

广州律师业务研究丛书

问道

Essays of Guangzhou Lawyers

广州市律师协会 编

广州律师论文集

汇集律师前沿业务探讨论文

展现律师思辩精华

为法律实务工作者提供辩护思路及业务策略参考

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

广州律师业务研究丛书

问道

广州律师论文集

Essays of Guangzhou Lawyers

广州市律师协会 编



中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

问道：广州律师论文集 / 广州市律师协会编. —北京：
中国法制出版社，2017. 4

(广州律师业务研究丛书)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 8455 - 8

I. ①问… 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 (2017) 第 069413 号

责任编辑：戴蕊 (dora6322@sina.com)

封面设计：杨泽江

问道：广州律师论文集

WENDAO: GUANGZHOU LÜSHI LUNWENJI

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

开本/730 毫米 × 1030 毫米 16 开

版次/2017 年 5 月第 1 版

印张/49 字数/695 千

2017 年 5 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 8455 - 8

定价：148.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址：<http://www.zgfsz.com>

市场营销部电话：010 - 66033393

值班电话：010 - 66026508

传真：010 - 66031119

编辑部电话：010 - 66065921

邮购部电话：010 - 66033288

(如有印装质量问题，请与本社编务印务管理部联系调换。电话：010 - 66032926)

“广州律师业务研究丛书”
总编辑委员会

主 任

邢益强

副主任

毕亚林 詹礼愿 肖胜方 王志军 文震殊

黄建水 官选芸 黄 山 朱宝莲

委 员

王立新 卢 坚 卢跃峰 刘孟斌 陈广鹏

陈茵明 林泰松 周 兵 姚忠平 唐健锋

谈 凌 蒋 泓 刘响亮

编委会名单

本册主编

王志军 刘孟斌

副主编

杜玉明 黄爱华 林秀芝 赖冬敏 康小鸪

编委

李 琼 吴 凯 吴 楠 陈勇儒 林民安
郑贤春 张旭锋 郭映红 曹宇瞳 董 硕 解 刚

编辑

陈伊乔 卞嘉莉 王 勃 林一骏 暨晓惠

《广州律师业务研究丛书》编印说明

广州市律师协会（以下简称广州律协）成立于1988年，是依照《中华人民共和国律师法》成立的社会团体。广州律协依法实施自律管理，作为行业的自律性组织，规划发展战略，提供会员服务，促进行业发展。在广州改革开放和现代化建设的大潮中，广州律协坚持不断完善广州律师行业各项自律机制，做好内部建设，目前已形成专门工作委员会和专业（事务）委员会并驾齐驱，服务行业的局面。

广州律协一直致力于提升广州律师行业的专业化、品牌化、规模化发展，广州律师行业从无到有，形成了一支专业领域多元化、业务能力过硬、后备力量充沛的律师队伍。截至2017年4月，广州市共有600多家律师事务所、近11000名执业律师，行业规模仅次于北京、上海，在全国省会城市中居首。律师业务领域越趋宽广，已逐步由刑事、民事领域的传统业务向知识产权、金融证券、电子商务、企业并购重组、高新科技、基础能源建设等新兴业务延伸。广州律师在维护社会公平正义、推进广州新型城市化发展等方面发挥着重要作用，业务能力和专业优势日益凸显。

党的十八届三中、四中全会以来，随着全面深化改革、推进依法治国各项重大举措的实施，广州律师迎来了全新的机遇与挑战。在全面推进依法治国的时代背景下，政治、经济、社会、文化等各领域的改革发展都为律师创造了转型的契机。这也对广大律师发挥职能、履行使命提出了更高更艰巨的要求。站立在改革潮头的广州律师，必须紧紧抓住发展机遇，广泛探索，深入钻研，将律师业务整体水平提升到更高的位置，做时代的弄潮儿。

《广州律师业务研究丛书》正是广州律协为提升广州律师理论及实务研究水平、促进多元化的交流、鼓励律师业务向更高层次发展而组织编著的。该丛书自2014年起组织撰写，旨在充分发挥广州律协各专业（事务）委员会的科研水平，总结广州律师业近年来在各领域的实务经验，展示业务成果和理论水平。

