

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。



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)

第二节 合同主体的类型与合同责任	(270)
一、不同所有制类型主体对责任关注的侧重点	(270)
二、审查人员识别国有和民营企业经营层差异的重要性	(272)
三、不同性质主体对责任类型的排序	(273)
第三节 合同主体关注的焦点及动态变化	(276)
一、关注焦点不同的成因——欲望、焦点与软肋	(276)
二、合同焦点的关注在实务中的运用	(278)
第四节 合同相对方决策流程的适当关注	(282)
一、决策流程的类别	(282)
二、关注相对方决策流程在实务中的重要性	(282)
第五节 合同主体的变更	(284)
一、合同主体变更概述	(284)
二、违反禁止债权让与的效力及对策	(284)
三、债权让与的通知主体	(287)
四、债权让与的通知方式	(290)
第十二章 合同前置条款审查	(295)
第一节 合同前置条款概述	(295)
一、合同前置条款的内涵及误读	(295)
二、审查人员如何看待无意义的前置条款	(295)
第二节 前置条款设置的思维与原则	(298)
一、审查人员设置前置条款的思维	(298)
二、前置条款设置的原则与策略	(299)
第十三章 合同权利义务体系的构建与审查	(305)
第一节 传统义务群构建的意义及在实务中的局限	(305)
一、传统义务群体系概述	(305)
二、义务群构建在合同审查中的意义	(308)
三、《合同法》的规定与合同义务群	(310)
四、传统义务群构建在合同审查时的局限性	(311)

第二节 合同实务中权利体系的合理分类及内涵	(314)
一、传统体系下权利的分类与局限	(314)
二、实务中可采用的对权利分类的方式	(314)
三、核心权利	(315)
四、非核心权利	(318)
第三节 实务中观察合同权利的特征	(323)
一、权利的多样性及权利主体认知的差别与容忍度	(323)
二、权利的可转化性	(324)
三、权利的可让渡性	(326)
四、错位性与错位性利用	(328)
五、权利的流变性	(330)
第四节 实务中以权利为中心的审查思维及技术	(332)
一、“以我为主”的主动性思维	(332)
二、主动性思维下“权利与义务”的地位	(333)
三、权利体系构建与审查的大局观与实现策略	(333)
四、权利体系的构建及审查的思维及技术	(343)
第五节 以权利为中心审查合同的范例及分析	(348)
一、案例导读	(348)
二、合同的核心权利与关联合同核心权利的逻辑关系	(348)
三、最低限原则下的权利实现策略	(349)
四、核心权利内容中需细化的重点	(351)
五、非核心权利的重要权利及替代	(352)
第十四章 合同履行关注(上)——合同变更与条款设置	(354)
第一节 合同变更	(354)
一、合同变更的内涵及类型	(354)
二、合同变更的关注点	(354)
第二节 合同更改与合同变更	(355)
一、合同更改的概念及判定	(355)
二、实务中合同更改应关注的问题	(356)

三、合同实务中的策略	(359)
第十五章 合同履行关注(下)——履行障碍与条款设置	(363)
第一节 履行障碍概述	(363)
一、履行障碍的内涵	(363)
二、构建履约障碍合同审查的思维基础	(363)
三、构建履约障碍合同审查思维的发展基础	(368)
四、履约障碍形态与合同审查的有的放矢	(371)
五、履约障碍形态与合同纠纷的预防	(379)
第二节 违约金的设置思维与实务对策	(382)
一、违约金的国家干预	(382)
二、请求调整违约金金额的策略	(386)
三、举证责任的分配	(387)
四、在合同中约定“违约金条款不可调整”能否对抗国家干预	(390)
五、合同中约定违约金为排他性违约金能否对抗国家干预	(392)
第十六章 合同语言审查	(394)
第一节 合同语言审查概述	(394)
一、语之于合同的意义	(394)
二、因合同语言引发纠纷的思考与应对策略	(400)
三、合同语言与案件可控性的思考与对策	(408)
第二节 合同语言的构成及思维观念	(416)
一、合同语言的构成及分析合同语言构成的意义	(416)
二、合同语言的使用与审查人员的思维	(427)
第三节 常见语言歧义与合同纠纷及应对	(439)
一、因信息不对称造成的歧义与责任承担	(439)
二、同一专业术语因指向不同主体时内涵不同而引发的歧义	(443)
三、因语言组织顺序引发的歧义	(444)
四、因法律概念混乱引起的歧义	(445)

第一章

合同审查概述

第一节 合同审查的概念

一、合同风险概述

(一) 合同风险的成因

1. 风险的来源

合同审查是合同各利益方博弈中的一个重要环节,博弈的内容是风险的排除、转嫁与分配。因此,在讨论合同审查时首先应明晰什么是风险?风险从哪来?谁是承担风险的主体?

站在审查人员的立场明晰风险概念的实质是明晰服务的内容。合同风险或潜在风险是现实与规则的一种冲突状态。合同是获取利益的源泉,主观上,当事人的自利性决定了其对自身利益最大化的期待;合同关系中此消彼长的态势,决定了当事人之间的对立统一。客观上,在交易中,当事人之间的合同地位有着强势与弱势、能力高与低、诚信与背信的差异,对利益最大化的期待与相互对立的立场,使冲突的产生成为必然。“冲突”冲击的是交易秩序、交易安全和社会正义等价值观念。“规则”是当事人参与市场活动应遵循的标准,其目的是维护交易秩序、交易安全和社会正义。现实中客观形成的对秩序的“冲击”与规则欲“维护”的秩序之间形成攻防,“风险”由此而生。因此,风险来源于现实和规则的冲突。

2. 风险来源的多样性源于规则的多样性

站在审查人员的立场探讨风险来源的多样性实质是为明晰审查人员

的服务视角和审查深度。因无论是排除风险,还是主动为相对方设置风险,前提是审查人员对各种风险来源的了解和掌握,只有知道风险的来源才能有的放矢地制定防范或排除风险的策略。千姿百态的经济生活,体现到合同中,表现为合同种类的多样性。规则,作为市场秩序、安全及社会正义的守护神,针对纷繁的交易行为,形成了复杂的规则体系,其中既包括体现国家意志的法律和规范群,如法律、法规、行政规章、政策、地方法规及各种规范性文件,也包括体现当事人意志的管理制度群,如公司章程、公司管理规定以及当事人之间就具体事项通过协商而形成的具有拘束力的规范——合同。制定合同规范的主体不同,体现的当事人意志不同,从而决定了当事人所面临风险的不同,产生的责任亦不同。^[1]如合同履行过程中,当事人的行为触犯了刑法规定,当事人则面临刑事责任的追究;合同本身违反强制性效力性规定的,会导致合同无效;合同违反当事人内部的管理制度的,可能会引起附加风险,如党纪政纪处分,甚至会面临行政风险,或刑事风险;当事人违反合同约定的条款,则面临着被相对方追究违约责任的风险。

(二) 承担风险的主体

站在审查人员的立场探讨风险承担主体的实质是明确审查人员的服务对象,或者说审查人员应为何排除风险。《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第2条第1款规定:“本法所称合同是平等主体的自然人、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。”^[2]按照《合同法》的规定,既然合同是平等主体之间的协议,那么风险是不是仅存于签约的平等主体之间?在委托方为法人主体时,审查人员是不是仅为法人主体服务?答案显然是否定的,理由如下:首先,以企业法人为例,企业在本质上是“一种资源配置机制”,其配置的要素包括劳动力、资本、技术、企业家才能、土地等。从企业的本质可看出,企业家是企业的构成要素,是企业的构成部分,因此,无论是外聘律师,还是内部人员,既然其工作范围是排除企业风险,这其中当然包括排除作为企业要素之一的经营层和

[1] 刘立峰:《宏观金融风险——理论、历史与现实》,中国发展出版社2000年版,第10-11页。

[2] 实务中,法人主体之间的合同占据了大多数,没有特别说明,本书所指合同均指两个或以上法人主体之间的合同。

合同执行人员的风险;其次,法人作为拟制主体,需要由决策机关做出决策,包括决定是否签署合同,合同签署后,还需要由执行层具体实施。决策者和执行者面临的风险能否得以有效排除对交易的达成及合同的履行会产生至关重要的影响。因此,合同风险并非仅存于当事人之间,当事人的决策机构、经营层、具体执行人员也会因合同的签订及履行面临风险。由此,审查人员的服务对象不仅应局限于委托方,还应当包括委托方的决策机构、经营层和具体执行人员。

