




合同审查

思维体系与实务技能

张海燕 © 著

Thinking System and Practical
Skills for Contract Review

-  合同审查的整体思维
-  合同审查的基本技能
-  常用合同审查要点解析

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

合同审查

思维体系与实务技能

张海燕 © 著

Thinking System and Practical
Skills for Contract Review

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

合同审查思维体系与实务技能 / 张海燕著. —北京: 中国法制出版社,
2017.10

ISBN 978-7-5093-8852-5

I. ①合… II. ①张… III. ①合同法—研究—中国
IV. ① D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 244034 号

策划编辑 / 责任编辑: 马金凤 (editormjf@163.com)

封面设计: 杨泽江

合同审查思维体系与实务技能

HETONG SHENCHA SIWEI TIXI YU SHIWU JINENG

著者 / 张海燕

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 710 毫米 × 1000 毫米 16 开

版次 / 2017 年 11 月第 1 版

印张 / 20 字数 / 343 千

2017 年 11 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-8852-5

定价: 59.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 010-66033393

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

值班电话: 010-66026508

传真: 010-66031119

编辑部电话: 010-66070046

邮购部电话: 010-66033288

自序

因各种因缘际会，我的律师执业经历中，绝大多数业务都与合同有关。长期与各种合同的耳鬓厮磨，使我对合同法律事务偏爱有加。2016年作为主编出版《合同案件办案策略与技巧》一书，算是对过去执业生涯的第一次小结。本书的雏形是我的一份讲课稿，当时的题目是《合同审查的方法与基本要求》，课后很多律师同仁以及清华法学院的老同学跟我要课件，觉得比较实用，对他们的工作和学习具有借鉴意义，我甚觉欣慰，在撰写本书的内容时始终坚持这一原则，因此，这也奠定了本书的第一个特点：实用性。2017年年初，接到中国法制出版社马金凤女士的书约，我觉得又是一次很好的自我总结的机会，于是欣然接受，很快在原课件的基础上拟定了目录、撰写了样章，并有幸得到了中国法制出版社的肯定和鼓励，于是开始了本书的撰写。时光荏苒，一晃半年，虽然一路颠簸，但好在很多经验和体会早已成型于胸，才让书稿得以按时完成。在此，由衷感谢中国法制出版社给予的鼓励和支持以及马金凤女士的指导和帮助！

我们生活在一个合同的年代，大到国家治理、国际关系，小到家庭生活起居、个人衣食住行，无不与合同有关。在2014年全国法院受理案件的数量中，新收民商事案件占各类案件总数的63.06%，占诉讼案件的86.97%，而在民商事案件中，合同案件占比为55.9%^①。2015年全国法院新收刑事、民事、行政（含行政赔偿）一审案件11444950件，其中，民商事一审案件10097804件，占88.23%。新收民商事一审、二审、再审案件11044739件，其中合同

^① 来源于《人民法院报》2015年5月14日第五版。

纠纷案件 6631249 件，占比 60.4%。^①由此可见，对于律师，尤其是从事民商事业务（实际上一些刑事案件证据也与合同有关）的律师而言，合同法律业务应属基础。我的授业恩师王天举先生曾说：“基础比高度重要。”对此我深有体会，也深以为然。但现实的感受却是：在“高端”业务充斥着很多年轻律师的梦想时，“基础”却常被忽视，当动辄数十页的“合同”洋洋洒洒于眼前时，发现很多基础事项却并未约定清楚。为此，每每感到焦急，很想以一己之微力做点什么。于是我将自己在近十年执业过程中的所思所得进行总结，毫无保留地分享出来，不求醍醐灌顶，但期盼能够成为律师尤其是年轻律师们成长的“垫脚石”，能对律师的合同法律业务基础有所裨益。若能如此，“石”愿也，“石”幸也。基于此，本书的第二个特点是：基础性。

所谓思维方式，实际上是一种大局观和整体观，是从整体上认识合同审查的目的、前提、步骤、标准等，属于思想层面的问题。我认为，思想决定行动，如果思想上没有全面、正确的认识，就很难在行动上取得实效。但仅有思维方式并不足以成事，做任何事情都要讲究方法，如果方法得当，事半功倍，方法失当，事倍功半。在合同审查实践中，很多律师拿到一份待审合同时茫然不知从何下手，抑或用尽洪荒之力也难见成效，甚至是做了无用功，其根本原因在于缺乏系统的合同审查思维和恰当的审查方法。当然，每个律师都有自己的思维方式和工作方法，没有放之四海而皆准的“道”或者“法”，因此，本书也只是作者一家之言，一己之察，仅能作为参考或借鉴。这决定了本书的第三个特点：参考性。

本书共分为三篇，上篇“合同审查的整体思维”，包括合同审查的两个目的、三个前提、四个步骤、五个标准、六个提升合同的途径等内容，系从整体思维角度阐述合同审查的指导要领，应当贯穿于整个合同审查过程。从“道”与“术”的角度，可谓之道也。中篇“合同审查的基本技能”，包括合同审查的常用方法（包括补增、删改、提示、建议等），以及各种合同条款审查要点，属于合同审查思维和方法的横向应用。下篇“常用合同审查要点解析”，总结了常用合同的审查要点，并提供了合同审查范例，属于合同审查思维和方法的纵向应用。

写作，是一个艰辛而幸福的过程。艰辛，是因为律师并非职业作家或者

^① 来源于最高人民法院网站，<http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-18362.html>，最后访问时间：2017年7月11日。

学者，每天需要处理客户委托的各种法律事务，每日的油盐酱醋、喜怒哀乐也交错不息，因此只能是在世事的嘈杂中思考，在时间的夹缝中“疾书”。幸福，实际上是否极心态的自我感知，当一份漏洞百出、杂乱不堪的合同经过自己的修改变得完备严谨且美观实用时，当零碎的心得和体会整合为相对周延和系统的思维和方法时，心中确会有一种“胜似人间无数”的幸福感。但在获得这种独特的幸福感之余，困难、挫折、痛苦、打击在所难免，需要一种持之以恒的坚持。若不能克服彻骨的冰寒，何以得闻那扑鼻的梅香？我的另一位恩师张盈女士曾说她成功的秘诀就是“坚持”二字。我想，对于大多数人而言，“坚持”并不一定是为了成功，也不一定能够成功，但要认真做好每一件事，比如审查合同，何尝不需要这种坚持的精神呢？审改合同的过程是枯燥而乏味的，提升合同审查水平的过程更是漫长而痛苦的，需要有坚定的意志和坚韧的性格方可坚持。世上没有完美的合同，合同审查永远在路上。所以，于作者而言，本书的出版仅仅是对过去执业经历的一次小结，遗漏或谬误之处在所难免，继续积累、保持思考和不断总结，仍将是今后的努力方向。本书的完善必然需要求教于法律行业的专家和先辈，也迫切希望得到广大同行的指正和帮助。



上篇 合同审查的整体思维

第一章 合同审查的两个核心目的 // 003

一、防范风险 // 003

二、促进交易 // 005

第二章 合同审查的三个基本前提 // 008

一、修改立场：代表谁 // 008

二、修改尺度：谈判地位 // 009

三、修改模式：以客户为中心 // 010

第三章 合同审查的四个步骤 // 016

一、审查交易模式 // 016

二、审查合同结构 // 018

三、审查合同条款 // 021

四、审查文字符号 // 023

第四章 合同审查的五个标准 // 027

一、合规性 // 027

二、周延性 // 030

三、可操作性 // 032

四、公平性 // 033

五、倾向性 // 034

第五章 提升合同审查水平的六个途径 // 036

一、多想：动脑 // 036

二、多看：动眼 // 038

三、多问：动嘴 // 039

四、多练：动手 // 040

五、多学：动智 // 040

六、多点责任心：动心 // 042

中篇 合同审查的基本技能

第六章 合同审查的常用方法 // 047

第一节 补增 // 047

一、补增的作用 // 047

二、补增的适用范围 // 048

三、补增方法的实践应用 // 049

第二节 删改 // 057

一、删改的作用 // 057

二、删改的适用范围 // 058

三、删改方法的实践运用 // 058

第三节 建议 // 060

一、建议的作用 // 061

二、建议的适用范围 // 061

三、建议方法的实践运用 // 061

第四节 提示 // 066

一、提示的作用 // 066

二、提示的适用范围 // 066

三、提示方法的实践运用 // 067

第五节 多种审查方法的综合运用 // 072

一、补增与删改的同时使用 // 072

二、补增与建议的同时使用 // 073

三、提示、补增和建议的同时使用 // 074

四、提示、建议、删改和补增的同时使用 // 074

第七章 合同主体条款审查要点解析 // 076

一、合同主体审查的范围 // 076

二、合同主体审查的途径 // 079

三、如何提出审查意见 // 080

四、合同主体示范条款 // 080

第八章 合同标的条款审查要点解析 // 082

- 一、标的类型 // 082
- 二、标的数量 // 084
- 三、标的条款的审查要点 // 085
- 四、标的条款示例 // 086

第九章 质量条款审查要点解析 // 089

- 一、质量的内涵 // 090
- 二、质量标准 // 090
- 三、质量检验 // 093
- 四、质量异议及救济 // 093
- 五、质量条款的审查要点 // 095
- 六、质量条款示例 // 098

第十章 权利义务条款审查要点解析 // 103

- 一、权利义务条款的特点 // 104
- 二、梳理合同权利义务体系 // 105
- 三、权利义务条款的审查要点 // 107

第十一章 违约责任条款审查要点解析 // 108

- 一、违约责任条款的功能 // 108
- 二、违约责任的法律依据 // 109
- 三、违约责任的形态及适用条件 // 109
- 四、违约责任条款的审查要点 // 114

