

## 从治疗到预防: 风险社会法律治理背景下律师执业的定位转向

梁 伟 亮\*

### 〈目 录〉

- |                                |                             |
|--------------------------------|-----------------------------|
| I. 问题的缘起                       | IV. 路径选择: 律师执业中预防法学思维的引入与培育 |
| II. 风险社会: 律师执业定位转向之动因          | V. 律师执业中预防法学思维的现实运用         |
| III. 从治疗到预防: 风险社会法律治理理念转向的应然逻辑 | VI. 代结语: 面向未来的律师执业          |

关键词: 风险社会, 社会治理, 法律治理, 从治疗到预防, 律师执业, 定位转向

### I. 问题的缘起

在《鶡冠子·卷下·世贤第十六》里记载的“扁鹊三兄弟治病”的故事中, 扁鹊坦言其“长兄於病视神, 未有形而除之”, 是“最善为医者”。在其看来, “良医化之, 拙医败之, 虽幸不死, 创伸股维”, 医术精道的医生需要在疾病未发之时就能预防并行之有效的消除病因。又如中国古语有言, “亡羊补牢, 犹未晚矣”,

---

2019년 03월 25일 접수, 2019년 04월 19일 수정, 2019년 04월 25일 게재확정

\* 中国政法大学民商经济法学院, 博士研究生, email: 751101457@qq.com

但我们可知,这种论证结果是针对更大损失而言的,其基点是承认了损失的客观存在。同理,我们认为,作为专治“社会之病”的法律人,评判其优秀的标准不仅要在法律纠纷发生之后提供行之有效的“治疗方案”,还要能够预先研判风险,形成系统的风险规避方案,以自身的专业活动降低甚至消除风险可能带来的损害。在当前全面依法治国的背景下,法律治理作为社会风险治理的重要组成部分,其重要性不言而喻。同时,不可否认,在风险社会法律治理的推进中,律师的执业活动对社会风险的规避和缓释起到了至关重要的作用。但是,我们可以看到,当前的律师执业中还未形成预防法学的蔚然之分,<sup>1)</sup>大部分律师将主要精力放在法律的事后救济上,对于预防法学的思维方式未予以足够的重视。这加剧了法律通过事后的介入与调控这种供给方式与现代社会发展之间的紧张关系。再者,社会的飞速发展,人工智能等新事物的不断出现,也同时对律师执业思维的转变提出了新的要求。在此背景下,律师行业的未来及律师自身的发展,取决于对新事物的接受速度及接受程度,更取决于律师自身思维方式的转变。

本文起因于笔者长期对中国法律的研究和实践,尤其是法律实践中的一些思考及经验的总结,希望借此机会与同仁交流。但限于笔者的学识及思考问题的深度,文章难免存在较多不成熟之处,望各位同仁不吝指教!

## II. 风险社会: 律师执业定位转向之动因

### 1. 法律视角下风险社会的一般阐释

安全、稳定历来是人类的普遍追求,作为人类社会重要核心价值之一,其不

---

1) 预防法学是与治疗法学相对应的一个概念,其最早是由被后世誉为“预防法学之父”的美国南加州大学的布朗教授在其名为《预防法学手册》中首次提出。此后,他又在《现实中的律师执业: 预防法学的起源》、《法律审计: 企业内部调查》等著作中对预防法学思维作了进一步的阐释。

仅是社会个体的本能需要, 同时也是社会族群的价值追求。这种价值追求背后, 承载的是一种稳固、确定的预期。在实证法层面, 有“预期违约”、“期待利益”等理论涉及该词, 其中, 有较多学者关注预期在日常生活中的重要性, 较为典型的, 有如哈耶克在其《法律、立法与自由》一书中, 利用“预期”与规则之间的关系来阐释自生自发秩序的生成问题<sup>2)</sup>。与确定的预期相对应, 风险在通常情况下则被视为某种不确定性, 是安全、稳定的对立面, 但现实是, 作为现代性的一个基本特征, 它无处不在, 无时不有。毋庸置疑, 人类的文明史就是一部对自然环境影响不断加剧的演化史, 同时也是风险形式不断更迭的演变史。在农业文明及科技不太发达的时期, 人类社会的行为对整个世界的影​​响极其有限, 即使是因为预先没有进行风险管控而导致不利后果, 这种后果也不会给社会带来不可承受之重。但是, 进入现代社会, 随着现代科技的发展, 人类行为对社会的影响日益加剧, 如果不对温室效应、核试验等新类型的风险加以控制, 内生性和外源性相叠加的风险将使我们生活在惴惴不安之中惶惶不可终日。这诚如阿尔温·托夫勒所言: “工业社会生态污染和资源利用所出现的问题, 已经达到与从前根本不同的新水平。”<sup>3)</sup> 这也正是卢曼将“世界”看成是一个充满复杂性的场域的原因, 在卢曼系统论体系里, 这一场域的复杂性分为有组织的复杂性和无组织的复杂性, 伴随着社会复杂性而来的, 是不可避免的社会偶然性, 而这种偶然性蕴含着风险<sup>4)</sup>。基于人类对现代社会中风险的直觉感知及对风险认知能力的不断提高, 当德国学者乌里希·贝克提出“风险社会”的概念之时, 立即引起人们的广泛共鸣。<sup>5)</sup> 基于此, 有学者判断, 风险社会已经来临, “失控的世界”及“灾异”现象已成“日常”。在此背景下, 要构建稳定的预期, 并保持这种预期的连续性, 以实现社会领域的善治, 此时作为“普遍化”规范的法律便显得

