



书林臧否

江必新

这本以“实录”命名的小册子是在友人的多次催促下出版的,其内容多是在我学习研究民法问题特别是参与民法典编纂过程中所作的笔记或所剪辑的资料。

多年来,我一直被法学界定义为一民法学专家,或者被称为在民法学方面有一技之长的所谓“学者官员”。这大概是因为我从1987年起就在最高人民法院行政审判庭工作,先后担任行政审判庭的书记员、审判员、庭长、副院长、分管行政审判工作的副院长等缘故。

实际上,从2002年担任最高人民法院副院长一职之后,我先后被安排分管过所有与民事有关的业务庭,这对我来说当然是一种挑战。为了不至于出现“外行领导内行”的窘境,我不得不投入一些精力去系统地研究民法学、民事审判以及私法的相关问题。全国人大常委会启动民法典起草工作后,我也被指定阶段性地负责相关工作,使我不能不关注起草中的重大问题尤其是有争议的民法问题。2018年,我兼任全国人大常委会宪法和法律委员会副主任委员,此时正



值全国人大常委会启动民法典总则编纂工作。这再次迫使我系统地研究古今中外民法典编纂相关问题。尽管这种“转业”和“跨界”充满了挑战,艰辛和时间冲突,但其带来的知识拓展、理念更新、理论藩篱的跨越、门户之见的破除,使我充满了欣喜、慰藉和获得感。回想这一段经历,我由衷地感谢组织和各位

《民法典编纂若干争议问题实录》自序

领导给了我应对知识短缺的挑战和多岗位业务淬炼的机会!

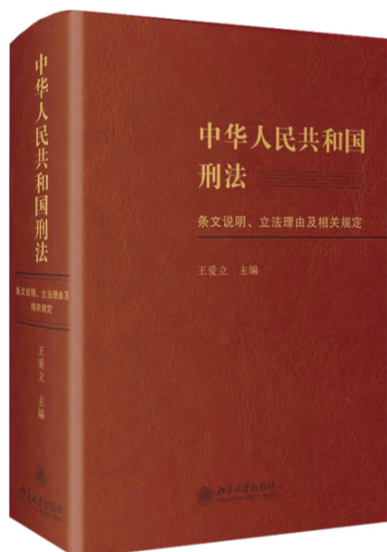
从公法到私法的跨越,不仅是一种知识领域的跨越和拓展,也是一种知识体系的解构和重新整合,更是一种知识品质和层级的升级。首先,通过对公法和私法的比较研究,对公法和私法的性质、本质和特殊性的把握似乎更为理性,用公法原理和规则来比照私法原理和规则,对私法和公法知识体系的把握也似乎更为深入。其次,通过对公法和私法的各自功能和作用的研究,公法学的私法学的门户之见也轰然倒塌了。在现在的“我”看来,公法和私法不仅是两种调节不同性质的社会关系、解决不同领域争端的规则,更是治理国家和社会的方式、工具或机制。公法或私法固然各自都有诸多的特殊性和特殊规律,但两者又具有诸多的同一性。现实中,纯粹的公法关系或私法关系已经越来越少,大量的社会关系呈现出公私交织状态。因此,公法和私法完全没有必要壁垒分明,也完全没有必要由不同机构司执,两者不仅可以功能互补、有效衔接,而且完全有必要也有可能融合共治。再次,通过对公法方法和私法方法的比较研究,使我认识到公法方法和私法方法完全可以相互借鉴,常常会有相得益彰的效果。比如法学有关合法性的研究远比私法学深入,而私

法学有关合理性、正当性的研究远比公法学具体,两者互补,有利于两者共同发展。最后,公法与私法的衔接问题,诸如私法行为对公法行为、公法行为对私法行为效力的相互影响问题,历来就是一个具有颇多争议的问题,造成实务中“同案不同判”的现象。只有同时具备公法学和私法学这两种知识体系,才能无偏颇地解决这些问题。因此,我真切地希望,公法学者和私法学者,从事公法职业或私法职业的法律人,都应少一些门户之见,多一些同知共识,破除专业壁垒,跨越学术藩篱,实现法学知识体系和法治事业之“大同”!