五、违约责任条款的常用表述 // 117

第十二章 其他程序条款审查要点解析 // 119

- 一、鉴于条款的审查要点 // 119
- 二、免责条款的审查要点 // 123
- 三、通知与送达条款的审查要点 // 125
- 四、争议解决条款的审查要点 // 126
- 五、保密条款的审查要点 // 128
- 六、效力条款的审查要点 // 129
- 七、附件条款的审查要点 // 130
- 八、签署条款的审查要点 // 131

下篇 常用合同审查要点解析

第十三章 买卖合同审查要点解析 // 135

- 第一节 买卖合同概述 // 135
- 第二节 买卖合同的基本条款 // 136
- 第三节 买卖合同审查要点 // 137
 - 一、主体条款审查 // 137
 - 二、标的条款审查 // 138
 - 三、质量条款审查 // 138
 - 四、包装条款审查 // 139
 - 五、交付条款审查 // 139
 - 六、检验条款审查 // 140

- 七、售后服务条款审查 // 142
- 八、价款及支付条款审查 // 142
- 九、违约责任条款审查 // 143
- 十、争议解决条款审查 // 145
- 十一、其他程序性条款审查 // 146

第四节 买卖合同审查示例 // 146

第十四章 租赁合同审查要点解析 // 151

- 第一节 租赁合同概述 // 151
- 第二节 租赁合同的基本条款 // 152
- 第三节 租赁合同审查要点 // 152
 - 一、合同主体条款审查 // 152
 - 二、租赁物条款审查 // 153
 - 三、租期条款审查 // 153
 - 四、租赁物交付与返还条款审查 // 154
 - 五、租赁物的使用条款审查 // 155
 - 六、租赁物的维修条款审查 // 156
 - 七、费用及支付条款审查 // 156
 - 八、违约条款审查 // 156
 - 九、合同终止条款审查 // 157
 - 十、争议解决条款审查 // 157
 - 十一、其他程序性条款审查 // 158
- 第四节 租赁合同审查示例 // 158

第十五章 借款合同审查要点解析 // 167

- 第一节 借款合同概述 // 167
- 第二节 借款合同的基本条款 // 168
- 第三节 借款合同审查要点 // 169
 - 一、合同主体条款审查 // 169
 - 二、借款条款审查 // 169
 - 三、利息条款审查 // 169
 - 四、还款条款审查 // 170
 - 五、担保条款审查 // 170
 - 六、违约条款审查 // 170
 - 七、争议解决条款审查 // 171
 - 八、其他程序性条款审查 // 171
- 第四节 借款合同审查示例 // 171

第十六章 出资合同审查要点解析 // 174

- 第一节 出资合同概述 // 174
- 第二节 出资合同的基本条款 // 175
- 第三节 出资合同审查要点 // 176
 - 一、合同主体条款审查 // 176
 - 二、公司基本信息条款审查 // 177
 - 三、出资条款审查 // 177
 - 四、公司设立条款审查 // 179
 - 五、公司治理条款审查 // 179
 - 六、收尾条款审查 // 180
 - 七、违约条款审查 // 180

八、争议解决条款审查 // 181

九、保密条款审查 // 181

十、其他程序性条款审查 // 181

第四节 出资合同审查示例 // 181

第十七章 股权转让合同审查要点解析 // 187

第一节 股权转让合同概述 // 187

第二节 股权转让合同的基本条款 // 188

第三节 股权转让合同审查要点 // 189

一、合同主体条款审查 // 189

二、鉴于条款审查 // 189

三、股权转让条款审查 // 190

四、股权转让价款及有关费用条款审查 // 190

五、股权交割条款审查 // 191

六、承诺及保证条款审查 // 191

七、保密条款审查 // 192

八、违约条款审查 // 192

九、争议解决条款审查 // 193

十、其他程序性条款审查 // 193

第四节 股权转让合同审查示例 // 193

第十八章 运输合同审查要点解析 // 205

第一节 运输合同概述 // 205

第二节 运输合同的基本条款 // 205

第三节 运输合同审查要点 // 206

- 一、合同主体条款审查 // 206
- 二、运输标的条款审查 // 207
- 三、运输条款审查 // 207
- 四、货物托运条款审查 // 208
- 五、货物交付及验收条款审查 // 209
- 六、运费条款审查 // 209
- 七、合同解除及变更条款审查 // 210
- 八、保密条款审查 // 210
- 九、违约条款审查 // 210
- 十、免责条款审查 // 211
- 十一、争议解决条款审查 // 211
- 十二、其他程序性条款审查 // 212

第四节 运输合同审查示例 // 212

第十九章 承揽合同审查要点解析 // 216

- 第一节 承揽合同概述 // 216
- 第二节 承揽合同的基本条款 // 217
- 第三节 承揽合同审查要点 // 218
 - 一、合同主体条款审查 // 218
 - 二、承揽标的条款审查 // 218
 - 三、承揽方式条款审查 // 218
 - 四、材料提供条款审查 // 219
 - 五、承揽质量条款审查 // 220
 - 六、交付及验收条款审查 // 220
 - 七、承揽报酬条款审查 // 221

八、合同解除条款审查 // 221

九、保密条款审查 // 221

十、违约条款审查 // 222

十一、争议解决条款审查 // 222

十二、其他程序性条款审查 // 223

第四节 承揽合同审查示例 // 223

第二十章 担保合同审查要点解析 // 227

第一节 担保合同概述 // 227

第二节 担保合同的基本条款 // 229

第三节 担保合同审查要点 // 230

一、合同主体条款审查 // 230

二、主债权债务条款审查 // 230

三、担保方式条款审查 // 230

四、担保物条款审查 // 231

五、担保范围条款审查 // 232

六、担保期限条款审查 // 232

七、保密条款审查 // 233

八、违约条款审查 // 233

九、争议解决条款审查 // 233

十、其他程序性条款审查 // 234

第四节 担保合同审查示例 // 234

第二十一章 委托合同审查要点解析 // 241

第一节 委托合同概述 // 241

- 第二节 委托合同的基本条款 // 242
- 第三节 委托合同审查要点 // 242
 - 一、合同主体条款审查 // 242
 - 二、委托事项条款审查 // 243
 - 三、委托报酬及有关费用条款审查 // 243
 - 四、委托要求条款审查 // 244
 - 五、解除条款审查 // 245
 - 六、保密条款审查 // 246
 - 七、违约责任条款审查 // 246
 - 八、争议解决条款审查 // 247
 - 九、其他程序性条款审查 // 247
- 第四节 委托合同审查示例 // 247

第二十二章 广告合同审查要点解析 // 260

- 第一节 广告合同概述 // 260
 - 一、广告的含义 // 260
 - 二、广告合同的概念及特征 // 261
 - 三、广告合同的类型 // 262
- 第二节 广告合同的基本条款 // 262
- 第三节 广告合同审查要点 // 263
 - 一、合同主体条款审查 // 263
 - 二、标的条款审查 // 264
 - 三、质量条款审查 // 266
 - 四、交付及验收条款审查 // 266
 - 五、费用条款审查 // 267

六、保密条款审查 // 267

七、违约条款审查 // 268

八、知识产权条款审查 // 268

九、争议解决条款审查 // 269

十、其他程序性条款审查 // 269

第四节 广告合同审查示例 // 269

第二十三章 招商引资合同审查要点解析 // 278

第一节 招商引资合同概述 // 278

第二节 招商引资合同的基本条款 // 279

第三节 招商引资合同审查要点 // 280

一、合同主体审查 // 280

二、鉴于条款审查 // 281

三、投资条款审查 // 281

四、招商条款审查 // 282

五、违约条款审查 // 285

六、争议解决条款审查 // 286

七、其他程序性条款审查 // 286

第四节 招商引资合同审查示例 // 286

第二十四章 补充合同审查要点解析 // 292

第一节 补充合同概述 // 292

第二节 补充合同的基本条款 // 293

第三节 补充合同审查要点 // 293

一、合同名称审查 // 293

二、主体条款审查 // 293

三、鉴于条款审查 // 294

四、补充合同内容条款审查 // 294

五、补充合同效力条款审查 // 295

六、其他程序性条款审查 // 295

第四节 补充合同审查示例 // 295

附录：合同审查的思维体系 // 298

上篇

合同审查的整体思维

第一章 合同审查的两个核心目的

目的，是行动的导航器。律师是一个目的性非常强的职业，代理诉讼案件，必然要围绕当事人的诉讼目的来设计代理方案；提供非诉讼法律服务，需要从委托人的项目目标来设计交易方案。审查合同是律师非诉讼法律服务的一项常规性工作，要做好这项工作，首先需要清楚审查合同的目的，即审查合同是为了什么？这是审查合同必须要搞清楚的基础性问题，也是纲领性问题。英国有这样一句名言：没有目的的努力，有如在黑暗中远征。如果律师不知道审查合同的目的，轻则蜻蜓点水浮于表面，重则南辕北辙徒劳无功。目的属于主观范畴，不同的主体对同一事项的目的不尽相同，对于委托人而言，合同审查的目的是利用律师或法律专业人士的知识和经验防止自己“吃亏”或者是谋求更多的“有利条件”。对于律师而言，合同审查的目的与委托人则不同。由于律师只是一种职业，在这个职业群体中，不同的律师、从不同的角度，对于审查合同的目的也可能有不同的看法和体会，属于正常现象。笔者认为：律师审查合同的核心目的有两个，一是帮助委托人防范风险，二是促进交易。

一、防范风险

本书所称防范风险，实质上指的是识别并控制委托人拟签订的合同中可能存在的法律风险，简以防范风险代之。防范风险是律师审查合同的首要目的，这一点是律师行业的共识，但如何进一步领会这一目的的内涵却见仁见智。笔者认为，可以从以下三个方面来加以理解：

