

SUIPENGSHENG

隋彭生

律师民法业务思维

理论·案例·经验·技巧

1

LÜSHI MINFA YEWU SIWEI

隋彭生 著



中国政法大学出版社

律师对合同进行形式审查的**八**项注意

补充协议审查的九项注意

优等悬赏广告的设计

借款期限的设计与诉讼时效

夫妻忠诚协议的设计技巧

保证合同设计和审查的核心

抵押双保险技巧及担保陷阱

判断相对人非善意的一个细节

合同解除、变更的“**五个不受影响**”

《买卖合同解释》的一个“陷阱”

律师应当掌握的一道司法考试题

“**三金**”运用技巧例析

律师抛出观点的时机

律师不要轻易提出证据

强制性规定的“合法规避”

律师的一项**基本功**：发现合同默示条款

避免举证责任的一个技巧

无须举证的阶梯式抗辩

分析案情，应注意基础法律关系的存在

中断诉讼时效的技巧

.....



引领法讯前沿
优惠尽在指尖

上架建议 律师实务

ISBN 978-7-5620-5942-4



9 787562 059424 >

定价：39.00元

隋彭生

律师民法业务思维

①

LÜSHI MINFA YEWU SIWEI



中国政法大学出版社

2015·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

隋彭生：律师民法业务思维/隋彭生著. —北京：中国政法大学出版社，
2015. 3

ISBN 978-7-5620-5942-4

I. ①隋… II. ①隋… III. ①民法—律师业务—基本知识—中国 IV.
①D923

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第049119号

- 出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908437(编辑室) 58908334(邮购部)
承 印 北京华正印刷有限公司
开 本 880mm × 1230mm 1/32
印 张 10.75
字 数 250 千字
版 次 2015 年 3 月第 1 版
印 次 2015 年 3 月第 1 次印刷
定 价 39.00 元

前 言

1. 本书的关键词是：理论、案例、经验、技巧。

2. 本书包括“合同的起草、设计、审查”、“合同法”、“用益债权”、“物权法”、“侵权责任法”、“婚姻法、继承法”和“律师操作”七个板块。

3. 我写书的努力方向：不但要表达一种知识，而且要助人打开思路。

4. 我写的律师民法业务思维，是一个个片段，联系起来，也有助体系理解之功效。

5. 律师业务水平的提升，要靠律师带徒弟，但这很不够，还需要理论的浸润。

6. 本书以律师的角度切入，对其他法律人，亦不无参考价值。

中国政法大学教授 隋彭生

微博：隋彭生民商法

2015年1月1日

目 录

前 言	1
◎第一部分 合同的起草、设计、审查	
第一节 概 述	1
合同审查提纲 (1)	1
律师代写合同, 名称的选择很重要 (2)	4
谈谈合同的形式审查与实质审查 (3)	7
律师对合同进行形式审查的八项注意 (4)	8
补充协议审查的九项注意 (5)	11
关于衡平 (6)	12
容纳规则 (7)	12
合同的事先审查 (8)	13
格式免责提示条款最好手写 (9)	13
优等悬赏广告的设计 (10)	16
起草合同时, 如何排除可预见规则的适用? (11)	18
一份协议书, 两个法律关系 (12)	18
略谈企业合同台账 (13)	19
第二节 若干技术问题	20
合同书签字、盖章的几个具体问题 (1)	20
使用私刻公章, 效力如何? (2)	21
一般不要接受私人章 (3)	21
合同书的结构 (4)	21

合同书上的联系方式（5）	22
慎用法言法语（6）	22
合同用词要准确（7）	23
慎用委托二字（8）	23
手写体与印刷体（9）	24
小写之后有大写（10）	24
有优势的文本（11）	24
格式条款合同与合同示范文本的区别及采用（12）	25
条款的暂付阙如与预约（13）	26
区分预约与本约（14）	26
合二为一（15）	27
抓大放小（16）	27
由合同签订地法院管辖的约定，应当具体（17）	28
一种技巧：抵销成就条件（18）	28
代物清偿协议生效的特别约定（19）	28
第三节 合同的解除	29
约定形成权（1）	29
约定解除权，要特别注意的一点（2）	30
约定解除权，应当将条件具体化（3）	30
解除权的特约（4）	31
合同解除条款的程序性设计（5）	32
合同的履行期与终止期（6）	32
第四节 各类合同的起草、设计、审查	33
第一目 买卖合同	33
审查样品与相应条款是否一致（1）	33
改变诺成合同的性质（2）	34
检验期间过短的法律风险（3）	34
避免商事留置的一个方法（4）	36

