

律师如何当好项目顾问 PDF转换可能丢失图片或格式，建议
阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E5_BE_8B_E5_B8_88_E5_A6_82_E4_c122_484564.htm 【摘要】 律师如何当好引进外资项目的法律顾问，笔者结合自己的工作实践谈几点粗浅体会。 【关键词】 律师 项目顾问 随着我国对外开放政策的不断贯彻和上海外向型经济的迅速发展，引进外资项目日益增多。律师作为引进外资项目的法律顾问，参与草拟、审查合同和参与商签合同、章程的谈判，维护中外双方的合法权益的实践不断增多。律师如何当好引进外资项目的法律顾问，需要不断实践，不断总结。下面笔者结合自己的工作实践谈几点粗浅的体会。 一、提高认识 律师要当好项目顾问，首先自己要充分认识这项工作的重要意义，从而激发起律师应有的高度责任感和满腔热情。引进外资项目，既有中外合资经营、中外合作经营、外商独资经营等直接投资项目，又有国际信贷和发行债券等间接投资项目。这些引进外资项目，都要通过商签经济合同来表达合作意图和内容，确立合同双方的权利义务关系。而且，由于这些合同属于涉外经济合同，往往具有一般经济合同所没有的特点：一是合同涉及的经济利益重大，一份项目合同所涉及标的额可高达几百万甚至几千万美元，合同期限可长达十几年甚至几十年，如有疏漏，就可能使企业以至国家在长时期内蒙受损失。二是合同涉及的商务和法律问题比较复杂，不仅涉及中国法律，也涉及国际惯例和外国法律。三是合同的内容庞杂，条款纷繁，有的合同可长达几十页以至上百页，再加上合同附件，甚至浏览一遍都需好几天；四是合同文本，按我国法律和国际惯例，允许使用外

文，并可议定中外文本具有同等效力，由此如果不重视合同外文文本的涵义，也可能会带来重大损失。鉴于引进外资项目的上述特点，要求中方企业单位负责人都懂得，都能掌握，是不现实的。这就需要专门研究法律、特别是专门从事涉外经济法律事务的律师，作为引进外资项目的法律顾问，参与该合同的草拟、谈判和签约。正如小平同志早在1980年就指出的：“要有律师，律师起顾问作用，如怎样订合同，企业要请自己的律师当顾问。”从实践上说，律师担任引进外资项目的法律顾问，是直接为我国改革开放和经济建设提供法律服务、维护聘请单位合法权益的重要工作。长期以来，在我国人民群众中，一提起律师，总是和打官司联系在一起的。其实，在世界范围内，律师的主要业务不是从事诉讼事务，而是大量的非诉讼事务，包括种类繁多的经济法律事务。随着我国改革开放和经济建设的迅猛发展，律师直接为经济建设服务的领域已愈来愈广泛，律师担任引进外资项目顾问就是其中很重要的一个方面。同时，中方企业从自己的经验教训中，也逐步感受到聘请律师担任项目顾问的必要。外商来中国谈判时，绝大多数都带律师或公司法律顾问参加，对于涉及其利益的条款订得十分严密，“滴水不漏”，而中方企业却因为没请律师当项目顾问，自己对中外法律往往又不清楚，导致在合同中承担义务大于享受权利的不平等条款比比皆是，吃亏上当的事经常发生。为促进涉外经济活动的健康发展，我国政府主管部门颁发的《关于中外合资项目谈判、签约的几项规定》指出：“协议、合同、章程的签订，一定要做到符合法律的规定和要求”，谈判班子“应该既有懂得政策、熟悉业务的领导干部，又有懂得技术、懂得法律、懂得财会的专业干部参加。法

律、会计人员参加谈判要相对稳定，以利他们总结经验”。可以肯定，随着律师和聘请单位对于律师担任引进外资项目顾问必要性的认识不断提高，律师当好项目顾问的前景将越来越广阔，所起的作用也会越来越突出。

