



法律服务专业化探索

江苏漫修律师事务所论文集

FA LU FU WU ZHUAN YE HUA TAN SUO
JIANG SU MAN XIU LU SHI SHI WU SUO LUN WEN JI

(第二辑)

主 编 ◎王卉青

副主编 ◎丁嘉宏 董家友

执行主编◎魏小强



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



法律服务专业化探索

江苏漫修律师事务所论文集

(第二辑)

主 编◎王卉青

副主编◎丁嘉宏 董家友

执行主编◎魏小强

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

法律服务专业化探索: 江苏漫修律师事务所论文集. 第二辑 / 王卉青主编. — 北京: 中国法制出版社, 2016. 5

ISBN 978-7-5093-7531-0

I. ①法… II. ①王… III. ①律师业务—中国—文集 IV. ①D926.5-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 098313 号

策划编辑 胡 斌

责任编辑 耿旭冉

封面设计 李 宁

法律服务专业化探索: 江苏漫修律师事务所论文集. 第二辑

FALÜ FUWU ZHUANYEHUA TANSUO; JIANGSU MANXIULÜSHISHIWUSUO LUNWENJI. DIERJI

主编 / 王卉青

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 710 毫米 × 1000 毫米 16 开

印张 / 45.25 字数 / 573 千

版次 / 2016 年 7 月第 1 版

2016 年 7 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-7531-0

定价: 98.00 元

北京西单横二条 2 号

值班电话: 66026508

邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66066324

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)



FA LU FU WU ZHUANYE HUATAN SUO
JIANG SU MAN XIU LU SHI SHI WU SUO LUN WEN JI

律师的公正使命（代序）

谢 晖 *

近十年来，随着我国社会转型的明显加剧，律师的社会角色、社会地位愈益凸显。市场化交往、多元性竞争、陌生人社会等所带来的无法避免的社会冲突和纠纷，使前现代社会流行的“一抹光”的纠纷处理机制黯然失色，而必须代之以是非分明、裁判公正的法治化处理。在这里，政府不再是权威的社会纠纷解决者，因为它们自身经常陷于社会纠纷，甚至在某种意义上是社会“矛盾的主要方面”，不能共享运动员和裁判员的身份；个人权威也对处理人们的日常纠纷而言于事无补，因为几乎所有纠纷，都涉及纠纷当事人的利害得失。任何神圣的“奇理斯玛”，都无法取代公正的、可预期的法律尺度和当事人心目中的利益衡量。

因此，熟稔程序、因循法律、唯法是尚的律师，在这种社会里的吃香，乃是势所必然、理所当然。无论官家如何对律师贬之褒之，社会对律师如何非之赞之，只要人们遇到纠纷，并寻求通过诉讼或非讼的合法方式解决问题，就对律师的需要有增无减，律师对社会的贡献也会与日俱增。因此，律师的形象，事实上已从当年“专替坏人说话”的“负面”角色，反转为

* 谢晖，中南大学特聘教授，博士研究生导师、博士后合作导师。

“律师兴，法治兴；法治兴，国家兴”这种决定一个国家治理转型、国运兴衰之关键角色！甚至在官家口中，也强调说“律师事业面临前所未有的发展机遇。”如今，不惟企事业单位、政府部门聘请律师乃平常之举，而且事业稍有成功的个人聘请私人律师，亦非罕见！

然而，与此同时，必须进一步认识的是，毕竟我国长期以来工商业严重受制、陌生人间的人际交往不被倡导、“父母在、不远游”的熟人观念深入人心，从而法律和律师也格外受观念和体制的排斥。律师业无论作为一种社会职业还是服务产业，在我国都可谓是新近的产物。它既未经过社会的淘洗和历史的沉淀，也还缺乏职业内部的良好规范和“有机团结”。社会和政治的各种风云变幻给律师业带来的严重冲击，使这个新兴的职业尽管在我国应运而生，但又命运多舛；律师业内部确实存在的蝇营狗苟、唯利是图等市侩之气和互不服气、内讧抬杠等江湖之风，更令对其本来怀抱偏见的人，获得了恣意攻讦它的口实。

