2004年第1期
总第1期

晟典律师评论

SD & Partners Law Review

晟典律师事务所 主办

名家讲座 一种平顺过日子的人类心智 许章润
论文 电子签名浅谈 丁新朝
论文 反倾销案中非市场经济地位的标准以及中国的对策 卢林
疑案会诊 是股票质押，还是股权质押？——兼谈《担保法》及其司法解释的疏漏 余俊福
新法评述 聚焦《道路交通安全法》 王萍
判理研讨 工程鉴定与司法公正 颜湘蓉

SD&PARTNERS

-55
版社

D926.5-55
Z765

2004年第1期
总第1期

晟典律师评论

SD & Partners Law Review

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/周海荣主编. —北京：人民法院出版社，2004.11

ISBN 7-80161-898-X

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（2004）第 121022 号

晟典律师评论

主编 周海荣

晟典律师事务所主办

责任编辑	闻道 兰丽专
出版发行	人民法院出版社
地　　址	北京市朝阳区安慧北里安园甲 9 号(100101)
电　　话	(010)65290569(责任编辑) 65290516(出版部) 65290558 65290559(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	252 千字
印　　张	16.125
版　　次	2004 年 11 月第 1 版 2004 年 11 月第 1 次印刷
书　　号	ISBN 7-80161-898-X/D·898
定　　价	30.00 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			
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		
主　　编	周海荣			
副 主 编	陈　东	曹世文	郑建江	
编　　辑	沈咏键	冯　东	杨　洲	黎永绿
	王秀伟	黄建强	张巍松	李　军
	王　萍			
电子版编辑	王小安	鄢雄伟		

发刊贺词

欣闻《晟典律师评论》公开出版发行，我感到由衷高兴并致以最真诚的祝福。

作为一名从事法学研究与教学的长者，我一直非常关心和关注中国律师的现状和发展，也多次做过有关以律师为主题的学术演讲。我始终认为，律师作用的有无及大小是衡量和检验一个国家民主与法治进程及水平的晴雨表、试金石。律师是司法实践的亲历者，他们对法律适用的理解、对司法问题的洞悉、对社会生活的感知与其他法律职业人迥然不同。广东晟典律师事务所的律师将他们在执业中遇到的典型案例和具体问题加以归纳总结并提升到理论高度去认识、理解和评述，由此撰写出版了《晟典律师评论》，我认为这是一件十分有意义的事情，值得肯定。我仔细读过这些栏目和部分文章，确实是执业律师法律素养和文字功夫的具体反映，有一定的专业水准。在我的记忆中，人民法院出版社为律师事务所公开出版类似刊物尚属首次。作为权威的法律出版社之一，我相信这些编辑们的眼光。

作为一名法律工作者，最后我提两点希望。第一，努力办出律师刊物自己的特色和风格，坚持走以案说法、以案评法、以案论法的办刊道路，以律师的视角展示人生的价值及法律的

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

真谛；第二，要有历史使命感和社会责任感。目前律师界不乏追名逐利之辈，理想的缺失使不少律师的发展失去了方向。希望本刊大力张扬对法治的信仰，坚持对理性的探索。如斯，则中国律师业的真正兴盛指日可待！

衷心祝愿《晟典律师评论》发刊成功！

二〇〇四年十一月九日

---

* 中国当代法学家，中国政法大学终身教授

创刊寄语

石　岗*

春华秋实，酝酿已久的《晟典律师评论》正式付梓。法律研究之花在深圳律师界又出可喜之成果，这是值得高兴和庆贺的喜事。

律师不同于一般的社会中介人员，也不能被简单地理解为“自由职业者”。在现代司法体制中，律师是与法官、检察官等司法人员相并列的一极，对社会公平与正义的实现，具有极其重要的作用。在西方发达国家，虽然律师被视为“自由职业者”，但在对律师定性时，有一个比较一致的看法是：律师是司法人员的组成部分，或者说是法律体制中的官员，对司法质量负有特殊的责任。在我国，律师对维护法律的正确实施和公民的合法权益，更是负有法定的职责和使命。

