

GUANGDONG
A COLLECTION OF LAWYERS

《广东律师》精选集

2009

广东省律师协会 编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

《广东律师》

精选集 2009



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

《广东律师》精选集. 2009 / 广东省律师协会编.
—北京: 法律出版社, 2010. 8
(广东律师系列丛书)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 0992 - 6

I. ①广… II. ①广… III. ①律师业务—中国—文集
IV. ①D926.5 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 141493 号

《广东律师》精选集 2009

广东省律师协会 编

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 戴 伟 薛 晗
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 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

开本 A5

印张 19.75

字数 542千

版本 2010年9月第1版

印次 2010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 - 5118 - 0992 - 6

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

2010 年是广东省律师协会成立 30 周年。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一万九千余人,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 2009 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。我们将其作为纪念广东省律师协会成立 30 周年的献礼,并纳入系列纪念活动中,从一个侧面展现广东律师的专业素养。同时,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。

目 录

第一章 律师文化

3	从“沙和尚不适合做律师”谈公众对律师职业的误读	蔺存宝
9	建设学习型律师事务所	王国安
16	律师修身之我见	魏忠平
22	律师职业道德立法比较研究	马 波 杨波博 董 军
31	论新时期加强律师事务所党建工作的意义	刘华杰
39	强化律师行业管理职能 努力推进律师工作“四化”建设	肖伟星 黄惠忠

第二章 金融危机下的律师服务

47	非诉讼项目中律师与会计师的合作	张 平
53	关于外资企业非正常撤资案件的法律思考	杨国强 马丽娟
62	金融危机下的海外并购律师业务	陈 翊
73	金融危机下的企业并购的法律风险思考	吴 斌
78	金融危机下律师新业务的探索与实践	樊永强
84	金融危机下生产型企业供应链风险法律控制	陈晓可
92	金融危机下中国律师业发展面临的机遇与业务创新	付红燕
98	金融危机形势下外资并购律师工作初探	何志军

104	律师可为基础建设项目提供广泛的专业服务	苏祖耀
110	律师业如何应对金融危机的影响	钟 坚 田 波
116	论中小企业法律服务业务拓展	梁淑军
124	浅谈金融风暴下解除劳动合同之律师的作用	吴承校 严玉婷
128	拓展专业服务领域防范村镇银行风险	朱孟禾 方 迎
133	危与机同在 破与立共存 ——金融危机下的律师执业思维转型初探	黄振辉 刘 海

第三章 民商经济法律实务

141	从社会法视野重新审视居住型物业管理制度	于国靖
151	从一起商品房预售合同案看面积误差的法律问题	谢乐安 熊云霞
156	“代孕”引起的法律思考	梁 晓
161	电子签名认证机构的法律责任及风险防范	游植龙
170	对一起道路交通事故损害赔偿纠纷案件的实证分析	郭云波
180	非法营运保险案件法律适用的若干问题	谭卫山
186	过失认定的比较研究 ——从英国法到中国法的角度	沈 赓
195	合同权利转让后仲裁协议效力的探讨	周 颖
205	简析《食品安全法》中的几个亮点与不足	马兴旺
212	建立企业国有资产物业租赁实务规程的思考	卢泽铭
221	建设用地使用权登记制度的完善 ——从法教义学角度分析	林泰松 马 彪
233	境内企业红筹上市的发展历程和监管演变	张 慧

242	立法小考：“吊销”与“撤销”的差别	成尉冰
252	论电子商务的立法原则	谢 琳
258	论股东违反出资义务的救济方式	黄带娣
267	论破产程序中撤销个别清偿行为的立法完善	黎晨辉 陈 洲
273	农村土地承包、流转问题研究	钟 锐 李 俊
282	浅谈房屋租赁合同的效力认定	陈妙财
289	如何理解保险法上的危险程度增加 ——兼评新修订《保险法》第 52 条之规定	谭卫山
293	食品安全保障中的法律问题	叶正夏
298	试论公司合同管理	龚云飞
308	是债务抵销还是债务转移	黄 英
315	所有权保留买卖中买受人期待权与担保物权的冲突与解决	周贤军 贺双龙
322	投保车辆转让后未及时办理批改发生保险事故的赔偿 纠纷与新《保险法》相关条款的理解	邢伯伟
329	未提前通知承租人的房屋买卖不应认定为无效	钟胜荣
337	我国反收购措施的适法性研究	李太恩
351	也释“同命不同价”	黎永桥

