

完美的合同

ANMEI DE HETONG

——合同的基本原理
及审查与修改

hetongdejiben
yuanlijishencha
yuxiugai

吴江水 著



中国民主法制出版社

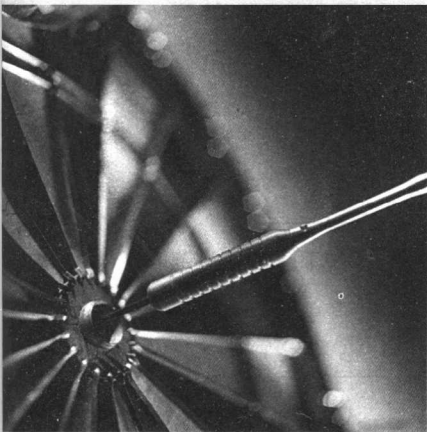
国家(90)局第...号

中国民主法制出版社

完美的合同

ANMEI DE HETONG

——合同的基本原理 及审查与修改



hetongdejiben
yuanlijishencha
yuxiugai

吴江水 著

中国民主法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

完美的合同/吴江水著. —北京:中国民主法制出版社,2005

ISBN 7-80219-040-1

I. 完... II. 吴... III. 合同法—基本知识—中国
IV. D923.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 132598 号

书名/完美的合同

——合同的基本原理及审查与修改

作者/吴江水 著

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区玉林里 7 号(100069)

电话/010-63292534(发行部) 63056977(编辑部)

传真/010-63056975 63056983

经销/新华书店

开本/16 开 787 毫米×1092 毫米

印张/18.625 字数/295 千字

版本/2005 年 12 月第 1 版 2005 年 12 月第 1 次印刷

印刷/北京东海印刷有限公司

书号/ISBN 7-80219-040-1/D·930

定价/32.00 元

出版声明/版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

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也局限于非常基本的层面,甚至未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,守住这座桥梁就可以防范住绝大部分的法律风险、避免绝大部分争议。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一个战术层面的问题,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的能力,而是通过一系列的管理能力提升而避免由于工作中的疏忽而引起的争议和诉讼,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。这些企业往往在面临诉讼时不计代价试图胜诉,殊不知诉讼的源头大多是合同的漏洞,而且决定诉讼胜负的往往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合同水平的提高具有多么大的余地。也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范的正式文本,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,任何人都可以作到这一点。

合同是个系统,有它的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是数易其稿,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!

吴江水

2005年12月于杭州

内容简介

在市场经济社会中,存在着一只“看不见的手”,那就是经济规律。而合同则是合同各方按照经济规律行事时的具体体现。在既有的法律框架下,合同通过建立交易细节秩序的方法,通过经济杠杆的作用,自动实现资源的合理分配和优化利用。因此,合同与合同法所研究的范畴具有非常大的差异,有必要单独加以研究才能深入了解其内在规律。

《中华人民共和国合同法》中给合同下的定义为:“平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。”其实,这一条款中的“协议”有些容易令人望文生义,其中“的协议”不如改成“所达成的意思表示一致。”在现实生活中,有大量的合同并非以“合同”冠名,如章程、协议等。国际条约实际上也是一种合同,无非其签约的主体是国家而已。除上述合同外,产品说明书、服务内容介绍等虽然不是由双方当事人约定一致的产物,但实际上仍是产品生产者、服务提供者与最终用户间确立权利义务关系的承诺,因此值得一并加以研究。

合同是现代社会经济交往中必不可少的纽带,是文明进步的标志。除极个别的情况外,任何的民事行为均从合同的制订和签署开始。在民事活动中,合同的种类与形式不胜枚举,远远超出合同法分则中所列举出的十五种分类。但以“说”的方式与人达成的一致,除非是简单的、即时结清的,否则,由于其场景的不可还原性、表述的环境相关性、记忆内容的不稳定性、记忆准确度的有限性等因素的制约,不仅难以保存确切的语意、无法详细推敲原意,而且缺少证据支持。因此,无论是受主观因素还是客观因素的制约,口头合同的可靠性远远不及书面合同。也正是由于这一原因,本书将不对口头合同进行讨论,而将重点放在书面合同的研究上,特别是正式的书面合同。