2) [英]哈耶克(2000),《法律、立法与自由》(第1卷), 邓正来、张守东等译, 中国大百科全书出版社, 第54页。

3) [美]阿尔温·托夫勒(1983),《第三次浪潮》, 朱志炎译, 三联书店, 第175页。

4) 彭飞荣(2018),《风险与法律的互动: 卢曼系统论的视角》, 法律出版社, 第41-42页。

5) 李秋高(2012), 论风险管理法律制度的构建—以预防原则为考察中心,《政治与法律》第3期, 第72-78页。

十分重要，但是，当前作为社会控制工具的法律在事后的介入与调控已经不能满足现代社会的需要，为此，管理风险、预防灾难成为人类社会的必然选择，也自然成为各学科共同关注的话题。作为实现社会善治的工具，法律不可能对风险无动于衷，必然加入到这支浩浩荡荡的风险管理与灾难预防的大军之中，并且有必要把风险管理纳入法学的研究范畴之内，并最终落实到法律实践之中，把所谓的“风险社会”治理的现实化作为全面落实依法治国方略的一个前提<sup>6)</sup>。

## 2. 风险社会：律师执业定位转向的空间可能

根据卢曼的系统论分析，法律是一个“规范上封闭但认知上开放的系统”，其可以为风险的处理提供新的思路<sup>7)</sup>。在当前中国社会转型升级和全面依法治国的背景下，法律风险治理是社会风险治理的重要组成部分。为此，作为与社会接触面最广的法律工作者，律师在执业中的定位应是运用“社会的法律”来应对社会中存在的法律风险，通过自身的专业知识和执业活动推进法律的正确实施，更好发挥法律的事前防范和事后惩戒或治疗之功效。二者缺一不可：一方面，通过法律的事后惩戒或治疗，恢复失衡的社会关系，这也就达到了法律事前预防的目的；另一方面，如果法律的事前预防到位，也就能消除或减轻法律风险给事后惩戒或治疗带来的压力。<sup>8)</sup>但是，我们知道，“破镜难重圆”，以第三方裁决为主的事后惩戒或救济，不仅仅其结果是不确定的，并且，往往也是“杀敌一千自损八百”，必然造成不必要的社会资源的浪费。反之，“未雨绸缪远胜于亡羊补牢”，以事前预防为主的预防法学思维能够有效的避免以上问题的发生。通过引入、培育和运用预防法学思维，一则可以降低甚至避免法律风险演变为灾害的可能性，二则可以确实降低社会主体运营的风险，助推社会健康发展，三

6) 季卫东(2009)，依法的风险管理，李林主编『全面落实依法治国基本方略』，中国社会科学出版社，第122页。

7) 彭飞荣(2018)，『风险与法律的互动：卢曼系统论的视角』，法律出版社，第97页。

8) 陈爱娟(2008)，法律预防功能及其发挥，『安庆师范学院学报』第4期，第43-46页。

则可以保护社会关系相对稳定, 增强人们的社会认同感及安全感, 促进社会和谐稳定, 四则可以通过大量的风险预防措施助推立法质量的提高, 助力实现社会治理现代化;<sup>9)</sup> 五则能够开阔视野、大大增加律师的执业机会, 增强律师的执业尊荣感和社会对律师工作的认同感。为此, 在当前社会背景下, 治理社会法律风险不仅需要治疗法学与预防法学的理念交融, 使二者共同发挥作用, 还需在此基础上确立以预防法学为主的法律体系及法律实践方式, 这就为律师执业定位转向创造了巨大的空间可能, 同时也提供了无限的机会。

作为维护当事人合法权益、维护法律正确实施、维护社会公平和正义的法律执业人员,<sup>10)</sup> 同时也是风险社会治理中社会参与力量中重要一环, 律师执业需要与社会进行广泛的沟通, 通过运用自身专业知识, 为当事人提供专业的法律服务, 通过自身执业活动深刻践行法律理念及法治精神。在风险社会法律治理的背景及中国法治建设对律师价值的期待下, 为了契合社会发展对律师执业提出的新要求, 同时为了律师自身的职业发展, 律师对自身的执业定位应作出相应的调整, 首先应该积极转变的, 即是自身对法律的理解及传统的执业思维。

### III. 从治疗到预防: 风险社会法律治理理念转向的应然逻辑

通过以上分析, 我们对风险社会的现状有了较为全观的认识, 在复杂社会及深刻变革的当下, 风险社会给社会治理带来了挑战, 但同时, 也为律师执业定位转向创造了极大的可能空间--从治疗到预防的法律治理理念转向, 成为契合社会治理需求的现实需要。这种转向, 在逻辑上不仅具有理论基础, 还具有较强的现实融合性。

