

第一篇

完美的合同



一、尽职调查

商业交易中的风险不外乎三种：一是被诈骗的风险；二是合作方违约的风险；三是违约方无力赔偿的风险。为了避免商业风险，企业家一定要谨慎选择合作伙伴。

“尽职调查”是企业收购过程中的重要环节。在企业家选择合作伙伴时，“尽职调查”也发挥着巨大作用。企业家在选择合作伙伴、进行商业活动前，应尽最大能力对对方进行专业化调查，以判定对方是否值得信任，决定是否与其合作。

合作伙伴的信用与能力是核心。两者与资产常常有着正向对应关系。信用好、能力出众，资产状况通常不会差；资金越雄厚，越能反映出合作伙伴的信用与能力。我们主要根据对方的财产登记、财务报表、经营时间、商业案例、涉诉情况、投资关系、关联企业等方面的调查来综合判断。

首先应查阅对方法律公示信息，包括工商登记、不动产登记、税务资料、诉讼信息等。然后用我们自己的学识、经验、逻辑及怀疑精神，根据了解到的或真或假的信息去推断、怀疑并验证怀疑，从而不断接近事实的真相。

尽职调查需要对全方位的信息进行调查，包括法律、管理、财务、审计、知识产权等方面。本书主要跟大家介绍与法律相关的内容。

◆ 1. 工商登记资料

重点关注企业性质，成立时间、投资者及出资情况、企业住所、法定代表人等信息。可以委托律师到工商管理部门查询企业的工商档案。

企业依照性质分为三类：公司、个人独资、合伙。企业性质不同，投资者在法律上的义务也不同。

（1）企业性质之一——公司

公司有两种类型：有限责任公司和股份有限公司。无论哪一种类型，都遵循一个原则，即公司独立于股东、法定代表人而存在。公司有独立的法律人格。直白点说，公司是公司，股东是股东，法定代表人是法定代表人，三者区分开来，不能混为一谈。公司欠债，股东不用还，法定代表人也不用还。

《公司法》规定：股东以认缴的出资额或认购的股份为限对公司承担责任。因此，股东在足额出资后即完成了义务，无须再为公司的债务承担任何责任。该规定也可从反面推出这样的结论：如果股东出资不实，或出资后又抽逃出资，那么股东就要在不实或抽逃的出资额范围内对公司债务承担责任。

有限责任公司中有一种特殊形式——“一人公司”，即只有一个股东投资设立的公司。因为只有一个股东，所以股东说一不二，很容易操纵公司，很难做到股东与公司的区分和独立。为了避免公司和股东混为一谈，法律要求一人公司的股东必须要证明自己的资产与公司的资产是互相独立的，否则就视为二者混同，股东就要对公司债务承担连带责任。

案例 1 有限责任公司

2017 年 1 月 1 日，甲有限责任公司成立。公司章程规定：甲公司股东有 A、B 两人，公司注册资本人民币 100 万元，两股东各自认缴人民币 50 万元，于 2018 年 5 月 1 日前出资到位。2019 年 8 月，甲公司与乙公司签订购买木材合同，后甲公司违约，乙公司起诉。

经法院判决：甲公司赔偿乙公司 100 万元。执行中发现，甲公司财产不足以清偿上述债务。

【案例分析】

甲公司具有独立的法律人格。甲公司欠债 100 万元，应由甲公司独立承担赔偿责任。A、B 二人作为股东无须对该债务承担责任。如果甲公司资不抵债，案件无法执行，则可启动破产清算程序。我们为说明问题，做几种假设：

假如案例中股东 A 只出资了 20 万元，那么在甲公司的财产不足以清偿债务时，乙公司起诉要求 A 在未出资范围（30 万元）内对公司债务承担责任，会得到法院支持。

假如案例中股东 B 在出资后，又私下拿回 20 万元自用，那么乙公司也可起诉要求 B 在抽逃出资范围（20 万元）内对公司债务承担责任，也会得到法院支持。

假如甲公司是 A 自己投资成立的一人公司，在甲公司无力偿还乙公司债务时，A 必须证明甲公司财产独立于 A 个人财产，方能免于承担连带赔偿责任。如果 A 无法自证清白，则推定 A 与甲公司财务混同，A 对 100 万元债务承担连带清偿责任。

（2）企业性质之二——个人独资企业

个人独资企业由一人投资设立，企业财产归投资人个人所有，投资人对企业债务承担连带责任。个人独资企业与一人公司都是只有一个投资人，个人独资企业出资人叫投资人，一人公司出资人叫股东。个人独资企业投资人对企业债务承担无限连带责任；而一人公司股东只在无法证明个人财产独立于公司财产时，才对公司债务承担责任。从责任形式上看，一人公司对出资者的保护更大。相应地，法律对一人公司的要求也更加严格，从一人公司设立、解散、规章制度设定、运营管理、税收等各方面都比对个人独资企业有更多规范要求。个人独资企业的创设与管理则更加简单、灵活和自由。

案例 2

个人独资企业

甲企业性质是个人独资企业，投资人是 A。乙公司是一人公司，股东是 B。甲企业与乙公司签订了买卖合同，后因甲违约需支付乙公司人民币 100 万元。乙公司起诉甲和 A，要求甲支付违约金 100 万元，并要求 A 承担连带责任。法院判决支持了乙公司的诉讼请求。

【案例分析】

因为甲是个人独资企业，A 作为出资人应对企业的债务承担无限连带责任。

假如违约情况相反，甲起诉乙公司与 B，要求乙公司支付违约金 100 万元，并要求 B 承担连带责任。那么 B 是否要对乙公司债务承担责任，取决于 B 能否提供证据证明乙公司与 B 个人财产相互独立。如果能够证明，则 B 不需要承担连带责任。如果证明不了，就要承担连带责任。

（3）企业性质之三——合伙

合伙分为普通合伙和有限合伙。普通合伙中所有合伙人都对合伙企业债务承担无限连带责任。

有限合伙中的合伙人分两种，一种是有限合伙人，他们在其认缴的出资额范围内对企业债务承担责任（类似于有限责任公司的股东责任）；另一种是普通合伙人，他们对企业债务承担无限连带责任。

案例 3

有限合伙

甲企业是有限合伙企业。合伙人中 A、B 是有限合伙人，已足额认缴出资 20 万元。C 是普通合伙人。乙企业是普通合伙企业，合伙人为 D 和 E。甲、乙两企业签订合同，后甲违约。乙起诉要求甲支付 100 万元违约金，A、B、C 三人承担补充清偿责任。

法院最终判决甲企业应支付 100 万元违约金，C 承担补充清偿责任。

【案例分析】

C 作为甲企业中的普通合伙人，应对企业债务承担无限连带责任。应先用甲企业的全部财产进行清偿，不足部分由 C 负责清偿。而 A、B 作为有限合伙人，因其已实际缴清认缴的出资份额，故对于甲企业无法清偿的部分，无须再承担责任。

假如案例中乙企业违约，甲可以起诉要求乙支付 100 万元违约金，D、E 二人承担补充清偿责任。若乙财产不足以清偿债务时，法院可以执行 D、E 的财产以清偿债务。

◆ 2. 公司成立时间、住所

通过查看企业成立时间，考察企业住所地，了解企业住所地与办公场所是否一致，是否经常变更实际经营地，办公场所是买的还是租的，租约多久，企业成立时间与办公场所租约是否契合。这些情况有助于判断一个企业的信用与资产。对于一些成立时间短、办公场所租约短、经常变更实际经营地，“打游击”的企业，要格外谨慎。而对那些自有物业，经营时间久的企业则可以认为信誉度良好。

◆ 3. 认缴出资与实缴出资

（1）公司

认缴出资与实缴出资是不同的。股东认缴出资，是股东对公司做出的承诺，意味着股东愿意为公司出多少钱。实缴出资则是股东已经为公司出了多少钱。所以，注册资本高，并不意味着公司就“有钱”，因为股东可能只是开了个“空头支票”，并没有实际向公司注资。

我国最早开办公司是“实缴制”的，就是说股东必须真金白银拿出足额的钱（注册资本）才可以设立公司，所以最早一批公司的经济实力还是比较强的。但随着经济发展，很多人没有启动资金但也想开

公司。国家为了刺激经济，从2014年开始采取“认缴制”——股东想要开公司，只需要“认缴出资”即可。简单地说，就是注册资本没到位，但公司可以先开起来，股东只要在承诺的出资期限届满前把认缴的出资额出到位即可。这个政策一开始，对创业者来说是个巨大利好消息——没钱也能开公司了！一时间，公司如雨后春笋大批涌现，一方面确实带动了经济繁荣；但另一方面也产生极大问题——由于不需要实缴，设立公司成本极低，于是市面上出现大量空壳公司、皮包公司。这些公司毫不负责任，严重扰乱了经济秩序。

为了遏制这一现象，2023年十四届全国人大常委会第五次会议提出了《公司法（修订草案三次审议稿）》，拟将现行的“认缴制”改为“股东必须在五年内缴足出资”。但是，会议并未通过该草案。截至本书付梓，该草案仍在征求意见中，尚未有定论。

如果该草案得以通过，那就意味着，以后创办公司，股东需要在5年内将其认缴的出资金额出资到位。这一举措，会极大提高公司的资产能力，同时也意味着，设立公司的门槛又提高了。

鉴于新政策尚不明朗，且即使新政实施，亦需要较长的时间来“整顿市场”，现在市面上还是存在大量的空壳公司。故提醒各位企业家，在订立经济合同之前，应当认真审查对手公司的资本情况，了解其注册资本是多少、股东实缴出资是多少。如果注册资本高、实缴资本低、出资期限很长，那么应当引起注意，要进一步考察对方的资产能力及履约诚意。一旦真的遭遇违约，要及时申请该公司破产。根据《破产法》，人民法院受理破产申请后，出资人的出资义务将加速到期。即就是说，虽然公司章程规定的出资期限还没到，但股东不再享受期限利益，应当立即补足其认缴出资，用于偿还公司债务。

案例 4

空壳公司

2019年1月1日，A、B投资设立甲公司，章程规定公司注册资本人民币100万元。A认缴60万元，实缴0元；B认缴40万元，实缴0元。出资期限均为2045年1月1日。甲公司后来与乙公司签订了

一份买卖合同。甲未履行，依合同需支付乙公司违约金人民币 100 万元，甲公司无力支付。经调查，甲公司名下没有任何财产。

【案例分析】

既然甲公司是空壳公司，即使乙公司起诉并获得胜诉判决，也执行不到任何财产。故此时乙公司可直接申请甲公司破产。破产程序中，A、B 的出资义务会加速到期，即是说 A、B 要补足 100 万元出资，加大了乙公司债权实现的可能性。

