



京都律师事务所
King & Capital



京都法律风险控制
LEGAL RISK MANAGEMENT

中国本土资深法律风险控制专业团队

竭诚打造

风险来自于
你自己不知道
自己正在做什么
——巴菲特

企业法律风险控制 之

合同 风险管理

杨 柳 / 著

公司法务、高管、律师“依法治企”脑洞拓展必修课
70个真实案例全面分析企业合同常见致命风险点

制定接地气、系统完备、完美实用的
防范与解决之道：

- 布阵——合同管理机构设置
- 点将——合同管理人员配备
- 排兵——合同管理流程设置
- 制胜——合同管理考核评估
- 体检——合同法律风险的识别
- 诊断报告——合同法律风险的测评与分析
- 处方——合同法律风险的控制计划
- 用药——合同法律风险的管理措施



法律出版社 | LAW PRESS



企业法律风险防控 之

合同风险管理

杨 柳 / 著

风险来自于
你自己不知道
自己正在做什么
——巴菲特

图书在版编目(CIP)数据

企业法律风险防控之合同风险管理 / 杨柳编著. —
北京:法律出版社, 2015.9
ISBN 978 - 7 - 5118 - 8495 - 4

I. ①企… II. ①杨… III. ①企业法—研究—中国
②合同法—研究—中国 IV. ①D922.291.914②D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 230180 号

© 法律出版社·中国

企业法律风险防控之合同风险管理

杨 柳 编著

责任编辑 杨大康

装帧设计 汪奇峰

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16

印张 13.75 字数 232 千

版本 2015 年 11 月第 1 版

印次 2015 年 11 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

责任印制 沙 磊

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8495 - 4

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

丛书总序

构建现代企业风控管理机制： 依法治企才能把企业管好、做大

企业法律风险管理机制，是指企业建立的对法律风险进行识别、评估、应对及监督检查的系统工程。建立完善的企业法律风险管理机制，是对企业的生产、经营及管理等环节进行全面、综合的法律监控，并通过对监控过程中发现和反馈的实际问题进行不断的改进和完善，实现对企业法律风险全面、规范、动态的管理，强化法律风险控制能力，不断降低企业的整体风险水平。

一、法律风险管理机制建设是企业生存与发展的现实需要

中国传统法律顾问制度，在服务内容、服务形式和人员配置等方面都存在重大缺陷，无法为企业的生存和发展保驾护航，已经不适应企业发展的现实需要。

从法律服务内容看，中国传统法律顾问服务偏重商业法律风险防范，忽视刑事法律风险防范，而不管是企业还是企业家一旦面临刑事法律风险，则有可能给企业及企业家带来“灭顶之灾”。近些年来，从国企到民企，从国营企业家到民营企业企业家大案频发。根据中国企业家的犯罪报告，6年中，千余位曾经叱咤商海的弄潮儿，不幸沦为阶下之囚。仅2014年，就有150余位国企高管落马，原因何在？依法治国背景下，经济领域的规范化，要求严格查处企业家的不规范行为，可以说，他们都撞到了法律风险的暗礁上。企业家犯罪的问题，实际上是经济领域法治状况的一个

反映。

中国传统法律顾问工作往往流于形式，一般律师不懂企业的经营、管理，提供的法律意见常常不适应企业的客观需要，很难帮助企业防控法律风险。传统法律顾问在公司中仅仅起辅助作用。法务人员、顾问律师远离公司的核心决策层，对公司的重大决策发挥不了应有的作用，无法全面识别企业存在的法律风险，更谈不上采取有效的防控措施。造成企业家犯罪的因素中，除了企业家自身的行为之外，整个外部环境与企业制度也至关重要。近几年，随着金融改革的深入推进和互联网技术的不断进步，在第三方支付、P2P网贷、众筹融资、网上理财等互联网金融高速发展的同时，安全问题也随之而来，其中又以P2P平台跑路尤为明显。当然，多重诱因导致犯罪频发，而企业管理制度不规范是其中重要一环。例如，有些企业管理制度不规范，使得大量吸收进来的资金无法做到合理使用，在盲目投资的情况下造成效益低下和亏损，没有产生应有的经济效益，最终导致资金链出现断裂。

传统的法律顾问制度还缺乏系统的法律风险管理机制。他们更多是采用“头痛医头、脚痛医脚”的服务方式，而这样的顾问形式，自然无法真正识别企业风险，更无法真正帮助企业化解风险。这种制度在人员配置上多是单兵作战，即使有团队也比较松散，无法满足现代企业日益庞杂的服务需求。

