

TEAHOUSE FOR JURISTS

法学茶座

第二辑

茶座



山东人民出版社

炎白 论「保驾护航」应当休矣

陇夫 向「运动式执法」说不

陈兴良 刑法的为学之道

王贵国 耶鲁的「卖点」

张卫平 酒文化与职权主义

王尚新 立法工作二三事

徐国栋 摩托、吐痰与吸烟、吸毒

范忠信 古代的绑票：案与法

郭寿康 2000诞生亲历记

王建中 我与名人打官司

饶戈平 王铁崖先生的「条约癖」

宋 廖明 就「法律职业专业化」专访贺卫方教授



主编 宫本欣
特邀执行主编 何家弘
责任编辑 李岱岩
出版发行 山东人民出版社
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) 2060055-4901 E-mail vb2k@21cn.com
发行部电话 (0531) 2060055-4912

目 录

- 【卷首语】何家弘 名茶与名家/1
- 【法治漫谈】炎 白 论“保驾护航”应当休矣/4
陇 夫 向“运动式执法”说不/7
张志铭 法律体系建构中的开放性思路/11
何家弘 反腐败的“六小理论”(上篇)/16
- 【法学札记】崔 敏 漫谈“严谨治学”/21
蔡定剑 学术规范和学术思想/24
陈兴良 刑法的为学之道(上篇)/28
甄 贞 你知道什么是“诊所法律教育”吗?/37
- 【法律解读】朱伟一 证券法随想/41
湖 舟 法律可以打折扣么?
——反思数罪并罚的原则/46
- 【法苑随笔】宗 智 为“总统公子”辩/50
王贵国 耶鲁的“卖点”/52
张卫平 酒文化与职权主义/56
刘 星 村学乡学
——一种乡村制度的话语构建/60
信春鹰 人为什么要遵守规则/68



【卷首语】

名茶与名家

中国有着悠久的种茶、制茶和饮茶的历史，自然就养育出许多名茶。据说，早在唐朝时，中国的名茶就有 50 多种；至宋朝时则达 90 余种；而元、明、清三代，名茶的种类一直保持在四五十种左右。而今，社会生活的方方面面都在“提速”，于是中国名茶的数量也急速增长。仅《中国茶经》收入的当代名茶就有 258 种。如果再加上各地区册封的名茶以及通过广告等方式自我包装出来的名茶，则肯定数以千计。中国有如此众多的名茶，似乎是制茶人的骄傲和饮茶人的福分。但是，倘若名茶已沦落为“只要有名字的茶就都可以称为名茶”的地步，那就是“名茶们”的悲哀了。不过，于广大茶客而言，这并无大害。反正要喝茶，喝“名茶”的感觉总归要好一些，何必太认真。再说，这也是一种时尚。

在我们的社会生活中，类似“名茶”的现象随处可见，譬如名家。

在当今的中国，成家也易，名家也多。似乎只要一个人在某个领域内有所专长，就可以成“家”；而只要是“家”，自然就是“著名”的。于是乎，在一些领域的“家们”当中，不“著名”者反倒成了凤毛麟角。在这种以“自我表扬和互相表扬”为时尚的社会风气下，本人也就不反对别人称我为“法学家”什么的，甚至再加上“著名”等字样。反正大家都是俗人，胡乱叫的，别太当真，只要叫得痛快听着顺耳就行了。不过，我自己心知肚明，现在中国像我这个水平的“法学家”，多得很，诚如“名茶”。笔者此番话的意思是，您别看我们这个“法学家茶座”的字号挺唬人，其实门槛并不高。只要您自认为在法学界有您这么一号，就尽管落座，从从容容地品茶，大大方方地论道。平常人加平常心，茶座的氛围自然就轻松和谐。倘若哪位客官自以为是孔夫子、柏拉图、曹雪芹、莎士比亚那样的“大家”再世，那您就请“悠着点儿”，别吓着谁。最后，我还借《茶座》披露自己的一项最新研究成果：法学家何以称为“家”？就是因为这些人以法为家，知法如家，爱法似家，奉法胜家。请问，您得法学家吗？