【案例 1-1】甲公司与乙公司签署一份《施工合同》,合同约定乙公司负责将甲公司一宗土地上的高压线路进行迁改。乙公司在实施线路迁改过程中,由于电力调度主体未协调一致,在拆旧线路没有停电的情况下,乙公司的工作人员开始作业,酿成群死群伤事件,造成巨大损失。善后处理的结果是甲、乙公司承担了经济赔偿责任,甲、乙公司总经理及分管安全生产的领导,承担了相应的管理责任。

从案例 1-1 中可以看出,因合同产生的风险,其承担主体并不仅仅限于当事人之间,决策机构、执行层也是当然的风险承担者。为了表述需要,我们将当事人可能面临和承担的风险称为合同直接风险,当事人的经营层可能面临和承担的风险称为附加风险。区分风险承担主体范围的意义在于,合同审查人员在审查合同时,除考虑当事人之间存在或潜在的风险外,还应考虑以下两点:第一,根据当事人的现状,如企业性质、发展阶段、经营层主要领导的心态等因素,考量合同的签订及履行会使委托方经营层面临什么样的风险、该风险能否排除、如何排除,若不能排除会带来什么样的后果,该后果经营层是否愿意承担、其是否有能力承担;第二,合同的签订及履行给相对方经营层可能带来的不利影响,其是否会影响到合同的签订及履行;如何在不损害委托方利益的情况下排除该不利影响;如不能完全排除,使用何种手段或提出何种理由说服对方以期不影响交易的达成。

(三) 风险的排除或设置——策略的制定与反制

1. 合同作为利益博弈的基本原理

获得期待的利益是当事人签订合同的起点和终点,离开利益关系,合同既无从产生,也无以存在。合同中,利益的统一性、冲突性决定了当事人之间既有合作也有冲突。无论是风险的排除,还是将风险分配到对方承

担,均是当事人合作中所采取的博弈手段。合同是交易双方期望交易的功能同时对双方都发挥作用,其评估成本与收益的过程,是一个依据现在已知成本和未来未知,但可推测的成本去评估效益。因推测的成本是一个变量因素,那当事人须确定哪个变量是最大化收益的变量。“变量”的选择与确定必须顾及相对方的“变量”选择与策略,并据此制定应对策略。合同博弈就是在预判相对方变量及策略的基础上制定自己的反制策略。

2. 博弈论的视角观察风险的排除和设置

契约是当事人之间,对将来交换过程中可能出现的诸种因素的预设。某些交换中的因素,并非立即发生,而是要到将来才发生。^[1] 审查人员需要对“将来才发生的因素”需要作出预测并作出事先的应对,合同体系的设置就是将这种预测和应对策略予以固化。从这个意义上讲,合同博弈的过程是当事人的预测行为、实际行为和应对策略相互印证、相互矫正的过程。合同文本固化的是当事人的预测行为和应对策略;合同进入履约阶段,当事人实施的是“实际行为”。如预测行为与实际行为相一致,或未出现质的差异,或仅属于程度而非质上的失误,均可应对自如;而反之则相反。至此,在签约阶段的“预测行为”即对相对方或然性行为的预测是否准确成为合同审查的关键。合同条款中风险的排除和设置实质上是“预测行为”在合同文本中的具体体现。引申到具体策略的使用,就如“囚徒困境”悖论被克服的关键是让他们相互信任并坚守承诺一样,合同的顺利履行须依托于当事人之间相互信任并恪守承诺。但如“囚徒困境”中囚徒的自利驱动会让他怀疑另外一个囚徒的承诺是否可靠,因另一个囚徒有放弃承诺的利益驱动一样,当事人之间基于自利性也会相互怀疑相对方在利益驱动下作出违背承诺的行为。因此,建立一个可置信承诺的机制十分必要,该机制让违反承诺的一方受到巨大的惩罚。于是,在《合同法》的框架下,作为应对策略之一的救济板块应运而生,救济板块的设置目的是假定当事人在巨大惩罚的威慑下不会因自利的驱动而做出违背承诺的行为。合同审查中,作为风险排除和设置的“预测行为”是引领审查工作之纲。审查的目的和纲要已清晰,那接下来应知悉所审查的内涵是什么。

[1] [美]麦克尼尔:《新社会契约论》(修订版),雷喜宁等译,中国政法大学出版社2004年版,第4页。

二、合同审查的内涵

合同审查是排除当事人风险,实现合同目的的重要环节。从纳入审查的工作内容看,合同审查分为狭义的合同审查和广义合同审查。狭义的合同审查是按照法律法规以及当事人的约定,对合同内容、格式进行审查;广义的合同审查则贯穿合同谈判、履行、争议解决、管理的全过程。广义合同审查旨在排除合同的直接风险和附加风险,其针对的风险类别包括刑事责任风险、行政责任风险、民事责任风险、党纪政纪风险和其他风险。其针对的主体包括当事人、经营层及合同的具体执行人员。狭义合同审查侧重防范合同直接风险,即因合同签订、履行带给当事人的风险,所排除风险的类别侧重于民事责任风险。

(一) 广义合同审查的内容

1. 审查合同与强行法是否冲突

审查合同设定的形式、内容、目的是否与强行法的规定相冲突,如存在冲突是否可以规避?如不能规避,则需评估冲突带来的法律后果与当事人预期之间的差异,并评估当事人是否能够接受这种后果。

2. 审查当事人的防火墙规则

防火墙规则是当事人的内部管理制度,制定管理制度的目的在于规范与保护。规范的对象是内部人员,其要求内部员工均应按照公司制度开展活动;同时,制度的设计也是保护经营层的一种方式,在经营活动中,只要经营层按公司规定的流程、程序作出决策,在具体经营过程中照章办事,即使出现风险,公司承担了不利后果,经营层的责任也会被适当弱化。

3. 具体合同模式及条款的安排

审查人员依据当事人的需求设计适当的合同模式、安排合同具体条款、构建相适应的权利义务体系。在没有法律或其他操作障碍的前提下,合同模式的设计首先应遵从当事人的目的,做到合同模式反应的合同目的与当事人真实的合同目的相统一。但在实务中,当事人的合同目的与法律、法规的规定存在冲突在所难免,合同模式的适当改变,有时可形成对法律的有效规避。例如,根据我国法律规定,房地产项目的转让需要具备一定的条件。在项目不符合转让条件时,审查人员可将项目转让的合同模式

转变为股权转让、增资入股合同或其他模式。当然,合同模式的设计与更改不是万能的,如试图通过合同模式的设计掩盖当事人的非法目的或损害他人利益,当事人预期的效果将难以达到。

4. 控制履约过程

履约控制包含了两个层面的工作:一是,通过履约控制,确保履约行为不脱离当事人事先设置的大方向,修正合同谈判及签订时存在的缺陷,应对履行中出现的新因素;二是,有选择性地、有效地记录履约过程,所形成的资料要能作为证据使用。

5. 参与争议解决

合同行为是一种经济行为,而影响经济行为的因素,如商业环境、法律规定、当事人心态等随时处于变化之中,合同争议的产生则在所难免。合同审查人员应根据具体情况综合评估,确定争议解决的方式,参与争议解决的过程。

6. 管理合同档案

合同档案的管理有着重要的意义:一是,发生纠纷后,合同本身就是重要证据;二是,合同档案既是对企业经营过程的记载,也是对企业经营层决策、执行过程的记载。档案承载的不仅是企业的发展过程,其也承载了对经营层功过是非的记录。

(二) 采用广义合同审查的原因

合同审查的目的既然是排除风险,那当事人、经营层和合同具体执行人员面临的风险当然应在排除范围之内;刑事、行政、民事、党纪政纪风险应无一遗漏。这无疑是一个综合性的系统工程,并非由一个单纯的合同就能解决上述所有问题的。因此,决定采用广义概念上的合同审查,还是采用狭义概念上的合同审查应考虑下列因素:

1. 合同会引发何种风险与风险承担的主体

契约自由是合同法赖以构建的基石,其包括缔约自由、选择交易对手的自由、决定合同权利义务体系的自由、变更和终止权利义务关系采用何种形式的自由。^[1] 但契约自由,并非是完全的自由和真空中的自由,尤其

[1] [德]梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢湛译,法律出版社2003年版,第61-62页。

在长期缺乏私法精神的中国,公法强行法、内部管理制度对契约自由的限制弥漫诸多领域,限制手段花样百出。当事人签署、履行合同的自由是在公法强行法及内部管理制度框架内的自由,签约时其必须考量可能对当事人、经营层及具体执行人员会做出否定性评价的法律规范和当事人内部的管理制度。对“否定性”评价的认识,不应仅关注合同内容本身,即仅仅从内容上考察其是否有效或无效。固然,合同无效属于对合同效力的否定性评价,但追究当事人或经营层的刑事责任、行政责任、党纪政纪责任自然也属于因合同行为引发的否定性评价,一定意义上,该否定性评价引发的后果可能会比单纯的合同无效更严重。做出“否定性”评价的依据来源多样:强行法的规定、国家及地方政策、公司内部管理制度、执法者的认识水平的差异,甚至一些偶然因素都会成为做出否定性评价的依据。审查人员在审查合同时,除应关注合同内容不违反、不排除强行法适用外,还应充分考虑当事人的性质、管理制度、具体合同价值因素,否则可能会给当事人带来不必要的风险。

[案例 1-2]某市工会,为让工会经费增值,经集体研究决定借款给甲公司。囿于历史原因,该公司登记资料载明为国有,但实质上为私营。工会以自己名义与甲公司签订了《借款合同》,合同中明确了借款金额、期限、高于银行同期贷款利率的利息、违约责任等条款。《借款合同》签订后,双方严格按照合同约定履行了合同义务,工会按合同约定时间回收了借款本金、利息,并严格按照财务规范进行了财务处理。工会主席在调离工作岗位时,审计单位对该借款行为提出了质疑,并出具了审计意见。该市领导知悉该事件后,勃然大怒,指示严查。最后工会主席被以挪用公款罪判处 3 年有期徒刑。

在案例 1-2 中,我们不探讨工会主席被判刑是否冤枉,但从已形成的事实看,工会主席是因签署《借款合同》被追究刑事责任。在签约时其主观目的是让工会经费增值,但客观结果却给自己带来牢狱之灾。该案例的发生有偶然因素,也有必然因素,在签约时如果审查人员在审查《借款合同》时多思考几个问题,是不是能避免悲剧的发生?如审查人员提醒工会主席对工会的主体性质、工会经费的来源、工会经费的支出、工会经费增值的用途、借款不能回收给个人带来的风险做出全盘考虑,不知道工会主席是否

还会签署《借款合同》?因此,审查合同不应先着眼于合同具体条款,而应立足于宏观层面观察签订的合同是否排除了当事人和经营层的刑事、行政、党纪政纪风险。不违反、不排除强行法的适用,不违反当事人内部管理制度,当事人及经营层不会涉及刑事、行政责任和党纪政纪责任是合同审查得以继续的前提。

2.《合同法》在面对复杂个案时的局限

《合同法》的制定是在充分借鉴发达国家的理论研究成果和立法体系安排的基础上,结合我国的现状制定出的。《合同法》的制定和生效,是我国社会主义法制体系建设中里程碑式的事件,但《合同法》作为普遍适用的法律,其只能高度抽象形成共性规则。《合同法》虽规定了诸多类的有名合同,但仍不可能对纷繁复杂的所有具体合同作出专门性规定。

同时,《合同法》整体的体系安排也有诸多不尽如人意的地方,例如,关于违约行为和违约责任的规定。违约责任在合同中有着重要作用:首先,针对违约行为设定的违约责任条款是预先纠偏条款,其通过预先对违约行为的后果进行规定,实现对当事人的震慑,目的是保障合同的顺利履行,促成交易的完成;其次,违约行为和违约责任条款的设置,是对合同守约方的补偿和对违约方的惩治,体现法律的衡平;最后,违约行为和违约责任条款是合同完整性的体现。《合同法》以救济为中心,出发点是想体现实用主义思路,但细分《合同法》的体系,救济的重点基本都放在总则部分,对违约行为和违约责任做了高度抽象,而对具体合同的违约行为及救济未做具体化、针对性安排。在审定的合同中,如未能细化违约行为并匹配对应的违约责任,而仅转介适用《合同法》总则的规定,其结果往往会使操作性缺失,一旦出现违约行为,违约救济的目的难以实现,最为关键的是,因违约责任应有的震慑功能被削弱,机会主义者的投机行为出现概率大增。因此,审查合同时,审查人员须关注《合同法》的规定,但绝不应拘泥于《合同法》的规定。

3.对规则随时进场与随时离场的准备

规则出台的目的在于规范所有参与市场主体的行为,其规范的范围不仅包括市场参与者,也包括裁判者。规则的稳定是正常交易秩序得以保持的前提,否则会让作为“规则遵从者”的市场参与主体无所适从,甚至会成为规则的破坏者。规则是否稳定看起来与市场参与者无关,但事实并非如

此。规则的制定者制定出的规则必须具有“前瞻性”和“适度性”。“前瞻性”可避免规则的朝令夕改;“适度性”可在一定程度上引导市场参与者的遵从,避免受其破坏。如果制定的规则不具备前瞻性和适度性,市场参与者会千方百计地研究规则漏洞,力图以“合理”的方式规避规则的“不合理”,甚至不惜破坏规则。制定者为避免参与者利用规则漏洞,只有随时出台新的规则以填补旧规则的漏洞。如此循环反复,会形成“新规则随时进场、旧规则随时离场”的恶性循环,规则的稳定性无从谈起,更不要奢望正常的交易秩序,而这些恰恰给予了机会主义者以投机的机会。

例如,在足球比赛场上,一方球员正准备抬脚射门,此时,裁判吹响哨声,球员被迫停止进攻。此时裁判告诉球员,我现在要修改进攻规则,虽然你的进攻行为符合原来的规则,但根据新规则可认定你的进攻行为违规。如是这样,球员会随时面临着规则的改变,整个比赛就无法进行。这个例子看似荒唐,但实务中却屡见不鲜。实务中,市场参与主体渴求相对稳定的规则,但社会与经济的发展、新交易模式的出现和其他各种新生因素的冲击都与规则的稳定性形成天然的冲突,加之规则制定不可能完全避免的滞后性和某些群体对规则漏洞研究获利的成瘾性,致使规则的变化和临时的行政干预变得具有突发性和不可预测性。如2015年股灾过后,股指期货交易规则的变化,对场外配资接入的清理工作、熔断机制的实施与取消都把行政干预的突发性和不可预测性体现得淋漓尽致。因此,审查人员应充分认识到规则的稳定是相对的,其有时仅是规则制定者的一厢情愿,只能停留在理论层面。作为市场参与主体代表的审查人员在审定合同时,在遵从规则,或者利用规则漏洞,或者在成为规则破坏者时应充分关注己方或相对方所遵从或破坏的规则随时会面临新规则的进场和旧规则的离场,并在此基础上做出评估及应对。

4. 对当事人内因的考量

对当事人内因的考量包括心态变化的考量和管理要求的考量。市场参与主体性质不同、发展阶段不同左右着决策层的思维和心态,决定着当事人内部管理制度的制定和实施。^[1] 体现到具体合同,表现出以下不同:

[1] 南开大学 Mpacc 中心:《高级审计理论与实务》,南开大学出版社 2005 年版,第 147-173 页。

一是,侧重的责任风险不同,动力强弱不同。国有企业经营层不但要关心经济,还要讲政治,其在关注经营效益的同时,更关注自己潜在的各种责任风险和社会评价。其中,刑事责任牵涉人身自由;行政、民事、党纪政纪责任牵涉职务的升迁,即使在生存阶段,国有企业经营层为企业自身发展而不惜以身试法的动力也比较弱。民营经济的经营层,尤其是公司股东担任经营层的主体,在生存阶段,侧重点是获取经济效益。当然,其也会关注其他类型的责任,但关注度远不及国有企业经营层高,有时甚至为了经济利益,会瞒天过海、铤而走险。其因企业生存而挑战规则的动力强劲,这使许多大型民营主体很难逃脱原罪怪圈,但当其发展到一定程度,野蛮的成长方式往往会有所收敛,规避刑事责任、行政责任的意识会随着企业的发展而逐步增强。

