

商务律师 实务指引

“远见十年”中豪实务系列丛书之一

李 燕 主编



如果说上篇《经典案例评析》主要浓缩和记录了中豪律师的勤恳和敬业，下篇《执业实务指引》则更多地承载和蕴藏了中豪律师多年的企业文化和理念，而这些又缘自我23岁辞去公职做专职律师以来，16年里非常不易的、没有停顿的总结、学习和创新，可以说是我前半生执业生涯的心血之一。

Directive of Business Lawyer Practice

A Selection of Impressive Accomplishments Achieved by Attorneys from z.h.Law Firm

重庆出版集团  重庆出版社

商务律师 实务指引

“远见十年”中豪实务系列丛书之一

李 燕 主编



图书在版编目(CIP)数据

商务律师实务指引 / 李燕主编. —重庆: 重庆出版社,
2008.11

(“远见十年”中豪实务系列丛书)

ISBN 978-7-229-00209-1

I.商… II.李… III.商务—律师业务—基本知识—
中国 IV.D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 153451 号

商务律师实务指引

SHANGWU LUSHI SHIWU ZHIYIN

李 燕 主编

出 版 人: 罗小卫

责任编辑: 郑 玲

责任校对: 郑小石

装帧设计: 重庆出版集团艺术设计有限公司 · 蒋忠智



重庆出版集团 出版
重 庆 出 版 社

重庆长江二路 205 号 邮政编码: 400016 <http://www.cqph.com>

重庆出版集团艺术设计有限公司制版

自贡新华印刷厂印刷

重庆出版集团图书发行有限公司发行

E-MAIL: fxchu@cqph.com 邮购电话: 023-68809452

全国新华书店经销

开本: 787mm×1 092mm 1/16 印张: 25 字数: 390 千

2008 年 11 月第 1 版 2008 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-229-00209-1

定价: 39.00 元

如有印装质量问题, 请向本集团图书发行有限公司调换: 023-68706683

版权所有 侵权必究



序 言

王保树

我受友人之托为《商务律师实务指引》一书作序,提笔间,不禁感叹在中豪迎来十岁诞辰之际,集其部分业务精华,为我们倾力献上此书,可谓用心良苦、意义深远。本书分为上、下篇两部分,上篇是民商事案例选编,主要从律师角度展现每个案件原貌及办理过程,并结合法律予以深度评析,所选案例新颖,所涉法律关系典型,诉讼策略运用巧妙,旨在给读者借鉴与启发;下篇是执业实务指引,汇中豪近年来办理民商事案件经验而成之实务性规范,承载了中豪的律师文化和发展理念,将这些宝贵的经验无私奉献给读者,更清晰地传达出中豪以己之力推动整个律师行业进步之信念与决心。作为集案例剖析与执业实务的经典之作,本书旨在与业界同行共同探讨法律领域之难点热点、交流律师思路与策略、分享办案心得与体会。本书的付梓不仅是对中豪律师团队以往成果的总结,更是对其整体法律服务实力的展示、执业心得及管理经验的分享与浓缩。

法学是一门理论与实践紧密结合的学科,法律的功能需要在实践中发挥,法律的魅力需要在实践中展现。我在法学院从事民商法学研究与教学多年,深知法学理论与法律实务必须展开紧密的互动,才能使法律的价值得到真正的体现。因此,我欣然接受委托,畅作此序,力荐此书。

推崇原因之一,本书的出版将为中国法学教育提供难以多得的法律实务参考资料。中国法学教育对法学学生的法律实务能力训练甚为薄弱,诸多法学高校的法学学生经过4年法学本科教育,有的甚至再加上3年法学硕士教育就业后,也很

难立即在法律实践中游刃有余。在面临实务操作时,他们往往不知道如何写简单的诉状和代理词,更遑论制作复杂精细的合同和法律意见书。而正是由于在校期间缺乏法律实务方面的培训和经验,学生们构建并论证的法学理论常如空中楼阁,美好而无用。实用主义法学创始人霍姆斯曾说过“法律的生命不是逻辑而是经验”。本书就是通过对真实案件的展现,为高校法学学生提供丰富的教学案例,使其能够将法学理论融会贯通于法律实务。与其他同类法学书相比,本书还具有以下三大明显特点:①本书案例及法律指引均为资深律师亲自承办并著作编写,无丝毫虚假之处及无丁点假他人之刀嫌疑,字字珠玑;②本书结构不似常书,而将理论放在每个案件中讨论,每个理论直指当今法学热点、难点,无任何冗赘之语,点点精华;③本书主编身兼高校教学和执业律师双重身份,不仅在国内取得法学博士及博士后学位,而且曾留学英、美著名法学院,法学功底扎实,视野开阔,其精心挑选中豪部分经典案例交律师论著、亲自撰写法理探讨,并执笔部分执业实务指引,无滥竽充数之作,个个精品。