何家弘

2002 年冬日于香港九龙塘喇沙阁

- 【专家访谈】 廖明 宋飞 迟来的召唤,艰难的过程
——就“法律职业专业化”专访贺卫方教授/72
- 【身边法事】 王尚新 立法工作二三事/88
徐国栋 摩托、吐痰与吸烟、吸毒/92
杨立新 话说欺诈性抚养/96
汤啸天 从对“死囚生育权”的炒作说开去/103
许小平 第一次去劳改农场/107
- 【法林逸事】 范忠信 古代的绑票:案与法/109
赵晓耕 中国古代传统的道德法律观/113
- 【治学之路】 赵中孚 难 忘/116
郭寿康 ATRIP 诞生亲历记/120
- 【聊斋闲话】 房保国 律师名片纵横谈/124
- 【旁观者说】 张 扬 文艺创作与“人治”问题/130
- 【当事人语】 王建中 我与名人打官司/136
- 【名师剪影】 饶戈平 王铁崖先生的“条约癖”/143
程 啸 与谢怀轼先生交往的几件小事/150
- 【书城夜话】 戴宜生 “法治”的惶惑/153
陈忠诚 评话《最新英汉法律词典》/158
- 【茶客来函】 曾 斌 这个例子欠妥当/142
张卓明 放弃权利≠权利意识淡薄/157
-

图书在版编目(CIP)数据

法学家茶座.第2辑/宫本欣主编

济南:山东人民出版社,2003.2

ISBN 7-209-03194-4

Ⅰ.法…Ⅱ.宫…Ⅲ.法学-文集Ⅳ.D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2003)第010041号

山东新华印刷厂印刷

880×1230毫米 32开本 5印张 140千字

2003年2月第1版 2003年2月第1次印刷

定价:10.00元



论“保驾护航”应当休矣

炎 白^{*}

一种流行的说法,往往暗示着某种社会现象和社会关系本质,隐喻着一种深刻的社会政治观念,“保驾护航”就是这样一种常常出现在政界与司法界的政治禅语。

什么是“保驾护航”?凡是在法院工作的人,尤其是负点什么责任的领导,大概没有不知道的。大体说,它要求法院的审判工作必须要有坚定正确的政治方向,要同党和政府的大政方针保持一致,不要做出可能对党和政府的方针政策实施产生消极影响的判决。实践中,每当法院判决有不合政府意向之虞时,党政领导常常会找来法院的负责同志,语重心长但却不容置辩地告诫:法院要为党和政府的工作“保驾护航”。其中的深意和分量自是每个法院院长都能深刻理解的,所以,一般情况下很少有法院领导敢于对此提出异议。结果,最后的判决大有可能成了“保驾护航”的文告,而法院自身也不知不觉地变为“保驾护航”的设置。当然,法院领导在此过程中可能因其保驾有功而受到褒奖亦未可知。但不管怎样,法院对于政府的依赖性、从属性毋庸置疑。

说起“保驾护航”,很容易让人想起唐僧给孙悟空套上紧箍咒,然后动不动就念咒语的神话故事,两者实质很相似,而且有着共同的文化渊源。从这个简单的政治禅语中,的确可以悟出非常深刻的文化传统和社会现实内涵。好一个“保驾”,多么响亮、熟悉的呼喊,在时下许多写帝王将相的电视电影里,我们常常可以看到保驾的情节,但那毕竟是很久远的事情,难道今天还要继续吗?况且,场合也绝不一样。我很诧异最初人们是为何并且如何将这个规则引入政界和司法界的,而且似乎

^{*} 作者为中国政法大学教授。



丝毫没有引起人们的警觉。不过更令人惊讶的是，党政领导去念这个咒语也就罢了，法院自己却也常常自念其咒。很多场合，党政领导还没有开口，法院领导已信誓旦旦地表示要为政府“保驾护航”了，如“为企业体制改革保驾护航”、“为经济发展建设保驾护航”、“为社会发展进步保驾护航”等等。所以如此，体制上的原因固然是一方面，但更为重要的原因恐怕是观念问题。我们讲了这么长时间的体制改革和法治国家，但在现实社会的政治生活中，实际根本还没有实现观念上的转变。谁也没在意的事情，往往就是习惯力量使然，潜意识里已经形成的。“保驾护航”这个咒语的存在及其对法院工作的影响，就足以表明一种客观现实，即我国现今社会政治生活中的法治观念还相当淡薄，司法机构本身还没有一个独立的、自我的意识。不仅党政机关认为法院是“保驾”的服务性从属机构，法院自己也居然承认和接受这种地位。一句话，整个社会在这个问题上的观念意识仍然是陈旧落后的。可另一方面，在建设法治国家的口号下，社会和民众又对法院提出了新的时代要求和评价标准。法院和法官们被挤在这个传统与现代、落后与改革的夹缝中，其尴尬处境可想而知。说真的，现今司法机构的某些奇怪现象和一些有失公正的判决，其真正原因并不在法院自身，而是它的地位使然。

