

增订版

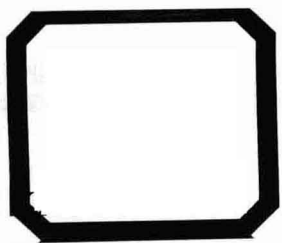
企业合同管理 法律实务应用全书

戚庆余 / 著

合同管理、谈判、范本、审查、诉讼全方位实务操作知识

含最新《最高人民法院关于买卖合同司法解释》操作要点解读

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



操作系列 WIN

增订版

企业合同管理 法律实务应用全书

戚庆余 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

企业合同管理法律实务应用全书/戚庆余著. —2
版 (增订版) —北京: 中国法制出版社, 2012. 6

(企业法律与管理实务操作系列)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3807 - 0

I. ①企… II. ①戚… III. ①企业 - 经济合同 - 合同
法 - 基本知识 - 中国 IV. ①D923. 6

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 121770 号

策划编辑: 罗莱娜

责任编辑: 戴国朴

封面设计: 周黎明

企业合同管理法律实务应用全书

QIYE HETONG GUANLI FALU SHIWU YINGYONG QUANSHU

著者/戚庆余

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/730 × 1030 毫米 16

版次/2012 年 6 月第 1 版

印张/15.5 字数/226 千

2012 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3807 - 0

定价: 58.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66038902

市场营销部电话: 66017726

邮购部电话: 66033288

再版说明

2009年本书（原书名为《企业合同管理实务：制度与操作》）第一次出版后，根据读者的反馈意见，现进行修改和再版，与第一版相比，本书主要做了如下修改：

1. 删除了涉及劳动合同的相关内容，因为这一部分内容不在《合同法》规范的范围，其涉及的主体也有别于企业的商务合同。

2. 原书前三章“合同法律制度”、“合同组织”、“合同制度”合并，精简为一章“合同管理基本制度”，以压缩理论部分，增加本书的实务操作内容。

3. 原书第五章“合同审查”和第六章“合同范本”合并为一章“合同审查与范本示例”，每类具体合同审查后附一个范本，更加直接明了。

4. 本书增加了最新颁布的《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》的相关内容。

5. 本书新增各类合同纠纷处理和大量典型案例，对读者有较大借鉴价值。

希望本书能够更加适合合同管理人员、企业法律顾问、律师、企业管理者阅读，并且对实际工作有所裨益。

作者
2012年5月

第一版前言

《史记》“货殖列传”上说“天下熙熙，皆为利来，天下攘攘，皆为利往”。

企业，作为以营利为目的的经济组织，利，是其一切经营管理活动的核心。

在为利而展开的经营管理活动中，到处闪现着一个精灵的身影——合同。她可以给企业带来滚滚红利，让企业蒸蒸日上；也可以给企业带来巨额损失，甚至让企业破产倒闭，还能让企业善良的领导人身陷囹圄，身败名裂。她可以使商场上的合作伙伴互利双赢，如胶似漆；也可以让昔日伙伴反目成仇，感情破裂。

因此，合同之管理，关乎企业之兴衰成败，生死存亡，关乎企业领导人之是非功过，宠辱毁誉。

故而，无论企业经营者是否喜欢她，都不能无视她的存在，还不能不善待她。包括企业法律顾问在内的企业合同管理人员，对关乎合同之法律、法规、司法解释、典型案例，不可不常读之而慎思之，防微杜渐，确保无虞。

笔者从事企业法律顾问工作十余年了，为数十家企业担任过常年和专项法律顾问，在工作中有两个发现，第一个发现是企业法律顾问的工作有80%与合同有关，第二个发现是很多企业在合同管理上存在不足之处。企业合同管理存在的问题很多，常见的有两类：第一类是组织、制度层面的，表现在组织不健全，制度不完善；第二类是实际工作层面的，主要有：1. 合同谈判准备不足；2. 合同文本审查不严；3. 合同经验总结不够；4. 合同纠纷处理不当。其结果呢？组织不健全，专业法律人才配备不足，造成企业合同管理缺乏专业性，往往会犯一些简单的错误，陷入一些常见的陷阱。制度不完善导致在合同管理中权责不明确，要么互相推诿，无人负责；要么多头管理，权力重合，互相掣肘。合同谈判准备不足，导致不能在谈判中为企业争取最大利益，输在谈判桌上。合同文本审查不严，错误百出，输在文字上。合同经验不能得到及时总结，对反复发生的交易事项没有及时总结出适用的合同范本，导致重复劳动、浪费企业大量人力物力，输在工作方法上。合同纠纷发生后处理不当，不能有效地维护企业的合法权益，输在法庭、仲裁庭上。