第四章 刑事法律实务

357	检察院起诉裁量权的立法缺陷及其完善 ——以《刑事诉讼法修改建议稿与论证》为核心	蔺存宝 林海红
366	浅析引诱犯罪在刑事辩护中的意义	宁伟辉
370	如何理解“组织、领导传销罪”的犯罪构成	李继忠

- | | | |
|-----|------------------------|-----|
| 376 | 刑事辩护的困境与出路 | 柯 民 |
| 381 | 用“代为保管”的信用卡取钱之行为的刑法学分析 | 张兴彬 |

第五章 知识产权法律实务

- | | | |
|-----|---------------------------|-----|
| 391 | 驰名商标的中国式异化 | 李 皓 |
| 403 | 创新型上市企业“专有技术”确认的相关法律问题 | 李发嘉 |
| 411 | 浅谈亚运会的知识产权保护
——反隐性市场行为 | 白冬红 |

第六章 劳动法律实务

- | | | |
|-----|-----------------------------------|-----|
| 421 | 建筑工程施工涉及的劳务法律关系探析 | 吕惠琴 |
| 426 | 劳动仲裁及劳动法律的适用
——浅谈律师代理劳动纠纷的专业技巧 | 杨青燕 |
| 431 | 论珠三角地区劳动争议仲裁机制的缺陷及对策 | 戴国梁 |
| 438 | 上下班途中无证驾驶机动车导致交通事故伤亡不应认定工伤 | 严垠章 |
| 442 | 我省现行工伤保险体制的不足及完善 | 李 钦 |
| 447 | 也谈劳动合同法中“三金”计付上的常见错误及运用 | 蒋四清 |
| 455 | 用人单位在实践中容易犯的错误
——考勤篇 | 冼武杰 |
| 460 | 中越劳动合同制度比较 | 吕娜娜 |

第七章 诉讼法律实务

- | | | |
|-----|---------------|---------|
| 473 | 从此案看先履行抗辩权的适用 | 刘棉春 郭凯莉 |
|-----|---------------|---------|

480	论取消公民诉讼代理与建立律师费转付制度	王腊清
	论执行异议中的法律救济程序	
488	——以公证机关依法赋予强制执行效力的债权文书为例	
		林泰松 张 瑶
493	民事诉讼证据规则存在的问题及应对	陆 锋
501	浅议我国民事诉讼中的证据失权制度	姜 冰
509	浅议刑事庭审中的控辩平等程序	杨爱斌 唐 静
520	行政主体如何应对行政诉讼	舒 展
528	自行和解协议的效力	成尉冰

第八章 律师所深入学习实践科学发展观

539	贯彻落实科学发展观 推进律师工作新发展	郑 勇
	深入学习实践科学发展观推动律师所健康发展	
544		广东鹏正律师事务所党支部
548	学习重实效, 实践促发展	王 波
	以人为本, 求实拓新	
553	——浅说用科学发展观推进律师事务所的党建工作	
		陈美英 廖 丹
558	以深入学习实践科学发展观为契机不断提升服务科学发展水平	
		广东伟伦律师事务所

第九章 律师服务与“和谐社会”

565	调解一桩群体性维稳案件的法律思考	胡文坚
574	对我国行政调解效力的探讨	黄婷婷
580	律师服务于社会主义新农村建设的探索与实践	邓 广

586	论律师在群体性法律纠纷中的积极作用	黄振辉	刘 海
591	浅谈企业欠薪逃匿问题的成因、特点及对策	邓冠明	黄纯坚
596	试论律师参与社区自治的意义和途径		郭天希
608	完善社会纠纷调解机制的对策研究		戴国梁
617	广东律师在公共安全事件法律服务领域的探索和成功经验 ——记海珠城广场“7·21”重大安全事故善后理赔		梁淑军

