

DB3206

南 通 市 地 方 标 准

DB3206/T 1098—2024

政府合同合法性审核指引

Guidelines for the review of legitimacy of government contracts

2024-11-01 发布

2024-12-01 实施

南通市市场监督管理局 发布

目 次

前言	II
1 范围	1
2 规范性引用文件	1
3 术语和定义	1
4 总体原则	1
5 审核范围	2
6 审核机构与审核方式	2
7 审核程序	3
8 合法性审核内容	4
9 合同表述审核	7
10 不予审核的内容	8
11 审核意见	8
12 保密事项	8
13 档案管理	9
附录 A（资料性） 政府合同合法性审核意见参考样式	10
参考文献	11

前 言

本文件按照GB/T 1.1—2020《标准化工作导则 第1部分：标准化文件的结构和起草规则》的规定起草。

请注意本文件的某些内容可能涉及专利。本文件的发布机构不承担识别专利的责任。

本文件由南通市司法局提出并归口。

本文件起草单位：南通市司法局、江苏众瓴律师事务所。

本文件主要起草人：严尚军、余昔林、许飞、卢鹏、季寰宇、朱一葵、施锶。

政府合同合法性审核指引

1 范围

本文件确立了政府合同合法性审核的总体原则、审核范围、审核机构与审核方式、审核程序、审核期限、审核内容、表述审核、审核意见、保密事项、档案管理方面的指引。

本文件适用于南通市政府及其工作部门作为合同一方的政府合同合法性审核。各县（市、区）人民政府（管委会）及其工作部门可参照执行。

2 规范性引用文件

本文件没有规范性引用文件。

3 术语和定义

下列术语和定义适用于本文件。

3.1

政府合同 government contract

政府及其工作部门在行政管理、公共服务以及民事经济活动中，作为一方当事人与自然人、法人、非法人组织所订立的协议以及涉及双方权利义务关系的意向书、承诺书、备忘录等具有契约属性的法律文件。

3.2

行政协议 administrative agreement

行政机关为了实现行政管理或者公共服务目标，与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议。

3.3

民事合同 civil contract

政府及其工作部门作为一方当事人，与自然人、法人、非法人组织签订的产生民事法律效果的协议。

3.4

政府合同标的 government contract subject matter

一方支付价款、报酬或赋予相对方特定权利，以获得相对方提供的对价。相对方的对价通常为提供产品、转移财产所有权或使用权、完成特定工作或工程、提供运营管理或服务。

3.5

合法性审核 legitimacy review

司法行政部门或者政府工作部门法制处室对政府合同的订立主体、起草和订立程序、订立权限以及具体内容是否符合相关法律、法规、规章等进行合法性审核。

4 总体原则

4.1 全面审核

对政府合同的各个方面，包括主体资格及权限、订立程序、合同内容等进行全方位审核。

4.2 注重实效

不仅要确保政府合同形式上合法，更要关注其在实际执行中是否能够切实保障国家利益和公共利益，是否有利于节约资源、保护生态环境。

4.3 防范风险

始终将风险防范放在重要位置，通过合法性审核提前识别和化解潜在风险。

5 审核范围

5.1 政府合同

包括行政协议和民事合同两类，包括但不限于以下类型：

- a) 国有资产（包括无形资产）的投资、建设、租赁、出让等合同；
- b) 土地、海域、滩涂等国有自然资源使用权的出让、转让、租赁、承包合同；
- c) 政府特许经营合同、政府和社会资本合作（PPP）项目合同；
- d) 行政征收、征用合同；
- e) 科研、咨询、会展等委托服务合同；
- f) 政府招商引资合同；
- g) 政府间交流合作合同；
- h) 其他政府合同。