9) 黄忠(2016), 从治疗法学到预防法学: 法律硕士教育改革的新思维, 「学位与研究生教育」第10期, 第1-6页。

10) 对于律师执业的定位, 参见 《中华人民共和国律师法》(2012年修正)、《律师执业管理规定》(2016年修订)第2条之规定。

## 1. 法律治理理念转向的理论基础

社会风险的形成不仅仅有一般风险理论所揭示的一些共性因素,如个人因素、科技发展和现代制度等在全球的扩展,也同时有其自身发展的特有逻辑<sup>11)</sup>。这种逻辑在根本上体现为现代社会的转型和快速发展。现代社会进入复杂社会,个人通过自身智力和能力无法把握现实的全部复杂性,因而在具体情形下做出的任何选择,都带有某种偶然性并会产生风险。同时,我们不可否认的是,法律及其实施总是或多或少地滞后于社会发展。在此情形下,将预防法学引入到法律体系之中后,传统法学理论和法律制度受到了巨大的挑战和冲击。由于风险带来的不确定性及不可预知性,导致人们在特定情势下做出的决策,其预期不总是正确或者如愿实现,造成因果关系链在经验世界的断裂,<sup>12)</sup>换言之,即预期落空普遍存在。风险损害后果的不确定性及风险影响对象的不特定性,更是给风险归责带来巨大的挑战,因此有学者发出“‘风险刑法’理论是反法治的”的声音<sup>13)</sup>。为此,可以预见,在法律事后治疗(救济)的消极思想已经深入人心且根深蒂固的现实下,积极预防的法学思想被理解与重视还有很长的路要走。但幸运的是,虽道阻且长,但我们已经在路上。在我国当前的部门法律体系之中,从治疗到预防的法律治理理念转向发生在酒驾是否入刑的论争中,虽然这个转折点没有被明示,但其法理论争及立法确认的背后,这种思想的转折得以体现。在理论基础上,在贝克等学者提出风险社会的理论背景之下,同为德国的刑法学者乌·金德霍伊泽提出安全刑法的概念,明示安全刑法关注的重点在于行为人可能制造的风险,并通过刑法的手段来阻断这种风险现

11) 周文彰、鲁彦平(2018),提高风险社会治理水平的三个维度,「社会治理」第11期,第73-76页。

12) 彭飞荣(2008),风险与法律:食品安全责任的分配如何可能,「西南政法大学学报」第2期,第43-48页。

13) 相应观点可参见刘艳红(2011),“风险刑法”理论不能动摇刑法谦抑主义,「法商研究」第4期,第26-29页。但是,同时对此问题予以较多关注的劳东燕教授在其研究成果中提出风险社会与刑法功能主义相融合的立法观,一定程度上体现出学界在此问题上的观点转向。参见劳东燕(2017),风险社会与功能主义的刑法立法观,「法学评论」第6期,第12-27页。

实化的路径,以降低甚至规避风险可能带来的损害,从而实现刑法的控制及教育目的。<sup>14)</sup> 在民事法律领域,基于传统民法无法应对当今社会出现的有如公司责任独立、垄断化、城市化等系列变化,我国有学者提出,应借鉴德国法上的“统一保护义务关系”学说,构建起包括“契约-侵权-保护”三分法的民事责任体系。<sup>15)</sup> 通过对上述的分析我们可知,不论是刑法学者所提的安全刑法中意涵的安全责任,还是民法上的保护责任,都是在行为人的行为产生了风险之后,但还未发生具体的危害及引起具体的法益侵害,即对行为人课以相应责任,通过过往的经验推测未来的可能性,其价值在于通过将法律的防卫线向前推置来实现各自的法律目的,实现基于差别原则的正义分配<sup>16)</sup>。在当前社会一方面重视风险规避一方面力推法治理念革新的背景下,依法管理社会风险的呼声开始响起。

## 2. 法律治理理念转向的现实融合

现代法律之所以能够成为“现代工程”之核心要件,其救济的真实性不可不说是大基石。<sup>17)</sup> 我们知道,英国普通法的发展就是通过社会实践不断将法律的救济方式理性化的真实体现。同时我们也能真切感受到,我们在保障公民权利及恢复社会秩序中,通过对法律救济方式的运用,可以起到一定的效果。但是,同时我们也看到,通过事后介入和调整这种法律救济方式的努力,除了需耗费大量的人力、物力和时间外,想要恢复已然破坏的社会秩序和实现正义,未免也是无奈之举。尤其在现代风险社会,一旦风险演变为灾难,法律的介入及治疗显然已经为时已晚,更不可能起到“亡羊补牢”之功效。为此,在绝大多数情况下,法律需要能够洞察秋毫并提前介入,将防卫线向前推置,在风险演变为

14) 郝艳兵(2009),《风险社会下刑法价值观念及其立法实践》,《中国刑事法杂志》第7期,第15-23页。

15) 邱雪梅(2007),《民事责任体系重构之研究——“两分法”民事责任体系的困境与修正》,厦门大学出版社,第59页。

16) 潘斌(2018),《风险社会的正义分配:基于差别原则的正义衡量》,《华中科技大学学报(社会科学版)》第5期,第122-126页。

17) 汪习根(2006),《法律理念》,武汉大学出版社,第252页。

灾难之前,就实现对风险的管控,减少、消灭风险,以达致避免灾难真正发生的目的。这和芝加哥学派精神领袖奈特的思想不谋而合,在奈特《风险、不确定性与利润》一书中,其将风险定义为一种人们可知道其概率分布的不确定性,为此人们可以根据过去的经验推测出未来的可能性,并提前做出相应的安排<sup>18)</sup>。奈特主张对社会风险进行规律性、确定性的研究,以寻求知识、确定性和预期之间的关系,并基于此来解释人们正在做或者可能做的事情,这种将防卫线前移的“预防式”思维,正和当前中国社会法律治理转向的需求相契合。但是,此处同时需要明确的是,从治疗(救济)到预防,并非是因此否认治疗法学思维的意义,相反,在事实上,目前的趋势是,在欧美国家的法学教育及法律实践中,是呼吁将预防法学与治疗法学思维进行有机融合的,<sup>19)</sup>在将预防原则引入法律视野后,法律从此肩负着治疗与预防“社会之病”的双重责任,而不仅仅只是“当人生病了再给人看病治疗”。在社会治理中,将风险治疗和风险预防相融合,是风险社会法律治理的必由之路。但是,我们同时需明确,就目前我国的法律实践及律师执业现状而言,迫切需要引入和着重培育预防法学思维,以实现律师执业重心的定位转向。

#### IV. 路径选择: 律师执业中预防法学思维的引入与培育

诚如前述,以事后救济为重心的治疗法学思维已经不能完全满足现代社会治理的需求,当前社会的法律治理不仅需要治疗法学与预防法学的理念交融,还需在此基础上确立以预防法学为主的法律体系及法律实践方式。为此,引入与培育预防法学思维是时代发展及社会治理现代化的必然要求。

18) [美]弗兰克·奈特,(2005),《风险、不确定性与利润》,王宇、王文玉译,中国人民大学出版社,第147-172页。

19) STEMPEL J W(1999), Thera law and the law-business paradigm debate, *Psychology, Public Policy, and Law*, (5), pp.849-908.



