

合同的审查与风险防范

◎ 于传博 胡云侠

[摘要]合同的签订把关,对于防范经营风险,实现经营目标有非常重要的作用。同时,合同审查是非常细致牵扯问题比较多的工作。企业应当加大对合同审查工作的管理力度和重视程度,配置得力的专业人员,认真把好合同法律审查关。有效防范合同风险,应该从合同的审查开始。

[关键词]合同;审查;风险防范

依法订立和生效的合同,不仅是当事人履行合同的依据,而且也是司法机关或仲裁机构裁定当事人承担责任的依据。有效防范合同风险,应该从合同的审查开始。

维权和劳动行政部门的监管增加了难度。因此,我认为应该通过立法,规定由用工单位直接向被派遣劳动者支付工资、加班费和绩效奖金。这样做的好处在于:第一可以减少劳动报酬支付的中间环节,消除或防止不必要的劳动纠纷。第二可以直接解决劳务派遣单位拖延、克扣被派遣劳动者工资和工资不透明的问题。第三可以促使用工单位贯彻同工同酬的原则,也便于被派遣劳动者比较和用工单位自身雇员的工资水平,监督用工单位是否真正执行了同工同酬原则。第四发生劳动纠纷便于分清雇主的责任,有利于被派遣劳动者更好地维护自身权益。

一、合同审查的基本内容

1. 审查合同主体

签订合同要选好合作对象,好的合作对象,能够信守合同,使签约双方达到签订合同的目的。

综上所述,由于市场经济和对外开发的成功推进以及适应了现阶段我国的国情,劳务派遣在我国的发展速度很快,现《劳动合同法》专门进行了规定,我们相信,随着相关操作性立法和监管措施的完善,劳务派遣必将对我国的经济和社会发展产生深远影响。

[收稿日期]2009-08-03

[作者简介]李国华,范可心,天津工程职业技术学院。

[责任编辑]方广江

的，而不好的合作伙伴，可能会使签约人的计划落空，经济利益受到影响，所以，审查合同时，必须先对对方当事人的主体资格及履约能力进行审查。对合同主体当事人主体资格的审查，也就是审查当事人的民事权利能力和民事行为能力，主体性质不同，审查的内容和方法也不同。对法人资格的审查，主要从以下四个方面审查：第一审查是否依法成立；第二审查是否有必要的财产和经费；第三审查是否有自己的名称、组织机构和场所；第四，审查是否能独立承担民事责任。确定一个经济组织是否有法人资格，应看其是否持有工商行政部门颁发的企业法人营业执照。对于不具备法人资格却以法人名义签订合同的当事人应拒绝签约；对非法人单位的签约。非法人单位是指未取得法人资格，但依法定程序和条件取得营业执照，法律允许其从事生产经营活动的组织，对这类组织，主要看其是否登记并领取了营业执照，对于未取得营业执照的则不能与之签约。另外，有些非法人机构和单位以其所从属的法人单位名义签订合同，产生的权利义务由法人单位承担，对此类组织，应主要审查其法人单位的资格和授权。代订合同的，要审查是否具备委托人的授权委托证明，并审查是否在授权范围、授权期限内签订合同；有担保人的合同，审查担保人是否具备担保能力和担保资格。

2. 对合同内容的审查

审查合同内容的合法性时，应当重点审查合同内容是否损害了国家、集体或者第三人的利益；是否有以合法的形式掩盖非法目的的情形；是否损害社会公共利益；是否违反行政法规的强制性规定。

3. 合同内容要真实

审查时要结合对方当事人的设备、技术水平、经营范围、履约能力、商业信誉等情况，加以调查核实，看其意思表示是否存在欺诈或者重大误解的内容。

4. 审查合同条款是否完备

合同法及有关法律对不同类别的合同均列举了应具备的一般条款，合同条款的不完备，可能导致合同无效，或者虽然不会导致合同无效，但将会影响合同的适当履行，造成合同纠纷。应按照合同的性质，依据相应的法律法规的规定对合同条款进行审查，确定合同条款是否有遗漏，各条款是否具体、明确、切实可行，避免因合同条款不全和过于简单、抽象，给履行带来困难，为今后发生纠纷埋下隐患。

5. 审查合同的文字是否规范

应对合同草稿的每一个条款，每一个词乃至标点符号都要推敲和斟酌。确定合同中是否存在前后意思矛盾、词义含糊不清的文字表述，确保合同的文字表述准确无误。

6. 审查合同的签订手续

审查合同是否需要经过有关机关批准或登记，如需要，是否履行了批准或登记手续。如果合同约定了须经公证后合同方能生效，应审查合同是否经过公证机关的公证。如果合同附有生效期限，应审查期限是否届至。如果合同约定第三人为保证人的，应审查是否有保证人的签名或盖章；采用抵押方式担保的，如果法律规定或合同约定必须办理抵押物登记的，应审查是否办理了登记手续。采用质押担保方式的，应按照国家合同约定的质物交付时间，审查当事人是否按时履行了质物交付的法定手续。除此以外，还要审查合同双方当事人是否在合同上签字或盖章等。

二、重点审查条款

1. 对违约责任条款的审查

违约责任是指合同当事人不履行、不完全履行或者不适当履行合同规定的义务时，根据法律规定或合同约定应承担的法律责任，是保证合同履行的主要条款。违约一般有两种情况，一种是全部不履行，一种是不完全或不适当履行，即在履行义务时没有完全按照合同规定的数量、质量、期限、地点、方式等来实现合同规定的义务。违约责任有支付违约金、赔偿金、继续履行等承担形式。审核违约条款会有以下几种情形：