自然，外在的“不可抗力”并非律师一家可以左右，但在既有条件和环境下，如何从律师业内部寻得其更进一步被社会所认知和接受的共识？我想，这完全是可以认真探讨的话题，甚至也是在律师职业内部能够部分解决的问题。我觉得，探讨这一话题的入口，或许是从定位律师的使命入手。初看之，这是一个不无玄虚的命题，然而这却是理解该职业的逻辑基础。

多年前，我在探讨法律职业时强调，所有法律职业者，无论律师、检察官还是法官，无不例外是专门借助法律而谋生的人。只是因为当法律职业者根据法律从业时，所关涉的不仅是从业者自身的利害得失，而且更涉及法律服务对象的成败输赢，因此，它绝不像普通公民或其他主体的用法行为那样，仅仅关乎用法后的自身利害。这就像在现代社会分工背景下的所有分工生产者一样，其生产的直接目的并非为其个人的吃穿用住，而是为市场上千千万万需要该商品的消费者，所以，更需要所有商品生产者的职业伦理。每位分工生产者不仅要“干一行爱一行”，而且要“干一行像一行”。可见，在社会分工和市场制度下，谋生对自己而言，固然是生存和生活之必然，但只有在自己的生产能够满足社会和他人的需要，进言之，能满足分工生产者的职业伦理时，谋求更高质量的生活才既是可欲的，也是能欲的。

正因如此，“律师作为法律职业，具有双重的使命，一方面，他必须为法律负责；另一方面，它又必须通过对当事人的法律服务获得其财富的增长。这样，律师职业事实上就

具备了两样的职业内容——该职业既是法律职业，同时也是商人职业”。显然，对于律师职业者而言，其从事代理和辩护活动的商业性与公益性之间，具有同构特征。不过毕竟律师所从事的不完全是商业活动，在谋生之外，这一职业的活动必须依法寻求社会的公正和正义。故在此基础上，我愿意继续探讨律师应担负的三重公正使命。

自古迄今，人类的法律都以寻求、体现社会公正为所任。即使前现代社会的法律，也把在法律之下的社会公正作为其基本追求，故“法不阿贵，绳不挠曲”、“刑过不避大夫，赏善不遗匹夫”、“法律是公平正义之术”。那种公然把法律视为张扬社会不公，笃行特权保护的机器者，即便有，也是法律史上的例外，而非常态。社会公正的基本实现方式，须在个案的裁判中得以体现，否则，社会公正只能耽于理想、失于口号，口惠而实不至。在一定意义上，律师职业的产生，就是近、现代法律寻求司法个案公正的产物。特别在刑事诉讼中，众所周知，诉讼的一方主体是强大的国家，另一方主体则往往是无权无势的公民个人。以公民个人来应对携权力之威、谄法律之术的公诉主体，诉讼中的不平衡显而易见，以此追求个案的公正，结果也不难想见。故在刑事诉讼中建立辩护制度，既是为身处弱势地位的被告人提供法律帮助，也是以制度力量促进司法正义、个案公平。可见，律师的第一重公正使命，就是通过诉讼辩论和代理活动，在诉讼中和法庭上依法制衡权力恣睢，寻求并尽量保障个案公正。

个案公正是重要的，但个案公正毕竟是整个社会公正的一个片段、一个环节。即使“让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”，也不意味着个案公正之和就一定达到了法律秩序所要求的社会公正。因为法律秩序的维系不仅体现在遭遇个案后进行司法补救，更在于人们在日常交往中要遵循法律秩序。对法律秩序的维护，一方面，是全体公民的分内之事，因为法律是关乎每位公民、法人和其他社会组织的“社会契约”、主体共识；另一方面，更是国家机关的分内之事，因为除了其代表国家作为契约主体一方外，更在于所有权力皆自法出，法律之外不得“推定权力”。律师在这两种力量中，理应属于前者的代表。这意味着律师在尽力促进个案公正之时，还应肩负以社会力量维系一个国家法律秩序的使命。在这方面，法律顾问制度的建立和推广，不正提供了律师借助制度方式，参与社会主体的日常交往，并督促顾问单位、公民个人严格依法交往、维系法律秩序的方便吗？可惜无论普通公民、法人、非法人组织，还是公权机构，对律师这

