

律师名案论辩 与实务研究

第二辑

黄悠翔 许维中 主编

案

群众出版社

JI SHI MING AN LUN BIAN YU SHI WU YAN JI

5 43

17263
1790

律师名案论辩与实务研究

第 二 辑

主 编：黄悠翔 许维中

副主编：董服民 卓学龙

群 众 出 版 社

2001 年·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

律师名案论辩与实务研究, 第2辑/黄悠翔, 许维中主编,
北京: 群众出版社, 2001.2

ISBN 7-5014-2399-7

I. 律... II. ①黄... ②许... III. ①律师业务-研究-中国 ②律师-辩护-案例-中国 IV. D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 06556 号

律师名案论辩与实务研究 (第2辑)

黄悠翔 许维中 主编

群众出版社出版、发行 新华书店经销

北京忠信诚胶印厂印刷

850×1168 毫米 32 开本 26.75 印张 685 千字

2001 年 2 月第 1 版 2001 年 2 月第 1 次印刷

ISBN7-5014-2399-7/D·1128 定价: 40.00 元

前 言

历经艰辛的跋涉,中国人终于踏上了世界贸易组织的门槛。而一旦加入 WTO,融入世界经济大潮,置身于国际竞争之中,则必将受到世界发达经济的强大冲击。在这一大潮中,作为仅仅恢复 20 年的中国律师业,也同样面临着前所未有的发展机遇和巨大的挑战。面对“狼来了”的一片喊叫声,中国律师将如何以对?

“Internet”,曾几何时,这对众多的国人来说还是个十分陌生的名词,但仅仅几年时间,它便以惊人的魔力获得了前所未有的高速发展,越来越多的人,不分男女老少,痴迷于网上冲浪,数以万计的经济实体,纷纷在 Internet 上抢先登岸。Internet 的诞生,带给人们空前的自由。在一个“没有人知道你是一条狗”的社会,你大可以女扮男装而不被揭穿,你也可以尽情口诛笔伐而不用担心会有人给你一顿饱拳;由于没有政策限制,没有编辑设防,没有发行压力,没有十分挑剔的读者,任何人都可以在网上放手一试,一圆自己的文学梦,优秀的作品自然有人喝彩,稚嫩的文笔也不会遭人耻笑;而电子商务则因其信息传播快,交流便捷、交易成本降低等诸种因素,因而对众多的商家而言更是一种福音,其前程不可限量……Internet 带来了人们新的思想、新的观点、新的感受、新的利益,但与此同时,Internet 也带来了诸多新的法律问题,正如哈佛法学院的劳伦斯教授在美国科学院讲演时指出的,“网络是一个世界,在这个世界里,人们经历现实世界的一切,甚至从一定意义上讲,人们经历的更多”。因此,如何正视 Internet 的相关法律问题,已是摆在人们面前的一个严峻的课题。

“你有权保持沉默,你所说的一切都可能在法院上作为不利于你的证据;你有权咨询律师,并且问话时有权要求自己的律师在场。”在全美妇孺皆知的“美兰达警句”此刻引起了我国法学界的浓厚兴趣,在刑事诉讼中赋予被告沉默权的呼声日益高涨。

在过去的1年中,WTO、BOT、电子商务、网络著作权、沉默权等新的法律领域受到了空前的关注,而传统的刑法、民法、合同法、公司法、诉讼法及律师事务所的自身发展也依然为律师界所深入研究。为了总结上述领域的最新理论成果,我们在《律师名案论辩与实务研究》第一辑的基础上,编辑出版了第二辑。本书共分上、下两篇:律师实务研究、律师名案论辩。在上篇律师实务研究中,又按照文章研究内容的不同,区分为律师改革与发展研究、公司法与企业改制、合同法理论与实务、民事业务研究、海商世贸电子商务、刑法理论研究、诉讼法研究等七个部分。这些文章中既有丰富的实务经验总结,又有深入浅出的理论分析;既研究了律师发展的新业务,又对律师事务所改革发展面临的问题进行了探讨。相信本书的出版,对于提高律师的业务素质和执业水平,进一步拓展律师业务的新领域必将大有裨益。但由于时间、水平所限,尽管我们尽了很大的努力,但难免仍会挂一漏万,书中也定会有不少的缺点和错误,在此恳请广大读者批评指正。