第二目 赠与合同	36
附负担赠与合同的设计 (1)	36
可否将赠与合同约定为实践合同 (2)	38
第三目 借款合同与使用借贷	39
借款期限的设计与诉讼时效 (1)	39
扣划的约定 (2)	39
使用借贷审查的两个点 (3)	40
第四目 租赁合同	40
租赁合同审查的十个具体问题 (1)	40
租赁合同解除权的设计 (2)	41
表明租赁合同性质的标题 (3)	42
场地租赁合同与保管合同的区分 (4)	43
租赁合同的更新 (5)	44
定期还是不定期 (6)	44
转租与分租: 两个条款 (7)	45
宜约定侵害房屋承租人优先购买权的违约责任 (8)	45
优先承租权的约定 (9)	46
第五目 承揽合同	46
承揽合同审查的一个“点” (1)	46
约定著作权的归属 (2)	48
第六目 技术合同	48
技术合同审查、起草的两个重点	48
第七目 委托合同、居间合同	52
演出经纪合同要注重保护演员 (1)	52
引起争论的一句话 (2)	53
第八目 和解协议	53
起草和解协议的注意事项 (1)	53
和解协议效力的设计 (2)	54

和解协议审查的重中之重（3）	55
和解协议，要注重设定条件（4）	56
附随意条件的和解协议（5）	56
第九目 遗赠扶养协议	57
遗赠扶养协议审查的五个点	57
第十目 夫妻忠诚协议	58
夫妻忠诚协议可以发生效力吗？（1）	58
夫妻忠诚协议的设计技巧（2）	58
婚外同居“散伙”时，“经济补偿协议”的设计（3）	59
第十一目 担保合同	60
第一分目 保证合同	60
保证合同设计和审查的核心（1）	60
起草、审查保证合同应注意的一个术语（2）	62
签字人之前要有定语（3）	63
保证的保证（4）	63
对“变更”审查（5）	64
第二分目 定金合同	64
定金合同的起草与审查（1）	64
定金合同审查的五个点（2）	67
明确定金的性质（3）	68
第三分目 抵押合同	68
签订动产抵押合同的一个技巧（1）	68
签订不动产抵押合同的一个技巧（2）	69
抵押双保险的一个技巧（3）	70
抵押双保险技巧及担保陷阱（4）	70
动产抵押权实行的技巧（5）	71
抵押与质押的竞合（6）	72
不要写抵押期间（7）	73

抵押登记时间的把握 (8)	73
为浮动抵押加一把锁 (9)	74
宜将从物写入抵押合同 (10)	76
移转所有权的“抵押”无效 (11)	76
商铺抵押的一个特殊风险 (12)	76
要注意界定最高额抵押的担保范围 (13)	77
第四分目 质押	78
界定质物, 要写收条 (1)	78
物由第三人占有, 宜设计为抵押 (2)	78
保证金不能质押 (3)	79
要审查抵押、质押合同有无流押、流质条款 (4)	80

◎第二部分 合同法

第一节 要约、承诺	83
不可撤销的要约 (1)	83
要约人与受要约人的博弈 (2)	86
别忘了发否认通知 (3)	87
镜像规则的例外 (4)	88
第二节 合同的类型	89
就要式合同达成的口头协议 (1)	89
诺成合同与实践合同的转换 (2)	91
保管合同的“另有约定” (3)	92
预约和本约 (4)	92
单务预约与双务预约 (5)	95
预约为什么可以按照本约处理 (6)	95
谈射幸合同 (7)	96
主合同、从合同和委托合同 (8)	97
互易的法律适用 (9)	99

以物易物与买卖合同有何不同？（10）	100
寄养马匹是什么合同（11）	101
餐饮合同是无名合同吗？（12）	102
第三节 合同的效力	103
合同附条件的好处（1）	103
是附条件还是附期限，抑或是条件拟制？（2）	104
以射幸合同为例谈给付附条件（3）	104
容忍委托授权与无权代理、表见代理（4）	105
判断相对人非善意的一个细节（5）	107
委托代理合同、委托授权与代理行为（6）	108
冒名合同的效力（7）	108
何人何时可以主张合同无效？（8）	110
存在仲裁协议而有权起诉一例（9）	111
自己代理订立的合同是可追认的合同（10）	112
无权处分时，所有权人保护的一个程序问题（11）	114
买卖“赌石”可否构成重大误解？（12）	115
商品标价错误可否构成重大误解？（13）	116
三种合同对显失公平规则的排斥（14）	116
要约邀请与欺诈的构成（15）	117
商业吹嘘与合同欺诈（16）	118
第四节 债权人代位权与并存的债务承担	119
债权人代位权：民法上的一条斜路（1）	119
并存债务承担一例（2）	121
第五节 合同的变更与解除	122
变更协议和催告通知应当注意的问题（1）	122
合同解除、变更的“五个不受影响”（2）	123
合同解除不需要催告的情形（3）	127
《买卖合同解释》的一个“陷阱”（4）	128