一公正使命的认识还很不充分。而律师职业者，也更看重个案中法庭上的表演，对日常生活和交往中如何帮助人们运用法律维系秩序，即便积极参与，但也宣传不够，似乎不出庭唇枪舌剑的律师就不够格似的。这势必会影响或减损律师在司法个案之外，依法维护社会公正的使命，妨碍或冲淡人们对律师作用的更深层次的看法。

无论律师所肩负的个案公正的使命，还是其所承担的社会公正的使命，都是从规范分析视角得出的。这样，似乎在制度或者规范分析视角，就完全解决了律师的公正使命问题。但倘若把价值分析引入其中，律师的使命到此并没有完结。除此之外，我们在价值视角还会发现：个案裁判和社会公正所依赖的法律，本身是个必须接受社会正义进一步拷问、论证和校验的概念工具和制度事实。众所周知，法律归根结底是人类智慧的结晶。不要说世俗法律，哪怕是神圣的宗教法律，也不可能是“神的理性”，而只能是“人的理性”。既然是人的理性，法律不可能不带有类认识的天然缺陷。因此，要在动态实践中不断保持法律和社会之间的回应和适应，实现“可持续的社会公正”，就需要建立一种制度，能够随时发现既有法律的缺陷并予以救济。法律缺陷的救济方式，既可由司法运用法律方法而实现（微观救济），也可经由立法这种政治行为而实现（宏观救济）。对律师而言，通过前者，不仅运用法律促进个案的公正解决，而且透过它发现或拓展法律的内部知识，这意味着律师对司法法律方法的应有贡献。这时，其应秉有法学家的角色和使命。通过后者，律师则在法律活动之外，依法参与到政治活动，并透过它发现法律的外部知识。近代民治国家的事实已充分证明，律师参与政治活动，对于立法和法律秩序的顶层设计而言具有他人无法替代的作用。这时，律师则应秉有政治家的角色和使命。这些使命，一言以蔽之，为促进制度公正的使命。

这样，如果把公正一分为三，即个案公正、社会公正和制度公正的话，那么，就不妨把律师的使命也一分为三：在从事代理和辩护活动时，通过运用法律促进微观层面的个案公正；在帮助人们的日常交往和生活时，通过引导人们依法行为而推进中观层面的社会公正；在参与法律创制的政治活动时，通过法律内部知识创造和外部知识的发现，矫正既有法律之不足，设计更加健全的法律体系，创造宏观层面的制度公正。我以为，一位律师于这三重使命皆有作为，是为大律师；其作为只在前两者，是为好律师；其作为只在前者，是为合格律师。

目录

民事篇	试论胎儿利益的民法保护	贺 爽 (003)
	浅谈同性恋立法现状及同性恋人格权保护	田 颖 (017)
	试论婚约的法律规定及立法构想	杨雪亭 (028)
	试论婚姻登记制度的性质及其价值取向	彭 黎 (042)
	试论媒体言论自由与隐私权的冲突及协调	沈 强 (051)
	论民事权利外观制度体系	张 姣 (067)
	论遗嘱继承之“特留份”制度	周洁琼 (080)
	略论我国房屋预告登记制度的缺陷及其完善	钱宇弘 (092)
	试论流质契约的解禁	吴秋亮 (106)
	论涉外合同之债的法律适用	殷 军 (119)
	情势变更原则的司法适用	邱骏如 (129)
商事篇	浅论我国企业法律风险的控制与防范	谢仁海 (145)
	论企业法律风险管理律师服务产品的开发与营销	董家友 (155)
	小额贷款公司业务操作风险防范浅谈	陆 蕾 (165)
	P2P 网络贷款平台的法律风险分析及其应对	郑 煜 (177)
	《票据法解释》第 69 条的理解和适用	顾晓雯 (188)
	从润禾公司案看公司设立后发起人的法律责任	云 闯 (199)

