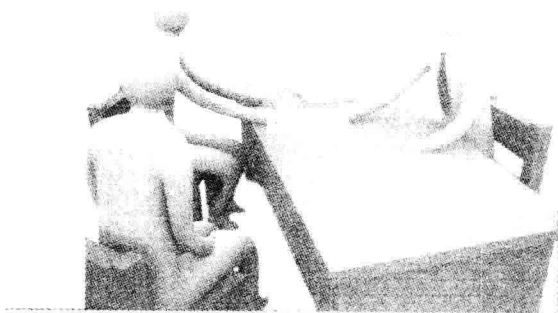




第一部分

合同的基本概念和应用

合同是当代社会自然人、法人往来中一种重要的法律文书，对于人们之间法律关系的确定、法律行为的认定具有非常重要的意义，也是法院之诉讼判决和当事人权利义务确定的重要依据。因此，合同的基本原理和相关知识应是每个现代人的必备常识，同时，现代人还应具有看、懂、写、用四项基本的合同技能。

本部分将对合同的基本知识和应用做简要说明，帮助读者掌握合同运用的基本技能。

CONTRACT

第一章 什么是合同

一、合同的概念

合同是反映交易的法律形式，也被称为契约。英国、美国、法国学者大多认为合同是一种允诺。而我国民法理论认为合同是一种合意或协议。例如，我国《民法通则》第八十五条规定，“合同是当事人之间设立、变更、终止民事法律关系的协议。依法成立的合同，受法律保护”。

《中华人民共和国合同法》第二条明确规定，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意思表示一致的协议。

二、合同法理

合同具有以下法律特点：

1. 合同是平等主体的自然人、法人和其他组织所实施的一种民事法律行为

合同是一种民事法律行为，因此民法关于民事法律行为的一般规定，如民事法律行为的生效要件、民事行为的无效和撤销等，均适用于合同。合同是由平等主体的自然人、法人或其他组织所订立的，因此订立合同的主体在法律上是平等的，任何一方都不得将自己的意志强加给另一方。

2. 合同是一种合法的民事行为

民事法律行为作为一种民事法律事实，它是民事主体实施的能够引起民事权利和民事义务的产生、变更或终止的合法行为，只有在合同当事人做出的意思表示符合法律要求的情况下，合同才具有法律约束力，并受到国家法律的保护。而如果当事人做出了违法的意思表示，即使达成协议，也不能产生效力。

3. 合同是以设立、变更或终止民事权利义务关系为目的的法律形式

首先，合同当事人签订合同是为了实现和保障各自的经济利益或共同的经济利益，所以合同的内容为当事人之间的民事权利义务；其次，合同当事人为了实现或保证各自或共同的经济利益，设立、变更、终止财产性的民事权利义务关系的形式正是合同方式。

4. 合同是当事人协商一致的产物或意思表示一致的协议

合同是合意的结果，它包括以下要素：第一，合同的成立必须要有两个以上的当事人。第二，各方当事人必须互相做出意思表示。只有交互的意思表示才能成立合同。第三，各个当事人的意思表示是一致的，也就是说当事人达成了一致的协议。

5. 合同是发生在当事人之间的一种法律关系

合同关系和一般民事法律关系一样，也是由主体、内容、客体三个要素组成的。合同



关系的主体又称为合同的当事人，包括债权人和债务人。合同关系的内容是指债权人的权利和债务人的义务，主要是指合同债权和合同债务。合同关系的客体主要是行为。

6. 合同依法成立，对当事人具有相应的法律约束力

法律约束力，是指合同当事人必须遵守合同的规定，如果违反，就要承担相应的法律责任。合同的约束力发生在合同当事人之间，只有合同当事人一方能够向另一方基于合同提出请求或提起诉讼；与合同当事人没有发生合同上权利义务关系的第三人不能依据合同向合同当事人提出请求或提起诉讼，也不承担合同的义务和责任。

三、合同法规

我国在1981年、1985年和1987年相继颁布了《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国涉外经济合同法》和《中华人民共和国技术合同法》。三部合同法对于当事人利益的保护、交易秩序的维持和市场经济的发展发挥了重大作用。但进入20世纪90年代后，三法并存的合同法已经不能适应社会生活对法律调整的要求。

现行的《中华人民共和国合同法》是1999年3月15日第九届全国人民代表大会第二次会议通过的，共四百二十八条，本部合同法对合同的订立、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、违约责任和十五类合同做出了详细规定，是我国与国际法律和公约接轨的一部重要法典。

为了正确审理合同纠纷案件，根据《中华人民共和国合同法》的规定，对人民法院适用合同法的有关问题，1999年12月1日最高人民法院审判委员会第1090次会议又通过“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）”，对合同法在具体实践中的部分事项做出了规定。