第一章 律师文化

从“沙和尚不适合做律师”谈公众对律师职业的误读	蔺存宝
建设学习型律师事务所	王国安
律师修身之我见	魏忠平
律师职业道德立法比较研究	马 波 杨波博 董 军
论新时期加强律师事务所党建工作的意义	刘华杰
强化律师行业管理职能 努力推进律师工作“四化”建设	肖伟星 黄惠忠

从“沙和尚不适合做律师”谈公众 对律师职业的误读

蔺存宝*

这个话题要从王小丫主持的一期“开心辞典”说起。我看到的这期“开心辞典”是在2009年7月19日上午播出的。不晓得这期节目是央视的首播还是重播,反正当期节目请到的答题嘉宾是全世界最出名的三位“师兄弟”——孙悟空的扮演者六小龄童、猪八戒的扮演者马德华和沙和尚的扮演者刘大刚。节目中,主考官王小丫给沙和尚刘大刚出了一道题,题干是:根据沙和尚的性格特征,沙和尚适合从事以下哪些工作?备选答案有三个:A 律师,B 网络工程师,C 文秘。在沙和尚琢磨的空隙里,主考官王小丫不忘提示刘大刚老师:“沙和尚吃苦耐劳,勇挑重担,像他这样的性格,适合从事哪种工作?”沙和尚刘大刚老师经过逐项衡量,首先排除了A。“律师不行,沙和尚他不爱说话。”刘大刚说,“网络工程师也要跟人交流,也得说话,这个也不行……我选C吧,文秘。”当然啦,沙和尚刘大刚的选择是符合主考官或者说出题者的意愿的。“您的答案是——正确的!”主考官王小丫伸出大拇指给沙和尚刘大刚老师做了个表示正确的动作。接下来节目继续进行,最后好像就是沙和尚得了第一,孙悟空闹了个倒数第一。“开心辞典”本来是搞来让大家开心的,谁第一谁第二并不重要。大多数观众看了之后,笑一笑,也就忘到九霄云

* 广东豪盛律师事务所。

外了。但主持人王小丫给刘大刚出的这道沙和尚不适合做律师的题倒引起了我的深思。

那么,沙和尚就真的不适合做律师吗?或者说,做律师的就不需要沙和尚式的性格特征吗?我看未必。相反,那些认为沙和尚不适合做律师的想法,在相当程度上代表了公众对律师的误解。要讨论这个问题,我们不妨从沙和尚的性格特征和做律师必备的某些特征说起。

沙和尚法名悟净,人称沙和尚,原本是天宫玉皇大帝的卷帘大将,因打破了琉璃盏,触犯天条,被贬出天界,在人间流沙河兴风作浪。他武艺高强,不畏强敌,懂得地煞十八般变化;经南海观世音菩萨点化,拜唐僧为师,与孙悟空、猪八戒一起保护唐僧西天取经。沙和尚淳朴憨厚,忠心耿耿,他既不像孙悟空那么叛逆,也不像猪八戒那样好吃懒做、贪恋女色。沙和尚自从放弃妖怪的身份起,就一心跟着唐僧,正直无私、忠心不二、任劳任怨、谨守佛门戒律,取经后被封为金身罗汉。

从主考官王小丫出的题目来看,沙和尚的这些性格基本上是符合《西游记》中的描述的。但他既然有了这样忠心耿耿、正直无私、任劳任怨、谨守戒律的性格特征,为什么就不能做律师呢?很显然,出题者认为做律师是不需要这样的性格的。或者说,至少出题者认为做律师的要能言善辩、滔滔不绝、花言巧语、巧舌如簧、诡计多端、华而不实……总之,这样的工作不适合任劳任怨正直无私又不怎么爱说话的沙和尚。而这正是出题者或者说大多数人对律师形象的误解或曲解。可以说,沙和尚的上述性格,不但很适合做律师,甚至说,这些性格是一个合格律师不可或缺的。

