

2005年第1期

总第2期

晟典律师评论

SD & Partners Law Review

晟典律师事务所 主办

名家讲座

人身损害赔偿司法解释讲座

杨立新

论文

正义沉思录

周海荣

法学家访谈

证据的困惑——诉讼法学中的哥德巴赫猜想——何家弘教授访谈录

黎永绿

专题研究

中国风险投资法律环境评价与展望

李淳

律师实务操作指南

如何发挥律师在银行法律风险控制中的重要作用

胡宜

为民立言

我们不需要这样的城乡分治

马占福

人民法院出版社



2005年第1期

总第2期

晟典律师评论

SD & Partners Law Review

晟典律师事务所 主办

主 编 周海荣

副主编 陈 东 曹世文 郑建江

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

晟典律师评论. 总第2期/周海荣主编. —北京: 人民法院出版社, 2005.6

ISBN 7-80217-039-7

I. 晟… II. 周… III. 律师业务—中国 IV. D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 056559 号

晟典律师评论 2005 年第 1 期 (总第 2 期)

晟典律师事务所主办

主编 周海荣

责任编辑 闻道兰丽专
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号(100745)
电 话 (010)85250569(责任编辑) 85250516(出版部)
85250558 85250559(发行部)
网 址 www.courtpress.com
E - mail courtpress@sohu.com
印 刷 北京人卫印刷厂
经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16
字 数 270 千字
印 张 17
版 次 2005 年 6 月第 1 版 2005 年 6 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-80217-039-7
定 价 36.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

《晟典律师评论》组织机构

顾	问	韩德培	江 平	徐静村	李昌麒
		赵秉志	张卫平		
编委会主任		钱伯明			
编委会副主任		陈治民	余俊福	徐育康	吉卫民
		周海荣			
委	员	钱伯明	吉卫民	何阳春	许 捷
		徐育康	周海荣	尹 宏	苏作文
		叶安民	秦家才	陈华诚	蒋景春
		黎 伟	许汝俊	陈治民	陈小明
		李国然	许华英	张 文	朱敏雄
		陈利民	何仕金	辛焕平	丁新朝
		陈 东	张伟宜	陆永康	柯全海
		曹世文	李 卫	郑泽敏	申 凯
		余俊福	祝理力		
		周海荣			
主	编	陈 东	郑建江	胡 宜	
副	主	沈咏健	冯 东	杨 洲	黎永绿
编	辑	王秀伟	黄建强	张巍松	李 军
		王 萍	周殿梁	高义融	李 欣
电子版编辑		王小安	林燕好		

卷 首 语

——守望法律

王 波*

律师作为职业的法律人，法律是其立业存身的根本。博大精深的法学思想和抽象晦涩的法律条文有如一条奔流不息的长河，大多通过律师的智慧与践行，才能化作涓涓细流进入芸芸众生的心田，化作普罗百姓的感同身受。律师作为法治社会不可或缺的重要成员，信仰法律、维护正义、捍卫人权是其神圣的天职。惟如此，才能够在维护公正与秩序的同时获取更为广阔的自由天空。

在一个缺乏法治传统及法治理念的环境中从事律师工作，个中的甘苦与无奈，律师同仁可谓感触颇深。每每谈及执业环境及执业前景，大家总不免有些许牢骚与困惑。但是，无论执业的道路上有多少艰难险阻，有多少云遮雾障，只要我们心存法律的理想，矢志不渝地追求法律的真谛，作一名真正的法律人，我们就会充实、坚定并不断向上。

本人从事律师工作已近 17 个春秋，代理了众多大案要案，然至今仍历历在目的却是 16 年前两位农民兄弟的承包合同纠纷

* 广东金鹏律师事务所主任，广州市人大法工委委员，中国南方刑事法律研究中心研究员，广州市诉讼法学研究会副总干事，广州市刑法学研究会副总干事。



纷案。由于他们误在承包合同承包人处签了名，被一审法院判决与真正的承包人一起承担企业的亏损，但实际上他们只是受雇者。二审我代理此案，经过慎密调查和据理力争，二审判决全部采纳了我的法律意见，反败为胜。判决后，农民兄弟热泪盈眶，用粗糙的双手拉着我的手久久不肯松开——那个瞬间，一种职业自豪感和幸福感油然而生。那一刻，我对律师职业有了一种新的感悟。