1. 识别风险

识别风险是防范风险的前提，如果不能识别出风险，就谈不上防范风险。所谓识别风险，是指律师根据自身的专业知识和执业经验发现合同中存在的“陷阱”或潜在的法律障碍，这也是委托人愿意聘请律师进行合同审查的根本原因。因为委托人的“长项”和关注点是该合同在经济上的可行性和可预期性，

对于该合同的法律问题往往处于不（尽）知或忽视的状态，而对于法律规定和司法裁判规则的谙熟恰恰是律师的“长项”，也是律师的核心本领。

从律师识别风险的依据来看，合同的法律风险可以分为专业型风险和经验型风险两大类。所谓专业型风险，是指合同与其相关的可适用的法律法规之间背离或违反的风险。例如，违反法律禁止性规定，违反前置审批程序规定，超过法定的限度（如定金不能超过合同标的的 20%）、超出法定范围约定管辖，等等。此类风险，直接关乎该合同的合法性问题，属于根本性风险，是律师首先要进行识别的风险类型。对于此类风险，需要依靠自身的法律专业知识，即根据与该合同有关的基本法律常识和法律规定来进行审查和识别。所谓经验型风险，是指根据交易经验或司法审判实践经验，该合同在公平性和可操作性等方面存在的风险。比如在合同双方义务互为前提的情况下的履行顺序及衔接、违约责任过于含糊、违约金比例过高、合同义务与违约责任不对应、争议解决方式的选择等问题。识别此类风险，需要律师具有丰富的实践经验（包括其他客户类似交易的经验及类似合同案件的司法裁判规则等）和高度的责任心。一般情况下，对于第一类风险，律师均可进行有效识别，也应当有效识别，因为这是律师作为法律专业人士必须具备的能力，而对于第二类风险的识别能力则是区分律师审查合同水平和责任心的关键因素。

2. 分析风险

在进行风险识别的基础上，律师需要对发现的风险进行分类和分析，主要应当分析该风险对于委托人合同目的的影响以及可能给委托人带来的法律责任及经济风险。从风险的来源和影响力角度来看，合同风险可以分为法律风险、技术风险和信用风险三类。法律风险是指由于违反法律规定或不符法定要件而产生的风险，通常会影响到合同或者合同条款的法律效力，或者可能给委托人带来不利的法律后果。技术风险是指由于合同内容不周延、可操作性差而导致合同履行障碍或产生争议的风险，通常影响的是合同的履行过程，增加履行成本或履行难度。信用风险是指由于合同相对方缺乏履约诚信和履约能力而带来的履约风险，通常影响委托人合同目的的实现或产生合同纠纷。律师在审查合同的过程中，需要全面分析合同所存在的各种风险，并客观评估这些风险对合同本身以及对委托人的影响程度，并采取不同的处理方法。从商业经营角度来说，没有不存在风险的合同，再严谨的合同也可能会因为客观的情势变更或主观的故意违约而受到影响。律师的职能在于发现并分析提示法律风险，可以提出相应的意见或建议，但不能也不宜代替委托人做决策，委托人可以根据其风险承受能力和控制能力来做出选择是继续进

行该交易或是采取必要的防范措施进行交易或者是取消交易。

3. 提出防范措施建议

在风险分析的基础上，律师应当针对不同的法律风险向委托人提出相应的防范措施建议，以便委托人进行选择 and 决策。律师提出的建议措施，应当具备合法性和可行性。合法性是基础，自不待言。而可行性则需要结合合同双方的交易地位、交易步骤、交易目的、交易习惯、履约能力等综合因素来进行设计。比如，若委托人的付款内部审批程序非常复杂，需要 30 天以上方能完成付款，则在付款时间条款方面就应当建议委托人进行相应的调整（不宜少于 30 天，否则极易造成委托人违约）。再如，在广告设计合同中，如果仅约定了设计方的设计周期，那么就应当建议委托人补充约定委托方提供基本素材和要求的时间，且设计周期应当自委托方提供素材和要求后开始计算，否则，设计方极有可能因为缺少基本素材而无法启动设计工作，进而造成设计工期违约。若律师提出的建议措施不可行，则无法得到合同双方的认可和采纳。比如，在委托人的交易地位相对较低的情况下，律师提出的对于委托人较为有利的条款（比如将管辖约定到委托人所在地法院管辖）就极有可能不被相对方认可和接受，律师的该项建议就无法达到预期的效果。

二、促进交易

从法律角度而言，市场经济的本质是合同经济，所有社会主体的经济行为无不通过合同或合同性文件来表现和完成。委托人签订合同的目的是与合同相对方达成并完成交易，进而实现己方的经济目的。律师作为委托人的法律参谋或者顾问，其价值不是在于否决当事人打算进行的交易（当然并不必然不能否决，当该交易明显违反法律禁止性规定时，律师应当明确提出否定意见），而是在于促进当事人打算进行的交易。这一目的，可能有的律师理解起来有些困难，但实际上这恰恰是律师审查合同的终极目的。诚如律师界的诸多师辈常说的，律师不应当总是告诉当事人这个不行、那个不行，而是应当告诉当事人怎么行。所谓促进交易，应当包括以下几层含义：

1. 排除交易的违法因素

促进交易，首先要考虑的是该交易是否合法，即该交易的合法性问题。若交易本身不合法，则该交易就不能进行，否则将给委托人带来法律上的不利后果。但随着经济社会的不断发展，新的经济形态不断涌现，以及法治观念的不断深化，

对于合法性的认识已有所改变。在私法领域，法不禁止即自由。因此，对于民商事合同而言，只要不违反法律的禁止性规定即可。律师在审查合同的合法性时，关注点不再是该交易是根据哪一部（条）法律规定来进行，而是在于排除该交易的违法因素，审核该交易是否违反法律的禁止性规定。只要不违反法律的禁止性规定，合同的效力就不会被否定，该项交易就具备了履行的前提条件。

2. 促成合同依法成立并生效

在交易不违法的基础上，接下来的工作便是促使合同当事人之间合同的依法成立并生效。合同是当事人之间据以进行交易的基础性法律文件，也是核心法律文件。因此，要促进交易，就必须使该合同依法成立并生效。所谓合同的成立，是指订约当事人经由要约、承诺，就合同的主要条款达成合意，合同成立的核心要件是合同双方就合同条款达成合意。所谓合同的生效，是指已经成立的合同在当事人之间产生了一定的法律约束力，合同生效的条件是：（1）当事人具有相应的民事行为能力；（2）意思表示真实；（3）不违反法律或者社会公共利益；（4）符合法定的形式。《合同法》第二十五条规定：“承诺生效时合同成立。”第四十四条第一款规定：“依法成立的合同，自成立时生效。”一般情况下，合同成立时即生效。但对于需要批准登记手续方可生效的，还需要办理相关手续，对于当事人设定了生效条件的，需待生效条件成就后方可生效。律师在审查合同时，需要根据合同的成立及生效要件来进行审查和判断，促成当事人之间的合同依法成立并生效，以资履行。

3. 梳理合同各方的权利义务

前述1、2项解决的是合同的合法性问题，是交易顺利进行的基本条件。而合同各方的权利义务则是合同的核心内容，直接关乎交易能否顺利进行。审查合同各方的权利义务，其主要内容是：（1）根据合同各方确定的交易方案来审查合同条款的适用性和周延性，这些条款通常为商务性条款；（2）从合理性、可操作性和逻辑性方面对合同各方的权利义务进行梳理和明确。简言之，就是用法律语言来明确交易流程以及在整个交易过程中合同各方应当承担的义务以及享有的权利。合同是面向未来设定规则，是使合同各方在接下来的履行过程中有据可依。因此，要促进交易，律师就应当充分考量该合同条款的周延性、可操作性和逻辑性，否则，在履行过程中就极有可能因约定不明或者约定的条款不具有可操作性而产生争议。如前述关于广告设计合同的例子中，若仅约定了设计方的设计时间而未约定委托方提供素材和要求的时间，那么在履行过程中很可能就会产生争议，委托方可依据合同约定来要求设计

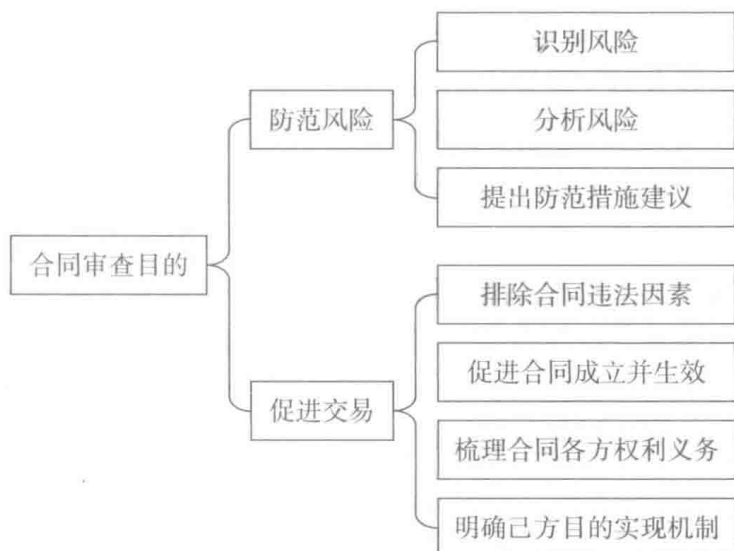
方承担逾期违约责任，而设计方则会以委托方未提供素材为由而进行抗辩。如此一来，不仅给合同各方带来诉累，也会导致合同履行受到重大阻碍甚至被迫中止或终止，与促进交易之目的背道而驰。相反，若在审查合同时能够基于实践操作经验，明确约定委托方提供基本素材及要求的时间，以及委托方逾期提供的情况下设计周期的计算问题，则能够避免前述争议的产生，增加合同顺利履行的概率。

