



# Mind Track

# 思维的笔迹

实战案例训练

高云著

下

2009-2012年连续四年当当网年度法律类十大畅销书

2012年度更跃居畅销榜法律实务类图书第一名

本版系作者3年间潜心写作的最新成果

大幅增补最新内容，更有趣、更实用、更全面

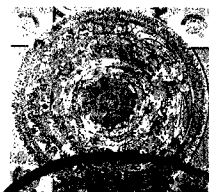


高睿律师文丛

*Mind Track*

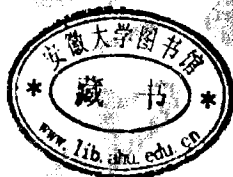
# 思维的笔迹

下



实战案例训练

高睿著



法律出版社 LAW PRESS·CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

思维的笔迹·下,实战案例训练/高云著  
—3版.—北京:法律出版社,2013.2  
ISBN 978-7-5118-4289-3

I. ①思… II. ①高… III. ①律师—思维方法—研究  
②法律文书—写作—中国 IV. ①D916.5②D926.13

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第283304号

©法律出版社·中国

责任编辑/吴剑虹 张心萌

装帧设计/马帅

出版/法律出版社

编辑统筹/市场研发部

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/世纪千禧(北京)印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/710毫米×1000毫米 1/16

印张/12 字数/176千

版本/2013年2月第1版

印次/2013年2月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-4289-3

定价:35.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

感谢曾经、现在或未来  
在我生命中出现过的所有人  
一切的赞扬、鼓励或苛责  
都随时光的流逝，静默成人生路上的美丽风景  
给予我学习、修炼、感悟和成长的机缘  
终成这本

## 一切与成长有关

最近,因为工作的缘故,经常独自一人,驾车来回穿梭于两个城市之间。

很享受这段在路上的时光,车厢里充满着明媚、和暖的阳光,看着远处郁郁葱葱的群山,翠绿的湖水和田野,听着 CD 机里,陈绮贞悠悠地唱着《旅行的意义》。一切,温暖而明亮,一如我现在的的生活状态。

回首过去,蒙上天的错爱,得以收获一份快乐、健康和平衡的人生。对此,我除了深深的感恩外,最大的感受,就是每个人都在路上,无时不在修炼当中。

沉浮在这个浮躁的社会、残酷的人生,时间越久,心灵越变得坚硬如铁。那些生命中最珍贵的梦想,相忘于江湖;曾经的一花一世界、一沙一天堂,不再动情;还有那些简单、美好的情感,不再怦然心动,反而容易报之以冷漠甚至嘲笑。

物质、欲望以及无所敬畏,无情地吞噬着我们的心灵。似乎,这是大多数成年人都无法逃避的魔咒和宿命。

有人为此努力修炼,甚至清心寡欲、离群索居,却始终难见明显进步,似乎又堕入另外一种魔咒当中。

似乎很难找到幸福人生的定义。如果不修,除了虚耗光阴,浪费地球资源外,人生有何意义?如果努力去修,心中充满着想要变成某种理想状态的强烈欲望,这份欲望的本身,又足以令我们封闭自我,原地踏步甚至后退,结果越求越不可得。

我就曾经见过几位努力打坐的老参,他们并不能给人一种睿智明透、成熟从容的感觉,反而有一种急促、竞争的世俗感,比不修之人,还要更封闭、狭隘,原来如此。

在漫长的人生当中,什么才是我们最应该关注和把握的?

时光匆匆如流水,无论是在觥筹交错的酒宴上,雾气腾腾的桑拿澡堂之中,或者在法庭上的唇枪舌剑,摩天大楼里的谈判桌上,它都在无声中过去。我们无法留住它,唯一可以做的,是在岁月的转角,停下匆忙的脚步,张开心灵的慧眼,全身心地投入,感受生命成长带给我们的喜悦和满足,这才是最重要的。

这个世界,就像池塘里的莲花,无论你见与不见,留于不留,它都会层层叠叠地,从容地绽放。无论是灿烂阳光洒满的白色海滩上,抖落的串串笑声,赤脚飞奔的我们;抑或遥远的他乡异国,雪夜小屋里,围炉夜读,红袖添香的时刻。

