#_Toc249866438)

[**一、** **合同付款条款的审查问题** 183](#_Toc249866439)

[**二、** **争议解决条款的约定问题** 185](#_Toc249866440)

[**三、** **知识产权归属条款的约定问题** 188](#_Toc249866441)

[**四、** **不可抗力条款的约定问题** 189](#_Toc249866442)

[**五、** **被动条款的使用问题** 191](#_Toc249866443)

[**第五节** **合同文本通用示范条款** 192](#_Toc249866444)

[**一、** **鉴于条款** 192](#_Toc249866445)

[**二、** **对方保证具备履约资格及能力条款** 192](#_Toc249866446)

[**三、** **结算、支付条款** 192](#_Toc249866447)

[**四、** **知识产权条款** 193](#_Toc249866448)

[**五、** **保密条款** 193](#_Toc249866449)

[**六、** **违约责任条款** 195](#_Toc249866450)

[**七、** **不可抗力条款、免责条款** 196](#_Toc249866451)

[**八、** **争议解决条款** 197](#_Toc249866452)

[**九、** **法律适用条款** 198](#_Toc249866453)

[**十、** **合同期限条款** 198](#_Toc249866454)

[**十一、** **合同的变更、解除条款** 198](#_Toc249866455)

[**十二、** **通知送达条款** 199](#_Toc249866456)

[**十三、** **合同附件条款** 200](#_Toc249866457)

[**十四、** **生效条款** 200](#_Toc249866458)

[**十五、** **合同文本条款** 201](#_Toc249866459)

[第四编 合同审查分类指引 202](#_Toc249866460)

[第一章 采购合同审查指引 202](#_Toc249866461)

[**一、** **采购合同概述** 202](#_Toc249866462)

[**二、** **采购合同审查要点** 203](#_Toc249866463)

[**三、** **采购合同常见问题及处理建议** 206](#_Toc249866464)

[**四、** **采购合同关键示范条款** 213](#_Toc249866465)

[**五、** **常用法律、法规、规章、规范性文件** 218](#_Toc249866466)

[第二章 广告类合同审查指引 219](#_Toc249866467)

[**第一节** **广告发布合同审查指引** 219](#_Toc249866468)

[**一、** **广告发布合同概述** 219](#_Toc249866469)

[**二、** **广告发布合同审查要点** 221](#_Toc249866470)

[**三、** **广告发布合同常见问题及处理建议** 224](#_Toc249866471)

[**四、** **广告发布合同关键示范条款** 228](#_Toc249866472)

[**五、** **常用法律、法规、规章、规范性文件** 231](#_Toc249866473)

[**第二节** **广告设计制作合同审查指引** 231](#_Toc249866474)

[**一、** **广告设计制作合同概述** 231](#_Toc249866475)

[**二、** **广告设计制作合同审查要点** 234](#_Toc249866476)

[**三、** **广告设计制作合同常见问题及处理建议** 236](#_Toc249866477)

[**四、** **广告设计制作合同关键示范条款** 237](#_Toc249866478)

[**五、** **常用法律、法规、规章、规范性文件** 240](#_Toc249866479)

[第三章 租赁合同审查指引 241](#_Toc249866480)

[**第一节 租赁合同概述** 241](#_Toc249866481)

[**一、** **租赁合同的定义** 241](#_Toc249866482)

[**二、** **租赁合同的分类** 241](#_Toc249866483)

[**三、** **租赁合同的特点** 242](#_Toc249866484)

[**第二节 租赁合同的审查** 242](#_Toc249866485)

[**一、** **租赁合同审查要点** 243](#_Toc249866486)

[**二、** **租赁合同常见问题及处理建议** 247](#_Toc249866487)

[**三、** **租赁合同关键示范条款** 262](#_Toc249866488)

[**四、** **常用法律、法规、规章、规范性文件** 268](#_Toc249866489)

[第四章 建设工程施工合同审查指引 270](#_Toc249866490)

[**第一节** **建设工程合同概述** 270](#_Toc249866491)

[**一、** **建设工程合同定义** 270](#_Toc249866492)

[**二、** **建设工程合同分类** 270](#_Toc249866493)

[**三、** **建设工程合同特点** 271](#_Toc249866494)

[**第二节** **建设工程施工合同的审查** 272](#_Toc249866495)

[**一、** **建设工程施工合同审查要点** 272](#_Toc249866496)

[**二、** **建设工程施工合同常见问题及处理建议** 278](#_Toc249866497)

[**三、** **建设工程施工合同关键示范条款** 286](#_Toc249866498)

[**四、** **常用法律、法规、规章、规范性文件** 294](#_Toc249866499)

[第五章 咨询类合同审查指引 296](#_Toc249866500)

[**第一节** **咨询类合同概述** 296](#_Toc249866501)

[**一、** **咨询类合同的定义** 296](#_Toc249866502)

[**二、** **技术咨询合同的法律规定** 296](#_Toc249866503)

[**三、** **咨询类合同的基本结构** 297](#_Toc249866504)

[**第二节** **咨询类合同的审查** 298](#_Toc249866505)

[**一、** **咨询类合同审查要点** 298](#_Toc249866506)

[**二、** **咨询类合同常见问题及处理建议** 299](#_Toc249866507)

[**三、** **咨询类合同关键示范条款** 302](#_Toc249866508)

[**四、** **常用法律、法规、规章、规范性文件** 304](#_Toc249866509)

[第六章 支撑维护服务合同审查指引 305](#_Toc249866510)

[**第一节** **支撑服务类合同概述** 305](#_Toc249866511)

[**一、** **支撑服务类合同的定义** 305](#_Toc249866512)

[**二、** **支撑服务类合同的分类** 305](#_Toc249866513)

[**三、** **支撑服务类合同的特点** 305](#_Toc249866514)

[**第二节** **支撑服务类合同的审查** 306](#_Toc249866515)

[**一、** **支撑服务类合同审查要点** 306](#_Toc249866516)

[**二、** **支撑服务类合同常见问题及处理建议** 307](#_Toc249866517)

[**三、** **支撑服务类合同关键示范条款** 312](#_Toc249866518)

[**四、** **常用法律、法规、规章、规范性文件** 314](#_Toc249866519)

[第七章 软件类合同审查指引 315](#_Toc249866520)

[**第一节** **软件开发合同审查指引** 315](#_Toc249866521)

[**一、** **软件开发合同概述** 315](#_Toc249866522)

[**二、** **软件开发合同审查要点** 316](#_Toc249866523)

[**三、** **软件开发合同常见问题及处理建议** 318](#_Toc249866524)

[**四、** **软件开发合同关键示范条款** 321](#_Toc249866525)

[**五、** **常用法律、法规、规章、规范性文件** 325](#_Toc249866526)

[**第二节** **软件使用许可合同审查指引** 325](#_Toc249866527)

[**一、** **软件使用许可合同概述** 325](#_Toc249866528)

[**二、** **软件使用许可合同审查要点** 326](#_Toc249866529)

[**三、** **软件使用许可合同常见问题及处理建议** 327](#_Toc249866530)

[**四、** **软件使用许可合同关键示范条款** 329](#_Toc249866531)

[**五、** **常用法律、法规、规章、规范性文件** 335](#_Toc249866532)

[第八章 委托设计制作合同审查指引 336](#_Toc249866533)

[**第一节** **委托设计制作合同概述** 336](#_Toc249866534)

[**一、** **委托设计制作合同的定义** 336](#_Toc249866535)

[**二、** **委托设计制作合同的基本结构** 336](#_Toc249866536)

[**第二节** **委托设计制作合同的审查** 336](#_Toc249866537)

[**一、** **委托设计制作合同审查要点** 336](#_Toc249866538)

[**二、** **委托设计制作合同常见问题及处理建议** 339](#_Toc249866539)

[**三、** **委托设计制作合同关键示范条款 以委托方为甲方为例。** 340](#_Toc249866540)

[**四、** **常用法律、法规、规章、规范性文件** 342](#_Toc249866541)

[第九章 委托筹办合同法律审查指引 343](#_Toc249866542)

[**第一节** **委托筹办合同概述** 343](#_Toc249866543)

[**一、** **委托筹办合同的概念** 343](#_Toc249866544)

[**二、** **委托筹办合同的分类** 343](#_Toc249866545)

[**三、** **委托筹办合同的特点** 343](#_Toc249866546)

[**第二节** **委托筹办合同的审查** 344](#_Toc249866547)

[**一、** **委托筹办合同审查要点** 344](#_Toc249866548)

[**二、** **委托筹办合同常见问题及处理建议** 347](#_Toc249866549)

[**三、** **委托筹办合同关键示范条款** 349](#_Toc249866550)

[**四**、 **常用法律、法规、规章、规范性文件** 352](#_Toc249866551)

# 编制目的及定位

为进一步提高中国移动合同管理的标准化、精细化水平，有效提升合同管理效率，对合同审查阶段的法律风险进行防范和控制，集团公司法律事务部于2008年7月开展了合同签审重点法律问题及合同审查指引研究项目，并主持编制了本指引。

本指引旨在为企业法律工作人员提供统一的合同审查指南，同时也可作为各业务部门管理人员进行合同谈判、签约工作的法律指引，有助于提高工作效率，降低合同风险。

# 使用说明

本指引的内容由以下三部分构成：合同审查概述、合同审查通用指引、合同审查分类指引。

合同审查概述主要内容为合同审查的基础知识，主要介绍合同审查的基本原则和方法、一般企业中合同审查的流程、参与合同审查的部门分工以及签约管理等一般性合同管理常识。

通用指引是在合同审查概述的基础上，对一般合同的审查要点及审查中常见典型问题的归纳总结。通用指引将合同审查的主要内容按照内容性质与审查层次的不同，划分为形式审查与实质审查两大块。其中，形式审查主要是依据公司的管理制度及流程的规定，对合同前置审批流程、背景资料、文本表述、逻辑结构等方面的审查，该项审查一般不涉及法律实体问题；实质审查主要是依据法律法规的规定，对合同文本内容的合法性、合规性、完善性、明确性、严谨性等方面的审查，侧重于对合同的法律实体审查。形式审查与实质审查是完善的合同审查的两个方面，只有将两种审查方式有机结合起来，才能更好地达到防控合同风险的根本目的。

分类指引是在通用指引总结归纳了合同审查一般审核要点及常见共性问题的基础上，通过对公司常用合同归类，根据各类合同法律特征及合同审查实际情况，分类进行归纳总结。分类指引对每类合同需关注的特殊审核要点简明扼要地予以列明，也对该类合同常见疑难法律问题进行重点研究分析并提出解决建议，旨在使合同管理人员在参照通用指引进行合同审查基础上，能够进一步参照分类指引，重点关注该类合同的特殊审核要点和常见法律问题，加强合同审查指引的实用性和针对性。

分类指引主要针对下列公司常用的九类商务合同的特别审核要点和重点疑难问题进行编制：采购类合同、广告类合同、租赁类合同、建设工程施工合同、咨询服务类合同、支撑服务类合同、软件类合同、委托设计制作类合同、委托筹办服务类合同。分类指引并未涵盖公司使用的全部合同类别，每类合同的内容也并未将该类合同涉及的所有法律问题一一列明。通用指引已述及的合同审查共性问题未再重复编写。因此，合同审查人员在进行合同审查工作时，需综合参照通用指引和分类指引进行全面审查。

**第一编 合同审查概述**

1. **合同审查基础**
2. **合同审查的概念**

1. **合同审查的定义**

合同审查，是指为防范交易风险、维护公司利益，在合同签订之前，公司法律部门及其他相关部门依据法律法规及公司规章制度的要求，针对各部门送审的合同文本及资料，通过检查、核对、分析等方法，就合同中存在的法律问题及其他缺陷提出修改、增删、调整等意见建议的专业活动。

狭义上来讲，合同审查主要是指合同的法律审查，即法律专业人员从法律角度对合同文本内容的合法性、有效性等进行的全面审核把关。广义上来讲，从公司合同管理工作的实际要求来看，除了法律审查之外，合同审查还涵盖公司其他相关部门，如经（承）办部门、财务部门、主管部门（各公司的合同审查相关部门可能有所不同）对合同相关内容的审核把关。合同审查是签订合同之前的必经程序，也是合同管理工作的主要内容。本书侧重于狭义上的合同法律审查分析。

1. **合同审查的目的**

合同审查的目的，归纳起来主要有以下两个方面：

第一，通过合同审查保证合同的合法有效，防控合同法律风险，实现合同签订的目的。通过合同审查，合同得以完善，从而保证合同合法有效，可以防控合同违法导致合同无效的风险、合同文字表述错误、内容不清导致合同内容不确定的风险、因对方无履约能力导致合同无法履行的风险等。

第二，通过合同审查，明确各方权利义务及其责任，保证合同质量，为合同的顺利履行及化解合同履行中的纠纷奠定基础，最大限度维护公司利益。

通过合同审查，完善合同双方的权利义务条款、违约责任条款、救济条款等，为分清合同双方责任奠定合同基础。一旦不能达成合同目的或因某种原因发生了对方违约等合同争议时，能够依据合同条款充分主张权利，得到相应的补偿或者将损失限定在可预见的范围内，最大限度维护公司的利益。

1. **合同审查的对象**

合同审查的对象包括集团公司及其下属子公司、分公司及其他分支机构与法人、其他组织、自然人之间签订的合同，不仅包括合同正文文本，也包括合同附件、对方当事人证照和资质证书以及相关背景资料等，既包括主协议，也包括补充协议、变更协议、合同洽商记录、备忘录、往来电传、信函及其他构成合同有机组成部分的文件。

1. **合同审查的基本原则**
2. **依法合规审查的原则**

为了实现合同审查的目的，保证合同的合法有效，合同审查的首要原则是要依法审查，避免因合同内容违法带来法律风险，同时还需要根据公司的相关规章制度、流程等规定进行合同审查，保证合同审查符合公司各方面的管理要求。

1. **公平与利益兼顾原则**

公司经营的目的之一是追求经济效益最大化。获取利益是公司不断发展的保障，作为日常经营活动的重要组成部分，合同审查必须考虑己方的利益。同时，作为诚信经营的企业，也应注重公平，因此合同的审查应公平和利益兼顾，在把握不违反法律规定的前提下，争取利益最大化。

1. **与缔约过程相结合原则**

合同审查应当不仅仅就拟定的纸上条文进行审查，更需对合同的整个商谈、磋商过程有所了解，追溯合同反映出的每个问题的渊源，并了解交易背景和自己一方立场及所关注的主要内容。只有以一致性、连贯性、整体性的历史眼光审查拟订立的合同，才能保证审查后的合同能够完整、准确地体现合同双方的真实意思表示，避免因孤立、片面地审查合同而与签约人初衷背道而驰。

1. **风险控制与促成交易相结合原则**

合同审查的目标是使合同尽善尽美，从而最大限度地防控风险。但商务实践中，为了保证达成交易，很多情况下在坚持关键性条款的同时需要灵活做出适当让步，避免因机械、教条丧失商机。因此，合同审查需以不破坏交易、有利合同履行为原则，在坚持法律底线的前提下，尽可能对双方争议焦点条款作出双方均能接受的变通约定，尽可能促成交易的最终达成，以便使最终签订的合同获得各方认同进而得到良好执行，从而保证实现合同目的。

1. **全面审查与专项审查相结合原则**

合同审查不仅要求法律人员对合同整体进行全面审查，包括内容的完整性、合法性、连贯性等，同时也要进行专项审查，由专业部门对合同中的专业性条款进行审查，发挥所长，确保合同的质量。

1. **合同审查的主体及其分工**

合同审查的主体是指公司内部合同管理流程所涉及的各相关部门，包括合同经办部门、需求部门、主管部门以及相关职能部门。各部门进行合同审查工作的主要依据是公司合同管理制度以及部门职责的设置。合同审查的主体可划分为法律部门、合同经办部门以及合同会签部门。原则上由法律部门重点负责合同合法有效性的全面审查及法律风险防范，其他部门负责各自职能涉及的审查事项，各部门具体职责分别概括如下：

* + 1. **合同经办部门**

合同经办部门，又称合同承办部门或合同主办部门。合同经办部门是合同审查工作的发起部门，公司的每一个职能部门都可能成为合同经办部门。合同经办部门一般主要负责合同项目前期的立项审批、招投标、商务谈判以及合同文本的草拟、合同签订、合同履行（部分合同的履行由其他需求部门、执行部门负责履行）等。

实践中，经办部门负责草拟合同文本，且基于该部门与合同对方主体的联系更为密切，以及对项目背景的深入了解，适宜由其承担合同审查的主要工作，可以大致概括为如下几方面：

1. 负责审查合同对方主体的合法性

合同的签约主体，一般为自然人、法人及其他组织。经办部门在项目前期招投标或谈判阶段，应该对合作意向方的经营资质及背景有所了解，要求对方提供营业执照等主体资质证明文件（复印件应加盖对方公章，且与原件核对一致），审查对方《营业执照》、《事业单位法人证书》等主体资质文件是否合法有效、对方的经营范围是否符合项目的要求等。涉及需要对方取得经营许可、资质证书或授权合同的，对方应当具备相应的经营许可、资质证书或授权证书，如施工资质证书、系统集成资质证书、工程咨询资质证书、产品入网许可证书、产品代理/授权证书等，从而完成合作主体身份真实性、合法性的验证工作。

1. 负责对合同主体的履约能力进行考察

审查履约能力的目的是为了保证合同的顺利履行。履约能力主要包括支付能力和生产经营能力两方面。在审查支付能力时，主要审查对方当事人的注册资本、资金来源、银行存款、偿付能力等情况；在审查生产经营能力时，主要审查对方当事人的生产能力、生产规模、技术水平、产品质量、交货能力等情况。在招投标及商务谈判的过程中，应仔细审查对方的履约能力，必要时，可以考虑通过工商登记机关查询对方的相关信息，主要包括以下方面：

1. 基本情况
2. 企业的性质：分布在哪个行业，所处的地位；
3. 企业的产品处于市场的哪个阶段，产品是处于初期阶段还是成熟阶段；
4. 企业的人员构成、营业额等，由此可初步了解该企业的生产经营及管理能力
5. 注册资本和净资产

注册资本是合同当事人为法人时对外承担责任的财产基础。这里需要指出的是，鉴于现实中确实存在抽逃注册资本、虚假验资等情形，且生产经营过程中资产呈动态变化，不能仅从法人的注册资本判断其经济实力，需综合考虑其他因素（如净资产、经营现状等）进行综合判断。

1. 法定地址及实际经营场所

这些是合同当事人经营活动的中心，有无法定地址和实际经营场所，往往能反映当事人其他方面的情况，从而为其他方面的调查工作提供线索。而且合同履行中一旦发生纠纷，法定地址是确定是否送达合同相关通知或法律文件的关键。

1. 公司账号

一方面是履行付款义务的需要，另一方面，一旦发生纠纷时，便于快速查找对方资产。必要时，应要求对方提供银行出具的基本账户证明。

1. 实地考察

如果是重大的合同，在签订合同之前，可以派遣相关人员去对方所在地进行考察，考察团人员最好由企业高级管理人员、主管负责人、专业技术人员、法律人员、财务人员等综合组成。如经考察发现，合同对方当事人履约能力或资信状况有重大瑕疵的，则不宜与其签订合同；如必须签订合同时，应要求其提供合法有效的担保，应当在合同中明确担保条款或另行签署书面的担保合同，并要求对方提供担保单位的资信情况。

1. 负责对合同项目内容、前置性审批文件及背景资料进行真实性、合规性审查

合同经办人申请合同审批时，应将合同文本、前置性审批文件及相关背景资料一并提交，经办部门的领导应对合同内容、前置性审批文件（立项申请、招投标或谈判结果、公司决策纪要以及相关请示签报等）的真实性及合规性进行审查，主要审查合同项目是否通过了立项审批、合同的内容是否与项目的要求相一致、项目开展是否符合公司规定程序（如采购流程是否合规等）、是否已获得公司领导的同意、背景资料是否真实等。

1. 负责对合同文本进行全面预审

一方面，从商务角度审查条款的周密性、有利性；另一方面，从形式角度审查流程的合规性、文字的准确性、格式的规范性等。详细的形式审查要点参照本书第三编第一章关于形式审查的内容。

1. 其他

负责对其他审查人员有疑义的内容部分予以解释说明，对其他审查人员提出的修改意见根据情况合理取舍并协商完善。同时，应按照审查人员的要求，补充相关材料。

* + 1. **合同会签部门**

1. 合同项目主管部门

公司根据管理的需要对某些项目进行专项管理，并规定相关职能部门作为项目的主管部门。以中国移动为例，咨询服务类、技术类合同项目实行专项管理，规定由发展战略部、技术部分别主管：发展战略部负责对咨询服务合同的立项申请进行审批，主要审查咨询服务合同是否通过立项审批以及合同的内容是否与立项申请的内容相一致等问题；技术部负责对技术类合同的立项申请进行审批，主要审查技术类合同是否通过了立项审批以及合同的内容是否与申请的内容相一致等问题。

依据公司组织架构的设置，个别部门下设中心，则部门为中心的主管部门，如中国移动网络部是网络维护中心和网络优化中心的主管部门，部门负责对中心的合同进行审查。

1. 合同相关部门（合同需求部门或合同执行部门）

对于涉及多个部门或需要多个部门协作开展的合同项目，在合同审查工作中，以牵头主导合同订立的部门为合同的经办部门，合同需求部门、关联部门为相关部门。经办部门起草的合同送审后，根据公司有关管理制度的要求，相关部门还需对合同的有关内容进行审核确认。主要有如下情况：

1. 经办部门为采购部门，相关部门为物资的需求部门。相关部门应对采购合同中有关采购的标的物、数量、规格、质量等内容进行审核、确认。
2. 经办部门为项目牵头部门，相关部门为合同的实际执行部门及（或）配合执行部门。相关部门应对合同中涉及实际履行部分的内容进行审核、确认。
3. 财务与投资部门

财务与投资部门作为公司的资金支出与投资计划的管理部门，在合同审查的过程中起着非常重要的作用。一般来说，财务投资部门负责对合同中涉及费用支出与投资的相关内容进行审批，主要审批内容如下：

1. 审查合同项目是否符合年度预算或投资计划；
2. 审查合同约定的价格及付款方式条款是否准确并评估财务风险；
3. 审查合同中约定的税负条款的合法性；
4. 审查费用及投资的财务列支项目名称是否准确；
5. 审查涉及关联交易合同的合规性；
6. 其他按照财会、税务相关制度规定审查合同相关条款。
   * 1. **法律部门**

公司的法律部门为合同的归口管理部门，是合同审查必经的部门，实际中一般由公司内部法律顾问及（或）外聘律师等法律人员负责具体审查工作。通过法律人员对合同内容的合法性、有效性进行分析审核，实现对合同风险的事前控制。合同的法律审查主要包括如下三方面的内容：

第一，对合同文本及其附件内容的实质审查。主要审查合同内容的合法性、有效性等内容，详见本书第三编“合同审查通用指引”。

第二，对合同形式方面的内容进行补充审查。形式审查一般由经办部门负责审核把关，但当法律部门审查发现合同资料不全、合同文本的形式存在较大错误纰漏等问题时，可退回合同经办部门进行补充、修改，对于简单、明显的问题、错误，也可以直接修改。详见本书第三编“合同审查通用指引”关于形式审查的内容。

第三，在条件允许的情况下，法律人员还可根据公司内部的管理规定，在经办部门负责对合同合规性进行实质把关的原则下，进行合规性的辅助审查，如合同的审批权限问题（如下属公司的超限合同须送公司审批同意方可签署）、采购管理办法对采购合同的特殊要求（如规定标的50万元以上的合同必须通过招投标方式签订）等。

1. **合同审查的方法**
2. **合同审查方法概述**

关于合同审查的方法，实践中多种多样，归纳起来主要有如下几种：

* 1. **法律分析法**

在合同审查中，一定要根据《合同法》和相关法律规定来判断送审的合同内容是否合法、是否需要修改、应当怎样修改，需要寻找肯定或者否定的法律依据。审查有名合同，要依据《合同法》总则和分则以及其他相关专门法律对该类合同的专门规定；审查无名合同，主要依照《合同法》总则的规定并参考《合同法》分则相类似合同的规定来处理。

* 1. **利益分析法**

审查合同时，应当审查每一个条款的内容是否最有利于己方利益的实现，是否将法律赋予的任意性权利及谈判争取到的权利约定充分。此外，在拟定的条款存在一定法律风险的情况下，还应对合同的内容进行商务分析，考虑公司利益与风险成本之间的关系，结合公司的战略规划，从整体出发，相应采取避免、降低、接受、转移的风险控制态度，找到合适的处理方法。

* 1. **范本比对法**

主要是针对非范本合同的审查而言，法律审查人员可以参照与所审合同相关的国家示范合同文本、行业推荐合同示范文本或企业制定的合同范本等，对照在条款和内容上有何重大差别，分析或者询问原因，以便快速对非范本合同的内容进行补充修正。

* 1. **征求意见法**

在合同审查过程中，为了使合同的内容符合业务部门的实际需要，不遗漏重要问题，还需要不断地征求各方意见。如在了解合同的背景、目的的基础上，就合同有关内容的修改征求经办人员的意见，使合同的修改能够达到合同签订的目的。

* 1. **专家确认法**

在合同审查过程中，对于遇到的一些专业性很强、疑难复杂的问题，也可以通过座谈会、研讨会或书面咨询等方式，征求专家、学者、律师、国家有关主管部门或专业权威机构的意见，借助专家的专业知识和实践经验对疑难问题进行分析和把关。

1. **合同审查的流程及步骤**
   1. **审核流程**

一般来讲，一份合同的完整审查流程包括如下几个环节：

* + - 1. 经办人起草合同；
      2. 经办部门领导审核；
      3. 合同需求部门或执行部门审核；
      4. 项目主管部门审核；
      5. 财务投资部门审核；
      6. 法律部门审核；
      7. 公司领导审核。

有的公司还将纪检监察部门纳入审批环节。

各环节审批人员，在审查完毕后，应出具明确、具体的审核意见。每一个审批环节均应有审批时限，各部门应按时完成审批，如有特殊情况可适当延长。招投标与非招投标合同、常用与非常用合同的审查步骤、时限应有所区别。常用合同审查应注重效率，非常用合同审查应注重风险防范。

* 1. **合同审查的步骤**

从合同载体的形式来看，合同审查的对象可分为纸质合同审查、电子合同审查两种，下面以电子合同审查为例（在“合同管理系统”中实现合同的电子流程审批），简单介绍一下电子合同审查的基本步骤：

第一步：合同经办人员在合同管理系统中起草合同，填写合同基本信息、审批表，并依照规定将合同正文文本、合同附件和公司呈批件（或决策会纪要、集团公司文件等）及其他背景文件上传到系统。通常情况下，除合同正文文本及附件外，还需提交审查的相关资料，应包括如下方面：

1. 对方当事人主体资质证明，包括法人营业执照或其他登记证照、经营许可证、资质等级证书等资格证明、签约授权委托书；
2. 项目决策文件（中标通知、中选通知、不招标项目申请表等）、批准合同事项的签报、会议纪要、领导批示等；
3. 可行性研究报告及合同审查所需的其他文件，包括双方往来信函、电报、电传、图表等。

合同经办部门不能提供上述文件材料的，建议书面说明原因；不能及时提供相关材料或说明的，后续审批部门则可以相应顺延合同审查期限或者将合同退回经办人处进行补充修改。

第二步：经办部门领导及合同会签部门按照各自的审查职责对合同的内容进行审查，并填写审查意见。

第三步：法律审查人员在合同系统中收到合同审查“待办工作”之后，对合同正文文本、附件及相关背景资料进行形式审查。如果上述资料形式上不完整，则与合同经办人员沟通，要求经办人员补充提供相应资料。

第四步：合同送审资料经审查完整后，进入合同文本内容的法律审查阶段。法律审查人员在规定的审查时限内，对合同条款的完备性、内容的合法性、文字的周密性、格式的规范性等进行认真细致的审核。如认为送审合同文本存在有关内容不合法、权利义务不明确或显失公平、用语不规范等问题，则应出具相应的法律意见，并将送审合同退回合同经办人员，经办人员应根据审查意见对合同文本进行修正，直到最终审核无误。法律审查人员出具同意意见后，将合同提交下一环节审批。如遇经办人员不接受法律审查人员的修改建议的情况，法律审查人员出具保留意见并说明原因之后，也可以将合同提交下一环节审批。

第五步：公司领导审核合同文本及相关材料，并结合上述各环节审批人员的意见，同意签订合同的，在合同审批表上签署“同意”意见；不同意签订合同的，可以将合同退至合同经办部门或合同管理部门处理。

第六步：公司领导审批同意之后，合同审批完毕。经办人从合同管理系统中打印并装订合同文本后，最好首先交由合同对方先行签字盖章（这样我方可以调控合同的最终生效时间，有利于合同风险的控制及进行合同档案管理）。

合同经办人员应审查是否明确签署合同签订日期。因为签字日期直接关系到合同生效的时间。如果未明确签署合同签字日期，可能使合同生效时间无从确定。现实中，此种情况较多。另外，还应核实签字日期是否在公司审批和授权完成之后。如果在审批和授权完成之前，则在第三方审计时可能出现问题。

合同经办人员将对方签章完毕的合同及归档所需的背景文件送交公司法律部门，由合同管理员负责办理签章手续。

合同管理员在签章之前，应就纸质合同进行如下审查：

审查对方代表的签字：若为法定代表人签字，则需要提供《法定代表人身份证明书》；非法定代表人签字，需要提供相应的《授权委托书》、代理人身份证明等。如存在签字潦草不清、签字既非法定代表人又非授权代表人的情况，应要求对方重新签名。

审查对方的盖章：盖章是否为对方的公章或合同专用章，加盖的印章是否清晰可辨，印章上的名称是否与营业执照上的名称一致。

审查经办人员是否按要求在合同正文及附件上页签，提供的背景资料是否符合合同档案归档的要求等。

经审核，如合同对方的签章合法有效，拟归档的纸质合同文本及相关背景资料完整齐备，且经办人员已按要求页签等，则合同管理员根据规定将合同送交公司领导签字并加盖公司合同专用章、公司骑缝章。签章完毕，合同生效后，相关部门根据公司档案管理办法的规定归档实物合同，建立合同台账。须交他方的合同，由合同经办人员负责送达。

上述审查步骤为新签合同的审查步骤，合同变更和合同续签的审查参照执行。对已经审批完毕的原合同修改内容，如直接在原有合同文本上进行修改变更时，应注意在改动地方由双方盖章或签字确认。

1. **合同审查的基本分类**

实践中，根据不同的划分标准，可以将合同审查分为如下几类：

* 1. **形式审查与实质审查**

依据审查内容性质的不同，合同审查可分为形式审查与实质审查。

形式审查，是指对合同审查内容中非法律问题部分的审查。主要包括对合同资料的完整性、文字表述的准确性、格式的规范性等形式方面的内容进行的审查，目的是保证合同的规范性、严谨性。合同的形式审查主要由合同起草部门负责把关，但其他环节的审批人发现问题时，均可提出修改意见。

实质审查，即狭义上的合同法律审查，主要是对合同文本内容的合法性、完整性等进行的审查，是合同审查的核心内容，对于法律风险的控制、合同目的的实现具有关键性作用。合同的实质问题主要由法律人员及相关专业人员负责提出相应的修改意见。

形式审查与实质审查是合同审查的两个方面，两者相辅相成，缺一不可，审查中应该将两者结合起来，才能充分达到合同审查的目的。

* 1. **专项审查与全面审查**

根据审查范围的不同，合同审查可分为专项审查与全面审查。

专项审查，是指审查部门从专业角度对合同的部分事项进行的审查，审查范围仅限于部分条款或问题。一般由负有合同审查职责的专业部门负责，主要包括法律部门、财务投资管理部门、项目主管部门等。如法律部门对合同的合法性审查，财务部门对合同价款、税收条款的审核等。

全面审查是指对与合同审查有关的所有程序及事项不加区分，全面审查，通盘负责。全面审查常见的有两种做法，一种是部门或个人独立负责的全面审查，通常由确定的部门或人员，从公司整体角度，全面统筹合同的审查，对合同的所有内容承担严格的审查责任，而不仅仅只对某一块负责。另一种是职能部门分工协作的全面审查，对于分工精细的现代化大公司而言，不同的专业部门负责对不同的事项进行审查，但同时合同起草部门、法律部门在一定程度上又负责对合同进行全面审查。与独立负责的全面审查相比，起草部门与法律部门全面审查的范围、内容、标准及深度都有所不同。

实践中，现代化大公司合同审查的通常做法是，在经办部门提供合同审查资料的基础之上，法律部门以外的专业部门负责对合同进行专项审查，而法律部门则承担限制性的全面审查责任，即法律审查人员负责对合同文本的合法性等内容进行专项法律审查，但同时负责对其他部门专项负责部分进行形式审查。

* 1. **范本合同的审查与非范本合同的审查**

根据审查对象的不同，合同审查可分为范本合同的审查与非范本合同的审查。

范本合同是指具有示范性质的合同（含业务协议）模板，模板将合同的常规性条款固化下来，仅留出空白栏用于实际签订合同时填写具体内容，一般有国家范本、行业范本及公司内部制定的范本几种。范本合同条款规定相对成熟，同时兼顾了双方利益，具有一定的规范性、权威性和稳定性，因此建议优先使用范本起草合同。尽管范本合同的审查相对简单，一般审查填写内容的合法性及与其他条款的关联性即可，但是为了保证合同整体内容的合法性，在审查过程中，也不能掉以轻心，而是应当从法律、商务等方面全面审查。

非范本合同是指除范本合同以外的其他合同，审查起来相对复杂一点，需要仔细研究、认真对待。审查此类合同应结合法律分析法、利益风险分析法、范本比对法及征求意见法等方法综合审查。

1. **常见问题及处理**
   1. **商务、技术、法律三类条款区分与审查分工问题**

合同内容依构成条款性质的不同，可大致划分为法律条款、商务条款及技术条款三类内容。目前实务界对于法律条款、商务条款及技术条款的区分，并没有十分严格的界限，且对于三者而言也没有明确的定义。通常可以这样理解：

法律条款是为了保障合同顺利履行、严格约束当事人的权利义务并提供明确有效的纠纷解决及救济方式的合同条款，包括但不限于知识产权、适用法律、争议解决、违约责任、不可抗力等条款。法律条款主要由法律部门负责审核。

商务条款则是对双方当事人之间相关合同交易的具体商务安排作出约定的条款，包括但不限于标的内容、交付时间与方式、价格、支付或结算方式、期限、运输、保险等条款。商务条款主要由经办部门、相关部门及主管部门负责审核。

技术条款是对合同标的物的物理化学性能、技术等级和规范、质量、规格等特征加以约定，使得合同标的物能够与种类物相区别和特定化的合同条款，包括但不限于商品的技术标准、质量标准、检验标准、包装、工艺、使用、验收、维护等条款。技术条款主要由经办部门、相关部门及主管部门负责审查。

对合同条款进行分类，目的在于明确合同审查中的责任分工，发挥各部门的优势、分工协作，提高合同审查的质量和效率。但现实中，在合同条款审查分工方面存在如下两类问题：

一类是条款审查分工不明确，导致部分人员片面认为所有条款都属于法律条款，都应由法律人员负责。持这种观点的业务部门及会签部门的审查人员，往往不清楚自己的审查职责，无法真正发挥专业审查作用。审查分工不明确，一方面造成技术、商务条款的风险缺乏有效控制；另一方面加重了法律人员的审查责任，影响审查的质量。

另一类问题是过于强调条款的审查分工，而忽略对商务或技术条款的合法性审查，这可能导致合同审查不到位、法律风险难以全面控制等问题。如认为价格条款是单纯的商务条款，法律人员不必审查等。但实际上，当商务、技术条款超出一定的幅度或在一定的条件下，有可能同时具备法律条款的性质。如对于买卖合同中的价格条款，如果出现了“零价款”的约定，则其性质已不再是普通的商务条款，而可能是名为买卖、实为赠与的法律问题。又如付款方式条款，看似简单的商务条款，但却是对合同对方履约的有效牵制，是我方权利实现的重要保障，因此，应对付款的比例及时间进行恰当的设计，选择在权利义务的关键点进行付款，切实控制合同风险。

总之，对于合同内容的审查，一方面应坚持依条款分工负责的原则，由熟悉技术规范并参与商务谈判的业务人员负责技术、商务条款的基础审查，由法律人员负责法律条款的审查。另一方面，存在商务、技术条款与法律条款性质重叠的情况下，由法律人员从风险控制的角度对技术或商务条款进行合法性审查。此外，合同总体上的合法性、严谨性和逻辑一致性应由法律部门总体负责。

* 1. **合同审查流程的结构设计问题**

合同审查流程一方面要有利于保证合同审查的质量，另一方面要有利于提高合同审查的效率，这是合同审查流程的结构设计的总体要求。目前企业常用的合同审查流程结构大体有两种，一是串行结构，即参与合同审查的各环节按照各自职责依次进行合同审查，基本流程为：经办部门→需求部门或执行部门→项目主管部门→财务投资部门→法律部门→公司领导；二是并行结构，即除合同经办部门和公司领导外，其他参与合同审查的环节同时开展审查工作，基本流程是经办部门提交待审查合同后，需求部门或执行部门、项目主管部门、财务投资部门、法律部门同时进行合同审查。两种结构各有所长，串行结构有利于审查部门对合同作出全面分析，包括其他部门的分析意见，同时在该种结构设计下，一旦前置环节作出否定评价后，合同审查流程即告中止，退回经办部门修改，对于前期沟通不够充分，需要进行多次审查的合同，能够提高审查效率；并行结构由于各审查部门同时开展工作，各自独立出具意见，不利于审查部门的综合判断，但是在前期沟通比较充分的情况下，能够大幅度缩短审查时间，提高审查效率。我们认为，由于法律部门在一般情况下，具有全面审查的职能，法律审查范围不仅包括合同文本本身，同时也应包括对其他部门审查意见的审查，并行结构不能满足此项要求，常规情况下串行结构更加合理。如果对审查时限有比较高的要求，也可以采用串行、并行并用的方式，即除法律部门以外的其他部门审查并行开展、法律部门审查作为其后的串行环节。

* 1. **合同审查的绿色通道问题**

提高合同审查效率一直是企业合同管理的重要目标，简化审查流程是一种切实可行的办法。在实践中许多企业在普通的合同流程之外，又建立合同审查的“绿色通道”，即快速通道。进入绿色通道的合同可以比较迅速地得到审查。能够进入绿色通道的合同，大体有两种情况，一种是情况紧急，需要启动特别程序，缩短审查时间，保证快速完成审查；另一种情况是合同本身风险不大，不需要按照普通程序全面审查的合同，通常主要是标准文本、无金额或小金额合同。绿色通道提高审查效率的方式，主要有两种，一是缩短原有的审核时限，如在普通流程中法律审查时限为５天，绿色通道合同缩短为2天；二是减少审查环节，取消中间审核部门，如无金额取消财务投资审查，标准合同取消法律审核等。我们认为，提高绿色通道合同的审查效率，应该以缩短审核时限为主，除非进入绿色通道合同类别要求十分明确，可以减少关联性不大的部门，一般情况下不宜减少审查环节，特别是法律审查环节。实践中常出现的取消部分标准合同在绿色通道中的法律审查是不妥的，因为标准合同的审查远不是简单看看填空那么简单，也有一套规范的做法，详见范本合同的审查。

* 1. **合同补签问题**

合同补签，是指在合同签订生效之前双方已经开始实际履行合同，而在合同履行过程中或在合同履行完毕后补充签署合同的现象。这个现象在许多公司内部非常普遍，常发生在广告、委托代理、技术开发等合同中。从规范合同管理的角度考虑，应当避免补签合同。尽管某些情况下，补签合同对当事人的利益没有损害（如补签合同且双方未发生争议，买方可因此迟付合同款项的情形）。但总体来看，补签合同存在如下三个层面的风险：

第一，存在一定的法律风险。对于合同补签前的履行过程，由于存在较大的不确定因素，一旦发生纠纷或争议而又无据可查，则存在较大的法律风险。如施工合同中，存在发生重大安全责任事故或工程量变更的可能，无合法有效的合同为依据，争议将难以顺利解决。又如采购合同可能因商品的市场价格浮动达不成一致而无法补签发生争议等。上述情况下，公司都面临一定的法律风险，利益很可能受损。

第二，存在一定的管理风险。补签合同违反公司的合同管理规定，导致合同管理质量及效率下降。如补签合同使合同的生效时间迟于合同履行，但其他内容与正常签订合同一致，这使得合同的生效日期、履行期限及有效期等有关期限规定产生了逻辑上的冲突与混乱（如合同约定自签章之日起生效，而实际生效前，合同已经履行完毕等），同时也可能使合同的交货、付款的时间及条件出现前后矛盾的情况等，这些问题都给合同管理的质量和效率以及合同的履行带来了不良影响。

第三，存在内控及萨班斯法案审计风险。补签合同违反了公司基本的管理制度和流程，对于建立了严格内控制度或适用萨班斯法案的公司而言，不论补签合同是否造成了实际的危害后果，都违反内控和萨班斯法案的规定。

合同补签的原因归纳起来主要有以下三种：

第一，业务紧急、时间紧迫，来不及签合同，如在特定时间点开展某项活动等。

第二，因特殊规定，不得不补签。如工程设计、可行性研究合同，有的公司管理规定，不允许签订金额不确定的合同，所以只能等到工程完工后，才开始签订合同。

第三，纯粹因管理方面问题，导致签订迟延，如不及时送审、审批迟延等。

因此，在合同补签问题上，应从风险评估的角度出发，对不同的合同补签采取不同的处理态度，并采取相应的保障措施。总的来说，对于上述前两种原因导致的合同补签，在说明理由的前提下可以考虑接受，但应尽量考虑通过签署框架协议等方式予以解决，如确实无法避免补签合同，应充分说明理由。但对于第三种原因导致的合同补签，应当避免。

总而言之，事先签订合法有效的书面合同，可以使当事人双方准确地理解合同规定，有利于合同顺利履行，避免不必要的争议，同时便于管理。此外，也为将来万一发生纠纷时提供有效证据。因此，实践中应尽可能避免出现合同补签的情况。

* 1. **范本合同的审查问题**

范本合同通常内容全面，格式规范，总体质量较高，在目前的合同起草中占有一定的比例。尤其是本公司法律部门制定的范本合同，一般都充分考虑了己方利益的保护，不存在明显的漏洞或陷阱，业务部门应根据业务类型需要优先适用本公司的示范文本。在缺乏公司范本的情况下，合同经办部门也可选用国家、行业的示范文本。

实践中无论是合同起草人员还是审查人员，对于范本合同的审查往往存在认识上的误区，通常会认为范本合同都是事前制定好的，没什么可审查的内容。

但是，事实并非如此，范本合同也应认真审查，一般应至少从如下三个角度来审查：

第一，审查合同事项是否适用所用范本。对于不全适用的，建议修改范本的内容或者使用其他更适用的范本。

第二，审查空白填写项目的内容是否符合法律规定。

第三，审查空白填写项的商务条款与范本固有条款内容是否相协调，保证合同内容在逻辑上的一致性。

总之，即便是范本合同，在审查时，也不能掉以轻心，而是应当从法律、商务等方面进行全面审查。

* 1. **不同层级审查人员的审查重点问题**

合同的法律审查大体可以划分为三个层级（依据机构设置的不同，有可能是多级）：基层合同管理人员或外聘律师审查、部门领导审查、公司领导审查。

就目前的情况来看，公司内部的合同管理制度对三个层级审查人员的审查分工大多不加区分，从基层员工到公司领导，审查的内容都是一样的。但实际上，由于不同层级法律审查人员工作职责及关注层次的不同，合同审查的重点和责任也是不同的。因此，建议依职位层级的不同，对合同审查的内容及责任进行科学的划分。从实际出发，可以考虑参照如下方式设置三个层级审查人员的审查重点及责任：

* 1. 基层合同管理人员或外聘律师

审查重点：负责对合同的内容进行全面审查，包括形式审查与实质审查两个方面。

审查责任：对合同审查相关的所有问题都负有审查责任。

* 1. 部门领导

审查重点：相对于基层审查人员，有所简化，一般只负责重点问题的审查，同时对基层审查人员的意见进行核实确认，并且对明显的程序性问题及其他存在重大问题的条款进行审查。

审查责任：主要负责核实关键问题、明显重大的程序性问题及重要条款遗漏问题。

* 1. 公司领导

审查重点：大多数情况下，属于非专业的法律审查，主要从公司管理角度确认是否存在重大的程序性问题。同时还对其他审查环节发现的问题进行确认，并从全局出发，综合考虑合同的风险及收益，对合同签订进行最后的决策确认。

审查责任：不负责合同的实体问题，但对于业务部门提出的问题、重大法律问题或明显的程序性问题（如重大合同没有进行招投标等）负有审查责任。

总的来说，审查层级不同，审查的重点不同，相应的责任也不同。因此，各层级审查人员应依照各自的审查重点和责任，分别对合同的相关问题进行审查把关并承担相应的责任。

* 1. **公章与合同专用章在合同签订做中的使用问题**

法律上，公章与合同专用章在合同签署的效力方面没有差异，之所以在公章之外，还另行刻制合同专用章，主要原因如下：

首先是因为公章与合同专用章在使用与管理上存在区别。

第一，用途范围及效力不同。合同专用章专用于合同的签订，其效力仅限于合同签订。公章则具有代表公司的功能，其效力可及于公司一切事务，如文件、通知及证明等，具有行政管理作用。

第二，管理部门不同。合同专用章的管理部门一般为法律部门，公章的管理部门一般为公司的综合管理部门。

其次是因为合同工作具有常规性、专业性，使用合同专用章可以实现合同的专项管理，更好地控制合同风险。

合同签订加盖合同专用章，可以使得合同生效经过法律部门人员的审查把关，能够有效防止合同不经法律审查就直接对外签订生效问题的出现。

* 1. **法定代表人或授权代表人私人印章能否代替签字的问题**

目前合同的生效条款一般约定为“本合同自双方签字盖章之日起生效”。即合同的生效，既要求盖章同时还要求合同主体对应的法定代表人或授权代表人在合同上签字。但在实际中，由于签字的局限性，衍生出一种用法定代表人或授权代表人的私人印章代替本人签字的做法，这种做法目前还没有明确的法律依据。

一般而言，由于此类私人名章没有行政备案，发生争议时难以确定其真实性，因此，在审查合同对方的签字时，建议对方代表人最好亲笔签字，尽量避免加盖私人印章。

此外，国际通用的合同生效条款一般规定签字生效。当前，随着我国改革开放的深入，公司签订的涉外合同逐年递增，在复杂的国际经济环境中，为了确保涉外交易的安全性，应特别重视对于外方当事人签字真实性、合法性的审查。外方签字人身份的合法性，可通过相应的法律文件加以确认，外方当事人签字的真实性则需要通过当场见证、公证及领事馆认证等方式进行确认。

**第二编 合同原理精要**

* 1. 合同与合同法概述
     + - 1. **合同概述**

1. **合同的概念和特征**

《合同法》第2条规定：“本法所称合同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。”由此规定可以看出，合同的概念具有以下特征：

* 1. 合同是平等主体间的协议

合同主体地位平等，是指各方主体在合同订立和履行的过程中，都平等地受法律的保护和约束，享有民事权利和承担民事义务，都有独立、自由、自主表达意思的权利，任何一方不得将自己的意志强加给另一方。具有平等地位的合同主体包括自然人、法人和其他组织。一般情况下，自然人和法人都具有民事权利能力，依法能够独立享有民事权利和承担民事义务，可以成为合同的主体；而其他组织不具有民事权利能力，不能独立地享有民事权利和承担民事义务，但根据《合同法》的规定其他组织可以是合同的主体，但涉及最终权利义务的承受或者责任的承担时，则由与其相关的自然人或者法人承担或承受，如合伙组织的合伙人、法人分支机构所属法人等。

* 1. 合同是双方或多方法律行为

合同属于法律事实，依法成立的合同能够引起民事法律关系的设立、变更或者消灭。这就将合同与非法律事实区别开来，例如朋友之间相约去游玩的约定，就不是法律事实，不能在当事人之间引起民事权利义务的设立、变更和消灭的效果。

合同不同于事实行为。事实行为是指行为人并无意欲发生某种民事法律后果的意思，无须进行意思表示，只要实施了某个行为，就可以依照法律规定产生相应的法律效果。而法律行为是以意思表示为特征，以当事人表示意欲发生一定民事法律效果的意思而实施的行为。法律行为有单方法律行为和双方或多方法律行为之分。单方法律行为是以一方当事人的意思表示产生相应法律效果的行为，例如遗嘱行为。双方或多方法律行为则是两个或两个以上的当事人意思表示一致的法律行为。合同是双方或多方法律行为，其实质是指合同的成立必须有两个或两个以上的当事人，当事人必须以其独立意志作出设立、变更、消灭民事权利义务的意思表示，并且意思表示必须一致。

合同不是事件，事件是与人的行为和意志无关的客观情况，而合同是人的行为及意志的产物。这就将合同与事件区分开来，例如地震这一自然事件，可以引起保险合同赔偿义务的开始，但是地震本身不是合同，只有在依法订立保险合同的当事人之间，地震才可以引起约定的保险赔偿义务的开始，如果没有保险合同，地震发生也不引起赔偿的问题。当事人之间是否订立保险合同完全取决于他们的意志，但是否发生地震完全与当事人的意志无关。因此，在这些法律事实中，事件和法律行为是明显区分的。

* 1. 合同的内容是当事人之间设立、变更或者终止的民事权利义务关系

合同不仅是法律事实，而且是法律关系。合同的内容包括三个方面：设立、变更或者终止民事权利义务关系。设立就是从无到有在当事人之间确立民事权利义务关系；变更是将当事人之间已经存在的民事法律关系内容加以部分改变；终止就是将当事人之间已经存在的民事权利义务关系的效力予以消灭。这是当事人欲求发生的民事法律效果。当事人订立合同，实施合同法律行为，其意思表示的内容就是设立、变更或者终止一定的民事权利义务关系。当事人根据其民事生活目的的需要设立、变更或者终止其民事法律关系，都可以通过合同实现。民事法律关系的内容十分广泛，包括财产关系和人身关系。根据《合同法》第2条的规定，婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律规定。因此，《合同法》调整的合同关系主要是指民事财产权利义务关系，而在财产关系中财产归属和利用关系主要由物权法和知识产权法调整，《合同法》所调整的主要是财产流转过程中的民事权利义务关系。这种财产关系就是债权民事法律关系。

* 1. 合同具有相对性

合同是具有相对性的法律事实和法律关系。其相对性体现在：合同必须有两个或者两个以上的平等主体，各方主体意思表示必须一致，各方主体互为合同权利和义务的当事人，一方只能向合同的另一方主张权利、承担义务，或者追究违约责任。

合同的概念所揭示的合同主要特征：合同是平等主体间的协议，是双方或者多方法律行为，合同以设立、变更或者终止民事权利义务关系为内容，合同具有相对性。

1. **合同的分类**

合同的分类是指依据一定标准划分的具有不同法律特征的合同类别。合同分类的意义在于通过合同的类型化，认识各类合同的法律特征，对不同的合同采取不同的法律规则进行调整，从而制定完善的合同制度，使当事人能够正确依据法律订立和履行合同，使法院或者仲裁机构能够依据合同的不同类别正确地适用法律。

* 1. 双务合同与单务合同

根据合同当事人是否互负对待给付义务，合同可以分为双务合同与单务合同。

双务合同是指合同双方当事人互负对待给付义务的合同。所谓互负对待给付义务是指合同双方当事人都互以对方当事人为权利人，都要向对方履行义务，以对方履行的义务为自己向对方履行义务的对待给付，即一方履行的义务正好对应对方的权利，双方互负义务互享权利。属于双务合同的有买卖、租赁、承揽、互易、有偿运输、有偿保管、有偿委任、仓储等。

单务合同是指合同关系中只有一方当事人负有向对方给付的义务，对方只享有权利并不为对待给付的合同。例如借用合同中，只有借用人负有按照约定使用或者合理使用借用物并按期或者按照权利人的要求归还借用物的义务，出借人并不负有对待给付义务。属于单务合同的还有赠与合同、保证合同。

区分双务合同与单务合同的意义在于：

* + 1. 《合同法》规定的履行抗辩规则适用不同。《合同法》第66条规定的同时履行抗辩权、第67条规定的先履行抗辩权，第68条规定的不安抗辩权等都适用于双务合同，不适用于单务合同。
    2. 因不可归责于当事人之事由致履行不能的风险负担不同。因不可归责于当事人之事由（如不可抗力）致合同不能履行的，在双务合同中就有不能履行的风险由谁承担的问题，而单务合同就没有这个问题。在双务合同中，因不可归责于双方当事人之事由，致一方给付全部不能或者部分不能的，对方当事人的对待给付义务予以免除，风险由给付不能的债务人承担。如果仅仅是一部分给付不能的，应该按照给付不能的比例减少对待给付。如果一方因为不可归责的事由发生全部或部分给付不能的，但对方已经为全部给付或者部分给付的，可以依据不当得利的规定请求返还。
    3. 合同解除的后果不同。双务合同解除后，双方皆负恢复原状的义务。在单务合同解除或者撤销后，只发生单方返还以恢复原状。例如《合同法》第149条规定，撤销权人撤销赠与的，可以向受赠人要求返还赠与的财产。
  1. 有偿合同与无偿合同

依据合同当事人履行给付义务是否以对方当事人支付对价为标准将合同分为有偿合同和无偿合同。

有偿合同是指一方当事人的给付义务是以对方当事人支付相应对价为条件的合同。有的合同只能是有偿合同，例如买卖、互易、租赁、承揽、仓储、雇用、居间、行纪等合同。无偿合同是指一方当事人履行给付义务并不要求对方支付对价的合同。有的合同只能是无偿合同，如赠与、使用借贷。有的合同既可以是有偿的，也可以是无偿的，取决于当事人之间的约定，如委托、消费借贷、保管、运输等。

有偿合同和无偿合同的分类与双务合同与单务合同的分类不同。双务合同都是有偿合同，单务合同不一定都是无偿合同。有偿合同不一定都是双务合同，也有单务有偿合同，例如有息借贷合同；而无偿合同都是单务合同。

区分有偿合同和无偿合同的意义在于:

1. 法律适用上的意义

在法律适用上有偿合同可以参照买卖合同的有关规定。如《合同法》第174条规定，法律对其他有偿合同有规定的，依照其规定；没有规定的，参照买卖合同的有关规定。

1. 合同中义务人履行义务时负有注意义务的程度不同

有偿合同中义务人承担注意义务的程度一般较无偿合同中义务人承担注意义务的程度高。在有偿合同中义务人则负有善良管理人的注意义务。在无偿合同中义务人负有如同处理自己事务的注意义务。如《合同法》第406条规定：“有偿的委托合同，因受托人的过错给委托人造成损失的，委托人可以要求赔偿损失。无偿的委托合同，因受托人的故意或者重大过失给委托人造成损失的，委托人可以要求赔偿损失。”

1. 对限制行为能力或者无行为能力人法律行为效力的限制不同

无民事行为能力人不能以自己的独立行为进行民事活动，限制行为能力人不得以自己的独立行为进行与其年龄、智力状况不相适应的民事行为。但是，如果无民事行为能力人或者限制民事行为能力人实施了纯获利益的民事法律行为，则具有法律效力。无偿合同中，如果无民事行为能力人、限制民事行为能力人不必付出对价而纯获利益，其行为是有效的民事行为。而对于有偿合同，无民事行为能力人和限制民事行为能力人要付出对价，是非纯获利益的行为，所以其实施与其年龄、智力状况不相适应的行为，须经其法定代理人同意或者追认。

* 1. 有名合同与无名合同

依据法律上是否对一类合同规定了特定名称，可将合同分为有名合同和无名合同。所谓有名合同是指法律上规定了特定名称及其具体制度的合同，也称典型合同。如《合同法》分则第九章至第二十三章规定了买卖合同，供用电、水、气、热力合同，赠与、借款、租赁、融资租赁、承揽、建设工程、运输、技术、保管、仓储、委托、行纪、居间合同等。无名合同则是法律上没有明确规定特定名称及其具体制度的合同，也称非典型性合同。

区分有名合同和无名合同的法律意义在于正确地适用法律。除《合同法》总则部分适用于所有合同外，对于有名合同，由于《合同法》分则明确规定了有关该合同关系的具体制度，所以当然地应该直接适用《合同法》分则有关该合同的具体规定。而对于无名合同，由于没有法律明确规定的具体制度，除适用《合同法》总则的一般规则外，应当比照与其最相类似的有名合同的具体规定。如《合同法》第174条规定：“法律对其他有偿合同有规定的，依照其规定；没有规定的，参照买卖合同的有关规定。”

* 1. 诺成合同与实践合同

依据合同成立是否需要以标的物的交付为要件，可将合同分为诺成合同与实践合同。

诺成合同是指只需要双方意思表示一致即可成立而无须交付标的物的合同，如买卖合同、租赁合同、承揽合同。

实践合同则是指合同的成立除双方意思表示一致外，尚需标的物的交付才能成立的合同，如借用合同、保管合同。

区分诺成合同与实践合同的意义在于：二者成立的要件不同，诺成合同只要双方当事人意思表示一致，合同即告成立；实践合同的成立除双方当事人意思表示一致外，还需要标的物的交付。

* 1. 要式合同与非要式合同

依据合同成立或者生效除当事人意思表示一致外是否需要履行一定的方式为标准，可将合同分为要式合同与非要式合同。

所谓要式合同是指除当事人双方意思表示一致外，尚需履行一定的方式才能成立或者生效的合同。在这里一定的方式可以是法定方式，也可以是约定方式，前者称之为法定要式合同，后者称之为约定要式合同。法律仅规定某个合同应当具备一定的方式，但并未规定该种方式是否对合同成立与生效产生影响，该方式仅对合同有证据作用或者管理上的意义，不属于要式合同的要件，该合同不是要式合同。

所谓非要式合同是指法律并未规定，当事人也并未约定合同成立或生效需具备一定方式，只要当事人意思表示一致即告成立的合同。

区分要式合同与非要式合同的意义在于，二者成立或生效需具备的方式不同。对于要式合同，如果欠缺法律规定或者当事人约定的特定方式，其不能成立或生效；对于非要式合同，其成立与生效不要求当事人采用某种特定方式。

* 1. 主合同与从合同

依据相互关联合同之间的主从关系，可将合同分为主合同与从合同。

主合同是指在相互关联的两个或者多个合同中能够独立存在的合同。从合同则是依从主合同的存在而存在、消灭而消灭的合同。例如，贷款合同为主合同，为借款人担保的保证合同为从合同。

区分主合同与从合同的意义在于，主合同可以独立存在，而从合同与主合同同命运，随主合同存在、变更或者消灭。主合同无效，从合同随之无效；从合同无效，主合同不一定无效。

* 1. 预约（预备合同）与本约（本合同）

根据两个合同在订立阶段上的联系性，可将合同分为本约（本合同）与预约（预备合同）。预约则是预先约定将来订立一定合同的合同，其内容仅仅确定将来要订立合同，使当事人负有订立一定合同的义务，其本身并未直接确定当事人意欲实现的民事权利义务。本约是指预备合同确定的将来要订立的合同或者通过履行预备合同而订立的合同，其内容已经直接确定当事人意欲实现的民事权利义务。

区分预约与本约的意义在于，预约与本约对当事人确定的权利义务不同。预约仅仅约定当事人将来订立本约，如果一方当事人违反义务不订立本约，对方当事人则有权请求其承担违反预约的违约责任，但不能请求其直接承担本约可能确定的义务。本约则规定直接实现当事人民事生活目的的权利义务，若一方违约，对方请求其承担违约责任，可强制其履行本约义务。

* 1. 为自己订立的合同与为第三人利益订立的合同

根据当事人订立合同时是为自己还是为第三人利益，可将合同分为为自己利益订立的合同与为第三人利益订立的合同。

为自己利益订立的合同是指当事人订立合同的目的是为自己设定权利并取得利益。为第三人利益订立的合同是指当事人订立合同的目的是为第三人的利益。例如投保人向保险公司投保订立保险合同，而指定第三人为受益人。

区分为自己利益订立的合同与为第三人利益订立的合同的意义在于认识为第三人利益订立的合同在法律上的不同特点。为第三人订立的合同的特点是，第三人不是合同当事人，不参与合同的订立，合同的订立不需要第三人的同意，也无须对其事先通知。但是第三人是享有合同权利、取得利益的当事人，义务人需向第三人履行合同义务，第三人也有权利主张合同为其设定的权利。但因第三人不参与缔约，合同也不为其设定义务，所以其合同权利受到一定限制，第三人一般不享有与变更、消灭、合同有关的权利。

* + - * 1. **合同法概述**

1. **合同法的概念和特征**
2. 合同法的概念

合同法属于民法的一部分，是调整合同的订立、履行，规定合同的效力、合同的变更与转让、合同权利义务的终止、违约责任，以及各类合同规则的法律制度。民法是调整平等主体的私人之间（包括私团体和基于私人地位的其他团体）的财产关系和人身关系的法律规范的总称。这种民事的财产关系和人身关系主要是通过当事人之间的协议（即合同）设立、变更和终止的。例如，财产的买卖、赠与、借贷、运输、保管等，收养的设立和解除等。其中，合同法调整的财产关系是以合同形式流转的财产关系，即财产以合同形式在主体之间的交易关系。这种财产关系不同于由物权法所调整的物的归属和直接支配性利用关系。它属于债的关系的一种，即合同之债。合同权利义务关系其实质是债的民事权利义务关系。它有以下特点：

