

# 致格实务

上海市浦东南路 256 号  
华夏银行大厦 901 室  
邮编: 200002  
电话: (+8621) 5038 9058  
传真: (+8621) 5038 9298  
网址: www.zingerlaw.com

致格律师事务所

上海  
华盛顿特区  
弗吉尼亚

## 合同法 LABOR LAW PRACTICE

### 企业合同风险管理与控制

#### 第一部分：合同以及合同法的相关法律规定

##### 一、合同的概念

合同是一个很宽泛的概念，法治社会即合同社会，在我们当今这个社会中可以说不无所不有、无所不在。今天，我和大家共同探讨的仅是企业的合同，企业在经营过程中的合同。企业的经营管理都是建立合同基础之上，合同用的好，合同风险管理好，能为企业做强做大提供保障；合同用的不好，合同风险管理不善，企业便存在重大风险。

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。

这里需要关注的是，我们所称的合同一定是平等主体之间所签订，内容涉及的是有关民事权利义务。

这里需要展开一下我国法律体系的框架，以便在做的各位有个深入直观的印象。

##### 二、合同订立

合同订立是民事主体的一个极其重要的法律行为，是合同双方当事人意思表示一致的结果，合同订立与否将会对当事人产生相应的法律后果，所以我们需要了解合同订立的有关法律规定。

**当事人订立合同的静态表现形式**，有书面形式、口头形式和其他形式。法律、行政法规规定采用书面形式的，应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的，应当采用书面形式。所谓书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式。

合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款：

(一) 当事人的名称或者姓名和住所;

(二) 标的;

(三) 数量;

(四) 质量;

(五) 价款或者报酬;

(六) 履行期限、地点和方式;

(七) 违约责任;

(八) 解决争议的方法。

### 三、合同的效力

合同的订立仅是双方当事人在微观主体上意思表示一致的结果，但能否产生效力，则牵涉到国家法律对其所成立的合同进行价值评判。

#### 1. 效力确定

符合法律价值判断的合同自合同成立时生效。

#### 2. 效力待定

##### (1) 审批、登记生效

法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，则依照其规定后生效。

##### (2) 约定生效条件

当事人对合同的效力可以约定附条件。附生效条件的合同，自条件成就时生效。附解除条件的合同，自条件成就时失效。当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。

案例：沃尔玛案件

#### (3) 无权代理

行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。

例外规定：行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。

法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。

#### (4) 无权处分

无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效。

外贸当中比较常见，如在运输途中尚未取得提单等物权凭证情况下所签订买卖合同。

#### 3. 确定无效

(一) 一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益;

(二) 恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益;

- (三) 以合法形式掩盖非法目的;
- (四) 损害社会公共利益;
- (五) 违反法律、行政法规的强制性规定。

#### 4. 可变更、可撤销

下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销

- (一) 因重大误解订立的;
- (二) 在订立合同时显失公平的。
- (三) 一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，非损害国家利益的。当事人请求变更的，人民法院或者仲裁机构不得撤销。

#### 撤销权行使期限

- (一) 具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内没有行使撤销权;
- (二) 具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权。

#### 5. 合同无效的后果

无效的合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力。合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。合同无效、被撤销或者终止的，不影响合同中独立存在的有关解决争议方法的条款的效力。

合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必

要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。当事人恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的，因此取得的财产收归国家所有或者返还集体、第三人。

案例：台湾公司

#### 四、合同的履行

合同成立并生效后，最为合同当事人所关注的当属合同能够得到全面履行，否则将要产生违约责任、合同争议等。

##### 1. 履行内容约定

合同履行首先便要有履行的标准，这就是有关合同条款对各方的具体约定，如果合同没有进行仔细充分约定，存在未约定情形，此后，各方进行补充约定仍然未果，则在此情况下，法律便予以介入，进行补充规制。如：

- (一) 质量要求不明确的，按照国家标准、行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。
- (二) 价款或者报酬不明确的，按照订立合同时履行地的市场价格履行；依法应当执行政府定价或者政府指导价的，按照规定履行。
- (三) 履行地点不明确，给付货币的，在

接受货币一方所在地履行；交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行。

（四）履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间。

（五）履行方式不明确的，按照有利于实现合同目的的方式履行。

（六）履行费用的负担不明确的，由履行义务一方负担。

## 2. 先履行抗辩权

当事人互负债务，有先后履行顺序，先履行一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行要求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。

## 3. 不安抗辩权

应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：

- （一）经营状况严重恶化；
- （二）转移财产、抽逃资金，以逃避债务；
- （三）丧失商业信誉；
- （四）有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。

当事人没有确切证据中止履行的，应当承担违约责任。当事人依照本法第六十八条的规

定中止履行的，应当及时通知对方。对方提供适当担保时，应当恢复履行。中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的，中止履行的一方可以解除合同。