虽然音像资料也可以成为记录合同的媒介,但目前的合同仍以传统的“白纸黑字”为主。即使电子商务的发展已经使无纸化

办公成为可能,但合同的表达形式不太可能会发生质的改变,特别是合同的原理、内在规律方面。而这些恰恰是合同的真正内在规律,这是一种一经掌握便无需任何范本而可以直接制作任何合同的规律,而且是人人都是可以掌握的、既知其然又知其所以然的规律,而本书所研究的正是这一方面的内容。

由于本书涉及内容较多,为方便阅读,将其分为合同基本原理、合同的审查与修改、合同的起草与定稿、合同语言的进一步规范、对合同原理的拓展运用等几个部分,并列有详细的目录供读者各取所需。但前后内容间存在渐进关系,直接阅读后续内容时可能还需参考前面的内容。

目 录

序	(1)
内容简介	(1)
第一章 绪论——中国合同发展历程概述	(1)
一、中国古代的合同	(1)
二、我国现代合同的发展	(6)
三、我国合同的总体水平及发展趋势	(8)
第二章 合同基本原理解析	(10)
本章前言	(10)
第一节 对书面合同的几点理解	(10)
一、书面合同所具有的外在特征	(11)
二、合同的使用目的	(12)
三、合同与合同范本	(13)
四、外来合同与合同崇拜	(14)
五、意思自治的自由与不自由	(15)
六、合同质量与当事人的满意	(17)
第二节 合同中的功能模块及秩序	(19)
一、合同的四大基本功能及其功能模块	(19)
二、从实例分析看合同的四大基本功能	(23)
三、交易的秩序与合同的秩序	(25)
四、在合同中确立秩序的一般原理	(27)
第三节 评价合同内在质量的要素	(28)
一、主体资格的合格性	(28)
二、约定内容的合法性	(30)
三、合同条款的实用性	(31)

四、权利义务的明确性	(32)
五、交易需求的满足性	(34)
第四节 评价合同表达质量的要素	(35)
一、结构体系的清晰度	(36)
二、功能模块的完备度	(37)
三、整体思维的严谨度	(39)
四、语言表达的精确度	(41)
五、版面安排的美观度	(43)
第五节 合同起草与审核中的“以人为本”	(44)
一、人们阅读合同时的局限性	(44)
二、从尊重他人的角度体现以人为本	(46)
三、从内容组织方法上体现以人为本	(48)
四、从排版与打印角度体现以人为本	(50)
第三章 合同的审查与修改	(52)
本章前言	(52)
第一节 当前各类合同中存在的问题	(52)
一、总体问题	(52)
二、具体问题	(53)
第二节 合同审查中的几个理念	(57)
一、合同审查的不同层面与境界	(57)
二、审查修改合同中应当考虑的几种平衡	(59)
三、律师提交工作成果的前提	(60)
四、不同来源合同的审查侧重面	(62)
五、合同的质量等级标准	(64)
第三节 合同中法律问题的常规审查	(66)
一、合同主体的合法性审查	(67)
二、合同内容的合法性审查	(69)
三、内容条款的实用性审查	(71)
四、权利义务的明确性审查	(73)
五、合同需求的满足性审查	(76)
第四节 合同表述质量的审查(上)	(77)
一、结构体系的清晰度审查	(78)
二、功能模块的完备度审查	(82)
三、整体思维的严谨度审查	(86)

目 录

第五节 合同表述质量的审查(下)	(88)
一、语言表达的精确度审查	(88)
二、版面安排的美观度	(97)
第六节 几类特殊法律文件的审查	(99)
一、意向书的审查	(99)
二、通知函与声明	(100)
三、格式合同的审查	(102)
四、担保书的审查	(104)
五、产品说明书或业务说明的审查	(105)
六、备忘录的审查	(107)
第七节 合同审查修改实例	(108)
一、合同审查后的修改	(109)
二、合同修改实例	(109)
第四章 合同的起草与定稿	(120)
本章前言	(120)
第一节 合同起草的理念及过程	(120)
一、对前面内容的简单回顾	(121)
二、合同起草前的准备——了解需求	(124)
三、黑箱理论与合同起草	(125)
四、合同结构体系的设立	(126)
五、对合同内容的扩展	(128)
第二节 合同的逻辑分析与图上作业	(131)
一、逻辑手段与常规手段的比较	(132)
二、逻辑分析和图上作业的理论基础	(133)
三、层次分析与图上作业操作	(138)
第三节 合同内容秩序的建立	(140)
一、对于合同条款秩序的理解	(141)
二、标题体系与合同条款秩序	(142)
三、标题体系的序号编排问题	(144)
四、合同条款的取舍问题	(145)
第四节 合同中容易忽略的法律问题	(148)
一、合同命名问题	(148)
二、合同目的问题	(149)
三、对合同关键词的解释	(153)