二、理顺关系

律师要当好项目顾问，应当注意理顺下述几种关系：

1. 理顺项目顾问与聘请单位的关系。律师担任引进外资项目的法律顾问，是根据聘请单位与律师事务所之间签订的聘请合同进行工作的。聘请单位与律师事务所之间是委托与被委托的合同关系，不是领导与被领导的隶属关系。因此，律师应该把维护国家利益和法律尊严放在第一位，对于聘请单位在项目谈判中的合法权益要全力维护，提供优质高效的法律服务。对于聘请单位未提出要求，但项目谈判中有损国家利益或聘请单位合法权益的，也应认真对待，及时提出，予以纠正。对于聘请单位提出或同意对方有损国家利益和法律尊严的内容，则必须坚持原则，充分说理，保证项目合同的合法性。例如某项合资企业项目谈判中，中方企业负责人因不熟悉专利法知识，拟同意对外商转让的部分已经过期的专利也支付专利使用费。项目顾问及时提醒中方，指出过期专利不受法律保护，我方可以掌握此项技术，不应该再支付费用购买此项技术过期的专利权。中方企业接受了项目顾问的意见，通过谈判删去了有关的不合理条款，避免了损失。
2. 理顺项目顾问与主谈人的关系。项目主谈人，一般是聘请单位的法定代表或其授权代表。项目顾问，是为聘请单位就引进外资项目提供法律服务的律师。他们之间的关系，从法律关系看，是依照聘请单位与律师事务所订立的聘请合同产生的平等、合作的关系，但从项目谈判中的作用看，应当承认存在主从关系，或者说主辅关系

,即项目主谈人是决策者,而项目顾问则是主谈人的参谋和助手。从工作实践体会到,理顺这一关系,对项目谈判的顺利进行是不容忽视的。笔者曾接触过一项合资项目谈判,担任项目顾问的律师在谈判中多次撇开主谈人,径自同外商大谈特谈,随意表态,不仅引起主谈人反感,更使谈判推迟了进程,造成了不良影响。事实证明,作为项目顾问的律师,只有当好主谈人的参谋和助手,才能真正发挥律师为项目提供法律帮助的作用。

3. 理顺维护中方合法权益与维护外商合法权益的关系。律师作为项目顾问,应从促进对外开放、加速经济建设的根本目的着眼,既要维护中方合法权益,又应在平等互利的基础上维护外商合法权益。否则,外商这次投资吃了大亏,下次就不会再来了,这对我国引进外资的大局是不利的。所以,维护外商合法权益与维护国家根本利益及聘请单位的合法权益是一致的。律师作为项目顾问,应当充分研究外商提出的合理要求,依法办事,不能单纯偏袒中方企业。例如某项技术转让合同项目,外商要求先行订立保密协议,然后才能就技术转让合同进行谈判。中方主谈人征求项目顾问意见,项目顾问指出:订立技术保密协议是技术转让项目的国际惯例,也符合我国法律规定,应当尊重外商的合理要求;而且这样做,可以使外商比较放心地介绍技术细节,我方就能比较准确地掌握技术情况,从而把握谈判的主动权。中方主谈人采纳了律师的意见,取得了较好的效果。

4. 理顺遵守我国法律与尊重国际惯例及外国法律的关系。毫无疑问,律师作为中国的法律专业人员,不论担任中外投资者任何一方的项目顾问,都应把维护我国国家利益和法律尊严放在首要地位。同时,也应该看到,由于涉外经济活动的特点,决定了项目顾问工作

的复杂性，需要在维护我国法律尊严的前提下，注意尊重国际惯例和了解外商所在国家的法律。例如中方某公司同美国某公司合资经营血液制品的项目，客商起初对于合同应写明投资总额不甚理解，认为投资总额既然包括银行贷款，就没有必要写入合同。项目律师指出，投资总额包括注册资本和银行贷款，是使合营企业能按合同规定达到生产规模所必需的基本建设资金和生产流动资金的总和。合同中明确规定投资总额，可从法律上确保合营企业的正常经营，对中外双方都是有利的，何乐而不为呢！通过项目顾问的解释，加深了客商对我国法律的理解，促进了谈判的顺利进行。再例如另一家中方企业与日本客商洽谈的一项合资企业合同，日商提出“本合同需经中国政府和日本有关官厅批准后方得生效”。由于这个条款违反我国合资法，当然不应写入合同。项目顾问向客商详尽地说明了所列条款不符合中国法律的理由，同时又考虑到日本法律与国际惯例，就建议在明确规定合同须经中国政府批准方能生效的前提下，加写上“在本合同送交中国政府批准前，日方合营者须向日本有关官厅办妥有关手续”的内容，使合同很快得到了我国政府的批准。

