

合同起草和审查 实务指南

麻增伟◎著

-
- ▶ 民法典时代合同起草和审查实务指南
 - ▶ 从权威案例和典型案例中学习如何起草和审查合同
 - ▶ 从最高院原汁原味的说理和裁判中找到合同疑难问题的答案
 - ▶ 从条款示范文本、功能和起草实务中掌握合同起草和审查的纯“干货”
-

合同起草和审查 实务指南

麻增伟◎著

-
- ▶ 民法典时代合同起草和审查实务指南
 - ▶ 从权威案例和典型案例中学习如何起草和审查合同
 - ▶ 从最高院原汁原味的说理和裁判中找到合同疑难问题的答案
 - ▶ 从条款示范文本、功能和起草实务中掌握合同起草和审查的纯“干货”
-

合同起草和审查 实务指南

麻增伟◎著

中国铁道出版社有限公司
CHINA RAILWAY PUBLISHING HOUSE CO., LTD.

图书在版编目(CIP)数据

合同起草和审查实务指南 / 麻增伟著. —北京:
中国铁道出版社有限公司, 2021. 8
ISBN 978-7-113-27946-2

I. ①合… II. ①麻… III. ①合同-研究-中国
IV. ①D923. 64

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2021)第 086197 号

法律资料分享, docsriver.com

书 名:合同起草和审查实务指南

HETONG QICAO HE SHENCHA SHIWU ZHINAN

作 者:麻增伟

责任编辑:马慧君

电话:(010)51873005

投稿邮箱:zzmhj1030@163.com

封面设计:刘 莎

责任校对:孙 玫

责任印制:赵星辰

出版发行:中国铁道出版社有限公司(100054,北京市西城区右安门西街8号)

网 址:<http://www.tdpress.com>

印 刷:三河市兴达印务有限公司

版 次:2021年8月第1版 2021年8月第1次印刷

开 本:710 mm×1 000 mm 1/16 印张:20.5 字数:283 千

书 号:ISBN 978-7-113-27946-2

定 价:69.00 元

版权所有 侵权必究

凡购买铁道版图书,如有印制质量问题,请与本社读者服务部联系调换。电话:(010)51873174

打击盗版举报电话:(010)63549461

序 言



合同起草和审查是律师最基本的业务，无论是诉讼律师，还是非诉律师，在执业过程中，都会涉及合同起草和审查业务。起草和审查也是公司内部法务部门的核心业务，公司内部法务部门日常的主要工作就是合同的起草和审查。掌握合同起草和审查的原则和技巧，能够起草和审查一份完美的合同，无论对律师，还是法务人员来说，都是一项最基本的职业技能。

在我的律师执业过程中，由于给公司、企业做法律顾问，不可避免地涉及诸多合同起草和审查业务。在起草和审查合同的过程中，我一直在琢磨，如何才能起草一份完美的合同，如何才能保证审查的合同达到完美的标准。而作为诉讼律师，在日常的工作中，我又会遇到很多与合同纠纷有关的诉讼案件，又不得不以诉讼的视角来审视别人起草和审查的合同所可能存在的不完善、不完美之处，逐条仔细研究合同的条款，尽可能找出合同的缺陷和漏洞，为委托人争取最好的结果。

起草和审查合同的过程，以及在诉讼中审视他人所起草和审查的合同过程，为我提供了丰富的实践合同起草和审查理论、原则的机会，也使我积累了许多关于合同起草和审查方面的技巧、经验和教训。

我一直希望能将这些合同起草和审查方面的技巧、经验和教训出版成书，能对读者有所帮助，但各种原因，一直未能付诸实施。此次以新颁布实施的《中华人民共和国民法典》为依据出版成书，既完成了我的一个心愿，也保证了本书内容的新颖性和时效性。

