

公司律师业务进阶系列



# 合同审查精要 与实务指南

雷霆◎著

1本工具书，25个专题，208个典型案例与示例条款

本书采用实际案例和示例条款的方式全面阐释合同风险识别、审查要点以及特殊注意事项，是公司律师和企业法律顾问日常工作中的一本工具书。

ESSENCE FOR

CONTRACT REVIEW

AND

GUIDANCE FOR  
PRACTICE

公司律师业务进阶系列

# 合同审查精要 与实务指南

雷霆◎著

ESSENCE FOR  
**CONTRACT REVIEW**  
AND  
**GUIDANCE FOR  
PRACTICE**



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

合同审查精要与实务指南 / 雷霆著. -- 北京: 法律出版社, 2018(2018.9重印)  
(公司律师业务进阶系列)  
ISBN 978-7-5197-2163-3

I. ①合… II. ①雷… III. ①合同法—中国—指南  
IV. ①D923.65

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 075472 号

合同审查精要与实务指南  
HETONG SHENCHA JINGYAO YU SHIWU ZHINAN

雷 霆 著

策划编辑 冯雨春  
责任编辑 李沂蔚  
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社  
总发行 中国法律图书有限公司  
经销 新华书店  
印刷 三河市龙大印装有限公司  
责任校对 杨锦华  
责任印制 吕亚莉

编辑统筹 法律应用·大众读物出版第二分社  
开本 787毫米×1092毫米 1/16  
印张 42.5  
字数 717千  
版本 2018年6月第1版  
印次 2018年9月第2次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995



书号:ISBN 978-7-5197-2163-3

定价:128.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## Preface 序言

学习和应用合同法已逾 20 年,笔者深知“契约自由”是合同法的灵魂和生命。契约自由的核心是任何人只能被他所同意的义务所约束。契约虽然是当事人双方意思表示一致的产物,但这种“一致”一旦形成,便成为独立于双方当事人的异化物,任何一方均无权改变这个曾经是自己意志的产物,而应当遵守它,故各国合同法均规定:依法成立的契约,在当事人之间具有相当于法律的效力。如果一方当事人违反它,就会受到法律的制裁。此外,契约自由意味着没有任何一方可以将自己的意志任意强加于对方,契约的达成往往都是当事人间的博弈和妥协的结果。这在企业合同谈判、撰写和审查中体现得尤其明显。

作为一名公司律师或企业法律顾问,在进行合同业务审查时,首先,需要考虑的是合同的目的和商业价值,尽力去促成交易;其次,还需要考虑各方的商业和法律风险;最后,合同利益的公平和平衡无疑是当然之义。在实践中,合同审查业务已经形成了一整套的制度、流程和审查理念、原则和方法。为了公司律师或企业法律顾问在日常工作中有一本合同审查业务的工具书或参考书,笔者应法律出版社的邀请,欣然撰写本书,希望将自己的经验、教训和一些心得体会与读者进行分享。

本书分为三篇。第一篇主要介绍了合同管理和合同审查基础的相关内容。在本篇中,读者可以了解到一个企业集团是如何组织和管理合同业务的,还可以关注到合同审查基本理念、原则及审查流程,以及合同文本审查之外的事项。例如,合同当事人主体资格的审查、合同形式的选择、合同订立的法律风险管控以及合同框架结构和通用条款的审查等。第二篇主要介绍了企业日常工作中经常会遇到的分类合同审查业务。在本篇,主要从分类合同的基本概念、原理出发,介绍分类合同的框架结构后,对分类合同的核心条款进行详细解读,并通过实例和司法裁判来诠释合同的审查和修订。第三篇主要介绍了企业通常会涉及的一些特殊、重大合同的审查。这些合同包括股权转让协议、保密协议、中外合营企业合同、知识产权类许可合同、PPP 项目合同以及合同的涉税及发票条款审查等内容。为了避免重复,

有关资本交易合同审查的更为详尽的内容,读者可以参阅笔者另外一本拙作《资本交易法律文书精要详解及实务指南》(法律出版社2015年版)。

尽管市面上有关合同审查的书籍众多,但笔者认为,本书尤其具有如下三个方面的特点:

- 在介绍合同法原理和规定的基础之上,以商业交易和商业模式为出发点,采用实际案例和示例条款的方式来介绍如何进行合同审查和修订。全面诠释合同风险识别、审查要点以及一些特殊注意事项。
- 将合同审查业务与司法实践紧密结合起来。在司法案例(特别是最高人民法院的公报案例、指导案例以及各高级人民法院的裁判案例)的基础之上,总结与合同审查相关的裁判规则,以期对合同条款拟定和审查提供借鉴。
- 在最新的法律法规变化(如外商投资企业法规的修订、公司法司法解释四)的基础上,结合合同业务审查实践,介绍在合同条款中如何反应这些新的变化和新的要求。

应该说,本书是笔者对最新合同法规、公司法规、司法解释以及相关规范性文件的研究、理解、总结和探索,错误和不妥之处在所难免。读者在实务工作中一定要以法律法规为准,避免理解和执行出现偏差和错误。笔者也非常欢迎各位专家、学者、律师或法律顾问、企业管理人员、财税专业人士不吝赐教,对本书内容的错误和不足之处给予批评和指正!

雷 霆

2018年2月于成都



# Contents 目 录

## 第 I 篇 合同管理与合同审查基础

专题 1	企业合同法律风险管控流程 .....	3
专题 2	企业合同业务体系及管理制度 .....	11
专题 3	合同审查基本理念、原则及审查流程 .....	16
专题 4	合同当事人的主体资格审查 .....	22
专题 5	合同形式选择的法律风险控制 .....	39
专题 6	企业选择合同对方的方式:招投标、询比价和议价 .....	56
专题 7	合同订立的法律风险管控 .....	74
专题 8	合同的基本结构和主要条款概述 .....	135
专题 9	合同文本通用条款的法律审查 .....	147

## 第 II 篇 合同分类审查精要与实务

专题 10	买卖类合同审查精要与实务 .....	205
专题 11	营销类合同审查精要与实务 .....	260
专题 12	市场(广告)类合同审查精要与实务 .....	286
专题 13	建设工程合同审查精要与实务 .....	302
专题 14	运输类合同审查精要与实务 .....	364
专题 15	租赁类合同审查精要与实务 .....	374
专题 16	承揽类合同审查精要与实务 .....	409
专题 17	保管、仓储类合同审查精要与实务 .....	428

专题 18 委托合同审查精要与实务 .....	444
专题 19 技术合同审查精要与实务 .....	454

### 第Ⅲ篇 特殊合同及特殊条款审查精要与实务

专题 20 保密协议(条款)审查精要与实务 .....	469
专题 21 股权转让合同审查精要与实务 .....	482
专题 22 知识产权许可类合同审查精要与实务 .....	511
专题 23 合营企业合同审查精要与实务 .....	534
专题 24 PPP 项目合同审查精要与实务 .....	556
专题 25 合同涉税及发票条款审查精要与实务 .....	605

### 附 录

本书主要参考文献 .....	639
----------------	-----

303 .....	
380 .....	
389 .....	
303 .....	
304 .....	
374 .....	
409 .....	
454 .....	

# Contents 目录

第 I 篇 合同管理与合同审查基础	2
专题 1 企业合同法律风险管控流程	3
一、合同管理的一般流程	3
二、合同法律风险识别与控制	4
(一) 合同前期准备阶段的法律风险	5
【例 1-1】 合同法律风险管理认识误区: 忽视合同签订前的“先合同义务”	5
(二) 合同订立与签署阶段的法律风险	5
【例 1-2】 合同法律风险管理认识误区: 选择合同范本, 万事大吉	6
(三) 合同履行阶段的法律风险	6
【例 1-3】 合同法律风险管理认识误区: 只要经债权人同意的, 债务人就可转移全部或部分合同义务给第三人	6
(四) 合同履行后管理阶段的法律风险	7
【例 1-4】 合同法律风险管理认识误区: 货物已经交付、款项已经结清等主体义务已经履行完毕, 不需要再关注该合同	7
三、合同法律风险控制的难点与注意事项	7
(一) 合同法律风险控制的难点	7
(二) 合同法律风险管理的注意事项	8
1. 建立和完善合同管理制度和流程	8
2. 合同的招投标、询比价和议价	8
3. 合同的拟定、审查和批准	9