三、抓住重点 律师要当好项目顾问，工作重点应放在订立合同上面，使合同符合“四性”的要求，即合法性、合理性、明确性和完备性。第一是合法性，这是最重要的一环。项目顾问必须把好合同的法律关，保证合同的合法性。具体讲，首先要保证合同主体即中外双方当事人主体资格合法。由于我国对外开放政策的长期稳定和投资环境的日益改善，外商投资日益增多。应该说大多数外商是有合法身份和良好信誉的，但也应看到，确有极少数客商，搞假名片、假头衔，实际并无相应资本，根本无权签订合

同。所以，律师作为项目顾问，要注意协助聘请单位掌握客商资信情况。笔者接触的一项合资经营大酒店的项目，合同已批准，但港商却迟迟不按期出资，使中方合营者处于十分尴尬的境地，最终只得终止合同。经了解，港商当初作为资信证明提供了英文的商业登记证和银行出具的英文信用证明。律师指出，按照香港商业登记条例规定，凡向主管机关缴纳 350 港元，即可领得上述商业登记证，因此它并不能证明持有人有无资本和信誉。一查银行出具的信用证明，写明它只允许该港商从事七万港元以下的经济活动。由此可知该港商的信誉是不佳的，根本就不应该同其签订合资项目合同。其次要保证合同标的的合法性。我国对于引进外资项目，分别规定了鼓励、限制、禁止投资的项目。项目顾问要认真贯彻国家规定，使项目得以依法谈判签约。最后要保证合同法律关系的合法性。这主要是指合同的订立，要符合我国法律的规定，任何违反我国法律或者社会公共利益合同，任何采取欺诈、胁迫或者恶意串通手段订立的合同，均属无效。第二是合理性，这是促使合同得到全面履行的重要条件。合同内容完全合法，但无法实际履行，那就等于纸上谈兵，毫无好处。因此，项目顾问也应该抓住合同的合理性问题，认真协助聘请单位予以解决。笔者曾接触一项与外商合资经营洗衣机生产项目的谈判，外商提出，合营企业外汇不平衡时由中方申请地方外汇留成解决。律师作为项目顾问及时指出，根据我国当时法律规定，上述解决外汇不平衡的办法，是有一定前提的，即合营企业的产品应是我国急需的或可以替代进口的产品，而洗衣机不属于此类产品，因此不可能被批准用地方外汇留成来解决合营企业外汇不平衡的问题。唯一的解决办法，只有扩

大产品的外销比例，以求得外汇平衡，使合同切实可行。双方经进一步谈判，达成了协议。第三是明确性。合同条款要具体明确，合同文字要准确无误，避免内容含混不清和用语模棱两可的问题出现。否则，由于双方对合同条款的认识在实际上不一致，会导致今后履行合同时出现纠纷，甚至使纠纷久拖不决，给双方都带来损失。例如笔者最近参加的利用世界银行贷款项目的工程承包合同谈判，招标合同在支付条款中规定，当合同货物交货后，招标方将“安排付款”。律师作为承包方的项目顾问指出，“安排付款”是个十分含混的规定，今后会给承包方的利益造成损失，应该在付款期限方面加以明确规定，使双方有章可循，避免今后引起纠纷，影响工程建设。经承包方和招标方的认真协商，采纳了律师的意见，订立了内容明确的付款规定。第四是完备性。合同内容要力求完整无缺。一般说，引进外资合同，主要包括技术条款、商务条款和法律条款。由于中方企业负责人或主谈人比较重视技术条款和商务条款，因此作为项目顾问就理应更加重视法律条款，同时也应注意贯穿于技术条款和商务条款内的法律问题。特别是规定合同双方权利义务的责任性条款，项目顾问一定要协助主谈人同对方充分协商，力求做到严密齐全，平等互利。以上述世界银行贷款项目的工程承包合同为例，招标方在违约条款中只列明承包方的违约责任，却只字未提招标方的违约责任：在合同生效条款规定英文文本为正式文本，不同意写上中英文本具有同等效力。对此，律师作为承包方项目顾问，明确指出：这样的规定，违反了合同当事人权利义务相对等的原则，也不符合合同完备性的要求，应当修改。合同生效问题，外商直接投资项目的合同，一般还都规定中外文本具有同