能否以公告的形式解除合同 (5)	128
附解除权的合同与附解除条件的合同 (6)	129
合同解除时的违约责任与不解除时的违约责任 (7)	130
合同解除后还能要求赔偿可得利益吗? (8)	132
无解除权人通知相对人解除合同的法律后果 (9)	133
第六节 违约责任	136
损益相抵的规则 (1)	136
损益相抵, 违约人的一种抗辩 (2)	137
可得利益损失赔偿之可预见规则 (3)	137
可得利益损失赔偿之减损规则 (4)	140
过错相抵与双方违约 (5)	142
约定违约金的好处 (6)	143
违约金性质、数量的设计 (7)	143
免责抗辩及违约金调整释明 (8)	144
第七节 合同的解释	145
合同的文义解释规则 (1)	145
合同的整体解释规则 (2)	147
按交易习惯解释的规则 (3)	148
有偿合同有利于债权人的解释规则 (4)	149
体系解释一例 (5)	151
第八节 买卖合同	153
“物的适用性担保义务” (1)	153
买受人对多交标的物的无偿保管及轻过失免责 (2)	155
普通动产的一物多卖 (3)	156
动产一物多卖例析 (4)	158
提取标的物单证以外的有关单证和资料 (5)	159
“主观特定物”的好处 (6)	161
瑕疵担保责任减免的特约 (7)	162

动产所有权保留买卖的占有媒介关系（8）	165
出卖人的取回权及其限制（9）	166
质押时，出卖人取回权的一时丧失（10）	168
回赎及取回后的另行出卖（11）	170
有偿转让权利的合同可以参照适用买卖合同的有关规定（12）	171
第九节 赠与合同	173
为什么要把赠与合同规定为诺成合同（1）	173
赠与为实践合同的规定为什么失效？（2）	174
动机如何，不影响赠与的效力（3）	175
死因赠与（4）	176
为什么要赋予赠与人任意撤销权（5）	177
赠与标的财产的移转与任意撤销权的行使（6）	178
赠与人撤销权的客体（7）	179
赠与人任意撤销权的性质（8）	180
债权人保全撤销权与赠与人任意撤销权（9）	181
赠与人法定任意撤销权与其法定事由撤销权的关系（10）	182
赠与人任意撤销权与可撤销合同之撤销权的关系（11）	183
赠与动产的观念交付（12）	184
“赠与欠条”或“情侣欠条”不构成观念交付（13）	186
以占有改定排除赠与人的任意撤销权（14）	186
就被继承人债务的清偿达成合意，是否构成道德义务的赠与？（15）	188
夫妻之间的赠与（16）	188
对子女的赠与是否为道德义务的赠与？（17）	190
继承人如何撤销被继承人赠与情人的房产（18）	190
经公证的赠与（19）	191
赠与人死亡，继承人可否撤销赠与（20）	193
受赠人死亡与任意撤销权（21）	194

赠与合同撤销后自始失去效力 (22)	194
赠与合同撤销后用益价值的保留 (23)	195
债务免除与任意撤销权 (24)	196
附生效条件的赠与与能否任意撤销? (25)	197
附负担的赠与, 赠与人是否有任意撤销权? (26)	198
赠与人通知受赠人抵销的情形 (27)	198
债权赠与与赠与人的任意撤销权 (28)	199
第十节 承揽合同、保管合同、居间合同	200
绿松石雕刻, 是买卖合同, 还是加工、定作合同? (1)	200
保管合同实践性解说 (2)	202
消费保管合同 (3)	203
媒介居间的双重法律关系 (4)	204
第十一节 和解协议	206
最常见的无名合同 (1)	206
和解协议中, 被违约人的抉择 (2)	207
和解协议确定的赔偿额高了, 能否撤销 (3)	208
附生效条件的和解协议 (4)	209
王二麻子说, 看我的面子! (5)	210
律师应当掌握的一道司法考试题 (6)	211
更新与和解协议的区别 (7)	212
第十二节 定金合同	213
对定金的错误分类 (1)	213
立约定金与犹豫定金 (2)	213
立约定金一例 (3)	214
意外事件不适用定金罚则 (4)	215
鱼和熊掌, 可否兼得? (5)	216
“三金”运用技巧例析 (6)	217
六种担保金 (7)	219