新年的钟声已经敲响,21世纪的曙光已展现在我们的眼前。21世纪的中国,将会发生两件大事:一是在经济上加入WTO,使中国融入世界经济一体化,真正从根本上打破所谓社会主义计划经济体制,走上社会主义市场经济体制,实现经济腾飞;二是依法治国,建设社会主义法治国家,走上法律至上的长治久安之路。这两件大事都与律师业密切相关,都需要律师界努力为之奋斗。21世纪的中国律师,任重而道远;21世纪的中国律师业,前程一片光明。

编 者

2000年12月

目 录

上篇 律师实务研究

一、律师改革与发展研究

WTO:中国律师业的机遇与挑战	黄悠翔(2)
“入世”与中国律师	陈志明 董 玮(7)
中国法律服务业如何面对 WTO	胡适荣(12)
我国《律师法》在中国律师业加入 WTO 后存在的矛盾	韩美琴 沈 靖(15)
辩护律师调查取证权的现状与对策	黄悠翔(19)
律师调查权的现状及立法完善之我见	陈燕萍(24)
律师业发展亟待解决外部环境障碍	柯秀丽(28)
也谈律师执业环境	胡庆根(33)
刍议来自当事人的侵害	何 伟(37)
论律师事务所的兼并	梅其良(41)
合伙律师承担无限连带责任有关法律问题的分析	林文寿(44)
律师事务所市场开发策略方法	李文勇(48)
谈我国律师业收费的改革	金尧坤(53)
谈律师见证	阙建钢(59)
律师事务所办公自动化管理刍议	张国清(62)
浅谈 ISO9000 族标准在律师事务所的适用	吴 卫(67)

二、《公司法》与企业改制

论市场经济法治模式	许维中	耿春辉(72)
论《公司法》中的法人财产权	许维中	张 华(75)
胜利股权之争带来的法律问题思考	李庆新	(81)
论股东派生诉讼制度	戴爱珍	(86)
关联交易的披露	杨 琴	(92)
产权改革与律师应提供的法律服务	周桂珠	(97)
关于设立股份有限公司的律师实务	舒瑶芝	张兴中(101)
债转股的运作及其法律问题探讨	夏建军	(106)
论我国公司合并立法的不足与完善	张高峰	(111)
企业改制中股份制与股份合作制的区别	陈志明	(115)
论国有企业购并的若干法律问题	杨 华	(118)
国有小企业改制需要解决的几个法律难题	杨仁江	(122)
论企业注册资本若干法律问题	郑曙光	(126)
论对被吊销处罚企业的债权主张	郑曙光	(132)
企业虚报注册资金的后果及法律适用	胡毓品	(137)

三、《合同法》理论及实务

析《合同法》的几项新规定	黄跃君	叶剑秋(139)
论《合同法》中的抗辩权	王昌华	(145)
论双务合同中同时履行抗辩权的适用	黄宇健	(150)
双务合同履行中当事人应注意的双重陷阱	刘志胜	(155)
经济合同纠纷代理中的律师实务	许乙川	(159)
论表见代理中的“理由”	段逸超	(163)
债权人撤销权制度研究	叶知年	张建农(168)
缔约过失中损害赔偿范围的分析与探索	李 雄	(173)
论代位权行使的相关问题	伍孝信	郑小雄(177)
对《合同法》第七十三条代位权的理解	王建平	(182)
《合同法》中代位权的适用	刘建平	(187)
代位诉讼中债务人的诉讼地位浅谈	李学元	(192)

浅论效力待定的合同效力确定	李耀强(195)
把握合同效力的几个问题	周焕润(198)
谈《合同法》对合同无效的规定	曾旭(203)
论买卖合同中有关新规则	赵淑芳(208)
买卖合同中的若干所有权问题	童洪锡(213)
论买卖合同标的物风险转移规则	赵宗昌(217)
论买卖合同标的物风险转移的时间	陈慕林(222)
试论买卖合同违约损害赔偿的计算	裘红伟(227)
论交易习惯	周跃明(232)
浅议抵押合同的履行期限	姜象舜(237)
浅析联营合同纠纷及处理	陈沸(240)
保证合同纠纷中常见的几个问题	何锐(244)
代理最高额保证借款合同应注意的问题	史卫进(249)
略论合同转让	卓予拉(255)
违约金责任理论与实务探讨	陈高英(260)
责任保险的权益转让	黄侃(265)
责任保险理赔相关法律问题探讨	齐晓云(270)
浅析人身保险合同的成立和生效的法律问题	张彤(274)
浅论悬赏广告	张旭(277)
论汽车分期付款买卖的法律特征	施建华(281)
交通运输工具质押担保的后果浅析	史剑虹(286)
本案的存单质押行为无效	汤坚 吴竣(288)