* 1. 它是平等主体间的民事财产关系

合同法不调整非平等主体之间的财产关系，如行政关系，财政拨款、征税、行政收费、行政合同等财产关系，又如企业内部管理者与被管理者之间签订的责任制协议，也不是在双方完全平等的基础上发生的，所以也不适用合同法而适用劳动合同法。合同法也不调整非财产关系，如婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议。

* 1. 总之，合同法调整的是平等主体之间的财产关系。国家机关作为法人与自然人、法人、其他组织之间的交易性财产关系，也是由合同法调整，如政府的工程建设合同、政府采购合同。
  2. 它是财产的交易和流转关系

所谓财产交易关系是指主体在地位平等、意志自由基础上协商进行的交换关系。它是财产在主体之间的流转过程中的关系。它不同于由物权法调整的财产归属和直接支配性利用关系，也不同于由侵权行为法调整的侵权损害赔偿关系、债法调整的无因管理和不当得利关系、继承法调整的对自然人死亡所留遗产的继承关系、破产法调整的破产企业财产清算关系，这些虽然都属于财产流转关系，但不是当事人之间的自由协商发生的交易关系，所以合同法不予调整。

需要说明的是，合同法的概念也有广义（实质意义）和狭义（形式意义）的区分。所谓广义（实质意义）的合同法是指凡调整平等主体之间的以合同形式进行的财产交易关系的民法规范都属于合同法。它不仅包括《中华人民共和国合同法》，也包括《民法通则》以及其他法律、法规中关于财产交易合同关系的规定。在法律适用上则适用《合同法》第123条（“其他法律对合同另有规定的，依照其规定”）以及第124条（“本法分则或者其他法律没有明文规定的合同，适用本法总则的规定”）。所谓狭义（形式意义）的合同法是指以合同法命名的民事立法文件，在我国就是指1999年10月1日起实施的《中华人民共和国合同法》。该法共248条，分为总则、分则两大部分，总则部分全面规定了合同法的基本原则、合同的订立、合同的效力、合同的履行、合同的变更和转让、合同的权利义务终止、违约责任等合同基本问题；分则部分规定了买卖合同，供用电、水、气、热力合同，赠与、借款、租赁、融资租赁、承揽、建设工程、运输、技术、保管、仓储、委托、行纪、居间合同等各类典型性合同的基本规则。该法是我国调整合同关系的基本法典。

1. 合同法的特征

合同法所调整的合同关系是平等主体之间的交易性财产关系，因而，它属于民法之债法部分，与同属调整财产关系的物权法比较，合同法具有如下特点：

第一，合同法多为任意规范，贯彻合同自由原则。所谓任意性规范是指法律规范所规定的权利义务，允许当事人之间协商约定或者单方面予以选择、变更的法律规则。强制性规范是指所规定的权利义务不允许当事人之间相互协议或者单方面予以选择、变更的法律规则。合同法所调整的合同关系是平等主体的当事人自愿协议的结果。因此，合同法的规定多为任意性的规范，允许当事人通过协议改变或者排除适用。例如，在合同的种类上，虽然法律规定了典型的合同种类的规则，但同时允许当事人在法律规定的典型合同种类之外，以意思自由创设新合同，只要合同内容不违背法律的强制性规定，合同法就认可其效力。《合同法》的许多条文都规定，当事人另有约定的除外或者从其约定。例如，《合同法》第253条规定：“承揽人应当以自己的设备、技术和劳力，完成主要工作，但当事人另有约定的除外。”有的条文在对当事人权利义务的处理上，则规定多项权利，由当事人选择。例如，《合同法》第248条规定：“承租人应当按照约定支付租金。承租人经催告后在合理期限内仍不支付租金的，出租人可以要求支付全部租金；也可以解除合同，收回租赁物。”这些都体现了合同法多任意性规范的特点。

第二，合同法多为共同性和普遍性规范，而物权法多固有性和特殊性规范。由于合同法调整财产的交易关系，无论在哪个国家或者民族，财产交易关系都具有相同的规律性，因而在调整规则上各个国家的合同法具有相通性。我国《合同法》在制定过程中不仅借鉴了大陆法系国家的合同法律制度，而且对英美法系国家的合同法律制度也予以了借鉴和吸收。而物权法则因不同国家的社会政治经济制度、民族、历史传统等的不同特点决定了各有不同的特殊性，各国的物权法多维持其固有的制度。

1. **合同法的作用**

合同法的作用就是合同法调整社会关系所应发挥的社会效果。《合同法》第1条是对合同法立法目的的规定，立法目的就是立法的指导思想和所欲达到的社会效果，是对合同法的作用的概括。

1. 保护合同当事人的合法权益

合同当事人就是合同法律关系的主体，即合同关系中享受权利承担义务的自然人、法人、其他组织。合同是他们在社会经济关系中通过交易获取财产的基本手段，也就是其基本的利益所在。在合同关系中，至少有两个或者两个以上当事人，他们都有各自的民事生活目的，为了实现其民事生活目的，他们通过自愿协商，达成协议，明确其民事权利义务关系，或者设定民事权利义务关系，或者变更民事权利义务关系，或者终止民事权利义务关系，总之，这都与当事人的权利和利益密切相关。如果合同的订立无序，当事人则无法通过合同明确其权利义务关系，而且可能遭受损害。如果当事人达成了协议，没有合同法的调整，协议不具有法律效力，当事人的权益仍然不能实现。因此通过合同法的调整，规定了合同的订立、合同的效力、合同的履行、违约责任等制度，从而建立良好的合同法治秩序，这样就能保护当事人依法订立合同的权利以及保障订立的合同得到切实履行，维护当事人的合法权益。

1. 维护社会经济秩序

社会经济秩序是整个社会进行经济活动的基本规则。没有秩序，社会经济活动就会陷入混乱，无法进行。社会经济秩序是基本的社会秩序，它是由各种社会规范建立起来的。由法律规范所建立的社会经济秩序就是经济的法治秩序。市场经济是通过市场交易进行资源配置的经济模式，它本质上要求市场主体平等、自由、公正、公平地进行交易。这样一种经济秩序只有靠法律来建立和维护，因此市场经济是法治经济。合同就是交易的基本法律形式，它是市场经济各个主体、各个部门、各个环节连接的纽带，是整个市场经济运行的链条。调整财产交易关系的合同法，通过合同法律关系将财产的交易关系纳入法治的轨道，建立起市场经济的法治秩序，通过合同法的遵守和实施维护社会的经济秩序。

1. 促进社会主义现代化建设

我国处在社会主义的初级阶段，现阶段的根本任务就是要大力发展社会生产力，集中力量进行社会主义的现代化建设。合同法维护当事人的合法权益，调动市场主体参与社会主义现代化建设的积极性；维护社会经济秩序，确保市场主体能够在平等、自由、公正、公平的良好经济秩序中进行经济活动，提高经济效率，促进社会财富的创造和增加。这样就从根本上有力地促进了社会主义的现代化建设。

* + - * 1. **合同法的基本原则**

合同法的基本原则是合同法的基本精神，它是由合同法所调整的财产交易关系的本质属性决定的，对合同各项制度和规则体系具有统领作用的根本准则，它是制定、解释、适用、遵守合同法的指导思想或者出发点，也是学习和领会合同法制度、研究合同法问题的指导思想。依据《合同法》的规定，我国合同法的基本原则主要包括：平等原则、自愿原则、公平原则、诚实信用原则、合法原则、维护合同效力原则。

* 1. **平等原则**

根据《合同法》第1条的规定，平等原则是指在合同关系中当事人的法律地位一律平等，任何一方不得将自己的意志强加给另一方。平等原则强调的是当事人地位平等和意志平等。所谓地位平等是指合同当事人享有民事权利和承担民事义务的资格是平等的。在合同订立前、订立过程中和订立后都是独立地处于平等关系之中的民事主体。双方平等地享有权利、承担义务，平等地受法律的保护和约束，任何一方都不享有任何特权。所谓意志平等，就是在合同的订立或者履行过程中，任何一方都不得将自己的意志强加给对方，双方必须协商一致，合同才能成立或者变更、终止，这是地位平等的要求和体现。

* 1. **自愿原则**

《合同法》第4条规定：“当事人依法享有自愿订立合同的权利，任何单位和个人不得非法干预。”自愿原则也就是合同自由原则，它是指在不违反法律、行政法规的强制性规定，不违反社会公道和公共秩序的原则下，当事人都有以其自由意志订立合同的权利，而且其自由权利不受任何单位和个人的非法干涉。其内容包括：决定是否订立合同的自由，选择与谁订立合同的自由，决定合同内容和合同方式以及合同纠纷的处理方式的自由。自愿原则的实质是强调当事人的意志自主性及其表达自由以及这种自由的不受干涉。这也是由合同法所调整的财产交易经济关系的本质属性决定的，是主体地位平等原则的体现。自愿原则是当事人实现其民事生活目的的保障，是当事人抵制公权力及其他组织或个人非法干涉的法律武器，是当事人抵制对方当事人非法强制的依据。这一原则大量体现在《合同法》中，除在该法第4条作原则性规定外，还规定了大量的任意性规范，确认当事人的约定对处理合同关系的优先适用效力，以充分尊重当事人在合同是否订立、选择合同对方当事人、确定合同内容和形式、确定违约责任及纠纷处理方式等方面的选择自由和决定自由。另外，《合同法》宣布任何欺诈、胁迫、乘人之危所订立的合同都是违背自愿原则的，将其规定为无效的或者可变更、可撤销的合同。

* 1. **公平原则**

《合同法》第5条规定：“当事人应当遵循公平原则确定各方的权利义务。”所谓公平原则就是合同当事人在合同的订立和履行过程中，应当按照社会正义要求的公正合理的观念确定各方的权利义务关系，合理分配权利、义务和风险，平衡各方利益。公平原则是公平这一基本的社会道德观念在法律上的体现。这一原则是对各方当事人在合同订立和履行过程中确定各方权利义务的法律指引，其基本要求就是各方要公平合理地订立和履行合同，一方在享有权利时一般情况下也要承担相应的义务；一方在实现自己利益时，也要兼顾他方的利益，利益的取得与付出的对价大体相当。这一原则大量体现在《合同法》中，除该法第5条作原则性规定外，还在大量条文和许多制度中体现。例如，《合同法》第54条关于重大误解、显失公平的合同可以变更或撤销的规定；第53条关于造成对方人身伤害、因故意或者重大过失造成对方财产损失的免责条款无效的规定；第114条关于约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少的规定等。

* 1. **诚实信用原则**

《合同法》第6条规定：“当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。”诚实信用原则是指当事人在民事活动中应当诚实守信，与对方善意协作，切实履行义务，在实现自己利益的同时，兼顾对方利益，而不得滥用权利、规避法律或者合同规定的义务。所谓诚实就是在合同的订立和履行中当事人各方都要以诚相待，善意相待，互惠互利，而不得欺诈对方，损人利己。所谓信用，就是指当事人在合同的订立和履行中，要讲信誉，守诺言，自觉履行义务，不得失信于人。它的作用就是防止、减少和矫正市场经济生活中的一切唯利是图、尔虞我诈、欺行霸市、损人利己的行为；弘扬诚实、信用、善意、互惠、童叟无欺的风尚，以维护良好的市场经济秩序和社会道德。它不仅对当事人的行为具有规范作用，而且为解释法律和弥补法律漏洞提供了一般准则。在《合同法》中，除第6条作基本原则规定外，在合同订立、合同效力的维护、合同履行、合同解释、合同变更和转让、合同的解除和终止、合同纠纷的处理等各个环节的制度规定上都充分地贯彻了诚实信用的原则，诚实信用原则在合同法中得到了充分的体现。例如，在合同订立阶段，当事人不得有欺诈或者其他违背诚实信用义务的行为，不得擅自变更或解除合同；在合同履行阶段，当事人必须全面履行合同义务，应当遵循诚实信用原则，按照合同的性质、目的和交易习惯履行及时通知、协助、提供必要条件、保密、保护等义务；在发生违约时，要采取切实措施防止损失扩大；在合同终止以后，当事人也应当依据诚实信用原则履行保密等后合同义务。

* 1. **合法原则**

《合同法》第7条规定：“当事人订立、履行合同，应当遵守法律、行政法规，尊重社会公德，不得扰乱社会经济秩序，损害社会公共利益。”民事活动合法，是法治社会的基本要求，也是民事活动的基本准则。《合同法》确立的合法原则就是要规范当事人的合同订立和履行行为，使其符合国家法律的要求，符合社会公共利益，不损害他人的利益，使各方利益冲突得以平衡，以维护公共道德和正常的经济秩序。合法原则不仅为当事人的合同行为提供了规范，而且也为国家干预民事主体的合同行为提供了尺度。一般来讲，合同是当事人的私事，国家实行当事人的意思自治原则，国家不予干涉。但是，各个民事主体又是处在社会关系的普遍联系之中的，其对自身利益的追逐往往与他人利益、社会利益和社会公德发生冲突，当事人的合同关系的纠纷涉及公共经济秩序。因此，对当事人的意思自治和合同自由必须限制在法律、行政法规允许的范围内，限制在为社会公共道德所容忍的范围内，限制在不扰乱社会经济秩序、不损害社会公共利益的范围内。如果当事人的合同行为超越了这个范围，国家就要干涉。因此，依据合法性原则的要求，当事人订立和履行合同首先要遵守法律、行政法规中的强制性规定，不得违反强制性规定。同时，在法律没有明确禁止的情况下，也要自觉地以社会公共道德约束自己的行为。例如，《合同法》第52条规定：一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；以合法形式掩盖非法目的；损害社会公共利益；违反法律、行政法规的强制性规定等情形之一的合同无效。就是对这些行为的明确禁止。《合同法》第38条规定：“国家根据需要下达指令性计划任务或者国家订货任务的，有关法人、其他组织之间应当依照有关法律、行政法规规定的权利义务订立合同。”这类合同与国家的经济秩序有关，当事人必须依法订立和履行。

* 1. **维护合同效力的原则**

《合同法》第8条规定：“依法成立的合同，对当事人具有法律拘束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。依法成立的合同受法律保护。”合同区别于其他协议的最大特点就是依法成立的合同对当事人具有相当于法律的效力，即合同的法律拘束力，因此，维护合同效力是合同法的根本任务。维护合同效力原则有以下要点：

第一，《合同法》积极地赋予合同以法律效力，尽量扩大合同的有效范围，严格限定认定合同无效的条件。我国《合同法》第52条明确规定了认定合同无效的5种情况，特别强调“违反法律、行政法规的强制性规定的”合同无效，这就明确告诉人们，并不是任何违法的合同都是无效的，只有违反法律和行政法规的强制性规定的违法合同才属于无效合同，违反法律的任意规定、违反地方法规、部门规章的情况都不构成合同无效的事由，这就大大缩小了无效合同的范围。

我国合同法严格区分了无效合同和可变更可撤销合同，将一些并不完全符合合同的有效条件，但又不损害国家利益和社会公共利益的事由，不直接作为认定合同无效的事由，而是将这类合同作为可变更可撤销的合同，赋予当事人请求变更或者撤销的权利，将合同交由受害一方当事人以其意志判断，作出是否变更或者撤销的决定，可以不提起变更或撤销的请求，维持合同继续履行。

《合同法》还严格区分了合同的无效和效力待定的情况。将一些不完全符合合同有效条件，存在效力瑕疵的合同不直接作为无效合同对待，而是按照效力待定合同对待，允许通过有补助权人的补助行为补助后使之转化为有效合同或者确定无效的合同。

《合同法》还严格区分了合同的成立和合同的生效，区分了合同的无效与未生效。一般来讲，合同依法成立即具有法律效力，有些合同虽已成立，但依据法律和行政法规的规定或者当事人的约定尚需具备一定的生效条件才能生效，在未具备生效条件以前处于未生效状态，但它并非无效合同，而是在具备了生效条件时可以生效的合同，是允许当事人补充生效条件以达生效的合同。这也就减少了无效合同的范围，维护了合同的效力。

第二，合同立法上规定的合同履行制度、合同的变更与转让制度、合同的解除、终止制度、违约责任制度都体现了对合同效力的维护。例如，《合同法》第94条就严格规定了解除合同的一般条件，只有符合该条规定的情形，当事人才可以解除合同，否则合同一旦依法成立，就具有法律效力，当事人是不得任意解除的。又如，对于当事人约定了违约金的，一般情况下就要严格按照约定追究违约责任，如果要作调整必须严格按照《合同法》第114条的规定，只有经当事人申请，人民法院或者仲裁机构才可以调整。否则，未经当事人申请，人民法院或者仲裁机构不得以约定的违约金数额高于或者低于实际损失直接予以减少或者增加。

* 1. 合同的内容与形式

1. **合同的内容**

合同内容从表现形式上看，是当事人所约定的合同条款，其实质上体现的是当事人依据法律规定或合同约定所产生的合同当事人的权利义务关系，即合同权利与合同义务。

* 1. **合同权利**

合同权利是指合同债权人依据法律规定或合同约定享有的请求债务人为一定行为或不为一定行为的权利。合同权利属于财产权，不具有人身属性。其主要权能包括：

1. 请求履行的权利

请求履行的权利是指债权人请求债务人为一定行为或不为一定行为的权利。请求履行权是合同权利的核心权能，有人将合同债权仅看成是请求权。其实不然，民法中的请求权是与支配权、形成权、抗辩权为相对应的一种独立权利，普遍存在于物权法、债权法、亲属法和继承法之中。同时，合同权利除请求权外，还包括合同保全、合同保护、合同处分等权能。

1. 保全债权的权利

为了防止债务人因财产的不当减少而给债权人的权利实现带来侵害，法律赋予债权人可以对于债务人或第三人的行为行使代位权或撤销权。《合同法》第73条规定：“因债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权，但该债权专属于债务人自身的除外。”第74条规定：“因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。”合同保全是合同债权扩张力的体现。

1. 请求保护债权的权利

当债务人不履行或不适当履行债务时，债权人有权请求国家机关强制债务人履行债务或承担违约责任予以保护。

1. 处分权能

合同权利属于财产权，当事人可以根据自己的意愿将合同债权进行转让，可以对合同债权予以放弃，也可以对合同债权通过抵销债务而处分。

* 1. **合同义务**

1. 合同义务的概念和特征

合同义务是当事人依据法律规定或合同约定而承担的作为或不作为。合同义务的履行对于维护债权人的利益和合同目的实现具有重要意义。合同义务有下列特点：第一，合同义务来自于合同约定或法律规定。根据《合同法》第12条的规定，“合同的内容由当事人约定”，这表明当事人约定是确定合同内容的主要方式。如果约定不违背法律的强制性规定和社会公共道德，就应当予以确认。为了体现当事人的意思自治原则，《合同法》中有“当事人有约定的依其约定”的规定，确认了约定的内容优先于法律的效力。同时，法律对合同义务也有明确规定。《合同法》第119条规定：“当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失要求赔偿。当事人因防止损失扩大而支出的合理费用，由违约方承担。”法定义务也是合同义务的一个重要组成部分，它具有弥补当事人约定不全面、不明确的功能。第二，合同义务与合同权利具有对等性。在双务合同中，履行合同义务是享有合同权利的前提。第三，合同义务不履行时应承担相应的责任。我国《民法通则》第106规定，“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”。

1. 合同义务的分类
   1. 根据义务产生的根据不同，可分为约定义务与法定义务

约定义务是指当事人通过协商一致所确定的合同义务。合同自由是私法的一项重要原则，合同条款是当事人在自愿基础上达成的合意，与何人约定、如何约定、约定什么内容、采用什么形式，均由当事人自由选择，只要不违反法律的强制性规定，一旦约定生效对当事人即具有约束力。

法定义务是法律为当事人所设定的义务。可以分为强制性规定和准强制性规定。强制性规定是要求当事人必须遵守的、不可以通过约定改变的义务。如《合同法》第42条规定：“当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：（一）假借订立合同，恶意进行磋商；（二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；（三）有其他违背诚实信用原则的行为。”《合同法》第222条规定：“承租人应当妥善保管租赁物，因保管不善造成租赁物毁损、灭失的，应当承担损害赔偿责任。”准强制性规定是法律授予当事人一定的选择权，允许当事人在规定的限度内为一定的意思表示。可分为两种情况，一是当事人有约定依约定，当事人无约定，法律规定成为合同条款的内容。如《合同法》第133条规定：“标的物的所有权自标的物交付时起转移，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”另一种情况为法律对合同漏洞进行填补规定，如合同当事人约定的质量要求不明确、价款或报酬不明确、履行地点不明确、履行期限不明确、履行方式不明确、履行费用负担不明确等情况下，适用《合同法》规定的合同填补漏洞的规定。《合同法》第226条规定：“承租人应当按照约定的期限支付租金。对支付期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定，租赁期间不满一年的，应当在租赁期间届满时支付；租赁期间一年以上的，应当在每届满一年时支付，剩余期间不满一年的，应当在租赁期间届满时支付。”

* 1. 根据义务对合同效力的影响不同，可以分为给付义务与附随义务

根据合同义务是经当事人约定或者法律规定在合同成立时就确定的直接实现债权请求权的义务，还是在合同关系的发展过程中依照诚实信用原则确定的服务于债权人利益的义务，可将合同义务分为给付义务和附随义务。给付义务就是指合同成立时就依据当事人约定或法律规定确定的，直接实现债权请求权的义务，如房屋买卖合同，交付房屋并办理产权过户登记等。附随义务是指在合同成立时并未确定，而是随着合同关系的发展依照诚实信用原则确定的服务于债权人利益的义务，如合同订立及履行过程的说明、告知、保密、保护、协助、通知等义务。

给付义务依据其是否为合同性质或者实现当事人合同目的所固有、所必备的区分为主给付义务和从给付义务。合同的主给付义务是指根据合同性质或者当事人的约定所固有、所必备的、直接决定合同类型和影响到合同当事人的合同目的能否实现的义务，如买卖合同中出卖人的主给付义务就是交付标的物，而买受人主给付义务就是支付价款。

从给付义务是指根据法律的规定或当事人约定，当事人必须承担的辅助给付义务，以确保债权人利益得到最大满足，如买卖合同中出卖人向买受人交付有关单证和资料的义务。

主给付义务与从给付义务的区别在于：主给付义务决定合同的类型及当事人合同目的的实现，而从给付义务在于确保债权人利益能够最大化的满足。

* 1. 主要义务与次要义务

主要义务是指依据合同性质所固有的、影响合同成立的、当事人必须承担的义务。《合同法》第36条规定：“法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。”次要义务就是根据合同的性质和当事人的约定，不影响合同的性质及订约目的义务。其一，主要义务决定合同的主要内容与合同的成立，合同主要义务无约定或约定不明则合同不成立。其二，合同性质不同则主要义务有异。在保管合同中，保管人的主要义务是妥善保管保管物，寄存人的主要义务则是支付保管费和其他费用。而在借款合同中，贷款人的主要义务是按时足额提供贷款，借款人的主要义务则是到期返还借款并支付利息。其三，主要义务体现了当事人的缔约目的，主要义务的不履行会直接导致合同的目的不能实现，债权人可据此解除合同。其四，当事人有权对合同主要义务进行约定。如双方可以将标的物交付期限作为合同的主要目的予以约定，迟延交付则可能构成对方当事人的解约或成为其行使抗辩权的理由。其五，在双务合同中，如果一方不履行其依据合同所负有的主要义务，另一方有权行使同时履行抗辩权，可以拒绝履行自己的全部义务。但对方拒绝履行次要义务的，则无权行使同时履行抗辩权。

* 1. 明示义务与默示义务

明示义务就是有明确法律规定或当事人以口头或书面形式明确约定的义务。明示义务是合同的重要组成部分，或散见于相关法律法规的规定，或在合同书中明确记载，或订立合同当事人予以声明。可以说各类合同都有明示义务的规定或约定，以提示当事人必须恪守。

默示义务是指法律法规未明确规定或合同未明确约定，但根据合同性质和交易习惯当事人双方必须予以遵守的义务。包括两种情况：

一是根据合同的性质应当承担的义务，如运输合同中托运人应当保证标的物的合法性，承运人应当保证运输工具的安全性等；

二是根据交易习惯所应承担的默示义务，如海上运输合同的不得绕航义务，财产保险合同中被保险人应当保证保险标的物的安全使用义务。

1. **合同条款**
   1. **合同条款的概念与特征**

合同是当事人意思自治的产物。所以，合同的权利义务除法律法规有明确规定外，多由当事人自由约定，故合同条款是双方权利义务的主要依据。合同条款应当具有以下特征：其一，合法性，合同条款不得违背法律规定或法律精神。其二，不可缺少性，合同条款是确定双方权利义务的根据，缺少法定条款合同不能成立，合同条款可以是明示条款，也可以是默示条款。其三，确定性，合同条款的约定应当明确、肯定、完整，且不能存在歧义。其四，可履行性，合同条款为双方当事人设定权利和义务，如果无法履行将无法实现合同目的，如约定债务人资金充裕时付款，或约定合同期限为100年等，属于履行期限不确定或履行期限过长，都将会导致合同无法履行。

* 1. **合同条款的种类**

1. 法定条款与任意条款

合同法定条款，亦称合同必要条款，是根据合同的性质和当事人的合同目的应当具有的条款，缺少必要条款会影响到合同的成立或当事人合同目的的实现。例如，合同当事人条款、标的，这是任何合同均不可缺少的条款。另外，依据合同性质必须具备的条款是合同的法定条款，如根据租赁合同的性质、服务等有偿合同的性质必须具有价款或报酬条款，买卖合同的数量条款对于买卖合同就是不可缺少的条款。我国《合同法》第12条规定：“合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款：（一）当事人的名称或者姓名和住所；（二）标的；（三）数量；（四）质量；（五）价款或者报酬；（六）履行期限、地点和方式；（七）违约责任；（八）解决争议的方法。”

任意条款或称非必要条款，是根据合同的性质和当事人的合同目的当事人可以自由约定的条款，缺少这些条款对合同的成立或当事人合同目的的实现不产生影响的条款。如技术开发合同中的技术成果归属问题，尽管与当事人利益攸关，但未约定并不影响合同的效力。

1. 格式条款与非格式条款

根据合同条款的形成方式不同，将合同条款分为格式条款与非格式条款。所谓格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款，包括标准合同与附和合同。标准合同是一方当事人事先拟定合同的全部条款，他方可以在此条款基础上进行选择，决定接受或不接受其中的某一或某类条款，如贷款合同、房屋买卖合同。附和合同是指合同的内容全部由一方当事人确定，他方唯得依其既定内容，或全部接受或不予接受，无权协商，保险合同即属之。可见，附和合同比标准合同更为苛刻。

非格式条款是指在合同订立中，当事人协商确定的合同条款，能充分体现双方当事人的真实意志，但可能增加交易成本。

法学界一度认为，格式合同违背了契约自由原则，把协商这一订立合同的基础排除殆尽，使得意思表示难以做到真实，对方的利益难以保护。现在认为格式合同可以降低交易成本与价格、节约谈判时间，其存在利远大于弊。所以，商事交易中广泛使用格式合同。为了最大限度地保护当事人利益，使标准合同更公平、更完善、更乐于为当事人接受，立法、司法从不同的角度介入其中，主要体现在以下方面：

* + 1. 格式合同提供方的说明义务

《合同法》第39条规定：“采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。”由于格式条款由一方事先拟订，并未与对方进行充分商协，为了防止不公平条款，特别是免除或限制自己责任条款的出现，法律规定格式条款的提供方有义务采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任条款，并对该条款予以说明是十分必要的。

* + 1. 规定格式条款无效的情形

《合同法》第40条规定：“格式条款具有本法第五十二条和第五十三条规定情形的，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。”

* + 1. 对格式条款的解释原则作出规定

《合同法》第41条规定：“对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。”

* 1. **合同示范文本的参照**

《合同法》第12条第2款规定：“当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同。”所谓合同的示范文本就是由相关机构根据合同的特定事项拟定合同通常应当包括的条款的表述样本，以对当事人订立合同起到示范、参照、指导作用。从示范文本的性质分析，因其通常是由具有权威性的第三方拟定的，具有专业性、公正性、全面性、准确性等特点。示范文本本身不属于格式合同，当事人在合同订立时可以对其依照需要进行修改、补充、完善。法律之所以规定当事人可以参照各类合同文本订立合同就是因为示范文本应当包括的通常条款在语言表述、条款设计、权利义务关系等方面比较成熟和规范，不易产生争议。

1. **合同的形式**
   1. **合同形式的概念**

合同形式是指当事人订立合同的意思表示的表达方式以及法律或合同约定的合同成立或生效的要件，包括两方面内容：其一是合同内容的表现形式，是口头还是书面或者其他形式。《合同法》第10条规定：“当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。法律、行政法规规定采用书面形式的，应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的，应当采用书面形式。”其二是合同的成立或者生效要件，合同条款达成合意后是否需要公证程序或者是否需要经过主管机关批准等。

* 1. **合同的书面形式**

合同的书面形式是指当事人订立合同时以文字等有形载体表达或记载其意思表示内容及其达成的合意。《合同法》第11条规定：“书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式。”可见，合同的书面形式主要有三种：

* + - 1. 合同书

合同书是记载合同双方权利义务并经当事人签字或盖章的文书。合同法中规定某些合同必须采用书面形式的目的在于：其一，为交易及其条款提供清晰的证据；其二，产生警示作用，防止草率、不成熟、欠缺考虑而订立合同；其三，引导作用，为当事人的行为提供法律框架；其四，保护合同弱势当事人。《合同法》第32条规定：“当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。”

* + - 1. 信件

作为合同书形式的信件是一方当事人发给另一方当事人关于合同条款的意思表示，是当事人为明确合同的条款进行书信往来所形成的记载合同条款的书面文件。信件通常仅有一方当事人签字，如果信函往来就合同条款的意思表示达成一致，则表明他们之间存在合同关系。《合同法》第33条规定：“当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的，可以在合同成立之前要求签订确认书。签订确认书时合同成立。”

* + - 1. 数据电文

数据电文是指以数字技术和电子通信手段记载合同条款的书面形式，包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件。电子数据作为记载和表现合同条款的书面形式，在商业实践中被广泛应用和认可，避免了当事人事必躬亲的订约形式，大大节约了交易成本。

* 1. **合同的口头形式**

合同的口头形式是指当事人采用口头对话的方式进行意思表示而订立的合同。口头形式具有简便易行、节约订约成本等优点，其广泛适用于交易标的小、及时清结的合同。其缺点是发生纠纷举证困难、难以查清事实真相。

* 1. **合同的其他形式**

合同的其他形式是指书面形式、口头形式之外的形式。如合同的推定形式，就是当事人以特定的行为推定其意思表示，推定当事人意思表示一致的合同成立。《合同法》第36条规定：“法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。”

* 1. 合同的订立

1. **合同的订立程序**

合同的订立时当事人按照法律规定的程序进行意思表示并达成合意的状态和过程。从动态观察，此过程受要约邀请、要约、反要约等制度规范，产生先合同义务及缔约过失责任。从静态观察，是双方达成合意，明确权利义务的过程。

* 1. **要约**
     + 1. 要约的概念和性质

要约就是要约方向受约方发出的希望与其订立合同的意思表示。合同订立是双方或多方法律行为，发出要约的一方为要约方，受领要约的当事人就是受要约人。《合同法》第14条规定：“要约是希望和他人订立合同的意思表示。”要约是合同法律行为形成中的一个要素，没有要约则不可能成立合同法律行为，但要约本身不是法律行为，它只是一方当事人的意思表示，唯要约本身并不能引起合同成立的法律后果，也就是不能发生当事人意思表示所欲求的法律效果。当然要约包含合同条款以及订立合同意愿的意思表示，一旦被对方接受就会引起合同成立的法律效果。

* + - 1. 要约的构成要素

要约应当具备以下条件：

第一，要约必须是具有签约能力的当事人作出的意思表示。要约是订立合同的意思表示行为，目的在于成立合同，因此要约人必须具有相应的民事行为能力。

第二，要约必须向相对人发出。要约是要约人希望与对方当事人订立合同的意思表示，因此只有向对方当事人发出，对方才能知晓其意思表示，才能经对方同意而成立合同。受要约人一般是特定的，也可以是不特定的。

第三，要约必须具有与对方订立合同的意思。要约就是要约方向受约方发出的希望与其订立合同的意思表示。这表明要约是可以承诺的，具有了承诺的基础，对方一旦承诺就成立合同。如果一项表示仅是引诱对方向自己发出要约，或是了解对方的情报，则不能构成要约。

第四，要约要具有具体的内容。有具体内容对方当事人才能理解，并以此作出是否承诺的决定。根据《合同法》第14条的规定，要约内容应当具体确定。

第五，要约经受要约人承诺即具有约束力。根据《合同法》第14条的规定，要约“经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束”。

* + - 1. 要约与要约邀请的区别

《合同法》第15条第1款规定：“要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示。”可见，要约与要约邀请有别，主要表现在以下方面：

第一，要约是以与对方当事人直接订立合同为目的；而要约邀请是要约邀请人邀请他人向自己发出要约的意思表示，以得到他人的要约为目的的，因此要约邀请还不是订立合同的行为。

第二，要约应包括订立合同的主要条款，其内容应当具体明确。要约邀请具有要约邀请人邀请他人向自己发出要约的意思表示即可。如甲公司向乙家具公司发函欲购家具，请业务员面谈，就是要约邀请，因为对欲购家具的数量、质量等事宜均未说明。

第三，要约应当表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束；而要约邀请并无此意，只要表达了愿意与其协商的意思则可，并不需要表达只要对方承诺就受约束的意思。

第四，要约通常是向相对人发出的，而要约邀请一般是向不特定的多数人发出的，多为广告等形式。《合同法》第15条规定：“寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书、商业广告等为要约邀请。”

* + - 1. 要约的效力
         1. 要约对要约人和受要约人的拘束力

要约对于要约人具有拘束力，要约人不得随意撤销要约或者变更要约的内容，要约到达受要约人后生效。要约对要约人的拘束力既是诚实信用原则的基本要求，也是要约得以承诺的基础，对于维护交易安全至关重要。试想，要约人发出要约后可以不受要约拘束力，随意撤回或者撤销或者变更要约的内容，受要约人则无法相信要约，也无法做出承诺，当事人的利益更无法维护，所以要求要约人受要约的法律拘束是完全必要的。

要约对于受要约人也具有法律拘束力，受要约人在要约生效后一旦承诺，就要在要约人与受要约人之间成立合同关系。如果在要约有效期间受要约人不作出承诺，则丧失承诺机会。如果不规范对受要约人的拘束力，任其久拖不决，也不利于要约人利益的实现和交易的迅捷安全。

* + - * 1. 要约的生效及期间

《合同法》第16条规定：“要约到达受要约人时生效。采用数据电文形式订立合同，收件人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统的时间，视为到达时间；未指定特定系统的，该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间，视为到达时间。”所谓“到达受要约人”是指要约到达受要约人所能够控制的状态下，无论受要约人是主观上的知悉或是客观上的知悉都应当认为到达。

要约的生效期间分为两种情况。其一是要约人在要约中明确了要约的有效期间，即承诺期间。其二是要约人在要约中未明确要约的有效期间，则通常依据交易习惯确定要约的有效期间。如口头要约通常要求受要约人当即承诺，才对要约人有效。对于以书面形式的要约通常要考虑受要约人收到的时间及其考虑并回复要约的合理时间。

* + - * 1. 要约的撤回、撤销与失效

要约的撤回是指在要约发生法律效力之前，要约人通知受要约人取消要约的意思表示。合同法推崇意思自治原则，在要约意思表示已经发出但尚未生效时，允许当事人以其意思表示取消要约。《合同法》第17条规定：“要约可以撤回。撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者与要约同时到达受要约人。”

要约的撤销是指在要约发生法律效力之后，于受要约人尚未承诺之前，要约人通知受要约人取消要约的法律效力的意思表示。可见，要约的撤回与撤销不同。撤回是针对尚未发生法律效力的要约；而撤销是对已经发生法律效力的要约，其撤销的是要约的法律效力。既然要约已经发生法律效力，要约人就应当受其约束。但如果将要约效力绝对化，既不利于保护要约人的利益，也不利于交易安全。因此，法律既赋予要约人以撤销权，又对要约人的撤销权予以限制。《合同法》第18条规定：“要约可以撤销。撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。”同时，《合同法》第19条规定：“有下列情形之一的，要约不得撤销：（一）要约人确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销；（二）受要约人有理由认为要约是不可撤销的，并已经为履行合同作了准备工作。”

要约的失效是指要约对于要约人或受要约人的法律拘束力丧失。《合同法》第20条规定：“有下列情形之一的，要约失效：（一）拒绝要约的通知到达要约人；（二）要约人依法撤销要约；（三）承诺期限届满，受要约人未作出承诺；（四）受要约人对要约的内容作出实质性变更。”

* 1. **承诺**

1. 承诺的概念和性质

要约是希望与他人订立合同的意思表示，那么对要约意思表示的同意就是愿意与要约人订立合同。承诺就是受要约人同意要约人的要约，从而与要约人订立合同的意思表示。《合同法》第21条规定：“承诺是受要约人同意要约的意思表示。”承诺本身不是合同法律行为，它只是构成合同法律行为意思表示的一个要素。要约的意思表示是合同法律行为意思表示的基础要素，承诺意思表示则是合同法律行为成立的决定要素。要约与承诺的结合构成合同法律行为。

1. 承诺的要件
2. 承诺必须由受要约人向要约人作出

合同是双方或多方法律行为，受要约人一旦向要约人承诺便引起合同成立的效果。

1. 承诺的内容必须与要约的内容相一致

合同是当事人意思一致的产物，达成合意合同成立，否则，合同不能成立。《合同法》第30条规定：“承诺的内容应当与要约的内容一致。受要约人对要约的内容作出实质性变更的，为新要约。有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更，是对要约内容的实质性变更。”《合同法》第31条规定：“承诺对要约的内容作出非实质性变更的，除要约人及时表示反对或者要约表明承诺不得对要约的内容作出任何变更的以外，该承诺有效，合同的内容以承诺的内容为准。”可见，要约的实质内容变更就不是承诺，而是新的要约。

1. 承诺必须在规定的期限内到达要约人

规定的期限就是要约人受约束的期间，故承诺只有在规定期间才对要约人具有拘束力。《合同法》第24条规定：“要约以信件或者电报作出的，承诺期限自信件载明的日期或者电报交发之日开始计算。信件未载明日期的，自投寄该信件的邮戳日期开始计算。要约以电话、传真等快速通讯方式作出的，承诺期限自要约到达受要约人时开始计算。”

1. 承诺的方式必须符合要约的规定

如果要约对承诺方式有特殊要求的，受要约人必须采用要约要求的承诺方式才是有效的。《合同法》第22条规定：“承诺应当以通知的方式作出，但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。”

1. 承诺的生效

承诺生效是指承诺发生法律约束力，承诺发生法律约束力就是合同的成立，故承诺生效就是合同成立。《合同法》第25条规定：“承诺生效时合同成立。”那么，承诺生效的时间界点如何判断？《合同法》第26条规定：“承诺通知到达要约人时生效。承诺不需要通知的，根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效。采用数据电文形式订立合同的，承诺到达的时间适用本法第十六条第二款的规定。”《合同法》第16条第2款规定：“采用数据电文形式订立合同，收件人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统的时间，视为到达时间；未指定特定系统的，该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间，视为到达时间。”可见，承诺生效的时间有两种情况，承诺通知到达要约人时生效或者承诺行为作出时生效。

1. 承诺的撤回

承诺的撤回是指受要约人发出承诺后于承诺生效前取消承诺发生法律效力的意思表示。《合同法》第27条规定：“承诺可以撤回。撤回承诺的通知应当在承诺通知到达要约人之前或者与承诺通知同时到达要约人。”承诺生效合同即时成立，故承诺撤回只能在承诺发生效力前作出。

1. **合同的成立时间和地点**
   1. **合同成立的时间**

合同的成立时间就是合同双方当事人意思表示一致的时间，对于要物合同就是合同所要求的标的物交付时间，而对于要式合同就是合同约定的特定方式的完成时间。合同的成立时间既是确定当事人权利义务的时间界点，也是合同发生法律效力的基础，所以，与当事人权利义务攸关。

通常情况下，合同的成立时间是由承诺生效时间决定的，即承诺生效的时间就是合同的成立时间。《合同法》第26条规定：“承诺通知到达要约人时生效。承诺不需要通知的，根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效。”由于各种合同具体情况不同，当事人订立合同所采取的形式不同，合同成立时间确定规则存在差异。

第一，当事人采取口头对话方式要约承诺的，受要约人直接作出承诺即到达了要约人，承诺即生效，合同于承诺时即告成立。

第二，根据《合同法》第26条第2款及第16条第2款规定，采用数据电文形式订立合同，收件人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统的时间，视为到达时间；未指定特定系统的，该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间，视为到达时间。

第三，根据《合同法》第32条规定，当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。合同书是记载当事人权利义务的书面文件，包括合同确认书等。

第四，根据《合同法》第33条规定，当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的，可以在合同成立之前要求签订确认书，签订确认书时合同成立。

第五，当事人约定或者法律、行政法规规定合同成立须办理公证、登记、审批等程序的，在完成相关手续时合同成立。

* 1. **合同成立的地点**

合同的成立地点是指合同成立事实发生地。它对合同纠纷的管辖权确定、涉外合同纠纷法律适用的选择、合同权利义务的履行等具有重要意义。

* + 1. 承诺生效地点为合同成立的地点

《合同法》第34条规定：“承诺生效的地点为合同成立的地点。”承诺到达要约人时生效。因此，承诺的生效地点也就是要约人的所在地。要约人的所在地应当是要约人的主要营业机构所在地，也就是营业执照所确定的营业所在地，没有营业所在地的，应当是经常居住地。

* + 1. 采用数据电文形式订立合同的成立地点

依据《合同法》第34条，采用数据电文形式订立合同的，收件人的主营业地为合同成立的地点；没有主营业地的，其经常居住地为合同成立的地点。当事人另有约定的，按照其约定。

* + 1. 要式合同的成立地点

在要式合同中，如果承诺的生效地与合同完成成立的或当事人约定的必要程序的地点不一致，则应以完成有关程序的地点为该合同的成立地点。

* + 1. 合同书形式订立的合同成立地

依据《合同法》第35条，当事人采用合同书形式订立合同的，双方当事人签字或者盖章的地点为合同成立的地点。

* 1. 合同的效力

1. **合同效力概述**

合同效力是指由法律赋予的一个依法成立的合同所具有的法律上的拘束力。合同生效在当事人间产生权利义务关系，并有法律的强制力予以保障。法律赋予一个合同以效力，标志着法律对该合同在适法性上的肯定评价。对于一个已成立的合同而言，法律是否赋予其效力，必须以考察合同主体、意思表示、合同条款等诸多方面的适法性为前提。因此，合同效力来源于法律的赋予。考察合同效力的内容，我们可以发现，合同效力的内容来源于当事人的约定，体现着当事人的意思，法律只不过是赋予当事人的意思以法律拘束力而已。就此而言，合同的效力又是法律尊重当事人意思自治的结果。当然，当事人基于契约自由原则所实施的合同行为能否如愿以偿地产生预期的法律后果，还需要法律对该行为的诸多因素进行适法性判断。只有该合同行为没有违反法律的强制性规定，未损害国家利益、社会公共利益和其他个人利益的情况时，法律才赋予其效力。也可以说，合同效力是当事人意思自治与法律约束的统一协调。对此可以从三个方面理解：其一，合同的效力必须是因合同而生的。作为合同效力产生依据的合同一般应当是“依法成立的合同”。无效合同虽也可在当事人间产生一定的权利义务关系，但这种效力不是根据当事人的约定产生的，而是由法律的直接规定产生的。其二，合同的效力首先是指对订立合同的当事人所产生的效力。合同仅涉及订立者自身的事务，只在当事人间产生效力，这就是合同的相对性。有时合同也会涉及第三人的利益或可能受到来自合同之外的影响或干涉，这属于合同相对性的例外。其三，合同的效力在内容上是指一种债权债务关系及违约责任，为私法性质。因此，合同的效力在很大程度上就表现为一种合意之债的形式，是约束当事人的“法锁”。

1. **合同的成立与生效**
2. **合同的成立**

合同的成立，在一般情况下，是指当事人意思表示达成一致。根据《合同法》第25条的规定，承诺生效时合同成立。根据《合同法》第26条的规定，承诺通知到达要约人时生效。承诺不需要通知的，根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效。根据《合同法》第32条的规定，当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。根据《合同法》第33条的规定，当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的，可以在合同成立之前要求签订确认书。签订确认书时合同成立。

因此，我国合同法上合同的成立要件为当事人的意思表示一致。需要说明的是，在实践性合同及要式合同中，仅有当事人的意思表示一致尚不能成立合同，还应当有物的交付或履行特定的法律形式。在我国《合同法》中被规定为实践性合同的只有保管合同，而对要式合同根本未做规定，对于需要办理批准、登记等手续以往人们视为要式合同的情况，《合同法》将其规定为生效要件，而非成立要件。因此，意思表示一致是合同成立的唯一要件，保管合同成立所要求的保管物的交付是整个《合同法》中的唯一例外。

1. **合同的生效**

合同的生效是指合同符合法律规定的要素，从而使合同的内容对当事人即产生约束力。合同的生效与合同的成立不同。一旦承诺产生约束力，事实上即意味着合同的成立。由此可见，要约与承诺制度作为规范合同如何成立的制度，法律所关注的仅仅是当事人之间如何达成协议，而不关注合同主体、意思表示和合同条款是否符合法律的要求。对于一个成立的合同而言，其法律上的价值判断，就是合同的生效所要研究的问题。可以说，合同成立是合同生效的逻辑前提，尚未成立的合同，不涉及合同的生效判断问题。

我国《民法通则》第55条规定，“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。”合同作为民事法律行为的一种，必须符合这些基本要件。

* 1. 行为人具有相应的民事行为能力

由于合同是以当事人的意思表示为基础的，并且以产生一定的法律后果为目的。因此行为人必须具备正确理解自己行为性质和后果、独立地表达自己意思的能力。自然人的行为能力与意识水平有关，通常与年龄俱增。《合同法》第9条规定：“当事人订立合同，应当具有相应的民事权利能力和民事行为能力”。根据《民法通则》的规定，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。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。

法人的行为能力是通过自己的意思表示构建法律关系的资格。法人是一种法律拟制组织体，其行为能力只能通过其意思机关做出，通过法定代表人或其代理人实施。根据《民法通则》的规定，只能在其核准登记的生产和业务范围内从事活动。早期理论与实践多将法人超越经营范围的行为认定为无效。但为促进交易安全，保护善意当事人利益，现代各国立法对越权经营采取了宽容的态度，法院可以根据具体情况确定合同效力。

根据《合同法》的相关规定，非法人团体也是合同主体，其所订立的合同同样受到法律保护。非法人团体虽不能独立承担民事责任，但可以以自己的名义参加民事活动，主要包括法人的分支机构、合伙组织。取得营业执照的非法人团体可以以自己的名义订立合同，未取得营业执照的非法人团体，应当以其法人名义订立合同。

* 1. 意思表示真实

意思表示是行为人将其设立、变更、终止民事权利义务的内在意思表示于外部的行为。法律行为是由两个要件构成，一为主观的、内在的意思；二为客观的、外在的表示。只有意思与表示一致时，方能产生法律拘束力。因此，意思表示真实是合同的生效要件之一。通常情况下，行为人表示于外部的意思同其内心真实意思是一致的。但也常常出现表示与意思不一致的情形，如何确定其效力，立法与学说有三种观点：第一，意思主义。认为内心意思是意思表示之源，故应当以行为人的内心意思为准来认定其行为所发生的效果，这样能充分保护表意人的意志和利益。第二，表示主义，又称外观主义。认为应以行为人的外部表示为准来认定其行为所发生的效果。如果允许当事人以表示与真意不符而撤销法律行为，则显然不利于交易安全和相对人利益。表示主义并非不注意真意，只是为交易安全考虑，推定表示即为真意，这也有利于增强当事人的责任感，慎言谨行，消除以当事人内心为准的弱点。第三，折中主义。认为在意思表示不真实的情况下，应具体情况具体分析，既要考虑内心意思，又要考虑外在表示。民法中有“用语错误，无害真意”之法谚，多强调意思主义。而商法中对商事登记事项、公司对外业务、票据行为、证券权利、保险代理等事项均实行表示主义。

* 1. 不违反法律或者社会公共利益

合同的效力源于法律的授予，对合法的合同法律赋予其拘束力，对于不合法的合同，法律当然对其效力给予否定。合同不违反法律主要是指不违反法律的强制性规定，如毒品、枪支的买卖、非法经营等。合同不违反法律也包含合同的形式不得违反法律的规定。例如，根据《合同法》第44条规定，法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。合同不仅要符合法律规定，而且在内容上不得违反社会公共利益。将不违反社会公共利益作为合同的生效要件，可以大大弥补法律规定的不足。但社会公共利益的内涵及外延尚难界定，这也为司法带来了处理上的难题。

1. **合同的无效**
   * 1. **合同无效概述**

无效合同是指合同当事人虽然合意，但因其在内容上违反法律行政法规的强制性规定和社会公共利益而无法律效力的合同。可见，合同内容的违法性是导致合同无效的唯一原因。由于无效合同从本质上违反了法律规定，因此，法律否定此类合同的效力。合同的无效性一旦被确认，就将产生溯及力，即无效合同自合同订立之时就不具有法律上的约束力。对于已经履行了合同内容的，应当以返还财产、赔偿损失等方式使当事人的财产恢复的合同订立之时的状况。合同的无效与合同的不成立有别。合同的不成立是指当事人没有达成合意，但内容上并未违反法律法规的强制性规定和社会公共利益。合同一旦被宣告无效，不仅要产生缔约过失、返还不当得利等民事责任，而且还有可能产生行政或刑事责任。

* + 1. **无效合同的种类**

根据《合同法》第52条的规定，无效合同的表现形式主要有如下几种：

* + 1. 一方以欺诈、胁迫的手段而订立损害国家利益的合同

1. 欺诈

依照最高人民法院《民法通则意见》第68条规定：“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。”欺诈行为五花八门，后果不尽相同。然因欺诈行为而导致合同无效的，应具备以下要件：其一，行为方主观上有恶意且实施了欺诈行为，如行为人故意告知虚假信息。其二，被欺诈方陷入错误认识并因错误认识而作出了意思表示，行为人利用欺诈手段诱使对方陷入错误判断，如虚构或夸大产品功能、隐瞒产品缺陷等。其三，合同内容损害了国家利益，如给国有企业造成财产损失。

1. 胁迫

胁迫是指行为人以加害相威胁，使对方产生恐惧心理从而达到不得已而与其订立合同的目的。因胁迫行为而导致合同无效的，应具备以下要件：其一，行为方主观上有恶意且实施了胁迫行为，如行为人以损害对方的生命、健康、身体、财产、信用、荣誉等相威胁，或采取向对方施加暴力等手段。其二，被欺诈方心里产生恐惧并因恐惧而作出了意思表示。其三，合同内容损害了国家利益，合同履行结果直接损害了国家利益。

* + 1. 恶意串通，损害国家、集体或第三人利益的合同

恶意就是明知行为具有非法性而故意为之，其行为人主观上社会危害性可谓明显。串通是指双方虽然就合同的内容达成一致，且为真实意思表示，但当事人订立合同的动机是损人利己。以损害国家、集体或第三人利益而订立的合同，合同目的非法，理当受到法律否定并应承担相应法律责任。

* + 1. 以合法形式掩盖非法目的的合同

以合法形式掩盖非法目的的合同是指当事人实施的行为在形式上是合法的，但在内容和目的上是违法的。在这种合同中，当事人的真实意图是通过掩盖行为达到非法侵害国家、集体或个人目的，因此，这种行为应认定为无效行为。如通过买卖行为达到逃避债务、转移财产的目的，或以合作的形式变相买卖通过划拨方式取得的土地使用权。

* + 1. 损害社会公共利益的合同

社会公共利益体现了全体社会成员的基本利益和最高利益，违反社会公共利益的合同为无效合同，已成为世界各国立法普遍确认的基本原则。公共利益原则对维护国家、社会一般利益及社会道德观念具有重要价值，并被称为现代民法至高无上的基本原则。损害公共利益在法律上并无确定的内涵和外延，但根据学者的观点，主要包括损害国家公共秩序的行为、违背社会公共道德的行为、违反人格尊严的行为、违反公平竞争的行为等。

1. **合同的可撤销**
   * 1. **可撤销合同的概念与特征**

所谓可撤销合同又称为可撤销与可变更合同，是指当事人在合同订立时，因意思表示不真实，法律赋予权利人通过行使撤销权而使合同归于无效的制度。根据法律规定，可撤销合同具有以下法律特点：其一，可撤销合同必须是基于当事人意思表示不真实而订立的合同，我国合同法将欺诈、胁迫、乘人之危等情形归入可撤销合同的范畴，实为将可撤销合同限定为当事人意思表示不真实的行为。其二，可撤销合同须由权利人行使撤销权方能产生法律效力。由于可撤销合同为当事人意思表示不真实引起的法律问题，而当事人意思表示是否真实，唯有自己明晓，他人无从判断，即使法院或仲裁机构得知合同当事人因意思表示不真实而受到损害的事实，根据合同意思自治的原则，若当事人愿意履行，合同依然有效。而合同无效因在内容上具有明显的违法性，即使当事人对无效合同不主张无效，司法机关或仲裁机构也有权主动干预，宣告合同无效。因此可撤销合同与无效合同在效力的认定方面截然不同。其三，可撤销合同在被撤销前仍为有效合同。因可撤销合同的撤销权由权利人享有，其可以行使撤销权，也可以放弃撤销权。如果撤销权人放弃撤销权、未在规定的期限内行使撤销权或者撤销权人仅仅要求变更合同的部分条款，则可撤销合同仍然为有效合同，任何一方不得以合同可撤销为由而拒不履行合同的义务。这一点有别于无效合同，因无效合同是属于当然无效的，任何人不得要求当事人实际履行。

* + 1. **可撤销合同的种类**

1. 因重大误解订立的合同

所谓重大误解是指因当事人的过错而对合同的主要条款发生理解错误，从而直接影响合同权利义务的内容。根据《民法通则》第59条的规定，行为人对内容有重大误解的，可以请求人民法院或者仲裁机关变更或撤销。根据《合同法》第54条的规定，因重大误解订立的合同，一方可以请求法院或仲裁机构变更或撤销。误解符合以下要件可以构成并产生合同变更或撤销的法律后果。其一，表意人因误解作出了意思表示。重大误解与欺诈有别，在重大误解的情形下，误解一方陷入错误认识是由于自己的过失造成，与他人无关。这一点与欺诈有着本质的不同。如误将甲物为乙物而订立的合同。其二，应当是对合同内容发生了重大误解。所谓重大误解就是指影响到合同订立与否或对合同中权利义务内容有重要影响的条款发生误解。如把复制品当成真品进行交易，错误理解了商品的品牌或型号等。如果为一般误解或对次要事项或一般事项发生误解，应不能构成撤销合同的理由，如仅仅是对车辆颜色的误判因不属合同主要条款而不能构成重大误解。其三，误解方受到了较大损失。《民法通则意见》第71条规定：“行为人因行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等错误认识，使行为人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”。根据此规定，尽管表意人有重大误解，但对其并没有造成实质性损害，也不能构成撤销合同的理由。

1. 显失公平的合同

显失公平的合同是指一方在订立合同时因情况紧迫或经验缺乏而订立的明显有失公平的合同。民法崇尚平等、等价和公平，实现社会公平正义是其历史使命。关于显失公平的构成要件，应符合主观和客观两个方面。在主观上是指在订立合同时一方具有利用优势或利用对方弱势的故意，利用其在经济上、权力上、技术上、信息上、地区上、专业上的优势向对方施加压力，或提出较为苛刻的条件迫使对方接受不平等的合同条款，或利用对方缺乏生活经验或交易经验，这种利用已违背了民法诚实信用原则。在客观上已经造成当事人间的利益分配严重不公平。由此可见，显失公平仅适用于双务合同，对于无偿合同，因无对价可言，故不存在双方当事人的利益不平衡而无显失公平适用条件。

1. 因欺诈、胁迫而订立的合同

因欺诈、胁迫而订立的合同可分为两种情形，一种是损害国家利益的属于无效合同；另一种是损害集体或第三人利益的，属于可撤销合同。因欺诈、胁迫订立的合同损害集体或第三人利益，将其列为可撤销合同对待，是因为一方因受欺诈、胁迫而订立的合同存在着当事人意思表示不真实的因素，为了充分尊重其意思自治，同时对欺诈、胁迫的一方当事人进行惩罚，法律赋予受害人以撤销权，将意思表示瑕疵的效力决定权赋予被欺诈人、被胁迫人，使其能在充分权衡其利害关系后，作出是否撤销合同的决定。可说对因以欺诈、胁迫而订立的合同赋予当事人以选择权既尊重了合同自愿原则，又体现了公平原则。

1. 乘人之危的合同

所谓乘人之危，是指行为人利用他人的危难处境或紧急需要，强迫对方接受某种明显不公平的条件并作出违背其真实意愿的意思表示。乘人之危合同应当具备以下要件：其一，受害人须处于危难或急迫时刻，包括经济上、身体上、心理上等方面的危难或急迫；其二，行为人主观上具有恶意；其三，合同内容有失公平。根据《民法通则》第58条的规定，一方乘人之危，迫使对方在违背真实意思的情况下订立的合同为无效合同。这是考虑到乘人之危的合同并非当事人的真实意思表示，且行为人违背诚实信用原则和社会公共道德，通过确认合同无效可以对行为人进行处罚。然《合同法》第54条修改了《民法通则》的规定，将乘人之危合同归入可撤销的合同的范畴，赋予受害人以撤销权或变更合同内容的权利。因为当事人是否在乘人之危情形下签订合同、合同内容是否公平、是否愿意履行合同应当由当事人自己选择，这样更充分体现合同自愿原则。

1. **效力待定合同**
   * 1. **效力待定合同的概念与特征**

效力待定合同是指合同成立时因不符合生效要件规定，因此其效力尚不确定，有待权利人表示承认始能发生效力的合同。效力待定合同与无效合同及可撤销合同的不同之处在于，行为人并未违反法律的禁止性规定及社会公共利益，也不是因为意思表示不真实而导致合同的可撤销，其主要是存在当事人无缔约能力、无代理权、无处分权等情形。效力待定合同在权利人承认之前其效力处于不确定状况，在权利人承认后方能发生效力，其与可撤销合同在被撤销之前有效，在被撤销后无效有着明显的不同。

* + 1. **无缔约能力人所订立的合同效力**

根据《民法通则》的规定，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。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。根据《合同法》第47条的规定，限制民事行为能力人订立的合同，经法定代理人追认后，该合同有效，但纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同，不必经法定代理人追认。

* + 1. **无权代理人所订立的合同效力**

在法律上将无权代理分为广义的无权代理和狭义的无权代理。狭义的无权代理是指代理人在未得到任何授权的情况下以本人的名义从事的代理活动，及超越代理权的无权代理行为，也包括代理权消灭后的无权代理。广义的无权代理包括狭义的无权代理和表见代理。《合同法》第48条对狭义的无权代理进行规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。”由此可见，无权代理具有如下特点：其一，无代理权是无权代理的本质特征。其二，无权代理人必须是以本人的名义与他人签订合同。其三，本人对合同享有追认权。法律之所以授予本人追认权，主要考虑到无权代理具有代理的基本特点，同时实践中无权代理行为并非对本人不利，本人事后追认代理行为实际上是补授代理权的行为，从而可以使代理行为有效。其四，相对人享有催告权和撤销权，催告是相对人催促本人在一定的期限内明确答复是否追认无权代理行为的一种制度，撤销权是指相对人在本人未承认无权代理行为之前，可撤销其与无权代理人所订立合同的权利。由于相对人在订立无权代理合同时主观上无过失，法律对其进行一定的保护也是十分必要的。

但无权代理中有一种特别情况，即表见代理，表见代理情况下签订的合同属有效合同，而非效力待定合同。

表见代理是指代理人虽无代理权，但善意相对人客观上有正当理由相信其具有代理权而与其进行法律行为，该法律行为的效果直接由被代理人承担。我国《合同法》第49条规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。”可见，表见代理虽属无权代理，但与狭义的无权代理有别：一是构成要件不同，狭义的无权代理人根本无代理权而从事代理行为，且其无权代理行为不足以使人相信其有代理权。而在表见代理的场合下，无权代理人所从事的代理行为，善意相对人有正当理由相信其具有代理权。二是法律效果不同。在狭义的无权代理中，本人有追认权，而在表见代理中无须本人追认即对其产生约束力。可见，表见代理的法律效果是有效合同的范畴。表见代理应当具备以下要件：其一，代理人无代理权而从事代理活动。其二，相对人有合理理由相信行为人有代理权。如行为人原为公司的法定代表人，或原为公司的董事长或总经理，变更后并未进行工商变更登记或公告，或公司的副董事长在合同签订中持有公司业务章等。其三，相对人主观上必须是善意的，即相对人确不知道或无法知道行为人无代理权而与其签订了合同。

