

法大人札记

cupl man

法思想录

My Thought on Law

李曙光
著

3

cupl man

法大人札记

法思想录 李曙光著

中国政法大学出版社

M y T h o u g h t o n L a w

法大人札记

chapman

法思想录

My Thought on Law

D90-53/74

2007

李曙光
著

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法思想录 / 李曙光著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2007. 10

ISBN 978-7-5620-3099-7

I. 法... II. 李... III. 法学 - 文集 IV. D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字 (2007) 第157290号

书 名 法思想录

出版发行 中国政法大学出版社 (北京市海淀区西土城路25号)

北京100088信箱8034分箱 邮政编码100088

zf5620@263.net

<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

(010) 58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)

承 印 北京1201印刷厂

规 格 880×1230 32开本 15.25印张 490千字

版 本 2007年10月第1版 2007年10月第1次印刷

书 号 ISBN 978-7-5620-3099-7/D·3059

定 价 34.00元

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行科负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

总 序

从事高等教育的人都持有如下基本认识：第一，教学工作是所有大学第一位的中心工作，本科教学是高校的立校之本；第二，传道、授业、解惑是教师高于一切的神圣天职。然而，从事高等教育的人也都目睹了这样的事实：在目前的社会转型时期，一些高校在价值取向上出现了明显的偏差，忽略了作为立校之本的本科教学，违背校情与国情，忙于挤进“研究型”，提升“排行榜”；一些教师在行为取向上出现了明显的偏离，他们淡忘了为人师表的基本职责，顺应着功利主义的潮流和导向，重论著数量与成果奖励，轻教学业绩和教书育人。这种顾此失彼的导向和状态与近几年来社会公认的高校学生心智与人文素养的不断下滑，求知兴趣的贫乏与知识结构的普遍褊狭，乃至有文凭却没文化有着很大的关系。

应然与实然的巨大反差凸现了值得我们思考的问题：如果长此下去，谁来切实关心广大学生的成长？我们何以培养出具有较高的文化品味与道德情操、人格健全的博雅公民，而不仅仅是知识窄化的职业人与为数极少的学科专家？国家何以变成科技大国和教育强国？

值得庆幸的是，我们中国政法大学拥有一批教学、科研、才情、文采均为上乘而且在学界享有很高学术声望的教师，他们始终坚守在燕麓校园，立足本科教学第一线，用充足的专业底气、宽阔的学术视野、淡雅的人生境界、独特的思维方式、优美的书面文字、流畅的演说表达，以及多姿多彩的才情，堪为师表的职业品

格，深深地影响着一届又一届本科学生，作育他们的良性成长。正是这样的教师，不仅在自己的专业领域为学校赢得声誉，而且在历届学生中享有良好的口碑，他们的那些体裁与风格各异的文章还受到校内外许多读者的交口称赞。

作为主管本科教学的副校长，我对这样的法大教师心怀敬重！我一直希望并支持他们把多年来立足于杏坛的教学札记、学术随笔、散文、演讲辞等通俗优美的文字编辑成册，集为“燕麓杏坛札记”或“法大人札记”丛书面世。我以为，出版该丛书的意义有四：

第一，将法大名师集中起来现身说法，以另类形式重申教书育人、以学生为本、以本科教学为本和以德为本的办学理念。

第二，形象地展示教师如何担当传道、授业、解惑的神圣天职，对后来的广大青年教师不失为别具一格的职业启迪。该丛书告诉我们：欲为名师，既要有崇高的敬业精神，又要具备综合性的知识结构和全面的修养。对学生的素质教育固然与学科知识有关，但教师的综合素质与人生旨趣、思想境界比单纯的学科知识更容易也更持久地影响学生。

第三，浸透法大名师心血的“札记丛书”不仅给年复一年赓续不绝的法大学子提供一套精神大餐，亦可使法大以外的更多学子受惠于作者的思想感染，智慧启示和人格辉映。

第四，丰富校园文化的内容，营造健康向上的校风。目前，人们对大学校园文化、大学精神谈论得比较多，至于大学校园文化、大学精神的内涵与外延究竟是什么，校园文化如何积累，大学精神从哪里入手去提炼，却很少有人去深究。一谈校园文化建设，人们更容易联想到学生的校园广播、网络、宣传标语、橱窗、社团活动与文体比赛等，至于教学中的教者一方还应扮演什么角色，却不太关注，以科研为主导的管理体制更容易虚化教师之于校园文化的积累与提升作用。“札记丛书”很好的昭示了学校应该如何全面营造和有力提升校园文化的层次和品味。

此次出版的是“札记丛书”第一辑批共四本，将来还会有第二

批、第三批不断规律性地面世。学校希望法大所有师生或主动地的参与丛书,或密切地关注丛书,或积极地支持丛书,以使丛书的价值与意义得到最充分的彰显!