在认缴制下，虽然股东没有实缴出资，但是其认缴的出资额度仍然有意义。在调查企业信息时，应该予以关注。股东认缴的额度、是否有出资的能力，都是调查中要考量的重要因素。

（2）个人独资企业与合伙企业

个人独资企业的投资人、合伙企业的普通合伙人对企业债务承担无限连带责任，所以投资人、普通合伙人的经济实力尤为重要。在调查时要对他们的个人经济情况进行了解。

对有限合伙企业应给予特别的关注。因为有限合伙人是有有限责任，有些合伙企业为了壮大企业声势，故意拉进来财力雄厚的人做有限合伙人，而对外只声称其为合伙人，不提醒甚至刻意隐瞒其“有限”身份，迷惑生意伙伴。将来一旦合伙企业欠了债，债权人要求合伙人承担连带责任时才发现，资产雄厚者是有限合伙人，而普通合伙人并没有资产来承担企业欠下的巨额债务。

◆ 4. 法定代表人

公司设有法定代表人，依照公司章程的规定，由董事长、执行董事或经理担任。在民事强制执行程序中，当公司无财产偿还债务时，法院有权对公司的法定代表人采取限制高消费、罚款、拘留等强制措施。一些公司为了规避风险，经常会拉一些老人、无资产的人挂名法定代

表人。尽职调查中如果发现公司法定代表人的设置不合常理，匪夷所思或经常更换，就要对这个公司的信用打个问号。

工商的企业登记信息一般只公开法定代表人、股东的姓名，不公开身份证件信息。在尽职调查中，应获取法定代表人、股东身份证件信息，以备将来不时之需。在强制执行程序中，法院对公司法定代表人、主要负责人、债务履行直接责任人、实际控制人可以进行限制高消费、限制出境，甚至罚款、拘留。这些强制措施通常需要申请执行人向法院提供上述人员的身份证件信息。

◆ 5. 企业对外经济合同

车辆有核载质量，码头有吞吐量，企业的运营能力也是有限度的。了解企业有哪些正在进行的交易，将标的额总量与企业的综合实力相对比，判断对方是否超负荷运转、有无资金链断裂的风险。同时建议对被调查企业的主要合作伙伴进行进一步调查，判断被调查企业的主要业务合同的履行情况，评估一旦被调查企业遭遇违约，是否会因遭受重创而无力履行合同。

◆ 6. 关联企业

关联企业，是指与其存在直接或间接控制关系或重大影响关系的企业。主要的情形有，A公司投资设立的B公司（控制关系）；A公司的股东投资设立的C公司（一套人马，两个牌子）；A公司在业务上联系紧密的上、下游公司D公司（利益关联关系）；A公司大股东的夫（妻）、子女（父母）等具有亲属关系的人投资设立的E公司（重大影响关系）等。一个企业的经营情况、财务状况恶化，极有可能波及关联企业，反之亦然。在经济活动中，投资者常常出于各种目的同时设立多家公司，而这些公司成为利益共同体，一荣俱荣，一损俱损。当发现企业存在关联企业时，一定要对其关联企业进行调查。

◆ 7. 企业对外法律纠纷

我国推行司法信息公开，在最高院的网站上可以轻易检索到企业涉诉信息。尽职调查中对相关企业涉诉情况进行检索、归纳，可以了解该企业常见的纠纷类型及征信情况，从而简要判断企业诚信度；同时可知晓该企业目前的债权债务关系状况，这在一定程度上能够反映出企业资金运转情况、大额交易状况；另外，看企业是否存在劳动关系方面纠纷，可以判断出该企业的内部管理水平；最后查询企业及企业关键人物是否存在失信、被限制高消费等情况，综合判断合作过程中可能出现的诸多风险。

二、签字与盖章

法定代表人是公司的内设机构。法定代表人的签字，只要是履行职务的行为，即为公司的意思表示。

公章作为公司的象征，是公司的对外符号凭证。盖章可以理解为公司这一虚拟民事主体的签字。“章是死的，人是活的。”公司这个民事主体也没有思想与行为的能力，因此公章只能借助于特定的自然人方能加盖。对于盖章，有权之人所盖印章视为公司的意思表示。

◆ 1. 签字与盖章的效力

作为公司意思表示的法定代表人签字与盖章效力上并无区别，可独立使用。在判断是否为公司意思表示方面，两者可相互印证、相互补充。

案例 5 签字盖章都代表公司行为

最高人民法院（2013）民申字第 72 号案件中，北京某公司与机床总公司、牡丹园公司代理合同纠纷一案。案件中的争议焦点为：根据合同中“此协议双方签字盖章后生效”条款，合同的生效条件是否为双方的“签字”和“盖章”同时具备。最高院认为：《协议书》上北京某公司的公章真实，能表明该盖章是北京某公司的真实意思表示；《协议书》有机床总公司的法定代表人签字，且机床总公司并不否认，也可以表明该签字是该总公司的真实意思表示。据此，一审、二审判决认定《协议书》真实有效并无不当。

【案例分析】

最高法院对北京某公司的盖章与机床总公司的法定代表人签字都是公司的真实意思表示的认定并无不当，但是说理部分回避了《协议书》中“此协议双方签字盖章后生效”条款中“签字盖章”含义的分析。我们探究一下，“签字盖章”若为“签字并盖章”的意思，则合同生效条件未成就，合同未生效；“签字盖章”若为“签字或盖章”的意思，则合同生效。此案中，“签字盖章”的真实意思难辨，但根据案件中北京某公司的部分履行、机床总公司的接收行为，也可视为双方通过自己的行为确认合同已经生效，如此论证更有说服力。

案例 6 签字与盖章

最高人民法院（2015）民一终字第 116 号案件中，顺风公司与深发展银行签订了《还款协议》。案件争议的焦点为：协议中的合同生效条件“签字、盖章”之间的顿号应如何理解？是选择其一即可，还是要同时具备？

最高法院认为：关于该协议中的“签字、盖章”中的顿号，是并列词语间的停顿，其前面的“签字”与后面的“盖章”系并列词组，它表示两者间的并列关系，只有在签字与盖章均具备的条件下，该协议方可生效。另从双方当事人签订的《还款协议》内容看，其专门设定了双方加盖公章与负责人签字栏目，在该协议中深发展银行既签署了负责人姓名，也加盖了单位印章，而顺风公司仅有法定代表人签名，未加盖单位印章。由于顺风公司未在《还款协议》上加盖单位印章，不具备双方约定的生效条件，所以协议未生效，深发展银行依据该协议主张权利，事实依据不足。

【案例分析】

最高法院在判决中进行了两项说理，第一项从顿号在语法中的意

思和作用出发，略有牵强。作者认为对合同条款的理解，应探究当事人内心的真实意思。顿号的语法意义虽然明确，但是当事人在生活、工作中未必清楚明了，即使了解也未必有足够的警觉性予以区分，以此来判断当事人协议中的真实意思表示不足以反映案件事实。第二段说理从合同的格式上进行推断更有说服力。如果关于“签字”与“盖章”间的关系确实难以判断，可以当作约定不明，视为无约定，从而适用“合同自成立时生效”的法规更有条理。

企业家在订立合同时应用词准确，使用“签字或盖章”，或“签字并盖章”的明确表达，以免产生争议。上述两则案例中，“签字盖章”“签字、盖章”的真实意思表示就产生了争议，最后将解释权交给了法官。签订合同，一字之差，价值千金。

◆ 2. 无效印章

商业活动中，有时会遇见无效印章，包括两种情况：一是章本身有问题，是假章、作废印章、与印章图鉴内容不匹配的印章等；二是虽然是真章，但盖章的人无权使用公章，导致虽然盖了章但公司拒不承认盖章效力。

公章真伪，合同相对人常无法判断，但盖章人很清楚。即使是无效印章，如果盖章人是有权代理人、法定代表人，合同相对人就有理由相信公章的真实性，法律保护相对人合理信赖利益。如果公司的有权代理人或法定代表人故意使用假章后，又以印章无效为由否认合同效力，是不诚信行为，法律不予支持。

所以，印章是否“有效”，最根本的在于盖章之人是否“有权”——有权之人，加盖假章合同也有效；无权之人，加盖真章合同也无效。

案例 7 无效印章，有效

（2019）最高法民申 2433 号，柴某与江建公司、段某、江建公司亳州分公司民间借贷纠纷一案，争议焦点为：段某在借条上加盖江建公司亳州分公司印章行为是个人行为，且印章是伪造的，江建公司是否应承担清偿责任？

最高院认为：段某是江建公司发文任命的分公司副经理，即使段某与江建公司之间无劳动关系，就段某对外以江建公司亳州分公司副经理名义从事的与亳州分公司经营有关的事务之事实来看，江建公司仍应承担相应的法律后果。即使所盖印章系伪造的，鉴于段某的公开身份，相对人也有理由相信该印章是真实的，故印章真假不影响江建公司亳州分公司的责任承担，江建公司作为总公司同样应承担清偿责任。

【案例分析】

案件中，段某是江建公司发文任命的分公司副经理，平时以分公司副经理的身份从事公司经营相关的事务，可以构成合同相对人的合理信赖，法律应保护此种信赖利益。即使是个人行为，导致公司利益受到了损害，也是因为公司的选择、任命与管理出现了问题所应付的代价，比起让善意的、无过错的合同相对人承担损失更为公平。最高院的判决保护了善意相对人的合同信赖利益，有理有据。

案例 8 专用章效力

最高人民法院（2014）民申字第 1 号，陈某与国本公司、中太公司民间借贷纠纷一案的争议焦点为：借款人在借款合同上所盖公司项目资料专用章是否有效？

最高院认为：当事人在借款合同上加盖具有特定用途的公司项目资料专用章，超越了该公章的使用范围，在未经公司追认的情况下不能认定借款合同是公司的意思表示。

【案例分析】

通过外观判断，项目资料专用章显然是具有特定用途之章，无权在特定用途之外代表公司进行意思表示。相对人未注意到这一点，显然有重大疏忽，不应认定公司承担责任。我们再探讨一下，假如盖的不是项目资料专用章，而是财务章，是否仍应认定为无效呢？笔者认为，在所盖印章与合同内容不相匹配时，应考虑到普通人对印章的理解、盖章人的身份等综合判断，不应一概认定无效。

如前文所述，企业家要有这样的观点，“人比章重要”。签订合同时首先要考察持有、使用印章的人是否有权代表公司，是否为法定代表人或经授权的代理人；其次要审查印章的内容。印章依内容分为公章、财务章、保管章、发票章、项目专用章等，内容均会在印鉴上予以显示。尽管合同有效与否本质上取决盖章之人有无代表权、代理权，但若印章内容与合同内容明显不符的情况下还盲目相信，难辞其咎。最后要尽量要求既签字又盖章。要求法定代表人或其他有代理、代表权限的人签字，并注明身份，增加一层保障。

◆ 3. 空白合同

正常的合同签订过程，是先达成协议，再订立合同。但在实际生活中，使用盖有公章的空白合同的情况很多。合同是否有效取决于持有空白合同之人是否有代理权。有权之人持有加盖公章的空白合同，公司应对在合同上添加的内容承担责任。无关人员持有合同、添加内容的，可按无权代理处理。

