



A COLLECTION OF GUANGDONG LAWYER



《广东律师》

精选集 2008



◆ 广东省律师协会 编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

《广东律师》精选集. 2008 / 广东省律师协会编著.
北京: 法律出版社, 2009. 7
(广东律师系列丛书)
ISBN 978 - 7 - 5036 - 9716 - 6

I. 广… II. 广… III. 律师业务—中国—文集 IV.
D926.5 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 115714 号

《广东律师》精选集 2008
主编 广东省律师协会

编辑统筹 法律应用出版分社
责任编辑 薛 晗
装帧设计 马 帅

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 莱芜市圣龙印务有限责任公司
责任印制 陶 松

开本 A5
印张 23.75
字数 653千
版本 2009 年 9 月第 1 版
印次 2009 年 9 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

网址/www.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、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782

重庆公司/023 - 65382816/2908

北京分公司/010 - 62534456

西安分公司/029 - 85388843

上海公司/021 - 62071010/1636

深圳公司/0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 9716 - 6

定价: 49.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

党的十一届三中全会决定恢复和重建律师制度至今,已经整整 30 年。这 30 年中,广东律师行业逐渐成长壮大,目前律师从业人数已达一万七千余人,这无疑是令人瞩目的成就。广东律师界在探索和开创中国特色社会主义的律师制度过程中,始终走在全国同行的前列,为我国的法治实践和众多法规、司法意见的出台提供了宝贵的智力支持。本书就是广东执业律师在长期的办案过程中的经验积累和理论思考的成果。

十七大后,胡锦涛总书记提出了以“依法治国、执法为民、公平正义、服务大局、党的领导”为核心的社会主义法治理念,周永康同志则更进一步指出我国的律师要做“中国特色社会主义法律工作者”,这无疑对律师从业者的理论思维水平、专业知识储备和实践能力都提出了更高的要求。广东律师群体一直以来都致力于追求广、博、精、深的业务知识,努力提高自己的理论素养和实践能力,并乐于与同行分享自己的宝贵经验和所思所悟。广东律师同仁对于法律实务和理论研究的热情与持久努力,促进了《广东律师》杂志这一思想交流和业务研讨平台的繁荣与发展。

本书是在 2008 年《广东律师》所刊载的文章中,经精心遴选,提炼取菁,结集而成。广东省律师协会希望通过本书的出版,能够对读者诸君有所裨益,或者通过本书能够引起更多的讨论、交流与思考,从而为有价值的新思想、新观点的提出创造条件。

编 者

2009 年 5 月

法律出版社律师类系列图书

一、“律师之道”丛书

关注中国律师成长

1. 回归使命:律师的“实践”之责	范一丁 著	定价:42.00 元
2. 律师是这样做成的	韩 冰 著	定价:39.00 元
3. 四大名著与律师赢谋	杨培国 著	定价:29.00 元
4. 走向合伙人之路:赢得客户的50项修炼	刘 辉 著	定价:29.00 元
5. 中国式律师营销	段建国 著	定价:29.80 元

二、中国律师办案全程实录系列

· 记录真实案件 · 提供理性参考 · 追随资深律师的脚步

总 主 编 江 平

副总主编 任自力

审 定 中华全国律师协会

【丛书简介】

本丛书由相关业务领域的资深律师完成。丛书以典型个案的代理过程为主线,全程再现律师办案的每一步骤和细节,通过真实案件展现、传授处理相关法律业务之“经验”;引导广大法学学生、初级法律从业人员、律师助理等了解律师办理相关法律业务真实过程,使其读此丛书就如同亲身体验整个办案过程,熟悉每一办案环节,间接获得实践经验,同时为社会公众了解相关法律案件处理经过提供一个真实的窗口。

