

北京市律师协会

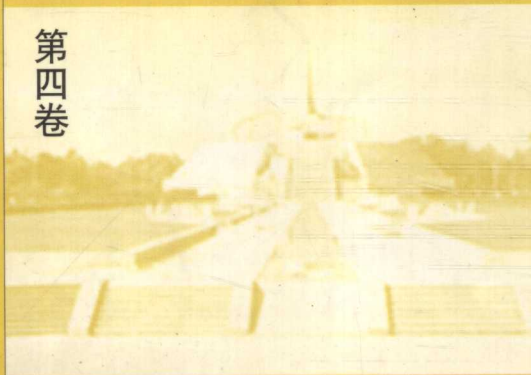


DF85-53
2

- ◎展示律师专业水平
- ◎探索法律前沿课题
- ◎关注立法修改动向
- ◎评说司法热点难点
- ◎切磋执业技巧经验
- ◎奉献依法治国方略

首都律师论坛

第四卷



民商法律师业务理论与实务

法

律

出

版

社

首都律师论坛

第四卷

法律出版社

民商法律师业务理论与实务

图书在版编目(CIP)数据

首都律师论坛.第4卷,民商法律师理论与实务/北京市律师协会编.—北京:法律出版社,2002.12

ISBN 7-5036-3666-1

I.首… II.北… III.①法律—中国—文集②民法—中国—文集③商法—中国—文集 IV.D92-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 095326 号

©法律出版社·中国

出版/法律出版社	编辑/应用法律出版中心
总发行/中国法律图书公司	经销/新华书店
印刷/北京北苑印刷有限责任公司	
开本/A5	印张/76.625 字数/2238 千
版本/2002 年 12 月第 1 版	印次/2002 年 12 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-88414121
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-88414115
应用法律出版中心/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)	
电子邮件/yingyong@lawpress.com.cn	
读者热线/010-88414135 88414142	传真/010-88414115
中国法律图书公司/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)	
传真/010-88414897 88414899	销售热线/010-88414896
网址/www.Chinalaw-book.com	010-88414900
书号:ISBN 7-5036-3666-1/D·3301	
总定价:145.00 元 (全套共四卷)	

编辑委员会

主 任：张涌涛

副主任：庞正中 巩 沙 唐金龙

委 员：(按姓氏笔划为序)

尹 飞 王雪华 许兰亭 张小平

张晓森 李晓斌 李静冰 陈 文

金海军 康 伟 管仁林

出版说明

《首都律师论坛》共分四卷,是近年来首都律师在工作实践中,对律师业务理论和实践探讨,所做的各专业论文的合集。

第一卷包括公法领域的论文,主要涉及宪法与人权、未成年人保护法、行政法、诉讼法、刑法、证据学、劳动法、基本建设等方面律师业务理论与实践的论文。

第二卷主要包括公司法和证券期货方面律师业务理论与实践的论文。

第三卷包括银行法、保险法、税法、破产法、国际贸易与投资、WTO、反倾销反垄断、环境保护等方面律师业务理论与实践的论文。

第四卷包括民法、物权法、担保法、知识产权、合同法、电子商务、海商海事、房地产与建筑工程、婚姻家庭、消费者权益保护、医疗纠纷等方面律师业务理论与实践的论文。

2002年11月

导 言

2002年12月7—8日,由北京市律师协会主办,在北京会议中心召开的“2002首届北京律师论坛”,将隆重推出《首都律师论坛》这一品牌!

创设《首都律师论坛》的构想,肇始于我们对时代脉搏的总体把握和对中国律师使命的深刻省察。

律师制度的恢复与发展,得益于改革开放的催生和民主法制建设的召唤。改革开放二十三年来,包括首都律师在内的整个律师职业群体通过为社会提供法律服务的方式,代表当事人表达自己的利益要求以协调解决社会矛盾,规范市场经济主体的行为以促进经济建设和社会进步,保障公民和法人财产安全以促进财富流转增益社会福祉,推动依法行政司法公正以实现社会公平正义,维护社会稳定提升全社会的法律意识水平。律师已经成为政府之襄理,企业经营之智囊,当事人维护自身合法权益之代言,社会交易活动顺畅达成之中介。中国律师是“三个代表”重要思想的坚定拥护者、实现者和捍卫者,是依法治国进程中一支不可或缺、不断壮大、生机勃勃的重要力量。