案例 9

空白合同的效力

A 持捡到的加盖甲公司公章的空白合同书与乙公司签订买卖合同，乙公司向甲公司购买手机 100 部。合同签订后，乙公司向 A 交付定金

10 万元，甲公司迟迟不发货。乙公司起诉要求甲公司双倍返还定金 10 万元，甲公司辩称 A 是无权代理，不予追认合同的效力，请求驳回诉讼请求。

法院认为：A 既非甲公司的法定代表人，也无相应的授权手续，其无权代理甲公司签订合同，不能仅因合同上的公章认定甲应承担责任的，故驳回乙公司诉讼请求。

【案例分析】

即使空白合同上的公章是真实的，若合同持有人没有代理权，亦构成无权代理，合同是否对公司生效取决于公司是否对合同进行追认。追认的，合同有效；不予追认的，合同对公司不发生效力。

但若空白合同的持有人有理由让对方相信其有代理权，则构成表见代理，公司需要承担责任。

企业在进行交易时，应注意查清签订合同的人有无代理公司的权限。对长期的商业合作伙伴，若出现新的法定代表人、代理人时，要重新审查授权文件。

此外，企业亦要严格管理公章，尽量避免在空白合同上加盖公章。首先，若因特殊需要必须提前制作加盖公章的空白合同，应严格限制空白合同持有人，并登记合同编号，追踪合同去处。再次，员工离职时确保收回全部授权委托书及空白合同，防止离职员工冒用公司名义对外进行商业活动。最后，一旦公章丢失，应及时登报公告。

◆ 4. 法定代表人签字的效力

法定代表人的签字，并非当然地代表公司。只有作为职务行为的签字才能够代表公司。在涉及法定代表人个人的纠纷中，法定代表人常常辩称其签字是职务行为，个人不应承担责任；而在涉及公司的纠纷中，其又以签字为法定代表人的个人行为为由拒绝公司承担责任。

那么，究竟是个个人行为，还是职务行为，如何判断？法院审理案件时会根据具体情况综合考量：（1）合同主体是公司还是法定代表人个人；（2）合同内容与公司经营范围是否相关；（3）合同利益归属公司还是个人；（4）合同义务是由公司还是个人履行等。

案例 10 法定代表人签字效力

孙某是 A 公司的法定代表人。2008 年 4 月 15 日，叶某与孙某签订《搭棚工程合同书》，合同主体为 A 公司与叶某，合同落款为孙某签名，无公章。相应的《建筑工程费用清单》也是由孙某签名。叶某已经从孙某处预支到部分工程款，仍欠 48000 元工程款。叶某起诉孙某，要求其支付剩余工程款。法院认为孙某签名为职务行为，驳回全部诉讼请求。

【案例分析】

案例中，原告认为孙某签字是个人行为，主张孙某应承担工程款。法院根据合同主体、孙某职位及合同内容与履行情况，认为根据市场惯例，叶某应相信孙某是履行职务、代理公司进行的签字行为，从而确认孙某个人不承担合同责任。

企业在签订合同时应注意审查合同主体，与公司签约时合同主体是公司，而非法定代表人；应要求对方法定代表人签字并加盖公章，确保法定代表人签字是职务行为，对公司有约束力。如果要求法定代表人对公司债务承担连带责任的，应在合同中进行明确的约定，否则法定代表人不会对公司债务承担责任。

三、合同内容

合同首要原则是意思自治。也就是说，只要合同双方在真实意思表示之下，不违反法律法规或社会公序良俗，对合同条款是可以自由设立的。合同一旦签订生效，对双方就具有约束力，双方必须依照执行。如出现违约情况，违约一方就要承担不利法律后果。

企业家必须掌握合同条款的创设技巧，保护并扩大自己的合法权益。通过设立利己条款，达到己方利益相对最大化。

举个例子，甲向乙购买木材。合同中肯定要规定甲方以怎样的价格，购买乙方什么标准的木材。那么甲方应该从哪些角度来考虑最大化自己的利益呢？

一是严格规定木材的质量标准，确保拿到符合预期质量的木材；二是严格规定交货时间，给自己预留足够的时间清点、检验木材；三是提前指定评估或检验机构，在货物质量出现纠纷时可以迅速通过指定的机构出具评估或检验报告；四是严格规定违约责任，一旦发生违约可以迅速确定赔偿方案，避免耗费大量精力处理纠纷，扩大企业损失。企业涉及的合同种类繁多，我们无法把每一种合同都拿出来举例。我们通过分析讲解通用的重点条款并提出建议，供企业家借鉴。也希望大家通过学习，举一反三，养成法律思维，能够创造性地设立利己条款。合同条款应具体、明确地约定履行期限、标的质量与数量、风险承担方、履约地点、履约方式等诸多内容。

因合同内容约定不明产生争议而导致重大损失的商业案例比比皆是。企业家在草拟合同时应有敏感性，对合同中易产生纠纷的内容要考虑到所有细节并进行详细的约定，以免产生争议影响合同的履行。

案例 11

合同约定不明

甲公司是一家全国连锁的超市水果供应商，于 2018 年 5 月与乙公司签订了一份买卖合同，向乙购买 20 吨西瓜。合同约定为：乙于 2018 年 10 月 1 日前交付山东产花皮瓜 20 吨，价格每公斤 2 元。甲收到货物后 10 日付清全部货款。合同签订后，乙于 9 月 29 日通过某物流公司向甲发货。甲于 10 月 9 日收到，西瓜破损率为 7%。甲认为：（1）乙迟延履行义务。合同约定 10 月 1 日前交付，甲 10 月 8 日才收到物流公司交付的货物；（2）西瓜质量不符合要求，乙交付的西瓜为劣等西瓜，大部分分量不足 3 公斤。口感不好，难以出售；（3）西瓜运输过程中破损率 7%，该损失应由乙承担。甲未付款，要求与乙公司协商解决。乙公司认为：（1）已依约定在 10 月 1 日前发货，按时履行了义务；（2）西瓜是山东产花皮西瓜，符合合同约定；（3）运输过程中的破损应由甲承担。乙方认为已依合同约定履行了全部义务，甲应支付货款 40 万元。

【案例分析】

这是典型的因合同约定不明产生的纠纷。如果在订立合同时考虑到交付时间、标的物质量、运输损失的承担等细节问题，将相关内容进行了明确约定，这些争议是完全可以避免的。

建议将案例中的合同内容作如下修改：

乙公司应于 2018 年 10 月 1 日前交付山东产花皮瓜 20 吨，货物由乙负责交某物流公司运输运至甲方位于北京市宣武区长城街 618 号的仓库视为交付。运输过程中货物破损风险由乙方承担；乙方应保证交付的西瓜 80% 以上超过 3 公斤；若符合前项质量要求，西瓜价格每公斤 2 元，甲公司收到货物后 10 日付清全部货款。

经过修改的合同对西瓜的交付方式、交付时间、交付地点，西瓜的质量与价格，运输过程中的风险承担均进行了明确约定，能够有效避免履行合同过程中产生的争议。

案例 12

合同约定不明

甲与乙于2018年10月1日签订了房产买卖合同，价款为500万元。合同相关条款为：（1）乙应于10月7日前将首付款150万元付至双方开设的联名账户；（2）甲方收到首付款后及时配合乙办理申请按揭贷款手续，乙应于10月30日前取得某银行的放款承诺函；（3）乙在按时取得放款承诺函的前提下，甲应及时协助乙办理房产过户登记，并在过户登记完成后合理期间内将房产交付乙方。

合同签订后，乙如期支付了首付款。甲于10月19日协助乙申请按揭贷款。银行于10月25日调整了相关政策：对居民名下的第二套房产不予发放贷款。乙所购买的房产属于第二套房产，因此贷款无法获得审批。甲认为乙违约，要求解除合同，并要求乙赔偿100万元的违约损失。乙方认为：第一，甲方在收到首付款后未及时配合办理按揭贷款的申请手续；第二，银行贷款政策的调整不是自己能控制的。所以，乙方同意解除合同，但认为合同无法履行是甲方未及时配合申请贷款及银行政策调整造成的，自己并没有过错，拒绝赔偿损失。

【案例分析】

为了保障合同双方权利义务具体、明确，在合同中应避免使用模糊的主观性词语。比如“及时”“合理”“尽快”。这些词语极易产生争议，也会成为违约的借口。建议对案例中的合同作如下修改：

（1）乙应于10月7日前将首付款150万元付至双方开设的联名账户；（2）甲收到首付款后三日内配合乙办理申请按揭贷款手续（甲若进行公证，授权中介公司的员工丙配合乙办理申请按揭贷款手续，视为甲履行了配合义务），乙方应于10月30日前付清剩余房款（取得某银行的放款承诺函即视为付清全部房款）；（3）乙付清全部房款后，甲应在收到房款后三日内协助乙办理房产过户登记（甲方若进行公证，授权中介公司的员工丙协助乙办理房产过户登记，视为甲方履行了协助义务）；（4）在过户登记完成后十日内将房产交付乙方；（5）若

因银行贷款政策原因无法获批贷款，乙方有权解除合同，并不承担违约责任。

上述修改以“首期款到账后三日内”“收到房款后三日内”“过户登记完成后十日内”等客观性表述取代了“及时”“合理”等主观概念。首先，这样便明确了义务人履行义务的时间。其次，为什么要增加公证条款？在进行双方配合的事项时，需要双方时间的一致性。在履行过程中常常发生我有时间、他没时间，他有时间、我没时间的情况。因此，可以通过单方面的公证行为取代原有的行为义务，避免纷争。当然，公证涉及费用，可约定公证产生的费用由委托公证一方承担。

四、管辖条款

我们可以在合同中设定管辖条款，约定纠纷的解决方式和地点。

◆ 1. 仲裁条款

案例 13 约定的仲裁机构名称不准确

甲、乙两公司签订了海上货物运输合同。合同中约定了管辖条款。因本合同发生的一切争议由双方协商解决；协商不成的，由北京市仲裁委员会管辖。后发生争议，甲公司向北京仲裁委员会申请仲裁。乙公司认为合同中约定的“北京市仲裁委员会”不存在，仲裁条款无效，请求法院确认仲裁协议无效。

法院认为：虽然约定的“北京市仲裁委员会”不存在，但能够确定双方当事人的真实意思表示是“北京仲裁委员会”，因此仲裁协议有效。

【案例分析】

根据《〈仲裁法〉若干问题的解释》，仲裁协议约定的仲裁机构名称不准确，但能够确定具体的仲裁机构的，应当认定选定了仲裁机构。法院认为仲裁协议中的真实意思表示就是“北京仲裁委员会”。只是名称不准确，应视为选定了仲裁机构，仲裁协议有效。