◎第三部分 用益债权

用益债权、用益赠与、用益互易、用益对价、用益侵权、 用益法律关系、用益权合同（1）	221
典权性质的变化（2）	222
用益权合同（3）	223
动产用益质权（4）	224
实物用益出资的评估及用益年限（5）	226
用益互易（6）	227
用益抵债（7）	228

◎第四部分 物权法

第一节 物权概述	230
“特定的物”是“特定物”吗？（1）	230
天然孳息与法定孳息（2）	231
天然孳息与从物（3）	232
物权优于债权一例（4）	234
物权排他效力一瞥（5）	235
未取得登记的不动产物权的处分（6）	236
一物多卖时的物权与债权（7）	236
第二节 善意取得与动产抛弃	237
善意取得之“有偿”（1）	237
动产善意取得人何时为善意？（2）	238
对自己的动产能否善意取得（3）	239
带泪梨花各不同（4）	240
这只骂人的鹦鹉被善意取得了吗？（5）	241
动产善意取得后担保权的存废（6）	242
标的物中藏有钻戒，能否以重大误解为由撤销？（7）	242
动产抛弃发生“错误”，能否撤销？（8）	243

误把黄金当黄铜, 可否构成重大误解? (9)	244
第三节 他物权	244
他物权法律关系 (1)	244
他物权人对孳息的收取与取得 (2)	245
质权人收取何种孳息? (3)	248
表见地役权一例 (4)	249
混合担保时的责任 (5)	251
实行抵押权适用特别程序 (6)	252
所有权与抵押权的混同 (7)	254
以指示交付设立后次序质权 (8)	255
定作合同的承揽人不能成立留置权 (9)	256
第四节 占有及占有媒介关系	257
动产善意取得不是善意占有的效力 (1)	257
货币的占有与所有同一 (2)	258
间接占有是“裸体”本权 (3)	259
占有媒介关系是法律关系 (4)	260
出租人对次承租人的请求权及占有媒介关系连锁 (5)	262
交付的不同方向 (6)	263
指示交付设质的“三角法律关系” (7)	264
占有抗辩权 (8)	265
◎第五部分 侵权责任法	
准格言: “侵害一项权利, 产生他项权利” (1)	266
认定侵权责任的相当因果关系 (2)	266
八种违法阻却事由 (3)	267
紧急避险: 法益的冲突 (4)	268
补充责任与连带责任的区别 (5)	270
医院轻过失能否免责? (6)	274

今天是2012年12月21日（7）	275
无意思联络分别侵权的按份责任（8）	276
高度危险责任之一种（9）	277
动物致害责任（10）	277
对有体物的用益侵权（11）	279
用益侵权一例（12）	280
对作品的用益侵权（13）	281

◎第六部分 婚姻法、继承法

冒名婚姻之效力（1）	283
“离婚协议”的三个具体问题（2）	284
思辨：无人继承的遗产先成为无主物吗？（3）	285
自书遗嘱应当手写（4）	286
后老伴在对方以遗嘱处分全部财产后还能拿到遗产吗？（5）	287
遗嘱：期待权与既得权之别（6）	288
继承人在被继承人生前放弃继承权的效力（7）	288
夫妻一方放弃继承是否须经配偶同意？（8）	290
附“既成条件”的放弃遗产的协议（9）	291
必留份与特留份（10）	291
遗赠扶养协议的给付（11）	292
遗赠扶养协议双方有无任意解除权？（12）	293
遗赠扶养协议扶养人的资格（13）	294
限制行为能力人可否为遗赠扶养协议的“遗赠人”（14）	295
监护人可否代理被监护人签订遗赠扶养协议？（15）	296
赠与、死因赠与、遗赠扶养协议、遗赠（16）	297
“继承权”的行使受2年诉讼时效的限制吗？（17）	298