4. 合同的履行管理 .....	9
5. 合同纠纷管理 .....	9
6. 合同用印和存档管理 .....	9
7. 客户信用管理 .....	10
<b>专题2 企业合同业务体系及管理制度 .....</b>	<b>11</b>
<b>一、企业合同业务体系 .....</b>	<b>11</b>
(一) 根据企业业务性质和类别对合同分类 .....	11
(二) 企业合同的特殊类型 .....	12
<b>二、企业合同管理制度体系 .....</b>	<b>12</b>
(一) 合同管理基本制度 .....	12
(二) 合同管理的具体制度 .....	13
1. 经济合同管理实施细则 .....	13
2. 经济合同审核和审批制度 .....	13
3. 重大合同跟踪制度 .....	14
4. 法律纠纷管理制度 .....	14
5. 合同管理检查和考核制度 .....	15
(三) 合同管理的指南或指引 .....	15
<b>三、企业合同示范库的建设 .....</b>	<b>15</b>
<b>专题3 合同审查基本概念、原则与审查流程 .....</b>	<b>16</b>
<b>一、合同审查的概念与意义 .....</b>	<b>16</b>
<b>二、合同审查的基本理念和原则 .....</b>	<b>17</b>
(一) 合同审查的基本理念 .....	17
1. 合同审查需要具有商业思维 .....	17
2. 合同审查需要兼顾合法性和合同当事人的需求 .....	17
3. 合同达成是当事人的博弈和妥协 .....	17
4. 合同审查不光是合同正文的审查 .....	17
5. 合同审查是外在形式和内在实质审查的统一 .....	18
6. 合同审查需要牢记合同的目的和四项基本功能 .....	18
(二) 合同审查的基本原则 .....	18
1. 合法有效原则 .....	18

2. 公平与利益兼顾原则 .....	18
3. 具体明确原则 .....	18
4. 促成交易和风险控制兼顾原则 .....	19
三、企业合同审查流程 .....	19
(一) 合同文本的草拟和提报 .....	19
(二) 合同经办部门审查业务风险 .....	20
(三) 财务部门审查财税风险 .....	20
(四) 法务部门审查法律风险 .....	20
(五) 上级领导审核/审批 .....	21
(六) 签署合同 .....	21
(七) 合同的登记和存档 .....	21
<b>专题4 合同当事人的主体资格审查 .....</b>	<b>22</b>
一、民事主体概述 .....	22
二、自然人主体及其审查 .....	24
(一) 自然人的分类与民事权利能力和行为能力 .....	24
(二) 自然人主体的审查要点 .....	24
三、法人主体及其审查 .....	24
(一) 营利法人 .....	25
1. 营利法人的概念与类型 .....	25
2. 营利法人主体的审查要点 .....	26
(二) 非营利法人 .....	26
1. 非营利法人的概念与类型 .....	26
2. 非营利法人主体的审查要点 .....	27
(三) 特别法人 .....	28
1. 特别法人的概念与类型 .....	28
2. 特别法人主体的审查要点 .....	28
四、其他非法人组织及其审查 .....	29
(一) 其他非法人组织的概念与类型 .....	29
(二) 其他非法人组织主体的审查要点 .....	30
【例4-1】 明为个人独资企业实为合伙企业时,赔偿责任的认定 .....	30