如何解决这些问题呢？

笔者总结为“三个到位”，即人员到位，制度到位，工作到位。其中，人员到位和制度到位是制度层面的要求，工作到位是实务操作层面的要求。所谓人员到位就是建立起规范的合同管理机构、配备称职的合同管理人员。所谓制度到位就是建立和完善合同管理相关制度，规范管理行为，从制度上保障合同风险降低到最低限度。所谓工作到位就是在人员到位和制度到位的前提下，抓好合同从谈判到签订、履行、纠纷处理各个环节的具体工作。

作者
2009年5月

目 录

Contents

第一章 合同管理基本制度

第一节 合同法律制度 1

一、合同的概念 / 1

二、合同关系 / 2

 案例 1：合同相对性 / 3

 案例 2：错写名称遭败诉 / 4

 案例 3：无效担保受损失 / 5

三、《合同法》的基本原则 / 6

 案例 4：平等原则——人民调解协议书履行纠纷 / 6

 案例 5：诚实信用原则——房屋租赁纠纷 / 9

四、合同的效力 / 10

第二节 企业合同管理制度 12

一、企业合同管理机构 / 12

二、合同管理制度示例 / 14

第二章 合同谈判

第一节 谈判准备 23

一、文件资料的准备 / 23

二、谈判要点的归纳 / 24

三、谈判人员的配备 / 26

四、谈判策略的拟定 / 28

第二节 谈判技巧 31

一、过程 / 31

- 二、倾听 / 33
- 三、发问 / 34
- 四、答复 / 34
- 五、说服 / 35
- 六、辩论 / 36
- 七、叙述 / 36
- 八、策略 / 37
- 九、涉外谈判 / 39

第三章 合同审查与范本示例

第一节 一般内容 41

- 一、合同目的 / 41
- 二、合同的有效性 / 42
- 三、权益平衡 / 43
- 四、条款实用 / 43
- 五、结构合理 / 44
- 六、体例适当 / 45
- 七、合同外在质量 / 45

第二节 买卖合同 47

- 一、买卖合同审查要点 / 47
- 二、买卖合同司法解释运用要点解读 / 49
- 三、买卖合同范本 / 54
 - 案例 6：煤炭质量纠纷 / 72

第三节 借款、担保合同 73

- 一、借款合同审查实例 / 73
- 二、担保法律关系简述 / 78
- 三、担保合同审查实例 / 82
- 四、借款、保证合同范本 / 85
- 五、风险防范实例 / 91
 - 案例 7：邢台工行与力车胎公司担保纠纷 / 91
 - 案例 8：银行借款担保合同纠纷 / 94