◎第七部分 律师操作

律师抛出观点的时机（1）	300
--------------	-----

债务人欠缺偿债能力，债权人怎么办？（2）	301
不要轻易提出证据（3）	302
不同权利的先后行使（4）	302
欠条还是收条（5）	303
强制性规定的“合法规避”（6）	305
律师的一项基本功：发现合同默示条款（7）	306
在竞合中选择（8）	308
一种风险极大的质押（9）	308
避免举证责任的一个技巧（10）	310
无须举证的阶梯式抗辩（11）	310
共同危险行为的举证问题（12）	313
律师要善于发现或界定当事人行使形成权的行为（13）	314
无权占有人如何打赢官司？（14）	315
分析案情，应注意基础法律关系的存在（15）	316
此案的突破口在哪里（16）	317
中断诉讼时效的技巧（17）	318
诉讼时效期间届满后，债权人还有机会（18）	319
“开始的当天不算入”（19）	321

第一部分 | 合同的起草、设计、审查

第一节 概 述

◎ 合同审查提纲（1）

题记：合同审查，可分为两大部分：第一部分是效力审查，审查目的是发现合同是否存在效力瑕疵。应注意当事人的约定与现行法律是否不一致，是与强制性规定不一致，还是与任意性规定不一致。在合同签订阶段就要尽量避免将来被确认无效、部分无效和被撤销的可能。第二部分是“三性”审查，即审查合同的安全性、完备性、准确性。这对保障交易安全、避免或减少争议有重要的作用。

一、效力审查

（一）对主体是否适格的审查

1. 合同主体是否适格。
 - （1）有无相应的资质（禁营、专营、特许、等级等）。
 - （2）限制行为能力人能否足以预见合同的后果。
2. 签字人是否为法定代表人。
3. 代理人是否适格。

(1) 是否提交授权委托书原件或者有其他委托授权证明。

(2) 属于特别授权的事项还是概括授权的事项。

(3) 是否为法定代理人。

(4) 其他影响合同效力的情况。

(二) 是否需要办理报批、登记手续

(三) 对给付是否合法的审查

1. 标的财产是否为禁止流通的财产。

2 对限制流通的财产的交易，程序上、主体上是否符合要求。

3. 是否对第三人构成侵权。

4. 对标的财产是否存在争议。

(四) 当事人约定的时间、标的数额等是否合法

1. 履行期限是否突破法律规定。

2. 保证期间是否符合法律要求。

3. 有无对诉讼时效的特约。

4. 定金数额是否突破法律限制。

5. 利息是否突破法律限制。

6. 管辖的约定是否突破级别管辖。

7. 规避条款属于合法规避还是违法规避。

8. 其他情况。

(五) 免责条款是否有效

1. 是否预先免除了故意、重大过失造成损失的责任。

2. 格式免责条款是否显失公平。

(六) 是否存在意思表示有瑕疵的情况

(七) 有无法定的内部决策程序^[1]

[1] 例如《公司法》第16条规定：“公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议；公司章程对投资

（八）其他情况

二、“三性”审查

（一）对安全性的审查

1. 标的财产是否有权利负担。
2. 对方履行合同的资力如何。
3. 担保是否确实，充当担保人时，反担保是否落实。
4. 履行顺序的设计。
5. 长期合同是否设立艰难条款。
6. 有无吊销营业执照或被申请破产的情况。
7. 是否为关联交易。
8. 格式条款提供者采取什么方式尽提示义务。
9. 异地成立合同时，对方是否“微调”了合同打印稿。
10. 其他情况。

（二）对完备性的审查

1. 标的名称、质量标准、成分、规格的规定或特别要求等。
2. 无形财产的归属。
3. 履行地点的确定。
4. 履行时间的确定。
5. 履行方式的确定。
6. 对验收规范、验收方法、异议时间的确定。
7. 债务人履行或债权人受领的特别要求。
8. 补偿性违约金与惩罚性违约金的设定。
9. 法定解除是否经过催告程序及催告的期间。

（接上页）或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的，不得超过规定的限额。公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议。前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东，不得参加前款规定事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。”

10. 解决争议的方法。
11. 信函往来办法。
12. 暂付阙如条款（暂时空下来的条款）。
13. 合同生效时间的确定。
14. 管辖条款是否具体、清楚。
15. 其他条款。

（三）对准确性的审查

1. 合同文本与附件有无矛盾之处。
2. 条款之间有无逻辑矛盾。
3. 对事项的限制是否明确。
4. 段落的层次性和条款的逐次限制性是否得当。
5. 大小标题、序号安排是否得当。
6. 用词、术语的使用是否准确、妥当，是否容易产生歧义。
7. 关键性的标点符号有无用错的情况。
8. 违约金针对的违约类型是否确定。
9. 期间的起算与终止是否明确。
10. 印章或签名是否符合要求。
11. 其他要求。

