主 编 贺宝健 王克先

ZUIXINLUSHI

最新律师实务研究

SHIWUYANJIU

中国人民公安大学出版社

最新律师实务研究

主　编　贺宝健　王克先
副主编　董服民　朱嘉宁

中国人民公安大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目(CIP)数据

最新律师实务研究/贺宝健,王克先主编,—北京:中国人民公安大学出版社,2002.3

ISBN 7-81059-957-7

Ⅰ.最... Ⅱ.①贺...②王... Ⅲ.律师业务—研究 Ⅳ.D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 013850 号

最新律师实务研究

Zuixin Lüshi Shiwu Yanjiu

贺宝健 王克先 主编

出版发行:中国人民公安大学出版社
地　　址:北京市西城区木樨地南里
邮政编码:100038
经　　销:新华书店
印　　刷:北京公大印刷厂

版　　次:2002 年 3 月第 1 版
印　　次:2002 年 3 月第 1 次
印　　张:16
开　　本:850 毫米 x 1168 毫米　1/32
字　　数:395 千字
印　　数:0001 册 ~ 3000 册

ISBN 7-81059-957-7/D·812
定　　价:40.00 元

本社图书出现印装质量问题,由发行部负责调换
联系电话:(010)83905728
版权所有　翻印必究
E-mail:cpep@public.bta.net.cn

前 言

经过漫长艰辛的谈判，中国终于跨入了 WTO 的门槛，成为世界贸易组织大家庭中的一员。

根据我国政府的承诺，加入 WTO 之后，外国的律师事务所可以在中国设立办事处，可以为顾客提供有关所在国的法律、国际协定和惯例的咨询，可代表外国顾客在中国境内委托中国律师从事法律活动，也可代表中国客户处理有关法律问题。这意味着国际间法律服务市场的边界已被突破，并且根据《服务贸易总协定》(GATS)的规定，法律服务业作为专业服务贸易开放的一部分，最终将在 WTO 的框架下完成自由化，即各成员国的律师及律师组织互相进入对方领地，与当地的律师合伙或予以雇佣，如同在本国一样开展业务活动，并最终导致该专门职业资格的互相承认。

加入 WTO 后，我国的经济结构、企业组织、文化形态和管理模式与世界经济的整合将进一步加快；我国的商品、劳务、技术、信息和资本将全面汇入世界经济大潮。尤其是由 GATS 带来的服务贸易的飞速发展，将使中国人的消费结构、投资结构和经济理念发生深刻的变化。在这一系列巨大而深刻的变化中，都不可能缺少律师以其丰富的法律知识和经验所提供的法律服务。

无疑，加入 WTO 后，为中国律师业带来了前所未有的机遇，中国律师业将在更为广阔的有形贸易和无形贸易领域发挥重要作用，其地位也将进一步提高。但同时我们也清醒地看到，中国律师业也因此受到了极其严峻的挑战。我们的竞争对手不仅是国内的同行，还将面对有几百年历史，24 小时全球化运作，其规模、资金、学历、层次远非中国律师可以相比的国外同行。而能否在国际国

内市场上与外国同行展开竞争并取得主动，不仅关系到中国律师的声望和信誉，而且也关系到国家和民族的利益。而毋庸讳言，目前中外律师的竞争根本不在同一起跑线上。面对“洋”律师的纷纷抢滩登陆，我们有几家律师事务所可以到国外设立办事处？我们又有多少律师能走出国门？就在国内非诉讼法律服务领域，我们是否有充分的实力来与“洋”律师共分一杯羹？

在一片“狼来了”的惊呼声中，我们必须学会防卫、懂得反击。任何行业的竞争，归根结底还是人才的竞争。中国律师业要在今后日趋激烈的国际竞争中站稳脚跟，惟有奋发图强，苦练内功，不断提高自身的修养和素质；惟有学习，学习，再学习。而我们编辑《最新律师实务研究》一书的目的，也正是为了倡导一种律师界良好的业务学习研讨氛围，为中国律师业务素质的提高尽一点绵薄之力。

愿我们在不久的将来能不断地听到这样的声音：“狼来了，并不可怕！”“走，我们到国外办所去！”

编　者

2001年11月于杭州

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

贺宝健 浙江海通联合律师事务所主任、高级律师（首席合伙人），中华全国律师协会民事业务委员会秘书长，中国新闻侵权与法律保护研究会副会长，浙江省省直律师协会副会长兼秘书长，杭州仲裁委员会仲裁员。擅长办理刑事辩护、经济诉讼及金融、项目投资、建设项目等非诉讼业务。曾担任震惊海内外的“千岛湖特大杀人抢劫案”辩护律师、浙江期货第一案的代理律师，参与了“壳牌”跨国公司在中国投资项目的谈判，并多次代理国内仲裁和国际仲裁。

