

律师起草和审查经济合同应注意的几个问题 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E5_BE_8B_E5_B8_88_E8_B5_B7_E8_c122_479946.htm 接受当事人委托，帮助当事人起草或审查当事人拟与其他单位或个人签署的经济合同（本文仅探讨经济合同，以下称合同），此乃律师常规业务。律师在起草、审查合同时，通常要进行三个方面的准备，一是要审阅当事人提供的背景材料，二是查阅合同所涉事项全部相关法律法规、司法解释、部门规章、国际惯例，三是研阅有关合同范本并决定是否参照。除了上述准备工作外，下列问题值得律师高度注意：一、应注意合同的目的性 律师在着手起草或审查合同之前，应通过电话、电子邮件，最好是面谈的形式或直接参与谈判，摸清当事人拟签合同的真正目的，包括动机。实践中，明明是加工承揽合同，有的当事人当作买卖合同处理；明明是一般合作建房合同，有的当事人当作合作开发房地产合同处理，结果导致合同名不副实。有的当事人企图以合法形式掩盖非法目的，例如，明明是企业相互借贷合同，确要搞成一份合作经营合同。只有明确合同目的，律师才能搞清合同各方的真实意思；只有明确合同目的，律师才能确定合同的性质及合同的准确名称；只有明确合同的目的，律师才能“规划”合同双方的权利和义务及违约责任；只有明确合同的目的，律师才能确保合同的有效性。二、应注意合同的有效性 保证合同的有效性，乃律师义不容辞的责任。律师要特别注意我国《民法通则》第五十八条的规定和我国《合同法》第五十二条的规定。判断合同有效还是无效，除了上述规定外，还要注意一些特别法

的相应规定。只要不违背我国法律法规强制性和禁止性规定，合同的有效性就得到了保障。律师在起草和审查某一合同时，应特别注意相关法律、法规和司法解释当中强制性和禁止性规定。关于合同有效性问题，事实上包括三个方面的问题，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、合同形式及程序是否合法。合同个别条款无效并不导致整个合同无效，整个合同无效并不导致合同约定的仲裁条款无效。当合同个别条款无效时，律师只需修改该个别条款；当整个合同无效时，律师就要放弃当事人提供的合同草稿，重新起草一份新的合同。

三、应注意合同的平衡性 所谓合同的平衡性是指合同一方权利与义务要相对平衡，合同双方权利与义务要相对平衡。没有只有权利而没有义务的合同，一方享受了权利，就必须承担相应的义务，权利与义务必须“匹配”，不应出现有权利主体而没有义务主体、或有义务主体而没有权利主体的情形，一方当事人的权利内容应与另一方当事人的义务相对应。过分强调一方的权利、忽略合同相对方的利益的合同草稿，要么得不到签署，要么变成“显示公平”！虽然律师是受合同一方委托，律师当然要注意委托方的利益，但若不考虑合同相对方的利益或者不注意合同的平衡性，绝对不是一个好律师！有的律师在起草合同时，还往往为合同相对方设立了诸多陷阱而沾沾自喜。殊不知，你的“聪明才智”迟早会被“发现”。要么你辛辛苦苦起草的合同草稿被改得面目全非或被“束之高阁”，要么你起草的合同虽然得到了签署，但在履行过程中由于这些陷阱会逐步暴露而遭到合同相对方的种种刁难。最终，导致当事人的合同目的不能实现。吃亏的，还是你的当事人，甚至是

