



欣慰与担忧 江 平

法治二题 郝铁川

法律为什么会受到非议 赵万一

对刑事司法改革价值趋向的反思 杨宗辉

——从世界杯“齐达内撞人事件”谈起

中国需要精英 侯欣一

人生何处不选择 楚 卫

——赵秉志教授访谈录

海瑞应无恙 刘笃才

走近中国：美国总统的奥德赛 周大伟

哦！黄包餐 徐国栋

“轻舟已过万重山” 朱伟一

——美国律考感想二三

我的“挂职”心态 何家弘

由“中国理想图景”引发的思考与言说 邓正来 邹立君

——从《中国法学向何处去》谈起

让法学走出超凡脱俗的象牙塔，步入寻常百姓家

法学家茶座

第12辑

TEAHOUSE FOR JURISTS

主 编 张士宝 特邀执行主编 何家弘



山东人民出版社

别茶与“别法”

近年来,云南的普洱茶流行京城。一时间,市场上出售的普洱茶多达数百种,因缺乏专门的知识 and 经验,不仅茶客难辨优次,一些茶商也难分等级。其实自古以来,辨别茶的品质优次和等级就是茶行的一种专门技艺,而且是颇难掌握的。在唐朝时,这种技艺称为“别茶”。大诗人白居易就是别茶的高手,有其诗为证:“不寄他人先寄我,应缘我是别茶人。”宋朝时,“别茶”又称为“分茶”,已成为文人雅士之间品茶评茶的一种游戏。陆游就曾写下了“矮纸斜行闲作草,晴窗细乳戏分茶”的诗句。

茶有别,法亦有别。茶需分,法亦需分。中国自“改革开放”以来,制定颁布了许多法律,其中既有“良法”、“善法”,也有“恶法”、“劣法”。诚然,后者往往是特定社会历史条件下的产物,或者说是法治进步过程中难免出现的疏漏或瑕疵,但是,认真考察现行法律的品质,以便养护良法,弘扬善法,铲除恶法,修补劣法,诚为法律界同仁的一项神圣使命。另外,还有一些法律缺乏生命力,这也是应该引起人们关注的问题。虽然就内容而言,这些法律可能属于良法、善法,但是就社会效能来说,它们却属于“死法”或“半死不活之法”。究其原因,一方面是我国当前的社会法治环境不佳,人们没有养成“按规则做游戏”的法治行为习惯;另一方面是我国的立法工作也存在一种倾向,即主要考虑社会是否需要这样的法律,而没有认真考虑实施这些法律的条件和人力物力资源,于是法律就变成了一种口号或一种号召,一种只能约束老实人或胆小者行为的规范。对于法治来说,这样的“死法”莫如无法,因为身边的“死法”多了,会使人们丧失对“法”的信仰和尊重。由此可见,我们在“别法”时,既要努力去寻找恶法、劣法,也要注意去发现“死法”,如果能够“救活”,自然很好,倘若实在没有办法“救活”,那就只好忍痛割爱,待条件成熟之时再说。这也算得“别法”的一项功德。

何家弘

于北京世纪城痴醒斋

主编 张士宝
特邀执行主编 何家弘
执行主编助理 廖 明
责任编辑 李岱岩 齐晚霞 麻素光
山东出版集团
山东人民出版社出版发行
网址 <http://www.sd-book.com.cn>
社址 济南市胜利大街 39 号 邮政编码 250001
编辑部电话 (0531) 82098903 E-mail fxjcz@vip.163.com
发行部电话 (0531) 82098021

