

法律职业技能竞赛丛书

主 编 谭世贵
副主编 张炳生 苏新建

法 之 思

浙江省首届法科大学生
征文比赛获奖论文集



厦门大学出版社 国家一级
全国百佳图

法律职业技能竞赛丛书

主 编 谭世贵
副主编 张炳生 苏新建

法 之 思

浙江省首届法科大学生
征文比赛获奖论文集



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

法之思：浙江省首届法科大学生征文比赛获奖论文集/谭世贵主编. —厦门：
厦门大学出版社, 2015. 11

ISBN 978-7-5615-5477-7

I. ①法… II. ①谭… III. ①社会主义法制-建设-中国-文集 IV. ①D920.0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 068183 号

官方合作网络销售商:



厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

总编办电话:0592-2182177 传真:0592-2181406

营销中心电话:0592-2184458 传真:0592-2181365

网址:<http://www.xmupress.com>

邮箱:xmup@xmupress.com

厦门市明亮彩印有限公司印刷

2015 年 11 月第 1 版 2015 年 11 月第 1 次印刷

开本:720×970 1/16 印张:35 插页:2

字数:628 千字

定价:69.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

《法律职业技能竞赛》丛书编委会

主任

谭世贵

委员（以姓氏笔画为序）

于世忠 王 健 方建中 田信桥

李占荣 阮国平 陈 党 吴高庆

苏新建 罗思荣 张炳生 钭晓东

陶丽琴 唐长国 袁继红 梁开银

黄 彤 黄 威 揭 明 喻文莉



谭世贵

从上世纪末到本世纪初的短短十多年时间里，随着高等教育扩招政策的全面实施，我国的法学教育一路高歌猛进。据统计，1995年，我国的法学院、校仅有140所，在校学生8万余人。到2009年，全国的法学院、校已发展到630多所，在校学生30多万人。14年间，我国法学院、校的数量和在校生的数量增加均达4倍之多。但是，量的扩张并没有带来质的提升，相反，出现了师资水平下降、培养模式单一、学生创新意识不强和实践能力不高的严重问题，同时，法学专业学生就业率低的状况也引起了全社会的广泛关注。

面对教学质量的严重滑坡和社会舆论的普遍关注，我国的法学院、校积极应对，采取了一系列措施改革培养模式，加强教学建设，改善教学条件，健全质量控制，以促进人才培养质量的提高。其中，诸多高校纷纷采用“三个率”（司法考试通过率、研究生考取率和公务员录用率）来衡量法学院、系的教学质量和办学水平，即“三个率”高，则表明法学院、系的教学质量和办学水平就高，反之就低。殊不知，这种以“三个率”来衡量教学质量和办学水平的做法，实际上是“考试万能论”的翻版，其培养的只不过是学生死记硬背的能力和应对考试的能力，而法学专业学生所应具备的创新精神和实践能力（特别是法律思维能力、口头表达能力、论辩能

力和写作能力等)并没有得到很好的锻炼和提高。这也从另一方面说明了,尽管我们在提高人才培养质量方面采取了诸多措施,但为何效果仍不理想的问题。由此,迫切需要我们更新观念,转变思路,另辟蹊径,寻求提高法律人才培养质量的新途径、新举措和新突破。

正在我们为此彷徨、踌躇之时,国家卓越法律人才教育培养计划的启动为我们拨开了迷雾,指明了方向。2011年11月23日,教育部、中央政法委联合印发《关于实施卓越法律人才教育培养计划的若干意见》(以下简称《若干意见》),决定实施“卓越法律人才教育培养计划”。其总体目标是:经过10年左右的努力,形成科学先进、具有中国特色的法学教育理念,形成开放多样、符合中国国情的法律人才培养体制,培养造就一批“信念执着、品德优良、知识丰富、本领过硬”的高素质法律人才。为实现这一目标,该《若干意见》确定了分类培养卓越法律人才、创新卓越法律人才培养机制、加强社会主义法治理念教育、强化法学实践教学环节、加强法学师资队伍建设和建设卓越法律人才教育培养基地、实施高校与实务部门人员互聘“双千计划”、建设法学实践教学基地、开展法学教育国际交流与合作、建设高水平教材、制定卓越法律人才培养标准等六项工作措施。其中,明确提出要在全中国范围内,“建设80个左右应用型、复合型法律职业人才教育培养基地,建设20个左右涉外法律人才教育培养基地,建设20个左右西部基层法律人才教育培养基地”。

