



市场主体法律服务指南系列

企业合同管理与 商业风险 防范指南

本册主编：俞建伟

本册作者：俞建伟 陈恩成

宁波市律师协会

宁波市江北区司法局 宁波市律师协会江北分会

浙江合创律师事务所



市场主体法律服务指南系列

编辑委员会

主任：林幼红

副主任：欧金铨 徐自立 俞建伟

编委成员：朱利军 陶旭峰 王 榕

胡松松 邓旭东 潘申明

CONTENTS

目录

第一章 企业的合同管理	
一、企业合同管理制度.....	1
二、企业合同管理的具体方法.....	2
三、企业合同管理办法示范例.....	4
第二章 合同的基本知识	
一、合同的基本概念.....	14
二、与企业关系密切的典型合同.....	19
三、电子合同.....	24
四、合同的一般条款与主要审查要素.....	27
第三章 合同订立阶段常见的法律风险与防范	
一、重要合同订立前的尽职调查.....	33
二、合同订立阶段常见的法律风险.....	35
三、合同订立阶段的风险防范.....	39
四、以案说法.....	42
第四章 合同履行阶段常见的法律风险与防范	
一、合同履行原则与相关配合义务.....	53
二、合同履行过程中的抗辩权.....	55
三、合同履行过程中的特殊情况处理.....	58
四、合同履行阶段常见的法律风险.....	66
五、合同履行阶段的风险防范.....	71
六、以案说法.....	75
第五章 债权债务转让与合同的保全	
一、合同债权债务的转让.....	83
二、与合同债权债务转让的相关案例.....	86
三、第三人的债务加入.....	89
四、以案例说明债务加入的法律后果.....	91
五、合同的保全.....	92
六、与合同保全相关的案例.....	94
第六章 违约责任追究与合同争议解决方法	
一、违约行为的表现形态.....	99
二、违约责任的承担方式.....	101
三、不可抗力与合同解除.....	108
四、解决合同争议的方式.....	111
五、以案例说明违约责任的承担方式.....	115
第七章 合同变更、解除及风险防范	
一、合同变更与情势变更规则.....	125
二、与情势变更相关的案例.....	130
三、合同的解除.....	133
四、合同变更或解除常见的法律风险与防范.....	137
五、与合同解除相关的案例.....	139

第八章 合同被撤销、无效的原因与处理

一、特殊情况下合同可能会被撤销.....	144
二、合同被撤销的相关案例.....	145
三、合同无效的原因与处理.....	147
四、合同无效的相关案例.....	153

第一章 企业的合同管理

一、企业合同管理制度

企业合同管理，是指企业对以己方为当事人的合同进行拟订、审查、审批、订立、登记、履行、变更、解除、终止以及合同用章管理、合同信息保密、合同纠纷处理等系列行为。企业通过合同管理，依法参与市场经营活动并维护自身的合法权益。

在市场经济背景下，实现市场交易需要签订与履行民事合同，合同管理应坚持全过程、系统性、动态性的原则。全过程，即从合同的洽谈、起草、签订、生效开始，至履行完成或解除合同为止，因此企业不仅要重视合同签订前的管理，更要重视签订后、履行过程中的管理；系统性，即对于合同中约定的相关内容，企业各部门需一同参与并实现有效的管理；动态性，指企业应关注履约过程中的情况变化，特别要掌握对己方不利的情况变化，及时变更、解除或终止合同。

（一）设立合同管理部门，实现归口管理与业务管理相结合

合同管理部门包括合同归口管理部门和合同业务管理部门。若企业内部设立法律事务部（以下简称法务部），通常由法务部承担合同归口管理部门的职责；若尚未设立法务部，则由行政办公室（或综合管理部门）安排专门人员或企业聘请法律顾问来承担该职能。规模较大、对外业务较多的企业可以设立专门的合同归口管理部门，或在法务部内下设专门部门，以负责制定相关规章制度和组织实施企业的合同管理工作。合同归口管理部门主要从法律角度对合同签订前的尽职调查、合同草案条款的完备性、履约过程、纠纷处理、备案管理及对所属下属单位重大合同的审核把关等方面进行审查和监管。合同业务管理部门（如研发部

门、质量检验部门、财务部门) 合同业务管理部门是辅助合同管理部门进行合同审查的部门, 主要对合同中涉及本部门职责范围内的专业性条款进行审查, 确保专门条款的写法准确性和合规性。建议: 规模企业应成立专门的法务部或聘请律师担任企业法律顾问。

(二) 提升人员业务素质, 加强合同管理、督促与指导能力

拥有高素质、专业的合同管理人员队伍是做好企业合同管理工作的重要基础。合同管理人员一般应是法律专业毕业并对企业的业务有一定了解的人员, 其主要职责为: 参与合同的洽谈、草拟、审查、签订等工作, 必要时进行尽职调查; 督促业务管理部门按合同约定行使权利、履行义务; 督促合同相对方按约定履行合同义务, 必要时提醒履约; 建立合同的履行台帐及档案; 实时跟踪合同履行情况, 及时向相关部门报告合同履行过程中出现的异常情况, 收集并固定相关证据材料; 接受或出具合同履行相关资料, 组织相关部门人员进行合同履行情况的验收; 根据实际情况向合同相对方提出合同变更的请求或要求提前解除合同; 如果出现合同纠纷, 应及时提起诉讼或仲裁, 或进行应诉或参与仲裁活动。

合同管理人员业务素质的高低将影响合同管理的质量。企业应通过安排学习与培训, 提升合同管理人员的业务素质, 最大程度地保护企业利益不受损害, 维护企业稳定发展。

合同管理人员要加强对合同承办相关业务部门及人员的督促与指导, 必要时进行检查; 如果发现可能违约的行为, 要及时提醒、制止, 并建议领导追究相关业务部门及承办人员的责任; 对故意或重大过失造成企业损失的行为, 应当落实责任追究制度。

(三) 细化合同过程管理, 重视合同的质量和履约的有效性

企业应建立健全合同管理制度, 以合同管理科学化、制度化、规范化为目标, 进一步细化合同过程管理, 落实合同规范化管理制度, 作好记载、保存和归类, 做到合同档案管理的科学化, 使管理工作有章可循。

企业合同管理的主要内容包括: 合同协商与谈判, 合同起草与审核, 合同签订, 合同履行, 合同结算, 合同纠纷处理, 合同登记, 合同用章管理与信息保密。

合同订立前的充分准备工作, 是保证合同质量的关键。合同文本一般由业务承办部门起草、合同归口管理部门审核, 必要时需邀请合同业务管理部门一同参与审核把关。需要注意的是, 重大合同或法律关系复杂的特殊合同(如股权融资合同、技术转让合同)应当由法务部或合同归口管理部门参与起草。国家或行业有合同示范文本的, 可以优先选用, 但对涉及主要的权利义务, 款项及支付期限、方式, 违约责任等条款应当认真审查, 尤其是合同示范文本中双方自行协商的内容, 需根据实际情况进行适当的修改。同时, 合同文本须报经国家有关主管部门审查或备案的, 应当履行相应的程序。

合同签订后, 企业应当遵循诚实信用原则严格履行合同。合同管理人员对合同履行实施有效监控, 强化对合同履行情况及效果的检查、分析和验收, 确保合同全面有效履行。如果合同相对方未按时履约或未支付预付款, 合同管理人员应及时提醒、督促合同相对方按合同约定履行付款义务; 如果己方未按时履约, 合同管理人员应督促相关业务部门及承办人员按时履行并交付产品, 避免出现违约情况导致企业利益受损。如果由于特殊原因导致无法履约, 需分析原因, 必要时通知对方, 并争取达成协议的变更或签订补充协议。

二、企业合同管理的具体方法

企业合同管理模式一般可分为分散管理和集中管理两大类。

在分散管理模式下, 企业一般没有设立法务部, 或者虽然设有法务部, 但是合同不归其统一管理, 而是由各经办部门自行管理, 各经办部门负责管理本部门业务范围内合同的洽谈、起草、签订、履行、纠纷处理、备案等; 虽然也有企业的合同保管工作由办公室或档案部门统一负责, 但也仅限于将合同作为档案管理。分散管理模式容易弱化企业对合同的监管力度, 多部门管理容易导致出现实际上无部门管理的情况出现, 以致难以发现本企业合同管理工作中存在的问题, 也没有督促与提醒环节。

在集中管理模式下, 企业一般设有法务部作为合同归口管理部门, 负责本企

业民事合同的谈判、审核、签订、履行、纠纷处理及备案管理，并且负责本企业重大合同的起草、报审、履行监督及合同管理检查及评价等工作。同时，合同业务管理部门也会配合合同归口管理部门完成合同审查工作。在集中管理模式下，企业能够对合同实施统一管理，以合同归口管理部门为主，各部门分工协作，对合同进行全过程管理，有利于及时发现问题、及时纠正，尽量防范合同管理中法律风险的发生，避免经济损失。

三、企业合同管理办法示范例

公司合同管理办法

第一章 总则

第一条 为规范本公司及下属关联企业（包括分公司、全资子公司、控股子公司）的合同管理流程，规范公司各部门在合同管理中的职责，控制风险，维护公司利益，根据《中华人民共和国民法典》及有关法律法规规定，结合公司的实际情况，制定本办法。

第二条 本办法所称合同是指以公司为一方当事人，与其他法人、自然人、非法人组织之间签订的设立、变更、终止民事法律关系的协议。与合同相关的，以公司名义做出的担保书、授权书、证明书、招投标文件等具有约束力的法律文件，也纳入本办法管理范围。

劳动合同由公司人事部门负责管理。

第三条 本办法所称的合同管理是指公司各部门、经理层及决策机构在权限范围内对上述协议进行审查、监督、管理的行为，包括尽职调查、意向接触、商务谈判及合同的签订、履行、变更与解除及纠纷处理等过程和环节。

第四条 本办法适用于公司及下属关联企业的全体部门及人员。

第五条 公司合同管理遵循归口管理与业务管理相结合的原则，实行“逐级审批、专业审核、全程监督”，落实承办部门与承办人责任制度。

第二章 部门职责与分工

第六条 法务部是合同归口管理部门，主要职责如下：

- （一）制定合同管理相关制度和流程；
 - （二）参与对合同相对方的尽职调查、磋商谈判、文本起草、签订及履行、变更、解除工作，并指导各关联企业的合同管理工作；
 - （三）负责公司各类合同的法律审核及合同签署授权的审核管理，监督合同的履行；
 - （四）负责公司合同专用章的管理；
 - （五）负责公司合同履行完毕后相关资料归档及公司合同台账的建立、维护，定期向综合事务部移交合同档案；
 - （六）制定公司标准合同文本；
 - （七）负责公司合同纠纷的调解、仲裁、诉讼活动，统筹关联企业合同纠纷案件的处理；
 - （八）指导、监督和检查公司各部门的合同起草、会签、审批、签署、履行、归档、变更及解除等工作；
 - （九）其他合同管理事项。
- 法务部应当设立专门岗位负责合同管理工作。

关联企业综合管理部门负责本公司合同管理相关事项。

第七条 公司各业务部门为合同承办部门，主要职责如下：

- （一）负责本部门承办事项的可行性分析，审查合同对方当事人的主体资格、专业资质，调查信用情况、履约能力、代理人身份；
- （二）负责合同谈判、文本起草、会签、审批、签署、履行、变更及、解除及合同履行过程中归档等工作；
- （三）对合同的合法性、技术性、可行性及价款的合理性进行全面审查；
- （四）负责对合同管理人员有疑义的内容予以解释说明，对合同管理人员提出的修改意见进行完善并补充提交相关材料；

(五) 及时报送合同纠纷情况并配合处理；

(六) 建立本部门合同管理台账，妥善保存合同执行过程中的所有相关合同文件和材料，合同履行完毕后及时移交法务部；

(七) 负责其他所承办合同的相关事项。

公司各业务部门可以设立兼职岗位负责合同承办工作。

第八条 公司相关部门按照职责分工参与合同谈判、审查和履行等工作，财务部负责财务事项合理性审查，研发部负责技术相关内的审查，质检部负责产品质量检验标准的审查，法务部可以根据需要通知其他部门参与相关工作。

第三章 合同的谈判与起草

第九条 凡政府部门有推荐的合同示范文本或公司有标准合同文本的，应当优先适用并按要求填写。

标准合同是指公司长期重复使用的、合同双方当事人的权利义务固定化，且合同的样式、内容条款等具体规定标准化的合同。

公司各业务部门可以向法务部提出建立标准合同的需求，法务部会同外聘法律服务团队共同编制标准合同初稿，组织相关部门进行评审，分管法律事务工作领导审核，总经理办公会审议通过后方可启用。

第十条 订立合同前，合同承办部门须充分了解、获取对方的经营资格、资信、代理人身份信息等材料。不得与授权不明的代理人进行洽谈，不得与无经营资格或相应资信的单位订立合同。尽职调查时主要获取以下材料：

(一) 主体资格：企业营业执照、事业单位法人证书、个人身份证件等可以证明对方当事人具备签订合同主体资格的材料。

(二) 专业资质：合同事项要求具备专营资格、专业资质的，需获取许可证书、等级证书和资质证书等可以证明对方当事人具备履行合同相应资格、资质的材料。

(三) 信用情况和履约能力：公司章程、资产负债表、资金证明、注册会计师签署的验资报告、律师事务所出具的尽职调查报告等可以证明对方当事人具备

良好信用记录、较好履约能力的材料。

(四) 代理人身份：代理人身份证明及授权委托书等可以证明代理人经过授权委托，可代表合同相对方进行合同谈判、签订等工作。

第十一条 合同签订前，合同承办部门应与合同相对方就合同标的、数量与质量、价款与支付方式、商品或服务交付方式、违约责任、解除条件、争议解决条款、合同生效期间、合同签订日期和地点进行谈判，对于谈判过程中的重要事项和参与谈判人员的主要意见，有正式会议谈判的，应以《合同谈判记录表》记录并妥善保存。

对公司影响重大、涉及法律关系复杂的重大合同，公司相关业务部门、法务部、财务部需共同参与合同谈判工作，必要时可聘请外部专家参与相关工作。

第十二条 合同承办部门拟定合同文本时应以前期经济事项决策文件、与合同相对方协商谈判的结果等为依据，文本语言应严谨、简练、准确，条款齐全，权利义务清楚。对公司影响重大、涉及法律关系复杂的重大合同，法务部应当参与起草。

第十三条 合同文本须包括以下条款：

(一) 合同各方当事人基本信息，包括当事人的名称或姓名、住所、电话、银行账号等；

(二) 合同标的指货物、劳务、项目等双方权利义务共同指向的对象；

(三) 数量和质量要求（指标），包括验收的形式和质量异议期的约定；

(四) 价款、酬金及其支付方式，含各种可能发生费用的分担；

(五) 合同履行的时间期限、地点和方式，以及履行过程中各方义务及风险责任的划分；

(六) 违约责任及其承担方式；

(七) 纠纷解决方式（诉讼、仲裁管辖）约定；

(八) 合同生效、终止条件；

(九) 签约的地点、日期；

(十) 其他根据法律规定和合同性质应当具备的条款。

第四章 合同的审核与签署

第十四条 法务部负责合同的审核，并提出相应法律意见，对无实质性权利义务战略合作协议、框架协议等可不进行法律审核。

合同审核、审批程序：

(一) 合同承办人填写《合同审批单》，将拟定的合同文本及事项审批文件或决策会议纪要等有关资料提交部门负责人审核；

(二) 合同承办部门负责人审核后提交相关部门审核，其中：

1. 财务部主要审核：

- (1) 是否符合国家财税法律法规；
- (2) 是否符合公司财务管理规定；
- (3) 支付、收款条款是否符合公司资金安排；
- (4) 关联交易合同；
- (5) 其他财务部门认为需要审核的内容。

2. 相关技术部门应对技术条款要求出具审核意见。

(三) 相关部门审核后，合同承办部门负责人应将合同文本、事项审批文件或决策会议纪要等与合同有关资料、合同承办部门负责人及相关部门审核意见一并提交法务部审核。法务部会同外聘法律服务团队就以下内容进行审核，出具相关法律意见：

1. 合同内容、形式是否合法、有效；
2. 合同条款是否完备、严密、准确；
3. 合同风险是否能规避或降低；
4. 合同违约及救济条款能否体现公司利益最大化原则；
5. 经济事项相关审批程序是否符合公司规定；
6. 其他法务部认为需要审核的内容。

(四) 法务部审核后，合同承办部门根据《公司合同事项审批权限表》报公司领导审批、签署。合同签署人应当填写实际签署合同的日期，不得将签署日期

提前或推后。合同签署人发现审核意见不齐备的，应当拒绝签署。

(五) 非法定代表人以公司名义对外签订合同的，须获取法定代表人的授权委托书。如合同对方不是由其法定代表人签字的，应要求其提供格式完备有效的授权委托书，与合同文件一并保存。授权委托书的办理程序以公司授权委托管理办法的相关规定为准。

(六) 合同签署后，合同承办部门对合同进行编号。

(七) 编号完成后，可办理用印手续。法务部登记合同台账并存档，各部门登记本部门合同台账。

第十五条 合同起草采用标准合同的，由合同承办人填写《合同审批单》，并将拟定的标准合同文本、事项审批文件或决策会议纪要等提请合同承办部门负责人、法务部审核后，根据合同审批权限报公司领导审批，领导签署后对合同进行编号、用印并登记合同台账。

对改变标准合同条款要求的，需按照非标准合同审核程序执行。

第十六条 对于需要办理公证、完成登记才具备法律效力的合同，承办人员应及时办理公证、登记手续。

第十七条 合同审核过程中，审核意见应明确、具体，禁止使用“原则上同意”“基本可行”等模糊性语言。

第十八条 在审核合同文本时，审核部门可根据需要，要求承办人提供与合同有关的补充证明材料，承办人应予以配合。

发现重大错误、遗漏、潜在风险事项时，应在审核意见中予以明确并提出修改意见，承办人应当根据修改意见及时修订合同，对未采纳的意见，应当说明理由。合同修订后应重新执行审核程序。

第十九条 公司各部门在未办理合同审批和授权手续的情况下，严禁以公司名义、本部门名义对外订立口头或书面合同。

第二十条 关联企业应当参照本制度，结合公司实际制定符合本公司情况的合同审核、审批程序及签署权限。

第五章 合同用印管理

第二十一条 公司签订的合同应当加盖公司合同专用章。劳动合同及合同用印有特殊需要的，应加盖公司公章。法务部负责公司合同专用章的管理，需要用印的，由需求部门持经审批同意的合同审批单及已签署的合同文本到法务部用印。合同未经签署，一律不得用印。

第二十二条 法务部应当加强对合同专用章使用的管理，建立《合同专用章使用管理台账》，登记合同用印相关信息。

未经批准，任何人不得携带合同专用章外出签订合同。外出用印的具体程序按照公司印章管理相关规定执行。

第二十三条 签订合同时，原则上让签约对方先行签字盖章，或者双方同时签字盖章并加盖骑缝章。

合同的末页应当载有包含相关权利义务的合同条款，当排版后所剩空白不能容下印章位置时，应调整合同文本格式，务必使印章与正文同处一页，不得采取标识“此页无正文”的方法解决。

严禁向对方出具盖有我方印章的空白合同书，或将仅有我方已签字、盖章，却无合同条款具体内容的合同末页，交、寄给对方签字盖章。

第二十四条 合同专用章若有遗失，法务部须按法定程序登报声明作废，并对责任者追究相应责任。

第六章 合同的履行

第二十五条 合同履行期间，合同承办部门必须严格履行合同所规定的义务，积极行使合同赋予的权利，明确责任人员，随时掌握对方合同履行的情况，妥善保管合同履行中的材料，严禁未签订合同先实际履行。

第二十六条 合同在履行过程中，因客观情况发生变化，经各方协商一致的，应当以书面形式对合同进行变更、补充或者解除。合同的变更、补充或解除

应履行与签订该合同相同的审批手续，经办机构或者经办人不得擅自签署变更、补充、解除合同的任何文件。

第二十七条 合同履行过程中，若因我方或对方原因导致合同不能履行、不能完全履行或任意一方对履行情况存在异议时，承办人应当将有关情况及时向所在部门负责人、法务部报告，积极与合同相对方协商解决，并及时采取补救措施防止损失扩大。协商不成可能导致法律纠纷的，按照公司法律纠纷案件管理相关制度执行。

第二十八条 财务部应当根据合同条款审核后办理结算业务。未按合同条款履约或应签订书面合同而未签订的，财务部有权拒绝付款，并及时向法务部及公司相关领导报告。

第二十九条 合同承办部门应当根据合同履行情况，及时更新合同台账中的相关信息，并按季度向法务部报送。

第七章 合同纠纷处理

第三十条 合同中争议解决条款应尽量约定在公司所在地的人民法院或仲裁机构解决。

第三十一条 合同发生纠纷时，先通过协商、调解等方式解决；协商、调解达成一致的，应形成书面协议，协议签订前应当送法务部门审查。协商、调解未成的，可按合同约定及时申请仲裁或提起诉讼。

第三十二条 合同承办部门应将合同纠纷情况及时报告，并协助法务部做好仲裁或诉讼的证据收集工作。如法务部认为需要借助外部律师协助处理争议，经公司批准执行。

第七章 合同归档管理

第三十三条 合同签订后，合同承办部门应在5个工作日内将合同相对方资信材料、合同审核的过程性材料、合同文本及附件等及时归档，并将合同正本交由

法务部保管，合同承办部门保管合同副本。

劳动合同由人事部负责保管、归档。

第三十四条 合同履行完毕后10个工作日内，合同承办部门应将有关资料整理、汇总后交由法务部与合同正本一并存档。

第三十五条 合同归档内容包括：

- (一) 与合同相关的前期经济事项决策文件；
- (二) 合同对方的营业执照、证明文件等资料；
- (三) 合同谈判记录表；
- (四) 合同审批单；
- (五) 合同文本，包括正本、副本；
- (六) 签约各方授权委托书原件或复印件；
- (七) 合同争议解决的有关资料；
- (八) 其他需要归档的资料。

第三十六条 法务部按照公司档案管理相关规定，每年向综合事务部移交档案资料，移交前需要档案借阅的，参照公司档案管理办法办理。

第三十七条 合同信息涉及到保密的，按照公司保密有关规定执行。

第八章 监督检查与奖惩

第三十八条 每季度末，公司各部门、关联企业将合同台账报送至法务部备案。每年年末，法务部对公司合同管理情况进行监督检查。被检查单位应当如实提供与检查事项有关的文件、资料，并对有关检查事项涉及的问题做出解释和说明。

第三十九条 合同监督检查的主要内容有：

- (一) 合同管理制度的制定和落实情况；
- (二) 合同文本规范使用情况，包括标准合同的使用情况、非标准合同文本的内容完备及规范情况；
- (三) 合同的签订、用印和履行情况；
- (四) 合同管理档案建立情况；

(五) 合同管理人员的教育和培训情况；

(六) 对于在签订、履行和管理合同工作中，因违反合同管理制度，造成重大经济损失的人员的责任追究情况。

第四十条 对检查中发现的问题，法务部应及时告知相关部门或关联企业，并限期整改。相关部门及关联企业将整改结果报法务部备案。

第四十一条 关联企业在每年12月15日之前将本公司合同管理情况纳入本公司年度法律事务工作总结一并报送。

第四十二条 公司对在合同管理中做出突出贡献，或为公司避免、挽回重大经济损失的人员给予表彰和奖励。

第四十三条 在签订和履行合同过程中，有下列行为并给公司造成经济损失的，由公司视情节轻重给予处罚并追究相应责任：

- (一) 轻信对方当事人，不做资信审查即随意签订合同；
- (二) 没有代理权、超越代理权，或在代理权终止后签订合同；
- (三) 承办人、审核人员因疏忽未审出合同重大缺陷的；
- (四) 丢失合同文本、相关法律文件和证据的；
- (五) 与合同相对方串通损害公司权益；
- (六) 发生纠纷或出现不利于我方利益的情况后，未及时向有关部门汇报；
- (七) 泄露公司商业秘密的；
- (八) 其他违反公司的规定，在签订或履行合同过程中给公司造成严重经济损失的行为。

第四十一条 在合同签订或履行过程中，发现员工收受合同相对方的商业贿赂的，给予解聘或开除处分；情节严重的，移送公安机关处理。

未经公司领导批准，给合同相对方商业贿赂的，由其自负后果。

第九章 附则

第四十二条 本办法最终解释权归法务部所有。

第四十三条 本办法自印发之日起施行。

第二章 合同的基本知识

一、合同的基本概念

合同是民事主体之间设立、变更、终止民事法律关系的协议。民事主体即民事法律关系的主体，包括自然人、法人与非法人组织。与企业相关的合同一般是民事合同，不包括行政合同、劳动合同、收养协议、离婚协议等关于身份关系的协议。

（一）合同的订立形式

法律并没有规定企业之间的交易行为之间必须采取书面形式，但在实践中通常出现书面形式的合同。书面形式的合同显然比口头形式的合同更加明确、清楚，能够有效避免因当事人理解不同而发生的纠纷。《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第469条规定：当事人订立合同，可以采用书面形式、口头形式或者其他形式。书面形式是合同书、信件、电报、电传、传真等可以有形地表现所载内容的形式。以电子数据交换、电子邮件等方式能够有形地表现所载内容，并可以随时调取查用的数据电文，视为书面形式。《中华人民共和国电子签名法》（以下简称《电子签名法》）第4条规定：能够有形地表现所载内容，并可以随时调取查用的数据电文，视为符合法律、法规要求的书面形式。

需要注意的是，书面形式的合同不一定就是采取双方签字、盖章，前面以协议或合同命名的形式，合同书是比较规范的书面的形式。在货物买卖中，一方以书面形式下的订单，另一方书面回复同意该订单，就是合同的书面形式。现在，一般采取微信、电子邮件方式进行沟通联系，双方通过微信形式沟通达成一致的，也属于合同的书面形式。

（二）订立合同的方式

要约、承诺方式是最为典型的合同订立方式。《民法典》第471条规定：当事人订立合同，可以采取要约、承诺方式或者其他方式。

实践中，要约与要约邀请往往存在一定混淆情形，乃至对双方当事人的实体权利产生重大影响。根据《民法典》第472条的规定，要约是希望与他人订立合同的意思表示，该意思表示应当符合下列条件：（1）内容具体确定；（2）表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束。根据《民法典》第473条第1款的规定，要约邀请是希望他人向自己发出要约的表示。拍卖公告、招标公告、招股说明书、债券募集办法、基金招募说明书、商业广告和宣传、寄送的价目表等为要约邀请。

从上述法律规定及其列举情形可以看出，要约的法律效力在于，一经受要约人承诺，合同即可成立，行为人在法律上须承担责任；要约邀请则是当事人订立合同的预备行为，行为人在法律上无须承担责任。因此，要约邀请在性质上是一种事实行为，本身不具有法律意义。要约邀请和要约的主要区别在于，要约邀请面向不特定对象，不以直接缔结合同为目的；而要约面向特定对象，以直接缔结合同为目的。

在实践中，一些企业为了规避要约对其的约束，往往在商业广告和宣传资料上作虚假宣传、不实广告，诱导消费者消费，而一旦发生纠纷，即以广告宣传是要约邀请为由，不愿意承担责任。需要注意的是：根据《民法典》第473条第2款的规定，商业广告和宣传的内容符合要约条件的，构成要约。

一般情况下，要约可以撤回。撤回要约的通知应当在要约到达相对人前或者与要约同时到达相对人。要约也可以撤销，但是要约人以确定承诺期限或者其他形式明示要约不可撤销，或受要约人有理由认为要约是不可撤销的，并已经为履行合同做了合理准备工作，在这两种情况下，要约不能撤销。如果要约被拒绝、被依法撤销，或承诺期限届满，受要约人未作出承诺，受要约人对要约的内容作出实质性变更，要约失效。

承诺是受要约人同意要约的意思表示。承诺应当以通知的方式作出，承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。要约没有确定承诺期限的，承诺应当依照下列规定到达：（1）要约以对话方式作出的，应当即时作出承诺；（2）要约以非

对话方式作出的，承诺应当在合理期限内到达。特别说明的是：承诺的内容应当与要约的内容一致。如果受要约人对要约的内容作出实质性变更的，为新要约。有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更，是对要约内容的实质性变更。如果在作出承诺时间只是提出少量不重要的变化，如要求包装纸从蓝色变成绿色，不视为实质性变更。除非要约人及时作出发对的表示，该承诺有效，合同的内容以承诺的内容为准。承诺可以撤回，但不能任意撤销。

（三）合同的成立与成效

一般情况下，承诺生效时合同成立，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

最高人民法院《关于适用 中华人民共和国民法典 合同编通则若干问题的解释》（以下简称《合同编通则解释》）第3条第1款规定：当事人对合同是否成立存在争议，人民法院能够确定当事人姓名或者名称、标的和数量的，一般应当认定合同成立。但是，法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

如双方约定生效条件，生效条件成就时，合同成立。举例说明：某企业为了发展业务的需要，向另一家机床生产企业下订单，在订单中写明：如果企业接到生产某产品的外贸订单，就合同生效；如果未接到该产品的外贸订单，则合同不生效。这是典型的附生效条件。

合同可以附生效条件与生效期限。但相关规定不在《民法典》合同编中，而是规定在总则编第六章“民事法律行为”第四节“民事法律行为的附条件和附期限”中。具体见第158条规定：民事法律行为可以附条件，但是根据其性质不得附条件的除外。附生效条件的民事法律行为，自条件成就时生效。附解除条件的民事法律行为，自条件成就时失效。第159条规定：附条件的民事法律行为，当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已经成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。第160条规定：民事法律行为可以附期限，但是根据其性质不得附期限的除外。附生效期限的民事法律行为，自期限届至时生效。附终止期限的民事法律行为，自期限届满时失效。

如果法律、行政法规规定的一些特殊合同要办理批准才能成立，需要满足法

律规定的要求。未办理批准等手续影响合同生效的，不影响合同中履行报批等义务条款以及相关条款的效力。

当事人采用合同书形式订立合同的，自当事人均签名、盖章或者按指印时合同成立。在签名、盖章或者按指印之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立。

法律、行政法规规定或者当事人约定合同应当采用书面形式订立，当事人未采用书面形式但是一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立。

（四）合同的法律效力

《民法典》第465条规定：依法成立的合同，受法律保护。依法成立的合同，仅对当事人具有法律约束力，但是法律另有规定的除外。

合同签订后，一般就产生法律效力。如果合同无效，则不发生法律效力。此前，还存在一种特殊情形：效力待定的合同。根据原《合同法》第51条规定，无权处分定性为效力待定合同。《民法典》删除了原《合同法》第51条的内容，没有直接提及无权处分的处理，后在相关司法解释修改时也删除了相关内容。《民法典》从促成交易的精神出发，应认定该类合同生效。《民法典》合同编第597条第一款规定：因出卖人未取得处分权致使标的物所有权不能转移的，买受人可以解除合同并请求出卖人承担违约责任。可见，出卖人将自己无权处分的物作为买卖合同标的物，合同也是有效的，这样可以保护了善意买受人的权益，彰显了合同对当事人的约束力，有利于倡导诚信价值并维护交易安全。

需要特别注意的是合同的“相对性”。即合同的法律效力一般只及于合同的双方当事人，不涉及其他人。但也有一定的例外，如向第三人履行的合同或由第三人履行的合同。《民法典》第522条第1款规定：当事人约定由债务人向第三人履行债务，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的，应当向债权人承担违约责任。《民法典》第523条规定：当事人约定由第三人向债权人履行债务，第三人不履行债务或者履行债务不符合约定的，债务人应当向债权人承担违约责任。

（五）合同的分类

根据不同的分类标准，可以将合同分成不同的类型。

依据是否以交付标的物为合同成立条件，可以将合同分为诺成合同和实践合同。诺成合同是指合同各方意思表示达成一致，无须向他方交付标的物即可成立的合同，如买卖合同、租赁合同等。实践合同是指合同各方不仅需要意思表示达成一致，还需要向合同他方交付标的物才能成立的合同，如借款合同、保管合同等。

依据合同各方当事人的权利义务不同，可以将合同分为双务合同和单务合同。双务合同是指合同双方互负对待给付义务的合同，即一方享有的权利是另一方所需要承担的义务，如买卖合同、租赁合同、承揽合同、建设工程合同等。单务合同是指只有合同一方负有给付义务，另一方只享有权利的合同，如赠与合同、无偿保管合同。

依据享有权利的合同一方是否向另一方偿付相应的代价，可以将合同分为有偿合同和无偿合同。有偿合同是指合同一方享有权利的前提系向另一方偿付相应代价的合同，一般来说，买卖合同、租赁合同等都属于有偿合同。双务合同大多是有偿合同。无偿合同是指合同一方享有权利，但无须向另一方偿付相应代价的合同，如赠与合同。单务合同大多是无偿合同。

依据法律是否明确规定应当采取特定的形式，可以将合同分为要式合同和非要式合同。要式合同是指法律明确规定采取特定形式的合同，一般是采取书面形式。根据《民法典》的相关规定，融资租赁合同、建设工程合同、技术开发合同、技术转让合同、技术许可合同等都应当采取书面形式。非要式合同是指法律并未明确规定是否要采取特定形式的合同，合同形式由当事人自行约定即可。除法律明确规定采取特定形式的合同外，均为非要式合同。如自然人之间的借款合同可以不采取书面形式。

依据相互依存的合同中，是否能够独立存在，可以将合同分为主合同和从合同。主合同是指能够独立存在的合同，如企业向银行借款的合同就是典型的主合同。从合同是指在相互依存的合同中，不能独立存在的合同，必须以其他合同的存在为前提的合同。比较典型的如担保合同，包括抵押合同、质押合同、保证合同等。

二、与企业关系密切的典型合同

《民法典》合同编第二分编“典型合同”中分为十九章，列举了20多种民事合同，这些合同被称为“有名合同”，在市场经济活动和社会生活中应用普遍。其中，与企业关系比较密切的合同类型有以下一些典型合同：

（一）买卖合同

买卖合同，有些被称为供货合同，是出卖人转移标的物的所有权于买受人，买受人支付价款的合同。

在买卖合同履行过程中，常见的卖方违约情况有：无法交货逾期交货、产品质量存在问题、数量不足、包装不符合约定等。常见的买方违约情况有：逾期付款、不足额付款、不及时收货导致出现损失等。

以常见的产品质量问题为例说明：《民法典》第615条规定：“出卖人应当按照约定的质量要求交付标的物。出卖人提供有关标的物质量说明的，交付的标的物应当符合该说明的质量要求。”如果卖方交付的货物不符合合同约定的质量要求的，买方可以要求卖方按照合同约定承担违约责任，如适当减少价款、退还货物等。如果约定了违约金，卖方应按照规定向买方支付一定数额的违约金。如果没有约定违约金，但对买方造成损失的，买方可以要求卖方赔偿损失，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。如果卖方逾期交付或买方逾期付款，违约方应按照规定支付违约金。合同中就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。

产品的质量往往与产品交付后的检验相关。所以，《民法典》第620条规定：“买受人收到标的物时应当在约定的检验期限内检验。没有约定检验期限的，应当及时检验。”第621条第1款规定：“当事人约定检验期限的，买受人应当在检验期限内将标的物的数量或者质量不符合约定的情形通知出卖人。买受人怠于通知的，视为标的物的数量或者质量符合约定。”第622条第1款规定：“当事人约定的检验期限过短，根据标的物的性质和交易习惯，买受人在检验期限内难以完成全面检验的，该期限仅视为买受人对标的物的外观瑕疵提出异议的期

限。”

买卖合同是最为常见、最典型的有偿合同，所以成为其他有偿合同的参照合同。《民法典》第646条规定：“法律对其他有偿合同有规定的，依照其规定；没有规定的，参照买卖合同的有关规定。”

（二）借款合同

借款合同是借款人向贷款人借款，到期返还借款并支付利息的合同。常见的是企业向银行贷款，也有企业与个人、企业与企业之间的民间借贷。

如果是企业向银行贷款，一般是数额较大，银行一般要求企业提供抵押、质押或保证。企业对银行提供的格式合同文本往往没有很多的谈判机会，但要特别注意双方自行约定的内容，如借款的用途、借款人支付利息的期限、借款人返还借款的期限、利息与逾期利息（罚息）、抵押物的处置等。如果企业未按照约定用途使用借款，如合同中约定是用于生产经营需要，实际上企业将从银行中获得的贷款用于对其他企业的高息借款，一旦被银行发现，该转借行为可能会被认定为无效。《民法典》第673条规定：“借款人未按照约定的借款用途使用借款的，贷款人可以停止发放借款、提前收回借款或者解除合同。”如果企业不按照约定的借款用途使用借款的，轻则借款被银行收回，重则可能会被认定是“骗贷”行为，需要承担刑事责任。

如果是企业与个人、企业与企业之间的民间借贷。需要注意的是：借款合同应当采用书面形式，一般采取借条形式。借条中要写明借款种类、币种、用途、数额、利率、期限和还款方式等内容。需要注意不能有“砍头息”，《民法典》第670条规定：“借款的利息不得预先在本金中扣除。利息预先在本金中扣除的，应当按照实际借款数额返还借款并计算利息。”还需要注意借款的利息问题，《民法典》第680条规定：“禁止高利放贷，借款的利率不得违反国家有关规定。借款合同对支付利息没有约定的，视为没有利息。借款合同对支付利息约定不明确，当事人不能达成补充协议的，按照当地或者当事人的交易方式、交易习惯、市场利率等因素确定利息；自然人之间借款的，视为没有利息。”根据最高人民法院2020年12月新修订的司法解释《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》，以中国人民银行授权全国银行间同业拆借中心每月20日发布的

一年期贷款市场报价利率（LPR）的4倍为标准确定民间借贷利率的司法保护上限。也即，超过一年期贷款市场报价利率（LPR）的4倍的利率会被认定为“高利贷”，不受法律的保护。

（三）保证合同

保证合同是为保障债权的实现，保证人和债权人约定，当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，保证人履行债务或者承担责任的合同。保证合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效的，保证合同无效，但是法律另有规定的除外。《民法典》规定了五种担保方式，即保证、抵押、质押、留置和定金担保。企业向银行贷款，一般需要提供抵押物或质押物。有时候，银行还要求企业的大股东、实际控制人以私人名义为企业的债务提供保证，有些还要求企业的其他股东、实际控制人的亲属也要提供保证，才能办理贷款。有时候，企业也经常为其关联企业或其他企业的借款提供保证。

保证合同的内容一般包括被保证的主债权的种类、数额，债务人履行债务的期限，保证的方式、范围和期间等条款。保证合同可以是单独订立的书面合同，也可以是主债权债务合同中的保证条款。

保证的方式包括一般保证和连带责任保证。需要特别说明的是：《民法典》第686条第2款规定：“当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照一般保证承担保证责任。”这与此前的法律规定有明显区别。

如果采取一般保证，只有债务人不能履行债务时，才由保证人承担保证责任。一般保证人有“先诉抗辩权”，《民法典》第687条第2款规定：“一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，有权拒绝向债权人承担保证责任，但是有下列情形之一的除外：（一）债务人下落不明，且无财产可供执行；（二）人民法院已经受理债务人破产案件；（三）债权人有证据证明债务人的财产不足以履行全部债务或者丧失履行债务能力；（四）保证人书面表示放弃前款规定的权利。”对于企业而言，如果为其他企业提供保证，尽量选择采取一般保证形式。

如果当事人在保证合同中约定保证人和债务人对债务承担连带责任的，则为连带责任保证。如果采取连带责任保证，在债务人不履行到期债务或者发生当事

人约定的情形时，债权人可以请求债务人履行债务，也可以请求保证人在其保证范围内承担保证责任。显然，对于保证人而言，其承担的保证责任要比连带责任保证要重。

此外，还需要注意的是银行经常要求企业提供“最高额保证”，即保证人与债权人订立最高额保证的合同，约定在最高债权额限度内就一定期间连续发生的债权提供保证。

（四）租赁合同

租赁合同是出租人将租赁物交付承租人使用、收益，承租人支付租金的合同。房屋租赁合同作为租赁合同中最典型的一种，适用《民法典》合同编第十四章“租赁合同”中的规定。与其他租赁比较，房屋租赁最主要的特征是将房屋作为租赁物，出租人将房屋交付承租人占有、使用、收益，承租人支付租金。对于企业来说，常见的是厂房租赁合同。

房屋租赁合同的内容一般包括租赁物的名称、数量、用途、租赁期限、租金及其支付期限和方式、租赁物维修等条款。需要注意的是：租赁期限不得超过20年。超过20年的，超过部分无效。租赁期限届满，双方可以续订租赁合同。租赁合同一般不需要办理登记备案手续，未租赁合同登记备案手续的，不影响合同的效力。