实际上，乙公司的答辩策略有误。《〈仲裁法〉若干问题的解释》也规定了，仲裁协议约定由某地仲裁机构仲裁且该地仅有一个仲裁机

构的，该仲裁机构视为约定的仲裁机构。该地有两个以上仲裁机构的，当事人可以协议选择其中的一个仲裁机构申请仲裁。当事人不能就仲裁机构选择达成一致的，仲裁协议无效。若乙公司想否认仲裁协议的效力，可答辩称其在签订合同时对仲裁协议中的“北京市仲裁委员会”理解为“北京市的仲裁委员会”，以为可以在设立在北京的北京仲裁委员会、中国国际经济贸易仲裁委员会、中国海事仲裁委员会三家仲裁机构任选一家。这种理解也有很大的合理性，法院有很大可能根据《〈仲裁法〉若干问题的解释》第六条支持乙方的请求，确认仲裁协议无效。

那么，在设定管辖条款时应当考虑哪些因素呢？设定管辖要综合考虑效率、公正、保密、成本。

（1）效率。仲裁采用一裁终局制，而诉讼则是两审终审制，所以仲裁的效率比诉讼高。另外，不论选择诉讼还是仲裁，很多案件都因为地址不详浪费了大量时间。为了提高效率，企业家应在合同中约定送达地址。送达地址前置制度在司法实践中认可程度不一。因此应尽量规范，可参考江西省高级人民法院制作的诉讼送达地址的前置格式。

通信地址和联系方式。合同各方一致确认以下通信地址和联系方式（或本合同中记载的各方通信地址和联系方式）为各方履行合同、解决合同争议时向接收其他方商业文件信函或司法机关（法院、仲裁机构）诉讼、仲裁文书的地址和联系方式。

通信地址和联系方式适用期间。上述通信地址和联系方式适用至本合同履行完毕或争议经过仲裁/一审、二审至案件执行终结时止，除非各方依下款告知变更。通信地址和联系方式的变更。任何一方通信地址和联系方式需要变更的，应提前五个工作日向合同其他方和司法机关送交书面变更告知书（若争议已经进入司法程序解决）。

承诺。合同各方均承诺：上述确认的通信地址和联系方式真实有效，如有错误，导致的商业信函和诉讼文书送达不能的法律后果由自己承担。

(2) 公正。仲裁采取一裁终局并不公开审理，而法院有主动调查义务与调查权力，并实行二审终审制。在部分特定领域（知识产权等），仲裁员可能是该方面的专家，比法官更加专业化。另外，承办案件的法官是法院随机分配的，但仲裁员是当事人自己选择的。

(3) 保密。诉讼以公开为原则，不公开为例外；仲裁一律不公开，除非当事人一致要求公开且不涉及国家秘密。因此，仲裁更有利于当事人的信息保护及商业信誉的保护。

(4) 成本。一般情况下，选定己方住所地的仲裁机构或法院成本最低。虽然现在国家已经认可网上开庭，但是在实操中，网上开庭的普及率还不是很很高，在证据交换过程中也困难重重。所以管辖机构近是非常有利的。另外，诉讼费与仲裁费用的差别也是考虑成本的一个因素。

◆ 2. 管辖权法律规定

(1) 仲裁机构

选择仲裁机构，要做到两个“唯一”——“纠纷解决方式”的唯一、“仲裁机构”的唯一。

“纠纷解决方式”的唯一。当事人约定争议可以向仲裁机构申请仲裁，也可以向人民法院起诉仲裁协议无效。即当事人必须约定当纠纷无法协商解决时，只能通过仲裁方式解决。

“仲裁机构”的唯一。仲裁协议约定两个以上仲裁机构的，协议无效。另外，一定要确保仲裁机构名称准确无误，避免出现案例 13 中的乌龙。

(2) 管辖法院

仲裁的自治性，决定了当事人有权选择任何仲裁机构，不受地域的限制。而对管辖法院的选择则不是任意的，当事人虽然可以约定管辖法院，但必须符合法律规定。

我国法律对合同纠纷管辖法院的规定顺序为：

第一，专属管辖：不动产纠纷由不动产所在地人民法院管辖；港口作业纠纷由港口所在地人民法院管辖；继承遗产纠纷由被继承人死亡时住所地或主要遗产所在地法院管辖。专属管辖优先于其他管辖。

第二，约定管辖：除了专属管辖的其他类型合同纠纷，当事人可自由约定原告住所地、被告住所地、合同签订地、合同履行地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院。

第三，法定管辖：在当事人没有约定的情况下，一般合同纠纷由被告住所地或者合同履行地管辖；保险合同纠纷由被告住所地或保险标的所在地管辖；票据纠纷由票据支付地或被告住所地管辖；涉及合同的公司事务纠纷由公司住所地管辖；运输合同由运输始发地、目的地或被告住所地管辖。

还有一个特殊的规定，即“应诉管辖”：原告向没有管辖权的法院提起诉讼，法院受理后，被告未提出管辖权异议，并应诉答辩，视为该法院有管辖权。

根据上述法律规定，有三点值得注意：

第一，专属优于约定，约定优于法定。

第二，可约定多个法院管辖，无须唯一性。管辖协议约定两个以上与争议有实际联系地点的人民法院管辖的，当事人可以向其中任何一个人民法院起诉。这一点与仲裁协议不同。

第三，如果对管辖有异议应当在提交答辩状期间及时提出，若不提管辖异议又应诉答辩了，那么该法院就取得了管辖权。

五、违约责任

违约，指合同一方不按照合同的约定全面履行自己的义务，包括完全不履行、逾期履行、部分履行、质量不符合约定等情况。违约责任条款指合同双方对于“当一方出现违约情况时应如何承担责任”的约定。违约责任条款一方面可以为解决纠纷提供明确的依据，有利于快速解决纠纷；另一方面也可以起到震慑作用，通过增加违约成本，增强合同稳定性，督促双方实际履行合同。

◆ 1. 违约条款的设置

案例 14

巧设违约条款

甲公司和乙公司签订了一份木材买卖合同，合同中约定：乙公司应当于 2019 年 9 月 30 日向甲公司交货 1000 吨 A 级松木，松木价格每吨 1000 元，合同总价款 100 万元；甲公司应于收到货物后十日内支付货款。另外，甲应于合同签订之日起 10 日内向乙支付定金 10 万元。合同签订后，假设在履行中出现了如下状况：

（1）甲公司未依约支付定金 10 万元；

（2）乙公司按期交了 1000 吨 A 级木材，甲迟迟未支付货款 100 万元；

（3）乙公司于 9 月 1 日即交付 1000 吨 A 级木材，甲公司由于没清空仓库，只得另外租赁场所存放货物，一个月租金 2 万元；

（4）乙公司如期交付 500 吨 A 级木材，并表示剩余木材无法交付；

（5）乙公司如期交付 1000 吨 B 级木材，甲公司接收；

(6) 乙公司于 11 月 9 日交付了 1000 吨 A 级木材, 甲公司接收;
(7) 乙公司于 11 月 9 日交付了 1000 吨 B 级木材, 甲公司接收;
(8) 乙公司于 9 月 30 日前表示无法如期提供木材, 也不能确定时间。

如果出现上述任何一种或几种状况, 由于双方没有约定违约条款, 则很有可能发生争议。

【案例分析】

案例中, 乙公司履行行为构成了不同的违约情形, 逾期履行、部分履行、履行质量不符合约定。在情形(6)中, 还包括逾期履行与履行质量不合格交织在一起的情况。出现纠纷后, 甲、乙双方站在不同的立场, 难免会各执一词, 争执不休。所以, 在签订合同时即应对违约责任进行明确的约定。比如设立如下条款:

乙方不履行合同义务的, 应赔偿甲方合同总价款 20% 的违约金 20 万元; 乙方逾期履行义务的, 每迟延 1 日支付货款的万分之五。甲公司逾期不支付货款的, 每迟延 1 日支付货款的万分之五; 乙方交付货物质量不符合约定的, 甲方有权选择要求更换或减少 50% 货款。

根据上述约定, 案例中出现的各种情形, 双方应承担的责任就很明确了, 相应承担的责任如下:

(1) 甲公司未依约支付定金, 不承担责任。因为这里有一个法律常识, 定金条款必须实际支付方能生效, 未支付不生效。

(2) 乙公司按约定履行合同, 甲公司应于收到货物后十日内, 即在 10 月 10 前支付货款 100 万元。所以, 甲公司应支付货款 100 万元及违约金每日 500 元, 自 2019 年 10 月 10 日起计至实际支付之日止。注意, 虽然双方明确约定了违约金计收标准为日万分之五, 但在司法实践中, 很多法院会以违约金计算标准过高为由, 对违约金主动调低。目前关于这个问题尚未形成统一做法, 各地法院操作方式亦不相同。

(3) 乙提前履行义务, 导致甲多支出租金 2 万元。该 2 万元租金由乙承担, 甲应付货款 100 万元。

（4）乙如期交付木材 500 吨，甲应支付货款 50 万元。剩余 500 吨木材无法履行，乙应赔偿违约金 10 万元。以未履行标的额的 20% 计算得出。

（5）乙公司交付木材质量不合格，甲可选择接受，减少 50% 货款，应在 10 月 10 前支付货款 50 万元。也可在合理期间内要求更换，即要求乙赔偿每日 500 元迟延履行违约金，至交付合格木材之日止。

（6）乙公司逾期履行 30 天，应承担迟延履行违约金 15000 元。甲应于 11 月 19 日前支付货款 100 万元。

（7）乙公司逾期履行 30 天，且木材质量不符合约定。甲有权选择接受，减少 50% 货款，应于 11 月 19 日前支付货款 50 万元。同时乙应承担迟延履行违约金 15000 元。甲也可在合理期间内要求更换，要求乙赔偿每日 500 元迟延履行违约金，至交付合格木材之日止。

（8）鉴于乙公司明确表示无法履行义务，甲可选择解除合同，乙应赔偿违约金 20 万元。如果乙公司有 1000 吨合格木材但拒绝履行，甲公司也可以起诉请求乙继续履行合同，并要求乙赔偿违约金。如果法院判决乙继续履行合同，那么违约金可能会酌情下调。

◆ 2. 继续履行

人们通常认为，违约责任就是赔偿损失。实际上，法定的违约责任有三种：继续履行；采取补救措施；赔偿损失。

大多数合同，如果履行对自身有利，守约一方在合理期限内有权要求违约方继续履行合同。如果对方不履行，可以通过起诉或者仲裁的方式诉请支持；如果得到支持，可以申请法院强制执行。法律另外规定：若法律或者事实上不能履行，或债务标的不适于强制履行或者履行费用过高的，当事人不可请求继续履行合同。案例 14 中的（4）（8）情况，乙公司无木材可交付，属事实上不能履行，则不可请求继续履行。下面的案例 15 则情况相反，在合同尚有继续履行的可能情况下，守约一方可以请求继续履行。

案例 15

继续履行合同

甲、乙于 2015 年 3 月 1 日签订了房产买卖合同。合同约定：1. 买卖房产为深圳市罗湖区某套房产，价格为人民币 500 万元；2. 乙应于合同签订当日向甲支付定金 20 万元。3 月 5 日前将首付款 150 万元付至双方开设的联名账户；3. 甲收到首付款后三日内配合乙办理申请按揭贷款手续，乙应于 3 月 30 日前取得某银行的放款承诺函（银行出具承诺函视为乙付清全部房款）；4. 在乙按时取得放款承诺函的前提下，甲应及时协助乙办理房产过户登记，并在过户登记完成后十日内将房产交付乙方；5. 若甲方违约，应承担房屋总价款 20% 的违约金。逾期不交付房产，每迟延一日支付合同总价款 0.05% 的违约金。

