

法学家

●让法学走出超凡脱俗的“象牙塔” TEAHOUSE FOR JURISTS
步入寻常百姓家。

山东人民出版社

(9~12辑)合订本

茶座



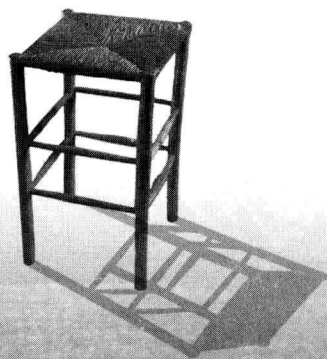
法学

●让法学走出超凡脱俗的“象牙塔” TEAHOUSE FOR JURISTS
步入寻常百姓家。

山东人民出版社

(9~12辑)合订本

茶座



图书在版编目(CIP)数据

法学家茶座:合订本. 9~12辑/张士宝主编.
—济南:山东人民出版社, 2009.1
ISBN 978-7-209-04648-0

I. 法… II. 张… III. 法学-文集 IV. D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第194776号

责任编辑:李岱岩

封面设计:王世强

法学家茶座(9~12辑)合订本

张士宝 主编 何家弘 特邀执行主编

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社址:济南市经九路胜利大街39号 邮编:250001

网址: <http://www.sd-book.com.cn>

发行部: (0531)82098027 82098028

新华书店经销

山东新华印刷厂印装

规格 16开(170mm×230mm)

印张 40

字数 640千字 插页 13

版次 2009年1月第1版

印次 2009年1月第1次

ISBN 978-7-209-04648-0

定价 56.00元

如有质量问题,请与印刷厂调换。电话:(0531)82079112



民间法治意识何以难产 郝铁川

恁一个法字了得 皮艺军
——刑事一体化的感悟

我向全国人大“上书” 杨 涛

燃放鞭炮侵犯了谁的权利？ 乔新生

计划生育与“刑法大扫除” 车 浩

张汤的悲剧及其启示 刘笃才

破产立法札记 王欣新

指点“江山” 张卫平

身献民法学教研，情系烟大前今后 廖 明
——郭明瑞教授访谈录

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9辑

TEAHOUSE FOR JURISTS

主 编 张士宝 特约执行主编 何家弘



山东人民出版社

张卫平



张卫平，山东莱芜人，所以笔名“来无影”。初高中速成——共两年半（没有学完中学函数，但学了大学微积分）。两次下乡务农，种地三载，当工人又三载。1979年考入西南政法学院，1986年研究生毕业。虽没有资格破格副教授，却在1993年直接破格成了正教授。同年东渡日本，分别在东京大学、一桥大学做访问学者。1996年被司法部、劳动人事部授予英雄模范称号，有学生打电话询问：“如何英勇就义？”1997年底“下海”进入深圳某证券公司，1999年离开来到清华大学，从此中国证券市场一蹶不振，指数从万点直跌到千点，反倒是高校教授待遇转“晴”，据说现已进入“高收入阶层”。运气大概也是定量的，因超龄与“全国十大杰出青年法学家”擦肩而过。著作、文章不少，可回首者不多。代表作《转换的逻辑》，有人说“经典”，有人言“邪说”。

茶环境与法环境

常言道：名山名水出名茶。茶树本来是野生植物，乃“南方之嘉木”，一般都生长在气候温暖潮湿、自然环境秀美且人烟稀少的山区。如果环境受到破坏或污染，茶树的生长就会受到影响，茶叶的味道就会发生变化，好茶也就变成了次茶。由此可见，茶树的优劣在很大程度上取决于环境。茶树如此，饮茶亦然。高雅的环境，恬静的氛围，这是品茶的基本要求。倘若在吵闹杂乱的环境中，再有品位的茶客也绝难领悟饮茶的妙处。总之，茶树需要好的环境，饮茶也需要好的环境，因此，营造和保持良好的“茶环境”就应是一切爱茶之人共同努力追求的目标。

