

黎四奇:法治进路中,心急吃不了“热豆腐”--一个时间的问题

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\\_\\_E9\\_BB\\_8E\\_](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E9_BB_8E_)

[E5\\_9B\\_9B\\_E5\\_A5\\_87\\_\\_c122\\_485992.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E9_BB_8E_E5_9B_9B_E5_A5_87__c122_485992.htm) 这学期，我承担了研究生《国际经济法专题》的教学任务。在备课的过程中，一个与《联合国国际货物销售合同公约》（后称《公约》）产出的时间相关的问题在我的心中掀起了一阵不平静的涟漪。同时，联想到我国《物权法草案》酝酿的时间、推出的频率及存在的政治上或学术的争议，我的心中更是抹不去那份沉重与忧虑。对于这个问题，我还是从《公约》说起吧。该

《公约》产生的历史背景很简单，即源于许多国家认为前期的《国际货物销售统一法公约》与《国际货物销售合同统一法公约》主要是反映了欧洲大陆的法律传统和经济现实，欠缺对发展中国家的考虑，且内容繁琐，概念晦涩难懂，因此未能达到统一各国买卖法的预期。正是在这一历史背景下，联合国贸易委员会决定在其主持下来继续完成这一任务，于是在1969年便成立了一个专门的工作小组，拟在上述两公约的基础上创制一部国际统一的货物买卖法。历经10年的艰苦努力，工作组于1978年完成了草案的起草任务，并决定将上述两公约合二为一，定名为《联合国国际货物买卖合同公约》。幸运的是，该《公约》于1980年3月14日在维也纳召开的外交会议上得以通过，并于1988年1月1日正式生效。在这里，我们应注意到三个时间：一是工作组成立的时间；二是草案完成的时间；三是《公约》生效的时间。稍一计算，我们就发现自倡导到《公约》最终尘埃落定，其历经了近20年的风风雨雨。暂且不说在这个时间的跨度内，当年参与草案起

草的法律专家们付出了多少心血，单从这20年的光阴来看，我们也可以下一个这样的结论，即《公约》绝不是粗制滥造的劣质品，而是经过法律人精雕细刻出的产物。本着良法的追求，这样一种时间概念就给我们以无限的遐想。记得有这样一种说法，真理不是权威的产物，而是时间的产物。尽管这种直白也不见得是如何千真万确，但是法律真理昭然若揭的一个必要条件必然先是时间之投入，而并不是什么要不要所谓的法律专家参与的问题；尽管任何绝对的命题都具有瑕疵，但是笔者却打心底里认为，对于良法的产出，时间是第一性的，专家才是第二性的。若要人们对这种“盖棺定论”式的结论有一种心服口说的感觉，那么我们不妨作一次历史之旅，让我们来回溯一下19世纪德国法学大师萨维尼与民法大家蒂博之间那场冗长的“口水战”。这种论战是从法学教授蒂博于1814年出版的一本名为“论制定全德法典之必要性”的小册子开始的。该小册的大意是：在对法战争的胜利中，德意志人已从沉睡中惊醒，应该利用这一千载难逢的机会最终革除古代的陋习；若各城邦之间不齐心协力地来制定一部全德适用的，包括民、刑、诉讼法在内的大法典，那么自土生土长的法律所衍生出的矛盾就会充塞，这只会更加使德意志四分五裂，法官与行政官员无从知晓法律。因此，其结论自然而然地就是要求制定一部独立自主的、适合本国条件的和德意志人民需要的简明法典，并呼吁各城邦政府召集会议促进这一伟大的事业。对于蒂博的上述满腔激情，萨维尼毫不客气地当头淋上了一盆冷水，他只差没有撕破脸说：兄弟，在目前德国是否需要一部统一法典这一问题上，你先别心急，心急是吃不得热豆腐的，我们最好悠着点。对此，萨

氏从民族精神性的角度发表了他的高深宏论：意图通过人类的普遍理性制定出人类普适性的法典这一观点，完全是一个“法律之幻想”，是“荒诞不稽”的。自古至今，法律就如同一个民族的语言、风俗、建筑与政制一样，具有“民族特性”，是“民族共同意识”的产物，是“世世代代不可割舍”的有机联系，它是随着民族的成长而成长，而随着民族的壮大而壮大。沿着他的这种高见，他认为法律的发展呈现为三个阶段，即习惯法 学术法 法典编纂。立于中国法治的背景下，在此，笔者并不打算对萨氏的观点进行正确与否的评判，但是他所提出的法典化的三阶段论确实是契合了人心，并反映了当时德国时代发展的内在需求。事实上，相对于人类社会的推进与社会需要来说，法律思想也是一种买与卖的市场化东西，德国人最终并没有选择同样满腹经纶的蒂博，而选择了萨维尼就不证自明地说明了这一点。因此，从这一点来看，是德国的历史创造了萨维尼，而萨氏又从另一个侧面改造了德意志民族的法律文明史。在这里，仍有一个时间问题是值得我们警醒的，即德国民法典自发起至最后推出的时间。客观评价，其民法典被发起于1814年，产出于1896年，共经历了82年的风雨和沧桑。这样一个长时间的跨度又一次以铁的事实证明“真理是时间的宠儿，而不是什么权威的宠儿”。君不见，德国这样一部经过长时间内千锤百炼而推出的民法典在穿越300多年的时光隧洞之后时至今日仍然是那样的光彩照人，并成为世界各国立法的典范。也正因为如此，马克思发出了其作为一个德国人的骄傲：“法典是人民自由的圣经！”欣赏别人的好处越多只会使自己觉得更加渺小、无能与自卑。因此，欣赏与探讨的目的在于开发民智，