预防法学理念被提出之后,在西方法治发达国家很快被得以接受,并被作为一种重要的法律思考方式广泛运用于法律实践及法律教育。在实践中,其强调法律人不仅仅要应对和处理现实中的法律问题,还应根据客户需要及现实环境的状况,主动对可能产生的法律问题作出预判,并就预防相应的法律风险作出适当的安排,<sup>20)</sup>从而避免纠纷的发生,从而实现社会法律主体及社会本身的“法律健康”(legal health)<sup>21)</sup>。预防法学的特征包括如下几个方面:第一,预防人的行为(predicting human behavior);第二,拥抱风险(embracement of risks),专注系统风险的整体进行管理,而不是把风险管理当做纯粹的预防机制;第三,冲突管理(conflict management);第四,预防性法律服务(preventive legal service)。在律师执业中,必须以积极的心态参与到社会法律事务的运营中,通过事前的法律介入发现和防止可能存在的法律风险,<sup>22)</sup>为此,为了使预防法学思维在律师的执业活动中得以践行,探讨如何引入和培育预防法学思维十分重要。

第一,应首先树立起预防法学的意识,并且,在这种意识的指导下强化法律分析中成本-效益理念,并重视社会-法律分析进路的应用。之所以将意识的养成作为引入和培育预防法学思维的首要因素,首先,意识指引下的行为总是能够兼具更加明确的价值导向,可以促使目标更好的实现。古典经济学意义上的预期价值理论认为,当人在面临风险必须作出抉择时,个人理性会衡量事物本身的价值,从而作出更有利于自身的选择。在律师执业及专业知识的学习中,树立起预防法学的思维,在接触到法律事务时能够自觉思考是否可以将法律介入的时间节点向前推置,是否能够将可以预知到的法律风险通过系统、完善的

20) STOLLE D P, WEXLER D B, WINICK B J, et al(1997), Integrating preventive law and therapeutic jurisprudence: a law and psychology based approach to lawyering, *California Western Law Review*, (34), pp.15-38.

21) JILL B Z.(2008), Preventive law: a strategy for internal corporate lawyers to advise managers of their ethical obligations, *Journal of the Legal Profession*, (33), pp.31-51.

22) DAUER E A.(2008), Four principles for a theory of preventive law, Helena Haapio, A pro-active approach to contracting and law, IACCM and Turku University of Applied Sciences, pp.13-35.

操作及安排予以规避,等等。其次,法律并非虚空悬置,而是立足在人事复杂的社会现实当中,这同时也决定了社会纠纷的发生及相关的预防措施不仅仅局限于法学思维的视阈。为此,在预防法学思维培育和运用中,应将效益和安全一道,同时作为讨论该问题需要考虑的面向,充分考虑所设定的预防方案之成本,并遵循波斯纳所言之“法律的经济分析”之逻辑,预判该措施执行能够产生的效益,并且在日常的法律分析和判断中时刻谨记成本和效益观念,避免因不计成本提出不切实际甚至得不偿失的法律风险预防方案。并且,在法律风险预防方案设定中,应摆脱纯粹的法律思维的限制。如在为商事交易提供法律服务中,我们应当对商业活动规律本身有相对全面和深刻的理解,以做出全面评估并对系统性风险有精确的预测,最后提出行之有效且合乎商业逻辑的法律风险预防方案。同时,要重视社会--法律分析进路的应用,以弥补成本--效益分析理念的不足。由于个体或组织存在价值、种族、文化及意识形态等的差异,为此,在面临风险形势时,并不是每一个个体、组织都会基于成本--效益理念行事,他们的抉择和应对风险的策略会因以上差异而显得不同,也即特定的社会关系会被置于特定的风险管理和治理的策略之中。基于此,要将以上两种理念进行融合,以更好的指导预防法学思维的养成。

第二,强化系统思维,注重法律知识的体系化学习。在卢曼《社会的法律》一书中,其曾谈到,“法律系统内的沟通必须更加注重法律的内在风险”,在卢曼看来,法律系统也同样具有风险,这种风险的主要来源之一,即是由法律系统自身内部决策所带来的。法律从来就不是各部门法之间的简单拼错,而是一个整体,作为上层建筑的法律以及各个部门、制度、条文都是紧密相连的。就如民法而言,根据不同的分析方式可以将民法解构成不同法律细枝,但是,整个民法体系庞杂却不零散,民法项下的各法律部门联系紧密。道理浅显易懂,在我们的法律实践中,很多法律事务的处理,都要运用到多个的法律部门,进行跨专业的互动和交流。“饭碗法学”思维应休矣!再如,在我们为商事交易提供法律服务时,应知道商事交易风险的防范是一个系统工程,应考虑方方面面的因

素。这就需要在对整个交易的法律风险及防范的法律手段有宏观掌握的基础上,设计出理性的合同条款、合同执行方案和争议解决方案<sup>23)</sup>。在此情形中,笔者及团队的做法是,把握商事交易的核心问题及交易风险所在,并在熟悉整体规则的基础上进行法律推理,以达致利用商事法律规则防范交易风险的目的。