4. 明确委托人合同目的的实现机制

委托人合同目的的实现，是其签署并履行合同的终极目的。作为律师，必须关注委托人合同目的的实现机制问题，否则，再漂亮的合同也难言具有价值。实际上，前述1—3项的目的均是为了实现合同的最终目的，只不过关注点是在合同本身的法律效力以及双方的权利义务方面，而本项则是将目光聚焦在己方委托人的合同目的方面。律师需要做的是：（1）明确委托人的合同目的，简言之，即委托人通过该合同想获得什么；（2）梳理委托人实现合同目的所需具备的条件和步骤；（3）需要进一步考虑，若委托人的合同目的不能实现或不能全部实现，救济途径和手段是什么。

律师在审查合同过程中，要对审查合同的两个核心目的保持清晰的认识并据以统领整个合同审查过程，但对两个核心目的的重视程度应当适当而不能偏颇，对风险的过于谨慎动辄否定交易，或者是为了促进交易而忽视风险，均非妥善之举。只有把防范风险和促进交易有机地结合起来，在做好风险防范的基础上促进交易，在促进交易的同时做好风险防范，才是律师作为法律顾问的应有之意。

本章思维体系导图：



第二章 合同审查的三个基本前提

本书第一章阐述的是律师进行合同审查的目的，尚属于思想层面或精神层面，略显抽象，本章则开始进入合同审查的实质性问题。但需要明确提示的是：合同审查并非合同文本审查，律师在对合同文本进行实质审查之前，需要搞清楚几个前提问题，即在何种情形下进行合同审查和修改。否则，审查修改后的合同的适用性和可接受程度将大打折扣。这几个前提问题包括：修改立场问题、修改尺度问题以及修改模式问题。分述如下：

一、修改立场：代表谁

忠诚于委托人的合法权益，是律师职业道德的重要内容之一，正所谓“受人之托，忠人之事”。律师在接受委托之后，就应当为委托人的合法权益尽心尽责，委托人的合法权益就是律师的最高利益。对于合同审查而言，同样如此，律师在进行合同审查之前，必须要知道自己的委托人（也即自己代表的）是合同中哪一方，此即律师审查修改合同的立场。如果律师不知道自己站在哪一方的立场修改合同，那么其修改的合同要么是浮于表面的文字修改，要么是想当然而不切实际的修改。倘若将立场颠倒，误站到对方的立场，则修改的合同将可能不利于委托人的权益保护而有利于对方的权益保护，其效果南辕北辙。

如何确定律师的审查修改立场？实践当中，从合同文本入手是切入点，即根据合同文本中关于主体部分的约定内容来确定在具体的合同中委托人是哪一方。委托人提供的合同文本中关于合同主体的约定大致可以分为以下几类：

1. 合同主体清楚明确，委托人是其中一方。对于此种情形，能够直接确定委托人的合同主体身份，进而明确自己的修改立场。

2. 合同主体清晰明确，委托人的关联单位是其中一方。对于此种情形，若律师知道其中的关联关系，可参照前述第一种方法明确自己的修改立场。若律师不知道其中的关联关系，则应当向委托人（或其合同经办人）进行核实，以确定修改立场。若基于律师事务所与委托人的委托合同约定关联单位的合同不在律师的服务范围之内，则应与委托人进行沟通，以便确认是否就该合同提供审查服务。

3. 合同主体不清晰，无法体现委托人是合同的哪一方。对于此种情形，最佳办法是直接与客户（或其合同经办人）进行沟通核实，以确定修改立场。此外，对于一些特征比较明显的合同，也可以根据合同内容并结合委托人的性质来进行判断。比如，在商铺租赁合同中，若自己的委托人为商场的开发者或经营者，那么基本可以确定委托人在该租赁合同中应为出租方。出于谨慎的考虑，即使判断出了委托人的合同主体身份，还是应当与客户进行确认。若委托人经常提供此类主体不清晰的合同要求律师进行审查，较好的做法是要求委托人（或其合同经办人）在提供合同文本时一并告知律师在该合同中委托人是哪一方合同主体。

二、修改尺度：谈判地位

除了明确修改立场，律师在着手进行合同审查修改之前，还应当知道该合同的修改尺度，即合同的可修改程度，简言之就是委托人对于该合同的内容是否可以进行修改？若可以，能够进行多大程度的修改？这个问题对于审查修改合同至关重要。原因在于，若仅从文本角度而言，律师可以进行任何有利于己方委托人的修改，增加其权利，减少其义务，但若不考虑该合同的修改尺度，律师所进行的修改很可能会因为合同相对方不同意而沦为无用。关于合同的修改尺度问题，可从如下方面进行理解和把握：

1. 合同修改的尺度取决于合同当事人的谈判地位。公平是合同法的基本原则之一，但这种公平是相对的公平，是建立在当事人交易地位基础之上的公平。在市场经济体系内，供求关系决定了交易主体的市场地位，若供大于求，则需求方相对而言处于优势地位，反之则处于劣势地位。这种市场地位同时也决定了合同当事人在合同中的谈判地位，进而决定了合同的修改尺度。因此，确定合同修改尺度的核心在于确定委托人在该合同中的谈判地位。

2. 合同修改的尺度不可能精确，但可以从原则上进行把握。实践当中，

以己方委托人为中心，可大致分为三类：

(1) 委托人谈判地位较高，具有明显优势。比如：在建设工程施工合同中，一般而言，发包方的地位相对较高，而承包方的地位相对较低；在银行贷款合同中，贷款人的地位相对较高，而借款人的地位则相对较低。在买卖合同中的买方一般地位较高，而卖方的地位较低。当然，这些判断并不绝对，谈判地位的高低主要还是取决于委托人的实力和交易需求，委托人实力较强，意味着合同相对方更希望达成合同，则委托人谈判地位较高，反之则较低。在买方市场下，买方的谈判地位通常较高，在卖方市场下，卖方的谈判地位较高。在委托人谈判地位较高的情况下，此类合同的修改尺度较大，可修改的程度较高，律师在审查修改时委托人的权利条款可以较多而义务条款相对较少。当然，需要说明的是，修改尺度大并不等于大幅度修改，修改幅度的大小取决于合同文本本身的成熟完善程度，与谈判地位无关。

(2) 合同双方谈判地位势均，委托人无明显优势。律师在审查修改此类合同时，应以完善合同内容、增强合同的可操作性为出发点，以权利义务对等为原则，对合同内容进行审查和修改。

(3) 委托人谈判地位较低，处于相对劣势。在此种情况下，律师在审查修改合同时，基本原则应当是：对于底线问题必须修改，对于非底线问题力争权利。所谓底线，是指涉及委托人核心目的的内容，若不进行修改，很可能导致委托人的合同目的落空或遭受重大损失。对于一些非底线问题，如管辖问题，可以建议委托人进行争取，若对方不同意且委托人不反对，则可不予修改。否则，律师的修改意见无法被合同相对方接受，从而导致合同订立障碍。从律师职业道德和执业风险的角度考虑，在审查修改此类合同时，应当就合同中可能存在的风险和不利条款及其可能的后果向委托人进行分析和提示，让委托人在其对合同风险有明确认知的情况下决定是否接受该合同条款，而不能让委托人在对合同风险不知情的情况下贸然决定。

三、修改模式：以客户为中心

所谓修改模式，是指律师以何种方式来修改合同，让委托人能够清晰看出合同被修改的地方，这也是律师工作成果的体现方式。不同的客户对于合同修改模式的要求不同，从实践来看，一般有清洁修改模式、痕迹修改模式以及意见书模式三类。至于究竟采取何种模式，对于律师而言，应当以客户

的需求为中心，即委托人希望以哪种模式修改，或者说委托人习惯于哪种模式就采取哪种模式。此外，实务当中，为了便于保存和归档，在进行合同文件命名时，建议用“日期 + 文件名称 + 修改人 + 版本”的模式进行命名。如“20170321 委托代理合同—张海燕修改一稿”，或“20170321 委托代理合同—张海燕修改终稿—清洁版”，此种命名方法可清晰地看出合同名称、修改时间、修改人及修改版本，在后期查询及撰写工作报告时较为清晰、实用。

1. 清洁修改模式

所谓清洁修改模式，就是律师对合同文本直接进行修改，修改完成以后将终版合同提供给委托人，不需要标注修改痕迹。此种修改模式常见于小微企业，没有专门的法务人员，企业负责人对律师的信任度较高的情形。实践当中，此类委托人通常认为“反正法律问题我还没有你们律师精通，有你们律师把关以后我就放心了”。此种修改模式，看上去较为简单，似乎可以“省事”一些，实则不然，它要求律师更加细心，修改的程度更深（不仅要修改法律条款，甚至连商务条款也需要一并修改）。对于此类合同的修改，律师应当特别注意两个问题：一是要增加与委托人的沟通，确保全面理解合同的交易内容以及委托人的核心利益。原因在于委托人希望律师提供的是最终的合同版本，可供直接签署，因此合同中一般无须再出现提示、建议，这就要求律师必须与委托人加强沟通，将需要提示的问题和建议告知委托人并征求其意见，然后将沟通后的意见直接体现为合同条款；但是在给委托人提交修改后的合同时，最好能同时发送修订版和清洁版两个版本，其作用在于一方面可以满足委托人对合同清洁版本的需求，另一方面也能体现律师的工作成果，同时对于今后查询合同修改情况（在需要的情况下）也更为直观和方便，具体做法是：以 WORD 为例，首选在“审阅”一栏下选择“修订”模式对合同进行修改，形成带有修改痕迹的合同版本。修改完成后，新建一个文档，将带有修改痕迹的合同拷贝到新建的文档中，在“审阅”一栏中点击“接受”，再选择点击“接受对文档所做的所有修订”，保存后即清洁版的合同文本。

