

首都经济贸易大学法学学科建设系列



法律家演讲录

(第1卷)

张世君 主编

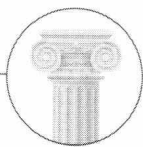
Falvjia Yanjianglu

(Diyizuan)



中国政法大学出版社

首都经济贸易大学法学学科



法律家演讲录

(第1卷)

张世君 主编



中国政法大学出版社

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

法律家演讲录. 第1卷 / 张世君主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2015. 8

ISBN 978-7-5620-6256-1

I. ①法… II. ①张… III. ①法律—文集 IV. ①D9-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第193203号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908437 (编辑室) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm × 1230mm 1/32
印 张	6.5
字 数	150 千字
版 次	2015 年 9 月第 1 版
印 次	2015 年 9 月第 1 次印刷
定 价	26.00 元

序 言

首都经济贸易大学的法学本科教育始于1983年。1993年开始招收经济法专业硕士研究生。2006年开始招收民商法专业硕士研究生。2011年获得法学一级学科硕士学位授予权，目前在经济法、民商法、法学理论、国际法、宪法与行政法等二级学科招收硕士研究生，同时招收法律硕士研究生。2013年设立交叉学科法律经济学博士点，同时招聘法律经济学、法律社会学等方向的博士后研究人员。30多年来，经过几代法律人的薪火相传，首都经济贸易大学法学院已经形成了相对完整的人才培养体系。

为了培养高素质、实务性的法律专门人才，首都经济贸易大学法学院在常规性的教学计划之外，还持续性地邀请资深的法律家来校演讲。这里所谓的法律家，主要是指从事法律实践工作的法官、检察官、律师、政府系统的法律官员以及个别具有丰富实务经验的法学研究者。作为经验丰富的法律家，他们为首都经济贸易大学的法学学子带来了不同于法学家的立场与思维。

法律家的立场与思维是什么？作为对照，不妨先看看法学家的立场与思维。循名责实，法学家应当以法学研究为业。显然，这是一种

相对超脱的立场。统而言之，作为知识分子群体的一个组成部分，法学家的主要职责是要告诉这个社会：人类法律的演变过程是什么，不同地方的法律有何异同，法律的价值与局限何在，法律的应然与实然怎样，诸如此类的问题，都应当由法学家来回答。分而言之，法学家应当具有科学与哲学两种品性：科学的品性要求法学家具有科学的精神，能够像一个自然科学家那样，严谨地观察和剖析各种各样的社会关系，从而为一个社会构建起一整套充满逻辑性的法律概念体系与法律规则体系，其根本目的，在于促进人类的共同生活更趋稳定、和谐、有序。哲学的品性则要求法学家具有反思的精神，能够对现实法律与现行秩序中的消极因素提出质疑，并予以中肯的批判——打个比方来说，法学家提供的反思与批判，应当像一套可以升级的杀毒软件，既有助于清除法律有机体内的病毒，又可以增强法律有机体自身的免疫能力。

与法学家不同，法律家既是某种法律的实践者、操作者，同时也是这种法律的表达者，甚至可以说是一种法律的极其鲜活的载体。譬如，透过一个国家的法官群体的带有普遍性的言行举止，旁人大体上就可以触摸到一种真实的、有质感的法律形态。从这个意义上看，法律家乃是一种法律（或一种法律文化）的构成要素之一。一个国家的法律如果离开了法律家，就不可能成为一种活生生的法律，仅仅只是一些干枯在纸面上的文字符号。正是考虑到这一点，可以说，法律家的是站在“法律之内”的。进一步看，站在法律之内的法律家群体，又包含了立法者、司法者、执法者、法律服务者等多种角色。他们各自的角色又有一些微妙的差异。其中，立法者的职责在于，借鉴法学家的言说，及时而准确地从社会关系中提炼出一整套法律规则，借以公正地界定不同主体之间的权利与义务、权力与责任，并合理地安排社会生活秩序。司法者的职责，一方面要服从法律，另一方