法治也要有相应的环境。法治既是一种社会管理模式，也是一种社会行为方式。在任何国家中，法治的实现都必须以社会成员“按规则做游戏”的行为习惯为基础，而社会环境对于人的行为习惯起着重要的养成作用。在美好的环境里，人的行为也会趋向美好；而在丑陋的环境里，人的行为则会变得丑陋。换言之，环境可以改变人们的行为。例如，国人多有随地吐痰的陋习，但是在五星级宾馆那清洁明亮的大厅里却往往能够克制自己；国人多缺乏遵守交通规则的习惯，但是在那些秩序井然的外国旅行时却往往能够循规蹈矩。究其原因，环境使然。因此，中国要建成现代法治国家，就必须努力构建适应法治需要的“法环境”。所谓“法环境”，就是能够保障并促使人们按照法律规则做事的社会环境。在这样的“法环境”中，守法是人们的基本行为模式，无论是政府高官还是平头百姓，都要老实地“按规则做游戏”。在这样的“法环境”中，奉法者强，守法者众，那些有邪念或陋习的人就会像在五星级宾馆的大厅里随地吐痰一样感受到环境压力，并自觉或不自觉地约束其行为。诚然，营造这样的“法环境”并非一朝一夕或靠一人之力即可完成的事业，但我们必须从今天做起，从自己做起。

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

责任编辑 李岱岩 学术助理 廖 明

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) 82098901 E-mail vb2k@21cn.com

发行部电话 (0531) 82098027 82098028 82098029

目 录

- 【卷首语】 何家弘 茶环境与法环境/001
- 【法治漫谈】 郝铁川 民间法治意识何以难产/004
- 朱伟一 敬畏法律? /009
- 邹平学 细节之变的制度力量/013
- 【法学札记】 喻 中 法律与艺术的对峙/018
- 柯华庆 法律:做蛋糕与分蛋糕/022
- 皮艺军 恁一个法字了得——刑事一体化的感悟/027
- 姚 辉 观念比法条更重要/032
- 【法苑随笔】 杨 涛 我向全国人大“上书”/035
- 林来梵 民主与爱情的六个共同点/041
- 刘武俊 冤案直击司法救济制度的软肋/044
- 邓红梅 为什么“法令滋彰,矿难蜂起”?
——矿难频发的法理思考/052
- 刘京华 中国律师业价值取向的反思/057
- 任东来 白雪峰 当自由遇到“生命”的时候/062
- 【身边法事】 冯玉军 年节议“禁放”/069
- 乔新生 燃放鞭炮侵犯了谁的权利? /073
- 郭敬波 从强制婚检“复辟”到烟花禁放“开禁”
——立法为何走了“回头路”/077

- 车 浩 计划生育与“刑法大扫除”/080
- 胡胜克 手机、干扰器及其他/083
- 【名家访谈】 廖 明 身献民法学教研,情系烟大前今后
——郭明瑞教授访谈录/085
- 【史海钩沉】 刘笃才 张汤的悲剧及其启示/097
- 范忠信 腹非罪与肆虐的专制法/104
- 谭金土 司法印纸——那个时代的诉讼收费凭证/108
- 【法林逸事】 赵中孚 诗二首/112
- 王欣新 破产立法札记/114
- 谢玉童 一件小事/121
- 【茶客论剑】 李庆明 “化外人相犯”制度并不有损国家主权
——对王立民教授文章的一点异议/124
- 肖松平 欺诈经营中的差额利益与知假买假的正当性
——兼与郭明瑞教授商榷/126
- 【聊斋闲话】 张 扬 “审判权”的局限/131
- 吴丹红 提倡酷刑的童话/134
- 胡晓进 法律与人情的博弈
——从“夏沃案”看“植物人”的安乐死立法/137
- 【名师剪影】 于改之 魅力智者——马克昌教授侧记/141
- 张卫平 指点“江山”/147
- 【书城夜话】 郭 明 史与诗和谐的人生——读张晋藩先生《思悠集》有感/153
- 丁国强 法律是一种吸引——读《法律人的城邦》/156
- 【何博士信箱】 读者来信三封/159

图书在版编目(CIP)数据

法学家茶座.第9辑/张士宝主编

济南:山东人民出版社,2005.10

ISBN 7-209-03854-X

I.法... II.张... III.法学-文集 IV.D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 122746 号