北京乃政治之首都,经济之中心,交通之枢纽,学术之重镇。立法动态,顷刻指掌;案源充裕,比肩东南;枢机之侧,尽得地利之便;人文荟萃,每开风气之先。首都律师拥有得天独厚的资源优势 and 公平有序的执业环境,应能以其独特的地缘优势、较高的业务水平、良好的服务意识、卓越的创新精神对周边乃至全国的法律服务行业产生持续性的重大影响。

历史赋予我们机遇和荣耀,同时亦赋予我们使命与责任。当时代

列车驶入二十一世纪的时候,中华民族的现代化进程也进入一个全新的阶段。当全面建设小康社会的宏伟蓝图顺次展开、渐成现实之际,社会对法律服务提出了更高的要求。作为首都律师,我们面临着努力完善行业自律,全面提高队伍素质,维护律师合法权益,优化律师执业环境,维护律师行业社会公信力,拓展服务领域,提升服务水平的艰巨任务。这就要求我们努力实现服务手段的现代化、道德文明的现代化、知识结构的现代化和服务意识、经营理念的现代化,并用优质、高效的法律服务为首都的经济繁荣和社会发展服务。

我们深刻意识到,建设社会主义法治国家,有赖于立法、司法、法律研究、法律服务和社会公众诸方面的频繁沟通与良性互动,有赖于各种意见和观点的交流、融合与撞击。律师作为法律人、法律实施者、文明使者和公平正义的捍卫者,对于完善社会主义民主、健全社会主义法制,建设物质文明、精神文明和政治文明,有着自身独特的思考和不应被忽视的真知灼见。在这个过程中,首都律师能够和将要发挥应有的和独特的作用。

鉴于上述,北京市律师协会理事会决定创设《首都律师论坛》,这一行动得到了北京市司法局领导的大力赞赏和支持,得到了7000名首都律师同行的响应,得到了社会各界的鼎力襄助。

我们希望《首都律师论坛》能做成律师业中的高层次的交流平台。首都律师、外地律师、港澳台律师、外国律师能藉此研讨业务难题、展示律师专业水平、探索法律前沿课题、关注立法修改动向、评说司法热点难点、切磋执业技巧经验、奉献依法治国方略。

我们希望《首都律师论坛》能成为一个窗口。立法、司法、行政各部门,学术教育界、实业界、商界、各种中介机构、各种媒体等等都能够通过这个窗口了解律师,了解作为非独立利益集团的律师群体能为国家、社会作出的特殊贡献,进一步加深律师与社会各界的交流与合作。

我们希望《首都律师论坛》能成为一个舞台,首都律师和其他律师同行能够在此展示自己的风采,成名成家,同时提升律师业的整体形象 and 水平。

我们希望《首都律师论坛》能成为一套知名的律师实务丛书。“2002首届北京律师论坛”乘着中国共产党十六大的东风召开,论坛将

集聚北京的、外省市的、港澳台的和外国的律师上千人共同研讨交流，并邀请了法律界的领导和知名学者作为嘉宾或者点评人。我们将北京律师的论文 300 余篇了编辑成《首都律师论坛》第一至四卷，即：第一卷 公法律师业务理论与实务；第二卷 公司证券律师业务理论与实务；第三卷 金融与国际贸易法律师业务理论与实务；第四卷 民商法律师业务理论与实务。只要我们不懈努力，把《首都律师论坛》一届届办下去，就可以推出这套丛书的第五卷、第六卷……第 N 卷，这一本本书必将丰富我国律师执业实务与理论文库，并将架设一座首都律师冲出国门并迈向世界的桥梁！

展望新世纪首都律师业的发展，我们深信，创设《首都律师论坛》的举措必将成为促进首都律师业发展的创新机制和动力之源。我们由此出发，共同奔向充满希望的光辉未来！

北京律师协会
业务指导与继续教育委员会
2002 年 11 月 26 日

目 录

物权法

从一起空间利用权实例谈完善物权制度的价值	李晓斌/3
试论公用征收法律制度之若干问题	蔡耀忠/11
信托财产的独立性与善意第三人利益的保护	刘新兵/23
我国物权法公示公信原则的理论及其实践问题	王晓川/31
浅谈国有土地使用权抵押的问题	王冬梅/37
划拨土地使用权抵押中存在的问题及对策分析	陈 平/43