1. **无权处分合同**

所谓无权处分，是指无处分权人与相对人订立处分他人财产的合同。处分人本无处分他人财产的权利，但为了保护善意的合同相对人及维护交易的安全，法律将此类合同认定为效力待定合同。如甲将自乙处租来之物转让丙，甲、丙之间的买卖合同就是无权处分合同。我国《合同法》第51条规定：“无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效。”无权处分合同有下列特点：其一，行为人没有法律上的处分权。无权处分的本质特征在于处分人无权处分他人财产，无权处分行为可能会涉及对权利人侵权问题，也涉及对善意相对人的保护问题。其二，行为人实施了法律上的处分行为，行为后果可能导致财产权的变动问题。其三，行为人是以自己的名义实施处分行为，即行为人不是以合同代理人实施的处分行为而是以合同当事人的身份与相对人签订的合同。其四，无权处分行为经过权利人追认或行为人事后取得处分权而生效，法律上认可权利人事后追认就是充分尊重权利人的意志和利益，同时事后取得处分权实际上是修补了无权处分的瑕疵，理应按照有权处分对待。

1. **合同归于无效的法律后果**
   * 1. **合同归于无效概述**

合同归于无效，是指合同因无效或者被撤销或者被拒绝而自始不能产生当事人所预期的法律后果的情形。合同成立后，其效力有有效、无效、可撤销和效力待定四种状态。有效合同自成立时有效；无效合同自始无效；可撤销合同如撤销权人行使撤销权则合同自始无效，如撤销权人在撤销期间未行使撤销权则合同自始有效；效力待定合同如果被拒绝则合同自始无效，如果被追认则合同自始有效。可见，合同归于无效，包含合同无效、可撤销合同被撤销和效力待定合同被拒绝三种情形。

合同归于无效仅仅意味着合同自始不能产生合同当事人所预期的法律后果，即不能产生当事人在合同中所约定的权利义务关系，并不意味着归于无效的合同不会产生其他法律后果。我国《合同法》规定，合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。当事人恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的，因此取得的财产收归国家所有或者返还集体、第三人。合同归于无效从形式上看，或因主体不合格或因意思表示有缺陷或因标的物有瑕疵，但其本质上已经损害了当事人、他人或国家、集体的利益。对于这些归于无效的合同，必须规定相应的法律后果，以确保遭受归于无效合同损害的当事人得到必要的救济。

* + 1. **合同归于无效的法律后果**

1. 返还财产

所谓返还财产是指基于无效合同而取得对方财产的当事人，应将所取得的财产向对方予以返还，从而使双方的财产状况恢复到合同履行之前状态。返还财产的依据在于：合同归于无效，其取得的财产已经不再具有法律上的依据，其财产的取得不应得到维持，必须予以返还。其法律制度设计是以恢复原状为目的的。如果原物不存在的，返还义务人需要用货币进行补偿；如果原物本身即为货币的，返还请求权人享有债权请求权。

1. 赔偿损失

所谓赔偿损失是指因合同归于无效而产生的损失，由有过错的当事人进行赔偿；双方均有过错的，根据双方的过错程度按比例分担损失。合同归于无效的赔偿损失后果，其性质应属于缔约过失责任。在合同归于无效的时候，虽然合同已经成立，但是最终导致合同效力瑕疵或者归于无效的事由，是来自于合同的订立阶段。因此，合同归于无效具有缔约过失责任的性质。一般而言，合同归于无效时的赔偿损失责任，需要具备以下要件：其一，合同的无效给当事人一方或双方造成了损失；无损失则不存在赔偿问题；其二，当事人因过错违反了先合同义务，先合同义务是指法律根据诚实信用原则所规定的合同当事人间的协助、照顾、保护、通知、保密等义务；其三，当事人因过错违反先合同义务与所造成损失间具有因果关系。

1. 收缴财产

所谓收缴财产是指因恶意串通，损害国家、集体或当事人利益而归于无效的合同，当事人所取得对方的财产，不应当再返还对方，而应当予以收缴后，交与受到损害的国家、集体或第三人。《合同法》第59条规定：“当事人恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的，因此取得的财产收归国家所有或者返还集体、第三人。”

* 1. 合同的履行
     + - 1. **合同履行的概念和原则**

**合同履行的概念**

合同履行是指债务人全面地、及时地、适当地完成其合同义务，债权人的合同目的得到完全实现，如交付约定的标的物、完成约定的工作成果、提供约定的服务等。

* 1. 合同履行是合同法律拘束力的体现

合同的履行是合同法律效力的主要内容。在合同法理论上，广义的合同效力指实现给付或填补给付利益，包括债务的履行及债务不履行之法律效果。其中，合同的履行是合同之债的重要法律效力。

* 1. 合同履行是合同消灭的一种原因

合同双方全面、适当、及时履行了合同义务，合同关系即归于消灭。合同的履行又称债的清偿，是合同关系或者债的关系消灭的最常见原因。

* 1. 合同履行是债务人的特定行为

合同履行是债务人实施的属于合同标的的特定义务行为。债务人完成义务的行为可以表现为作为，即积极行为，如买受人支付价款，出卖人交付标的物；又可以表现为不作为，即消极行为，如承揽人不泄露定作人保守的秘密。债务人的履行行为应该是全面的、适当的、及时的，只有如此才能实现债权人债权，使合同之债归于消灭。

* 1. 合同履行是债务人完成合同义务的过程

合同履行是债务人为履行合同义务而实施的整个行为过程，是其一切行为及结果的总和。履行行为不仅包括交付行为，而且还包括债务人为完成交付行为所实施的一系列准备行为以及交付完成后附随义务所要求的行为，如保密义务、协助义务等。

**合同履行的原则**

合同履行的原则，是指合同双方履行合同义务时应当遵行的基本准则。具体包括：

1. 诚实信用原则

诚实信用原则是我国民法和合同法的基本原则，在合同履行方面，有其特定的含义。《合同法》第60条第2款规定：“当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”此规定表明，合同履行阶段的诚实信用原则强调合同履行应当根据合同的性质、目的及交易习惯，履行虽然没有约定或者可能没有约定的诸如通知、协助及保密等合同当事人的附随义务。其具体表现为：

* 1. 协作原则

协作原则是指合同当事人在合同履行中不仅要全面地履行合同约定的义务，而且还要履行无须约定但依诚实信用原则必须承担的附随义务。具体而言包括：

* + 1. 通知义务

当事人应当将履行义务的有关情况及时通知对方，使合同义务得以顺利履行。例如，通知对方货物已经交付运输，使对方能够及时清理仓库，准备受领货物。如果发生影响合同目的实现的意外情况，更应及时通知对方，使对方能够及时了解情况，采集应对措施。

* + 1. 协助义务

协助是指债权人和债务人间的相互协助。协助义务是指合同的履行需要债权人适当地受领给付或者提供必要的条件。如为使施工队伍和施工机械能够按时进入，建设单位应当清理现场，对卖方提供的产品、设备，买方应及时进行检验等。

* + 1. 保密义务

保密义务是指一方当事人应当对在履行合同中获得的对方商业秘密、技术秘密、经营信息以及合同中的条款负保密义务。如新产品的设计、产品的销售渠道、双方议定的价格等都不得对第三人泄露。根据《合同法》第43条的规定，在合同订立过程中，违反保密义务，构成缔约过失责任；在合同履行过程中，违反保密义务，构成违约责任。

* + 1. 防止损失扩大义务

防止损失扩大义务是指当事人违反约定义务给对方造成损失的，对方当事人有义务防止损失的进一步扩大。如在加工承揽合同中发现对方提供的原材料不符合约定或相关质量标准，就应该停止使用，并应迅速通知对方更换。

* 1. 经济合理原则

经济合理原则要求履行合同时讲求经济效益，付出最小的成本，取得最佳的合同效益。其一，在履行方式和履行时间选择上，债务人可以在不违反合同约定、符合合同性质的前提下，选择最经济的履行方式和履行期限。其二，在合同因当事人协议变更或客观条件改变而被迫变更时，当事人应选择经济合理的方式实现合同目的，如对履行地点的变更等。

1. 实际履行原则

实际履行原则是指当事人必须按照合同约定的标的履行合同义务，而不能以其他标的代替。根据《合同法》第60条的规定，当事人应当按照约定全面履行自己的义务，实际履行即是全面履行的重要部分。另外，《合同法》第107条把实际履行作为违约责任的一种救济方式，如果债务人不履行约定义务，债权人可以通过诉讼请求法院强制执行。例如，在简单之债中，当事人应当按照确定的标的履行合同，如合同约定买卖某种标号的水泥10吨，当事人就应该按照约定的标的履行，而不能以其他标号的水泥或其他的标的物代替。在选择之债中，当事人应当按照选定标的履行合同，如合同约定债务人交付电视机一台或者电冰箱一台，债务人在选择了电视机后就只能交付电视机。

1. 全面履行原则

全面履行原则，又称正确履行原则或者适当履行原则，是指当事人按照合同约定的标的及其质量、数量，由适当的主体在适当的履行期限、履行地点，以适当的履行方式全面完成合同义务的履行原则。对此，《合同法》第60条规定：“当事人应当按照约定全面履行自己的义务。”

全面履行原则与实际履行原则既有联系又有区别。全面履行原则是实际履行原则的补充和扩张。实际履行原则要求当事人应当按照合同的标的履行，因此，只要当事人按照合同标的履行了合同，交付了标的物或者提供了服务，就满足了实际履行的原则。但是，当事人按照合同标的履行了合同，只是解决了履行标的问题，至于当事人的履行是否全面符合合同的约定，实际履行原则并不过问。可见，实际履行原则是判断当事人是否履行合同的标准，而全面履行原则是判断当事人是否正确履行合同的标准。

* + - * 1. **合同履行的规则**

合同的履行不仅要严格遵循合同履行的原则，而且要遵守合同履行的若干具体规则，这些规则是：

**履行主体的规则**

一般情况下，合同都是由债务人向债权人履行。因此，债务人和债权人是合同履行的主体。

债务人履行时是否必须有行为能力，依履行行为的性质决定。履行行为系事实行为时，不要求债务人有行为能力，如创作作品、表演等。履行行为系法律行为时，需要债务人有行为能力，如委托代理行为。此外，如果债务人通过转移财产权利来履行时，需要他对财产有处分权。除法律规定、当事人约定、合同性质上必须由债务人本人履行的债务以外，履行可由债务人的代理人进行，但代理规则只有在履行行为是法律行为时才适用。

在不违反法律规定和合同约定、符合合同性质的情况下，第三人也是正确的履行主体。第三人替代履行包括第三人代替债务人履行和第三人代替债权人接受履行两种情况。需要注意的是，其一，第三人代替履行时，不得因此增加债权人接受履行的费用或者债务人的履行费用；其二，第三人未向债权人履行债务或者履行债务不符合合同约定的，或者债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合合同约定的，仍由原债务人向原债权人承担违约责任；其三，第三人代替履行不是代理行为，不适用代理规则；其四，第三人代替履行不属于涉他合同，在涉他合同中，第三人是合同的债权人或者债务人，而不是代替债务人履行或者代替债权人接受履行。

**履行标的的规则**

履行标的，是指债务人应给付的内容，包括交付实物、支付货币、提供劳务等。

债务人以实物履行合同债务的，履行标的应当符合当事人约定或者法律规定的规格、型号、数量、质量。在当事人对标的物的质量要求不明确的情况下，根据《合同法》第61条、第62条的规定确定标的物的质量。

对于履行标的，可以在不损害债权人的情况下部分履行。《合同法》第72条规定：“债权人可以拒绝债务人部分履行债务，但部分履行不损害债权人利益的除外。债务人部分履行债务给债权人增加的费用，由债务人负担。”

对于履行标的，债权人同意接受债务人以某种其他标的代替合同标的履行的，债务人可以代替履行，合同法理论上称为代物清偿。

债务人以货币履行合同债务的，当事人应当按照合同约定的方式支付价款或者报酬，同时还应遵守国家有关货币管理的规定。当事人对价款或报酬没有约定或者约定不明的，则适用《合同法》第61条该条规定：“合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。”和第62条该条规定：“当事人就有关合同内容约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，适用下列规定：（一）质量要求不明确的，按照国家标准、行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。（二）价款或者报酬不明确的，按照订立合同时履行地的市场价格履行；依法应当执行政府定价或者政府指导价的，按照规定履行。（三）履行地点不明确，给付货币的，在接受货币一方所在地履行；交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行。（四）履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间。（五）履行方式不明确的，按照有利于实现合同目的的方式履行。（六）履行费用的负担不明确的，由履行义务一方负担。”的规定。

**履行期限的规则**

履行期限是指债务人履行债务和债权人接受履行的时间。履行期限应该根据法律规定或者双方的约定加以确定。履行期限不明确的，根据《合同法》第61条、第62条规定的合同空缺条款确定的规则确定合同的履行期限。

债务人在履行期届满前没有履行义务则为履行迟延，债务人要承担违约责任。债务人也可以在履行期限到来之前提前履行，对于债务人的提前履行合同，《合同法》第71条规定：“债权人可以拒绝债务人提前履行债务，但提前履行不损害债权人利益的除外。债务人提前履行债务给债权人增加的费用，由债务人负担。”

**履行地点的规则**

履行地点是债务人履行债务和债权人接受履行的地方。履行地点有明确约定的，应按约定的地点履行；在履行地点不明确的情况下，根据《合同法》第61条、第62条的规定确定合同的履行地点。

**履行方式的规则**

履行方式是债务人履行义务的方法。合同的履行方法由当事人约定，当事人约定一次性履行的，债务人不得分批履行；当事人约定分批分期履行的，债务人也不得一次性履行。如果合同对履行方式没有约定或者约定不明确的，根据《合同法》第61条、第62条的规定确定合同履行方式。

**履行费用的规则**

履行费用是指债务人履行合同所支出的费用。履行费用的负担由当事人在合同中约定。当事人没有约定或者约定不明确的，根据《合同法》第61条、第62条的规定确定合同履行费用的负担方法。

**合同空缺条款的确定规则**

合同空缺条款是指当事人订立的合同已经成立，但对一些重要条款没有约定或约定不明的情形。合同空缺条款的确定需要遵循下列原则：

1. 法律、行政法规的强制性规定优先

根据《合同法》第61条、第62条的规定，对于空缺条款的确定，首先应当根据自愿原则，依照当事人的补充协议，协议不成的，根据《合同法》第62条的规定确定。但在合同空缺条款的确定中，法律法规的强制性规定优先于当事人的意思，当事人不得协议排除，特别是质量条款、价格条款，首先必须遵守《产品质量法》、《建筑法》、《食品卫生法》、《药品管理法》、《价格法》等法律的强制性规定。

1. 确定空缺条款的三个办法

根据《合同法》第61条、第62条的规定，合同空缺条款的确定有三个层次的办法：

首先，当事人协议补充。

其次，按合同的有关条款或者交易习惯确定。

合同空缺条款的确定与其他条款相关联，可以按照体系解释原则确定。例如合同没有规定质量条款，但是对价金做了规定，那么便可以参照市场行情推定标的的质量条款。

合同的空缺条款也可以根据交易习惯确定。交易习惯包括当事人双方已经形成的交易习惯，本地区、本行业的交易习惯等。最后，法定的办法。

根据《合同法》第62条的规定，当事人就有关合同条款约定不明确的，依照《合同法》第61条的规定仍不能确定的，合同补缺的规则是：

* + 1. 空缺质量条款的确定

质量要求不明确的，按照国家标准（包括部颁标准、国务院直属局颁布的标准）、行业标准履行，没有国家标准、行业标准的，按照“通常标准”。“通常标准”是指某种经济、技术行业在没有国家标准或者行业标准时约定俗成的标准。

* + 1. 空缺价格或者报酬条款的确定

价格或者报酬不明确的，按照订立合同时履行地的市场价格确定。依法应当执行政府定价或者政府指导定价的，按照规定履行。

* + 1. 空缺履行地点条款的确定

履行地点不明确的，采用方便履行原则。交付货币的，在接受货币一方履行；交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行。

* + 1. 空缺履行期限条款的确定

履行期限不明确的，双方享有平等的权利，债务人可以随时履行，债权人可以随时请求履行，但应当给对方必要的准备时间。

* + 1. 空缺履行方式条款的确定

履行方式不明确的，依据诚实信用原则，按有利于合同目的实现的方式履行。

* + 1. 空缺履行费用条款的确定

履行费用条款不明确的，由履行义务一方承担。

* + - * 1. **双务合同履行中的抗辩权**

双务合同，即当事人双方互有债权债务而彼此给付互为对价关系之合同。在双务合同的履行中，我国现行《合同法》规定了同时履行抗辩权（《合同法》第66条）、先履行抗辩权（《合同法》第67条）、不安抗辩权（《合同法》第68条），分述如下：

**同时履行抗辩权**

1. 同时履行抗辩权的概念

同时履行抗辩权，是指双务合同中的当事人一方在他方未为对待给付之前，有权拒绝自己的履行。我国《合同法》第66条规定：“当事人互负债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行要求。一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行要求。”

1. 同时履行抗辩权的适用要件

当事人行使同时履行抗辩权必须符合下列要件：

1. 在同一双务合同中互负对待给付义务

同时履行抗辩权仅仅适用于双务合同，而不适用于各类单务合同或者非真正的双务合同（如委任合同）。

1. 当事人双方互负的债务没有先后履行顺序且均已届清偿期
2. 对方当事人未履行债务或未按约定履行债务
3. 对方当事人的对待履行是可能的

当对方的履行为客观不能时，当事人便不能行使同时履行抗辩权。客观不能分为两种情况：一为因不可归责于双方当事人的事由而发生的履行不能。在这种情况下，双方将被免责，不产生同时履行抗辩权。二为可归责于债务人的事由而履行不能时，也只能使用债不履行的规定请求补救，而不能通过行使同时履行抗辩权来获得补救。

**先履行抗辩权**

1. 先履行抗辩权的概念

先履行抗辩权是在双务合同中，负有先履行合同义务的一方没有履行合同义务时，后履行的一方可以拒绝履行自己合同义务的权利。《合同法》第67条规定了先履行抗辩权：“当事人互负债务，有先后履行顺序，先履行一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行要求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。”

1. 先履行抗辩权的适用要件

行使先履行抗辩权需具备下列条件：

* 1. 当事人因同一双务合同互负债务；
  2. 当事人双方的合同义务有先后履行顺序，这种顺序由当事人约定、法律规定或者依习惯确定；
  3. 双方所负债务已届清偿期、先履行一方到期未履行债务或未适当履行债务。

1. 先履行抗辩权的效力

后履行一方可暂时中止履行自己债务，对抗先履行一方的履行请求。在先履行一方采取了补救措施并适当履行的情况下，先履行抗辩权消灭，后履行一方须履行其债务。先履行抗辩权的行使不影响后履行一方主张违约责任。

**不安抗辩权**

1. 不安抗辩权的概念

不安抗辩权又称担保履行抗辩权，是指在双务合同中，应当先履行债务的当事人有确切证据证明对方有丧失或可能丧失履行能力，以至于可能难以履行对待给付之前，拒绝给付的权利。

1. 不安抗辩权的成立要件

行使不安抗辩权应当具备下列条件：

* 1. 当事人须因同一双务合同互负债务；
  2. 当事人履行义务有先后顺序，并且先履行义务一方的义务已届履行期；
  3. 后履行债务的一方有丧失或者可能丧失履行债务能力的情形。

我国《合同法》第68条把后履行有丧失或者可能丧失债务履行能力的情形具体化为：（1）经营状况严重恶化；（2）转移财产、抽逃资金以逃避债务；（3）丧失商业信誉；（4）有丧失或者可能丧失履行能力的其他情形。关于“有丧失或者可能丧失履行能力的其他情形”，学者认为应当包括：其一，承揽合同中，承揽人于缔约后丧失履行能力，依约又不得转交他人完成工作；其二，劳务合同中，提供劳务者于缔约后丧失履行能力；等等。

1. 不安抗辩权的行使

根据我国《合同法》，不安抗辩权的行使应当注意以下两个方面：

第一，先履行义务一方因行使不安抗辩权中止履行的，应当及时通知对方。对方提供适当担保时，应当恢复履行。中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的，中止履行的一方可以解除合同。

第二，先履行义务一方行使不安抗辩权，但如果没有确切证据中止履行的，应当承担违约责任。

1. 不安抗辩权的效力

不安抗辩权的行使具有以下效力：

* 1. 中止履行

先履行义务一方在相对人未为对待给付或者提出相应担保之前，有权拒绝自己的给付。不安抗辩权在对方提供担保或者为对待给付后，不安抗辩权即归于消灭，不安抗辩权行使人应当履行自己的合同义务。

* 1. 合同解除权的发生

依照我国《合同法》第69条的规定，中止履行后，对方在合理的期限内未恢复履行能力并未提供担保的，中止履行的一方有权解除合同。

* 1. 合同的保全

合同的保全是指为防止债务人财产的不当减少而危害其债权，允许债权人代债务人之位向第三人行使债务人的权利，或者请求法院撤销债务人与第三人的民事法律行为，以保持债务人的责任财产。

* + - * 1. **债权人的代位权**

**债权人的代位权的概念**

根据《合同法》第73条的规定，债权人的代位权是指债务人怠于行使其到期的债权，对债权人造成损害的，债权人为了保全自己的债权，得以自己的名义代位行使属于债务人债权的权利。因代位权的行使而形成的法律关系具有以下特征：

* 1. 代位权法律关系的主体

代位权是债权人代位行使债务人对次债务人到期债权的权利。因此，代位权法律关系的主体是债权人与次债务人。按照我国《合同法解释一》第20条的规定，债权人行使代位权成功后，次债务人应向债权人直接履行。

* 1. 代位权法律关系的客体

代位权法律关系的客体是指次债务人根据债权人的要求所履行的特定给付行为。我国《合同法解释一》第13条明确把特定的给付行为界定为“具有金钱给付内容”的到期债权。

* 1. 代位权法律关系的内容

因债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以向人民法院以自己的名义代位行使债务人的债权，但该债权专属于债务人自身的除外。“债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的”，是指债务人不履行其对债权人的到期债务，又不以诉讼方式或者仲裁方式向其债务人主张其享有的具有金钱给付内容的到期债权，致使债权人的到期债权未能实现。次债务人（即债务人的债务人）不认为债务人有怠于行使其到期债权情况的，应当承担举证责任。

**债权人代位权的成立要件**

《合同法解释一》第11条对代位权成立的要件做了明确规定。根据该条规定，代位权成立应符合下列要件：

* 1. 债权人对债务人的债权合法存在
  2. 债务人怠于行使其到期债权给债权人造成损害

“债务人怠于行使”是指：（1）债务人对次债务人的债权到期；（2）债务人不以诉讼或仲裁方式向其债务人主张其债权。“给债权人造成损害”是指“债权人的到期债权未实现”。因此，在债务人怠于行使自己到期债权的情形下，债权人无须证明自己债权受到何种损害，只要证明其债权未实现，而债务人怠于履行其到期债权即可。次债务人不认为债务人有怠于行使其到期债权情况的，应当承担举证责任。

* 1. 债务人的债权已经到期
  2. 债务人的债权不为专属于债务人自身的债权

债权人代位权是债权人代位行使债务人的权利，要求次债务人把本来向债务人的履行的义务直接向债权人履行。所以，具有专属性的权利或不得让与的权利，不能成为代位权的标的。对此，我国《合同法解释一》第12条规定：“合同法第七十三条第一款规定的专属于债务人自身的债权，是指基于扶养关系、抚养关系、赡养关系、继承关系产生的给付请求权和劳动报酬、退休金、养老金、抚恤金、安置费、人寿保险、人身伤害赔偿请求权等权利。”

**债权人代位权的行使**

债权人在行使代位权时，应当符合下列要求：

* 1. 代位权的行使主体是债务人的债权人
  2. 债权人应是以自己的名义行使代位权
  3. 债权人应以诉讼的方式行使代位权
  4. 代位权行使的相对人为次债务人

债权人以次债务人为被告向人民法院提起代位权诉讼，未将债务人列为第三人的，人民法院可以追加债务人为第三人。两个或者两个以上债权人以同一次债务人为被告提起代位权诉讼的，人民法院可以合并审理。

* 1. 代位权行使以保全债权为必要限度

**进行代位权诉讼的若干问题**

1. 代位权诉讼的地域管辖

债权人依照《合同法》第73条的规定提起代位权诉讼的，由被告住所地人民法院管辖。

1. 给付之诉与代位权诉讼的分立

债权人以债务人为被告提起的诉讼为给付之诉，债权人以次债务人为被告提起的诉讼为代位权之诉。《合同法解释一》第15条第1款规定：“债权人向人民法院起诉债务人以后，又向同一人民法院对次债务人提起代位权诉讼，符合本解释第十三条的规定和《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零八条规定的起诉条件的，应当立案受理；不符合本解释第十三条规定的，告知债权人向次债务人住所地人民法院另行起诉。”

债权人提起代位权诉讼后，又在同一法院或者不同法院以债务人为被告提起诉讼的，人民法院应依照《合同法解释一》第15条的精神作出是否受理的决定。

当两个诉讼同时存在时，因为代位权诉讼应以债务人的给付之诉为依据，根据《合同法解释一》第15条第2款的规定：“受理代位权诉讼的人民法院在债权人起诉债务人的诉讼裁决发生法律效力以前，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十六条第（五）项的规定中止代位权诉讼。”

1. 代位权诉讼中的当事人地位

在代位诉讼中，债权人是原告，次债务人为被告，债务人可以为诉讼第三人。

1. 代位权诉讼的财产保全

在代位权诉讼中，债权人请求人民法院对次债务人的财产采取保全措施的，应当提供相应的担保。

1. 代位权诉讼的请求数额

在代位权诉讼中，债权人行使代位权的请求数额超过债务人所负债务额或者超过次债务人对债务人所负债务额的，对超出部分人民法院不予支持。债务人在代位权诉讼中，对超过债权人代位请求数额的债权部分起诉次债务人的，人民法院应当告知其向有管辖权的人民法院另行起诉。

**债权人代位权行使的效力**

1. 对债权人的效力

第一，债权人有权直接受偿。债权人向次债务人提起的代位权诉讼经人民法院审理后认定代位权成立的，由次债务人向债权人履行清偿义务。

第二，时效中断。债权人提起代位权诉讼，发生债权人债权诉讼时效中断的效果。

第三，对次债务人的行使代位权诉讼费用给付请求权。在代位权诉讼中，债权人胜诉的，诉讼费由次债务人负担，从实现的债权中优先支付。

1. 对债务人的效力

债权人行使代位权时，对债务人的效力表现为债务人对其债权丧失处分权。债权人代位权实现后，在次债务人直接向债权人履行债务的范围内，债权人与债务人之间的债权债务关系消灭。

1. 对次债务人的效力

在债权人行使代位权时，次债务人对于债务人的所有抗辩，均得以之对抗债权人，如债务不成立、无效、超过诉讼时效等。债权人代位权实现后，在次债务人直接向债权人履行债务的范围内，债务人与次债务人之间的债权债务关系消灭。

* + - * 1. **债权人的撤销权**

**债权人的撤销权的概念**

债权人的撤销权，是指债权人对于债务人所为的危害债权的行为可以请求人民法院予以撤销的权利。我国《合同法》第74条规定：“因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。撤销权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使撤销权的必要费用，由债务人负担。”

撤销权也是债的保全措施之一。其法律关系的主体是债权人、债务人以及与债务人为法律关系的第三人。其客体是债务人与第三人所为的有害债权的行为。撤销权的内容是撤销债务人与第三人所为的有害债权的行为，并请求恢复该行为所涉的财产。

基于保全债权为目的的保全撤销权不同于合同撤销权。其一，保全撤销权是债权人请求人民法院撤销债务人与第三人之间已经生效的法律关系，是债效力及于第三人的表现。合同撤销权是合同当事人一方请求人民法院或者仲裁机关撤销已经生效的合同，不涉及第三人。其二，保全撤销权是为了维护债务人清偿债权的能力。合同撤销权可能是为了消弭当事人意思表示有瑕疵造成的危害，也可能是在由于一方违约导致合同目的无法实现时对方当事人采取的救济措施。

**债权人撤销权的成立要件**

从《合同法》规定来看，债权人撤销权成立要件可分为主观要件与客观要件。

1. 主观要件

债务人放弃到期债权或者无偿转让财产时，根据我国《合同法》第74条规定，此时不要求债务人或者第三人存在恶意。即无论第三人是否知道“债务人放弃到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害”的情形，债权人均可行使撤销权。

债务人以明显不合理的低价转移财产时，根据我国《合同法》第74条第1款后半段规定：“债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为”，只有受让人知道“债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害”的情形，债权人才有撤销权。

1. 客观要件

客观条件是指在债权成立后，债务人实施了有害债权的行为。

根据我国《合同法》规定和司法解释，可以撤销的行为有以下几种：一是放弃到期债权；二是无偿转让财产；三是以明显不合理的低价转移财产。

债务人的行为须对债权人造成损害，即有害债权。所谓有害债权，指因债务人的行为使债权人不能完全受清偿。如债务人积极减少财产：转移财产所有权、让与债权、免除债务；或者消极地增加债务，如承担债务、保证他人债务等。

**债权人撤销权的行使**

撤销权行使的主体为债权人。

撤销权的行使应以诉讼方式为之。《合同法解释一》第24条规定：“债权人依照合同法第七十四条的规定提起撤销权诉讼时只以债务人为被告，未将受益人或者受让人列为第三人的，人民法院可以追加该受益人或者受让人为第三人。”

撤销权的行使以保全债权人的债权为必要限度。

债务人负担行使撤销权的必要费用。《合同法解释一》第26条规定：“债权人行使撤销权所支付的律师代理费、差旅费等必要费用，由债务人负担；第三人有过错的，应当适当分担。”

撤销权应在规定期限内行使。《合同法》第75条规定：“撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。自债务人的行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭。”

撤销权诉讼的地域管辖。《合同法解释一》第23条规定：“债权人依照合同法第七十四条的规定提起撤销权诉讼的，由被告住所地人民法院管辖。”

撤销权诉讼的合并审理。《合同法解释一》第25条第2款规定：“两个或者两个以上债权人以同一债务人为被告，就同一标的提起撤销权诉讼的，人民法院可以合并审理。”

**债权人撤销权行使的效力**

债权人撤销权行使的效力，依据法院的撤销判决而发生，并及于债务人、第三人及债权人。

1. 对债务人的效力

《合同法解释一》第25条第1款规定：“债权人依照合同法第七十四条的规定提起撤销权诉讼，请求人民法院撤销债务人放弃债权或转让财产的行为，人民法院应当就债权人主张的部分进行审理，依法撤销的，该行为自始无效。”因此，其与第三人间的法律关系恢复至行为发生前的原有状态，为财产赠与的，视为未赠与；为债务免除的，视为未免除；为财产让与的，视为未让与。

1. 对第三人的效力

对于第三人而言，债务人的行为被撤销后，第三人已受领债务人的财产的，应当予以返还；原物不能返还的，应当折价返还其利益。第三人向债务人支付对价的，得向债务人主张返还不当得利。

1. 对债权人的效力

对于债权人而言，行使撤销权的债权人得请求第三人将所得利益返还给债务人，归入其责任财产。行使撤销权的债权人债权已届清偿期时，债权人可以请求债务人履行债务。

* 1. 违约责任
     + - 1. **违约行为**

**违约行为**

违约行为，是指合同当事人违反合同义务的行为。要理解违约行为的性质需要注意以下方面：其一，违约行为是违反合同义务的行为，包括违反法定义务、合同义务及合同附随义务的行为。其二，违约行为发生在有效合同之中，合同无效、合同不成立、合同被撤销时不存在违约行为。其三，违约行为的主体是合同的债务人，这是由合同的相对性决定的。合同债权人在受领迟延时才可能成为违约主体，合同第三人仅可能承担侵权责任。其四，任何违约行为都导致了对债权人债权的侵害。侵权行为是对绝对权的侵害，而违约行为是对相对权的侵害。债权是以请求权为主要内容的，债权的实现有赖于债务人的全面履行合同义务，债务人不履行或不完全履行合同义务必会影响债权人债权的实现。其五，正常情况下，合同关系因债务的适当履行而达到目的，从而使双方债权债务归于消灭。

**违约形态**

违约形态亦称违约行为的形态，我国《合同法》对违约形态做了统一的分类和归纳，大致根据违约行为发生的时间，将违约行为从总体上分为预期违约和实际违约。预期违约行为可分为明示预期违约和默示预期违约。实际违约可以分为不履行合同义务和履行合同义务不符合约定。不符合约定的履行可分为：迟延履行、质量有瑕疵的履行、履行地点或履行方法不当的履行以及其他违反合同义务的行为。

* + 1. 预期违约

《合同法》第108条规定：“当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的，对方可以在履行期限届满之前要求其承担违约责任。”该条规定的就是预期违约。预期违约，又称先期违约，是指在合同履行期限到来之前，合同一方当事人没有正当理由，明示或默示将不履行合同。预期违约包括明示的预期违约和默示的预期违约。

明示的预期违约

明示的预期违约是指合同债务人以明确的意思表示且无正当理由拒绝履行合同的义务。由此可见，明示的预期违约应符合以下条件。其一，必须是以明示方式，即债务人以肯定的方式向债权人明确表示将不履行合同义务。若债务人以不明确的意思表示出不履行将不构成明示的预期违约。其二，必须是预期，即违约发生在合同生效后至合同履行期到来之前。其三，必须是实质违约，即债务人不履行的必须是合同的主要义务而非次要义务。其四，必须是无正当理由，即债务人的不履行必须在法律上无依据。如果因不可抗力、行使抗辩权等不构成明示的预期违约。

默示的预期违约

默示的预期违约是指合同债务人用其行为表示将不履行合同的义务。何种应为构成默示预期违约，《合同法》及《民法通则》并无规定。一般指债务人履行义务的能力有缺陷；债务人的信用有严重缺陷；债务人在准备履行合同或履行合同中的行为表明他将不会或不能履行合同义务。

* + 1. 实际违约

根据《合同法》第107条的规定，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的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。可见，合同法将违约行为规定为两种基本类型：不履行合同义务和履行合同义务不符合约定。不履行合同义务又称为债务不履行，或称不给付。履行合同义务不符合约定又称为不完全履行。

* 1. 债务不履行

是指债务人未依债的本旨为给付以满足债权人合同目的的状态，通常包括给付不能和给付迟延。

* + - 1. 给付不能

是指当事人根本不履行自己根据合同所产生的义务，包括拒绝履行和履行不能两种情形。拒绝履行或称履行拒绝、给付拒绝，是指债务人违法地对债权人表示不履行债务的意思。给付不能与当事人的意思无关，只不过是因为存在给付不能的事实而不能达到债务之目的。拒绝履行作为不履行的一种，我国《合同法》不要求具备当事人主观过错的要件，但事实上当事人在主观上多存在故意或过失。对于拒绝履行，债务人是有履行能力，因此，债权人可以申请强制执行。

* + - 1. 迟延履行

有广义和狭义之分。广义的迟延履行包括给付迟延与受领迟延，狭义的迟延履行仅指给付迟延。给付迟延，又叫逾期履行，是指债务人在合同履行期限届满时能够履行合同而没有按期履行。受领迟延，是指债权人在债务人做出履行时，没有正当理由而未及时接受债务人的履行，所以又称为债权人迟延。债权人受领迟延也是一种违约行为，债权人应当承担违约责任。

* 1. 不完全履行

是指债务人虽然履行了债务，但其履行债务不符合合同的约定或法律的规定。与不能履行、迟延履行、拒绝履行相比，不完全履行虽然履行不完全，但尚有履行行为，而不能履行、拒绝履行和迟延履行都属于没有履行行为的消极状态。不完全履行包括下面几种情况：

* + - 1. 履行在数量上不完全，包括履行给付标的物在数量上不足，如货物缺斤短两、房屋交付面积有较大误差。
      2. 履行在质量上不完全，是指合同标的物的品种、规格、型号等不符合合同约定的要求。不完全履行包括两种情况：一是瑕疵履行，是指当事人交付的商品或者提供的服务不符合约定的或者规定的质量标准，包括品质、品种、规格、型号和花色等。对于这种不完全履行，可由法律规定或受害人指定一定的期限，使债务人修补或另行给付。但在债务人不予修补或不予另行给付时，或者在债务人的修补或另行给付仍达不到合同目的时，可构成违约。在债务人修补或另行给付超过合理期限时，又构成迟延履行。因此，不完全履行可以转化为迟延给付。二是加害履行，又称加害给付，是指合同债务人交付的产品有缺陷而造成债权人或第三人的人身损害或财产损害。加害履行同时构成违约行为和侵权行为。因此，对加害行为，应当按照违约责任和侵权责任的竞合加以处理。
      3. 履行方法、方式不完全，是指债务人实现给付的手段或方法不符合法定的或约定的条件，如约定为一次给付却分批给付。
      4. 履行地点不适当，也就是债务人履行债务的地点不符合合同的约定。
         1. **违约责任**

**违约责任概念与特征**

违约责任是合同当事人不履行合同义务时，依法产生的民事责任。在现代合同法上，违约责任仅指违约方向守约方承担的财产责任，与行政责任和刑事责任相分离，属于民事责任的一种。违约责任具有以下特征：第一，违约责任具有财产性。违约责任以财产责任为核心，《合同法》规定的违约责任包括继续履行、赔偿损失和支付违约金等形式，都是财产责任。违约责任之所以是财产责任是由合同的目的决定的，合同中的权利义务是一种财产利益，违约责任的目的也是为了补偿债权人的财产损失。第二，违约责任具有补偿性。违约责任旨在弥补守约方的财产损失。违约责任承担的结果可能会全部弥补守约方的损失，也可能会部分弥补守约方的损失，也可能会使守约方得到额外利益。但这些并不影响违约责任的补偿性质。第三，违约责任的惩罚性。违约方一旦构成违约，无论是否给守约方造成损失，都应当承担违约责任。

**违约责任的性质**

将违约责任与侵权责任之不同点进行比较，可以对违约责任的性质有进一步的了解。

第一，两者保护的权利性质和责任的基础不同。违约责任保护的是合同当事人以合同设定的权利即合同债权，债权在性质上属于相对权；而侵权责任是行为人侵犯他人合同债权以外的人身权益和财产权益应当承担的民事责任。这些权益包括物权、知识产权和人身权等绝对权。因此，违约责任的发生基础是当事人之间的合法有效的合同关系，是合同债务人违反了合同约定的义务；而侵权责任在其发生之前，责任人和受害人之间并不存在债权债务关系。只因侵权行为的发生导致侵权责任的成立，才在当事人之间引起债权债务关系。

第二，两者的责任性质与承担责任人不同。违约责任既可以是一种约定责任也可以是一种法定的责任。而侵权的民事责任，当事人一般不得事先约定，即使约定也是无效的，故侵权责任唯有法定责任形式。

第三，两者责任的承担方式不同。违约责任主要是一种财产责任，承担责任的方式有继续履行、违约金、赔偿损失和其他补救方式。侵权责任既可以是财产责任，也可以是非财产责任。非财产责任主要指消除影响、恢复名誉、赔礼道歉等方式。就财产责任而言，违约责任与侵权责任也有不同。对于侵权行为，不能适用支付违约金的方式承担责任；对于违约行为，一般不能适用恢复原状等方式承担责任。

第四，两者的构成要件和举证责任不同。《合同法》采取了严格责任原则，只要没有免责事由，一旦发生违约就要承担违约责任。而对于侵权责任，我国民法包括过错责任和无过错责任两类。一般来讲，侵权责任属于过错责任。通常情况下，只有存在损害后果才能构成侵权。违约责任的成立则不一定以损害发生为要件。对于违约责任，由于采用严格责任原则，债权人只需举证债务人债务不履行，无须举证债务人有过错。至于债务人是否有免责事由，举证责任在债务人。在侵权责任，如果是过错责任，由受害人承担责任证明加害人有过错，个别责任属于过错推定。在违约责任中，债权人要举证损害的存在。

第五，两者的赔偿范围不同。就违约责任的赔偿范围，《合同法》第113条第1款规定：“当事人不履行合同义务或者履行义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于违约造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”除此之外，赔偿范围受到减轻损害规则、双方违约及过失相抵规则、当事人约定和法律直接规定的限制。对侵权损害的赔偿范围，《民法通则》第117条规定了侵害财产权的民事责任，包括返还财产、折价赔偿、恢复原状。赔偿范围应当包括直接损失和间接损失。《民法通则》第119条规定了侵害生命健康权的民事责任。在侵害人格权时，根据《民法通则》第120条的规定，还可以进行精神损害赔偿。在侵权责任的赔偿上，没有采用可预见性规则，但适用过失相抵的规则。

**违约责任的归责原则**

所谓归责原则，是指基于一定的归责事由而确定责任成立的法律准则。或者说，是基于一定的归责事由确定行为人是否承担责任的法律准则。具体到违约责任，归责原则就是指基于一定的归责事由而确定违约方违约责任成立的法律准则。归责原则的核心是归责事由。归责事由是立法者基于特定的物质生活条件的要求，根据其立法指导思想，按其价值观分配损害结果而在法律上确认的唯一的核心的责任原因。从各国法的规定看，违约责任的归责事由无外乎两个：一是违约方的过错，二是违约方违约的结果。以违约方的过错为归责事由，即形成过错归责原则；以违约方的违约结果为归责原则，就形成无过错责任原则或严格责任原则。我国《合同法》第107条规定：“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的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”关于违约责任的归责原则，是以严格责任为一般原则，即无论违约方是否存在过错，都应对违约行为承担违约责任，除非存在法定的免责事由，但在个别情况下适用过错原则。

**违约责任的免责事由**

* + 1. 概念

违约责任的免责事由又称为免责条件，是指法律规定的或者当事人约定的免除违约责任的情况。分为法定的免责事由和约定的免责事由。法定的免责事由是法律规定的免除当事人承担违约责任的条件。约定的免责事由是指当事人约定的虽然违约但不承担违约责任的情况。

* + 1. 违约责任免责事由的种类
       1. 不可抗力

不可抗力，合同法所称不可抗力，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况，它包括某些自然现象和某些社会现象。不可抗力在各国立法中都是免责事由，除法律另有规定外，不可抗力将导致当事人被完全或部分免责。《合同法》第117条规定：“因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。”

* + - 1. 债权人的过错

债权人的过错包括故意和过失两种形式。因债权人的故意致使合同不能履行或不适当履行的，债务人当然不承担违约责任，而应由债权人自己承担合同不履行的后果。按照法律规定，债权人对违约的发生虽无故意而有过失时，债务人也不承担违约责任。债权人过错这一免责条件的主要理论依据，是履行障碍的风险由造成障碍者承担的指导原则的体现。就是说，债权人制造了履行障碍，即债权人因其过错致使债务人履行不了合同，因而应由债权人自食其果。我国《合同法》第370条规定：“寄存人交付的保管物有瑕疵或者按照保管物的性质需要采取特殊保管措施的，寄存人应当将有关情况告知保管人。寄存人未告知，致使保管物受损失的，保管人不承担损害赔偿责任；保管人因此受损失的，除保管人知道或者应当知道并且未采取补救措施的以外，寄存人应当承担损害赔偿责任。”

* + - 1. 法律规定的其他免责事由

法律规定的其他免责事由，主要是对某类合同的违约责任所作出的特别规定。包括因货物本身的自然性质或者合理损耗而造成的损害；因仓储物的性质、包装不符合约定或者超过有效储存期造成仓储物变质、损坏；等等。我国《合同法》第311条规定：“承运人对运输过程中货物的毁损、灭失承担损害赔偿责任，但承运人证明货物的毁损、灭失是因不可抗力、货物本身的自然性质或者合理损耗以及托运人、收货人的过错造成的，不承担损害赔偿责任。”

**违约责任的形式**

* + - * 1. 继续履行

继续履行又称强制履行、强制实际履行或特定履行，是指当合同当事人一方不履行合同义务或履行合同义务不符合约定时，违约方应当承担的按合同的约定履行合同的责任。根据《合同法》第107条的规定，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的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。合同法赋予合同当事人一定的选择权，防止了继续履行的不合理选择与滥用。

* + - * 1. 支付违约金

违约金的定义

违约金是指当事人在合同中约定的一方违反合同时应向对方支付的一定数额的款项。《合同法》第114条第1款规定：“当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿的计算方法。”违约金具有以下特点：第一，违约金由当事人自由约定，充分体现当事人意思自治原则。我国《合同法》第114条规定，当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。第二，违约金与法定损失并存时，依约定优于法定原则处理。第三，违约金约定应当具有合理性。我国《合同法》第114条第2款规定，约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。第四，违约金的约定可以免去一方违反合同后证明损失和损失计算的困难。

违约金的种类

根据违约金设立的根据，违约金可分为法定违约金、约定违约金。法定违约金是指由法律直接规定了违约的情况和应支付的违约金数额的违约金。对于法定违约金，即使当事人在合同中没有约定，只要当事人一方发生有关法律中规定的违约情况，违约方就应该按照法律规定的数额向对方支付违约金。约定违约金是指完全由当事人双方自行约定的违约金。对于约定的违约金，如果当事人在合同中没有约定，则不能要求违约方支付，约定违约金可以排除法定违约金的适用，即当事人有约定的，应当按照约定对违约方科处违约金；当事人无关于违约金的约定时，则适用法定违约金。

根据违约金的性质，违约金可分为惩罚性违约金和赔偿性违约金。惩罚性违约金具有惩罚性质。适用惩罚性违约金时，违约方不仅应按约定支付违约金，而且还应赔偿违约所造成的损失或继续履行债务。赔偿性违约金是具有预定赔偿性质的违约金。适用赔偿性违约金，在一方违反合同时，不论给对方造成的损失情况如何，违约方均应向对方支付约定或规定数额的违约金，违约方在支付违约金后不再赔偿对方的损失。

根据违约形态，违约金可以分为不履行违约金、逾期履行违约金和瑕疵履行违约金。根据合同履行情况规定不同种类的违约金，具有一定的合理性。不履行违约金，是指在当事人未履行合同义务时应当承担的违约金。这种违约金一般是按照合同标的额的一定比例计算；当合同部分未履行时，按未履行的部分比例计算。逾期履行违约金，是指当事人未按约定期限履行合同义务情况下应当承担的违约金。逾期履行的违约金一般是按迟延的天数计算的违约金。瑕疵履行违约金，是指在当事人未按照合同约定的质量履行合同义务的情况下应当承担的违约金。瑕疵履行的违约金不能与实际履行并用，因为被违约人接受了履行，并从违约金中得到了损失补偿。

违约金的性质

违约金是合同当事人对损害赔偿的一种自由约定。关于违约金的性质，学者观点尚不统一。我们可以通过对违约金与赔偿金和定金进行比较，观察其异同，对违约金有一个准确的定位。

违约金与赔偿金的异同。两者同是违反合同的债务人向对方支付的款项，违约金具有预定赔偿金的性质，但两者有很大的不同。其一，作用不同，违约金有一定的担保作用，而赔偿金具有补偿性。其二，确定时间不同，违约金是订立合同时事先约定，而赔偿金是一方违反合同约定后才能确定。其三，举证责任分担不同，支付违约金只需证明违反合同事项或违反法律规定事项即可，不需证明损失数额多少，而赔偿金的主张债权人必须证明损失的存在和数额的多少。

违约金与定金的异同。两者都具有担保当事人履行合同的功能，但两者有质的区别。其一，支付时间不同，定金于合同成立生效时支付，而违约金只能在违约行为发生后支付。其二，定金有证明合同成立实行的功能，违约金具有补偿与惩罚的功能。其三，定金是通过当事人约定而成立，违约金既可以是法定也可以是约定。

* + - * 1. 赔偿损失

赔偿损失，指违约损害赔偿，是指债务人不履行合同债务或履行合同债务不符合约定，给债权人造成损害时，依照法律或依据合同应承担的赔偿债权人损失的责任。损害赔偿范围大致分为三类：（1）约定赔偿范围，即当事人意思表示一致而约定的赔偿范围；（2）一般法定的赔偿范围，即依法律规定确定的赔偿范围；（3）特殊法定赔偿范围，即法律针对特殊关系所设的特别规定确定的赔偿范围。一般来讲，在违约责任中，适用赔偿损失的责任形式，应当遵循完全赔偿、合理预见、减轻损失、损益相抵、过失相抵等规则。完全赔偿规则，是指违约方应当对受害人所遭受的全部损失承担赔偿责任。合理预见规则，又称预见规则、可能预见规则，是指违反合同当事人承担的赔偿责任的范围，应以订立合同时当事人应当预见的损失为限度。减轻损失规则，简称减损规则，又可称为扩大损失规则，是指在违约发生后，对因债权人未采取合理措施避免或减轻损失而扩大的损害，违约方不承担赔偿责任。损益相抵规则，又称为损益同销规则，是指债权人基于损失发生的同一赔偿原因而受有利益时，其所能请求的赔偿数额应为从损失额中扣减其所受利益的差额。也就是说，依损益相抵规则，违反合同的债务人一方仅就债权人因此所受的损失与所受利益之间的差额承担赔偿责任。所谓过失相抵或混合过错，是指受害人对损害的发生或扩大也有过失，也称互有过失。在过失相抵的情形下，可以减轻或免除违约方的赔偿责任的规则。

损失赔偿额的计算，分为具体计算方法和抽象计算方法。具体计算方法，是指根据受害人具体遭受的损失、支出的费用来计算赔偿额的方法。抽象计算方法，是指按照当时社会一般情况而确定赔偿额的计算方法。由于从损害发生时起到受害方最终得到赔偿止，可能要经历很长时间，而在此时间内，由于社会经济状况、物价水平、货币价格等都可能会发生变化。因此，计算受害方的赔偿额必须有一个时间界点。这一界点，就是赔偿损失算定的标准时。在法律没有规定的情况下，根据违约损害赔偿额的完全赔偿规则的要求，赔偿损失算定的标准时，应以有利于债权人为出发点。因此，标准时点的界定不应以某一固定的时间为标准，应允许债权人选择。

* + - * 1. 采取补救措施

补救措施有广义和狭义之分。从广义上讲，补救措施是违反合同的债务人所承担违约责任的具体方式。从狭义上讲，补救措施是与继续履行、赔偿损失等并列的一种违约责任形式。我国《合同法》将继续履行、采取补救措施、赔偿损失并列规定，这表明，在我国的违约责任制度中，补救措施是一种单独的违约责任形式。所谓补救措施，是指矫正合同不适当履行的责任形式。

* 1. 合同的解释及争议处理
     + - 1. **合同解释概述**

从理想状态讲，当事人订立的合同条款，应当能够完整、清晰、准确地反映当事人的意图，并对合同履行中可能出现的情况作出充分的预见和合理的安排。但是，在现实生活中，由于受当事人的签约成本、签约经验、签约水平等影响，至善至美的合同条款成为可望而不可即的奢望。所以，合同履行过程中发生理解上的分歧是不可避免的，对合同进行公平、公正、合情合理的解释就成为必要。所谓合同的解释，是指根据合同解释的原则，通过合同解释的手段对于当事人有争议的合同内容予以解释，从而确定合同条款的内容、确定合同当事人所享有、承担的权利和义务。合同解释应立足于合同条款，在于探求当事人缔约的真实意思表示，旨在使合同解释的结果尽可能反映当事人的缔约意图，从而实现合同当事人的缔约目的。合同的解释不同于法律的解释。所谓法律的解释，是指立法机关、司法机关或者法学理论对于法律规定的内涵、外延以及不同规定之间的逻辑关系所进行的阐释。

* + - * 1. **合同解释的种类**

**合同的内容解释**

合同的内容解释是指对当事人所订立之合同的内容以及合同条款中文字的含义进行解释。合同的内容解释，针对当事人订立合同意思表示的模棱两可之处，旨在通过合同的内容解释消除这种合同内容上的理解分歧，使合同的内容得以准确、清晰的再现，反映合同当事人的真实意图。合同内容解释的本质，是通过一系列合同解释的原则和方法，寻求当事人缔约时意思表示的本来含义。

**合同的补充解释**

合同的补充解释是指通过合同的解释，对合同中当事人应约定而未约定的部分进行补充。合同的补充解释，针对当事人订立合同意思表示所存在的漏洞，旨在通过合同的解释对其加以弥补、完善，使合同的内容趋于完整。合同的补充解释的本质，按照当事人缔约时最常见的心态来推定当事人的缔约意思，并使之延伸到合同并未约定的领域。

**合同的修正解释**

合同的修正解释是指在合同的内容违背公平原则或者有其他不适当的情形下，通过解释对合同的内容作实质性的修正。合同的修正解释，针对合同内容中不公平或者不合理的部分，旨在通过解释，或者使之归于无效，或者使之趋于公平、合理。因此，合同修正解释的本质，在于主动干预当事人的合同内容，对其作出实质性的修正。

* + - * 1. **合同解释的原则**

**文义解释原则**

文义解释原则就是按合同条款通常的文字含义并结合上下文来解释。即以合同条款的文句为基础，根据语法规则、文字结构和词义等说明合同内容。由于合同条款的文句是合同内容的主要载体，文义解释应作为合同解释的主要方法之一。首先，文义解释必须要求被解释的合同字句本身具有单一的且明确的含义，如不动产。其次，对合同所使用的文字词句应按照通常的含义加以解释。如果有关术语本来就只具有唯一的一种意思，或联系上下文只能具有某种特定含义那就必须理解为该意思。最后，对专业用语应按照行业通常意思解释，例如“不可抗力”为专业术语，含义明确。

**意图解释原则**

合同的真实内容应是当事人通过协商后形成的一致意思表示，因此合同解释时必须要尊重双方当时的真实的意图。当事人的真实意图有时不一定能够以条款的文句清晰正确地表达出来，因此意图解释要根据合同的文字、订约时的历史背景客观实际情况，进行分析判断，不能仅凭当事人的申诉说明。意图解释只适用于合同的条款不精确、用词混乱，不同的当事人对同一条款所表达的实际意思理解有分歧的情况下,如果文字写得清楚，毫无含糊不清之处，就必须按照字面解释，不得任意推测，歪曲当事人的初衷。

根据《合同法》第125条的规定，当事人对合同条款的理解有争议的，应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则，确定该条款的真实意思。合同文本采用两种以上文字订立并约定具有同等效力的，对各文本使用的词句推定具有相同含义。各文本使用的词句不一致的，应当根据合同的目的予以解释。可见《合同法》所采取的合同解释原则，是采取以文义表示主义为主，辅之以真实意思主义的合同解释原则。

**有利于非起草人的解释原则**

合同条款若是由一方当事人拟定并事先印就，提供方在制订条文时，往往偏重于本身利益，而非起草人对合同条款则往往不可能事先仔细研究，为了避免起草人订立的条款模棱两可，损害非起草人的利益，因此，当遇到条文含义不清时，应当从有利于非起草人利益的角度进行解释。我国《合同法》第41条规定：“对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。”有利于非起草人的解释原则由来已久直至今日，对于合同中任何暧昧文字，法庭仍坚持采取作不利于起草人的解释原则。

**根据商业习惯、国际惯例对合同条款进行解释**

为了满足不同的当事人的需要，往往要在事先印就的合同上加批注。批注中，手写的、打印的内容均属有效，还可加贴条款或进行更改。无论以什么方式更改条款，如果前后条款内容有矛盾或相抵触，或合同更改后未写明日期，条款发生矛盾，应该以批注条款优于正文条款、后加的批注条款优于先加批注条款、手写的合同条款优于印刷的合同条款、加贴的合同条款优于原有合同条款、书面约定优于口头约定、特约合同条款优于基本合同条款、红体合同条款优于黑体合同条款的解释原则进行解释。

**依照公平原则及最大诚信原则等解释合同的有关条款**

这是我国《民法通则》、《合同法》等所确认的合同解释原则，其内容十分丰富。依据公平及诚实信用原则对合同进行解释要求解释的结果符合诚实守信的主观心理和客观公正的结果。

* + - * 1. **合同争议的处理**

合同双方当事人对其相互间的权利、义务提出不同的主张和要求，因而发生争议，是难以避免的，双方都应该以实事求是的态度来解决。按照我国法律的有关规定，其解决的方式有下列几种。

**协商**

协商就是当事人双方在自愿互谅的基础上，本着公平合理、实事求是的精神，在彼此都认为可以接受的基础上达成和解协议，结束争议。自行协商解决合同纠纷有利于双方的团结、便于协议的执行。

**调解**

调解是由双方或一方请求第三人出面说和、劝解，促使双方当事人互谅互让，达成和解协议。

**仲裁**

仲裁是指双方在争议发生前或争议发生后达成书面协议，自愿把争议交由第三方作出公断。各国仲裁规则均以存在仲裁协议或仲裁条款作为受理争议案件和进行仲裁的依据。仲裁条款中应当包含明确的仲裁机构及仲裁规则，仲裁条款对双方具有约束力，发生争议只能通过仲裁机构解决，除非有特殊事由，不能另寻诉讼途径。仲裁实行一裁终局，具有独立、公正、专业、经济、高效等优点，在商业活动中为商人广泛推崇。

**诉讼**

诉讼是指当事人双方因合同发生纠纷时,以自己的名义直接请求法院通过审判给予法律上的保护。

* 1. **合同相关实务研究**
     + - 1. **公司注册资本与公司的信用关系**

公司注册资本又称为公司股本或公司资本，是指公司成立时公司章程确定的由股东出资构成的财产总额。因公司需要在设立时进行登记注册，故称为注册资本。包括初始资本和新增资本。初始资本是公司资本的原始形成，新增资本是公司成立后根据需要通过增资程序而新发行的资本。股东向公司投入资本而换取对公司的股权，股东享有对公司的剩余财产分配请求权等权利。注册资本有以下特点：第一，公司注册资本来源于股东的出资。股东一旦出资，永远出资，股东只可转让股份，不可撤资。公司注册资本是公司全体股东的永久性投资，只能由股东出资构成，股东出资总额即公司资本总额。第二，公司注册资本是公司的财产。公司是独立法人，有自己的独立财产。资本是公司的原始财产，公司成立后，会有多种财产来源，但最初的财产就是公司的资本。第三，公司注册资本是公司承担债务责任的基础。公司以其全部资产对公司债务承担责任，而公司注册资本是构成公司资产的基础，因而公司资本也是公司承担债务的基础。但应当指出，公司是以其全部资产而非注册资本清偿债务的。公司注册资本并不能代表公司的价值，公司资产可能因亏空、耗竭等原因会出现资不抵债的情况，这时债权人的利益就会严重受损。从此意义上讲，公司注册资本对公司债权人是虚幻的，是没有实际意义的。实践中有人将公司注册资本看成为债权人利益的“财产担保或总担保，是公司对外交往的信用基础和他人判断其信用的基础”，这种看法是不正确的。也正是这个原因，各国立法大多限制公司举债过多，对公司负债与股本的比例进行限制，并规定了一系列维持资本的措施，以使公司资产与公司资本相当。

事实上，公司注册资本只能代表公司设立时的履约能力，公司成立后，实有资本的数量随着经营状况发生变化，难以实现对公司资本信用盲目崇拜者所期望的担保，许多国家公司法放弃或降低公司设立时最低资本额的要求，更说明了公司注册资本担保作用的微弱。债权人与公司交易时，不仅着眼于公司的注册资本数额，而且要考虑公司经营者的个人信用和公司的收益率。

我国过去理论界及商业实践中将公司注册资本信用的神话，订立合同时过分看重公司的注册资本，但其教训也是深刻的。经过多年的商业实践积累，商人形成了许多信用分析的专门原则和方法，来评价对方的履约能力。包括但不限于：（1）自然人的品德或公司的治理结构，即是否愿意履行合同；（2）相对人的偿债能力，是否有相应的资产。

* + - * 1. **吊销营业执照的法律后果**

吊销营业执照是公司登记管理中十分重要的行政处罚措施，对于十分严重的违法行为，都规定此种处罚。例如根据《公司登记管理条例》的规定，对于违法经营、停业连续6个月以上、转让营业执照的行为可以予以吊销营业执照。吊销营业执照的法律后果如何，究竟是取消营业资格，还是法人资格？立法本意是营业能力问题，而不是公司法人资格的消灭，公司法人资格的消灭必须经过公司清算程序。

严格来讲，“司法实务中，吊销营业执照被解释为企业法人终止的情形之一”实无明确的法律依据。因为《民法通则》第45条规定，企业法人由于下列原因之一而终止：（1）依法被撤销；（2）解散；（3）依法宣告破产；（4）其他原因。其中，并未明确将吊销营业执照作为企业法人终止的原因，只是在司法实务中，大多作此解释。但这一解释实际上并不准确，因为《民法通则》第45条本身是指引起企业法人终止的原因，存在这些原因时，企业法人本人并非立即终止，企业法人终止是一个法律程序，必须在存在法定原因并经过法定程序（如清算、注销登记）以后，才会终止。因此，吊销营业执照充其量只能被视为引起企业法人终止的原因之一，其本身并不能视为企业法人终止。