四、民事业务研讨

公平责任原则刍议	章杨萍(291)
我国善意取得制度的立法现状	徐敏(295)
论过失相抵原则在违约损害赔偿上的应用	林越坚(299)
论其他组织	沈世雄(304)
谈保证期间的若干法律问题	周磊(308)
财产相邻权的扩展与对策	项军权(313)

《建筑法》对工程保修的规定及对建筑工程承包管理

提出的新课题	马文兵(318)
审理迟延交付商品房案件若干问题的探讨	刘豫衡(321)
承包商资质不符及法律对策	许维中 陈刚(326)
《建筑法》对建设工程质量缺陷损害赔偿的规定	徐沁泉(331)
预售商品房广告及相关法律责任	王萍(334)
城市房屋拆迁民事诉讼法律主体探讨	叶劲松(338)
对海南积压房地产确权的法律思考	陈琪 毛骑军(344)
征用土地补偿费纠纷中的几个问题	许智荣(350)
个人购房抵押贷款律师代理业务探析	吴明秀 吴卫星(354)
房地产交易过程中的法律服务	戴和平(359)
浅析知名商品特有名称的法律保护	徐军(363)
假冒专利若干问题浅析	潘晓业(367)
商业秘密及其保护	王星火 顾永景(372)
论商业秘密保护之秘密性	钱一一(377)
论商业秘密及其保密措施	段逸超(382)
试论不正当竞争行为的种类及对策	宣少军(387)
医疗纠纷损害赔偿之我见	朱顺德(392)
医患关系不宜用行政法规来调整	陈宜良(396)
现行处理医疗事故纠纷法律制度存在的问题及对策	潘崇国(400)
医疗损害赔偿的法律适用问题	徐易北(404)
略论精神损害赔偿	周斌照(408)
精神损害赔偿之我见	姜周健(412)
浅论精神损害赔偿	陈阜东(416)
精神损害赔偿的积极意义及误区的防范	周玲(422)
关于人身损害赔偿案件若干问题的探讨	叶俊杰(426)

触电人身损害赔偿的法律思考	仰 忠(431)
论产品责任损害赔偿中受害人权利的行使	邢造宇(434)
未成年学生在校伤亡事故的赔偿责任	辛 涌(438)
中小学生在伤害事故处理之我见	胡爱平(442)
未成年学生在校伤亡事故的赔偿责任探析	姜挥田(447)
浅谈工伤劳动争议的几点认识及思考	林玉桂(451)
工伤事故与侵权之探讨	鲍江云(456)
论人身损害中民事与劳动关系之甄别	黄光涛(461)
论“撞了白撞”及其他	柯 直(465)
论道路交通事故处理的公正性	王倩兮(470)
道路交通事故损害赔偿若干问题探讨	王鸿海(473)
确立离婚精神损害赔偿制度初探	詹 杭(479)
“假离婚”现象及对策思考	俞伟成(483)
离婚案件中聘金、聘礼的法律思考	陈 峰(487)
描述韦唯“演出风波”构成名誉侵权的法律思考	赵箭冰(490)
对两起败诉案件的思考	谢红华(495)

五、海商、世贸、电子商务

我国《BOT 法》的基本框架构想	施亚琴(497)
电子商务法律问题探讨	方刚成(503)
法律服务与电子商务初探	姜晓亮(511)
浅谈 Internet 时代的相关民事法律问题	王建军 孙勇龙(516)
论提单的法律性质	郑 峰(521)
试论海上货物运输中承运人的法律地位	周保清(525)
对一起船舶碰撞损害赔偿案的分析	祁国敏 柳方省(528)

六、刑法理论研究

单位犯罪的构成及其诉讼程序	王新平(531)
论法人共同犯罪	萧 仙(537)

论正当防卫中“不法侵害”的界定	金学成(543)
未成年人犯罪的现状与对策	吴敬楚(547)
关于职务犯罪若干问题探讨	陈燕 胡衡(552)
累犯探疑	张跃华(557)
浅析我国的死刑制度	张笑俏(561)
论侵犯商业秘密罪的法律问题	张卫伟(565)
浅谈对刑法第一百九十六条的修改与完善	许韬(570)
浅谈交通肇事罪中的故意	陈汉津(575)
绑架勒索,还是非法拘禁?	王荣迈(578)