目 录

-
- | | | |
|--------|-----|---|
| 【卷首语】 | 何家弘 | 别茶与“别法”/001 |
| 【法治漫谈】 | 江 平 | 欣慰与担忧 /004 |
| | 郝铁川 | 法治二题 /007 |
| | 赵万一 | 法律为什么会受到非议 /012 |
| | 李 强 | 关于如何缓解社会冲突的理论与对策 /017 |
| | 杨宗辉 | 对刑事司法改革价值趋向的反思
——从世界杯“齐达内撞人事件”谈起 /021 |
| | 柳经纬 | 关于民法调整对象的条文化问题 /026 |
| 【法学札记】 | 邓正来 | 邹立君 由“中国理想图景”引发的思考与言说
——从《中国法学向何处去》谈起 /030 |
| | 侯欣一 | 中国需要精英
——写在 2006 级新生入校之前 /035 |
| | 杨小强 | 寻找法律的思想源泉 /039 |
| 【法苑随笔】 | 王欣新 | 闲话法院判决书的上网公开 /044 |
| | 张 军 | 也谈上访与“闹事”/048 |
| | 张进德 | “面子”本不只是一张皮
——写在 2006 年德国世界杯决赛后 /053 |
| 【身边法事】 | 王明锁 | 电子眼与中西生命权法文化视点 /056 |

- 高 峰 餐桌上的司法文化 /061
- 李 琦 宪法·投票·结社·舆论:为什么和用什么代替枪 /063
- 【名家访谈】 楚 卫 人生何处不选择
——赵秉志教授访谈录 /067
- 【史海钩沉】 刘笃才 海瑞应无恙 /080
- 吴丹红 中国证据法学第一人 /086
- 周大伟 走近中国:美国总统的奥德赛 /091
- 【法林逸事】 徐国栋 哦!黄包餐 /101
- 任东来 塔夫脱与美国最高法院办公楼的建设 /107
- 【域外法制】 朱伟一 “轻舟已过万重山”
——美国律考感想二三 /113
- 尹曙光 道不尽的拉斯维加斯 /119
- 【茶客论剑】 郭敬波 法律该不该阻止“网络追杀” /124
- 熊红文 废除死缓,刻不容缓 /128
- 傅达林 “命案必破”是对实体正义的虚幻追求 /132
- 路 见 论“茶座”的功能 /136
- 【聊斋闲话】 吕岩峰 教授的魅力 /139
- 杨 涛 法学家挂职高检的昭示 /143
- 何家弘 我的“挂职”心态 /146
- 【书城夜话】 徐雨衡 建构农村问题的法学 /150
- 米 健 我信仰,因我敬畏
——拉德布鲁赫《社会主义文化论》译序 /153
- 【何博士信箱】 读者来信四封 /157

图书在版编目(CIP)数据

法学家茶座.第12辑/张士宝主编

济南:山东人民出版社,2006.9

ISBN 7-209-04108-7

I.法... II.张... III.法学-文集 IV.D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第116688号

山东新华印刷厂印刷

16开(172mm×232mm)10印张160千字

2006年10月第1版 2006年10月第1次印刷

定价:14.00元

欣慰与担忧

江
平。

公司法修改的顺利通过的确令人欣慰。欣慰之一是公司法修改在两年左右就完成了,不像物权法七年了仍是一锅夹生饭;欣慰之二是公司法修改也涉及多方利益群体,在今天不同利益群体都争相要在立法中反映和表现其意志时,公司法能很好地协调各方利益并得到各方的认可,这是很不容易的;欣慰之三是公司法修改之际正逢有关我国改革开放反思和争论之时,以及对于未来要不要继续改革以及如何改革颇多分歧之时,能够继续坚持改革大方向,本着自由和效率的精神,逐步与国际接轨,这是很难得的。

欣慰之际又感到担忧。立法和执法本来就有差距和鸿沟,我国立法脚步之快与执法相对滞后的矛盾也越来越明显。公司法修改后法律条文之先进与中国公司成长的土壤和环境之恶劣的矛盾,不能不令人担忧。公司立法的完善相对容易,公司制度的完善则要困难得多。把法律条文中的公司(应然的公司)变成实际上的公司(实然的公司),是要求我们法律人,或者说要求我们法律学者和经济学家、企业家、律师、法官等共同努力去实现的一个重要目标。