【现已出版】

1.《刑事诉讼》	顾永忠 著	定价:32.00 元
2.《行政诉讼》	张 峰 著	定价:28.00 元
3.《知识产权诉讼》(第二版)	任自力 著	定价:52.00 元
4.《贸易救济之反倾销》	任 勇 著	定价:58.00 元
5.《外商投资》	任自力 主编	定价:43.00 元
6.《商标与专利代理》(第二版)	于泽辉 主编	定价:45.00 元
7.《资产收购》(第二版)	朱小辉、陈 华 著	定价:39.00 元
8.《股票发行与上市》(第二版)	王立华 主编	定价:35.00 元
9.《海事海商》(第二版)	李雪冰 著	定价:36.00 元
10.《劳动争议仲裁与诉讼》	姜俊禄等 著	定价:23.00 元
11.《房地产开发、项目融资与转让》 (第二版)	唐 波 著	定价:45.00 元
12.《商事仲裁》	潘修平等 著	定价:38.00 元
13.《股东代表诉讼》	赵继明、吴高臣 著	定价:42.00 元
14.《保险诉讼》	詹 昊 著	定价:42.00 元
15.《医患纠纷》	王才亮、李金平 著	定价:38.00 元
16.《婚姻家庭·继承》	郝惠珍等 著	定价:38.00 元
17.《银行新型法律业务》	张德荣、陈 骥 著	定价:45.00 元
18.《刑事诉讼被害人代理与附带 民事诉讼》	朱加宁 著	定价:29.00 元

三、新版“律师业务必备”丛书

· 中华全国律师协会审定 · 最权威的中国律师业务指南

【丛书简介】

法律出版社决定从2006年起,结合中国律师面临的新的职业环境、职业领域以及职业发展需求,对原“律师业务必备”丛书进行改版,重新规划,陆续推出新版“律师业务必备”丛书。该套丛书以国内相关业务领域资深律师的业务经验总结为内容主体,提供高水平的业务策略和操作技巧指引,为中国律师和法律职业者提供更加专业化、职业化和国际化的业务指导。

【现已出版】

1. 死刑辩护——加强中国死刑案件辩护技能培训	莫洪宪 主编	定价:45.00 元
2. 企业国有产权转让律师业务	宋海佳 主编	定价:49.00 元
3. 律师谋略——原告的诉讼策略与技巧	朱德锴 著	定价:36.00 元
4. 应诉欧共体反倾销律师业务	蒲凌尘 著	定价:48.80 元
5. 医疗纠纷案件律师业务	陈志华 主编	定价:58.00 元
6. 中小企业境内上市法律业务	申林平、邢会强 主编	定价:88.00 元
7. 婚姻家庭纠纷案件律师业务	贾明军 著	定价:98.00 元
8. 律师行政法业务	张 锋 著	定价:46.00 元
9. 被告谋略——被告的诉讼策略与技巧	朱德锴 著	定价:46.00 元
10. 法律意见书的研究与制作	张庆、刘宁著	定价:36.00 元

四、“广东律师”系列丛书

1. 律师文化研究	广东省律师协会 编	定价:32.00 元
2. 民商事律师实务:新业务与新探索	广东省律师协会 编	定价:35.00 元
3. 律师新视角:公司、金融、民事业务探讨	广东省律师协会 编	定价:35.00 元
4. 《广东律师》精选集 2008	广东省律师协会 编	2009 年 8 月出版
5. 在正义的旗帜下——来自广东律师界的报告	广东省律师协会 编	2009 年 10 月出版
6. 智慧的较量——知识产权案件律师评述	广东省律师协会 编	2009 年 10 月出版

目 录

第一章 律师文化

3	像法律人一样思维	杨择郡
10	律师执业精神初探	许炳权
14	试论律师文化的自我建设	毛国华
21	辩证法语境中的辩论	赵文群
24	论律师文化建设在实践中的重要性	胡松明 廖巍峰
31	论律师文化建设的社会实践基础	魏忠平
35	律师文化建设探讨	赵先祥

第二章 律师权益保障

43	辩护律师职业保障问题初探	岑文毅
62	不要让律师戴着“镣铐”跳舞 ——关于律师维权的思考	刘华杰
67	刍议新《律师法》与律师执业权益保护	广东天行健律师事务所
72	建立健全律师维权的长效机制	王世理
78	论中国法治进程中律师权利受阻及其保护	张方亮 廖森林
87	律师执业权益保障探讨	赵宗羽

