

厚大教育

- 厚大出品 -

从入门 到精通

合同审查与法律意见书

刘进一·著

FROM ENTRY TO MASTERY

CONTRACTS REVIEW AND LEGAL OPINIONS



中国政法大学出版社

厚大教育
Education

- 厚大出品 -

从入门 到精通

合同审查与法律意见书

刘进一·著

编辑统筹：徐 卓 卢 洋 曾昭榕 宋嘉婧

—— FROM ENTRY TO MASTERY ——
CONTRACTS REVIEW AND LEGAL OPINIONS



中国政法大学出版社

2018·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

从入门到精通：合同审查与法律意见书/刘进一著. —北京：中国政法大学出版社，2018.5

ISBN 978-7-5620-8267-5

I. ①从… II. ①刘… III. ①合同法—研究—中国②法律文书—写作—中国
IV. ①D923.64②D926.13

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 086859 号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908285(总编室) 58908433(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印	三河市人民印务有限公司
开 本	787mm×1092mm 1/16
印 张	18.5
字 数	250 千字
版 次	2018 年 5 月第 1 版
印 次	2018 年 5 月第 1 次印刷
定 价	57.00 元

P

序 言

REFACE 从入门到精通：合同审查与法律意见书

学·术·道 兼善之作

——读《从入门到精通：合同审查与法律意见书》

案头，放了科班校友刘进一律师新撰书稿——《从入门到精通：合同审查与法律意见书》，嘱我为序。

细读此稿，我深为青年同行的学术功力、实战技巧、人文情怀、雅量高致而赞叹：长江后浪推前浪，浪浪奔向太平洋……

眼前浮现出刘律师成长的一幕幕：从中国政法大学本科将毕业之际，来我四川理光律师事务所实习，到风闻将来我泸州医学院（现西南医科大学）医事法学专业任教；从中政大硕士研究生的继续学习，到全国统一司法考试的成功；从中国银行总行就业，到大成（北京）律师事务所打开局面；从宗教仪式婚礼，到比翼双飞、一凤一龙、优生优育；从北大又攻读博士，到第一本专著《互联网金融模式与新格局》于前年赠我……

怀着钦佩但不无挑剔的心情研读书稿，愈读，我愈觉得作者之可贵：这虽是一本操作指导书——重在战术，但字里行间、谋篇布局，不时展现出青年学者深厚的法律素养和以天下为己任的侠义心肠！这在当前学风、行风、世风都有一定“铜味”之际，实属不易……

说本书重“术”，即实战之术，亮点至少有三：

第一，从大处看，民商律师实务，不论诉讼内外，“合同审查”是基本功，俗称“打门锤”；“法律意见书”又是非诉业务中的重头戏，掌握了它们，即可获得较多客户，并具备大宗业务的操作技能，故此选题深得法律界的广泛关注。

第二，如何掌握此两大本领？作者从合同之重要、审查之前提，审查之开始、重点、逻辑、形式、技巧、结尾，到法律意见书之概述、类别与写作思路，写作技巧之基础、内容与形式，娓娓道来……先望门庭而后得登堂入室，妙笔生花。

第三，书中有不少“爬树的本领”。作者不怕“教会徒弟，饿了师傅”，有多处属潜心研习的经验之谈，如七首歌诀，易懂易会；如“鉴于条款说背景”，常能让客户化险为夷；如“权利义务需留意”中，为强势客户提供服务“偏而不倒”的分寸……

说本书兼顾了“学”与“道”，仅就第十章“法律意见书的类别及写作思路”中的第三节“纠纷处理类”、第七节“私人订制类”而言，已足以看出刘律师对金融业务之“博大”，已达“精深”之境。尤为难得的是，进一律师一方面广泛运用“三十六计”，包括“围魏救赵”，二战中德军破解马奇诺防线的“转门战术”等谋略来为客户擘划各种应对之策；另一方面，又充分重视“死法”（形存实亡之法条）与“活法”之比较（见“法规诠释类”）来高瞻远瞩，精准制导这变型转轨期中的法律实践，来把握“维护当事人合法权益”与“维护法律正确实施和维护社会公平正义”相统一的法律家宗旨！