二是,管理体制和流程的不同,反映到合同审查上的关注点不同。国有经济主体,无论是重大资产处置或购置、重大对外投资等,除按规定走完企业内部决策流程外,有些还须按规定履行审批或备案程序,其中部分审批或备案的要求并非基于法律或法规的规定,而是行业或上级管理机构的制度使然。民营经济主体,涉及上述重大事项时,只需按照公司章程或制度要求由决策层通过即可实施,甚至有些公司章程或管理制度仅仅是一个摆设,在效率面前,章程或制度的效力往往被削弱,形式意义大于实质效果。管理体制和决策流程的差异,使不同性质的主体所签合同中涉及的不确定因素不同,这种差异也会导致合同风险点不同。审查合同应高度关注上述差异,针对不确定因素引发的风险做好防范,否则,当事人面临的风险不但会增加,更为严重的是合同目的可能会因此而落空。

5. 广义合同审查应有的观察视角

(1) 利益层面。合同行为既是经济行为也是法律行为,但无论是经济利益还是人格利益,均是当事人追求的合同目的,合同行为是作为实现合同目的的手段而存在的。站在当事人的角度观察,与其说合同行为是一种法律行为,倒不如说其是一种经济行为。明确此点,利于审查人员了解当事人签订合同的目的,并综合判断其是否具有可操作性;审慎考量经济环境、相对方的履约能力、社会资源的占有因素,推导合同在履行中可能出现的障碍,并事前在合同的各个讨价还价阶段做好应对。

(2) 规则层面。风险来源于现实与规则的冲突,审查合同不得不审视

既存的规则。对规则层面的认识应从两个方面入手：

一是,规则的运用与合同。制约合同签订及履行的规则包括法律、行政法规、部门规章、地方性法规、国家及地方性规范性文件、行业管理制度和企业内部管理制度,以及一旦签订便具有强制拘束力的合同等。理想状态下规则与合同的关系是:当事人、合同目的、合同模式、构建的权利义务体系均符合规则的规范要求。但未来的未知性使理想与现实之间存在差距,完美的理想概念在矛盾交织的现实中往往只能以不完美的镜像展现,不完美的镜像就是冲突和矛盾的真实写照,其中包括合同行为与规则的冲突与矛盾。反映到合同实务就存在:签约阶段假定的各种条件与履约阶段的现实因素之间的矛盾;拟实施的合同行为与规则之间的矛盾;商机稍纵即逝与交易达成所需时间的矛盾;经营项目被赋予政治考量和人情世故与规则之间的矛盾;新生事物对原有规则的挑战等都会对规则形成冲击,都或多或少地影响着合同。审查人员对上述客观存在的问题应须正视,并依据不同情形做出自己的决断:对完全合规的合同应予放行;对具有绝对风险 of 的合同应建议放弃;对不合规但通过变通可做到合规的合同则变通绕行。

二是,规则的认识与合同。经营层的规则意识有强弱之分。委托方经营层规则意识强,审查人员的工作难度小;反之相反。在委托方经营层意识偏弱时,审查人员不但要正常开展审定工作,还要担负起说服和引导工作,并且随时准备委托方违反规则的善后工作;合同相对方经营层规则意识强,谈判、履约控制难度大,但合同一旦签订则被遵守的可能性大;意识弱,谈判难度相对较小,履约控制的难度未知,在相对方不在乎且愿意配合时难度较小,在其因不在乎而不予配合时难度会增大,且审查人员随时需准备应对其实实施违反规则的行为。理论上讲,审查人员只要将合同制定的严谨、规范,就可以不在意委托方和相对方的规则意识的强弱,但事实上,合同是否签订及如何履行的最终决定权在委托人,审查人员即使可提出自己的建议,但却无法左右委托人的意志。“严谨”和“规范”的法律行为,在以利益追求为导向的经济行为面前只能作为锦上添花的行为存在,千篇一律的“严谨”和“规范”的合同在规则意识强弱不同的委托方和相对方面前并没有多大的生存空间。

(3)心理层面。合同是当事人之间关于利益分配的博弈,风险往往与利益相生相伴,能准确判断潜在风险的能力固然重要,但强大的心理更加

重要,无论是放弃,还是坚持,都需要强大的心理。实务中,合同各方主体心理的较量从合同谈判就开始存在。一般而言,合同的签订是建立在知己知彼的基础之上,而知己知彼的过程是一个了解客观情况和心理分析的过程,客观情况的了解是心理分析的基础,做出签约与否的判断是心理的决断;合同履行阶段是另外一个讨价还价的阶段,当事人之间主被动关系的变化、强弱态势的转化、利益的变相交与转化无一不是基于现实状态的心理博弈。审查人员在审定合同及控制履约时应紧扣合同目的,结合不同阶段的客观情况,密切关注委托方和相对方的心理变化,并依据此变化,及时建议调整委托方的应对策略。

三、小结

规则与合同类型的多样化决定了风险类别的多样化,对审查人员而言,排除风险是一项综合性、系统性工作,其不仅需排除当事人的风险,还要排除经营层和合同执行人员的风险。审查合同如局限在《合同法》规定的框架之内,拘泥于合同条款本身,很难达到预期效果。正确的方式是分类考量,综合评判,做到静态和动态的有效统一。因此,本书采用广义合同审查概念。

第二节 合同审查方式

一、静态审查

(一) 静态审查的概念及局限

书面合同是当事人参与经营活动时对事先商定的双方权利义务予以限定和固化的方式。静态审查是指对合同文本自身约定的内容进行审查,是静态地看待合同约定的内容、安排的权利义务机制等能否实现当事人期待的法律后果。^[1] 静态审查是综合合同签订时的已知因素,就事论事,其

[1] 张建业:《公司法务工作中的合同审查和风险防范》,载《法制与社会》2014年第9(上)期,第77-78页。

关注的是合同签订时第一个讨价还价的过程,该过程在合同签订时结束。在合同文本签订前,静态审查会预测到可能存在的风险,甚至可以预测风险发生的概率,会设计应对突发、意外事件的策略,但这仅仅是审查人员例行公事般的运用洞察力并在此基础上分析的结果,其并无法关注履约阶段真实发生的突发事件和意外与合同签订时的预测有无变化;无法关注合同履行过程中各方主体出现的那些可能影响合同目的实现的变化,如资质、心态、资信、经营环境、管理机构、人员的变化等;无法考虑合同签订后法律、行政法规、地方行政法规和行业管理法规、行政命令的变更。因此,尽管静态审查能够预测到风险和风险发生概率,但却无法准确评估风险在真正发生时对合同目的或合同履行必要性的冲击力度,实践中,需要使用的应急性、针对性策略必须考量风险的真实冲击力度,而不能千篇一律地使用之前确定的所谓应对措施。

(二) 静态审查的内容

静态审查的内容是按照法律法规以及当事人的约定,对合同的主体、内容、格式进行审核。包括:审查合同的主体是否合格;根据当事人在谈判、签订合同时的强弱地位,结合委托方拟实现的合同目的,准确界定各自的关注焦点和追求目标的差异,并据此设计相应的合同条款;审定合同是否成立,合同形式要件是否满足法律要求;合同是否生效、何时生效、是否存在效力待定、不生效和无效的情况,是否存在需第三方审批的情形;合同权利义务的设置是否真实地反映出委托方要达到的合同目的,权利义务的设置是否全面,是否具备可操作性、是否均衡;权利义务条款的终止、解除及对应的法律后果;权利义务实现的时间要求和对应的法律后果是否完善。

