

罗马法精神在中国的复兴  
市场经济与法治的对话  
做人与做律师  
为权利而斗争的中国律师  
新世纪中国律师的使命  
律师与诚信  
制订一部开放型的民法典  
从有限合伙所想到的  
沉思与怀念——纪念谢怀栻老先生  
法治中国  
公权力如何具公信力  
七十华诞慨而慷  
.....

# 江平

# 讲演文选

■ 中国法制出版社



# 江平讲演文选



中国法制出版社

责任编辑 李仕春

**图书在版编目(CIP)数据**

江平讲演文选/江平著. —北京:中国法制出版社,  
2003.8

ISBN 7-80182-168-8

I. 江… II. 江… III. 法学-文集

IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 066685 号

**江平讲演文选**

JIANGPING JIANGYAN WENXUAN

著者/江平

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880×1230毫米32

版次/2003年8月第1版

印张/21 字数/528千

2003年8月印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-168-8/D·1134

定价:35.00元

北京西单横二条2号 邮政编码 100031

传真:66062741

发行部电话:66062752

编辑部电话:66032924

邮购部电话:66033288

读者俱乐部电话:66026596

# 序

去各个不同地方、不同部门作演讲，这成了我工作日程上的重要部分。去年七月我应邀在青海和西藏高级法院作了报告，这样，我就完成了一个心愿，我在全国所有的省、自治区、直辖市（包括台湾）都进行过学术演讲，此生足矣！

作学术演讲好比演员唱戏。观众买账不买账，全在你唱得如何，再有名气的演员唱砸的也有。我深深感到：一场演讲需要你全神地投入，是台上与台下的交融。演讲者像一个好的演员那样，将听众带入到你所引领的新的空间中去，要让他们能够真正聚精会神地想听你下一句将会说什么！让他们感到你不是在演讲，而是在和他们交谈。

作学术演讲好比设计师设计。内容新颖不新颖全在你设计得如何。演员唱戏唱的是台词永远相同的戏，而设计师绝不应当去设计一个形式和内容完全相同的建筑。一场学术报告，哪怕主题相同，但因为听众对象的不同，它的设计方案、内容剪裁、例子选择、语言深度都会不同。给法学研究生所作的演讲就和给党政领导干部讲的

有很大不同。演讲首先看对象,然后量体裁衣地设计一场演讲的内容、框架。

作学术演讲好比艺术家在雕刻。精益求精,在细节上不遗余力,多下一笔刀就使作品更趋完美。作学术演讲也要像艺术家那样去精雕细刻:语言的精炼准确、语言的感染力和煽动力、节奏的快慢、声音的高低、高潮的起伏、甚至肢体动作运用的恰当,都会影响一次演讲的效果。

二十多年来究竟作了多少次演讲早已记不清了。我的演讲又是习惯于拿一个提纲,除组织单位有录音整理者外,大都散失而无法查找了。中国法制出版社好意,希望能将我这些年来的讲演整理出版。我有过犹豫,有些完全是记录稿,文字不精炼;有些是内容重复。但总算是记录了我真实学术生涯的一部分,也就同意出版了。我的学生龙卫球教授组织搜集,整理出现有的这些材料,主要是1990年以后的。法大民法研究生马江同学在搜集出力甚多,周小勇、王丹、牡丹等同学帮助校对,特致感谢。由于是演讲,有些又是记录稿,内容会有错误或失实之处,尚乞理解。

