

法治精神与 研究方法

——上海政法学院演讲录

胡戎恩 主编



田 涛	章友德	周大伟	王太和
郑 辉	葛洪义	孙笑侠	胡戎恩



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

法治精神与 研究方法

——上海政法学院演讲录

.....

胡戎恩 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法治精神与研究方法:上海政法学院演讲录 / 胡戎恩主编. —北京:法律出版社,2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1292 - 1

I. ①法… II. ①胡… III. ①法治—中国—文集
IV. ①D920.4 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 210499 号

法治精神与研究方法

——上海政法学院演讲录

FAZHI JINGSHEN YU YANJIU FANGFA

—SHANGHAI ZHENGFA XUEYUAN YANJIANGLU

胡戎恩 主编

策划编辑 解 钊

责任编辑 解 钊

装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任校对 杨昆玲

责任印制 吕亚莉

编辑统筹 财经出版分社

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 12.75

字数 165 千

版本 2017 年 11 月第 1 版

印次 2017 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1292 - 1

定价:46.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

逝去的岁月,充满了淡淡的忧伤

(代序)

上海西郊,佘山脚下,上海政法学院研究院成立已经5年多了,5年来,斗转星移,物是人非。细细回忆,感慨万千,思绪如钱塘潮水奔涌而来。

研究院成立之初,汇集各路精英,凝聚各科学术力量,直面法治前沿,或研讨,或演讲,或出书,有声有色。海派大家、著名学者、无名愤青,同登大雅之堂。一时间,花园学府高朋满座,佘山脚下,仙风道骨。既忧江湖之远,也虑庙堂之高;既有“薄王”垮台的欢天喜地,也有吴英死刑的拍案而起;既有弘扬实证研究方法、田野调查方法,也有改革开放再回首;既有法律人的思维,也有法治建设与社会建设;既有法律职业共同体的前世今生,也有域外律师制度的“它山之石”。这里真实地记录了我们的欢歌与泪水、激情与激情之后的理性思考,以及思考之后的艰难与困惑!

岁月匆匆,短短5年,恍如隔世。老实说,我自己也快要忘却了。为了我的研究生、为了研究院讲座前那一双双期盼的眼睛、为了我的孩子们,不得不撑起懒骨头,编辑成书。

因为种种原因,几篇演讲内容无法收录,还望演讲者以及当时的嘉宾、听众谅解。

因为演讲集主要依靠当时录音整理而成,与嘉宾口头演讲或许存在偏差,敬请谅解!

十分感谢5年来研究院各位同仁对我的宽容、爱护。正是因为他们的理解、支持,才使我感觉自己的工作在某种程度上还有一些意义。

附录有几篇我在《法制日报》发表的文章。不知从什么时候开始,我喜欢在《法制日报》发文章,我认为看《法制日报》的读者比看纯学术刊物人多;我还认为文章太长、太酷没有意义,看得懂、具有思想才是硬道理!之所以将此作为本书附录,主要考虑文章提出的一些问题,不但没有过时,反而越来越迫切。

逝去的岁月,我的内心充满了淡淡的忧伤。

是为序。

胡戎恩

丁酉年秋于上海适园

目 录

吴英、温州立人等民间集资案的人文分析

——纪念邓小平南方谈话二十周年·····	章友德 胡戎恩	1
人文学科的实证研究方法·····	白建军	12
人文学科的田野调查方法·····	田 涛	89
文献检索方法·····	田 涛	102
中国人的契约精神·····	田 涛	108
中国法律职业群体的前世今生·····	周大伟	120
谈美国法律制度与律师实务·····	王太和	131
上海地方立法研究·····	郑 辉	136
法治建设与社会建设·····	葛洪义	149
法律人如何思维·····	孙笑侠	157

附录

完善领导干部引咎辞职制度立法研究·····	胡戎恩	169
人大主导立法权的意义及路径·····	胡戎恩	178
天大的事		
——完善土地使用期限的立法建议·····	胡戎恩 王一晨	182
呼吁建立民营经济法治指标数据库		
·····	胡戎恩 张 琳 叶丽静	186
创新人才培养模式成就“一带一路”法律精英·····	胡戎恩	190

