

(REVISED AND ENLARGED EDITION)

THE PERFECT CONTRACT

THE BASIC PRINCIPLES, REVIEW AND REVISION OF CONTRACTS

完美合同

(增订版)

—— 合同的基本原理及审查与修改

吴江水 著

如何理解合同的本质与效用？
合同的基本功能与质量标准如何？
合同审查、修改、起草的目标及方法如何？
何为有效的合同管理？

本书不仅对这些问题提供了系统、
深入而又新颖独到的解答，
而且给出了切实可行的操作方法。



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

(REVISED AND ENLARGED EDITION)

THE PERFECT CONTRACT

THE BASIC PRINCIPLES, REVIEW AND REVISION OF CONTRACTS

吴江水 著

完美合同

—— 合同的基本原理及审查与修改

(增订版)



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

完美的合同:合同的基本原理及审查与修改/吴江水著. —增订版. —北京:北京大学出版社,2010.1

ISBN 978 - 7 - 301 - 16178 - 4

I. 完… II. 吴… III. 合同法 - 基本知识 - 中国 IV. D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 204027 号

书 名:完美的合同——合同的基本原理及审查与修改(增订版)

著作责任者:吴江水 著

责任编辑:苏燕英

标准书号:ISBN 978 - 7 - 301 - 16178 - 4/D · 2475

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址:<http://www.yandayuanzhao.com>

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
出版部 62754962

电子邮箱:law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者:涿州市星河印刷有限公司

经 销 者:新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 29 印张 547 千字

2010 年 1 月第 1 版 2010 年 1 月第 1 次印刷

定 价:49.00 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

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

增订版序

感谢神的恩典,使我在潜心著书立说的同时还能过着稳定的生活,并在本书第一版出版之后带给了我许多的荣幸,同时还给了我智慧、毅力和时间去写完这本书的增订版。

四年前,当这本书的第一版面世之时,对我而言只是一件持续了五年的工作的结束。没有想过它会有如此的销量,以至于许多律师、法务人员手中都有这本书。而且,书中所提到的合同质量的“五性”,即主体合格性、约定合法性、条款实用性、权利义务明确性、需求满足性,已经成为某些培训广告中的内容。而随着合同研究的持续和深入,每当我看到第一版时,总是觉得需要对它进行修改。

由于本书第一版的上市,当中华全国律师协会召集人员编写全国律师执业基础培训教材(《律师执业基本技能》)时,本人顺利成为作者并参与了那套中国律师界历史性的首套统一教材编写。2007年5月,经过各方的共同努力,该套教材正式出版。本人不仅完成了其中的“合同业务基本技能”一编,还荣幸地担任了该套教材的副主编。随后,又接受中华全国律师协会经济专业委员会的指定,起草了“律师承办合同审查业务指引”并数易其稿,直至该指引以“中华全国律师协会律师办理合同审查业务操作指引”的名称被收录进《中华全国律师协

会律师业务操作指引》^①一书并正式出版。

“合同业务基本技能”只有约40%的内容来自《完美的合同》，其余内容则完全是根据律师合同技能的需要另行增加的，尤其是增加了工作成果的提交方式以及一些合同案例。2008年汶川大地震后，在根据中华全国律师协会的统一安排，为修订《防震减灾法》提供建议过程中，通过对法律规范的结构及功能进行系统性分析，验证了用于合同的逻辑分析方法在立法领域的拓展运用。后经整理，工作中所运用的概念划分原理被写入论文《方法论与立法质量》，发表于中国法学会法律文书研究会2008年年会。

在完成《律师执业基本技能》之后，法律风险管理方面的专著《完美的防范》已经开始撰写，该书拟集我对该领域七年探索结果之大成，但在完成基础部分后，还是忍不住结合“合同业务基本技能”等后续研究成果，撰写了《完美的合同》增订版。在2008年截止的那个晚上，这本书的增订版也完成了第一稿。而在2009年鼠年截止的那个晚上，我又完成了“合同业务基本技能”的修订版。

