

第四届中国律师论坛 百篇优秀论文集

中华全国律师协会 编



2004
中国律师论坛
the 4th china lawyer forum

china lawyer forum

第四届中国律师论坛 百篇优秀论文集

中华全国律师协会 编

china lawyer forum

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

第四届中国律师论坛.百篇优秀论文集/中华全国律师协会编.一北京:中国政法大学出版社,2004.9

ISBN 7-5620-2647-5

I.中... II.中... 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(2004)第 101311 号

书 名 第四届中国律师论坛

—百篇优秀论文集

出 版 人 李传敢

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

开 本 787×1092 1/16

印 张 41.25

字 数 1000 千字

版 本 2004 年 10 月第 1 版 2004 年 10 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-5620-2647-5/D·2607

定 价 60.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088

电 话 (010)62229563(发行部) 62229278(总编室) 62229803(邮购部)

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

☆☆☆☆

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

“第四届中国律师论坛”组委会名单

主任委员：高宗泽（中华全国律师协会会长）

孙建新（安徽省司法厅厅长）

副主任委员：于 宁（中华全国律师协会副会长）

付 洋（中华全国律师协会副会长）

朱洪超（中华全国律师协会副会长）

彭雪峰（中华全国律师协会副会长）

贾午光（中华全国律师协会秘书长）

郭云生（安徽省司法厅副厅长、省律师协会副会长）

委 员：冯秀梅（中华全国律师协会副秘书长）

马国华（中华全国律师协会副秘书长）

里 红（中华全国律师协会业务部主任）

朱 英（中华全国律师协会业务部副主任）

汪 杨（中华全国律师协会办公室副主任）

张国昌（安徽省司法厅律师管理处处长）

刘建华（安徽省律师协会副会长）

蒋 敏（安徽省律师协会副会长）

倪永生（安徽省律师协会秘书长）

刘桂明（《中国律师》杂志社总编）

总协调人：贾午光 刘桂明 倪永生

“第四届中国律师论坛”论文集编委会名单

编委会主任：高宗泽

主 编：贾午光

副 主 编：里 红 刘桂明

委 员：（以姓氏拼音为序）

崔利国 郭振忠 高凌燕 黄文俊

李晓斌 李毅多 李 鲲 马铭志

牛文忠 王才亮 王 川 王 焱

王永红 许兰亭 徐永前 张 庆

赵 敏 朱 英

鸣 谢

“第四届中国律师论坛”得到了以下各单位的大力支持，谨以此书表示衷心的感谢！

行政支持：安徽省司法厅

承办单位：安徽省律师协会

主协办单位：安徽天禾律师事务所

安徽纬纶律师事务所

协办单位：香港梁锦涛关学林律师行

安徽中天恒律师事务所

安徽深蓝律师事务所

美国高特兄弟律师事务所北京代表处

赞助单位：安徽南山松律师事务所

安徽世纪天元律师事务所

安徽同业律师事务所

安徽安泰达律师事务所

安徽弘大律师事务所

安徽华人律师事务所

安徽承义律师事务所

序

一年一度的论坛魅力，又将在美丽的徽州大地、庐江古城完美展现了。

作为律师理论与实务探索的重要成果，《第四届中国律师论坛暨首届中国青年律师论坛百篇优秀论文集》经过专家学者严格评审，在广大律师和论坛组委会工作人员的共同努力下，终于结集付梓了。可喜可贺！

论坛作为交流先进经验、展示研究成果的舞台，不仅吸引着越来越多的律师参与其中，也引起全社会的广泛关注。特别可贵的是，论坛自举办以来，其主题的选择较好地做到了与时代发展和律师实践相契合，论坛的生命力也正在于此。

今年年初，胡锦涛总书记等中央领导对律师工作作出重要批示，强调指出：加强律师队伍建设是维护司法公正、促进依法治国的重要举措，是坚持执法为民、防止司法腐败的必要保证。要从学习教育、依法管理、严格监督等方面入手，扎扎实实地抓，坚持不懈地抓，并与改善律师执业环境、充分发挥律师作用结合起来，务必取得实效。这在我国律师事业的发展史上具有重要意义。为此，司法部召开了“全国律师队伍建设工作会议”，决定以学习贯彻中央领导同志的重要批示精神为契机，开展律师教育整顿活动，进一步开创律师队伍建设工作的新局面。按照司法部的统一部署和要求，广大律师积极参与，社会各界大力支持，教育整顿活动正朝着既定的目标推进。