二、动态审查

(一) 动态审查概述

1. 动态审查与完美的合同

契约仅仅是当事人规划未来的交易关系。^[1] 这种规划是基于特定的环境,其中包括:特定的合同目的、合同心态、法律环境、经济环境、诚信体

[1] 孙良国:《关系契约理论导论》,科学出版社2008年版,第89页。

系。姑且不论当事人自身对特定环境的认识是否与客观情况存在差异,即使我们假定其认知未受到有限理性和有限知识的限制,其一样不能回避可能发生的变化。这种变化来源于两个方面:一是,原来的确定因素发生变化,例如当事人在签订合同后发生的变化,如被吊销、撤销、破产;二是,当事人签约时预测的不确定因素与履约阶段的现实情形的差距。合同条款中无法回避对未来的预测,如违约金的设定就是对当事人未来的可能的违约行为的预测。动态审查的意义就在于应对可能发生的变化,因合同中昨天的选择也是对未来的决策,而变化会使原来深思熟虑的实施方案不再按预定轨道运行。此时,合同约定的条款和履约中形成的文件和证据就会成为应对变化的第一选择。但未来是未知的,任何预测都难以做到完全准确。当然,如果交易双方能够预测到世界上任何一个国家的任何一种情况,并且能够进行相关的合同签订,合同法就会变得相当简单而且无趣。^[1]有趣的合同之所以有趣就在于其始终处于不确定的动态变化之中。审查人员虽不应忽略因不确定的未来引发的“合同的谜题”,但却也无法完全破解该谜题。唯一可行的只有随时关注变化的发生,随时予以调整或补救。从这个意义上讲,既然审查人员和当事人不可能准确地预料未来可能发生的变化,那就更不可能在签约时做出合理安排以应对这种变化。因此,签约时的合同文本不可能做到完美,而缺陷的存在会给机会主义者创造机会,机会主义者的行为本身就是对社会秩序和交易安全的挑战和破坏。无论是制定《合同法》,还是签订书面合同,其目的就是维护交易秩序和交易安全,但让“静态”规则去应对“动态”变化时,其约束却显得力不从心。因此,“以动制动”的动态审查方式就成为不二的选择。

2. 动态审查的概念与运用

动态审查是从合同的目的出发,推演履约过程,反证合同条款内容的准确性和全面性,从履行角度关注当事人能否顺利地实现其所期待的法律后果。^[2]动态审查横跨合同的两个讨价还价过程,甚至会延伸到诉讼或仲裁过程之中。动态审查是在对已知和未知因素进行综合的基础上做出分

[1] [美]戴维·M. 德瑞森:《法律的动态经济分析》,王颖译,复旦大学出版社2015年版,第101页。

[2] 张建议:《公司法务工作中的合同审查和风险防范》,载《法制与社会》2014年第9期(上),第77-78页。

析,并据此提出应对策略。

更为关键的是,随着时间的推移,预测的“未知因素”在成为现实“已知因素”后,动态审查会积极地发现预测与现实的差异,及时调整、补救,并根据新的现实情况分析下一步可能出现的状况,提早制定策略予以应对。如此循环反复,直至取得相对完美的结果。一言以蔽之,动态审查的实质是充分利用有限度的时间变迁(合同在签订之后开始实施,到合同履行完毕结束,因此,合同是有时间限制的,其多表现为一个时间段),将签约时悬而未决的问题,或合同一方认为应解决但未解决,或未“公正”解决的问题交给时间去处理。

实务中,审查人员可能会准确预测到一些情况的发生将对合同造成的影响,并在签约时试图载入合同文本,但能想到并不意味着能做到,纷繁复杂的经济生活、行色各异的当事人和天然形成的强弱地位都或多或少地制约着审查人员的审定工作。也就是说,审查人员基于对未来的判断和据此制定的策略并不一定都能如愿载入合同文本。因此,动态审查应区分情况分别对待:签约时能载入合同文本的就力争载入合同文本;不能载入合同文本的,只有放到履约阶段,适时解决。

此种情形,对动态审查的把握可划分为两个时间段(标志)和两个工作阶段。两个时间标志为合同文本签订当时和合同履行完毕(包括正常履行完毕及非正常结束),第一个时间标志出现时,审查人员应明晰那些未被载入合同文本的事项,并评估其对委托方权益的影响;对那些未被载入的事项,且在履约中出现或即将出现的事项应力争在第二个事件标志出现前解决。

两个工作阶段为:一是,合同签订前分析已知因素,推定相对方的选择并据此制定策略,同时基于委托方的合同目的逆向推导影响合同目的实现的未知因素,分析这种影响是质上抑或是量上的影响,然后在此基础上制定应对策略;二是,合同签订后,及时跟踪合同履行,加强履约控制。履约控制的目标有三个:一是,对合同签订时未载入合同文本,且对委托的目的实现有较大影响的事项,择机取得有效的、补充性的法律文件,或通过证据的收集或创制实现事实上的固化;二是,对履约中出现的意料之外的因素,评估其对委托方合同目的实现的影响,并在此基础上制定应对策略;三是,

完善、收集、固定对委托方有利的证据,拖延、阻碍相对方收集、固定不利于委托方的资料及证据。

(二) 动态审查的思维观念与审查内容

1. 动态审查的思维观念——前瞻性源于假设

动态审查的目的不仅是“打有准备之仗”,而且是“随时打有准备之仗”。做到“有准备”的前提是作出前瞻性判断。前瞻性判断是结合已知因素对某些未知因素予以推导,然后依据推导出的结论制定相适应的策略,从而做到“有准备”。未知因素因未发生,其只能是被假定的因素,通过推导假定因素得出的结论必然是假定性结论,而据此制定的策略则是对“假定性结论”的事前应对。纵然这些都建立在假设的基础上,但这丝毫不应影响审查人员对合同条款中应对策略的追求。

值得注意的是:“假设无止境”,审查人员如不能拿捏好分寸,要么就浪费时间和精力,影响效率;要么会导致合同预案不完善。分寸的拿捏依赖于专业知识和经验,虽是假设,但其必须符合常理且与具体的合同行为相对匹配。动态审查就是审查人员运用自己的专业知识和经验,在“未知因素”不断地转化为“已知因素”的时间变迁过程中,不间断地对之前制定的策略进行调整、补救。

2. 动态审查的内容

动态审查关注的时间跨度长、内容宽泛且调整的频率高,其中涉及合同谈判、签订和履行;其中既要关注已知因素,也要关注未知因素,更要关注到因时间变迁由未知因素转换为已知因素而带来的变化,审查人员根据这些变化结合具体情况,如商业背景、经济环境、合同的复杂程度、当事人的实际状况等决定审查内容,既要做到策略有效,也要做到兼顾效率。实务中,动态审查可从以下几个方面入手:

(1)“咸鱼翻身”——合同地位的动态变化。一般而言,合同在谈判及签订时,当事人之间的强弱态势是客观存在的。强势方在谈判和条款拟订上都占据主动地位。在竞争领域,尤其当合同一方具有行业优势或处于垄断地位时,强弱态势属于天然形成。此天然形成的强弱态势不会因当事人的单方意愿而改变,其与当事人的交涉能力也无关联。强弱态势不仅关系到合同地位的高低,也关系到经济利益的实现方式和限度。但是,任何一

方都不愿意处于被动境地,因此,弱势一方在合同履行中,势必想“咸鱼翻身”,化被动为主动;而强势一方,势必想始终保持主动地位。履约阶段,动态审查为合同地位的强弱转化提供了契机。实务中,合同地位的强弱态势并非一成不变,动态审查是弱势方扭转被动局面,强势方预防被扭转的有效方式。

例如,承发包工程,一般而言,发包方处于强势地位,潜在承包方处于弱势。原因很简单,因为在项目发包时,发包方可选择的余地大,其可以选择甲公司,也可以选择乙公司;而承包方,从具体项目来看,并没有选择发包方的余地,其只有承接和不承接的两种选择,但承接可以获取利润,不承接就丧失机会,利益的驱使造就了强弱态势。此时,处于主动地位的发包方掌握了充分话语权,反映到关注的合同焦点上,集中在工期、质量、价款、付款条款、安全施工;而承包方,关注的第一焦点是能否签署合同,拿到项目,而对于工期、质量、价款、付款条件和安全施工虽说也会关注,但始终处于关注的第二层面。承包方为拿到项目,只有抱着迎合发包方要求的心理。承发包合同一旦签订后,发包方的关注焦点不会出现大的变化,但承包方的关注焦点已变得面目全非,原来排在关注焦点第一位的“签约拿项目”的问题随着施工合同的签订而变得没有意义。此时,承包方为了追逐利润会把价款、工期、质量、安全施工放在第一层面,在这其中,价款又是重中之重。实践中,承包方通过签证、索赔,甚至不惜采取停工、集聚民工闹事等要挟手段,实现“低中标,高结算”的结果。