面也要通过法律解释、法律论证、法律推理、利益衡量、价值判断之类的法律方法，使简单的法律丰满起来，这就是所谓的创造法律。概而言之，司法者的职责既表现为服从法律中的创造性，也表现为创造法律中的服从性，是为服从法律与创造法律的统一。至于行政执法者的角色，又不同于司法者，因为行政领域的科层制，促使行政执法者既要“依法行政”，同时也要“依上级的命令行政”。还有以律师为核心的法律服务者，他们的角色要求他们既要服从法律，同时还要最大限度地维护委托人的利益。

可见，在面对法律的时候，法律家与法学家的立场是不同的：法律家是在法律之内看法律，法学家是在法律之外看法律。这种位置上的差异可能造成某种紧张关系：法律家可能埋怨法学家“不切实际”，法学家则可能指责法律家“缺乏终极关怀”。然而，恰恰是法律家与法学家分别表达的立场与思维，才构成了对话得以展开的前提条件。一套成熟的法律，其实就是不同的思维在相互交锋、相互责难的过程中被逐渐塑造成形的。试想，如果法律仅仅交由法学家来塑造，那样的法律可能会趋于“不切实际”；如果仅仅交由法律家来塑造，那样的法律又可能会趋于短视，缺乏历史的自觉，甚至会“捡了芝麻丢了西瓜”。只有通过这不同话语之间所形成的“必要的张力”，才可能防止一个国家、一个时代的法律“剑走偏锋”，陷于偏执与狭隘。从这个角度上看，一套良善的法律，端有赖于法律家与法学家之间的对话与商谈。一言以蔽之，在转型时期的中国，要塑造出一套成熟的法律与法治，既离不开成熟的法学家的支持，也离不开成熟的法律家的贡献。

在数量庞大的法学出版物中，法学家的见解已经得到了极其广泛的展示，各种法学期刊、法学著作，已经给法学家的智思提供了广阔的驰骋空间。相比之下，法律家的智思尚未得到有效的展示。为了更

好地传播法律家创造的实践知识，我的同事张世君博士及其团队把法律家们在首都经济贸易大学法学院的系列演讲录音整理，编辑成册，俾使法律家的经验、智慧有所汇聚，有所展示，进而惠及更多的法律人。作为一套连续出版物的《法律家演讲录》，就是因此而设立的。

法律家言，言之有文，行之久远。

喻中

2015年3月10

首都经济贸易大学法学院

目 录

序 言 // 1

- 第一讲：主题与变奏——新中国婚姻司法实证研究 // 1
- 第二讲：科技进步与中国刑法的近现代变革 // 21
- 第三讲：涉外律师业务漫谈 // 53
- 第四讲：从薄熙来案看《刑事诉讼法》修改后我国法庭审理
工作发生的几个变化 // 73
- 第五讲：劳动法领域的几个热点问题 // 97
- 第六讲：知识产权审判实务与法律职业规划 // 123
- 第七讲：医疗纠纷人民调解理论与实践 // 159
- 第八讲：法治社会背景下的检察官和检察工作 // 185

后 记 // 200

■ 第一讲：主题与变奏

——新中国婚姻司法实证研究

主讲人：薛峰（北京市东城区人民法院副院长）

时 间：2013 年 9 月 25 日（星期三）14:00 ~ 16:00

地 点：博学楼 412 教室

举办方：法学院

主持人：法学院副院长 张世君



王颖帆/摄影

作者简介：

薛峰，首都经济贸易大学法学院校外研究生导师。
中国人民大学民商法学博士，经济学博士后，曾任北京市高级法院研究室副主任，现为北京市东城区人民法院副院长。

张世君：

大家以前可能也接触到一些法律的实践活动，比如说司法实习、社会实践、模拟法庭、各种学科竞赛、法律诊所等等，但在我们的讲座里面，如果能够增加一些实务性的讲座，可能也是一个很好的途径。以往我们的讲座多是学术性讲座，有的还过于高深。所以从今日起，我们将陆续请北京市各基层人民法院的副院长、副检察长，各大国有企业法务部的老总，以及跨国公司法务处的总经理，还有著名律师事务所的高级合伙人为我们讲述相关实践问题，这是我们讲座的基本由来。我们整个讲座时间大约是一个半小时，下面我们请薛院长为我们作讲座。