推崇原因之二,本书的出版对中国整个律师行业规范化、标准化发展无疑将起到极大的推动作用。如今中国律师业虽渐入佳境,然2007年律师事务所数量与律师人数与2001年相比却几无所增!令人疑惑的是,每年1万名通过司法考试之新鲜血液为何没有流向律师业?一则中国律师业缺少新鲜血液加盟,而转向求职于其他更为高薪和稳定之职业;二则中国律师业失血过多,虽有新血输入但旋即流出,淘汰率居高不下。有感于此,中豪勇于担任起培养律师发展壮大之重任,将自己多年来立身之本毫无保留地奉献而出,实为难得。书中摘录的部分法律实务指引,点点滴滴皆由资深律师从业拼杀多年感悟而得,是同行欲求之宝典,尤其可使初入行的律师在摸索办案技巧的道路上少费周折。另一方面,本书案例编写,特别强调律师策略部分,从案件争议焦点到思路突破再到代理意见、办案心得,层层递进、丝丝入扣,将律师如何代理此案分析得清楚透彻。当然,本书所展现的并非只是技术层面,而是更多折射出办案律师思维层面的智慧灵光。文字仅仅是思维的载体,文书写作也不过是思维的精巧表达,思维模式的不同将最终决定文书方向是否正确和关注重点是否偏离。我记得网上曾有一经典帖子名为《鸡为什么要过马路》,它的命题非常简单:鸡为什么要过马路?答案却因人而异,柏拉图答曰:为了

2 · 商务律师实务指引

追求最大的善;亚里士多德认为:为了发挥潜能;爱因斯坦说:究竟是鸡过马路,或是马路过鸡,取决于你的参考坐标;达尔文称:鸡不再栖居在树上是合理的进化方向。上述回答充分说明了不同的思维模式对认识同一事物的本质影响。律师的思维模式尤与常人不同:就同一法律事实和法律关系而言,普通人关注的是己方利益,律师则以严谨有序的态度关注整个法律关系;就商业交易可行性判断而言,客户总是为了努力达成一致而忽视某些不和谐因素,律师则会将一切可能后果预想清楚再做出最终判断;就同一案件而言,法官思维似羊,讲求公正、平衡;律师思维似狼,不断突破极限,寻找甚至创造新事实和证据。然而并非所有律师都能完成如此精妙的思维模式转型,因此针对年轻法律人法律思维和技能十分贫乏之窘况,中豪在过去十年间开设讲座若干,培训律师和助理的法律实践技能,积累了诸多模式化范本与教材,现今贡献与同行共勉,必将有助于我国法律共同体法律思维的形成,促进整个律师行业之发展。

作为学者,我为此书的出版而由衷高兴。我相信,这本沉甸甸的实务指引承载着中豪人的心血与智慧,必将为律师业的实务教育带来新气象。



前 言

袁小彬

仲夏的午后异常静谧,即使夹杂着知了的歌声,大概人们都进入了饭后甜蜜的小憩中。几只画眉在窗外的树枝上悠哉地扑腾跳跃,使得落在书桌上的斑驳树影刹那间忽明忽暗地变得生动起来。可能因为我从小生活在大山之中,天生就是爱鸟之人的缘故,这番安静但却活泼的景象突然触及了我内心深处的某个地方,一种很强烈的冲动驱使我情不自禁地走到书桌前,再次翻阅这本即将交付出版的书稿,感慨良多。