律师是法律火种的传递者，法律阳光的播洒者，法律精神的守护者。守望法律，就能让社会感受到理性的光辉，正义的力量；守望法律，我们就能在金钱面前保持一份清醒，在权势面前保持一份自尊，在纷繁复杂的案情中保持一份客观；守望法律，就能在理想与现实的冲突中作出毫不后悔的抉择；守望法律，就能在执业征途中忘却疲惫和无助，不懈怠和敷衍；守望法律，就是守护我们行业自身的发展，就是守护我们心中那片孕育希望的沃土。

每一名律师都应该是一位甘愿为正义献身的斗士，一位为公众寻求秩序的跋涉者，一位为理性开道的导航员，一位维护法律尊严的守望者。守望法律是律师的天职，而守望法律，就是守望我们全部的幸福与希望。

晟典律师是法律的真诚守望者，是正义的痴心追梦人，愿所有的律师同仁都与他们同行！

2005 年春

写于广州竹石斋寓所

目 录

mu lu

卷首语

- 守望法律 王 波 (1)

特 载

国家统一 匹夫有责

- 广东晟典律师事务所《反
分裂国家法》学习研讨会
侧记 张巍松 (1)

名家讲座

- 人身损害赔偿司法解释讲座 杨立新 (10)

论 文

- 正义沉思录 周海荣 (34)

谁动了法官的自由裁量权?

- 关于“判例指导制度”、
“电脑量刑”制度的思考 张建伟 (63)

- 浅谈保证期间的几个问题 陈 东 (77)

- 确认性行政登记之学理探讨 徐 骏 (86)

- 论监听措施的法律构建 ... 郑 雷 黄魁琼 (96)

- 恶意破产行为及其防治 张庭华 (123)

困境中扩展的制度变迁

- 股份有限公司管理层的
法律责任 尹冉冉 (138)

- 遗弃罪研究的新视角 吴学斌 (151)

法学家访谈

证据的困惑——诉讼法学中的哥德巴赫

- 猜想
——何家弘教授访谈录 黎永绿 (166)

专题研究

中国风险投资法律环境评价与

- 展望 李 淳 (181)



律师实务操作指南

- 律师办理对外担保案件应注意
的法律问题 丁新朝 (192)
- 如何发挥律师在银行法律风险
控制中的重要作用 胡 宜 (201)

判理研讨

- 谈对不动产承租人优先购买权
的限制 郑建江 (214)

深度观察

- 关于房地产非诉讼业务的拓展
思路 许华英 (220)

办案手记

- 水库溺亡，有无赔偿？ 黎 伟 (228)

立法建议

- 工会在公司治理结构中的角色
扮演
——评《〈公司法〉修正草案》
第六十一条、六十二条...程雪莲 严 亚 (233)

为民立言

- 我们不需要这样的城乡分治 马占福 (248)

律师随笔

- 制度的力量 黎永绿 (253)

瞭望角

- 美国破产重整制度的几个特点 李辉志 (257)

国家统一 匹夫有责

——广东晟典律师事务所《反分裂国家法》 学习研讨会侧记

张巍松*

2005年3月25日，广东晟典律师事务所主办了《反分裂国家法》学习研讨会。广东晟典律师事务所全体律师参加了此次研讨会。深圳市律师协会秘书长张学辉应邀参加了此次会议，并做了精彩的发言。会议由广东晟典律师事务所执行合伙人钱伯明律师主持。会议开得十分成功。大家发言积极踊跃，不少律师为发言作了精心的准备。现将会议上的部分发言整理成文，以飨读者。

钱伯明律师：

十届全国人大五次会议以无反对票的高票通过《反分裂国家法》。这部法律反映了包括绝大多数台湾同胞在内的两岸中国人民以及全世界所有华夏子孙的共同心声。作为执业律师，学习、理解、掌握这部法律是我们义不容辞的责任。周海荣律师倡议召开这样一个会议，十分及时。为了把这次会议开好，请各位律师畅所欲言。