在合同起草和审查工作中，法律专业知识是基础，逻辑是规律，方法是手段，技巧和经验是催化剂。如果没有扎实的法律专业基础知识作为基础，无论再怎么掌握逻辑、方法、技巧和手段，可能都无法起草和审查出一份完美的合同。本书合同法律风险来源部分详细阐述了合同订立和履行过程的主要法律风险，并援引最高人民法院的指导案例或其他经典案例、权威案例作为参考，使读者能够对这些合同法律风险具有更直观、更具体的认识和理解，为合同起草和审查打下坚实的法律基础，避免合同起草和审查成为无本之木、无源之水。因为这部分内容有法律依据、有观点、有案例，读者实际上可以将其作为查找合同法律风险的手册来用。合同起草部分详细介绍了合同起草的逻辑、方法和具体步骤，分析了合同起草的规律和手段，使读者能够按照介绍的方法和步骤独立起草一份合同。合同主要条款起草要点部分由示范条款、条款功能和起草条款的实务和建议组成，并分享了起草合同具体条款的经验和技巧。

合同起草与审查在技术上具有不可分性，有关合同起草的内容同样适用于合同审查，如果能够起草一份完美的合同，当

然也能使审查的合同更加完美。因此，本书有关合同审查部分的内容并未采用合同起草部分体例进行详细阐述，读者在合同审查工作中可以参照合同起草部分的内容。在合同审查部分，本书重点介绍了 checklist（清单）法，这是我在美国就读法学院撰写毕业论文时接触到的一种检查方法，我觉得这种方法特别适用于合同审查工作，因此，在本部分重点介绍。这种方法可以使合同审查工作更全面，避免挂一漏万，遗漏重要法律风险。通过这种方法制作的常用合同审查清单，甚至可以成为常用合同审查的标准化手册，合同审查人员对照审查清单审查合同时，不仅可以提高合同审查的效率，还可以保证合同审查的全面性。希望这部分内容对读者能有所启发和帮助。

在本书写作的过程中，我以“实战”原则为指导，尽可能涉及与合同起草和审查紧密相关的实务内容，比如，合同疑难、争议法律问题的司法观点和参考案例，合同条款的示范和具体起草的实务问题等内容，摒弃合同起草和审查的纯理论内容，使本书完全以“干货”的形式呈现，希望本书能够成为起草和审查合同的具体操作手册。

尽管我为写作本书，已倾注全部精力，竭尽所能。但由于水平和能力所限，本书存在错漏、不当之处在所难免，恳请读者朋友不吝赐教，如发现问题，请及时联系，邮箱地址：lawyermzw@foxmail.com。

麻增伟
2021年4月于北京

目 录

第一编 与合同起草和审查有关基本知识

第一章 合同起草、审查与判断标准	003
第一节 合同的定义、功能	003
一、合同的定义	003
二、合同的功能	004
第二节 合同起草和审查的基本原则	004
一、合法有效性原则	005
二、公平和诚实信用原则	005
三、风险控制和促成交易兼顾原则	006
四、以诉讼或仲裁为检验标准原则	006
第三节 完美合同的判断标准	007
一、能充分体现双方当事人的合意,符合当事人的意图	007
二、表述准确、明确、具体,避免歧义	008
三、具有一致性	008
四、内容全面,并且考虑到所有法律风险	009
五、结构和布局合理	010
六、具有易读性	010
第二章 合同解释	011
第一节 合同解释与合同起草、审查的关系	011
一、合同解释的定义和情境	011
二、合同起草和审查人员了解合同解释的必要性	012

第二节 合同解释的方法和原则	013
一、文义解释	014
参考案例:公司总股本 1%与 1 200 万股的纠纷	014
二、整体解释	015
参考案例:置业公司是否具有办理房屋	
产权登记的义务	016
三、目的解释	016
参考案例:调解、庭外和解也是实现法律	
服务合同目的方式	017
四、习惯解释	017
参考案例:对“车辆”的含义未明确约定,	
应根据交易习惯确定	018
五、诚信解释	018
参考案例:约定解除权成就后未及时行使,	
视为放弃合同解除权	018
六、不利解释	019
参考案例:网上店铺报价矛盾,应作不利于	
商家的解释	020
第三章 与合同起草和审查有关的规范性法律	
文件及其对合同效力影响	021
第一节 法律及其解释、行政法规和司法解释	021
一、法律及其解释	021
参考案例:违反法律管理性强制性规定的协议	
仍然有效	023
二、行政法规	025
三、最高人民法院司法解释	025
第二节 地方性法规、条例、行政规章和行政规范性文件	027
一、地方性法规、自治条例和单行条例	027
二、部门规章、地方政府规章和行政规范性文件	028
参考案例:违反北京摇号规定转让小客车号牌的	
合同条款无效	030