基于律师的使命和职责所在，运用法律，研究法律，评论法律，改良法律，应该成为律师职业生活的重要组成部分。美国法学院协会职业责任部前主席大卫·鲁本认为：“从实践的角度看，律师就是法律”。对这个观点，拥有不同法律文化背景的人可能会有不同的认识，但其对律师之于法律的作用的强调，见解是十分深刻的。律师评法、论法，除了基本的法学理论探讨，更注重的是研究法律运行实践中的问题，可以将法律与现实生活有机地结合起来。其研究问题的视角，是法学理论家和其他法律职业人员所不能代替的。

---

* 深圳市法学会副会长、深圳市司法局副局长

值根于深圳经济特区的晟典律师事务所，将法律研究作为创办专业化、规模化律师事务所的重要内容，作为律师事务所发展壮大的基础工程来抓，体现了先进的办所理念。晟典律师事务所成立了法学研究所，并创办了公开发行的《晟典律师评论》，为广大律师提供了一个评法、论法的平台，对深圳律师界弘扬法律研究的良好风尚、彰显法学研究成果、提高法律服务水平，具有十分积极的意义。希望《晟典律师评论》坚持开拓创新、与时俱进的精神，以律师的职业责任和社会责任为基点，以法学理论与我国的客观实际相结合为方法，弘扬法治和理性，为我国经济发展、社会进步和律师业的规范发展贡献力量。

恩格斯在《费尔巴哈论》中说："一个民族，要想站在科学的最高峰，就一刻不能没有理论思维。"谨以此与广大律师朋友共勉。

理性与梦想

——创刊辞

钱伯明*

凝聚并承载着晟典律师事务所全体律师心血、智慧与梦想的《晟典律师评论》终于出版面世了。犹如一株刚破土的幼苗。它稚嫩、柔弱并带着羞涩，但它却实实在在植根于晟典人为之辛勤耕耘的土地，生长在每个晟典人的心中。

2002年金秋时节，晟典律师事务所正式宣告成立。没有庆典和鲜花，却完成了深圳律师发展史上一次空前规模的整合。我们成功实现了三个律师事务所的整体合并，吸引了四个律师事务所部分或大部分骨干律师的加盟，牵动了近100名律师的流动，他们在晟典的优化组合中重新找对了位置。值得提及的是，在整合过程中，一批上世纪80年代中期至90年代初期投身深圳律师行业并已在业界功成愿遂、成绩卓著的中年律师在作出应有的评估取舍后毅然加入了晟典团队，携手合力撑起了晟典的旗帜。两年后的今天，当我们回头审视晟典短暂的历史所创造的骄人业绩时，不能不为他们当年独特的眼光和选择的理性所折服、所钦佩。正是他们义无返顾的抉择及此后孜孜不倦的努力才铸就了今天晟典的辉煌。他们无愧为晟典的中坚，他们的努力结出了硕果。2003年是晟典开门后的第一个经营年度，当年即刷新了律师行业业务总收入、人均营业额及人均纳税额三项深圳记录；2004年预计将有更大的突破和更高的超越。晟典在经营上的规模效益已初露端倪并日益显示出勃勃生机。另一方面，晟典在成立之后吸引和充实了一大批具有深厚法学理论功底的专家型律师及优秀的青年律师。他们中有博士、教授、海外留学人员，他们在不同的法律专业和领域学有所成，各有建树。在实践中

* 广东晟典律师事务所律师、执行合伙人

他们将自己的专业和经验与其他律师交流分享，理论研究和业务探讨已在团队中蔚然成风。在这样的背景下，《晟典律师评论》便应运而生，它是晟典团队共同努力的结果和象征。

《晟典律师评论》的公开出版预示着晟典所朝专业化方向发展迈出了坚实一步，同时又是事务所实施品牌战略的一个重要成果。长期以来，由于众所周知的原因，中国律师缺乏专业，万金油几乎就是律师的代名词；中国的律师事务所没有品牌，充斥法律服务市场的大多只是三两成群的小作坊、大排档，完全缺乏竞争力。专业和品牌成了制约中国律师发展的瓶颈，同时也成了许多律师多年执业后的一个奢望。基于同样的认识和考虑，晟典在成立之时合伙人已达成共识，把打造专业与品牌作为办所的基本理念、作为规划事务所发展的重中之重。于是我们设立了业务专业委员会，成立了晟典法学研究所，并创办了公开发行的《晟典律师评论》，为广大晟典与非晟典律师提供一个讲法、说法、评法及论法的园地，让律师在其中切磋业务、交流心得、抒发情感，让律师在互动中领悟到：律师事业不仅仅是一份赖以谋生的职业，更重要的是一份能够在更愉悦、更完美的境界中体现个人奋斗、个人智慧、个人价值及个人喜怒哀乐的理想事业。从这个意义上说，选择在晟典做律师，实际上也就选择了工作的方式和生活的态度。

