

君合培训书系

# 律师之道

## 新律师的必修课

君合律师事务所 著

亚洲权威杂志 (China Law & Practice Awards)

“2009年年度中国最佳律师事务所” 内部培训资料首次呈现

### 君合律师培训二十年菁华

合伙人亲自撰写



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

法学院学生  
年轻律师  
· 必备 ·



## 君合律師事務所

君合律师事务所成立于1989年4月15日，是中国最早设立的合伙制律师事务所之一。自其成立以来，君合即致力于提供一流的商业与诉讼法律服务，其在中国律师业重建和发展过程中的先锋作用为业内所共知。历经二十年的发展，君合现已成为一家提供全方位法律服务、在许多法律服务专业领域占据领先地位的律师事务所。君合总部设于北京，在上海、深圳、大连、海口、香港和纽约设有分支机构。

君合是两大国际律师组织MULTILAW及LEX MUNDI中唯一的中国律师事务所代表。

君合在以其卓越的服务水准和出色的工作业绩获得客户高度赞誉的同时，还获得了国内外专业机构的认可和奖励：

- 2004年，君合荣获欧洲货币（中国）杂志颁发的中国首席财务官们最受青睐的律师事务所奖。

- 2006年3月，由亚太地区最具权威性的国际性杂志之一IFLR (*International Financial Law Review*) 举办的IFLR 2006年年度亚洲奖项的颁奖礼上，君合摘得“年度最佳中国律师事务所”桂冠。

- 2007年，《太平洋事务》杂志评选君合为“最佳亚洲律师事务所”。

- 2008年6月，在*International Legal Alliance Summit & Awards*评选中，君合荣获2008年“年度中国最佳律师事务所”金奖。

- 2008年9月，君合在*China Law & Practice Awards*颁奖礼上获得“年度最佳律师事务所”及“年度最佳并购事务律师事务所”两项大奖。

- 2009年4月，在《亚洲法律事务》(*Asian Legal Business*)举办的2009年年度中国法律大奖的颁奖晚会上，君合获得了4项大奖：年度最佳管理合伙人大奖、年度最佳银行业律师事务所大奖、年度最佳房地产和建设项目大奖、年度最佳中国交易律师大奖。

ISBN 978-7-301-16584-3



9 787301 165843 >

定价：32.00元



# 律師之道

■ 君合律師事務所 著 ■





## 图书在版编目(CIP)数据

律师之道:新律师的必修课/君合律师事务所著. —北京:北京大学出版社, 2010.5

ISBN 978 - 7 - 301 - 16584 - 3

I. 律… II. 君… III. 律师 - 工作 - 中国 IV. D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 065466 号

书 名: 律师之道——新律师的必修课

著作责任者: 君合律师事务所 著

责任编辑: 白丽丽

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 16584 - 3/D · 2573

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://www.pup.cn> 电子邮箱: [law@pup.pku.edu.cn](mailto:law@pup.pku.edu.cn)

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027  
出版部 62754962

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 16.75 印张 228 千字

2010 年 5 月第 1 版 2010 年 5 月第 1 次印刷

定 价: 32.00 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,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱: [fd@pup.pku.edu.cn](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)



## 编者的话

君合律师事务所自1989年创立,至今已走过二十个年头。短短的二十年,君合从一个只有五个合伙人、两三个律师的小所,发展成为有着八十多位合伙人和顾问,三百多名执业律师和其他专业人员,设有纽约、香港、上海、深圳、海南和大连六家分所的颇具规模的国内一流律师事务所。君合以其卓越的服务水准和出色的工作业绩赢得客户的高度赞誉和专业机构的一致认可,被国内外社会各界公认为中国最优秀和最可以信赖的律师事务所之一。时光荏苒,二十年的岁月见证着君合一步步发展壮大,步入辉煌。

拥有一支高素质的律师队伍是君合向客户提供高质量法律服务的根本保证,也是事务所始终保持强大的竞争实力的关键。二十年来,君合培养了一大批勤奋、敬业、精通法律、掌握专业技能技巧的律师,一批批年轻律师在君合这个大熔炉中锻炼、成长,成为业务精英,而他们也为事务所的长期发展奠定了良好的基础。

君合的律师在业界被公认为是训练有素且对各种大型、复杂的交易有着丰富的经验,他们的快速成长得益于君合系统的培训制度。除对初进君合的人进行基本技能培训外,事务所经常举办针对初、中、高不同年级律师的技巧培训、业务交流、典型案例分析、热点法律问题讨论等各种形式的培训,使得律师的业务水平不断提高,赢得了客户的充分信任和尊重。

值此庆祝君合律师事务所成立二十周年之际,我们把事务所日常对律师培训的讲座资料整理成册出版,作为对君合二十年成长历程的回顾,同时也为那些立志以律师作为终身职业的法律学子们打开一扇进入这个行业的大门。

本书由君合律师事务所的合伙人和资深律师撰写,由研究部合伙人胡英之律师统稿。感谢培训部助理张屏阳协助整理提供资料。



## 在庆祝君合成立二十周年 大会上的致词(代序)

尊敬的各位领导、各位来宾；

亲爱的各位亲友；

亲爱的全体正在、及其曾在君合工作过的同事们；

晚上好：

今晚我们五百多人相聚青岛，共同庆祝君合成立二十周年。这是令君合激动的一晚，这是令君合难忘的一晚，这是令君合回顾与展望的一晚。

君合人是幸运的，因为我们生活在中国五千年历史中最辉煌、最自由、最有创造力的三十年。

君合人是果敢的，当律师业改革率先走在中国改革开放进程的前列时，我们就满怀激情地迎了上去，成为行业发展的弄潮儿。

君合人是坚韧的，从成立之初到 2008 年的金融危机，多少风风雨雨，多少心沥磨难，我们在摸爬滚打中成长壮大。

君合人是艰辛的，多少不眠之夜，多少四处奔波，多少筋疲力尽，多少头晕目眩；君合的今天都清晰记录着每位清洁工打扫卫生的一洗一涮，每位秘书打字的一撇一捺，每位行政人员后勤支持的一帮一助，每位律师、每位翻译起草和翻译文件的一字一句，每位合伙人开疆拓土的一言一行，每届管委会呕心沥血的一举一措。君合的一切都是过去和现在所有君合人的汗水、泪水和心血的结晶。

君合人是骄傲的，二十年来，君合的人员增加了一百多倍，君合有了一

支优秀的合伙人和律师队伍,有了一支认真负责的后勤支援队伍。2008年创收是1989年创收的一千多倍,年均增长率近50%。君合在司法部和全国律师协会的历次全国律师事务所评奖活动中都名列前茅,君合还在《亚洲法律杂志》等国际律师权威机构的评选中多次获得中国最佳律师事务所大奖和多方面单项奖,君合的合伙人和律师获个人奖的次数更是数不胜数。二十年来,君合为一万多家中外大、中型企业提供了全面的、综合的法律服务。其中有许多全球500强和中国500强公司。君合的法律服务得到了各界充分的好评。二十年来,君合一直跑在中国律师事务所发展的第一方阵中,是公认的中国最优秀的律师事务所之一。

君合人是自豪的,中国历史上并没有律师和律师事务所的经营和发展模式可循,君合一直在探索适合于中国人、中国律师的合作与共同发展道路。二十年来,虽然磕磕碰碰、跌跌撞撞,但君合的队伍越来越壮大,身板儿越来越结实,加盟的英雄四方汇聚,成材的后辈层出不穷。

君合人是崇尚人文精神的,认真做事,自然做人;工作寓于生活,生活融于工作。如果工作是登山,君合人在奋力攀登的同时不忘浏览群山苍茫美丽的风光;如果事业是遨游,君合人在搏击风浪的间隙尽情欣赏变化无穷的海天。

君合人是富于爱心的,国难当头,君合人出力出钱;同事有困,大家伸出八方之手。如果君合是基地,那是君合人前进与后撤调整的大本营;如果君合是平台,那是君合五百多人乃至其家庭之事业和生活的基础平台。

君合人是感恩和重情的,司法行政和律师协会的每一次关怀与支持都铭记于心,感恩不忘;客户的每一次信任和重托都担负于肩,诚惶诚恐;家人的每份理解、支持及宽容都鞭策在身,投桃送李。

君合是敢于挑战,乐于挑战的。国际金融危机改变了法律服务市场的格局和节奏,君合人也正在调整战阵和步伐,强体健身,蓄势待发。

君合是事业,君合是生活,君合是精神,君合是文化;君合是现实,君合



是理想。我们这代人创造了君合,君合也承载了我们这代人的人生。让我们共同纪念和庆祝过去的五年、十年、十五年和二十年的君合人生;共同祝福未来二十年、五十年、上百年君合人生的传承!

君合律师事务所主任 肖微



在庆祝君合成立二十周年大会上的致词(代序)   肖微	001
第一章 律师职业漫谈   肖微( 创始合伙人)	001
一、律师业的发展	003
二、律师职业的利弊	007
三、做律师应具备的一些基本素质	017
第二章 如何做一名优秀律师   邹唯宁( 合伙人) 廖海燕( 律师)	023
一、什么样的律师才是好律师	025
二、如何成为一名优秀的律师	030
三、关于工作方法论	040
四、律师应注意克服的缺点	044
第三章 如何进行法律研究   廖悦悦( 律师)	045
一、如何理解所研究的法律问题	047
二、如何获得法律研究的资源	052
三、如何使用法律研究资源	057
四、法律研究的战略性问题	071
五、法律研究的细节问题	074

# 目录

## contents

第四章	如何起草法律备忘录   许蓉蓉(合伙人)	077
	一、法律备忘录的种类	079
	二、法律备忘录的功能、作用	079
	三、如何起草法律备忘录	080
	四、法律备忘录的一般结构	084
	五、特别提示	086
	六、实例推演——关于“信息保留和发送的一般要求” 的备忘录	088
第五章	如何起草、审阅及修改合同   谢青(合伙人)	105
	一、合同起草前的准备工作	107
	二、合同起草需要注意的事项	111
	三、如何审阅和修改合同	116
	四、关于模板条款	118
	五、关于附件	126
第六章	如何起草法律意见书   魏瑛玲(合伙人)	129
	一、法律意见书的种类	131
	二、法律意见书的特点	133



三、出具法律意见书前的基础工作	134
四、法律意见书的起草和修改	136
五、法律意见书的格式及内容构成	137
六、出具法律意见书需注意的事项	145
<b>第七章 如何做法律尽职调查   张薇(合伙人)</b>	<b>149</b>
一、尽职调查与法律尽职调查	151
二、法律尽职调查的阶段和方式	152
三、法律尽职调查的一般范围和主要内容	155
四、法律尽职调查中律师的作用和职责	157
五、法律尽职调查前的准备工作	161
六、如何审查目标公司提供的文件	162
七、法律尽职调查的成果——尽职调查报告和摘要	174
八、法律尽职调查应特别注意的问题	175
<b>第八章 如何在法律文件中准确使用英文   朱核(合伙人) 刘觉西(律师)</b>	<b>181</b>
一、国外客户对法律服务的要求	183

# 目录

## contents

二、法律文书的写作	186
三、英文写作技巧	198
四、如何提高英文写作能力	208
<b>第九章 如何开拓业务和管理客户   邵春阳(合伙人)</b>	<b>211</b>
一、律师事务所客户的概述	213
二、培育与开拓客户的前提	214
三、客户的开拓	217
四、客户的管理	219
五、项目结束后的后期管理	221
六、客户管理的忌讳	221
<b>第十章 如何代理民事诉讼   张雯(合伙人)</b>	
费宁(合伙人)	223
一、接受客户委托	225
二、研究案件事实及相关法律	227
三、起诉前或庭审前的准备阶段	242
四、开庭阶段	246
五、庭后跟进工作	251
六、诉讼律师最重要的业务素质	253

# 第一章

## 律师职业漫谈

(君合律师事务所 肖微 律师)

资源知识  
积累 PDG





肖微  
(创始合伙人)

肖

肖微律师 1984 年毕业于北京大学法律系首届经济法专业,获得法学学士学位。1987 年,毕业于中国社会科学院研究生院法学系国际经济法专业,获得法学硕士学位。1989 年,肖微律师作为创始人之一创办了君合律师事务所。1995 年,肖微律师赴美国哥伦比亚大学法学院学习并取得硕士学位。

肖微律师的主要业务领域为外国投资、公司及证券、国际贸易、土地和房地产开发等经济活动提供法律服务。自 1985 年起,肖微律师主持和参加了数百家公司法律咨询服务和诉讼仲裁。

肖微律师先后担任的职务及获得的称号有:

- 中国证监会第四届和第五届发行审核委员会委员和上市公司重大重组审核工作委员会委员;
- 中国证券业协会投资银行委员会顾问、广聚能源股份有限公司独立董事、中欧基金管理有限公司独立董事、中国太平洋保险(集团)股份有限公司独立董事;
- 中华海外联谊会理事、中国国际法学会理事;
- 北京市仲裁委员会仲裁员、中国国际经济贸易仲裁委员会金融专业仲裁员;
- 北京市先进工作者、中国首届十佳律师、全国优秀律师;
- 荣获亚洲权威法律杂志 *Asian Legal Business* 2005、2006、2007 年度,连续三年“中国律师最佳项目促成奖”(Deal-maker of the Year),并被该杂志评为“热门三十——中国炙手可热律师”;
- 英国权威评级机构 Chambers & Partners 出版的《世界领先律师》连续多年将肖微律师列为在公司、证券、收购兼并方面的著名律师;
- Asia Law & Practice 出版的《亚洲杰出律师》连续多年将肖微律师评为亚洲地区杰出律师;
- 亚洲权威法律杂志 *Asian Legal Business* 将肖微律师评为 2009 年年度最佳管理合伙人。

本章主要介绍几个方面的内容。一是关于律师事务所在中国的发展。二是关于律师本身这个行业。相信很多学法律的同学今后一定会成为律师,那么无论想做律师,还是不想做律师,最好先要知道做律师的利弊。第三个方面是,当你想做律师的时候,怎样才能做一个好律师。

## 一、律师业的发展

### (一) 国办所及其发展

在中国的法制史里面,没有严格的关于“律师”的概念。1911年辛亥革命以后曾起草了《律师法草案》,准备仿效英、美、德、日等国,考核选拔律师,但因临时政府很快被迫解散而没来得及颁布和实施。

1912年9月,北洋军阀曾制定了《律师暂行章程》和《律师登记暂行章程》,这是中国第一部关于律师制度的成文立法,是旧中国实行律师制度的开端。中国的律师职业慢慢兴起。1922年,上海成立了律师公会,至北洋军阀政府垮台,全国约有3000人从事律师业务,多集中于上海、南京、武汉、天津等大城市。

新中国成立之后,旧的律师制度不仅从法律上被否定了,也从社会上被彻底清除了。

1953年起,我国进入发展国民经济的第一个五年计划新时期,经济的发展要求司法制度、律师制度随之发展。从1954年至1957年,我国律师制度有了较大的发展。到1957年,我国有19个省、市、自治区成立了律师协会或筹备委员会,设立了820个法律顾问处,有专职律师572人,兼职律师350人。

1957年开始反右整风运动,《律师暂行条例》(草案)被打入冷宫。1959年,各地的律师机构全部撤销,从此,我国出现了二十多年没有律师的空白时期。

在20世纪80年代以前,社会运行主要靠大量的党和政府的政策、行政命令和计划。而80年代后,社会运行虽然仍靠许多政策和行政命令,但市场经济、民主法治越来越得到加强。这两种情况是不可同日而语的。1978年3月5日,五届全国人大通过的《中华人民共和国宪法》恢复了刑事辩护制度;1979年12月9日,司法部发出了《关于律师工作的通知》,明确宣布恢复律师制度。至此,中国的律师制度才开始恢复重建与发展起来。当初的律师被界定为“国家法律工作者”,其编制、待遇均纳入国家干部管理体系。

80年代后,最早出现了法律顾问处,那时不叫律师事务所,基本上都是国办所。当时因为还没有学习法律的学生毕业,仅有极少的法律教育(1978年才恢复正规的法律教育),所以那时律师和法官许多是从转业军人和公安人员等人员中选拔而来的。当时主要的案件是民事诉讼(婚姻诉讼等)和刑事案件,也正是从那时开始,有了法律服务的概念。那时《刑事诉讼法》以及律师的权利和现在相比也不太一样。1980年初,邓小平强调,律师队伍要扩大,不搞这个法制不行。这一指示为律师制度的恢复定下了总基调,明确了律师业发展的方向。同年8月,全国人大常委会通过了《中华人民共和国律师暂行条例》。1981年3月,国家司法部作出《关于健全律师工作组织机构问题的批复》。全国各地据此建立起法律顾问处1465个,在各顾问处从业的律师工作人员总计约5500人。

1982年,我在北大上学的时候,我的老师在做兼职律师。正是他把我做律师的胃口吊起来的。当时有一个重大案件,涉及“投机倒把”罪,即假如一个东西1万元买,2万元卖,便是投机倒把。这个法律现在当然已经没有了。从那个大案件开始,我接触到了法律实务。

那时候没有多少法律可学,只有《中外合资经营企业法》、《宪法》,没有《民法通则》、《公司法》。我们上课就学政策、行政命令。学了半天,也不清楚法律是什么。只有接触到了案件,才有了一些思路,才明白法律是如何解决问题的。



当时的法律顾问处规模很小,业务也很局限。大概法律顾问处一年的收入也就几万元到十几万元,在那里工作的人员每月收入只有几十元。

80年代末,国办的中信律师事务所是最顶级的律师事务所。但是后来改制,这个律师事务所经历了重组,很多人员去其他地方开办了自己的律师事务所。

我接触的第一个案子是一个40万元的贸易纠纷案。折腾了几个月以后这个案子和解了,第一次办案我和我的朋友每人挣了三百多元。那时已经算是很大一笔钱了,因为正常的本科毕业生第一年每月的工资应该是46元。

## (二) 合作所试点及其发展

1988年3月,七届全国人大一次会议提出制定《律师法》的立法议案,律师立法被纳入有关方面的正式议事日程。1988年6月,司法部发布《合作制律师事务所试点方案》,打破了国家包办律师事务所的传统格局,开始“合作制律师事务所”试点工作。这种由具有律师资格的人员自愿组合成立,完全不要国家经费,并实行自负盈亏的合作制律师事务所,要求律师必须辞去公职。司法部曾在辽宁、河北等地选点试办合作所,由于当地的律师都不愿辞去公职,试点工作迟迟没有进展。1988年在深圳成立了第一家试点合作所。我在美国的两位朋友注意到了以后,希望能与我合作开办事务所。当时初生牛犊,不怕失败,开办了我们的合作所。当时有四家特别批准的试点,我们是第三家。

当时必须要经过司法局的批准,才能开办合作所。合作所就相当于中国的私人事务所的开始,那时还不叫合伙所,为的是避开资本主义私有的概念。

1992年之前,总共只有这么几个试点。除了我们这四家合作所,其他都是国办的律师事务所。我们的合作所属于非体制内,属于“几不管”地区。后来司法局逐渐把我们纳入到正规的管理体系当中,开会的时候也把

我们叫上。

早期能够做涉外商业法律服务的律师事务所很少,所以我们能够参与几个大的投资项目,包括中国最大的中美合作平朔煤矿项目;另外还有中日合作的,在人民大会堂签约的煤炭液化项目。当时的国家领导人都参加了,我们作为其中的项目律师,能够参加这样的签约仪式,感觉还是很好的。

1992年司法部逐渐开放合作制试点,1994年开始转为合伙所制度,几家大的律师事务所就是在那时成立的。

### (三) 合伙所、合作所及其发展

1993年以后,很多既在国内也在国外学习过的人回国,这些人不仅受过良好的法律教育,还有一定的实践基础。而且中国的经济有了大的发展,业务量逐渐增大,比如股份制改造、境外上市H股、境内上市A股等业务逐渐增多。早期的上市不是保荐制,而是计划制,即国家下指标给各省市和各部委,然后找对应的企业。于是股份制业务便成为律师的主要业务。

1991年我去英国的时候,我对证券、上市等没有什么概念。现在我却还算是个证券法律的专业律师,正是国内的环境给了我们很多机会学习和成长。

房地产业务也是另外一项重要业务。外资方面,也有了投资、转让的业务。1992年以前的事务所,一般在10个人左右。到了1995年以后,很多家事务所增加到了几十人,收入由几百万升到几千万人民币。

### (四) 加入WTO后的巨大变化

中国作为一个主要的经济增长区域,在加入WTO之后,更多外资进入了中国市场,而且很多外资直接参股、并购。从产业政策限制,到收购的技术问题都变得复杂得多,所以业务量又有所提高。国有企业开始深化改

造,过去是部分改制,现在是整体改造,这样企业规模就越来越大。比如中石化、中石油、中国人寿、中国银行、工商银行等,都进行了改制、重组、上市,还吸引了外资作为战略投资者。中国经济进入了一个宏观、深化、资本运作的改制过程。

经济发展也使得律师行业得到了快速发展。此时的律师事务所的规模发展到了几百人,一些更大的律师事务所甚至人员过千,收益也从数千万上升到数亿人民币量级。

### （五）金融危机的深刻影响

到了2008年9月,贝尔斯通、雷曼兄弟倒闭。从此,经济形势开始逐渐变差。整个外资运作的步伐、泡沫增量的步伐、流动性资金以及境外融资大量减慢甚至停止。业务的总量也因此出现了巨大的变化。新的经济形势,怎样调整便成了重要的问题。

贝尔斯通倒闭直接影响了我们,因为贝尔斯通是我们的客户。贝尔斯通当时跟中信证券商量换股的问题。我们代表贝尔斯通与中信证券协商了很久,马上就要签约了,但是却宣布倒闭了。不仅后续的业务没有了,还要追索之前的债务。总体的法律服务市场,就像一个屋子断了电,业务总量出现了重大变化。国内的顶级事务所,都面临新的环境下如何调整的考验。

不过,从趋势上讲,中国经济还处在蓬勃的上升期,空间还很大,而且在世界经济格局中的地位越来越重要,有理由相信相应的法律服务需求是不断扩大的。

## 二、律师职业的利弊

做律师不是一件容易的事,也不是那么绚丽多彩的事,尤其是做非诉讼的律师是很辛苦的。我自己总结了一下,说说做律师的利弊。

## （一）利

### 1. 知识性

律师是一个永远能学到新知识的职业。知识不仅要精,还要广,不仅包括法律方面的,还包括经济、政治、历史等。做律师第一个需要的就是律师的专业知识,如果你是一个喜欢专业知识、喜欢学习的人,做律师是一个很好的选择。这个职业要求你不断地学习,不断地更新,让你想停都停不住。

以现在比较常见的外资并购项目为例,除了需要学习外资并购的政策、法规、流程、文件起草经验等之外,作为一个律师还需要学习行业方面的知识。比如,有关汽车行业的并购,律师还需要了解汽车行业的一些基本知识,不仅包括法律方面的发展,还包括与汽车行业有关的技术、销售、投资等方面的发展和趋势。再比如,有关融资租赁行业的并购,律师同样要去了解我国融资租赁行业的发展历程和趋势。

新知识的积累有时是因为做项目而在无形的外界压力驱使下进行的,有时是为了充实自身以及为将来的工作做准备而进行的。不论是出于哪一种原因,律师吸取新知识的脚步都不会停下。

而且,律师在吸取新知识方面会一直走在社会的前端。每当社会上出现甚至只是将要出现新的经济动态或者投资热点时,商人和投资者们已经闻风而来。而他们首先会求助的就是律师。在这种需求之下,律师也会成为努力掌握新的经济动态或者投资热点所需知识的先锋。这种学习对于律师而言是一种压力也是一种乐趣。这是我觉得做律师有利的地方,尤其是对于热爱各种新知识的人而言。

### 2. 挑战性

律师职业的第二个优点就是有挑战性。虽然,专注于某个领域的律师



会反复忙于同一类项目,比如一直从事外资并购、外商投资、国际融资、常年法务、劳动事务、公司上市等。但是,律师的工作没有绝对重复的时候,每一个新项目都会具有其独特的挑战性。即使是近似的业务类型,在行业不同、客户需求不同、发生的时点不同、发生的地域不同时,就会产生不同的问题。律师就是要致力于个案地解决这些问题。任何项目中的法律问题都不可能公式化地解决,所以,即使是同一个问题,放在不同的项目中,就可能会有不同的答案,成为律师的一个新的挑战。

如上所述,律师所接触的事物往往是非常新鲜的事物,许多新业务可能只是客户的一个点子、一个想法、一个计划或者是一个尝试,并不是成熟的行业,甚至是闻所未闻、见所未见或者一般人不曾想过的问题。例如,可能有人咨询外商投资修脚或者按摩怎么做,外商投资家教算不算办学,能否投资一匹奥运选手的比赛用马,如何到一场外国的选美赛中去插广告,能不能在门口办个展览或者拍电视,或者能不能引进一个与观众互动的动画片,等等。这些新鲜事物是客户的机遇,也是律师的挑战。

同时,律师的业务有时非常紧迫,经常要在极短的时间内要完成一些极其重要的任务。下午拿到客户需求而被要求晚上出来一套方案,对于律师来说可谓家常便饭。为了一个项目通宵挑灯夜战也不罕见。这不仅是体力上的挑战,也是需要机智和对心理素质的挑战。

最后,律师不仅做业务,还要做公关,包括政府关系、社会关系、客户关系等事务性的工作。在很多项目中,尤其是客户是外国公司的情况下,客户非常需要律师帮助解决一切在中国投资的事情。律师此时的工作已不仅是提供法律服务,还包括了律师、公关、翻译、协调人员甚至秘书的工作。相信很多律师都有这种经验,有的客户除了需要律师陪同各种谈判、起草大量法律文件以及提供法律咨询意见外,从与政府联系到政府公关、从雇用其他顾问和代理到代表客户与之沟通、从接机到安排行程、从租房子到刻章都全部依赖律师解决。这一方面是客户对律师的信任,但也是对律师能力的挑战。此时的律师不仅是个顾问,更像个管家。

既是挑战,就会让人紧张、心焦、头疼,但是勇敢地迎接挑战时的快感和用自己的力量征服挑战后的成就感正是律师职业的吸引力和乐趣所在。

### 3. 广泛性

律师的接触面广,律师在做不同的业务的时候会面对不同的公司,不同的客户,不同的行业,不同的人。而且律师所接触的业务和人员素质相对都是比较高的,如果不是一个律师,而是一个企业的普通职员,是很难有这样—个接触面的。广泛的接触面可以使人眼界更加开阔、心胸更加包容,这也是做律师的优势之一。

### 4. 新颖性

上面已经提到,经济生活、社会生活中,出现最多、最新鲜的事情都是律师需要面对的。演员的新颖是出演不同的片子,而律师的新颖是接触现实中不同的事物。

而且,这种新颖性与上述的知识性、挑战性、广泛性是密切相关的。正是因为律师职业所面对事物的新,所以才促使律师去掌握更多的知识,接受更多的挑战,并更广泛地接触到各种人和事。

### 5. 相对高收入

在美国,律师和医生是收入最高的中产阶级。在中国,律师也是经济收入相对稳定的人群。而且,律师的收入与业绩的上升直接成正比。因而,作为一个没有家世背景也没有资本的人来说,律师是一个可以白手起家,用自己的辛勤劳动换取幸福生活的职业。

过去的二十年内,中国的律师队伍增长了上百倍,但是中国律师的总收入上涨了上千倍。可见,中国律师的收入一直是中国高速发展的经济成正比的。中国的经济充满了希望和无限的发展潜能,中国律师的收入也水涨船高,同样也具有无限的上升空间。

以一般公务员为例,大学毕业生在刚开始工作时的工资可能为月薪3000,若能在工作十年之后上升为处级,则月薪可升到5000;一般公司的职员,工作十年之后的月薪可翻两三番;而一个普通的律师,刚开始工作时的起薪可能就达到了5000元,许多达到上万元甚至更多,工作十年之后,收入几十万元乃至几百万元的也很多见。可见,中国律师的收入不仅在总体上相对较高,而且上升也较快。

## 6. 上升空间快

除了收入的上升空间大,律师这个行业的职业生涯上升空间也比较大,上升速度比较快。在一个普通的企业,一般人做到中级职称就很不容易了,做到高级位置则很难,做到企业老板级的角色那就难上加难。再比如,你要在大公司里买个股票那很容易,但你真正要成为在一个企业有比较核心权益的人太难了。但是作为律师,只要你努力,有这种素质,一般来讲可能六七年,比较慢的可能九年十年,就能成为一个事务所的合伙人,你在事务所拥有一份权益,成为老板级的人物,扮演股东型的角色。

在国家机关、大公司中,级别森严,而且员工很长时间只能做到中层位置,还可能需要处理复杂的人际关系。但是律师事务所不一样,没有过于严格的上级下级之分,内部的人事关系简单且单纯,只要是业绩突出,律师一般都可在十年左右上升到合伙人的位置。

## 7. 职业转换容易

因为工作关系,律师每天接触不同的事情,锻炼不同的技能,包括分析、研究、组织和综合能力。所以,律师的职业转换比较容易。

在美国,很多律师都转行从政,或者转入法官的行列。在中国,因为中国的政治制度的关系,律师转行从政的并不多,但是也有很多律师转行做了政府的公务员、公司的内部律师或高级管理人员、上市公司的独立董事、仲裁委员会的仲裁员、学校的老师,甚至法官。比如,某个律师因为向大公

司提供常年法律服务,最终被大公司选为公司的法律部总监,因为擅长处理仲裁案件而被选为仲裁委员会的仲裁员,因为熟悉某一领域的业务而成立公司专门进行该领域的投资,因为经常从事上市、基金等资本市场的运作而加入投资银行或者证券公司等,都是律师界屡见不鲜的成功转行实例。

之所以能够转行从事其他行业,与律师的素质培训分不开。律师的技能培训,对个人将来的发展实际上是有相当大好处的。经常起草法律文书,使律师练就了深厚的写作功底;经常进行法律分析,使律师思维缜密又有逻辑;经常参与客户谈判,使律师变得善于言谈和交际;经常参与团队工作,使律师拥有了与他人合作和组织集体作战的能力。这些素质不仅可以用于律师行业,同样可以用到其他有挑战性的行业。

## 8. 相对自由

律师事务所没有明显的上下级关系,律师是某种程度上的自由职业者。和很多职业相比,律师比较自由,比较独立,通俗地说就是可以吃百家饭,即一个律师可以接受百家客户的委托。当然在一个事务所,有一个体系,有合伙人和律师的体系安排,但不管怎样,律师是相对比较独立的,律师可以因不满意合伙人或者律师事务所的做事方式而换到一个其他的职业或者换到其他的事务所去。不像有的行业,大的企业就一家两家,你想换都换不了。中国的律师事务所很多,如果要在行业内换工作,相对来讲还是有一定余地的。

## 9. 职业生命长

律师的职业生命长,相对越老越值钱。作为一个律师,你工作时间越长,积累得也越多,你的经验也越多,你的体会也越多,客户的基础也越好。当然你的能量也相对的衰减一些,一个事务所是一个体系,很多东西是需要有经验的律师的。经验很重要,经验越多,职业生命力就越



强。一般律师可工作到65岁左右。即便退休,还可以做其他事情,因为其相关产业的经验十分丰富。

## 10. 基本社会地位

律师是一个受人尊重的职业。这方面各个国家、各个地方体会不太一样。在西方,律师从政和成为大法官的比较多。在美国这样的“民主社会”里,律师是很重要的职业,在美国历史上43位总统中,有25位总统都是律师出身,占到57%,包括2008年11月5日当选的美国第44任总统奥巴马。在两个多世纪中,参议院中三分之二的议席和众议院一半以上的席位,坐的都是全美律师协会的会员。

在中国,律师的地位稍差一些。因为政治制度和法治传统的原因,中国的律师一度被政治边缘化。并且因为律师行业在中国的历史较短,导致大众并不了解这个行业而对这个行业存在误解。随着律师的知识性、专业性得到大众的认可,也随着律师经济收入的提高,律师在中国的社会地位逐步提高。近年来,一些优秀的律师开始在人大、政协等国家、地方机构发挥作用,成为代表、委员,等等。

以上是我所总结的律师职业的优点。在西方,最好的那些律师将来可以做法官。而在中国正相反,是很多法官跑出来做律师,大家是反其道而行之的,当然这反映了中国司法体系的一个问题。但这也反映出,律师职业是一个非常有吸引力的行业。

以下我将根据我的个人感受总结一下律师职业的弊的方面。对于这些“弊”,想要成为律师的你,要做好各方面的思想准备和心理准备。

## (二) 弊

### 1. 忙碌

律师工作一般较忙,特别是经济好的时候。无论是诉讼律师还是非诉

讼律师,往往手里都有许多案件或项目同时进行。加班加点对于律师而言是家常便饭。假日无休也是司空见惯。

律师是一个服务行业,因而让客户满意是律师的首要原则之一。而客户的决策和需求随时可能发生。饭馆尚且有个开门和打烊的时间,律师却没有。如果客户下班的时候要求第二天早上看见一个新文件,律师可能需要挑灯夜战甚至通宵无眠;如果客户要在短期完成一个超级复杂的项目,律师可能好几个月没有周末;如果客户在国外,那可能每天清晨和夜晚就是你开电话会的时候。

除了加班加点,在项目多的时候,白天的正常上班时间更是忙碌异常。你可能刚放下电话,电话铃就响起;这边正在电话会,那边手机就追过来;上一个合同还没改完,客户的新合同又发过来,而且是当天就要。这种时候,连上个厕所、和同事打个招呼、吃个饭都成了奢侈。

有些很有能力的律师经常同时忙十几个项目,连续几个月睡眠不足。而且律师的忙和累还不光是脑力上,实际上律师也是个体力活。比如,律师有时可能会连续一个月地出差不断,直到看见飞机场都反胃;有时可能需要一天十几个小时地盯着电脑打字;有时还可能48小时地不停开会,和对方进行车轮战。

有的律师因为加班过度导致眼角膜脱落,有的几个月都见不到孩子,还有的因为劳累而导致生理或心理疾病。所以说,律师这个职业对于体力和脑力的要求都很高。如果经受不了这种磨炼,是不宜选择这种职业的。

## 2. 终生受累

前面已经说过,当律师的好处是专业知识不断更新,坏处是活到老也得学到老,工作到老,永无止境。你要做律师不可能停,你必须有一颗不断燃烧的心才行,必须有蜡烛的精神才行。律师的业务水平不能落后,想要保持优秀的竞争力,必须随时接触最前沿的业务,不停地忙碌和进取。

一度畅销的《穷爸爸和富爸爸》一书中,将人的职业分为四类,即四个

象限：越闲越有钱、越闲越没钱、越忙越有钱和越忙越没钱。该书的作者将律师这个行业划入上述第三个象限，即越忙越有钱。

作为一个律师，必须接受这种现实，只有勤奋才有收益。与一些做投资、贸易的商人不同，律师做的事不是靠金钱资本，不可能一本万利，所有的财富和经验都要靠自己的积累。这种积累不是一蹴而就的，而需要相当长的时间和相当大的努力才能获得。所以说，一夜暴富这种事情不可能发生在律师身上，律师也不可能有堪比巨贾商人那样的大富豪。

可见，律师最大的资本不是金钱，而是自己的才能和努力。白手起家之后，要维持和发展自己的劳动成果，律师就要不停地继续耕耘下去。好像农民种地，种一年，收一年，一年不播种垦地，就一年没有收成。如果不想过这种一生“受累”的生活，希望创业并一跃而上，不宜选择律师这个职业。

### 3. 不得继承

律师事务所是合伙制的，不是公司体制，不靠资本，主要靠人的专业技能，所以律师行业没有继承关系。作为律师，这辈子你要工作，这辈子你要很努力。律师的资本是自己的经验和智慧。即使已经成为了资深律师，其产业也是不能够继承的，因为经验和智慧是无法传授的，需要个人的积累和努力。

### 4. 辅助性

律师相对还是辅助性的工作，它是非主流的。在公司企业里面经营类是最主要的，赚钱的是最主要的，律师是辅助性的。因此做律师就要有一个位置和心态的问题，要有做幕后工作人员的心态，而不是做明星。

作为服务行业，律师帮助他人解决问题，告知他人可能的法律风险和法律后果。律师不作出任何商业决策，不直接承担商业风险，也不直接承担商业责任，因而并不会获取相应的商业利益。

在任何一个领域,最赚钱和最有决策力量的主心骨都是投资者,他们既有财力,也有各种社会资源,更有承担风险的能力。律师只是帮助出谋划策和帮助投资者合法实现意图的军师。投资者就是《穷爸爸和富爸爸》里面所述的第一象限的人,即越闲并越富。

在面对律师时,投资者是提出问题和要求者,是接受服务者,是给予评价和决策者。如果对投资者或者公司企业里面的业务人员感到心理不平衡,或无法心平气和地配合其工作,那么你就不太适合从事律师这个职业。

### 5. 非官非商,非主流

律师不属于官的体系,又不是纯商的体系,非官非商。中国仍然还是相当官本位的一个体系,而且现在官本位以外又有了一个商本位。在目前这种情况下,律师只是一个相对的、非主流的服务业。其他国家的律师可以从政,可以高调地从事社会主流工作。在中国,律师属于比较低调的行业,是辅助业、服务业。

在中国政治舞台上,难得听见到律师声音和看见律师身影,中国律师没有政治地位,当然也不享有政治话语权。

在社会地位上,虽然律师的地位逐渐提高,但与西方的律师相比,中国的律师依然地位不高。毕竟在中国,律师是一个年轻的行业,所以普通大众对律师职业的认识度不够,并存在很多认识上的误解和偏差。例如,很多人一提起律师就会认为这是制造麻烦的一群没有职业道德的人。还有一些商人对律师的认识就是“把所有人都想象成坏人的人”,“说话都要收钱的人”。

在所扮演的角色上,律师是服务业,和医生、会计师一样同属第三产业的职业,所以难免会受到客户苛责和轻视。碰到无理的客户,律师仍要做到有礼和理智。

可见,律师行业还有待进一步发展才能提升律师行业的整体社会地位。如果你是一个很在乎社会地位,很看重话语权的人,那么也不太适合

律师这个职业。

## 6. 形式自由实质不自由

律师职业在形式上好像很自由。正如前面所说,律师是吃百家饭的,可以自由更换合作对象。但是吃百家饭实际上也意味着受百家管,每家都在给你加任务,都在催促你工作。所以,形式上,律师好像挺自由的,但是实质上律师是非常不自由的。律师可能要更多地尊重客户的意见,收起个人的一些主观情绪,还要牺牲个人的生活和时间来完成客户交给的任务。

而且,工作来了的时候,律师并没有太多机会挑剔工作的内容是否喜欢、客户是否喜欢、工作时间是否影响到个人安排等,更不能自由地选择这一切。所以,如果是不喜欢束缚,希望过无拘无束的生活,就不宜选择律师这个职业。

一切事物的利和弊都是相对应的,也是相互转化的。如何乐观地视弊为利、以利补弊是做律师经常要思考的问题。

我认为,任何一个职业都不可能十全十美,既然选择了一个职业,希望在这个职业中有所成就,那么就要忍受其弊而发扬其利。

## 三、做律师应具备的一些基本素质

### (一) 专业

律师专业化不是一个新的话题,尽管目前,中国律师行业在专业化分工的道路上走得并不顺畅,但这仍然是中国律师行业发展的一个方向。律师的专业化分工是法律服务市场的客观要求,也是律师自身健康发展的需要。作为律师,应一直为自己的专业化目标而努力。改革开放以来,中国的经济发展带动了金融市场、证券市场、外商投资业务的飞速发展,也因此为法律服务行业开辟了一个广阔的市场。在这样的市场环境下,无专业之



长的律师会逐渐变得不适应。一般而言,大型综合型律师事务所更易于专业化分工。律师可以根据兴趣爱好与相对的专业优势,进行案源与专业的团队合作、专业与专业的团队合作,所以在大型综合型律师事务所,更易发展专业化分工。律师的成长是一个漫长的过程:在校期间的学习是法律知识的原始积累;工作前两年是法律研究能力的培养,这一阶段,律师会接触到各种各样不同类型的法律业务,对律师这个行业有一个初步的认识;工作的三至四年是法律分析能力的提高,在这个阶段,律师应有意识地为自己选择一个专业发展的方向,并着重发展自己的专业能力;工作的五至七年是法律判断能力和工作组织能力的培养,这个阶段,律师的专业能力得到进一步的发展和提高;七年之后是专业知识的补充和业务开发能力的提高。

## (二) 法律意识强,有悟性

基础知识需要灵活运用,除了别人教,更需要自己感悟。法律其实并不深奥,它的许多原则其实都是很常识性的道理,因为法律是一种规则,它源于生活,源于人们的生活习惯和人们普遍接受的道德伦理。法律的悟性是通过知识的理解培养出的,将法律变成实践,学以致用,才能提高对知识的运用。法律知识掌握得好以外,法律意识要更好,要有悟性,逻辑性要比较强,要有举一反三、触类旁通的能力,接受能力要比较强。读一条法律规定,律师不仅仅要读懂这条法律规定的字面意思,同时还要理解这条法律规定背后的原则,立法者的本意。由于中国的法律制度尚不成熟,加上中文在运用过程中容易产生理解上的偏差,一条法律规定往往会出现不一样的理解,在这种情况下,律师应该根据自己的理解,对法律规定作出一个最接近立法者本意的解释。

不同的人在工作运用上,在悟性上,在理解力方面,在触类旁通的能力方面,存在很大差别,有的人上手就很快,一点就通,或者一看、一想就能琢磨出其中的奥妙;有的人好像老是进不了这个门,开不了这个窍。当然有

人开窍有早有晚,但是不管怎么样,你得开这个窍。你不开这个窍,你就始终在门外转悠。

### (三) 语言能力

律师的中文表达能力首先要好,而英文或其他主要外语则是成为一流律师的基础,因为现在的交易往往是中外之间的交易,必须有与外国人有效沟通的能力。具备良好的英文表达能力是涉外业务律师的一个必备要件。语言是传递信息的媒介,没有良好的语言表达能力,就无法准确、有效地传递信息。拿起草备忘录来说,面对国外客户提出的中国法律问题,律师通常会采用备忘录的形式向客户阐述、分析他们提出的问题。起草备忘录的第一步是进行法律研究,完成法律研究后,律师就要将法律研究的结果用备忘录的形式进行总结。起草备忘录,法律研究固然重要,因为这涉及问题的实质、核心,但律师能否用简洁、准确的法律语言,清晰明了的文件结构,将法律问题向客户阐明,也非常重要,因为没有好的语言,好的形式,再深入、再全面的法律研究结果都无法有效地传递给客户。从这个角度看,形式和实质同等地重要。有的时候,律师对客户提出的问题进行了细致、深入的研究,但由于缺乏良好的英文表达能力,写出来的备忘录却十分糟糕,客户不会认可这样的工作成果。这件颇为遗憾的事,也是提醒律师,掌握良好的语言表达能力以及语言技巧的重要性。

### (四) 综合知识

在很多问题上,全面的观点往往更重要。综合知识是思路开阔的必要条件。不光是法律知识,还要有相当的财务知识、经济知识和科技方面的一些基本知识及意识。尤其做商务方面的律师,特别是做收购、兼并和做证券法律业务,财务知识是非常重要的。如果客户发现他们的律师对客户从事的行业有很好的了解,这在很大程度上能增加客户对律师的信心和信任,因为法律服务是为客户的商业决定服务的,如果律师对客户所从事的

业务、业务的商业模式有很好的了解,表明律师能迎合客户的商业需求,提供高质量的法律服务。这一点,跟之前提到的法律悟性有一定的共通点,律师读法律要先读懂立法者的本意,才能真正地理解法律,同样,律师向客户提供服务,要先从商业角度了解客户的需求,才能提供好的法律服务。具备一定的商业知识、财务知识及经济知识,对一个律师的成长尤其重要。

### (五) 责任心

律师素质中必须首先具备的就是责任心。不同的律师,能力总是有差别的,这跟每个律师的经验、悟性都有一定的关系。但对工作的责任心,对每个层次的律师要求都是一样的。不论是年轻律师还是资深律师,都要保持一个很强的进取心和责任心,这是做好律师的关键。刚刚从学校毕业参加工作的年轻律师,要尽自己最大努力做好合伙人或资深律师交代的每一项工作,在这个律师事务所建立一个好的口碑(reputation),只有这样,才会有越来越多的人愿意跟你合作,律师才能慢慢成长为一个优秀的律师。没有责任感的律师,是难以做到这一点的。对年轻律师如此,对资深律师、合伙人,也同样如此。中国市场的竞争是很激烈的,每一年都有大量北大、中国政法大学这类名校的毕业生进入律师这个行业,这些人当中,能保持下来在业界始终处于比较优秀的律师不是太多,很多人就是做着做着就被淘汰了,或慢慢在不同层次做了。

### (六) 创造力

法律不是死的,而是由人制定的。运用法律知识解决问题是创造力的表现。有人说,好的律师就是要学会如何钻法律的空子。准确地说,律师应学会在不违背法律的前提下,尽可能实现客户利益的最大化。

### (七) 身体

身体要好,要有耐力和持久力。做律师一定要注意身体,有节奏地锻

炼身体,否则的话,做一段时间以后,就坚持不下去。因为精神的压力,身体的压力可能导致你在这个行业做不长。君合有不少律师每年的业务小时都达到了2000小时以上。这意味着每个工作日的工作小时都达到了10个小时以上,这种工作强度是很高的,因为这并不是两三天如此,而是一种长期的工作状态,没有良好的身体素质,难以坚持。律师本身是个体力活儿,不仅是脑力劳动。

### (八) 记忆力

过去的经验和案例是解决当前问题的参考,没有很好的记忆力,如同知识上和经验上的狗熊掰棒子。如前面讲到的,法律的问题往往都是触类旁通的,一个曾经处理过的法律问题再次出现时,尽管围绕问题的事实有所不同,律师也应该能够抽丝剥茧般看到问题的关键,并适用过去的经验和案例。

### (九) 心态

律师这个职业,没有影视节目中描写的那样光辉,很多时候是面对混乱文件和电脑屏幕的冥思苦想,也不免碰上客户的无理要求、监管机构的责难,要平常心面对这一切,不急不躁。律师应该学会热爱自己所从事的职业,对自己的工作有浓厚的兴趣,这是律师成功的一个关键因素。对工作有兴趣的律师才会勤于思考,才会主动吸取与工作相关的知识,这样的律师往往能够很快地成长,也能够在律师这条路上走得更远。

### (十) 社会经验

律师是一个社会性工作,必须了解政治、政策和相关的知识。要培养一定的社交能力和相当的社会经验。你仅知道法律方面的事情,要真正做好工作及上层次可能还是比较难的还要有一定的社交能力,你要跟客户打交道,跟市场打交道,跟政府官员打交道,跟各行各业的人打交道,你的社

交能力还是要有的,让人家比较容易接受你,当然欣赏你更好。

### (十一) 外在形象

律师是专业人员,是专业服务行业,外在形象在这个方面做好也是比较重要的。这是一种精神面貌的体现。君合经常强调律师在上班时要穿正装,这是因为,一个衣着体面、庄重的律师,往往能给客户留下很好的第一印象,同时,也体现了律师对客户的重视和尊重。

总之,做好律师首先要用心,有责任心,有平常心,有恒心,有事业心;其次要有素质培养,法律素质、财务素质、商业素质、语言素质,等等;另外要有好的身体,好的生活平衡能力。





## 第二章

### 如何做一名优秀律师

(君合律师事务所 邹唯宁 廖海燕 律师)





邹唯宁  
(合伙人)

邹

唯宁律师毕业于中国刑警学院,获法学学士学位。后就读于中国政法大学研究生院经济法专业,获法学硕士学位。1999年,邹唯宁律师赴英国和香港一年,先后于伦敦大学 SOAS 及 Linklaters & Alliance 律师事务所学习英国法律和进修律师业务。

1993年,邹唯宁律师加入君合律师事务所。在此之前,邹唯宁律师曾任教于中国政法大学,主讲知识产权法,对投资法、公司法、知识产权法等有较强的研究。曾著有《涉外经济合同法概述》等著作。

邹唯宁律师主要从事涉外投资、收购及兼并、知识产权、产品质量、国际贸易等方面的法律事务。他多次参与大中型外商投资项目的谈判,参与起草和审查外商投资企业合同、章程及相关协议;参与多起公司收购、反收购的法律事务;多次代理客户在中国法院和中国国际经济贸易仲裁委员会参加有关知识产权、国际贸易、涉外投资和产品责任的诉讼、仲裁活动。

邹唯宁律师现为中华全国律师协会会员。



廖海燕  
(律师)

廖

海燕律师于2001年毕业于中国政法大学经济法系,获法学学士学位。2005年毕业于英国布里斯托大学(University of Bristol),获法学硕士学位。2007年加入君合律师事务所。

廖海燕律师的主要业务包括诉讼仲裁、劳动争议解决、不良资产收购、外商直接投资及并购业务。廖海燕律师还多次作为外派律师对国际知名外资公司的日常管理及经营决策项目提供法律咨询服务工作,并为外商在中国投资和公司运营等事务提供全面的法律服务。

在很多人的心目中,律师是一个令人羡慕和向往的好职业。然而,律师的收入在很大程度上是和其所承担的风险、压力和工作强度以及专业能力和技巧等因素成正比的。跨越律师的入门门槛不容易,必须首先通过称为“天下第一考”的国家统一司法资格考试。而入行后要真正成为一名合格的律师更为不易,通往优秀律师的道路往往是充满艰辛而又较为漫长的。

本章汇集了君合律师事务所多名资深合伙人和高年级律师多年从事律师行业的切身实践体会和点滴心得,从业务能力的提高和专业素养的修炼等角度讲述了成为一名“优秀律师”的具体方法和要点,旨在为刚入行的年轻律师们指明前进的方向。

## 一、什么样的律师才是好律师

### (一) 热爱律师职业

俗话说“兴趣是最好的老师”。要做一名合格的律师,首先要热爱律师这个职业,这是在这个职业中长期地工作下去的最主要的一个前提。仅凭一时的聪明和热情并不足以使一个人成为一名优秀的律师。律师是一个很富于挑战性的行业,每一个看似相同的项目和案件都可能因为某个因素而截然不同。如果对于挑战性没有兴趣的人,恐怕无法成为一个优秀律师。

### (二) 要有敬业精神

无论作任何工作,敬业精神都必不可少,而对于律师这种专业能力和素养要求极高的职业而言,“敬业”二字更显重要。中国内科学泰斗北京协和医院张孝骞教授在80岁高龄出诊时,谈及自己每次出诊的感受时说:“每一次给病人看病的时候,都有一种如履薄冰的感觉。”抱着这种心态,

张教授几十年如一日,认真对待每一次出诊,热情接待每一位病人。由此可见,无论业务水平已达到了何种的高度,都应保持敬业的精神和严谨的态度。

做律师,面临的有些问题可能会是反复出现的问题,因此往往容易受经验主义思维的主导,忽略一些问题。而这其中,最容易忽略的就是过去的经验和面临新案例的情况是存在着某些差别的。因此,完全照搬过去的经验来回答新的问题,答案会不够准确。完全凭经验办事也是行不通的。

