

一本拿来即用的签约指南

Contract Trap

合同陷阱

50个签约技巧与风险防范

余斌 / 著

选取最常使用的合同类型，归纳审查要点
直击合同核心条款，提示合同陷阱与风险
指明合同起草要素，总结合同设计技巧
精准揭示签约焦点，提供有效应对策略
收录实用范本，精选典型案例，全面、系统提供签约法律支持

平乱网docsriver.com商家巨力法律书

Contract Trap

合同陷阱

50个签约技巧与风险防范

余斌 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

合同陷阱：50 个签约技巧与风险防范 / 余斌著. —北京：
中国法制出版社，2017. 1

(大众法律顾问系列)

ISBN 978-7-5093-7808-3

I. ①合… II. ①余… III. ①合同法—基本知识—中
国 IV. ① D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 210654 号

策划编辑 朱丹颖

责任编辑 朱丹颖

封面设计 杨泽江

合同陷阱：50 个签约技巧与风险防范

HETONG XIANJING: 50GE QIANYUEJIQIAO YU FENGXIANFANGFAN

著 / 余 斌

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 1 月第 1 版

印张 / 16.25 字数 / 302 千

2017 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-7808-3

定价：48.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码：100031

网址：<http://www.zgfs.com>

市场营销部电话：66033393

值班电话：66026508

传真：66031119

编辑部电话：66067369

邮购部电话：66033288

(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)

前言

在日常生活和商业交往中，合同是最常见的规范当事人权利义务的法律文书，几乎所有的纠纷都会涉及合同。然而，在复杂多样的市场环境中，为了追求商业利益最大化，一些“精明人”便千方百计地在合同上“下功夫”，埋下一个个陷阱，当事人一不小心掉进去，不但可能会失去本应该得到的利益，还有可能会因此倾家荡产，实践中因经济合同纠纷导致企业陷入困境的例子也比比皆是。因此，签订一份完美的合同，既能够保障商业活动的正常进行，又能有效预防和避免纠纷的产生；而如果签订一份有漏洞、有缺陷的合同，往往会后患无穷。这就提醒人们在签订合同的时候，一定要擦亮自己的眼睛，慎之又慎。

如何签订一份完美的合同？面对众多的合同陷阱，如何来“填”，如何来“跳”？签订合同过程中应当注意哪些要点、防范哪些风险以及掌握哪些技巧？本书正是为解决这些问题而撰写的。

本书作者长期从事律师工作，根据自己多年来丰富的法律工作经验，选取日常生活中公民个人以及企事业单位经常遇到的合同，诸如买卖合同、借款合同、商品房买卖合同、劳动合同、装修合同、租赁合同、股权转让合同、担保合同、旅游合同等，对每种类型的合同，先介绍相关基本法律知识，然后概括和总结此类合同可能存在的陷阱、风险，并在相应的合

同范本中对重点条款作签订提示。

概括起来，本书具有以下特点：

——**操作性**。目前市面上虽然充斥着合同法解答、释义、以案说法等不同版本的图书，但大都侧重于普法性。本书克服了当前就合同法律知识泛泛而谈和不敢触及现实问题的教科书式的讲解，将合同订立过程中遇到的种种问题一一展现，力图帮助读者在较短的时间内掌握有关合同风险防范与签订技巧，具有很强的操作性。

——**针对性**。本书对合同签订过程中所涉及的焦点问题进行了具体详细的阐述，揭示了常见合同条款陷阱的不同表现形式，并在分析、研究各种条款陷阱形成的法律原因及其法律适用的基础上，提出了一系列行之有效的应对策略，具有极强的针对性。

——**前瞻性**。本书不仅对合同签订过程中的传统知识诸如合同的解除与终止及其赔偿等热点问题进行了关注，而且对合同法律适用中具有前瞻性的法律问题，如双方当事人违背诚信原则订立合同的效力及其后果，合同签订中的漏洞填补规则、法律风险及其补救措施等进行了探讨。

——**系统性**。本书内容架构及体例安排独到、合理，旨在为读者签订、履行、变更、解除、终止合同和解决合同争议提供有效的法律支持，并为纠纷防范提出了具有超前性的解决思路，从而为读者正确适用合同法律法规创造条件。

本书在编写过程中广泛参考了各类资料，以求准确把握现实生活中各种合同的风险防范与签订技巧，对这些材料的编著者，在此表示诚挚的感谢。同时恳请广大读者不吝赐教，读者的收获是作者最大的欣慰和满足。

余斌

2016年7月于北京

修订再版序言

《合同陷阱——50个签约技巧与风险防范》一书自2010年6月第一次出版后，短短1年时间便已脱销，2011年便第二次印刷。第二次印刷至今已五年，本书也早已被抢购一空。在这些年的法律实务工作中，不少学者和朋友向我要书，无奈手头阙如。本书作为一本法律实务著作，能够得到广大读者的认可，本人深感欣慰。

应广大读者的要求，经与中国法制出版社商议，遂对本书内容作些许调整，并对原书通篇进行字斟句酌的思考、研究，力求减少和消除一切瑕疵、错误。本次再版已结合当前我国新颁布和出台的相关法律法规作了进一步修订和完善，以见全貌。

本书得以修订再版，首先，要感谢中国法制出版社的领导给予的关心和大力支持，尤其要感谢中国法制出版社编辑朱丹颖女士，她在本书修订和再版过程中提出了诸多宝贵意见和建议；其次，要感谢中国法制出版社参与修订、编辑本书的全体同志，是他们的辛勤努力，才能让本书如期呈现；再次，要衷心感谢广大读者，是你们一直以来的支持与厚爱，促使我更加勤奋努力地学习、思考和创作，坚定了我从精从细写好这本书的信心和决心！

《诗》云：“如切如磋，如琢如磨。”又云：“它山之石，可以为错。”因作者水平有限，且修订时间仓

促，书中疏漏和错误之处在所难免，恳请广大读者斧正。

古语曰：授人以鱼不如授人以渔。衷心希望本书能成为广大读者的良师益友，读者的收获，便是我莫大的荣幸和满足。

谨祝广大读者幸福、安康！

余斌

2016年7月于北京

目录

第一章 合同概述

- 一、合同的概念与法律特征 / 002
- 二、合同的内容与形式 / 003
- 三、合同的订立原则与订立程序 / 007
- 四、合同的成立与生效 / 010
- 五、合同的履行与变更 / 011
- 六、合同的漏洞及处理 / 012
- 七、合同的解除及法律后果 / 014
- 八、违约责任 / 017
- 九、合同的起草、审查与修改 / 021

第二章 买卖合同陷阱与风险防范

【常识导读】

- 一、买卖合同的概念与特征 / 028
- 二、买卖合同当事人的义务 / 029

【签约陷阱与风险防范】

- 一、签订买卖合同前必须注意的事项 / 032
- 二、签订合同应尽量采取书面形式并使用比较标准的合同范本 / 033
- 三、买卖合同的签订要点及技巧 / 034
- 四、如何在买卖合同中选择对自己有利的管辖法院 / 039
- 五、常见买卖合同的漏洞处理 / 040
- 六、买卖合同签订后的管理 / 041

【实例解析】

1. 传真询问对方是否有货，是否属于要约？ / 042

2. 合同中约定交货事宜由第三方负责，义务方应否承担违约责任？ / 044
3. 以口头形式订立的合同受法律保护吗？ / 045
4. 承诺期限应当如何计算？ / 046
5. 订立合同时对货物材料认识错误，是否构成重大误解？ / 047
6. 未成年人未经家长同意购买电脑，家长不同意是否构成违约？ / 048
7. 因亲属受伤未能按期履行合同，能否以不可抗力主张免责？ / 049
8. 以合同未明确约定为由要求解除合同，其理由应否给予支持？ / 050

【合同范本及签订提示】

- 买卖合同 / 051

第三章 借款合同陷阱与风险防范

【常识导读】

- 一、借款合同的概念与种类 / 058
- 二、借款合同的法律特征 / 059
- 三、借款合同当事人的权利与义务 / 060

【签约陷阱与风险防范】

- 一、常见借款合同纠纷产生的原因 / 061
- 二、金融机构借款合同签订陷阱与风险防范 / 062
- 三、民间借贷合同签订陷阱与风险防范 / 065

【实例解析】

1. 先扣除利息的借款是否受法律保护？ / 068

2. 欠条没有欠款人名字, 举证责任应当由谁承担? / 069
3. 借条出具时间和承诺还款的时间均未注明年份, 应当如何认定? / 071
4. 承认对方主张的借款约定利息的事实后还能反悔吗? / 073
5. 欠条的内容与当事人陈述相矛盾, 应当如何认定? / 074
6. 借贷双方均缺乏确凿证据但一方主张的事实合乎情理, 应否支持? / 076