第四节 委托贷款合同 96

一、委托贷款合同审查要点 / 96

二、委托贷款合同范本 / 99

案例 9：委托贷款合同纠纷 / 106

第五节 建筑工程承包合同 108

一、承包方资格 / 108

二、施工合同效力 / 110

案例 10：建设工程合同拖欠工程款纠纷 / 112

第六节 股权转让合同 114

一、股权转让合同的效力 / 114

二、股权转让合同审查要点 / 117

三、股权转让合同范本 / 119

案例 11：股权转让合同纠纷 / 129

第四章 合同纠纷

第一节 合同订立纠纷 137

一、订立合同的能力 / 137

案例 12：商标转让合同订立纠纷 / 137

二、合同的形式 / 138

案例 13：免费邮箱服务纠纷 / 138

三、订立合同方式 / 140

案例 14：股权转让合同纠纷 / 140

四、缔约过失 / 141

案例 15：缔约过失责任纠纷 / 141

第二节 合同效力纠纷 144

一、合同的生效 / 144

二、附条件的合同 / 144

三、附期限的合同 / 144

四、特殊情况下订立的合同 / 144

五、合同无效 / 145

六、可撤销合同 / 146

七、合同自始无效与部分有效 / 146

八、合同解决争议条款的效力 / 146

案例 16：房屋租赁合同纠纷 / 146

第三节 合同履行纠纷 148

一、严格履行与诚实信用 / 148

二、合同约定不明的补救 / 148

三、合同约定不明时的履行 / 148

四、交付期限与价格执行 / 148

五、涉及第三人的履行 / 149

六、抗辩权 / 149

七、特殊情况下的履行 / 150

八、债权人的代位权 / 150

九、撤销权 / 150

案例 17：银行抵债资产转让合同纠纷 / 151

第四节 合同变更与解除纠纷 153

一、合同变更条件 / 153

二、债权的转让 / 154

三、债务的转移 / 154

四、合同转让形式要件 / 154

五、概括转让 / 155

案例 18：房屋租赁合同变更纠纷 / 155

第五章 诉讼和仲裁

第一节 诉 讼 159

一、起诉前的准备 / 160

二、诉讼流程 / 161

三、财产保全和先予执行 / 164

四、审理和执行期限 / 165

五、申请执行 / 166

六、诉讼策略和技巧 / 167

第二节 仲 裁 172

- 一、申请仲裁 / 173
- 二、案件受理 / 173
- 三、组庭 / 174
- 四、审理 / 176
- 五、仲裁中的调解 / 178
- 六、裁决 / 179
- 七、裁决的履行 / 180

第三节 诉讼仲裁比较 181

- 一、仲裁较之诉讼的特点和优势 / 181
- 二、仲裁与诉讼的区别 / 181

附 录:

中华人民共和国合同法 / 183
(1999 年 3 月 15 日)

最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题
的解释(一) / 221
(1999 年 12 月 19 日)

最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题
的解释(二) / 225
(2009 年 4 月 24 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 / 229
(2012 年 5 月 10 日)

后 记 / 236

第一章 合同管理基本制度

本章导读:

* 本章简要介绍合同管理基本制度，包括国家制定的合同法律制度和企业的合同管理制度。

第一节 合同法律制度

一、合同的概念

理解合同的概念，首先需要阐明的是合同与债的关系。按照大陆法系的民法体系，合同法是债法的组成部分。所谓债法，是指调整特定当事人之间请求为特定行为的财产关系的法律规范的总称。债的概念始于罗马法，罗马法将债分为契约之债和不法行为之债，从而形成了一套较为完备的债法制度。

《民法通则》第84条规定：“债是按照合同的约定或者依照法律的规定，在当事人之间产生的特定的权利和义务关系，享有权利的人是债权人，负有义务的人是债务人。债权人有权要求债务人按照合同的约定或者依照法律的规定履行义务。”

按照大陆法系的债的概念，合同与侵权行为、不当得利、无因管理等均为债的发生的原因，因此，合同是债的一种形式，从这个意义上说，也可将合同称为合同之债。合同之债是因为当事人的合意产生的，权利和义务内容是事先约定的。它与侵权损害赔偿之债的区别在于，侵权行为之债并不存在事先由当事人约定权利和义务的问题，只是因侵权行为的发生，才使当事人之间产生了债的关系。

正因为合同是债的一种形式，因此合同上的请求权也是一种债权请求权。

二、合同关系

（一）合同关系的构成

合同作为一种民事法律关系，由主体、内容和客体三个要素构成。

合同关系的主体，又称为合同当事人，包括债权人和债务人。债权人有权请求债务人依据法律规定和合同约定履行义务；债务人则依据法律规定和合同约定负有实施一定行为的义务。当然，债权人与债务人的地位是相对的。在很多合同关系中，当事人双方互负权利义务，一方享受的权利是另一方所承担的义务，另一方承担的义务是一方享有的权利，因此，双方互为债权人和债务人。合同关系的主体是特定的，主体的特定化是合同关系与物权关系、人身权关系、知识产权关系等的重要区别。