吴英、温州立人等民间集资案的人文分析

——纪念邓小平南方谈话二十周年

主讲人:章友德 胡戎恩

主持人:王 蔚

2012年3月13日

王 蔚:大家这么关注吴英与立人集团集资案,说明中国社会发展到今天,有很多亟待探讨和研究的理论与实践问题,特别是与法律有关的问题。下面请章友德教授发表观点。

章友德:我讲的主题是“转型中国的造反者”,对于当下的中国,很多中国学者,尤其是人文社会科学的学者们都试图找出一种理论来解释,研究的视角很多,但是渐渐地开始达成了一种中国转型或转型中国的重要理论思想。在这样一个转型中的大背景下,西方学者认为中国人文社会科学的学者确实生活在一个好时代。所谓好时代,是转型的时代、变革的时代。我们确实有很多实证的东西可以观察,吴英案为我们提供了一个案例。我运用了美国著名社会学家、社会学理论家罗伯特·默顿的“造反者”这一重要概念为本次讲座命名。这个概念与我们过去所讲的造反的内涵并不相同。罗伯特·默顿的一个儿子得了诺贝尔物理学奖,所以他曾经开玩笑说,社会学是物理学的父亲,当初社

会学也被称为社会物理学,社会是物理那样或者机械那样构成的机械的系统,还是人和人构成的系统?在理解上确实可能存在很大的差异。就目前来看,“造反者”对旧制度的变革以他们自己的方式不断贡献其力量。

接下来进入正题。

“本色”吴英。用这个题目首先是因为吴英所创立的集团名为“本色”,但我更多地看到她是一位善于表达的“80后”,是一个非常讲义气的女孩子,我将她看作“80后”的新生代,对于“80后”这样的新生代精英在中国社会的发展过程中所扮演的角色,我们仍无确切地认识。我想我们可以从认识吴英开始,真正地认识“80后”。

吴英是在何种环境下完成其社会化的?吴英,1981年5月20日出生。1981年中国改革开放真正开始。过去30年,我国致力于私人财产的法律保护,这是历史的进步,走上了保护私人合法所有财产的制度建设。

吴英出生于浙江东阳,这是一个值得我们关注的地域。东阳有“博士之乡”之称,据说有上千人考上博士研究生,这是一个惊人的数字。由此可以看出,此地之人擅长读书,出过无数的文人。中国文人在过去相当长的一段时间内,讲的是“君子喻义,小人喻利”,这是中国的文化,千百年来极深地影响了国人的思维与行动,这是极其重要的背景。但吴英毕竟成长在改革开放时期,故其成长环境与人文东阳并不匹配,所以吴英这样一个“三校生”(来自技校、中专或职高学生的统称),其学习背景断然与这样的博士之乡是不同的,但其自己走出了一条在当下中国社会所谓的主流发展之路。吴英之所以能成为“吴英”,显然无法脱离过去30年的改革开放,无法脱离其生长环境,但更重要的并非是这30年,而有可能是过去的1000年。在过去上千年中,有两个重要人物是观察浙商及浙商缘何能成为现在的浙商所必须要提及的。一个是宋朝的叶适,现在温州之所以能成为温州,浙商能在中国的

经济变革中担任“造反者”的角色,其实是在不断用自己的力量诠释中国人不断追求富裕、追求美好生活的民间愿望。在此过程中,叶适就是一个提倡利与礼、义相结合的新的典型,这在中国的其他地方是没有产生过的。另一个是东阳人宋濂,他和东阳的吴英有什么样的关系?或许在这样一个盛行读书、以此为评判标准的社会,我们可以看到中国社会又多了一个评判人的价值标准,这就是创业。创造财富能够在中国社会中获得地位,这在传统中国是完全不可想象的。所以,吴英的出现标志着传统中国正在向现代中国转型。