四、附条件的合同与附期限的合同	(156)
第五节 合同定稿前的具体工作	(158)
一、梳理标题体系中的交叉内容	(159)
二、核对关键词的一致性	(160)
三、换位思考与举一反三	(161)
四、美化合同的版面外观	(163)
第六节 合同起草实例	(169)
一、对合同背景的了解	(170)
二、对合同结构体系的初步框架设计	(170)
三、合同正文的模块设计	(171)
四、对合同正文模块的进一步拓展	(173)
五、根据结构体系设立条款	(174)
六、对合同起草过程的综合评述	(182)
第七节 合同与利益最大化问题	(182)
一、合同的操作性问题	(183)
二、合同的可控性问题	(184)
三、违约成本与举证成本问题	(186)
四、违法成本与守法成本问题	(188)
五、来自合同外的“合同”	(190)
六、区别对待合同责任不对等问题	(191)
第五章 合同语言的进一步规范	(193)
本章前言	(193)
第一节 合同中的词汇选用	(193)
一、同义词的选用原则	(193)
二、部分规范性文件对于词义的规定	(198)
第二节 合同中的主语、谓语、宾语	(200)
一、合同中的主语	(201)
二、合同中的谓语	(203)
三、合同中的宾语	(205)
第三节 合同中的定语、状语、补语	(207)
一、合同中的定语	(207)
二、合同中的状语	(210)
三、合同中的补语	(212)
第四节 合同中的常见句法	(212)

目 录

一、合同中的长单句	(213)
二、合同中的特定句式	(217)
第五节 合同中的复句	(222)
一、联合复句	(222)
二、偏正复句	(225)
三、补充复句	(228)
第六节 语言歧义的原因及克服	(229)
一、因并列关系而产生的歧义	(230)
二、由于缺少句子成分而引起的歧义	(231)
三、因修饰而产生的歧义	(231)
四、由于指代不明而产生的歧义	(232)
五、由于词义不同而产生的歧义	(233)
六、由于一词多性而引起的歧义	(233)
七、由于重读方式不同而产生的歧义	(234)
八、由于标点符号问题而引起的歧义	(235)
九、由于使用对象、环境的原因产生的歧义	(236)
第六章 对合同原理的拓展运用	(237)
本章前言	(237)
第一节 合同原理在立法活动中的具体运用	(237)
一、法律文本中存在的细节问题	(237)
二、法律体系中存在的宏观问题	(241)
三、合同原理在立法活动中的运用	(245)
第二节 合同原理与合同示范文本的制订	(248)
一、合同示范文本的种类与应用	(248)
二、示范文本中存在的问题	(250)
三、制作示范文本时的注意事项	(253)
第三节 合同原理与企业管理制度体系的建立	(257)
一、对制度化管理的理解	(257)
二、制度体系建设中存在的问题	(259)
三、制度体系建设中应当注意的问题	(262)
第四节 合同管理水平的提高与法律风险防范	(266)
一、影响合同管理效果的外部因素	(266)
二、目前企业合同管理中的问题	(268)
三、合同管理中应当包括的一些内容	(272)

四、合同管理中一些细节的处理	(273)
附录一 中华人民共和国国家通用语言文字法	(277)
附录二 国家语言文字工作委员会、新闻出版署关于 修订发布《标点符号用法》的联合通知	(280)

第一章 绪论——中国合同发展历程概述

合同旧称为契约,是随着社会关系的日益复杂化和经济交往的扩大化而产生和发展的,尤其是当商品交换活动从依靠习惯调整上升到依靠法律调整时,才真正形成了现代意义上的合同。中国作为文明古国,合同的历史与有文字记载的历史一样悠久。这段历史不仅让我们了解到古代的灿烂文明、认识现代的国情,也激励着我们在合同方面不断进取。

