

GOETW

国际工程 法务管理

GUOJI GONGCHENG FAWU GUANLI

By Zhanghao

张浩 著

本书贯穿“两个基本点、一条主线”：

一是法务人员的专业化，二是大型国际总承包项目在机构设置上必须设置独立的法务部

FIDIC银皮书合同条件的知识要点贯穿全书

全书引用了大量案例，涉及法学、工程学、管理学等学科



法律出版社 | LAW PRESS

国际工程法务管理涉及法学、工程学、管理学等学科，鉴于其复杂性，国内对工程法务管理的研究始终处于摸索阶段。我国的国际工程法务管理在国际法律服务市场上竞争力弱，整体水平还不能适应国际工程发展的需要，更不适应“一带一路”迫切需要。本书贯穿了“两个基本点、一条主线”。一个基本点是大型国际总承包项目在机构设置上必须设置独立法务部，另一个基本点是大型国际总承包项目必须设置独立法务部。本书总结了国际工程法务管理的FIDIC银皮书合同条件的知识要点。本书引用了大量案例，这些案例或者是作者亲身经历过的或者是作为管理者亲身监管过的，相信这些栩栩如生的案例会给读者带来诸多启迪。本书共分十三章，可以分成四部分：关于法务团队建设论述，主要是第一章；法律管理，主要包括第二章、第十一章、第十二章、第十三章；合同管理，主要包括第三章、第四章、第五章、第六章、第七章、第八章；保险管理，包括第九章、第十章。国际法务团队的专业化、职业化、国际化是本书的基调。本书的写作思路和结构是，对于每一个专题，首先从法学角度进行法理分析，然后再从管理学角度进行管理论述。

本书适用于国际工程法务人员，涉外律师、学术界、国际工程人员，也适用于法学、外语、管理学、工程学等学科的广大师生使用。

GUOJI GONGCHENG FAWU GUANLI



国际工程 法务管理

GUOJI GONGCHENG FAWU GUANLI

张浩 著

图书在版编目(CIP)数据

国际工程法务管理 / 张浩著. —北京:法律出版社, 2017. 2

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0520 - 6

I. ①国… II. ①张… III. ①国际承包工程—承包合同—合同法—研究 IV. ①D996. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 015011 号

国际工程法务管理

张浩著

责任编辑 郑导
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米 × 960 毫米 1/16

版本 2017 年 3 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

责任校对 杨昆玲

印刷 固安华明印业有限公司

印张 37 字数 567 千

印次 2017 年 3 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400 - 660 - 6393

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85330678 重庆分公司/023 - 67453036

上海分公司/021 - 62071010/1636 深圳分公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0520 - 6

定价:118.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

在中国“走出去”和“一带一路”战略实施的大背景下,中国企业特别是工程类总承包企业,正面临着巨大历史机遇与挑战。面对国内市场饱和以及产能过剩突出的残酷现实,中国企业存在着“走出去”强烈的内在需求与动力。然而,由于国内外法律法规、政治制度、经济市场等环境的巨大差异和复杂性,国际工程总承包项目往往会面临比国内工程更大的风险。实际上,中国企业普遍存在项目管理水平落后、对国际规则的漠视、国际化专业人才的匮乏等诸多问题。这些不足或短板给一些已经走出去的中国企业带来很多“血淋淋”的惨痛教训,这不仅仅造成经济上的损失,而且影响到中国国际形象和国家战略的实施。解决不好这些问题,中国企业在国际工程方面的成本、经验、效率等方面的竞争优势将被大幅度地抵消。

作为一名国际法学科的学者,我近年来的专业研究集中于国际投资的法律规制领域,尤其是“一带一路”下投资公平与便利化的国际环境研究,我也一直将能培养出在中国企业“走出去”过程中发挥专业作用的法律人才为己任。然而,与很多国际法学家一样,我的理论研究和教学也囿于法律实务经验的局限。张浩律师的这本新书如“久旱逢甘霖”,恰好填补了法律界在这方面的空白。其“难得之处”可以归纳为如下三点:

第一,“接地气”,能站在从事国际工程法务管理第一线工作者的视角来分析和探究现在中国企业在这方面问题,比如“法务管理机构设置混乱”这一节,就非常具体和具有代表性,法务管理的职能是始终贯穿本书的一条主线。如果没有深入国际工程总承包企业内部的第一手实践经验,很难提出具有针对性的顶层设计建议,书中提出的建议并不是照搬国外经验,而是针对中国企业现阶段法务管理的特点“对症下药”。

第二,“有高度”,例如,国际工程项目索赔的法理基础,首次从法学

角度进行了索赔理论方面的探索,关于国际工程索赔的论文虽然可以用汗牛充栋来形容,但基本上都是站在管理学或工程学角度进行论述的,缺乏法学方面的探索。再如,《国际工程项目腐败治理研究》,这是我国首篇关于国际工程领域腐败治理研究的论文,该论文无论从理论还是从实践角度看都具有极高的学术价值,填补了我国国际工程项目腐败领域研究方面的空白。在所有专题论述中,都有法学理论方面的见解。在繁忙的实务工作中,作者能一直保持大量的文献调研和较高水平的理论研究,实在是难能可贵,基于这些扎实的基础工作上进行的分析和建议大大提升了本书的学术价值。

第三,“有广度”,本书虽然从法务管理切入,却涵盖了国际工程法务工作中方方面面的知识,如法务团队建设、合同管理、法律管理、律所管理、工程保险、银行保函、争议解决、企业合规、腐败治理等内容,并列举了大量作者亲身经历过或监管过的有关国际工程的工程案例。本书贯穿了法学、管理学、工程学三大学科,可称之为国际工程法务实务和研究领域的“工具书”。

