

李杰——著

洞见

合同审查
及
运用的
真相

倚

李
杰
—
著

洞

见

合 同 审 查
及
运 用 的 相
真

图书在版编目(CIP)数据

洞见：合同审查及运用的真相 / 李杰著. — 北京：法律出版社，2019

ISBN 978 - 7 - 5197 - 3287 - 5

I. ①洞… II. ①李… III. ①合同法—研究 IV. ①D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 050614 号

洞见：合同审查及运用的真相
DONGJIAN:HETONG SHENCHA JI
YUNYONG DE ZHENXIANG

李 杰 著

责任编辑 张发靖 李 群
装帧设计 汪奇峰

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 中煤(北京)印务有限公司
责任印制 吕亚莉

编辑统筹 法规出版分社

开本 A5

印张 11

字数 210 千

版本 2019 年 4 月第 1 版

印次 2019 年 4 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)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-83938336

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、子公司销售电话：

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-83938334/8335 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 3287 - 5

定价:78.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

李 杰

北京炜衡(成都)律师事务所高级合伙人

中国社科院法学所私法研究中心兼职研究员

中山大学法学理论与法律实践中心研究员

中华全国律师协会民事专业委员会委员

中国合同法论坛主任

出版图书:

《合同审查的思维与方法:风险控制与动态监管解决之道》(合著)

《合同之诉:不同视角下合同案例审视》(主编)

《小包法官告诉你:青少年法律教育读本(第1部)》(独著)

《小包法官告诉你:青少年法律教育读本(第2部)》(独著)

《小包法官告诉你:青少年法律教育读本(第3部)》(独著)



目 录

引 言	1
-----	---

第一章 律师与当事人审视合同视野差异	17
--------------------	----

第一节 律师与当事人对合同与规则的认知差异	19
-----------------------	----

一、律师的两难及破解起点	19
--------------	----

（一）律师的两难困境	19
------------	----

（二）律师两难困境的根源	22
--------------	----

（三）律师破解两难困境的起点	25
----------------	----

二、合同地位的认知视野	30
-------------	----

（一）当事人视野	30
----------	----

（二）律师视野	33
---------	----

（三）律师与当事人对合同地位的认知差异	39
---------------------	----

三、合同属性的认知视野	43
-------------	----

(一) 当事人视野	43
(二) 律师视野	48
第二节 当事人对风险与规则的认知	52
一、当事人的认知视野	52
二、企业家的特质及对律师的期待	54
(一) 企业家的特质	54
(二) 规则的属性及审视规则的视野	60
三、律师的视野及选择	66
第三节 律师审定合同的前提与职责	70
一、识别利益主体和形态的多元性是基本前提	70
(一) 合同之幕下的利益主体	70
(二) 合同之幕下的交换类型	71
(三) 合同之幕下真正的交换主体	72
二、律师的显性职责与隐性职责	76
(一) 律师的显性职责	76
(二) 律师的隐性职责	80
(三) 律师履行隐性职责时面临的难题及策略	84
(四) 律师履行隐性职责的空间和禁忌	87
第四节 律师履职的客观局限	94
一、当事人回报的不确定性与对律师要求的确定性	94
二、律师意见被当事人轻视的根源	99
三、律师认识到自己的局限是让当事人解己的前提	100

(一) 律师让当事人解己的误区	100
(二) 律师让当事人解己的正确姿态	106

第二章 实务中的合同真相 113

第一节 理论上的合同与实务中的合同的差异 115

一、困惑与难题：理论与实务研究的差别	115
(一) 合同理论与实务研究对象的差别	116
(二) 合同理论和实务研究视角的差别	118
(三) 合同理论和实务研究方法的差别	119
二、合同法中的合同与实务中的合同	122
(一) 合同法调整的仅是部分角色的行为	122
(二) 合同法仅能提示部分交易风险	127
(三) 角色增加及适用规则扩展带给律师的难题	132

第二节 合同真相中的垂直关系 144

一、合同法构建的一维平面在实务中的局限	144
二、合同关系中的垂直关系	152
三、垂直关系的三大成因	154
(一) 权力	154
(二) 实力	156
(三) 人情	159
四、垂直关系与合同使命	162
五、垂直关系与合同法的基本原则	168

