

(THIRD EDITION)

THE PERFECT CONTRACT

如何理解合同的本质和应用？
合同条款有着怎样的商务及法律意义？
审查、修改、起草合同的理念与方法如何？
何为条款问题的解决之道？

本书从法律及商务两个视角展开，
深入研究合同的结构及细节，
力求给出切实可行的解决方案。

完美合同

第三版

合同的基本原理及审查与修改

吴江水 著

 北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

(THIRD EDITION)

THE PERFECT CONTRACT

完美合同

第三版

合同的基本原理及审查与修改

吴江水 著



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. —3 版. —北京：北京大学出版社，2020.4

ISBN 978-7-301-31001-4

I. ①完… II. ①吴… III. ①合同—基本知识—中国 IV. ①D923.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2020) 第 002420 号

- 书 名 完美的合同——合同的基本原理及审查与修改 (第三版)
WANMEI DE HETONG——HETONG DE JIBEN YUANLI JI SHENCHA YU
XIUGAI (DI-SAN BAN)
- 著作责任者 吴江水 著
- 责任编辑 陆建华 焦春玲
- 封面摄影 韩 雪
- 标准书号 ISBN 978-7-301-31001-4
- 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.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>
- 电子信箱 yandayuanzhao@163.com
- 新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
- 电 话 邮购部 010-62752015 发行部 010-62750672 编辑部 010-62117788
- 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 38 印张 721 千字
- 2005 年 12 月第 1 版 2010 年 1 月增订版
- 2020 年 4 月第 3 版 2020 年 5 月第 2 次印刷
- 定 价 128.00 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 电子信箱：fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题，请与出版部联系，电话：010-62756370

第三版序

感谢神的恩典！让我有智慧、时间和毅力，平安、顺利地按时完成本次修订，并有机会离合同的本质更近，同时有了更多的思考 and 提升。

自 2010 年 1 月 1 日在北京首发以来，《完美的合同——合同的基本原理及审查与修改》（增订版）获得了空前的成功，持续畅销至今且创造了连续印刷 26 次的记录。甚至一度与其姊妹篇《完美的防范——法律风险管理中的识别、评估与解决方案》一并列入京东商城法律畅销书排行榜的前 20 名。我在近年几乎每到一地都能看到这本书。书中的基本观点也被列入中华全国律师协会教材《律师执业基本技能》。

人们不止一次问：完美的合同是否存在？我的回答是：完美的合同并不存在，但我们必须潜心追寻这一终极目标，以使我们的合同日益接近于相对完美。完美不是结果，而是一个过程。即便“取法其上得其中”，我们也会不断改进。

对增订版的修订早已开始，甚至在 2014 年已有不少文稿，但终究未能继续。最主要的原因是，尽管一直在探索，却始终没有找到让它成为 3.0 版的灵感。

转眼间，深藏心底的 10 年之约已悄然来临，多年的所思所想也终于瓜熟蒂落——动手的时节到了。尤其是在学习了英语写作技能之后，对于谋篇布局和语言表

述更是有了全新的认识,因此全盘放弃了以前的修订而重写。即使不计被大量删减后替换的内容,全书的文字量也净增了约20%。

本书虽看似学术著作,但主要是个人的业务心得总结,仍旧秉承“授人以鱼不如授人以渔”的传统,侧重于实务操作。相比前版的主要变化如下:

(1) 章节合并

将基础性的背景知识、基本理论、工作技能等内容从原来的两章浓缩为第一章“合同工作基础必读”,关于审查、修改、起草的三章不变,原来用于介绍合同语言的第六章、介绍合同技能拓展运用的第七章合并为第五章“技能的提高及拓展运用”。经过这些调整,体例更为简洁。

