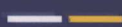


A Guide to Corporate Contract Review

Its Structure and Methods



陈丽洁 主编



合同审查 的结构与方法

企业合同审查指引



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

A Guide to Corporate Contract Review

Its Structure and Methods

陈丽洁 主编 ——

合同审查 的结构与方法

企业合同审查指引



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

合同审查的结构与方法:企业合同审查指引/陈丽洁
主编.—北京:法律出版社,2009.11
ISBN 978-7-5118-0035-0

I. 合… II. 陈… III. 企业—经济合同—管理—中国
IV. D923.6

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第188604号

©法律出版社·中国

责任编辑/李天一

装帧设计/马 帅

出版/法律出版社

编辑统筹/市场研发部

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/787×960毫米 1/16

印张/24 字数/350千

版本/2009年10月第1版

印次/2009年10月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-0035-0

定价:40.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

合同审查是企业法律顾问最重要的常规性、基础性工作,也是控制企业法律风险的关键环节和“抓手”。中国移动法律部门的同志系统梳理了合同审查中的常见问题,总结提炼了合同审查的方法和要点。这是一项十分有益的创新性工作,相信对于其他中央企业做好合同审查工作也有很好的帮助。

——国务院国资委政策法规局局长 周渝波

合同审查是企业法律风险管理的重要组成部分和关键一环。建立健全合同审查管理制度,开展高质量的合同审查工作,可以有效地防范各种合同陷阱,降低企业法律风险,维护企业合法权益。本书集中了数百名法律顾问多年的集体智慧和经验,实为难能可贵。“工欲善其事,必先利其器”,相信本书会为广大法律工作者带来很大的帮助。

——中华全国律师协会秘书长 邓甲明

本书是实践的总结,经验的提炼,理论的升华。其特点是有新意,将法律知识与管理知识相结合;其优点是实用,值得合同实务工作者和企业管理者研读。

——国家电网公司总法律顾问 吕振勇

合同管理从过程看是专业管理,而所产生的后果都是法律后果。因此,合同管理是企业减少合同纠纷、防范法律风险最主要的途径和手段之一。从这个意义上来说,中国移动法律部门的同仁们在合同管理实务指引方面,不仅为中央企业,也为所有企业提供了一本可读、可用的好教材。

——武汉钢铁(集团)公司总法律顾问 刘新权

本书系统讲述了企业法律工作中最重要、最基础的合同审查工作,内容紧密结合企业实践,对我们央企同行具有极大借鉴意义。

——中国东方航空集团公司总法律顾问 郭俊秀

中国移动通信集团公司的法务工作同仁,不辞辛劳、汇集智慧、无私奉献,将在合同审查方面多年积累的宝贵经验加以提炼,汇编成书,以《合同审查的结构与方法》为鹄的,实现了理论与实践、法务与管理、通用与分类相结合,具有很高的实用价值,授人以渔,善莫大焉。

——中国人民保险集团公司法律合规部总经理 李祝用

该书结合企业在合同审查方面的长期实践经验,对合同审查的架构以及具体的方法进行了系统的阐述和总结,深入浅出,不失为一部值得参考和借鉴的佳作。

——华为技术有限公司首席法务官 宋柳平

本书从理论和实践的视角对企业合作审查制度的原则、方法论、流程、职责分工进行了系统的分析和研究,并在此基础上对企业日常经营过程中所遇到各类合同提出了审查要点和指引性建议。这种尝试不仅对中国本土企业的国际化运作和风险管理具有借鉴意义,对在中国经营的跨国公司亦具有很好的参考价值。