当然,这种“大同”,绝对不能也不应当拒绝或限制对专业知识的独立深入之研究,也绝对不应当拒绝或限制对立法中不同制度安排和问题解决方案的争论。立法本身就是不同利益和主张的博弈过程,客观需要所有利益相关方的实际参与以及意见的充分表达。在某种意义上说,无论是民主立法还是科学立法都需要不同意见和观点的竞争,而观点的多元恰恰为立法者的理性选择提供了基础和条件。从立法者的角度而言,不怕意见不一致而更惧群体无意识或意见一律。从立法实践来说,立法争议较多之处,常常是立法失误最少之所(除非决策或拍板者十分武断或专横),因为这种争论常常使

立法和制度建设中的“君臣佐使”配套更加细致和周到,常常使权利义务、取权职责和利益平衡更加稳妥。因此,在我看来,不能简单地看某种意见是否被立法机关采纳而论英雄或成败。某种观点或意见未被立法者采纳,情况和原因是多方面的:有的观点或意见完全具有真理性但因为暂时不被多数人理解或接受而被搁置或放弃;或虽未明确接受但被隐性接受(如采用相近似的表述或设置其他制度以救济可能出现的偏失);观点或意见虽未被立法者采纳,但对法律实施具有重要参考或警示价值;即使观点和意见完全不正确,也可以引发立法者对该问题关注和深入研究;等等。正是基于这种想法,我将民法典编纂过程中各种不同争议中的观点和意见进行了整理,一方面旨在帮助自己厘清问题,尽可能系统地深入地了解把握争议各方的主张、理据和由来,另一方面也是对参与民法典编纂和研究的专家学者和实务界的同仁的辛勤奉献表达尊重和敬意,也为学者和大众了解民法典编纂背景、条文由来从而更好地把握民法典相关条文精神、更精准贯彻民法典提供一些帮助和便利。当然,由于精力、时间和能力有限,这种整理和记录不一定完整、准确、全面,更或有舍本逐末、挂一漏万、轻重记轻之弊,敬请读者批评以及包容。

追求“立法说明书”的新高度



学者随书

刘树德

自1997年刑法修订以来,立法机关为适应经济社会发展的需要,根据实际情况的变化,先后通过了《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》和11个刑法修正案。为了更好地宣传刑法,便于广大司法工作人员及其他民众全面、深入地理解刑法的内容和精神,全国人大常委会法制工作委员会刑法室编写了《中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定》一书。可以说,这是一部具有新高度的“立法说明书”。

一是鲜明地彰显现代刑事法治理念精神,助推法治国家建设新进程。罪刑法定原则是现代各国刑法普遍确立的一项基本原则,很多国家将之规定在宪法中,作为一项宪法原则予以明确。我国现行宪法第五条规定:“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家。国家维护社会主义法制的统一和尊严。”现行刑法第三条规定:“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑。”正如陈兴良教授所言,“从某种意义上说,罪刑法定原则体现了宪法对刑法的限制,因而是刑法的宪法基础”。对此,该书作了如下评价和论述:“明确规定罪刑法定原则,是我国司法人权保障的重大改革和进步,是我国社会主义民主与法制的重大发展,是宪法规定的国家尊重和保障人权这一重要原则的具体实施,归根结底,是全面建设社会主义法治国家题中应有之义和必然要求”(第9页)。“罪刑法定原则的确立,体现了对现代法治原则和精神的坚守,对此后的刑法立法理念,对刑法在司法实践中的适用、解释以及司法人员的办案观念都具有重大和深远的影响”(第10页)。此外,正如“编写说明”所言,“刑法是国家的基本法律,其最基本的机能是明确设定犯罪与刑罚,一方面,通过惩治犯罪,以保护国家的、集体的、个人的利益,维护正常的社会秩序;另一方面,通过明确国家刑罚权的界限以保障无罪的人不受追究,进而达到保障人权的”,该书通篇较好地处理了人权保障机能与社会秩序维护机能的统一与平衡。