在房屋租赁合同中，主要是出租人与承租人双方的权利与义务关系。出租人的主要权利是收取租金，这也是房屋所有权人或实际管理人将房屋进行出租的主要目的。根据《民法典》第721条的规定，承租人应当按照约定的期限支付租金。对支付租金的期限没有约定或约定不明确，一般是采取“一年一付”的方式。出租人的主要义务是：交付租赁物，保持租赁物符合约定的用途，履行租赁物的维修义务，出卖租赁房屋前应提前通知承租人。因为房屋租赁合同是有偿合同，所以一般认为租金中已包括对房屋的维修费用，应当由出租人承担维修义务。但这不是必然的，双方可以在租赁合同中约定由承租人承担维修义务，或者双方按照维修项目的性质不同分别承担。

承租人的主要权利是按照约定使用该房屋。主要体现在：应当按照约定的方法使用房屋，获得因占有、使用房屋获得的收益，在房屋需要维修时可以请求出

租人在合理期限内维修。此外，还有两种特殊权利，因不是承租人的法定权利，所以需要经出租人同意才能行使。一是对租赁物进行改善或者增设他物；二是将租赁物转租给第三人。除了以上权利外，承租人有一些特殊权利，是从租赁权中派生出来的权利，如优先购买权，优先承租权。承租人的主要义务是合理地使用该房屋，如承租人应当妥善保管租赁物。根据《民法典》第714条的规定，因保管不善造成租赁物毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。租赁期限届满，承租人应当返还租赁物。根据《民法典》第733条的规定，返还的租赁物应当符合按照约定或者根据租赁物的性质使用后的状态。除了合理地使用房屋外，承租人的另一项主要义务是“按照约定的期限支付租金”。如果承租人无正当理由未支付或者迟延支付租金，显然属于违约行为，应按照合同的约定承担违约责任。

在房屋租赁中，出租人一般会要求承租人交纳一定的费用作为“押金”。如果承租人未按照租赁合同约定足额支付或迟延支付租金，或因承租人原因造成房屋或室内设施设备损坏需要维修、合同约定应由承租人承担的相关费用但未支付的，出租人可以在承租人交付的押金中予以扣除，剩余款项返还承租人。如果承租人已足额支付租金且不存在拖欠费用等违约情况，出租人应在承租人退房时一次性返还全部押金。

除了以上这些常见合同类型外，企业还可能会遇到融资租赁合同、运输合同、技术合同、仓储合同、委托合同等典型合同，因为篇幅所限，就不一一介绍了。有些企业因为企业的经营性质，所以会遇到较多的某类典型合同，如建筑企业较多签订建设工程合同，高科技企业较多签订技术开发合同、技术转让合同和技术许可合同，房地产中介机构较多签订中介合同，物业服务企业较多签订物业服务合同，等。

此外，企业也常见一些特殊合同，如股权融资协议、股权转让合同。如股权转让合同是指股权转让方与股权受让方就股权转让中双方各自权利义务关系而达成的协议。其特殊性在于转让标的是股权，股权不同于一般的产品或服务，所以股权转让后要办理登记才生效。

三、电子合同

（一）我国法律对电子合同的规范

随着科学技术尤其是互联网技术的飞速发展，以及生活节奏的不断加快，人们越来越多地使用简便的交易方式，因此，电子合同以其特有的优势被越来越多的人使用。尤其是电商平台，买方一般是通过网络方式下订单（电子合同）并付款，卖方根据订单通过线下方式寄送货物或提供服务。《民法典》第491条规定：当事人采用信件、数据电文等形式订立合同要求签订确认书的，签订确认书时合同成立。当事人一方通过互联网等信息网络发布的商品或者服务信息符合要约条件的，对方选择该商品或者服务并提交订单成功时合同成立，但是当事人另有约定的除外。

《民法典》第512条对“电子合同标的交付时间”进行了规范：通过互联网等信息网络订立的电子合同的标的为交付商品并采用快递物流方式交付的，收货人的签收时间为交付时间。电子合同的标的为提供服务的，生成的电子凭证或者实物凭证中载明的时间为提供服务时间；前述凭证没有载明时间或者载明时间与实际提供服务时间不一致的，以实际提供服务的时间为准。电子合同的标的物为采用在线传输方式交付的，合同标的物进入对方当事人指定的特定系统且能够检索识别的时间为交付时间。电子合同当事人对交付商品或者提供服务的方式、时间另有约定的，按照其约定。

自2019年1月1日起施行的《中华人民共和国电子商务法》（以下简称《电子商务法》）对电子商务经营者、电子商务平台经营者、电子商务合同的订立与履行、电子商务争议解决以及电子商务促进等方面进行了规定。其中第三章“电子商务合同的订立与履行”中对电子商务合同进行了规范。如第49条规定：电子商务经营者发布的商品或者服务信息符合要约条件的，用户选择该商品或者服务并提交订单成功，合同成立。当事人另有约定的，从其约定。电子商务经营者不得以格式条款等方式约定消费者支付价款后合同不成立；格式条款等含有该内容的，其内容无效。第50条规定：电子商务经营者应当清晰、全面、明确地告知用

户订立合同的步骤、注意事项、下载方法等事项，并保证用户能够便利、完整地阅览和下载。电子商务经营者应当保证用户在提交订单前可以更正输入错误。第51条规定：合同标的为交付商品并采用快递物流方式交付的，收货人签收时间为交付时间。合同标的为提供服务的，生成的电子凭证或者实物凭证中载明的时间为交付时间；前述凭证没有载明时间或者载明时间与实际提供服务时间不一致的，实际提供服务的时间为交付时间。合同标的为采用在线传输方式交付的，合同标的进入对方当事人指定的特定系统并且能够检索识别的时间为交付时间。合同当事人对交付方式、交付时间另有约定的，从其约定。第53条第1款规定：电子商务当事人可以约定采用电子支付方式支付价款。第56条规定：电子支付服务提供者完成电子支付后，应当及时准确地向用户提供符合约定方式的确认支付的信息。

（二）电子合同的成立条件与法律效力

我国现行法律法规并没有对电子合同的定义作出明确规定。一般认为，电子合同是合同的一种特殊的书面形式，电子合同是民事主体之间通过电子信息网络以数据电文的形式设立、变更、终止民事法律关系的协议。常见的电子合同是通过电子数据交换、电子邮件等方式形成的数据电文，《电子签名法》第2条第2款规定：“……数据电文，是指以电子、光学、磁或者类似手段生成、发送、接收或者储存的信息。”符合合同书面形式的数据电文，需要具备两个重要条件：一是能够有形地表现所载内容，二是可以随时调取查用。除此以外，还需要满足以下条件，数据电文才能被视为满足法律、法规规定的原件形式要求：能够可靠地保证自最终形成时起，内容保持完整、未被更改。但是，在数据电文上增加背书以及数据交换、储存和显示过程中发生的形式变化不影响数据电文的完整性。

电子合同的法律效力被我国法律认可。在电子合同上的签名采取的是电子签名方式，这区别于传统书面形式合同需要当事人本人书写签名、盖章或者按指印的方式。《电子签名法》第2条第1款规定：“……电子签名，是指数据电文中以电子形式所含、所附用于识别签名人身份并表明签名人认可其中内容的数据。”《电子签名法》第3条第1、2款规定：“民事活动中的合同或者其他文件、单证等文书，当事人可以约定使用或者不使用电子签名、数据电文。当事人约定使用

电子签名、数据电文的文书，不得仅因为其采用电子签名、数据电文的形式而否定其法律效力。”但需要注意的是，有些合同并不适合采用电子签名、数据电文的文书，《电子签名法》第3条第3款规定：“前款规定不适用下列文书：（一）涉及婚姻、收养、继承等人身关系的；（二）涉及停止供水、供热、供气等公用事业服务的；（三）法律、行政法规规定的不适用电子文书的其他情形。”

电子合同因为比较便捷、高效，在电商平台的交易中得到广泛应用，在其他方面也越来越多得到应用（如办理银行贷款签订借款合同与抵押合同）。电子合同与传统书面形式的合同存在一定的差异，如合同订立的环境不同、合同成立与生效的方式不同、合同的表现形式不同、合同的费用支付方式不同等。所以，电子合同需要经过电子签名、电子认证及身份查验等程序数据，还会产生相应的编码、代码、口令、算法或者公钥等。如果没有相应的技术与标准，电子合同是无法实现和存在的。

（三）签订电子合同的风险与防范措施

签订电子合同需要防范相应的风险。如：（1）电子格式合同的一些条款存在被认定为无效的风险。电子格式合同是电子商务中常见的合同类型，由于买受人对合同条款只能选择接受或否，可能存在因为缺少双方的合意而被认定为无效。（2）网上交易存在被欺诈的风险。电子合同的订约与费用支付基本上是在网上完成，采取的是非面对面、在网络上进行交易的模式，无法完全掌握交易相对方的真实信息，也无法准确核实其身份信息，因此出现很多买方所购买货物与网上图片不符、付款后不发货或发货数量不足等问题，存在被欺诈的风险。

（3）电子合同存在诉讼程序方面的风险。电子合同的交易主体没有地域上的局限性，一旦发生纠纷，如何确定诉讼法院管辖成为难题。如果买方为了标的物数额不高的退货或退款，向卖方所在地法院起诉，在成本上与精力投入上是很不划算的。

电子合同在我国兴起还不久，相关法律法规的规范还需要继续完善。为了防范电子合同带来的风险，作者建议企业采取以下一些防范措施：（1）企业尽量通过第三方交易平台来订立电子合同，并以适当的方式保存电子合同，满足数据电文“能够有效地表现所载内容并可供随时调取查用”的要求。（2）电子格式合同

提供方应采取积极的技术手段（如加粗字体显示、不同颜色显示）提醒交易相对方注意格式条款，并尽可能保障交易相对方有充分审阅合同的机会，以避免电子格式合同被认定为无效。（3）企业在签订电子合同时，应在电子合同中约定争议解决方式及管辖的法院或仲裁机构，电子格式合同提供方应在预先在合同中写明争议解决方式及管辖的法院或仲裁机构。

四、合同的一般条款与主要审查要素

（一）合同的一般条款

根据《民法典》第470条的规定，合同的内容由当事人约定，一般包括：当事人的姓名或者名称和住所；标的、数量；质量；价款或报酬；履行期限、地点和方式；违约责任；解决争议的方法。

不同类型的合同有不同的内容。如最常见的买卖合同的内容一般包括标的物的名称、数量、质量、价款、履行期限、履行地点和方式、包装方式、检验标准和方法、结算方式、合同使用的文字及其效力等条款。

当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同。商品房买卖合同是买卖合同的一种类型。《商品房销售管理办法》第16条规定：商品房销售时，房地产开发企业和买受人应当订立书面商品房买卖合同。商品房买卖合同应当明确以下主要内容：（1）当事人名称或者姓名和住所；（2）商品房基本状况；（3）商品房的销售方式；（4）商品房价款的确定方式及总价款、付款方式、付款时间；（5）交付使用条件及日期；（6）装饰、设备标准承诺；（7）供水、供电、供热、燃气、通讯、道路、绿化等配套基础设施和公共设施的交付承诺和有关权益、责任；（8）公共配套建筑的产权归属；（9）面积差异的处理方式；（10）办理产权登记有关事宜；（11）解决争议的方法；（12）违约责任；（13）双方约定的其他事项。

购房者与房产商签订的商品房买卖合同，现在一般是通过网签的办法，使用的是住建部门提供的商品房买卖合同示范文本。2014年4月，住房和城乡建设部和原国家工商行政管理总局发布了《商品房买卖合同（预售）示范文本》（GF-

2014-0171)、《商品房买卖合同(现售)示范文本》(GF-2014-0172)。《民法典》颁布实施后,各地对商品房买卖合同示范文本也进行了一定的修订。如在2023年4月28日,浙江省住房和城乡建设厅、浙江省市场监督管理局发布了2023版《浙江省商品房买卖合同(预售)》(HT33/SF01 1-2023)《浙江省商品房买卖合同(现售)》(HT33/SF01 2-2023)《浙江省存量房买卖合同》(HT33/SF01 3-2023)《浙江省房屋租赁合同》(HT33/SF01 4-2023)示范文本(浙建〔2023〕1号)。

又如,企业签订技术合同,一般采用科学技术部发布的《技术合同示范文本》,类型包括:技术开发(委托)合同、技术开发(合作)合同、技术转让(专利申请权)合同、技术转让(专利权)合同、技术转让(专利实施许可)合同、技术转让(技术秘密)合同、技术咨询合同、技术服务合同。财政部、国家税务总局《关于在全国开展交通运输业和部分现代服务业营业税改征增值税试点税收政策的通知》(财税〔2013〕37号)规定:提供技术转让、技术开发和与之相关的技术咨询、技术服务,可以免征增值税。申请免征增值税时,须持技术转让、开发的书面合同,到所在地科技主管部门进行认定。如果企业想申请增值税减免,必须办理技术合同认定登记,就必须采用《技术合同示范文本》。

(二) 合同条款的主要审查要素

1. 合同主体,也称合同当事人,包含自然人、法人或者是其他组织三种类型。合同主体是合同的绝对必要条款。任何合同都需要有明确的合同主体,审查合同主体不仅仅要审查主体的真实性,还要审查合同主体的资质及履约能力,因为在特定领域(尤其是国家限制经营的领域),如果不具备法定的资质可能会影响合同的效力,如果对合同主体的履约能力有存疑,则可能导致合同难以顺利履行。如果合同当事人是自然人,且是未成年人、限制民事行为能力人或无民事行为能力人,签署合同应列明代理人以及代理人与本人的关系。如果合同当事人是法人或者其他组织的,一定要写明统一社会信用代码、住所地、法定代表人、联系电话等,并要求在合同签订前提供营业执照等原件予以核对,核对无误后将复印件作为附件或留档。

2. 合同标的,是合同法律关系的客体,是合同权利义务指向的对象。关于标

的的条款是合同的绝对必要条款。审查合同标的条款,审查的要点包括标的合法性、明确性和特定性三个方面。在合同审查实务中,对于标的条款的审查,合法性审查属于法律审查,明确性和特定性审查更多属于商务审查,需要结合律师的执业经验并充分与当事人进行沟通后方可进行客观的审查。

3. 质量条款,虽然不是合同的绝对必要条款,但对于买卖合同而言是合同中的重要条款。标的物的质量、技术标准应在合同中予以明确,否则容易产生纠纷。部分商品存在多个产品质量、技术标准的,买卖双方应当明确约定合同标的物的标准,在标的物交付后,买方履行检验义务时可以有据可依。此外,还需要注意:(1)买卖合同中应约定检验标准、检验期限,对须经运输才能进行验收的标的物,还须区分约定外观瑕疵和隐蔽瑕疵的检验期限。尽量避免对检验标准、检验期限等产生争议,以及在产生争议时没有合同依据;(2)买方应在合同约定的检验期限内,或者没有约定检验期限的合理期限内对标的物进行检验,并及时将检验发现的数量或者质量问题通知出卖方避免因怠于通知而需要承担不利后果。

4. 履行期限,一般称为交货期。在买卖合同中,卖方应当按照约定的时间交付标的物。约定交付期限的,卖方可以在该交付期限内的任何时间交付。关于履行期限,当事人可以协商确定。对于履行期限届满后一方当事人仍不履行交货或付款义务的,应当承担违约责任。如果合同中对履行期限约定不明确的,债务人可以随时履行,债权人也可以随时请求履行,但是应当给对方必要的准备时间。但并非只有等到履行期限届满之后不履行合同义务的一方才需承担违约责任。在履行期限届满之前,若一方当事人明确表示或以自己的行为表示在履行期到来后将不履行合同义务,同样要承担“预期违约”的违约责任。

4. 履行地点。在买卖合同中,一般会在合同中约定标的物交付地点,出卖人应当按照约定的地点交付标的物。如果收货人与买受人不一致,应在合同时注明。如事先未约定,在交货时出卖方发现收货人与买受人不一致,最好通过可以留证的方式与买受人进行确认再交付货物。但合同履行地点并不完全等同于标的物交付地点,建议在合同中约定履行地点。如果合同内容约定不明确且不能达成补充协议的,履行地点不明确,给付货币的,在接受货币一方所在地履行;交

付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行。在买卖合同中，当事人没有约定交付地点或者约定不明确，按照以上方式还无法确定，则适用下列规定：（1）标的物需要运输的，出卖人应当将标的物交付给第一承运人以运交给买受人；（2）标的物不需要运输，出卖人和买受人订立合同时知道标的物在某一地点的，出卖人应当在该地点交付标的物；不知道标的物在某一地点的，应当在出卖人订立合同时的营业地交付标的物。

6.双方权利义务条款，这是合同中的最重要内容。合同权利是合同一方依合同享有的请求对方为一定行为的权利。合同义务是合同一方基于合同的约定或法律规定而应当为一定行为的义务。从合同形式来看，合同一般分为首部、正文和尾部三个部分，而正文主要内容就是权利义务条款。当事人双方应明确自身的权利和义务，以保证合同的顺利履行。当事人权利义务是互相对应的，一方的权利往往就是另一方的义务，特别是在强调等价有偿的买卖合同中，买方和卖方的权利义务要相对平衡。

7.违约责任条款，这是容易被当事人忽略的条款。《民法典》第577条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救或者赔偿损失等违约责任。”在审查违约责任条款时，应当谨记违约责任条款的功能，熟悉各种违约责任形态及其适用条件，针对具体合同的特点及当事人的核心利益来进行审查和修改。关于违约责任的设定可由双方协商，只要不违反法律规定，一般是有效的。例如：可要求违约方承担实际履行、采取补救措施、支付违约金、使用定金罚则、赔偿损失、请求减少价款或报酬等。约定的违约金过分高于造成的损失，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少。当事人约定的违约金超过造成损失的30%的，一般可以认定为过分高于造成的损失。

8.争议解决条款，是合同当事人对于在发生争议的情况下如何解决的一种事先约定，虽然不决定合同当事人的权利义务，但对于合同争议的解决以及解决争议的便利及成本具有较大的影响。虽然合同类型较多，但在实践当中，最常适用的就是诉讼或仲裁方式。如合同当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人

民法院管辖，但不得违反《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）对级别管辖和专属管辖的规定。但需要注意的是：双方不能选择与合同无实际联系的地点的人民法院来管辖。需要专属管辖案件不能通过协商方式确定管辖法院，如因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖。仲裁条款可以起到排除诉讼管辖的作用，但约定要明确具体。写法如：因本合同履行产生的纠纷，双方同意提交某仲裁委员会仲裁。需要注意的是：各地设立的仲裁委员会前只有城市名，如上海、杭州、宁波等，没有“市”字。

9.格式条款。格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提示对方注意免除或者减轻其责任等与对方有重大利害关系的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务，致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款的，对方可以主张该条款不成为合同的内容。对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。所以，如果对方提供的合同中有格式条款，当事人觉得该条款对自己不利，有不合理地免除或者减轻对方的责任、加重己方责任、限制或排除己方主要权利的，可以要求对方对此进行释明外，还要对格式条款内容仔细检查，以免自身权利受到损害。

10.签字盖章生效条款。实践中，我们可以看到很多合同在结尾生效条款做如下约定：“本合同经签字盖章后生效”或“本合同经签字、盖章后生效”。上述关于生效的条款，往往引发争议：是签字或盖章生效，还是签字并盖章生效。对此，仁者见仁、智者见智。以“本合同经签字、盖章后生效”为例，有人认为顿号是个选择关系，签字或者盖章后，合同都可生效；有人认为顿号是个并列关系，必须同时具备签字和盖章，合同才生效。作者认为要结合双方合同的性质、内容等要素综合考量，不能简单以顿号是并列还是选择关系来确定合同是否生效。建议在合同中进行明确的表达：（1）双方签字后生效；（2）双方盖章后生效；（3）双方签字或盖章后生效；（4）双方签字并盖章后生效。合同当事人根

据具体需求，明确上述四种表达。

（三）企业可以委托律师审核合同

如果企业聘请律师担任法律顾问，往往会在签约前请律师审核合同并提出修改意见。但律师一般进行的是形式审核，如：条款是否完整、写法是否恰当、是否欠缺必要的内容等。一般不会进行实质审核，如：费用的数额及支付方式、技术的主要指标、技术成果的归属及利益的分配等，这些内容是当事人自己把关与决定的。

律师审核技术合同时，要根据不同类型的合同，需要关注一些重点内容，尤其是以下内容会比较容易忽视：研究过程中产生的风险责任承担；验收标准与验收方式；违约责任。如果律师为技术开发合同的委托方审核合同，特别要提醒加上受托方研究开发失败或部分失败后的责任承担及剩余经费的返还问题；为技术转让合同的受让方、技术许可合同的被许可方审核合同，特别要提醒加上对专利有效性的约定及转让方、许可方应当保证自己是所提供的技术的合法拥有者,并保证所提供的技术完整、无误、有效,能够达到约定的目标。

有时候，律师也要提醒企业注意风险控制。如果技术合同中约定采取一次总算、一次总付的方式，会对费用支付方的风险较大。在技术秘密转让合同或许可合同中，一定要写清楚双方应承担的保密义务，及一方不履行保密义务需要承担的违约责任。

第三章 合同订立阶段常见的法律风险与防范

一、重要合同订立前的尽职调查

为了确保交易安全，确保合同签订后能够得到全面履行，在涉及标的额较大、对企业发展关系重要的合同时，需在订立前对交易相对方要进行必要的尽职调查，企业也可以委托律师进行尽职调查。如某企业突然收到一笔数额很大的订单，而且该客户不是企业的老客户，对其情况也不清楚，有进行调查的必要性，这样做是为了稳妥起见、减少被骗的可能性。

（一）尽职调查的主要内容

1.合同订立相对方的资质状况与生产能力，有无签约主体资格、有无生产许可、经营许可等方面的资质及是否超越经营范围，这些对从事特殊经营的企业来说尤其重要，如从事油品交易、危险品运输的企业需要有资质要求。如果合同订立相对方是供货方，作为买受人的企业应了解其是否有生产能力，包括产品的质量、供货的数量等。

2.合同订立相对方的经济状况，法人以其全部财产独立承担民事责任，企业的法定代表人或者股东等的财产与企业债务并不构成直接关联，所以企业可以支配的财产对于能否履约非常重要。如果合同相对方目前经营状况不好，经常出现资金短缺的情况，一旦交货后就容易出现收不到货款或逾期付款的情况，在这种情况下，企业可以选择宁可降低价格也要求先付款、后提货。在合同订立前，通过调查了解清楚合同订立相对方的经济状况，以确保交易安全，确保合同订立相对方在合同订立后具有履行合同的能力，可以避免企业陷入合同陷阱，遭受经济损失。

3.合同订立相对方的商业信用状况，调查对方是否存在被行政机关处罚或司

法机关依法查封、扣押、冻结等情况，同时调查该企业的相关客户评价等商业信用情况。如果拟交易的合同相对方在同行中评价较低，经常拖欠货款或产品质量不好，就要谨慎对待，考虑是否要与其进行交易。诚信是民事活动中的一个基本原则，恪守诚信才能促进合同得到顺利履行。

4. 合同订立相对方的涉诉及被执行信息，通过涉诉信息调查，企业可以清楚地知道合同订立相对方在近几年的涉诉情况，这些信息在一定程度上反映出合同订立相对方的真实状况，帮助企业减少以后涉诉的法律风险。如果发现合同订立相对方被法院纳入失信被执行人名单、其法定代表人或负责人被法院采取了限制高消费措施的，建议企业不要与其签订合同，因为这样做的风险会很大。

（二）尽职调查的主要方式

尽职调查的主要方式有：（1）互联网调查；（2）实地调查；（3）相关客户评价（4）委托第三方调查。这样可以全面地为企业获取有价值的信息，为企业的决策提供有力支持。

互联网调查，主要是通过查找网络信息，发现对自己有用的信息。这种调查方式比较简便，企业工作人员就可以完成。如可以登录国家企业信用信息公示系统查询（<https://www.gsxt.gov.cn/>），在注册后可查询企业基础信息、行政处罚、列入经营异常名录、列入严重违法失信名单（黑名单）、公告等信息。还可以登录中国裁判文书网（<https://wenshu.court.gov.cn/>），在注册后即可查询，在高级检索中“当事人”栏输入拟交易的合同相对方的全名，即可查询到该企业的涉诉信息。如果该企业作为被告的诉讼案件较多，尤其是出现无法执行后导致终止本次执行的民事裁定书，一般不能选择其作为合同相对方，否则会出现很大的商业风险。

如果拟签订买卖合同，引入的是新的供货方，作为买受人的企业一般会先作实地调查，俗称“验厂”。调查的内容是了解供货方企业的厂房、生产车间、企业人员数量、产品的生产工艺、产品质量、产能规模等，这样可以对其供货能力与产品质量有一定的了解。

了解相关客户的评价也非常重要，可以在拜访相关客户时获得相关信息。如拟签订合同的相对方是供货方，通过对其客户的评价了解产品质量、供货及时性

等信息；如相对方是服务提供方，其客户的体验是非常重要的信息；如相对方是买受人，可以向其供货商了解付款及时性等信息。

企业委托第三方调查一般是委托律师进行尽职调查。尽职调查的方法包括审阅文件、查询资料、访谈、实地调查、内部沟通交换信息和观点等。尽职调查的内容主要包括：对合同相对方的组织性文件、业务文件、知识产权、管理人员及生产人员的情况、诉讼和其它程序、公司物业土地和资产等。通过调查，可以了解合同相对方的真实经营状况，判断潜在风险，为委托方提供是否签订合同及合同内容的建议。

二、合同订立阶段常见的法律风险

在企业的生产经营过程中，签订合同是一个必不可少的法律行为。但实践中，不少企业因缺乏关于合同的风险防范意识，等到出现纠纷后，才发现此前签订的合同有种种错漏，导致企业权益受损。下面介绍一下合同订立阶段常见的一些法律风险。

风险点一：对交易相对方的主体审查不严

最常见的是拟签订合同的相对方并不具备签约的主体资格，如相对方仅仅是一个虚拟的主体，其对应的相关文件、印章等均系伪造的，一旦发生纠纷，将面临没有确定的被告的风险，企业想提起诉讼也是困难的。或者相对方的法人资格曾合法存在，但在订立合同时已经被吊销营业执照或已经注销，丧失了合同订立主体的资格。又如，相对方是企业或事业单位的内部机构、部门，不具有独立签订合同的资格。

风险点二：对交易相对方的实际履行能力审查不严

企业存续并不代表具有企业实际履行能力。公司资产出资情况、股东情况、财产情况、资质条件、以往业绩等都对合同能否实际履行产生重要影响。如果合同相对方完成合同约定的内容需要具备一定的资质，应在签约前先审查其是否具备资质。如不能将危险品运输业务提供给从事一般道路运输的企业，否则该企业难以履约，即使勉强履约，也容易发生事故。如果发生事故，企业也存在过错需

要承担损失。

此外，与企业进行特殊货物的交易或业务合作时，还要注意是否属于合同相对方的经营范围。石油衍生品不属于一般企业的经营范围，如果石化企业与某企业达成油品交易，容易导致合同难以履行。但合同本身一般会被认定是有效的，具体见《民法典》第505条规定：“当事人超越经营范围订立的合同的效力，应当依照本法第一编第六章第三节和本编的有关规定确定，不得仅以超越经营范围确认合同无效。”

以上是对合同相对方的主体或实际履行能力审查不严的风险。以下举例予以说明：A公司与B公司签订购买4条生产线及3套模头的合同，总价3000万元。合同签订后，A公司先行支付2300万元，B公司先后交付2条生产线、2套模头。首条生产线到位后，几经调试都不能满足生产要求。商机转瞬即逝，A公司投资计划失败，设备沦为废铁，还欠下巨额债务。事后发现，B公司在签订合同前一天才注册，由一个自然人股东100%持股，注册资本仅为认缴500万元，实缴为0、社保人数是0、没有厂房、经营范围并非制造类企业。A公司显然疏于审查，未理性评估风险，导致数千万投资终成泡影。

风险点三：欠缺主要条款或主要条款约定不明、不当

合同的内容由当事人约定，不同的合同对主要条款的要求有所不同。如果合同中欠缺主要条款或主要条款约定不明确的，可以采取补充协议的方式解决。

《民法典》第510条规定：合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同相关条款或者交易习惯确定。《民法典》第511条规定，当事人就有关合同内容约定不明确，依据前条规定仍不能确定的，适用下列规定：（1）质量要求不明确的，按照强制性国家标准履行；没有强制性国家标准的，按照推荐性国家标准履行；没有推荐性国家标准的，按照行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。（2）价款或者报酬不明确的，按照订立合同时履行地的市场价格履行；依法应当执行政府定价或者政府指导价的，依照规定履行。（3）履行地点不明确，给付货币的，在接受货币一方所在地履行；交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行

义务一方所在地履行。（4）履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时请求履行，但是应当给对方必要的准备时间。（5）履行方式不明确的，按照有利于实现合同目的的方式履行。（6）履行费用的负担不明确的，由履行义务一方负担；因债权人原因增加的履行费用，由债权人负担。

如果在合同中欠缺主要条款，如履行期限、地点和方式，可能造成的结果是非常致命的。买方虽然很早就订货，但卖方迟迟未发货，等买方去催促时，卖方以合同中约定履行期限为由予以拒绝，导致买方因此遭受重大的损失。很多企业在签订合同时，往往是由于疏忽或者处于弱势地位没有写明违约责任或解决争议的方法，一旦发生纠纷导致诉讼，将处于非常不利的地位。如合同相对方虽然没有按时支付货款，但因为合同中约定此情况下的违约责任，即使法院判决其违约，其所需要承担的违约金或赔偿责任是比较轻的。

更常见的是合同中约定内容不当，容易产生纠纷。举例说明：双方在合同中明确约定“开具税率为*%的增值税发票”，但在履行期间，国家税率可能会进行调整，而且涉及税差利益问题，易引发纠纷。所以，建议在合同中约定“开具符合国家税收法律政策的增值税专用发票”。

风险点四：对格式条款未尽提示说明义务或未仔细检查合同内容

在企业签订的民事合同，很多是一方拟定的格式合同文本。一旦发生纠纷，对方会以该合同中的多数内容是格式条款为由，主张相关的条款无效。这种情况，尤其在一些承担公共服务职能具有垄断性的企业为不特定的多数人提供服务而签订的合同中比较常见，如电信服务合同，供电、供水、供气合同等。还有，是处于优势地位的企业在与合作企业签订合同时，经常要求对方签订由自己拟定、内容明显对自己有利的合同。

《民法典》第496条规定：格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提示对方注意免除或者减轻其责任等与对方有重大利害关系的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务，致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款的，对方可以主张该条款不成为合同

的内容。《民法典》第497条规定，有下列情形之一的，该格式条款无效：（1）具有本法第一编第六章第三节和本法第五百零六条规定的无效情形；（2）提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利；（3）提供格式条款一方排除对方主要权利。《民法典》第506条规定，合同中的下列免责条款无效：（1）造成对方人身损害的；（2）因故意或者重大过失造成对方财产损失的。

《合同编通则解释》第9条规定：合同条款符合民法典第四百九十六条第一款规定的情形，当事人仅以合同系依据合同示范文本制作或者双方已经明确约定合同条款不属于格式条款为由主张该条款不是格式条款的，人民法院不予支持。从事经营活动的当事人一方仅以未实际重复使用为由主张其预先拟定且未与对方协商的合同条款不是格式条款的，人民法院不予支持。但是，有证据证明该条款不是为了重复使用而预先拟定的除外。该解释第10条规定：提供格式条款的一方在合同订立时采用通常足以引起对方注意的文字、符号、字体等明显标识，提示对方注意免除或者减轻其责任、排除或者限制对方权利等与对方有重大利害关系的异常条款的，人民法院可以认定其已经履行民法典第四百九十六条第二款规定的提示义务。提供格式条款的一方按照对方的要求，就与对方有重大利害关系的异常条款的概念、内容及其法律后果以书面或者口头形式向对方作出通常能够理解的解释说明的，人民法院可以认定其已经履行民法典第四百九十六条第二款规定的说明义务。提供格式条款的一方对其已经尽到提示义务或者说明义务承担举证责任。对于通过互联网等信息网络订立的电子合同，提供格式条款的一方仅以采取了设置勾选、弹窗等方式为由主张其已经履行提示义务或者说明义务的，人民法院不予支持，但是其举证符合前两款规定的除外。

从提供合同的一方角度看，若己方提供的合同中有格式条款内容，要以合理的方式提示对方当事人注意免除或者限制其责任的条款，对这些条款予以说明并做好相关证明留存；从接受合同的一方角度看，如对方提供的合同中有免责条款内容，除了要求对方对此进行释明外，还要对格式条款内容仔细检查，以免损害自身权利。

除了以上四个常见的风险点外，还存在其他一些风险点。如：一方未取得合

同原件，或者在对方提供的已盖章合同的传真件或复印件上签字盖章，如果一旦发生纠纷，企业因无合同原件，可能会在诉讼中面临举证不能的不利后果；未写明合同签订日期或倒签日期，导致合同成立时间不确定，对合同权利义务的开始和结束带来影响，容易产生纠纷；有些企业以获得相对方的商业秘密为目的进行合同签订的磋商谈判，利用对方急于签约的心理，在订立合同之前就要求相对方提供与合同事项相关的技术秘密、经营秘密等信息，等了解到这些商业秘密后以各种理由拒绝签订合同；有些企业为了打击竞争对手，恶意与相对方进行磋商，以订立合同的名义与其进行多次交谈，试图了解相对方与竞争对手合作中的各种信息，或故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；有些企业要求相对方与竞争对手停止合作，转而与自己合作，但等达到目的后，就找理由停止磋商谈判，这样就会破坏竞争对手的业务布局，并对相对方产生不利影响。

三、合同订立阶段的风险防范

在合同订立阶段，建议企业应充分重视订立前的法律风险并采取必要的防范措施，这样可以有效减小合同订立及履行过程中的风险，做到防患于未然。具体建议如下。

（一）签约前应审查合同相对方的主体是否适格

建议审查合同主体资格时坚持“六不原则”：不与未注册的企业签订合同；不与没有资质的企业签订合同；不与实力差的企业签订重大合同；不与信誉差的企业签订合同；不与频繁变更的企业签订合同；不与企业签订超越主营业务范围的重大合同。

常见的审查方法是通过互联网调查，通过查找网络信息，发现对自己有用的信息。如登录国家企业信用信息公示系统查询，登录中国裁判文书网查询。还可以在启信宝、企查查等商业平台上查询。注册会员付费查询可获得更为详细的信息，如股东、注册资本及变动、经营范围、涉诉风险、开庭公告、裁判文书、执行案件、失信被执行人等，可以为交易决策提供更为全面的参考。涉及特别重大交易，可以委托律师进行尽职调查或委托第三方进行资信调查。

在签合同前，企业应仔细审查交易对方是否真实存在、是否合法、是否具备相应的经营资质要求、经营资质是否超过有效期限、谈判签署合同的代表是否持有公司的授权委托书等。

在签合同前，企业可以要求合同相对方提供营业执照副本、经营资质证书、特许经营许可证等，必要时还可以要求合同相对方提供公司的财务报表、征信报告等。如果拟签约的合同相对方是分公司，应当要求其出示总公司的授权文件。如果前期是与企业内部机构、部门磋商，认为确有必要与之签订合同的，应当要求其出示企业提供的相关授权文件。需要注意的是，合同的签订主体应是企业，合同当中的名称应是企业的全称。建议在合同办理签字、盖章手续时，要特别注意核对名称是否与营业执照或公章的名字一致，避免出现合同主体名称、公章名称、营业执照名称不一致的问题。

（二）签约前应审查合同相对方的经营资格的合法性（选择）

并不是所有合同都需要这样做，至少部分特殊合同在签约前需要这样做。首先是经营范围，企业应按照经营范围从事经营活动，违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的无效。其次是特许经营的资格证书，特许经营资格证书是行政主管部门颁发的证书，没有取得特许经营资格证书而从事该种经营的，将会引发非法经营、合同无效等问题，可能因为行政主管部门的行政处罚导致交易无法正常进行。第三，经营业务的实际能力。经营资格的具备并不代表经营能力的具备，需要综合多种因素对经营能力进行考察。

（三）仔细审查合同的主要条款，尤其是格式条款与定金条款

对于合同条款的审查，前面已经介绍，不再赘述。需要注意的是：有的市场是买方在合同中起着主导作用，合同条款在设计上会对买方有所倾斜，而有的市场则是卖方在合同中起着主导作用，合同条款在设计上会对卖方有所倾斜。只有掌握了谈判背景与交易目的，才能准确定位合同双方的地位和利益的取舍，不能一味要求平等。

对于格式条款的审查，提供合同的一方需要尽到提示义务，而另一方需要认真审查，对合同中的免责条款内容，可以要求对方进行释明；对对方有利、对己方不利的条款，尤其是违约责任与解决争议方法的条款，要根据己方是否可能会

出现违约情况，进行一定的争取，尽量达到双方之间比较公平、合理，尽量避免出现对方违约难以追究责任、己方违约要承担很大违约责任的情况。

在签订合同时可能为了确保合同履行而要求对方交付定金，由于“定金”具有特定法律含义，请务必注明“定金”字样。如果使用了“订金”“保证金”等字样并且在合同中没有明确表述一旦对方违约将不予返还、一旦己方违约将双倍返还的内容，将无法将其作为定金看待。

如果在对方提供的合同文本中出现定金、订金、押金、意向金等内容，要特别予以留意。要注意定金具有担保性质；而订金、押金、意向金不具有担保性，只是预付款或先期支付行为（具有担保性）。定金与订金、押金、意向金的法律后果不同，尤其是定金罚则。《民法典》第587条关于“定金罚则”的规定：债务人履行债务的，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行债务或者履行债务不符合约定，致使不能实现合同目的的，无权请求返还定金；收受定金的一方不履行债务或者履行债务不符合约定，致使不能实现合同目的的，应当双倍返还定金。

（四）要预防对方以签订合同的名义进行恶意磋商

如果在开始协商谈判时，对方存在故意拖延谈判进程、打听其他方的相关信息、试图了解本企业的商业秘密等情况，相关参与人员应及时向本企业负责人或主管领导汇报，必要时应停止磋商谈判。

如果在合同签订前的磋商谈判阶段，不可避免地要涉及到本企业商业秘密，相关参与人员应根据不同的情形，要求对方相关人员进行磋商前签订保密协议，尤其是要明确泄密需要承担的责任。保密协议的签订，使得对方当事人能够重视本企业的商业秘密，不敢轻易将获知的商业秘密泄露出去。虽然签订保密协议，不能保证对方当事人一定能够保守秘密，杜绝秘密泄露，但是保密协议的签订确实能极大减少商业秘密泄露风险的发生，或者发生泄密后可以追究责任。

《民法典》第501条规定，当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密或者其他应当保密的信息，无论合同是否成立，不得泄露或者不正当地使用；泄露、不正当地使用该商业秘密或者信息，造成对方损失的，应当承担赔偿责任。

（五）抵押要办理登记才生效，质押要转移占有

如果需要对方提供抵押担保的，建议在签署抵押合同时立即与对方到有关登记机关办理登记手续。仅有抵押合同而没有办理登记手续可能使权益丧失实现的基础。不必要的拖延和耽搁可能使该抵押担保劣后于在之前就同一抵押物办理登记手续的抵押担保。如果对方在签署抵押合同后拖延、拒绝协助办理抵押登记手续的，建议尽快向法院起诉进行处理。如果需要对方提供质押担保的，建议在签署合同时立即与对方办理质押物或者权利凭证的交接手续。仅签署质押合同而没有实际占有质押物的，质押权不成立。

（六）慎用善用公章

建议企业完善有关公章保管、使用的制度，杜绝盗盖偷盖等可能严重危及企业利益的行为。在签署多页合同时加盖骑缝章，并紧邻合同书最末一行文字签字盖章，防止对方采取换页、添加等方法改变合同内容。

（七）慎用授权文书

企业员工尤其是销售人员或采购人员，对外签约时需要获得授权。建议在有关介绍信、授权委托书、合同等文件上尽可能明确详细地列举授权范围，以避免不必要的争议。业务完成后建议尽快收回尚未使用的介绍信、授权委托书、合同等文件。

此外，还有一些其他建议，如：应按照实际情况填写合同签订日期与地点，如果一定要倒签时间，也要注意做好相互佐证的材料，证明倒签系双方协商后的结果。企业至少要留存一份合同原件，并做好合同管理及合同台账整理，有条件的可在将合同归档之前进行扫描，留存合同电子版，做到纸质文件与电子文件的统一，日后非必须使用原件时，查询电子版即可。

四、以案说法

（一）缔约过失需要承担赔偿责任

缔约过失是指合同当事人在合同订立、磋商过程中，已经建立起的一种信任、依赖的关系，因合同一方违反诚实信用原则导致合同不成立，而给另一方造成信赖利益造成损失的行为。企业在以订立合同为目的与他人接触、谈判过程

中，负有以适当方式照顾和保护未来合同相对方的利益的义务。如果一方故意或重大过失违反基于诚实信用原则所生的先合同义务，给对方造成合理的信赖利益损失的，应承担相应的损害赔偿责任。