法律的学习,光靠死记硬背法律条文是无用的,因为条文是会不断修改变化的。律师更应具备的是培养法律的思维方法,注重的是如何运用法律原则和规定来解决实际问题。

### (三) 保持正确的工作态度

#### 1. 要有责任心

► 要培养和提高敬业精神,对客户负责。即以客户为中心,满足客户的所有合理要求。

► 律师不仅要对客户负责,同时也要对合作的律师、合伙人负责。一个低年级律师如果业务做得不好,其他的律师可能不会再找他合作,那么他就会被永远地忽视下去而没有任何发展的机会。如果对待每件事情都马马虎虎,很容易就会失去市场和客户。

► 要有认真负责的工作态度。认真负责的工作态度依托于一种心态,即像对待自己的事情一样对待客户的业务。对待一件工作,可以仅仅认为是在完成合伙人或者高级律师交办的工作,也可以认为是在为自己的职业生涯积累一种新的经验。负责的工作态度是做好律师工作的基本,没有责任心,其他的工作技巧和方法都无从谈起。

我们常说要有积极的人生态度,在客观上就是一种对客户、对自己工作的律师事务所或者公司认真负责的工作态度。认真负责的工作态度体

现在很多方面,比如有敬业精神、不犯同样的错误、主动学习等。如果已经像做自己的事情一样去对待工作任务,却仍然出现了差错,这是能力问题。能力和态度是两回事,能力是可以培养的,但很多低年级律师的问题不是欠缺能力而是缺乏态度,态度是内化于心的。因此,要保持一份朴素的责任心。要树立个人目标,并积极追求。

► **对待业务要用心,多想。**有的律师认为自己所做的业务会有合伙人或高年级律师来最后把关,自己不需要负责任,就止步于工作“量”的完成,而不追求“质”的提高,这也是缺乏认真负责工作态度的表现。

此外,工作要积极努力,要以正确的心态对待加班。每个人都希望拥有没有工作的假日,但律师的工作往往因为有时效要求,有时加班是必需的。有的低年级律师容易用抵触情绪对待加班,下班后不接客户和同事的电话,这些都是缺乏认真负责的工作态度的表现。

## 2. 工作要积极主动并注意提高工作效率

► **不要挑拣工作。**文件翻译工作、打咨询电话、写备忘录、审阅合同等都是低年级律师的基本工作,也是律师的基本功。低年级律师不能一心只想做大型项目。未来的机会很多,但同时必须先清楚自己的弱点,不能眼高手低,遇到基本工作就极力推托。否则,将来做到中高年级律师后就会发现基础不扎实,难以成为全面型的人才。

► **完成任务不要拖沓。**律师们对于接受的任务要积极完成,不要等合伙人催促才开始全力工作。如果不能及时完成,务必要提前向分配任务的合伙人、律师通报。如果遇到问题,应当积极想办法解决。自己解决不了的,及时向高年级律师或者合伙人请教。在进行法律研究,或者研读法律文件时,律师应当深入、仔细,善于发现其中的问题,而不总是依赖合伙人和高年级律师为自己把关。

► **要动脑筋从多角度考虑,争取想出多种解决方案。**在工作中不要等合伙人告诉怎么做了再去做,要自己去想解决方案。由于大部分低年级



律师没有直接面对客户的压力,不像合伙人总是收到客户的问题,必须不停地设身处地为客户设计解决方案,所以有时律师在工作中不够积极主动。律师应该积极动脑筋,自己主动思考怎样出色地完成任务。

总之,一名优秀的律师,应当把自己的任务当成是自己一生的“职业”的一个必要的经验积累,而不仅仅是“工作”。所谓“工作”,目标就仅仅是“完成”而已;但如果律师把某项任务当成自己“职业”的一部分,那么就应当意识到该项任务对自己的人生有很积极的意义,意识到该项任务下所承担的责任和客户的信任,用职业精神和操守要求自己,将任务“完成好”。

### 3. 工作要注重细节

▶ 律师工作的特殊性决定了其一定要严谨细致。这一点可以从两方面来理解:第一,要注重细节。不管是诉讼业务还是非诉业务,都必须注重细节。每一个细节上的错误都可能导致很大的问题。第二,凡事都要准备充分,才能占得先机。如果准备充分,在讨论和对话中就可以拿出有力的论点说服对方,在见客户的时候可以给对方留下好的印象,等等。

▶ 工作难免会出现错误,但一定注意不要犯同样的错误。对于错误要“上心”。对于别人给自己指出的错误,优秀的律师会认真琢磨,不会再犯第二次。但有的律师却总是重复地犯同样的错误,根本原因在于“不上心”,没有把自己的错误当成一件重要的事,仅仅停留在“知道”层面,而没有真正记在心里。这是本质问题,其他表象问题都是从这分支出来的,体现在各个方面:比如研究、写作、与客户沟通等。对于自己的错误要有责任感。有的律师认为自己犯了错误只要没有外在惩罚就没有直接后果,因为有合伙人在把关和承担。这种想法是非常消极的。律师不能消极地面对自己的错误。律师要有自律、自省意识,不能总等着别人指出自己的错误,要“每日三省吾身”,积极认识、评价与提升自我。

▶ 律师要培养严谨的工作习惯。尽可能防范粗心,如:在文件中出现笔误、见客户或开庭时拿错或遗漏文件(无论是关键的还只是形式上的)。

有的时候因为时间比较赶,所以才会出问题。建议文件发出前多看两遍,出门之前用充分的时间检查所有环节中可能涉及的文件,尽量减少因粗心而犯下的错误。

#### (四) 树立全局观念和明确的个人定位

► **做律师要有全局观念。**有些低年级律师在做项目时全局观念较差,只考虑自己做的工作,即便介绍过项目背景,仍然很少考虑其工作对全局的影响。可能是能力问题,还没有达到这个层次,但这的确是一个至关重要的问题。比如,着手进行公司的法律尽职调查时,一般新律师收集好材料就开始埋头审查合同、公司登记、股权转让等,但实际还需要深入考察股东是谁,股东背后的控股人又是谁,目前股权结构与将来的交易结合考察会存在什么问题。如一家境外公司收购境内公司时,一般需要认真分析两个公司有无关联关系,思考它们的关联关系对以后取得审批是否会有影响,等等。

► **律师考虑问题应当全面、细心,不能有遗漏,更要明确自身问题。**每个律师都存在需要改进的方面,律师好与不好的差别之一在于是否有自省意识,是否有进取的态度。优秀的律师有明确的个人定位,能认识到自身问题并不断学习提高。有的律师的业务水平或者原地踏步,或者进展缓慢,原因在于没能静下心来琢磨。比如写一份东西,不要就找一个范本,写完就算完成任务,而应该去认真琢磨、研究,发挥主观能动性。英文有一句话:“做你职责之外的事情。”面对同样一件事,有的人止步于完成任务,有的人却会做得更多。优秀的律师需要就一个问题不断地扩展视野、深入研究。

#### (五) 高标准严格要求自己

一些律师在做业务时,做到80分就非常满意,从没有想过更进一步做到110分。还有一些低年级律师经常抱怨缺乏锻炼的机会,其实很多时候

是自己没有充分把握机会和利用机会。比如,合伙人安排工作,就说自己忙,三番五次推脱,但其实也没有加班,慢慢的合伙人就不愿意再找这类律师做事了。再比如,合伙人为律师修改所写的文件,改得多了律师心里却不舒服。这种工作态度是做不好业务的,个人也不会有好的发展前景。大家应当常常问自己:一年下来业务上有没有得到提高,有没有交几个不错的朋友,有没有长一些见识。

## 二、如何成为一名优秀的律师

### (一) 主动做法律研究

律师都要勤做法律研究,包括资深律师和合伙人。低年级律师可能发现不了一个案子中需要研究的地方,哪些还不确定,哪些可能会有争议。这时就需要资深律师和合伙人的指导。资深律师和合伙人本身也要参与项目的分工合作,因而也需要自己去进行法律研究。即使能找到别人现成的研究结果,也要亲自检查验证一下其正确性,类似于诉讼中的证据一样,以此支持自己的观点。没有牢固基础的法律意见,可能会产生不好的影响。

► 对低年级律师来说,对合伙人交代的法律问题应当仔细、深入地进行分析、思考,从中发现所有需要解决的相关问题。学会发现问题是成为一名好律师的必要条件。因为律师如果不能从客户的案件中发现需要解决的法律问题,就不可能提出解决问题的方案。有时,如果法律研究不够全面,可能是因为客户的指示不够明确,也可能是因为低年级律师经验不足。作为低年级律师,在做法律研究之前,应当和客户充分沟通交流,搞清楚客户的具体要求。

► 律师必须要对法律有很深厚的理解,自己先研究一下法规、立法政策,然后形成自己的看法。有的律师接手一个案子,马上就在找谁参与过

类似的案件,第一想法就是去询问,这是不对的。开始的时候一定要先自己进行法律研究,再针对不确定的问题进行询问。同时,要尽可能避免遗漏相关法规。在进行初步研究后,可向所内有相关工作经验的律师请教法律研究涉及的主要法规的范畴,经过多次这样的训练,再进行法律研究时,就可以很快形成明确的思路或方向。

对于合伙人或高年级律师交代的法律研究工作,可以从以下方面着手:利用搜索网站做大范围的新闻检索,对问题背景形成初步的了解;对该问题进行初步研究,知道问题的关键所在;对于宽泛的问题,可以自己先概括后找到问题所在,并及时与高年级律师或合伙人沟通,避免法律研究方向性的错误;最后,需要首先了解回答问题的繁简形式,并不是所有的研究都要有很正式的书面结论。

► 做法律研究时还应注意自己要对整个问题有个全面的了解。合伙人交给的任务可能本身就是一两个问题,但是也要注意这些问题之外的问题。要把重大的实质性问题研究透。合伙人要求研究 A 问题的时候,与 A 有关的周边的问题也应该能够鉴别出来。比如说要求初年级律师做的研究是什么审批?是否需要审批?需要多长时间?最好列表说明。法律研究不要只是抄法规,要学会抓重点,学会迅速看到问题。比如,合伙人要求研究审批程序,律师如果看到既有中央审批,又有地方审批的条款,就要提醒合伙人,哪些情况是要中央审批作出决定的。研究程序问题,是为了让客户了解到过程大概要花费多长时间,相关手续有多大难度。

电话咨询是律师做法律研究时很有效的辅助方法,但不能过分依赖电话咨询的结果。因为电话咨询往往是匿名的,无法透露客户的名称与具体信息,也无法知晓被咨询的政府官员对该问题是否了解以及其真正的资历与身份。为了提高电话咨询的可靠性与准确性,不妨通过关系找到熟知的政府官员进行沟通,也可以通过对不同层级的政府部门、不同地区的政府部门进行电话咨询进行反复交叉印证。

现在网上法律检索大大方便了律师的法律研究工作,但同时也要提醒



大家不要忽略二次法律资源,即学者们对法律规定不清楚的问题的论著。遇到这类问题时,应向客户解释针对此类问题法律上存在空白,又无正式的司法解释,实践中也无相关案例,但同时还要向客户解释学者对相关问题的观点。因为随着司法实践发展,学者观点可能会最终发展为法律的条文。因此,对于一些法律规定不清楚的问题,可以参考一些优秀的学者著作,以获得启发和帮助。

## (二) 在实践中学习

年轻律师(尤其是刚走出校门的年轻律师)必须明白做律师与做学生之间的区别:在学校做学生,注重的更多是理论上的问题,而理论与实践最本质的区别在于:理论上的问题探讨的是“法律应当是什么”的问题,而律师实际做的业务正是解决“法律是什么”的问题。做律师不是写论文、写教科书,而是要为客户解决实际中发生的问题,也即客户所面临的法律的问题。律师工作需要通过不断的实践而熟能生巧,也需要积累经验,成长是一个比较漫长的过程。因此,律师真正的学习是在实践中学习,在具体处理案件的过程中学习,而别无其他捷径。

律师的主要工作是要为客户解决实际中发生的问题,从这个角度上讲,可以把律师比喻为一个工匠。但是,如果仅仅将律师比喻为“工匠”就是对这个职业的非常错误的评价。在中国目前的成文法体制下,很多问题无法从法律、行政法规、司法解释或者地方立法、部门规章中找到答案,有些又会找到自相矛盾的解释。在这种情况下,就需要律师具有超越“工匠”的重复劳动能力的创造性,需要律师在真正掌握法律精神和原则的前提下,结合实践,对事物的本质准确把握,对具体法律规定正确适用。

低年级律师要善于在参与处理具体案件的过程中掌握和提高发现和具体分析具体问题的能力,要做有脑子的人,多问“为什么”,而不只简单完成任务而已。研究问题不能只知道表面上的东西,而是要知道背后的根本问题和原因,不仅要知其然,更要知其所以然,这是做律师基本的头脑。



国外法学院考试可能得满分的通常是能够发现问题的人,文章的长与短并非得分的标准,问题的发现才是得分的关键。面对实践中层出不穷的新的问题,最关键是要有一个正确的思维方法。这种思维方法的获得,往往需要通过与有经验的合伙人和律师一起做业务,学习他们考虑问题的思路,在实践中慢慢培养。作项目时,看了别人写的东西,自己要去领悟。要有上进心,有学习的意识,只要用心就会想出很多学习的方式和途径。

► **要在工作实践中努力提高理解、分析和表达三种能力。**表达能力包括书面表达能力和口头表达能力,像与客户沟通以及写备忘录等都是表达能力的范畴。但表达的前提就是具备理解问题、分析问题的能力。这些能力与个人的智商、悟性、知识积累,以及实践经验是分不开的。大家还需要在平时多积累、多实践、多揣摩,不断提高。

► **注意提高口头表达能力。**在内部讨论,特别是与客户开会时,争取用简洁的语言表达意思,啰唆或重复的表达是极不专业的,同时注意表达的严谨性和逻辑性。

► **要多想多问多学,不要羞于发问。**有的低年级律师怕大家认为自己业务能力低,不敢问问题,一接受任务就自己埋头苦干,结果成果往往并不是合伙人期望的。低年级律师要注意接受任务的时候问清楚应该怎么做,不要担心问得太多对自己影响不好。要多向优秀的资深律师和合伙人请教,虚心接受资深律师和合伙人的意见。例如,法律文书的起草和法律英语的准确运用通常需要经验的积累,所以初级律师起草的法律文件常常需要资深律师进行修改。如果资深律师和合伙人对你起草的文件进行了修改,要仔细想想为什么要有这一处修改,自己的问题在哪里,发现问题然后改正,在这个过程中不断积累经验。学校学到的知识可能无法解决实践问题,在具体工作中不断积累、不断改过才能进步。

► **要注意不断提高法律服务质量和自身素质。**这方面要靠自己的自觉努力。律师提供服务依靠的就是法律专业知识和经验,中英文水平和对中国法律以及外国法律、国际公约等的知识都非常重要。这是一个长期积

累的过程,在学校学习的不足需要在实践中和在律师间、团队间的相互交流中补充。同时,也要学会自学,多做法律研究,多研究相关的案例。

### (三) 提高法律写作能力

作为律师,一定要注意法律文件的写作,包括基本的写作,例如 Email 和一般的信件。法律写作不仅是我们向客户提供法律服务的手段和途径,也是提高我们语言表达能力、缜密思维、全面考虑问题的关键。好的法律写作需要律师有深厚的语言功底和高超的文字水平,以及严密的逻辑思维能力 and 推理能力,这是向客户展示律师专业素养的重要途径之一。

要在实践中不断提高法律写作(legal drafting)的能力。

▶ **要多向合伙人和资深律师学习,通过他们的指导总结经验教训以后改正。**很多优秀的律师都有这样的习惯,保存每一份别人给自己修改的文件,反复去看,认真琢磨,为什么会做这样的修改,自己为什么会犯这样的错误,怎样避免这样的错误。

▶ **充分利用所内现有的资源,参考已有的合同模板或者优秀的合同等。**法律文书的模板是律师刚开始尝试法律写作的重要工具,模板可以帮助新律师快速学习前人起草文件的办法和角度,但同时也要思考模板中存在的问题,渐渐融入自己的想法,而最终形成自己的模板。

▶ **在具备一定基础的前提下,多锻炼写备忘录和合同。**提高法律写作没有特别的捷径,就是要多写、多看、多讨教。提高起草文件的能力要多多真正地动笔亲自起草合同,其中语言的组织、思考的全面、前后的一致、对客户的保护和漏洞的填补各个方面都要加强锻炼。另外,还要特别注意语言的严谨性,如果一份合同或备忘录存在问题则可能在多年后还会被客户追究责任,因此这方面一定要做好,马虎不得。

▶ **注重文字的逻辑性。**法律文书的起草绝对不仅仅是一种对语言的应用,而是一个同时涉及思维的严谨性、周密性和逻辑性的全方位工作,要对语言、思维、交易、法律风险、对问题的认识等方面都要予以关注,注意联

系整体的集合性思维。写作要注重逻辑层次。抓住要点,然后法律分析到位,尽量满足客户的要求。要多练,多多学习合伙人和高年级律师的完成的终稿。

► **注意细节。**好律师作出的法律文书一定要特别强化细节,越仔细修改,发现的问题会越多,改的问题也就越多,这样文件才会更好。不能写了一遍就给客户了。宁可多花时间,也不要出错。要注意文书的细节,包括错别字和格式统一等问题。很多律师认为文书的细节不重要,但实际上形式作为内容的载体,是呈现在读者面前的第一印象,非常重要。避免细节上的错误很容易做到,例如写完后自己通读一遍,可能只要几分钟,但对于律师来说这是一种必要的意识和习惯。

#### （四）提高使用外语的能力

能够在工作中正确使用外语是现代对优秀律师的一项基本要求。律师在用外语阅读、写作法律文书的过程中一旦出现错误,必然会造成重大后果。所以,外语的水平对工作有重大影响。低年级律师应注意利用工作环境不断提高和锻炼自己的英文把控能力,把胜任双语工作作为努力目标。

在工作中,对国外客户或合伙人用英文给出的指示一定要先充分理解清楚。语言的深度实际上是由思想的深度决定的,对于母语为中文的人来说,中文的问题实际上是思想的问题。而英文的问题首先要理解词语背后的潜台词。英文有时态,而中文是由时间状语体现时态的,中文的定语和修饰词是非常松散的,很多词语在什么位置意思都一样,而英文的定语和修饰词在什么位置是非常严格的。要在实践中逐渐提高外语水平,只要努力学习、努力锻炼,就一定能做好。

另外,平时可以多阅读一些好的英文,好的英文读多了自然会潜移默化,有助于英文写作水平的提高。所谓好的英文一定是由英文本身的结构所决定的,可以多多学习外国的律师所起草的英文法律文件。同时推荐坚

持阅读《华尔街时报》、《纽约时报》、《经济学家》等,虽然刚开始阅读的时候会感觉比较难懂,但坚持下去总会有明显进步的。最后,强烈建议养成使用英英字典的习惯,避免因中英文定义的内涵不一致而出现概念理解上的误差。

## (五) 从客户的角度出发考虑问题,提高法律服务的能力

### 1. 做好关于客户的需求分析

▶ 要耐心聆听客户的叙述,清楚客户的问题。对客户叙述中不清楚的点,要善于提问。在客户将问题陈述后,律师要善于总结,用简短语言总结客户的业务,并与客户进行沟通。因此,律师的语言能力和沟通能力对律师职业的进一步发展很重要。要增强服务意识,多从客户的角度看问题。部分低年级律师常常从完成自己任务的角度来做业务,缺乏服务意识。比如,解答客户的咨询时候,不考虑给客户所提供的答案是否具备可操作性。律师的工作不是做一道算术题,做完就放在那里了,因此,除了告诉客户存在什么问题,还要尽量提供解决的途径。

▶ 要学会替客户着想,进一步思考是否还有其他客户未曾想到的问题。要善于思考与客户提出的问题相关联的其他问题,并向客户指出。思考客户提出的问题,避免过于死板,要注意问题的关联性。律师在做项目的过程中遇到难题时,一定要勤动脑筋,勤于思考,积极解决问题,提高自己解决问题的能力。其中重要的一点就是换位思考。有些律师的眼光不够开阔,思维局限性太强,不懂得从客户的角度看问题。事实上要很好地帮客户解决问题,我们经常需要把自己放在客户的位置上思考,市场到底需要什么?公司真正需要什么?

▶ 回答客户的问题时,法律分析要到位,尽量满足客户的要求。起草文件动笔前先要明确客户的要求,了解大概的时间进度,然后找出自己起草法律文件所需要的素材。从时间要求的角度出发,来决定自己做相关研



究的详细程度。要真正理解客户的要求,确认客户到底需要什么,即研究客户最终的目的(交易目的)。比如,客户提出一个交易结构,客户有可能只问需要什么批准程序,但律师一定要明白客户的目的,如客户最终目的是要上市,那么就要对到境外设立公司和其后收购境内公司的审批要求都要作出详细建议和分析,只有这样才能把法律问题分析到位。

▶ **要重视客户关注的重点。**有些低年级律师往往只注意细节,被淹没在眼前大量的资料中。比如对于审慎调查的合同,不能机械地摘抄大篇幅的合同条款,直接把摘抄的条款放进报告。我们应该考虑客户关注的重点(例如销售渠道、原材料来源等),结合合同类型,分清主次。如果思考得太少,就把实为脑力劳动的审慎调查变成一种体力劳动。

▶ **要积极地为客户解决问题。**大部分客户找律师的原因应该不是寻求普法教育,所以对待客户提出的法律问题,律师不应满足于复述法条内容,也不应片面强调甚至于夸大法律风险,这种做法可能很稳很安全,但难以获得客户认同,也无法体现律师的价值。负责任的态度应该是在法律允许的范围内,尽可能地为客户设计解决问题的方案,并根据类似项目或案件的成功经验,为客户决策提供参考和依据。

## 2. 加强与客户的沟通

▶ **书面沟通。**对于客户提出的问题要及时回复,第一时间让客户知道已经收到材料并开始着手工作了。在给客户发送法律文件的时候,要在邮件中对该法律文件作出简要的说明。如果律师判断出客户可能提出其他相关问题时,也要预先给出一个相关的说明。及时的回应可以让客户安心,对于与客户发展长远关系至关重要,因此必须养成这一习惯。

▶ **当面沟通。**律师终究是一个服务行业,如何与客户沟通,把专业实力展示给客户,是每一个律师都要掌握的基本能力。在客户面前要实事求是,对于客户提出的问题,如果自己不了解,可以和客户说自己现在不太确定,需要回去研究一下再作答复。千万不要不懂装懂。



与客户沟通和交往要积极。与合伙人一起面对客户时,首先要设法事先对商讨的事情有个大致的了解,然后对可能涉及的法律问题和要点作好相关准备。在与客户会谈时,要耐心倾听和善于发问。理解客户问题并正确、全面回答。经常听到律师说客户问的问题很愚蠢或重复问同样问题的评论,但实际上我们应该理解这是由于客户对中国法律和商业运作环境的不了解造成的。作为律师,应设身处地为客户着想,从客户角度设想客户希望理解的信息,作一个全面、准确的回答。如果客户就同样问题问了两到三次,这不能说明客户愚蠢,只能说明律师有问题了。

此外,专业的律师应当格外注意社交礼仪。会见客户时一定要整洁干练,给人留下良好专业的印象,着装要与身份和场合相适应。

### 3. 注意维护客户关系

▶ **多与客户做工作以外的交流很有益处。**对于当前工作,除了谈判桌和讨论协议外,通过与客户聊天可以从侧面了解更多的有用信息,会对整个交易的背景有更广泛和深入的了解,对更好地完成当前工作有重要影响。另外,与客户以及其他中介机构建立融洽关系对将来的市场营销也是非常重要的。特别是在中国,给客户留下工作出色,为人也和善的印象,可能会带来后续的业务。反之,如果给客户或中介机构以瞧不起人、不好相处的印象则很可能失去这样的机会。当然在与客户交流时不要很刻意地去做营销的工作,要通过留下精通业务并且善于为人处世的良好印象以此与客户建立良好的关系。

▶ **涉及客户关系的问题一定要谨慎。**客户关系是非常复杂的,特别是涉及几个不同的对口人,这里面的关系很不容易处理好。所以涉及客户关系维系的问题时,业务律师可以往后推一推,往上交一交,不一定要当场做结论,而应该先把问题记下来,向客户解释需要向合伙人请教,不要为了显示自己的能力当场草率地做结论。

## （六）多学习法律范围外的知识

律师应该多学习法律以外的知识,如基本的经济知识和社会常识等。新律师,尤其是刚从学校出来的律师都比较缺乏社会经验,处理问题时可能缺乏基本知识。有些做尽职调查(due diligence)的低年级律师一开始根本就不知道某些问题为什么要提出,不了解工作目标和方向。因此,一定要不断充实自己,积累经验。要善于吸收各方面的信息,广泛掌握各个领域的知识,并做到举一反三。

► **要提高综合运用知识的能力。**在处理某一法律问题时,律师不仅需要运用各种不同的法律,有时还需要将法律知识与经济、金融等领域的知识结合起来,综合运用以解决问题。有了一定工作经验的律师尤其应该注意提高自己这方面的能力。以公司业务为例,律师的工作不应该仅仅局限于狭义的法律咨询,因为公司一些重大的法律问题往往影响着公司的经营、策略和财务。所以作为一名服务于公司的律师,有时候需要把自己放到一名经理或者财务人员的角度上去考虑问题,并且适当运用经济、金融等商务知识思考公司的各种经营活动和法律之间的联系。要想丰富自己这些方面的知识,可以通过阅读书籍、关注新闻动态等途径,也可以在项目中处处留心,不要单纯因为某个问题不属于法律范畴就不去思考和研究。

► **在做项目时,要了解客户公司所在的行业。**对客户的行业了解越深,越能为客户提供优质服务。而且,在激烈的市场竞争中,能够胜出的是专业知识最强的人。比如在处理汽车类的产品质量诉讼时,就要求律师对汽车相关的零部件的性能有理性的认识 and 了解,否则在出庭辩论的时候很难讲得生动和清楚。因此,针对一些长期客户,律师要对客户的行业、专业有深度的了解,从而便于与客户进行沟通,并且为其提供优质的服务。

► **要关注新情况和新问题,**如当前的金融危机、清算、破产法、争议解决、诉讼,等等。律师要注意这些新问题,提前收集材料,以便在有需要时最快地提供第一流的服务。

### 三、关于工作方法论

#### (一) 时间的管理

▶ **时间的管理问题至关重要。** 律师不能因为害怕案件多、完不成而不接案子,因为办理的案件数量多,并不绝对等于花费的时间多。例如有的律师可能同时需要处理两三个案件,但是介入程度并不深,因此可能就不影响接手其他案件。律师要管理好自己的时间,首先应该预先对自己现有的时间安排有所计划,同时通过合理分析判断出新案件实际需要花费的时间,从而决定是否接手新案件,正确地管理自己的时间。

▶ **律师在接手案件时,要勤与合伙人沟通。** 与合伙人进行有关案件的沟通十分重要,合伙人是最了解案件的人,并且可以基本确定客户的实际需求,因此通过沟通,律师可以大概确定自己工作需要的时间。律师要尽量多地了解自己对案件的加入的程度、预期以及参与的频率等,包括了解案件的大概情况、需要时间的长短和预期的持续程度;了解自己所需要花费的时间和扮演的角色;了解自己参与的程度,是单纯的临时帮忙,还是要跟进整个案件,或者是对整个案件进行主管负责;另外还要根据客户的要求,确定完成的期限。

▶ **要善于应对突发状况。** 在接手案件时尽可能多地了解案件预期的时间与工作量,这样如果出现意想不到的状况,就可以有回旋的余地。因为案件的发展可能会有突然的变化,参与的角色可能也会发生变化。由于了解了案件的情况,即使发生变化也可判断自己是不是能够有足够时间接手。要管理好自己的时间以及接案子的频率,既不能被案子压住,又不能因为几个案子在手就把时间给全部占据了。

#### (二) 善用有效资源

要学会正确使用文件模板,源于模板,高于模板。低年级律师在接到

法律文件写作任务,如拟一份“股权转让合同”的时候,可以参考模板,但一定要看合伙人修改后的版本。虽然模板可以提高效率,但是在处理一个问题时,要明白商业目的是什么并进行必要的法律研究。这一点非常重要,否则作出来的东西虽然模板是对的,但不一定符合要求。先了解商业目的并进行法律研究,作出来的东西才会比较符合要求。

### (三) 注意同各方面沟通

▶ **要有全局观念。**包含两个方面,一是要注重和团队之间的协调合作,任何一项工作都需要团队协作,不能闭门造车,只顾自己做法律研究,而不与合伙人和其他律师交换意见;二是要注重和客户之间的沟通,如果在研究中遇到问题应该及时与客户进一步交流。

▶ **处理好与合伙人的关系。**业务律师大多情况下是协助合伙人工作,不是直接对客户,有什么问题先与合伙人沟通并按照合伙人的指示工作。这个是工作关系的问题,非常关键。与合伙人意见不一致的,可以充分表达自己的意见,摆出事实和理由,通过内部讨论得出最终结论。

▶ **要有主动性、创造性。**有些律师对于合伙人交代的任务缺乏主动性态度和创造性思维。如果合伙人将任务交代清楚,大部分律师的确可以完成,但却仅仅止步于完成。低年级律师普遍存在的问题是考虑事情不够周全,不够深入,作为团队成员,缺乏主动想问题、完善方案的意识。当然这其中有些是由于缺乏经验所致,脑海中没有建立起分析、解决问题的框架,但更多的情况是因为律师缺乏主动性,本来可以想到的方面却没有想到,比如讨论问题的时候提不出独立的见解。要成长为一个真正独立的执业律师,就一定要经过主动思考的过程,主动地考虑案子方方面面的问题,有自己的想法。

### (四) 学会提供独立的法律意见

处理法律问题时应当有独立的法律判断。律师在为客户提供法律意

见时,不能过分依赖自己或者他人的实务经验或者咨询政府机关得到的答复。因为即使政府机关或者其他人的做法在实际操作中可行,也有可能不符合法律规定。在这种情况下,如果不进行独立的法律判断就提供意见,万一审批机关不予认可,律师就会处于非常尴尬的境地。因此,律师在遇到问题时必须进行必要的法律研究,根据法律作出独立判断。如果政府机关对客户不利的决定违背法律,应当以法律为依据为客户争取利益;遇到遵从政府机关的程序有可能违背法律的情况,也应当将所有情况如实告知客户,由客户权衡风险自行判断,如此律师才能为客户提供高质量的法律服务。

### (五) 要具备一定的商业意识

客户委托律师处理事务,最终是从经济利益的角度考虑的,也就是说请律师的目的肯定是为了获取某种利益。因此,无论是避免损失还是获取更多的利益,律师都应首先了解到客户的目的是什么,需要律师帮助达到何种效果。

没有商业头脑的律师不会是公司律师。而律师的商业头脑,在于善于把自己放在客户的位置上来思考问题。要学会判断一个法律上的问题是否会构成交易的障碍性的问题。事实上,绝大多数的问题其实本质上是交易成本的问题。因此,要学会用商业的方法思考问题、解决问题。然而,具有商业头脑不是说要律师取代客户作出商业性决定,而是让律师用商业头脑去看待法律问题、分析法律问题。美国前国务卿 Warren Christopher 曾在一次会议中回答是否准予中国最惠国待遇时讲到:“我这一辈子做律师出身,我只告诉客户利和弊,从来不告诉客户应该做还是不应该做。”

因此,律师要从正反两方面把所有的问题都考虑到,告诉客户各种方案的利和弊,最终要由客户作出商业性的判断。但优秀的律师总是能提出多种解决问题的方案供客户选择。



## （六）要有控制和规避风险的意识

律师行业的风险比较特殊,我们没有什么固定资产和有形的产品,客户买的是我们的服务,也就是我们的方案、头脑和想法。所以一切可能的损失都来自于我们为客户提供的服务。客户信任我们,但我们在提供服务的过程中必须要时刻有规避风险的意识。比如在诉讼业务中,如果应当落实到书面的内容没有落实,或者在审阅合同和文件的时候考虑不周全,一旦出现问题,我们不仅会丧失客户的信任,还会面临其他的问题。

法律规定和实践操作有时候会出现不一致,如何能既解决客户的实际问题,又能控制律师执业的风险呢?面对此类问题,首先要分析客户面临的最大的法律风险,要判断出最坏的结果会是什么。其次,针对法律条文的具体操作,律师要尽力通过各种合法的途径检索对有争议条文的解释及相关主管机关的答复,最后仍要向客户指明该问题仍为敞口问题(open issue),待进一步查证,进而交由客户进行商业上的判断。同时,律师还要指导客户,针对此类实践操作与法律规定并不一致的情况,客户一定要确保自己行为的合法性,包括客户向主管机关提交的文件的真实性、准确性,不能存在任何隐瞒和瑕疵。总之,要尽可能地降低客户的风险。然而,当客户的要求明显违法,甚至涉及刑事责任时,律师要坚决拒绝此类业务。这也是律师执业的一个最基本的原则。

## （七）养成良好的工作习惯

优秀律师应养成良好的工作习惯并坚持下去,比如,由于法律实践和社会环境是不断变化的,作为专业律师应及时更新自己的专业知识和社会意识,掌握时代发展的脉搏,占据法律改革发展的前沿阵地。此外,平时还应勤于收集与自己专业领域相关的各种范本,建立自己的资料库。勤动手、细分类,做好编辑工作。如此积累下去,必定是一笔不小的财富。

#### 四、律师应注意克服的缺点

最后,引用君合律师事务所合伙人相关调查问卷显示的结果,我们在此罗列有关合伙人最不希望在律师身上看到的各项缺点,供有志于成为优秀律师的读者朋友参考并引以为戒:

- 缺乏敬业精神和职业责任心;
- 不诚实;
- 未经合伙人同意,自作主张;
- 粗心大意,考虑问题不周全;
- 一知半解,不求甚解;
- 不明白的问题不敢及时发问;
- 不敢发表与合伙人不同的意见;
- 不尊重同行;
- 不能保守客户秘密;
- 不能帮助客户积极解决问题;
- 不能及时完成已承诺的工作;
- 不守时。



## 第三章

### 如何进行法律研究

(君合律师事务所 廖悦悦 律师)

欲知  
欲知  
欲知  
PDG



廖悦悦  
(律师)

廖

悦悦律师 1998 年毕业于中南财经大学法律系国际经济法专业,获得法学学士学位,后在对外经济贸易大学法学院攻读国际经济法专业,于 2001 年获得法学硕士学位。

廖悦悦律师于 2001 年加入君合律师事务所,现在君合北京总部执业。她曾代理多个跨国公司在中国的直接投资、并购和融资项目,并作为多个国际性公司的中国律师,代理其在中国各地投资企业的日常公司业务。她的主要业务领域为商务法律,包括国际和国内的投资、公司的收购和兼并、日常公司业务,以及国际融资业务。

廖悦悦律师在上述业务领域为客户提供全面的法律服务,全程参与客户在中国的投资和公司运营等事务,包括提供项目结构设计、项目谈判、起草项目文件,以及就项目和公司事务涉及的各种法律问题提供法律咨询。

廖悦悦律师现为中华全国律师协会会员。



法律研究是律师的基本功。无论你是刚进入律师队伍的菜鸟,还是已经奋战律坛多年的老将,法律研究都将是你的日常工作中躲不掉的一关。既是基本功,就是需要苦练和日积月累的,无法投机取巧学成。如何进行法律研究,也绝不是看一遍演习或者听一席话就能获得答案的问题。本章的宗旨在于向读者,尤其是刚刚开始律师工作和为法律研究感到困惑的律师同事们,提供一些基本的思路和方法,希望能够对大家有所启发和帮助。

## 一、如何理解所研究的法律问题

开始法律研究的第一步,也是法律研究最重要的一步,就是要理解所需要研究的法律问题是什么,相信这是很多资深律师的经验。

有一些刚入行的律师,尤其是刚刚毕业的法律学生,常常会抱怨,辛辛苦苦做完一堆法律研究之后,却得不到合伙人或者资深律师的认可,不是被指没听懂问题,就是被指没研究到点子上。这种情况的出现,一方面与进行法律研究的律师个人经验不足或者没有听懂问题有关,另一方面跟交代工作的律师陈述是否清楚也有关系。比如,交代工作的律师在对案件背景更清楚或者对相关的法律环境更了解的情况下,陈述问题时可能会过于简单或笼统,而接受工作的律师因为经验不足和信息的不对称可能没有完全明白所交代的问题,最终得出不切实际的结论,或者根本相反的结论。为了避免出现这种情况,笔者对于初级律师的建议如下:

### (一) 主动询问背景信息和确认问题的细节

一般来讲,作为初级律师,在和律师同事或者客户讨论问题的时候,一定要备好笔和本,随时把对方提供的背景信息和所提出的问题记下来。不要以为这是不值一提的提示,这是进行法律研究的一个好开端。永远都不



要相信自己的记忆力,实实在在地记录在案的信息才丢不掉。而且,记录的过程,更容易使你想起需要明确的各种细节。

接收问题的律师和交代问题的律师在信息上经常是不对称的,交代问题的律师通常了解更多的问题背后的经济背景、法律环境和客户意图。在交代问题的时候,因为忙碌或者不了解接收问题的律师的经验程度,交代问题的律师所叙述的问题及问题背景可能无法面面俱到。在这种情况下,如果接收问题的律师没有听懂问题,或者没有明白问题的范围,不知道该如何去做法律研究,但又碍于面子保持沉默,回到自己座位上苦思冥想,那么最终的法律研究结果很可能是不尽如人意的,这对于接收问题和交代问题的律师双方来说都是没有效率的做法。

笔者的建议是,接收问题的律师在没有明确问题或者不懂得背景的时候,应主动地询问。不要担心这样做会使自己显得无知、没经验或者是在浪费时间,任何人都要经历学习的过程,即使是资深律师或合伙人,也不是所有领域的专家。所以,大可不必过虑,正常情况下,资深律师和合伙人都很欢迎讨论和提问,这不仅是在给你解释,可能也会帮助他们自己思考。即使是因为交代问题的律师很忙,无法给你详细的解释,他可能也会在你提问后给你一个方向,或者告知你可以参考的材料,以便于自学。

如果你担心过多的提问会浪费交代问题的律师的时间,那么建议你可以通过以下方式来询问:复述所需要研究的问题以确认问题正确与否;询问项目的大致进展;索取基本的文件和资料作为参考;在不太困难的情况下做问题的假设以确认研究的范围,等等。如果正好想到相关的其他问题,你也可以主动询问一下要不要同时研究一下相关的问题。总之,只有全面吸收了问题的相关信息和清楚了问题的范围,你才能做到切题的法律研究。

## [例1]

中外合资项目中,外方拟定从中方购买股权,直至把合资公司变为独资公司,需要什么样的程序?对于这样的问题,你可能需要了解,中方是否国有企业,是否国有资产占有单位;合资公司的经营范围是什么,是否涉及不允许外商独资的业务;公司的规模以及每次购买的数量有多大等问题。

再如,关于外国演出公司能否在中国开办艺术学校的问题,你可能需要了解,外方是否教育机构,外方是否接受艺术类公司或艺术培训机构等变通的形式,外方打算在哪里开办艺术学校,等等。

有初级律师可能会问,做法律研究的时候,时间是有限的,而法律研究可以做到无穷深,如何把握一个度,在有限的时间内得到一个比较满意的答案?

笔者认为,一方面,可以先在网上搜索一下相关的论文或案例,了解问题的宏观背景。比如关于反垄断问题,首先可以了解一下反垄断法目前发展的现状和趋势,发改委、商务部或工商局分别有哪几类规定,即先研究“大法”,确定研究的广度。另一后面,研究的“深度”则是根据客户的要求和案件的安排来确定的,需要和交代法律问题的律师进行沟通。

有些律师在合伙人或高级律师要求其研究法律问题,大概地听懂了问题,但是不太明白这个问题到底有多大,客户关心的关键问题是什么,就开始研究,然后交上来一大堆的研究结果,却没有切中要害。我们建议,在对问题的广度、深度有任何不清楚之处时,要及时与交代问题的律师或合伙人讨论,不论其是否因为太忙或者自己没考虑清楚而交代问题不清,你都要尽早与之确认,到底问题是什么,范围是什么,客户的关注点是什么。或者你在自己先考虑要研究的问题并进行归纳后,将问题范围缩小再向其确认,比如:“这个问题是说中外合资经营企业中,中方股东把股份卖给外



方股东需要哪些程序吗？”

## （二）明确核心问题

在弄清问题的范围和内容是什么之后，还需要明白关键的法律问题是什么，或者说核心问题是什么。有时候，关键问题或者核心问题可能是解决整个法律问题的一个钥匙，如果没有它，你就不能打开这把锁，就不能解决问题。“只研究了细枝末节，关键问题没搞清”可能也是初级律师比较害怕得到的评价之一。

要对关键问题作一个定义很困难。笔者的理解是，关键问题的研究成果通常能决定一个法律问题是否还需要进一步研究，进一步研究的方向是什么，以及最终研究的结果是否切中要害。就好像走在迷宫里，只有在一个分叉路口找对了方向，你才能最终找到出口。

### [例 2]

某位律师进行一项关于税法的法律研究。问题是一个外国个人每年在中国居留 183 天以上，是否需要纳税。按照中国税法，外国个人在中国居留或者逗留 183 天，应该交纳所得税，这是一般的理解。但现在关键的问题是，外国个人在什么样的情况下需要纳税，是在工作的情况下要交税，还是在旅游期满 183 天也要交，还是说探亲访友期满 183 天也要交呢？此外，还需要看他在中国有没有一个相应的付款机构，有没有任何投资，等等。这就是关键问题所在。在研究关键问题之后，才能研究到进一步的问题。同样是以上税法的问题，如果外国个人在中国一年工作期间超过 183 天需要纳税，那么相关的问题可能还有，如果他不是为中国的机构工作，也不是为在中国的外国公司子公司工作，而是其外国公司派到中国来工作的，是否需要交税呢？这个属于进一步的问题，可能要进一步研究。

### （三）全面地看问题

我们在法学院读书的时候,是把法律割开来读的。比如一门课讲民法,一门课讲公司法,另一门课讲证券法或担保法,税法或反垄断法又在其他课上。对于刚走出校门进入律师行业的初级律师,这种学习方法可能会使其不能全面地理解一个法律问题。

实际上,各个领域的法律在现实生活中是结合在一起的。同一个法律问题可能受制于不同领域的法律,而不同领域的法律对于同一个法律问题的影响又表现在不同的方面。有时候,交代问题的律师只想了解某一个领域的法律研究结果,但有时候他想了解的可能是综合性的法律研究结果。

因而,在拿到一个问题的时候,要想一想,这个问题涉及哪些领域的法律,相互之间可能有什么样的关系;如果发现一个问题涉及多个领域的法律,就要想一想,交代问题的律师或者客户所需要的是哪个领域法律下的答复,是只需要从一个领域出发,还是要多个领域相结合来回答这个问题。在凭自己的经验和研究,无法判断要从哪个领域出发,或者无法确认到底要综合哪些领域的法律研究时,笔者建议接收问题的律师如上述第(一)点中所述,主动向交代问题的律师确认。

#### [例3]

假设有一个外国发起人是一个基金,这个基金产品包括房地产收益,比如是加州的房地产投资收益。问题是,该基金根据美国的证券法在全球进行“豁免发行”,可否按份发给一个在中国境内的自然人?对于这个问题,比较容易想到和证券法有关,但是不是构成个人对外投资以及是不是构成外国主体在国内的经营活动等问题,很少有人想到。像这样的问题,我们首先要了解基金发行的整个过程,把图画出来看每一步涉及什么法律,这样才能找到法律的节点。



## 二、如何获得法律研究的资源

在明确问题之后,所要做的就是收集法律研究的资源。就好像做菜,要知道到哪里去找做菜的材料。最经常使用的法律研究的资源收集方法包括法规研究、资料查询、电话咨询等。

### (一) 法规研究

最基本的也是最主要的法律研究资源就是法律法规。“查法规”是大多数律师几乎每天都会做的事情。一般律师事务所比较常用的法规库有国家法律数据库和北大法律信息网。这两个法规库都有更新较快、内容全面、查询方便的特点,而且北大法律信息网还可以查询英文法规。但需要注意的是,即使是这样经常更新的法规库,某些法规也并不一定都能及时地更新入库,例如:一个月之内新出台的规定;某些细节性的程序或者技术性的操作规程;某些地方政府机关颁布的地方性法规等。

除上述两个法规库以外,有一些政府机关或法院网站上的法规库也非常全面,如最高人民法院网站上的法规库,国家外汇局网站上关于外汇的法规库,商务部网站上关于外商投资的法规库,国家林业局网站上关于林业制度的法规库,等等。一些地方政府的网站,则会把比较细的地方性法规收罗在其法规库中,如北京房地产局的网站上不仅可以查到中央的规定,也可以查到北京市关于房地产管理方面的规定。此外,某些网站提供“新法规速递”一类的服务,定期传送给用户一些最新的法规,可能会比法规库的更新更快。这些都是可以弥补上述两个法规库不足的法规库资源。



## [例4]

在一个天津的房地产转让项目中,房地产局要求就转让交纳标的额一定比例的交易手续费,但是北京市及很多城市并无此要求。经过查询法规发现该项收费可由地方政府决定,但法规库中并无该项天津的地方规定。最后,在天津市政府机关的网站上才查到该规定。

又如,在一个上海市的劳动仲裁案中,劳动仲裁委员会根据上海市高级人民法院出台的司法解释作出了裁决。但该地方性司法解释在一般的法规库中并未收纳,最终只能通过查询上海市的法院网站,查得该司法解释的原文。

## (二) 资料查询

法律法规是法律研究的主要资源,但是在法律法规过于庞杂、法律法规变更过快、没有法律法规或者我们不熟悉的领域,我们也可以通过其他的资料查询,获得他人的研究成果或者他人的汇总结果,以对自己的法律法规研究起到辅助性作用,或者提高自己法律法规研究的效率。

其他的资料查询在我们对所需研究的领域不熟悉的情况下尤其有帮助。比较常用的几种资料如下:

► **本所同事的法律研究成果。**有一些法律问题可能是律师们反复研究的,比如并购、上市、外汇方面的很多法律问题。因为同所律师的工作可能经常涉及相同的领域,有些法律成果是可以共享和共同更新的,所以律师事务所的同事之间最好能形成经常交流最新的法律研究成果的习惯,或者有定期收集最新的法律研究成果的习惯。

► **政府网站上的法律背景介绍。**有些政府为了工作的方便,把一些政府工作中的法律理论知识汇总在一起,或者把程序性的规定汇总在一

起,分类放在其网站上。例如,国家外汇局会有外汇知识的汇总性介绍,对于了解我国外汇管制的历史沿革和基本原则是有帮助的;再如,某些地方房地产管理局会将当地房地产转让、抵押的办事程序公布在其网站上,在无法查到相关程序的地方法规时可以作为参考。

► **政府的官方解释或者官方案例分析。**在有些法规政策出台后,或者有些行政命令和决策出台之后,由于正式文件的内容有限,很多相关的背景或细节在书面文件中并不会明确提出。此时,在公众有很多疑问的情况下,为便于公众正确理解政府的文件和决策,也为了便于指导下级机关正确执行上级的文件和决策,政府机关可能会公开出面进行解释和说明。例如:《外商投资项目核准暂行管理办法》出台后的国家发改委答记者问,《关于外国投资者并购境内企业的规定》出台后的商务部答记者问,国家林业局局长在新闻发布会上就林权制度改革的发言等,都可以作为法律研究的参考和线索。另外,有些政府或法院网站上会介绍一些案例,例如很多劳动局的网站上会有劳动仲裁的案例介绍和分析,从中可以发现一些法律法规里面不曾提及的规律,也是我们可以利用的。

[例5]

2003年《外商投资项目核准暂行管理办法》出台后,有很多律师问及该办法“是否适用于服务类的行业,还是只适用于生产性的行业”。这个问题在该办法里面没有规定,但是在发改委就该办法答记者问里面,已经明确了,该办法不太适用于纯服务性的行业。再如,国家林业局曾经对某些林业项目作出过处罚,这些处罚文件在外部无法查得。但是,国家林业局的新闻发布会上可能会对记者解释其处罚的内容和原因。官方解释虽然只是口头的答复,但是对我们工作是有参考价值的。



► 在网上或书籍中查询到的学术性或实务性法律研究结果。比如律师或法学院的师生撰写的专题论文、案例分析或培训材料等。尤其是在我们不熟悉的领域或者比较新兴的法律法规尚不健全的领域,此类资源很具价值。例如,在反垄断法领域及个人信息保护领域,国内研究达到一定水平的人士相当有限,即使是立法者或者执法者也可能会参考这些研究人员的研究成果或者考虑他们的观点,因而学习这些研究人员的研究成果对于我们的法律研究也是有帮助的。

#### [例6]

以外商投资的融资租赁项目为例。我国关于融资租赁有财政部和商务部两套管理系统。两套系统都有各自的法律法规,且都不提及两套系统之间的关系。在不了解我国融资租赁行业发展历史的情况下,是很难理解这种管理系统的。但是,有很多法学研究者或律师已经就这一领域的法规进行过研究并有公开的法律研究成果可查。我们在拜读了他人的法律研究成果之后,再结合自身所查询到的法规,就会发现能更容易地理解上述两套管理系统的运作,并能更适当地运用上述两套管理系统中的规定。

### (三) 电话咨询

除了书面上的法律法规研究,另一个比较重要的环节就是电话咨询。这可能是很多同事感到比较头疼的方式。甚至曾有个别律师放言,“你让我打电话还不如让我去跳楼”,可见电话咨询难度有多大。但是无论如何,在需要时,不能因为困难就不去做。尤其是有些时候,电话咨询在整个法律研究中,还是一个特别重要的环节。甚至于,你没有这个咨询,可能就得

不出一个结论。

在什么样的情况下要去电话咨询呢？通常情况下，在法律法规不明确，比如法律有一项规定，却没有特别说明如何适用这一规定，如何去解决适用这一规定中出现的问题，或者不适用会有什么后果时，可能就需要电话咨询了。在现实中，法律法规没有规定可以做的事情，并不等于就不可做，或者说完全不能做。很多情况下，需要去和有关主管机关进行沟通和咨询，了解当时的政策和政府机关的态度。再如，不同部门的法律法规之间有可能存在一些冲突，也需要咨询两方面的部门来了解这种冲突如何能够协调。可见，电话咨询是在不能通过查询法律法规，或者不能通过其他资料的研究得出确定结论时，才需要进行的。

电话咨询对象通常有两种。一种是政府官员，这是我们最常咨询的对象。因为很多法规规定得不清楚、操作性不强或者有冲突的地方，我们都需要去向政府官员确认。还有一种就是具有某种职能的事业单位或者社会团体，例如有权进行进口验证工作的商会，有权管理域名的互联网信息中心，有权管理土地储备的土地整理储备中心等。