我作为从业三十七年，受业于西南政法、川大、北大、中政大的老律师，作为三十年来也任课多门、讲学于多校的教研者，深为本书学、术、道兼得的成就而赞叹！

本书既可作律师与公司等机构的法务工作者的工具书，也可作高等院校法学专业，特别是民商法专业师生们的教学参考书，是一

部有战斗力、有学术性的佳作。

这就是为作者刘进一——“勇进一流”律师著的《从入门到精通：合同审查与法律意见书》之序。

一级律师
法律研究员 李玉声

2018年3月9日 于钓鱼台

目 录

CONTENTS

序 言	学·术·道 兼善之作 ——读《从入门到精通：合同审查与 法律意见书》	1
第一章	合同为什么重要	1
第二章	合同审查七字诀之前提篇	3
	第一节 合法合规不倒翁	4
	第二节 缔约主体不老松	24
	第三节 纸质电子两分明	27
	第四节 交易目的贯始终	41
第三章	合同审查七字诀之开始篇	51
	第一节 名称编码不分手	52
	第二节 主体信息首部有	53
	第三节 鉴于条款说背景	56
	第四节 章节条款不乱走	59
第四章	合同审查七字诀之重点篇	63
	第一节 权利义务需留意	64
	第二节 违约管辖必争地	70
	第三节 金额支付无小事	73

第四节	审批登记莫忘记	75
第五章	合同审查七字诀之逻辑篇	87
第一节	定义文中皆体现	88
第二节	内部援引勿错乱	92
第三节	正文附件需勾连	94
第四节	合同内外无恩怨	100
第六章	合同审查七字诀之形式篇	102
第一节	字体统一间距齐	103
第二节	语法错字连带提	105
第三节	商务不改多提示	108
第四节	日期期间数统一	111
第七章	合同审查七字诀之技巧篇	114
第一节	巧用查找替换键	115
第二节	特别突出格式款	116
第三节	多设保证与承诺	127
第四节	限责附加解除权	129
第八章	合同审查七字诀之结尾篇	133
第一节	裁审择一准据列	134
第二节	通知送达后患灭	137
第三节	保密生效有套路	142
第四节	下无正文签章页	148
第九章	法律意见书概述	153
第一节	法律意见书及其内在逻辑	153

第二节	法律意见书与尽调报告的关系	154
第三节	法律意见书与备忘录的关系	155
第四节	法律意见书的主要内容	156
第十章	法律意见书的类别及写作思路	162
第一节	合同审查类	163
第二节	制度审查类	169
第三节	纠纷处理类	180
第四节	法规诠释类	219
第五节	环境分析类	226
第六节	监管要求类	234
第七节	私人订制类	258
第十一章	法律意见书的写作技巧	276
第一节	基础篇	276
第二节	内容篇	279
第三节	形式篇	282

第一章

合同为什么重要

历史法学家梅因在《古代法》中称：整个人类社会的发展就是“从身份到契约”，也就是从家父权力至上转变为个人自由缔约。由此可见契约或合同在现代生活中的重要地位。它象征着身份独立、意思自治、人类理性、文明和进步。

合同是什么？一般认为，合同是平等主体的自然人、法人和其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。生活中离不开合同：从便利店购买一瓶矿泉水，在便利店和购物者之间形成了买卖合同；去图书馆借阅书籍，在图书馆与借阅者之间形成了图书租赁合同；乘坐出租车，在出租车公司与乘客之间形成了运输合同；甚至设立企业，也可以在各个股东或合伙人之间形成有关企业治理的“合同束”（Nexus of Contrats）。可以说，合同无处不在，它既可以表现为书面形式，也可以表现为口头形式，还可以表现为默示等其他形式。