徐育康律师：

一、全国人大将对台政策上升为法律，成为国家意志，面向全世界

* 广东晟典律师事务所律师。



宣示，很有必要。声明台湾问题是中国内政，正如俄罗斯的车臣问题一样，在主权独立问题上，绝对没有商量的余地。在这点上说明《反分裂国家法》很有积极意义。

二、作为一部特别法，只有十个条文，这种立法似乎过于简短，缺乏操作性。如动用非和平手段的“三条件”就规定得很笼统。

但是，由于其内容涉及国家主权、领土完整方面，属于国家法的范畴。故像宪法那样，只对主要问题作原则性规定，也是可以的。

从根本上讲，还是要增强综合国力，解决好目前国内存在的问题。

国家没有实力，说话没人听，人家不会把《反分裂国家法》当回事。打狗要用棍子。因此，不但要有法律武器，而且还要有管用的国防力量，这包括真正先进的国防科技力量。这些东西不行，人家的“公投法”、“对台关系法”就比你的《反分裂国家法》有分量。

再就是国内的能源问题、“三农”问题、部分官员腐败问题等，如得不到缓解，也是会拖后腿的。

陈利民律师：

这部法律把国家的战略上升到国家的法律。

大概两年前，有人建议搞国家统一法，从该法的提出到通过充分体现了民意。

《反分裂国家法》从某种角度体现了维持台湾现状的意图。毛主席曾就台湾问题讲过，我们可以等一百年。现在法律确认台湾是内战遗留下来的问题。对现状的考虑有着明显的优点，维持了现状，与台湾主流、大陆，甚至包括与美国的战略思想均一致。反分裂，而非反现状，只要维持现状，非和平就不会出现。

国外媒体看重的另一点是授权使用武力，这也是值得注意的。

秦家才律师：

第一，这是一部符合中国历史发展客观规律的法律。

何时收回台湾？中美实力相比达到黄金分割点，大约 20~30 年后就是收回台湾之时。

第二，实施《反分裂国家法》匹夫有责，而举措都应以自己的具体工作来体现完成统一的义务。

建议：提请晟典所与台北、高雄各选一家律师事务所合作。

陆永康律师：

这部法的名称，上面没有写上应有的“中华人民共和国”。陈水扁上台后大搞法理台独，陈也是律师出身，原来讲两国论，后来讲一边一国论，再后来搞公投，教科书也提倡独立。台湾问题实际是美国问题，美是台的“爸爸”。中美为反恐而合作，美国对法理台独也不赞成，中国一定要争取 30 年时间。现在不提倡军事演习，强调维持现状，因此现在是斗智而非斗力。海外很多人士长期以来就一直建议针对法理台独搞这样一个法律。

这部法体现了对台政策的法律化。有了香港、澳门的基本法，该法能否作为将来统一法的一个开始，应该说该法列举了将来台湾基本法的基本条款，有了大致的框架。

过去我们的党和国家领导人都有讲话，因为是政策，列举起来不免挂一漏万。另外，领导讲话人为色彩较浓，人总在改变，法就显得稳定了。

该法不是特别法，没有对刑法的补充，因此缺乏刑法实施的必要条件。

此外，台独分裂势力的概念不明，包含哪些人，外国人又如何理解，对于分裂的具体认定，还有很多工作要完善。

尹宏律师：

一、制定《反分裂国家法》的必要性。

1. 由于历史的原因，台湾和大陆至今尚未统一。但是，台湾是中国领土的一部分，台湾和大陆同属于一个中国是不容争辩的事实。促进海峡两岸的统一，维护国家的领土完整，不但是全体中国人民的义务，也是国家不可剥夺的主权权利。

2. 和平统一最符合两岸人民的根本利益，大陆一贯主张以和平方式实现国家统一。制定《反分裂国家法》，以明确的法律规定，提出维护台海稳定、发展两岸关系的重大措施，提出两岸平等协商谈判、达至和平统一等重大议题。这在目前“台独”分裂势力日益升级，国家核心利益面临直接威胁的情况下是非常必要的。