【合同范本及签订提示】

民间借贷合同 / 078

第四章 商品房买卖合同陷阱与风险防范

【常识导读】

- 一、商品房买卖合同的概念与法律特征 / 084
- 二、商品房销售广告和宣传材料的法律性质 / 084
- 三、商品房预售合同概述 / 085

【签约陷阱与风险防范】

- 一、签订合同前应注意审查的事项 / 088
- 二、要注意物业服务合同与售房合同的区分 / 089
- 三、尽量将开发商在商品房售楼广告中的承诺写入合同 / 090
- 四、签订合同时应防止房屋面积方面的欺诈 / 090
- 五、签订合同时应防止房屋质量方面的欺诈 / 091
- 六、合同中如约定定金, 应对定金的返还作出约定 / 091
- 七、约定房产证的交付时间 / 092
- 八、注意购房合同的免责条款 / 092
- 九、签订合同时要警惕房地产企业“一房二卖” / 093

【实例解析】

1. 对违约金约定较低, 如何要求开发商赔偿? / 094
2. 未办理房屋产权变更登记手续, 是否导致买

卖合同无效? / 095

3. 开发商一房二卖, 购房者能否单方解除购房合同? / 096
4. 出卖共有房屋的行为是否一律认定为无效? / 097
5. 施工中遇到纠纷导致逾期交房, 开发商是否可以免责? / 098

【合同范本及签订提示】

商品房预售合同 / 099

第五章 装修合同陷阱与风险防范

【常识导读】

- 一、装修概述 / 116
- 二、常见装修纠纷的种类及解决方式 / 116
- 三、装修合同的主要内容 / 117

【签约陷阱与风险防范】

- 一、常见装修合同的陷阱 / 117
- 二、签订装修合同的技巧 / 118

【实例解析】

1. 施工方未取得装修装饰资质, 签订的装修合同是否有效? / 123
2. 因装修材料存在质量缺陷, 造成损害应当由谁赔偿? / 124

【合同范本及签订提示】

家庭装修合同范本 / 125

第六章 租赁合同陷阱与风险防范

【常识导读】

- 一、租赁合同的概念与法律特征 / 134
- 二、出租人的权利与义务 / 135
- 三、承租人的权利与义务 / 136
- 四、转租 / 137

【签约陷阱与风险防范】

- 一、常见租赁合同的陷阱识别 / 138
- 二、租赁合同风险防范 / 139

【实例解析】

1. 口头租赁协议的效力应当如何认定? / 142
2. 转租人因客观原因不能提供产权材料导致合同解除, 是否承担违约责任? / 143
3. 房屋卖出后, 出卖人与承租人所签租赁协议是否有效? / 145
4. 承租人因出差将租赁房屋转租, 出租人是否有权解除合同? / 146

【合同范本及签订提示】

租赁合同 / 147

第七章 劳动合同陷阱与风险防范

【常识导读】

- 一、劳动合同的概念与特征 / 152
- 二、劳动合同的种类 / 152
- 三、劳动合同的内容 / 154

【签约陷阱与风险防范】

- 一、常见劳动合同的陷阱识别 / 157
- 二、劳动合同签订技巧与风险防范 / 159

【实例解析】

1. 签订劳动合同的主体不具有法定资格, 发生纠纷能否向法院起诉? / 163
2. 国家机关能否成为劳动合同的主体? / 165
3. 在试用期内, 用人单位能否随时与劳动者解除劳动关系? / 166
4. 约定工作岗位随机调整, 劳动者能否自行变换工作岗位? / 168
5. 用人单位以劳动者在试用期内要求修改合同为由单方面解除劳动合同, 是否合法? / 169
6. 违法订立竞业限制协议, 应当如何处理? / 170
7. 约定工程款结清后再支付劳动报酬, 该约定是否有效? / 172
8. 以假文凭订立的劳动合同被解除后, 能否要求单位支付经济补偿? / 173

【合同范本及签订提示】

劳动合同(固定期限) / 174

第八章 赠与合同陷阱与风险防范

【常识导读】

- 一、赠与合同的概念 / 182
- 二、赠与合同的特征 / 182
- 三、赠与合同的撤销 / 183

【签约陷阱与风险防范】

- 一、明确赠与合同各种表现形式之间的区别 / 184
- 二、签订赠予合同应注意审查的事项 / 184
- 三、签订赠予合同应考虑的细节 / 185

【实例解析】

1. 赠与与财产交付前, 赠与人能否撤销赠与? / 185
2. 解除赠与合同给受赠人造成损失的, 是否赔偿? / 187

【合同范本及签订提示】

赠与合同 / 189

第九章 居间合同陷阱与风险防范

【常识导读】

- 一、居间合同的概念与法律特征 / 194
- 二、居间人的报酬 / 195
- 三、居间人的义务 / 195

【签约陷阱与风险防范】

- 一、明确居间合同的主要内容 / 196
- 二、明确居间报酬的支付条件 / 196
- 三、注意居间服务广告内容的欺瞒 / 197
- 四、明确居间方的法律地位和责任 / 197
- 五、应谨慎审查居间方设置的违约条款 / 197

【实例解析】

1. 委托人与第三人履行合同过程中发生意外, 居间人应否承担责任? / 198
2. 居间合同约定“买卖不成交, 委托人须支付

违约金”，是否有效？ / 199

3. 根据求租广告寻找承租人并与之订立居间合同，事后能否向求租人取酬？ / 201

【合同范本及签订提示】

居间合同 / 203

第十章 委托合同陷阱与风险防范

【常识导读】

- 一、委托合同的概念 / 206
- 二、委托合同的特征 / 206
- 三、委托人与受托人的义务 / 207

【签约陷阱与风险防范】

- 一、当事人条款 / 208
- 二、委托处置的事务 / 208
- 三、双方当事人的权利、义务 / 208
- 四、报酬 / 209
- 五、完成委托事项的质量要求 / 209
- 六、完成委托事项的期限 / 209
- 七、违约责任 / 209
- 八、争议解决的方式 / 209

【实例解析】

1. 委托人解除合同，应否全额支付报酬？ / 210
2. 委托人解除合同，应否支付违约金？ / 211

【合同范本及签订提示】

委托合同 / 212

第十一章 旅游服务合同陷阱与风险防范

【常识导读】

- 一、旅游服务的概念与法律特征 / 216
- 二、旅游服务合同的内容 / 217
- 三、包价旅游合同 / 218

【签约陷阱与风险防范】

- 一、明确签约主体 / 219
- 二、注意旅游合同中的格式条款和免责条款 / 219
- 三、旅游合同中的数量、质量、价款等内容应当明确、具体 / 220
- 四、明确违约责任 / 221

【实例解析】

1. 旅行社擅自改变乘车标准，旅游者能否撤销合同？ / 222
2. 擅自转让旅游业务给旅游者造成损失，应否承担违约责任？ / 223

【合同范本及签订提示】

团队境内旅游合同 / 224

第十二章 股权转让合同陷阱与风险防范

【常识导读】

- 一、股权转让合同的概念和特征 / 234
- 二、有限责任公司股权转让的限制 / 234

【签约陷阱与风险防范】

- 一、明确限制股权转让的情形 / 235
- 二、签订股权转让协议注意事项 / 236

【实例解析】

1. 股权转让未办理登记，转让协议是否有效？ / 238
2. 通过场外拍卖转让国有股权，该转让是否有效？ / 240

【合同范本及签订提示】

股权转让协议（有限责任公司适用） / 241

附录 常见合同陷阱与风险防范表

CHAPTER 1

第一章

合同概述

一、合同的概念与法律特征

(一) 合同的概念

合同又称契约、协议，在民法领域，合同泛指一切确立平等主体之间权利义务关系的协议。日常生活中，我们经常所说的合同、协议仅指民法上的合同，又称民事合同。《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）第85条规定：“合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。依法成立的合同，受法律保护。”《中华人民共和国合同法》（以下简称《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。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议适用其他法律规定。”据上述法律可知，我国《合同法》规定的合同是具有财产关系的民事合同，如债权债务合同、物权合同等，但不包括身份关系的合同，如离婚协议、收养协议、监护协议等。生活中常见的合同有哪些呢？我国合同法分则列出了以下15种合同：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。以上15种合同在法学理论上称为“有名合同”^①。但并不是只有有名合同才是有效的，凡是当事人自愿订立的合同，都可以任意约定合同或协议的名称，只要合同不违反国家法律法规，不违反社会公序良俗，即使《合同法》没有专门将它列出，也是有效的，同样受国家法律的保护。

