

什么是建构法治中国的开放心态？PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/485/2021\\_2022\\_\\_E4\\_BB\\_80\\_E4\\_B9\\_88\\_E6\\_98\\_AF\\_E5\\_c122\\_485608.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E4_BB_80_E4_B9_88_E6_98_AF_E5_c122_485608.htm)????法律出版社新近出版的一本辞书《元照英美法词典》放在面前就让人眼睛一亮，因为它不但装订设计颇为讲究，外观具有极为浓郁的英美气息，而且其二百八十多人组成的庞大的专业编撰队伍潜心十年的工作结晶使得人们没有理由怀疑这是一项浩大的工程。联想到此前不久《南方周末》、《中国图书商报#8226.书评周刊》等新闻媒体对许多作为该书审订者的三十年代治英美法的老人们的让人深思的故事以及出版者在这本书的出版过程中所表现出来的高度负责的精神的报道，喜悦之外又多了一份感动。????这部完全由中国学者自己编辑的英美法词典的宗旨和可能的意义，编撰者们、审定者们已经说得非常详尽而清楚：????“本词典的编撰旨在为中国提供一部以英美法律词书为集粹的新编中文版，其收词自古洎今，尤注意英美法的发展与词典的现代化。”“本词典以自19世纪以来的英美法词典、百科全书、判例集、法律汇编、各部门法学专著等作为基础资源，并旁及加、澳、新等国法律词书及其法律集语法学专著，综合编纂。”(潘汉典语)“1.通过为不断增长中美间法律上的理解提供一个机会，这部词典将能促进强有力的公正的法律制度得到吃醋发展。2.这部词典将为中美法律界提供更紧密联系的基础。例如，这部词典很可能成为两国律师的比较法培训的必备工具，一如《布莱克法律词典》在美国法律训练中的传统功用。3.本词典将会成为对法律学者具有特别价值的参考书，而且，极有可能对法律著作的

翻译起到促进作用。4.因为法律基础对于商业制度的发展和一个稳定的经济发展来说，都是至关重要的因素，上述的益处将会巩固中美之间的商业关系。两个伟大国家之间的关系在全球经济中将越来越重要。”（乔治.J.西德尔语）????不过，我尤为欣赏的是这部词典所折射出来的编撰者们对知识追根溯源的求索精神和他们追求、解释、维护法治的过程中所拥有的开放心态。大家都知道，最近几年来，政府通常以西方发达国家的相关法律制度为参照系而进行的法律方面的变革是我们国家政治生活中最引人关注的一个方面。但是，同时，我们还注意到，变革中类似于抗辩制、法官主审制、证据当庭陈示制度、法官等级制度等诸多措施在中国并没有起到当初预期的效果，有的等同于虚设，有的则遭受到基于基本法理的质疑法官应该分三六九等么？等级是否意味着行政级别和行政辖属关系的介入？????与此相适应，在法学研究领域，法律移植一度是甚至现在仍然是非常热门的话题。法学界有一部分学者依据许多国外行之有效的法律经验或曰国外的法律传统在中国“水土不服”流于破产和中国的传统及地方性的习惯在一些个案里表现出来的强大的生命力和相当的合理性，强调法制建设需要依赖本土资源。而持不同论调的人则认为，中国的传统和受到地域限制的习惯某种程度上与以民主、公正、平等、人权为标志的现代法治理念可以说是截然相背。由传统和地方习惯维系的社会秩序固然有其合理性，但是，九十年代流行的影视剧塑造的“山杠爷”们和“秋菊们”生活的那个地方世代沿袭下来正在面临着现代法治观念挑战的秩序多多少少有点“强权公理”的特征。学习国外先进的文化和制度和倡导以批判的立场来对待国外的事物

