

金振朝:论公司法律顾问在公司治理中的地位和作用 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E9_87_91_E6_8C_AF_E6_9C_9D__c122_486126.htm

公司聘请法律顾问主要是为了防范法律风险和化解法律风险，并由此产生公司法律顾问的两大基本职能，其中关键在于前一种职能的有效发挥。为确保公司法律顾问的事先防范法律风险的作用，必须在公司决策和日常经营管理等公司治理中赋予公司法律顾问必要的参与地位和制约力量。在现代社会，无论是公司的内部治理和外部交易都面临着日益增多的法律风险。这种风险从宏观上说属社会风险，从微观上说属人为风险，具有可预见性和可控性。由于法律不仅是“一门艺术”，也是一门技术，不论是从事何种法律职业都必须具备一定的法律知识和实践经验。因而预见和控制企业的法律风险，必然需要专门的法律人才，公司法律顾问就是为了满足这种需要而产生。相对于公司的其他职务，公司法律顾问早已不是什么新鲜事物。但在不少公司里，公司法律顾问的附属地位和辅助作用常使得公司法律顾问缺乏必要的独立性，而只能在咨询建议和事后补救方面发挥作用。因此必须从公司治理的角度来探讨公司法律顾问的地位和作用。

一、公司法律顾问及其职责

从广义上讲，凡是经常性为公司提供法律服务或帮助的法律专业人士都可以称作是公司法律顾问，包括专职的公司法律顾问也包括为公司提供兼职法律服务的社会律师、大学教授等。狭义上而言，公司法律顾问应该仅指具备企业法律顾问执业资格，在公司里担任特定法律顾问工作职务，从事企业法律事务的专职法律工作人员[1]。如1997年原国家经济贸易

委员会发布的《企业法律顾问管理办法》第2条规定：“本办法所称企业法律顾问，是指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企业内部专业人员。”即是采用了狭义的法律顾问概念。并且根据《企业法律顾问管理办法》第5条第2款的规定，未取得执业资格而在企业辅助从事企业法律事务工作的人员，只能称为助理企业法律顾问。实际上，大部分无法律顾问执业资格而在企业专门从事法律顾问工作的人员同样也被人们称作企业法律顾问，可见上述规定并未在实际生活中完全得到普及。由于广义上的两种法律顾问在从业要求及从业机构、服务对象范围、职责任务、与公司的紧密程度以及规范制度上的众多区别，实在不宜将两者混为一谈。故本文中所称的法律顾问，主要是指公司内部具有相应任职资格的专职法律顾问。《企业法律顾问管理办法》第9条规定了企业法律事务机构及法律顾问的职责，避免了办法出台之前法律顾问职责不明，无章可循的混乱局面，但正如该办法第三条规定的那样，企业法律顾问在企业中所真正发挥的作用，也不过是“企业领导人在法律方面的参谋和助手”。即使总法律顾问是企业的高级管理人员，能参与企业重大经营决策，也不过是全面负责企业法律事务而已，仍属于“谋士”的行列。即企业法律顾问机构在企业中的地位，不过是一个咨询部门，尽管能通过提出法律意见对企业重大经营决策施加影响，但从根本上无权制约企业领导的最终决策。2004年国有资产监督管理委员会颁布并施行的《国有企业法律顾问管理办法》则赋予了企业法律顾问更多的权利义务，不再将企业法律顾问界定为“参谋和助手”的角色，并强调了企业法律顾问“以事

前防范法律风险和事中法律控制为主、事后法律补救为辅”的工作原则。从而将企业法律顾问在公司经营决策中的地位有了明显的提升，企业法律顾问的介入也更强调事前和事中的防范阶段。但总体说来，企业法律顾问在公司治理结构中还是处在决策辅助人的地位，无论是法律顾问机构还是企业总法律顾问，都不拥有企业决策中的牵制力量。其弊端显而易见：一方面在决策者的指挥和领导下，企业法律顾问的独立性难以体现，在信息获取上也相对较晚甚至不全面，对于企业将来面临的法律风险不易作出理性的判断；另一方面，企业法律顾问的核心作用发挥取决于决策阶段企业法律顾问提供的法律意见的权威性和约束力，辅助机构和人员的地位不足以使企业法律顾问的法律意见产生较大的影响力。因此，现代企业欲防范、控制和规避企业运行中的法律风险，还必须充分重视和发挥企业法律顾问在经营决策中的重要作用。

二、公司法律顾问与公司治理结构 公司治理

（corporation governance）是旨在通过合理分配公司的权力资源，不断完善公司管理运营与监督控制的权力配制系统，促进其良性运转，以实现公司的经营目标并最终实现股东利益的最大化，其以分权为前提，以公司组织机构为物质基础[2]。根据公司治理所需的四种职能，公司组织机构一般大体上可以分为权力机关（股东会、股东大会）、决策机关（董事会）、执行机关（经理）、监督机关（监事会）四类。公司法律顾问与前述各组织机构之间的关系当为如何？下面分别进行阐述。（一）公司法律顾问与股东（大）会很显然，公司法律顾问进入股东（大）会或者作为股东代表的结果必定是事与愿违。首先，进入股东（大）会的必然是公司的股东