合同为什么广泛存在？我们可以首先从心理学中找到答案。在现代社会中，各个主体之间并非都有稳定和可靠的联系，各方往往处于信任与不信任的信息不对称的状态之中。签订合同，就意味着在各方之间设立了“法锁”。正所谓“义务先定，权利后生”，明确了一方的义务，另一方的权利也就浮出水面。当各方的义务都明确之时，各方的利益也就有法可依、有据可寻，未来的结果也就具有

了可预期性。人们对于安全的需要，决定了在以与陌生人沟通为主的现代社会，合同不可或缺。合同存在的第二个重要原因，要从经济学中寻找答案。曼昆在他著名的《经济学原理》的开篇即提出了经济学十大原则，其中一条是“贸易能使每个人状况更好”。只要确保缔约的意思表示真实，交易就会让彼此的效用（utility）提升，实现帕累托改进。也正因为如此，地位平等、意思自治、诚实信用、鼓励交易，成为合同法的基本原则。

在实体法层面，合同是定分止争的利器。《黄帝内经》曰：“上医治未病，中医治欲病，下医治已病。”一份完美的合同就是最上等的医生，它将风险控制在摇篮之中，确保交易顺利进行。在程序法层面，合同是帮助法院或仲裁委员会还原事实，判定各方责任的重要证据。打官司，就是打证据；失去了合同，也就失去了取证、举证、质证和认证的主动权。

尽管合同如此重要，现实生活中，许多人并不重视合同。在需要合同时，凭直觉随意起草，或者直接在网上下载模板予以使用。总之，以非专业的态度，对待专业的问题。其后果往往是交易各方的权利义务约定不明确，或者存在争议，甚至矛盾，与起初的设想大相径庭。要么形成僵局，整个交易无法履行；要么被心怀不轨的人利用，造成无法挽回的重大损失……

因此，作为律师，或者公司等机构的法务人员，一定要重视合同工作。合同审查技能，是律师和法务工作人员的基本功。一个优秀的法律人，无论面对多么复杂的交易背景，都可以用清晰的逻辑思维，准确识别风险，快速起草或审查有利于实现各方交易目的并首先保护本方当事人利益的合同。

合同审查的诀窍在哪里？为了让广大步入律师或公司法务职业殿堂的新人们能够快速领悟合同审查的真谛，笔者以深入浅出、易记易用的“七字”顺口溜，高度概括和浓缩了合同审查的精要。本书的第二章至第八章将为各位揭晓。

第二章

合同审查七字诀之前提篇

【前提】

法律如同上帝， 他将对每一份合同的有效性进行审判。

合法合规不倒翁，

缔约主体不老松。

纸质电子两分明，

交易目的贯始终。

本首歌诀主要介绍了在合同审查工作中，律师首先应当把握的前提。这是审查每一份合同的前提和基础。下面，笔者将为读者详细解读。

第一节 合法合规不倒翁

如果纯粹考虑缔约方的利益，只要缔约方“你情我愿”，一般都会促进彼此福利，但是，毒品买卖、枪支买卖等违法犯罪行为却具有很强的负外部性，将危害社会的稳定。基于此，合同的订立不可能是完全自由的，它必须受到法律法规的约束。“合法合规不倒翁”说的是只有做到合法与合规，合同才能持续有效、屹立不倒；没有做到合法与合规，将直接影响合同的效力，其他部分做得再好也都徒劳无用。

不合法的约定其实并不鲜见，例如，用人单位与劳动者在劳动合同中约定：“公司不缴纳社保，而将每月应当缴纳的社保以现金形式补贴给员工。”《劳动法》第72条规定：“社会保险基金按照保险类型确定资金来源，逐步实行社会统筹。用人单位和劳动者必须依法参加社会保险，缴纳社会保险费。”用人单位为劳动者缴纳社保不仅关乎劳动者的生存利益，更是国家社会保障体系中的重要收入支撑。故用人单位和劳动者必须严格履行缴纳社会保险的法定义务，约定不缴纳社保，而将每月应当缴纳的社保以现金形式补贴给员工的条款因违法而无效。