一、中国古代的合同

中国有文字记载的历史从商朝开始。但由于资料有限,我们所知的最早的合同始于西周时期。由于本书并不从事史学研究,因此未按严格的史学方式划分中国古代、近代、现代历史,而是将清朝以及清末民初的合同也归入古代合同一并介绍。

(一)西周时期的合同

从考古中得到的文献来看,西周时期的交易活动已经十分活跃,这在当时的青铜器铭文中有不少记载。如《矢人盘铭》等,即记录了因违约引起的合同纠纷,也记录了对当事人赔偿责任的追究。

西周的合同有“傅别”、“质剂”和“书契”等形式。“傅别”是当时的借贷券书,是处理债权债务的原始凭据。其形式是在券书中间书写一个大的中字,再从中一分为二,双方当事人各执一半。债权人持左卷,债务人持右卷。所以,“傅别”的券书内容与中字均被分为两半。^①

“质剂”是商品交易的买卖合同,也是处理买卖交易纠纷的法律依据。在形式上“质剂”是长短不同的两种合同券书,凡奴隶、牲畜之类的大宗交易谓之“大市”,使用“长券”即“质”;而器具、珍异之类的小宗交易则称为“小市”,使用“短券”即“剂”。它是在同一券书上书写内容相同的一式两份合同,再从中一分为二,双方当事人各执一份。所以,“质剂”虽被分为两半,但各自的合同内容却是完整的。^②

“书契”有广义与狭义之分,广义“书契”指一般文字或文书,狭义“书契”专指合同。但它又有广义与狭义之分,前者泛指一般合同的文书凭

① 《周礼·天官·小宰》郑玄注,孙诒让《周礼正义》。

② 孙诒让《周礼正义》。

证,后者特指财物收受赠与关系的合同文书。合同文书与“傅别”的区别主要在于:收受赠与不构成债权债务关系,更不发生孳息利率后果。“书契”与“傅别”、“质剂”的形式均不相同,它是将文书内容一式两份书写于两份券书上,双方当事人各执一件。^①

从人们对西周文明的研究来看,西周在合同制度方面的民事法律规范已经非常发达,当事人要求履行合同责任并通过诉讼解决合同纠纷的行为也比较普遍。

(二)秦代的合同

秦朝推行的重农抑商政策扼制了商品经济的发展,私人间的债务纠纷也相应减少,以至于百姓因赋税、罚款、损坏公物等原因与官府发生的债务关系,成了秦代债权法律规定上的最主要表现形式。

合同之债是秦代债务的主要形式。秦代书面合同的形式分左右两部分,合同关系中债权人“操右券以责”。^②当时的合同种类主要有买卖合同、借款合同、租借合同、雇佣合同等,当时的文献对此有大量的记载。

(三)汉代的合同

两汉时期是封建专制主义中央集权巩固和发展的时期。两汉统治者实行轻徭薄赋政策,社会经济很快得到恢复和发展。随着商品经济的发展,债的关系也很普遍。凡买卖、借贷和租赁等关系的建立,大都订立合同作为依据。

1. 买卖合同

汉朝的买卖合同被称为“券书”。“券书”在当时起着重要的法律作用。从汉朝法律中可以发现,凡属个人所有财物,均可自行买卖,成交之后订立合同。关于土地买卖,更是规定不论大宗的土地买卖,还是少量的土地买卖,都要订立合同。

2. 借款合同

汉朝借贷关系十分活跃,一些官僚贵族巨商富贾参与期间。他们放债往往是高利盘剥,而债务人则往往到期无力偿还,并由此致使社会矛盾激化。朝廷为了缓和这种矛盾,曾明令限制利率,超过法定利率的行为叫做“取息过律”,要受到惩罚。

(四)唐代的合同

中国的唐代在对外经济交往中创造了辉煌的成就,在经济交往中普

^① 孙诒让《周礼正义》。

^② 《史记·平原君虞卿列传》。

遍使用了合同文书而且品种繁多。在敦煌和吐鲁番出土的唐代文书中,有不少供人们立契参考之用的合同“样文”,当时还有专门替人写契的书契人,说明这一时期合同形式已相对固定化和正规化。