由于社会经济形势的快速变化和发展，《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）》于2009年2月9日通过，自2009年5月13日起施行。这是最高人民法院应对金融危机、保障经济平稳较快发展提供司法服务的重大举措。《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）》出台的背景正是受国际金融危机影响，经济运行中出现的问题和合同履行困难都已经或者可能转化为各类案件进入司法领域。针对民事审判工作所面临的经济形势，讨论通过了起草、研究工作历时8年的这一重要司法解释。该司法解释主要涉及合同法的五大问题，共计30个条文。主要对合同的订立、合同的效力、合同的履行、合同的权利义务终止、违约责任等作了解释。

目前我国对于合同领域的调整主要是这些法律和司法解释，而对于实践中出现的法律法规都没有明确规定的合同法律事务，则通常按照合同基本法理和《民法通则》的规定判定。

第二章 怎么写合同

一、合同原则

合同的撰写是合同法律实务中最重要的一环，也是法律工作者的基本功之一。一般来说，在写作合同的过程中，要遵循以下几项基本而重要的原则：

1. 利益考量的平衡性

合同双方当事人是平等的主体，合同的订立应充分反映契约自由的精神，合同的条款应当是互惠互利的，因此合同的起草人应尽量全面考虑双方的利益，权利和义务的规定应当平衡，而不能只考虑本人所在的利益方，只规定对方义务和己方权利。“一边倒”的合同违背平等的原则，同时也肯定不能被对方接受，因而达不到协商一致和签约的目的。因此，一份好的合同要求合同各方缔约目的和利益在合同当中有相应的条款恰当地反映，这样的合同才是内容完备、利益考虑均衡而成立的合同。

2. 准备工作的充分性

在写作合同之前应该做充分的准备工作，要把整个合同法律关系梳理清楚，同时还应准备最适合该法律行为的合同模板。如果有类似的已经经过实践检验的合同范本，根据具体需要进行删减和改动，会让整个写作过程更加有效和便捷。

3. 合同内容的合法性

合同必须合法合规，这是评价一份合同好坏的前提条件和最根本的要求。首先，合同主体必须合法、适格，没有混淆；其次，订立合同的程序必须合法，合同的形式必须合法，合同的内容必须合法，合同的履行必须合法，合同的变更、解除必须合法，还包括交易标的的合法、清晰和明确，有客观可以计量和评价的标准或方法等。这些都不能违背我国现行法律的规定。

4. 语言表达的严谨性

合同文书的撰写是一项非常严肃的工作，对于合同语言的要求也非常高。在同一份合同中，同一意思必须使用同一词语来表达，而不得出现前后矛盾和不一致的情况，比如前面写“甲方”后面写“某公司”，就前后不一致。同时整个合同的语言应当简洁明了。

二、合同形式

现代各国对合同形式采用以不要式为原则，一般对合同形式不加限制，我国法律也没有要求合同一定要采用书面形式，法律只规定特定种类的合同必须具备书面形式或其他形式。通常来说合同的形式包括如下几种：



1. 口头形式

口头形式的合同简称“口头合同”，是指当事人只以口头意思表示达成协议的合同。口头合同简便易行，在日常生活中广泛运用。但是，口头合同在发生纠纷时难以取证，不易分清责任。因此，对于不及时结清和较重要的合同，不宜采用口头形式。

2. 书面形式

书面形式是指合同书、信件以及数据电文（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。当事人协商同意的有关修改合同的文书、电报和图表，也是合同的组成部分。书面合同较口头合同复杂，在当事人发生纠纷时举证方便，容易分清责任，也便于主管机关和合同管理机关监督、检查。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，也应当采用书面形式。在实践中，书面形式是最为当事人普遍采用的一种合同约定形式。而只有书面形式的合同才与本书落实到文字上的合同范本有关。

3. 公证形式

公证形式是现在订立合同时所采取的一种重要合同形式，是一种以当事人约定或者依照法律规定，由国家公证机关对合同内容加以审查公证的方式。公证机关一般以合同的书面形式为基础，对合同内容的真实性和合法性进行审查确认后，在合同书上加盖公证印鉴，以资证明。经过公证的合同具有最可靠的证据力，当事人除有相反的证据外不能推翻。我国法律对合同的公证采取自愿原则。合同是否需经公证，由当事人自行约定。当事人要求必须公证的合同就需公证，不经公证不生效。但对一些重要的合同，法律也可以规定必须进行公证。当事人和法律都可以赋予合同的公证形式以证据效力或者成立生效的效力。

4. 批准形式

批准形式是指法律规定某些类别的合同须采取经国家有关主管机关审查批准的一种合同形式。这类合同，除应由当事人达成意思表示一致而成立外，还应将合同书及有关文件提交国家有关主管机关审查批准才能生效。这类合同的生效，除应具备一般合同的生效要件外，在合同形式上还须同时具备书面形式和批准形式这两个特殊要件。合同的批准形式是国家对某些特殊类别合同的特殊要求。法律不要求合同批准形式的，当事人不能约定或要求国家批准。须经批准而未经批准的合同，自始就无法律效力，即使当事人之间意思表示一致，也不能认为他们之间成立了合同。这是合同的批准形式与其他形式的重要区别。

5. 登记形式

登记形式是指当事人约定或依照法律规定，采取将合同提交国家登记主管机关登记的方式订立合同的一种合同形式。登记形式一般用于不动产的买卖合同。某些特殊的动产，如船舶等，在法律上视为不动产，其转让也采取登记形式。