(二) 合同的法律特征

一般来说，合同具有以下法律特征：

1. 合同是平等主体之间的民事法律关系

合同当事人的法律地位平等，没有高低、从属之分，不存在命令者与被命令者、管理者与被管理者的区别。这意味着合同当事人一方不得凭借行政权力、经济实力等优势地位将自己的意志强加给另一方。

^①有名合同，是指法律对某类合同赋予专门名称，并设定专门规范，如《合同法》分则所规定的十五类合同。与之对应的是无名合同，我国《合同法》第124条将无名合同限定为“本法分则或者其他法律没有明文规定的合同”。

2. 合同是多方当事人的法律行为

合同的主体必须有两个或两个以上，合同的成立是各方当事人意思表示一致的结果。

3. 合同是从法律上明确当事人之间特定权利与义务关系的文件

合同在当事人之间设立、变更、终止民事权利义务关系，以实现当事人的特定经济目的。

4. 合同是具有相应法律效力的协议

合同依法成立生效之后，对当事人就具有了法律上的拘束力。合同只在特定的当事人之间发生效力。

二、合同的内容与形式

(一) 合同的内容

合同的条款就是合同的内容。合同当事人之间的权利义务关系，除法律规定外，主要由合同的各项条款确定。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。当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同。”合同的条款是否完整、准确，不仅决定了合同能否成立、生效，同时决定了合同当事人之间能否顺利地履行合同，实现订立合同的目的。现将《合同法》规定的上述九项内容简述如下：

1. 当事人的名称或者姓名和住所

当事人是合同的主体，当事人条款是每一份合同必备的条款。合同中如果不写明当事人，就无法确定权利的享有者和义务的承担者，发生纠纷也难以解决，特别是在合同涉及多方当事人的时候更是如此。因此，合同中不仅要列明相关当事人，而且要把当事人名称或者姓名和住所都写准确、写清楚。

2. 标的

标的是合同当事人的权利义务指向的对象。标的是合同成立的必要条件，是一切合同的必备条款。合同的种类很多，合同的标的也多种多样。当事人在签订合同时，对标的描述应当细致、准确、清楚，防止差错。特别是对于那些不易确定的无形财产、劳务、工作成果等更要尽可能地描述准确、明白。此外，对标的描述还应当注意各种语言、方言以及表达习惯的差异，避免引起不必要的麻烦和

纠纷。

3. 数量

在大多数的合同中，数量是必备条款，没有数量，合同是不能成立的。许多合同，只要有了标的和数量，即使对其他内容没有规定，也不妨碍合同的成立与生效。因此，数量是合同的重要条款。对于有形财产，数量是对单位个数、体积、面积、长度、容积、重量等的计量；对于无形财产，数量有个数、件数、字数以及使用范围等多种量度方法；对于劳务，数量为劳动量；对于工作成果，数量是工作量及成果数量。一般而言，合同的数量要准确，要选择使用共同接受的计量单位、计量方法和计量工具，应根据不同情况，要求不同的精确度，因此还应当规定允许的尾差、磅差、超欠幅度、自然耗损率等。

4. 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，也有质量高低的问题，并有衡量的特定方法。质量指标标准、技术要求，包括性能、效用、工艺等，一般以品种、型号、规格、等级等体现出来。质量条款的重要性是毋庸置疑的，许许多多的合同纠纷由此引起。合同中应当对质量问题尽可能地规定细致、准确和清楚。国家有强制性标准规定的，必须按照规定的标准执行。如有其他质量标准的，应尽可能约定适用的标准。当事人可以约定质量检验的方法、质量责任的期限和条件、对质量提出异议的条件与期限等。

5. 价款或者报酬

价款或者报酬，是一方当事人向对方当事人所付代价的货币支付。价款一般指对提供财产的当事人支付的货币，如买卖合同中的货款、租赁合同中的租金、借款合同中借款人向贷款人支付的本金和利息等。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，如运输合同中的运费、保管合同与仓储合同中的保管费以及建设工程合同中的勘察费、设计费和工程款等。如果有政府定价和政府指导价，要按照规定执行。价格应当在合同中规定清楚，或者明确规定计算价款或者报酬的方法。有些合同比较复杂，货款、运费、保险费、保管费、装卸费、报关费以及一切其他可能支出的费用，由当事人哪一方支付，应在合同中作出明确的约定。

6. 履行期限

履行期限是指合同中规定的当事人履行自己的义务如交付标的物、支付价款或者报酬、履行劳务、完成工作的时间界限。履行期限直接关系到合同义务完成的时间，涉及当事人的期限利益，也是确定合同是否按时履行或者迟延履行客

观依据。履行期限可以是即时履行，也可以是定时履行；可以是在一定期限内履行，也可以是分期履行。不同的合同，对履行期限的要求是不同的，期限可以以小时、天、月计，可以以生产周期、季节计，也可以以年计。期限可以是非常精确的，也可以是不十分确定的。不同的合同，其履行期限的具体含义也不同。买卖合同中卖方的履行期限是指交货的日期、买方的履行期限是交款日期，运输合同中承运人的履行期限是指从起运到目的地卸载的时间，建设工程合同中承包方的履行期限是从开工到竣工的时间。正因如此，当事人在签订合同时，期限条款应当尽量明确、具体，或者明确规定计算期限的方法。

7. 履行地点和方式

履行地点是指当事人履行合同义务和对方当事人接受履行的地点。不同的合同，履行地点有不同的特点。如买卖合同中，买方提货的，在提货地履行；卖方送货的，在买方收货地履行。运输合同中，从起运地运输到目的地为履行地点。在工程建设合同中，在建设项目所在地履行。履行地点有时是确定运费由谁负担、风险由谁承担以及所有权是否转移、何时转移的依据。履行地点也是在发生纠纷后确定由哪一地法院管辖的依据。因此，履行地点在合同中应当规定得明确、具体。履行方式是指当事人履行合同义务的具体做法。不同的合同，履行方式也存在差异。如买卖合同是交付标的物，而承揽合同是交付工作成果。履行可以是一次性的，也可以是在一定时期内的，还可以是分期、分批的。履行方式还包括价款或者报酬的支付方式、结算方式等，如现金结算、转账结算、同城转账结算、异地转账结算、托收承付、支票结算、委托付款、限额支票、信用证、汇兑结算、委托收款等。履行方式与当事人的利益密切相关，应当从方便、快捷和防止欺诈等方面考虑，采取最为适当的履行方式，并且在合同中明确规定。

8. 违约责任

违约责任是指当事人一方或者双方不履行合同或者不适当履行合同，依照法律的规定或者按照当事人的约定应当承担的法律责任。违约责任是促使当事人履行合同义务，使对方免受或少受损失的法律措施，也是保证合同履行的主要条款。违约责任在合同中非常重要，因此一般有关合同的法律对于违约责任都已经作出较为详尽的规定。但法律一般仅作出原则性规定，即使细致也不可能面面俱到。为了保证合同严格按照约定履行，从而达到当事人订立合同的目的，当事人应当在合同中约定违约责任，如约定定金、违约金、赔偿金额以及赔偿金的计算方法等。

9. 解决争议的方法

解决争议的方法指合同争议的解决途径，对合同条款发生争议时的解释以及

法律适用等。解决争议的途径主要有：双方通过协商和解，由第三人进行调解，通过仲裁解决，通过诉讼解决。当事人可以约定解决争议的方法，如果意图通过诉讼解决争议不用进行约定，通过其他途径解决都要事先或者事后约定。依照《中华人民共和国仲裁法》的规定，如果选择适用仲裁解决争议，即排除法院对其争议的管辖，除非当事人的约定无效。但是，如果仲裁裁决有问题，可以依法申请法院撤销仲裁裁决或者申请法院不予执行。当事人选择和解、调解方式解决争议，都不能排除法院的管辖，当事人仍可以提起诉讼。选择解决争议的方法对于发生纠纷后当事人利益的保护是非常重要的，应该慎重对待。另外，选择仲裁时，对于选择哪一个仲裁机构要规定得具体、清楚，不能笼统规定“采用仲裁解决”。否则，仲裁协议条款无效。

值得注意的是，并不是说当事人签订的合同中缺失上述条款中的任何一项就会导致合同的不成立或者无效。合同主要条款的规定只具有提示性与示范性。合同的具体条款或者合同的内容要由当事人约定，一般包括上述条款，但不限于这些条款。不同的合同，由于类型与性质不同，其主要条款或者必备条款可能是不同的。比如，买卖合同中有价格条款，而在无偿合同如赠与合同中就没有此项。事实上，每个合同应具备哪些条款依合同情形不同而各不相同。

