



“民商法律师实务”丛书 6

民事律师实务

(第2辑)

Practical Book for Lawyers on Civil Law

中华全国律师协会民事专业委员会 编

- ▶ 合同
- ▶ 侵权总论
- ▶ 特殊侵权
- ▶ 医疗纠纷
- ▶ 民事诉讼总论
- ▶ 诉讼程序
- ▶ 诉讼证据
- ▶ 其它



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



“民商法律师实务”丛书 ⑥

民事律师实务

Practical Book for Lawyers on Civil Law

(第2辑)

中华全国律师协会民事专业委员会 编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民事律师实务/中华全国律师协会民事专业委员会编.
北京:法律出版社,2007.9
(民商法律师实务)
ISBN 978-7-5036-7654-3

I. 民… II. 中… III. 民事诉讼法—中国—文集
IV. D925.104-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 133238 号

©法律出版社·中国

责任编辑/霍爱华

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版分社

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/吕亚莉

开本/A5

印张/24.625

字数/780 千

版本/2007 年 9 月第 1 版

印次/2007 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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-7654-3

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



“民商法律师实务”丛书

- 1 民事律师实务**
书号：7-5036-6480-0
定价：38.00元
- 2 房地产建筑律师实务**
书号：7-5036-6481-9
定价：48.00元
- 3 公司法律师实务**
书号：7-5036-6479-7
定价：35.00元
- 4 知识产权法律服务与律师实务**
书号：978-7-5036-5804-4
定价：39.00元
- 5 工程合同实务问答**
书号：978-7-5036-7002-2
定价：38.00元
- 6 民事律师实务（第2辑）**
书号：978-7-5036-7654-3
定价：45.00元
- 7 房地产建筑律师实务（第2辑）**
书号：978-7-5036-7670-3
定价：45.00元
- 8 公司法破产法律师实务（第2辑）**
书号：978-7-5036-7643-7
定价：29.00元
- 9 婚姻家庭法律师实务**
书号：978-7-5036-7669-7
定价：25.00元

民事办案丛书

- **民事办案手册(第7版)**
书号: 7-5036-5262-4
定价: 49.00元
- **民事办案小全书(最新版)**
书号: 7-5036-4944-5
定价: 42.00元
- **合同法新型疑难案例判解**
书号: 978-7-5036-6740-4
定价: 38.00元
- **损害赔偿新型疑难案例判解**
书号: 978-7-5036-6739-8
定价: 46.00元
- **婚姻家庭新型疑难案例判解**
书号: 978-7-5036-7446-4
定价: 25.00元
- **人身权纠纷办案必携**
书号: 7-5036-5909-2
定价: 18.00元
- **房地产纠纷办案必携**
书号: 7-5036-5857-6
定价: 25.00元
- **证据运用办案必携**
书号: 7-5036-5792-8
定价: 25.00元

迎来民商事律师业务研究百花齐放的春天

(代 序)

中华全国律师协会民事专业委员会(下称民委会)动员自己的委员和全国广大律师注重民商事专业业务研究,结合实务,及时从法学理论和法律服务实践相结合的高度总结经验,以此与同行作交流的局面已经初步形成。继 2006 年民委会在沈阳召开的第八届中国民商法实务论坛收到 250 多篇论文之后,2007 年在新疆乌鲁木齐市召开的第九届中国民商法实务论坛截至 7 月 15 日已收到论文 300 多篇,不仅数量增加,而且论文质量也比 2006 年有所提高。此外,律师的业务研讨极具时代感,体现着与时俱进的精神,这在 2007 年论坛论文集的编排上也有了充分体现。2006 年,顺应《物权法》的制定与通过,在论坛论文编排时单独设立了“物权法篇”。而随着《侵权责任法》的制定提上日程,在 2007 年论文集的编排上也随之将“侵权法篇”单独设立。2007 年 6 月 1 日,《企业破产法》开始施行,很多律师对于企业破产中的管理人制度、企业破产程序、律师工作实务等问题都提出了自己的见解,相信这些见解与研讨能够为《企业破产法》的实施提供更好的理论与操作平台。虽然 2007 年的民委会年会和民商法实务论坛在美丽的秋天召开,但可以说我们已经迎来了民商事律师业务研究百花齐放的春天。