2. 痕迹修改模式

所谓痕迹修改模式，是指留有修改痕迹的一种修改模式。委托人可以从律师提供的合同文本中一目了然地看出律师在什么时间、在哪些地方进行了修改、删除了哪些内容、增加了哪些内容、提出了哪些建议、提示了哪些问题。痕迹修改模式是实践中较为常见也是应用最多的一种修改模式，采用此种修

改模式，需要注意的问题是：

（1）明确体现修改信息

以WORD为例，首选在“审阅”一栏下选择“修订”模式对合同进行修改，即可形成带有修改痕迹的合同版本。但应当在“修订”一栏下点击“更改用户名”，点击之后在“用户信息”一栏里面输入修订者的名字，如此设置以后，能够在合同中明确体现出修订者、修改时间以及相应的修改内容。对于经过多人修改或多次修改的合同而言，能够清晰反映出合同条款的修改及形成过程。

（2）灵活运用多种修改方法

在痕迹修改模式下，律师要根据具体的合同文本灵活运用本书第六章中的各种审改方法，全面反映出合同存在的问题以及律师的修改意见，实际上这是律师与委托人进行的一种书面沟通。“补增”“删改”在修订模式下可直接体现出来，“提示”“建议”和“意见”则通过“审阅”栏中的“插入批注”功能，以批注的形式出现。对于律师提示的问题以及“建议”“意见”，通常待委托人反馈后还需要再次进行修改或确认。

3. 意见书模式

所谓意见书模式，是指律师不在委托人提供的合同文本上进行修改，而是将律师修改意见以意见书的形式发给委托人，由委托人参照采纳修改的一种模式。一般来讲，委托人的经办部门会对律师的修改意见和建议进行慎重考虑，适于采纳的予以采纳并修改，不适于采纳的则不予修改（通常合同经办部门需要向审批部门作出相应的解释）。此种模式在大中型企业（尤其是国有企业）及政府机关、事业单位应用较多，因为这些单位对于合同一般均有较为严格的审批流程，律师意见书通常是报审的文件之一，而且对于合同档案管理也有较高的要求，律师的修改意见通常也会被作为档案一并留存。此种修改模式从形式上更为“正式”，但这种修改模式对于经办人员的法律素质要求较高，否则经办人员对于律师的提示和建议可能会无从下手或无法准确理解，无法将律师的意见转化为合同条款，从而导致合同审改的质量和效率降低。从经验来看，随着律师和委托人的不断沟通，这一模式也在发生着一定的变化，可先由律师以痕迹修改模式进行修改，待合同双方对合同文本无异议之后确定最终版本，将最终版本再发送给律师，再由律师出具无保留意见的审查意见书，这样既能保证合同修改的质量和准确性，也能兼顾审批和存档的需要。

【审查示例1】合同审查意见书（附具体修改意见）

关于《展馆使用合同》的律师审查意见

致：××××× 有限责任公司：

贵司2017年01月21日所发《展馆使用合同》（以下简称“合同”）收悉。经审查，律师初步审查修改意见如下：

1. 合同首页建议删除贵司名称，避免被认定为格式合同。原因在于合同法对于格式条款的特殊规定不利于格式条款提供方。具体规定如下：（1）《合同法》第四十条：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。第四十一条：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。（2）《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）》第九条：提供格式条款的一方当事人违反合同法第三十九条第一款关于提示和说明义务的规定，导致对方没有注意免除或者限制其责任的条款，对方当事人申请撤销该格式条款的，人民法院应当支持。第十条：提供格式条款的一方当事人违反合同法第三十九条第一款的规定，并具有合同法第四十条规定的情形之一的，人民法院应当认定该格式条款无效。

2. 正文第一段最后一句建议修改为“……甲、乙双方经平等友好协商一致，就展馆使用事宜达成如下协议。”

3. 合同第5.4.3条，建议就乙方提出异议后如何处理进行进一步约定。

4. 合同第5.6条第一句建议修改为“对依法须经政府部门审查的展览会因无法获得政府部门批准导致本合同未生效或不能继续履行的，乙方应在展览会未获批准之日起____日内书面通知甲方解除本合同，并按本合同第7.4条约定向甲方支付补偿金。”

5. 合同第6.1.1条中，建议在“检查、监督”之后增加约定：“但甲方的检查、监督并不减轻或免除乙方的责任，也不意味着甲方需要对乙方的行为承担责任。”

6. 合同第6.1.2条建议增加约定：“乙方应当按照甲方的要求予以提供。”

7. 合同第6.4.3条建议增加约定：“因此导致甲方遭受损失的，由乙方予

以赔偿。”

8. 合同第 7.2 条中建议增加关于乙方违约责任的约定，即“若非因甲方原因，乙方未按照第 2 条和第 3 条规定的使用区域和使用期限使用展馆的，应当承担违约金，计算方法为：___（说明：因乙方取消已经预定的展馆会导致甲方展馆在本合同预定的期间无法再次租用，将给甲方带来较大损失，前述违约金是双方均认为合理的赔偿数额）。”

9. 合同第 8.2 条中，建议在第一句后增加约定：“采取积极措施防止损失进一步扩大”。

10. 合同第 13 条中建议增加两条，即第 13.3 条：“甲乙双方确认：本合同是甲乙双方在充分协商沟通基础上达成的一致条款，不构成任何一方的格式条款。”第 13.4 条“本合同包括___个附件，是本合同的组成部分，与本合同具有同等法律效力。”

11. 其余个别文字修改详见《展馆使用合同》20170123 法律顾问修改版（电子邮件发送）。

以上意见，供参考。

天津张盈律师事务所
张海燕 合伙人律师
2017 年 01 月 23 日

说明：此种修改意见属于对合同文本逐条提出修改意见和建议，需要委托人的经办人结合律师的意见对合同文本进行修改。

【审查示例 2】合同审查意见书（无保留意见类型）

关于《上海市商品房预租赁合同》的律师审查意见

致：××××× 有限责任公司：

贵司 2017 年 02 月 13 日所发《上海市商品房预租赁合同》（以下简称“合同”）收悉。该合同系由贵司经办人员于 2017 年 02 月 10 日发送给律师审查，律师于当日通过邮件回复修改意见，经办人员于 2017 年 02 月 13 日反馈已采纳律师修改意见并提供最终合同版本。律师认为本次所发合同不违反法律禁止性规定，对贵司无重大不利条款，但提示贵司进行合同履行监控，避免贵方违约，同时一旦乙方出现违约行为则应及时采取维权措施。

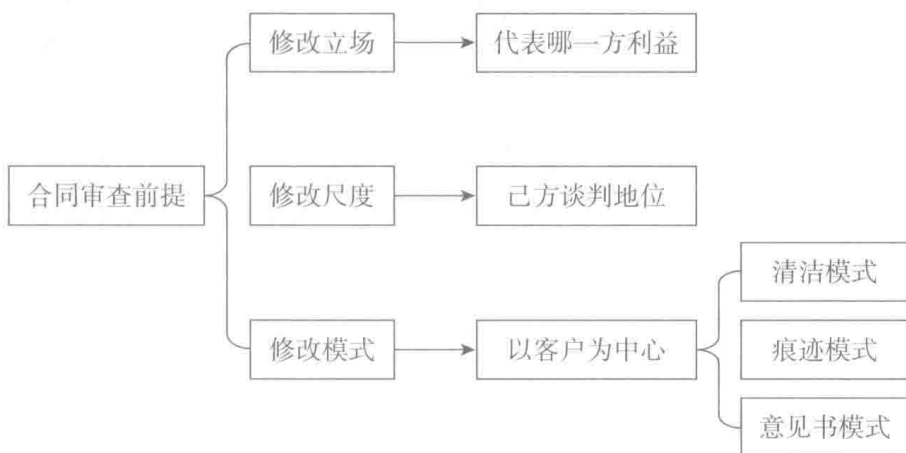
附《上海市商品房预租赁合同》20170214 终稿。

此致

天津张盈律师事务所
张海燕 合伙人律师
2017年02月14日

说明：此种修改意见属于对合同文本先以痕迹修改模式进行修改，待委托人确认后出具无保留意见的意见书，目前实践中较为常用。

本章思维体系导图：



第三章 合同审查的四个步骤

所谓步骤，是指事情进行的程序。之所以需要按照步骤进行，其根本原因在于事物内在的逻辑联系，前一步往往是后一步的前提和依据，没有前一步，就无法进行后一步。科学合理的步骤，能够让事情按照既定的计划进行，能够顺利实现行动目的。如果不按步骤办事，则可能顾此失彼，漏洞百出，进而影响目的实现。就合同的审查而言，同样需要按照一定的步骤进行。也就是说，当客户将待审合同提供给律师后，律师应当按照一定的步骤来进行审查，既要保证审查的质量，还需要保证审查的效率。实践当中，有的律师习惯于把合同分为主体、正文和签署三个部分，拿到合同以后直接从合同主体开始进行审查，逐条审查到最后。这种审查步骤，不能说有错，但往往容易陷入既定的合同条款审查之中，思维被合同文本牵着走，跳不出来，不能从整体上对合同进行审查和把握，其审查的合同往往浮于表面，审查的深度不够，有的甚至成为对个别文字、标点符号的审查，仅起到校对的作用。当律师的思维陷于既有合同文本所表达的信息之中时，容易导致“当局者迷”的状况发生，即使能够在审查合同条款时同时将缺项予以补增或者审查完毕合同条款后会审查合同的结构，也可能难以达到“旁观者清”的状态。

笔者认为，合同审查应当基于合同文本但又不限于合同文本，要有“由大及小”的思维方式，既要审查合同整体的完整性和全面性，又要审查具体条款的准确性和可操作性。只有这样，才能提高合同审查的深度，才能为委托人提供一份高质量的合同。从笔者的经验来看，基于“由大及小、层层递进”的思维方式，合同审查包括四个步骤，即审查交易模式、审查合同结构、审查合同条款和审查文字符号，其中审查合同条款是核心。具体分述如下：