最后,感谢四位教授百忙之中按时完成“礼记丛书”的编写,感谢世佑教授为丛书的编写所作的大量的策划和组织工作,感谢出版社传敢社长对丛书的出版给予的大力支持!

张桂琳

2007年9月20日

自序

下面这个自选集是我从自己现在能找见的大约 500 余篇已发表未发表的文章中精选出来的。这些文章始于 20 世纪 80 年代中期的写作,止于本月刚刚草就的一些文字。之所以给该自选集起名为《法思想录》,是因为这个自选集确实是一些以法的思想为主的思想的记录,是我对法律与社会问题的思考、解读、理想与探索;再一个原因就是这些拉杂的文字,很难找到合适的书名,而“思想录”、“随想录”等书名在这种情况下就是不错的选择了。

按照世佑兄定下的规矩,我编选时遵循了以下几个原则:第一,尽量选择那些思想性较强的文字;第二,学术论文不载入其中;第三,有关破产、兼并、公司重组方面的专业文章,基本不摘选;第四,在众多采访中,我只选择了部分涉及不同领域的专访;第五,摘选的文章要有一定比例是第一次公开正式发表。

应该提到的是,我这些文章在写作的跨度上有 20 余年,许多文章写作时有不同的社会、政治和文化背景,细心的读者能够从这些文章中读到一些改革的历史信息。所有的摘选文章都在篇后尽量注明发表的时间、出处或成文背景,以供读者参考。文章摘选时基本上保持原貌,对一些明显的错字和标点符号作了修改。由于编选时间仓促,加上许多文章历时久远,我在家中又把它们当成宝贝,东藏西掖,以至于其中有几篇我本人非常有记忆的文章,到最后就连自己也找不到或至少在短期内找不到了。当然,还有一个很重要的原因是早期写文章的那个时代远离互联网和电脑,只有纸质媒体,保存不易。今天想来,那些当时充满激情

写就的篇章,有些可能已在我多次迁居中就当废品处理了。

端坐案前,看着这些熟悉、亲切的文字,那些一字一句爬格子的情景如电影般在大脑中闪过。要怎么样编排这些过去的文字呢?大体想来,还是把这些思想的记录分为五类:

第一类文章我给其栏目定名为“思想录——政府的转型与法律的转型”。里面又细分为社会转型、文化转型、政府转型与法律转型。之所以这样定名与分类,是因为我认为20年来整个中国的转型主要发生在这四个领域,而社会转型与文化转型作为一个大的背景,在影响、制约、推动着政府转型与法律转型。政府转型与法律转型是我20年来关注较多的领域,即便谈社会转型与文化转型,我也是从这个角度加以切入的。

编入此栏目的文章既有我18年前在“南导报、北周报”^{〔1〕}上发表的文章,也有我近年来在“南周末、北观察”^{〔2〕}发表的文章。看着自己20年前发表的有关“法制”与“法治”的议论,真是令我唏嘘不已,中国社会转型不易啊!这栏文章中,有部分在社会上、网络上引起较大反响,如“宪法权威与修宪”、“从身份到契约”、“从法律角度看‘郎顾之争’”、“中国改革的三大盲点”等。这些文章虽在当时有所争议,我也照录于此,供大家参考。

第二类文章我给其栏目取名为“曙光视点——法经专论”。这一栏目里的文章是我从2003年至2005年期间断断续续为《法制日报》写的专栏文章。我一直以为2003年至2005年将作为中国法律转型的标志性时段而载入史册。这是因为这两年,中国市场经济的初级阶段处于向中级阶段跃跃欲试的关键时刻。许多市场经济的立法与立法思想都于这两年酝酿、成就,如《宪法》、《公司法》、《证券法》的修改都是这两年完成的,《企业破产法》、《反垄断法》、《物权法》引发的巨大争议以及其各自草案的成熟也在这两年。而恰在这一期间《法制日报》经济部万学忠主任和周

〔1〕 即20世纪80年代上海出版的《世界经济导报》和北京出版的《经济学周报》。

〔2〕 即现在的《南方周末》和《经济观察报》。

芬棉编辑邀我为其财经证券栏目写专栏,这一栏的文字正好见证了中国市场经济法律孕育、躁动、转型的过程。这一栏的文字原来在“曙光视点”每周一篇,逢周三发,陆续写了两年,其中有少部分文章散见于一些网站和部分报刊。此次将其按文章类型分别冠以“公司法纵横”、“资本市场时评”、“法治金融”、“难点聚焦”之名,收录于此。