讲座正文：

—

感谢喻院长、张院长给我这个机会向大家汇报下这么多年学法、习法、用法的感想，希望你们能够站在我们的肩膀上，为我们的国家、民族发挥更大的作用。

我想在讲座里体现法律里的人文精神，以人为本等等，所以我想讲婚姻家庭。对婚姻了解的更深一层，会使我们对法律、司法的理解更上一层。《易经》讲先有天地，然后有万物；先有万物，然后有男女；先有男女，然后有夫妇；先有夫妇，然后有父子；有父子，然后

有君臣；有君臣，然后有上下；有上下，然后有礼仪。咱们的传统文化里，有男女不等于有婚姻，只有有了夫妇后才有父子，咱们传统文化三纲五常里，父子、君臣、兄弟都是围绕着家庭和婚姻展开的。到现在为止，这仍然是我们社会的主题。我想借用下我家小孩写的作文《寻找我家的乡愁》。中秋时分思念家乡、乡愁，这都和婚姻有关，他写道：“这种乡愁就是一种思念，这种思念几千年走来，它将在几千年之后继续走下去。”这篇作文能代表这个主题，但主题却不是千篇一律，它随着时代政治经济的不同而不同，是一部变奏曲。

今天的讲座我讲两大块：第一，讲思考；第二，讲一个研究问题的方法。思考是有结论的，但是不希望用结论限制大家。而方法要用，在座的的大多数是研究生，我们在初中学的文字都够我们用了，到了大学、硕士、博士研究生阶段，学的是方法，是将方法用于解决实际问题。

关于思考，我讲几个真实的案例。讲一个美国的，讲一个德国的，让大家思考下什么叫法治，中国法治应该是什么样的。先讲一个美国案例。美国2011年度最著名的案件，“沃尔玛姓名歧视案”。沃尔玛是全世界零售商中最大的，沃尔玛女工起诉要求男女平等，同工同酬和同样的竞争机会。这是一个员工提起的集团诉讼，若原告赢，则沃尔玛需要赔偿上百亿美金。美国社会分为两派，女权运动者，劳工成一派，支持原告一方。与此同时，微软等公司作为厅外之友向法庭提出意见书：若沃尔玛败诉，将是美国大企业的灾难。这个案子打了10年，直到去年6月，联邦最高法院法官从集团诉讼的组成和标准入手，驳回原告要求男女平等、同工同酬、同样晋升机会的请求。

其实这方面，中国立法解决的还是不错的。英国立法要求男女平等，经过40年，法律还没出台。因为我在美国待了半年，在日本待了1个月，在法国待了1个月，看法的运作到底是什么样的。我想无

论是《论法的精神》，还是《社会契约论》，也是他们的一种理想，而不是一种现实。美国这个案件涉及妇女、劳工权益保护，非常敏感，但联邦最高法院的法官用他们的智慧把这个问题轻易化解了。

美国和德国，一个英美法系，一个大陆法系，是咱们认为法治最先进的国家。再讲去年八月，德国的一个案例。德国北部石勒苏易格泰茵州，一个德国的工程师因娶一个中国姑娘而被解雇，他是先结婚，后被招聘，因为公司涉及军事机密，公司在试用期未满时以商业机密的安全隐患为由，辞退了这位有中国太太的工程师。工程师起诉，一审法院判决，公司不违反劳动法，且对机密泄露的担心是可以理解的，驳回工程师起诉。工程师不服提起上诉，上诉理由：我每年定期回去探亲，自己的情况也向公司汇报过，从未向公司隐瞒，公司录用我时就已经知道。二审法庭判决：因员工婚姻关系而结束雇佣关系的做法违背婚姻自由的基本原则，且工程师与其女友交往多年，最终结婚，并定期回去探亲，这种情况负责人很清楚，从未提出过异议。因此，判决解除合同不合适。最后，公司与工程师和解，付了工程师7个月的工资，工程师离开公司。这是德国的案例。