以上这些“难得之处”得益于张浩律师难以复制的丰富工作经历,他在大型国有企业和一流的民营企业都担任过重要涉外法务管理职位;之前的律师执业经历也为他在后来在公司内有效管理国外律师提供了有益的积淀与帮助;多年的国际法务工作历练造就了他开阔的国际视野和深度的认识问题的思维。当然,这些成就更得益于他的勤奋以及对本职工作的执著与热爱。

中国企业走出去还处在起步阶段,如何能走出一条适合中国公司法务管理之路是大家都在思考的问题。张浩律师作为该领域实践的开拓者,将自己多年来积累的经验和研究贡献出来,这是为中国企业在国际化过程中能走得更远、步子更稳做出了一份贡献。我相信,无论是公司法务人员,还是企业领导、涉外律师、学术界、业务人员等都能从本书中收获颇丰。

我很荣幸应作者的邀请,为本书作序,我衷心地希望以这种方式见证中国企业在国际竞争舞台上一步一步走向成熟的成长历程。

张浩
2016年12月16日于东京

Perface

I am an Indian Lawyer and as a general practice in India, it is very few time, one may receive an honor to endorse a work of a writer and therefore, I feel privileged that I am considered as an important person by Mr. Zhang Hao to endorse his efforts by way of this preface.

While perusing the contents at depth, I can certainly ensure the efforts and pain that the author has taken are of great help to those who are doing business at international level. The aspects cover most of the international transactions and although the book has been published in Chinese Language, if published in English, it can be of great help not only to the lawyers but business people also as it will give ease of doing business.

It commences with the establishment of legal team for any organization and it is pertinent to state that this is to protect bottom line i. e. profitability of an Organization. It is not merely a legal team, rather it should be treated as a Risk Prevention team. Such a preventive team reviews the project and thereby, identifies the risk at pre-bid stage which can certainly protect profitability of the Organization.

Secondly, as rightly pointed out by the Author about importance of consortium, it needs careful perusal by the Team as it may lead the organization towards unwarranted risk if consortium partner fails with higher stake.

Further, the Author has widened the scope while touching essentials of FIDIC and in any international transaction for the project, adoption of such internationally agreed terms and conditions would certainly play a vital role

meaning thereby, probabilities for the dispute would be reduced at certain level considering clarity on various terms and conditions.

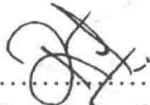
The Author has also rightly touched EPC contracts in totality as it is also important to notice contracts other than FIDIC and thus, the book has been exhaustive covering major aspects of commercial transactions related to project management aspects.

At bird's eye view, if the book is rated, it covers an extensive aspect related to the projects as well EPC and not only the legal but it certainly extends to the commercial aspects viz, BG, Insurance claim etc. , along with technical parameters of Design and Engineering. It is a perfect blend for both business and a lawyer.

It is also pertinent to state that an Author recognizes maintenance of profitability vis-à-vis to ethical practice and therefore, Author has rightly widened its scope while pressing on integrity as well development of ethical mechanism and thereby, an author has made his best endeavor to make this book complete in terms of business, technical aspect and legal aspects.

I, once again, tender my sincere thanks to the Author to consider me eligible by giving an opportunity to mention my thoughts by way of this preface.

Date: 24th December, 2016
India


.....
Rutvik Patel

前 言

国际工程法务现状是什么?国际工程法务管理的难点在哪里?为什么大家都说工程索赔很难?带着这些疑惑,我在2010年9月开始关注并研究国际工程法务管理,并把自己的心得体会逐渐写成文章发表。本书的写作是建立在前期发表的20余篇论文基础上的,没有前期大量的调查与研究,很难在短时间内完成本书的写作,时至2016年10月,不知不觉走过了6个春秋。2016年5月20日,习近平总书记主持召开中央全面深化改革领导小组第二十四次会议,会议审议通过了《关于发展涉外法律服务业的意见》,这更坚定了我继续探索国际工程法务的信心与勇气。

国际工程法务管理涉及法学、工程学、管理学三大学科,在法学学科下又涉及国际私法、国际经济法、民商法、合同法、担保法、保险法等部门法,鉴于国际工程法学的复杂性,国内对工程法学的研究尚处于摸索阶段,传统的“五院四系”法学院校并没有形成一个高层次的国际工程法学研究中心,也没有国际工程法学博士点。现阶段,能够熟练使用外语,通晓国际工程惯例、规则、法律,有着国际工程实践的法律服务人才极度匮乏。国际工程法务管理在国际法律服务市场上竞争力弱,整体水平还不能适应国际工程发展需要,更不适应“一带一路”战略框架下国际工程法务服务的迫切需要。在图书市场上,关于国际工程管理的书籍,可以用“百花齐放,百家争鸣”来形容,其中也不乏有国际工程合同管理的论著,然而时至今日,并没有发现国际工程法务管理方面的专著,这不能不说是我国涉外法务领域的一块“短板”。现行的合同管理专著通常并不强调从事合同法律管理人员的专业化,无论是工程技术人员还是商务人员都在做合同管理,而法务管理特别强调法务人员的专业化与职业化。国际总承包市场是成熟的市场,有其客观的运行规律和成熟的游戏规则,我国