让法院承担“保驾护航”的社会责任之所以令人惊奇，是因为它多少有些违宪的意味。我国宪法早就明确规定司法机关有不受任何党派团体干预独立审判的权力，所以怎么能让其去为政府“保驾护航”呢？在一个现代国家中，如果没有法院的独立或审判的独立，就不具备法治国家的最起码条件。至于法院本身，则更不应该主动请缨为政府党派“救驾”或“保驾”，因为那既非本职，亦非义务。当然，换一个角度讲，法院的每一个判决实际都是在“保驾护航”，不是为了某个党政机关的政策方法“保驾护航”，而是为维护社会秩序、建设法治国家“保驾护航”。这种“保驾护航”是应该的、本职的、天经地义的。

如果说“保驾护航”的口号以前还可以没有忌讳地说一说，今后可没有那么简单了。中国加入世贸组织，意味着中国进一步走向世界，同时也意味着中国在更大的范围内接受国际社会的法律规则，其中当然



也包括司法规则。这使得中国的司法机关将直接面对严峻的挑战。其中,国外或是境外的当事人会越来越多地卷入各种类型的法律纠纷中,从而面对我们的司法裁判,但他们应该和中国的公民、法人享有同等的权利。在此情况下,我们的党政机关领导、我们的国有企业领导、我们的司法机关怎么能再谈为某一方当事人“保驾护航”呢?谈了恐怕也行不通。因为这样做会违背世贸组织规则,会影响我们法治国家的声誉和形象。所以,“保驾护航”至少在此意义上可以休矣!

听着!我再也不为你保驾了!





· 法治漫谈 ·

向“运动式执法”说不

陇夫

如果说“运动治国”(借用贺卫方之说,见《法治、人治、运动治》一文,载于1999年12月26日《法制日报》)因“文革”的结束已经寿终正寝的话,那么,“运动治国”的思维模式却并未因一场政治运动的结束而自然终止。即使提出“依法治国”的口号已经有年,也不减人们熟练地运用“运动”思维于“法治”活动中的劲头。其中典型表现,就是人们见怪不怪的运动式执法——过一段时间,突如其来地进行一场“严打”,于是乎,相关的口号铺天盖地,相关的行动也轰轰烈烈。看来,“运动”一词在政治活动中似乎不太受人欢迎,然而,在实际的运作中,“运动”却像是“闻起来臭,吃起来香”的臭豆腐。

毫无疑问,通过运动式的执法,也能够在一定程度上收到肃整社会流弊、震慑刑事犯罪、恢复社会秩序的作用。然而,运动式执法自始是以法治精神的流失为代价

的。它所弥漫的是一种“宽猛相济”式的人治原则,而不是“一断于法”的法治原则。

我们知道,法律一旦制定,在其时效期间内,就是一种经常性的、主体交往行动的最权威的规则依据。所以,执法活动贵在经常。如果有了法律规范而不经常去执行,非要等到人们视法律为儿戏,从而违法现象堆积如山、甚至积重难返,才来一个严厉打击,这无异于养虎遗患,我们不能不说这是一种变相的引蛇出洞。其恶劣后果至少表现为三:

首先,助长了一些不法之徒的恶行,对良善公民也造成一种违法有益无害的不当引诱。运动式执法,表面看上去轰轰烈烈,实际上却给一切以违法为“职业”者,留下了明显可钻的空子,因为它具有一定的周期性。人们明白,只要躲过了“严打”期,一切便恢复“正常”,违法便可继续,某些执法者照旧会

* 作者为山东大学法学院教授。



睁一只眼、闭一只眼。先前执法者信誓旦旦要动真格的念头也会烟消云散。即使那些并不存心以违法为“职业”的良善公民,在违法者的实际利得中也会因眼红而加盟。因为所谓良善公民也是人,人们生来并无善恶之分,只是在制度限定的物质利益的取舍、得失面前,人们通过权衡轻重、称量输赢,或向善,或为恶。可见,运动式执法不但未使法律执行体现出经常性,反倒对违法活动提供了规律性的“启示”。