再考察吴英的胆色。胆子如此之大的行动,由何而来?或许我们这些人书读得多了,不敢去做,吴英书读得少,无知无畏,其了解平民社会的行为逻辑,那就是义气。吴英非常讲义气,我看到一个案例,她在炒期货的过程中亏了1400万元,最后仍然付款了,别人问她没有赚钱为什么还要付款,她说我当初已经许诺了,就必须兑现。实际上,现今中国的商业社会最缺少的正是吴英这样的义气。

中国传统文化并不缺少的诚信义气在现今中国是大量缺失的,所以,现在我们所面临的问题就是义与利该如何结合起来。吴英案可被看作一出大的戏剧,一个小女子的个人英雄主义在时代浪潮中引领的一出戏剧。吴英在做其发财梦时,很显然遇到了现实冲突,那便是民间遇到官方。当民间遇到官方时,究竟谁在影响发财梦?吴英毕竟没受过太多的教育,或者说中国现在的法制环境不利于吴英以她的模式实现她的梦想。吴英已被羁押5年,现在我们再讨论的价值何在?其实这正是为当今中国提出了问题,就是我们该如何去看待吴英。

现在我们说立人集团没有法律、不遵守法律,这个没有法与我们现在有的法,究竟是一种什么样的法?据此可以看出,在过去的若干年中,浙江的商人为了追求自己的理想,过更好的生活,一路艰难。一直到最近,在非法集资的背景下,不少浙商选择了自杀来兑现其承诺,所以我们看到温州的书记、市长在说,温州商人是用鲜血与生命在实践他

们对诚信的诺言。我相信中国商人能以生命来兑现其对被承诺人无法兑现的承诺时,这样的诚信是真正的金不换的。由浙商思及中国商人,中国商人的命运不能得到根本改善,那么,我们民众的命运又如何呢?我们现在可能会产生一种新的联想,那些创业者能通过自己的风险担当和责任担当率先致富,但同时也给我们无数人提供了就业机会、改善了生活、实现了梦想。所以在这样的背景下,中国现存的金融、经济制度,长期以来并无根本性的革命。我相信在这样的背景下,每一起个案的发生,都是转型中国一个个“造反者”在向我们的时代呐喊、诉说。民间非公有制经济个人所有权究竟该如何保护,实际上需要一个重大的制度性变革,而制度如何重建,也就是我国政府如何认识、扮演好自己的角色,如何在法律的框架下更好地行使自己有限的责任。我想进行重大的制度性革命对传统的中国政府来说是一个痛苦的但又不得不思考以及自我革命的命题。20年前邓小平视察南方谈话也是在此前后,今天我们在这里座谈,我用一句话总结:改革从春天出发。

王 蔚:十分感谢友德教授,准备充分,旁征博引,接下来请胡戎恩教授发表观点。

胡戎恩:反映了我国社会目前所面临的问题:私有财产权问题。我的博士学位论文《私有财产权的价值与立法保护》,正是从这样的路径关注与研究问题的。在知道吴英被判处死刑后我坐不住了,写了我的第一篇博客,分为3个标题:第一,民间集资不能长期入罪;第二,吴英罪不至死;第三,浙江应有所作为。这是2009年12月的事情,很遗憾“吴英案”二审还是维持了原判,这超出《刑法》以及中国法学研究的范畴,已经成为一个公共案件,引起许多经济学家、人文学者强烈关注。正像章友德教授所说,我们这个时代爆发出的案件如果受到了全社会各阶层的关注,那么,这个案子一定有其特殊性。我是研究立法学的,2003年“孙志刚事件”让我们废除了《收容遣送办法》,这是中国立法

史上的一大进步,也是中国人权保障史上的一大进步,我们希望吴英案能成为中国人权保障前进的动力、立法学前进的动力。对于吴英案,我有以下几点看法:第一,用《刑法》保障高度的金融垄断是不符合人文精神的,用极刑来维护金融秩序的高度监管是十分不人道的;第二,即使按照现行《刑法》来说,吴英的诈骗罪是难以构成的,诈骗罪构成不了,那死刑又从何说起呢?第三,中国经济犯罪的死刑一定要减少。