的总承包商应以开放的心态来面对,不要试图抱着“摸着石头过河”的想法,把国内所谓的“成功经验”生搬硬套到国际总承市场上,需深入研究国际知名承包商的法务管理经验。

本书命名为《国际工程法务管理》,其特点是贯穿了“两个基本点,一条主线”。一个基本点是法务人员的专业化,即“专业的人做专业的事”,专业化要求从事国际工程法务人员必须获得国家法律职业资格,这是最起码的要求。另一个基点是大型国际总承项目在机构设置上必须设置独立的法务部。对于我国承包商而言,法务管理重点在于内部管理而不是外部管理,外部管理侧重的是与业主、联合体伙伴、分包商的合同法律关系,对内则侧重法务部与其他职能部门职责的划分。机构设置随意、不科学、职责不清,导致了工作推诿、项目管理混乱。我国企业对外投资的失利、经营失败,根源就出在法务团队建设环节上。自2010年以后,国际大型工程项目基本上采用了FIDIC EPC合同模式,红皮书模式基本上淡出主流市场,这是国际总承市场自身选择的结果。因此,一条主线是指全书贯穿了FIDIC银皮书合同条件的知识要点。本书引用了大量案例,这些案例有的是本人亲身经历过的,有的是作为管理者亲身监管过的。以往,我们分析案例时,归结失败的原因时通常归结到承包商这一层级就结束了,而本书进行了深度挖掘,根源在于项目组织结构不合理以及法务人员(尤其是法务主管领导)非专业化造成的。非法务人员在法务岗位上不作为可怕,但乱作为比不作为造成的后果更严重、更可怕,这点从本书所引述的案例中“窥一斑而知全豹”。这些案例的引用并不是批评我们的企业做得不好,所选择的企业都是国内同行业中的佼佼者,而核心要义是通过这些案例来发现我国企业在对外承包中的不足或经常犯的的错误,旨在提醒其他承包商需加强法务团队建设,不再犯类似的错误。

本书共分十三章,可以分成四部分:关于法务团队建设论述,主要是第一章;法律管理,主要包括第二章、第十一章、第十二章、第十三章;合同管理,主要包括第三章、第四章、第五章、第六章、第七章、第八章;保险管理,包括第九章、第十章。法务人才团队建设专业化是首章的主要内容,以后章节法务管理的论述是建立在设置独立的法务部的前提和基础之上的,并进一步厘清法务部在法律、合同、保险与合规管理方面的职责。国

际法务团队的专业化、职业化、国际化是本书的基调。本书的写作思路和结构是,对于每一个专题,首先从法学角度进行法理分析,其次再从管理学角度进行管理论述。例如,第三章论述的是国际工程承包商的联合体合作模式,第一节从法学角度分析国际总承包中联合体的法律关系;第二节从法学角度与管理学角度综合论述联合体协议的主要条款;第三节则从管理学的角度分析联合体运行中经常出现的问题以及应对策略。再如,关于总承包合同的论述,第四章主要从法学角度论述国际 FIDIC EPC 合同条件的法理关系,第五章则对相同的主题从管理学角度进行分析。此外,第六章、第七章、第八章、第九章、第十章、第十一章均按照这个模式进行论述。法务管理的价值和生命在于法理分析,只有建立在法理分析基础上的法务管理才有实际意义,否则空谈“法律风险防控”则会导致舍本逐末,甚至缘木求鱼。

本书在付梓之际,感谢曾经为我发表过文章的各类期刊,主要有《国际经济合作》《国际石油经济》《管理科技研究》《国际工程与劳务》《辽宁工业大学学报(社会科学版)》《河南科技大学学报(社会科学版)》《北京石油干部管理学院学报》《行政与法》《海峡法学》《法制与社会》《中国保险》《中国经贸》《中国国情国力》《建筑经济》《企业研究》等。本书在写作过程中,学习并参考了国内外同行们大量的文献,鉴于有些文献已在我公开发表的论文中列明,因此,本书不再重新标出,感谢本书和曾经发表的论文中参考文献的所有作者,更感谢那些未曾标出的作者。感谢伊朗的 KHOSROW TABASSI、FARNAZ GHODOSI、DIVID HEMANTY 三位律师以及巴基斯坦的国际工程合同专家 MOHAMMED ISHAQUE,在与他们过去的交流合作过程中,我学到了很多国际工程合同法律知识和法务管理经验,也开拓了视野。南京大学博士生导师胡晓红教授在百忙之中为此书作序,是对我的极大鼓励和帮助。感谢印度的 RUTVIK. PATEL 律师,他在繁忙的工作中也为本书作序。同时,感谢特变电工股份有限公司的刘雪莲博士、李胜,中国石油工程建设公司的王兵、王朋,他们在本书写作过程中给予过帮助。

法律本身不是科学,本书中的很多观点,乃本人一家之言,并非通说,存在诸多争议,仍值得商榷。限于本人知识的有限、认识的不足,某些观点论述得尚不准确,衷心地希望广大读者提出宝贵的意见和建议。请随

时通过我的电子信箱和我联系:luo999an@126.com;dingdalawyerzh@163.com。

2017年7月将迎来我的母校西北政法大学八十年周年华诞,此书作为微薄的礼物奉献给培养了我的母校。

张 浩
2016年10月

目 录

前 言	(001)
第一章 国际工程公司的法务队伍建设	(001)
第一节 企业法律服务市场现状与构建公司律师制度	(001)
第二节 国际工程公司法务队伍建设的现状与未来	(012)
第二章 国际工程投资的前期法制环境调查	(028)
第一节 项目前期法制环境调查的意义与内容	(028)
第二节 工程项目的法律风险识别与评估	(055)
第三节 案例——某总承包商的伊朗法制环境调查	(063)
第三章 国际工程承包商的联合体合作模式	(073)
第一节 国际总承包中联合体的法律关系	(073)
第二节 联合体协议的主要内容	(086)
第三节 联合体运行管理	(097)
第四章 国际 FIDIC EPC 合同条件	(104)
第一节 国际工程法律概说	(104)
第二节 国际工程建设常见的合同文本	(114)
第三节 FIDIC EPC 合同的特征及适用范围	(119)
第四节 EPC 合同条件下业主和承包商之间的风险	(123)
第五节 EPC 合同条款审核分析	(131)
第六节 国家的税收对 EPC 合同的影响	(149)

