



思想柳叶刀

朱伟一 著

另面法律

情节与情结

SIXIANG LIUYEDAO
LINGMIAN FALÜ
QINGJIE YU QINGJIE

ZHU WEIYI ZHU



上海三联书店



朱伟一 著

另面法律

情节与情结

SIXIANG LIUYEDAO
LINGMIAN FALÜ
QINGJIE YU QINGJIE

ZHU WEIYI ZHU



上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

另面法律:情节与情结/朱伟一 著.

—上海:上海三联书店, 2004.5

(思想柳叶刀)

ISBN 7-5426-1919-5

I.另… II.朱… III.法学—文集 IV.D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 027556 号

另面法律:情节与情结

著 者/ 朱伟一

责任编辑/ 王笑红

装帧设计/ 范岍青

监 制/ 沈 鹰

责任校对/ 张大伟

出版发行/ 上海三联书店

(200235)中国上海市钦州南路 81 号

<http://www.sanlian.com>

E - mail: sanlian@online.sh.cn

印 刷/ 上海崇明南海印刷厂

版 次/ 2004 年 6 月第 1 版

印 次/ 2004 年 6 月第 1 次印刷

开 本/ 640×935 1/16

字 数/ 350 千字

印 张/ 20.25

印 数/ 1—5100

ISBN7-5426-1919-5

D · 79 定价: 28.00 元

序言：情节与情结

“听楚语，厌蛮歌。往事知多少？”就我本意来说，更想写人文随笔，远离法律、远离法治。谈法治需要一个前提，就是有基本的群体良知。法治不是虎狼之道。如果穷凶极恶，惟利是图，在道义上依恋大资产阶级、依恋萨达姆（我们有些同志非要把他打扮成一个反美抗暴的民族英雄），那最好还是只谈友情，不谈法律，不谈法治。一定要谈，那只能是南辕北辙，只能是画虎成犬，还有亵渎法治之嫌。

但今天法律仍然是热门话题。首先，是因为法律神秘，神秘就意味着性感，有人对她很好奇，也有人对她不怀好意，但大家都是很感兴趣的。其次，我们加入世贸组织了——我们还有与主流国家接轨的强烈愿望，而主流国家的最重要的特点就是法治。再就是，法律有其有趣的一面：法律是故事，案例本身就是故事，每一个法条背后也都有故事，有时还是情节复杂的故事。法律还有其功利的一面，法律讲的就是权利和权力，涉及财富的分配和财产的保护。法律还培养技能，即便真正的法治还有待努力，而法律的基本技能也还是按法律思维来听、读、说、写。即使在法律不健全的社会，会写会说仍然有助于提高我们的地位。

“便劫灰冷尽万千年，情尤热。但一城一旅起从头，无遗力。”法律、法治方面的随笔我还在写。毕竟，我们的精神支柱是梦想和希望，而不是残酷的现实。

序言：情节与情结 / 1

一、法律与哲学 / 1

错位，法律的悲哀 / 3

法律与哲学 / 10

历史与法律 / 16

法律与智慧 / 22

对《民法典》的几点思考 / 27

民法专家，你在哪里？ / 33

“同是天涯沦落人”

——兼谈诉讼中的辩论回合 / 36

二、我们到底有多美？ / 39

我们到底有多美？ / 41

要命的“自由裁量”

——从签证申请被拒谈起 / 46

普遍管辖权的失败 / 52

美籍塔里班战士有没有“叛国”？ / 56

性骚扰与黄段子 / 61

此事实非彼事实 / 65

养狗不讲亚洲文化！ / 68

三、法律与经济 / 71

“一上高楼万里愁” / 73

经济学家，你慢点走呀慢点走 / 80

“千遍那个万遍地下功夫” / 90

“彩笔新题断肠句” / 92

- 美国商业文化有什么玄机? / 95
- 捐钱，捐什么钱 / 103
- 杂谈裁人的艺术 / 106
- 新世纪我们怕些什么? / 109
- 添置房产之后 / 113
- 妾身不明的“消协” / 118
- 微软·法官·法治 / 122
- 上网，上网，判决书上网! / 127
- 医疗事故中的侵权责任 / 132
- 笑看欧洲卡车司机的罢工
- 兼谈美国统治阶级对工人运动的镇压 / 135
- 便相逢凄凉万事 / 139

四、一城一旅起从头 / 143

“一城一旅起从头”

——关注《证券法》修改 / 145

证券法专家在哪里? / 150

谈证券监管两个口号 / 154

向“成熟”市场看齐?