——IBM大中华区法律总监 迟国维

本书全面归纳总结了企业合同管理、审查的要旨,对于提高企业法律顾问的合同审查能力、改善企业合同管理水平具有很高的参考价值。

——诺基亚西门子通信公司大中华区总法律顾问 陈丽珊

合同法理论和实务的结合一直是中国法律类书籍的弱项。中国移动通信的众多法律精英把他们在实务中积累的知识作了很好的提炼,本书是法律理论与实务结合的良好开端。

——伦敦国际仲裁院(LCIA)委员、美国众达律师事务所合伙人 陶景洲

编委会成员

主 编:陈丽洁

执行主编:叶小忠

副 主 编:孙积禄 陈莺喆 黎宗仁 邵济刚 姚志坚

 聂毓德 范 峰 孙 怡 苏功兵

撰 稿 人:叶小忠 孙积禄 张耐寒 张桂荫 孙 怡

 毛奕斌 李 超 金 毅 苏功兵 腾 荣

 李向辉 杨 虹 张仰海 朱 琦 银 霞

 祁经晶 车建娟 陈莺喆 薄 勇 郭 洋

 周俊霖

序 言

在市场经济日趋发展和完善的今天,合同的重要性不言而喻,其已经成为企业、自然人参与民商事交往活动的重要工具。它不仅是明确当事人双方权利义务的法律文件,从一定意义上讲,其也是增进企业财富的重要工具。合同法律研究也因此一直是法学界关注和研究的重点领域。近年来,不少理论工作者和实务工作者在此方面做了大量工作,推出了一系列研究成果。这些研究成果对于规范市场交易秩序,保证交易安全,促进市场经济快速、健康发展有着十分重要的作用。

中国移动通信集团公司法律事务部结合多年的法律实践,编写了《合同审查的结构与方法》一书。之所以向读者推荐这本书,是因为这本书具有如下鲜明的特色:一是该书是集体经验的总结和提炼。合同审查是一项专业的法律活动,要开展高质量的合同审查作业,需要具备长期的经验积累。这也是保证合同能够得到当事人共识性理解、有效履行以及纠纷便捷处理的重要基础。本书提炼的合同审查中应注意的法律问题,是中国移动数百名法律顾问多年从事合同审查工作的经验总结,这些问题在专业法学研究领域也许并不疑难复杂,但确实是在企业从事这项工作时经常会遇到又没有权威性解释的问题,这种集体性的经验总结是一般的学者和律师很难完成的。二是对合同审查的相关概念和方法做了理论概括。合同审查虽然是每一个法律实务人员的基本功和基础工作,但是长期以来并没有一个规范、明确的方法和程序,基本上是法律人员依靠个人经验和素质开展工作。本书在这方面作了初步探索,尽管其中部分结论还有进一步深入总结的空间,但其对于深入开展相关的理论研究也大有助益。三是纳入大量的合同审查管理方面的内容。作为企业

内部的法律顾问,合同审查不仅要保证合同本身的有效性与合法性,而且要遵循企业内部的各项管理制度,并最大限度提升合同审查的效率。要实现这些目标,有大量的管理性的工作要做,从这个角度看,这些管理性的内容对于做好合同审查的重要性并不亚于对于合同实体法律问题的分析。本书在该方面的努力也为合同审查实践提供了可操作的参考意义。四是提供了进行合同审查相关的背景业务知识。合同是企业完成经营管理活动的重要形式,法律风险的识别和法律意见的提出都离不开对合同所承载业务的理解。本书在合同审查的体例上有一个很好的做法,就是针对每一类具体合同,都进行了相关背景知识的介绍,这些知识对于企业法律顾问全面理解合同的内容,准确把握双方的权利义务关系,及时发现其中可能存在的法律问题具有积极的基础性意义。

总之,这是一本有别于一般的合同法律研究,密切联系合同实务工作,具有许多鲜明特点的著作。

“理论是灰色的,生命之树常青”,法律的生命不在枯燥晦涩的条文中,而在千变万化的社会经济生活中。我相信这本书一定会引起读者的共鸣,也期待着法律实务工作者们能够不断地贡献他们的智慧和经验。

中国人民大学副校长、党委副书记 王利明
2009年9月5日

编制目的及定位

在商业时代,商业活动需要合同如同船需要水,正是无数的合同规范着我们的经济生活。企业通过交易实现价值,而合同是交易得以完成的法律形式和载体,某种意义上,合同就是企业的财富之源。合同审查是企业法律顾问的基本职责,是企业法律工作的重要内容。做好合同审查工作,保证合同的有利和有效,对于企业的安全运营具有特殊意义。但是,由于合同审查是一项实践性很强的工作,需要经过大量的经验积累才能熟练运用,特别是企业合同审查还涉及许多管理性的内容,这就造成了虽然目前关于合同审查方面的资料十分丰富,但是其中大多数观点和内容都是纯粹法理角度的探讨和对法条的解读,缺乏建立在大量实践基础上的经验总结,特别是缺乏从方法论角度对合同审查的提炼和探讨,对企业法律顾问进行合同审查工作缺少全面、系统和实质性的指引。