在承发包工程中,发包方的合同地位在最开始具备主动性,但如果合同条款的约定不具有前瞻性,对合同履行过程可能出现的状况不从动态角度反推来审视合同条款是否完备,并做出防范风险的措施,很可能会变由主动变为被动。而承包方恰恰相反,合同签订时,如能动态反推合同履行的环节,在明确必须坚守的底线的前提下,制定预案,抓住发包方的要害,利用发包方的失误,在合同履行过程中很可能“咸鱼翻身”,化被动为主动。因此,动态审查,是强者恒强的利器,也是弱者翻身的手段。

(2) 预防飞来的“黑天鹅”——突发因素出现后的事先应对。市场是动态的,事物总处于不断变化之中,因此,履约阶段出现突发事件将难以避免。动态审查通过推演履约中出现突发事件对合同的影响,推导出合同应

具备的条款,防范因突发事件带来的风险。防范风险的约定可体现到合同文本之中,也可在履约阶段,通过取得补充性法律文件予以规制。至于应对策略,应根据实际情况有针对性地制定,其既可在合同中细化处置约定,也可概括性地明确处理原则及程序;对突发事件的关注范围不仅包括不可抗力、情势变更、意外事件,还包括当事人的变化如履约阶段当事人资格出现瑕疵、交易标的的变化如合同标的的灭失、毁损等。

(3)合同“紧箍咒”的启用与弃用——关注行政权力的干预。我国行政权历来十分强大,且规定细致,行政权对市场的干预度高,《合同法》虽间接限制了行政权对市场自治的干预,但行政干预、行政审批还是随处可见。值得注意的是,我国的行政干预的强弱程度飘忽不定,难以准确把握。实务中,行政干预既有走过场的形式主义,也有非常认真、严格打表的案例发生。对当事人而言,其无法判断行政干预的强弱程度,但其应知悉行政干预对合同效力、对合同目的能否实现具有决定性影响。动态审查的目标之一就是结合合同目的,对行政干预、行政审批事项,从正反两方面即在特定时间审批通过与审批未通过两方面,推导其对合同效力和对合同目的实现的影响。然后,根据推导的结论和当事人的接受意愿,给出其是否应签订合同的意见,如当事人决定签订合同,则应根据行政干预所导致的不同结果,分配当事人之间的权利义务并明确相应的责任承担。

(4)预防“因小失大”——履约阶段的细节控制。细节决定成败,合同签订后,细节处置是否得当直接关系到当事人的合同目的是否能顺利实现。动态审查的主要工作内容之一就是根据变化重点梳理履约阶段的细节,避免因自身失误造成的不必要损失或引起不必要的争议。

[案例 1-3]某机械公司与某纺织公司 2005 年 8 月签订一份保留所有权的买卖合同,纺织公司以 49 万元购买机械公司 50 台织机,机械公司在纺织公司预付 10 万元货款后发货,余款在货到三个月内付清,货款付清前,卖方保留织布机的所有权。2005 年 9 月,机械公司在纺织公司仅支付 2 万元货款的情况下将 50 台织机及发票交付给纺织公司,而纺织公司一直没有支付余款。2005 年 12 月,纺织公司以上述织机为抵押向银行贷款 30 万元并办理了抵押登记。2006 年 6 月,纺织公司因未按期还贷款被银行起诉,要求对抵押物优先受偿。机械公司知情后,以有独立请求权的第三人

要求返还织机。

法院认为,织机属于动产,其所有权享有的公示方式为占有。由于实际占有织机的是纺织公司,真实享有所有权的机械公司须使第三人能够直接从外部认识到所有权的归属,从而使所有权关系透明化。但是,机械公司未对所有权保留进行恰当的公示……所以银行基于善意取得获得抵押权。^{〔1〕}

机械公司在合同设定的条款中,对纺织公司不能按约定付款的风险作出了防范,但进入履约阶段,机械公司没有做好细节配套,最终加大了自己货款不能回收的风险,背离了合同设定所有权保留的初衷。正如《理解与使用》书中所述,其如在开具发票上备注“货款未付,所有权保留”或在铭牌上标注“所有权保留”的标志,结果也许会发生逆转。

类似的细节控制在合同中丝毫不能忽视,否则会引起不必要的纠纷,甚至发生争议。如《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第8条第2款规定:“合同约定或者当事人之间习惯以普通发票作为付款凭证,买受方以普通发票证明已经履行付款义务的,人民法院应予支持,但有相反证据足以推翻的除外。”实务中,出卖人没有收到货款,但已向买受方提供发票的情形并不少见。买受方支付货款,可以转账,也可使用现金支付。若买受方没有付款,又以发票作为付款凭证拒绝支付,出卖人要想收到货款,必须提供其他相反证据证明买受方没有付款。严格来讲,出卖人提供相反证据的责任是因为没有做好合同动态审查所致。如在合同中约定“付款方式为转账支付”或在开具发票时在备注栏明确“请转账支付”,买受方就无机可乘,围绕着是否付款的纠纷就不会出现,出卖人也不会承担因不能提供相反证据证明买受方没有付款的不利责任。因此,动态审查应对细节所涉流程做出梳理,明确相互之间的制约关系,避免不必要的争议和损失。

〔1〕 最高人民法院民事审判二庭编著:《关于买卖合同司法解释理解与使用》,人民法院出版社2012年版,第550-551页。

三、静态审查和动态审查与合同缺陷的消除

(一) 静态审查和动态审查的关联与差异

1. 静态审查与动态审查的关联

静态审查和动态审查的目的是一致的,都是在合理范围内,为自己的委托人追求最大利益,并试图在履约阶段保持主动性。

2. 静态审查与动态审查的差异

(1) 关注的时间段不同。静态审查注重的是单纯的时间即时性,其立足于合同第一个讨价还价阶段,工作开展的时间段是从合同谈判到合同签订,其反映的是合同订立的过程,审查工作的截止时间为合同文本签订;动态审查注重的不仅是单纯的时间即时性,也包括正在进行的交易关系,其立足于合同第一个、第二个讨价还价阶段,如合同发生纠纷诉至法院或提交仲裁,动态审查会延伸到第三个讨价还价阶段。动态审查关注的时间从合同的谈判直至合同消灭,反映的是合同订立阶段、履约阶段和纠纷解决阶段的全过程。

(2) 审查的思维方式不同。静态审查是按照合同自身的逻辑关系,从前向后审查合同的完备性;也会从后向前,从结果推导,假定合同履行中的一些未知因素,考虑所签订的合同的前瞻性,但由于参与的时间相对较短,没有关注到因时间变迁引发的变化,因此,合同的完备性和前瞻性相对受限。动态审查是正反结合、内外结合。正反结合是指从合同自身的逻辑发展顺序从前向后审查合同条款与从结果推演合同履行的过程,即从后向前,预判履约环节出现的新因素会导致何种变化,进而反推合同条款的约定是否合理、是否具备可操作性相结合。内外结合是指在合同签订时能将防范风险的约定载入合同文本的就载入合同文本之内,不能载入合同文本的则暂时搁置,力争在履约阶段择机确定。

(3) 追求的状态不同。合同行为是一种典型的合作行为,合同一方主体的成功必须建立在相对方也成功的基础之上,否则,合作将无法进行,这正是当事人之间能相互妥协的动因。当事人在有合作意向之初,都想使自己的利益最大化,这是其为权利而斗争的起因。签订的合同文本是当事人之间相互斗争和妥协的产物,但其仅仅是阶段性斗争与妥协的产物,无论

是静态审查,还是动态审查都是斗争与妥协的体现。只是,因审查方式有所差异,斗争的持续时间长短、策略不同,追求的博弈状态也不同。静态审查是“一锤定音”;斗争的策略只能是有理、有据、有节;斗争的理想状态是“张而不破”,但这种“张而不破”的状态具有短暂性,其会随着合同的签订而告一段落;动态审查是“合同不止,斗争不息”,斗争的策略并不一定拘泥于有理、有据、有节;斗争的理想状态是一次又一次地“张而不破”,或者称之为随时处于“崩而不溃”的状态。