合同关系的客体和标的是一对非常接近的概念。法律关系的客体和标的是从不同角度提出的概念：从静态上研究民事法律关系，其构成要素为主体、客体、内容；从动态上研究民事法律关系，其构成要素为主体、标的和内容。因此，就合同关系而言，两者在内容上是相同的，都是指合同关系中权利义务所指向的对象。

从客体的内涵看，如果说物权的客体是物，那么合同债权的客体主要是行为。

合同关系的内容是指债权人的权利和债务人的义务，即合同债权和合同债务。从性质上看，债务是法律规定和合同约定的义务，它是债务人应当履行的行为。债务人除应承担履行义务以外，还应当依据诚实信用原则负有注意、照顾、忠实等附随义务。

责任以债务的存在为前提，但是，责任本身并不是债务，而是债务人违反债务所应承担的后果。我国《民法通则》第106条第1款规定：公民、法人违反合同或者不履行其他义务的，应当承担民事责任。债务是责任发生的前提，责任是债务不履行的结果；无债务不产生责任，但无责任的债务不是法律意义上的债务。

（二）合同关系的相对性

合同是当事人之间设立、变更或终止民事权利义务关系的协议。作为一种民事法律关系，合同关系不同于其他民事法律关系的重要特点，在于合同关系的相对性。

所谓合同相对性，主要是指合同关系只能发生在特定的合同当事人之间，只有合同当事人一方能够向另一方基于合同提出请求或提起诉讼；与合同当事人没有发生合同上权利义务关系的第三人不能依据合同向合同当事人提出请求或提起诉讼，也不应承担合同的义务或责任。

合同相对性规则起源于罗马法。根据罗马法，债作为法锁，能够并且也只能对债权人和债务人产生拘束力。由于债本质上是当事人之间一方请求他方为一定给付的法律关系，所以债权不能像物权那样具有追及性，而只能对特定人产生效力。债权的相对性决

定了债权乃是对人权，并且，维护债权的诉讼只能是针对相对特定的并在原告请求中提到的人，这种诉讼叫做对人的诉讼。

案例 1：合同相对性

〔基本案情〕

2005 年 4 月 19 日，A 施工企业——总承包单位（负责 B 企业 382 砼生产系统施工）向 B 企业——发包单位发文《关于请求 B 企业对我公司与 C 企业债务纠纷进行协调的报告》，希望 B 企业就该 A 施工企业有关法律事项与 C 企业（分包单位）协调，报告的主要内容如下：“为支援你公司工程建设，我公司开赴云南××县，为××工程添砖加瓦，在此过程中我公司得到贵公司和当地政府有关部门的大力支持，在此表示衷心感谢。然而当地 C 企业在与我公司的债权债务纠纷中蛮不讲理，并扬言要将我公司诉至法院并采取诉讼保全措施。如果 C 企业将我公司诉至法院并采取诉讼保全措施，将给我公司的生产生活带来严重影响。为维护企业形象和我公司正常的生产生活秩序，现恳请贵公司出面，对我公司与 C 企业债权债务纠纷一事进行协调。如此事继续发生，我公司无法正常生产，将会给贵公司工程建设带来极大的负面影响。”

针对该报告，B 企业法律顾问提出了如下意见：B 企业不是 A 施工企业与他人纠纷案件的当事人，也不是其上级部门，而只是其业主单位，双方之间存在的是合同关系而不是隶属行政关系，本无义务介入其中，依法也无权介入。

B 企业根据法律顾问的意见，给 A 施工企业复函，指出了 B 企业无权也无义务介入此类民事纠纷协调，建议该企业自聘律师争取自己的合法权益，B 企业也要求 A 施工企业应加强项目分包管理，严格按照合同办事。

〔借鉴意义〕

该案例就是合同关系相对性制度在实践中的具体运用，作为企业法律顾问和其他合同管理人员，在处理企业合同纠纷和相关法律事务时，首先要考虑的就是本企业是否是合同一方当事人，是否在纠纷指向的法律关系中享有权利和承担义务。