鉴于以上情况,为提高企业法律顾问合同审查的水平,有效提升合同审查效率,实现合同审查的标准化、精细化。我们组织了近百名有多年合同审查经验的企业法律顾问,总结长期合同审查实践经验,经过深入的调查研究和分析论证,对目前企业合同审查中存在的普遍性问题进行归纳提炼,结合对合同原理和法律精神的理解,组织编写了本指引,旨在培养法律意识,树立合同观念,规范工作程序,提高工作效率,最终降低合同风险。我们相信这项创造性的工作能够得到大多数企业法律顾问的理解和支持,通过大家的共同努力,推动企业内部法律工作特别是合同审查工作走向规范和成熟。

特别需要指出的是,本书是中国移动企业内部法律顾问合同审查经验的总结,虽然为了增加内容的普适性,我们尽可能进行了调整,但仍带有较多中国移动合同审查工作的特点,比如合同关系中的买方立场等,这就造成了本书提出的沟通和解决方法都有特定的角度,希望读者阅读时能够准确把握。

使用说明

本指引的内容由以下四部分构成:合同审查概述、合同原理精要、合同审查通用指引、合同审查分类指引。

合同审查概述部分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。

合同原理精要部分通过对合同法概念、理论、规则、制度和所蕴涵的理念和价值的介绍,旨在理论与实践相结合,使读者融会贯通地掌握合同法基本原则、基本制度和基本内容。

合同审查通用指引部分是在合同审查概述部分的基础上,对合同审查的一般要点及审查中常见典型问题进行归纳总结。将合同审查的主要内容按照内容性质的不同,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企业的管理制度及流程,对合同前置审批流程、背景资料、文本表述、逻辑结构等方面进行审查,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、严谨性等方面进行审查,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制度的两个方面,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。

合同审查分类指引部分是在通用指引部分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,通过对企业常用合同归类,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。分类指引部分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。分类指引部分主要针对公司常用的下列九类商务合同的特别审核要点和重点疑难问题进行编制:采购合同、广告类合同、租赁合同、建设工程施工合同、咨询类合同、支撑维护服务类合同、软件类合同、委托设计制作合同和委托筹办合同。分类指引并未涵盖企业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。通用指引部分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。

本书编委会
2009年9月

法律文件简称表

法律文件	简称
中华人民共和国合同法	《合同法》
最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释(一)	《合同法解释一》
最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释(二)	《合同法解释二》
中华人民共和国民法通则	《民法通则》
最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民法通则》若干问题的意见(试行)	《民法通则意见》
中华人民共和国民事诉讼法	《民事诉讼法》
最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见	《民事诉讼法意见》
中华人民共和国担保法	《担保法》
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	《担保法解释》
中华人民共和国电子签名法	《电子签名法》
中华人民共和国仲裁法	《仲裁法》
中华人民共和国广告法	《广告法》
中华人民共和国建筑法	《建筑法》
中华人民共和国著作权法	《著作权法》