《民法典》第500条规定，当事人在订立合同过程中有下列情形之一，造成对方损失的，应当承担赔偿责任：（1）假借订立合同，恶意进行磋商；（2）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；（3）有其他违背诚信原则的行为。

以下举例说明：案号为（2021）浙0291民初375号的缔约过失责任纠纷案件。案情简介：坐落于宁波市高新区某处的商场系由宁波意创建设开发有限公司（以下简称意创公司）开发，并由杭州印力商业管理有限公司（以下简称印力公司）负责招商服务。宁波市新华书店有限公司（以下简称宁波新华书店）拟承租该商场部分商铺。2020年9月至12月，宁波新华书店副总经理裘某与印力公司经理于某在微信上就相关事宜进行磋商。10月26日，于某将商铺租赁合同发送给裘某。裘某对其中部分条款提出异议，经协商后，双方基本达成一致。之后因为存在一些分歧，意创公司曾向印力公司表示不与宁波新华书店合作。2020年12月3日，宁波新华书店与某设计院签订了店铺的装修设计合同，约定总设计费131,200元；协议签订后，先付定金39,360元；后又支付了60,600元。2021年1月8日，裘某与意创公司经理刘某通话，刘某表示拒绝该项目的进行。所以，宁波新华书店向法院提起诉讼，要求印力公司、意创公司赔偿损失。

宁波高新技术产业开发区人民法院审理后认为，当事人在缔约阶段，按照诚实信用原则应承担协助、通知、保护、忠实等义务。对于两被告是否存在缔约过失，结合当事人诉辩及证据，法院评议如下：一、原告宁波新华书店与被告意创公司之间并未缔结租赁合同。二、原告的证据不足以证明被告意创公司或印力公司曾就缔结租赁合同作出过明确保证。三、原告的项目进度并不受被告的安排与约束。四、被告印力公司在2020年10月29日明知被告意创公司已无与原告缔约意愿之后，未将此事告知原告，而是继续与原告协商租赁事宜，属于故意隐瞒与订立合同有关的重要事实，有违诚实信用原则。所以，原告要求被告意创公司承担缔约过失责任依据不足，法院不予支持。被告印力公司在缔约中存在过失，造成

原告设计费用损失，应承担赔偿责任。原告在租赁合同未正式签订亦未得到被告意创公司缔约保证，且对商铺装修开业期限具有自主决定权的情况下，最终选择在2020年11月3日启动设计招标属于其自身商业安排，其应承担由此产生的相应风险与损失。结合双方的缔约经过、被告印力公司的过错程度、设计合同的履行情况、设计费支付情况，法院酌定被告印力公司赔偿原告损失3万元。所以，判决：（1）被告印力公司赔偿原告宁波新华书店损失3万元；（2）驳回原告宁波新华书店的其他诉讼请求。

（二）销售广告和宣传资料在一定条件下构成要约

房产商销售商品房，普遍会采用宣传广告的方式进行推广。商品房销售广告，是房产商获取客户、实现销售目的的典型方法。广告是否真实、客观，既关乎购房者的切身利益，也影响房产商的声誉。实践中，商品房销售广告不规范、不诚信的现象普遍存在，因此产生较多的纠纷，尤其是涉“学区房”的房屋买卖合同纠纷最为典型。

《民法典》第472条规定：要约是希望与他人订立合同的意思表示，该意思表示应当符合下列条件：（1）内容具体确定；（2）表明经要约人承诺，要约人即受该意思表示约束。第473条规定：要约邀请是希望他人向自己发出要约的表示。拍卖公告、招标公告、招股说明书、债券募集办法、基金招募说明书、商业广告和宣传、寄送的价目表等为要约邀请。商业广告和宣传的内容符合要约条件的，构成要约。

根据上述法律规定，如果房产商在商业广告和宣传资料中对其开发的商品房和配套设施的说明非常具体、明确，买受人也是基于上述广告宣传才签订合同，则该广告内容构成要约。此亦符合《广告法》第4条第1款规定的精神，即广告不得含有虚假或者引人误解的内容，不得欺骗、误导消费者。需要注意的是最高人民法院《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》第3条规定：商品房的销售广告和宣传资料为要约邀请，但是出卖人就商品房开发规划范围内的房屋及相关设施所作的说明和允诺具体确定，并对商品房买卖合同的订立以及房屋价格的确定有重大影响的，构成要约。该说明和允诺即使未载入商品房买卖合同，亦应当为合同内容，当事人违反的，应当承担违约责任。

以下举例说明：一审案号为（2015）甬海民初字第374号，二审案号为（2016）浙02民终2201号的房屋买卖合同纠纷案件。案情简介：王某与宁波市房地产股份有限公司（以下简称宁房公司）于2013年签订商品房买卖合同及补充协议，案涉房屋所属的建设项目名称为“青林湾二期（5号地块）”，案涉房屋的总价款为2,403,056元。合同第19条第5、6款约定：“本项目用地红线以外非出卖人规划开发范围，出卖人对建筑区划外的情况进行介绍或引用相关资料，仅具有参考作用，具体以实际实施的项目为准。买受人购买该商品房后，该商品房所在建筑区划外的环境、规划条件及土地利用情况发生变化与出卖人无关。”该地块的宣传推广名称为“青林湾6期·观澜”。合同签订后，原告依约支付购房款。2014年3月20日，宁房公司向王某函寄交房通知书，因被告一直未能就案涉房屋是否属于学区房予以答复，原告未收房。当年4月22日，海曙区教育局发布招生政策，青林湾6期未被划入海曙外国语学校服务区。王某向宁房公司提出要求退房不成，后向法院提起诉讼。

审理中查明：2011年至2013年，海曙区将被告所开发的青林湾楼盘划入海曙外国语学校服务区，但2014年因生源超出该校接纳范围，故教育局将青林湾6期划入宁波市实验学校学区。

宁波市海曙区人民法院审理后认为，被告宁房公司于2011年12月分别在当地报纸媒体上发布“青林湾6期·观澜”的销售广告，在广告标题下方较为醒目位置分别印有“海曙区外国语学校学区房88平方米3房2厅1卫103万起”字样，上述广告的内容，是关于商品房相关配套设施的具体说明和允诺，对商品房买卖合同的订立以及房屋价格的确定有重大影响。因此，上述说明和允诺，应视为合同内容。合同第19条第5款、第6款中的内容，属免除己方责任、排除对方权利，应属无效。被告宁房公司提供的房屋不符合合同约定，构成违约，应承担违约责任。有关违约责任的承担，可根据违约所造成的损失、当事人的过错程度等情况综合予以确定。在原告未能举证证明其遭受的实际损失的情况下，结合双方当事人订约、履约过程中的过错程度，酌定赔偿金额。所以，判决：被告宁房公司赔偿原告王某违约损失18,023元。

原、被告均提起上诉。宁波市中级人民法院二审判决维持原判。

（三）关于合同中格式条款效力的案件

《民法典》第496条规定：格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提示对方注意免除或者减轻其责任等与对方有重大利害关系的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务，致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款的，对方可以主张该条款不成为合同的内容。

以下举例说明：一审案号为（2023）浙0203民初2326号，二审案号为（2023）浙02民终2943号的保险合同纠纷案件。案情简介：案外人黑龙江捷鑫外包有限公司在中国大地财产保险股份有限公司浙江分公司（以下简称大地保险浙江公司）处为陈某投保众包骑手意外险，保险期间自2021年9月27日8时起至2021年9月28日2时止；保险责任范围：个人第三者责任25万元、意外伤害60万元、意外医疗5万元、意外骨折医疗5万元、猝死60万元。《中国大地保险附加通用意外医疗保险（B款）条款》第12条规定，被保险人因每次遭受意外而接受治疗发生医疗费用，保险人针对其给付的保险金以该次意外合理医疗费用和除被保险人已从社会基本医疗保险、公费医疗、互助保险、除本保险外的其他商业保险、公益慈善机构、第三方责任人等获得的补偿后的余额为上限。

2021年9月27日16时52分许，案外人张某驾驶小型客车与陈某驾驶的电动自行车发生碰撞，造成陈某受伤及两车受损的交通事故。案外人张某与陈某承担同等责任。因肋骨骨折、全身多处软组织挫伤，陈某于同日住院治疗至2021年10月3日。同年12月12日因左衣袖损伤、左肩撞击综合征住院治疗至同年12月15日，以上累计住院9天。因本次事故陈某共产生医疗费32,481.24元。根据司法鉴定意见，认定陈某伤残等级为十级。陈某就与案外人张某等之间的机动车交通事故责任纠纷诉至法院，后各方达成和解协议。之后，陈某向法院起诉，要求大地保险浙江公司支付各项损失95,873.24元。

宁波市海曙区人民法院审理后认为，本次事故发生在保险期间，且属于保险责任范围，被告大地保险浙江公司应承担相应的保险责任。该案的主要争议焦

点为：《中国大地保险附加通用意外医疗保险（B款）条款》第12条约定是否发生法律效力。《中华人民共和国保险法》第17条规定：“订立保险合同，采用保险人提供的格式条款的，保险人向投保人提供的投保单应当附格式条款，保险人应当向投保人说明合同的内容。对保险合同中免除保险人责任的条款，保险人在订立合同时应当在投保单、保险单或者其他保险凭证上作出足以引起投保人注意的提示，并对该条款的内容以书面或者口头形式向投保人作出明确说明；未作提示或者明确说明的，该条款不产生效力”。《中国大地保险附加通用意外医疗保险（B款）条款》系被告提供的重复使用的格式条款，争议条款系免除保险人部分赔偿责任的条款，被告应当向陈某进行明确说明或提示，但被告未对此举证证明，故该条款对陈某不产生效力。故被告根据争议条款要求扣除陈某已从交通事故相对人处获赔的相应医疗费的主张，缺乏事实和法律依据，法院不予采纳。陈某主张的医疗费、伤残赔偿金、三者车损均属于保险单约定的理赔范围，予以支持。所以判决：被告大地保险浙江公司赔偿原告陈某损失95,873.24元。

（四）合同中约定给付定金，要根据不同情况进行处理

《民法典》第586条规定：当事人可以约定一方向对方给付定金作为债权的担保。定金合同自实际交付定金时成立。定金的数额由当事人约定；但是，不得超过主合同标的额的百分之二十，超过部分不产生定金的效力。实际交付的定金数额多于或者少于约定数额的，视为变更约定的定金数额。第587条规定：债务人履行债务的，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行债务或者履行债务不符合约定，致使不能实现合同目的的，无权请求返还定金；收受定金的一方不履行债务或者履行债务不符合约定，致使不能实现合同目的的，应当双倍返还定金。

需要注意的是：如果不是归责于当事人双方的事由，导致合同未能订立或完全履行的，或者双方在履约过程中都存在违约行为，导致定金的目的没有实现，收取定金的当事人一方应当将定金返还给付定金的当事人一方。2020年12月修订的最高人民法院《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》第4条规定：出卖人通过认购、订购、预订等方式向买受人收受定金作为订立商品房买卖合同担保的，如果因当事人一方原因未能订立商品房买卖合同，应当按

照法律关于定金的规定处理；因不可归责于当事人双方的事由，导致商品房买卖合同未能订立的，出卖人应当将定金返还买受人。

《合同编通则解释》第67条规定：当事人交付留置金、担保金、保证金、订约金、押金或者订金等，但是没有约定定金性质，一方主张适用民法典第五百八十七条规定的定金罚则的，人民法院不予支持。当事人约定了定金性质，但是未约定定金类型或者约定不明，一方主张为违约定金的，人民法院应予支持。当事人约定以交付定金作为订立合同的担保，一方拒绝订立合同或者在磋商订立合同时违背诚信原则导致未能订立合同，对方主张适用民法典第五百八十七条规定的定金罚则的，人民法院应予支持。当事人约定以交付定金作为合同成立或者生效条件，应当交付定金的一方未交付定金，但是合同主要义务已经履行完毕并为对方所接受的，人民法院应当认定合同在对方接受履行时已经成立或者生效。当事人约定定金性质为解约定金，交付定金的一方主张以丧失定金为代价解除合同的，或者收受定金的一方主张以双倍返还定金为代价解除合同的，人民法院应予支持。

该解释第68条规定：双方当事人均具有致使不能实现合同目的的违约行为，其中一方请求适用定金罚则的，人民法院不予支持。当事人一方仅有轻微违约，对方具有致使不能实现合同目的的违约行为，轻微违约方主张适用定金罚则，对方以轻微违约方也构成违约为由抗辩的，人民法院对该抗辩不予支持。当事人一方已经部分履行合同，对方接受并主张按照未履行部分所占比例适用定金罚则的，人民法院应予支持。对方主张按照合同整体适用定金罚则的，人民法院不予支持，但是部分未履行致使不能实现合同目的的除外。因不可抗力致使合同不能履行，非违约方主张适用定金罚则的，人民法院不予支持。

以下举三个案例予以说明，分别是交付定金的一方违约导致无权请求返还定金，收受定金的一方违约应当双倍返还定金，双方违约导致定金的目的没有实现而返还定金的三种情形。

案例一：一审案号为（2022）浙0213民初1560号，二审案号为（2023）浙02民终30号的定金合同纠纷案件。案情简介：无锡越达纺织设备有限公司（以下简称越达公司）系专门从事二手纺织设备买卖的公司。2021年9月14日，浙江双盾

纺织科技有限公司（以下简称双盾公司）控股股东王某向越达公司法定代表人陈某发送加盖有双盾公司公章，记载了设备的型号、数量等，价格空白的《设备拍卖投标报价清单》电子版一份。2021年9月15日，越达公司缴纳了保证金10万元，并于当日发送了第一次《设备拍卖投标报价清单》，明确价格为1068.3万元。2021年10月6日，越达公司在原有设备不变的基础上，调增调减了部分项目报价金额，第二次发送《设备拍卖投标报价清单》，总价为1105万元。陈某到双盾公司现场商谈，双盾公司工作人员口头提出其需要在出售设备范围内留用部分设备。之后，陈某又以开票点数，汇款前必须签订合同为由推迟付款。2021年10月9日，王某通过微信向陈某发送了《旧设备买卖合同》，该合同与越达公司提交的《设备拍卖报价清单》在标的物、履行期限、延期拆除的责任、付款方式等多个方面存在不一致。当日，陈某在微信上表示合同中的不平等条款太多，要求对多个内容进行修改。2021年10月15日，王某根据对方要求，重新拟定《旧设备买卖合同》。与10月9日的合同相比，有一定的修改。王某在微信上多次催促陈某在合同上盖章并立即支付定金，陈某仍以开票对象、开票点数计算、确定留用设备范围等要求细化合同，王某在微信上也做了相应解释。2021年10月20日，王某通过微信留言“关于我司旧设备拍卖事项，我司与贵司您多次电话催促，由于贵司原因一直不能履约，现决定至10月21日止仍不履约则取消贵司拍卖资格、罚没10万保证金，特此通告。”陈某随即回复“我要的，我正在安排，合同细节弄好即可”。后，双方没有签约，越达公司提起诉讼，要求双盾公司退还拍卖保证金10万元，并支付逾期付款利息。

宁波市奉化区人民法院审理后认为，该案中，双方在事先约定确定最终中标者后还需另行签订合同，因此越达公司随同报价清单交付的10万元保证金性质为立约定金，担保的是双方当事人在将来正式缔约。交付定金的一方当事人违背承诺拒绝订立合同的，接受定金的一方以扣收定金作为赔偿，定金不予退还。该案中，越达公司两次以书面方式向双盾公司报价，并到双盾公司处看货并进行现场协商。在对方要求支付30%保证金时，承诺“好的，我来安排”。在付款过程中，越达公司又以财务要求为托词，提出要先订立书面合同再付保证金。2021年10月15日，双盾公司发送的《旧设备买卖合同》与原报价单相比有调整，其中付

款期限、付款节点、拆除期限、压场费等条款与原报价单相比明显有利于越达公司。在越达公司明确承诺按照报价单要求支付合同价款30%的保证金情况下，有理由相信双方已经对案涉买卖合同协商一致，10月15日《旧设备买卖合同》系对双方协商结果的反映。在双方已经协商一致的情况下，越达公司以拖延签约付款的方式再争取更优交易条件，有违诚实信用。且越达公司通过收购旧设备转售获利，若合同迟迟无法最终签订，随着二手行情波动，会将越达公司自身商业风险转嫁到双盾公司身上。在此情形下，双盾公司在给予合理期限并催告后，有权判定越达公司拒绝订立合同，另寻其他交易机会。依据定金罚则，因越达公司一方的过错导致未订立正式合同，越达公司无权要求返还保证金10万元。所以判决：驳回越达公司全部诉讼请求。

越达公司提起上诉，浙江省宁波市中级人民法院二审判决驳回上诉，维持原判。

案例二：一审案号为（2023）浙0203民初2440号，二审案号为（2023）浙02民终3551号的定金合同纠纷案件。案情简介：谢某系宁波恒禾汽车销售服务有限公司（以下简称恒禾公司）法定代表人即占股90%的股东。2022年10月17日，浙江龙合科技集团有限公司（以下简称龙合公司，需方）和恒禾公司（供方）签订《车辆销售合同》一份，约定龙合公司向恒禾公司购买某型号搅拌车11辆，计金额343.2万元，约定：供方7天内交货，需方应于合同订立当日支付定金44万元。当日，龙合公司将定金44万元打给被告谢某。当月，龙合公司工作人员于微信中催促谢某抓紧交付车辆并过完成过户，并告知最晚27日必须交车，否则按合同履行。2022年10月27日，谢某向龙合公司退回定金44万元。双方确认该份该合同已经解除。之后，龙合公司向法院提起诉讼。

宁波市海曙区人民法院审理后认为，当事人可以约定一方向对方给付定金作为债权的担保，定金的数额由当事人约定，但不得超过主合同标的额的20%。该案中，双方于2022年10月17日签订的《车辆销售合同》，龙合公司支付的定金数额44万元未超过主合同标的额343.2万元的20%，法院依法确认该份合同定金为44万元。根据案涉合同约定，交车期为7天内，但从双方的微信记录来看，龙合公司工作人员一直催促恒禾公司交车，恒禾公司直至2022年10月27日仍未能向龙合

公司提供车辆。恒禾公司抗辩称因担心龙合公司没有付款能力故未向龙合公司交付车辆，但审理中，恒禾公司未能对其已于2022年10月27日前从第三方处取得了案涉11辆搅拌车作出肯定答复，亦未向该院提供其已取得车辆的相应证据，故法院认为，恒禾公司因自身原因未能向龙合公司提供车辆。恒禾公司未按约履行交车义务，显属违约。关于违约责任承担，当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金条款或者定金条款，故龙合公司主张恒禾公司双倍返还剩余定金44万元，于法有据，法院予以支持。龙合公司以谢某为恒禾公司股东和法定代表人，案涉款项支付给谢某为由，主张其作为股东和公司财产混同，请求共同偿还，法院认为，仅以案涉交易流水为证，尚不足以证明股东和公司财产混同的事实，法院对龙合公司主张谢某承担还款责任，不予支持。所以判决被告恒禾公司向原告龙合公司双倍返还剩余定金44万元。

恒禾公司提起上诉，浙江省宁波市中级人民法院二审判决驳回上诉，维持原判。

案例三：案号为（2021）浙0213民初4512号的定金合同纠纷案件。案情简介：2021年5月8日，宁波奉化顺尔达制衣厂（以下简称顺尔达制衣厂）与宁波市富强房地产经纪有限公司（以下简称富强经纪公司）就案涉厂房签订房产买卖独家代理合同，约定2021年5月8日至2022年5月7日期间，富强经纪公司独家代理销售案涉厂房、富强经纪公司可代顺尔达制衣厂向买方收取购房定金等。经现场查看并知晓案涉厂房有被查封后，钟某有意购买案涉厂房并谈妥房价1200万元。2021年5月14日，钟某与富强经纪公司签订佣金确认书，约定成交房屋为案涉厂房，佣金计12万元，2021年7月1日前签约付50%、过户结束付50%等。同日，钟某向富强经纪公司支付定金20万元（现在顺尔达制衣厂处），富强经纪公司出具收条一份。至2021年7月12日时，案涉厂房仍处查封状态。后，钟某向法院提起诉讼。

宁波市奉化区人民法院审理后认为，被告顺尔达制衣厂与第三人富强经纪公司就案涉厂房签订房产买卖独家代理合同并约定相应期间第三人独家代理销售案涉厂房、第三人可代被告向买方收取购房定金，故本案中第三人就案涉厂房的相关行为效力及于被告方。根据本案相关当事人的陈述及佣金确认书等，可以认

定就案涉厂房应在2021年7月1日前签订买卖合同。现买卖合同未签订、2021年7月12日原告明确表示不再继续交易。各方就系谁违约各执一词。首先，关于原告所称的被告及第三人隐瞒案涉厂房被查封的问题。根据现有证人证言等证据看，第三人在原告看房时已告知查封情况。退言之，即便该时未告知查封情况，从微信聊天记录看，2021年6月间原告已知晓查封情况并一同去法院了解，在此情况下原告亦未表示终止交易。其次，从本案微信聊天记录及证人证言等证据看，第三人等曾于2021年6月间通知原告签订买卖合同，但至原告未签订。故本案中原告有违约。另一方面，虽签订买卖合同、签订买卖合同后合同的目的能否实现，两者在法律上有所区别，但原告交易的最终目的在于案涉厂房可以过户、最终取得案涉厂房的物权，这也是正常的合理期待，被告作为出卖方有义务促成案涉厂房的解封，而截至2021年7月12日案涉厂房仍处查封状态，故本案中被告亦有违约。定金罚则的目的是促使双方当事人积极履行义务，一旦双方都违约，定金的目的没有实现，自然失去了定金罚则的基础。在双方均有违约行为的情况下，收受定金的一方应返还定金。故被告应返还原告定金20万元并支付相应利息，原告的相关诉讼请求法院予以支持。所以判决被告顺尔达制衣厂退还原告钟某定金20万元并支付自起诉之日（2021年9月8日）起至款清日止以20万元为基数按同期全国银行业间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率计算的利息损失。

第四章 合同履行阶段常见的法律风险与防范

一、合同履行原则与相关配合义务

合同订立并生效后，就进入到合同履行这一环节。《民法典》合同编第509条规定了“合同履行的原则”，包括：当事人应当按照约定全面履行自己的义务。当事人应当遵循诚信原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。当事人在履行合同过程中，应当避免浪费资源、污染环境和破坏生态。

（一）全面履行原则

根据合同的“全面履行原则”，合同履行过程就是严格按照合同约定的内容执行的过程。在这个过程中，有许多细节需要注意。首先，应按照合同约定履行义务。各方的权利义务关系是合同的核心内容，合同履行就是各方义务履行、权利实现的过程。如果一方履行义务有瑕疵，如未按时履行或交付的数额不足，就有被对方追究违约责任的风险。其次，按照合同约定处理违约事项。合同中通常会有关于违约责任的约定，即何种违约行为应承担何种违约责任。有些合同约定违约金的数额或损失的计算方式，除非出现明显的偏重或偏轻的情况，各方应按照合同约定来承担违约责任。各方还可以在合同中约定，如果一方违约后应采取的补救措施，如继续履行、赔偿损失、支付违约金等。除非合同确实无法履行或继续履行的成本实在太高，违约方不能擅自提出解除合同的请求，守约方可以要求违约方继续履行或提前解除合同。

（二）诚信原则

特别提醒企业的是，在合同履行过程中要遵循诚信原则，要根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

合同当事人要履行通知义务。如在房屋租赁过程中，承租人想将房屋转租，应通知出租人。如果承租人不履行通知义务，未得到出租人的同意就擅自转租的，出租人可以解除合同。因此造成承租人与次承租人之间产生纠纷，由承租人自行解决。同样，出租人也有通知义务，如出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利。出租人履行通知义务后，承租人在十五日内未明确表示购买的，视为承租人放弃优先购买权。如果出租人未通知承租人或者有其他妨害承租人行使优先购买权情形的，承租人可以请求出租人承担赔偿责任。此外，还需要注意：如果一方通知另一方，另一方应及时作出回应，一般是根据对方的通知形式进行回应。如通知采取口头方式，回应可以采取口头方式；如通知采取书面方式，回应一般也应采取书面方式。尤其是通知的一方要求对合同履行的内容、期限或方式作出变更，如因为订船班非常困难、交货时间要延迟一个月，应采取书面方式通知，并要求对方以书面方式回复；被通知的一方如果不同意通知的一方提出的请求，应及时作出回复，最好以书面方式回复。如果采取口头方式通知或回复，在发生纠纷时，往往很难举证，可能要承担举证不利的后果。回复一般不能采取默示的方式，《民法典》第140条规定：“行为人可以明示或者默示作出意思表示。沉默只有在有法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易习惯时，才可以视为意思表示。”如：租赁合同期间届满，承租人继续使用租赁物，出租人没有提出异议的，原租赁合同继续有效，这就是出租人默示续订了租赁合同。此外，如果回复不及时，在特殊情形下会被认为是许可，认定被通知的一方同意通知的一方提出的请求。如《民法典》第718条规定：出租人知道或者应当知道承租人转租，但是在六个月内未提出异议的，视为出租人同意转租。

合同当事人要履行协助义务。如设备买卖合同履行时，出卖人委托第三方物流企业将买受人采购的设备运输到指定的地方交货，合同中虽然约定运输费用由出卖人承担，但一般不会细化到设备装卸由哪一方负责，如果买受人认为设备装卸应由出卖人负责，因此拒绝协助卸货。负责运输的驾驶员只有一人，缺少工具也无法进行设备装卸，只好将该设备拉回。买受人因此要求出卖人承担设备迟延交付的违约责任，显然是不合常理的。买受人应履行协助设备装卸义务，进行检

验后决定是否接受设备，因此产生的费用，可以与出卖人协商由谁承担，或者在设备货款中扣除。

合同当事人要承担保密义务。除了合同订立过程中当事人要对知悉的商业秘密或者其他应当保密的信息进行保密外，当事人还应对合同履行过程知悉的商业秘密或者其他应当保密的信息进行保密。《民法典》第558条规定：债权债务终止后，当事人应当遵循诚信等原则，根据交易习惯履行通知、协助、保密、旧物回收等义务。如在承揽合同中，承揽人要承担保密义务，具体见《民法典》第785条规定：承揽人应当按照定作人的要求保守秘密，未经定作人许可，不得留存复制品或者技术资料。在技术开发合同、技术转让合同、技术许可合同等技术合同的相关规范中，都强调了双方当事人的保密义务，如果一方违反约定的保密义务的，应当承担违约责任。

（三）绿色原则

此外，《民法典》新增了“绿色原则”，民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源、保护生态环境。具体体现在多个方面，如《民法典》第558条规定了当事人有旧物回收等义务。《民法典》合同编第九章“买卖合同”中第625条规定：依照法律、行政法规的规定或者按照当事人的约定，标的物在有效使用年限届满后应予回收的，出卖人负有自行或者委托第三人对该标的物予以回收的义务。

二、合同履行过程中的抗辩权

合同履行的抗辩权是指在一定的情况下，一方当事人可以以特定的理由拒绝对方当事人要求其履行义务的权利。也就是说，企业在履行合同过程中，可提出的用以拒绝继续履行其合同义务的理由。《民法典》合同编中规定了三种形式的抗辩权，分别是：同时履行抗辩权、先履行抗辩权与不安抗辩权。

（一）同时履行抗辩权

《民法典》第525条规定了“同时履行抗辩权”：当事人互负债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行请求。一方

在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行请求。根据此条规定，合同当事人在满足一定的条件时才能行使同时履行抗辩权，其构成要件如下：

(1) 须合同当事人双方基于同一双务合同互负债务；(2) 双方互负的债务履行期限均已届满；(3) 他方要求己方履行债务；(4) 他方不履行或者未提出履行债务。

《合同编通则解释》第31条第1、2款规定：当事人互负债务，一方以对方没有履行非主要债务为由拒绝履行自己的主要债务的，人民法院不予支持。但是，对方不履行非主要债务致使不能实现合同目的或者当事人另有约定的除外。当事人一方起诉请求对方履行债务，被告依据民法典第五百二十五条的规定主张双方同时履行的抗辩且抗辩成立，被告未提起反诉的，人民法院应当判决被告在原告履行债务的同时履行自己的债务，并在判项中明确原告申请强制执行的，人民法院应当在原告履行自己的债务后对被告采取执行行为；被告提起反诉的，人民法院应当判决双方同时履行自己的债务，并在判项中明确任何一方申请强制执行的，人民法院应当在该当事人履行自己的债务后对对方采取执行行为。

举例说明：A企业向B企业订购了一套专用的机器设备，但因为是专门订制，所以B企业无法确定完成的时间，所以在买卖合同中约定的内容比较简单，没有写交货时间也没有写付款期限，现在B企业已经完成该机器设备的制造，可以在近期内交货，要求A企业支付设备款，A企业提出先交付设备再付款，B企业提出要求“一手交钱一手交货”，其所提的即是同时履行抗辩权。

(二) 先履行抗辩权

《民法典》第526条规定了“先履行抗辩权”：当事人互负债务，有先后履行顺序，应当先履行债务一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行请求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行请求。根据此条规定，先履行抗辩权是后履行义务的一方用来对抗先履行义务的一方提出履行义务的权利。在双务合同中约定由对方先履行合同义务，是一种便捷的预防法律风险的手段，建议企业可以采用。

先履行抗辩权与同时履行抗辩权的主要区别是，双方在同一双务合同中互负债务且有先后履行顺序，后履行义务的一方才有权提起先履行抗辩权，先履行义

务的一方无权提起该抗辩权，因为其有先履行的义务。

《合同编通则解释》第31条第3款规定：当事人一方起诉请求对方履行债务，被告依据民法典第五百二十六条的规定主张原告应先履行的抗辩且抗辩成立的，人民法院应当驳回原告的诉讼请求，但是不影响原告履行债务后另行提起诉讼。

举例说明：A企业承接了B企业的厂房建设工程，合同中约定先由A企业垫资建设、B企业验收后分期支付工程款，合同签订后，A企业提出自己没有资金购买建材，要求B企业先预付一部分工程款，B企业以合同中有明确约定为由拒绝了A企业提出的预付款项要求，其所提的即是先履行抗辩权。

(三) 不安抗辩权

《民法典》第527条规定了“不安抗辩权”，应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：(1) 经营状况严重恶化；(2) 转移财产、抽逃资金，以逃避债务；(3) 丧失商业信誉；(4) 有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。当事人没有确切证据中止履行的，应当承担违约责任。根据此条规定，不安抗辩权是先履行义务的一方用来对抗后履行义务的一方提出履行义务的权利，但其行使要符合法定条件，即先履行义务的一方有确切证据证明对方存在需要“中止履行”的情形。

举例说明：A企业与B企业之间签订了长期供货合同，合同中约定货款每年结算一次，A企业先供货，B企业到年底一次性付款。前几年B企业基本上能正常付款，即使有拖欠，数额也不多。但由于疫情原因，B企业的经营状况严重恶化，已经出现多个企业催讨货款未果的情况，被法院列入失信被执行人名单，其法定代表人也被法院采取“限高”措施。A企业知道该情况后，不再向B企业供货，提出要求B企业先付清此前的货款，才能继续供货。A企业所提的即是不安抗辩权。

《民法典》第527条规定了“行使不安抗辩权”的程序：当事人依据前条规定中止履行的，应当及时通知对方。对方提供适当担保的，应当恢复履行。中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力且未提供适当担保的，视为以自己的行为表明不履行主要债务，中止履行的一方可以解除合同并可以请求对方承担违

约责任。根据此条规定，先履行义务的一方提出不安抗辩权，中止履行义务的，要尽到通知义务。如果后履行义务的一方在合理期限内未恢复履行能力且未提供适当担保的，先履行义务的一方可以采取以下措施：一是提前解除合同，二是请求对方承担违约责任。

综上，通过对同时履行抗辩权、先履行抗辩权、不安抗辩权的简单论述与举例中可以发现，三种抗辩权都是存在双务合同中的，而且合同当事人是在同一双务合同中互负债务。在单务合同中，因为只有一方当事人负有给付义务，所以一般不会发生抗辩权，但赠与人在一定条件下有撤销权。相对而言，先履行抗辩权的行使较为简单清晰，风险也较小。因此建议企业在合同磋商、谈判中，尽量将自己作为后履行义务的一方，这样可以享有先履行抗辩权，要求对方先履行合同约定的义务。实在不行，可以采取双方同时履行合同义务的方式，风险也相对较小一些。因为谈判中处于弱势地位或者按照交易习惯，自己是先履行义务的一方，那么要注意合同相对方的经营状况，一旦发现对方出现经营状况严重恶化、借故拖欠货款、有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形，企业应当及时中止履行合同，将损失控制在一定范围内。要通知合同相对方并提出理由，同时要做好相关证据的收集与固定工作，如果证据确实，应提前解除合同，并要求合同相对方承担违约责任。

三、合同履行过程中的特殊情况处理

在合同履行过程中，因为一些原因会导致特殊情况的出现，需要引起企业的注意，并在出现特殊情况时能采取相应的措施。

（一）履行期限与提前履行

合同中一般会约定履行时间或期限。如果没有约定或者约定不明确的，双方可以协议补充；但如果还无法明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时请求履行，但是应当给对方必要的准备时间。

合同中经常出现的一种情况：没有约定明确的具体日期，只约定了交付期限，如在某年某月某日前交付。如果出卖人在约定期限内交付，是正常履约，不

属于提前履行。《民法典》第601条规定：出卖人应当按照约定的时间交付标的物。约定交付期限的，出卖人可以在该交付期限内的任何时间交付。

如果约定的交付时间明确，双方一般应按照约定的时间履行。《民法典》第530条规定：债权人可以拒绝债务人提前履行债务，但是提前履行不损害债权人利益的除外。债务人提前履行债务给债权人增加的费用，由债务人负担。

债务人不按时履行义务，应作为违约行为，需要承担相应的违约责任。但如果债务人提前履行，一般不作为违约行为，债权人可以予以拒绝，但不能因此要求债务人承担违约责任。

如货物买卖合同中约定货物的具体交付日期，后因为特殊情况，供货方提前几天将货物运至双方约定的地点，采购方一般不能因此拒绝交付，任由货物放置在露天日晒雨淋，导致出现损失，采购方要求供货方自行承担因此造成的损失。采购方应履行协助义务，检验后决定是否接受该货物，但可以要去供货方承担采购方因此多支出的仓储费用。但这种情况在一些特殊货物的买卖中并不适用，如海鲜、水果、蔬菜等的买卖，应按照严格按照约定时间交货，提前或延迟交货可能会对采购方产生很大的经济损失，供货方需要赔偿损失，采购方也可以拒绝其提前或延迟交货的请求。

（二）部分履行与分批交付

部分履行是指在履行合同义务时不完全履行，通常表现为交付货物数量不足、付款数额不足。如合同中约定在履行期限内交付10吨钢材，但实际交付了5吨钢材，属于典型的部分履行。《民法典》第531条规定：债权人可以拒绝债务人部分履行债务，但是部分履行不损害债权人利益的除外。债务人部分履行债务给债权人增加的费用，由债务人负担。

对于部分履行的规范与对于提前履行的规范比较相似。债权人可以拒绝债务人部分履行或提前履行债务，但是该履行不损害债权人利益的除外。两者的主要差异是：债务人部分履行，是不完全履行义务，应作为违约行为，债务人需要承担相应的违约责任。但债务人提前履行，一般不作为违约行为。

与部分履行相对应的是债务人多交付标的物的情况，需要明确的是这种情况不作为违约行为，债权人可以予以拒绝，但不能因此要求债务人承担违约责任。

这种情况经常发生，如某贸易商下的订单是某款式1000套服装，制造商实际可能会加工1050套服装，目的是为了防止部分服装出现质量问题被退货，多余的部分可以补充。但如果制造商交付的1000套服装经检验全部质量合格，那么多出来的50套服装成为多余，很少有其他商家愿意订购，制造商就希望订货的贸易商将这50套服装也一并采购，愿意在价格上给予一定的优惠，这样就可能出现多交标的物的现象，贸易商对是否接受多余的服装有选择权。《民法典》第629条规定：出卖人多交标的物的，买受人可以接收或者拒绝接收多交的部分。买受人接收多交部分的，按照约定的价格支付价款；买受人拒绝接收多交部分的，应当及时通知出卖人。

同时，需要提醒的是部分履行与分批履行之间的差异。如某企业因为建造厂房需要，向建材供应商订购了100吨水泥，要求分5批交货，每次20吨，在一年内交付完成，这属于典型的分批履行。如果建材供应商总共只交付了60吨水泥，属于部分履行。根据《民法典》第633条的规定，出卖人分批交付标的物的，出卖人对其中一批标的物不交付或者交付不符合约定，致使该批标的物不能实现合同目的的，买受人可以就该批标的物解除。出卖人不交付其中一批标的物或者交付不符合约定，致使之后其他各批标的物的交付不能实现合同目的的，买受人可以就该批以及之后其他各批标的物解除。买受人如果就其中一批标的物解除，该批标的物与其他各批标的物相互依存的，可以就已经交付和未交付的各批标的物解除。

还需要注意交付数物的差异，不能简单地认为买受人就可以解除合同。《民法典》第632条规定：标的物为数物，其中一物不符合约定的，买受人可以就该物解除。但是，该物与他物分离使标的物的价值显受损害的，买受人可以就数物解除合同。

举例说明：A企业向B企业订购了3件机器设备，签订了一份合同，并在合同中明确了该3件机器设备是配套使用的。结果，B企业只实际交付了2件机器设备，A企业可以解除合同并要求退货。因为2件机器设备无法满足需要，也不符合合同订立的目的。

再举例说明：某个体工商户向水果批发商订购了苹果、梨等多种水果，后发

现苹果质量不好，个体工商户可以要求将苹果退货，而不能要求将所有的水果都退货。

（三）以物抵债的做法

根据《民法典》第557条的规定，债务相互抵销是债权债务终止的情形之一。以物抵债是合同履行中的常见做法，实践中因此产生的纠纷也不少，其中争议较多的是债务抵销的额度及效力问题。

《合同编通则解释》第27条规定：债务人或者第三人与债权人在债务履行期限届满后达成以物抵债协议，不存在影响合同效力情形的，人民法院应当认定该协议自当事人意思表示一致时生效。债务人或者第三人履行以物抵债协议后，人民法院应当认定相应的原债务同时消灭；债务人或者第三人未按照约定履行以物抵债协议，经催告后在合理期限内仍不履行，债权人选择请求履行原债务或者以物抵债协议的，人民法院应予支持，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。前款规定的以物抵债协议经人民法院确认或者人民法院根据当事人达成的以物抵债协议制作成调解书，债权人主张财产权利自确认书、调解书生效时发生变动或者具有对抗善意第三人效力的，人民法院不予支持。债务人或者第三人以自己不享有所有权或者处分权的财产权利订立以物抵债协议的，依据本解释第十九条的规定处理。

该解释第28条规定：债务人或者第三人与债权人在债务履行期限届满前达成以物抵债协议的，人民法院应当在审理债权债务关系的基础上认定该协议的效力。当事人约定债务人到期没有清偿债务，债权人可以对抵债财产拍卖、变卖、折价以实现债权的，人民法院应当认定该约定有效。当事人约定债务人到期没有清偿债务，抵债财产归债权人所有的，人民法院应当认定该约定无效，但是不影响其他部分的效力；债权人请求对抵债财产拍卖、变卖、折价以实现债权的，人民法院应予支持。当事人订立前款规定的以物抵债协议后，债务人或者第三人未将财产权利转移至债权人名下，债权人主张优先受偿的，人民法院不予支持；债务人或者第三人已将财产权利转移至债权人名下的，依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第六十八条的规定处理。

（四）向第三人履行

合同具有相对性，所以通常是合同一方当事人向另一方当事人履行义务。但在一些特殊情况下，合同中会出现双方约定一方向第三人履行的情况。《民法典》第522条规定：当事人约定由债务人向第三人履行债务，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的，应当向债权人承担违约责任。法律规定或者当事人约定第三人可以直接请求债务人向其履行债务，第三人未在合理期限内明确拒绝，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的，第三人可以请求债务人承担违约责任；债务人对债权人的抗辩，可以向第三人主张。

《合同编通则解释》第29条规定：民法典第五百二十二条第二款规定的第三人请求债务人向自己履行债务的，人民法院应予支持；请求行使撤销权、解除权等民事权利的，人民法院不予支持，但是法律另有规定的除外。合同依法被撤销或者被解除，债务人请求债权人返还财产的，人民法院应予支持。债务人按照约定向第三人履行债务，第三人拒绝受领，债权人请求债务人向自己履行债务的，人民法院应予支持，但是债务人已经采取提存等方式消灭债务的除外。第三人拒绝受领或者受领迟延，债务人请求债权人赔偿因此造成的损失，人民法院依法予以支持。