第五章 国际 EPC 合同及相关合同管理	(164)
第一节 工程合同管理综述	(164)
第二节 合同形成阶段管理	(170)
第三节 合同签订阶段管理	(176)
第四节 合同履行阶段管理	(183)
第五节 国际 EPC 合同及相关合同的变更管理	(197)
第六节 国际 EPC 合同及相关合同的关闭管理	(207)
第六章 国际 EPC 合同模式下的合同分包管理	(217)
第一节 FIDIC EPC 分包条款与施工分包合同条件	(217)
第二节 FIDIC EPC 分包条款与我国分包法律比较	(222)
第三节 分包商的选择及评估“过程”管理	(239)
第七章 国际 EPC 合同模式下的设计管理	(267)
第一节 FIDIC 银皮书对设计责任的规定	(267)
第二节 EPC 合同模式下与设计相密切的因素	(276)
第三节 国际工程设计的三则案例	(285)
第四节 承包商的设计管理	(291)
第八章 国际 EPC 合同模式下的采购管理	(304)
第一节 银皮书关于采购的规定及其相关法律	(304)
第二节 国际 EPC 合同中对采购影响的重要因素	(313)
第三节 国际采购合同条文评析	(328)
第四节 国际 EPC 项目的货运代理风险防控	(347)
第九章 国际工程保险	(354)
第一节 国际工程保险概论	(354)
第二节 FIDIC 银皮书中规定的工程保险	(360)
第三节 国际 EPC 合同中的一切工程险	(365)
第四节 工伤保险与雇主责任险	(373)

第五节 商业保险管理	(385)
第十章 国际工程银行保函	(394)
第一节 见索即付银行保函的法理关系	(394)
第二节 国际工程项目保函管理	(410)
第三节 一则见索即付银行保函“欺诈”案例	(424)
第十一章 国际工程索赔	(431)
第一节 国际工程索赔的法理基础	(431)
第二节 承包商的索赔管理	(449)
第三节 EPC + LLIs 合同模式下业主采购延误引起的索赔	(469)
第四节 国际 EPC 合同中增值税的索赔	(476)
第十二章 国际工程项目的法律事务管理	(483)
第一节 国际工程项目法律事务管理的内容	(483)
第二节 律师事务所的外聘与管理	(497)
第三节 国际工程合同法律纠纷解决方式之一——DAB	(504)
第四节 国际工程合同法律纠纷解决方式之二——仲裁	(514)
第五节 国际工程合同法律纠纷解决方式之三——诉讼	(522)
第十三章 国际承包商的合规管理与腐败治理	(534)
第一节 国际承包商的合规管理	(534)
第二节 国际工程项目腐败治理研究	(551)
参考文献	(573)

第一章 国际工程公司的法务队伍建设

导语:构建社会律师、公职律师、公司律师等优势互补、结构合理的律师队伍是进一步完善我国律师执业结构,适应国家和社会对法律服务多层次、宽领域需求的重大举措。企业法律顾问制度与公司律师制度设置的职能和功能基本相同,该制度的存在造成了法律服务市场的割裂和司法资源的浪费,是公司律师制度试点受阻的直接原因。构建公司律师制度既有必要性又有可行性。我国国际工程公司法务队伍建设缓慢的原因根源于国内企业法律服务市场的定位错乱。高素质的法务管理团队已经成为广大国际工程公司最宝贵的资源和竞争优势。由于认识上的偏差以及历史、制度等方面的原因,我国国际工程公司的法务队伍建设迟缓,已经成为制约国际工程公司可持续发展的“瓶颈”。我们在本章选取了两家具有广泛代表性的国际工程总承包商,以其法务队伍建设情况为样板,剖析我国国际总承包商法务队伍建设存在的问题和原因,并就构建法务队伍成长机制提出了思路。

第一节 企业法律服务市场现状与构建 公司律师制度^[1]

十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确提出“构建社会律师、公职律师、公司律师等优势互补、

[1] 张浩:《论公司律师制度的困境与构建》,载《行政与法》2016年第4期,第75~80页。

结构合理的律师队伍”。2015年6月5日,中央深化改革领导小组第十三次会议通过了《关于完善国家统一法律职业资格制度的意见》,指出“要按照法治队伍建设正规化、专业化、职业化标准,建立统一职前培训制度,加强对法律职业人员的管理,把好法律职业的入口关、考试关、培训关,提高法律职业人才选拔的科学性和公信力”。这是进一步完善我国律师执业结构,适应国家和社会对法律服务多层次、宽领域需求的重大举措。我国正试图从顶层设计一个多层次、宽领域和多方位的法律服务市场。在构建公司律师制度方面,既面临着历史性机遇,又面临着严重困境与挑战。