江平

2003年5月

# 目 录

序 .....	( 1 )
罗马法精神在中国的复兴 .....	( 1 )
国家与社会关系的转变 .....	( 12 )
——论中国现今法律观念之变化	
党的领导与依法治国 .....	( 23 )
现代企业的核心是资本企业 .....	( 29 )
公司法所建立的现代企业法律机制 .....	( 42 )
公司法与商事企业的改革与完善 .....	( 54 )
公司法从 19 世纪到 20 世纪的发展 .....	( 95 )
高科技发展带来的一些法律问题 .....	( 104 )
完善市场经济法律制度的思考 .....	( 124 )
市场经济的法律机制 .....	( 135 )
市场经济与法治的对话 .....	( 169 )
参加 WTO 后民商法律的国际接轨 .....	( 201 )
全球化、现代化与本土化 .....	( 218 )
入世与市场主体准入 .....	( 224 )
完善保护私人财产法律制度应遵循的原则 .....	( 260 )
做人与做律师 .....	( 263 )
为权利而斗争的中国律师 .....	( 287 )
——漫谈律师形象与使命	

- 新世纪中国律师的使命 ..... (310)
- 律师与诚信 ..... (319)
- 空前启后 功不可没 ..... (343)
- 《民法通则》颁布十周年记
- 民法通则起草和目前民事立法的指导思想 ..... (351)
- 制定民法典的几点宏观思考 ..... (356)
- 我国民事立法和物权法 ..... (368)
- 我国当代民商法 ..... (372)
- 展望二十一世纪民商法 ..... (392)
- 日本民法典 100 年的启示 ..... (400)
- 中国民法典的立法思路和立法体例 ..... (404)
- 制订一部开放型的民法典 ..... (435)
- 再谈制订一部开放型的民法典 ..... (445)
- 消费者权益保护法的完善 ..... (455)
- 信用体制建设与立法 ..... (458)
- 关于金融立法的演讲 ..... (466)
- 从有限合伙所想到的 ..... (489)
- 完善公司治理结构的基本法律问题 ..... (507)
- 新世纪 新视角 新境界 ..... (511)
- 寄语新世纪的中国比较法学
- 从幼稚走向成熟和真正繁荣 ..... (516)
- 回顾与展望 ..... (518)
- 在中国政法大学 50 年校庆大会上的发言 ..... (524)
- 纪念佩霖 学习佩霖 ..... (527)
- 新中国民法的发展与佟柔先生 ..... (530)
- 沉思与怀念 ..... (534)
- 纪念谢怀栻老先生

法学素质教育的魂与魄 .....	(540)
宪法司法化四人谈 .....	(552)
法治中国 .....	(561)
私有财产应受到宪法的基本保障 .....	(577)
民法典——国家公权下筑起私权保护墙 .....	(580)
宪法与民主政治 .....	(585)
公权力如何具公信力 .....	(590)
七十华诞慨而慷 .....	(595)
终生不悔——四十年执教有感 .....	(597)
《江平文集》自序 .....	(600)
杂忆苏联时期的法律和法学教育 .....	(603)
政治体制改革不能缓行 .....	(612)
——《政治中国》序	
只向真理低头——江平先生 70 华诞人生回顾 .....	(614)
江平先生的法学教育之路 .....	(636)
江平先生访谈录 .....	(648)
江平教授被免去校长职务(旧日记一则) .....	(660)



# 罗马法精神在中国的复兴\*

欧洲大陆国家 14—16 世纪时出现了三 R 现象：一是文艺复兴 (Renaissance)；一是宗教改革 (Religion Reform)；一是罗马法复兴 (Recovery of Roman Law)。三个方面虽然不同，但集中一点是人文主义的胜利。人的价值、人的权利、人的自由得到了承认和解放。

随着中国社会主义市场经济改革的发展，中国的法律制度和法律观念也发生了重大变化。某种意义上可以说是罗马法精神在中国的复兴，私法精神在中国的复兴，人文主义在中国的复兴。从另一个角度来看，也可以说市场经济的建立和发展也必然要求罗马法精神的复兴，当然绝不可能是两千年前西方古典法律制度在中国的重现和恢复。那么，应当怎样来理解和认识罗马法精神在中国的复兴呢？