在有名合同中，融资租赁合同中经常会出现出卖人向承租人直接交付租赁物的情况。根据《民法典》第735条的规定，融资租赁合同是出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。第739条规定：出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择订立的买卖合同，出卖人应当按照约定向承租人交付标的物，承租人享有与受领标的物有关的买受人的权利。根据以上两条规定，出卖人与买受人（出租人）之间签订买卖合同，但按照合同的约定将标的物交付给第三人（承租人）。第三人（承租人）享有与受领标的物有关的买受人的权利。具体体现在《民法典》第740条与第741条的规定。第740条规定，出卖人违反向承租人交付标的物的义务，有下列情形之一的，承租人可以拒绝受领出卖人向其交付的标的物：（1）标的物严重不符合约定；（2）未按照约定交付标的物，经承租人或者出租人催告后在合理期限内仍未交付。承租人拒绝受领标的物的，应当及时通知出租人。第741条规定：出租人、出卖人、承租人约定，出卖人不履行买卖合同义务的，由承租

人行使索赔的权利。承租人行使索赔权利的，出租人应当协助。

（五）由第三人履行与第三人清偿

合同具有相对性，所以通常是合同当事人来履行义务。但在一些特殊情况下，合同中会出现双方约定由第三人履行的情况。《民法典》第523条规定：当事人约定由第三人向债权人履行债务，第三人不履行债务或者履行债务不符合约定的，债务人应当向债权人承担违约责任。需要注意的是，第三人不是合同的当事人，所以没有义务必须履行义务，也不需要因此承担违约责任。如果第三人不履行债务或者履行债务不符合约定的，应由债务人向债权人承担违约责任。

此外，还需要注意一种情况：第三人清偿。这实际上是由第三人履行的特殊类型，但有所差异，第三人清偿可以不以当事人约定作为履约的基础。《民法典》第524条规定：债务人不履行债务，第三人对履行该债务具有合法利益的，第三人有权向债权人代为履行；但是，根据债务性质、按照当事人约定或者依照法律规定只能由债务人履行的除外。债权人接受第三人履行后，其对债务人的债权转让给第三人，但是债务人和第三人另有约定的除外。

《合同编通则解释》第30条第1、2款规定，下列民事主体，人民法院可以认定为民法典第五百二十四条第一款规定的对履行债务具有合法利益的第三人：

（1）保证人或者提供物的担保的第三人；（2）担保财产的受让人、用益物权人、合法占有人；（3）担保财产上的后顺位担保权人；（4）对债务人的财产享有合法权益且该权益将因财产被强制执行而丧失的第三人；（5）债务人为法人或者非法人组织的，其出资人或者设立人；（6）债务人为自然人的，其近亲属；（7）其他对履行债务具有合法利益的第三人。第三人在其已经代为履行的范围内取得对债务人的债权，但是不得损害债权人的利益。

在实践中，第三人清偿最常见的情况是次承租人代承租人向出租人支付租金。《民法典》第719条规定：承租人拖欠租金的，次承租人可以向出租人支付其欠付的租金和违约金，但是转租合同对出租人不具有法律约束力的除外。次承租人代为支付的租金和违约金，可以充抵次承租人应当向承租人支付的租金；超出其应付的租金数额的，可以向承租人追偿。

（六）因债权人原因致债务履行困难时的处理

在合同签订后，有时候存在债务人难以联系到债权人或者债权人在短时间内无法接受履行的情况。在这种情况下，债务人可以与债权人协商变更合同的履行时间，在无法协商或协商难以达成一致时，债务人可以中止履行或者将标的物提存。《民法典》第529条规定：债权人分立、合并或者变更住所没有通知债务人，致使履行债务发生困难的，债务人可以中止履行或者将标的物提存。

中止履行比较简单，但有时候可能会对债务人造成较大的损失。在这种情况下，债务人可以选择将标的物提存。举例说明：某水果经销商向果农订购了一批水果，合同中约定了收购价格与数量，预付了部分款项，其余款项采取收购时过秤付清余款的方式。但等水果成熟时，水果经销商发现该种水果价格大跌，于是故意关机，让果农无法联系到他。在这种情况下，果农可以采取将标的物提存的方式处理。《民法典》第570条规定，有下列情形之一，难以履行债务的，债务人可以将标的物提存：（1）债权人无正当理由拒绝受领；（2）债权人下落不明；（3）债权人死亡未确定继承人、遗产管理人，或者丧失民事行为能力未确定监护人；（4）法律规定的其他情形。标的物不适于提存或者提存费用过高的，债务人依法可以拍卖或者变卖标的物，提存所得的价款。第571条规定：债务人将标的物或者将标的物依法拍卖、变卖所得价款交付提存部门时，提存成立。提存成立的，视为债务人在其提存范围内已经交付标的物。

对于提存机关的选择，我国现行法律没有进行明确的规定。在实务操作中，一般均认可公证机构可以成为提存机关，《公证法》和《提存公证规则》也明确规定了关于提存的具体操作事项。但需要注意的是；将标的物提存的做法容易产生纠纷，不到迫不得已，企业尽量采取向合同相对方追究违约责任的方式，谨慎采取提存方式处理。

（七）合同当事人的主体发生变化

企业经常会发生合并、分立等情况变化，对其债权债务该做如何处理？《民法典》对此进行了明确的规定，第67条规定：法人合并的，其权利和义务由合并后的法人享有和承担。法人分立的，其权利和义务由分立后的法人享有连带债权，承担连带债务，但是债权人和债务人另有约定的除外。

企业合并可以分为吸收合并、新设合并与控股合并三类情况。吸收合并，是

指两家及两家以上的企业合并成为一家企业，其中一家企业将另一家企业或多家企业吸收进自己的企业，并以自己的名义继续经营，而被吸收的企业在合并以后丧失法人地位。新设合并，是指两家或两家以上的企业合并后，成立一个新的企业继续经营，参与合并的原有各企业均归于消灭。控股合并，主要是指参与合并的企业通过转让非现金资产、支付现金、承担债务以及发行权益性证券等交易或者事项获得对其他参与企业的控制权。由此可见，无论哪种合并方式，最后肯定还存在一家企业继续经营，所以其债权债务由合并后的法人享有和承担。原来合同继续履行，内容也不需要作出变更。

相对比较，公司分立后的债权债务处理会比较麻烦一些。法人分立，从一个法人主体变成几个法人主体。如果是债务人出现法人分立的情况，债权人可以与债务人协商，选择其中一个分立后的法人作为合同主体，由其来履行义务。如果是债权人出现法人分立的情况，债务人可以选择向其中任何一个分立后的法人履行义务。但企业合同大多是双务合同，所以企业一般会选择实力较强、有履约能力的法人作为合同主体，这样才能使得合同义务得到继续履行。

因为涉及连带之债，所以对《民法典》中的相关规定作简单的介绍。《民法典》第518条规定：债权人为二人以上，部分或者全部债权人均可以请求债务人履行债务的，为连带债权；债务人为二人以上，债权人可以请求部分或者全部债务人履行全部债务的，为连带债务。连带债权或者连带债务，由法律规定或者当事人约定。第519条规定：连带债务人之间的份额难以确定的，视为份额相同。实际承担债务超过自己份额的连带债务人，有权就超出部分在其他连带债务人未履行的份额范围内向其追偿，并相应地享有债权人的权利，但是不得损害债权人的利益。其他连带债务人对债权人的抗辩，可以向该债务人主张。被追偿的连带债务人不能履行其应分担份额的，其他连带债务人应当在相应范围内按比例分担。第520条第1款规定：部分连带债务人履行、抵销债务或者提存标的物的，其他债务人对债权人的债务在相应范围内消灭；该债务人可以依据前条规定向其他债务人追偿。第521条第1、2款规定：连带债权人之间的份额难以确定的，视为份额相同。实际受领债权的连带债权人，应当按比例向其他连带债权人返还。

需要提醒企业的是：如果合同相对方出现法人合并或分立的，企业应及时与

对方沟通，要求对方按时履行义务，必要时签订新的合同或补充协议，合同内容也需要作出一定的变更。如果是本企业出现合并或分立的，要本着诚信原则，及时通知相关债权人。如果企业合并，由合并后的企业继续履行合同；如果企业分立，要明确合同由哪一个分设的企业来履行，一般是采取权利义务概括转移的做法。

此外，需要注意当事人变化对合同履行的影响。《民法典》第532条规定：合同生效后，当事人不得因姓名、名称的变更或者法定代表人、负责人、承办人的变动而不履行合同义务。根据该条规定，企业不要存有通过改变名称、变换法定代表人或负责人、以承办人已经离开企业为由，企图逃避债务的想法，徒劳无益。

四、合同履行阶段常见的法律风险

一些企业重视合同订立阶段的风险防范，却不重视合同履行阶段的风险防范，如不按时交货、不按时足额付款等，导致出现违约行为。或者合同相对方可能出现违约行为，自己没有及时催促或提醒，导致损失扩大，及时后来通过诉讼得到部分补偿，但无法完全弥补损失，更不用说因此给企业的信誉造成的不可弥补的负面影响。

下面介绍一下合同履行阶段常见的一些法律风险。

风险点一：未及时验收货物或检验不仔细

在买卖合同中，检验标准和方法是重要的条款。因为产品存在质量问题产生纠纷，往往与产品检验相关，检验结果是诉讼中说明产品存在质量问题的重要证据，买方签署的验收单成为卖方主张交付产品不存在质量问题的依据。合同中关于货物检验的约定，主要涉及检验标准（包括质量要求）、检验期限、检验不符的处理等。

《民法典》合同编第511条第1款第1项规定：当事人就有关内容约定不明确，依据前条规定仍不能确定的，适用下列规定：（一）质量要求不明确的，按照强制性国家标准履行；没有强制性国家标准的，按照推荐性国家标准履行；

没有推荐性国家标准的，按照行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。《民法典》第九章“买卖合同”中对检验期限、检验不符的处理等进行了规范。第620条规定：买受人收到标的物时应当在约定的检验期限内检验。没有约定检验期限的，应当及时检验。第621条规定：当事人约定检验期限的，买受人应当在检验期限内将标的物的数量或者质量不符合约定的情形通知出卖人。买受人怠于通知的，视为标的物的数量或者质量符合约定。当事人没有约定检验期限的，买受人应当在发现或者应当发现标的物的数量或者质量不符合约定的合理期限内通知出卖人。买受人在合理期限内未通知或者自收到标的物之日起二年内未通知出卖人的，视为标的物的数量或者质量符合约定；但是，对标的物有质量保证期的，适用质量保证期，不适用该二年的规定。出卖人知道或者应当知道提供的标的物不符合约定的，买受人不受前款规定的通知时间的限制。

尤其需要注意的是：如果在检验时未发现问题，但此后发现产品存在质量问题该如何处理？这在实务中容易产生纠纷。所以，《民法典》新增了一些规定。第622条规定：当事人约定的检验期限过短，根据标的物的性质和交易习惯，买受人在检验期限内难以完成全面检验的，该期限仅视为买受人对标的物的外观瑕疵提出异议的期限。约定的检验期限或者质量保证期短于法律、行政法规规定期限的，应当以法律、行政法规规定的期限为准。第623条规定：当事人对检验期限未作约定，买受人签收的送货单、确认单等载明标的物数量、型号、规格的，推定买受人已经对数量和外观瑕疵进行检验，但是有相关证据足以推翻的除外。第624条规定：出卖人依照买受人的指示向第三人交付标的物，出卖人和买受人约定的检验标准与买受人和第三人约定的检验标准不一致的，以出卖人和买受人约定的检验标准为准。

风险点二：合同约定事项变更未签订补充协议或未留存相关证据

在合同履行过程中，经常因为有些原因导致货物的规格、型号、数额、交付时间、付款时间等难以按照合同约定来完全履行，所以双方进行协商，一方同意另一方提出的请求。但出于对合同相对方的信任或者疏忽，双方没有签订补充协议。但后来双方发生纠纷，如买方认为自己同意卖方提出延迟交付的请求，卖

方也应该在货款上给予适当减少或同意推迟付款，卖方却没有同意，因此产出纠纷。买方提出卖方延迟交付是违约行为，卖方认为自己延迟交付得到了买方的同意，但因为缺乏书面形式的证据，被法院判决要承担违约责任。

在合同履行过程中，经常会出现以下情形：合同当事人一方主张经双方协商变更合同中的部分内容，但未签订补充协议；或者一方工作人员对另一方工作人员打了一个电话，提出某项请求，该工作人员认为关系不大，所以口头予以同意，后来诉讼时却拿不出任何证据；一方已经违反合同约定，如迟延某期付款，对方没有提出异议，该方认为对方已经默许，但在诉讼时，对方将此作为对方违约的情形。类似的事例不胜枚举，由于未签订补充协议或留存相关证据，增加了败诉的风险。

以下举例说明：某生产线买卖合同，双方在技术协议中明确约定了关键部件的品牌，实际履行过程中，经过电话沟通变更为另一品牌。之后双方对此发生争议，买方主张卖方违约，卖方若无证据证明合同已经变更，则仍应履行原合同。

风险点三：不当行使抗辩权可能导致己方违约风险

在合同履行过程中，企业有效行使抗辩权可以预防法律风险。尤其是先履行抗辩权，是比较有效的手段。但企业在行使同时履行抗辩权或不安抗辩权时，需要注意其适用的条件。

如行使同时履行抗辩权时，需要注意的是债务应发生在同一双务合同中，如果在不同的合同中提出要求的，不能提出所谓的同时履行抗辩权。举例说明：A企业向B企业先后订购了两批机器设备，并签订了两份合同，其中第一批设备已经交付，但A企业只支付了一半货款，等第二批设备要交付时，A企业又提出先交付设备再付款，B企业提出要求A企业先把第一批设备货款全部付清后，才同意交付第二批设备，其所提的不属于同时履行抗辩权。

此外，需要注意的是：在买卖合同履行中，支付货款与开具发票不构成对待给付。举例说明：A公司向B公司购买建材，未签订书面合同，双方对账结算后，B公司要求A公司付款，A公司以B公司未开票为由抗辩，拒付货款。B公司向法院提起诉讼，法院审理后认为：在买卖合同中，卖方的主要义务为交付标的物，买方的主要义务为支付价款，开具发票系附随义务，双方未有约定情况下，

付款不以开具发票为前提，A公司应向B公司付款。

企业是负有先履行义务的一方，在主张不安抗辩权时，必须有对方丧失或可能丧失履行债务能力的确切证据，而不能凭自己的主观猜测。否则，将会因擅自中止合同履行而承担违约责任，从而使自己处于极为不利的地位。不安抗辩权的行使不符合法律规定的条件或未通知对方的，视同违约不履行合同义务，应承担违约责任。

举例说明：A企业与B企业之间签订了长期供货合同，合同中约定货款每年结算一次，A企业先供货，B企业到年底一次性付款。前几年B企业基本上能正常付款，即使有拖欠，数额也不多。后来，A企业从同行处得知信息，说B企业长期拖欠货款不付，已经被多家企业提起诉讼并成为“老赖”，所以A企业担心自己收不到货款，就拒绝继续供货。后来，B企业告知A企业，自己没有向法院列入失信被执行人名单，只是与其中一家供货商存在产品质量纠纷导致不支付货款，A企业知道后虽有担心但不能因此拒绝供货，否则可能要承担违约责任。如果B企业付清了此前的货款，或者提供适当担保，A企业应恢复供货。

风险点四：费用支付到个人账户的做法潜藏风险

在一些合同中，双方虽然约定了付款期限与方式，但没有写清收款账户、账号与开户行，只在合同中写“货款支付到某方指定的账户中”，而有些合同中直接写明货款支付到某一个人账户中。

如果合同中写明货款支付到某一个人账户，买方按照合同约定按时、足额支付货款，即使卖方没有收到货款，该责任也是由卖方自行承担。但如果合同中没有写明收款账户，或者明确是支付到某一对公账户中你，但买方没有按照合同约定的要求支付，因此产生损失，将可能由买方承担。即使是按照卖方工作人员的指示要求支付的，买方也存在较大的过错，也需要承担一定的责任。

举例说明：A公司与B公司长期存在业务合作，A公司有时会要求将货款付至法定代表人或其配偶账户。A公司业务员借此漏洞，以各种理由要求B公司把货款付至其指定的个人账户。数单业务下来，200多万元的货款被A公司的业务员挪用，给两公司均带来损失。

实践中，经常出现企业要求合同相对方将费用支付到企业大股东或法定代

表人的个人账户中的情况，目的是为了偷逃税，这种做法对双方都存在较大的风险，建议企业不要答应这种要求。

风险点五：商业贿赂侵害企业利益的风险

商业贿赂的危害是多方面的，交易对手通过向企业业务人员行贿，获取不正当交易机会，这种情况将对企业质量管控、成本控制等造成严重问题，直接从内部侵蚀企业，危害不可忽视。

对于提供商业贿赂的一方来说，不仅增加了费用支出，而且产生了一定的风险。但有时候，为了尽早拿到货款，处于弱势地位的企业采取向合同相对方的负责人或业务人员提供财物的办法，往往可以起到较好的效果。若一旦被查到，则可能被合同相对方直接剔除出供应商的名单。这在建筑行业中非常常见，建筑企业为了尽早拿到工程款，希望发包方尽早验收，往往采取给发包方工作人员送礼的方式。

对于企业而言，如果有员工收取商业贿赂，不仅会影响企业的正常运行，而且会损害与合作企业之间的关系。如合同相对方原已经违约，对本企业产生了较大的经济损失。但因为员工收取了合同相对方的商业贿赂，就同意变更合同中的一些内容，不再追究合同相对方的违约责任，实质上损害了企业的利益。或者企业负责采购人员私自收取供货商的回扣，将价高质低的产品纳入采购范围。近年来，阿里、京东、腾讯等大平台企业，每年要处理一批因为接受贿赂被开除的员工，部分员工因为受贿数额较大而被追究刑事责任。

《中华人民共和国反不正当竞争法》（2019年修正）第7条规定，经营者不得采用财物或者其他手段贿赂下列单位或者个人，以谋取交易机会或者竞争优势：（1）交易相对方的工作人员；（2）受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人；（3）利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人。经营者在交易活动中，可以以明示方式向交易相对方支付折扣，或者向中间人支付佣金。经营者向交易相对方支付折扣、向中间人支付佣金的，应当如实入账。接受折扣、佣金的经营者也应当如实入账。经营者的工作人员进行贿赂的，应当认定为经营者的行为；但是，经营者有证据证明该工作人员的行为与为经营者谋取交易机会或者竞争优势无关的除外。

举例说明：2014年12月，程某入职某公司，在工作期间，程某利用职务上的便利，伙同被告人程某某、黄某二人或者单独授意供货商提高供货价，并从中索取回扣。事发后，三人均被判刑。

五、合同履行阶段的风险防范

在合同履行阶段，建议企业进行全过程的管理。具体建议如下。

（一）重视对合同履行情况的追踪与控制

在履行合同过程中，企业合同管理部门要重视相应的追踪与控制，尤其是及时提醒与督促合同承办的相关部门与人员。如货物买卖合同中约定在某期限之前交货，卖方要组织人员生产或安排采购货物，其合同管理部门应及时提醒生产部门与采购部门备货；又如货物买卖合同中约定买方要先支付一定的预付款，买方的合同管理部门应及时提醒财务部门按照合同约定的时间与数额及时支付货款，如果买方不及时或未足额支付货款，卖方可以以此为由推迟供货或者解除合同，并要求买方承担违约责任。

（二）重视交货检验并将检验中发现的问题及时通知对方

检验条款在买卖合同中非常重要，双方都应予以重视。合同中要约定明确的检验标准、检验期限等内容。对重大复杂生产设备、信息系统等，不仅需要合同的约定，而且要注意严格执行合同的验收流程、要求。不论合格与否，最好形成书面验收意见，书面验收意见的签署也要由授权代表进行。

对于买方而言，不能在合同中有“交货后后果自负”或类似约定，否则一旦发生纠纷，买方可能丧失提出质量异议的权利。无论合同中是否约定检验期限，买方收到货物后及时验货，发现有质量和数量问题的及时通知出卖人。

对于卖方而言，交货后应提醒买方及时检验，并反馈相关信息。如果委托第三方物流企业送货的，等买方收到货物，在核对数量无误、外观没有明显的瑕疵后，卖方应要求买方的收货人在送货单或确认单上签字确认，交送货的驾驶员带回或寄回给卖方，避免以后产生争议。

（三）合同约定事项发生变更应及时签订补充协议或出具联系单

在合同履行过程中，因为情况变化而需要变更原来约定的事项，为避免后续产生争议，双方沟通变更事项时，要由能够代表买卖双方的人员，如公司的法定代表人或者授权代表“拍板”，确认双方就变更后的履行事项达成一致意见，形成书面的补充协议。如果双方以短信、微信、邮件等方式变更合同履行内容的，要注意留存证据，同时就变更事项签订一份书面补充协议。

在建设工程施工中，经常会发生一些变化，经常签订补充协议不现实，所以采取工程联系单或设计变更单方式解决施工中一些变更事项。工程联系单是用于联系工程技术手段处理、工程质量问题处理、设计变更等的函件，一般多见与施工单位出具联系单给建设单位或设计单位，建设单位也常常向设计单位出具联系单，收件单位均要依据具体情况予以答复。工程联系单需建设、监理（或设计）、施工单位签认。设计变更单由设计单位出具，一般包括如下内容：要求变更的位置、项目、要求工期、并附有相应的施工图纸（或者增加工程）。通常在施工过程中发生如下情况时发出：（1）施工单位根据现场情况要求进行设计变更，并征得监理、建设、设计各方同意；（2）建设方根据自身需要，要求对原设计作出相应的调整；（3）设计方根据原设计缺陷自行下达设计变更单。

（四）留存合同履行中的相关证据尤其是书面材料

企业要妥善保管对于证明双方之间合同具体内容具有证明力的下述资料：与合同签订和履行相关的发票、送货凭证、汇款凭证、验收记录、在磋商和履行过程中形成的电子邮件、传真、信函等资料。在合同履行过程中双方变更合同约定，包括数量、价款、交货、付款期限的，也要留下书面凭证。

有些合同履行需要较长时间，其中难免会出现一些差错。尤其是分批交付、分期交付的合同，个别批次出现交付延误或付款延迟，如果双方合作良好，一般不会很计较。有一些产品质量存在问题，一般是采取换货方式，买方一般不会因此就提起诉讼。但如果因为买方没有按时付款的原因，此后卖方提起诉讼，买方会抗辩是卖方没有按时送货、产品存在质量问题等理由，此时需要买方为自己的主张提供证据，如果买方不注意保存证据，就无法提供送货单或入库单证明卖方延迟送货，存有质量问题的产品也已经退换，没有留存问题产品或产品照片作为证据，买方将承担举证不利的后果。

又如，在建设工程施工中，难免会出现一些施工质量问题。建设方通知施工方维修，施工方虽然拖拉但后来还是派人维修了。如果发生纠纷，建设方以工程存在质量问题、施工方不及时维修等理由要求减少部分工程款，但没有维修施工单或维修前的现场图片等作为证据，施工方又拒不承认有这些情况，建设方将在诉讼中比较被动。

所以建议：在合同中要明确双方的工作联系人和联系方式；企业在合同履行过程中要有证据意识，合同履行的过程都要留痕；尤其是合同相对方出现违约情况时，要及时固定证据尤其是书面材料予以确认；对于双方认可的合同内容变更，要发书面通知或签订补充协议。

（五）要按约开具发票、按时支付款项，避免出现违约行为

如果合同中对开具发票、提供证明文件有明确约定，当事人应按照合同约定履行，否则将承担违约责任。如果买方需要卖方提前或在付款同时开具发票的，可以在合同中明确约定“收到卖方开具的符合国家税收法律法规的增值税发票后付款”。

一般而言，除非当事人有明确约定，否则买方以卖方未开票为由拒绝支付货款，将构成违约，并应承担违约责任。如果卖方已经提供产品但没有按时开具发票或提供证明文件，买方因此要求请求解除合同的，法院一般也是不予支持的。

需要注意《合同编通则解释》第26条规定：当事人一方未根据法律规定或者合同约定履行开具发票、提供证明文件等非主要债务，对方请求继续履行该债务并赔偿因怠于履行该债务造成的损失，人民法院依法予以支持；对方请求解除合同的，人民法院不予支持，但是不履行该债务致使不能实现合同目的或者当事人另有约定的除外。

（六）款项一般要支付到合同相对方的对公账户

在确定付款方式时，无论是付款方还是收款方，除了金额较小的交易外，请尽量通过银行结算。在合同中要明确货款支付方式和收款账号、开户行等信息，尽可能要求合同相对方将款项直接汇至公司指定账户。可以用企业微信或支付宝账户收款，减少人员现金接触的机会，避免风险发生。建立应收账款分析、催收和预警制度，定期清点、整理货款。加强内部监督管理，如果员工通过不正当手

段或存在违法行为对公司造成损失的，要对涉事员工进行处理，必要时向公安机关报警。

（七）合理行使不安抗辩权

在合同履行过程中，如果有确切证据证明对方经营状况严重恶化、转移财产或者抽逃资金以逃避债务、丧失商业信誉、有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形的，企业可以及时通知对方，并中止履行依照合同约定应当先履行的义务，等待对方提供适当担保。中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的，企业才可以解除合同。如果直接解除合同或拒绝履行，企业可能将承担违约责任。

（八）可以在合同约定反商业贿赂条款

对于大企业而言，反商业贿赂非常有必要。尤其是签订数量较大的物资采购合同，要确保相关人员不能营私舞弊、中饱私囊。在必要情况下，在合同约定反商业贿赂条款，给交易双方形成约束制约，尽量挽回经济损失。写法如：为维护甲乙双方共同利益，促进双方良好发展，乙方不得向甲方任何员工行贿（包括但不限于明扣、暗扣、现金、购物卡、实物、有价证券、旅游或其他非物质性利益等），以图获取任何不正当商业利益和特殊的商业待遇。乙方如有违反上述任一条款，均构成严重违约，甲方有权停止合作、解除合同，并对乙方采取冻结应付账款等措施，并要求乙方承担违约金人民币万元及本合同约定的其他违约责任，如给甲方造成损失的，还应按照损失金额的倍给予甲方赔偿。

（九）合同承办人员离职通知相关客户

企业业务人员离开企业后，建议在与其办理交接手续的同时，向该业务人员负责联系的客户发送书面通知，告知客户业务人员离职情况。并将合同中约定的作为联系人的离职员工变更为新的联系人。

（十）保证条款要明确，并注意保证期间和方式

如果需要合同相对方提供第三人保证担保，在与相关客户签署保证合同时请务必表述由保证人为债务的履行提供保证担保的明确意思，尽量选用连带责任保证，避免使用由对方“负责解决”“负责协调”等含义模糊的表述，否则法院将无法认定保证合同成立。

如需要向他人提供保证担保。无论是债权人还是保证人，建议在签署保证合同时写明保证期间起止点。如果没有明确约定或者约定不明确的，保证期间为主债务履行期届满之日起6个月。选择“连带保证”还是“一般保证”对双方权利义务影响重大，建议保证合同中写明“连带保证”或者“一般保证”字样。如果在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照对保证人有利的一般保证承担保证责任。

此外，在合同履行过程中可能还会出现其他的风险，建议企业根据自己的行业特点、企业规模与合同性质等情况，制订相应的风险防范措施。如：外贸企业要重视船班的预订，避免出现因没有订上航班导致货物交付延误；制造企业要重视原材料的备货，避免出现因部分材料缺货导致产品无法按时生产出来；从事危化品行业的企业要特别重视安全防范工作，尤其是交付过程中的运输风险与交付后的危化品仓储工作。

六、以案说法

（一）卖方交付产品不符合合同中约定的产品质量标准，买方可以解除合同

以下举例说明：一审案号为（2021）浙0203民初11877号，二审案号为（2022）浙02民终3832号的买卖合同纠纷案件。案情简介：2020年4月18日，宁波中包进出口有限公司（以下简称中包公司）工作人员经朋友介绍曾与温州美意医疗器械有限公司（以下简称美意公司）工作人员联系沟通采购KN95口罩事宜，中包公司工作人员向美意公司明确：“我目前的单是发去奥地利和法国”、“因为CE是国内检测公司出具的每个进口国要求有点差异”，美意公司工作人员明确回复“我们CE老早做好了”、“查了是可以用的、有注册的”等。后在2020年4月20日，中包公司（买方）与美意公司（卖方）通过微信签订采购合同，合同约定：1. 中包公司向美意公司购买KN95口罩产品，数量15万个，单价7.5元/个，货款总额112.5万元；2. 交付日期为2020年4月30日，交货方式为买方自提；3. 结算方式：50%定金到卖方公司账户，余款提货时结算，供方出货需方付清余款；合同载明的质量检验条款载明：产品外观按照双方确定的样

品为准，执行国家标准：GB2626-2006，欧洲检测标准：EN-149：2001 + A1：2009；等级FFP2，卖方需提供符合要求的CE证书及对应的中英文检测报告和国内检测报告。2020年4月21日，中包公司依据合同的约定向美意公司支付定金562,500元。

审理中查明，2020年4月25日，商务部、海关总署等联合出台12号文《关于进一步加强防疫物资出口质量监管的公告》，公告载明：自4月26日起，出口的非医用口罩应当符合中国质量标准或国外质量标准。双方工作人员的微信聊天记录显示，2020年4月28日，中包公司工作人员向美意公司询问最近出口是否出具符合性声明，美意公司表示没有出具。2020年4月30日，美意公司向中包公司表示已按合同约定完成15万个口罩的生产，并提示中包公司及时取货，中包公司因五一假期向美意公司表示等节后再取货。2020年5月11日，中包公司通过微信发出想与美意公司取消订单的意思表示，理由是没有欧盟认可的实验室证书、清关困难等。后，中包公司向美意公司沟通表示，口罩在国外是缺货、客户也是要货的、一直与客户沟通协商下来，美意公司先向中包公司寄送2整盒口罩送往国外检验，如果检测合格，安排出货，如果检测通不过，客户可以取消订单，并要求承担检测费用。后中包公司收到国外客户的邮件，主要内容为：经国外TUV检测结果显示，送检口罩不符合要求……。后中包公司于2021年7月27日向美意公司发出联络函，认为美意公司提供的CE证书不符合合同要求导致合同目的不能实现，要求解除合同、退还货款，美意公司于2021年7月28日签收该联络函。

后，中包公司向法院提起诉讼，美意公司提起反诉。

宁波市海曙区人民法院审理后认为，案件的争议焦点为：一、案涉合同是否应当解除？中包公司与美意公司之间签订的采购合同应系双方当事人的真实意思表示，内容不违反法律、行政法规的禁止性规定，合法有效，双方当事人均应当按照约定全面履行自己的合同义务。根据双方工作人员在合同签订前的磋商过程可知，案涉合同对KN95口罩交付标准有明确约定，要求同时符合国内GB2626-2006及欧洲检测标准EN-149：2001 + A1：2009并且订购口罩系为出口欧盟，故案涉口罩通过欧盟CE认证应当属于美意公司的合同义务，美意公司应就其提供的CE认证证书的有效性承担举证责任。美意公司未按照合同约定向中包公司提

供有效的CE认证证书，亦未能举证证明其提供的口罩符合欧盟认证标准，影响了中包公司的订单出口，构成根本违约。美意公司提供的货物并不具备出口欧盟的必要资质文件证明，足以导致合同目的不能实现，中包公司可行使法定解除权，故该院对中包公司要求解除合同的诉讼请求予以支持，美意公司要求继续履行的反诉请求，法院依法不予支持。二、如合同解除，后续的责任和款项返还问题？合同解除后，尚未履行的，终止履行，已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。该案中，案涉的标的物并未转移交付，故对中包公司要求美意公司返还货款的诉讼请求，法院予以支持。所以判决：（1）中包公司与美意公司于2020年4月20日签订的采购合同于判决生效之日起解除；（2）美意公司返还中包公司562,500元；（3）驳回美意公司的反诉请求。

美意公司提起上诉，浙江省宁波市中级人民法院二审判决驳回上诉，维持原判。

（二）合同约定债务人向第三人履行债务，债务人未向第三人履行或者履行债务不符合约定，应当向债权人承担违约责任

《民法典》第522条规定：当事人约定由债务人向第三人履行债务，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的，应当向债权人承担违约责任。法律规定或者当事人约定第三人可以直接请求债务人向其履行债务，第三人未在合理期限内明确拒绝，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的，第三人可以请求债务人承担违约责任；债务人对债权人的抗辩，可以向第三人主张。

以下举例说明：案号为（2021）浙0282民初6395号的合同纠纷案件。案情简介：2019年4月5日，宁波蚂蚁菜篮子配送有限公司（以下简称蚂蚁菜篮子配送公司）与宁波中军凯旋供应链管理有限公司（以下简称中军公司）签订了《蔬菜配送合作协议》一份，约定：蚂蚁菜篮子配送公司将配送业务收入从同年5月1日起并入中军公司财务系统，同年4月30日前的配送营收归第三人施某所有；协议签署后，蚂蚁菜篮子配送公司将公司账户交给中军公司使用；蚂蚁菜篮子配送公司员工入职中军公司，施某实施年薪制并分享项目利润；蔬菜配送资金支持使用大概5000元/天，

过渡期间由施某以借款的方式从中军公司处支取等。合同签订后，中军公司陆续收到2019年4月30日前的配送营收款148,280.99元。2019年5月至9月，施某与中军公司之间发生多笔款项往来。2019年7月4日，施某在与葛某（中军公司法定代表人、总经理）的微信聊天中提及“能借50000元？如果这两天余款十多万元进蚂蚁账户可以全部还清欠你个人和欠公司的钱”，“欠公司3.8万多扣除1万元工资还剩2.8万多，欠你个人6000元，3.5万不到对吧”等。后，蚂蚁菜篮子公司向法院提起诉讼，要求中军公司即时支付第三人施某营收款148,278元，并支付相应的利息损失。

浙江省慈溪市人民法院审理后认为，当事人约定由债务人向第三人履行债务的，债务人未向第三人履行或者履行债务不符合约定，应当向债权人承担违约责任。本案中，原、被告在合同中约定2019年4月30日之前的应收款归属第三人施某，故原告作为合同一方当事人有权主张被告按照约定将其获取的2019年4月30日前的应收款支付给第三人施某。当事人互负到期债务的，该债务的标的物种类、品质相同的，当事人可将自己的债务与对方的债务抵销。法院确认，被告应付施某配送应收款50,201元。所以判决被告中军公司支付第三人施某配送营收款50,201元，并支付该款自2021年5月26日起至实际履行日止、按同期全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率计算的利息。

（三）先履行抗辩权的行使应仅限于对价义务，未履行开具发票的附随义务不能以此为由对抗应当履行支付劳务费的主合同义务

日常生活中，发票常见于费用结算相关经济活动中，作为收款凭证，收款方出具发票后，付款方需向其付款。但如若付款方在接受服务后对于付款有争议，在收款方未出具发票的情况下，付款方是否可以以此为由拒绝付款？

《民法典》第526条对先履行抗辩权的规定为：“当事人互负债务，有先后履行顺序，应当先履行义务一方未履行的后履行一方有权拒绝其履行要求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求”。先履行抗辩权的行使应仅限于对价义务，也就是说一方不履行对价义务，相对方才享有抗辩权。未履行开具发票的附随义务不能以此为由对抗应当履行支付劳务费的主合同义务。

以下举例说明：2015年陈某（乙方）与赵某（甲方）签订了《建筑工程施工劳务分包合同》，陈某为赵某在某市某公馆二期项目的五栋楼水电安装提供劳务。《建筑工程施工劳务合同》中对于承包内容、承包方式、分包合同价款及付款节点进行了约定，同时约定工程综合验收通过后三个月内乙方向甲方（造价部）提供完整的结算资料，由甲方委托造价咨询机构进行结算审定。审定完成且乙方将全部资料备案至档案馆并提供全额发票后拨付至结算总造价95%，余5%作为保修金，保修期满后15日无息付清。

2018年4月，赵某与陈某进行过程审计，双方确认了劳务款项数额。2019年5月，赵某通过以房抵债的方式向陈某支付部分款项。后续款项未支付，陈某诉至本院，要求赵某支付相应款项。赵某辩称“陈某至今未按承包合同约定报送项目竣工资料、结算资料等资料，也没按合同约定开具发票，承包合同约定的其他付款节点均不符合，我不应付款”。

法院经审理认为，劳务合同是典型的双务合同，是指平等民事主体之间就一方向另一方提供劳务、另一方接受劳务并支付对价而形成的权利义务关系。在劳务合同中支付劳务费与开具发票是两种不同性质义务，前者是合同主要义务，后者是附随义务，二者不能对等，因涉案工程已经双方结算审定，不存在赵某所称的陈某没有报送项目竣工资料和结算资料情形，后续开具发票仅仅是合同的附随义务，陈某未开具发票不能成为赵某不支付劳务费的理由。后经计算，法院支持了陈某的部分诉讼请求。

（四）将合同约定费用支付到个人账户，存在一定的风险

以下举例说明：一审案号为（2023）浙0226民初115号，二审案号为（2023）浙02民终2216号的买卖合同纠纷案件。案情简介：宁波旭婷贸易有限公司（以下简称旭婷公司）与宁海县正杰塑胶厂（以下简称正杰厂）存在货物买卖合同关系。旭婷公司为一人有限责任公司，股东为郑某。2021年8月3日，正杰厂向旭婷公司开具金额55,703元的增值税专用发票一份。2022年10月21日，陈某（系郑某丈夫）向案外人赵某出具欠条一份，载明“本人陈某欠货款60,000元于赵某……”。正杰厂认可赵某为该厂厂长、投资人吕某的配偶。

正杰厂向法院提起诉讼，要求旭婷公司支付正杰厂货款55,703元，并支付

逾期付款利息损失，郑某对上述债务承担连带清偿责任。

旭婷公司、郑某辩称，自己并非买卖合同相对方，交易都是由案外人陈某与正杰厂投资人的丈夫赵某联系，此前双方的交易也都是个人账户转账，该案送货单载明的收货单位为陈某，旭婷公司以及郑某未收到货物。旭婷公司只是给陈某提供了开票的抬头名称而已，故应认定买方为陈某个人。

浙江省宁海县人民法院审理后认为，案件主要争议焦点在于买卖合同主体问题。正杰厂主张根据增值税专用发票确定买方为旭婷公司，旭婷公司、郑某则抗辩买方为陈某个人。法院认为，结合旭婷公司、郑某的陈述，虽送货单载明的收货单位为陈某，但购买的货物实际用于旭婷公司，此后旭婷公司接收正杰厂开具的增值税专用发票，应视为旭婷公司认可上述交易行为并自愿成为买卖合同中的买方。后续陈某出具欠条的行为，并不能证明正杰厂免除旭婷公司还款责任的事实。故旭婷公司应承担支付货款及逾期付款利息损失的民事责任。郑某作为旭婷公司的唯一股东，未举证证明其财产独立于公司，故应对旭婷公司的债务承担连带清偿责任。旭婷公司、郑某抗辩正杰厂交付货物迟延及存在质量问题，但未提供依据予以证明，不予处理。所以判决：（1）旭婷公司支付正杰厂货款55,703元，并支付逾期付款利息损失；（2）郑某对上述款项承担连带清偿责任。

旭婷公司、郑某提起上诉，浙江省宁波市中级人民法院二审判决驳回上诉，维持原判。

（五）民事主体为他人提供担保尤其连带责任保证，需要非常谨慎，一旦债务人不履行到期债务，保证人将承担连带责任

《民法典》第688条规定：当事人在保证合同中约定保证人和债务人对债务承担连带责任的，为连带责任保证。连带责任保证的债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，债权人可以请求债务人履行债务，也可以请求保证人在其保证范围内承担保证责任。

《民法典》第690条规定：保证人与债权人可以协商订立最高额保证的合同，约定在最高债权额限度内就一定期间连续发生的债权提供保证。最高额保证除适用本章规定外，参照适用本法第二编最高额抵押权的有关规定。

以下举例说明：案号为（2018）浙0211民初3202号的金融借款合同纠纷案

件。案情简介：2016年4月21日，中国银行股份有限公司镇海分行（以下简称中行镇海分行）与宁波市第二燃料有限公司（以下简称燃料公司）签订最高额保证合同，燃料公司为该行与宁波晟中源贸易有限公司（以下简称晟中源公司）自2016年4月21日起至2020年4月21日止发生的主债权承担最高本金余额为1000万元的连带责任保证。2017年12月22日，中行镇海分行与王某、郑某签订最高额保证合同，王某、郑某为该行与晟中源公司自2017年12月22日起至2020年12月22日止发生的主债权承担最高本金余额为1000万元的连带责任保证。以上两份合同的保证范围包括本金、利息（包括法定利息、约定利息、复利、罚息）、违约金、实现债权费用等。2018年1月11日至2018年4月2日，中行镇海分行与晟中源公司先后签订了6份流动资金借款合同，每次借款100万元。因晟中源公司未按时还本付息，中行镇海分行向法院提起诉讼。