(一) 垂直关系与诚信原则	168
(二) 垂直关系与公平原则	172
六、垂直关系中信任的本质及危害	176
第三章 合同真相中的社会交换	181
第一节 合同中经济交换与社会交换概述	183
一、社会交换源于人类活动	183
二、合同中的经济交换与社会交换的差异	187
(一) 追求效果上的差异	187
(二) 交换原则上的差异	193
(三) 启动诱因上的差异	199
(四) 履行强制性上的差异	200
第二节 社会交换在合同与非合同领域中的差异	203
一、回报即时性上的差异	203
二、心理强制性上的差异	205
三、情感的工具性上的差异	208
第三节 合同中经济交换与社会交换的成本	212
一、交换成本概述	212
二、可观察性对比	213
三、可度量性对比	216
四、可救济性对比	218
(一) 经济交换中权利救济的刻度	218

(二) 社会交换中权利的救济	223
第四节 经济与社会交换的形式及报酬转化	234
一、社会交换的形式：直接交换与间接交换	234
(一) 直接交换和间接交换概述	234
(二) 物质利益实现的渠道	235
(三) 利益实现的其他途径	238
二、交换中的主被动关系及把握	240
三、经济与社会交换报酬的转化：以律师收费为例	243
(一) 律师常用的营销策略	243
(二) 社会交换与经济交换的报酬转化路径	246
第四章 合同博弈真相	253
第一节 合同博弈概述	255
一、合同博弈的基本概念	255
二、合同博弈中的非常态变化及根源	261
(一) 零和博弈抑或正和博弈	261
(二) 合同博弈非常态化变异的根源及方式	265
三、观察的视野与策略的完备	269
四、合同博弈结构与信息分配及相互影响	274
(一) 合同博弈的结构与信息价值	274
(二) 解决信息不对称的手段及局限	277
(三) 人为因素与信息不对称	283

(四) 博弈中的立场、利益、道德风险与合同设置	286
第二节 显性博弈	291
一、显性博弈概述	291
二、显性博弈中律师与客户的博弈	294
(一) 代理关系建立前的博弈	294
(二) 代理关系建立后的博弈	296
(三) 客户对律师控制的误区及正确策略	299
第三节 隐性博弈	304
一、隐性的博弈主体：以法定代表人为例	304
(一) 法定代表人不被视为博弈主体的逻辑	304
(二) 将法定代表人视为隐性博弈主体的逻辑	307
(三) 将法定代表人视为隐性博弈主体的目的	316
二、隐性博弈主体之规则制定者	318
(一) 规则制定者成为隐性博弈参与人的成因	318
(二) 律师与规则制定者博弈的选择与策略	325
三、隐性博弈规则之潜规则	334
(一) 潜规则概述	334
(二) 潜规则的成因及文化基因中的天然张力	336
(三) 识别博弈中存在潜规则的实务意义	339

引言

我们生活在一个变动不居、幻化不定的世界。我们总是习惯于依据昨天的经验在今天对明天作出规划。然而，关于明天，我们确有所知，但也仅此而已。合同是当事人之间的交易，交易总在一个时点上发生。但是在一段时间内，交易从一个时点向另一个时点流动，这种流动是一种过程^①。合同规划的这个流动过程，无疑是面向未来的^②。除去即时结清的交易之外，合同的权利、义务体系在交易达成的一瞬间就已被合同文本固定。既然合同是面向未来的规划，那么在特定时间点上所签署的文本中所固定的权利当属规划的权利，或称为假定的、理想的、期待的权利；随着时间推进，在合同文本中那些被事先规划好的行为，逐步被当事人实际实施的行为覆盖。自然地，行为引发的结果也会逐步展现，这意味着

① [美] 约翰·R. 康芒斯：《资本主义的法律基础》，寿勉成译，商务印书馆2003年版，第11页。

② [美] Ian R. 麦克尼尔认为：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。《新社会契约论》，雷喜宁、潘勤译，中国政法大学出版社2004年版，第4页。