有时候可能遇到这样的情况，在进行有关证券公司的电话咨询时，打电话给中国证监会，但证监会的人说我们这里不提供咨询业务，让问北京证监局。然后打电话到北京证监局，北京证监局说我们这里是投诉电话，不提供业务咨询。那么在这种情况下，我们怎么才能将电话咨询继续下去？笔者的经验是，这种情况有可能是没有找对电话。证监会是律师经常咨询的部门，有些律师甚至有证监会各部门的联系电话表。建议咨询前先向有经验的同事询问正确的咨询电话。如果打到投诉电话，可以问一下其是否知道咨询电话或者相关部门的电话。有很多的律师将自己经常咨询的政府部门的有效电话收集起来，这是很好的习惯。

#### （四）其他

以上提及的法规研究、资料查询和电话咨询是我们可能最常取得法律

研究资源的途径。除此之外,还有一些经常使用的法律研究途径,比如向有经验的律师请教,他们可能没有太多时间给你解释,但可能会向你提供一些启示,指出研究的方向,这样也可以节省很多时间。再如,在主管机关的要求下,或者在征得主管机关的同意后,到主管机关亲自拜访,查看一些他们不愿意对外公开发布的文件和当面讨论一些他们不愿意公开讨论的问题等。

### 三、如何使用法律研究资源

在获得上述法律研究的资源后,如何正确使用这些资源,使用这些资源过程中应当注意什么,是我们下面要讲到的问题。仍以做菜做比,手头拿到了很多原材料之后,还需要正确拣选、搭配、加工、处理后才能上桌。以下还是对法规研究、资料查询及电话咨询分而述之:

#### (一) 法规研究

面对如山的法规,初级律师的感觉可能是不知从何下手。笔者认为,如果你并不是对问题所涉及的法规非常熟悉,有十足的把握,那么就从最常见、最简单、最基本的开始吧。

##### 1. 从“大法”入“小法”,从一般到特殊

通常情况下,初级律师被交给的问题很少会是宏观性的问题,更多的是具体的、细节性的小问题。但是,在研究这样的小问题时也应该注意全面性,从“大法”入“小法”,从一般的法到特殊的法。法律的每个领域几乎都有一项决定这个领域的立法宗旨、基本原则、主要权利和义务、制约方式等的基本法,例如,民事领域有《民法通则》和《物权法》,公司主体领域有《公司法》,海关管理领域有《海关法》,反垄断领域有《反垄断法》,等等。这些基本法也就是本章中所称的“大法”。在每个领域的基本法指导下,



会有很多的条例、实施细则、规定、意见、通知、司法解释等各类文件，还会有地方的、下级的、分支的各种级别更低的文件，支持着和细化着基本法全部或部分的解释和执行，这些也就是本章中所称的“小法”。法律的结构是复杂的，通俗来说，法律的结构就像金字塔，每个领域有“大法”，有“小法”，“小法”下还有“小法”和“更小的法”。通常来说，层级低的不应与层级高的相抵触，而任何“小法”都不应当与“大法”相抵触。

有很多人认为，“大法”的内容通常比较原则性，没有实际可操作的内容，因而不太注重“大法”的研究，直接从细节性的规定开始。但是，“大法”是根本性规定，不仅时常会在“小法”中引用，其中的某些重要的基本原则也不会在“小法”中再次重复，如果仅专注于“小法”，可能会因此忽视了基本原则而导致研究方向的偏离或一些不该出现的低级错误。

例如，关于公司股东出资程序的法律研究，应当先从《公司法》开始，再相继研究《公司登记管理条例》、《公司注册资本登记管理规定》；如果涉及外国股东出资，则还应研究《中外合资/合作企业法》或《外资企业法》及其实施细则、《中外合资经营企业合营各方出资的若干规定》、《关于外国投资者并购境内企业的规定》、《关于外商投资的公司审批登记管理法律适用若干问题的执行意见》及其重点条款解读，等等。

[例7]

如果在研究某外商投资企业的注册资本要求时，发现该外商投资企业所受制的行业规定或者外商投资法律法规对注册资本的金额和比例没有任何要求，就以此为最终的研究结果，显然是错误的。因为《公司法》中还有关于注册资本的最基本规定，如，有限责任公司注册资本的最低限额为人民币3万元；全体股东的货币出资金额不得低于有限责任公司注册资本的30%等。

在“小法”中引用到“大法”时,更是要回头去研究一下“大法”。比如,《外商投资公司审批登记管理法律适用若干问题的执行意见》规定,外商合资、外商独资的有限责任公司以及外商投资的股份有限公司的组织机构应当符合《公司法》和公司章程的规定。在看到这样的规定时,一定要再回去仔细地研究一下《公司法》关于组织机构的规定。

## 2. 使用正确的关键词查询法规

有的初级律师在查询法规时,常常发现怎么也查不到所需的法律法规,却一再被资深律师和合伙人告知:“这规定一定有,你继续查吧。”出现这种情况的一种原因可能正是查询法规时没有使用到正确的关键词。

由于我国正处在高速发展、急剧变更的阶段,政府机构的职权和法律法规的更新都比较快,所以即使在同一领域,法律用语、法规名称和政府机关的名称也可能会有变化。在查询法规时,必须考虑到这些变化,使用正确的关键词,否则可能会错过所需要查询的内容。

### [例8]

《外商投资项目核准暂行管理办法》出台后,外商投资项目应依据该办法由国家发改委核准。但是,在历史上,外商投资项目审批单位不是国家发改委,而是其前身计划委员会(“计委”)。而且,此前的规定并没有明确外商投资项目核准的概念,而是用其他审批、审查、同意或其他隐晦的词语规定了外商投资项目审批的要求。如果只以发改委或核准为关键词,很可能无法查到《外商投资项目



核准暂行管理办法》出台之前的外商投资项目审批要求。曾经就有律师因此得出了过去的外商投资项目不需要审批的结论。

再如,我们都知道当前汽车行业的审批使用的依据称为“目录”,但是在我国汽车行业历史上的某一个阶段,它不叫“目录”。这些关键词是需要你了解到整个行业的历史发展之后,再发挥联想才能使用正确的。

另外,法律法规里使用的术语和我们平常口语或书面使用的词可能不太一样,也需要提前了解背景知识才能使用正确。比如,电信行业中的“号码资源”,在法规里可能就叫“码号资源”。商场里用的“代金券”、“购物券”在法规里可能被称为“代币券”或“代币卡”。

### 3. 注意法规的时效性

如上所述,由于我国法规更新迅速,查询我国的法规特别要注意法规时效性的问题,一两年前的法规也可能已经被更新或者废止。根据笔者的经验,法规的更新或者废止通常有以下几种情况:

▶ **老规定完全被废止。**因为法规更新较快,有些政府机关会专门发布关于废止某些规范性法律文件的决定,将其废止的规章制度全部列出来,比如国家工商总局在《关于废止有关工商行政管理规章、规范性文件的决定》列出了废止的部门规章。在我们研究法律法规时要特别注意此类文件。虽然法规库中有时会对法规时效性予以说明,但为防止其遗漏和不准确,笔者建议对于历史年代略久的法规,或者对于其适用性存疑的法规,我们应再行确认其时效性。

▶ **老规定被新规定替换。**有时政府机关在废止其规范性法律文件时会依次列明取代老规定的新规定。或者有些新规定文末会声明,历史上的某个老规定因新规定的颁布而失效。

在前述第一和第二种情况下,老规定不再有效,当前的操作依据为新规定,但是老规定并不是在法律研究中完全无用,如果想要了解历史上的操作方法,以及通过比较新旧操作方法来理解法规政策的沿革和发展方向,仍然要研究老规定。

► **老规定被部分废止或者部分被新规定取代。**这个是在法律研究中很容易被忽视,所以要特别注意的情况。这种部分废止或取代有可能是通过法规修正案的方式作出,也可能是由某个国家机关专门发文来作出。比如,国务院在取消一些审批项目时,会在其文件中把涉及该审批项目的法规名称列出。但这并不等于涉及该审批项目的法规被完全废除了。仔细研究后会你可能会发现,涉及被取消的审批项目的法规可能还规定有其他的审批项目或者备案登记要求,而这些其他的审批项目或者备案登记要求并没有被废止,仍然是有效的。

► **比较特殊的情况,即一项法律文件有多个发文机关,而仅有其中一家发文机关将该项法律文件废止,其他发文机关则尚未废止该项法律文件。**例如,国家工商行政管理局和对外贸易经济合作部(商务部前身)联合发文的规定《关于进一步加强外商投资企业审批和登记管理有关问题的通知》一度仅被国家工商局废止,而不再被国家工商局执行,但在外经贸部门审批时却仍然被外经贸部门适用。

把已经失效或者已不适用的法律规定作为自己当前法律研究的依据,是很多初级律师最终法律研究结果出现偏差的原因之一,却是作为一个执业律师不应该犯的错误。要查明一项法规的时效并不是一件难事,笔者建议初级律师做完法律研究后对自己所引用的法规时效性要做到多留心、多确认,以免低级错误的发生。

#### 4. 注意发文机关及其之间的关系

如上文所提及的,有些法律文件是多个发文机关联合发布的。虽然是同一个文件,但每个发文机关的职权和立足点都不同,关注的重点也不同。



在此情况下我们应注意发文机关之间的关系和其各自发布该文件的目的是什么,以更准确分析法律问题中所涉及的法律要求和法律后果。

[例 9]

国家药品监督管理局、国家工商总局等部门联合下发的《关于严禁在药品零售企业中非法开展医疗活动的通知》,严禁在药品零售企业内以“坐堂医”、“义诊”、“医疗咨询”等名义非法开展医疗活动或促销活动。国家药品监督管理局作为药品及药品企业的管理者发布该文,针对的是药品零售的合法性,如零售者是否取得经营药品的许可证;是否经营未经注册、无合格证明、过期失效的药品;是否发布未经审核的药品和医疗器械广告;是否出具假诊断报告,误导、诱骗就诊者购买药品等。而国家工商局作为市场监督管理机关,发布该文主要针对的是销售假冒伪劣产品和虚假广告的行为。

[例 10]

《关于外国投资者并购境内企业的规定》的发文机关有商务部、国家国资委、国家税务总局、国家工商行政管理总局、中国证监会、国家外汇管理局等多家,但是每个机关在并购中关心的重点和管理的方面都是不一样的。要明确了解各家机关之间在对待外资并购时的关系和各自的关注点后,才能真正完整地理解该规定下的外资并购程序。

## 5. 理解条文背后的含义

法律条文通常是比较公文化的,言简意赅,有时候不会明确直接地规



定,某种做法不当或者得当,或者把立法者的用意事无巨细地列出来。但是通过条文的措辞,我们可以推知一些条文背后隐含的真实意思。

[例 11]

《境内机构对外担保管理办法实施细则》中并未明确规定,境内企业不应为境外母公司提供对外担保,但该细则却限定了可以作为被担保人的境外公司只有境内机构在境外注册的全资附属企业及中方参股的企业。这实际上可以推出,境内企业为境外母公司提供对外担保的情形,不符合该细则的要求,不能按照该细则办理对外担保登记,也就不能按照该细则受到法律保护。

[例 12]

《关于外国投资者并购境内企业的规定》第 2 条规定,外国投资者并购境内企业,系指外国投资者购买境内非外商投资企业(以下简称“境内公司”)股东的股权或认购境内公司增资,使该境内公司变更设立为外商投资企业;或者,外国投资者设立外商投资企业,并通过该企业协议购买境内企业资产且运营该资产,或,外国投资者协议购买境内企业资产,并以该资产投资设立外商投资企业运营该资产。如果不仔细读这一条规定,有的律师可能会认为,该规定只是针对外国投资者并购境内非外商投资企业,即“境内公司”。但仔细读后,你会发现,凡是在提及资产并购的情形下,该规定使用的词语是“境内企业”,不是“境内公司”,而“境内企业”在该规定中并未定义为“非外商投资企业”。可见,该规定也应当适用于外国投资者资产并购境内外商投资企业的情形。

## 6. 归纳研究结果

可能是因为对于所研究的结果没有把握,也可能是因为没有理解研究的目的,初级律师容易出现的一个毛病就是没有归纳和总结。上文虽然提及,研究法律问题要全面,要从“大法”到“小法”,从普通到特殊,要研究所有相关领域的法律。但是,研究毕竟是一项加工的工作,而不是简单的堆砌。

有的律师做研究,即使是一个很具体的问题,也不对取得的法律结果进行拣选和归纳,而是将所有相关的法规全部收集后全数上交。可能洋洋洒洒有好几十页,却看不到他的答案和结论是什么。这无异于让交代问题的律师自己去找答案,这样的研究结果显然是达不到交代问题的律师或者客户的要求的。

笔者认为,法律研究的结果应该是一个系统化的表达。我们在完成任何一个法律研究之后,提交上去的成果应该是一个“简报”。顾名思义,简报应当是言简意赅的,但同时也需要是严谨、规范的。此外,你所作的每一个结论都应当有依据。你的结论是来自于法律、咨询还是你自身对法律及咨询结果的理解,都应当在你的“简报”中予以说明。

你的研究成果应当是交代问题的律师可以加以利用、参考和依赖的半成品或成品,是能够使人看明白你的思路、结论和依据的“简报”,并能够为其他律师和同事进一步工作打下良好的基础。

另外,法律研究是脑力劳动而不是体力劳动,你的研究成果也应当是体现你个人智慧和主观能动性的作品,而不应是被动和机械地堆积素材。

作为初级律师,你在进行了法律研究之后,对原材料进行加工写报告的时候,可能会觉得自己缺乏经验、没有自信,所以担心自己把收集到的材料描述得走了样,就退而求其次,追求材料的原本性,把原材料按其本身的表述写到报告里。你可能会有这样的疑问:这样是否符合“半成品”的要求?

笔者认为,在提交你所说的“半成品”报告时,一定要附上你所依赖

的法规和所有咨询记录。这样,半成品报告有很多支持性的材料,如果资深律师或者合伙人看你报告的时候对你的结论是有异议的或有不同想法,他可以很轻易地回到你所依赖的依据中去看你的推论是不是恰当。所以,你的这份报告里面一定是引经据典的,得出这样的结论是依据了什么,以及自己的判断是怎么样的。别人很容易通过你的逻辑过程来判断你的结论可靠不可靠。

但无论如何,完全不经加工地铺陈所有的资料是做不出“半成品”的。你的依据应当具体到条文或咨询记录,而不是整篇法规和网上文章的粘贴。你的结论应当是经过提炼的,正面回答问题的概述。

## (二) 资料查询的注意事项

资料查询有时比法律研究更容易,但并不能因为容易就对其掉以轻心,而不加入自己的思考和智慧就轻易采用。关于资料查询,笔者的经验总结如下:

### 1. 他人的研究成果仅可作为参考和背景知识

资料查询是辅助法规研究的研究方法,对我们的法律研究会有很大的帮助。尤其是在初级律师缺乏经验,又想尽快获得答案的情况下,资料查询可以提高效率。但是,有些律师做法律研究时,很认同一篇他人的文章或他人的研究成果,就原封不动地整篇抄下来作为自己的研究结果,既不验证里面提及的法规是否有效,也不验证里面的观点是不是过时,甚至连针对性的文字修改都没有。这样投机取巧的做法对于律师来说是危险的。

他人的研究成果,不论是网上的论文和资料、其他律师事务所的公开意见,还是本所其他同事的备忘录、法律意见,都是他人针对特定问题和背景的研究成果。他人的研究成果可能含有文学加工的成分,或者只代表某一种学术见解、实务操作或业内见解,或者只适用于某种特定情况,或者有其自己的目的。如果不加思考地全盘接受他人的研究成果,极可能导致自



身研究结果的偏离或错误。

可见,他人的研究成果只能是帮助我们理解问题和熟悉问题的参考及背景知识,比如说我们想找到法规查询的准确关键词,可以通过网上的资料查到相关的关键词是什么以及关键词的用法是什么,以帮助我们更好地进行法规查询;或者我们想了解某个领域法规的历史发展过程,可以通过他人汇总的信息更快地学习到背景知识。但是,法律研究最终仍应用自己的智慧独立地完成,切忌不经思考和不负责任地照抄照搬。

[例 13]

仍以上述外商投资的融资租赁项目为例。为了解我国的融资租赁行业发展和历史沿革,我们可以借鉴他人的法律研究成果。比如,使用他人文中提及的法律术语进行法规查询,有目的地向他人文中提及的国家机关进行咨询,进一步查询他人文中提及的实际案例等。在加入自己的查询、思考和分析之后,你可能会发现,他人的法律研究成果中有些理论和观点已经被淘汰了,我国的融资租赁在多年发展之后,财政部和商务部对其的管理也发生了变化,而且他人文中没有分析到的问题,你可能也有了答案。

## 2. 官方的案例和解释等均存在时效性

官方公布的解释、答记者问、案例等资源,通常都非常及时地满足公众的需要,但时效较短,针对性也偏窄,因为这些资源一般都是为特殊的目的而公布的。经过当时的历史阶段,或者换成是别的背景条件,它们可能就不再有效,或者被正式文件或其他新的官方解释取代了。

所以,它们也只是在法律研究中起到辅助性作用的资源。好好利用它



们,可以达到事半功倍的效果,但是过分依赖它们,你的研究就不能与时俱进,或者会出现偏差。

#### [例 14]

2003 年《关于外国投资者并购境内企业的暂行规定》出台后,商务部就该暂行规定的理解所作的官方解释,在 2006 年《关于外国投资者并购境内企业的规定》出台后可能就不再具有实用性了。

再如,国家林业局就某个造纸企业的林地使用问题作出行政决定后,召开了新闻发布会对行政决定的内容和原因予以说明。国家林业局在新闻发布会上所持的态度可能只是针对当时的某个具体案例。在其他的造纸企业用地问题面前,如果背景情况不尽相同,而且国家林权制度改革又有了新的进展,国家林业局曾经持有的态度可能就会改变。

### 3. 所有资料都需要经过法规研究的验证和确认才可采纳

最后还要重复的就是,不论是什么样的资料,都应该验证之后再纳为己用。笔者的建议是,在采纳任何资料时,不论原来的资料有多么可信、多么完美,都要首先应用自己的语言将其内容重新组合一遍,将其转化为自己的观点。这种语言的重新组合可以更促使你去思考资料里使用的依据,也便于你发现资料里不准确和不适用于自己所需研究问题的地方,还可以将别人的观点真正消化变成自己的知识。在这种转化之后,你还应将资料里涉及的依据和结论再行验证一遍,才能采纳,以避免不应当犯的错误。

#### (三) 如何进行电话咨询

如上文所提及的,电话咨询通常只有在法律规定不清楚,或者法律规

定相冲突,或者没有法律法规的领域里才需要。如果法律法规已经非常清楚,实践也非常明确,再做电话咨询只是浪费时间。而且相比法律法规和其他书面资料,电话咨询的结果有时候可采信度和准确度都较低,因而要谨慎地对待。

### 1. 找到正确的咨询对象

电话咨询时首先需要注意的问题是找到正确的咨询对象,即正确的机关、正确的部门、甚至正确的人。比如要咨询商务部所发布的文件所涉及的问题,如果去咨询工商局,显然是得不到答案的;要咨询贸易方面的问题,如果去找外汇局,肯定会吃闭门羹。找错部门的结果,至少是会让你的咨询对象态度恶劣,更糟的是可能会得到一个错误或者敷衍的答案。

#### [例 15]

关于外商能否投资网上游戏的问题,涉及多个政府部门的管  
理,所以需要向不同的政府部门咨询相应的问题。比如,商务部管理外商投资,所以应向其咨询外商市场准入的问题;工商局管理公司的登记和经营,所以有关公司的主体登记及经营方式等问题需要向其咨询;文化部负责管理文化类产业,因而可能也需要咨询其关于游戏的内容方面的问题;网上游戏可能被视为网上出版,所以要咨询新闻出版总署有关电子出版物的问题;另外,因为网上游戏涉及增值电信业务的问题,所以还可能向信息产业部咨询经营资质方面的问题。可见,同一个法律问题,综合了不同领域的法规,需要咨询不同领域的政府机关,关键是,向对口的咨询对象咨询相应的问题。



## 2. 事先做好基础的法规研究

电话咨询其次要注意的问题就是,事前的基础法律研究要做好。尤其是当你要咨询的领域是你根本就不熟悉的领域时,事前的研究必不可少。比如要咨询有关广告的法律问题时,需要提前看一下《广告法》、《广告管理条例》,甚至是外商投资广告方面的规定,对于相关的规定有个大致的概念。这样,在咨询的时候,你才能问对问题,才能在对方反问时作出正确的反应,才能在对方答非所问时进一步追问。

对自己要问的问题没有基本的了解同样更易招致咨询对象的恶劣态度。任何人在面对一个没有基本知识的提问者时,可能都会觉得是在浪费时间。而且,对自己的问题一知半解,会更难理解对方的答复或更难判断对方的答复是否切题。

## 3. 事先组织好语言及准备好衍生的问题

笔者建议在做法律咨询之前先就要问的问题列一个提纲,将自己想问的问题,对方可能反问的问题,需要追问的问题列出来,以备临场不时之需。这样,你的言谈就会比较有条理,以免问题不清晰,引起被咨询者的厌烦。只有事先准备好了问题和语言,才能做到打破沙锅问到底,而不是仅仅点到为止。

## 4. 分析咨询对象的答复

在电话咨询中,我们常常会遇到,对于相同的问题,不同级别的官员,不同地方的官员,不同部门的官员,甚至相同部门内不同的人,所给的答复也可能会不同。在这种情况下,应如实记录下你所获得的答复。

不要以为只有一致的答复才是正确的答案,也不是所有的法律问题都可以用简单的“是”与“不是”来回答,不一致或不确定的答复有时对于分析法律问题也很重要。有经验的律师会根据你电话咨询法律问题的机关

级别、部门和方式,对于政府机关对这个法律问题所持的态度作出一个推断或者分析,以此来评估法律风险和法律后果。

有时打咨询电话,对方会要求我们说明自己是哪家公司。为了客户保密的原因,我们不能披露身份。但对方可能会因此而拒绝回答我们的问题,在这种情况下,我们应该怎么办?

这其实是我们经常会遇见的情况。有些律师事先就没有做基本的背景调查,不知道客户是什么样的公司,或者不知道还有哪些同类的公司,结果当场卡壳。碰到这种情况,有可能是因为被咨询者不愿意回答问题,所以以索要公司情况来婉拒你的咨询,也有可能是被咨询者在咨询者身份不明的情况下,对咨询目的比较怀疑,担心因接受咨询而承担责任。这是可以理解的。在这种情况下,如果不方便披露真实身份,你可以将自己的身份模糊化,比如说自己是帮助朋友打听,为研究的目的咨询,或者说是帮别的同类公司咨询。有些情况下,国内同行业的企业很少,被咨询方已推测到你是问哪家企业的事情,那么不妨默认自己是该企业的员工。

有时候我们会遇到这样的情况,在电话咨询时对方给出的答复比较模棱两可,比如,我们有的时候是这种做法,有的时候是那种做法,或者根据领导的意思来决定怎么做,这种情况下我们怎么样来答复客户?

笔者的经验是,这种情况的出现可能是你的咨询对象不想给你一个确切的答复。此时,你可以主动向其提及相关的法律规定与之讨论(如有);或者尝试咨询其上级机关或者其他地方的同类机关后,再向其提及其他机关的答复与之讨论。如果所咨询的问题特别敏感,其他机关的答复也是有参考价值的。或者你可以委婉地提问,比如“我理解你在没有看到具体的文件、不了解具体的情况下很难答复,但是你能不能告诉我你们在判断这个问题的时候,主要考虑哪些因素。不需要很详细的東西,比如说投资者的资质、行业的类型、中国历史上的不良记录,等等”。通过这些讨论,你可以得到更多的信息。

所有的这些变通方法,目的只有一个,就是将单纯地向官员咨询变成



某种程度上的互动和交流。这样做不仅可以使咨询更顺畅,还可以提高我们法律研究成果的可靠度。

#### 四、法律研究的战略性问题

以上是对基本法律研究的方法和注意事项的概述,主要是从技术的角度,即“战术”的角度对笔者经验的汇总。但除了战术,我们做法律研究时还有一个“战略”问题,即要具备在宏观上把握法律问题和思考法律问题的能力。以下将对法律研究的“战略”问题予以概述:

##### (一) 注意法律规定本身和实践操作的差距

我们在进行法律研究的时候,一定要注意到法律和实践的差距。可以说,作为国内律师事务所的律师,与外国律师事务所相比,我们的优势之一或者说最大的优势就在于我们对中国本土的法律实践的理解。而一些初级律师容易陷入的一个误区就是,找一个法规,对这个法规做一个文字性的、语法性的推断,然后就得出一个结论,没有把这个结论放到实践当中去验证。而如果你的结论在法律基础上可能是对的,但是在实践中没有可操作性,那么你的结论将没有任何价值。

笔者建议大家在进行法律研究前先问自己下面两个问题。第一个是,关于要研究的法律问题,我国法律本身的规定是不是足够清楚了。如果本身足够清楚的话,我们的工作就相对简单。我们只是验证一下这样的规定在实践中是不是被遵守就可以了。而实际上,很多情况下我们国家的法律不是很清楚,甚至存在前后不一致。那么,接着要问的第二个问题是,在部门之间的规定不一致,法规之间存在不一致的情况下,政府部门的解释空间有多大、操作空间有多大。基于以上,我们再来分析,在这个可操作空间下有多少回旋的余地。

[例 16]

大家经常讨论国有资产的问题,但非常有意思的是,直到今天我们国家没有任何一部法律对国有资产做了清晰的定义。我们做一个狭义的解释,只要是国有企业的资产就是国有资产。那么按现在的规定,凡是国有资产的处置就要走一些复杂的程序,比如在公开交易场所进行竞标、拍卖、挂牌,等等。但是如果一个国有企业投资了一家子公司,子公司又投资了一家孙公司,孙公司又再投资了一个重孙公司,而经过折算这个重孙公司的国有股权比例只有10%或20%,甚至更低。这么低的比例,处置这些股权是不是仍然构成处置国有资产呢?再比如一家国有的贸易企业,资产90%就是存货或现金流,那么它每天把存货买进来再卖出去,这算不算国有资产处置?这些问题看似很荒谬,但又不能简单地说它们不是国有资产处置。这就是法律规定不太清楚的一个例子。此时我们不能贸然地下一个定义说这就是国有资产处置,而是务必要了解政府的实践。比如很多地方政府都确认说,其对国有股权的监管只到第二层面,就是说投到孙公司的时候还要监管,对投到重孙公司或者股权比例低于一定比例时候是不监管的。那么实践中,国有企业的重孙公司的股权转让或者低于一定比例的国有股权转让可能是不需要按国有资产处置的程序来进行的。

总的来说,中国的法律体系是非常庞杂的,更重要的是中国的实践是多种多样的。这时候,律师真正的价值就在于我们能够找到法律和实践的差距,而且我们能通过合适的方法来填补这样的差距。所以,在你完成一个法律研究的时候,一定要将研究结果放到实践中去看是不是能够做到。特别是客户问的问题在法律层面上太简单的情况下,你一定要问问自

己在实践上是不是可行。

有时候,电话咨询的结论和法律研究的结论可能是不一样的,比如上海有条例规定,但是静安区的政府部门说事实上不是按条例规定做的,那么这个答复的公信力有多大?

笔者的经验是,在所得到的咨询答复和法律规定不一致甚至和法律相冲突的情况下,可以在得到官员的答复之后马上向其说明这种不一致并就此和他进行讨论,比如说“我了解到上海市的什么规定不是这么规定的,这跟你的答复不太一样,你能不能进一步地解释或说明”。如果经过讨论之后,对方表示实践操作确实与法律不符时,你可以记录下其答复,提供给交代问题的律师参考和判断。

## (二) 注意知识的积累

上文已经提到,初级律师没有领会问题有可能是经验不足造成的。如果一个律师缺乏对宏观经济、法律环境或者法律历史变革的了解,缺乏对社会的关心,那么他/她就很可能听不懂某些领域的专用术语,会对问题的领域感到陌生,会觉得无从下手或者不理解为什么要问这样的问题。

对于才开始工作的初级律师而言,刚刚迈出校门、进入社会,尚未实际接触过任何经济生活,出现这种情况是很常见也是可以理解的。但既然已经进入了律师队伍,就要明确一点:我们做法律研究时除了战术还要有战略,就是要有一个宏观的眼光、宏观的意识。

作为一个律师,要关心中国的经济生活、经济发展,多读书、多看报、多看新闻,尤其是《21世纪经济报道》、《财经》、《亚洲华尔街日报》等经济性报刊。多关心社会,你就知道每天世界上都在发生什么事情,在法律研究时对所研究的领域会有一个宏观的概念,对于研究的大方向有一个初步的印象,并且能更好地理解客户提出法律问题的目的和原因。

如果你不读书不看报,两耳不闻窗外事,在客户突然提出问题时就无法了解相应的经济背景和客户提问的目的。客户作为“商人”,往往是走



在社会最前沿的，他们的问题通常反映的是最新的经济生活的变化。市场上有新的商业模式、新的投资模式，或者出台了新的规定，客户常常比律师更敏感，第一时间就会向律师咨询新商业模式的合法性、新投资模式的可行性或者新规定对其的影响。如果你不每天掌握最新的经济生活信息的话，实际上是要花很多时间补课的。

平日看到的新闻和学习的宏观知识不一定对我们立即有用，但只要把它积累下来，你就处于时刻有准备的工作状态。在客户问及相关问题时会省下很多时间。例如，当你看到一些新的可以从事成品油批发的企业得到核准，那么你会会有一个印象，这块市场在慢慢开放了。以后碰到相关的案子，你的研究会因为有这个线索而更加地有的放矢。

### （三）学会总结经验

在做过一些法律研究之后，好的律师一定要善于总结。只有经常总结，你才能“吃一堑，长一智”。你在一个项目当中学到了什么，发现了自己有哪些不足，都要时时回顾和自省。

有些初级律师在研究完成之后，就将自己的研究成果交出去，不再关心资深律师或合伙人的修改意见，所以在下次接手同样和类似的课题时，相同的错误依然照犯。

笔者建议，如果你的研究成果在经过修改后才提交给客户，你可以抽空研究一下他人的修改之处，吸取经验教训。只有不断地发现自己的不足和与他人的差距才能够提高自己。

## 五、法律研究的细节问题

讲到这里，顺便讲一下做法律研究的细节和工作习惯问题。法律研究最终的工作成果大多是书面作品。既是书面作品，书的内容很重要，面的细节同样很重要。可能很多人都注意到了，国际上著名的律师事务所或者



著名的跨国公司都非常注重文件的“面子”工程,用通俗的话讲,就是文件做得漂亮不漂亮,不仅是指文笔漂亮,也包括格式、字体、模板等。

有的律师不太注重这个方面,甚至对于“面子”工程很不屑一顾。但是在越来越国际化和标准化的当代社会,对细节的要求越来越高了。在客户收到你的法律研究成果之后,在审阅内容之前,首先给其留下印象的就是,你安排的结构合理不合理,格式怎么样,有没有错别字。如果你在這些细节方面都有错误或者不符合客户的要求,给人的印象可能是这个律师不够专业甚至不够敬业。同样,收到你法律研究成果的资深律师或者合伙人同样也可能因为你在细节上的马马虎虎,对你的工作态度或者整个法律研究的内容提出质疑。所以说,“面子”工程也很重要。

笔者建议,无论是交给资深律师或者合伙人的研究成果,还是交给客户的研究成果,都要以做一份正式完整的文件的要求来要求自己:有流畅和具逻辑性的文笔;使用前后一致和准确的用词;使用规范的文件模板;选择一致的字体和字号;注意英文的拼写和大小写;使用正确的标点符号和空格;保留统一的段距、行距、字距;添加适当的页码、页眉、页脚;在需要时使用显著的修订格式,等等。

有好的内容,又有漂亮的外观,这时你的法律研究才是内外兼备,让人愿意看又在看的过程中感受到你闪光的智慧和勤奋的作品。

最后,除了上文中“战术性”、“战略性”的法律研究方法以外,笔者还想强调的是我们做法律研究的态度。本章最开始就已经提到,法律研究是基本功,需要日积月累。和其他的基本功一样,勤奋认真的工作态度是练好这个基本功的根本要素。“骐骥一跃,不能十步;弩马十驾,功在不舍。”聪明的人很多,但笔者觉得用心的人更能做好法律研究。

上文中提到的很多方面,比如明确问题的范围、找到正确的法规、归纳法律研究的成果、将所查询的资料变为自己的知识、为电话咨询做好功课、加强自身的学习和积累,等等,都是要有勤奋认真的工作态度才能做到的。

律师行业是比较辛苦的行业,不投入就没有回报。很多律师的感受都

是,只有对工作用心,你才能在工作中找到快乐,找到了快乐工作才有效率,有了效率你的执业生涯才有了上升的空间和价值。

笔者相信,抱着勤奋认真的工作态度,上文中的“战术性”、“战略性”的法律研究方法都很容易驾驭,做好法律研究将不是难事。



## 第四章

# 如何起草法律备忘录

(君合律师事务所 许蓉蓉 律师)





许蓉蓉  
(合伙人)

许

蓉蓉律师 1987年毕业于香港大学法律系,获得法学学士学位。

1990年,许蓉蓉律师正式成为香港律师,并获委任为香港怡高物业顾问公司的法律顾问;1992年出任香港孖士打律师楼律师。

1994年,许蓉蓉律师获得英国律师资格。1995年,许蓉蓉律师以优异成绩获得英国豪域大学的工商管理硕士学位。

1995年,许蓉蓉律师移民新西兰,并于1996年考获新西兰律师资格。许律师在新西兰期间,曾于Glaister Ennor律师楼担任律师。

1999年,许蓉蓉律师返回香港,并于香港九仓电讯有限公司担任高级法律及电讯事务顾问。

2004年,许蓉蓉律师获得清华大学法学(第二学位)学位。

许蓉蓉律师于2004年加入君合,主要从事外商投资,兼并收购、公司、境外上市及反垄断等方面的法律业务。





写好法律备忘录最重要的是在工作中通过向合伙人、高年级律师学习写作的方法。实战练兵是提高法律备忘录撰写水平最重要的途径。

## 一、法律备忘录的种类

在律师事务所,法律备忘录主要有以下几种:

- ▶ **法律研究的备忘录:**受到合伙人的指示或者客户的指示对某个事件或项目涉及的法律问题进行研究而形成的备忘录;
- ▶ **案件分析的备忘录:**对诉讼律师而言,总结、分析案情、对涉及的法律问题进行法律研究和分析、提出解决方案而形成的备忘录;
- ▶ **项目法律结构分析的备忘录:**这种备忘录一般需要律师对其中的法律问题或交易结构进行分析,要求具备丰富的项目经验和较强的处理复杂问题的能力,对律师的要求(综合法律研究能力、法律知识掌握的全面度和深度)比较高,可能初级律师很少有机会接触到;
- ▶ **法律尽职调查结果总结的备忘录:**根据法律尽职调查的过程对某个阶段的法律调查结果进行总结而形成的备忘录;
- ▶ **就新的法规的新内容、新变化、对客户工作的现实影响以及法律建议而形成的备忘录;**
- ▶ **其他法律问题备忘录:**例如有关合同中的法律问题的备忘录。

## 二、法律备忘录的功能、作用

不管是什么类型的备忘录,都具有如下功能或作用:(1)对法律问题进行书面分析;(2)借助常识(common sense)、经验的积累,协助提出解决方案;(3)指导工作进程,包括程序、步骤等。

法律备忘录,事实上是一种书面的法律分析。作为书面文件,法律备忘录是我们根据当时客户陈述的事实,根据当时有效实施的法律规定和司

法实践所进行的法律分析的历史记录,对客户而言是提出解决方案,指导案件进程,对我们而言是风险防范的保障。

法律备忘录的风格(繁简程度如何把握),依赖于对象。如果对象是客户,则分为两类:一类是客户公司内部的律师(in-house counsel),专业人士对专业人士,需要用专业人士的用词,严谨、详尽进行分析;一类是公司的高管,他们主要看结论,像尽职调查报告,管理层可能只关心重点摘要(executive summary)部分。而如果是内部的备忘录,面对的是合伙人,要根据合伙人的要求来书写备忘录。

总之,根据对象和读者的不同,对专业人士用专业术语,对行外人士,要简单、明了。

### 三、如何起草法律备忘录

同书写其他法律文件一样,写法律备忘录也有一些方法可以遵循:

#### (一) 整理事实/背景情况

在写备忘录之前,应当先把事实的部分理出来,然后再把理出来的事实做一个总结。这样做的目的有两个:第一是便于自己理解,从眼前来说,这样做使问题清晰,便于回答;另外,我们可能今后把备忘录拿出来作参考,自己也可能记不清楚事情是怎么样的,而做一个总结便于查阅。第二是为了给客户看,在客户对事实的理解非常混乱的情况下,如果他对你的解释无法理解,他也无法向内部解释。在这里,我们应对事实进行梳理,说明客户和对方之间是什么样的关系,有哪几种产品(型号),中间签了哪些协议,后来又签署了哪些新的协议,现在希望如何处理等。

事实被梳理出来后,如果有时间的话,最好让客户去确认。然后,客观陈述法律事实,客观描述相关法律背景情况。具体细节为:(1) 注明来源/出处(谁说的)、时间、地点、事情、主体性质/特征(国有/民营、内资/外资、

上市、金融、房地产、钢铁等);(2)对客户描述的法律事实和背景情况要完整、全面、不遗漏细节。

## (二) 找出法律问题

熟悉事实的细节(是并购还是新设,是境内发行还是境外发行,若并购,法律允许的并购方式有哪些,是资产并购还是股权并购,涉及的税等方面的问题),把事实弄清楚后,应当把问题整理出来。注意不要漏问题,把握好哪些是相关的问题,哪些是无关的问题。把这些问题理出来以后,最好再让客户确认。然后,回答客户所问的问题。

客户来问法律问题,一般分为几种情形,一种是客户思路比较清晰,逻辑性比较好,事实和问题已经被整理好了,这样比较简单,逐个回答问题就可以了。一种是客户没有向我们披露背景情况,只是简单地提出问题,如下面的实例推演中,客户作出了一个很简单的指示,即要求阐述电信运营商在两个方面的义务:第一,客户的信息保存义务;第二,依据中国法,客户被政府要求提供信息的义务。在这种情况下就要谨慎,因为我们不清楚他要把回答用于什么情况,所以回答的时候要保守谨慎,应仅回答法律如何规定。

还有一种是客户没有把问题想清楚,可能罗列了大量的事实或者问了大量的问题,而这些问题有重复而且没有逻辑性。例如,我们曾经收到一个客户长达6页纸的邮件,客户是一个婴儿车的制造商,他在邮件中描述了其和零件供应商同时与其产品的经销商之间合作及产生纠纷的过程,其中涉及他们之间签订的合作协议(Master Term Sheet Agreement)及和解协议(Settlement and Release Agreement),还涉及合作过程中产生的专利问题,等等。这封邮件的行文顺序不好,没有逻辑,当时我们两个合伙人加四个律师讨论了两次,才能大概理出来他想要问的是什么。这种情况下,就需要对客户的问题进行梳理,一定要写明背景情况,就是依据客户提供的信息整理出来的问题是怎么样的,所有的意见都是基于我们认识到的情况

提供的,这也是一种自我保护的方法。

### (三) 研究法律、分析问题、提出解决方案

法律备忘录顾名思义是研究法律、分析问题、最终提出解决方案。在研究法律、分析问题、最终提出解决方案的过程中,律师需要做到以下几点:

- ▶ 在明确法律问题的基础上,律师需要对问题具有敏感性,知道可能指向的相关法律,明确具体适用哪些法律、法律的生效时间及其适用范围。例如,针对外商投资企业,就有专门的法律,而非简单适用《公司法》。
- ▶ 认真对待法律、行政法规、部门规章、地方法规之间的矛盾、不一致之处。这种矛盾、不一致是我国有特色的问题。产生的原因在于中国立法技术上的不足和政府部门之间权利和利益的博弈。许多法律法规规定得笼统、不清楚。对此,律师首先应当认真阅读法律条文,发现其中的矛盾和不一致。若同级规定之间矛盾,比如商务部和发改委对审批问题有不同的规定,在给客户进行法律分析时,要向客户明确指出实践中的做法和可能存在的风险。
- ▶ 就法律法规规定较为原则、模糊或不明之处咨询有权机关,并咨询具体操作程序和细节。在我国,不同部门的官员,甚至是同一部门的官员,对于同一个问题往往也会有不同的解释。这种情况下,律师应当将矛盾的答复呈现给客户,并建议由我们安排客户跟主管部门的主管官员会见,就相关问题进行面对面的沟通和交流。此外,在法律备忘录中,律师应特别提示咨询结果的局限性。
- ▶ 研究并了解相关法律的具体执行及实施情况以及司法实践,提示风险。比如法律要求对商用密码产品进行登记,但实践中限于人力,并不是所有地区都能够实施法律的规定,因此存在没有登记的情况。这种情况下要告知客户未登记不符合法定要求,以及没有做登记的法律后果。
- ▶ 关注法律法规的发展动向及其可能的影响。我国的法律变化比较



快,因此律师应当在法律备忘录中对法律法规的发展动向进行介绍。介绍的内容具体包括:是否有新的规则在起草,新的规则有何变化,可能在什么时候颁布等。但为了限制法律风险,必须强调“正在起草中的法规毕竟尚未颁布,仅仅是动向,因此最终颁布的法规可能与我们介绍的发展动向不完全一致”。

► **研究并了解经典案例。**在并购、上市、重组等方面,如果有相近的案例,对客户的帮助是比较大的。但是,这些案例中的法律风险,我们还是需要提示客户的。如钢铁产业政策规定,外资在钢铁产业不能控股。客户问是否可以拥有同等股比或可否拥有实际控制权?因为曾有这样的案例。然而根据我们的了解,在该项目中外国投资者有强大的中资背景,因此要告诉客户这种案例不适用于一般的外资进入钢铁产业的情况。

► **独立分析判断,不受他人左右/影响。**这里说的“他人”,主要是指客户。客户往往有做成项目的冲动。不管是新上任的业务主管,还是其他的高管,为了政绩等因素,可能会对律师以新的项目利诱或以解除委托威胁。作为律师,在这些时候需要清醒地认识到,威胁利诱发生的时刻往往是比较有法律风险的时候。因此,律师一定要在合法的前提下帮助客户实现商业目的。有的时候,投行、会计师也会把难以决断的问题推给律师,这个时候律师一定要守住底线。

► **不提违法和没有法律根据的建议,法律依据不充分,没有规定或规定不明确的,明确揭示其法律风险。**

#### (四) 其他一些细节提示

(1) 认真记录问题和要求,不清楚的问题,要和相关人士进行求证;

(2) 注意相关性,相关事实,触及相关法律问题,适用相关法律,得出相关结论,一定不要写不相关的东西;

(3) 注意身份和角度,是客户的专业顾问,不是简单地说合法或非法,最好能提出合法的解决方案;

(4) 用词专业、规范,文字表达简明、准确(加强英文方面的培训,多读好的备忘录);

(5) 谨慎、勤勉,从格式到内容都要令人满意,切忌错别字、啰唆,注意拼写检查;

(6) 注意格式问题,标明标题、序号、页码、分清段落,保持页面整洁、清爽;

(7) 注意抄送者,名称、地址等信息一定要准确。

## 四、法律备忘录的一般结构

### (一) 法律备忘录的内容

法律备忘录一般包括引言、法律规定及法律分析、结论三个部分。

► **引言:**在法律备忘录的开头,通常有“I refer to your email dated...”或者类似的表述,这就是引言。引言的作用在于:一是记录备忘录撰写的时间,以便事后对旧备忘录的价值作出判断(如果时间久远,对目前实践的指导意义就很小了);二是限定工作范围,减少法律风险。在发生纠纷的情况下,客户会指责律师没有考虑到一些相关的问题,这个时候律师就可以根据曾经出具的法律备忘录的工作范围和其中记载的客户提供的资料,解释为何没有提到某些问题,做到有据可查。

► **法律规定及法律分析:**不能简单罗列法规,也不能只停留于法律规定本身,要进行法律分析。

► **结论:**在这一部分要告诉客户,他能做什么,不能做什么;不能做的事情,通过哪些途径可以做到。

如果遇到结论不明确的问题,如法律的规定和我们的实际经验是不一样的,尽管做了咨询,但各地咨询得到的结果不一样。这种情况下可以向客户提出建议,告诉客户怎样做是比较可行的,或告诉客户我们的经验,或

建议客户与相关政府部门进行面对面的咨询。总之,我们工作的重点在于首先发现问题,其次给客户提出建议。

## (二) 法律备忘录的格式

备忘录要讲究格式,格式整齐,没有太多错别字是最基本的要求,即使内容很好,很有逻辑性,但如果格式不好,也不具有可读性。在格式上,空格、缩进和行间距都有要求。比如说标题的序号,这些虽然没有定规,应该按照一定顺序。在阿拉伯数字1下面,要用(1),再下面不应再出现(1),这样会使客户对同时出现的(1)产生疑问,搞不清楚它们之间的关系。行间距和段间距有一个固定的数值,可以按照个人习惯调。页眉应该说明备忘录的内容和日期。

## (三) 法律备忘录的内在逻辑性

法律备忘录一定要有内在逻辑性,不能对事实进行堆积,而要对客户提供的基本事实和问题进行整理,然后进行法律分析,最后得出结论。不要拿到问题就开始回答,而是应该先把问题搞清楚。

## (四) 法律备忘录对材料的组织

给客户的备忘录,一般会体现三方面的内容:法律如何规定;咨询的结果如何;自己对该问题的分析。这三方面材料的组织可能存在不同的问题:首先,法条是硬性规定,但是国内立法比较粗糙,很多规定之间存在矛盾之处,我们需要向客户指出国内法条如何。其次,咨询结果可以作为参考,但是不可信,不同的人回答可能不同。咨询内容包括程序性的咨询,这比较可信,同时有政府公开信息佐证,还有一类是对法条本身的理解和认识,咨询不能作为完全参考。另外,写备忘录时,应该有自己的理解和分析,分析根据法律在正常情况下应如何处理,现在政府官员的回答与上述分析是否相符,具有多大的参考价值。否则如果仅写了法条规定和咨询结

果,而没有自己的分析,如果客户照办而出现了一些问题,最后很难解释。这是对自己保护的方法。

作为律师必须有自己的分析和判断,比如,一个客户要分析两个企业合并和股权变更各自要经过什么程序,然后选择快的一个程序。在接到问题时,应该问清楚客户的目的如何,合并的结果是只剩下一家企业,而股权转让的结果是两家并存,不能盲目地去做研究。如果客户希望最后只剩下一家企业,那只能通过合并或其他方法。作为中低年级律师,收到高年级或合伙人的指示进行研究,也要考虑到这个问题,及时提问。因为客户未必很清楚问题,或者客户自己提出的重点错误,这种情况下有必要提示他注意。

## 五、特别提示

### (一) 了解客户及其要求/需求

► **了解你的客户/读者。**我们的客户可能是公司内部律师(in-house counsel),也可能是公司高管。以法律尽职结果总结的备忘录为例,如果是给高管看的,律师需要在正文前撰写高度概括的摘要。法律尽职结果总结的备忘录需要对问题的重要性、解决方案、几种解决方案的优劣、法律后果、解决需要的时间等进行分析。并且,根据客户的不同,考虑摘要是否按照问题的重要性进行概括。

► **考虑客户的商业需求和目标,尽可能帮助其合法实现商业目的。**写备忘录应当有的放矢,做到认真分析:第一,目前的方案能否实现商业目的;第二,如果不能,是否有替代方案;第三,对各种替代方案的优点、成本、审批的难易程度等方面进行比较。

► **以客户能够理解的方式表述法律意见。**如果读者是法律专家,可以使用复杂的法律术语和词汇。但如果读者不懂法律,就应当采用精确易



懂且不丧失法律含义的表达方式。

▶ **与客户多沟通。**作为律师,应当认真记录客户的问题及要求,并及时与客户沟通。有些律师在主动沟通的能力和意愿方面都不够。事实上,与客户主动沟通,能够让客户了解我们的工作进度、工作方法和我们的专业素质。

## (二) 提升专业素质

▶ **培养和提高对法律问题的高度敏感。**对法律问题的敏感度也就是我们通常所说的法律常识或法律感觉(legal sense),直接关系到你是否适合做律师。这方面,低年级律师需要更多的锻炼。

▶ **谨慎、勤勉、及时回应。**律师在专业方面有两个要求,一是非常谨慎,另一个就是勤勉。勤勉中有一个要求就是“及时回复”。以我个人的经历为例,在我刚刚做律师时,有一次在收到了客户发来的传真后,我没有给客户回复,闷头做了三天。以至于客户那边发邮件来确认“你那边有人吗”。当时,我并不知道收到邮件或传真要回函。事实上,回函是对客户的尊重。实践中,我们可以在收到邮件后回复“我收到了,我会很快根据您的指示做这件事情”。

▶ **注重相关性:相关事实、相关问题、相关法律、作出相关结论。**实践中,往往客户讲了一大堆,但与法律问题相关的只有一部分。这个时候,律师应当根据相关性标准对事实、问题和法律作出判断,不相关的问题可以忽略,不相关的法律坚决不用。同时,还要注意在结论中不要提出一个新的问题。

▶ **了解商业运作的一般规则和比较通行的方式。**作为法学院刚毕业的学生,一般都缺乏商业和经营方面的知识,因此需要做一定的研究,把交易的流程连接起来。

▶ **用词专业、规范,切忌口语;文字表达简明、准确、逻辑严谨。**实践中,“好”、“坏”这样的口语不要用。能够简单说清楚的问题,不要重复

地讲。

▶ **注重细节——标明标题、序号、页码、分清段落；切忌错字；检查打印文本。**起草的法律备忘录没有任何段落和标题，这是不允许的。细节非常重要，如果处理不好，客户会怀疑你处理复杂问题的能力。低年级的律师一定要注意这一点，把细节问题处理好。严重一点说，如果你出来的文件存在拼写、序号方面的问题，是浪费客户的时间，损害律师的专业（professional）形象。

### （三）“用户”友好

从服务的角度来说，“用户”友好是指我们撰写的法律备忘录让客户读起来比较愉悦、轻松。对此，我们应当从以下几点来把握：

▶ **如果问题复杂、篇幅较长，应当作出概要/小结。**对于高级管理人员而言，往往没有时间阅读全文，概要/小结很有用处。

▶ **有效运用图表和结构图说明问题。**有时候，一些交易结构或者主体之间的关系是难以用语言说清楚的，如果制定成表格，既清晰，又节省篇幅。

▶ **保持文件格式美观，页面整洁、清爽。**

▶ **善于运用定义与简称（如法规/当事人/政府机关等）。**在合资合同中，我们可以将主体简称为中方与外方。但是，如果中方是一个以上的企业，说中方一、中方二就反而容易弄混了。因此，应当善于运用定义与简称。

## 六、实例推演——关于“信息保留和发送的一般要求”的备忘录

下面将通过实例来对上文提到的要点进行说明。

### （一）客户的要求

首先客户作出了一个很简单的指示。客户是一个电信运营商，他要求

备忘录应阐述他在两个方面的义务：第一，客户的信息保存义务；第二，依据中国法，客户被政府要求提供信息的义务。

## （二）对于客户信息保护义务部分的分析

### 1. 关于电信运营商的义务

就电信运营商的义务，备忘录在第一部分列举了一系列规范电信运营商保存信息的法律法规，包括《邮电部关于市内电话业务规程》和《电信服务规范》等，对每一类服务涉及哪些信息，需要保存信息的时间和法律依据都作出了说明，并对服务中断的情形下进行信息保存的义务进行了说明。

为了让结构合理，使客户看起来比较清晰，所以在备忘录中，将信息分为两类，第一类是用户个人信息保留时间为5年，第二类是账单需要保存5个月，另外，重大电信中断时，保存的信息和保存时间不一样。同时指出上述信息不保存的法律后果。

### 2. 关于网络服务供应商的义务

由于网络服务供应商和电信运营商接触的资料不一样，所以其义务和电信运营商的义务不同。网络服务供应商，包括网络服务供应商、网络邮件服务供应商、BBS 服务供应商和网络准入服务商，备忘录分别列举了不同的供应商需要保留的信息，及所有这些信息保留时间的要求，随后是关于如果违反该规定的法律后果的分析。

## （三）对于信息披露义务部分的分析

客户提的第二个问题是在什么情况下需要披露信息？

备忘录第一部分是关于个人信息保护的规定。由于我国这方面的规定比较少，这里就进行了一般性的介绍。对于个人信息的保护，由于对电信运营商和供应商的要求不一样，所以就分类介绍。

第二部分是关于特殊情况下披露信息的要求。说明虽然没有明确的法律规定电信运营商应披露其在运营中取得的信息,但按照《国家安全法》、《刑事诉讼法》等法律的规定,应向公、检、法及国家安全机构提供信息。

第三部分是关于信息在境内保存和境外保存是否有相应要求。由于客户是境外公司,客户服务器很有可能是放在境外的,因此这是客户所希望知道的。这里主要告诉客户基本的法规,和不同的公司、企业和服务者需要符合的条件,以及如果违反上述规定所产生的相应后果。一般在法规有明确规定的情况下,就写规定,如果规定有不足的,可以做咨询。咨询的结果应当在备忘录中有所体现,并且在备忘录中写明,就此问题没有法律依据,咨询结果如何,但该咨询结果有可能发生改变。因为咨询结果可能由于受咨询部门的地点甚至不同官员的回答产生差异。特别是如果没有限定在某一地点进行,将来如果在当地产生的结果不一样,客户也能够理解。

具体写法如下:

---

MEMORANDUM

---

To: XXX

Co: BBB

From:

Date: [ ], 2008

Re: General Legal Requirements on the Retention and Delivery of Data in the PRC

---

We refer the email from XXX dated [ ], 2008 regarding the legal advice required by DEF in respect of the general legal requirements in the People's Republic of China (“PRC”) on the retention and delivery of data by telecommunications carriers and Internet service providers operating under the laws of the PRC. As instructed, we have conducted updated legal research under the laws of the PRC and below are our preliminary advice in this regard for your reference:



## A. General Legal Requirements on Data Retention in the PRC

Under the PRC laws, the telecommunications carriers and Internet service providers shall comply with the applicable legal requirements regarding data retention when they provide different types of telecom-related or Internet-related services to the users:

### 1. Telecommunications Carriers

Generally speaking, there are two categories of data that will be obtained by the telecommunications carriers: (a) personal data of users, which data will be provided by the users when they apply for telecom services to be provided by the telecommunications carriers; and (b) billing data recorded in the telecommunications networks, which data will be recorded by the telecommunications carriers during the course of their providing different types of telecom-related services to the users, such as, domestic calls, domestic long distance calls, mobile calls and domestic IP calls. The legal requirements that the telecommunications carriers shall comply with in retention of data are varied, depending on the nature of the data obtained by them:

#### (i) Users Personal Information

The telecommunications carriers shall record the personal data of the users in registration cards and enter into agreements with the users when they install or transfer the telephone lines for the users<sup>①</sup>. The registration card shall be completed by each of the users, and the personal data of the user (such as, name of user, installation address, employer, ID card number, etc) shall be

---

<sup>①</sup> Articles 12 and 94 of *Business Rules on Fixed Telephony of Ministry of Post* (《邮电部关于市内电话业务规程》).

verified by the telecommunications carriers. Further, the telecommunications carriers shall retain all records of the users (including telephone line installation records) and related agreements for a period of not less than 5 years after the date of termination of each of the agreements.