法律本身对合同格式内容没有做出硬性规定,但是合同订立的前提是当事人双方“两情和同”,即双方合意;格式合同遵从民间习惯。唐代合同大多包括标的、价金、交割方式、期限、违约处罚、担保等项内容。

1. 买卖合同

唐代的买卖合同分为不动产和动产两类,唐律令对买卖合同有较多规定。其中对不动产土地的买卖有如下的严格限制:

一是只能买卖政府许可买卖的土地,出卖永业田、口分田受到严格限制;

二是土地买卖必须符合法定的程序,实行“两税法”以后还要向官府申请转移该项土地所负担的赋税;

三是订立土地买卖合同,写明土地的四至,还有“车行水道依旧通”等地役权约定;

四是土地上的附着物随之转让,即俗语所说的“树当随宅,别无酬例”。^①

唐代的动产买卖,如奴婢、牲畜等必须在三日内于市司订立“市券”,交纳税金,使买卖行为在法律上正式生效,以保护买卖双方的合法利益。为了防止买卖的物体带有弊病,法律还设定了瑕疵担保,允许在“立券之后,有旧病者三日内听悔;无病欺者市如法,违者笞四十”。这既有利于官府对动产买卖的管理和控制,又避免让卖方利益受损。

2. 借贷合同

唐代的借贷方式分为有利息的“出举”和无利息的“负债”。法律承认当事人双方自愿订立的“出举”合同,但是为禁止高利盘剥,法律限定公私出举的利息上限“不得过六分,积日虽多,不得过一倍”。即禁止复利,得息累计与本金相等、本利合计为原来两倍时,停止计息。违反者所得非法利息,没入官府。

对于负债合同,唐律规定若到期不还,一匹以上,过期二十日笞二十,二十日加一等,罪止杖六十;三十匹加二等,一百匹又加三等,同时债务仍得偿还。唐代要求订立此类合同时,必须设立担保;如果债务人到期不能偿还,债权人有权请求担保人代为偿还。另外债权人也有权请求官府,采

^① 刘宗周:《人谱类记》卷下。

取扣押等强制手段代为追偿。但法律严禁债权人自行扣押债务人的财物,否则构成犯罪。

(五)宋代的合同

宋代的不动产转让有买卖、典卖等多种形式,其中买卖还有绝卖和活卖之分。绝卖是所有权转移后永不回赎;而“活卖”,又称典卖,是在一定的期限内可以收赎,故典卖比绝卖价低;如在限定的时间内不回赎,则成绝卖。

1. 买卖合同

宋代法律对于不动产买卖的合同有详细规定,这类合同成立的要件如下:

第一,业主欲出卖不动产时,房亲、邻人对不动产有先买权;

第二,不动产买卖合同必须缴纳契税(输钱),并由官府在合同上加盖官印(印契);

第三,在买卖田宅的同时,必须将附在其上的赋税义务转移给新业主;

第四,订立不动产买卖合同后,必须转移标的的实际占有,即卖方必须离开产业。

2. 典卖合同

除不动产买卖外,还有不动产典卖的规定:

第一,一物不得两典,即法律说的重叠典当;

第二,合同中明确约定回赎的期限,期限内出典人(业主)有权回赎该产业;

第三,对于没有约定回赎期限,或约定不清的典卖合同,法律规定在三十年内允许回赎;

第四,价金限一百二十天内交付,以钱交付的再以钱赎回,以纸币交付的再以纸币赎回,避免有人借货币贬值从中渔利。

(六)元代合同

元代有很多的“契式”,说明元代逐渐在统一和规范合同。

对于田宅等不动产买卖和典卖,元代更强调“经官给据”、“先问亲邻”、“印契税契”、“过割赋税”四个法定要件,这在典卖田宅的契式中都可以见到。其中后三个要件是宋代法律已有的规定,但“经官给据”乃元之独创,也是古代民法史上所仅见。“经官给据”即是所有权人在出卖土地时要提出申请、经官勘查并书面许可后发给出据才可交易。这一制度在一定程度上可以防止非法处分他人田宅的行为,但手续过于繁杂,不利于