第三,充分发掘司法判决的价值,改进和深化自身的专业学习模式。在社会治理中,法律系统就是要将风险及其归因转变为法律规范,并以此方式处理风险,维持规范预期。当然,法律的这种处理方式,并不是自动生成的,而是需要借助于司法裁决才能实现。在此我们应当看到,虽然中国非判例法国家,但司法在明晰规则,甚至于生成规则上仍具有重大意义。我们也知道,问题的产生在于现在和过去不一样,而问题的解决在于现在和过去的相似性<sup>24)</sup>。法律并非“逻辑自洽”的封闭体,而是必然会存在漏洞的,因此司法判决其实是可以续造法律的<sup>25)</sup>。再者,我国立法上存在较多的模糊及带有主观意味的概念,<sup>26)</sup>这都需要通过绵延的司法判决来进一步明晰其在类似案件中的轮廓。就风险的有效预防而言,我们如需要精确的把握法律确定的行为规则及风险点,也必须通过大量的判决加深对不确定概念的理解,并通过对同类案件的梳理,找到类似法律事务的法律风险点。在笔者日常工作及团队学习中,我们确立了常态化的同类案件司法判决学习制度,一类案件学习20-30份相对有影响力的司法判决,并通过撰写文章的方式对判决进行系统梳理,成效显著。

## V. 律师执业中预防法学思维的现实运用

社会法学派的代表人物霍姆斯法官曾有言:“法律的生命不在于逻辑,而在于

23) 曹兴权(2009), 商法案例教学模式的拓展探索,『中国大学教学』第9期, 第31-33页。

24) Heckman在华演讲时所言,参见林毅夫(2005),『论经济学方法』,北京大学出版社,第19页。

25) 拉伦茨(2003),『法学方法论』,陈爱娥译,商务印书馆,第247页。

26) 如我国民法中“严重、显失公平”等模糊概念,“善意、恶意”等较多的带有主观意味的概念。

经验。”在笔者看来,霍姆斯并非完全否认法律本身逻辑自洽的价值,而只是在逻辑和经验之间进行了偏重的衡量—将经验看成是法律的生命之所在。就当前社会具体的法律实践而言,一名优秀的律师不仅仅要为当事人解决法律纠纷,而且更应当及时为当事人预防纠纷的发生。<sup>27)</sup>从理论上讲,预防法学的概念植根于风险预防管理,是旨在通过对合同的审查、对交易规则的设计等方法达到预测和管理法律风险目的的法学方法<sup>28)</sup>。律师在此中的作用是,通过自身的执业活动引导并推进这种思维方式的运用,为当事人科学预测并有效化解风险。我们应当知道,与我们律师工作联系较为紧密的公证工作,其引入和运用预防法学思维已经深入人心且取得较好成果<sup>29)</sup>。在企业法律风险方面,海尔集团通过搭建内控平台、商业法律平台及知识产权平台等法务平台,使每个风险点都有法律人把脉问诊,成为企业界管控法律风险的典范<sup>30)</sup>。实际上,在中国,为了防范法律风险,中国国有资产管理委员会早在2004年就开始在国有企业中推行总法律顾问制度,并在2006年专门制定了《中央企业全面风险管理指引》。在2012年,国家标准化委员会发布了专门的《企业法律风险管理指南》(GB/T27914-2011),为企业实施全面的风险管理提供了指引。

虽然预防法学思维在现实已经得到了一定程度的重视,但其思维的培育和方式的运用还不能满足当前社会发展的需要,需要在更大范围内推广,使其成为律师行业普遍的思维方式。为进一步阐释预防法学思维在律师执业中的培育与运用,笔者在此选取两例笔者在日常法律实践中正在践行的且运用较为广泛的法律风险管控的实践。

27) BROWN L. M.(1953), Preventive law and public relations: improving the legal health of America, *American Bar Association Journal*, (39), pp.556-558.

28) DAUER E. A.(1999), Preventive law before and after therapeutic jurisprudence: a forward to the special theme issue. *Psychology, Public Policy and Law*, (5), pp.800-810.

29) 相关成果及报道参见郑燕玲(2017), 论公证最低告知义务的履行,「中国公证」第2期,第66-70页;龙司宣、田维君(2008年10月21日),以公正诠释公证,当好法律预防专家,成都日报,第T02版。

30) 姜东良、梁平妮(2015年4月28日),海尔大型家电零售量连续六年全球第一 每个风险点都有法律人把脉问诊,法制日报,第6版。

## 1. 企业合同法律风险防控中预防法学思维的运用

作为维护社会经济秩序的一种手段, 契约自古有之。从历史发展的逻辑来看, 中国古代契约的发展史, 实质就是一部社会经济秩序的发展史<sup>31)</sup>。在当下中国, 市场经济就本质而言, 就是法治经济和契约经济。在市场的经济交往中, 以合同形式所缔结的契约是市场主体从事经营活动并取得经济效益的纽带和载体, 合同是调整市场经济关系的基本形式, 但同时也是产生法律风险和纠纷的重要源头。合同法以当事人之间的合意为内核, 其通过对合同的规制, 广泛地调整着商品交换关系<sup>32)</sup>。为此, 对合同法律风险的防控应作为我们执业实践的重要内容, 以防控风险来促进合同缔结主体自身的发展、进步和完善。我们在介入顾问单位并为其提供法律服务前, 将与企业管理者进行深度交流, 获取其对我们法律服务理念的支持, 并且, 对企业整体的商业模式进行深度的了解。在正式介入后, 第一件事即是为企业构建起以企业合同法律风险管控为核心的企业法律风险预防机制, 通过对合同风险的事先预防和过程控制, 使合同风险把握在可控范围之内, 这同时也可以完全避免合同结果的不确定性。在服务的整个过程, 充分运用事前预防、过程控制理论, 实现合同风险管理由“救火队员”角色向法律预防和过程控制的转变, 使企业在合同事务中始终占据主动地位。在具体操作中, 构建起包括合同分类管理、合同证据固定、合同审查在内的体系性的合同审查环节。详见<图-1>。

