

法律专业技能训练丛书

The Contract Review

合同审查的 思维与方法

风险控制与动态监管解决之道

李 杰 李宗胜 / 著

本书以真实案例为素材，从外聘律师、企业法务和企业家的角度，全面解读了合同制作、审查，尤其是动态管理的思维方式与技巧，形成了一个自洽的完整体系，是一本极具实用价值之作。

梁慧星、韩世远、王轶、于飞、谢鸿飞

联袂推荐



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

法律专业技能训练丛书

The Contract Review

合同审查的 思维与方法

风险控制与动态监管解决之道

李 杰 李宗胜 / 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

合同审查的思维与方法:风险控制与动态监管解决之道/李杰,李宗胜著. —北京:法律出版社,2016. 11
ISBN 978 - 7 - 5197 - 0247 - 2

I. ①合… II. ①李…②李… III. ①企业—经济合同—管理—中国 IV. ①D923.6

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第262924号

合同审查的思维与方法:

风险控制与动态监管解决之道
李杰 李宗胜 著

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 李群
责任编辑 李群 李璐
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

出版 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 固安华明印业有限公司
责任印制 胡晓雅

开本 710毫米×1000毫米 1/16
印张 29.25
字数 496千
版本 2016年11月第1版
印次 2016年11月第1次印刷

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0247 - 2

定价:68.00元

(未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。版权所有,侵权必究。)

献给爱且善于思考的人

合同制作与审查的 “屠龙术”与“小贴士”

感谢中国社科院法学所,让我有机会为法律硕士讲授“合同制作与审查”专题课,恍然至今,已十余年。

多少有些令我尴尬的是,在当前法学教育的制度体系中,“合同制作和审查”很难找到它在学科中的位置,最多挂靠在“合同法专题”名下。我甚至曾经困惑过——这到底是不是一门学问?在法律硕士阶段学这样的东西有没有价值?

梅迪库斯在《德国民法总论》^[1]中似乎也意识到了这一问题。他指出了德国法学教育考试中有关法律行为、合同考试的一个重要特征:

“法学教育中要求学生解答的‘案例’,通常都是已经拟定完备的合同、遗嘱或者其他法律行为,当事人只是对这些行为的解释或执行发生纠纷而已。我很少见到另外一种类型的考试作业。在这种类型的作业中,案情事实叙述的,比如是一个企业家的财产关系和家庭关系,然后给出这个人处理其遗产的愿望。在此基础上,要求学生拟定出这个企业家的遗嘱——也许是与他的配偶一起立下共同遗嘱。类似的作业也可以是拟定一份合伙合同,或者拟定一份父母向其一名子女移转土地的协议(同时向受让人的兄弟姐妹支付补偿金),为一家清洁公司起草一般交易条件也可以作为考试题目。”

上述这段话的内容也完全适用于中国的法学考试。推而广之,我国的

[1] 迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2001年版,第352页。

合同法教育也如此,它以成文法为核心,学习的内容是体系化的原则、概念、理论、制度和规则,重点是成文法如何适用。另外,成文法以普遍的、一般的法律事件为其规范情形,任何社会生活事实进入法律世界都被纯粹化了。当我们用法律规范去涵摄生活事实时,同样会剔除与法律无关的事实。具体而言,生活事实被一分为二:有法律意义的和没有法律意义的。其根源在于,成文法采用的是“if - then”规范模式。“if”就是构成要件,它挑选的是立法者认定的生活事实中最重要的事项。在生活事实经过这一立法抽象过程后,生活事实的具体情境和社会脉络很大程度上被忽视了,如当事人之间的关系、买方市场还是卖方市场、双方的经济力量的对比,双方运用法律的能力的差异等。法学院分析的案例都是合同当事人之间发生纠纷时如何处理,其考虑的事实主要是两大块:合同约定和合同履行,至于合同是如何通过谈判订立的,讨价还价的过程如何,双方的真实交易目的如何,甚至部分“令人惊诧”的条款,通常都不在考虑范围。