二、《反分裂国家法》的重要意义。

1. 《反分裂国家法》经由法律的形式，把中国政府争取和平统一的基本方针提升为国家意志，向全世界做出了庄严的宣示和承诺。《反分

裂国家法》具有重要的历史意义，也是中国法治化进程的一大进步。

2. 近年来，台独分裂势力处心积虑、紧锣密鼓地企图改变大陆和台湾同属一个中国的现状，把台湾从中国分裂出去。台独分裂势力的活动，已经构成对国家核心利益的直接威胁。为了回应这种威胁，针对台独分裂势力企图改变大陆和台湾同属一个中国现状的分裂活动而制定《反分裂国家法》，可以有效地遏制台独，维持两岸关系和平稳定不因“台独”分裂势力的冒险行为而改变。

三、《反分裂国家法》是一部求和平、求统一的法律，而不是被有些人歪曲的所谓的“战争法”、“动武令”。

《反分裂国家法》的立意、基调和主体内容是谋求海峡两岸的和平统一与共同发展，是宣示国家实现和平统一的最大诚意和最大努力。和平统一反映了两岸人民的根本利益，大陆一贯主张以和平方式实现国家统一。这部法律从根本上说是一部谋求和平之法，而不是所谓“战争法”、“动武令”。至于“非和平方式”，首先，那是在和平统一的努力完全无效的情况下，不得已作出的最后选择，不是大陆方面所希望的；其次，那也恰恰是维护台海和平稳定、维护国家领土完整的正义盾牌和最后手段。

四、维护国家统一和领土完整、反分裂国家的根本，在于中国国力的强大。而国力的强大又必须要有科学的民主法治制度和良好的物质文化水平作为前提和基础。改革开放二十多年来，大陆经济水平的发展和提升世人瞩目，民主法治化进程也日益得到越来越多人的支持。

何仕金律师：

这是思想的进步，把国家的头等大事用法律的手段确定，是最大的进步。体现了从人治走向法治。

我们是律师，应从律师的角度来看法。主权和领土不容分割，是领土就要行使主权及管辖权。其他问题到底还包含有哪些，我们的其他各项立法要跟上。

张巍松律师：

大家都认为在这样的时刻全国人大通过并颁布实施《反分裂国家法》是一件顺应天意民心的事情。“九二共识”，目的不外乎统一，如今立法，也是旨在统一。在统一进程中，我们还应考虑台湾民众的利益和感受。20世纪80年代以前，大陆方面的对台政策是坚定不移的“一定

要解放台湾”。台湾方面也是针锋相对地要“光复大陆”甚至“反攻大陆”，两岸交往基本断绝。80年代以来，大陆方面邓小平提出“和平统一、一国两制”的方针。蒋经国结束戒严令，开放党禁、报禁，两岸开始有了民间交往。90年代以来，大陆方面更加强调“统一”，海峡对面陈水扁上台并连任。我们可以看到这样一个轨迹，每当双方就两岸问题态度强硬时，便是两岸关系低落时期。导弹演习事件现在看来效果一般。无论该演习初衷如何，客观上是帮了陈水扁的忙，把相当部分的游离票推向了陈水扁和鼓吹“台独”的民进党。

所以，在采取对台政策时，应该更多地考虑台湾民众的感受，他们是我们的同胞，如果我们的某些行动让他们觉得我们不是同胞而是强邻，这就和统一的初衷相违背了。

《反分裂国家法》主要内容是对两岸关系的一个总结，并提出了促进两岸交往的种种具体方案。但相当部分台湾民众可能会更关注定义含糊的“非和平”解决的三种情况。台湾民众自然会对这三种情况字斟句酌，并有种种猜想。当然，我们理解“非和平”解决是对台独势力的当头棒喝。但是在棒喝的同时，我们也应该反思，这种棒喝对台湾民众的心理的影响。

沈咏健律师：

首先，《反分裂国家法》是将我国历年来的对台政策上升为法律，为反台独、反分裂提供了法律依据；

其次，以法律形式维护国家统一，同时向全世界再次宣告，台湾问题是中国的内政，是中国主权范围内的事，不需别的国家在此问题上说三道四，横加干涉。

再次，我特别注意到《反分裂国家法》的第六条，它表达了国家对维护台海地区和平稳定、发展两岸关系的最大善意。体现了江、胡两位主席有关“反台独寄希望于广大台湾地区人民”的战略思想。通过推动两岸的经济、文化、科技、体育等领域的广泛交流，增强互动互信，为和平统一营造良好的大环境。同时，第六条的第一款“鼓励和推动两岸人员往来”的表述，并没有对“人员”的概念进行区分，只要是认同“一个中国”的理念，任何政党、团体都可以往来。