现代法律风险管理机制，就是为了避免传统法律顾问的种种弊端，适应现代企业的法律服务需求，对企业法律服务的形式和内容进行重新构造和制度设置的产物，并最终替代传统的法律顾问制度。

二、企业建立法律风险管理机制的意义

曾有企业家说过：“很多企业家不是在监狱里就是走在通向监狱的路上。”这样讲虽然存在言过其实的嫌疑，但企业家的确属于高危群体。对于企业来说，法律风险管理的缺失就如同人失去赖以生存的空气和水，迟早会影响企业的健康发展甚至基本生存。

与自然风险、商业风险等其他风险不同，法律风险是可防可控的。构建现代企业法律风险管理机制，能为企业带来长期价值，帮助企业实现财

富增值。法律风险的有效管理可预防和减少经济损失，提高企业商誉，不但有利于提升企业总体效益，也有益于促进中国总体法律环境的改善和法治的发展。

构建法律风险管理机制的一个重要内容是预防单位犯罪，因为单位犯罪也是可防可控的。所谓的风险和威胁，最可怕之处在于其不可预知性。但是单位犯罪则不同，在充分了解单位犯罪特点后，公司法务或律师在应对此风险时可以大有作为。单位犯罪罪名法定化特点使其看得见、摸得着，这就要求公司法务或律师要做好法律风险排查工作。具体到排查路径的操作方法上，可以采用企业管理流程、组织架构和业务流三位一体的方法，以此来排查法律风险。通过排查可以全面了解企业正在面临或自身潜在的法律风险，从而为法律风险评估、解决方案的制定与实施提供基础资料。公司法务或律师完全可以结合本单位的经济和实际发展的情况，通过采取审查合同流程一样的方式，在流程中各个主要的节点和环节上把法律风险卡住。因此，企业需要建立一种可预警的单位犯罪防控系统，把它镶进原有的一些民商事法律风险、合同审查的日常法律事务流程中。对于公司法务或律师而言，防控单位犯罪尤为重要。该种防控既是公司法务或律师的必修课，也是考验公司法律风险防控能力的试金石。中国企业的发展正处于结构性转型阶段，各种规则相互交错，社会形势错综复杂，各行各业都承受着不同的法律性风险和非法律性风险。企业迫切需要构建系统的法律风险管理机制，因为企业构建法律风险管理机制，具有客观实践上的必要性。

构建法律风险管理机制，对企业的生存和发展具有战略性意义。建立健全完善的企业法律风险管理机制，可以说是为企业搭建了一个严密的法律风险防控平台。从企业设立到注销，整个过程都对企业进行全程的法律风险防控，构建企业的事前、事中、事后的系统性风险防控机制，并对企业的每一项业务的风险进行识别、评估、控制和化解。在人员方面，不仅要求企业高层对法律风险管理有足够重视并起到引领示范作用，还需要企业全体员工参与，做到人人防控。在构建法律风险管理机制的过程中，必然对整个企业的治理结构、人力资源管理、财务管理等相关问题进行持续完善和优化，其本身就是对企业的整个运作进行了一次次规范整顿，因此

必然提高企业的管理水平并减少企业隐患，特别是减少企业发展中的违法因素，最终达到经营合规、管理科学、运作高效、决策透明的规范状态。

三、企业建立法律风险管理机制的难点

尽管构建企业法律风险管理机制已成为当前全球范围内的热点和潮流，但是企业法律风险管理机制的建立还存在若干难点。

构建现代企业法律风险管理机制，主要涉及法学和管理学两个学科。在学术上表现为两个方面：一方面，在应用法学方面，构建现代企业法律风险管理机制已是现代应用法学的重要组成部分；另一方面，在企业危机管理方面，构建现代企业法律风险管理机制已是企业危机管理中不可或缺的一个分支，它要求企业把法律作为一种企业管理手段来防范、化解企业危机，实现法律和管理的融合。这对于律师界、学术界来说，都是全新的课题。应对和解决该课题，不仅要有扎实的法学功底、丰富的诉讼经验，还要有较高的管理学水平。但是应当注意的是，具备上述良好素质的人才在总体上较为匮乏。

中国企业普遍缺乏法律风险管理意识。现在我们国家的法律体制在不断完善，监管体制也在不断改进，而有些企业家还是拿着以前的经验在现行的体制下行事，大多数企业家对法律风险的威胁仍旧没有给予足够的关注，还没有认识到法律是一种管理资源，应当充分运用到企业经营管理的全过程，把法律风险管理机制纳入企业战略管理的重要内容中。