(ii) Billing Data

The telecommunications carriers shall, during the ordinary course of their providing different types of telecom-related services to the users, such as, domestic calls, domestic long distance calls, mobile calls and domestic IP calls, retain the original billing data for no less than 5 months<sup>①</sup>. There is no explicit law or regulation in the PRC which governs the scope of the billing data to be retained by the telecommunications carriers. Based on our anonymous verbal consultation with an official of Ministry of Information Industry of the PRC (“MII”), “billing data” shall include dialing and dialed numbers, numbers of the sender and receiver of messages, time when a call or message is made, duration of call or message and calling tolls or message charges.

Further, in the event that there is a material telecommunications outage, the telecommunications carriers shall retain all data related to the outage for at least 6 months. Again, there is no legal definition as to what will constitute a “material telecommunications outage”; however, based on our anonymous verbal consultation with an official of MII, in practice, a “material telecommunication outage” usually refers to an outage of telecommunications services which affect more than 100,000 households in an hour.

Pursuant to Article 19 of the *Telecommunication Services Rules* (电信服务规范), if a telecommunications carrier fails to comply with the above-mentioned requirements on data retention, the telecommunications regulatory au-

---

<sup>①</sup> Appendices 1.1.2, 2.1.9, 4.1.7 6.7 and 7 of the *Telecommunication Services Rules* (电信服务规范).

thority may request it to rectify its wrongful within a specified period, failing which a fine of more than RMB10,000 and less than RMB 30,000 may be imposed on the telecommunications carrier.

## 2. Internet-related Service Providers

Generally speaking, there are two categories of data that will be obtained by the Internet Service Providers, Internet Access Service Providers and Internet Data Center Service Providers (“Internet-related Service Providers”): (a) personal data of users, which data will be provided by the users when they apply for Internet-related services to be provided by the Internet-related Service Providers; and (b) data recorded in the telecommunications networks, which data will be recorded by Internet-related Service Providers during the course of their provisioning different types of internet-related services to the users, such data may include login or log out time, dialing number, account number, URL, domain name, system maintenance log, time for sending and receiving email, email addresses of sender and receiver, etc. The legal requirements that the Internet-related Service Providers shall comply with in data retention are varied, depending on the nature of the data obtained by them:

### (i) Users Personal Information

It is a legal requirement under the PRC that the Internet-related Service Providers shall record the personal data of the users before the users use the Internet-related services<sup>①</sup>. There is no specific law or regulation which governs the minimum period that the personal data of the Internet users shall be retained. Based on our anonymous verbal consultation with an official of MII, the official advised that there is no time limit for such data to be retained. We un-

---

<sup>①</sup> Articles 8, 10 and 13 of the *Provisions on Internet Security Protection Technology Measures* (《互联网安全保护技术措施规定》).

derstand that, in practice, some of the larger scale Internet-related Service Providers may retain the personal data of users without time limit; however, some of the Internet-related Service Providers with small scale may retain such data for 6 months only.

(ii) Internet-related Service Data

It is a legal requirement that the relevant Internet-related Service Provider shall retain the data obtained by it during the course of its providing Internet-related service to the users for a period of not less than 60 days:

- *Internet Service Providers*: Data to be retained shall include log in and log out time, dialing number, account number, URL, domain name and system maintenance log<sup>①</sup>;

- *Internet Email Service Providers*: Data to be retained shall include time for sending and receiving of email, email addresses of sender and receiver, IP addresses of emails<sup>②</sup>;

- *Internet Service Providers for Bulletin Board System (“BBS”)*: Data to be retained shall include the contents posted by users on BBS, posting time, URL and domain names<sup>③</sup>;

- *Internet Access Service Providers*: Data to be retained shall include the connecting time of users, users account numbers, URL, domain names, dialing numbers and track record of maintenance of its networks<sup>④</sup>;

- *Internet Access Service Providers and Internet Data Center Service Providers*: Data to be retained shall include the records between the URL users and internal IP

① Article 7 of the *Provisions on Internet Security Protection Technology Measures* (《互联网安全保护技术措施规定》).

② Article 7 of the *Internet Email Service Administration Measures* (《互联网电子邮件服务管理办法》).

③ Articles 14 and 15 of the *Provisions on Internet Bulletin Board System Service* (《互联网电子公告服务管理规定》).

④ Article 14 of the *Regulations on Internet Information Service Administration* (《互联网信息服务管理规定》).



if the service is provided by means of converting an internal IP and URL<sup>①</sup>.

If an Internet-related Service Provider fails to comply with the above-mentioned requirements regarding data retention, it may be subject to the consequences set out in Article 21 of the *Administrative Measures on Security Protection for International Connections to Computer Information Networks* (《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》):

i) it may be ordered to rectify its wrongful act within a specified period, or a warning may be issued, and its illegal income may be confiscated by the public security authority; or

ii) if the wrongful act is not rectified within the specified period, a fine of up to RMB 5,000 may be imposed on the principal persons responsible for and on other persons directly responsible for the wrongful act, and a fine of up to RMB 10,000 may be imposed on it;

iii) in serious circumstances, its network connection may be suspended for a maximum period of six months and its business may be suspended so that restructuring can be done within the company. If necessary, the relevant regulatory authority may also recommend that the original certificate examination and approval authority to revoke the Internet-related Service Provider's business license or cancel its network connection qualifications.

### 3. Retention of Data for Public Interest

It is stipulated in Article 57 of the *Telecommunication Regulations of the PRC* (《电信条例》) that no organization or individual may use a telecommunication network to produce, reproduce, publish or disseminate any of the following contents (“Illegal Contents”):

---

<sup>①</sup> Articles 8 and 10 of the *Provisions on Internet Security Protection Technology Measures* (《互联网安全保护技术措施规定》).

- (a) opposing the basic principles defined in the Constitution;
- (b) endangering national security, disclosing state secrets, subverting state political power, or undermining national unity;
- (c) damaging the honour or interests of the State;
- (d) inciting hatred or discrimination against ethnic minorities, or undermining the unity of nationalities;
- (e) undermining state religious policies, or propagating cults or feudalistic superstitions;
- (f) disseminating rumours, disrupting public order or undermining social stability;
- (g) propagating obscenity, pornography, gambling, violence, homicide or terrorism, or instigating criminal activity;
- (h) humiliating or libeling another party, or infringing the lawful rights or interests of another party; and
- (i) any other contents prohibited by the law or administrative regulations.

It is further stipulated in Article 62 of the *Telecommunication Regulations of the PRC* (《电信条例》) that, if a telecommunication service provider discovers that the contents of information being transmitted in its telecommunication network obviously pertains to the types of contents listed in Article 57 of the *Telecommunications Regulations*, the transmission must be immediately terminated, any records concerned shall be retained, and a report shall be made to relevant state authority (i. e. the public security authority). It is also stipulated in different regulations in the PRC<sup>①</sup> that the Internet Service Providers, In-

<sup>①</sup> Article 10 of the *Administrative Measures on Security Protection for International Connections to Computer Information Networks* (《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》), Articles 9 and 10 of the *Administrative Measures on the Security Protection Technology* (《互联网安全保护技术措施规定》), Article 16 of the *Internet Regulations on Information Service Administration* (《互联网信息服务管理办法》), Article 13 of the *Provisions on Internet Bulletin Board System Service* (《互联网电子公告服务管理规定》) and Article 20 of the *Regulations on Internet News Information Service Administration* (《互联网新闻信息服务管理规定》).

ternet News Service Providers and Internet Service Providers for Bulletin Board System shall terminate the transmission of and remove any Illegal Contents, and retain original records of the Illegal Contents and report the matter to the relevant governmental authority (i. e. the public security authority).

If a telecommunications carrier or Internet-related Service Provider fails or delays to take necessary action to prevent the transmission of Illegal Contents, it may be subject to the liabilities set forth in Article 21<sup>①</sup> of the *Administrative Measures on Security Protection for International Connections to Computer Information Networks* (《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》).

## **B. Relevant Laws and Regulations on Disclosure or Delivery of Data**

### **1. General Principles on Privacy Protection**

#### (i) Telecommunications Carriers

It is a general principle under the *Constitution Law of the PRC* (《中华人民共和国宪法》) that the freedom and privacy of communication for citizens in the PRC shall be protected by law, and no individual or organization may infringe any freedom or privacy of communication of any citizen except due to the reasons of protecting national security or conducting criminal investigations, in which case the public security authority or public prosecutor shall conduct the

---

<sup>①</sup> The Internet-related Service Provider (i) may be ordered to rectify its wrongful act within a specified period, or a warning may be issued and its illegal income may be confiscated by the public security authority; or (ii) if the wrongful act is not rectified within the specified period, a fine of up to RMB 5,000 may be imposed on the principal persons responsible and on other persons directly responsible for the wrongful act, and a fine of up to RMB 10,000 on the unit; or (iii) in serious circumstances, its network connection may be suspended for a maximum period of six months and its business may be suspended so that restructuring can be done in the company. If necessary, the relevant regulatory authority may also recommend that the original certificate examination, approval and issuing authority revoke the Internet-related Service Provider's business license or cancel its network connection qualifications.

investigations on the communications in accordance with the legal procedures<sup>①</sup> (for further details of the legal procedures, please refer to paragraph 2 below). In addition, it is stipulated in the *Temporary Regulations on Confidentiality of Telecommunications* (《电信通信保密暂行规定》) that the telecommunications carriers shall maintain the confidentiality of the personal data of the telecommunications users and the contents and records of the communications of the telecommunications users as recorded in their telecommunications networks<sup>②</sup>. In the event that any telecommunications carrier contravenes the said regulation, it may be ordered to rectify its wrongful act, its illegal income may be forfeited and a fine of not less than the amount of the illegal income but less than three times of the illegal income may be imposed. In case that the amount of illegal income is less than RMB10,000, a fine of more than RMB10,000 but less than RMB100,000 may be imposed. Further, in case that the circumstance is serious, the telecommunication carrier may be ordered to cease business operation for internal restructuring<sup>③</sup>.

(ii) Internet-related Service Providers

It is stipulated in Article 4 of the *Administrative Measures on the Security Protection Technology* (《互联网安全保护技术措施规定》) that Internet-related Service Providers shall not, except it is otherwise stipulated in the laws and regulations, disclose any information of users obtained by them during the registration process. Further, the Internet-related Service Providers shall take protective security measures to ensure the safety of the Internet and shall not abuse the Internet security measures to infringe the rights of freedom and privacy of communications of their users. In the event that an Internet-related Service

① Article 40 of the *Constitution Law of the PRC* (《中华人民共和国宪法》).

② Articles 5, 9 and 10 of the *Temporary Regulations on Confidentiality of Telecommunications* (《电信通信保密暂行规定》).

③ Article 71 of the *Telecommunications Regulations of the PRC* (《电信条例》).



Provider contravenes the said requirements, it may be ordered to rectify its wrongful act, its illegal income may be forfeited and a fine of not less than the amount of the illegal income but less than three times of the illegal income may be imposed. In case that the amount of illegal income is less than RMB 10,000, a fine of more than RMB10,000 but less than RMB100,000 may be imposed. Further, in case that the circumstance is serious, the Internet-related Service Provider may be ordered to cease business operation for internal restructuring<sup>①</sup>.

## 2. Delivery/Disclosure of Information

There is no explicit law or regulation in the PRC which allows the law enforcement authorities the ability or right to gain access to any data stored by telecommunications carriers or Internet-related Service Providers remotely or in a particular format, or deliver data to the law enforcement authorities on a regular basis. However, as we have mentioned in the above, the public security authority, the national security authority or public prosecutor may conduct the investigations on the contents of telecommunications in accordance with the legal procedures due to the reasons of protecting national security or conducting criminal investigations. Pursuant to Article 8 of *National Security Law* (《国家安全法》) and Article 43 of *Criminal Procedure Law of the PRC* (《刑事诉讼法》), the policemen, prosecutors, official of national security authority and courts may, after showing their relevant identification documents, access the files and documents for the purpose of protecting national security or conducting criminal investigations. With regard to the obtaining of any information from the telecommunications carriers or Internet-related Service Providers, it is stipulated in

---

① Article 71 of the *Telecommunication Regulations of the PRC* (《电信条例》).

Article 215 of the *Procedures on Investigate Crime of Police* (《公安机关办理刑事案件程序规定》) that the emails of the suspects may, after a Retention Notice (扣押通知书) has been issued by the relevant official in the public security authority above provincial level, be retained by the public security authority. In case that the emails of the suspect are no longer required to be retained by the public security authority, a Release of Retention Notice (解除扣押通知书) will be issued by the relevant official in the public security authority above provincial level and a notification will be sent to the relevant telecommunications carrier or Internet-related Service Provider accordingly<sup>①</sup>.

In addition, it is stipulated in Article 8 of the *Administrative Measures on Security Protection for International Connections to Computer Information Networks* (《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》) that any organization or individual engaging international internet business shall be subject to the supervision, investigation and guidance of the public security authority, and shall disclose information, materials and data documents to it, to assist it to investigate illegal criminal acts which are conducted through Internet networks. There are also provisions under the *Implementation Rules of National Security Law* (《国家安全法实施细则》)<sup>②</sup> and the *Criminal Procedure Law of the PRC* (《刑事诉讼法》)<sup>③</sup> which require organization and citizens to provide assistance to public security authority, national security authority, courts and public prosecutor to collect evidence for national security purpose.

Except otherwise stated in the above, there is no explicit law or regulation which governs the procedures that the public security authority, national security authority, court or prosecutor shall comply with in case that any of the said

① Article 216 of the *Procedures on Investigate Crime of Police* (《公安机关办理刑事案件程序规定》).

② Article 25 of the *Implementation Rules of National Security Law* (《国家安全法实施细则》).

③ Article 45 of the *Criminal Procedure Law of the PRC* (《刑事诉讼法》).

authorities require the telecommunications carriers or Internet-related Service Providers to disclose any data to it. However, we understand that, in practice, the public security authority, national security authority, court or prosecutor will usually issue an “Investigation Assistance Notice”, which will be affixed with the stamp of the relevant authority, to the telecommunications carriers or Internet-related Service Providers in case that it wishes to gain access to any data or information retained by them, and the telecommunications carriers or Internet-related Service Providers will usually provide the data or information as requested.

### 3. Storage of Data Within or Outside the PRC

There is no express law and regulation in the PRC which prohibits or restricts a telecommunication carrier or Internet-related Service Provider to store the data of the users in overseas; however, in case that the telecommunication carriers and Internet-related Service Providers disclose any contents of communications and records of their users to the third parties, unless such disclosure is legally allowed under the PRC laws, the telecommunication carrier or Internet-related Service Provider may face the risk of breaching the legal confidentiality obligations owed by it to the users, if it remits and stores the data in any servers belong to third parties in overseas<sup>①</sup>. For your information, based on the result of anonymous verbal consultations with an official in MII, an affiliate or subsidiary of the telecommunication carrier or Internet-related Service Provider may be regarded as a third party in this regard.

Further, in case that any data remitted by the telecommunication carriers and Internet-related Service Providers which may be regarded as containing

---

<sup>①</sup> Articles 5 and 9 of *Temporary Regulations on Telecommunication Confidential* (《电信通信保密暂行规定》).

“State Secret” of the PRC<sup>①</sup>, the telecommunications carriers and Internet-related Service Providers have an obligations to keep the “State Secret” in strict confidence, and any remittance of the data containing “State Secret” to overseas may be regarded as illegal disclosure of “State Secret”. It is also stipulated in Article 26 of the *State Secret Protection Law of the PRC* (《保守国家秘密法》) that, unless approval is obtained from the relevant supervisory authority, any transmission or postage of any documents, materials or goods containing “State Secret” to overseas is strictly prohibited. Under Article 111 of the *Criminal Law of the PRC* (《中华人民共和国刑法》), if a person has been successfully charged with obtaining “State Secret” for overseas institutions, organizations or people, he/she may be imposed with a retention or an imprisonment of 5 years to 10 years, or if the circumstance is very serious, he/she may be imposed with a retention or an imprisonment of more than 10 years, or if the circumstance is light, he/she may be imposed with a retention, an imprisonment, a supervision or suspension of political rights of less than 5 years. Therefore, if a telecommunication carrier or Internet-related Service Provider wishes to remit and store data in the servers outside the PRC and such data may contain any information which may be regarded as “State Secret”, there is a risk that it may be alleged to have disclosed “State Secret” to third parties illegally.

Lastly, based on our anonymous verbal consultations with an official of MII as to whether there is any legal requirement as to whether the data of users shall be stored within or outside the PRC, the official in charge advised that he believes that the data shall be stored by the telecommunications carriers and Internet-related Service Providers within the PRC, otherwise it is hard for the rele-

<sup>①</sup> It is stipulated in Article 2 of the *State Secret Protection Law of the PRC* (《保守国家秘密法》) that state secrets means any matters that are related to the security and interest of the State, which shall be known to a limited scope of persons within a limited period of time, in accordance with the legal procedures.



vant governmental authority to verify whether the telecommunications carriers or Internet-related Service Providers have complied with their obligations of taking appropriate security measures to protect the confidentiality of the data obtained by them from the users. However, the said official could not comment further on the possible consequences in case that the data is stored by the telecommunications carriers or Internet-related Service Providers in overseas, instead of within the PRC.

We trust the above is of help. Please do not hesitate to contact us if you have any queries.





## 第五章

# 如何起草、审阅及 修改合同

(君合律师事务所 谢青 律师)





谢青  
(合伙人)

谢

青律师分别于苏州大学、华东政法学院获得法学学士和法学硕士学位。

谢青律师在金融机构、公司并购和重组、外商投资领域拥有丰富经验。她曾深入参与涉及金融机构收购兼并、外商直接投资、公司重组等领域的数十个重大项目,并就数十家国际和国内的金融机构及跨国公司的日常业务提供法律服务。

谢青律师所参与的代表性项目包括:亚洲开发银行和国际金融公司投资云南小水电,上海汽车工业集团汽车物流业务重组,中银香港境内分行改制,恒生银行入股烟台商业银行,中国人寿入股中国银联,澳新银行入股上海农商行,香港汇丰银行战略入股交通银行及信用卡合作,花旗银行战略入股浦东发展银行,上海汽车集团与通用汽车金融公司成立中国第一家合资汽车金融公司,优美科集团在华并购等。

谢青律师是第三届上海优秀青年律师,2007年度上海市徐汇区新长征突击手,第七届上海市徐汇区青年联合会委员,中华全国律师协会及上海律师协会会员。





本章旨在为律师业务实践的初学者提供起草、审阅和修改合同的思路和方法。合同是基本法律文件之一。起草、审阅和修改合同是律师的主要工作。起草合同不同于起草备忘录或法律意见书,前者的重点在于把握交易结构、准确描述合同法律关系、以合同语言明确各方的权利义务关系,并最终形成具有完整体系的文书,而后者是提出或分析一个或多个问题、作出结论或提出解决方案,两者在工作方法、程序和重点方面都有所不同。

态度决定一切,技巧在于积累。作为初级律师,起草合同过程中的工作态度很重要。尽管通常会有合伙人或比你资深的律师审阅你起草的合同,但你应当把自己完成的成果当成可以直接提交给客户的成果,在细节和框架方面尽最大努力做到你的能力范围内的最好程度。

通常,一个好的初级律师会仔细地阅读合伙人或资深律师对你制作的合同文本的修改意见,重视对每一个词和每一个段落的修改以及每一个结构性意见,以便从中获得技巧和积累经验。

## 一、合同起草前的准备工作

合同的起草是一个过程,在这个过程中,你需要不断地重复检查以下这些准备工作是否都已完成了。在初稿提交给客户之前,你都有机会改正。但是,一旦初稿提交给客户,除非因商业条款而需要改变合同条款,否则不应出现需要“返工”的情形。

### (一) 把握典型合同的结构和要点

我们通常不建议律师拿起笔就从 ABCD 一条条开始写合同。这是因为,某一类典型合同的结构和重点条款应当是一致的,而一开始从细节入手容易遗漏一些重要的结构性要点。在起草任何类型的合同之前,需要对此类合同的大致结构和要点有所了解。在不了解某一合同的大致结构和要点之前就着手起草合同是不谨慎的。但初级律师往往缺乏这方面的知

识和实践。因此,在起草每一类合同时都特别需要注意这类合同的大致结构,逐步积累经验。

一个比较好的合同范本能够提供现成的合同框架。但在缺乏合适范本的情况下,比较有效率的方法是准备一个合同的提纲,列出这个合同应该包含的主要条款以及每一条款下的主要内容。如果同时还有其他合同在起草,还需要明确各个合同之间的关系。

合同的成立只需具备必备要素即可,但好的合同应当包含更多的内容。我国《合同法》第12条列举了合同一般应当包括的条款:

- 当事人
- 标的
- 数量
- 质量
- 价款或者报酬
- 履行期限、地点和方式
- 违约责任
- 解决争议的方法

以买卖合同为例,《合同法》第131条规定,买卖合同的内容除了一般应具备《合同法》第12条规定的条款外,还可以包括包装方式、检验标准和方法、结算方式、合同使用的文字及其效力等条款。但律师起草的买卖合同条款涵盖的范围应当更广,条款的细节应更深入,例如,你需要问客户,是否提供维修服务、是否有保质期的约定、是否存在分期交付的情形、如何确定交付的标准、运输和保险条款如何、是否涉及知识产权的保证,等等。除非客户特别要求,律师应至少就上述条款与客户确认其内容。

另以设立中外合资经营企业的合资合同等法律文件为例,合资经营合同通常应包含合资各方、合同目的和宗旨、合资公司的名称和经营范围、注册资本和投资总额、出资方式 and 出资期限、合资各方的权利义务、股权转

让、经营管理、利润分配、终止和解散、违约责任、争议解决、适用法律、一般条款等条款；在起草合资经营企业章程时，要注意合资经营合同和章程之间的关系以及发生冲突时如何处理；如合资企业的设立还涉及知识产权的许可、资产的转让、土地使用权的转让等，则还需要考虑是否将知识产权许可协议和资产转让协议作为单独的文件或合资经营合同的附件，与合资经营合同同时或前后时间签署。

值得注意的是，律师起草的合同通常还会设计某些特定条款。这些条款通常是为了更加明确地界定权利义务关系（如陈述与保证、先决条件、承诺事项、免责条款、违约救济），或者为了使得合同的体系和结构更为完善（如鉴于条款、定义条款），或者仅仅是一些非交易实质内容的通用一般法律条款（如下述第四部分的模板条款）。

## （二）了解交易背景、搜集相关信息

起草合同前，必须了解交易的背景、合同的目的和已商定的商业条款。除了合伙人及资深律师交代的背景之外，初级律师需要在起草合同之前和过程中有意识地搜集所有与合同起草相关的所有来往邮件和文件。

如果起草合同所必需的信息不完整，你应当准备一份合同必须明确的事项的清单与客户沟通，寻求其确认，这些需要确认的事项包括：

- 当事人及合同结构；
- 合同标的（交易事项）、数量、价款、质量；
- 履行程序（时间、地点和方式）；
- 违约责任/救济手段；
- 法律适用/争议解决/合同语言；
- 与该交易相关的特别的风险点以及解决方案；
- 其他（交易背景：目的/合同当事人特点/时间的重要性等）。

了解交易的背景应当巨细无遗。如果有已商定的主要条款（Term Sheet），应确保将 Term Sheet 所有的内容放入合同。除非有充分的理由，不

能去修改 Term Sheet 中已经确定的内容。如果放入该等内容将产生法律风险,则必须在提交第一稿合同的同时提示相应的风险。如 Term Sheet 中有条款含义不清楚或有遗漏之处,一般应在起草合同之前与客户澄清,如因时间原因或其他原因无法澄清,则应当在第一稿草稿中注明需要客户的确认。对于已经商定的商业条款,应防止自作聪明地对已经商定的商业条款进行增删,甚至改变原有的含义。如果因某种原因无法与客户进一步澄清其含义模糊之处,则应当在出具的第一稿中点明,以提示客户注意。在完成起草工作后,应再次核实有没有将所有的商业条款和客户要求的合同要点放入合同。

除了了解交易的大致背景和合同的目的之外,还需要了解客户对该交易的基本立场,比如双方的谈判地位,目前处于交易的哪一个阶段,合同的相对方是什么样的性质,甚至合同的相对方负责审阅合同的人员的背景,等等。这些可能不会影响你决定合同的结构和基本条款,但会影响你设计合同的语言、篇幅和风格。

合同起草准备工作中最重要也是最难以把握的是客户的需求。必须考虑到客户希望看到什么样的合同,包括复杂程度、对客户保护程度,在了解客户的期望后从客户的角度出发去设计一些条款,充分保护或者在商业谈判最可能的范围内保护客户的利益。因此,在第一轮起草过程中,我们就需要对某些条款进行取舍。

以并购交易中的排他性条款为例,在排他期内,如谅解备忘录签署后6个月内,或某一具体日期之前,作为出售股权的一方,承诺不得就出售该等股权与除受让股权一方之外的第三方进行谈判或达成任何协议;作为受让股权的一方,承诺不会就入股同样类型的目标公司及业务与第三方进行谈判或达成任何协议。如客户在 Term Sheet 中并没有对此加以规定,如果可能的话,你应当尽量在起草排他性条款之前与客户进行沟通;如客户确认可以加入排他性条款,则需要客户进一步确认排他性的有效期、排他性所排除的范围、排他性的例外,是否对双方对等适用,等等。



尽管需要考虑到客户对交易的判断,但在一开始起草的时候,应当尽量把能够考虑到的最大限度保护客户利益的条款放到合同里去。

### （三）进行必要的法律研究

如果是常见的合同类型且合同交易比较典型,可能不一定需要特别的法律研究。当然,对于初学者而言,合同涉及的基本法律法规,比如《合同法》和《民法通则》,你都应当比较熟悉。但是对于特别的交易涉及特别的合同架构,需要根据交易的情况先定位这个方面的法律规定。一定要自己先了解后,再开始动笔,比如说许可协议,应当查询有关许可合同、备案、登记、技术进出口等方面的规定。这些可能不是特定问题的法律研究,而是框架问题的研究,比如需不需要政府部门审批,有没有评估程序等,对这些大致内容有所了解后才去起草合同。

## 二、合同起草需要注意的事项

### （一）选择合适的范本

从合同起草的角度讲,并不是合同越复杂越好。合同应该是什么样子的,首先取决于交易的具体性质。这一性质包括交易的法律性质、合同谈判双方目前的地位,双方在目前阶段希望达到的效果等,都应充分考虑。在起草合同前要有一个整体的思路,合同是长什么样的,有多大的篇幅,你首先要有一个概念,然后去寻找最合适的范本。比如一个复杂的大型并购交易,交易比较复杂,那么你要寻找一个方方面面约定得比较全面的范本。如果是一些意向书或者框架书之类的,那你可能需要寻找的是概括性强一点的、短篇幅的、简洁一点的范本。

此外,如果你为起草一份合同需要寻找一个合适的范本,应当寻找与你需要的合同内容最接近的范本。以买卖合同为例,你需要了解范本的交

易主体、交易模式、标的的特性、适用法律、范本侧重于对卖方还是买方的保护,然后判断它与你所起草的合同在多大程度上是一致的。

如果找不到有合适内容的范本,也要找一个在模板条款和基本格式方面符合你要求的范本。我们经常看到修改初级或中级律师起草的合同时发现很多在格式上不是非常注意。如果你在哪些方面不注意的话,合伙人或资深律师帮你修改就会花很多额外的时间,因此你把起草好的合同提交给合伙人或者资深律师的时候,你应该把他们当成客户。你给的东西不能让他们抱怨,至少要能看得出来这是你百分之百尽了力完成的一份东西。比如定义的前后统一、格式等。律师起草的合同文本对于细节应有比较严格的要求。

## (二) 避免合同起草中的常见错误

以下列举律师在起草合同中容易犯的错误:

### 1. 没有仔细审阅和斟酌原合同范本、出现不适用本交易的情形

这种错误分为两种情况,一是遗留原合同范本交易的印记,一是对范本条款不加思考地直接搬用。这两种错误都是初级律师起草合同的大忌,属于重大工作失误。初级律师需要记住,任何范本条款在适用具体的交易时都需要仔细的斟酌,判断是否对我方客户有利,是否适用于本交易,并作出适当调整和修改,绝对不能照搬任何条款。

### 2. 条款意思表达不准确或易产生歧义、内容缺乏逻辑性

合同语言应当准确、简练、清晰。初级律师起草合同条款时应注意以下原则:

- 谨慎选择措辞,避免使用含义不清的词句;
- 使用法言法语,避免口语化;
- 每一句的主谓宾结构应按照逻辑顺序排列;

- 将复杂的句子分解为简单的句子,必要时归纳标题;
- 能够用短句子准确表达意思的,不应当用长句。

好的合同条款首先是逻辑性强的条款,需要某一事项进行适当归纳、总结和概括,在归纳总结的基础上进行完整的描述。合同条款的逻辑性强以及方便阅读将提高交易各方谈判并达成交易的效率。

例如,在描述一方的权利或义务时,应避免将该合同方承担的权利和义务不作区分全部放在同一条款中。这种情况下,可考虑按照承担义务的时间发生先后进行分类,并对不同内容的事项总结小标题,避免在行文中产生前后矛盾或重复。

### 3. 没有注意合同条款之间的关联性、上下文内容出现矛盾或重复

在起草较复杂的合同时一定要注意条款之间的联系,不但要避免条款中的重叠、矛盾之处,而且要明确条款适用的优先性。

例如,通常我们需要特别关注违约条款和终止条款以及与违约和终止条款所关联的义务和承诺条款之间,是否存在任何重叠或冲突,是否把每一种可能发生的情形都穷尽了。在起草每一个义务和承诺条款时,必须要考虑违反的后果是什么样的,是否将导致一方有权终止合同等。如某一条款和另一条款有关联,则需要特别关注该两条条款在适用上的优先性问题。在起草(a)条时,我们会在(a)条内容之前加入“受限于(b)条的约定(Subject to the provisions under Clause (b))”。这样的表述旨在阐明两个条款之间的关系,表明在适用(a)条款时,(b)条款应优先适用,在某种程度上构成适用(a)条款的一项例外。

### (三) 起草合同的具体要求

起草合同条款要求准确、简练和清晰。以下举例说明:





## 1. 准确

例句：

中文译文：如所有人认为管理人违反本协议项下的条款和条件，则所有人可通知管理人终止本协议，但应给予管理人合理时间纠正该等违约行为。

英文原文：Owner, by notice to Manager, may terminate this agreement, if Owner asserts a breach by Manager of the terms and conditions hereof, to the extent Manager is given a reasonable time to cure such breach.

为了表述更加准确，考虑得更加全面，代表管理人的利益，可以将前句修改为：

中文译文：如(a) 管理人违反本协议项下的任何义务；(b) 所有人向管理人发出一份标明为“终止通知”的书面通知指出该等违约行为；且(c) 管理人未能在发出该等通知后 30 天内纠正该等违约行为，本协议应当终止，但是，如果纠正该等违约行为合理地需要第三方的行动或配合，则在管理人尽其审慎努力促使该等第三方作出行动或提供配合的前提下，本协议不应被终止。

英文原文：If (a) Managers breaches any of its obligations hereunder, (b) Owner delivers a written notice to Manager stating that it is a “Notice of Termination” which identifies such breach, and (c) Manager



fails to cure such breach within 30 days after the date of such notice, this Agreement shall terminate, provided however, that if the cure of such breach reasonably requires the action or cooperation of a third party, no termination shall occur so long as Manager is using its diligent efforts to cause such third party to act or cooperate.

## 2. 简练

例句：

中文译文：许可人在此同意并认可，被许可人可以在向许可人交付一份事先书面通知后立即行使该选择权。

英文原文：Licensor hereby agrees and acknowledges that Licensee may exercise the Option immediately following Licensee's delivery of advance written notice to Licensor.

此处划线部分就显得不够简练，因为每个合同都会有双方合意的意思表示，没有必要加入该等内容。

## 3. 清晰

例如合同中约定的“独家代理或许可”，这需要搞清楚其他代理人、授权人自己、授权人的继受人、授权人的继受人授权的人是否可以进行该等独家代理的行为，这些内容都必须在合同里面规定清晰，以免之后不必要的麻烦。

#### （四）定稿前的多次审阅

合同第一稿的起草往往会花费较长的时间,这是因为需要对初稿进行多次仔细核对。初稿定稿前的审阅要点包括:

- 合同的法律风险和商业风险是否已经揭示给客户?
- 针对法律风险和商业风险,合同条款中是否已有充分保护和考虑?
- 所有需要进行法律研究的要点是否已经进行论证并得出清晰的结论?
- 是否充分、准确地反映了客户要求的商业要点?
- 合同章节和条款结构上是否有重大遗漏?
- 是否提示了客户要求其进一步澄清的内容?
- 条款之间的相互关系是否明确、清晰?
- 是否完成了全文 proof reading<sup>①</sup>?

在初稿完成并提交给客户之后,还需要根据客户或对方的修改意见进一步完善和修改合同。

### 三、如何审阅和修改合同

审阅合同有时比起草合同难,因为起草合同时是一张白纸,你可以在上面画最美最新的图案,但是审阅合同的时候已经有一个框架了,不管因何种原因,你都无法另起炉灶,而只能尽量尊重原有的结构。有的时候,客户为了预算或其他原因,放弃了合同的起草权,让交易对方负责起草合同,这会让你花费更多的时间和精力去修改,一方面,对方的合同起草水平有限,可能会增加你的工作量;另一方面,你必须确保将所有对于保护我方客户利益是必需的条款放入合同,并警惕对方律师设下的“陷阱”。同时,由

<sup>①</sup> proof reading 通常指在合同初稿定稿之前,律师对合同中所有使用过的定义、语言、翻译、格式和排版进行的全面和最终的确认。

于必须“削足适履”，你可能需要花费更多的时间构思如何在不作结构性修改的前提下加入对己方有利的条款。

除非得到客户的明确指示，通常你不能假定我方客户已经理解并同意了某一合同条款，哪怕这一合同条款主要是商业条款。律师有责任指出该商业条款在哪些方面规定得不全面或可能给客户带来的后果。客户并不是法律专业人士，他可能不了解条款本身在保护我方客户利益方面的不足之处，甚至不能理解该条款背后隐藏的含义。

例句：

卖方保证设备软件在保修期内不存在软件缺陷。在保修期内，如果发现由于卖方原因导致的软件缺陷，卖方应自费负责纠正该软件缺陷。

如何从买方的角度审阅这一条款？在审阅这一条款时，你需要向客户指出：(1) “软件缺陷”没有定义；(2) 卖方多长时间纠正软件缺陷没有约定；(3) 如何证明软件缺陷是由卖方造成的？谁承担举证责任？如卖方不能证明软件缺陷不是由卖方造成的，是否可以推定是卖方造成的也没有约定；(4) 对于软件缺陷带来的损失如何承担没有约定；(5) 买方除享有要求卖方自费纠正该软件缺陷的权利之外，是否还享有损害赔偿以及解除合同的权利也没有约定。在指出这些问题之后，你可能需要利用你在类似交易中的经验与客户讨论如何修改本条以及修改到何种程度。当然，你应当尊重客户的最终决定。

我们在修改对方起草的一些合同条款的时候要考虑到对方为什么要写这样的条款。我们有时候会发现对方写得语言不是很完善，或者写得不清楚，有的律师干脆整条整条甚至一半以上都删掉了，拿出范本条款贴进去写



了一遍。也许有些情形下这样做是可以的,但是绝大部分情况下我们不建议这么做。对于对方给你的合同,你应本着善意去修改,一般而言尽量在对方提供的原合同的基础上提出修改意见,以方便客户和交易对方都能看出来你为什么修改这一条,你为什么要删掉这个条款,有什么理由。这些理由应当具有说服力,而且是对我方客户有利且不会为对方所利用的理由。在审阅合同时,除非得到客户的确认,切忌完全推翻原有的合同条款重新起草或替换为新的条款。当然还有些是起草的技巧问题,比如对方提出的合同文本不是很完善,还有很多东西有重大的遗漏。在这种情况下,我们将一个完备的合同应有的东西加进去也是理所应当的。

如何审阅合同可能取决于你的经验。一个好律师不仅应了解适用于交易的法律规定,而且很多情况下需要从自己逐渐积累的经验帮助客户进行商业上的判断,以达到既能使双方达成一致又能保护我方客户利益的目的。除非客户仅仅是明确要求审核合同的合法性,而不需要审阅其他方面,否则,律师除了需要确保合同条款的合法性之外,还需要花费更多时间和心思审阅合同条款。

#### 四、关于模板条款

除了合同的特别条款外,有一些条款是通用的模板条款,基本上在每一类型的合同中都会出现。模板条款可能有不同的版本,但大致内容都差不多。以下列举了常见的模板条款:

- 完整协议(Entire Agreement)
- 转让(Assignment)
- 修改(Amendment)
- 不弃权(No Waiver)
- 累积救济(Remedies Cumulative)
- 时间的重要性(Time of Essence)





- 可分割性(Severability)
- 进一步保证(Further Assurance)
- 费用和开支(Costs and Expenses)
- 复本(Counterparts)
- 公告(Announcements)
- 语言(Language)
- 保密(Confidentiality)
- 通知(Notice)
- 不可抗力(Force Majeure)
- 适用法律(Governing Law)
- 争议解决(Settlement of Disputes)

在一般的合同范本中都包含这些模板条款。但值得注意的是,某一模板条款是否适用具体的交易以及应当做怎样的调整才能适用,需要仔细斟酌。下面就部分模板条款举例说明。

#### • **Entire Agreement 完整协议**

例句:

This contract and the documents referred to herein [ and other documents ] contain the whole agreement between the parties relating to the transactions contemplated by such documents and supersede [ s ] any previous agreements, whether orally or in writing, between the parties relating to these transactions.

本合同及其所述文件[以及其他文件]构成各方关于这些文件所述交易之全部协议,且取代所有之前与该等交易有关的各方之间口头或书面的约定。

请注意在决定采用该模板条款时一定要考虑是否符合交易各方的本意,特别是如果同时存在就同一内容进行约定的其他协议,则该条款不一定适合。

• **Assignment 转让**

例句:

a) Except as set out in paragraph (b) of this Clause, neither party shall transfer all or part of its rights and obligations under this contract without the prior written consent of the other party;

除本条(b)项所述外,未经另一方事先书面同意,任何一方不应转让本合同项下的全部或部分权利和义务;

b) Party A may assign all of its rights and obligations hereunder to any of its Affiliates.

甲方可将其在本合同项下的全部权利和义务转让给其任何一家关联机构。

请注意,在起草转让条款时必须明确,是否允许转让;如允许转让,是允许的全部转让还是部分转让,转让的条件是什么;如不允许转让,则是否有任何例外。在上述例句中,如你代表乙方审阅合同,还需要明确关联机构的定义,对受让股权的关联机构有没有任何主体上的限制,甲方是否应承诺保持对受让股权的关联机构的控制权等。



### • Amendment/Variation 修改/变更

例句：

No variation of this contract shall be effective unless it is in writing and signed by each of the parties.

除非以书面形式由各方签署和作出，否则不构成对本协议的有效修改。

### • No Waiver/Waiver 不弃权/弃权

例句：

No single or partial exercise, or failure or delay in exercising any right, power or remedy by a party shall constitute a waiver by that party of, or impair or preclude any further exercise of, any right, power or remedy arising under this contract or otherwise.

一方单独或部分行使、或未能或迟延行使任何权利、权力或救济，不应构成该方放弃进一步行使本协议项下产生的任何权利、权力或救济，也不应损害或排除该等权利、权力或救济。

## • Remedies Cumulative 累积救济

例句：

The rights of the parties under this contract are cumulative and do not exclude or restrict any other rights [(except as otherwise provided in this contract)].

各方在本合同项下的权利是累积的，且[除非本合同另有规定]不排除或限制任何其他权利。

## • Time of Essence 时间重要性

例句：

Except as otherwise expressly provided, time is of the essence as regards every obligation of any party under this contract.

除非另有明确规定，就本合同项下各方的每一项义务而言，按时履行均十分重要。

请注意，本条款应当根据交易的具体情况决定是否需要。

欲知所  
PDG



## ● Severability 可分割性

例句：

If any part of this contract is found by any court or competent authority to be invalid, unlawful or unenforceable in any jurisdiction, then that part shall be deemed not to be a part of this contract, but this shall affect neither the enforceability of the remainder of this contract nor the validity, lawfulness or enforceability of that provision in any other jurisdiction.

如任何法院或有权机关认为本合同的任何部分在任何司法管辖区域内无效、不合法或不可执行，则该等部分不应被认为构成本合同的一部分，但这不应影响本合同其余部分的可执行性和在任何其他司法管辖区域内的有效性、合法性或可执行性。

## ● Further Assurance 进一步保证

例句：

After Closing, the Vendor shall execute such documents and take such steps as the Purchaser may reasonably require to vest the full title to the Assets in the Purchaser and to give the Purchaser the full benefit of this Agreement.

交割后，卖方应签署该等文件并采取买方合理要求的措施以使买方获得资产的所有权利及给予买方本协议项下的所有利益。

请注意,本条款应当根据交易的具体情况决定是否需要以及如何调整。通常在以下情况会需要该条款:(1)为了补救合同中存在的任何疏忽;或(2)在交易的主要义务履行后还有一些持续性义务需要履行或需要对方的配合,比如业务转让协议,在双方交割后,仍有一些无形资产的转让需要办理登记,而登记需要时间,或者在建工程抵押协议,当在建工程完工后需要办理房屋抵押的登记。

在起草该条款时通常需要考虑:(1)双方是否对等享有此权利?(2)是否只要求义务方尽合理努力即可?(3)是否一定需要权利方提出明确的要求?(4)是否限定该等事项仅仅是为了实现该协议的目的所合理必需的?(5)是否有一定的时间期限?(6)如果产生一定的费用,谁来承担?

#### • Counterparts 复本

例句:

This Agreement may be executed in any number of counterparts and by the parties on separate counterparts. Each counterpart, when executed, shall be an original of this contract and all counterparts shall together constitute one and the same contract.

本协议可以通过签署多份复本的方式签署,并可由双方在单独的复本上签署。每一份经签署的复本应成为本合同的一份原件,并且所有复本应共同构成一份法律文件。



## • Costs and Expenses 费用和开支

例句：

a) Each of the Parties is responsible for that Party's own legal and other expenses incurred in the negotiation, preparation and completion of this Contract.

各方各自承担其就本合同的谈判、准备和完成所发生的法律和其他开支。

b) All costs and expenses (including the legal fees, and travel costs) incurred by Party [ ] in connection with the preparation, negotiation, and execution of this contract and any other document referred to in it shall be paid by Party [ ] promptly on demand after Completion takes place.

[ ]方就本合同以及其所述其他文件的准备、谈判和签署所发生的所有费用和开支(包括法律费用和差旅费)应在交割发生后一经要求立即由[ ]方支付。

## • Announcements 公告

例句：

Neither party/none of the parties will make any announcement relating to this Agreement or its subject matter without the prior written approval of the other [ party/parties ] except as required by law or by any legal or regulatory authority.



除非应法律或者司法机关或监管机关要求,未经其他方的事先书面同意,任何一方不得就本协议或其所述事宜进行公告。

### • Language 语言

例句:

a) This Agreement is being executed in Chinese and English. Both the Chinese and English versions shall have the same effect in the interpretation of this Agreement.

本协议以中英文签署。在解释本协议时,中英文本具有同等效力。

b) This Agreement is drawn up in both English and Chinese languages but only the Chinese language text is binding on the parties and the English language text does not affect the interpretation of this Agreement. If there is any discrepancy between the Chinese language text and the English language text, the Chinese language text prevails.