此书历时近一年,终得付梓,提笔写这篇序时,眼角竟意外地有些湿润。如果说上篇《经典案例评析》主要浓缩和记录了中豪律师的勤恳和敬业,下篇《执业实务指引》则更多地承载和蕴藏了中豪律师多年的企业文化和理念,而这些又缘自我23岁辞去公职做专职律师以来,16年里非常不易的、没有停顿的总结、学习和创新,可以说是我前半生执业生涯的心血之一。由于前些年创业时太拼命,近感身体大不如前,在亲友们说服多休养的同时,终有充裕的时间来整理和修订事务所的部分业务制度,尽管它们还没有我期望的那样完善和成熟,但当即将付梓刊印时,总算感觉至少在现阶段完成了对自己内心的一个交代。

多年前,我随司法部、外专局资助的短期访问学者项目去美国律师事务所学习和参观时,明显感受到英美发达国家律师业通过几百年的发展和整合,无论从法律职业教育、法律执业实践,还是律师行业管理而言,都已经非常规范 and 市场化,我至今还保留着诸多在美国(包括英国)收集到的律师执业手册,它们大都由律师公会

或律师协会组织或授权律师事务所编写,内容涉及律师执业过程的点点滴滴。回想执业之初,我几乎没有任何机会接受有关律师职业方面的正规培训,也没有传帮带似的师徒指引就匆匆上阵职场,所幸我在摔打中善于摸索经验而存活和发展了下来。阅读那些手册,虽然无法全部洋为中用,但却常使我豁然开朗、受益匪浅。我深切感受到,期待律师业的整体发展,绝不是说个别或部分律师优秀的问题,而是律师队伍的绝大多数成员都必须进入优秀这个轨道,只有这样,社会才会对这个行业予以更多的认可和尊崇。故在办所之初,我就暗下决心,一定要打造一个优秀的律师团队。基于这个信念,在当时中国很多律师事务所还是松散化管理,律师队伍还比较缺乏凝聚力的情况下,我就把律师服务标准化、专业化、团队化作为律所的管理核心,也将其作为企业文化的基石所在。为此,我倾心倾力,包括多年前在部分律师反对的情况下我仍然力主中豪由提成制向公司制的过渡与改革,现在回顾仍不失为很有勇气的变革。同时我着手梳理一个个法律业务服务流程,把自己多年的心得总结成文字,为新入行的律师们提供指引,缩短他们进入这个行业的瓶颈期。每一个业务指引制度初稿出来后,又广发给律师们征求意见,再一遍一遍反复修改、回馈和补充,定稿后我又不吝成本组织重庆、北京、上海、成都等集团内的律师一起培训、学习和探讨,希望大家能深谙于胸,统一认识并付诸行动中。有很多朋友常常会认为我是一个太过于追求完美的理想主义者;有的朋友尤其是我的同行认为这种公司化的管理方式并不一定适合松散的律师队伍现状,认为在人才流动尤其是律师流动异常频繁的今天,律所花费大量成本培训和养育他们并不值得,有极大风险。朋友们善意的建言并没有改变我的初衷,这些年来我始终坚持自己的信念。当看到如今中豪律师的服务品质逐步被客户赞誉,被业界欣赏,并且上升为一种品牌服务时,我的内心备感欣慰。其实真正了解我的朋友都知道,我是一个特别执著,甚至某种程度上有一些固执的人,只要我经过思考后认为是正确的事情,一定会不折不扣地去坚决执行,换句通俗的话讲,可以说是一个律师版本的许三多。就像我对律师行业的执著一样,转行踏入律师职业以来,无论面临什么样的困难,我再没有想过转行二字,唯一想的只是如何做好这个职业,或者说如何共同打造好这个行业,更或说是如何以这个行业为荣。除去这种简单的执著,我清楚地知道,父亲的早逝造就了我自小坚强独立的性格,求学期间背负的生活压力让我

珍惜每一次人生机会。我知道所谓事业做得好不好,不是我适不适合某一种职业的问题,而是我有没有用心把这个职业做到极致的问题。事实上,在我所服务的许多大企业客户的领导人身上都看到了这一点,即便他们都功成名就,仍时时刻刻都在尽心倾力,随时随地在思考如何突破企业的现状和规划未来的发展,践行他们身上背负的对员工和社会的责任。所谓天道酬勤,我又何尝不是尽一份职业之心,尝试去做到自己的极致!