合同签订后，乙如期支付了首付款。在甲的配合下，乙于 3 月 25 日取得银行的放款承诺函。由于房价大涨，甲拒绝继续履行合同，并同意双倍退还定金。乙向法院起诉请求：1. 继续履行合同；2. 甲赔偿乙 100 万元的违约金。甲辩称：愿意退还双倍定金 40 万元，但房价大涨导致继续履行会显失公平，故要求解除合同。

【案例分析】

在实际交易中，一方当事人明确拒绝履行义务的，守约方通常要求解除合同，赔偿损失。实际上，依照法律规定，守约方可以起诉要求判决继续履行合同。如果该请求经生效法律文书确认，则可以申请强制执行。并且，因为对方的拒绝履行构成了根本违约，法院可以同时支持违约金。但是，本案中虽然约定了违约金 100 万元，但是考虑到公平原则，在房价大涨的情况下，判决继续履行合同，原告并没有受到损失，所以法院酌情不再支持违约金。另外，在房价突然变化的情况下，买卖双方能否主张显失公平或情势变更而要求解除合同？最高院曾有答复，房价变化不构成情势变更，属于正常商业风险，双方不可以此主张显失公平而解除合同。

需要提醒的是，为了能够实现“继续履行”，守约方应当在起诉时及时对标的物进行保全。如买卖房产的合同中，买方起诉要求继续履行的，应当及时申请查封该房产，防止房子被过户给他人，造成事实上的履行不能。

◆ 3. 补救措施

对方违约，守约方可以要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或报酬等补救措施。

案例 14 中补充的违约条款“甲方有权选择要求更换或减少 50% 货款”即对“质量不符合约定”的补救约定。即使没有约定，甲方也可要求对方更换或者依照市场价格减少价款。但如果合同没有约定，会导致解决纠纷效率低。比如双方就减少多少价款要进行磋商，可能还需要委托鉴定机构进行鉴定，耗时费力。

◆ 4. 定金、违约金与违约损害赔偿金

为了避免违约，可以在合同中约定定金、违约金或违约损害赔偿金。三者有什么区别呢？

关于定金。《民法典》第 586 条规定，合同双方可以约定一定数额的定金，不高于主合同标的额的 20%。定金条款自交付定金之时生效。定金适用定金罚则，交付定金的一方违约的，无权要求返还定金；收受定金的一方违约的，应当双倍返还定金。

案例 16 定 金

甲公司和乙公司签订了一份手机买卖合同。合同约定：乙公司应当于 2019 年 9 月 30 日向甲公司交付某型号国产手机 1000 部，手机价格每部 2000 元，合同总价款 200 万元；甲公司应于收到货后十日内支

付货款。同时约定甲公司应于合同签订当日支付定金 40 万元。合同签订后，甲公司依约支付了定金。在合同履行中出现了如下状况：

（1）乙公司于 10 月 5 日交付约定手机 1000 部，甲公司接收；

（2）乙公司于 9 月 30 日交付约定手机 800 部，并表示剩余手机无法交付。

【案例分析】

第（1）种状况不符合适用定金罚则的条件。乙公司的逾期履行行为不构成根本违约。因此，甲仍应支付货款。

第（2）种状况应适用定金罚则的比例原则。对于合同部分履行的情形，应依比例原则适用定金罚则。乙需按未履行义务占总义务的比例适用定金罚则，对定金的五分之一（8 万元）部分双倍返还 16 万元。甲应付货款为 160 万元，乙应返还 48 万元（剩余定金 32 万元 + 16 万元）。折抵后，甲应向乙公司实际支付 112 万元。

案例 17

解约定金

甲公司和乙公司签订了一份手机买卖合同，合同中约定：乙公司应当于 2019 年 9 月 30 日向甲公司供货某型号国产手机 1000 部，手机价格每部 2000 元，合同总价款 200 万元；甲公司应于收到货物后十日内支付。同时约定甲公司应于合同签订当日支付定金 40 万元，该定金为解约定金。合同签订后，甲公司依约支付了定金。在合同履行过程中，甲公司因故欲解除合同，并通知了乙公司，同意其没收定金。乙公司不同意解除合同，要求甲公司继续履行。

【案例分析】

根据合同约定，案例中定金性质为解约定金，即是说，任何一方得以以承受定金罚则为代价解除合同。甲公司同意乙没收定金，从而换得了单方面解除合同的权力。这是解约定金的性质决定的。那么如

果没有约定解约定金，仅约定了定金，在甲违约、乙没收了定金的情况下，乙能否主张继续履行合同？最高院对此的观点是：除非合同明确约定，否则不适宜在判决合同继续履行的情况下同时适用定金罚则。

适用定金罚则应当注意以下事项：

第一，定金罚则的适用有明显的惩罚性，不以有损害为前提，所以只有在一方根本违约时才可适用。如果是轻微违约、一般违约，不适用定金罚则。案例 16 中的第（1）种状况即轻微违约，不能适用定金罚则。但乙确实存在逾期履行，甲可通过主张违约损害赔偿来追究其违约责任。

第二，比例原则。当事人部分履行合同的，可以按未履行义务的比例适用定金罚则。案例 16 中的第（2）种状况即为部分履行，应适用比例原则。

关于违约金。《民法典》第 585 条规定：当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。商业合同履行过程中的违约情况有很多种，如质量不符合约定、延期履行、根本违约等，可以针对不同违约情况约定相应违约金。

案例 18 违 约 金

甲公司和乙公司签订了一份手机买卖合同。合同中约定：乙公司应当于 2019 年 9 月 30 日向甲公司交付某型号国产手机 1000 部，手机价格每部 2000 元，合同总价款 200 万元。甲公司应于收到货物后十日内支付。同时约定违约金条款：若乙方不履行合同，应承担 30 万元的违约金。合同签订后，乙公司因仓库被盗，无法继续履行合同。乙公司与甲公司协商要求解除合同，并以甲公司并无损失为由，要求降低违约金。甲公司称其公司实际损失有 40 万元，应增加赔偿金额。双方沟通无果，甲公司诉至法院，请求乙公司赔偿违约损失 45 万元。法庭审理查明，

甲公司的实际损失为 25 万元，故法院判决乙公司支付违约金 30 万元。

【案例分析】

《民法典》第 585 条规定了违约金的可调整性。约定的违约金低于造成的损失，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少。理论上超过 30% 可以视为“过分高于”，违约方可以请求降低违约金。在司法实践中，很多案子违约方都是不到庭应诉的，所以也无法向法院申请调低违约金。法院是否会依职权调低违约金，各地没有统一的做法。深圳地区就倾向于在原告无证据证明实际损失的情况下主动予以调低。

违约损害赔偿金。《民法典》第 583、584 条规定，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，在履行义务或者采取补救措施后，对方还有其他损失的，应当赔偿损失……损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但是不得超过违约一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违约可能造成的损失。违约损害赔偿金是法定的，无须当事人约定。但关于“合同履行后可以获得的利益”，双方可以在合同中进行确认，以免纠纷发生后违约方以“无法预见”进行抗辩。在实践中，有些企业在采购原材料的合同中，会写明“甲方因承接了 XXX 项目所需，特向乙方采购……”甚至还会在采购合同后面附上项目的相关合同，用以证明预期利益，充分实现了自我保护。

案例 19

违约损害赔偿

甲公司与乙公司签订了一份家具买卖合同，约定甲公司应于 2019 年 10 月 30 日前向乙公司提供黄花梨木椅 2000 张，合同价款 4000 万元；若甲公司无法履行合同，应承担违约金 400 万元。为了生产黄花

梨木椅，甲公司找到丙公司，向其采购黄花梨木材。甲、丙公司约定：丙公司应于2019年5月1日前向甲供货黄花梨木材200吨，每吨10万元，合同总价款2000万元。甲公司于合同签订之日应向乙公司交付定金200万元。特别备注：因甲公司已与乙公司签订家具买卖合同，甲公司因该合同可获利2000万元。甲不能向乙及时供货，需赔偿400万元。故请丙公司确保及时、全面履行合同，否则丙公司赔偿甲公司的损失（包括预期收益）。合同签订后，甲依约支付了定金。2019年4月20日，丙公司致电甲公司，表示不能履行合同。因黄花梨木材紧缺，甲公司经多方寻找也未找到其他供货渠道，故于2019年10月初与乙公司协商解除合同，并赔偿乙400万元违约金。甲要求丙公司赔偿其损失2400万元，丙拒绝。甲公司起诉称其损失合计为2400万元，并提供了相应的证据。丙公司答辩称愿意支付400万元；2000万元的损失是另一个合同关系，与己无关，且本合同标的仅为2000万元，高达2000元的损失显失公平。法院根据合同的备注，认为丙公司应能预见到甲公司的预期利益，且合同约定了承担对预期收益的赔偿责任。根据合同的意思自治原则，判处丙公司赔偿甲公司损失2400万元。

【案例分析】

正常情况下，甲、丙公司的合同标的仅为2000万元，2400万元的损失赔偿超出了常理。此案中，甲公司胜诉的关键就是合同中的备注条款，该条款的约定使得丙公司“不能预见”“显失公平”的辩解均不成立。根据合同意思自治的原则，甲公司的赔偿请求得到支持也就顺理成章了。“赔偿金不能超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失”是对违约方的平衡性保护，避免了赔偿金过高对违约方造成的不公平。举一个极端的例子，某人打车去机场赶飞机，结果出租车司机由于过失撞车，导致某人没有登上飞机从而错过了一个1000万元利润的合同。某人可以起诉要求出租车公司赔偿机票损失，但是并不能要求赔偿1000万元的合同利润。

因为这个 1000 万元的合同利润已经超过了出租车在接单后所能预见到的或应当预见到的因违约可能造成的损失。

定金、违约金、损害赔偿金综合比较

定 金	违 约 金	损害赔偿金
(1) 占用资金，实际交付生效； (2) 不得超过总金额的 20%； (3) 对违约方惩罚性强，守约方无须证明损失； (4) 适用条件严格，必须是根本违约。	(1) 需约定，不需要占用资金； (2) 适用情形广，各种违约均可视情况约定； (3) 可申请变更金额，申请人承担举证责任，最终金额受实际损失制约。	(1) 无须约定； (2) 可视为兜底条款，可对不足弥补损失的定金与违约金进行调整； (3) 守约方需举证证明自己的损失； (4) 损失包括预期利益，但不得超过违约方的预见范围。