静态审查始于合同谈判阶段,在此阶段,当事人之间为实现利益最大化会相互挤压、相互试探,并在综合判断后不断调高或降低自己的底线,直至寻找到妥协的均衡点。实践中,合同地位客观上有相对平等和天然不平等两种情形,以天然不平等的合同地位为例,强势一方因掌握着充分话语权,往往对自己关注的权利条款予以强化、细化,义务条款则会被适当弱化,有时甚至会对合同相对方提出严苛的要求,而弱势一方的境况正好相反。从签订的合同内容来看,合同强势方的利益和主动性得到完美体现,而弱势方的利益已被挤压在可忍耐的最高限,如突破此限度,合作将不能继续。因此,静态审查经博弈后形成的最理想状态是“张而不破”。由于静态审查的工作截至合同文本签订时就已结束,这意味着当事人之间的博弈暂告一段落,随着当事人签字、盖章,合同约定的内容及未来走向被“一锤定音”,在履约阶段如不出现意外,则风平浪静直至合同消灭。

动态审查的斗争从合同谈判开始,一直持续到合同消灭(包括正常消灭及非正常消灭)。签约前,当事人之间的斗争与静态审查无异,但动态审查贯穿了合同全过程,在履约阶段,这种斗争并未因合同签订而停息。无论是正面的交锋,还是迂回包抄,其目的都是在一次又一次的相互挤压与相互试探中力争使自己的利益最大化;履约阶段的斗争形式既包括有形形式,也包括无形形式。有形的斗争包括在履约阶段再次或多次讨价还价,签署补充协议、法律文件,通过来往信函确认相关事实;无形的斗争是根据合同执行进度,对委托方和相对方合同目的、心态、痛点、可替代性、利益交换或转化的可能性进行分析,并在此基础上做出准确判断。有形的较量是基于无形的判断开展,是无形判断的有形体现。动态审查所采用的斗争方式不一定要呆板地拘泥于有理、有利、有节,有时为争取相对公正的待遇,

在能准确拿捏相对方痛点时,甚至可适度违约,但如前所述,自己策略的成功必须建立在对方成功的基础之上,合作中当事人只有相对均衡的利益,而没有最大化的利益。因此,斗争策略的使用必须注意对“度”的把握。

(二) 合同缺陷的成因与弥补

1. 先天缺陷与后天缺陷的成因

合同的先天缺陷的形成有两种原因:一是,决策者未认识到缺陷的存在,其中包括审查人员审查工作的失误,或决策人员决策的失误。前者因审查人员未意识到合同缺陷,致使决策失据;后者是审查人员已意识到合同缺陷,但决策者未采纳审查人员意见。二是,审查人员和决策者都意识到合同的缺陷,但消除该缺陷会影响交易的达成,而被迫允许缺陷存在。

合同进入履约阶段,不可被忽视的“未来与过去不同”这一事实,会使事前设计缜密的合同条款和应对方案出现漏洞而形成后天缺陷,例如,因合同一方主体经营恶化,或商业信誉丧失而威胁到相对方的利益。^[1] 此种情形下,《合同法》或合同约定虽赋予了当事人救济手段,如行使不安抗辩权,但严苛的限制条件、证据要求,不确定的等待时间和未知的结果,无一不使当事人处于被动,无一不对其权益构成威胁。合同签订的那一刹那,静态审查对合同的先天缺陷已经无能为力,而履约中形成的后天缺陷则已超出其关注视线。履行中的变化,犹如亡羊于歧路,动态审查客观上也无法消除合同的先天缺陷,对后天缺陷的出现也无力阻挡,但在时间变迁的有限时间段中,动态审查还有亡羊补牢的机会,其可采取多层次的挽救措施,尽量消除合同缺陷。

2. 缺陷消除的策略

(1) 在合同谈判阶段,从合同目的出发预判履约阶段的未知因素对合同履行及对委托方权益的影响程度,判断可能存在的先天缺陷,避免因审查人员失误而造成当事人决策失据的情形发生。对审查人员判断已存在,但在当事人决策时被忽略的缺陷,审查人员应认识到自己与当事人的思维差异而应予包容,但在履约中应予以高度关注并随时准备采取措施,不应放任不利结果的出现。对审查人员和当事人都意识到的,但为了交易达成

[1] 丁晓军、钟小敏:《合同审查法律实务指引》,载《经济研究导论》2005年第17期,第298页。

而被迫接受的合同缺陷的情形,在谈判阶段只能抱着“死马当成活马医”的心态,与对方积极协商,争取达成一致,如未能达成一致,只有力争在履约阶段解决。

(2)合同签订后,审查人员应根据权利与义务、权利与权利、义务与义务之间的制约关系,尤其应梳理委托方的核心权利与相对方的核心权利及其制约核心权利实现的因素,并在此基础上科学拆分履约环节,制定履约计划,对已存的缺陷单独管理,制定将缺陷的弥补镶嵌到履约阶段的计划,并选择适当的时机、采取适当的手段如签订补充性法律文件、证据收集或通过对冲完成机制对已存缺陷的弥补。履约阶段,即使没有合适的机遇弥补或完全修正缺陷,也须防止缺陷带来的潜在风险转变为现实风险。另外,在履约阶段,审查人员应审时度势,不拘泥于合同签订之初的合同目的,或利益获取方式,为规避看似已不可避免的风险时可充分利用规则、合同地位和信息的不对称,使用“空中转体”的方式转嫁或分散当事人的风险。

[案例 1-4] 甲公司与乙公司签订了一份《钢材买卖合同》,合同约定甲公司在乙公司采购钢材用于某开发项目。甲公司系建筑施工单位,一定程度上,其向乙公司支付货款赖于发包方能否按《建筑施工合同》的约定支付工程进度款和最终的结算款项。甲公司为规避自己垫款的风险,在与乙公司签订的《买卖合同》中约定:甲方即甲公司在收到发包方××公司的工程款项后××日内,按收款比例向乙方即乙公司支付货款。《买卖合同》签订后,乙公司按照约定向甲公司提供了钢材,甲公司按照所收发包方的款项,按比例向乙公司支付了部分价款。后来,项目业主因资金不到位致使项目“烂尾”,发包方没有再向甲公司支付工程款。乙公司多次找甲公司催要货款,甲公司均以没有收到发包方的工程款为由,拒绝支付。乙公司无奈诉至法院,请求法院判决甲公司支付货款并承担违约责任。甲公司在抗辩中提出自己没有收到发包方的工程款,按照《买卖合同》约定,付款条件不成就。法院审理后认为:双方签订的《买卖合同》中关于付款期限和条件并不明确,故判决甲公司败诉。

[案例 1-5] 丙公司和丁公司签订了一份《变压器买卖合同》,合同约定丁公司向丙公司提供两台变压器。丙公司为了规避垫款风险,在《变压

器买卖合同》中约定的付款条款为:在丙公司收到发包方××公司支付的工程款项后,丙公司按收款比例向丁公司支付货款。丙公司为电力安装企业,其之前与发包方签订了《电力工程施工合同》,合同约定的工程范围为双包;工程款分段支付,即合同签订生效后3个工作日内支付工程暂定总造价的20%;合同约定设备安装完毕10个工作日内,支付到工程暂定总造价的70%;验收通电后10个工作日内,支付到95%;剩余5%为质保金,质保期届满后10个工作日内支付完毕。对丙公司而言,承包范围中包括设备采购有利有弊,如项目业主能按照《电力工程施工合同》的约定支付工程款,丙公司采购,可以吃部分差价,实现采购利润,但如果项目业主不能按照《电力工程施工合同》约定付款,丙公司只有被迫垫付设备采购的货款。在合同签订时,审查人员作出了两套应对预案:第一套是项目业主正常履约,这样丙公司能获取设备采购利润;第二套是项目业主不能正常履约,通过合同性质转体转嫁丙公司垫付货款的风险。合同在履行阶段,发包方由于各种因素,资金出现短缺。此时,丁公司还未向丙公司供货,而丙公司无法断定发包方是暂时性资金短缺,还是资金链断裂。发包方已按合同约定支付了20%的工程款,第二笔款项的支付条件还未成就,发包方不存在违约情形,丙公司担心延误工期被追究违约责任,不敢暂停施工。但丙公司顾虑一旦履行和丁公司签订的《变压器买卖合同》,自己将承担支付货款的义务,如届时发包方不能按《电力工程施工合同》约定支付工程款,自己将面临着双重损失。进退两难之际,合同审查人员建议启动第二套预案。丙公司经与丁公司协商,签署了补充协议,在协议中披露了丙公司是受发包方××公司委托采购变压器,丁公司表示知悉。与补充协议配套的两份文件:一份是丁公司书面要求发包方确认产品质量的文件;另一份是丁公司书面要求发包方确认产品价格的文件。补充合同和配套文件制定完成后,丁公司向丙公司交付了变压器,丙公司按照《电力工程施工合同》的约定完成安装。后来,项目业主资金链断裂,项目“烂尾”,发包方没有向丙公司支付工程款,丙公司也只按照自己的回款比例向丁公司支付了20%的货款。丁公司对此向丙公司请求支付货款无果,诉至法院。最后法院判决丙公司没有支付货款义务。