第三章 律师事务所管理实务

95	推行特殊的普通合伙促进律师事务所的规模化、专业化	李臣春
108	将体育文化融于法治精神 树立律师所健康品牌	曾学智
114	浅谈律师事务所组织战略设计	涂辉明
125	浅谈律师事务所的薪酬设计	丛伟华
136	谈谈律师事务所形象宣传的途径	肖帆 林林
142	加强律师事务所异地分所管理的思考	卢泽铭
149	香港与内地律师事务所联营若干问题的探讨	翟彩娟
154	律师事务所的品牌战略研究	林泰松
171	律师的执业诚信与律师事务所的发展	王华成

第四章 民商经济法律实务

183	从广州金羊花园事件看业主委员会的性质和法律地位	梁灯
190	投资方在房地产合作项目中的几个法律问题	彭中飞
198	我国民法的抚养与监护制度亟待改善 ——以“直接抚养”为切入点	刘照煌 杨健华
203	英国不动产权人就其物引起的损害对进入者承担的 注意义务	林泰松 殷志良
220	不实出资股东对公司债权人承担法律责任 分析	林泰松 马彪 刘春生
234	继承中的意思自治及其限制	邢伯伟
240	新企业所得税法更加符合我国的社会主义市场经济 发展的需要	谢佩华
244	论连带债务的法律性质及效力	叶和平 叶虹

252	论土地承包经营权流转中的法律关系	桑振华
260	从一宗房产买卖纠纷案件谈优先购买权的正确行使	王丽娜
265	所有权保留买卖中买受人期待权的让与与善意取得	周贤军 贺双龙
275	公司上市重组中吸收合并的法律与实务问题	梁婷婷 李发嘉
291	浅析上市公司收购法律实务	刘小林
299	我国公司在美国上市后的法律风险及防范	江知芸
309	期货欺诈行为的分析与防范	黄华新
321	试论住宅小区楼房架空层的产权归属	陈东文
335	对非法营运保险案件若干问题的思考	谭卫山
344	论律师在上市公司资产重组中的职能 ——以公用科技资产重组案为例	袁达松 张楠
355	公司上市前重组和股份改制法律事务中律师的主要工作	王靓华
362	论我国著作权法保护死者发表权的困境及其修订	刘胜红
369	浅谈版权法中的第三方责任	刘红丽

第五章 刑事法律实务

379	从《物权法》的平等精神谈加强非公有制经济财产的 刑法保护	任昌虎
384	试论律师伪证罪	赖劲
399	律师事务所不应为律师个人的故意违法犯罪行为承担责任 ——兼评《律师法》第54条	卢金宝 苏秋云

第六章 诉讼法律实务

409	解读修改后的《民事诉讼法》	杨青燕
415	论刑事损害赔偿“执行难”的原因及应对措施	邓 广
423	律师如何判断仲裁条款效力	祝 聪
430	论民事执行权由司法行政机关主导行使的应然性	史璞松
442	公司法人人格否认诉讼的实证视角	杨国强 张晓峰
455	信息披露制度下的证券集团维权诉讼策略	李龙畅
468	对新时期下如何进一步筑牢镇(街)人民调解平台的 几点思考	陈华英
478	关于完善新《律师法》规定的律师调查权的几点建议	叶 纬
484	侦查阶段律师执业权制度缺陷及思考	欧阳如松 陶曼丽
489	论行政不作为国家赔偿制度的立法完善	汪玉玲 龙婧婧
497	保障死刑案件辩护律师会见权的问题和对策	杨爱斌
510	程序公正与司法鉴定启动权 ——以死刑案件为视角	钟朝阳
522	充分发挥律师辩护的重要作用 切实防止死刑 案件中冤假错案的发生	周 涌 马静涛
530	试论酌定从宽情节与死刑案件的辩护	黄善文
540	论死刑案件中非法证据排除规则的构建	邬 德 谭晓莉
552	论我国死刑程序中辩护权运行的困境与出路	潘少华
564	浅析如何发挥律师在死刑复核程序中的辩护 作用	阮 防 林希大
574	浅析在死刑案件的审判程序中应严格适用 非法证据排除规则	许自新

