

# 敬畏法律

赵万一 著




 法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

# 敬畏法律



赵万一 著

  
法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

敬畏法律 / 赵万一著. —北京:法律出版社,  
2013. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4414 - 9

I. ①敬… II. ①赵… III. ①法律—文集 IV.  
①D9 - 53

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第302701号

敬畏法律

赵万一 著

责任编辑 刘文科  
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2013年3月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印刷厂

印张 11.25 字数 294千

印次 2013年3月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

---

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

---

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

---

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4414 - 9

定价:35.00元

(如有印装质量问题,由法律图书有限公司负责退换)

## 赵万一简介



赵万一，1963年4月生，山东巨野人。现任西南政法大学民商法学院院长、二级法学教授、博士生导师，西南政法大学学位委员会副主席。兼任中国法学会理事、中国民法学研究会学术委员会副主任、中国商法学研究会副会长，福建省人民政府顾问，上海大学、福州大学、西南大学、福建师范大学、山东经济学院等学校兼职教授，上海大学、福建师范大学兼职博士生导师，英国《法律与管理国际杂志》（*ML-The International Journal of Law and Management*）编委。重庆市高级法院智库专家、重庆市人大常委会立法咨询专家、重庆市第一中级人民法院、第三中级人民法院、重庆市工商局、国土资源局、公安局、江北区人民政府等单位法律咨询专家，重庆市财政局政府采购评标专家。1991年被评为四川省“做出有突出贡献的中国博士、硕士学位获得者”；1992年被聘为副教授，同年被评为四川省高校“十佳青年教师”；1997年被评为教授；2001年被聘为博士研究生导师。2006年8月获重庆市首届“十大优秀中青年法学、法律专家”称号。主要研究领域为民商法基本理论和公司法、证券法、竞争法。独立完成的专著有：《证券法的理论与实务》（1991），《中国竞争保护法律问题研究》（1996），《商法基本问题研究》（2002），《民法的伦理分析》（2003）。主编有包括司法部统编教材、21世纪法学教材《商法学》《证券法学》《民法学》在内的教材、专著、工具书六十余部。先后在《中国法学》《法学研究》《人民日报》《光明日报》等杂志和报刊上发表论文140余篇，有数十篇文章分别被《新华文摘》《中国社会科学文摘》和人大复印报刊资料转载。1985年与金平教授等人提出民法调整的是平等的财产关系和人身关系的观点，这一理论为我国《民法通则》所原则采纳。1987年在全国率先提出了国营企业“委

托经营权”理论，成为国内有影响的代表性学术观点之一。2001年在我国率先提出民商法价值取向差异理论，认为民法的首要价值目标是公平、商法的首要价值目标是效益。这一观点目前已成为民商法学界的主流观点。2003年提出民法的伦理性价值观点，认为中国民法典的制定既要考虑技术性要求，同时也要考虑伦理要求，民法典必须是国际性和民族性的有机统一。2006年在《中国法学》上发表《从民法与宪法关系的角度谈我国民法典制订的基本理念和制度架构》，提出市民社会与政治国家的分野是公、私法划分的理论基础，也是处理宪法和民法关系的主要依据。认为宪法是公法的基本法，民法是私法的基本法，相对于宪法而言，民法具有更为基础的地位。文章发表后，引起了广泛的社会影响，有多篇文章对其进行了评价和驳议。

其学术观点不但在国内有较大影响，而且在海外有一定影响。2004年在日本《修道法学》发表了《关于目前中国商法研究的几个问题》。其学术观点在日本引起关注，2007年11月日本早稻田大学助理教授但见亮在日文杂志《中国研究月报》第61卷第11号（第3-22页）《物权法草案违宪争论诸相》（薛轶群译）中曾对《从民法与宪法关系的角度谈我国民法典制订的基本理念和制度架构》一文进行了详细评介。其学术专著《民法的伦理分析》于2005年在中国台湾最负盛名的法律类学术著作出版机构五南图书出版公司出版。