2012年6—7月,经中央部委属高校直接申报、省级教育行政部门推荐申报,教育部组织专家通讯评审和会议评审,差额投票产生了“全国首批卓越法律人才教育培养基地”,包括60个“应用型、复合型法律职业人才教育培养基地”、22个“涉外法律人才教育培养基地”和12个“西部基层法

律人才教育培养基地”。其中在浙江，浙江大学获准为“应用型、复合型法律职业人才教育培养基地”和“涉外法律人才教育培养基地”，浙江工商大学获准为“应用型、复合型法律职业人才教育培养基地”。

在浙江省属高校 20 多所法学院、系中，浙江工商大学法学院能够入选“全国首批卓越法律人才教育培养基地”，这既是很大的荣誉，是国家教育行政部门对我院办学水平的充分认可，同时也带给我们巨大的压力和前所未有的挑战。一方面，如何把卓越法律人才教育培养基地建设好，真正把学生培养成为“信念执着、品德优良、知识丰富、本领过硬”的高素质法律人才，成为我们必须努力完成的一项艰巨任务。另一方面，如何发挥卓越法律人才教育培养基地的辐射效应和我院作为“浙江省法学会法学教育研究会”挂靠单位的牵头作用，扎实推进浙江省高等法学教育的科学发展和整体提升，也成为摆在我们面前的一项全新课题。

正是基于对上述情况的观察与思考，浙江工商大学法学院在 2012 年 3 月新学期伊始，便制定了在全院学生中开展辩论赛、演讲比赛和征文比赛三项竞赛活动的计划并开始实施（该学期举办了征文比赛）；在 2012 年 11 月 10 日召开的“浙江省法学教育研究会年会暨转型发展中的浙江法学教育研讨会”上，我提出了建设“浙江法学教育网”和举办“浙江省法科大学生竞赛活动”（具体分为辩论赛、征文比赛、演讲比赛和模拟法庭比赛）的倡议，得到会议代表和兄弟院系的积极响应。会后，我们及时向省法学会的领导和省教育厅高教处的同志作了汇报（在汇报过程中，省教育厅高教处王国银副处长建议将“法科大学生竞赛”更名为“法律职业技能竞赛”，以更加符合强化法律职业技能培养的法律人才培养要求，我们采纳了他的建议），拟定了竞赛章程和各项比赛的规则，筹措了部分竞赛经费，与兄弟

院系的院长、主任进行了联系、沟通，并于2013年3月15日召开了有17所法学院、系负责人参加的院长（主任）联席会议。会议经充分讨论，决定成立浙江省高校法律职业技能竞赛组织委员会，通过竞赛章程和比赛规则，并确定每学期举办一项竞赛活动（即2012年上半年举办辩论赛、下半年举办征文比赛，2013年上半年举办演讲比赛、下半年举办模拟法庭比赛）。首届浙江省高校法律职业技能竞赛（“振才杯”辩论赛）在各院、系进行初赛的基础上，分别于2013年5月11、12日和25、26日在浙江工商大学进行了复赛、决赛，取得了圆满成功。

在全省范围内举办包括辩论、征文、演讲和模拟法庭等四项比赛在内的法律职业技能竞赛活动，这在国内尚属首次，具有极其重要的意义：第一，有利于改变法学教育培养模式单一的状况，建立多元化的人才培养模式。长期以来，我们一直采用课堂讲授的培养模式，教师与学生之间缺乏互动，学生靠死记硬背获得知识。举办辩论、征文、演讲和模拟法庭等各项比赛，能够改变“满堂灌”的单一培养模式，使辩论、演讲场所和模拟法庭变成生动、有趣的第二课堂，实现教与学的良性互动，从而建立新的人才培养模式，更加有利于学生的全面成长与个性发展。第二，有利于培养学生的创新精神和实践能力，切实提高法律人才的培养质量。实践证明，传统的课堂教学与书面考试的方法磨炼的是学生的记忆力，《高等教育法》所要求的创新精神和实践能力的培养目标难以得到实现。通过开展辩论、征文、演讲和模拟法庭等各项比赛，学生将在语言表达、法庭论辩、论文写作等方面得到实战性的训练；同时，学生要在比赛中获得好成绩，就必须探寻新思路，采用新方法，提出新观点，构建新思维，这无疑有利于培养学生标新立异、开拓创新的精神以及能说会道、能言善辩、妙笔生花和