自春节开始至2009年6月25日，法律风险管理方面的专著《完美的防范》其余部分终于完成。随即，在又经历了一个多月的吃食堂、睡地板的重新整理之后，终于将《完美的合同》增订版从第一稿的46万字压缩到现在的40万字以下，而其内容则维持不变。

根据来自电脑的字数统计，第一版的字数为25万字，而本版的字数则为40万字，新增了将近60%的内容，并重写了原有内容，全面覆盖并超越了第一版。在内容变化上，一是加强了合同基本理论部分，便于读者从原理上掌握合同工作中的各类操作方法；二是将合同的审查与修改分为两章表述，以便于说清两种不同的工作内容和操作技能。

增订版里凝聚着我这八年来对于合同内在规律和操作技能的思考。我把这些研究成果毫无保留地写在这本书中，希望通过抛砖引玉，使更多的人能够借此提高合同工作的质量和效率，并在发扬光大之余进入更高的境界。

合同不可能完美，但必须追求完美。只有知其然而又知其所以然，才能在合同工作中抓住重点、运用自如。因此，本书一向奉行“授人以鱼不如授人以渔”的宗旨，尽可能从“道”的角度分析问题、排疑解惑，而不是从“术”的角度告诉别人如何

^① 中华全国律师协会编，北京大学出版社2009年8月第1版。

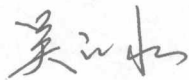
不假思索地“机械化”操作。因此,本书虽有大量举例但并不大量提供合同范本。其中的部分内容,已经发布于本人创办的法律风险管理网(www.legal-risk.cn)。

虽然已经是增订版,但由于时间和视野所限以及变化幅度较大,书中的不当之处在所难免。欢迎读者朋友们在发现问题后能够及时通过本人的邮箱予以反馈,以便于本书的后续校正。

在本书的撰写过程中,理想国际控股集团及总裁唐新民先生提供了清静、舒适、明亮的办公环境,助理薛冰莹为第一稿提供了校对和目录的英译、助理王芳竹为第二稿提供了校对、助理陈强对本书第一版提供了绪论部分的资料收集及全程校对,朋友杨励在移居美国后,仍参与了对本书目录的英译及核对,北大法律信息网提供了全程法律信息支持,在此一并表示感谢!

同时,感谢夫人主动承担了所有家务,使我能够集中精力撰写书稿。也在此感谢女儿逸飞,她的快乐性格总能将我从身心的疲惫中解脱出来,去续写下一个主题。

荣耀归于神,平安归于神所喜悦的人!



2009年8月 于上海

原序

感谢上帝,这本前后历时差不多五年的书终于写完了。最后定稿的二十多万字,是数易其稿、反复调整后得来的。从最初的提纲及零星的文章到一本完整的书,在电脑键盘上一个个打出的字符估计已近百万。虽然不敢奢谈水平,但绝对可以保证是真材实料。

在法律专业领域,谈起法律语言,法律英语方面的书籍会远远多于法律汉语方面的书籍;谈起合同,提供合同范本的书籍远远多于研究合同本身规律的书籍。特别是合同范本方面的书籍,虽然可以快速提升合同的“形似”水平,却总是让人停留在知其然但不知其所以然的境地。合同质量与实际需求之间总有“若即若离”甚至“隔靴搔痒”的感觉,达不到合同利益最大化的境界。工作中也经常见到,一些律师对于合同的审查往往仅局限于非常基本的层面,甚至不能越过当事人能够预见的范围,而对于合同的起草则更是言必谈范本,完全没有章法。这也是笔者当年着手写这本书的动机之一。

合同是与外界交往的桥梁,是产生利润的源泉,同时也是产生风险的源泉,守住这座桥梁就可以防范绝大部分的法律风险,避免绝大部分的争议。根据笔者近二十年的法律从业经验,诉讼在更多的情况下只是一个民事主体所面临的战术层面的问题,它能够解决的往往是一时的、紧迫的问题而不是实质性的、重要的问题。一个企业的核心能力并不取决于其诉讼能力,而是通过一

系列的管理能力提升,避免由于工作疏忽而引起争议和诉讼,从而化不特定的法律风险为特定的管理成本支出。这才是企业所应当采用的上策,当然,这需要企业在管理能力、人员素质上都有较大的提高。