最后，我不同意会上有些律师表达的《反分裂国家法》作为一部法典，其条文空泛，缺乏可操作性的观点。我认为，这恰恰是此法的优

点。作为一部国家宣言式的法律，不可能做到事无巨细，面面俱到，对维护国家统一，反对台独做出原则性的规定，更有利于国家针对不同时期的不同问题作出既灵活务实，又有原则性的决定。

深圳律协秘书长张学辉：

该法名称改为国家统一法可能更好些，逻辑上更完整，因为分裂是例外，统一才是基本的立足点。该法具有国际公法的一些原则。首先，对先占原则反对。其次，内政问题，国际法有不干涉内政原则，该法为实施这一原则提供了明确依据。

台湾居民的法律地位，在国际法上是否为外国人，该法也作出了明确的规定，即台湾居民也是中国人而不是外国公民。

从战争法上来讲，该法规定了战争宣告的法律手续，使其有了授权依据。相对而言操作性不是单纯追求目标。

何阳春律师：

该法有重大的现实意义及深远的历史意义，对遏制台独势力十分及时。

对台统一不规定时间表，这同样有着深远的考虑。

政策转变为法律，以法治国，法治建设的理念十分明显。

很多人认为这是战争法，但实际上是维护和平法。当中多款条文都显示了和平的意图。

但该法有两点不足：1. 内容与名称不符，内容不应只限于台湾，因为分裂势力不限于台独；2. 立法体例，条文过于简单，对某些行为的含义未加确定，容易引起争议，法律责任的规定也欠缺。

徐育康律师：

反分裂法比统一法更恰当，因为现在是统一状态。

许华英律师：

不少台湾居民赞成台独是一个现实问题，但我们不能因为怕美国而不解决台湾问题。

丁新潮律师：

以后一旦出现该法规定的“非和平”情况，处理起来要有依据。从这一角度来看，我们现在有了法律依据。但我认为，目前该法仅起威慑作用，我们实际上离战争还很远。台湾问题不动用刀剑，还是有很大希望可以解决的。

周海荣律师：

一、大家都提到这是依法治国方略的充分体现，将政策转化成法律，可以说是直接用法律手段解决法律问题。因为国家的领土完整、国家的主权，属于公法范畴，理所当然的是法律问题，最恰当的方式就是用法律手段解决法律问题。

美国在建国 70、80 年之后，即 19 世纪中期时，也曾经有过国家分裂的危机，那时美国也搞过反分裂法，纽约州议会也通过了《反联邦脱离法》，美国当年的《反联邦脱离法》虽然最后没有防止美国内战的爆发，但是在事先还是起到了一定的团结美国国民的作用。在团结国民这一点上，这与我国的反分裂法有着相同之处。

二、统一人心。我们现在讲的统一人的思想，不是像过去秦始皇用“焚书坑儒”的方式来统一人的思想，而是在大家的基本共识达成一致的情况下统一思想，统一到法律上来，包括我们领导、普通老百姓、各级官员全部统一到这上面来。把绝大多数中国人的心声用法律的形式来反映，这个法律是非常必要的。而且我们面对的现实是，美国 1979 年有一个《与台湾关系法》，2000 年美国国会又想搞一个《加强台湾安全法案》。当然还面临着美国、日本的安全同盟关系。在中国酝酿通过《反分裂国家法》前，美、日等国宣布把台湾海峡列入美日安全的涵盖范围，可以说我们的安全受到了很大的威胁。既然存在这种情况，我们就要用法律手段来保卫我们的安全。在这一点上所有中国人的心是连在一起的。