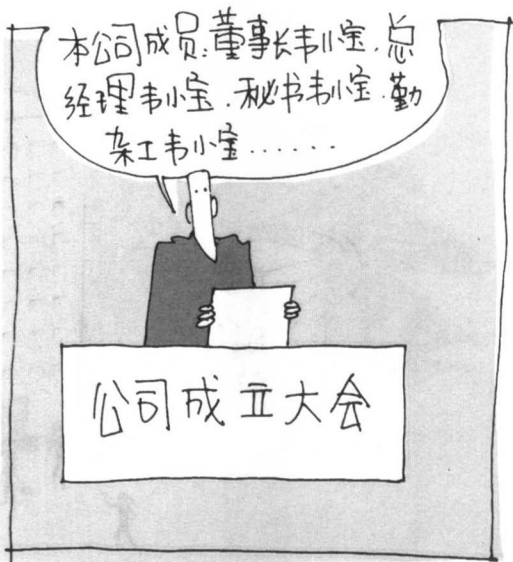
新中国的公司实践到今天只有二十年左右的历史,而西方国家仅从第一个股份公司(英国和荷兰的东印度公司)出现时算起,也有四百多年的历史。西方四百多年的公司发展过程中经历了各种曲折,从股市的泡沫到公司的丑闻,公司制度的健全和法律的完善也是从经济危机中走过来的。一种制度的完善不仅是法律完善的结果,同时也是制度理念以及文化积累和沉淀的结

* 作者为中国政法大学终身教授。

果。将公司的法律制度变成公司自觉的价值观念和行动准则、道德理念和社会责任,就是把理念和文化融合在企业经营中。中国公司的实践只有二十年,当然也就缺少公司理念与文化的积累和沉淀。只有公司理念与文化的长期积累与沉淀才能结出健康、丰硕的公司之果;公司理念与文化缺失的土壤上所结的果实,必然是弱小的。要使公司法得到认真贯彻,不是公司违法违规以后法院如何依法去处理,而是如何把公司法的理念融入公司管理层的头脑和血液,使公司违法违规现象大大减少,使我国市场经济步入正轨。这是第一个担忧和希望。

中国的公司实践在很大程度上是国企改制的实践,这是转轨型国家必然的走向,而国有企业固有的管理理念和模式与公司法要求的差距是很大的。已经实行了五十多年的传统不是仅靠一纸法律就能够改变的,传统力量是强大的,也是根深蒂固的。国有企业的领导机制、决策机制、财产机制、人事机制和监督机制都不同于公司法的机制。市场转轨本身就很不容易,适应市场经济需求的主体转轨(公司转轨)当然就更不容易了。因此,没有市场的真正转轨也难有公司的真正转轨。市场经济中国家力量控制范围的大小必然决定公司经营中国家力量控制的大小。国有企业改制后仍然保持强大的国家干预和决策力量,也就不可能造就一个真正的公司法的公司机制,就犹如嫁接后的果实必然保留原来的基因一样。嫁接后也可能创造一个新的更优越的果实,但也可能是一种变味的、四不像的果实。要使公司法得到认真贯彻,只有真正完善国企的改制,而不要虚有改制之名而无改制之实。这是第二个担忧和希望。

中国公司实践的二十年历史是在很不完善的市场环境下走过来的,一个不成熟的借贷市场、证券市场和交



易市场是不能造就成熟的公司的。诚信的缺失和商业贿赂的盛行则是中国市场肌体上的两个毒瘤。当公司法修改高唱降低公司设立门槛,更加自由地准入时,商业信用和交易信用的缺失会使其失去立法的原有宗旨。资本信用要求的降低恰恰需要商业信用、交易信用的提高。如果两者同时降低会给社会带来灾难性后果。当公司法修改高唱公司必须遵守法律、商业道德,承担社会责任时,如果公司到处都用商业贿赂来打开市场之门、获取机会,那么再好的公司法也只能是纸面上的法律。不切除中国市场肌体上的这两个毒瘤,公司是不可能健康成长的,公司法也就不可能真正得到贯彻实施。在被毒害污染的土壤上结出来的果实只能是畸形的、变态的,甚至是有毒的。这是第三个担忧和希望。

三喜三忧归纳为一个感想:法律不是万能的,公司法也不是万能的,只有公司法理念融入企业、企业家的大脑和血液中,公司法才有生命力。立法不是万能的,修改后的新公司法也不是万能的,纸面上的法律只有付诸实施才有生命力。