《广州律师业务研究丛书》作为为广州律师业提供专业、深度的案例分析和理论参考的书籍，具有以下特点：

其一，编审专业权威。丛书由广州律协有关领导组成的总编辑委员会审定选题，由资深律师、知名专家撰写研究性案例或论文，由相关专业（事务）委员会甄选及编

辑，强调专业性，保持高水准。

其二，内容丰富多样。丛书内容覆盖面广，针对性强，有的是涉及新类型案件的，有的是分析疑难问题的，有的是源于现行法律尚未明确规定的或者在实践中存在分歧的。

其三，评析客观全面。丛书坚持以事实和法理为依据，对选取的案例进行客观全面的剖析和点评，务求使读者在全面了解案情、厘清法律应用逻辑之基础上，亦可作出自己的深入思考和客观判断。

其四，经验可供借鉴。基于广州律师业务拓展较快、专业化服务领域对实务水平要求较高的形势，丛书注重总结成功的业务经验，在实用性内容上加以延伸，为法律实务工作者提供业务策略和操作技巧上的参考。

《广州律师业务研究丛书》汇集了广州律师的业务成果，总结了广州律师的执业经验，反映了广州律师的理论水平、实务能力和职业风采。这是广州律协业务研究工作的最新尝试，必将推动律师业务总结和经验交流，推进法制进步和社会文明。

广州市律师协会
2017年4月20日

目 录

一、保险法律篇

1. 诉讼财产保全责任保险初探 文桃丽 / 3
2. 关于保险公司对“免责条款”明确说明义务的思辨通则 全朝晖 / 10
3. 保险人对免责条款的说明提示义务不应适用于海上保险 杨运福 吴星奎 / 20
4. 保险人不得行使和限制行使保险合同解除权问题研究 窦雍岗 / 28
5. 水路货物运输险下承运人对其运输货物是否具有保险利益 王 骏 赵鑫星 / 33

二、财税法律篇

6. 浅析招商引资协议中政府承诺的法律效力 李文敏 蔡宇翔 / 41
7. 新三板挂牌企业涉税法律问题概论 戎魏魏 谢艳斌 / 48
8. 小微企业税收优惠问题浅议 吴国权 吴 琼 / 54

三、房地产法律篇

9. 我国房地产众筹模式与法律风险刍议 向春兰 张逸超 / 63
10. 地方政府融资平台的法律风险现状分析及解决方案之探讨 徐清波 / 72
11. 名为“合作”实为“借贷”涉及法律问题分析 周红华 / 80
12. 浅析“发包人只在欠付工程款范围内对实际施工人承担责任”的若干问题 吴剑良 / 85
13. 论房地产法律纠纷的成因及化解对策 吕春华 / 89
14. 试论以签订房屋买卖合同作借款担保的合同效力 邓国荣 / 95
15. 房地产税收强制执行程序的法律探讨 朱永胜 / 99
16. 二手房买卖中的善意第三人认定与善意取得 张育泉 谢 昕 / 105
——以产权共同共有情形为例
17. 租赁合同纠纷中代偿抗辩权的行使 刘吉春 / 111
——对《租赁合同司法解释》第十七条的理解与适用

18. 夫妻单方处分共有房产的效力问题	陈克宇 / 114
19. 人防工程产权归属立法现状研究及建议	刘继承 / 120
20. 我省老旧私有房屋的自行重建、改建的可行性	徐清波 / 125
21. 唯一住房的执行问题	钟扬飞 / 130
22. 律师为城中村改造提供法律服务之探讨（以广州为例）	张俊锋 / 135
23. 关于农村集体用地流转问题的研究	张育泉 / 142
24. 城市农村集体土地权属变动与不动产登记申请资料的关系	许奋飞 / 146

四、公平贸易法律篇

25. 试论泛珠三角投资服务贸易自由化的法律规制	王靓华 / 155
26. 反倾销应诉的律师事务与策略	王靓华 / 161
27. 形式发票用于国际贸易缔约时需要注意的事项	陈均艺 / 165
28. 论外商隐名投资协议的法律效力	张欣 / 169
29. 探析设立中外合营企业的反垄断审查问题	吴凯 / 175
30. 中国企业在欧盟投资并购的反垄断审查问题	吴凯 / 181
31. 统一、竞争与限制	张白沙 方宁珊 / 188
——技术标准化的反垄断规制	
32. 创新与限制：专利池的反垄断规制	张白沙 / 205

五、公司法律篇

33. 关于国有独资公司董事会建设的思考	汪翊 / 221
34. 混合所有制改革下的国有企业治理机制探讨	刘同 / 227
——以股权改革与法人治理若干问题为视角	
35. 非上市公司股权激励若干问题研究	冯清清 / 233
36. 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 / 239