31) 乜小红(2017), 『中国古代契约发展简史』, 中华书局, 第400页。

32) 隋彭生(2018), 『合同法要义(第五版)』, 中国人民大学出版社, 第2页。

〈图-1〉企业合同法律风险防范体系的构成要件



2. 企业应收账款法律风险防控中预防法学思维的运用

实际上，企业法律风险是一个较为宽泛的概念，如上述所论的合同法律风险，还有较典型的如刑事、知识产权、企业内部治理等发风险，并且企业所面临的风险会因企业的性质及运营特点有所不同。但是，对于绝大多数企业而言，企业应收账款问题普遍存在。其是企业流动资金和资本外观的重要组成部分，应收账款能否按时、足额的收回，关系到企业资金运转的速度。为保证企业资金的安全、充分和流转顺畅，将企业应收账款控制在一定的范围之内，并在法律上为企业设计出一套有效的防范应收账款风险的体系，显得十分重要。基于此，笔者所在团队通过对相应文献的研究及对以往相关案件的梳理，整理出一套具体、可视、易了解且实用性较强的应收账款法律风险防范体系。该套防范体系在签约步骤共有三个环节，在每个环节中有风险表现、原因分析、应当以方案、具体的防范措施和操作价值等具体内容。由于实践中企业应收账款法律风险防控体系的构建是一个较为系统的工程，本文只就其中的一个环节略作介绍，具体可深入交流。详见<图-2>。

《图-2》应收账款签约阶段法律风险防范的内容

| 签约步骤                 | 风险表现   | 原因分析   | 应对方案  | 具体防范措施   | 价值   |
|----------------------|--|--|---|--|--|
| 接洽客户, 核实身份。          | 1. 自称公司代表, 公司却实际不存在, 导致签约被骗<br>2. 冒充公司法定代表人签订合同行骗<br>3. 虚构信息行骗, 如声称在某地有工程或自己是老板等<br>4. 未得到公司授权或授权不明, 导致所签合同无效  | 客户信息有假   | 1. 验明正身, 全面了解客户的真实信息, 要求客户提供公司及个人相关证照<br>2. 调查客户信息, 包括公司工商登记信息、公司经营状况、实际经营地、注册资本、经营范围等<br>3. 核查签约代表授权范围、真实身份等   | 1. 由律师事务所或自身法务部门出具客户信息《尽职调查报告》, 制作客户信息登记表, 建立客户档案(包括调查公司以下资料: 营业执照、组织机构代码证、税务登记证、工商信息登记表、企业信用记录表、年检情况表、组织结构、股东情况、实际住所地、关联关系等)<br>2. 由律师事务所出具签约《法律意见书》, 根据客户提供的信息以及实际调查的资料做全面分析, 提出相关法律意见, 包括签订合同的可靠性、风险性等  | 1. 避免签约被骗或所签合同无效<br>2. 了解客户真实信息, 掌握签约主动权               |
| 对客户进行信用调查和评估, 拟定销售方案 | 1. 客户信用差, 可能拖欠账款<br>2. 客户资金实力薄弱, 可能无力支付<br>3. 客户经营不稳定, 资金周转不畅, 可能影响及时付款<br>4. 老客户信用度发生变化, 容易产生欠账风险   | 1. 客户信息了解不完全或不真实<br>2. 将法定代表人和股东与公司混同, 认为公司法定代表人和股东有财产, 就认为公司有实力, 但公司实际上是皮包公司<br>3. 对老客户盲目信任 | 1. 分析客户信用度、资产状况和支付能力等, 针对不同信用等级, 资产状况和支付能力的客户, 选择不同的切实可行的销售方案<br>2. 划清客户是个人还是公司, 客户是公司的, 要将公司财产与公司法定代表人和股东的个人财产区分开, 且考虑是否需要客户提供担保<br>3. 与老客户交易时, 也要保持与新客户交易时一样的谨慎 | 1. 由律师事务所或自身法务部门出具客户资产、信用以及支付能力等方面的《尽职调查报告》。内容包括: (1) 客户内部管理制度建设、资金周转情况、资金管理能力、现金流量等运营状况; (2) 客户有无资产, 能否提供财产作担保等; (3) 客户公司法定代表人、负责人、股东的财产状况等<br>2. 由律师事务所出具销售方案《法律意见书》, 在全面分析客户资信情况的基础上, 提出法律意见, 拟定切实可行的销售方案, 包括设计不同的发货时间、发货批次、款项支付方式、是否要求提供担保等<br>3. 对客户信用等级进行评定, 制作客户信用等级评定表, 建立客户信用档案 | 结合客户信用等级及资产状况, 针对不同的客户采取不同的销售方案, 有效解决“不签可惜, 签了怕担风险”的问题 |
| 拟定合同, 正式签约           | 1. 口头协议, 出现争议口说无凭<br>2. 虽签订书面合同, 但合同条款存在问题, 可能产生各种风险, 常见的情形包括:<br>(1) 交货地点约定模糊, 造成履约成本增加, 或导致交易失败<br>(2) 交货批次、时间约定不明确, 可能导致货物积压, 增加交易成本<br>(3) 货物所有权转移或损失风险责任约定不明确, 导致承担不必要的货损风险<br>(4) 货物质量标准不明确, 出现争议无法达成一致<br>(5) 货款支付时间不明确, 导致客户拖延支付货款<br>(6) 货款支付方式可能导致的风险, 如空头支票、汇票无法承兑等<br>(7) 违约金、逾期付款违约金约定不明确, 导致合同缺乏约束力, 打官司时损失无法计算, 索要赔偿得不到支持<br>(8) 忽视管辖法院, 导致诉讼成本增加<br>(9) 签字、签章效力存在瑕疵, 导致合同无效或存在争议 | 1. 使用合同<br>2. 适用的合同不规范   | 1. 杜绝口头承诺<br>2. 签订既能促成交易, 又能控制风险且可以最大限度维护自身利益的合同  | 1. 拟定《合同》。专业人员全程参与谈判、起草、修改合同, 审查合同条款, 见证签订合同<br>2. 培训。由专业人员讲解签约技巧; 提高公司所有人员的合同法律意识; 为公司建立规范的合同管理系统   | 针对不同资信的客户使用不同的《合同》, 降低毁约、违约风险                          |