5.2 通过招标、拍卖、挂牌、政府采购等法律文件的审核

需要通过招标、拍卖、挂牌、政府采购等法律程序确定合同相对人的，相关法律文书在招标、拍卖、挂牌、政府采购前进行合法性审核。

5.3 除外情形

行政机关与其工作人员所签订的聘用、聘任等人事管理合同，以及因应对突发事件而采取应急措施订立的合同不纳入合法性审核范围。

6 审核机构与审核方式

6.1 审核机构

6.1.1 市政府确定的审核部门负责以政府为一方当事人的政府合同的合法性审核；

6.1.2 政府工作部门确定的处室负责以本部门为一方当事人的政府合同以及需要提交政府批准的政府合同的合法性审核。

6.2 审核方式

6.2.1 审核采用书面形式。

6.2.2 必要时可通过实地考察、召开座谈会等方式开展调研论证。

6.2.3 审核过程中，审核机构可以要求承办部门就有关问题作书面说明。对涉及重大复杂或者疑难问题的，审核机构可以委托专家或者专业服务机构出具咨询意见。

7 审核程序

7.1 提交材料

7.1.1 审核机构对送审材料的完整性进行审核，送审材料包括但不限于：

- a) 送审函；
- b) 政府合同文本草案；
- c) 政府合同附件；
- d) 与政府合同有关材料。包括但不限于：
 - 1) 有关法律、法规、规章及政策文件；
 - 2) 相关部门或者利害关系人的意见材料；
 - 3) 合同对方当事人的选定材料及对方当事人资质情况、履约能力等材料；
 - 4) 专业机构的咨询意见及承办部门法律顾问的审核意见。
 - 5) 风险评估、公平竞争审查、专家论证等材料；
 - 6) 政府合同谈判、协商的相关材料；
 - 7) 其他需要提交的材料。

7.1.2 承办部门对送审材料的真实性、准确性、完整性负责。

7.1.3 以政府为一方当事人对外签订的政府合同，或者由政府工作部门报请政府批准后以工作部门为一方当事人对外签订的政府合同，承办部门送审时，提供承办部门法制处室出具的合法性审核意见。

7.2 合同文本草案

对有国家、省、市合同示范文本的合同类型，审核发现未采用示范文本的，告知承办部门修改后再次送审。合同文本草案不完整，缺少主要条款的，告知承办部门修改后再次送审。

7.3 审核期限

7.3.1 审核机构应在收到送审材料之日起5个工作日内完成审核工作，并出具审核意见。

7.3.2 情况复杂的，经分管领导同意，可以适当延长，但是延长审核期限不应超过10个工作日。

7.3.3 审核过程中承办部门补充材料、征求意见、专家论证等时间不计算在内。

7.3.4 审核过程中，存在下列影响审核情形之一的，可以中止审核，待相关情形消除后恢复审核：

- a) 需要补充送审材料的；
- b) 需要另外征求其他有关单位意见的；
- c) 需要重新磋商合同有关内容的；
- d) 需要进行风险评估的；
- e) 需要组织相关专家学者论证的；
- f) 需要中止审核的其他情形。

7.3.5 审核机构认为需要补充送审材料的，书面通知承办部门，承办部门应在收到通知之日起3个工作日内补齐相关材料；承办部门3个工作日内未能补齐相关材料的，审核机构可以退回承办部门。

7.3.6 审核过程中，审核机构就审核材料有关问题向承办部门提出询问的，承办部门应在收到询问之日起3个工作日内作出书面答复，答复期限不计入审核期限。

8 合法性审核内容

8.1 合同名称

合同名称应符合以下要求：

- a) 合同名称与合同内容、属性一致；
- b) 属于《中华人民共和国民法典》及其他法律、法规、规章规定的有名合同的，采用规范合同名称；
- c) 无法确定合同名称的，可以只写协议书。

8.2 合同主体

8.2.1 行政机关是市政府及其工作部门，以及法律法规授权的组织。

8.2.2 合同相对方应符合以下要求：

- a) 具有主体资格，临时机构、内设机构不得作为合同当事人；合同相对方是分支机构的，提供该分支机构的设立批准文件、注册登记资料、经营或者执业资质证书等材料，以及隶属公司的营业执照、拨款证明、公司章程等材料；
- b) 对合同相对方有特殊信誉、特殊条件或者特殊技能等资格、资质的，应满足特定资格、资质要求；
- c) 对于需要经许可方能从事的行业，相关许可文件满足许可要求；
- d) 按有关规定需授权方可签订的重要政府合同，当事人应当取得签订和履行合同的相应授权（法定代理人除外）；
- e) 当事人不得超越职权或者授权范围。

8.3 合同标的

合同标的应符合以下要求：

- a) 合同标的设定不得违反法律、法规的规定，不得损害国家利益和公共利益，不得违背公序良俗；
- b) 合同标的具体明确，内容范围清晰完整，合同正文不能完整表达时，在附件中予以补充；
- c) 变更标的物所有权、使用权等物权的合同，应载明以下情形：
 - 1) 是否设定过抵押、质押及是否存在其他权利负担；
 - 2) 对方当事人是否有相关权利证书，是否有处分权；
 - 3) 是否存在相关法律法规的限制等。