作为我国律师界的精英峰会，“中国律师论坛”自然也要紧紧抓住这个工作主题，设计研讨主题，安排学习主题。于是，以“着眼于长效管理建设，致力于律师事业发展”为己任的“第四届中国律师论坛”组委会决定以理论探索中国律师业的制度建设、队伍建设与长效管理为重点，以“行业建设和事业发展”为主题，为今年的理论学习与实践探索，锁定目标，明确方向。在论文选题的设计安排中，组委会从队伍建设、行业管理、事业发展、业务研讨四个方面，

确定了四大版块近 100 个论题，向全国各地律师协会下发通知，并提前 4 个月通过《中国律师》杂志与“中国律师网”广而告之。各地方律师协会积极组织、精心安排，踊跃报名的律师抓紧时间收集资料，撰写论文，从而掀起了新一轮学习之风。截至 2004 年 8 月底，组委会共收到论文 350 篇，经过严格评审，共评出优秀论文 100 篇。应当说，未入选“优秀论文”的文章，也有很多佳作，但限于篇幅，组委会最终只能忍痛割爱，特别选出其中 100 篇，供大家研究学习时参考。遗珠之憾，还请各位律师鉴谅。

我们不断倡导建立学习型组织，塑造学习型律师。学习，就需要不断地探索与实践，不断地总结与归纳，不断地思考与研究。参与论坛是一种学习，为论坛撰写论文也是一种学习。学习，永远是我们一切工作的主题。我们一定要努力在全行业形成一种善于学习、勤于思考、勇于探索的学习风气。

众所周知，实践发展为理论探索提供了源泉和动力，理论探索反过来指导和推动实践的发展。希望广大律师继续坚持理论联系实际学风，深入开展律师理论研究，认真学习、努力学习、反复学习，不断提高学习水平、拓展学习途径、活跃学习方式，从而为律师业的改革与发展提供更加有力的理论支持。

中华全国律师协会会长



2004 年 9 月 20 日

目 录

管理探讨篇

队伍建设

- 3 距离就能产生“美”吗
——关于规范律师和法官关系的思考/ 钱卫清
- 9 如何规范律师和法官的关系/ 贾天平
- 12 从法官到律师还是从律师到法官
——对法官与律师关系之定位/ 洪流
- 16 律师与法官关系若干问题探讨/ 杨全好
- 21 关于完善我国律师业诚信体系的设想/ 尤正海
- 25 科学规范管理 诚信造就未来
——从树立律师诚信谈律师事务所的科学规范管理/ 张树国
- 32 建立健全律师事务所内部控制制度/ 褚智昀
- 35 诚信——律师事业健康发展之本/ 宋 涛
- 38 浅析如何加强律师队伍的学习和再教育/ 周 焱
- 43 试论当代中国律师职业的社会形象/ 蒲继东
- 48 浅谈律师执业权益及对策的界定/ 郎子君 彭典民
- 55 中国律师改善执业环境的运作机制/ 王 河
- 60 浅议我国律师业税收制度存在的问题及对策/ 慕 歌
- 66 律师的自由与强制/ 李求铗
- 73 律师的职责与正义/ 王长发
- 81 标本兼治, 提升律师职业道德水准/ 朱云飞
- 85 谈谈律师的精神培养/ 张重实