其次,泯灭了执法者的执法责任观念,甚至使执法者成为违法行为的“保护伞”。运动式执法对执法者本身的教示就是在平时可以怡然自得地下象棋、打扑克,到“战时”再加紧“执法”也不迟。更为严重的是,它使一些闲时无事的执法者与社会上那帮以违法为业的“混混”们往往沆瀣一气,为非作歹,甚至成为黑社会集团的头目!近年来我国所查办的重大刑事犯罪活动和经济犯罪活动(尤其是后者),每每有一些执法者做“后台老板”。所以民间才有“查出一个经济案,揪出官场一大串”之说。应当说,这些都不是危言耸听。在很大程度上,它是我国目前“官场病”

的现实写照。因为运动式执法只能导致这种结果。只要在“严打”期间,不要“顶风违纪”,即使执法者平时在法律面前再无所事事,不但无什么责任追加,反而官稳升,“权”照行。

最后,弱化了法律的权威,令依法办事成为反常,而违法、犯法却成为经常。法律的权威来自于法律的经常行使和运用。其中执法者的“执法必严,违法必究”,是在实践中达致法律执行经常化并树立法律权威的关键所在。然而,遗憾的是运动式执法在逻辑上却只能使执法不严、违法不究在先,“严厉打击、除恶务尽”在后。在一定意义上讲,这种执法是在玩弄、戏耍法律。它不但丝毫不能提高法律的权威,反而只能破坏法律的尊严和形象,从而使公民失去对法律的基本信任,造成“谁遇上,谁倒霉;没遇上,算赚了”的机会主义“违法观”。事实上,运动式执法把严格依法办事当成了一种在特定时期的执法示范,这种示范本身就意味着平时不依法办事(或不严格依法办事)就成为正常。这样,法律的权威仍然受制于能够决定要否来一场“执法运动”的个人,从而法律成为决策者个人的奴仆,而不是相反



——把任何个人置于法律之下，使任何个人成为法律的奴仆。

运动式执法的上述弊端要求我们不但要在政治理念上反对运动治国，而且要使该理念贯彻于现实政治行动中。然而，这层道理，言之为易，但要在一个具有运动治国之文化积淀的国家真正贯彻反对运动治国的理念，恐怕需要改造的不止是制度，而且还有与其密不可分的文化观念。可以说，运动式治国并不是“文革”以来的发明，在中国文化传统中就有运动治国的基因。众所周知，法、术、势是中国先秦法家的集大成者——韩非所极力倡导的治国三策。中国文明的基本特征就体现在它早熟的政治文明上；同样，中国学术最值得自豪之处也在于它发达的政治学术。虽然，自汉朝以来，中国政治似乎秉承了儒家一脉的治国方略，但事实上，所谓“阴法阳儒”早已是一个不争的事实。因此，法家的“术治”被历代具有雄才大略的帝王们玩得滚瓜烂熟。那么，“术”究竟是什么？

虽然法家所谓“术”，既有“无为”之术，也有“循名责实”之术，但在中国政治文化史上，更显其要的则是其“潜御群臣”之术。这就是

韩非子所称的：“术者，藏之胸中，以偶众端，而潜御群臣者也。”也就是说，术就是要求政治统治者在实施统治方略时要学会对臣下用心计，学会要阴谋诡计。之所以在此要引出“术”的含义，是要说明，运动式治国就来自于术治，即在术治中潜藏着运动式治国的文化基因。

可见，在以术为文化基因的运动式治国中，治国的主动者和规则根据并不是法律，而是能够实施术治的统治者。在这里，法律只不过是实现权术的工具，即当权术者审时度势，认为需要一场声势浩大的运动时，备而不用法律之具便立马有了用场；反之，当权术者感觉形势大好，执法也可以宽容一下的时候，法律便被束之高阁。这种以运动方式推进的“法治”，毫无疑问，只是“人治”底下的“法治”，是贯彻某种“人治”要求的法制。

中国走向法治所面临的诸多问题可以用纷乱如麻来形容。但即使在一堆乱麻中人们也可以努力找出其端绪来。可以说，纷乱如麻的中国法治问题，其端绪就在于党和政府对它的态度，就在于公权主体能否严谨认真、一丝不苟地执行法律，就在于法律的运行能否实现



程序化、经常化,从而给人们一种准确、明晰的法律预期。反而言之,在于能否克服运动式执法及其赖以存在的文化基因,克服该种执法所必然带来的法律预期的模糊,克服借用法律的名义来推行任何意义上的人治。

既然我们下决心要“依法治国,建设社会主义法治国家”,既然我们已经把法治作为治国的方略,那么,合乎逻辑的选择只能是快刀

斩乱麻地解决形形色色的以运动的方式来执行法律、贯彻法律的陋习。否则,法律只能因为运动而失去量度,任意增减;社会只能因为运动而缺乏秩序,混乱不堪;公民只能因为运动而深受其害,无所适从;公权只能因为运动而伸缩不定,公信尽失;法治只能因为运动而待字闺中,难以面世。可见,该是我们理直气壮地说“运动式执法,可以休矣”的时候了!





