

*Faxue de
Fijue*

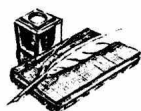


法学的自觉

卫球 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



*Faxue de
Fijue*

法学的自觉

龙卫球 著

D90-53
175



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目 (CIP) 数据

法学的自觉/龙卫球著. —北京:北京大学出版社, 2015. 12

ISBN 978 - 7 - 301 - 26417 - 1

I. ①法… II. ①龙… III. ①法学—文集 ②法学教育—文集
IV. ①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 251536 号

- 书 名 法学的自觉
Faxue De Zijue
- 著作责任者 龙卫球 著
- 责任编辑 周 菲
- 标准书号 ISBN 978 - 7 - 301 - 26417 - 1
- 出版发行 北京大学出版社
- 地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址 <http://www.pup.cn>
- 电子信箱 law@pup.pku.edu.cn
- 新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
- 电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
- 印刷者 北京大学印刷厂
- 经销者 新华书店
- 965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 22.25 印张 292 千字
2015 年 12 月第 1 版 2015 年 12 月第 1 次印刷
- 定 价 45.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010 - 62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题, 请与出版部联系, 电话: 010 - 62756370

前 言



这部《法学的自觉》，收拢了我近几年来与法学有关的一些思闻感谈或微言抒怀，是我在经意或不经意地置身法学研究、法治实践或者法学教育等场景时忽然之间引发的震荡感怀，间或夹杂着某些有关法学、法治与教育的思虑和期许。其风格，与我此前的随笔集如《从撤退开始》《法学的日常思维》等几乎一样。所不同的，只是相比以前，以“自觉”一词的微差表述，更加地接近了“自动亲近”的境况。我自己有时候觉得这样的状态已经有些魏晋感怀、“世说新语”的意味，所以本书具有心历上一些质感，兴许后来之人甚至也可当做一种历史笔记来读。

这些年，我在忙碌的法学生涯之中，继续了那种介于现实主义与超现实主义之间的一种心态，习惯沉浮于法学的理想与现实、法治的此地与彼域之间，在偶感心有灵犀之际，便引动、蕴发一下自己所见、所述、所评或所议。又不时参加各种活动，在仓促间发表言谈之后，事后抽空便将这些似如风叶碎纸的言论略微加以缀饰，并将其中非为私论而起、有些公共价值的片段，挂到自己的个性化小屋（博客）供博友信友共享。这里面有一些往复观照的意思。

我做这些之时，往往喜欢持以法学意识而非其他意识来作为视界观照，因此也就不算是完全地随心所欲。所以，书中的这些东西，虽然不是起于为某些特定法学理念、观点、方案之阐发



而作的苦思冥想或系统论证,但仍然系出自我作为法律之人的随机自觉。之所以如此,乃在于我相信,在现实世界里面,法学和法治思维具有不可替代的现实意义;此外我也相信,诗性哲人海德格尔和伽达默尔所谓的“此在”“前见”,在我看来其实正是人类一路走来可以用来保持大脑洞开的钥匙。



