

合同全流程实务指南

Practical Guide
To The Whole Process
of Contract

谈判 | 起草 | 审查 | 修改 | 签订 | 履行 | 管理

余斌

著

民法典时代**合同实务指南**

涵盖流程化管理重要阶段、关键节点

谈判 囊括谈判原则、需求要件及谈判技巧

起草·审查·修改 涵盖合同框架设计、起草要点、审查与修改技巧及具体条文精细化

签订·履行 总结合同中的漏洞、盲点，揭示合同签订、履行过程中的重大风险

签订后管理 提供技巧性、规范性合同管理实操经验

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

合同 全流程 实务指南

Practical Guide
To The Whole Process
Of Contract

谈判

起草

审查

修改

签订

履行

管理

余斌





前 言

市场经济是法治经济，而法治经济最明显的外在表现即合同经济。合同是自然人、法人或非法人组织之间为确定权利义务而形成的意思共鸣。当事人签订合同，其目的是获取经济利益并为之提供相应的法律保障。但是，只有合法有效的合同才能得到法律的保护，才能实现当事人订立合同的目的。如果合同违法，就可能被法院或仲裁机构撤销，或者被认定为无效，当事人不但不能实现签约目的，情节严重的还可能受到法律的制裁。

合同遍及日常生活的方方面面，无时不在、无处不存。合同中的每一个字、词乃至小小的标点符号，都关系着当事人潜在的经济利益。合同中某些语句若表述稍有不当或存在歧义，就会影响当事人交易目的的实现。因此，无论是当事人还是法律工作者，对合同的谈判、起草、审查、修改、签订等一系列问题应该高度重视，既要在法律框架内让合同交易目的得以顺利实现，又要谨慎审查合同的字词句乃至标点符号，尽量避免因合同产生的风险、纠纷及诉讼。

在商业交易日益发达的今天，合同的谈判、起草、审查、修改、签订、履行及管理均已初步形成规范的制度和流程。当前图书市场上有关合同实务的图书也不胜枚举，但全面系统阐述合同谈判、起草、审查、修改、签订、履行及管理的实用性书籍却寥若晨星，很多书籍多侧重于某一方面，且理论性较强，实际操作层面的“干货”较少，而某些书籍的书名和书中的实际内容“对不上号”，容易使读者产生困惑。因此，编撰一本集“综合性”“开创性”“指导性”“实用性”“可操作性”于一体的合同实务类图书，必将能满足广大读者的迫切需求。

本书立足于广义的合同概念，着重体现债权合同与物权合同在实际生活中的运用，对当事人在涉及合同的各个重要阶段进行全面的专题阐述，涵盖合同谈

判、起草、审查、修改、变更、解除或终止、违约责任认定及违约后的救济措施等内容。全书首先以“合同谈判”为开篇，囊括谈判原则、需求要件及谈判技巧等内容；其次以合同的起草、审查及修改为重点，详细阐述了合同框架设计、起草要点、审查与修改技巧及具体条文精细化等内容；继而到合同的签订、履行部分，该部分总结合同中的漏洞、盲点，揭示合同签订、履行过程中的重大风险；最后是合同签订后的管理，通过一些技巧及规范性的建议，预防可能发生的其他风险。全书涉及合同全流程的重要阶段、关键节点，既有总体全面的概括，又有具体内容的详细阐述。为了使本书更加系统和完整，本书还提炼、浓缩了最高人民法院处理合同纠纷案件的裁判规则、合同签订风险防范等内容作为本书附录部分，使得全书内容更加丰富、资料更加翔实。

2020年5月28日，我国十三届全国人大三次会议表决通过了《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）。该部法律自2021年1月1日起施行。这是新中国第一部以法典命名的法律。《民法典》的颁布和实施是我国法治体系建设的重要里程碑，其立法宗旨和目的充分反映了人民群众的意愿，保障私权，维护广大人民群众的利益。在这部被誉为“公民社会生活的百科全书”的法典的1260个条文中，合同编共计526个条文，几乎占了《民法典》的“半壁江山”。合同编共分为三个分编——通则、典型合同、准合同，《民法典》在原《合同法》的基础上进行了全方位的修订，亮点纷呈。本书正是结合我国最新颁布的《民法典》所编写，积极回应社会生活的热点问题及司法实践中疑难复杂的合同问题。此外，本书还针对现实生活中有关合同方面存在的大量问题提出一些独到的见解，使合同理论问题落脚于现实，摒弃理论的深度和晦涩的法条解读，注重内容的实用性、实践性与可操作性，力求解决合同当事人、机关及企事业单位法务人员及广大法律工作者在实际工作中遇到的问题。