六、海事海商法律篇

37. 船舶碰撞责任认定探析	邓铭辉 / 247
38. 对造船合同法律性质的思考	陈向勇 王伟圣 / 253
——兼议中国《合同法》下有名合同定义的概念性与类型性	
39. 国内水路货物运输火灾造成货损的举证责任问题探讨	林翠珠 杨凡 / 261
40. 论国际海上运输中危险货物的判断	陈向勇 / 268
41. 突破我国海上劳动关系中三方权益维护之瓶颈	王伟圣 / 275

42. 自贸区政策下的船舶融资新发展法律问题研究 林翠珠 黄丽红 / 281
43. 国内出口企业未能收回货款的原因分析及对策研究 吕越瑾 / 286
44. 海上货物运输中提货单相关法律问题研究 雷荣飞 曹阳辉 / 290

七、环境与资源法律篇

45. 环境公益诉讼中的证明责任和因果关系判定 陈 敏 蔡梦婷 / 299
46. 透析新《环境保护法》的环境公益诉讼主体问题 祝 聪 朱 雁 / 305
47. 浅论环境信息公开 韩 冰 / 309
48. 政府信息公开中行政主体对商业秘密的判断与审查 陈 敏 / 318
49. 行政处罚抑或是行政命令 陈 敏 / 323
50. 环境公益诉讼主体资格法律问题研究 靳林明 / 328

八、婚姻家庭法律篇

51. 试论婚姻案件中借名买房纠纷的律师代理思路 李小非 / 337
52. 论夫妻财产约定、离婚协议及赠与的法律效力 游植龙 / 344
53. 隐藏、转移夫妻共同财产的形式、防范与对策 游植龙 / 350

九、建筑与招投标法律篇

54. 建设工程施工合同主体的法律责任与材料买卖和设备租赁合同主体的法律责任的分析与比较 胡正方 / 359
55. 建设工程合同若干法律问题评析 吴剑平 姚剑雄 / 366

十、金融与证券法律篇

56. 新三板公司并购重组的若干问题浅析 陆向东 黄敏珊 陈洁茜 / 373
57. 新三板与纳斯达克市场制度比较研究 卢旺盛 / 382
——以做市商交易制度为视角
58. 论证券市场虚假陈述案件的主要问题 吕 晖 / 391
59. 收益权信托集合资金计划实质与信托法规完善 沙奇林 / 397
——专门合同条款分歧的法理辨析与权宜解决方法的风险
60. 金融创新下投资者权益保护机制的重塑 谢婉霖 梁 轶 / 403
——从银行理财直接融资工具的视角
61. 应收账款质押贷款的法律问题 姚昌辉 / 411

62. 私募法律风险防范 王 鹏 / 417
——划清与非法集资的边界

十一、劳动与社会保障法律篇

63. 《劳动合同法》“别传”：价值、困惑与出路 江点序 陈祥娟 / 431
64. “互联网+”时代下如何辨析劳动关系与居间关系、承揽关系 朱又又 / 435
65. 以企业的视角分析员工停工、怠工行为性质及其发展 郑贤春 吴 磊 / 441
66. 从供给侧改革的视角谈《劳动合同法》修改 刘继承 高鹏飞 / 447

十二、民事法律篇

67. 公司章程制定的实务探讨 杜 鹃 / 457
68. 破产重整程序投资人法律实务问题初探 张豫侃 / 463
69. 身份不明被害人作为人身损害赔偿案件原告的困境与思考 刘颖星 / 469
——以机动车交通事故责任纠纷案件为切入点
70. 浅析我国反诉制度 李景欢 / 475
71. 浅析民诉司法解释证据部分对比原证据规定的新变化 马晓艳 郭 敏 / 481
72. 民事审判程序违法行为检察监督四辨析 杨 晨 / 490
——兼评《民事诉讼法》第二百零八条第三款

十三、清算与破产法律篇

73. 破产申请撤回制度浅析 罗国林 / 499
74. 浅议破产重整程序的债务人自行管理模式的完善 欧阳兵 / 505
75. 浅谈国有企业破产清算程序中的公有住房处置所涉法律问题 张 亮 / 513
76. 广州地区强制清算与破产清算程序衔接的研究 杨 巍 / 520
77. 浅谈适用《企业破产法》的制度为企业合法减债 赵 岚 / 525