宁波市镇海区人民法院审理后认为，两份最高额保证合同、一份流动资金借款合同均合法有效，当事人均应依照合同约定履行自己的义务。中行镇海分行按约向晟中源公司提供借款，晟中源公司未依约足额还款，晟中源公司应当按照合同约定的期限按时支付借款及相应利息，现晟中源公司未清偿借款及利息的行为已构成违约，晟中源公司应承担清偿借款及利息、罚息、复利的违约责任。被告燃料公司、王某、郑某作为连带责任保证人，应对晟中源公司的上述债务承担连带保证责任。保证人承担保证责任后，有权向债务人追偿。所以，判决：（1）被告晟中源公司返还原告中行镇海分行借款本金6957,670.27元，欠息11,108.55元、保全费5000元，合计6973,778.82元，并支付相应的利息、罚息、复利。（2）若晟中源公司未履行上述第一条判定之义务，被告燃料公司、王某、郑某对上述第一条债务人应履行之义务在各自最高额债权额度内承担连带保证责任，保证人承担保证责任后有权向债务人追偿。

（六）一人公司的股东，未提供证据证明其作为股东的个人财产独立于公司财产，应当对子公司的债务承担连带责任

以下举例说明：一审案号为（2023）浙0203民初3207号，二审案号为（2023）浙02民终3444号的买卖合同纠纷案件。案情简介：2020年6月6日，上海永昕建筑装饰有限公司（供方，以下简称永昕公司）与宁波浙国美电器有限公司

(需方,以下简称浙国美公司)签订《展柜采购合同》一份,约定浙国美公司向永昕公司采购宁波国美东门口店IXINA设计师工位、选样柜等道具,需方按照双方确定的产品规格和数量从供方进货应向供方下达道具订货单、需方相关公司名称。合同总金额为42,728元。之后永昕公司按约交货并安装完毕。门店于2020年6月营业。2021年6月16日,永昕公司方负责人孙某将包括该案货物及门店装修款在内的清单发送给浙国美公司联系人林某。2022年5月17日,林某将东门口IXINA店道具、电气、内装、内装增补、道具增补五个复核验收清单发送给孙某,孙某当日确认并表示可以签字,并于2022年5月23日将复核表单快递寄给浙国美公司。后永昕公司多次催促付款,但未果。之后,永昕公司以国美零售有限公司、浙国美公司为被告向法院提起诉讼,要求两被告支付货款42,728元并赔偿逾期付款损失。

另查明,国美零售有限公司系浙国美公司的股东,持股比例为100%。

宁波市海曙区人民法院审理后认为,永昕公司与浙国美公司之间的买卖合同关系依法成立且合法有效。双方应当按约履行,否则应承担相应的违约责任。永昕公司按约向浙国美公司交付展柜并安装完毕,浙国美公司应当向永昕公司支付货款。关于付款金额,永昕公司认为林某之后复核的金额,以及要求下降8%结算的金额均是附条件的工程款结算价,若条件不成就,即浙国美未兑现承诺立即付款,那么应按2021年6月16日孙某发给林某的汇总表进行结算,故要求按诉请金额进行结算。法院认为,从林某与孙某的聊天记录来看,双方并没有对“附条件的结算”这一内容达成意思一致;在浙国美公司未及时付款后,永昕公司方也没有就下降后的结算金额提出过异议。永昕公司主张按其提交金额结算缺乏依据。因永昕公司同意浙国美公司的道具工程下降8%金额结算的要求,并提交了决算材料给浙国美公司,视为永昕公司与浙国美公司就付款金额协商一致。国美零售公司系浙国美公司的一人股东,其未提供任何证据证明其作为股东的个人财产独立于公司财产,应当对浙国美公司的债务承担连带责任。所以判决:(1)浙国美公司向永昕公司支付货款39,309.76元及逾期付款损失;(2)国美零售公司对上述第一项付款承担连带清偿责任。

第五章 债权债务转让与合同的保全

一、合同债权债务的转让

一般而言,合同具有相对性,仅在特定的合同当事人之间发生合同效力。合同债权债务的转让使得当事人在债权债务的处理上有了相对自由的选择。合同权利义务的转让方在有效的转让行为生效以后,即退出了原合同法律关系。因此合同债权债务的转让,突破了合同的相对性原则。

合同债权债务的转让,或简称合同转让,是指合同当事人一方依法将其在合同项下的权利或义务全部或部分转让给第三人,由第三人享有合同权利或者承受合同义务。实务中,合同债权债务的转让需具备以下条件才能生效:(1)必须有合法有效的合同关系存在;(2)转让应当符合法律规定的程序;(3)必须经让与人与受让人达成协议;(4)转让必须合法并且不得违背社会公共利益。需要说明的是,合同债权债务的转让并不改变原来合同的权利义务关系,仅仅是发生了合同主体的变化。按照其转让的权利义务的不同,可以分为债权转让、债务转让及债权债务概括转让三种。

(一) 合同债权的转让

债权转让,是指合同债权人将其债权全部或者部分转让给第三人的行为。常见的情况如银行将难以收回的债权转让给资产管理公司,由资产管理公司负责该债权的后续回收,当然该债权一般是作折价处理。《民法典》第546条规定:债权人转让债权,未通知债务人的,该转让对债务人不发生效力。债权转让的通知不得撤销,但是经受让人同意的除外。从该条规定可知,债权转让生效采用的是通知主义,债权人必须将债权转让的通知送达债务人,才能对债务人生效。否则,债权受让人无权要求债务人向其履行义务。在实践中,如果债务人成为失信

被执行人或失联，债权人很难将债权转让的通知直接送达债务人，所以债权人与受让人可以采取公告的方式。公告发布后，无论债务人是否实际看到债权转让的通知，都视为已经知道该公告内容，债权转让也即生效。

需要提醒的是债权转让中的一些规范要求。一是债权转让的除外情形。《民法典》第545条规定，债权人可以将债权的全部或者部分转让给第三人，但是有下列情形之一的除外：（1）根据债权性质不得转让；（2）按照当事人约定不得转让；（3）依照法律规定不得转让。当事人约定非金钱债权不得转让的，不得对抗善意第三人。当事人约定金钱债权不得转让的，不得对抗第三人。二是债权转让时从权利一并变动。《民法典》第547条规定：债权人转让债权的，受让人取得与债权有关的从权利，但是该从权利专属于债权人自身的除外。受让人取得从权利不因该从权利未办理转移登记手续或者未转移占有而受到影响。三是债权转让时债务人有抗辩权与主张抵销权。《民法典》第448条规定：债务人接到债权转让通知后，债务人对让与人的抗辩，可以向受让人主张。《民法典》第549条规定，有下列情形之一的，债务人可以向受让人主张抵销：（1）债务人接到债权转让通知时，债务人对让与人享有债权，且债务人的债权先于转让的债权到期或者同时到期；（2）债务人的债权与转让的债权是基于同一合同产生。四是因债权转让增加的履行费用由让与人负担。

《合同编通则解释》第47条第1款规定：债权转让后，债务人向受让人主张其对让与人的抗辩的，人民法院可以追加让与人为第三人。该解释第48条规定：债务人在接到债权转让通知前已经向让与人履行，受让人请求债务人履行的，人民法院不予支持；债务人接到债权转让通知后仍然向让与人履行，受让人请求债务人履行的，人民法院应予支持。让与人未通知债务人，受让人直接起诉债务人请求履行债务，人民法院经审理确认债权转让事实的，应当认定债权转让自起诉状副本送达时对债务人发生法律效力。债务人主张因未通知而给其增加的费用或者造成的损失从认定的债权数额中扣除的，人民法院依法予以支持。该解释第49条规定：债务人接到债权转让通知后，让与人以债权转让合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力为由请求债务人向其履行的，人民法院不予支持。但是，该债权转让通知被依法撤销的除外。受让人基于债务人对债权真实存在的确认受让

债权后，债务人又以该债权不存在为由拒绝向受让人履行的，人民法院不予支持。但是，受让人知道或者应当知道该债权不存在的除外。该解释第50条规定：让与人将同一债权转让给两个以上受让人，债务人以已经向最先通知的受让人履行为由主张其不再履行债务的，人民法院应予支持。债务人明知接受履行的受让人不是最先通知的受让人，最先通知的受让人请求债务人继续履行债务或者依据债权转让协议请求让与人承担违约责任的，人民法院应予支持；最先通知的受让人请求接受履行的受让人返还其接受的财产的，人民法院不予支持，但是接受履行的受让人明知该债权在其受让前已经转让给其他受让人的除外。前款所称最先通知的受让人，是指最先到达债务人的转让通知中载明的受让人。当事人之间对通知到达时间有争议的，人民法院应当结合通知的方式等因素综合判断，而不能仅根据债务人认可的通知时间或者通知记载的时间予以认定。当事人采用邮寄、通讯电子系统等方式发出通知的，人民法院应当以邮戳时间或者通讯电子系统记载的时间等作为认定通知到达时间的依据。

（二）合同债务的转移

债务转移，又称为债务承担，是指不改变合同权利义务内容的前提下，债务人与第三人订立转让合同义务的协议，将合同义务全部或者部分转移给第三人承担的法律行为。《民法典》第551条规定：债务人将债务的全部或者部分转移给第三人的，应当经债权人同意。债务人或者第三人可以催告债权人在合理期限内予以同意，债权人未作表示的，视为不同意。从该条规定可知，债务转移采取的是同意主义，债务转移必须征得债权人的同意，才能对债权人生效。这点明显区别于债权转让的通知主义。

关于债务转移后产生相应的法律效力，《民法典》第553条规定：债务人转移债务的，新债务人可以主张原债务人对债权人的抗辩；原债务人对债权人享有债权的，新债务人不得向债权人主张抵销。《民法典》第554条规定：债务人转移债务的，新债务人应当承担与主债务有关的从债务，但是该从债务专属于原债务人自身的除外。

《合同编通则解释》第47条第2款规定：债务转移后，新债务人主张原债务人对债权人的抗辩的，人民法院可以追加原债务人为第三人。

（三）合同债权债务的概括转让

此外，还存在债权债务概括转让的情况，相当于原合同中一方当事人退出该合同，第三人加入该合同成为当事人。《民法典》第555条规定：当事人一方经对方同意，可以将自己在合同中的权利和义务一并转让给第三人。《民法典》第556条规定：合同的权利和义务一并转让的，适用债权转让、债务转移的有关规定。

《合同编通则解释》第47条第3款规定：当事人一方将合同权利义务一并转让后，对方就合同权利义务向受让人主张抗辩或者受让人就合同权利义务向对方主张抗辩的，人民法院可以追加让与人为第三人。

二、与合同债权债务转让的相关案例

（一）债权转让合同纠纷案例

以下举例说明：一审案号为（2020）浙0206民初7079号，二审案号为（2021）浙02民终4459号的债权转让合同纠纷案件。案情简介：2020年3月30日，南京金禾金居用品有限公司（以下简称金禾金公司）与贝发集团股份有限公司（以下简称贝发公司）签订了一份采购合同，约定：金禾金公司向贝发公司采购由某医疗用品有限公司生产的一次性使用医用口罩44万只，单价1.9元，总价83.6万元。口罩质量标准为YY/T0969-2013。金禾金公司于2020年4月分两次付清了全部货款，贝发公司于2020年4月13日交付了全部货物。2020年4月14日，金禾金公司向海关申报出口案涉口罩，海关现场查验时发现其提交的检验检测报告与申报品名不符（申报品名为一次性非医用口罩，检验检测报告中产品名称为一次性使用医用口罩）。海关经检验认定上述货物不符合一次性使用医用口罩规定的要求，不属于医用口罩，后于2020年8月7日作出《行政处罚决定书》，以金禾金公司构成申报不实违规为由对其科处罚款1000元。2020年5月，金禾金公司委托两家鉴定机构对案涉口罩样品进行检测，两份检验检测报告都确定样品的细菌过滤效率不符合标准。2020年8月26日，金禾金公司向贝发公司邮寄了《关于解除合同的告知函》，以贝发公司提供的口罩质量不合格造成采购合同目的无法实

现为由，要求解除采购合同，要求贝发公司返还货款并赔偿经济损失。2020年9月15日，金禾金公司向贝发公司邮寄了《债权转让通知书》，告知已将对贝发公司持有的债权及相应从属权利转让给上海著金投资管理有限公司（以下简称著金公司）。之后，著金公司向法院提起诉讼。

在审理中，著金公司申请对案涉口罩的质量进行鉴定。一审法院依法委托评估机构进行鉴定，鉴定报告载明：根据抽样检测结果分析，案涉口罩的质量不符合行业标准YY/T0969-2013的要求。

宁波市北仑区人民法院审理后认为，金禾金公司与贝发公司签订的采购合同合法有效，双方均应依约履行。根据评估机构出具的鉴定报告以及著金公司提供的证据，贝发公司交付的口罩在细菌过滤效率这一关键指标上不符合质量要求，构成根本违约，金禾金公司有权依法解除合同。因金禾金公司已于2020年8月26日向贝发公司邮寄《关于解除合同的告知函》，故案涉采购合同自该函到达贝发公司时解除。合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施、并有权要求赔偿损失。案涉合同解除后，贝发公司应返还金禾金公司已支付的货款并赔偿利息损失及其他损失，并可取回已交付的货物。所以判决：（1）贝发公司返还著金公司货款822,795元并支付占用资金利息，并自行取回已交付的一次性口罩433,050只，若著金公司不能交付，则按每只1.9元扣减货款；（2）贝发公司支付著金公司鉴定费用8215元。

贝发公司提起上诉，浙江省宁波市中级人民法院二审判决驳回上诉，维持原判。

（二）债务转移合同纠纷案例

以下举例说明：案号为（2021）浙0205民初2223号的债务转移合同纠纷案件。案情简介：宁波奥崎仪表成套设备有限公司（以下简称奥崎成套设备公司）是宁波奥崎自动化仪表设备有限公司（以下简称奥崎自动化公司）的全资子公司。2013年2月6日，奥崎自动化公司向奥崎成套设备公司转账480万元。2013年4月17日、23日、25日，奥崎成套设备公司分别向奥崎自动化公司分别转账40万元、2万元、5万元。2013年7月20日，奥崎自动化公司又向奥崎成套设备公司转

账20万元。2014年2月24日，奥崎成套设备公司向奥崎自动化公司发送《企业询证函》，载明：截止日期2013年12月31日，欠奥崎自动化公司453万元。奥崎自动化公司在“信息证明无误”处加盖财务专用章予以确认。

2016年5月8日，奥崎自动化公司召开股东会并形成股东会决议，决议如下：1.将奥崎自动化公司股东孙某4、孙某5和邵某三人股份转让给宋某、孙某3、张某，注册资金1500万元。将奥崎成套设备公司法人独资股东奥崎自动化公司的股份转让给孙某4、孙某5和邵某，注册资金1500万元。2.变更后的股东及股权比例情况：奥崎自动化公司注册资金1500万元，股东宋某投资为34%，计510万元；孙某3投资为40%，计600万元；张某投资为26%，计390万元。奥崎成套设备公司注册资金1500万元，孙某4投资为34%，计510万元；孙某5投资为40%，计600万元；邵某投资为26%，计390万元……4.在2013年奥崎自动化公司投资款453万元（现为应收款项），原准备作为投资注册资金，由于当时各种原因未加入奥崎成套设备公司投资注册资金。经两家公司共同商议财务账处理如下：4.1奥崎自动化公司应收奥崎成套设备公司的453万元转移至股权变更后的奥崎自动化公司的新股东。4.2奥崎成套设备公司应付奥崎自动化公司的453万元债务转移至股权变更后的奥崎成套设备公司的新股东。该股东会决议未进行工商变更登记。

2017年5月30日，奥崎成套设备公司召开股东会并形成股东会决议，同意奥崎成套设备公司应付奥崎自动化公司的453万元债务转移至股权变更后的奥崎成套设备公司的新股东孙某5。

2020年11月16日，奥崎自动化公司股东孙某2、孙某3、张某召开股东会并形成股东会决议，同意奥崎自动化公司持有对奥崎成套设备公司的453万元债权，并以奥崎自动化公司的名义通过法律手段向债务人追偿。

之后，奥崎自动化公司向法院提起诉讼，要求奥崎成套设备公司、邵某、孙某1三被告共同归还欠款453万元，并支付相应的利息。

奥崎自动化公司与奥崎成套设备公司股东身份关系：孙某4与宋某系夫妻，育有二子孙某3、孙某5和一女孙某6，孙某3系孙某5胞兄。孙某3与张某系夫妻，育有一子孙某2。孙某5与邵某系夫妻，育有一女孙某1。

宁波市江北区人民法院审理后认为，该案的争议焦点主要在于：一、案涉453万元款项的法律性质认定。法院认为，案涉453万元款项应当认定为股东（奥崎自动化公司）基于投资关系对奥崎成套设备公司享有的债权，而非奥崎自动化公司主张的借款。二、2016年5月8日奥崎自动化公司股东会决议第4条的法律效力及相应法律后果。基于奥崎自动化公司股东之间特殊的身份关系，2016年5月8日奥崎自动化公司股东会决议应认定为既是家庭内部成员之间关于奥崎自动化公司、奥崎成套设备公司资产分割的分家析产协议，又是奥崎自动化公司针对股东股权转让等重大事项形成的股东会决议，涉及公司、股东和债权人的合法权益，对于该份股东会决议第4条内容法律效力应当结合《公司法》的相关规定予以认定。所以判决被告邵某、孙某1在继承孙某5遗产范围内清偿原告奥崎自动化公司债务453万元以及相应的利息，诉讼保全费5000元。

三、第三人的债务加入

（一）第三人的债务加入

债务承担有两种主要类型：一是免责的债务承担，即通常所称的债务转移；二是并存的债务承担，即通常所称的债务加入。《民法典》第551条规定了“债务转移”，《民法典》第552条正式将并存的债务承担纳入法典，从而建构起较为完整的债务承担制度体系。

《民法典》第552条规定：第三人与债务人约定加入债务并通知债权人，或者第三人向债权人表示愿意加入债务，债权人未在合理期限内明确拒绝的，债权人可以请求第三人在其愿意承担的债务范围内和债务人承担连带债务。

该条是关于债务加入的规定，实际上是债务部分转移的特殊情况。从该条规定可知，债务加入主要有两种形式：一是第三人与债务人约定的债务加入，此时应当通知债权人；二是第三人与债权人达成的债务加入协议。在司法实践中，比较常见的方式是债权人、债务人、第三人通过三方协议成立的债务加入。常见的情况，在非法人企业（个人独资企业、合伙企业）中，企业对外承担债务但无法按时支付，在债权人催讨后，企业负责人、股东或实际控制人表示愿意加入债

务，一起偿付，三方签订关于债务偿还的协议。

（二）债务加入的构成要件

根据《民法典》第552条规定，债务加入的构成要件主要包括：一是原债权债务关系有效存在；二是债务人不脱离债务关系，第三人加入债务后，原债务人仍应当在原债务范围内承担履行义务，其并没有因第三人加入债务而免除其履行义务，即第三人加入债务只是在原债务人的基础上增加了一个新的债务人，在性质上具有担保债权实现的功能；三是应当通知债权人，第三人加入债务，虽不需债权人同意，但应当通知债权人，或者第三人直接向债权人表示愿意加入债务，债权人在合理期限内未明确拒绝，如果未通知债权人则对债权人不发生效力，同时债权人作为权利人，可以拒绝第三人的债务加入行为；四是第三人在其愿意承担的债务范围内与债务人对债权人承担连带清偿责任。

债务加入与债务转移存在一定的区别，主要表现在两个方面：一是债务人是否免责。在债务转移中，通常债务人将债务全部转移给第三人后，其已经脱离原债务关系，即其不再作为债务人对债权人承担履行债务的义务，而是由第三人作为债务人；在债务加入中，第三人在其承诺的范围内与债务人一起对债权人承担连带责任。二是是否需要债权人同意。债务转移必须经过债权人同意，在债权人与债务人订立合同时，债权人通常需要对债务人的信用与履约能力进行考察，甚至在一些重大项目合同签订前，会委托专业律师进行相应的尽职调查；债务加入，本质上是增加一个新的债务人来保障债权实现，属于对债权人利益的行为，无需债权人同意。基于债务加入通常对债权实现更有保障，但是作为债权人有权对其获利行为予以拒绝。

（三）第三人履行债务后的追偿权

具体见《合同编通则解释》第51条规定：第三人加入债务并与债务人约定了追偿权，其履行债务后主张向债务人追偿的，人民法院应予支持；没有约定追偿权，第三人依照民法典关于不当得利等的规定，在其已经向债权人履行债务的范围内请求债务人向其履行的，人民法院应予支持，但是第三人知道或者应当知道加入债务会损害债务人利益的除外。债务人就其对债权人享有的抗辩向加入债务的第三人主张的，人民法院应予支持。

四、以案例说明债务加入的法律后果

以下以案例说明未完全履行合同与债务加入的法律后果。

案号为（2023）浙0205民初2038号的买卖合同纠纷案件。案情简介：中兴建设有限公司（以下简称中兴公司）承接了宁波市奉化区华侨城阳光海湾项目，被告高某系该项目的负责人。因工程需要，中兴公司向宁波江北鑫利莱商贸有限公司（以下简称鑫利莱公司）采购钢材。双方于2020年10月13日签订了《钢材采购合同》，后又于2020年12月10日签订了新的《钢材采购合同》。上述两份合同签订后，自2020年10月19日至2021年1月10日期间，鑫利莱公司共计供应了钢材1399.86吨。自2021年3月4日至2022年4月16日，鑫利莱公司又供应了钢材4279.964吨。中兴公司共向鑫利莱公司支付了1953万元。高某与鑫利莱公司进行对账，并在对账单上签名。后，高某在结算书上签名，其上载明：1. 截止2022年10月15日，中兴公司尚欠鑫利莱公司货款15,563,744.81元，利息1,391,429.88元，该款于2023年1月20日前付清，逾期未付的，按照银行利息四倍支付逾期付款利息，并承担供方为实现债权产生的各项费用。2. 高某系项目的实际施工人，实际享有与承担工程的收益与风险，故自愿债务加入，与中兴公司就欠款本息与违约责任共同连带承担前述付款义务。后，鑫利莱公司向法院提起诉讼，要求两被告支付货款与违约金。

宁波市江北区人民法院审理后认为，原、被告签订的《钢材采购合同》系双方真实意思表示，内容未违反法律、性质法规强制性规定，应为合法有效，双方理应按约履行各自权利义务。现对原告供货数量、金额、被告中兴公司已付款金额，原、被告均不持异议，两被告仅认为其支付的款项应先行支付本金再支付利息。因上述《钢材采购合同》并未对付款顺序进行约定，根据《民法典》第561条规定，当事人没有特别约定清偿顺序的，应按照实现债权的费用、利息、本金的清偿顺序进行计算。故而，对被告中兴公司支付的款项，原告按照先支付利息再支付本金的方式进行计算，符合法律规定，据此计算尚欠货款本金14,643,861.05元，至2023年3月15日的利息538,472.34元（不含税），因两被告对金额

无异议，法院予以确认。对此后的逾期付款利息，法院也予以支持。对原告诉讼请求被告中兴公司赔偿244,000元的主张，法院予以支持。被告高某在结算书上签名，其已明确自愿加入债务，对中兴公司的债务承担连带责任，且被告高某作为项目负责人，自负盈亏，故对原告诉讼请求其对中兴公司的债务承担连带责任的诉请，法院亦予以支持。所以判决：（1）中兴公司偿还鑫利莱公司货款本金14,643,861.05元，并支付至2023年3月15日的利息538,472.34元（不含税）及以14,643,861.05元为基数、自2023年3月16日起至实际履行日止、按照一年期全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率的四倍计算的逾期付款利息；（2）中兴公司赔偿鑫利莱公司律师费90,000元、担保服务费16,000元、保全费5000元；（3）中兴公司赔偿鑫利莱公司因未按照合同约定数量采购钢材的赔偿金244,000元；（4）高某对中兴公司的上述债务承担连带清偿责任。

五、合同的保全

合同保全制度，是指法律为防止因债务人财产的不当减少致使债权人债权的实现受到危害，而设置的保全债务人责任财产的法律制度。具体有债权人代位权制度和债权人撤销权制度。其中，债权人的代位权着眼于债务人的消极行为，当债务人有权行使而不行使，以致影响债权人权利的实现时，法律允许债权人代债务人之位，以自己的名义向第三人行使债务人的权利；而债权人的撤销权，则着眼于债务人的积极行为，当债务人不履行其债务的情况下，实施减少其财产而损害债权人债权实现的行为时，法律赋予债权人有权申请法院撤销债务人所为的行为的权利。

（一）债权人行使代位权

债权人代位权是指债务人对第三人享有到期债权而怠于行使，损害债权人的利益时，债权人可以向人民法院提起诉讼，以自己的名义向第三人主张债务人的债权，以保护自己的合法权益。《民法典》第535条规定：因债务人怠于行使其债权或者与该债权有关的从权利，影响债权人的到期债权实现的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人对相对人的权利，但是该权利专属于

债务人自身的除外。代位权的行使范围以债权人的到期债权为限。债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。相对人对债务人的抗辩，可以向债权人主张。

《民法典》第536条规定：债权人的债权到期前，债务人的债权或者与该债权有关的从权利存在诉讼时效期间即将届满或者未及时申报破产债权等情形，影响债权人的债权实现的，债权人可以代位向债务人的相对人请求其向债务人履行、向破产管理人申报或者作出其他必要的行为。《民法典》第537条规定：人民法院认定代位权成立的，由债务人的相对人向债权人履行义务，债权人接受履行后，债权人与债务人、债务人与相对人之间相应的权利义务终止。债务人对相对人的债权或者与该债权有关的从权利被采取保全、执行措施，或者债务人破产的，依照相关法律的规定处理。

实务中，债权人行使代位权需要注意以下事项：（1）代位权限于以诉讼的方式行使。（2）代位权行使的范围应当以债权人的债权为限，债权人不能超过自己原有的债权范围来行使代位权。（3）代位权诉讼所涉及的主债权和次债权应均不能超过法定的诉讼时效期间，即都应该在诉讼时效期限内提起，并且提起代位权诉讼的，会发生诉讼时效中断的效力。（4）代位权的诉讼主体方面，债权人为原告、次债务人为被告，债务人可以由人民法院列明作为第三人。（5）次债务人对所欠债务人债务是否清偿承担举证责任。（6）债权人胜诉的，诉讼费用由次债务人承担而非债务人，其他必要的费用如差旅费由债务人承担。

（二）债权人行使撤销权

债权人的撤销权是指债务人放弃到期债权或者无偿转让财产，或债务人以明显不合理的低价转让财产且受让人明知该情形，对债权人造成损害，债权人可以向人民法院提起诉讼，请求撤销债务人的行为。《民法典》第538条规定：债务人以放弃其债权、放弃债权担保、无偿转让财产等方式无偿处分财产权益，或者恶意延长其到期债权的履行期限，影响债权人的债权实现的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。《民法典》第539条规定：债务人以明显不合理的低价转让财产、以明显不合理的高价受让他人财产或者为他人的债务提供担保，影响债权人的债权实现，债务人的相对人知道或者应当知道该情形的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。《民法典》第540条规定：撤销权的行使范

围以债权人的债权为限。债权人行使撤销权的必要费用，由债务人负担。《民法典》第542条规定：债务人影响债权人的债权实现的行为被撤销的，自始没有法律约束力。

在实务中，债权人行使撤销权需要注意以下事项：（1）债权人行使撤销权应以其债权为限，即只要撤销权结果能够使债权人的债权得以完全实现，债权人就不能再对债务人的其他处分财产的行为行使撤销权。（2）撤销权应在法定的期间内行使，否则撤销权消灭。《民法典》第541条规定：撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。自债务人的行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭。如果债权人在上述期限内没有及时行使撤销权，将会面临撤销权消灭的不利法律后果。（3）债权人为行使撤销权所支出的诉讼费用、差旅费等必要费用，由债务人承担；受益人、受让人有过错的，应适当分担。

六、与合同保全相关的案例

（一）债权人代位权纠纷案例

《合同编通则解释》中对债权人代位权纠纷进行了详细的规范，见第35~41条规定。其中第35条规定：债权人依据民法典第五百三十五条的规定对债务人的相对人提起代位权诉讼的，由被告住所地人民法院管辖，但是依法应当适用专属管辖规定的除外。债务人或者相对人以双方之间的债权债务关系订有管辖协议为由提出异议的，人民法院不予支持。第36条规定：债权人提起代位权诉讼后，债务人或者相对人以双方之间的债权债务关系订有仲裁协议为由对法院主管提出异议的，人民法院不予支持。但是，债务人或者相对人在首次开庭前就债务人与相对人之间的债权债务关系申请仲裁的，人民法院可以依法中止代位权诉讼。第37条规定：债权人以债务人的相对人为被告向人民法院提起代位权诉讼，未将债务人列为第三人的，人民法院应当追加债务人为第三人。两个以上债权人以债务人的同一相对人为被告提起代位权诉讼的，人民法院可以合并审理。债务人对相对人享有的债权不足以清偿其对两个以上债权人负担的债务的，人民法院应当按

照债权人享有的债权比例确定相对人的履行份额，但是法律另有规定的除外。第38条规定：债权人向人民法院起诉债务人后，又向同一人民法院对债务人的相对人提起代位权诉讼，属于该人民法院管辖的，可以合并审理。不属于该人民法院管辖的，应当告知其向有管辖权的人民法院另行起诉；在起诉债务人的诉讼终结前，代位权诉讼应当中止。第39条规定：在代位权诉讼中，债务人对超过债权人代位请求数额的债权部分起诉相对人，属于同一人民法院管辖的，可以合并审理。不属于同一人民法院管辖的，应当告知其向有管辖权的人民法院另行起诉；在代位权诉讼终结前，债务人对相对人的诉讼应当中止。第40条规定：代位权诉讼中，人民法院经审理认为债权人的主张不符合代位权行使条件的，应当驳回诉讼请求，但是不影响债权人根据新的事实再次起诉。债务人的相对人仅以债权人提起代位权诉讼时债权人与债务人之间的债权债务关系未经生效法律文书确认为由，主张债权人提起的诉讼不符合代位权行使条件的，人民法院不予支持。第41条规定：债权人提起代位权诉讼后，债务人无正当理由减免相对人的债务或者延长相对人的履行期限，相对人以此向债权人抗辩的，人民法院不予支持。

举例说明：一审案号为（2019）浙0282民初1879号，二审案号为（2019）浙02民终4225号的债权人代位权纠纷案件。案情简介：浙江能美电子科技有限公司（以下简称能美公司）与苏州能美佳安宝电气科技有限公司（以下简称能美佳安宝公司）买卖合同纠纷案件。苏州市虎丘法院作出（2016）苏0505民初4239号民事判决书，判决能美佳安宝公司支付能美公司货款1622,914.71元。江苏省苏州市中级人民法院二审维持原判。判决生效后，能美公司向虎丘法院申请执行。执行过程中，虎丘法院向公牛集团股份有限公司（以下简称公牛公司）发出（2018）苏0505执1121号协助执行通知书，要求公牛公司将能美佳安宝公司在公牛公司处的到期债权在1666193.71元范围内提取至虎丘法院执行款专户。公牛公司于2018年9月13日向虎丘法院提出异议，称公牛公司自2017年4月26日收到虎丘法院停止支付合同款项的协助执行通知书后，即与能美佳安宝公司停止合作，之后未再采购其合同产品，也未支付任何合同款项，彼时能美佳安宝公司在公牛公司处的合同款项共计813,120元，根据公牛公司与能美佳安宝公司签订的采购框架合同及质量保证协议，公牛公司有权扣留50万元作为产品质保金。公牛公司遂

将余款313,120元付至虎丘法院执行款专户。之后,能美佳安宝公司未履行付款义务,虎丘法院在执行中查明能美佳安宝公司名下目前暂无可供执行财产。

能美公司向浙江省慈溪市人民法院提起诉讼,要求公牛公司向能美公司履行代位清偿义务。

浙江省慈溪市人民法院审理后认为,该案中,能美公司与公牛公司之间的主要争议焦点为公牛公司与能美佳安宝公司之间的案涉采购订单是否实际履行,以此确定能美佳安宝公司是否对公牛公司享有该采购订单项下52.8万元货款的到期债权。该案中,公牛公司向该院提交采购订单,并在庭审中陈述该采购订单项下的货物于2017年5月3日交付,以此证明质保金尚未届期。在第二次庭审中,公牛公司反悔,称该采购订单未实际履行。综合其他证据,法院认定案涉采购订单已经履行,能美佳安宝公司对公牛公司享有该订单项下52.8万元货款的到期债权。所以判决:公牛公司支付能美公司102.8万元。

公牛公司提起上诉,并提供新的证据。浙江省宁波市中级人民法院审理后,由于二审中公牛公司及能美佳安宝公司提供了新的证据,致一审认定事实有误,法院予以纠正。公牛公司的上诉请求成立,法院予以支持。所以判决:(1)撤销浙江省慈溪市人民法院(2019)浙0282民初1879号民事判决;(2)公牛公司支付能美公司50万元。

(二) 债权人撤销权纠纷

《合同编通则解释》中对债权人代位权纠纷进行了详细的规范,见第42~46条规定。其中第42条规定:对于民法典第五百三十九条规定的“明显不合理”的低价或者高价,人民法院应当按照交易当地一般经营者的判断,并参考交易时交易地的市场交易价或者物价部门指导价予以认定。转让价格未达到交易时交易地的市场交易价或者指导价百分之七十的,一般可以认定为“明显不合理的低价”;受让价格高于交易时交易地的市场交易价或者指导价百分之三十的,一般可以认定为“明显不合理的高价”。债务人与相对人存在亲属关系、关联关系的,不受前款规定的百分之七十、百分之三十的限制。第43条规定:债务人以明显不合理的价格,实施互易财产、以物抵债、出租或者承租财产、知识产权许可使用等行为,影响债权人的债权实现,债务人的相对人知道或者应

当知道该情形,债权人请求撤销债务人的行为的,人民法院应当依据民法典第五百三十九条的规定予以支持。第44条规定:债权人依据民法典第五百三十八条、第五百三十九条的规定提起撤销权诉讼的,应当以债务人和债务人的相对人为共同被告,由债务人或者相对人的住所地人民法院管辖,但是依法应当适用专属管辖规定的除外。两个以上债权人就债务人的同一行为提起撤销权诉讼的,人民法院可以合并审理。第45条规定:在债权人撤销权诉讼中,被撤销行为的标的可分,当事人主张在受影响的债权范围内撤销债务人的行为的,人民法院应予支持;被撤销行为的标的不可分,债权人主张将债务人的行为全部撤销的,人民法院应予支持。债权人行使撤销权所支付的合理的律师代理费、差旅费等费用,可以认定为民法典第五百四十条规定的“必要费用”。第46条规定:债权人在撤销权诉讼中同时请求债务人的相对人向债务人承担返还财产、折价补偿、履行到期债务等法律后果的,人民法院依法予以支持。债权人请求受理撤销权诉讼的人民法院一并审理其与债务人之间的债权债务关系,属于该人民法院管辖的,可以合并审理。不属于该人民法院管辖的,应当告知其向有管辖权的人民法院另行起诉。债权人依据其与债务人的诉讼、撤销权诉讼产生的生效法律文书申请强制执行的,人民法院可以就债务人对相对人享有的权利采取强制执行措施以实现债权人的债权。债权人在撤销权诉讼中,申请对相对人的财产采取保全措施的,人民法院依法予以准许。

以下举例说明:一审案号为(2022)浙0282民初4467号,二审案号为(2022)浙02民终5871号的债权人撤销权纠纷案件。案情简介:浙江省慈溪市人民法院于2016年7月15日作出(2016)浙0282民初6058号民事判决,判决:(1)被告慈溪市天晟车业有限公司给付平安银行股份有限公司宁波慈溪支行(以下简称平安银行慈溪支行)借款本金600万元、截至2016年6月7日的利息425,006.72元、逾期利息140,838.75元、复利9976.24元,以及逾期利息和复利;(2)被告宁波市力奇亚车业有限公司、慈溪市胜山镇新兴五金厂、蒋某、潜某、徐某对上述判决确定的被告慈溪市天晟车业有限公司的付款义务承担连带清偿责任,在承担保证责任后有权向被告慈溪市天晟车业有限公司追偿。后,该案各被告未自动履行该判决内容,平安银行慈溪支行遂申请执行,慈溪法院于2016年10月31日作

出（2016）浙0282执4711号执行裁定，查明被执行人即上述案件各被告暂无可执行的财产，该执行案暂无继续执行的必要，应终结本次执行程序。

慈溪市久腾车业有限公司（以下简称久腾公司）于2014年7月24日登记成立，成立时注册资本为100万元，现注册资本为60万元。2020年5月26日，徐某与其妻子即方某签订股权转让协议，徐某将其在久腾公司的50%股权以30万元转让给方某，并于同年5月28日将股权变更登记至方某名下，未交付转让款。

2021年4月19日，平安银行慈溪支行经向慈溪市市场监督管理局查询，得知徐某在久腾公司的50%股权已变更登记至方某名下。平安银行慈溪支行向法院提起诉讼，要求撤销徐某将其持有的久腾公司50%股权转让给方某的行为。

浙江省慈溪市人民法院审理后认为，债务人以放弃其债权、放弃债权担保、无偿转让财产等方式无偿处分财产权益，或者恶意延长其到期债权的履行期限，影响债权人的债权实现的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。徐某将其在久腾公司的50%的股权以30万元转让给其妻子即方某，但未交付转让款。因徐某至今未履行（2016）浙0282民初6058号民事判决确认的对平安银行慈溪支行的债务，其上述股东转让行为，影响了其债权实现的，现平安银行慈溪支行要求撤销该转让行为，并将股权变更登记回徐某名下，于法有据，予以支持。对方某关于案涉股权系有偿转让的意见不予采纳。关于方某所称的平安银行慈溪支行起诉已超过一年除斥期间的意见，该院认为，平安银行慈溪支行于2021年4月19日经查询得知案涉股权转让事实，于2022年4月13日向浙江法院网网上立案平台提交诉状主张权利，未超过一年除斥期间。所以判决：（1）撤销徐某将其在久腾公司50%股权转让给方某的行为；（2）徐某、方某将登记在方某名下的久腾公司50%股权变更登记至徐某名下。案件受理费5800元，财产保全费2020元，合计7820元，由徐某负担。

第六章 违约责任追究与合同争议解决方法

一、违约行为的表现形态

《民法典》合同编第八章对“违约责任”作了专门规定。但在现实中，一些企业对合同其他内容非常重视，对违约责任的规定却非常简单，甚至没有相应的规定。究其原因，主要是两点：一是认为双方此前已经合作多年，且合作关系良好，对方应该不会违约；二是不够重视，认为合同签订时不必顾虑很多，如果对方出现违约情况，到时双方协商解决即可。

如果合同当事人出于各种原因造成合同迟延履行、不完全履行或履行存在瑕疵的情况下，另一方当事人一般会受到损失。因此，为保证合同的顺利履行，建议企业有必要在合同中明确约定合理的违约责任条款。

合同违约行为主要有以下一些表现形态：

（一）一方不履行或者履行不符合约定

《民法典》第577条规定：当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。第578条规定：当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的，对方可以在履行期限届满前请求其承担违约责任。第583条规定：当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，在履行义务或者采取补救措施后，对方还有其他损失的，应当赔偿损失。根据以上规定可知，合同当事人一方出现拒绝履行或者不按照合同约定履行义务的违约行为时，另一方当事人有权追究其违约责任。这是最常见的违约行为表现形态，通常是指一方违约的情况。

（二）瑕疵履行

《民法典》第582条规定：“履行不符合约定的，应当按照当事人的约定承

担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择请求对方承担修理、重作、更换、退货、减少价款或者报酬等违约责任。”瑕疵履行也是违约行为的一种，通常表现为违约方非出于主观原因造成违约，而且违约造成的后果不严重。有些瑕疵履行是出于意外情况造成，是双方此前难以预料到的，所以在合同中没有约定或者约定不明确。

举例说明：某企业委托装修公司对其新建办公楼进行装修，合同中明确指定要使用某品牌的油漆，但装修公司工作人员没有将此要求明确告诉采购人员，采购人员就购买了另一品牌的油漆，等装修结束才发现该差错，但已经无法弥补了，合同中对这种违约行为的责任承担也没有明确约定，该企业无法要求装修公司重新施工，只能要求装修公司适当减少价款了。

（三）双方均违约与有过失

《民法典》第592条规定：“当事人都违反合同的，应当各自承担相应的责任。当事人一方造成对方损失，对方对损失的发生有过错的，可以减少相应的损失赔偿额。”实践中，往往会出现双方都违约的情况，如一方迟延交货、另一方拖欠货款，所以要判断双方的责任情况。也经常出现一方存在违约行为，另一方明知该情况但不做补救措施，导致损失扩大，法院一般会认定该扩大部分的损失由该方自己承担。所以《民法典》第591条规定了“减损规则”：当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失请求赔偿。当事人因防止损失扩大而支出的合理费用，由违约方负担。