	有限责任公司股东退出机制研究	王廷芳 (208)
	浅论公司对外担保的效力	刘 勇 (225)
	外资并购的法律策略研究	刘思培 董家友 (235)
知识产权篇	网络图书馆的经营性复制行为是否违法	
	——对欧美相关判例的考察	唐 凯 (251)
	生死 13 天——论专利申请日的重要性	赵臻淞 (259)
	著作权与外观设计专利权的交叉保护初探	赵臻淞 白徐芳 (266)
	论我国对未注册商标的法律保护	韩克鹏 杜奕蓉 (274)
	公司并购中的无形资产保护问题研究	丁嘉宏 刘思培 (287)
	高科技企业无形资产价值的法律分析	刘思培 陆 蕾 (295)
劳动社会篇	略论企业劳资纠纷风险防范	薛 静 (307)
	企业劳动用工法律风险防范	孙秀红 蔡小丽 (315)
	达到法定退休年龄人员返聘就业优势与风险规避	黄千里 (322)
	“常回家看看”条款：适用困境及其消解	杜乐其 黄 燕 (331)
	社会保障法之“社会化”解构：基于资金与管理视角	刘志国 杜乐其 (345)
	实现社会保障地方性立法由冲突到和谐的路径选择	
	——基于长三角社保一体化实践的思考	杜乐其 钱宇弘 (357)
	城镇化背景下农民工消费者成长及其制度保障	杜乐其 孙 昊 (370)
	新型农村社区建设的政策保障机制研究	过 静 陈士林 (383)
行政刑事篇	行政约谈法治化研究	孟强龙 (393)
	略论行政决策中的法治思维	董家友 魏小强 (410)
	论程序法对行政自由裁量权的控制	史静霞 (419)

论食品安全行政监管主体的责任体系	王廷芳 叶秀琴 牛玉兵 (433)
管委会主导型开发区管理模式的法律风险与防范	王丹青 牛玉兵 (444)
浅谈对《刑法修正案(九)》后危险驾驶罪的适用与期待	
——以“严重超载超速”型危险驾驶为重点	周竞超 (455)
公民个人信息的刑法保护	
——综论《刑法修正案(九)》第17条	王 勇 范 鑫 (464)
“土地征收、征用补偿款”是否一定是公款?	王 勇 (475)
我国民营企业融资的刑事风险及管控对策	
——以吴英集资诈骗案为例	吴 燕 赵 询 刘春花 (482)
关于社区矫正对象重新犯罪问题的思考	王忠城 肖亮斌 (494)
海商国际篇	
“一带一路”背景下江苏建筑企业“走出去”的法律风险及防控	孙秀红 (507)
论“一带一路”背景下我国法律制度的完善	
——以海外投资保险法律制度为例	王丹青 孟强龙 (517)
浅析“一带一路”战略下的企业避免双重征税问题	过 静 孙靖珊 (529)
我国公共秩序保留制度的不足与完善	郭 澈 (540)
美国对涉华商业秘密的“337调查”及国内行业的应对做法	周爱春 吴 燕 (552)
欧美反规避中规避行为认定标准的比较研究	周爱春 王丹青 (564)
碳关税与 GATT 第 20 条关系分析	
——对 WTO 规则下碳关税合法性问题的再辨析	王丹青 周爱春 (576)
诉讼篇	
论消费公益诉讼主体的角色定位和保障机制	王丹青 (591)
民事恶意诉讼的司法规制	
——以新民事诉讼法为中心的考察	牛玉兵 董家友 (601)
我国家事纠纷诉调对接模式研究	华 清 (614)

论司法大调解制度的完善	杨 浩（628）
论民事诉讼中非法证据排除规则	王 莉（642）
试论公示催告制度	刘俊杰（654）
关于司法公正的效率意识思考	王小青（666）
谁应当承担举证责任	
——唐兰与程永莉房屋买卖合同纠纷抗诉案分析	沈 忱（678）
如何正确理解合伙关系的成立条件	
——张映彬、林钦盛与许汝锋合伙纠纷抗诉案分析	沈 忱（692）



法律服务专业化探索
——江苏漫修律师事务所论文集(第二辑)

民事篇

试论胎儿利益的民法保护

贺 爽 *

胎儿是指自然人已经受孕但还未出生的生命体状态,胎儿阶段是任何人都无法逾越的。胎儿的发育、成长状况与自然人出生后的利益直接相关。如果认为婴儿在出生后没有对出生前受到的伤害提出诉讼的权利,就会使其遭受不可弥补的错误伤害。随着社会工业化进程的发展,医疗事故、交通事故、环境污染等突发事件日益增多,要求保护胎儿利益的案件也越来越多。然而我国涉及胎儿利益保护的法律除《继承法》第28条外,几乎是空白。这不仅没有反映现实生活的需要,使得司法实践中涉及胎儿利益保护的案件不能得到妥善的处理,还与当今社会尊重人权、保护人权的理念不符。