临场应变的能力。第三,有利于全面提高学生的法律职业技能,以更好地适应法律工作的要求。在司法实践中,法官、检察官、律师只有拥有能够“唇枪舌剑”的良好“口才”和能够高质量地撰写各种诉讼文书的良好“笔才”,才能胜任司法工作。很显然,以磨炼学生记忆力为根本特征的课堂教学不可能培养出“口才”和“笔才”俱佳的法律人才,而只有通过经常性地 进行辩论、征文、演讲和模拟法庭等各项比赛,才可能使学生切实掌握“能说会写”的法律职业技能,从而在走上法律工作岗位后能够较快地适应法律工作的要求,早日成为一名合格的法官、检察官或执业律师。第四,有利于促进全省高校法律院系的合作,促进我省高等法学教育的创新发展和整体提升。在我国经济最具活力的长三角地区,与上海市、江苏省相比,浙江省的高等法学教育尚有较大的差距。我们认为,除需要政府重视外,更需要全省高校的法律院系加强交流与合作,以实现共赢与发展。而各法学院、系组织起来,常态化地开展辩论、征文、演讲和模拟法庭等各项比赛,无疑是法学院系之间进行交流与合作的重要途径。第五,有利于提高浙江省高等法学教育在全国的竞争力和影响力。目前,其他省份如山东、广东等,已在全省范围内开展了模拟法庭等单项比赛,而只有我省高校在全省范围内定期开展了辩论、征文、演讲和模拟法庭等四项比赛。因此,只要全省高校的法学院系团结合作、齐心协力,将各项比赛工作做好,同时扩大并加强其他形式的交流与合作,就一定能够逐步提升我省高等法学教育在全国的竞争力和影响力,并在不太长的时间内达到先进水平。

令人欣喜的是,在首届浙江省高校法律职业技能竞赛(“振才杯”辩论赛)的举办过程中,我们 有幸结识了厦门大学出版社副社长施高翔先生和编辑甘世恒先生。经过多次沟通和讨论,厦大出版社愿意把我们比赛的成

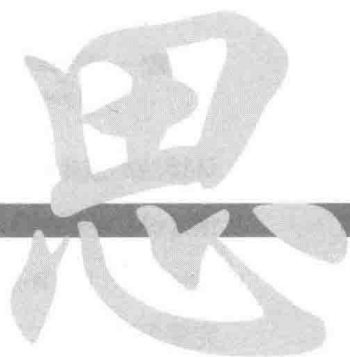
果编辑成书并无偿出版；辩论赛、征文比赛、演讲比赛和模拟法庭比赛等四项比赛的成果编辑成书，分别取名为《法之辩——浙江省首届法科大学生辩论赛实录》、《法之思——浙江省首届法科大学生征文比赛获奖论文集》、《法之声——浙江省首届法科大学生演讲比赛获奖演讲稿》、《法之绎——浙江省首届法科大学生模拟法庭比赛实录》。

我们相信，浙江省高校法律职业技能竞赛的常态化举行以及比赛成果的相继出版，不仅是我们进行法学教育改革，寻求提高法律人才培养质量的新途径、新举措和新突破的有益探索，也是我们浙江省高校法学院系开展交流与合作所获成果的集中展示，必将有力地提升浙江省法学教育的整体水平和在全国的影响力，促进浙江省法学教育的创新发展与合作共赢。