由于合同的形式多样，因此在撰写合同之前要先明确合同的形式，对于需要特殊形式的合同，一定要按照有关规定进行，否则会影响所写合同的效力。

三、合同条款

合同的内容一般由当事人自行约定，依合同的具体含义不同而有所不同。合同作为一种民事法律关系来说，其内容是指当事人享有的债权和承担的债务；作为一种法律文书，合同的内容是指据以确定合同当事人权利、义务和责任的合同条款。书面合同是一种严谨的法律形式，一般来说，以下条款是很简单的书面合同也不能欠缺的：

- (1) 当事人名称或者姓名和住所。
- (2) 标的。
- (3) 数量和质量。
- (4) 价款或报酬。
- (5) 履行期限、履行地点和履行方式。
- (6) 违约责任。
- (7) 解决争议的方法。

最简单的商品买卖合同和承揽合同具备上述条款基本上就是一个完整的合同。由于社会经济生活的现实复杂性，很多合同的条款比上述内容要复杂得多。通常包括如下部分，这些部分在合同里往往是分章表明，章下面再列条目。

1. 合同释义

合同释义主要是统一合同当中出现的各种定义和概念，例如法律关系的主体、客体、内容、标的、标的物、重要术语或反复使用的名词等。

2. 双方义务

双方义务条款是为区分合同各方权利义务关系，主要包括付款和交付两个重要环节。

3. 附随义务

附随义务通常情况下是为了解决合同一方担心因履行本合同而可能导致的知识产权侵权、商业秘密泄露和商业犯罪等问题，合同双方需做出假设约定。

4. 责任分配

责任分配条款为合同履行中可能发生的一系列违约责任和意外事件的认定和责任分配做出详细规定。

5. 争议解决

争议解决条款需要规定争议解决的基本规则，包括合同的语言适用、法律适用和纠纷解决方式、管辖机关选择等。

6. 合同效力和附则

附则一般规定合同与附属文件、关联文件之间的关系、合同生效等问题。

有些特殊合同如建筑工程合同、涉外的合同，还要求在合同之外有很详细的附件来对合同内容做出补充，这些附件也是合同不可分割的一部分，与主合同具有同等法律效力。

第三章 如何看合同

一、合同类别

合同作为一种重要的法律文书，其类型因交易方式的多样化而各不相同。尤其是随着交易关系的发展及其内容的复杂化，合同的形态也在不断地发展和变化。

因此，在我们对合同另一方写好的合同，或者作为第三方帮助合同双方审查合同的时候，首先要先判断我们拿到的这份合同应该属于哪一类合同，合同的撰写是否符合该类合同的规范。一般来说，合同可以分为如下几类：

1. 双务合同和单务合同

所谓双务合同，是指当事人双方负有给付义务的合同，即一方当事人愿意负担履行义务，旨在使对方当事人负有对待给付的义务。或者说，一方当事人所享有的权利，即为对方当事人所负有的义务，例如买卖、互易、租赁合同等均为双务合同。

所谓单务合同，是指合同当事人双方仅有一方负有给付义务的合同。

区分双务合同和单务合同的法律意义有以下几点：

(1) 在是否适用同时履行抗辩权上不同。单务合同不适用同时履行抗辩权原则。

(2) 在风险负担上不同。在单务合同中，如果一方因不可抗力而导致不能履行义务，不会发生双务合同中的风险负担问题。

(3) 因一方过错所致合同不履行的后果不同。在双务合同中，任何一方恶意不履行都需承担违约责任；单务合同只有义务方在不履行合同时需承担责任。

2. 有偿合同与无偿合同

根据当事人是否可以从合同中获取某种利益，可以将合同分为有偿合同和无偿合同。

有偿合同，是指一方通过履行合同规定的义务而给对方某种利益，对方要得到该利益必须为此支付相应代价的合同。在实践中，绝大多数反映交易关系的合同都是有偿合同。有偿合同是商品交换最典型的法律形式。

无偿合同，是指一方给付某种利益，对方取得该利益时并不支付任何报酬的合同。无偿合同并不是反映交易关系的典型形式，但由于一方无偿地为另一方履行某种义务或者另一方取得某种利益都是根据双方的合意而产生的，因此，无偿合同也是一种合同类型，并应受到合同法调整。在无偿合同中，一方当事人也要承担义务，如借用人无偿借用他人物品，还负有正当使用和按期返还的义务。

有偿合同与无偿合同区分的意义，首先，在于确定某些合同的性质。在债权合同中，许多合同只能是有偿的，不可能是无偿的。如果变有偿为无偿或者相反，则合同关系在性质上就要发生根本变化。其次，有偿合同与无偿合同中，义务的内容不同，在有偿合同中，

当事人所承担的注意义务显然要较无偿合同中之注意义务为重；主体要求不同，订立有偿合同的当事人原则上应具备完全行为能力，而限制行为能力人和无行为能力人即使未取得法定代表的同意也可以订立一些纯获法律上利益的无偿合同。