这种仅关注抽象化理论和规则的教育模式,不仅忽视了合同的本质是人与人之间的互动行为,其间涉及大量的人际沟通、理解、交流和合作,而且它也使法科生在体系化学习合同法之后,在制作和审查一份真实的合同时,往往会有力绌之感。经常有毕业生在工作后提到这样的问题:监理合同应当如何审查?要关注哪些风险点?这种法学教育造成了法学教育与法律实务多少存在脱节,更使学生丧失了反省法律制度的能力。

如果说成文法因为要调整不可胜数的合同,不得不牺牲当事人之间的具体情境,只能通过抽象的一般规则,为法院确立合同裁判规范和当事人的行为规范,那么合同的制作则涉及具体的张三与李四之间的具体事项,显然合同不可能做抽象化的处理,只能做具体和细致的约定。当事人订立合同最重要的目的之一,是在当事人之间分配未来的不确定和风险(经济学家 Knight 意义上的)。这就产生了因为人的有限理性而造成的窘境:合同制作者要在当下考虑未来当事人之间可能发生的一切对合同内容有影响的事项,要把未来“现在化”。另外还必须考虑如何在《合同法》框架下将法律规范转化为当事人之间的合同约定,使其成为当事人之间的“法律”。考虑到这些因素,合同制作与审查就不可能像数学推理或在既有的模板中填空,而是具有强烈 know - how 意味的实践理性。其难度也并不比

合同法案例分析简单,甚至要难很多。

所幸,一些实战经验丰富的资深律师出版了不少合同制作与审查的作品,一定程度上弥补了合同制作与审查的法学教育缺失。李杰律师的大作即为其中之一。与坊间的其他书相比,本书最大的特点形成了一个自洽的合同制作与审查体系,在界定合同制作与审查作为一种法律作业的性质基础上,总结了合同制作和审查的思维方式,同时又提供了通用的方法。可谓提供了合同制作的“屠龙术”。但这种体系化的追求并没有抹杀作者对细节的关注,从作者自己实践经验出发,分析了合同制作与审查需要关注的细节和问题,各种暖心的 TIPS 随处可见。这或许是本书最独具匠心的内容安排,即抽象与具体,宏观与细节融为一体。兹略举数例说明。

合同法虽然以当事人平等为基本出发点,但在真实的合同世界,因为买方市场和卖方市场的存在(尤其是在国有经济处于强势地位的我国),当事人的交易地位往往不太平等。作者专辟“平等原则的重新审视——等级秩序的天然存在”一节,提醒我们注意平等原则在交易中的适用真相。如果只是到此为止,不过是老生常谈而已,但作者进而将这类合同的当事人分为强势方和弱势方,分析合同制作中的特殊问题。比如,强势方在设定违约责任条款是否应将自己的责任细化和量化?如果是必须的,那么其思路应是什么?如果合同仅规定“甲方(强势方)应信守合同约定,如违约应赔偿乙方损失”,就意味着在强势方违约时,如何确定损失范围、如何计算损失、如何主张的主动权都在弱势方。因此,强势方在谈判及约定合同条款时应细化和量化违约条款,降低自己违约时的代价,即假定自己在无法履行合同约定时,如何以最小的代价使合同归于消灭。这就客观和深刻地说明了在整个合同订立和消灭过程中强势方和弱势方地位的变迁,也说明了合同条款制作不当可能会改变当事人之间强弱力量对比。

作者依据自己从业多年的思考和实践经验,提炼和抽象出了合同审查的若干重要方法,如环节分解法和诉讼倒置法,非常实用。如环节分解法既可以简化初学者制作合同时的思维负担,同时也可确保不会遗漏合同的重要条款。诉讼倒置法则从合同当事人之间最麻烦的关系——合作关系破裂入手,关注当事人如何通过合同安排来避免合作关系的破裂以及在这种情形出现时如何妥当安排双方利益。

整体上看,本书最大的特点是既能结合合同诉讼和非诉讼实务,又能兼顾合同法学理论的通说和争议。本书最突出的优点也恰好在于,它将合同制作与审查置于我国合同法理论与实务中,同时又关注了真实的合同交易过程。这就从根本上回答了合同制作与审查为什么必须关注一些重要问题和细节,又应如何关注。