生命有如一一场盛大的遇见,无论何时何地,何人何事,一切皆是修炼,这才是我们最应该把握的机缘。

人生路上,总会遇到一些事情,在发生的一刻,自我感觉很重要,很难受。但是,在几个月或几年之后,回头再看,你会发现,其实当中只有很少一部分,能够真正影响我们的人生轨迹。更多的,神马不过是浮云而已。

因为生命有着惊人的韧性,时光则是最好的解药。它能够把昨日最大的痛楚,变成明日前进路上的最大动力。

人在路上,最动人的不是花朵,而是盛开的过程。你若盛开,清风自来。学会批判,学会接受不完美,更学会给出行动建议,向周围输出更多的正能量,努力争取未来。

逐渐的,你会发现身周围的一切,随着时光的流逝,将静默成人生路上的美丽风景。体验它,珍藏它,又不为之所绊,永远不停止飞行。飞翔的梦想,就永远不会坠落。

岁月静好,与君到老。未来的日子里,不苛求完美,不追逐鲜花和掌声,只是怀着一颗简单,喜悦而洁净的心,用心感受生命的每一瞬间,不错过每一个当下;学会坚持理想主义的同时,以现实的态度,宁静的心情,在尘世中守望理想。

其实,这就是最好的生活,最幸福的人生。

高云(汪宏杰)  
2012年11月  
于广州白云山麓

## 目 录 CONTENTS

## 第一章 实战篇

一、真正专业的第一案	1
很垃圾的文书	1
很专业的论文	5
二、非常繁复的简单任务	14
冰山一角	14
过司考≠会思考	15
穿梭于简繁之间	18
三、四地律师的时空连线	25
标的上千万	25
程序很重要	26
电话打到澳洲海边	29
原告的反击战	31
兵不血刃的胜利	34
四、高新企业的绝地反击	57
猝不及防致命伤	57
不能完成的任务	59
柳暗花明又一村	61
反击代号 T+10	65
预知结局的诉讼	67
五、不良资产的冰棒效应	87

高温下的冷静决策	88
有逻辑的婆婆嘴	92
学习做一个“坏人”	94
风险,风险,还是风险	95
六、债务重组之大浪淘沙	121
吹沙拾金	122
方案地图	124
律师本色	127

## 第二章 法律实务技能测试

一、测试题	150
测试题一:材料收集	150
测试题二:梳理分类	151
测试题三:分析判断	152
测试题四:证据整理	153
测试题五:情形设计	155
测试题六:平衡完善	155
测试题七:形式表达	156
测试题八:文字表达	156
测试题九:预测细化	157
测试题十:方案设计	158
二、思路评析和参考答案	158
三、评分表	170
四、分值评语	174

后记:感悟幸福人生密码 177

未完的缘分——“合同高手进阶课程”开发和试用计划 181



## Chapter 1 实战篇

---

# 一、真正专业的第一案

人物：我（律政新人）、张律师（我的师傅）、高律师（师傅的师傅）

案情：作为一个律政新人，四年磨一剑，写出来的第一份文书却被评为很垃圾的文书、很专业的论文？为什么他无法雕琢出很实用的法律意见书？……

- 很垃圾的文书

这是一家在本地数一数二的律所，客户大多是当地著名的金融机构、外资企业，律所坐落在城市中心 CBD 区内的某座高级写字楼的 21 层，办公环境宽敞明亮，透过大大的落地玻璃窗，可以俯瞰车水马龙的道路，远处是高

楼林立的城市风景。

作为一个律政新人,我非常喜欢这里,环境舒适,同事友善,还有频密的培训机会,一切都令我充满职业感。不过,我的老板——投资部主管合伙人高律师,据说为人很严格,对功课(指法律文书)的要求更是一丝不苟,即使是排版行距、字符用错半角这类小错误都不会放过。如果你不慎出错,不管你是律师还是助理,他都不留情面地狠批,部门好几个女同事都曾经被他骂哭过。