有些合同只能是无偿的，如赠与合同；有些合同既可以是有偿的也可以是无偿的，由当事人协商确定，如委托、保管等合同。双务合同都是有偿合同，单务合同原则上为无偿合同，但也有例外。

3. 有名合同与无名合同

根据法律上是否规定了合同的名称，可以将合同分为有名合同与无名合同。

有名合同，是指法律上已经确定了一定的名称及规则的合同。如我国合同法里所明确规定的15类合同，都属于有名合同。

所谓无名合同，又称非典型合同，是指法律上尚未确定一定的名称与规则的合同。根据合同自由原则，合同当事人可以自由决定合同的内容，因此即使当事人订立的合同不属于有名合同的范围，只要不违背法律的禁止性规定和社会公共利益，也仍然是有效的。可见，当事人可以自由订立无名合同。

有名合同直接适用合同法的规定。而在确定无名合同的适用法律时，首先，应当考虑适用合同法的一般规则。其次，应当比照类似的有名合同的规则，参照合同的经济目的及当事人的意思等做出处理。例如旅行合同，其中包含了运输合同、服务合同、房屋租赁合同等多项有名合同的内容，因此可以类推适用这些有名合同的规则。

4. 诺成合同与实践合同

所谓诺成合同，是指当事人一方的意思表示一旦经对方同意即能产生法律效果的合同。此种合同的特点在于当事人双方意思表示一致，合同即成立。

所谓实践合同，是指除当事人双方意思表示一致以外尚需交付标的物才能成立的合同。在这种合同中，仅凭双方当事人的意思表示一致还不能产生一定的权利义务关系，还必须有一方实际交付标的物的行为，才能产生法律效果。

绝大多数合同都是诺成合同，实践合同是特殊合同。诺成合同与实践合同的区别，并不在于一方是否应交付标的物，而在于二者成立与生效的时间不同。诺成合同自双方当事人意思表示一致（即达成合意）时起即告成立；而实践合同则在当事人达成合意之后，还必须由当事人交付标的物以后才能成立。诺成合同与实践合同的确定，通常应根据法律的规定及具体交易而定。

5. 要式合同与不要式合同

根据合同是否应采取一定的形式，可将合同分为要式合同与不要式合同。

所谓要式合同，是指根据法律规定应当采取特定方式订立的合同。对于一些重要的交易，法律常要求当事人应当采取特定的方式订立合同。例如，中外合资经营企业合作合同，属于应当由国家批准的合同。

所谓不要式合同，是指当事人订立的合同依法并不需要采取特定的形式，当事人可以采取口头方式，也可以采取书面形式。



要式与不要式合同的区别在于某些法律和行政法规对合同的形式要求会影响合同的生效。

6. 为订约当事人利益的合同与为第三人利益的合同

根据订立的合同是为谁的利益,可将合同分为为订约当事人利益的合同与为第三人利益的合同。

为订约当事人利益的合同,是指仅订约当事人享有合同权利和直接取得利益的合同。

为第三人利益的合同,是指订约的一方当事人不是为了自己,而是为第三人设定权利,使其获得利益的合同。在这种合同中,第三人既不是缔约人,也不通过代理人参加订立合同,但可以直接享有合同的某些权利,可直接基于合同取得利益。如为第三人利益订立的保险合同。

7. 主合同与从合同

根据合同相互间的主从关系,可以将合同分为主合同与从合同。所谓主合同,是指不需要其他合同的存在即可独立存在的合同。例如,对于保证合同而言,设立主债务的合同就是主合同。所谓从合同,就是以其他合同的存在而为存在前提的合同,例如,保证合同相对于主债务合同而言为从合同。由于从合同要依赖主合同的存在而存在,所以从合同又被称为“附属合同”。从合同的主要特点在于附属性,即它不能独立存在,必须以主合同的存在并生效为前提。主合同不成立,从合同就不能有效成立;主合同转让,从合同也不能单独存在;主合同被宣告无效或被撤销,从合同也就失去效力;主合同终止,从合同亦随之终止。

主、从合同是相对而言的,没有主合同就没有从合同,没有从合同,也就无所谓主合同。

8. 本合同与预约合同

根据订立合同是否有事先约定,可将合同分为本合同与预约合同。预约合同,是指当事人约定将来订立一定合同的合同。本合同,就是指将来应订立的合同。

9. 格式合同与非格式合同

格式合同又称定型化合同、标准合同,是指合同条款由当事人一方预先拟定,对方只能表示全部同意或者不同意的合同,亦即一方当事人要么整体上接受合同条件,要么不订立合同。而合同双方当事人自行商量条款进行约定的其他合同都是非格式合同。

二、合同审查

合同的审查过程不光是对合同文字和条款的普通阅读,还包括合同整体的考量。对于任何需要审查的合同,不论合同的标题是如何表述的,都应当通过阅读整个合同的全部条款,准确把握合同项下所涉法律关系的性质,以确定该合同所适用的法律法规。在审查合同前,必须认真查阅相关法律法规及司法解释。同时,平时注意收集有关的合同范本,根据法律法规的规定并参照权威部门推荐的示范文本进行审查。

