

律师必备丛书

# 律师新业务

主编 王欣新 薛庆予



# 律 师 新 业 务

主编： 王欣新 薛庆予

撰稿人：（按姓氏笔划为序）

王欣新 朱力宇 刘竹梅

胡锦涛 赵 奕 薛庆予

中国人民大学出版社

## 律 师 新 业 务

主编 王欣新 薛庆予

•

中国人民大学出版社出版发行

(北京西郊海淀路39号)

北京市丰台区丰华印刷厂印刷

新华书店经销

•

开本: 850×1168毫米32开 印张: 12.125插页4

1990年1月第1版 1990年9月第2次印刷

字数: 30 100 册数: 11 001—22 006

•

ISBN7-300-00846-1

D·111 定价: 5.70元

## 序

自从党的十一届三中全会恢复律师制度以来，我国的律师队伍逐步发展壮大。目前，包括兼职律师在内，律师总人数已达三万余人。十年来，广大律师工作者在维护国家法律尊严，巩固人民民主专政，促进社会主义经济建设和发展，服务于改革开放，健全社会主义法制，保障人民民主权利等方面，积极提供各种形式的法律服务，做出了一定的贡献。

但是，也应当看到，由于历史的原因，我国的律师队伍还是一支年轻的、正在发展中的队伍，无论是律师的政治素质、思想水平，还是律师业务、法律意识等，都有待于进一步提高。特别是在当前坚持四项基本原则，反对资产阶级自由化的斗争中，必须认真加强律师队伍的思想建设。从1986年开始的全国律师资格统一考试制度，将律师资格和职务分开，从而为律师队伍准备了大批的后续力量。要使这些已经取得律师资格的律师后续人才，成为能适应新的改革开放和治理整顿形势需要的合格律师，也需要在政治、思想及业务上进一步充实和完善。法学界的部分专家、学者和从事律师工作的部分同志，从目前我国律师队伍建设的现实需要出发，认真研究，精心组织，编写了这套《律师必备》丛书。这对于加强对律师工作的业务指导，提高律师队伍的整体素质和业务水平，方便律师各项业务工作的开展等都是十分有益的！

我看这套丛书至少有这样几个特点：一是范围广，几乎涉及律师工作的各个方面，像律师刑事辩护、民事和经济代理、企事

业法律顾问、法律问题解答、律师实用法规等。二是内容新，也许是年轻人的闯新精神所致吧，丛书从选题、选料到具体写作，都不落俗套，令人耳目一新。三是实用性强，律师工作是一项实践性很强的工作，光靠纸上谈兵，从理论到理论是不行的，必须结合实践。丛书的编委和作者们，在这方面下了不少功夫，从法庭辩论技巧、办案技能，到选择案例、论述分析以及辑录法规等，都注重了实用性的要求。

据我了解，出版这样门类齐全、内容翔实、方便实用的律师业务指导书，在我国尚属首次。也许这勇敢而可贺的“第一次”中，还包含着某些稚嫩和不成熟，希冀广大读者热情的关心她、爱护她，使之日臻成熟、完善！

《律师必备》丛书即将面世，欣喜之余，命笔为序。

蔡 诚

1989年12月22日

## 编 委 的 话

《律师必备丛书》经过作者一年来的努力，终于叩开了90年代的大门，呈现在读者面前了。

毋庸讳言，我国律师队伍的现状，尤其是律师的业务素质远远不能适应日益发展的改革形势的要求。作为律师队伍的一员，我们有一种强烈的使命感和责任感，为此，我们组织编写了这套大型律师业务丛书。

在编写这套丛书的过程中，我们坚持理论与实践相结合、全面与深入相兼顾、经验与教训相并重的写作方针，力图为律师的业务活动提供一套实用的工具书，为律师队伍的培养提供一套系统的教材。

该丛书拥有一支以中青年为主的庞大的作者队伍，他们分别来自法律院系、律师业务管理机关、律师事务所等单位。作者队伍的这种结构使丛书在内容和编写方式上更为有效地融合了研究、管理和实际工作部门的相互特点。本丛书的编委分别来自中国人民大学法律系、司法部、国务院秘书局、北京市司法局、深圳市司法局、北京市第十律师事务所等单位。丛书的体系和每一本书的内容及体例都是经过编委会集体讨论、审定的。《律师必备丛书》是全体作者和编委集体智慧和辛勤劳动的结晶。

该丛书凝聚了顾问们大量的心血，司法部部长蔡诚先生为丛书欣然作序，并对本丛书的写作多次给予指示，中国人民大学校长袁宝华先生对本丛书的组织和出版给予了大力支持，对此，我们表示崇高的敬意。该丛书在编写过程中还得到了中国人民大学