(2) 内容更新

本版与法律的关系更加密切,大量引用法律条文解释合同问题,使读者顺带了解相关法律依据。同时大幅度重组、调整章节内容,使主题更集中、内容更实用、讨论更详细。

(3) 表述调整

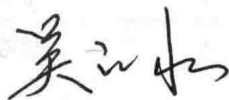
删除、压缩或替换实用价值不高的内容,增加概念解释、应用实例、原理解释以提高实用性,同时精简语言文字以提高表述效率。另外还增加标题层级、细化内容分类、标注内容相关的章节,以便于查找和阅读。

这些年的所思所想已毫无保留地写在这本书中,希望借此抛砖引玉推进这一领域的进步。由于篇幅过长、变化过大,受精力及资源的局限,书中的缺陷、谬误和出处未加标注的情形在所难免。广大读者如有发现,欢迎及时通过电子邮箱(solothinker@163.com)予以指正。

感谢读者朋友们多年来的大力支持和鼓励,赋予我不断进取的动力;感谢助理莫格林律师积极分担我的其他工作,从而为我提供了宝贵的时间;感谢“北大法宝”的数据支持,使我得到准确的法律数据;也感谢所有社会其他各界朋友们的支持、鼓励和帮助,使我有机会让这本书不是简单的修修补补而是全面的脱胎换骨。

在至高之处荣耀归于神!

在地上平安临到他所喜悦的人!



2019年6月26日 于密歇根湖畔

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我许多的荣幸,同时还给了我智慧、毅力和时间去完成本书的增订。

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、权义明确性、需求满足性,已经成为某些培训广告中的内容。而随着对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指定教材(《律师执业基本技能》)时,我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的编写。2007年5月,经过各方的共同努力,该套教材正式出版。我不仅完成了其中的“合同业务基本技能”一编的撰写,还荣幸地担任了《律师执业基本技能(下)》的副主编。随后,我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》①一书并正式出版。

“合同业务基本技能”只有约40%的内容来自原始版本的《完美的合同——合同的基本原理及审查与修改》，其余内容则完全是根据律师合同工作的需要另行增加的，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《中华人民共和国防震减灾法》提供建议的过程中，我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，我将在工作中所运用的概念划分原理写入论文《方法论与立法质量》。

在完成《律师执业基本技能(下)》中“合同业务基本技能”的撰写之后，法律风险管理方面的专著——《完美的防范——法律风险管理中的识别、评估与解决方案》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，撰写了本书的增订版。在2008年结束的那个晚上，本书的增订版完成了第一稿。而在2009年鼠年结束的那个晚上，我又完成了《律师执业基本技能(下)》中“合同业务基本技能”的修订。

自2009年春节开始至2009年6月25日，法律风险管理方面的专著《完美的防范——法律风险管理中的识别、评估与解决方案》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，我终于将本书增订版从第一稿的46万字(Word文字处理软件字数统计)压缩到现在的40万字以下，内容则维持不变。

根据Word文字处理软件的字数统计，第一版的字数为25万字，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。

① 参见中华全国律师协会编：《中华全国律师协会律师业务操作指引①》，北京大学出版社2009年版。

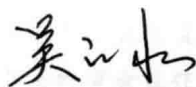
合同不可能完美,但必须追求完美。只有知其然而又知其所以然,才能在合同工作中抓住重点、运用自如。因此,本书一向奉行“授人以鱼不如授人以渔”的宗旨,尽可能从“道”的角度分析问题、排疑解惑,而不是从“术”的角度告诉别人如何不假思索地“机械化”操作。因此,本书虽有大量举例但并无大量的合同范本。其中的部分内容,已经发布于我自己建立的法律风险管理网(<http://www.legal-risk.cn>)。

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我的电子邮箱予以反馈,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,感谢夫人邵瑛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,她的乐观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,我在电脑键盘上打出的字估计已近百万。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。而合同范本方面的书籍虽然可以快速提升制作合同的“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,甚至不能超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。这也是我当年着手写这本书的缘由之一。

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。根据我近二十年的法律从业经验,诉讼在多数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

管理能力的提升,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地试图胜诉,殊不知诉讼的源头大多是由于合同有漏洞,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,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。