一、我国企业法务服务现状

(一)公司律师制度现状

2002年10月,司法部颁布《关于开展公司律师试点工作的意见》,尝试在公司内部进行公司律师试点工作。按照该意见,公司律师是指具有律师资格或法律职业资格,受雇于公司,专职从事公司内部法律事务,不对外提供有偿法律服务的专职法律人员。2002年12月,吉林省首批19位法务工作者获得了司法部颁发的公司律师执业资格证。开展公司律师试点的单位基本上是国有大中型企业,而民营企业和中小企业作为试点的单位很少。据公开的资料显示,截至2014年12月,我国律师共有27.14万人,其中专职律师24.42万人,兼职律师1万多人,公职律师6800多人,公司律师2300多人,法律援助律师5900人。公司律师约占律师总人数的0.8%,所占的比例微乎其微。当今世界发达国家基本上都建立了成熟的公司律师制度,社会律师、公职律师和公司律师比例通常为70%、15%、15%。随着依法治国的深入发展,企业依法经营,防范法律风险的要求也在不断增加,律师队伍结构不合理,公司律师人数偏少,越来越成为制约企业依法治企的“瓶颈”。公司律师制度试点以来,始终处于边缘化的地位,这与公司律师制度所存在的内外环境有关。

(二)外资企业与民营企业的企业法务管理模式

法务管理在企业中的基本职能是:对上,法务管理是企业领导层和决策层的法律参谋;横向,法务管理是为各职能部门提供法律咨询和法律支持的顾问;对下,法务管理是协调和干预全系统法律事务的主管。然而由于企业的性质不同,法务管理所处的地位和作用发挥的程度也不尽相同。

我国公司法务根据企业的性质,大致可以分为三种类型,即外资企业、民营企业 and 国有企业。外资企业和民营企业的法务是由内生需求的推动力产生的。外资企业的法务是外国公司法务的延伸,基本上采用了发达国家成熟的企业法务管理模式,侧重把外部的法律事务内部化。大型民营企业则是更多地把一些业务处理方面的工作放到法务部,法律事务的工作流程已经融入到业务管理范围内。微小企业通常是聘请社会律师打理企业法务。民营企业法务发展是内在的真实需要,涌现出了像中兴、华为等一些优秀民营企业,他们借鉴了国外先进的法务理念和工作模式,其法务水平已经与作为法务标杆的美国非常接近。以美国专利经营公司 IDC 诉中兴、华为公司为例,在企业法务部的策划下,中兴在美国 337 件调查中取得了历史上罕见的胜诉,华为更是在中国诉 IDC 的反垄断诉讼中创造了经典案例。这些大型民营企业的法务实际上已经成为引领我国法务管理的排头兵。

(三) 国有企业的法务管理模式

企业法律顾问制度是国有企业的法务管理基本形式。企业法律顾问是指由国资委主导的,具有企业法律顾问执业资格,由企业聘任并经注册机关注册后从事企业法律事务工作的内部专业人员。国有企业的法务管理是在国资委的推动下依靠行政命令运行的,更多的是从防范法律风险的角度考虑的。由于不是来自企业本身内生的动力,导致大部分国企对法务工作阳奉阴违、赶着上路、被动前行。例如,我国大型央企在海外重大投资的屡屡失败,总能隐隐约约地找到忽视法务管理的影子,不重视对东道国进行法律尽职调查,不熟悉东道国的政策和法律法规,不了解国际规则,盲目投资决策,最终导致投资失利。然而,类似的惨痛教训,却在我国对外承包企业中,年复一年地不断地重复上演着。在国际竞争中,法务管理水平基本上反映了一个企业的真正实力,与国际同类承包商同台竞技,其真实的法务管理水平会暴露得一览无余。

二、我国公司律师制度受阻的原因

(一) 国有企业法务进展缓慢的原因

从外部因素来讲,经济越发达,竞争越充分,社会越法治,公司治理越合理,公司律师发挥的作用就越大,这一点在西方国家得到不断的实证。虽然深化国有企业改革已经进行了 30 多年,但大型国企尤其是央企仍然

居于垄断地位,每个国企都有相应级别的政府作为其强大的后盾,能够得到国家多种特殊政策的扶持和优惠,拥有绝对的市场话语权,并没有真正置身于激烈的市场竞争中,因此,采用市场的游戏规则——“依法治企”的欲望并不高,不迫切需要通过法务管理来控制风险和保持企业的竞争力。国有企业的高管一般由党的组织任命,自上而下带有浓烈的行政管理色彩,企业行政化管理要求“下级服从上级”,是否具有话语权,以及话语权的分量,往往不在于所持观点是否正确,而在于在企业中的行政级别。如果法律人在企业中没有一定的行政地位,往往会处于“人微言轻”的境地,当作为法律人与行政人的角色发生冲突时,法律人往往无可奈何地屈从于行政人,法律的尊严在行政权威面前颜面扫地。国有法务部门对企业运作全程及各环节的参与度有限,甚至常常被游离于企业核心业务活动之外。在多数情况下,他们普遍是用来充当解决争议和处理案件的“消防队”,而这种“消防”功能,应当只是企业法务管理职能中的一项内容,不是全部。同时,即使是在对外争讼时,案件管理所遇到的困难和障碍,也常常不是来自外部,而是源自内部信息的不对称。天然的垄断地位,竞争压力小,公司内部结构治理落后是国有企业法务发展缓慢的深层原因。

(二) 国有企业法律顾问制度对公司律师制度的阻碍

一个成熟的法律职业阶层的形成和存在是一个国家、一个民族、一个地区文明与法治的重要表现。我国现阶段法律职业阶层中法官、检察官、社会律师、公证员的准入门槛都实现了同一,即必须获得国家法律职业资格证书,只有国有企业的法务还游离于共同体之外。国有企业内部法律服务市场一直被企业法律顾问所垄断,司法部主导的试图与国际接轨的公司律师制度的尝试极大地触动了国资委在这一传统领域的管辖权,受到了国资委的强烈抵制。2002年12月公司律师试点不久,国家经贸委(后来的国资委)于2003年1月要求各省市区地方经贸委,严格禁止企业法律顾问的国企参与地方司法行政机关组织的公司律师试点工作。企业法律顾问制度把公司律师制度排挤到国企外部,这是公司律师制度试点萎缩的直接原因。公司律师制度的建立失去了第一次历史机遇。2007年修订《律师法》时,同样还是由于企业法律顾问制度的存在,新修订的《律师法》对试点的公司律师制度没有进行及时的确认,试点中规定的公司律师