首先说忠心耿耿。我们知道,律师无论是从事诉讼业务,还是非诉讼业务,都是为了委托人的利益而工作的。律师之所以有权利在法庭上雄辩滔滔,在谈判桌前讨价还价,这些都来源于委托人的授权。“受人之托,忠人之事”,这几乎是每一个律师都要时刻铭记在心的。委托人将本属于自己的事情委托律师去办理,看中的就是律师的专业素质,律师当然要忠心耿耿地执行委托人的授权,在法律的范围内最大限度地维护委托人的利益。所以说,律师之于委托人而言,当然需要忠心耿耿的性格。

相反,如果律师接受了委托人的授权,代理委托人处理某些法律事务,为了律师个人的利益;动不动就想着半途而废,回高老庄做上门女婿,或者回花果山当山大王,那才是做律师致命的性格缺陷呢。我记得很小的时候偶然看到过一个不是很完整的译制片,讲的是一个律师出卖了他的当事人。多年之后,这个当事人对律师进行了疯狂的报复……如果这位律师具备了沙和尚忠心耿耿的性格,那样的悲剧就不会发生。可见,沙和尚具备了忠心耿耿的性格,实在是做律师的好材料。

其次说正直无私。毫无疑问,这当然是做律师应该必备的。一个律师,首先要有正直的品格,要有原始的悲悯情怀和现代法治理念下的疾恶如仇。律师要按照法律的规则明辨是非、去伪存真。律师要心怀追求正义的理想——尽管这样的正义常常不在我们手中。沙和尚一心向佛,对取经忠心不二,不达目的不罢休。在唐僧的三个徒弟中,孙悟空提过散伙,而且他也确实跑回过花果山,猪八戒张罗过分行李,只有沙和尚从来没有提过半途而废。可以说,沙和尚的这种孜孜以求的精神很像律师在攻克一个艰难的案子。我想,那些打行政诉讼官司的律师,应该更有感触吧。

再说任劳任怨。很多人可能认为这个性格与律师无缘。为什么呢?诚如上文所提到的,为数不少的人误以为律师只需要站在法庭上,滔滔不绝地讲一通,然后剩下的工作就是数钞票了。我的一些朋友就经常对我说,你们做律师的真好啊,讲讲话,就赚钱了。其实不然,律师的工作,在多数情况下,并非讲讲话那么简单。律师要下农田、跑企业,要辛辛苦苦地去取证,要孜孜不倦地埋头苦干,要深更半夜地开车跑高速,要马不停蹄地奔走,要在冰天雪地里挨饿受冻,要时不时面临生死威胁,要忙得一整天顾不得喝一口水,要累得每天睡眠不到三五个小时……这些,只有从事律师职业的人才能感同身受。说到这里,我讲一个例子,前几年有一个很优秀的毕业生到我这里来工作。他打算从事律师职业。他在我这里干了大概一个多月的时间,我问他的感受如何。他说:“高考都没有这么累!”后来他去了另外的城市,据说选择在企业做法律工作了。在律师事务所工作比高考还累,这就可以看出做律师是十分辛苦的工作。

有的时候,累极了,真感觉自己做律师和建筑工人没什么两样,并不像公众认为的那样,上嘴唇一碰下嘴唇,钞票就进了律师的口袋了。我常常以自己的经历告诉实习生和我的助手,做律师,要有好的脑力,还要有好的体力。

可见,忠心耿耿、正直无私、任劳任怨这些性格特征都适合律师。而且,这些品格是一个优秀律师所必备的。看来,说沙和尚不适合做律师,剩下的唯一看似合理的理由就是沙和尚“话不多”的性格特点了。那么,沙和尚的这个特点到底是不是做律师的致命缺陷呢?或者说,话不多的人就真的不适合做律师吗?答案当然不是。我前几天在等人的空隙里,从车上的收音机里听到一段讲座。我不知道那个讲座到底是什么人讲的,但根据内容,知道是讲给企业家听的。讲座的主讲者说,根据统计,从事演讲的人,小时候大多是不爱讲话的人。我无从判断他的话究竟有多大的可信度。但就我个人而言,这似乎是正确的。不要说很小的时候,就是在读大学时,我甚至无法在公众场合作一次完整的演讲。印象最深刻的是,我的老师出了一本书,要我在一个会议上介绍这本书。我居然把24万字的书,说成了两万四千字,而自己却全然不知。