等效力，何况本承包工程合同双方都是中国的企业法人，却只认英文文本为正式文本，排斥中文文本的法律地位，岂非咄咄怪事！然而，招标方强调这是他们的“格式合同”的“格式条款”，不同意作任何修改。对此，律师当即表示，为维护法律尊严和承包方合法权益，即使本合同签字生效，也将向国家有关法制部门直接反映上述情况。

四、讲究效率 律师要当好项目顾问

应注意工作方法和谈判艺术，提高工作效率，为聘请单位提供优质高效的法律服务。根据实践，律师参与项目谈判可分为三个阶段，各个阶段有其不同的工作方法。

第一阶段，是准备阶段。律师应聘担任项目顾问后，应认真研读项目建议书，了解项目的基本情况，认真参与可行性研究工作，会同聘请单位和注册会计师草拟可行性研究报告，并进而草拟或修改合同和章程，同我方主谈人磋商谈判方案，力争在谈判时知己知彼，有的放矢，加快谈判进程。中国某公司同美国客商合资项目谈判，由于中方主谈人注意发挥律师的作用，对于涉及双方权利义务的实质性条款，依照法律规定做好了充分准备，因此当美国客商来沪谈判时，很快达成一致意见，为进一步商签合同、章程打下了基础。

第二阶段，是谈判阶段，也是律师作为项目顾问发挥作用最主要的阶段。律师应按照合同“四性”的要求，认真把好法律关，使合同得以顺利签订。在谈判中要坚持原则性，又要有灵活性。例如仲裁地点的选择，最好在我国对外经贸仲裁委员会进行仲裁，但也不必因此而造成谈判破裂，不妨选择被诉国或第三国作为仲裁地点。在外商有律师参加时，作为中方企业的项目顾问，既不能盛气凌人，也不应妄自菲薄。须知中国引进外资的法律与政策，中国自己的律师肯定比外商律师要熟悉一些，可以发挥促进谈判进

程的作用。但是，律师在谈判中的地位和作用要摆适当，要协助主谈人谈判，以主谈人的意见为最后意见。如有不同看法，应在场外向主谈人阐明看法，但对外谈判口径必须一致，绝对不可撇开主谈人擅自表态。为提高谈判的效率，律师应充分作好资料信息和法律文件的准备工作。在谈判中经常出现这样的情况，主谈人与项目顾问再三解释无济于事，但当项目顾问把有关法律资料放到外商谈判席前时，外商及其律师会立即点头称是，很快就达成了一致意见。由此可见，法律文件的收集与准备是何等重要！还有一个不可忽视的得以提高谈判效率的因素，那就是项目顾问最好懂外语，尤其是英语。英语已成为国际通用语言，在法律界、商业界使用更为普遍，已经成为涉外经济项目谈判的重要手段与成功因素之一。当然，鉴于外商一般对中方律师的意见十分重视，即使律师英语水平甚佳，也宜慎重为之，在正式谈判时仍用中文，这样可以利用翻译的问隙细致思考问题，避免用英语直接谈判可能带来的不利影响。第三阶段，是签约阶段。律师作为项目顾问，要依照谈判中达成协议的内容，协助主谈人将合同中外文本最后定稿。在合同双方签约后，可应中外双方当事人的聘请，进行律师见证，证明该合同的合法性。律师在签约阶段，必须做好这一重要工作，以便使合同、章程尽快上报，促进引进外资项目的尽快实施和早出成效。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com