律师管理

- 91 司法行政管理与律师行业管理的关系/ 林国合 马信波
- 96 律师管理的“两结合”体制的完善/ 彭 静

- 完善加强律师队伍的建设
- 100 浅论现行的律师“两结合”管理体制/ 李国梁
- 106 加入 WTO 后律师协会工作的创新/ 赵守华
- 110 律师业行业管理之我见/ 王晓峰
- 115 建立以人为本的长效激励机制实现西部地区律师业的快速发展/ 宋建中
- 124 如何走出律师事务所发展中的“怪圈”
- 中国律师打造“航空母舰”需解决的难点/ 何云选
- 135 浅论大型律师事务所业务拓展战略/ 蒋 琪
- 142 论有限责任合伙律师事务所/ 岳 鸿
- 150 合伙制律师事务所管理制度研究/ 张学兵
- 164 律师事务所合伙人制度研究
- 以在杭合伙制律师事务所为研究对象/ 金 鹰
- 173 论律师事务所的市场观/ 雷 平 徐绪柏
- 181 对如何保障有需求的普通百姓能“请得到、请得起、信得过”律师的思考/ 吕淮波
- 187 律师事务所内部管理之我见/ 闫怀国
- 192 关于律师所规模化发展的思考/ 罗晋京 朱越桥
- 196 律师事务所文化和核心竞争力/ 苏德钊
- 199 关于建立律师事务所分配机制及配套管理机制的思考/ 张 翅
- 207 合伙制律师事务所管理思维创新之我见/ 汪少鹏

事业发展

- 212 律师：平衡正义天平的重要砝码
- 论律师的价值及其实现/ 丁德恒
- 217 珍视 CEPA 新机遇，促进内地和香港法律服务业合作与交流
- 香港律师的观点与展望/ 何绮莲
- 225 让法律文化与律师同行/ 严崇伟 王家忠
- 231 律师行业发展之思考/ 宗爱红
- 237 WTO 背景下，我国县域律师事务所面临的挑战和对策/ 池方景
- 240 西部律师：现状、原因、对策/ 王炳峰 高新庆
- 247 中国律师事务所发展道路探索/ 高 云
- 270 换个角度，看律师法律服务市场
- 用法律经济学的方法观察、思考律师服务市场/ 周茂铭
- 279 专家型律师三步曲/ 李小海
- 283 走向专家型律师之路/ 周红民
- 288 如何走向专家型律师/ 史 勇 王 成

- 293 专家型律师构建初探/ 李亚兰
- 297 创建律师事务所专业品牌 实施品牌发展战略/ 许小平
- 300 中国律师的地位：现状、反思与前瞻/ 汤火箭
- 306 律师权利的界定和保障/ 李仁厅 林志清
- 314 CEPA 与内地、香港、澳门律师联营问题研究/ 计剑锋
- 321 论律师的社会责任/ 晁文丽
- 325 律师参政、议政的现状、问题与反思/ 刘萍
- 329 律师服务收费制度改革的初步设想/ 卜 越 刘志学
- 334 律师事务所客户关系管理制度研究/ 蔡忠杰
- 339 论律师参与信访/ 刘 焱

业务研讨篇

经济法律业务类

- 347 企业清算盲区、误区探讨/ 鲍善军
- 356 证券市场委托理财的法律分析与司法建议/ 柴志华
- 361 “冠名或涉及委托理财的合同”的若干法律问题及其思考/ 宋一欣
- 367 股权转让中的几个特殊问题/ 周勇峰
- 370 略论欧盟银行法对国际金融私法统一化的影响/ 叶世宝
- 375 董事会决议瑕疵的司法救济/ 钟 坚
- 378 试论有限责任公司股权执行问题/ 符琼芬 孙雨寒
- 382 企业重组：法律技术与法律工具的运用/ 季社建
- 398 浅析董事竞业禁止义务/ 邵 晖
- 404 有限责任公司债权人保护制度探讨/ 李 华
- 411 商品房预售合同格式条款之民法规制/ 吴清旺

知识产权法律业务类

- 422 论演员在影视作品中的肖像权/ 甄庆贵
- 428 中国对外技术贸易与知识产权保护/ 徐家力
- 434 专利间接侵权的构成要件/ 艾泽波

民事法律业务类

- 437 债务主体的变更与债务的承担/ 王向和
- 442 再论民事侵权归责原则
——归责原则“新二元论”说/ 胡 野

- 446 房地产业并购中的土地问题/ 熊 煜
- 454 论第三人侵权中的经营者责任/ 郑文兵
- 457 劳工法律援助的理论和实践/ 张 萍
- 461 论让与担保制度/ 范国平
- 469 浅谈《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》适用中的两个问题/ 严 锐
- 474 浅析法律行为与事实行为、准法律行为的异同/ 陆 珣 罗玉章
- 478 论我国民事担保中的保证人抗辩权/ 鲍 进
- 488 论民事附带行政诉讼和行政附带民事诉讼的审判方式改革与诉权保护原则/ 周 勇
- 499 自认属性及其相关问题研究/ 奚 玮
- 509 预约研究/ 姜丛华 朱 宁
- 517 论农村土地承包经营权的“物权化”保护/ 周光成
- 522 试论建设工程招标投标文件的性质
——以一起建设工程合同纠纷为例/ 李晓斌 张国龙