——兼谈“完善”法律 / 163

是“规约”还是“监管”? / 168

一树一菩提，一花一世界

——证券法的几种专著 / 174

社保基金入市可好? / 178

股市监管地盘之争 / 184

老贼格拉索 / 188

大地风雷，精生白骨 / 194

“此路几人得生还?” / 201

- “并购交易公平否？” / 206
董秘和董秘的海外近亲 / 212
专家，什么专家？ / 216
略谈资信评级机构 / 219
是批准还是笔谈？
——中、美无异议函比较 / 224
券商经纪业务的若干法律问题 / 238

五、“清歌一曲月如霜” / 267

- “清歌一曲月如霜” / 269
“最深情语最温文” / 273
云中谁寄锦书来？ / 276
上海的鲁迅 / 285
英雄，谁是英雄？ / 289
“花气熏人欲破禅” / 295
利用小说讲法
——美国人的一大发明 / 300
说说学英语 / 312
后记：真心对待法律 / 316

一、法律与哲学

错位，法律的悲哀

书生舞剑，将军赋诗。中国文化的美学就是反其道而行之，大俗大雅，东方不败。京剧讲究男扮女装，越剧要的是女扮男装。据说京剧的男扮女装曾经引无数国际友人折腰，是很好的爱国主义题材。

再有，海归本是读书人，但许多海归很有雄心，修身不够，齐家还不够，治国都不自满，一定要平天下，先平股市这个天下。而当了领导则必须习字，习毛笔字，因为需要题词。领导不想题词也不行。您谦虚不是？您死活不题不是？那也有办法，我们可以自己收集您的墨宝。比如，我的母校南京大学校名的招牌是名人真迹，但字是学校自己拼凑的，四个字原是散见各处。南大说自己是名校，我觉得不可能。如此求字，如此自卑，怎么会是名校？名校是什么精神？名校是“俏也不争春，只把春来报。待到山花烂漫时，她在丛中笑”。

一、三条腿的蛤蟆

美学的错误，性别的错位，有时贻笑大方，但也可以仁者见仁，智者见智。可是，以行政手段推出市场经济机制，本身就有内在矛盾，有时适得其反，甚至可能是错位。比如独立董事，有人说独立董事好得很，他们对独立董事爱不释手，反复把玩。有人说独立董事糟得很，推出独立董事便是错位，立法权限上就有大问题。

书生舞剑，将军赋诗。中国文化的美学就是反其道而行之，大俗大雅，东方不败。

如此求字，如此自卑，怎么会是名校？名校是什么精神？名校是“俏也不争春，只把春来报。待到山花烂漫时，她在丛中笑”。

连美国学者制定的经典公司法范本，也没有提到独立董事，公司就自说自话，推出了独立董事。

我们的上市公司既有监事和董事，又有独立董事，不是三条腿是什么？

《公司法》只提监事会和董事会，证券监管部门对公司大动手术是错误、越位，即便要设立董事，也应该由全国性立法机构来设立。

但我以为，就立法权而言，独立董事问题不大。政府许多部门都有准司法权。而且它只是个理论上的问题，因为独立董事的相关法规已经推了出来，而全国立法机构并未表示异议。美国的相关法律也并不要求公司设立独立董事。连美国学者制定的经典公司法范本，也没有提到独立董事，公司就自说自话，推出了独立董事。

中国的公司很美，许多国家的公司是两只眼，我们的公司是三只眼。不是吗？大陆法系的代表国家是德国，但德国没有独立董事，德国公司只有董事和监事。以美国为代表的普通法系国家没有监事，这些国家的上市公司只有董事和独立董事。我们的上市公司本来就有监事会或监事，《公司法》就写明我们的公司应该有监事会或监事。但后来有人觉得监事不美，至少是不够美，不够温柔，不解风情，不能在公司治理中起到应有的作用，所以将其打入冷宫，另纳新欢，又从英、美法系引进了独立董事。

据说两条腿的人好找，但三条腿的蛤蟆难找。可三条腿的蛤蟆我们找到了！我们的上市公司既有监事和董事，又有独立董事，不是三条腿是什么？

那么有独立董事附身，上市公司是不是就很美？有人认为很美，说是我们终于找到了一只三条腿的蛤蟆。这是一只好蛤蟆吗？美国立法部门对独立董事迟迟不肯表态，美国证券监管部门对独立董事迟迟不表态。闹得最起劲的是一些社会贤达，自我监管机构（纽约股票交

易所和全美证券营销商协会)。他们都说：“因为我们有独立董事，所以我们是好公司，所以我们不怕别人对我们批评指正。”美国证券监管机构将计就计，因势利导，因为他们自己并没有什么好办法。

美国法院确实说过，如果一家公司有独立董事，法院对董事会的决定就更加尊重，轻易不将其推翻。美国法院的有关判决大都涉及公司兼并收购的价格。按美国法院的意思，如果有独立董事，被收购公司的董事会就更有可能寻求让股民心醉的价格。这样他们就是为股民谋取了最大利益，法院也就放心了。

