



中国律师必备丛书

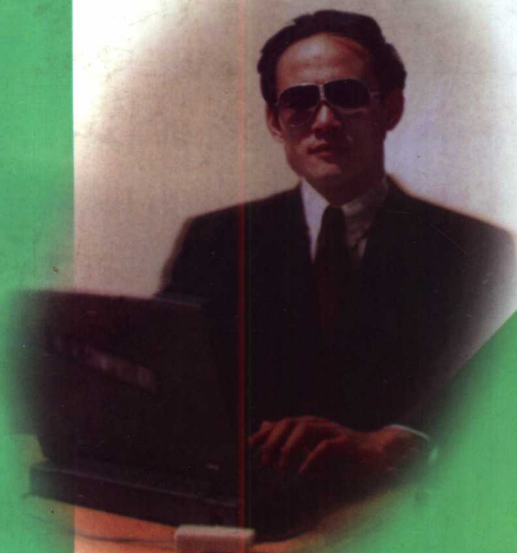
总顾问 / 唐德华

王文元

张耕

刘金华 主编

律师 法律顾问 理论与实务



LU SHI FA LU GU WEN
LI LUN YU SHI WU

人民法院出版社

中国律师必备丛书

律师法律顾问理论与实务

主 编 刘金华

副主编 程 滔

撰稿人 (以姓氏笔划为序)

王进喜 刘金华

周养军 胡红星

程 滔

人民法院出版社

责任编辑/范春雪

技术编辑/杨 柏

封面设计/杜晓阳

律师法律顾问理论与实务

主编 刘金华

出版发行/最高人民法院出版社

社址/北京市东交民巷 27 号(最高人民法院机关大院内)

邮编/100745 电话/65299981 65134290 65136849

开户行/中国工商银行北京王府井分理处

开户名称/人民法院出版社 帐号/046061-68

(通过本社邮购另加 15% 邮费)

经销/各地新华书店和其他书店 印刷/保定市文化彩印厂

开本/850×1168 毫米 大 32 开 印张/11 字数/266 千

版本/1998 年 2 月第 1 版 印次/1998 年 2 月第 1 次

总印张/141 总字数/3436 千 总定价/218.00 元

印数/0001—3000 本册/17.00 元

书号/ISBN 7-80056-637-4/D·709

版权所有 侵权必究

中国律师必备丛书编委会

顾问：唐德华 最高人民法院副院长
王文元 最高人民检察院副检察长
张 耕 司法部副部长

编委会主任：江 平 中国政法大学著名民法学专家、教授、著名律师

编委会副主任：常 英 中国政法大学民事诉讼法学教授、律师
回沪明 人民法院出版社社长、总编
赵 群 中国政法大学民法学副教授、律师

编委会成员：刘金华 俞兆平 杨秀清 薛刚凌
闵治奎 王飞鸿 孙国栋 李葆真
于新年 何通胜 仝培冰 赵金山
杨亚平 陶维群 程 滔 杨荣生
刘继祥 范春雪 梁慧文 钱晓晨

前 言

从历史上看,资本主义市场经济的建立和发展,在很大程度上得益于以拿破仑民法典的制定为标志的资本主义法律制度的建立与完善,同样,我国社会主义市场经济的培育和发展,也离不开与之相适应的一整套法律的规范、引导和保障。可以说,当今中国,法制建设比历史上任何时期都更加必要和迫切。八届人大五年的立法规划中确立了制定 152 个重要法律的目标,经过几年时间的努力,不仅陆续新出台了许多重要的法律、法规,而且对原有的与市场经济需求不相适应的法律、法规进行了大规模的修改或废除。社会主义市场经济法律体系的框架正逐步形成。

市场经济的发展和法制的日趋完备,必然使法律调整的社会关系更加复杂化、多样化,法律服务和法律保障的领域更加广泛,这就为广大律师提供了更广阔、更深层次的用武之地。从目前来看,我国律师的执业范围已相当广泛,大致来说,主要包括以下几方面:接受公民、法人和其他组织的聘请,担任法律顾问;接受民事案件、行政案件当事人的委托,担任代理人,参加诉讼;接受刑事案件犯罪嫌疑人的聘请,为其提供法律咨询,代理申诉、控告,申请取保候审,接受犯罪嫌疑人、被告人的委托或者人民法院的指定,担任辩护人,接受自诉案件自诉人、公诉案件被害人或其近亲属的委托,担任代理人,参加诉讼;代理各类诉讼案件的申诉;接受当事人的委托,参加调解、仲裁活动;接受非诉讼法律事务当事人的委托,提供法律服务,等等。从实践来看,律