刑事法律业务类

- 526 让我看到法律
——刑辩律师的真实处境及其他/ 康怀宇
- 534 在当前形势下如何适用“先刑后民”原则/ 许兰亭
- 540 中国辩护律师执业风险及其防范/ 冯 昀
- 548 中国律师辩护的功能异化及其矫正/ 肖本山 吴世林
- 557 非国家工作人员不能构成贪污罪共犯/ 王树静
- 570 浅析刑事诉讼法控辩平等对抗理念与原则/ 王淑娟
- 575 从《联合国反腐败公约》看我国洗钱罪的发展趋势/ 彭凤莲 万尚庆
- 583 刑事二审不开庭审理方式的弊端及对策/ 王克生
- 589 三十件无罪辩护的坎坎坷坷
——无罪辩护浅谈/ 蒋思学
- 595 论刑事诉讼中的证明标准/ 齐彬利
- 599 律师拒绝为当事人复制刑事案件材料的困难与对策/ 张国法

行政法律业务类

- 604 军队律师在战火蔓延时/ 李芳梅
- 607 浅析对民事诉讼中所涉行政行为的处断/ 何建生
- 611 我国行政资讯公开立法的若干建议/ 陈启超

附 录

- 619 自治是民主的训练
——关于深圳律师民主实践的反思/陈惠忠 高 树
- 623 小荷才露尖尖角
——从广州市律师协会工作实践谈行业管理对律师业发展的影响/ 广州市律师协会
- 628 “首届中国律师论坛” 昆明宣言
- 630 “第二届中国律师论坛” 上海宣言
- 632 “第三届中国律师论坛” 广州宣言
- 634 “第四届中国律师论坛” 提交论文作者大名单

管理探讨篇

距离就能产生“美”吗

——关于规范律师和法官关系的思考

北京市德恒律师事务所 钱卫清

近来,随着一些地方法官和律师涉嫌贿赂案件的曝光,规范法官与律师的关系引起广泛关注。在此背景下,最高人民法院和司法部联合发布了《关于规范法官和律师相互关系维护司法公正的若干规定》。此后,各地法院和司法行政机关各具特色的类似规定亦纷纷出台。综观这些规定,最鲜明的特征就在于试图给律师和法官设置一道“隔离带”,旨在防止律师与法官间的“勾兑”,避免司法腐败,维护司法公正。

律师与法官之间必要的隔离从法治的理论和实践上都被证明是必须的,但是不是只要在律师和法官间隔离出这样的距离,就能防止司法腐败、就能产生司法公正之“美”呢?答案显然是否定的。在一个法治社会,律师与法官的关系是广泛而深刻的,简单的隔离乃至有意的疏远甚至敌视(比如饱受律师与法官贿赂案件之苦的武汉中院不就规定法官在案件审理期间不得和律师握手、打招呼、寒暄致意么?可谓防律师甚于防盗了),对于建立理性而良性的法官与律师关系不仅于事无补,对法治进程亦有百害而无一利。大张旗鼓地出台这些规定的积极意义是显而易见的,也无疑有助于增强民众对于司法公正的信心,但如何使这样规定不仅仅是政治上的“作秀”,就不能仅满足于“头痛医头脚痛医脚”地就事论事,而应该进行制度与伦理的整体考量,应该在法治的视野中整体性地审视国家权力——特别是审判权与公民权利——尤其是作为其代理人的律师的权利均衡。

一、我们更应该关注什么?——是规范律师,还是约束法官

到底是“律师带坏了法官”,还是“法官逼良为娼”?对此,我个人非常同意《中国律师》主编刘桂明先生在“央视论坛”中的见地:“从个案上讲,律师贿赂法官的源头往往在律师。从本质或全局上讲,则源头绝对在法官。”然而这又的确是个类似于“先有鸡还是先有蛋”式的问题(“央视论坛”讨论法官与律师间的贿赂问题时用的标题就是“先有鸡还是先有蛋”),是一个所谓“一千个人心中可以有一千个哈姆雷特”式的问题,也注定很难有一个权威的结论性意见能够得到各界的广泛认同。