（四）因第三人原因造成违约

《民法典》第593条规定：“当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当依法向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定处理。”因为合同的相对性，即使是第三方的原因造成合同当事人一方违约的，其仍然需要对合同另一方当事人承担违约责任。

举例说明：双方约定在某具体时间交货，由卖方负责将货物运输到买方指定的地点。卖方委托第三方物流公司运输，提前3天发货，按照正常行程，应该在

2天内可以运达。没有想到意外发生，运输车辆在路途中发生车祸，导致货物倾覆，物流公司只能另外派车去装运，导致不仅交货时间延迟了5天，而且部分产品出现质量问题。虽然卖方没有过错，但应向买方承担违约责任，并向物流公司追究赔偿责任。

二、违约责任的承担方式

根据《民法典》第577条的规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

（一）继续履行

《民法典》第579条规定：当事人一方未支付价款、报酬、租金、利息，或者不履行其他金钱债务的，对方可以请求其支付。第580条规定，当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以请求履行，但是有下列情形之一的除外：（1）法律上或者事实上不能履行；（2）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；（3）债权人在合理期限内未请求履行。有前款规定的除外情形之一，致使不能实现合同目的的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求终止合同权利义务关系，但是不影响违约责任的承担。

根据上述法律规定，对于合同一方当事人未履行支付价款或者报酬等金钱债务时，另一方就有权要求其继续履行合同义务，继续支付未支付的价款或者报酬。但若合同一方当事人未履行的是非金钱债务时，请求继续履行则存在例外情况。

（二）采取补救措施

前述违约行为的表现里提到因标的物质质量不符合约定的瑕疵履行，而这种瑕疵履行通常说所应承担的违约责任就是采取补救措施。根据《民法典》第582条的规定，补救措施包括“请求对方承担修理、重作、更换、退货、减少价款或者报酬等违约责任”。如在承揽合同纠纷中，出现承揽人的工作成果不符合质量要求的情况，通常采取补救措施，具体见《民法典》第781条规定：承揽人交付的

工作成果不符合质量要求的，定作人可以合理选择请求承揽人承担修理、重作、减少报酬、赔偿损失等违约责任。在建设工程合同纠纷中，如果发包人认定工程质量存在问题但还可以采取补救措施的，可以要求施工人无偿修理。具体见《民法典》第801条规定：因施工人的原因致使建设工程质量不符合约定的，发包人有权请求施工人在合理期限内无偿修理或者返工、改建。经过修理或者返工、改建后，造成逾期交付的，施工人应当承担违约责任。

此外，在《民法典》中新增了一种补救措施——“替代履行”。具体见《民法典》第581条规定：当事人一方不履行债务或者履行债务不符合约定，根据债务的性质不得强制履行的，对方可以请求其负担由第三人替代履行的费用。根据该条规定，在一方出现违约行为时，合同当事人另一方想选择继续履行的方式，但违约方不配合继续履行且根据债务的性质不得强制履行的，另一方可以选择由第三人替代履行的补救措施，由违约方承担第三人替代履行的费用。举例说明：企业作为发包人将办公楼装修改造工程交给装修公司承包完成，合同中写明包括水电工程，但后来验收时发现部分水管、电线没有按照施工图纸进行安装，企业拒绝进行验收并要求装修公司继续履行合同，但装修公司以各种理由予以拒绝，所以该企业委托另一家装修公司继续完成水电工程，并将支付给另一家装修公司的费用在支付给承包的装修公司的工程款项中予以扣除，这就是典型的替代履行做法。

最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（2020年12月修正）第16条规定：买受人在检验期限、质量保证期、合理期限内提出质量异议，出卖人未按要求予以修理或者因情况紧急，买受人自行或者通过第三人修理标的物后，主张出卖人负担因此发生的合理费用的，人民法院应予支持。

（三）赔偿损失

《民法典》第583条规定：当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，在履行义务或者采取补救措施后，对方还有其他损失的，应当赔偿损失。由该条规定可见，赔偿损失是违约责任的主要承担方式，即使违约方继续履行义务或采取补救措施，只要对另一方造成了损失，都应赔偿损失。

对于赔偿损失的数额标准，具体见《民法典》第584条规定：当事人一方不

履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，造成对方损失的，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；但是，不得超过违约一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违约可能造成的损失。

赔偿损失的范围可由法律直接规定或由当事人双方约定。在法律没有特殊规定或当事人没有另行约定的情况下，应按完全赔偿原则赔偿全部损失，包括直接损失和间接损失。直接损失指财产上的直接减少。间接损失又称可得利益，是指失去的可以预期取得的利益。在司法实务中，对于直接损失的认定相对比较简单一些，根据主张损失的一方的举证来进行认定。但对于间接损失的认定相对比较困难，尤其是主张损失的一方往往难以举证，但不予支持又显得不合理。

“合同履行后可以获得的利益”属于可得利益的范畴，是未来可以得到的利益，不包括履行本身获得的利益。由于一方违约，受损害的一方不能取得合同约定应交付的财产，造成其生产经营活动中断或者从事该活动的基础和条件丧失，从而导致利润损失，这就是一种可得利益损失。可得利益是一种未来利益，它在违约行为发生时并没有为合同当事人所实际享有，而必须通过合同的实际履行才能得以实现。同时，可得利益必须具有一定程度的确定性。如果没有确定性，是不能要求赔偿的。

在司法实务中，受损害的一方提出利益损失赔偿的请求，并不必然会得到支持，因为其还要受到可预见性规则、减轻损失规则、过失相抵规则以及损益相抵规则等的限制。以房屋买卖合同纠纷为例，在房屋买卖合同履行期间，房屋市场价格上涨，出卖人拒不履行交付房屋合同义务，致使买受人的合同目的无法实现，因此造成的房屋市场价格与合同约定价格之间的差价，属于买受人的可得利益损失范畴。但是，在个案中确定具体损失数额时，还要考虑其他综合因素，不能简单的以价格之差确定买受人的购房损失数额。

《合同编通则解释》第60条规定：人民法院依据民法典第五百八十四条的规定确定合同履行后可以获得的利益时，可以在扣除非违约方为订立、履行合同支出的费用等合理成本后，按照非违约方能够获得的生产利润、经营利润或者转售利润等计算。非违约方依法行使合同解除权并实施了替代交易，主张按照替代交易价格与合同价格的差额确定合同履行后可以获得的利益的，人民法院依法予以

支持；替代交易价格明显偏离替代交易发生时当地的市场价格，违约方主张按照市场价格与合同价格的差额确定合同履行后可以获得的利益的，人民法院应予支持。非违约方依法行使合同解除权但未实施替代交易，主张按照违约行为发生后合理期间内合同履行地的市场价格与合同价格的差额确定合同履行后可以获得的利益的，人民法院应予支持。

该解释第63条规定：在认定民法典第五百八十四条规定的“违约一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违约可能造成的损失”时，人民法院应当根据当事人订立合同的目的，综合考虑合同主体、合同内容、交易类型、交易习惯、磋商过程等因素，按照与违约方处于相同或者类似情况的民事主体在订立合同时预见到或者应当预见到的损失予以确定。除合同履行后可以获得的利益外，非违约方主张还有其向第三人承担违约责任应当支出的额外费用等其他因违约所造成的损失，并请求违约方赔偿，经审理认为该损失系违约一方订立合同时预见到或者应当预见到的，人民法院应予支持。在确定违约损失赔偿额时，违约方主张扣除非违约方未采取适当措施导致的扩大损失、非违约方也有过错造成的相应损失、非违约方因违约获得的额外利益或者减少的必要支出的，人民法院依法予以支持。

最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（2020年12月修正）第22条规定“买卖合同当事人一方违约造成对方损失，对方主张赔偿可得利益损失的，人民法院在确定违约责任范围时，应当根据当事人的主张，依据民法典第五百八十四条、第五百九十一条、第五百九十二条、本解释第二十三条等规定进行认定。”

其中《民法典》第584条规定的是“损害赔偿范围”与“可预见性规则”；第591条规定的是“减轻损失规则”，具体内容是：“当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失请求赔偿。当事人因防止损失扩大而支出的合理费用，由违约方负担”；第592条第2款规定的是“过失相抵规则”，具体内容是：“当事人一方违约造成对方损失，对方对损失的发生有过错的，可以减少相应的损失赔偿额”；该解释第23条规定的是“损益相抵规则”，具体内容是：“买卖合同当事人一方因对方违约而获有利益，违约方主张从损失赔偿额中扣除该部分利益的，人民法

院应予支持。”

根据《民事诉讼法》规定的“谁主张、谁举证”的原则，受损害的一方应当对可得利益损失赔偿请求权产生的法律事实承担举证证明责任，主要包括：相对方存在的违约行为；己方存在可得利益损失（数额）；所受损失和违约行为之间存在因果关系。实践中，违约方要对应予以限制或者减少可得利益损失赔偿数额的抗辩承担举证责任，比如减轻损失规则，损益相抵规则、过失相抵原则、可预见性规则的适用等。

合同违约造成的损失赔偿一般是采取“填平”原则，即损失多少赔偿多少。但在一些特殊情况下，适用于惩罚性赔偿原则，即赔偿数额要高于损失数额。

《民法典》第179条第2款规定：法律规定惩罚性赔偿的，依照其规定。在《民法典》中有3处规定了惩罚性赔偿，分别是：第1185条规定的“侵害知识产权的惩罚性赔偿”，第1207条规定的“产品责任惩罚性赔偿”，第1232条规定的“环境污染、生态破坏侵权的惩罚性赔偿”，都是侵权行为引起的惩罚性赔偿。此外，《中华人民共和国消费者权益保护法》第55条规定：“经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍；增加赔偿的金额不足五百元的，为五百元。法律另有规定的，依照其规定。经营者明知商品或者服务存在缺陷，仍然向消费者提供，造成消费者或者其他受害人死亡或者健康严重损害的，受害人有权要求经营者依照本法第四十九条、第五十一条等法律规定赔偿损失，并有权要求所受损失二倍以下的惩罚性赔偿。”《浙江省实施〈中华人民共和国消费者权益保护法〉办法》第51条第1款中规定，经营者提供商品或者服务有该办法规定的情况之一的，应当根据消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用总额的一倍。因为消费者与经营者之间发生纠纷很多是合同纠纷，所以合同纠纷也是可以有条件地适用惩罚性赔偿，这是对消费者权益的特殊保护。各地发生较多的类似案件：消费者在中介公司人员的推荐下购买了二手车，承诺是不是泡水车或事故车，后来是发现是泡水车，消费者因此提起合同纠纷之诉，法院判决消费者可以解除合同并要求退款，并要求中介公司增加赔偿相当于购车价3倍的损失。

（四）支付违约金

《民法典》第585条规定：当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。约定的违约金低于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以减少。当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。

违约金一般按照双方合同约定进行确认，主要采取两种方式：一是约定违约方向守约方支付一定数额的违约金，写法如：“如果承租人不按时支付租金，超过一个月以上，支付相当于一个月租金的违约金”，“供货方交付的货物不符合合同约定的质量要求，购买方可以选择退货，供货方须向购买方支付10万元的违约金”；二是约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法，写法如：“如果甲方（房产商）交付商品房延迟，应向乙方（购房者）支付相当于同地段、同面积的商品房的租金的费用作为赔偿乙方的损失”，“如果买方不按时付款，每逾期一天，应按照未支付数额的万分之五作为对卖方的损失赔偿”。总之，违约金的写法各异，没有统一标准，需要注意的是双方的违约责任写法应基本对等，保持公平、合理。如在商品房买卖合同纠纷中，经常可以发现合同中的违约责任写明不公平，房产商延迟交付商品房，每逾期一天，按照购房款的万分之一支付违约金；购房者逾期付款，每逾期一天，按照购房款的万分之五支付违约金。如果发生房产商延迟交付的违约行为，购房者向法院提出要求调整违约金，该要求一般会得到支持。

对于违约责任的认定，尤其是违约金的计算。最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（2020年12月修正）第五部分专门规定的“违约责任”值得关注。如第17条规定：标的物质量不符合约定，买受人依照民法典第五百八十二条的规定要求减少价款的，人民法院应予支持。当事人主张以符合约定的标的物 and 实际交付的标的物按交付时的市场价值计算差价的，人民法院应予支持。价款已经支付，买受人主张返还减价后多出部分价款的，人民法院应予支持。该解释第18条规定：买卖合同对付款期限作出的变更，不影响当事人

关于逾期付款违约金的约定，但该违约金的起算点应当随之变更。买卖合同约定逾期付款违约金，买受人以出卖人接受价款时未主张逾期付款违约金为由拒绝支付该违约金的，人民法院不予支持。买卖合同约定逾期付款违约金，但对账单、还款协议等未涉及逾期付款责任，出卖人根据对账单、还款协议等主张欠款时请求买受人依约支付逾期付款违约金的，人民法院应予支持，但对账单、还款协议等明确载有本金及逾期付款利息数额或者已经变更买卖合同中关于本金、利息等约定内容的除外。买卖合同没有约定逾期付款违约金或者该违约金的计算方法，出卖人以买受人违约为由主张赔偿逾期付款损失，违约行为发生在2019年8月19日之前的，人民法院可以中国人民银行同期同类人民币贷款基准利率为基础，参照逾期罚息利率标准计算；违约行为发生在2019年8月20日之后的，人民法院可以违约行为发生时中国人民银行授权全国银行间同业拆借中心公布的一年期贷款市场报价利率（LPR）标准为基础，加计30—50%计算逾期付款损失。该解释第20条规定：买卖合同因违约而解除后，守约方主张继续适用违约金条款的，人民法院应予支持；但约定的违约金过分高于造成的损失的，人民法院可以参照民法典第五百八十五条第二款的规定处理。该解释第21条规定：买卖合同当事人一方以对方违约为由主张支付违约金，对方以合同不成立、合同未生效、合同无效或者不构成违约等为由进行免责抗辩而未主张调整过高的违约金的，人民法院应当就法院若不支持免责抗辩，当事人是否需要主张调整违约金进行释明。一审法院认为免责抗辩成立且未予释明，二审法院认为应当判决支付违约金的，可以直接释明并改判。

对于约定的违约金过高或过低，可以适当调整的问题，在实践中存在较大的争议，主要焦点是对过高或过低的标准认定。对此问题，《合同编通则解释》第64条规定：当事人一方通过反诉或者抗辩的方式，请求调整违约金的，人民法院依法予以支持。违约方主张约定的违约金过分高于违约造成的损失，请求予以适当减少的，应当承担举证责任。非违约方主张约定的违约金合理的，也应当提供相应的证据。当事人仅以合同约定不得对违约金进行调整为由主张不予调整违约金的，人民法院不予支持。该解释第65条规定：当事人主张约定的违约金过分高于违约造成的损失，请求予以适当减少的，人民法院应当以民法典第五百八十四

条规定的损失为基础，兼顾合同主体、交易类型、合同的履行情况、当事人的过错程度、履约背景等因素，遵循公平原则和诚信原则进行衡量，并作出裁判。约定的违约金超过造成损失的百分之三十的，人民法院一般可以认定为过分高于造成的损失。恶意违约的当事人一方请求减少违约金的，人民法院一般不予支持。

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》（2020年12月修正）第12条规定也值得参考：当事人以约定的违约金过高为由请求减少的，应当以违约金超过造成的损失30%为标准适当减少；当事人以约定的违约金低于造成的损失为由请求增加的，应当以违约造成的损失确定违约金数额。该解释第13条规定：商品房买卖合同没有约定违约金数额或者损失赔偿额计算方法，违约金数额或者损失赔偿额可以参照以下标准确定：逾期付款的，按照未付购房款总额，参照中国人民银行规定的金融机构计收逾期贷款利息的标准计算。逾期交付使用房屋的，按照逾期交付使用房屋期间有关主管部门公布或者有资格的房地产评估机构评定的同地段同类房屋租金标准确定。

此外，如果在合同中约定有定金条款时，需要予以特别注意。《民法典》第588条规定：当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款。定金不足以弥补一方违约造成的损失，对方可以请求赔偿超过定金数额的损失。

除了以上规范外，还需要注意违约责任与侵权责任竞合如何处理。根据《民法典》第186条的规定，因当事人一方的违约行为，损害对方人身权益、财产权益的，受损害方有权选择请求其承担违约责任或者侵权责任。从该条规定可知，合同当事人一方的违约行为同时又符合侵权行为时，导致违约责任与侵权责任一并产生，违约责任的请求权与侵权责任的索赔请求权发生重叠，形成请求权的竞合，权利人只能选择其中一项行使。

三、不可抗力与合同解除

（一）不可抗力是法定的免责事由但不能滥用

不可抗力作为法定的免责事由，在发生违约行为时也可以适用。《民法典》

第180条规定：因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。法律另有规定的，依照其规定。不可抗力是不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。

《民法典》第590条规定：当事人一方因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或都全部免除责任，但是法律另有规定的除外。因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不免除其违约责任。

需要提醒企业注意的是：不可抗力要符合“不能预见、不能避免且不能克服”这三项条件，常见有：地震、台风、战争、罢工、疫情等情况。不可抗力是合同当事人正常履行合同义务的一种障碍，可能会造成合同不能履行，包括三种类型：一是合同全部不能履行；二是合同部分不能履行；三是合同一时不能履行或迟延履行。多数情况下，不可抗力造成的是部分影响，不是合同全部不能履行的理由。

不可抗力的适用规则主要体现在以下两条：一是不可抗力事件与合同履行障碍之间存在因果关系；二是债务人需履行通知义务及提供证据证明。

在不可抗力规则下，合同当事人根据不可抗力的影响，通常可以部分或者全部免除责任，并非一概完全免除责任。举例说明：某公司（承租人）与某仓储公司（出租人）、某工贸公司房屋租赁合同纠纷中，出租人经授权将他人建造的房屋（未取得房屋产权证书）出租，该建筑物遭遇强降雪倒塌，致使承租人的机器设备受损，因此承租人向法院提起诉讼。法院依职权查明降雪时间段的大约降雪厚度，并查明符合质量标准的建筑物可以承受该厚度积雪，进而证明该建筑物质量不达标。据此，认定出租人主张强降雪系不可抗力的抗辩理由不成立，出租人对承租人承担违约责任，而建筑物的所有权人对承租人承担侵权责任，与出租人之间构成不真正连带责任。

当事人一方因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能对对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证据证明。根据诚信原则，合同当事人也应尽到通知义务。

（二）不可抗力与合同解除

有时候，合同当事人一方本来就履行合同比较困难，刚好在此期间遭遇到不

可抗力事件，就借机提出要求解除合同。对于能否解除合同，要根据不可抗力造成的影响，具体问题具体分析。从司法实务上看，法院一般是鼓励合同交易达成，所以合同能履行的尽量履行。如果确实难以全部履行，可以部分履行或迟延履行。

最高人民法院《关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见（一）》中第2条规定：依法准确适用不可抗力规则。人民法院审理涉疫情民事案件，要准确适用不可抗力的具体规定，严格把握适用条件。……当事人主张适用不可抗力部分或者全部免责的，应当就不可抗力直接导致民事义务部分或者全部不能履行的事实承担举证责任。第3条规定：疫情或者疫情防控措施直接导致合同不能履行的，依法适用不可抗力的规定，根据疫情或者疫情防控措施的影响程度部分或者全部免除责任。因疫情或者疫情防控措施导致合同目的不能实现，当事人请求解除合同的，人民法院应予支持。疫情或者疫情防控措施仅导致合同履行困难的，当事人可以重新协商；能够继续履行的，人民法院应当切实加强调解工作，积极引导当事人继续履行。当事人以合同履行困难为由请求解除合同的，人民法院不予支持。继续履行合同对于一方当事人明显不公平，其请求变更合同履行期限、履行方式、价款数额等的，人民法院应当结合案件实际情况决定是否予以支持。合同依法变更后，当事人仍然主张部分或者全部免除责任的，人民法院不予支持。

举例说明：在一起车辆租赁合同纠纷案件中，原告是一名网约车司机，被告是某车辆租赁公司。原、被告双方于2019年11月签订了车辆租赁合同，约定租赁期限为1年，租金为每月3000元。原告于2020年2月15日诉至法院，称因新冠肺炎疫情影响，宁波市政府采取小区封闭政策，该情形构成不可抗力，要求解除双方之间的租赁合同，并要求被告退还押金9400元。被告原定于2月20日复工，希望与原告继续履行合同，表示若2月20日正常复工，愿意减免10日租金；若2月20日未如期复工，则愿意与原告再次协商租金减免事宜。原告最终接受被告的方案，同意继续履行合同，并愿意与被告共同承担因疫情影响减少的租金损失，后申请撤回起诉。

四、解决合同争议的方式

在合同解决争议的条款中，经常用这样的写法：在本合同履行过程中发生的争议，首先由双方当事人协商解决；如果协商或调解不成的，任何一方可以向某法院提起诉讼（或向某仲裁委员会申请仲裁）。

在实务中，非诉讼方式解决合同争议，主要是两种方式：协商与调解，这两种方式可以并用。通过裁决方式解决合同争议，主要是两种方式：诉讼与仲裁，但这两种方式只能选其一。

（一）协商

协商是比较简单的方式，也是成本最低的解决争议方法。如买卖合同签订后，卖方交付货物延迟，买方催促，卖方说明延迟的理由，如因为疫情影响导致招收工人困难，所以希望买方予以理解，同意推迟交付一个月，卖方也同意在款项支付上给予一定的减少。只要双方当事人协商一致，就可以变更合同，建议双方以签订补充协议的方式予以确认，以免以后发生纠纷。

再如，双方签订厂房建设工程合同，合同中明确工程款数额与进度安排等事项，承包方的报价是按照原来的材料价格计算，是有一定的利润的，但在施工过程中突然遇到钢材、水泥等原材料大涨，导致承包方的支出明显增加，出现了亏损。承包方向发包方提出要么提前解除合同，愿意支付违约金，要么发包方同意适当提高工程款。发包方急着想把厂房建造起来，也考虑到原材料涨价的因素，同意适当提高工程款，但要求承包方也承担部分涨价成本，并要求保证工程质量。双方协商同意后签订补充协议。

除了通过协商解决合同履行中的问题，还可以协商解决一方违约后续处理问题，如采取补救措施、承担违约金或赔偿损失的数额等。

（二）调解

除了协商以外，还可以采取调解的方式。调解是指引入第三方机构对双方做工作，争取达成一致。常见的有三种调解类型：一是专业组织进行调解，如金融纠纷调解委员会、知识产权纠纷调解委员会等；二是社会组织进行调解，如商会

调解组织、社区调解组织等；三是法院组织或委托律师开展的调解，通常是诉前调解，也有诉讼过程中开展的调解。调解的成本相对也比较低，程序也比诉讼过程来得简单，所以也是可以选择的纠纷解决方式，但双方要学会妥协。

举例说明：某制衣公司与某服饰公司及其另一家关联公司于2018年分别签订了《服饰采购合同》。合同签订后，两服饰公司收货后未按约付款，欠付货款达400余万元。为此，制衣公司于2020年1月14日分别起诉要求两服饰公司支付货款、承担违约金责任等，并申请财产保全，查封两服饰公司的银行账户。两服饰公司应诉后，认可欠付货款，并承诺还款，但因新冠肺炎疫情影响，各地服饰专卖店关闭，春节黄金旺季无营业收入，还有高昂成本；且因账户被保全，影响了员工工资发放、支付社保等。

上海市静安区人民法院受理该案后，认为新冠疫情期间，中小民营企业的资金压力较大，双方当事人复工复产都急需资金，而案涉服饰公司的账户被保全，在判决生效前依法不能动用被查封款项，在这种情况下，最好的方案是促成双方当事人尽快达成调解协议解除查封，对原告而言，可以尽快回笼资金按期复工，对被告而言，可以及时向员工发放工资、缴纳税收和社保、支付店铺租金，确保正常经营，于是竭力促成。通过线上审理和调解，其中一案当庭撤诉，另一案达成分期还款的调解方案。线上庭审当天，制衣公司即收到了先期支付款项，并申请法院解除了全部财产保全，后双方均已复工复产。

（三）诉讼

诉讼，俗称打官司，往往是双方无法通过协商或调解解决纠纷，进而向法院提起诉讼。需要关注的法院管辖问题，尤其是地域管辖问题。《民事诉讼法》（2021年修订）第24条规定：因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。但还需要注意一些特殊的管辖规定，如《民事诉讼法》第25条规定：因保险合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者保险标的物所在地人民法院管辖。根据《民事诉讼法》第34条的规定，因不动产纠纷提起的诉讼（如商品房买卖合同纠纷），由不动产所在地人民法院专属管辖。

双方当事人可以在合同中约定管辖的法院，如处于强势地位的企业往往在谈判中要求合同相对方同意纠纷由己方所在地的人民法院管辖。《民事诉讼法》第

35条规定：合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。

特别提醒企业的是：虽然双方可以选择管辖法院，但该法院应与合同争议有实际联系。近年来，出现大量“异地”案件通过协议管辖进入约定法院的情况，最高人民法院的裁定对这种情况进行了明确，认为这种做法破坏诉讼秩序，管辖约定无效。

通过诉讼方式解决合同争议，特别要注意以下两点：

一是及时采取措施维护自身利益，合理运用财产保全措施。企业在发现自身权益受损的情况下，应及时采取措施维护自身利益。可以与债务人协商，制定还款计划或协议，对账要双方签字或盖章，包括对账的过程（邮件来往等），既便于明确双方债权债务，又可能发生中止诉讼时效的效果。例如对账并催款的，从催款日开始诉讼时效重新计算。如果合同争议无法解决，企业拟向法院提起诉讼。尤其是涉及对方不履行债务的情况，企业应考虑运用财产保全措施。财产保全既可以起诉前向法院提出，也可以在起诉后向法院申请。利害关系人因情况紧急，不立即申请保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在向被保全财产所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请采取保全措施。

二是要及时提起诉讼，防止超过诉讼时效导致胜诉权丧失。如在起诉前提出财产保全的，应当在法院采取保全措施后30日内依法提起诉讼或者申请仲裁，否则法院会解除保全。客户拖欠货款现象在企业经营过程中时有发生，请注意法律关于诉讼时效的规定，向法院请求保护民事权利的诉讼时效期间一般为3年。企业可能出于维系与客户关系等因素不愿意在此期间采取提起诉讼、仲裁等措施。为了保护权利不至于因为时间流逝而丧失，可以在诉讼时效期间届满前以向对方发送信件或者数据电文等可以证明主张权利的有效方式进行处理，信件或者数据电文中务必要有催请尽快支付拖欠货款的内容。《民法典》第188条规定：向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。法律另有规定的，依照其规定。诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起

计算。法律另有规定的，依照其规定。但是，自权利受到损害之日起超过二十年的，人民法院不予保护，有特殊情况的，人民法院可以根据权利人的申请决定延长。《民法典》第594条规定：因国际货物买卖合同和技术进出口合同争议提起诉讼或者申请仲裁的时效期间为四年。所以，建议企业一定要在诉讼时效期间届满提起诉讼。如果己方是被告的情况下，要先看一下是否可以提起诉讼时效的抗辩。在诉讼中，被告没有就诉讼时效问题提出抗辩，法院不能主动适用诉讼时效的规定。

（四）仲裁

仲裁也是解决争议的一种方式。《中华人民共和国仲裁法》（以下简称《仲裁法》）第2条规定：平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，可以仲裁。需要注意的是：仲裁是采取当事人自愿选择的解决争议的方式。《仲裁法》第4条规定：当事人采用仲裁方式解决纠纷，应当双方自愿，达成仲裁协议。没有仲裁协议，一方申请仲裁的，仲裁委员会不予受理。一旦双方在合同中选择将仲裁作为解决争议的方式，就排除了诉讼方式。

《仲裁法》第5条规定：当事人达成仲裁协议，一方向人民法院起诉的，人民法院不予受理，但仲裁协议无效的除外。仲裁比诉讼相对简单，因为诉讼实行的是“两审终审”制，而仲裁实行“一裁终局”的制度。裁决作出后，当事人就同一纠纷再申请仲裁或者向人民法院起诉的，仲裁委员会或者人民法院不予受理。除非裁决被人民法院依法裁定撤销或者不予执行的，当事人就该纠纷可以根据双方重新达成的仲裁协议申请仲裁，也可以向人民法院起诉。

需要提醒企业的是：仲裁不实行级别管辖和地域管辖，仲裁委员会应当由当事人协议选定。只要双方协商一致，就可以约定将争议提交任一仲裁机构，并不会产生管辖地之争。即使仲裁机构所在地与合同没有实际联系。实务中，处于强势地位的企业往往在谈判中要求合同相对方同意纠纷由己方所在地的仲裁机构仲裁。

还需要特别注意的是：如果双方同意选择仲裁方式，应在仲裁协议或仲裁条款中明确仲裁委员会的名称。如果在仲裁协议或仲裁条款中写“双方同意采取诉讼或仲裁方式解决”“双方同意提交当地仲裁委员会仲裁”等笼统写法的，属于

无效的仲裁协议或条款。

五、以案例说明违约责任的承担方式

（一）一方违约后，另一方可以要求其继续履行合同

《民法典》第577条规定：当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

以下举例说明：一审案号为（2021）浙02知民初642号，二审案号为（2023）浙民终147号的计算机软件开发合同纠纷案件。案情简介：2019年11月8日，浙江蓝宝石仪表科技有限公司（以下简称蓝宝石公司）与瑞臻信息技术（深圳）有限公司（以下简称瑞臻公司）签订《基于电子模式采样模块嵌入式技术应用于燃气表技术购买协议》，约定蓝宝石公司向瑞臻公司购买电子模式采样模块嵌入式的设计技术、开发技术及原型验证任务技术，包括提供所有图纸、技术文件及有关信息源代码。合同总金额为150万元。协议签订后，蓝宝石公司已在同年12月分两次向瑞臻公司分别支付10万元、140万元。

王某是瑞臻公司的股东与实际控制人。2019年6月1日，蓝宝石公司与王某签订劳动合同书，约定劳动合同期限为2019年6月1日起至2020年5月31日止。蓝宝石公司任命王某担任研发部（电子部分）主任。2022年9月30日，浙江省宁海县人民法院出具（2022）浙0226民初1754号民事判决书，王某明确其在入职蓝宝石公司期间一直在为蓝宝石公司提供劳动，协助蓝宝石公司研发智能燃气表，且未为其他单位提供劳动。该判决确认蓝宝石公司与王某的劳动关系于2020年12月4日解除。

2020年5月9日，国家版权局出具计算机软件著作权登记证书，登记号：2020SR0427799，软件名称为“超声波流量计物联网嵌入式模块软件[简称：超声波流量计物联网模块V1.0.0]”（以下简称案涉软件），著作权人为瑞臻公司。

浙江省宁波市中级人民法院审理后认为，该案的争议焦点为：一、登记号为2020SR04277999的计算机软件著作权是否为职务作品。法院认为，在2019年6

月1日至2020年12月4日期间，王某为蓝宝石公司员工，负责蓝宝石公司的研发部（电子部分）的全面工作，蓝宝石公司亦支付了相应报酬。根据蓝宝石公司与王某的聊天记录及王某与蓝宝石公司员工的邮件往来等可以合理推定王某其在为蓝宝石公司开发案涉软件，并定期汇报项目进展情况。至于瑞臻公司庭审中称案涉软件的完成日期早于2019年9月，但无软件开发过程等相应证据佐证，法院不予采纳。综上，登记号为2020SR04277999的计算机软件著作权案涉软件属于职务作品，应归蓝宝石公司享有。二、案涉软件是否为协议项下的内容，源代码是否就是协议中说的“电子模式”的代码。法院对瑞臻公司“膜式燃气表”的电子采样技术信息，而案涉软件是基于“超声波燃气表”开发的软件，二者为完全不同的软件的上述主张，法院予以支持。法院认定案涉软件不属于上述协议项下的内容。但蓝宝石公司已支付对价款项，瑞臻公司继续履行上述技术购买协议，向蓝宝石公司提供电子模式采样模块嵌入式产品研发所有有关信息的源代码。所以判决：（1）被告瑞臻公司继续履行《基于电子模式采样模块嵌入式技术应用于燃气表技术购买协议》，向原告蓝宝石公司提供上述协议电子模式采样模块嵌入式产品研发所有有关信息的源代码；（2）登记号为2020SR04277999的计算机软件著作权归原告蓝宝石享有。

瑞臻公司提起上诉，浙江省高级人民法院二审判决驳回上诉，维持原判。

（二）一方履行不符合约定的，另一方可以要求其采取补救措施并赔偿损失

《民法典》第582条规定：履行不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择请求对方承担修理、重作、更换、退货、减少价款或者报酬等违约责任。

以下举例说明：一审案号为（2023）浙0212民初3671号，二审案号为（2023）浙02民终2734号的买卖合同纠纷案件。案情简介：宁波市兴欣汽车销售服务有限公司（甲方，以下简称宁波兴欣公司）与黄某（乙方）签订《汽车买卖合同》一份，约定由黄某向宁波兴欣公司购买上汽通用别克牌英朗1.5L精英型一台，包牌价为82,000元，签署本合同时乙方支付车款预付款3000元，上牌前乙方需交付本合同约定的全部购车款；上牌时间在购车款付清后3个工作日内完

成；交车时间在2022年9月3日前。2022年9月1日，黄某付清购车款。同日，宁波兴欣公司向黄某开具机动车销售统一发票一份。同日，黄某完成提车流程并办理上牌，在提车时，黄某提出车辆主驾驶室车窗玻璃无法打开，经销售人员告知其车辆需要启动车窗方能升降，在销售人员指导下黄某可以操作主驾驶位车窗的升降，黄某于同日签署《交车检验表》确认车辆各项状况正常并于同日将车辆提走。次日，黄某通过微信联系宁波兴欣公司销售人员郭某，表示主驾上的车窗按钮真的有问题。郭某表示黄某来贴膜的时候看一下问题。2022年9月8日，黄某再次在微信中向郭某表示主驾驶座的窗户有问题，开关均不正常。2022年9月11日，黄某前往宁波兴欣公司处交涉，要求换车，宁波兴欣公司员工表示理解黄某心情，但表示不可能换车。黄某未同意宁波兴欣公司拆车修理。后黄某向法院提起诉讼。

庭审开始前，承办人与双方共同查看涉案车辆，该车辆启动后，按主驾驶位车窗按钮无反应，且有卡顿之感，该车窗无法升降。

宁波市鄞州区人民法院审理后认为，当事人应当按照约定全面履行自己的义务。出卖人应当按照约定的质量要求交付标的物。本案中，黄某购买的车辆电动摇窗功能存在失灵问题，宁波兴欣公司同意免费将涉案车辆主驾驶位的车窗升降问题维修好，故法院对黄某要求宁波兴欣公司维修车窗的诉请，予以支持。宁波兴欣公司是否应对黄某作出一定补偿，该院分析如下：黄某向宁波兴欣公司购置新车，有权期待获得一辆各方面性能均完好的车辆，但该车在提车后极短的时间内即出现车窗按钮失灵的问题，黄某的合理期待无法实现。宁波兴欣公司虽辩称提车当日经工作人员调试后按钮可以使用以及黄某已签署了交车检验表，应视作对电动摇窗功能确认正常，法院认为，黄某属于非专业人员，其基于相信宁波兴欣公司的解释认为该电动摇窗功能正常故签署检验表，但实际上黄某在提车当日及次日即提出了车窗按钮失灵，宁波兴欣公司作为专业销售机构却未引起应有的重视，存在疏忽，对宁波兴欣公司的抗辩意见，不予采信。结合考虑该车辆维修期间黄某不能用车产生的费用、黄某因维权产生的时间成本与心理压力、维修可能对车辆产生的折损等因素，法院酌情确定由宁波兴欣公司向黄某赔偿4500元。所以判决：（1）宁波兴欣公司免费将黄某名下的别克牌小型轿车主驾驶位车窗

升降问题维修完毕，黄某应予以相应配合；（2）宁波兴欣公司向黄某支付赔偿款4500元。

宁波兴欣公司提起上诉，浙江省宁波市中级人民法院二审判决驳回上诉，维持原判。

（三）因不可抗力影响合同履行的，可以部分免除责任

《民法典》第180条规定：因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。法律另有规定的，依照其规定。不可抗力是不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。

《民法典》第590条规定：当事人一方因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但是法律另有规定的除外。因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不免除其违约责任。

举例说明：一审案号为（2022）浙0206民初2385号，二审案号为（2022）浙02民终4368号的商品房预售合同纠纷案件。案情简介：2021年1月20日，任某（买受人）与宁波创致置业有限公司（出卖人，以下简称创致公司）签订了《浙江省商品房买卖合同（预售）》，约定：任某向创致公司购买位于宁波市北仑区某处的房屋，总价款2503,495元；出卖人应当在2022年3月30日前向买受人交付该商品房，如遇到下列特殊原因，出卖人可据实予以延期，不视为出卖人逾期交付：（1）遭遇不可抗力及免责事由的，不可抗力及免责事由的范围包括台风、地震、洪灾等自然灾害、战争、动乱、大规模流行性疾病等社会异常事件，法律法规和政策的改变等；除不可抗力外，出卖人未按照约定时间将该商品房交付买受人的，逾期在90日之内，自约定的交付期限届满之次日起至实际交付之日止，出卖人按日计算向买受人支付全部房价款万分之一的违约金，等等。

据媒体公开报道，2021年7月22日，宁波市防台应急响应提升至Ⅱ级，市住建局紧急发布《关于进一步做好全市房屋建筑和市政基础设施工程今年第6号台风“烟花”防御工作的通知》，要求在建工地全部停工，全市2875个工地已全部停工；2021年9月12日，为应对台风“灿都”，宁波全市2973个建筑工地又落实全面停工。

2021年12月7日，宁波市新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作领导小组发布通告，从即日2时起，全市启动Ⅰ级应急响应，同时对镇海区临时实施封闭管理。要求全市建筑工地全面强化闭环管理，严格落实疫情防控各项措施。2022年1月1日，宁波市北仑区新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作领导小组发布通告，从即日16：30起，北仑区启动Ⅱ级应急响应，对北仑区实施临时封闭管理。案涉楼盘建设工地位于划定的防范区内，邻近封控区。

2022年3月3日，创致公司通过快递向任某发送《不可抗力事件影响通知书》。任某于同年3月9日签收。案涉楼盘商品房于2022年6月下旬开始交付，任某于6月26日办理交付手续。后，任某向法院提起诉讼，要求创致公司支付延迟交房违约金18,776.25元。

宁波市北仑区人民法院审理后认为，任某、创致公司签订的涉案房屋商品房预售合同，不违反法律、行政法规的强制性规定，合法有效，双方均应履行各自的合同义务。任某依约支付了购房款，创致公司未按照合同约定交付房屋，应当承担相应的违约责任。本案的争议焦点在于创致公司主张的不可抗力是否成立，若成立，则创致公司因不可抗力可以免除的责任大小。不可抗力是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。不可抗力的认定要结合预见能力、处置能力综合评判。创致公司主张的不可抗力包括两次台风、两次新冠疫情。关于台风，宁波作为沿海台风多发常发城市，在需要较长施工时间的商品房建设项目中，遭遇台风以及在台风天短暂停工均属于应当预见事项，在工期计划时应当做出安排，不宜一律将台风作为不可抗力予以免责，除非台风造成的影响已超出了短暂停工的后果。此外，在创致公司被诉前向任某发出的不可抗力事件影响通知书中，亦未将台风作为不可抗力予以通知。因此，创致公司主张台风构成不可抗力，法院不予采纳。关于新冠疫情，新冠疫情属于众所周知的突发公共卫生事件，属于不能预见、不能避免并不能克服的不可抗力，虽然自2020年以来新冠疫情整体有持续性，但具体到不同地区，集中爆发仍系突发事件，且政府采取的应急响应措施客观上对建设工程施工造成明显不利影响，故宁波区域内突发的新冠疫情对于本案合同履行仍系不可抗力。当事人一方因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任。综合新冠疫情持续时间和政府采取疫情防

控措施对建筑施工行业以及案涉项目的影响等，法院酌定免除创致公司2022年3月31日至4月24日期间的违约金，自2022年4月25日起至6月13日，创致公司应向任某支付相应的违约金。所以判决创致公司支付任某延期交房违约金12,517.5元。

任某提起上诉，浙江省宁波市中级人民法院二审判决驳回上诉，维持原判。

（四）违约金与损害赔偿，或违约金与定金竞合时，一般只能选一适用，不能同时得到支持

《民法典》第585条规定：当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。约定的违约金低于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少。当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。

《民法典》第588条规定：当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款。定金不足以弥补一方违约造成的损失，对方可以请求赔偿超过定金数额的损失。