有较强的司法实务经验，曾作为立法咨询专家参与了我国《物权法》的制定和《公司法》、《证券法》的修改，参加了最高人民法院于《合同法》《破产法》在内的多个司法解释的讨论、论证工作和多部地方立法的制订和论证工作。2011年1月5日-8日在海口参加了由中国证监会授权深圳证券交易所举办的上市公司高级管理人员培训班学习，取得独立董事培训资格(深交所公司高管(独立董事)培训字(06000)号)。现为贵州百灵、闰土股份、国兴地产等上市公司的独立董事。

## 我们为什么要敬畏法律（代序言）

对法律的敬畏是实现法治的前提，没有对法律的敬畏意识，法律就不能得到有效前几年我曾写过一篇小文，题目叫做《对法律敬畏是实现法治的前提》，其基本观点是没有全社会对法律的尊重和敬畏，就不可能实现真正意义上的法治。这次在相关文章进行结集出版的时候，我将其中的关键词“敬畏法律”作为文集的名字，其我国法治进程不理想的原因并不在于我们缺少法律，实际上上经过三十多年的快速立法，我们在法律的数量上已经毫无疑问的走到了世界前列，无法可依早已成为历史。很多学者已经睿智地看到目前滞碍中国法治进步的主要因素是法律执行问题，即执法不严、违法不究。此语可谓一言中的。引起法律执行不够理想的原因既有立法本身的问题，包括立法指导思想上的法律万能主义思想作祟，过份夸大法律的作用，将法律视为解决一切社会矛盾的灵丹妙药，其结果是立法泛滥，法律介入了很多不应当介入的领域。另一个原因就是立法目标上追求超前和完美，制定了很多操作性较差甚至根本没有任何操作性的所谓的居于世界先进水平的法律，这实际上是“政绩”思想在立法上的另一种表现而已。例如，我们有恐怕是世界上最严厉的有关贪污受贿的法律惩处规定，事实上连立法者都明白这一法律根本就无法得到有效执行。因为太低的立案标准会将太高比例的适用对象纳入法律惩处的行列，而社会的正常运转又必须依赖于这些社会中坚

力量,因此只能采取所谓的选择性立法,将运气不好的适用对象主要是政府官员绳之以法。再比如,从今年元月一号其开始实行的号称史上最严的交通法规,可以预计肯定会是一部执行最差的法律,社会公众的否定性评价不会亚于前几年有关禁止燃放烟花爆竹的规定,因为作为执法机关的交管部门以现有的人力来看事实上无法承受数量过于庞杂的交通违规的处理,社会公众也很难认可动辄就要承受过份高昂的违法成本的社会现实。当大多数社会公众因其轻微过失行为都会面临严厉的临违法追究时(例如对机动车车限速的不且实际的规定,典型的如公共道路上 20 公里/小时或特定区域 5 公里/小时的限速要求),恐怕我们不应当是教导社会公众适应法律要求改变自己的行为,而应适时修改法律。因为有时过份严厉或过份超前的所谓最完善(最优)法律不一定是最好的法律,在特定的历史条件下,次优法律可能是一种最好的选择。造成这种状况的原因最根本的还在于我们对法律缺乏信仰和敬畏。也就是立法机关仅仅把立法作为方便社会管理的主要手段,社会公众也仅仅把法律作为维护自己权益(包括合法权益和合法权益)的手段。对法律的敬畏不仅应体现在我们的行为中,更应当体现在我们的思想上和意识中。

我们之所以要敬畏法律,首先是因为法律是社会公意的体现,代表了大多数社会公众的利益。法律是由立法机关在广泛征求民意的基础上按照一定程序制定出来的,因此从理论上说法律的内容就实际体现了至少是应当体现了大多数社会公众的意志和利益,法律的实施结果也应当能够促进社会福祉的增加。这既是法律获得社会支持的原因,同时也是法律被信仰的基础。美国著名法学家伯尔曼曾说过,法律必须被信仰,否则形同虚设。没有对法律的信仰,就没有法律的权威,同时也就使法治失去了精髓和灵魂。而法律被信仰的基础就在于它符合人性,体现了大多数人的意志。既然法律体现了大多数人的意志,那么法律就是公意的体现,法律就获得了被信仰、被尊重的基础和前提。