## 一、从意志本位到规律本位

自市场经济理论提出后，人们越来越认识到市场经济的法律应当首先体现市场经济的规律，而不只是体现立法者的意志。离

---

\* 本文原载于《中国法学》1995 年第 1 期，系江平教授 1994 年在北京召开的“罗马法·中国法·民法法典化”国际研讨会上的学术发言。

开市场经济的自身规律来人为地依照立法者的愿望而制定出的法律,必然会不利于市场经济的发展。过去我们强调法是统治阶级意志表现,在经济领域中造成了违背经济规律的恶果,足以引起教训。还市场经济法律以其客观自身规律的本性,这是市场经济法律的第一要义。而把法律看作是客观自身规律表现的概念,就体现了罗马法中自然法的精神。

彼德罗·彭梵得(Pietro Bonfante)在他的《罗马法教科书》(Istituzioni di Diritto Romano)中说:“自然法是指‘不是为体现立法者意志而产生的法’,而市民法却是‘至少部分表现为立法者的任意创制的法。’法是意识和社会需要的产物,它本应总是同它们相符合。许多规范和法律制度准确地符合其目的并同它相融合,因为它们只不过是这一目的的法律确认;但是,也有许多规范和制度并不如此,或者是因为它们已陈旧过时,或者是因为立法者所掌握的手段不完善。前一类规范由于立法者未施加任何主动作用,因而确实像是自然的产物,并且被称为自然法;而第二种规范则为市民法。前者同‘正义’和‘公正’永远相符合;后者则并非总是这样。”<sup>①</sup>这段话对我们很有启示。中国今天许多的市场经济法律虽然不能说完全类似彭梵得所说的“立法者未施加任何主动作用”的法律规范,但却完全可以说是体现了以反映客观规律为主。它和另一类主要体现立法者意志的法律是有所不同的。

法应当体现主观性,还是客观性,还是主观性和客观性的结合?在市场经济观念提出之前,中国法学界大多认为法的主观性是绝对的,忽略了或者说不必论及它的客观性。从英文来看 Law,既包含法律,又包含自然规律的意思;俄文中的 закон 也是同时包含法律和规律两个意思;中文的“法律”与“规律”同时包含了“律”这一汉字,这不能说仅仅是一种巧合。至少可以认为作为立法者

<sup>①</sup> [意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第15页。

制定的法律是与客观规律不能截然分开,法律精神就其实质来看就是主观性和客观性的统一。但在不同领域中,它所体现的客观性——社会经济规律性是有所不同的。过去人们常常认为,自然法在罗马法中只指人和动物之间共同性质的一些法则,即“万物本性”。例如在所有权关系中的先占原则,在男女关系中的自然婚姻等,但是,实际上“有很多贸易性制度如让渡、买卖等等也被罗马人称为自然法制度,而它们依然是人类所独有的”。<sup>①</sup> 1992年通过的《中华人民共和国海商法》就是一部极具海商惯例共性的法律。罗马皇帝曾有句名言:“朕诚为陆上之主,但海法乃海上之王。”可见,皇帝可以依照自己的意志制定部统率臣民的法律,但他却不能任意制定一部海商法。海商法体现的是各国人民海商贸易惯例及客观法精神,不是哪位皇帝制定出来的。

自然法和万民法有许多相同之处,甚至不少罗马法学家视万民法与自然法为同一概念。万民法和自然法必然要包括世界各民族法律中共同的东西。古罗马流行的观念是:他们的法律制度由两种元素组成,一半受其特有的法律支配,一半受人类共同的法律支配。这对我们今天也有很大启示。市场经济的法律是超越一个国家界限的,市场已经不是一个民族所能局限的,如公司法、证券法、票据法、期货交易法等。这些法律所体现的自然法精神就是各国这类法律之间的共同规律性。我们必须研究市场经济规律规范中哪些是各国法律共同性的东西,哪些是中国所特有的东西。我们也必须肯定,市场经济法律规范的主导方面应是共同性的东西,亦即客观规律性东西。

体现规律性的法律规范是具有长期、稳定性的,而单纯体现立法者意志的法律规范则往往是极易变动的,通常是随着立法者的改变或立法者意志的改变而改变。罗马法中的自然法既然是自然

