

法律文书 与司法改革

马宏俊 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

法律文书与司法改革

马宏俊 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法律文书与司法改革/马宏俊主编. —北京:北京大学出版社, 2005. 8
ISBN 7-301-09653-4

I. 法… II. 马… III. 法律文书-中国-文集 IV. D926.13-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 102223 号

书 名: 法律文书与司法改革

著作责任者: 马宏俊 主编

责任编辑: 明辉 李霞

标准书号: ISBN 7-301-09653-4/D · 1281

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 北京高新特打字服务社 82350640

印 刷 者: 三河新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 23.5 印张 397 千字

2005 年 8 月第 1 版 2005 年 8 月第 1 次印刷

定 价: 36.00 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,翻版必究

文书与素质(代序)

法律的作用在于稳定秩序、伸张正义和维护公平。而法律的价值、法律精神的展示,法律目标、法律功能的实现,离不开法律载体的重要形式:法律文书。优秀的法律文书,不仅能体现法律理念的精髓,展示法律的价值追求,而且能促进法律功能的实现。中国古代法律强调德主刑辅,主张“德礼为政教之本,刑罚为政教之用”,伦理入法,亲情入法。中国古代一些优秀的法律文书,真实、准确地体现了这一治国之道。存留在世的唐宋明清各代的法律公告、司法判决等文牒中,不乏至今仍为人们津津乐道的经典性法律文书。论法,逻辑严密,环环相扣;说情,如诉如泣,透人心田。美国联邦最高法院通过对于重大案件的判决,代表整个美国社会,表达在法律价值、法律理念、法律精神方面的最高追求。联邦最高法院大法官的某些判决书,博采众说,取精用宏,游弋在社会现实与法律理想之间,驰骋于个案处理与价值导向之上,成为一些国家法学教育的必读内容。

基于法律人才对于文书素质的特殊需求,我国法学教育历来重视法律文书的教学活动。二十多年前,中国法学教育恢复之初,一批学者受司法部的委托,在中国政法大学开设了司法文书师资班,在此基础上,形成了一个学者群。近二十年来,全国各法学院校高度重视法律文书的教学、研究活动。法律文书已成为我国法学教育中的一个重要内容,在本科教育、研究生教育和各类与法律相关的教育中占有一席之地。法律文书的学术水平和制作技巧也已成为衡量法律人才质量和素质的重要指标。

马宏俊先生主编的《法律文书和司法改革》一书,聚集了法律文书学界的一批新作。这些论文就法律文书的性质、特点、形式、作用等作了深入、广泛的探讨。一些论文结合我国正在进行的司法改革,就法律文书在内容和形式等方面的完善和改进提出了自己独到的观点。希望本书的出版,有助于法律文书学的进一步发展。

朱 勇

2005年6月11日

目 录

论法律意见书的制作标准·····	马宏俊 崔 岩(1)
法律文书立法问题初探 ·····	赵朝琴(25)
法治政府下的公安行政法律文书改革 ·····	刘占川 吴小龙(38)
浅谈法律语言的思维特征及应用 ·····	饶 冰 高 辰(46)
浅谈多媒体技术在公安文书写作教学中的应用 ·····	姚秀慧(51)
试论《治安管理处罚条例》在办案过程中的运用 ·····	李培芬(54)
完善要素式公证书的理论探讨 ·····	谢松增(62)
运用侦查讯问语言应把握的界线 ·····	梁爱清(72)
论公证书格式之改革及完善 ·····	陆建明 詹爱萍(81)
裁判文书改革与司法理念的嬗变 ·····	潘庆云(90)
高职、专科类法律院校《司法文书》课程建设与教学改革 ·····	陈福龙(99)
德、法、日、俄刑事判决书的制作	
——兼论我国刑事判决书的改进·····	程 滔(103)
法律文书的说理·····	张 靖(111)
法律文书的言语交际规范·····	田荔枝(118)
论刑事判决书的说理性·····	蔡 杰 郭筹鸿(127)
论裁判文书改革·····	周道鸾(138)
论民事裁判文书的说理·····	玉 梅(179)
律师法律文书	
——律师事务所常见内部业务行文·····	王恒涛(189)