本书得以问世，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，尤其要感谢该社的资深编辑朱丹颖女士提出的诸多宝贵意见和建议；其次要感谢中国法制出版社参与策划、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；再次要感谢法律界的各位同人，本书在编写过程中，参考和借鉴了各位同人已有的研究成果和相关书籍、资料，对这些材料的编著者，在此表示诚挚的谢意；最后要衷心感谢广大读者，是您们一直以来的支持与厚爱，促使作者更加勤奋努力地学习、思考和创作，坚定了作者从精从细写好这本书的信心和决心！您们的收获，便是作者最大的欣慰和满足。

由于时间紧迫，作者水平有限，书中疏漏和不妥之处在所难免，欢迎广大读者和同人批评指正。

谨祝各位读者工作顺利、幸福安康！

余斌

2020年11月于北京

第一章 合同谈判 1

第一节 合同谈判概述 / 1

一、合同的概念与法律特征 / 1

二、合同谈判概述 / 4

第二节 合同谈判应遵循的原则 / 7

一、平等互利原则 / 7

二、自愿原则 / 8

三、充分协商原则 / 8

四、公平原则 / 9

五、诚信原则 / 9

六、保密原则 / 12

第三节 合同谈判前的准备 / 14

一、拟定合同谈判计划与谈判方案 / 14

二、做好相应的法律知识准备 / 14

三、收集整理与合同谈判有关的信息 / 15

四、对合作方进行预判和分析 / 15

五、合理确定谈判人员 / 16

第四节 合同谈判要点与技巧 / 16

一、掌握谈判议程 / 16

二、谈判中应遵循互利共赢的原则 / 17

三、合同谈判地点的合理选择 / 17

四、营造良好的谈判氛围 / 19

五、注意倾听与表达 / 19

六、合同谈判中的让步策略 / 20

七、合同谈判中的答复技巧 / 21

第五节 合同起草权的争取 / 22

一、合同起草权的争取意义 / 22

二、合同起草权的争取策略 / 23

第六节 合同谈判纪要及备忘录制作 / 24

一、合同谈判纪要的制作 / 24

二、合同谈判备忘录的制作 / 26

第二章 合同起草 28

第一节 合同起草前的准备 / 28

一、明确当事人的签约目的 / 28

二、收集合同相关信息 / 29

三、明确合同的性质与名称 / 30

四、列出合同交易要点 / 31

五、查阅合同所涉法律法规 / 31

六、广泛参阅并筛选借鉴合同范本 / 32

第二节 合同条款的起草 / 33

一、合理确定合同的框架结构 / 33

二、合理确定合同的内容 / 34

- 第三节 合同起草注意事项 / 88
 - 一、合同起草过程中应遵循的原则 / 88
 - 二、合同起草规范 / 89
 - 三、合同起草过程中的沟通 / 91
 - 四、合同起草后的初稿审核 / 91
- 第四节 合同编排与排版 / 93
 - 一、合同编排 / 93
 - 二、合同排版 / 94

第三章 合同审查 95

- 第一节 合同审查概述 / 95
 - 一、合同审查的目的与意义 / 95
 - 二、合同审查的原则与方法 / 97
- 第二节 合同主体资格审查 / 101
 - 一、合同主体资格认定 / 101
 - 二、合同主体资格审查方法 / 105
- 第三节 合同合法有效性审查 / 113
 - 一、合同效力认定与审查 / 113
 - 二、合同订立程序审查 / 118
- 第四节 合同条款审查 / 120
 - 一、合同开头部分条款审查 / 120
 - 二、合同正文部分条款审查 / 122
- 第五节 合同担保条款审查 / 130
 - 一、保证条款审查 / 130

