



中国律师实训经典

Trial TECHNIQUES

基础实务系列

总主编 徐建 龙翼飞

合同业务律师 基础实务

吴江水 著

中国人民大学出版社

作者简介

吴江水，律师、中国人民大学律师学院兼职教授兼研究生导师、教学指导部执行主任，中华全国律师协会企业法律顾问委员会副主任、中华全国律师协会教育委员会委员，全国律师执业基础培训指定教材《律师执业基本技能》副主编，天册（上海）律师事务所合伙人，法律风险管理网（www.legalrisk.cn）创办人。

1986年毕业于上海华东政法大学，1993年起任专职律师，1999年起从事非诉讼业务并攻读工商管理专业。倡导以管理手段解决企业的法律问题，即将企业法律风险解决方案嵌入企业的管理制度、流程和文本之中，为企业量身定制系统的全新体系，并在为大中型企业提供业务管理及投诉处理、合同管理体制及文本体系、法律风险评估等方面有着丰富的实际操作经验。

长期从事合同领域和法律风险管理领域的理论研究及业务实践，著有合同技能专著《完美的合同》、法律风险管理技能专著《完美的防范》，并发表相关论文、研究成果多篇，不断延伸研究、验证相关的理论与方法。其中，《律师承办合同审查业务操作指引》、《律师承办食品安全法律风险管理业务操作指引》被收入《中华全国律师协会律师业务操作指引》并正式出版。

拥有丰富教学经验，每年为全国各地大中型企业、政府部门、律师提供大量专业培训。

中国律师实训经典·基础实务系列编辑委员会

编辑委员会主任 韩玉胜

委 员 (按姓氏笔画排序)

万 春 王 芳 王耀华 刘春田 刘瑞起 吕立秋

任湘清 吴江水 李大进 李争平 李晓斌 陈里程

杨立新 张 林 何 悦 邱贵生 孟 扬 洪道德

姜俊禄 徐永前 徐孟洲 钱列阳 常 韦 龚志忠

黄士林 黄海星 温 旭 韩 健 翟雪梅

总 主 编 徐 建 龙翼飞

执行总主编 薛庆予

序

中国人民大学律师学院组织编写我国第一套大型律师基础实务教材“中国律师实训经典·基础实务系列”的情况介绍已经收悉，看后甚喜。这套教材，集实用性、基础性和系统性于一体，内容全面翔实，对完善我国的律师制度，强化律师管理、规范律师行为、防范律师的职业风险有着重要作用；对提高律师基础实务技能、使律师积极参与诉讼和仲裁活动有重要的指导意义；对加强律师业务、实务管理和律师职业管理，增强常规业务必备知识和实务操作技能，也是非常有价值的。《中华人民共和国律师法》颁布施行不到 20 年，我国律师还很年轻，还需要从理论上、实践中不断探索。

我国法律教育一直偏重于理论研究，将法律实践成果总结提升为理论常常显得滞后。中国人民大学律师学院编写的这套教材，是我看到的第一套系统性法律实务教材，从这个角度说，它开创了我国法律实务教育之先河。律师业是法律职业中有条件全面接触各种法律实务工作情况的职业。从律师的客观和主观、实体和程序角度进行法律实践教育，可使法律人比较全面地了解掌握各项法律实务工作技能，特别是对于学生将来从事各类法律工作会有启发和帮助。这套教材不失为各高校法律实务教育的有益参考书目。

肖 扬

中国人民大学博士生导师、最高人民法院原院长、首席大法官

2014 年 3 月

序 言

中国正在经历一场深刻的社会变革，变革的方向之一，就是政府越来越多地退出对经济和社会生活的直接管控，而交由市场自行调节和社会自我管理。伴随这一变革进程的，将是对各类社会服务需求的大量增加，向社会提供法律服务的律师业也将迎来又一个发展的黄金时期。可以预期，未来若干年，律师从业人员数量将会呈现高速增长。

大量新人进入律师行业，必将对我国的律师教育提出新的挑战。如何从一个“菜鸟”迅速成长为一名合格的律师，是每个律师界新人或准律师关心的问题，而这正是律师正规化专业教育的目标之一。我国的律师教育目前还处在手工作坊阶段，基本上是以师傅带徒弟的方式培养律师。新人入行后，先跟着老律师做实习律师、律师助理等，慢慢积累经验，逐渐成长。这一方式的局限性是显而易见的。主要问题是，缺乏科学系统的培养计划和考核标准，导致年轻律师的培养随意性较强，且受所跟师傅及所在律师事务所的业务范围、业务水平及责任心等方面的局限，培养质量难以保证，年轻律师成长速度参差不齐，甚至一些人长期难以进入角色，无法成为一名合格律师。这种状况，显然难以适应我国律师业高速发展的需要。

中国人民大学律师学院自成立之初，就把探索构建我国律师正规化专业教育体系作为重要目标，并自2011年起，把律师实务教育引入国民教育体系，在法律硕士教学中开设了律师方向课程，目前已连续招收了三届学生。在三年教学实践的基础上，我们组织编写了这套律师基础实务教材。

本套教材共14本，大体包括三部分。第一部分为律师执业基础，主要包括律师制度、律师管理、律师执业行为规范、律师执业风险防范等执业律师必须了解的基本知识；第二部分为律师基础实务技能，包括律师参与刑事、行政、民事三大诉讼活动及参与仲裁活动必备的知识和基本操作技能，以及律师办理非诉讼业务的基本技能；第三部分为一些最常见的律师业务实务，包括公司、合同、房地产、知识产权、侵权、劳动与社会保障、婚姻家庭、企业法律风险管理等律师常规业务所必备的知识和实务操作技能等。这些课程是在参考国外尤其是英国律师教育经验的基础上，结合我国律师业务的具体情况而设置的。我们认为，这14本教材涵盖了最基本的律师业务要求和技能，读者如能全面掌握14本教材的内容，就基本具备了作为一名合格执业律师的业务能力。

将本套教材命名为“中国律师实训经典·基础实务系列”，故教材的编写强

调了实用性、基础性和系统性。实用性，即完全根据律师业务的实际情况安排教材内容，对每项具体律师业务的基本要求、处理思路、工作规范及具体操作技能等逐一进行介绍，并适当配以具体案例演示，力求使读者按照书中介绍的方法去操作，能够独立完成相关的律师业务工作。基础性，即本套教材主要面向律师界的新人，故在内容安排上只涉及最基础、最常见的律师业务，所介绍的也都是最基本的律师业务技能和操作方法，对于高级的、尖端的律师业务门类和技巧并不涉及。系统性，是指本套教材虽为基础实务教材，但每本教材对所涉及律师业务领域的具体工作要求均做系统、全面的介绍，以帮助读者全面掌握处理该项律师业务的基本技能。

本套教材各册的主编，均由国内律师界相关业务领域的顶级专家担任，各位作者也都具有多年的律师执业经历，且在相关领域术业有专攻，经验丰富。其中多数主编及多位作者曾在该院讲授过相关律师专业课程。每册教材都是主编和作者们多年实务工作的结晶以及律师专业教学经验的总结。可以说，本套教材既贴近律师工作实际，又符合一般教育规律，因此，适合作为各高校法学院律师专业课程教材和各地律协律师岗前教育教材，也可作为实习律师、律师助理及有志进入律师行业者的自学教程。

我国律师的正规化专业教育毕竟还处于起步探索阶段，无成熟经验可循，本系列教材作为我院三年律师专业教育成果的总结，必定还存在不足和疏漏，有待于进一步探索、完善。我们希望全国律师及律师教育界多提宝贵意见，帮助我们不断改进、完善本套教材，共同为探索建设符合中国实际的律师正规化教育体系奠定基础。

本套丛书各位作者在繁忙的工作之余承担了本书的编写工作，将自己的经验和智慧奉献于律师教育事业；各册教材的主编在教材的整体设计、内容安排与统筹、全书审稿统稿等方面付出了辛勤劳动，保证了教材的高品质；中国人民大学出版社法律分社领导和各位编辑，在时间紧、稿件多的情况下，为本套丛书的如期出版做了大量细致有效的工作。在此我们特对以上人员表示特别感谢。

徐 建 龙翼飞

2014年3月

前 言

律师应该怎样理解合同？律师在合同工作中应该如何思考、如何工作，合同的审查、修改、起草中应该注意哪些内容，以及在合同工作中遇到各类与合同有关或与当事人有关的事务应该如何处理，一直是合同工作中必然会遇到的问题，甚至是无法根本解决的问题。