，要求公司法律顾问必须具备这一条件既无必要又显得荒谬。其次，即使公司法律顾问具备股东身份，如果作为部分股东的代表则必然带有主观倾向，难以独立、全面地履行职责；若作为全体股东的代表则不大可能，因为股东（大）会作为公司的意思机关，往往决定的是关系公司前途命运的一切重大事项，各股东之间的意见难免会产生分歧，否则形同一人公司。第三，也是最主要的，公司法律顾问的职责和股东（大）会的权力存在冲突。股东（大）会以合议制的方式表达公司投资者的意愿，行使《公司法》赋予的投资者所拥有的决定公司命运的各种权力，其工作方式是定期年会和临时会议，且一般不介入公司的日常经营管理，这与法律顾问在全面介入公司的日常经营决策和管理活动，防范和化解公司面临的法律风险，普及法律知识和进行法律宣传教育的基本职责是有着天壤之别的。

（二）公司法律顾问与监事会 公司法律顾问与监事的身份和监事会的职责也是不相容的。从产生上说，公司法律顾问由公司聘任，而监事和监事会由公司选举产生；从职责上说，公司法律顾问的主要职责是对公司经营行为进行事前、事中法律防范和事后的法律补救，而监事会的主要职责是对董事、经理的经营管理行为及公司财务进行监督，且一般为事后监督；从履行职责的方式来说，公司法律顾问要广泛参与公司的经营管理与决策活动，甚至对外代表公司处理与公司有关的法律事务，而监事会一般不参与公司的决策及管理，对外也不代表公司执行业务。因此，尽管作为监事会成员的监事也应当具备与履行监事职责所需的法律知识，且工作的内容也可能有不少涉及法律方面，但从根本上说公司法律顾问与监事会之间只能是平行而不是

交叉关系。（三）公司法律顾问与经理 经理是由董事会聘任的、负责组织公司日常经营管理活动的公司常设业务执行机关，经理行使职责不需要以多数原则形成意志和决议，而是以担任总经理的高级管理者的最终意志为准，这是经理的执行机关性质和经理所面临的瞬息万变的市场形势要求经理必须迅速、果断地作出应变的特点决定的。应该说，公司法律顾问的相当多的职责是辅助经理做好公司的经营管理工作的，如参与项目谈判、起草审核合同、完善规章制度、处理经济纠纷等大都与公司经理的职权密切相关。既然企业法律顾问的相当一部分职责是协助经理的工作，那么公司法律顾问工作机构是否就应当是经理下属的一个职能部门，而所有的公司法律顾问都是经理的下属工作人员呢？若是，则公司法律顾问实际上远离决策，公司法律顾问的职责则必然大为缩减，这显然与设置公司法律顾问的初衷和主要作用貌似神离。

（四）公司法律顾问与董事会 相比于其他机构，惟有公司的董事会是代表公司并行使经营决策的公司常设机关。董事会对内管理公司事务，对外则是以公司名义活动的常设管理机构。因而在公司法人治理结构的体系内，董事会的地位和作用处于核心的位置，董事们受公司股东大会的委托管理公司事务，进行经营决策，表达公司意志，领导公司的一切重大经营活动。董事虽然由股东大会选举产生，但董事不以拥有公司的股份为其任职资格的必要条件，只要具备公司法规定担任董事的积极条件而没有相应的消极条件，即使不是公司的股东也可以被选任为董事。因此，从任职资格上看，公司法律顾问并没有被排除在外。从职责上看，董事会为公司的最高决策者和内部监督者，是由全体董事组成的公司法定

常设机关，而公司总法律顾问的重要职责之一便是“参与企业重大经营决策，保证决策的合法性，并对相关法律风险提出防范意见”，两者应为密切配合。这么说来，是否意味着公司的一部分董事必须由公司法律顾问来担任呢？笔者认为，没有绝对的必要！其一，若公司法律顾问同时担任执行董事（内部董事），固然能使公司法律顾问在公司经营决策中发挥重要的作用，但如前所述，执行董事往往由与其有着千丝万缕联系的股东推荐并选出，这必然会对特别是作为法律顾问所必须具备的独立性和客观性造成不利影响；其二，若公司法律顾问同时担任非执行董事（独立董事），然则导致另外的一些问题，即独立董事的独立性要求该类董事除在公司担任董事职务之外不得在该公司担任其他职务，而独立董事的职能主要是对公众公司内部董事的经营行为实施监督和对公司的利益和小股东的利益给予保护，这与公司法律顾问的职能显著不同。公司法律顾问的职责与董事职责的确存在一些契合之处，但不宜将两者相互代替或是完全重合。在不少国家的现代公司法上，董事会可以设立专门委员会（special committees），并在董事会的授权下从事某些属于董事会职能的活动。这种专门的委员会实际上是公司董事会的咨议机构，其可以向董事会提供建议，并在某种程度上代表董事会，但委员会的设立及其权限的授予不构成董事法定注意义务的满足和责任的免除，因为专门委员会对董事会负责，其提案交由董事会审查决定[3]。公司法律顾问的角色与专门委员会委员十分类似，但相比于公司法律顾问作为董事会成员参与表决有关决议而言，专门委员会对董事会决议形成的制约作用似乎仍略显不足。由以上分析不难得出，公司法律顾问在