<sup>①</sup> [意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第13—14页。

(社会)现象的法律表现,所以它应是不可轻易变动的。当然,从市场交换和交易的法律来看,不可能有万古不变的规则,那种“绝对性”是从自然法的精神来分析,并不代表客观现实。但我们过去法律规范变化过于频繁的现象不能不引起注意。试问,市场交易中买卖双方的权利和义务以及买卖关系的一些基本规范从罗马法到今天的两千多年中又有哪些根本突破呢?我们过去曾经突破了,不是又要改过来吗?所以,今天要制订一部统一的、包括各种具体合同规范的合同法,也必须体现这种长期稳定的规律性东西。法的权威性来自它的稳定性。

只有反映客观规律性的东西才是正确的。罗马法著名学者保罗给自然法下的定义是“永远是公正和善良的东西”,<sup>①</sup>就是这个意思。市场经济法律中违背客观经济规律的法律准则则绝不可能是正确,绝不能代表正义,因此,在实施过程中必然要碰壁。市场经济给我们提出了这样一个新的观念:法律应当是公平正义的体现,而不仅仅是统治者手中的工具和武器。

## 二、从国家到社会

长期以来我们在无产阶级专政国家政府和绝对计划经济机制下形成了一种国家至上、国家中心、国家意志决定一切、国家统筹一切的国家本位观念。这样就把社会看作是国家附属物,社会缺乏自身的独立性,社会生活的一切方面都要有国家的干预。强大的、无孔不入的国家干预就是长期以来我国社会经济生活的写照。只承认公法的存在而不承认私法存在的理论基础就是国家本位观念。

公法和私法的划分源自罗马法。严格说来,罗马公法中“公”

<sup>①</sup> [意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,第15页。

是“一个介于国家和社会之间的概念”。<sup>①</sup>那时候的公法范围也只是“见之于宗教事务、宗教机构和国家管理机构之中”。<sup>②</sup>所以,罗马法只是提出了公法和私法的划分,但对于公法、私法存在的客观基础还缺乏深入的分析,因为那时国家和社会的分离还不深刻、不明显。罗马是一个强大的国家,而市民社会却还未能充分发展。Civitas 一词在中文是多义的,它同时含有国家、城邦、民族、社会的意思。在当时的社会发展阶段,还难以有政治国家和市民社会的严格划分。但是,有的学者在分析罗马社会时曾说过:罗马属于市民社会,而古日耳曼则未经历市民社会。可以这样理解:古日耳曼当时作为蛮族部落经济,不是靠交换,而是靠战争,直接借助国家机器。而罗马社会则充分借助于商品交换这种手段,不是直接借助于国家机器。从这个意义上又可以说,罗马社会是最早形成的市民社会,而后来的资本主义社会则是发达的市民社会。在今天的中国,当市场经济已经作为肯定的经济模式和目标提出来之后,一些法学家、经济学家和社会学家就严肃认真地开始中国市民社会的研究。

法学界提出市民社会和政治国家划分的目的是要论证私法存在的基础是市民社会,而不是私有制;公法存在的基础是政治国家,而不是公有制。长期以来许多法学家都认为,在生产资料公有制的国家,没有“公法”和“私法”之分。甚至有些学者主张,在生产资料公有制的国家,一切法律都属于“公法”范围。应该说,公法和私法是相对应而存在的。“私法”既然已经消灭了,哪里还有什么单独存在的“公法”呢?作为社会主义国家否定公法、私法划分的重要根据是法学界普遍引用的列宁关于不承认任何“私法”的论述。经过仔细分析研究,列宁原话中即指可以承认私营经济,但不

<sup>①</sup> [意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,第9页。

<sup>②</sup> 《民法大全选译·正义和法》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第35页。

承认有任何私营经济关系可以不受国家法律的干预。显然这里谈的不是公法和私法的划分问题。所以 1987 年新出版的《列宁全集》中文译本已将原来的“私法”一词改为“私的”二字。