一般来说,对合同的审查及修订应当从以下几方面进行:

1. 合同内容的合法性

对于合同内容也就是合同条款内容是否符合法律规定的审查,一般来说要注意审查条款的有效性,尤其是格式条款的内容是否合法。同时要格外注意合同里免责条款的规定,被认定为无效的免责条款指违反《中华人民共和国合同法》第五十三条规定的条款,即造成对方人身伤害的和因故意和重大过失造成对方财产损失的免责条款无效。对于合同其他内容条款,主要审查合同条款的表述是否真实、合法和完整。这种审查一般采取在签订合同前委托律师进行尽职调查的方法或在合同当中由合同一方提供保证和承诺的方式解决。

2. 合同履行程序是否符合规定

有些种类的合同对于履行程序有特殊要求,如果违反或者没有遵守该要求,会影响合同的效力。例如,国有土地出让,一般必须履行“招一拍一挂”程序;建筑工程需要到当地的“建筑工程招投标中心”履行程序;中外合资企业股权转让,需要获得原审批机关批准;我国企业对外国企业提供担保的,需要经过外汇管理局批准等。这些程序都将影响合同生效条件和履行程序,因此均应在合同中做出相应规定。

3. 合同生效条件是否正确

审查中一定要注意不同合同的生效条件,签署生效、约定条件生效还是批准生效,这是影响合同双方权利义务的关键点,要格外注意。例如:国有资产转让,需要审查出售方是否已经取得国有资产管理部門的批准文件;共有财产转让,需要审查是否已经征得共有人同意并声明放弃优先购买权;有承租人的房地产转让,必须审查承租人是否已经声明放弃优先购买权。对于这些不同的合同,必须要求合同各方出具相应的批准或声明文件。比如对于股权转让合同,必须要求转让方公司、被转让公司以及受让方公司的股东会 and 董事会分别签署决议,作为股权转让合同生效的先决条件。

4. 合同条款是否符合商业规律

合同的价值还体现在合同内容是否能够实现合同目的,即确保各方能够获得令其满意的经济利益,包括双方利益是否达至平衡、合同内容是否可以得到切实执行以及合同风险是否容易控制等具体内容。由于合同是商业交易的书面载体,因此律师在审查合同的时候,不仅需要考虑合同的合法性,还必须考虑合同文字后面代表的商业性,主要有如下两个方面:

(1) 合同内容易于执行,合同条款在实践当中应当易于履行,这是判断合同商业性的基本要求。

(2) 合同风险易于控制。风险来源的判断和控制方法首先是将对方违约时所承受的后果尽量放大;其次是将己方违约时所承受的后果尽量缩小,所以在合同当中加入严格认定违约的条件、缩小违约责任范围和赔偿范围等对于保障交易顺利实现的条款,如当事人选择的付款期限和付款方式条款、合同履行的担保条款等应当重点审查,尤其是在大宗货物买卖、不动产买卖和国际贸易类合同中,这些条款的内容尤为重要。另外,有关合同的签订地、履行地、标的物所在地及合同纠纷的管辖地、解决方式等条款的内容如何约定也直接关系到交易能否顺利实现。

第四章 怎样用合同

一、合同签订

在合同条款被双方认可之后，合同进入签订程序，此时一定要注意防范合同陷阱。在签订合同的过程中要注意几点：

1. 对合同要约和承诺的法律性质的明确

要约是要约人做出的以订立合同为目的的单方意思表示，而不是民事法律行为，也不是独立的订立合同的方式。因此，仅仅有要约尚不能发生要约人希望产生的法律后果，即成立合同。可以说，要约是当事人订立合同过程中的首要环节。只有经过承诺的要约，才能在当事人之间成立以要约内容为基础的合同。

2. 对合同对方资格的审查

签约时要求签约方提供相应证明，表明签约身份的合法性。《中华人民共和国合同法》第二条规定：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。可见，只有自然人、法人、其他组织，才有资格成为合同的当事人，即具有签订合同的主体资格。合同当事人必须具备国家法律规定的条件和资格，即必须具备成为合同主体的权利能力和行为能力。所谓权利能力是指公民、法人或其他组织以自己的名义参与民事活动，从而设定权利、承担义务的资格。民事主体的权利能力是其行为能力的前提，而行为能力是公民、法人或其他组织通过自己的行为享受权利、承担义务的资格或能力。作为民事主体的公民、法人及其他组织，都各自有相应的民事权利能力和民事行为能力，这几类民事主体的权利能力和行为能力又各自有差别，因此，必须根据其不同情况进行具体审查。法人和其他组织的民事权利能力和民事行为能力与公民的民事权利能力和行为能力不同，法人及其他组织的民事权利能力和民事行为能力往往受其经营范围的限制而各有不同。对于法人，主要是审查其营业执照、批准证书、合同章程等文件；对于自然人，主要审查其身份证、户口本等基本身份证明。