阅读这些业务指引,读者可能会发现很多对细节的规定,比如《民事诉讼代理指引》中要求律师在交给法院的文书中,尽量不要留下客户的联系方式,而是留下自己的联系方式。原因在于接受委托后,应代为客户解决所有诉讼程序和实体问题,而不能再让客户面对复杂而专业的法律实务难题等。最初推出这些业务指引时,部分律师往往不太重视,尤其是资深律师,他们要么相信自己不会出差错,要么专注于做事而忽视更新知识,所以我提醒他们“天下之难作于易,天下之大作于细”,无论做人、做事,都要注重细节,从小事做起,把小事做细。很多人怀疑我是一个非常细心的人,因为我做事总是大刀阔斧、争分夺秒,典型的急性子,但是无论再紧张再忙碌,我绝不会放纵任何一丁一点可能出现差错的隐患,因为我愿意花一万分努力在事前做到未雨绸缪,也不愿意在事后有一分的懊悔不迭。可能我的性格中注定了太多矛盾的因素,我喜欢大自然,喜欢安静,可我也喜欢对抗性的博弈,喜欢挑战;我喜欢吴冠中的画,刚绽出新绿的孤独老树、层垒而斑驳的小桥、乌檐粉壁的民居、桥上归晚的学童以及远处笼罩在薄雾中的冥冥层峦,清新而略带忧郁记忆的风格。可我也喜欢黄宾虹晚年浓墨重彩的山水画,山峦重叠,林木扶疏,云雾缭绕,山川层层深厚,气势磅礴,惊世骇俗的艺术风格。

同事们私下不自觉地给了我一个不雅且我不喜欢的外号“老大”,尽管他们中有很多人年龄比我还大,得该名号,则可能多缘于我创办中豪以来持续的一种天然公心。“老大”的称呼唯一可接受之处是让我感觉这是一个大家庭,而我负有带领大家共同发展事业的责任和义务。我们要求合伙人随时保持团队意识,要求他们尽义务带领其他律师共同发展,要求他们每一个案源都必须让其他律师共同参与并且根据专业分工承办,而我则更是不计回报地、身体力行地协助合伙人和律师争取案源、解决困难等。在《法律顾问服务指引》中,读者们会发现很多情况下,我们

都要求律师和合伙人组成团队保证服务质量,以律所的整体平台为客户服务,而特别忌讳能力不足的律师单兵作战,而我们建立的一系列完善的分工制度和薪酬制度同时确保了合作者均能按劳取酬。记得我在读 MBA 时老师讲过,现代公司大致可以分为几种团队:一种是野牛团队,这种团队有领头牛,它的方向正确了,跟着的牛也就正确了;第二种是螃蟹团队,蟹被关在竹篓里,如果有一只想爬上去,下面的螃蟹就拼命拉住,结果争先恐后谁都上不了;还有一种是大雁团队,大雁有一种团队合作的本能,它们飞行时都呈 V 字形,强壮的大雁会作为领头雁在前面开路,帮助它两边的雁形成局部的真空,每只大雁在飞行中拍动翅膀,为跟随其后的同伴创造有利的上升气流,这种合作的成果,使集体飞行效率增加了 70%。科学家发现,大雁以这种形式飞行,要比单独飞行多出 12% 的距离。毫无疑问,锻造大雁式团队对律所而言是异常重要的。在今天的法律服务领域,个人英雄主义高唱凯歌的时代已经一去不复返,靠单打独斗已经无法赢得市场的决胜权,只有通过团队的力量才能提升律所整体的竞争力。优秀的团队意味着良好的合作,良好的合作意味着做事的效率倍增,可以把企业带到永续经营的高尚境界,可以更好地达成顾客的满意度。因此流程化、专业化、标准化的关键就是“合作”。而让我特别欣慰的是,经过多年的相处与磨合,我们的合伙人队伍无疑是这样一支优秀的团队。