担保法

用益物权抵押的设定与效力	刘迎生 陈 君/51
论保证期间的期间属性	李爱文/60
试论在建工程抵押的有关法律问题	马江涛/64
论人保与物保共存的效力	马江涛/68
论抵押权的善意取得及法律保护	马国华/76
试论保证担保的缺陷与救治	陈著朋/85
股权质押的尴尬	周丽瑛/89
公司资产担保对象范围的探讨	李俊平/91
保证期间和诉讼时效	吴晓琦/94

知识产权

计算机软件著作权的法律保护与侵权诉讼策略	周 鑫/101
试论软件产品的正当防卫行为	周 明/111

著作权人身权利的法律保护	陈建民 /121
--------------------	----------

合同法

竞业禁止与商业秘密保护	冯 培 /137
关于律师介入银行信贷业务的几点思考	冯 培 /142
从一则案例谈合同解除的催告义务	阎如玉 张 群 /147
律师从事政府采购招投标的法律服务内容	姚惠娟 苏长素 /149

电子商务

深层链接引起的侵权责任	董永森 宋若冰 /157
WTO 环境下软件企业如何保护自己的合法权益 ...	肖 群 /164
立法中的电子签名问题	关景新 张军江 /170
网络——是甲方、乙方,更是第三方	白而强 /177
垃圾邮件挑战电子商务立法	邹振东 /185
网络服务商的责任制度	李德成 /191
域名法律冲突前沿问题初探	胡 钢 /233
计算机证据的司法取证和鉴定	钟宇清 /247
中小科技企业扩张过程中的几个要素	李晓拓 /253

海商海事

“证据规定”与“规定证据”	蒋五四 /261
清算组织在民事诉讼活动中主体资格问题的	

法律释义	蒋敬业/265
WTO 协定应否在国内法院直接适用	官 煜/280
论知识产权的国际保护	周自红/286

房地产与建筑工程

北京房地产市场投资法律环境之分析	陈 文/295
房地产交易中相关法律纠纷的分析与探讨	陈 文/306
论商品房预售合同登记的法律效力	刘子华/320
浅论建设工程价款优先受偿权	杨建津 梁 聪/330
房地产项目前期开发律师实务探讨	郭 川/343
施工合同效力认定之探讨	邹功富/362
合同法第 286 条的理解和适用	赵军霞/374
建筑工程的索赔与反索赔	胡正云/382
房屋联建合同中投资方利益保护的相关法律 问题之探讨	金 翔/387
推进土地招标投标 规范我国土地市场	陈 凌/396
关于农村集体土地现状分析及立法建议	梁海静/402
浅析商品房预售中的若干法律问题	邹功富/410
住宅商品房市场的相关问题与建议	邓泽敏/418
浅析我国按揭保险制度	曾 明/439
律师在个人住房贷款资格审查法律服务中的定位	申 伟/445
关于销售合同的法律问题	王建文/452
四大策略应对收楼五大问题	邓泽敏 黄 骥/466

业主委员会制度的现状及其改进思路	胡 钢/468
物业管理纠纷的成因与对策	唐 波/471
“204 合同”与法律服务产品化	秦 兵 陈炜祯/481

婚姻家庭

完善我国婚姻家庭制度的几点立法构想

.....	郝惠珍 戴 福/495
完善我国家庭财产制度刍议	华中雄/503
多机构合作在家庭暴力案件中的积极作用	林丽霞/511
从唐律看唐代的婚姻状况和妇女的法律地位	霍俊卿/519
家庭暴力成因及对策之探讨	王 涛/528
家庭暴力及其对策	郝惠珍/535
非正式社会支持系统对受暴妇女人身权利的	
保障作用	林丽霞 池英花/541
试论离婚损害赔偿制度	金伊燕/549
从一起虐待案看法官主动适用法律的必要性	
.....	林丽霞 郭建梅/557
论“夫妻约定财产制”对受暴妇女财产暨人身	
权益的保护	刘 巍/563
一起由亲子鉴定引起的特殊侵权案件的法理分析	
及有关问题的探讨	徐玉光 陈剑峰/569