在传统的法学教育课程中只有合同法而没有合同，因而法律人对合同法的理解完全局限于其法律上的定义，而忽略了合同首先是以资源交换为目标的经济行为，因而合同从谈判时起便是双方进行利益博弈的过程，有其自身的规律和要点。而合同法只不过是交易规则法，并不解决交易过程中如何进行利益分配的问题，更无法促进合同的严谨、精密以充分实现交易利益并有效控制风险。

与此同时，合同不仅是律师法律顾问业务中最主要的工作，也是几乎所有非诉讼律师业务中的重点工作内容，非诉讼业务与诉讼业务并列，是律师行业的两大基本业务类型。即使是在传统的诉讼业务中，也有半数以上诉讼是围绕合同展开的。因此，无法充分掌握合同工作技能就很难胜任通常的律师工作。

作为律师学院的入门合同技能教材，本书在总结以往合同工作的实践经验和理论研究成果的基础之上，按照入门知识、审查技能、修改技能、起草技能四个方面，理论结合实际介绍律师合同业务中对各类问题的理解方式和工作技能，并在相关部分尽量介绍相应的法律规定，以兼顾法律硕士在校时间短、法学基础课程消化时间不足的特点。同时，力求以简明的方式介绍各类主要的合同工作技能，使法律硕士在院校教育中便学到实战技能，使毕业生在从事律师工作后能够以熟练的合同工作技能将所学的法律知识转化为内外兼修的法律服务工作成果。

由于全国各地经济发展并不均衡，客户对工作质量的需求、律师的操作习惯等各不相同，因而本书中提及的操作思路及解决方法等仅供参考。同时，由于法律环境处于不断的变化之中，因而本书对于法律问题的分析探讨均基于编撰此书时现行有效的法律规范，这一点请使用本书的读者注意。

作为一种对中国大陆律师学院发展方向的探索，本书对于法律硕士课程的设计及内容安排等也处于探索之中，因此本书中定会存在大量的不足，对此敬请多提宝贵意见，以便于我们的改进与完善。

吴江水

2014年3月

中国律师实训经典——锻造中国律师实战的“西点军校”

中国律师实训经典·美国法律判例故事系列



- | | | | |
|-------------------|-------------------------|------------------|--|
| 环境法故事 | ISBN: 978-7-300-17451-8 | | |
| 作者: [美] 理查德·拉撒路斯 | 定价: ¥39.80 | 出版时间: 2013-06-30 | |
| 宪法故事 (第二版) | ISBN: 978-7-300-15548-7 | | |
| 作者: [美] 迈克尔·C·道夫 | 定价: ¥49.80 | 出版时间: 2012-08-31 | |
| 审判故事 | ISBN: 978-7-300-15004-8 | | |
| 作者: [美] 迈克尔·E·泰戈 | 定价: ¥49.80 | 出版时间: 2012-03-31 | |
| 刑事诉讼故事 | ISBN: 978-7-300-14807-6 | | |
| 作者: [美] 卡罗尔·S·斯泰克 | 定价: ¥59.00 | 出版时间: 2012-03-31 | |
| 证据故事 | ISBN: 978-7-300-14661-4 | | |
| 作者: [美] 理察德·伦伯特 | 定价: ¥39.80 | 出版时间: 2012-03-31 | |

中国律师实训经典·庭辩技巧系列

- | | | | |
|------------------------------|-------------------------|------------------|--|
| 美国庭审宝典 (第四版) | ISBN: 978-7-300-16274-4 | | |
| 作者: [美] 詹姆斯·W·麦克尔哈尼 | 定价: ¥88.00 | 出版时间: 2012-10-31 | |
| 庭审制胜 (第七版) | ISBN: 978-7-300-14782-6 | | |
| 作者: [美] 托马斯·A·马沃特 | 定价: ¥88.00 | 出版时间: 2012-05-30 | |
| 对方证人——芝加哥著名刑辩律师论交叉询问与人生的经验教训 | | | |
| 作者: [美] 史蒂文·F·莫罗 | ISBN: 978-7-300-15154-0 | 出版时间: 2013-04-24 | |
| 定价: ¥49.00 | | | |



中国律师实训经典·律师职场系列

律师的职业责任与规制 (第二版)

ISBN: 978-7-300-17357-3

作者: [美] 黛博拉·L·罗德

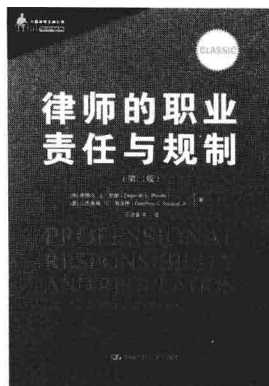
定价: ¥39.80 出版时间: 2013-05-31

践行正义: 一种关于律师职业道德的理论

ISBN: 978-7-300-16985-9

作者: [美] 威廉·西蒙

定价: ¥30.00 出版时间: 2014-05-01



中国律师实训经典·高端业务系列

公司兼并与收购教程

ISBN: 978-7-300-19028-0

主 编: 肖 微

定价: ¥68.00

出版时间: 2014-04-30

中国企业境内首次公开发行及上市业务教程

ISBN: 978-7-300-19027-3

主 编: 靳庆军

定价: ¥58.00

出版时间: 2014-04-30

中英商务合同精选与解读

ISBN: 978-7-300-15196-0

作 者: 林克敏

定价: ¥42.00

出版时间: 2012-03-31



中国律师实训经典·基础实务系列

律师执业基础

黄士林主编

出版时间: 2014-04-30

刑事诉讼律师基础实务

钱列阳主编

出版时间: 2014-04-30

行政诉讼律师基础实务

吕立秋主编

出版时间: 2014-04-30

民事诉讼律师基础实务

翟雪梅主编

出版时间: 2014-04-30

非诉讼业务律师基础实务

李大进主编

出版时间: 2014-04-30

商事仲裁律师基础实务

韩 健主编

出版时间: 2014-04-30

公司业务律师基础实务

龚志忠主编

出版时间: 2014-04-30

房地产业务律师基础实务

李晓斌主编

出版时间: 2014-04-30

企业法律风险管理基础实务

徐永前主编

出版时间: 2014-04-30

劳动法律师基础实务

姜俊禄主编

出版时间: 2014-04-30

知识产权业务律师基础实务

温 旭主编

出版时间: 2014-04-30

婚姻家庭与继承律师基础实务

王 芳主编

出版时间: 2014-04-30

合同业务律师基础实务

吴江水 著

出版时间: 2014-04-30

侵权责任法律师基础实务

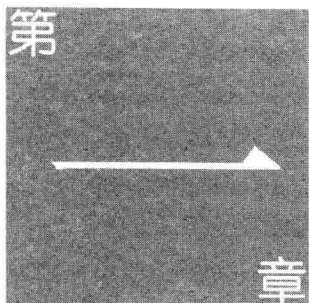
杨立新等著

出版时间: 2014-04-30

目 录

第一章 合同业务入门	1
第一节 律师合同业务概述	2
第二节 合同工作的法律思维	12
第三节 如何理解合同	24
第四节 合同基本条款解读	33
第五节 合同表述基本原理	52
第二章 合同审查基本技能	70
第一节 合同审查前的应知内容	71
第二节 合同审查的步骤	80
第三节 对合同法律问题的审查	87
第四节 对合同表述问题的审查	97
第五节 合同审查工作成果的提交	107
第三章 合同修改基本技能	116
第一节 合同修改中的基本问题	117
第二节 对法律问题条款的修改	125
第三节 对表述问题条款的修改	134
第四节 合同修改实例	143
第五节 合同修改工作成果的提交	154
第四章 合同起草基本技能	162
第一节 起草合同的需求及素材	163

第二节 合同文本的结构设计	173
第三节 合同条款的秩序设计	184
第四节 具体表述的成文过程	192
第五节 合同起草实例	203
第六节 合同的定稿与提交	217
后记	228
附录 中华全国律师协会律师办理合同审查业务操作指引	229



合同业务入门

- 第一节 律师合同业务概述
- 第二节 合同工作的法律思维
- 第三节 如何理解合同
- 第四节 合同基本条款解读
- 第五节 合同表述基本原理

【本章提示】

契约是人类具有深远意义的重大发明，它通过在交易各方之间建立特定秩序的方法，不仅使得社会经济交往更有效率和确定性，也最终促进社会资源最大限度地优化配置。而从契约文明中衍生出来的契约精神，更是从具有单一的经济生活功能升华为人类社会的基本准则之一，为社会基本秩序的确立和国际社会基本秩序的确立，发挥了不可或缺的作用。无论是民事主体之间为实现交易而达成的协议还是国与国之间为各自利益所达成的条约、公约，都是不同意义上的契约，也就是我们通常所说的合同。