法治二题

郝
铁
川

法
治
漫
谈
FAZHI MANTAN

唯物史观认为,人民群众是创造历史的主人,个人亦具有加速或延缓历史进程的作用。拿破仑对于《法国民法典》的制定,华盛顿对于美国民主共和政体的确立,列宁对于苏俄宪法和一些部门法的制定,邓小平对于“文革”后民主法制的加强,江泽民对于依法治国基本方略的确立等等,都起了重要的推进作用。这里当然有时势造英雄的因素,但同这些人的个性不无关系。这是一个很有意义、值得探讨的课题。关于毛泽东同志的个性特点,他本人在青少年时期就曾夫子自道:“性不受束缚”、“好独辟蹊径”、“不盲从他人是非”。

(《毛泽东早期文稿》,湖南出版社 1990 年版)这种个性必然带来如下偏好:

一是不喜欢循规蹈矩。与毛泽东同志长期朝夕相处的卫士、保健医生直观地感觉到:“毛泽东从来不愿事事循规蹈矩,不愿束缚他的个性,正像他的书法一样,信笔写来,不拘俗套,洋洋洒洒,飘逸豪放,自成风格”,“他盼望挑战,他的一生不曾停止挑战应战,这是他性格的基础和核心”。(许全兴:《学习毛泽东的创新精神(上)》,《理论视野》2006 年第 4 期)

二是性格倔强,不肯认输,从不屈服。诗言志。请看他写的诗篇:“冷眼向洋看世界,热风吹雨洒江天”;“高天滚滚寒流急,大地微微暖气吹”;“独有英

* 作者为上海市金山区区长,华东政法学院教授。

雄驱虎豹,更无豪杰怕熊罴”;“梅花欢喜漫天雪,冻死苍蝇未足奇”。这些对仗工整、荡气回肠的诗句,生动逼真地展现了毛泽东同志的性格。

一个人的个性、气质有其先天性的生理基础,一个人的个性一旦形成,则难于改变,将贯穿于他的一生,表现于他的每个方面乃至日常生活。毛泽东同志的上述个性曾成为他创造性地运用马克思主义理论、走中国独特的革命和建设道路的一个内在因素,给我们的党、国家和民族带来了巨大的福祉,使我们世代铭记他的丰功伟绩;但他的上述个性在其晚年也曾成为他发动“文革”、违反法制、不肯纠错的一个内在因素,给我们的党、国家和民族带来了很大的不幸,使我们每每为他惋惜不止。由于毛泽东同志“性不受束缚”,不喜欢循规蹈矩,所以他的内心很难长期认同、接受民主法律规则。1956年,毛泽东同志正确地說道:我们和国民党斗,那是老和尚打伞——无法无天。但现在我们有了自己的政权,无法无天不行了。民法要搞,刑法也要搞。但到了1958年他却说:人治还是法治,我看还是人治好。新中国第一部宪法是我制定的,现在有多少条,我也记不得了。我们的规章制度都是部、委、办的司局搞的,我们不靠那些,我们靠开会,靠《人民日报》的社论。一篇《人民日报》的社论,全国雷厉风行都行动,那比什么都灵。现在是大跃进,人们都忙着去生产,谁还有工夫去犯罪?我看刑法不要搞了,民法也不要搞了。经过20世纪50年代末的天灾人祸,毛泽东同志有所感慨地说:看来民法、刑法还是要搞的。但到了“文化大革命”年代,毛泽东同志又默许了“砸烂公检法”等一系列严重违法制的行为。毛泽东同志在延安第一次与斯诺谈话时,说过自己喜欢“老和尚打伞——无法无天”,“文革”期间他第二次接见斯诺时,又再次提到自己喜欢“老和尚打伞——无法无天”,加上1958年他在一些会议讲话提纲中所写的“破除迷信,无法无天”,不难看出毛泽东内心深处埋藏着一种强烈的“无法无天”的“造反”、“反潮流”意识。早在延安他回答黄炎培提出的中共执政后如何跳出“一治一乱”的历史周期率时,就明确地说道:靠人民民主!让人民选举政府,让人民监督政府。新中国成立初期,他亲自提议召开人民代表会议和人民代表大会。但终其一生,毛泽东喜欢的是群众运动式的、缺乏规则的“大民主”,而把法律化、制度化、程序化的民主视为“小民主”,不喜欢有规则、可控的民主。(以上所引参见全国人大办公厅研究室编:《人民代表大会制度四十年》,中国民主法制出版社1990年版;许全兴:《学习毛泽东的创新精神