当事人会取得阶段性权利。如当事人实际实施的行为与合同中规划相一致，且未出现影响合同结果的质的其他变化（如不可抗力），他们实现的终极性权利与合同中规划的权利不会出现实质性的差别；但是，如果当事人实施的实际行动背离了规划的行为，或出现当事人意料之外的变化而影响到合同履行，终极性权利无疑会异于规划的权利，甚至，最终结果会与当事人的初衷南辕北辙。

毋庸置疑，当事人将自身拟实现的目的寓于合同，按图索骥地实施规划的行为，并以此来实现合同目的是当事人签约的原始驱动力。因此，能否按部就班地实施“规划的行为”决定了当事人的合同目的能否实现，而这其中关键的因素之一，就是对合同行为的规划是否科学、妥当。规划实质与预测的含义无异。其包含两方面内容：一是，对自己和相对方行为的预测。合同作为合作博弈，一方策略的成功需建立在对方策略成功的基础之上。唯双方都能享受实际利益的安排，才经得起时间的检验，也才可能是社会运作的常规^①。因此，只有在各方当事人都认为自己能够获利的前提下才会签订合同；当然也只有在利益的驱动下，合同履行才能达到高效状态。故而，在作出预测时，不但要顾及自己是否能够按照合同约定履行合同义务，也要虑及合同对相对方的约束是否合理、是否可行。否则，在履约过程中，消极履行、怠于履行，甚至争议的出现都在所难免。二是，对变化和应对策略

① 熊秉元：《优雅的理性》，东方出版社2014年版，第141页。

的预测。人们只有事先做好遇到“老虎”的思想和行动准备，才能怀有“不入虎穴焉得虎子”的豪气。否则，以身犯险的做法只能归为愚蠢。同理，对合同的预测，也应假定在遇到突发情况时，当事人需采取何种行动策略予以应对。突发情况既包括因当事人主客观原因，造成其实施的实际行为偏离合同约定轨道；也包括因合同之外的第三方的行为，以及环境变化、不可抗力事件出现、情势变更等对合同履行的影响。

其实，律师预测的难点并不仅仅包括对当事人心态、行为和突发变化的预测，它还包括了对既定规则走向的预测。一般而言，受过系统法学教育的律师习惯于以规则，尤其喜欢以法律规定作为思考的参考坐标。每当面对委托事项时，他们会直觉想到法律的规定，这本身无可指责。因这种反应不但符合律师的自我认识，也契合社会对律师职业所形成的共识，但这种定式思维恰恰是增加律师预测难度的根本所在。法律固有的滞后性，意味着它不能涵盖全部的社会生活，尤其是对于一些新生事物，法律通常没有规定。更根本的问题是，法条本身已经是某种“结果”，反映了当时社会的价值判断。也就是说，法条本身已经是一个演化过程的终点^①。按照事物的发展规律观察，每当时空发生改变，所谓的“终点”又会演绎成为新的“起点”。演化中的法条到达下一个终点前，即当规则正处于从一个时间点向另一个时间点演

^① 熊秉元：《正义的成本——当法律遇上经济学》，东方出版社2014年版，第25页。

化的过程状态时，一个没有规则的真空地带无疑会呈现出来。致命的是，当事人不会等待规则演绎到终点才会实施作为经济行为的合同行为。这样，以法条作为参考坐标的律师就无法找到早已习惯依恃的基点，思考上似乎就茫然不知所从。因此，律师在实务中不得不预测规则或既定规则适用的大致走向并匹配相应的因应策略。这对律师提出了更高的要求，因为对规则及规则适用走向的预测不单纯是仅具备严谨的法律思维就能解决的问题，而严谨的法律思维恰恰又是许多律师经过长期训练且引以为傲的资本。

预测的重要性和内容已清晰，显然，律师^①应做好预测工作^②，但尔爱其羊，就能求羊得羊？问题的关键是，我们能否预测？如何做到科学、妥当地预测？事实上，大多数变化所表现出来的规律性，确已达到足以预测的程度，从具体合同实践的层面观察，许多优秀的案例体现了律师一叶知秋的预知能力。既然预测是可能的，那我们又是基于什么预测？合同规划的是未来，“未来的状况”只能通过现状加以推断，而用于推断未来状况的行为一般都是通过精心设计的有意识的行为。有意识的行为包括