从社会功能的角度而言，作为全社会都必须遵守的法定的权利、义务的有效补充，合同通过在特定主体之间就特定事项加以协商的方式，建立起一种旨在顺利实现某种结果的约定的权利、义务，以实现法定权利、义务力所不及的社会功能，促进交易主体间顺利实现资源交换，并促进整个社会在不占用公共资源的前提下有序地发展。法律只能规定整个社会的秩序，并不规定个体与个体之间交易事务的规则，因而这一功能只能通过合同来实现。

在现代社会中，人们的生活、工作中所涉及的衣食住行、娱乐等活动，无不以各种形式的买卖、服务等合同关系实现，因此合同与每个人都有密切关系。同时，社会经济必须通过广泛的交易才能繁荣，全社会合同总量及技术水平也是衡量经济是否发达的重要标志。尤其是作为律师最主要的合同服务对象，企业的营利过程从各种形式的采购开始、以不同模式的销售实现，因而企业经营管理的主线便是合同。只有准确地理解合同，不再将其当成一种交易内容的记录，才能使其发挥出最大的效用。

鉴于本书的定位是合同业务基础实务，而本章又是对合同业务的入门提示，因而本章内容将着重介绍合同业务的基本情况，以及应有的基本理念、基本思路、基本方法，而后三者是做好合同工作的三驾马车，缺一不可。本章虽很少涉及相关法律，却是合同工作的基础和出发点，有助于养成良好的思维习惯和工作思路，以真正理解和掌握合同业务要点和技能，并能触类旁通地熟练从事相关工作。

第一节 律师合同业务概述

合同业务是律师非诉讼业务的主要内容，最常见的法律顾问业务中最主要的工作便是审查、修改和起草合同，其他非诉讼项目也大多以合同为最终工作成果。而且，合同业务跨越不同的行业领域，具有不同的复杂程度、不同的需求层次，可谓千变万化、丰富多彩，也是律师执业活动的基本功。

一、我国的合同发展

合同旧时称为契约，是特定法律环境和经济环境下人们通过各种交易获得所需资源时的产物。由于中华文明的发展源远流长，合同在不同时期有着不同的名称和种类。在西周时期，合同已有“傅别”、“质剂”和“书契”之分，主要功能分别是借款合同、买卖合同和赠与合同。而随着经济的发展，交易的品种和方式以及合同形态也日益多样化。自秦代起至清代，合同在不同时期不仅有着不同的名称，而且分别发展出了准行政合同、“经官给据”的要式合同、各类样本合同、连带责任担保合同、土地使用权转让合同等，所有这些都反映了当时的经济状况和法律环境。

在这漫长的历史时期内，中国不仅出现了典当合同、永佃权合同等颇具特色的合同，在不同时期还分别出现了不同的合同相关法律法规。而到了中华民国时期，虽然从晚清时起西方的契约观念已经引入中国，而且国民经济也得到大力的发展，但在短暂的欣欣向荣以后，整个国家的经济发展被一系列的战争打断，因而市场经济并未得到充分发展，合同领域也因此并无太大的发展。

自1949年以后在以计划经济为主导的经济体制下，原本需要达成合意才能进行的交易大量被“调拨单”取代，真正意义的经济合同几乎绝迹，合同在国民经济中的作用微乎其微。直到“文化大革命”于1976年结束后，我国转以经济建设为中心，国民经济从计划经济逐步转为市场经济，但在相当长的一段时间内计划经济仍占一定比重，合同简陋且与“调拨单”并存。

随着《经济合同法》于1981年12月13日颁布并于1982年7月1日起实施，《建筑安装工程承包合同条例》（1983年8月8日）以及《工矿产品购销合同条例》、《农副产品购销合同条例》同时于1984年1月23日颁布、实施，一系列的相关行政法规使合同行为进入有法可依的历史阶段。但直到20世纪末新的法律出台，这些法律规范仍旧属于承上启下的过渡，其法律制度体系虽然在不断完善但仍旧比较粗糙。但从条例上升为法律，提高了法律规范的层级，并有力地促进了经济体制和法律体制的顺利转型和稳步发展，且促进了经济的发展和健康经济秩序的形成。在这一时期，我国的合同文本开始逐渐复杂化、实用化，不再完全是对交易内容、交易方式的简单记录。

1999年3月15日颁布、生效的《合同法》是新时期的又一里程碑，其篇幅和体系的完整程度、内容的细致程度远非之前的相关法律法规可比，既顺应了经济发展的需要，也使我国在合同领域步入了全新的时代。此后，随着基于《合同法》及其他相关法律的司法解释的陆续出台，我国的合同法律规范体系日益丰富和完善。

而正是伴随着这部分法律及相关司法解释的不断出台，以及这一时期的持续经济增长和对外经济往来的日益频繁，同时也由于外来合同的大量引入，我国的合同逐渐走向专业化、规范化和理性化、实用化，并越来越注意当事人的意思自治和合同法律风险的控制，无论是合同的严谨程度还是精细程度，均已与往日不可同日而语。

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



从《合同法》颁布至今的十余年间，无论是人们的交易理念还是交易的内容及方式，以及规范合同行为的法律环境，都发生了巨大的变化，使得合同内容变得日益复杂、合同技能变得越来越专业。与此同时，全社会对律师参与合同事务的需求也在不断增长、质量要求也在不断提高，而合同领域的法律服务，也从简单的合同审查发展到与管理交叉、综合的合同法律风险管理领域。

尤其是进入 21 世纪后，信息技术异军突起而带来的一系列社会变革也带动了合同领域的发展，不仅使无名合同数量剧增，也使有名合同增加了许多新品种。例如，合同成立方面新增了拆封合同、点击合同等方式，合同标的物新增了虚拟财产、金融衍生品，合同洽谈及签署日益远程化、电子邮件化，虚拟店面经营没有确切经营场所、没有确切交易身份，以及网购带来的买卖及担保、第三方履行等，这些合同领域的新变化代表了社会发展的方向，同时也为合同法律的发展提出了新的研究目标。

二、当前的律师合同业务类型

中国律师制度正式以专门法的形式出现始于北洋政府于 1912 年颁布的《律师暂行章程》，以及其后陆续进行的修订及其他法律规范的配套。从相关规范来看，那时的律师业务已经有诉讼与非诉讼之分。1949 年以后，律师制度仍旧保留，而且当时的司法部也曾努力使律师制度规范化并得到充分发展，还出台了一系列的法律规范。但律师的职业性质决定了律师必然会在当时的政治背景下成为矛头所指，因此自 1957 年开始的“反右”斗争时起，律师制度和律师职业一度绝迹。但从 1956 年 7 月 20 日由国务院颁布、实施的《律师收费暂行办法》来看，当时的律师业务绝对是以诉讼为主，而从所规定的“代书契约、合同、分单、声明书、遗嘱或者其他法律行为文件，每件 2 元至 6 元”来看，当时的律师业务已经包括了合同的起草。

在结束“文化大革命”并“拨乱反正”后，我国的律师制度随着发展经济的主旋律而得以恢复和重新发展。1980 年 8 月 26 日颁布、1982 年 1 月 1 日实施且在《律师法》颁布后已经失效的《中华人民共和国律师暂行条例》，是律师制度全面恢复并法定化的标志。虽其名称是“条例”，但却是首部由全国人大常委会通过的律师法律，而非国务院颁布、施行的行政法规。该法第 2 条表述的律师业务范围包括“解答关于法律的询问，代写诉讼文书和其他有关法律事务的文书”，应该包括合同的代书；而第 4 条对于律师担任法律顾问的责任的表述包括了“就业务上的法律问题提供意见，草拟、审查法律事务文书”，这也是目前律师法律顾问服务中对于合同事务的通常处理方式。

1997 年，随着《律师法》的生效，中国的律师事业进入更高的发展阶段。但《律师法》对律师业务范围和服务方式方面的规定，仍延续了以前的传统，只是对某些内容进行了细分，合同业务方面仍属原来的法律范围。

目前的律师合同业务，其业务提供方式分为法律顾问和非诉讼项目两类，均为法定业务范围内的常规性业务，只是其服务的深度、广度及质量水准会因地区经济及社会发展程

度的不同而各异。同时，合同业务也并不仅限于合同本身，有时还包括相关的合同谈判。从工作内容的平均业务量分布上看，律师的合同业务大致分为以下几类：

1. 合同审查

合同审查是律师依据委托人的工作指示，运用其专业技能发现合同中所存在的各类风险和问题并向委托人披露，以供委托人决策或修改的合同法律服务。这类业务在许多情况下与合同修改一并完成，尤其是那些并不具备自行修改合同能力的委托人，大多要求律师直接审查后修改以便投入使用。而提交审查结果，通常有在原稿上直接提交审查意见的方式，也有专门出具法律意见的方式。