司法文书修辞的研究方法·····	张陆庆(222)
谈法律顾问文书写作的规范化问题·····	高金波(231)
民事判决书的论理·····	浦 晔(241)
抓裁判文书,促司法公正 ·····	梁根生(246)
裁判文书价值解析·····	卓朝君(250)
判决理由的基本要素·····	罗书平(260)
论司法鉴定文书的规范化·····	王远明 姜志刚(278)
怎样制作办案笔录·····	段 钢(286)
论法律文书的改革与完善·····	刘金华(362)
后记·····	(370)

论法律意见书的制作标准

中国政法大学 马宏俊 崔 岩

一、法律意见书的由来

法律意见书最早出现于美国,随后在英国伦敦的美元交易市场上开始使用。20世纪80年代,美国律师界曾就法律意见书的原则展开讨论,并先后公布了制作标准或指南。英国律师在制作法律意见书时,形成了列举一系列明示的限制或保留,而这些限制或保留又被美国律师所采用,在这一阶段,法律意见书专就国际贷款合同而制作。^①这是因为,国际贷款涉及的法律指向两个甚至两个以上国家或地区,错综复杂的不同法律彼此交织,需要专业人士的梳理及分析,以确定贷款发放的可行性,国际银团贷款尤其如此。这样一来,由具备专业知识、惯常法律思维的律师出具法律意见书,成为促就这一目标实现的适当路径,法律意见书也由此成为该类项目“配套借贷法律文件之一”^②。

我国改革开放以来,对外经济交往日益频繁,一些律师开始涉足非诉讼领域,法律意见书得以显现。主要表现在,进入国内的外资一方对面临的经济环境感到陌生及忧虑,往往依从国际通例由国内律师出具法律意见书,透视可能的法律风险,寻求有利的法律及政策支持,从而启动了我国律师对法律意见书的使用。^③

由此看来,法律意见书是在现代律师制度背景下成形的,是对外开放的产物,其立足点在于为外方分析其在本国实施行为的氛围与意义。然而,目前国内法律意见书的用途已经发生了微妙的偏移,更多出现在咨询领域,这显然已不是原本意义上的法律意见书。由此,有必要还法律意见书以本来

① 参见张庆、刘宁:《法律意见书的研究与制作》,法律出版社2004年版,第27页。

② 赵龙祥主编:《当代法律文书写作》,陕西师范大学出版社1998年版,第475页。

③ 参见张庆、刘宁:同前注①。

面目。

二、法律意见书的概念特征

由于法律意见书是律师业务的衍生产品,其轮廓稍显模糊。这样一来,探究法律意见书的基本内涵,了解其基本构造、解读其隐含信息成为本文面临的首要问题。

(一) 法律意见书的概念

一般说来,法律意见书是律师应当事人的要求,针对某一法律事务,根据掌握的事实和材料,正确运用法律进行阐述和分析,并向当事人出具明确结论的一种书面意见。^①此种表述未将法律意见书限定在单一领域,而是覆盖了当事人委托的任一法律事务,相近观点也采用了此种定位^②;但也有意见认为,法律意见书只是律师针对非诉讼法律事务所出具的文书^③,这一主张也得到了实务部门的印证。^④还有人强调法律意见书的传统领域,认为法律意见书仅指律师对当事人进行国际借贷等金融证券业务和其他法律事务的有关法律问题出具的书面意见。^⑤

显然,各方对法律意见书的概念尚未形成共识,不同观点的冲突集中在法律意见书适用范围的大小上。

法律意见书的适用范围到底有多大?

从形成过程看,法律意见书当然适用于律师的非诉讼法律事务。顾名思义,非诉讼法律事务即无须经过司法裁判方式解决的各类法律事务,此类业务中,律师可以为市场经济体制的建立和完善提供直接的法律服务,将法律服务直接递送至生产、分配、交换和消费等经济活动的各个层面,避免发

① 参见马宏俊主编:《法律文书学》,中国政法大学出版社2001年版,第45页。

② 参见张庆、刘宁:《法律意见书的研究与制作》,法律出版社2004年版,第31页;郭延兵主编:《司法文书学》,兰州大学出版社2001年版,第226页。此外,陈光中主编:《公证与律师制度》一书也采用了相同概念,但全书体系上将法律意见书归入律师非诉讼法律事务,见该书第二十七章,北京大学出版社2000年版。