8.4 合同程序

合同起草、订立程序应符合以下要求：

- a) 合同起草、订立履行了相应的审批手续；
- b) 需要通过招标、拍卖、挂牌、政府采购等法律程序确定合同对方当事人的，招标、拍卖、挂牌、政府采购等法律程序符合相关法律法规规定；
- c) 法律法规对特定合同的订立有期限、程序要求的，符合相关法律法规规定。

8.5 合同数量条款

政府合同数量条款应符合以下要求：

- a) 优先使用法定计量单位、计量方法和计量工具；
- b) 对于无法明确计量单位、计量方法和计量工具的合同，表述清晰，无歧义。

8.6 合同质量条款

政府合同质量条款应符合以下要求：

- a) 约定的质量要求不低于强制性标准的规定；
- b) 明确质量验收的条件、期限、地点、验收方式；
- c) 明确质保期的起算条件、期限、双方的权利义务；
- d) 对外观质量缺陷或者经运行才能发现的质量缺陷，明确提出异议的方式和期限；
- e) 明确质量缺陷的补救措施，以及无法补救时的处理办法。

8.7 合同价格与报酬

合同价格与报酬应符合以下要求：

- a) 适用政府定价或指导价的政府合同，符合政府价格管理规定；
- b) 明确价款或报酬所包含的内容及有关费用、税收的承担；
- c) 履约保证金的金额和提交方式符合相关法律法规规定；
- d) 明确价格调整的条件、幅度与程序；
- e) 明确价款支付的前置条件、付款与票据的时序；
- f) 明确涉外政府合同适用的币种；
- g) 明确一方拒付的条件及另一方的补救办法。

8.8 合同履行期限

政府合同履行期限应符合以下要求：

- a) 明确政府合同履行期限的起算点、截止点及计算方法，不应出现开放式的时间条款；
- b) 以条件成就作为起始时间或者截止时间时，明确条件的确认方法，在条件成就难以控制时，应明确履行条件和履行期限。

8.9 保密条款

合同内容涉及国家秘密或者商业秘密时，审核其保密义务、保密措施和违约责任。

8.10 知识产权条款

知识产权条款应符合以下要求：

- a) 提供产品、工程、技术成果、专业服务的一方，明确承诺不侵犯第三方知识产权；
- b) 明确标的提供方对知识产权争议的处理责任及侵权赔偿责任；
- c) 行政机关委托开发的技术成果，权属一般归行政机关或者其指定的单位。

8.11 合同解除条款

合同解除条款应符合以下要求：

- a) 附解除条件的政府合同，解除条件及方式清晰、明确；
- b) 民事合同的解除条件及程序按照《中华人民共和国民法典》和《中华人民共和国民事诉讼法》的规定执行；

- c) 行政协议的解除条件不得违反《中华人民共和国行政诉讼法》和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》等的规定；
- d) 行政机关因国家利益、公共利益有权单方解除行政协议。

8.12 违约责任

违约责任应符合以下要求：

- a) 明确禁止性条款、强制性条款相应的违约责任条款，违约责任的构成要件、违约责任的内容有可识别性和可执行性；
- b) 违约责任公平设置，避免违约责任过轻、不足以督促义务方履行合同约定的情况，避免违约责任不明确或者过重的情况；
- c) 违约责任主要包括继续履行、采取补救措施、赔偿损失、支付违约金和承担定金责任等：
 - 1) 行政协议可以同时采用法律规定的行政制裁方式；
 - 2) 民事合同不得采用罚款、没收等行政制裁方式；
- d) 明确约定定金、违约金、赔偿金的计算方法、金额、支付方式和期限等。

8.13 担保条款

担保条款应符合以下要求：

- a) 相对方对履行政府合同主要义务提供相应担保；
- b) 行政机关不得提供担保；
- c) 相对方签订政府合同后通过补充协议将权利义务转移给其子公司或者关联公司的，明确相关内容；
- d) 相对方对其子公司或者关联公司履行义务的连带责任保证；
- e) 明确分阶段履行义务并交付的担保措施；
- f) 履约保证金条款应明确履约保证金退还条件、退还日期、是否计息以及是否可以冲抵违约金。