（二）合同的形式

合同的形式，是指合同当事人之间明确权利义务的表达方式，也是当事人双方意思表示的表现方法。我国《合同法》第10条：“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。”据此规定，合同的订立形式主要有口头形式和书面形式两种。合同的口头形式指当事人只以口头语言订立合同，而不用文字表达协议内容的合同形式。口头形式优点在于方便快捷，缺点在于发生合同纠纷时难以取证，不易分清责任。口头形式大多适用于能即时结清的合同关系。合同的书面形式是指当事人以合同书或者电报、电传、电子邮件等数据电文形式及各种可以有形地表现所载内容的方式订立合同的形式。书面形式有利于交易的安全，重要的合同应该采用书面形式。值得注意的是，有些合同法律要求必须采取书面形式订立的，当事人则不能采取口头的形式订立合同。

此外，最高人民法院于2009年4月24日发布的《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第2条规定：“当事人未以书面形式或者口头形式订立合同，但从双方从事的民事行为能够推定双方有订立合同意愿的，人民法院可以认定是以合同法第十条第一款中的‘其他形式’订立的合同。但法律

另有规定的除外。”据此可以看出，法律对合同形式的规定相当宽松，只要能证明合同是存在的，不论是书面形式、口头形式，甚至是行为都能作为订立合同的形式。

三、合同的订立原则与订立程序

（一）合同的订立原则

合同的订立，是指合同双方或多方当事人依据法律的规定，就合同的各项条款进行协商，达成一致意思表示而确立合同关系的法律行为。当事人订立合同应当遵循以下原则：

1. 平等原则。平等原则是指在法律上合同当事人是平等主体，主要包括三个方面的内容：一是合同当事人的法律地位一律平等，即合同当事人之间没有高低、从属之分；二是合同中的权利义务对等，指合同当事人享有权利，同时就应承担义务，而且权利、义务是相对应的；三是合同当事人必须就合同相关条款在平等的基础上进行充分协商，达成一致。

2. 自愿原则。自愿原则意味着合同当事人即市场主体自主自愿地进行交易活动，当事人根据自己的知识、认识和判断，以及相关的环境去自主选择自己所需要的合同，追求自己最大的利益。总之，只要不违背法律、行政法规的规定，合同的签订、履行、解除等，均由当事人自愿决定。

3. 公平原则。公平原则要求当事人之间的权利义务要公平合理并大体上平衡，合同上的责任和风险要合理分配。

4. 诚实信用原则。当事人在订立合同时，不得有欺诈或其他违背诚实信用的行为；在合同履行中，应当根据合同的性质、目的和交易习惯，履行及时通知、协助、提供必要的条件、防止损失扩大、保密等义务；合同终止后当事人也应当遵循诚实信用原则，及时履行通知、协助、保密等义务。

5. 遵守法律，不得损害社会公共利益的原则。合同当事人的意思表示应当在法律允许的范围内进行，对于损害社会公共利益、扰乱社会经济秩序的行为，国家应当予以干预。在国家法律、行政法规有强制性规定时，合同当事人必须严格遵守，不得恶意串通，损害国家、社会或者第三人的利益。

（二）合同的订立程序

一般来说，订立合同须具备两个条件：第一，订约主体为双方或多方当事

人。这里的订约主体，是指实际订立合同的人。订约主体与合同主体是不同的，合同主体是合同关系的当事人，是实际享受合同权利并承担合同义务的人。第二，双方当事人订立合同必须是“依法”进行的。所谓“依法”签订合同，是指订立合同要符合法律、行政法规的要求，由于合同约定的是当事人双方之间的权利和义务关系，而权利和义务是依照法律规定所享有和承担的，所以订立合同必须符合法律、行政法规的规定。如果当事人订立的合同违反法律、行政法规的要求，法律就不予承认和保护，当事人订立合同的目的就无法实现。实践中，当事人订立合同大致要经“要约”和“承诺”两个步骤。

1. 要约

所谓要约，是指当事人一方发出的旨在与他人订立合同的意思表示。要约在不同的情况下可以称为“发盘”、“发价”等，发出要约的人称为“要约人”，接收要约的人称为“受要约人”。根据民法理论，符合法律要求的要约必须具备下列条件：

(1) 要约是特定合同当事人的意思表示。发出要约的目的在于订立合同，要约人必须使受要约人能够明白是谁发出了要约，以便作出承诺。因此，发出要约的人必须能够确定，必须能够特定化。虽然合同双方都可以作为要约人，但作为要约人的必须是特定的合同当事人。不论是自然人或者是法人，只要是具有相应民事权利能力与民事行为能力的人，都可以作为要约人。希望与对方订立合同的意思表示方式，根据内容的繁简不同，可以用口头形式，也可以用书面形式。

(2) 要约的内容必须是确定的和完整的。所谓确定的是要求要约的内容必须明确清楚，不能模棱两可、产生歧义。所谓完整的是要求要约的内容必须包含构成一个合同所必备的条件，但并不要求一个要约事无巨细、面面俱到。要约的效力在于，一经受要约人承诺，合同即可成立。因此，如果一个订约的建议含混不清、内容不具备一个合同的最基本的要素，是不能构成一个要约的。即使受要约人作出承诺，也会因缺乏合同的主要要件而使合同无法成立。一项要约的内容可以很详细，也可以较为简明，一般法律对此并无强制性要求。只要其内容具备使合同成立的基本条件，就可以作为一项要约。但对于究竟怎样才算具备了使合同成立的基本条件，如果法律有类似规定的要依据规定进行判断，最重要的是要根据具体情况进行判断。

2. 承诺

所谓承诺，是指受要约人完全接受要约中的全部条款，向要约人作出的同意按要约签订合同的意思表示。承诺是订立合同的最终条件。在一般情况下，承诺作出生效后合同即告成立。没有承诺，也就没有合同。一个合格的承诺应具备如

下三个条件：

(1) 承诺必须由受要约人作出。要约是要约人向特定的受要约人发出的，受要约人是要约人选定的交易相对方，受要约人进行承诺的权利是要约人赋予的，只有受要约人才能取得承诺的能力，受要约人以外的第三人不享有承诺的权利。因此，受要约人以外的第三人进行的承诺不是承诺，只能视作对要约人发出了要约。如果订约的建议是向不特定人发出的，并且该订约建议可以构成要约，则不特定人中的任何人均可以作出承诺。不过实际上，最后能够作出承诺的，只能是特定的人，比如悬赏广告。

(2) 承诺必须在要约有效期限内提出。如果要约规定了承诺期限，则承诺应在规定的承诺期限内作出，如果要约没有规定承诺期限，则承诺应当在合理的期限内作出。如果要约的承诺期限已过，或者已超过一个合理的时期，则不应再作出承诺。如果承诺期限已过而受要约人还想订立合同，当然也可以发出承诺，但此承诺已不能视为是承诺，只能视为是一项要约。此时，原来的要约人不再受原要约的拘束，他可以不同意受要约人，当然也可以答应，如果答应，是作为受要约人承诺要约人的要约。我国《合同法》第23条规定：“承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。要约没有确定承诺期限的，承诺应当依照下列规定到达：(一) 要约以对话方式作出的，应当即时作出承诺，但当事人另有约定的除外；(二) 要约以非对话方式作出的，承诺应当在合理期限内到达。”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。”

(3) 承诺必须是绝对的和无条件的。即承诺的内容和条件与要约的内容和条件应当是一致的，而不能有任何出入或附加任何条件。承诺是对要约表示同意，承诺与要约内容必须一致。判断承诺的内容是否与要约的内容一致并非易事，受要约人对要约简单地表示同意并不多见，因此，必须对受要约人的承诺进行分析。如果仅仅是表述的形式不同，而不是实质的不一致，则不应当否定承诺的效力。如果承诺中提出了一些新的条件，就要分析这些新的条件是否从实质上改变了要约的内容，如果没有从实质上改变要约则应当认为是对要约的承诺，如果从实质上改变了要约的内容，则不应认为是一项承诺，而应是对要约的拒绝并可能构成反要约。