合同审查并无内容或质量上的标准可依，全国律师协会组织编写的《律师承办合同审查业务操作指引》可作为此类工作的基本参考。

2. 合同修改

合同修改是律师根据合同审查情况和委托人的要求，依据其专业技能对合同原有条款进行优化的法律服务。合同修改与合同审查的根本区别，在于后者只需指出问题而前者还要解决问题，但并非所有审查出的问题都有办法解决，即使有办法解决也还有方案的优劣之分，因此两者之间在工作量和工作难度上都有很大差异。

正因如此，许多客户直接要求律师修改合同并给出解决方案，并不在意律师是否将审查当成单独的前置程序。但无论是依次进行还是同时并行，合同修改的前提是通过审查发现问题。

3. 合同起草

合同起草是律师依据委托人的需求和交易背景、法律环境，通过自己的专业技能为委托人量身定做合同文本的法律服务。在起草合同文本的方式上，既可以从无到有地独立制作，也可以借鉴某些最为接近的文本进行要素重组。一般而言，连结构都未进行重大调整而形成新合同的视为合同修改，而通过要素重组的方式全面优化样本合同而形成新合同，尤其是其编排结构都已发生变化的“修改”则视为合同起草。

合同起草比合同的审查或修改需要更多的客户需求信息支持，一些重大合同的起草往往还与合同谈判、尽职调查结合在一起，以专项法律服务的形式提供，如企业的并购等。

4. 法律风险论证

尽管合同的审查、修改、起草都有可能被要求以法律意见的方式提交工作成果，但这种情况并不多见，大多是因为有上级的强制性要求，因为无论是律师根据审查结果写法律意见还是委托人根据法律意见看合同，都会感到不便。

但在某些情况下，律师会被要求针对谈判中的合同及相关材料或重大合同问题进行法律上的论证并提出法律意见。这类需求大多是为企业的重大决策提供依据而非需要使用该合同进行交易，因而更注意整体交易模式、合法性等法律风险的论证而非合同条款本身。

5. 合同谈判

目前，除非是专项服务，否则律师一般并不直接参与谈判，至多是参与某些“法律条

款”的谈判。即使在企业界，也普遍认为谈判属于商务活动，律师的工作只是从法律上对合同进行“把关”。

律师参与的谈判往往是整个法律服务中的一环，其最终工作成果仍是合同。但经过律师在谈判过程中的努力，如明确交易目的、细分假设和处置、充分行使法定权利等，合同会更加严谨并更易得到法律的充分保护。

6. 其他合同服务

从律师制度恢复至今的三十多年间，律师的合同服务早已不再是对简单的合同提出简单的意见，其工作深度和工作宽度早已产生质的飞跃，并越来越深入企业的管理活动。在工作宽度上早已不限于合同本身而是延伸到了合同形成前的资质管理以及合同履行中的法律风险防控，工作深度上也不仅仅是审查、修改合同而是综合考虑法律环境、客户行业特点并结合企业管理等需要为企业量身定做标准合同文本，甚至为企业设计配套的合同管理制度、合同管理流程。

从本质上说，合同本身是经济活动的一个有机组成部分，更需要，也更适合用管理的手段在保证其质量和安全的同时兼顾企业的效率，以实现企业利益的最大化和获得成本的最小化。而与企业管理无法配套的法律事务管理，根本无法实现企业利益的最大化，只能是程度不同的隔靴搔痒而已。

三、当前合同的现实状况^①

在律师制度恢复后，市场经济和律师行业在三十多年间都有了长足的进步，合同作为经济发达水平的样本，其进步同样明显。即使是企业未经律师修订而自行拟定的文本，其质量水平也比以前有了质的飞跃。如果排除语言风格、思维模式及法律环境方面的差距，中国大陆律师所起草的合同无论内在、外在质量水平，都已经同境外律师的水准趋同。但从技术层面来看，目前中国大陆企业所采用的合同，包括一些经过律师调整的合同，仍有较大的提升空间。

（一）企业合同的基本状况

虽然同为最主要的合同主体，但不同企业的合同形态以及合同的质量水平、利用程度却是千差万别，并大多受其交易地位和管理水平等因素的影响。总体上看，企业合同文本呈现以下态势：

1. 总体水平参差不齐

企业合同水平的参差不齐既有企业自身的主观原因，也有生存环境方面的客观原因。或者说，有的企业根本没有使用优质合同文本的概念，而另外一些企业则根本没有使用优

^① 参见吴江水：《完美的合同》，北京，北京大学出版社，2010。

质文本的机会，甚至二者兼而有之。

相对而言，那些规模较大的企业往往由于能够提供更多的交易安全或更大的交易量，因而在充分竞争的市场里往往处于相对优势的交易地位。正因如此，它们比那些中小企业更能决定合同的最终形态，甚至只用其单方拟定的合同文本进行交易。而且，它们更有实力增加包括合同管理在内的管理投入，因而大多有更为规范、合同文本，以及更高水准的合同管理制度及流程。

而那些规模较小的企业，往往由于生存和发展的空间有限，无论是在企业知名度上还是在获取订单的能力以及产品的销售渠道上都面临许多压力，因而很难挑剔稍纵即逝的商业机会；大多在交易中缺乏优势地位，因而无法决定合同的最终形态，也没有必要在合同文本方面加以投入，也就很难有高质量的文本，甚至由于交易的批量多、金额小而根本不签书面合同。

另外，许多企业虽有一定的规模和管理基础却没有与之相适应的合同文本，则是由于理念上的偏差导致合同功能的偏废。一方面，这些企业对合同的原理和功能缺乏了解，只是将合同当成了简单的交易内容、交易方式的记录。另一方面，他们的采购和销售以建立亲密的人际关系为手段，甚至出现违约情况时也不是从是非曲直的角度解决问题，而是简单地通过协商和讨价还价加以解决。这类企业虽然未必会有生存和发展的危机，但毕竟不是以现代合同理念看待合同问题，对合同的理解也过于狭窄。

合同文本方面的差距与社会发达水平、企业发展水平、企业管理水平、管理人员素质、合同处理人员的专业素养都有极大的关系，这些方面的差距在合同质量水平上会明显得到体现。尤其是一些“行业领袖”型的企业，由于经济实力雄厚、管理投入充足，大多设立了专门的法务机构负责处理包括合同在内的法律事务。某些实力雄厚的企业，不仅直接设立了公司律师，而且人员总数甚至已超过中等规模的律师事务所，其合同质量和合同管理均具有一定的水准。而一般企业，特别是刚起步的新企业、小微企业，不仅很多合同只是简单的订单、出货单，甚至其采购和销售都还处于口头合同阶段。

2. 文本深度尚有不足

除了某些外资企业偏向于使用复杂的、译自国外文本的合同外，国内企业所用的合同虽然质量高低差距较大，但总的来说大多文本深度尚有不足，主要体现在对交易实质的表述上有时不够透彻，以及缺乏个性化的实用条款、控制合同风险的周密性不足等。

需要说明的是，衡量合同的质量、制作水准关键在于对于实现交易目的、确保交易安全、解决可能发生的争议有多大的帮助和实用价值，并看与具体交易所涉及的法律环境的结合度。篇幅和复杂程度只是表象而非要旨。篇幅小的合同未必简陋、未必存在疏失，结构复杂和篇幅较长的合同也未必一定更为严谨、实用，因为一切要看具体的交易和法律环境。有些合同篇幅虽长，却因言之无物、离题万里而隔靴搔痒，而一些短小精悍的合同却因紧密结合实际并充分利用了法律环境而武装到了牙齿。

合同文本缺乏深度的原因比较复杂，主要有以下几类：

(1) 企业缺乏熟练、专业的合同工作人员，甚至既无专门机构又无专职人员，合同质

量控制和合同法律风险管理处于无序状态。

(2) 以前合同方面出的问题大多通过协商的方式解决，合同条款的缺陷及重要性未能突显，因此未充分意识到合同的重要性及有意识地运用合同。

(3) 受传统的人情文化影响，甚至将与客户建立私交当成“关系营销”，不愿以严格的条款影响客户“感情”，交易时不习惯使用严谨的合同条款。

(4) 相对成功的企业往往利用霸王条款或其他影响来解决问题，而其上、下游企业出于长远利益的考虑往往容易就范，因而无须复杂的合同。

(5) 由于缺乏核心竞争力且影响力有限，只能接受其上、下游行业的文本或交易习惯，以简单的合同或订单进行交易。

3. 文本套用多于起草

从总体上看，绝大多数企业所用的合同源于各类示范文本、先例文本或搜集到的文本，甚至是合同相对方的文本。这些文本大多只是经过简单的调整，甚至只是排版，便被一直沿用并长期处于只知其然而不知其所以然的状态。甚至某些比较极端的合同中，还在引用《经济合同法》等已经废止的法律规范、照搬 20 世纪末早已失效的质量标准。