一、审查交易模式

本书第一章将促进交易作为合同审查的核心目的之一，其原因在于完成交

易是委托人进行交易的终极目的，律师对合同的审查是为了保障交易的合法性并规范交易流程，进而促进交易顺利进行。正是基于这一点，律师在着手审查合同文本之前，需要对委托人的交易模式进行审查。所谓交易模式，是指合同当事人为了实现交易目的而采取的交易方式和交易安排。通俗地讲，就是合同当事人如何进行交易（即“干什么”和“怎么干”的问题）。交易模式决定了合同的法律性质、整体思路、合同框架、主要条款内容、双方权利义务及履行方式等。因此，在进行合同内容审查之前，应当首先对当事人的交易模式进行了解和审查。审查交易模式主要包括提炼交易模式和判断交易模式两部分内容：

1. 从法律角度提炼交易模式

在审查合同之前，必须要了解该合同的交易模式，否则，就根本谈不上进行审查。一般而言，常见合同的交易模式律师都会有所了解，比如普通货物买卖合同、商品房租赁合同、保证合同、货物运输合同、委托合同等。但对于一些专业性较强的领域或新出现的商业交易模式，如建设工程、期货、分布式光伏发电、PPP、P2P、融资性贸易等，律师则需要特别加以学习和掌握。对于律师而言，不一定非要像当事人一样熟知交易模式（能熟知当然更好），但至少应当知道当事人通过该合同想“干什么”，并进一步归纳出当事人之间的法律关系以及基本的权利义务。

在此，笔者推荐一种法律人提炼商业交易模式的思维方式：以合同主体为基本要素，以买卖合同规则来梳理主体之间的权利义务。其原因在于，买卖合同是实践中运用最广的一类合同，也是《合同法》规定的十五种有名合同之首，《合同法》第一百七十四条规定：“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。”实际上所有的有偿合同都可以概括为合同主体之间“获取”和“付出”两个方面的互易行为，其本质与买卖合同相似。如下图所示：



图 1. 买卖合同基本交易模式

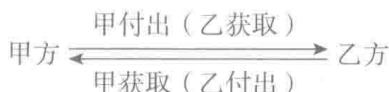


图 2. 有偿合同交易模式

在普通货物买卖合同中，卖方付出的是货物的所有权，获取的是买方支付的货款，而买方付出的是货款，获取的是卖方转移的货物所有权。在其他有偿合同中，同样也是这个道理，只不过合同主体“付出”与“获取”的内

容不一样而已。比如，在租赁合同中，出租方付出的是租赁标的一定期限内的使用权，获取的是承租方支付的租金，而承租方付出的是租金，获取的是出租方转移的租赁标的一定期限内的使用权。在委托合同中，委托方付出的是向受托方支付的委托报酬，获取的是受托方提供的服务（即为委托方完成一定的事项），受托方付出的是为委托方服务，获取的是委托方支付的委托报酬。其他有偿合同也大都如此。律师在审查合同的时候，不论多么复杂的合同，都可以参照这个方法，整理出合同主体之间的这种相互的“付出”与“获取”，进而判断合同主体之间的法律关系及相应的权利义务。

2. 判断交易的合法性

合法性是所有交易的前提，如果一项交易本身为非法，不论其交易模式如何，不论合同条款如何严谨，在当事人之间都不能产生合同的法律效力，都不能实现交易目的，甚至可能给合同当事人带来其他法律责任。最直接的例子是，如果当事人双方交易的标的是法律所禁止的（如毒品、枪支），那么不论是何种交易模式，都是非法的，甚至给当事人带来刑事法律责任。律师在审查合同过程中，在了解该合同的交易模式，提炼出该合同的法律关系及权利义务之后，第一步就要判断该合同的法律效力，这是进行合同审查的基本前提。在合同整体具备合法性的前提下，才有进一步审改的必要和意义。从民商事合同角度而言，判断交易的合法性可以有两个原则：一是遵循“法不禁止即自由”的私法基本原则，也就是说，只要没有法律明文禁止的交易，原则上当事人均可以从事，而无须有法律的明文许可；二是要深入理解《合同法》第五十二条的规定，即有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。律师在审查合同时，应当结合该条规定对合同的效力进行准确的判断，但如何理解该条规定的无效情形，一是要熟悉相关法律规定，二是要结合司法裁判经验来深入理解该条规定的内涵，比如如何认定欺诈，如何认定胁迫，何为恶意串通，国家利益、集体利益、社会公共利益如何界定等。

二、审查合同结构

如前所述，交易模式决定了合同的法律性质、整体思路、合同框架、主

要条款内容、双方权利义务及履行方式等。因此，在律师对合同的交易模式有了基本的了解和判断之后，就能够对该合同的基本框架和主要条款进行初步预判，做到“心中有数”，接下来的工作便是对合同结构进行审查。

1. 审查合同结构的目的

审查合同结构的第一个目的是审查该合同条款是否齐备、是否存在漏项。如果存在漏项，则应采用本书第六章第一节中的“补增”方法进行补增。审查合同结构的第二个目的是审查合同条款之间的逻辑性。这种逻辑性主要体现在合同条款的先后顺序以及表述方式上。就合同条款的先后顺序而言，取决于日常生活经验和思维习惯，本身并无对错之分，但影响阅读和理解。比如，一般而言，买卖合同的第一条应当是关于货物（标的）品名、规格、数量等基本信息的约定，但笔者曾审查过一份买卖合同，该合同第一条约定的内容是“运输方式”，这种约定并无错误，但与我们日常的思维习惯不符，律师在审查时可以进行调整。此外，在关于合同条款（尤其是权利义务和违约责任）的表述方式上，大致有两种方式，一种是我们国内律师常用的表述方式，将权利义务和违约责任在不同的合同条款中分别约定，比如在交货条款中约定交货时间，但逾期交货的责任置于违约条款之中。另外一种常见于国外的合同文本，将合同义务与相应的违约责任在一个条款中予以约定，其常用的表述方式是：A 方应当 ×××（义务），否则，A 方应当承担 ××× 责任，B 方享有 ××× 权利或者采取 ××× 措施。笔者曾修改过一份由国外汽车厂商提供的汽车经销协议，其中关于车辆交付时间的约定如下：

7.1 *The Company will use reasonable endeavours to deliver the Goods and/or perform the Services in accordance with any time(s) stated in the Contract but time of delivery or performance shall not be of the essence of the Contract, however Company shall use all reasonable endeavours to ensure delivery as per 5.2 of this Agreement shall take place no later than seven calendar months from the date of receipt of purchase order from NewCo. Any such time(s) are provided by way of general information only and in the event of failure to despatch or deliver or perform within such time(s) for any cause, whether within or outside the Company's reasonable control, the same shall not be a breach or repudiation of the Contract nor shall the Company have any liability to the Buyer on account thereof, save that the Buyer will be entitled to give 60 days' written notice to the*

Company requiring delivery of the Goods to be made or performance of the Services to be completed and if the Company has not delivered the Goods or completed the Services within that time the Buyer may then cancel the Order and the Company will refund to the Buyer any sums paid to the Company in respect of that cancelled Order.

(译文) 7.1 本公司将尽合理努力依照合同规定的时间交付商品和 / 或执行服务, 但交付或执行的时间并非合同之要素。本公司将尽所有合理努力确保按照本协议 5.2 条交付货物, 最迟不晚于本公司收到新公司的订单之后 7 个日历月。任何此类时间均仅通过一般信息提供, 如因任何原因未能在此时间内发货、交付或执行, 无论是否在本公司的合理控制范围内, 均不应视为对合同的违约或解除, 本公司也并不因此向买方承担任何责任, 但买方有权向本公司发送书面通知要求在 60 日内完成商品交付或服务执行, 如果本公司未能在此期间内交付商品或完成服务, 买方可取消订单, 本公司将就取消的订单退还买方任何已支付款项。

上述两种表述方式各有特点, 并无对错之分, 取决于当事人的思维习惯和表达习惯, 作为律师, 对两种表述方式均应当熟悉, 原则上尊重当事人的表述方式, 不做修改。

2. 审查合同结构的思维方式及步骤

审查合同结构同样可以采取“由大及小、层层递进”的思维方式和步骤, 即首先按照“主体、正文、签署”的三要素原则对合同结构进行审查; 其次, 参照《合同法》第十二条之规定及合同基本常识对合同结构进行审查。《合同法》第十二条第一款规定: “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。” 该条规定中列举的属于合同的基本条款, 律师应当熟知, 但同时应当注意的是, 前述规定属于示范性或提示性规定, 在不同的合同中, 这些条款的名称及内容可能会发生“演变”, 需要因“事”而异。尤其是其中的质量、履行期限、地点和方式, 在不同的合同中有不同的表现形式, 律师应当深刻理解前述规定, 而不能教条式地掌握、机械式地适用。律师在合同审查中, 首先就是要结合前述规定对合同条款进行逐一审查以便发现合同是否缺项。此外, 合同的生效条款及合同份数等也属于合同的常备条款, 实践

中缺少生效条款的合同并不在少数，律师在审查时应当予以补增；最后，根据特定交易的特殊需求对合同结构进行审查。其原因在于，不同行业的交易均有其特殊之处，也可以称之为行业特点或者是交易特点，这些特点是该合同区别于其他合同之处，尤其应当注意。比如说，凭样品买卖合同中样品的封存及质量说明就是区别于普通买卖合同的特点，在凭样品买卖合同中就应当特别予以关注和审查，如果没有该条款，就应当予以补增。