是为序。

（作者系第四届全国十大杰出青年法学家、中国高等教育学会常务理事、中国刑事诉讼法学研究会副会长、浙江省法学会法学教育研究会会长、浙江工商大学法学院院长）

目录



研究生一等奖

从国内外第三者获得遗赠、赠与判例中分析公序良俗原则适用问题	范贺超 /001
网络暴力何时休	
——“人肉搜索”的内涵及相关法律问题	方 磊 /009
我国产品责任中纯粹经济损失的赔偿研究	
——一种法学实用主义的研究思路	黄 围 /019
完善公司债权人保护制度	
——以对公司债权人分类保护为视角	李秋萍 /028
小生境生物相克损害民事救济研究	刘冰冰 /035
观念抑或存在：犯罪论体系的第一次哲学修正	
——《犯罪论与法哲学》一书评介	满 涛 /043
专利行政调解论	
——兼论对专利法第四次修改建议	乔宜梦 王雨佳 /053
论强制缔约	孙佳骏 /065
供需缺陷与精明买家：政府购买调解服务的困境与突破	王春晓 /073
论《刑事诉讼法》背景下“亲亲相隐”制度的体系构建	王 壮 /081

本科生一等奖

基层政府维稳的法治考察与反思	
——以宁波市江北、江东、镇海三区的拆迁情况为例	陈睿奇 /090

环境法治成本难题破解中的“按日计罚”问题研究·····	陈斯炜 /101
读《论法的精神》	
——“教育法应该与政体原则相适应”有感·····	冯茜茜 /110
完善我国追续权制度的建议·····	梁浩翔 顾杭燕 /115
“上海自贸区”负面清单管理模式法治化研究·····	梁 莺 /123
论“两高”为打击网络谣言司法解释存在的几点问题·····	宋金环 /132
阴阳鱼太极图：阐释中国古代礼刑关系的新视角·····	汪涵治 /140
由物业服务合同纠纷的调查分析浅谈法治建设	
——以象山县为样本进行调查分析·····	王 琰 /148
“亲亲相隐”制度的法经济学分析	
——兼论传统法制与法治建设·····	魏文通 /156
法律适用——法律发现中的逻辑·····	夏霖宜 /168
浙江省旅游景区门票收费调研报告	
·····	杨 骁 陈 颖 邵丹俊 徐梦影 赵 全 /174
当前我国食品安全中存在的问题及对策建议·····	易 楠 /188
论试药人合法权益的法律保护·····	俞弼仁 /200

研究生二等奖

以淘宝为例探索网络平台供应商的责任承担·····	陈丹丹 /209
论影视明星隐私权的法律保护·····	方 涛 /217
论足球裁判黑哨行为的刑法定性	
——兼论刑法第九十三条中的“公务”·····	金 希 /225
程序之失，法治之殇·····	李标森 /230
浅议适当成年人在场制度·····	李 慧 /235
论票据质权的实现·····	刘 娟 /245
食品安全地方法制：实践与经验	
——以陕西、宁夏、河南与山东四省区食品安全地方立法实践为样本	
·····	刘 欣 王 纲 胡晓瑞 /253

政府廉租住房行政给付设定程序的完善·····	柳 沛 /266
农业政策与环境保护的冲突与整合·····	缪若妮 /274
论融资性担保公司的法律监管·····	潘 淑 /285
环境群体性事件的私力救济属性探讨	
——以 PX 事件为例·····	任 凯 /293
论行政合同制度的建立·····	杨梦晓 /302
法治指数中国化应用的探索与思考·····	俞伟飞 /310

本科生二等奖

食品生产加工小作坊监管办法的现状及其完善·····	包茜茜 季任天 /317
民间调解、诉讼传统与法治国家·····	陈 建 高 聪 /324
主观抑或客观	
——对盗窃数额认知的归责·····	陈 颖 /335
影响性诉讼积聚法治中国“正能量”·····	陈 颖 /343
关于云和县木制玩具产业的知识产权状况调查报告·····	丁 琦 /350
“白领过劳死”现象的法律思考·····	方 敏 /357
关于我国确立沉默权制度的思考·····	冯家欣 /365
浅谈自助行为向索债型非法拘禁罪转化的认定·····	高 阳 /374
圈中的自由·····	贺吉凤 /383
失地农民权益保障与农户征地意愿的关系分析	
——以浙江省庆元县五都征地为例·····	胡逢阳 /388
削弱或促进：大调解机制与中国实质法治的推动·····	黄璘斓 /397
组织出卖人体器官罪法律适用问题研究·····	蒋 婷 /406
浙江省民营企业涉诉风险的思考和防范	
——以浙江金茂实业发展有限公司为例·····	金 燕 /414
浅论杭州市人民陪审员制度的改革	
——基于杭州市人民陪审员制度的调研·····	李文沁 /422