清算是依法定程序清理公司债权债务，处理公司剩余财产并最终终止公司法律人格的法律制度。法定清算程序应该是至善至美的制度设计，其直接目的就是终止公司的法律人格。在公司法上，清算是终止公司人格的法律程序，如同注册是公司取得法律人格的必经程序一样，任何公司非经清算，未对其债务做出清偿并对其现存的法律关系和法律事务做出合法的了结之前，是不可能终止的。就此而言，公司的终止是一个复杂、严格的法律程序。甚至有的公司因多种原因要历经几年的时间才能完成清算，实现公司的终止。当然，终止公司的法律人格作为清算的目的，只能是形式上的，而实质上，清算的目的是对公司债权人利益、公司股东利益和社会经济秩序的保护。如果仅仅为了终止公司的法律人格，则大可不必通过复杂的清算程序。

公司（企业）被吊销营业执照后由于法律禁止该公司的营业能力，故在该公司营业执照被吊销期间应当注意与该公司签约的法律风险。

* + - * 1. **公司的法定代表人制度**

法人是一种组织，其本身并不具有意志力，法人的行为能力归根结底需要通过自然人来实现，因此，各国公司立法基于不同的理论基础，做出了不同的规定，来确立法定代表人制度。《公司法》第13条规定：“公司法定代表人依照公司章程的规定，由董事长、执行董事或者经理担任，并依法登记。公司法定代表人变更，应当办理变更登记。”法定代表人的代表行为的一般构成要件有以下几个：

应具有代表人的身份

一个自然人经过公司法和公司章程规定的程序被选举为法定代表人，并经工商登记而公示，即具有公司法定代表人身份。但是，在实践中，存在这样的问题，即某自然人经无效程序被选举为董事长，却经工商登记而公示；或某自然人已经工商登记为公司的法定代表人，其后被公司董事会罢免，但未及工商变更登记。在上述两种情形下，该自然人是否具有公司法定代表人的身份？处理此类问题，应遵循公司法的一项重要的原理，即公司登记的公信力原则，其含义指，公司法定代表人一经登记，即使其任命手续中存在瑕疵，其法定代表人资格对于善意第三人亦为有效。各国法律遵循“作为公司机关被授权代表公司的人员的有关事项完成公开手续后，公司不得以其任命手续中的瑕疵对抗第三人，除非公司能够证明第三人已经知道这一瑕疵”这一原则。虽然我国公司法对此没有明确的规定，但这一原理在我国的司法实践中也被广泛接受。

应以公司法人的名义

公司的法定代表人由自然人担任，但是作为公司法定代表人的自然人在生活中具有多重身份，他所实施的行为既可能是其个人行为，也可能是代表公司的行为。如果一种行为被认定为个人行为，则行为的法律后果由其个人承担，而与公司无关；如果一种行为被认定为代表行为，则行为的后果由公司承担。所以，如何认定公司法定代表人的某一项具体行为是个人行为还是代表行为，是司法实践中的一个重要问题。法定代表人必须以公司法人的名义进行活动，如果不以公司法人的名义而以个人的名义进行活动，但如果同时使用法定代表人与自然人名义，仍构成以公司名义所为的行为。如董事长以个人名义购买家具生活资料，则必然为个人行为，而非代表行为。

应在权限范围内进行

如果法定代表人的行为超越权限，其代表行为无效，除非其行为构成表见代表。所谓表见代表系指相对人不知道也不应该知道公司的法定代表人的行为超越权限，此时法定代表人的代表行为有效。我国《合同法》第50条规定：“法人或其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限以外，该代表行为有效。”

但是，如何判断在公司法定代表人的行为超越权限的情形下“相对人知道或应当知道”?对董事长权力的限制一般有三种：一是法律法规的直接限制，二是公司章程的限制，三是公司董事会和股东会的决议的限制。所以，董事长的越权行为也可分为相应的三种：一是超越法律法规的直接限制，二是超越公司章程的限制，三是超越公司董事会和股东会的决议的限制。

法律法规的直接限制

《公司法》中没有专门的条款直接对法定代表人的对外权力作限制性规定，但是，董事长的权力绝不可超过董事会的权力，更不可超过股东会或股东大会的权力。《公司法》对股东会和董事会的权力授予，实际上就可以视为《公司法》对董事长或法定代表人的权力的限制。根据《公司法》第16条的规定，公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议。即法定代表人未经股东会同意，无权签订担保合同。由于在这种情形下，法定代表人的越权行为违背法律法规的限制，所以，任何相对人都应当知道法定代表人越权。因此在此种情形下，法定代表人的代表行为无效。

公司章程的限制

很多公司在章程中对法定代表人的权力进行限制，而章程一般在公司登记机关备案并公示，但是，在此情形下，为保护交易安全和第三人的利益，一般认为，章程的备案和公开本身也不足以构成“相对人知道或应当知道”的证据。如欧盟第一号公司法指令明确规定：“公司章程或者有决策权的公司机关对于对于公司相关权力的限制，不得被公司利用对抗第三人，即使这些限制已经公告也是如此。”德国《股份有限公司法》和《有限责任公司法》则规定，对于董事代表权所加章程限制，不得对抗第三人。

从我国的实践看，有些地方查阅公司章程手续烦琐，受到限制，并且，在交易中，相对人认真查阅对方章程的情况也不普遍，所以，应当认为，在我国的司法实践中，章程的备案公开本身也不足以构成“相对人知道或者应当知道”的证据。

股东会或董事会决议的限制

股东会或董事会直接以决议的形式限制董事长的权力，决议一般也不具有公示性，所以，相对方一般是不知道或不应当知道的；即使股东会或董事会决议予以公开，也不足以构成“相对人知道或者应当知道”的证据。

公司是法律拟制的人，必须由自然人代表其从事各项活动。法定代表人对外以商事主体名义从事经营活动，给他人造成损失时，由法人负责，法定代表人对外应诉、起诉。在下列情况下法定代表人承担责任：（1）非法经营；（2）隐瞒税务、工商；（3）抽逃资金；（4）解散、破产后擅自处理财产；（5）不及时公告，使他人造成损失；（6）从事法律所禁止的活动。

* + - * 1. **工商登记的意义及效力**

工商登记即商事登记，是商事筹办人为设立、变更或终止商事主体资格，而依法定内容和程序向登记机关申请登记。经登记机关审查核准，将登记事项载于登记簿，并通过一定的方式或媒介将登记事项加以公告的法律制度。登记的目的强调和彰显公司信息，即公司登记的主要目的是公示公司重要信息以使交易第三人知悉从而维护交易安全和迅捷。商业登记之目的是要将商业企业主及企业的法律状况公开，以维护交易安全。商事登记的法律特征有以下几点：

第一，商事登记是一种创设、变更或终止商事主体资格的行为。商事登记的基本目的在于创设、变更或终止商事主体资格。可以说，商事登记是商事主体取得合法主体资格的必要和唯一的途径。我国《民法通则》第41条对此有明确规定：“全民所有制企业、集体所有制企业……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，具有法人条件的，依法经工商行政管理机关核准登记，取得中国法人资格。”根据《民法通则》第51条的规定，企业或者企业、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。可见，对于符合法人设立条件的企业，核准登记有确认或赋予法人民事主体资格的程序法功能。

第二，商业登记行为是一种要式法律行为。商业登记注册的内容和事项往往由商事特别程序法以强制性条款的形式规定并具体列明。因为商事活动涉及社会的各个领域，尤其与生产和消费密切相关。所以必须规定一定的程序，公示商事的运作状态，目的是为了维护生产者、经营者和消费者的合法权益，同时也有利于对商事活动的管理。具体来讲有几层含义：其一是商事登记必须采取书面形式，登记机关不会受理口头登记申请；其二是商事登记注册的内容和事项是由商事登记法以强行性条款的形式规定并具体列明的，申请书的内容必须符合法律规定的要求；其三是登记申请必须采取法定的格式。

第三，商业登记在本质上是一种带有公法性质的行为，与商事主体从事众多以表意为特征的民事行为不同，商业登记行为主要体现的是一种国家意志，在性质上属于以公法为主要内容的行政行为。不以意思自治为原则。登记是登记主管机关专属性的行政行为，不属于当事人可以自由协商的范畴。登记机关、登记内容和登记程序都必须直接来源于法律的规定，非法定机关的登记行为不产生法律约束力。

公司登记的效力表现为：

* + - * 1. 对抗效力

登记事项一经登记公告便可对第三人形成对抗力（有法律上主张的效力），公司因此而获得权利。未经登记和公告，则其事实存在与否，第三人很难知悉，法律上认为其不知情，即使事实上存在，仍不得在法律上主张之，即使第三人知情，也不能成为公司抗辩的事由。在登记公告之后，登记事项对第三人发生效力，第三人应尽注意责任，第三人即使不知情，也不能成为抗辩事由。

* + - * 1. 公信效力

公司事项一经登记公告即赋予相应的法律效果，即使内容有瑕疵，法律仍对信赖该内容的第三人加以保护。登记的公示效力主要在于三个方面：一是公共权力的介入使得登记具有更大的权威性。世人基于对公共权力机构权力来源可靠性的认同以及对于公共权力本身的信赖，从而很自觉地认同“登记的权利即享有的权利”。对登记记载内容的信赖即能更好地保护交易安全。不管登记机关属于何种性质，这些机关其实都是国家机关，都以国家的信誉和国家行为的严肃性作为保障。二是有较严格的程序规则，可信度高。登记要经过申请、受理、审查、记载、公示等几个环节，有着程序要求和程序规则，登记所记载的权利与实际权利吻合性高，公开的信息准确，可信赖性就强。基于对登记内容的信赖而发生的交易，交易当事人的利益就能获得充分的保护。受让人甚至可以不必考虑因为登记错误而对所获得的预期交易利益的可能影响，他完全可以绝对地信赖登记簿的记载而放心大胆地进行交易。三是登记记载内容的稳定性好，便于世人查阅。根据世界各国的登记实践，登记的内容一经记载就不得轻易更改，如果要更改则要办理变更登记。

* + - * 1. **公司超范围经营的问题**

根据《公司法》的规定，公司的经营范围由公司章程规定，并依法登记。公司应当在登记的经营范围内从事经营活动；公司依照法定程序修改公司章程并经公司登记机关变更登记，可以变更其经营范围。公司法的上述规定，涉及公司法领域的一个著名原则——越权原则。

越权原则要求公司必须在其行为能力范围内活动，一旦其行为超越行为能力范围，则该行为无效。公司行为能力的范围根据公司章程规定。越权原则的出发点在于保护股东和债权人的利益，在该原则下，股东能够了解公司如何使用他们投入的资金，债权人可以获得交易的安全保障。但商业实践表明：越权原则不仅未能保护股东和债权人的利益，反而损害了他们的利益。主要表现为：其一，不利于公司自身的发展和获利目的实现。公司章程现实的经营范围或许对其自身长期发展具有其合理性，但这并不等于其能在某次或某些交易活动中具有合理性。在现代市场经济活动中，市场经济形势变幻莫测，商机转瞬即逝，如果教条地、严格地遵守越权原则，必然会严重窒息企业法人发展的活力，使企业丧失一次又一次发展壮大自己的机遇。其二，不利于实现交易的迅捷安全。因为在实现越权原则的场合，任何主体在审查和核对对方经营范围上稍有不慎，在没有查清对方经营范围的情况下就与对方进行交易活动，就会使自己与对方进行的行为落入无效的境地和后果，交易双方已经履行的义务和享有的权利基于该交易行为被确认无效而被恢复到交易前的状态。这必然会使当事人对社会经济关系和活动产生极不稳定和无法确定、预测的状态，从而对社会的经济发展产生不良影响。其三，不利于维护交易活动的公正。严格遵守企业法人超越经营范围的活动无效的原则，可能会给实施越权行为的企业带来双重有利后果：一方面，该法人可能借此活动取得利益；另一方面，当该行为的后果不利于该法人时，该法人可能基于法人越权行为无效原则而拒绝履行自己的义务。

我国将越权原则法定化始于《民法通则》。《民法通则》第42条规定：“企业法人应当在核准登记的经营范围内从事经营。”《公司法》实际上是承继了《民法通则》的内容。而在我国的工商登记中，“经营范围”是法定登记内容之一，并成为营业执照的核心事项。实践证明，限制公司的经营范围，不利于他们适应市场的需要，拓展新兴业务或盈利空间更大的业务，阻碍了传统产业向现代产业的转变，从而在本质上有损于股东和债权人的利益。因超越经营范围而引发的纠纷和诉讼，不但引发了处理该类案件在经济上和司法上的交易成本，而且在一定程度上破坏了正常的商业交易秩序，损耗了社会资源。

* + - * 1. **企业集团的性质与法律地位**

企业集团是由若干具有独立法人地位的企业或公司在统一管理基础上组成的经济联合组织。具有以下法律特征：其一，两个以上企业的联合性；其二，成员企业或公司的独立法人地位；其三，集团的统一管理。

企业集团不可能取得一般商业团体那样的独立法律人格或民事主体身份。道理很简单，法人以独立财产和独立责任为其基本标志，那么法人之间的财产权利和财产责任就必然是相互独立的。换言之，同一项财产，既作为某一法人的财产，就不能再作为另一法人财产，同一债务，既是此法人的债务，就不能也是彼法人的债务。对集团来说，肯定了关联企业与集团是部分与整体的关系，即关联企业具有法人地位，也就否定了集团具有法人地位的可能性。反之，如果肯定集团具有法人地位，关联企业的法人地位也就不存在了。那种认为集团作为一个整体是企业，并应成为一个具有法人地位的企业和将企业集团分为法人型与非法人型的说法显然是不能成立的。

集团的非法人地位决定它不能独立作为具体民事活动的当事人，许多民事活动可以以集团的名义进行，但最终权利义务的承受者只能是集团的总公司或成员企业。如果以集团名义进行民事活动的法律后果由两个以上集团成员承受的话，这种活动实质上是这些成员共同进行民事行为，它将产生这些成员间的共同债权或共同债务，但任何情况下，集团本身都不能成为这种债权债务关系的主体。

* + - * 1. **分公司以自己作为签约和履约主体**

分公司是与本公司相对的概念，是指从业务上、组织上接受本公司管辖的公司。分公司在法律上不具备独立的财产、独立的意思机关、独立的名称，不能独立承担责任，所以不具有法人资格。分公司不是独立的公司，不具有公司的组织形式，也无须按公司设立的要件去设立。分公司没有自己的股东会、董事会、监事会，也没有自己的法定代表人，只有本公司任命的经理作为分公司的负责人。但分公司作为一种相对独立的公司经营机构，仍具有经营的能力和资格，为此，分公司需要向公司登记机关依法办理登记，领取营业执照。分公司可以以自己的名义独立订立合同，也可以以自己的名义独立参加诉讼。

在实践中，曾出现不认可分公司以自己名义签约和不允许其作为诉讼主体的情况。事实上，民事主体与具体民事活动的主体以及诉讼主体是不同的法律概念，虽然分公司不是民事主体，但却可以成为签约的主体和诉讼主体，其法律地位与独资企业和合伙企业是类似的，完全可以以自己的名义签约并以自己的名义起诉和应诉。只是分公司不能独立承担财产责任，对分公司的债务，在其资不抵债或无力清偿时，应由其本公司承担。

分公司与子公司的区别表现为：其一，主体资格不同。子公司具有独立的主体资格，享有独立的法人地位；而分公司则不具有独立的民事和商事主体资格，仅仅是本公司的分支机构，不具有法人资格。其二，称谓不同。分公司不具有独立的名称，必须冠以某某分公司以提醒当事人；而子公司有自己独立的名称。其三，意志关系不同。子公司作为独立的法人，在法律上其意志是独立的，母公司对子公司的经营管理活动不能进行直接的命令指挥；而分公司作为本公司的分支机构，其业务的执行、资金的调动完全受制于本公司，与本公司之间是一种管理与被管理的关系。其四，财产关系不同。在财产关系结构上，子公司尽管有母公司的参与，但仍有属于自己的财产；而分公司的财产则全属于本公司，是本公司财产不可分割的组成部分。因此，分公司不存在独立的法律财产，而子公司的财产则具有完全的独立性。其五，财产责任不同。子公司作为独立的法律主体，自主经营、独立核算，其一切经营后果包括财产责任均完全由自己承受，而分公司作为非独立主体，既没有自己独立的财产，也没有自己独立的意志，因此，其经营后果应当归属本公司，由此而产生的财产责任亦由本公司承担。

**第三编 合同审查通用指引**

**形式审查**

* + - * 1. **形式审查概述**

**形式审查的概念及目的**

形式审查，主要是指依据公司的管理制度及流程规定，对合同前置审批流程、合同资料、文本表述、逻辑结构等内容的审查，该项审查一般不涉及具体的法律实体问题。

形式审查是合同管理的基础性工作，其目的是利用规范的管理手段事前防范合同风险。

**形式审查的内容**

结合审查工作的实际，可以考虑将如下几方面的内容纳入形式审查的范畴：

第一，前置审批流程审查。主要审查合同项目的开展是否履行了签约前的相关手续，具备了合同签订的基本依据。一般审查两方面的内容：一方面审查项目的开展是否通过了公司的立项审批，有特殊要求的项目还需要审查是否按规定履行了相关手续，如前期调研、可行性研究等；另一方面审查供应商的选择是否符合公司采购管理规定，是否按规定履行了招投标、供应商评审、商务谈判等相关手续。

第二，报审资料完整性、一致性审查。主要审查合同报审资料是否符合合同审批管理的要求，资料种类是否齐全，是否有缺漏，资料内容是否与合同相符等。经办部门应及时将合同书、合同附件、合同审批表、呈批件、谈判记录等文件，合同对方当事人的营业执照复印件、法定代表人证明书、授权委托书等资料一并作为报审资料送审。

第三，合同文本的形式审查。主要审查文字的准确性、表述的严谨性、格式的规范性及前后逻辑的一致性等方面，确保合同内容的准确、规范、严谨。

**形式审查的审查依据及要求**

形式审查主要依据公司内部的规章制度及流程规定，如合同管理办法、合同审批流程、采购管理办法、招投标管理办法等。

通过形式审查，保证合同签订达到流程合规、资料手续完备、文本准确规范的基本要求。

* + - * 1. **形式审查的要点**

合同形式审查的要点依据内容分类列举如下：

**前置审批流程审查要点**

要点1： 审查合同审批表的填写是否规范准确

常见问题：合同审批表的基本信息填写不完整、不规范、不清楚、与合同内容不一致等。

要点2： 审查合同的形式选择是否合规

常见问题：没有按照要求使用公司已经制定的合同范本。

要点3： 审查合同项目是否具备签约的依据，即是否通过公司立项审批或具备上级公司文件

常见问题：缺乏立项审批或其他依据；合同内容超出所依据文件的内容范围。

要点4： 审查供应商的选择方式是否符合公司的管理规定

常见问题：供应商的选择方式不符合规定。应当招投标的项目，没有进行招投标；应当竞争性谈判的项目，采用了独家谈判等。

要点5： 审查合同选择的审批流程是否正确

常见问题：对于实行合同分级管理的公司，下属公司没有按照规定提请公司本部审批。

要点6： 审查授权委托手续是否完备

常见问题：合同签约主体非法定代表人时，缺乏合法有效的授权委托手续。对于无权代理、越权代理、无权处分的主体签订的合同，可能导致合同被变更、被撤销或无效的法律后果，因此,涉及授权代为签订合同的应当对委托授权书进行审查。

**报审资料完整性、符合性审查要点**

要点1： 审查报审资料的种类是否完整齐全

常见问题：资料不完整，如缺少合同附件、立项审批文件、供应商评审结果文件、谈判记录、对方的资质证明等。

要点2： 审查合同背景资料的内容是否与合同内容相符

常见问题：立项审批文件的内容与合同内容不一致，如合同的标的种类、数量与审批文件有偏差，中标供应商与合同对方主体不一致等。

要点3： 审查报审资料形式是否完整

常见问题：没有按要求提供资料的原件；提供复印件的资料，没有按要求盖章，如对方的营业执照复印件应该加盖对方公章等。

**合同文本形式审查要点**

要点1： 审查合同文本结构是否完备

常见问题：合同的开头、正文及结尾三部分不完整。

要点2： 审查合同当事人的基本信息是否正确

常见问题：当事人名称与营业执照上的名称不一致，当事人的银行账号、联系地址、联系电话等重要信息缺漏，当事人法定代表人、地址等信息与营业执照登记信息不一致等。

要点3： 审查合同当事人在文本中的称谓是否前后一致

常见问题：称谓不一致，如买卖合同中，同时存在“买方、卖方”与“甲方、乙方”两种称谓，且没有指代关系。

要点4： 审查合同金额是否准确一致

常见问题：金额只有小写没有大写、金额大小写不一致、数字计算错误、数量级错误、单位错误、分期付款总额与合同总金额不一致、合同金额前后不一致等。

要点5： 审查合同期限的表述是否准确且前后一致

常见问题：如合同上文表述为“期限一年”，下文表述却为“自2008年1月1日起至2009年2月”，表述前后矛盾。

要点6： 审查文本行文逻辑是否前后一致、约定是否明确

常见问题：合同中存在前后逻辑混乱、表述矛盾、词义含糊不清、约定不明确等情况。如合同中出现类似“……相关事项由双方另行商定”的表述，该表述缺乏实质性的内容，等于没有约定。

要点7： 审查合同条款序号是否连续，合同条款指代是否准确

常见问题：在合同拟定过程中增加或删除一些条款，没有修改相应的条款编号，而合同中往往会出现“参照本合同第××条”或“若出现本合同第××条约定的情形”等具有指代内容的条款，条款序号出错，随之导致指代错误，产生混乱。

要点8： 审查格式是否规范、整齐、美观

常见问题：层级条款的序号不符合使用规范、字体大小不一、页码不连续等。

要点9： 审查数字区间的表述是否明确

常见问题：数字区间存在重叠或缺漏导致约定不明，如区间的临界值重叠或遗漏，全用“≤、≥”，或全用“﹤、﹥”等。再如设置四个分档并支付不同比例的合同款时，四个分档约定为70分以下，70~80分，80~90分，90分以上。上列各分档之间存在重叠，且以上、以下未标明是否含本数，如恰巧考核得分为重叠的分数时，则可以按不同比例付款，极易导致争议。

要点10： 参考范本或惯用文本起草合同时，审查相关信息是否前后一致

常见问题：合同信息前后矛盾、逻辑错误、格式混乱等情形。如直接对模板的条款进行删改，常存在增删之后未相应调整条款序号的情况；未依合同文本增删附件，存在附件指向与附件内容表述不一致的问题；变更合同的条款序号，存在原有引用条款与调整后的条款内容不一致的问题，如原来引用第23条作为付款条件，序号调整后，第23条并非付款条件的规定。

要点11： 对于使用范本起草的合同，审查文中空白项是否填写清楚完整

常见问题：部分空白项填写不清楚或没有填写内容，也没有划线标示删除。不填写或填写不清，容易造成合同相关内容不明确、权利义务不细致、违约责任难以追究等一系列问题。

要点12： 审查合同是否列明了附件清单且与实际送审附件内容一致

常见问题：合同设有附件，但没有清楚、完整地列明所有附件，或者附件清单与实际送审的附件不一致,或者附件的序号与合同正文中的引用序号不一致。

要点13： 审查合同双方当事人是否在合同上签字或盖章

常见问题：签字、盖章不全。

要点14： 审查签字人是否法定代表人或其授权代表人

常见问题：签字非法定代表人或授权代表人。

要点15： 审查单位对方的法定代表人或负责人签字是否与营业执照上的名字一致

常见问题：签字不一致、签字潦草无法辨认等。

要点16： 审查自然人对方的签字是否与身份证上的名字一致

常见问题：签字不一致、签字潦草无法辨认等。

要点17： 审查合同签署部分对方当事人的盖章是否正确

常见问题：印章上的公司名称与合同中书写的单位名称不一致、所盖章非公章或合同专用章。

要点18： 审查授权代表的签字是否与授权书上受托人的名字一致

常见问题：签字不一致、签字潦草无法辨认等。

要点19： 签署部分的签章及日期是否有缺漏、日期是否前后一致

常见问题：文本及附件中需要签章的地方不只一处时，出现签章缺漏的情况，如保密协议等附件没有签章；合同的签订日期没有填写，或虽填写但与正文中约定的日期前后不一致等。

要点20： 审查合同文本及附件是否页签或加盖骑缝章

常见问题：没有按规定页签或加盖骑缝章。

要点21： 其他与合同文本形式有关的问题

**实质审查**

* 1. **实质审查概述**
     1. **实质审查的概念及目的**

实质审查，即狭义上的合同法律审查，是指依据法律法规的规定，对合同内容的合法性、合规性、完备性、明确性、严谨性等方面的审查。该项审查是合同审查工作的核心内容，它对合同风险的控制、合同目的的实现具有至关重要的作用。

实质审查的根本目的是保证合同内容合法合规、明确有效，有利于合同风险的事前控制。

* + 1. **实质审查的主要内容**

一般来看，实质审查主要包括如下四个方面的内容：合同主体审查、合同内容审查、合同具体条款审查、合同订立程序审查。

* 1. 合同主体审查

合同主体审查的主要目的是保证合同主体签约资格的合法性。

* + 1. 主体资格合法性审查

合同主体是指依据合同享有权利承担义务的人，又称合同当事人。享有权利的人称权利人或债权人，负有义务的人称为义务人或债务人。

《合同法》第2条规定：“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务的协议。”据此，可以作为合同主体的有自然人、法人、其他组织。

依法律规定，具备合同主体资格的自然人包括：完全民事行为能力人、限制民事行为能力人（可签订与其年龄、智力、健康状况相适应的合同），以及既非法人又非其他组织、主体资格类似自然人的个体工商户和农村承包经营户等。

法人的主体资格审查，主要是看其是否依法设立并领取相应登记证照，合同内容是否超出了法人的经营范围或业务范围。如企业法人，应当领取企业法人营业执照并在核准登记的经营范围内签订合同。对于特殊行业的主体，要审查其是否具有从事合同项下行为的行政许可和资质，如果合同主体不具有法律、行政法规规定的行政许可证、相应等级的资质证书，有可能导致合同无效。

外国法人依其所在国的法律，具有权利能力和行为能力的，则其能够作为独立的合同主体签署合同。外国法人设在中国的代表处，依据中国法律规定，其不能独立开展经营性活动，只能签署非经营性质的合同。

根据《民事诉讼法意见》第40条规定，其他组织是依法成立的，有一定的组织机构和财产，但不具备法人资格的组织，法律同时也赋予了“其他组织”对外签约的资格。具体包括：

* + - * 1. 依法登记领取营业执照的私营独资企业、合伙组织；
        2. 依法登记领取营业执照的合伙型联营企业；
        3. 依法登记领取营业执照的中外合作经营企业、外资企业；
        4. 经民政部门核准登记领取社会团体登记证的社会团体；
        5. 法人依法设立并领取营业执照的分支机构（各类公司的分公司等）；
        6. 中国人民银行、各专业银行设在各地的分支机构；
        7. 中国人民保险公司设在各地的分支机构；
        8. 经核准登记领取营业执照的乡镇、街道、村办企业；
        9. 符合本条规定条件的其他组织。
    1. 经营资格合法性及有效性审查

1. 合同主体经营资格的合法性审查

审查合同的主体，还要审查其经营范围、经营资格。对于一般的合同主体，可以通过审核其营业执照上的经营范围来判断。对于超范围经营的，尽管相关司法解释有所放宽，并不仅仅因此而判定合同无效，但实际中，为了避免不必要的争议和麻烦，建议最好与具备经营资质的主体签订合同。对于国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营的业务，在审查合同主体资格合法性时，除了审查营业执照之外，还须审查是否具备了相应的行政许可证、特殊资质证书。如从事一些重要的生产资料或特殊商品的生产和经营，法律或行政法规要求取得生产许可证、经营许可证或相应的资质。例如，从事金融业，不仅有营业执照，还需有银监会颁发的金融许可证；建设工程施工企业需要具有相应等级的资质证书；装饰装修工程企业需要有相应等级的资质证书；通信建设工程企业需要有相应等级的通信工程施工许可证；计算机系统集成企业需要有计算机系统集成资质证书；建筑设计企业需要有相应等级的设计资质证书；等等。

1. 合同主体经营资格的有效性审查

营业执照、许可证、资质证书的经营（有效）期限和年检问题也是审查的重点，只有在经营（有效）期限内且通过年检才具备有效经营的资格。实践中，为了保证交易安全，应尽量避免与未经过年检或超过经营期限的主体交易。

* + 1. 非企业法人主体资格审查

上述分析主要是针对企业法人及其他组织的资格审查，在公司的实际经营过程中，有时根据需要，也与非企业法人签订合同，如政府、医院、学校等。根据《民法通则》第50条的规定，非企业法人分为以下几类：

* + - 1. 机关法人

机关法人是指从中央到地方的具备法人条件的各级各类国家机关。机关法人从国家财政或地方财政获得活动经费（预算拨款），如各级政府机关、人民法院等。与机关法人签订合同，需要审查对方是否提供了合法有效的《组织机构代码证》。

* + - 1. 事业单位法人

事业单位法人是指依法设立，具备法人条件的，从事文化、教育、卫生、体育、科学技术等公益事业的社会组织，如学校、医院、科学院、文艺团体等。与事业单位法人签订合同，需要审查对方是否提供了合法有效的《事业单位法人证书》。

* + - 1. 社会团体法人

社会团体法人是指人民群众按照法定程序自愿组织起来进行非生产经营活动的一种社会组织，如工会、妇联、学联、各种学会及研究团体。与社会团体法人签订合同，需要审查对方是否提交了合法有效的《社会团体法人登记证书》。关于社团法人的签约资格问题，还需注意，根据《社会团体登记管理条例》第4条第2款的规定，社会团体不得从事营利性经营活动，因此如果公司与其签订委托咨询服务、技术服务等有偿合同，属于营利性质的，那么这些合同的效力可能存在缺陷。

尽管《合同法》及相关司法解释对合同主体进行了明确的规定。但是现实生活中存在一些供应站、办事处、销售部等职能部门或分支机构经常代表法人对外签订合同的现象，更甚者，一些企业的销售人员直接代表法人对外签订合同，既无法人授权委托书，又无身份证明，一旦发生纠纷，合同效力以及权利、义务、责任很难明确。因此应特别加强对合同主体的审查。

* 1. 合同内容审查

合同内容审查的主要目的是保证合同内容的合法性、合规性。

审查合同时，为了避免合同因违反法律法规等原因被认定无效或被撤销，应注意审查合同的合法性。可从合同涉及的法律关系入手，依据有关法律、行政法规、地方性法规、各类规章及相关国际条约（如有）的规定进行审查。其中审查合同是否可能无效只能依据法律及行政法规的规定，并要特别注意《民法通则》第58条的规定和《合同法》第52条的规定。此外，判断合同有效还是无效，除了上述规定外，还要注意一些特别法的相应规定。只有不违背法律法规的强制性和禁止性规定，合同的合法有效性才有保障。我国《合同法》第52条规定了五种合同无效情形：一方以欺诈、胁迫的手段订立的合同，损害国家利益的；恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的；以合法形式掩盖非法目的的；损害社会公共利益的；违反法律、行政法规的强制性规定的。

此外，实质审查还应从公司内部的规章制度出发，对合同内容进行合规性审查，避免合同违规问题的出现。尽管合同内容违反内部规定并不导致合同的无效，但却扰乱了公司的管理秩序，不符合公司的管理要求，对此应注意审查。

* 1. 合同具体条款审查

合同条款审查的主要目的是保证条款的完备性、明确性、严谨性。

法律人员应当按照合同的性质依据相应的法律、法规对合同条款进行认真审查，确认合同主要条款有无遗漏，各条款内容是否具体、明确、切实可行，避免因合同条款不全或条款过于简单、抽象、原则，导致合同无效，或虽然不会导致合同无效，但将影响合同的履行，造成合同纠纷。尤其是注意合同中权利义务是否明确，以避免因权利义务约定不明而丧失权益或导致损失。此外，为了保证合同内容的规范、一致，还应特别注意审查合同条款表述的严谨性。

依据《合同法》总则的规定，合同一般应具备的条款内容如下：

* 1. 标的

标的是合同必须有明确约定的条款，它是任何合同成立的必备要件。若为动产，则应明确名称、规格、型号、性能及相关参数等；若为不动产，应注明名称和坐落地点；若为行为，诸如服务、劳务、施工、咨询等，则应明确行为的名称、性质、范围及方式等；若为知识产权，则应明确性质、名称、权利状况、性能用途及有形载体等。

* 1. 数量

在大多数的合同中，数量是必备条款。应审查标的数量的计量单位、计量方法、数目等是否确定且约定明确。

* 1. 质量

对有形财产来说，质量是物理、化学、机械、生物等性质；对于无形财产、服务、工作成果来说，质量是满足合同目的的一般标准，并有特定的衡量方法。对于国家有强制性标准的，要明确标准代号全称。可能有多种可适用标准的，要在合同中明确适用哪一种，并明确质量检验的方法、责任期限和条件、质量异议期限和条件等。此外，还应注意质量保证条款的约定，该条款明文保证卖方提供的合同标的或标的物应符合合同约定，不存在质量瑕疵。该条款通常包括标的物的包装应符合的要求、具体质量标准、质量检验的有关规定、维修及售后服务以及质量保证期间等。

* 1. 价款或者报酬

价款一般指对提供财产的当事人支付的货币。报酬一般是指对提供劳务或者工作成果的当事人支付的货币。该条款一般应明确支付货币的币种（人民币或外币），合同金额是否含税，金额为结算金额还是估算金额，支付方式是现金、汇款、转账、支票等方式中的哪一种，付款的条件、时间等。对该条款而言，可以从商业角度和法律角度两方面进行审查：从商业角度而言，审查支付的价款与合同标的的比例是否适当、是否存在财务风险等；从法律角度而言，审查是否明确约定价款的数额、单位以及支付条件、方式、时间、对象是否清楚明确等。此外，按照公司财务流程，该条款中还应特别明确：价款或报酬支付前对方应当先行以合法有效的等额发票为依据。

* 1. 履行期限、地点和方式

履行期限不仅关系义务履行时间问题，从更深层次考虑，还涉及利益的保护问题，约定得当可以保障合同的实施，保护自己的利益不受损失。履行地点的约定亦至关重要，不仅要考虑旅行中运输、维修等问题以及违约后的管辖问题，还要考虑货物所有权及风险之转移问题。应注意审查履行期限、地点、方式的约定是否清楚明确，是否有利于维护企业的交易安全、便于企业行使权利。

* 1. 违约责任

订立合同时要做到“先小人，后君子”对合同中能够预见的各种不利因素要以条款的方式加以防范，运用法律保护企业的合法权益。我国《合同法》共规定了五大类违约责任形式：继续履行，采取补救措施，赔偿损失，定金责任，违约金责任。应根据不同的合同特点选择不同的违约责任承担方式。审查该条款时，应注意承担违约责任的条件、时间、方式是否明确、有利。对于对方提供合同的文本，还应注意审查违约责任条款的规定有无不平等或加重我方责任情形。

* 1. 解决争议的方法

解决争议可以采用协商、仲裁或诉讼等方式。审查争议解决条款主要考虑约定内容是否符合法律规定，是否明确有效，是否有利于本公司利益保护。

* 1. 合同订立程序审查

合同订立程序审查的主要目的是保证订立程序的合法性。

就一些特殊合同而言，合同订立程序是否合法关系合同能否正常生效等问题，对此应注意订立程序方面的审查。如合同生效需经相关政府部门报批、登记、备案手续或者需要办理公证、鉴证手续的，应经公司领导批准并出具授权委托手续后，由主办部门负责办理相关手续。

* + 1. **实质审查的依据及要求**

实质审查的主要依据包括《合同法》、《民法通则》等法律法规以及《合同管理办法》等公司内部规章制度的规定。

通过实质审查，保证合同内容达到合法合规、条款明确有效的基本要求。

* 1. **实质审查的要点**

合同实质审查的要点依据内容分类列举如下：

* + 1. **合法合规性审查要点**

要点1： 审查合同主体是否合法

常见问题：合同主体不具有签约、履行合同的权利能力和行为能力。如主体为非法人，且不属于具有签约资格的其他组织，常见不具备营业执照的法人分支机构、法人的下设机关等；主体为不具备相应民事行为能力的自然人，如未成年人或精神病人等；营业执照已经过期或没有通过年检；合同内容超出了营业执照注明的经营范围；属于特许经营或限制经营的项目，缺乏相应的行政许可证明等。

要点2： 审查合同名称是否正确

常见问题：合同名称词不达意，不能反映真正的合同法律关系，或无名合同使用有名合同的名称等。如把代销写作买卖、把租赁写成承包、把借款写成投资、把雇用写成承揽等。

要点3： 审查所用合同范本或惯用文本依据的规范或引用的法律法规等内容是否过期

常见问题：范本中存在已经淘汰的标准规范或引用已失效的法律法规。如在工程建设及采购等合同中，使用的标准或规范内容陈旧，但合同经办人员在起草合同时，不加修正，导致合同技术或商务标准指向不明。再如，以已废止的法律法规作为签约依据。某些合同常出现诸如“本合同依据《中华人民共和国经济合同法》的有关规定签订”等表述，显然不合法。

要点4： 审查合同的内容是否合法

常见问题：合同内容不符合法律、行政法规的强制性规定，存在《合同法》第52条规定的五种导致合同无效的情形等。

要点5： 审查合同的内容是否显失公平

常见问题：我方处于强势地位的合同，存在加重对方责任的规定；对方处于强势地位的合同，存在加重我方责任的规定。

要点6： 审查格式条款的规定是否符合法律的规定

常见问题:存在违反《合同法》第39条、第40条的情形。

要点7： 审查合同中的免责条款是否合法

常见问题:存在《合同法》第53条规定的无效免责条款的情形。

要点8： 审查法律适用的选择是否符合国家的强制性规定

常见问题：涉外合同中，没有按规定选择适用中国法律。

要点9： 审查合同中对管辖权的选择是否符合专属管辖规定

常见问题：当事人对管辖法院的选择违背了专属管辖、级别管辖的规定。如不动产合同纠纷，约定了不动产所在地以外的法院管辖；知识产权纠纷合同，约定争议由没有管辖权的基层人民法院管辖等。

要点10： 审查合同的内容是否合规

常见问题：合同的内容不符合上级公司或本公司的规章制度规定等。

要点11： 审查补充协议的内容是否符合公司立项审批规定

常见问题：补充协议的内容超出了原合同立项审批的范围，且没有提供新的审批文件。

要点12： 如果补充协议延长了原合同有效期，审查是否符合关于合同续签的规定

常见问题：签订补充协议延长合同的有效期，规避公司合同续签审批规定。

要点13： 如果补充协议增加了项目的费用支出，审查是否符合公司的预算管理规定

常见问题：补充协议大大增加了项目的费用支出，违反公司的预算管理规定。

* + 1. **条款完备性、明确性、严谨性审查要点**

要点1： 审查合同条款是否完备

常见问题：缺少合同法要求的基本条款；缺少依合同特点须具备的条款，如知识产权条款、保密条款等。

要点2： 审查合同条款是否充分考虑了合同履行中可能发生的问题

常见问题：合同条款没有从实际出发，充分考虑履行过程中可能发生的各种情况，并事先在合同中做出规定，从而导致处置条款未对某些可能发生的情况进行约定，并因此而造成权利义务的不明确。如广告发布合同中，未对广告牌坠落致人损害的赔偿责任等可能发生的问题做出明确约定等。

要点3： 审查合同条款是否明确、具体、可识别

常见问题： 条款约定不具体，表述没有实际意义或者不具可操作性，尤其以合同争议解决及违约责任承担条款的约定不明问题比较突出，如“合同约定按照合同法解决争议”、“按合同法有关条款承担违约责任”、“由违约者承担违约责任”等。此外，验收、维修等条款也可能存在同样的问题。

要点4： 审查交易程序是否明确且约定有时限、责任方

常见问题：交货或验收条款没有明确交货或验收的时间、地点及交货方式。

要点5： 审查条款之间是否由于配合问题而存在权利义务不明确的缺陷

常见问题：约定一方享有的某项权利，但没有相应约定另一方应履行的义务，导致权利无法实现等。

要点6： 审查是否由于表述不严谨而存在权利义务不明确

常见问题：如服务质量考核条款规定了“60<得分<70,70<得分<80”等区间对应的结算标准，但对处于临界值的“60、70、80”等分值的结算没有约定。

要点7： 审查权利义务及违约条款是否明确可操作

常见问题：如约定一方严重违约则对方可解除合同，但没有明确什么样的情况属于严重违约，致使该条款的实用性不强。又如约定了构成违约的条件，但没有相应明确违约责任追究的具体方式等。

要点8： 审查合同用语是否清楚、完整、准确无误，是否会产生歧义

常见问题：法律用语不准确，如“定金”错写为“订金”等；其他用语不准确，如使用“巨大的”、“优良的”等不严谨的词汇。

要点9： 审查附件、补充协议的内容是否与主合同的内容一致

常见问题：附件、补充协议的内容与主合同的主要内容存在出入，且没有明确冲突情况下的效力优先顺序。为最大限度避免歧义，建议最好在补充协议中增加一条“除本补充协议明确约定外，其他内容仍按原合同执行”等类似表述。

要点10： 审查合同是否明确正文与附件、补充协议内容冲突的解释顺序

常见问题：带附件的合同，没有明确正文与附件、补充协议的约定发生冲突时的解释顺序。

要点11： 审查合同的争议解决方式是否切实可行

常见问题：管辖法院选择错误，仲裁条款无效等。

要点12： 审查合同是否含有不具可操作性的条款

常见问题:如考核条款约定的考核周期过短、考核频率过高，而实际上不可能做到等。

要点13： 审查是否对合同中的知识产权或商业秘密等采取了相应的保密或限制措施

常见问题：对方使用我方商标的合同，没有明确限制商标的使用方式及范围；需要采取保密措施的合同，缺乏相应的保密条款或保密协议等。

要点14：审查合同标的、数量、质量等基本条款是否明确

常见问题：标的条款缺少名标、规格、型号、性能等信息。如“采购联想电脑十台”缺少相关的型号信息等。标的数量的计量单位、计量方法、数目等缺漏产品质量标准不明确，质量检验的有关规定及质量保证期间的规定不明确等；付款支付的币种、条件、方式、对象不明确，没有明确凭发票付款的要求等。

* + 1. **程序合法性审查要点**

要点1： 需要依法办理批准、登记手续的，审查合同是否就向有关机关批准或登记或备案做出明确的约定

常见问题：没有就批准、登记问题做出明确约定。如户外广告需要办理登记，但在广告发布合同中没有就登记问题做出明确的约定。

要点2： 公证生效的合同，审查是否实际到公证机关办理公证

常见问题：涉外合同约定公证生效的，但没有实际办理公证等。

要点3： 审查合同所附条件或期限的必要性、合理性和合法性，并审查条件是否成就、期限是否届至等

常见问题：附件的生效条件、期限不合法。

要点4： 约定第三人为保证人的，审查是否有保证人的签字或盖章以及签章是否有效

常见问题：保证人的签章缺漏或无效。

要点5： 采取抵押方式担保的，如法律规定或合同要求必须办理抵押物登记的，审查是否办理了登记手续

常见问题：没有办理相应的抵押登记手续。

要点6： 采取质押方式担保的，应按合同中约定的质物交付时间，审查当事人是否履行了质物交付或质押登记的约定

常见问题：质物没有实际交付或办理登记。

**常见问题分析及处理**

* + 1. **合同、意向书、备忘录及传真**
       - 1. **合同的名称问题**

合同名称是一份完整合同的重要组成部分，一定情况下，可能成为合同性质的判断依据，甚至可能对确定合同争议的管辖地产生影响。因此，应将合同名称的审查作为一项重要内容来对待。

就目前合同审查的情况来看，合同名称“似是而非”或“张冠李戴”等使用不规范的现象仍普遍存在，常见的问题有：合同名称词不达意、逻辑不清，不能反映真正的合同法律关系或者无名合同使用有名合同的名称等。例如，某经办人员送审的《委托建设合同》明明是标准的建筑工程承包合同，但“委托建设”的提法却使合同性质显得不伦不类。一方付钱、另一方完成工作的合同并非都是委托合同，但实际中，经办人员在合同名称中滥用“委托”字眼的现象仍比较严重。

合同名称对于确定合同所适用的法律具有重要的影响作用，学理上根据法律是否赋予一类合同特定名称并予以规范，将合同分为有名合同和无名合同两类。有名合同的名称直接来自法律的规定，是指法律上确定了名称的合同，我国《合同法》分则中规定的各类合同以及《保险法》、《担保法》等法律法规规定的合同都是有名合同，包括买卖合同，供用电、水、气、热力合同，赠与合同，借款合同，租赁合同，融资租赁合同，承揽合同，建设工程合同，运输合同，技术合同，保管合同，仓储合同，委托合同，行纪合同，居间合同，保险合同，保证合同，抵押合同，质押合同，定金合同等。无名合同是指除有名合同外的、尚未由法律确定统一名称的合同。无名合同适用《合同法》总则的规定，并可参照适用《合同法》分则或其他法律最相类似的规定。

由上可知，合同名称并非无关紧要，而是完全可能对法律适用产生重要影响，因此同样需要认真审查。

在审查合同的名称时，可按如下情况确定合同名称：

第一，合同主要内容符合某一有名合同特征的，应以该有名合同名称作为合同名称，名称未体现的次要内容在合同正文中进行特别约定。使用《合同法》分则以及其他法律法规规定的有名合同的标准名称，除了在合同名称前附加用以区分不同合同标的、不同项目的词语外，一般情况下不宜随意改动，尤其不宜随意增加一些容易混淆合同性质的字眼，如委托、合作等。

第二，合同主要内容是无名合同的，分两种情况来处理。若为常见的无名合同，往往已经形成一个约定俗成的名称，这时可参照使用较为通用的名称，比如服务合同、出版合同、演出合同、培训合同、旅游合同、借用合同等；若为特殊或少见的无名合同，可以使用“项目名称+合同”的方式命名。

第三，除主要内容为单一法律关系的合同外，还存在大量涉及两种以上复杂法律关系的合同，如果这类合同很难用一个规范的有名合同或常见无名合同的名称来表述时，建议也使用“项目名称+合同”的方式命名。

除了一般合同的命名之外，还应注意补充协议的名称审查，建议补充协议的名称统一使用“原合同名称+补充协议”的方式命名，如有多份补充协议，应在“补充协议”后按照签订时间顺序增加序号。

总之，合同名称是合同审查的一项重要内容，应对此保持足够的重视，并将确保合同名称准确合法且与合同的内容相一致作为审查的基本原则。应特别注意的一点是，应尽可能避免以有名合同命名无名合同，尤其是当关于有名合同的法律规定对己方不利的时候更应避免，力争使合同仅适用《合同法》总则及《民法通则》的相关规定。

* + - * 1. **合同生效日期缺漏及与有效期相矛盾的问题**

1. 生效日期空缺

在合同中约定“合同经双方签字盖章之日起生效”是非常普遍的现象，但同时大量合同都是仅有签字和盖章，并没有填写相应的时间，这样就意味着合同生效日期难以确定，如果合同生效日期难以确定，那么一旦合同履行中产生纠纷，很多问题难以解决。

例如，合同约定的供货期是合同签订后15个工作日，但双方在签章时，都没有在合同中填写签订日期，将导致合同的供货日期不明确，影响合同的履行。

1. 生效日期与合同有效期矛盾的问题

对于一些补签的合同，合同的生效日期与合同中明确约定的有效期之间也存在冲突，比如，合同中规定了有效期自2008年1月1日起至2008年8月31日止，但合同实际签署的日期在2008年9月份以后，合同还未生效但有效期已过，十分矛盾。

合同期限并非合同必备条款之一，合同在权利义务履行完毕后一般将自然终止，所以一次性的业务合同（如普通的采购合同、技术开发合同、广告制作合同等）一般不用约定合同期限。如果给这类合同设定一个固定合同期限，一旦在固定期限内尚有权利义务未能履行完毕，反而使合同效力处于不确定状态。比如，有些合同的保质或保修期因为验收问题比较难事先确定，如果设定的合同期满和保修期已满，将使公司陷于被动；如果不设定合同期限，则合同要到对方履行完保修义务才能终止。另外，有些合同将对方实际履行义务的期限作为合同期限，因为流程问题，该类业务在合同签订之前已经履行完毕，这就出现了合同尚未签订就已经过期的滑稽问题，建议这类合同无须设立合同期限，如有限制对方履行期限的要求，则应当明确列明为履行期限。

建议合同管理员在办理合同签章手续时，除了审核合同的盖章签字事项外，还应认真审查合同的签字日期，对于没有签字日期的合同，应补充填写。签字日期一定要完整、规范。没有填写签字日期的合同，一方面不符合审计的规定；另一方面对于依签字日期确定合同履行期限的，将导致履行期限不明，因此应特别注意签字日期的完整性。

* + - * 1. **合同用语不准确的问题**

当事人之间订立的书面合同是非常严肃的法律文件，应特别注意审查合同用语的准确性问题。

首先，应注意审查法律用语的准确性。如在审核合同时，发现一些常见的法律用语错误，像“定金”与“订金”不分、“权利”与“权力”混淆、“抵押”与“质押”混用的情形等。另外，还发现不少合同中出现类似“一方对另一方罚款”等明显违反“合同各方法律主体地位平等”的用语或表述。其实，上述每个法律用语都是有其特别含义的，随意滥用可能会闹笑话，甚至直接影响到合同内容的有效性和当事人需承担的法律责任之大小。因此，法律人员审查合同时应当按照法律文件的一些书写标准或要求去做，推广规范性法律用语，以避免在解释合同时产生不应有的歧义。

其次，还应注意审查合同其他用语的准确性，避免使用不可量化或模棱两可的词语。合同的用词不能使用诸如“巨大的”、“重要的”、“优良的”、“好的”、“大的”等形容词；应避免使用模棱两可的词语；如“大约”、“相当”；涉及简称时必须有解释。此外对容易产生误解和歧义的词语要定义，用词要统一，对标点符号亦不可轻视。

俗话说：一字值千金，在合同文书中的表现尤为典型。合同用语不确切，不但使合同缺乏可操作性，而且还可能导致纠纷的产生。

* + - * 1. **关于合同目的的约定问题**

现有合同中关于合同的目的，普遍存在着不做约定或约定不清的问题，考虑到合同目的的特殊作用，在今后的合同审查中应予以重视。

合同目的，是指合同双方通过合同的订立和履行最终所期望得到的东西或者达到的状态。尽管《合同法》在合同的一般条款的规定中没有提及合同目的，但是《合同法》的内容中多处涉及了合同的目的。如《合同法》规定了对合同质量标准、履行方式约定不明确时依照合同目的确定，还将无法达到合同目的规定为解除合同的理由之一。因此，在合同中以明确的表述体现一方签订合同所要达到的目的，不失为一种低成本而行之有效的方法，尤其是对于买卖合同的买受方而言，约定合同目的不仅使合同中的未尽事宜有了解释的依据，也可以在一定程度上据此判断产品或服务的提供方对于违约造成损失的可预见性，从而为索赔提供合同依据。

《合同法》第113条第1款规定：“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，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”合同中是否约定合同目的在一定程度上会影响到对合同一方签约时能否预见到因违约所致损失的判断，进而影响到对合同违约责任的确定。因此，如果根据具体合同情况需要事先写明合同目的时，应尽量予以明确，这样，当对方违约时，可以据此主张违约方对于违约后果的可预见程度，进而可以在要求其赔偿合同正常履行后可以获得的利益时有一定的合同依据。

此外，合同目的也关系到合同解除权的行使，《合同法》第94条第1款第4项规定：“当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的，当事人可以解除合同”，即是通过判断违约行为是否导致合同目的无法实现来确定是否可以解除合同。

合同目的的描述方法多样，可专设一个条款进行描述，也可以在首部一语带过。需要注意的是，用一语带过的方式需要描述的是合同目的，而不是用于描述合同的内容。例如，在合同中仅约定双方买卖的产品是什么，则这种描述仅是合同内容的总结，而不是合同目的；如果约定是采购产品用于保证某项工程的进度，则是合同目的。合同目的一般不直接描述合同标的物，而是描述为什么要交易或交易后合同标的物要做什么用途。

* + - * 1. **意向书、备忘录的法律性质问题**

实际中，除合同或协议书之外，公司在经营过程中还经常对外签订意向书、备忘录等文件。关于意向书与备忘录的法律性质，签订人员在签订之前应有一定的认识，并根据签订的不同目的，采取相应的措施选择接受或者不接受其约束。一般来说意向书、备忘录并不是严格意义上的法律概念。意向书、备忘录的内容和形式具有多样性。

如果不希望受到意向书、备忘录中有关内容的约束，则可以在意向书、备忘录的实体性部分中设置导致其丧失约束力的辅助条款。如在意向书、备忘录中列有“需要进一步协商”、“具体由正式合同确定”、“本意向书或备忘录不具有法律约束力”、“双方的具体权利义务由正式的合同确定”或“本意向书或备忘录不产生对任何一方的权利或义务”的条款。

否则，如果意向书、备忘录已具备合同的基本条款，双方没有明确排除其约束力，且一方已经履行了该意向书项下的部分义务，他方也接受的，通常应认为意向书、备忘录的条款具有法律效力。此时的“意向书、备忘录”在性质上已经转化为正式合同，应与正式合同等同对待，并纳入合同审查的范畴。

* + - * 1. **关于传真签署合同的有效性问题**

对于以传真形式订立合同，《合同法》第10条和第11条规定，“签订合同可以用书面形式、口头形式或者其他形式，其中书面形式则是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式。”

我国《电子签名法》第5条规定：“符合下列条件的数据电文，视为满足法律、法规规定的原件形式要求：（一）能够有效地表现所载内容并可供随时调取查用；（二）能够可靠地保证自最终形成时起，内容保持完整、未被更改。但是，在数据电文上增加背书以及数据交换、储存和显示过程中发生的形式变化不影响数据电文的完整性。”

由上述法律可知，在符合法定条件时，我国法律承认和保护以传真形式签订的合同。但是，我们必须注意到，上述规定是建立在双方对签订合同这一事实不存在异议的基础上，如果双方对“是否有签订合同”、“合同是否是对方所传”等问题有争议，那么就需要其他证据来证明该合同的真实性。以传真方式签订合同和双方书面方式签订合同有明显的差别。以传真方式签约时，双方手中最终持有的合同文本都没有对方的原件签章，这就为今后合同成立与效力的证明埋下了隐患，如果合作伙伴不诚信，则合同条款有可能被篡改。所以，我们很有必要在此阐述以传真方式签订合同的法律风险。

首先，以传真方式签订的合同作为证据来支持自己的主张，在证据认定上，司法实践中存在争议。由于证据立法未有明确的规定，法院和仲裁机构对于当事人提交的传真证据，可能会有不同的证据认定结果。有的或许会将传真证据视为书证，而有的则有可能认为传真属于电子数据的远程复印件，而将其归入视听资料证据之列。这样的差异直接影响到案件中对该类证据性质的判定，从而关系到当事人所举证据能否直接证明其主张，进而决定着整个案件的输赢。

其次，传真作为书证提供面临“原件”提交不能之困。如果将传真视为书证，依据我国《民事诉讼法》第68条的规定，“书证应该提交原件”。但事实上，签订合同的一方除了自己保留有盖有己方原件章的传真件底稿外，一般情况下并没有对方签章的传真原件。在一方否认其曾在另一方提供的传真件上签章的情况下，另一方所面临的一个最为困难的举证问题就是无法提交双方都签章过的传真件的原件。尽管《电子签名法》的出台进一步确立了数据电文的应用与证明规则，但这样笼统的规定显然还不能改变现有的证据规则，不能确定传真方式签订的合同的证据性质。

最后，传真作为电子证据不能作为原始证据和直接证据使用，传真的证据效力相对较低。如果认定传真件属于视听资料，则该证据就变成了传来证据，在对方不承认自己曾在该传真上签章的情况下，该传真件是无法作为认定双方存在事实合同关系的直接证据。若主张合同有效成立的一方没有其他证据佐证，法院或仲裁机构就难以判定双方存在合同法律关系，而使该当事人存在举证不能的败诉风险。

综上所述，我们建议最好当面签订书面合同。若实属客观不能，最好采取换签的形式，让对方签章签订书面合同，再以快件方式送达接受方签署。对情况紧急必须以传真签订的合同可以通过以下方法减少法律风险：

第一，树立良好的证据意识，完整保留整个合同履行过程的证据，建议采取证据补强的措施。收集、保留其他能够证明双方以传真方式签订了合同的证据，如有关信函、电话录音、电子邮件、有关的凭证（如电话的记录单）等；应保留传真收发凭证并确保传真件上收发件人、收发时间、收发传真号码等信息清晰无误；最好要求对方在发出传真的最短时间内将传真件的原件寄交，以显示证据的同一性和完整性。传真件字迹及签章不得模糊不清。应建立传真收发登记制度，严禁客户随意在公司传真机上发送传真。

第二，以传真的形式签订合同，在紧急情形消失之后，当事人应当及时就传真内容补签书面的确认书，或直接在原传真件上重新签名盖章，变传真件为真正的原件。

* + 1. **合同的签约主体**
       - 1. **分支机构对外签约问题**

在公司对外签约的过程中，经常会遇到对方当事人为法人分支机构的情况，由于法人分支机构并不具备完备的合同签署权限，因此与其签约可能存在一定的法律风险。为了确保交易安全，防范潜在风险，对于对方主体为法人分支机构的，可以分如下两种类型审查其签约资格的合法性及有效性：

第一，法人的分支机构若依法设立并已领取营业执照，则属于《民事诉讼法意见》中规定的“其他组织”的范畴，其对外签署合同不存在法律上的障碍，其具有缔约能力，可以作为法律上的合同主体。但同时，还应结合该分支机构规模大小、履约能力高低等情况，全面衡量与其签约的法律风险。特别是对于一些金额特别巨大或存在较大法律风险的合同，从安全角度考虑，建议最好要求该分支机构提供相应法人对其签署合同的授权文件。

第二，若为法人非依法设立的分支机构或者虽依法设立，但没有领取营业执照的分支机构，且未经法人授权，则其自身不具有民事主体资格，其对外签订的合同一般会被确认无效。如其事后经法人追认，可视为法人行为，合同可被确认有效。因此，不得同此类分支机构签订合同。

* + - * 1. **法人内设职能部门对外签约问题**

法人内设的职能部门，未经登记设立，不能领取营业执照或其他登记证照，不属于法律规定的“其他组织”，不具有民事主体资格，不能以自己名义对外签订合同，这本是常识。但在实践中，有些情况下必须考虑如何解决某些法人特殊要求由其职能部门签订合同的问题。

从理论上说，以职能部门名义签订的合同应为无效合同。我国《担保法》及其司法解释均规定职能部门以自己名义签订的保证合同一概无效。但在处理职能部门以自己名义签订的其他合同（以下所讨论的职能部门名义签订的合同均指除担保合同以外的其他合同）的司法实践中，人民法院并非一概判定合同无效。特殊情况下，如果职能部门的行为事先取得了法人的授权，法院则可能以该法律关系的设立并不违反法人的意思，要求其承担相应合同义务与合同自由原则无违为由，认定合同有效，与法人分支机构在法人授权范围内签署的合同对法人有约束力相类似。相反，如果职能部门未经法人授权对外签订合同，则该合同一般应当属无效合同。通常情况下，法人内设职能部门不是适格的签约主体，因此建议实践中不要与其签订合同。

但是在与机关法人（如各级政府机关、人民法院等）或其他垄断性企事业单位开展合作的过程中，特殊情况下，对方不同意以法人名义与企业签署合同，而只同意以其下属职能部门名义签约，签字盖章的也仅为部门负责人及部门印章。尽管这种做法不符合法律的规定，存在一定的漏洞和风险，但为了企业业务发展的需要，在风险可控的情况下，也可以考虑。但建议最好选择更趋有利的方法来规避风险，通常与具有综合事务管理权限的职能部门签约更为稳妥。例如，在企业只能选择与政府机关内设职能部门签订合同的情况下，一般建议选择与办公厅、办公室等综合事务管理部门签署合同并加盖相应印章，这较之与其他专业职能部门签订合同更为稳妥。

* + - * 1. **投标主体与签约主体不一致问题**

在招投标活动中，此类问题并不鲜见，依法律规定或企业规定必须招标的项目，通过招标方式确定中标方之后，常有中标方提出由另外一家公司就该项目签订合同。实践中对此问题的审查掌握尺度不一，有的严格禁止，有的则在原则禁止的前提下允许中标方与第三方在承担连带责任的前提下与企业签约，有的则更为宽松，在由中标方提出书面说明的情况下允许由第三方公司与企业签约。

项目通过招投标方式确定供应商，确定中标方是根据供应商各项资质、业绩和其在投标书中对于满足项目实施的应答等指标综合评定后，与中标人之外的其他主体签订合同将导致中标主体与合同签订主体的不一致，违反了国家有关法律规定和公司招投标管理规定，其他投标人还可以主张中标无效，存在法律风险。因此，这种情况应尽量避免。