8.14 承诺条款

承诺条款应符合以下要求：

- a) 行政机关不得作出超权限承诺或权利义务严重失衡的过度承诺以及其他违法承诺；
- b) 行政机关不得对地方国有企业及国资参资企业承担出资责任以外的债务清偿责任。

8.15 不可抗力条款

不可抗力条款应符合以下要求：

- a) 明确不可抗力的范围，一般包括自然灾害（如地震、洪水、台风、海啸等）、战争、武装冲突、恐怖活动、罢工、政府行为等不能预见、不能避免且不能克服的客观情况；
- b) 规定不可抗力的通知程序、时间要求、通知方式、通知内容；
- c) 确定不可抗力的法律后果，包括协商顺延履行期限、免责范围、协商解除合同的程序和条件；
- d) 合理确定双方在不可抗力事件中的损失分担方式。

8.16 涉外条款

涉外条款应符合以下要求：

- a) 明确适用法律，法律适用条款的表述清晰、明确，避免模糊不清或存在歧义，一般情况下应当适用中国法律，经批准确需适用外国法律的，对该外国法律进行充分的研究和了解，确保其与中国法律不存在重大冲突，且不会损害国家利益和公共利益；
- b) 明确争议解决方式，如果选择仲裁作为争议解决方式，明确仲裁机构的名称、仲裁规则和仲裁地点，一般情况下应当选择在中国境内的仲裁机构，仲裁地点的选择考虑到交通便利、法律环境等因素，如果选择诉讼作为争议解决方式，所选法院确保具有管辖权，一般情况下应当选择在中国境内的法院，法院的选择考虑到所适用法律的规定和国际司法协助的可能性；
- c) 明确合同的主要语言和辅助语言，确保两种语言版本的合同内容一致；
- d) 涉及外币支付的，明确关于汇率风险的防范措施。

8.17 特定条款

特定条款应符合以下要求：

- a) 政府合同约定的除外条款、例外情形明确、严谨；
- b) 政府合同条款不得转移监管职责、不得构成垄断或商业贿赂，不得违反金融等特殊监管政策；
- c) 对税负承担主体的约定遵循国家税收法律法规、规章及相关政策规定；
- d) 涉及财政补贴、税收优惠、土地价款等条款，符合法律法规、规章及相关政策规定；
- e) 存在关联交易的特殊条款，保证行政机关的合法权益不受损害。

8.18 争议解决方法

争议解决方法应符合以下要求：

- a) 民事合同约定通过仲裁方式解决争议的，明确仲裁机构的选择，一般选择南通仲裁委员会并约定按照仲裁提起时施行的仲裁规则进行仲裁；
- b) 民事合同约定通过诉讼方式解决争议的，一般选择行政机关所在地或合同履行地的管辖法院；
- c) 行政协议不得约定仲裁。

8.19 合同生效条款

合同生效条款应符合以下要求：

- a) 附条件、期限的合同，所附条件、期限适当、合法；
- b) 履行批准、登记等手续的合同，对批准、登记问题做出明确约定；
- c) 其他与合同生效有关的条款明确、具体。

8.20 其他因素

合同内容不应违反公平竞争的有关要求，不存在显失公平的情况，约定的权利义务应明确、具体。

9 合同表述审核

9.1 合同前后条款的表述应互相配合、协调一致。

9.2 合同法律术语、技术术语符合法律规范和技术规范规定，行业专有名词符合行业通常解释。有示范合同文本定义的，按文本定义使用。

9.3 合同用词、表述明确，避免使用“优良”“重要”“左右”“大约”等容易引起理解歧义的词语，避免出现不具操作性的表述。

- 9.4 合同权利义务和责任具体确定，便于操作，不应出现权利义务和责任脱节、冲突及模糊的表述。
- 9.5 内容复杂、篇幅长的合同，对理解可能有歧义的用语，设定义章节或条款。