合同条款的设计需要充分考虑交易所涉及的交易主体、交易内容、交易方式、问题处理等要素，因此，出色的合同需要结合自己一方的交易目的及交易的法律环境推敲条款表述的内容，以实现交易利益的最大化和交易风险的最小化。因此，合同文本既有侧重于保护某一方权利、义务的倾向性，也有因法律环境变化而无法充分实现保护，甚至与法律规定冲突的可能。不了解这些而套用合同文本或者不长期使用合同文本而不做改进，往往带来极大的法律风险。

4. 合同管理相对初级

企业的合同质量水平往往与其合同管理水平相呼应，完善的企业合同管理是站在企业运营的角度，通过对合同及表单文本、合同管理制度、管理流程的精心设计，将合同法律风险控制的综合手段植入这些解决方案，使合同从合作商选择、合同拟定、合同审批签订到合同履行、问题处理浑然一体，在建立科学、稳定的合同管理秩序，提高交易安全系数的同时提高合同管理的效率，实现企业合同利益的最大化和法律风险的最小化的平衡。

大中型企业由于交易额较大或交易品种多、合同数量大，提高合同管理的质量可以明显地降低合同风险、提高管理效率并减少低级错误引发的损失。但这种水平的合同管理是基于现代信息技术的运用和较高的员工素质、专业能力，并结合企业需求和业务特点而为自己量身定做，整个系统包括精心设计的标准化的基础文本、标准化的流程、明确的审核标准等，投入虽然较大但有一定的不可模仿性。而小型企业则因交易规模小、议价能力弱、合同管理投入较少，难以出现高质量的合同文本及合同管理体制。

由于企业会持续不断地面临法律环境、市场供求、行业竞争、交易习惯、企业状况、标的特征、交易对象等方面的变化，因而企业的合同管理体制其实也需要循环改进，包括其中的合同文本体系。总是“以不变应万变”地使用合同文本，或者在合同管理制度、合

同管理流程上未能实现闭环管理，本身有违现代合同管理原理并有违企业质量管理体系的要求，但这样的企业却比比皆是。因此，律师行业在这个领域其实有着广阔的空间，但需要在知识储备和工作技能等方面跨出传统法律人为自身设定的界限，以全新的面貌迎接全新的挑战。

（二）律师合同的主要问题

20世纪90年代中期，一份国内的并购合同可能只有两页16开纸，而美国律师协会推荐的并购合同样本则有七十多页A4纸，给中国律师带来了足够的震撼。这种差距其实是思维方式、理解水平的差距，也是社会发达水平的差距。

在近二十年后的今天，随着经济的发展和对外交往的增加，这类数十页纸的合同在中国律师眼里已经不再神秘，但仍有许多方面值得学习和检验。虽然法律环境、价值观的不同使得我们无法照搬西方的契约观和合同文本，但其中的工作思路、工作态度却值得虚心学习和掌握。总体而言，目前的律师合同文本主要存在以下问题：

1. 对合同范本的过度依赖

合同范本有政府部门的示范文本和其他交易先例文本之分。政府部门提供的示范文本往往要兼顾多方利益、多种交易而且要广泛使用，因此一般只具备交易所需要的基本内容，而且条款只能相对简单。个别的示范文本还会因为主持制定文本的部门本身属于某一行业的主管部门，而对所属行业的利益具有一定的倾向性。而随着经济的发展，个性化的交易越来越多，政府部门提供的示范文本已经越来越难以适应时代的需要，许多个性化的先例文本在特定领域具有比政府部门的示范文本更好的适用性。但由于个性化内容比较突出，而且大多带有利益倾向性，生搬硬套先例文本有时反而带来更大的风险。

合同是交易双方就交易事项所达成的一致，但在合同工作中总是会有一些细节需要在拟定合同时加以补充或调整。这些工作必然是围绕着交易目的和约束条件展开并优化，才能忠实于交易双方的利益平衡。律师在合同工作中，不可避免要使用一些合同范本以节省时间和精力，但使用合同范本过程中如果没有针对交易目的进行深入的调整而是让交易服从于合同范本，则是标准的削足适履。

在实际工作中，业务人员经常抱怨律师所提供的文本不切实际，律师则经常抱怨业务人员所用的文本太不规范。其实二者之间并不矛盾，以专业精神为客户量身定做的合同，一定会既规范又实用。而律师起草的合同被认为不切实际，大多是因为律师对于交易的便利性、条款的实用性或者交易双方的交易地位考虑不周，而业务人员所用的文本被认为不规范往往因为侧重于签约的便利和效率却很少顾及风险防控措施的安排。

要想达到二者之间的平衡，就完全不能以完成工作任务为导向，而是以实现交易目的为导向，结合实际调整合同的交易安排和表述方式。合同技能只有通过实践才能提高，其中最有利于合同工作能力提高的方法，是将合同范本中的权利、义务要素重新排列组合，或者干脆重新起草。那种先找范本再简单修订后交差的工作方式虽然省时省力却是本末倒置，这样完成的合同至多可以形似却实在难以神似，偏离交易目的的合同必然缺乏实用价

值。而且以这种方式完成合同工作，很难增强对合同、交易目的的领悟，合同技能也很难提高。

2. 对外来文本的盲目模仿

合同文本的形态是政治、经济、文化、历史、法制等因素相互作用的结果，并随着这些因素的发展而演变。推动合同发展的动力，是现代社会程度愈来愈高的生产社会化、产品复杂化、分工专业化，这些变化使交易的内容及程序越来越复杂、越来越专业，必须以更细化、更专业的合同才能实现交易目标。

国门初开之时，从发达国家涌入的合同文本曾令人耳目一新，并引来多方的研究、翻译和模仿。但随着接触的深入，这类合同文本的缺陷也同其优点一样明显，而且实际使用起来并不方便。其中最为主要的问题是，英语合同的语法结构远比汉语复杂，大量使用长单句以及各类冗长的定语、状语等从句，如果翻译时不能转成汉语的表述方式则非常拗口、难懂，与其说其专业化有余，还不如说其本土化不足。这不仅仅影响律师对合同条款的研读，更直接影响合同履行时直接执行人员的阅读和理解，非常容易出问题。

受社会、经济、法律、文化发达程度及传统思维的影响，国内客户大多排斥较长、较复杂的合同，其中的主要原因，一是篇幅越长、条款越复杂越需要付出管理成本和履行成本；二是某些权利、义务已在法律上有明确的强制性规定，无须在合同中另行约定。正因如此，英美法系中的严重问题可能在中国内地法律环境下并非重要问题。不了解这一点往往会画蛇添足。

对于外来合同，应该虚心地借鉴其逻辑结构、思维方式和表述技巧，尤其是严谨的工作作风和缜密的思维方式。但并不需要生吞活剥式地照搬照抄或刻意模仿，更不应该只知其然而不知其所以然地滥用“鉴于”、“定义”等条款，否则，只是在浪费时间并给合同的签订及履行带来麻烦。例如，许多外来合同本身就存在着严重的“水土不服”，如与法律体系存在冲突等，无论是阅读还是执行均多有不便。

3. 对合同理解仍需深入

虽然合同业务是律师最为常见的非诉讼业务，由于合同业务技能尚未成为独立的系列课程，因而无论是对合同的理解还是合同工作的基本方法、质量控制方法等，不同的律师均有不同的做法。即使是对同一份合同的审查，很有可能一位律师认为并无大碍，另外一位律师却认为乏善可陈，但只有结合具体情况方知属于工作粗糙还是质量过剩。

无论是评判合同文本质量还是评判合同应用方式，都需要结合具体的交易背景和交易目的。事实上，无论是合同文本还是其他合同工作都需要结合交易背景和交易目的，也只有这样工作才能加深对合同的理解，并使合同工作更有价值。但就整体情况而言，律师合同工作的问题恰恰出在这里。

例如，有的律师无视交易规模和标的的性质，对很小金额的标准化产品使用冗长的合同；有的律师在合同工作中跨过提供专业意见的职责，不是在促成交易，而是在阻碍交易；有的律师只注重业务开拓而不注重服务质量，无视适用性而盲目使用汉译后的调查提

纲和合同文本；还有一些律师只知通过霸王条款限制交易相对方的权利、增加相对方的义务却不知如何尊重交易相对方等。

所有这些情况的共同点，都是缺乏从合同的原理和规律的角度认真琢磨并知其然后知其所以然的过程，因此受限于视野和能力范围只知简单化地处理合同问题，其结果必然是让客户削足适履。无论是简单地套用文本还是简单地处理合同文本、粗犷地处理合同事务，都无法实现客户利益最大化，同时也失去了自我提升的机会。