长期以来，贺宝健以严谨的工作态度和杰出的律师业绩为委托人提供大量的法律服务，被评为浙江省“十佳律师”、浙江省“跨世纪改革家”和司法部“全国优秀律师”。

王克先 1951年9月出生，浙江新昌人。现为浙江新时代律师事务所主任，二级律师、中国法学会会员、浙江省律师协会民委会委员、绍兴仲裁委员会仲裁员、新昌县政协委员、新昌县人大常委会法工委委员。

王克先是自学成才的律师，参加法律专科、本科自学考试和全国律师资格统考均为全省总分第一名。被全国自考委授予浙江省惟一的“全国首届优秀自学应考者标兵”称号。曾成功办理了多起在省内外有重大影响的案件。“金利来”票夹打假索赔案被收入最高人民法院国家法官学院、中国人民大学法学院编写的《中国审判案例要览》（1999年版）一书。最近五年来，王克先在《律师与法制》、《律师世界》、《青少年犯罪问题》等刊物发表法学论文共计30余篇。被绍兴市司法局记个人三等功一次。

目 录

一、律师制度与业务发展

中国“入世”与律师业务的发展 …… 杨青燕(3)
律师制度在现代法制中的价值分析 …… 柳正晞(7)
论律师事务所的体制改革 …… 周苏临(12)
律师执业环境与律师形象初探 …… 丁宝霖(18)
规范法律服务市场之我见 …… 鲍春银(23)
论律师的自我保护 …… 王 军(28)
论合伙制律师事务所发展的制约因素 …… 钟国才(32)
按诉讼成果收费应成为律师服务报酬的主要形式 … 施克华(38)

二、律师实务研究

“严打”整治斗争中的刑事辩护 …… 杨根飞 张友明(45)
律师如何做好“严打”案件的辩护工作 …… 张景松(50)
律师行使辩护权的障碍及其对策 …… 钟文凤(54)
辩护律师的阅卷难亟待解决 …… 张跃华(59)
刑事辩护不足与保障措施的建立 …… 蔡伟文(62)
论律师质证制度的完善 …… 赵 捷(67)
听证程序中的律师代理 …… 王飞天(73)
BOT 投融资律师实务之探研 …… 李圣敬(78)

三、公司法　企业改制

关于优化公司治理结构的法律思考 …… 郑剑锋(87)
公司股东权保护若干问题研讨 …… 郑曙光(93)
谈定向募集公司职工股超比例问题及其解决方法
…… 吴西彬(100)
浅析有限责任公司法人人格瑕疵及其救济…… 陈珍文(106)
有限责任公司股东资格与隐名股东…… 王克先(111)
有限责任公司股权转让应注意的几个问题…… 戴建庭(116)
在自然人出资设立的有限责任公司中出资转让相关
法律问题探讨…… 陆国庆(121)
承债式兼并有限责任公司的律师实务…… 陆国庆(126)
试论建立企业法人人格否定制度的必要性…… 池方景(132)
企业法人被吊销营业执照不等于其民事主体资格
的丧失…… 董国忠(137)
我国公司解散清算制度的缺陷与完善…… 李文勇(141)
英美公司董事会制度论析…… 贺宝健　洪　根(146)
浙江省首例股东状告董事长侵权案引起的法律
思考…… 夏建军(153)
企业改制若干法律问题初探…… 章欣联(159)
企业破产的若干法律问题探讨…… 朱嘉宁(164)

四、合同法　知识产权

无权处分合同浅议…… 方慧颖(171)
浅析建设工程合同中“优先权”的法律特性…… 周苏康(177)
谈《合同法》第二百八十六条中优先受偿权的性质
和适用…… 王裕发(183)
律师实务中对优先权应注意的几个问题…… 周跃明(187)

试论承包人价款优先受偿权的性质及其实现…… 李鸣杰(193)
论代位权制度在海事诉讼中的具体应用…… 田景云(199)
“一物多卖”所涉各合同的效力及处理…… 吕金朝(203)
财产保险索赔中举证责任的法律问题…… 余建伟(208)
消费抵押借款合同约定逾期付款为解除合同条件
合法有效…… 陈建平 田景云(213)
代理一宗购销合同纠纷案的体会…… 苏 海(218)
域名抢注行为之法律探析…… 李凤琴 张律伦(223)
试论现行计算机软件法律保护制度的缺陷及完善
意见…… 许震鸣(230)
从案例谈专利权属争议…… 林国梁 江 丹(235)