我们之所以要敬畏法律的第二个原因在于:法律是社会先进文化的

有机组成部分,法律意识是最先进的社会意识。法律的发展不仅表现为单纯的制度进化和规则演变,而是更多反映了社会经济政治制度环境的优化、社会观念的嬗变和社会传统的继承和发展。因此法律文明既是现代文明的起点和发动者,同时也是现代文明中不可或缺的一个重要内容,社会文明的发展变化应该也必须法律中有所体现。

我们之所以要敬畏法律的第三个原因在于,法律规则是典型化、规范化的社会规则。典型化要求作为法律所规范的行为应具有重要性、代表性和普遍性,相关的法律规则也必须是对社会关系的精确反映。所谓规范化意味着法律规则必须符合特定的法律规则构成条件,必须具有规范对象的明确性、词义的准确性、含义的无争议性等特点。法律规则的典型化意味着法律适用对象的广泛性,规范化则意味着法律适用上的一视同仁。

我们之所以要敬畏法律的最后一个原因在于,法律规则是具有社会公示公信力的显性规则。法律不是潜规则,它必须以显性的方式表现出来。社会公众不能以不知道自己作为不尊重、不敬畏法律的理由。法律作为具有社会公示公信力的显性规则意味着社会公众对自己所从事的具有法律意义的行为结果可以有明确的预期,从而可以最大限度地减少因为行为结果的不确定性所带来的行为选择的迷茫。

唯有敬畏法律才能将法治上升为一种文化,也唯有敬畏法律中国的法治才不至于沦为一种空谈。

是为序。

赵万一

二〇一二年十二月于重庆



# 目 录

## 法治精神与法治理念

- 对法律敬畏是实现法治的前提 / 3
- 法律为什么会受到非议 / 7
- 从烟花爆竹禁改限看法律对民俗的尊重 / 12
- 高层次法学人才的责任担当 / 15
- 学科发展与文化传承 / 19
- 学科发展与我们的使命 / 22
- 法科学生应具备的基本知识 / 25
- 论我国法律硕士教育改革的基本理念和思路 / 30
- 商法学教学必须强调商事思维的培养 / 39
- 商法学的研究必须具有现代理念 / 43
- 必须重视对商法学基础理论的研究 / 46
- 我国司法必须走大众化的道路 / 49
- 政治体制改革刍议 / 53
- 建立涉诉信访终结机制之必要性 / 60
- 建立适合我国经济发展的新型法律观 / 63
- 应当重视对商法技术性规范的研究 / 69