3. 对签约人员资格的确认

审查合同的授权代表和合同各方是否具备相应的履约能力，例如，出示有效的授权委托书。公司委托进行签约的人员应当由公司出具董事会决议或股东会决议，港澳台企业或外国企业还需提供经中国司法部认可的中国公证人出具的授权委托书公证证明或经中国驻当地领事馆公证证明。授权不明、无权代理、无权处分的主体签订的合同可能导致合同被变更、被撤销的法律后果，这样的合同不应签订，对此在合同审查的过程中应当及时发现。

4. 对合同客体的确认

主要审查权利义务的约定有无违反《中华人民共和国合同法》的强制性规定。如我国

《中华人民共和国合同法》第一百三十二条规定：“出卖的标的物，应当属于出卖人所有或者出卖人有权处分。法律、行政法规禁止或者限制转让的标的物，依照其规定。”因此，应当审查合同标的的所有权有关文件，例如，所有权证书、债权公证文书以及生效的法律文书等，以证实合同标的的合法性，以免出现付款后发现自己签约的人根本不具备该标的的处分权利的情况。

5. 对对方履行能力的确认

履约能力是指合同当事人全面地、正确地履行合同条款所确定的义务，使双方当事人权利得到完全实现的能力。当事人签订合同的目标是实现一定的经济目的和利益，这个目标能否实现，其基本前提是当事人是否具有履约能力，是否具有履行合同的财产基础、供货能力、技术条件及良好信用。在现实的经济生活中，一些合同的一方当事人虽然主体资格合法，合同的签约人员也符合法律的要求，但却没有履行合同的经済能力，造成合同得不到实际的履行，从而损害对方当事人的合法权益。此外，另有一些企业明知自己没有履行合同的能力，仍然与其他单位签订合同，这类行为实质上具有欺诈性质。所以，在签订合同时，有必要对合同对方当事人的履约能力进行仔细审查，以确保所签订的合同得到全面有效的履行，最终实现订立合同的目标。审查的主要内容包括：财产状况审查，供货能力审查，人员、技术及设备条件审查，信用审查等。

6. 对合同该采取的形式确认

如前所述，合同应该采取国家法律规定的方式来缔结，这样才能保证合同的有效性，以免影响合同效力。

二、合同效力

合同签订后便进入履行阶段，但是只有有效合同才具有法律效力并应该被履行，因此，对于合同效力的认定也是合同应用中的重要内容。

1. 合同成立

合同成立的时间因合同的种类不同而有所区别。

不要式合同，以受要约人表示的承诺生效的时间为合同成立时间；要式合同，须双方依法定形式办理特定手续，还必须交付标的，合同才告成立。

书面合同成立的时间有两种情况：一是法律或者当事人对合同成立的程序无特别规定或约定，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；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。二是法律或者当事人对合同成立的程序有特别规定或者约定的，完成规定或者约定的时间即为合同成立的时间。

2. 合同生效

合同生效，是指已经成立的合同具备一定的条件而发生法律效力。合同的效力又称合同的法律效力，是指法律赋予依法成立的合同具有约束当事人的强制力。依法成立的合同在法律上产生既定力和约束力，无效合同则不产生法律效力。《民法通则》第五十五条规



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。”这是《民法通则》规定的有效合同标准。判断一个合同是否具有法律效力，应主要依据上述《民法通则》所规定的条件，当事人签订合同时同时具备上述条件，便确认合同有效。

3. 合同成立与合同生效的区别

合同的成立与生效在多数情况下是一致的，《中华人民共和国合同法》第四十四条规定：“依法成立的合同，自成立时生效。”但是合同成立不代表合同生效。在有些情况下，合同成立和合同生效二者是不同的，这就需要在合同的应用中加以区分。其主要区别是：

（1）构成要件不同。合同成立仅要求合同当事人意思表示一致，合同生效的要件还包括必须符合法律规定或合同双方当事人约定的生效条件，如需经批准或经公证、鉴证、登记等。

（2）适用规则不同。合同的成立适用意思自治原则，当事人有从事合同行为的意志自由，可以自由选择合同的相对人、订立的形式和合同的内容，依其自由意志创设权利义务关系。只要具备意思表示这一基本事实，合同即告成立。而合同的生效必须在国家的干预下，依法判断合同是否合乎法律，只有合法的合同才有效。合同成立的条件只涉及当事人之间的问题，而合同生效的条件不仅涉及当事人，还涉及法律的要求问题。

（3）时间不一定相同。依《中华人民共和国合同法》规定，承诺生效的时间为合同成立时间。在多数情况下，合同成立时即生效；但在有些情况下，合同必须具备一定的形式要件才生效，如《担保法》第六十四条规定：“质押合同自质押物移交于质权人占有时生效。”

（4）法律后果不同。合同不具备成立要件，产生的是不成立的后果。合同不具备生效要件，则产生合同无效和其他法律后果。合同如果缺乏某些条款或形式欠缺而不成立，当事人可以通过补正或者实际履行使合同成立。如果当事人没有采取补正措施，有过失的一方当事人则应根据缔约过失责任制度赔偿另一方当事人所遭受的信赖利益的损失，表现在当事人之间产生民事赔偿责任。对于已成立但未生效的合同而言，无效标志着合同自始没有法律上的约束力，当事人必须停止履行。合同无效由于国家的干预，有过失一方不仅应承担民事责任，而且还可能承担行政责任或刑事责任。可以说，合同成立是合同生效的前提，只有已经成立的合同才存在是否生效的问题，即生效的合同必然已经成立，但成立了的合同未必已经生效。