党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》将依法治国理念置于全新的高度。这意味着接下来“法治”的影响力将更加深入人心。与此同时，依法治国的大背景和大环境对于企业和企业家的影响同样不可小觑。社会主义市场经济就是法治经济，必须要靠法律的权威、法治的理念贯彻始终。只有“依法治企”才能把企业管好、做大，才能让企业管理者放心大胆地去创新。企业和企业家、公司高管和公司负责人是市场经济的有力参与者，他们的任何一次违规行为、任何一次涉嫌犯罪的事件，都可能引起严重的后果。律师则通过对一个个真实案例的系统研究，为更多的企业及企业高管提供一个镜鉴，从而更好地促使其防控法律风险，做到未雨绸缪，促进企业健康发展。

因此，企业需要增强法律风险管理意识，律师需要提高专业水准。在依法治国大背景下，只有企业、律师通力合作，才能为企业建立完善的法律风险管理机制，才能使企业具备“弄潮”的护身符，才能让企业从容应对无所不在的法律风险。

京都法律风险防控中心

目 录

丛书总序

构建现代企业风控管理机制：
依法治企才能把企业管好、做大

第一部分 用企业的视角看合同法律风险管理

第一章

合同管理的价值

3

第一节 规避合同法律风险的“预防针”

3

第二节 实现公司战略目标的“催化剂”

7

第二章

合同管理的误区

9

第一节 我们面临什么——中国企业合同管理的常见问题

9

第二节 我们如何应对——走出合同管理误区

14

第三章

合同管理的模式

21

- 第一节 布阵——合同管理机构设置 21
- 第二节 点将——合同管理人员配备 28
- 第三节 排兵——合同管理流程设置 30
- 第四节 制胜——合同管理考核评估 34

第二部分 合同基本法律风险

第四章

做合同订立中的“风险规避者”

39

- 第一节 合同主体与资信审查的法律风险 39
- 第二节 合同性质选择的法律风险 53
- 第三节 合同条款的法律风险 60
- 第四节 格式合同的法律风险 78
- 第五节 缔约过失的法律风险 80

第五章

合同效力风险

83

- 第一节 合同生效的法律风险 83
- 第二节 效力待定合同的法律风险 90
- 第三节 合同无效的法律风险 95
- 第四节 可变更、可撤销合同的法律风险 97

第六章**做合同履行中的“风险掌控者”** 99

第一节 合同履行的法律风险 99

第二节 合同变更、解除的法律风险 106

第三节 合同履行特殊情形的法律风险 118

第七章**合同的变更和转让的法律风险** 123

第一节 合同变更的法律风险 123

第二节 合同转让的法律风险 129

第八章**合同的权利义务终止的法律风险** 143

第一节 合同终止的方式适用 143

第二节 合同终止的法律风险管理 148

第九章**违约责任的法律风险** 157

第一节 违约责任概述 157

第二节 违约责任的承担方式 160

第三节 违约责任的免责事由 168

第四节 违约责任与侵权责任竞合时的适用问题 169

第十章**合同救济的法律风险管理** 173

第一节 如何选择合同救济的途径 173

第二节	和解与调解的法律风险管理	177
第三节	仲裁的法律风险管理	179
第四节	诉讼的法律风险管理	183

第三部分 合同法律风险管理操作实务

第十一章

“体检”——合同法律风险的识别 193

第一节	合同法律风险识别的主要内容	193
第二节	合同法律风险识别的框架模型	194
第三节	合同法律风险识别的具体方法与步骤	195

第十二章

“诊断报告”——合同法律风险的测评与分析 197

第十三章

“处方”——合同法律风险的控制计划 203

第十四章

“用药”——合同法律风险控制措施 207



第一部分

用企业的视角看合同法律风险管理

第一章

合同管理的价值

市场经济从某种意义上说是法治经济，再贴近些说，是契约经济。市场经济条件下，合同是企业对外沟通的桥梁，是企业发展的命脉。现代企业中半数以上的业务都要涉及各种各样的合同，同时企业所面临的大多数法律纠纷都直接或间接地与合同管理中的某个环节有关。成功的合同管理可以为企业带来更多财富与机遇；相反，不良的合同管理可能给企业造成利益上损失甚至更大的法律风险。因此，一个企业的经营成败与合同及合同管理有着密切关系。上升到企业运营层面，合同管理的目标是为了创造更多的经济利润。如果企业的合同管理水平能够得到显著提升，形成自己的经营战略并组织实施，就可以综合提升企业的市场竞争优势，获得较高的利润。所以，重视合同及合同管理是现代企业生存发展的重要举措。