你本人。“机关算尽反误了卿卿性命”，教训不可不吸！四、应注意合同的可操作性 实践中，大量合同缺乏可操作性，具体表现在：对合同各方权利的规定过于抽象原则，对合同各方的义务规定不明确不具体，或虽对各方的义务作了详细规定但没有违约责任条款或对此规定不清，合同虽规定了损失赔偿但没有计算依据，整个交易程序不清晰，合同用语不确切等等。“实现合同可操作性是合同得以有效利用、完成交易和实现利益均衡的具体保证”，尤其像建设工程合同、合作开发房地产合同、BOT合同诸如此类的履行周期长、影响因素多、风险大的合同，更需要对于可操作性做出更高的要求。关于合同可操作性问题，西方发达国家律师的经验值得我们借鉴。君不见，在美国甚至我国港澳台地区，一份“简单”的个人房屋租赁合同，可能长达十几页，各方权利义务规定得清清楚楚，违约责任非常详尽，对可能产生歧义的名词还用一章作出“定义”，虽然读起来有点拗口，但执行过程中不容易产生歧义、误解和扯皮。从某种意义讲，合同就是立约方对合同所涉事项的事先“规划”和“设计”，这种规划和设计既包括对立约各方“角色”的规划和设计，也包括对交易程序的“规划”和“设计”，还包括立约各方如果在履行过程中产生争议不能达成共识一旦“诉诸法律”的“规划”和“设计”。工程建设，如果规划不当，设计不周，后果可以想象，同样，合同缺乏可操作性，后果也就不言而喻了。套用现代俗语解释，合同就是立约各方制定的游戏规则，没有详细的规则，何谈游戏？当事人往往碍于情面，不愿意提及违约责任，或对此轻描淡写，律师在起草和修改合同中，不能被当事人牵着鼻子走，应对当事人晓以利害，

不但要规定违约责任，还得尽量详尽，使各方违约责任与其义务相一致并落到实处。合同用词不能使用形容词如“巨大的”、“重要的”、“优良的”、“好的”、“大的”、“合理的”等等，避免使用模棱两可的词语如“大约”、“相当”，亦不要泛指如“一切”、“全部”（若必须用该字眼，就应写下“包括但不限于”），简称必须有解释，容易产生误解和歧义的词语要定义，用词要统一，标点符号亦不可轻视。俗话说：一字值钱金，合同文书表现尤为典型。合同用语不确切，不但使合同缺乏操作性，而且还会导致纠纷的产生，这方面案例可以说举不胜举！

五、应注意合同结构的合理性

合同结构是指合同各个组成部分的排列、组合和搭配形式。合同通常由三部分组成，即首部、内容、结尾。首部一般包括标题、合同编号、双方当事人名称、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、违约责任、合同生效及终止、不可抗力、争议的解决方式、法律适用、保密、权利放弃、权利转让、继承者和受让人、修订、可分割性、全部协议（常见的取代条款）、未尽事宜、通知、合同正副本份数及保存、附件等；合同结尾一般包括签约单位盖章及签约单位授权代表签字、签约时间、签约地点等。实践中，严格按上述顺序排列的合同并不多见，对一般条款或通用条款如不可抗力、争议的解决方式、法律适用、保密、通知，大部分合同均未叙述。合同内容繁多，并无固定模式，如何编排，取决于律师个人习惯、经验和对合同所涉事项的精湛理解乃至律师的心境和态度。合同

各方的权利和义务无疑是合同内容重中之重，笔者的经验是以各方权利和义务为中心编排合同其它内容，通常做法是：在对合同标的物、数量和质量、价款或酬金、履行方式、地点和期限等合同必备条款进行叙述后，采取专章的形式对各方权利与义务进行界定，然后就是各方的保证和承诺，紧接着就是违约责任条款及争议解决方式，其他条款统统放在合同后半段或以“一般规定”作单章叙述。这样做有三个好处，一是能抓住重点，二是叙述方便，三是能够保证合同整体框架的协调。追求合同结构合理性就是要让合同整体框架协调、各条款功能互补，从而避免和减少合同条款之间的矛盾和歧义。

六、应注意合同体例的适用性 合同体例通常是指合同简繁及合同各条内容排列形式。有的合同方方面面的内容都要涉及，有的合同力求简要；有的合同采取先有“章”，后有“条”，“条”下面是“款”，“款”下面是“项”，有的合同只有“条”、“款”、“项”，有的合同干脆就按“一、二、三”顺序排列。合同体例既要视委托人要求和委托人情况而定，又要与合同所涉事项、金额、履行方式、有效期、操作难易程度等因素相一致，即因人而异、因事而异，不能千篇一律。由上可知，一份好的合同应该是：目的正当，内容、形式和程序有效，各方权利与义务关系均衡，具有可操作性，并且结构合理，体例适用，此乃律师追求的目标。（作者：胡书韩，北京市正海律师事务所）

100Test
下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问
www.100test.com