◎ 律师代写合同，名称的选择很重要（2）

题记：合同名称与合同内容（权利义务关系）不一致时，以合同内容为准。但审判实践中往往做不到这一点，法官有时会根据合同名称来认定当事人的责任。所以，在代写合同时，要注意合同名称的选择。写错了合同名称，导致当事人损失的，当事人有可能提出索赔。

1. 承揽合同与委托合同。甲公司委托乙公司拆除自己在 A 楼上的巨型广告牌，双方签订了委托合同。乙的工人在使用电焊枪切割广告钢板支架时，迸发的火花引起了火灾。A 楼的业主起诉了甲、乙，一、二审法院均认为委托人与受托人应构成连带责任。甲不服，提出申诉。

法官找我商量，我当时的回答很明确：当事人不过是写错了合同名称，将承揽合同写成了委托合同，因而不应当判决甲承担连带责任。承揽人是独立责任。

本案乙提供的是物化劳动成果，承揽的特征比较明显。但是写成了委托，大家一看，又确实很像委托。如果甲、乙把合同写成承揽合同，事情就好办得多。

问题是，委托合同的双方是否应当对第三人承担连带责任？

委托合同是完成委托事务的合同，受托人完成委托事务包括实施法律行为和实施事实行为两种情况。实施法律行为当然可能构成连带责任，如代理人与被代理人的责任。在受托人通过完成事实行为完成委托事务时，他是独立责任，委托人不构成连带责任，但委托人有过错的除外。

本案甲、乙之间的合同是承揽合同，但即便是认定为委托合同，甲也不应承担连带责任。但是大家对委托合同责任的认知有较多空白，因而选好合同名称，就会避免不必要的争议。

2. 借款合同与和解协议。甲委托乙办事，交给乙 10 万元钱，甲说乙耽误了自己的事，要乙支付 15 万元。双方对这 15 万元写的是借款协议。后甲起诉乙要求履行借款协议，乙方有经验的律师，就会以没有真实的借贷关系为由进行抗辩（河北省孙利民律师就办过类似案件），导致甲败诉或者不能完全实现诉讼目的。

如果甲、乙双方就该 15 万元给付写成“和解协议”，就很

安全。因为和解协议是为解决纠纷，双方让步的结果。

合同有借款之名，实为和解协议，应当按和解协议处理——这在理论上毫无疑问是正确的，但是在实务中很难做得到。

有时男女情人发生争议，女方会逼迫男方写借条，写男方从女方处借了多少钱。这种合同有一个的风险，一方面男方可能主张没有真实的借款关系，另一方面女方也有敲诈的嫌疑。写和解协议效果可能要好一些。

3. 变更协议与和解协议。甲、乙双方就原合同的条款有所争议，经过协商，双方和解，互相做了让步，变更了原合同的某些条款。双方就变更事项，签署了“和解协议”，后甲不履行合同，乙起诉了甲和保证人丙，丙的抗辩是，和解协议是新的合同，未经我方同意，我方免责。

新的协议之名称，用“变更协议”或者“补充协议”为好，这样可以拴住原合同的担保人。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》（以下简称《担保法解释》）第30条规定：“保证期间，债权人与债务人对主合同数量、价款、币种、利率等内容作了变动，未经保证人同意的，如果减轻债务人的债务的，保证人仍应当对变更后的合同承担保证责任；如果加重债务人的债务的，保证人对加重的部分不承担保证责任。债权人与债务人对主合同履行期限作了变动，未经保证人书面同意的，保证期间为原合同约定的或者法律规定的期间。债权人与债务人协议变动主合同内容，但并未实际履行的，保证人仍应当承担保证责任。”

如果名称用“和解协议”，则担保人就会主张自己的担保义务已经消灭。是否消灭，理论上不同观点，打起官司来很麻烦。

◎ 谈谈合同的形式审查与实质审查 (3)

例：有一次到同学当主任的律师事务所参观，一位值班女律师正在帮客户看合同。合同草稿是用电子邮件传过来的，眉毛、胡子一大堆。这位女律师帮客户把条款缕清楚，还增补了一些东西，不光是审查，还要修改，收几百块钱，真是不值。