以上所举例子,在具体的实施中是通过如下方式运转的:团队合伙人律师协调统筹,主办律师具体负责项目整体推进并把握进程,协办律师和助理分别负责各风险点的具体操作。这样,从最终效果来看,通过对现有顾问单位服务工作的顺利开展及适度的推广,笔者所在团队不仅实现了顾问单位数量倍增、顾问单位层次升级,同时还为大量青年律师、律师助理及短期实习生提供了更多的学习和历练的机会,同时使预防法学思维深入客户群体,产生较好的社会效果。

## VI. 代结语:面向未来的律师执业

风险管理是“未来指向”的,风险以及围绕风险的社会沟通可以理解为对于某种未来可能要发生的灾难之现实模拟<sup>33)</sup>。风险的存在需要法律的应对,依法的风险管理就是通过对现实风险的法律调控实现对未来秩序的安排,体现法律体系及法律人对未知领域的探索精神及在不确定性中寻求相对确定的无限勇气。在当前时代背景下,我们作为全面依法治国的重要力量,作为与社会法律需求具有最广泛沟通的职业群体,应积极提供契合社会发展方向的法律服务,同时做积极引领这股探求勇气的精神脊梁。社会的发展速度及新事物的出现将超出很多人的预期,我们将面对越来越复杂的世界,但同时不容置疑的是,这个世界也将变得越来越规范,因失范和有意违规而产生的法律纠纷在一定程度上将越来越少,进入司法视阈的纠纷无疑也将如此。那么,律师同仁们,在大势之前,你是选择共同致力于打造规范世界的运转秩序,还是选择仍将主要甚至全部精力放在治疗受创的社会秩序上?

2017年5月,Facebook联合创始人扎克伯格在哈佛大学发表了关于年轻人如何面对未知未来的演讲,警示我们这一代人将要面临数以千万计的工作被人工智

---

33) [日]小松丈晃(2003),『风险论的卢曼』,东京劲草书房,第39页。



能取代的困境。但是, 我们知道, 大的变革何尝不同时孕育着众多的机遇, 这正是我们大展身手“寻求为人类社会带来福利”的最好时机。在中国实施全面依法治国方略, 建设社会主义法治国家的伟大时代, 抓住机遇, 为社会治理作出自身贡献, 那么, 我们执业的每个季节都将是春天。

最后, 无论是对风险社会法律治理本身的研究及实践, 还是我们律师在襄助社会治理中应如何发挥自身的价值, 都是一个宏大的课题。限于笔者学识, 所谈问题一定还有很多可兹探讨的空间, 于此求教于各位同仁, 以共襄为实现全面依法治国方略做出贡献。

## 參考文獻

- [美]弗兰克·奈特(2005),『风险、不确定性与利润』,王宇、王文玉译,中国人民大学出版社.
- [美]阿尔温·托夫勒(1983),『第三次浪潮』,朱志炎译,三联书店.
- [英]哈耶克(2000),『法律、立法与自由』(第1卷),邓正来、张守东等译,中国大百科全书出版社.
- [日]小松丈晃(2003),『风险论的卢曼』,东京劲草书房.
- 邱雪梅(2007),『民事责任体系重构之研究—“两分法”民事责任体系的困境与修正』,厦门大学出版社.
- 拉伦茨(2003),『法学方法论』,陈爱娥译,商务印书馆.
- 隋彭生(2018),『合同法要义(第五版)』,中国人民大学出版社.
- 汪习根(2006),『法律理念』,武汉大学出版社.
- 彭飞荣(2018),『风险与法律的互动:卢曼系统论的视角』,法律出版社.
- 乜小红(2017),『中国古代契约发展简史』,中华书局.
- 曹兴权(2009),商法案例教学模式的拓展探索,「中国大学教学」第9期.
- 陈爱娟(2008),法律预防功能及其发挥,「安庆师范学院学报」第4期.
- 郝艳兵(2009),风险社会下刑法价值观念及其立法实践,「中国刑事法杂志」第7期.
- 黄忠(2016),从治疗法学到预防法学:法律硕士教育改革的新思维,「学位与研究生教育」第10期.
- 季卫东(2009),依法的风险管理,李林主编『全面落实依法治国基本方略』,中国社会科学出版社.
- 李秋高(2012),论风险管理法律制度的构建—以预防原则为考察中心,「政治与法律」第3期.
- 潘斌(2018),风险社会的正义分配:基于差别原则的正义衡量,「华中科技大学学报(社会科学版)」第5期.
- 彭飞荣(2008),风险与法律:食品安全责任的分配如何可能,「西南政法大学学报」第2期.
- 周文彰、鲁彦平(2018),提高风险社会治理水平的三个维度,「社会治理」第11期.
- STEMPEL J W.(1999), Thera law and the law-business paradigm debate, *Psychology, Public Policy, and Law*, (5).
- STOLLE D P, WEXLER D B, WINICK B J, et al(1997), Integrating preventive law and therapeutic jurisprudence: a law and psychology based approach to lawyering, *California Western Law Review*, (34).