以下举例说明：案号为（2019）浙0282民初5759号的合同纠纷案件。案情简介：福建易成纯生态产业股份有限公司（以下简称易成公司）拟进口澳大利亚活牛1500头进境屠宰加工。2019年3月7日，易成公司和浙江一恒牧业有限公司（以下简称一恒公司）签订了一份协议，约定：一恒公司已协助易成公司完成申领隔离检疫场使用证、澳大利亚肉牛进境检疫许可证，另协助办理肉牛入境报关、地方官方检疫等相关合法手续。易成公司确认活牛于2019年4月20日前抵达宁波舟山港镇海码头，截止2019年4月20日仍未到达的，一恒公司有权解除协议，易成公司应当承担造成一恒公司的损失。易成公司有偿使用一恒公司的隔离场、屠宰场厂房、设备，在协议中约定了费用的标准。协议生效后5日内，易成公司应向一恒公司一次性支付按照费用标准计算的50%，合计729,747.50元。协议中的违约责任条款为：1.本协议经双方签字后生效，易成公司于生效后5日内付款。如一方违约，违约者应赔偿本协议总金额的30%作为违约金，且仍应承担违约给对

方造成的损失。2.易成公司违反约定未按时付款的，易成公司应以未付金额为基准，每日万分之五的标准支付违约金。协议生效后，因易成公司未能进口活牛进境屠宰加工，导致协议未履行。一恒公司向法院提起诉讼，要求易成公司支付违约金376,192.44元，并赔偿损失1682,171.04元。

浙江省慈溪市人民法院审理后认为，原告根据协议第五条（1）约定，双方必须遵守本协议的内容，如果违约，违约方应向守约方赔偿本协议总金额的30%作为违约金。原告又根据协议第四条约定，认为可以明确“本协议总金额”为1259,495元，认为双方约定总金额的30%违约金为377,848.50元。对此，被告辩称，其依照协议约定方式计算的违约金185,535元，已足以弥补原告的损失，其余过高请求应予驳回。法院认为，《合同法解释（二）》（已失效，作者注）第29条明确了“当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的，人民法院应当以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量。当事人约定的违约金超过造成损失的30%的，一般可以认定为过分高于造成的损失。”另，违约方对于违约金约定过高的主张承担举证责任，非违约方主张违约金合理的，也应承担举证责任。原告除提供支付员工工资（分别为2018年12月至2019年3月的工资，共计1682,171.04元）的损失外，并未提供其余关于损失的证据；另原告除在缔约前已经协助被告完成申领隔离检疫场使用证、进境检疫许可证外，也未提供其在这方面履行合同的的相关证据。虽然损失范围包括直接损失和可得利益损失，而可得利益由生产成本、管理费用等诸多要素所决定，且原告对预期利益也未向法院进行分析、评估，法院对可得利益损失难以明确。综合上述分析，法院认定双方约定的违约金的计算方法所得的37,7848.50元已超出原告损失（含预期利益）的30%，双方约定的违约金过高，法院根据《合同法解释（二）》第29条的精神，酌定违约金为30万元。关于原告要求被告赔偿损失1682,171.04元（指2018年12月至2019年3月的员工工资损失）。违约金本质上属于损害赔偿额的预定，其主要功能在于填补守约方损失。违约金的损失填补功能和替代履行作用决定了若违约金请求权与违约所造成的损害赔偿请求权指向的是同一损害，则应避免同时适用，否则将会出现债权人双重获益的结果。所以，原告主张违约金

和损失不能同时得到支持。所以判决被告易成公司支付原告一恒公司违约金30万元、并向原颁证单位申请撤销《进出境动物指定隔离检疫场使用证》、《进出境动植物检疫许可证》。

（五）违约金过高或过低，法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少或增加

《民法典》第585条规定：当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。约定的违约金低于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少。当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。

商品房预售合同签订后，房产商未依约按时交付商品房，应当按照合同约定承担违约责任。当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的，人民法院应当以实际损失为基础，兼顾合同的约定、履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则进行考量，作出认定。

举例说明：一审案号为（2018）浙0281民初931号，二审案号为（2018）浙02民终2725号的商品房预售合同纠纷案件（该案是最高人民法院公报案例，所以有较大的指导意义）。案情简介：周某与余姚绿城房地产开发有限公司（以下简称绿城公司）于2014年10月22日签订商品房买卖合同，合同第9条约定绿城公司应当在2016年9月30日前将绿城明园锦兰苑8幢2201室（以下简称案涉房屋）与两个附属车位交付周某使用。合同第10条约定绿城公司逾期交房的违约责任不超过90日，自合同约定的最后交付期限的第二天起至实际交付之日止，绿城公司按日向周某支付已付房款0.2‰的违约金，合同继续履行；逾期超过90日后，周某有权解除合同，周某解除合同的，绿城公司应当自周某解除合同通知到达之日起30天内退还全部已付房款，并按累计已付购房款的10%向周某支付违约金。周某要求继续履行合同的，合同继续履行，自合同约定的最后交付期限的第二天起至实际交付之日止，绿城公司按日向周某支付已交付房款0.5‰的违约金。合同第16条约定绿城公司承诺于2016年12月30日前取得土地、房屋权属证书，交付给周某，

周某委托绿城公司办理产权转移登记。绿城公司不能在约定期限内交付权属证书，约定日期起90日内，绿城公司交付权属证书或登记证明的，按已付房价款的每日0.1‰承担违约责任；约定日期起90日以后，出卖人仍不能交付权属证书或登记证明的，周某不退房，绿城公司自约定日期至实际交付权属证书或登记证明之日止，按日向买受人支付已交付房价款0.2‰的违约金。后周某分两次共向绿城公司支付房款共计2,193,799元。

2016年8月2日,绿城公司完成房屋建筑工程竣工验收备案。2016年9月19日，绿城公司通知周某于2016年9月30日办理交房手续。在交房过程中，周某发现存在多处质量问题。上述问题记载在住宅交付验收清单的“验收意见”一栏中，并在“验收意见”这栏中记载有“待处理好后再交房，其他验房步骤下次再验”，周某在业主签名处签名。2017年12月26日，绿城公司向周某发送关于再次提醒收房的通知书，通知周某于2017年12月31日前办理交房手续。但后来双方没有完成交房手续，周某向法院提起诉讼。

浙江省余姚市人民法院审理后认为，依据双方签订的商品房买卖合同第9条约定绿城公司应当在2016年9月30日前将符合各项条件的商品房交付周某使用。第12条约定商品房达到交付使用条件后，绿城公司应当书面通知周某办理交付手续，双方进行验收交接时，绿城公司应当出示合同规定的证明文件，并签署房屋交接单。在签署房屋交接单前，出卖人不得拒绝买受人查验房屋。商品房交付使用时，周某对房屋及装修质量，公共设施、设备质量提出异议的，绿城公司应当给予解释和说明，仍不能达成一致意见的，双方委托有相应资质的专业检测机构进行质量检测。检测结果为合格的，绿城公司书面通知的交付日期视为交付，检测单位提出返修意见的，绿城公司应当按要求返修，并承担赔偿责任。从双方之间的合同约定可见，双方约定也以房屋交接单的签署作为房屋交付。该案中双方均认可周某在2016年9月30日前往绿城公司办理交房手续，但在交付验收过程中周某指出房屋存在渗水，留存在绿城公司的案涉房屋交付验收清单记录了相应的验收意见，并记录有“待处理好后再交房，其他验房步骤下次再验”。故双方之间系在交房过程中因周某对质量有异议双方达成一致意见，即处理好相关问题后再行交付，并未变更以房屋交接单的签署作为房屋交付的合同约定。但绿城公司

直至2017年12月26日才第二次书面通知周某办理交房手续。此前绿城公司一直未完成修复后再次交付房屋的书面通知义务。关于违约责任的承担，绿城公司认为双方约定的违约金明显过高，要求调至每日0.1‰，并且根据《商品房买卖合同》附件九“若绿城公司逾期交房，则绿城公司承诺取得土地、房屋权属证书的时间相应顺延，顺延期限与商品房交付的逾期期限相同，该期限内绿城公司不承担逾期办证的相应违约责任及赔偿责任”的约定，周某也无权要求绿城公司同时承担逾期交付土地、房屋权属证书的违约责任。对合同约定的违约金是否需要调整，法院综合考虑相关因素以及周某因绿城公司逾期交付房屋、逾期交付权属证书所造成的损失范围，认为将绿城公司承担的违约金从按日0.5‰、0.2‰分别计算至交付日调整至整体按周某已付房价款的10%计算违约金较为合理。所以，判决：（1）绿城公司向周某交付案涉房屋，并向周某交付案涉房屋的土地、房屋权属证书；（2）绿城公司按周某已付购房款2,193,799元的10%支付违约金219,379.90元；（3）驳回周某的其他诉讼请求。

第七章 合同变更、解除及风险防范

一、合同变更与情势变更规则

（一）合同经协商一致变更

合同变更是指当事人对已经发生法律效力，但尚未履行或者尚未完全履行的合同，进行修改或达成补充协议的一种行为。

合同变更通常采取当事人协商一致变更合同内容的方式，是指合同生效后，因合同履行的主客观环境发生变化或因合同实际履行需要等原因，合同当事人对原有合同约定内容进行变更。如：在供货合同中原来约定是A产品60套、B产品40套，共计100套，单价相同；后来因为买方的业务发生一定的变化，向卖方提出要求改为：A产品40套、B产品60套，总数量与单价不变，卖方表示同意，双方达成新的合同内容，对原来的合同内容进行变更。

《民法典》中关于合同变更的内容有两条规定。第543条规定：当事人协商一致，可以变更合同。第544条规定：当事人对合同变更的内容约定不明确的，推定为未变更。

可见，经协商方式进行合同变更的条件有以下三个：（1）已存在合法有效的合同关系；（2）合同变更的内容必须明确；（3）当事人必须协商一致。

合同变更后产生的法律效力有：（1）变更后的合同替代原合同；（2）合同变更原则上只对变更后未履行部分发生效力，不具有溯及力；（3）合同的变更不影响当事人要求赔偿的权利。

（二）情势变更规则

在实践中，经常出现情况发生变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的情况。如果双方协商变更未达成一致或合同当事人另一方不愿意变更合同内

容，这时候势必会陷入到合同僵局中，容易产生纠纷，对双方都不利。从促成合同履行的角度看，适当变更合同中的一些内容，更有利于交易达成，也是对双方都是有利的，原有纠纷也得以解决，双方不必通过诉讼或仲裁方式解决争议，这样做不仅省力而且减少成本。

所以，在《民法典》中引入了“情势变更规则”，具体见第533条规定：合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。人民法院或者仲裁机构应当结合案件的实际状况，根据公平原则变更或者解除合同。

发生情势变更有两个法律效果：一是产生再协商义务；二是当事人进行重新协商后不能就变更或者解除合同达成一致意见时，有权请求法院或仲裁机构作出变更或解除合同的裁决。再协商义务，是指在情势变更导致当事人之间权利权益失衡显失公平时，当事人双方负有的就合同的变更或者解除进行协商、交涉以达成合意的义务。再协商义务规则是根据诚信原则，以促成和保障当事人的自主交涉为目的的行为规范。不履行再协商义务的法律后果主要有，一是实体法律后果，主要包括违反再协商义务给对方造成损失的，应该承担赔偿责任的责任。二是程序法律后果，为当事人可以诉请法院或者申请仲裁机构变更或者解除合同。

（三）情势变更规则的构成要件

一是应有情势变更的事实。这是适用情势变更制度的首要条件，关于该要件的理解，应注意以下三点：（1）在法律规范中表述为“合同的基础条件”。该情势必须是客观的，具体的事实，当事人主观认识错误不属于客观情势变更。

（2）强调情势是作为合同订立基础条件的客观情况。如果与合同订立无关的客观情况发生变更，不足以影响当事人之间的合同权利义务关系，则不适用情势变更制度。（3）“变更”是指“合同的基础条件”发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化。关于是否为属于情势变更的“重大变化”，判断标准有两个：一是继续履行合同是否对一方当事人明显不公平；二是是否为商业风险，如果能归入商业风险范畴，则不属于形势变更。特别说明这条

规范并未将不可抗力排除在外，发生不可抗力，也存在着适用情势变更的情形。不可抗力与情势变更并非是互相排斥的两个概念。两者都规范当事人在订立合同时不能预见、不能承受的其支配领域外的客观风险。不可抗力需具备“三不条件”，即“不能预见、不能避免且不能克服”，一般表现为自然灾害（如地震、台风）、政府行为（如戒严）、社会事件（如罢工、疫情）等。情势变更则需具备“二不条件”，即不能预见、不能承受。往往是不可抗力为因，情势变更为果，不可抗力可以作为情势变更的事由，但情势变更不能或不会直接导致不可抗力。在法律后果方面，两者虽有交叉但存在不同。

二是情势变更的事实应发生在合同成立之后、合同义务履行完毕。此为适用情势变更制度的时间条件。如果由于一方履行迟延，在迟延期间发生了情势变更，则不适用情势变更制度。可以参照《民法典》第590条第2款规定：当事人迟延履行后发生不可抗力的，不免除其违约责任。

三是当事人在订立合同时无法预见。对于不可预见要件的理解，应注意以下两点：一是其强调的时间点是当事人签订合同时。如果当事人在订立合同时已经预见到情势可能变更但仍订立合同，则表明其自愿承担情势变更的风险，或者其已经在合同权利义务安排中考虑了情势变更的因素，故不适用于该条规定。二是该不可预见性是指当事人在订立合同时未能预见情势变更事实，未将其作为订立合同的基础。

四是发生情势变更具有不可归责性。这是不可归责要件，即情势变更的发生不可归责于合同主体。合同的双方或者一方当事人不能干扰，或者自己主动创造一些情势变更以其适用该制度。如果可归责于当事人，则应由其自己承担风险或者违约责任。而不适用情势变更制度。

五是继续履行合同对于当事人一方明显不公平。就是适用情势变更制度的核心要件。情势变更涉及合同实质公平问题。发生情势变更以后，要继续履行合同约定义务，将导致当事人之间的利益明显失衡，对受损方显失公平，如不依法进行调整，将违背公平原则。关于该要件的理解，应注意以下几点：（1）关于显失公平的判断标准，应达到双方的权利义务明显违反公平、等价有偿原则的标准。如果仅为某种程度的背离，对双方当事人之间的利益关系影响不大，这不

属于显失公平。在司法实践中，应根据个案情况、结合所涉交易领域、当时的社会环境等因素进行综合把握，综合进行判断；（2）显失公平的后果，必须要有法律行为当事人承担。如果情势变更引起的显失公平后果由第三人承担，则不适用情势变更制度；（3）判断是否显失公平，应以债务人履行债务的时间为准；（4）情势变更与显失公平结果的发生须有相当的因果关系。

应予明确的是，上述五条构成要件构成缺一不可。若虽具备不可预见性的要件，但客观情势发生的变化并未导致继续履行合同产生明显不公平的法律后果的，则不能适用情势变更制度。所以对情势变更制度要慎重使用，司法尽量少干涉应由当事人自己商量决定的事项。属于商业风险的情况，也不应适用情势变更制度。

（四）情势变更与商业风险的区别

商业风险不属于无法预见的重大变化。商业风险不是一个严格的法律概念，它通常指在商业活动过程中，由于不确定因素存在而给交易主体带来的遭受损失的可能性。商业风险与情势变更都是客观情势发生变化，两者在发生原因和表现形式等方面存在着相同性或相似性，但两者也存在本质区别，主要表现在以下三个方面：

一是是否具有可预见性不同。商业风险具有可预见性，是从事商业活动的固有风险。作为合同基础的客观情况的变化未达到异常的程度，并非当事人不可预见、不能承受。一般的市场供求变化、价格涨落等属于此类。情势变更是指客观情势发生的变化具有不可预见性。

二是两者对合同履行的影响程度不同。情势变更是指订立合同时的客观情况发生了重大变化，达到异常的程度，如果继续履行合同，将导致显失公平的后果。商业风险是指在商业活动过程中，交易双方应当承担的由于市场变化所带来的合理的、正常的可能损失，作为合同基础的客观情况的变化并未达到异常的程度。

三是两者的法律后果不同。情势变更导致当事人权益失衡，所以根据公平原则，法律规定了当事人的再协商义务以及请求变更或者解除合同的权利。商业风险是与市场交易行为相伴而生的。作为市场活动主体，应具有相应的风险识别、

防控和承受能力，在其基于自主意志从事商品交易活动、享有收益权的同时也应承担相应风险的责任。风险自负是市场主体从事交易时必须遵守的一项基本准则。商业风险是市场交易的固有风险，当事人在缔结合同时应当预见到该风险，并将其作为设定权利义务的基础。故发生商业风险后，由当事人承担该风险责任并不会产生不公平的后果。

在司法实务中，关于如何区别商业风险和情势变更？这一问题的答案具体见《合同编通则解释》第32条规定：合同成立后，因政策调整或者市场供求关系异常变动等原因导致价格发生当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的涨跌，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，人民法院应当认定合同的基础条件发生了民法典第五百三十三条第一款规定的“重大变化”。但是，合同涉及市场属性活跃、长期以来价格波动较大的大宗商品以及股票、期货等风险投资型金融产品的除外。合同的基础条件发生了民法典第五百三十三条第一款规定的重大变化，当事人请求变更合同的，人民法院不得解除合同；当事人一方请求变更合同，对方请求解除合同的，或者当事人一方请求解除合同，对方请求变更合同的，人民法院应当结合案件的实际状况，根据公平原则判决变更或者解除合同。人民法院依据民法典第五百三十三条的规定判决变更或者解除合同的，应当综合考虑合同基础条件发生重大变化的时间、当事人重新协商的情况以及因合同变更或者解除给当事人造成的损失等因素，在判项中明确合同变更或者解除的时间。当事人事先约定排除民法典第五百三十三条适用的，人民法院应当认定该约定无效。

（五）情势变更的常见情形

在司法实务中，情势变更主要表现为自然灾害、政府行为、社会事件等。主要包括但不限于以下情形。

一是疫情及其防控措施。2020年初以来，新冠肺炎疫情在世界范围内爆发，我国采取了一系列的疫情防控措施，包括停工、停产、交通出行管制等。关于疫情及相应防控措施的性质，立法机构就已经明确其为不可抗力。最高人民法院《关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见（二）》将其作为一种情势变更事由进行了规定，在第一部分第2条中规定：买卖合同能够

继续履行，但疫情或者疫情防控措施导致人工、原材料、物流等履约成本显著增加，或者导致产品大幅降价，继续履行合同对一方当事人明显不公平，受不利影响的当事人请求调整价款的，人民法院应当结合案件的实际状况，根据公平原则调整价款。疫情或者疫情防控措施导致出卖人不能按照约定的期限交货，或者导致买受人不能按照约定的期限付款，当事人请求变更履行期限的，人民法院应当结合案件的实际状况，根据公平原则变更履行期限。已经通过调整价款、变更履行期限等方式变更合同，当事人请求对方承担违约责任的，人民法院不予支持。

二是价格异常涨落。如果价格异常涨落超出了当时订立合同时的预见能力，且不属于商业风险，导致了显示公平后果，则其是也为情势变更。

三是政策变化或者法律法规变化。房屋限购、限贷等政策、法律规范变化是一种情势变更事由。近年来，在审判实践中，因涉及限购、限贷等政策或法规变化，当事人诉请解除房屋买卖合同的纠纷，比较常见。

四是政府规划调整、变化，导致继续履行对一方明显不公平的，该政府行为也为情势变更事由。

二、与情势变更相关的案例

以下举两例予以说明，分别是在合同纠纷中当事人一方主张根据情势变更规则变更合同的请求被法院部分支持与不被支持的情况。

案例一：一审案号为（2022）浙0212民初13042号，二审案号为（2023）浙02民终1853号的合同纠纷案件。案情简介：2015年2月1日，银泰百货宁波鄞州有限公司环球城分公司（以下简称银泰公司）与宁波市鄞州乐歌娱乐城（普通合伙）（以下简称乐歌娱乐城）签订了租赁合同，约定：银泰公司将位于宁波市鄞州区首南街道的宁波银泰环球城内购物中心四层445号和五层529号商铺出租给乐歌娱乐城使用用于经营KTV；租赁房屋的套内建筑面积为3218平方米，租金和综合服务费按计租面积计付。2020年8月20日，银泰公司、宁波市鄞州首南好声音餐饮城（以下简称好声音餐饮城）和乐歌娱乐城签订了主体变更协议，约定：自2020年8月20日起，银泰公司与乐歌娱乐城签订的租赁合同的承租人变更为好声

音餐饮城，好声音餐饮城享有该合同项下的全部权利、承担该合同项下的全部义务等等。2021年9月1日，银泰公司、好声音餐饮城和乐歌娱乐城又签订了主体变更协议，将租赁合同中套内建筑面积进行了变更。上述合同签订后，银泰公司、好声音餐饮城按合同约定履行。好声音餐饮城在装修期间发现房屋的漏水向银泰公司反映，银泰公司予以了修缮。在合同履行期间，因疫情导致好声音餐饮城关停期间的租金，银泰公司同意予以减免。好声音餐饮城已向银泰公司支付了2022年4月30日前的租赁费用，后未再支付。同年4月28日，好声音餐饮城向银泰公司申请减免1个月的租赁费用并延期支付5月份的租赁费用。后，好声音餐饮城向银泰公司申请减免6个月的租赁费用，银泰公司同意减免因疫情关停期间的费用，双方就其他费用的减免未达成一致意见。

好声音餐饮城应向银泰公司支付2022年5月1日至2022年12月31日期间的租金和综合服务费每月分别为67,720.8元、17,824.8元，共计684,364.8元。双方一致认可2022年4月至12月期间好声音餐饮城因疫情闭店的时间为：2022年4月至12月期间共闭店53天。后，银泰公司向法院提起诉讼，好声音餐饮城提起反诉。

宁波市鄞州区人民法院审理后认为，银泰公司将案涉房屋出租给好声音餐饮城使用，但好声音餐饮城未按约向银泰公司支付租金等费用，应承担违约责任。好声音餐饮城在2022年4月至12月经营期间，因疫情导致其闭店，其主张减免闭店期间的租金，符合法律规定，该院予以支持。根据双方约定的月租金标准和好声音餐饮城闭店的时间计算，应减免的租金为117,893元。好声音餐饮城主张还应减免综合服务费，因缺乏依据，且银泰公司不同意减免，故法院对好声音餐饮城的该项主张不予支持。好声音餐饮城应向银泰公司支付2022年5月1日至2022年12月31日期间的租金和综合服务费共计68,4364.8元，扣除闭店可以减免的租金117,893元，还应支付566,471.8元。银泰公司要求好声音餐饮城支付迟延履行违约金750.03元，符合双方约定，法院予以支持。好声音餐饮城的反诉请求，因均缺乏依据，法院不予支持。所以判决：（1）好声音餐饮城支付银泰公司2022年5月1日至2022年12月31日期间的租金和综合服务费合计566,471.8元，并支付迟延履行违约金750.03元。

案例二：一审案号为（2023）浙0206民初1254号，二审案号为（2023）浙02

民终3329号的买卖合同纠纷案件。案情简介：2022年5月13日，宁波和丰化工有限公司（卖方，以下简称和丰公司）与宁波炜烨塑化有限公司（买方，以下简称炜烨公司）签订销售合同，合同中约定：产品名称为聚氯乙烯粉（PVC粉）；生产厂家为台塑工业（宁波）有限公司；型号S-65、S-70及S-60数量分别为90吨、60吨、60吨，单价分别为9250元、9350元及9250元；合同金额共计1948,500元；约定交货方式为卖方送到买方工厂后由买方负责卸货，付款方式为款到安排发货，交货时间为2022年5月底前全部提完。2022年5月23日，双方再次签订销售合同，其中产品型号S-60、S-65及S-70数量均为60吨，单价分别为9080元、9080元及9180元，合同金额共计1640,400元；交货时间为2022年6月15日前全部提完；其余合同条款与前一份合同一致。截至该案起诉之日止，炜烨公司已支付货款1393,500元，和丰公司发货150吨，尚有2195,400元货款未支付，240吨聚氯乙烯粉未发货。

和丰公司员工韩某与炜烨公司员工谷某、李某的微信聊天记录载明，自2022年5月份开始，韩某多次通过微信与谷某、李某联系发货事宜，谷某回复“货是要的，最近就是款子特别紧张”“价格有点高”“我在排队安排货款了”等，李某回复“月底资金有点紧张”、“后面低价的进点，均价拉一下，混合着发，亏太多了”等。

之后，和丰公司法院提起诉讼，要求炜烨公司依约履行合同，并支付应付未付货款2195,400元。

宁波市北仑区人民法院审理后认为，和丰公司与炜烨公司之间签订的合同系双方真实意思表示，且不违反法律、行政法规强制性规定，合法有效，双方当事人应当按照约定全面履行自己的义务。双方在合同中互负债务，合同约定款到安排发货，即炜烨公司履行付款义务在前，和丰公司履行交货义务在后，在实际履约过程中，炜烨公司未能在交货时间内先行付清全部货款，显属违约，应依法承担相应的违约责任。炜烨公司辩称案涉货物价格变化较大，属于情势变更情形。法院认为，从工商信息记载的炜烨公司经营范围来看，其具备与案涉业务相关的专业背景和交易常识，而交易产品价格波动受市场供需等多种因素的影响，属于正常商业风险范畴，不属于情势变更的情形。炜烨公司还称案涉货物已出售，

无履行的可能性，可以用赔偿损失代替继续履行。法院认为，炜烨公司并未就此提供相应证据，而和丰公司虽然自认存在调用货物的情况，但该货物为一般种类物，且和丰公司自述240吨货物仍然存储在台塑公司仓库中，具备随时交付货物的条件，同时从双方合同约定可知，和丰公司属中间商，为履行案涉合同而在当时向生产厂家台塑公司购货，货物价格也受当时与厂家所签合同的约束，且从双方公司员工的微信聊天记录来看，面对和丰公司多次要求尽快提货的催促，炜烨公司只是回复“资金紧张”、“价格有点高”等，并未明确表明不再履行合同，结合该案实际来看，该案主要问题在于合同签订后交易产品市场价格下降较大，并非合同无法继续履行。炜烨公司还主张调整销售合同的交易价格，缺乏充分的法律依据，法院亦不予支持。所以判决：（1）和丰公司与炜烨公司于2022年5月13日签订的《销售合同》及2022年5月23日签订的《销售合同》继续履行；（2）炜烨公司支付和丰公司货款2195,400元。

炜烨公司提起上诉，浙江省宁波市中级人民法院二审判决驳回上诉，维持原判。

三、合同的解除

法律支持合法、有效的合同存续并履行完毕，但是在实务中，往往许多合同因为各种各样的原因而无法继续履行，所以只能提前解除。

合同解除，是指合同成立以后，未履行或未完全履行前，经当事人协议，或当具备合同解除的条件时，由解除权人行使解除权使合同关系自始或向将来消灭的一种行为。

（一）合同解除的类型与条件

合同解除可以分为三种类型：协议解除、法定解除、约定解除。

《民法典》第562条第1款规定，当事人协商一致，可以解除合同。无论合同中是否约定合同解除条件，因为出现了特殊情况，导致合同无法继续履行或不能实现合同目的，双方协商一致，就可以提前解除合同。合同解除的，该合同的权利义务关系终止。而且不受“合同解除程序”的限制。

《民法典》第563条规定了“合同法定解除”，有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（1）因不可抗力致使不能实现合同目的；（2）在履行期限届满前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；（3）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；（4）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；（5）法律规定的其他情形。以持续履行的债务为内容的不定期合同，当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方。

此外，在《民法典》合同编一些有名合同的规范中，规定了合同解除的法定条件。如第十四章“租赁合同”的相关规定也明确了当事人可以解除合同的法定条件，很多是对《民法典》第563条规定的细化。其中，出租人可以解除合同的情形有：（1）承租人未按照约定的方法或者未根据租赁物的性质使用租赁物，致使租赁物受到损失的；（2）承租人未经出租人同意转租的；（3）承租人无正当理由未支付或者迟延支付租金的，在出租人催告后，承租人在合理期限内仍未支付的。承租人可以随时解除合同的情形有：（1）出租房屋被司法机关或者行政机关依法查封、扣押；（2）出租房屋权属有争议，致使承租人无法使用该房屋的；（3）因出租房屋部分或者全部毁损、灭失，致使不能实现合同目的的；（4）出租房屋质量不合格，危及承租人的安全或者健康的。此外，按照《民法典》第730条的规定，当事人对租赁期限没有约定或者约定不明确，一般视为不定期租赁；当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方。

司法解释中也有关于合同解除的相关规定。如最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（2020年12月修正）第19条规定：“出卖人没有履行或者不当履行从给付义务，致使买受人不能实现合同目的，买受人主张解除合同的，人民法院应当根据民法典第五百六十三条第一款第四项的规定，予以支持。”

当事人还可以合同中约定解除条件。《民法典》第562条第2款规定，当事人可以约定一方解除合同的事由。解除合同的事由发生时，解除权人可以解除合同。如双方可以约定：如在租赁期内该房屋被拆迁征收，双方应同意解除合同；如出租人将来要转让该房屋，承租人应同意解除合同；如承租人因为工作变动需

要迁往他处，出租人应同意解除合同等。但要注意“解除权行使期限”与“合同解除程序”。

（二）当事人提出解除合同的方式

合同当事人可以选择两种方式解除合同：一种是通知解除，另一种是通过诉讼、仲裁等方式解除。第一种方式解除合同，一方当事人需将解除合同的意思表示传递给对方，可通过口头通知、纸质信函、电子邮箱、微信聊天等方式通知，在关于合同是否解除的诉讼中，行使解除权的一方应当对自己已通知对方负举证责任。第二种方式的解除更为明确，如果法院或仲裁机构确认合同解除，则对方当事人自收到起诉状或仲裁申请书副本之日起合同即解除。

如果因一方原因导致合同无法或难以继续履行下去，守约方当然可以单方解除合同。应遵守《民法典》第565条关于“合同解除程序”规定：当事人一方依法主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除；通知载明债务人在一定期限内不履行债务则合同自动解除，债务人在该期限内未履行债务的，合同自通知载明的期限届满时解除。对方对解除合同有异议的，任何一方当事人均可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除行为的效力。当事人一方未通知对方，直接以向法院提起诉讼或者申请仲裁的方式依法主张解除合同，人民法院或者仲裁机构确认该主张的，合同自起诉状副本或者仲裁申请书副本送达对方时解除。

此外，违约方在一定条件下也可以向法院提起诉讼或申请仲裁的方式要求解除合同，但不能以通知方式解除合同。对此情况，见《民法典》第580条第2款的规定：“有前款规定的除外情形之一，致使不能实现合同目的的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求终止合同权利义务关系，但是不影响违约责任的承担。”

《合同编通则解释》第53条规定：当事人一方以通知方式解除合同，并以对方未在约定的异议期限或者其他合理期限内提出异议为由主张合同已经解除的，人民法院应当对其是否享有法律规定或者合同约定的解除权进行审查。经审查，享有解除权的，合同自通知到达对方时解除；不享有解除权的，不发生合同解除的效力。该解释第54条规定：当事人一方未通知对方，直接以提起诉讼的方式主

张解除合同，撤诉后再次起诉主张解除合同，人民法院经审理支持该主张的，合同自再次起诉的起诉状副本送达对方时解除。但是，当事人一方撤诉后又通知对方解除合同且该通知已经到达对方的除外。

2019年11月发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号）对此问题也有规范：“48.【违约方起诉解除】违约方不享有单方解除合同的权力。但是，在一些长期性合同如房屋租赁合同履行过程中，双方形成合同僵局，一概不允许违约方通过起诉的方式解除合同，有时对双方都不利。在此前提下，符合下列条件，违约方起诉请求解除合同的，人民法院依法予以支持：（1）违约方不存在恶意违约的情形；（2）违约方继续履行合同，对其显失公平；（3）守约方拒绝解除合同，违反诚实信用原则。人民法院判决解除合同的，违约方本应当承担的违约责任不能因解除合同而减少或者免除。”

（三）合同解除后的法律后果

合同解除后的最直接的法律后果是合同终止。需要注意的是《民法典》第567条规定：合同的权利义务关系终止，不影响合同中结算和清理条款的效力。

《合同编通则解释》第52条第1款规定：“当事人就解除合同协商一致时未对合同解除后的违约责任、结算和清理等问题作出处理，一方主张合同已经解除的，人民法院应予支持。但是，当事人另有约定的除外。有下列情形之一的，除当事人一方另有意思表示外，人民法院可以认定合同解除：（一）当事人一方主张行使法律规定或者合同约定的解除权，经审理认为不符合解除权行使条件但是对方同意解除；（二）双方当事人均不符合解除权行使的条件但是均主张解除合同。前两款情形下的违约责任、结算和清理等问题，人民法院应当依据民法典第五百六十六条、第五百六十七条和有关违约责任的规定处理。”

关于合同解除后的溯及力问题。对于非继续性质的合同，如买卖合同，可以请求返还原物、恢复原状；对于继续性合同，不具有溯及力。已经履行的部分无法恢复，对于未履行的部分可以主张相关财产的返还。

对于合同解除后的处理，《民法典》第566条规定：合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以请求恢复原状或者采取其他补救措施，并有权请求赔偿损失。合同因违约解除的，解除权人

可以请求违约方承担违约责任，但是当事人另有约定的除外。主合同解除后，担保人对债务人应当承担的民事责任仍应当承担担保责任，但是担保合同另有约定的除外。

在实践中，重点要关注合同解除的主体过错责任。一般来说，如果因为一方实质违约导致无法实现合同目的，另一方可以解除合同并要求违约方承担违约责任或请求赔偿损失。如出租人将房屋“一房多租”，导致有些承租人不能取得租赁房屋；承租人不按时支付租金，经出租人催告后在合理期限内仍未支付。

此外，双方可能会对应由哪一方承担过错责任存在争议。如房屋在出租前已设立抵押权，后来因为抵押权人实现抵押权导致承租人不能继续使用房屋，所以只能解除合同。承租人认为出租人在出租前没有告知已设立抵押权的情况，所以应承担全部过错责任；但出租人认为自己此前已经口头告知过承租人，而且承租人只要到登记机构查一下即知已设立抵押权的情况，所以承租人也有过错，自己不应承担责任。一旦发生纠纷，双方需要对自己的主张承担举证责任。

四、合同变更或解除常见的法律风险与防范

风险点一：由于市场发生变化，要求变更或解除合同须慎重

经济形势的变化往往导致货物市场价格发生剧烈波动。建议不要轻易选择主动违约、解除合同或者提起诉讼等方式解决，与对方平等协商、寻找双方都能接受的解决方案更加有利于减少损失。即便是在诉讼时，接受法院主持下的调解也将更加有助于企业利益的保护。

企业要判断市场价格发生变动是商业风险还是异常变化。一般情况下，企业提出要求根据“情势变更规则”，请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同的，得到支持的难度较大。如果觉得提出申请，一定要做好相关证据的收集工作，以不可抗力作为情势变更的原因，获得支持的可能性会较大一些。

防范建议：企业应按照诚信原则履行，在对方没有违约的情况，没有己方不存在特殊情况或原因，不要主动寻求变更或解除合同。

风险点二：单方解除合同可能要承担合同相对方的损失，即使对方违约也须

及时止损

合同因违约而解除的，违约方应当承担相应的违约责任。如因不可抗力致使合同解除的，遭受不可抗力影响一方在已经及时通知对方并在合理期限内提供了不可抗力证明的情况下，可以免除或部分免除责任。但当事人迟延履行后发生不可抗力的，不免除其违约责任。

如果对方违约，不管是由于什么原因造成的，企业都应该及时采取措施，防止损失扩大，由此产生的合理费用将由违约方承担。如果消极对待，放任损失的扩大，对于扩大的损失法院将无法予以保护。

举例说明：A和B签订合同，约定A从B处购海鲜10吨，后因为疫情管控的原因，A通知B取消订单，并表示愿意承担因此给B造成的部分损失。此时，B应积极采取措施，将海鲜另销，以获得一定收益。如果B不采取措施，任由海鲜存放变质，即未采取适当措施防止损失扩大，就无权要求A赔偿海鲜变质的损失。同时，B因防止损失而支出的合理费用，可以要求A也就是违约方承担。

防范建议：在对方出现违约的情况下，己方应当及时采取措施防止损失扩大，否则就不能对扩大的损失请求赔偿。

风险点三：约定解除要及时行使合同解除权，并做好证据的留存固定工作

《民法典》第564条规定：法律规定或者当事人约定解除权行使期限，期限届满当事人不行使的，该权利消灭。法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限，自解除权人知道或者应当知道解除事由之日起一年内不行使，或者经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭。

举例说明：某面料公司长期供应面料，涉及货款300万余元。由于业务发生时间早，公司业务几经变更，至起诉时无送货单、对账单、发票、买卖合同证明等，仅持一份自行制作的对账单。

防范建议：如今在业务往来使用微信、邮件非常普遍，所以要及时固定证据。对特别重大交易，建议仍选用合同、发函、阶段性会议纪要、备忘等形式，明确交易中涉及的一些重大事项，使用微信、电子邮件等进行沟通存在原件灭失，员工离职导致数据删除等风险。

风险点四：对方提出解除合同，己方不同意解除的异议要及时提

一旦对方通知解除合同而已方对此存在异议，如果合同中约定了异议期限，请务必在约定期限内向对方以书面方式提出。如果在约定期限届满后才提出异议并向法院起诉的，该诉请可能无法获得支持。

风险点五：撤销问题合同要注意时效

如果认为对方在签署合同过程中存在欺诈、胁迫行为的，或者事后发现签署合同时自己对合同内容有重大误解，认为合同权利义务安排显失公平的，可以请求法院撤销合同。但是务必自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内（重大误解的自知道或者应当知道撤销事由之日起90日内）行使撤销权，否则将失去请求法院撤销合同的权利。当然，在撤销权行使期限内提出的请求是否能得到法院支持还将取决于所举证据是否充分。

五、与合同解除相关的案例

（一）约定的解除事由发生时，解除权人可以解除合同并要求对方承担违约责任

《民法典》第562条规定：当事人协商一致，可以解除合同。当事人可以约定一方解除合同的事由。解除合同的事由发生时，解除权人可以解除合同。第564条规定：法律规定或者当事人约定解除权行使期限，期限届满当事人不行使的，该权利消灭。法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限，自解除权人知道或者应当知道解除事由之日起一年内不行使，或者经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭。

以下举例说明：案号为（2022）浙0203民初9902号的房屋租赁合同纠纷案件。案情简介：宁波君达房地产经纪有限公司（出租方，以下简称君达公司）与宁波乐羽体育发展有限公司（承租方，以下简称乐羽公司）于2022年5月26日签订《场地租赁合同》一份，约定：乐羽公司向君达公司租赁位于宁波市海曙区环城西路北段455号建筑面积320平方房场地作为羽毛球运动场地，租赁期限自2022年6月20日至2023年6月20日，年租金10万元，场地保证金5万元；并约定因出租方原因或过错，造成承租方无法使用租赁场地的情形超过15日的，承租方有权单方

解除合同且不承担任何责任；守约方可向违约方主张违约金3万元；等等。2022年5月30日，双方又签订了《合同补充协议书》一份，约定：乙方在原有2片场地基础上增加1片场地，每年租金5万元；新增的场地押金2万元；场地交付时间为2022年6月25日之前。上述合同签订后，乐羽公司于2022年5月26日向君达公司支付租金15万元，于2022年5月30日支付场地保证金7万元；但君达公司未按约定时间向乐羽公司交付场地。后，乐羽公司以君达公司、丁某1、丁某2、梅某为被告向法院提起诉讼。

经查明，原告乐羽公司和被告君达公司签订《场地租赁合同》及《合同补充协议书》时，被告君达公司系一人有限责任公司，股东丁某1，认缴出资额为100万元，未实缴。2022年7月22日，被告丁某1将其股份无偿转让给了被告丁某2、梅某，并进行了变更登记，现该公司法定代表人为梅某，被告丁某2、梅某均未实缴出资。

宁波市海曙区人民法院审理后认为，当事人可以约定一方解除合同的事由，解除合同的事由发生时，解除权人可以解除合同。原告乐羽公司与被告君达公司于《场地租赁合同》中约定，因出租方原因或过错，造成承租方无法使用租赁场地的情形超过15日的，承租方有权单方解除合同且不承担任何责任。被告在原告已经按月支付租金及场地保证金的情况下，超过合同约定的租赁起始期限15日仍未向原告交付租赁场地，显属违约，原告按约享有解除权。关于合同解除时间，双方均确认为该案起诉状副本送达之日即2022年8月12日，符合法律规定，法院对此予以确认。合同解除后，已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以请求恢复原状或者采取其他补救措施，并有权赔偿损失。关于违约金主张，法院认为，履行不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。案涉合同约定违约金为3万元，法院认为该约定系双方真实表示，且于法无悖，故法院予以支持。关于三自然人被告是否应对被告君达公司的案涉债务承担连带清偿责任，在注册资本认缴制下，股东依法享有期限利益。原告以被告丁某2、梅某在明知公司出资没有到位的情况下，无偿受让公司股权为由，要求二被告承担连带清偿责任，于法无据，法院不予支持。被告君达公司在与案涉合同履行期间系一人有限责任公司，被告丁某1系该公司的自然人股东，而被告丁某1未提出相应的证据