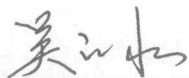
在当前的法律服务需求上,存在着一种极不正常的现象,那就是许多企业重诉讼而轻预防。这些企业在面临诉讼时往往不计代价试图胜诉,殊不知诉讼的源头大多是合同有漏洞,而且决定诉讼胜负的往往也只是合同中至关重要的几句话,甚至是一个关键词、一个标点符号。亡羊补牢的成本远远低于通过诉讼保护权益的成本,但许多企业却长期看不到这一点。许多企业的高额诉讼费用支出,正是由于合同审查不严而造成的“病从文入、祸从文出”。甚至一些企业仅仅因为一份合同的漏洞而一夜之间化为乌有。其实,胜诉也好,败诉也罢,除了刻意以诉讼来营利者外,诉讼的结局大多是两败俱伤,至少对于社会资源是一种无端的浪费。如果当初有一份相对严谨的合同,许多诉讼本来可以避免。

本书除了绪论中对于合同历史的简单介绍以外,全部来源于实践经验的总结。这些总结的基础是不计代价、尽心尽力的合同实践,是为期两年多、对数百份合同的修改或起草实践。通过这些实践,面对一份合同,我看到的是它的基本结构、功能模块、表述技巧,同时也看到了整个社会对合同水平的提高是多么需要。正是通过这样的长期探索,令我能够仅凭一台电脑在没有任何范本的情况下,以每小时近一千字的速度直接形成合同或规章的正式文本,其中某些文本甚至被直接作为范本推广。其实,只要掌握了其中的规律,任何人都可以做到这一点。

合同是个系统,有内在结构和功能模块,有了这个概念你就可以看穿合同,甚至看穿所有制度规范、法律法规的结构,并掌握起草和审查这些文件的章法。绝对完美的合同或许根本不存在,但相对完美的合同却是可以做到的,而且完美不是一个结果而是一个过程,它依靠的是思维方式的突破和持之以恒的不断完善。

本书的撰写历时五载,虽然在成书过程中已经数易其稿,但由于水平所限,本书中的不当之处在所难免,恳切希望各界朋友如有发现,请及时通过本人的邮箱不吝赐教。邮箱地址:solothinker@163.com

谨以此书献给甘于寂寞、孜孜不倦地追求合同完美的人们!



2005年12月 于杭州

内容提要

在市场经济社会中,经济规律支配着各种经营行为。交易的产生,是基于交易双方对交易条件均能接受。而合同,则正是这些由双方达成一致的交易条件。合同是经营活动的必由之路,经营活动多以采购合同开始,并通过销售合同实现利润。通过合同所构成的桥梁,各类资源得以合理分配和优化利用。

长期以来,合同研究要么附属于合同法,要么附属于法律文书,因而隔靴搔痒,难以深入。合同作为经营活动的一部分,无论过去、现在还是将来,都首先是一种经济行为,并随着经济活动的变化而变化。而律师介入合同事务,则是为了更好地控制交易中的法律风险,并随着法律环境、经济环境、客户需求的变化而调整工作内容。如何在各种条件的约束下,通过合同文本以及对合同签订、履行行为的管理,实现企业交易利益的最大化和交易风险的最小化,是法律人必须思考的问题。

实际交易中采用的合同远不止合同法分则中的十五种,合同所涉及的法律也远远不止合同法。对于合同权利义务的法律安排或文字表述稍有不当,就会影响交易利益或者交易利益的安全实现。因此,本书从基本原理和实用技能两个角度,通过大量的实例,介绍如何处理合同中的法律问题及表述问题。其核心是如何根据

客户的交易需求以及法律环境、交易背景等情况,以最优的方式表述最优的内容,同时提倡在融会贯通合同原理的基础上,如何顺理成章地完成合同的起草等工作。

本书内容分为七章、四十五节、一百八十八个主题,由浅入深地介绍了合同工作的入门指引、合同基本原理解析、合同的理解与审查、合同的修改与调整、合同的设计与起草、合同语言的进一步规范、合同法律风险管理及拓展运用,并设定了内容详细的总目录。其中,前五章围绕着合同工作经验、合同基本理论及应用技能循序渐进,详细讨论合同的审查、修改、起草及提交工作成果等具体方法;第六章探讨了合同中如何更规范地使用汉语;第七章则介绍了合同管理以及如何将合同原理扩展运用到制订合同体系、建立规章制度、立法等方面,以充分发挥相关逻辑思维的作用。