中国法治建设

——法治的四个支点·····	刘仕倩 / 429
吹响法治建设的芦笛·····	卢乐云 / 436
刑事侦查活动中的人文关怀·····	闵可宁 / 440
对《鹿特丹规则》确立电子运输记录效力的思考	
——兼谈我国对此的应对策略·····	隋婉君 / 447
法治中国的正义之手：法官庭外调查权的合理规制	
——以新刑事诉讼法的适用为背景·····	王晓程 / 454
关于我国农村守法状况及农民法律意识的调研	
——以浙江省桐乡市乌镇镇陈庄村为对象·····	王晓燕 / 462
悖逆与互动：冤案平反与司法公信力·····	吴培华 / 471
微时代下的法制反思	
——别让微博成为公民知情权的最后防线·····	夏培森 郑祎楠 / 480
在自由与责任之间：网络谣言的法律制裁与反思·····	谢 燕 / 488
中国梦·法治路·····	叶雨晴 / 498
论性贿赂的刑法规制·····	余懿臻 / 504
论期限治理之中国特有·····	张瀚翔 / 510
村民委员会贿选问题分析·····	张佳炯 / 514
试论“污点证人”制度在我国的发展·····	郑国将 / 521
财产公示制度期待二度蓄力	
——两“高”背后的法制反思·····	郑祎楠 / 527
论网络舆论监督与司法审判的良性互动·····	朱竹梅 / 535
后 记 ·····	544



研究生一等奖

从国内外第三者获得遗赠、 赠与判例中分析公序良俗原则适用问题

范贺超

中国计量学院法学院

摘要：自泸州遗赠案起，我国此类案件开始增多，由此引发的争论也一波未平一波又起。这本是好事，但是我国公众尤其是学者对法院的判决理由缺乏应有的理性，是综合考察不同时期多数人的价值取向还是一味地借鉴国外经验，应当引起我们的警觉。

关键词：遗赠；赠与；公序良俗原则

一、典型案例梳理



（一）案例一

被告蒋伦芳与遗赠人黄永彬为夫妻。1996年黄永彬与张学英相识并公开同居。黄后因病住院。之后写下遗嘱，由泸州市纳溪区公证处公证。遗嘱将其所得住房补贴金、公积金、抚恤金和卖泸州市江阳区房产所获款的一半和自己的手机一部，总额6万元的财产用遗赠的方式赠与张所有。同年黄因病去世。

随后张以蒋拒绝分配财产，将蒋诉至泸州市纳溪区人民法院。法院判决黄的遗赠行为违反了《民法通则》第7条规定，损害了社会公德，破坏了公共秩序，侵害了蒋合法的财产继承权，应属无效行为。原告主张本院不予支持，驳回诉

讼请求。

一审判决后，张上诉。二审认为黄所立遗嘱时虽具完全行为能力，遗嘱也系真实意思表示，且形式上合法，但遗嘱的内容和目的违反社会公共利益。二审法院判定黄与张的长期同居属于违法行为。而且，基于非法同居关系订立遗嘱以合法形式变相剥夺了蒋的合法财产继承权，使张谋取了不正当利益，依《民法通则》第7条，判定遗赠行为无效，维持原判。

（二）案例二

张晓佳与陈锋系夫妻。陈锋结识了刘娜并成为情人。之后，陈陆续赠与刘8万元。后张发现，将陈和刘诉至南阳市宛城区法院，要求刘返还不当得利。法院认为陈把8万元给情人的行为属于转移夫妻共同财产，因此，妻子可以要求分割这8万元夫妻共同财产。在分割时，由于原告与被告的婚姻关系仍然存续，共有关系并未终止，无法进行具体份额的分割，故应依公平原则等分处理，即原告享有该共同财产中的一半。丈夫未经妻子同意擅自处分妻子财产，属无效民事行为，妻子可主张被告返还。而对于丈夫处分自己的那部分财产，因违背公序良俗，属无效民事行为，但该无效民事行为属于不法原因给付，不得请求返还。宛城区法院作出判决，被告支付给原告4万元，驳回原告其他诉讼请求。