五、合同主体资格审查的常见疑难问题	31
(一) 分支机构和内部机构是否可以成为合同主体, 合同效力如何	31
1. 分公司和分行	31
2. 营业部、门市部和办事处	32
3. 分公司等对外签订合同的效力	32
(二) 合同对方超越经营范围订立合同, 是否导致合同无效	33
(三) 设立中公司是否可以成为合同主体	34
【例 4-2】 以拟成立的公司名义对外签订的合同效力认定	35
(四) 公司进入清算程序后, 何者可以成为对外签订合同的主体	36
(五) 合同对方不具有合格的经营资质, 是否影响其成为合同主体	37
(六) 企业被纳入经营异常或“黑名单”, 是否影响其成为合同主体	37
(七) 外商投资企业的办事处或办事机构是否可以成为合同当事人	38
<b>专题 5 合同形式选择的法律风险控制</b>	39
一、合同形式概述	39
二、口头形式	40
三、书面形式	40
(一) 合同书面形式概述	40
(二) 必须采用书面形式的合同	41
(三) 合同书形式	43
(四) 电子形式	44
1. 电子合同的形式	44
2. 电子合同的成立	44
【例 5-1】 夏伟诉亚马逊卓越擅自删除订单案	47
四、默示形式	50
(一) 推定形式	50
【例 5-2】 李树林与潘兆林煤矿转让合同纠纷再审案	51
(二) 沉默形式	52
【例 5-3】 单纯沉默只有在法律有规定或者当事人双方有约定或有交易习惯的情况下, 才可以视为意思表示	53
五、意向协议和谅解备忘录	54
(一) 意向协议和谅解备忘录的概念	54
(二) 意向协议和谅解备忘录的实务要点	54

专题 6 企业选择合同对方的方式:招投标、询比价和议价 .....	56
一、招投标、询比价和议价的概念与适用范围 .....	56
(一) 招投标的概念与适用范围 .....	56
1. 招投标的概念 .....	56
2. 招投标的适用范围 .....	56
3. 必须招标的范围及其例外 .....	57
4. 必须招标未招标的法律后果 .....	58
【例 6-1】 必须招标未招标,建设工程施工合同无效 .....	59
5. 招标的方式 .....	59
(二) 询比价的概念与适用范围 .....	60
(三) 议价的概念与适用范围 .....	60
二、公司律师或法律顾问在招投标中的作用 .....	60
(一) 为招标投标活动做好必要的准备工作 .....	60
(二) 对投标人进行资格审查 .....	62
1. 对投标人的资格审查 .....	62
2. 对投标人的资格后审 .....	63
(三) 起草、审查相关的法律文件 .....	64
1. 招标公告 .....	64
2. 投标邀请书 .....	65
3. 招标文件 .....	65
4. 中标通知书 .....	66
5. 书面合同 .....	67
6. 书面报告 .....	67
7. 招标代理合同 .....	67
(四) 审查招标投标程序合法性 .....	68
1. 招标公告依法发布 .....	68
2. 招标文件的澄清和修改 .....	68
3. 按规定开标以及废标的认定 .....	68
4. 评标的相关事宜 .....	69
5. 中标的相关事宜 .....	70
6. 中标无效的情形 .....	70
【例 6-2】 违法就实质性内容进行谈判,建设工程施工合同无效 .....	71

7. 不得规避招标和虚假招标 .....	72
<b>三、公司律师或法律顾问在询比价和议价中的作用 .....</b>	<b>72</b>
(一)对询比价或议价对象进行资格审查 .....	72
(二)起草、审查相关的法律文件 .....	72
(三)保证询比价或议价过程的合法性和合规性 .....	73
<b>专题7 合同订立的法律风险管控 .....</b>	<b>74</b>
<b>一、合同订立过程中的要约与承诺 .....</b>	<b>74</b>
(一)要约与要约邀请 .....	74
(二)要约撤回和撤销 .....	76
(三)承诺与承诺撤回 .....	76
<b>二、合同的成立与生效 .....</b>	<b>77</b>
(一)合同成立与生效的关系 .....	77
(二)合同的效力:生效、效力待定和无效合同 .....	78
1. 有效合同 .....	78
2. 无效合同 .....	78
<b>【例7-1】 梅州市梅江区农村信用合作联社江南信用社诉罗苑玲储蓄合同纠纷案 .....</b>	<b>81</b>
3. 效力待定合同 .....	82
(三)附条件、附期限合同 .....	83
1. 附条件合同的效力 .....	83
<b>【例7-2】 当事人对合同效力约定所附条件的认定及其对合同是否生效的影响 .....</b>	<b>84</b>
<b>【例7-3】 当事人阻止合同生效条件成就的合同效力 .....</b>	<b>85</b>
2. 附期限合同的效力 .....	86
(四)表见代理 .....	86
1. 表见代理的概念 .....	86
2. 表见代理的构成要件 .....	86
<b>【例7-4】 天长市远东钢材贸易有限公司与天长市腾达建筑安装工程                 有限公司买卖合同纠纷案 .....</b>	<b>87</b>
<b>【例7-5】 江苏省第一建筑安装股份有限公司与钱素琴、江苏省第一                 建筑安装股份有限公司沈阳分公司、林承秀民间借贷纠纷                 案 .....</b>	<b>88</b>