目 录

第一章 对合同工作的入门指引

本章提示

第一节 我国合同发展历程概述	002
一、我国古代及近代的合同发展	002
二、我国现代合同的发展历程	006
三、我国合同的总体水平及发展趋势	009
第二节 合同工作的基本情况	010
一、目前律师的合同工作的整体状况	010
二、合同工作的主要内容	011
三、合同工作所涉及的法律法规	013
四、值得关注的总体性问题	015
第三节 从事合同工作的基本理念	017
一、以具体交易需求为目标导向	018
二、依照专业标准完成工作	018
三、运用综合技巧提高工作效率	020
四、注重质量反馈和循环改进	023

第二章 合同基本原理解析

本章提示

第一节 对书面合同的理解	028
一、合同的外在特征	028
二、书面合同的使用功能	029
三、合同内容的制约因素	031
四、企业的合同运用状况	033

第二节 合同的构成原理	035
一、合同的四个组成部分	035
二、合同条款的四大基本功能	037
三、合同各基本条款的意义	040
四、合同基本功能分析实例	043
第三节 对合同表述的理解	045
一、理解阅读能力的有限性	045
二、安排合同条款的秩序	047
三、合同内容的取舍	049
四、提高文字表述效率	051
第四节 合同的质量原理	054
一、合同质量的不同层面	054
二、交易方与合同质量需求	056
三、合同质量的评判角度	058
四、法律为主——合同的内在质量	059
五、表述为主——合同的外在质量	061
第五节 合同的内在质量要素	062
一、主体资格的合格性	062
二、约定内容的合法性	066
三、合同条款的实用性	067
四、权利义务的明确性	069
五、交易需求的满足性	070
第六节 合同的外在质量要素	072
一、结构体系的清晰度	072
二、功能模块的完备度	074
三、整体思维的严谨度	077
四、语言表达的精确度	079
五、版面安排的美观度	081
第七节 合同中的界限划分与表述	083
一、对合同中各类界限的理解	084
二、时间界限的划分与表述	085
三、空间界限的划分与表述	090
四、责任范围的划分与表述	091

第八节 合同与利益最大化	093
一、合同的操作性问题	093
二、合同的可控性问题	094
三、合同所涉及的法律成本	095
四、来自合同外的“合同”	098
五、合同责任的对等与不对等	099
第九节 合同工作中的以人为本	100
一、描述合同主题	100
二、注意表述中的避讳和尊重	101
三、合理组织内容	103
四、通过排版提供阅读便利	106
第三章 合同的理解与审查	
本章提示	107
第一节 合同审查前的应知内容	108
一、合同中的经济行为与法律行为	108
二、合同中的一些常见问题	109
三、审查合同前的必要沟通	113
四、合同审查工作的操作要点	114
第二节 合同审查中的几个理念	116
一、合同审查的不同层面与境界	116
二、合同审查中的法律检索调研	117
三、合同的倾向性与审查要点	119
四、合同的大致质量等级分类	121
第三节 对合同法律问题的审查	124
一、合同主体是否合格	124
二、条款内容是否合法	126
三、双方约定是否实用	128
四、权利义务是否明确	130
五、交易需求能否满足	133
第四节 对合同表述问题的审查	134
一、结构体系是否清晰	135