本协议以中英文草拟,但仅中文本对双方具有约束力,且英文本并不影响对本协议的解释。如中英文本之间有任何不一致之处,以中文本为准。

## 五、关于附件

如何编制合同的附件取决于正文内容的编排。有一些附件构成独立



的法律文件(如合同)或合同格式,其目的是将主合同及其他合同的内容联系起来;有一些附件是基于文本体系的考虑,将其内容放入正文可能会破坏原有的行文结构,不方便阅读。





## 第六章

### 如何起草法律意见书

(君合律师事务所 魏瑛玲 律师)

法律  
知识  
积累

PDG



魏瑛玲  
(合伙人)

魏

瑛玲律师 1993 年毕业于中国政法大学经济法系, 获得法学学士学位; 毕业后工作于中国计量技术开发总公司, 1994 年加入君合律师事务所。

魏瑛玲律师于 2001 年赴美国密歇根大学法学院学习, 翌年获法学硕士学位, 并随后取得纽约州律师执业资格。

2002 年 10 月到 2003 年 5 月, 魏瑛玲律师在澳大利亚最大的律师事务所——万世基律师事务所 (Mallesons Stephen Jaques) 香港分所工作, 主要从事国际项目投资、融资方面的法律服务。

魏瑛玲律师自 1994 年从业以来, 主要从事公司兼并收购、外商直接投资及银行金融业务等方面的法律服务。其中涉及的行业包括银行、电力、电信、房地产、零售业、基础设施、汽车、高科技及其他传统制造业等。魏瑛玲律师曾代表国内外著名公司、投资银行、基金等为其投资、并购项目提供法律服务。

魏瑛玲律师现为北京律师协会会员、中华全国律师协会会员、纽约州律师协会会员。





就律师处理文件的种类或者重视程度来说,法律意见书在律师事务所里是一种最高级别的、最应该受到重视的文件,律师事务所对于这种文件的出具需承担最大法律责任。

## 一、法律意见书的种类

► **法律法规要求出具的法律意见书。**常见的是律师为上市项目,如公司国内 A 股首次公开发行上市(IPO)、国内公司香港公开发行 H 股并上市、国内公司美国纳斯达克上市等,出具的法律意见书。此外,红筹上市和境内权益上市也需律师出具法律意见书。总之,上市项目,或者是中国的法律法规,或者是境外法律法规,都要求中国律师出具一个正式的法律意见书,对一些法律事实发表意见。这类法律意见书的内容一般比较类似,如纳斯达克上市项目,法律意见书的内容取决于美国法下公司上市应当承担的责任。很多时候券商会依赖律师出具的法律意见作出他们对拟上市公司的判断。因而,法律意见书的意义显而易见。

► **依据中国政府主管部门的要求出具的法律意见书。**由于政府主管部门在实践中很难就交易涉及的技术或法律问题作出判断,此时它会要求律师出具法律意见书,这同时也可视为对其自身决策的保护。例如,国务院国有资产监督管理委员会(简称“国资委”)在其所发的部门规章中规定某某交易需要提交一系列的文件,该系列文件中可能会包括“律师出具的法律意见书”。国资委会将律师出具的法律意见书作为其审批的一个参考性的文件。此外可能有些政府部门所发布的部门规章中并未明文规定需要律师出具法律意见书,但实践中在其批准某事项,或对某事项进行审查的时候,要求所提交的审查文件应当包括律师出具的法律意见书。在实践中我们遇到过不提交法律意见书就不进行审批的实例。这类法律意见书往往缺乏特别明确的法律依据,也没有合适的范本,因此在起草过程中,与政府部门的反复沟通就至关重要。

► **为具体交易所出具的法律意见书。**例如私募,特别是通过返程投资到境外吸引风险投资然后再投回境内来收购境内的资产,这时,风险投资的投资商会要求律师就整个投资架构的合法性,包括目标公司的经营、所签署合同等的合法性和合规性出具法律意见书。还有为国际融资贷款出具的法律意见书,一般都是银行(贷款方)要求借款人律师就该项交易出具法律意见,主要包括:第一,就借款人合法成立、有效存续等的事项出具法律意见;第二,针对贷款融资的合同安排担保的合法性、有效性及境外针对该等贷款融资文件所作的法院判决或仲裁裁决在中国是否能得到强制执行等事项出具法律意见。其目的的一方面在于保障交易的安全,另外也是公司内部决策程序的要求,如内部贷款决策机构或者是董事会或者是贷款的审贷委员会,在没有律师的法律意见书的情况下,是不会批准该项交易的。此外,例如为兼并收购交易出具法律意见书,在这种收购交易中,有时交易方,一般是收购方,会要求律师出具法律意见书。除上市项目之外,最大量的法律意见书出自于该种类的交易。因此,需要律师在接触这类项目时应对该项目有个事先的预期和判断,同时加强和客户的沟通,为出具法律意见书做好准备。

► **依据客户要求出具的法律意见书。**该种法律意见书实际与某项具体交易没有特别大的关系,但是一些客户,可能对中国的法律环境不是很熟悉,在其原有的比如英美法系的法律框架下这个问题有很明确的答案,但是在中国法律体系下客户就同样的问题可能理解得不清晰,这时客户一般会要求律师出具法律意见书,作为一个权威性的意见。这种法律意见书更多时候是作为公司内部的参考。有时涉及境外上市项目时,除上市本身外,需同时考虑中国法律和境外上市地的其他法律要求,如,美国纳斯达克上市项目,如果公司为了达到外国公司的上市要求,请了一些非美国籍的董事,比如中国的一些技术专家,就会涉及美国的反腐败法案。结合美国现在的实际状况,其反外国腐败法非常严厉,境外律师或客户就很可能要求律师出具一个关于反腐败的法律意见书。

## 二、法律意见书的特点

▶ **法律意见书,为结论型的法律文件,一般不需要推理论证。**所谓结论型,就是不需要进行很多法律分析,只要作出结论即可,其语言有结论性的特点。如公司设立是否合法、是否有效存续、合同是否合法、是否有效、其主体资格是否符合法律的要求等都属于结论型,不需像写法律备忘录(Memo)一样进行详细的、严密的法律逻辑推理,只要有结论即可。一些法律法规也对法律意见书提出了具有结论性的要求,如证监会规章《公开发行证券公司信息披露的编报规则第12号》第4条规定,“律师在法律意见书中应对本规则规定的事项及其他任何与本次发行有关的法律问题明确发表结论性意见”。

▶ **法律意见书也可能会包含一定的法律分析,特别是就某个具体的法律问题出具法律意见书时,有时需要一些分析在里面。**在很多时候,也可以只就具体的法律问题做一个结论。但是,对于中国律师来讲,很多时候某个具体的法律问题是沒有明确的结论的,或者说问题的结论不是 Yes 或 No 那么简单,会分很多种情况,或者是说有这样那样的法律风险,而法律规定得不清楚,会引申出各种不同的理解,这个时候要有一些分析在里面。因为客户需要律师作出合法有效的结论,客户依赖于此去作出投资、收购、购买股票、不去进行某项交易或者是进行某项交易的决定。所以客户希望法律意见书中是很确定的结论。由此,律师事务所是要承担巨大的法律责任的,如果法律意见书出具了一个错误的结论,那么律师可能面临巨额的诉讼。

▶ **法律意见书的另外一个特点,即语言必须准确。**因为出具法律意见书律师要承担法律责任,所以法律意见书不可能是一个含糊糊的或者是不太准确的文件。为了达到准确,语言需要简练,因为语言啰唆可能无法说清问题,再则,法律意见书需要律师逐字审阅,语言啰唆则需要律师花

费大量的精力去确认用词是否准确。每一结论性措辞,如合法、非法、允许、不允许、强制、非强制,或者符合、不符合等用词需准确无误。如果律师用英文出具法律意见书时,英文的法律术语,比中文要更多一些,需要特别注意。此外,如果是意思相近的两个词,平时用起来没有太大的区别,但是在出具法律意见书的时候,就需非常的谨慎。因为两个词意思中很细微的差别,可能就会导致不同的结论。

当然,语言简练在法律意见书出具方面有时也有例外。通常律师写法律备忘录或回复邮件时往往事先会有一个确定的语境,很多的交易背景和情况作为起草的前提。但法律意见书是一个完全独立的文件,因此需要律师对法律意见书中的结论有个清楚的限定。所以,在法律意见书中有时也会包含很长的由很多逗号和从句构成的一句话。这是无法避免的情况,因为只有这样,律师才能将结论的背景限制严密。律师需要在实践中不断积累经验,并结合自身的基础工作如文件审阅以及对事实情况的分析能力,最后落到文字写作能力和对重大事项的判断能力上,才能做到语言的简练和精确。

### 三、出具法律意见书前的基础工作

► **了解事实,事实是出具法律意见书的依据。**了解事实包括做尽职调查、审查文件、跟客户沟通,等等。

无论是大型的上市项目还是其他类型的交易,法律意见书出具之前,都需要做尽职调查。如,我们所作的很多上市项目,项目的尽职调查往往花费很多的时间和人力。对公司进行尽职调查,需要审阅公司的基本的文件。一般来讲,尽职调查都是审阅文件,因为文件是一个实实在在的事实依据。

口头表述是不是也可以作为一个事实的依据出现在法律意见书里?对此有不同的理解,有的律师认为口头表述是不可以作为事实依据出现在



法律意见书中的,这个观点的背景是为上市出具法律意见书,该种法律意见书因为关系比较重大,将口头表达作为一个事实依据,一是监管部门不会满意,再者投资者也会无法接受。但是在其他的兼并收购的交易中,包括融资、贷款、私募之类的交易,其要求是尽量用文件作为事实依据,但是如果情况不允许,口头表达也可以作为事实依据。这种情况下需要律师在语言上,把自己保护住,需对口头表述做个清楚的说明,说明该表述是一个真实的对事实情况的表述,在没有得到任何文件依据的情况下律师的意见依赖于该口头表述,这种情况下可以将口头表述作为法律意见书的事实依据。当然,实践中是否可以将口头表述作为法律意见书的事实依据,也需要看请律师出具法律意见书的客户或者机构同意或接受与否。依据经验,实践中很多时候客户或其他主管机构是认同将口头表述作为法律意见书的依据的。

另外,尽职调查到何种程度也是很重要的一个问题,如我们的法律意见中表述公司合法设立、有效存续时,从谨慎的角度和在实际条件允许的情况下,建议做工商调查,实践中也有企业伪造文件包括营业执照等去取得上市资格,从而产生了很坏的影响。同时,在做尽职调查发现发现问题后,一定要和客户就问题尽早沟通,不要给客户一个惊讶,在项目要结束的时候才告诉客户无法为其出具法律意见书。

► 进行法律研究,法律研究需全面、深入、细致、准确。如何做到全面、深入、细致、准确,只能靠个人经验积累,才能一步一步达到这个标准。在中国的现有的法律体系下,很多时候做到全面比较难,因为法律规定纷繁杂乱,法律是如此规定的,但有时某个部委发布一个通知,另外一个部委颁布一个意见,然后在某个关于其他事情的通知或意见里又规定了一点关于这个问题的内容,所以,在这样的体系下,法律研究是比较难以全面的,需要大家有耐心并且对问题要有一个全面的判断。在作法律研究时,首先要想到这个问题会和哪些法律法规或者哪些部门相关联,然后有目的性、方向性地去做法律研究。如果将所有法律法规全部筛选一遍,需要花费大量的时间和人

力。所以律师需要对法律问题有一个判断,这个判断要靠经历和经验的积累,慢慢地培养法律意识和感觉。

“深入”是法律研究最重要的一项要求,因为律师出具法律意见书的责任重大,所以法律研究必须深入。依照中国法律目前的状况,有些法律规定的文字表达很多时候不是很清楚,或者说是可以有很多种解释。因此律师第一遍研读法律规定和第十遍研读的时候得出的结论可能是不同的,在第一遍研读规定时,也许只能想到一种解释,但是越深入地研究下去,再结合其他的情况,对同一条文可能就会有三四种解释。这时,需要律师用排除或其他方法作出一个结论,解读该法规的含义,这时研究的深入性就是极为重要的。法律研究如何做到深入仍是需要律师的经验积累的。

“细致准确”,与“全面深入”有一定的交叉,因为不细心做法律研究就可能遗漏一些事情。准确是法律研究要求的最后结果。如果法律研究全面、深入、细致地展开,准确一般就是水到渠成的结果。

#### 四、法律意见书的起草和修改

尽职调查和法律研究完成后,法律意见书的框架和基本的内容将基本具备。但是仅仅依据审查文件和法律研究起草法律意见书是不够的,很多交易是否能够进行,关键在于律师在通过尽职调查发现发现问题后能够解决该问题。实践中任何人或企业都不是完美的,会出现很多问题。例如,企业设立的时候缺少批文,或者是其注册资本、投资不合法,或者是虚假出资,或者是其某个期限错误,或者是在审阅某项合同时,其某条规定是无效的。在这种情况下,如何处理对交易成功与否有重大影响的问题就是对律师的考验。因为每单交易都有不同的交易背景和交易情况,所以需要具体情况具体分析。

非诉讼业务律师,一般是以促成一个交易为目标,因此,律师需要首先找到自己的底线,在不超越底线的前提下,尽量促成交易。如果很肯定该项交易有较大的法律风险可能会导致交易无法继续,这时律师也可以考虑

将巨大的风险处理成有一定的风险,或者降低风险出现的可能性。在有些情况下,企业的某些方面可能不合法,这时可以考虑是否能够取得政府部门的谅解。特别是针对上市的项目,请环保部门、税务部门等出具一个正式的文件,表明其知晓该事项并且不会就此进行处罚,或者是表明其认为该事项符合法律规定。解决问题需要律师尽量找到一种方法,或者是通过跟政府部门的沟通,或者是律师对问题进行重新思考,对风险进行重新评估,或者是建议企业去补办审批手续,或补办批文来寻找解决问题的方法。因此,如何解决问题不仅仅考验律师的法律知识、法律研究的深度和广度,而且需要律师对问题作出一个判断,而一个比较准确的判断是基于各种各样的经验才能作出的。因此,一般来讲,完成尽职调查及法律研究,然后提出解决问题的方法,如果客户接受律师所提出的解决问题的方法,解决了问题之后,就形成了法律意见书的正文内容。

## 五、法律意见书的格式及内容构成

### (一) 引言

法律意见书的引言属于格式文本,说明律师接受谁的委托依据何法律就何事项进行审查并出具法律意见等。具体表述可以参考以下例子。

#### [例 1]

#### 为贷款交易出具的法律意见书

We have been asked to provide this legal opinion with regard to the laws of the People's Republic of China (the "PRC"), excluding those of the Hong Kong Special Administrative Region, Macao Special Administrative Region and Taiwan, in connection with:



(a) a facility agreement (the “Facility Agreement”) dated [ ] entered into by and among [ ] (the “Borrower”), as borrower, [ ] (the “Guarantor”), as guarantor, and [ ], as lender as amended by the First Amendment Agreement to the Facility Agreement dated [ ];

(b) an accounts agreement (the “Accounts Agreement”) dated [ ] entered into by and between the Borrower and the Lender as amended by the First Amendment Agreement to the Accounts Agreement dated [ ]; and

(c) an accounts assignment agreement (the “Accounts Assignment Agreement”) dated [ ] entered into by and between the Borrower and the Lender as amended by the First Amendment Agreement to the Accounts Assignment Agreement dated [ ].

[例2]

为H股发行上市出具的法律意见书

本所接受[ ]有限公司(以下简称“发行人”或“公司”)的委托,同意担任发行人首次公开发行境外上市外资股(以下简称“H股”)并在香港联合交易所有限公司(以下简称“香港联交所”)主板挂牌上市(以下简称“本次发行”或“本次发行上市”)的专项法律顾问。应发行人的要求,本所根据《中华人民共和国公司法》(以下简称“《公司法》”)、《中华人民共和国证券法》(以下简称“《证券法》”)、国务院《关于股份有限公司境外募集股份及上市的特别规定》(国务院第160号令,以下简称“《境外上市特别规定》”)、中国证券监督管理委员会



(以下简称“中国证监会”)《关于企业申请境外上市有关问题的通知》(证监发行字[1999]83号,以下简称“《境外上市通知》”)及国务院证券监督管理部门的其他有关规定,就发行人本次发行上市事宜出具本法律意见书。

对于“依据中国法律”,一般会声明:(1)“为了本法律意见书的目的,中国法律不包括香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾的法律”;(2)“依据当时有效的中国法律”;(3)“依据已公布的法律(published law)出具法律意见”,而把适用法律的范围进行进一步限制。因为中国很多是公开的法律,但有些是内部掌握的规则。就内部规则而言,外国人不认为是法律,对中国律师而言,其假设前提是律师也不应当知道的规则,即使律师知道了该内部规则,其发表的意见也不一定准确,因为内部规则可能会变化,因此需要用“published law”对依据法律进行范围限制。

[例3]

This legal opinion is confined to and given on the basis of the published and publicly available PRC laws and administrative regulations (excluding the laws and regulations of Hong Kong, Macau Special Administrative Regions and Taiwan) effective as at the date hereof. We do not guarantee that any change in such laws or in their interpretation after the date hereof will not affect any of the opinions expressed below. We have not investigated, and we do not express or imply any opinion on the laws of any other jurisdiction, and we have assumed that no such other laws would affect the opinions expressed below.

## （二）假设

法律意见书中很重要的部分是假设。首先,假设文件由有权利的人员签署,其签字、盖章都是真实的,其原件是真实的,其所有的复印件是和原件一致的。因为对于这些事情,律师无法保证其真实性、一致性和完整性。此外,实践中,很多交易适用的法律并不是中国法律,这种情况即是要求中国律师对于合同条款在中国法下是合法有效的出具法律意见。按照国际私法,如果合同选择了适用法律,首先应该按照其所选择的法律进行解释。所以,此时律师应首先做一个假设,即在其他的国家法律下,该合同是合法的,其合法性是有保障的。其次,如果涉及中国企业之外的其他企业,律师也需假设该等企业是合法有效、合法设立、有效存续的。此外,如果涉及特殊交易的内容,也需进行说明,如何说明需依据具体交易确定。

### [例4]

In our examination, we have assumed without further inquiry that:

(a) all signatures, seals and chops are genuine, all natural persons have the necessary legal capacity, all documents submitted to us as originals are authentic, and all documents submitted to us as certified or photostatic copies conform to the originals;

(b) all factual statements made in such documents are correct, authentic, accurate and complete;

(c) the execution and delivery of such documents and their terms and conditions fully reflect the genuine and complete intention of all parties thereto acting in good faith;



(d) each party to the Finance Documents other than the Onshore Borrowers, has the capacity, necessary power, authority and legal right to enter into the Finance Documents, and the Finance Documents have been duly authorized, executed and delivered by each of them (other than the Onshore Borrowers);

(e) each of the parties to the Transaction Documents, other than the Borrower, was duly organized or incorporated and is validly existing and (if applicable) in good standing under the laws and regulations of its jurisdiction of organization or incorporation;

(f) the laws of any other countries or areas which may be applicable to the execution, delivery, performance or enforcement of the Transaction Documents are complied with;

(g) the Transaction Documents are legally valid and enforceable under English law by which they are expressed to be governed; and

(h) the First Amendment Agreement to the Facility Agreement and the First Amendment Agreement to the Accounts Assignment Agreement have been duly registered with the SAFE.

但在 A 股上市项目中,由于监管机关不接受前述假设,因此前述类型的假设无法作出。但律师可以要求发行人作出说明,即“发行人已提供所有文件,且这些文件上的事实都是真实、准确、完整的,副本材料、口头证言、签名印章等都是真实的”,并在法律意见书中间接引用发行人的说明。律师以发行人的声明为基础得出文件真实、准确和完整的结论。

[例5]

为出具本法律意见,本所律师审查了发行人提供的有关文件及其复印件,并基于发行人向本所律师作出的如下说明:发行人已尽合理努力保证所提供的文件及所述事实均为真实、准确和完整;发行人已尽合理努力提供真实、完整的所需原始书面材料、副本材料或口头证言;在发行人合理所知范围内,发行人所提供的文件及文件上的签名和印章均是真实的;在发行人合理所知范围内,发行人所提供的副本材料或复印件与原件完全一致。对于出具本法律意见书至关重要而又无法得到独立的证据支持的事实,本所依赖政府有关部门、发行人或者其他有关机构出具的证明文件作出判断。

### (三) 正文

依据法律法规的规定或具体交易的内容或客户的要求,每一份法律意见书正文的内容都不同。法律意见书需要什么内容需依具体交易而确定。

例如就境外贷款出具的法律意见书,由于在此类交易中贷款人最关心的是借款人的资格及其偿还贷款的能力,因此首先需要说明借款人是合法成立、有效存续的,可以从事一定的经营行为;该借款人在这款合同下承担的义务是合法有效的、可以强制执行的;其义务及还款责任是和其他的还款义务是同一赔偿顺序;其次,由于交易涉及国际支付,因为中国是外汇管制国家,还需说明该借款人偿还债务时是需要政府批准还是可以直接汇出境外;此外还可能包括税项的说明,如需不需要缴纳预提所得税等。另外很重要的一点是,一般这种贷款协议都会选择在国外进行仲裁或者是在国



外进行诉讼,因此需要发表如果取得了国外判决或裁决,该判决或裁决在中国是否能得到承认和执行的意见。

#### (四) 结尾

法律意见书的结尾部分也为格式性的。一般性交易的法律意见书仅为了特定的交易目的,是不公开的,不可做扩大解释,也不可被引用并在任何其他公开文件中提及,且只适用于法律意见书中明确提及的交易方及交易事项,因此在法律意见书的最后会对意见书的使用作出限定,常用的措辞如:

This opinion is addressed to you for your own benefit only and solely for the purposes of the Transaction Documents. It is strictly limited to the matters stated herein and is not to be read as extending by implication to any other matter in connection with any of the Transaction Documents, any other document mentioned in any of the Transaction Documents, and any other document executed and/or delivered in connection therewith. Further, it is not to be transmitted to any other person nor is it to be relied upon by any other person or quoted or referred to in any public document or filed with any governmental or other regulatory authority or agency or any other person other than you and your legal counsels without our written consent.

另外,法律意见书会附有审阅文件清单,实际是对已审阅文件的一个简单列举。

#### (五) 特定法律意见书的法定格式

对于某些特定的法律意见书,例如为公司上市 IPO 出具的法律意见书,中国证监会发布了部门规章《公开发行证券公司信息披露的编报规则第 12 号》,对法律意见书和律师工作报告及制作工作底稿提出了要求,明

确规定了法律意见书的必备内容。根据证监会的规定,法律意见书的开头部分应载明“律师是否根据《证券法》、《公司法》等有关法律、法规和中国证监会的有关规定,按照律师行业公认的业务标准、道德规范和勤勉尽责精神,出具法律意见书”。第一节为律师应声明的事项,包括律师应承诺已依据本规则的规定及本法律意见书出具日以前已发生或存在的事实和我国现行法律、法规和中国证监会的有关规定发表法律意见;律师应承诺已严格履行法定职责,遵循了勤勉尽责和诚实信用原则,对发行人的行为以及本次申请的合法、合规、真实、有效进行了充分的核查验证,保证法律意见书和律师工作报告不存在虚假记载、误导性陈述及重大遗漏;律师应承诺同意将法律意见书和律师工作报告作为发行人申请公开发行股票所必备的法律文件,随同其他材料一同上报,并愿意承担相应的法律责任;律师应承诺同意发行人部分或全部在招股说明书中自行引用或按中国证监会审核要求引用法律意见书或律师工作报告的内容,但发行人作上述引用时,不得因引用而导致法律上的歧义或曲解,律师应对有关招股说明书的内容进行再次审阅并确认;律师可作出其他适当声明,但不得作出违反律师行业公认的业务标准、道德规范和勤勉尽责精神的免责声明。第二节为法律意见书的正文,包括律师在进行充分核查验证的基础上,对本次股票发行上市的一些(包括但不限于)事项如本次发行上市的批准和授权、发行人的主体资格、实质条件、设立、独立性、业务、发起人或股东(实际控制人)、股本及其演变、主要财产、公司章程及修改、重大债权债务、重大资产变化及收购兼并、关联交易及同业竞争及发行人股东大会、董事会、监事会议事规则及规范运作、税务、诉讼、仲裁及行政处罚、董事、监事和高级管理人员及其变化、环境保护和产品质量、技术等标准及招股说明书法律风险的评价等明确发表的结论性意见。第三节要求律师发表关于本次发行上市的总体结论性意见,包括,发行人是否符合股票发行上市条件、发行人行为是否存在违法违规以及招股说明书及其摘要引用的法律意见书和律师工作报告的内容是否适当。对于律师已勤勉尽责仍不能发表肯定性意见

的,应发表保留意见,并说明相应的理由及其对本次发行上市的影响程度。此外,该文件对律师工作报告的必备内容及工作底稿也作出了规定。

## 六、出具法律意见书需注意的事项

出具法律意见书需要特别注意:

► **法律意见书仅在法律要求和客户明确要求的条件下出具。**因为律师对出具法律意见书需承担非常重大的责任,所以除非法律要求和客户明确要求,一般不会出具。需要注意的是,客户有时要求的法律意见书并非我们这里定义的法律意见书,可能只需要给客户一个回复,或一个备忘录,对问题进行分析,并给出一个结论即可,这时需要和客户沟通其是否需要出具正式法律意见书或只是需要对法律问题的一个回复即可。

► **在法律意见书中,律师应当做保护自己的限制和假设。**前面讲解关于为A股上市及为具体交易所出具的法律意见书时,都重点提到了关于假设的问题,因为如果没有假设,律师在事实依据不真实的情况下,就会得出错误的结论,律师也将会因此承担此错误法律分析的责任,即实质上承担了事实真实与否的责任。但实践中,律师是不可能为公司承担事实真实与否的责任的,因此假设很重要。此外就是限制,在假设无法作出的情况下,我们可以对事实依据进行限制,如,“根据会计师出具的某某文件,公司出具的某某文件,我们认为……”实际上隐含了假设文件是真实的含义,若由于该文件不真实,律师得出了错误的结论,那么此时律师是不为此承担责任的,限制的作用就在此。

► **注意控制风险。**例如,客户有时可能会要求律师在法律意见书中写明,标的公司没有任何诉讼问题,没被起诉,没有什么重大法律隐患,等等。但是,实际上在中国,由于没有法院诉讼程序的公开信息系统,律师没有办法查询标的公司是否被起诉,或者涉诉。此外,有时客户还会要求律师在法律意见书中写明标的公司是否存在 potential legal proceeding(潜在

诉讼),由于 potential(潜在)的范围太广,此时我们出具法律意见书的时候应采用“to our best knowledge(就我们所知)”来保护自己,因为由于客观条件的限制,我们不可能去核实所有的事情。如何控制风险在上市项目中也有体现,在上市项目的法律意见书中,会有“除了招股书中披露的之外”的限制。对已经披露的风险,律师就可以不再发表意见,这一般是可以接受的。在上市的项目中,在作为公司律师的情况下,保护律师自己的条款经常体现在风险披露里面。在一些纳斯达克的上市项目中,对于公司如果有一些不合法的事情,或者法律不清楚的事情,我们都倾向于鼓励公司将其作为风险因素在招股书中披露。披露以后,公司也可以免责。在美国,上市公司是没有理由免责的。也就是说,如果上市公司出了问题,而该问题在招股书中没有充分披露,公司本身和它的董事是不可以抗辩的。承销商可以抗辩,律师可以抗辩,他们可以做尽职调查的抗辩。但是公司本身是不可以抗辩的。所以,律师可以跟公司说,披露对公司没有任何坏处。投资人看到有风险,他可以根据自己的判断去投资。但如果不披露,就完全是公司的责任。原来很多公司不愿意披露自己不合法的地方,觉得会影响股票价格。但随着市场的变化,中国很多带风险的公司都上市了,包括带有诉讼上市的盛大。所以现在很多中国公司完全可以接受这种披露的方式,从而达到保护律师本身的目的。

► **时刻注意法律法规的变化。**比如,过去在上市项目中,发行人律师的法律意见书一般是出具给两方的,一是给拟上市公司,另外是给承销商,这是通常的惯例。但从2007年开始有所变化。证监会发布了一个关于律师出具法律意见书的指导文件,即《律师事务所从事证券业务管理办法》,其第11条规定,“同一律师事务所不得为同一证券发行的发行人和保荐人、承销的证券公司出具法律意见,不得为同一收购行为的收购人和被收购的上市公司出具法律意见”。该条规定的出发点是避免利益冲突,即同一律师不得就同一项目同时代表两方。这和之前采用的惯例就有所冲突。后来证监会对此规则做了明确的解释,即中国律师如果是作为拟上市公司



的律师,则不得同时为承销商出具法律意见书,用依赖函(即明示或暗示地同意承销商可以依赖公司律师出具给公司的法律意见书)的方式也是违反证监会规定的。在之后的上市项目中,出具法律意见书就需严格遵守证监会的规定。

综上,法律意见书是律师需要承担比较重大责任的一种法律文件。出具法律意见书是律师一个非常重要的技巧,在出具时需非常的谨慎。法律意见书的内容应在事实和法律依据的基础上进行起草和修改,并注意和客户、对方律师及监管部门等各方面的沟通,并尽量避免由此给律师带来的巨大风险。





## 第七章

### 如何做法律尽职调查

(君合律师事务所 张薇 律师)

欲采知  
能廣  
PDG



张薇  
(合伙人)

张

薇律师于1985年毕业于北京大学法律系,获法学学士学位,同年就读于中国社会科学院研究生院,并于1988年获法学硕士学位。张薇律师于1996年赴美国纽约哥伦比亚大学法学院学习,次年获法学硕士学位。

张薇律师于1993年加入君合律师事务所,主要从事外商在华直接投资、收购兼并、公司业务等方面的法律事务。她为多家跨国公司、外国金融机构及国际金融机构在华投资、并购及融资项目提供法律服务,领域涵盖钢铁、汽车、电子、房地产、能源、金融服务、仓储物流、商业等行业。张薇律师在项目架构设计,政府审批与监管,组织法律审慎调查,起草、审阅项目或融资文件,参加项目谈判以及处理外商投资企业日常经营管理所涉及的法律问题等方面具有丰富经验。

1997年至1999年张薇律师先后在美国 LeBoeuf, Lamb, Greene & MacRae, LLP 事务所及君合纽约分所工作,从事公司法、国际融资事务方面的法律工作。

张薇律师系中华全国律师协会会员、美国纽约州律师协会会员。





## 一、尽职调查与法律尽职调查

### (一) 为什么要做尽职调查?

孙子曰：知己知彼，百战不殆。

尽职调查就是通过对商业伙伴或交易对方进行调查,收集与拟议交易的关键问题相关的信息,从而达到了解商业伙伴和交易对方的目的,发现其业务上的优势和弱点,找出其现存和潜在的各种重大问题和影响交易的重要因素,以便为作出是否与之进行拟议的合作或交易的决定以及讨价还价甚至交易完成后的整合计划提供依据和基础。

### (二) 尽职调查的种类

1. 从尽职调查的内容划分,可以分为以下种类的尽职调查:

- (1) 业务(客户/投资银行)
- (2) 财务税务(会计师)
- (3) 法律(律师事务所)
- (4) 其他专业(包括但不限于环境保护、劳动人事、工程等方面)

是否需要特定的其他专业的尽职调查需要视目标公司所处的行业或者客户的要求而定。比如,如果目标公司为生产型企业,涉及环保问题,则客户可能需要聘请独立的环境技术机构做环保尽职调查;而如果目标公司为历史悠久的大型国有企业,其员工结构复杂、人数众多并且有复杂的历史遗留的劳动问题,客户或许会聘请专业的独立劳动人事问题专家就劳动人事问题进行独立调查并提供咨询。

2. 从客户拟议的交易类型划分,可以主要分为以下种类的尽职调查:

- (1) 兼并收购
- (2) 证券首次公开发行

- (3) 金融机构贷款
- (4) 重组、重大资产转让等方面

了解拟议交易的类型,有助于律师明确法律尽职调查的方向和范围。此外,就不同类型的交易,客户对法律尽职调查的要求也可能不同。

3. 从代表客户类型划分,可以分为:

- (1) 投资人对目标公司的尽职调查
- (2) 目标公司对投资人的尽职调查

当然,对尽职调查也可以有其他类型的分类,比如针对目标公司所处行业的类别而分:针对房地产开发企业、高新技术企业、电信运营企业、钢铁生产企业、药品生产企业、金融机构等的尽职调查。

### (三) 法律尽职调查

法律尽职调查就是律师接受客户聘请,对目标公司进行法律方面的调查摸底,以帮助客户了解目标公司设立与存续、股权结构和公司治理、资产和权益的权属与限制、业务运营、守法合规等方面的法律状态,发现、分析评估目标公司存在的各方面的法律问题,揭示或提示拟议交易相关的相关法律风险,为客户判断拟议交易是否可以继续进行提供依据,对目标公司存在的相关法律问题向客户提出解决方案或补救措施,为交易结构、收购价格、先决条件、交割后的义务以及交易各方的其他义务等之确定、商业计划与交易进程的调整,向客户提供法律上的依据和支持。

## 二、法律尽职调查的阶段和方式

### (一) 阶段

#### 1. 竞标阶段的尽职调查

有些尽职调查需要在竞标阶段开展。买方将基于该等尽职调查的结

果决定是否做这个交易及交易价格如何。在竞标阶段,目标公司往往会要求投资人/买方作出一些承诺。比如某外国金融机构入股中国某金融机构的项目,目标公司就明确要求外国金融机构作出排他性的不竞争承诺,否则不会考虑接受其进行投资,这样投标人在投标书中一定要包含相应的内容。在此情况下,在进行法律尽职调查的时候,律师就要考虑到客户应当在什么范围内作出排他的不竞争承诺。经了解,该中国金融机构的经营范围非常广,除商业银行的一般存贷款、中间业务外,还包括信用卡业务等方面,这样律师就要考虑目标公司要求该外国金融机构作出的排他性的非竞争承诺到底应当限于哪些方面。如果投资人/买方对其全部经营范围均作出排他性的非竞争承诺,则承诺范围过于宽泛,对买方将来在中国进一步的业务扩展以及和中国其他金融机构的合作会有非常大的不利影响。

## 2. 投资意向书/谅解备忘录签订后的尽职调查

更多的尽职调查常见于投资意向书或谅解备忘录签订后。在这个阶段的尽职调查的重点与竞标阶段尽职调查的重点有所不同。投资意向书或谅解备忘录签订的时候往往价格已经初步确定,这个阶段的法律尽职调查的目标需要重点考虑影响交易价格的因素是否发生变化或改变,应当主要考虑重大资产的权属是否存在任何瑕疵或其使用有重大不利的限制(只能用于商业而非工业用途;是否属于被抵押资产;或依照相关产业政策应被淘汰的固定资产);或资产本身因不可抗力而损坏或灭失导致资产价值降低;目标公司所称的不动产实际上是从其关联公司租赁取得或无偿使用的;固定资产投资项目用地违反立项批复或未取得政府批准等,以及解决问题的办法和相关的程序与成本。当然,这个阶段的尽职调查还应当注重为客户提供防范和减低潜在法律风险、解决发现的法律问题的步骤与程序。

## 3. 分阶段进行的尽职调查

有的尽职调查是分阶段进行的。为节省成本费用或迫于时间压力,最

初阶段投资人/买家可能仅仅希望对目标公司一定范围内的情况和事项进行有限的尽职调查,比如限于公司设立和存续的基本情况(股东结构、营业范围、经营期限、业务许可)、重大资产和合同、有无诉讼/仲裁等,而在确定了在这些方面不存在重大问题,有意进一步洽谈有关交易的前提下才决定进行全面、深入的尽职调查。在分阶段尽职调查的最初阶段,律师可以为客户确定法律尽职调查的范围提供咨询意见。

由于客户进行最初阶段的尽职调查的目的是查明其所关心的目标公司的重要方面是否存在重大问题,在这个阶段尽职调查时,律师就必须在有限的时间内抓住最核心和关键的问题,并提出建议。在文件提供不全的情况下,应向客户建议进行更全面的尽职调查。

## (二) 方式

法律尽职调查可以分为以下几种方式:

### 1. 审阅资料室文件

目标公司会将文件资料集中放置于其建立的资料室中供投资人/并购方审查。个别的时候,也有把文件资料发到投资人/并购方或其律师办公场所的情形。

### 2. 现场调查

投资人/并购方及其中介机构到目标公司做现场尽职调查。目标公司会将文件资料放在专门的资料室,并会应投资人/并购方要求指定相关的联系人,协调安排补充文件的提供、管理层访谈、负责调查问题的解答和说明的人士,甚至协调安排投资人/并购方与相关政府部门的沟通。

现场调查对律师的法律功底和判断力的要求很高。很多时候,投资人/并购方并不要求律师写长篇大论的报告,而是要求律师在第一时间向其汇报其所发现的重大问题,这在竞标阶段的尽职调查中尤为多见。律师



开进目标公司的现场开始审阅文件后,客户可能每天晚上都会要求所有的中介机构提出问题,这种方式的调查工作的节奏非常快,律师需要尽可能快地找到关键或主要问题,在每次会议中都能提出最有价值的观点。

现场调查之所以最考验律师的功底,还在于很多时候目标公司不允许投资人/并购方的律师将文件从文件室带走,甚至在个别调查项目中不允许文件摘抄或审阅。比如,在某个钢铁项目的调查中,投资人/并购方需要了解目标公司的主要生产用地的权属,而目标公司拒绝提供土地管理部门的用地文件,而仅同意将文件的部分内容读给投资人及其律师。又如,在对金融机构进行的尽职调查中,由于会涉及金融机构的很多问题(如不良资产率等),目标公司往往很不愿意提供监管报告。不过,在尽职调查的过程中,文件资料的摘录固然必要,更重要的是律师对问题的分析与判断。

基于项目或交易的特点或需要,有的投资人可能仅仅要求其律师对有限范围内的事项做尽职调查或者首先就其关心的问题展开尽职调查。律师应当在客户要求的范围内进行调查工作,如果在调查过程中发现调查范围之外事项对拟议交易有重大影响,需要进行调查,律师则应当与客户及时沟通,在取得客户同意的情况下才可以进行该项调查。

### 三、法律尽职调查的一般范围和主要内容

#### (一) 公司基本情况

这一部分着重于对目标公司的沿革(即设立、变更以及存续)、股权结构、公司治理、对外投资、目标公司是否取得法律所要求的相关资质、许可、执照,是否符合相关行业监管要求等方面的尽职调查。

#### (二) 公司资产(包括知识产权)情况

这一部分的重点在于查清目标公司资产的权属状况,是否存在瑕疵或

争议,是否存在征用、查封、扣押、担保或其他第三人的权益,对其使用或处置有无法律或其他方面的限制或障碍等,以及有关资产的取得、租赁、转让的相关合同、协议或安排的合法性。就不动产而言,还应特别关注房地产开发项目的用地取得和规划、项目建设、竣工验收和预售、销售等问题。关于知识产权的法律尽职调查,则除其权属及权利限制、许可范围和转让限制、权利期限、保密和不竞争义务等问题之外,律师还应关注技术开发、技术服务、技术合作等方面协议的条款内容。

### (三) 公司重大合同情况

本部分的法律尽职调查涉及目标公司的重大业务合同(如采购合同、供货合同、长期供应合同、经销协议、特许经营协议、仓储合同、运输协议、服务合同)、债权债务合同与各类担保合同、关联交易合同、重大资产/股权转让或处置的合同或安排、不竞争协议、进出口合同、战略合作协议、合资合同、联营协议、投资协议、保密协议、工程承包合同、市场分配协议、保险合同等。需要注意的是,处于不同行业领域的企业,其业务合同的类型也是不尽相同的。

### (四) 劳动管理

律师应审查目标公司各类劳动合同模板(包括临时及正式员工聘用合同)、员工保密与不竞争合同,与高管签订的聘用协议,所有适用的社会保险的投保和缴纳是否合规,有无悬而未决的劳动争议、停工、罢工、因工伤亡、向劳动管理部门的投诉,劳动部门的处罚或整改要求,员工手册和其他劳动管理制度或规则等。

### (五) 环境保护

本部分的调查工作应当关注目标公司是否取得环境影响评价文件及其内容,是否取得有关的环境许可证(如排污许可证),其环保设施设备是

否通过验收,是否按时、足额缴纳排污费,是否存在超标排放和不符合要求处置固体废物的情况等。

## （六）税务

大多数情况下,会计师事务所的税务部门会负责调查目标公司的税务问题。法律尽职调查要么不包括这一部分的内容,要么仅限于调查目标公司是否做税务登记、相关税务部门或海关是否发出欠税通知、欠税罚单和补缴通知,有关滞纳金或罚金是否逾期未缴等。

## （七）诉讼/仲裁

在本部分的法律尽职调查中,律师应当重点调查目标公司是否在中国境内外有未决的任何重大诉讼、仲裁、行政复议,是否有可能引起上述程序的任何重大违法或违约行为,是否有尚未执行完毕的仲裁机构、法院及行政机关所作的裁决、判决、裁定及决定、调解书等。如有,其内容为何;有无达成和解协议、支付协议,其内容为何。

# 四、法律尽职调查中律师的作用和职责

下文将以并购项目的调查为例。

## （一）并购方律师的职责

（1）根据法律尽职调查的范围、时间和目标公司的实际情况组织成立法律尽职调查团队。

（2）了解拟议交易或项目的类型、结构和商业目的,审阅拟议交易各方所签订的意向书或谅解备忘录或其他意向性文件,草拟和发出法律尽职调查文件清单。

（3）认真审查目标公司提供的文件,就其中缺页不全部分、尚未提供

的文件和文件审查过程中需要进一步核查的内容向目标公司发出补充文件清单及/或问卷。

(4) **掌握法律尽职调查工作的节奏,确定应当着重调查的重点问题,有目的地审阅文件。**如果规定的尽职调查时间偏紧,文件资料量大,并购方律师需要考虑是否需增加人手,或者优先把发现的重要问题报告客户,而在之后的合理时间内完成法律尽职调查报告的撰写。如果目标公司文件提供进程缓慢或过于拖沓,并购方律师则应当及时告知客户,以便通过客户向目标公司施压,相应延长调查时间或促使加快文件提供进程。律师未能把握好尽职调查的节奏,可能会延缓相关各方洽谈交易的进程,甚至导致客户因此而丧失对目标公司进行全面调查摸底的时机,不得已而退出交易。

(5) **做必要的文件摘要。**在进行尽职调查的过程中,律师的作用并非是抄写员、记录员,将所有他看到文件资料、听到的信息不加选择地统统抄写或记录下来就算完成了调查。倘若如此,这种调查对客户而言无疑可能造成极大的成本浪费,并且不能有效地协助客户发现问题的主次,辨明风险的大小,为客户提供有价值的服务成果,相反会暴露出律师在此方面缺乏经验。所以说,文件摘要的好坏也是检验律师是否有好的判断力的一个重要方面。律师在做文件摘要之前应当首先审阅有关文件资料,判断哪些是重要内容和问题,然后将其记录或总结下来,而不应当拿到文件就马上开始盲目地抄录,忽视了尽职调查应有的作用和目的。当然,律师在这方面的判断力并不是生来就有和可以一蹴而就的,需要在做项目和交易的过程中不间断地学习和总结经验。在下文“如何审查目标公司提供的文件”,将会讨论在法律尽职调查过程中如何把握“重要性”原则。

(6) **与各方进行及时、有效的沟通。**主要包括以下几个方面:

▶ **与客户沟通。**律师应当与客户及时沟通,以了解客户的要求和交易目的,并就目标公司在法律尽职调查方面的配合情况以及律师所发现的有关目标公司的阶段性的重大问题向客户汇报。



▶ **与目标公司人员沟通。**帮助目标公司人员理解尽职调查清单和问卷的内容,并就文件资料存在的相互矛盾之处或无法相互印证的问题和情况等与其沟通。

▶ **与政府部门沟通。**就目标公司的项目立项、用地、税务、设立审批等方面存在的问题,在法律规定并非明确的情况下,与相关政府主管部门的官员进行沟通往往有助于有关问题的解释和澄清。

▶ **与其他中介机构沟通。**在现场尽职调查的进行过程中,常常是几个中介机构同时在进行调查或其各自的调查工作在时间上有部分重叠,通过彼此交换信息可以印证某些法律问题是否存在,同时避免因向各中介机构提供材料信息的分散或不同而漏掉重要问题或者无法判断问题的严重程度。例如,仅仅审查业务合同条文本身,律师可能无法判断含有金钱支付义务条款的合同之履行情况,而会计师通过查账即可发现有关合同项下的付款状况,有无到期应付未付的款项。又如,目标公司存在欠缴社会保险费或因逾期缴税被科以罚金的情形,而判断其欠费严重程度或确认是否已缴纳罚金也需要与会计师相互沟通,通过彼此交换信息来印证这些问题是否存在。再比如,与独立进行环境保护问题调查的机构进行沟通,则可以了解到该机构通过实地调查发现了目标公司在某处设有废物填埋场或存在严重的水污染,而这在目标公司提供的文件资料中却未予提及或者语焉不详。这样,律师就可以为客户分析由此而引发的环保方面的法律责任问题。

(7) **起草法律尽职调查报告与报告摘要。**法律尽职调查完成之后,律师需要将有关工作成果以书面的形式记载下来,撰写成法律尽职调查报告和报告摘要向客户汇报。

法律尽职调查报告应当包括对公司基本情况(设立及沿革、股权结构和管理结构、对外投资等方面)、经营许可和合法合规性、各类业务和融资合同/安排、关联交易、公司资产(动产和不动产、知识产权)、环保、劳动、诉讼仲裁等方面的尽职调查情况的汇总,列出发现的法律问题,但是,这

只是报告内容的第一步。由于客户通常并非法律专业人士,无法对所发现的法律问题所产生的风险进行法律上的评估,因此,律师还应当在尽职调查报告中做简单扼要的法律分析,以使客户了解相关问题的法律后果,提示和分析潜在的法律风险,继而评估最终其对交易或客户的影响,并指出有无解决办法以及相关的成本如何。

法律尽职调查报告动辄几十页甚或上百页,如果需要进行尽职调查的公司有几十家,且其情况复杂、历史悠久、涉及各种所有制或企业形式,尽职调查报告的篇幅还会更长。作为并购方的管理层通常没有时间通读法律尽职调查报告,因而在这种情况下,律师就需要将重要或关键的法律问题总结和提炼出来,做成报告摘要(也称重要法律问题清单或概要),以满足客户管理层的要求。

(8) **与客户讨论所发现的法律问题。**在尽职调查的不同阶段,律师都有可能需要与客户讨论所发现的重大问题。即便是出具了重大法律问题清单或调查报告,客户仍可能需要就其中的问题与律师进行讨论。

## (二) 目标公司律师的职责

并购项目中,有越来越多的目标公司在法律尽职调查阶段开始聘请外部律师协助其配合并购方的尽职调查工作。律师应当从以下几个方面协助目标公司配合收购方进行的法律尽职调查工作:

(1) **保密。**在尽职调查过程中,目标公司将向并购方提供形形色色的有关其业务、财务、技术、工程、法律、环保等方面的文件资料和其他信息,而其中很多部分的内容属于目标公司的商业和技术机密或尚未公开的信息,而并购方完成法律尽职调查并不当然意味着并购交易必然会完成。为了防止属于目标公司商业技术机密的资料或信息被披露或泄露给其竞争者或者不当公开,目标公司的律师应当要求并购方及其顾问签署保密协议,对目标公司在尽职调查期间提供的商业技术机密的资料或信息予以保密。

(2) 与并购方和/或其律师仔细磋商法律尽职调查的范围和相关文件资料提供、进场调查以及结束尽职调查的时间安排。

(3) 根据并购方发出的法律尽职调查清单的要求,协助目标公司收集、整理并购方所要求的相关文件,并记录向调查方提供的全部法律文件。

(4) 在目标公司将文件交付并购方及其律师之前,审查相关文件,核查有无超出已经确定的法律尽职调查范围的文件资料或信息。需要注意的是,目标公司律师不应故意隐瞒或将属于法律尽职调查范围的文件资料或信息因其可能对目标公司不利而扣留而不予提供。这样做将可能给目标公司带来消极影响,因为如果在法律尽职调查期间目标公司向并购方披露对其不利的信息,而并购方知悉该等资料或信息之后仍然决定完成拟议的交易,则并购方以后将不能以目标公司存在该等瑕疵而主张撤销拟议的交易。而如果目标公司当时未做相关披露却被收购方后来发现,则收购方将有权根据该等事件影响的程度情况决定是否完成拟议交易的交割或向目标公司索赔。

(5) 协助制定文件资料室的管理规则。建立调查人员出入和资料借阅管理制度,防止集中于资料室的文件资料被擅自拿出、散失和失密,防止与项目/交易以及调查无关人员进入资料室。

(6) 协调安排并购方调查人员与目标公司管理层人员的沟通和访谈,管理法律尽职调查进程,防止不必要或未经许可的拖延。

对尽职调查程序管理不善,可能致使并购方怀疑目标公司有意掩盖问题、在信息披露方面不够诚信、对推进交易的进程缺乏诚意,甚至可能致使并购方因此退出交易。

## 五、法律尽职调查前的准备工作

律师在做法律尽职调查之前,应当做好以下准备工作:了解交易类型和客户的商业目的和法律尽职调查的范围,明确法律尽职调查所处的阶段

和法律尽职调查的方式。在客户提供的有关目标公司的背景材料非常有限的情况下,可以花一些时间上 google 或百度网搜索目标公司的基本信息,包括公司设立存续情况、行业背景、特别是行业研究报告,因为行业研究报告往往能够披露同行业企业通常会存在哪些问题。这样就能有准备而战,即使还没有看法律尽职调查数据库的文件,也能提出一些问题。另外,律师也可以通过把握公司类型、公司规模、行业特点,对可能涉及的典型性问题作出大致方向性判断,比如矿业企业,要先了解矿的类型、是禁止开采还是限制开采、获得采矿许可证要经过哪些程序、矿的储量(小型/中型/大型的矿分别适用什么样的审批层级);如有外资成分,则须研究该种矿的开采是否禁止或限制外商投资。同时,律师还可通过了解类似规模和业务类型的公司的运营对典型性问题进行初步分析。

## 六、如何审查目标公司提供的文件

下文以公司文件为例。

### (一) 如何审查公司基本文件

#### 1. 审阅公司基本文件的目的

公司基本文件很重要,有提纲挈领的作用。审阅公司文件的目的(通常也是得出结论的方面)如下:

- 确定其是否合法设立、依法存续、出资到位;
- 确定是否存在可能影响其设立有效性及存续的因素;
- 确定其股权结构及可能影响股权结构的因素;
- 关注某些文件(如章程、股东间协议、委托持股安排等)的特别条款设置及赋予的特别权利,以及对拟议交易可能的影响;
- 了解公司所属行业和经营范围,以便核实公司是否属于特种行业,



需要取得特殊的营业许可或具备特殊的资质；

- 整理必要的公司信息以供其他方面的分析。

公司基本信息的整理是很关键的，律师需要对文件进行归纳分类，并分清主次，向客户提供最重要的信息。比如一个集团公司有几十家子公司，就要区分哪些是最主要的控股/参股公司并将其作为重点，制作一个体现主要控股/参股公司持股情况的框架图，便于让客户在第一时间清晰地了解公司的股权结构。

初年级律师在审查公司文件时由于经验不足，怕遗漏掉重要信息，所以干脆照单全收。但应注意，文件的摘要并不等于简单的照抄，实际上过多的摘抄只会使重点问题不突出。律师在实践中应当注意学习如何把握拟议交易的核心问题，并在此基础上进行有效的摘抄。

另外，初年级律师往往陷于盲目地、机械地摘抄文件的内容，拿到调查文件还没有通篇审查就开始摘抄，而将法律尽职调查的目的抛在了脑后，忽略了或看不到这些文件中的信息所隐含的重要问题。例如，在股权并购项目中，假如客户希望控股一家公司，而目标公司情况比较复杂，有许多小股东（包括自然人股东），那么在审阅章程的时候就要关注其中有关小股东保护的条款，更重要的还要看法律上保护小股东的规定，必要时应把有关法律中所有相关规定在正文中引用或做成附件附在正文之后。此外，如果股权过于分散，拟议交易的达成将可能在很大程度上受制于小股东的同意，律师应当就此提醒客户，考虑采取一些可行办法以减少不确定性。

在法律尽职调查中，律师一定要对一些特别的问题保持高度的敏感，因为这些特别的问题有可能会对交易结构有影响。有的公司文件（如章程、股东间协议、委托持股安排等）常常包含某些特别条款设置及赋予的特别权利。例如，有一个目标公司为钢铁企业，该企业是从国有改制为民营企业的，其股权结构相对比较复杂，表面上的自然人股东只有四个人，而这四个人分别代表了几百个自然人来持有股份（A代表技术人员、B代表管理人员、C、D分别代表其他人员），这种情况在一般的交易中很少碰到，律

师应当对这种问题引起警觉,将其作为法律尽职调查的一个重点,要求目标公司提供进一步的文件(包括委托持股协议等)。同时,找出问题后一定要结合交易结构来分析:如果这些背后的股东联合起来,对控股股东会很不利,而实际上设计这个结构的最初意图可能就是为了制约控股股东。再比如,某投资者为私募基金,要投资一个公司,目标公司在此前已经引进过另一个财务投资者,此次为第二轮投资。在第一轮投资时就有一整套的风险投资文件(如章程、投资者权利协议等),那么律师就应当对第一轮投资的文件做最详尽的摘要,因为这对客户而言非常重要。此外,目标公司曾经做过项目融资,有一笔10年期的贷款,贷款协议偏向于贷款人,对借款人非常不利,那么我们就必须把所有的陈述与保证事项都摘出来,因为贷款协议偏向于贷款人,则借款人的陈述与保证范围肯定很宽(有可能一次没有支付保险费、一个陈述与保证不真实都会构成违约)。作为后来投资者的律师,一定要了解前一轮交易的性质,并进一步判断对此次交易会造造成何种影响。