## 4. 代位权和撤销权

**代位权：**因债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权，但该债权专属于债务人自身的除外。

**撤销权：**因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。

撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。自债务人的行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭。

## 五、合同权利义务终止

合同正常履行完毕即产生合同终止的法律效果，但我们这里主要探讨一下合同未能正常履行情况下当事人权利义务终止的情形，主要是合同解除。

1. 约定解除，当事人协商一致，可以解除合同。当事人可以约定一方解除合同的条

件。解除合同的条件成就时，解除权人可以解除合同。

2. 法定解除：有下列情形之一的，当事人可以解除合同：

（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；

（二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；

（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；

（四）当事人一方迟延履行债务或者其他违约行为致使不能实现合同目的；

（五）法律规定的其他情形。

法律规定或者当事人约定解除权行使期限，期限届满当事人不行使的，该权利消灭。法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限，经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭。

## 六、违约责任

当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

1. 继续履行

2. 违约金

3. 定金

4. 除外责任：不可抗力条款

不可抗力，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。

## 第二部分 企业合同风险的管理与控制

### 一、什么叫合同风险？合同风险是一种什么样的风险？

通俗直接地讲，所谓企业的合同风险就是合同给企业产生负债或不良资产的风险，它是一种典型的让企业无法持续经营的风险。合同是负债和不良资产发生的源泉，不好的合同使企业的负债和不良资产急速增长，从而使企业越来越偏离它的营利目的，最终资不抵债，便只有关闭破产。

### 二、如何事前预防合同风险

面对合同风险，我认为可以通过以下途径尽可能地避免或减少风险。

#### 1、尽可能签订书面文件

特别要提醒大家的是，我国现行司法条件对于信件和数据电文等书面形式作为合同

的证据还涉及到许多技术性的问题，因此，您最好还要用合同确认书、对帐单等形式对此类书面合同加以确认。

## 2、签约前进行有效的资信调查

## 3、严格审查合同内容，避免风险

合同内容的审查主要包括以下方面：

### (1) 明确合同标的

一定要检查合同对标的约定是否明确，要写明标的的名称、型号、数量、质量标准、验收时间地点、保修期限等。

### (2) 审查合同文字及表述

文字的严格校对审查，防止笔误和歧义，法律术语、专业术语的审查，不同的语言表述不同的法律关系

诸如债务人没有还清货款，出具了一张欠条，只写明“还欠款 50 万”，“还”是多音字，教法官如何判。比如说，“定金”与“订金”、“预付款”完全是两回事，便常被人混淆着用。

### (3) 完善合同条款

在合同中除了写标的、对价，还必须写明履行期限、地点、方式以及违约责任、争议解决的方法等，涉及到运输和包装的，还必须特别订明运输、包装、双方责任归属与划分等条款。违约责任写明是违约金还是赔偿金等等。

## 4、谨慎审查对方的主体资格及签约代表的身份和权限，防止受骗

对方有没有资格签订这份合同也很重要。因此，一定要对方提供有效的营业执照和纳税登记等证明文件。如果是与代理商签订合同，还特别要审查它的代理资格，应要求它出示有效的代理证书。有的公司经常会以关联企业的名义与您签订合同，这时您就更应该要注意，不要认为与谁签都无所谓。要知道，一旦发生纠纷，法律只制约合同上写明的当事人。

## 5、严格审查合同的实质要件

合同的实质要件是指合同是否需要经过批准、登记、公证、见证、鉴证或出具合同确认书等手续才能生效的条件。如果存在这些条件，您务必办妥这些条件，合同才是有效的合同。

## 6、完善签约手续

签订合同时一定要企业的法定代表人或法定代表人授权证明的经办人签字或盖章，并加盖单位公章或合同专用章。合同由几页组成，最好还要加盖骑缝章，避免被人改头换面。签字盖章后，还应注明合同签订时间及地点。

## 7、完善企业的内部管理，防犯于未然

在企业中建立合同会签制度、合同档案管理制度、重大合同审查制度、合同履行情况检查汇报制度等，加强企业对合同的管理控制能力。

**8、加强合同管理人员及签约代表的培训和管理**

**9、聘请社会中介机构对合同的签订进行监管**

**10、涉外合同风险及防范特别注意事项**

(1) **法律适用**，合同法规定，除法律另

有规定外，签订涉外合同的当事人可以自由选择处理合同争议所适用的法律。因此，在签订涉外合同时，您一定要慎之又慎的选择对您有利的法律适用，防止被欺诈。选择法律适用必须以书面的方式明明白白的写进合同。

**(2) 仲裁与诉讼选择。**