理论界对胎儿利益保护的法律依据众说纷纭,主要有权利能力说、请求权基础说和法益说,其中法益说又分为生命法益说和人身权保护说。本文针对我国

* 贺爽,江苏漫修律师事务所律师、公司专业委员会及劳资专业委员会成员,法学学士,专长于公司、劳动争议法律业务。

的立法现状和不足，通过研究胎儿利益保护立法模式的理论依据，以求找到适合我国胎儿利益保护的模式和方法，完善我国的胎儿利益保护制度。

一、国外关于胎儿利益保护的立法模式

（一）大陆法系

在罗马法时期，法学家保罗就指出：“当涉及胎儿利益时，母体中的胎儿像活人一样被对待，尽管在他出生以前这对他毫无裨益。”罗马法认为，虽然从实际的角度上讲胎儿不是人，但基于他有发展为人的可能性，法律就要维护其从出生之时起就存在的权利。

近代，大陆法系国家继承了罗马法的传统，对胎儿利益的保护主要有以下三种立法模式：

1. 总括的保护主义。该模式认为胎儿享有民事权利能力，从而对胎儿利益实行全方位的保护。目前，瑞士、匈牙利等国家采用了该种模式。例如，《瑞士民法典》第31条规定：“胎儿，只要其出生时尚存，出生前即具有权利能力。”《匈牙利民法典》也规定：“胎儿如果活着出生，其权利能力应该从受孕时算起。”

2. 个别的保护主义。该模式不承认胎儿享有权利能力，仅在某些事项上视胎儿已出生，如《日本民法典》第721条规定：“胎儿关于损害赔偿请求权，视为已出生。”这是针对侵权损害赔偿的特别拟制，即将损害赔偿请求权作为一个特例赋予胎儿。另外依第886条、第965条规定^[1]，这种拟制也适用于继承和受遗赠两个领域；《德国民法典》也规定胎儿在继承（第1923条）、抚养人被杀（第1924条）^[2]时视为已出生，从而享有继承权、损害赔偿请求权等。

3. 绝对主义。该模式绝对贯彻胎儿无民事行为能力、不得为民事主体的原则，如苏联 1964 年的《苏俄民法典》。我国涉及胎儿利益保护的立法仅限于《继承法》第 28 条，“遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。胎儿出生时是死体的，保留的份额按照法定继承办理”。并且自然人在胎儿阶段无权主张持有该特留份，即特留份“留而不给”，故我国也属于“绝对主义”。

（二）英美法系

英美法系早期的判例认为胎儿是孕妇身体的一部分，不是法律意义上的人，且加害人的过失与损害结果的因果关系难以确定，因而不认可胎儿的损害赔偿请求权，如美国较有影响的 *Dieterrich v. Northampton*^[3] 案。但随着时间的推移，学者对此实务上的保守做法逐渐产生了怀疑并进行了强烈的批判，民众对此也是相当不满。1946 年，美国哥伦比亚特区法院在 *Bonbrest V. Kotz*^[4] 一案中，承认了自然人可以就其在胎儿期间所受的损害行使损害赔偿请求权。之后，大多数州也陆续废除以前的判例，认为胎儿出生为活体的，就其出生前所受的侵害有权请求损害赔偿。

但是，判例对一些情况存在分歧，这一定程度上导致胎儿损害赔偿请求权的滥用。因此英美法国家也颁布了一些单行法对这种权利进行限制和规范，如 1976 年英国国会通过的《生而残障民事责任法》，这

[1]《日本民法典》，王书江译，中国法制出版社 2004 年版，第 159 页。

[2]《德国民法典》，郑冲、贾红梅译，法律出版社 2001 年版，第 475 页。

[3]在该案中，某怀孕妇女在被告管理不当的道路上跌倒，因惊吓导致流产，胎儿死亡。马萨诸塞州最高法院法官 Oliver Wendell Holmes 以胎儿系属母体身体一部分而非法律上的“人”为由，判决原告败诉。

[4]该案第一次认可了胎儿对产前的医疗过失造成的损害有权提起诉讼的权利。