七、诉讼法研究

论沉默权	夏建军(580)
沉默权之我见	花伟磊(587)
略论“无罪推定”原则及其他	张冬(592)
律师提前介入刑诉活动法律问题刍议	周春华(597)
律师如何制约法官的自由裁量权	许尚孝(602)
重构我国刑事诉讼证据展示制度的若干问题	李光耀(605)
试论强化及完善律师的质证制度	齐信月(611)
浅谈刑事诉讼中证人出庭作证之必要性	黄文华(615)
谈证人出庭作证的作用	徐伯镇(619)
刑事证人出庭作证制度及其完善	顾祖德 夏建军(622)
刑事附带民事诉讼的共同赔偿责任	蔡福友(627)
刑事附带民事损害赔偿诉讼之我见	陈林清(632)
公诉案件中被害人、附带民事诉讼原告人及其代理人的诉讼 地位与诉讼权利	刘秀臣 冯振堂(635)
试论被害人另行提起民事诉讼的权利	许维中 王南湖(640)
试谈公诉案件中的变更罪名辩	方洪彩(645)
《刑事诉讼法》中有关“鉴定”的修改与律师程序 操作实务	魏家琳(648)

民事诉讼中律师的举证责任与证明责任之探析

.....	毛国平(651)
对反诉制度的探讨	应淑青(656)
试论“当事人陈述”在民事诉讼中的地位 and 适用	何益华(658)
浅析侵权诉讼中的举证责任	吴厚田(661)
论侵权损害赔偿请求权的诉讼时效	张爱林(665)
浅议诉讼时效制度的若干问题	赵 洲(670)
论道路交通事故责任认定的可诉性	戴建庭 唐志军(675)
试论道路交通事故责任认定的可诉性问题	李德团(679)
析医鉴结论的可诉性问题	谢长华(684)
医疗事故鉴定结论在诉讼中的证据作用	俞宏平(688)
行政信息公开制度的功能探讨	陈 红(692)
行政诉讼中应当重视的几个问题	黄 耀(697)
对城市规划违法与执法的几点思考	黄宗耀(702)
强化保护行政相对人的诉权	许洪钟(707)
侦查过程中侵害案外人财产权益应适用何种 程序赔偿	许维中 王南湖(711)
人大应建立听证制度	许维中(717)
劳动仲裁的规范化、法制化	梁 平(720)
目前审判存在错案的成因及对策	王 军(723)
司法腐败及司法不正之风	毛楚铭(726)
影响刑事司法公正的若干因素及防范	黄 耀(730)
浅谈司法腐败及司法不正之风的原因及对策	余绍宽(733)

下篇 律师名案论辩

汕尾特大假币案辩护词	卓学龙(738)
金鹰集团总经理吴彪罪案辩护词	黄悠翔 姜丛华(742)

“执法卫士”郑依清被害案代理词	谢长华(752)
四川“刘西荣案”一审辩护词	韩颖梅 贺海江(758)
蒋海敏贷款诈骗案辩护词	黄悠翔 张亚平(766)
衢州期货赢利贪污案辩护词	裘红伟(773)
张田荣故意杀人案辩护词	张爱林(779)
“10·13”石宕坍塌重大责任事故案辩护词	倪伟明(784)
澳门回归招贴画纠纷案代理词	朱嘉宁(790)
“千岛湖纪事碑”著作权纠纷案代理词	胡爱平(797)
“青春损失费”不受法律保护	钟其安(804)
“金三塔”320 万美元外汇担保案代理词	陈祥发(808)
钥匙坯不能等同于钥匙	黄 侃(815)
象山一建诉中国建筑第四工程局工程款 纠纷案代理词	黄悠翔 张亚平(821)
贸易公司诉宁波出入境检验检疫局行政赔偿案代理词	黄悠翔(826)
撤销房屋产权证书行政诉讼案代理词	陈宜良(831)
首例执行异议案听证会代理词	陈宜良(838)

上 篇

律师实务研究

一、律师改革与发展研究

WTO: 中国律师业的机遇与挑战

黄悠翔

世界贸易组织(简称 WTO)现有成员国 134 个,成员间的贸易量占据世界贸易总量的 90% 以上,是目前世界上最有影响的经济联合体,堪称为“经济联合国”。这是一个通过互利互惠的方法,减少各种关税和非关税壁垒、制止国际贸易中的歧视性待遇、处理成员国之间贸易纠纷的国际组织。

1999 年 11 月 15 日下午,中国外经贸部部长石广生和美国贸易代表巴尔舍夫斯基在外经贸部谈判大厅的谈判桌上,就中国“入世”问题签署了双边协议,中国长达 13 年之久的复关及“入世”谈判通过了一个最高的门槛,意味着在中国“入世”问题上取得了实质性的突破,2000 年 5 月,中国与欧盟签署的“入世”协议,使中国成为世贸组织的一员已指日可待。