比较来看，定金胜在简单直接，交付生效。交定金以前的时间，相当于给了对方一个可以反悔的机会。缺点在于轻违约不适用，只有根本违约时定金罚则才适用；

违约金胜在对不同的违约情况可以约定不同的违约金额或计算方式。

损害赔偿金可以作为定金与违约金的兜底条款，防止约定的数额不足以赔偿实际损失。如果对方违约不会给自己带来什么损失的话，建议企业家选择定金或违约金。如果己方不太可能违约，并且合同利益比较重大时，可同时约定定金条款与违约金条款。在对方出现违约时，守约方可以择一主张。当约定的定金、违约金不足以弥补实际损失时，守约方还可以继续主张损害赔偿金。

六、违约方解除权

合同生效后，当事人应当按照约定全面履行自己的义务。一方违约时，另一方可以选择解除合同，或要求对方承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。那么，当对方没有违约时，己方是否可以解除合同呢？因法律没有明确规定，理论界与实务界对此存在争议。但公认的一点是，如果发生不可抗力，那么可以解除合同。

《民法典》第 563 条规定：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有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。

争论点为该条第（二）、第（三）、第（四）种情形，有解除权的当事人是否包括违约方本身？目前没有明确的规定，在司法实践中倾向于认为本条法律规定的解除权仅适用于守约方。

《民法典》第 580 条规定：当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以要求履行，但有下列情形之一的除外：

- （一）法律上或者事实上不能履行；
- （二）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；

（三）债权人在合理期限内未要求履行。

有前款规定的除外情形之一，致使不能实现合同目的，法院可根据当事人的请求终止合同权利义务关系，但不影响违约责任的承担。

《民法典》没有明确规定违约方有解除合同的权利，但本条规定了在特殊情况下，守约方不能要求违约方继续履行，相当于赋予了违约方以承担赔偿责任为代价而解除合同的权利。

案例 20 合同的约束力

在顾某与上海常州大娘水饺餐饮有限公司房屋租赁合同纠纷一案中，大娘水饺在合同履行三年后突然以自身经营状况恶化、公司亏损为由，要求解除合同。顾某不同意。

浦东法院认为：如果在未得到守约方认可的情况下，允许违约方基于自身利益而擅自解除合同关系，无疑会使合同的约束力及市场交易秩序遭到破坏。基于诚实信用原则，不允许大娘水饺解除合同。

案例 21 破坏市场秩序

王某与解某签订了股权转让协议，后解某因经营不善，资金严重匮乏，丧失履行能力，无法履行，遂要求解除双方之间的协议。

最高人民法院认为：合同解除是法律允许守约方在对方违约的情况下采取的补救方式，是否继续履行合同的选择在守约方。“资金严重匮乏，无法履行”不构成投资合同中投资方的合同解除权。如此种请求能够得到支持，那么投资方若在履行合同过程中发觉投资不能得到预期收益时均会要求解除合同，必然会严重破坏市场秩序。

案例 22 强制履行成本过高

天马电影公司与耀玮公司租赁合同纠纷一案，再审法院认为：双方因合作基础的丧失而引起诸多诉讼，且长期相持不下，租赁场地数

年内均处于无法实际使用的状态，已经造成了巨大浪费。现涉案场地又于二审判决作出后转租给案外人使用，再予以强制履行的成本过高，属于“债务的标的不适于强制履行、履行费用过高”的情形，据此维持了原审关于解除合同的实体判决。

本案法院认可了在强制履行的成本过高的情况下，违约方有解除合同的权力。

案例 23 平衡利益减少损失

冯某与新宇公司签订了商铺买卖合同。房屋交付之后一直未办理过户，后因市场变化，各商户与新宇公司均不能盈利，新宇公司与各商户商议后决定改为统一经营，唯有冯某拒绝，这导致新宇公司无法进行全体商铺的统一改造运营，误工成本不断增加。新宇公司起诉冯某解除合同，原审法院认为双方合同有效，冯某恪守约定，并未违约。但从公平角度考虑，双方之间的利益受损情况已经失衡，法院判决合同解除。二审法院认为，违约一方请求解除合同，守约一方有权要求继续履行合同。但是，当违约方继续履约所需的财力、物力超过双方履行合同所能获得的利益时，合同已不具备继续履行的条件，为平衡双方利益，可以允许违约方的解除合同请求；但违约方须向守约方承担赔偿责任，以保证守约方既得利益不因合同解除而减少。据此，二审法院判决双方合同予以解除，并由原告返还价款，赔偿被告增值额、违约金与相应经济损失。

【案例分析】

本案中法院从效益角度出发，允许违约方解除合同，但要求其承担返还价款、赔偿损失的违约责任，亦充分保护了守约方的利益。

案例 24 赢了比赛，输了精神

2014 年广州恒大与东风日产广告案件中，东风日产与广州恒大签

订了一份价值 1.6 亿元的广告合同，内容为广州恒大球衣的胸前广告为东风日产主打的品牌“启辰”，合同期为 2014 年 2 月 1 日至 2016 年 1 月 31 日。2015 年广东恒大足球俱乐部打进亚洲冠军联赛决赛。12 月 21 日，广州恒大以 1:0 击败了迪拜阿赫利夺冠，第二次赢得了该项赛事的冠军，但是恒大却在决赛中将胸前广告由“东风日产启辰 T70”改为“恒大人寿”，引来了合作方的不满。

当晚 22 时，东风日产发表声明称“在今晚的亚冠决赛中，东风日产发现，原本应该在恒大俱乐部球员比赛服胸前广告上出现的‘东风日产启辰 T70’却并未如约出现，我司对此表示非常震惊。恒大足球俱乐部在未征得我司同意的情况下，单方面擅自取消东风日产的赞助权益，我司非常遗憾。对于此次恒大俱乐部的违约行为，我司希望恒大俱乐部能够给予解释说明，同时，我司也将保留进一步行动的权利”。恒大方面在东风日产发出声明后给出了解释：我公司按合同的违约条款，提前专程与东风日产进行过当面沟通，并书面告知愿就相关事项，按照合同条款进行友好商谈。但东风日产无视违约条款的存在，拒绝任何形式的协商结果，恒大对此感到非常遗憾。东风日产针对恒大的违约向法院提起诉讼，花都法院判决广州恒大赔偿损失 2477.8 万元。

【案例分析】

该事件是有关违约方解除权的一个典型案例，该案中恒大的做法暴露了企业家诚信意识的缺失和利益追求上的短视。正如媒体评论的“赢了比赛，输了契约精神”。恒大的声明在法律与道德上都站不住脚，其声明实属曲解法律，强词夺理。其目的就是想借助亚冠联赛的超高收视率来推广自己的品牌而不顾法律与诚信。最终法院的判决支持了东风日产要求赔偿损失的主张。本案中，恒大并不享有解除权，即使其已经通知对方解除合同，但双方的合同不会因此而解除。

违约方解除合同的权力应严格限定在《民法典》第 580 条所列的三种情形，且解除后仍需承担违约责任，并赔偿损失。

违约方合同解除权常见于房屋租赁合同中，承租人由于种种原因不愿继续承租房屋，但房东不同意解除合同。承租人能否以支付一定的违约金为代价解除合同，尚无全国统一的做法，但如果双方矛盾已经无法调和、判决继续履行合同会闲置房屋造成极大的资源浪费，对承租人造成较大的不公平，那么法院会倾向于解除合同。

房屋租赁合同往往一签就是几年，为了避免出现不得不退租的情况，建议承租人在租赁合同中与房东提前约定转租权，一旦出现状况可以通过转租减少损失。否则，即使可以要求解除合同，也仍要支付一定的违约金。

七、设立担保

为了确保合同履行，可以在合同中设立担保条款。如买卖合同中，卖方通常让买家支付定金，定金就是一种担保形式；民间借贷合同中，出借方会要求借款方提供保证人，或者提供房产作抵押，保证人与抵押房产也都是一种担保形式。

◆ 1. 抵押

债权人可以要求债务人或第三人以其名下的不动产、土地使用权、生产设备、在建建筑、交通运输工具等作为履行债务的担保。如债务人不履行到期债务，债权人有权就该财产优先受偿。

案例 25

房 产 抵 押

甲公司是小额贷款公司，乙公司申请贷款。为了确保实现到期债权，甲要求乙的法定代表人张某提供担保。甲与张某签了一份抵押合同，合同约定张某以其名下 A 地房产担保乙公司债务的履行，但未办理抵押登记。乙没有按期还贷，甲起诉张某要求承担连带清偿责任，并就 A 市房产的变价款享有优先受偿权。

法院判决张某在 A 地房产价值内对乙公司所欠债务承担连带清偿责任，但甲对 A 地某房产的变价款无优先受偿权。

【案例分析】

在这份借款合同中，债权人是甲公司，债务人是乙公司，约定的抵押物是张某名下位于 A 地房产。法律规定，不动产抵押应当进行抵

押登记，抵押权自登记时设立。本案中因未办理抵押登记，故抵押权未成立，所以甲公司对A地房产的变价款不具有优先受偿权。但根据抵押合同，张某自愿为乙公司债务作保的意思表示是有效的，张某应以A地房产的价值为限对乙公司债务承担连带清偿责任。

案例 26

动产抵押

甲欠乙10万元，以自己所有的一辆汽车设立抵押，没有办理抵押登记。抵押合同签订后，甲未经乙同意将小汽车以9万元的价格卖给不知情的李某，办理了车辆转移登记手续。后甲未履行还款义务，乙诉至法院，要求甲履行还款义务，并确认对抵押汽车的变价款享有优先受偿权。法院判决驳回了乙享有优先受偿权的诉讼请求。

【案例分析】

法律规定，动产抵押的，抵押权自抵押合同生效时设立。未经登记，不得对抗善意第三人。本案中抵押物为车辆，属于动产，抵押合同签订时抵押权即设立。乙本应对小汽车的变卖款享有优先受偿权。但甲将小汽车卖给不知情的李某，并已在车管所办理了过户登记手续。李某系善意第三人。乙的抵押权未登记，不可对抗李某。

这里涉及一个法律概念，即“善意第三人”。什么是善意第三人呢？其构成要件有三：一是主观上不知情；二是以合理的价格受让；三是物权已完成转移（不动产已登记过户，或动产已交付）。

签订抵押合同时一定要注意，不论是不动产抵押，还是动产抵押，都务必登记。这里给企业家提供一些办理抵押权登记的部门：不动产为不动产登记中心；车辆为车管所；生产设备、原材料、半成品、成品为市场监督管理局；航空器为国务院民用航空主管部门；船舶为港务监督机构；等等。各地部门名称上可能略有差别，具体以当地为准。

◆ 2. 质押

债务人或第三人以其动产或权利作为履行债务的担保出质给债权人占有，如果到期债务人不履行债务，债权人有权就该动产或权利优先受偿。“动产”好理解；“权利”包括股权、基金份额、应收账款、票据、知识产权中的财产权等。动产的质权自出质人交付质押财产时设立，权利的质权自交付权利凭证时设立，没有权利凭证的，自办理出质登记时设立。

质权登记部门有：基金、证券质押的为证券登记结算中心；股权质押的为市场监督管理局；应收账款质押的为信贷征信机构；商标权、专利权、著作权等知识产权质押的为商标局、专利局、版权局等。具体以各地为准。