③ 参见刘金华:《非诉讼理论与律师实务》,人民法院出版社1998年版,第356页;徐家力主编:《律师实务》,法律出版社2002年版,第418页。

④ 司法部历年律师工作统计资料中,法律意见书被并入非诉讼业务项下。

⑤ 参见袁爱平主编:《金融证券律师非诉讼业务》,吉林人民出版社1998年版,第288页。

生和依法解决纠纷,保障市场经济活动的有序性。^①此时的法律意见书,无疑起到了媒介的居间功能。

那么,法律意见书是否适用于诉讼领域呢?

委托人期待的律师服务既包括纠纷的事先预防,也包括纠纷之后的弥补。与此相同,尽管律师介入未被强制应用于所有诉讼,但对当事人而言,繁杂的程序制约使得寻求律师帮助成为其现实抉择,其引发律师答复的咨询缔造了法律意见进入诉讼市场的可能。

不言而喻,社会需要的变化决定着律师法律服务内容和范围的变化。实践中,除因专业局限无法展开的业务外,律师均可介入受托事项提供法律服务,这在一定程度上导引着法律意见书的走势。

显然,以上对法律意见书给出的不同概念中,对适用范围的界定过于具体,不能全面反映法律意见书的功效。笔者认为,基于社会法律工作者的属性,律师通过法律意见书登录的法律服务可以覆盖社会的各个领域,相应地,法律意见书的概念可分为广义和狭义两种。广义的法律意见书指律师针对特定法律事务给予当事人的、容纳了明确结论的书面分析和陈述,包括一切具有法律意义的书面意见。狭义的法律意见书则仅指律师在非诉讼业务领域依专业视角向委托人书面提供的法律衡量。

从广义和狭义两个层面勾勒法律意见书的概念,不仅可以反映其演进过程,还有助于区分法律意见书在不同情形之下的应用,并推动律师文书研习制作的细化。

鉴于诉讼类法律意见书并无太大研究价值,且其庞杂程度难以纳入本文篇幅可及的范围之内,本文所指的法律意见书,仅从狭义层面上展开。

同时,实务中出现的专家法律意见书不属法律意见书范畴。此种文书是指某一领域的法律专家学者依据组织者提供的材料,对具体案件发表在适用法律方面的意见和看法,往往体现为论证会的结果。^②显然,其虽有法律意见书之名,却无法律意见书之实,不在本文探析之列。

(二) 法律意见书的特征

律师的法律意见,是对具体事项的法律分析,是阻却或有纠纷的有效机制,应具有规范化的内涵、较强的逻辑性以及明显的体系性。律师使用的行

^① 参见陈光中主编:《公证与律师制度》,北京大学出版社2000年版,第313页。

^② 参见周登谅:《专家法律意见书能走多远》,载《中国律师》2004年第1期。

业语言和运用的思维方式都应严格依照其职业特点,不容许有超越专业规范要求的夸张和虚拟。

与其他文书相比,法律意见书具有以下特征:

1. 制作主体特殊。法律意见书完全是律师运用其法律思维制作的智力劳动成果,其他主体出具的意见不能成为法律意见书,如检察机关出具的检察意见书、审判机关出具的司法建议书等。

2. 结论明确。法律意见书体现了律师依固化事实进行的法律推导,律师进行的分析论证的最终凝结应当清晰、准确,给当事人以肯定或否定的意见。例如,针对当事人合同咨询的法律意见书中,合同效力自然成为无法回避的问题,律师必须明确作答。

3. 针对性。法律意见书具体指向当事人直面的特定事务,仅在当事人需要法律服务的范围内使用,一般不会超出该范围。

4. 独立性。法律意见书记载律师依据事实材料和法律规定所发表的意见,该意见不仅仅取决于当事人相关资料,也并非法律条款的简单堆砌,是经律师独立工作产生的。

5. 客观公正性。尽管法律意见书表现出律师与当事人的委托关系,但与诉讼代理不同的是,律师独立于当事人的地位决定了其不能为当事人所左右,律师恪尽职责出具的意见亦秉承了律师传达观点客观、公正的视角。