不得不提的是,本书作者对自己的合同法诉讼和非诉经验倾囊相授,未做任何保留;不仅如此,作者似乎还生怕读者误解或不明白,尽可能将内容表达得通俗易懂,对重点内容甚至还多次重申。这样有诚意的律师作品确实并不多见。

李杰律师是我四川大学法律系的本科同学,在本科期间就博览群书,对民法尤其是合同法用力最深。他本科毕业后就从事律师工作,至今二十余年,在合同领域的诉讼和非诉业务积淀了深厚的经验。在律师事业有成后,感念自己初出茅庐接触律师实务时的困顿,为使青年律师不再重复自己当年走过的专业弯路,起意创作合同制作与审查的系列专著,毕道心得。经一年多的辛勤劳作,始成此作。这也是法律人对社会的一种深层回报吧。

基于以上种种,在旧友大作付梓之际,爰作数语,一为祝贺,祝贺他多年的思考精华面世;二为期待,期待后续的合同制作与审查专著面世。

中国社会科学院法学研究所研究员、民法室主任 谢鸿飞

2016年10月28日

导 言

静下来时,我常想,作为获取利益起点与终点的合同,市场主体虽须臾不能远离,可为什么合同制作与审查不能成为独立学科?在法学教育中,法学院将合同制作与审查至于合同法学科之下,甚至毫无涉及;实务中,年轻的法务人员、律师只能在执业过程中自觉自悟,或师从成功的前辈而研习那些各具特色、独成体系的经验之作。

合同既然作为联系企业家与法务人员的纽带,那在他们各自的视野中,对合同内涵、作用的理解是否相同?他们关注的合同制作与审查的重点是否存有区别?或者说,因他们立场、思维不同其关注的重点是否有所差异?审查人员仅凭良好的法学素养及掌握的法学专业技能能否胜任合同制作与审查的工作?如不能胜任,那审查人员应如何契合企业家的需求,应如何确定合同审查的工作边界……诸多的疑问给予了我写作《合同审查的思维与方法:风险控制与动态监管解决之道》的冲动,历经一年,书稿终成。

一、合同审查中的合同是什么

对法务人员及法学院的学生而言,提出“合同是什么”的问题也许是荒诞可笑的,因无论是学术著作,还是合同法的规定,对合同概念的解读早已形成通说,即合同是设立、变更、终止民事法律关系的协议。但此种解读在实务中是否能给予法务人员以全面的、深入的观察合同的视角呢?答案是否定的,首先,从概念本身来看,认为合同就是协议,那协议是什么呢?协议是合同,这种相互循环式的答案显然是徒劳无益的,至于或设立、或变更或终止民事法律关系也仅是从静态的“效果”角度描述合同的功用,而非指明了合同的实质;其次,合同行为虽是法律行为,但其首先是经济行为,在

企业家视野中,合同是实现期待利益的工具及手段,签订、履行合同,妥协、启动诉讼、观察法律对合同的效力性评价无不在评估成本与收益的基础上做出,而对成本与收益的认识往往因企业性质不同而有所差异,有些企业家注重经济利益,有些企业家注重人格利益,有些企业家则并重经济利益与人格利益,也就是说,在对成本与收益评估时,企业家的视野中并非只有货币成本,其常掺杂着人格利益因素,致命的是,具有决定权的决策层的人格利益因素虽会对合同的签订、履行有着决定性的影响,但却极具个案性,且并非总会让外人知晓。既然如此,如法务人员仅从所产生的“效果因素”层面,而不是从“影响效果发生因素”层面去理解合同的定义显然是本末倒置,其很难在合同制作与审查中取得契合当事人需求的效果,也难以获得当事人的肯定性评价。