时评观察

丰田『召回』：美国与中国不一样的故事 003

乌木权属纷争折射中国法理变迁 010

乌木归属的目的论解释补略 015

『养黑经济』和『运动执法』都不得法治要领 019

民航机长权力的是非曲直 022

多快好省，人大好戏该怎么演 027

且慢些对互联网金融下手 030

金融创新与市场活力的法律对策 034

互联网金融监管的保守性与开放性

——评《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》

039

互联网第三方支付面临政策困局 048



司法改革

最高人民法院2014年司法改革思路略议 055

如何治愈司法机构的虚症

——兼论『支持司法』转型问题 060

律师的社会责任就是职业责任 063

如何健全当前的律师制度 066

官僚司法何时休

——再评最高人民法院的改革 070

『立案登记制』实施的几个保障问题 073

关于司法干预记录制度的一些疑问 078

冤案复查应建立外部调查机制 082

司法改革应大胆认真地遵循司法规律 086

关于司法规律的几点宏观认识 090

关于我国现行三大司法特色的认识 097



立法策论

正确解读刑法修改

——写在我国《刑事诉讼法》修改通过之前 105

我国现行专利法修改的基本思路和具体重点 108

加快新兴产业立法的几点思考 114

关于大数据时代的数据资产保护立法建议 121

关于加快完善我国网络管理与安全体制的建议 124

关于建筑工程造价监管规定的几个问题 128



读书杂论

张居正改革之道的历史幽思 135

略论梁山小人物的聚义之道

——《水浒传》『打虎将』李忠人物旨趣谈 140

汉语拼音的中西再辩 154

《三枪拍案惊奇》之『文化颓废论』 158

追求真正意义的自主办刊 161

认真对待我们置身的空天法时代 164

斯感做学问真难 167

期盼农家法律书的繁荣 171



民法讲坛

民法典编纂要警惕『宪法依据』陷阱 175

中国民法『典』的制定基础

——以现代化转型为视角 180

现今民商法的社会基础与变化趋势 200

人格权立法面面观

——走出理念主义与实证主义之争 221

《侵权责任法》出台的意义与后续工作 230

积极推进和完善我国侵权立法与实践 234

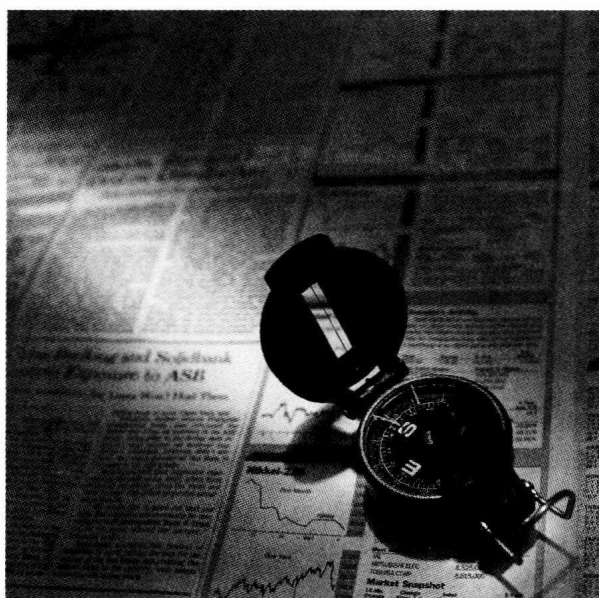
《侵权责任法》的请求权基础暨立法逻辑 236



法学教育

为新业壮心可嘉 趁年轻一鼓作气	243
法律人绝对没有免费的午餐	248
从法律的自信到自觉	254
让我们的法学教育名副其实	259
任凭时光悠悠,我对你们充满希望	265
夏天的飞鸟,曾经飞到我的窗前唱歌	270
我们承诺守护你们的青春精神	276
以现实主义踏上理想征途	280
盛夏之夜,你们是否期待着登台	287
中国梦必有法律人的使命	292
怕你们忍不住会太骄傲	296
法治奇迹,它会在某一个时刻突然到来	301
来日登高一望,你该发现这景色有多么美妙	307
我国法学教育的历史沿革与现实缺陷	313
应开放地对待当前法学教育改革问题	325
一分耕耘,一分收获	
——漫谈法律人的成长轨迹	329
江平老师教育志趣略记	333
王家福先生的心志与法治贡献	339

时评观察



丰田“召回”：美国与中国不一样的故事^①



席卷全球的召回风波，无疑使得曾经风光无限的日本丰田公司跌到了低谷。丰田正在经受巨大损失，今年1月，丰田在北美的销量同比下跌了15.8%，其在华尔街的股价，由1月底的86.78美元高点狂跌，最低跌至71.71美元。然而，对于丰田来说，最要命的问题并不是经济损失问题，而是还不知究竟是死是活的质量监管命运问题。