三、法律意见书的作用

根据当事人的要求,律师以特有的法律知识、法律技术和法律逻辑点拨谜团,帮助其选择某项事务中正确的、合乎法律规定的行为方式,并体现在法律意见书中。由此可见,法律意见书“不在解决已然发生之纠纷,而是为实现某个目标而必须经历的法定程序,或系为避免出现某些纠纷而采取的必要措施”^①。

历史表明,自律师职业产生起,律师在预防侵权行为的产生和凭借司法程序救济被侵害的法律权利方面,具有优越的能力、条件和作用,社会对律师职业的认可,也正缘于律师在纷争解决中的积极作用。法律意见书在有效范围内的使用,可促使业已积存的法律障碍得以消融,预防、填堵纠纷之功能由此而生。在国际业务方面,更可解决因各国法律不同而造成的冲突。

^① 马宏俊主编:《法律文书学》,中国政法大学出版社2001年版,第45页。

对当事人提出的问题而言,法律意见书的解答功能无疑为当事人提供了专业层面的释义;鉴于法律意见书在市场准入、信息披露等方面的社会功能,以及公众对律师的信任程度,法律意见书亦具有极强的市场引导力,起到了市场工具的作用。

对法律的诠释,使法律意见书无疑具备了法律宣传的作用。同时,法律意见书在实践中也越来越多地触及到非委托关系,例如,应尚未建立委托关系当事人的请求出具简单的咨询意见形成的文书,这种法律意见书能够发挥凝聚潜在客户的作用,从而促成代理关系的建立。

四、法律意见书的内容和结构

(一) 法律意见书的首部

首部包括但不限于:

1. 标题。
2. 称呼语。标明法律意见书所致送单位的名称。
3. 交代律师出具法律意见书的背景。律师首先应说明委托人的委托事由,概括法律意见书的法律及事实依据,罗列相应文件目录,标示律师的前期工作,以明确法律意见书的基本前提。证券类法律意见书中,对此表述较为详尽。

一份关于上市公司股份置换的法律意见书是这样开篇的:

致:成都国贸实业集团股份有限公司

根据《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国合同法》以及参照《股份公司规范意见》(以下简称“《规范意见》”)的规定,并应成都国贸实业集团股份有限公司(以下简称“公司”或“国贸股份公司”)的要求,金杜律师事务所(以下简称“金杜”)接受公司的委托,作为公司控股股东成都国贸实业集团公司(以下简称“国贸集团”)与四川银山化工(集团)股份有限公司(以下简称“银山化工”)流通股股东进行有关股份置换的专项法律顾问,就有关股份置换事宜出具本法律意见书。

金杜发表法律意见所依据的是本法律意见书出具日以前已经发生或存在的有关事实及我国有关法律、法规和规范性文件,并且是基于金杜对有关事实的了解和对有关法律的理解作出的。对于出具法律意见书至关重要而又无法得到独立证据支持的事实,金杜依赖于有关政府

部门、交易双方或者其他有关单位出具的证明文件。在本法律意见书中,金杜认定某些事项或文件是否合法有效是以该等事项发生之时所应适用的法律、法规为依据的,同时也充分考虑了有关政府部门给予的批准和确认。^①

背景陈述可以展示律师的尽职程度及缜密的判断力,为启动之后的法律分析作出铺垫,而不应成为点缀门面的装饰。

4. 声明。律师对影响专业判断的因素作出的声明有时也是法律意见书不可或缺的组成部分,其内容可以包括:律师发表意见所依据的基准日、宣告法律意见书的用途、律师责任以及律师自认应予列明的事项。

一份关于股权转让的法律意见书中,律师作出的声明包括:

1. 本所律师仅根据本法律意见书出具日以前已经发生或存在的事实及本所对该事实的了解和本所对我国现行法律、法规和规范性文件的理解发表法律意见,并不对有关会计、审计、资产评估等其他专业事项发表意见。

2. 本所律师已严格履行法定职责,遵循了勤勉尽责和诚实信用原则,审查了本次股权转让涉及的主要事宜和法律事项,在对有关事实审核确认的基础上,就本次股权转让的合法性,出具法律意见。并保证本法律意见书不存在虚假记载、误导性陈述及重大遗漏。