麦克尼尔在《新社会契约论》中谈道,“所谓契约,不过是有关规划将来交换的过程的当事人之间的各种关系……某些交换的因素,不是立即发生,而是要到将来才发生。”麦克维尔“未来交易关系规划”的论点虽更契合合同的动态发展过程,但由于忽略了签约前的磋商过程而略显片面。实务中,作为获取利益的合同行为既然是经济行为,其势必是一个动态的讨价还价过程,以合同签订和履行完毕(包括非正常终止)为时间标志,可将合同划分为三个讨价还价的过程,协商阶段 t_1 是第一个讨价还价的过程;履约阶段 t_2 是第二个讨价还价的过程;诉讼或仲裁阶段 t_3 (如有)是第三个讨价还价的过程。 t_1 阶段的目的是达成交易,当事人依据自己的合同地位强弱、交易的急迫程度、合同目的等与相对方博弈,其中既有坚持也有妥协,拟订的合同条款是在已知因素的前提下,对未来形成规划,规划的主要内容除明确合同各方应取得的期待利益外,还包括在“预测”履约障碍出现而影响利益实现时提前设置应对措施;合同一旦签订则进入 t_2 阶段,由于未来总是未知的,突发事件、合同目的、合同心态的变化,经济环境、政治、法律、政策的改变都会使原来深思熟虑的合同条款在活生生的现实面前显得无能为力。“合同一旦签订则须严守”的规则固然在理论上并无争议,但市场经济需要的是务实,其目的是实现规划的利益,而不是为形成刚性的争论和是非对错的严格区分,由此,在完成交易的利益驱动下,相互的妥协,再次的讨价还价难以避免; t_2 阶段,如因情形变化而不能使合同各方妥

协而达成一致,纠纷则会演化成诉讼或仲裁,但即使在诉讼或仲裁过程中,当事人一样可以且会再次地讨价还价。由此观之,合同是一个讨价还价的过程,是当事人本着“人的有限理性”,基于“现在总与未来不同”的客观事实而准备随时实施“以动制动”策略的过程。

二、合同审查的势与术

所谓势,是指趋向、趋势、主观变化和宏观、微观环境的变化;所谓术,是指行业和法律专业技术。本书之所以论述势与术的关系是基于“仅掌握行业和法律专业知识不能胜任合同制作及审查工作”的论述。

学界中,鲜有学者专门就合同制作与审查撰写著述,实务界中,大多会从法律专业的角度去论述合同的制作与审查,而极少涉“势”的分析,究其原因,是论者为保持观点的正确、全面,为显示论者所拥有的与众不同的高深水平,而或多或少地脱离了真实的合同交易过程,或者说,在论述中加入了不能为他人考证的冥想与假定的成分。久而久之,“术”的横行催生了热衷合同版本制定的群体,衍生了企图用网络技术制定合同的现代派。事实上,合同的制作与审查无法缺失审查人员的主观能动性,主观能动中的一个重要部分是要求审查人员能够做到“度势”。严格地讲,在合同领域,“专业技术”与“势”均属于变量,但立法技术的要求使“制定法”因具有一定的前瞻性而相对稳定,而“势”则是一个很大的变量,加之不同性质的当事人对“势”的变化的感受方式与能力不同,更使这种变化极具个案性。如合同制作与审查企图以不变应万变,几乎与缘木求鱼无异。

比如,在《建设工程施工合同》的签订上,房地产市场好的时候,施工方对于垫资金额、时间可适当放宽,转而追求垫资的利息收益,而在房地产市场低迷的时候,对于是否垫资、垫资金额、担保等确保垫资资金安全的追求则上升为第一位,垫资的资金利息虽依然重要,但重要性则有所下降。再如,企业性质不同,规范当事人的规则不同、对潜在的责任认识不同,决策层的心态不同,这无疑会影响着合同的签订与履行,甚至影响着纠纷解决方式的差异,如国有企业,决策层的责任承担着独有的特性,即风险与利益的相对不匹配性、持久的不可逆性、风险被引爆的不可控性、处理结果的彻底性、约束规则的高标准与多样性,这种国事、家事、天下事我全管,国

法、家法与道德全管我的局面势必会影响国企决策层的心态,而这一切并非“术”可以解决的问题。当然,合同目的的考量、政治因素的影响、当事人痛点及可替代性分析、市场的变换等影响合同签订及履行的因素均非属于“术”范畴。因此,审查人员如仅仅靠掌握的专业知识就从事合同的制作与审查的工作无疑有了滥竽充数的嫌疑。