- 583 试论死刑案件中辩护律师和家属对执行结果的知情权
应充分保障 江迪彪 徐 峰
- 592 在死刑案件的审判程序中应严格适用非法证据排除规则 刘 涛

第七章 劳动法律实务

- 607 试论诚实信用原则在劳动合同关系中的适用 徐焕茹
- 614 德国式裁员与中国劳动合同法 王腊清
- 618 新劳动法规对企业的影响及应对 郭春宏
- 浅议劳资双方的告知义务
- 632 ——兼谈《中华人民共和国合同法》相关
条款的立法瑕疵 张宪忠 李登峰
- 639 无固定期限劳动合同关系纠纷第一案 胡文坚

第八章 律师与社会公益

- 645 发挥律师服务优势 促进顺德和谐稳定 佛山市顺德区司法局
- 651 发挥律师职能作用 促进惠州和谐稳定 惠州市司法局
- 659 围绕为构建和谐社会服务 扎扎实实开展主题
实践活动 广州市司法局
- 664 构建和谐社会“法制”和“法治”缺一不可 黄玺谋
- 668 发挥公职律师职能,构建和谐社会 珠海市公职律师事务所
- 674 试论公益法律服务体系的构建 王超莹 蔡俊敏

第九章 律师参政议政

- 687 试论律师参政议政 陈紫芸

695	让律师在立法活动中发挥积极作用	苏东海
702	十七大与中国律师业的发展	唐国雄
708	从美国律师文化的特点看中国律师参政议政	黄敬
714	律师立法可行性报告	康晓岳
720	解放思想 积极参政议政	黄建水
726	提高律师委员参政议政能力的几点思考与对策	李晓虎
731	在建设和谐社会中律师参政议政的方式和途径	黎雄校
736	律师参政议政的困境及对策	钟 坚 田 波
742	发挥律师职业优势 切实履行律师人大代表职责 ——谈谈笔者做人大代表的体会	张丽杰

第一章 律师文化

像法律人一样思维	杨择郡
律师执业精神初探	许炳权
试论律师文化的自我建设	毛国华
辩证法语境中的辩论	赵文群
论律师文化建设在实践中的重要性	胡松明 廖巍峰
论律师文化建设的社会实践基础	魏忠平
律师文化建设探讨	赵先祥

像法律人一样思维

杨择郡*

本人近来从博罗县交通警察大队路过看到一幅标语——“没有红灯停,哪有绿灯行?”“红灯、绿灯”与“通行”之间是否有逻辑关系引起思考,没有红灯和绿灯不是一样通行吗?

于是,开始注意身边的口号和标语。某大学学生宿舍打出“计划生育从我做起”,让人怀疑该校学生早恋多、同居多而且不该出生的小孩也多。

2006年12月7日,《羊城晚报》刊登头版文章《“只生一个好”要让百姓服气》,质疑计生口号的思维逻辑,引起广东省计生厅领导和其他媒体的回击,12月13日《羊城晚报》社评版以《本末倒置》再次回应计生领导的批评。2007年8月6日《羊城晚报》再次发表文章《冷硬计生标语现起全面清理》报道了国家人口计生委决定近期在全国普遍开展一次清理、规范、更新人口和计生标语口号工作,将一改此类标语长期以来重形式、轻内容、操作程序缺少规范、冷漠强硬、缺乏人文关怀等弊端。

媒体代表民众开始质疑国家大政方针、反思社会现象以及传统文化,本质意义是在反思话语权之争、思维定式之争。法律人作为职业共同体,其思维定式或模式应该引起法律人和社会各界的关注。

一、什么是法律人

伯尔曼在《法律与革命》中论述了法律人共同体的形成标志是:

* 广东卓凡律师事务所。

(1) 法律人的技能是以系统的法律学问和专门的思维方式为基础,并不间断地培训学习和进取;