三、审查合同条款

在合同结构基本齐备的情况下，律师需要做的下一步工作就是对合同条款进行审查。实务中，很多律师往往把合同条款审查当作合同审查的第一步，认为这才是主要的。但这种做法并不可取，因为这种审查方法容易把律师的思维局限于既有的合同文本而无法从合同文本中“跳”出来对该合同进行立体审查和整体审查，进而可能导致不能意识到合同的漏项及条款之间的逻辑联系。笔者的观点是：审查合同条款是合同审查的核心和重要工作内容，但前提是建立在对交易模式和合同结构进行审查的基础之上。

1. 审查合同条款的目的

审查合同条款的第一个目的是让合同内容具有可操作性，即确保合同双方能够按照合同条款的约定来履行各自义务，最终实现合同目的。比如笔者的一个顾问单位的主营业务是提供智能家居展示平台，简言之就是厂商（或销售者）将产品置于展示平台，由消费者进行选购，类似于超市，但所不同的是该平台并不直接向消费者提供产品，该平台上的产品为展品，消费者选购之后由厂商（或销售者）直接向消费者提供产品及安装服务。笔者在审查该公司与厂商（或销售者）之间的展销合同时，就是采用这个方法将该单位的营业模式合同化和规范化。第一，约定清楚厂商（或销售者）如何提供展品、展品如何展示、展品的保护及损耗责任如何承担、如何更换。第二，约定清楚展品的定价及价格调整机制。第三，约定清楚平台的订单如何提交给厂商（或销售者）、如何确认。第四，约定清楚消费者如何支付费用、平台与厂商（或销售者）之间如何结算、何时结算。第五，约定清楚厂商（或销售者）何时送货、如何送货。第六，约定清楚售后服务由谁承担、如何承担。当这些问题都以合同条款形式确定之后，该公司与厂商（或销售者）之间的交易就可以按照既定步骤和程序来进行了，否则，就可能在实践当中由于合同的操作

性差而导致双方对某一事项或义务产生分歧和争议。

审查合同条款的第二个目的是审查合同条款的合法性。法律上合同的无效包括合同整体无效和个别条款无效。合同整体无效是指合同本身存在《合同法》第五十二条规定的无效情形而整体受到法律的否定。合同个别条款无效是指合同中的个别条款因违反法律规定而不产生法律效力，但合同的其他条款继续有效。关于合同整体效力问题，在审查交易模式阶段解决。而关于个别合同条款的效力问题，则在审查合同条款时予以解决。比如《合同法》第五十三条规定：“合同中的下列免责条款无效：（一）造成对方人身伤害的；（二）因故意或者重大过失造成对方财产损失的。”第二百一十四条第一款规定：“租赁期限不得超过二十年。超过二十年的，超过部分无效。”《担保法》第九十一条规定：“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。”《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》第一百二十一条进一步规定：“当事人约定的定金数额超过主合同标的额百分之二十的，超过的部分，人民法院不予支持。”律师在审查合同条款时，对于此类有法律明文规定的条款应当依法进行审查和修改，确保该条款的合法性。

2. 审查合同条款的方法

审查合同条款的方法是：按照既定的合同结构，以“可操作性”为原则，多想、多问，逐条审查。在审查具体的某一条款时，应当有“打破砂锅问到底”的精神，将该条款所要约定的事项约定得清清楚楚。比如在审查合同主体条款时，就应当把主体的真实性、完整性、签约能力及履约能力逐一进行审查，脑子里应当想着这个主体是依法存续的吗？何时成立的？有没有相应的证件？证件上记载的信息与合同中记载的信息一致吗？如果不一致，以哪个为准？这个主体有签约资质吗？是否需要上级部门的授权或内部权力机构的授权？这个主体是否涉诉？诉讼地位及诉讼结果如何？是否在失信人员名单之中等，解答这些问题的过程实际上就是一个完整的审查过程，在这些疑虑都被打消的情况下，对于合同的主体审查也就可以得出肯定性结论了，倘若部分事项存疑，则应当提示委托人核实或提示其注意潜在的风险。再如，对于质量条款的审查，应当对质量标准、质量检验、质量异议等进行逐一审查，脑子里应当思考该质量标准是否真实存在？是否具有适用性？是否有新的标准予以替代？如何进行质量检验？检验机构如何确定？如何送检？检验费用由谁承担？检验结果如何确认？如果检验结果不符合约定，如何提出异议以

及提出异议后如何处理，等等。

对于合同主要条款的审查方式和要点，在本书中篇“合同审查的基本技能”中有较为详细的介绍，此不赘述。对于其他条款，均可以参照这一方法进行审查，律师在审查此类条款时要时刻提醒自己，律师的职责是用法言法语将当事人的商业交易模式规范化和权利义务化，要使之具备可操作性。

四、审查文字符号

审查合同的文字符号是合同审查的最后一步，其作用在于保障合同条款的准确性、严谨性以及合同形式的统一性。合同作为一种法律文件，要力求准确无歧义。合同条款是当事人权利义务的外在表现形式，是将当事人意思表示固化的载体，也是在合同履行中判断合同各方履约行为是否符合约定的客观标准。但由于当事人的法律水平、表述方式和文字功底差异，实践中律师往往需要对委托人送审的合同进行大量的文字和符号的修改。结合实践中常遇到的问题及审查经验，在审查合同的文字符号时应坚持以下原则：

1. 坚持使用法言法语

法律语言与生活语言不同，在合同中要尽量使用法言法语。如“定金”不能写成“订金”，前者为法律用语，后者为生活用语；“支付”不宜写成“偿付”。在合同权利义务概括转移的场合，应当使用“甲方将其在本合同中的权利义务概括转移乙方”的表述，而不宜采用“甲方在本合同中的权利义务由乙方继承”的表述。此外，由于表述方式不同，在审查台湾地区客户的合同时特别注意，比如待审合同的表述为“当乙方迟延付款达30日者，甲方得解除合同并请求赔偿”，这种表述在大陆地区就会引发歧义，建议修改为“若乙方迟延付款达到30日以上（含30日）的，甲方有权单方解除本合同并要求乙方赔偿甲方遭受的损失（最好能约定损失的计算方式）”。

2. 尽量使用封闭性表述

所谓封闭性表述，是指履行义务的条件或时间或者合同条款的外延是确定的。尤其在涉及时间的条款中，应当采用“×××后×××日之内”“×××年××月××日之前”这类的表述，而不宜采用“×××之后”之类的表述，因为“后”是一个开放性的表述，“后”一天是“后”，“后”一年同样也是“后”，容易产生争议。此外，像“严重违约”“重大事项”等也属于开放性表述，较

为抽象，难以衡量。对于确实无法完整确切表达的内容，可采用列举加概括的相对封闭性表述方式。比如在笔者审查过的一份租赁合同中，待审合同关于租期的约定为：“自交付日起共计 38 个月，即 2017 年 ___ 月 ___ 日至 2020 年 ___ 月 ___ 日。自交付日起至 12 个月届满之日止的这一段期限为第一个租赁年。第一个租赁年届满之次日为第二个租赁年的起算日，每 12 个公历月为一个租赁年，以此类推。租赁期满后，乙方在合同期内无重大根本性违约，此合同自动续约 2 年，即 24 个月。后续两年基本租金，是在前一年度基本租金基础上，每年递增 5%。”笔者在审查时认为“重大根本性违约”这一表述属于开放性表述，实践中难以客观衡量，容易产生争议。经与合同经办人员沟通后，就采取了列举加概括的方式，修改意见为：“本款所称重大根本性违约包括：（1）乙方在租赁期内出现过两次以上逾期支付租金及相关费用的行为；（2）乙方在租赁期内因违法或违规经营被有关部门处罚；（3）乙方因其不当经营行为遭到顾客投诉并造成不良影响；（4）乙方出现其他不符合本合同约定的行为，经甲方催告两次以上仍未有效整改的；（5）其他重大违约行为。”。

3. 指代应明确

在某些合同中，会出现具有特殊含义的用语，该用语仅适用于该合同，而不具有普遍适用性。这种用语一般会在合同中多次出现，具有特殊的指代性，它能够简化合同，避免重复啰唆，但必须注意该用语的含义及指代必须明确。比如在商场的商铺租赁合同中，“商场”“店铺”“公共区域”“开业日”“销售额”等均具有特定的含义，需要加以明确，否则容易让人难以理解。实践中，一般有两种做法，一种是这种特定用语数量较少的情形，可以在该用语第一次出现的条款中加以简化。如在简单的股权收购合同中，可以在第一条中做如下表述“天津 ××× 公司（以下简称‘目标公司’，成立于 ××× 年 ×× 月 ×× 日，甲方持有目标公司 30% 的股权）”，在该表述中，“目标公司”就是特指“天津 ××× 公司”。另一种是特定用语的数量较多的情形，一般在较为复杂的需要长期履行的合同中出现，在此情形下，则应在合同的首部单列一条“定义”或“词义解释”，将该合同中所有特定用语及其含义予以列明。