师业务范围的拓展在非诉讼法律事务方面表现得尤为明显。广大律师正以极大的热情投入到金融、贸易、投资、证券、税务、房地产、知识产权及其他民商事领域，为造就健康、有序的社会主义市场经济法律秩序发挥着越来越重要的作用。

律师是提供法律服务的主力军。随着我国法制建设的日益完备和法律服务领域的日渐拓展，必然对律师的素质提出更高的要求，特别是对律师的专业化要求越来越高。为帮助广大律师增强能力、提高素质，为律师顺利执业提供一套可资借鉴的工具用书，我们组织了一批专家、教授、中青年学者及有丰富实际工作经验的律师，集体编写了这套《中国律师必备丛书》。

本套丛书共 12 本，即：《民事诉讼与律师实务》《仲裁与律师实务》《侵权民事责任与律师实务》《合同与律师实务》《律师法律顾问理论与实务》《非诉讼理论与律师实务》《刑事诉讼与律师实务》《行政诉讼与律师实务》《破产制度与律师实务》《房地产法与律师实务》《婚姻家庭财产继承与律师实务》《知识产权与律师实务》。本套丛书以现行法律、法规为基础，既有系统的理论论述，又注重律师实务，并对某些具体问题从律师执业角度进行了专门探讨，以期对广大律师有所裨益。

组织编写这样一套大型丛书，有许多实际困难，加之我们经验不足、水平有限，错误之处在所难免，请广大读者不吝指正。

中国律师必备丛书编委会

1997 年 12

目 录

第一章 法律顾问制度概述	(1)
第一节 法律顾问的概念和特征.....	(1)
第二节 法律顾问的种类和作用.....	(8)
第二章 法律顾问制度的产生与发展	(15)
第一节 外国法律顾问制度概况.....	(15)
第二节 我国法律顾问制度的产生与发展.....	(29)
第三章 顾问律师的地位	(44)
第一节 法律顾问资格考试制度.....	(44)
第二节 顾问律师的聘请.....	(51)
第三节 顾问律师的地位.....	(56)
第四章 顾问律师的职责和工作范围	(61)
第一节 顾问律师的职责.....	(61)
第二节 顾问律师的工作范围.....	(65)
第五章 顾问律师的工作制度和工作原则	(74)
第一节 顾问律师的工作制度.....	(74)
第二节 顾问律师的工作原则.....	(78)
第三节 顾问律师的收费.....	(81)
第六章 顾问律师的权利和义务	(83)
第一节 顾问律师的权利.....	(83)
第二节 顾问律师的义务.....	(90)
第七章 顾问律师协助聘方建立健全规章制度	(97)

第一节	概述	(97)
第二节	各项规章制度的主要内容	(100)
第三节	顾问律师协助聘方制定规章制度	(112)
第八章	顾问律师为聘方提供法律意见	(118)
第一节	概述	(118)
第二节	顾问律师提供法律意见的内容和方式	(122)
第三节	顾问律师提供法律意见应注意的问题	(130)
第九章	顾问律师参与重大合同的谈判与	
	审查(上)	(132)
第一节	合同法概述	(132)
第二节	合同谈判与审查的基本内容	(147)
第十章	顾问律师参与重大合同的谈判与	
	审查(下)	(156)
第一节	常见经济合同的审查与谈判要点	(156)
第二节	其他重大合同的审查与谈判	(180)
第十一章	顾问律师协助聘方建立健全合同管理	
	制度	(202)
第一节	合同管理的必要性	(202)
第二节	顾问律师在合同管理中的地位和作用	(206)
第三节	合同管理的基本内容	(209)
第十二章	顾问律师参与聘方的涉外经济活动	(223)
第一节	顾问律师参与涉外经济项目的谈判	(223)
第二节	顾问律师协助聘方签订涉外合同	(229)
第三节	顾问律师协助聘方审查涉外合同	(248)
第十三章	顾问律师诉讼代理	(267)
第一节	顾问律师代理民事诉讼	(267)
第二节	顾问律师代理行政诉讼	(284)

第十四章	顾问律师代写法律事务文书	(309)
第一节	顾问律师代书概述.....	(309)
第二节	顾问律师常用法律事务文书的制作.....	(311)
第十五章	法制宣传教育	(325)
第一节	法制宣传教育的必要性.....	(325)
第二节	顾问律师法制宣传教育的对象和内容.....	(328)
第三节	顾问律师法制宣传教育的方法.....	(331)