就在我入职的第一天,工作任务就来了。我的师傅张律师交给我一个功课,限于当天下班前起草一份《法律意见书》。此案的背景是这样的:

我们的客户 C 公司是一家中外合资企业,早年曾经担保它的母公司香港 B 公司向香港的 A 银行借款,签发了一份《无条件承诺函》。函件当中承诺,假若 B 公司未能到期还款,C 公司将无条件代为偿还。现在,B 公司在香港宣布破产,C 公司眼看被 A 银行追债上门,所以向我们寻求法律意见。

接下任务后,我首先打通了客户 C 公司黄经理的电话,很客气地向他提出,由于我对案情完全不清楚,所以希望他能够将案情经过详细介绍一下,顺便总结一下他希望解决的具体问题。不料黄经理是一很不耐烦的主,硬梆梆地回答我,“就是让你们律师简单看一看,具体情况、问题什么的都已经对你们张律师说过了,你问他吧”,“啪”的一声,把电话挂断了。

第一个电话就碰了一鼻子灰,怎么办呢?我灵机一动,想起自己曾经写过关于担保问题的论文,导师还在课堂上作为范文讲解过,恰好可以派上用场了。

于是马上把文件调出来,勤快地按着 CTRL - C、CTRL - W 键,将文件合并,客户名称替换,版式排列整齐,来回修订多次,直至通篇文章观点鲜明,理据充分,用词典雅为止。

就这样,我的第一份非常专业的文书出炉了(见附图 1.1)。

我将文书拿过去给张律师审查。敲门进去一看,张律师正在电脑前痛苦地拉着头发。原来,他正在跟一份收购项目的法律意见书叫劲。他问我文书结论是什么?我说应该是无效的,他点点头,看来我的研究结论应该是正确的。他向我挥了挥手,说道:“我正痛苦着呢,文书你直接交给高律师看吧。”

我拿着文书送进高律师办公室。高律师接过来随手翻了翻,眼睛都没

抬地就问我，“这是你写的？”“是的。”

接着，我听见的，是令我毕生难忘的一句，“你将这份垃圾交给我干什么？”

我好像胸口猛地受到一下重击，全身的血液都涌上了脑袋，整个人一下变傻了，脑子里只剩下一个念头：我不服！

这份文件，以我导师表扬的范文为底子，我还额外加了多少心思，字斟句酌，苦心打磨，再怎么不堪，也不至于是一堆垃圾啊！

看到我不服气的模样，高律师语气缓和了一些，说道，“这样吧，我来问你几个问题。第一个问题，你还记不记得在岗前培训课程中讲过，接到资料后的第一件事情是什么？”

“记得，是与客户交流，询问他的目标。”我心想，我可是有做这一步的。

“那好，为什么这份文书当中，没有将客户的具体要求记录下来？”

我心想，“这能怪我吗？是客户自己不愿意说，我有什么办法”。当然，我不能这样顶撞老板，只能小心解释道：“我有做这个程序啊，我打电话给黄经理，让他给我全面介绍一遍案情，还问了他，希望我们解决什么具体问题。他回答很简单，就是让我们看看这份承诺书而已。”

“为什么在打电话之前，不先问问你的指导律师，自己对案情先有一个概括性的了解？你让一个不是专业的人，帮你这个专业人士从头梳理案情？你还要他帮你总结法律问题？如果客户自己能做，他还请律师干什么？打字吗？”高律师声音有点高了起来。

“还有，你表述得准确一些，什么叫做‘看看’这份承诺书，怎么理解？是理解成‘看看’表述漂不漂亮？‘看看’版面美不美观？抑或就是‘看看’有没有错别字？”

我解释道：“我理解客户的具体要求，是要求我们看看这份承诺书是否合法？”

“这是客户的原话，还是你猜的？”

“我不是猜的。客户要求我们解决问题，自然就是看看这份承诺书是否合法了。”

“我再问你一次，这是客户的原话吗？”

“不是……”

“那你的这句话——对承诺书合法与否作出判断，你向客户复述过没

有?有没有要求客户确认?”