晟典合伙人共同制订并签署通过的《晟典律师事务所十年战略发展规划纲要》引言部分为晟典所的发展和未来作了如下勾画："以十年时间，将晟典所逐步打造成立足华南，在京、沪、港及欧美等其他海外世界级城市设有分支机构、拥有一批知名专业律师，在多项律师业务领域享有声誉，业务收入在全国处于前列，实行科学高效管理的大型综合性律师事务所，为中国的民主建设与法制进步作出应有贡献。"这是全体晟典律师共同的心愿与梦想，也是出版《晟典律师评论》的初衷和目标。

祝愿《晟典律师评论》阳光雨露，茁壮成长；

祝愿《晟典律师评论》顺风顺水，一路走好。

目 录

mu lu

发刊贺词 …… 江 平（1）
创刊寄语 …… 石 岗（1）
理性与梦想 …… 钱伯明（1）

名家讲座

一种平顺过日子的人类心智 …… 许章润（1）

论 文

善意取得制度的若干问题 …… 周海荣（10）
电子签名浅谈 …… 丁新朝（23）
网络虚拟物的法律属性 …… 范利平（32）
国有中、小企业改制分流有关经济
补偿金来源问题的探讨 …… 李正勇（42）
合同法散论 …… 冯 东（49）
反倾销案中非市场经济地位的标准
以及中国的对策 …… 卢 林（57）
揭开议付信用证法律性质的神秘
面纱 …… 贺鹏飞（67）
国际货物买卖中的根本违约构成
探讨 …… 杨 洲（78）
辩诉交易：审判程序的精致化及
其规避 …… 张建伟（90）
我国刑事审判中专家证人问题
之思考 …… 陆永康（116）

疑案会诊

是股票质押，还是股权质押？
——兼谈《担保法》及其司法解释
的疏漏 …… 余俊福（123）

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

关于行政诉讼中原告资格认定的
法律思考
——评康怡公司诉深圳市国土局
撤销抵押登记案 …… 钱伯明（135）

判理研讨

工程鉴定与司法公正 …… 颜湘蓉（145）
由一则案例浅谈票据权利的取得
——兼评商业汇票贴现的
注意义务 …… 宋 昕 李 迅（156）

律师实务操作指南

企业境外上市的基本要求
和程序 …… 陈利民 杨 辉（165）

深度观察

一个双赢的协议
——CEPA对中国内地和香港法律
服务市场的冲击 …… 周 璇（180）
略论“诱惑侦查” …… 王秀伟（193）

立法建言

重整制度与理念更新 …… 王 伟（203）

新法评述

聚焦《道路交通安全法》 …… 王 萍（210）

瞭 望 角

美国公司法点滴 …… 郑建江（217）

争 鸣 园

投保人迟交保险费保险人可以

拒赔吗？ …… 沈咏键（228）

法律人物

记得春风般温暖的面容
——怀念王铁崖先生 …… 周海荣（234）

为民立言

驱除恶法 …… 黎永绿（239）

有问必答

合伙出现纠纷该怎么办 …… 徐育康（243）

一种平顺过日子的人类心智

许章润*

一

法律理性不是纯粹的书斋话语或法学家顾影自怜的玩物，而是法庭实践的凭藉，法律从业者运思致用的套路。从个体的成长来看，科班训练的功能在于将法律从业者的意义定位、思维逻辑和工作语言悉予格式化，意味着将法律的价值、逻辑及其表意系统植入其脑，沁入其心，委诸其行。就晚近一般情形来看，经过四年大学法科训练，如此这般，即算初步秉具法律理性，具备法律从业者的基本素养，他或她由“人”变成了“法律人”。正常的情形是，后续的法律实践不是弱化，而是强化其业已养成的法律理性。从发生论来看，法科学生之所以接受这一格式化，法学教育之所以能够完成这一格式化，根本原因还是在于法律理性虽为一种极具形式理性色彩的职业理性，却原是一种实践智慧，源于生活理性。其志在打理生活，其用也正在于能够打理生活，而适成一种平顺过日子的人类心智力量。它不仅是一种理解力，而且是一种判断力，并且必定是一种实践智慧。