五、民法理论研究

物权行为略论…… 吕琼琳(241)
浅论交易便捷安全原则…… 柳 泖 杨 军(247)
论付款人及其代理付款人的重大过失…… 叶友恳(252)
信用证止付的法律问题…… 杨五荣(257)
论验资及其责任…… 王锡伟(262)
浅论《担保法》的几个问题…… 陈义平(268)
外商投资企业清算的若干问题探析…… 贺宝健 洪 根(273)
土地承包经营权与土地使用权法律性质之区别…… 袁永明(283)
建筑工程施工损害赔偿纠纷探讨…… 贺宝健 洪 根(288)
产品责任若干问题探究…… 周显根(292)
工伤案件若干实务问题研究…… 丁茂福(297)
触电人身损害赔偿责任之研究…… 王高法(303)
论人身伤害的精神损害赔偿制度…… 胡祥甫 郁立刚(309)
交通事故受害人赔偿问题初探…… 顾雅萍(314)
现行医疗事故纠纷法律制度存在的问题与对策…… 王浙秀(319)

对《全省民事审判工作座谈会纪要》中有关条款质疑
…… 王守旺(324)
悬赏广告法律问题探析…… 王克先(328)
浅谈新《婚姻法》的精神损害赔偿制度…… 朱延红(333)
探视权存在问题及处理之探讨…… 方伟军 李军忠(337)
试论侵害配偶权的民事责任…… 戚平波(342)
浅议商业秘密保护的若干法律问题…… 夏建华(347)
法律不支持反悔…… 沈耿嵩(354)

六、诉讼法理论研究

民事行政抗诉中亟待解决的几个问题…… 林洪楠(359)
我国刑事附带民事诉讼应建立精神损害赔偿制度
…… 张剑峰 王培伟(363)
试论现行刑事自诉制度的得失与出路…… 夏 滨(369)
我国民事程序选择权制度之完善…… 沈刚毅(375)
浅议举证责任的转移…… 杨关校 吕琼琳(380)
对劳动争议仲裁前置程序质疑…… 叶劲松(385)
中止双刃 维系诉权…… 林洪楠(391)
制止无关发问之疑…… 沈耿嵩(397)
试论管辖权异议听证制度…… 毛国平(401)
执行难透视…… 苑德闽(406)
逮捕的条件及执行程序…… 萧 仙 徐玉证(411)
诉讼时效若干问题探讨…… 蔡福友(416)
诉讼礼仪障碍原因初探…… 童洪锡(422)

七、刑事理论及其他

以刑代民 谬之千里…… 陈有西(429)
单位犯罪的刑事责任主体之我见…… 朱顺德(434)

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

关于数额标准的司法解释合理性质疑…… 陈洪兵 严文戟(439)
试论正当防卫的若干问题…… 张征宇(444)
无过当正当防卫前提条件刍议…… 王克先(449)
试论强奸犯罪与放弃重复侵害行为…… 王克先(453)
公款境外赌博犯罪的预防…… 岑文毅(457)
看守所暴力的危害和对策…… 王克先(463)
浅谈目前“监视居住”的适用与偏差…… 徐金耿(466)
钱财已到手 缘何仍属未遂…… 朱延红(472)
朱某等人的行为不应构成滥伐林木罪…… 张跃华(476)
试论我国刑事冤狱损害赔偿制度及其缺陷…… 付宏文(480)
关于安乐死的立法思考…… 岑文毅(486)
论法的价值…… 卢美君(492)

一

律师制度与业务发展

中国“入世”与律师业务的发展

杨青燕

随着中国加入 WTO,律师业面临着空前的机遇与严峻的挑战,且困难和压力多于乐观与盲从。为此,提高律师专业素质,促进律师专业化分工,加强律师事务所规模化发展与公司化管理,已成为律师行业亟待解决的问题。

一、律师业务发展的当务之急一:加强专业知识的培训及速成,提高业务素质

作为依法取得律师执业证书、为社会提供法律服务的执业人员的中国律师,在中国“入世”之后,不仅仅只面对与提供狭义的“国内法”即中国法律服务,更应该熟悉、掌握国际公约、条约、国际惯例,将国内法和国际法作为我们提供法律服务的“法律基础”,并向中国市场上所有需要法律服务的当事人包括更多的境外当事人提供法律服务。