四、合同的成立与生效

(一) 合同的成立

合同的成立，是指合同当事人就合同的内容和条款充分协商并达成一致，即合同当事人的意思表示一致。一般来说，合同成立需要具备以下条件：

第一，订约主体存在双方或多方当事人。

第二，双方当事人订立合同必须是“依法”进行的。即订立合同要符合法律、行政法规的要求，如果当事人订立的合同违反法律、行政法规的要求，法律就不予承认和保护。

第三，当事人就合同的主要条款协商一致。即合同必须经过当事人协商一致。所谓协商一致，就是指合同各方经过谈判、讨价还价后达成的相同的、没有分歧的一致意见。对于何为合同的主要条款，《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。当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同。”这是一般情况下合同应当具备的主要条款。但是，并不是每一份合同都必须包括上述条款。此外，即使某一条款依据合同性质不是主要条款，但当事人将其约定为主要条款的，也应成为合同的主要条款。

第四，合同的成立应具备要约和承诺阶段。要约、承诺是合同成立的基本规则，也是合同成立必须经过的两个阶段。如果合同没有经过承诺，而只是停留在要约阶段，则合同未成立。合同是从合同当事人之间的交涉开始，至发出的要约和对要约的承诺达成一致而成立。合同成立的地点，以承诺生效的地点为准。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。当事人对合同成立的地点另有约定的，从其约定。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。如果双方当事人签字盖章的地点不同的，以最后一方签字或盖章的地点为合同成立的地点。

(二) 合同的生效

合同的生效，是指已经依法成立的合同在当事人之间产生一定的法律约束力，亦即法律效力。合同生效意味着双方当事人享有合同中约定的权利和承担合

同中约定的应当履行的义务，任何一方不得擅自变更和解除合同。一旦当事人一方不履行合同规定的义务，另一方当事人可寻求法律保护。当事人之间的合同生效后，合同条款成为处理合同纠纷的重要依据。一般来说，依法成立的合同，自成立时起就发生法律效力。但是，当事人对合同从何时生效，可以约定附加条件，如条件成就，则合同生效；反之，合同不生效。同时当事人也可以约定合同附期限生效，附生效期限的合同，自期限届至时生效。反之，亦然。所以，在订立合同时，当事人双方要对合同生效所附条件或所附期限达成共识，并予以明确规定，以免产生纠纷。此外，我国法律规定对于某些种类合同，应当办理批准、登记等手续才能生效。在这种情况下，当事人订立合同后，该合同就不能马上生效，当事人必须按照法律或者行政法规的规定，到有关部门履行批准或者登记等手续。合同经过了批准或者办理了登记后，才能发生法律效力。如《中华人民共和国专利法》规定，专利申请权和专利权可以转让。转让专利申请权或者专利权的，当事人必须订立书面合同，经专利局登记和公告后生效。

五、合同的履行与变更

（一）合同的履行

合同的履行是指签约双方当事人按照合同约定完成合同义务，享受合同权利的行为。当事人在履行合同时应当遵循以下原则：

1. 实际履行原则

实际履行原则是指当事人必须按照合同规定的标的来履行。合同的标的是什么，义务人就应给付什么，既不能用其他标的来代替，也不能用金钱来代偿。义务人如违反合同约定，即使支付了违约金或赔偿金，也不能免除其合同责任，只要对方需要并坚持，还必须按合同规定的标的继续履行。

2. 适当履行原则

适当履行原则是指切实、准确地按合同约定的各项条款进行履行。“适当”二字在这里指履约行为和结果同约定条款的要求相符合。

3. 协作履行原则

协作履行原则是指双方当事人应本着团结、协作、互相帮助的精神，去共同完成合同规定的权利义务，承担各自应尽的责任。

4. 诚实信用的原则

当事人在合同履行中，应遵守诚实信用的原则，根据合同的性质、目的及交

易习惯正确履行合同规定的义务。

（二）合同的变更

合同变更是指合同成立以后完全履行以前，当事人依法经过协商就合同的内容进行修改和补充。由于合同都是由当事人自愿协商所签订的，所以双方亦可以协商变更。因此，我国《合同法》第77条规定，当事人协商一致，可以变更合同。合同变更的主要特点是：（1）合同变更仅指合同部分内容的变更，而非合同性质的变更；（2）合同变更前后，其当事人应保持同一性，如果当事人变更，则属于合同转让；（3）合同变更在合同成立后发生，即合同成立后因某些新情况而进行部分内容的补充或修改；（4）合同变更不溯及既往，即已履行的合同不能变更。

合同的变更必须符合以下条件：（1）当事人双方协商同意，如果某些合同订立后，由于客观情况发生了变化，合同当事人协商同意，可以变更合同，但不得因变更合同而损害国家利益和社会公共利益；（2）当事人事先约定，一方在约定事由发生时享有合同变更权的，当这种约定事由发生时，当事人一方有权变更合同；（3）法律规定当事人一方在法定事由发生时有合同变更权的，当这种法定事由发生时，当事人一方有权变更合同。

实践中，对因合同变更内容约定不明确出现的纠纷如何处理呢？根据《合同法》第78条的规定，当事人对合同变更的内容约定不明确的，推定为未变更。也就是说，如果当事人对合同变更的内容约定不明确，就不发生合同变更的效力，即合同被视为未变更。

六、合同的漏洞及处理

所谓合同的漏洞，是指当事人在订立合同时，对应当约定的条款没有约定，或者虽有约定但是约定不明确，造成所订立的合同中有重大遗漏的情况。实践中，由于不少当事人缺乏订立合同的经验和法律意识，因此在其所订立的合同中，经常会发生重要合同内容遗漏的情况，例如买卖合同中付款方式是一次性支付还是分期支付、运输费用由哪一方承担等内容未进行约定或者约定不明确。通常来说，合同中非关键性条款漏洞，一般不影响合同的成立。但如果必要条款出现漏洞，则合同有可能不能成立，如在借款合同中缺少借款人签名、赠与合同中无受赠人等。值得注意的是，合同漏洞一般是当事人在订立合同时没有考虑到或者不知道存在漏洞的，如果当事人在订立合同时已经知道存在漏洞而故意不进行

约定，且在合同中约定了填补漏洞的方法，就不能认定为合同存在漏洞。

当事人签订的合同有漏洞时，就应当进行填补。据此，我国《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。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。”这里包括两层意思：其一，当事人履行合同义务时，首先应当按照约定全面履行；其二，当事人根据约定难以履行、合同约定不明确或没有约定时，应当依据诚实信用原则，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。实践中，填补合同漏洞一般按照以下步骤进行：

（一）当事人协商补充

我国《合同法》第61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。”据此，当事人签订的合同生效后，在合同内容没有约定或者约定不明确的情况下，当事人之间可以继续协商一致，以签订补充协议的形式来填补合同漏洞。由当事人协议补充，是填补合同漏洞的首选。

（二）按合同有关条款或交易习惯来确定

如果合同当事人之间不能达成补充协议来填补合同漏洞，根据《合同法》第61条的规定，应按照合同的有关条款或交易习惯来确定。这里所说的合同有关条款，指当事人之间所签订合同的有关条款。所谓交易习惯，指的是本地区习惯、本行业习惯以及当事人过去从事这种交易通常采用的习惯。这种交易习惯具有地域性、行业性、惯用性，一般来说，当地区习惯和行业习惯与当事人之间的交易习惯发生冲突的，应当以当事人之间的交易习惯为准，如果地区习惯和行业习惯发生冲突，应当确定行业习惯优先。

（三）按照法定规则填补

在合同出现漏洞时，如果当事人之间既不能协议补充，也不能按照合同有关条款或者交易习惯来确定的，则按照法定规则来填补合同漏洞。我国《合同法》第62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。”据此法律规定，在当事人没有特别约定，又不能根据交易习惯来确定的情况下，适用上述规定填补合同漏洞。

（四）采用合同解释的方法填补

合同出现漏洞时，采用上述三种方法仍不能填补的，可采用合同解释的方法填补。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1条规定：“当事人对合同是否成立存在争议，人民法院能够确定当事人名称或者姓名、标的和数量的，一般应当认定合同成立。但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。对合同欠缺的前款规定以外的其他内容，当事人达不成协议的，人民法院依照合同法第六十一条、第六十二条、第一百二十五条等有关规定予以确定。”《合同法》第125条第1款规定：“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。”这里所说依据诚实信用原则解释，要求人们作为一个诚实守信的当事人来判断、理解合同的内容和条款的含义。按照诚信原则解释合同时，因为诚信原则比较抽象，所以《合同法》第125条将其放在最后的层次，在其他解释都不能解决时，才能使用诚信原则这一规则来进行解释。

七、合同的解除及法律后果

（一）合同的解除

合同的解除，是指在合同有效成立之后，因一方或者双方当事人的意思表示，使当事人在合同中设定的权利与义务关系终止的行为。合同当事人需要解除合同的，可以通过以下两种途径解除：