004 完美的合同

二、合同条款是否完备	136
三、整体思维是否严谨	138
四、语言表达是否精确	140
五、版面安排是否美观	144
第五节 合同审查中的特殊工作	146
一、合同审查阶段的调查	146
二、几类特殊合同的审查	148
三、特殊法律文件的审查	153
第六节 合同审查工作成果的提交	157
一、提交合同审查意见的原则	157
二、审查意见的表述方式与提交方式	159
三、以简单方式提交工作成果	161
四、以正式方式提交工作成果	163
第四章 合同的修改与调整	
本章提示	167
第一节 合同修改的目标与理念	168
一、从争议处理看合同的应有质量	168
二、修改程度及质量目标的确定	170
三、合同中存在的几种平衡	172
四、合同修改的原则及常见问题	173
第二节 合同中法律问题条款的修改	176
一、力争主体合格	176
二、确保内容合法	178
三、增加实用约定	180
四、明确权利义务	182
五、满足交易需求	184
第三节 对合同表述问题条款的修改	185
一、优化结构体系	186
二、完备合同条款	188
三、维持思维严谨	189
四、提升表达精度	191

五、美化版面质量	193
第四节 不同质量要求下的修改	195
一、合同修改的不同质量要求	195
二、业务层面的合同修改	196
三、商务层面的合同修改	197
四、专业层面的审查修改	200
五、专家层面的审查修改	201
第五节 合同修改实例	205
一、商务类合同的修改	205
二、消费类格式合同的修改	210
三、补充合同的修改	214
四、声明的修改	216
第六节 合同修改工作成果的提交	217
一、提交合同修改工作成果的原则	218
二、工作成果提交前的校对	219
三、工作成果的几种提交方式	222
第五章 合同的设计与起草	
本章提示	227
第一节 合同与各类合同素材	228
一、委托人的交易需求	228
二、合同谈判情况	229
三、合同基础样本	231
四、律师的经验判断	233
第二节 合同文本的结构设计	235
一、对前面内容的简单回顾	236
二、黑箱理论与逻辑手段	237
三、逻辑分析与图上作业	239
四、层次分析与图上作业	244
第三节 合同条款的秩序设计	245
一、对于合同条款秩序的理解	246
二、标题体系与合同条款秩序	248

三、合同标题体系的序号编排	252
第四节 合同起草的成文过程	255
一、合同取向的基本定位	255
二、合同基本模块的确立	256
三、合同基本模块的扩展	259
四、标题体系的精确安排	262
第五节 合同起草中的某些技术处理	263
一、处理合同谈判内容	263
二、合同中的掌握主动问题	265
三、合同文稿的反复修改	266
四、合同的补充及变更	268
五、对合同效力的控制	270
第六节 合同中容易忽略的法律问题	271
一、有名合同与无名合同的命名	272
二、合同目的与交易目的	273
三、对合同关键词的解释	275
四、附条件的合同与附期限的合同	277
第七节 合同起草实例	279
一、了解背景及客户需求	280
二、合同正文基本模块的设计	280
三、对合同基本模块的扩展	283
四、合同最终文本的确定	285
五、对合同起草工作的总结	293
第八节 定稿前的善后工作	293
一、全面校对的主要工作范围	293
二、梳理条款间的交叉内容	298
三、美化合同的版面外观	299
第六章 合同语言的进一步规范	
本章提示	305
第一节 语言歧义的原因及克服	306

一、因缺少句子成分而引起歧义	306
二、因句子成分组合而产生歧义	308
三、因一词多义而产生歧义	309
四、因标点符号而引起歧义	311
五、因对象及环境变化而产生歧义	312
第二节 合同中的词汇选用	313
一、词汇选择的总体原则	313
二、实词在合同中的运用	316
三、标准词义的渊源	318
四、虚词在合同中的运用	319
第三节 合同中的主语、谓语、宾语	321
一、合同中的主语	321
二、合同中的谓语	324
三、合同中的宾语	326
第四节 合同中的定语、状语、补语	328
一、合同中的定语	328
二、合同中的状语	332
三、合同中的补语	334
第五节 合同中的常见句法	336
一、合同中的长单句	336
二、合同中的否定句与被动句	339
三、合同中的“将字句”与“的字短语”	342
第六节 合同中的复句	343
一、复句与复句关联词	344
二、联合复句的运用	345
三、偏正复句的运用	347
四、补充复句的运用	351
第七章 合同法律风险管理及拓展运用	
本章提示	353
第一节 合同管理与法律风险控制	354
一、企业合同管理中的问题	354