山东新华印刷厂印刷

730×970 毫米 16 开本 10 印张 160 千字

2005 年 10 月第 1 版 2005 年 10 月第 1 次印刷

定价:14.00 元

民间法治意识何以难产

郝铁川*

大体而言,信奉性善论的群体比较容易接受人治观念,而信奉性恶论的群体则比较容易拥抱法治意识。但现在这一结论遇到的一个挑战是:大量的中国民谚都反映了中国民众并不深信人性本善,可他们却没有由此拥抱法治,而依旧崇尚人治、德治。这是为什么?

尽管性善论在士大夫中间广为流行,但民间却对人性并不乐观。根据李庆善先生的《中国人新论——从民谚看民心》(中国社会科学出版社 1996 年版)一书分析,防人是中国人同外人交往的主要策略,正如民谚所云“害人之心不可有,防人之心不可无”。

为什么要防人呢?第一,人心难测:

人心难测,海水难量。

万丈深水终见底,只有人心难丈量。

天可度,地可量,唯有人心难度量。

人心难摸,泥鳅难捉。

外貌容易认,内心最难猜。

画虎画皮难画骨,知人知面不知心。

人心莫测。

人心难测是因为人心无法直接面对:

* 作者为上海市金山区区长、华东政法学院教授。

人心隔肚皮，树心隔树皮。
人心隔肚皮，狐心隔毛皮。
隔皮猜瓜，谁知瓜好瓜坏。
隔山隔海不知深，知人知面不知心。
人面咫尺，心隔千里。
鸡肚不知鸭肚事。
野兽皮毛好辨别，坏人心肠难捉摸。

人心难测是因为人们常常以假相掩饰真相：

人藏其心，不可测度。
大奸似忠，大诈似信。
白石似玉，奸佞似贤。
呆里奸，直里弯。
花枝叶下犹藏刺，人心怎保不歹毒。

人心难测是因为人心无常，反复多变：

人心似水。
人心不似水长流。
易涨易退山溪水，易反易复小人心。
物有一变，人有千变；若要不变，除非三尺盖面。

第二，人心难辨。首先是人们的语言难以把握：

口里甜如蜜，心里黑如漆。
口里仁义礼智，心里男盗女娼。
嘴甜心苦，两面三刀。
小人口如蜜，转眼是仇人。
佛口蛇心，口蜜腹剑。

信言不美,美言不信。
人听甜言易上当,马踏软地易失蹄。
药苦好治病,话甜会误人。
良药苦口利于病,忠言逆耳利于行。

人心难辨是因为人们的表情难以把握:

凶在心上,笑在脸上。
猫哭老鼠假慈悲。
不怕黑李逵,只怕笑刘备。
不怕红脸关公,只怕抿嘴菩萨。
宁交双脚跳,不交眯眯笑。

人心难辨是因为人们的行为难以把握:

明是一把火,暗是一把刀。
人前一朵花,背后刺一根。
当面叫哥哥,背后摸家伙。
墙缝里的蝎子不蜇人不显身。
黄鼠狼给鸡拜年没安好心。
明枪易躲,暗箭难防。
不怕虎狼面前坐,只怕人后两面刀。
英雄不怕战,只怕中暗器。

既然人心如此难测、难辨,那么按照西方人的思维,为了减少交易成本,追求社会秩序的稳定和个人免于恐怖的威胁,就应该呼唤专为陌生人社会制定的法律、法治。然而,与西方不同的是,中国人并没有从人心难测、难辨出发而走上信奉法治的道路,相反,心态消极的人走上了以心防心、以算计防算计的独木桥:

不干己事不张口，一问摇头三不知。
只要不开口，神仙难下手。
守口如瓶，防意如城。
事非干己休多管，话不投机莫强言。
不对知音不可弹。
见秀才说书，见屠夫说猪。
上什么山唱什么歌，见什么佛念什么经。
多栽花，少栽刺，留着人情好办事。