接下来,我谈谈对“立人案”的看法。

第一,我出生于浙江省泰顺县,我热爱我的家乡,但最近我的家乡受到了全国,甚至全世界的关注,便是因为温州立人集团。温州立人集团董事长董顺生是我的校友,但我总是和我的亲戚朋友说不能把钱放到立人集团,为什么呢?因为我的经验告诉我,如此之高的利息,是难以长久维持的。但我十分敬佩董顺生,他为自己的个人信誉费尽心力,可以说整整维持了将近10年,泰顺县企业、群众深受立人集团的恩惠。小小一个泰顺县,数十万人口,亿万富翁却只有两三百人,民间借贷为中小企业的发展做出了不可磨灭的贡献。

第二,民间借贷有许多不规范的地方,各方都有责任,这也反映我们的立法体制。温州的民间资本十分雄厚,但无处投资,我们当前的股市、房市不是一个好的投资落脚点。一方面,温州商人有强大的资金实力;另一方面,一些中小企业非常缺钱,很多人要跑路、跳江。没有银行的支持,据统计,银行资金只有10%是放给民营企业的。民营企业要发展,要存活只能依靠借贷。温州应该将吴英与“立人案”放在特定的时代背景之下,目前为止,温州的金融还是垄断的金融。

这两个案件对上海金融中心的建设有以下几点借鉴意义:

第一,上海金融中心的建设目的应该是为中小企业、民营企业服务,为百姓创造财富服务,上海金融中心不仅是国际金融中心。这是上海金融中心建设的方向性问题。

第二,就其开放性而言,对内开放应优于对外开放,对外对内开放

应有时间先后,首先要对内开放,经过一段时间的发展,本土金融企业强大,金融监管完善起来之后,再对外开放。然而,现在的情况刚好相反,先对外、再对内。中国的政策迫使一些企业家先到国外收购银行再回到国内,那么,同样的资本为何我们要绕一圈再回到国内?为何国内企业家要去收购那些一文不值的银行?为何那些破产的企业、银行值得收购?那是因为由政府所颁发的牌照值钱,这其实是政策上的失误造成的。

第三,上海并没有借鉴江浙两省民间长期借贷的习惯与经验,没有使其规范化、合法化。而温州总结经验,提出了《温州市金融综合改革试验区总体方案》,这也是上海金融体制改革的某种迷失。上海金融中心的建设偏重于单一学科,仅仅由搞金融、银行的部分学者参与上海金融中心的建设。其实,金融工程是一个重大的、系统性工程,应该整合各学科的学者进行长期、深入、系统的综合研究。

第四,上海的金融中心地位,在民国时期达到顶峰。那时上海不仅仅是中国金融中心,还是亚洲的金融中心。上海金融中心建设完全可以借鉴自己的历史经验。上海金融中心必须突破中央单一金融体制的现状,只有突破这样的框架,上海的金融中心建设才有成功的可能性。由此展开,中央与地方的立法体制也应当有所突破,立法体制应当适当分权给地方,给地方适当的、广阔的、强大的立法空间。这样无论是金融中心建设还是地方建设才能拥有一个长远的未来,也就是中央地方权力义务法治化。由《宪法》规定中央权力、地方权力,不能像过去一样,过去让上海地方承担 1/8 的全国税收,这种时代早就应该过去了,现在应该以法律形式明确界定中央与地方的权力义务。

温州经贸区的改革试验方案缺乏理论支持,尽管具体做法有些是不错的,但是整体创新还不够。而上海金融中心建设想短时间内取得较大成果是很难的。这是一个转型的时代,总体来说,我希望改革的势头继续进行下去,否则改革的机会稍纵即逝,我们希望改革能深入下