四、合同业务所涉及的其他知识

新律师或律师助理们在从事合同工作中经常遇到的困惑，是面对洋洋洒洒的合同条款不知从何入手，或是虽能理解每个字句的含义却无法理解整个合同到底有无问题或有哪些问题。这种情况的出现，既有可能是由于合同文本本身不知所云，也有可能是知识储备不足或思维方式与交易逻辑无法合拍。

合同作为交易的第一个产物，紧密围绕交易双方为实现交易目的而对交易内容、交易方式、问题处理等内容所作的约定而展开，因此首先不是法律问题，甚至绝大多数内容也并非法律问题，唯有及时进入“角色”从交易角度考虑问题，才能真正理解合同并设身处地地发现问题。因此，法律知识以外的如下几类知识可为合同业务提供有力的帮助：

1. 标的知识

标的知识是有关合同标的的用途、产生原理、使用功能、价格构成、质量水准、常见问题等方面的信息，既有法律信息，也有技术和商业信息。这类知识非常有助于发现合同中存在的问题以及约定不足的情况，不仅可使合同工作具有针对性，也可以大大地丰富合同的内容并使之更为严谨、更具实用性，也更易实现交易目的。

买卖双方永远存在着信息不对称的问题，也就是“买的不如卖的精”。无论标的是产品还是服务或其他，对标的越熟悉，越容易看出合同中存在的问题，并可以最大限度地从标的的功能/用途、使用对象、质量标准、规格等级、标的构成、常见问题等方面作出有利的精确描述，并有针对性地设定质量标准条款、质量检验条款、最佳交易方式、违约的范围及责任承担方式等条款。

2. 交易知识

合同所涉及的交易知识，是指所有交易共同体现的以实现利益为目标的商业规律及一些合同谈判等常见做法。合同对于标的的锁定、对交易方式的锁定，以及谈判时的讨价还价、钻漏洞、“拉关系”等种种行为，无不与经济利益相关，甚至某些交易方式之所以异常复杂，其醉翁之意实为减少税赋成本。律师只有熟悉了这些交易中的常见情况，才能更理解合同。

法律人的思维方式容易从法律的角度判断交易问题，尤其是交易主体、交易内容的合

法性等问题。而企业从商业角度考虑问题，首先大多直接考虑经济利益，如交易成功后的利润、交易的成本、交易的安全性等，其次才是合法性问题。这虽然未必可取，但因大部分交易不存在主体、标的合法性问题，方法基本可行。

3. 行业知识

这类知识主要是交易双方所处行业的总体特征、运营模式、上游供应商、下游分销商等知识，了解这些知识可以更好地理解合同、理解交易方式，也更容易发现合同中存在的问题并提出改进建议，甚至能从发展战略的角度向企业提出更好的建议，因为议价能力本身也涉及其交易对对手上下游的影响能力。

而对于自己一方的当事人，还要尽可能了解他们的企业运营模式、企业经营偏好、交易习惯、企业价值观等。这些知识有助于更深入地了解交易的动机、企业的思维模式，增强对合同条款的认知和判断能力。

4. 管理知识

交易是企业经营管理的一个组成部分，而经营管理又是企业最主要的活动，熟悉企业管理知识和原理就更容易看清企业运行的全貌，不仅有助于理解企业的种种行为，更好地提供合同事务服务，还能发现更多律师可以大展身手的机会。因为管理企业的规章制度与管理社会的法律法规异曲同工，都是在建立适合存续和发展的秩序，而企业的许多法律问题都只有依管理手段才能得到根本解决。

例如，律师的合同业务通常只触及企业的合同文本，而企业规模达到一定程度后合同文本只是其中的一个问题，相应的合同管理制度、合同管理流程等直接影响着企业合同管理的质量和效率，但这已经不是常规的律师业务，甚至不是法律事务，但只有具备了相应的管理知识才能将这些问题用综合的手段加以解决。

综上，由于合同本身首先是经济问题，其次才是法律问题，只有从经济角度和企业角度去理解才能更加接近其实质，再结合律师专业的一系列相关法律知识，才能使合同工作在经济和法律两个方面充分体现其价值。

■ 第二节 合同工作的法律思维

合同是交易双方对交易条件所达成的一致，而交易则是为实现某种目标而进行的资源交换，因此合同首先属于经济活动。但任何交易行为都会受到法律规范的制约，所以合同才与法律有着千丝万缕的联系，合同条款也因此既有商务意义又有法律意义。

以往的法律院校教育或律师职业培训均以合同法为准，以至于许多律师在从事合同工作多年之后仍在沿用以前的方法，不仅影响工作质量，也难以提供更为高端的服务，因此以何种思维理念、工作方法从事合同工作，已经成为合同工作所必须掌握的基础内容。

一、合同工作基本思维

合同工作的本质，是围绕着当事人和律师共同确定的交易目的等工作目标，充分考虑现有的限制条件和法律环境，运用合同工作技能和法律规范中的有利条件，尽可能通过交易模式和合同条款的安排实现当事人利益最大化。

（一）法律思维的特征

法律工作各不相同，但无论是担任检察官、法官还是律师，尽管思维的目的不同，但其最基本的思维方式却完全相同，也就是紧密围绕着事实和法律判断问题，区别仅在于有的工作仅是得出结论，有的则需要找出解决方案。而且，法律思维下得出的结论，一定是依据逻辑推理不断排除不存在的可能项，直到得出有根有据的结论，而不是仅仅依据经验判断。

在人们耳熟能详的脑筋急转弯问题中，有个关于树上有5只鸟，猎人开枪打死1只后还剩几只的问题。在人们的常规思维中，结论应是一只也不会剩下。但在一个广为流传的笑话中，当老师提出这个问题后，下面一个学生却提出了一连串的问题，诸如猎人的枪有没有装消音器、有没有采取其他影响鸟类听到枪声的措施，剩下的鸟儿有没有视觉障碍，有没有听觉障碍，有没有反应障碍，有没有精神疾病，有没有自杀倾向，有没有被绑在树上、被粘在树上、被挂在树上，有没有被其他动物抓走，等等，在提出几十个问题并一一得到否定的回答后，学生才对老师说：如果是这样，那么树上一只鸟也不剩。

从表面上看，回答同一问题的思路虽有天壤之别，但得出的结论却完全相同，后者似乎是牛刀杀鸡甚至是小题大做。从思维特征的角度看，二者虽然殊途同归，却代表了两种完全不同的思维方式，而后者正是法律人依据严谨的逻辑推理得出结论的体现。依据常识得出的结论虽在大多数的情况下不会有问题，但哪怕是百分之一的错误对于出错的对象而言也是百分之百的错误。而法律行业容不得这样的错误，因此，凡事都要用事实和法律进行双重考验，在排除其他可能性之后得出唯一的、正确的结论。

但诉讼事务中的法律思维与合同事务中的法律思维还是有所不同。前者所依据的证据只有经法官认定为法律事实才起作用，而后者中的事实则既可以是尽职调查结果，也可以仅是当事人的情况介绍和口述的要求；前者是以法院判决为结果，后者是以设计出交易解决方案为结果；前者因判决结果而尘埃落定，后者以合同生效为交易行为的开始。因此，同为将提炼出来的抽象事实与现行的抽象法律进行比对，诉讼思维是将法律作为得出确切结论的尺度，合同思维则是将法律作为设计合同条款所要考虑的部分因素，或者说，诉讼思维是为了得到确切的结果，而合同思维则是为了面对不确定的未来。

（二）基本的合同工作思维

合同思维是法律思维的具体化和程序化，在合同工作过程中，律师其实也是遵循着法

律思维在平衡理想与现实之间的差距，从不同角度考虑不同的问题，从事不同的工作，找出不同的方法，以确保维护当事人的合法权益。

1. 识别当事人的目标

当事人在合同事务中的目标有时并不清晰，而是需要律师帮助识别。目标有直接与间接、表面与实质之分，还可以区分分过程目标、终极目标。对于经常性的普通交易合同往往并不需要识别交易的目标，因为其目标就是买到什么或卖出什么，尤其是与企业主营业务相关的交易更是如此。而对于那些非常规项目的交易，尤其是战略性的交易，则大多需要识别当事人的真正目标，以便为后续的合同工作指明方向、理清思路，同时也使合同文本有清晰的定位。

例如，许多企业都会以提供交易合同文本作为工作目标，却不知这只是过程性的目标，其终极目标只能是以最优方案实现交易。而且合同文本千变万化，不描述具体交易的目标、所受的限制条件，就无法提供合适的文本。如果没有目标识别的过程，必然导致不断返工的无效劳动。