第二编 合同的法律风险来源

第四章 与合同订立有关的法律风险	033
第一节 合同订立主体缔约能力方面的法律风险	033
一、合同订立主体为自然人时的法律风险	034
二、合同订立主体为法人时的法律风险	036
参考案例:旅行社分社签订的协议,旅行社应承担责任	056
参考案例:合同相对人非善意的,不构成表见代理	062
第二节 与合同成立、生效有关的法律风险	063
一、与要约和承诺有关的法律风险	063
参考案例:在 App 上发布商品的详细信息,具体明确的, 构成要约	064
二、合同条款的缺少与合同成立的关系	066
参考案例:对标的和数量未做明确约定的投资意向书仅 为磋商性、谈判性文件,不成立合同	067
三、未按照法律、行政法规办理批准手续与合同效力的 关系	068
四、预约和本约的关系	069
参考案例:在预约合同条款具体明确的情况下,应根据 当事人是否具有未来订立本约的意思确定合同性质	070
五、签字、盖章与合同成立、生效的关系	072
参考案例:无权代理人使用私刻印章,但构成表见代理, 合同成立有效	076
参考案例:印章真实不等于协议真实	078
六、补签、倒签合同问题	080
七、与缔约过失有关的法律风险	084
参考案例:合同无效后,信赖利益损失,包括直接损失 和间接损失,但不包括履行利益损失	085
八、与合同条款语言有关的风险	086
参考案例:未能在 60 日内取得房屋所有权证书的 约定中,60 日的起算点如何理解	090

第五章 合同无效、被撤销的法律风险	092
第一节 合同或合同条款无效的法律风险	092
一、行为人缺乏相应的民事行为能力导致合同无效	092
二、以虚假意思表示签订的合同	093
三、违反法律、行政法规的强制性规定或公序良俗的 合同	093
参考案例：违背公序良俗的协议无效	094
四、损害他人合法权益的合同	094
五、无效的免责合同条款	095
六、无效的格式条款	096
第二节 合同被撤销的法律风险	096
一、基于重大误解签订的合同	096
参考案例：对于房屋是否为“满5年唯一住房”产生 重大误解的，合同可撤销	097
参考案例：对“文物、古董”的年代产生误判，不属于 重大误解	098
二、以欺诈手段签订的合同	099
三、以胁迫手段签订的合同	100
四、显失公平的合同	100
参考案例：交易价格与市场价格悬殊，并不当然构成 显失公平	101
五、合同撤销权行使相关的法律风险	103
第六章 合同履行法律风险	105
第一节 合同缺少基本条款时的履行	105
一、根据合同相关条款或交易习惯确定	106
二、根据法律规定的原则进行漏洞填补	106
第二节 合同抗辩权行使的法律风险	107
一、同时履行抗辩权	107
二、先履行抗辩权	107
参考案例：买方不能以卖方未开发票为由拒付货款， 除非合同约定了先后顺序	108
参考案例：先履行抗辩权的行使不得违反诚实 信用原则	109

三、不安抗辩权	110
参考案例:后履行义务方丧失履行能力,先履行方有权行使不安抗辩权	111
第三节 涉及第三人的履行法律风险	113
一、债务人向第三人履行债务	113
二、第三人向债权人履行债务	113
三、第三人代为履行债务	114
第七章 合同变更、转让的法律风险	115
第一节 合同变更的法律风险	115
一、协商一致的变更	115
二、因情势变化导致的变更	116
参考案例:因国家政策导致小灵通退网,属情势变更,但应注意双方的利益平衡	116
第二节 合同转让的法律风险	118
一、债权转让	119
参考案例:债权转让未通知债务人不影响债权转让协议的效力,但债务人享有抗辩权	119
二、债务的转移	120
三、第三人自愿加入债务	121
四、债权债务的一并转让	121
第八章 合同解除的法律风险	122
第一节 约定解除与法定解除	122
一、约定解除	122
二、法定解除	124
第二节 合同解除权的消灭与行使	124
一、合同解除权的消灭	124
参考案例:非商品房买卖合同催告后解除权行使的“合理期限”由法院根据具体情况确定	125
二、合同解除权的行使	127
参考案例:收到对方解除通知后起诉要求继续履行,应视为对合同解除提出异议	128
第三节 合同解除的法律后果	130