【例 7-6】 王珏因与宗序国、许金红、南通大辰建设集团有限公司民间借贷纠纷案 .....	89
【例 7-7】 兴业银行广州分行与深圳市机场股份有限公司借款合同纠纷二审案 .....	90
3. 表见代理的类型 .....	91
【例 7-8】 湖北省工业建筑总承包集团第三建筑工程公司与王传华、张良义买卖合同纠纷案 .....	92
【例 7-9】 湛江市第一建筑工程公司与白增江租赁合同纠纷案 .....	94
4. 表见代理的法律后果归属 .....	95
(五) 表见代表 .....	95
【例 7-10】 中国华融资产管理股份有限公司河南省分公司、中国建设银行股份有限公司珠海丽景支行票据回购纠纷案 .....	96
三、合同订立的相关疑难问题剖析 .....	97
(一) 缔约过失责任及其法律风险 .....	97
1. 缔约过失责任的法律规定及含义 .....	97
2. 缔约过失责任的构成要件 .....	98
【例 7-11】 兴业全球基金管理有限公司与江苏熔盛重工有限公司缔约过失责任纠纷案 .....	99
【例 7-12】 上海凯尉纽澳实业有限公司与旭化成建材株式会社缔约过失责任纠纷申诉案 .....	102
【例 7-13】 浙江恒兴房地产有限公司与衢州市国土资源局拍卖出让国有土地使用权纠纷上诉案 .....	104
3. 缔约过失责任与违约责任的区别 .....	107
(二) 预约合同及其法律风险 .....	108
1. 预约合同的概念 .....	108
2. 预约合同的法律性质 .....	108
3. 预约合同的基本特征 .....	109
【例 7-14】 成都讯捷通讯连锁有限公司与四川蜀都实业有限责任公司、四川友利投资控股股份有限公司房屋买卖合同纠纷案 .....	110
【例 7-15】 卢济政与四川省齐祥食品有限公司土地使用权转让合同纠纷再审案 .....	112
4. 预约合同的效力 .....	113
5. 预约合同的违约责任和损害赔偿 .....	113

【例 7-16】 福建省莆田市广源饲料有限公司与陈华建设用地使用权 转让合同纠纷案 .....	114
【例 7-17】 张励与徐州市同力创展房地产有限公司商品房预售合同 纠纷案 .....	117
(三) 倒签合同及其法律风险 .....	119
1. 倒签合同的概念 .....	119
2. 倒签合同的法律风险 .....	120
3. 倒签合同的效力 .....	120
【例 7-18】 国际华侨公司诉长江影业公司影片发行权许可合同纠纷案 .....	121
(四) 招投标项目的合同订立 .....	121
1. 招投标中的要约邀请和要约 .....	121
2. 招投标中的承诺 .....	122
3. 招投标中的法律适用 .....	126
(五) 格式合同与示范合同 .....	126
1. 格式合同的概念和特征 .....	126
【例 7-19】 上海诺盛律师事务所与上海圆迈贸易有限公司买卖合同 纠纷案 .....	127
2. 格式合同的限制性规定 .....	127
【例 7-20】 杨树岭诉中国平安财产保险股份有限公司天津市宝坻支 公司保险合同纠纷案 .....	128
3. 格式合同的法律效力与解释原则 .....	130
【例 7-21】 成路诉无锡轻工大学教学合同纠纷案 .....	131
【例 7-22】 中国大地财产保险股份有限公司南通中心支公司与陆建 辉保险合同纠纷案 .....	132
4. 格式合同与示范合同的区别 .....	132
(六) 股权转让中优先购买权行使中的合同效力问题 .....	132
<b>专题 8 合同的基本结构和主要条款概述 .....</b>	<b>135</b>
<b>一、合同的基本结构 .....</b>	<b>135</b>
(一) 合同的基本结构概述 .....	136
(二) 合同封页、目录及标题 .....	136
1. 合同封页 .....	136
2. 合同目录 .....	137