执业权利全部落空,致使公司律师制度渐行渐远,逐步走向萎缩状态,失去了第二次历史机遇。

三、具有代表性的国际公司律师制度

(一) 美国公司律师制度

世界上最早的公司律师出现在 1882 年的美孚石油公司,直到 20 世纪 60 年代美国正式确立了公司律师制度,至今美国的公司律师制度已经发展得相当成熟。在美国,从事公司律师有相当高的条件要求:一是取得法律博士学位。美国教育制度在本科阶段不设法学教育,取得非法学专业学士学位后,再考取法学院,经过三年的全日制学习,成绩合格后授予法律博士学位(JD)。二是取得法学博士学位后,再通过州的律师资格考试,获得律师资格。三是需在律师事务所或司法行政部门从事若干年法务实践,有一定的法务从业经历后才能聘为企业法律顾问(美国的企业法律顾问具有律师资格)。美国执业律师通常分布在不同领域,如律师事务所、政府机关、公司企业,但执业条件都相同。社会律师又称挂牌律师,对社会提供有偿服务。政府机关聘用的律师不接受其他当事人的有偿委托,仅处理本政府机关的法律事务。公司律师本身是公司的高级雇员,不允许到社会律师事务所兼职,也不能从事其他有偿服务,但必须参加所在州的律师协会。美国的大公司都根据企业经营的特点和需求建立起完善的法律事务管理体系,聘请公司律师和设立法务部门是企业的自主行为,公司律师人数通常从几个人到上千人不等,还配备部分律师助理和行政管理人员。公司法务基本上由公司律师完成。美国设立首席公司律师制度,首席律师保持一定的独立性并具有相当程度的监督职能,既对公司经理负责,还可以把自己的法律意见直接反映到董事会。企业法人治理结构的权力合理分配为首席律师保持独立性和行使监督权提供了制度保障。

(二) 德国公司律师制度

德国有着发达的法学教育体系,其“宽进严出”的培养法官和律师的法学教育闻名于世。从事律师职业必须通过两次国家司法考试。经过三年半的法学本科教育后,需通过国家第一次司法考试,约 50% 的学生被淘汰。第一次司法考试合格人员进入到法院、检察院、行政机关或律师事务所等法律部门进行为期两年多的法律实践,期满后需经过第二次

国家司法考试,包括笔试和口试,此时的通过率约为25%。只有通过了两次国家司法考试,才能拥有法官或律师职业资格,才能以公司律师身份申请执业。严格的法律教育体系是德国社会经济和科技长期处于世界领先地位的因素之一。公司律师根据雇佣合同成为公司的高级雇员,专职为本公司提供法律服务。公司律师独立办理公司的法律事务,不受雇主的干涉,具有相对的独立性,这是德国律师制度的一大特色。因此,德国律师执业章程规定公司律师不得为雇主担任诉讼代理人,也不得出席诉讼活动。德国公司律师在企业中享有崇高的地位,有与职务和职位相匹配的丰厚的薪酬,退休后还能享受高级管理人员的待遇。

(三) 美国与德国公司律师制度比较

美国和德国的公司律师制度基本上代表了当今国际社会最先进的法务管理模式,也代表着世界公司法务管理的方向。以上两个国家,法学均属于精英教育,只有少数人才能获得公司律师资格。虽然两国在法务微观管理上存在不同,但法务管理的理念、组织框架和功能设计已经趋同,主要表现在:法律事务管理职能化和专业化;设置法务管理专门机构,业务广、层次高,其他专业部门不可代替;实行首席律师制,该制度的设立得益于公司律师在公司治理方面的专长,以及政府、股东会和董事会的厚重新期许;不排斥聘用社会律师;公司律师与社会律师身份转换无障碍。

四、构建公司律师制度的必要性

(一) 现代化法治国家的需要

现代国家治理的一个非常重要的主题就是构建统一的国内市场,形成统一的法定秩序,或者说要构建一个法律共同体,用一个简单的公式来概括就是法律秩序的一元化。十八届四中全会要求实现国家法治统一,并在全国形成统一开放、竞争有序的市场秩序,特别强调反对垄断、促进合理竞争、维护公平竞争。市场经济是法治经济,是现代法律制度的根本力量,也是公司法务的核心推动力。依法治企是依法治国的微观基础,是推动市场经济进程的必然要求,也是企业参与市场竞争的软实力。建立公司律师制度是适应现代化市场经济发展的要求,也是推动依法治企和律师业健康发展的客观要求。市场经济竞争越激烈,作为市场竞争主体的企业就越迫切希望拥有自己的专职法务队伍。法务管理在企业中的地位和发挥的作用已经成为市场经济和现代化企业制度成熟的重要标志。

统一法律职业资格制度有助于法律职业人员形成共同的法律信仰、职业操守以及对法律职业的认同感。毫不夸张地说,没有律师的参与,就不可能依法治国;没有公司律师的参与,就谈不上依法治企。