应该说择选律所部分指引出版一直以来是我的夙愿,因为我已经不满足把它们仅仅作为律所的内部培训手册,而是希望它们能让更多人受益,同时也接受更大层面的行业检验与审视。当我把这个想法在合伙人中提出时引起了争议,认为我们花费了如此多时间和精力打造的“武功秘籍”,理应传内不传外,否则将可能影响我们在律师服务市场上的优势和竞争力。这个时候,我引用了一个寓言故事:“有一个果农,培植了一种皮薄、肉厚、汁甜而少虫害的新品种果子,引来很多果贩购买,发了大财。很多果农慕名而来,希望能购买他的新品种种子,可是因希望独享成功,他一一拒绝。到了第二年收获的季节,这个果农发现他的果子质量大大下降,只好降价处理。他试图找出原因,在多方咨询专家后,才明白由于他果园附近种的是旧品种果子,开花时经蜜蜂、蝴蝶和风的传媒,使得他的新品种果子和旧品种果子杂交,果子的质量因此而下降。于是果农慷慨地把好品种拿出来和大家分享,结果来年都收获了好果子,个个笑逐颜开。”这个故事里的果农原以为独享财富,岂料

独享那么短暂,而且还带来意外的后果,他把改良品种和大家共享时,却实现了共赢。小小一个故事让这些指引终于有机会和读者们见面了。

中豪刚走过十年,在很多人眼里已然硕果累累,但我很清楚,时间中沉积的财富不仅是物质上的,更是精神上的。尽管物质与精神的二分只是理论学家们的一相情愿,但对于中豪人而言,让理想之光照进现实只会让他们的果实更加色彩斑斓。这薄薄的纸页所承载的,除了那严谨的法律思维中跳动的智慧火花外,还有十年风雨里中豪人所凝结的理想追求,还有职业律师兢兢业业的现实主义执业态度。称律师为现实主义者,是一个中肯而又有所参悟的评价。律师不像浪漫的唯理主义者,在自己精致而脱离现实的理论框架里哀叹道德的式微;也不像封闭的实证主义者,抱着“书本上的法律”而满足于逻辑的自洽和注释的圆润。律师用自己的方式面对人类行为的现实,不是徒劳地抱怨法律文本的不完善和从业环境的艰难,而是在实用主义人生观的指引下用现实的努力去发现自身价值,在为法律的实际适用提供一种快捷有效的法律模式过程中,使行动中的法与书本上的法保持一致。因此我们强调律师把法律语词作为工具而非永恒的文本;我们强调对证据的合理运用;我们强调研究具体的法律过程,诉讼的和非诉的;我们注重法律程序中发挥作用的行为,并强调研究这些行为的政治、经济、社会、心理等诸多方面;我们强调着眼个案,通过坚守维护客户权益的信条,在法律框架内实现个案正义的伸张;我们尊重每个人的主体地位和意识,并捍卫每个人的创造力和未来……。总体而言,我们希望我们在本书上篇中所经历的案例能够真实地反映当前中国的法制现状,我们也如现实主义文学一样排斥对绝对权利虚无飘渺的幻想、排斥神话故事般的正义宣言、排斥非正式法律的寓意与象征、排斥理论和语言中纯粹的抽象与雕饰,我们希望我们的著述能有一种记录的力量,它记录着中国法治进程的一个片段,也记录着中豪人在这个片段中的坚持;另外我们也希望我们在本书下篇中总结和积累的心得,能够成为现代法律职业教育的参考,为那些即将踏入律师职业领域的法学学生、以及我们的同行们一读一思并有所助益。若果真能够如此,则心之甚慰矣!

罢笔掩卷抬头,窗外的远空已近暮色,午后的静谧变成了晚餐前的喧闹和袅袅炊烟。虚掩的书房门突然探出了一颗可爱的小脑袋,原来是两岁多的女儿雅雯叫

我下楼吃饭。整整一个下午,乖巧的女儿看见我在埋头疾书,竟然丝毫没有打搅我,一股爱意刹那暖上心头,要知道作为父亲,我愿意把世界上所有最美好的东西全都奉献给她。我紧紧地抱着她,突然间似乎顿悟,原来我爱我的律师事业,就如同我深爱我的女儿那样,愿意为之全身心地投入与付出!