都是不错的，然而，无论是学习还是批判，都需要一个前提：了解。我们对西方的法律制度和法律思想了解到底有多少？中国的学者中，几个认认真真读过梅特兰的《英国法律史》？德国的法学也是非常发达的，对其他西方国家的影响亦相当之大，又有几个学者是当之无愧的德国法专家？时下，研究美国法的人似乎比较多，可是，仔细想想，要在中国的法学学者中数出几个扎实的美国法专家一样并不是件容易的事情。在去年有关制定民法典的讨论中，有的学者恳切地认为我国法学界在民法理论方面的研究基础不够深厚，研究水平有待提高，因而即使中国经济的迅速发展与现实生活中人们权利意识的觉醒无比急切地呼唤一部属于中国的民法典的诞生，但出于对民众和国家负责任的考虑，应该认识到，目前制定民法典的时机并不成熟。我们应当审慎地推出这样一部重要的法律文件，制定以后要让它实实在在地发挥作用而不是束之高阁。他的话也从另外一个侧面告诉我们，至少对民法来说，我们对国外的情形知道的并不是很清楚，一些学者“引经据典”的争论显然因之大打折扣。结合中国法制建设的实际，我认为，我们第一重要的任务就是学习，学习外国。这就涉及到怎样学习。学习的过程中，学习的态度和方法至为重要。我认为，《元照英美法词典》的编撰者们为我们提供了学习国外的法律和制度的应该的心态。首先，在词义上，他们尽可能地予所有的词语本来的面貌，它是怎么来的，后来有什么变化，为何又演变成今天通行的意思；其次，他们寄望于中国治英美法的学人以及希望从英美法汲取经验的法律实践者们能够依托《元照英美法词典》这个工具客观、公允地认识、评价英美法。英美法有自己的历史，有特

定的历史环境背景下的特殊意义，仅仅看学者的论述是不行的，且不说社会制度的演变充满了不确定性、不可预知性，学者们不可能完全阐释清楚，就是完全阐释清楚，没有一定的历史素养，做到理解到位也非常难。因之，学习外国法，一忌先入为主，需要保持开放的心态，不要急着对具体的制度环节下结论，二不求甚解，外来的和尚不一定会念经，即便会念经，我们也可能会听不懂，拘囿于外表和细枝末节的“比着葫芦画瓢”并不可取。让人感觉到痛心的是，迄至今日，虽则对国外的法律和制度的学习和借鉴是大学校园里和各种各样的法律改革研讨会的津津乐道的话题，但是我们没有信心说我们对西方的制度方面的设置已经了解的足够精深、足够细致、足够全面。话又说回来，学习外国法是一码事儿，参照外国法进行改革又是另外一码事儿。翻开《清末筹备立宪史料》，你会惊讶于载泽、戴鸿慈、端方、徐世昌、绍英等人的奏折对当时西方小至风土人情大到制度文化的精到的表述这已经是鸦片战争后中国六十余年观察西方的积累。始终无法参透的是，“五大臣考察西洋宪政后”直至文革前还有数次中国政治精英们发起的以宪政为矢的的变革和实验，为什么均未成功？这与对西方政治制度的研究欠缺并没有太大关系，因为此间不论在法学界还是在政治学界或是制度的实际操作层面，都涌现出一批杰出的人物；却不似今天，我们首先面临的的就是“人才的贫困”，你可以想象当我们编撰一本英美法词典的时候，我们竟然不得不惊扰那些八九十岁的老人。我们还缺乏这方面的思考，学者们必须承认，实际的制度构建是远比学习、研究理论更为复杂的事情。笔落至此，不经意间突然心生几分压抑，不知道是面对历史的

汗颜还是思及法治中国的前途的迷茫。移植外国的法律和制度，的确是件颇费思量的事情，“淮南为橘，淮北为枳”，一个国家和地区的法律和制度在另外一块土壤上生长，可能也会有相似的经历。只有一点可以肯定，法律和制度的精神是不变的。法律和制度之所以成为人类的需要，原因在于人类是存在缺陷的动物，而且有些缺陷是不可根除的。同样，由于这种缺陷，我们建立的法律和制度也不是完美无缺的。你追求一种法律和制度的价值，就可能丧失另外一种法律和制度所蕴涵的价值。我们在认识人类所有的法律和制度之后，接下来的任务便是在不同的法律和制度之间进行衡量，选择那种相对要好的法律和制度。对于我们，好的法律和制度，不单要有利于我们生活其中的国家的强大，还要让每一个人感觉到作为人应有的尊严、平等和自由。无论是正在紧锣密鼓进行过程中的民法典制订工作，抑或可以预料到的中国宪政的塑建，这些都是不可忽视的和最先要被考虑的。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问  
[www.100test.com](http://www.100test.com)