第三类文章我起名为“市场经济的法律解释”。此栏目分为三部分:第一部分是我的演讲。近年来,我陆续在社会上做了许多场次的演讲,由于每次演讲的整理稿都达上万字或数万字,因此我精选了两个有代表性、演讲次数也较多的演讲稿,一个是关于破产法的讲演,另一个是有关转型法律的讲演。此栏的第二部分是这些年来我为自己和他人的书撰写的序言,有些自己觉得写的还有点内容,就精选了几篇置于此栏目下。第三部分是几篇我对几个重大案例的评析文章,其中“银广夏陷阱评论——让‘正义’直接得到伸张”是2001年我应《财经》主编胡舒立之邀,为《财经》独家发表的“银广夏陷阱”一文写的评论,该报道曾经一度引起轰动。据说,有人给编辑部寄来了子弹。后来,我又应胡舒立的邀请,为《财经》写了“麦科特现象”一文的评论。这两篇评论都在当时及后来产生了较大社会影响。

第四类文章我给其栏目命名为“专访——从政策之治到法律之治”。近些年来,我分别参与了一些重要的市场经济的立法。作为一位参与国家立法前沿的法律起草小组的成员,不仅要在立法中贡献自己的专业知识与学术智慧,还应承担向社会公众传播立法信息、启蒙法律意识、树立良性法律观念的公共职责和社会责任。因此,我接受了大量媒体就有关这些立法的采访,既作为公众享有立法知情权的践行者,又希望通过舆论,警示立法及法律实施过程中存在的问题。由于我近年接受的采访甚多,编入自选集的也只能是有代表性的一部分。我挑选了一些专访置于“立法专访”、“改革视野”、“法治建言”三栏目下。

第五类文章我给其栏目选名为“守望法大——两种思考的传

统”。应该说这是 15 年前我在学校校报上发表的一些闲暇文字，这些文字有许多本不属于法的范畴，有些更与法思想无关，本不应编入此书中，但由于这些文字载于法大当时叫得很响的校报“人文札记”栏目，许多当年的读者至今还记得这些文字，一些朋友和学生也希望能较完整地看到它们，加上自己也觉得这些文字还有可读性，因此，也作为自己思想的轨迹存录于此。这个栏目分为两部分：“人文札记”和“闲笔杂谈”，主要是在 20 世纪 90 年代初，于一种读书心境下，对人与文以及彼时社会时尚的一些感想。

总之，编入本书的这些文字确实对我有一些特别的意义，反映了 20 多年来自己的一段心路历程。但从心底来说，我觉得现在编一本自选集的时间未免过早。但是世佑兄一再催促，国滢兄增添气氛，我就只能勉力加盟。就让这些文字作为自己过去 20 年来有关法的思想和其他思想的一个记录吧。作为一个学者，还是更应该朝前看。



2007 年 8 月 20 日于法大蓟门



李曙光，江西吉水人，法学博士，现任中国政法大学教授，博士生导师，研究生院常务副院长，破产法与企业重组研究中心主任。曾参与全国人大财经委新《破产法》、《国有资产法》等多部法律的起草工作。