三、合同审查的边界

合同制作与审查的目的是排除、设置或分配风险,明晰合同审查的边界实质是涉及为谁排除风险,排除什么风险两个问题。首先,关于为谁排除风险的问题,或者说你服务的客户是什么,作者在调研或培训中,曾多次向法律专业人士问及什么是企业客户这一问题,令人大跌眼镜的是,专业人士给出的答案往往是:“客户是委托人”,而在问及什么是委托人时,答案又是:“委托人是客户”。当换一个问题,问“家”是什么时,基本上都会回答家由父母、配偶、子女、车子、房子等组成。其实,无论是客户、企业,还是家都是一个抽象的概念,其构成均依托于重要的填充物,如审查人员将自己的服务定位于一个不知具体构成的抽象概念时,则很难做到有的放矢,即使成功,也充满着偶然性。企业是一种资源配置,其中包括人才、资本、土地、领导才能。从构成企业的填充物看,决策层、经营层及合同的具体执行人员都属于审查人员服务的范畴,也就是说,审查人员排除风险的范围除包括企业自身外,还应包括企业的决策层、经营层及具体的合同执行人员,只有如此,合同的制作与审查才能做到不顾此失彼。

至于合同审查应排除什么风险的问题,审查人员首先应明晰合同的地位,即区分所审查的合同在当事人的经济链条中是“工具性合同”还是“目的性合同”;其次,从宏观层面审查合同的签订或履行是否会带来系统性的风险;最后,从微观层面审查合同的具体条款看其权利义务的体系安排是否合理,或是否存有漏洞。唯有如此,才能判断当事人实现合同目的的紧迫程度、才能分清主次矛盾、才能在履约中准确拿捏坚持与妥协的度,也唯有如此,审查人员制定的策略才不失针对性。

本书站在实务运用的角度,尝试着列举了广义合同审查与狭义合同审查的区别;描述了动态审查与静态审查的边界;对合同法中的平等、合法、

诚信原则进行了重新审视;提出了环节分解法、诉讼倒置法、扩展法等审查合同的方式;在合同审查主体上,明确了审查人员的定位及困境,并提出了困境解脱的办法;在合同审查客体上,对合同是否应该严密、合同语言是否可具有歧义、合同起草权争取等情形提出了“因客观情况不同而应有所差异”的观点;在主观范畴考量上,详细论证了合同心态与合同目的对合同签订、履行的影响,明确了在实务中,合同目的的内涵应突破学界对合同目的的界定,即不应仅限于经济利益,而应同时考量人格利益的现实性与重要性;在合同权利体系构建中,对合同权利重新进行了分类,将合同权利分为核心权利与筹码性权利、非核心重要权利,并提出了“以我为主”的权利体系构建思维;在履约障碍一章,分析了合同法的立法局限及无奈,明晰了救济板块的功能及设置思维……

鉴于作者能力限制,也许有很多观点还不成熟,甚至难免存有漏洞,但这不影响我们继续探索,同时也希冀广大同行批评指正。



目 录

第一章 合同审查概述	(1)
第一节 合同审查的概念	(1)
一、合同风险概述	(1)
二、合同审查的内涵	(5)
三、小结	(12)
第二节 合同审查方式	(12)
一、静态审查	(12)
二、动态审查	(13)
三、静态审查和动态审查与合同缺陷的消除	(20)
四、小结	(26)
第二章 审查合同的主体与客体	(27)
第一节 审查合同的主体	(27)
一、合同审查人员的定位	(27)
二、合同审查人员的困境与无奈	(32)
三、审查人员的工作边界与技能	(39)
第二节 合同审查的客体	(50)
一、完美合同的思考——完美是结果的完美而非过程的完美	(50)
二、合同的严密性思考	(51)
三、合同中当事人意思表示一致的思考	(54)