本书除对于合同历史的简单介绍以外,全部来源于对实践经验的总结。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。正是通过这样的长期探索,令我能够在没有任何范本的情况下,仅凭一台电脑以每小时近千字的速度直接形成合同或协议的正式文本,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,书中的不当之处在所难免,恳切希望各界朋友如有发现,请及时通过我的电子邮箱进行沟通。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

内容提要

在法律服务行业,处理合同相关事务是比重最大的工作内容。交易是市场经济的核心内容,也是配置社会资源最为主要的方式。而合同则是实现交易的桥梁,人们借此通过各类的资源交换而维系生存及发展。

虽尚未成为独立学科,但合同完全独立于合同法、法律文书之外并有着丰富的自身规律。合同涉及的规则远不止合同法,其体裁风格也与司法领域的法律文书相去甚远,是当事人之间为实现交易所达成的一致意见。而法律人参与合同事务,则为具体交易提供更多的安全保障。

本书内容分为五章、四十二节,共一百七十五个主题。循序渐进地分别讨论了合同工作基础必读、合同的理解与审查、合同的修改与调整、合同的设计与起草、技能的提高与拓展运用五大主题。为便于直接查阅相关内容,设立了内容详细的目录。

作为合同工作经验的总结和提炼,本书定位于向直接从事合同工作的律师、法务人员以及具有一定法律知识背景的合同管理人员提供参考思路及工作方法。因此将基本原理与实用技能相结合,通过大量的解释、引用和实例使相关原理、方法更便于阅读和理解且可直接用于实务。尤其是大多直接以法律条文来解释相关观点、处理原则,以便读者辨析和掌握相关法律规定。

002 内容提要

同时,本书在重新审视和扬弃前版内容的基础上,以集大成的方式融入了近十年间有关合同的新认识,并力求以最为简洁、明了、切题的文字表述实用内容,且依照基础知识及技能、合同审查、合同修改、合同起草、提高及拓展的常规实务需求顺序逐渐增加难度,以便为不同层级的工作乃至电子合同、人工智能合同的开发提供各取所需的参考思路。

第一章 合同工作基础必读

本章提示

001

第一节 合同的属性及发展历程

002

一、合同的不同属性

002

(一) 在法律方面

002

(二) 在经济方面

003

(三) 在社会方面

003

二、交易及契约的发展

004

(一) 交易模式方面

004

(二) 支付模式方面

005

(三) 合同文本方面

006

三、合同之上的契约精神

007

(一) 古希腊的理性思考

007

(二) 古罗马的法制精神

008

(三) 基督教的宗教信仰

008

四、中国的合同历程

009

(一) 古代及民国时期

009

(二) 中华人民共和国成立至改革开放前

010

(三) 改革开放以后

011

第二节 合同工作的基本情况

012

一、合同工作的基本情况

012

(一) 合同是企业最大风险源

012

(二) 多数企业存在低级风险

013

二、合同工作的主要内容

014

(一) 合同审查

014

(二) 合同修改

015

(三) 合同起草

015

002 目 录

(四) 合同审查法律意见书	016
(五) 项目合同谈判	016
(六) 合同法律风险管理	017
三、企业合同事务的管控现状	017
(一) 合同文本的基本状况	017
(二) 合同管理的基本状况	019
四、合同工作的问题与挑战	021
(一) 市场新需求的挑战	021
(二) 现代新科技的挑战	022
第三节 合同法律思维及法律调研	024
一、合同涉及的法律领域	024
(一) 合同内容涉及的法律范畴	024
(二) 合同类型涉及的法律范畴	026
二、合同涉及的法律层级	026
(一) 法律	026
(二) 立法解释与司法解释	027
(三) 行政法规	028
(四) 地方性法规	029
(五) 部门规章	029
(六) 地方政府规章	030
三、合同工作的思维模式	030
(一) 合同思维是反向的诉讼思维	030
(二) 合同工作的思维模式	032
(三) 合同工作中的事实与法律	033
四、合同工作中的法律调研	034
(一) 法律调研释义	034
(二) 法律调研的操作要点	034
第四节 合同工作的知识与技能	037
一、交易相关知识	038
(一) 标的知识	038
(二) 行业信息	038
(三) 商务习惯	038
(四) 管理常识	039