案例1-4与案例1-5有很多共同点:一是,甲公司和丙公司采购货物

均非自用,而是用于施工项目,其向出卖人支付货款赖于发包方能否按照施工合同约定支付工程款;二是,甲公司和丙公司与发包方签订的施工合同约定的工程范围都是双包,采购设备、材料固然能增加利润,但也面临如不能及时回收工程款而需垫付货款的境地;三是,甲公司和丙公司都对垫付风险进行了防范,其与设备材料供应商签订的合同中均有:“甲方在收到发包方的工程款后,按收款比例向乙方支付货款”的约定;四是,合同履行过程中,项目“烂尾”,甲公司和丙公司都被供应商催促支付货款。但从最终的结果上看:甲公司在没有收到发包方支付的工程款的情况下,被迫向乙公司支付货款,“赔了夫人又折兵”,而丙公司不用向丁公司支付货款,而面临风险被缩小。

显然,在合同履行过程中,丙公司预案的制定和启动是动态审查效果的具体体现,其弥补了合同履行过程中形成的缺陷。不过值得注意的是,预案的制定必须要切合客观实际,不能凭空想象,更不能异想天开,否则合同预案会丧失操作性,而使动态审查变得毫无意义。丙公司之所以能降低风险,源于预案制定符合实际情况,具备可操作性:一是,变压器属于充分竞争性产品,丁公司在合同地位上处于弱势,加之丙公司与丁公司之间形成的长期合作关系,丁公司不敢开罪丙公司丧失一个供货渠道。客观上,丙公司在合同谈判上具有较强的话语权;二是,丙公司充分利用了信息不对称。该案例中,信息不对称分为两个层面,即丙公司了解到了项目业主资金短缺,丁公司却并不知情。该层面的不对称,使丙方意识到风险在加大,产生了转嫁风险的想法;丙公司虽了解到了项目业主资金短缺,却又无法判断其是暂时性短缺还是资金链断裂。该层面的不对称使其处于进退两难的境地,按照《电力工程施工合同》约定,发包方已经将第一笔预付款支付,第二笔付款的条件不成就,丙公司如不按合同约定履行,面临着被追究违约责任的风险,并且会影响商誉;如按照合同履行,面临损失扩大的风险;三是,风险与利益的考量。丙公司赚取设备采购差价的前提是其与发包方签订的施工合同得以顺利履行,否则,丙公司面临两头受损的局面,丙公司合同审查人员在充分考虑了上述因素的情况下,及时启动预案,完成了合同性质的空中转体,有效地把合同风险进行了转嫁,弥补了《变压器买卖合同》履行过程中出现的缺陷。

四、小结

静态地看,合同注重的是单纯的时间即时性而非正在进行的关系,但作为规划未来交易关系的合同,在签订之初由于诸多不确定性使其本身就包含了较为宽泛的、临时的,甚至是概要式的描述,而类似这些描述会因时间推移而变得不合时宜,且会因当事人的自利性而容易引发争议;即使签约时那些看似精确的、永久的、详细的权利义务形态在履约阶段也不可避免地经常面对突如其来的变故,从而变得不再确定。因此,审查人员与当事人不应忽视“未来与过去不同”这一事实,必须学会处理未来那些处于变动中的不确定性。而处理这些变化本身就是当事人之间在不同阶段所进行的“讨价还价”。静态审查关注的是讨价还价的第一阶段,但合同在经历第二阶段,甚至第三阶段后,签约时所依据的事实可能已面目全非,而动态审查在一定意义上可以克服上述局限。不过,在社会实践中,当事人往往认为合同一经签订就万事大吉,其对动态审查的忽略使履约阶段的法律调整被弱化,这变相地使合同丧失了自身的免疫功能,纠纷的产生便不足为奇。

第二章

审查合同的主体与客体

第一节 审查合同的主体

一、合同审查人员的定位

(一) 审查人员与当事人的思维的冲突

定位是指确定自身位置和立场,对审查人员而言,定位准确才能明晰工作开展的权限和边界,明晰合同审查的立场,准确领会当事人的意图,在工作中就能清楚自己的坚守和放弃,因此,定位准确与否是决定审查人员所采用工作方式是否得当的前提。欲准确定位,首先应清晰其与当事人之间存在的差异。

1. 看待合同的视角差异之一——对收益与风险的认识差异

在合同领域,作为“企业家”的当事人与作为“法律人”的审查人员聚焦的交叉点是利益与风险共存的合同,虽然有着共同的聚焦点,但他们的观察视角却有着质的差异。在利益与风险面前,当事人总会选择自己的利益,而审查人员却总是看重风险。固然,有效地规避风险直接涉及收益的实现程度,但这并不必然代表当事人会真正地关注并分析风险及其带来的法律后果。同理,审查人员规避风险的行为在客观上会降低当事人的交易费用,使其顺利地实现收益,但这同样不必然代表审查人员会真正关注并分析交易费用降低和收益实现本身。最理想的状态是当事人与审查人员能做到真正有效的融合,但这仅仅是局外人完美的假设。对同一事物的观察视角不同,思维自然不同,所形成的判断和做出的行为亦不同。

2. 看待合同的视角差异之二——不同的价值观

对于收益的追求不能无视公平正义,对公平正义的追求也不能无视代价。相较而言,当事人的收益封闭于合同关系之内,而公平正义作为一种开放的价值观念,被应用于诸如《合同法》等开放的法律体系中,然后再以具体法律规定的形式规制、指导合同实践。经济实践中,决定商品价格的固然是其有用性和稀缺性,但与法律规则和制度密切关联的交易费用的高低决定收益的高低。当事人为提高收益必须寻求降低交易费用的办法,例如,通过公关,甚至贿赂获取交易机会、通过各种办法试图保持稳定性。制度与规则规范着市场参与主体的经济行为,当事人降低交易费用的任何行为必须在制度与规则所允许的框架内才有意义,否则一切努力都是徒然。论证当事人的行为是否“在规则范围之内”则是审查人员的分内之事。

由此看来,对“交易费用”的关注是在具体合同之内双方视角所及的交叉点,虽然交叉点相同,但价值观却截然不同。当事人之所以关注是因为收益,无关公平正义的价值判断;而审查人员是从法律规则的角度关注,规则制定的原则是“公平正义”,因此,审查人员是基于公平正义的价值判断予以关注,这种关注即使在客观上降低了当事人的交易费用,但在主观上审查人员的关注却与收益无关,当事人与审查人员的冲突借此发生。在相互的,甚至根深蒂固的理念中,审查人员认为当事人会以收益为名无视甚至践踏公平正义的价值判断,而当事人则认为审查人员会以法律为名收益的实现设置障碍,当然,事实上也许并不总是那么糟糕。

其实,在一定程度上,当事人与审查人员的这种冲突在本质上是经济学和法学之间的冲突,是经济学家和法学家的冲突。其在有形或无形,正面或侧面的冲突中,他们提供各种论据反复强调着自己的判断和行为的正确性,其实质是强调各自学科的价值是至高无上的,其他的都应居于次要地位。审查人员于合同领域,一边需要面对作为经济行为主体的当事人,另一边是基于公平正义的价值制定的法律,在收益与公平正义发生冲突时,如何有效化解冲突则成为审查人员必须面对和解决的问题。

3. 实现目的差异——不同职业的不同追求

合同行为是一种经济行为,经济行为强调收益;同时,合同行为也是一种法律行为,法律行为强调的是公平和正义。