法律体系建构中的开放性思路

张志铭*

法治是一种特定的制度安排和实践。按照通常理解,法治的实现主要涉及“有法”和“依法”两个方面。所谓“有法”,就是要有好的、完整和谐的法律,一旦有了法律,并严格地予以实施,也就实现了法治。

说到“完整和谐的法律”,自然使人想到作为法理学研究对象和基本范畴之一的法律体系的概念。从改革开放起始的那一天起,伴随着“发扬社会主义民主,健全社会主义法制”政策的响亮出台,我们这个社会就锁定了创立“法律体系”的目标。对立法的高度重视,使得我们在10年甚至15年前就得以自豪地宣布:“我国已经初步建立了以宪法为基础的具有中国特色的社会主义法律体系。”近些日子来,全国人大法律工作委员会又正式搭建了起草民法典的班子,我想随着民法典的制定,随着这“最后决战”的完成,我国的法律体系建构工作也会告一段落。余下的工作是什么?当然是局部的修补完善,是严格地付诸实施了。然而,在这“决战”民法典的时刻,在整个社会尤其是立法机关将因为法律体系的创建工作“大功告成”而长舒了一口气的时候,我突然有一种感觉、一种不安,并觉得有必要说出来以丰富大家的谈资,这就是:长久以来,我们对“法律体系”概念的理解,可能有较大的偏颇。一般说来,体系是指由若干事物构成的和谐的整体。体系的概念意味着完整有序,表达了人们向往秩序、追求确定的心性倾向。从认识论上说,人们之所以从事各种构建体系的工作,是因为他们认为世界或对象本身是一个有机联系的整体。这个对象是可知的,它在人们观念中的反映,则形成了各种大小程度不一的体系概念。

对于法律体系,人们有各种理解和表述,诸如“比较完备的法律和

* 作者为中国社会科学院法学所研究员。



法制”、“法律的合乎逻辑的独立整体”、“一个国家法律渊源的分类的体系”、“从立法到实施的法制体系、法治体系或法制系统工程”等等，不一而足。但是，作为通常的理解和表述，也是作为上述体系概念的自然延伸，法律体系则被界定为“由一个国家的全部现行法律规范分类组合为不同的法律部门而形成的有机联系的统一整体”（《中国大百科全书·法学》，中国大百科全书出版社 1984 年版，第 84 页）。这样一种界定，一直指导着我们的法学研究和法律实践，而客观地说来，这一界定的特征，以及由这些特征所表现出来的问题，则没有引起我们足够的注意。在这里，或许也可以说存在着一种“集体的无意识”吧！

分析说来，迄今为止我们关于法律体系概念的界定，主要表现为 4 个方面的特征或问题特征，即国家主义色彩、立法万能意识、规则主义视野和国内自足立场。试阐述如下：

1. 国家主义色彩。

对于 20 世纪七八十年代上大学读法律的人来说，大概都会有这样的记忆，即从大学一年级第一个学期起，就熟背了关于“法律”的一种教条式定义：“法律是统治阶级的国家意志，是由国家制定和认可并由国家强制力保障实施的行为规范的总和，其目的在于维护有利于统治阶级的社会关系和社会秩序。”这些年来，随着中国社会的整体性转型，这一定义中“阶级性”的一面，遭遇了“社会性”的挑战，并在此意义上受到了深入的反思和检讨。法律的“阶级本质”被消解之后，对于法律定义的各种新的表述，可谓多之又多。但是，这一定义中的“国家性”的一面，则被完整地保留了下来，并在国家统揽立法和法律实施的意义上得到强化。法律是“国家的”，是国家意志的体现，是国家活动的产物，是国家强制力保障实施的规则。这样一种国家主义的色彩，显然与我国社会的发展现状和方向有点不相符合。因为，自改革开放以来，国家给社会“松绑”，“还权于社会”、“还权于民”，培育“社会自治”、养成“私法秩序”，已经使中国社会从总体上形成了从国家一统到“国家和社会二元构造”的发展格局。如今，国家已经不再是、也不应该是凌驾于社会之上的了，换言之，“国家的”不再当然地就是“社会的”，社会也不再只是在附属于国家的意义上，在参与国家事务并为国家所吸纳的意义上