2008年8月

于锦绣山庄

目 录

前言	袁小彬 · 1
序言	王保树 · 1

上篇:经典案例评析

1. 上海华曜国际贸易有限公司诉新大陆发展(上海)有限公司 相邻关系纠纷案	卜海军 · 3
2. 忠县电信局诉中国联通有限公司重庆忠县分公司电信 合同纠纷案	王 辉 · 17
3. 华夏银行股份有限公司重庆分行诉重庆柯迈克机械设备进 出口有限公司借款合同纠纷案	方 莉 · 30
4. 四川省锦川投资咨询有限公司诉新华信托投资股份有限公 司企业借券借款纠纷案	黄兴旺 · 40
5. 黎某诉彭某、何某房屋买卖合同纠纷案	周庭发 · 50
6. 重庆中山辉华实业有限公司诉张怡文、啡可咖啡(重庆)有 限公司房屋租赁合同纠纷案	陈 伟 · 62

7. 重庆星发房地产开发有限公司诉重庆兴绿洲建设(集团)有限公司、重庆华夏产权交易市场经营有限公司、重庆建琦装饰有限责任公司租赁合同纠纷案 田 渝 · 71
8. 重庆重百集团公司诉重庆协信控股(集团)有限公司房屋联建纠纷案 陈 伟 · 82
9. 重庆柯迈克机械设备进出口有限公司与中山市恩荣船厂有限公司船舶建造合同纠纷海事仲裁案 卜海军 · 97
10. 天津 A 商贸有限公司诉北京 B 投资管理有限公司、上海 C (集团)股份有限公司借款合同纠纷案 祝 磊 · 108
11. 成都市商业银行华兴支行诉四川省绿宇环保建设工程有限公司、成都大汗电力产业有限公司代位权纠纷案
..... 孔建会、姚忠贵 · 119
12. 重庆华轻商业公司诉中国农行银行重庆市九龙坡支行、重庆市毛氏(集团)有限公司、中国农业银行重庆市大渡口支行及重庆黄河啤酒销售有限公司存单纠纷案 梁 勇、陈 勇 · 128
13. 重庆化医控股(集团)公司诉青海省创业(集团)有限公司、青海创业资源开发有限公司、同德投资控股有限公司、西宁恒邦农业有限责任公司、海南仁望旅游投资控股有限公司及庆泰信托投资有限责任公司债权转让纠纷案
..... 袁小彬、郑 毅 · 137
14. 隆鑫集团有限公司诉重庆山城足球俱乐部有限公司球队冠名权纠纷案 宋 涛 · 153

15. 丘小庆诉张淑华、欧真蓉名誉权纠纷案	孔建会 · 167
16. 高小华、雷著华诉重庆陈可之文化艺术传播有限公司著作 权纠纷案	龚 燕、文 建 · 177
17. 重庆宗申摩托车科技集团有限公司诉重庆 A 工业有限公 司商标侵权纠纷案	龚 燕、姜稚鸣 · 192
18. 某国际信托有限公司诉北京联合泛美投资顾问有限公司 股权转让纠纷案	袁小彬 · 211
19. 重庆钢铁(集团)有限责任公司诉重庆东源钢业股份有限 公司资产置换纠纷案	张 涌 · 226
20. 长沙卷烟厂诉恒信证券有限责任公司、德隆国际战略投资 有限公司、武汉当代科技投资股份有限公司、重庆水利电 力产业(集团)有限责任公司及江苏兴澄集团有限公司债 券托管纠纷案	方 莉 · 241
21. 中国农业银行甘肃省白银市分行营业部诉重庆二轻工业 供销总公司、重庆市创意有色金属材料有限公司及中国工 商银行重庆市分行渝中区支行两路口分理处票据纠纷案	陈 勇 · 251
22. 中国工商银行重庆分行高科技开发区支行诉广东发展银 行郑州分行陇海路支行、河南省爱迪欧轮胎橡胶有限公司、 郑州市亿鑫摩托车销售有限公司、广东省从化市荣中摩托 车销售有限公司及重庆隆鑫汽油机制造有限公司票据纠 纷案	宋 涛 · 264

23. 陈湘诉中国工商银行重庆市沙坪坝区支行票据支付纠纷案	伍光媛 · 273
24. 重庆凯尔摩托车制造有限公司诉重庆海丰豪航物流有限公司、王戈无单放货纠纷案	涂小琴 · 281
25. 朝华科技(集团)股份有限公司破产重整案	何 静、刘 斌 · 298

下篇:执业实务指引

1. 法律意见书制作指引	321
2. 律师函制作指引	328
3. 代理词制作指引	333
4. 律师服务方案与报价函制作指引	338
5. 民事诉讼代理指引	344
6. 法律顾问服务指引	371

上篇：经典案例评析

博观而约取，厚积而薄发。