我和一个美国教授曾聊过前面的美国案件，他说联邦最高法院是以这个为理由来判的，但更深层次的原因，可能没写在判决书上。美国金融危机后，美国大企业刚缓过来，若又判上百亿赔偿，可能美国的第二轮金融危机将因为法院的判决而拉开序幕，美国的大企业 and 经济恐怕支撑不住。大家听到这儿，可能都会觉得司法者都是很爱国的，很有政治见解。

上面那个德国案例中，也是工程师拿了钱走人了，机密还是保住了。看来无论是美国还是德国，司法行为均会考虑政治经济文化，不会单独只看法律条文。因此，20世纪初，罗斯福说，20世纪经济发展归功于有着高度哲学头脑的大法官们，经济行为能否做下去，与判

决有关。反思下，我们社会不讲诚信、社会风气到了这个地步，实际上与司法行为的导向有关，因此，美国联邦大法官本杰明·卡多佐说：“法官未能充分承认法官他们有义务掂量社会利益的考虑因素。这种义务无法逃避，并且由于司法常常宣告自己厌恶这种考虑因素，其结果只是对这些决定的根本的基础、基石不置一词，并且常常是无意识的。法官在塑造法律规则时，必须注意时代习俗，得知何时一种利益超过另一种利益。必须从生活本身获取，这就是立法者的工作和法官工作的临界点和接触点。”

大家知道，今年法律经济学的创始人科斯去世了。他只是经济学的一个支派，但在中国影响很大。他认为，产权界定的好坏对经济发展影响巨大。我们在改革中出现产权如何界定的问题，他的产权界定的理论，正是我们改革的需要。他的一篇 7000 字文章产生两个经济学派。美国司法官波斯纳最有名，他也是从科斯的理论中引申出来的。为什么要考虑这个切点？比如一幢教学楼旁边有一个化工厂，颜色鲜亮的衣服放在外面晾晒，工厂排出的烟与衣服一接触，衣服就黑了，没法穿了。这就是一个产权界定的问题，是工厂搬走还是宿舍搬走，要考虑维护何者利益的问题。

举两个中国人治社会的案例。后汉时期，在现在的浙江绍兴一带，孙常孙滨两兄弟分家，二人各得 40 亩田地。弟因病早逝。有一年因逢饥荒，哥资助弟的遗孀及儿子，但又追算价钱，立下字据，后因无力偿还，将弟弟的田地收走了。孙滨的儿子长大后就去告孙常。

大家说下这个字据用不用还回去，说说你的观点。

回答：还回去，属于民法上的乘人之危。

宗利仪下属认为，孙滨的儿子饥饿的时候全靠伯父接济的粮食才

得以长大成人，现在他不知恩图报，反过来告伯父，可见他不是孝顺之人。宗利仪不同意这个观点，理由是，孙常身为伯父，理应尽到照顾弟弟遗下的寡妻弱子的责任，而他只给一点粮食就不管了，随即用契据夺去田地，心里夹藏着奸诈，是贪利忘义之人。所以应当将田地还给孙滨的妻子和儿子。当时是以户存在，审判时强调天理人情，依据父慈子孝、兄友弟恭理念，作为一户存在时，身为兄长，有义务照顾弟弟及其家人。这是后汉时的一个案例。

另外，再讲一个清末的案例。一个县官刚上任，意气风发。碰到一个考科举的小伙，新婚蜜月参加考试，因为准备不够充分，携带小抄被发现了，按大清律例，应当游街。师爷说刚结婚游街不太好，可以暂缓。县官严格按法律，将他游街并关押。游街后未出7天，新娘认为嫁了这么个夫家，没脸活了，就跳河自尽了，小伙子未出10天也跳河自尽。师爷写道：游街本应该，推迟也无妨，何必匆匆忙，闹出两条人命。县官严格执法，按理说没有错，但是严格执法导致两条人命没了，这就是我们要讲的人治社会严格执法的结果。

讲到这，大家对西方法治的运作，中国古代历程到现在和我们学的法治的区别应该有个大致的了解。我在中国图书馆翻一本英文著作和我到纽约的图书馆去看，不会看出两个味道。进入生活中，才会看到法治是如何运作的。这就是我们应该做的思考，法治，不等于法律条文，不等于计算机输入的东西。法治是否要考虑历史经济文化等因素，美国卡多佐《司法的性质》、《法律文学》均在考虑这个问题。