一是双方当事人未在合同中对违约责任做出具体约定，其法律风险是一旦发生纠纷，被告应当承担的损失赔偿数额具有很大的争议和不确定性。《合同法》第113条第一款规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合规定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益（亦称积极损失），但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或应当预见到的因违反合同可能造成的损失（亦称可得利益损失）。对于积极损失，无论多少，违约方都必须赔偿。而对于可得利益损失的赔偿，应依法在一个合理的范围内确定赔偿额。但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或应当预见到的因违反合同可能造成的损失（可得利益损失）。这是由违约损害赔偿的补偿性所决定的。在现实中往往因经营者的经营状况、市场本身所具有的波动性，而使得可得利益损失与经营者通过实际经营而获得的利益之间具有一定的差距，可得利益有可能被高估、被放大。但是，由于一方违约，另一方当事人已不可能通过实际经营获得实际利益，违约方往往以

可能被高估、被放大的、而且其已经预见或应当预见的另一方当事人的利益损失，作为可得利益损失向对方赔偿。但是，从另一方面看，由于当事人主张不同，判案中的法官对问题的看法或法律运用不同，非违约方当事人获得可得利益的正当主张也有可能得不到支持。在买卖双方的当事人没有在合同中约定违约责任的情况下，由于当事人在签约时未约定损害赔偿数额，上述两种情况分别构成了不同合同中违约方承担的责任风险和非违约方承担的权利风险。另外，当违约方的违约行为导致非违约方向第三人承担违约责任时。如果违约方在签署合同时，已经明确地知道或者已经在合同中订明另一方将于第三人就同一标的物签订合同，那么，违约当事人因自己的违约行为造出另一当事人对第三人违约的，违约当事人还应对另一当事人对第三人所承担的赔偿责任进行赔偿。

二是双方约定了违约金，但与实际产生的损失额相差较大。根据我国《合同法》的规定，当事人可以自由的约定违约金条款，这对于督促当事人自觉地、全面地履行合同，预知违约的风险，防止违约责任的不确定性具有现实意义。但是，由于违约金是在订立合同时，亦即违约尚未发生时确定的违约责任，加之合同履行中所出现的违约情形错综复杂，往往是合同中设定的违约金与造成的违约损失相比或高或低，但只要约定的违约金与非违约方的损失不严重偏差，或者说违约金虽高于实际损失但不过分高于实际损失，当事人就应遵守对违约金的约定。一旦出现约定的违约金与违约所造成的损失相比过高或过低，这时，约定的违约金低于造成的损失，非违约方可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约

定的违约金高于造成的损失，违约方可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。另外，由于我国的《合同法》规定的违约金具有补偿性，而不具有惩罚性，如果在合同中同时约定了损害赔偿和违约金数额。那么原告当事人只能选择其一，要求被告承担损害赔偿责任或者承担违约金责任。三是合同中同时约定了违约金和定金。合同法第116条规定，当事人既约定违约金又约定定金的，一方违约的，另一方可选择适用违约金条款或者定金条款。据此，非违约方当事人通常会做出对自己有利的选择。因此，当事人既约定违约金，又约定定金的情况下，违约方当事人将承担更大的交易风险。在当事人约定的违约金高于双倍定金的情况下，对非违约方来讲，选择适用违约金条款可能更为有利。但是，在选择适用违约金条款时，非违约方对自己的损失事实及损失数额负有举证责任，如果无法证明其诉讼请求和主张，将有可能承担比适用定金条款更为不利的后果。

鉴于上述几类情况，主要注意以下两点：一是对于违约责任的承担法律有规定的按照规定执行，没有规定的双方当事人应当协商约定违约责任的比例和形式。但约定的比例和幅度不得高于或者低于法律规定的比例或者幅度。二是违约责任条款不能太笼统，必须逐条规定各种违约行为的责任。三是当事人违约时，鉴于定金条款和违约金条款不能同时发生适用的效力，而其适用的选择权由非违约方决定。因此，当事人最好不要在合同中两者同时约定。另外，当事人对定金的约定不得超过主合同标的额的20%，超过部分

无效。

2. 对解决争议条款的审查

该条款约定的是当发生合同纠纷时，当事人解决该争议的方式，一般有四种方式：协商、调解、仲裁、诉讼。如果选择诉讼或者仲裁其中之一作为争议解决方法，不要出现既由法院管辖又由仲裁机构裁决，也不要出现“由法院管辖或者仲裁机构仲裁”的条款。约定通过诉讼解决的，还可以约定管辖法院；约定由仲裁机构裁决的，应写明具体仲裁机构名称。一般情况下，选择仲裁机构解决争议，解决周期相对较短，但取费较高，另外，一方对仲裁裁定的强制执行申请仍旧由法院来执行，建议选择诉讼渠道作为常规的方法。

针对合同的特点，对外签订合同时还要注意以下几个方面：自己无法做到或虽能做到但做起来成本较大的承诺不能出现在合同中；对于对方的承诺要求其写进合同当中；对专业术语或者法律术语较多的合同要请专业人士或者律师审查。

总之，合同的签订把关，对于防范经营风险，实现经营目标有非常重要的作用。同时，合同审查是非常细致牵扯问题比较多的工作。企业应当由此加大对合同审查工作的管理力度和重视程度，配置得力的专业人员，认真把好合同法律审查关，杜绝经营风险从合同管理开始。

[收稿日期]2009-07-19

[作者简介]于传博，中国石油长庆油田第一输油处；胡云侠，中国石油华北润滑油销售分公司。

[责任编辑]方广江