“当制度层面的考究陷于困境时,应该从价值层面予以考察”(马克斯·韦伯语)。法治的精髓就在于依法约束公共权力的运行,使公民的自由与权利免受国家公权力的非法侵犯,法治的重点在于对于国家权力的限制。跳出因果关系论,从法治的价值层面去思考这个问题,我们不难有一个明确的答案:

法官兼具法律人与“官场”人或“政治”人的双重属性,依附的是官场,行使着国家的审判权。而律师则兼具法律人与“市场”人或“商业”人之特质,从属的是市场,是以私权利的代理人或辩护人的法律地位出现在法律事务中。

法官凭什么能“逼良为娼”?那是因为法官的权力。权力的本质是恶的,权力的行使者也总有希望通过权力的行使寻求“租金”的本能。当权力不能受到有效制约时,必然产生腐败,特别当权力的行使者自身素质堪忧或是处于一种对金钱的迫切需要时(不幸的是中国目前的法官无论是素质还是经济状况都不尽如人意)。

律师为什么要“带坏法官”?同样因为法官的权力。私权利总有实现利益最大化的欲望,因此希望通过支付少量的“租金”来实现正当或不正当的权利,从而获取最大限度的利益也就成为私权利本能。作为私权利代言人的律师,当然也很难脱出这一特点。而作为“市场”人或“商业”人的律师,还有一个反复“博弈”获利的机会,所以本能地希望通过贿赂作为裁判者的法官,以求得更多的“博弈”机会(案源问题)以及在“博弈”中取得一种优势地位。值得注意的是,“官司一进门,双方都托人”所反映的恐怕不是至少有一方是想带坏法官,而是希望法官不要坏。

可见,无论从什么角度出发,最终起决定作用的都是法官手中的权力——我们必须时刻对权力保持高度警惕。所以,我们当然要规范律师的投机行为,但更要紧的是约束法官,约束权力的行使——在这个问题上切不可有丝毫的含糊,切不可“各打五十大板”地将规范律师与约束法官二者置于同等地位,更不可本末倒置地视规范律师为头等要务。

二、隔离了律师与法官就万事大吉了吗?——对维护司法公正“隔离带”的系统思考

为什么要隔离?是为了追求司法公正。司法独立与司法廉洁是保证司法公正的两大支柱。“隔离带”的作用就是使司法免受外来干扰,独立地依法作出裁决。律师与法官间的隔离,为的是防止二者间的“勾兑”,防止私权利以支付租金的方式影响审判权,即从防止司法腐败的层面维护司法公正。但这充其量只解决了防止部分司法腐败的问题。当前影响司法公正更为重要的体制性因素,是各种国家公权力对审判的干扰问题。质言之,仅关注“权钱交易”是不够的,必须花更大的气力去解决“权权交易”以及“以权代法”、“权大于法”的问题。毕竟,现实生活中私权利对作为公权力的审判权干扰是极其有限的,充其量只能“买通”,相对于其他更为强势的、可以迫使审判权服从其意志的公权力而言甚至可以说是微不足道的。所以,构筑维护司法公正的“隔离带”应当是一项系统工程,不仅仅要在法官与律师和当事人之间设立隔离带,还需要在法官与其他可能影响法官公正裁判的因素间建立起有效的“隔离带”,解决因体制性弊端所致的司法不独立所产生的司法不公:

(1)法院与地方党委间的隔离带。这与党的领导绝不矛盾,法律是党和人民意志的集中体现,法院依法裁判就是接受党的领导。党的领导要体现在方针政策上,而不是对具体案件如何处理的批示上。

(2)法院与人大间的隔离带。法院依法独立行使审判权与接受人大及其常委会监督绝不矛盾。一切权力属于人民,不同的权力由不同的机关行使,这是现代民主法治的基础。现行宪法体制下,法院虽由人大产生并对其负责,但绝不意味着人大可以行使法院之上的司法裁判权。

(3)法院与政府间的隔离带。法院因为“端政府的碗”而不得受制于行政权力是一种无奈,使得原本应监督行政权力的“政府边上的法院”沦为“政府里面的法院”。改革法院的经费