第一章 法律顾问制度概述

第一节 法律顾问的概念和特征

一、法律顾问的概念

法律顾问一词，有广义和狭义之分。广义而言，具有法律专业知识，接受公民、法人或者其他组织的聘请为其提供法律服务的人员，以及法人或其他组织内部设立的专门性法律服务机构中的人员，均为法律顾问；狭义而言，法律顾问仅指接受公民、法人或者其他组织的聘请为其提供法律服务的执业律师。根据《中华人民共和国律师法》第2条、第25条的规定，律师是指依法取得律师执业证书，为社会提供法律服务的执业人员，接受公民、法人和其他组织的聘请担任法律顾问，是执业律师的主要业务之一。本书所指法律顾问，即指狭义的法律顾问。

担任法律顾问，是世界各国律师的主要业务之一。在国外，担任法律顾问的律师被称为 Legal Adviser, Company Lawyer, Company Solicitor, Corporate Counsel 等等。不过，担任法律顾问的律师由于组织形式不同，也存在着一定的区别。十九世纪末期，在英、美等资本主义经济和律师业比较发达的国家，出现了一个律师队伍的重要分支，即商业组织中的领薪律师。他们被称为室内律师(In-house Lawyer)，相当于我国一些单位内部设立的法律顾问；而其他按照律师业的传统方式担任法律顾问的律师，

则被称为外界律师 (Out-side Lawyer)。二者在工作背景、结构、权利和义务、与当事人的关系性质等各方面,都存在着相当大的差异。本文所指的法律顾问,是指传统意义上的法律顾问,即在律师事务所执业,根据律师事务所与聘方(公民、法人和其他组织)之间订立的聘请合同的规定,为聘方提供法律服务的执业律师。

二、法律顾问的特征

律师担任法律顾问与其他人担任法律顾问相比,具有以下几个特征:

(一)专业性。律师是依法取得律师执业证书,为社会提供法律服务的执业人员。律师执业应当取得律师资格和执业证书。任何人要取得律师资格,必须通过律师资格全国统一考试或者是国务院司法行政部门的考核。因此,律师一般具有较高的政策理论水平、语言文字能力,特别是受过法律专业训练,熟悉现行法律、法规,能够以专业化的姿态对待法律顾问工作,高质量、高效率地维护聘方的合法权益。

(二)规范化。律师担任法律顾问是一种规范化的执业活动,律师担任法律顾问,不仅受《律师法》、《律师职业道德和执业纪律》的调整,而且受律师事务所各项规章制度的制约,遵守规范的工作程序和方法,透明度高,可信度强。此外,律师因违法执业或者因过错给当事人造成损失的,由所在的律师事务所承担赔偿责任。律师事务所赔偿后,可以向有故意或重大过失行为的律师追偿,从而使律师具有全心全意为聘方服务的内在动力。

法律顾问工作与律师从事的其他业务活动相比,具有以下几个特征:

(一)服务内容的多样性。《律师法》第26条规定:“律师担任法律顾问的,应当为聘请人就有关法律问题提供意见,草拟、审

查法律文书,代理参加诉讼、调解或者仲裁活动,办理聘请人委托的其他法律事务,维护聘请方的合法权益。”因此,律师担任法律顾问,既要从事非争讼性活动,如为聘请人的重要决策提供法律意见,草拟、审查法律文书、参加谈判、进行法律宣传等活动,又要从事争讼性活动,如诉讼、调解、仲裁,来解决聘请人面临的纠纷。因此,其服务的内容复杂多样。相应地,服务的方式和手段也具有多样化的特点。

(二)服务对象具有特定性。律师接受公民、法人和其他组织的聘请担任法律顾问后,就与聘请方在合同期限内产生了较为稳定的服务与被服务关系。聘请方可以及时向法律顾问提出各种法律问题,法律顾问可以及时了解聘请方的有关情况,解决各种法律问题。相对而言,律师从事的其他业务,服务对象则不具有这种特定性。

三、聘请法律顾问的必要性

“律师不是商人;尽管律师可能有十分丰富的经验,但在商业经营中他是绝对无用的。置律师于一项业务之中,不久就会把业务搞的一败涂地。律师并不是具有创造力的天才人物,把一个案件摆在他面前,他能提出自己的看法,但是去让律师为你起草一份合同,则是你所做的最为愚蠢的事,这肯定会带来麻烦。”^①二十世纪初英国 Henry Deterding 爵士的这段话,反映了当时的社会对律师介入商业事务的态度。但历史和现实都证明, Henry Deterding 爵士的评论是不适当的。二次世界大战之后,随着世界经济的复苏和增长,法律服务的需求也随之扩大,律师以前所未有的规模进入了商业领域和政府机构,为经济和行政决策提供帮助,扮演着政治、经济生活中不可或缺的角色。在我国也是如此。