1. 当事人协商解除

协商解除是双方法律行为，指合同成立并生效后，未履行或未完全履行之前，当事人以解除合同为目的，在平等自愿的基础上协商一致，订立一个解除原

来合同的协议。比如，乙公司向甲公司订购100台空调，但由于乙公司的生产订单被取消，乙公司不再需要订购空调，于是与甲公司协商一致解除合同。当事人协商解除合同时，在协议未达成之前，原合同仍然有效。比如上述案例中，如甲公司与乙公司未达成一致协议，那么他们之间买卖空调的合同继续有效。

2. 具备法定解除合同的条件

根据我国《合同法》第94条的规定，具备以下条件，不必经对方当事人同意，只需向对方作出解除合同的意思表示，就可以解除合同：

(1) 当事人约定的解除合同的条件成就。当事人可以在合同中约定合同的解除条件，即约定在合同履行过程中出现某种情况时，当事人一方或者双方有解除合同的权利。当解除合同的条件出现时，享有解除权的当事人可以行使解除权解除合同，而不必再与对方当事人协商。当然，由于约定解除条件也是当事人之间订立的合同的内容，因此，该约定应当符合合同生效的条件，不得违反法律、法规的规定，损害国家利益和社会公共利益，根据法律规定必须经过有关部门批准才能解除的合同，当事人不得按照约定擅自解除。

(2) 因不可抗力导致不能实现合同目的的。不可抗力是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。不能预见，指行为人主观上对于某一客观情况的发生无法预测。不能避免，指当事人尽了最大的努力，仍然不能避免事件的发生。不能克服，指当事人在事件发生后，尽了最大的努力，仍然不能克服事件造成的损害后果。客观情况，指独立于当事人行为之外的客观情况。一般说来，以下情况被认为属于不可抗力：①自然灾害。自然灾害包括地震、水灾等因自然界的力量的灾害。自然灾害的发生，常常使合同的履行成为不必要或者不可能，此时就需要解除合同。比如，地震摧毁了购货一方的工厂，使其不再需要订购货物，要求解除合同。②战争。战争的爆发可能影响到一国以至于更多国家的经济秩序，使合同履行成为不必要。③社会异常事件。主要指一些偶发的阻碍合同履行的事件。比如罢工、骚乱。这些事件一些国家认为属于不可抗力。④政府行为。主要指合同订立后，政府颁布新的政策、法律，采取行政措施导致合同不能履行。

在不可抗力的适用上，有以下问题值得注意：第一，合同中是否约定不可抗力条款，不影响直接援用法律规定；第二，不可抗力条款是法定免责条款，约定不可抗力范围如小于法定范围，当事人仍可援用法律规定主张免责，如大于法定范围，超出部分应视为另外成立了免责条款，依其约定；第三，不可抗力作为免责情形具有强制性，当事人不得约定将不可抗力排除在免责事由之外；第四，不可抗力事件的发生，对履行合同的影响可能有大有小，有时只是暂时影响到合同

的履行，可以通过延期履行实现合同的目的，只有不可抗力致使合同目的不能实现时，当事人才可以解除合同。

(3) 在履行期限届满之前，另一方当事人明确表示或者以其行为表明不履行主要义务的。在合同履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要义务的，对方当事人可以解除合同。

(4) 一方当事人迟延履行主要义务，经催告后在合理期限内仍未履行的。当事人一方迟延履行主要义务，经催告后在合理期限内仍未履行的，对方当事人可以解除合同。迟延履行，指一方当事人无正当理由，在合同约定的履行期间届满时，仍未履行合同义务；或者对于未约定履行期限的合同，一方当事人在对方当事人提出履行的催告后仍未履行。一方当事人迟延履行义务是违反合同约定的行为，但并非就可以因此解除合同，守约方当事人应当规定一合理期间，催告对方履行。该合理期间根据债务履行的难易程度和所需要时间的长短确定，超过该合理期间对方当事人仍不履行的，表明其没有履行合同的诚意，或者根本不可能再履行合同，在此情况下，守约方当事人可以依法解除合同。

(5) 一方当事人迟延履行义务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的的。比如合同中明确约定超过期限履行合同，将不接受履行，而一方当事人仍迟延履行。又比如，履行质量与约定严重不符，无法通过修理、替换、降价的方法予以补救。

(6) 法律规定的其他解除情形。比如，因行使不安抗辩权而中止履行合同，对方在合理期限内未恢复履行能力，也未提供适当担保的，中止履行的一方可以请求解除合同。

值得说明的是，法律规定上述解除合同的条件，并不是说具备这些条件，当事人就必须解除合同，是否行使解除的权利，应由当事人决定。当事人一方行使解除合同权利时，应当通知对方。通知可以是口头的，也可以是书面的，合同自通知到达对方时解除。法律、行政法规规定解除合同应当办理批准、登记手续的，未办理有关手续，合同不能解除。比如，根据《中华人民共和国中外合资经营企业法》规定，合营如发生严重亏损，一方不履行合同和章程规定的义务，发生不可抗力等，经合营各方协商同意，报审查批准机关批准，并向国家工商行政管理部门登记，可终止合同。如果没有履行法律规定的批准登记手续，中外合资经营合同不能解除。

(二) 合同解除的法律后果

我国《合同法》第97条规定：“合同解除后，尚未履行的，终止履行；已

经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。”所谓履行情况，是指合同解除之后合同的履行状态，当事人双方的具体情况。所谓合同性质，是指合同属于什么类型的合同，是买卖合同，还是租赁合同或者服务合同。合同性质不同，其处理方式也不同。所谓恢复原状，指恢复到订约前的状态。如采取返还原物方式恢复原状时，原物存在的，应当返还原物，原物不存在的，如果原物是种类物，可以用同一种类物返还。恢复原状还包括：返还财产所产生的孳息、支付一方在财产占有期间为维护该财产所花费的必要费用、因返还财产所支出的必要费用等。所谓其他补救措施，包括请求修理、更换、重作、减价、支付违约金、赔偿损失等措施。

对于解除合同后损害赔偿的范围，根据我国法律规定，合同解除后的损害赔偿范围可以采用以下方式确定：第一，协议解除合同的，当事人在协议中免除对方损害赔偿责任的，协议生效后，不得再请求赔偿。第二，因不可抗力解除合同，不承担损害赔偿责任。但在不可抗力发生后，应当采取补救措施减少损失扩大而没有采取的，应对扩大的损失承担赔偿责任。第三，解除只向将来发生效力的，违约方应当赔偿另一方因违反合同受到的损失；解除溯及既往的，违约方应当支付对方因订立合同、准备履行合同和因恢复原状而支出的费用。第四，损害赔偿额应当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。

八、违约责任

（一）违约责任的概念

所谓违约责任，是指合同当事人一方不履行合同义务或履行合同义务不符合合同约定所应承担的民事责任。违约责任以当事人不履行或不完全履行合同为条件。能够产生违约责任的违约行为有两种：一是一方不履行合同义务，即未按合同约定提供给付；二是履行合同义务不符合约定条件，即其履行存在瑕疵。对于合同当事人一方因第三人的原因导致违约的，应当先向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定解决。违约责任以补偿守约方因违约行为所受损失为主要目的，以损害赔偿为主要责任形式，故具有补偿性质。我国《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额的计算方法。”

(二) 承担违约责任的具体方式

依法成立的合同，对当事人具有法律约束力，当事人应当按照合同的约定履行自己的义务。在没有免责事由的情形下，如果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，就应当依法承担违约责任。对此，我国《合同法》第107条作了明文规定：“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。”据此，违约责任有三种基本形式，即继续履行、采取补救措施和赔偿损失。当然，除此之外，违约责任还有其他形式，如违约金和定金责任。

1. 继续履行

继续履行也称强制实际履行，是指违约方根据对方当事人的请求继续履行合同规定的义务的违约责任形式。是否要求继续履行，可以由当事人根据情况和需要加以选择。如果一方未支付价款或者报酬的，对方可以要求其支付价款或者报酬。一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以要求其履行。但是，并不是什么情况下都可以继续履行。对于非金钱债务，实践中有以下两种情形之一的，不能采取继续履行的方式，当事人只能采取解除合同并要求违约方赔偿损失的方法予以补救：

(1) 债务的标的不适于强制履行。比如基于人身信赖关系产生的合同和提供服务的合同，包括委托、合伙、雇佣等基于信任关系的合同，以及表演等依赖于当事人的特殊技能的合同。