因而，将玄思落于尘世，行话换为白话，不妨说所谓法律就是一种据大家的说法过日子的活法；法律理性不是别的，即有关人世间过日子

* 清华大学法学院教授

的活法的常识、常理与常情。

二

此话可进而言之。

我们知道，事实（physis）与规则（nomos）的互动是法学的基本问题，是法律领域一切问题所由发生的原点。事实者，生活本身也，匹夫匹妇、芸芸众生天天如此过日子，一向如此过日子，不可回避也无法回避的洒扫应对也。吃喝拉撒、生老病死，婚丧嫁娶、迎来送往，做工务农、赚钱缴税，打打杀杀、爱恨情仇，这些是生活的基本内容，也是法律所要打理的基本事实。事实纷纭，总有其格局；生活之树花开花落，不离春夏秋冬的自然规律。基此才有人世生活，由此而为人间秩序。

生活是不知不觉间自然而然形成的，已成格局，每个人总是置身一定格局，适应这环境，进而才有可能改造这环境。而“格局”也好，“秩序”也罢，不是别的，原不过人世的常态、常规与常例；缠绕其间、一脉流连的是人间的常识、常理与常情。舍此常态、常规与常例，难言“格局”与“秩序”，生活本身亦将不可能；背离常识、常理与常情，则人必不成其为人，生活本身同样不可能。生命的冲动超脱常态，可能是在创造一种新的常态；高妙的玄思，总不脱常识的轨迹；法律理性纵然永远是一种少数精英的职业理性，可最后还不是要给人一个讲得通的“说法”才行吗!?

因此，将此常态、常规与常例慎予梳理，对此常识、常理与常情细予体认，最终将它们复述出来，归纳起来，表达为法律的规则性存在和意义性存在，落实为程序操作和最终的“说法”，是法律的来源，法律理性的功用，构成法学的使命，而为全体法律从业者的职业担当。

三

何为人世的常态、常规与常例？何谓人间的常识、常理与常情？东西殊俗，体认有差别；南北异风，答案自不同；时移势易，变亦常也。要言之，大凡为吾侪绝大多数平常人过日子所不可偏废的流程，平常日

子里维持生计之惯常，人之所以为人的基本心肠，即此之谓。漫漫岁月里，它们表现为习俗，落实为伦常，换形为传统，人人奉守，代代延续，非到积习成弊的地步，难言更张。因而，“观俗立法”遂成不二法门，这也是保证规则反映事实的途径；法律不得违背基本的人情之常，此乃良法的前提，更是法意贯通于人心，从而获得合法性的条件。

君不见，男欢女爱，生老病死，此为常态，也是常识；男大当婚，女大当嫁，父慈子孝，兄友弟恭，此为常规，也是常理；或四世同堂或分家别户，或长子继承或遗产均分，或办证入巢或未婚同居，此为常例，也是常情。文明类型各异，其“常”有别；时代不同，其“常”亦不同。但是，其为该文明该时代之“常”，则无分别。否则，今天不知明天如何，大家无以措手足，极度张皇里是没法过日子的，还谈什么“理性”不“理性”？一个有趣的例子是，《婚姻法》规定法定婚龄，各时各地略有不同，但男女基本发育成熟，能够成家立业过日子，担当生儿育女之责，肯定是最为基本的考虑，此为“法定婚龄”这一规则背后之“常”。沙俄旧法禁止年逾 80 的男女结合，意在言外；现代人青春期延长，自我享乐增加，婚龄后延，男大不婚、女大不嫁，号曰拼事业，亦为常态常情，另当别论。也就因此，以生活中的实例为证，禁止已达法定婚龄的大学生结婚这一规定之为恶法，根本就在于它违背此“常”，乖情悖理，而成恶规恶例；产妇临盆，母子命悬一线，县城里的“迎宾道”就是不许救人的“板的”通过，致使子亡母危，同样也是违背人命关天之“常”，而成恶规恶例，歪理戾情；而法官明辨慎判，确认追求真情，勇敢拥抱人间恩爱的农妇并未“重婚”，恰在于护持了这人伦之常，[①] ——贫贱夫妻相互扶持，本分劳作，恩爱厮守，安宁生活，就是天理。天底下，什么理能大过这个理！也就因此，公民守法、纳税，相应地要求国家担当起守夜人职责，政府做好“看门狗”，乃是天经地义，此为现代民主政治之“常”。可倘若贪官四千，逃资千亿，政府却引渡