十四、未成年人保护法律篇

78. 关于未成年人刑事案件社会调查制度的探讨 李素敏 / 533
79. 律师在未成年人附条件不起诉制度中的地位、作用以及工作内容 林汉明 / 538
80. 未成年人拒绝辩护的后果以及救济制度 李金铭 / 542
81. 浅析未成年人附条件不起诉制度 毕慧芳 / 546
82. 对合适成年人到场制度的探讨 黄朝晖 / 551

83. 浅谈对男性未成年人性权利的刑法保护 林志伟 / 556
84. 继承诉讼中未成年人利益与法定代理人利益冲突如何保护未成年
人利益浅析 李伟忠 / 560
85. 未成年人刑事诉讼社会调查报告功能与审查之分析 陈育炽 / 564
86. 关于未成年人刑事犯罪记录封存制度进一步完善的探讨 王保军 / 572

十五、信息网络与高新技术法律篇

87. P2P 网络借贷纠纷的在线仲裁解决 刘宇梅 / 581
88. 浅论互联网时代法律服务的创新发展 谢小海 / 587
——以法律 O2O 服务平台为视角
89. 中国互联网法律服务的若干问题探讨 吴伟波 柯 涵 / 593
90. 互联网金融的投融资与上市中的法律问题浅析 刘宇梅 / 600
91. 网络时代个人信息保护的法律分析 黄民欣 / 607
92. 微信支付的民事法律问题研究 蔡海宁 林颖怡 / 613
93. 大数据时代的“被遗忘权”和规制 许杰民 / 620

十六、刑事法律篇

94. 论律师的会见权 李桐样 / 629
——以新《刑诉法》的修改为视角
95. 人民检察院听取辩护人意见程序的执行问题 赵晓飞 / 634

十七、行政法律篇

96. 发挥法律顾问作用, 助力党的依法执政 王春平 蒋 利 / 643
97. 严格执法的约束对象 陈晓朝 / 648
98. 律师为基层政府提供法律服务实践探析 周 磊 梁 鹏 潘振兴 / 654

十八、医事法律篇

99. 医疗过失认定标准中相应医疗水平与诊疗规范的关系 邓华明 / 661
100. 病历存在缺陷如何适用《侵权责任法》第五十八条的
探讨 朱上恒 符 忠 / 666
——一起病历存在缺陷引起医疗纠纷案件的思考
101. 论药害事故救济制度 宋跃晋 / 671
102. 预防接种不良反应的法律救济 程跃华 / 679

103. “医疗事故罪”若干法律问题探析 朱秀恩 / 684
104. 公立医院法律属性分析 曹培杰 / 690

十九、知识产权法律篇

105. Intellectual Property 乃脑力财产 吴秀荣 / 699
——兼论知识产权概念的实质
106. 中国知识产权融资的发展瓶颈和出路 胡少波 邹琳 / 704

二十、家族企业法律篇

107. 浅议家族企业代际传承的制度设计 杨金柱 胡伊琳 / 711
108. 家族企业代际传承问题研究 杨振锋 / 719
109. 家族信托的保护与救济 谢玲丽 张钧 李海铭 / 724
110. 中国家族信托的发展困境及法制化对策 罗锦祥 朱苏晓 / 731
111. 律师在家族企业传承中的角色及主要作用 赵华丽 / 739
112. 构建健康有序的家族生态系统 张钧 谢玲丽 / 745
——家族律师必备的核心能力

二十一、仲裁法律篇

113. 有关仲裁条款效力的争议分析 吴湘玲 / 755
114. 外国仲裁裁决在中国的承认与执行之实践与思考 傅军 / 761
——以广州市中级人民法院的外国仲裁裁决承认与执行为例
115. 关于仲裁管辖权的相关问题之新探 赵汉根 / 766

- 后 记 / 774

—

保險法律篇



1. 诉讼财产保全责任保险初探

文桃丽*

一、诉讼财产保全责任保险的发展背景及概况

诉讼财产保全制度是我国民事诉讼中为了保障当事人合法权益的一项重要制度。但我国司法实践中普遍存在因为诉讼保全担保的障碍而造成当事人很难启动财产保全程序的困境。在上述背景下,保险公司开发出了一种新型的保险产品,这种产品名称为“诉讼财产保全责任保险”。