在与房地产并购项目有关的尽职调查中,律师对相关问题的敏感性也很重要。比如,律师应当先审查开发商自有物业的建设有没有发改委颁发的开发项目核准,以及跟开发项目有关的其他许可,如建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、土地使用证等是否取得。然后应当审查土地使用权以什么方式获得;如果是出让取得,就要看当时是协议出让还是通过招拍挂的方式来出让;土地的使用条件为何;是否有土地闲置费问题;土地出让金有无支付凭证;地方性法规规定的其他条件,房地权属是否不一致;是否有擅自改变土地房屋用途的情形等。而对租赁物业而言,律师除了需要审查房地产权证租赁合同外,还要审查租赁合同的合法性、租赁登记问题、房地产出租人的权利能力问题、承租人的优先购买权和优先续租权问题、租赁场所的用途等。

## 2. 审查公司基本文件

众所周知,一般公司基本文件包括营业执照、章程、验资报告、年检报

告、其他设立证照(如组织机构代码、统计、海关、外汇、财政、税务登记证照等)、内部规章制度。有些公司的基本文件在任何尽职调查中均不能被忽略,例如公司章程和营业执照。但是,并非所有的公司文件都需要进行摘录或进行说明,比如组织机构代码证,除非确实缺少这些文件或其与营业执照不一致且公司无法提出合理理由。

特殊公司文件可能包括批准文件、批准证书、发起人协议、出资协议、合资合同、股权转让协议、增资协议、股东协议、投资者权利协议、认股权协议、增资、减资、合并、改制批文、招股说明书、短期融资券/可转债募集说明书等,不同公司形式和所有制性质的企业的公司文件会有不同。

在不同的交易中,不同文件的重要性各有差异。如在国有企业改制为民营企业的情形下,改制的批文、资产评估报告、改制方案,甚至政府会议纪要都是非常重要的,应当注意审查、发现隐藏的潜在风险或历史遗留问题(特别是对那些成立年限较长的企业更要高度注意),比如改制的法律程序存在瑕疵、国有资产不当处置等问题。律师在做此类尽职调查时,一定要保持足够的敏感性。

下面就几种主要的公司文件的审查做些说明:

#### (1) 如何审查营业执照

营业执照的内容需要摘录,但是在审阅营业执照的时候不能仅仅是摘录,律师应当通过审阅其内容联想到相关的法律问题,继而发现问题,并带着发现的问题去审查其他的文件。

例如:

- 从企业性质联想是否涉及国有或外资,以便核查关于国有企业改制以及国有资产占有、转移、外资准入等方面的问题;
- 从注册资本判断规模,出资是否缴实;
- 从经营范围判断是否有特殊的行业准入或资质要求;
- 从成立年限联想企业沿革的复杂程度,以便重点审查各阶段企业变更文件;

- 从注册地址判断是否涉及开发区用地；
- 从年检记载初步判断公司是否合法存续。

## (2) 如何审查章程

不同公司类型的章程各有不同,有的交易中目标公司的章程对拟议交易的影响非常重大,但有的交易中却不然。因此在摘抄章程的时候一定要紧紧把握公司类型,并进一步判断章程的内容对交易的可能影响。

章程的摘抄不能过于重视报告模板,需要从章程中发现问题。模板往往会误导大家,比如我们经常看到的模板包含的内容一般有股权转让、董监事的构成、内部批准的限额和批准程序、股东(大)会和董事会的权限问题(否决权)、董事会和高级管理层的权限问题、利润分配、财务报表的编制规则、信息披露等;但有的内容在模板中可能没有涵盖,如股东大会与董事会如何分权、董事会和经营管理层如何分权,如果律师忽视了这些重要内容,在交易文件中没有为了客户的利益而提出修改章程的意见,就是一个很大的疏忽。因此一定要结合交易结构来进行摘抄,有一些看上去很一般的条款可能会对交易结构产生很大的影响(如小股东否决权、经营管理权集中于董事会等)。董事会开会的法定人数也很重要,有的章程可能规定得过于简单,小股东只要在出席人数方面设置一些条款就能抵制股东会的召开,可能会制约公司内部治理结构的运作。

此外,律师在考察目标公司的历史沿革(如过去有没有发生过股权转让、股东变更等)时,也应当关注章程中关于股东会与董事会的分权的内容。在审阅目标公司向律师提供的董事会/股东会决议时,律师应当注意这些公司历史上的变更事项是否符合章程的有关规定,即该等事项是经董事会还是股东会批准的。如果章程中规定某一事项应当由股东会批准,而公司仅能提供董事会决议,则该等事项就不是经公司正当授权的;当然如果相关政府部门已经批准该等变更事项,则可能问题不大,但律师还是应当建议由目标公司安排其股东会对此进行追认。

初年级律师在审查章程的时候往往更注意实体性的规定,而忽视程序



性的规定。但章程中的程序性规定也并非不重要。如章程并不认可通讯表决的方式,但有的决议却是以通讯表决的方式作出的,律师应当作出法律上的判断——违反程序性规定是否会对相关决议的效力产生影响。

### (3) 如何审查公司治理方面的文件

公司治理方面的文件通常包括公司内部组织结构图、公司三会文件(议事规则、工作规程、会议决议、会议记录)、职工代表大会文件、工会文件、高管人员构成、关联机构和关联自然人。

从事对拟上市公司尽职调查的律师可能会对公司治理文件看得比较全面,但在并购交易中有的公司治理文件也是重点。同样,律师必须带着问题审阅公司治理文件。在审查三会文件、职代会文件、高管人员构成时,要考虑有关的约定、议事规则、决议,要考虑其是否会对拟议的交易产生影响。如果审查结束后没有发现该等文件的任何内容会对交易产生不利影响,那么就应当大胆作出结论。

关联交易的问题很重要。律师需要判断:什么样的机构和自然人属于关联机构和关联自然人,哪些交易属于关联交易。针对上市公司、金融机构的关联交易有专门的法律规定,律师应当结合这些法律规定去审阅关联交易文件。

### (4) 如何审查公司历史沿革文件

公司历史沿革文件一般包括以下文件:

- 改制方案及改制批文;
- 政府会议纪要、批文、核准文件、批准证书;
- 监管机构批文、登记备案或核准;
- 资产评估报告;
- 资产剥离、划转或转让协议;
- 股权转让协议。

在审阅历史沿革文件时既要判断某个问题是否为历史遗留问题,也要判断该问题会对交易带来什么影响。

### (5) 如何审查对外投资文件

公司对外投资文件包括集团公司持股图、合资合同、合作协议、股份认购协议、投资协议、认购意向书或备忘录等文件。尽职调查的重点在于考察目标公司的对外投资是否合法、是否出资到位、是否就该投资或持股有悬而未决的问题、争议或潜在的法律风险等。

在做集团公司的尽职调查时,目标公司往往不愿意提供其子公司的文件。这时律师应当建议客户进一步向其索要并审阅这些文件。

需要注意的是,在尽职调查中,律师不仅要审查公司层面,有时也要审查公司股东的情况。比如,如果中国境内设立的 WFOE,最早的境外股东是中国自然人,这时律师应当审阅有关股东的文件,以便查明是否涉及返程投资、关联并购问题。又如,外商投资企业境内再投资,收购目标是被投资的企业,那么律师在论证目标公司的存续合法性的时候也应当查明其股东在进行外商投资企业再投资时是否符合中国的产业指导目录、程序是否合法。再如,在中国设立的合资企业其中一个合资方是香港公司,但该香港公司也是由境内股东持股的,这涉及典型的假合资问题,应该建议客户对香港公司进行尽职调查。

### (6) 如何审查合规经营文件

公司合规经营文件的内容很广,可能涵盖了涉及其合规方面的所有文件。在很多交易中可能问题都是类似的,也很容易发现,关键在于如何提出建议。

审查合规经营文件的目的是为了确定目标公司是否存在非法经营的问题,包括生产经营的合规性(如是否合法取得安全生产许可证、采矿许可证、金融许可证)、建设项目的合规性(是否合法取得项目批文,以及与项目有关的环保、土地、规划、建设、施工批准;建设项目是否经合法竣工验收)。

企业合规方面的主要问题包括:

- 公司经营超越经营范围;

- 建设项目未经适当审批或未获经竣工验收即投入使用；
- 国有资产转让不符合规定；
- 投资项目超越审批权限；
- 非法占用土地或土地使用权的取得存在瑕疵；
- 受到行政处罚,如环保、海关、劳动、税务、质量监督、外汇管理、工商等方面的行政处罚；
- 违反监管要求或未达到监管指标(主要适用于特殊企业,如金融、保险、证券企业)。

以上问题在很多项目中都或多或少地存在。律师不仅要善于发现和揭示这些问题,还必须考虑深度分析这些问题并给客户提供有价值的建议。比如越权审批的效力如何、有没有补救的可能性、补救的成本有多大、目标公司是否愿意配合、法律风险到底有多大。

比如,外商投资项目中常见的一个情况是,目标公司把需经中央审批的项目进行拆分,分别在地方政府审批,以此来规避中央审批。根据国家发展和改革委员会(下称“国家发改委”)的有关规定,未经核准的外商投资项目,土地、城市规划、质量监管、安全生产监管、工商、海关、税务、外汇管理等部门不得办理相关手续。项目申请人以拆分项目或提供虚假材料等不正当手段取得项目核准文件的,国家发改委可以撤销对该项目的核准文件。此外,国务院颁布的《指导外商投资方向规定》还规定,对违反该规定审批的外商投资项目,上级审批机关应当自收到该项目的备案文件之日起30个工作日内予以撤销,其合同、章程无效,企业登记机关不予注册登记,海关不予办理进出口手续。

但是,律师不应当机械地援引和运用这些规定的内容,贸然断言或得出这样的结论:一旦有违反审批权限的情形,上级发改委将必然会撤销下级发改委已颁发的核准文件。因为法律条文是死的,而法律的实施和司法、行政实践往往是活的,律师应当同时注重研究法律法规在实践中的运用和中国的审批实践情况。在行政实践中,商务部门往往是采取限令限期

整顿,把原来分拆的项目化零为整,要求按照项目合并后累加计算的投资总额重新报批。如果项目有实力较强的知名外国投资者加入,再辅以当地政府的大力支持,也不排除项目重新获得批准的可能性。据了解,也确实存在这样的先例。不过,律师在告知客户了解或听说过这样的先例,因而不排除目标公司的分拆项目在化零为整的情况下有获得重新批准的“可能性”的同时,应当提醒客户不能据此认为这是一定能做到的,而主要取决于目标公司是否愿意予以补救、当地政府部门是否给予强有力的支持、是否目前正处于国家宏观经济政策的调整时期等因素的影响。

律师除了分析发改委、商务部门对越权审批项目会采取什么措施,还要考虑是否有其他可能的后果。例如,根据国务院办公厅2001年就越权审批某中外合资公司项目发布的文件通报,该项目越权审批导致的后果是有关进口设备不能享受合资企业免征关税政策,其主要生产原料天然橡胶进口配额也无法得以解决。此外,在越权审批的项目中土地使用权的取得也可能是不合法的。因此,律师应当综合、全面地考虑问题,以免漏掉重大的法律问题。

## (二) 重大合同

### 1. 什么是重大合同

一般而言,除因各特殊行业企业业务的特殊性所决定的特殊类型的合同外,公司的重大合同可能包括贷款合同、担保合同、其他融资合同或文件、战略合作协议、不竞争协议、保密合同、委托代理协议、供货合同、长期供应合同、销售合同、经销/分销合同、采购合同、进出口合同、运输合同、保险合同、融资租赁合同、特许经营协议、技术研发或服务协议、知识产权许可协议、资产买卖或租赁协议、公用设施(如水、电、气)供应等不一而足。

律师对重大合同进行尽职调查文件审阅的目的是:查明相关合同是否合法有效、是否存在对目标公司设定的特别或过度的合同义务或是否有任



何限制性条件,有无其他特殊合同安排;确定合同权利是否可以得到法律保护、对目标公司的合同权利义务的转让是否需要取得第三方的同意、合同的履行状况、是否存在合同争议等。

一般而言,已经履行完毕的合同无需审阅或做摘要。此外,如业务合同大部分采用的是自己或对方的格式合同,则通常无需将同类合同逐一摘抄,仅将格式合同的主要内容摘要即可。但对采用特殊或不同格式或范本的合同,则应当分别做总结和摘要。

## 2. 如何判断哪些合同是公司的主要业务合同

律师应当如何判断哪些合同才属于目标公司的主要业务合同呢?显然,目标公司为其员工租赁 150 平米宿舍或自行车车棚的租赁协议不能算是公司的主要业务合同。律师在此方面至少应注意以下几点:

- 要了解目标公司的经营范围、业务特点到底是什么;
- 应当对目标公司的管理层进行访谈,了解公司的经营模式,以助于弄清楚与该业务经营模式相关的业务合同;
- 审阅财务尽职报告和公司审计报告;
- 与会计师和客户进行沟通;
- 重视关联公司之间签订的合同;
- 重视争议标的巨大或可能会目标公司带来重大风险或支付义务的合同。

## 3. 怎样在法律尽职调查报告中描述和分析重大合同

这包括三个方面:对合同重要条款的摘要,对合同合法性的审查,以及对合同条款进行做全面法律分析。

### (1) 重大合同摘要

律师在审查各种重大业务合同时,一般应当对涉及以下方面内容的重要条款进行摘要,向客户报告:

- 合同的基本信息,即这个合同是关于什么事宜的;
- 对价条款,即经济性条款或有金钱性支付义务的条款;
- 违约责任条款、补偿条款;
- 合同的解除条款;
- 排他性和不竞争性条款,特别是关于产品的销售和投资人进行与目标公司相竞争的投资和业务发展的条款;
- 控制权变更条款;
- 保质期、售后服务的条款;
- 合同转让条款、合同有效期条款;
- 法律适用与争议解决条款。

需要说明的是,并非所有的重大业务合同均无例外地包含上述内容。律师仍需要对属于特殊行业企业的特殊合同的重要条款作出判断和进行摘要。

## (2) 关于合同的合法合规性的判断

律师首先要看合同所适用的法律是什么。如果适用法律为中国法,则应当根据中国法律审查有没有什么条款是违反中国法律的。如果管辖法律为外国法,则应当审查法律选择是否违法以及该合同约定是否违反中国法的强制性规定。

## (3) 对合同条款的分析

律师在对合同条款的法律分析时,应当着重从以下几个方面进行入手:

- 是否会影响拟议交易的条款(如控制权的变更的问题);
- 并购交易完成后是否会加重并购方的义务;
- 是否会影响到目标公司将来的权益和义务的承担;
- 是否为不合规或不合法的条款;
- 是否为有别于惯常的条款。

下面以债权债务合同的审查为例,来说明如何对重大合同进行审查。

审阅债权债务合同的目的是对负债和或有负债进行描述,确定其风险,发现非常规的安排,评估对公司净资产的影响。

律师审查债权债务合同的重点通常在于如下方面:

- 目标公司作为债务人,关键的融资、贷款是否能够维持;
- 目标公司作为债权人,其债权或资产是否无法收回或灭失;
- 目标公司作为担保人,其债权或资产是否涉及诉讼,被执行;
- 委托理财是否有重大亏损或存在争议;
- 是否有职工非法集资等非常规的融资安排;
- 公司之间是否存在非法拆借(这种情况在中国很常见,关键在于如何评估潜在法律风险的程度,收回利息和本金是否存在法律上的障碍);如果是目标公司借给他人很多钱,此时就要重点提示法院不会支持利息,而且客户肯定不希望看到目标公司的资金被其他公司占用,那么在写交易文件时也要把相关内容放到先决条件里去;

• 是否存在向关联人提供借款或担保的情形。母子公司之间或其他关联企业之间的拆借往往没有书面合同、不约定利息和期限,律师应当描述一下事实,并指出对客户而言可能有潜在的风险。

在审阅债权债务文件时,律师还应当重视以下几点:

- 要有重点地审阅,不必去摘抄所有的贷款合同,因为实际上很多中资金融机构的贷款合同都采用标准合同版本,且往往都约定了借款人发生股权转让、资产转让、重组都必须经过贷款人事先同意。有可能审阅了几百份贷款合同得出的都是相同的结论。
- 要及时与会计师互动,因为债权债务范围很广,除了已发生的实际债务、或有负债,可能还包括供货商、赞助商的债权,会计师也需要对此进行分析。如果律师能够借助会计师的分析,效率会提高很多。如果会计师发现一些融资文件比较重要,他们可能会提出来,律师就可以从法律上进一步研究;对一些不正常的贷款安排(如集团内部资金拆借、有优惠条款的贷款等),律师再进行深入审查。

- 相比较贷款合同中的贷款金额条款,律师更应该关注的是什么情况下会构成违约事件或对陈述保证的违反。当然,现实情况是银行一旦放款就失去了优势地位,即使有一些小的违约情形,银行一般也不会轻易行使其权利。

## 七、法律尽职调查的成果——尽职调查报告和摘要

法律尽职调查完成后,调查方的律师应当将其发现的问题、其对问题、风险及其程度的分析、建议等编制法律尽职调查报告和重大法律问题清单或报告摘要,并提供给客户。

律师应当在法律尽职调查过程中,及时向客户提供阶段性报告,以便于并购方控制调查进程、确定是否需要调整尽职调查范围和时间、了解卖方对交易的态度以及及时获知重大风险。

在法律尽职调查结束时,律师应当向客户提交法律尽职调查报告。法律尽职调查报告的基本框架一般按照尽职调查文件清单对文件所属事项类别的划分而来,即大致分为公司基本情况、资产状况、知识产权、重大合同、劳动和社会保险、环境保护、诉讼仲裁等。而法律尽职调查报告的内容应当包括法律尽职调查中的发现以及问题、对所发现的问题之法律分析、风险大小的判断以及向客户提出的建议或应对措施。

由于起草法律尽职调查报告的时间较长,而客户往往希望尽快了解目标公司的重大问题,所以需要律师先将重大法律问题清单或报告摘要发给他们。顾名思义,重大法律问题清单或报告摘要是对法律尽职调查中发现的重大问题或发现的高度概括与总结,而不是对尽职调查报告的简单摘抄,并且最好对风险等级进行从高到低进行划分和分析,突出重点,以便使客户在第一时间了解最重大的问题。



## 八、法律尽职调查应特别注意的问题

### (一) 尽职调查需尽审慎之责

#### 1. 关于尽职调查的范围

法律尽职调查应当在约定的范围内进行,要有所为和有所不为。不属于法律尽职调查范围内的事项,就一定要和客户讲清楚,绝不能大包大揽。这是因为如果尽职调查超出约定的范围,不但可能会增加客户的法律费用成本(当然这取决于收费方式如何),更有可能由于包揽了并非属于自己专业范围的调查工作而造成失职,导致不必要的执业风险。

#### 2. 尽审慎之责

对于属于法律尽职调查范围的事项,律师则必须尽到审慎的职责。例如,律师在审阅目标公司提供的文件资料和对管理层进行访谈时,应当注意这些文件资料是否足够、能否互相佐证还是相互矛盾,是否需要发出补充问卷和补充文件清单;关于同一事项的文件资料不清楚或模糊之处,应当进行管理层的访谈。不仅如此,在做法律尽职调查的时候,律师还应当要保持独立的判断,不要被人误导。对公司人员的陈述、说明或解释不要轻易去相信,因为很多时候公司有关陈述、说明或解释有意无意地是错误的或片面的,律师应当将访谈结果与基于现场调查以及从其他来源获得的信息相对照,核查是否存在重大差异或不一致。

又如,有的企业提供了税收主管部门的完税证明,但是在尽职调查过程中发现有证据证明该企业实际上有偷漏税行为并且数额巨大。在这种情况下,律师应当及时报告客户并进行法律分析,不能仅依赖相关政府部门出具的完税证明就认为完全没有法律风险,也就是说即便有政府部门出具的证明文件,也不应当影响到律师的独立判断。律师可以先说明该公司

与政府部门有良好的关系,因此借助这个优势获得了完税证明,但根据其他证据显示其有偷漏税的情形,这与完税证明是相互矛盾的,然后说明法律后果和实际的风险,建议在交易文件中由目标公司在税务合规方面作出声明和保证,并设计违约条款来保障客户的利益。

另外,基于审慎原则,律师对于一些重大或关键的文件,如执照、许可、批文等或财产抵押登记文件,应当到相关政府部门进行独立调查核实。

在做法律尽职调查的过程中,地方法规是律师进行法律问题研究和分析所不能和不应忽视的,特别是关于劳动管理、社会保险、房地产等问题的分析和研究。

### 3. 关于范本的使用

作为初年级律师,往往容易仅仅依赖或照抄已有的法律尽职调查文件清单的范本,把范本清单上公司的名字改动一下就发出了。这可能会产生非常不利的结果。因为尽管这些范本总结了许多类型交易或项目所通行或共有的问题类型,但是对某一特定的交易却并非完全适用,甚至可能是大部分并不适用。例如,从事某些行业需要取得特殊的行业准入、资质要求、业务营业许可(如电信运营商需要取得电信业务经营许可,金融机构需要取得金融业务许可证,而房地产开发企业需要取得房地产开发资质)或者行业或技术方面的认证(如压力容器生产企业和电子产品生产商),且不同的行业或企业又会涉及不同的法律问题或合规要求(如制造商通常有环保合规问题,保险公司要符合保险监督管理机构的监管要求)。基于上述原因,清单范本最多可以具有某些指导性作用,而不能机械地照搬于每一项目的尽职调查中。在草拟尽职调查清单时必须考虑到特定项目中目标公司所处的行业,其业务的特殊性、所有权属性、是否为上市公司等,而不能生硬地把对药品生产企业的尽职调查所用的清单用于对金融机构、加油站或媒体公司的尽职调查。

法律尽职调查报告的范本也仅仅具有参考和借鉴性。即便是对同一

行业中企业所有制形式相同的企业的尽职调查,也因每一个企业的发展和业务运营具有其独特性以及客户对拟议交易有特别的商业考虑或架构要求因而对尽职调查有特殊要求,而不能简单依赖和套用以往项目的尽职调查报告。也就是说,根据行业和交易类型的不同,可能需要采用不同的体例或者关注不同的问题。

#### 4. 注重与他人的沟通和交流

审慎原则还体现在对复杂的问题应当反复论证和研究,并与有经验的律师一同探讨;对不属于自己专业领域或不太了解的问题,应当请教对该专业领域问题有较多研究和经验的律师。对于从文件资料和相关规定中弄不清楚的问题,需要咨询有权的政府主管部门。

如前所述,律师还应注重和其他中介机构的沟通和信息交流。尽管各中介机构进行尽职调查的角度和方法不同,但是对某些相关的问题却可以进行相互印证和核实。

在法律尽职调查进行的过程中,往往有会计师事务所同时在现场做财务和税务调查。有许多问题律师都应当通过与会计师相互交换有关信息来进行印证。比如说,目标公司以出让方式取得土地使用权,依法应当缴纳土地出让金,但其是否缴纳则需要会计师事务所通过查账的方式核实;某公司适用的税种有所得税、营业税及增值税,并受到了税务处罚,但其是否履行了纳税义务,是否实际缴清所处罚金,同样要取决于会计师事务所的查账结果。同样,环保和劳动事宜的合规也同样需要与相关独立调查机构或客户相关调查团队的沟通与交流,以免遗漏重大法律问题。

#### (二) 重要性原则

通常,律师需要在规定的较短时间内完成对目标公司的法律尽职调查工作。如何在有限的时间内为客户找出重大法律问题,为其作出是否有意继续商谈拟议交易的决定提供第一手的资料,提供有价值的服务,是对初

级律师的判断力的考验。在目标公司提供的文件资料内容繁杂、数量众多时尤其如此。

比如,对于目标公司没有获得土地使用权证的问题,律师需要弄清楚该块土地的大小,该块土地在拟议交易完成后是否不属于资产转让之列,是否构成目标公司核心资产,是否是核心业务所占用的土地,从而判断该等问题对于拟议交易是否构成重大障碍。

在审阅合同时,律师可以将所有合同先进行分类。如果属于有金钱给付义务的合同,律师应当在考虑企业规模大小和业务经营特点和类型以及与客户、会计师交流沟通的前提下,确定在特定合同金额以上的合同为重大合同。涉及目标公司金钱支付义务的诉讼或仲裁案件也可以据此来判断其重要性;而合同如果包含对目标公司设定重大义务或限制性承诺(比如保密协议、不竞争协议、排他性合作协议),则此类合同也应当被视为重大合同。合同有效期限长的相对于有效期限短的更加具有重要性;环保、税务违法也应当根据所造成的后果来判断是否属于重大问题。总之,在重要性的确定上,律师需要基于很多因素来判断,不可过于机械。

### (三) 善于分析法律风险,提出解决方案

发现问题只是法律尽职调查的一部分,并不以为客户创造完全的价值。因为客户不是法律专业人士,需要律师就其发现的法律问题进行分析,并协助客户评估潜在的法律风险及其对拟议交易或项目的影响程度,有无可行的办法规避或解决,解决的财务成本和时间成本为何,有无阻碍交易或项目发展的致命缺陷或障碍,致使交易或项目无法继续进行或者虽非致命却为重大的风险,如果不在可以接受的一定时期内解决,交割就不能完成。

作为律师,一定要有能力帮助客户作出判断,哪些问题可以用钱解决,解决问题的金钱成本是多少,从而协助客户决定是否愿意承担或与其对手分担该成本,而哪些问题是无法用钱解决的问题,该等问题是否能解决,是



否能在客户能接受的时间内解决,是否会构成致使客户决定交易不再继续的主要因素。

比如在房地产并购项目中,目标公司未获得规划许可证,那么这一瑕疵是否构成交易的致命缺陷,需要律师结合具体情况进行分析。实际情况为,开发商已经取得了法律要求其应当取得的房地产开发和销售的其他权证。由于建设项目的审批流程为环环相扣,公司未获取其规划许可证可能只是因为一些小问题,这个时候律师就可以据此判断实际风险较小,从而建议给目标公司一个补救的机会,即要求其在交易完成之前办理相关手续。所以,律师在作出判断时,一方面要向客户提示问题,另一方面也要对实际风险进行一个评价并提出建议;既不要让次要问题成为断送交易的因素,也要让投资者得到适当的保护,而不应过于保守,不敢作出相应的判断。

另外一个国有资产转让经常出现的问题是:没有进场交易、没有评估、没有经过批准。律师通常会援引国有资产管理规定中最严格的说法,即可能被认定为无效,但投资者往往很不满意这样的回答。例如某国有企业转让下属企业的股权,未进场交易、无评估报告、只有集团作出的关于转让资产的批准,境内外律师都认为这有问题。但是,要求目标公司再去走进场交易的程序不太现实,客户又想继续交易同时可以降低或防范风险,这样律师可以建议客户要求目标公司出具一封承诺函,承诺其将对该股权转让无效而导致投资方的任何损失承担责任。

具体而言,在法律尽职调查中,律师需要对其发现的问题作出以下判断:

- 存在哪些法律风险和法律后果? 现有的信息是否足以使其作出判断;如果需要目标公司提供进一步的信息,则须要求其提供相关信息或做进一步调查。

- 相比理论上的法律风险,实际的法律风险如何? 对目标公司的生产经营是否会产生实质性影响?

- 该等法律风险所产生的影响是实质性的、重大的、有一定不利影响还是虽有不利影响但影响并不大？

- 法律问题是否有可能予以补救？如果可以，有哪些可行的补救措施？

- 如果有多种补救措施，各种补救措施的优劣性如何？

基于以上，在以下方面协助客户作出决定：

- 撤出交易；
- 重构交易；
- 要求降低交易价格或延长付款期限（在法律允许的前提下）；
- 接受有关风险，但要求列为交割的先决条件或交割后的义务；
- 在交易文件中要求交易对方进行补偿或赔偿安排或提供令人满意的担保。



## 第八章

# 如何在法律文件中 准确使用英文

(君合律师事务所 朱核 刘觉西 律师)





朱核  
(合伙人)

朱

核律师 1987 年毕业于北京大学法律系,获法学学士学位,同年前往美国留学,1991 年获得美国哥伦比亚大学法学院法律博士学位。

朱核律师在商业法、基础建设项目开发、融资及相关的并购方面有多年的专业经验。

朱核律师在中国大陆、香港、台湾和新加坡的跨国并购(包括对内及对外投资)、技术许可、合资及国际商业交易及扩展等方面有丰富的经验。他的业务涉及的行业包括化工、石化、医药、包装、地产、信息技术、互联网、生产行业、橡胶及计算机软件等。他也代表中国公司在海外开发基础设施项目及进行并购。

在 2004 年加入君合之前,朱核律师曾在几家美国著名律师事务所(如何威、麦坚时、世达)任职,并在纽约、新加坡和香港有十多年的工作经验。



刘觉西  
(律师)

刘

觉西律师 2002 年毕业于香港大学,获得法学硕士学位,并于 2009 年获得美国波士顿学院法学硕士学位。

刘觉西律师主要从事外商投资、公司业务、知识产权法等方面的法律服务,曾全面参与了多个互联网行业的跨国并购,为外商在中国投资和公司运营等事务提供全面的法律服务。刘觉西律师曾作为主要项目成员参与一个 11 亿美元 BOT 电厂项目,为中方业主提供全面的法律服务。



非诉讼业务律师在为国外客户提供法律服务时,不可避免需要使用英文起草法律文件。律师能否准确地使用英文直接影响到法律分析内容的传递,进而影响客户对律师信任和信心度的建立。本章主要归纳总结国外客户对法律服务的要求,使用英文起草各类法律文书过程中需要注意的问题,以及英文写作技巧。同时,本章就如何提高英文写作能力提供了资深律师的一些经验和建议。

## 一、国外客户对法律服务的要求

### (一) 希望与律师维持长期的合作关系

国外客户如果对选定的律师事务所十分满意,往往不会轻易更换律师事务所,一用就是好几十年,而且把公司所有的事情都交给律所来协调。有很多非常大的国外公司客户,三四十年从来不换律师事务所。针对国外客户的工作也是方方面面,涉及各种各样的业务,不仅有公司业务,也包括诉讼、知识产权。作为一个律师事务所,如果能够和客户维持这样一种长期的关系,对律所增长业务有很大的好处。另外,从律师的个人发展角度看,如果能够比较长期地了解一个公司的经营模式和行业特点,也会发现这是一个很有意义的学习过程。客户与律师之间的合作关系不仅仅是就一个具体的问题由律师给他们研究法规、提出一个法律意见这么简单,而是让律师慢慢熟悉整个公司所属的行业。而且,客户跟律师合作的时间比较长了之后,一般就不会想换律师,因为换律师会增加客户的费用和 risk。客户经过这么多年让律师对公司有一定的了解,重新换一个律师,客户还要去培训新的律师去了解公司的情况。这是国外客户的一个明显的特点。

在中国,一个律师事务所里有很多合伙人和律师在同时处理很多客户的很多事情,而在美国某些大型律师事务所的一些合伙人,他们可能执业以来很长时间就主要服务于几家大公司,但是,仅这两三个公司就可以给

他带来足够多的业务,让他有很多的律师,都能为他及其客户工作。所以,从这个角度来讲,国内的律师也应该有这个意识,把每一件工作都做好,注重细节,让客户对我们律师的工作质量比较放心,并希望客户以后将有关于中国法的问题都交给我们来处理。

## (二) 涉外业务律师必须理解英美法中的概念

面对国外客户,工作中需要律师能够理解一些英美法中的概念。国内很多律师都在国外读过书,对英美法有一些了解;另外,即使没留过学的律师,对一些英美法的基本概念在学校里也有一些了解。但泛泛的了解在很多时候是不够的,有时对于具体问题还需要自己主动地有意识地去做一些法律研究,研究客户提出的英美法中的一些法律概念在中国法中究竟对应的是一个什么含义。比如客户提到一个概念的时候,也许这个概念我们不能通过查字典或其他简单途径就能找到对应的中国法律概念,那么它里面的内涵究竟是什么,我们需要通过法律研究去弄清楚。比如说,大家都理解期权(stock option)的含义,但它的一些变种,如很多公司现在推行的一种激励计划叫 Restricted Stock Unit (RSU),是什么概念呢?这跟期权有什么不同呢?在中国法下到底应该归到哪一类里呢?再比如,在一个公司并购交易中,客户让我们帮他起草一个地役权协议(easement agreement),涉及在公司并购过程当中,卖方和买方需要有一段过渡期,在这个过渡期内,一个厂房如何给另一个公司的员工提供这种地役权(easement)。这在中国法下的相对应概念可能就是地役权或民法中的相邻关系。律师起草法律文书,最终目的是要提供一个清晰的答案。在这个过程中,律师应该进一步努力地去学习,去查找一些资料,这样的能力是很重要的。对于某个英美法下的法律专有名词的含义,不要想当然,去深入地做一些研究,就会有新的理解。

几年前我们的律师被一个美国律师问到“clawback”的含义。现在这些概念在网上就能很容易地查到。但当时,我们的律师为了理解这个词费

了很大的力气。最后通过 google 查到一个英国律师写了一篇文章,其中用到了这个词。我们写了一封邮件给这个英国律师,问及“clawback”的含义,并获得这位英国律师的详细的回复。“clawback”可以理解为追索权,例如,在合同中,一方(公司的股东或公司的债权人)可以根据 clawback 条款,追索公司支付给董事或者高级管理人员的巨额工资,如果公司股东或债权人能够证明,该等款项的支付损害了公司履行义务的能力。所以,在回答很多问题的時候必须确切明白了每个词语的含义后,我们才能够准确地对这个问题在中国法的基础上作出回答。

### (三) 律师要以客户能理解的方式来表述法律意见

面对国外客户,律师在表述一个意见时,不要简单地照抄法条。年轻的律师常常会采用直接引用法规的方式,认为这样表述意见更为准确,但实际上国外客户一般不会耐心地去查看律师直接引用的法规。中国的法律经常缺少主语或者某个地方不完整,单独看一句话,国外客户很难理解这里真正的重点或者其所表达的意思。因此,除非客户本身是律师,并且希望仔细探讨某一条中国法律规定,否则一般情况下,律师应该用通俗易懂的语言将法规的意思表达出来。表述要直截了当,而且要让读者把他的角色带进这句话里。

### (四) 律师与客户的沟通

国外客户特别强调律师跟客户的沟通。公司内部法律顾问常常强调公司外部律师与公司内部的法律顾问要建立起比较密切的联系,公司外部律师应了解客户的需要,要创造出一种沟通的环境,让客户觉得律师是一直在为客户的事情思考,而且律师也一直在想方设法创造渠道和客户进行沟通。

### (五) 律师应具备的专业素养

国外的律师行业有很长的历史,律师在社会上的作用也非常重要。整

个社会、公司及业界均对好的律师的工作有一个类似的标准、统一的要求和期望值。

律师一定要注重细节。一个文件写完之后一定要仔细地阅读,检查每句话会不会有任何含糊,包括标点符号、大小写以及定义的一致性。

律师要对客户提出的问题作出及时、准确的反馈。如果客户就某一项工作明确提出了一个完成工作的期限,律师无论如何都要在这个期限内完成工作。如果存在问题,一定要提前向客户说明。如果到最后一刻才向客户表明无法在期限内完成工作,从专业素养来说,那是没有职业水平的律师的行为。

如果律师离开办公室,一定要设置邮件的自动回复。有的国外客户给律师一个文件,一般都假定律师是看到了的。如果客户发了一个邮件,律师一直没有回复,客户无法了解律师是否在处理这个事情。所以一般来说,应该创造一切可能的办法让客户知道律师的状况。

## 二、法律文书的写作

### (一) 了解客户的需求

律师在开始起草法律文件之前,应先了解法律文件的读者是谁,他们有什么专业技能和知识,他们需要的是什么。一般来说,公司网站上有很多有用的信息,包括他们是从从事什么行业,同时,律师与客户往来的邮件以及客户提供的公司简介也能提供有用的信息。另外,律师应了解文件的读者是业务人员、公司内部律师,还是外国律师。对于不同的读者,律师起草的法律文件,包括行文的语气都是有差异的。有的公司内部律师专门负责公司的跨国交易,他们的经验不亚于很多专门做并购交易的律师。面对这一类的读者,律师就没有必要花过长的篇幅去向他们解释他们可能已经熟知的问题,如通常的交易结构,资产收购与股权收购的区别,交易是否涉及



政府管制,是否涉及反垄断审查,等等。但这一类问题的一般介绍对于一个可能不太有经验或者不太大的公司来说,是非常有价值的。如果读者是客户的业务人员,这些人往往非常繁忙,他们不会有耐心去看一个长篇大论的备忘录。所以对这样的客户来说,应该在文件的开篇提供一个总结性分析或者结论,同时一定要把这个问题简单地给客户概括一下,让客户在很短的时间内看完你准备的文件,同时一下就能抓住重点。这个对很多年轻律师来说不是很容易,但是可以不断总结经验,在这方面动脑筋,时间长了,自然就会得心应手了。

## (二) 撰写英文文件的步骤

### 1. 明确问题

首先,律师要把客户提出的问题仔细地读几遍,有一个大致的印象,大致判断一下这项工作要花多少时间,并协调好这项工作与律师手上其他的工作完成的先后次序。有的问题看上去几个小时就能完成,但在深入思考后,律师会发现在短短的时间内根本无法完成。所以,律师在着手开始工作以前,一定要先把问题仔细地读清楚。如果律师对问题的理解存在疑问,必须及时与其他律师或合伙人讨论,看是否需要客户澄清。

其次,律师在收到客户提出的问题,发现有不清楚的问题应该立刻提出,并且尽量一次把需要了解的问题全部都提出来。有些问题一开始没有问全,到以后开始起草文件的时候才发现可能这个事情还不清楚,这个时候再去向客户提问题容易给客户留下不好的印象。

再者,在回答问题的时候要把每一个要点都答进去。不能想当然认为这个问题客户已经明白了,同时要把不同的要点分开具体回答。

### 2. 答复方式

对于很多客户的一般日常的问题,用邮件与客户交流更为常见。这样

也是考虑到客户阅读的方便,因为有些外国客户经常在外出差,他们习惯用 Blackberry 阅读往来邮件。所以针对客户的一般日常问题,律师可以直截了当用邮件方式回答。但律师应注意,写完邮件后应该使用邮件里面的拼写检查功能检查拼写错误,或者把邮件粘贴到 WORD 文档里检查拼写、语法错误。对于涉及某个问题比较具体的讨论,行文篇幅较长,分析需要画图予以辅助的,则采用备忘录的形式更为合适。

### 3. 跟进

律师完成法律文件发给客户以后,可以有一些适当的跟进。就某个文件,如果律师需要客户的意见,客户没有给予反馈的,律师可以适当跟进,询问客户的意见。但一般来说,律师将文件发给客户后,不需要催促客户给予反馈。

## (三) 邮件、备忘录、法律意见书及合同的英文写作

### 1. 邮件的英文写作

#### (1) 格式

回复客户的邮件不用过分重复他的问题和背景。但是如果这个客户介绍的情况比较混乱,律师可以在前面把客户的问题和背景稍微整理一下,再依次回答客户的问题。每个段落前面都应该有一个标题。格式上,律师写邮件也要把它当成备忘录一样以相同的重视程度去写,问题都要写清楚。

#### (2) 注意事项

##### 1) 解释和说明(Cover Notes)

有时给客户的邮件不是直接回答问题,而只是解释和说明,如律师修改客户提交的合同后,在邮件中就所作出的修改进行解释和说明。国外客户或美国律师都非常注意律师的解释和说明。即使问题已经在邮件的附

件,即合同修改稿,中说清楚了,律师还是需要在邮件中对问题进行解释和说明。因为让律师修改合同的客户往往是公司的内部法律顾问,也有可能是外国律师。合同中的条款公司用了很多年,是基于国外的或公司的标准起草的条款,客户一般不希望律师做大量的修改,如果确实有修改的必要,律师要给客户理由。修改的理由当然也可以写在附件里,但是最好还在邮件里面给客户概括地说明一下。有的时候,客户询问律师对合同的意见,并不一定要求律师直接修改合同。在这种情况下,律师只需要向客户提出意见,指出问题,提供建议。这一类的审阅合同的意见,一般来说需要写有四个部分。第一,律师审阅了什么文件;第二,该合同是否违反中国法,对合同的可行性做一个整体的判断;第三,提出对合同的整体意见(*general comments*);第四,按合同条款顺序提出与条款相关的具体意见。

又如,我们给客户准备一些申请文件,这些文件包括递交审批机关的文件以及工商局的文件。律师给了客户十几个附件,让总公司去签字。律师可以在 *Cover Notes* 里笼统地说一下每个文件签几份,怎么签,律师也可以很耐心地跟客户说,这个附件包含十个文件,题目是什么,是中文还是英文,客户是应该中英文都签,还是英文只是一个仅供参考的翻译件,文件签几份,签名应该签在第几页。这些应该在 *Cover Notes* 写得非常详细。好的律师碰到这种情况就会很仔细,客户也会非常认可律师花时间把这个问题写清楚,让他的法律部门工作更便利。

## 2) 根据客户要求回答问题

有的时候,客户问一些问题,希望律师直接回答“是”或“否”,这种情况下,律师不要进行过多的法律分析。如果答案是明确的,可以直接给客户明确的答复。

另一种情况是外国客户提出问题,希望律师能帮助他理解为什么会有这些问题出现,并且希望律师能够理解他们的思路,并结合中国的法律和具体实践操作把这个问题讲明白。例如曾经有美国客户问中国增值税法规变化的问题。因为该客户的中国业务管理人向客户报告有关增值税

的变化,而美国没有增值税,很多美国客户都不太能理解增值税的概念。这种情况下,作为中国律师就应该把背景情况,以及政策法规都向客户介绍一下,以客户能理解的方式把问题写清楚。

### 3) 注意人称的使用

有时中国人看外国人的名字,无法判断对方的性别,如果很冒昧地称呼对方 Mr.,但后来发现对方其实是一位女士,则会出现不必要的尴尬。美国人都比较喜欢直接称呼对方的名字(first name),这样的好处是避免尴尬。如果客户的文化比较喜欢直接称呼名字,则律师可以直接在邮件开篇称呼对方的名字,可以用“dear”或者“Hi”。但中国人或日本人一般不习惯直呼对方名字。欧洲的习惯也可能不一样。另外,如果律师的邮件是写给客户的,可以称客户的公司为“your company”。但如果邮件是提交给负责这项工作的合伙人的,称客户为“your company”就不合适,应该直接写客户的名字。再者,人称要注意前后一致。

### 4) 行文的语气

律师写邮件要注意行文的语气。有的用词在西方人看来是很不合适的,但由于文化上的差异,中国人不会有很明显的感觉。比如,用“I assume you understand”,这在西方人看来是非常傲慢的语气,但中国人就不大会有这样的感觉。再比如,律师告诉客户三天以内给客户回复,末了写“I hope that is fine with you”,也是不礼貌的,这让客户感觉是让客户配合律师的时间安排。换一种表述,就会让客户看起来有不同的感受。律师可以说,我们预计在什么时间给客户回复,但如果客户有特别紧急的情况的,请告诉我们,诸如此类。行文语气的把握对年轻律师来说并不容易,尤其是我们的母语不是英语,这需要在写的过程中慢慢感受、逐渐积累。

## 2. 备忘录的英文写作

### (1) 重要性

律师向客户出具法律备忘录,提供意见和答案,是需要承担责任的,因



此法律研究一定要做到位,意见表达一定要准确。

## (2) 备忘录的架构

备忘录与邮件不同,备忘录是一个独立的文件,比较完整,前因后果都介绍得比较清楚。写邮件一般直接回复客户提出的问题,所以不必交代太多的背景,写备忘录有一个好处,律师可以在备忘录的正文里或者是在附件里,使用图表、结构图、比较表,以及法规目录等。另外,律师在起草备忘录时可以使用脚注解释很多问题。下面简单介绍一下备忘录大致的结构和组成部分。

首先,对问题的背景进行简要的介绍。律师可以在这一部分内容定义一些专有名词,比如,公司名称,备忘录需要引用的法律名称等。另外,律师可以将备忘录的全文概要放在这一部分。如果备忘录是针对某一法律问题,那么该法律问题也应该在这个部分提出。第二部分介绍备忘录涉及的法律法规。一般来说,律师要避免直接引用法规的语言,应该用自己的话做一些调整,使法规语言通俗易懂。下一步是分析,是备忘录最重要的一部分。有的律师在分析一些比较简单的问题时,就很容易把这一步忽略掉。因为这些律师认为他已经把法规的规定写出来了,答案已经显而易见了。但实际上,律师把法规写出来以后,还要加一句推论的结果。这句话其实并不多余,因为有的话虽然显而易见,但是如果写上去就会有一个完整的逻辑分析的过程。结论部分可以放在备忘录的前面,也可以放在最后。如果律师希望一开始就给客户一个明确的答案,则可以将结论放在备忘录的前面。

如果备忘录的篇幅较长,一定要避免有过长的段落。律师一般应在意思有变化的时候分段。文章比较长的时候,应该加一个小标题,这样也是为读者考虑,让读者明白律师这一大段内容都是在写什么。另外,要避免过长、过于啰唆的句子。读者都喜欢简单明了的句子。

例如,如果律师需要表达这件事情应该这样做,因为什么,而这个“因为”要说清楚需要很长的句子,那么律师可以考虑用(a)、(b)、(c)这样的

序号把这个长句子分开,以便于理解。

一句话如果有不同意思,可以分开用独立的句子写,句子与句子之间可以用一些连接词,例如“therefore”、“however”、“nevertheless”。正确地使用连词,能够体现律师分析整体的逻辑性。外国人的思维方式要求律师的逻辑分析具有连贯性,律师在分析过程中不能省略推理过程中的任何一个环节,否则国外客户无法理解结论是如何推导出来的。

### (3) 注意事项

#### 1) 注意用语言保护自己

以电话咨询为例,实践中经常会遇到法律规定不清楚、不一致、有漏洞的情况,需要电话咨询主管机关。但电话咨询结果一般不能在备忘录中直接写为我们的结论,回答的官员往往说的是个人意见,不代表官方口径,不同时间咨询、不同人回答结果可能不一致。因此律师需要用语言保护自己,不能说得太过绝对。在备忘录中表述电话咨询结果时,应写明:(1) 为匿名口头电话咨询(因为一般未经过客户允许,不能披露客户的名称);(2) 中国法律没有明确规定,对此问题不同的官员可能有不同意见;(3) 在实际操作中、地方执行上可能有变化;(4) 需要以最后实际办理为准。

#### 2) 注意阅读对象

如果备忘录的阅读对象是业务人员,需多交代前因后果,少用法律术语,必须用时,应适当解释其含义。如果是公司内部法律顾问,不需要过多解释基础问题,不要让人家觉得你视人家一无所知,但需要注意他对中国法律及操作程序的了解程度。

#### 3) 完整回答问题

需要考虑客户提问背后的意图,在解答完客户的问题后,是否根据你的回答而产生新的问题。如果给客户提供了一个备忘录,客户回复又提出了五个问题,都是这个备忘录的分析和答案引起的,这就意味着你的备忘录写得不到位。因此应当解答可能直接引出的进一步的问题,但

要适度。

#### 4) 注意保持一致性

有些项目期限比较长,提供意见,需要注意前后一致。例如,3月份写的备忘录,到8月份再写备忘录,涉及同一问题时,应当前后一致。

#### 5) 需要考虑解决办法

备忘录可分为分析型的与回答型的。无论哪种类型,在回答“是”或“否”之后,还应考虑可能的解决办法。对于比较陌生的客户,可以告诉他,目前的方式按照中国法行不通,但我们可能找到更好的解决办法,如果有兴趣,我们可以继续帮你分析,在客户指示之后,再继续工作。

#### 6) 语气及用词

一般而言,备忘录语言要正式,语气要中立、客气,不要有攻击性(aggressive),意思要准确。

#### [例 1]

(a) 提醒客户注意,用“please be reminded...”就不够客气,可以说“please note...”。

(b) 对客户,不要过多使用“you shall...”,“you must...”之类不太客气的语气,可以用“it would be advisable...”。

(c) 如果是想简单叙述一些法律基本要求,例如,要求客户提交文件,或者与第三方签署一个合同,可以考虑使用“required”,“need to”,或者“should do”。如果要给客户提建议,可以说“we suggest”;如果要再客气一点,也可以说“your company wish to”。



[例2]

几个经常使用但需要区分含义的用法：

(a) “according to” 与 “in accordance with”

“according to...”意思是“据……说”，但引者不确认说的内容是否真实，比如“根据美联社的报道……”；“in accordance with...”是“根据……”。说根据某法律的规定，用 according to 就欠妥，可以用 in accordance with。

(b) requirement 与 request

注意区别 requirement 与 request。法律上、客观上的要求可以用 requirement。request 是指请求，可以用 per your request 等。

(c) commission 与 committee

注意区别 commission 与 committee 的含义。committee 是指机构中的一个委员会。commission 是某一机构，部委。

(d) equity 和 share

股权应翻译成 equity 或 equity interest，而不是 share，除非是一个股份有限公司，股权占多少份额，股权可以用 share。对于股东的翻译，通行做法还是将股东统称为 shareholder。

[例3]

比较常见的语法和用词错误：

(a) conversation 意思是聊天，备忘录以及工作记录中均应该用 discussion 之类的词比较合适。



(b) evidence, equipment 等词是没有复数的, 很多人会犯加“s”的错误。

(c) 此外, 注意语法是否正确。如: Judging from the evidence, the case has no merits, 这是错句, 主语与分词的关系不对, judging 只能由人来完成。此句可以改为 Judging from the evidence, I am of the view that the case has no merits.

备忘录的句式主要是分析, 常用让步、条件从句, 例如, given that, notwithstanding 等。

### 3. 法律意见书的英文写作

#### (1) 重要性

应认识到法律意见书的重要性。出具错误意见, 律师事务所是要承担责任的。例如某收购土地的项目, 银行以法律意见书为放款条件。在做尽职调查的时候, 没有发现土地存在抵押, 但是在交割的时候, 卖方已在土地上设了抵押, 而在交割的时候没有再核查就出具无保留的法律意见书。这是严重的失职。

#### (2) 注意语言的精确性

法律意见书需要下结论, 多数是结论性的意见的文件而非分析式的文件, 因此要更加注意语言的精确性, 注意保护自己。

同样的意思, 可以通过使用限定性的词语 (qualifying words) 的方式来强化或弱化含义。比如: “We are not aware of any published PRC law that explicitly prohibits the transaction.” 此句中对“中国法律”加入了几个条件: “公开的”、“非常明确的禁止此交易的”。也可以通过双重否定来弱化直接结论, 比如: “We have no reason to believe that he is not correct.”