① 该案基本案情是：1995 年 11 月，孙梅（化名）因不堪丈夫沉迷赌博，离家打工，途中被人拐到安徽省一个偏僻山村，嫁给五十多岁的男子秦斌（化名）。慢慢地，孙梅觉得秦斌对自己似乎更好一些，也就安心留下，和秦斌过起了夫妻生活。1997 年 7 月，孙诞下一男婴。2000 年 10 月，丈夫陈升得知孙梅的消息后，在妇联的帮助下将孙梅接回，但两人感情再也无法好转。陈升的辱骂、对儿子和秦斌的思念，使孙梅于 2002 年 10 月悄悄回到秦斌处。妻子的再次离家，让陈升抬不起头，于 2004 年 2 月 17 日向法院提起离婚诉讼，并表示保留追究孙梅重婚的刑事责任的权利。法院判决孙梅不构成重婚，并调解二人友好分手。笔者以为，这是一份极其出色的裁判。引自 2004 年 4 月 20 日《人民法院报》。

无方，忍看此类恶徒将亿万人积攒的血汗银子哗哗流入赌穴，甚至连伪劣奶粉泛滥于市、连毙数命都不管，也治不了，却这不许说那不准讲，说明打更误警，劣犬待训，——此亦一“常”也！

职是之故，法律从业者对于习俗、伦常和传统的梳理，包括对于正在形成中的新的习俗和传统，逐渐为大家所理解和接受的新的伦常的肯认，就是对于生活的常态、常规和常例的肯认；对于待人接物、为人处事等等日常生活中的常识、常理和常情的体认，也就是对于法律理性的提炼和弘扬，或者说，有助于形成健全而符合人性的法律理性。无论是立法规定、司法程序还是判决理据，都不能背离人间常识、常理与常情，此乃世俗的实在之法秉具合法性的基础。尤其是法庭判决，作为凯尔森所说的个别规范，既是一切法律运作的最终结果，更是针对具体事实而进行的法理阐发，而适成法律理性的具体结晶，也是直接面对常识、常理与常情的检验。人活一个情字，凡事讲个理字，这是人类通性。而之所以闹上法庭，利益的背后根本还是觉得情、理屈曲，不得已才请法律作个公断。此亦情、理，彼亦情、理，因此才要超然、中立的司法伸情述理，给个“说法”。

能有什么“说法”？会有什么“说法”？一言以蔽之，积数千年人类经验，东西南北法律理性的智慧，落脚还不是一个“合情合理”？因此，“合情合理”，既是最低标准，实在也是最高标准。试问：古今中外，除了这四个字，还有什么比这更高的要求？除了这四个字，还有什么比这更高的评价？除了这四个字，还有什么比这更高的境界！——而所谓情和理，总不外于人间常识讲得通且可接受者也。

四

肯定有人会说：“合法不合理，合理不合法；合法不合情，合情不合法”，这些难道不是常常发生的事吗？为什么立法言之凿凿，而常识、常理和常情却难以接受；判决振振有辞，而大家心中却吞咽不下呢？

笔者承认，也无法不承认，百年中国，这是常见的景象，也是困扰我们的难题。不但不怪，相反，正常得很。否则，反倒奇怪了。但是，它却并不足以颠覆前述命意。毋宁，它向我们展示了立法和裁判背离这一命意的恶果。

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com