全国律协民委会 2007 年实施了大论坛和小论坛相结合的方法,所谓大论坛指每年召开一次的中国民商法实务论坛,小论坛则是根据民商事专业业务研究的客观需求而组织的民商事具体业务的专题论坛,两者结合展现了更有实效、更加深入的民商事业务的研究。民委会于 2007 年 4 月 15 日、16 日在北京举行了首届民商法婚姻家庭专题论坛;2007 年 5 月 22 日、23 日在浙江绍兴市举行了第二届建筑房地产法律服务专题会议,这二次民商事具体专业业务的小论坛已经搜集到委员和广大律

师的专业论文共 70 篇,这为 2007 年的民委会年会和第九届中国民商法实务论坛的顺利召开,奠定了深厚的基础。大论坛和小论坛互相结合的办法,开拓了律师专业业务研究的新渠道和新方法。

2007 年 5 月 23 日在绍兴召开的民委会主任会议上,根据民委会业务研究更加深入,专业论文的搜集、筛选和编辑成书的工作量越来越大的实际情况,决定聘任庞标委员担任副秘书长,专门负责此项工作。担此重任后,庞标委员在王小咪副秘书长的配合下,夜以继日、呕心沥血,经不懈努力,我们才有了今天得以阅览和交流的、被编为“民商法律师实务”丛书第 6 至 9 册的《民事律师实务(第 2 辑)》、《房地产建筑律师实务(第 2 辑)》、《公司法破产法律师实务(第 2 辑)》、《婚姻家庭法律师实务》共四册正式出版的论文集。

由法律出版社出版“民商法律师实务”丛书是加强民委会专业业务研究并对全国广大律师的民商事业务进行指导的一项重要工作,在此,我谨对法律出版社为编辑出版该丛书提供的方便致以衷心的感谢。自 2006 年以来,从民委会编辑该丛书的第 1 册至第 5 册的发行效果来看,不仅印数逐渐增加,销售情况也越来越好,许多迫切需要得到业务指导的律师对该丛书都给予了较高的评价。

2007 年民委会收到的众多论文是民委会的委员和广大律师共同努力的结晶,充分反映了中国律师关心法治、关注执法的实务操作的主流方向,也体现了广大律师不断钻研、积极进取、不断提高实务能力的使命感和责任心。我谨代表全国律协民委会表示深深的敬意和诚挚的感谢!有民委会全体委员和广大律师的努力和支持,律师民商事业务研究百花齐放的春天一定会更灿烂、更美好!

中华全国律师协会民事专业委员会主任 朱树英

目 录

第一篇 合同篇

3	论公司设立中合同责任的承担	陈 浩	张育红
11	论合同履行中的附随义务		陈丽娟
21	最高人民法院关于房地产三个司法解释在合同效力 方面的突破和局限		丁少飞
31	论缔约过失责任		范作辉
40	论商标转让合同的成立、生效与无效 ——兼谈娃哈哈商标纠纷		冯 培
45	格式合同中霸王条款存在原因的经济分析及其规制 ——从一则运输合同纠纷谈起	顾文德	石 玮
53	委托合同解除后的报酬确定		韩 宁
59	政府采购合同法律性质辨析		劳 佳
70	订立电子合同的法律问题研究	李慈玲	夏海波
75	格式合同中霸王条款存在原因的经济分析及其规制	李水建	巴海伟
80	合同解除后,可得利益是否需要赔偿		林镛海
92	绿地认养法律关系探析		庞 标
98	《购售电合同》及法律风险防范	王亚和	何力新
107	以快递运输为例分析“霸王条款”中约定的赔偿 责任效力问题	肖安华	石 玮

111	论合同诈骗与经济合同纠纷的界限	杨飞翔
117	对买卖合同纠纷实务中有关问题的法律思考	刘金林
123	论合同法中的诚实信用原则与诚信社会的建立	刘文琴
131	《国际商事合同通则》中艰难情势与不可抗力规则研究 ——兼论英美法系和大陆法系相关制度	王青松