(二) 律师制度的自身优点

建立公司律师制度是深化企业改革,促进企业依法经营,提高企业管理水平的需要。随着依法治国的全面推进,对企业依法经营提出了更高要求,企业面临着大量经常性的法律事务,需要专门的律师队伍提供咨询意见、处理法律事务,公司律师已经成为现代企业制度中不可或缺的法律资源。公司律师长期供职于一家企业,其工作是连续性的,对企业内部管理、业务环节以及技术方面较为熟悉,有着社会律师无法比拟的地位优势和无法超越的核心价值,公司律师与公司有稳固的关系,对公司了解更加透彻,可随时随地地提供应急服务并参与到公司业务的最前线,所提供的法律服务有更强的针对性、时效性和预防性,具有社会律师不可比拟的优点。同时,公司律师又享有调查取证、查阅案卷、会见等方面的权利,这是企业法律顾问所不具备的。作为企业的雇员,其人事关系、薪酬待遇、业务考核、技能培训、职务晋升均由所在企业管理,个人的命运与企业紧密地联系在一起,由其代理本企业的诉讼、仲裁和非诉讼法律事务,能够真正以企业的利益最大化为出发点。公司律师制度的构建有利于律师走向专业化,如公司治理结构的制度安排;公司股权及资本经营中法律技术的有效运用;公司在融资、投资等重大决策及经营中法律预警措施的设立;公司涉税业务;公司兼并与收购;单位法人及高管人员涉嫌刑事犯罪的法律风险规避等。揭示企业法律风险、采取有效的预警措施、缔造良好的企业法治氛围是公司律师自身价值的体现。

(三) 融入国际社会的需求

建立公司律师制度,是适应对外开放的需要,能够使我国公司法务尽早地融入国际社会。目前很多国家都建立了公司律师制度,美国和德国的实践证明了公司律师制度的不可或缺性和巨大的生命力。随着我国从资本输入国到资本输出国身份的转变,对公司法务提出了更高的要求,企业不仅要熟悉国内法,还要通晓国际条约和国际惯例,这需要公司律师参与进来。公司律师的发展和强大便于企业对外交往,处理好涉外事务,也有利于实现律师队伍的专业化和国际化。

五、构建公司律师制度的可行性

(一) 顶层设计与政策保障

十八届四中全会提出了构建社会律师、公职律师、公司律师等优势互补、结构合理的律师队伍,这为构建公司律师制度提供了最有力的顶层设计和政策保障,也迎来了构建公司律师制度的第三次历史性机遇。抓住历史机遇,形成多层次律师执业体系,提高企业依法经营管理水平,不仅是对十八届四中全会关于推动企业法律服务队伍专业化、职业化要求,也是企业健康发展依法经营的必然选择。

(二) 企业法律顾问制度割裂法律服务市场

企业法律顾问制度与公司律师制度设置的功能、职能基本相同。企业法律顾问考试虽然在名义上被冠以“资格准人类考试”,然而在国有企业遴选法务人员时可有可无。法律顾问机构作为企业的内部机构,在企业中普遍处于相对边缘的地位,身份不独立,对外交流闭塞,开放程度低,在专业指导方面得不到发展,不利于提升专业水准。企业法律顾问制度很大程度上被看成国有企业内部一种制度,社会不予认可,缺乏公信力。由于本身存在的违法性,导致国有企业的法务管理的重要性多见于书面文章和口头宣传,并没有被形成普遍性认识。企业法律顾问制度的存在造成了司法资源的浪费和司法制度的割裂。一个统一的健康的法律服务市场一定是人才自由流通、优胜劣汰的市场,人为地割裂这个市场必然会造成市场失灵,无法发挥市场自身的优胜劣汰、资源合理配置的功能。取消法律顾问制度必然会冲击长期以来形成的少数人或集团的利益,必然会遇到更多的阻力,这其中既有对既得利益的眷恋,惯性的思维模式,也有对时下国有企业改革不确定性的恐惧。国家法律职业资格证书作为国家统一组织的从事特定职业的资格考试,有律师法、法官法、检察官法、公证员法等法律作为支撑,是评价或衡量法律人才水平的权威性标准,是最基本的入口关,社会普遍认可。

(三) 企业法律顾问制度被取缔

企业法律顾问制度实施的依据是国家经贸委、人事部和司法部共同制定的部门规章《企业法律顾问执业资格制度暂行规定》及《企业法律顾问执业资格考试实施办法》(人发[1997]26号)设立的考试制度。按照三部门的规定,企业法律顾问职业资格是一项前置性的职业准入行政许

可,从事企业法律顾问工作,必须首先通过企业法律顾问执业资格考试。2004年7月1日《行政许可法》施行,明确规定部门规章不能作为职业准人类行政许可的设定依据,法律顾问制度从此便贴上了违法的标签。本届政府,在简政放权方面进行了大刀阔斧的改革,对历史遗留下来的存在严重违法的行政许可事项全部取消。2014年7月22日,国务院发布《关于取消和调整一批行政审批项目等事项的决定》(国发〔2014〕27号),取消了包括企业法律顾问在内的11项准人类职业资格。国务院取消企业法律顾问准人类职业资格考试,是依法而为,于法有据。人社部函〔2014〕144号文件将取消的房地产经纪人、注册税务师、土地登记代理人、矿业权评估师、注册资产评估师等5项准人类职业资格调整为水平评价类职业资格,而企业法律顾问资格考试并不在其中,可以说企业法律顾问制度从此潜然谢幕,这为建立公司律师制度提供了空间。可以说取消企业法律顾问职业资格考试是完善公司律师制度和企业法律顾问制度的有效举措。用国家统一法律职业考试作为企业法律顾问的准入标准,替代企业法律顾问职业资格考试是国家司法统一的要求。