不可否认,在今天再讨论公法和私法的划分,不仅为时过晚,似乎它的局限性也更明显了。但在今天的中国重谈这一主题仍有很重要的现实意义,这不仅因为四十年来我们一切以国家为本位的公法精神渗透了整个法学领域,而且也因为中国四千年来有明文记载的历史中始终是以刑法为本,根本不存在什么私法精神。我们要发扬私法精神就是要补足历史所缺的这一页。罗马法精神就是私法精神,罗马法精神在中国的复兴也可以说是恢复和发扬人类社会不可缺少的私法精神。

中国正在积极创立现代企业制度,而作为现代企业基本形式的公司的一个重要特征就是“自治企业”。不赋予企业真正独立法人地位,不摆脱政府部门的行政干预和控制,不改变从属于上级行政主管部门的地位,就没有现代企业可言!市场经济必须以权利自主、企业自治、契约自由为它的三块法律基石。公权主要体现为权力,而私权主要体现为权利。我们要论证公法的基础是政治国家,也就是说公权的来源是政治国家的权力,我们要论证私法的基础是市民社会,无非要说明私权的基础是平等市民。从这个意义上可以绝对地说,私法是建构在权利本位基础上的。要承认私法的存在必须承认私法领域中权利是核心,权利是目的,权利是动力。义务只能具有依从地位,任何私法中义务的履行都是为了实现其权利。而权利总是与其主体——人(自然人、法人)分不开的。没有无主体的权利,也没有无权利的主体。权利本位也就是人本位,主体本位。在人法、物法、债法的分类中绝不应忽视人法的基础地位。在市场经济中主体形态的多样化更使我们认识到:不赋予市场经济主体以应有的资格和地位,其他法律的作用就会黯然失色。公法和私法的融合全面地讲应该包含两个内容:一方面,国家干预的面越来越广,绝对不受国家干预的私法领域已经不存在

了。经济法、社会法的出现恰恰是这种融合的典型表现,从这一意义上说是私法公法化了。另一方面,私法精神不断地向公法渗透。私法的自由、平等、人权的精神越来越多地体现在公法领域中。从这一意义上又可以说是公法私法化了。我们不能只强调前者而忽视后者。所以,罗马私法精神的复兴也包括它在公法领域所体现的精神。

### 三、从身份到契约

梅因在他的名著《古代法》中所说的“从身份到契约”是对从古代法到现代法发展过程的高度抽象概括。其实,更准确些说,罗马法自身发展的历史也是一部“从身份到契约”的发展史。梅因在这部著作中还写道:“罗马自然法和市民法主要不同之处在于它对‘个人’的重视,它对人类文明所作最大贡献就在于把个人从古代社会的权威中解放出来。”罗马法的发展历史就是不断地以个人本位代替古代家族本位的历史,摆脱家族权威的束缚而树立个人权利、走向权利平等的历史。罗马社会是一个奴隶社会,本来是权利最不平等,但却产生了最能体现权利平等精神的私法来,其原因在于它的双重性:契约法是自由民之间的平等交易,而以家父权为核心的家族法则充满了不平等。体现自然法精神的万民法则不受家父权这种家族制度的约束,罗马法中市民法与万民法融合的过程,也就是市民法的家庭本位让位于个人本位的过程。正是在这个意义上可以说,罗马法自身就是一个从“身份到契约”的过程。

如果说罗马自然法对人类文明所作最大贡献就在于“把个人从古代社会的权威中解放出来”的话,那么我们今天也可以说,罗马法精神恢复的一个重要标志就是把人(包括个人、法人)从身份地位的不平等中解放出来。这依然是“从身份到契约”的重演。在计划经济体制下,生产者和企业的先天地位是不平等的,不同所有制的企业有着不同的法律调整,享有不同的权利和义务,承受着不