而一旦加入 WTO,中国律师业必将受到律师服务国际化潮流的猛烈冲击。因此,作为仅仅恢复 20 年的中国律师业,面对着前所未有的发展机遇和巨大的挑战。

一、WTO 带给中国律师业的良好机遇

可以肯定,一旦加入 WTO,中国律师界将受益匪浅。

第一,律师的服务领域将不断扩大。加入 WTO 后,由于中

国在世贸组织的所有成员中享有多边的、无条件的和稳定的最惠国待遇,我国的进出口贸易将大幅度增加,国外跨国公司、大企业来华投资将不断加大,律师在项目谈判、法律咨询等非诉讼业务也将呈不断上升趋势。“入世”后,还意味着我国逐步在服务产业领域对外开放,如电信、银行、保险、证券、商业、零售、旅游、文化教育等,随着这些产业逐步与国际接轨,将给律师业开辟新的天地。此外,“入世”后,将有许多涉及中国的贸易争端案产生,而这些以中国为一方的争端都将依法被纳入 WTO 争端解决机制的解决范畴。这就需要中国律师代表或帮助中国的有关部门进行起诉或应诉,以维护我国作为世界第十贸易大国的尊严,合法保护国内的产业,为中国赢得一个稳定公正的贸易环境。

第二,外国律师进入我国法律服务市场,加速了我国律师业的发展。应该看到:外国律师的到来,不仅仅带给我们竞争的压力,更主要的是带来了先进的做法和经验。通过学习国外行业管理的有益经验,借鉴外国律师的保险制度,业务规划、业务标准、律师行为规范等制度的有益东西,吸收他们严格的自律、高水平的服务方式和先进的服务理念,改进和完善我们的管理工作。在学习中,不断完善自己,从而缩短我国律师业与西方国家律师业的差距,加快我国律师业的发展进程。

第三,律师的执业环境会得到很大的改善。其一是法律法规的透明度更高,法律的稳定性更强,那些在实际操作中透明度不高、稳定性不强、没有法律依据的政策和司法解释将不能作为法律依据。其二,司法环境得到改善。由于司法环境是投资环境的一个重要组成部分,司法的风险也是外国投资者考虑投资风险的一个重要因素。因此,加入 WTO 之后,司法体制的深化改革是势所必然。

第四,律师的行业管理是国际惯例,加入 WTO 之后,司法行政的改革步伐必然加快,真正能够实现律师的行业管理。实现行业管理后,律师作为一个阶层或社会精英集团的特征更加明显,

律师的管理将得到加强,律师的合法权益更加得到保障,同时,律师的社会地位和社会作用也都会大大提高,律师也必将进入立法领域,对我国的立法和政治生活产生重大的影响。

第五,律师收费状况将得到改善。一方面,由于外国律师的大量进入,必将使律师事务所的收费脱离行政管理规范,律师真正能按国际惯例和更加科学的方式收费,律师收费也将得到提高。同时,由于行业管理的加强,部分律师通过降价恶性竞争的行为也将得到改善,这也将使中国的律师事业得到更大的发展。

第六,有利于提高我国律师业的国际竞争能力。“入世”会有大量的我国企业拓展国外市场,参与国际竞争,我国律师必须要走出国门,为我国企业保驾护航。同时,国外律师业也将会放宽我国律师进入其法律服务市场的限制,这就为我国律师走出国门、参与国际竞争提供了条件。再者,入世后,中国律师走出国门与外国律师同台竞争,也推动了中外律师界的交流与合作,为提高我国律师业的竞争能力提供了广阔的天地。

二、WTO 对中国律师业的挑战

WTO 尽管给中国律师业的发展带来了前所未有的机遇,但也带来了巨大的挑战,它将具体表现在对律师服务意识的冲击、知识结构的冲击、服务手段的冲击及律师事务所体制和规模的冲击等诸方面。

应当看到,西方发达国家的律师事务所在经过一二百年的发展后,已形成比较成熟的服务理念和管理模式。他们在文化层次、综合素质、法律和谈判能力等方面往往优越于国内绝大多数的律师和律师事务所,尤其是在非诉讼领域。据报载,仅美国贝克麦肯思律师事务所在不到 1 年的时间里,就参与了对马钢、燕山石化、广深铁路、吉林化工等企业的重组和在国外的上市等非诉讼活动。此外,西方发达国家律师业在办公条件的软环境方面,也是境内律师事务所无法比拟的。当我们的律师为了某一案件需要的资料,奔波查找或苦于难以查询时,地球另一半美国的