我说不值，是因为这种形式审查的风险很大，你不了解背后是什么？当事人找后账的话，很麻烦。

1. 形式审查。形式审查重在对合同文本的审查，当然形式审查与实质审查不能像刀切豆腐那样分得那么清楚。

对合同进行形式审查时，有几点是要注意的：

第一，要看条款之间逻辑关系。一般首先要对给付（标的）作出界定，其次要看对完成给付设置的具体条款如何。

第二，期间的设计是否合理。期间是时间段，其两端是时间点（期日），要注意最后一天是否为法定节假日。

第三，文字、术语使用是否准确。

第四，“名实”是否相符，即合同的名字与内容是否一致。比如，当事人通过买卖一台“样机”来转让技术秘密，就不能把技术转让合同写成买卖合同。

第五，合同文本中是否有解决争议的条款，如果有，是否明确、具体。

第六，最后要闭着眼睛想一下：有无重大遗漏；有无陷当事人于危险境地的表述。

如果不是审查合同文本，而是审查当事人往来的缔约文件（要约邀请、要约、承诺等文件），这时候就要特别细心，看看有无要约对要约邀请内容的承继、新要约对原要约内容的承继

（容纳规则）；有无对要约的非实质性变更或实质性变更等。有的当事人会在当中玩点小技巧、小把戏的，老律师都知道。

2. 实质审查。实质审查是对当事人欲建立的法律关系的审查，简称为对法律关系的审查，它是建立在形式审查基础上的，但它更进了一步。不但要看合同文本，还要看其他材料，还要听委托人的介绍。了解委托人之相对人的情况，也是必需的。

法律关系审查，主要是审查法律关系能否成立（合同是否有效），法律关系的内容如何，如果法律关系被违反，救济法律关系将如何，等等。形式审查中“名实”是否相符的审查，同时也是法律关系的审查。

企事业单位的法律顾问对合同的审查，必须进入到对法律关系的审查。

◎ 律师对合同进行形式审查的八项注意（4）

其一，合同的名称与内容是否相符？

合同的名称与合同的内容应当相符，如果不相符，则以内容为准。但名称把握不准，会无端引起争议。例如，当事人订立了一方委托另一方完成物化劳动成果的协议，合同的名称是“委托合同”，这就为认定当事人的责任制造了障碍。再如，双方当事人出卖承载技术的样品，实为技术许可使用，却签订为买卖合同，也影响到当事人权利义务关系的认定。其他如：是雇佣还是承揽，是承揽还是建设工程，是租赁还是保管，等等。

其二，合同抬头的当事人条款与合同尾部的落款（签字、盖章的条款）是否一致？

例如，一份合同开头的当事人条款表明甲方是A公司，盖章的却是A公司设立的不具有法人资格的“某某中心”。老律师

都知道，这种事情挺多的，俗称为“大头小尾”。事后的争议往往是：是否构成表见代理？是否以该中心为合同当事人？

如果当事人条款表明甲方是 A，乙方是 B，在合同尾部的落款却有 A、B、C，这时候要考察 C 的“身份”：是合同当事人，还是担保人，或者是见证人？

其三，重要条款是否欠缺或表述不清？

合同条款分为必要条款与非必要条款。欠缺必要条款合同不能成立。非必要条款的欠缺，不妨碍合同的成立。但有些非必要条款的欠缺或表述不清，会引发当事人的争议。这类非必要条款也是重要条款。例如，双方当事人年底订立合同，约定：出卖人在第二年中分四次发货。这就引起争议，只要一年中分四次发货就可以呢，还是一年中按季度分四次发货？通过律师的事先审查，提出细化的建议，就可以“灭争议于未发”。

其四，条款之间有无冲突？

例如，甲、乙的买卖合同中约定迟延履行违约金为每天万分之五支付，合同中还有一个条款规定迟延付款的违约金是万分之三。后来买受人乙违约，就违约金的适用，双方各执一词。如果在审查阶段将隐患去除，就可以节约诉讼成本。

其五，履行期与合同有效期（终止期）是否一致？

当事人订立合同，有时会忽略履行期与合同有效期的矛盾，发生争议时，一方主张履行期，另一方主张有效期，只好诉到法院听凭裁决。如果感到对履行期与合同有效期的关系不易把握，可以只写履行期，不写合同有效期。