3. 本所同意将本法律意见书作为本次股权转让所必备的法定文件,并依法对出具的法律意见承担责任。

4. 贵公司保证向本所律师提供的有关文件和材料是完整、真实、有效的,且无隐瞒、虚假和误导之处,其中文件材料为副本、复印件的,保证与正本或原件相符。

5. 本所律师对于本法律意见书至关重要而又无法得到独立证据支持的事实,依赖于有关政府部门、贵公司、A公司、B公司或者其他有关单位出具的证明文件发表法律意见。

6. 本法律意见书仅供贵公司本次股权转让之目的使用,未经本所书面同意,不得用于任何其他目的。^②

^① 《金杜律师事务所关于成都国貿实业集团股份有限公司与四川银山化工(集团)股份有限公司股份置换的法律意见书》,载国泰君安证券网,2003年9月26日。

^② 摘自任自力编著:《证券律师常用法律文书范本》,法律出版社2003年版,第505—506页。

必要的声明不仅意在向文书受体表述律师恪尽劳作的流程,也意在対律师潜在执业风险作出合理的预防与避让。声明置放在法律意见书的首部或尾部,完全根据法律意见书全文的结构及个人写作习惯而定。

(二) 法律意见书的正文

正文是法律意见书的核心内容,重点在于正确运用法律、法规、规章、政策及惯例,针对委托人特定事项有理有据地进行分析 and 阐述,以给予肯定抑或否定之结论。视事项而定,律师有时还需提出法律建议,以全面履行专家职责。

除某些法律意见书有特别要求以外,正文一般含纳以下几方面内容:

1. 主体问题

需指出,委托人及所针对事项涉及主体是否合法及其存续状态,是否具有实际从事具体活动的权能,能否担当相应法律责任等事宜,为之后律师投入实体分析奠定基座。

以下是一份投资项目法律意见书对委托人的主体问题进行的阐释:

根据大屯煤电(集团)有限责任公司现时有效之《章程》和江苏省工商行政管理局2003年3月20日颁发的大屯煤电(集团)有限责任公司之《企业法人营业执照》,大屯煤电集团为一家成立于1988年9月7日的有限责任公司。该公司原为1970年经国务院批准由上海市投资建立的国有独资大型企业。该公司为独立企业法人并有效存续,具有民事权利能力和行为能力。经查,截止到本法律意见书出具之日,该公司未出现法律、法规或其公司章程规定需终止的情形。^①

2. 所针对事项涉及的批准程序及条件

在特定的经营活动中或特定主体成立时,法定机构的批准成为必须经过的环节。^② 面临此种情况时,律师应在法律意见书中说明审批的具体程序及条件,向委托人提供法律及政策指引,并从专业角度说明委托事项是否具

^① 《上海联合律师事务所关于上海大屯能源股份有限公司投资铝箔建设项目之法律意见书》,载 <http://www.sdnv.com/2003/xmflyjs.asp>。

^② 经营活动必须经过批准最典型的是企业上市业务,《证券法》第10条即规定:“公开发行证券,必须符合法律、行政法规规定的条件,并依法报经国务院证券监督管理机构或者国务院授权的部门核准或者审批;未经依法核准或审批,任何单位和个人不得向社会公开发行证券”。而设立必须经过批准的例证如外商投资企业,《中外合资经营企业法》第3条规定:“合营各方签订的合营协议、合同、章程,应报国家对外经济贸易主管部门审查批准”。

备获准要件。

上述投资项目法律意见书对此的说明为：

1. 本次投资铝箔项目立项审批正在进行,尚未获得正式批复。
2. 本次投资铝箔项目有待大屯煤电(集团)有限责任公司股东大会的同意。
3. 本次投资铝箔项目有待上海能源股东大会审议批准。在公司股东大会作出同意投资铝箔项目的决议之后,本次投资方能生效。^①

应该说,上文篇幅虽然简短,但已道明意欲表达之内容。

3. 相关信息的披露

市场经济环境下,信息资源的透明有利于诚实信用机制的散发及交易的公平、安全。对有些法律意见书而言,其受体不仅是委托人,往往也包括社会公众,这使得信息的公开成为必不可少的环节。