二、文字表述技能	040
(一) 语言文字技能	040
(二) 逻辑思维素养	041
(三) 谋篇布局能力	042
三、文档管理及处理技能	043
(一) 文档管理技能	043
(二) 文字处理技能	044
四、思维工具的理解和运用	045
(一) 思维工具的功用	045
(二) 概念划分原理的运用	046
第五节 合同工作的基本理念	048
一、以交易目的为导向	048
(一) 何为交易目的	048
(二) 以实现交易目的为目标	049
二、量身定制合同内容	050
(一) 双方议价能力	050
(二) 交易复杂程度	051
(三) 外部因素限制	051
(四) 企业管理环节	052
三、始终遵从职业操守	052
(一) 履行保密义务	052
(二) 尊重相关各方	053
(三) 维护职业尊严	053
(四) 消除利益冲突	053
四、掌握专业工作技能	055
(一) 规范工作接口	055
(二) 工作时间管理	055
(三) 勤于法律调研	056
(四) 善用专业表述	057
(五) 谨慎提交成果	057
五、持续关注并循环改进	058
(一) 当事人的反馈	058
(二) 合同争议的焦点	059
(三) 诉讼结果的检验	060

(四) 周期性的质量回顾	060
第六节 合同的构成及原理	060
一、合同的四个组成部分	061
(一) 合同首部	061
(二) 合同正文	062
(三) 合同尾部	063
(四) 合同附件	063
二、几种特殊的合同形态	064
(一) 电子时代的新型合同	064
(二) 不同交易模式的不同形态	067
三、合同的四大基本功能	068
(一) 锁定交易主体	068
(二) 锁定交易内容	069
(三) 锁定交易方式	069
(四) 锁定问题处理	070
四、合同四大基本功能分析实例	071
第七节 合同质量原理解析	073
一、合同质量的评价角度	073
(一) 具体交易的质量需求	073
(二) 评价质量的基本角度	074
二、侧重法律问题的合同内在质量	075
(一) 主体资格的合格性	075
(二) 约定内容的合法性	079
(三) 合同条款的实用性	080
(四) 权利义务的明确性	082
(五) 交易需求的满足性	083
三、侧重表述问题的合同外在质量	084
(一) 结构体系的清晰性	084
(二) 功能模块的完备性	086
(三) 整体思维的严谨性	088
(四) 语言表达的精确性	090
(五) 版面安排的美观性	092

第八节 合同表述基本原理	094
一、从读者角度理解表述	094
(一) 注意能力的有限性	095
(二) 记忆能力的有限性	095
(三) 理解能力的有限性	095
(四) 阅读时间的有限性	096
二、如何表述更易被接受	096
(一) 开门见山的主题	097
(二) 一目了然的结构	097
(三) 行云流水的布局	097
(四) 专业正式的语体	098
(五) 精确严谨的表达	098
(六) 美观大方的版面	098
三、条款秩序的基本原理	099
(一) 对于条款秩序的理解	099
(二) 建立条款秩序的基本原理	100
四、内容取舍的基本原理	101
(一) 强制规范的取舍	102
(二) 无用条款的取舍	102
(三) 管理问题的取舍	103
(四) 履行模式的取舍	103
(五) 偏题内容的取舍	104
(六) 细节描述的取舍	104
五、表述效率的基本原理	104
(一) 变换列举方式	105
(二) 概括代替列举	105
(三) 减少低效重复	106
(四) 使用简洁句式	106
(五) 共用句子成分	107
第九节 合同分类及应用原理	107
一、对书面合同应用的理解	107
(一) 证明约定内容	107
(二) 符合形式要求	108
(三) 便于事务管理	108