(四)有成熟的国际经验可借鉴

公司律师制度作为一项世界通行的制度,已经证明是一种有着旺盛生命力的制度,成为现代化企业成功的标志。美国和德国等发达国家的公司律师制度已经发展得相当成熟,有可借鉴的成熟经验,研究其律师制度发展史可以让我们少走弯路。我国的公司法务存在多头管理的现象,当今世界上再没有一个国家在法律服务领域实行双轨制。公司律师制度试点13年来进行了有益探索,无论是从理论上还是从实践上都积累了成功和成熟的经验。当然,企业法律顾问制度也从一定程度上为构建公司律师制度提供了可借鉴的经验。

六、构建公司律师制度的具体措施

(一)及时修订《律师法》

构建公司律师制度既要借鉴国外成熟的做法,也要基于我国的国情,应在有所吸收的基础上进行顶层设计和制度创新。司法部颁布的《公司律师试点工作意见》,法律效力层级低,不利于公司律师制度的建立和发展,必须尽早修改《中华人民共和国律师法》,在立法上确立公司律师制度。可以对现行律师法中的律师的定义、法律地位、执业机构、执业类型、

权利义务、流动机制等内容做出相应的调整,同时增加对公司律师必要的规范。还应修改相关的法律,如《公司法》《证券法》,增加公司律师参与公司经营和提供法律服务的内容,构建完整的公司律师制度体系。

需要着重指出的是需慎用《律师法》第8条规定:“具有高等院校本科以上学历,在法律服务人员紧缺领域从事专业工作满十五年,具有高级职称或者同等专业水平并具有相应的专业法律知识的人员,申请专职律师执业的,经国务院司法行政部门考核合格,准予执业。”当初制定律师法时,设计该例外制度是因为当时法律职业人才满足不了社会的需求,经过多年的发展,现在已经不存在哪个领域法律服务人员紧缺,如果从事法律工作15年了,还没有通过国家法律职业资格考试,那只能说明法律知识欠缺。如果适用该条规定获得律师执业资格,那将会造成新的不公平,因此建议修订《律师法》时删除该规定。

(二) 建立法律职业从业者之间良性流动和开放型的人才吸纳机制

企业应吸引优秀的社会律师到企业中来做公司律师,公司律师可以随时转换成社会律师,这种开放型流动机制的建立,能充分调动企业市场和律师市场两个市场的积极性,实现法律服务人才的优化配置。有观点担心公司律师会以社会律师名义从事有偿法律服务,其实这种担心根本没有必要,因为在现行的体制下,司法机关要求代理律师出具律师执业证的同时,还要提供当事人授权的委托书以及律师事务所出具的律师函。律师函需要加盖律师事务所的印章,因此,加强对律师事务所的管理就能从制度上杜绝此类现象的发生。现代化的企业用工制度正朝着劳动合同聘任制发展,雇员与雇主的单一劳动合同将成为国企用工的主流,央企的大量劳务派遣用工以及变相的劳务分包用工将随着国企的改革慢慢地退出历史舞台,这为公司律师在不同企业中自由流动以及与社会律师无障碍转化身份提供了可能。

(三) 对不同的企业采取灵活的雇佣律师形式

市场经济是法治经济,在现代企业制度中,企业自主经营权是企业的一项基本权利,企业聘用具备什么资质的法务人员、对法务人员有什么具体要求,是企业行使自主经营权,开展人力资源管理活动的市场行为,政府没有必要干预。但国企具有很大的行政色彩,可以按企业的性质,对法务机构设置与公司律师招聘采取灵活的策略:

1. 小微企业可以和律师事务所签订雇佣劳务合同,采取“挂靠”的方式,给签约的社会律师发放薪酬并提供福利待遇,约定签约的社会律师专职为本企业服务,执业机构还是律师事务所,但不得接受其他社会有偿法律服务。

2. 对于大中型民营企业、外资企业可以自行出资设立本企业的公司律师事务所,同时接受本企业、司法行政管理部门和律师协会的多重管理。民营企业或外资企业可以自行招聘,也可以委托公司律师招聘委员会遴选所需要的律师。

3. 对于国有企业或国有控股企业,必须设立律师事务所,接受本企业、司法行政管理部门和律师协会的多重管理。对于国有企业招聘公司律师,应借鉴公务员招考制度,实行用人单位与招聘单位分离的制度。国有企业需把拟招聘的公司律师的专业、资历、经验等要求交由公司律师招聘委员会统一招录。

(四) 保持公司律师在企业中相对独立的地位

作为执业律师,应以法律为最高信仰,遵守律师的职业道德和纪律规范,依法独立出示各种法律意见,不能完全听命于和依附于公司。立法赋予公司律师对拟定的各类合同,对外的各类法律文件等有最终的审查权。为确保国有企业律师全面介入公司的重大经营决策,防范和降低法律风险,对国企公司律师进行严格要求、特别规范,赋予一定程度上的反腐职能。对于国企中的职务犯罪行为,负有举报的义务,否则按包庇罪处理。利用倒逼机制迫使国有企业进行内部结构治理,对于未设置公司律师事务所的企业,其高管人员构成职务犯罪时,作为法定刑的加重情节判处。立法给予公司律师因遵守律师职业规范而与公司发生冲突的司法救济机制。

(五) 成立公司律师协会实行行业自律管理

公司律师协会是公司律师的自律组织,是公司律师的交流平台。主要职能有:提高公司律师执业水平;规范公司律师的职业道德;对违反职业道德的律师进行惩处;维护公司律师的合法权利;律师职称评定;下设公司律师招聘委员会;代表本国公司律师进行国际交流。

(六) 对国有企业原企业法律顾问安置

现在不可回避最棘手的问题是如何消化现存的国有企业法律顾问问