① 本书所称的律师是指代一个具有法律专业技能，从事合同制定、审查、管理，且以此为职业的群体。

② 该处之预测工作是指动态性预测。合同只有在各方当事人达成一致意见后方能签署，因此，一方基于自己的利益考虑所提出的诉求，如相对方不同意，则无法写入合同。从此意义上讲，签署完美的合同纯属臆想。再者，除即时结清的外，合同都是一个动态的过程。其贯穿了过去、现在与未来，而未来是变化的，且具有未知性，合同文本中载明的预测体系不一定能适应相应的变化。因此，在履约管理过程中，预测、调整也是必需的。

感知和双重的推断。^①严格地讲，感知和推理之间并没有严格的分界，其都以记忆的知识为基础。通过正确的知识，我将知道：倘若我不采取行动，会发生什么；倘若我采取设定手段行动，将为事件带来什么变化。即使我无法改变事件的自然进程，或至少无法带来想要的变化时，我也必须预见未来情况，为的是明智地适应未来所要发生的情况。^②

然而，受过系统的法学教育、具备法律知识的人，是否就掌握了足以预测合同行为的知识了呢？从可观察到的真相看，答案是否定的。从知识的新旧程度和记忆是否牢固的规律看，刚从法学院走出来的毕业生所掌握的知识相对新，记忆也相对牢固，但他们在制作和审查一份真实的合同时，却往往有力拙之感。国内如此，国外也如此。阿尔弗雷德·里德在其 20 世纪早期的著述中指出：“律师界的共识是，即使研修完全套法学院的课程，也不一定能满足当律师的条件，另外还需要一些必不可少的实务工作经验。”^③事实上，刚从法学院走出来的毕业生在实践中表现出来的这种“低能力”被社会广泛诟病。各种反思从未停止，多数人认为这应归咎于法学教育现状，认为当前的法学教育造成了法

① [美] 弗兰克·奈特：《风险、不确定性与利润》，郭武军、刘亮译，华夏出版社 2011 年版，第 115 页。

② [美] 弗兰克·奈特：《经济学的真理》，王去非、王文玉译，浙江大学出版社 2016 年版，第 5 页。

③ [美] 布赖恩·Z. 塔玛纳哈：《走下神坛：美国法学院现状调查》，秦洁译，法律出版社 2017 年版，第 64 页。

学教育与法律实务多少存在脱节，使学生丧失了反省法律制度的能力。^①但事实果真如此吗？如脱节真的是问题的症结，那么，通过增加实习的时间，或开设类似模拟法庭、法律诊所等方式是否可以做到刃迎缕解呢？如依然不能，那么症结又到底在哪儿呢？

不言自明，法学教育和法律实务确实存在脱节。在法学教育中，法学院将合同的制作与审查置于合同法学科之下，甚至有些法学院对合同实务毫不涉及，而这恰恰是大多数法科学生毕业后最需要的知识。但遗憾的是，即使增加毕业生接触实务的机会，脱节问题依然无法解决。因在实务中，年轻的法律人，只能在执业过程中自觉自悟、自生自灭；或师从成功的前辈研习各具特色、但难成体系的经验之作。每年有大量的法学毕业生满怀豪情地迈进律师行业，但每年也有相当数量的人因绝望而离去。有些即使勉强留下来，也只能苦苦支撑。

尤根·埃利希在论述欧陆实用法学时指出：尽管法律文件起草者或者律师的执业难度大、重要，并且涉及重大职责，但他们也不太可能找到一本可以学习如何执业的书籍。法律文件的起草者或者律师必须在实践中以一种纯粹工匠式的方式获得他们所需要的知识，他通过执业经历所获得的最有价值的知识也随着他的

^① 李杰、李宗胜：《合同审查的思维与方法：风险控制与动态监管解决之道》，法律出版社2016年版，第2页。