(上)》)

由于毛泽东同志性格倔强,不肯服输,所以他不愿意在政治生活中做出妥协,而民主的一个重要原则就是大家要善于妥协,否则就像儿歌说的那样:“两只小山羊,走到桥中央。你也不肯让,我也不肯让,‘扑通’一声,掉进河中央。”由于不服输的性格,毛泽东同志有时虽然表面上认错,但内心里还是不服气,随时准备“翻案”。例如,在1962年的“七千人大会”上,他虽然宽容地提议大家“白天出气,晚上看戏”,并在讲话中原则上表示对某些错误要承担领导责任,但据江青在“文革”中的讲话透露,毛泽东对那次大会“心里憋着一肚子气哩”。(席宣、金春明著:《“文化大革命”简史》,中共党史出版社2006年版)毛泽东同志一生从理论上从未否定过民主集中制原则,甚至他在1964年6月16日讲话中谈到的接班人的五个条件中,其中第四条就是“要有民主作风,不要‘一言堂’,不搞家长作风”。但在实践中,“从1958年批评反冒进,1959年‘反右倾’以来,党和国家的民主生活逐渐不正常,‘一言堂’、个人决定重大问题、个人崇拜、个人凌驾于组织之上这类家长制现象,不断滋长”。(《邓小平文选》第2卷)这与毛泽东潜意识中的不服输、不妥协的个性不无关系。

二

江泽民同志多次指出,在改革开放和发展社会主义市场经济的过程中,人们思想活动的独立性、选择性、多变性和差异性明显增强。独立性意味着人们的思想活动不再轻易受人操控;选择性意味着人们的思想活动不再是被动接受,而是主动选择;多变性意味着人们的思想活动不断变化,有些人不再是“从一而终”;差异性意味着人们的思想活动不再是“一花独秀”,而是“百花齐放”。人们思想活动的这种独立性、选择性、多变性和差异性是一把“双刃剑”,具有利、弊两面性。但总的来说,它是一种时代进步的表现,是适应市场经济条件下经济成分、组织形式、就业方式、利益关系和分配方式日益多样化而出现的不依人们意志为转移的客观规律。

我时常思索,如果在斯大林时代和中国的“文革”时期,人们的思想活动也是如此具有独立性、选择性、多变性和差异性,那些破坏社会主义民主法制的行径便会遭到抵制,而不会那样畅通无阻。上个世纪30年代苏联的“大清

洗”和60年代中国的“文革”，从文化的角度来看，是一种唯意志论和宿命论的二重奏。具体说，就是斯大林、毛泽东的唯意志论和群众的宿命论的二重奏。唯意志论的特点是随心所欲，宿命论的特点是逆来顺受。两者结合起来，才出现了破坏社会主义民主法制的悲剧。因为有了群众的宿命论，那种践踏社会主义法制的唯意志论才不受制约。斯大林、毛泽东晚年违反社会主义民主法制，几乎没有遇到多少力，与干部群众的认命、随波逐流、迷信等思想意识密切相关。闻一先生认为，



1958年，赫鲁晓夫访华，毛泽东在机场迎接

“苏维埃人文思想”的一个特点，就是干部群众认为领导的意志可统治一切。只要是在台上的领袖，他的一切言行都是不可违抗的命令和法律。因此，每当一个新领袖上台，他的言论集和著作就一印再印，人手一册。而旧领袖的言论集和著作就会立即被封起来，作为“内部参考”，或者马上被送进造纸厂。随便翻开那时的文章和书籍，即可发现一个奇特和普遍的现象，那就是作者们只引用在台上的领袖的话语。赫鲁晓夫执政，就赫鲁晓夫怎么怎么说；赫鲁晓夫下台，就勃列日涅夫如何如何指出。一旦成为掌握大权的领导，就没有任何错误可言；而一旦被赶下台，则成了错误的化身，可以尽情地评说批判，但对于台上的领导则不能有任何评说和监督。有法律的话，领导的话就成为对法律的权威解释，他的裁决就是终审判决；没有法律的话，领导的话即成为法律，以蓝印机密文件下发执行。（见闻一：《回眸苏联》，山东人民出版社2003年版）一位大作家在报上写道：未来的人们将把斯大林的诞辰日命名为“感恩日”；还有人说：“你假如在不该疲劳的时候感到了疲劳——那么你想一想他，想一想斯大林，你就可以顺利地完成任务……斯大林说什么，就意味着人们