◆ 3. 留置权

债务人不履行到期债务，债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产，并就该动产优先受偿。注意，留置的财产应当是合法占有的，并且与债权属于同一法律关系的。但是企业之间留置除外，不要求同一法律关系。留置权常见于保管、运输、加工承揽合同。

案例 27

留 置 权

甲公司是汽车修理厂，乙将其名下受损车辆送往甲处维修。修好后，乙对维修费用不认可，拒绝付款，甲遂将该车辆留置。因无法协商解决，甲公司起诉称要求乙付维修费用 2 万元，并就维修车辆的变价款有法定优先受偿权。经审理查明，该车辆登记在乙名下，且登记有抵押权，担保履行乙对丙的 20 万元债权。法院最终判决支持了甲的全部诉讼请求。

【案例分析】

该案例彰显了留置权的优先性——留置权优于抵押权和质权。

注意，留置财产应属于“同一法律关系”。假设本案中乙曾因维修其他车辆欠甲公司维修费2万元，则甲不得留置本次维修车辆，因为不属于同一法律关系。但公司之间可以——若乙是公司，则甲有权留置本次车辆以清偿乙公司其他车辆的维修费用。

◆ 4. 一般保证和连带保证

保证人分为一般保证与连带责任保证。

一般保证，即经过诉讼或仲裁及法院的强制执行程序仍不能清偿债务的，债权人才可以要求保证人清偿债务。

连带责任保证，即只要债务人到期不履行债务，债权人就可以要求保证人承担保证责任。

很明显，连带责任保证的担保效果好，更有利于债权人。《民法典》第686条规定，在当事人对保证方式没有约定或约定不明确的情况下，按照一般保证承担保证责任。

在保证人担保中，尤其应注意保证期间。保证期间可由当事人自由约定。未约定或约定不明确的，保证期间为主债务履行期限届满之日起6个月。一般保证的，债权人应在保证期间内对债务人提起诉讼或仲裁；连带责任保证的，债权人应在保证期间内要求保证人承担保证责任。如果债权人未在保证期间内行使权利，则保证“过期”了，保证人不再承担保证责任。

案例 28

一般保证人保证期间

甲公司是小额贷款公司，乙公司申请贷款，双方签订了借款合同。甲于2021年5月9日向乙发放贷款人民币200万元，月利率2%；乙应于2021年8月8日还清全部本息。为了确保实现到期债权，甲要

求乙的法定代表人张某提供担保。张某于5月9日在甲、乙公司的贷款合同中加入一条保证条款：张某在人民币300万元的限额内为乙作保。张某在该条款处签名，并注明是保证人。合同签订后，甲依约发放了贷款。乙到期没有履行还款义务。2021年11月，甲将乙诉至法院。2022年3月1日，法院判决甲公司胜诉的判决生效，甲公司申请执行后发现乙公司已是空壳，2022年7月1日法院以乙公司无财产可供执行为由，对案件“终结本次执行”。甲公司想起张某是保证人，于2022年8月1日起诉张某承担保证责任，张某以已过保证期间且已过诉讼时效为由抗辩。

【案例分析】

保证条款是甲公司与张某的真实意思表示，合法有效。条款中未明确保证方式，则认定为一般保证。合同中未约定保证期间，则视为债务履行期届满六个月内，即意味着甲公司必须在主合同履行期满后6个月内要求乙公司偿还债务，否则张某不再承担保证责任。2021年8月8日为主债务履行期限，甲公司必须在2022年2月8日之前起诉要求乙公司还款。本案中，甲公司2021年11月就将乙公司诉至法院，未超出保证期间，张某应当承担保证责任。

甲公司起诉乙公司之后，保证合同的诉讼时效应从乙公司未被执行人的执行案件被“终结本次执行”之日起算。2022年7月1日，法院对乙公司“终结本次执行”，甲公司于2022年8月1日起诉张某承担保证责任，未超过诉讼时效。

◆ 5. 担保无效

《民法典》第683条规定，机关法人不得为保证人（经国务院批准，为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外）；以公益为目的的非营利法人、非法人组织不得为保证人。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》，以公益

为目的的非营利性学校、幼儿园、医疗机构、养老机构等提供担保的，应当认定担保合同无效。登记为营利法人的学校、幼儿园、医疗机构、养老机构可以提供担保。

当担保合同无效时，是不是保证人就不需要承担责任了呢？不一定，保证人是否承担责任，取决于保证人和债权人对造成“合同无效”这一事实是否有过错：

（1）担保人有过错而债权人无过错的，担保人对债务人不能清偿部分承担赔偿责任；

（2）债权人、担保人均有过错的，担保人承担的赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的 1/2；

（3）债权人有过错而担保人无过错，担保人不承担赔偿责任。

担保合同是主债权债务合同的“从合同”。所以如果“主合同”无效，那么“从合同”自然无效。如果主合同无效而导致了担保合同无效，那么保证人是不是不需要承担责任呢？还是要看担保人对造成“主合同无效”这个事实有没有过错：

（1）担保人无过错，不承担责任；

（2）担保人有过错的，承担赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的 1/3。

综上，担保合同被确认无效，并不代表保证人就一定不需要承担责任。债权人可以根据担保人是否有过错要求其承担相应的赔偿责任。

案例 29 政府担保

晶都担保公司诉某乡人民政府等担保追偿纠纷案，被告某乡政府向原告出具《承诺函》，承诺为被告东海县某花卉合作社的贷款本息提供连带保证责任。法院审理认为：国家机关不得作为保证人，被告某乡政府出具的《承诺函》无效；原、被告双方明知不能担保而为之，均有过错。法院判决被告某乡政府对本案债务不能清偿部分的 1/2 承担清偿责任。

案例 30

学校担保

姜某与东莞市南城学校民间借贷纠纷案中，法院认为：被告为民办私立学校。民办私立学校的办学经费并非来自于国家财政，其经营主要目的是营利，而非公益目的。此外，私立学校对其合法所得的财产拥有完全支配权，所得收益可用于投资取得经济回报，故其能够独立承担民事责任且具有代偿能力，可以作为保证人承担保证责任。因此，保证合同有效。

◆ 6. 公司担保

公司作为虚拟民事主体，其担保行为必须经由法定代表人或有权的代理人实施。为了防止法定代表人为自身利益，随意用公司名义提供担保，从而损害公司、股东、公司债权人利益，《公司法》对公司担保进行了限制：公司对外提供担保的，由董事会或者股东（大）会决议；公司为股东或实际控制人提供担保的，必须经股东（大）会决议，且被担保的股东或者实际控制人支配的股东不得参加表决。

依该规定，法定代表人未经上述程序的担保行为属“无权担保”。对无权担保，仅在相对人善意的情况下，公司承担担保责任；否则，担保无效。

相对人善意，指相对人对“无权担保”不知情。相对人有义务审查担保是否经过公司决议。此处的审查限定为形式审查：有决议文书即可，无须进一步判断、调查文书的真实性。但是公司有证据证明相对人知道、或应当知道决议系伪造、变造的除外。但，如果担保合同系由持有公司 2/3 以上对担保事项有表决权的股东签字同意的，即使未提交决议文件，担保也有效。

上市公司对外提供担保时，相对人只需审查上市公告。根据《证券法》相关规定：上市公司对外担保事宜必须公告。上市公司只要发布了担保公告，则视为公司意思表示；未发布公告的，担保一概视为违规担保而无效。

案例 31

公司担保

（2016）最高法民申 2633 号，河北敬业担保公司与永年地产公司、邯郸兆亿公司、圣帝隆公司等追偿权纠纷案中，最高法院认为：被告公司的法定代表人谢某在代表公司出具《保证书》时，未提供董事会或者股东会决议等相关文件，而作为合同相对方的敬业担保公司是一家专门从事担保业务的专业机构，本应对谢某是否越权尽到更为谨慎的审查义务，但其并未进行形式上的审查，因此不构成善意。故本案的公司担保无效。

案例 32

担保无效责任

（2017）最高法民再 258 号，通联资本公司、成都新方向公司、久远公司企业借贷纠纷案中，最高法院认为：《公司法》第 16 条立法目的是防止公司股东或实际控制人利用控股地位，损害公司、其他股东或公司债权人的利益。因此，久远公司在《增资扩股协议》中承诺对新方向公司进行股权回购义务承担连带责任，但并未向通联公司提供相关的股东会决议，亦未得到股东会决议追认，而通联公司未能尽到基本的形式审查义务，从而认定久远公司法定代表人向某代表公司在《增资扩股协议》上的签字盖章行为对通联公司不发生法律效力。

最高法院认为：通联公司在签订《增资扩股协议》时未能尽到要求目标公司提交股东会决议的合理注意义务，导致担保条款无效，对协议中约定的担保条款无效自身存在过错。而久远公司使用公章的权限不明，对该担保条款无效也应承担相应的过错责任。双方均存在过错，久远公司对新方向公司承担的股权回购款及利息，就不能清偿部分承担 1/2 的赔偿责任。

【案例分析】

担保条款无效，双方均存在过错，保证人应对不能清偿债务之 1/2 承担赔偿责任。

企业家要注意，在要求公司提供担保时应审查公司是否已经依《公司法》规定的程序进行决议，未审查公司决议的，则视为未尽合理注意义务，担保合同无效。另外，根据担保内容的不同，公司决议应当由谁作出也不尽相同：普通对外担保仅需公司提供董事会决议或者股东会决议；而公司对股东、实际控制人提供担保时，则要进一步审查决议是否是由其他股东所持表决权的过半数通过。如果担保人是上市公司，则审查上市公司公告即可。如上市公司未对担保进行公告，即使公司提供了股东大会决议，也是无效担保。

◆ 7. 让与担保

让与担保是一种非典型的担保。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第 68 条规定，债务人或者第三人与债权人约定将财产形式上转移至债权人名下，债务人不履行到期债务，债权人有权对财产折价或者以拍卖、变卖该财产所得价款偿还债务的，法院应当认定约定有效。当事人已经完成财产权利变动的公示，债务人不履行到期债务，债权人请求参照民法典关于担保物权有关规定就该财产优先受偿的，法院应当支持。

通过将动产、不动产或者股权等财产转让至债权人名下的方式，为主合同项下的债务提供担保。举例来说明：A 向 B 借钱，B 怕 A 到期无力还钱，故要求 A 将自己名下的房产过户给 B 作担保。A 到期无力还钱，B 拒绝将房产归还（过户）A，A 于是向法院起诉 B 要求变更登记。依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第 68 条规定，法院会认定房产归 A 所有，但 B 有权对该房产进行折价、拍卖、变卖，对该房产的变价款具有优先受偿权。