法律系、司法部律师司律师业务处、北京市司法局、北京市第十律师事务所等单位及领导的鼎力支持和协助，我们表示真挚的感谢。

《律师必备丛书》全新的体系和其浩大的工程在国内这一领域尚属首例，因此，在丛书的编写方式和内容上难免存在一些问题，对此，我们诚望得到律师界以及法学界同仁的批评指正。

《律师必备丛书》编委会

1989年12月

# 目 录

## 第一编 律师与破产业务

第一章 破产制度概说	1
第一节 破产与破产法	1
第二节 破产法历史沿革	5
第三节 律师破产业务简介	11
第二章 破产申请提出与受理阶段的律师活动	17
第一节 破产界限	17
第二节 律师代理提出破产申请	23
第三节 案件受理裁定的效力与债权申报	30
第三章 债权人会议	35
第一节 债权人会议的组成	35
第二节 债权人会议的召开	38
第三节 债权人会议的职权与决议	42
第四章 和解与整顿程序	48
第一节 和解与整顿制度概说	48
第二节 破产和解制度	51
第三节 企业整顿	55
第五章 破产宣告及其效力	65
第一节 破产宣告	65
第二节 破产宣告裁定的法律效力	67
第六章 破产债权	80
第一节 破产债权的概念与性质	80



第二节	破产债权的范围	83
第三节	未到期破产债权的清偿问题	86
第四节	附条件破产债权的清偿	91
第五节	连带债务问题	93
第七章	别除权、取回权与抵销权	97
第一节	别除权	97
第二节	取回权	100
第三节	抵销权	102
第八章	破产清算与分配	106
第一节	破产财产	106
第二节	律师担任清算组工作	109
第三节	破产分配与破产终结	117

## 第二编 律师参与劳动争议和企业登记

第九章	劳动争议概述	123
第一节	劳动争议的概念与种类	123
第二节	劳动争议的处理	127
第十章	合同争议	135
第一节	因签订劳动合同发生的争议	135
第二节	因履行劳动合同发生的争议	141
第三节	因变更劳动合同发生的争议	149
第四节	因终止、解除劳动合同发生的争议	151
第十一章	法律争议	154
第一节	涉及工时制度的争议	154
第二节	涉及劳动保护制度的争议	158
第三节	涉及劳动报酬制度的争议	162
第四节	涉及劳动保险制度的争议	166
第五节	涉及劳动纪律的争议	175
第六节	涉及集体企业、“三资”企业、私营企业的法律争议	179

<b>第十二章 企业法人登记</b> .....	182
第一节 登记范围和登记主管机关 .....	182
第二节 申请登记的企业应具备的条件 .....	188
第三节 登记注册事项 .....	199
第四节 筹建登记 .....	206
第五节 开业登记 .....	208
第六节 变更登记 .....	215
第七节 注销登记 .....	219
第八节 年检和重新登记注册 .....	222
<b>第十三章 私营企业的登记</b> .....	229
第一节 私营企业的认定标准和类型 .....	229
第二节 私营企业的登记条件 .....	234
第三节 开业登记 .....	236
第四节 变更登记与注销登记 .....	241
<b>第十四章 有限责任公司与股份有限公司登记</b> .....	244
第一节 有限责任公司登记 .....	244
第二节 股份有限公司登记 .....	248

### **第三编 律师与行政诉讼代理**

<b>第十五章 律师与行政诉讼</b> .....	253
第一节 行政争议与行政诉讼案件 .....	253
第二节 行政诉讼与行政诉讼法 .....	255
第三节 行政诉讼与民事诉讼及行政复议的关系 .....	257
第四节 律师参加行政诉讼的意义和作用 .....	261
<b>第十六章 律师行政诉讼代理的范围</b> .....	264
第一节 具体行政行为的合法性 .....	264
第二节 律师行政诉讼代理的具体范围 .....	266
第三节 律师代理行政诉讼案件的种类 .....	271
第四节 律师对不能起诉的行政案件的处理 .....	285

第十七章	律师与行政诉讼参加人	288
第一节	行政诉讼的原告	288
第二节	行政诉讼的被告	291
第三节	行政诉讼中的第三人	292
第四节	法定代理人	294
第五节	律师接受委托担任诉讼代理人	294
第六节	代理律师的诉讼权利和义务	296
第十八章	律师与行政案件的起诉、应诉	298
第一节	起诉的条件	298
第二节	行政案件的起诉	303
第三节	审理前的应诉	309
第四节	具体行政行为的暂缓执行	310
第十九章	律师与行政诉讼证据	313
第一节	行政诉讼证据的种类	313
第二节	行政诉讼的举证责任	317
第三节	行政诉讼证据的调查、收集	319
第四节	行政诉讼证据的保全	322
第二十章	律师与行政案件的审理和判决	324
第一节	行政诉讼的审理	324
第二节	行政诉讼中的申请撤诉和缺席判决	326
第三节	妨害行政诉讼的行为及其强制措施	329
第四节	行政案件不适用调解	333
第五节	行政案件的审判依据	335
第六节	行政案件的开庭审理	337
第七节	行政案件的判决	339
第八节	行政案件的上诉和审理	344
第二十一章	律师与生效的行政判决、裁定	348
第一节	行政诉讼中的申诉	348
第二节	行政诉讼的审判监督程序	349
第三节	判决、裁定的执行	351