在美国，对丰田公司的调查方兴未艾，正在上演一场生死门大戏。在这场戏里，有两个铁定的反面主角，一个是丰田公司，另一个美国汽车监管部门，即美国运输部和美国全国高速公路交通安全委员会（它们在行使监管、调查职权时又充当对丰田公司的正面角色，但在召回门中主要是作为反面角色而显身，这一点特别值得中国观众玩味）；至少有两个主要正面主角，一个是美国国会，具体一点说如众议院能源和商业委员会、监督和政府改革委员会、商业委员会，另一个是消费者或者其维权组织，但还有其他许多虽然非主要但仍然不可忽视的正面主角，甚至还有意想不到的一些积极争当“正面主角”者（这绝对不是“墙

^① 本文2010年3月2日首刊于笔者博客“军都拾零”：<http://longweiqui.fy fz.cn/b/542731>。



倒众人推”，毋宁说是公民意识“葱葱郁郁哉”）。

在这部美国生死门大戏里，我们可以看到许多十分惊险的场面和正反角色交织而成的场景，在其中，作为反派人物的“丰田公司”或者其掌门人“丰田章男”（时下丰田公司总裁）如何被穷追猛打又如何谋求早日脱困，美国汽车监管部门如何遭受消费者和国会的究问和责难以及又如何转而严厉查处丰田质量问题。其中，最为难堪也是最难对付的，是国会三个委员会连续从各自的范畴召集的听证会（一种由现场拷问“犯事事主”丰田公司转而达到间接拷问和督促政府监管部门目的的美国式民主听证会）。媒体将这些美国国会听证会并称为严厉“三堂会审”，包括：2月23日，众议院能源和商业委员会召集了有关“丰田问题”的听证会，炮轰丰田公司美国销售总裁兼首席运营官詹姆斯·伦茨，美国运输部长拉胡德（Ray Lahood）也列席听训；2月24日，众议院监督和政府改革委员会就丰田汽车安全隐患召集了听证会，此次丰田当家人丰田章男接受通知亲身出席受“审”，整个过程与接受“拷问”无疑，丰田章男的“道歉”和“解释”不断被美国议员“粗鲁”打断，事后甚至沦落到了眼泪夺眶而出的地步（据美国《华尔街日报》报道，众议院监管和政府改革委员会还计划于3月的第一周举行“召回门”事件第二次听证会）；此外，3月2日，美国参议院商业委员会将对丰田进行近期的一场听证会。

丰田门事发之后，陷入战战兢兢、担惊受怕状态之最的，恐怕还是美国汽车行业的政府监管部门，即美国运输部和美国全国高速公路交通安全委员会。它们受到消费者和国会的双重指责，被认为明显存在对有关丰田汽车意外加速的投诉反应得“严重不足”，对突然加速问题“只作了粗略而无效的调查”等监管不力的问题。不仅如此，还受到渎职等方面的怀疑，接下来深挖广掘是免不了的，甚至难以预料会发生什么（据美国媒体爆料：早在2003年，部分美国车主就投诉丰田部分车型的意外加速问题，但美国运输部和美国全国高速公路交通安全委员会并



没有足够重视,处理措施也有点隔靴搔痒。如2007年针对丰田部分车型突然加速的投诉,监管部门仅要求召回5.5万辆凯美瑞和雷克萨斯ES350车的“脚垫”,便匆忙结束了调查。丰田去年7月的内部报告显示,它通过与美国政府的成功协商,于2007年对问题车辆实施有限召回,从而节省了超过1亿美元的费用。这份报告已经被提交给美国众议院监督和政府改革委员会)。所以,在消费者的批评和国会的积极介入下,美国汽车监管部门自然不敢怠慢,他们积极补过,甚至是大发“亡羊补牢”之威力,表现极为凶悍。美国运输部部长拉胡德在听证会后即决定继续调查,可谓戴罪立功心切。目前,美国监管当局正在由消费者投诉引发,启动多项对丰田汽车的扩大调查程序,美国全国公路交通安全管理局(NHTSA)已经接到的消费者对花冠的投诉超过150件,对罗拉车型转向系统的投诉超过80起。