■第一节 规避合同法律风险的“预防针”

【案例一】

2007年1月，某纺织厂与客商签订了一份加工棉布的合同，合同中约定逾期交货的违约金为5万元。合同签订以后，纺织厂将加工这批棉布的

任务交给了织布车间。车间主任感到此任务时间紧迫，人力不足，就找来10名打工者帮忙，并以车间的名义与她们签订了3个月的劳动合同。1个月后，这10名打工者嫌工作太累，纷纷不辞而别，导致织布车间因人力不足而未能按时完成棉布加工的任务。厂方因此向客商支付了逾期交货的违约金5万元。

厂方向劳动争议仲裁委员会提出申请，要求追究这10名打工者的违约责任，赔偿由此给厂方造成的5万元经济损失。但劳动争议仲裁委员会表示，由于织布车间与打工者签订的劳动合同无效，因此纺织厂不能依据该无效劳动合同来追究打工者的违约责任。

风险分析：本案例中签订合同的主体——纺织厂下属的织布车间属于非法人机构，不具有法人资格，对外也不具有独立承担责任的能力，因此，织布车间及有关人员在未经本单位法定代表人委托的情形下是不具备合同签订主体资格的，此合同被认定为无效，纺织厂的损失无法得到赔偿。

【案例二】

2003年，甲混凝土公司与某建筑公司在口头上谈妥交易，由甲公司为建筑公司提供某型号钢筋混凝土承插管，并送货到建筑公司承建的工程工地。后工程即将要竣工时，甲混凝土公司却一直没有收到货款，高达49万元的货款一直被建筑公司拖欠。在多次交涉无果的情况下，甲混凝土公司将建筑公司诉至法院，诉请法院判令被告建筑公司支付货款及逾期付款利息。

在诉讼中，建筑公司辩称，与甲混凝土公司没有发生涉案买卖关系，而是与乙混凝土公司发生涉案买卖关系，而且货款也已结清。

风险分析：此案例中当事人面临法律风险的原因在于对合同形式的选择不当，在非即时清结的情况下采用口头形式缔结合同不利于证据的留存，当发生纠纷时由于举证困难，合同守约一方当事人可能无法通过法律手段有效维护自身利益。

【案例三】

某单位（以下简称发包人）于2010年5月16日和某工程有限公司（以下简称承包人）就某工业厂房工程签订了施工总承包合同，约定由承包人承建厂房的土建及安装工程。该工程合同使用1999年《建设工程施工合同（示范文本）》版本签订，采用固定总价合同形式。发包人要求承包人2010年5月17日开工，并于2010年7月底主体结构封顶。

合同签订之前，2010年4月13日招标人发布招标公告，2010年4月22日发放招标文件，招标控制价主要材料、设备、成品价格参照《××工程造价理》（2010年3月）的指导价，缺项部分参照市场价。2010年5月5日召开投标答疑会议，投标截止日为2010年5月12日。该工程为标准厂房，承包人按时开工，且工程开工后，工程变更很少，施工期间也无工期延误。该工程在招投标及合同履行过程中，钢材价格波动较大，承发包双方对钢材价格调整产生了很大的分歧。在承发包双方签订的合同中，“合同价款中包括的风险范围”约定了“材料价格的调整：按×建价〔2008〕67号文《关于加强建筑材料价格风险控制的指导意见》，结算时材料价格按上述文件调整”。承包人认为钢材调价的基准期应该是以编制招标控制价时依据的当期（即3月）价格，而发包人认为应该按照×建价〔2008〕67号文规定的基准期（即4月）价格进行计算。

风险分析：案例三中的合同存在对于合同的重要事项——**结算方式约定不明的情况**，从而导致了合同双方对于合同条款的理解不同，产生了纠纷。实践中，也有一些人故意在合同中使用一些有歧义、模棱两可的语句，发生纠纷时主张作出对自己一方有利的解释，如果合同相对方在签订合同时疏于对合同条款的审查，就很容易“中招”。

【案例四】

2007年1月20日，甲建材公司与乙建筑公司签订了一份钢材买卖合同。合同约定甲建材公司向乙建筑公司销售建筑用钢筋4000吨，分三批供货，交货时间分别为3月30日、4月30日和5月30日，其中前两批各为1000吨，最后一批为2000吨；每吨价格为4000元。货款总额为1600万