去,让中华民族真正走向复兴。

王 蔚:胡教授所说反映了当前中国社会有代表性的一种忧虑,国内的“羊”要从国外转一圈,披上一层“洋皮”,回来以后就看似更为“鲜美”。因此,中国实际上是不缺乏外资的,我们的黄金外汇储备早在10年前就排名世界第一了。

倪正茂:1982年“八二宪法”出台没有多久,中国社会科学院法学研究所徐炳,首先在《法学杂志》上提出:宪法应该明确保护私有财产。后来,我跟他商量应该是合法的私有财产,但是,这个问题实际上是过了十几年之后才面世。不久之后,我另外两个朋友也曾在《世界经济导报》上发表文章,特别提醒要防止官商结合、官商勾结。但是,这些建议实际上到最后都没有落实。“吴英案”、“立人案”是对具体经济制度提出抗争,这样,我们的社会才能继续前进。温州的做法非常有意思、非常值得研究。从2012年11月12日的这一天开始,我一直在关注一起案件,十几位温州老乡借款给一个老板,本金都还完了,但利息非常高,比本金还高。恰巧全国性的债务危机爆发,一些债权人听信谣言,挤兑债务人,甚至是2年之后到期的钱也要立即还,还被跟踪、绑架。公安机关查封了他3套房屋,居然都不曾通知他,我调查到公安机关的时候,公安机关表示程序是合法的,但是通知不到他。我想,怎么可能通知不到他呢?由此我就想到,这里面可能有权钱交易。3个多月查办下来,半点问题没有查出来,但是案子却依然拖着。我觉得这样的现象,表面上在变化,而实际上观念却没有变化,我们的经济是发展了,但是观念与文化却无相应变化,其结果必然导致这样的状况。

美国大部分州允许设立工薪日贷款公司(Pay-day Loan),2万多家这样的公司专做短期贷款,其利率可以达到390%~780%,英国甚至可以达到5000%,这比温州人现在放的高利贷高多了;我国香港特区规定不能超过60%,我们规定不能超过银行利率的4倍。芝加哥大学

的经济学家调查称,凡是允许这样做的国家,其按揭破产率、偷盗率、死亡率、吸毒率、酗酒率都远远低于并未这样做的地域。时任温州市委书记陈德荣说:“温州的企业家用自己的生命捍卫了自己的精神。你还能够去指责他什么呢?他把命都搭上去了。这种方式不可取,但是我认为这种精神恰恰是中国企业家的精神。”

我认为改革开放到了重要的关口,这就是在党的领导下树立起市场经济的观念,只有这样,我们的社会才会发展。吴英,我认为是不会被判处死刑的。

自由交流环节

陈丽天:一位温州老板,并无文化,白手起家,送其子赴美深造现代企业管理,其子学成归国后,任命其为企业副总,但是他儿子干了一段时间就因为不能学以致用,以及难以忍受父亲在与官员交流时的卑躬屈膝而不做了,实际上中国民营企业的困境恰恰就在于此。而且我们不少政策都是选择性的,对于民营企业,我让你做大你就能做大,默许和纵容时常发生,但一旦政策风向有变动,有些民营企业家就会成为第一批被打击对象,这是极不公平的。

我们现在的民营企业可以这样讲,如果你有一百万元了,成百万富翁了,我表扬你;有千万元了,我宣传你;有上亿元了,我开始关注你;有几十个亿元、上百亿元了,对不起,我可能要限制你。民营企业家普遍忧虑,觉得不安全,一旦做大、做强到一定程度,其自然会选择移民、资本转移,因为他们始终处于焦虑状态之中。在这样的情况下,如何给民营企业营造安全的环境,正是我们现在需要关注的。同时这也反映出民间资本投资渠道过于狭窄的问题。当老百姓手里有点钱的时候,能干吗?股票、期货不赚钱,存银行是利率低,无论怎样都有风险,那么在