二是准确地阐释立法原意,助推司法机关合法办案。所谓立法原意,是指立法之时法律条文原本所具有的意思。该书在“说明”“立法理由”部分对每个条文的立法原意及其理由依据作了全面、准确、系统、深入的阐释,无疑有助于司法机关在办理个案中准确地适用刑法,达至最佳的法律效果。尤其是,其中对执法司法实践中较为常见的难点和问题所作的阐述更具有指导价值,例如,该

书指出,“对刑法没有明确列明的行为,按照兜底项或者‘等’追究刑事责任,应当与已经列明的行为进行比较,在性质、危害性等方面具有相当性;社会一般人员对于这种相当性具有预测和认知的可能性;必须符合并有助于实现立法设定该罪名的目的即立法的原意;同时,对于该行为作为犯罪追究应当符合比例原则”(第9页)。又如,针对刑法第二百九十四条的适用,该书认为,“……目前司法实践中争议最大的问题之一就是黑社会性质组织的组织者、领导者是否应对其本人未参与而由其组织成员所实施的犯罪承担刑事责任……在适用本条规定时应特别注意……凡是黑社会性质组织成员是为了实现该组织称霸一方、威慑公众的目的,为了组织利益而实施的犯罪,即使首要分子对具体的犯罪行为事先并不明知,也要对其组织成员的全部罪行承担全部罪责”(第1164页)。

三是全面地归整“规范群”,助推法律职业共同体良性互动。该书将刑法条文、立法解释、附属刑法、司法解释等归纳整理形成“规范群”,为立法者、司法者、法律教学研究者提供了交流互动的“解释”话语平台。法教义学作为“以既有法律规范为中心形成的一个构架坚固的理论及知识体系”在不断接受司法实践考验的同时,又通过对司法实践的批判与总结而将新的知识与理论添加到这一体系之中”(卜元石:《德国法学与当代中国》)。法教义学的目的是为法官提供法律适用的指南,反过来,法官的司法实践可以为法教义学提供素材并对法律规范理解的合理性进行检验。同时,法教义学通过对中国已有刑法规范进行系统化,能够发现其中究竟存在哪些矛盾,可以了解如果是通过立法改进,应该从何处入手。仅以法教义学的法律解释方法为例,法学界就存在主观解释论和客观解释论之争:法律解释的目标应指向立法之时法律条文所具有的含义,还是应指向适用法律之时法律条文所包含的含义,即法律解释的目标是立法原意,还是变化后法律条文的客观意思,其中必然会涉及以下这些问题:立法原意如何界定;立法原意是否存在;若存在,又可在哪些载体查寻,等等。显然,该书作为一本刚刚面世的“新、全、准”的“立法说明书”,无疑为司法实务界选择解释法律方法、刑法学界开展法律解释方法争论提供了全面的、鲜活的、系统的论证论据与素材,与此同时,司法实践和学术争论进而又会促进刑事立法的修改与完善。



《中国共产党党内法规汇编》

《中国共产党党内法规汇编》由中共中央办公厅法规局编辑,法律出版社出版。

本书收录新中国成立至2021年6月党中央以及中央纪委和党中央工作机关制定的现行有效且公开发布的党内法规,共183部。本书按照党内法规体系“1+4”的基本框架,分为党章以及党的组织法规、党的领导法规、党的自身建设法规、党的监督保障法规四大板块,覆盖党的领导和党的建设各方面,具有权威性、指导性、实用性。

内容简介:为全面呈现党内法规制度建设丰硕成果,推动各级党组织和广大党员更好地尊规学规守规用规,推进依规治党、从严治党的,进一步增强“四个意识”,坚定“四个自

信”,做到“两个维护”,中共中央办公厅法规局对现行有效且向社会公开发布的党内法规作了全面梳理,编辑形成《中国共产党党内法规汇编》。

一、本书收录新中国成立至2021年6月出台的党内法规183部。其中,党中央制定的党内法规108部,中央纪委以及党中央工作机关制定的党内法规75部。

二、本书收录的党内法规,根据党内法规制度体系“1+4”的基本框架分为四大板块。同一板块的党内法规,按照调整事项分类,同一类别的党内法规,按照法规规格、发布时间排序。