美国一些人抱着独立董事这根稻草死死不放。但美国股市的真正的问题是高管人员的酬金太高，是高管人员太贪婪，是高管人员对股民实行高压政策。当然，美国社会也有某种共识，鼓励弱肉强食。法院对股民的相关诉讼也表现得漠不关心，麻木不仁。为什么呢？因为法官内心并不同情股民。在美国法官看来，股民争买股票，一拥而上，紧跟比尔·盖茨这样的公司大老板，希望跟在后面沾点仙气，所以出了问题也不能全怪公司高管人员。这种情况下谈独立董事没有用，谈一万年也没有用，只会起到麻痹股民的作用。说到底，公司问题是一个文化问题，远不只是法律问题。

德国公司也有要被迫推出独立董事的，但那是一种被强奸的感觉。纽约股票交易所上市有独立董事的要求，如果德国公司在这里上市，就必须勉为其难。但德国公司心里是不服的，因为美国公司早就有了独立董事，但仍然没有能够避免股灾和公司造假。美国方面也是心虚的，不敢要求德国公司全面“克隆”美国的独立董事。两国的律师和法律学者还在那里探讨相关事宜。

说到底，公司问题是一个文化问题，远不只是法律问题。

法律是严肃的，以法律的名义朝秦暮楚是一种错位，是对法律的不敬。始乱终弃不会有好的结果。

看见这三条腿的蛤蟆，我也轻声地问自己，中国股市的法律何在？法治何在？海归何在？红娘子何在？白娘子何在？

可惜啊，美国不知道在太平洋的彼岸，有那么一些服膺独立董事的智叟，已经抢先接过了这面旗帜，而且拼命地挥舞这面旗帜。

我们的公司如果不在美国，似并无必要跟在美国后面亦步亦趋，因为我们已经有了监事会。监事会不能尽如人意，独立董事就能可心？现在独立董事也不能尽如人意，是否需要再找一位美人，再造一位美人？子子孙孙还有没有穷尽？市场经济以法律、法治为依托。如果在制定法律方面过于随意，过于见异思迁，那就不是法治的体现，无益于市场经济的发展。法律是严肃的，以法律的名义朝秦暮楚是一种错位，是对法律的不敬。始乱终弃不会有好的结果。

法学不是美学，但立法也讲究和谐，讲究对称，讲究法律的美。法律就是平衡，平衡各方的利益，在和谐的世界中找到和谐。所以，看见这三条腿的蛤蟆，我也轻声地问自己，中国股市的法律何在？法治何在？海归何在？红娘子何在？白娘子何在？

二、舍近求远，舍本求末

有了独立董事，上市公司就能焕发青春了吗？还是不能。所以现在有人开始琢磨独立董事了，想把独立董事调教好。公司原有的坏董事却被丢在一边。可引进独立董事的初衷是什么？初衷就是要借独立董事牵制那些坏董事，牵制公司高管中的坏人。但智叟们现在忙着对独立董事围追堵截，反而把元凶给忘了，这岂不是舍近求远，舍本求末？首席执行官中有问题的人在一旁看得笑咪咪的——哈，什么红娘子，白娘子，上演一场捉放

曹，不过如此，不过如此。

“办学习班是个好办法，很多问题可以在学习班里得到解决。”所以有人建议办培训班，培养一批有文化、有道德的独立董事。当然，培训班是要收钱的，否则不足以体现市场经济的威力。培训班学费不低，但怀里揣着数千人民币来交钱学习的大有人在。他们学成之后就有了一种身份，可以走门路去公司走马上任，当他们的独立董事，找那份辛苦，自觉自愿地与公司的坏人坏事做斗争。世界上有这样的冤大头吗？恐怕没有。如果真有，应该请这些冤大头到美国去讲课，请他们给全世界讲课，给全世界爱好和平和正义的人讲课。

既然没有冤大头，那为什么还有人来排队交钱受训呢？这些同志低三下四地来交钱学习，就是为了日后能够去当独立董事，把交钱和学习所造成的损失加倍夺回来。你说他们贪财，批评他们思想不好，他们还不服，反问培训班为什么收钱？反问在学习班到底能够学到什么？反问急公好义的本心、真心是可以靠培训培训出来的吗？

三、大兵团作战，推理要严！

理论是重要的，理论来自实践，反过来又指导实践。借助理论分析，不用临床我们也能发现错位。伟哥这种药很好，可以让人意气风发，生龙活虎。但借助理论分析，我们就知道伟哥不是万能的，有时甚至是危险的。不经过临床实验，我们也知道伟哥少儿不宜，老、弱、病、残者不宜。