^① 译自《LAWYERS IN BUSINESS》,英 Karl J. Mackie 著,第7页。

自律师制度恢复以来,伴随着我国经济、政治改革的不断深入,律师业务不断拓宽,聘请律师担任法律顾问的国家机关、企事业单位、社会团体和公民也越来越多。社会法律服务的需求,是律师法律顾问业务得以不断拓展的原因。一般而言,聘请律师担任法律顾问主要是出于以下几种现实需要:

(一)聘请律师担任法律顾问是我国经济体制改革的需要。建立什么样的经济体制,是建设有中国特色社会主义的一个重大问题。根据我国十多年来改革开放的实践和理论探索,特别是一九九二年初邓小平同志南方谈话的精神,党的十四大确定了建设社会主义市场经济体制的改革目标,从原则上指明了实现这一目标的途径。十四届三中全会通过的《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》,进一步勾画了建立社会主义市场经济体制的蓝图和基本框架。新的经济体制,就是要使市场在社会主义国家宏观调控下对资源配置起基础性作用,使经济活动遵循价值规律的要求,适应供求关系的变化;通过价格杠杆和竞争机制的功能,把资源配置到效益较好的环节中去,并给企业以压力和动力,实现优胜劣汰;运用市场对各种经济信号反应比较灵敏的优点,促进生产和需求的及时协调。同时也要看到市场自身的弱点和消极方面,必须加强和改善国家对经济的宏观调控,从而保持经济总量的平衡,促进经济结构的优化,引导国民经济持续、快速、健康发展,推动社会全面进步。经济法律是国家对市场实行宏观调控的一个重要手段。在一定意义上讲,市场经济就是法制经济。改革开放和法制建设的步伐是统一的,改革开放以来,我国制定了大量法律、法规调整经济生活,今后,改革决策、发展决策和立法决策仍然必须紧密结合,用法律引导、推进和保障社会主义市场经济的健康发展。《国民经济和社会发展的“九五”计划和2010年远景目标纲要》指出,我们今后要加快经济立法,继续

制定和完善规范市场主体和市场行为、维护市场秩序、改善和加强宏观调控、建立和健全社会保障制度、促进改革开放等方面的法律；制定和完善振兴基础产业和支柱产业、规范政府行为、保护环境资源、保护知识产权等方面的法律。经济生活的法制化，必然要求全民所有制和集体所有制经济、个体经济、私营经济、外资经济等多种经济成份在法制的轨道上平等竞争，谋求生存和发展。因此，聘请精通法律的律师担任法律顾问，处理各种纷繁复杂的法律事务，使经济活动在法制的轨道上正常运用，就成了各种经济组织合乎时宜的选择。

（二）聘请律师担任法律顾问是转变政府职能的需要。按照“政企分开”的原则，转变政府职能，是建立社会主义市场经济体制的必然要求。各级政府都要按照发展社会主义市场经济的要求，认真转变职能，实行政企职责分开，加强政府部门自身建设，精简机构，提高管理水平和工作效率。政府的经济管理职能，要真正转变到制定和执行宏观调控政策，搞好基础设施建设，创造良好的经济发展环境上来。其中，法律手段是政府对国民经济实行宏观调控的重要手段之一。因此，由精通法律的律师为政府的宏观调控提供法律帮助，是保证政府宏观调控得以顺利进行的重要条件之一。

（三）聘请律师担任法律顾问是建立现代企业制度的需要。建立现代企业制度，搞好国有企业的改革和发展，是建立社会主义市场经济体制的关键。现代企业制度的基本特征是“产权清晰、权责明确、政企分开、管理科学。”《国民经济和社会发展“九五”计划和2010年远景目标纲要》指出我国在“九五”前期要集中力量抓好现代企业制度的试点，做到点面结合，因地制宜，分类指导，配套推进，务求在重点难点上取得突破。因此，必须建立与社会主义市场经济相适应的国有资产出资人制度、法人财产制度，明

确资产所有者、经营者和劳动者的权利、责任和义务；区别不同情况，采取改组、联合、兼并、股份合作制、租赁、承包经营和出售等形式，加快国有小企业改革步伐；建立和完善产权登记、统计报告和资产评估等国有资产基础管理制度；强化国有企业经营管理，全面推行劳动合同制；使在市场竞争中长期亏损、资不抵债的企业依法破产；等等。在建立现代企业制度的过程中，必然涉及大量的法律法规，涉及大量的法律业务。如果没有律师的参与，就难以顺利地建立适应社会主义市场经济的现代企业制度，社会在建立现代企业制度的过程中会付出许多不必要的代价。