（5）合同的解释适用不同。合同的成立与否在某些情况下可以适用合同的解释方法使之成立，而对合同的效力而言，则不存在适用合同解释方法以使无效合同转化为有效的可能性。在判断合同是否成立时，法院为避免当事人订立合同的努力全部落空，在符合当事人真实意思的前提下，可以通过合同解释的方法来弥补合同成立中的部分缺陷。这是从鼓励当事人积极从事交易、减少合同的交易成本角度考虑的。合同的生效与否是国家法律评价的结果，反映的是国家对合同的干预，是一种国家强制力的体现，因此不能通过合同解

释的方法使本属无效的合同成为有效合同。

4. 关于合同效力的特殊情况

在合同效力的认定中,还存在着如下特殊情况:

(1) 合同无效的情况。《中华人民共和国合同法》第四十五条规定:“附生效条件的合同,自条件成就时生效。”第四十四条第(二)款规定:“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。”因此,合同未生效是指合同成立后,因不具备法律规定的或当事人约定的生效条件,合同尚不具备法律约束力。《中华人民共和国合同法》第五十二条规定:“以下合同无效: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。”从上述规定看,未生效合同不具备的是生效的形式要件,无效合同不具备的是有效的实质要件;从法律后果看,未生效合同不一定必然无效,如果生效的条件成就,合同即可生效,而无效合同自成立时起就不具有法律约束力。

(2) 合同失效的情况。合同失效,是指已经生效或者当事人依法成立的合同因某些条件成就而失去法律效力。《中华人民共和国合同法》第四十五条、第四十六条分别规定:“附解除条件的合同,自条件成就时失效”;“附终止期限的合同,自期限届满时失效”。失效合同的前提是合同有效,这与无效合同、未生效合同显然不同。

(3) 效力待定的合同。一是无民事行为能力人和限制民事行为能力人依法不能独立订立的合同。无民事行为能力人原则上不能独立订立任何合同,但如果是该无民事行为能力人纯获利益的合同,则是可以订立的,因此无民事行为能力人可以接受奖励、赠与等,此种情形所订立的合同是合法有效的。限制民事行为能力人可以独立实施与其年龄和智力相适应的民事活动,因此可以订立相关合同。例如,购买文具的行为等都是合法有效的。对于那些无民事行为能力人和限制民事行为能力人不能独立订立的合同,如果订立就是效力待定的合同,需要征得其法定代理人的同意方为合法有效。二是无权代理的合同。狭义无权代理包括三种情况:行为人没有代理权、行为人超越代理权和代理权终止。在狭义无权代理的情况下,被代理人享有追认权;相对人享有催告权,如果是善意的相对人还享有撤销权;被代理人追认了无权代理的话,无权代理就变成了有权代理,因此所订立的合同就是有效的。三是无权处分。债权合同在涉及物权变动时,要考虑是否有处分能力,处分能力成为合同生效的要件。我国《中华人民共和国合同法》第五十一条的规定,就应该理解为是债权合同的效力待定,而不是物权合同的效力。所以,此时合同生效的要件,除了一般合同应该具备的生效要件以外,还要加上处分能力。没有处分能力的合同就是效力待定,因此,无权处分的合同是效力待定合同。在无权处分的情况下,权利人可以追认,或者在无权处分人在订立合同后取得处分权的,该无权处分合同就变成了有效合同。合同的效力关系到合同条款对当事人是否具有法律强制性,因此一定要准确认定。

三、合同履行

合同是为履行而订立的。合同的履行是一个过程。在这一过程中,从履行的准备到履



行完毕,履行结果的保持,每一阶段都有自己的特殊性。为履行合同而进行的准备,当事人要遵守诚实信用的原则,自觉执行基于诚实信用而产生的法定合同义务。在履行合同义务时,当事人要严格按照合同规定的要求,全面正确地执行合同。在执行合同义务的过程中,如果由于某些非人为原因导致合同义务无法执行或者执行代价过高的,当事人要及时变更或者解除合同;如果合同约定不明的,当事人应该依法寻找合同履行的依据;当一方出现违约时,另一方当事人应当根据诚实信用原则履行自己的义务;当一方拒绝履行自己的义务或者发生财产状况的恶化时,另一方可以提出担保的要求等。

1. 合同履行的法定义务

我国《中华人民共和国合同法》第六十条第(二)款明确规定:“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。”这就是法定合同义务的规定。法定义务是指法定的合同义务。也就是说即使合同当事人在合同中没有具体的规定,依据法律规定也应承担的义务。在合同履行过程中,当事人往往只注意约定合同义务的履行,而忽视法定合同义务。这种状况容易导致合同目的落空。在现实生活中,当事人即使严格按照合同规定履行各自的义务,但是由于合同没有规定或者规定不明,有些义务的不履行忽略了法定要求,往往会使整个合同无法执行。