大兵团作战，推理要严！即便是身经百战的老将

理论是重要的，理论来自实践，反过来又指导实践。

如果法律上做过演绎和推理，独立董事今天这副尊容早就可以料到。

如果我们真心对待祖国，真心对待自己，那么借助法律分析，独立董事明天的模样我们今天也可以看到。如果我们真心对待自己，就不会再做些徒劳的无用功。

智叟中有海归，海归中还有学法律的。但他们一旦成为管人的人，就原形毕露，粗暴地对待法律、法治，其粗暴态度胜过本土同志的百倍。

军，开战之前要在沙盘上反复演练，模拟战斗的各种可能，还要征求参谋的意见，有的还要与蓝军演习。将军为什么这样认真？因为打仗是要死人的，来不得半点虚假。如果将军真心对待自己的士兵，真心对待自己，就来不得半点虚假。法律、法治也一样，是真正的大兵团作战，关系也很重大，立法过程就是一个演绎、推理的过程。如果法律上做过演绎和推理，独立董事今天这副尊容早就可以料到。如果我们真心对待祖国，真心对待自己，那么借助法律分析，独立董事明天的模样我们今天也可以看到。如果我们真心对待自己，就不会再做些徒劳的无用功。

对海归和域外人士，领导和群众曾经寄予厚望，但许多海归归国后，在没有牵制的情况下，也十分轻慢法律。智叟中有海归，海归中还有学法律的，但他们一旦成为管人的人，就原形毕露，粗暴地对待法律、法治，其粗暴态度胜过本土同志的百倍。他们还假惺惺地打着海归的旗号，假惺惺地打着法治的旗号。他们刚一回国，就要打大仗、硬仗，有的还要打夜战、盲战。他们不摆沙盘，不仔细看地图，不写文章论证，不肯验证自己的想法，有的还不许别人提出不同意见。

许多海归回国后便进入了自由王国的境界，不必担心反对意见和批评意见。只要他们在位上，就没有人敢提反对意见，提了也没用。如果博士指导老师能够指导学生写篇研究这种现象的论文，那是很有意义的，至少胜过研究独立董事百倍。

四、错位，法律的悲哀

错位的法律是悲哀的，而我们悲哀的法律经常是错

位的。海归有的当上了这个或那个首席律师，但却没有参加过中国律师资格考试，美国律师资格考试也没有参加，真不知道他是哪家的律师，还要当什么首席律师。经济学家、工商管理学家还有其他很多人，都在那里大谈法律，惟独不见我们的民法学家和民商法学家，特别是那些著名的民法学家和民商法学家。他们有的是欲说还休，有的在写大部头学术著作，还有的在那里主编畅销的律师资格考试复习材料。

法律上我们自称是大陆法系的传人，但曾几何时，国内各大学的法律系纷纷易帜，改称为法学院。但世界上只有美国和加拿大等少数几个国家有法学院，德国、法国，甚至英国，大学都没有法学院而只有法律系。日本最近要建法学院，但日本全国上下已经达成共识，今后法律教育真心走美国的路，从法学院的招生到律师资格考试，都按美国的路走。

美国法学院的精神是什么？是好，还是坏？利大于弊，还是弊大于利？我们这里一概不问，先换名字再说。为什么要换名呢？名字性感啊（不能算与国际接轨，因为许多国家就没有法学院）！所以同学们就很困惑，我们也很困惑，《沙家浜》的“阿庆嫂”也会很困惑，不知道他们到底是姓“蒋”还是姓“汪”。在没有弄清情况的时候，在没有弄清方位的时候，不妨按兵不动，一动不如一静，不要到处乱跑。

在没有弄清情况的时候，在没有弄清方位的时候，不妨按兵不动，一动不如一静，不要到处乱跑。

法律与哲学

公共场合，最好不要东张西望，至少不要盯着美人死看。否则美人会问：“看什么看？”当然，京油子会卷起舌头反问：“你不看我，怎么知道我看你？”京油子是有点痞，但他这是在用哲学，用了哲学上的方法论。律师理屈时也会这样狡辩。还有，“当主要矛盾解决之后，次要矛盾便上升为主要矛盾”。都是讲哲学、用哲学，尽管是些雕虫小技。

一、体 系

哲学的大问题是体系问题，大哲学家讲究完整的体系，不仅要解释过去，解释现在，还要解释未来，解释宇宙。

法律也一样，专业上国人喜欢划分体系。比如，民法又称“大民法”，将物权法、侵权法和婚姻法统统打在网内。所以，中国的法律学者比较喜欢当民法专家。如果你是民法专家，那世上万物，人间百态，尽在股掌之中。当然，德国的民法典确实不错，是人类的共同遗产。德国有很好的民法典，那也不是偶然的，德国多哲学家，尼采、黑格尔、马克思，他们都是德国人或是德国的犹太人。

法律的专业划分是需要的。可惜，这种划分经常是出于争抢地盘和巩固地盘的需要。大民法是个很头疼的

德国有很好的民法典，那也不是偶然的，德国多哲学家，尼采、黑格尔、马克思，他们都是德国人或是德国的犹太人。