2. 了解初步交易条件

任何交易都会受一定的条件限制而不能为所欲为，即使是在交易中处于优势地位也是如此，只不过在处于优势地位情形下可以有更多优势用以确定交易的基本模式、合同内容。还有一些是一方在交易中的底线，越过这一底线则风险太大或经济上不合算。这些双方在初期洽谈中已经达成的一致或确定的基本原则、基本设想、基本合同条款以及基础合同文本，便是合同事务处理中的交易条件。

这些相对简单、笼统的交易条件是合同工作首先应该了解的内容，因为它本身是确定合同条款的基本边界，或是确定合同条款的素材。当然，有些交易条件只是对方当事人在谈判中单方提出的要求，如果严重影响到自己一方当事人的交易利益，应该让当事人确认是否真的不可变更；如果可以变更，则按较为有利的方案形成合同文本以作为谈判的反要约；如果根本无法突破，则只能遵守。

3. 比对相关法律环境

相对于基本交易条件，法律规范对相应交易的强制性限制更是不可逾越的，既包括合同法对相关合同的要求，还包括合同法以外的其他法律对交易主体资格、交易标的、交易方式等一系列要求。以常规模式对常规产品进行的买卖往往并不需要这一步骤，因为买卖合同交易最为常见，又非常宽松。而对于并不常见的交易模式或其他有名合同的交易、无名合同的交易，则必须调研了解其法律环境的要求，以使当事人的交易利益最大限度地受到法律保护。

需要说明的是，法律条款在学理上有强制性条款与授权性条款、指引性条款和任意性条款之说，虽然这些都是理论上的区分，在现实中并非泾渭分明，但对合同工作还是有着很重要的指导意义。其中：

对于明确而又强制性的规定，合同工作中应尽最大可能避免与之发生冲突；

对于授权当事人可以自行约定或当事人的自行约定优先适用的规定，应当最大限度利用以充分保护委托人的合法权益；

对于作为提示的指引性条款，应当举一反三地发现问题、解决问题并落实在合同条款中；

对于法律并无强制性规定，而是规定当事人“可以”的任意性条款，应当充分考虑哪种方案更适合交易情况，并在深思熟虑后作出选择。

4. 梳理权利、义务体系

在完成以上思维过程后，合同工作的目标、必须遵守的规则和需要满足的条件已经形成基本轮廓，接下去的工作便是针对具体合同条款的操作。或者说，合同审查是基于前述信息发现合同中存在可能有违当事人交易目标、可能与法律冲突、可能因与交易基础条件差异太大而无法成交的情况，合同修改或起草则是基于前述信息提供可以满足所有条件的解决方案，也就是相应的合同文本。

没有经过这一过程虽也可直接进入合同的审查、修改或起草，但更容易因定位不准或偏离目标等原因而造成无效劳动，至少很难使合同精准地满足客户的需求。高质量的合同服务一定是基于前述步骤而收集到的有用信息，没有这些信息就容易盲人摸象般迷失方向。

二、合同所涉及的法律体系

传统的法学教育只有合同法而没有合同，因此许多人误以为合同业务就是合同法业务、合同问题就是合同法问题、研究合同就是研究合同法，这其实是大错特错。因为合同所涉及的法律问题远远大于合同法问题，稍不注意就可能出现合同条款与法律规范的衔接问题。

（一）合同涉及的不仅仅是合同法

合同是以书面形式体现的就交易所达成的一致，是交易双方通过利益博弈达到利益平衡的结果，起着记录交易合意并作为证据的作用，而合同法只不过是交易中设立、变更、解除合同关系所要依据的规则，因而两者之间是交易行为与行为规范之间的关系，只有部分范畴重叠并无相互间的归属关系。通常情况下的商务合同，大多会同时涉及多个法律领域：

1. 交易主体法

某些交易涉及法律规范对交易主体的限制性规定，并非所有自然人或法人、其他组织均可成为交易主体。这方面的限制又分为基础性限制和专业性限制，前者如工商登记管理制度对交易主体资格方面的要求，后者如大多部门法对经营资格、资质方面的要求等。

2. 主体权义法

为了规范各类商品的经营秩序，对于大多数商品都有相应法律规范强制性地明确生产

和经营者的权利、义务。以《产品质量法》、《消费者权益保护法》等为例，这些法律直接规定了生产者和经营者对于产品的质量责任和对消费者的责任及权利，甚至不同行业还有更为细致、明确的规定。除此之外，标的还会涉及附属的相关法，如标的本身所涉及的知识产权、他项权等其他权利。

3. 标的规则法

标的规则法是指大多数交易标的都必须符合一定的质量上或法律上的要求。例如，《食品安全法》、《产品质量法》在对交易主体进行规定的同时，也规定了食品、产品所要达到的技术标准以及需要具备生产许可证等法律规定。同时，《标准化法》及一系列的强制性质量标准，使得成为合同标的的工业品、建筑施工、电信服务等都有了强制性质量、标识等各类规则。

4. 交易规则法

这类法律是调整交易双方交易活动的通用规则，为设立、变更交易关系等确定了基本的秩序。这种交易规则法又大致分为两类：一类是《民法通则》、《合同法》等调整合同关系的法律规范及合同法的相关司法解释等，另一类主要体现为各行业主管部门对所辖行业的产品或服务在经营、交易方式方面的强制性要求，如金融业务的交易方式的要求。

如果从另外一个角度分析，合同中所涉及的法律既有交易双方都必须共同遵守的法律规范，又有单方各自遵守的法律规范；既有所有交易都需要遵守的法律规范，也有某些特定交易才必须遵守的法律规范。

例如，商品房买卖合同不仅仅涉及合同法的规定，还要涉及商品房买卖相关法律规范的调整，包括卖方主体的合法性和标的本身的合法性、出卖行为的合法性等。同样，家电产品的交易也不仅仅涉及合同法，同时还会涉及《产品质量法》、《消费者权益保护法》、产品售后“三包”服务等相关法律规范的调整，而且同样涉及生产者、经营者的主体资格，以及产品的合法性等问题。

因此，从事合同工作仅仅知道合同法还远远不够，至少要熟悉交易标的或交易行为所涉及的法律规范，否则，连最基本的法律方面的考量都无法胜任。

（二）合同涉及法律的不同层面

通常所说的“法律”也有广义与狭义之分，狭义的法律仅指最高层级的法律规范，而广义的“法律”则泛指所有层级的法律规范。结合《立法法》的相关规定及律师实务，通常所说的广义“法律”涉及诸多的法律领域，每个法律领域还有诸多层级，考虑稍有不周便可能百密一疏。

1. 国家法律

全国人大及其常委会制定的法律是最高层面的法律规范：全国人大制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律，其常务委员会制定和修改除应由前者制定的法律以外的其他法律，并在全国人大闭会期间对全国人大制定的法律进行部分补充和修改，但不

得同该法律的基本原则相抵触。

只要是由这两个部门制定、颁布，即使没有以“法”命名也仍属法律。例如，《民法通则》虽未以法命名，却同《合同法》一样，属于全国人大制定的法律。

就合同业务而言，由于合同法的文字量大、专业化程度高，在无力全面掌握合同法内容之前，应着重掌握总则部分及买卖合同部分，分则中的其他有名合同可在涉及时再加以研究。

2. 司法解释

最高人民法院对于合同法律问题的司法解释广泛分布于合同法的司法解释、合同审判的司法解释或批复以及其他法律的司法解释中，需要与合同法一并加以研究。司法解释并非《立法法》的内容（该法只规定法律解释权归全国人大常委会），但与合同业务的关系极为密切并直接影响合同形态，故收录于此一并讨论。

最高人民法院关于合同的各类司法解释为合同业务提供了大量的有用信息，是从事合同业务所必须熟读的内容。这些司法解释涉及一般买卖合同、商品房买卖合同、建设工程施工合同、技术合同等领域，分别是：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》（1999年12月19日公布）；《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（2003年4月28日）；《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（2004年10月25日）；《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（2004年12月16日）；《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》（2005年6月18日）；《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（2009年4月24日）；《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》（2009年7月30日）；《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》（2012年5月10日）。

此外，对于其他法律问题的司法解释或批复往往也会涉及对合同问题的法律性质认定，例如，《最高人民法院关于企业被人民法院依法宣告破产后在破产程序终结前经人民法院允许从事经营活动所签合同是否有效问题的批复》特别规定，“如果破产企业在此期间对外签订的合同，并非以清算组的名义，且与清算工作无关，应当认定为无效”。

另外，最高人民法院下发的判例也往往代表了最高人民法院对于某些法律问题的主流观点，而这些观点也足以影响各级人民法院的审判思路和结果，合同条款中的约定应尽可能避免与这类判例的观点相冲突。