合法与合规两个概念有着细微的区别。合法指的是要符合法律、行政法规，如果违反法律、行政法规的强制性、禁止性规定，往往直接导致合同无效，如上例；而合规，则往往涉及部门规章等监管规定，违反这类规定，通常不会直接导致合同无效，后果往往是造成业务被禁止、遭受监管机关处罚、声誉受损等。当然，我们也看到因违规而导致合同无效的极个别案例，如下例所述：

2007年2月6日，巴菲特投资有限公司（以下简称“巴菲特公司”）参与金槌拍卖公司的拍卖会。在该拍卖会上，上海自来水投资建设有限公司（以下简称“上海自来水公司”）以董事会决议形式委托上海水务公司代为处置其持有的中国光大银行股份有限公司

(以下简称“光大银行”) 16 985 320 股国有法人股。巴菲特公司通过竞拍取得了上述股权。拍卖成交后, 金槌拍卖公司出具拍卖成交确认书。巴菲特公司分两次向金槌拍卖公司支付了股权转让款人民币 52,654,492 元, 并与上海水务公司签订了《光大银行法人股股权转让协议》。但此后, 上海自来水公司拒绝履行该协议, 并于 2007 年 3 月 1 日向光大银行发送中止股权变更函, 致使巴菲特公司无法取得应有的股权及股东身份。巴菲特公司及上海水务公司发函向上海自来水公司提出尽快办理股权变更申请, 上海自来水公司却不予配合。无奈之下, 巴菲特公司只好起诉到法院, 请求判令上海自来水公司履行《光大银行法人股股权转让协议》, 将 16 985 320 股光大银行国有法人股进行转让。但是, 上海市第二中级人民法院经审理查明后认为, 由于讼争股权的性质为国有法人股, 属于企业国有资产的范畴。在实施转让行为时, 应当按照国家法律和行政规章所规定的程序和方式进行。根据国务院国资委、财政部制定实施的《企业国有产权转让管理暂行办法》的规定, 企业国有产权转让应当在依法设立的产权交易机构中公开进行, 企业国有产权转让可以采取拍卖、招投标、协议转让等方式进行。根据上海市政府制定实施的《上海市产权交易市场管理办法》的规定, 本市所辖国有产权的交易应当在产权交易市场进行, 根据产权交易标的的具体情况采取拍卖、招标或竞价方式确定受让人和受让价格。国务院国资委、财政部制定实施的《企业国有产权转让管理暂行办法》虽然属于监管规定, 但是该规定符合上位法《企业国有资产监督管理暂行条例》的精神, 上海水务公司在接受自来水公司委托转让讼争股权时, 未依照国家的上述规定处置, 擅自委托金槌拍卖公司拍卖, 并在拍卖后与巴菲特公司订立股权转让协议, 其行为不具合法性, 违背《企业国有产权转让管理暂行办法》, 损害了社会公共利益, 所订股权转让协议无效。^{〔1〕}

〔1〕《巴菲特投资有限公司诉上海自来水投资建设有限公司等股权转让纠纷案》, 上海市第二中级人民法院, (2007) 沪二中民三(商) 初字第 81 号。

另外，合同的合法合规要从整体和部分两方面把握。所谓整体的合法合规，是指整个合同约定的交易模式必须是法律法规所允许的；而部分的合法合规，是指合同中的每一个条款都应当符合法律法规的规定。整体的违法违规会导致合同的全部无效，而部分的违法违规通常不会影响合同中其他有效条款的效力。律师在审查合同时，可以通过出具法律意见书、在合同中批注或在邮件正文中提示等方式提请客户注意合法及合规问题。通常，在保证业务整体合规的情况下，合同中也可以加入“如果本协议中的任何一条或多条违反适用的法律法规，则该条将被视为无效，但该无效条款并不影响本协议其他条款的效力”等类似表述加以强调。

