

江平著
by Jiang Ping



To Shout Is My Duty



法学家讲演录
Voice of Jurists

精编版

法律出版社

我所能做的 是呐喊

(第二版)



江平著
by Jiang Ping

我所能做的 是呐喊

(第二版)



法学家讲演录
Voice of Jurists



to shout is my duty

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

我所能做的是呐喊 / 江平著. —2 版. —北京:
法律出版社, 2010. 11
ISBN 978 - 7 - 5118 - 0973 - 5

I. ①我… II. ①江… III. ①民法—中国—文集②商
法—中国—文集 IV. ①D923. 04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 133942 号

我所能做的是呐喊(第二版)

江平著

责任编辑 孙东育
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 787 × 960 毫米 1/16

版本 2010 年 11 月第 2 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 世纪千禧印刷(北京)有限公司

印张 17.5 字数 228 千

印次 2010 年 11 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张宇东

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0973 - 5

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

法学家讲演的意义

民众之争端,公权与私权、私权与私权之冲突,系社会发展常存之现象。对此之解决,或以压制赢得暂时平静,或以强调冲突而使秩序更为混乱。当此,正义与正义感、程序与程序理念、权利救济与权利意识,意义凸显。这些建制与观念,是对构建社会秩序的共识。这种共识愈多,社会秩序之建设便愈和谐无乱。

法学家及其讲演正可谓增进秩序共识的推力之一。社会之发展,秩序之构建,当以法律职业群体之出现为基础。而法学家则为法律职业群体之中坚与先锋,其以饱读法典而学识天下,以公共关切而怀仁民众。法学家授业解惑于学堂,传道普法于四野,其声音或振聋发聩,或细雨霏霏,其演讲沟通庙堂与民间、学府与商界,既关心规则的形成,也关切个案正义与公民尊严。法学家的讲演,不仅是独立之见解与批评,更是充满建设性的公共情怀。法学家的讲演,言辞与形式或“富于激情”,内容却理性毕具。法学家的讲演,强调秩序与和谐、自由与权利、公平与正义,其理念之创新,精神之卓越,或使民主更趋进步,或促社会更尊民权,其意义在于国家更显强盛,人民更为

幸福。

本社推出此“法学家讲演录”，殷殷之情，端在于增进建设社会秩序之共识，端在于为和谐发展增利器，为建制助其力。当此，我们也向勇敢且智慧的法学家致敬，向年轻的法律人致敬，向关心民主法治的公民致敬。这一群作者和读者，是此社会中的理性发光体。