3. 行政法规

国务院根据宪法和法律的规定，可以为了执行法律的需要和履行宪法规定的国务院职责而制定行政法规。在现实中，行政法规既可能是对法律的补充，也可能是某一领域正式立法前的过渡。

数量庞大的各类行政法规是合同工作中经常要接触的内容。根据最高人民法院对合同

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



法的司法解释，人民法院确认合同无效的法律依据便是全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规，因此要特别注意行政法规的规定是合同有效的底线，避免影响合同的效力或受到行政处罚。

4. 部门规章

国务院各部委、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构，可根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门权限范围内制定规章。正因如此，这层规章也被称为部门规章。这部分法律规范虽非判定合同是否有效的底线，却是全国有效的规范体系。

这类部门规章数量庞大、水平不一、时间跨度大，因此，有时会存在相互间冲突，甚至早已多年不再执行但并未明令废止的情况。

5. 地方性法规

依据《立法法》，省、自治区、直辖市人大及其常委会有权根据本行政区域的具体情况和实际需要，在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下，制定地方性法规。

除此之外，民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点，制定与地方法规属于同一层级的自治条例和单行条例。较大的市的人民代表大会及其常委会根据本市的具体情况和实际需要，在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下，也可以制定地方性法规，报省、自治区的人民代表大会常务委员会批准后施行。^①

地方性法规的存在大多是为了结合本地情况进一步细化中央政府及所辖部门的行政法规、部门规章，或在某些法律规范的空白领域建立秩序。例如，浙江省人大制定、颁布的《浙江省合同行为管理监督规定》中，大量篇幅是针对格式条款，并授予了工商行政管理部门进行罚款、追缴非法所得等权力，浙江省内的合同行为都有可能受其约束。

大量地方性法规的存在，既是对上位法的有效补充、细化，也是对律师法律常识的一种挑战。由于法学教育体系课程设计上的原因，院校教育一般并不介绍法条的理解与应用，因而许多人即便对国家法律的具体规定也了解有限，至于地方性法规更是因缺乏概念而常被忽略。而对于合同业务而言，只要是跨地区的经营行为，就一定要了解不同行政区域地方性法规的不同，否则，很容易导致跨地域的交易在当地面临直接的法律风险威胁。

6. 地方政府规章

省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府，可以根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规，为了执行这些法律规范上的便利或就本行政区域的具体行政管理事项制定地方政府规章。

这一层级的规章是《立法法》意义上最为底层的法律规范，违反这些规章虽然未必导

^① 《立法法》第63条第4款规定：“本法所称较大的市是指省、自治区的人民政府所在地的市，经济特区所在地的市和经国务院批准的较大的市。”

致合同无效，但往往足以招致行政处罚。即使是《立法法》范畴之外的政府部门条令、规定等，不加关注也很有可能导致某些行为无法获得许可。

除以上各层级的法律规范外，许多合同往往还会涉及各类大量的地方政府部门的规范性文件，这些文件虽然并非《立法法》意义上的法律，但对于某些需要政府部门批准、备案才能生效的合同而言却是不可逾越的强制性要求。

三、合同事务中的法律调研

合同大多同时涉及不同的法律领域，而且法律存在着从上到下的不同层级，因此，在合同事务中有时需要完整地进行法律调研，即检索和分析相应的法律规范，才能得出确切的结论。之所以称之为法律调研，是因为这一过程并非简单的法律检索，而是要在全面检索之余分析检索结果并得出确切的结论。由于这项技能属于实务技能，而院校教育又多以培养研究型人才为目标安排课程，因而许多法科生并未学过这一技能，甚至律师在职培训中也并无此类课程，许多律师没把它当成日常重要工作，从而影响了对工作质量的把握。

法律调研所对应的英文为 research，属于律师的一项基础性工作。在一些国外律师事务所中，年轻律师的工作一般从法律调研开始。无论是起草合同、法律意见书、诉讼文件还是提供给当事人的各种诉讼报告，资深律师在遇到一些一时不清楚或无法确定的法律问题时，一般都会让年轻的律师助理做一个法律调研，写一个调研报告，为律师的工作提供支持。从律师自身业务能力发展的角度来看，法律调研不仅是律师职业的基本功，也是积累经验和学识、确保工作质量的基础，同时也是确保合同工作不出法律瑕疵的重要手段。^①

第一，进行精确的法律调研起码要有专业的法律数据库。虽然依据有些公共搜索引擎也能找到一些法律规范，但这些随意出现的搜索结果大多未经严谨的核实和文本固定，甚至存在信息不全的情况，直接用于法律调研实在无法保证质量，甚至会产生极大的风险。另外，如北大法宝一类的专业数据库，不仅其资料有严格的核对程序以确保信息的可靠性，而且还会提醒相关法律条款涉及多少篇其他法律、行政法规、部门规章、司法解释、其他规范性文件，以及多少篇地方性法规、案例、裁判文书、相关论文，无论是查询法条内容还是调研相关学理解释，均十分方便；而且，在许多省份，律师可以凭执业证号登录使用，方便、可靠。

第二，需要掌握高级查询技巧。虽然法律调研可用最简单的关键词检索，并辅以标题、文号、分类等，但这种方式无法排除无效数据，要高效检索还须掌握一些专门的方法。例如，需要同时符合两个或以上要求时可用“and”（与），需要符合其一即可时可用“or”（或），需要在得到某些信息的同时排除带某些关键词的信息时可用“not”（非）进

^① 参见中华全国律师协会：《律师执业基本素养》，121页，北京，北京大学出版社，2007；吴江水：《完美的防范——法律风险管理中的识别、评估与解决方案》，北京，北京大学出版社，2010。

行组合搭配，都可以高效地查询到相关信息。

第三，掌握其他相关信息的查询方法。再强大的数据库也不可能包罗万象，有许多内容还是需要向其他的专业信息库或专门的网站查询。例如，法律信息数据库一般不包括专利权、商标权等方面的信息，纯学术论文不如专业网站齐全，且不包括大多数的地方政府规范性文件，对于这些信息仅供参考，需要向更为专业的网站或政府部门的官方网站查询。甚至在某些极端情况下，还不得不援引《政府信息公开条例》，要求行政机关公开相关信息。

第四，需要对所收获的信息进行分析处理。法律调研的原理，是对相关的法律问题进行全面的检索，并在剔除无关信息后，从众多不同角度、不同来源、不同层级的相关系统中研读出具体的法律观点。但在某些情况下这一过程并不轻松，不仅关于比较前沿的法律问题有着不同的观点，甚至某些看似十分明了的法律问题一旦细究到某种程度，也同样会出现说不清道不明的现象，因为客观真理都具有相对性，这个世界本身就没有太多的标准答案。但基于对法律层级、出台背景、立法目的以及学理解释、案例的观点细分和逻辑分析，即使是检索结果相互矛盾，但在合同领域大多还能得出基本的结论。

这是一些国外律师事务所和部分国内律师事务所在得出法律意见前必备的工作程序，也是法律人应有的严谨的工作方法。如果每项法律事务都以这种方式工作，法律工作中的失误会就少得多，法律服务质量也会有质的飞跃。尤其重要的是，这是一种面对陌生或没有太多把握的法律领域时快速提高相应知识积累、提高自信，并确保工作质量、避免执业风险、加快技能成长的有效方法。

四、合同工作中的律师调查

律师合同工作中的调查包括一般调查和尽职调查，但狭义的尽职调查应用面比较狭窄，并非所有合同都需要，广义的尽职调查则包括所有合同签订前进行的调查核实。但这一术语越来越被广泛地使用，几乎所有与交易有关的调查、核实都在使用这一术语。在事实与法律这两大法律思维核心问题中，如果说法律调研是解决其中的法律问题，则尽职调查和其他的调查就是在解决其中的事实问题。

（一）律师调查中的尽职调查

“尽职调查”本身源于英美法，其英文词为“due diligence”，本意是指“适当的或应有的勤勉”，并最早用于在证券市场上保护投资人的利益，后来逐步扩大到企业兼并与收购领域。从这一术语产生的渊源来看，尽职调查其实是对相关法律事务具有法律意义的背景资料进行应有的调查，使对相关法律事务的处理建立在客观、全面的信息基础之上，以确保相关法律事务的处理能够达到预期的结果，而不因相关信息在真实性、完整性、全面性、合法性等方面的原因影响预期交易目标的实现。

在国内，“尽职调查”一词早在1997年7月于当时国务院证券委员会所发布的《关于发布〈证券业从业人员资格培训与考试大纲（试行）〉的通知》中便已经出现。此后，中