<b>第二十二章 律师与行政侵权赔偿责任</b> .....	359
<b>第一节 侵权赔偿制度</b> .....	359
<b>第二节 损害赔偿请求的提出和诉讼</b> .....	361
<b>第三节 侵权赔偿责任的承担和赔偿费用</b> .....	363
<b>第二十三章 律师与涉外行政诉讼</b> .....	367
<b>第一节 涉外行政诉讼程序</b> .....	367
<b>第二节 有关涉外行政诉讼的特别规定</b> .....	369
<b>出版说明</b> .....	373

# 第一编 律师与破产业务

## 第一章 破产制度概说

### 第一节 破产与破产法

#### 一、破产的概念

破产一词在社会生活中为人们广泛地使用，作为日常用语，意为不可挽回的彻底失败。在经济领域中，破产的概念是指当经营人的经营活动失败，严重亏损、负债累累，已不可能继续维持存在的状况。破产在法律上的概念则有其特定的含义，专指处理经济上破产的法律制度，即在债务人不能清偿到期债务或者资不抵债时，由法院强制执行将其全部财产公平清偿全体债权人；或者在法院主持下，由债务人与债权人会议达成和解协议，整顿复苏企业，清偿债务，避免倒闭清算的诉讼制度。

由于各国法律对破产界限规定不同，破产分为事实上的破产与法律上的破产两种情况。事实上的破产亦称真正的破产，是指债务人因负债超过资产（即资不抵债）不能清偿债务而破产。因债务人这时财产不足，实际上已不可能还清全部债务，故称为事实上的破产。法律上的破产是指债务人因不能清偿到期债务而破

产，这时，债务人的资产可能低于负债，但也可能等于或超过负债，于是便可能出现债务人资产虽超过负债，却因无法获得足够的现金或以债权人同意的其他方式偿还到期债务，不得不破产还债的情况。之所以称其为法律上的破产，是因对债务人的破产宣告是依法律上确定的标准进行的，而对破产清算后债务人实际能否清偿全部债务则不加考虑。由此可以看出，前者着眼于债务清偿的物质保障是否充分，而后者着眼于债务关系是否能够正常维系。目前，我国《企业破产法（试行）》（以下简称企业破产法）中采用的便是法律上破产的概念。

破产是商品经济社会发展到一定阶段必然出现的法律现象。商品经营者在激烈的市场竞争中，总是有的营利，有的亏损，有的资本雄厚四处放债，有的则因债台高筑难以清偿而倒闭被淘汰。在这种情况下，要维持正常的经济秩序，就必须保障在商品经济中起重要维系作用的信用关系即债务关系能够正常实现。当债务人对全部债务尚有清偿能力时，即使不自动履行债务，债权人可以通过民事诉讼与强制执行程序使债权得到完全偿还。当债务人对债务丧失清偿能力时，如果他只有一名债权人，通过民事执行程序仍可解决清偿问题。虽然债权人这时难以得到全部偿还，但在全部财产为其一人执行的情况下，不会出现清偿不公的现象，余债亦可要求延期清偿。但是，在债务人丧失清偿能力，而债权人又为多人时，靠个别强制执行的方法就不能公平合理地解决债务清偿问题了。因债务人已不可能还清全部债务，便会先偿还那些与自己关系密切的债权人以及那些先得知此情况、讨债厉害的债权人或者先申请强制执行的债权人。这些人可能使债权得到完全清偿，而因种种原因后到的债权人则可能分文不获。平等的债权却得不到平等的清偿，这不仅违背了公平原则，而且也破坏了正常的经济秩序，为此，必须通过立法建立一种新的法律制度来解决这个问题，这就是破产制度。

破产制度与民事执行制度有密切的联系，也有一定的区别。破产与强制执行都是依法进行的以实现债权为内容的执行程序。由于破产是为债权人共同利益进行的，故称为一般执行程序，强制执行是为个别债权人利益进行的，故称为个别执行程序，两者在一些具体规定上有相似之处。不少国家规定，在破产诉讼中可以适用或准用民事诉讼法的有关规定，有的国家还将破产法视为民事诉讼法中的一项特别法。这些都说明两者间的联系，是我们研究与适用破产法时不可忽视的。