第九章 与违约责任有关的法律风险	131
第一节 预期违约	131
参考案例:守约方可要求预期违约方承担违约责任	132
第二节 违约责任的承担方式	133
一、继续履行	134
二、采取补救措施	135
三、损害赔偿	136
参考案例:违约赔偿损失的责任应以订立合同时能预见到的损失为限	136
四、定金与违约金的关系	137
第三节 违约责任的免除和守约方的义务	138
一、违约责任的免除——不可抗力	138
二、守约方的减损义务	138
参考案例:守约一方应及时采取措施减少损失,否则无权就扩大损失要求赔偿	139

第三编 合同起草

第十章 合同起草的基本知识	143
第一节 合同的构成	143
一、合同的结构构成	143
二、合同的条款构成	148
第二节 影响合同起草的因素	149
一、合同双方当事人合作关系的性质	150
二、合同当事人的谈判能力和市场地位	150
三、双方对合同风险的承受能力	151
四、涉及交易的标准化程度	151
五、双方的商誉和信用	152
六、谁更可能违约	152
第十一章 合同起草的方法与步骤	154
第一节 合同起草逻辑和方法——三步法	154

一、三步法概述	154
二、三步法应用	155
第二节 合同起草具体步骤	156
一、确定合同起草方——由谁来起草合同	157
二、获取并了解合同的背景资料和信息	159
三、了解合同目的和合同当事人的具体需求	160
四、确定合同起草的类型、性质、名称和重点内容， 拟定合同提纲	162
五、搜集相关法律资料、案例	163
六、搜集类似的合同文本或范本	165
七、确定合同框架及相应的合同模块	167
八、形成合同初稿，并进行通读、校对和排版	168
九、向合同委托人或合同当事人提交合同初稿，并就 初稿进行充分的沟通	170
十、修订、校对、排版和定稿	171
第十二章 合同起草实务——合同名称、 主体及各主要条款起草要点	172
第一节 合同名称	172
一、合同名称确定的标准	172
二、有名合同和无名合同名称确定的原则	173
三、合同名称对合同当事人法律关系性质的影响	173
第二节 合同主体	174
一、合同主体的分类及其签约资格和能力的判断	175
二、起草合同主体的实务问题	180
第三节 鉴于条款	182
一、鉴于条款的示范条款	182
二、鉴于条款的功能	183
三、鉴于条款的法律效力	186
参考案例：鉴于条款内容应视为对合同所附条件	187
四、起草鉴于条款的实务问题	189
第四节 引言条款(lead-in)或导入语 (introductory wording)	190
一、引言条款或导入语示范条款	190

二、引言条款或导入语的功能	191
第五节 定义条款	191
一、定义示范条款	192
二、定义条款的功能	192
三、何时对合同用语进行定义,设置定义条款	194
四、起草定义条款的实务问题	194
第六节 标的条款	197
一、合同标的示范条款	197
二、合同标的条款的功能	198
三、起草合同标的条款的实务问题	199
第七节 质量条款	200
一、合同质量示范条款	200
二、合同质量条款的功能	201
三、起草合同质量条款的实务问题	202
第八节 价款、支付和发票条款	204
一、价款、支付和发票示范条款	204
二、价款、支付和发票条款的功能	206
三、价款、支付和发票条款的实务问题	207
第九节 合同所附生效或解除条件条款	211
一、合同所附生效或解除条件示范条款	211
二、合同所附生效或解除条件条款的功能	212
三、起草合同所附条件的实务问题	212
第十节 陈述和保证条款	216
一、陈述和保证的示范条款	216
二、陈述和保证条款的功能	217
三、起草陈述和保证条款的实务问题	217
第十一节 知识产权条款	219
一、知识产权的示范条款	219
二、知识产权条款的功能	220
三、起草知识产权条款的实务问题	221
第十二节 保密条款	223
一、保密条款的示范条款	223
二、保密条款的功能	225
三、起草保密条款的实务问题	226