有人可能会说,这样的情况是极个别的,不能代表大多数。那么,好,我们就回到沙和尚的“话不多”的性格上来分析一下,沙和尚的这个性格到底适不适合做律师。据《西游记》,沙和尚确实话不是很多。他既不像唐僧那样啰嗦,也不像孙悟空那样处处争先,当然也不像猪八戒那样满腹牢骚。但他不说则已,一说惊人。他的话虽少,但却充满了对别人的体贴、尊重、谅解,承担了调和各种关系定分止争的重任。比如,《西游记》第七十二回,写到唐僧看到春光明媚小桥流水炊烟袅袅的情景后,突发亲自化斋的想法。唐僧道:“平日间一望无边无际,你们没远没近的去化斋,今日人家逼近,可以叫应,也让我去化一个来。”孙悟空说:“你要吃斋,我自去化。俗语云:‘一日为师,终身为父。’岂有为弟子者高坐,教师父去化斋之理?”猪八戒也不赞成,说:“古书云:‘有事弟子服其劳。’等我老猪去。”唯沙和尚在旁笑道:“师兄,不必多讲。师父的心情如此,不必违拗。若恼了他,就化将斋来,他也不吃。”虽然是化斋这

样的小事,却足见沙和尚居中调和的能力。如果律师能够这样体贴、尊重、谅解对方当事人,能够充分兼顾各方的利益诉求,能有这种调和纠纷的能力,估计百分之八九十的案子都能够调解结案,法官自然欣赏有加。又如“镇海寺心猿知怪”一节中,孙悟空中了地涌夫人的分身计,回来不见了唐僧,竟将一腔怒火发到猪八戒与沙和尚身上,也不论好歹,捞起棍来一顿打。悟空且打且道:“打死你们!打死你们!”沙僧近前跪下道:“兄长,我知道了。想你要打杀我两个,也不去救师父,径自回家去哩。”悟空道:“我打杀你两个,我自去救他!”沙僧笑道:“兄长说哪里话!无我两个,真是‘单丝不线,孤掌难鸣’。兄啊,这行囊、马匹,谁与看顾?宁学管鲍分金,休仿孙庞斗智。自古道:‘打虎还得亲兄弟,上阵须教父子兵。’望兄长且饶打。待天明和你同心戮力,寻师去也。”一席话说得孙悟空怒气全消。话虽不多,但句句说在了点子上,而且又是那么有理、有利、有节,字字珠玑,柔中有刚,让即便暴躁如悟空者,听了也不得心悦诚服。试想,如果律师有这般好嘴法,有如此高超的劝和能力,定分止争,岂不轻松搞定?尤其是在全国上下提倡“三个至上”,大搞调解的当下,要是沙和尚来做律师,或者把全国的律师法官都培养成沙和尚,那势必天下一片和谐了!再如,猪八戒动辄闹“散伙”。孙悟空一听就恼火,开口便骂,举棒就打,以致兄弟不睦。但沙和尚却总是抓住猪八戒愚笨呆直而又自尊心很强这一特点,把自己放在当事人的位置,款款而劝。“二哥,你和我一般,拙口钝腮,不要惹大哥热擦。且自换肩磨担,终须有日成功也。”这样的话,言语不多,孙悟空听了固然感到舒服,猪八戒听了也比较容易接受,从而消弭了可能引起的纠葛,既照顾了孙悟空的面子,又兼顾了猪八戒的情绪,既顾全西天取经的大局,又团结了工作班子,可谓一举多得。如果律师有沙和尚这样言简意赅言之有物的说话技巧,试问,又有什么样的纠纷不能解决呢?

可见,做律师的不一定话多,也不一定要像普通民众想象的那样滔滔不绝。发表辩护意见也好,做法庭辩论也罢,关键是要把话说到点子上。话虽不多,但句句言之有物,不啰嗦,不乱讲,自己的当事人听着折服,对手听着佩服,法官听着也舒服。这样的律师才是好律师。相反,一