我国早在20世纪80年代初期就已陆续加入或缔结了许多国际公约、条约,这些国际公约、条约一旦被我国依法定程序接受或参加并相应在国内立法中体现出来,就构成我国法律的重要组成部分,同时经我国承认的国际惯例亦在此列。这些国际公约、条约、惯例尤以国际贸易领域、知识产权领域的法律居多,简单罗列一下目前国际上普遍适用的就有数十个之多,如《联合国国际货物销售合同公约》、《联合国国际货物多式联运公约》、《国际货物销售合同适用法律公约》、《国际货物销售时效期间公约》、《产品责任法律适用公约》、《代理法律适用公约》、《C.I.F 买卖合同的统一规则》(又名《1932 年华沙 - 牛津规则》)、《国际贸易术语解释通则》(Incoterms2000)、《多边投资担保机构公约》、《保护工业产权巴黎公

约》、《保护文学艺术作品伯尔尼公约》、《世界版权公约》、《商标国际注册马德里协定》、《专利合作条约》、《商标注册条约》、《保护表演类、唱片制作者和广播组织的国际公约》(又名《罗马公约》)、《成立世界知识产权组织公约》、《跟单信用证统一惯例》、《托收统一规则》、《统一提单的若干法律规则的国际公约》(又名《海牙规则》)、《联合国海上货物运输公约》(又名《汉堡规则》)等。

为了适应加入世贸组织的需要,我国在2001年3月召开的全国人大四次会议的首次新闻发布会上,大会新闻发言人指出,凡是违反世界贸易组织的规则及我国承诺的现行中国之法律、法规、规章将废除,并透露我国目前准备修改的外贸法律、法规、规章有140多件,准备废止的有570多件,并将为适应需要制定反倾销条例、反垄断条例等法律、法规。因此,从初步认识、具体掌握的法律学习与培训到熟练运用的过程,正是提高律师业务素质的过程。当事人的需要是律师的机遇,是否具备这些专业知识及能否正确运用以适应于当事人的需要正是我们面临的挑战。

二、律师业务发展的当务之急二:促进律师专业化分工,培养专家型律师

律师业务的发展需要整体具备不同专业素质的律师,因每位律师的精力和时间是有限的,期待每位律师圆满地处理各类法律事务不仅不现实,也是对当事人的不负责任,其中的执业风险即潜在的赔偿性风险极大。因此,促进律师以专业化分工、培养专家型律师,成为发展律师业务、保护律师执业的当务之急。自中国改革开放20多年以来,高等院校、各类成人教育及公、检、法、司部门为社会培养了大批律师人才,海外学成的法律专业人才亦使律师队伍人才济济,在公司法领域、证券业领域、知识产权领域、海事海商领域、金融银行领域、投资法领域、保险法领域、对外贸易法领域、计算机互联网领域、房地产领域、诉讼法领域等法律服务的方方面面,律师素质与水平无疑是很高的。律师的刚正不阿,勇于伸张正

义，机敏善辩，充分发挥专业技能维护当事人的权益，已逐步深入当事人心中。同样我们也看到，绝大多数律师事务所、绝大多数律师没有实行专业分工，没有自己最擅长的法律领域，依然在为生存和案源努力工作，无法发挥自己的特长或不知道如何充分利用自己的专长。笔者是在20世纪80年代初期在高等院校读完国际法专业并取得法学学士及硕士文凭后进入律师行业的，在求学时代深感要学好国际法专业，实际上应该首先牢固掌握自己本国法律和法学理论。从业10年来，接触并处理的法律事务涉及许多领域，由于没有专业分工，时常暗自惭愧，工作如“万金油”，学艺不精，虽勤奋学习与努力工作，仍感精力不济，效果不佳。至2000年2月份，经中国司法部批准的境外律师事务所已有90家进驻中国设立办事处，香港律师事务所已有28家在内地设立办事处，境外律师业的规模与实力、分工与合作、全球经营策略，已使国内律师事务所在许多方面处于劣势，而加入WTO之后的法律服务市场的进一步开放，律师缺乏专业化分工和专业特长的缺陷更是捉襟见肘。

三、律师业务发展的当务之急三：律师事务所规模化发展与公司化管理方向

笔者执业所在地是广东省，省内的律师事务所在20世纪90年代中期以前绝大多数是国办体制的律师事务所，律师事务所人数在三四十名律师或以下不等，且多划分为不同的科或部，一为方便行政管理；二为专业有大体分工。90年代初期为适应律师体制改革曾有数个合作制的律师事务所成立，改革亦限于打破传统行政管理与分配体制。1994年底、1995年初的大规模解散国办体制律师事务所，鼓励与敦促3人或3人以上的合伙人成立合伙制律师事务所。从律师事务所所有制及行政管理的改变使律师执业向前迈了一大步，鼓励律师按专业、人员关系组成一定规模的律师事务所是中国律师业改革的重大成绩之一。但实践中，由于国内各

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com