第十三节 合同解除条款	227
一、合同解除条款的示范条款	228
二、合同解除权的功能	229
三、起草合同解除条款的实务问题	229
第十四节 违约责任条款	232
一、违约责任条款示范条款	232
二、违约责任条款的功能	234
三、起草违约责任条款的实务问题	235
第十五节 不可抗力条款	239
一、不可抗力条款的示范条款	240
二、不可抗力条款的功能	241
三、起草不可抗力条款的实务问题	242
第十六节 仲裁或诉讼管辖条款	246
一、仲裁或诉讼管辖示范条款	246
二、仲裁或约定诉讼管辖条款的功能	247
三、起草仲裁或诉讼管辖条款的实务问题	248
第十七节 法律选择和适用条款	260
一、法律选择和适用条款示范条款	261
二、法律选择和适用条款的功能	261
三、起草法律选择和适用条款的实务问题	261
第十八节 合同权利义务转让条款	264
一、合同权利义务转让条款示范条款	264
二、合同权利义务转让条款的功能	265
三、起草合同权利义务转让条款的实务问题	265
参考案例：受让尚不确定的债权，受让人无权直接向	
债务人主张权利	266
第十九节 完整合同条款	269
一、完整合同条款示范条款	269
二、完整合同条款的功能	269
三、起草完整合同条款的实务问题	270
第二十节 通知和送达条款	272
一、通知和送达条款示范条款	272
二、通知和送达条款的功能	273
三、起草通知和送达条款的实务问题	274

第二十一节 合同生效条款	275
一、合同生效条款示范条款	275
二、合同生效条款的功能	276
三、起草合同生效条款的实务问题	276
第二十二节 合同语言条款	278
一、合同语言条款示范条款	279
二、合同语言条款的功能	279
三、起草合同语言条款的实务问题	279
第二十三节 合同份数及合同补充、变更条款	280
一、合同份数及合同补充、变更条款示范条款	280
二、合同份数及合同补充、变更条款的功能	280
三、起草合同份数及合同补充、变更条款的实务问题	280
第四编 合同审查	

第十三章 合同审查的基础知识	283
第一节 合同起草和合同审查的区别	283
一、合同起草需要更高的独创性	284
二、合同起草更能体现专业人员的专业素质和能力	284
三、合同审查需进行更多的解释和说明工作	285
第二节 法律条款和商务条款的区分及其审查职责划分	285
第十四章 合同审查的具体方法——checklist (清单)法	287
第一节 checklist(清单)法	287
第二节 checklist 法在合同审查中的应用	293
附：典型合同范本(扫码赠送)	307

第一编

与合同起草和审查有关基本知识

在起草和审查合同过程中，我们会发现，当事人之间就交易内容所达成的文件有时称合同，有时称协议。因此，有人认为合同和协议是同义词，可以互换。那么，合同究竟是什么？合同的功能是什么？合同与协议是否可以互换？在起草和审查合同的时候，应当遵循什么样的原则，才能既保证起草和审查合同的合法性、有效性，又能保证合同风险控制以及促成、保障交易功能的实现。一份完美合同的判断标准是什么？当合同出现歧义或纠纷时，如何对合同进行解释？与合同起草和审查相关的不同效力级别的法律规范有哪些？其对合同的效力有何影响？

在本编都能找到答案。



更多法律电子书尽在 docsriver.com 商家巨力书店

第一章

合同起草、审查与判断标准

工欲善其事，必先利其器，作为本书的第一章，本章将主要介绍与合同起草和审查有关的基本知识，使读者对合同起草和审查工作有一个全面了解，为做好合同起草和审查工作打下坚实的基础。

第一节 合同的定义、功能

定义是对于一种事物的本质特征或一个概念的内涵和外延确切而简要的说明。功能是事物或方法所发挥的有利作用。因此，合同的定义和功能主要讨论合同是什么，合同对合同当事人的价值和作用。

一、合同的定义

在正式谈论如何起草和审查合同之前，我们有必要首先了解究竟是什么合同。

《中华人民共和国民法典》第四百六十四条规定：“合同是民事主体之间设立、变更、终止民事法律关系的协议。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用有关该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本编规定。”

由此可见，合同属于协议的一种，而协议是经过双方共同商量或谈判后取得的一致意见。因此，合同是合同当事人经过共同商量或谈判后就与