法定合同义务包括以下几方面内容:

(1) 通知对方的义务。就是说合同当事人应将自己履行义务的情况即时、快捷地通知对方当事人。在《中华人民共和国合同法》中,第六十九条关于中止履行的通知,第七十条关于债权人变更的通知,都是通知义务的法律表现。有些合同履行所要经历的情况错综复杂,对影响合同履行的事项,合同双方当事人应即时相互通知对方,以便使对方采取适当的行为,顺利地履行合同。因为,在合同履行过程中,有时合同一方当事人已无法履行自己的义务,如果不通知对方,对方当事人仍可能履行合同,从而造成不必要的损失。

(2) 协助义务。此项义务理论上称为方便义务。指的是为对方履行合同义务提供方便的义务。有的合同,一方义务的履行没有对方提供方便是不可能进行的。例如,建筑工程施工合同,对于承建方来说,如果业主没有为其提供水电供应方便、临时用地等,其施工义务就无法履行。

(3) 减损义务。在《中华人民共和国合同法》中,“防止损失扩大”即是法定双方义务。由于主客观原因,一方遭受损失时,遭受损失的一方有义务采取一切必要措施,以防止损失的扩大。在合同履行的过程中,因不可抗力的出现,一方违约,都可能给当事人造成损失。

(4) 保密义务。该义务是说通过订立合同,合同当事人了解了对方的商业秘密和技术秘密等内容。这些获知的对方秘密,合同当事人是不应该向社会公开的,如果公开了就可能造成他人的重大损失。这是了解该秘密的合同当事人必须承担的义务。特别是技术合同,保密义务尤其重要。保密义务是一种消极义务,即不作为的义务。

2. 合同的正确履行原则

合同的正确履行也叫适当履行。一般是指当事人应按照合同规定不折不扣地履行合同

义务。说得具体一点就是在适当的时间和地点，以适当的方式，履行适当的标的，并且以正确的方式履行。在我国合同理论上，这常常被作为合同的履行原则来对待。事实上，正确履行，一方面是合同法律效力在履行上的一般要求，另一方面，由于合同履行过程中的履行要素的不同，怎样才算是正确，法律的规定也不尽相同。正确履行规则的内容，反映在合同履行要素的要求上主要包括几个方面：履行主体正确、履行标的正确、履行时间正确、履行地点正确、履行方式正确。

3. 合同的亲自履行原则

亲自履行是指合同义务要求合同债务人本人向合同债权人履行，不得由第三人代为履行。这一规则事实上是法律对主体这一履行因素的要求。其基本含义有两个方面：一是合同义务只能由合同当事人的债务人亲自执行；二是合同义务只能向合同当事人的债权人本人执行。在正常情况下，合同当事人一方之所以选定另一方，是因为其对对方的履约能力、履行约定条件以及履约信誉等都有比较细致的了解。因此，合同关系实际上是一种信用关系。从合同债务人的角度来看，既然做出了承担义务的许诺，就应亲自完成这一许诺；从合同债权人的角度来看，既然接受了债务人的许诺，就说明他相信只有该债务人亲自履行义务才能实现合同的目的。这种信用关系就决定了在一般情况下，合同履行要由合同债务人亲自执行义务，合同债权人亲自接受履行。我国《中华人民共和国合同法》第六十条规定的“当事人应当按照约定全面履行自己的义务”，实际上就包含了履行主体的约定。同时，我国允许在一定条件下的第三人代替履行。债权人的代理人或债权人指定的人代替接受履行；债务人的代理人代理执行义务；债务转让的新债务人履行债务等，都是第三人代替履行的情况。只要不违反法律规定，都是可以的。

4. 约定不明确的合同的履行

约定不明的履行规则的适用是以合同有效为前提的，对于欠缺必要条款而导致不成立或无效的合同，欠缺全部必要条款的合同，都不能适用这些补救规则。合同内容的欠缺或约定不明，首要的补救方法就是明确化，即将欠缺的条款予以补充，将不明的条款予以明确。这种明确化，事实上是合同解释的内容。通常由当事人通过协商的形式，就内容不明的条款或欠缺的条款签订补充协议，以便执行。

(1) 价格不明条款的履行。对于价格条款约定不明的，合同法规定，按照订立合同时履行地市场价格履行。依法应当执行政府定价或者政府指导价的，按照规定履行。

(2) 地点不明条款的履行。合同中约定的履行地点不明确的，应根据合同的性质、标的种类和法律规定来确定。我国《民法通则》规定：履行地点为履行义务一方当事人所在地。《中华人民共和国合同法》也规定：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。从这一规定可以看出，履行地点约定不明的，一般情况下都可以以履行义务一方所在地为合同的履行地。

(3) 期限不明的条款履行。合同履行期限约定不明的，根据法律规定债务人可以随时履行。我国《民法通则》、《中华人民共和国合同法》都规定了“随时履行”的规则。债权