3. 合同标题 .....	137
(三) 合同序言 .....	137
(四) 合同正文 .....	138
(五) 合同结尾和附件 .....	138
二、合同条款的种类 .....	138
(一) 必备条款和非必备条款 .....	139
1. 必备条款和非必备条款的概念 .....	139
2. 必备条款和非必备条款的认定 .....	139
3. 非必备条款的填补规则 .....	140
(二) 格式条款和非格式条款 .....	141
(三) 明示条款和默示条款 .....	142
(四) 实体条款和程序条款 .....	142
(五) 有责条款和免责条款 .....	142
三、合同常用的主要条款概述 .....	142
(一) 当事人的名称或姓名和住所 .....	143
(二) 标的条款 .....	143
(三) 数量条款 .....	144
(四) 质量条款 .....	144
(五) 价款或报酬 .....	145
(六) 付款条款 .....	145
(七) 违约责任条款 .....	145
(八) 解决争议的方法 .....	146
<b>专题9 合同文本通用条款的法律审查</b> .....	147
一、合同序言条款 .....	148
(一) 合同首部(Preamble) .....	148
【例9-1】“首部”条款示例(一) .....	148
1. 合同当事方 .....	148
【例9-2】当事人使用其更名前的名称以及更名前的单位公章签订 的合同是否影响合同效力 .....	149
【例9-3】“首部”条款示例(二) .....	150
2. 合同签署时间 .....	151
3. 合同签署地点 .....	151

(二) 合同前言(“鉴于”)条款 .....	152
1. 合同前言条款的作用和意义 .....	152
2. 合同前言条款的审查要点 .....	153
【例 9-4】 股权收购协议“鉴于”条款示例 .....	154
二、定义条款 .....	154
(一) 定义条款的作用 .....	155
(二) 定义条款拟定和审查的基本原则 .....	155
【例 9-5】 建设工程合同“首部”“定义”条款审查示例 .....	156
(三) 定义条款拟定和审查的实务要点 .....	160
1. 尽量避免“多层”及“嵌套”定义 .....	160
2. 注意区分惯常用语和合同专门用语的定义和使用 .....	161
3. 避免将合同具体实质性权利义务写入定义条款 .....	161
4. 避免“循环”定义 .....	161
5. 避免“不必要”的定义 .....	161
(四) 定义条款中的合同解释规则条款 .....	161
【例 9-6】 合同解释规则条款 .....	162
三、独立合同方关系/不构成代理关系条款 .....	163
(一) 独立合同方关系/不构成代理关系条款的作用和意义 .....	163
(二) 独立合同方关系/不构成代理关系条款的适用 .....	163
【例 9-7】 独立合同方关系/不构成代理关系条款 .....	163
四、法律效力条款 .....	163
(一) 法律效力条款的作用和意义 .....	163
(二) 法律效力条款的适用 .....	164
【例 9-8】 谅解备忘录的“法律效力”条款示例 .....	164
五、违约责任条款 .....	164
(一) 违约责任及其类型 .....	165
(二) 违约条款的结构 .....	165
1. 违约赔偿的约定 .....	165
【例 9-9】 对“约定的违约金超过造成损失的百分之三十”的理解和 适用 .....	167
2. 违约责任的限额 .....	168
【例 9-10】 违约条款(责任上限) .....	168