二、抵押条款审查 / 134

三、质押条款审查 / 140

四、留置条款审查 / 146

五、定金条款审查 / 147

第六节 合同签署部分审查 / 150

一、当事人签章审查 / 150

二、合同签订时间审查 / 151

三、合同签订地点审查 / 151

第七节 合同附件审查 / 152

一、合同附件的效力认定 / 152

二、合同附件审查要点 / 153

第八节 合同结构及用语规范审查 / 154

一、合同结构审查 / 154

二、合同用语规范审查 / 156

第四章 合同订立形式选择 159

第一节 合同的订立方式 / 159

一、要约 / 159

二、承诺 / 166

第二节 合同的成立与生效 / 168

一、合同的成立 / 168

二、合同的生效 / 170

第三节 合同的形式 / 176

一、合同的口头形式 / 177

二、合同的书面形式 / 177

三、合同的其他形式 / 179

第四节 合同印装及签章规范 / 180

一、合同打印与装订 / 180

二、合同签字与盖章 / 182

三、合同签署规范 / 186

四、合同签章瑕疵的效力认定 / 192

第五节 典型案例 / 198

1. 订立合同过程中泄露对方技术秘密，应否承担赔偿责任? / 198
2. 恶意串通订立合同损害他人利益，合同效力如何认定? / 200
3. 提供格式合同一方未提请对方注意免责条款，合同是否有效? / 202
4. 合同约定的生效条款冲突，应如何处理? / 204
5. 合同名称与内容不一致，应如何认定? / 206
6. 政府招商引资合同的性质应当如何认定? / 207
7. 承诺期限应当如何计算? / 209
8. 合同标的物包含色情内容，该合同是否有效? / 211
9. 合同约定先扣除借款利息，该约定是否有效? / 212
10. 法定代表人签署的合同，效力应如何认定? / 214

第五章 合同履行及管理规范 218

第一节 合同履行规范 / 218

一、合同履行标准 / 218

二、合同履行原则 / 219

三、履行合同前的注意事项 / 222

四、合同履行规则确定指引 / 222

五、涉他合同履行规则 / 226

六、合同变更履行规则 / 227

第二节 合同履行中的抗辩权 / 230

一、同时履行抗辩权 / 230

二、先履行抗辩权 / 231

三、不安抗辩权 / 231

第三节 合同管理规范 / 233

一、合同管理概述 / 233

二、合同编号 / 236

三、合同保管 / 238

四、合同借阅 / 239

第四节 典型案例 / 241

1. 合同约定交货事宜由第三方协调解决，当事人应如何履行义务？ / 241

2. 虽未签字但已实际履行的合同，是否有效成立？ / 243

3. 合同约定公证生效但未办理公证，该合同是否有效？ / 244

4. 债务人部分履行合同义务，债权人是否有权拒绝？ / 246

5. 合同履行完毕后，当事人能否申请撤销？ / 247

第六章 合同解除与违约责任 250

第一节 合同解除 / 250

一、合同解除的法律后果 / 250

二、合同解除方式选择 / 251

三、合同解除注意事项 / 255



第二节 违约责任 / 259

一、违约责任的判断与认定 / 259

二、当事人承担违约责任的方式 / 260

第三节 典型案例 / 264

1. 解除合同是否需要通知对方? / 264

2. 合同权利义务应当如何转让? / 267

3. 合同解除后, 违约方应否赔偿守约方预期可得利益
损失? / 271

附录 1: 最高人民法院合同纠纷类案件裁判观点 (精选) / 273

附录 2: 常见合同陷阱与风险防范表 / 299



合同谈判

第一节 合同谈判概述

一、合同的概念与法律特征

(一) 合同的概念

合同又称协议，在古代又称契约。2020年5月28日通过的《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第464条第1款规定：“合同是民事主体之间设立、变更、终止民事法律关系的协议。”所谓民事主体，即民事法律关系的主体，是指根据法律规定，能够参与民事法律关系，享有民事权利和承担民事义务的当事人。合同主体即合同的当事人，也就是我们常说的签订合同并受合同条款约束的人，包括自然人、法人和非法人组织。自然人既包括具有中国国籍的中国公民，也包括外国人和无国籍人。法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织，如有限责任公司、股份有限公司等。非法人组织是不具有法人资格，但是能够依法以自己的名义从事民事活动的组织。非法人组织包括个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构等。