而存在。因此,如果说法律在整体上或体系上仅仅是国家的,是一种出自国家的“正式规范”,就会造成法律对社会的封闭。法律在整体或体系上为什么不能同时是“社会的”或“私人之间的”呢?在关于法律体系的认识和建构上,如何对待社会上无处不在的“非正式规范”并给予充分的存在空间呢?

2. 立法万能意识。

直到今天,我们这个社会对立法还有一种迷信:不管面临什么问题,我们首先想到的似乎总是制定法律、创制规则,甚至在许多情况下,立法都成了一种“障眼法”,好像立了法问题就解决了。与此形成强烈的反差的是,对于法律本身,我们倒一直有一种“客观”而清醒的认识:在首肯法律具有稳定、明确的特性的同时,总忘不了法律的短缺。犹如一币之两面,法律的稳定也就注定了它的“时滞”——法律从制定颁布的那一天起,就已经在某种意义上落后于不断变化的时代;法律的确立则决定了它的“僵硬”——法律针对抽象的人抽象的事要求一体遵行的属性,使得它相对于千变万化的大千世界而显得刻板。这种对法律品德的反思,似乎并没有清楚地体现在法律体系的建构上,相反,在这方面潜在的还是一种迷信立法、“立法万能”的观念。我们依然把法律体系的建构简单地看作是立法活动的结果,预想着通过立法活动就能造就一种没有明显缝隙的法律体系。这种对立法的迷信,不仅与法律的内在品质不相符合,忽视了在日常的司法和其他法律活动中,不同的主体、尤其是各种社会主体,都将为法律体系的建构做出贡献;而且也忽视了在法律体系的建构过程中,除了人为创制的努力之外,还有一个自然形成或历史形成的维度,从而削弱法律体系与社会生活秩序之间的有机联系。

3. 规则主义视野。

我们把法律规范等同于法律规则,把法律界定为法律规范的总和,并顺着从法律规范、法律部门和法律体系的概念序列来界定法律体系,这显然是一种规则主义的体系建构视角。由于这种偏狭的视角,就使得法律概念、法律原则、社会政策、立法材料、法律教义等各种“法律材料”,消失在我们关于法律体系建构的视野之外。尤其是在当今这样一



个复杂多变的社会,无论是法律体系的静态构成,还是法律体系的动态运作,实际上都离不开这些法律材料。有了这些法律材料,有了与此相关的诸如“政策立法”、“框架立法”一类的概念及其运用,法律规则才会生动有效,法律体系才能完整有序、富有弹性。从近现代人类社会的法治进程看,实际上就伴随着法理上对“规则主义”法治视角的反思和检讨。尽管在“规则怀疑主义”的冲击之下,人们并没有放弃对规则意义和法律治理的信念,但是,在人们的心目中,法律和法律体系已经越来越呈现出某种“开放性结构”。对此,我们不能不察。

4. 国内自足立场。

改革和开放,是我国近 20 多年来的基本国策,而在我看来,开放的意义或重要性犹在改革之上。由于开放,我们眼睛亮了,心里明了,我们知道再也不能自以为是、固步自封了,于是我们不仅有了求变的改革冲动,而且更有了如何变的参照和思考。如今,我们已经接受了“地球村”的概念,我们这个国家和社会也越来越融入世界这个“大家庭”:我们签署和加入包括一些重要人权公约在内的许多国际公约,我们加入了世贸组织并对遵守其规则作了具体的承诺,于是,国际法在我们生活的各个领域一下变得重要起来。如何看待传统的国家主权概念,如何协调国内法和国际法的关系,成了我们不得不思考和回答的问题。因此,在这样一个大的趋势和背景下,如果还把法律体系说成是“一个国家的”,而不是“适用于一个国家的”,那么,就等于是把法律捆绑于某种僵硬的“国家主权”概念之上,等于是坚持一种国内“自给自足”的立场。这种立场,无法在法律体系的建构上体现全球化、国际化的发展现状和趋势,它可能在整体上造成法律体系对外部世界的封闭格局。