此外, 需要在法律意见书中设定限制条件。例如, 在开头写明 subject

to what condition, ... 起码要包括以下内容:调查结果基于对方提供的材料,假设这些材料是真实的,是跟原件一致的等前提条件。

#### 4. 合同的英文写作

##### (1) 重要性

作为非诉讼业务的公司律师,能否起草好合同,直接反映了律师的基本功,也是技术上反映律师执业熟练程度的基本标志。合同签署后,虽然可能90%都会搁置一边,不会再有人查阅。但是,作为律师,需要抱着每一条款都可能被质疑的心态去起草合同。合同从初稿到定稿,应当严格把关,反复推敲,要经得起考验。好的合同不仅可避免争议,同时也能在出现争议及问题时提供答案。

##### (2) 注意事项

律师起草英文合同,看懂其规范的商业交易的方方面面是前提。此外,需要特别思考文字字面含义与字面背后的含义,以及各条款之间内在的逻辑关系。需注意以下两个技术方面:

##### 1) 文字问题

合同的句式有陈述句式、否定句式等。合同语言要精练、准确,句子和用语不能有多种解释。合同语言应当是律师的语言。

#### [例4]

“营业执照出具后30天内付款”应如何翻译?

(a) Payment shall be made via transfer of immediately available funds on or before the day that is the 30th of the day on which the business license is issued. 句子啰唆,但很准确。



(b) Payment shall be made within 30 days after the issuance of the business license. 从中文逻辑看,意思是对的,但从英文看,after 指示不清,是指哪一天起算的之后,没有说清楚。

正确的说法,应为 Payment shall be made within (or of) 30 days of the issuance of the business license.

要写好英文法律文件,对于没有在国外留学的律师,也完全可以做到,只要自己多研究总结。市面上可以找到许多合同范本,各律所的文件会有各自的风格,有的比较繁复,有的比较简练,有的倾向于口语化,细读仍有共通之处。律师可以找几个好的合同范本,研究并总结语言结构。

## 2) 逻辑问题

律师起草合同需要把合同条款之间的逻辑关系,以及内在的没有写在字面上的含义理清,30 多页合同,可能需要 130 页以上的文字才能解释清楚。如何通过 30 多页的文字,做到条款、段落之间没有漏洞、没有矛盾,包含 130 页的通俗文字才能解释明白的内容,是很不容易的。合同修改的次数越多,越会发现其复杂性,要穷尽你的思维,脑子要钻进去。起草合同,类似下棋,要提前考虑下面双方的几步走法,写合同,要考虑到方方面面的可能性。要思考在条款的表述上,是否已顾及到了各种可能性,要从对方可能企图钻各种空子的角度出发。当然任何合同条款都不可能穷尽各种可能性,但需要结合本商业交易,涵盖主要的情况,不能有大的漏洞。

此外,要注意交叉引用的逻辑关系。很多美国律所习惯使用交叉引用(例如, Subject to Article 5.2.5 and Article 8.2.6...; Notwithstanding the provision in Section 3.5... )。律师需要弄清引用条款之间相互作用时的逻辑关系。

### 三、英文写作技巧

#### (一) 准确的语言、清晰简洁的表述

*“There are two things wrong with almost all legal writing. One is the style. The other is its content.”*

—Rodell, *Goodbye to Law Reviews*

法律文件的起草有以下几个目的:(1) 结合法律和事实;(2) 起草一份综合全面的,并与口头协议一致的记录;(3) 定义目前及将来各当事方之间的权利和义务;(4) 当事人能够看懂法律文件所表达的意思;(5) 法律文件必须具有可执行性。

要实现以上文件起草的目的,律师应该使用准确的语言和法律术语,语言的表述必须尽可能地清晰、简洁。

#### 1. 使用通俗易懂的法律语言(Plain English)

(1) 在英美法体系中,传统的/晦涩难懂的法律语言和通俗易懂的法律语言(Plain English),哪个更优? 通俗易懂的法律语言更优。原因如下:

(a) 节约时间:使用通俗易懂的语言,易于起草和阅读,客户对法律文件提出的问题也相应减少;

(b) 更易于暴露文件的错误和不一致,因为错误和不一致往往容易隐藏在晦涩难懂的传统法律语言中;

(c) 消除与传统法律语言相关的障碍:传统的法律语言让人感觉害怕和疏远;

(d) 便于非法律专业的读者阅读:受法律文件约束的当事方有权根据他们自己对法律文件的理解,了解他们的权利和义务。



(2) 通俗易懂的法律语言有如下特点:

- (a) 使用主动语态的句子;
- (b) 使用短句:用标点符号将复杂的长句断开;
- (c) 避免使用行业专用词语或句子;
- (d) 全文架构(包括段落、字体、行距)清晰明了;
- (e) 避免主语和谓语、谓语和宾语之间距离过长;
- (f) 避免冗长的表述,使用准确的表述;
- (g) 结构具有逻辑性;
- (h) 避免古老的英文语言。

(3) 使用通俗语言起草法律文件的技巧:

- (a) 避免古老和不必要的复杂词语,如:“hereto”, “aforesaid”;
- (b) 避免使用不同的词语描述同一个概念,如:“do and perform”, “sell and assign”;
- (c) 避免基于类似的原因使用同义词,如:“No person shall prune, cut, carry away, pull up, dig, fell...”;
- (d) 可以使用动词表达同一个意思时,则避免使用名词。如:使用“deciding”,而不是“making a decision”;使用“resolving”,而不是“passing a resolution”;
- (e) 使用现在时和主动语态;
- (f) 避免使用分裂不定式,如:“be sure to promptly reply”应改为“be sure to reply promptly”;
- (g) 避免在一个句子中使用多重否定,如:“The project will not be approved unless all requirements are met.”应该改为“The project will be approved only if the requirements are met”;
- (h) 避免使用“除外”的表述,如:“All person except those 18 or older...”应该改为“Each person under 18...”;
- (i) 避免使用冗长的表述,如:用“how”代替“as to the manner in

which”,用“in”代替“contained herein”,用“because”代替“due to the fact that”,用“if”代替“in the event that”,用“we have received”代替“we hereby confirm that we are in receipt of the following”;

(j) 避免使用拉丁文,如:“mutadis mutandis”,“inter alia”;

(k) 律师在文件中表述一个现有句子的附带条件时需要格外小心。理论上,附带条件是对前一个句子的限定。在实践当中,附带条件也常常用于增加一个新的义务,或者一个新的信息;如果是这样,表述尽可能使用一个独立的句子(以“where”或者“if”开头),而不是在现有句子后面加上“provided that”。

## 2. 避免歧义 (Ambiguity)

当同一个词语出现不同的理解时,会出现歧义。一份法律文件从另一种语言翻译过来时,也可能产生歧义。律师在起草文件时,一定要注意避免歧义。

### (1) 名词复数的使用

在文件中使用名词复数,有可能产生一种不确定性:一个群体的成员必须一致行动,还是可以单独行动?如:“The purchasers shall notify the vendor...”,这里表达的意思是所有买方必须一致行动,还是可以单独行动通知卖方?若表示买方一致行动,可表述为“The purchasers shall jointly notify the vendor...”;若表示买方可以单独行动,可表述为“Each purchaser shall notify the vendor...”。

### (2) “and”的使用

“and”的使用并非一定产生歧义,如:“A and B are corporations of C”,这句话就不存在歧义。但是与名词复数的使用类似,不恰当地使用“and”也容易产生歧义。如:“A and B must notify C...”,这里是指A和B一致行动,还是指A和B可以各自行动?又例如:“temporary and part-time employees”,这里是指两个类别的员工(temporary employees 和 part-time employees),还是指有一个类别的员工既是 temporary employees,同时也是

part-time employees?

当“and”用于表达决定权,而非义务时,更容易产生歧义。如:“A and B may notify C”,这里是指A和B一致行动时,可以自主决定通知C,还是A和B各自可自主决定是否通知C?再例如:“A may sell assets and make capital expenditures”,这里A是否有权单独就“sell assets”(或“make capital expenditures”)作出决定?若表示A有权单独就“sell assets”(或“make capital expenditures”)作出决定,可表述为“A may sell assets and/or make capital expenditures”。

### (3) “or”的使用

“temporary or part-time employees”既可以理解为temporary employees,或者part-time employees,或者兼有temporary和part-time两种性质的employees;这一表述也可以理解为temporary employees,或者part-time employees,但不包括兼有temporary和part-time两种性质的employees。

### (4) “shall”的使用

“shall”有两种含义:(1) 接受一项义务;(2) 意指将来。为避免歧义,可以用“must”表示义务,用“will”表示将来。

### (5) “may”的使用

“may”有两种含义:(1) 允许一方做某事;(2) 意指某事情发生的可能性。某些情况下,应以“will”替代“may”,如:“A will purchases shares from B”。

### (6) “should”的使用

“should”有两种含义:(1) 可能;(2) 必须。在法律文件中使用“should”则容易产生歧义。如:“If A breaches provision x, A should compensate B”,这里“should”意指“可能”还是“必须”?因此,在有其他用词选择的情况下,法律文件中要避免使用“should”。

### (7) 词语顺序

避免错误放置修饰词,如:“A saw B walking down the street”,这里是A还是B“walking down the street”?若表示A“walking down the street”,应表

述为“A, walking down the street, saw B.”;若表示 B “walking down the street”,应表述为“A saw B, who is walking down the street.”

避免把前置词语放在一起,如:“Each subscriber to a newspaper in New York”,这里是指报纸的订购人在纽约,还是指一份纽约的报纸?这句话应该改为:“Each newspaper subscriber in New York”。

### (8) 其他注意事项

避免指向不明的代词。如:“when an assistant is appointed, he or she shall...”,应该改为:“when an assistant is appointed, the assistant shall...”

## 3. 避免意思含糊不清 (Vagueness)

如果词语不准确,同样会产生不同的理解。这一类的情况在法律文件的起草中比较常见,并且不容易把握。

### [例 5]

“endeavours” (or “efforts”) 是法律文件中比较常用的词语。这个词不是指一个严格的责任。“endeavours” 从严到宽,有以下的表述方式:

- best endeavours
- all reasonable endeavours
- reasonable endeavours

#### (a) “best endeavours”

对于“best endeavours”的含义,存在大量的案例和解释。一般来说,其指尽一方最大努力的义务,另外,也可以指一方采取在其权力范围内的所有行动。义务的对象必须明确。如:“best endeavours to obtain export license”的对象是明确的。相反,“using best endeavours merely to agree”与“undertaking to agree”的意思一样,该义务所



指向的对象是不明确的。

(b) “(all) reasonable endeavours”

相比“best endeavours”，“reasonable endeavours”的责任较轻，判断是否违反这一义务，标准与过错(negligence)相似。“all reasonable endeavours”与“reasonable endeavours”之间不存在重大区别。

#### 4. 慎用“Good Faith”(善意)

*“A duty to negotiate in good faith is unworkable in practice, as inconsistent with negotiating parties’ pursuit of their own interest.”*

—Per Lord Ackner, *Walford v Miles*

“good faith”的使用并不能使法律文件中的义务更加明确。“good faith”更常见于合作协议，而不是利益对立的谈判。但是，律师应当注意“good faith”在中国法下的特别含义。

### (二) 结构合理、逻辑严谨

#### 1. 文件架构

律师起草法律文件应该将文件视为一个整体。条款与条款之间，段落与段落之间的逻辑关系必须合理、流畅。如果可能，重要和频繁出现的条款应该出现在非重要或不太频繁出现的条款前面。尽量保持文件的简洁，文件应该只包括与交易相关的必要条款。应使用标题引导读者；如果对文件的理解有帮助，可以使用图表和表格；应该将标准条款放在文件最后。

#### 2. 条款

一般而言，法律文件的条款大致包括如下内容：(1) 背景：文件条款适

用的背景情况；(2) 条件：文件条款适用的前提条件；(3) 对象：谁有权利行动，或有义务行动；(4) 行动：行动的对象是什么。

### 3. 定义

使用独立的定义条款。定义可以是包含式的，例如：“Land includes...” ，或者是穷尽式的，例如：“Land means...”。在定义条款中定义的词语含义与其通常的含义不同时，需要格外小心。

定义条款时：(1) 尽量直接使用当事方名称（而非甲方、乙方，等等）；(2) 避免过多的缩写；(3) 避免定义不常出现的名词；(4) 避免在定义条款中约定实质性条款；(5) 可以在实质性条款中定义词语（defining terms “on site”）；(6) 避免重复。

#### [例6]

下面是在实质性条款中定义词语的例子：

“Indemnity Amounts” has the meaning given in Clause 5.5 of this Agreement....

5.5 The sum of the amounts determined by Acme and payable under this Clause 5 is referred to as the “Indemnity Amounts” and shall be paid by River Bank to Acme in accordance with Clause 7 below or, in the event that No Final Shortfall Amount is payable, within 7 (seven) Business Days after River Bank receives a demand in writing from Acme.

有的时候，可以通过排除另一个概念的方式定义词语。“PRC Commercial Bank” means a commercial bank established in the PRC (other than a Foreign Invested Bank).



“Foreign Invested Bank” means any bank that is established in the PRC and is owned, as to twenty-five per cent. (25%) or more of its equity interest, by one (1) or more entities established outside the PRC.

#### 4. 时间

在合同中明确时间可以最大程度地避免合同当事方之间的误解。避免含糊的表述(例如:“forthwith”, “immediately”, “as soon as possible”或者“within a reasonable time”)。尽可能将行为发生的期限准确至“日”或“月”。明确期限的开始或结束要格外小心,类似“by”, “from”或“until”这样的词语可能会产生歧义。

#### (三) 明确主语

中国的法条经常没有主语,如果要去翻译法律规定的話经常会觉得不知道主语是谁,所以律师起草法律文件的时候就要尽量把这个主语补充上。比如外国投资者应该如何,或者买方卖方,如果律师知道主语的话都应该补充出来。

#### [例7]

我们看这个例子,第一个和第二个哪个更好?

a. Regardless of Client's preparation of information, packaging and labeling of products in accordance with this information does not constitute Client's assumption of product responsibility. Further, no warranty,

expressed or implied, arises from technical information that either the distributor or any successor of the distributor as defined by the Agreement places on the labels.

b. Although the information is prepared by Client, Client does not assume responsibility for products that are packaged and labeled in accordance with this information. Further, Client will not be deemed to have made any warranty, expressed or implied, about technical information which has been placed on the labels by the distributor or by any successor of the distributor as defined by the Agreement.

第二个的写法是更好的。大家看第一个的主语,是“packaging and labeling of products”,我们很有可能这样写,因为这很有可能就是法条的原话。但是律师应该把它变成对客户说出来的话,将“client”变为第一主语,这样客户会觉得律师是在跟他说话。这个主语要跟 client 有关系,大家都会从自己的角度,要写到自己才会觉得这件事情跟自己有关系。所以这个例子告诉我们,读者通常会从角色来理解这句话的意思,而角色经常是在主语中出现,应该想办法把主语写成这句话强调的对象。如果律师不确定客户是哪个角色,可以推而广之说 company, 或 owner, 或 tax payer 之类。律师要让客户找得到他是这句话所说的对象。Law provides that foreign investors ... 就可以改为 under Law, foreign investors...

#### (四) 有效传递信息

英文写作的另一个要点是文书写作应实现传递重要信息的效果。



## [例 8]

下面这些标题,前几个就是简单地把信息表达出来了,但是最后一句话就能让读者体会到有一个针对性的重要信息在里面。

- a. Court's preliminary holding In Re: Compu-drive.
- b. Court offers preliminary interpretations of Directive 26/871.
- c. Court issues holding on trade marks.
- d. Court clarifies protections for trademark rights.
- e. Court rules on exhaustion of trade mark rights.
- f. Court says contract restrictions did not preserve trademark rights.

这样对于读者来说他就觉得你给他提出了一个问题,而且还传达了一个重要信息。

**(五) 重点突出**

英文一般将它的注意力放在句尾提供的信息。不同的说法对客户的吸引程度其实是不一样的,强调的内容应该放在后面,用 *but* 等连接词来调整它的语序。

## [例 9]

a. The process of equity offers a significant chance for recovery, *but we must admit that there are added risks given that the court is likely to be sympathetic to the opposing side's situation.*

b. Although the court is likely to be sympathetic to the defendant's situation, *there is a significant chance for recovery by using the process of equity.*

## 四、如何提高英文写作能力

### (一) 多写

将起草的文件初稿让合伙人或高年级律师或母语为英语的实习生修改后,再对照学习、体会;注意总结,经常比较英文好的资深律师或合伙人最终发给客户的定稿与自己为其起草的文件初稿之间的差异,才能快速提高。事实上,常用的英文法律句式不过几十种,熟练掌握后,写起来就得心应手了。

### (二) 参考范本

律师职业以前是学徒制,有一个路数。以合同为例,起草合同时,手头至少需要有三个比较好的类似范本。如果有一个是标准文本,还需要比较其他文本有什么不同;然后看合同里怎么说,如开场白怎么说,结束怎么说,中间怎么去分析,权利义务怎样写会比较清楚。从参考范本中要既能学到怎么去做法律文件,又能在英文上有所提高。

### (三) 参考正确的英文翻译

主要是指在备忘录中需要引用法律的场合。法律法规已经有翻译的,可以参考。但要注意翻译的准确性,最好用国外法律刊物的新法规翻译,如 China Law & Practice, CCH 等,他们都是国外的大所翻译的,质量有保证。

### (四) 利用所内资源

充分利用律师事务所的资源。很多律师事务所每年都有讲座,国外律师、所内合伙人做的讲座。律师应注意定期搜集、整理这些资源。英语水

平提高是一个长久的过程,律师大概需要三到五年的努力,对使用英语的方法和技巧就可能掌握得比较好了。

### (五) 向国外律师事务所学习

新律师就是学徒,例如英国的律师行 Clifford Chance 有个传统,新来的律师都要坐在一个高年级律师或合伙人旁边,看合伙人在做什么。这就是一个学习的过程,看他怎样找文件,怎样接电话,怎样发脾气等,观察整个过程。国外律师事务所写的邮件、出具的法律意见、起草的合同等,都是可以学习的素材。看多了,就会感受到一个通行的表达方式,如邮件开头怎么写,结尾怎么写。很多表达都是一个职业的问题,都有一个标准的表达方式。这无涉正确问题,但涉及是否职业的问题。

### (六) 有计划地学习

律师一忙起来,可能就很少考虑到英语学习了。这就需要有一个自律的能力。如果你把英文看作涉外工作一个很重要的因素的话,每个人都应该有个计划,想在这方面有一个怎样的提高。研究被修改后的文本,多收集范本很有帮助。合同就是一个八股模式,内容、性质可能不一样,但结构基本相同。有些标准句子,最好背下来。多看合同,喜欢看好的合同或备忘录,应该作为一个爱好来养成。兴趣是很重要的,因为首先是开心;其次,有兴趣的人他动脑筋了,会琢磨,会产生第六感,领悟力比较强。看了以后就一定要用。需要花时间有计划地去实践。现实中有些错误是重复性的,主要原因是没有计划去反复回顾,修正。法律中的很多表达其实都是定型的,就是这么一个规矩。

### (七) 养成良好的习惯

法律中很多东西都是重复性的。律师需要养成一些职业习惯。如法律研究中,得到答案需要经过哪些步骤,都是有套路的。对英文写作,习惯

非常重要,需要自律。用英文写的时候,要比用中文写更专心。不管是写电子邮件还是备忘录或合同,一定要看两三遍。一方面是调整思维和表述,另一方面是看英文是否正确通顺。牢记:拼写错误是大忌。一个律师让一个高级律师或客户去做拼写检查,说明这个律师是有问题的。首先是当律师有问题;另外是不尊重别人,没有一个良好的习惯。自己进行拼写检查其实花不了太多时间,这是一个习惯的问题,大家都要养成这个习惯。千万别以为把一个字拼错了仅仅是个错字,别人会给我改过来,反正客户也不会在乎的。错字一定会影响文件的阅读是否赏心悦目,也可能会影响对文字的理解。如果文本发送对象是国外客户的法律部人员,错字多了以后,他就对你失去信心了。失去信心并不是因为你的英文不好,毕竟英文不是我们的母语。而是转而对你的分析开始失去信心了。因为错字多了他看不懂你的内容,而对你的内容产生质疑的话,这就是很大的问题了,也是我们所担心的。养成好的习惯后,很多错误都可以避免。

做一个好律师,写好一份英文法律文件,除了掌握写作技巧,还取决于工作态度,如果起草文件只是为完成任务,这样的心态很难做好工作。律师应当从客户的角度考虑如何看待这项工作,而不是简单地完成任务,凑足工作小时。在工作中,无论是面对客户,还是与合伙人或高年级律师合作,律师都应当考虑是否穷尽了分析方法,让客户、合作的合伙人、律师能觉得最方便。总之,律师是与人打交道,不是单纯的技术工作,需要时时从客户的角度考虑问题。





## 第九章

### 如何开拓业务和 管理客户

(君合律师事务所 邵春阳 律师)





邵春阳  
(合伙人)

邵

春阳律师 1987 年毕业于华东政法学院法律系,获法学学士学位,同年以优异成绩考入司法部涉外法律人才培训中心英语班并学成结业。1993 赴英国参加中英青年律师交流项目,在此期间,先后在英国伦敦大学亚非学院法律系、英国 Simmons & Simmons 及 Middle Temple Barrister Chambers 学习和实习。2002 年获得华东政法学院法学硕士学位。

1988 年至 1993 年,邵春阳律师在安徽涉外经济律师事务所执业。在此期间,邵春阳律师代表境内外客户从事外国直接投资、国际贸易、公司融资业务,并承办了多宗重要的国际仲裁案件。

1995 年至 2001 年,邵春阳律师在国际知名律所的伦敦、香港和中国内地办公室工作,包括 Simmons & Simmons(任中国法律顾问)和 Sidley Austin(任资深中国法律顾问)。在此期间,邵春阳律师的业务广泛,涉及外国投资、证券、风险投资、项目融资和房地产,并代表众多知名的跨国公司。

2002 年,邵春阳律师加入君合律师事务所,代表了多家跨国公司和投资基金为其在华直接投资、收购兼并提供服务,同时还作为发行人或承销商的中国法律顾问,参与了多家国内大型企业集团和高增长型企业的股份发行和境内、境外上市项目。邵春阳律师在风险投资、私募基金投资、房地产、基础设施和项目融资、商事诉讼和仲裁等方面也有活跃的表现。

作为对邵春阳律师在资本市场方面广泛和丰富经验的认可,英国权威评级机构 Chambers & Partners 出版的 *The Guide for Business*(2007,2008) 将其评为“世界商事领先律师”。

律师事务所客户的开拓和管理,一般被认为是合伙人的事。在律师事务所里,合伙人之间以及律师和合伙人之间对这个事情比较敏感,很少有人就此进行沟通和交流。在有些律师事务所,如何开拓和管理客户甚至被视为少数合伙人的高度商业秘密,各合伙人及律师只能自己摸索和感悟。然而,在君合,管理层意识到我们的律师应该且必须有客户开拓和管理的基本意识,因此为律师安排了一系列的培训,包括客户的开拓与管理、项目管理以及风险管理等。

律师特别是中高级律师要开始培养客户开拓和管理的意识,这种意识和做业务也有很大的关系。

## 一、律师事务所客户的概述

客户的分类标准很多,可以按照地区分类,如国内客户、国外客户;还可以按照行业及专业分类,如劳动、环保等,再如制造业、IT、基础设施等。此外,按主体的不同,可以分为机构客户和个人客户;按与律所的关系,还有现有客户和潜在客户的分类。现有客户是已经聘用律所提供法律服务的;潜在客户是需要开拓的新客户,或虽然过去是客户,但由于种种原因丢了,需要重新开拓的。客户的分类很多,但对于律所来讲,宗旨是把握现有客户,着眼开拓潜在客户。说到底,我们的目标客户就是那些希望持续购买我们的服务,并按我们服务的价值支付服务费的客户。这里所说的服务当然是专业的法律服务,那些愿意支付费用但是想利用律师做不合规、不合法的事情的,即使付再多的费用,我们也不能接受这样的客户,拿我们赖以生存的信用和声誉做代价。因此,目标客户中,愿意尊重律师并接受律师的专业服务,又愿意按质付费的,才是好的客户。

## 二、培育与开拓客户的前提

### (一) 对律师职业的认识

在西方律师行业较发达的国家,长期以来律师的培养执行着严格的“工匠”式的培训制度,律师被更高级别的律师“传帮带”。例如在英国,法学院毕业通过律师考试后,要在律师事务所做两年见习律师(Trainee Solicitor),才能够成为事务律师(Solicitor);如果准备做诉讼律师(Barrister),要再做两年见习诉讼律师(Article Clerk)。无论是 Trainee Solicitor 还是 Article Clerk,在见习期间都有严格的带教制度。转为正式的事务律师或诉讼律师后,要做六至七年后才有可能成为合伙人(Partner),从法学院毕业到成为 Solicitor 或 Barrister,到 Partner 是一个漫长的过程。

回顾本人从事律师工作的二十多年,深感律师职业应该遵循工匠式的培训制度,要成为专业律师中的“合伙人”,需要知识、经验、自信心、阅历的大量积累和沉淀。现在看来,我们国内律师职业存在诸多问题的一个重要原因就是在国内做“合伙人”太容易,很难想象一个初出茅庐的法学院毕业生在通过司考、实习一年后就能指导和带领一个专业团队,能控制业务、客户及项目管理的各种风险,能有效捍卫法律专业服务的专业主义(professionalism)。从这个意义上说,我们的年轻律师应该苦练基本功,而不应焦急、浮躁、好高骛远,否则受损的是整个律师队伍与行业。

### (二) 培育与开拓客户的前提

个人认为,如做其他事情一样,首先,要正确认识自己。有些律师发现了一个潜在的好客户,但是却不一定能拿到这个客户。这是因为,这个客户本来就不是你个人或你这个律所能够拿到的。拿下一个客户需要你有相应的专业知识和社会阅历功底,需要你本人、你的团队及你这个律所的



实力与平台的支撑。

在君合这个平台上开拓客户有先天的优势,因为我们是真正“一体化”运作的律所,有二十年共享的经验,已经建立了良好的信誉,有一大批现有的优质客户。从这个意义上说,在君合这个平台上创业和发展是幸运的。

我们在开拓客户的过程中,时常见到一些律师,介绍本人及自己的律所时,极力吹嘘高抬自己,把自己说成是天下最万能的律师,甚至贬低同事和同行。这种能力一般,靠吹嘘过日子的作风或许能迷惑几个“天真”的客户,但终究将为行业所淘汰。因此,开拓市场之前,对自己知识、阅历、学识、专业、特长必须有正确的判断,然后再选择适当的目标客户。这也就是我们常说的“有什么样的律师,就有什么样的客户”。年轻律师不可急于求成,应该力求“稳扎稳打”,一步一个脚印地攀登。你应当相信,随着你学识和阅历的增长,只要你努力,一定有适合你的客户在等着你。

► **与此同时,我们要学会做人。**只有学会做人,才能做好事情,所谓“先做人,后做事”。做人首先要有无私的精神和为他人、为集体、为社会奉献的意识和公益意识。我见过有的律师将桶装水中最后一杯倒在自己的杯子里而视空桶于不顾,不将咫尺之外的桶装水换上;有的律师离开办公室总是记不住关灯、关空调;有些律师为人小气、喜欢占小便宜;有些律师为人刻薄,“事不关己,高高挂起”;有些律师与人交往时高傲自满;还有些人急功近利,过河拆桥;有些律师为追逐个人“膨胀”的价值,不停地跳槽,肆意贬低之前就职的律所,等等,这些细节反映了这些人在做人、处事上缺乏基本的道德、诚信与忠诚。我不认为这些人能赢得朋友、客户的长期信任。做人需要豁达和平衡的心态,需要不断加强自身的修养,做人是方方面面综合素质不断提高和展示的过程。学会做人,做好人确实很不容易。

► **关于性格的培养。**正如很多人都同意的,一个人在事业上的成功,在很大程度上取决于其性格。不是所有的人都能够既懂业务,也能够开拓

和管理客户。律师可以分成四种类型,最好的一种是,既能开拓客户也能做业务;一种是能做业务,但不会开拓客户;一种是非常会开拓客户,但业务不精;最差的是业务不精,客户也没有。做业务是一个人不断钻研、不断积累的过程。只要把律师职业作为事业的追求,只要态度积极、端正,只要用心、不懒,不断地实践和融会贯通,应该不难。但在客户开拓方面,不是所有律师都能有突破的,这一方面跟律师的阅历、接触的人文圈子、生活环境、个人兴趣有关系,但最主要的是和律师的性格有关系。一个人性格的形成和其民族、家庭、生活环境、所受的教育、所处的朋友等密切相关。但通过自己的不断感悟,应该能培养出律师职业所需要的性格,即诚实、沉稳、开朗、进取、能言善辩的基本性格。

► 开拓客户的过程实际是一个和不同的人交往,取得别人/客户认同、信任的过程。有不少律师,法学功底扎实,业务能力很强,但或因不与潜在客户接触而不为客户所知,或因才能“展示”不当而不为潜在客户所信任,或因“不自量力”而“高不成,低不就”,或因“势利”而为今天的小客户但将是明天的大客户所摒弃。造成这样的结果,与律师的性格有很大关系。个人认为,在正确认识自己的基础上,平常、开放、谦逊、乐于助人的心态是开拓客户的基本性格要求。本人认识一个律师,国内名牌大学法学院毕业,留过学,人很好,但始终很“腼腆”,从业二十年,换了三四个律所,现在还是每年创收十几万。本人还认识一个律师,他学习成绩很优秀,曾经是某省高考的前几名,他从业后喜欢自己关在房间里,很少和同事沟通和交往,以致所里有大的并购、上市业务需要大量人手做尽职调查时才想到他,几年下来,他被称为“DD”律师,最后因业务素质落伍而黯然离职。

作为律师,我们常常被客户赋予教授、演说家、演员、导演、高官等角色。客户的这些要求,需要我们具备综合的、全能的性格,我们不能太张扬,也不能太拘谨;客户是我们的上帝,我们又要体面地销售自己的服务,这些真的很难。我们需要克服我们性格上的缺陷。律师应该有自信,通过完善自己的性格,将自己真实的水平恰到好处地展示给客户。在性格的培

养上,应该学会并善于观察同行。多学习成功律师的长处,克服“失败”律师的缺陷,不断完善自己的性格,为成为优秀的律师打下优良的“性格”基础。

► **关于用心与勤奋。**和做任何事情一样,客户的开拓和积累,同样需要用心和勤奋。有些律师缺乏一种敬业向上的精神,宁愿睡懒觉,上网聊天,虚度时光去“enjoy life”,而不肯花时间专注自己业务能力的提升、去维系和开拓自己的潜在客户。也有些律师在处理人际关系时,平时不联系,临时抱佛脚。要用心和勤奋地跟人沟通,而不是只在有事的情况下去联系别人。在人脉资源的积累和扩展上,要有积沙成塔、集腋成裘、孜孜不倦的精神。需要不断地整理、更新你的各种通讯录,不断地通过各种途径和你的朋友、熟人、客户保持联系。

► **业务水平拓展与提高是根本。**开拓和管理客户的根本还是不断提高的业务水平。对律师来说,专业知识和技能永远是根本,而律师专业知识和实践经验的积累,更多地靠的是不断地实践。

### 三、客户的开拓

► **业务开拓的过程部分是人际关系积累和拓展的过程。**据说斯坦福大学有人统计过,成功人士12.5%是靠自己的技能,87.5%靠的是人脉资源。那么,如何进行人脉资源的积累与整合呢?其实,每个人在社会上,都有亲戚、朋友、同学、同事、搭档,等等,这些是我们拓展人脉关系、发展客户的基础。

► **开拓客户的基本方法是以现有的人脉资源为基础,做纵/横方向的拓展。**举个例子,如果你有个朋友是做媒体的,认识这个朋友后,你可以通过他接触到他的“上下游”朋友,如广告、演艺、出版的朋友;如果你有一个医生的朋友,你可以通过他认识他的病人、供应医院药品的制药企业。如此逐渐扩大、深入,借助别人的效应放大自己的效应,通过这种方式来扩大

圈子。再比如说你高中的同学和你就读于不同的大学,通过他,你可能接触到另外一个大学的朋友,等等。

▶ 客户开拓需要最大限度地维持与一定数量的人的紧密联系,与一定数量的人、“潜在”客户定期联系,以巩固和加深和他们的关系。如果不经常保持联系,你会发现生活的圈子越来越小,生活得也越来越不愉快。反之,生活圈子的扩大可以增加一些生活的乐趣,也能增加对相关行业的了解。做律师应该做个“全能人才”,尽可能多的对不同行业都有些了解。

▶ 关于现有客户的开拓,关键是要关注现有客户的潜在“需求”。国外律师事务所有“Create Job”之说。我们应想客户之“未想”,比如说设立WOFE,欧美的客户一般想当然地认为设立一个公司很容易,殊不知,WOFE涉及房屋租赁、劳动、知识产权、税收、外汇、海关等问题,其中的问题他们可能没有意识到,因此要适时提醒他们关注这些问题。这个一方面是控制我们自己业务“风险”的问题,另一方面也涉及客户和项目的管理问题,但更重要的是我们开拓了为客户的服务范围与内容,这本质上也是客户的“开拓”。

▶ 要学会推销自己,当然推销自己需要注意时间、地点、对象、气氛。不要夸夸其谈,因为你到底如何,明眼人其实都知道。举个例子,我们的一个客户引进三个私募投资者,其中一个是一家很大的企业集团,在我们参加的一次股东会休息期间,该企业集团的总经理抱怨其现在聘用的常年法律顾问,晚上会议结束用餐的时候,我就寻机花了几分钟介绍一下我们君合,并代表君合祝贺会议成功。回来以后我们就把这个客户加入我们的法律通讯的寄送人清单,不断让这位总经理收到君合的信息。后来这位总经理给我打电话,请我们竞聘他们的常年法律顾问,最终我们“拿下了”这个客户。可见,择机推销自己很有效。

在推销自己方面,事先的准备工作非常重要,这不仅有利于你克服与客户见面时自信心缺乏、紧张的心理情绪,而且如果你事先对客户的行业、股东结构、历史、业绩及特色等有充分了解,还有利于显示你对客户的尊



重,拉近与客户/潜在客户的距离。事先的准备还要求你根据客户的特征,在衣着、与客户会面的时间、地点、持续时间、交流话题等方面尽可能做好准备。

谈到客户开拓,不少律师就想着要请客、送礼、给回扣。固然,现代商业社会里,人们的交往多有商业利益驱动的情况,但律师业务和客户的开拓绝对不应该是靠“金钱”铺垫的。开拓客户和业务不靠过硬的专业素质及优质的服务,而是走“金钱交易”之道,是极其危险的,迟早会让你丢掉饭碗,甚至走向犯罪。如果采取不正当手段拿业务,不仅不利于你本人、你所在的律所的业务提高,还会损害你本人和律所的声誉,损害行业的整体利益。本质上说,律师的业务开拓是寻求“价格认同”的过程,就是客户通过你的“展示”,信任你,认可了你的服务并支付他认为合理的价格。君合这个平台很好,比一般的律所有优势,因此我们容易赢得客户对我们的价值认同。但我们仍然要通过我们的努力,不断夯实、拓展我们的平台。

#### 四、客户的管理

► 在管理客户时,需要了解与认识客户及客户方的联系人与负责人。要注意跟我们打交道的是客户的总法律顾问(General Counsel)还是他们的高级管理人员(Business Executives)或是其他什么人,他们的要求是不一样的。同时,在承办业务的过程中要始终关注客户的目的、意图。另外,我们要清楚我们的职责与服务范围,还要了解其他中介机构。有些情况下,无法或不便直接向客户了解情况的,可以通过中介机构了解。客户管理的另一个很重要的方面是对客户需求的快速反映。律师反应迟钝,对客户的要求不及时反馈会让客户“大光其火”。在合伙人依赖中、高级律师帮助其料理邮件的情况下,律师应及时提醒合伙人对客户的要求做相应的处理。另一方面,律师也不能把自己当合伙人,越俎代庖。因为对于有些客户,比方说英国人,如果由低年级律师回复客户总法律顾问(General Coun-

sel)的邮件,他会觉得一个低年级律师(Junior Lawyer)不够“档次”而反感。

► 在应对客户的需求时,我们要给客户**提供增值(Value-added)、切实解决问题(Solution-oriented)**的服务。很简单的一个问题你写一个很长的备忘录(Memo),就没有必要。有一些律师在解答客户的问题时,非但没有给答案,反而问客户很多问题,或在提出解决方案时,提出几个解决方案,但未陈述几个方案的利弊,使客户阅后如坠云雾,因此很容易引起客户的反感。客户要的是问题的答案或解决问题的方法,而不是要客户解答你的问题。这些问题在对客户的管理上都必须注意。

► 在客户管理的过程中,还要学会**风险控制(Risk Control)**。要对客户的要求有风险识别的意识,学会保护自己。如果不了解问题的背景,想当然地答复客户的问题,有可能一封email就砸了你一辈子的饭碗,砸了律师事务所的牌子。律师应该了解律所因执业过程中的失误可能面临的诉讼,并为应对此类潜在的诉讼长期保持警觉状态,做好充分的准备。风险意识是长久的,有些问题现在可能还不是问题,但是十年、二十年之后可能就是很大的问题。

另外,关于客户的管理还要强调两点,一点是随时查看e-mail,一点是开手机。有些律师不是24小时开手机,也不经常看e-mail,这有可能给客户和项目(特别是项目的有关方和你所在的地区有时差的情况下)的管理造成障碍和被动。我的经验是,很多项目不是工作时间拿到的,而是周末或晚上拿到的。可以想象保持你手机的开通,让客户时时感到有依靠、能求助,是何等的重要。

律师工作中有过失或客户不满意应该如何处理?有的律师会主动地给客户道歉。说到“道歉”,需要提醒注意的是,道歉很有讲究。在道歉之前一定要弄清造成错误、过失的根源。有时造成律师意见错误、判断错误的原因是客户的过错,例如指示不明,提供的背景情况不完整,等等。因此,遇到客户的投诉、抱怨一定要迅速和有关的合伙人联系,切不可胡乱

“道歉”。

► **要坚决拒绝客户的“非法要求”**。比如说客户让律师掩盖事实,出一个法律意见以达到非法目的;有的客户要律师倒签文件。凡此种种,一旦涉足,将会使律师本人和律所面临巨大的职业风险,甚至要承担民事和刑事责任。

## 五、项目结束后的后期管理

我们承办的客户的项目完成或客户委托的特定的事项完成后,应继续和客户/客户的负责人保持联系。在现代社会里,企业人员的流动性很大,因此这种持续沟通非常必要。这种沟通有时能给你带来新的案源或客户资源。

业务上的后续跟踪和人员的持续跟踪相辅相成。比如说,做完了一个并购项目,这个客户未来可能要上市,和客户的相关人员保持联络,把握其动向,对未来投标这个客户的新业务会有“事半功半”的效果;再比如说,我们帮助客户设立了基金,基金会后续的一系列的投资活动,这些投资活动均需要法律服务。还有帮助客户设立合资企业,其后续在人、财、物、供、产、销、知识产权保护、税收等方面都需要法律服务。因此,要有“以点连线”和“以线带面”的意识,巩固、拓展对客户的服务。

## 六、客户管理的忌讳

在我们管理客户以及和客户打交道的过程中,有些问题要特别注意,主要有以下几个方面。

► **不要过度关注客户的商业利益**。律师的作用无疑是为了维护客户的合法利益。但不少律师在和客户的交往中,过度关注客户的商业利益,甚至在谈判中为交易的对价、折扣、支付时间等“纯商业”条款和条件与对

方争执不休。这其实是律师与客户交往中的大忌。商业条款主要是客户自己的事,其商业目的可能是多重的,就算客户全权委托你去谈价格条款、和解条件你都要严加注意完全依照客户的指示,以免吃力不讨好,甚至被对方所利用。

▶ **不应参与客户内部的人事与政治斗争。**各类公司不论大小,或多或少都有“政治”斗争。有些律师为了讨好公司的某些人,参与公司里某个派别的活动,甚至充当“马前卒”。这种做法不仅不专业,而且可能置自己被“当权”的一派解除聘用的风险。因此,千万不能参与客户内部的“政治斗争”,遇到这些情况时要始终保持中立,而不要“旗帜鲜明”地支持某一方。

▶ **保密也特别重要。**保密的内容不仅涉及业务上的事情,还涉及客户联系人个人的隐私问题。如果你不经意泄露客户联系人的健康状况、生活习性、家庭状况等,都可能会失去客户对你的信任。

▶ **在和客户的交往中,切不可贪小便宜,更不可收受客户的贿赂或向客户索要任何好处。**这不仅仅是职业道德的问题,还有可能构成犯罪。因此,要倍加小心,防微杜渐。

▶ **在与客户的交往中,时时处处都要讲究“专业”精神。**简单地说就是说话做事要得体,要与你的职业要求相适应。无论面对的是对方当事人还是对方的律师,无论是在国内还是在海外,都得注意自己的言谈举止,注意律师的修养。任何一个不得体的言谈举止都可能断送律师的职业前程。





# 第十章

## 如何代理民事诉讼

(君合律师事务所 张雯 费宁 律师)





张雯  
(合伙人)

张

雯律师 1987年毕业于北京大学法律系国际法专业，获法学学士学位。2001年获北京大学法律硕士学位。

张雯律师从1995年起从事专职律师工作，主要承办民商事诉讼、仲裁及公司法律业务。

张雯律师在多年的执业过程中，代理国内外客户承办过以下多种类型的诉讼、仲裁案件：知识产权侵权纠纷及反不正当竞争侵权纠纷；产品质量纠纷；出资转让、联营合同、股权转让纠纷；涉外投资纠纷；房地产纠纷和建设工程合同纠纷；国际货物买卖、进出口代理合同、信用证、提单纠纷；财产保险合同、贷款合同、担保合同、存单纠纷。

张雯律师在长期代理诉讼、仲裁业务中，积累了丰富的争议解决经验。同时，在公司法律事务等业务方面亦积累了丰富的从业经验。



费宁  
(合伙人)

费

宁律师在加入君合律师事务所之前，在海问律师事务所上海分所工作，并担任管理合伙人。1989年至1993年期间，费宁律师曾在中国国际经济贸易仲裁委员会(CIETAC)工作。其后费宁律师作为外国律师在一家瑞士律师事务所和一家英国律师事务所工作过三年。自2008年起，费宁律师加入君合，并负责君合争议解决组的事务。

费宁律师擅长于商事仲裁、诉讼方面的法律实务，现为中国国际经济贸易仲裁委员会的仲裁员。

费宁律师曾先后在中国国内外仲裁机构和中国各级法院进行的一百多起商事仲裁、诉讼案件中代理过中外客户。费宁律师亦曾作为仲裁员和法律顾问参与过在香港、新加坡、斯德哥尔摩、伦敦等地国际仲裁机构提起的仲裁案件。此外，费宁律师还为国外客户在中国的外商直接投资、并购、房地产开发等业务提供法律服务。

费宁律师被推荐为中国最优秀的诉讼律师之一。“他是一位经验丰富的诉讼律师，因其高标准的专业水平受到尊敬。他致力于提供高效、明智的商业意见。”——Chambers Asia

本章旨在就律师接受当事人委托代理民事诉讼案件的一般工作流程和技巧作基础性的介绍,并针对诉讼业务的特点阐述诉讼律师最重要的业务素质。

## 一、接受客户委托

律师代理民事诉讼案件的第一步是由所在的律师事务所“接受当事人的委托”。当潜在客户表达一个委托意向之后,我们应首先在律师事务所内部进行“利益冲突查证”(这个查证程序适用于所有的案件,不仅针对民事诉讼案件,也包括所有的非诉法律业务)。如经过查证确认承办该诉讼案件在律师事务所内部不存在利益冲突,我们即可以与潜在客户进行下一步工作,与潜在客户洽商委托代理协议(习惯上也称“法律服务协议”)的签订事宜。

在与潜在客户正式签订“法律服务协议”之前,需要做一项非常重要的工作,即向潜在客户全面了解拟委托代理案件的基本事实情况,以及潜在客户对案件的预期目标或者对律师工作要求达到的具体目标。因为诉讼类案件比较特殊,客户对诉讼的结果往往会有明确要求,如:作为原告的情况下,客户要求法院裁决支持其全部的诉讼请求;而作为被告的情况下,客户则要求法院驳回原告的全部诉讼请求;或者最低限度应当保证其获得或者保留哪一项或者几项权益或利益。因此,在这个阶段,我们需要对潜在客户的预期目标或者其对律师要求达到的诉讼目标做一个初步的评估和判断,即,潜在客户的预期目标或者其对律师要求达到的诉讼目标是否存在法律基础、是否具有合理性,以及我们的律师代理工作能够达到什么程度,是否可与潜在客户对案件的预期目标基本符合。在进行上述的初步评估和判断后,我们再就是否接受潜在客户的委托作出决定。

如果我们认为可以接受潜在客户的委托,接下来还需要与潜在客户就承办案件的相关具体事宜进行协商,如:接受委托的具体事项和范围、律师

费收取的方式等。根据国家发改委、司法部 2006 年 4 月 13 日颁布的《律师服务收费管理办法》，律师服务收费可以根据不同的服务内容，采取计件收费、按标的额比例收费和计时收费等方式，计时收费可适用于全部法律事务。如果采取计时收费，我们将根据客户的具体要求，根据以往承办类似案件的经验，对承办案件需要的工作时间进行预估，以便客户可以根据预估的工作时间确定律师费的预算。亦可以视案件的具体情况和客户的要求，与客户协商确定其他的收费方式。

一般情况下，我们会按照客户的要求提供一个书面建议书（通常为“项目建议书”的形式）。在建议书里，我们会对案件作一个初步的法律分析意见，如：就案件实体和程序上所涉及的主要问题初步分析，并在此基础上就我们代理案件的策略提出初步的方案或建议，并对我们在相关专业领域的业绩、承办案件的优势条件、律师团队的组成和收费标准及方式等内容，逐项进行简要介绍或说明。

在接受客户委托的阶段可能存在一个竞标的程序，即在潜在客户向多家律师事务所招标的情况下，我们会视案件的基本类型并根据我们自身的专业特长决定是否参加竞标。如果决定参加竞标，我们需要按照潜在客户提供的基本信息和要求，在其规定的期限内准备并提供一份“项目建议书”。“项目建议书”与上述的书面建议书的形式和内容基本一致，包括对律师事务所的基本情况、在业内的表现、专业特长和相关业绩、律师团队组成的概要介绍；同时还包括对案件的初步分析意见以及律师费收取方案的说明。之后，将根据潜在客户的要求，参加对竞标的多家律所的遴选。

经客户对上述基本事项认可或确认之后，我们会与客户正式签订“法律服务协议”。签订协议以后，我们首先要做的是，根据客户的具体要求和案件的特点，即案件涉及的专业、领域以及律师的业务专长和经验情况，组成承办案件的律师团队。此后，我们才正式进入向客户提供法律服务的阶段。



## 二、研究案件事实及相关法律

这个阶段是非常重要的一个阶段,包括两方面工作内容,一是了解、研究相关事实,二是在前述工作基础上研究相关法律规定。

### (一) 了解案件事实并发现证据

第一个步骤是需要与客户进行充分的沟通、交流,即对案件的背景情况以及案件涉及的基本事实进行全面、详尽的了解。主要方式为:首先是听取客户对案件涉及的背景和事实进行口头介绍和说明;其次是审查客户初步提供的书面材料或证据材料;最后是将客户所作的口头介绍和书面材料相结合,发现、归纳需要进一步澄清的问题及相应的证据材料。

第二个步骤是根据前一步骤的初步工作,向客户提出一份“问题和文件清单”,请客户根据前述清单对不清晰的事实做进一步说明或澄清,并补充提供相关证据材料。而后,我们应仔细研究所有的证据材料,此步骤的工作非常重要,因为我们将视研读书面材料的情况初步确定其是否应当作为案件的证据使用。

第三个步骤是进一步发现证据,即我们可能会视上述工作的情况,根据案件的具体特征,辅导客户进一步搜集证据或者在客户的授权范围内自己做一些调查取证工作。

#### [例 1]

在我们承办的一起涉及三方当事人之间的土地置换纠纷的案件中,经过我们研究该案基本事实和相关法律规定,我们得出的结论是,该案的土地置换合同因未经相关政府主管部门的审批未能生效,且此后亦不存在经审批生效的可能性,因为,原定进行置换的两

块土地中的其中一块土地已经被该案中的一方当事人开发建设完毕,且与该块土地有关的物权已经归该案以往的善意第三人所有。为此,我们需要确认该案中的哪一方当事人应当对合同未生效以及此后亦无法生效的后果存在过错并承担相应的法律责任;此问题与我们代理的客户在该案中的诉讼策略紧密相关。但是,根据客户提供的现有证据材料和相关参考资料无从对上述问题进行判断。在此情况下,根据我们对该案背景情况和基本事实的了解,并根据我们以往的经验,我们认为,与已经归善意第三人所有的物权有关的登记文件应当可以显示该物权形成及变更的过程或基本环节。有鉴于此,我们建议客户向与此物权登记有关的多个相关政府部门调取相关资料;并且,在相关政府主管部门不予配合的情况下,建议客户向受理案件的法院申请调查取证。在我们与客户的共同努力下,最终获得了能够证明上述问题的关键证据材料。在该案中,由于发现了上述关键证据材料,使得客户从不利的法律地位(诉讼地位)转变到有利的法律地位,并据此制定了全新的诉讼策略。

### [例2]

在我们代理的客户意大利某公司提起的知名商品包装装潢保护的侵权案件中,证明知名商品成立的证据材料大多在七八年之前形成;且根据相关的司法解释和司法实践的惯例,商品的知名存在地域性。换言之,虽然客户的商品在国外已经是知名商品,但我们需要证明客户的商品在中国是知名的以及知名形成的时间。而因为该公司在中国的所有商品均为进口,且在上述商品进入中国的早期一段时间,中国还在适用外贸代理制(当时国家对进出口贸易的



管制非常严格),因此,证明客户商品知名度状况的一些主要证据,如在中国的进口销售量、市场占有率、广告及其费用等,大多通过当时与客户存在合作关系的中国的进出口公司形成,并由其记录或保留相关资料(如代理进口合同、广告发布资料及相关财务资料)。基于前述情况,收集、调取相关证据材料的难度很大。但是,代理律师通过拜访早年参与上述工作的进出口公司的业务人员(知晓相关情况的人士已经退休),了解到了相关代理进口合同、广告发布的一些线索和具体信息,调取了一些有关客户商品进口信息的证据材料;在此基础上,为了收集到客户商品早期在中国进行广告、推广宣传的资料,代理律师查阅了当时的诸多报刊、杂志,并通过多方努力调取了在各大图书馆均未查询到的相关行业出版物的原件。上述证据在证明客户商品已经构成知名的关键问题上发挥了非常有效的作用。

总之,发现证据是律师在代理民事诉讼业务中需要特别注意培养的一项技巧,而较好地掌握该项技巧则要求律师具备以下基本条件和能力:第一,具备良好的法律功底和基本的法律感觉;第二,有意培养缜密、逻辑的思维方式和能力;第三,积累一定的相关经验。

## (二) 进行法律研究

在法律研究的阶段,我们要全面了解这个案件所能涉及的相关法律法规。特别是诉讼案子,一定要注重研究相关的司法解释和地方性法律法规,因为相关的司法解释通常很繁杂,在做法律研究的过程中还要从中重点筛选最适用该案件的法律规范来作为法律依据。