尽管合同的相对性规则包含了极为丰富和复杂的内容，且广泛体现在合同的各项制度之中，但概括起来，主要包含两个方面的内容：

1. 主体的相对性

所谓主体的相对性，是指合同关系只能发生在特定的主体之间，只有合同当事人一方能够向另一方基于合同提出请求或提起诉讼。

具体来说，首先，由于合同关系仅是在特定当事人之间发生的法律关系，因此，只有合同关系当事人彼此之间才能相互提出请求，与合同关系当事人没有发生合同上的权

利义务关系的第三人，不能依据合同向合同当事人提出请求或者提起诉讼。其次，合同一方当事人只能向另一方当事人提出合同上的请求和提起诉讼，而不能向与其无合同关系的第三人提出合同上的请求和诉讼。

案例 2：错写名称遭败诉

〔基本案情〕

北京丰台某大型服装商场业主方是北京某商贸有限公司，该物业整体出租给了北京某服装批发市场有限责任公司。2004 年 8 月，商场中某商户因商场物业服务问题要求解除租赁合同，返还租金，因此把北京某商贸有限公司告上法庭。

开庭时，北京某商贸有限公司的法律顾问答辩意见很简单：我公司未与原告签订任何租赁合同，双方不存在租赁关系，请求法院驳回原告的起诉。

经审查，原告提交的租赁合同上的出租方是北京某服装批发市场有限责任公司，原告解释说之所以把业主方告上法庭，是因为出租方北京某服装批发市场有限责任公司原来的办公室已经找不到任何人，只有起诉业主。

法庭当场判决：驳回原告的诉讼请求。

〔借鉴意义〕

在实际诉讼中，常常发生因为写错了被告的名称被法院驳回起诉的案例，所以在合同纠纷处理中，要十分关注合同主体的相对性问题，对被告的名称也要对照合同以及工商查询的结果进行仔细核对，避免因低级错误导致败诉。

2. 内容的相对性

所谓内容的相对性，是指除法律、合同另有规定外，只有合同当事人才能享有某个合同所规定的权利并承担该合同规定的义务。合同当事人以外的任何第三人不能主张合同上的权利。在双务合同中，合同内容的相对性还表现在一方的权利就是另一方的义务，另一方承担义务才使一方享有权利，权利义务是相互对应的。由于合同内容基于当事人的约定，因此权利人的权利需依赖于义务人履行义务的行为才能实现。具体来说有以下几项规则：

(1) 合同规定由当事人享有的权利，原则上并不及于第三人；合同规定由当事人承担的义务，一般也不能对第三人产生拘束力。

(2) 合同当事人无权为他人设定合同上的义务。一般来说，权利会给主体带来一定的利益，而义务则会为义务人带来一定负担或使其蒙受不利益。如果合同当事人为第三人设定权利，法律可以推定此种设定是符合第三人意愿的；但如果为第三人设定义务，则只能在征得第三人同意之后，该义务方可生效，否则，实际上是在损害第三人利益，

合同当事人约定的此种义务条款是无效的。在实践中，即使是当事人一方与第三人之间存在某种经济上的利害关系，也必须征得第三人同意才能为其设定义务。

案例3：无效担保受损失

〔基本案情〕

北京某私营企业由三位自然人股东出资设立，在企业与银行签订的《借款合同》中约定：“借款人三位股东以其个人财产对该笔借款承担连带保证责任”，合同上有借款企业和银行双方签字盖章，但没有三位股东的个人签名。合同签订后银行按时发放了贷款。2008年受国际金融风暴的影响，产品主要出口欧洲的借款企业订单锐减，现金周转不开，无法支付到期借款。银行遂将该企业和三位自然人股东告上法庭，要求企业还款，股东承担连带保证责任。法院能支持银行对借款企业股东的请求吗？很明显，借款企业无权处分属于股东个人的财产，股东不承担连带保证责任。