上述四个方面的特征或问题特征的结合,造成了我们现行法律体系概念在整体上的封闭性质。对于这种封闭性质的反思,有助于我们在法律体系的认识和建构上形成一种开放性的思路。其要点是:

1. 淡化国家主义色彩,给各种“非正式规范”如民间习惯、社团协议和私人合约等留出充分的空间,注意协调国家的“正式规范”与社会或民间的“非正式规范”的关系;

2. 消除对立法的迷信,意识到单纯的立法努力无法使法律体系的

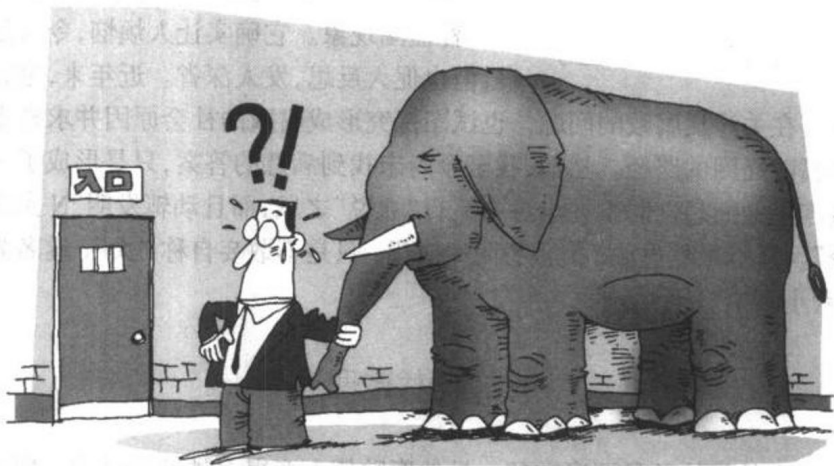


建构工作“毕其功于一役”，从而关注日常的司法和其它法律活动，发挥不同社会主体在法律体系建构中的作用，同时，处理好在这一过程中人为努力和自然形成的关系；

3. 反省法律规则逻辑自足的规则主义视野，正视法律概念、法律原则、社会政策、立法材料、法律教义等其它各种法律材料的作用，肯定“政策立法”、“框架立法”等概念在应对快速变化和日趋复杂的社会状况方面的积极意义，以此增强法律体系的“弹性”，增加法律体系在现实生活中的“弥散”能力；

4. 修正国内自足的立场，在法律体系的建构中为国际法留出空间，处理好国际法和国内法的关系，明确国际法进入本国法律系统并加以有序整合的方式。

有了这样一种开放性的思路，我们才有可能建构一个真正健全的法律体系。





反腐败的『六小理论』

(上篇)

最近,海南省“反腐狂人”何海生“猝死”事件引发了国人对腐败现象和反腐败斗争的又一轮热烈讨论,也促动笔者对自己的一些思想进行梳理,并从“反腐狂人”的身上获得不少启迪。官员腐败确实是一种令人痛恨、诅咒的社会现象。但是在数千年的人类文明史中,官员腐败几乎从未绝迹,尽管时猖时隐,有起有伏。当然,腐败与反腐败是对立伴生的事物,有腐败,也就会有反腐败。纵观古今,横瞰中外,有人在前赴后继地走上腐败的道路,有人在不屈不挠地进行着反腐败的斗争。当世人刚刚为扫除一时腐败之后的清明世界而弹冠相庆的时候,腐败却又如死灰般复燃,如沉渣般泛起。腐败—反腐败—再腐败,这似乎成为了人类社会的一种怪圈现象。它确实让人烦恼,令人沮丧,但也促人反思,发人深省。近年来,笔者

一直在关注反腐败的问题,也试图探究形成腐败的社会原因并求索走出腐败怪圈的路径。然而,我至今尚未找到满意的答案,只是形成了一些零星的断想。时下在学者中流行“立说”之风,而且动辄发明“N大理论”。笔者虽然愚顽,但也想附庸时尚,只是不敢妄自称“大”,遂名为“六小理论”。

一、新陈代谢理论

人的躯体总是要腐败的。虽然腐败使人变得丑陋甚至恐怖,但它确是一切生命都不可避免的归宿。即使你像西施貂蝉一样闭月羞花,像玉环飞燕一样倾城倾国,或者像秦皇汉武一样文韬武略,像唐宗宋祖

* 作者为中国人民大学法学院教授、香港城市大学法学院客座教授