（三）案例三

一名已婚但无子女的男子于1942年与已经离婚的M女士同居，于1965年死亡。生前订立遗嘱将自己的所有财产赠与M。M向一审法院提起诉讼，要求按照该男子遗嘱分配遗产。

一审判决根据《德国民法典》第138条的规定，认为该遗嘱将被继承人的遗孀排除在遗产继承顺序之外是无效的。

M不服提起抗告，二审法院认为无须对该遗嘱是否整个违反善良风俗作出判决。此后，发妻提出申请，要求作为法定继承人获得3/4的遗产；M也提出只分1/4遗产。继承法院的遗产法庭根据二人申请分别颁发遗产继承证书。此后，被继承人的两姐妹向法院提出申请要求作为法定继承人分别继承其兄遗产的1/8。法院不予支持。

两姐妹遂向三审法院提起再抗告。最终法院驳回请求，维持原判。理由：被继承人指定M作为继承人而将被继承人的姐妹排除在了法定继承顺序之外的行为，并不违反《德国民法典》第138条第1款规定的善良风俗。通过遗嘱给予通奸者财产以作为对保持通奸关系的酬谢，只有在被继承人的配偶及其他

享有特留份权利的直系卑亲属因此受到损害的情况下，才属于道德上应予谴责的行为。《德国民法典》并不妨碍该遗嘱的部分有效性。

二、婚外遗赠、赠与案例评述

笔者搜集相关案例时发现，此类案件涉及公共安全、婚外财产处置、伦理习俗、基因工程……种类繁多。若从第三者获得遗赠、赠与财产这一角度入手，会降低研究的难度。目前距泸州案已十余年，此案引发的争议也随着时间的流逝而淡出公众视野。那么旧案重提有意义吗？如何海波先生言：“对它的探讨可以持续不断地进行，只要我们感觉它涉及的问题对我们的生活仍然会有潜在的影响”，¹而且，从针对此类案件的学者、法科研究生发表的论文、研究生毕业论文来看，对此案件的理解千差万别，甚至偏颇，有必要再论。

（一）对判决理由的分析

婚外遗赠、赠与财产案件的核心是判决理由，我国目前对此类案件争议较大的原因是法院判决理由不充分，且判决多偏向遗赠人、赠与人的配偶，认定遗赠、赠与人的行为违法，受赠人应返还遗赠、赠与财物。

案例二认定属于赠与人的那部分财产因违背公序良俗，属于不法原因给付，不得请求返还。而案例三的判决与前两个案例截然不同，认定遗赠人的有将财产赠与其非法同居者的自由，认为遗赠人和受赠人的非法同居关系并必然导致赠与行为无效，如果赠与的动机是为了向女方表示酬谢或者为了促使女方继续保持通奸关系而作出的法律行为，被认为是违反善良风俗的和无效的。但是，如果一项终意处分并非仅仅具有这种酬谢性质，就不能单凭婚外性关系这一事实，来论证财产赠与行为违反了善良风俗。

（二）对判决理由的质疑

泸州案终审判决后，学界对涉及第三者的遗赠、赠与案件的公序良俗原则适用问题展开了广泛讨论，其中，持质疑态度的较多。归纳起来，主要有：是否区分行为和法律行为；民事行为是否要考虑动机；能否“将没有法律制裁内容的道德转化为有效的法律制度”²；婚外遗嘱、赠与的生效问题在没有法律规定的前提下，究竟能否适用公序良俗原则判案。很多学者认为法律对遗嘱、赠与的规定表现在《继承法》《民法通则》上，既然婚外遗赠、赠与符合了法律

1 何海波：《何以合法？对“二奶继承案”的追问》，载《中外法学》2009年第5期。

2 [美]罗斯科·庞德：《法律与道德》，陈琳琳译，中国政法大学出版社2003年版，第44页。