以透明度要求最高的上市公司为例,律师为其年度股东大会出具法律意见书时,必须充分披露股东大会的召集、召开程序,出席股东大会人员的资格,股东大会所审议的提案以及股东大会的表决程序是否合法有效。

一份法律意见书将股东大会的召集、召开情况披露为：

本次股东大会由公司董事会决定召集,公司董事会已于2003年4月28日在《中国证券报》、《证券时报》上刊登了《天津一汽夏利汽车股份有限公司关于召开2002年度股东大会的通知》以公告的形式通知股东出席会议,在法定期限内通知本次股东大会的相关事项。本次股东大会已于2003年5月28日如期召开。

本律师认为,本次股东大会的召集与召开程序符合《公司法》、《规范意见》等法律法规和规章的规定,符合《天津一汽夏利汽车股份有限公司章程》(以下简称《公司章程》)的有关规定。^②

公开使得公正、公平成为可能,法律意见书的细述正是信息公开的渠道之一。

4. 结论意见

作为专业服务人士的律师,不能将阐述和分析作为法律意见书的全部,

^① 《上海联合律师事务所关于上海大屯能源股份有限公司投资铝箔建设项目之法律意见书》,载 <http://www.sdtty.com/2003/xmflyjs.asp>。

^② 《嘉德律师事务所关于ST夏利2002年度股东大会法律意见书》,载 <http://finance.sina.com.cn>。

通过推导得出的清晰定论才是法律意见书全文的点睛之笔,是分析阐述的最终结语。任何不清晰的表述都有碍于这一终极目标的实现,要力求简洁明了。

在一份关于委托人请求选定公司清算方案的法律意见书中,结论部分被设计为:

综上所述,从××公司的资产、负债情况来看,它已经具备破产的条件;从现阶段清算工作的情况考查,清算组在行政清算过程中面临一些客观障碍,只有采取破产程序才可得以克服;从债权债务的有效处理来看,通过破产程序是彻底清结××公司原有债务最有效的方法;在对个人债务先行清偿后,在各级政府的协调下与其他中央单位、机构债权人达成谅解,对职工进行妥善安置的情况下,申请破产不会造成社会稳定问题;从目前国家对信托投资公司管理采取的政策取向上看,破产是政府引导金融市场主体加强风险意识进而改善管理的有效手段。我们认为,××公司的清算事务,以采取破产程序为宜。^①

在概述全文的同时,律师提炼出的完整而精要的答复可以帮助当事人理清思绪,促成其下一步行动的计划。创作时,需要律师仔细斟酌。

(三) 法律意见书的尾部

如前所述,正文是法律意见书的重心所在,但尾部的设置也并非仅出于体例完备的需要,而是对全文的收拢。

除律师事务所及经办律师的署名、成文日期、附件列表外,尾部还可包括特别强调事项,如:

本法律意见书仅向贵公司出具,仅供贵公司为本次资产重组目的使用,除贵公司把本法律意见书送交国家证券管理部门、机构以及香港证监会、香港联交所或香港特别行政区其他有关机关以及参与贵公司本次资产重组的中介机构外,不得用作任何其他目的。除送交上述机构外,未经本所事先书面同意,任何他方不得为任何目的而依赖、使用或引用本法律意见书。^②

^① 参见张庆、刘宁:《法律意见书的研究与制作》,法律出版社2004年版,第229—230页。

^② 《南京永和律师事务所关于南京熊猫电子股份有限公司资产重组的法律意见书》,载中国期刊网。

法律意见书的尾部不仅是简单的记录,它关乎全篇行文的完整性和严谨度,更影响到律师勤勉尽责之工作态度的凸显。由于标准明确,尾部内容实际上是易于掌握的技术性操作。但是,法律意见书是筑建在诸多资料及调查活动之上的,这些资料应附标于尾部适当位置,以使法律意见书的权威性得到增强。

五、法律意见书的发展

相关机构对法律意见书的调整,是从律师证券法律业务开始的。

1993年,司法部与中国证券监督管理委员会发布文件,明确要求发行和交易证券的企业、机构和场所的各种证券及相关业务需由律师出具法律意见书^①,而中国证券监督管理委员会亦陆续下达规定,对法律意见书的范围和内容作出补充指引。^②