对此，审查合同时，应结合背景资料（如《中标通知书》或决策文件）的内容确定合同对方主体，避免出现中标主体与最终签约主体不一致的问题。

建议在招投标工作中，对于此类情况应采取联合体投标的方式进行，如果联合体中标，则可以与联合体各方签订合同，否则，应与中标方签订合同。此外，对于投标主体中标后，将部分业务转包第三方主体承包的问题，如确属此类项目商业模式的必需，须在招投标文件中予以说明。

* + 1. **违约责任**
       - 1. **违约责任承担方式的选择适用问题**

一份有效合同将在合同当事人之间产生法律上的约束力，应当被信守。如果当事人不履行或不适当履行合同，则将承担违约责任。违约应承担责任的规则，一方面可促使当事人主动积极地履行合同，另一方面在其不履行合同时，也可为守约方提供救济，以补偿其损失。违约责任条款设置应合理、科学，有利于合同的履行及违约之后的权利救济。

根据现行《合同法》的规定，违约责任的承担形式主要有五种：继续履行、赔偿损失、采取补救措施、违约金责任和定金责任。目前，公司常用合同中的违约责任条款，通常考虑到违约金责任方式简单明确、可操作性强，故一般约定支付违约金作为违约责任的承担方式，此外辅以赔偿损失，而较少依据合同的目的对违约责任承担方式加以细化、区分，易造成日后违约责任承担方面的问题。

实际上，由于五种违约责任追究方式对违约方的制约力度和效果有所不同，为了维护公司利益，应根据合同的性质和目的选择不同的违约责任承担方式。尤其是当合同对公司具有特殊的商业价值或利益，而存在对方单方违约解除合同的可能时，建议在违约条款的设计上，采用多种违约责任承担方式，加重对方的违约成本，制约对方的违约行为。合同中不宜直接约定对方违约达到一定程度时合同自动终止，而应在约定违约方承担支付违约金、赔偿损失的违约责任以外，同时明确约定守约方还有权要求违约方继续履行合同。增加这种违约救济方式更有助于实现守约方的缔约目的。

从违约责任承担方式选择上来看，为了保护利益不受损失，公司可以就合同具体情况约定多种责任形式，同时还应该注意五种方式之间选择适用的问题。如继续履行的责任形式，可以与支付违约金、赔偿损失责任并用，即要求违约方承担继续履行的责任，并不妨碍同时主张违约金、赔偿损失。关于违约金、定金和赔偿金三者是否可以并用的问题，《合同法》第116条明确规定了定金和违约金不能并用，只能择其一。对定金和赔偿损失是否可以并用，没有做具体规定，就公司而言，在对方违约可能性较大的情况下，在合同中应当尽量做出约定。

此外，从追究违约责任的难易程度上来看，违约金、定金责任两种方式简单明确、可操作性强，且方便举证。但违约金约定过高可能导致对方起诉要求法院予以减少。赔偿损失，如果未事先具体约定损失的计算办法，守约方须举证实际损失的多少，而损失计算通常复杂且争议较多，不利于损失的及时弥补、纠纷的顺利化解。继续履行，尽管是实现签约目的的首要救济手段，但在合作关系破裂、丧失互信的情况下，除非合同对于公司具有特殊的利益，一般不宜采用。采取补救措施，操作简单，在某些合同中是首选的违约救济手段。

最后，审查违约责任条款，还应注意审查责任数额的确定方式是否明确具体。在合同中最好明确约定责任数额，可以直接约定数额，也可以通过约定数额的计算方式确定，如以合同总金额的一定比例计算违约金，或按中国人民银行同期贷款利息或其计收逾期贷款罚息等标准计算每日的违约金。但是该等约定不得违反法律法规的强制性规定，例如，在约定定金时，定金数额不能超过合同标的总额的20%。

* + - * 1. **违约金约定过高的判断问题**

违约金作为承担违约责任的具体形式之一，是指合同签订时双方当事人约定的一方违反合同约定义务时向对方支付的一定数量的金钱或财物。一般可分为赔偿性违约金和惩罚性违约金。无论是前者还是后者都是对因违约行为所产生损失的预先估算，因此约定的数额与实际损失可能有出入，只要不低于或过分高于实际损失，这种约定应当给予保护。反之，如果约定的违约金数额低于或过分高于实际损失，则可能起不到损失填平作用，反而导致不公平的结果。为此，《合同法》第114条第2款规定了当事人约定违约金数额低于或过分高于实际损失的，经当事人请求，人民法院或仲裁机构可予以增加或适当减少。

在最高人民法院出台《合同法解释二》之前，由于法律对违约金过高如何认定的问题没有做明确的规定，所以司法实践中，违约金比例一直很难把握。但目前2009年2月9日最高人民法院审判委员会第1462次会议通过的《合同法解释二》第29条第2款对该问题做了明确规定，“当事人约定的违约金超过造成损失的百分之三十的，一般可以认定为合同法第一百一十四条第二款规定的‘过分高于造成的损失’。”

* + 1. **合同其他条款**
       - 1. **合同付款条款的审查问题**

在公司对外签订的合同中，除电信服务类合同外，公司的主要合同义务是付款义务。付款条款存在的主要问题有，不应一次性付款的合同选择了一次性付款；分期付款的合同，付款比例不恰当，首付款比例过高，付款条件未与制约对方履行相应合同义务相结合等，这些问题不利于相关风险的控制。

付款条款，主要约定合同的付款方式、条件及进度等内容，通常与合同权利义务的平衡具有密切关系，对于保证合同的履行质量、实现合同的目的具有重要意义。付款条款存在的主要问题有：不应一次性付款的合同选择了一次性付款；分期付款的合同，付款比例不恰当，首付款比例过高，付款条件未与制约对方履行相应合同义务相结合等。审查该条款，应依据合同性质及目的，将付款条款与合同各阶段义务的履行结合起来考虑，最大限度发挥付款条款的风险控制作用。

不同的合同应采用不同的付款方式，常见的有如下两种：

* 1. 一次性付款

通常用于合同期限较短且对方没有后续合同义务履行问题的合同，如礼品、宣传品或其他低值易耗品采购合同等，可约定到货验收合格后一次性付款，但一般设备或中小型的采购合同，应留有一定比例的质量保证金，待保修期满后支付。

* 1. 分期付款

对于设备采购（涉及安装、调试、试运行、初验终验等）、技术开发类、租赁类、广告发布类合同、维护服务类或合作类的合同，由于合同期限有较长的持续性，合同对方有需要后续履行的合同义务，常采用分期付款的方式。

审查付款条款时，可根据具体合同中对方应履行的主要合同义务，最终确定若干个付款时间点，例如：

合同生效时间；

合同经相关管理部门批准、登记、备案的时间（如有）；

交付时间；

验收合格时间；

质量保证期届满时间。

以商品房买卖合同为例，应将价款支付与房屋买卖过程中的风险结合起来，与开发商在合同履行各阶段应尽的义务相联系，通过支付时间和付款比例促使开发商按约及时完成合同义务，从而保障公司的利益。如可考虑选择合同签订时间、合同经房屋交易管理部门备案时间、房屋交接时间、取得验收备案表及交付时间、产权过户时间、质量保证期届满时间等若干关键时间点来约定付款期限及付款条件。

最重要的是如何把价款的支付和合同履行过程中对方合同义务的履行和防控对方违约风险结合起来，把价款的支付条件和对方在各阶段应履行的合同义务密切联系，通过设定价款支付的时间点和付款比例来促使合同对方及时如约履行合同义务。

此外，对于补签合同的付款条款，应注意对常用合同文本中的分期付款条件进行核对，正常合同约定的分期支付条件，在补签合同情况下付款期限早已构成迟延，应根据情况相应调整付款条件和期限，以免因约定不当导致迟延支付的违约风险。

合同付款方式的选择问题，还与具体合同的性质、对方的资质、商业信用及履约能力等相关，实践中应在坚持原则的基础上，因“人”而异、因事而异，适当约定付款条款，真正发挥付款条款的保障作用。

* + - * 1. **争议解决条款的约定问题**

诉讼和仲裁是两种常见的合同争议解决方式，至于什么情况下选择诉讼、什么情况下选择仲裁，需要根据合同的不同情况而定。一般来说，诉讼与仲裁的主要区别如下：

第一，程序方面。前者为两审终审，符合条件的案件二审后还可申请再审，救济途径较多，主张权利的时间较充裕，但纠纷解决的时间较长；后者为一裁终局，仲裁程序相对较简捷，纠纷解决时间较短，效率较高。

第二，开庭方式。前者以公开开庭为原则，对裁判公正性的监督较有利；后者以不公开开庭为原则，有利于保守商业秘密。

第三，自由选择权。前者具有管辖限制，当事人对管辖法院的选择范围较小，对法官可以提出回避申请；后者管辖的仲裁机构和组成仲裁庭的仲裁员由当事人选择，没有地域管辖的限制，更突出当事人意思自治的特点。

第四，裁决的强制力。前者以国家强制力为直接后盾，其裁判更具权威性和威慑力；后者以国家强制力为间接后盾，当事人不履行时，其裁决应当申请人民法院执行。

第五，裁决的质量。前者由法官负责审理，裁决的质量因法官个人素质不同存在差异；后者由仲裁员审理，作为仲裁员的专业素质要求一般高于法官，因此裁决质量相对较高。

第六，涉外纠纷的执行方式。判决需根据双方当事人所在国之间的双边条约或者互惠关系，申请国外法院的承认和执行；根据国际公约（如《纽约公约》）的约定，裁决可以在缔约国得到承认和执行。因此，对于涉外合同建议最好选择仲裁作为纠纷解决方式。

诉讼与仲裁是两种互斥的合同争议解决方法，选择了仲裁就不能到法院起诉，反之也一样。两种方式各有利弊，当事人应当根据合同的性质、争议的类型等不同情况进行相对有利的选择。

此外，为了节省诉讼或仲裁成本，更好地保护公司的权益，如果约定选择仲裁，建议尽量约定在公司住所地仲裁委员会进行仲裁；如果约定选择诉讼，也应尽量在法律规定的范围内约定在己方住所地法院进行诉讼。

发生合同争议时，在双方协商不成的情况下，可以在如下两种争议解决方式中选择约定其一：

* 1. 选择诉讼方式

应明确约定诉讼管辖地，并争取在符合法律规定的范围内约定提交己方所在地法院诉讼。根据《民事诉讼法》第25条的约定，有五种法院可供当事人协议选择：原告所在地、被告所在地、合同签订地、合同履行地以及标的物所在地法院。但同时协议管辖不得违反有关专属管辖和级别管辖的规定。

审查该条款时，常见错误有：

* + 1. 表述不清楚，容易产生歧义，如“如果发生争议，可由双方各所在地法院管辖”、“争议由守约方所在地法院管辖”、“由当地法院管辖”等；
    2. 约定由上述五种法院以外的法院管辖；
    3. 约定违反了级别管辖的规定，如普通案件约定由某地中级人民法院管辖；
    4. 约定违反了专属管辖的规定，如房屋租赁合同纠纷约定“由甲方或乙方所在地法院管辖”。
  1. 选择仲裁方式

合同双方协商一致后选定仲裁机构，应完整、准确地书写其名称，并且确认该仲裁机构必须是客观存在的，否则将导致仲裁条款无效。

在合同中订立仲裁条款时，存在因表述不完整而致使约定的仲裁条款无效，从而在纠纷发生后不能达到请求仲裁解决纠纷目的的情况。实践中常见的仲裁条款中存在的问题有：

* 1. 在合同中约定了仲裁地点但没有约定仲裁机构，或虽然有约定，但约定的仲裁机构名称的方式、术语不规范、不完整。如“发生争议在合同签订地(履行地)仲裁解决”、“在争议所在地仲裁解决”、“争议由本市仲裁机关仲裁”、“争议由本市有关部门仲裁”、“争议在当地仲裁委员会仲裁”、“争议由市合同仲裁委员会仲裁”等。如果按照以上这些约定，在纠纷发生后申请仲裁时，往往会被认为约定不明确而无法实现通过仲裁解决纠纷的初衷。
  2. 在合同中同时约定两个以上仲裁机构。如有的合同中约定：“争议可提交A市有关仲裁机构仲裁或B市有关仲裁机构仲裁。”这样约定，往往在纠纷发生时双方当事人会就申请何地仲裁机构仲裁发生分歧。根据法律规定，仲裁协议约定两个以上仲裁机构的，当事人可以协议选择其中的一个仲裁机构申请仲裁；当事人不能就仲裁机构选择达成一致的，仲裁协议无效。
  3. 在合同中既约定仲裁，又约定诉讼。如有的合同中约定：“发生争议可向合同履行地（或签订地）仲裁机关申请仲裁，也可以直接向人民法院起诉”、“争议由合同履行地仲裁机关仲裁，对仲裁不服，向人民法院起诉”等。根据我国《仲裁法》的规定，由于这种协议既约定了选择仲裁，又约定了选择诉讼，违反了仲裁的唯一性和终局性，会被仲裁机构认定为无效约定，其仲裁申请将不会被受理。

关于我国仲裁机构设立的原则，根据《仲裁法》第10条之规定可知，仲裁委员会可以在直辖市和省、自治区人民政府所在地的市设立，也可以根据需要在其他设区的市设立，不按行政区划层层设立。由此可以看出，县一级人民政府所在地不设立仲裁机构。

* + - * 1. **知识产权归属条款的约定问题**

知识产权条款是指双方对合同涉及知识产权的权利归属及使用等内容所作的约定，目前个别合同经办人员对于知识产权条款的约定不够重视，存在随意约定或约定不明的情况。

一般来说，在广告类合同、技术类合同、委托设计制作类合同中，应当设置知识产权条款；在采购类合同、咨询服务类合同、委托筹办类合同、支撑服务类合同、施工类合同中可根据具体情况设置知识产权条款；而租赁类合同，一般无须设置知识产权条款。

对于广告类合同（主要指广告设计制作合同）、委托设计制作类合同而言，应明确作品（包括广告文案）的知识产权归属，并相应规定使用的限制，对于作为委托方的企业来讲，可能的模式主要包括：

* 1. 完全归属本公司，非经事先书面同意，受托方不得以任何方式使用或向第三方披露；
  2. 完全归属本公司，但在本合同履行完毕后，受托方为介绍其自身业绩需要可以引用相关的内容；
  3. 归双方共有，除本合同已有约定之外，任何一方拟使用或处置该作品必须事先取得对方同意；
  4. 归受托方所有，但受托方对该作品的任何使用或处置均不得侵害本公司的合法权益。

对于软件类合同而言，应明确软件产品的知识产权归属并相应规定使用的限制，对于作为委托方的企业来讲，可能的模式主要包括：

* + - 1. 完全归属委托方（可根据情况允许卖方/许可方/受托方保留作为软件开发单位的署名权，下同），非经本公司事先书面同意，卖方/许可方/受托方不得以任何方式使用或向第三方披露；
      2. 完全归属委托方，但在本合同履行完毕后，卖方/许可方/受托方为介绍其自身业绩之需要可以引用相关的内容；
      3. 归双方共有，除本合同已有约定之外，任何一方拟使用或处置该软件作品必须事先取得对方同意；
      4. 归卖方/许可方/受托方所有，但卖方/许可方/受托方对该软件作品的任何使用或处置均不得侵害本公司的合法权益；卖方/许可方/受托方对软件作品的任何升级应免费为本公司提供。

此外，在合同中，还应当明确规定作品中所涉及的任何文案、文档、图片、视频、软件等均不会侵犯任何第三方的知识产权，否则应由卖方/许可方/受托方承担损害赔偿责任。当然，此种约定可能不能起到对抗合同外其他第三人的法律效力，但可以据此在被要求承担责任后，根据实际受到的损害向卖方/许可方/受托方进行追偿。

* + - * 1. **不可抗力条款的约定问题**

不可抗力是对损害后果法定的免责事由，在违约责任和侵权责任中均经常适用。《民法通则》第153条规定，不可抗力是指当事人不能预见，不能避免并不能克服的客观情况。《合同法》第117条第2款沿袭了此规定。

除了法定的不可抗力事项之外，关于不可抗力条款的约定，实践中，还应根据合同的特点，将法律无规定但具有不可抗力性质的事项约定为不可抗力，以减轻相应的责任。从公司利益出发，目前各项合同类别中，一般均应设置不可抗力条款，尤其是对于施工类合同、采购类合同、租赁类合同等合同类型而言。

对于不可抗力条款的具体设置，应根据公司在具体合同中的不同地位来具体分析。如合同中的主要义务由相对方履行的，则对于不可抗力条款，可以在合同中作较为原则性的规定，同时对于列举的不可抗力事件则可以尽可能地少。例如在施工类合同中，公司主要义务为支付工程价款，而相对方的主要义务为工程施工，受到不可抗力影响的可能性显然更高，故此时合同不可抗力条款设置宜较为原则，且列举的情况较少，则相对方援引不可抗力条款免除责任的可能性就较低，更有利于公司权益的保护。但如公司需承担具体合同的主要义务的，则建议对不可抗力条款的约定应尽可能细化，即采取穷尽式、列举式的方式，尽最大可能将可能对公司履行合同造成影响的情形都约定为不可抗力事件，以便在发生这些情况时，可以较为轻易地援引不可抗力条款避免相关法律风险的发生。

除上述外，合同中还应对援引不可抗力条款的程序加以考虑。如前所述，如公司合同义务相对较轻的，则可以规定较为严格的援引不可抗力条款的程序和要求，例如发生不可抗力后应提交当地政府或者公证机构出具的关于发生不可抗力的证明文件，以及主张不可抗力的期限等，以便从程序上尽可能地避免相对方主张不可抗力。而如果公司合同义务较重的，则可以规定较为宽松的程序和要求，借以减轻公司程序方面的义务。

此外，建议在合同中明确将因政府政策、命令、指示或其他行使行政权力的行为，致合同完全或部分不能履行的，视为不可抗力。

* + - * 1. **被动条款的使用问题**

1. 自动顺延条款约定不当的问题

对于企业签订的一些合作类或服务类合同，合同文本中经常出现诸如“合同期限届满后，如果双方无书面异议，则合同有效期自动顺延一年”的表述，这种表述使得合同的期限到期后自动顺延。一旦顺延之后，如果企业发现对方的服务质量不能满足要求或合作效果不理想，想要终止合同，则会引起争议。

合同有效期自动顺延的条款是一种消极的权利行使，不能盲目使用，应多用于企业有求于对方且供求趋势明显的合同（如租赁类合同等），但对于那种趋势不明显且企业又不主动控制合作期限的情况下，建议取消合同有效期自动顺延的条款。

1. 过期不验收视为合格条款问题

对于合同约定的其他不作为即默示接受条款，如验收条款规定“在一定时间内验收，过期不验收即视为合格”等，尽可能少做此类约定，即使约定，也要预留合理长的时间，并设定一些限制性的条件，并规定对方负有一定的书面提示义务，以避免企业怠于行使权利而承担不利后果。如确需此类条款，建议对送达的方式、期限等进行明确的约定。

* + 1. **合同文本通用示范条款**
       - 1. **鉴于条款**

鉴于：

甲方是一家依据中华人民共和国法律成立并持续经营的公司，现就 工作及其他相关的服务工作,拟委托具有前述相关工作资质及经验的乙方, 承担并完成该项服务工作；

乙方是一家依据中华人民共和国法律成立并持续经营的公司，具备承担甲方 的工作及其他相关的服务工作的各项资质及经验，愿意并有能力接受甲方委托按照甲方要求承担该项服务工作。

* + - * 1. **对方保证具备履约资格及能力条款**

乙方应保证其具有承接本合同项目的法定资质，因乙方缺乏相应资质而给甲方造成损失的，乙方应承担相关责任。

乙方在履行合同过程中，应遵守国家法律法规及地方法规的有关规定，并承担因违反上述规定而产生的法律责任。如项目需要进行审批的，应由乙方负责完成相关审批手续。

* + - * 1. **结算、支付条款**

1. 合同金额为人民币： 元,包括但不限于： 。双方确认，除本合同总金额外，甲方无须就本协议项下乙方服务向乙方支付任何额外费用。
2. 甲方采用第 种方式，并按以下约定安排付款：（1）现金；（2）支票；（3）转账。

在本合同签署后 个工作日内支付合同总金额的 ％，即人民币 元。

在乙方交付 并经甲方验收合格后 个工作日内支付剩余的合同金额，即人民币 元。

1. 乙方应分别在收到上述（1）和（2）款所规定金额后 日内向甲方出具前述各款金额的正规税务发票。
2. 双方的账户如下：

甲方：

开户行：

账户名称：

账号：

乙方：

开户行：

账户名称：

账号：

任何一方如需改变上述账户，应提前十日以书面通知另一方。如一方未按本合同规定通知而使另一方遭受损失的，应予以赔偿。

* + - * 1. **知识产权条款**
    1. 成果的知识产权归甲方所有。
    2. 乙方保证向甲方提供的 成果不侵犯他人知识产权。与 成果有关或因甲方使用 成果而发生或引起的任何索赔或纠纷，由乙方负责处理并承担责任；因此造成甲方损失的，乙方应承担赔偿责任。
       - 1. **保密条款**

1. 本合同拥有信息的一方（“提供方”）根据本合同向另一方（“接受方”）提供的信息，包括但不限于技术性信息、商业性信息、文件、程序、计划、技术、图表、模型、参数、数据、标准、专有技术、业务或业务运作方法以及其他专有信息，本合同的条款和与本合同有关的其他商业信息和技术信息(以下统称“保密信息”)，只能由接受方及其人员为本合同目的而使用。除本合同另有规定外，对于甲方提供的任何保密信息，未经甲方的书面同意，乙方及其知悉保密信息的人员均不得直接或间接地以任何方式提供或披露给任何“第三方”。在本条中，“第三方”是指任何自然人、企业或其分支机构、代理、组织或其他实体。
2. 提供方向接受方提供或披露的保密信息，仅可由接受方为执行本合同需要披露给指定的雇员，并且仅在为执行本合同所需的范围内进行该等披露；但是，接受方在采取一切合理的预防措施之前，不得向其雇员披露任何保密信息，该等预防措施包括但不限于告知该等雇员将要披露信息的保密性质，由该等雇员做出至少与本合同保密义务一样严格的保密承诺等，以防止该等雇员为个人利益使用保密信息或向任何第三方做出未经授权的任何披露。
3. 接受方的律师、会计师、承包商和顾问为提供专业协助而需要了解保密信息时，接受方可向其披露保密信息，但是，其应要求上述人员签订保密协议或按照有关职业道德标准履行保密义务。
4. 如相关政府部门或监管机构要求接受方披露任何保密信息，接受方可在该政府部门或机构要求的范围内做出披露而无须承担本合同项下的责任。但前提是，该接受方应立即将需披露的信息书面通知提供方，以便提供方采取必要的保护措施，且该等通知应尽可能在信息披露前做出，并且接受方应尽商业上合理的努力确保该等被披露的信息获得有关政府机关或机构的保密待遇。
5. 在任何情形下，本条所规定的保密义务应永久持续有效。
6. 本条规定的保密义务对以下信息不适用：

在一方披露时已经是公众所知的信息，或者并非由于接受方的雇员、律师、会计师、承包商、顾问或者其他人员的过错而成为公众所知的信息；

有书面证据证明在披露时已经由接受方掌握的信息，而且信息并非直接或间接来自提供方；

有书面证据证明第三方已向接受方披露的信息，而该第三方并不负有保密义务，并且有权做出披露。

1. 当本合同解除或终止时，接受方应立即停止使用且不得许可第三方使用提供方的保密信息，同时，接受方应按照提供方的书面要求，将提供方提供的保密信息退还提供方或予以删除或销毁。
   * + - 1. **违约责任条款**
2. 任何一方未履行本合同项下的任何一项条款均被视为违约。违约方应承担因自己的违约行为而给守约方造成的经济损失。
3. 如乙方无法按本合同要求完成 服务工作的，乙方应向甲方支付相当于合同总金额 ％的违约金；甲方有权直接从应支付乙方的相应合同金额中扣除，并有权解除本合同。如甲方要求乙方继续履行合同义务，则乙方应在甲方要求的时间内完成工作。
4. 如甲方无正当理由未按合同规定向乙方支付合同金额，每延迟一天，甲方应向乙方支付相当于延迟付款额 ％的违约金。
5. 如乙方违反本合同的保密条款，则甲方有权要求乙方承担相当于合同总金额 ％的违约金（甲方有权直接从应付的合同金额中扣除）。
6. 如因乙方行为侵害第三方合法权益的，乙方应负责处理并承担所有责任。因此给甲方造成损失的，乙方应承担赔偿责任。
7. 本合同所称之损失包括实际损失和合同履行后可以获得的利益、诉讼或仲裁费以及合理的调查费、律师费等相关法律费用。
   * + - 1. **不可抗力条款、免责条款**
8. 本合同所指不可抗力，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。
9. 由于不可抗力事件，致使一方在履行其在本合同项下的义务过程中遇到障碍或延误，不能按规定的条款全部或部分履行其义务的，遇到不可抗力事件的一方（“受阻方”），只要满足下列所有条件，不应视为违反本合同：

受阻方不能全部或部分履行其义务，是由于不可抗力事件直接造成的，且在不可抗力发生前受阻方不存在迟延履行相关义务的情形；

受阻方已尽最大努力履行其义务并减少由于不可抗力事件给另一方造成的损失；

不可抗力事件发生时,受阻方已立即通知对方，并在不可抗力事件发生后的十五天内提供有关该事件的公证文书和书面说明，书面说明中应包括对延迟履行或部分履行本合同的原因说明。

1. 不可抗力事件终止或被排除后，受阻方应继续履行本合同，并应尽快通知另一方。受阻方应可延长履行义务的时间，延长期应相当于不可抗力事件实际造成延误的时间。
2. 如果不可抗力事件的影响持续达三十日或以上时，双方应根据该事件对本合同履行的影响程度协商对本合同的修改或终止。如在一方发出协商书面通知之日起十日内双方无法就此达成一致，任何一方均有权解除本合同而无须承担违约责任。
   * + - 1. **争议解决条款**
3. 如果任何争议或权利要求起因于本合同或与本合同有关或与本合同的解释、违约、终止或效力有关，都应由双方通过友好协商解决。协商应在一方向另一方送达关于协商的书面要求后立即开始。
4. 如果在一方提出协商要求后的十日内，双方通过协商不能解决争议，则各方同意按下列第 种方式解决：

将该争议提交至 仲裁委员会。该会依据其现行有效的仲裁规则在 进行仲裁。

本合同项下的任何仲裁裁决是终局的，并对双方具有约束力，并可在任何有管辖权的法院或其他有权机构强制执行。除非仲裁裁决有不同规定，败诉方应支付双方因仲裁所发生的一切法律费用，包括但不限于律师费。

向（甲方住所地）人民法院提起诉讼。

向（乙方住所地）人民法院提起诉讼。

1. 诉讼或仲裁进行过程中，除双方有争议的部分外，本合同其他部分仍然有效，各方应继续履行。
2. 每一方同意使用本合同通知与送达条款规定的方式送达与仲裁或强制执行仲裁裁决有关的传票、通知或其他文件。本合同通知与送达条款中的任何规定均不应影响一方以法律允许的其他方式送达上述传票、通知或其他文件的权利。
3. 本合同全部或部分无效的，本章依然有效。
   * + - 1. **法律适用条款**

本合同的成立、效力、解释、履行、签署、修订和终止以及争议的解决均应适用中华人民共和国法律。

* + - * 1. **合同期限条款**

合同期限为 年 月 日至 年 月 日。本合同期限届满前一个月，经协商同意，双方可续签本合同。

* + - * 1. **合同的变更、解除条款**

1. 乙方在距工作开始 日之前没有完成筹备工作的，或者在距工作开始 日之前没有证据表明乙方能够提供工作场所或者工作所需要的条件的，或者甲方有证据证明乙方不能适当履行义务的，甲方有权解除本合同，并要求乙方承担违约责任。
2. 如果甲方对于乙方的工作筹备计划或者人员安排不满，要求乙方修改，而乙方拒绝修改的，或者乙方经修改后仍不能令甲方满意的，甲方有权解除本合同，并要求乙方承担违约责任。
3. 甲方认为本合同不必履行时，甲方可以在向乙方支付合同金额百分之 ，即人民币 （大写）元（RMB ）的补偿金后解除本合同。
4. 工作开始前，如因不可抗力、国家法律政策变化等原因造成本合同不能如期履行的，经过甲方书面确认后可以延期。甲方不同意延期的，双方应当解除合同；解除合同时，乙方应当返还甲方已经支付的款项，但乙方可以在该款项内扣除为工作筹办而支出的合理费用。
5. 甲方有权在事先通知乙方的情况下，改变工作的时间和安排。因此给乙方造成额外支出或延误工作筹办时间的，甲方应给乙方必要的时间和适当的补偿。
   * + - 1. **通知送达条款**
6. 根据本合同需要发出的全部通知，均须采取书面形式，以（A）专人递送，（B）特快专递，(C)传真或(D)挂号信件方式发出。特快专递或挂号信件的交寄日以邮戳为准。上述书面通知均须标明合同各方为收件人。
7. 上述书面通知按对方在本条第4款中所列的地址发出，并按本条第3款规定时间视为已经送达。如任何一方的地址有变更时，须在变更前十日以书面形式通知对方。因迟延通知而造成的损失，由过错方承担责任。
8. 双方将按如下规定确定通知被视为正式送达的日期：
9. 以专人递送的，接收人签收之日视为送达。
10. 以传真方式发出的，以发件方发送后打印出的发送确认单所示时间视为送达。
11. 以特快专递形式发出的，发往本市市内的，发出后第二日视为送达。发往内地其他地区的，发出后第三日视为送达。发往港、澳、台地区的，发出后第四日视为送达。发往境外其他国家或地区的，发出后第六日视为送达。
12. 以挂号方式发出的，发往本市市内的，邮寄后第三日视为送达。发往内地其他地区的，邮寄后第四日视为送达。发往港、澳、台地区的，邮寄后第五日视为送达。发往境外其他国家或地区的，邮寄后第七日视为送达。
13. 各方地址与联系方式如下

如致甲方：

地址：

电话：

传真：

邮政编码：

收件人：

如致乙方：

地址：

电话：

传真:

邮政编码:

收件人：

1. 本合同项下的通知自送达之日发生效力。
   * + - 1. **合同附件条款**

合同附件为本合同的组成部分，与本合同正文具有同等法律效力。若合同附件与合同正文有任何冲突，以合同正文为准。

* + - * 1. **生效条款**

本合同自双方盖章并授权代表签字之日起生效。原件一式 份，双方各执 份，具有同等法律效力。

* + - * 1. **合同文本条款**

1. 本合同未尽事宜，应由双方友好协商解决。如需对本合同及其附件做任何修改或补充，须由双方以书面做出方为有效。修改或补充文件与本合同有不一致的，以修改或补充文件为准。
2. 本合同如有任何变更、终止或解除需双方同意并签署书面文件方为有效。
3. 本合同签署前，双方将分别向对方提供其授权本合同签署人代表其签署本合同的授权文件。
4. 合同将保持其效力直至各方已完全履行合同项下的所有义务并且各方之间的所有付款和索赔已结清。
5. 合同附件为本合同的组成部分，与本合同正文具有同等法律效力。若合同附件与合同正文有任何冲突，以合同正文为准。

**第四编 合同审查分类指引**

1. **采购合同审查指引**

采购合同是公司内部常用的习惯称谓，即《合同法》分则规定的买卖合同（以下统称采购合同）。因数量众多、金额巨大，采购合同是公司生产经营过程中最常用的合同类别之一，涉及公司经营的方方面面，如进行通信网络建设，需签订网络系统主设备及配套设备采购合同；进行市场营销，需签订促销或宣传礼品采购合同；涉及日常办公，需签订办公用品采购合同。

* 1. **采购合同概述**

1. 采购合同的定义

采购合同是出卖人转移标的物的所有权于买受人，买受人支付价款的合同。其中，交付标的物并转移所有权的一方是卖方，支付价款的一方是买方。

1. 采购合同的分类

第一，按照采购的贸易类型分为国内货物采购合同与国际货物采购合同（即内贸采购与外贸采购）。

第二，按照采购合同的订立程序分为一般程序的采购合同和特殊程序的采购合同，特殊程序的采购合同包括但不限于经过拍卖、招投标方式订立的采购合同，以及须经过特定的程序如批准、登记等手续才能生效的采购合同。

第三，按照合同买卖的标的物可分为系统设备采购合同、一般货物采购合同、礼品采购合同和办公用品采购合同等。

1. 采购合同的特点

第一，采购合同是最典型的有偿合同，标的物与合同价款互为对价，区别于没有对价的赠与合同。因采购合同是最典型的有偿合同，因此，《合同法》第174条规定其他有偿合同可参照采购合同的规定。

第二，采购合同是最典型的双务合同，买卖双方互负义务，均须履行己方义务方能完成合同。

第三，采购合同是诺成合同，一般买卖合同，只要双方意思表示一致即可成立并生效，除非双方特别约定，采购合同无须以实际的履行行为作为合同成立的条件，故为诺成合同。

* 1. **采购合同审查要点**

1. 审查合同对方主体的合法性

对一般买卖合同的卖方，需审查其营业执照的合法有效性，许可经营或限制经营的货物，还需审查卖方是否具备并提供了相关的许可证照。

若卖方为销售代理商，除了进行上述审查外，还需要审查其代理资格的合法性，审查其是否提供代理销售的有效证明文件等。

1. 审查合同条款约定是否完整

除《合同法》第12条规定的一般条款外，根据买卖合同的特点，双方还可以约定包装条款、检验条款等。采购合同的条款，通常因采购标的的特性、采购金额的大小等因素的不同，可繁可简。

实际中，由于礼品或宣传品、办公用品的采购合同相对简单，风险不大，合同的条款一般包括：合同当事人，合同标的物名称、规格、数量、质量标准和其他要求，价格及付款方式，交货时间、地点和方式，验收，保修，违约责任，不可抗力，争议解决，合同生效等条款。

而设备采购类合同较为复杂，风险较大，合同的条款要求相对较高，一般应包括：合同当事人，合同的标的物名称、规格、数量，价格及付款方式，运输与包装，交付、开箱检验、安装及验收，软件更新及版本升级，保修与维修，承诺与保证，保密责任，违约责任，不可抗力，通知与送达，法律适用和争议解决，合同生效、终止及其他。如果是设备采购合同，还需要增加系统测试、移交、联网、初验、试运行和终验、培训等条款。

1. 审查合同标的条款是否清楚明确

应审查标的物的品名、规格、型号、等级等信息是否明确，是否有确切的数量及计量单位，质量标准是否明确，如是否写明具体的国家标准、行业标准或其他标准。

合同标的是《合同法》规定的合同必备条款之一，如果约定不明，易发生纠纷。如产品的质量标准，是判断卖方交付的标的物是否符合约定的关键，如有具体标准，应写明颁布标准的机构名称、颁布时间并标明其全称和编号。

1. 审查价格条款是否具体明确

价格条款是采购合同的核心条款，须重点审查：金额是否具体明确，是否与中标或谈判价格以及附件清单一致，价格是否含税，税费负担是否合法。采购合同中常涉及诸如产品运输、包装、退换货、零配件更换、维修等问题，应审查其相关费用应由哪一方承担、是否已包含在合同总价款中等内容是否已约定清楚。

1. 审查付款条件、付款方式及期限是否约定明确

采购合同应明确约定付款条件、方式和期限。常见问题如付款以验收合格为前提的，未约定验收条款；或分期付款以初验、终验为条件的，仅约定验收条款，未分别约定初验和终验条款。关于付款方式，应明确约定采用现金、电汇、支票等方式的哪一种，同时应明确是一次性付款还是分期付款，是否留有一定比例的质保金，质保金何时付清等。

1. 审查包装及运输条款规定是否明确

设备需要包装的，应明确包装的材质、规格，并注意审查是否有特殊的包装要求（如防潮、防震、标注要求等）；设备需要运输的，应明确运输方式、责任方及运费的负担等。

1. 审查交货方式、交货时间、交货地点的约定是否清楚

交货方式（送货或者提货）、交货时间、交货地点应具体明确，如交货地点应写明具体到门牌号码的准确地址，如签约时不能确定交货地点，也可约定为买方指定的地点，而不宜笼统约定为某省、某市。若为分次交货，还应明确每次交货的时间及地点。

1. 审查验收标准、验收程序、验收条件约定是否明确

公司采购的设备、工程材料等往往需要在安装、集成、调试甚至试运行后方可确定产品、设备及其集成后系统的整体可用性、符合性，因此在此类采购合同中应有到货检验、初验、试运行后的终验等条款，且往往与付款相挂钩，以便于以付款制约卖方履行交付合格标的物的主要合同义务。因此，验收条款除应按照《合同法》第157条、第158条的规定进行审查外，还应当根据公司采购标的物的上述特点进行审查。

验收标准应注明是国家标准、行业标准或其他标准，礼品、宣传品等一般依据样品质量标准验收的，应封存样品。此外应审查验收的地点、期限、程序等是否已约定明确。如果允许分阶段部分验收的，应明确规定全部标的物验收合格的标志，以便与违约责任条款相对应。

验收条款常见问题有：不约定验收条款；在条款中约定按附件规定验收，却没有附件；虽然约定了验收条款，但约定不明，如仅笼统约定按现行法律规定进行验收，或虽约定初验、终验的情形，但未具体约定验收的时间和条件，对样品未进行封存等。

1. 审查违约条款约定是否明确

审查时要注意违约条款是否明确具体，如承担违约责任的方式是否合理，违约金的比例、赔偿范围是否对公司有利等。

1. 审查保修条款是否明确

审查是否规定了质量保修期，保修期限、起止时间点以及质保期结束后设备的维修问题等是否约定明确。

1. 审查特殊买卖形式下的权利义务是否有特别约定

如试用买卖合同，按照《合同法》第171条的规定：买方在试用期内可以购买标的物，也可以拒绝购买。试用期间届满，买方对是否购买标的物未作表示的，视为购买。因此，试用买卖合同需审核是否按照上述法律规定进行了更具体的约定：如试用期间起止时间、试用后购买是否仍需另行签订买卖合同、买卖的条件如何确定、如何通知对方是否购买的决定、试用人拒绝购买标的物时卖方需承担费用自行收回标的物、标的物毁损灭失的风险承担等。

* 1. **采购合同常见问题及处理建议**

1. 赔偿责任问题

设备采购合同中，设备供应商经常希望通过约定“间接损失不赔”、“卖方责任仅限于赔偿直接损失”、“最高赔偿限额不超过人民币××元或合同总额的××%”等方式对卖方应承担的赔偿责任进行限制。

根据《合同法》的基本原则，违约赔偿责任的适用应遵循两项原则，即完全赔偿原则和赔偿实际损失原则。完全赔偿原则，是指违约方应当对其违约行为给对方造成的所有损失予以赔偿，既包括违约造成的直接损失，也包括因违约而使对方丧失的预期利益；赔偿实际损失原则，赔偿额应与损失额基本一致。但部分外国或外资企业出于法律差异和保护己方的目的，经常要求在合同中约定违约和侵权赔偿的最高限额，而且常要求约定所有间接性损失均不予赔偿。在设备采购合同中，卖方不仅应保证按时交货、验收，还应保证设备的质量符合约定并正常运行，其违约行为导致的损失很可能涉及买方运营收入等较大损失，如果对违约损害赔偿责任进行限制将对买方极为不利。

我国《合同法》并未规定违约方可以不赔偿间接损失或可以设置赔偿上限，上述赔偿责任限制条款已经涉及公司的权益，所以应尽力争取删除对公司不利的限制性条款。但由于赔偿责任限制往往是部分国际性大公司的合同谈判底线，在实际谈判中对方让步的难度较大。结合实际情况来看，对于该条款通常有如下几种做法：

第一、可争取将相应内容进行原则处理，即公司不主张赔偿所有/一切损失，仅写明赔偿损失，但对方也不能设定赔偿责任限制，实际上将该等权利义务的平衡交给司法机关依法确定。

第二、如对方不采纳上述方案，可考虑采取“直接损失全赔，间接损失设定赔偿上限”的做法，兼顾双方的诉求，但同时应约定损失金额在合同总额或合同总额数倍（最好选择后者）以下的全赔，超过合同总额或合同总额数倍的损失由双方协商，这样至少不会过于限制公司的索赔权。

第三、就对方只赔直接损失或设定赔偿上限的要求最多只能同意其一，而且双方权利必须对等，不可同意对方设定自身责任限制而我公司未同等设定责任限制。

同时，需要特别注意，所有赔偿责任限制条款应排除约定的责任限额对知识产权的侵权责任、违反保密义务及人身损害的赔偿责任的限制。

经过比较分析，我们认为该条款仍然以采用集团公司采购合同范本的相应条款进行约定为宜，特殊情况可参照以上几种做法进行个别约定，根据以往谈判经验，上列第二种约定考虑了双方各自主张，实践中可能较易被双方接受。

需要再次强调的是，审查该类条款时，应力争避免出现赔偿责任限制的约定，并坚持违约赔偿责任应以实际损失为准或以法律规定为标准的原则进行审查，从而最大限度维护公司的利益。

1. 违约条款约定不明确或不合理的问题

违约责任条款约定不明确，如只约定“违约方应当依法承担违约责任”等不规范的法律用语，违约金约定比例过高或过低等问题。

违约条款约定不明确将导致法律赋予的任意性权利的丧失，等于放弃了可以争取的明确赔偿数额或及时有效挽回损失的权利。

此外，在采购合同中，我公司的主要义务是付款义务，实践中由于多种原因，付款有可能迟延，而此类合同大多约定了延期付款的违约金。审查合同时，应特别注意约定的延期付款的违约金是合法、合理的，实践中，应尽量避免出现如下两种违约金的约定情况：

第一，违约金比例过高，如约定每逾期一日按合同总价款的百分之二支付违约金，明显约定不合理。

第二，约定迟延付款的起算点可能被对方自由掌控，如“自对方开出付款通知单第三十一日起”，存在对方提前开具付款通知单，导致公司支付迟付违约金的可能。

合同审查中应对违约条款的内容加以明确，以便于追究违约方的违约责任。为了避免公司付款迟延，建议在合同付款条件中增加要求相对方出具相关证明文件后一定期限内予以付款的内容，增加相对方的付款提示义务。

此外，对于本公司支付预付款的采购合同，如果约定迟延交货的违约金比例过低，则不利于公司利益的维护，如在违约责任中约定，如果乙方（对方）违反合同约定时间到货，每迟延一日向甲方（本公司）支付预付款万分之一的违约金。万分之一的违约金明显太低，无法有效制约违约行为。按日支付违约金的，违约金至少应高于银行贷款利率，否则无法充分发挥制约对方依约履行的应有作用，无法充分保护公司利益。

1. 定金适用问题

关于定金的常见问题有：定金数额超过合同标的的百分之二十；约定交付定金，同时又约定了分期支付完合同总价款，但对最后定金如何处理没有约定；定金与其他法律概念混淆等问题。

《担保法》规定：“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。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。”同时司法解释明确规定当事人交付“留置金”、“担保金”、“保证金”、“订约金”、“押金”或者“订金”，但不具备定金性质的不能适用定金规定，定金部分超过合同金额百分之二十的部分也不能获得法院支持。

如果在合同中使用“订金”字样，且约定金额为合同金额的百分之三十，一旦对方违约，将很难依据《担保法》的规定要求其双倍返还“订金”，可能因此给公司带来较大的损失。另外如果约定定金，数额不能超过合同金额的百分之二十，否则超过部分可能被认定为无效。

由于定金不能超过合同金额百分之二十的法定限制，如果定金数额较小，不能据此有效约束合同对方恶意违约，则应考虑约定较高数额的违约金条款代替定金条款。

1. 缺少卖方权利保证条款的问题

在采购合同中，标的物可能侵犯第三方的权利，尤其是在知识产权方面。由于公司是直接使用这些产品，一旦出现侵犯第三方权利的争议，如果合同中无相应约定明确争议的处理义务及各方应承担的责任，将可能导致公司经济上和商誉上的损失。

因此，除了在签订此类合同前，严格审核对方的权利是否有瑕疵外，还应在合同中增加对方的保证条款，保证其权利无瑕疵并独立承担因权利瑕疵而引起的法律责任。

1. 关于质量标准约定不明问题

由于国内现行的质量标准和验收标准均为多重的，如果未规定一个双方认同的标准，可能导致所供应的产品和项目成果不符合公司要求，容易产生纠纷。根据《合同法》第61条和第62条的规定，合同生效后，双方就质量没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。还不能确定的，按照国家标准、行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。因此，如果未在合同中明确约定质量，第一，可能导致最后按法律规定履行的质量标准不一定符合公司的要求；第二，会增加履行合同的成本；第三，关于质量问题的违约责任无法在合同中反映出来，公司无法通过追究违约责任来弥补自己的损失。因此，只要涉及质量标准和验收标准的，不管采用哪种方法来确定质量标准，都要在合同中对此尽可能具体、详细地约定。

1. 关于不可抗力的约定问题

合同中常见供应商为尽可能减轻自己的违约责任，总希望将不可抗力的情形规定得越多越好、将不可抗力的定义规定得越宽越好的现象，比如某公司的主设备采购合同中约定“不可抗力是指协议任一方无法控制或合理预测的突发事件，包括但不限于：战争、火灾、水灾、台风、地震等”。还有部分厂家把意外事件、其他供货商的原因都列为不可抗力。

不可抗力在《合同法》中有明确定义，即指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。如果双方对于某种情形是否属于不可抗力有争议的，应该通过协商或司法途径解决，如果事先把不可抗力定义扩大化了，在设备采购合同中，卖方违约的可能性远大于买方，所以这种扩大化定义对供应商是有利的，而对买方则相对不利。

因此不可抗力的定义应按照《合同法》的明确规定进行约定。如果无法妥协，对于扩大化的定义，应逐条审查，仔细分析对双方的利弊关系，然后进行相应删改。

1. 关于保修期的约定问题

保修条款常见问题有：保修期的约定不合理或者约定难以有效执行，损害买方利益等问题。

案例1：某设备供应商在与我公司的设备买卖合同中约定：乙方向甲方提供免费的设备保修服务，设备保修期为自交货之日起12个月。

对于合同标的物是涉及验收的大型设备来说，设备从到货到最终的终验合格，往往要经历几个月乃至更长的时间，如果保修期自交货之日起算，当验收合格后保修期实际上已经届满或将要届满，这样公司将需要另行购买维保服务，变相增加了公司的支出，导致保修期的设置无法发挥其作用。

设备保修是关系合同设备采购行为后续延展性的重要环节，合理确定设备的保修期，可以有效节约采购成本。因此在约定设备保修期时应明确约定保修期自合同标的终验合格之日起算，外购配套设备也应自验收合格后开始计算保修期。保证对方在交付了合格产品后仍需在合理期限内对设备的质保负责。

案例2：比如某公司主设备采购合同模板（2004年版）第9.1条规定的保修期是：终验证书签署后十二个月内或交付之日起十八个月内(看哪个先结束)。其他个别公司部分设备采购合同也有类似的约定。

一般来说保修期从终验证书签署后开始计算，但因为具体工程时间可能会因各种原因（可能是我公司原因，也可能是对方原因）延长，如果合同有如上约定的话，则可能会出现终验还没结束而保修期已过的情形。

建议首先考虑到保护我公司利益最大化，保修期从终验通过后开始计算是最理想的，但也有可能对方提出如果因为我公司原因拖延验收，会使对方为保修所支出的费用增加，对他们是不公平的。所以考虑到合同的公平原则，谁过错谁就应承担责任，作为妥协，可以在约定从验收通过后起算的前提下，规定一个除外条款：即如果完全是由于买方原因造成终验证书迟延签署，则保修期为终验证书签署后XX个月内或交付之日起XX个月内(比较哪个先结束)。

1. 设备采购合同中的定制软件知识产权条款约定问题

目前在主设备采购合同中，有关合同项下由主设备供应商按我公司提供的工程业务规范、标准和要求开发的软件的知识产权的归属问题，我公司与部分主设备供应商之间存在较大的争议，这是主设备采购合同谈判中的一大难点。

定制软件的知识产权是一项重要的商业利益，不仅对公司经营发展具有重要意义，同时对厂商也具有重要价值。在双方知识产权保护意识强烈，均不愿轻易放弃的情况下，该条款的谈判显得异常艰难。

鉴于目前的情况，在定制软件的知识产权归属问题上，从公司的利益出发，可以考虑按如下几种方式处理：

第一、如果定制软件主要依据我公司提供的业务规范、标准和要求开发，则对于开发成果的知识产权，应坚持归我公司所有，厂商可以在我公司允许的范围内使用；

第二、如果定制软件是厂商根据我公司的需求，主要借助自有技术完成的项目开发，则对于开发成果的的知识产权，如经谈判最终不能使厂商同意归我公司所有，应坚持至少归双方共有，并对双方的权利及其使用限制等做出约定。

第三、如果定制软件是厂商根据运营商的通用需求开发的常规通用软件，如何处理需要根据具体情况具体分析，因该类软件不同于上述两种情况，是厂商主营的主要产品，很多情况下厂商可能难以同意知识产权归属我公司或归双方共有。

综上，应首先坚持定制软件的知识产权争取归属我公司所有的原则，其次可考虑双方共有，其他特殊情况可以根据具体情况个别约定。

* 1. **采购合同关键示范条款**

1. 合同标的及价格

标的

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| 品名 | 规格型号 | 数量  （单位：） | 单价  （人民币元） | 小计  （人民币元） |
|  |  |  |  |  |
|  |  |  |  |  |
|  |  |  |  |  |
|  |  |  |  |  |
|  |  |  |  |  |
|  |  |  |  |  |
|  |  |  |  |  |
| 总价合计 | | | |  |

上述产品生产制造厂商为 ，产地为 ，以下简称“货物”。

上述合同总价为固定不变价，包含卖方将货物运送至买方指定交货地点并交付给买方指定收货人之前的所有费用（包括但不仅限于：成本及利润、税金、包装费、运输费、保险费、仓储费、损耗费等）及后续的开箱检验、保修和维修、技术服务等费用。

上述货物适用下列第 种技术和质量标准：

1. 按同类产品国家标准；
2. 按同类产品部颁标准；
3. 按同类产品行业标准；
4. 没有上述标准或虽有上述标准，但双方同意按附件 所约定标准执行；
5. 按双方签订本合同前确认的样品（由双方确认后封存）标准执行；

有关配件、辅件、附件的技术和质量标准，双方同意按下列标准执行： 。

1. 运输与包装

将货物运送至买方指定交货地点并交付给买方指定收货人之前的货物运输由卖方负责，相关的运输费用、保险、保管、货物灭失及毁损的风险亦由卖方承担。

卖方应根据货物特点进行坚固包装使其防水、防潮、防腐、防锈、防震等，并在正常情况下适于水运、空运和长途内陆运输及反复装卸和搬运的要求。专用、特殊安装工具材料和易磨损部件应进行适当的包装并采取特别保护措施。包装费用由卖方承担。卖方需在每一包装箱（物）表面显著位置以显著方式标明合同号、箱号、收货人、目的地、内件品名、尺寸规格、数量、重量等内容。并对每一包装箱内货物附以标签，标明其在安装图纸中的编号。另外卖方应根据货物的特点及其对装卸操作的要求在包装箱显著位置以英文或中文标明“保持干燥”，“小心轻放”，“此面向上”等国际惯用图示。

对因运输和包装不当产生的货物灭失与损毁的责任，均由卖方承担。

1. 交付、开箱检验及验收
   1. 交货时间和地点：卖方应在合同签订后 天内完成货物发运准备，并在送货前与买方收货联系人联系，根据买方收货联系人提供的《物资发货通知书》（格式见附件 ）的要求送到指定地点。卖方必须凭《物资发货通知书》复印件和送货清单进行供货，买方可要求分批发货。
   2. 卖方必须在同时把发货通知和合同的《到货清单》（格式见附件 ）电子版以电子邮件方式发送到买方需求部门联系人。
   3. 买方收货联系人、需求部门联系人、卖方发货联系人联系方式。
   4. 卖方交货后应立即与买方和（或）买方指定收货人进行到货检验，检验内容为包装是否完整、清洁、数量是否与本合同一致，并共同签署到货检验结果。
   5. 卖方将货物运送至买方指定交货地点后 日内，卖方、买方和（或）买方指定收货人应指派代表共同对货物进行开箱检验,共同根据卖方提供的装箱单或清单检查货物的数量。买方应在开箱检验前 天通知卖方开箱检验的日期。卖方应派其人员到买方指定地点参加开箱检验，费用自理。卖方在上述日期内拒绝或未参加检验的，买方和（或）买方指定收货人有权单独进行检验。对检验结果，视为卖方自动接受。
   6. 各方应共同签署一个详细的检验报告，该报告应详细列明检验结果，包括检验合格或发现的任何货物短缺、毁损或与合同规定有不符之处。对检验中发现货物短缺、毁损或与合同规定有不符之处的，即为检验不合格。买方和（或）买方指定收货人有权拒收货物，卖方应在接到买方通知的 天内免费修理、更换或补足以上货物。因此产生的一切费用，包括额外的运输费用等，将由卖方承担。如在买方通知的期限内，卖方未能进行修理、更换或补足，则卖方应承担本合同第 条约定的关于逾期交货的违约责任。
   7. 买方和（或）买方指定收货人签署上述货物检验合格报告的日期视为卖方正式交付货物的日期，此后有关保管、保险、灭失与毁损的风险由买方承担，货物所有权亦同时转移给买方。
   8. 开箱检验合格的结果仅视为货物在外观、数量、型号、规格上完好无缺失的证明及卖方履行其义务的必要证据，验货合格证书的签署不使买方丧失因质量问题而向卖方索赔和求偿的权利，同时不解除卖方对于货物质量缺陷或瑕疵负有的相应担保责任。
   9. 如果在开箱检验中发现因买方原因造成的货物短缺、毁损或与合同规定有不符之处，卖方应在接到买方通知后 天内将修理完毕、更换或补发货物运到买方指定交货地点，费用由买方负担。
   10. 买方按卖方提供的产品说明书和相关技术规范对货物运行状况进行验收。验收合格的，买方签署验收合格证书。验收不合格的，卖方应在 日内及时采取调换、修理或其他补救措施以使货物达到合格标准并再次验收，逾期应按合同第 条规定的比例向买方支付违约金。再次验收的所有费用由卖方承担。
2. 保修与维修
3. 卖方对于货物向买方提供的保修期为自货物验收合格证书签署的第二天起的 个月。
4. 保修期内，卖方对货物运行过程中出现的故障指派专业技术人员进行排除，对出现故障的部件、元件或零件免费进行修理或更换。这些替换品不包括合同中规定的由卖方向买方提供的维护用的备件。紧急情况下，为了使货物正常运行，卖方可以使用买方的备件。使用结束后，卖方应及时归还或配齐使用过的所有备件、元件。对需要现场维修的，卖方技术人员应在收到买方故障通知后，在提供远程服务的同时，从离故障现场最近的维修点乘坐最快交通工具在最短时间内赶赴现场对货物进行维修。

在保修期满前三个月内修理或替换的部件、元件或零件应将其保修期延长三个月。

1. 保修期满，卖方应持续对货物使用期间出现的故障提供维修服务。对维修所需费用，卖方应仅收取正常的成本费用。
2. 保修期内，对保修范围内的保修服务所发生的全部物质损耗和人员费用，均由卖方予以承担。卖方未及时承担保修责任的，买方有权采用其他渠道和方式对货物进行维修，由此产生的费用由卖方承担。对因货物在保修期间发生的质量缺陷造成的买方和（或）第三人财产和（或）人身损失，卖方应予以赔偿。对本款中应由卖方承担的全部保修和（或）赔偿费用，买方有权在卖方的质量保证金中予以直接扣除，不足部分，买方有权继续追索。
   1. **常用法律、法规、规章、规范性文件**

《合同法》

《民法通则》

《担保法》

1. **广告类合同审查指引**

广告类合同是公司常见的合同之一，按照标的不同，可以分为广告发布合同、广告设计制作合同两种。广告发布合同主要涉及对公司形象、产品形象、促销活动等方面广告的发布，经常签订的广告发布合同有：电视广告发布合同、平面广告发布合同、户外广告发布合同和网络广告发布合同。广告设计制作合同主要包括企业形象的广告设计制作，产品形象的广告设计制作，活动海报、活动赠品、活动宣传手册、宣传单等的设计制作。

* + 1. **广告发布合同审查指引**
  1. **广告发布合同概述**

1. 广告发布合同定义

广告发布合同，是指由广告主与广告发布者或广告经营者签订的发布广告的书面合同。

广告发布合同不是《合同法》分则规定的十五类有名合同，属于无名合同。因与《合同法》分则规定的委托合同有一定的类似之处，根据《合同法》第124条之规定，除适用《合同法》总则的规定，并可参照《合同法》分则关于委托合同或者其他法律最相类似的规定。

1. 广告发布合同相关主体介绍

发布广告的行为是由商品经营者或者服务提供者承担所需要的费用，通过一定媒介和形式直接或者间接地介绍其商品或者所提供服务的活动。在广告发布活动过程中，根据《广告法》的规定，一般会涉及三类主体，即广告主、广告经营者、广告发布者。

广告主，是指为推销商品或者提供服务，自行或者委托他人设计、制作、发布广告的法人、其他经济组织或者个人。

广告经营者，是指受委托提供广告设计、制作、代理服务的法人、其他经济组织或者个人。

广告发布者，是指受广告主或者广告主委托的广告经营者发布广告的法人或者其他经济组织，公民个人不能成为广告的发布者，主要是广告媒介单位，即利用自身拥有的媒介手段发布广告的单位，包括广播台、电视台、报社、杂志社等大众媒介单位。其广告业务应由其专门从事广告业务的机构办理，并依法办理兼营广告的登记。此外，还有一些拥有其他广告发布媒介并办理了广告业务审批和登记的单位，如户外广告发布单位。

1. 广告的分类

按照广告发布媒介的不同，广告可以分为户外广告、平面广告、电视广告、网络广告四类。

1. 户外广告

根据《户外广告登记管理规定》，户外广告是指利用户外场所、空间、设施等发布的广告。主要类型有：利用街道、广场、机场、车站、码头等公共场所的建筑物或者空间设置的路牌、霓虹灯、电子显示牌、橱窗、灯箱、实物模型、条幅、气球等广告；利用车、船、飞机等交通工具设置的广告；利用影剧院、体育场（馆）、文化馆、展览馆、宾馆、饭馆、游乐场等公共建筑物设置的广告；利用其他形式在户外设置的广告。

1. 平面广告

平面广告是指利用报纸、杂志、海报、招贴、传单、POP广告、日历等平面媒介发布的广告。

1. 电视广告

电视广告是指利用电视媒体通过特约播映广告、普通广告、经济信息、公益广告等形式发布的广告。

1. 网络广告

网络广告是指运用专业的广告横幅、文本链接、多媒体的方法，在互联网刊登或发布广告，通过网络传递到互联网用户的一种高科技广告运作方式。

* 1. **广告发布合同审查要点**

1. 审查合同名称是否明确规范

合同的名称应当明确、规范，且应与正文实质内容保持一致，针对不同类别的广告发布媒介，广告发布合同中所需约定的具体事项、法律法规及政府监管要求不尽相同，因此合同名称一般应根据所发布广告的种类确定，如电视广告发布合同、户外广告发布合同。

1. 审查合同主体是否合法适格

根据广告发布合同主体的不同，应审查的主体资质、资格证照、文件等审查事项也有不同：

如果是专营广告业务的企业，审查《企业法人营业执照》经营范围是否有相应的广告业务即可；如果是广播电台、电视台、报纸杂志出版单位以及其他法律、行政法规规定兼营广告业务的单位，应当审查其《广告经营许可证》；如果是个体工商户从事广告业务，应当审查其是否取得《营业执照》（公司广告发布合同一般不选择经营广告业务的个体工商户）。

此外，如果发布合同是与广告代理商签订，还需要审查广告代理商是否具有相应的媒体广告代理授权（审查其与媒体签订的广告代理协议、媒体签发的广告代理授权书等）；广告发布者是否获得了相应的广告资源发布权审批，如户外广告的经营者应提供户外广告媒介的所有权或合法使用权以及户外媒介合法设置、登记的证明文件（户外广告设置证、户外广告登记证等）。

审查网络广告发布合同，需审查对方的ICP证以及根据各地的地方性法规的不同规定审查对方的网络广告经营许可、登记、备案证明文件。

为避免广告发布合同对方主体不合法的风险，建议在合同中约定对方保证条款：其具有履行本合同的各项法定资格、资质，同时应负责办理本合同中广告发布所涉及的行政审批、登记、备案等一切相关手续。

1. 审查合同是否明确约定广告发布事项
2. 审核基本发布事项

广告发布事项包括广告发布的种类、版本、规格、发布媒体、频道、节目、栏目、版面位置、位置、页面、形式及发布时段、次数、数量、场次、期间等，应审查合同是否有相应的明确约定。

1. 审查合同是否明确约定广告发布的规格及其计量方法

广告发布的规格，平面广告一般以版面大小或广告文案的字数计量；电视广告则一般以时长来计量；户外广告则一般以广告牌的大小或单位块数来计量。该类事项均应在合同中详细加以说明。