在想什么……”；斯大林在大会上每说几句话都要被“长时间的、暴风雨般的掌声”和全体代表起立高呼“斯大林万岁”所打断。但在一片迷信的同时，又都怀有“伴君如伴虎”的恐惧心理。战后有一次，颇有醉意的布尔加宁对赫鲁晓夫说：“你以一个朋友的身份来到斯大林的席间，然而你从不知道你自己能否回到家里去还是要被车子接走——送到监狱里去！”（见姜长斌主编：《斯大林政治评传》，中共中央党校出版社 1997 年版）这与中国明朝朱元璋和大臣的关系多么相似！当时的明朝大臣每每上朝之前，都要与妻儿老小挥泪相别，不知还能否平安归来；而一旦下朝回家，立刻举杯相庆，又苟活一天。

中国“文革”期间，干部群众的宿命倾向也非常严重。旧中国是小生产的汪洋大海，马克思曾经分析过小农的政治思想特征，他说：“他们不能代表自己，一定要别人来代表他们，他们的代表一定要同时是他们的主宰，是高高站在他们上面的权威，是不受限制的政府权力，这种权力保护他们不受其他阶级侵犯，并从上面赐给他们雨水和阳光。”（《马克思恩格斯选集》第 1 卷）受这种旧观念的影响，不少人发自内心地要求自己做到“毛主席热爱我热爱，毛主席支持我支持，毛主席指示我照办，毛主席挥手我前进”。林彪鼓吹的“理解的要执行，不理解的也要执行”，本来是否定独立思考，提倡盲目服从的愚昧论，却能得到相当多人的赞成或视为行为准则。宿命论产生的原因，主要是没有经济独立性，没有民主生活和缺乏人权意识。发展社会主义市场经济、健全社会主义民主法制和培育人权意识，是杜绝宿命论的根本途径。



法律为什么会受到非议

赵
万
一

我国很多法律的公布与实施,往往伴随着社会大众诸多的责难和非议。例如,2005年7月向社会公布的物权法草案就是非常典型的例子。这个法律草案向社会公开征求意见之后,引来了诸多的不同意见,不但有人从体例、结构和内容上对其进行全盘否定,而且有人甚至将其扣上违反宪法和否定社会主义道路的大帽子。对此,立法部门也感到非常委屈。辛辛苦苦制定出来的法律却不能为社会所接受,其失落感在所难免。那么,究竟是什么原因导致法律经常会遭到非议呢?我认为原因是多方面的,既有批评者本身对法律的不了解甚至误解,也有立法本身存在的问题。就立法层面来说,主要有以下几个原因:

一是在对法律的功能理解上出现偏差。本来法律的功能具有多重性,既可以是对市场经济关系进行导向和促进,也可以是对市场主体的行为进行规制、矫正和制裁,还可以是对主体权利进行保障和保护。一般而言,直接调整市场经济的法律大多应当以导向和促进为主;涉及公民基本权利义务的法律应当以保护、保障为主;而政府主导性的法律则应当以规制、矫正和制裁为主。但我们的很多立法,包括直接调整市场经济关系和涉及公民基本权利的法律,其立法的原因并不是为了满足社会主体的排他性自治要求和保护其合