(2) 法律上或者事实上不能履行。比如标的物已属破产财产的债权，已过诉讼时效的债务，特定的标的物已经毁损、灭失等。这些都表明已不能继续履行。

2. 采取补救措施

采取补救措施，是指一方当事人交付的标的物，或完成的工作成果质量不符合约定时，采用修理、更换、重作和减少价款或报酬的方式承担的违约责任。关于采取补救措施的具体方式，我国相关法律做了如下规定：(1)《合同法》第111条规定为：修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等；(2)《中华人民共和国消费者权益保护法》第52条规定为：修理、重作、更换、退货、补足商品数量、退还货款和服务费用、赔偿损失等；(3)《中华人民共和国产品质量法》第40条规定为：修理、更换、退货。

采用何种补救措施，可以由受损害方根据标的的性质以及损害的大小合理选择。一般来说，修理是在交付的标的物不合格，但有修理可能且债权人需要该标的物时采用。更换是无修理的可能和必要，如费用过高、耗时过长时，要求债务

人交付相同种类、质量的标的物。重作是债务人交付的工作成果不合同约定，不能修理或无必要，而应予重新制作的补救措施。如果标的物不经修理、更换或者重作尚能使用或者利用的，也可以采取减少价款或者报酬的支付来弥补损失。

3. 赔偿损失

赔偿损失，在合同法上也称违约损害赔偿，是指违约方以支付金钱的方式弥补受害方因违约行为所减少的财产或者所丧失的利益的承担责任形式。赔偿损失的确定方式有两种：法定损害赔偿和约定损害赔偿。

(1) 法定损害赔偿。法定损害赔偿是指法律规定的，违约方因其违约行为而对守约方遭受的损失承担的赔偿责任。根据合同法的规定，法定损害赔偿应遵循以下原则：

第一，完全赔偿原则。违约方应对守约方因违约所遭受的全部损失承担赔偿责任。赔偿范围具体包括：直接损失与间接损失，积极损失与消极损失（可得利益损失）。我国《合同法》第113条规定，损失“包括合同履行后可以获得的利益”，可见赔偿范围包括现有财产损失和可得利益损失：前者主要表现为标的物灭失、为准备履行合同而支出的费用、停工损失、为减少违约损失而支出的费用、诉讼费用等，后者是指在合同适当履行后可以实现和取得的财产利益。

第二，合理预见规则。违约损害赔偿的范围以违约方在订立合同时预见到或者应当预见到的损失为限。合理预见规则是限制法定违约损害赔偿范围的一项重要规则，其理论基础是意思自治原则和公平原则。对此应把握以下几点：①合理预见规则是限制包括现实财产损失和可得利益损失的损失赔偿总额的规则，不仅用以限制可得利益损失的赔偿；②合理预见规则不适用于约定损害赔偿；③是否属于可预见到或者应当预见到可能的损失，应当根据订立合同时的事实或者情况加以判断。

第三，减轻损失规则。一方违约后，另一方应当及时采取合理措施防止损失的扩大，否则，不得就扩大的损失要求赔偿。其特点是：一方违约导致了损失的发生；相对方未采取适当措施防止损失的扩大且实际造成了损失的扩大。

(2) 约定损害赔偿。约定损害赔偿，是指当事人在订立合同时，预先约定一方违约时应当向对方支付一定数额的赔偿金或约定损害赔偿额的计算方法。也就是说，对有关赔偿损失的问题可以由当事人在订立合同时事先作出安排。一般来说，赔偿损失以实际损害的发生为前提，以实际发生的损害为赔偿范围的确定标准。

(三) 违约金

违约金是指当事人一方违反合同时应当向对方支付的一定数量的金钱或财

物。违约金是对损害赔偿额的预先约定，既可能高于实际损失，也可能低于实际损失。根据我国《合同法》第114条第2款的规定，当事人在合同中约定的违约金低于造成的损失的，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，可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。也就是说，如果约定的违约金低于给对方造成的损失，还应进行赔偿，补足违约金不足的部分，据此，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28条规定：“当事人依照合同法第一百一十四条第二款的规定，请求人民法院增加违约金的，增加后的违约金数额以不超过实际损失额为限。增加违约金以后，当事人又请求对方赔偿损失的，人民法院不予支持。”由此可见，合同赔偿责任是以填补被违约方所遭受的实际损失为原则。实际损失是指非违约方因违约方的违约行为而已经遭受的损失，将来要遭受的损失即预期利益损失不包括在内。如果违约金的数额过分高于因违约给对方造成的损失，可予以适当减少，据此，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29条规定：“当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的，人民法院应当以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量，并作出裁决。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’。”即违约金数额低了要补，过高的才减。它体现了保护守约方的利益和公平原则的当然要求，违约金是否增减需由当事人提出请求，当事人不提出的，法院和仲裁机构不主动干预。

（四）定金

所谓定金，是指合同当事人为了确保合同的履行，根据双方约定，由一方按合同标的额的一定比例预先给付对方的金钱或其他替代物。《合同法》第115条规定：“当事人可以依照《中华人民共和国担保法》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。”据此，在当事人约定了定金担保的情况下，如一方违约，定金罚则即成为一种违约责任形式。

定金与预付款不同，主要表现在三个方面：（1）定金是一种债的担保方式，是为保障债的履行而设定的；预付款是当事人将合同总价款的一部分预先支付给对方当事人，其交付是债的履行行为，具有对对方当事人履行合同的资助作用。（2）定金的数额有法定的最高比例限制，即不得超过合同标的额的20%；而预付

款的数额，全由当事人自主约定，于合同标的额没有法定比例限制。(3) 定金罚则是违约责任的一种，具有对违约的制裁性质。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。预付款则不属于制裁性质的给付，如一方没有履行合同，守约方可以要求不履行合同约定当事人支付违约金或赔偿损失，而对于预付款应当退还给支付该款项的当事人。

九、合同的起草、审查与修改

在处理日常交易时，当事人经过协商谈判后，越来越多的当事人选择通过签订合同来约定双方当事人的权利和义务。实践中，当事人一方如果掌握了合同起草的主动权，一般能够更有效保护自己的合法权益。作为合同的另一方，则需要对对方起草的合同进行审查和修改。此时，当事人对合同起草、审查及修改相关方面知识的理解和技巧的掌握就显得尤为重要。

(一) 合同的起草

所谓合同的起草，是指合同双方当事人将谈判协商达成的一致意见，起草为合同文本形式的过程。当事人在日常经济贸易或者生活中，应重视合同文本的起草，积极主动争取起草合同文本的主动权。在合同的具体起草过程中，应重点注意以下方面：

1. 明确签约目的

签约目的是合同的灵魂，没有签约目的，合同也就不存在。所以在着手起草合同前，首先要明确当事人各方签订合同的真正目的。明确签约目的是起草合同的首要任务，只有明确签约各方的签约目的，才能搞清合同各方的真实意思表示，才能综合考虑对合同操作有影响的法律规制、市场条件、政策环境等因素，使合同的内容和操作围绕签约目的发挥作用；只有明确签约各方的签约目的，才能确定合同的性质及合同的准确名称，确定合同各方的权利义务关系。

2. 准确界定合同的性质和种类

合同性质不同，其成立或生效要件、当事人权利义务关系及违约责任的承担方式也会有所差异。基于不同的交易形式，所需要起草的合同可以划分为不同的类别。起草合同前，首先要对合同的性质进行确认或归类，最好在合同的“标题名称”中直接明确合同的性质，如商品房买卖合同、授权委托合同、机电设备安装合同等。因为只有确定了合同的性质和种类，才能够更好地确定合同的效力及

合同各方的权利义务关系。

3. 注意合同的有效性

判断起草的合同是否有效，主要依据我国《民法通则》第58条第1款的规定和我国《合同法》第52条的规定确定。《民法通则》第58条第1款规定：“下列民事行为无效：（一）无民事行为能力人实施的；（二）限制民事行为能力人依法不能独立实施的；（三）一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所为的；（四）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的；（五）违反法律或者社会公共利益的；（六）以合法形式掩盖非法目的的。”《合同法》第52条规定：“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。”

当事人在起草合同时，除了掌握上述法律规定外，还应注意相关法律、法规和司法解释当中的强制性和禁止性规定，尤其要注意一些特别法的相应规定。总之，只要不违背我国法律法规的强制性和禁止性规定，合同的有效性就能得到保障。