法律研究阶段,主要包括以下几方面的工作:

## 1. 仔细阅读案件涉及的法律(包括实体法和程序法)、法规以及案件所属行业或领域的部门规章、规范性文件

实体法方面,如合同纠纷涉及的《合同法》、《民法通则》、《公司法》等;侵权纠纷涉及的《反不正当竞争法》、《产品质量法》和知识产权的相关法律。如在董事责任侵权的案件中,我们需要确定案件适用的法律体系,即,仅适用《公司法》关于董事责任的规定,还是同时适用《公司法》和《民法通则》关于侵权责任的规定;二者关于侵权责任规定的不同之处是,《民法通则》规定的范畴是一般侵权行为,而《公司法》规定的是特别侵权行为,即“法定的侵权行为”。再如在案情涉及商标侵权和不正当竞争侵权的案件中,应当以适用《商标法》为主,还是以适用《反不正当竞争法》为主。因为,适用上述不同的法律,将直接影响客户在制定诉讼策略时作出不同的判断和决定,并进一步影响法院对案件的审理结果。所以,在正确选择适用的法律体系后,我们才有可能对客户在案件中所处的法律地位进行有效的研究分析并在此基础上作出正确的判断。

针对实体法的研究结果,需研究相关的程序法,如作为原告应如何运用程序法(财产保全、证据保全等程序制度)以充分实现自己的权利主张;作为被告应如何利用程序上的权利(反诉、管辖异议等程序制度)以实现自己的抗辩主张。

## 2. 针对疑难复杂以及新型的案件,需要研究并借鉴一些国内外相同或近似的案例

我们处理的民事诉讼案件很多为疑难复杂或新型的案件,如:知识产权(涉及不正当竞争)侵权纠纷、产品质量侵权纠纷、土地及房地产开发纠纷、董事责任侵权纠纷,等等。该类案件在事实和法律关系上相对复杂,有的是没有明确法律规定可遵循且很少见司法实践中已经形成案例的新型案件。上述情况下,我们需要详细查阅研究国内外相同或近似的案例,希望可以发现可供参考的相关案例或判例。参考相关案例或判例具有两方



面的意义:其一,作为代理律师,可参考借鉴相同或类似案件中的权利人是如何提出权利主张,并证明该主张符合相关法律原则、具有公认的合理性,以期获得法院的支持;其二,虽然中国不适用判例法,但是对新型案件的审理,法院一般会参考已经形成的少数案例,而对疑难复杂的案件和知识产权等领域的案件,法院也会参考相同或近似的国外的判例。对于国内的案例,我们主要查询、研究最高人民法院和各地高级人民法院发布的案件;如难以查询到上述法院的案例时,也可研究一些中级人民法院的案例。因为,上述法院的案例一般比较典型,审判水平相对较高,具备较高的参考价值。

### 3. 就专业性较强的案件,可视具体情况向有关技术领域的专家进行咨询,并根据案件需要出具专家证言

针对专业技术问题较为突出的案件,如产品责任纠纷案件,无论是汽车产品还是医药产品,均会涉及相关领域的专业技术问题。具体而言,在汽车火灾引发的产品质量纠纷中,我们需要汽车领域的专家对火灾事故发生的原因进行分析、判断,即,是汽车本身存在质量缺陷导致的火灾事故,还是汽车所处的外部环境或者驾驶者的错误操作导致的火灾事故。搞清上述问题至关重要,它将对我们所代理的客户在诉讼中采取的策略或应对方案起非常决定性的作用。又如在软件产品销售及售后服务的合同纠纷中,由于软件产品售后服务的特殊性,如登录卖方内部网站进行浏览、下载、版本更新等,其中涉及较多的令代理律师甚至法官难以理解的技术服务手段或方式;此种情况下,最好有相关领域的专业技术人员对上述情况进行说明,以便有关技术环节的事实能够清晰地展现在法官面前;而前述工作对法院查清案件基本事实或关键事实非常重要。在上述情形下对相关专业、技术人员(专家)的咨询,可视案件的具体情况决定是否出具专家证言,并安排相关专家出庭以接受各方的质证。

### 4. 就疑难复杂的案件咨询法律专家,并视情况出具专家论证意见

如我们代理的网络游戏著作权侵权纠纷的案件,涉及的疑难法律问题

是,就网络游戏的著作权问题,当时适用的法律并无明文规定,但经过我们研究分析,它应当属于著作权法保护的一个范畴。在这种情况下,我们会考虑向著作权领域的法律专家进行咨询,并视案件需要请他们出具法律专家的论证意见。

### （三）起草备忘录——法律分析意见

在完成上述两阶段的工作之后,我们一般会起草一份备忘录提供给客户,备忘录会对案件涉及的基本事实、法律关系、各方当事人在案件中的法律地位、起诉或者应诉的策略进行全面的分析(根据客户要求也可就某一方面的问题提供分析意见)。此类备忘录的体例或结构一般包括以下几方面内容:

#### 1. 关于案件事实的概述

经听取客户对案件情况的介绍并在审查客户提供的相关书面材料后,在“备忘录”中应首先将案件涉及的基本事实进行归纳描述,并对其中的关键事实进行重点说明。上述基础工作非常重要,即我们需要从案件涉及的所有事实中归纳出案件的基本事实,在此基础上对其中构成法律事实的相关事实进行甄别、判断,而法律事实是我们对各方当事人在案件中所处的法律地位进行分析判断的基础。

#### 2. 关于案件涉及法律问题的分析

备忘录对法律问题的分析主要从以下几个方面着手:

第一,案件实体方面的问题。

首先,需对案件适用的实体法律进行甄别确定。做民事诉讼业务的律师,应当熟悉各种不同类型的纠纷,如:我们经常遇到的纠纷是合同纠纷、侵权纠纷或者权属纠纷案件,除此之外还有不当得利、无因管理纠纷案件。确定了纠纷类型即可确定案件适用的法律法规,并在此基础上进行法律分析。例如,在某个案件被确定为侵权纠纷后,还需就案件涉及的领域进行

甄别,以确定所应适用的专门法律,如《著作权法》、《商标法》、《反不正当竞争法》、《民法通则》、《物权法》等。确定案件适用的实体法体系,区分案件的事由(案由),对于把控案件的整体诉讼策略也很重要。

其次,根据已经确定的实体法体系,对案件涉及的实体方面的法律问题进行分析,即具体分析案件中各方当事人的相关权利请求或诉讼主张,以及它们在案件各自所处的法律地位。例如,原告的诉讼请求是否具有事实和法律依据,被告答辩的抗辩主张是否有充分的事实基础和法律依据;在此基础上可以对各方当事人在案件中所处的法律地位的优劣进行分析和判断。

一般情况下,客户会要求律师对案件的审理结果或裁决结果提供预测,即客户对案件胜诉的可能性有多大、客户在案件中有哪些权益或利益可以获得保护。而根据我们对案件基本事实和相关实体法律的分析、研究,我们通常会对客户在案件所处的法律地位,以及客户具体有哪些权益或利益可以受到法律的保护,提供全面、详尽的法律分析意见。需要说明的是,即使经过分析研究判断客户在案件中处于较为优势的法律地位,我们也不会“包打诉讼”。因为,只有司法机关才具有最终的裁判权,特别是在案件中的自由裁量空间较大的情况下,难以预测相关裁判者主观判断标准;并且,有些案件还会受到来自法律以外因素的干扰,如:地方保护、行政干预等。

## 第二,案件程序方面的问题。

民事诉讼律师一定要非常了解民事诉讼程序,熟悉民事诉讼程序方面的法律规定。虽然程序是为实体服务的,但是运用程序以达到实体方面的目标是诉讼代理律师必备的一项专业技巧。因此,做民事诉讼的律师要熟悉一审诉讼、二审诉讼以及审判监督程序的基本内容,以便可以在处理实务的过程中熟练运用。上述各阶段程序中最为重要的是一审程序,因为许多具体的、直接影响案件审理结果的程序措施仅适用在一审程序中,主要包括以下各项:

### (1) 关于管辖权异议

如果案件中的当事人(处于被告的地位)对法院管辖权有异议,应当在答辩期内(国内当事人的答辩期一般为15天)向法院书面提出管辖异议;一旦提出管辖异议,法院将首先就该异议进行审查,待法院作出驳回管辖异议的裁定之后,案件方进入审理阶段;对管辖异议的裁定,当事人不服可向上级法院提起上诉。而当事人提起管辖异议的原因或意图一般包括如下几个方面:在两个以上法院对案件有管辖权的情况下,其一,为了避免地方保护对案件审理可能产生的不良影响,或者为了选择在案件涉及领域里审判经验更丰富、审判水平相对更高的法院审理案件;其二,由于案件突发、案情疑难复杂等因素,需要更多的时间进行应诉准备。

由于管辖异议在时间上可大大延缓案件审理进展,并且在实质上亦有变更法院管辖的可能性,因此,当事人应视案件具体情况决定是否运用管辖异议程序以达到自己的诉讼目标。

### (2) 关于反诉

因为反诉需在一定的法定期限内提出,否则即丧失提出反诉的权利,所以,当事人需要视案件的基本事实和相关法律规定尽快作出是否提出反诉的决定。反诉同时涉及实体问题,需要代理律师在熟练掌握反诉程序的基础上,就反诉的请求、事实与理由进行分析。即在实体上,反诉请求是否可以获得法律的支持或保护;在诉讼策略上,是否必须提出反诉以对抗对方的诉讼请求;同时应兼顾对诉讼目标和诉讼成本关系的考虑。

如在一般的合同纠纷诉讼中,对方当事人要求我方当事人承担违约责任;如果我方当事人有较为充分的证据可以证明,非但我方当事人没有违约反而是对方当事人实施了违约行为并造成了我方当事人的损失,那么,就我方当事人是否提出反诉的判断和决定相对易于作出。但在较为复杂的合同纠纷诉讼中,作出反诉的决定相对而言并不容易。



## [例3]

在上面援引的土地置换纠纷诉讼中,案件中的合同系未经相关政府主管部门审批的合同,而且因存在法律上的障碍,该合同已经丧失了获得相关政府主管部门批准的可能性。而对方当事人的诉请为要求我方当事人承担违约赔偿责任。在上述情形下,律师是否需要建议我方当事人提起反诉是一个较为复杂的问题,因为,法院完全可以依职权对合同的效力问题,如是否生效、是否有效进行审查并作出认定或判断;而在事实方面,我方当事人并未因合同未生效或无效遭受现实损失,但对方当事人却遭受了较为严重的现实损失,且根据律师对案件事实的分析,对方当事人还应对合同的未生效或者无效负有主要的过失或者过错。一般情况下,如果我方当事人不需要向对方当事人主张实体上的赔偿责任,则我方当事人可不考虑提出反诉,因为,法院将对合同的效力及各方当事人对此负有的责任作出裁断。但是,在本案中,由于对方当事人遭受了巨额的经济损失,而在导致合同未生效或者无效的责任问题上,法院具有较大的自由裁量权;而且各方当事人过失或过错的比例将难以与案件涉及的损失一一对应。如果我方当事人不提出反诉,不能站在更为主动的地位(即原告地位)举证并发表诉讼主张,将不利于我方当事人向法院充分说明案件的事实和法律关系,进而不利于争取对我方当事人有利的审理结果,即存在法院运用自由裁量权裁决我方当事人就对方当事人的损失承担一定比例赔偿责任的可能性。因此,如果诉讼成本并非我方当事人关注的最主要的问题,则律师可建议客户考虑提起反诉的策略。

### (3) 关于证据保全、财产保全及诉前禁令(停止侵权行为的临时性判令)

证据保全及财产保全措施在知识产权侵权纠纷诉讼中被广泛适用。证据保全对权利人的诉讼请求和主张以及对法院的审理结果均起着非常重要的作用。比如在商标和专利侵权纠纷案件中,权利人往往难以获得对方当事人实施侵权的实质性证据,如实施侵权行为的具体安排和范围、获得非法收入的内部资料(经营或交易合同、财务数据)等证据材料。如果申请法院采取了诉前或诉讼中的证据保全措施,将增加获得上述证据材料的机会或可能性;而在获得该等相关证据材料的基础上,对法院查清案件事实、对侵权行为及相应的法律责任作出认定和裁决将起到至关重要的作用。特别是在客户举证存在较大难度的情况下,律师应建议客户充分利用证据保全制度。

财产保全制度与证据保全制度适用的方法基本相同,律师需视案件的具体情况向客户提出是否申请的建议。例如,在对方当事人具备较强的偿付能力,且将要采取的财产保全措施亦不足以影响其对案件的应对策略,此种情况下,建议客户采取该项保全措施的意义不大;另一种情况,对方偿付能力不足,或者对其资产采取的保全措施将极大影响其进行融资及生产经营,可迫使其考虑和解并承诺偿付部分或全部债务,此种情况下,可建议客户申请财产保全措施。

诉前禁令目前仅可在一些知识产权侵权纠纷的案件中适用,且申请法院获准的难度亦较大。但在我方当事人具有充分证据的前提下,应尽可能向法院提出申请,以避免我方当事人进一步遭受损失。

### (4) 关于司法鉴定

该项制度适用于专业性、技术性较强的案件中。例如在产品责任侵权纠纷案件中,核心问题是解决涉诉产品是否存在缺陷以及案件中的事故是否由该缺陷导致。

在汽车产品责任纠纷中,有因汽车失火导致人身伤害的案件,有因制



动系统故障导致人身伤害的事故,有因气囊未能引爆导致人身伤害的事故。在上述案件中,均涉及一般人不熟悉的专业领域,如汽车失火原因需要汽车领域的火灾专家进行鉴定;制动系统故障的原因在于驾驶者的错误操作还是在于制动系统本身的设计或材质缺陷所致,需要相关的专业技术人员进行鉴定;而有关气囊的引爆系极为复杂的技术问题,更需要该领域内相关专业技术人员进行鉴定或研究论证。在上述类型的案件中,律师一般会建议负有重要举证责任的生产商和销售商提出司法鉴定申请,即在法院主持下选定司法鉴定机构以对上述问题进行司法鉴定并出具鉴定报告。

在建筑工程承包合同纠纷中,如果案件中的各方当事人对合同价款或工程造价约定不明,或者在施工过程中出现了较为复杂的变更情况,或者各方当事人对工程质量的缺陷问题存在很大争议,此种情况下,律师可考虑建议客户申请司法鉴定(对案件中的工程造价和质量问题进行鉴定)。

#### (5) 关于事实证人和专家证人

运用事实证人和专家证人的制度,亦同时涉及实体方面的问题。即需要在对案件事实和法律关系进行分析的基础上,视该项安排对案件可能产生的影响决定是否需要引进事实证人和专家证人。

引进事实证人一般在以下情况下予以考虑:案件事实较为复杂,如跨越较长的时间段、其间人事或机构更迭、无相关书证或书证之间存在不一致,在此情况下,可考虑引进当时相关经办人员或者接触第一手材料的人士对相关事实予以说明、证实。

引进专家证人一般在以下情况下予以考虑:案件涉及相关专业技术领域,而又无需启动司法鉴定程序。在此情况下,为了澄清各方当事人在相关专业、技术问题或与此有关的事实方面存在的歧义、误解或混淆,可考虑引进相关专业、技术人员对上述问题进行说明、解释,同时,有益于法院对相关专业技术问题进行审查、理解并作出客观的认定或判断。

由于引进的事实证人和专家证人需要出庭接受法庭及各方当事人的质询,且需在举证期届满之前的一定时间内向法院提出上述证人出庭的申

请,因此,代理律师应严格把握相关程序上的期限,及时提示客户需注意的相关期限问题,并与客户相互配合以完成上述事宜的准备工作。

#### (6) 设置或追加第三人

根据案件涉及的基本事实和法律关系的具体情况,如案件事实显示,有与权利人和相对方存在法律上联系的第三方单位或个人,且该第三方可能对案件的诉讼程序或结果产生一定的影响,此情况下,在确定起诉方案时需就是否设置第三人,或者在参与案件诉讼后是否追加第三人进行分析,并及时向客户提出意见或建议;同时需提示客户注意在法定期限内提出追加第三人的申请。

#### (7) 关于申请法院调查取证

申请法院对当事人难以取得的证据进行调查取证,是诉讼当事人的一项权利,由于有时间的限制或要求,律师需及时向客户提出申请法院调查取证的建议,并根据现时对事实情况的了解程度,归纳整理并列出具体的法院调取的具体证据材料。

除上述通常运用的主要程序制度之外,各个诉讼阶段涉及的期间、期限问题,特别是在各案中比较突出的期限问题,应注意及时向客户进行说明和提示。还有一些其他程序性的问题可视案件的具体情况向客户进行说明或提出建议,如被告当事人是否必须在法院限定的答辩期内向法院提交书面的答辩意见;如果认为法院限定的举证期限在时间上不够充分,是否可申请法院再次给予一定的举证期限;何种情况下可考虑适用申请承办案件的司法人员回避的制度,等等。

上述涉及的所有程序性问题,律师应视案件的具体情况,在《备忘录》中或进行重点说明,或予以一般性的介绍,同时向客户提供明确的分析意见或建议。

### 3. 关于诉讼策略或应对方案的建议

在此部分,我们通常会对案件的整体诉讼策略和具体实施方案提出总



结性的建议。

第一,在作为原告当事人律师的案件中,我们将根据上述部分对实体问题的分析,确定案件的起诉事由、被告及/或第三人;对诉讼请求作出明确具体的设定并说明据以设定的理由;为了有效地支持我方当事人的诉讼请求,我们还需对证据的收集整理、如何使用以及相关的法律依据进行说明或提出建议。

在程序方面,亦应视案件的具体情况提出明确的建议,例如对于侵权纠纷案件中的原告而言,由于按照相关法律规定对案件有管辖权的法院可能至少有两个以上,那么,在起诉阶段的首要问题是要选择一个适宜的管辖法院。如果案件为知识产权侵权纠纷的类型,我们一般会建议当事人选择北京、上海,或者是沿海的大中城市的中级法院,原因是该等法院的知识产权庭的审判水准相对较高,受地方保护、行政干预等法律以外因素的影响较小,裁决的合法性和公正性可以得到基本保障。而在上述类型的案件中,可以通过合法方式制造证据,以达到选择管辖法院的目的,因此,需要律师在制造证据、收集及调取证据上进行深入研究,以便可以向客户提供有效的且具有较强操作性的选择管辖法院的建议方案。

在举证方面,如果案件是知识产权侵权或者不正当竞争侵权纠纷的类型,对侵权产品的状况,如:使用与权利人所属的商标相同或近似的情况,或者使用与权利人所属的知名商品的包装装潢相同或近似的情况,需要提供充分的证据予以证明;但进行上述举证的工作量较大,可能涉及地域的范围较广,同时涉及相关领域的专业知识和操作方式。因此,可建议客户考虑是否聘请专业的商业调查公司(有的侧重知识产权侵权的调查)收集调取上述证据材料,如:到侵权产品出现的相关地域、市场进行样品采集,并根据产品上显示的信息对生产者、销售者的公司状况进行调查取证。为了保证上述举证的有效性,还需视情况需要,建议对相关证据的形成过程进行公证。

关于证据保全的运用,在诸如通过网络实施的著作权侵权以及计算机软件著作权侵权纠纷案件中,律师在对案件事实和现时证据材料进行充分

研究之后,需要就是否申请法院采取证据保全措施以及具体申请的事项或内容提出建议。如果可以通过法院采取证据保全的方式对侵权人在服务器上的相关数据、信息及资料进行收集调取,将对法院查清案件事实并作出公正裁决具有非常重要的意义。

如上所述,就财产保全、诉前禁令以及司法鉴定等问题,应根据具体案情的需要提出是否适用以及如何适用的建议。特别是在知识产权侵权纠纷和产品责任纠纷案件中,司法鉴定程序被经常适用,因此,律师需要对该程序制度进行特别研究,以便充分利用该项程序制度为当事人在案件中的诉讼目标服务。

第二,在作为被告当事人律师的案件中,一般从答辩或抗辩的角度提出具体的建议。例如,在一些侵权纠纷案件中首要考虑的是主体资格问题,特别在实践中的产品责任纠纷案件中,原告当事人在选择被告的时候随意性较大,有的案件同时会诉及三四个被告。如果我们是被告当事人——生产商的律师,我们需首先对我方当事人的诉讼主体资格进行审查,即审查原告是否有权对我方当事人行使诉权。进行上述审查主要涉及以下两项内容:案件中的涉诉产品是否为我方当事人的产品、是否存在侵权事由。

#### [例4]

在我们处理的一起原告主张的汽车产品责任侵权纠纷案件中,原告起诉的依据是其与销售商之间签订的买卖合同,并且,原告未提供任何证据证明案件中存在《产品质量法》规定的侵权事由,仅是由于汽车存在一些技术上的故障需要保养维修,即该案实质上属于合同纠纷的类型。因此,我们建议客户在案件中的主要答辩思路为我方当事人为不适格的被告,请求法院驳回原告对我方当事人的起诉或诉讼请求。

在一些合同纠纷的案件中,我们需要对是否提出反诉提供具体的建议方案。根据对案件基本事实和法律关系的分析研究,如果律师认为应建议客户在案件中提出反诉,则需对反诉涉及的具体诉讼请求及其事实和法律依据进行具体说明,并就反诉证据的组织和使用提出建议。

而就管辖异议程序,如上文所述,管辖异议是诉讼程序上的一个制度,它是直接为实体服务的,所以,选择好管辖法院对案件在实体上的审理是非常重要的。原告虽然在选择管辖法院上具有一定的主动权,但在有的案件中,原告选择的管辖法院在法律上仍然会存在某些问题。而根据相关法律规定,提出管辖异议、要求变更案件管辖法院应存在可行性,在此情况下,律师可视案件需要向当事人建议提出管辖异议;当然,提出管辖异议还有另外一个目的,即可以为被告当事人争取更多的举证时间(我们代理的许多被告当事人系外资企业,往往需要更多的时间对如何举证等诉讼策略进行分析研究)。总之,代理律师应根据具体案情以及以往的经验,无论从变更管辖法院的真实意图出发,还是从争取时间的角度出发,应就当事人是否提出管辖异议的问题提出明确、具体的建议方案。

就上文述及的证据保全、申请法院调查取证、申请司法鉴定、引进证人等程序制度,为案件中原、被告各方当事人均享有的权利。如何运用该等程序制度以为当事人在实体上的权利主张服务,律师应视案件的不同情况向当事人提出具体的意见或建议。

第三,关于和解建议。在有的案件中,客户本身较为关注和解问题,如在一些产品责任纠纷案件中,客户根据其一贯的经营方针或政策,希望尽可能在一定合理的前提下与对方当事人达成和解;而在另外一些案件中,由于当事人各方的合同约定不清或不明,在实际履行过程中又不断发生变更或调整,且各方对前述变更或调整亦存在争议。在上述情形下,律师可视客户的要求或案件的具体情况就是否进行和解提出建议,并就此项建议所依据的事实和理由以及具体操作方式、步骤进行说明。

第四,其他问题的说明及建议。关于案件涉及的一些其他问题,如时



效问题、期限问题、授权委托书等程序性文件的准备问题等,可视客户关注的程度进行说明;根据客户的要求,也会对律师代理案件的工作进度或日程安排进行说明。

### 三、起诉前或庭审前的准备阶段

开庭前的准备工作通常是围绕或根据上述“备忘录”中的相关问题进行的,一般也会按照“备忘录”中列出的工作日程推进。总体而言,开庭前的准备工作主要从以下三个方面进行:

#### (一) 对案件事实及背景情况的深度研究

“备忘录”中虽然已经对案件的基本事实进行一定分析研究,但往往会存在一些需要进一步探讨研究的关键事实,该等关键事实可能影响我方当事人在诉讼中的法律地位;同时,随着证据材料的补充,可能需要对相关事实、背景重新进行理解并就此前形成的一些认识或意见进行调整。即,开庭之前,代理律师需要对案件基本事实及其对各方当事人之间的法律关系的影响再次进行全面梳理,并在此基础之上形成庭审中将要表达的整体诉讼主张。另一方面,进行上述工作也是为了代理律师可以在庭审之前尽可能地熟悉案件事实,以便应对庭审中意想不到的问题或局面,因为,熟悉案件事实是庭审中发挥应变能力的基础。

对于事实非常复杂的案件,或者事实涉及范围广泛且跨越时间段较长的案件,我们会根据客户要求或者视代理工作的需要,准备一份案件的“大事记”。通常情况下,“大事记”需要对案件的全部事实情况从其发生的初始时间到诉讼阶段进行全面的罗列和说明,其中还包括为了应对诉讼收集调取的证据情况,以及对关键或重要事实的重点说明。在准备“大事记”的过程中,可能还会发现一些此前未深入研究过的重要事实或者疑点问题,需要向客户作进一步核实。



在完成上述工作后,我们通常会对案件的争议焦点问题、事实或法律上的难点问题以及不利于我方当事人的事实或法律问题进行归纳总结,目的是为了代理律师可以在后来的庭审中进行适度的发挥,扬长避短。

接下来的具体的工作就是起草起诉状并初步组织整理证据材料,或者起草答辩状并初步组织整理答辩证据。上述具体工作可在“备忘录”述及的实体和程序问题的基础上进行提炼,以便更深入地理解、认识相关事实和法律依据,并使得该阶段的工作更为省时并有效。

## (二) 落实与程序有关的问题

如上所述,所有程序制度都是有期限要求的,而对于一些程序制度的运用在一定程度上是出于策略上的考虑。在这个阶段,我们需要检查、落实运用程序制度的工作情况和效果。例如,作为被告当事人的律师,我们可能已经提出了反诉,根据反诉的程序,法院将会重新安排时间由各方当事人就反诉进行举证,相应地,此前安排的关于本诉的证据交换和开庭时间均会重新作出安排,为此,要根据案件进展的具体情况调整律师的代理工作日程。

需要落实的其他程序制度,如:申请法院调查取证、证据保全,需要按照法律规定至少在举证期限届满前7天提出书面申请;申请证人出庭作证,应当在举证期限届满10日前提出;当事人申请司法鉴定的,应当在举证期限内提出。特别需要注意的一个重要问题或者环节是,在对案件进行全面、深入的研究之后,或者在新出现的证据对案件事实及法律关系产生重大影响的情况下,律师应就当事人是否增加、变更诉讼请求提出意见或建议,并且说明该等请求应当在举证期限届满前提出。

另外,在承办的一些法律关系较为复杂或者法律问题较为疑难的案件中,我们会建议客户进行法律专家的论证工作,在此基础上形成“专家论证意见”。虽然在目前的司法实践中,对“专家论证”的功能或作用存在不同的观点,且在是否应当参照专家论证意见对案件进行审理的问题上存有争

议,但在实务操作中引进专家论证意见,可能出于对案件的多方面考量。如:对于法律规定缺失或空白的新型案件,我们往往需要相关专业的法律专家对案件进行研究论证,以作为我们对案件中的法律关系进行分析、判断的参考依据。同时,由于专家论证意见可以在一定程度上解决专业性和技术性较强的问题(如知识产权案件),对法官审理、裁判案件时具有一定的参考作用。因此,在处理新型、专业性较强的复杂案件时,我们会建议客户考虑引进专家论证的步骤。该步骤在此前的“备忘录”中视案件的具体情况会有所涉及,在此阶段需作进一步落实。

### (三) 准备诉讼文件及证据材料

诉讼文件分两类,一类是程序性文件,一类是实体性文件。

#### 1. 程序性文件

如起诉时法院要求原告必须提交的当事人的营业执照、法定代表人身份证明和授权委托书。需要注意的是被告主体资格的证明文件,一般是工商登记信息查询单,需加盖工商行政管理部门的查询公章。有的案件,如涉及商业秘密的案件,我们要考虑申请法院不公开开庭审理,申请应以书面形式在开庭前的合理期限内提出。如果认为举证时间比较紧张,可向法院提交书面的延期举证申请。

#### 2. 实体性文件

第一,审定起诉状、答辩状。

在上述第1点工作完成后,即对案件事实及背景情况进行深度研究后,一般会开始起草起诉状、答辩状并初步整理组织证据材料。在此阶段,应当对起诉状、答辩状的内容进行细化、精练并完成审定。

第二,组织证据材料并起草“证据清单”。

组织证据材料并起草“证据清单”是该阶段工作的重点内容。我们承

办的许多案件均涉及大量的证据材料,需要根据既定的诉讼策略以及诉讼请求或者答辩主张的具体内容,对涉及的证据材料进行梳理、组织,因此,组织证据材料往往非常耗时。

对证据材料进行梳理、组织之后的工作是起草“证据清单”。根据民事诉讼证据规则的要求,“证据清单”需对证据材料逐一分类编号,对证据的来源、证明对象和内容作简要说明。其中起草“证明对象”是一项关键且较为艰巨的工作,主要原因在于,由于证据对事实真相或原貌所具有的证明力,它对法庭的影响力在一定程度上比答辩状、律师的代理意见更为突出,因此,梳理组织好证据材料并在证明对象中尽可能的展示其所具有的证明效果非常关键和重要。但是,许多关键或重要的证据材料的形式本身即比较复杂,如:有关权利许可或技术许可的合同及相关附件,不仅篇幅很长,还涉及相关专业技术内容,而受限于证明对象的简明扼要的形式,归纳并描述此种证据的证明对象存在较大的难度。因此,梳理组织证据材料并起草“证据清单”中的证明对象是一项需要积累经验并不断培养提高的专业能力和技巧。

起草“证据清单”中的证明对象,需要注意以下几个要点:语言要简洁明了,突出重点,切忌篇幅过长、繁琐;突出证据与证明对象的“关联性”,即证据与待证明的事项或者其自身的诉讼请求或者诉讼主张在法律上具有紧密的关联性;注意“逻辑性”及证据链,即所有证据之间具有逻辑性的安排,形成完整的证据链,以提高证据的证明效力。

第三,研究对方当事人证据材料并起草“质证意见”。

在收到案件对方当事人证据材料的情况下,还需在研究对方当事人证据材料的基础上,起草一份书面的“质证意见”。在“质证意见”中,需要针对对方当事人证据的真实性、关联性和合法性提出异议或意见,语言亦应简洁明了,仅对实质或关键问题进行说明。

第四,涉外案件的特别准备工作。

代理具有涉外因素的民事诉讼案件,在程序上具有一定的特殊性,例

如,上述提及的程序性文件(营业执照、法定代表人身份证明及授权委托书等),需要按照相关法律规定在当事人所属的国家(公司注册地所在国)办理公证和认证手续;在境外形成的证据也需要在所在国进行公证和认证。由于各个国家或地区对公证和认证的手续规定或要求并不相同,而且耗费的时间也不尽相同,因此,需要进行上述工作的应尽可能早些时间向客户说明,以便客户可以有较为充分的时间办理相关事宜。根据我们以往的经验,上述相关工作我们可能在接受客户委托的时候即向客户进行说明,如:境外公司的注册证明文件、法定代表人的证明文件、对代理律师的授权文件以及可以确定的案件中的一些证据材料等,在进入此阶段工作以前即向客户说明需要在境外进行公证、认证手续。

有关证据材料翻译的问题,根据相关法律规定,所有非中文的证据材料和在诉讼中需提交法庭的其他文件,均须有中文译本。而翻译文本不可以随意准备,必须要聘请法院认可的翻译公司出具(需加盖翻译公司的翻译专用章)。

关于“外国法的查明”问题,虽然在中国法院审理的案件一般均适用中国法,但亦存在个别特殊的案件可能会涉及一部分外国法的适用问题,如:双方当事人约定在一定的情况下适用某一外国法。此种情况下,我们必须要进行“外国法查明”的工作,因此项工作比较复杂,我们会建议当事人考虑聘请国外的律师事务所或者相关专业的学者协助完成。

## 四、开庭阶段

### (一) 临近开庭之前的准备工作

开庭审理阶段对诉讼律师来说,是最能够体现其能力、技巧和专业水准的阶段。当然,能够到达公认的较高的专业水平,则需要扎实的法律功



底、艰辛的努力、长期的经验积累,特别是需要在法庭上多次反复的实战训练。

### 1. 庭前讨论会及制定庭审策略

针对规模较大或者较为复杂或者非常受社会舆论及当事人关注的案件,在开庭时间临近的时候,代理律师或团队应当制定一个具体细致的庭前准备工作流程。如果承办规模较大或较为疑难复杂或受到社会舆论关注的涉外案件,一般情况下会组成一个律师团队承办案件。

一般在正式开庭之前两周内,律师团队需要按照工作流程逐一进行庭前准备的各项工作。其中一项重要工作是开会讨论庭审策略,将涵盖庭审各个环节可能涉及的问题,包括法庭调查阶段(陈述事实、举证、质证、法庭询问)、辩论阶段及最后陈述阶段。其中会涉及证据如何运用的问题,即如何突出有利于我方当事人的事实和证据、回避不利于我方当事人的事实和证据;以何种方式突出对我方当事人有利的关键或重点问题;如何就法庭关注的问题作出对我方当事人有利且具有说服力的陈述或说明。进行上述准备并制定庭审中运用的策略,主要目的是争取达到有利于我方当事人的庭审效果。

### 2. 进行庭审预演

对疑难复杂的案件,可以模拟法庭的方式进行庭审预演。在预演中,将律师团队的成员进行划分,由成员分别代理案件中各方当事人的代理人,即分别在预演中代表原告、被告及第三人;各方代表将站在各自的立场对案件涉及的事实问题、法律问题及争议的焦点问题进行辩论。进行上述预演方式的庭前准备工作,可以帮助代理律师就庭审中可能涉及的问题做好充分准备,加强代理律师在庭审中的应变能力,也会帮助代理律师在法庭上以尽可能简洁的方式及合理的态度准确描述案件的事实、法律关系以及我方当事人的诉讼主张,以争取达到说服法庭采纳对我方当事人有利的

主张或观点的最终诉讼目的。因此,类似庭审预演是律师团队需要做的一项非常重要的庭前准备工作。

### 3. 准备庭审中的发言大纲

作为案件的代理律师,需要在正式开庭之前准备一份拟在庭审中各个阶段发表意见的大纲,庭审大纲不同于起诉状、答辩状。在法庭上,在起诉状、答辩状篇幅较长的时候,法官可能会要求律师不要全文宣读起诉状或答辩状,而是要求代理律师对起诉状、答辩状的内容进行概要的陈述或说明;另外,在庭审时间不够充分的时候,代理律师需要有选择地对关键或重点问题进行阐述,放弃一些细枝末节的问题。因此,有针对性的准备一份庭审大纲是非常必要的。

如果是法院公开审理的案件,庭审现场可能会有媒体代表或者其他旁听人员,甚至可能会有法院同意的全程录像的安排。此种情况下,可能对代理律师造成一定的心理压力,如果在陈述案件事实和说明相关法律问题时表达得不够准确,甚至有重点问题的遗漏,将会影响庭审的整体效果。

所以,代理律师应考虑在庭审前准备一份庭审中使用的发言大纲,其内容系通过上述诸多努力工作后高度精练而成,应涵盖案件所有事实和法律问题、专业技术问题的精华内容,包括陈述事实、举证、质证、辩论及最后陈述各阶段需要阐述的要点问题。

### 4. 准备庭审中的提问大纲

在准备发言大纲的同时,还需要准备一份提问大纲。因为有些专业、技术上的问题,可能会有专家证人或熟悉相关技术的辅助人员出庭。因此,就我方当事人关心的问题,需要准备一份向对方当事人或专家证人、辅助人员提问的问题大纲。提问大纲需要考虑提问的方式方法,目的是通过有技巧的提问,澄清一些对我方当事人有利的案件事实;在澄清事实的过程中,引起法官对相关事实的关注,并适时请求法官对一些重点问题向证

人主动发问,促使证人尽可能客观地陈述或说明事实,以争取有利于我方当事人的庭审效果。相对的,在接受提问的时候,控制住局面对代理律师而言也不是一件容易的事,需要在庭前做好充分的准备工作。

### 5. 准备“代理意见”大纲

在庭审前,代理律师最好能够准备一份“代理意见”大纲。“代理意见”是律师的独立意见,这个大纲主要应从法律层面入手,根据案件事实,归纳案件的法律关系,总结各方当事人在案件中的法律地位。特别要强调的是,在研究法律依据的时候,要以庭审效果为导向,尽可能寻找一些让法官感觉非常有道理且愿意进行考虑的法律依据。这是民事诉讼代理律师需要培训和锻炼的一项重要的重要的技能或技巧。

### (二) 庭审中的发言

庭审前许多准备工作均是为了庭审服务的,在正式庭审的过程中,代理律师在法庭上的发言是重头戏,代理律师无一例外的目标是:争取将此对案件进行准备的全部工作成果和精华展现在庭审过程之中。而如何达到这个目标,主要取决于代理律师的庭审技巧,主要表现在庭审中的发言技巧。如何培养、提高庭审中的发言技巧是难以给出概括性说明的问题,但多次反复的实践操练无疑是必不可少的一个环节。

达到好的庭审效果的庭审发言一般应具备以下要点,即:在庭审发言时,无论是陈述起诉状要点或是答辩状要点,语言应尽量简明、扼要,逻辑清楚,重点突出。需要特别提示的是,发言的语速要放慢,以尽可能让持有不同方言的法官、书记员听得非常清楚,便于书记员将发言内容全部记入“庭审笔录”。

代理律师在庭审结束时应仔细核对笔录中的相关内容,以保证其符合自己在庭审过程中发言的原意。此外,“庭审笔录”也非常重要,可能会记录一些法庭在庭审当时澄清、核实的一些事实情况,而这些情况可能在案

件中的证据材料中并未清晰显示；不仅如此，“庭审笔录”的内容可能会成为案件的二审程序及/或再审程序中法庭认定相关事实，以及当事人诉讼主张或观点的依据。

一般情况下，一审程序中的“庭审笔录”会对案件的实体和程序上的主要问题记录得非常详细。当案件进入二审程序或者再审程序时，“庭审笔录”中的相关内容可能成为支持我方当事人主张的一个非常重要的依据。因此，在庭审中对关键问题或者需要法庭予以关注的问题发言之前，可以提示或要求书记员全面、准确地予以记录；如果因为代理律师发言的重点不突出或者书记员的疏忽导致“庭审笔录”遗漏了较为重要的内容，待庭审结束时发现再进行补充则难度很大。

在上述需要特别注意的“庭审笔录”之外，还有一项代理律师应当了解和掌握的常识或技巧，即在庭审中，代理律师需要随时关注法官或者合议庭成员在庭审各个阶段所关注的问题点，并视具体情况对发言的内容或重点进行灵活调整，以便可以对法官关注的问题作出对我方当事人有利的阐述。

在庭审时如果仅是在自说自话，将很难达到理想的庭审效果，既不会引起法庭对案件重点问题的关注，还可能会误导法庭忽视一些对我方当事人有利的事实情况和相关法律规范；自说自话的庭审发言和向法庭提交一份书面的代理意见没有什么区别，甚至还不如书面代理意见对法官或合议庭产生的效果。

### （三）与庭审有关的其他问题

实践中，一些案件的审理结果可能会受到法律因素以外的一些影响，比如说舆论造势、行政干预、地方保护、因国际关系导致的政策性问题的影响等。在承办此类案件的时候，代理律师需要非常谨慎，应就相关问题与客户进行充分沟通。在客户要求代理律师就案件的公关策略提出意见或建议的情况下，代理律师可以配合或者协助客户制定相应的公关策略或方



案,如:对法院以外的媒体、相关政府部门及相关公众的态度和口径要保持统一,以避免胡乱、不慎的表态导致相关媒体、政府部门及公众的不信任甚至反对的态度,并进而避免上述因素对案件审理结果可能产生的不利影响。需要注意的是,作为此类案件的代理律师,在没有获得客户明确授权的情况下,不应接受任何形式的媒体采访。

## 五、庭后跟进工作

庭审后,代理律师的工作主要包括两个方面,一是客户方面,二是法院方面。

### (一) 客户方面的工作

无论案件是第几次开庭,在庭审后均应给客户提供一个书面的“庭审报告”;“庭审报告”的内容可以简单扼要,主要介绍参加庭审的各方当事人以及庭审的主要过程,同时,应就各方当事人在庭审中发表的主要意见或观点进行归纳,并可以就案件此后的走向,如:是否会有下一次开庭、法院可能对案件作出裁决的时间以及对裁决结果的预测等,提供简要的分析或说明。

如果经过庭审发现有新的事实、证据或问题在此前的“备忘录”中没有涉及,且该等问题较为重要,可能对案件的审理结果产生一定的影响,或者可能会导致此前“备忘录”中的相关问题或结论需要进行重新分析或调整,此种情况下,我们需要再次给客户提供一个补充的法律分析意见,即“补充备忘录”。“补充备忘录”应就新问题进行分析,并就其可能对案件产生的影响,如对案件中各方当事人的法律关系、法律地位以及裁决结果的影响进行说明,并提出应对的方案建议,或者对既定诉讼策略进行调整的建议。

## （二）法院方面的工作

对法院方面的工作主要有两点，一是注意同法官在庭审后的交流；二是根据庭审的情况，或者根据对方当事人在庭审中提交证据和发言的情况，进行以下工作：补充反驳证据、申请再次开庭以及起草律师代理意见并提交法院。

庭审后，视案件的具体情况，需要同法官作进一步交流，可通过电话、在法院的接待室或谈话庭约见法官等方式进行。有的案件，在庭审后进行此种交流很有必要，如：庭审后，代理律师可能意识到因庭审时间较为紧张使得相关重要问题未能深入，或者庭审后对相关重要问题有了进一步的认识或理解，或者出现了与案件类型相同或类似新案例可以参考。上述情况下，除了将新的意见或观点写进书面代理意见或者补充代理意见以外，还应尽可能和法官进行直接的沟通和交流；此种交流可能会在一定程度上影响法官对案件中相关事实和法律关系的认定或判断，或者对相关问题进行重新考虑。

庭审后另外一项重要工作是，根据庭审的情况或者根据对方当事人提供证据和庭审发言的情况，向法院申请补充证据和再次开庭。如果法院已经给过两三次补充证据的机会，并组织了几轮的证据交换，那么，法院一般不会同意在正式庭审后再接受当事人提出的补充证据和再次开庭的要求。因此，上述权利的运用需要视案件审理的具体情况而定。

庭审后，如果不存在再次补充证据和开庭审理的可能性，则需要尽快在此前准备的代理大纲的基础上，完善书面的“代理意见”并提交给法院。案件经过两三次开庭审理的，还需准备补充的“代理意见”，以对此前“代理意见”未能涉及的事实、法律关系及相关的法律依据阐述意见。

至一审法院作出裁决，律师代理民事诉讼案件一审程序的工作基本结束。二审诉讼程序和审判监督程序（可能引发再审程序），与一审诉讼程序基本相同，但各自具有特殊性，因此，代理律师应注意熟练掌握这些程序

中的特殊性内容。

作为当事人的一审诉讼代理律师,无论是否继续代理二审诉讼及此后可能发生的再审程序,均应考虑就案件的下一步工作向客户提出意见或建议。

## 六、诉讼律师最重要的业务素质

诉讼业务是在客户遭遇商业风险、出现争议时,在法律框架下,从客户利益最大化的角度,协助解决争议,使争议“从有到无”的过程。

诉讼律师需要把客户不能够理解、不知道如何解决的问题,用自己的头脑去分析、解释,并找出结症所在,提出解决问题的建议。

笔者结合从事诉讼律师业务的一点心得和体会,将诉讼律师最重要的业务素质归纳为以下“七个S”的要素:

### (一) Sense

**common sense — reasonableness**

**legal sense — logic**

如何把 legal sense 和 common sense 结合,使公平和法律相结合,是律师的责任。当一些看似毫无章法的问题摆在面前时,sense 就是总结核心问题、找到切入点的能力。不是每个律师都能成为诉讼律师。诉讼律师必须具备非常强的 sense 能力。

所谓 sense,是一个概括的说法,其综合了分析能力和判断能力。具体而言,是在争议事实摆在面前时,能迅速分析相关问题,立即确定争议焦点(core issue or side issue)的一种能力。而在具体解决问题的时候,必须能很好地应用 common sense 和 legal sense。common sense 体现的是对于事物合理性的认识,而 legal sense 体现的是对法律逻辑的认识。任何法律,都是合理性和逻辑性的结合。因此在处理任何争议时,均不能忽视合理性和

逻辑性共存这样一个基本原则。

## （二）Sight

律师需要坚持自己既定的大原则,按照自己认定的思路走。大局观在诉讼案件中是非常重要的。sight,是指诉讼律师必须具备的大局观。大局观对于一个优秀的律师来说极其重要,锱铢必较的律师不是好律师。处理任何争议,都必须有重点,抓大放小。

决定事物发展方向的,是事物的主要矛盾,因此,在处理争议时,要集中力量处理主要矛盾,不可因小失大。

具有大局观,要求诉讼律师在处理争议时,大部分力量用于解决争议焦点的证据和法律分析上。特别是在庭审时,必须集中于己方已确定的争议焦点上,以我为主,不能被对方牵着鼻子走。在任何情况下,都应使法官/仲裁员的注意力集中于己方确立的争议焦点之上。

培养大局观,需要律师具有开阔的眼界和包容的心态,要善于听取各方面不同的声音。律师处理案件,可以采取不同的切入角度,运用不同的法律逻辑。但是在这其中,只有一条路是最好的。每个人的思维方式都是有缺陷的,必须善于听取客户、同事的意见,哪怕和你的意见是不同的。因为对于律师来说,重要的不是采取的是谁的意见,而是采取的是对客户最好的和最合适的意见。

## （三）Sharp

sharp 是指诉讼律师应当具有的犀利和敏锐,但是 sharp 并不是指诉讼律师应当咄咄逼人,好的诉讼律师应当是辩才和风度的结合体。在任何情况下,特别是庭审中,均不可对对方进行人身攻击,这是降低执业素养的做法。诉讼律师的 sharp 应当体现在捕捉对方漏洞的能力上,以及一针见血指出争议本质的能力上。

有些律师在开庭过程中咄咄逼人,每一句都要反驳,每一点都要纠缠



不休。但是作为诉讼律师,很重要的一点不是自己怎么想,而是第三个无关的人,比如法官或仲裁者怎么想。所以咄咄逼人不能体现 sharp, sharp 是在心平气和的情况下抓住每一个根本性的错误,严肃地表述自己的态度。因为,抓住事实性(fact)的错误往往令对方哑口无言。

#### (四) Speedy

诉讼律师不能偷懒,当站在法庭的时候,必须所有的资料都牢记在心,只有这样才能在法庭上回答任何人提出的问题。

非讼律师和诉讼律师相比,非讼律师永远有比诉讼律师更为充分的时间去准备、斟酌和修改所需要回答的法律问题。而非讼律师不同,在庭审过程中,诉讼律师必须在极其有限的时间内对对方提出的问题进行回答,或立即针对对方的观点进行反驳。诉讼律师不可能在这个时候再去进行任何的法律检索,进行反复的论证和思考,并修正自己的观点。所有的法律意见必须要即时。反应速度更多程度上是一种直觉,也就是需要用上 sense 的能力。

良好的反应能力并不完全取决于天生的反应速度。它同样可以通过非常充分的庭前准备、扎实的法律功底和日常自我训练予以提高。

良好的反应速度要求律师在庭审过程中厚积薄发,因此,在日常工作中有意识地进行知识积累,是诉讼律师要做的不可或缺的功课。

要勤于思考,多讨论,多研究问题。对工作中遇到的每一个问题,即使不是自己业务范围内的,也要有钻研和解决的欲望。因为诉讼律师永远不知道在庭审过程中将会遇到什么样的问题。这要求诉讼律师在工作中对于各种各样的问题都需要有所涉及,有所研究,尽可能予以理解和解决。

诉讼律师兴趣要广泛。要对世界的认知充满好奇。固步自封、刚愎自用、拒绝接受新鲜事物,都是诉讼律师的致命伤。

#### (五) Speaking

这里所说的讲话,并不是普通意义上的讲话,这里的讲话是说,作为一

个优秀的诉讼律师必须要“会”讲话。“会”讲话就是要在该讲话的时刻讲出关键的、切中要害的、言简意赅的话。

诉讼律师在法庭上发言、辩论或陈述相关事实,必须要有清晰的思路,简单、明了、重点突出,意思表示要明确。

在法庭上,讲太多无关的话或者所讲的没有讲出来都是诉讼律师的致命伤。有很多律师有很好的文字表述能力,有很好的法律功底和知识,但是到了法庭上,在针锋相对的对抗中,往往无所适从,不知道如何把要讲的话或该讲的话讲出来,这就是我们常说的“茶壶里煮饺子,肚子里有货但倒不出来”。所以说,并不是每个作律师的人都适合作诉讼律师,“会”讲话是一名优秀的诉讼律师必须具备的素质之一。

### (六) Psychology

法庭上对方的每一个动作、眼神都是心态的映射。作为一个优秀的诉讼律师,要拥有良好的心理素质。好的诉讼律师同样应该是好的心理学家,诉讼律师的心理学应当分为两个层面:首先,作为诉讼律师,自己应当有良好的心理素质,具有在庭审中进行对抗的能力。其次,作为诉讼律师,也应当具备甄别对方心理状态的能力,在庭审过程中,通过对方的语言和动作来分析对方的心理和弱点,采取适当的诉讼策略瓦解对方。

培养心理方面的能力,可以通过大量阅读小说,或者阅读心理学著作来进行。小说是人类社会的微缩镜,读者可从一粒沙中看世界。小说的内容大量体现人的心理和行为模式。阅读小说的过程,也是对人类心理的了解过程。

### (七) Solution

虽然放在最后一个要素来讲,但是 solution 几乎可以说是整个诉讼过程中律师最需要具备的职业素养之一。

诉讼律师不能为诉讼而诉讼,诉讼的目的是为了有效地解决争议,特

别是通过符合客户利益的方式解决争议。

为此目的,诉讼律师要训练自己寻找现实可行的解决争议方式的思维能力。

“将欲取之,必先予之。”当诉讼律师需要法官/仲裁员按照本方想法作出解决争议的判决/裁定时,应当首先考虑的是给予法官/仲裁员作出如此判决/裁定的合理理由:需要哪些证据,需要哪些法律依据,需要哪些符合 common sense 的理由。

学习从法官/仲裁员的角度思考问题。因为法官/仲裁员的判案基础并不是为了维护一方当事人的利益,而是作出符合法律、公平合理并且可以作为公众守法依据的判决/裁定。因此,一名好的律师为当事人提出的解决问题的方案既要考虑到当事人的合法利益,也要给法官/仲裁员留出合理的思考空间。



[ G e n e r a l I n f o r m a t i o n ]

书名 = 律师之道：新律师的必修课

作者 = 君合律师事务所编

页数 = 257

出版社 = 北京市：北京大学出版社

出版日期 = 2010.05

SS号 = 12568007

DX号 = 000006902745

URL = <http://book.szdnnet.org.cn/bookDetail.jsp?dxNumber=000006902745&d=4A37869D7C405F7968C9B6A3473F9033>