商法的独立性与独立的商法 / 75

商事审判独立化是大势所趋 / 79

以商事思维应对市场经济纠纷 / 82

商事审判应当具有商事思维 / 85

## 法律文化随感

民法与现代文明 / 91

我们应当怎样看待民法 / 94

公序良俗与民法学研究 / 100

作为目的与工具并存的民法 / 103

明心见性,法体自然 / 106

从立法目的谈民法和商法的关系

——以物权法和公司法为视点 / 119

走马观花谈美国之一:谜一般的特拉华 / 128

走马观花谈美国之二:财团经济与社会公益捐助 / 131

走马观花谈美国之三:不一样的审判制度 / 134

让我们在学术论争中放飞思想 / 137

大学的责任 / 139

法律不能完全游离于家门之外 / 142

经济体制改革与农村家庭职能的发展变化 / 145

人民调解制度与中国传统文化 / 153

从腾讯与 360 之争看企业竞争的法律底线 / 162

从达芬奇家具造假案谈消费者的知情权 / 166

## 民本与民生

统筹城乡发展的实现路径 / 173

构建农村劳动力转移就业长效机制 / 177

- 公平分享改革成果 切实保障农民权益 / 180
- 剥离福利功能是户籍改革的基础 / 184
- 私权神圣与利益平衡 / 187
- 物权法是对公民财产权的有效保障 / 189
- 面对物权法的实施,我们有哪些工作需要准备 / 191
- 拆迁条例修改中应强调平衡各方利益 / 195
- 土地市场化背景下的农民权益保护法律问题研究 / 199
- 政府应与社会公众共享土地增值收益 / 209
- 垄断国企利润应与全社会公平分享 / 213
- 金融不良资产法律纠纷处理中的利益平衡 / 218
- 医疗伦理范式的现实选择 / 223
- 迪拜债务危机给中国的启示 / 230
- 伊利、蒙牛“诽谤门”的法律之痛与竞争之忧 / 235
- 从问题奶粉看公司社会责任理论 / 238
- 社会慈善事业与公益信托制度 / 242
- 合法的职工持股应受法律保护 / 249
- 农民工入城就业及其法律保障 / 252

## 市场与法律

- 公司审判中的商事理念 / 269
- 必须注重对公司治理问题的研究 / 272
- 公司治理与证券民事责任 / 275
- 从格力公司的“废标案”谈政府行为与政府信用 / 288
- 反倾销应对中的政府与市场 / 293
- 资本市场与证券法律制度 / 300
- 隐名股东的法律地位 / 303
- 股东表决权的限制与排除 / 312

敬畏法律

信托制度与中国社会 / 315

完善破产制度是推进市场经济体制建设的重要手段 / 317

破产制度在市场经济中的使命 / 324

政府不应对企业破产行为过度干预 / 328

求解公司清算的另一种道路 / 332

用公司章程破解公司僵局 / 335

附录:坚守自我 / 337

# 法治精神与法治理念



## 对法律敬畏是实现法治的前提

对法律的敬畏是实现法治的前提,没有对法律的敬畏意识,法律就不能得到有效遵守。从某种意义上说,对法律的敬畏实际上就是对公民权利与自由的敬畏,是对社会文明的敬畏,也是对国家合法性存在价值的敬畏。

按照孟德斯鸠的说法,法治是一种精神、一种文化、一种经久不衰的风气。如果我们要找出阻碍我国法治社会实现的最主要观念要素的话,恐怕当属整个社会法律意识的匮乏和对法律缺乏足够的敬仰和畏惧。

从某种程度上说,目前我们国家并不缺乏法律,真正缺乏的是守法的精神和对法律的敬畏心理。敬畏心是产生崇敬感的前提,是产生法律信仰的基础,也是法律得到自觉遵守的原动力。美国著名法学家伯尔曼曾说过:“法律必须被信仰,否则形同虚设。”并断言法律只在受到信任,并且因而并不要求强制力制裁的时候,才是有效的。可见没有对法律的敬畏,就没有对法律的信仰;没有对法律的信仰,就没有对法律的有效遵行;而没有对法律的有效遵行,就没有真正意义上的法治。

如果说对真理的敬畏是一种追求,对道德的敬畏是一种境界的话,那么对法律的敬畏就是一种理性了。因为在法治社会中,法律不仅仅是一种工具,而是一种体现了自然法则、人类理性和民族传统的普适性准则。作为一种制度,法律文明是人类文明的有机组成部分。法律是现代

社会的基础,是人类发展到今天所能拥有的最为有效、最为合理和最为完善的社会治理手段。法律意味着秩序,意味着权利、义务和责任。因此,无论是立法者、执法者,还是守法者,都只有在对法律心存敬畏的前提下,才能实现法律的公平正义要求,才能使人类的生存和发展少受些挫折和磨难。因此,为实现法治社会,每一个社会成员都应当对法律怀有一颗敬畏之心。