心态积极的人则走上了独善其身、以不变应万变的道路：

心中无邪硬如铁。
一正压千邪。
正气高，邪气消。
心正不怕人说，脚稳不怕路滑。
日间不做亏心事，半夜敲门心不惊。
不吃鱼嘴不腥，不做贼心不惊。
船正不怕浪大，脚正不怕鞋歪。
没有秃疮不怕别人说癞头。
肚里没邪气，不怕冷风吹。
平生不做皱眉事，世上应无切齿人。
两脚站得牢，不怕大风摇。
身正不怕影子斜，犬吠不碍行人路。

民间芸芸众生不相信人性，但却没有拥抱法治。首先是因为他们的脑子深处存有浓厚的“非我族类，其心必异”的狭隘血缘意识，这种意识使得他们把人与人的关系视为一种差序格局，与自己血缘关系愈近的人愈靠得住；与自己血缘关系愈远的人愈靠不住。正如民谚所云“不是一家人不进一家门”、“一家人不说两家话”，这种意识的要害是抹杀人与人之间的平等，家人与外人因为血缘关系不同，所以天生是不平等的。正是由于这一原因，民间的法治意识不

可能产生,因为平等是法治产生的前提,狭隘的宗法血缘意识使得人们无法平等地宽待陌生人,进而无法产生天赋人权、人生而平等的法治意识。

恩格斯在《家庭、所有制和国家的起源》一书中,提出国家与氏族的两个不同之处,一是国家按地缘关系划分居民,氏族则按血缘关系来划分居民;二是国家具有公共权力的强制性,氏族则只具有教化功能。法律意识是地缘关系(陌生人社会)的产物,人治、德治是血缘关系(熟人社会)的产物。而中国人长期生活在血缘与地缘之间,虽自秦朝开始,郡县制成为划分居民的基本制度,但在此外壳下,人们依旧生活在宗族、家族的内核中,并努力通过联宗、结拜兄弟姐妹、同乡会等方式,用宗法血缘关系化解地缘关系,用熟人社会消解陌生人社会。总之,他们不是沿着人性不可完全相信,进而把法治作为陌生人相处规则的路子走下去,而是沿着泛化血缘关系、混同家国关系,进而实行人治、德治的路子走下去。

狭隘的宗法血缘意识,使人们对人性既相信又不相信。在与自己有血缘关系的圈子内,人们往往认为人性是善的,人治、德治是可行的;而在与自己缺乏血缘关系的陌生人中,人们又常常认为人性是无法相信的,因此对外人要“爱有差等”,要区别对待。

这种狭隘的宗法血缘意识所带来的对人性的不信任,与西方基于地缘关系、商品经济关系而产生的对人性的不信任,是完全不同的。前者引申出了人



与人不平等的观念(这是由血缘的排他性决定的),后者则引申出了人生而平等的观念(这是由商品的平等性决定的)。因此,只有用商品经济无情斩断人们的宗法血缘纽带,人们才会拥抱法治,因为平等的法治只不过是平等的商品的翻版。

敬畏法律？

朱伟一*

中国有个成语,叫“始乱终弃”,指男女关系方面不严肃,先加以玩弄,然后像脏鞋子一样丢掉(成语“弃置如敝屣”说的就是这回事)。按照《汉语成语词典》的解释,“始乱终弃”多指玩弄女性的行为。是的,当日结识、当日上床的男女,鲜有结成百年之好的。当然,这里的“始乱终弃”并非大问题——即便无知少女因此而失身、怀孕,只是个别少女受到伤害的问题,无碍中国和平崛起的宏图大业。但在股市这个地方,“始乱终弃”就很可怕了。

一、混业可好？

股市这个地方新鲜事物层出不穷。按主流经济学家的设想,最好是天天结婚,每日过年。主流经济学家最近又有新招——混业之声甚嚣尘上。所谓混业,就是允许商业银行做券商业务。有人鼓吹,这是股市杀开一条血路的出奇制胜之招。而且各路英雄已经迫不及待了,“都门帐饮无绪,留恋处兰舟催发”——马上就要搞。但我总觉得,我们这个民族太着急,总有吃了上顿没下顿的心态,总是惶惶如漏网之鱼,急急似丧家之犬。如果真是好东西,我们为什么这样着急呢?混业果然是真、善、美,我们怎么就会错过时机?真、善、美应该是天长地久的啊。