* 作者为西南政法大学民商法学院教授。

法权利免遭他人的不法侵害,而是为了弥补行政管理上的漏洞,或者说是为了方便行政管理的需要,其结果往往是使饱受非议的违法行政行为披上了合法的外衣。这方面的典型表现如我们的很多立法在立法宗旨中通常表述的:为了加强对市场经济行为的有效管理,规范社会主体的行为,特制定本法。这种以方便行政管理为目的的立法活动在地方法规和部门规章中表现得最为严重和明显。有人戏言,每通过一部地方立法,实际上就是对公民权利的又一次剥夺和对公民行为自由的又一次限制。因此,可以毫不夸张地说,根据这种立法指导思想制定出来的法律既与市场经济的发展要求相背离,事实上也很难为社会所接受。

二是在立法价值取向上出现偏差。所谓立法价值取向主要有两层含义:其一是指在制定法律时希望通过立法达到的目的或追求的社会效果;其二是指当法律所追求的多个价值目标出现矛盾时的最终价值目标选择。立法价值取向既反映了各国立法的根本目的,也是解释、执行和研究法律的出发点和根本归宿。法律部门的划分不但取决于调整对象和调整内容上的差异性,而且还取决于立法价值取向上的差异性。因为调整对象的差异固然可以直接界定不同部门法的独立调整范围,而价值取向的不同则会决定不同法律立法的最终追求目的。例如,直接以调整市场经济关系和规范市场经济行为为内容的法律(典型的如商法),其基本的立法价值取向应当是为了实现效益或效率,采取的是效益优先兼顾公平和其他原则;以确立和保护公民基本权利义务为己任的法律(主要是民法),其基本的立法价值取向应当是为了实现公平,采取的是公平优先兼顾效益与其他。而我们在现行立法上往往不太注意区分不同法律的独特价值要求,片面地强调某一个法律价值在所有法律中的统帅作用。其典型的表现是,许多学者认为在市场经济条件下所有的立法都应当采取效益优先原则。不可否认,在现代社会,任何法律包括宪法在内,无一不打上市场经济的色彩,都体现了一定的效益要求,但这并不是说所有的法律都应当最优先考虑效益。以民法为例,现代民法在其发展过程之中当然会根据市场经济的发展变化情况不断调整自己的内容,考虑效益要求对民事行为的影响,但并不能因此而动摇公平原则在民法中的统治地位。在任何国家的民法当中,所关注的首先是人的基本生存条件和基本权利,因此民法首先关注的是交易的公平性,效益仅仅处于次要地位。从某种意义上说,离开了

公平就没有民法和民法制度。不同法律对待公平、效益等法律价值所采取的不同态度,既反映了不同法律在立法上的不同价值追求,同时也反映了不同法律部门在调整市场经济关系时所具有的不同作用和各自独特的存在价值。如果我们忽视这种价值取向的差异性,实际上就否认了法律部门划分的必要性。

三是在对法律的作用认识上出现偏差。由于社会关系的复杂性,任何一个法律部门都不可能对所有社会关系都做出相应调整,也不能期望通过一部法律解决所有社会矛盾。正是由于特定法律作用的有限性,从而使法律部门的划分成为必要。另一方面,任何法律部门的调整目标都具有特定性,在最基本立法目标的追求上都应当具有唯一性和纯洁性,这是保障法律统一的基本要求。如果立法的价值目标过分分散,制定的法律就会前后矛盾、漏洞百出。而我们现在所制定的法律的一个主要问题就是在特定法律上承载的社会价值目标太多,要求法律所回应的社会问题过分庞杂,有些已远远超出了该法律本身的作用范围。例如,物权法的主要作用在于规范物的所有和利用关系,通过明晰产权关系,实现物的有效利用。从另一方面说,物权法的作用也仅仅限于这些领域。物权法无法解决职工下岗问题,也无法解决社会范围内的分配不公问题。如果我们一定要把这些任务交由物权法加以解决,其结果不但使立法走入误区,而且也会冲淡物权法对社会关系的特有作用。对法律作用认识的另一个误解是法律万能主义思想猖獗。其典型表现是认为任何社会问题都需要通过法律来加以规范和解决,如果有些社会关系没有相应的法律规定加以调整,就视为是法律不完善的表现。实际上,法律本身的作用具有相当的有限性。在对社会关系的调整上,法律不是万能的,它仅仅是调整社会关系的手段之一而已。在任何国家和任何时代,国家对社会关系的调整除了借助于法律手段之外,还必须借助于其他手段,特别是借助道德手段对社会关系进行有效调整,任何国家也都不可能把所有道德规范全部上升为法律规定。