额外给大家添一个案例。以媒体界来说，对于占领华尔街运动，咱们报道了无数篇，而美国新闻界只是主流媒体报道了几篇，他们的媒体将其自滤出来，哪些对政府有利，哪些对政府不利。我们的媒体，往往是没有纸包子，还编出个纸包子。在我们新闻界，倡导的黄金万科定律是，狗咬人不是新闻，人咬狗才是新闻。当然这也是有利

的，公众有知情权，但是我们知道的应当是真实的。

最近流言蜚语很多，这是不是一个成熟社会的表现？中国法官处理问题时要考虑大局观，政治因素。美国也考虑，但他们不说，咱们做不到，光说。咱们很多东西与美国都是反的，像咱们协警戴的那种黄格蓝格的帽子，是美国局长戴的帽子，他们越低级别的人戴的帽子是我们越高级别的人戴的帽子。

美国曾经发生过一个案件，精神智障女被强暴，怀孕后孩子是否应该生下来，掀起轩然大波。有两种争论：①保障人权，再傻也有生孩子的权利；②生下来对社会是一个负担，智障连自己都照顾不过来，何况生一个犯罪分子的孩子。联邦最高法院判决，智障女为无民事行为能力人，所以小孩不应该生下来。美国考虑的因素很多都与政治有关。正因为这样，美国总统上台后最爱做的事情就是任命联邦大法官，任命与自己意识形态一致的，所以可以说美国的政治性在一定程度上不亚于我们。请大家思考下我们要的法治是什么样的。

最近我做了180份人民群众关于司法公信力的调查问卷。有一道题是：你认为在法治社会，法院最应该做的事是什么？选项有维护公共安全、及时审案、维护社会正义、维护宪法权利等。你们选什么？

回答：维护社会正义。

回答：维护宪法权利。

而老百姓选的最多的是及时审案，百姓的思想有时和咱们不大一样。他说：“我要喝水你偏给我吃馒头，我都噎着了你还给我吃馒头。”这是挺可悲的事，但是百姓要的是及时审案。董必武在改变司法作风里，提到司法人员少，多数都是接收的国民党司法人员；提出我们司法界急需改变的问题：①司法者不知如何为司法大局服务；

②人民群众对我们已极不耐烦了，人民群众流行的口号是：国民党时打官司得钱多，共产党时打官司得寿长；③加强队伍素质业务学习；提出衡量司法作风的标准应是人民群众是否满意。

美国联邦大法官评价自己的司法行为时说：“我们感到欣慰的是，通过我们处理案例，大家还可以在一起喝咖啡、聊天。”不仅解决了纠纷，还未破坏人与人之间融洽的关系。美国老农民说了一句话：“咱家活着，人家也活着。”私权也要互相忍让，勿把人家逼死了。

希望大家都冷静思考，什么是法治？我们需要什么样的法治？我刚那个调查问卷让美国人、咱们经贸老师或者在座的同学们填写，大多数选的肯定是维护宪法权利，这才是法治的体现，才是法院存在的根基。但我们服务对象的想法却是：你先别说别的，先给我把案子审了。与我们的想法不一样，所以我们要结合中国实际来解决问题。这是第一部分，有思考，有动力，我们会学得更好。

第二部分，向大家展示一个研究问题的方法。一是演绎法，实践中，我们有太多的演绎推理，我们需用演绎推理服务于社会，为社会现实、未来发展服务。演绎固然重要，但需走回到现实实践中去，为未来社会发展服务。二是实证的方法，要走下去调查了解，坐冷板凳，要到档案馆翻尘封的档案，呼吸历史的尘土，可能查一些材料会得不到许可。这都是实践中会遇到的问题，但只有用实践来检验才能知道我们研究的方向和理论是否正确。

二

下面讲新中国婚姻司法实证。婚姻是一种社会行为，是为了种族繁衍、子女抚育而建立的共同生活关系，是组建社会关系的基本单元。婚姻法非常重要，新中国颁布的第一部法就是《婚姻法》。毛泽东说，婚姻是一部准宪法，马列导师恩格斯专门有一本巨著《婚姻