日常生活中，我们经常所说的合同，仅指具有财产关系的合同，如买卖合同、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、保证合同、保理合同、物业服务合同、中介合同、合伙合同、赠与合同及供用电、水、气、热力合

同等。对于婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，如离婚协议、收养协议、监护协议等，适用身份关系的法律规定；没有规定的，可以根据其性质参照适用《民法典》合同编的规定。

此外，当事人在订立正式合同文本的前期可以先行签订预约合同，约定在将来一定时间内签订正式合同文本，该预约合同同样受法律保护。预约合同本身就是一种合同，预约当事人真实的意思表示是将来订立某个特定的合同，其成立与生效要件适用一般合同的规定。我国《民法典》第495条规定：“当事人约定在将来一定期限内订立合同的认购书、订购书、预订书等，构成预约合同。当事人一方不履行预约合同约定的订立合同义务的，对方可以请求其承担预约合同的违约责任。”

一般来说，只要合同不违反我国法律、行政法规的强制性规定或者违背公序良俗，当事人真实意思表示一致，合同即可成立。但值得注意的是，生活中有一些貌似“合同”的约定，因不属于法律事实，并非我国法律所调整的社会关系，不产生合同的法律效果。即使当事人有受拘束的法律意思，但其约定内容仍不受法律的调整。如甲男与乙女系恋爱关系，其同居期间签订协议约定：“乙女必须按期服用避孕药，否则一切法律后果自负。”乙女为与甲男结婚，想生个小孩“拴住”甲男，便暗中停止服用避孕药。乙女怀孕并生下孩子后，甲男与乙女分手。乙女将甲男诉至法院，要求甲男支付孩子的抚养费，法院支持了乙女的诉讼请求。后甲男心生怨恨，认为自己支付孩子抚养费系乙女暗中停止服用避孕药所致，便以乙女违反“合同”约定给自己带来损失为由，向法院起诉要求乙女赔偿自己已支付的抚养费。本案中，甲男的诉讼请求实际上是不成立的，其无权请求乙女承担违约责任，因为甲男与乙女的约定貌似合同但实际上并不是合同，该约定并非法律事实，不产生法律上的权利义务关系，不受我国《民法典》中合同法律关系调整。实践中，如夫妻之间关于孩子姓氏的约定均属此类。在判断当事人之间的约定是否为我国法律上的合同，一般应根据当事人签约的目的、约定的内容性质、诚实信用原则、公序良俗原则、公平原则、交易习惯等方面进行主



更多法律电子书尽在 docsriver.com 商家巨力书店

客观的综合判断。从主观方面，要判断当事人之间的意思表示是否真实，当事人之间对约定内容是否达成合意，是否均愿意接受条款的约束，是否具有以成立民事权利义务关系为内容的意思表示；从客观方面，要判断其约定的权利义务是否公平，责任承担是否合理，所约定的事实是否属于法律事实，是否属于法律调整的对象等。

（二）合同的法律特征

一般来说，合同具有以下法律特征：

1. 合同当事人法律地位平等

在民事合同法律关系中，当事人之间的法律地位是平等的，既没有上下级之分，也没有高低、从属之别，不存在命令者与被命令者、管理者与被管理者的关系，合同当事人法律地位一律平等。任何一方都不得以强凌弱，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。

2. 合同是多方当事人自愿达成的民事法律行为

民事法律行为以意思表示为要素，依其意思表示的内容而引起民事法律关系设立、变更和终止的行为。而合同是两个或两个以上的民事主体在平等自愿的基础上意思表示一致而达成的协议。因此，合同是双方或多方当事人自愿达成一致的法律行为，而不是某一方的单方法律行为。单方法律行为是基于民事主体单方的意思所决定，而合同则是双方或多方民事主体达成的合意。合同的主体必须有两个或两个以上的当事人。

3. 合同是明确当事人权利与义务关系的文件

合同是当事人以设立、变更、终止民事权利义务关系为目的而签署的文件。当事人之间的权利义务关系，是由各方当事人意思表示的内容达成一致后通过签订合同的形式加以确定的。当事人签订合同的目的，就是明确各方的权利义务关系，通过合同的签订与履行来实现当事人特定的经济目的。

4. 合同是具有法律效力的协议

我国《民法典》第465条规定：“依法成立的合同，受法律保护。依法成立