证明公司财产独立于自己的财产。原告现以丁某1为一人公司股东为由主张其对被告公司债务承担连带清偿责任，于法有据，法院予以支持。所以判决：（1）确认原告乐羽公司与被告君达公司签订的《场地租赁合同》及《合同补充协议书》于2022年8月12日解除；（2）被告君达公司向原告乐羽公司返还租金15万元、场地保证金7万元，并支付违约金3万元，以上共计25万元；（3）被告丁某1对本判决第二项债务承担连带清偿责任；（4）驳回原告宁波乐羽体育发展有限公司的其他诉讼请求。

（二）出现法定解除事由，解除权人可以解除合同

《民法典》第562条规定，有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（1）因不可抗力致使不能实现合同目的；（2）在履行期限届满前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；（3）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；（4）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；（5）法律规定的其他情形。以持续履行的债务为内容的不定期合同，当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方。

以下举例说明：案号为（2022）浙0226民初5376号的服务合同纠纷案件。案情简介：2022年6月29日，娄某在宁波立得思健身服务有限公司（以下简称立得思公司）处进行健身服务。2022年7月4日，娄某再次向立得思公司购买了价值4560元二人游泳私教课程，约定由立得思公司提供私人教练和私教课程，计12节课。2022年7月5日，娄某要求立得思公司排课，但立得思公司未能回应，所约课程被告迟迟未能安排，期间娄某与立得思公司多次协调但未能达成一致意见。后，娄某向法院提起诉讼。

浙江省宁海县人民法院审理后认为，案涉合同具有明显的人身属性，私人教练个人的专业水平、服务水平及与客户之间的特殊信任关系等，均具有一定程度的不可替代性，双方一旦相互认可，不应随意更换；且12节课被告迟迟未能安排，使合同目的未能实现。合同的解除，依法有约定解除、法定解除两种情形。约定解除，即当事人协商一致，或者合同约定的解除事由发生时，可以解除合同；法定解除，则需发生法律规定的解除事由时，才可解除合同。该案中

不存在约定解除情形，原告在合同期限一直未完成健身课程，未能实现其合同目的。因此，根据法定解除的相关规定，原告依法有权解除案涉合同。该案所涉合同自起诉状副本送达被告之日，即2022年11月18日解除。合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状，采取补救措施，并有权请求赔偿损失。该案中，双方未完成课程12节，总课程价款4560元。对于解除合同双方均不存在过错，但被告经营健身场馆对入会会员人数、器械设备、教练等有一定的配比，原告要求退费对于场馆经营势必造成一定的损失，基于公平原则，应当酌情予以考虑，法院酌定为3648元（4560元×0.8）。所以判决：（1）原告娄某与被告立得思公司签订的《力德斯私人教练课程合约书》于2022年11月18日解除；（2）被告立得公司退还原告娄某课时费用3648元。

（三）违约方不享有单方解除合同的权利，但可以诉请法院解除合同

《民法典》第580条规定，当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以请求履行，但是有下列情形之一的除外：（1）法律上或者事实上不能履行；（2）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；（3）债权人在合理期限内未请求履行。有前款规定的除外情形之一，致使不能实现合同目的的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求终止合同权利义务关系，但是不影响违约责任的承担。

以下举例说明：一审案号为（2021）浙02民初111号、二审案号为（2021）浙民终1262号的房屋租赁合同纠纷案件。案情简介：案涉宁波市鄞州区某处房屋属某小区的物业经营用房，该小区业主委员会于2019年5月10日出具一份委托书，载明规划用途为游泳池建筑、面积为768.93平方米的房屋，委托宁波银亿物业管理有限公司（以下简称银亿公司）对外租赁，并由银亿公司代为签订租赁合同。后，银亿公司（出租方）与宁波斯威鸣体育文化发展有限公司（承租方，以下简称斯威鸣公司）签订了《会所房屋租赁合同》。合同约定案涉房屋租赁期限自2019年5月20日至2022年5月19日止，每季租金为57,500元。合同签订后，斯威鸣公司接收了案涉游泳池并开始营业，支付了水、电、物业费等押金2万元和租房押金8万元，并支付了截至2020年1月31日的租金210,086元。自2020年初疫

情开始，案涉游泳池停业。双方以书面方式进行了多次沟通，斯威鸣公司要求提前解除合同，银亿公司认为双方应按合同继续履行。于是，斯威鸣公司向法院提起诉讼，要求解除租赁合同。

宁波市中级人民法院审理后认为，案涉游泳池属于某小区的物业经营用房，现其委托银亿公司对外租赁，并由银亿公司代为签订租赁合同，故银亿公司有权对外出租。银亿公司和斯威鸣公司签订的《会所房屋租赁合同》系双方真实意思表示，内容不违反法律、行政法规的强制性规定，应属合法有效，双方均应依约履行。在履约过程中，虽受疫情影响给斯威鸣公司的游泳池经营带来过阶段性经营困难，但根据疫情防控情况，2020年春夏之交，宁波辖区的游泳池经营陆续开始恢复正常。斯威鸣公司以疫情影响为由，主张解除《会所房屋租赁合同》，法院不予支持。斯威鸣公司支付租金至2020年1月31日，此后未再支付租金，构成违约。从该案双方沟通过程来看，往来函件两个来回，均无法就相关问题达成一致意见，可见双方形成合同僵局；从租金支付情况来看，斯威鸣公司支付租金至疫情发生之前的2020年1月31日，之后也多次发函和银亿公司进行沟通，故斯威鸣公司不存在恶意违约。现斯威鸣公司坚持主张解除合同，属明确表示不履行合同主要内容的情形，法院予以支持。但就合同解除的时间，因双方就合同继续履行还是解除，一直在沟通且未达成一致意见，故解除日期以法院判决作出之日为准。关于押金10万元，因斯威鸣公司系违约方，其无权主张返还押金。所以，判决原告斯威鸣公司与被告银亿公司之间的《会所房屋租赁合同》于2021年6月30日解除。

斯威鸣公司提起上诉。浙江省高级人民法院二审判决驳回上诉，维持原判。

第八章 合同被撤销、无效的原因与处理

一、特殊情况下合同可能会被撤销

合同成立并生效后，当事人应当按照合同约定全面履行自己的义务。如果当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担违约责任。但在一些特殊情况下，合同可能会被撤销。需要注意的是，合同撤销的相关规范并没有写入《民法典》合同编中，而是写在《民法典》总则编第六章“民事法律行为”第三节“民事法律行为的效力”中。因为签订合同也是民事法律行为的一种，所以合同也可以适用这些规范。具体规定如下：

第147条规定：基于重大误解实施的民事法律行为，行为人有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

第148条规定：一方以欺诈手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

第149条规定：第三人实施欺诈行为，使一方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，对方知道或者应当知道该欺诈行为的，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

第150条规定：一方或者第三人以胁迫手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受胁迫方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

第151条规定：一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，致使民事法律行为成立时显失公平的，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

需要注意的是：在实务中，合同撤销权人一般是自然人，企业行使合同撤销权成功的案例比较少，因为企业很少出现被胁迫、欺诈或出于重大误解而签订

合同的情况，很难进行举证。从诚信原则与促成交易达成的立法精神，法院一般不会轻易撤销合同或认定合同无效。即使在合同中存在权益失衡、显示公平的情况，法院一般也是采取变更合同或认定合同中的部分条款无效的处理方式。

合同当事人行使撤销权需要在一定期限内行使。具体见《民法典》第152条规定：“有下列情形之一的，撤销权消灭：（一）当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内、重大误解的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起九十日内没有行使撤销权；（二）当事人受胁迫，自胁迫行为终止之日起一年内没有行使撤销权；（三）当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为表明放弃撤销权。当事人自民事法律行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，撤销权消灭。”

合同被撤销后的法律后果与合同无效相似。《民法典》第155条规定：无效的或者被撤销的民事法律行为自始没有法律约束力。《民法典》第157条规定：民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法律另有规定的，依照其规定。

《合同编通则解释》第5条规定：第三人实施欺诈、胁迫行为，使当事人在违背真实意思的情况下订立合同，受到损失的当事人请求第三人承担赔偿责任的，人民法院依法予以支持；当事人亦有违背诚信原则的行为的，人民法院应当根据各自的过错确定相应的责任。但是，法律、司法解释对当事人与第三人的民事责任另有规定的，依照其规定。

二、合同被撤销的相关案例

以下举两例予以说明，分别是当事人主张的撤销权被法院支持与不被支持的情况。

举例一：一审案号为（2022）浙0281民初6931号，二审案号为（2023）浙02民终2495号的合同纠纷案件。案情简介：2021年8月11日，黄某与余姚市盛泰电

子厂（经营者徐某，以下简称盛泰厂）签订《黄某事件处理方案》一份，载明：“关于我司插头车间员工姓名：黄某；于2021年4月29日在车间走动时不慎摔倒，我司车间管理人员立即送到余姚市人民医院进行检查治疗；经余姚市人民医院检查后确认为左侧身着地造成左手左桡骨远端骨折需要在余姚市人民医院进行住院手术并康复治疗。经黄某和她丈夫吴某及其家属一致同意；黄某在住院期间全部医疗费用由我司全部承担并已支付完结。我司并额外补助黄某后期全部费用壹万元整并已支付完结。伤者黄某和她丈夫吴某及其家属不再追究我司任何费用和责任。至此以后我司对黄某受伤事件不承担任何法律责任和任何费用；此次事件圆满解决并结束。”余姚市人力资源和社会保障局于2021年9月15日出具《认定工伤决定书》一份，认定黄某受到的事故伤害属于工伤认定范围。宁波市劳动能力鉴定委员会于2022年7月20日出具《劳动能力初次鉴定结论书》一份，载明黄某伤残情况左桡骨远端骨折，鉴定结论为九级。之后，黄某向法院提起诉讼，要求撤销黄某、盛泰厂于2021年8月11日签订的《黄某事件处理方案》。

浙江省余姚市人民法院审理后认为，依照法律规定，一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，致使民事法律行为成立时显失公平的，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。黄某于2021年8月11日与盛泰厂签署了《黄某事件处理方案》；该方案签署后，黄某申请工伤认定与劳动能力鉴定，经宁波市劳动能力鉴定委员会鉴定，其劳动能力为九级，方案签订之时黄某正处于受伤治疗康复期间，《黄某事件处理方案》协议支付的费用可能远低于黄某因此次工伤事故造成的损失，故该协议对黄某显失公平，应予以撤销。所以判决撤销原告黄某与被告盛泰厂双方之间于2021年8月11日签订的《黄某事件处理方案》。

盛泰厂提起上诉，浙江省宁波市中级人民法院二审判决驳回上诉，维持原判。

案例二：案号为（2019）浙02知民初228号的知识产权合同纠纷案件。案情简介：2016年3月，宁波慈星股份有限公司（甲方，以下简称慈星公司）与宁波必沃纺织机械有限公司（乙方，以下简称必沃公司）签订采购合同，约定甲方因生产需要向乙方采购系统底板等，具体详见每月交货通知单。合同附件4保密协

议约定甲方需向乙方提供该产品的甲方专有的技术信息和经营信息等商业秘密，乙方需要承担保密义务。2017年，慈星公司发现必沃公司生产并对外出售的横机设备及部件与慈星公司自主研发生产的横机设备部件外观及技术要求完全相同，而这些部件正是之前双方签署的采购合同中涉及的横机部件。慈星公司认为必沃公司在未经允许的情况下，擅自将慈星公司的技术图纸用于自己的横机部件生产，违反了协议约定不得使用商业秘密的条款，给慈星公司造成重大损失。所以，慈星公司向法院起诉，要求必沃公司停止生产销售该案图纸描述的零部件及使用该案零部件的机器并赔偿损失等。该案尚在审理中。

必沃公司也向法院提起诉讼，请求判令撤销案涉保密协议。

浙江省宁波市中级人民法院审理后认为，该案争议焦点为：一、原告主张的显失公平和重大误解合同撤销事由是否存在。该案原、被告双方于2016年3月签署案涉采购合同及其附件，保密协议的签订目的为防止因合作致商业秘密泄露而失去行业竞争力。案涉保密协议合法有效，相关协议条款内容符合商业惯例，必沃公司在签订协议时对于履约风险具备合理的认知能力，双方利益亦不存在显著失衡的情形，故案涉合同不存在重大误解或显失公平的情形。二、原告行使合同撤销权是否在法定期限之内。原告在该案中主张以重大误解、显失公平为由而行使合同撤销权。按照法律规定，当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内、重大误解的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起三个月内没有行使撤销权的，撤销权消灭。退一步讲，即便案涉协议存在重大误解或显失公平的情形，必沃公司直至2019年7月才向被告慈星公司主张行使撤销权，已然经过法律规定的除斥期间，该撤销权归于消灭。所以判决驳回原告必沃公司的全部诉讼请求。

三、合同无效的原因与处理

（一）合同无效的原因

《民法典》第143条规定，民事法律行为有效的条件包括：（1）行为人具有相应的民事行为能力；（2）意思表示真实；（3）不违反法律、行政法规的强制

性规定，不违背公序良俗。

根据《民法典》的相关规定，导致民事法律行为（包括签订合同）无效的主要原因有：（1）无民事行为能力人实施的民事法律行为无效，如不满8周岁的未成年人或不能辨认自己行为的成年人签订的合同无效。（2）限制民事行为能力人实施的其他民事法律行为经法定代理人同意或者追认后有效，如8周岁以上的未成年人签订合同需要经过其父母等法定代理人同意或者追认。（3）行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效，如存在“阴阳合同”情况，往往是一真一假，不是当事人真实意思表示的那份合同无效。（4）违反法律、行政法规的强制性规定或违背公序良俗的民事法律行为无效，如违法建筑物出租应认定为租赁合同无效。（5）行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效。在法院执行中发现很多的“虚假租赁”行为，多数是债务人为了逃避房屋被强制执行，与第三人串通签订租赁合同，因为损害债权人的利益，所以会被认定为无效。除了这些常见的合同无效原因外，房屋租赁合同还有一种特殊的部分无效情形：如果租赁期限超过20年，超出20年的部分无效。

因为企业具有相应的民事行为能力，所以不会出现因为民事行为能力原因导致合同无效的情形。即使企业超越经营范围订立合同，一般也会被认定为有效，不会仅以超越经营范围确认合同无效。如果合同无法履行，企业需要承担相应的违约责任。导致企业签订的合同无效常见的原因是：违反法律、行政法规的强制性规定或违背公序良俗，恶意串通损害他人合法权益。

需要注意的是，按照原《合同法》第52条规定，以合法形式掩盖非法目的签订的合同无效。在《民法典》中已经删除了此规定，即使出现以合法形式掩盖非法目的签订合同的情况，只要不损害他人合法权益，一般不会被认定为合同无效，因此发生纠纷，由合同当事人按照相关法律规定处理。

需要注意的是《合同编通则解释》第17条第1款规定：“合同虽然不违反法律、行政法规的强制性规定，但是有下列情形之一的，人民法院应当依据民法典第一百五十三条第二款的规定认定合同无效：（一）合同影响政治安全、经济安全、军事安全等国家安全的；（二）合同影响社会稳定、公平竞争秩序或者损害社会公共利益等违背社会公共秩序的；（三）合同背离社会公德、家庭伦理或者

有损人格尊严等违背善良风俗的。”

（二）员工以企业名义签订的合同是否有效的判断

在实务中，经常会出现企业员工以所在企业名义签订合同的情况，合同是否有效要根据具体情况进行分析。如果仅仅是员工自己在协议上签字，没有公司盖章，公司也没有为该员工出具相关的授权委托书，该协议对公司不发生法律效力，由该员工自行解决与合同相对方的问题。如果公司将已经盖章的协议交给员工，或者出具授权委托书，同意该员工在协议上签字，合同相对方有理由相信该员工有权代表公司签约的，合同应认定为有效。具体见《民法典》第172条规定：行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，相对人有理由相信行为人有代理权的，代理行为有效。此外，即使是员工擅自以公司名义签订合同，公司事先未对其进行授权，但公司觉得该协议内容对公司有利所以愿意履行，或者公司为了维护形象而履行的，该合同也是有效的。《民法典》第503条规定：无权代理人以被代理人的名义订立合同，被代理人已经开始履行合同义务或者接受相对人履行的，视为对合同的追认。

《合同编通则解释》第21条规定：法人、非法人组织的工作人员就超越其职权范围的事项以法人、非法人组织的名义订立合同，相对人主张该合同对法人、非法人组织发生法律效力并由其承担违约责任的，人民法院不予支持。但是，法人、非法人组织有过错的，人民法院可以参照民法典第一百五十七条的规定判决其承担相应的赔偿责任。前述情形，构成表见代理的，人民法院应当依据民法典第一百七十二条的规定处理。合同所涉事项有下列情形之一的，人民法院应当认定法人、非法人组织的工作人员在订立合同时超越其职权范围：（1）依法应当由法人、非法人组织的权力机构或者决策机构决议的事项；（2）依法应当由法人、非法人组织的执行机构决定的事项；（3）依法应当由法定代表人、负责人代表法人、非法人组织实施的事项；（4）不属于通常情形下依其职权可以处理的事项。合同所涉事项未超越依据前款确定的职权范围，但是超越法人、非法人组织对工作人员职权范围的限制，相对人主张该合同对法人、非法人组织发生法律效力并由其承担违约责任的，人民法院应予支持。但是，法人、非法人组织举证证明相对人知道或者应当知道该限制的除外。法人、非法人组织承担民事责任后，

向故意或者有重大过失的工作人员追偿的，人民法院依法予以支持。

该解释第22条规定：法定代表人、负责人或者工作人员以法人、非法人组织的名义订立合同且未超越权限，法人、非法人组织仅以合同加盖的印章不是备案印章或者系伪造的印章为由主张该合同对其不发生效力的，人民法院不予支持。合同系以法人、非法人组织的名义订立，但是仅有法定代表人、负责人或者工作人员签名或者按指印而未加盖法人、非法人组织的印章，相对人能够证明法定代表人、负责人或者工作人员在订立合同时未超越权限的，人民法院应当认定合同对法人、非法人组织发生法律效力。但是，当事人约定以加盖印章作为合同成立条件的除外。合同仅加盖法人、非法人组织的印章而无人员签名或者按指印，相对人能够证明合同系法定代表人、负责人或者工作人员在其权限范围内订立的，人民法院应当认定该合同对法人、非法人组织发生法律效力。在前三款规定的情形下，法定代表人、负责人或者工作人员在订立合同时虽然超越代表或者代理权限，但是依据民法典第五百零四条的规定构成表见代表，或者依据民法典第一百七十二条的规定构成表见代理的，人民法院应当认定合同对法人、非法人组织发生法律效力。

（三）企业法定代表人签字的合同是否有效的判断

在实践中，经常会出现另一种情况：企业法定代表人签字的合同，合同相对方认为是有效的，但企业认为这是该法定代表人超越权限订立的合同，所以是无效的。《民法典》第504条对此进行了明确的规定：法人的法定代表人或者非法人组织的负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限外，该代表行为有效，订立的合同对法人或者非法人组织发生法律效力。根据此条规定，企业法定代表人签字的合同，一般会被认定为有效。但有一种情况例外：未经公司董事会或者股东会、股东大会决议通过，即使有公司法定代表人签字的担保协议，也被认定为无效。

《合同编通则解释》第20条规定：法律、行政法规为限制法人的法定代表人或者非法人组织的负责人的代表权，规定合同所涉事项应当由法人、非法人组织的权力机构或者决策机构决议，或者应当由法人、非法人组织的执行机构决定，法定代表人、负责人未取得授权而以法人、非法人组织的名义订立合同，未尽到合理审查义务的相对人主张该合同对法人、非法人组织发生法律效力并由其承担

违约责任的，人民法院不予支持，但是法人、非法人组织有过错的，可以参照民法典第一百五十七条的规定判决其承担相应的赔偿责任。相对人已尽到合理审查义务，构成表见代表的，人民法院应当依据民法典第五百零四条的规定处理。合同所涉事项未超越法律、行政法规规定的法定代表人或者负责人的代表权限，但是超越法人、非法人组织的章程或者权力机构等对代表权的限制，相对人主张该合同对法人、非法人组织发生法律效力并由其承担违约责任的，人民法院依法予以支持。但是，法人、非法人组织举证证明相对人知道或者应当知道该限制的除外。法人、非法人组织承担民事责任后，向有过错的法定代表人、负责人追偿因越权代表行为造成的损失，人民法院依法予以支持。法律、司法解释对法定代表人、负责人的民事责任另有规定的，依照其规定。

举例说明：在未经股东大会决议同意的情况下，A公司的法定代表人擅自以A公司的名义给自己控制的另一家B公司的借款提供担保，后来B公司未能偿还借款，A公司被要求履行担保义务。对此，A公司抗辩道，当初其法定代表人订立担保协议时，未经过股东大会同意，属于越权担保，所以A公司不应承担该担保责任。类似的案例已经发生多起，法院一般会判决担保协议无效。主要理由是：公司为法定代表人提供担保必须经过股东会或者股东大会决议。在没有上述决议的情况下，法定代表人对外签订担保协议，约定公司为自己或自己控制的关联方提供担保的，属于越权代表。债权人未审查上述决议的，不属于善意相对人，所涉的担保协议无效。

（四）合同无效的处理

对于合同被认定为无效后的处理，应根据《民法典》的相关规定，具体是第155条规定：无效的或者被撤销的民事法律行为自始没有法律约束力。第156条规定：民事法律行为部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。第157条规定：民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法律另有规定的，依照其规定。

《合同编通则解释》第13条规定：合同存在无效或者可撤销的情形，当事

人以该合同已在有关行政管理部门办理备案、已经批准机关批准或者已依据该合同办理财产权利的变更登记、移转登记等为由主张合同有效的，人民法院不予支持。

该解释第24条规定：合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力，当事人请求返还财产，经审查财产能够返还的，人民法院应当根据案件具体情况，单独或者合并适用返还占有的标的物、更正登记簿册记载等方式；经审查财产不能返还或者没有必要返还的，人民法院应当以认定合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力之日该财产的市场价值或者以其他合理方式计算的价值为基准判决折价补偿。除前款规定的情形外，当事人还请求赔偿损失的，人民法院应当结合财产返还或者折价补偿的情况，综合考虑财产增值收益和贬值损失、交易成本的支出等事实，按照双方当事人的过错程度及原因力大小，根据诚信原则和公平原则，合理确定损失赔偿额。合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力，当事人的行为涉嫌违法且未经处理，可能导致一方或者双方通过违法行为获得不当利益的，人民法院应当向有关行政管理部门提出司法建议。当事人的行为涉嫌犯罪的，应当将案件线索移送刑事侦查机关；属于刑事自诉案件的，应当告知当事人可以向有管辖权的人民法院另行提起诉讼。

该解释第25条规定：合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力，有权请求返还价款或者报酬的当事人一方请求对方支付资金占用费的，人民法院应当在当事人请求的范围内按照中国人民银行授权全国银行间同业拆借中心公布的一年期贷款市场报价利率（LPR）计算。但是，占用资金的当事人对于合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力没有过错的，应当以中国人民银行公布同期同类存款基准利率计算。双方互负返还义务，当事人主张同时履行的，人民法院应予支持；占有标的物的一方对标的物存在使用或者依法可以使用的情形，对方请求将其应支付的资金占用费与应收取的标的物使用费相互抵销的，人民法院应予支持，但是法律另有规定的除外

在实践中，重点要关注导致合同无效的主体过错责任。一般来说，法院会根据诚实信用原则，充分考虑当事人的过错程度、合同主体义务、合同履行情况等因素，在当事人之间合理分配责任，避免一方因合同无效而获益，实现各方当事

人之间利益的救济与平衡。如出租人将违法建筑出租给承租人使用，一般会认定出租人承担全部或大部分的过错；如果出租人与承租人恶意串通，签订虚假的租赁合同以逃避债务履行，一般会认定双方都有过错，各自承担一半的责任。

四、合同无效的相关案例

（一）房屋租赁合同无效后的法律后果

《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体适用法律若干问题的解释》对房屋租赁合同无效的处理进行了明确，具体是第4条规定：“房屋租赁合同无效，当事人请求参照合同约定的租金标准支付房屋占有使用费的，人民法院一般应予支持。当事人请求赔偿因合同无效受到的损失，人民法院依照民法典第一百五十七条和本解释第七条、第十一条、第十二条的规定处理。”

以下举例说明：案号为（2017）浙0205民初1号的房屋租赁合同纠纷案件。案情简介：2012年8月11日，宁波舟甬仓储有限公司（以下简称舟甬公司）与宁波速远仓储有限公司（以下简称速远公司）签订租赁合同，约定：1. 舟甬公司将位于宁波市江北区某处的新大仓仓库（1340m²）出租给速远公司使用；2. 租期为2012年8月11日至2012年12月31日止；3. 租金为209,040元/年，租金一年分两次支付，先付后用，每延迟一天按未付租金的日千分之五支付违约金。实际履行过程中，租金的支付方式为一季度一付。上述合同期满后，双方未再签订新的租赁合同，由速远公司实际使用上述仓库至今。截至2013年12月31日前的租金，速远公司均能按时支付，其自2014年1月1日起开始逾期支付。后经舟甬公司催讨，速远公司又支付了2014年的租金，此后的租金未支付，所以舟甬公司提起诉讼。审理中查明，案涉新大仓仓库系舟甬公司自建，未办理相关房屋所有权证及建设工程规划许可证。速远公司系有限责任公司，于2008年1月成立，股东为韩某1和韩某2，法定代表人为韩某1。该公司已于2016年10月完成了注销登记，在当地市场监督管理部门备案的《宁波速远仓储有限公司清算报告》中显示，韩某1、韩某2承诺若速远公司有未清偿债务由其二人按出资比例承担。后舟甬公司以韩某1、韩某2为被告向法院提起诉讼。

宁波市江北区人民法院审理后认为，速远公司自原告舟甬公司处承租案涉新大仓库。案涉新大仓库系原告自建，未办理相关房产证也未取得建设工程规划许可证，故原告与速远公司就新大仓库建立的房屋租赁合同应属无效。根据法律规定，合同无效后，因合同取得的财产应当予以返还，故原告依法有权要求承租人腾退新大仓库。新大仓库自2012年8月11日交付速远公司使用至今，现合同无效，原告依法可参照合同约定的租金标准要求承租人支付占有使用费。现速远公司已经办理了注销登记，两被告作为股东承诺如速远公司负有对外债务，则由其按出资比例承担，该约定系当事人真实意思表示，并不违反法律及行政法规的强制性规定，现原告据此要求两被告对速远公司的该案债务按出资比例承担付款责任，于法有据，法院依法可予支持。案涉的租赁合同被认定为无效，违约金条款亦属无效，且该案租赁合同无效之过错在原告一方，现原告主张要求被告支付违约金，缺乏依据，法院不予支持。所以，判决：（1）原告舟甬公司与速远公司之间的的租赁合同无效；（2）被告韩某1、韩某2腾空位于宁波市江北区某处的新大仓库；（3）被告韩某1、韩某2按出资比例支付原告舟甬公司截至2016年12月31日的占有使用费418,080元及自2017年1月1日起至实际腾空日止按年租金209,040元标准计算的占有使用费；（4）驳回原告舟甬公司其他诉讼请求。

（二）未经公司董事会或者股东会、股东大会决议通过的担保协议无效

《中华人民共和国公司法》第15条规定：公司向其他企业投资或者为他人提供担保，按照公司章程的规定，由董事会或者股东会决议；公司章程对投资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，应当经股东会决议。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。

担保协议无效，并不意味着担保人不需要承担赔偿责任。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第17条规定，主合同有效而第三人提供的担保合同无效，人民法院应当区分不同情形确定担保人的赔偿责任：（1）债权人与担保人均有过错的，担保人承担的赔偿责任不应超过债

务人不能清偿部分的1/2；（2）担保人有过错而债权人无过错的，担保人对债务人不能清偿的部分承担赔偿责任；（3）债权人有过错而担保人无过错的，担保人不承担赔偿责任。主合同无效导致第三人提供的担保合同无效，担保人无过错的，不承担赔偿责任；担保人有过错的，其承担的赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的1/3。

以下举例说明：案号为（2021）浙0281民初9682号的确认合同无效纠纷案件。案情简介：施某在2015年11月17日至2021年3月30日期间是余姚市乐安湖科技生态农业有限公司（以下简称乐安湖公司）的执行董事及法定代表人，乐安湖公司的股东系上海合气道文化发展有限公司（以下简称合气道公司），合气道公司的股东是施某、马某，马某为合气道公司的执行董事及法定代表人。施某与马某于1996年结婚，2021年11月离婚。2017年7月17日，施某向黄某借款700万元，以乐安湖公司的名义于同日出具担保函，为施某的上述借款提供连带责任担保。2018年7月24日，余姚市房屋征收补偿办公室（甲方）及其受委托方余姚市姚州房屋拆迁有限公司与乐安湖公司（乙方）签订房地产收购协议，约定乐安湖公司将坐落于余姚市马渚镇乐安湖村的非住宅1905.54平方米等交由甲方拆除，总补偿金额为11,380,508.01元。同月26日，乐安湖公司向黄某支付500万元，同日乐安湖公司再次出具担保函，载明“兹有施某于2017年7月因公司用款需要向黄某借款柒佰万元整，至2018年7月26日，已通过乐安湖公司转账方式归还黄某借款人民币伍佰万元整，尚欠本金贰佰万元。2017年7月21日至2018年7月25日期间的利息为人民币柒拾万元整，合计欠款金额为人民币贰佰柒拾万元整。此款延期至2020年7月25日前归还，利息还是按照每年10%计算。公司自愿为上述借款继续承担连带担保责任，并以乐安湖园区内四幢老楼房及两幢四合院提供担保，担保期限至主债务归还期限届满之日起二年”，施某作为欠款人在该担保函上签名。后，乐安湖公司向法院提起诉讼，请求确认乐安湖公司与黄某之间的担保合同关系无效，并要求黄某返还500万元，施某对黄某上述返还款项的义务承担连带责任。

浙江省余姚市人民法院审理后认为，两被告间的借款合同关系不违反法律、法规的强制性规定，合法有效。法律规定，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。没有证据证明案涉两份担保函的担保行为已经原告乐安湖公司股东会或股东大会决议，属于作为乐安湖公司的时任法定代表人的被告施某超越权限订立的合同。没有证据表明被告黄某不知道或者不应当知道被告施某订立合同的行为系超越权限的行为，故案涉两份担保函涉及的担保行为无效。致上述担保合同无效，原告和被告黄某均有过错。根据相关规定，债权人与担保人均有过错的，担保人承担的赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的1/2。民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。据此，被告黄某应当返还因无效担保行为取得的财产500万元，但鉴于因上述无效担保行为所担保的主债务人即被告施某因原告的履行而消灭相应的债务，如被告黄某后返还后则应由被告施某支付给被告黄某，为免讼累，应由被告施某负返还责任，被告黄某对被告施某不能清偿部分的1/2负返还责任。所以判决：（1）确认原告乐安湖公司与被告黄某于2017年7月17日、2018年7月26日订立的担保行为无效；（2）被告施某支付原告乐安湖公司500万元；（3）被告黄某对上述第二项被告施某不能清偿部分的1/2负返还责任；（4）驳回原告乐安湖公司的其他诉讼请求。

（三）恶意串通损害他人合法权益的合同无效

《民法典》第154条规定：行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效。

《合同编通则解释》第23条规定：法定代表人、负责人或者代理人与相对人恶意串通，以法人、非法人组织的名义订立合同，损害法人、非法人组织的合法权益，法人、非法人组织主张不承担民事责任的，人民法院应予支持。法人、非法人组织请求法定代表人、负责人或者代理人与相对人对因此受到的损失承担连带赔偿责任的，人民法院应予支持。根据法人、非法人组织的举证，综合考虑当事人之间的交易习惯、合同在订立时是否显失公平、相关人员是否获取了不正当利益、合同的履行情况等因素，人民法院能够认定法定代表人、负责人或者代理人与相对人存在恶意串通的高度可能性的，可以要求前述人员就合同订立、履行的过程等相关事实作出陈述或者提供相应的证据。其无正当理由拒绝作出陈述，

或者所作陈述不具合理性又不能提供相应证据的，人民法院可以认定恶意串通的事实成立。

以下举例说明：案号为（2019）浙0281民初5201号的确认合同无效纠纷案件。案情简介：余姚万力有色金属材料城有限公司（以下简称万力公司）成立于2003年12月19日。截止2009年11月26日，万力公司注册资本为6600万元，其中余姚市中金投资有限公司（以下简称中金公司）出资3366万元，占股51%；余姚市心雨洁具有限公司（以下简称心雨公司）出资1122万元，占股17%；宁波广利纺织有限公司出资1122万元，占股17%；中国有色金属工业协会出资990万元，占股15%。

2017年5月，万力公司的总经理翁某在不动产登记委托书中以该公司法定代表人陆某的名义，授权公司监事孙某办理不动产登记、买卖合同备案、代签合同事项。孙某以万力公司委托代理人的身份与马某签订了房屋买卖合同，并办理了房屋过户登记。沈某系心雨公司法定代表人及股东，其在2017年7月11日余姚市公安局经侦大队的询问笔录中表示马某是其外甥。心雨公司向法院出具情况说明，称案涉房产是心雨公司按股权比例分配，指定登记在马某名下。

中金公司成立于2003年12月19日，陆某和周某均系该公司股东。周某以案涉房屋买卖交易虚假，未支付相应对价，严重损害了中金公司及其股东的利益为由，请求法院确认案涉房屋买卖合同无效。

浙江省余姚市人民法院审理后认为，行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。根据2017年7月孙某、翁某、沈某、陆某在余姚市公安局经侦大队的询问笔录，陆某作为被告万力公司的法定代表人并未真实授权孙某办理案涉房屋转让事项，翁某、孙某、沈某三人商议转让包括案涉房屋在内的余姚有色金属材料城项目房产至三人亲属名下，真实目的是为了避开此前预分配用于抵押融资的房产被用于清偿被告万力公司的债务。该案中，被告马某辩称其受让案涉房产是基于心雨公司根据股权比例分配而获得案涉房屋并指定登记在其名下，并非无偿取得案涉房屋。法院认为，被告马某与被告万力公司并不存在真实的房屋买卖合同关系，被告马某也未实际支付房款，故案涉房屋买卖合同是买卖双方之间的通谋虚伪的伪装行为，应属无效。根据被告马某的辩称，虚假的房屋

买卖意思表示隐藏的真实行为是被告万力公司向股东分配投资收益，被告万力公司公示的公司股东为中金公司、心雨公司、广利公司、有色金属协会，而被告马某未提供证据证明其从心雨公司获得案涉房产存在相应对价，故被告马某不存在善意取得案涉房产的信赖利益。且综合该案中的证据也不足以认定心雨公司受让案涉房产的行为符合公司股东分红的法律规定。所以判决确认被告马某与被告万力公司于2017年5月9日签订的房屋买卖合同无效。

附本章相关的法律、法规、规章及司法解释一览表

规范名称	性质	发布或开始实施时间	最新修正或修订时间
《中华人民共和国民法典》	法律	2020年5月28日	
《中华人民共和国消费者权益保护法》	法律	1993年10月31日	2013年10月25日
《中华人民共和国反不正当竞争法》	法律	1993年9月2日	2019年4月23日
《中华人民共和国电子商务法》	法律	2018年8月31日	
《中华人民共和国电子签名法》	法律	2004年8月28日	2015年4月24日
《中华人民共和国民事诉讼法》	法律	1991年4月9日	2023年9月1日
《中华人民共和国仲裁法》	法律	1994年8月31日	2017年9月1日
《浙江省实施〈中华人民共和国消费者权益保护法〉办法》	地方性法规	1995年12月26日	2017年3月30日
最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》	司法解释		2023年12月4日
最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》	司法解释	2012年3月31日	2020年12月29日
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》	司法解释	2003年4月28日	2020年12月29日
最高人民法院《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》	司法解释	2009年7月30日	2020年12月29日
最高人民法院《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》	司法解释	2015年6月23日	2020年12月29日

规范名称	性质	发布或开始实施时间	最新修正或修订时间
最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》	司法解释	2021年1月1日	
最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》	司法解释	2021年1月1日	

浙江合创律师事务所简介

浙江合创律师事务所（简称“合创所”）成立于2001年11月，是一家宁波本土的综合性法律服务律师事务所。总所位于浙江省宁波市江北区湾头路428号星湖湾 26 幢10、11层，双层办公面积近2800平方米。三家分所分别位于余姚市、宁海县、镇海区。截至2024年上半年，全所共220人（总所157人、余姚分所31人、宁海分所17人、镇海分所15人）。从创立初期，合创所就将综合化、规模化、团队化作为自己发展的长期目标，将“客户利益至上、法律和事实至上”作为优质法律服务的理念，精益求精，不断发展完善，成为宁波市优秀律师事务所，曾荣获“宁波著名律师事务所”、“宁波市优秀律师事务所”等荣誉称号，连续多年入选宁波市“3660工程”示范律所，并获得“宁波市企业和谐文化建设先进”单位、宁波市江北区“百强企业”、浙江省高院在编的破产管理人、浙江省重大决策社会风险评估机构、宁波市股权交易中心推荐机构会员、中国银行间市场交易商协会会员等荣誉与资质。

经过多年发展，合创所现有执业律师127名，实习律师22名，兼职律师4名，其中多名律师具有高级职称，兼职律师多是高校教授，包含宁波市名优律师培育对象25名。合创所始终关注行业动态和政策导向，积极参与相关标准的研讨与制定工作，为推动行业规范化发展贡献自己的力量，组建启明刑事团队、万商法律服务团队、旭日建设工程专业法律服务团队、金管家法律服务团队、极光法律服务团队、北辰非诉法律服务团队、经纬房地产法律服务团队、通奕法律服务团队等专业律师团队。其中企业破产与重整团队曾获宁波市“优秀专业律师团队”（北辰非诉法律服务团队前身）。同时，合创所还承担过多项省级、市级重



点项目的法律服务工作，如推动既有住宅加装电梯工作相关政策、破产重整、知识产权保护等，展现了强大的专业实力和服务能力。

合创所重视党建创特色，目前中共浙江合创律师事务所党总支共有中共党员58人，占事务所总人数的近40%，下设三个党支部。我们始终以党建为总抓手，先后荣获“浙江省律师行业先进基层党组织”、“宁波律师行业党建工作项目大比武三等奖”、“甬律先锋”等数十项荣誉称号，是市委组织部授予的四星基层党组织。

合创所积极履行社会责任，成立“合创律动公益中心”，与江北区残联密切合作，为残疾人朋友提供免费法律服务；入驻江北区的专门公益服务组织“五号空间”和“北鸣轩”；加入江北区“徐启照法治宣传工作室志愿者服务团”；目前为宁波市中小企业服务联合会会员、宁波中小企业志愿服务工作站并入驻8718综合服务平台，为企业提供法律服务。2024年入选为第二批浙江省法律援助工作联系点。

合创所将通过以党建促所建、打造专业律师团队、强化内部规范管理、培育青年律师成长等，提高律师的业务水平与整体素质，拓宽法律服务领域，提高法律服务质量，在专业化、团队化、品牌化建设上不断实现新的突破，为宁波市经济建设与社会稳定保驾护航，为更多的客户提供高效、优质的法律服务。

本部分指南撰写者简介



主编：俞建伟

浙江合创律师事务所律师，宁波仲裁委员会仲裁员，被宁波大学聘为法学院兼职硕士生导师，并被相关政府部门聘为宁波市农业农村普法讲师团成员、宁波市既有住宅加装电梯专家、宁波市商业秘密领域专家人才库专家、宁波市知识产权纠纷调解专家、宁波市行政合法性审查服务研究中心实务专家等。主要从事商事与知识产权领域业务，并开展不动产领域与商业秘密领域的相关法律研究。近三年来，所撰写的论文连续3年在宁波市律师论坛上获奖并在《中国律师》等刊物上发表论文3篇，所研发设计的产品在第二、三届宁波市律师法律服务产品研发设计大赛上获奖。2022年9月，所著的《民法典居住权制度的理论与实践》由法律出版社出版；牵头编写的《城市普通住宅法律一本通》与《农村土地与房屋法律一本通》由法律出版社在2024年9月出版。所管理运行的“不动产法律”微信公众号，已经发表300多篇普法文章。

联系手机号：13705749100



作者：陈恩成

浙江合创（宁海律师事务所）主任，毕业于西南大学，法学本科学历，二级心理咨询师。担任宁波市人民监督员、宁海县特邀行政执法监督员等社会兼职。主要从事领域：企业法律顾问、经济合同、刑事辩护、婚姻家庭纠纷等。有20多年工作经验，具有丰富的办案经验，兢兢业业，最大限度地维护当事人的合法权益。

联系手机号：13858276566