三、这次这个反分裂法以成文法形式明确了，或者说进一步明确了我们对台湾问题的大政方针，即有条件的和平统一。

所谓条件即是指以和平为主，非和平为辅。也就是说，我们要强调和平为目的，但是我们不能采取惟和平论。尽管我们不想打仗，但我们一定要想到战争，看到战争。如果你闭着眼睛满口和平，你看不到战争、想不到战争的话，你就要吃战争的亏，无数历史教训证明了这一点。如果你要忘却战争肯定不行。当然，你可以不想要战争。我觉得对惟和平论这里就有一个明确的答案，我们不主张惟和平论。

四、这部法律体现了我国政策的一个转变：过去我们讲的是解放台湾，解放讲的是武力。此后一个时期讲和平为主。我国的《反分裂国家法》把和平、非和平这两个概念摆明确了，并且进一步明确和平是什



么，非和平的前提又是什么。关于和平统一，法条里用了两个“最大”：一个是最大诚意，一个是最大努力。当然还不是非常到位，但是我觉得如果做到了两个“最大”那就表明我们做到了和平。

那么，非和平的前提就是这两个最大失效，失效也就是非和平的到来。我们对和平要争取，用最大的诚意和最大的努力去争取。但是达不到怎么办？我们要有两手准备，要准备用非和平手段。法条也明确了使用非和平手段的条件。

五、这部法律有两个地方讲到了我们全体中国人民的义务和职责，所谓义务就是维护国家主权和领土完整，也就是反分裂。我们了解，这是个法律义务，这不是说你想怎么样就怎么样的。而完成祖国统一大业这是一个神圣的职责，这个神圣职责就不是一个法律概念了。你要搞分裂肯定不行，因为这是法律禁止的。实现国家统一是我们的职责，神圣职责，我们大家都责无旁贷，但不是说通过这个法律国家就统一了，统一还需要我们做很多工作。这个法律也规定了做这个统一工作的一些原则及工作重点。

六、分裂的具体定位。作为中国法律中的概念，分裂实际上也是第一次有这个概念，以前是没有的。以前哪个领导人讲的都不算是法律。但这一次，《反分裂国家法》第八条对分裂的具体三种情况做了明确的规定。第一个是造成台湾从中国分裂出去的事实；第二个是导致台湾从中国分裂出去的重大事件；第三个是和平统一的可能性完全丧失。我觉得，这里面提及的所谓重大事件最有可能或者已经尝试发生的就是公投问题。对公投问题我们还远远缺乏深入研究。公投究竟有没有合法性？加拿大的魁北克省也曾进行过公投，但是公投结果是因为微弱的差距致使没有分裂成功。但如果它战胜统一的票数超过50%的话，就会给人民出一个难题。现在国际法上讲的民族自决原则，很多国家就是根据民族自决原则独立出来的，民族自决原则的依据是领土内人民自己表达的意志。但我们台湾老百姓表达的意志能不能代表大陆人的意志？不管怎样至少他们代表台湾人民的意志，你至少要尊重他，你可以不同意他的意志，但你至少要尊重他。我觉得这个问题确实是一个很现实的问题，如果公投发生了，那么是否构成我们所说的重大事件，我想我们应该进一步把它明确：构成这个重大事件。

非和平其实也是一个法律概念。具体包括那些内容，这部法律没有

列举。温家宝总理在接受美国记者采访的时候，就被问到这个问题，记者问你们这个非和平的涵义是什么？当时温总理回避了这个问题。因为从法律上来讲要回答这个问题也是不容易的。有很多问题都包括在内，但是战争肯定是非和平的一个重要手段。但战争还有很多手段，例如封锁、轰炸、武装部队的占领都可以包括在这个范畴里。还包括其他的手段。20 世纪、21 世纪最推崇的就是轰炸，轰炸决定一切，但是轰炸是不是解决了一切呢？像对科索沃的轰炸已经够厉害的，但是不是真的决定了战争的命运呢？这一系列问题目前先来规定肯定会十分困难和冒险，因此倒不如付之阙如。

研讨会已经圆满落幕，但关于国家统一的问题依然萦绕在每个人的心中。国家统一，匹夫有责，但要扛负起这个重任，最实际的还是应从我们每天的工作开始。努力做好本职工作，用实际行动支持国家建设。

“路漫漫，其修远兮，吾将上下而求索”，愿我们的国家在统一路上能走的更快更坚实！

(执行编辑：周海荣)