1. 户外广告发布合同中对发布地点应明确具体

如公交候车亭的广告发布，发布地点仅约定某些区域名称如“高新区”、“××大学城”未免笼统，应对具体候车亭的位置、数量进行明确说明或附图、附候车亭清单予以列明，以避免产生不必要的纠纷。

1. 审查合同是否明确约定广告发布所用样稿或样带的内容

广告发布样稿、样带是广告主或广告代理人向广告发布者提供的，以便在发布广告时用于放大、制版、排版、复制、编辑的文稿、图稿、录像带、录音带等广告样式，应作为广告发布合同的附件，并约定“未经广告主同意，广告发布者不得对样稿、样带作任何改动”。

1. 审查合同是否明确约定广告编排方式和发布时间表

广告编排方式，是指广告发布时所采用的具体安排方法，即广告发布时安排的总条数、次数、时段、版面等。对于户外广告，可直接约定发布期间并规定不同季节的亮灯时间；在平面媒体发布广告，可约定共安排发布多少次，采用整版还是半版版面等；电视广告，可约定共发布多少条，每天安排播出几次，每次安排在哪个时段、哪个栏目等。此部分如内容较多通常由合同附件的广告排期表等进行详细约定。

1. 审查合同是否明确广告主对发布广告情况的监督权

合同中应明确约定广告主有权对合同对方发布广告的情况进行监督或指定第三方协助广告主安排媒体物料调整、监督合同对方履行情况等。

1. 审查合同是否明确约定广告发布方有错误、遗漏或不按期发布广告等违约行为时的相应处理办法和责任承担

合同应针对广告发布方有遗漏、错误、不按期发布广告、因故中止出版或播放或者违反保密条款给广告主造成损失的情形，约定广告主有权要求对方免费重发或补发相应版本、长度、规格和媒体、频道、节目、栏目、版面位置、位置、页面、形式及时段、次数、数量、场次以及时间等符合广告主要求的广告；或返还错误、遗漏、不按期发布等不符合合同约定的广告的相应款项，并要求对方按照合同约定承担违约责任。

1. 审查合同是否明确知识产权的归属问题

审查合同是否约定广告主所提供的宣传资料和宣传资料中包含的创意、设计、图形、图片、文字等以及基于合同约定而产生的广告作品（包括但不限于任何图案、图像、配音、配乐、文字、专题片语、卡通人物形象、FLASH等，无论是否被甲方最终选用），其全部知识产权及其他收益均归广告主所有，未经广告主书面许可，广告经营者、发布方不得擅自使用和（或）提供给任何第三方使用。

* 1. **广告发布合同常见问题及处理建议**

1. 与广告部等内设机构签约的问题

实践中，广告发布合同经常会出现电视台要求与其内设机构如广告部签约的情况。该问题在合同审查概述中的“法人内设职能部门对外签约问题”中已作过一般性分析，此处仅针对广告类合同的情况进行补充说明。

《广告法》第26条规定：“广播电台、电视台、报刊出版单位的广告业务，应当由其专门从事广告业务的机构办理，并依法办理兼营广告的登记。”广播电台、电视台、报刊出版单位一般在其内部专门设立从事广告业务的机构来统一负责广告业务。如中央电视台广告部全面负责中央电视台电视商业广告的经营管理以及公益广告宣传，履行对外签订广告业务合同的职能，与其签约，一般风险不大。

但如果与电台或电视台的栏目组签约，则需要特别注意：目前很多电台、电视台的栏目外包给节目制作公司或广告公司，而且栏目可能时常会发生变动，此外，栏目组是否能够决定一般由广告部统一负责的广告事宜也是问题，如果与这样的栏目组签约，存在风险。因此，一般不建议与栏目组签订合同。

审查此类合同时，应当核对电视台、广播电台、报社等是否具有《广告经营许可证》。

为了证明广告部等内设机构是否具有签约的权利，可以要求其出示其所属单位出具的授权委托书，或者关于内设机构职责的相关文件，并作为合同附件。涉及具体经办人员的，在无法直接确定该工作人员身份的情况下，可以要求该工作人员出示其工作证件、身份证件以及授权书。

1. 广告发布审批登记问题

对于户外广告、印刷品广告，法律法规有特殊的程序性要求，如果对方没有按照有关规定进行登记和审批，则存在合同无法履行或者难以顺利履行的风险。

《户外广告登记管理规定》第5条规定：“发布下列广告应当依照本规定向工商行政管理机关申请户外广告登记，领取《户外广告登记证》：（一）利用户外场所、空间、设施发布的，以展示牌、电子显示装置、灯箱、霓虹灯为载体的广告；（二）利用交通工具、水上漂浮物、升空器具、充气物、模型表面绘制、张贴、悬挂的广告；（三）在地下铁道设施，城市轨道交通设施，地下通道，以及车站、码头、机场候机楼内外设置的广告；（四）法律、法规和国家工商行政管理总局规定应当登记的其他形式的户外广告。”

根据该条法律的规定，户外广告发布单位应当办理登记，取得《户外广告登记证》，方能合法发布，否则可能被行政管理机关责令停止发布广告。

广告发布单位申请户外广告登记还需要具有相关户外媒介的使用权，如是否取得《户外广告设置证》，按规定应当经有关行政主管部门批准的，应当首先履行相关审批手续；广告发布地点、形式应当符合当地人民政府户外广告设置规划的要求；并应当按规定经有关行政主管部门批准履行相关审批手续，领取户外广告登记证（《户外广告登记管理规定》第6条）。

户外广告登记的例外规定是：在本单位的登记注册地址及合法经营场所的法定控制地带（以规划红线为准）设置的，对本单位的名称、标识、经营范围、法定代表人（负责人）、联系方式进行宣传的自设性户外广告，可以不办理户外广告登记，超出上述内容范围的自设性户外广告仍应申请户外广告登记。地方法规规章另有规定的除外。

对于印刷品广告，《印刷品广告管理办法》规定，广告经营者发布固定形式印刷品广告，应当向其所在地省、自治区、直辖市及计划单列市工商行政管理机关提出申请，予以核准的，核发《固定形式印刷品广告登记证》。因此，如发布的广告属于固定印刷品广告，需要审核其是否申领了上述登记证。

由此可见，对于广告经营者需要根据法律法规规定履行审批登记的义务，如果对方违规，可能使合同不能履行或者不能顺利履行，给广告主带来风险。

鉴于各类广告发布具有特殊的手续要求，在合同权利义务条款中应约定对方负责办理本合同中广告发布所涉及的登记、备案、审批等有关手续，以减少广告主风险，保证广告主的权利。

1. 约定广告主单方解除权的问题

实践中曾发生过这样的案例，我公司和某公司签订了户外广告发布合同，约定在某路段发布灯箱广告。在合同履行中，因道路封闭，大大降低了该户外广告的关注度，从而使广告丧失了商业价值，达不到合同的预期效果，此时某公司拟解除合同，但该种情形不属于《合同法》规定的法定解除条件的范畴。所以，应针对此类情形在合同中约定相应的合同解除权。

另外，需要注意的是，约定解除合同的条件时，为避免被对方恶意利用，不宜直接约定某种情形出现或对方违约达到一定程度时，合同自动解除或终止，而应约定为单方面解除权，当约定的解除条件发生后，只要享有解除权的一方作出解除合同的意思表示，送达书面通知之日，合同的权利义务即终止，无须获得另一方的同意。

1. 义务约定不明的问题

实践中，曾发生过因对方义务约定不明而引起重大争议的情况，如某公司和一家广告公司签订了户外广告发布合同，对方在发布期限届满后没有拆除该广告，而合同也未对此拆除义务做出约定，后该广告公司要求继续支付广告发布的费用因而引发争议。

造成上述问题的原因就是没有在合同中明确对方的相应义务，因此在进行不同类型广告发布合同审查时，须明确广告主的权利和对方的特殊义务，以下举例说明：

在户外发布广告合同中，广告主有权要求对方按期免费更换广告发布画面，以保证户外广告平整、清洁、美观，达到广告主要求的效果；对方有对广告发布介质、广告画面进行定期维护和保养的义务；对方还有安全管理的义务，对于对方在广告制作、安装、发布、维修、保养、拆除等过程中造成第三方财产损失或人身伤害的，对方有处理并承担全部责任的义务。此外，对方在发布期限届满时，有拆除广告画面的义务。

在网络发布广告合同中，应约定对方有对网络平台和广告发布的技术支持，保证网络运行安全的义务。

部分发布合同往往和制作相联系，发布方还承担广告制作的义务，因此还要认真审查合同中涉及的制作条款（详见广告设计制作合同的审查指引）。常见问题如合同的总费用中是否已包括合同发布过程中更换广告画面的制作、安装等相关费用，是否需要另行支付费用以及费用标准，以免引发争议。

* 1. **广告发布合同关键示范条款**

1. 广告发布事项
2. 甲方同意接受乙方服务，指定乙方根据本合同约定和甲方要求发布广告；乙方同意接受甲方指定，根据本合同约定和甲方要求发布广告。
3. 广告版本： ；广告长度： ；广告规格： 。
4. 广告的发布媒体： ，频道、节目、栏目、版面位置、位置、页面： 。
5. 广告的发布形式 ： 。
6. 广告的发布时段： 。
7. 广告的发布次数、数量、场次： 。
8. 广告的发布期间： 年 月 日至 年 月 日。
9. 甲方指定乙方发布的广告的版本、长度、规格和广告的发布媒体、频道、节目、栏目、版面位置、位置、页面、形式及发布时段、次数、数量、场次、时间等详细内容见附件 。
10. 广告样片、样稿或样带
11. 广告发布采用 样片、样稿或样带（详细内容见附件 ），未经甲方事先书面同意，乙方不得改动该广告样片、样稿或样带。
12. 乙方发布广告应以甲方在发布前提供或确认的广告样片、样稿或样带等物料为准，甲方有权以此为标准对乙方发布的广告进行监督。
13. 双方权利和义务
14. 甲方权利和义务
15. 甲方有权对乙方发布广告的情况进行监督。
16. 甲方有权变更所发布的广告内容，但应提前通知乙方。
17. 甲方有权指定第三方协助甲方安排媒体物料调整、监督乙方履行情况等。
18. 对于乙方错误、遗漏或不按期发布广告等违反本合同约定的行为，甲方有权要求乙方：
19. 免费重发或补发相应版本、长度、规格和媒体、频道、节目、栏目、版面位置、位置、页面、形式及时段、次数、数量、场次以及时间等的符合甲方要求的广告；或返还错误、遗漏、不按期发布等不符合本合同约定的广告的相应款项。
20. 按照本合同的有关约定承担违约责任。
21. 甲方应遵守国家有关法律、法规和其他规范性文件的规定，不得要求乙方发布违反上述法律规范的广告。
22. 乙方权利和义务
23. 乙方有权核实甲方广告的内容，对不符合法律、法规和其他规范性文件规定的广告，乙方应在广告发布前 日通知甲方进行修改。
24. 乙方应严格按照本合同约定和甲方要求发布甲方广告。未经甲方事先书面同意，不得擅自更改已经甲方确认的有关广告发布事项。
25. 乙方应按照甲方要求对于错误、遗漏或不按期发布广告等违反本合同约定的行为及时进行更正和补救。
26. 乙方应保证已经获得本合同约定的广告发布媒体和特定频道、节目、栏目、版面位置、位置、页面、形式及时段、次数、数量、场次以及时间等的广告发布权。
27. 乙方应遵守有关法律、法规和其他规范性文件的规定，不得从事违反上述法律规范的广告发布行为。
28. 乙方应保证具有履行本合同的各项法定资质。
29. 乙方应负责办理本合同中广告发布所涉及的登记、备案、审批等有关手续。
30. 违约责任
31. 乙方每次发生错误、遗漏或不按期发布广告等不符合本合同约定的情形的，应向甲方支付合同总额的百分之 作为违约金。乙方上述行为达到 次或以上，或即使更正其行为也无法实现本合同约定的目的的，甲方有权解除本合同。乙方应在甲方解除合同的书面通知送达之日起 日内全额退还甲方已支付的合同款项，并向甲方支付合同总额的百分之 作为违约金。
32. 甲方要求乙方继续履行本合同的，乙方应继续履行，同时应根据本条约定向甲方支付违约金。
33. 乙方无正当理由最终不能按照本合同约定发布广告的，应向甲方退还尚未发布的广告的费用，并向甲方支付合同总额的百分 之 作为违约金。
34. 乙方因未办理本合同中广告发布所涉及的登记、备案、审批等有关手续而导致甲方损失的，应承担责任并赔偿甲方所受损失。
35. 广告经乙方审查合格后仍违反有关法律、法规和其他规范性文件的规定的，乙方应承担责任并赔偿甲方所受损失。
    1. **常用法律、法规、规章、规范性文件**

《合同法》

《广告法》

《广告管理条例》

《广告管理条例施行细则》

《广告经营资格检查办法》

《印刷品广告管理办法》

《户外广告登记管理规定》

《国家工商行政管理局关于户外广告登记管理有关问题的答复》

《关于加强户外广告、霓虹灯设置管理的规定》

* + 1. **广告设计制作合同审查指引**
  1. **广告设计制作合同概述**

1. 广告设计制作合同定义

广告设计制作合同，是指广告主和广告经营者之间签订的关于广告设计制作的协议。一般是广告经营者利用自己的设备、知识、技能和劳动力等，根据广告主的要求进行设计制作，广告主支付相关费用。

广告设计制作合同属于《合同法》分则的承揽合同，适用《合同法》分则关于承揽合同的有关规定。

1. 广告设计制作合同的基本结构

广告设计制作合同中主要包含广告设计制作事项、合同金额和支付、双方权利和义务、验收、知识产权、保密、合同变更和解除、违约责任、不可抗力、通知和送达、适用法律与解决争议以及其他共计十二项基本条款。

1. 广告设计制作合同常见专业术语

广告设计制作合同中有很多常见的专业术语，如果不明白其含义，将难以对所涉条款提出有针对性的审查意见，因此，本款内容着重介绍一些常用术语的含义：

1. 设计

设计是指美术指导和平面设计师对广告美术元素的选择和配置。设计师选择特定的美术元素并以其独特的方式对它们加以组合，以此定下设计的风格——某个想法或形象的表现方式。

在美术指导的指导下，若干位美工制作出广告概念的初步构图，然后再与文案配合，创作出最有效的广告或手册。

1. 布局图

布局图是指对一幅广告所有组成部分的整体安排，如图像、标题、副标题、正文、口号、印签、标志和签名等。在设计广告布局初稿时，创意小组必须对产品或企业的预期形象有很强的意识。挑选出最佳设计之后，布局图便发挥蓝图的作用，显示各广告元素所占的比例和位置。

1. 小样

小样是美工用来具体表现布局方式的大致效果图，大约为3×4英吋，省略了细节，比较粗糙。直线或水波纹表示正文的位置，方框表示图形的位置。然后，中选的小样再进一步作出扩展。

1. 大样

在大样中，美工画出实际大小的广告，提出候选标题和副标题的最终字样，安排插图和照片，用横线表示正文。广告公司可以向客户——尤其是在乎成本的客户——提交大样，征得他们的认可。

1. 末稿

到末稿这一步，制作已经非常精细，几乎和成品一样。末稿一般都很详尽，有彩色照片、确定好的字体风格、大小和配合用的小图像。现在，末稿的文案排版以及图像元素的搭配一般都由电脑来执行，打印出来的广告如同四色清样一般。到这一阶段，所有图像元素都应最后落实。

1. 样本

样本体现手册、多页材料或售点陈列被拿在手上的样子和感觉。美工借助彩色记号笔和电脑清样，用手把样本放在硬纸上，然后按尺寸进行剪裁和折叠。例如，手册的样本是逐页装订起来的，看起来同真的成品一模一样。

1. 版面组合

交给印刷厂复制的末稿，必须把字样和图形都放在准确的位置上。现在，大部分设计人员都采用电脑来完成这一部分工作，完全不需要拼版这道工序。但有些广告仍保留着传统的版面组合方式，在一张空白版（又叫拼版）上按各自应处的位置标出黑色字体和美术元素，再用一张透明纸覆盖在上面，标出颜色的色调和位置。由于印刷厂在着手复制之前要用一部大型制版照相机对拼版进行照相，设定广告的基本色调，复制件和胶片，因此，印刷厂常把拼版称为照相制版。

在设计过程的任何环节直至油墨落到纸上之前都有可能对广告的美术元素进行更改。当然，这样一来，费用也可以随环节的进展而成倍地增长，越往后更改的代价就越高，甚至可能高达十倍。

1. 认可

文案人员和美术指导的作品始终面临着“认可”这个问题。广告公司越大，客户越大，这道手续就越复杂。一个新的广告概念首先要经过广告公司创意总监的认可，然后交由其内部相关专业部门审核，再交由客户方的产品经理和营销人员审核。

* 1. **广告设计制作合同审查要点**

审查合同广告设计制作主体是否合法适格

参照广告发布合同审查中对合同主体的审查内容。

需要提示的是，实践中容易忽略对广告设计制作单位经营资格的审查。根据《广告法》规定，广告设计、制作单位属于广告经营者，需要办理广告经营工商登记。审查其主体资格时需审查其营业执照记载的经营范围中是否有广告设计制作项，而不应仅仅审查其是否申领了营业执照。

1. 审查合同是否明确广告制作事项

广告设计制作事项主要包含：广告设计制作的名称、主题及内容、种类，广告设计方案和广告设计制作具体时间要求等内容。

在约定具体时间要求时，应注意约定对方分别完成广告设计方案和计划进度表，完成广告创意脚本制作，完成广告样稿或样带制作，完成全部广告设计和制作并提交验收的具体期限，以利于控制整体设计制作进度及完成期限。

1. 审查合同是否明确约定设计制作费用构成

常见问题是合同中只约定了总设计制作费用，而没有约定费用的构成，实际是该费用包含发布过程中若干次的广告画面设计制作，因此，为避免产生争议，应约定总费用的具体构成，如具体包含几幅广告画面的设计和制作。

1. 注意审查合同的验收条款

在审查广告设计制作合同等提供智力产品服务的合同时，需要特别关注完成的时限以及质量标准，强调质量判断以定作方或是委托方的意见为准，杜绝验收条款的缺失。验收标准需要约定得细致、明确，在合同正文约定或根据实际情况附加相应的附件。

1. 审查合同是否明确约定广告的知识产权归属

知识产权条款应约定对方根据合同或在合同履行过程中专门为广告主或根据广告主提供的有关资料而产生的任何创意、设计、宣传资料等作品（包括但不限于任何图案、图像、配音、配乐、文字、专题片语、卡通人物形象、FLASH等，无论最终是否被广告主选用），其知识产权和其他权益全部归广告主所有，广告主可以不受限制地进行使用。未经广告主事先书面许可，对方不得为本合同之外的任何目的、以任何形式自行使用，擅自许可任何第三方使用或向任何第三方提出有关意见和建议。

1. 审查合同中是否有广告设计制作方不侵权保证条款

广告设计制作内容涉及知识产权的保护，易发生侵权纠纷。广告设计制作合同中的知识产权条款，是审查的重点之一。广告经营者应当保证其设计和制作的广告不得侵害他人的知识产权和（或）其他合法权益，例如，不得擅自使用他人拥有著作权的文字、图画、音乐等作品，不得擅自使用他人的肖像等，否则应当负责处理纠纷并承担损害赔偿责任。

1. 审查合同是否明确约定行使任意解除权后的相关事宜

《合同法》第268条规定，定作人可以随时解除承揽合同。因此应特别注意广告主向对方发出了停止设计或制作的通知后，对方仍然在设计或制作广告的情况下所产生的费用如何负担的问题。

* 1. **广告设计制作合同常见问题及处理建议**

1. 知识产权问题

实践中会出现合同没有约定设计制作的广告的知识产权归属或广告公司设计制作的广告侵犯第三人知识产权、肖像权等合法权益的责任承担，给广告主带来风险。

《合同法》分则没有对承揽合同工作成果的知识产权归属进行规定，如果在合同中不对知识产权归属情况加以约定的话，可能会出现对方自行使用或者擅自许可第三人使用设计的广告的情况，这样的行为随时会侵害公司的利益。此外，实践中曾出现过广告公司未经第三人许可，擅自使用其肖像制作广告，而后第三人起诉广告主的案例。如果不在合同中对此情形加以约定，不利于追究广告设计制作方的责任，容易损害广告主利益。

为保证广告主利益，应约定对方所创制的广告作品的知识产权和其他权益全部归广告主所有，为了维护合同中广告的显著性、独特性，应要求对方承诺今后不得为任何第三方创作相同或近似的作品，未经广告主事先书面同意，不得单独或组合使用该广告的特殊素材（包括但不限于任何图案、图像、配音、配乐、专题片语、卡通人物形象、FLASH等，无论最终是否被广告主选用）。

此外，还应注意在合同中严格明确对方在提供、审查广告发布图片、影像等环节中的责任，让对方作出其设计制作的广告不侵犯任何第三方的知识产权和（或）其他合法权益的承诺，必要时应要求对方提供图片、音像等资料的出处，明确知识产权侵权的违约责任，同时在违约金条款中约定违约金中包括公司因涉诉所造成的损失。

1. 对方合法性审查义务及相应违约责任的问题

如果广告内容违法，广告主需承担相应法律责任。

《广告法》第7条规定了广告内容禁止的几类情形，第39条规定：“发布广告违反本法第七条第二款规定的，由广告监督管理机关责令负有责任的广告主、广告经营者、广告发布者停止发布、公开更正，没收广告费用，并处广告费用一倍以上五倍以下的罚款；情节严重的，依法停止其广告业务。构成犯罪的，依法追究刑事责任。”

作为广告主，一旦在广告中出现上述法律禁止的情形，极有可能被广告监管机关追究法律责任。因此从控制风险的角度，最好能在合同中将这项工作约定为对方的义务，并在违约责任中具体约定对方若违反该义务时所应当承担的责任。这样广告主在被追究行政责任之后还可以再追究设计制作方的责任，从而最大化地保护己方利益。

* 1. **广告设计制作合同关键示范条款**

1. 广告设计和制作事项

甲方同意接受乙方服务，指定乙方根据本合同约定和甲方要求设计和制作广告；乙方同意接受甲方指定，根据本合同约定和甲方要求设计和制作广告。

* 1. 广告的名称： 。
  2. 广告的主题和内容： 。
  3. 广告的类型： 。
  4. 具体时间要求：

1. 乙方应在在 年 月 日前完成广告设计方案和计划进度表。
2. 乙方应在 年 月 日前完成广告创意脚本制作。
3. 乙方应在 年 月 日前完成广告样稿或样带制作。
4. 乙方应在 年 月 日前完成全部广告设计和制作并提交甲方验收。
5. 乙方应严格按照上述时间要求完成本合同约定的广告设计和制作。
   1. 其他具体要求： （详细内容见附件 ）。
6. 验收
   1. 广告设计和制作过程中，经甲方签字确认的创意说明、设计方案、脚本、草图、样稿或样带等有关资料是本合同不可分割的组成部分，也是判断乙方工作成果是否符合本合同约定和甲方要求的标准。
   2. 广告设计和制作过程中，乙方应每隔 日将阶段性工作成果提交甲方验收。甲方验收合格的，应在阶段性验收单据上签字确认。
   3. 乙方应根据本合同约定按时提交有关工作成果，并及时通知甲方进行验收。有关验收标准见附件 。
   4. 广告设计和制作的成果是否验收合格，以甲方书面意见为准。乙方提交的工作成果经甲方验收不合格的，乙方应在按照甲方意见修改后及时通知甲方再次进行验收；但无论如何，乙方应在本合同第 条约定的期限内向甲方提交合格的工作成果。乙方提交的工作成果最终通过甲方验收的，甲方应出具验收合格意见。乙方未完成上述修改或修改后的工作成果仍不符合本合同约定和甲方要求的，视为没有完成广告设计和制作，应按本合同的有关约定承担违约责任。
   5. 乙方因验收不合格而不能按时交付有关成果的，视为乙方履行迟延，应按本合同的有关约定承担违约责任。
7. 知识产权
   1. 乙方根据本合同或在本合同履行过程中专门为甲方或根据甲方提供的有关资料而产生的任何创意、设计、宣传资料等作品（包括但不限于任何图案、图像、配音、配乐、文字、专题片语、卡通人物形象、FLASH等，无论最终是否被甲方选用），其知识产权和其他权益全部归甲方所有，甲方可以不受限制地进行使用。未经甲方事先书面许可，乙方不得为本合同之外的任何目的、以任何形式自行使用、擅自许可任何第三方使用或向任何第三方提出有关意见和建议。
   2. 甲方授权乙方为本合同约定的目的使用其提供的企业名称、企业标识、业务标识、商标等。乙方保证正确、合理地使用上述名称、标识、商标等，不得擅自改动、歪曲其整体形象和组成部分，不得为本合同之外的任何目的、以任何形式自行使用或擅自许可任何第三方使用。
   3. 甲方根据本合同向乙方提供的宣传资料和其中所包含的创意、设计、图形、图片、文字等素材，其知识产权和其他权益全部归甲方所有，未经甲方事先书面许可，乙方不得为本合同之外的任何目的、以任何形式自行使用或擅自许可任何第三方使用。
   4. 为了维护本合同中的广告的显著性、独特性，乙方承诺今后不得为任何第三方创作相同或近似的作品，不得单独或组合使用该广告的特殊素材（包括但不限于任何图案、图像、配音、配乐、专题片语、卡通人物形象、FLASH等，无论最终是否被甲方选用），除非事先取得甲方的书面许可。
   5. 乙方保证其设计和制作的广告不侵犯任何第三方的知识产权或其他合法权益。任何第三方以本合同中的广告侵权为由向甲方主张权利的，乙方应按甲方要求处理，并按本合同的有关约定承担违约责任。
   6. 本合同因履行完毕、解除或不可抗力等终止之日起 日内，乙方应将甲方提供的所有信息和资料移交甲方，并且不得继续使用或擅自许可任何第三方使用。
8. 违约责任
   * 1. 本合同中的广告在设计或制作过程中及发布后，因乙方违反有关法律、法规和其他规范性文件而使甲方受到处罚的，乙方应向甲方支付本合同总额的百分之 作为违约金。
     2. 乙方违反本合同知识产权条款的，应向甲方支付合同总额的百分之 作为违约金。乙方设计和制作的广告侵犯第三方的知识产权或其他合法权益的，除应按照上述约定向甲方支付违约金外，还应赔偿因此给甲方和第三方造成的损失。
     3. 乙方因违反有关法律、法规和其他规范性文件的规定而导致甲方损失的，应承担责任并赔偿甲方所受损失。
     4. 乙方因不具备有关法定资质而导致甲方损失的，应承担责任并赔偿甲方所受损失。
   1. **常用法律、法规、规章、规范性文件**

《广告法》

《广告管理条例》

《广告管理条例施行细则》

《广告经营资格检查办法》

《印刷品广告管理办法》

《户外广告登记管理规定》

《国家工商行政管理局关于户外广告登记管理有关问题的答复》

《关于加强户外广告、霓虹灯设置管理的规定》

1. **租赁合同审查指引**

营业厅房屋租赁合同、基站用房租赁合同、仓储用房租赁合同等是公司生产经营活动中经常签订的租赁合同，主要是房屋类租赁合同；农村基站建设中则常常签订基站铁塔占地及设备用房租赁合同；此外常用的租赁合同还包括通信管道、管孔租赁合同。因此本章内容主要对房屋/房屋及土地租赁合同以及上列其他公司常用的不动产类租赁合同的审查要点进行列举，并对此类合同审查中的常见问题进行研究分析并提出处理建议，而略去了其他不常用的动产租赁合同。租赁合同涉及的租赁主体、租赁物等较为复杂多样，法律关系、法律问题同样较为复杂甚至疑难，合同履行中容易发生争议和纠纷，风险相对较大，因此，各级合同审查人员审查租赁类合同时需特别审慎。

### 租赁合同概述

* + - 1. **租赁合同的定义**

租赁合同是出租人将租赁物交付承租人使用、收益，承租人支付租金的合同。

* + - 1. **租赁合同的分类**

按照租赁性质分，可分为普通租赁合同与融资租赁合同；按照租赁期限分，可分为定期租赁合同与不定期租赁合同；按照租赁标的物属性分，可分为动产租赁合同与不动产租赁合同。

* + - 1. **租赁合同的特点**

1. 租赁合同为双务、有偿、诺成性合同

租赁合同的双方当事人既承担一定的义务，也享有一定权利，其权利义务具有对应性和对价性，租赁合同为双务、有偿合同。租赁合同自双方当事人达成协议时成立，其成立无须进行实际的履行行为，故为诺成性合同。

1. 租赁合同是转移财产使用、收益权的合同

租赁合同是以承租人一方取得承租物的使用、收益为目的，因而租赁合同仅转移标的物的使用、收益权，不转移标的物的所有权，因而承租人并不享有对物的处分权，不能以租赁物清偿债务，在承租人破产时租赁物也不能列入破产财产。

1. 租赁合同的期限受法律规定限制

租赁合同的出租人将其财产的使用、收益权临时转让给承租人，因此，租赁合同具有临时性的特征，不适用于永久性使用需求。

1. 租赁合同的标的物为非消耗物

租赁合同是转移标的物使用权的合同，承租人仅取得标的物的使用权，而无处分权。承租人在租赁期届满后须返还原物，而不能以其他物代替返还，所以，租赁物只能是特定的非消耗物。以消耗物为标的物的合同，不论是有偿或无偿使用，只能成立借贷合同，而不能成立租赁合同。

### 租赁合同的审查

本节以房屋租赁合同为主，对租赁合同的审查予以介绍。

* + 1. **租赁合同审查要点**

1. 对出租主体的审查

对于出租人的主体审查，除按照通用指引审核出租人的主体资格外，还应审查出租人是否有权出租标的物，可以查验对方房地产权利证书或者证明其产权的其他有效证明文件（房地产证，房屋所有权证，国有土地使用权证，能够证明权利合法来源的其他有效证明文件）。

审查合同时应当查看合同所附资料中是否有出租人的上述权属证书（各地房屋所有权证书的名称可能稍有不同，以上名称供参考）。主要是看权属证书记载的所有权人与出租人是否一致、是否有共有权人及是否经共有权人同意、是否设立抵押权、是否已经进行其他处分或受到其他权利限制。

如果出租人非产权人，而是承租后再转租的情况，还应审核产权人书面同意出租人转租的文件（如属多次转租，应逐次审核前手出租人同意转租的文件直至产权人），相关文件应作为合同附件。

1. 审查合同是否有违反强制性规定的内容

如承租的房屋未经竣工验收或验收不合格，承租违法建筑等。

1. 租赁标的物的准确描述

应准确在合同中约定租赁房屋所处的准确位置（如门牌号）以及租赁物的概要情况，如承租的建筑面积或使用面积、楼层、位置等，最好附图说明。

需对租赁物作完整的描述，如“不仅包括房屋且包括其相关附属设施（包括但不限于房屋现已具备的空调、水、电、供暖设备及相应的公共设施和公用面积等）”。

1. 租赁标的物用途

在租赁房屋前，应首先核实租赁房屋房产证上所载的用途，做到租赁协议上约定的用途不与规定用途相冲突，如果房产证上记载用途为住宅，则对于经营用房的承租原则上不予考虑。同时应审查是否在合同条款中明确约定租赁物的用途，如用于营业、办公或仓储等。

1. 关于租赁标的物周边环境的约定

如果公司承租的房屋用于营业或办公，则应审查合同中关于拟租赁房屋的周围环境的相关约定，如是否有适当的停车的地点以及周围是否有娱乐场所影响办公等。

1. 租赁期限的审查

审查合同是否写明租赁期限以及具体的起止日期，应具体到年月日。按照《合同法》的规定，租赁期限不得超过20年，超过20年的，超过部分无效。租赁期间届满，当事人可以续订租赁合同，但约定的租赁期限自续订之日起不得超过20年。因此在审查租赁合同时对于租赁期限超过20年的约定（如“永久”或者“30年”），需修改为20年以下。

1. 租赁标的物交付的约定

审查是否有房屋移交方面的具体约定，如是否有关于租赁物的移交状态、移交租赁物及其附属设施设备清单及移交时间的约定。

1. 租金条款的审查

审查租金的约定是否完整，具体包含以下几个方面：

* + - 1. 是否明确租金标准及租金总额以及租金支付期限、支付比例、支付条件等。
      2. 是否明确对租金包含的范围（如是否包含门头门楣的使用费、停车位使用费等）及租期内的物业管理、水、电、供暖等费用承担及支付进行约定。
      3. 是否有类似约定：“对于除合同所列明的租金、杂费以及本协议明确规定需由承租方承担和（或）支付的费用外，出租方保证不再要求承租方为承租租赁物因任何原因承担和（或）支付任何其他费用。”

1. 装修及免租期的约定

由于公司租赁房屋的用途多是营业及办公，因此肯定涉及装修改造，应在合同中约定：在不改变房屋主体结构、不危及原建筑物的安全或造成潜在危险的情况下，出租人同意承租方进行装修改造，并应约定合理的免租期限。

1. 关于宣传广告事项的约定

对于租赁房屋用途为营业、办公的，一般会悬挂公司名牌或进行其他广告宣传，因此，应审查租赁合同是否约定承租方有权使用门头门楣及具体位置、有权在租赁物室外合法悬挂、张贴宣传资料以及利用其他合法方式进行企业、业务的广告宣传及具体范围，并应约定出租人保证广告位的合法使用。一般情况下此费用可约定为已包含在合同租金中。如约定由承租方另行支付，须对费用标准及支付作具体明确的约定。

1. 关于维修、修缮的约定

审查合同是否有关于房屋维修、修缮、更换和改良的约定。房屋租赁合同应在合同中约定：当租赁物影响承租方正常使用时，出租方应负责对租赁物及时进行维护、维修，费用由出租方承担（但承租方使用不当造成的维修费用由其自行承担）。同时，需明确维修期间应不影响承租方正常营业及办公（如可考虑在晚上或双休日等时间段进行维修），且应考虑约定如维修时间超过一定期限仍未能达到正常使用的标准，承租方有权解除合同或者减少相应数额的租金。

1. 关于不能正常使用租赁物减少租金及费用的约定

审查合同是否在合同正本中约定了当供电、空调、供暖等一项或多项设施不能正常使用影响承租方正常营业的，承租方有权拒付相应期间内的租金及水、电、空调等相应使用费，同时在上述情形持续或一段时间内累计达到一定时限的，承租方有权解除合同，并有权要求出租方按合同租金总额的一定比例支付违约金。

1. 违约责任的约定应尽可能具体和量化

违约责任方面，应注意约定出租人迟延交付租赁标的物、交付的租赁标的有瑕疵（包括权利瑕疵和质量瑕疵等方面）的违约责任，提前终止合同的违约责任等。为增加违约责任的可操作性，可以约定一方违约后计算损失的范围，也可约定违约后支付违约金的具体金额，或约定违约金占某一基数（如合同总金额）的具体比例，为了达到有效制约、惩戒对方违约的目的，违约金数额或比例不宜过低。

1. 关于承诺保证条款

各类租赁合同中一般均应有出租人有权出租租赁标的物的保证条款，出租方应保证对租赁标的物拥有所有权，在交付时没有产权纠纷或其他纠纷，且应保证没有任何第三方就此主张权利。交付后如发生产权等纠纷，或有第三方主张权利，则在保障承租方权益的前提下，由出租方负责解决，如造成承租方损失的，由出租方负责赔偿。并可进一步约定，其保证若有不真实之处，承租方有终止协议的权利，并有权要求出租方支付违约金、赔偿损失。

1. 关于租赁登记备案的约定

根据《城市房地产管理办法》第53条的规定，出租人和承租人应当签订书面租赁合同，约定租赁期限、租赁用途、租赁价格、修缮责任等条款，以及双方的其他权利和义务，并向房产管理部门登记备案。因此，在房屋租赁合同中应约定由出租人向房产管理部门登记备案并承担相关费用。

1. 审查是否明确约定租赁期满后优先续租及其适用条件

优先承租权因无相关法律的明确规定，若未在合同中明确约定租赁期限届满后优先续租的适用条件，则租赁期满后临时谈判，一旦谈判不成，将无法继续承租，这对承租方来说可能将造成损失。因此，在合同中应明确约定租赁期限届满后承租人有优先续租的权利并具体约定适用条件（如同等租金标准条件）。

* + 1. **租赁合同常见问题及处理建议**

1. 出租人的主体资格审查问题

审查出租人的主体资格时，首先审查出租人是否是房屋的所有权人（产权人），需认真查验权属证书的真实性，必要时须至房地产管理机构核实。如果出租人不是房屋的产权人则可能存在代理关系或者转租关系。一般情况下房屋租赁合同应优先选择与房屋的产权人签订合同，次之也可以考虑与代理人及转租人签订租赁合同。若与代理人签订合同，还需要有产权人委托签约人的授权委托书签约原件；若存在转租关系的，需要有产权人同意转租的书面证明文件，并在合同中约定如产权人同意转租的书面文件不真实时，转租人应承担何种责任（此处违约金的约定可适当提高数额）。

其次，应考虑选择法人签约，最好选择具有独立法人资格且资信情况良好的法人单位，避免与自然人签约。如选择自然人，该自然人应为成年人且具有相应的民事行为能力（非精神病人），如为未成年人，应征得其法定代理人（监护人）的书面同意。因自然人为房屋产权人时，经常存在房屋共有的状况（如婚姻关系存系期间购买的房屋），此时对共有财产（房屋）的处置还应征得其他共有人同意。

此外，选择出租人原则上尽量避免采用转租形式。

从转租合同来讲，转租合同是原承租人即现转租人与承租人签订的房屋租赁合同。该房屋租赁合同虽然仅是双方的意思表示，但依法必须经原出租人书面同意。在租赁合同中，下一层次的租赁合同的效力依附于上一层次的租赁合同。转租期间，原租赁合同变更、解除或者终止的，转租合同也随之相应地变更、解除或者终止，比产权人出租的情况多了一重风险，实践中常发生原承租人欠付租金使出租人提前解除原租赁，转租合同因此提前终止的情况，所以应尽量避免。

一般而言，转租合同的终止日期不得超过原租赁合同规定的终止日期，但出租人与转租双方协商同意后特别约定的情况除外。

1. 不适于承租的房屋租赁审查问题

依据建设部《城市房屋租赁管理办法》第6条的规定，有下列情形的房屋不得出租：

1. 未依法取得房屋所有权证的；
2. 司法机关和行政机关依法裁定、决定查封或者以其他形式限制房地产权利的；
3. 共有房屋未取得共有人同意的；
4. 权属有争议的；
5. 属于违法建筑的；
6. 不符合安全标准的；
7. 已抵押，未经抵押权人同意的；
8. 不符合公安、环保、卫生等主管部门有关规定的；
9. 有关法律、法规规定禁止出租的其他情形。

对以上规定需要说明的是，这些规定到目前为止，依然有效，但是由于是部门规章，违反后并不必然导致合同无效的法律后果。但上述情形均可能对合同的实际履行造成重大影响甚至使合同无法继续履行或提前终止，甚至因违反其他法律、法规的强制性规定而使合同无效，因此应尽量避免。

1. 关于出租方对房屋拥有合法出租权利的保证问题

某公司拟租用某房屋作为营业厅使用，其位置极佳，非常适合用作营业厅，但该房屋系某事业单位购买，一直未办理房产证明，仅有购房协议作为房屋产权证明文件。对合同标的物拥有合法的所有权是当事人行使对标的物的占有、使用、收益、处分权的基础和前提，否则可能不受法律保护。尽管对方有购房协议作为证明，但仍无法确定此房产是否已经进行了二次转让，对方是否仍为合法的权利人，一旦第三方提出充分证据主张权利，承租方权益将可能无从保证。

审查此类合同时，原则上尽量不考虑租赁此类房屋，如必须承租，应审查合同中是否有出租方保证其有权出租房屋的约定，且此类房屋租赁首先应考虑与对方协商先使用房屋而后支付租金，如谈判难度较大（如对方处于强势地位，无协商可能等），则应在合同中增加对方保证其拥有合法所有权并有权出租的约定，并明确约定如因对方权利瑕疵等原因造成租赁合同提前终止或给承租方造成损失的，出租方应承担违约责任（应具体约定违约金支付标准）并赔偿承租方损失，以保证在发生纠纷时承租方可以依据合同主张权利，维护公司的合法权益。

1. 租赁有抵押房产的问题

承租有抵押房产的问题分以下两种情况：

第一，承租先出租后抵押的房产,风险相对较小。《担保法解释》第65条规定：“抵押人将已出租的财产抵押的，抵押权实现后，租赁合同在有效期内对抵押物的受让人继续有效”，先租赁、后抵押的房产，抵押权实现后不影响原租赁合同效力，尽管可能涉及与受让人的协调沟通问题，但风险相对较小，原则上可以接受。

第二，承租先抵押后出租的房产,风险较大。依据《担保法解释》第66条的规定：抵押人将已抵押的财产出租的，抵押权实现后，租赁合同对受让人不具有约束力。抵押人将已抵押的财产出租时，如果抵押人未书面告知承租人该财产已抵押的，抵押人对出租抵押物造成承租人的损失承担赔偿责任；如果抵押人已书面告知承租人该财产已抵押的，抵押权实现造成承租人的损失，由承租人自己承担。因此，承租已设定抵押的房产风险较大，须特别审慎，原则上应当尽量避免。

依据上述法律规定，此种情形下承租人有以下两重法律风险：其一，抵押权实现后，原租赁合同因此提前终止，承租人无权要求受让人继续履行原租赁合同。其二，抵押权实现造成承租人的损失存在无法获得赔偿的风险。如果租赁前出租人已书面告知承租人租赁物已抵押的，承租人只能自行承担损失；如租赁前出租人未书面告知的，承租人有权要求出租人赔偿。但需要特别指出的是，尽管承租人在法律上有权索赔，但能否获得赔偿取决于出租人是否有实际清偿能力，如果其没有财产或虽有财产但被其隐匿，承租人的部分甚至全部损失仍有可能无法获得实际赔偿。

鉴于上述原因，签订租赁合同前应审核租赁物的土地使用权证、房地产证、房屋所有权证等权属证书原件（并应留存复印件作为合同附件，必要时可至房屋管理部门查询），如已设定抵押并进行抵押登记的房屋、土地，在其权属证书上会有抵押情况的记载，通过审查可以提前查明，避免风险。

1. 优先购买权和优先承租权问题

优先购买权是法定权利，即使合同中未约定承租人也可享有，但鉴于法律只有原则性规定，具体内容仍应在合同中进行具体约定，以利履行；而优先承租权没有明确的法律规定作为权利依据，必须由合同双方自行进行明确约定方可行使。

* + 1. 优先购买权问题

《合同法》规定出租人出卖租赁房屋的应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利。因此如果出租人欲出卖房屋而承租人又打算购买的情况下，应及时向出租人主张优先购买权。关于出租人出卖租赁房屋时的通知义务，我国以往的立法和司法解释都规定为出租人出卖房屋前三个月，可以将其解释为“合理期限”，直接在合同中予以规定，并应具体约定何为“同等条件”。

需要注意的是，法律上对“同等条件”并未明确界定，现实中也存在以单位职工优先购房等特殊条件对抗优先购买权的案例，因此建议在租赁合同中明确约定同等条件仅限于房屋价格等可比标准。此外，部分案例表明，承租人可以通过诉讼判决宣告违反优先购买权的房屋买卖合同无效，但并不能以此直接购买租赁房屋。出租人仍可以先行停售，待租赁期限届满后再行出售,此时承租人的优先购买权实际上仍难以实现，需要根据具体情况采取其他相应措施。

* + 1. 优先承租权问题

考虑到合适的房屋一般比较难以租到，租赁使用过程中装修投入的充分利用、积累的客户认知等附加的无形价值，以及再租赁发生的新的成本支出等因素，为确保租期届满后能够继续租赁使用，承租方应考虑在合同中具体约定优先承租权的相应内容。

鉴于优先承租权没有明确的法律规定作为权利依据，为了保证优先承租权的实现，必须由合同双方自行进行明确约定方可行使。

同优先购买权一样，优先承租权的行使通常是在同等条件下适用，但法律上对“同等条件”并无明确界定，因此，必须在合同中约定何为同等条件，如可以约定同等租金标准条件，也可根据具体情况增加支付期限作为同等条件等。同等条件的约定应明确具体，便于界定，以防止被出租人恶意利用。

此外，在租赁合同条款中应明确约定，在原租赁期限届满前的一定期限内或在出租人告知原承租人新的出租条件或第三人的租赁条件后一定期限内，原承租人书面向出租人表示继续租赁的，可享有优先承租权。此期限的确定，可参考《民法通则意见》第118条的规定，即出租人在出卖房屋时，应提前3个月通知承租人，也可以根据租赁合同的长短时间不同来规定。

此外，为了防止出租人在期满一定时间后另行出租而使承租人的优先承租权落空，可以进一步约定：租赁合同届满后，如出租人在一段时间内暂不出租原租赁物，当出租人在一定期限内重新对出租物进行出租时，原承租人仍享有优先承租权，这期限不宜太长，对这一期限的确定，以6个月或1年等较短时间为宜。

1. 关于租赁期满后的合同处理

《合同法》规定，租赁期限届满，承租人继续使用租赁物，出租人没有提出异议的，原租赁合同继续有效，但租赁期限为不定期。

因此，如果租赁到期前承租人欲续租应及早与出租人协商并签订书面合同，否则到期后租赁合同依法将成为不定期租赁，此种情况下承租人权利将处于不稳定状态，如果租赁价格上涨或相关情况发生其他变化，出租人有权随时收回房屋，该等法律后果对承租人而言明显不利，应尽量避免。

此外，如果原租赁合同约定了自动顺延条款，应明确约定顺延的具体期限，以免因约定不明使顺延后的合同变为不定期租赁。

1. 与物业公司签订房屋租赁合同应注意的问题

在新建小区设立基站，一般会先去找物业公司租赁房屋或公共场地，但物业公司是否具有相应的处置权是个问题。

首先应确认物业公司出租房屋的合法性，即应审查其是否与房地产开发商签订了前期物业服务合同，或与业主（业主委员会）签订了物业服务协议，查看这些协议中约定的权利范围是否包含出租相应物业。如果没有相关约定，应要求其进一步出具相应授权文件。

根据实际操作经验，如租赁房屋属于物业配套用房或经营性用房，只要上述物业服务协议允许物业公司使用、经营该等房屋，即可考虑与物业公司签订租赁协议。但如租赁房屋属于公共建筑或共用部位的，则必须取得全体业主或业主委员会的同意，实际租赁比较困难。建议尽可能在前期物业服务阶段即签订租赁合同，建设基站，这样即使业主入住后有意见，只要公司环评等相关手续齐全，根据实践经验，业主一般也难以要求我公司停止使用或搬迁基站。

但需要说明的是，以上经验仅供参看，鉴于以往与物业公司签订租赁协议后业主提出异议甚至强行断电因而断站的纠纷屡有发生，审查此类合同时须依据法律法规及地方法规的具体规定并区分具体情况灵活处理。

1. 房屋租赁和场地租赁之区别

房屋租赁和场地租赁的税率不一样（房屋租赁缴纳12％的房产税，场地租赁则缴纳5％的营业税），所以为了降低租金，个别公司将房屋租赁合同作为场地租赁合同来签订。

按照《合同法》规定以合法形式掩盖非法目的的合同是无效的，所以此类以避税为目的的合同存在被认定无效因而无法得到法律有效保护的风险。目前有些地区税务部门对此核查比较严格，存在被查处的违规风险，建议按实际租赁种类据实分列。如果合同中既有租赁场地也有房屋的，可以分开计算租金。

1. 关于租金支付具体约定的问题

租赁合同中，由于合同履行管理环节的问题或其他原因，公司尽管没有违约的故意，但实际却未能按合同要求及时付款，常因此发生迟延付款的违约行为，经出租人提示才被动付款，违约风险较高，建议合同中补充如下约定：

* + 1. 租赁合同中对公司延迟付款责任进行限定，明确延迟付款的违约金总额的最高限额；
    2. 在合同付款条件中增加要求出租人出具相关文件（如发票、付款通知）后一定期限内公司予以付款的内容，增加出租人的付款提示义务，避免承租人因疏忽等原因迟延付款。

此外，如租期较长，建议租金支付约定为分期支付，以减少租赁合同因各种原因提前终止后无法追回已付租金的风险，如出租方是转租的情况、权利有瑕疵的情况更应注意此类风险，实践中转租情形下常发生转租人欠付租金导致出租人与其终止合同，转租合同同时终止的情况，此时如果公司已提前支付租金，存在无法收回的风险，此类案例并不少见，因此应尽量约定为后付款。

1. 营业厅房屋租赁的重点问题

因公司租赁营业厅房屋，必须经工商登记方可合法经营，因此，审查营业厅房屋租赁合同时不仅需要按上列一般房屋租赁审核要点进行审核，还须按照当地工商行政管理部门对申请工商登记注册的住所的相关要求（基本要求相同，各地规定可能稍有区别）进行审核，必须审核租赁房屋的用途是否符合办理工商登记的要求。应选择规划用途为“商用”的房屋，不选择住宅、别墅、公寓，不选择违章建筑以及土地征用地区、拆迁地区的房屋以及其他不能办理工商登记的房屋。

以北京市为例，工商局《如何办理外商投资企业登记注册 一次性告知单》载明的要求为：申请登记的住所（经营场所）为住宅、别墅、公寓的，登记机关不予登记注册。申请人使用有关政府职能部门出具文件予以明确的违法建设地区、土地征用地区、拆迁地区和各区县政府明确不予登记地区的平房办理登记注册的，登记机关不予登记注册。具体要求请详细查询当地工商局相关规定。

1. 站租赁合同审查中的重点问题
   1. 区分租赁所涉土地的所有权性质

我国实行土地的社会主义公有制，即全民所有制和集体所有制。城市市区的土地属于国家所有。农村和城市郊区的土地，除由法律规定属于国家所有的以外，属于农民集体所有；宅基地和自留地、自留山，属于农民集体所有。

由于基站建设地域分布广泛，有相当部分基站坐落在农村集体土地上，因此在审查基站租赁合同时应当首先区分城市国有土地上的基站租赁合同和集体土地上的基站租赁合同。城市国有土地上基站租赁合同一般为房屋租赁合同，合同审查与签订的要点与营业厅、办公场所租赁合同大致相同；集体土地上基站租赁合同则包括租赁农民宅基地上自建房屋和租赁农村集体土地上房屋两种情况，所适用的法律法规与城市国有土地上基站租赁合同有较大差别，审查时应予以格外关注。

* 1. 基站租赁合同中的税金承担问题

在草拟租赁合同时经常会有如下条款：“所涉税金由乙方（承租人）负责。”对于房屋租赁行为征税是就取得的租赁收入计算缴纳营业税(以及随同营业税征收的城建税、教育费附加）和房产税等，根据税法的相关规定，无论是营业税还是房产税，其法定纳税人都是取得房租收入的单位和个人，故不能通过合同形式将属于出租人的法定义务转移给承租人。因此，应力争避免如此约定。在基站选址困难的前提下，如果出租人坚持如此约定，承租人可能会为了基站建设的需要而被迫同意合同中的此类内容。目前的操作方式虽然没有税法上的法律风险，但应考虑是否有审计风险（因为承租人无代付租赁税金的义务）。建议谈判时即将税金因素考虑在租金标准内并予以明确，直接约定为租金而非由承租方另行支付出租人的租金税费。

* 1. 基站设备归属的约定

关于基站建设中搭建的设施设备，为避免合同到期时产生不必要的纠纷，应当在合同中明确约定承租人拥有出资建设、装修及安装的基站设施设备的所有权，并且有权在合同终止时不受干扰的进行处分。

* 1. 基站出租人的特殊配合事项

为了保证租赁期间基站建设及其设备的正常使用，应当明确约定出租人同意向承租方提供该租赁物所在楼宇的楼顶场地，用于安装无线设备、传输设备、天馈线、天线支架、走线架以及其他设施设备，并负责提供与此相配套的光缆或电缆入户通道。此外，在装修和设备安装期间，要求出租人承诺积极予以配合，并提供以下支持：

* 1. 提供该租赁物内空调系统的室外机安装位置；
  2. 提供人员和车辆进出、装修和设备材料运送和堆放、电梯和楼道使用以及临时用水、用电等便利；
  3. 提供装修和设备安装所需的房屋和楼顶结构平面图，以及本楼电源及工作接地的技术资料，或者进行相应的技术交底；
  4. 提供该物业内现有的通信、电力及管线位置（含大楼红线内入楼管道井、预埋入楼管道等），配合承租人做好光缆引入、消防及安全保障工作。
  5. 为使承租人实现合同目的，出租方应为承租方提供符合规范的电力引入路径、光缆引入路径和建造防雷地网的合适位置，并明确由哪方负责电力报装。
  6. 拆迁时基站租赁的处理问题

由于目前城市建设的推进，基站租赁房屋难免会遇到拆迁的情况。为保护承租方的合法权益，应当在合同中约定出租人应及时将拆迁人、拆迁范围、拆迁时间等有关事项书面告知承租方，由承租方和拆迁人按照国家和本市的有关规定协商处理，拆迁应对承租人进行补偿，如果出租人获得了拆迁补偿款，应将承租人应得的款项及时支付给承租人。在承租方和拆迁人就基站迁移未达成一致意见时，出租人应继续保证基站的正常运行，不得擅自中断通信电源，或阻挠承租方工作及维护人员进出基站，否则应向承租人支付违约金并赔偿损失。

* 1. 基站征地协议无效的问题

目前，个别公司在农村基站建设中，采取与农民个人或村委会或乡镇人民政府签订“土地征用协议”、“基站征地协议”等“征地”方式使用农村集体土地进行基站建设。根据我国《宪法》、《物权法》、《土地管理法》的相关规定：征收和征用都是宪法和法律赋予国家的权力，具有强制性。公司作为一般民事主体，并无法定的权力征收或征用集体所有土地，改变土地性质和权属。上述征地协议的相对方乡镇人民政府或村民个人实际无权处分集体土地，即使是集体土地的所有权人村委会也无权决定将集体土地征用为国有土地。根据《土地管理法》的规定：任何单位和个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地。即我国禁止土地所有权买卖或者以其它形式的非法转让。签订“征地协议”的目的是通过购买集体土地，将土地性质由集体所有变为国家所有，进而办理国有土地使用权证。这种方式属于非法的土地交易行为，违反法律强制性规定，并不能受法律保护。一旦产生法律纠纷，公司的权益将无法得到保障。

* 1. 租赁集体建设用地进行基站建设的问题

我国实行土地用途管制和土地利用总体规划制度，规定土地用途，严格限制农用地转为建设用地，原则上禁止出让、转让或者出租集体土地使用权用于非农业建设。此外《城乡规划法》规定了通信设施作为基础设施应当纳入城乡各级规划中（包括乡规划、村庄规划）。租赁已经通过规划审批确定为乡（镇）村公共设施建设用途的集体建设用地，符合农村集体建设用地的法律和政策，是合法有效的。

另一方面，根据某些地方法规规定，经省级人民政府国土资源行政主管部门批准的试点乡（镇）的集体经济组织对基础设施、公益事业和经营性项目用地，可以采取租赁、作价出资（入股）、联营等形式提供土地使用权。因此，在上述地区可以通过租赁集体建设用地进行基站建设。

租赁上述两类集体建设用地，应当根据《物权法》、《土地管理法》规定，属于村农民集体所有的，由村集体经济组织或者村民委员会签订合同；已经分别属于村内两个以上农村集体经济组织的农民集体所有的，由村内各该农村集体经济组织或者村民小组签订合同；已经属于乡（镇）农民集体所有的，由乡（镇）农村集体经济组织签订合同。

根据部分省市的实践经验，如果不确定上述土地的归属、用途，可在与村委会签订租赁协议前，由其提供当地乡镇人民政府出具的土地权属、用途、村委会有权出租的证明文件作为合同附件，一旦发生争议，有利于公司主张权利，化解纠纷。

* 1. 租赁农民宅基地上自建房屋及其场院进行基站建设的问题

农民的宅基地使用权是指农民作为农村集体成员而享有的无偿占有和使用集体分配的建设用地，依法利用该土地建造住宅及其附属设施的权利。宅基地使用权人身份的特殊性、权利取得的无偿性以及土地用途的特殊性决定了宅基地使用权的流转受到法律的较多限制。《土地管理法》规定，集体土地使用权原则上禁止出让、转让或者出租用于非农业建设。农民的宅基地原则上不能直接出租或出让用于基站建设。另一方面，农民取得的宅基地使用权虽然无法自由流转，但是依法利用该土地建造的住宅及其附属设施是受到法律保护的私有财产。农民对自建房屋及其附属设施具有完全的、排他的所有权，可以通过出租自建房屋及其附属设施收取租金收益。而根据房地一体主义原则，通过租赁农民宅基地上自建房屋及其场院的方式可以合法实现基站建设的目的，避免宅基地不能直接出租、出让用于基站建设的法律障碍。

出于安全、履约便利等多方面的考虑，租用农民住宅房屋建设基站需特别审慎，除考虑安全因素外，还应考虑基站建设安装、电力设施引入等多方面因素，以及发票开具等具体履约环节，实践中如能选择村委会等集体经济组织，应尽量避免与村民个人签约。

1. 管道管孔租赁合同审查中的重点问题
2. 租赁标的物的计量问题
3. 租赁通信管道、管孔的实际长度应明确约定，也可约定实际长度以竣工资料计取，详细路由应附图作为合同附件。
4. 当甲、乙双方对竣工资料标称的租赁标的物的长度存在争议时，承租方可以委托具备法定资质的第三方测绘机构实际勘测，并且以第三方测绘机构的实际勘测数据为准。
5. 特殊约定

出租方应保证其所提供的管道穿放时是全程贯通的，完全具备布放光缆的条件。并应约定如有管道不通的情况发生如何解决，如要求出租方提供其它管孔使其贯通，若由此增加路径长度则承租方不另行支付租费。

1. 维修维护责任

租赁期间，出租方应负责对管道及其附着设施（包括但不限于人井、管箱、管道、盖板等）每隔一定时日（根据具体情况约定）检查一次，发现管道损坏，出租方应立即进行修复，可约定大修修理费用及日常的维修费用由出租方承担。

应约定出租方提供7×24小时障碍受理电话并列明号码，当租赁物发生损毁、障碍时，出租方接到通知后应及时查修，应具体约定一般抢修时限（如具体到小时数），严重故障如导致光缆全阻障碍的，出租方应在一定小时数内使线路恢复畅通。如出租方在规定时限内未能修复，每超1小时按合同总金额或年租金一定比例计算的金额作为违约金。

1. 出租方应配合承租方对光缆的定期测试及维护抢修等工作，应具体约定配合时限、程序要求等。
2. 因规划原因造成管道迁移时，出租方应提前（应约定足够长的提前时间）通知承租方，双方商定管道及光缆的改接方案，应约定因此发生的迁移费用由哪方承担。
3. 仓库租赁合同审查中的重点问题
   1. 仓库租赁合同应当注意对出租人特殊义务的约定

出租人应当负责对仓库的监护，并负责库房、地面、门窗等库房设施的维护、维修；提供所需水源、电源、照明设施等库房设施；按照承租方的要求对仓库进行定期的排风，保持恒定温度、湿度；由于房屋质量问题（漏雨、受潮、承重等原因）而给承租人造成的损失，应由出租人承担。

* 1. 防火安全问题

承租人在租赁期间须严格遵守执行《中华人民共和国消防条例》，积极配合出租人主管部门做好消防工作。出租房屋内确因维修等事务需进行一级临时动火作业时（含电焊、风焊等明火作业），须经出租人同意。出租人负责仓库区域的五防，即防盗窃、防抢劫、防火灾、防爆炸、防治安灾害事故的发生,对发生的五防事故，应及时报案“110”或“119”等部门。因出租人疏于检查防范或保安未能尽职造成的事故损失，视情节情况由出租人承担相应责任。

* 1. 出租人配合事项

明确约定出租人应当提供合理的便利及其他辅助设施供承租人使用。合同应当约定出租人保证承租人进出库搬运工作正常进行，承租人对于属于库区的其他辅助设施的使用也应列入约定范围。

* + 1. **租赁合同关键示范条款**

1. 乙方向甲方承租的房屋（以下简称为该房产）
   * 1. 该房产坐落

该房产位于 。（附图详见附件 ）

* + 1. 该房产面积

双方确认：承（出）租房产的 （建筑/套内建筑）面积为 平方米，上述面积为本合同所述租金、保证金等费用在收取时的计算依据。

* + 1. 该房产的用途

该房产乙方将用于经营 。

* + 1. “ ”的物业管理由 承担。乙方对相关物业管理公约（详见附件）将予以遵守。
    2. 甲方对该房产权利状况的承诺

甲方在此不可撤销地承诺并保证：本协议项下的房产为权利人经合法取得土地使用权，依中国现行法律、法规、规章之规定开发建设而成。该房产之上未设任何抵押物权，未有任何权属争议。如日后权利人对此房产设立第三方抵押或担保，则保证不影响乙方的权益，并同时向抵押权人或担保受益人明示乙方享有该房产的优先购买权，如因此影响乙方权益，则甲方负责赔偿。