四是在利益平衡上出现偏颇。市场经济的基本特点之一是:不同的社会主体在利益追求上具有自主性和多元性,整个社会也是由若干彼此竞争又互相合作的利益集团共同构成的社会有机体。任何国家法律的制定都必须充分尊重这种多元的利益格局,充分照顾各方的利益诉求。可以说,任何法律的制

定在某种程度上说都是利益平衡的产物。而我们在法律制定过程中往往有意或无意地否认了不同主体在利益要求上的差异性,过分强调所有社会主体在利益要求上的一致性。这种基于不正确的利益一致假定所制定出来的法律往往并不能真正满足所有社会主体的共同需要,而是顾此失彼,甚至成为维护部分既得利益者的法律。

五是在法律的借鉴与继承上出现问题。随着国际社会经济一体化进程的加快,任何国家都不可能完全独立于其他国家而存在,任何国家也不可能完全无视其他国家的法律和国际惯例,在制定法律时都必然借鉴其他国家的先进的法律规定。但另一方面,由于一国法律直接适用的对象是本国的公民,需要解决的是本国的实际问题。因此,在制定法律特别是制定与公民基本生活联系最为密切的法律时,除了要注意对先进法律文化和法律制度的移植之外,更要求规范内容必须与本国的习惯、文化和传统相吻合。如果在法律制定过程中根本无视社会需求和文化底蕴,而仅仅将所谓的外国的先进法律规定移植到本国的法律规定中,那么这样的法律必将成为与现实生活完全脱节而毫无实际效用的法律。而我们的很多法律在制定过程中恰恰出现的就是这方面的问题,即在立法中过分注重对外国法律规定的借鉴,力图在法律中对外国的所有成功经验(也可能是我们认为是成功的经验)进行照搬照抄,而对本国的国情和实际却考虑得少之又少。这样制定出来的法律因为脱离实际而很难在实践中得以实施是完全可以理解的。

六是法律规定与社会公众对法律的预期相差太远,从而导致法律的社会可接受性大打折扣。作为法律能得到有效遵守的前提是能够为社会公众所接受并为社会公众所信仰。而法律被信仰的前提是法律必须有神圣的渊源,没有了神圣的渊源,也就没有了永恒的有效性。现代西方的法律理念和法律制度之所以被国际社会所普遍接受,主要的原因在于它比较符合人类的理性,代表了人类所追求的公平、正义等基本要求,是人类理性思维的结果。另一个原因是它与社会公众对法律的预期比较吻合。进一步说,一个国家的法律制度能否得到有效遵守,除了制度设计应具有合理性即符合社会经济发展的需要之外,更主要的判断标准应当是法律规定的内容和相关的制度设计与社会公众对法律的理解和预期不能相差太远。也就是罗尔斯所认为的“法治所要求和禁止的行为应该是人们合理地被期望去做或不做的行为”。如果法律的

实际规定与这种社会预期发生较大偏差,这种法律就会因社会的普遍抵触而不可能得到有效遵守,法律的权威也会因此遭到破坏。而我们的某些法律在制定过程中恰恰没有考虑社会可接受性,而是一味强调与所谓国际接轨。为了使中国经济融入世界经济潮流中,中国的法律规定与国际条约、惯例和发达国家的规定保持适度的一致性是有必要的,但这种一致性的追求并不是以否认各国的经济发展水平、社会习惯、社会传统存在差异性为代价的。只有在充分承认各国社会传统和社会习惯存在差异性的基础上,才能真正实现法律规定的一致性。就各国的立法实践来看,能够较充分实现国际接轨的主要限于那些直接调整市场经济关系的法律制度,如公司法、票据法、保险法、破产法。至于调整人类生活一般准则的法律制度,如民法制度,除了要适当借鉴外国的法律规定之外,更应当注意的恰恰应当是制度设计上的民族性。这里的民族性既包括制度类型、制度内容和制度存废上的民族性,同时也包括立法理念上的民族性,甚至还包括语言表达上的民族性。