四、合同细节的思考	(56)
五、谁的合同——对合同制作类型的评价与思考	(60)
第三章 合同审查的视角(上)——风险点识别	(66)
第一节 风险点识别概述	(66)
一、审查人员的本职工作与排除风险点的思维	(66)
二、风险的分类	(69)
第二节 识别合同与规则冲突的负面效应及应对	(73)
一、法律对合同效力的否定性评价及应对	(74)
二、规则对经营层的负面评价与审查人员的思维及应对策略	(79)
三、合同操作性风险防范的思维与策略	(90)
第四章 合同审查的视角(下)——争议预防的视角	(95)
第一节 静态观察止争的时间边界与合同条款设置	(95)
一、止争的内涵与审查人员思维	(95)
二、止争策略制定的时间边界	(96)
三、止争策略的制定之合同条款设置	(98)
第二节 动态观察止争的策略制定	(100)
一、争议的源泉与争议的实质与假象	(100)
二、争议向诉讼或仲裁的演化路径与应对策略	(107)
第五章 合同原则的重新审视	(114)
第一节 合法性原则与重新审视	(114)
一、合法性原则的内涵	(114)
二、合法性原则的重新审视——审查人员的思维与策略	(114)
第二节 平等原则的重新审视——等级秩序的天然存在	(118)
一、平等原则内涵	(118)
二、对平等原则的重新审视——天然存在的等级秩序与应对	(118)
第三节 诚信原则的重新审视——不诚信推定原则	(127)
一、诚信原则内涵	(127)

二、对诚信原则的重新审视——独立第三方视角	(127)
三、诚信原则在合同实务中的运用	(128)
第六章 合同审查的方法(上)——环节分解法	(133)
第一节 环节分解法概述	(133)
一、环节分解法的概念	(133)
二、环节分解法的作用	(133)
第二节 环节分解法的思维与使用方式	(135)
一、环节分解的思维	(135)
二、环节的分解方式	(136)
三、环节分解的适用范围应用范例	(137)
第七章 合同审查方法(中)——诉讼倒置法	(148)
第一节 诉讼倒置法概述	(148)
一、诉讼倒置法的概念及观察视角	(148)
二、采用诉讼倒置法的意义	(151)
三、使用诉讼倒置法的思维——正视与利用法律对谎言的 支持	(152)
第二节 诉讼倒置法在实务中的运用	(155)
一、诉讼爆点的预判——易爆点的提炼及动态追踪	(155)
二、兵无常形——从预防诉讼到主动引爆诉讼	(162)
第八章 合同审查方法(下)——扩展法	(166)
第一节 扩展法概述	(166)
一、扩展法的概念	(166)
二、扩展法使用的思维与局限克服	(166)
第二节 扩展法考量因素	(167)
一、合同签订及履行阶段的特定背景考量	(167)
二、合同相对方分析	(170)

第九章 合同审查关注的主观范畴(上)——合同心态	(181)
第一节 合同心态概述	(181)
一、合同心态的内涵与分段考量	(181)
二、合同心态与合同目的	(181)
第二节 合同心态的类型及对合同的影响	(182)
一、实务中常见的合同心态及对合同行为的影响	(182)
二、审查人员对合同心态的考量与应对	(188)
第十章 合同审查关注的主观范畴(下)——合同目的	(193)
第一节 合同目的概论	(193)
一、当事人的整体利益与合同目的	(193)
二、合同目的的内涵	(198)
三、合同目的的分类	(201)
第二节 合同目的审查在实务中的运用	(220)
一、导言	(220)
二、合同目的与合同模式匹配的思维	(221)
三、合同目的与合同体系构建的思维	(223)
四、合同目的与合同的可操作性思维	(225)
五、当事人需求和痛点的分析与利用的思维与技术	(227)
六、合同目的和当事人的可替代性思维与实务运用	(233)
七、合同目的和争议解决方式选择的思维	(240)
第三节 判断真实合同目的需考量的要素——以劳务分包为例	(241)
一、真实的合同目的——应是什么与是什么	(241)
二、推导合同目的的要素	(243)
第十一章 合同主体审查	(253)
第一节 合同主体适格性审查的思维与技术	(254)
一、主体适格与不完全适格的审查思维与对策	(254)
二、主体资格的法律限制与风险类别的审查思维和技术	(266)
三、特殊适格当事人	(269)