三、为统一体例格式,本书对个别党内法规的体例和标点符号作出适当调整。少数党内法规因为出台时间较早,文中使用了一些与目前规范用法不一致的文字和语法,为尊重党内法规原貌,汇编时未作改动。

《逐梦蓝天》

法宣

《逐梦蓝天》是一部由李云亮、温晓执导,张博、李乃文、黄曼、徐小飒等主演的航空工业题材电视剧。

该剧通过三代航空人的故事讲述了新中国航空工业发展70年来的沧桑巨变,展现了中国航空人“忠诚奉献、逐梦蓝天”的航空报国精神。《逐梦蓝天》以长达70年的时间跨度,涵盖了新中国发展各个时期的巨制篇幅,为中国的航空工业首次书写了一部荧屏历史画卷。

剧情介绍:该剧以秦天、赵德良、张长江、郑有福四个航空家庭为主线,通过三代航空人的故事,全景式展现了新中国成立70年间中国航空工业从无到有、从小到大、从弱到强的过程,生动翔实地展现出中国航空工业从零起步,到如今能与世界先进国家同台竞技的艰辛奋斗历程。在新中国航空工业70年波澜壮阔的发展历程中,有着数不清的航空人为之奉献终身,他们的故事通过艺术创作,浓缩在四个航空家庭中,这四个家庭中包括飞行员、设计师、政工人员、基础工匠,涵盖了飞机制造过程中的关键部门。该剧以生动鲜活的人物形象、真实可信的故事内容、贴合史实的场景布置,回顾了我国航空工业的成长历程,展现了中国航空人攻坚克难、奋斗拼搏的故事,整部作品激励着新时代航空人,传承好航空报国精神,刻苦钻研、敢于创新、勇于挑战,为我国航空事业发展贡献属于自己的一份力量。



书摘

小月河边 有一所大学叫政法(二)

在我的记忆中,大学读书生活似乎真正开始于1983年。这一年,北京政法学院更名为“中国政法大学”,而我本人亦考取了本校法学理论专业的研究生。从我的角度看,小月河边的政法校园并未因为校名的更换而有太大的变化,相反,在这一百多亩的空间上瞬间搭建起一座座类似“抗震棚”的平房,密密麻麻几乎排列在院落的每一寸土地上,外人所见的“中国法学教育最高学府”其实不过是一个“抗震棚”林立的“大杂院”。

尽管如此,只有像我这样“北政一期”的政法人知道,从1983年开始,政法校园将注定经历一个巨大的变化。当时,“思想的喷涌”所生成的强劲风潮席卷到这个由于空间逼仄而变得越来越有热度的校园,来自

自天南地北的一百多名研究生和几乎同样数量从各地分配而来的青年教师,汇集而成两股“热情的激流”,在校内内蔓延而成为具有广泛冲击势能的力量。

北大法律系毕业的青年诗人海子(查海生)斯年分配至校刊编辑部工作,创作长诗《亚洲铜》和《阿尔的太阳》,在政法学子中震撼的平房,密密麻几乎排列在院落的每一寸土地上,外人所见的“中国法学教育最高学府”其实不过是一个“抗震棚”林立的“大杂院”。

尽管可以想见,当1989年3月26日海子在山东卧轨自杀时,在政法校园曾经引起了怎样的惊愕和悲痛!

政法学子,这位才华横溢的青年学者在伦理学领域极富造诣,最早提出两种不同类型的道德,即“进取性道德”与“协调性道德”。前者是个人性外向性的,如“勇敢”“自由”;后者是协调性、约束性的,如“仁义”等。他在人生哲学上回答了当时青年学生所普遍关注的有关“人生的路呵,怎么越走越窄……”之问题。王润生的课堂总是被众多学生“粉丝”拥挤得水泄不通,他每每跳跃着踏过学生的课桌奔至仅容纳一人之身的讲台,无疑,正是王润生在政法校园唤醒了无数个懵懂而沉重的灵魂。

(文章摘自舒国滢《在法律的边缘》,中国法制出版社出版) (《小月河边 有一所大学叫政法(一)》详见于《法治日报》2021年8月24日9版)