10 不予审核的内容

合法性审核不对政府合同涉及的技术、金额等业务方面的内容进行审查。

11 审核意见

11.1 审核意见书内容

审核完成后，审核人员制作《政府合同草案合法性审核意见》，内容包括但不限于：

- a) 受理时间；
- b) 完成审核时间；
- c) 具体的意见和建议；
- d) 审核理由和依据；
- e) 联系人和联系方式。

11.2 审核结论

经合法性审核，应形成以下审核结论：

- a) 主体适格，内容符合法律、法规、规章和政策规定，程序履行完备的，出具合法审核意见；
- b) 主体不适格的，出具不予签订意见；
- c) 相关内容不符合法律、法规、规章和政策规定的，指出存在的问题及理由，建议修改、不予签订或者视情作出风险提示；
- d) 程序违法的，指出存在的问题及理由，建议补充完善相应程序。

11.3 意见反馈

承办部门根据合法性审核意见对政府合同文本进行修改或者补充。特殊情况下，承办部门未完全采纳合法性审核意见的，向审核机构反馈，并在提请市政府审议时详细说明不予采纳的理由和依据。

11.4 审核意见书形式要求

审核意见书应加盖公章，主送政府，同时抄送承办部门。

11.5 重新审核

经审核机构合法性审核后，合同的主体、标的、权利义务、违约责任等实质性内容又发生变更的，承办部门应将拟变更的合同文本报送审核机构重新审核。

12 保密事项

12.1 保密范围

涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私的，由承办部门在送审材料中予以说明，审核时采取必要的保密措施。

12.2 保密义务

参与磋商、起草、审核政府合同等过程的行政机关工作人员、专业机构、法律顾问、专家等不得擅自对外披露或者向他人提供有关该合同的信息和资料。

13 档案管理

13.1 归档时间

审核机构应在审核工作完成之日起10个工作日内将合法性审核材料整理归档。

13.2 归档材料

归档材料包括但不限于：

- a) 送审材料；
- b) 书面沟通函（如有）；
- c) 补充材料（如有）；
- d) 《政府合同草案合法性审核意见》；
- e) 政府合同终稿；
- f) 盖章版政府合同复印件；
- g) 补充协议（如有）；
- h) 变更送审材料及审核材料（如有）。

13.3 档案涉密

涉密政府合同按照所定密级严格管理。

附录 A

(资料性)

政府合同合法性审核意见参考样式

政府合同合法性审核意见参考样式见图A.1所示。

<p>南通市司法局/南通市 XX 局法制处室</p> <p>关于《<u> </u>》的政府合同草案合法性审核意见</p> <p style="text-align: right;">(20XX) 审 XX 号</p> <p>南通市 XX:</p> <p>贵单位于年月日报送的《<u> </u>》送审材料已收悉, 送审材料包括: 合法性审核意见如下:</p> <p>一、订立主体及权限</p> <p>1. 合同订立主体合法、权限合法。</p> <p>2. 合同订立主体不合法/超越法定权限。</p> <p>二、订立程序</p> <p>1. 合同依法履行了立项、谈判、修改、征求意见、委托或者授权、用印审批等起草和订立程序。</p> <p>2. 合同未依法履行立项/谈判/修改/征求意见/委托或者授权/用印审批等起草和订立程序。</p> <p>三、合同内容</p> <p>1. 合同内容合法</p> <p><u> </u>《<u> </u>》主要内容符合法律、法规、规章和政策规定。</p> <p>2. 合同内容部分违法或不当</p> <p><u> </u>《<u> </u>》主要内容基本符合法律、法规、规章和上级政策文件规定, 但存在以下具体问题:</p> <p>(1) 建议删除“……”。理由: ……。</p> <p>(2) 建议将“……”修改为“……”。理由: ……。</p> <p>3. 合同内容违法或明显不当</p> <p><u> </u>《<u> </u>》主要内容违法/不符合上级决策部署或国家改革方向, 提出合法性审核不通过的意见, 建议承办部门进行全面修改后再报送合法性审核。</p> <p style="text-align: right;">南通市司法局 (印章)</p> <p style="text-align: right;">年 月 日</p>
--

图 A.1 政府合同合法性审核意见参考样式

参 考 文 献

- [1]中华人民共和国民法典（合同编）
 - [2]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（法释〔2023〕13号）
 - [3]中华人民共和国行政诉讼法
 - [4]中华人民共和国政府采购法（2014修正）
 - [5]中华人民共和国招标投标法（2017修正）
 - [6]中华人民共和国招标投标法实施条例（2019修正）
 - [7]最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定（法释〔2019〕17号）
 - [8]最高人民法院关于适用《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释（法释〔2015〕9号）
 - [9]江苏省行政程序条例
-