有朋友会说,欧洲也搞混业。但我们与欧洲可比吗?两边的情况实在是大相径庭,甚至可以说是风马牛不相及。新经济之后,德国关闭了创业板(不是政府关闭,而是交易所难以维持)。德国主板两年没有新股上市。欧洲还有很

* 作者为中国社会科学院法学所兼职教授。

好的社会福利,股民倾家荡产又何妨?欧洲股民何止不怕倾家荡产,他们也不怕离婚,不怕失业,甚至不怕杀头(欧盟已经废除死刑)。此外,尽管欧洲一直是混业,但欧洲股市远不如美国股市来的凶猛。六十多年来,虽有分业的约束,美国股市还不照样横冲直撞,指南打北,指东打西?可见,混业并不一定是决定因素。股市是一种文化,股市是美国文化——股市就是尔虞我诈,与真、善、美无关,更不因混业而繁荣。

“倾城巧笑如花面,艳歌无闲声相继。”主流经济学家总是以欢快的面目出现,总是以胸中自有雄兵千百万的气概出现。但是请问,我们哪一次不是上他们的当,受他们的骗?他们鼓吹过精神原子弹、经济原子弹、股市原子弹。但请问,B股如何?A股如何?独立董事如何?公司治理如何?股份制如何?机构投资者如何?现在又有人要搞混业问题,那么混业又当如何?

其实,无需高深的知识,无需杰出的头脑,我们就可以发现混业的问题所在——混业情理上不通,逻辑上不同。银行要到股市来,应该是有机会才来。长期以来股市低迷,银行为什么还要到股市来乱跑?其实,不是银行要来,而是银行中的某些人要来,因为有利可图。券商和基金的高管人员都有丰厚的报酬,而且是旱涝保收。券商亏损惨重,基金亏损惨重,客户保证金被挪用,但有几位高管人员为此承担任何责任?高管人员照样是出有车、食有欲,照样的骏马任骑,高位任坐。既然如此,怎能不让银行的同志看的眼热心跳呢?银行的同志怎能不想她?

中国股市时常还有洋人来助阵,中国报刊上时有外国券商的经济学家的面孔和文章出现。但洋人中有些是很坏的人,干过不少缺德的事,历史上向我们兜售过鸦片,现在又强力向我们推出汽车和股票。但世界上哪一个国家是靠发展股市致富强大的?世界上又有哪一个国家是因为混业经营而经济繁荣的?西洋券商只谈他们过关斩将,不提自己走麦城。西洋券商总是鼓励我们大干快上,就是不提股市的法律和法律问题。西洋券商应当同我们谈谈美国券商是怎样利用混业坑、蒙、拐、骗的,我们也好防患于未然——死也死个明白。

我并不反对别人赚钱,我也并不担心别人赚钱。我只是担心,没有节制的纵欲,到头来是砸碎食盆。如果是下棋,又没有好棋,走几步闲棋又有何妨?不要担心股市会消失,有人类就会有股市。股市的原动力是贪婪和恐惧,而有人类就有贪婪——只不过贪婪的程度和形式不同而已。也没有必要为股市煽风

点火，非要它上去不可。股市总是有高有低，股市总不能永远高居不下。这就像人发烧，如果是高烧不退，那就只有一个结果，就是人被烧死。难道大千快上的苦头我们还没有吃够吗？

二、敬畏法律

即便混业不是饮鸩止渴，即便混业是玉液琼浆，我们也应该先修改《证券法》，然后再搞混业。《证券法》第六条说得很清楚，要分业，不要混业。有人会说，美国也搞混业，1933年前搞混业，1933年后搞分业，1999年后又搞混业，而且搞的是热火朝天。但美国也还是先改法律，再搞混业。美国1933年推出《格拉斯法》，搞分业经营，直到1999年，用了66年的时间才推倒了《格拉斯法》这个壁垒。请问，我们今天是更像美国上世纪30年代，还是更像美国今天。