第二篇 侵权篇

141	第一章 总论	
141	人对其基因的民事权利探讨	李 燕
151	建设项目“采光权”纠纷的实践和思考	刘金玲
157	侵权责任法草案专家建议稿的新亮点	庞 标 杨仲凯
171	民事侵权及举证责任	王波涛
176	不真正连带责任的诉讼程序设计	王 俊
184	论不当得利与商业秘密民事保护	王 岩
191	论雇主无过失侵权责任制度 ——完善我国民事法律雇主转承赔偿责任制度的思考	蔡宝才
197	论“残疾赔偿金”或“死亡赔偿金”的双重计算	邓 戈
204	第二章 特殊侵权	
204	驳第三人侵害债权制度	伏 青
209	环境侵权案件中的举证责任	李 艳
217	防治职场性骚扰的法律思考	林建军
228	第三人侵害债权的制度瑕疵与理论基础危机 ——兼评佟强教授之“债权层面物权化”观	刘 萍 周广文
238	论同命不同价	潘公明

242	“脑白金”案的法律思考	庞 标
249	环境侵权诉讼中证明责任的分配	任莉莎
258	药品损害责任的概念和类型	王志坚 何 伟
271	论工伤保险责任与人身损害赔偿责任的竞合	赵凤娟
277	产品责任相关问题比较及我国立法的完善	郑 炜
292	完善组合物发明专利侵权判定规则研究	孙德生 周 茹
303	论交通事故损害赔偿案件中举证责任的负担原则	王志业
310	专利权保护与专利垄断权范围问题研究 ——一起专利侵权案引发的思考	张伟民 兰 虹
316	第三章 医疗纠纷	
316	我国医疗纠纷处理立法的历史沿革	陈志华
328	当前医疗纠纷案件热点难点浅谈	郭玉涛
337	从鉴定人“日探阴山”评医疗鉴定的“公正”性	李运午
343	医疗合同当事人的义务探讨	刘东军
351	论医疗事故的精神损害赔偿问题	刘志慧
360	医疗纠纷案件中与鉴定相关的实务探讨	孙万军
368	医疗纠纷案件热点难点问题研究	郭玉涛
377	医疗事故鉴定相关法律问题研究	李 刚
384	论医疗纠纷的法律误区	李 忠
391	医疗事故中的民事责任与赔偿	张 谦

第三篇 民事诉讼篇

401	第一章 总论	
401	公司被吊销营业执照后诉讼问题研究	房 华

409	论物权请求权的诉讼时效	满淑云
416	论非法人团体的法律地位 ——兼评民事主体的判断标准	王勇伟 马栋梁
434	诉讼与法治 ——转型的中国民事诉讼法	吴 丽
445	既判力与生效判决的关系及其实务运用	吴 旭
453	美国仲裁程序中的临时禁令及对我国的启示	杨 莹
461	刍议代理涉及无独立请求权的第三人案件的法律问题及对策	虞海升
471	第二章 诉讼程序	
471	诉讼财产保全错误的责任承担	常海防 庄丽生
475	我国民事再审制度存在的问题及改革	关国正
483	民事调解书再审启动权的设置缺陷及完善	李旭修
490	我国民事再审程序存在的缺陷及其重构	肖进成
500	民事再审程序问题研究	许连才
510	论民事再审制度的若干问题	杨为念
517	民事抗诉权的法律缺陷	赵 莉
522	论我国委托执行制度的改造	王 磊 朱 勇
534	第三章 诉讼证据	
534	论我国民事诉讼中的自认	卜凡文
542	司法实践中运用证据规则存在的法律问题	丁少飞
551	农业司法鉴定管理体制及程序制度探析	范少罡
569	析司法实践中运用证据规则存在的法律问题	李红伟
579	影响证人证言准确性的心理性因素分析	李旭修
586	律师在民事诉讼证据制度中的作用	孙长民

593	司法实践中运用证据规则存在的法律问题	朱光军
601	司法实践中运用证据规则存在的法律问题 ——举证责任与证明责任之辨	邹 鲲
606	论民事举证责任分配自由裁量的价值准则	甄振邦

第四篇 其他篇

617	鲁迅与当代中国律师	陈惠忠
626	物权法关于抵押权制度改进之我见	房 华
634	外企法律顾问律师服务经验漫谈	伏 青
638	政府采购法律制度若干问题研究	胡勇军
649	论我国反垄断法执法机构的设置	柳 红
655	BOT 协议中适格的政府方主体	马丽红 韦 烨
660	农民专业合作社治理中的法律服务的特点	陶光辉
665	律师如何在农民专业合作社设立中发挥作用	王洪松
671	论合伙制律师事务所建所初期应把握的几个关键问题	王维嘉
677	《物权法》对典当行业的影响	吴正林
685	失地农民再就业途径研究	应 瑛
692	新疆涉外法律服务市场的现状与应对专题调研报告	新疆公廉律师事务所
701	论担保物权的存续期间 ——对《最高人民法院关于适用〈担保法〉若干问题的 解释》第 12 条的理解与适用	李宝江
707	试论我国法律的协调统一 ——兼论国内法律之间的相互矛盾不能称为“法律冲突”	李可夫 刘金生
723	论实质性损害的甄别	潘晓燕