（四）聘请律师担任法律顾问是进一步扩大对外开放的需要。改革开放近二十年以来，我国对外开放的总体格局已基本形成，对外贸易迅速增长，利用外资大幅度增加，引进的先进技术和管理经验促进了国内生产技术和水平的提高。今后我国要根据社会主义市场经济发展的需要和国际经济通行规则，进一步扩大对外开放程度，提高对外开放水平。对外开放一方面必须以国家的法律和政策为依据，另一方面还要了解国际通行规则。只有这样，才能既维护国家的利益，又在平等互利原则的基础上发展对外经济贸易关系。对外开放的艰巨性、复杂性必然要求精通法律事务的律师的积极参与，为对外开放的顺利进行保驾护航。

四、影响聘请法律顾问的几个因素

聘请律师担任法律顾问，是基于一种具有广泛性的商业或公务需要。但是，我们也不难发现，即使是处于相同商业环境中的公司，获取法律服务的途径也是不同的。公民、法人或其他组织是否聘请法律顾问，一般而言，是受其所涉及的法律业务的类型和数量，以及管理者对现行法律服务费用质量的态度及评价所影响的。只有对各种情况进行具体分析，才能发现，在特定情况下某种因素的相对重要性有多大。下面分别论析影响聘请法律顾问

的几个主要因素：

(一) 法律业务的类型。法律业务的类型决定了其法律业务的复杂性。法律业务越复杂，其决策行为越需要得到法律顾问的帮助。如商业银行、保险公司、股票交易所等等。这些单位涉及的法律业务十分复杂，因而，这些单位不仅聘请律师担任法律顾问，而且往往还设有内部的法律服务部门为其决策行为提供帮助。

(二) 法律业务的数量。一般而言，法人和其他组织的规模越大，法律业务的数量也就越多，因而越需要由精于法律的律师来处理。

(三) 单位的规模和效益。非常明显，法人和其他组织的规模和效益，是决定是否聘请律师担任法律顾问以及聘请律师数量的重要因素。实践表明，绝大多数法律顾问都是由大中型企业聘请的。

(四) 管理者对现行法律服务费用和质量的态度及评价。法人和其他组织的管理者对现行法律服务费用和质量的态度及评价，也是决定是否聘请法律顾问的一个重要因素。如果管理者认为，聘请律师担任法律顾问的费用会小于无法律顾问所形成的法律费用，他就将聘请法律顾问；如果管理者认为，聘请律师担任法律顾问后单位的业务质量将有所提高，他也将会聘请法律顾问。反之，则不会聘请法律顾问。

总而言之，是否聘请律师担任法律顾问，是出于一种商业或公务上的需要。上述几种影响因素是综合作用的，正是它们的综合作用，决定了特定情况下对法律服务的特定需求。

第二节 法律顾问的种类和作用

一、法律顾问的种类

律师担任法律顾问，按照不同的分类标准，可以分为以下几种类型：

（一）根据聘请法律顾问的聘请方的不同，法律顾问可以分为下面五种：

1. 政府部门的法律顾问。政府部门的法律顾问是指各级政府及其行政管理部门，为了更好地运用法律手段管理经济和社会事务而聘请的法律顾问。政府部门聘请法律顾问，是依法行政和科学决策的需要。政府部门法律顾问的主要业务是，协助各级政府及其行政管理部门起草各种规范性文件，帮助政府部门实现行政管理的规范化、制度化。同时，协助政府部门运用法律手段实现行政管理职能。

2. 企业的法律顾问。企业的法律顾问是指企业为维护自己的合法权益，实现依法生产、经营和管理而聘请的法律顾问。企业的法律顾问又可分为国有企业、集体企业、私营企业、外资企业等的法律顾问。企业法律顾问的主要业务是，协助聘方建章建制，进行重大合同的审查和谈判等等。当前我国要以企业改革为中心积极推进经济体制改革，在转变国有企业的经济机制，对国有企业实施战略性改组，加强国有资产管理，强化国有企业经营管理等方面，都需要法律顾问的积极参与。

3. 事业单位的法律顾问。事业单位的法律顾问是指由国家核拨经费的事业单位为实现依法管理和维护其合法权益而聘请的法律顾问。事业单位法律顾问的主要业务是，以法律手段保障事业单位教育、科研等工作的顺利进行。