我们的股市环境与美国的股市环境可比吗？恐怕不可比。美国有保护证券投资者的基金，美国国会通过《证券投资者保护法》(Securities Investment Protection Act)，为投资者设立了保险基金。美国的券商是私人的，很少有监守自盗的情况——偷自己没有意思。证券法的核心是反欺诈和侵权的问题，而我们这里除了《民法通则》的寥寥数语外，即无侵权法，又没有多少判例或司法解释，真不知道《证券法》在实践中如何操练。最重要的是，美国剥削全世界，全球500强公司多数在美国。

再有，如果法院、法官没有道德权威，披露了又有何用？不错，美国法院也并非一片净土，美国也有酒肉法官，美国也有流氓法官——天涯何处无歹人？但美国的联邦法官是好的或比较好的。联邦法官有道德权威，可以基本稳住阵脚，清理残局。在股市这个地方，就是“朱门酒肉臭，路有冻死骨”。如果不承认这点，就不是马克思主义，就不是起码的历史唯物主义。股市是你死我活的游戏，没有称职的法官居中断案，如何得了？

我们总是强调中国特色，在法治方面总是顾左右而言他，总是强调时机不成熟。但在股市这方面为什么就自认为“准备就绪”？股市为什么要抢跑？股市抢跑会有什么结果？其他行业要宏观调控，但股市为什么就要大千快上？

如果是恶法，当然是可以不遵守，也不应该遵守。这种做法在法律上有一个术语，叫“非暴力抗争”(civil disobedience)，指故意违反某一个法律，以揭示

该法的非正义性或不公正的方面，并使人们关注无道的法律。其中最典型的例子是圣雄甘地和民权领袖马丁·路德金。但中国的《证券法》是恶法吗？我觉得不是，大多数人也会说不是。

“吴王事事堪亡国，未必西施胜六宫。”股市场不灵，表现形式多种多样：可以是全流通的问题，可以是B股问题、A股问题，也可以是公司治理问题，现在又有人说是混业问题。但归根结底，股市的问题是法治的问题，是规则的问题。中国还有个成语，叫“沐猴而冠”，出自《史记·项羽本纪》。原文是“人言楚人沐猴而冠耳，果然”。“沐猴而冠”今天是比喻本质不好，但却装得很像样。但我觉得我们在混业方面的做法真是有点沐猴而冠。

混业到底好不好？美国那边也没有定论。美国1999年推出混业，但也是浑水摸鱼。一是假借全球化之名，以壮大美国券商、发展美国股市发展为名，将混业兜售给国会议员。再是，2000年前美国股市来了个小小大跃进，美国全国上下都被股市冲昏了头脑，以为美国股市是战无不胜的，以为美国经济也是战无不胜。如果换在今天，美国国会是否会通过法律为混业放行，那绝对不是一个定数。

“暮钟寒鸟聚，秋雨病僧闲。”主流经济学家昏鸦似的唧唧喳喳、喋喋不休，以天才、超天才自居。而法学家们却是欲言又止，连禅语也不愿意打，总是绕着雷场走。放眼望去，神州大地何处没有法学院，凡有点规模的大学都有法学院或法律系，法学家更是遍地英雄下夕烟，有著名法学家，还有中青年法学家，但他们大多保持沉默。真的“沉默是金”吗？恐怕不是，他们是在那里装聋作哑。法学家是要有大智慧的：“事不关己，高高挂起。明知不对，少说为佳。”这是法学家的智慧，也是我们民族的智慧。可惜，果然是大限到了，所有人都是在劫难逃，沉默者也在劫难逃。一个民族的无望也就在于此。中国的法学家们，请勇敢地说几句真话吧。

“天涯岂是无归意，争奈归期未可期。”法学家想来也是无奈，说了又有何用？纵有耿耿热血，也只能洒向西风残月。但我不懂，立法时法学家们为何就蜂拥而至？有人会说，慢慢来，有法律总比没有法律好，如果没有法律，我们怎么知道有人违法呢？但有法不守法，代价也是沉重的，人们会因此而失去对法律敬畏之心。主流经济学家们不仅可以游戏股市，而且可以游戏法律。如此下去，股市有何希望？民族有何希望？