公司治理结构中的地位其实并不重要，而关键是能使公司法律顾问在决策和执行阶段的风险防范和化解作用能得以充分发挥。为了能使公司法律顾问拥有相当的制约力量而赋予公司法律顾问与公司治理结构相关的地位，须通过公司章程或内部规定作出适当的安排以防止角色冲突。而不同性质的公司、不同的经营范围以及不同的人员构成等使得不同的公司面临着不同的法律风险，且在公司运行中法律风险主要是集中于决策阶段还是执行阶段也有差异，因此公司法律顾问究竟在公司中处在何种地位，应主要取决于各个公司对于法律风险的不同控制模式和具体安排。

三、公司法律顾问在完善公司治理中的作用

公司法律顾问在完善公司治理中有着旁人无可替代的重要作用。在应然状态下，主要体现为：公司法律顾问不仅要在公司的设立和运行中帮助公司设计好章程和各类规章制度，以帮助公司在设立之初即建立好法人治理的良好分权制衡基础，还以决策者和管理者的身份参与公司重大决策和日常经营管理活动，是公司董事会意志形成和贯彻执行中不可或却的制约力量。

（一）公司法律顾问在公司治理结构确立中的作用

公司的很多员工是在公司成立之后才招聘进来并正式开始工作的，但在很多时候公司法律顾问在公司成立之前便已开始加入和开展工作。这是因为公司在成立之初面临着公司章程的制定、公司设立、登记、人员雇佣等大量的法律问题，其中核心事务即包括通过制定公司的章程初步确立公司的治理结构。我国《公司法》在作最近的一次修订之前，公司法中存在过多的强制性规定，导致不少公司在成立之时章程雷同，且大多是照搬《公司法》的有关规定，公司法律顾问以及律师在起草章程中的作用十分有限

。2006年1月1日起实施的新《公司法》进一步扩张了公司与股东的自治空间，大幅减少了国家意志对公司章程的不必要干预，提高了任意性规范的比重，极大地扩展了公司治理上的自由空间。如新《公司法》第43条：“股东会会议由股东按照出资比例行使表决权，但是，公司章程另有规定的除外。”第49条第1款：“董事会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。”第56条第2款：“监事会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。”尤其重要的是，新《公司法》在规定股东（大）会、董事会、经理以及监事的职权时都在最后加上了“公司章程规定的其他职权”。这些表明，公司法律顾问在起草公司章程时对于公司治理结构及其规则不再像过去那样简单抄袭即可，而是应充分运用法律赋予给公司的自主权，结合法律的规定和拟设立公司的具体情况量体裁衣，科学合理地依法分配股东（大）会、董事会、经理和监事的权力，制定各类法定机构的议事规则和程序，这既有利于防范和解决内部争议，减少不必要的内耗，又可为公司治理打下良好的物质基础。

（二）公司法律顾问在公司治理结构运行中的作用 如本文前面已论述，公司的法律风险控制关键在于事先防范，而真正要想做到前期预防，公司法律顾问必须在决策阶段即开始介入。并且公司法律顾问的作用要想落到实处，就必须使得企业法律顾问成为董事会决策中必不可少的关键角色，即可通过相关立法或者制定公司章程的议事规则中强行规定对于涉及法律的事项，其决议的作出前提必须是已参考公司法律顾问的意见，并以此为衡量标准，明确决策各方的责任。对于公司有关合并、分立、破产、结算、投资其他重大交易等方

面的决策，除了在技术上和经济上的论证之外，还必须进行法律风险分析和评估，并且法律意见必须和决策讨论记录、结果等一起保存于公司。除此外，公司应当从各方面为法律顾问行使职责提供必要的保障，包括制度保障、职务保障和物质保障，以确保公司法律顾问获取信息的权力、参与决策的权力以及提出法律意见的程序和规则得到遵守，同时也有助于界定公司法律顾问是否适当地履行了自己的职责。公司法律顾问在协助公司经理贯彻执行董事会决议，进行日常经营管理活动中的工作虽然也可以分为事先防范和事后补救两类，但对公司的良性运行和协调发展而言，公司法律顾问的工作要尽量做在前面。这里的防范内容和重点有了变化，即主要是与公司日常经营有关的合同管理、知识产权管理、商业秘密保护、劳动保障、建立和完善规章制度、进行法律知识培训和进行法律宣传等。事后补救则主要是解决公司所面临的各种法律问题、纠纷，通过代表协商、代理诉讼、仲裁等纠纷解决机制维护公司利益，减少公司损失。只是在一般人的印象中，公司法律顾问更多的是以非决策者的身份出现，并以此形成了社会公众对于公司法律顾问在公司治理结构中所应发挥作用的片面理解，如仅依此理解设立公司法律顾问机构和聘请专职公司法律顾问，对于及时防范和化解公司面临的法律风险仍无太大裨益。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