在于发奋图强，在于奋起自追。那么，让我们再来回顾下我国物权法典草案谈论中所存在的是是非非。去年的某月某日，北大法理学教授巩献田以螳臂挡车之势点燃了物权法草案论战的风波。巩教授认为，“物权法草案”违背了宪法，违背了社会主义原则。民法学界在短期的沉默之后终于如同火山一样爆发开来，进而反唇相讥曰，巩教授的说法是无稽之谈，是民法的“法盲”，不具有对物权法草案进行指手画脚的资格。与其说这是一场学术交锋中的你来我往，还不如说是一场“泼妇骂街式”口水战。笔者认为，丧失理性的论战是没有任何意义的论战，因为其最终达到的并非是真理越辩越明的结果，而只会在刻薄的言辞中增加敌我双方的怨恨。本着一种对中国现代法治的渴求之情，笔者并不想搅入到这里面的是非曲直之中，但我只想认准一个理，那就是巩教授的话是真的错了吗？要是他真的全错了，或部分错了，若你要想让他“死”，那么也应该让他“死”得明明白白清清楚楚，否则就有失民法学界的君子之风。我个人认为，尽管巩教授将法律的问题上政治的线之做法确实也让我不敢恭维，但他也并非错得一塌糊涂。如果你说他错了，那么又为什么其背后会有千千万万的中国人说他是“民族脊梁”，说这是“草根声音”和“专家良心”呢？若我们以“真理向来只是掌握于少数人手中”的托词来进行搪塞，那么我们就是心虚，就是在回避问题的本质。实际上，巩教授这有失“水准”的已见恰从另一个方面暴露了，私法精神积贫积弱的现代中国还比较欠缺物权法生存的沃土。稍有些法律知识的人都知道，西方民法典推出的路径是先有私法精神，而后有民法典，而我们呢？恰是反其道而行之，这就无怪乎巩教授的那篇

发难性的文章在中国的场景下一石激起了千层浪。这恐怕是在民法学界意料之外的事情了。当然，民法学界也可能有一种“吃力不讨好而备有委屈”之感。然而，在委屈之余，他们应该明白一点，法律是世俗的与功利的，老百姓对于正义的理解就是自己的那一份正义是否实现了。否则，你做得再好，也是不好。尽管对于物权法的理论知识来说，笔者算是半个“法盲”，但这半个法盲却只认准一个理，那就是：面对这场风波，我们有必要冷静地追问一个这样的问题，即我们出台物权法的目的何在？是求得精美的体例、结构与内在逻辑的严谨，还是以中国特有的社会生活为归宿？若我们的目光更多的是留连于前者，那么中国的物权法就会退化为“食之无味，弃之又可惜”花瓶式的饰物。另外，还有一点也是让我百思不得其解的，即自物权法的发起至现在草案频频推出也怕只有十余年光景吧，可就是在这屈指可数的数年中，物权法草案已推至第六稿了。在这种急功近利之心态下，作为一个初入道的职业学人，笔者真的不知，这是中国法治之福，还是害。要知道，相比较公性法律规范来说，私性法律规范往往更“长寿”，即使其已不大适应社会关系发展之要求了，它往往具有一种“好死不如耐活着”的特点。这也是民法学界参与立法过程的人士所不得不深思熟虑的问题。对于物权法草案的“粗制滥造”，有的业内人士自嘲说“有胜于无嘛”。每听到这样的“高见”时，心中总是有那么一点不快与郁闷。很早以前，沈家本先生有句名言，即“有法不善与无法等”。真的是“有法不善与无法等”吗？笔者的看法是，“有法不善”所造成的社会危害远比“无法”所造成的危害要严重得多要深刻得多，因为“有法不善”最后坏的

是坯子，抹杀人们对法律的信仰，易滋长“法律虚无主义”，而让后人没有多少回旋的余地。相反，尽管“无法”导致人们在一定时期内无所适从，但是却毕竟留下一片片洁净的法律空白，而让后人有用良法进行填补的可能性。因此，对于民法学界对于那种“有胜于无”的乐观之见，笔者是实在不能，也不敢苟同的。最后，我想说的是，无论是从贡献的哪个角度出发，法律学人参与立法都是社会之幸事学界之幸事，但若怀揣一种“吃热豆腐”的心态，那么有时好事也会变成坏事。要知道，真理是时间的孩子，而不是权威的孩子。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)