在市场经济主导我们的一切生活的时代,总有一片净土不能被市场经济中的逐利因素和价值评判标准所玷污,这片净土就是法治的空间。在市场经济条件下,什么都可以市场化,但法律精神不能市场化,司法行为不能市场化,法律制度同样也不能市场化。

而我们目前面临的情况却是法律庸俗主义和法律实用主义的盛行,整个社会充斥着对商品经济的顶礼膜拜,而对法律却缺乏基本的尊重和敬畏。正是因为缺乏这种敬畏心,所以对立法往往失之草率,致使许多没有经过科学论证而制定出来的法律由于不具备实施条件而被束之高阁。典型的如被试行了20年之久的《企业破产法》(试行)。有些立法则混淆了法律和道德的界限,使现有司法无力完成法律对其设定的目标和要求。典型的如现行立法中对贪污贿赂的责任追究门槛设立太低,致使现有的法律资源不可能对所有的违法行为都进行追究。由此导致选择性执法泛滥,违法必究的法制要求被破坏的荡然无存。

正是因为对法律缺乏敬畏,所以我们在立法时往往忽视不同社会主体在利益追求上具有自主性和多元性的特点,不能充分尊重这种多元的利益格局,充分照顾各方的利益诉求;而是以权入法,以部门利益代替社会利益,其结果是使很多国家立法变成了部门立法、行业立法。特别是有些地方的立法机关更是完全把立法当儿戏,随意制定出一些既无正当理由性,又没得到广泛社会认同的恶法。因此有人戏言,每通过一部地方立法,实际上就是对公民权利的一次剥夺和对公民行为自由的又一次限制。

正是因为对法律缺乏敬畏,所以我们的很多立法没有考虑社会民众



的需求和感受,没有遵从已经内化为社会文化有机组成部分的习惯和传统,没有考虑社会对法律的需要和预期。而按照罗尔斯的观点:“法治所要求和禁止的行为应该是人们合理地期望去做或不做的行为。”可以预言,不考虑社会预期的法律毫无疑问会很难得到社会公众的普遍遵守。

正是因为对法律缺乏敬畏,所以行政机关往往把法律仅仅看作管理人的工具,制定法律的目的就是方便自己行政管理的需要。这样的立法不过是对包括违法行为在内的诸多行政行为披上了一件法律的外衣而已。实际上,政府部门由于掌握充足的国家机器,因而更容易因为自己的不谨慎或滥用权力而给私权主体造成侵害。因此公权主体更应该保持对法律的足够敬畏,才能使自己的行为更加符合社会的公益目的。从某种意义上说,只有在权力敬畏法律的时候,民众才能真正敬畏权力。

正是因为对法律缺乏敬畏,所以才导致司法功能的错位。从理论上说,司法审判带有多重功能,但其中最根本的无疑是通过判决在社会上形成一种引导力量,通过恰当地分配权利、义务和责任,将法律所体现的公平正义精神通过个案体现出来,使社会普享法治给自己带来的恩惠。但我们的法官除少数徇私枉法,将司法作为自己的寻租工具的个别败类之外,更多的是把司法行为混同于一般的行政行为,把执掌司法权力仅仅作为一种单纯的谋生手段,而没有把审判行为视作关乎法治实现的一种神圣行为。实际上,没有这种对司法行为特殊性和中立性的认识,就不能实现司法权与行政权的分立,也就没有现代法治社会。

正是因为对法律缺乏敬畏,所以公民对法律没有认同感,对法官没有信任感,对法院判决没有权威感。本来,公民对法律的敬畏乃是先天的。由于缺乏公权力的支撑和庇护,公民只能在法律的预设规范框架内来预期自己的行为和争取自己的利益。对他们而言,对法律的敬畏乃是他们所能争取到的享受法益的必要条件。因此西塞罗才说:“为了自由,我们只有服从法律。”但由于民众并没有从心底里对法律产生敬畏,因此许多民众并不真正相信法律,不相信法院能够公正无私地适用法律,更