目 录

Contents

总序 /1

自序 /1

思想录——政府的转型与法律的转型 /1

社会转型 /3

从“身份”到“契约”（外二篇） /3

新的机遇、新的挑战 /8

WTO 推动“大变法” /10

按市场经济法则办事 /14

攻克中国旧体制最后一块堡垒 /16

从“经营城市”到“经营制度” /20

海尔发展需要的新战略 /25

从法律角度看“郎顾之争” /28

中国改革的三大盲点 /32

未来中国面临如何分享改革成果的问题 /35

和谐社会与法治 /37

法律要成为社会利益平衡器 /40

文化转型 /43

政治文化与法律意识 /43

略谈“法制”与“法治” /45

公民的政治角色 /47

略论中国知识分子的社会角色 /49

中国梦与这一代 /52

公权组织行为的道德示范效应 /54

法学教育改革的方向 /59

弗里德曼与中国法治进程的改革 /62

政府转型 /64

政企为何分不开 /64

政府转型的目标与动力 /67

执政能力:公共治理需要法治化 /71

宏观调控的法律视野 /74

政府的转型与法律的转型 /78

用法治精神规划“十一五” /82

反垄断法:我们期待什么? /84

勿将《反垄断法》理想化 /86

反行政垄断,路在何方 /88

法律转型 /90

宪法权威与修宪 /90

着眼于消灭一个个具体的社会罪恶 /92

从畸形的市场经济到混乱的市场经济 /94

弥补市场经济的法律缺失 /98

我们当怎样立法 /102

立法背后的博弈 /106

中国改革的法律成本 /112

立法应该重视成本效益分析 /115

公司治理的法哲学问题	/118
《国有资产法》的起承转合	/121
华尔街的回响	/124
管理人制度既济未济	/127
法律职业共同体片论	/130

曙光视点——法经专论 /133

公司法纵横 /135

公司法修改的理念	/135
《证券法》修改应改在点上	/138
法律秩序的折射	/141
独立董事的作用	/143
强化对发审委的制度约束	/145
王小石案与发审委的透明度	/148
关注汇金公司的法律定位	/150
两个股东大会怎么开?	/152
可转债“不可转”引发的……	/154
让独董“独”起来	/156

资本市场时评 /158

由“政策治市”到“法律治市”	/158
法律：期货市场的守护神	/161
中国股市要强调治恶机制	/163
期望二板市场	/165
给三板市场定好位	/167
资产证券化的法律问题	/169
中介的责任边界	/171
券商：转轨与规范	/174
三管齐下 重整券商	/176

- 用制度拯救券商 /178
- 保荐制:关注券商诚信 /180
- 再谈“保荐制”——强化保荐人责任 /183
- 怎样防治“啤酒花”现象? /185

法治金融 /187

- 应把商业银行当作一个公众公司 /187
- 银行三法 关注民生 /189
- 商业银行经营的“帝王原则” /191
- 制定好防范和化解商业银行风险的政策措施 /193
- 警惕银行业的关联交易 /196
- 再谈警惕银行业的关联交易 /198
- 银行基金试水混业经营 /200
- 风险管理还是畸形垄断 /202
- 用法律手段防范农村金融风险 /205
- 监控农村信用社的风险 /207
- 从法律上解决民营企业融资问题 /209
- 依法支持和保护人民币在香港的流通 /212
- 保险要讲“最大诚信”原则 /215
- 航空“黑保单”现象分析 /217
- 治治保险业中的霸王条款 /219
- 融资租赁应尽快立法 /212

难点聚焦 /225

- 国有股转让:一种有张力的博弈 /225
- 国有股减持需要一个好的法律框架 /228
- 国资转让 法律先行 /231
- 激励机制的悖论 /233
- 企业“走出去”战略的法律思考 /235
- 德隆个案的教训 /237

约束“富豪”保护私产	/239
将开发区的规范纳入法治轨道	/242
农民社会保障法亟待提上议事日程	/244
解决好外来人口的医保问题	/247
医院改制是时候了	/249
加快规范产权交易市场	/251
人本为先的制度安排	/253
加重对“侵吞”行为的刑罚	/255

演讲、序与评论——市场经济的法律解释 /257

演讲录 /259

演讲录一：破产法的重要性与新破产法的起草	/253
演讲录二：市场经济的法律解释	/276

书序 /298

《晚清职官法研究》自序	/298
《法律转型学》自序	/302
《破产法及其他相关法精要》书序	/304
《企业破产法解析》书序	/310
《困境公司如何重整》书序	/313
《经济法学》绪言	/317

案例评析 /322

“银广夏陷阱”评论——让“正义”直接得到伸张	/322
“麦科特现象”评论——公司治理的生态危机	/325
接管南方证券：畸形市场下的无奈方案	/327
不离奇的案件 离奇的过程	/330
德隆难题：破产重整之路走得通吗？	/332
唐万新该当何罪	/336

专访——从政策之治到法律之治 /339

立法专访 /341

代言人的建设性批判之路 /341

国资立法十年从头再来 /345

中国诞生新的经济宪法 /351

新破产法的历史性突破 /357

“物权法”并不能解决所有问题 /365

立法进入深水区 /368

改革视野 /371

中国,制度性垄断的沃土 /371

从微软到中国电信 /376

解读产权制度改革 /387

为非公企业创造公平竞争环境 /391

中国改革 谁来主导? /394

法治建言 /398

必须给权力套上法律的笼子 /398

银广夏能否启动中国判例法 /404

法律也要讲究成本 /407

从政策之治到法律之治 /410

建立法治的社会主义 /416

守望法大——两种思考的传统 /423

人文札记 /425

两种思考的传统 /425

滥用理性与“无知之幕”——我谈哈耶克 /427

西潮冲击还是历史遗产——我谈费正清 /429

切不断的脐带——谈法学家沈家本 /431