该产品的主要特征是:在民事诉讼中的诉讼保全申请人作为被保险人,由保险公司承保;在诉讼过程中,如被保险人,即诉讼保全申请人因诉讼保全申请错误给被申请人造成损失的,由保险人向诉讼保全被申请人承担赔偿责任。

据中国保监会云南监管局网站报道,2012年,诚泰财产保险股份有限公司云南分公司推出该产品,云南保监局将之作为创新试点项目并给予保护期两年^①。至2013年,诚泰保险公司在云南辖区内已承保41笔,保费规模223.06万元,共提供风险保障1.76亿元^②。据新华网报道,2013年10月底,在第八届中国保险创新评奖活动中,诚泰保险公司“财产保全责任保险”以其专业性、创新性、社会性荣获“最具创新力保险产品奖”^③。据湖南日报2015年3月10日报道,全国人大代表、湖南省高级人民法院院长康为民建议在诉讼中引入保险机制。^④

自此,各地法院在诉讼保全中引入“保险机制”的新闻陆续出现在各媒体报道中。2015年下半年,中国人民财产保险股份有限公司、中国太平洋财产保险股份有限公司

* 文桃丽,广东卓信律师事务所。

① 云南创新试点“财产保全责任保险”, <http://www.circ.gov.cn/web/site38/tab2210/info225843.htm>。

② 云南保监局引导辖内产险公司创新“财产保全责任保险”取得成效, <http://www.circ.gov.cn/web/site38/tab2210/info3900146.htm>。

③ 诚泰保险“财产保全责任保险”获创新产品奖, http://www.hb.xinhuanet.com/2013-12/19/c_118624686.htm。

④ 全国人大代表康为民建议:在诉讼保全中引入保险担保机制, <http://zt.voc.com.cn/Topic/article/201503/201503101900334386002.html>。

公司、中华联合财产保险股份有限公司等保险公司陆续推出诉讼保全责任保险产品。

2013年9月22日，广东省高级人民法院、中国保险监督管理委员会广东监管局和深圳监管局联合发文《关于保险机构诉讼担保若干问题的意见》，在该意见中肯定了“保险机构可以通过出具担保函的方式提供诉讼担保”。2015年6月，面对实践中越来越多的以保险公司提供保函的方式开展的诉讼保全业务需求，广东省高级人民法院就规范保险公司提供司法保全担保的问题在全省范围内征求意见。

2014年8月18日，浙江省高级人民法院发布《关于财产保全担保若干问题的意见（试行）》，肯定了“其他符合条件的企业法人提供的信用担保”可以作为财产保全担保的方式。2015年8月21日，浙江省高级人民法院发布《关于同意中国人民财产保险股份有限公司浙江省分公司、中国平安财产保险股份有限公司浙江分公司试行诉讼财产保全责任保险担保的通知》，明确了保险公司可以通过“诉讼财产保全责任保险”的方式提供诉讼担保。

2014年12月30日，天津市高级人民法院发文，在《关于进一步规范保全担保工作的通知》中规定：“保全担保形式有实物、现金、权利凭证担保，银行、经保监会批准备案的保险公司等有代偿能力的法人、其他组织或自然人提供的担保等，以上担保形式可以单独适用，也可以组合适用。”

综合互联网公开的裁判文书、新闻媒体报道，目前已有云南、天津、上海、广东、浙江、重庆、四川等十余个省、直辖市的人民法院认同保险公司为诉讼保全申请人提供诉讼担保的形式。

二、诉讼财产保全责任保险的操作模式及功能

经笔者调查研究发现，保险公司在以保险产品提供诉讼担保服务时，对外所出具的法律文件包括以下两种：

（一）保单（保险合同）

诉讼保全申请人一方向保险公司提出投保需求，经保险公司审核通过以后，保险公司会收取保费并签发保单。以平安保险公司为例，保单载明被保险人（诉讼保全申请人）、诉讼保全被申请人的名称，保险金额、保险责任、保险期间、保费、保全标的、适用条款等主要内容。在平安保险公司备案的保险条款中载明：“因财产保全侵权责任纠纷，财产保全被申请人向申请人提起诉讼，由法院确定的申请人的侵权赔偿责任，保险人应不可抗辩向被申请人承担保险责任。”

从保险合同的角度来看，该款保险产品的本质系一款责任保险，其承保的范围是被保险人对第三者应当承担的法律责任，通俗地讲，保险公司作出了“你的错误我买