法律出版社 谨识

目 录

第一编

法治及其思想支点

≡≡≡ 三十年法治的轨迹与曲线
003

≡≡≡ 从法律实用主义到法律理念主义——
015 中国 30 年法治进程再思考

≡≡≡ 论我国的司法及宪法改革
037

≡≡≡ 从构建社会权力的大环境中看仲裁事业
049 的发展

第二编

法律人的社会责任

≡≡≡ 律师的思维
061

≡≡≡ 法律职业人的底线
067

≡≡≡ 中国律师的环境与资源
079

第三编

市场经济的法律理念

≡≡≡ 真正的公平是机会平等
093

≡≡≡ 从国企改革到事业单位改革
101

≡≡≡ 金融市场与企业的法制环境
107

≡≡≡ 企业改制中的法律问题
113

≡≡≡ 企业家的“四不”责任
127

第四编

中国民法的发展

≡≡≡ 私有财产权的保护
137

≡≡≡ 《物权法》的理想与现实
143

≡≡≡ 从《物权法》到《土地管理法》的修改
177

≡≡≡ 国有资产流失的法律剖析——对物权法
199 责难的回答

附录

随感

≡≡≡ 法律：制度·方法·理念
213

≡≡≡ 法治和中国传媒的出路
215

访谈

≡≡≡ 我只坐在法律一边
221

≡≡≡
231

呐喊是知识分子的责任

≡≡≡
247

以法治化解社会纠纷

≡≡≡
257

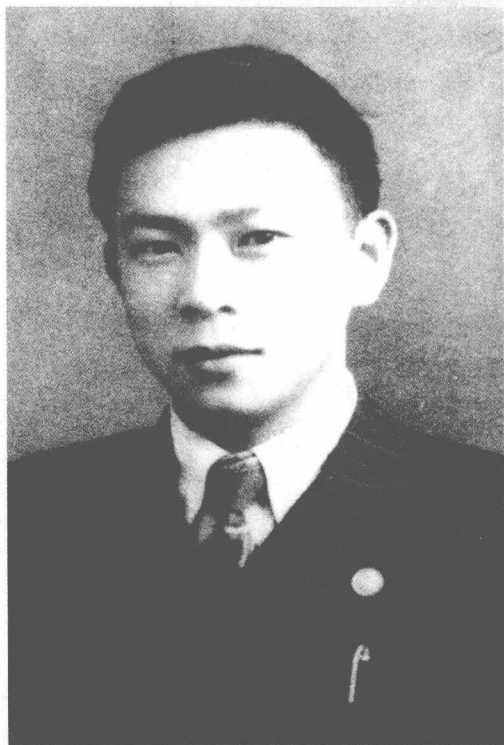
《物权法》是保护私产的重要武器

第一编

法治及其思想 支点

人格最重要的是独立。独立者，不说违心的话，不做违心的事。

江平



法学家讲演录

三十年法治的轨迹与曲线

一、人治和法治

要对30年的法治进程作一个总结的话,我把它归纳为四个轨迹。第一个轨迹是循着人治和法治进行的。

我们国家是长期皇权、专制的国家,皇帝、领袖容易被当作神来崇拜。要破除这种神仙化的思想,必须提倡法治。改革开放一开始必须解决这个问题,这个问题不解决,法律建设一切都无从谈起。

从这个角度来说,邓小平同志的思想就是想谋求一个长治久安的决策。一个国家怎么能够做到相对长治久安呢?从全世界的角度来看,寻求长治久安之策就在于制度的完善,或者是解决制度和人之间的关系,不是人凌驾在制度之上,而是所有人都在制度之下。

从这个意义上说,改革就是从建立制度开始的,就是从限制和解决个人过分庞大的权力开始的。从政治上说就是分权的思想,权力要分制,不能集中在

一个人、一个机构身上。

市场的制度也好,任何其他方面的制度也好,也是要解决这个问题。建立一个国家要靠制度,不是仅仅靠人,制度比人更加重要,制度是决定一切的。法治思想从这个地方开始。

我们可以从制度可靠进一步想到法律的可靠。如果我们要解决好制度和人的关系,第二个就要解决制度和法律的关系,可以说制度就是体现为法律上的规则。法律上建立的规则,应该就是制度稳固的一种体现,只有制度完善了,法律才能完善,或者说只有法律完善了制度才能完善。

改革开放开始的时候,我们提出来的法律完善的口号是什么?四句话,“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”。这是当初的法律思想。现在人们回忆30年前的法律教育,只有7部法律,光靠7部法律能够治国吗?光靠这样松散的东西我们能够建立一套完善的制度吗?所以,我们看到,这条轨迹走下来必然首先需要完善法律制度,所以,那个时候讲的是法制。

我们从没有法律制度到有法律制度,这个过程走了多少年?现在提出来2010年完善社会主义法律体系,也就是说到2010年在立法方面、有法可依方面要得到解决。所以,我们可以说,走了30年,至少有一步我们已经完善了,就是有法可依了,而有法必依、执法必严、违法必究,还需要不断改进。