(2) 法律人共同体内部传承着法律职业伦理,从而维系着共同体的成员以及共同体的社会地位和声誉;

(3) 法律人专职从事法律活动,具有相当大的自主性或自治性;

(4) 加入共同体者必将受到认真考察,获得许可证,如司法职业资格。

因此,法律人可以定义为受过专门法律专业训练,具有娴熟的法律技能与法律伦理的人。包括法官、检察官与律师以及法学家。日本将“律师、法官、检察官”并称“法曹三者”。

形成法律职业共同体的内在标志是职业技能和职业伦理,这也是法律人职业逻辑区别于大众逻辑的两个重要部分,职业技能是法律人的“技术理性”。即法律人特有的知识体系和思维方法,属于技术问题;后者属于伦理问题。

法律人职业技能包括了法律推论技能、法律解释技能和法律程序技能等,所有这些技能都是以他们特有的职业思维方式作为基础和前提的。正是有了法律人独特的思维方式,法律人或法律职业的技能才得以存在,系统的法学理论或法律学问才得以建立;有了法律人独特的思维方式,才增强了法律职业或法律人的自主性或自治性;有了法律人独特的思维方式,法律人阶层内部才能保证职业伦理的传承;法律人独特的思维方式,是法律职业资格考试的主题,经过考察后获得许可证便得到法官、检察官或律师的头衔。

二、法律人的思维方式

法律人与行政官员最大的区别在于他们内在的思想观念,这点取决于他们所受的职业思维训练。思维是客观事物在人脑中间接的和概括的反映,是借助语言所呈现的理性认识过程,正是因为有了专门化、职业化的思维方式,他们的活动才值得信赖(如医生)。对于法律人来说,思维方式甚至比他们的专业知识更重要。

日本学者认为法律人思维方式的特点为:教义学的性质、过去导向

性、个别性、结论的一刀两断性以及推论的原理性、统一性、类型性和一般性。季卫东在“法律职业的定位”一文中概括了法律人思维特点为：“一切依法办事的卫道精神”、“‘兼听则明’的长处”、“以三段论推理为基础”三个方面。具备此思维特征的人才能称之为法律人。本人结合多年的职业经验概括出法律人的思维特性为：

（一）合法性思维

马克思曾说：“法官的上级就是法律。”崇尚法律至上，因此对任何争议的评估首先考虑的是合法性评价。近年来，法学家对孙志刚案、对公路部门收取养路费养人不养路的质疑以及对广州市、珠海市关于禁止助力车上路听证会等事件的关注，均是从合宪性（合法性）审查角度提出质疑的。

（二）重权利思维

（1）耶林大师提出“为权利而斗争”。认为争取权利既是作为权利人的权利，也是权利人作为公民对国家和社会的一种义务。

近年来有很多公益诉讼，如佛山律师状告铁道部春运提价、天津律师状告高速公路公司高速路不高速等诉讼，与其说是权利人主张权利，不如说是对社会承担了责任。

（2）烟台大学法学院张平华教授在“私法视野里的权利限制”一文中认为在转型期要强调“权利本位”，而不是国家社会本位，也不是权利本位兼顾社会本位。对权利行使的限制不是随意的，只有存在权利优先的基础限制才可以对另一种权利的行使进行限制。

广东省惠州市中级人民法院审理的原告谭某诉死者陈某妻子以及婚生子女遗产继承案，针对原告谭某提出因其母亲涉嫌与死者陈某同居生下原告，进而申请法院强制抽取被告（死者陈某与妻子的婚生子女）的体液，证明其是死者陈某的非婚生子女。作为被告的代理人提出谭某为证明其为死者陈某与另一女子所生并有权继承陈的巨额遗产，在陈某已经去世并无留下DNA的情况下，申请法院强制抽取婚生子女的体液势必损害被告的身体健康权和人格权，建议法院驳回原告的应用。惠州市中院最终驳回原告的应用正是体现重权利思维。这里就涉及婚生子