同的政策待遇和社会负担,这无异于新的“身份”和“等级”。市场经济立法应当体现“身份”平等的精神,“身份平等”就是真正的契约精神。

众所周知,罗马法对公法和私法规范的性质有著名的论述:“公法的规范不得由个人之间协议而变更”,而私法的原则是“协议就是法律”(即私法规范可以由私人的协议变更)。提倡私法精神就是要在调整市场经济的法律中,特别是在契约法律中规定一定数量的任意性规范。在计划经济机制下,契约的订立以及其内容均属于公法和强制性规范范围。如果契约法规定的越详尽并且都属于强制性规范,那么就无异于国家在替当事人订立合同,其效果恰恰是走向反面。因此,我们正在制订的统一合同法的一个重要精神就是要恢复任意性规范的一定地位。1992年通过的《海商法》第6章“船舶租用合同”的“一般规定”中明确指出“本章关于出租人和承租人之间权利、义务的规定,仅在船舶租用合同没有约定或者没有不同约定时适用。”这是中国契约法中首次以鲜明的任意性规范形式表示出来的条款,因此具有重要意义。

罗马法有关严格诉讼和善意诉讼的区别正是在契约法和任意性规范基础上产生的。相当多的契约,尤其是诺成契约属于善意诉讼。在发生这些契约纠纷时,不仅凭契约条款,而且还要按善意(诚实)的原则进行给付,因此,审判员可以不拘泥于契约条款的文字,他有一定的“自由裁量权”。而有些契约属于严正诉讼,在发生纠纷时,债务人必须严格按照契约的条款进行给付,审判员也只能严格按契约的约定文字进行判决,他没有“自由裁量权”。这个问题在中国市场经济的今天也仍有现实意义。过去相当长时间内对于契约纠纷,法官的自由裁量权太大,常常不顾协议约定由法官以公平合理为理由而加以改变。今天又有一些法官以严格的执行契约条款为理由,对这些条款中不合理的部分也不敢加以改变。因此,如何把罗马法中解决契约纠纷的两种不同原则在中国司法中加以体现,具有现实意义。



#### 四、从经验到理性

罗马法是法典化的体系,为后世法典编纂的楷模,罗马法的法典编纂及其理论体系是以高度的理性思维为其基础的。马克思在他的《黑格尔法哲学批判》一书中说:“罗马人是独立自主的私有财产的唯一理论者。”“其实是罗马人最先制定了私有财产的权利,抽象的权利,抽象人格权利。”“罗马人主要兴趣是发展和规定那些作为私有财产的抽象关系的关系。”罗马人对私法的贡献就在于他们对私法权利的高度抽象和理论思想。无论古今中外,立法者都要有两个立足点:一个是立足于社会实际,一个是立足于理性抽象偏废、忽略哪一个方面都不行。每一个法律条文都是针对解决现实社会问题而写的,因此它不能脱离实际;另一方面,每一个法律条文又都是行为规范的高度的理性概括的结晶。

罗马法精神中的理性主义首先表现为法典化。法典自身就是高度理性的体现。法国民法典、德国民法典都继承和发扬了这一精神。中国是属于大陆法系国家,社会制度的不同虽然构成了法典化的形式和内容的一些独特之处,但不能否认中国自重视立法的作用以来,其轨迹是沿着法典化的道路前进的。立法是以经验为先导,还是以理性为先导,在中国并不是一个已经完全解决了的问题。“只有经验充足之后才能立法”“立法不能超前”,曾经是不少人振振有词的立法指导思想。在这种思想指导下,1986年的《民法通则》只能按厂长负责制写法人的法定代表人,而无法写入被后来公司法所证明甚为必要的法人机关;只能写进笼统的抵押权,而无法写入被今天起草证明甚为必要的抵押权和质权的分离。其实,我们有理性主义作指导的话,完全可以不必有稍后不久的立法便突破《民法通则》规定的不正常作法。

中国民法的法典化走过了崎岖的道路,50年代和60年代两次法典化立法尝试都以无结果而告终。80年代初开始的第三次