这种情况下,向中小企业融资恰恰成了很好的一种投资,但现在又是在“灰色地带”进行。无论是从民间的投资渠道来看,还是从民营企业本身的发展来看,它们都始终处于一种不稳定的状态。没有稳定的环境,民营企业何谈繁荣?我们大量的资金投入央企、国有企业,一般的民营企业根本无法获得银行贷款,而我们国家社会发展的中坚力量就是中小民营企业。中小民营企业承担了大量的职责,无论是促进劳动力就业也好,还是推动社会财富的生产也好,都承担着巨大的社会责任,但现在资源、政策总是倾向于央企。从刑法角度来看,非法集资、集资诈骗这样的罪名设置是否合理?即使规定为犯罪,是否要设定生命刑来进行惩罚?对于这些,我们确实是可以反思的。

李绍章:美国有一位法社会学家,叫庞德,他将法律分作两类:一个是“硬法”,另一个是“软法”。我们国家现在是通过“硬法”来解决问题的,但存在许多问题,如落后、难以跟上时代发展,尤其是民商事领域的部分立法跟不上经济的发展、民商事交易的发展,还有就是法律之间存在冲突等问题。“硬法”存在的缺陷导致了民间借贷各种问题的产生,一方面,民间借贷是我国法律所承认、所允许的,但条款的原则性较强,具体规则是有欠缺的;另一方面,金融垄断是被承认的,甚至是在不断推进的,比如,银行很少关怀中小企业,往往都是贷款给国有企业、政府项目。

在这样的情况下,能不能通过先行的“软法”来进行规制?通过“软法”的规则逐步上升到“硬法”的高度。比如,有人提出民间借贷应实行信息披露制,也就是说,我把钱借给企业,企业必须披露它的财产情况或者经营情况,其实《合同法》对之早有规定,但是怎样披露,披露机制如何建立,“硬法”是不可能做具体的规定,所以我认为能不能先通过“软法”来进行规制?所谓的“软法”,主要是指民间金融机构的“软法”,例如一些行会、商会、协会的规范。

“软法”强调保护而非惩罚,因为“软法”不具有国家强制力,它主要是在行业、组织内部进行调控。另外,“软法”强调自治,排除垄断,甚至可以说排除公权的滥用、排除公权对私权的强行干涉。“软法”具有人文性,其最功利的特点便是对“硬法”起到了补充作用,通过“软法”具体化“硬法”,这对完善民间金融体制及促进其多样化是很有效的方式。

对于“软法”研究,我国的起步是相当晚的。从2005年、2006年才兴起,在私法领域对于“软法”的研究是相当落后的。事实上,“软法”在现实生活中也起相当重要的作用,无论是交易还是经营都是通过“软法”来规制的,比如,民间交易习惯、行业规则是否可以通过“软法”的作用机制来完善民间金融、民间借贷呢?通过这样的一种方式来限制公权、限制政府的过度干预促进市场自治,通过这样一种自生、自发的立法理念,来促进“硬法”逐步完善。无论是民间借贷还是民间金融,当“硬法”无法提供完善的、成熟的机制的时候,是不是应该诉诸“软法”来解决?换言之“先软后硬”,在这样思想的指导下,我们民间借贷或是民间金融应该成立类似于商会的团体,并通过这些团体来制定“软法”,促进“硬法”的完善。其根本目的只有一个,即促进自治,保护自治、保护民间团体、保护中小企业、保护弱者。

翟新辉: 目前我国的死刑判决有所减少,对待死刑更为慎重,这可以说是中国的进步。中国的改革开放走到现在,到了一个关键的时刻,就是依法规范公权。我们期盼将公权力关进笼子里。依法治国最重要的就是依法行政,政府首先要守法,接受法律的约束。单靠行政力量可能将上海建成世界金融中心吗?不可能。

杨彤丹: 这些民间资本的问题,本质上是权力制约的问题,绝对权力会导致腐败。很多时候公权力仍在被强化。如果在权力制约上没有改善,中国就很难获得更大的进步。

胡戎恩:全世界民主化的进程有时候毫无规律可循,但有时候看似无规律却又依循规律。我曾对中国法治、中国民主充满信心,认为中产阶级和市场经济必然催生法治、民主。但是,我们距离这个目标尚须努力。