这些还不是丰田召回故事的全部。对于丰田公司来说,还将面临大量民事乃至刑事诉讼的挑战,此外还将遭遇除了行业监管部门之外接踵而来的其他部门的监管麻烦。据报道,公司于2月8日和2月19日分别接到来自美国联邦大陪审团和美国证券交易委员会的传票,而美国检方人员眼下正索要丰田公司内部文件,调查丰田何时知晓丰田多款汽车存在安全隐患,评估丰田是否作出迅速反应。美国法学专家认为,丰田要挺过“召回门”,还需要过五道关。“第一,针对由于丰田车设计问题而导致的驾驶员死伤的赔偿;第二,对800多万辆召回车车主的赔偿;第三,根据各州的消费者保护法,丰田侵犯消费者权益的赔偿;第四,可能出现的针对丰田相关人员的刑事诉讼;第五,丰田还可能面对美国证监会针对丰田的上市公司启动的诉讼。”^①

现在我们来看看在中国发生的丰田召回故事。我们发现,中国的丰田召回整个故事中,只有以事主身份出现的丰田公司以及几乎是以观望者姿态出现的监管部门——质检总局出现在

^① 《中国青年报》:《丰田在美国“三司会审”中被愤怒淹没》,载 http://www.qh.xinhuanet.com/2010-02/27/content_191137972.htm,2010年2月27日访问。



事件发展的舞台,没有正反主角的交织,更没有议会、听证会这样亦关涉法律治理范畴的剧场。从网络媒体搜索,我们可见到有关中国丰田召回的事案的处理信息,最主要的有两条:

一条,是关于中国监管机构的,在丰田公司由于车辆加速踏板和制动系统存在缺陷在全球范围内发出大规模召回讯息后,国家质检总局(注意,不是像美国那样由交通运输部、高速公路交通安全委员会之类的具体化专门监管机构)在2010年发出了当年的所谓第一号“风险警示通告”。通告提醒,部分丰田车型的油门踏板和刹车系统存在缺陷,希望消费者谨慎使用这些车型。警示中表示,经丰田中国确认,除天津一汽丰田生产的RAV4的油门踏板存在相同缺陷将实施召回外,丰田在国内销售的车型不受影响;但因个人自带或者其他原因,有部分存在上述缺陷的车辆可能在中国境内使用。

具体针对RAV4油门踏板这一具体范围,中国国家质检总局发出三种警示通告:“一、消费者应联系最近的丰田授权服务中心,确认是否在召回范围,而有因缺陷而受到伤害的,应向当地出入境检验检疫机构报告。二、丰田及雷克萨斯品牌车辆的生产商、进口商需进一步采取措施,切实保障消费者安全。三、如发现车辆油门和刹车的功能异常,使用丰田或雷克萨斯品牌车辆的车主,应立即反映情况,进口车车主可向所在地出入境检验检疫机构报告,国产车车主可向国家质检总局缺陷产品管理中心(热线电话010-59799616)报告。质检总局称将进一步收集研究有关信息,以决定是否采取进一步措施。”这份通告,从其内容和功能而论,大致不过是质检总局基于“消费者安全”的一份告单而已。就是说,对于丰田公司的产品质量问题,中国的监管部门的做法,似乎简单地就信任了丰田公司单方面的自认和自动处理,其目的主要是提示消费者注意召回利益的存在,附带地,在极为消极的意义上,对于丰田公司应采取切实保障消费者安全也进行了一点言词空洞的督促。

有关丰田召回在中国的另一条主要讯息,则是有关丰田公