目 录

第一编 合同审查概述

第一章 合同审查基础 / 3

第一节 合同审查的概念 / 3

一、合同审查的定义 / 3

二、合同审查的目的 / 3

三、合同审查的对象 / 4

第二节 合同审查的基本原则 / 4

一、依法合规审查的原则 / 4

二、公平与利益兼顾原则 / 4

三、与缔约过程相结合原则 / 5

四、风险控制与促成交易相结合原则 / 5

五、全面审查与专项审查相结合原则 / 5

第三节 合同审查的主体及其分工 / 5

一、合同经办部门 / 6

二、合同会签部门 / 8

三、法律部门 / 9

第二章 合同审查的方法 / 10

第一节 合同审查方法概述 / 10

一、法律分析法 / 10
二、利益分析法 / 10
三、范本比对法 / 11
四、征求意见法 / 11
五、专家确认法 / 11
第二节 合同审查的流程及步骤 / 11
一、审核流程 / 11
二、合同审查的步骤 / 12
第三节 合同审查的基本分类 / 14
一、形式审查与实质审查 / 14
二、专项审查与全面审查 / 14
三、范本合同的审查与非范本合同的审查 / 15
第四节 常见问题及处理 / 16
一、商务、技术、法律三类条款区分与审查分工问题 / 16
二、合同审查流程的结构设计问题 / 17
三、合同审查的绿色通道问题 / 18
四、合同补签问题 / 18
五、范本合同的审查问题 / 20
六、不同层级审查人员的审查重点问题 / 20
七、公章与合同专用章在合同签订中的使用问题 / 21
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 / 22

第二编 合同原理精要

第一章 合同与合同法概述 / 25

第一节 合同概述 / 25

- 一、合同的概念和特征 / 25
- 二、合同的分类 / 27

第二节 合同法概述 / 32

- 一、合同法的概念和特征 / 32

二、合同法的作用 / 34	
第三节 合同法的基本原则 / 35	
一、平等原则 / 36	
二、自愿原则 / 36	
三、公平原则 / 37	
四、诚实信用原则 / 37	
五、合法原则 / 38	
六、维护合同效力的原则 / 39	
第二章 合同的内容与形式 / 41	
第一节 合同的内容 / 41	
一、合同权利 / 41	
二、合同义务 / 42	
第二节 合同条款 / 45	
一、合同条款的概念与特征 / 45	
二、合同条款的种类 / 45	
三、合同示范文本的参照 / 47	
第三节 合同的形式 / 47	
一、合同形式的概念 / 47	
二、合同的书面形式 / 48	
三、合同的口头形式 / 49	
四、合同的其他形式 / 49	
第三章 合同的订立 / 50	
第一节 合同的订立程序 / 50	
一、要约 / 50	
二、承诺 / 53	
第二节 合同的成立时间和地点 / 55	
一、合同成立的时间 / 55	
二、合同成立的地点 / 56	

第四章 合同效力 / 57

第一节 合同效力概述 / 57

第二节 合同的成立与生效 / 58

一、合同的成立 / 58

二、合同的生效 / 58

第三节 合同的无效 / 61

一、合同无效概述 / 61

二、无效合同的种类 / 61

第四节 合同的可撤销 / 62

一、可撤销合同的概念与特征 / 62

二、可撤销合同的种类 / 63

第五节 效力待定合同 / 65

一、效力待定合同的概念与特征 / 65

二、无缔约能力人所订立的合同效力 / 65

三、无权代理人所订立的合同效力 / 66

第六节 无权处分合同 / 67

第七节 合同归于无效的法律后果 / 68

一、合同归于无效概述 / 68

二、合同归于无效的法律后果 / 68

第五章 合同的履行 / 70

第一节 合同履行的概念和原则 / 70

一、合同履行的概念 / 70

二、合同履行的原则 / 71

第二节 合同履行的规则 / 73

一、履行主体的规则 / 73

二、履行标的的规则 / 74

三、履行期限的规则 / 74

四、履行地点的规则 / 75

五、履行方式的规则 / 75

六、履行费用的规则 / 75
七、合同空缺条款的确定规则 / 75
第三节 双务合同履行中的抗辩权 / 77
一、同时履行抗辩权 / 77
二、先履行抗辩权 / 78
三、不安抗辩权 / 78
第六章 合同的保全 / 80
第一节 债权人的代位权 / 80
一、债权人的代位权的概念 / 80
二、债权人代位权的成立要件 / 81
三、债权人代位权的行使 / 82
四、进行代位权诉讼的若干问题 / 82
五、债权人代位权行使的效力 / 83
第二节 债权人的撤销权 / 84
一、债权人的撤销权的概念 / 84
二、债权人撤销权的成立要件 / 84
三、债权人撤销权的行使 / 85
四、债权人撤销权行使的效力 / 86
第七章 违约责任 / 87
第一节 违约行为 / 87
一、违约行为 / 87
二、违约形态 / 87
第二节 违约责任 / 90
一、违约责任概念与特征 / 90
二、违约责任的性质 / 90
三、违约责任的归责原则 / 92
四、违约责任的免责事由 / 92
五、违约责任的形式 / 93