1. 租期

乙方承租本合同项下的房产的期限为 年，即从 年 月 日至 年 月 日(租期应在20年以内)。

1. 租金
2. 乙方承租该房产的租金为每年人民币 元整。前述租金包括＿［物业管理费或（和）空调费或（和）取暖费］。甲方负责代乙方按时从租金中支付前述费用。租赁期间，本合同所述租金不受上述费用调整的影响。
3. 租金按 支付；自本合同约定的免租期结束之日起计算租赁年度。乙方需在每 开始的前 个工作日内（如到期日为星期六、日或法定节假日，则顺延到下一个工作日）向甲方交付 租金。甲方应在乙方支付租金时开具正式发票。不开具发票或开具不合格发票的，乙方有权延期交付租金而无须承担任何责任。
4. 租赁期内，该房屋租金不作调整。
5. 租期内，有关出租房屋的房产使用税、土地使用税、营业税等政府税费由甲方自行承担。
6. 其他费用

乙方租赁该房屋的水电费、电话费、卫星电视线路通讯费等市政设备使用费用，由乙方按国家规定标准向管理公司或市政各有关部门支付。

1. 交付与入住
2. 甲方应于合同生效后 日内，将符合本合同及其附件所约定的房产交付乙方使用；
3. 双方签署房屋交接单的日期为甲方完成交付义务的日期；
4. 乙方在签署本合同及与管理公司签订物业管理公约后，即可入住该房屋。
5. 装修、改建与维修养护
   1. 乙方承租的该房屋为 （初装修和精装修或其他），甲方为其提供冷暖、照明、消防设施、基本的电力供应（不低于 千瓦的电力容量及双路供电系统）及其他有关基本设施、条件。
   2. 乙方可根据需要对该房产进行装修，甲方应给予充分配合。
   3. 乙方在进行装修前，需将其装修方案及选择的装修队伍的资质报甲方或管理公司进行备案。
   4. 乙方保证遵守本合同和物业管理公司要求，在进行装修前与管理公司签署装修协议书（如需要）。同时，甲方应根据有关规定办理乙方装修工程所需到消防主管和有关部门办理的有关审批手续。
   5. 未事先征得甲方的书面同意，乙方不得对该房屋进行改建、增建，不得以任何形式毁坏该房屋的主体结构；乙方在租赁期间对承租单位的装修而增加的装修物品，如果不适合拆除或甲方认为应当保留在承租单位内的，甲方应当按照终止租赁关系之时，按该装修物品市场重置价值扣除折旧之后的余值购买，并在租赁关系终止后的10个工作日内将其支付给乙方。
   6. 甲方负责出租房屋的维修养护，相关维修费用由甲方自行承担。甲方应予以维修而拒绝维修的，乙方可自行委托他人进行维修，维修费用及因此给乙方造成的损失由甲方承担。
6. 标识设立
   * 1. 甲方同意在 、首层大堂入口、所在楼层电梯口醒目位置按统一规范和标准免费为乙方设立或竖立显著的乙方企业名称和标识。规格为： 。材质为 。
     2. 甲方同意乙方在“ ”楼宇的 或（和）屋面或（和）外墙面树立广告牌或（和）企业标识。但安装、施工方案须经甲方书面同意，费用由乙方自行承担，相关报批行政手续由乙方自行办理，甲方应予以相应积极配合。
7. 房屋的出入
8. 鉴于乙方营业的特殊性质，双方同意：未经乙方的书面同意，甲方或其指定的物业管理公司不得以任何理由进入乙方承租的房产内。但对共用设施所进行的必要的检查和维修乙方应予以配合。
9. 甲方或甲方指定物业管理公司应在“ ”大堂入口设置门卫并安置必要的电子保安系统，对出入来访人员进行必要的检查。并定时巡视租赁房产内部及周边，确保乙方人身财产安全。
10. 承租期届满时相关事宜的处理
    1. 若乙方在租期届满后继续承租该房屋，可向甲方提出书面续租请求，但此请求须于租期终止日前 个月内提出，否则即视为乙方放弃续租，本合同自租期终止日自行终止。
    2. 同等条件下，乙方享有前述优先续租权和法律规定的优先购买权；
    3. 承租期届满或出现本合同第 条约定的情形而提前终止租赁的，甲方应给予乙方合理的腾空时间。乙方的可移动办公家具、营业用机器设备，在租期届满时可以搬离；其他一切装修，在租期届满时，乙方不得拆毁和破坏。
11. 甲方的权利和义务
    * 1. 如甲方决定向第三人转让乙方承租的该房屋，甲方须提前三个月通知乙方。在租期内，如乙方不符合法律规定的优先购买权条件或乙方放弃优先购买权时，该房屋可向第三人转让。甲方将该房产转让予乙方以外的第三人后，本合同之租赁关系对新业主仍然有效，所有适用于甲、乙双方的章条，同样适用于新业主和乙方。本租赁合同中出租人的权利义务将自转让之日起转由第三人享有和承担。
      2. 甲方有按本合同的约定收取租金及其他费用的权利。
      3. 甲方有按时向乙方交付符合本合同约定的房产的义务。
      4. 甲方有及时代乙方交付物业管理费、空调费、取暖费的义务。
      5. 甲方应保持租赁房屋及附属设施处于适租状态，并严格按照本条款的规定履行检查、维修保养与更换义务，因此所发生的费用包括在乙方交付的物业管理费用内。
      6. 6.甲方应为乙方所承租的房屋提供处于良好状态的与公共走道相通的大门、室内吊顶、地面、照明及标准数量的强电及弱电插座、通信及网络管线、供水、排水系统，且应定期维护（至少 月 次），保证乙方用水、排污、用电及通信的正常。
      7. 甲方应在乙方承租期间向乙方提供24小时冷暖空调服务，并定期维护，保证其正常运行，确保乙方承租单位内夏季温度不高于25℃，冬季温度不低于16～18℃。甲方应保证乙方承租楼房的消防系统可以随时使用，并有完整的对付突发事件的应急方案及相应的实施人员与齐全的设备。
      8. 甲方应对乙方承租楼房的电梯系统进行定期的检查维护，以保证电梯能够正常使用，保证电梯安全设施齐全有效，通风、照明及其附属设施完好；当电梯老化或因其他原因不能够或不应当再使用时，甲方应及时予以更换或大修；当出现紧急事故时，接到乙方、乙方的员工或其他任何第三方的通知后，甲方应立即安排抢修人员到达现场进行维护与救护，确保人员生命安全。
      9. 甲方应配备一部24小时值班电话，并配有专人值班，以便乙方能够随时与甲方取得联系，并做到随叫随到。
      10. 发生任何因维修、养护等需要中断设施供应的情况，或可能对乙方正常工作造成其他影响的情况，甲方必须提前三日书面通知乙方。
      11. 因甲方责任对乙方使用承租单位及其附属设施造成影响或因房屋安全问题造成乙方人员或乙方客户人身及（或）财产损失、甲方疏于履行提前通知义务造成乙方损失的，甲方应赔偿乙方因此受到的直接和间接损失。
      12. 12.出租房屋需要拆迁的，应提前3个月通知乙方。在本合同终止之日，除返还乙方已支付而未发生的租金外，还应向乙方支付相当于 个月租金的经济补偿。
      13. 甲方或甲方指定代理公司、雇员应对本合同项下租金及签订和履行本合同过程中知晓的乙方商业和经营信息予以保密，不向任何第三方透漏/提供。泄密的，应对乙方损失进行赔偿。
      14. 本合同约定或法律、法规规定或根据诚实信用原则应享有的其他权利和应负担的其他义务。
12. 乙方的权利和义务
13. 乙方有按时接受符合本合同约定的房产的权利。
14. 乙方在合同期内有权享受大厦的公共设施和服务。
15. 乙方对管理人提供的服务不满意时，有权向甲方投诉，甲方应督促管理人尽快改进。
16. 符合法律规定的同等条件下，优先购买和续租权利。
17. 获得约定的拆迁补偿的权利。
18. 乙方有按本合同规定的期限和方式缴付租金、其他费用的付款义务。
19. 在租期内按本合同规定的用途使用该房屋，未经甲方书面同意不得改变该房屋的功能和用途。租赁期内，乙方有权利用承租房屋与其他个人或单位联营、合营，分包或分租、转租。甲方应予以协助办理相应手续。
20. 合理使用承租房产，谨慎维护承租房产主体结构、承重结构不受不当毁损的义务。
21. 对本单位员工或代理人的过失给该房产及公用设施或第三人造成的损害承承担赔偿责任。
22. 本合同约定或法律、法规规定或根据诚实信用原则应享有的其他权利和应负担的其他义务。
    * 1. **常用法律、法规、规章、规范性文件**

《中华人民共和国土地管理法》

《中华人民共和国合同法》

《中华人民共和国物权法》

《中华人民共和国土地管理法实施条例》

《中华人民共和国城市房地产管理法》

最高人民法院《关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》

最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》

《城市房屋租赁管理办法》

《城市房屋拆迁管理条例》

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》

《最高人民法院关于适用〈民法通则〉若干问题的意见》

1. **建设工程施工合同审查指引**

建设工程施工合同是公司日常合同管理工作中常见的合同类型，如网络工程及配套施工合同（如基站建设、管道建设等）、营业和服务厅台及办公场所土建装修及配套施工合同等，签约的承包单位多为长期合作的通信行业专业施工单位。施工类合同不仅数量众多，而且涉及的合同金额巨大，涉及的专业问题较多，因此审查此类合同需要特别审慎。

* + 1. **建设工程合同概述**
  1. **建设工程合同定义**

建设工程合同是承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同。

建设工程，是指土木工程、建筑工程、线路管道和设备安装工程及装修工程。

* 1. **建设工程合同分类**
     + 1. 建设工程合同基本分类

按照《合同法》分则的规定，建设工程合同可分为工程勘察合同、工程设计合同和工程施工合同。

* + - 1. 总承包合同与分别承包合同

根据合同联系结构不同，建设工程合同可分为总承包合同与分别承包合同。

总承包合同，是指发包人将整个建设工程（包括工程的勘察、设计、施工工作）承包给一个总承包人而订立的建设工程合同。总承包人就整个工程对发包人负责。

分别承包合同，是指发包人将建设工程的勘察、设计、施工工作分别承包给勘察人、设计人、施工人而订立的勘察合同、设计合同、施工合同。勘察人、设计人、施工人作为承包人，就其各自承包的工程勘察、设计、施工部分，分别对发包人负责。

* + - 1. 总包合同与分包合同

总包合同，是指发包人与总承包人或者勘察人、设计人、施工人就整个建设工程或者建设工程的勘察、设计、施工工作所订立的承包合同。总包合同既包括总承包合同也包括分别承包合同，总承包人或分别承包合同的承包人都直接对发包人负责。

分包合同，是指总承包人或者勘察人、设计人、施工人经发包人同意，将其承包的部分工作（限于非主体、非关键性工程、专业施工工程、劳务）承包给第三人所订立的合同。分包合同与总包合同是不可分离的。分包合同的承包人即分包人，就其承包的部分工作与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向总包合同的发包人承担连带责任。

* 1. **建设工程合同特点**

第一，承包人只能是法人,而且只有经过批准的具有相应资质的法人,才可以在其资质等级许可的范围内承揽工程,成为建设工程合同的主体。

第二，建设工程合同的标的是特定的, 是指土木工程、建筑工程、线路管道和设备安装工程及装修工程等，在属性上具有不可移动、长期存在的特点。

第三，建设工程合同的订立和履行,受到国家的严格管理和监督，大量的法律、行政法规、行政规章、地方性法规以及地方性规章对工程建设立项、发包、承包、建设及验收等各环节进行严格管制。

第四，建设工程合同为要式合同，必须采用书面形式是国家对建设工程进行监督管理的需要,也是建设工程合同履行的特点所决定的。

* + 1. **建设工程施工合同的审查**
    2. **建设工程施工合同审查要点**

建设工程施工合同通常均使用国家建设部、国家工商局于1999年联合颁布的《建设工程施工合同》示范文本，虽然根据个别项目的具体要求也可使用国际通用合同文本（如FIDIC合同条件），但较为少见。因此本条内容主要参照施工合同示范文本的内容及结构扼要说明该类合同审核要点，合同审查人员应结合具体项目的实际情况全面审查施工合同。

上述示范文本的《建设工程施工合同》结构分为三部分，第一部分为协议书，总体上概括约定施工合同的当事人、总价款、工程承包范围等主要内容；第二部分为通用条款，该部分对施工合同双方的权利义务进行了详细约定，内容是固定的，无须单独约定；第三部分为专用条款，由双方根据合同实际情况对通用条款作出变更、增补等具体约定，因此，应重视该部分内容的正确填写，不应不填写或随意填写。

* + - * 1. 审查建设项目是否经合法审批

如属独立的办公楼、机房楼等依法应经审批的建设项目，应审查是否取得土地使用权证书或者使用土地的批准文件、建设工程规划许可证、施工许可证等，其他小型项目的建设施工按照国家及各地方行政管理规定如需规划、环保、无线电管理机构等行政管理部门审批的，应审查相应审批文件。

审核涉及国家重大建设项目的工程合同，应当审核是否按照国家规定的程序和国家批准的投资计划、可行性研究报告等文件订立。

* + - * 1. 合同主体的审查

《建筑法》第13条规定：“从事建筑活动的建筑施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位，按照其拥有的注册资本、专业技术人员、技术装备和已完成的建筑工程业绩等资质条件，划分为不同的资质等级，经资质审查合格，取得相应等级的资质证书后，方可在其资质等级许可的范围内从事建筑活动。”第26条规定：“承包建筑工程的单位应当持有依法取得的资质证书，并在其资质等级许可的业务范围内承揽工程。禁止建筑施工企业超越本企业资质等级许可的业务范围或者以任何形式用其他建筑施工企业的名义承揽工程。禁止建筑施工企业以任何形式允许其他单位或者个人使用本企业的资质证书、营业执照，以本企业的名义承揽工程。”

因此，对于建设工程合同主体的审查，除按照通用审查指引审核外，还应当审核承包方是否满足一定的资质要求。

资质是指从事建筑活动的建筑施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位按照其拥有的注册资本、专业技术人员、技术装备和已完成的建筑工程业绩等资质条件，划分为不同的资质等级，经资质审查合格，取得相应等级的资质证书后，方可在其资质等级许可的范围内从事建筑活动。审核资质时应注意审核其资质证书的资质等级、有效期限等是否符合工程建设项目的要求，持证单位名称是否与承包单位名称一致等。

* + - * 1. 施工合同第一部分协议书内容的审查

施工合同第一部分为协议书，概括约定施工合同的主要内容如工程概况（工程名称、地点、内容）、承包范围、工期、质量标准、合同价款，该部分属于合同实质内容的主要内容，审查时应注意核对是否与项目审批文件一致（如属招投标项目应核对承包人名称、承包条件是否与中标结果一致），约定内容是否具体、准确，如有不一致应进行修改。

* + - * 1. 合同内容合法性的审查

根据《合同法》、《建筑法》等相关法律规定，工程合同不得有以下违反法律、行政法规强制性规定的内容，审查时如有违法内容应当进行删改：

将应当由一个承包人完成的建设工程肢解成若干部分发包给几个承包人；

同意承包人将其承包的全部建设工程转包给第三人或者将其承包的全部建设工程肢解以后以分包的名义分别转包给第三人；

同意承包人将工程分包给不具备相应资质条件的单位；

同意分包单位将其承包的工程再分包；

同意建设工程主体结构的施工非由承包人自行完成；

合同约定建筑材料、建筑构配件和设备由工程承包单位采购的，发包单位指定承包单位购入用于工程的建筑材料、建筑构配件和设备或者指定生产厂、供应商；

将必须进行招标的项目化整为零或者以其他任何方式规避招标的；

与非中标人签订合同（也包括中标人向他人转让中标项目的情况）；

不按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同，或再行订立背离合同实质性内容的其他协议；

其他违反法律、行政法规强制性规定的内容。

* + - * 1. 关于通用条款与专用条款的关系

施工合同示范文本第二部分通用条款对合同文件及解释顺序、工程师和项目经理的委派、发包人工作、承包人工作、施工组织设计和工期、质量与检验、安全施工、合同价款与支付、材料设备的供应、工程设计及价款的变更、竣工验收与结算、质量保修、违约和索赔、工程分包、争议处理和不可抗力、合同生效及终止等合同各方面内容进行了详细和较为全面的约定。该部分内容属于适用一般情况的约定。

为了灵活适应不同当事人、不同建设项目的需求，示范文本在第三部分设置了专用条款，供双方当事人根据实际需要对通用条款内容进行选择性的约定或变更约定，或就通用条款未约定的内容进行补充约定。

但实际情况中常见合同承办人提交的施工合同专用条款多为空白或直接约定为“按通用条款执行”，未能充分利用该部分内容使最终达成的合同条款更符合己方实际需求，因此审查专用条款时应尽量避免上述情况，要求承办人根据实际需要对专用条款进行具体约定。

* + - * 1. 关于合同价款的约定

招标工程的合同价款由发包人与承包人依据招投标文件、中标通知书中的中标价格在协议书中约定，非招标工程的合同价款由发包人承包人依据工程预算书在协议书中约定。通过招标投标签订的建设工程合同与中标合同实质性内容（如合同价款）不一致的，依法应当以备案的中标合同作为结算价款的依据，因此应避免签订此类价款不一致的合同。

发包人、承包人应当在合同条款中对涉及工程价款结算的下列事项进行约定：

* + - 1. 预付工程款的数额、支付时限及抵扣方式；
      2. 工程进度款的支付方式、数额及时限；
      3. 工程施工中发生变更时，工程价款的调整方法、索赔方式、时限要求及金额支付方式；
      4. 发生工程价款纠纷的解决方法；
      5. 约定承担风险的范围及幅度以及超出约定范围和幅度的调整办法；
      6. 工程竣工价款的结算与支付方式、数额及时限；
      7. 工程质量保证(保修)金的数额、预扣方式及时限；
      8. 安全措施和意外伤害保险费用；
      9. 工期及工期提前或延后的奖惩办法；
      10. 与履行合同、支付价款相关的担保事项。

需要特别注意审核的是合同价款计价方式的约定内容。建设工程施工合同价款可以采用以下计价方式之一：固定价（固定总价或固定单价）、可调价、成本加酬金。合同工期较短且工程合同总价较低的工程，一般可以采用固定总价方式；固定单价的计价方式，是双方在合同中约定综合单价包含的风险范围和风险费用的计算方法，在约定的风险范围内综合单价不再调整，风险范围以外的综合单价调整方法由双方协商一致后在合同中约定。可调价格包括可调综合单价和措施费等，双方应在合同中约定综合单价和措施费的调整方法。成本加酬金计价方式，是指合同价款包括成本和酬金两部分，双方在专用条款中约定成本构成和酬金的计算方法。审核计价方式的约定内容应注意审核是否清楚明确地约定了计价方式及价格调整的风险范围和调整方法、上下文约定的计价方式是否一致等。

* + - * 1. 关于合同价款支付条件、期限的约定

鉴于工程合同中公司主要为甲方（发包方），支付合同价款是甲方的主要合同义务，逾期支付将承担支付违约金、赔偿损失的违约责任，因此审查关于合同价款支付的约定时，除了注意根据工程进度约定相应价款支付比例外，还需视公司审批流程所需期限等相关因素约定合理的付款期限，如在“合同生效后”、“工程竣工并经验收合格后”这些常见的约定后补充一个具体的期限：“××个工作日内”，以方便安排付款相关事宜，使公司能够在约定期限内按时付款，避免迟延支付。

另外，如果双方约定了预付工程款，在具备施工条件的前提下，发包人一般应在双方签订合同后的1个月内或不迟于约定的开工日期前的7天内预付工程款，但是需要注意的是，具备施工条件是预付工程款的前提，凡是没有签订合同或不具备施工条件的工程，为了防范风险，发包人不应预付工程款。

* + - * 1. 关于确认期限的约定

通用条款中关于合同价款变更、工程量确认、竣工验收报告、竣工结算报告、索赔报告等均约定了确认期限，如超过约定期限未予答复将被视为认可。因此如果通用条款约定的各个确认期限根据各公司实际履行需要不够长，应在专用条款中进行变更，延长相应期限，以免因公司审核流程较长在未答复前已被视为认可的情况发生。

* + - * 1. 提交竣工资料的补充约定

通用条款“竣工验收”一条约定，工程具备竣工验收条件，承包人按国家工程竣工验收有关规定，向发包人提供完整竣工资料及竣工验收报告。关于承包人提供竣工图的具体内容，应当在专用条款内约定提供的期限和份数，以及竣工图编制费用是否包含在合同价款中。实际情况常见专用条款对该条内容并未作专门约定，履行中一旦发生争议，如有的承包人不按时按量提供竣工图，有的承包人要求另行支付编制费用，发包方无法依据合同约束承包方，因此应审查专用条款中对此是否进行了具体的补充约定。

* + 1. **建设工程施工合同常见问题及处理建议**

1. 合同价款支付约定不当的问题

某公司于10月20日接到一份施工合同审核申请，该合同约定的“工期为4月1日至9月30日”，关于工程款支付方面约定如下：“工程队进场施工后5个工作日内预付30%的合同款，工程量完成50%后付至合同总金额的50%，合同完工后付至合同总金额的85%，经工程审计后付至合同总金额的95%，质保期完后付至合同总金额的100%。”该合同关于违约责任有如下约定：“甲方延迟付款，对于延迟支付的款项，应按银行同期贷款利率支付乙方违约金。”

案例中的情况为典型的补签合同，即合同的实际签订日期在合同履行日期之后，但约定付款期限时并未根据实际情况对常用付款约定进行调整，一旦签订合同，将导致公司迟延付款违约行为在签约时已发生，对公司而言存在较大风险，审查时应根据该项目实际情况对合同价款支付的约定进行相应调整。

在一份线路施工合同中，付款条款表述为“工程验收合格后10个工作日内，甲方支付合同价款至合同总金额的90%”，但在该合同其他条款中将验收分为“竣工验收”和“终验验收”，付款条件约定不明，合同对方据此可以提出不同的付款期限，易产生争议，应进行上下文的核对，对关键词语准确定义，避免歧义。

另外，常有承包方要求发包方将其应收的合同款支付给其自行指定的分包单位或包工头，发票的开具也由分包单位或包工头自己解决。承包人试图通过转让债权这一形式将合同履行过程中存在的转包或违法分包行为合法化，甚至连发票开具的合同义务也同时进行转让。对于承包人的这种要求应予拒绝，并应注意在施工合同中明确约定工程款的收款账户、发票开具的方式等。

1. 关于合同价款计价方式的约定问题

施工合同中如何约定计价方式也是一个重要问题。某工程施工合同中，前面约定“包干造价，固定不变价”，后面又约定“按实结算”，属于计价方式约定不清，易产生争议，审查时应对上下文进行核对，统一约定。

合同计价方式约定固定价或可调价的最为常见。审核合同价款时需注意对计价方式是否进行了清楚明确的约定，采用可调价计价方式的，实践中常见因约定不明确、不具体而发生纠纷，因此审查关于可调价调整办法的约定时需特别注意。示范文本通用条款约定的可调价合同价款的调整因素包括：法律、行政法规和国家有关政策变化影响合同价款；工程造价管理部门公布的价格调整；一周内非承包人原因停水、停电、停气造成停工累计超过8小时；双方约定的其他因素。财政部、建设部联合颁布的《建设工程价款结算暂行办法》规定的调整因素还包括：经批准的设计变更；发包人更改经审定批准的施工组织设计(修正错误除外)造成费用增加。

对通用条款规定的可调价调整因素如需变更、增加，应在专用条款中作出具体明确的约定，审查此条款时可根据实际需要增删调整因素的约定内容，如一周内非承包人原因停水、停电、停气造成停工累计超过8小时，也可根据需要延长上述期限。同时，也可在专用条款中补充约定合同价款调整因素：承包价加洽商增减费用，最终按发包方审计定案价格为准进行结算。

示范文本通用条款约定：承包人应当在上述可调整价款的情况发生后14天内，将调整原因、金额以书面形式通知工程师，工程师收到承包人通知后14天内不予确认也不提出修改意见，视为已经同意该项调整。需要注意的是，如根据公司实际情况（如审批流程较长等）上述期限需要调整，应在专用条款中进行具体约定，如可以延长承租方确认期限，以避免实际履行中因延迟确认视为默认同意的情形发生。

1. 关于工程师、项目经理的权限问题

因建设工程合同发生纠纷的案件中很常见的争议问题是对工程量和工程价款的认定问题。在建设工程合同履行过程中，因发包方的工程师或委托的监理工程师的权限约定不明，加之其职务可能变动，承包方的项目经理亦多有调整，新接任的工程师和项目经理对工程前期情况不熟悉，一旦工程前期资料不完备或前任操作不规范，就会给工程量的认定带来困难，进而影响对工程价款的认定。

因此，为避免该类纠纷的发生，在合同中应注意明确、具体地约定发包方工程师、总监理工程师以及承包方项目经理的权限，列明其姓名、职务、职权，工程师行使某些职权前需要征得发包人批准的，也应在合同中具体列明，发包人派驻施工场地履行合同的代表（即工程师）的职权不得与监理单位委派的总监理工程师职权相互交叉，双方职权发生交叉或不明确时，发包人应以书面形式予以明确。

1. 关于农民工工资问题的约定

在实践中曾经发生过类似纠纷：公司将工程施工任务承包给某施工单位进行，由于施工单位拖欠农民工工资，导致农民工上访事件发生。

工程施工合同虽然是公司与施工单位双方之间的权利义务关系的约定，但是与此密切相关的问题就是农民工的工资问题，因为施工单位在进行施工时，工人会认为他们是在为公司工作，当施工单位不按时发放农民工工资时，农民工就会向公司甚至建设行政管理部门上访以期解决其报酬支付问题。

农民工问题如果不能妥善处理，将会对公司的企业形象产生不良影响。因此，在施工合同中应增加关于对方不按时发放农民工工资导致农民工到公司或有关部门上访给公司造成影响及损失的违约责任承担问题的约定，以约束对方合法用工并及时支付农民工工资。具体可在施工合同中约定因施工方拖欠农民工工资导致农民工上访事件发生的，出现一次施工方须向公司支付合同总价款一定比例的违约金并承担损失赔偿责任，并负责妥善解决上访问题。有的公司在实践中要求施工方提供银行出具的支付农民工工资的保函，也是值得借鉴的做法。

在建筑施工中有大量农民工存在,承包人拖欠农民工工资问题的大量存在已经变成一个亟待解决的社会问题,很多地方政府要求建设单位承担垫付责任。因此,为了防范此类风险，可在合同中参照以下内容进行具体约定：如承包方拖欠农民工工资,并经有关部门调查属实,则发包方有权从工程款中直接向农民工支付，折抵承包人的工程款；或在结算中预留3%～5%的工程款，作为支付农民工工资的保障；或由承包人按承包总额的3%～5%,向当地有关行政主管部门缴纳农民工工资保证金（详见劳动部、建设部《建设领域农民工工资支付管理办法》，多数地方也有类似地方性政策规定）。

1. 违约责任的具体约定

通用条款中对发包方、承包方的主要违约行为进行了约定，但违约方赔偿损失的计算方法或者支付违约金的数额或计算方法需要在专用条款中进行具体约定。

常见的情况是提交审查的施工合同专用条款中对发包方、承包方违约责任不作具体约定或约定为“按通用条款执行”，而通用条款的约定只是泛泛的约定，并不具有实际可操作性。因此审查该部分内容时应具体约定发生某种主要违约行为时，违约方应向守约方按合同总价款金额的一定比例支付违约金，以便于有效制约对方。如约定“承包方未在规定的日期内完工的，每逾期一日应按合同总价款的 ％向发包方支付逾期违约金，若延期超过 日，发包方有权单方解除本合同，并要求承包方赔偿相应的损失”。关于承包方完成的工程质量验收不合格的违约责任，应具体约定“承包方应在规定时限内通过修理、重作等补救措施使工程质量合格，并应支付工程总价款 ％的违约金，如超过规定改正期限工程质量仍未验收合格的，发包方有权单方解除本合同，并要求承包方赔偿相应的损失。承包方违约除应按照上述约定支付违约金外，当约定的违约金不足以弥补发包方所受到的损失时，还应赔偿发包方损失”。

1. 关于安全责任的约定

工程建设相对来说是一个风险较高的项目，因此，对于施工中的安全责任，在示范文本通用条款中有专门的约定，规定承包方在施工期间应严格遵守工程建设安全生产有关管理规定，在施工生产过程中发生安全或火灾等责任事故造成人员伤亡及损失的，承包方应承担由此引发的一切法律责任，赔偿因此给发包方造成的全部损失。在施工过程中发生重大伤亡及其他安全事故，承包方应在约定期限内及时上报并负责处理相关事宜。如因双方中任一方原因导致事故损失扩大，应由责任方承担因此造成的相关损失。

此外，发生安全事故后，不管建设单位是否有过错，有些受害人常常将建设单位一并作为共同被告起诉，为此建设单位常常花费大量人力、物力处理纠纷。因此，为了有效约束承包方严格履行安全施工责任，避免发包方因安全事故额外支出费用的损失，还可以在专用条款中补充约定：“如因承包方发生安全事故等原因而使受害人通过投诉、起诉、信访等方式向发包方主张权利，承包方应承担发包方因此支出的调查费、律师费等合理费用，并可约定每发生一起安全事故，发包方有权要求承包方支付合同总价款 %的违约金，可在工程款中直接扣除。”

实践中建筑工地发生人身伤亡事故后,有些地方行政管理部门或受害人要求公司作为业主单位承担连带责任。对于该问题，以下分析意见供参考：

一般情况下，建设单位对承包方在施工过程中造成他人损害是不应承担责任的，更无法律依据承担连带赔偿责任。

关于施工过程中发生的人身、财产损害赔偿责任承担，《建筑法》第45条规定：“施工现场安全由建筑施工企业负责。实行施工总承包的，由总承包单位负责。分包单位向总承包单位负责，服从总承包单位对施工现场的安全生产管理。”因此，一般情况下，施工现场发生的安全事故责任应由施工企业承担，而不应由建设单位承担。

关于连带赔偿责任，《民法通则》第130条规定：“二人以上共同侵权造成他人损害的，应当承担连带责任。”最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第3条规定：“二人以上共同故意或者共同过失致人损害，或者虽无共同故意、共同过失，但其侵害行为直接结合发生同一损害后果的，构成共同侵权，应当依照《民法通则》第一百三十条规定承担连带责任。”也即承担连带赔偿责任的依据是建设单位与加害行为人构成共同侵权，如没有共同侵权，则无须仅仅因为是业主单位即承担连带赔偿责任。

特殊情况下，参照最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第10条规定,承揽人在完成工作过程中对第三人造成损害或者造成自身损害的，定作人不承担赔偿责任。但定作人对定作、指示或者选任有过失的，应当承担相应的赔偿责任，此种情况下，如果建设单位发出错误甚至违法违规的指示，或选择没有资质的施工企业承包建设工程的，则可能因此过错责任而承担相应的赔偿责任，但是否承担全部责任以及承担责任的比例需要根据具体情况进行具体分析研究。

实践中为减少、避免此类争议，有的企业的做法是除要求承包方投保意外伤害保险之外,同时可要求承包方为职工、农民工投保工伤保险，做到应保尽保。一旦发生工伤事故，可以要求其主张保险责任，一定程度上可以减少受害人向建设单位主张权利的风险。对此，最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》有如下规定：属于《工伤保险条例》调整的劳动关系和工伤保险范围的，不适用本条规定；依法应当参加工伤保险统筹的用人单位的劳动者，因工伤事故遭受人身损害，劳动者或者其近亲属向人民法院起诉请求用人单位承担民事赔偿责任的，告知其按《工伤保险条例》的规定处理。

1. 损害相邻权等情况下的责任承担

关于施工过程中扰民及对周围环境、建筑物、构筑物造成损害的责任承担争议是常见问题。为了避免此类争议，应在合同中补充约定，在施工过程中噪声、烟尘、震动等影响周边居民的正常生活，因施工抽取地下水、进行爆破作业等对他人的人身或财产造成损害的，应由承包方负责妥善处理并承担全部责任，如果被害人要求发包方承担赔偿责任或连带赔偿责任，发包方有权在承包人的工程款中予以扣减或另行向承包方追偿。上述约定与法律规定并不冲突，对此，《建筑法》第39条、第40条有明确规定：施工现场对毗邻的建筑物、构筑物和特殊作业环境可能造成损害的，建筑施工企业应当采取安全防护措施。建设单位应当向建筑施工企业提供与施工现场相关的地下管线资料，建筑施工企业应当采取措施加以保护。

1. 保修责任条款的约定

建设工程承包单位在向建设单位提交工程竣工验收报告时，应当向建设单位出具质量保修书。质量保修书中应当明确建设工程的质量保修项目内容及范围、质量保修期限、质量保修责任、质量保修金的支付方法等。

在某线路施工合同中，双方关于保修的约定是“工程质保期为终验合格后壹年；保修内容为乙方施工工程质量部分和提供的施工材料”。显然，双方对于保修的约定过于简单，例如，在保修期限内，工程质量出现问题时对方的反应机制问题，反映时限问题，工程维修的费用承担问题等，都应当在保修条款中做详细约定。

根据《建设工程质量管理条例》第40条的规定：在正常使用条件下，建设工程最低保修期限为：基础设施工程、房屋建筑的地基基础工程和主体结构工程，为设计文件规定的该工程合理使用年限；屋面防水工程、有防水要求的卫生间、房间和外墙面的防渗漏，为5年；供热与供冷系统，为2个采暖期、供冷期；电气管道、给排水管道、设备安装和装修工程，为2年。其他项目的保修期限由发包方与承包方约定。建设工程的保修期，自竣工验收合格之日起计算。因此，合同中约定的保修期限不宜低于法定最低保修期限。

* + 1. **建设工程施工合同关键示范条款**

第三部分专用条款

* + - * 1. 词语定义及合同文件

1. 合同文件及解释顺序

合同文件组成及解释顺序： 。

1. 语言文字和适用法律、标准及规范
   1. 语言文字

本合同除使用汉语外，还使用 语言文字。

* 1. 适用法律和法规

需要明示的法律、行政法规：国家法律、法规及地方法规相关规定。

* 1. 适用标准、规范

适用标准、规范的名称：国家法律、法规及地方法规相关规定。

发包人提供标准、规范的时间： 。

国内没有相应标准、规范时的约定：按设计要求执行；如图纸设计无明确要求，则执行通用条款第××条。

* 1. 图纸

发包人向承包人提供图纸日期和套数： 。

发包人对图纸的保密要求： 。

使用国外图纸的要求及费用承担： 。

* + - * 1. 双方一般权利和义务

1. 工程师
   * 1. 建设单位委派的工程师： 。
     2. 监理单位委派的工程师（总监理工程师）

姓名： 职务：总监理工程师。

发包人委托的职权：审批施工方案；在临时工程、永久工程实施过程中，代表发包人对材料、设备、施工工艺、工程质量进行检查、验收、计量等；代表发包人对工程进度进行控制、管理、协调；组织并参与工程竣工验收；代表发包人对施工现场进行协调、管理；审核工程预付款、工程进度款、初步审核工程结算价款、工程竣工资料(含竣工图)审查。

需要取得发包人批准才能行使的职权：变更工程施工方案；审批、变更施工图纸设计；经济洽商和索赔的确认；审批工程预付款、工程进度款、工程结算款；工程竣工的审批；合同内容的变更。

* + 1. 发包人派驻的工程师

姓名： 职务：发包方项目经理。

职权：变更工程总体施工方案；审批、变更施工图纸设计；签发开工通知、竣工验收单；审批工程付款；合同内容的变更经济洽商和索赔的确认。

* + 1. 不实行监理的，工程师的职权：全权。

1. 项目经理

姓名： 职务： 项目经理。

项目经理一经确定，除招标人要求或其他不可抗力原因外，未经招标人同意，不得擅自调离或更换，项目经理不得在其他工程中兼职。

1. 发包人工作

发包人应按约定的时间和要求完成以下工作：

1. 施工场地具备施工条件的要求及完成的时间：开工前施工现场具备开工条件。
2. 将施工所需的水、电、电讯线路接至施工场地的时间、地点和供应要求： 。
3. 施工场地与公共道路的通道开通时间和要求： 。
4. 工程地质和地下管线资料的提供时间： 。
5. 由发包人办理的施工所需证件、批件的名称和完成时间： 。
6. 水准点与坐标控制点交验要求： 。
7. 图纸会审和设计交底时间： 。
8. 协调处理施工场地周围地下管线和邻近建筑物、构筑物（含文物保护建筑）、古树名木的保护工作： 。
9. 双方约定发包人应做的其他工作：发生时，由双方协商，并签订补充协议，该补充协议作为本合同附件。
10. 发包人委托承包人办理的工作：发生时，由双方协商，并签订补充协议，该补充协议作为本合同附件。
11. 承包人工作

承包人应按约定时间和要求，完成以下工作：

1. 需由设计资质等级和业务范围允许的承包人完成的设计文件提交时间： 。
2. 应提供计划、报表的名称及完成时间： 。
3. 承担施工安全保卫工作及非夜间施工照明的责任和要求：要求承包人制订安全保卫工作措施，明确用电责任，建立规章制度。工程需要提供和维修非夜间施工使用的照明、看守、围栏和警卫等。如承包人未履行上述义务造成工程、财产和人身伤害，由承包人承担责任及所发生的费用。
4. 向发包人提供的办公和生活房屋及设施的要求： 。
5. 需承包人办理的有关施工场地交通、环卫和施工噪音管理等手续：遵守政府有关主管部门对施工场地交通、施工噪音以及环境保护和安全生产等的管理规定，按规定办理有关手续，并以书面形式通知发包人，相关费用由承包人承担。
6. 已完工程成品保护的特殊要求及费用承担：工程未交付发包人之前，承包人按本协议条款约定负责已完工程的保护工作，成品保护费由承包人承担。保护期间发生损坏，承包人自费予以修复。
7. 施工场地周围地下管线和邻近建筑物、构筑物（含文物保护建筑）、古树名木的保护要求及费用承担：承包人按发包人要求负责保护工作，承包人承担费用。
8. 施工场地清洁卫生的要求：保证施工场地清洁符合环境卫生管理的有关规定，承担违反有关规定造成的损失和罚款,在交工前由专业公司进行清理，其费用由承包人承担。
9. 环境检测：工程竣工之前承包人所承担的工程必须通过国家认证的环境检测单位的室内环境检测，其检测费用由承包人承担，检测项目及检测单应报建设单位审定。
10. 双方约定承包人应做的其他工作：办理所有与工程相关的协调工作及工程竣工规划、备案的手续。
    * + - 1. 施工组织设计和工期
    1. 进度计划
       1. 承包人提供施工组织设计（施工方案）和进度计划的时间： 。工程师确认的时间： 。
       2. 群体工程中有关进度计划的要求： 。
    2. 工期延误

双方约定工期顺延的其他情况：（1）不可抗力事件发生；（2）发包人的原因造成工期延误。

* + - * 1. 质量与验收

1. 隐蔽工程和中间验收

双方约定中间验收部位： 。

1. 工程试车

试车费用的承担：由承包方负责。

* + - * 1. 安全施工

按相关法律法规及××市有关规定、本合同《通用条款》第××条款执行。

* + - * 1. 合同价款与支付

合同价款及调整

* 1. 本合同价款采用 方式确定。

1. 采用固定价格合同，合同价款中包括的风险范围： 。

风险费用的计算方法： 。

风险范围以外合同价款调整方法： 。

1. 采用可调价格合同，合同价款调整方法：以发包方审计部门最终定案价格为准。
2. 采用成本加酬金合同，有关成本和酬金的约定： 。
   1. 双方约定合同价款的其他调整因素：发包方提出的更改图纸使工程量发生增减，费用按发包方审计部门定案价格为准。

工程预付款

发包人向承包人预付工程款的时间和金额或占合同价款总额的比例： 。

工程量确认

承包人向工程师提交已完工程量报告的时间： 。

工程款（进度款）支付

双方约定的工程款（进度款）支付的方式和时间： 。

* + - * 1. 材料设备供应

1. 发包人供应材料设备

发包人供应的材料设备与一览表不符时，双方约定发包人承担责任如下：（略）

1. 承包人采购材料设备

承包人采购材料设备的约定：招标文件工程量清单中以暂估价列出的材料，承包人应按发包人认可的规格、型号等要求进行采购。采购前承包人应向发包人提交书面采购申请列明备选的材料品牌、价格等，并提交材料样品。经发包人确认后进行样品封存并对采购价格进行确认。承包人据此签署相应采购合同并独立承担全部合同责任，并应及时将相应合同向发包人进行备案。发包人认可的采购合同价格与暂估价不一致的，双方据实调整合同价款。暂估材料的数量根据合同内清单工程量、设计变更数量进行确认。

工程量清单中列明品牌或品质要求的，承包人采购的材料应符合国家质量标准及发包人的要求，并需事先经工程师认可。对于承包人采购的材料不符合国家质量标准及发包人要求的，承包人应当进行更换或调整。合同价款不因该采购价格进行调整。

除前述之外的其他材料，由承包人自行采购。承包人应保证采购的材料符合国家质量标准、本工程要求及合同约定。合同价款不因该等材料的采购价格进行调整。

* + - * 1. 竣工验收

1. 承包人提供竣工图的约定：工程竣工图作为工程竣工资料的组成部分随竣工验收报告同时提交发包人，通过竣工验收的竣工图为正式竣工图；承包人在递交结算报告的同时，向发包人提交4套正式竣工图，作为结算资料的组成部分。竣工图编制费包括在合同总价款中。
2. 中间交工工程的范围和竣工时间： 。
   * + - 1. 违约、索赔和争议
3. 违约
4. 本合同中关于发包人违约的具体责任如下：

本合同通用条款第××条约定发包人违约应承担的违约责任： 。

本合同通用条款第××条约定发包人违约应承担的违约责任： 。

本合同通用条款第××条约定发包人违约应承担的违约责任： 。

双方约定的发包人其他违约责任： 。

1. 本合同中关于承包人违约的具体责任如下：

本合同通用条款第××条约定承包人违约应承担的违约责任：承包方如未在规定的日期内完工的，每逾期一日应按工程总价款的＿％计算向发包方偿付逾期交工的违约金，违约金总额不超过合同总价款的＿％。若延期超过＿日，发包方有权单方解除本合同，并要求承包方赔偿相应的损失。

本合同通用条款第××条约定承包人违约应承担的违约责任：工程质量不合格，承包方应在30日内通过修理、重作使工程质量合格，并支付工程总价款＿％的违约金。超过30日工程质量仍未合格的，发包方有权单方解除本合同，并要求承包方赔偿相应的损失。

双方约定的承包人其他违约责任：如承包方违约，应按照上述条款约定支付违约金，当约定的违约金不足以弥补发包方所受到的损失时，还应赔偿损失。

1. 争议

本合同在履行过程中发生的争议，由双方当事人协商解决，协商不成的按下列第 种方式解决：

* 1. 提交 仲裁委员会仲裁；
  2. 依法向人民法院起诉。
     + - 1. 其他

1. 工程分包

本工程发包人同意承包人分包的工程： 。

分包施工单位为： 。

1. 不可抗力

双方关于不可抗力的约定：按本合同通用条款第××款执行。

1. 保险

本工程双方约定投保内容如下：

* 1. 发包人投保内容： 。

发包人委托承包人办理的保险事项： 。

* 1. 承包人投保内容： 。

1. 担保

本工程双方约定担保事项如下：

* + 1. 发包人向承包人提供履约担保，担保方式为： 担保合同作为本合同附件。
    2. 承包人向发包人提供履约担保，担保方式为： 担保合同作为本合同附件。
    3. 双方约定的其他担保事项： 。

1. 合同份数

双方约定合同份数：正本一式（）份，双方各执（）份，具有同等法律效力。

1. 补充条款
   1. 施工期间所有的安全问题全部由承包方负责。
   2. 决算时以发包方审计部门审计定案价为准。
   3. 承包方自接到图纸之日起至图纸技术交底期间，应仔细审阅图纸。图纸技术交底后所有因图纸设计不全、不详细、不合理等问题，而造成增加工程造价的变更、洽商等一切工程费用，全部由承包方承担。
2. 本合同附件清单：

附件1：承包人承揽工程项目一览表；

附件2：发包人供应材料设备一览表；

附件3：工程质量保修书；

附件4：……

* + 1. **常用法律、法规、规章、规范性文件**

《中华人民共和国民法通则》

《中华人民共和国建筑法》

《中华人民共和国招标投标法》

最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》

最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》

《安全生产许可证条例》

《建设工程质量管理条例》

《建设工程价款结算暂行办法》

1. **咨询类合同审查指引**

咨询类合同也是较为常用的合同类别，主要包括委托咨询合同以及委托市场调查合同两种。委托咨询合同涉及范围较广，包括政策咨询、技术咨询、管理咨询、信息咨询、法律咨询、财务咨询等多方面。市场调查通常包括以下方面：市场需求调查，消费者消费结构和消费习惯调查，服务和品牌满意度调查，品牌形象及企业形象调查和行业状况调查等。

* + 1. **咨询类合同概述**

**咨询类合同的定义**

咨询合同是指当事人一方为另一方就特定咨询项目提供可行性论证、技术或业务预测、专题调查、分析评价报告所订立的合同。提出合同标的要求并付款的一方为委托方，提供特定咨询项目成果的一方为受托方。咨询合同受托方主要利用自己的知识、技能、劳务等，为委托方完成某项咨询成果、提供咨询及调查服务并从中获得一定报酬。

咨询合同不属于《合同法》分则规定的十五类有名合同，属于无名合同。其与《合同法》分则中的委托合同有一定类似之处，但也并非完全相同，与技术咨询合同较为类似。根据《合同法》第124条之规定，除适用《合同法》总则规定，并可参照《合同法》分则委托合同、技术咨询合同或者其他法律最相类似的有关规定。

**技术咨询合同的法律规定**

《合同法》关于技术合同一章对技术咨询合同作出了如下特别规定：

技术咨询合同的委托人按照受托人符合约定要求的咨询报告和意见作出决策所造成的损失，由委托人承担，但当事人另有约定的除外。

在技术咨询合同、技术服务合同履行过程中，受托人利用委托人提供的技术资料和工作条件完成的新的技术成果，属于受托人。委托人利用受托人的工作成果完成的新的技术成果，属于委托人。当事人另有约定的，按照其约定。

上述规定属于任意性规定，当事人是可以通过特别约定的形式加以排除的。因而委托人在签订咨询服务合同时，应尽量作出有利于委托人的约定。例如，可以约定委托人按照该报告和（或）意见作出决策所造成的损失，由受托人承担；在技术咨询合同履行过程中，受托人利用委托人提供的技术资料和工作条件完成的新的技术成果，属于委托人。

**咨询类合同的基本结构**

咨询类合同中主要包含委托咨询事项（或委托市场调查事项）、合同金额和支付、双方权利和义务、验收、知识产权、保密、合同变更和解除、违约责任、不可抗力、通知和送达、适用法律与解决争议以及其他基本条款。

* + 1. **咨询类合同的审查**
    2. **咨询类合同审查要点**
       - 1. 审查合同是否明确咨询事项（市场调查事项）

具体包括项目名称、咨询项目（含市场调查，下同）的要求、方式、人员、进度安排和最后期限、提交咨询服务成果（调查成果）的具体方式等事项。

对于咨询事项的具体要求及具体方式应当作出细致且具有可操作性的约定，不能过于笼统；成果提交的进度安排及时间节点应当细致，尽可能将进度安排精确到日。

项目具体人员，除了应填写相关人员名单及其联系方式外，还可根据实际需要，提供个人简介等，并约定不得随意更换。

对方提交成果的具体方式一项，应明确约定咨询成果的载体形式，如电子（PDF、WORD、EXCEL、PPT等格式）、视听资料或书面等形式。根据实际需要，还可要求对方以汇报会等形式对其所提交的咨询服务成果作出详细陈述、说明等。

* + - * 1. 审查合同是否明确验收标准及验收不合格的情况处理

合同中应约定具体、明确的验收标准及验收的时间、地点、异议提出的期限、验收不合格时的处理方式以及因此造成损害时的责任承担等问题。约定双方联合验收的，还应对双方产生分歧时如何处理等问题作出具体的约定。

* + - * 1. 审查合同是否明确知识产权归属以及不侵权保证条款

一方面对方应当保证其所提交的咨询成果不得因任何原因侵犯他人的知识产权或其他合法权益，另一方面应明确咨询成果的知识产权由委托人享有，且对方不得擅自使用该咨询成果。

* + - * 1. 审查合同是否明确对方保密义务

在该类合同履行过程中，受托人会获取、知悉委托人的技术及业务资料等保密信息，这些信息中可能包含委托人的核心商业机密，这就需要约定严格的保密条款，明确对方的保密义务及违约和（或）侵权责任。约定保密免责事项的，还应确保免责事项的合理性。

* + - * 1. 审查合同是否明确违约情形相应的违约责任

常见违约情形有：受托人无法按照本合同约定提交符合委托人要求的成果，对方违反合同保密条款、知识产权条款等。应针对不同违约情形具体约定违约责任。

* + - * 1. 关于风险责任承担的特别约定

此外，还应审查是否对委托人按照受托人符合约定要求的咨询报告和意见作出决策所造成的损失由哪方承担进行了特别约定，如不做特别约定，该等风险责任依法将由委托人承担，但《合同法》规定当事人可以另行约定，因此可根据咨询项目的具体情况，特别约定上述损失由受托人承担。

* + 1. **咨询类合同常见问题及处理建议**

1. 知识产权的问题

咨询类合同中知识产权方面的常见问题有：知识产权归属约定不明，受托人提交的咨询成果侵犯第三人的著作权等。实践中，可能会因此出现由于合同知识产权而引发争议的情况，使委托人因此陷入纠纷。

为避免出现这样的风险，建议合同一方面约定受托人应当保证其所提交的咨询成果不得侵害他人的知识产权，如有侵害，应由受托人承担一切责任；另一方面应明确知识产权完全归委托人享有，且受托人不得擅自使用该咨询成果。

受托人一般都希望将咨询成果的知识产权归自己所有，或者不进行约定以便“消极”地适用法律规定使其归受托方所有，但由于该类合同往往会涉及委托人新的业务发展方向、新业务方案、战略规划、新技术等问题，非常有必要对知识成果进行保护，因而应尽力争取获得成果的知识产权，并在合同中加以约定。如果没有在合同条款中对知识产权归属进行约定，受托人则有可能在合同之外自行使用或擅自许可任何第三方使用咨询或调查成果，因此引发知识产权纠纷，受托人可能因此受到损失。

在合同中可作出如下类似约定：“咨询服务提供方根据本合同或在本合同履行过程中专门为本公司或根据本公司提供的有关信息、资料而产生的咨询成果，其知识产权和其他权益全部归本公司所有，且本公司可以不受限制地进行使用。未经本公司事先书面许可，咨询服务提供方不得为本合同之外的任何目的、以任何形式自行使用、擅自许可任何第三方使用或向任何第三方提出有关意见和建议。”

1. 保密责任的问题

在该类合同履行过程中，受托人会获取委托人的资料，这些资料可能包含委托人的核心商业机密，这就需要双方约定严格的保密条款，或者签订保密协议。但受托人经常要求在保密条款下设置一些免责条款，比如在某咨询合同中有这样的约定：“上述保密限制不适用于以下的任何文档或信息：（1）本协议签订前接受方已知悉的信息；（2）提供予接受方之前已由接受方通过非保密渠道获得的信息和资料；（3）依据任何国家法律法规、任何政府部门或监管机构、其他适用之法律、法规或接受方专业职责予以披露的。”

合同如果约定诸如此类的保密责任除外事项，一旦因上述事由而发生保密数据/信息的披露，受托人将可能因此而无须向委托人承担违约责任，所以对该类免责事项应当审核其合理性，上述免责事由太过宽泛，不利于保密义务的严格执行。以下关于保密信息定义及除外约定的条款可供借鉴：

“本协议所称‘保密信息’是指：乙方在履行合同过程中或为履行合同而从甲方获得的信息。甲方的保密信息包括但不限于：任何甲方未公开的观点、发现、发明、公式、程序、计划、图表、模型、草图、规范、部件清单、参数、数据、数据库、标准、配方、工艺、设施、照片、计划、样品、设备、设备性能报告、定价信息、研究、 想法、图纸、概念、任何形式的软件、流程图、算法、账户、密码、甲方的客户资料以及其他业务及技术信息和/或其中的任何知识产权，以及乙方依据以上文件、信息和背景材料得出的衍生信息。但信息属下列情形的除外:

* + - * 1. 在一方披露时，已经是公众所知的信息，或者在披露后，并非由于接受方或其雇员、律师、会计师、承包商、顾问或者其他人员的过错而成为公众所知的信息；
        2. 有书面证据证明在披露时已经由接受方掌握的信息，而且信息并非直接或间接来自提供方。
        3. 有书面证据证明第三方已向接受方披露的信息，而该第三方并不负有保密义务，并且有权作出披露。
        4. 如相关政府部门、监管机构要求乙方披露任何保密信息，乙方可在该政府部门或机构要求的范围内作出披露而无须承担本合同项下的责任。但前提是，乙方应立即将需披露的信息书面通知甲方，以便甲方采取必要的保护措施，且该等通知应尽可能在信息披露前作出，并且乙方应尽商业上合理的努力确保该等被披露的信息获得有关政府机关或机构的保密待遇。”

1. 披露的限制问题

咨询类合同中，尽管规定了保密条款，但受托的咨询公司常常希望将其受托完成委托人咨询成果一事在一定范围内披露，如在宣传、推广其咨询服务的会议、宣传资料中进行披露，甚至要求进行新闻发布或公告，因此有必要在合同中约定：“除非法律规定或任何主管机关要求，或经另一方书面同意，任何一方不应对本合同或任何相关事项予以新闻发布或公告或其他形式的披露。”

1. 市场调查手段的合法性问题

受托方在调查过程中，应遵守国家法律法规及地方法规的有关规定，采用的所有市场调查方式及手段应当符合我国法律规定及社会道德的要求。受托方应遵守市场调查所在地的相关法律规定，并承担因违反上述规定而产生的法律责任。

受托方应对其聘请人员进行安全及职业道德教育并负责处理调查工作中出现的事故。因受托方原因发生的安全事故，造成人身伤害和财产损失的，由受托方负责处理并承担赔偿责任。因此造成委托方损失的，受托方应承担赔偿责任。

* + 1. **咨询类合同关键示范条款**

1. 咨询服务事项
   1. 甲方同意接受乙方服务，指定乙方根据本合同约定和甲方要求对 项目进行咨询；乙方同意接受甲方指定，根据本合同约定和甲方要求对 项目提供咨询服务。
   2. 甲方对乙方提供咨询服务的具体要求： （详细内容见附件 ）。
   3. 乙方提供咨询服务的具体方式： 。
   4. 乙方提供咨询服务的具体人员： 。
   5. 乙方提交咨询成果的进度安排和最后期限： （详细内容见附件 ）。
   6. 乙方提交咨询成果的具体方式： 。
   7. 乙方同意按照甲方要求，采用不限于以上条款所列的服务方式和咨询人员等完成本合同约定的咨询服务。
2. 验收
3. 乙方应根据本合同约定按时提交咨询成果，并及时通知甲方进行验收。咨询成果的验收标准见附件 。
4. 咨询成果未能通过甲方验收的，乙方应在按照甲方意见重新调整后及时通知甲方再次进行验收；但无论如何，乙方应在本合同第××条约定的期限内向甲方提交合格的咨询成果。咨询成果最终通过甲方验收的，甲方应出具验收合格意见。乙方未完成上述修改或修改后的市场调查成果仍不符合本合同约定和甲方要求的，视为没有完成咨询服务，应按本合同的有关约定承担违约责任。
5. 乙方因验收不合格而不能按时交付本合同约定的咨询成果的，视为乙方履行迟延，应按本合同的有关约定承担违约责任。
6. 合本同中咨询项目的服务质量保证期为 年，自甲方出具验收合格意见的次日起算。甲方在质量保证期内发现乙方服务质量缺陷的，乙方应进行必要的改进或采取相应的补救措施。
7. 知识产权
   * + - 1. 乙方根据本合同或在本合同履行过程中专门为甲方或根据甲方提供的有关信息、资料而产生的咨询成果，其知识产权和其他权益全部归甲方所有，甲方可以不受限制地进行使用。未经甲方事先书面许可，乙方不得为本合同之外的任何目的、以任何形式自行使用、擅自许可任何第三方使用或向任何第三方提出有关意见和建议。
         2. 甲方授权乙方为本合同约定的目的使用其提供的企业名称、企业标识、业务标识、商标等。乙方保证正确、合理地使用上述名称、标识、商标等，不得擅自改动、歪曲其整体形象和组成部分，不得为本合同之外的任何目的、以任何形式自行使用或擅自许可任何第三方使用。
         3. 甲方根据本合同向乙方提供的技术性信息、商业性信息、文件、程序、计划、技术、图表、模型、参数、数据、标准、专有技术、业务或业务运作方法和其他专有信息等，其知识产权和其他权益全部归甲方所有，未经甲方事先书面许可，乙方不得为本合同之外的任何目的、以任何形式自行使用或擅自许可任何第三方使用。
         4. 乙方保证其提交的咨询成果不侵犯任何第三方的知识产权和（或）其他合法权益。任何第三方以本合同中的咨询成果侵权为由向甲方主张权利的，乙方应按甲方要求处理，并按本合同的有关约定承担违约责任。
         5. 本合同因履行完毕、解除或不可抗力等终止之日起 日内，乙方应将甲方提供的所有信息和资料移交甲方，并且不得继续使用或擅自许可任何第三方使用。
     1. **常用法律、法规、规章、规范性文件**

《合同法》

《民法通则》

《工商行政管理局〈关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定〉》

《著作权法》

1. **支撑维护服务合同审查指引**

目前，在公司的日常运营过程中，部分专业性较强的技术服务、维护等工作都以服务外包的形式交由专业公司负责，由其提供网络设备、日常办公软件系统、业务运营系统等方面的支撑维护服务，部分提供服务的公司需派驻一定数量的服务人员到我公司的办公楼、机房楼等特定区域提供现场服务。

支撑服务类合同是公司常见的合同之一，也是公司日常服务采购的主要内容之一。

* + 1. **支撑服务类合同概述**
       1. **支撑服务类合同的定义**

本书所称支撑服务类合同，是指由合同一方当事人以技术、专业知识为另一方解决特定技术、专业问题并提供相应的专业服务，接受服务一方支付相应服务费用所订立的合同。

* + - 1. **支撑服务类合同的分类**

常见的支撑服务合同包括但不限于网络运营维护合同、软件系统维护服务合同、办公设备维护合同、新业务支撑服务合同。

* + - 1. **支撑服务类合同的特点**

第一，一方完成约定的技术服务，以技术、专业知识为另一方解决特定技术问题、提供专业服务。

第二，多数提供服务的合同是建立在相互信任的基础之上的，提供服务的义务方必须亲自履行合同，具有较强的人身属性。

第三，合同通常以年度为单位签订，具有一定的长期性和稳定性。

本文所述服务合同，与《合同法》分则所规定的技术服务合同最为相似，因此可参照该类合同的有关规定审核。

* + 1. **支撑服务类合同的审查**
       1. **支撑服务类合同审查要点**

1. 服务项目的审查

审查服务项目名称、内容、服务范围和质量要求、质量评价方法是否明确约定。

1. 特殊主体资质的审查

由于此类合同的服务内容具有一定的专业性，部分技术服务需由具备特定资质的主体才能承担，审查时，应注意审查对方当事人的经营范围及相关的行政许可证书、资质证书等资料。例如：提供通信信息网络系统集成服务需要根据项目规模由具有相应资质等级的通信信息网络系统集成企业承担，电子认证服务企业需要申领电子认证服务许可证。

1. 服务费用条款的审查

审查服务费用的计算、结算方式是否明确适当，注意服务费用的计算方式应明确，对于期限较长的服务合同，尽量分期支付，通常费用的支付金额一般采用按一定基准金额并结合支撑服务的效果或服务质量的考核结果最终确定结算金额。

1. 保密条款审查

支撑服务合同的性质常常要求维护人员现场办公，负责硬件及软件系统维护的人员，极易接触到公司的技术秘密及商业秘密，因此必须规定严密的保密条款，一般均签订保密协议。

* + - 1. **支撑服务类合同常见问题及处理建议**

1. 合同对方资质的合法性

由于法律对于提供专业服务的公司有特殊的资质要求，因此应特别注重审查合同对方是否具备签订及履行合同的资格。主要可从以下几方面审查：

1. 企业法人资格审查，是否拥有合法、有效的《企业法人营业执照》，经营范围、经营方式是否与合同相适应，对于某些限制经营、特许经营等特别行业，是否有相应的经营许可。
2. 法律对于服务方有资质等级要求的，应审查其相关的资质证书，以确定其是否合法、有效及是否在合法的范围之内从事经营活动。
3. 如果合同的履行需要具有专业资格的人员才能实施，应结合合同约定的内容及履行方式，审查履行合同过程中相对人所派出的特定人员是否具备相应的专业资格以及实际现场工作的时间。
4. 服务报酬的结算方法不当问题