“啊!……没有,但我是依照常理来判断的”。

“依照常理,那就是猜。律师工作不是说不能猜,而是要分什么时候。在能够与客户面对面交流的时候,反复沟通、反馈和确认,才是正确的方法。”

“还有,这个意见书当中为什么没有提到客户的营业执照等基础文书?”

“黄经理说他们刚刚年审过,应该没有问题的。”

“你是凭什么作出这样的判断?”

我有点急了,“虽然我没有看过客户的营业执照,但是我觉得客户应该不会对自己的律师说谎啊!”

“客户不会骗你?你凭什么这样肯定?”

“……”,我被质问到哑口无言。

“哦,原来你又是靠猜的”。高律师对“猜”字说得尤其重。

“还有,这份意见书的判断前提是客户具有对外担保的法定资格。根据法律,这种业务需要外管局的批文。你有没有问过客户,他们有没有这样的批文?”高律师继续质问。

我心想,不是吧,这样简单的问题还需要与客户核实,这难免让客户觉得律师太弱智了吧。我解释道:“我已经看过他们的章程,里面没有写他们有这样的营业范围,所以我估计他们应该没有这样的资格。而且,如果他们有批文,担保就肯定有效,就不用咨询我们律师的意见了。”

“我再问你一次,你有没有问过客户,他们是否有批文?”

“没有。”

“哦,原来你还是靠猜的”,高律师再次重复了这一句。

我逐渐意识到问题所在了。

高律师继续说:“岗前培训的时候你们应该学过,律师工作的起点是客户的目标。而确定这个目标,不能靠猜,需要反复核对和确认。审查重要问题,必须要眼看为实,不能仅凭猜测,更不能依靠常理推断。一份代表律师专业意见的文书,成立前提竟然是你的猜测。这份文书不是垃圾又是什么?”

他顿了顿,语气凝重地说:“你如果不改变这种思维错误,靠常理、靠猜来作为你的专业工作的起点,我劝你赶快离开律师行业。去干点别的吧,待

在律师行业,将来肯定会出大问题的。”

最后的几句,听得我字字惊心。虽然很刺耳,但我不得不承认,他说的是对的。

### ● 很专业的论文

高律师继续翻动我写的文书,边看边摇头,我感觉开始崩溃了。

这时,张律师敲门进来。虽然认识他时间很短,但他性格很温和,尤其是对我们这些新兵态度很好。“救命啊”,我心里在喊。

张律师似乎嗅到了空气中的紧张气氛,问道:“文书有问题?我刚才在忙别的事情,还没来得及看,我拿回去给她指导一下吧。”

高律师点点头说道:“这份文书写得太专业了,连我都看不明白,你帮她改改。”张律师连声答应,带我退出房间。

回到张律师的房间,我忍不住疑惑,问道:“高律师说话好矛盾啊,为什么说我的文书是垃圾,又说写得太专业,却看不明白?”

张律师仔细将我的文书反复看了好几遍,然后说道:

“我明白高律师什么意思啦。你这份法律意见书,满满的四页纸,引用10多个法律条文、部门规章和规范性文书,要点层次10多个,竟然没有一个分段落和层次!这样的法律意见书,别说高律师和我不喜欢看,客户肯定也看不懂。你这份文书是从哪一份法学论文上抄过来的吧?”

我不好意思地承认,“是的,刚好我以前写过一篇类似的论文,我把里面的精华直接拷贝过来的。不过,论述的同样是担保问题,应该没有区别啊!”

“当然有区别,法学论文和法律文书的写法大不相同。法学论文是为了研究问题,而实务文书则强调解决问题,所以要求行文通俗易懂,简明扼要为重。

举个例子说,你在讲述对外担保需要经过政府批准的时候,详细解释两部门的立法本意和技巧,大谈‘与其说吸收了部门规章’,‘不如说是特别选择’之类的废话,这与客户关心的问题有关系吗?这些内容如果放在论文中,可以表明你的才识渊博。但在实务当中,纯属垃圾,应该全部删去。”

我一边听,一边重新审视自己写的文书,开始有点明白了。

张律师继续说道:“还有,你的这份文书貌似层次丰富,但其实观点不清,层次混乱。写实务文书好比射箭,要先将靶子竖起来,所以你的问题和

结论,都应该放到开头去。先是问题,紧接着就是结论,让客户一目了然。然后才开始具体论述,这也是法律文书美学的要求。”