法治还有一个问题,就是制度的科学性。新中国成立初期也好、改革开放初期也好,究竟什么是法律?你问一个老百姓什么是法律,恐怕什么都可以说是法律。县政府的规定也是法律,某个部门的规章也是法律,人人都可以说这就是法律,连法院判决完也不知道哪个是法律、哪个不是法律。这些年,法律的效力层级逐渐明确了。我们知道什么是宪法,什么是法律,什么是法规,什么是规章,什么是规范性文件了;我们懂得什么是地方立法、行政立法、授权立法、特区立法,逐渐跟国际

接轨了。

二、集权和自治

第二个轨迹就是集权和自治，集权是国家集权，自治就是社会自治。

计划经济时代国家有一个特点，就是国家的权力非常大，强调国家无孔不入的干预，经济生活、教育、医疗都要干预，甚至有一段时间吃饭到哪去吃都要干预，我们把它叫做国家无孔不入的干预。但是我们要看到，我们终究是社会主义，不是国家主义，国家主义跟社会主义是有区别的，社会主义是以社会为本位，国家主义就是一切靠国家强制的手段来干预社会生活。

所以，我们可以看到，改革开放就是要改变成国家不要搞得太强，我不是讲国家富强的那个强，而是国家干预的力度不要太强，要给予社会更多的自治空间。

这样我们就要思考，从历史发展来说、从世界其他国家来说、从我们的封建社会来看，哪些是国家并不太干预的领域？你要犯罪了，国家当然要干预；税收，国家当然要干预。哪些是国家不太干预的呢？我想我们思考一下这个问题就可以看到法治的领域，法律就是国家干预的手段，你要解决好法律究竟在社会中起什么作用，就必须解决好这个问题。这就是我们过去常说的市民社会的概念。

一个自治一个管制，这两个东西的矛盾怎么解决？按照马克思的理论至少有一条，人为了自己的生存需要吃饭、生产、分配、消费，这个领域通常来说由长久自治完成。这些东西即使国家不管，自从有了社会以后人们就会自主完成。当然现在绝不是说国家一点都不管。过去管太多了，外国那时候把中国的计划经济叫“全国就是一个大工厂”，整个由国家决定生产什么、消费什么。所以，这个领域的改变实际上就

是市场调节了,这是必然的。

改革开放的时候曾经争论过一个问题,就是如何能够做到大社会、小政府。当初海南建省的时候就提出了一个报告,海南变成了一个大大社会、小政府。在这个问题上,改革开放实际上就是寻找政府和社会到底是什么关系。究竟是大政府、小社会呢,还是小政府、大社会?

《行政许可法》在通过的时候,国务院法制办讲什么行为必须由政府来许可,讲得非常好,说市场里不见得什么都要政府许可,能够由当事人自己解决的尽量由当事人自己解决,不要许可;当事人自己解决不了的时候尽量用中介组织、社会组织去解决;只有当中介组织、社会组织解决不了的时候,国家才出面许可。

所以,社会中有三种意思:第一个是当事人之间的意思,按照民法叫意思自治;第二个是社会自治;第三个就是国家权力。

改革30年这条红线非常明显,而这条红线在经济方面就是两个主轴,第一个,市场调节,把计划调节变成市场调节,这在30年里面涉及的法律变更就太多了,很多法律都是市场方面的法律。第二个,30年来在这个问题上最重要的突出表现就是国有企业的改制。国有企业改制本质说来就是解决企业和国家的关系。原来的企业名字叫法人,实际上是国家工厂里的一个螺丝钉,国家让你生产这个你就生产这个,让你怎么做你就怎么做,企业没有任何自主权。

我觉得这30年的国有企业改革是了不得的成就。虽然也有一些国有财产的流失,但绝不能说国有企业的改革就是国有财产的流失。国有企业改革就是增加流通,流通就可能有流失,但是流通也可能增值,流通也可能产生更大的利益。深圳的国有企业改革以后,增值非常快。如果我们比较苏联瓦解的时候,可以看到我们做得比较稳当,我们并没有把国有企业按照股份卖掉。