有的代维合同中关于服务报酬的结算，出现以对方服务人员的工资福利与人数相乘的结果作为维护费用的核算标准的问题，如约定“人工福利4000元/月”等。

在维护合同中，出现明显支付服务人员的工资福利作为合同费用的核算标准，使得维护服务合同的内容与劳动合同法的规定产生了混淆，一定程度上加重了公司的责任。

在维护服务合同中尽量避免上述表述，可以考虑使用以工作量为单位核算费用或其他方式。

1. 违约损害赔偿责任限制问题

某软件系统集成商对公司的维护服务合同的损失赔偿条款提出修改，要求损害赔偿以合同金额的比例（如20%）为限。

由于维护服务的对象是公司赖以生存和发展的业务运营软件系统，维护服务的目的也是为了提高软件系统运行的稳定性和可靠性，如果服务商的过错造成软件系统的瘫痪或部分功能丧失或运行不稳定，将给公司的业务收入和商业信誉带来巨大损害，因此仅仅以合同金额作为损失赔偿的基数可能不足以体现过错责任的承担。

网络设备与软件系统维护服务合同，参照主设备采购合同关于损害赔偿责任的规定。

1. 服务质量考核条款不明确的问题

合同中没有约定服务质量考核条款或考核管理办法，或者虽有规定但约定不明确。

服务质量考核是支撑维护服务类合同中的一项重要内容，原则上，我公司都要求对合作方的服务质量进行考核并按考核结果支付服务费用。法律人员在审查付款条款中，应特别注意审查如下问题：

* + - * 1. 合同中是否约定了服务质量考核条款或管理办法

根据考核来支付服务费用，一方面保证了公司的利益，另一方面也是对合作方的一种管理机制。但是实践中，个别经办人员对此不够重视，没有约定服务质量考核办法，使得服务费用的支付缺少应有的依据，不利于公司对服务方的监督。

* + - * 1. 服务质量考核条款或管理办法的约定是否清楚明确

有的合同虽然规定了服务质量考核管理办法，但是忽略了细节问题，使得约定的内容不够明确，如存在考核得分交叉重复的情况，当实际考核得分刚好处在交叉点时，按哪一档次支付考核款就变得不明确了。

如在经办部门送审的一份拟签订的维护合同中，关于合同款项支付的条款约定为：“本合同维护款的30％（即人民币200万元）将根据附件四《维护考核办法》约定的支付比例支付。”通过查阅附件四，发现有关支付比例的描述为：“考核得分60以下，不支付考核款；得分60～70分，支付40％的考核款；得分70～80分，支付60％的考核款；得分80～90分，支付80％的考核款；得分90分以上支付100％考核款。”

对于考核得分刚好是70分考核款如何支付等问题，会存在争议。该合同考核款金额达到200万元，若不消除这种产生分歧和争议的隐患，一旦发生纠纷，合同双方潜在的法律风险都很大。因此，遇到这类合同条款应及时退还经办人修改，消除考核得分的交叉现象，使合同内容清晰、明确，没有任何歧义。

1. 关于知识产权的约定问题

支撑维护类合同中，特别是软件系统维护的过程中，可能会产生一些新的技术成果，对此对方一般都希望将服务成果的知识产权归自己所有或者不进行约定，或者即使约定了共同所有，但实际上却是对方所有而我方仅仅享有使用权。如“乙方向甲方提交的本合同约定服务所形成的递交物的所有权由甲、乙双方共同拥有。乙方授予甲方非排他性的免费使用的权利”等。

按《合同法》的规定，对技术成果约定不明确或没有约定的，成果的知识产权应该归开发方所有，所以除非已经非常明确合同目的仅仅是购买使用权，否则不约定或约定不明确对委托方是不利的。

此类服务协议往往会涉及委托方的一些核心数据或业务流程，有必要对此类知识成果进行保护，所以应尽力争取获得成果的知识产权，建议原则上约定归委托方所有，如果无法协商取得一致，至少应该约定归双方共同所有。

1. 保密条款或保密协议中设定免责条款的问题

支撑服务类协议的履行过程中，由于服务内容及服务方式的特殊性，对方极易获取公司资料，特别是根据协议的内容，公司需要提供大量的涉及技术或商业机密的网络运营及软件系统数据等，但对方为了减轻其责任，在保密方面设置了相应的免责条款。

服务合同如果规定了保密免责事项，则一旦因此事由而发生保密数据/信息的披露，对方无须向公司承担违约责任，所以对此类免责事项必须逐项审核。

应当审核免责事由的合理性，一般来说免责事由可包括：

* + 1. 依据中国法律必须披露或提供的信息；
    2. 公司主动对外公开披露有关商业秘密的；
    3. 公司以书面形式表明其提供的信息非属商业秘密的；
    4. 对方从其他渠道或公共领域已经知悉同样的商业秘密，但乙方应在一定时间内向甲方告知信息及其来源。

1. 合同解除条款约定不明的问题

某公司于2008年签署了办公设备维护服务合同，合同期限为2008年1月1日起至2008年12月31日止。合同履行2个月后，对方履行质量明显无法达到合同约定，公司欲终止与对方的合作，对方坚决不同意终止合同。合同中对合同终止的情况并无明确约定，如公司要解除合同只能提供证据证明对方已经根本无法履行合同，但由于此类合同的特殊性，提供相关证据较为困难，经过双方长时间交涉，对方才同意终止本合同的履行。

法律不仅规定了合同解除的法定情形并且也赋予当事人双方约定解除的权利，法定解除权的行使限制比较严格，而约定解除权只要双方约定的解除条件成就并履行了合理的通知义务就可以行使，在对方履约与合同约定不符时行使约定解除权可以使公司处于违约处理的主动地位。

在支撑服务类协议签订中，涉及服务质量考核管理的规定，应明确约定如果考核结果低于一定标准的，甲方有权单方解除合同，或者约定某类问题连续出现几次，甲方就有权单方解除合同。对于支撑服务类合同，在对服务质量的约定中增加合同的解除约定，可以避免出现对方履约不合格时公司无法单方解除合同问题的发生。

对于咨询公司派驻人员在委托方场所工作的情况，需再特别审查咨询公司与派驻人员的劳动合同关系。因为如两者之间没有劳动关系，派驻人员又在委托方所在地为委托方服务，派驻人员出现事故，可能给委托方造成不必要的麻烦。

1. 保密条款约定不具有可操作性的问题

关于支撑维护类合同的保密条款，目前的常见问题是保密内容的约定较为笼统，不具备可操作性。

对此，建议在保密条款的约定方面应当注意如下几点：

第一，保密条款首先应当明确保密信息的范围，一般包括技术信息和商业秘密两类，视合同需要还可以在技术信息和商业秘密项下对需保密的内容进行详细的列举。特别是对于硬件设备的维护，往往会涉及硬件设备信息、硬件网络基本情况、硬件设备操作规程、硬件设备所涉及的专利技术等。而对于软件系统的维护，除了软件系统本身的技术信息以外，往往还需注意对软件系统所存储的具有商业利用价值的数据、电子文档等内容的保密。

第二，应对掌握保密信息并承担保密义务的个人主体进行界定，除包括与合同约定事项直接相关的工作人员外，也包括通过其他工作关系知悉保密信息的人员。

第三，应当对承担保密义务的期限进行约定，一般情况下视提供信息的一方需要可以约定“合同有效期及合同终止后××年”或者“承担保密义务的期限包括但不限于本合同有效期”。

第四，应当约定在合同终止后接受保密信息的一方应当将保密信息的相关载体予以返还或销毁。

第五，应当对违反保密义务的责任作出明确约定，既可以约定一定金额的违约金，也可以约定根据实际损失来主张损害赔偿。

* + - 1. **支撑服务类合同关键示范条款**

1. 合同标的
   1. 乙方接受甲方委托，向甲方提供 项目的技术服务。
   2. 乙方的服务项目详细清单见“合同附件 ：服务产品清单”
   3. 乙方提供的技术服务方式与服务内容见“合同附件 ：技术支持服务方案”。
2. 合同价款
   * 1. 合同全款：人民币 元。该费用为包含合同设备首次全面性能检查在内的本合同全部费用。
     2. 应甲方要求，乙方完成本合同规定以外的技术服务工作，服务费用由甲方负担，数额双方另行商定。
     3. 针对本项目，甲方提供的特别承诺见“合同附件 ：特别承诺”
3. 支付与结算
4. 本合同款额甲方通过银行电汇方式向乙方支付，支付货币为人民币。
5. 支付方式：采用分期付款，每次支付比例如下，乙方在甲方每次付款前15日向甲方提供同等额度的服务发票。

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 付款时间 | 付款比例 | 付款金额 |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |

1. 违约责任
2. 下列情况视为乙方违约：
3. 除合同第 条不可抗力原因外，如甲方不能得到合同规定的支持服务，或服务不能达到甲方要求，则甲方有权向乙方提出违约赔偿。违约赔偿的计算办法为：根据“合同附件 ：服务考核标准”，甲方分别对前阶段乙方的服务情况进行考核，若该考核分值在 分以下，则每降低1分，合同总金额的 %作为乙方的违约金。
4. 如乙方违反本合同的保密条款，则甲方有权要求乙方承担相当于合同总金额 ％的违约金（甲方有权直接从应付的合同金额中扣除）。
5. 下列情况视为甲方违约：

甲方未按合同如期如数付款，每逾期一天按未付数额的 %计算支付违约金，不足一天按一天计算。

1. 违约金额超过合同总额的 ％时，合同将终止执行，守约方有权提出索赔，双方将根据《中华人民共和国合同法》处理善后事宜。
2. 如果违约方在收到守约方正式书面通知的违约金 天内没有答复，则守约方提出的违约金额将视为被违约方接受。
3. 履行地点

履行地点：中国 。在合同有效期内，甲方可不时要求乙方在中国 以外的地点提供与本合同相关的服务，乙方应予配合，产生的费用双方另行结算。

* + - 1. **常用法律、法规、规章、规范性文件**

《合同法》

《民法通则》

《工商行政管理局〈关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定〉》

《著作权法》

1. **软件类合同审查指引**

软件类合同也是企业较常见的合同之一，主要包括软件开发合同和软件使用许可合同两类。

* + 1. **软件开发合同审查指引**
       1. **软件开发合同概述**
          1. 软件开发合同定义和法律依据

软件开发合同是指当事人之间就软件系统研发所订立的合同。订立软件开发合同应当采用书面形式。

软件开发合同属于广义上的技术合同，适用《合同法》分则有关技术合同的规定。与委托方订立软件合同的对方以下简称软件开发方。

* + - * 1. 软件开发合同的分类

软件开发合同主要分为委托开发和合作开发两种，我公司在实践中主要是委托他方开发软件。

实践中也存在软件开发和软件使用许可相交织的情况：委托方委托某软件公司开发某系统软件，其间需要使用第三方的软件，这样就需要得到第三方的授权许可。

* + - * 1. 软件开发合同的基本结构

软件开发合同中主要包含开发软件描述、软件开发、项目变更、交付、领受和验收、知识产权、维护和培训、价格和付款方式、保证与免责、保密、违约与赔偿责任、争议解决、通知、合同的生效、变更和终止、信用等基本条款。

* + - 1. **软件开发合同审查要点**

1. 审查合同是否明确软件开发的项目要求

需审查的委托开发项目要求包括但不限于对开发目标、开发内容、形式和技术要求以及软件功能等进行准确描述的内容。

1. 审查合同是否明确软件开发的计划、进度、期限、地点、地域和方式

审查开发计划是否列出项目的名称、主要任务、达到的技术要求、计划进度、开发概算和经费总额、所需主要仪器和材料、承担开发任务的单位和主要技术专家及人员（含资历、经验、承担的主要工作的描述）等内容。

审查合同中是否有相应的监督管理机构或成员，如没有，应予以补充；如有，则应对监督管理机构或成员的权限作出具体规定。

1. 审查合同是否列明委托方向软件开发方移交的技术资料以及具体协作事项

这一点与委托方的协助义务以及软件开发方的保密义务相联系，如果约定不明确，可能因此引发争议。

1. 审查合同是否明确开发风险责任的承担

风险责任是因软件开发合同标的的研究开发成果具有不确定性，并容易受到客观条件、技术条件等因素影响所产生的，法律规定如果在合同中没有约定是谁来承担研究开发风险所导致的研究开发失败或失败所造成的损失，则由双方当事人合理承担，这样可能不利于委托方，因此建议在合同中写明由软件开发方承担开发风险责任。

1. 审查是否明确开发人员的确定及其更换限制

软件开发合同的标的物是智力成果，开发成果的好坏与技术团队的核心人员（包括项目经理、核心技术人员等）的经验和知识水平有密切联系，应审查是否约定开发方的主要开发人员资历、经验、承担的主要工作的描述，并明确人员更换的要求和限制条件等。

1. 审查合同是否明确开发软件涉及的相关知识产权归属

建议约定开发成果的知识产权以及进行后续改进之后产生成果的相关知识产权均归委托方所有。

1. 审查合同是否明确开发方软件侵犯他人著作权等知识产权的处理问题

在开发过程中及开发完成后，有可能出现开发方所开发的软件侵犯他人著作权等知识产权的风险，为避免委托方承担相应责任，该类合同中应约定开发方的工作成果不能侵犯第三方的知识产权，并约定若开发方违反本条承诺的，其应承担的违约责任。

1. 审查合同是否明确开发软件的验收方式

技术开发合同的验收可以采用技术鉴定会、专家技术评估等方式，同时也可以由委托方单方认可即视为验收通过。不管采用何种验收方式，最后都应由验收方出具验收证明及文件，作为合同验收通过的依据。但是，在委托开发中，委托方拒绝验收或提出不正当要求延缓验收的情况时有发生，受托方可在合同中约定其有权以合理的方式单方面验收，并将验收报告提交委托方，即视为软件系统验收已通过。

1. 审查合同是否明确软件交付后的技术指导、培训、系统维护、版本免费更新等后续服务问题
2. 审查合同开发方的保密义务约定是否明确全面

保密条款应包括保密内容、涉密人员、保密期限以及泄密责任等方面，其中审查保密内容时，除了要写明委托方移交给开发方的技术资料外，还应包括委托方的经营信息。

1. 审查合同是否明确应付的金额以及付款方式

合同总价款一般包括系统开发的费用、第三方软件许可的费用、升级维护的费用等。付款方式多为分期付款。

1. 应约定违约责任的几种情况

违约条款中须特别注意合同违反约定的情况，如：（1）开发方所提供的软件不符合合同的约定，不能满足委托方的要求；（2）一方使用、实施或者转让技术成果违反约定的范围；（3）提供的技术资料、技术服务、技术指导不符合合同的约定；（4）开发方延迟或功能不能满足委托方的需求；（5）违反合同约定的保密义务；（6）违反合同中关于知识产权归属条款的约定。

1. 审查合同中对于名词和术语是否列出了专门的解释条款

软件开发合同的当事人往往因合同中的名词和术语的理解不同而发生争议。为避免发生这种争议，可以在合同中对可能发生的争议的名词、术语给予双方一致同意的解释。

* + - 1. **软件开发合同常见问题及处理建议**

1. 风险责任承担的问题

开发中对风险责任承担没有约定或约定不明是软件开发合同中的常见问题。

开发合同的风险责任，仅指技术风险责任，该风险责任应当具备：（1）课题在现有技术水平下具有足够的难度；（2）开发方作了主观努力，并且该领域专家认为开发失败属于合理的失败，并不包括不可抗力引起的财产责任。《合同法》第338条规定：“在技术开发合同履行过程中，因出现无法克服的技术困难，致使研究开发失败或者部分失败的，该风险责任由当事人约定。没有约定或者约定不明确的，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，风险责任由当事人合理分担。”

为避免出现纠纷，建议在该类合同中约定对风险的确认、责任的承担及善后事宜。

此外，合同还需要约定在软件开发方发现风险存在并可能导致软件开发失败的情况下，则需要在一定期限内通知委托方以便采取适当的措施减少损失，如果软件开发方逾期未通知而造成损失扩大的，则应当就扩大的损失部分承担赔偿责任。

1. 知识产权问题

根据我国《合同法》的规定，技术开发合同双方可以约定成果的归属，没有约定的，成果归受托方所有。而此类开发协议不可避免会涉及委托方的一些核心数据或业务流程，因而从保护委托方利益最大化的角度，有必要对此类知识成果进行保护。

委托方应在合同中明确与开发成果有关的知识产权，如著作权、专利申请权、申请专利获得批准后的专利实施权、不申请专利或申请专利获得批准前的使用权和转让权、开发成果的物质载体（包括图纸、资料等）的所有权均归属委托方，并约定开发方违反上述约定时应承担的违约、赔偿责任。同时，建议约定委托方享有软件改进的权利，且对二次开发的软件成果同样也享有知识产权。

根据《合同法》第341条的规定，委托开发或者合作开发完成的技术秘密成果的使用权、转让权以及利益的分配办法，由当事人约定。为避免将来的纠纷，在签订软件开发合同的时候，应对开发完成的软件成果的使用权、转让权及利益的分配办法作出约定。

1. 验收条款的问题

验收标准不明或验收不合格没有相应的修改程序是软件开发合同中的另一常见问题。

验收条款是合同中容易出现纠纷的条款，其法律风险主要体现在验收标准约定不明；验收地点没有明确约定是在受托方所在地验收还是委托方所在地验收；没有约定验收不合格时的处理方式以及因此造成损害时的责任承担方式；对于软件开发合同而言，由于开发软件在实践当中常常需经过多次测试、试运行后系统才能正式投入使用，这必将涉及软件的修改、调试问题，但有的合同对此并无约定。

审核该类合同时一定要审核在合同中是否约定审查合同验收部门的组成、验收时间、验收程序、验收次数等验收指标是否齐备；对于验收规范、验收标准，应尽可能约定通用标准和规范，同时应审查合同中的验收规范及标准是否注明了名称、国别、类别、标准号、年份，并查核该标准是否与约定的要求一致。此外，还需要约定软件修改的程序和双方相应的权利义务，并审核合同中是否已约定开发软件达不到验收标准时的处理方法、程序。

1. 后续服务问题

计算机软件交付后，一般都会发生技术指导、培训、系统维护、升级等后续服务问题。但合同中常见没有约定软件交付后的后续服务的情况。作为委托方，如果对方不履行这些义务，将非常不利于委托方有效地使用软件。

为明确双方责任，建议在审查该类合同时，明确约定在软件移交后、使用过程中发生的技术指导、培训、系统维护、版本免费更新等后续工作的责任承担及时限等问题。必要时，要在附件中列明培训及技术指导的内容。

* + - 1. **软件开发合同关键示范条款**

1. 对软件的描述示范条款
   1. 本软件是甲方为 业务而委托乙方开发的软件。该软件处理的对象是甲方的 （财务、人力资源管理、业务交易数据处理、游戏软件等）；该软件的主要功能和目标为 、 、 。
   2. 甲方原有信息系统描述（如开发软件在甲方原系统中运行，可选择本条）

甲方原有的相关计算机信息系统为 ，其主要功能是 。乙方将结合甲方的计算机信息系统进行软件开发，使开发的软件能同现有系统中已有的设备和相关软件相匹配。

已有系统的设备和软件见附件 。

* 1. 软件系统

乙方所开发的软件系统为 （系统名称）；其中：

* + - 1. 属于第三方的软件为 ；
      2. 属于乙方所拥有的软件为 ；
      3. 甲方委托乙方开发的软件为 ；
      4. 乙方可以委托具有相应开发能力的第三方开发的软件为 。乙方为甲方开发的软件系统分为 个子系统，包括 子系统、 子系统和 子系统，与 （甲方原有系统）共同构成本合同所规定的软件系统。该软件所构建的系统的主要功能为 、 、 。该软件系统的名称、里程碑、模块、功能、规格、版本、价格、检测标准等相关情况见附件＿。
  1. 软件开发的目标

软件整体功能符合甲方所描述的 （经营、管理等）系统的要求，应达到 （正确性、效率、安全性、可靠性、开放性、实用性等）的技术指标。

1. 软件开发的交付进度和时间
   * 1. 本开发软件交付的时间为 年 月 日。
     2. 软件开发分为 个里程碑阶段，每个里程碑阶段的项目完成后，均应该依据本合同附件 所列的检测标准进行检测和交付。甲方将按照本合同的第 条规定进行付款。乙方开发软件或引用的检测标准不得低于 （国家、行业、企业）的标准。其具体规格、检测标准、阶段和进度、交付时间与地点、付款方式等见附件 。
2. 履行合同的进度、期限和方法
   1. 乙方应根据系统实施分期计划和工期限制进行软件系统需求调研工作、应用软件开发工作、培训工作的进度安排，保证项目能够按甲方工期要求开工，并在甲方对本合同“甲方责任及义务”项所规定内容准备完善的条件下，按期完成系统的安装调试工作。乙方应向甲方提供符合工期要求的月、季实施计划、计划调整情况、计划完成情况。
   2. 应用软件开发进度计划（详见附件《软件开发进度》）。
   3. 乙方可提出对实际进度进行调整的要求，该要求应及时通知甲方。在甲方书面同意后方可对进度进行调整。
3. 知识产权条款
   1. 软件知识产权归属
4. 对在本合同项下由乙方按甲方提供的工程业务规范、标准和要求开发的所有软件（包括但不限于附件×中的所有“应用软件”），相关知识产权包括独占和排他的著作权归甲方所有。乙方同意与本合同项下的开发成果有关的知识产权（包括软件产品、技术文档、机密信息、世界范围的永久的排他的可转让的且不可撤销的版权，该版权包括使用权、特许权、修改权等）的任何及全部的权利、所有权和利益、版权即归属甲方。
5. 在未经甲方书面允许的情况下，乙方不得以任何方式将上述软件、文档及或软件的任何数据或程序向甲方以外的任何第三方明示或暗示地披露、提供或以任何方式加以利用。
6. 乙方不得将在按甲方提供的工程业务规范、标准和要求开发上述相关软件的过程中获悉的任何技术文档、相关的技术规范或技术标准明示或暗示地提供或透露给除甲方以外的任何第三方或以任何方式利用。
7. 乙方应保证在合同软件初验前提供给甲方上述所有软件的全部信息和资料，并保证在其发生变更后及时告知甲方，包括但不限于：
8. 合同软件的概要设计、功能设计的详细文档及源代码，类库定义说明文档和类库本身；
9. 合同中涉及软件数据库结构的详细文档，包括数据模型、数据字典等；
10. 乙方依据本合同专门为甲方的相关业务流程功能、性能进行测试而定制开发的测试软件工具的技术文档及源代码。
11. 乙方应在系统终验时或在甲方要求时，将所有与上述软件有关的、以任何形式载有的技术资料、数据或程序（包括其电子文档）全部完整地交给甲方，不得有任何缺漏。
12. 按照上述条款规定由乙方提供给甲方的所有文档、数据模型、类库、各种软件，甲方拥有其全部权利，且甲方拥有基于前述软件和文档、数据模型、类库等进行软件再开发的权利。基于乙方提供的文档、类库、各种软件进行的二次开发成果，其知识产权归甲方所有。
    1. 侵权救济
13. 乙方保证其在合同项下提供的全部合同设备和软件及技术服务不会侵犯第三方的合法权利。如果甲方因按照合同的约定行使合同设备和（或）软件的相关权利而侵犯第三方的合法权利，并因此涉入诉讼、索赔或其他行政、司法程序或遭致处罚（以下称“侵权诉讼”），乙方同意按照本条款的规定进行处理和赔偿。
14. 乙方同意在收到甲方书面通知的情况下，指派代表为甲方的权益并以甲方的名义参与上述第三方提起的侵权诉讼，乙方应在上述侵权诉讼进行过程中就诉讼策略及其他事宜向甲方提供必要的支持与协助，并承担所产生的一切诉讼费用、律师费用、差旅费用、和解金额或生效法律文书中规定的损害赔偿金额、设备和（或）软件使用费等费用以及由此给甲方造成的全部损失。
15. 甲方应在发生上述侵权诉讼后迅速通知乙方，并在上述侵权诉讼过程中与乙方进行合作。
16. 如果在上述侵权诉讼中有效法律文书认定甲方构成侵权，禁止甲方继续使用合同设备和（或）软件的一部分或全部，向第三方权利人支付使用费用，乙方应采取以下措施之一：
17. 免费使甲方重新获得合法使用上述合同设备和（或）软件的权利。
18. 在甲方要求的合理期限内对上述合同设备和（或）软件进行修改或更换使其满足合同的相关规定，以使甲方使用合同设备和（或）软件不受上述法律文书限制，并继续合法、不受限制地使用合同设备和（或）软件。采取以上措施所发生的一切费用均由乙方承担。
19. 若上述合同设备和（或）软件有其他同型同质的替代物可供使用，则经同意，乙方亦可收回合同设备和（或）软件及技术文件，并将相应合同价款返还给甲方。但对甲方委托开发上述替代物而支出的高于本合同同等设备和（或）软件合同价款的部分，乙方应予以承担。
20. 如果甲方因司法机关对上述侵权诉讼作出的生效法律文书或为避免损失扩大且经乙方同意而与第三方达成生效和解协议后，完全不可能继续使用合同系统软件的，则甲方有权解除合同。乙方应承担本合同约定的违约责任。
    1. 甲方根据本条所获得的软件使用许可，同样适用于受让合同系统全部设备的任何后继所有人而无须支付其他任何费用。
       * 1. **常用法律、法规、规章、规范性文件**

《合同法》

《著作权法》

《计算机软件保护条例》

* + 1. **软件使用许可合同审查指引**

1. **软件使用许可合同概述**

软件使用许可合同属于著作权使用合同的一种。《著作权法》对此有明确的规定。但是,由于软件是一种技术产品,软件使用许可合同和一般的著作权合同又显著不同,技术功能使软件在使用许可上有自己的独特内容。一般地说,计算机软件使用合同的特点主要反映在:使用软件的设备、环境；被许可人；保护对象三个方面。因此，对软件使用许可合同的审查就或直接或间接与这些特点相联系。

1. **软件使用许可合同审查要点**
   * + - 1. 审查基本条款

审查合同中是否明确了软件的名称、授权使用的范围、期限及类型。

* + - * 1. 审查交付条款

审查合同是否明确交付的软件以及许可资料的具体内容、方式、时间。

* + - * 1. 审查权利瑕疵担保条款

审查授权使用方是否有明确作出软件不侵犯第三方知识产权的权利瑕疵担保条款。

* + - * 1. 审查合同是否明确约定软件安装、初装后的调整及培训等条款

1. 软件必须安装在计算机上才能使用，因此合同应对是否由许可方提供安装进行注明，并应列出安装的时间、地点、达到的技术要求、计划进度、安装费用的承担、负责安装的主要技术专家及人员等内容，以便于执行。

同时，考虑到软件安装后还可能面临的调整问题，在合同审查时还应注意是否对初装后的调整内容、程序进行了约定。

1. 为方便在安装过程中的监督控制，软件使用许可合同中还应注意审查是否有相应的约定。
2. 鉴于软件的专业性，在软件使用许可合同中，一般都应列明培训条款，建议应在合同中约定培训的时间、地点、人员、次数、内容、培训后人员达到的技术等级、培训进度、培训费用的承担、负责培训的主要技术专家及人员等内容。
   * + - 1. 审查软件改进条款

审查合同是否明确授权软件改进的权利归属。

* + - * 1. 审查后续服务条款

审查合同是否明确约定软件的升级、修复、维护等后续服务问题。

* + - * 1. 审查性能保证条款

审查授权方是否对授权的软件作出了性能保证承诺。

* + - * 1. 审查合同中对许可方的违约责任是否明确

重点关注该类合同特殊的违约情形如许可方所提供的软件及相关技术资料不符合合同的约定；或许可方提供技术服务、技术指导不符合约定等方面的违约责任是否明确。

* + - * 1. 审查合同中对于名词和术语是否列出了专门的解释条款

因专业性较强，为避免软件使用许可合同的当事人因合同中的名词和术语的理解不同而发生争议，可在合同中对名词、术语进行释义。

1. **软件使用许可合同常见问题及处理建议**
2. 许可方的审查问题

有些软件使用许可常存在这样的问题，软件使用许可合同的许可方不是该软件的合法权利人，因此，签订合同前，应调查清楚许可方是否具有授予许可的合法权利。如果许可方不是正当权利人或者不具有相应的权利能力，那么就没有办法实现合同目的，影响合同的履行。

将对方权利证书的复印件作为合同附件，并且在合同中加入权利声明的条款。

1. 软件交付约定不具体的问题

软件的核心是源代码。为正确使用软件，在取得源代码的同时，还必须取得相关的技术资料。因此在软件使用许可合同中，对于交付的软件，应明确交付的具体内容为源代码，同时还包括具体的许可资料，如许可方将以源码和目标码二种形式向被许可方分别提供一份许可程序，并提供不少于两份的许可资料；也可在合同中列出交付的明细清单由双方进行确认，对交付方式（如指定地点交付、网络交付等）、交付时间也应注明。

1. 软件授权使用相关事项的问题

常见的问题是软件使用许可范围、期限和类型约定不明确。

软件使用许可合同中授权使用的范围、期限是被许可方可以使用该软件的关键，因此必须在合同中予以明确授权使用的范围是在单机、页面还是在网络（网站）环境中使用，同时还必须明确授权使用的具体起始时间。

此外，与商标许可的类型相类似，软件的使用许可也有以下三种类型：

* 1. 独占使用许可，是指软件著作权人在约定的期间、地域，以约定的方式将该软件仅许可一个被许可人使用，软件著作权人依约定不得使用该软件；
  2. 排他使用许可，是指软件著作权人在约定的期间、地域，以约定的方式将该软件仅许可被许可人使用，软件著作权人依约定可以使用该软件但不得另行许可他人使用软件；
  3. 普通使用许可，是指软件著作权人在约定的期间、地域，以约定的方式许可他人使用其开发的软件，并可自行使用该软件和许可他人使用软件。

这三种许可类型中被许可人的权利明显不同，故在软件使用许可合同中必须明确约定许可的类型。

1. 软件授权使用后续服务工作问题

常见问题：软件授权使用后的升级、维护等后续服务工作条款没有约定或约定不明。

在软件的使用过程中，往往会出现软件升级、软件不能使用、系统崩溃等情况。公司作为被许可人时，如果遇到这些情况而不能免费升级、修复，势必影响公司的利益。

在该类合同中明确对方在一定年限内对公司有免费升级义务，且如出现由于使用不当或其他原因造成软件无法正常使用或严重损坏的问题,对方将提供免费修复或重新安装服务,并负责恢复数据。为确保公司利益，应当考虑尽量多地争取享有这类后续服务的内容和期限。

1. 知识产权归属问题

除软件开发合同审查指引中所述知识产权问题外，其他常见问题如软件改进后知识产权归属不明等。

在软件的使用过程中，极有可能会出现对软件进行改进的情况，因而从保护被许可人利益的角度出发，需要对该事项进行有利的约定，可约定被许可人享有软件改进的权利，且拥有改进软件的知识产权。

1. **软件使用许可合同关键示范条款**
2. 定义

本合同书所有的有关术语，特定义如下：

* 1. “合同书”是指本合同书及根据本合同书所签订的所有附件和所有修正书。
  2. “CPU”是指某台中央处理机。
  3. “计算机程序”指控制CPU运行的任何源码或目标码指令。
  4. “指定CPU”是指安装在被许可方办公室的某台（型号品牌）计算机及其升级机。
  5. “许可程序”是指可执行于指定CPU的许可信息处理程序，它由许可方 的计算机软件系统中若干模块组成。
  6. “许可资料”是指与许可程序密切相关的资料，它由许可方所有并随同许可程序提供给被许可方使用。具体内容见附件×。
  7. “许可软件”是指许可程序和许可资料。
  8. “被授权人员”是指被许可方的雇员和根据直接或间接与被许可方订立合同为其工作的其他方人员，其他方包括，但又不仅限于，许可方和指定CPU的卖主或根据本合同书由被许可方再指定可使用许可软件的CPU卖主。
  9. “改进”是指许可软件的任何修订、精化或修改，或者是增加该软件的使用范围、功能或其他有用特性所进行的任何工作。

1. 授予使用许可权
   1. 根据本合同的条款及条件，许可方同意授予，被许可方同意接受一个不可转让的非独占的使用许可，准许被授权人员在指定CPU上使用该许可软件，上述使用仅限于被许可方内部使用和为其子公司或附属公司提供信息服务。除上述规定外的任何第三方无权使用该许可软件或其中任何一部分。任何人无权将该许可软件或其中任何一部分向他人出售、出租、转让权利或者以其他形式进行转让或提供利用。
   2. 本合同书第×条所作的限制适用于将本许可软件作为其中一部分的任何软件系统，除非许可方和被许可方另外达成了书面合同。
   3. 当指定CPU（或根据补充许可而授权的CPU）不能操作或因故不能使用，则被许可方可将许可软件转移到一台备份CPU上，但被许可方必须尽最大努力尽可能迅速地克服这种情况。
   4. 被许可方可以预先征得许可方的书面批准，为该许可软件重新指定另一台CPU，对此，许可方不得无故拒绝。重新指定CPU不另外再收费。
2. 许可方提供的服务
   1. 许可程序和许可资料

许可方将以源码和目标码二种形式向被许可方提供各一份许可程序，并提供不少于两份的许可资料。

* 1. 安装、初级培训及调整

许可方应根据附件二向被许可方提供安装和初级培训，如需要还应提供初始调整服务，附件二附属于本合同书并作为其一部分。为此，被许可方应确保许可方在正常工作时间使用指定CPU的合理机时。

* 1. 附加培训

除了附件二规定的最大培训时间外，如果被许可方以书面形式向许可方提出附加的培训要求，许可方应按被许可方的要求尽最大努力及时地提供这种培训服务。

* 1. 交付

本合同生效后，双方应就许可软件和许可资料以及许可方提供的各种服务的交付进行协商，并作出双方都一致同意的安排。

* 1. 其他顾问性服务

1. 除所约定的培训服务外，根据被许可方的书面要求，许可方还应该向被许可方提供有关许可软件的顾问性服务。
2. 提供任何附加服务之前，许可方应与被许可方共同制定一个满足许可软件要求和其他特殊服务要求的附加的许可软件调整清单。
3. 应指明这些附加服务的优先次序及何时要利用这些服务。
4. 许可方应向被许可方报告上述服务的各项收费并根据这些收费估算出总体开支，同时，还必须确认上述时间安排是否可以接受。
5. 收到被许可方对上述收费及时间安排被接受的书面答复之前，许可方将不着手进行这种服务工作。
   1. 维护
6. 在可应用的许可软件安装完备之日起6个月的初始期内，许可方应改正许可软件中的错误和故障，如果在此期间许可方还开发出该许可软件的更新版本，则应提供给被许可方。维持服务的时间从星期一至星期五（8：00~17：30），但国家法定节日除外。
7. 在上述6个月时间之后，许可方还将继续向被许可方提供同样水准的维护许可软件的服务，但被许可人必须按第×条第×款的规定支付服务费。在初始期届满前，被许可方可以以书面的形式通知许可方，在初始期届满后将不再需要许可方的上述维护服务。在初始期之后，被许可方可以提前60天以书面形式通知许可方，终止许可方提供的维护服务，在上述情况下，被许可方预先付给许可方的维护费，因终止服务而未能履行那部分服务，许可方将不再返还其剩余的费用。
8. 知识产权条款
9. 软件使用许可
10. 甲方（软件使用许可方）许可乙方（软件使用被许可方）非独占和不受限制地使用甲方拥有知识产权并在本合同项下提供给乙方使用的软件，甲方的此种软件使用许可是不可撤销的（以下简称“软件使用许可权”）。双方确认：甲方在本合同项下提供的软件包括甲方拥有著作权的软件及第三方拥有著作权的第三方软件，但该第三方软件是甲方通过与第三方签订著作权许可协议而可以合法使用且此种许可包括甲方有权许可乙方不受任何限制地使用上述第三方软件。
11. 合同软件的著作权仍归甲方或其相关第三方供应商所有。但乙方可以根据本合同规定使用软件，包括但不限于设备软件的使用、复制、展示、修改、翻译、注释等权利。
12. 乙方有权在合同有效期内以及使用合同软件期间，持续并不受干扰地使用甲方向其提供的所有软件。并且除合同规定的各笔款项外，乙方不必就使用上述软件而另外交纳任何其他费用。
13. 甲方及第三方软件应在任何时候均被认为甲方和（或）有关第三方拥有著作权。甲方同意，针对乙方按本合同规定合法使用合同软件过程中可能产生的任何第三方对合同软件权利的主张与纠纷，乙方有权根据本章规定向甲方进行追索。本合同签订前，如果第三方软件供应商要求甲方就第三方拥有著作权的软件施加额外限制或责任，则甲方应将该等责任或限制通知乙方，在经乙方书面认可后成为本合同的一部分。
14. 侵权救济
15. 许可方保证其在合同项下提供的全部合同设备和软件及技术服务不会侵犯第三方的合法权利。如果被许可方因按照合同的约定行使合同设备和（或）软件的相关权利而侵犯第三方的合法权利，并因此涉入诉讼、索赔或其他行政、司法程序或遭致处罚（以下称“侵权诉讼”），许可方同意按照本条款的规定进行处理和赔偿。
16. 许可方同意在收到被许可方书面通知的情况下，指派代表为被许可方的权益并以被许可方的名义参与上述第三方提起的侵权诉讼，许可方应在上述侵权诉讼进行过程中就诉讼策略及其他事宜向被许可方提供必要的支持与协助，并承担所产生的一切诉讼费用、律师费用、差旅费用、和解金额或生效法律文书中规定的损害赔偿金额、设备和（或）软件使用费等费用以及由此给被许可方造成的全部损失。
17. 被许可方应在发生上述侵权诉讼后迅速通知许可方，并在上述侵权诉讼过程中与许可方进行合作。
18. 如果在上述侵权诉讼中有效法律文书认定许可方构成侵权，禁止被许可方继续使用合同设备和（或）软件的一部分或全部，向第三方权利人支付使用费用，许可方应采取以下措施之一：
    1. 免费使被许可方重新获得合法使用上述合同设备和（或）软件的权利。
    2. 在被许可方要求的合理期限内对上述合同设备和（或）软件进行修改或更换使其满足合同的相关规定，以使被许可方使用合同设备和（或）软件不受上述法律文书限制，并继续合法、不受限制地使用合同设备和（或）软件。采取以上措施所发生的一切费用均由许可方承担。
    3. 若上述合同设备和（或）软件有其他同型同质的替代物可供使用，则经被许可方同意，许可方亦可收回合同设备和（或）软件及技术文件，并将相应合同价款返还给被许可方。但对被许可方委托开发上述替代物而支出的高于本合同同等设备和（或）软件合同价款的部分，许可方应予以承担。
19. 如果被许可方因司法机关对上述侵权诉讼作出的生效法律文书或为避免损失扩大且经许可方同意而与第三方达成生效和解协议后，完全不可能继续使用合同系统软件的，则被许可方有权解除合同，许可方应承担本合同约定的违约责任。
20. 被许可方根据本条所获得的软件使用许可，同样适用于受让合同系统全部设备的任何后继所有人而无须支付其他任何费用。
21. **常用法律、法规、规章、规范性文件**

《合同法》

《著作权法》

《计算机软件保护条例》

1. **委托设计制作合同审查指引**
   * 1. **委托设计制作合同概述**
   1. **委托设计制作合同的定义**

委托设计制作合同，是指委托方和设计制作方之间签订的关于特定的设计制作事项的协议。该类合同中，设计制作方的主要义务是利用自己的设备、技术、专业知识，根据委托方的要求进行设计制作；委托方的主要义务则是按约定支付设计制作费。实践中，我公司一般为委托方，主要委托对方设计制作一些宣传品，如展板、印刷品、印有我公司标志的礼品等。

委托设计制作合同属于《合同法》分则的承揽合同，适用《合同法》分则承揽合同的规定。

* 1. **委托设计制作合同的基本结构**

委托设计制作合同主要包含委托设计制作事项、合同金额和支付、双方权利和义务、验收、知识产权、保密、合同变更和解除、违约责任、不可抗力、通知和送达、适用法律与解决争议以及其他基本条款。

* + 1. **委托设计制作合同的审查**
    2. **委托设计制作合同审查要点**
       - 1. 审查基础条款

审查合同中是否明确设计目的、设计成果的技术指标、质量要求、适用范围，若上述内容涉及专业技术方面的问题，可请求技术部门协助解决。

* + - * 1. 审查关于进程和监管的条款

审查合同是否明确设计、制作的进程，以及对设计、制作进程的监督管理如何进行。

双方应在委托设计合同中列明设计、制作的各个阶段之起始时间、在各个时间段应达到的技术指标及应取得何种设计成果，最好列出时间表作为合同的附件，以便于执行。

为方便对设计、制作过程的监督控制，还应注意审查是否有相应的监督管理机构或成员，如没有，应予以补充；如有，应对监督管理机构或成员的权限作出具体约定。

* + - * 1. 审查合同中是否约定了协作条款

委托设计、制作类合同是协作性的合同，合同的顺利履行需要合同双方维持良好的协作关系，因此合同中应对双方需要协作的内容进行协商并作出规定。

* + - * 1. 审查验收、检验条款

审查合同是否明确工作成果的验收、检验，如验收、检验的标准、修改的程序。

审查在该类合同中是否列明了验收部门的组成、验收时间、验收程序、验收次数等各项指标。

对于验收规范、验收标准，应尽可能约定通用标准和规范，同时应审查合同中的验收规范及标准是否注明了名称、国别、类别、标准号、年份，并查核该标准是否与约定的要求一致。

* + - * 1. 审查工作成果移交条款

审查合同是否明确工作成果的移交手续，以及工作成果灭失毁损风险何时转移。

对于工作成果的移交，要注意审查移交的时间、移交文件名称、文件格式（纸面形式还是电子文本格式）、份数是否清楚明确，最好将上述内容制作成表格作为合同的附件，并应明确若对方不及时移交或移交内容不符合同约定时所承担的违约责任。

* + - * 1. 审查后续服务条款

审查合同是否明确工作成果交付后的后续服务及修订问题。

注意约定在工作成果移交后、使用过程中发生维修、更换配件、系统维护等后续工作的责任承担情况。

在工作成果交付后，由于实际情况发生变化，委托方往往需要对原设计成果进行修订，因此在合同审查时，应注意是否已明确了修订时各方的责任、费用如何分担、修订的时限等内容。

* + - * 1. 审查支付条款

审查合同价款的支付方式、支付期限与设计、制作进程是否相对应。

* + - * 1. 审查保密条款中的具体规定是否明确

审查保密条款中是否明确约定了保密范围、保密对象、保密办法、保密期限、违反保密义务应承担的责任等。

* + - * 1. 审查权利瑕疵担保条款

审查合同中是否明确知识产权归属以及对方对其提交成果作出不侵犯第三人权益的承诺。

* + - * 1. 审查违约条款

审查合同中对于对方的违约责任的约定是否明确具体。

* + - * 1. 审查名词和术语条款

审查合同中对于名词和术语是否列出了专门的解释条款。

委托设计、制作合同的当事人往往因合同中的名词和术语的理解不同而发生争议。为避免发生这种争议，可以在合同中对可能发生争议的名词、术语给予双方一致同意的解释。

* + 1. **委托设计制作合同常见问题及处理建议**
    2. 知识产权问题

该类合同知识产权方面的常见问题有：知识产权归属没有约定或约定不明或设计制作方提交的工作成果侵犯了第三方权利。

《合同法》没有明确规定承揽合同中工作成果的知识产权归属，如果在合同中不对知识产权归属情况加以约定的话，可能会出现对方自行使用或者擅自许可第三人使用的情况，这样的行为将会侵害委托方的利益。当设计制作方提交的工作成果侵犯了第三人的合法权益时，第三人可能对委托方提起侵权诉讼，如果没有在合同中约定对方成果权利瑕疵担保承诺，将不利于追究设计制作方责任。

为防范、避免此类风险，合同中应明确约定与工作成果有关的知识产权（如著作权、专利申请权、专利权等）均归属委托人，及受托方违反上述约定时应承担的违约、赔偿责任；同时，应约定受托方保证其交付的工作成果不侵犯第三方的知识产权，并约定若受托方违反本条承诺的，其应承担何种违约赔偿责任。

* + 1. 审查合同中对于对方的违约责任是否明确具体。

委托设计制作合同中对方违约情形主要涉及交付的工作成果不符合约定等，建议从以下方面具体约定：

1. 因设计质量不符合规定标准或合同约定的，由受托方继续完成设计、制作任务，视损失大小减收或免收设计、制作费，并赔偿委托方所受的损失；
2. 因受托方过错造成安全责任事故的，受托方除免收损失部分的设计费用外，还应承担与委托方所受损失部分相等的赔偿金；
3. 受托方不按合同规定的期限提交设计文件、资料或制作成果，每拖延一天应向委托方支付违约金；
4. 违反合同约定的保密义务造成委托方损失的责任承担；
5. 违反知识产权条款给委托方造成损失的责任承担。
   * 1. **委托设计制作合同关键示范条款 以委托方为甲方为例。**
6. 委托设计和制作事项
   1. 甲方同意接受被许可方服务，指定被许可方根据本合同约定和甲方要求设计和制作 ；被许可方同意接受甲方指定，根据本合同约定和甲方要求设计和制作 。
   2. 事项名称： 。
   3. 具体时间要求：
      * 1. 被许可方应在 年 月 日前完成全部设计制作并提交甲方验收。
        2. 被许可方应严格按照上述时间要求完成本合同约定的设计和制作。
   4. 其他具体要求： （详细内容见附件 ）。．
7. 验收
   * 1. 被许可方应根据本合同约定按时提交有关工作成果，并及时通知甲方进行验收。有关验收标准见附件 。
     2. 设计和制作的成果是否验收合格，以甲方书面意见为准。被许可方提交的工作成果经甲方验收不合格的，被许可方应在按照甲方意见修改后及时通知甲方再次进行验收；但无论如何，被许可方应在本合同第1.3条约定的期限内向甲方提交合格的工作成果。被许可方提交的工作成果最终通过甲方验收的，甲方应出具验收合格意见。被许可方未完成上述修改或修改后的工作成果仍不符合本合同约定和甲方要求的，视为没有完成设计和制作，应按本合同的有关约定承担违约责任。
     3. 被许可方因验收不合格而不能按时交付有关成果的，视为被许可方履行迟延，应按本合同的有关约定承担违约责任。
8. 知识产权
9. 被许可方根据本合同或在本合同履行过程中专门为甲方或根据甲方提供的有关资料而产生的任何创意、设计、宣传资料等作品（包括但不限于任何图案、图像、配音、配乐、文字、专题片语、卡通人物形象、FLASH等，无论最终是否被甲方选用），其知识产权和其他权益全部归甲方所有，甲方可以不受限制地进行使用。未经甲方事先书面许可，被许可方不得为本合同之外的任何目的、以任何形式自行使用、擅自许可任何第三方使用或向任何第三方提出有关意见和建议。
10. 甲方授权被许可方为本合同约定的目的使用其提供的企业名称、企业标识、业务标识、商标等。被许可方保证正确、合理地使用上述名称、标识、商标等，不得擅自改动、歪曲其整体形象和组成部分，不得为本合同之外的任何目的、以任何形式自行使用或擅自许可任何第三方使用。
11. 甲方根据本合同向被许可方提供的宣传资料和其中所包含的创意、设计、图形、图片、文字等素材，其知识产权和其他权益全部归甲方所有，未经甲方事先书面许可，被许可方不得为本合同之外的任何目的、以任何形式自行使用或擅自许可任何第三方使用。
12. 被许可方保证其设计和制作的成果不侵犯任何第三方的知识产权和（其）合法权益。任何第三方以侵权为由向甲方主张权利的，被许可方应按甲方要求处理，并按本合同的有关约定承担违约责任。
13. 本合同自因履行完毕、解除或不可抗力等终止之日起 日内，被许可方应将甲方提供的所有信息和资料移交甲方，并且不得继续使用或擅自许可任何第三方使用。
    * 1. **常用法律、法规、规章、规范性文件**

《合同法》

《民法通则》

《著作权法》

1. **委托筹办合同法律审查指引**
   * 1. **委托筹办合同概述**
   1. **委托筹办合同的概念**

委托筹办合同属于《合同法》上的委托合同，是双方当事人约定，一方为他方处理事务，他方允诺为其处理事务的合同。

委托他方处理事务者为委托人，允诺为委托方处理事务者为受托人。

* 1. **委托筹办合同的分类**

按筹办事项不同分为演唱会委托筹办合同、促销活动委托筹办合同、会议委托筹办合同。按委托筹办层级分为：直接委托筹办合同、转委托筹办合同。按委托筹办合同是否付费分为：有偿委托筹办合同、无偿委托筹办合同。

* 1. **委托筹办合同的特点**
     + - 1. 委托筹办合同是以为他人处理事务为目的的合同

委托合同是一种典型的提供劳务以完成一定任务的合同，合同订立后，受托人在委托的权限内所实施的行为，等同于委托人自己的行为；受托人办理受托事务的费用也由委托人承担。

* + - * 1. 委托筹办合同的订立以委托人和受托人之间的相互信任为前提

委托人之所以选定某人作为受托人为其处理事务，是以他对受托人的办事能力和信誉的了解、相信受托人能够处理好委托的事宜为基本出发点的。而受托人之所以接受委托，也是出于其愿意为委托人服务，能够完成受托事务的自信，这也是基于对委托人的了解和信任。

* + - * 1. 委托筹办合同是诺成合同

委托合同的当事人双方意思表示一致时，合同即告成立，无须以物之交付或当事人的履行行为作为合同成立的要件。因此，委托合同为诺成合同而非实践合同。

* + - * 1. 委托筹办合同是否有偿由当事人约定

委托合同可以是有偿的，也可以是无偿的，完全由当事人约定或就个别事项依法律特别规定。

* + 1. **委托筹办合同的审查**

1. **委托筹办合同审查要点**
   * + - 1. 审查是否明确约定委托筹办的事项

审查委托筹办合同约定委托筹办的事项如宣传活动的名称、主题和内容、规模、时间、地点，受托方在合同约定的框架下按照委托方的指示进行活动筹办。

* + - * 1. 审查是否明确约定委托筹办事项的具体执行事宜

应尽可能详细地约定受托方负责制定筹办事项的活动策划方案、筹办日程、负责整个宣传活动的综合管理、提供的活动场所、设备、文件、礼品、活动场所的安全、消防、保卫，活动请柬、入场券的制作、发送，活动涉及的演出单位、广告单位等第三方协调配合，广告发布等相关内容。

受托方还应负责活动参加人员、受邀嘉宾等人员的接待、食宿、休息、娱乐、交通等服务的具体规格、标准、费用等详细内容。

* + - * 1. 知识产权条款约定

受托方不得擅自改动、歪曲委托方提供的企业名称、企业标识、业务标识、商标、信息资料等，未经委托方事先书面许可，不得为非本合同目的使用；

受托方侵犯第三方的知识产权或其他合法权益的，自行承担全部责任；

对于合同期满后受托方能否继续使用原许可的知识产权问题，应在合同中约定。

* + - * 1. 审查是否约定受托人亲自办理受托事项

为保证宣传活动的顺利开展，应当明确禁止受托人转委托他人筹办。由于委托合同的当事人之间有相互信赖关系，所以原则上受托人应亲自处理受托事务，防止出现受托人有负委托人信任致委托人利益受损的情形。

* + - * 1. 审查是否约定委托人的监督权

委托筹办合同还应约定委托方有提出具体要求、监督、检查筹办情况、提出修改方案的权利，但应提前通知受托方。

* + - * 1. 演唱会类宣传活动筹办合同审核要点

演唱会委托筹办合同对受托方主体的特殊要求。

演唱会筹办合同的受托方应当是专业文化演出公司，具备法律法规规定的演出运作资格和能力，具有较好的市场信誉，能够达到委托方需要的专业水准，具有组织过大型演出活动的成功经验。

受托方应当确保活动的举办事先取得政府文化管理部门的批文，取得消防管理部门关于消防安全的审批同意以及治安管理部门关于演出场地符合安全标准的文件。

受托方必须保证约定的演出人员和演出节目准时演出并保证演出质量。

受托方负责制订演唱会的规划、场景设计、项目管理和演唱会安排计划和方案，并应在具体实施前报委托方审核；相关计划和方案在经委托方书面同意后具体实施。

受托方负责提供演唱会场地，并负责场地的装饰、装修、布置、清洁。委托方应当对演唱会场所的面积、设施、档次、地理位置以及具体地点提出明确要求并作为合同附件。

受托方负责演唱会演出期间现场秩序的维护、管理及必要的保安保卫工作等演唱会演出时所需的服务，保证演唱会演出时场地及设施的正常、持续使用，保证演唱会演出效果。

未经委托方书面同意，受托方不得对该演唱会进行冠名或以任何方式收取任何第三方的赞助。

受托方必须确保控制现场观众人数符合公安部门核准的观众数量，并维持演出现场秩序，负责组织观众进场、退场及现场观众的组织工作并确保观众安全，并承担全部责任。

* + - * 1. 会议筹办服务合同的审查要点

合同主体审查

会议筹办不属于特许经营项目，因此不需要特许经营许可证件或从业资质的审查；会议筹办主体的经营信誉和筹办能力直接关系着会议举行的效果，合同承办人员应根据受托方不同资信情况进行履约能力方面的审核，必要时对会议筹办主体的营业场所、从业人员、举办会议设备等软硬件条件和以往成功举办会议案例进行实地调查了解，合同中应约定筹办主体具有筹办会议的资格，且有能力按照甲方的要求筹办会议。

审查会议筹办服务事项

服务事项应合法、全面、具体，受托方应当提前做好会议规划方案。委托方应当向受托方明确提出会议筹办要求，会议筹办规划方案，应包括：（1）会议名称；（2）会议主题和内容；（3）会议规模（参会人数）；（4）会议召开时间和地点及会场布置要求；（5）餐饮标准、形式、数量；（6）住宿要求；（7）交通车辆接送安排；（8）娱乐活动安排；（9）广告宣传制作、备案要求；（10）会议应提供的设备（投影仪、电脑、麦克风等）；（11）安全保卫要求（保证会议全程所有参会人员人身财产的安全，造成人员人身或财产损失应承担赔偿责任）；（12）会议请柬、入场证、铭牌、日程表制作要求；（13）服务人员的具体要求（司仪、摄影师、保健医生、翻译、勤杂人员等）；（14）票务协助等。为保障会议顺利召开，应明确约定在会议召开前，受托方具体提交策划方案和费用表的时间。

1. **委托筹办合同常见问题及处理建议**
2. 委托筹办大型活动的合同关于安全责任约定不明

委托筹办合同中应对安全责任条款增加约定。因为举办大型活动的较大风险就是安全责任问题。如活动的安全保卫的义务哪方承担，出现安全责任，由谁承担，如何处理等。

受托方负责安排演出场地，该演出场地应当符合有关法律法规对于演出场地的要求，适于举行大型演出活动，配备有应急广播、照明设施，在安全出入口设置有明显标识，并保证安全出入口畅通，不存在安全隐患。受托方负责与演出场地经营单位就演出活动中突发安全事件的防范、处理等事项签订安全责任协议。受托方确保已经按照规定制定了安全保卫工作方案和灭火、应急疏散预案。受托方负责解决演唱会所需供电、供水、消防、安全保卫、交通等事宜。演出现场的安全、保卫、消防工作由受托方全部负责，如果安保人员人数不足或现场安保出现问题受托方承担全部责任。

1. 委托筹办合同履行中产生的费用承担问题

为减少合同金额及履行费用纠纷的产生，合同应当约定合同总金额中已经包括受托方筹办过程中发生的一切费用和因为举办该活动而与第三方发生的法律责任，包括受托方因活动筹办而产生的行政审批费用、人员食住行费用。受托方还应负责缴纳演艺人员的个人所得税。

受托方负责承担所有演艺人员在该演出期间的医疗及其相关费用。受托方应当为上述人员投保人身意外伤害保险等，如果受托方未投保，则发生意外事故时，受托方承担全部责任。

1. 委托筹办合同中的知识产权条款

首先，委托方如果授权受托方使用委托方企业标识、企业名称、商标、设计图、创意、图片文字等有关资料，合同中应明确约定委托方授权受托方为本合同会议使用的企业名称、标识、商标、图片文字、设计、创意等有关资料其知识产权属委托方所有（应突出包括有关资料信息），受托方应合理使用，不得改动、歪曲，未经委托方书面许可，不能许可第三方使用，不得在本合同以外以任何形式、任何目的自行使用，侵犯知识产权应承担赔偿责任。

其次，审核保护第三方知识产权条款。受托方筹办会议不得侵犯任何第三方知识产权或其他合法权益。任何第三方以本合同会议侵权为由向委托方主张权利的，受托方应按委托方要求妥善处理，并按合同的约定承担违约责任。

此外，应明确合同因履行完毕、提前解除或其他原因终止后的一定期间内，受托方应归还委托方提供的所有信息和资料，并不得再继续使用或擅自许可任何第三方使用。会议内容往往涉及商业秘密，或对公司经营相关的重要信息以及暂时未提出专利或商标申请的不能用知识产权保护的信息，一旦泄密可能给公司造成严重损失，因此必须和对方约定相关信息、资料的归还和使用限制、禁止条款，并约定严格的保密责任。

1. 解除合同后的责任承担问题

委托筹办合同关于合同解除的相关约定分筹办工作开始前和开始后两种情况。

筹办工作开始前，由于双方以外的原因，如不可抗力、国家法律法规或政策发生变化、计划参会人员无法按期参会（这是常常导致会议不能举行的原因）等，导致合同不能履行，双方同意延期的，可以延期；一方不同意延期的，合同解除。

筹办工作开始后，如发生不可抗力、国家法律法规或政策发生变化、计划参会人员无法按期参会等原因导致筹办合同不能继续举行，委托方通知受托方停止筹办的，受托方应停止筹办，并应返回委托方已支付的筹办费用，但可以扣除部分金额作为已完成部分筹办工作的补偿，但此种情形下扣除金额如何计算需要根据合同具体情况进一步研究确定。

1. **委托筹办合同关键示范条款**
2. 委托服务范围
   1. 双方确认委托服务范围是 项目（以下简称“项目”） 的服务，包括： 。
   2. 前述各项工作的具体要求以本合同第 条的规定为准。
3. 乙方的责任义务
4. 基本会务服务工作
   1. 按照甲方要求组织安排上述各种会议的场所及与会人员的食宿、接待工作。
   2. 提供相关会议所需的各种会务安排和办公设备。
   3. 负责会议期间各种联络、信息传递、相关文件的收取与发放。
   4. 协助甲方核对检验相关会议的费用支出，并协助结算。
5. 会议费用的结算工作

核对该项目召开的相应技术规范研讨和制定、审核、项目发标、释标、合同编制、签署等会议发生的会议费用，并统一与相关 进行结算。结算结果由乙方以书面形式向甲方汇报。

1. 其他支持服务工作
   1. 前期技术、商务交流会

协助甲方组织相关技术、市场专家和主要生产厂家，进行相关项目的前期研讨工作。

* 1. 标书讨论制定会

协助甲方进行招标文件的准备。根据甲方提供的基础性商务、技术文件，协助甲方合法化、规范化地编写招标文件，包括协助甲方编制商务规范书、投标要求范本、框架协议范本；根据甲方提供的技术规范协助甲方对外询价；协助甲方进行招标文件的总体审查、整合、整理、印刷，并提交甲方确认。乙方保证招标文件符合有关法律法规和相关规定的要求。

* 1. 发标会

协助甲方以经甲方认可的方式，包括在公开媒体上发布招标公告或经有效的通信方式发布招标公告，并协助甲方在发标会上发售招标文件。

* 1. 释标会

根据甲方的要求协助甲方在发标后根据具体情况组织召开释标会，协助甲方对招标文件进行解释。

* 1. 开标会

协助甲方负责投标文件的收取。收标后按照甲方有关规定要求的程序协助甲方组织开标会，公开唱标。

* 1. 评标会

协助甲方进行评标，进行相关商务谈判。

* 1. 合同签订会

协助甲方向中标人发出《中标通知书》。协助甲方组织安排相关合同的签订工作。

1. 甲方的责任义务
2. 监督乙方的会务服务工作、会议费用的结算工作和其他相关支持服务工作。
3. 甲方在必要时负责协调乙方与相关单位之间的关系。
4. 甲方将承担中国有关机构根据中国税务法律向其征收的与本服务合同执行相关的全部税款。
5. 费用清单

本合同涉及的会务服务费用情况详见附件 ；会议费用情况详见附件 。

附件 ： 会务服务费清单

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 序列号 | 产品名称 | 会务服务费用（万元） |
| 1 |  |  |
| 2 |  |  |
| 3 |  |  |
| 4 |  |  |
| 5 |  |  |
| 6 |  |  |
| 合计 |  |  |

附件 ： 会议费用清单

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 序号 | 项目名称 | 总计费用（元） |
| 1 |  |  |
| 2 |  |  |
| 3 |  |  |
| 总计 |  |  |

#### 常用法律、法规、规章、规范性文件

《合同法》

《民法通则》

《营业性演出管理条例》

《大型群众性活动安全管理条例》