“哦,法律文书也和美学有关?没听说过。”我嘀咕道。

“你以后就知道啦”,张律师继续说道:“另外,你写的东西铁板一块,让人怎么读?应该按照逻辑关系,每一部分对应一个标题,标题之间或平行,或递进,逻辑关系要求鲜明和准确。几个标题论述的内容汇总起来,就是文书的最终结论。”

至此,我终于初步明白了问题所在,于是重头再来。首先,我拟好了腹稿,再打电话给黄经理,与他核实工作目标和要求的同时,核实全部的事实和材料。这一次,我连一张纸都不敢放过;然后,对初稿痛下杀手,大幅删减。接着,张律师对我的初稿再度瘦身,写出了修改稿(见附文1.2)。

与初稿相比,修改稿字数从3300字大幅减少到2100字,足足删掉了三分之一,内容大为精简;框架和层次有了很大改进,脉络和线索清晰了很多;还有就是行文风格也简练了不少。甚至张律师在审查后都认为,这份文书可以改进的余地已经不多了。

我满怀信心,将文书再次交给高律师。但是,我并没有获得期待中的表扬,只得到了一句“回去等着看定稿”的简单回复。

过了两天,高律师正式签发了定稿(见附文1.3)。我打开抄送给我的邮件一看,几乎当场晕倒。定稿竟然将修订稿再删掉了一半,只剩下1100字,结构框架也都全部改变了。

这是为什么呢?我百思不得其解。

此案结束后不久,高律师带我和张律师,与客户开会谈其他项目。在会上,黄经理特意提及我们写的这份法律意见书,表扬我们写得很专业,他看得很舒服,解决方案也很好。客户的反响,使我更加强烈地想明白个中奥妙所在。

时间一晃半年过去了,很快到了年底。事务所在新河浦路一家名为“东山少爷”的餐厅,举办了一场名为“星光闪耀新年”的跨年晚会。全所人员混编成金色阳光、纯真梦想和魅力深蓝三组,要求各出奇谋,贡献精彩节目。这对于常年紧张工作的律师而言,是一个难得放松的机会,所以大家都很开心地参与。

我和高律师凑巧分在了同一组,我们利用工作间隙,抓紧排练。在排练休息的空隙,我和高律师聊起了这件疑惑已久的事情。高律师笑了一笑,然

后说：“这个问题一下子不容易解释清楚，你有空看看我的书吧，慢慢领会更有好处。”

后来，我收到了高律师的赠书，反复阅读和领会，逐渐悟出了谜底，正如高律师书中所说：

所谓的专业，不是理论有多高深，也不是用词有多华丽，而在于你写出来的文书是否合法、实用、精确；在于你的解决方案，是否能够让人看得明白，用得放心。这才是真正的专业！

## 附文：

### 1.1 《关于对外担保的法律意见书》(初稿节选)

……(前述部分略)

基于上述实体法律适用的分析，我们认为本案的担保书不具有法律效力，是无效的担保合同。理由为：

1984年6月2日，国家外汇管理局在《关于非金融机构原则上不能为外商担保的通知》中已经明确指出：“……对外担保实质上系对外的外汇负债，必须持慎重态度……对外担保既属于债务担保，又系信誉担保。此项业务应由中国银行和其他经中国人民银行批准，并持有国家外汇管理局发的经营外汇业务许可证的金融机构办理；对来华投资的外商，如因自身资金不足需向外国银行或港澳银行借款，要求我国非金融机构（指中央各部委局、各省、自治区、直辖市政府所属机构和企业）担保，原则上不能办理。若有特殊原因需要担保的必须报国家外汇管理局或当地外汇管理分局批准。”1986年10月3日，《中国人民银行关于答复对外担保问题口径的通知》规定：“一、能够对外提供担保的应当是经过批准的经营外汇业务的金融机构。非金融机构未经国家外观管理局批准，不得对外提供担保……三、未经国家外汇管理局批准，擅自对外出具担保，是违反国家外汇管理规定的，也是无效的。一经发现，将受到必要的处理。”1991年中国人民银行批准，国家外汇管理局公布的《境内机构对外提供外汇担保管理办法》第四条规定，