案例 33

股权让与担保

郭某、洪某、蒯某与葛某股权转让纠纷案，法院认为：原、被告之间签订《股权抵押协议》之后，双方为履行该协议而约定以股权转

让的形式进行担保，故该股权转让协议并非真正的股权转让，而是属于让与担保，该种担保形式并没有违反法律法规的强制性规定，应为有效合同。

案例 34 商品房买卖合同备案登记

杨某诉张某、河北寰宇公司、第三人郑某借款合同纠纷案中，法院认为：进行商品房买卖合同备案登记仅是用来避免债务人将涉案房产出售或设置其他权利，从而保障原告的债权利益及优先受偿权。该种担保方式既解决了债务人资金融通的愿望，又保障了债权人的利益，维护了双方当事人合法权益，维护了社会诚信体系，并不违反法律、行政法规有关效力的强制性规定。本案中，商品房买卖合同涉及的 25 间商铺的备案行为，是基于担保目的，为保障债权的实现。原告可以对商品房买卖合同项下的 25 间商铺行使担保权利，对担保物有优先受偿权。

【案例分析】

在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》出台以前，关于让与担保是没有明确的法律规定。不同法院对让与担保的认可程度不尽相同。有的认为物权法定，没有法律明文规定则无效；有的认为法不禁止皆自由，当事人之间约定有效，但是让与担保并非法定的担保形式，故不承认其有优先受偿权。本案中法院既认可了让与担保合同的效力，又认可了原告的优先受偿权，这与后出台的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》的思路是一致的。

◆ 8. 未登记抵押

担保合同自成立而生效，但担保合同中约定的抵押物如果应登记而没有进行登记，那么会影响到抵押权。

不动产抵押未登记的，抵押权不生效，债权人无法就不动产行使优先受偿权，但可以以不动产价值为限，要求抵押合同相对人承担连带清偿责任。

动产抵押未登记的，虽然抵押权生效了，但不得对抗善意第三人。如果该动产被抵押人私自处分给善意第三人，那么抵押权人就没有办法行使优先受偿权了。

案例 35 未登记的不动产抵押

（2015）民申字第 3299 号民事裁定书。侯某与众邦公司、韩某等民间借贷纠纷申请再审案中，2012 年 12 月 24 日，侯某与韩某、李某、众邦公司签订《借款协议》，约定：韩某向侯某借款人民币 550 万元；众邦公司以某工业园国有土地使用权作为抵押。合同签订后，韩某将担保物的《国有土地使用证》交给侯某，但双方未办理抵押登记。最高人民法院认为：一，众邦公司主张涉案抵押财产为不动产，但并未办理抵押权登记，因此抵押权并未设立，故侯某不能就土地使用权主张优先受偿权。二、《借款协议》、《借条》均约定以众邦公司所有的国有土地使用证作为抵押，应视为众邦公司与侯某达成了以上述土地使用权作为借款抵押担保的合意。当事人之间签订的抵押合同已经成立并生效，众邦公司应在其担保的土地使用权范围内对涉案债务承担连带清偿责任。

【案例分析】

最高院在案例中认为：应将“抵押合同成立生效”与“抵押权设立”予以区别。本案中抵押未登记，故抵押权未设立，债权人对抵押物的变价款无优先受偿权。但抵押合同已生效，表明双方已就担保人担保债务履行一事达成一致意见，担保人应在抵押物的价值范围内对主债务承担连带清偿责任。简言之，众邦公司要承担担保责任是跑不了的，承担担保责任的范围就以涉案土地使用权的价值为限。但是侯某就该土地使用权的拍卖、变卖变价款没有优先受偿权，仅有一般债权。

企业家在订立担保合同时应注意：（1）抵押合同生效后应及时依法办理抵押登记；（2）担保人拒不办理抵押登记，债权人可起诉要求担保人办理；起诉后应及时申请法院保全担保标的物；（3）未办理抵押登记的，并不意味着不用承担担保责任，仍应在抵押物价值范围内承担清偿责任。

案例 36 未登记的车辆抵押

林某与赵某民间借贷纠纷一案，法院判决赵某返还林某借款 20 万元。赵某不履行还款义务，林某申请强制执行。法院查封了赵某名下的一辆奔驰车，拟进行拍卖。案外人李某提出异议，称该奔驰车已经被赵某抵押给李某用于担保赵某向李某的 10 万元借款，并提供了双方之间 10 万元借款合同及抵押合同。经查，该奔驰车辆未进行抵押登记。李某认为如果法院要拍卖该奔驰车，则自己作为抵押权人有优先受偿权，且不需要经过诉讼程序就可以直接就拍卖款优先受偿。

【案例分析】

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第 54 条规定，动产抵押合同订立后未办理抵押登记，抵押人的其他债权人向法院申请保全或执行抵押财产，法院已经作出保全裁定或者采取执行措施，抵押权人主张对抵押财产优先受偿的，法院不予支持。

李某的债权只能作为一般债权处理，不存在“可以不经司法确认债权而在执行程序中直接优先受偿”一说。

若企业家在商业活动中遇到担保人以车辆提供抵押的，一定要办理抵押登记。登记后抵押车辆被其他债权人取走或被法院查封的，企业家可以主张优先受偿权。未经登记的车辆抵押权则无法对抗执行。

八、履约跟踪

合同的签订只是商业交易的开始，把签订的合同顺利履行完毕，才能实现商业目的。但在合同的履行过程中，对方瑕疵履行、延期履行，甚至拒绝履行屡见不鲜。有客观的原因，也有不诚信因素。所以履约情况跟踪尤为重要。发现问题，沟通解决；解决不了，及时采取补救措施。做好履约情况跟踪，要关注以下几方面内容。

◆ 1. 跟进合同履行

对于持续履行的合同，可以根据已经履行部分来判断违约风险。交付的定做产品是否合格，每次履行是否逾期等。如果以前交付的都是合格的产品，最近交付的产品的质量变差了。或者之前每次都是按时履行，最近履行不及时了。那么，一方面与对方交涉要求对方改进，维护自身利益；另一方面要开展调查，判断履行状况变糟糕的真实原因。对于一次性履行的合同，也应跟进对方的材料采购进展、检查样品质量，分析判断对方能否充分履行合同。

此外，要了解对方其他类似合同的履行情况。生活中我们发现，供应商对一个超市的供货不及时，对其他超市的供货也很快会出问题。在借贷类合同中，若债务人对一个债权人违约，那么他的资金链基本上出现了问题，很快会波及其他债权人。银行的挤兑潮可以算是储户们履约情况跟踪的体现，“对他人违约，也会对自己违约”的推定让所有储户蜂拥而至。

◆ 2. 关注关联事件

关注对方企业的资产与负债、经营方向、重大经济活动等。事物是普遍联系的，一旦企业某一方面出现了问题，很可能影响到经营活动的其他各个方面。企业的整体运营状况与具体合同的履行可能性息息相关，影响企业正常经营的意外事件也应予以关注。

案例 37 意外事件

甲公司向乙公司采购水果，签订了一份供货合同。为履行供货义务，乙公司便与 A 地的水果种植企业签订了采购合同。供货前，A 地发生了化学品泄漏事件，影响了 A 地水果收成。A 地水果种植企业无法按时交货，但并没有及时告知乙公司。约定的供货时间将近，A 地的企业才告知乙公司无法按时供货。为了履行对甲公司的义务，乙公司只能临时以更高的价格另行采购。但由于时间太紧，乙公司最终无法向甲公司全部履行义务。依合同约定向甲公司支付违约金人民币 20 万元。

【案例分析】

乙公司一旦得到 A 地发生了化学品泄漏事件的消息，应立即联系水果商确认是否会影响水果产量。如果乙公司做好履约跟踪，那么就可以提前预见到水果商无法按期交货，也就有充足的时间去寻找其他水果供应渠道，从而顺利履行与甲公司之间的采购合同。

◆ 3. 法定代表人、股东、实际控制人涉嫌刑事犯罪

商业活动中的企业是独立主体，但企业最终还是由人控制管理的。法定代表人、股东、实际控制人一旦出现经济困难、涉嫌犯罪、陷于舆论风波等情形，企业的经营、管理难免会受到影响。公司股东之间或公司管理人之间发生不睦会致使股东大会或董事会无法召集，公司

权力机构和决策部门陷入瘫痪状态，从而导致公司无法正常运营，此时违约风险极大。法定代表人、股东、高管如果涉嫌经济犯罪，公司公章、账目、资产可能被司法机关控制，会使公司在很长一段时间内处于休克的状态，此时违约风险极大。

股权变更有可能导致法定代表人变更；经营策略调整也会引起法定代表人变更；甚至，公司涉诉也会导致更换法定代表人。我们可以根据对方法定代表人的变更判断企业的变化，预测对方的违约风险。

案例 38 大股东涉刑

2008 年，甲公司与乙公司签订合同，约定乙公司自 2008 年起至 2018 年，于每年的 6 月 1 日、12 月 1 日向甲公司分两批提供劳务人员，每次 20 人。2016 年 1 月，乙公司大股东 A 涉嫌刑事犯罪被刑拘。甲公司与乙公司沟通，乙公司告知 A 涉嫌犯强奸罪，与公司经济活动无关，并表态不会影响与甲公司的合作。2016 年 6 月，乙公司没有如约履行义务，甲公司部分工作无法开展，进而影响到了整个公司的运营。后经了解，自 A 被采取强制措施，公司陷入管理僵局，业务无法顺利开展。

【案例分析】

履约情况跟踪涉及很多方面，在签订合同后至合同履行完毕前，应对合同能否如约履行进行全面的监督评估。必须密切关注对方企业的履约能力及履约意向，一旦发现新情况增加违约风险，应及时沟通了解，调查取证，积极寻求补救措施，将违约可能造成的损失降到最低。本案中甲公司风险意识不强，轻信了乙公司的解释。如果甲公司能够预见到大股东被抓可能影响到公司的管理，进而影响到合同的履行，就可以提前作出新的安排而避免损失。

◆ 4. 关注关联企业运营情况

关联企业在法律上并没有一个明确的定义，在实践中通常表现为股权投资关系、共同股东关系、资金依赖关系、特许经营关系、上下游合同关系、销售控制关系等。由于上述特殊关系，关联企业一荣俱荣、一损俱损。通过对关联企业的关注，可以判断对方企业的资金、运营、管理、前景等方面的状况，从而预判合同违约的风险。

◆ 5. 关注对方涉诉情况

企业家可以通过最高人民法院的司法公开网查询对方企业作为被告的涉诉情况。对于尚处于审判中的案件，能够了解案由与涉诉标的；已经审理完毕的案件，通过公开的法律文书可以了解到纠纷的起因、解决过程及结果；如果案件进入强制执行阶段，可以进一步了解到对方的履行能力与守法意识。

在合同跟踪过程中，若发现对方已经履行的义务不全面，或者发现对方的履行能力、履约意向有变，企业家应采取以下措施。

第一，就已经履行的义务不全面的情况，要求对方及时采取补救措施。

第二，就发现的可能导致履约风险的相关情况，与对方沟通确认是否会影响合同履行，要求对方提供担保。若对方已经丧失商誉，协商解除合同；协商不成，符合合同解除条件的，直接行使合同解除权；不符合合同解除条件的，应书面告知对方若其违约可能给己方造成的损失，为索赔打好基础。同时积极寻找替代方，做好合同被违约的应急预案。