- JILL B Z.(2008), Preventive law: a strategy for internal corporate lawyers to advise managers of their ethical obligations, *Journal of the Legal Profession*, (33).
- DAUER E A.(2008), Four principles for a theory of preventive law, Helena Haapio, A proactive approach to contracting and law, *IACCM and Turku University of Applied Sciences*.
- BROWN L M.(1953), Preventive law and public relations: improving the legal health of America, *American Bar Association Journal*, (39).
- DAUER E A.(1999), Preventive law before and after therapeutic jurisprudence: a forward to the special theme issue, *Psychology, Public Policy, and Law*, (5).

국문초록

## 치료에서 예방까지 : 위험사회의 법률통치 하에서 변호사의 직업적 지위의 변화

양 위 량

중국정법대학 민상경제법학원

위험은 일반적으로 어떤 불확정성을 가지고 있으며, 또 현대사회에서는 그 위험이 어디에나 존재하고 있다. 오늘날 중국 사회가 법치국가를 표명하면서 국면의 변화를 추구하고 있다. 법률을 통한 위험관리는 사회 전반의 위험관리 있어 중요한 부분을 구성하고 있다. 이로 인해 사회의 보편적 규범인 법률이 현대사회의 관리와 통제에 있어 불만족스런 부분에 중요한 역할을 하게 된다.

전통적인 법률의 역할에서 변호사의 직업적 지위는 사회 활동에서의 불만을 해결하기 위한 통로로서 그 지위가 확정되었다. 하지만 현대사회에서는 사회 발전의 필요에 따라 변호사의 직업적 지위에 변화가 필요할 것으로 보인다. 이러한 변화의 과정에 있어 전통적 법학의 역할인 문제해결인 치료적 기능을 예방적 기능과 융합함으로써 위험사회에서의 법학의 예방적 의식을 확립할 필요가 있다. 이러한 의식의 변화를 통하여 법률분석의 주요 요소인 효익개념 강화하고, 사회에서 중시하는 법률분석을 응용함으로써 법률지식의 체계화 학습은 물론, 시스템의 강화와 사법판결의 가치를 충분히 발휘함으로써 법학의 위험사회에서의 기여를 개선할 수 있을 것이다. 예를 들어, 기업의 계약상 법적 리스크와 기업의 미수금에 대한 법적 리스크의 관리를 예견할 수 있을 것이다.

본 연구에서는 위험사회에서 변호사의 직업적 지위를 단순히 분쟁해결이라는 사회치료적 지위를 넘어 다양하게 발생할 수 있는 장래의 위험발생을 예방하는 업무에 효율적으로 대처할 수 있도록 그 지위의 변화를 모색하였다.

**핵심주제어:** 위험사회, 사회통치, 법률통치, 치료에서 예방까지, 변호사 직무, 지위변화

中文提要

## 从治疗到预防: 风险社会法律治理背景下律师执业的定位转向

梁 伟 亮

中国政法大学民商经济法学院

风险在通常情况下被视为某种不确定性。现代社会,风险无处不在。在当前中国社会转型升级和全面依法治国的背景下,法律风险治理是社会风险治理的重要组成部分。在此背景下,作为社会普遍规范的法律在事后的介入与调控已经不能满足现代社会的需要。因此,传统的以治疗法学思维为主的律师执业定位,在当前社会背景下,也应随着社会发展的需要而作出转变。在此转变的过程中,应当以治疗法学和预防法学理念融合为基点,通过树立起预防法学的意识,并在这种意识指导下强化法律分析中成本--效益理念,并重视社会--法律分析进路的应用,且注重法律知识的体系化学习,强化系统思维,同时充分发掘司法判决的价值,改进和深化自身的学习模式。通过企业合同法律风险防控和企业应收账款法律风险防控的例证,可以发现,引入和着重培育预防法学的思维,实现律师执业重心的定位转向,可以更好发挥律师在全面依法治国中的作用,同时推进社会治理良性发展。

**关键词:** 风险社会, 社会治理, 法律治理, 从治疗到预防, 律师执业, 定位转向

Abstract

**From therapeutic to prevention:  
The Positioning steering of Lawyer's Practice in  
the Background of Risk Social Legal Governance**

**Liang Wei-Liang**

China University of Political Science and Law

Risk is usually seen as some kind of uncertainty. In modern society, risk is everywhere. Under the background of the transformation and upgrading of Chinese society and the comprehensive law-based governance, legal risk governance is an important part of social risk governance. In this context, the intervention and regulation of the law, as a universal social norm, after the event has been unable to meet the needs of modern society. Therefore, the traditional lawyer practice orientation, which is mainly based on the therapeutic jurisprudence, should also be changed with the needs of social development under the current social background. In the process of this transformation, we should take the integration of therapeutic jurisprudence and preventive law as the basic point, and establish the consciousness of preventive law. Then, under the guidance of this consciousness, we should strengthen the concept of cost-benefit in legal analysis, attach importance to the application of social-legal analysis approach, and pay attention to the systematic learning of legal knowledge in order to strengthen systematic thinking. At the same time, we should fully explore the value of judicial decisions and improve our own learning model. Through the examples of the prevention and control of the legal risk of enterprise contract and enterprise receivables, it

can be found that if we want to give better play to the role of lawyers in comprehensive law-based governance, and promote the benign development of social governance, it is necessary to introduce and focus on cultivating the thinking of preventive law and realize the transformation of the focus of lawyers' practice.

**Key words:** Risk society, Social governance, Legal governance, From treatment to prevention, Lawyer practice, Positioning steering