但是国有企业怎么改革、怎么能有更大的自主权呢?开始的时候很多人不主张产权改制,先有自主的销售权、定价权,然后实现了承包

制,后来承包也不行了,最后确定了股份制。从这个过程,我们可以看出来,企业自治在经济领域里面是社会自治的最主要的环节。我们终究解决了政企不分和政资不分的问题。

自治某种意义上就是自由,但同时还有一个问题就是秩序。西方国家很多学者讲了自由和秩序,这是市场、社会的两大矛盾。每个人都想有自由,但是也要有秩序,没有秩序的自由是不行的,没有秩序的自由是无政府主义,没有自由的秩序是独裁。

所以,我们既不能要没有秩序的自由,也不能要没有自由的秩序,在这个里面,政府扮演什么角色?如何做好?我讲课的时候一再讲,市场里面的自由就是三大自由:财产自由、交易自由、营业自由。财产自由,《物权法》写得很清楚;交易自由,《合同法》写得很清楚;营业自由,《公司法》写得很清楚。

我们在法律上逐渐使得自由的制度完善了。但是现在市场的秩序也好、社会的秩序也好,已经到了很严峻的地步。我有一次开会,和中小企业协会的主席,原来是深圳市领导交谈的时候,他说国际上有一个市场秩序的排名,中国经济的发展速度全世界都承认是数一数二的,但是中国在国际市场上秩序的排名却非常靠后。

这是我们政府的职能所在。政府的职能不是去垄断资源,而是应该给予市场和社会安全感。如果在社会上没有安全感,我的人身就没有安全感;我在市场里没有安全感,到时候会导致信誉的失衡。

不久前参加了北大博士后论坛,厉以宁教授参加了谈话,吴敬琏教授也提出了这个问题,市场经济改革到今天,最重要的是政府职能的改变,仍然是政府对市场控制过多。我想这个问题应该引起注意。

三、私权和公权

改革 30 年循着的第三个轨迹就是私权和公权的相互关系。

我们国家从历史来看是一个缺少私权传统的国家,我们的封建社会是专制的封建社会。在座学过一点法律的都知道,罗马国家以罗马法著称,罗马法以罗马私法著称。罗马一个著名的法学家跟我说,现在有一位学者出了一本书叫《罗马宪法》。我说罗马哪有宪法?他说不是现代意义上的宪法,而是那个时候意义上的宪法。私法保护公民的民事权益,主要是财产权益,所谓的罗马宪法是国家保障公民的政治权利,它有保民官。

要从这样一个角度来看,在它的制度里老百姓的利益、公民的利益仍然占据很重要的位置。我们国家私权的发展是极其微弱的。改革开放就是从扩大私权开始,从增强公民的私权意识、权利意识开始,从加强对于私权的保护入手。这一条轨迹具体说来,就是从私营企业到私人财产到私人权利,这是主线。

长期以来,我们认为公和私的关系里面,公是一切,不仅公是目的,而且任何私的东西都是可耻的,从意识形态来说是应该予以打倒的。那时的意识形态是“斗私批修”,财产制也是万恶之源。但是一个国家没有私的权利保障能兴旺吗?一个国家不承认私人才能,这个国家能够有一个真正富裕、强大的政治基础吗?我们改革开放懂得了这个道理,要想国家强大必须丰富私人财产、保障私人利益。

涉及私人企业的地位和私人财产的保护,也是写进《宪法》里面的。《物权法》也是为了解决这个问题,甚至农村集体的土地也是“私”,是广义上的私,征收私人的财产和集体财产都应该遵守法定的程序。所以,我们如何保护农村集体的土地,如何保护每一个农村土地承包户的利益,如何保护农村每一个宅基地和房屋的利益,如何保护每个企业、法人的利益,本质上来说都是私权保护的核心问题。

改革开放30年来,私权和公权的冲突在不同领域都有表现。征地的时候,给农民的补偿够不够?城市里要修路、改造、拆迁,补偿多少?

所以,我们应该看到中国社会仍然有很多不稳定的东西,现在比较