总之，首先，合法合规是审查合同的前提，为此，律师必须在审查合同前熟悉与该合同相关的全部法律法规。例如，要审查某信托公司结构化集合资金信托合同，除熟悉《合同法》之外，必须熟悉《中华人民共和国信托法》、《信托公司集合资金信托计划管理办法》、《信托公司管理办法》、《中国银行业监督管理委员会关于加强信托公司结构化信托业务监管有关问题的通知》等。又例如，对于网络借贷而言，《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》（下称《暂行办法》）是最重要的监管规定，同时还应当对《网络借贷资金存管业务指引》、《互联网金融风险专项整治工作实施方案》（下称《专项整治》）和《P2P网络借贷风险专项整治工作实施方案》的内容有所了解。在《暂行办法》中并无对P2P与房地产行业合作的限制，但是《专项整治》中却提出“没有相应金融资质不得利用P2P从事房地产金融业务”、“严禁各类机构开展‘首付贷’性质的业务”。如果没有充分、全面地掌握法律法规，很可能就会忽视合同中的风险。

其次，律师还应当时刻关注新颁布的法律法规，了解各主要网站的功能，熟练地进行法律检索。常用的法律检索途径如下表所示：

表 2-1 律师常用网站

网址名称及网站地址	主要作用
法律法规查询	
中国人大网 http://www.npc.gov.cn/	在“权威发布”项下，可查询法律法规、法律草案、决议决定、任免、报告等
北大法宝 http://www.pkulaw.cn/	查询法律法规、判例等
威科先行 http://law.wkinfo.com.cn/	查询法律法规、判例等
法源法律网 http://www.lawbank.com.tw/	查询台湾地区法律
单位信息查询	
国家企业信用信息公示系统 http://www.gsxt.saic.gov.cn/index.html	查询企业的基本信息，包括名称、类型、法定代表人、注册资本、成立日期、住所、营业范围、股东信息等
信用中国 http://www.creditchina.gov.cn/	查询企业基础信息、优良记录、不良记录和失信记录
中国人民银行征信中心动产融资统一登记公示系统 https://www.zhongdengwang.org.cn/zhongdeng/index.shtml	查询应收账款质押、应收账款转让、存货/仓单质押、保证金质押、租赁、所有权保留、动产信托、留置权等
中华人民共和国民政部 http://www.mca.gov.cn/	在“社会组织”项下可查询民政部管理的社会团体、基金会、民办非企业单位的业务主管单位、法定代表人、成立登记日期、注册资金、网址等。通过各省的民政局网站也可以查询到该省的上述单位信息
重大税收违法案件信息公布栏 http://hd.chinatax.gov.cn/xxk/	可查询特定主体（包括自然人、法人和其他组织）是否存在重大税收违法行为。但是普通税收违法行为还需要通过当地税务机关网站才能进一步查询

续表

网址名称及网站地址	主要作用
知识产权查询	
中国商标网 http://sbj. saic.gov.cn/	在“商标查询”项下，可以进行商标近似查询、商标综合查询、商标状态查询和商标公告查询
中国专利公布公告 http://epub. sipo.gov.cn/gjcx. jsp	查询发明（包括发明公布和发明授权）、实用新型、外观设计的详细信息
中国版权保护中心 http://www.ccopyright. com. cn/	查询软件、作品、DCI 著作权登记公告
ICP/IP 地址/域名信息备案管理系统 http://www.miitbeian. gov. cn/publish/query/indexFirst. action	可以查询某网站的备案/许可证号、主办单位名称、网站名称、网站负责人姓名、网站首页网址、网站域名、审核时间、网站 IP 地址
站长工具 http://tool. chinaz. com/	查询某网站的运营单位、浏览量等
各类资质查询	
中国土地市场网 http://www.landchina. com/	查询土地出让、供应、成交、用途等信息
矿业权市场 http://www.mlr.gov.cn/kyqsc/	查询探矿权、采矿权信息
国家质量监督检验检疫总局 http://www.aqsiq.gov.cn/zbcx/	查询动植物检验检疫、特种设备、食品安全、产品质量监督等内容
国家食品药品监督管理总局 http://app2. sfda. gov. cn/data-searchp/gzexSearch.do? form Render= cx	查询食品、药品、化妆品、医疗器械、医疗广告、互联网药品等注册、备案信息