730	民商活动领域犯罪问题研究	桑 云 李可夫
744	论行政、民事争议关联案件的若干问题	宋 明
753	论新疆特定条件下的律师外贸业务	张 博
762	论机动车辆保险及责任的承担	朱光军
771	论风险投资机制的建立及法律完善	王卫东

第一篇

合 同 篇

论公司设立中合同责任的承担

陈 浩 张育红*

〔摘 要〕 设立中公司签订合同是市场经济环境中的普遍现象,而设立中公司合同责任的承担关系到交易的稳定与安全,并影响各个主体之间风险与利益的分配,尤其涉及交易安全及第三人利益的保护问题。因此,对该问题的研究具有重要的理论和现实意义。

在公司设立过程中,根据公司法的要求或出于对将来公司生产经营需要的考虑,通常要对外签订合同,以使将来成立之公司具备一定的生产经营能力,获取必备的生产要素。而设立中公司处于一个特殊阶段,正是其特殊性使得设立中公司签订合同的责任承担问题复杂化。公司设立的结果存在不确定性,何者将作为合同一方来享有权利、承担义务,本文将作深入分析。除此之外,如公司成立不能,则此类合同责任的承担情况又有所不同。

基于此,作者通过对类型化的公司设立中合同效力理论和实践两个层面探讨,对设立中公司责任归属于成立后公司进行理论分析,试图找出成立后公司对公司设立中合同享有债权、承担债务的理论依据。在概括分析我国公司设立中合同责任承担制度的现状及不足的基础上,就我国如何借鉴他国的相关立法来完善我国的相关制度,提出相关建议。

〔关键词〕 发起人 设立中公司 合同效力 责任承担

* 辽宁申扬律师事务所

公司设立中合同是指在公司设立阶段,为了使成立的公司取得一定生产要素,具备一定生产经营能力而订立的合同。^{〔1〕}例如公司设立中为完成设立过程中的法律事务,聘用律师事务所出具法律意见书、聘用会计师事务所出具验资报告而签订的合同,公司为落实公司办公地点,与第三人签订房屋租赁合同、场地使用合同、公用电合同、供气合同等。

一、公司设立中合同的效力

公司设立中合同的效力,也即公司设立中合同是否当然具有效力?或者在何种情况下具有效力?它对谁具有约束力?这直接关系到公司设立中合同责任的承担,值得关注。

1. 我国现有立法对公司设立中合同效力的规定

我国《公司登记管理条例》遵循世界通例,第3条规定:“公司经公司登记机关依法登记,领取《企业法人营业执照》,方取得企业法人资格。自本条例施行之日起设立公司,未经公司登记机关登记的,不得以公司名义从事经营活动”。^{〔2〕}该规定表明,公司在取得营业执照前,不具有法人资格,因而不能以公司名义从事经营活动,包括签订公司设立中合同。《公司登记管理条例》进一步规定:“依法设立的公司,由公司登记机关发给《企业法人营业执照》。公司营业执照签发日期为公司成立日期。公司凭公司登记机关核发的《企业法人营业执照》刻制印章,开立银行账户,申请纳税登记。”^{〔3〕}因此,我国公司法律规范在原则上禁止主体在公司设立阶段以成立后的公司名义签订合同,而该类合同也由于违反法律、法规的强制性规定,因而无效。^{〔4〕}

笔者的疑问是:根据《公司登记管理条例》第3条的规定,发起人如果以公司的名义从事经营行为,对于公司应属于无效行为,但对于发起人和第三人的法律效力如何该条却并未明确,而公司能否接受此类合同也没有相关规定。

〔1〕 张汉槎先生将公司设立中合同定义为:“公司成立之前,即在组织公司的初步工作中根据需而签订的契约。例如,为了获得地产。”参见张汉槎著:《香港公司法原理与实务》,科学普及出版社1994年版,第46页。

〔2〕 《公司登记管理条例》第3条。

〔3〕 《公司登记管理条例》第25条。

〔4〕 《合同法》第52条第5项。