〔借鉴意义〕

在实际工作中，一定要注意涉及第三方的权利义务的设置，是否取得了第三方的授权，保证条款必须经过保证人的签署才能生效。

(3) 合同权利与义务主要对合同当事人产生约束力。在一般情况下，合同之债的效力主要是一种对内效力，即对合同当事人之间的效力；但是法律为防止因债务人财产的不当减少而给债权人的债权带来损害，允许债权人对债务人和第三人的某些行为行使撤销权及代位权，以保护其债权。这两种权利的行使，都涉及到合同关系以外的第三人，并对第三人产生法律上的拘束力。因此，合同的保全也可以看作合同相对性的例外。

3. 违约责任的相对性

违约责任是当事人不履行合同债务所应承担的法律后果。债务是责任发生的前提，而责任则是债务人不履行其义务时，国家强制债务人履行债务和承担责任的表现，所以责任与义务是相互依存、不可分割的。由于违约责任以合同债务的存在为前提，而合同债务则主要体现于合同义务之中，合同义务的相对性必然决定合同责任的相对性。

所谓违约责任的相对性，是指违约责任只能在特定的当事人之间即合同关系的当事人之间发生；合同关系以外的人，不负违约责任，合同当事人也不对其承担违约责任。违反合同的责任的相对性，包括三方面的内容：

(1) 违约当事人应对因自己的过错造成的违约后果承担违约责任，而不能将责任推卸给他人。如果在实际工作中，债务人委托第三人代其履行债务或者辅助其履行债务的，债务人应对该代理人或者辅助人的行为负责。

(2) 在因第三人的行为造成债务不能履行的情况下，债务人仍应向债权人承担违约

责任；债务人在承担违约责任后，有权向第三人追偿。我国民法也确认了债务人应就第三人行为向债权人负责的原则。《民法通则》第116条规定：当事人一方由于上级机关的原因，不能履行合同义务的，应当按照合同约定向另一方赔偿损失或者采取其他补救措施，再由上级机关对它因此受到的损失负责处理。这一规定就体现了合同相对性规则。

(3) 债务人只能向债权人承担违约责任，而不应向国家或第三人承担违约责任，因为只有债权人与债务人才是合同当事人。其他人因不是合同的主体，所以债务人不应对其承担违约责任。如果因为违约造成国家、集体或者他人损害，债务人应承担相应的民事责任、行政责任甚至刑事责任。尽管多种责任有时相互并存，但并不丧失各自固有的属性，违约责任仍属于民事责任的范畴，而行政责任和刑事责任属于其他责任范畴。

三、《合同法》的基本原则

《合同法》的基本原则：

第一，平等原则。

合同当事人的法律地位平等，依法享有自愿订立合同的权利，一方不得将自己的意志强加给另一方，任何单位和个人不得非法干预。平等原则讲的是什么呢？讲的是合同上当事人之间的关系，在一个合同当中，当事人之间关系要求平等，讲的不是合同当事人与其他人的关系，不是这个当事人在社会上生活中的平等不平等。社会生活中的人，在政治领域很可能是不平等的，可他一旦加入了一个合同关系，作为合同当事人之一，他和对方就是平等的。因此，这里所说的平等是指合同关系中当事人之间的平等。

在合同关系上，仅仅指他们的法律地位平等不平等。法律地位平等表现出来是什么呢？就是说在谈判、签订合同、履行合同的时候你应该和对方平起平坐，共同地协商，你不能够把自己的意志强加给对方。在这样的关系当中，你不能够强迫对方接受不公平的条款。

案例4：平等原则——人民调解协议书履行纠纷

〔基本案情〕

2011年2月4日9时25分许，被告杨某某驾驶其本人所有的浙AL501M号货车，与陈某丁驾驶的二轮电动车发生碰撞，造成陈某丁经抢救无效死亡的交通事故，经交警部门认定，陈某丁与被告杨某某承担事故的同等过错责任。

2011年2月10日，经杭州市萧山区党湾镇人民调解委员会调解，杨某某应赔偿四原告因交通事故造成的损失42万元。此后杨某某赔偿28万元，还剩14万元未付。原告丁某某、陈某甲、陈某乙、陈某丙诉至法院，要求杨某某赔偿剩余14万元。

法院认为：经人民调解委员会调解达成的、有民事权利义务内容，并由双方当事人