4. 合理确定合同的框架结构

一份完整的合同，通常由首部、内容、结尾三部分组成。首部一般包括合同标题、合同编号、签约主体（当事人名称或者姓名、住所、邮政编码、法定代表人、电话、传真、电子信箱、开户行、账号等），内容一般包括当事人签订合同的依据和目的（常见的“鉴于”条款）、标的物、数量和质量、价款或酬金、履行方式、地点和期限、变更与解除、违约责任、不可抗力、争议的解决方式、法律适用、保密、权利转让与放弃、合同生效及终止、未尽事宜、通知与送达、合同正副本份数及保存、附件等，合同结尾一般包括自然人签字、单位盖章及签约单位授权代表签字、签约时间、签约地点等。合同种类繁多，往往并无固定模式。实践中，严格按上述顺序排列的合同并不多见。实际上，在起草合同时合理确定合同的框架结构，不仅能让合同整体框架协调、各条款功能互补，更重要的是能避免和减少合同条款之间的矛盾和歧义，能让当事人在履行合同或发生纠纷时有据可依。

5. 确定合同的完整内容

《合同法》第12条第1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。”一般来说，当事人起草合同的内容应当包括以上几个条款。当然，当事人也可以参照各类合同的示范文本，结合自身实际交易需要起草合同。这里有以下几点值得注意：

(1) 当事人条款。起草合同时，当事人的姓名或名称必须与身份证、营业执照保持一致，不能简写。

(2) 标的条款。在起草合同时，对合同标的的描述务必要达到“准确、清晰”的标准要求，切忌含混不清。

(3) 数量条款。要先明确计量单位和计量方法，合同标的数量必须明确具体。

(4) 质量条款。要明确质量表示方法、质量标准、质量检验方法、质量责任期限和条件、对质量提出异议的条件与期限等。

(5) 价款或者报酬条款。应公平合理，明确约定价款和报酬，明确计算方法、商品的单价、货币种类、支付时间、支付方式等信息。

(6) 履行期限条款。履行期限应尽量明确具体，最好具体到某年某月某日。

(7) 履行地点和方式条款。合同履行地点应明确具体，尽量采取最为适当的履行方式。

(8) 违约责任条款。应明确违约赔偿金计算方法、赔偿金额、支付时间、支付方式等。

(9) 解决争议条款。当事人可以约定发生纠纷后选择诉讼或者选择仲裁方式解决争议，选择仲裁的，必须明确具体的仲裁机构。

此外，当事人还可以根据自身交易的需要，在起草的内容中约定合同的变更条款、解除条款、保密条款、生效条款等内容。

6. 注意合同用语的准确性

合同是非常重要的法律文件，当事人之间订立书面合同的目的就是明确交易各方的权利义务关系，更好地保证交易实施的安全。所以，在起草时，除了在内容上必须讲求逻辑严谨、前后一致外，还必须要注意合同用语的准确性。首先应尽量使用专业的法律术语，因为每个法律用语都有其特别含义；其次，尽可能使用行业用语或当事人各方共同认可的一些规范性用语，以避免当事人在理解合同时产生不应有的歧义。实践中，大多数合同往往将“权利”与“权力”混淆、“定金”与“订金”不分、“抵押”与“质押”混用等。在借款合同中，常见当事人约定类似“若甲方到期不能还款，其房屋归乙方所有”等无效的流质条款。此外，不少合同中常出现“一方违约，另一方有权对其进行罚款”等明显违反合同各方主体平等性的用语或表述。

（二）合同的审查与修改

针对当事人一方起草的合同文本，另一方在审查或修改时，重点需要审核合同主体资格的有效性、合同标的明确性、责任分担的合理性，确保合同的有效性 & 可操作性。下面就合同审查及修改中需要注意的具体问题进行具体阐述。

1. 合同主体资格的有效性

合同主体的合法真实性是合同审查的重要项目之一，主体是自然人的，应审查其合法签约主体身份。如我国《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。当事人依法可以委托代理人订立合同。”这要求合同主体必须具备完全的民事行为能力。主体是法人的，除审查其是否合法设立、是否有效存续外，对法人名称是否正确、印章和名称是否一致等细节也要进行审查，防止所签订的合同无效。另外，还要注意审查负责签订合同的单位或个人是否已取得相应的合法授权，以防止无权代理或超越代理权限订立合同的情形存在。此外，某些行业领域的合同需要合同一方或双方主体必须具备相应的资质或经营许可，在审查此类合同时，还必须审查合同签约主体是否具备相应的从业资质或经营许可，如房地产开发合同需要审查开发资质、建设工程设计合同需要审查国家建设部门核发的设计资质等。

2. 合同标的的明确性

合同标的是合同性质的重要体现，也是合同的重要内容。在审查或者修改合同时，必须对合同标的进行明确、具体、准确的表述。如合同标的为货物买卖的，一定要写明货物的名称、品牌、计量单位和价格；合同标的是货币的，就必须写明币种、金额等，如果是金属货币，还应写明金属的种类、含金量等信息；合同标的是提供服务的，一定要写明服务的质量、标准或效果要求等。

3. 权利义务的平衡性

我国《合同法》第1条规定：“为了保护合同当事人的合法权益，维护社会经济秩序，促进社会主义现代化建设，制定本法。”《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和义务。”也就是说，签约各方签订合同的目的是在双方公平谈判、达成交易的基础上促成交易。在审查及修改合同时，必须充分考虑到合同双方当事人的权利与义务的公平性，协调各方责任分担的合理性，避免以强凌弱的“不平等条约”及侵害多数人利益的“霸王条款”出现。实践中，起草和提供合同一方往往强调己方的权利，弱化或忽略己方义务。实际上，根据等价有偿、公平合理原则，当事人享有权利必须以承担一定的义务为前提，当事人承担义务必须以享有一定的权利为基础，没有只有权利而没有义务的合同。此

外，还应注意一方当事人的权利内容应与另一方当事人的义务相对应。

4. 确保合同的有效性

关于合同有效性，主要从三个方面进行审查，一是合同主体是否适格，二是合同目的是否正当，三是合同内容、合同形式及签订程序是否合法。在合同审查与修改中，首先应从前述三个方面审查整个合同是否有效。当整个合同无效时，就要放弃对方当事人提供的合同草稿，重新起草一份新的合同。如果合同中只是个别条款无效，但并不导致整个合同无效，只需修改该个别无效条款即可。此处值得注意的是，我国《合同法》第44条规定：“依法成立的合同，自成立时生效。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。”根据此法律规定，在审查合同的效力时，还应注意该类合同中所附带的条件是否适当。比如根据《合同法》的规定，转包、分包都要经过发包方的同意，否则转包或发包行为无效。因此，在签订转包、分包合同时，就需要审核发包方的意见，发包方同意的，合同有效，否则无效。

综上所述，在起草、审查及修改合同过程中，必须从多方面把握合同起草、审查及修改的原则与技巧，确保签约各方签订的合同目的正当，内容完整、明确、具体、清晰、合法，形式和程序合法有效，切实保护合同当事人的合法权益，在诚实信用、公平合理的原则下，促成合作各方交易的顺利实现。

CHAPTER 2

第二章

**买卖合同陷阱与
风险防范**

□ 常识导读 >>>

一、买卖合同的概念与特征

买卖合同是指一方当事人向另一方转移标的物所有权，另一方当事人支付价款的合同。在买卖合同法律关系中，按照约定转移标的物所有权的一方为出卖人，也就是卖方，接受所有权并支付价款的一方为买受人，也就是买方。按照买卖方式不同，买卖可以分为一般买卖和特殊买卖。其中，特殊买卖又可以分为凭样品买卖、拍卖、试用买卖、招标买卖等。买卖合同与其他合同一样，一般包括以下条款：当事人的名称或者姓名和住所，标的，数量，质量，价款或者报酬，履行期限、地点和方式，违约责任，解决争议的方法等。在买卖合同中，当事人可以根据具体情况，在这些条款之外，再约定包装方式、检验标准、检验方法、结算方式、合同使用的文字及其效力等条款。买卖合同有如下法律特征：

（一）买卖合同为不要式合同

买卖合同是不要式合同。买卖合同采用何种形式签订，一般可由双方当事人自己决定，可以采取书面形式，也可以采取口头形式。但在法律有明确规定或当事人有明确约定的情况下，买卖合同应当采用法律规定或者合同约定的形式。

（二）买卖合同是转移标的物所有权的合同

买卖，以转移财产所有权为目的。出卖人不仅需将标的物交付于买受人，并且需转移标的物的所有权给买受人。买受人订立合同的根本目的在于取得标的物的所有权。

（三）买卖合同是双务合同

买卖合同的当事人双方都享有一定的权利，同时又负有相应的义务。也就是说，买卖合同双方根据合同约定都负有义务，卖方的义务就是转移标的物的所有权给买方，买方的义务就是按照合同的约定向卖方支付价款。