合同分为一次性给付的合同和持续性给付的合同。持续性给付的合同，合同的履行期一般就是合同的有效期。

其六，术语的运用是否准确？

例如，保管合同可以是无偿合同，也可以是有偿合同。如

果当事人约定了保管费，那合同一般就会被认定为有偿合同。^{〔1〕}实务中，有的当事人把必要费用约定为保管费，影响了合同性质的判断。约定寄存人向保管人支付必要费用的，为无偿保管合同。

在赠与合同中，也可能出现费用，一般不会影响合同的无偿性质。

再如，“等”、“其他”一类术语是否会产生歧义？

还有，验收期是指数量的验收期，还是指外观瑕疵的验收期，抑或是内在质量的验收期？

术语的准确运用，有助于减少纠纷。有些术语写法不准确，虽无伤大雅，但会引来内行人的讥笑，如“遗赠扶养协议”写成“遗赠抚养协议”。

其七，合同附件与合同文本是否有矛盾？

合同附件与补充协议不同，补充协议在实践上后于协议，与协议不一致时，以补充协议为准。合同附件与合同文本不一致（往往是技术条件、质量要求等不一致）时，则应当具体问题具体分析，一般应以目的解释规则、整体解释规则确定。如果事先加以审查，可消除隐患。

其八，当事人订立的合同是否为预约？

有时候当事人成立的合同只是预约，而对预约的履行是成立本约。如果不在合同中明确预约的性质，则容易引起争议。因为预约当中包含本约的部分甚至全部条款，有的当事人依据这些条款来要求履行。

〔1〕《合同法》第366条规定：“寄存人应当按照约定向保管人支付保管费。当事人对保管费没有约定或者约定不明确，依照本法第61条的规定仍不能确定的，保管是无偿的。”

◎ 补充协议审查的九项注意（5）

第一，《补充协议》是对《协议》的漏洞填补或变更。当事人的给付不丧失同一性。

第二，《补充协议》不是《协议》的从合同，主、从合同是不同的给付。比如借款合同（主合同）和抵押合同（从合同）是不同的给付。《补充协议》只是对《协议》确定的给付作出补充或者修改。

第三，《补充协议》不是和解协议，和解协议有其基础法律关系，在和解协议成立后，原法律关系（基础法律关系）还可以继续存在。原法律关系的给付与和解协议法律关系的给付不同。和解协议的条件未成就或者和解协议被解除，还可以恢复原法律关系的履行效力，原给付依然存在只是有修改。

第四，《补充协议》与《协议》不是本约与预约的关系。预约与本约是不同的给付。对预约的履行，是成立本约，即成立新合同的行为。而“补充协议”与“协议”只是修改和补充的关系

第五，《补充协议》不是对《协议》的更新。如果名为《补充协议》，而确认的法律关系与原《协议》确认的法律关系不具有同一性，则为更新，更新后原《协议》的担保人不再承担担保责任。

第六，《补充协议》与《协议》不一致的，以《补充协议》为准。因为，后边的意思表示优于前边的意思表示，时光不能倒流。

第七，《补充协议》合同主体与《协议》的合同主体应当一致。《补充协议》的签订主体（代理人）与《协议》的签订主体不一致的，要审查签订主体的代理权限。审查《补充协议》

时，要与《协议》对照一下，别偷懒。

第八，在表述上，有时要把《协议》的条款在《补充协议》上“重述”一下，对照一下。

第九，要注意《补充协议》的落款时间，没有落款时间会引起争议。有时，《协议》与《补充协议》在同一天，一般要注明一下先后。

◎ 关于衡平（6）

律师虽只受一方委托，对合同进行审查，但仍应秉持公平的观念，不可一边倒。审查合同，旨在查漏补缺，防止自己的委托人遭受不应有的损失。不可过于压制对方，不可设计合同陷阱。法律对弱者的救济手段已经很成熟了，太过分的话，反而会砸了自己的脚。

◎ 容纳规则（7）

容纳规则的大意是：要约邀请的内容没有被否定的，自动进入要约，要约的内容没有被否定的，为承诺所接纳，进入合同。

合同审查包括对广告的审查。商业广告为要约邀请，符合要约条件的，视为要约。对广告的审查：首先是看广告的内容能否进入合同，最终成为合同条款（容纳规则）；其次是看有可能构成侵权（是否侵害他人人格权或构成不正当竞争）；第三，要看广告有效期的设计是否合理。

商业吹嘘的内容，能否进入合同？按容纳规则，要约邀请中商业吹嘘的内容，不能引起相对人合理信任的，不进入合同。为保护消费者利益，最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《商品房买卖合同