同时，破产与民事执行制度之间也存在着许多区别，主要表现在以下几个方面：

第一，民事执行程序中的债务人一般均有清偿能力，只是拒不自动履行义务，故需强制执行。破产程序中的债务人则无清偿能力，已不能对全体债权人完全、公平地履行义务，所以要以破产方式来解决。在此种情况下，债务人对个别债权人的自动履行，因有违公平清偿原则，反为法律所禁止。

第二，民事执行与破产制度虽都是为债权人利益而进行的，但前者是为个别债权人进行的，后者是为全体债权人进行的。民事执行只有已到期的债权人才可提起，而在破产程序中，对未到期的债权人同样应当予以清偿。

第三，民事执行涉及的范围广泛，随债权内容而定，既包括对财产的执行，也包括对行为义务的强制履行。破产程序执行的对象仅限于财产，只有能够表现为或折算为金钱的债权才能在破产程序中受偿。民事执行仅就债务人的相关财产进行，而破产程序则是对债务人全部财产与经济关系进行的彻底清算执行。

此外，在具体程序上两者也有许多不同。如破产案件中无原告、被告之说，债权人、债务人都可以提出破产申请；破产财产的分配执行由破产管理人进行，民事执行则由法院执行员进行；破产程序中设有债权人会议等机构；破产程序以裁定形式解决问

题,而且多不可上诉等等。了解这两种制度的异同之处,不仅有助于理解破产制度设立的必要性,而且有利于对破产法的正确执行。

## 二、破产法的概念

企业经营失败,以致不能清偿债务的现象,无论人们是否承认,只要在商品经济社会中便会客观存在。但这只是一种客观的经济状况,并不能说明人们主观上对此采取什么法律措施解决,不等于必然要适用破产程序,我国对此类企业就曾长期采取财政补贴、关停并转等行政方法处理。只有在制定并实施破产法,将这种经济关系纳入法律调整范围之后,破产制度才算真正得以建立。

破产法是规定在债务人不能清偿到期债务(或负债超过资产)时,由法院宣告其破产,并主持对其全部财产强制清算分配,公平清偿全体债权人,或由债务人与债权人会议达成清偿债务的和解协议,进行整顿的法律规范的总称。破产法有广狭两义,狭义的破产法仅指对债务人破产清算的法律,广义的破产法则还包括以避免债务人破产为主要目的的各种和解整顿制度方面的法律。现代意义上的破产法均是由规定破产清算与和解整顿两方面内容的法律构成,只不过有的国家将破产与和解规定在同一部法典中,有的国家则分别单独立法;有的国家规定先行和解为破产宣告的必经程序,有的国家则不将和解作为破产的必经程序。

破产法的基本内容可分为实体性规范、程序性规范和罚则三大部分。实体性规范主要包括破产原因即破产界限、破产财产、破产债权、取回权、别除权、抵销权、撤销权、破产费用等内容。程序性规范主要包括破产申请与受理、管辖、破产宣告、债权人会议、破产管理人、破产财产的清理、变价与分配、和解与整顿、破产程序的终结等内容。罚则部分主要规定对破产犯罪等违法行为的处罚、免责以及复权等内容,有的国家还规定有对破



产违法行为的行政处分与经济制裁等。在立法体例上各国规定也有不同，有的国家按实体规范、程序规范、免责与复权、罚则等内容分编各自规定，如日本、联邦德国，有的国家则依破产程序进行顺序统一规定，不作实体与程序之分，我国的破产法就是采取后一种立法形式的。

在破产法对人的适用范围上，有两种不同的立法原则。一种是商人破产主义，即只对商人适用破产法，其他人不能清偿债务时，仍适用民事强制执行程序，意大利、比利时等国便是如此。另一种是一般破产主义，即对商人及普通人不能清偿债务的情况均适用破产程序解决，如联邦德国、英国的破产法。由于在现代社会中，商人的概念已渐为企业法人所取代，本世纪以来各国制订的破产法一般不再采用商人破产主义，有些过去采此主义的国家也改行一般破产主义，如法国1967年颁布的破产法便放弃了长期奉行的商人破产主义。目前，我国制订的《企业破产法（试行）》仅适用于全民所有制企业，这主要是由当时的社会情况和经济体制改革的需要决定的，而非考虑破产对象是商人与否，但若仅从理论上归类，该法则属于限定范围的商人破产主义。从现实实际需要看，迫切需要破产法调整的并非全民所有制企业，而是集体所有制企业特别是乡镇企业、私营企业与个体工商户。因此，尽快制订并实施普遍适用于参加经济经营活动的各种企业及个体工商户的统一的破产法，乃是继续深入进行经济体制改革，完善法制建设、维持社会经济秩序无法回避、至关重要的一步。

## 第二节 破产法历史沿革

### 一、破产法的起源与发展

破产法最早起源于古罗马时期。在著名的《十二铜表法》中