消费者权益保护

售楼欺诈适用双倍赔偿是否违背公平原则	邱宝昌 /581
告别虚假 渴望诚信	邱宝昌 /585
汽车产品质量纠纷的几个法律问题	谢 刚 /590
论汽车质量纠纷的责任主体	马东晓 /596
产品质量合格问题初探	王安心 /605

医疗纠纷

浅析我国医疗责任保险条款存在的几个问题	陈志华 /615
论医疗事故中医务人员的刑事责任	苏俊友 /626
举证责任倒置及其对医疗侵权诉讼的影响	李 虹 /634
对《医疗事故处理条例》权利结构的分析	赵 宏 /642
试析《条例》对承担民事法律责任的影响	李法增 /650
处理医疗纠纷非诉讼阶段的几个问题	颜一粟 /658
谈医疗侵权的举证责任	邓利强 /662

物权法

从一起空间利用权实例谈完善物权制度的价值

北京市广盛律师事务所 李晓斌

所谓物权是指“公民、法人依法享有的直接支配特定物并对抗第三人的财产权利。”^①“物权法是调整物的归属关系及主体因对物的占有、利用而发生的财产关系和归属关系的法律。”^②我国目前并没有采纳物权的概念,也没有建立一套完整的物权制度。但我认为,在市场经济条件下,只有建立并完善物权制度,才能真正有效地理顺政府与市场的关系,有效保护国家、集体和个人的财产权,推动我国社会主义建设的全面发展。本文拟通过对实践中经常发生的一个颇有代表性的实例进行分析,从而就物权制度的价值一抒浅见。

一、据以说明的实例

(一)实例

经国务院批准,国家重大建设项目西气东输管道工程即将动工,该工程的建设将引进外资共同进行。由于该工程地下管道铺设过程中将不可避免地影响途经土地的使用,涉及管道地下通过权的权利界定、是否有偿取得、是否具有排他性等问题,建设单位遂向主管行政管理部门——国土资源部请示。

(二)问题的解决

^① 王利明:《物权法研究》,中国人民大学出版社2002年版,第4页。

^② 王利明:《物权法研究》,中国人民大学出版社2002年版,第46页。

国土资源部《关于西气东输管道工程用地有关问题的复函》(国土资函[2001]327)指出,鉴于该工程为国务院批准的国家重大建设项目,管道地下通过权由建设单位无偿取得。因此,管道地下通过权不具排他性,不能转让。管道地下通过权依照《石油天然气管道保护条例》中有关管道设施保护,与其他建设工程相遇关系处理等方面的条款确定范围、权利和义务。并明确管道地下通过权对地下土地使用权产生影响的,应对土地所有权人、使用权人给予适当补偿。但是,考虑到确定补偿范围和补偿标准,情况复杂、难度较大,由该部作进一步研究。

本实例的处理方式也就是说直接通过行政权力对进入市场的资源进行了分配。对于相应的损害,则由行政机关通过行政权力直接制定补偿标准。资源的所有权人和使用权人对此并没有接受抑或拒绝的权利,也不存在协商的可能。应当看到,在我国目前欠缺一整套完善的物权制度的情况下,本实例的处理方式存在一定的代表性。

二、空间利用权法理及对本实例处理的借鉴

在物权立法比较健全的情况下,本实例可以通过空间利用权制度加以解决。

(一)空间利用权的历史发展

所谓空间利用权,是指对于地上和地下的空间依法进行利用的权利。

在传统民法中,并不存在着独立的空间利用权概念,这是因为传统民法将空间利用权包括在土地所有权之中。在早期以及近代民法,受所有权绝对无限制观念的影响,土地所有权被认为是一种“上至九天,下及地心”的权利。也就是说,土地所有权人对于地上空以及地下都享有绝对无限制的权利。在罗马法中,根据添附的原理,认为“建筑物添附于地皮,一切被建筑在地皮上的物添附于地皮”,而土地上下空间乃是土地所有权的自然延伸,所以罗马法中一直存在着“谁拥有土地便拥有土地之无限上空”的主张。完成于自由资本主义时期的《法国民法典》作为大革命的产物,受当时客观环境以及近代资本主义启蒙思想、自由主义、个人主义思潮的影响,树立了“所有权绝对”、“契约自由”