此后,司法部又会同其他机构分别下文,将应当由律师以法律意见书方式承办的法律事务扩大到集体科技企业产权界定、国家基本建设大中型项目的招标投标业务及国有资产法律事务。^③

市场经济确立后,带有明显计划经济色彩的行政指令已经不再适应律师业务发展的需求,管理机构开始侧重于法律服务市场的宏观调控,创设平等的竞争机会^④,使律师的业务渠道得到了极大的畅通,法律意见书的效应不断向其他领域发散,并随社会发展的变化呈现出更为活跃的态势。统计数字显示,1998年度全国律师累计出具法律意见书114511份,而2002年度数据则为193030份。^⑤两者相比,法律意见书总量增长高达68.57%。

① 参见司法部:《关于从事证券法律业务律师及律师事务所资格确认的暂行规定》及司法部、中国证券监督管理委员会:《公开发行股票公司信息披露实施细则(试行)》。

② 这些规定是1994年发布并于1999年修订的《公开发行股票公司信息披露的内容与格式准则第六号(法律意见书的内容与格式)》、1998年发布的《关于加强律师从事证券法律业务管理的通知》、2001年颁布的《公开发行证券公司信息披露的编报规则第12号——公开发行证券的法律意见书和律师工作报告》。

③ 这些规定分别是1998年《关于律师从事集体科技企业产权界定法律业务的通知》、1999年《关于律师从事基本建设大中型项目招标投标法律业务的通知》、1999年在14省市实施的《关于律师事务所介入国有资产产权法律事务试点工作的通知》。

④ 2002年12月,司法部和中国证券监督管理委员会联合下文,取消律师从事证券业务的资格限制。

⑤ 参见陈光中主编:《公证与律师制度》,北京大学出版社2000年版,第176页;司法部:《2002年度律师工作统计资料》。

随着新经济时代的来临,电子商务、海事海商、金融保险、知识产权保护、BOT、特许经营和大型项目招标等高新科技领域兴起,特别是现代化的信息科技,使法律意见书更为广泛的运用成为可能,并成为律师法律服务环节不可或缺的组成部分,体现出越来越重要的作用和价值。

六、法律意见书面临的机遇与挑战

我国加入世贸组织以来,法律意见书面临着前所未有的发展机遇。

经济体制、法律制度的接轨,与世贸规则相抵触的法律法规大量的修订或废除仍在进行之中,律师以专业人士身份介入提供法律意见,有利于将实践中的大量信息带给立法层,弥补相关调研渠道不畅的缺失,而在地方立法中,这更具可能和现实性。

公有制为主体、多种所有制经济共同发展,是我国现阶段的基本经济制度。国有经济起指导作用主要体现于控制力,对关系国民经济命脉的重要行业和关键领域,国民经济必须占支配地位;在基本领域可通过资产重组和结构调整,实行股份制来提高国有资产的整体素质。其中,律师的法律意见介入国有经济的资产重组、结构调整股份制改造将大有作为,而且可以在集体所有制的经济筹措社会资金,实现劳动者的劳动联合和资本联合等方面提供书面法律服务。

我国的投资环境已经大为改观,为外商来华投资打开空前广阔的通道,这给法律意见书的推广创造了极好的条件。除了一般的跨国贸易和投资行为外,跨国公司的全球发展战略将使其逐鹿中国市场,这既是中国扩大和加深对外开放的必然结果,也是跨国公司自身发展的必然趋势。迅速占领市场、占据市场份额、赢得竞争主动权的最快捷方式就是实施并购,入世也为跨国公司之并购进入国内提供了契机,向境内外投资者出具法律意见书,成为律师此类业务必不可少的选择。

与此同时,国内环境的持续良好给律师法律意见书造就的契机日趋明显。国有企业改革的继续深入、现代金融体系的建立、依法行政的全面推进,均使法律意见书大有可用。特别是现代企业制度的国企改革方向,是建立以资本为纽带,借助市场形成较强竞争力的跨地区、行业、所有制和跨国经营的大企业集团。长期以来,律师在企业改组、改造、兼并、租赁、承包经营和股份合作、出售方面的丰富经验使他们具有无可替代的垄断优势,这也将进一步扩展法律意见书的服务领域。