“允许提供外汇担保的机构和单位限于：一、经批准有权经营外汇担保业务的金融机构；二、有外汇收入来源的非金融性质的企业法人；政府部门和事业单位不得对外提供外汇担保；三、为境内、外的外国机构和外资企业提供外汇担保，由国家外汇管理局审批”。

我们认为，虽然根据《担保法》的规定和《合同法》所确立的确认合同无效原则，行政规章无权规定合同无效内容。但鉴于涉外担保关系到国家利益，最高人民法院实际上已经通过制定司法解释对其予以一定的限制。2000年，最高人民法院以司法解释的形式制定发布的《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第六条规定：“有下列情形之一的，对外担保合同无效：（一）未经国家有关主管部门批准或者登记对外担保的……（四）无权经营外汇担保业务的金融机构、无外汇收入的非金融性质的企业法人提供外汇担保的。”上述规定承认了人民银行和外管局历来关于涉外担保的规定，即对外担保未经批准不能生效，已将行政规章的内容吸收到司法解释中以作为法院认定担保合同无效的依据。换言之，通过司法解释，两部门规章规定的合同无效情形，成为人民法院可以认定的无效担保合同的一部分。同时，如前分析，《民法通则》第七条规定：“民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，破坏国家经济计划，扰乱社会经济秩序。”根据对外担保的性质和所产生的社会影响，我们认为两部门的规定在对外担保上的管理和限制形成的经济秩序，构成社会经济秩序的一部分。司法解释吸收的对外担保方面的规定，与其说是吸收了部门规章的内容，不如说是维护社会经济秩序和保护社会公共利益而作出的特别选择，是从公序良俗原则出发对对外担保的特别解释。因此，适用司法解释认定对外担保合同无效，也是《民法通则》的基本原则在认定对外担保合同无效。

……（部分略）

## 1.2 《关于对外担保的法律意见书》（修改稿节选）

……（部分略）

### 三、关于《不可撤销担保书》第12条的效力问题

就本案中当事人在《不可撤销担保书》第12条规定的“本担保书受香港法律管辖及依据香港法律作解释”的效力问题，我们认为该条款因违反



中国法律强制性规定而无效,具体理由如下:

### 1. 本案应为涉外法律关系

根据司法实践,凡是涉外法律关系的案件才能允许当事人自行约定适用法律。所以,本案是否属于涉外法律关系直接决定了当事人是否有权选择适用法律。

根据《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第178条规定,“凡民事关系的一方或者双方当事人是外国人、无国籍人、外国法人的;民事法律关系的标的物在外国领域内的;产生、变更或者消灭民事权利义务关系的法律事实发生在外国的,均为涉外民事关系”。另外,根据最高人民法院于1987年10月19日颁布的《最高人民法院〈关于适用涉外经济合同法〉若干问题的解答》(下称“《涉外经济解答》”)第一条第(二)项也规定,“涉外经济合同法也可以适用于港澳地区的企业、其他经济组织或者个人同内地的企业或者其他经济组织之间订立的上述经济合同……”。

从上述规定可知,案件当中的当事人一方如果属于港澳地区的企业或其他经济组织,则本案属于涉外法律关系。本案中,债权人×洋银行与被保证人永×公司均是在香港注册成立的公司,符合上述规定要求,因此本案属于涉外法律关系。

### 2. 在一般情况下,涉外法律关系当事人有权自行约定适用法律

根据《涉外经济解答》第二条第(二)项规定:“当事人在订立合同时或者发生争议后,对于合同所适用的法律已有选择的,人民法院在审理该项合同纠纷案件时,应以当事人选择的法律为依据。当事人选择的法律,可以是中国法,也可以是港澳地区的法律或者外国法。但是当事人的选择必须是经双方协商一致和明示的”。

由于本案属于涉外法律关系,根据上述规定,在一般情况下,当事人有权自行约定适用法律。