4. 表述无歧义

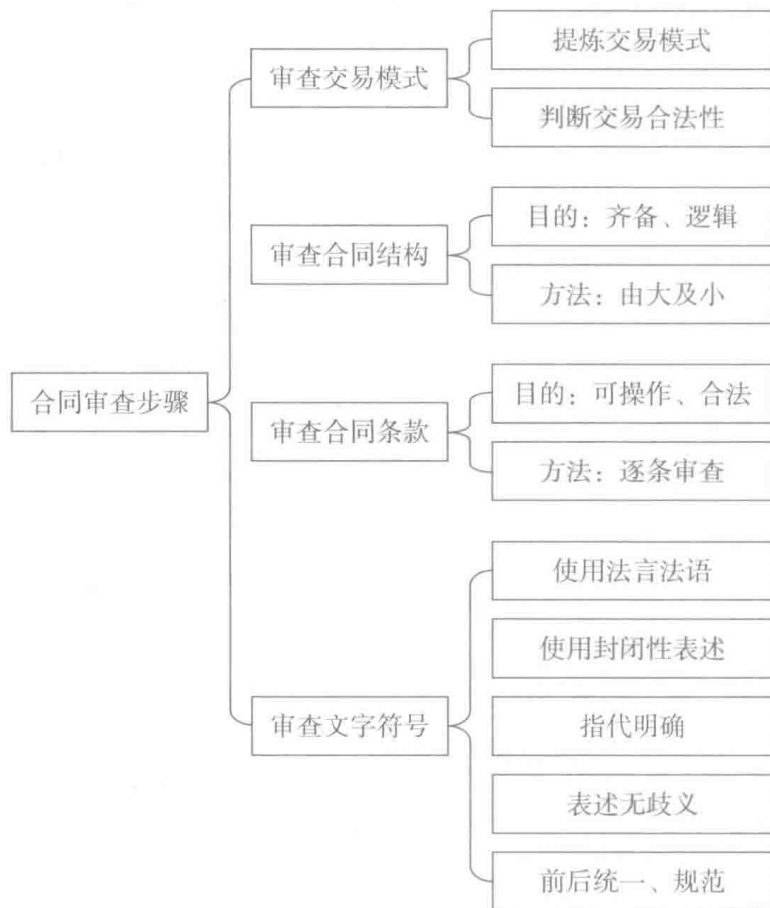
所谓表述无异议，指的是合同语言的表述要准确表达当事人的真实意思表示，不能产生歧义。实践中，很多争议往往是由于对合同条款的含义理解

不一致而产生。比如，甲乙双方之间签署一份买卖合同，乙方作为买方，请丙方向甲方出具一份保证书，但丙方出具的保证书内容为“丙方保证乙方按时付款，否则由丙方承担责任，并提供自有房屋作为担保”。在乙方未能按时付款的情况下，丙方的责任究竟是保证责任还是债务承担，对于其责任期限和责任范围影响是不一样的。若是保证责任，责任范围包括主债务及利息等，但受保证期间的限制；若是债务承担，则责任范围仅限于主债务，但适用普通诉讼时效。再如，笔者曾办理的一起案件中，王某及其注册成立的甲公司与赵某及其成立的乙公司签订了一份债权债务转让协议，约定甲公司对乙公司的欠款转为王某对赵某的欠款，并进一步约定王某以价值1000万元的三套别墅抵债。协议签订后，赵某随即以三套别墅价值不足1000万元为由起诉要求撤销该条款，法院支持了赵某的诉讼请求。笔者代理后，以重大误解为由另案起诉要求撤销该协议，原因在于在签约之前双方实地勘察过三套别墅，王某的真实意思表示是以三套别墅抵债而非以1000万元的房屋抵债，最终法院也支持了王某的诉讼请求。本案之所以产生，其合同原因就在于该合同中对于以物抵债的“物”的表述存在歧义，即究竟是强调三套别墅还是强调三套别墅的价值？倘若将“价值1000万元的”这一表述删除，则赵某的诉讼请求难以得到支持，若在“三套别墅”后注明“价值不得低于1000万元”，则王某的诉讼请求难以得到支持。

5. 前后要统一、规范

所谓前后要统一，包括合同中称谓的统一和标点符号的统一。比如在建设工程施工合同中，若合同首部以“甲方”指代“发包方”，以“乙方”指代“承包方”，则整个合同中均应以“甲方”和“乙方”表述双方主体，而不应再出现“发包方”或“承包方”的称谓。就标点符号而言，一般在条款名称后面不加符号，但不应出现第一条后面没有符号，而第二条后面加上“冒号”的情形。在具体某一条之下，若有若干并列款项，则并列款项之间应当均用“分号”或均用“句号”，而不宜混用。此外，合同条款的标号及空格方面，也应统一，合同条款的标号要么采用“一、（一）、1、（1）”的标号方式，要么统一为“1、1.1、1.1.1”的标号方式，而不宜混用。对于标点符号的使用，除了统一之外，还应当符合标点符号的使用规范。在标点符号的用法方面，现行有效的国家标准是2011年修订的《标点符号用法》（GB/T 15834-2011），应当加强对该标准的学习和运用，规范标点符号的使用。

本章思维体系导图：



第四章 合同审查的五个标准

本书所称合同审查的标准，不是指审查技术或方法的标准，而是指经过审查后的合同所应达到的标准。之所以提出审查合同的标准，是基于两个方面的考虑：

一是待审合同本身存在缺陷。若无缺陷，则无须修改。有的待审合同是权利义务条款严重失衡、有的是条款前后矛盾、有的是个别条款违法、有的是缺乏操作性、有的是文字符号错误……这些缺陷不一而足、因“合同”而异。作为受人之托进行合同审查的律师，有责任、也有义务发现这些缺陷并将之弥补，经过律师审查的合同不能存在明显缺陷和对当事人的重大不利条款。这是律师审查合同的基本要求，也是委托人委托律师进行合同审查的基本目的。

二是没有完美的合同，只有相对完善的合同，完美只是一种追求。因此，我们无法定义一个终极的合同审查的标准，而只能是从合同审查目的的角度来提出一个基本的标准，并在此基础上追求合同的相对完善。

如前所述，合同审查的核心目的是防范风险和促进交易，因此，作为一份经过律师审查后的合同，至少应当符合合规性、周延性、公平性、可操作性和倾向性五个标准。

一、合规性

1. 合规性的含义

从私法自治的角度来说，合同就是当事人之间针对特定交易事项的“规则”和“法律”。当事人之间订立合同的基本目的是为了以书面条款的形式来固定双方关于合同交易事项的若干规则，且这些规则应具有法律的约束力，按照规则履行义务和行使权利的一方，其行为及要求的正当性能够被法律所

认可。而违反规则一方，其行为将遭到法律的否定性评价，守约一方可以按照合同的约定追究违约一方的法律责任，且这种追责有国家强制力作为保障。而当事人之间的约定要具有法律的约束力，就必须符合法律的规定。若一份合同不符合法律的规定，任凭其表述如何精准华丽、结构如何完美、条款如何齐备，都无法具有法律上的约束力。因此，律师审查合同的首要标准就是要保障合同的合规性，这种合规性包括三个方面的含义：

（1）排除无效情形

合同无效，包括合同整体无效和个别条款无效。其中《合同法》第五十二条规定的五种情形就属于合同整体无效，包括：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。这是《合同法》关于合同整体无效的法定情形，其中尤其要注意的是第5种情形。《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）》第十四条规定：“合同法第五十二条第（五）项规定的‘强制性规定’，是指效力性强制性规定。”《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第十五条也规定：“……违反效力性强制规定的，人民法院应当认定合同无效；违反管理性强制规定的，人民法院应当根据具体情形认定其效力。”

关于“违反法律、行政法规的强制性规定”，在实践中，应当进一步注意的是：首先，认定合同无效的依据只能是法律和行政法规的强制性规定，行政法规、地方性法规的强制性规定不能否定合同的效力；其次，该强制性规定应为效力性强制规定，而非管理性强制规定。管理性强制规定是指法律及行政法规未明确规定违反此类规定将导致合同无效的规定。效力性强制规定是指法律及行政法规明确规定违反该类规定将导致合同无效的规定，或者虽未明确规定违反之后将导致合同无效，但若使合同继续有效将损害国家利益和社会公共利益的规定。前者的立法目的在于否定该行为的法律效力，后者的立法目的在于防止该类行为的发生。

此外，《合同法》及一些部门法中还个别条款的效力进行了规定，如《合同法》第四十条规定：“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。”第五十三条规定：“合同中的下列免责条款无效：

(一)造成对方人身伤害的;(二)因故意或者重大过失造成对方财产损失的。”第二百一十四条第一款规定:“租赁期限不得超过二十年。超过二十年的,超过部分无效。”

律师在审查合同时,首要的工作就是排除合同的无效情形。如果是合同整体无效,则无须进行修改,直接告知委托人该合同属于无效合同。若是合同个别条款无效,则将该无效条款进行删除或修改即可,比如对于超过20年期限的租赁合同,将租期修改为20年以下即可。

(2)符合法律法规及规章政策

排除无效情形,只能解决合同具备法律效力的问题,却不能排除当事人的违法责任问题。因此,必须进一步审查该合同是否符合法律法规的规定,此处所称的法律法规,泛指法律、行政法规、地方性法规、规章、规范性文件以及党的政策、行政政令等带有管理性的各种规则、规范和要求。违反这些规则、规范和要求,可能会给当事人带来行政处罚、行政处分或党纪处分的风险。比如,违反规定将施工资质借与他人使用的行为可能会给当事人带来行政处罚,未按照规定进行评估而对国有资产进行处分的行为可能会给当事人带来行政处分,在国家明令禁止政府用房出租的情况下擅自将政府用房对外出租则可能给当事人(或其负责人)带来党纪处分。这些风险,都是律师在审查合同过程中应当及时发现并提示当事人进行整改或修正的。

(3)符合内部规定

所谓内部规定,主要是针对单位主体而言,公司有其章程,单位也有其管理制度,违反章程或制度所签订的合同,对外而言其效力不一定会被否认,但一方面可能会导致相关利益主体对合同效力提出质疑(如其他股东行使撤销权),另一方面也极有可能导致当事人的负责人遭受内部追责(比如子公司未按照母公司的规定程序签订合同,很可能会导致子公司的负责人受到母公司的追责)。律师在审查合同过程中,尤其是在为常年服务的客户审查合同时,应当尽可能地掌握这些内部规定,帮助当事人(及其负责人)避免此类风险,这不仅是律师尽责的表现,也是获得当事人信任和依赖并维系长期法律服务关系的重要保障。

2. 合规性审查要点

上述所分析的是合规性的内涵,具体到对合同的合规性审查时,重点审查以下几个方面的合规性: