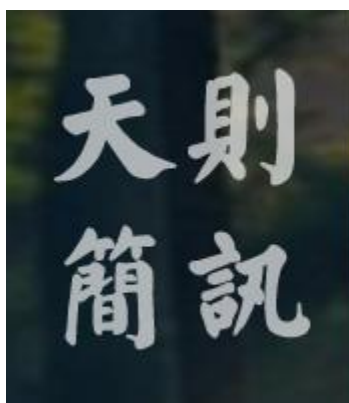




2018 年 08 月天則簡訊

[天則觀點](#)

[天則活動](#)

[天則消息](#)

[天則研究](#)

[未來活動](#)

[天則圖書](#)

網站鏈接

[天則網](#)

[中評網](#)

訂閱

訂閱天則簡訊，請發郵件

unirule@unirule.org

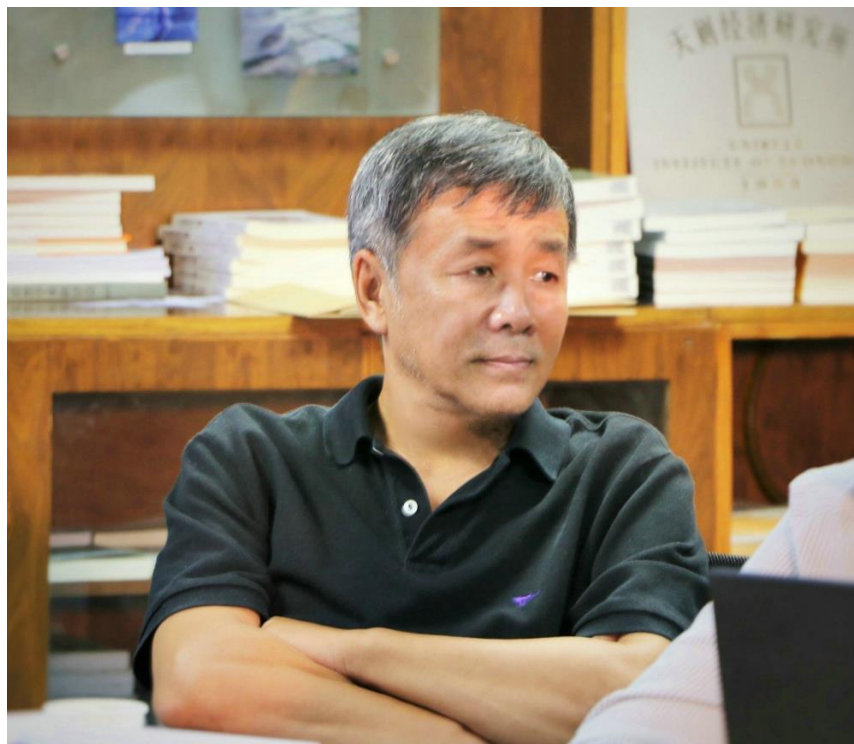
Unirule

“天則”語出《詩經》“天生烝民，有物有則”，取意為“合乎天道自然之制度規則”，其中的“制度”既包括企業、市場等經濟制度，也包括政治、文化制度。

天則經濟研究所由經濟學家茅于軾、張曙光、盛洪、樊綱、唐壽寧與北京大象文化有限公司共同發起，於 1993 年 7 月創立。茅于軾為榮譽理事長，現任理事長為吳思，所長為盛洪，代理副所長

天則觀點

盛 洪：從中國製造到中國市場



美國人對《中國製造 2025 》很有意見，讓中國朝野有點始料不及。其實，這個文件是無數個類似文件中的一個。這種“類似文件”是指，看起來很漂亮，但基本上不會落實；有些文件一旦落實，不僅沒有好處，還會帶來浪費甚至災難。中國民間早已習慣了，沒把它當回事。只有尋租集團可能會摩拳擦掌。

但美國人把它當回事。為什麼？這其實是在夸奖中國人。因為中國人在世界市場上的競爭力著實讓人害怕。自 2001 年中國加入 WTO，中國在國際貿易中就一直保持順差，而且越戰越勇。美國人一向自視甚高，他們實際上並不害怕貿易赤字，因為這樣就可以將美元賣出，但他們不願意面對一年 2000 多億美元（他們說 3000 多億美元）的貿易逆差。這似乎在說，他

蒋豪。

天则经济研究所作为中国最有影响力的民间智库，其宗旨是支持和推进经济学理论和前沿性社会经济问题的高质量研究，为中国的改革实践提供制度创新的解决方案。

地址：北京市海淀区西八里庄路
瑞新里小区四号楼二单元
101/102 室

电话：8610-88114520

传真：8610-88114520

们在市场中竞争不过中国人。一旦出现这种情况，他们就会找原因。一个原因就是竞争的“不公平”。

中国做得确实有点“不公平”。因为有高额政府补贴，如中国有科研基金制度。2016 年，中国财政的科技经费支出高达 6564 亿元。不过这个制度貌似在推进中国的科技创新，其实没起什么作用。主要的作用，就是以一个高尚的、动听的名义分钱。早就有人说，科研基金就是唐僧肉。真正推动中国科技创新的制度是知识产权制度。具体的分析我将会在另一篇文章中详细阐述。现在谈另一方面的事情，这就是，给了美国人口以实，说中国的竞争不公平。美国人也许并不知道，中国的科研基金制度并不会在知识产权制度上锦上添花，却可能釜底抽薪。因为它把人们的注意力从真正的创新转移到了寻租游戏；并挤走了大量本该进入科技市场的资金。也许他们知道却故意不说。这不怪他们。在市场经济规则下，“政府补贴”就是政治不正确。

回头再讲“中国制造”。这个词有什么问题吗？倒退到 2001 年，这个词没有错。那时中国只是一个“小国”。为什么是小国？因为当时中国的 GDP 占全球的比重只有 4.1%。当年中国加入 WTO，只是一个世界市场舞台上的一个新生。一个小国，一个新生，努力在世界市场的博弈中有更好表现，甚至采取了一些违规动作，无可厚非。因为按发展经济学，后进国家因为没有现代工业，缺少竞争力，如果仅按公平的市场规则，它们就永远是非工业国。所以在贸易中，领先国家会对后进国家放宽某些条件，如允许后者有不对称的关税水平。在 WTO 的框架内，也明确规定了对发展中国家的某种优惠和照顾。如一定程度上允许发展中国家政府对产业的补贴，允许这些国家对进口的数量限制，发达国家单方面提供优惠关税和降低壁垒等等。

但在 15 年后，中国已经不是小国了，而是世界舞台上的庞然大物。经济总量位列世界第二，占世界经济的份额达到 15%。在这时，“中国制造 2025”所蕴含的意味，就显得有些问题。因为这还是小国思维，不遗余力地要加速中国制造业的升级，进一步挤占世界市场。在这时，已经承受中国巨大竞争力的外国企业应该会感到焦虑。即使是美国这样一个世界最大经济体、技术领先国家，也感到了不安。这已经说明了问题。美国人公然对“中国制造 2025”提出质疑，要求中国取消这一政策，似乎是对中国内政的严重干涉。其实不然。中国的今天，如果再适用 WTO 对发展中国家的优惠，似乎说不过去，所以那些在 21 世纪初还能容忍的政府补贴在今天就变得不合时宜。因而，“中国制造 2025”提出的对制造业技术升级进行政府补贴的做法，就违反了公平的贸易原则。

天则图书



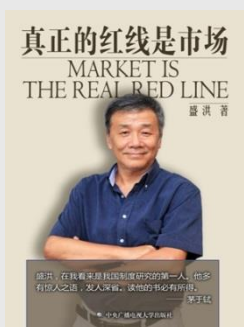
中国问题的经济学
张曙光著



士志于道(从经济价值到道德
价值)
盛洪著



规则与繁荣
冯兴元 / 著

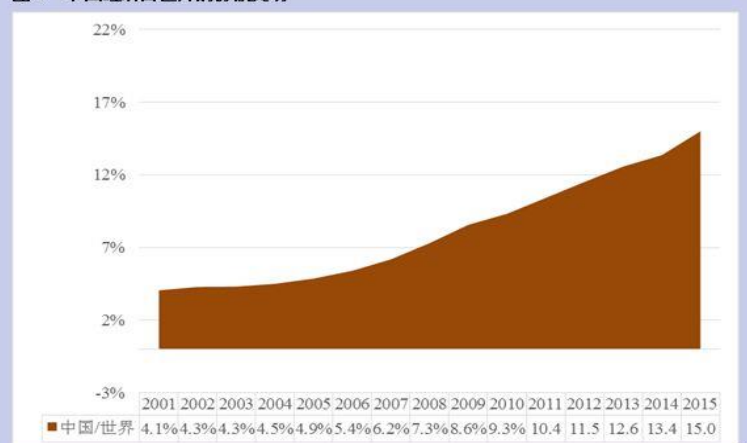


真正的红线是市场
盛洪 / 著



2011 年中国
企业资本自由研究报告
冯兴元、毛寿龙 / 著

图 1 中国经济占世界的份额变动



数据来源：世界银行。

那么，“大国思维”应该是什么样的？一个世界领先的大国就应该开始考虑其它国家的利益，就像一个大哥要照顾小兄弟一样。大国就不能只想着挤占更大份额的市场，而是要想着与其它国家分享市场。回顾一下近代以来的大国，我们发现，它们并不是在贸易上雄霸全球，而经常有着持续的贸易逆差。如英国。我记得看过一个英国在十八九世纪的贸易差额表，令我惊讶的是，与一般的预期相反，在英帝国最鼎盛时期，有着持续的贸易逆差。这张表我现在一时找不到了，不过有确凿的数字表明，自 1924 年至 1936 年英国的贸易是赤字（见下表）。而美国，自从二十世纪 70 年代以后，就是持续的贸易逆差（见下图）。这是为什么呢？当一个国家走到世界巅峰位置，它就是一个最大的市场。它一方面享有着经济、政治和军事上的优势，同时也要对这个世界有所回报。这个回报就是要带动整个世界。这就包括将自己这个世界上最大的市场同其它国家分享。



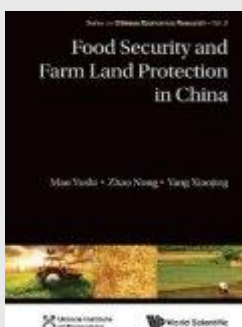
科斯与中国
张曙光、盛洪/ 主编



中国人的焦虑从哪里来
茅于軾/著



人文经济学：不用数学的经济学
茅于軾/著



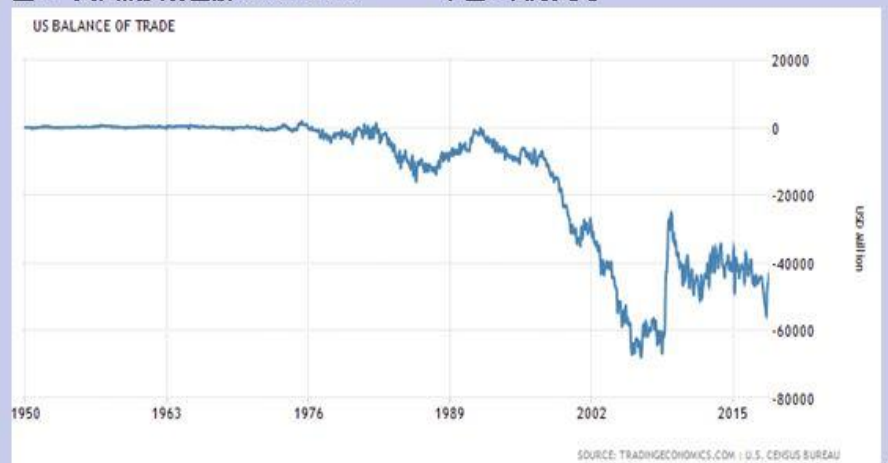
Food Security and Farm

表1 英国的贸易逆差（1924-1936）

年 份	輸入值(已除去再輸出額)				英 貨 輸 出			
	報關額 千英鎊	按一九三〇年市價計算 千英鎊	指 數 (1930=100)		報關額 千英鎊	按一九三〇年市價計算 千英鎊	指 數 (1930=100)	
			平均價值	數量			平均價值	數量
1924	1,137,469	869,930	130.8	90.9	800,967	662,263	120.9	116.0
1930	957,140	957,140	100.0	100.0	570,755	570,755	100.0	100.0
1931	797,385	984,390	81.0	102.8	390,622	436,763	89.4	76.5
1932	650,649	864,499	75.3	90.3	365,024	438,363	83.3	76.8
1933	625,935	877,653	71.3	91.7	367,909	449,464	81.9	78.7
1934	680,171	927,696	73.3	96.9	395,986	481,690	82.2	84.4
1935	700,738	940,613	74.5	98.3	425,834	518,383	82.1	90.8
1936	786,982	1,005,506	78.3	105.1	440,605	531,266	82.9	3.1

数据来源：F Bbehan,《保护贸易下之英国》，正中书局，1947，227 页。

图1 美国的贸易差额（1950-2017） 单位：百万美元



数据来源：<https://tradingeconomics.com/united-states/balance-of-trade>

中国的经济总量是世界第二，是大多数商品和服务的第一大市场。为什么？因为中国人最多。在人均收入达到中等水平以上，再增加收入时，人们不会再增加基本消费品的消费数量，如不会一天吃十顿饭，一家买十个电视机，而会购买更贵重的奢侈品。因此，在大多数商品市场中，人数的因素比人均收入的因素更重要。即使是汽车这种贵重的商品，由于具有很强的实用性，被很多人看作是必需品，因而中国的汽车市场是世界上最大的汽车市场。除了房地产市场，武器市场，和其它一些奢侈品市场外，中国就是世界上最大的市场。如果中国守着世界上最大的

Land Protection in China
茅于軾、赵农、杨小静/著



中国民营企业
生存环境报告
冯兴元、何广文/著



博弈：地权的细分、
实施和保护
张曙光/著



长城与科斯定理
盛洪/著

市场不放，还要挤占更多别国的市场，就显然不是大国思维。

中国是人数上的最大国家，还意味着中国在贸易上的优势。这我称之为“巨国效应”。这个概念是从克鲁格曼的新贸易理论推导而来的。克鲁格曼将传统贸易理论的假设之一，规模报酬不变，改成了规模报酬递增，就发生了一场理论革命。在这个新假设下，国家的规模就会起作用。当其它条件相同时，一个较大国家会在自由贸易下优于一个较小国家。这是因为，较大的国家就有较大的市场，较大的市场就会培育较大的企业规模，较大的产业规模，和整个国家的较大的产业间配套规模。这都会使产品的平均成本下降。再向外国出口，就具有竞争优势。而中国不仅是“较大”，而且是“最大”，克鲁格曼的理论也就会推向极致。

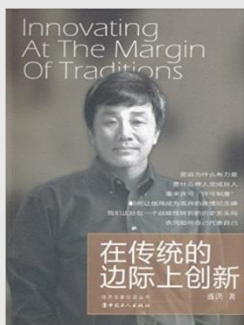
具体看数字。2016年中国的汽车、大家电、计算机和手机的产量都在世界上遥遥领先。其中手机的产量几乎是天文数字，达18亿部之多（见下表）。这样的巨额产量，会给中国带来巨国效应，在国际贸易中带来额外的优势。所以尽管中国产业在技术和管理上还与领先国家有差距，但在国家规模上得到了弥补，甚至还有多余的优势。下表还显示，这些产品的巨大产量，首先归功于巨大的国内市场，以此为基础，向国外输出。而出口量一般最多不到产量的60%。

表2 中国重要贵重消费品的产量和出口量(2016) 单位：万台(辆)								
	汽车	家用电 冰箱	房间空 气调节 器	家用洗 衣机	家用吸 尘器	移动通 信手持 机	微型计 算机设 备	彩色电 视机
产量	2812	8482	14342	7621	8766	184846	29009	15770
出口	581	4433	4273	2249		107739		8064

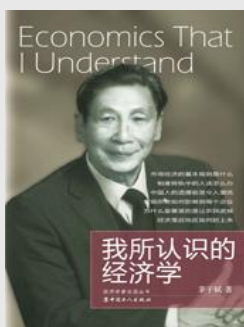
数据来源：产量数据来源于国家统计局。出口数据，汽车根据国家统计局数据计算；电冰箱，洗衣机，电视机来源于云中鹤“销量大技术含量低！2016年中国家电出口统计数据出炉”，（不包括港澳台地区），载《驱动中国》，<http://www.qudong.com/article/392705.shtml>；手机数据根据小伊琳“2016年10月中国手机出口市场分析”数据估计，载《电子工程网》，2016年12月2日，<http://ee.ofweek.com/2016-12/ART-8420-2800-30074310.html>。

因而，中国的巨国优势不仅保证了中国在国际贸易中的长期优势，而且也为中国走向“中国市场”提供了条件，即中国可以对某些较小、较弱国家实行单边自由贸易。即无论该国是否实行自由贸易，中国都将采取自由贸易政策。对其它国家，至少可以实行对等的零关税。对于中国的国际战略而言，这一分享市场的做法对其它国家和中国来讲，其带来的好处都可能远超“一带一路”战略，因为后者有着很高的投资风险，也由于借重于国有企业的投资和经营，还会将国企的弊端放大到世界范围，最终可能会产生债务违约甚至政治危机，反过来殃及国内。而分享市场的做法才真正帮助了更大范围的国家，它们的企业要在适度优惠的贸易政策下，在中国市场进行真正的竞争，只有得到中国消费者的青睐，才能分享这个市场，这同时又是有效率的。

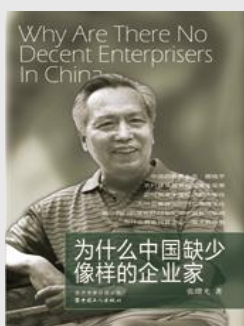
最后，不要以为，中国若让各国分享市场，就是“吃亏了”。实际上，大国有“大国模式”。仔细看一下，称霸时的英国和现在的美国，它们吃亏了吗？实际上，在老大分享商品市场的时候，它在金融市场上大赚其钱。我们可以把美国的贸易逆差看成是一种金融服务，即美国用贸易逆差的方式发行美元，而美元只是美国政府的一种金融创制，它的物理材料只是纸，甚至连纸都不是，只是电子符号，成本极低，但由于得到了企业或个人的信任，同时可以用来进行国际经济活动中的支付，计价，以及储备，起着一种有效货币的作用，所以就被认为有独立的价值。



在传统的边际上创新
盛洪/著



我所认识的经济学
茅于軾/著



为什么中国缺少像样的企业家
张曙光/著



中国的粮食安全靠什么？

货币是一种最好的商品。不是所有的人都需要某种特定的商品，但是没有人不想要货币。因此，算上美元，美国并没有贸易逆差，却有更高的利润率。

人们早就注意到铸币税的概念。古代的货币多是金属货币。货币价值就是用金属的重量来衡量。如著名的汉代五铢钱，铢是重量单位，大概 24 铢为一两，所以不能缺斤少两；但是古代的王朝发现，可以改变金属成色。用较贱的金属替代较贵的金属形成的铜合金的成本就会低一些。于是发行货币就有赚头了。在现在这个纸币时代，铸币税就更多了。美国的贸易逆差，就等于向全世界发行货币，其赚得的铸币税，如果按广义成本 20% 计，美国 2017 年的 5660 亿美元的贸易逆差，相当于赚了 4528 亿美元的铸币税。所以像美国这种大国模式的、有逆差的贸易，实际上是更赚钱的贸易。

即使是失去帝国实力和尊荣的英国，也因金融业的发达而能接受持续贸易逆差的模式。自二十世纪 90 年代开始，英国就经历了持续的商品贸易逆差；2000 年以后，贸易逆差持续扩大（见图 2）。但英国的金融服务却保持着高额的贸易顺差，到 2016 年竟达 510 亿英镑。见图 3。金融服务等英国服务业的贸易顺差，再加上金融账户的资本流入，使得国际收支基本平衡。

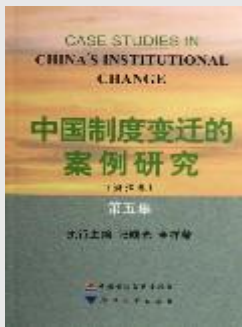
图 2 英国的商品贸易差额（2008-2018） 单位：百万英镑



数据来源：

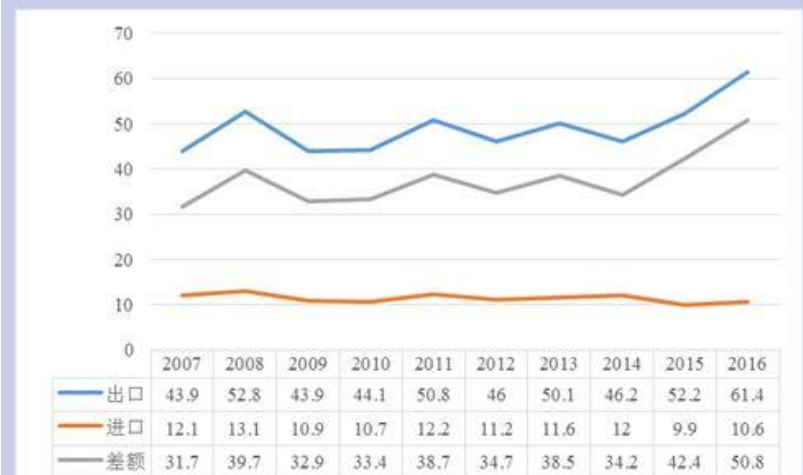
<https://www.ceicdata.com/zh-hans/united-kingdom/bpm6-balance-of-payments/bop-ca-trade-good>

茅于軾、赵农著



中国制度变迁的案例研究

图3 英国的金融服务贸易（2007~2016） 单位：十亿英镑



数据来源：<http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN06193/SN06193.pdf>

对于中国来说，要从小国思维转向大国思维，要从小国模式转向大国模式。不能再狭隘地认为只有更多地挤占世界的商品市场才是在创造财富。更重要的是，这也许不是一种可有可无的选择。当一个国家崛起，从小国变成大国，就不得不选择这样的转型。一个企业似乎可以赢者通吃，因为这只是一个或一类产品或服务的事情；一个国家不可以赢者通吃，如果可以，别的国家就没了吃了。因此，通过产品的出口走向世界巅峰的国家，如果持续地奉行小国模式，到头来就要处于与其它国家对立的境地，因而转向金融服务或其它服务就是一个可行的方向。一方面可以避免与其它国家在产品市场上的竞争，从而以产品市场作为与其它国家分享的蛋糕；一方面又进入了一个更为复杂和难以进入的产业，保证该国的长期利益。当然，也许还有其它更高明的模式，但就目前我们已知的模式，这种大国模式是可行的。

但要实现这一转型也不容易。关键在于，金融体系是更为制度依赖型、契约密集型和信息密集型的产业。那些在生产产品时还不太显现的问题，在金融领域中会变得相当严重。如果不保护产权，金融产品的安全受到威胁，将会产生严重的不信任，这种不信任会迅速蔓延，从而压低金融产品的价格以致使其亏损；如果有政府补贴，金融产品的价格扭曲将会带来更大的金融风险和金融市场的不平衡；如果有垄断，如中国现在的垄断利差比竞争性价格高出 25~66%，则会吓跑外国需求者；如果有频繁的对市场的干预，就没有自发形成的公正的交易秩序和价格体系。如果金融服务要向世界市场输出，就不能由一国政府完全操控，而要在国际竞争中获得优势。因而，所谓转型，实际上是制度演进；所谓中国市场，实际上需要有更为遵循市场规则的中国制度。

然而，中国能否建立起一个让人信赖的金融体系，中国能否让人民币成为世界货币，还是个疑问。上述的几个问题，产权缺乏保护，政府补贴，垄断，以及政府对市场的直接干预，都是中国当下存在的严重且不易克服的问题，甚至是现在所谓的“中国模式”的固有部分。粗略说来，尽管中共中央于 2016 年就发布了平等保护产权的文件，但在实际上产权越来越不安全了，小到街头早点摊，大到阿里巴巴，其产权都不能得到有效保护。一些地方政府为了不太重要的行政目标，如整顿市容，或安全排查，一分钟就可以将经营了十几年的早点摊关掉。最近的北京市政府的所谓“减量发展”，又一次威胁着在北京市郊谋生的人们的产权。

人们在支付宝购买的金融产品，不知为何就突然没有了。其实这种经营权也是一种产权，是互联网时代发展出的虚拟世界的产权，对这种产权的不尊重，等同于对实体产权的不尊重。如网络信息服务的经营权，这包括在网上运营的商业性账号、甚至包括一个微博或微信公众号，其关注人群或粉丝群都是可以营利的客户基础；这个服务账号所能获得信息的自由流动性，潜在客户达到这一商业性账号的可通连性，等等，都是其产权的重要组成部分。而在中国这类产权还没有被视为产权，行政部门可以不经正当的法律程序，任意关闭一个商业性经营账号，一个直播账号，一个网站，一个微博，一个微信公号，而不在乎这侵害了人的财产权利，在网络上经营的权利。相对于其它领域，金融领域的交易主要是数字交易，它更借重于互联网和计算机技术，它对信息的实时性要以秒计，如果不能尊重和保护网络上的虚拟产权，阻碍互联网的信息自由流动，就根本不可能在金融服务领域中战胜竞争者，而吸引大量外国客户。

而政府对国有企业的补贴，似乎已被国企利益集团看成是自己的固有利益，取消补贴将会遭到它们顽强的对抗。垄断权也是如此。另一方面，交易秩序更是令人担忧。最近的假疫苗事件揭示，一方面用政府权力保护假疫苗的销售，另一方面又将真疫苗说成是假疫苗加以打击，直接破坏交易秩序的就是政府行政部门。在这时，人们很难相信，交易秩序是公正的。2015 年的股灾，也是一次史上罕见的金融操纵事件。一些投机大鳄利用银行资金撬动价格，证券价格在几天内可以在 8% 的幅度上上下下震荡，却没有得到任何惩罚。这不是有公正规则的市场。所有这些问题的根源，就在于中国现在越来越缺乏对行政权力的有效约束。缺少这一条件，对上述各项要点的强调都没有意义。如此看来，中国离大国模式还很遥远。

所以，所谓大国模式就不仅是让大家分享本国市场，而且是自己首先要建立起真正的保护产权和维护公正秩序的制度规则来，而这又离不开建立起约束权力的宪政结构。这样才能持续本国的发展，也才能吸引外国人对本国金融资产的需求。否则，就无法实现从小国模式到大国模式的转型。而如果不完成这个转型，中国将会在小国模式的竞争中越来越与其它国家产生紧张和对立，也越来越会受到其它国家的反弹，最终在小国模式的泥潭中不能自拔。中国正处在这个应该转型的过程中。只是中国自己的行政部门并没有意识到这一点，还延续着小国思维。美国对“中国制造 2025 ”的指责实际上是对中国的有益警醒。这是一件好事情，促使中国想一想，应该转型了。如果拒绝这一提醒，中国也许永远不可能从小国模式转型为大国模式，她走向巅峰的道路将会中断。

当然，转型是一个漫长的过程。英国和美国都经历了相当长的时间才完成这一转型。尤其是英国，在早期还是一个依赖于暴力优势的帝国。中国不可能一下子变成一个贸易逆差国，但可以逐渐减少中国的贸易顺差，中期目标是实现贸易平衡。这实际上等于在向世界逐步开放自己的市场。这也不意味着中国不再在制造业领域中努力，而只是不要进行大额政府补贴，而民间企业还会世界商品市场上显示力量。在这一过程中，通过真正的制度变革，有效地约束行政权力，使中国逐渐加强对产权的有效保护，包括对虚拟产权的保护，取消对国有企业的补贴，打破垄断，并迫使政府行政部门不去干预市场。只有这样，中国的金融服务才能真正强大起来，让其它国家的企业和公民相信中国市场的安全和公正，相信人民币，中国才能最终完成向大国模式的转型。

有趣的是，美国指责“中国制造”，又要求减少贸易逆差，也就等于要减少美元的出口，这似乎像是一个退出大国模式的序幕。也许许多年以后，人们还会惊叹特朗普总统的超凡的直觉。他“逼着”中国走向大国模式，又自觉地让美国退出大国模式。如果中国逐渐完成向大国模式的转型，而美国又在逐渐退出、至少是部分退出大国模式，不就完成了一个美国与中国的平稳交接。

历史会是这样的吗？

【盛洪 天则经济研究所所长，山东大学教授。本文 2018 年 8 月 9 日 FT 中文网与中评网同步首发】

最新动态-

“封门事件”始末【8 月 20 日更新】

最新情况：

7 月 16 日，因办公室被锁，我司在某地召开工作例会。

7 月 18 日，爱家营公司给我司负责人来微信说“你们东西明天给你们清理”，我司以“不要以身试法，希望和平谈判”（见附件十一）的警告信回应。

7 月 19 日早上，我司负责人到附近派出所报警。慑于法律的威力，爱家营公司这一天没敢动手。

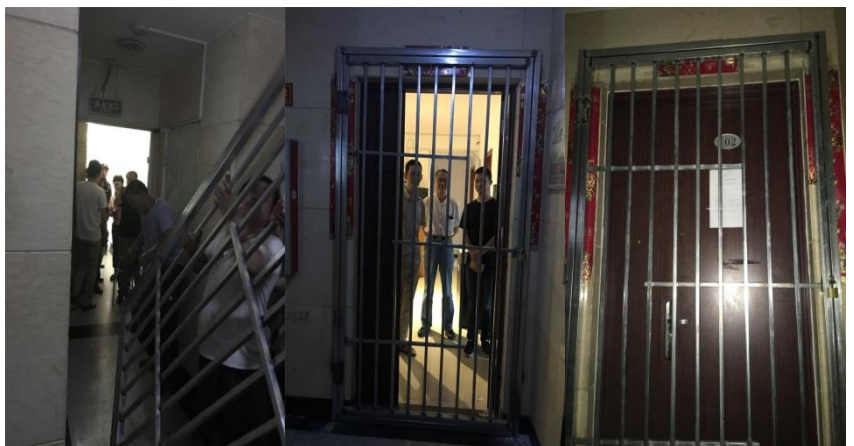
7 月 31 日，我司负责人写信给习近平先生，反映封门事件。

8 月 6 日，国家信访局就我给习的信回信，强调“依法应当通过诉讼途径解决”。

8 月 7 日，我司以抢劫罪报警（见附件十二）。

8 月 10 日，我司办公室被非法封门一个月整。

8 月 20 日，我司进驻新“家”；我们将与中介公司谈判解除合同事宜。



我司于 2017 年 10 月 11 日与房屋中介爱家营公司签订了租房合同，租用瑞新里 4 号楼 2 单元 101 室和 102 室，租期三年。在《补充协议》（附件一）中规定，该房屋“用于办公使用”。

但租用没有多久，爱家营公司就开始要求我们搬走。2018 年 3 月 16 日，该公司转来房东的《工作联系函》（附件二），要求我们搬走。3 月 26 日，我们给爱家营公司复函（附件三），指出他们没有单方面中止合同的权利。

4 月 16 日，爱家营公司再次来函要求我们搬走，我们回函驳斥了它的无理要求。

6 月 26 日，爱家营公司送来《告知函》（附件四）。威胁我司要“断水断电”，并威胁将我司的室内财产视为“抛弃”之物。我司在《关于告知函的复函》（附件五）中指出，如果双方对合同有争议，可请法院裁决。

7 月 2 日，我司为此向法院提起了诉讼。

7 月 3 日，我司就该公司的威胁报了警。

7 月 5 日，爱家营公司派人到我司来，威胁第二天就派人到我司所在房屋断水断电和换锁。

7 月 9 日，爱家营公司派人并携同其他人到我司来，再次威胁第二天要断水断电和换锁。

7 月 10 日上午，我司为避免事件恶化作了最后努力。我司再次致函爱家营公司（见附件七），劝告它走法治的道路，积极应诉，服从法院判决，不要采取过激行动。

我司印制了“你的行为将会触犯宪法和法律”的警告书（见附件六），贴在门上，并准备给前来实施断水断电和撬锁换锁的人事先阅读。

7 月 10 日下午四点半左右，一群工人扛着铁门来到我司办公室门口，用电焊将铁栅栏门焊上，并用锁锁上，将我司员工锁在办公室内（见后面图片）。随后又断了电。我司随即报警。警察来后，我司员工才得以出门。警察并警告对方不得再锁门。

我司负责人到派出所对方触犯“非法拘禁罪”和“破坏生产经营罪”正式报警。

7 月 11 日，我司员工上班时，发现铁栅栏门被锁着。我们向中介公司要钥匙，后者推托说在房东或物业那里，后两者也说在别人那里。爱家营公司技术性地破坏了我司一天的工作运营。

7 月 11 日下午，我司组织的“云豹沙龙：人工智能与道德风险”被迫易地召开。

7 月 12 日，我司再次就办公室门被锁向公安局报警。

7 月 13 日，我司组织的天则双周学术论坛，主题为“用网络解释网络”被迫易地召开。

7 月 14 日上午，收到爱家营公司的《告知函》（附件八），函中承认与我司的租房合同包括主合同和《补充协议》，否定了它要解除合同的理由，即我司违约将房屋用于办公。但却威胁

我司在 15 日前与该公司联系并将屋内家具和设备搬出，否则认为被我司“抛弃”。

7 月 14 日下午，我司对该《告知函》发出复函（附件九），指出该函的自相矛盾之处，并警告该公司不要触犯法律。

7 月 15 日上午，我司负责人到恩济庄派出所取报警处理结果，派出所口头告诉“不立案”。

7 月 15 日下午，我司向北京市公安局和海淀分局发出书面报警（附件十）。并要求警方责令爱家营公司拆除铁门。

7 月 16 日，因办公室被锁，我司在某地召开工作例会。

7 月 18 日，爱家营公司给我司负责人来微信说“你们东西明天给你们清理”，我司以“不要以身试法，希望和平谈判”（见附件十一）的警告信回应。

7 月 19 日早上，我司负责人到附近派出所报警。慑于法律的威力，爱家营公司这一天没敢动手。

7 月 23 日，因办公室继续被锁，我司在某地召开工作例会。

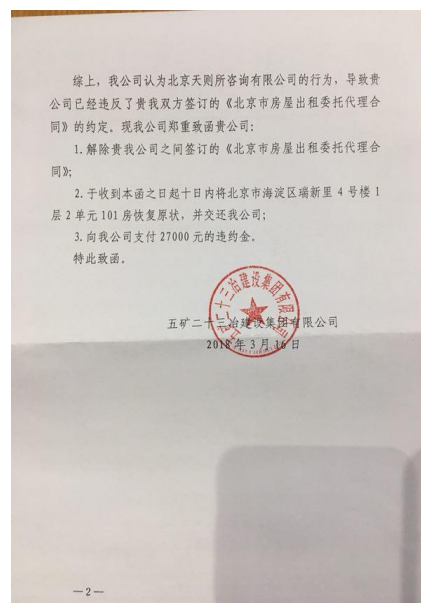
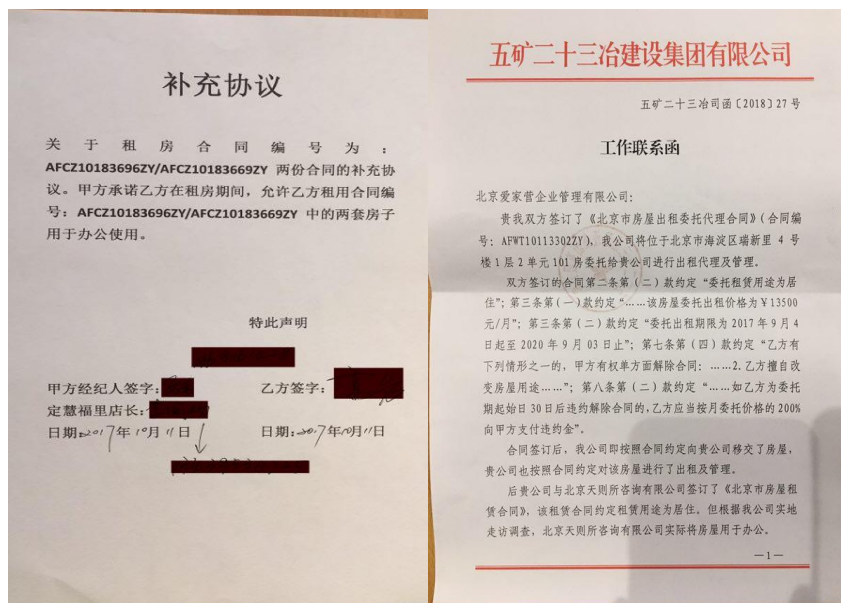
7 月 31 日，我司负责人写信给习近平先生，反映封门事件。

8 月 6 日，国家信访局就我给习的信回信，强调“依法应当通过诉讼途径解决”。

8 月 7 日，我司以抢劫罪报警（见附件十二）。

8 月 10 日，我司办公室被非法封门一个月整。

8 月 20 日，我司进驻新“家”；我们将与中介公司谈判解除合同事宜。



(由左至右附件 1-3)

关于北京爱家营企业管理有限公司转《工作联系函》的复函

北京爱家营企业管理有限公司：

贵公司转交给我的公司的《工作联系函》，是五矿二十三冶建设集团有限公司（以下简称五矿建设公司）发给贵公司的函，与我公司没有直接的法律关系，我公司本来有权不予回复。为了对作为房东的贵公司和五矿建设公司表示尊重，根据事实和法律规定，我公司回复如下：

一、根据《中华人民共和国合同法》第四百零二条规定，受托人与第三人签订的合同“直接约束委托人和第三人”。委托人与贵公司的《工作联系函》是你们双方自己的事情，不会改变贵我双方合同的约束。贵公司和五矿建设公

司之间是否存在违约关系，与我公司没有法律关系，并不影响我公司承租房屋。望你们双方自己妥善处理。

二、无论是我公司与贵公司两方签订的《北京市房屋租赁合同》（合同编号：**AFCZ10183669ZY**），还是我公司与贵公司代理五矿建设公司和北京我爱我家房地产经纪有限公司三（四）方签订的《北京市房屋租赁合同》（合同编号：**AFCZ10183669ZY**），我公司明显是单位承租人，表明合同中的房屋是用于办公的，不是用于居住的。

三、合同方于签订《北京市房屋租赁合同》（合同编号：**AFCZ10183669ZY**）的同一天签订了《补充协议》，明确约定承租的两套房子用于办公使用。

四、我公司有充分的证据证明，合同各方签订合同之前协商后，一致同意我公司承租的两套房子用于办公使用。否则，该合同就不会存在。贵公司作为专业的、负责任的中介公司，不会在明知该房屋不能用于办公，而隐瞒下来不告知我公司，诱骗我们签约；我公司的目的就是租用办公用房，也不会明知该房屋不能用于办公，而签订不符合我们租用目的的合同。贵我双方都是平等的市场主体，贵公司也不可能强迫我公司签约。

五、贵公司与五矿建设公司之间是代理关系，在签订《北京市房屋租赁合同》（合同编号：**AFCZ10183669ZY**）时，贵公司和五矿建设公司都应当知道我公司承租的两套房子用于办公使用。

六、北京我爱我家房地产经纪有限公司是签订《北京市房屋租赁合同》的专业居间人，认定我公司承租的两套房子用于办公使用不存在任何问题。

七、我公司与贵公司和五矿建设公司之间的房屋租赁关系，受《中华人民共和国合同法》的保护。第八条规定：“依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。”

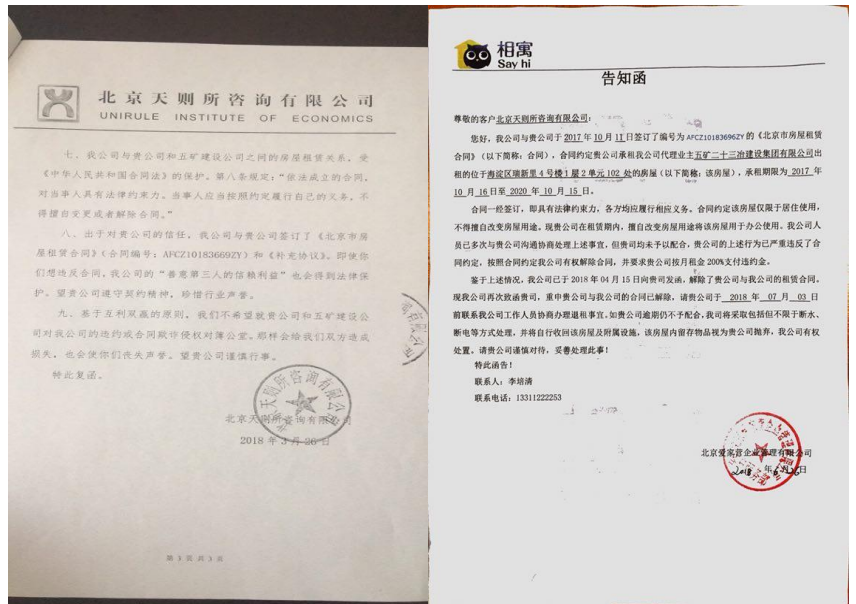
八、出于对贵公司的信任，我公司与贵公司签订了《北京市房屋租赁合同》（合同编号：**AFCZ10183669ZY**）和《补充协议》。即使你们想违反合同，我公司的“善意第三人的信赖利益”也会得到法律保护。望贵公司遵守契约精神，珍惜行业声誉。

九、基于互利双赢的原则，我们不希望就贵公司和五矿建设公司对我公司的违约或合同欺诈侵权对簿公堂。那样会给我们双方造成损失，也会使你们丧失声誉。望贵公司谨慎行事。

特此复函。

北京天则所咨询有限公司

2018 年 3 月 26 日



（由左至右附件 4-5）

你的行为将会触犯宪法和法律

请独立思考，依法办事，不要受别人指使而犯罪，当替罪羊。
你若实施断水断电、撬锁换锁的行为，将会触犯《中华人民共和国宪法》和刑法等相关法律。如下：

《宪法》第十一条 ……

国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的合法的权利和利益。

《宪法》第十三条 公民的合法的私有财产不受侵犯。

《宪法》第三十七条 中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。

《宪法》第三十九条 中华人民共和国公民的住宅不受侵犯。禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅。

《刑法》第二百七十六条 【破坏生产经营罪】由于泄愤报复或者其他个人目的，毁坏机器设备、残害耕畜或者以其他方法破坏生产经营的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。

《刑法》第二百六十四条 【盗窃罪】盗窃公私财物，数额较大的，或者多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

《城市房屋租赁管理办法》第十九条 出租人在租赁期限内，确需提前收回房屋时，应当事先商得承租人同意，给承租人造成损失的，应当予以赔偿。

望你三思而后行。

北京天则所咨询有限公司

2018 年 7 月 10 日

（附件 6）

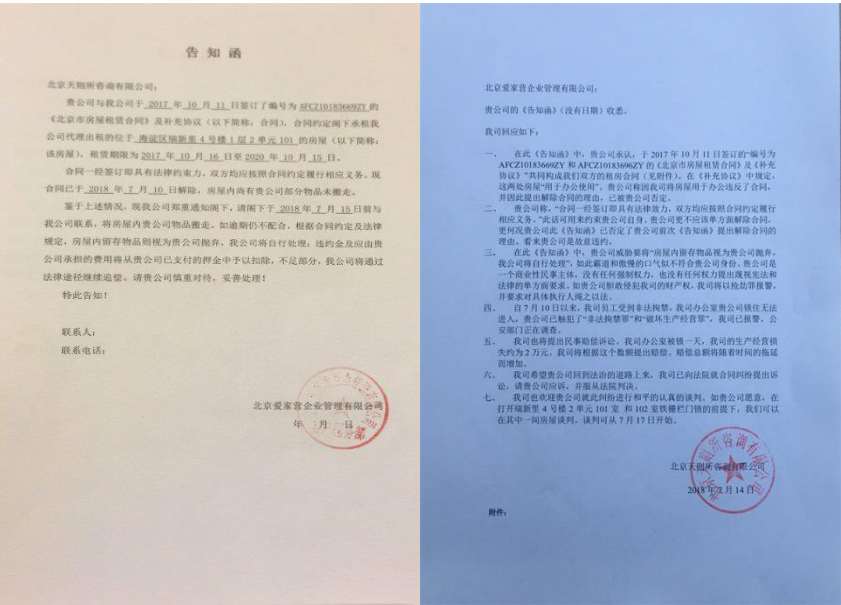
爱家营公司：

- 一、我们之间一旦签约，就是合作伙伴，本应维护合作，互相照应；
- 二、贵公司提出解约一事，明显不符合贵公司利益，我们感觉有外部干扰；
- 三、贵公司与我司对合同有不同理解，正确的道路就是司法解决，除此之外，如断水断电，撬锁换锁，即使实现，也不能改变法律性质；就如对一物有争议，用强力夺取也不能获得合法的产权；还会增加不利的证据；
- 四、如果断水断电、撬锁换锁，就犯了破坏生产经营罪和盗窃罪，因贵公司的《告知函》已有确凿的文字证据，所以只要出现断水断电和撬锁换锁的情况，我们就会对贵公司提起诉讼；
- 五、任何具体执行的个人，我们也会将他们与贵公司一起作为嫌疑人报告公安机关，并诉诸法律，承担具体责任；
- 六、当然，我司不希望与贵公司有上述这种结果；我们希望贵公司走法治的道路，等待法院的判决；
- 七、当然，如果贵公司保证继续履行合同，我司将撤诉。

北京天则所咨询有限责任公司

2018 年 7 月 10 日

(附件 7)



对于爱家营公司及其员工

涉嫌构成非法拘禁、破坏生产经营等罪行的报案

2018年7月12日(周二)下午,爱家营企业管理公司派员工在位于爱家营4号楼2单元101室和102室我们公司办公室门口,将两个铁门紧锁上,将我们5位员工非法拘禁1个小时,直至我们报警,警察来解救。警察走时告诉他们不要得罪上,我随警察到派出所报案非法拘禁。

但7月11日我们上班时发现两个铁门又被锁上,致使我们无法正常办公,再次报警后,警察来到后说让我们找爱家营公司解决,但爱家营公司说他们不给我们开门,我们说:我们的员工不能正常上班,计算机、打印机、打印机、扫描仪等办公设备均在所内,已严重影响我们正常经营,每天损失约2万元。

根据我国法律,这种行为涉嫌构成了“非法拘禁罪”、“破坏生产经营罪”和“非法侵入住宅罪”,“侵入并封锁住宅”,使我们无法进入使用的房屋,对方这种非法行为应当适用《城市房屋租赁管理办法》。

14日,爱家营公司又发出《告知书》,威胁我们若在15日不将房屋内物品搬走就视为抛弃,他们将自行处理,对我们的财物构成威胁,我们因法律没有对方没有强制权力,警告对方必须应诺。

15日早晨7:30,我根据爱家营公司发出的通知来到派出所,警号038540的警官口头告诉我非法拘禁罪的报案已经受理完毕,不属于公安管辖,可以去法院诉讼,我要是不去立案通知书,他们不属于公安管辖,没有不予立案通知书,我马上以爱家营公司违反《治安管理处罚法》限制人身自由报案,该警察给地立案,就没有管辖权。(附1件录音)

我们正式举报爱家营公司及其相关员工触犯了非法拘禁罪、破坏生产经营罪等非法侵入住宅罪,构成犯罪的应予立案,如其他不予立案报案,我们同时举报爱家营公司相关员工涉嫌违反《治安管理处罚法》,要求对其追究行政责任。

我们同时请求,在进入法律程序过程之前,先责令爱家营公司向西海镇派出所门口的铁门,使之恢复到爱家营公司最初行为之前的状态。



(由左至右附件 8-10)

不要以身试法，希望和平谈判

北京天则所咨询有限公司

爱家营公司：

今我司负责人接到贵公司的一条短信，称“你们东西明天给你们清理”。我们觉得，贵公司在说此话时，不知道法律后果是什么。让我们逐条提醒贵公司。

一、入户抢劫罪。《刑法》第二百六十三条【抢劫罪】以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；有下列情形之一的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产：

（一）入户抢劫的；
.....

再提醒一下贵公司，我司是这两处房屋的合法租住人。贵公司已经签署的合同及其《补充协议》证明了这一点，贵公司上次的《告知函》再次确认这一点。这些文件将会在将来给犯罪实施者定罪时产生效力。

二、集团犯罪。《刑法》第二十六条条第2款规定：“三人以上为共同实施犯罪而组成的较为固定的犯罪组织，是犯罪集团。”

对集团犯罪的刑罚会更重。

三、破坏生产经营罪。《刑法》第二百七十六条 由于泄愤报复或者其他个人目的，毁坏机器设备、残害耕畜或者以其他方法破坏生产经营的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。

贵公司把我司的办公室焊上铁门锁死，已经触犯了破坏生产经营罪。如果再将办公室内的办公家具、设备和文件搬出来，则加重了对我司生产经营的破坏。

最后，我们希望贵公司回到法治道路上来，听从法院判决。

我们也愿意与贵公司进行平等谈判。前提是我司上次对公司《告知函》的复函中提到的。

2018年7月18日

（附件 11）

对爱家营公司法定代表人[]、永安东里居委会主任[]等

涉嫌构成抢劫等罪行的报案

2018年7月10日(周二)下午,爱家营公司、瑞新里小区物业派员工在位于瑞新里4号楼2单元101室和102室我们公司办公室门口,焊装两个铁栅栏门并锁上,将我们5位员工非法拘禁1个小时。随后又在我员工离去后,将铁门锁上。这种非法状态一直持续到今天。我已于事发当天、7月12日和7月19日向恩济庄派出所非法拘禁罪和破坏生产经营罪口头报警,于7月15日向北京市公安局和海淀区分局以非法拘禁罪和破坏生产经营罪书面报警。

对方的犯罪行为持续至今,我们现在以抢劫罪报案。《中华人民共和国刑法》第二百六十三条规定:抢劫罪,是以非法占有为目的,对财物的所有人、保管人当场使用暴力、胁迫或其他方法,强行将公私财物抢走的行为。所谓“抢走”,就是用暴力或其它手段,使财产的合法所有者失去对财产的控制和占有,抢劫者自己实际控制和占有的一种犯罪行为。

7月10日发生的事情,就是抢劫行为:持续到现在的非法状态,就是抢劫的后果,一直持续地伤害着我公司的财产权和其它利益。

首先,我是该房屋的合法租用人。我公司与爱家营公司于2017年10月11日签订的租房合同和补充协议(见证据1)三年内有效;爱家营公司7月14日的《告知函》(见证据2)也再次确认这组合同:我公司已将租金预付到了10月份(见证据3)。

我公司在该被锁的办公室内,放有计算机、打印机、扫描仪、录像机、照相机、桌椅等办公设备。这些办公设备价值约10万元,图书资料价值约5万元,尚有许多无法计价的珍贵文件资料。办公室被锁,就等于我公司失去了对这些财产的实际控制和占有,就等于被“抢走”。

爱家营公司法定代表人[]、永安东里小区居委会主任[]以及现场进行焊接铁门的工人(见证据5)以“胁迫”和“其它方法”将我办公室外的焊上铁门并锁上,就是抢劫我公司财产的具体过程。

现在,我公司的在合法租用的办公室内的财产被爱家营公司法定代表人刘洋、瑞新里小区居委会主任[]实际控制和占有,无论他们是否使用,都是“非法占有”。

他们的行为已经构成抢劫罪,且是三人以上共同犯罪,涉嫌集团犯罪,应从重处罚。

我公司所报之犯罪嫌疑人[],是爱家营公司的法定代表人,该公司实施了这一犯罪行为可由该公司6月26日和7月14日致我公司的《告知函》(见证据4和证据2)认定。

我公司所报之犯罪嫌疑人[]是永安东里居委会主任。在封门前,她始终在场。7月12日《纽约时报》刊登了爱家营经理李培清接受记者采访所说:“公司是在居委会以居民投诉为由,要求公司终止天则的租约后,才锁上了研究所的大门。”

(<https://cn.nytimes.com/china/20180712/china-unirule-institute/>) 此为证明。

鉴此,我们控告爱家营公司法定代表人[]、永安东里居委会主任[]、以及现场焊接铁门的工人涉嫌抢劫罪。

我们要求公安机关强令爱家营公司[]和永安东里居委会[]中止其抢劫我公司财产的抢劫行为,归还我公司财产,即将铁门上钥匙交给我方、并随后拆除铁门,并对其实施处罚。

北京天则咨询有限公司 蒋豪 (电话 []) (

2018年8月6日

「2018 年第二季度中国宏观经济分析」报告会召开

2018 年 7 月 26 日，天则所「2018 年第二季度中国宏观经济分析」报告发布会召开。

报告认为。在“异常复杂严峻”的国际国内环境下，上半年中国 GDP 增长 6.8%，规模以上工业增加值增长 6.7%，CPI 上涨 2%，呈现出稳中趋缓的态势。房地产调控再度加码，进入了摇号分配房源的时代；“蓝天保卫战”如火如荼，环境督查成为生态保护和环境治理的主要手段；中美贸易战已经打响，有损于中国消费者和有利垄断者的影响十分明显，其对中国和世界未来经济增长的影响将会进一步显现。

相关学者及多名知名媒体记者参加了此次发布会。

天则活动

天则经济研究所 | 第 598 期双周学术论坛



时间： 2018 年 6 月 15 日（星期五）下午 2：00 — 5：00。

主题： 信息产品、信息社会与中国的历史责任

主讲： 阚凯力

评议： 周清杰、李军林、郑超愚

天则经济研究所 | 第 599 期双周学术论坛



时间： 2018 年 6 月 29 日（星期五）下午 2 : 00 — 5 : 00 。

主题： 40 周年与“二手时间”

主讲：朱学勤

评议：郑也夫、李楠、荣剑

讣告

天则经济研究所学术部主任、中国社会科学院经济研究所研究员余大章教授，于 2018 年 8 月 23 日在北京医院逝世，享年 85 岁。

余大章先生待人谦和，行事低调，克尽职守，作风朴素。余大章先生自 1997 年参加天则所的工作，在天则所工作期间，一直负责组织各项学术活动。天则所与学者们的联系，天则所多次大型学术会议，天则双周学术论坛，制度经济学讲研班，农村干部培训班，宏观经济季度报告发布会等有影响的学术活动，《中国经济学》系列、《中国制度变迁案例研究》系列和《天则内部文稿》系列的编辑工作，都有余大章先生的贡献。

尊余大章先生遗嘱，丧事从简，不搞遗体告别，不搞追悼会。

特此讣告。

天则经济研究所

2018 年 8 月 30 日

《全球智库报告 2017》发布 天则经济研究所全球排位 103

据中国网 2018 年 1 月 30 日报道，最具权威性的全球智库排名报告——美国宾夕法尼亚大学“智库研究项目”（TTCSP）研究编写的《全球智库报告 2017》在全球 100 多个城市的 170 多个组织盛大发布。天则经济研究所位列全球 103。

2017 年，全球共有智库 7815 家智库，其中北美洲智库数量最多，拥有 1972 家（25.2%）；欧洲其次，拥有 2045 家（26.2%），全球接近 51.4% 的智库机构在北美洲或欧洲运营。从国别来看，美国以 1872 家智库数量仍是世界上拥有智库机构最多的国家，中国 2017 年拥有智库 512 家，位列世界第二智库大国。印度和英国智库数量位列中国之后，分别拥有 444 家和 311 家。阿根廷 2017 年则以 225 家智库智库数量超过德国（214 家）和法国（197 家）跃居第五位全球智库最多国家第五位。

天则双周学术论坛

天则经济研究所持续近二十年的传统学术活动,它是人文社科领域学者相互交流的平台,一个自由讨论的空间,这里可以无拘无束地发表意见,交流自己的研究成果,进而形成一种自由的学术氛围,建立一套科学的评价体系和学术规范,提升中国社会科学研究和实践的水平。“天则双周学术论坛”已经成为一个享誉国内外的学术品牌。

往期双周论坛

双周论坛第 **585** 期

1/12/2017



主 题： 罗马私法的精神特质与两大法系的传承

主讲人： 汪洋

主持人： 蒋豪

评议人： 窦海阳、李红海、张红

主持人： 今天是天则经济研究所第 **585** 期双周学术论坛。

大家知道，天则经济研究所致力于中国的法治和市场经济建设，法治是我们所强调的一方面。

我们本来有中华法系，也有我们自己文明的传承，中国从近现代以来被打开国门之后，被迫睁开眼睛看世界，向大陆法系和普通法系学了很多东西，而且我们自认为是大陆法系的国家。从西方法的源头来追溯，罗马法应该是重要的来源。在今天中国更加深入的法治建设过程中，罗马法和两大法系之间的传承，很多学者也正在研究，如果能够进行梳理，对于中国法治的发展是非常有益的。

今天非常荣幸邀请到了清华大学法学院的汪洋副教授，作主题发言，罗马私法的精神特质与两大法系的传承。先请汪老师给我们讲 1-1.5 小时，然后请几位评议老师评议，最后大家自由提问和交流。

汪洋：谢谢各位老师！首先感谢天则所和蒋豪师兄的邀请！

今天非常地荣幸，有几位读书时的偶像在场，还有几位我求学时的好友，请各位老师对我的报告多多指正。时间关系，我直接进入主题。

我在意大利学习了 4 年半的罗马法，在学习过程中，罗马法的精神特质以及对于现在的大陆法系、英美法系的影响，一直是我所追问的问题。我对于这个问题的感触，可能跟今天很多中国学人通常的理解有一些差异。就我自己的一些思考，向各位老师进行汇报。

当我们说到罗马法的时候，并不能把它作一种平面的理解。罗马延续了非常长的时间，这四幅图在今天罗马城斗兽场旁边的帝国大道上，用石头所雕刻出来的四幅图，它所展现的是整个罗马作为政治实体在疆域上的变迁。

从公元前 750 前建罗马城开始，仅仅还只是一个小小的白点。逐渐地经过几次征战，统一了整个意大利，并且在迦太基的战争中，通过三次布匿战争取得了地中海西部的霸权。这是布匿战争之后罗马的疆域，这个时候把现在的西班牙地区也给征战完毕。到了帝制建立，也就是奥古斯都称霸的时候（公元 14 年），我们可以看到地中海某种意义上已经成为了罗马的内海，所以地中海被罗马人称之为“我们的海”。

到了罗马疆域最大的时期，哈德良皇帝任期，除了整个地中海之外，疆域已经扩展到整个小亚细亚地区，包括北非和埃及，甚至于今天的英格兰地区，当时也属于罗马的行省，哈德良皇帝还在英格兰地区建立了著名的哈德良长城。这是在地理意义上，罗马疆域的变迁。

这种变迁也深深地影响到罗马法的扩张，因为毕竟最早罗马法其实是在台伯河畔一个城市的一些市民所有的法律，在向广袤的地区，尤其是西欧的蛮族地区扩展的过程中，必定会对罗马法会产生一些反作用，我们随后会讲到。

从时间意义上，对于罗马法史和罗马史要进行区分。从罗马史来说，它主要分三大阶段。

首先是建城之后的王政阶段，也分为拉丁君王制和埃特鲁斯君王制，跟今天的主题无关，就不具体展开了。

到了公元前 509 年，王政被废除，随即就迎来了罗马最光辉的共和国时期，也是整个罗马法发展最为迅猛的一段时期。在共和国时期，罗马也伴随着疆域的扩张，从一个农业的城邦国家逐

渐地扩展为一个很大的商业国家。这幅壁画很多同学应该了解，它是罗马城的标志，当时罗马城源于一个神话传说，母狼哺育了两个兄弟，这两个兄弟建立了罗马城，也是今天罗马队的标志。这幅图是 19 世纪很有名的壁画，展现了西塞罗在元老院对喀提林阴谋进行论辩的过程。

在共和国时期之后伴随着内战，前三头、后三头以及奥古斯都的兴起，随即就确立了罗马帝国，这是奥古斯都的雕像。罗马帝国如果从政治体制上来说又分为两大时期——元首制、君主制。后来到了君士坦丁把罗马帝国的都城，从罗马移到了君士坦丁堡，也就是我们今天所说的伊斯坦布尔，随后西罗马帝国在公元 476 年灭亡了，而东罗马帝国一直到 1453 年，君士坦丁堡被穆斯林攻克之后才正式宣告结束。这就是罗马史的分期。

罗马法史的分期与此略有不同。

罗马法史可以分为五大部分。对于生活在当时的人们看来，并没有一朝醒来换了人间的错觉，而所有的历史分期都是基于政治理论还是历史阐述的需要而构建出来的。从这个角度来说，罗马法史可以分为五个时期。

远古时期：当时罗马还是一个农业国家，这个时候的罗马法主要体现为一种古老的习俗，也体现了非常强烈的程式和形式主义的特征。

形成时期：逐渐随着罗马法的扩张，罗马开始在和其他民族接触的过程中，在最早的市民法之外逐渐地诞生了万民法，也是在裁判官作用下产生的，因此又有了裁判官法等多元的法源，并且促就了法学家团体的出现。这就是很有名的西塞罗的雕像，在今天意大利最高法院的门口。

古典时期：到罗马帝制之后，迎来了整个罗马法最辉煌的一段巅峰时期。这段巅峰时期，我们今天的学者把它称之为罗马法的古典时期。罗马的法学家出现了很多的学派，他们互相之间进行争鸣，而且这一时期的法源从类型上来说也是最为多元的。

后古典时期：伴随着罗马帝国绝对君主式的建立，逐渐多元法源的情形慢慢地萎缩了，随即进入到了所谓的后古典时期。在后古典时期，罗马法集中地体现为法学家所构建的学说以及君主所颁布的很多谕令。而这一时期对于罗马法另外一个比较深远的影响，是随着基督教成为罗马的国教，深切地影响到罗马法的制度。

法典编纂时期：罗马法的终结时期，其实可以看作是在优士丁尼皇帝统治时期，一个标志性事件是优士丁尼皇帝在法典编纂的基础上，进行了民法大全的编纂。民法大全的编纂就意味着罗马法作为一种法的类型得到了终结，一般把优士丁尼的法典编纂，作为罗马法最终的成型期。

罗马法就分为这五段历史。

我们需要看到在 1500 多年的变迁历史中，罗马法中间的任何制度，包括罗马法本身也并非一成不变，而是经历了非常大的变化过程，而且在今天看来确实是一段非常珍贵的标本。因为，一个法的类型在 1500 年过程中发生什么样的转变，这个转变跟整个社会经济史的转变之间有什么样的牵连。而且这种法的转变，对于今天几个主要的文明区域，他们之间有什么牵连，我觉得这都是值得今天去探讨的非常重要的话题。

在讲述了整个罗马法史的大概分期之后，如果要真正地去了解罗马法，我们可以通过罗马法非常重要的原始文献，去管中窥豹看一下，罗马人在当时对于法是怎样理解。在这里，我非常简短地摘出几个摘要供大家看一下。

首先是学说汇纂的开篇，它所引用的是乌尔比安《法学阶梯》第1编对于法的定义。在罗马人看来，首先必须要了解法的称谓从何而来，它来自于正义。实际上，这句话是杰尔苏所留下的对于法是什么最有名的注解，把法称之为善良和公正的技艺。这是当时罗马人对于法的理解。

为什么把法说成来自于正义，在罗马人的眼里什么是正义呢？罗马人对于正义的理解和作为罗马人老师的希腊人，对于正义的理解有什么区别呢？这里我们可以看到在学术汇纂的第1编乌尔比安所引用的一段话。什么叫正义？正义就是指给每个人以及法律情势的永恒不变的意志。当然了，这个拉丁语在中文世界中有很多不一样的翻译，在这里我所采取的是厦门大学学习国栋教授的翻译。这里它所突出、所强调的是正义或者 *ius* 这种法，并非我们所理解的完全包含有主观权利的东西，它其实包含了权利、包含了利益，以及包含了不利益，综合在一起的一个人在当时所处的地位或者身份。在罗马法下，身份是非常重要的概念，而这种身份，这种正义可能更多意义上是类似于亚里士多德所说的“分配正义”，即根据一个人的地位而给予他所拥有的东西，这就是乌尔比安对于什么是法的理解。

接下来我们要看到另外一段很著名的原始文献，提出了罗马法最著名的12字金律，即法的准则——诚实生活，毋害他人，各得其所。这在今天很多罗马法学者来看，也是借用了斯多亚哲学的思想，其中这三者之间有很明显的位阶关系。

诚实生活：这里就涉及到罗马的万民法中最重要的概念，那就是诚实信用。这种诚实信用已经超出了今天中文世界对于诚信的理解，已经把我们所谓的道德规范内化到罗马人的内心中，成为一种法律义务。

举个例子，西塞罗在著作中就举了一个例子，当时的罗德岛发生了饥荒，有一位船东载着一艘运满粮食的船去罗德岛卖粮食。当他到达罗德岛的时候，他知道在他身后还陆续有大量的载着粮食的船来到罗德岛，而灾民并不知道，灾民以非常高昂的价格买船上的粮食。这个时候西塞罗就提出这个问题，这些船东有义务告诉这些饥民随后会有大量的粮食运到吗？

在今天的民法当中，这就涉及到消极欺诈的问题。如果认为船东并没有告诉饥民随后有大量粮食运到的义务，没有告知义务的话，那么船东并不构成消极欺诈。因此，他在法律上是没有问题的。而在罗马人的眼里，很显然，西塞罗认为这个时候，船东有义务告诉饥民后面有大量粮食运到，如果他不告诉就违反了诚实信用。因此，诚信在罗马法中占据着非常重要的地位。

除了诚信，还包括毋害他人和各得其所，时间关系，在这里就不展开了。这是罗马人对于法大概的理解。

在罗马人的法律体系中，对于今天的法律世界还有两点非常大的贡献。

贡献一：对公法和私法的划分。无论是优士丁尼的法学阶梯开篇，还是在学术汇纂中都有完全相同的一段原始文献。对于公法和私法的划分是建立在一种利益说的基础上，认为涉及到公共事务状况的是公法，而涉及到私人利益的是私法。当然，这么一种公法和私法的划分，到了今

天已经被更好的标准替代了。比如说，除了利益说之外，到了后期的民法上又出现了类似的主体说、关系说等等其他的分类方法。

通过罗马人的这种构建之后，在我们今天所形成的法律系统中间会很明确地区分什么是公法、什么是私法、什么是第三法域。而这种公法和私法的划分，其所对应的无论是法哲学，无论是对于人的自由的理解，还是对于哈耶克的想法，都是很基本的划分方式。

贡献二：除此以外，罗马法对于今天更大的影响是对于民法法律体系的影响。自从优士丁尼和盖尤斯在他们的法学基地中所采用的主要体系，人、物、诉讼的三分体系。在罗马人看来，一个私法所包含的科学体系。

首先是人法，这里的人法，包括人和家庭。

随后涉及到物法，这里的物法包括我们今天所说的合同。再然后物权法以及继承这三方面。

除了这些之外，人和物之间发生关系，最终的结局是第三编诉讼法。我们说罗马法跟我们今天的民法不一样，在当时程序法和实体法并没有进行非常清晰的切割，程序和实体是联结在一起的。

所以，人、物、诉讼三分法的出现，极大地影响到了我们今天的法律体系。在所有拉丁法族的民法典中，比如以法国民法典为典型的民法典中，所采取的都是这么一种司法体系。而这种司法体系只有在德国人构建出一个民法总则，一个法律行为之后才破除了这种三分法，从而展现了一种新的体系，当然这是后话了。

这是罗马人对于公法和私法的理解。接下来，我今天向大家汇报的重点是罗马人对法源的理解，在罗马人的眼里到底什么东西可以被称之为法，我们先来看几段原始文献。

这是盖尤斯的法学阶梯，这是优士丁尼的学术汇纂，这是优士丁尼的法学阶梯。我们可以看到，在这三段原始文献中所包含有的哪一些法律决定可以被称之为法源。在看了这几个原始文献之后，我们还是依照刚才对于罗马法系的大概划分，来看看每一个阶段的法源包含一些什么样的类型。

远古时期：这一时期并没有成文法，或者说首部罗马法上成文法，其实是在共和国建立之后的初期所颁布的十二表法。在十二表法之前，整个罗马法唯一的存在形式是古老的习俗，而且注意到这种古老的习俗在时间上是先于城邦而存在的。在城邦诞生之前，其实在罗马当时存在的大小共同体，比如说部落、库里亚、氏族以及罗马家庭中所适用的规范，就是所谓的习俗。

形成时期：逐渐过渡到了罗马的形成时期之后，我们说这种习俗逐渐地成为了我们今天所说的市民法，主要是调整罗马市民之间的法律，是不能适用于外邦人的。可是随着罗马逐渐地由一个城邦国家扩展到意大利，乃至整个地中海地区的时候，就不可避免地会非常频繁地跟外邦人打交道。在这种贸易过程中所产生的纠纷如何处理呢？于是罗马逐渐诞生了一个新的官职，叫做“外事裁判官”，专门处理罗马人和外邦人之间的纠纷。

古典时期：在外事裁判官处理纠纷的过程中，通过法官法的形式创立了新的法源——裁判官法，

就是类似于今天法官法的含义。因为主要是针对于罗马人和外邦人之间的关系，所以今天我们又把这种法区别于市民法，把它称之为万民法。但是我发现国内很多学者在论述万民法的时候，往往把它作为国际法的起源，这在罗马人的眼里是严重的误读，其实罗马人不是这么理解万民法的。

后古典时期：除了这些法之外，随着城邦权利的扩大，城邦中一些组织比如说人民大会、平民会，他们之间也会通过表决的方式逐渐地确立一些规范，而这些规范我们统一把它称之为制定法。这种制定法拉丁语也叫 **lex**。所以，我们今天所说的罗马法当中，最重要的两个概念——市民法（**ius**）、制定法（**lex**），如果作比较不严谨的理解的话。

在罗马法非常长的一段时间内，制定法对于整个司法领域并没有起到多少很深远的影响。因为在罗马人看来，司法的过程是从人们通过自身自发秩序，逐渐形成的一种习俗来调整的，不应该由一个自上而下的立法者，通过制定法方式来规制人们的生活。所以这种制定法主要的内容是公法方面的，而对于私法方面影响很少。我们今天所熟知的涉及到私法方面的主要是阿奎利亚法，它是我们今天侵权责任法的前称。我们也可以注意到，阿奎利亚法作为一部侵权法在罗马人的理解中，到了优士丁尼时期也偏向于公法层面的。

除此之外，必须得说在罗马法的形成时期，逐渐出现了奠定罗马法精神气质非常重要的群体，就是法学家的阶层。为什么能够出现呢？在我看来有两个主要原因：

原因一：因为罗马并没有很多的成文法，所以当裁判官面对具体的案件需要有人解答的时候，他们会求助于法学家。

原因二：在早期虽然罗马有很多的宗教，但是并没有后世所谓的一神教，在这种情况下，罗马法一直体现为非常强烈的世俗化的特征，它并没有受宗教的影响。而在这个时期，法学家群体其实是贵族、世俗化非常精英的这部分群体。因此，他们的解答对于罗马法的发展起到至关重要的作用。

古典时期：我们可以看到罗马法的法源进一步地扩展，之前所说市民法和万民法逐渐被统一为市民法。而且随着公元 212 年卡拉卡拉告示，把所有罗马市民的身份赋予帝国境内的所有居民，因此这个时候之前市民法和万民法的分类，某种意义上丧失了它的意义，这个时候所有人用的都是经过整合之后的市民法，裁判官法进一步发展。

这个时候出现了一种新的类型，我们说民众大会或者说平民会决议，这种体现了人民主权的一些因素，到了罗马帝国时期开始逐渐地没有了。而在帝国时期，跟君主或者皇帝相对应的体现为另外一个政治支柱，就是元老院。元老院自帝国初期开始，逐渐地通过元老院决议的方式，开始颁布一些针对于所有罗马市民通用的私法规则。而这种规则从量上来说还非常少，他们主要针对的还是公法方面的规定。

这时候诞生的最重要的法源——君主谕令。随着君主开始实质性地掌握了帝国的权力，君主通过各种类型的谕令开始指导，无论指导法官实践亲自进行审案，还是针对行省的很多官僚直接发布相关的行政命令，还是直接颁布适用于帝国境内一切人的法律规则。君主谕令成为帝国时期最大的法源。这个时候仍然有法学家的解答，而且法学家除了解答之外，还有一项非常重要的功能，针对这些多元法源进行实质意义上的整合工作。法学家通过撰写市民法评注、裁判官

法评注的方式，实质意义上把之前的多元法源进行了整合，为后来优士丁尼的法典编纂打下了非常重要的理论基础。

后古典时期：我们会发现之前多元法源的局面丧失了，唯一留下来的、具有生命力的法源是君主的谕令。君主的谕令我们用拉丁语也是 **lex** 的复数 **leges** 来表述它。而之前所有的其他法源，在这一时期都被法学家统和为所谓的学说，**iura** 是 **ius** 的复数，这是后古典时期唯一残存的两法源形式。

优士丁尼时期：实现了通过 **codex** 法典的方式来一统之前所谓法学的形式，因此，我们今天学习罗马法，很多人的眼光仅仅是放到了优士丁尼时期，罗马法对于他们的印象就是一种法典化的、体系化的法律。其实，从罗马 **1500** 多年的法律历史发展中，整个体系化和法典化只是它的终结部分才展现，而在之前的多元法源中，你会发现它的精神气质跟我们今天的英美法是**非常相似的**，采取并不是完全体系化的、自然法形式的制定法的方式。这是各阶段的示意图。

我做了一个大致的表，对于各种法源是如何衰落的进行了讲解，这里着重地突出了几点。

裁判官法是如何衰落的呢？裁判官法之前是什么样的模式？裁判官这个官职任期只有 **1** 年，也就是说过了 **1** 年之后有新的裁判官上台。然后每个裁判官在他任职时期，会对一些标志性的民事纠纷发布一些规则，这种规则被称之为裁判官告示。后任裁判官上台的时候，他会根据社会的发展认为前任裁判官所留下来的告示，如果非常合理会把它继续发布，这种告示被称之为沿袭告示。如果他觉得这个告示随着社会经济的发展，不太符合现在的世情，他会对于之前的告示进行一定的修改然后发布。因此，这种年复一年，持续修正的沿袭告示，就成为了罗马法源中最具有活力的一块。

而这块是怎么消失的呢？是因为到了帝国时期，君主直接对于之前所发布的所有裁判官告示进行了编纂和整理，把编纂和整理的告示称之为最终的告示，而这种告示，裁判官没有权力再对它进行修改。因此，随着皇帝这个做法做完以后，裁判官法作为一个有活力的法源就消失了。

法学家解答这么一种法源是如何消失的呢？我们之前说在罗马共和国时期，法学家向裁判官进行解答，这是一种自由竞争的市场。任何法学家只要提的有道理，裁判官就会采纳，裁判官并不会依据这个法学家是教授，那个法学家是长江学者，不会依据这种身份上的划分，而是依据解答的实质内容进行采纳。

到了罗马帝国之后，君主说，我现在仅仅授予其中一些法学家以解答权。除了我授予的这些法学家之外，其他法学家不具有解答的权利。如此一来，某种意义上就把整个法学家阶层从自由的贵族阶层纳入到了帝国官僚体系的一部分。批准解答权之后，皇帝进一步又提出了引证法。皇帝说，裁判官在判案子的时候只能引用 **5** 个法学家的观点，比如说盖尤斯、保罗等等 **5** 个法学家。而且当 **5** 个法学家之间观点出现矛盾的时候，以某一个法学家的为主。当 **5** 个法学家没有提出这个观点的时候，才允许裁判官进行自己观点的发挥，因此，这么一种完全机械地对待法学家解答的方式，彻底导致了法学家作为一种有活力的法源的丧失。

元老院决议作为法源是怎么消失的呢？很简单，到了帝国后期之后，随着皇帝权力的进一步扩大，元老院逐渐成为了皇帝的传声筒。皇帝有事要颁布一个命令的时候，不会直接以皇帝谕令的方式颁出，而是会向元老院提出一份大概的观点，然后元老院把这个观点进行加工，加工之

后以元老院决议的方式发出。这时候就沦为了皇帝的发声筒，丧失了自己独立的价值，这是多元法源慢慢地萎缩为君主敕令这种法源大概的进程。时间关系，我就不展开了。

接下来，我们重点来看一下到了优士丁尼时期法典编纂的情况。

优士丁尼当时非常有名的法学家特里波尼安，由他来主持民法大全的编纂活动，而我们今天所说的民法大全，在当时罗马人称之为法的大全。为什么今天被称为民法大全呢？它是为了区别于中世纪的教会大全而作的改正。

民法大全分为四大部分，分别是优士丁尼法典、作为教科书出现的法学阶梯、法学家整理的所有的学说进行汇纂的学说汇纂、优士丁尼自己颁布的谕令从而组合成的新律。

优士丁尼法典：我们可以把它看作是对于皇帝谕令的法典编纂，它所收集的全部都是皇帝发布的谕令。

法学阶梯：很典型的罗马时期的法学教科书，一种深刻地影响到后来欧陆民法典的编纂。因为今天无论你去读德国民法典还是去读法国民法典，你会发现民法典本身就是最好的法学教科书。这种法典类似于法学教科书的传统，是从优士丁尼的法学阶梯而开始的，而且它所确立的这个体系，对于今天大陆体系的民法产生了非常深远的影响。

这里我们来重点说一下学说汇纂，可谓对于罗马古典法时期法学学说最大范围的集合。它总共分为 50 卷，共 15 万行，可以说是将裁判官法和市民法完全地整合，而且它跟之前的引证法不一样，在学说汇纂中它承认所有的法学家具有同等的地位。因此，我们如何去看待学说汇纂和优士丁尼法典之间的关系？一个体现是对于皇帝谕令的编纂，而一个体现是对于法学家学说的编纂，都属于法典编纂非常重要的一部分。

到这一步可以看到，罗马私法区别于我们现代法，从本体论来说区别在于哪里？很重要的一点，古典罗马私法并没有一元化的、确定性的规范观念，以及垄断立法权的立法者。这点和后面法律实证主义者所探讨无论是哈特还是凯尔森，他们所探讨的这一套体系截然不同。无论是哈特还是凯尔森，实证主义对于法的理解，跟后期西欧的民族国家化运动，有了立法和司法权的区分等等这些比较现代的观念结合在一起，从而把法看作是一种自上而下颁布的、将市民置于强大的政治国家管制之下，而在罗马人那里并没有这种规范体系。

他们的规范体系是极其多元的理解。在罗马人看来，所谓的私法，说白了就是对于私人纠纷的一种法的解决方案，为什么必须是一元化的呢？没有必要，对于市民生活的自治本身也包含了法规范产生方式的自治。因此，罗马人认为可以存在多元的法的方案，而且这些法的方案之间是可以相互竞争的。裁判官法年复一年会筛选出跟这个社会最契合的法的观点，然后年复一年地持续下来，这就会涉及到不同的法学家解答之间的竞争，而这种竞争所依据的是实质理由，而非权威理由。这是我们今天对于法的理解非常不同的一点。

因为，今天司法者或者法官在裁判案件要达到的有两个目标：

第一，依法裁判，意思是立法者所颁布的法律，法官原则上必须要遵从。当你不遵从，你必须提出来说为什么不能遵从立法者的决断。我遵从立法者的这种权威，这种权威就被称之为制度性

权威。而基于这种制度性权威所作出的裁判，我们把它称之为依法裁判。

第二，同时，对于每个案件而言，法官对案件的裁判结果如何能够服众，如何能够让当事人接受？它必须要提供很多的实质理由，就会使得法官在裁判过程中提出另外一个目标，区别于依法裁判——“合理裁判”。这个裁判必须要合理，而这个时候它适用的不能简简单单是制度性权威，而必须要某些实质性的理由。

这种区分在罗马人那里会分的非常地清楚，比如在我们刚才所说的多元法源中，你会看到后面的法典、君主敕令、元老院决议以及民决法或制定法，它背后权威性的基础都是基于一种制度性的权威而使它产生效力。与此不同的是，无论是古老的习俗，还是万民法、裁判官法以及法学家的解答，他们都是以一种实质理由的姿态让人接受它，从而达到实质理由权威的目的。

在这里我们可以看到罗马法中罗马私法的效力依据，并不是来自于立法者以制裁为背景的权威，而是来自于其自身的合理性以及公平正义相吻合。这也是为什么我们可以再次重申罗马人的观念，他们认为公共立法活动不应该经常地介入到私法领域，这一点非常契合哈耶克所作出的划分，对于私法规范的划分和对于公法规范的划分。

在这之外我们可以看到有两种法典模式的雏形，在罗马法时期已经出现了，他们分别对应的是优士丁尼法典编纂中的法学阶梯和学说汇纂。

学说汇纂：今天人们有一个误解，一直觉得学说汇纂有非常严密的体系，其实并没有。学说汇纂的首要功能是寻找到底法在哪里，所以它主要的目的是要大而全，它要把所有的规范都容纳其中。这就导致今天法典化的趋势，其实是一种法典汇编，而非一种法典编纂，体现了这种趋势。

法学阶梯：法学阶梯所走的是另外一种进路。它主要并不是追求资料或者学说的大而全，而是在现有的资料的基础上意图把它给抽象出来一个体系，这个体系形成教科书。它所解决的问题并不是法在哪里，而是要告诉人们法是什么，这是两者之间本质的区别。

而大陆体系，无论是法国民法典还是德国民法典，他们的法典化走的是 **codification** 法典化。它所追求的首要目标是法律的体系化，这也是大陆法系非常重要的特征。

在这么一个法典模式的雏形之下，我们可以看到无论是在罗马人那里还是在我们今天，都会发现立法者、法学家和法典化之间是什么样的关系。

一方面，我们可以把它称之为 **lex** 的 **ius** 化。以今天中国正在制定编纂的民法典为例，立法者的主要工作是通过一种政治决断完成一部法典，这部法典就是 **lex**。在这部法典完成之后，立法的工作并没有消失，这个时候主要的工作移到法学家身上。法学家通过对于 **lex** 的解释、漏洞填补使得 **lex** 能够被教义化，是对立法者的法进行纠偏、补充、增补和创造的工作。

而同时法学家这套 **ius** 的工作，如果每隔一段时间被立法者所固化，可以通过修改法律的方式将很多学术的内容固定到立法中去，从而将 **ius** 给 **lex** 化。整个的人类历史，立法者和法学家之间就是在 **lex** 的 **ius** 化和 **ius** 的 **lex** 不断地往返、流转和进化的过程，而法律的实质规则就是

根据这个进程在不断地向前发展。

以上简要地向老师汇报了一下罗马法，尤其是罗马法本身从法源角度应该如何去进行理解。现在我回到主题的第二部分，这种罗马法的观念对于我们今天的两大法系究竟产生了什么样的影响、经过了什么样的过程。因为时间关系，我比较简要地跟各位老师汇报一下。

到了中世纪之后，11、12世纪经过一些大学对罗马法原始文献的发掘开始，逐渐地进入到一个阶段——罗马法的复兴阶段。

这个复兴阶段过程中又诞生了大量的注释法学派、评注法学派，他们的主要工作就是以优士丁尼民法大全为材料，进行法律学说的整理。为什么会采用罗马法来做这项工作呢？罗马法所代表的完美的书面理性，这种普遍性、可识得性以及区别于宗教法的可审查性的需求，是欧陆司法史自中世纪以来的主导动机。而且，这种罗马法的复兴也使得欧洲的公共生活开始至少是部分司法化和合理化，也会使得我们会把西欧文明看作是整个人类文明中，唯一可以被称之为法治文明的东西，这跟罗马法的特色是有关系的。

随着罗马法的复兴，逐渐地它的成果形成了所谓的共同法，是今天欧陆所有国家编纂各自民法典的历史基础。

接下来就进入到了非常重要的文艺复兴时期，跟罗马法有什么关系呢？在东罗马帝国以及西罗马帝国灭亡之后，包括随后的神圣罗马帝国、蛮族日尔曼民族所确立的王国，他们一直强调他们仍然是罗马的正统。而到了文艺复兴时期提出了一个口号，觉得之前这些不再是真正的罗马了，因此我们现在的工作是回到真正的罗马，使得对罗马法发展重心产生了非常大的改变。之前的法学家主要研究的是优士丁尼时期的罗马法，而到了文艺复兴开始，法学家逐渐发现优士丁尼法并不是真正的罗马法，所以他们研究的重心开始回到了古典时期的罗马法。这是人文主义法学在文艺复兴时期非常重要的工作，这个工作跟当时印刷术的发展以及世俗化的大趋势相关。

跟我们今天大陆法系休戚相关的东西，那就是从人文主义法学开始，比如说多诺等等法学家，他们开始做持续了几百年的工作——对于罗马法的原始文献进行体系化的整理。他们的研究重心开始逐渐地从学术汇纂移到了法学阶梯，而这种整理除了人文主义法学之外，还包括近代的理性主义自然法学、历史法学，一直做的就是这么一个工作。

接下来我们看看在这些工作基础上，近代的欧陆开始对罗马法进行实践意义上的继受。法律继受，说白了就是一种文化内化的过程，这也就是今天很多人在探讨，在中国截然不同的传统之下，完全地移植来自于欧陆的整套法律，可能吗？哪些部分可能？哪些部分不可能？这中间会发生什么样的问题，这跟法律继受有关系。

而在西欧研究看来，法律继受的普遍准则是除非一个民族丧失它的主体性，各民族是无法放弃基本的、日常的生活形式，这也就是为什么喊了法律全球化已经很多年，而事实上真正能够法律全球化的，仅仅局限在财产法领域，尤其是合同法。合同法代表的是私人之间的一套基本的法律交易结构，而这种法律交易结构跟各个民族的伦理、价值观、生活习俗等关联不大。除了合同法之外，到了物权法就不行了，因为各国的土地制度不一样。而到了人法、婚姻、继承，更不可能全球化，比如，在今天欧洲司法统一化运动中，最新的欧洲共同买卖法，主要局限也

都是财产法领域的合同法，对于其他法律的继受是非常艰难的过程。

回到欧洲共同法，为什么把它称之为共同法呢？因为当时欧洲在研究罗马法的基础上，把罗马法的这套概念和教义与欧洲各地的习惯法、教会法、封建法相结合。在结合的过程中，罗马法贡献了术语、制度等智识。同时，这种知识来源逐渐形成了新的成果，叫做罗马法的现代运用，已经不再是古老的罗马法，而是针对当时西欧面临的各种民事问题展开的实证教义学。罗马法是一种样本依据，而不再是一种作为书面理性存在的先天权威。因此，在这么一套继受的基础上，最终产生了罗马法继受的集大成者——历史法学派。

历史法学派的代表人物萨维尼，他的主要观点，简约和标签化可以说，历史法学派一方面强调体系，另一方面强调历史。它把罗马法作为历史素材，通过历史素材发展出了一套哲学体系化处理的内部体系。在这套内部体系完成之后，罗马法材料作为历史素材就没有用了。因此，罗马法成也历史法学派，败也历史法学派。当然，历史法学派是一个非常大的学派，除了罗马法学派之后还包括日尔曼学派，有不同的观点，他们所强调的是对于法的合法化来源的新的经验，也就是历史经验，这跟之前所说的自然法不一样。自然法强调的是法从哪里来？从理性来。而历史法学派认为，主要从历史中来的，这是历史法学派的主要观点。

自历史法学派之后，罗马法作为一种历史材料就被抛弃了。在体系建立之后随即产生的概念法学，包括潘德克顿学派以及随后的概念法学，所建立的概念金字塔之后，就成为了完全的法律逻辑的研究，而跟历史没有关系了。从这个意义上，在这个基础上又诞生了德国民法典，德国民法典诞生之后，作为一种新的自然法或者释放法的规则，在财产法中产生了非常大的影响力。

我们可以去思考一个问题，德国人的殖民地是最小的，整个东亚地区基本上没有被德国殖民。在这种情况下，无论是日本、韩国、台湾、中国，为什么最后采纳的都是德国法这套思路呢？这是非常值得我们去玩味的问题。除了很多历史性的因素之外，在我看来非常重要的因素是德国民法典在罗马法基础上，所建立的这一整套普适化的社会基本的交易结构，它去除任何主义的色彩，是中立的。所以，德国民法典最重要的是总则，总则把所有的人抽象成为了自然人，把所有的交易结构抽象成了法律行为。而这一套不带任何意识形态色彩的交易结构，可以普适用于任何社会。比如，中国拿来再上面加几滴中国的油，日本拿来在上面加几滴他们日本民族性的油，这是德国法之所以在整个东亚地区盛行的原因之一。

如果要总结罗马法的当代价值，我觉得可以从以下四个方面去理解。

法源层面：罗马法的规范有助于我们理解现代法。它是实证法的尺度，也是今天欧洲私法一体运动中各国都能够接受的、作为整体的历史基础，这是什么意思呢？比如今天欧洲私法化统一运动，你要求法国人接受德国人的做法，法国人是不接受，要求德国人接受法国人的做法更是不可能，这个时候，如何为大家共同都能够接受的基础呢？自然而然地就回溯到了罗马法。

功能层面：罗马法毕竟有着 1500 年历史、没有中断的一套法系，它保存了很多解决问题的方案。我们不要把它作为一个死掉的法制史去理解，而是在今天的社会发现问题的时候，可以从功能主义的倾向去寻找当罗马人发现类似问题的时候是如何处理的，这种处理方式在其 1500 年的历史中间是否有过变化，这种变化的原因是什么。从这个角度说，罗马法储备了很多的解决方案，使得今人在一些方面可以减少歧路和迂回。

方法论层面：刚才已经花了很大的篇幅来讲，罗马人对于构建任何抽象的体系都没有兴趣。当时从裁判官也好，法学家也好，主要采取的方法论是针对个案，和我们今天民法学者所采用一种体系化的思维方式不一样。而法学家层面，也值得今人关注 and 学的，其中体现为一种非常强大的实践理性的观念。

本体论层面：罗马私法从根本上，体现为是以各种具有法的效力的法学家观点这种方式，而存在的具有竞争性的各个解决方案并存的一种法，这种法跟我们今天所说的实证主义下的法，是完全截然不同的两个概念。当然必须要承认，在今天社会驱使下，回到罗马法规范自治的局面是不可能了，但至少在司法的某些领域吸纳罗马人法律多元的观点。

这是在我看来罗马私法的当代价值。

这还会涉及到很重要的内容，在罗马结束之后，罗马法对大陆法系的影响。自然而然地我们就会有追问，罗马法对于我们今天的英美法系有影响吗？影响在哪呢？其实在我对于罗马法的学习中，这一直是困扰我的问题。我们可以发现在之前的罗马法中有很多的特征，比如说它强调了司法权，比如说他所强调的裁判的功能、习俗的功能，以及万民法对于市民法的纠偏等等，这些功能跟我们今天英美法之间很多有非常趋同的特征。

但是我的问题一直没有解决，我知道这两者在很多层面上很趋同，他们相互之间究竟有着一种什么样的传承关系呢？今天非常有幸，有李红海老师在，因为他是这方面的专家，一会儿由他给我们仔细地讲一讲。

就我而言，就我所研究的具体领域会发现他们之间确实有很多的关联。

举个例子，英国的土地保有制。先回到罗马的帝国时期，在罗马帝国中后期，奴隶作为一种经济制度已经消失了，取而代之的是大量的佃农阶层，逐渐地为欧洲中世纪以后的封建制打下了基础的社会关系。佃农所产生的社会经济结构，在封建化的过程中，它在土地上产生了保有制，围绕土地建立的领主和附庸的社会关系。这种社会关系随着 1066 年诺曼征服之后，之前是撒克逊人，欧陆的保有制被威廉一世带入了英格兰。威廉将英格兰的所有土地收为自己所有，名义上所有英国的土地都是国王所有。在这个基础上，按照亲疏远近一层一层地往下分，从而形成了多层级的保有关系。在这种多层级的保有关系上，逐渐形成了今天英国法中非常有特色的土地产权的制度。这种地产权有很多，像终身地产等等。

在这种关系下，英国法中的地产权，我们说 **Ownership** 所谓的所有权的概念，它的标的并不是针对于物，而是针对于某一个权力，你可以针对于某一种权利享有 **Ownership**。所以，英美法的财产权结构跟我们大陆法的伞型结构完全不一样。

在这里可以举两个很有意思的例子，跟罗马法高度趋同的例子。比如，在罗马帝国时期，除了意大利以外，所有的地区被罗马划分为不同的行省。这些行省在理论上归两个所有，要不归元老院所有，要不归元首或者归君主所有。在广袤行省地区实际土地的利用人，他在理论上不享有土地的所有权，对于这些土地的利用人，在行省土地所享有的权利到了后期逐渐地把它归纳为行省土地所有权。注意，这种行省土地所有权在理论上，这些土地仍然归罗马所有，而不是归他们所有。所以，这跟英美法最大的不限嗣继承地产权是非常相似的。

再比如说，在罗马还有另外一种所有权的形式，叫“裁判官法所有权”。什么意思呢？两个人在进行物的交易过程中，因为并没有符合市民法严格的程序要求，从而依据市民法，买方并没有获得这个物的所有权。这个时候裁判官觉得不对买方进行保护是有失公平的，裁判官就创设了一个裁判官法的所有权。经由裁判官法所有权买方可以对抗卖方，当卖方要求物的返还时，买方可以说不。而这种观念其实跟英美法，尤其是英国衡平法的所有权人，对于所有权人之间有着非常大的相似性。

它会涉及到在英美法中最重要的信托制度中的受托人、受信人等等他们之间的关系。时间有限，也不是我们今天所讲的重点，在这里就不展开了。

从这点上，至少能够看出来，今天的英美法和之前的罗马法，尤其是在古典时期的罗马法，大量的制度上是趋同的。那他们之间到底在多大程度上有这么一种承受关系呢？我也不是特别地清楚，到时候还是要请教老师。

今天我的报告大致就讲述到这儿，下面想多听听各位老师的高见，谢谢！

主持人：谢谢汪洋教授！

讲的比较快，有些内容还需要再消化一下。汪老师首先普及了罗马法的历史知识、概念、内容等等。对我最重大的收获是，前一段在学习哈耶克《法、立法与自由》的时候，哈耶克认为法应该来自生活，来自传统习俗，法官发现法，实际上是类似于刚才说的罗马法的众多来源，是大家创造的法，不是立法者，不是国王的制定法。也就是说，哈耶克说的传统不只是普通法的传统，某种意义上说的是罗马法的传统，和今天汪老师所说的意思是一致的，也就是自由自发秩序的社会合作扩展秩序的传统，这在罗马法中是可以发现的。非常感谢汪老师！

确实是非常精彩，今天我们请来的 3 位评议人也是这方面的专家：窦海阳老师，社科院法学所的副研究员，罗马学博士学位，罗马法研究方面新锐；张红老师，湖南大学副教授，长期从事民法、罗马法的研究；李红海老师，北大法学院研究员，是普通法方面研究的权威。

我们期待接下来的几位点评老师，能够给我们带来非常精彩的点评！因为今天主要是罗马法，还是窦海阳老师开始吧。



窦海阳：汪洋教授对罗马法作了非常系统，恢宏又不失细致的罗马法当代价值简单的引申。

在中国做罗马法研究一直面临着一个置疑，就是罗马法有没有用。我是罗马法逃兵，我一开始醉心于罗马法制度史研究，现在全身心地投入到中国司法判例研究中去了，而在我内心深处，罗马法还是有巨大价值的，也可能在某一天我又全身心地投入到罗马法研究当中去了。

价值在于哪？我觉得有两个方面。

价值一：制度的参考价值

价值二：精神的影响价值

罗马法在当代怎么用？我觉得可以通过两种方式来做。

一种方式，把罗马法与德国的现代规范法、法国的现代规范放在同一个等级层面上的借鉴模式，而并不是把它作为古老的东西。罗马法不像历史法学派立一个分支一样，不是粗鄙的、原始的、没有任何具体规则的，是有一个体系化的、繁复的规则，特别是交易规则。比如买卖交换，可以选德国的模式、也可以选法国的模式，还可以继续回过头来看罗马法是怎么做的，这都是非常细致、可参考的价值，这是一种方式。

另外一种方式，可以把罗马法作为制度的起点，经由中世纪到现代法是什么样的，历史流变的梳理。从实际效果看，可以看到德国法模式和法国法模式，至少在大陆法系上，德国法模式经萨维尼等一系列人对学术汇纂的梳理，形成了德国法的模式。在法国法的模式下面，是对学术汇纂所作的梳理而形成的模式。

在梳理过程中，我觉得以罗马法为起点，不一定形成唯一的模式，有可能是德国法模式、有可能是法国法模式，还可能是所谓的中国法模式，这是一个思考的路径。

当然，从历史选择来看，我们经过改制之后选择了德国法，思维习惯是跟德国法一样，至少在民法商来说。所以我们没有必要作为中国法模式，可以按照惯常思维，按照德国法的模式下来。

这本历史书在现在有什么意义？我觉得还是有意义的，就现代民法研究，我觉得很多所谓的共识是虚的，当我们看到某些概念的时候大家说都是一样的，而具体到制度上发现产生了很大分歧，这是为什么？我觉得是对于概念体系没有搞明白，也就是建立的体系基础是虚的。如果作为概念体系梳理，对于中国建立稳固的概念体系是非常重要的，因为在当下很多概念的创新以及不完整的思考，在法学概念体系建构来说是一种危险的东西。

这是制度的参考价值。

价值二：精神的影响价值

罗马法的很多规则逐渐地形成一种体系，今天的体系已经深入到骨髓，到每一个交易人的心里面。经过近代启蒙运动的发挥，形成了欧洲的法律思维，可以对抗强大的公权力。这在我们当下是非常欠缺的，一些现实的事例我们也都看到了，就不展开了。

总之，两个方面的价值：制度的借鉴价值、精神的影响价值，是我对于罗马法当代价值的一种回应。

谢谢！

（发言未经本人审定）

主持人：窦老师是罗马法方面的专家，你进行中国案例研究，某种意义上又回到了古典罗马法，路径是差不多的，希望将来能够梳理罗马法的概念。窦老师从两个方面，罗马法提供规范的比较意义上，以罗马法作为制度的起点对当代中国的意义，谈了制度方面的借鉴意义，还有精神上的。中国社会的建设还很弱，国家公权力很强大，窦老师说的确实是非常好。

今天来谈罗马法，首先普及罗马法的知识，学习罗马法精神方面的借鉴意义。另外，我们还想借鉴普通法，尤其中国宣称走上历史传统大陆法系的轨道，但是英美体系现在看，包括英美国家在世界上的繁荣地位，包括文化、物质，确实有很多值得我们学习的地方，这是今天讲座的目的之一。比较罗马法和英美法，英美法对罗马法是不是有发展壮大，是否有更进一步提高的地方，下面就请李老师来谈你的观点。



李红海：我专门请假过来，听汪洋教授讲罗马法。我对这个主题特别感兴趣，我以前也听过别人讲罗马法，也看过一些罗马法的书。但至少在讨论罗马法和普通法之间的关系，尤其是它们相似性的问题上，我觉得汪洋讲的还是非常到位的，至少我没有从别人那里看到过或者听到过这样的说法。

我特别赞同汪洋讲到的，罗马法和普通法之间有着很多的相似性。我以前的观点一直认为普通法和早期罗马法，至少是在古典时期以前，包括古典时期，也就是法典化之前的罗马法具有非常大的相似性。汪洋已经谈过了这些相似性的很多方面，我想再来重复和阐述一下这个问题。

第一，一个很典型的特征，在法律渊源或者法律来源开放性的方面。古典时期，罗马法法律的来源是非常多样化的，有原来的市民法，有裁判官的告示，有立法机关，包括元老院、民众大会制定的规则，我们可以称之为法律，还有法学家的著述。所以，在法典化之前，罗马法的渊源非常丰富，像很多支流都可以流到这条河里面。它之所以能够发展，不是因为后来编纂出来了一个东西，而是因为之前有很多的渊源，把很多的智慧、经验汇入到罗马法当中，这是最为重要的。反而是到了法典化的时候，这些渊源都已经被堵塞了、消失了、终止，比如《引证法》就把法学家的东西给掐死了。

所以在这一点上，我觉得它和普通法是非常类似。普通法从一开始直到现在，它始终都对各种合理的规范保持开放。比如有议会的制定法；行政机构就不说了，法官是可以审查的。但这并不妨碍法官对所有这些进行理性化的评估，然后将其合理的因素纳入到案件当中来，与案件的具体情况相结合，然后给案件形成更加适合的规则。普通法始终是这样的，罗马法至少在法典化之前也是这样的，这是非常重大的相似性，也是二者相似性的重要体现。

第二，裁判官法的作用，跟汪洋讲到的一样，从体制上来说它更类似于英国大法官的作用，裁判官对于市民法的修正和发展，其实也类似于大法官对普通法、普通法官对于其他法律的修正、补充和发展。普通法也要面对制定法、也要面对过去的习惯，这个习惯可以类比为罗马的市

民法。普通法法官在面对这些的时候，它和裁判官的告示所起到的作用是差不多的。罗马法史中就提到了裁判官如何在市民法救济不力的时候，不是说推翻它，否定它，而是提供一种新的救济可能性，这和普通法、大法官提供的做法是一样的。在讲普通法和衡平法之间关系的时候，有人说普通法更加僵化，我认为不是这样的，普通法的法官也可以很灵活地来做这件事情。

所以从裁判官的角色和运作方式及其对于先前既有法律渊源的影响来说，罗马法也和普通法也是非常类似的。这是关于裁判官的问题。

第三，还有一个相似性，罗马法对于法的概念的认识。今天真的不一样，作为一个统治者要通过制定规则来规制人们的生活，过去真不是这样。在罗马时期，罗马法学家承担了这样一个责任，把罗马市民生活当中那些基本的规范加以总结、提炼，形成更加方便传承的东西。

在英国是法官来做这个事情，没有说这个东西留在法学家那里或者说留在大学那里，英国法进入大学非常晚，是 18 世纪中期之后了。我们看到罗马法和普通法都有这样一个阶层、一个群体，来把源于民众生活的这些经验和智慧，源于草根的这些经验和智慧，提升、升华、提炼、总结，做成可以传承的东西。从这个意义上来说，它们二者也是有相似性的，而不管这个阶层是谁。

相似性先讲这三点，肯定还会有很多方面，包括具体的，比如不动产权利的状态描述等等可以单独再讲。

关于法典化原因的问题，萨维尼曾经说过，罗马法在它最鼎盛的时候并没有编纂成法典，而当它编纂成法典的时候反而是它衰落之时。汪洋刚才提到，我们的观点是一样的，这种法律渊源的单一化是罗马法衰落的原因。

为什么罗马法的渊源后来会单一化呢？这显然跟政治体制有直接关系，如果没有进入帝制，没有进入绝对的君主制、绝对的专制，不会这样的，古典时期罗马法渊源的多样性可能会一直持续下去。为什么需要法律渊源的单一化呢？因为是政治上的需要。我个人认为，罗马法后来法典化的原因跟政治上的专制有着极大的关系，而且是直接的关系。

有了一个法典，会有利于这个国家的一体化，这是毫无疑问的。从这个角度我们看到政治极大地影响了法律，也正因为这一点，法律受到了政治极大的影响。在这点上普通法也是一样，为什么会有普通法？以前我在很多场合也都讲过，是英国国王为了平息内战，恢复社会的秩序，加强王权所采取的一系列措施带来的意外产品。如果没有这些，那就不会有普通法。就像我们说如果说没有威廉一世的征服，那可能英国跟欧洲大陆都是一样的。我以前一直在说 1066 年诺曼征服之前，英国和欧洲大陆基本上是同步的，凯尔特人时期、罗马人时期、日耳曼人的时期，为什么说在诺曼征服之后再晚一个世纪之后才出现了普通法，因为政治体制发生的重大差别，带来了一个极权的王国。

所以，政治对于法律的影响是非常重大的，无论是罗马法还是普通法，都体现了这一点。只不过罗马法体现的是自己开始衰落了，而普通法体现的是自己开始形成了，然后再不断地发展。除了政治影响法律外，反过来法律也会影响政治，比如普通法就产生了相应的政治效应，对统治者进行约束和制约，使得统治者处于法律之下——至少在后来是这样。

这是我想阐述的第二点，还是跟罗马法和普通法发展的相似性有关，即从受政治影响的角度来说，政治对法律的影响是非常大的，我们不需要怀疑这点，不需要去回避它，也不需要不好意思去说，我觉得是一个非常正常的事实。无论是哪一个时期，无论东方还是西方都是这样。只是我们要看到政治怎么影响法律，法律是不是能够反过来影响政治发展的演变，英国采取什么样的方式才实现了普通法对于王权的制约和影响。政治对于法律的影响，仍然会涉及到两者的相似性。

第三，讲一点稍微技术性的问题。我们今天看到了德国法的影响，我想说的是窦老师提到的法国人也在研究罗马法，也在借用罗马法，并在后来制定了自己的法典，即法国民法典，实现了法律的近代化。德国人也在做这样的事情，整出的是德国民法典。他们看重的是学术汇纂，这边更多用的还是法学阶梯。我们注意到，使用同样的材料或者资源，可能会有不同的结果，源于自身的立场和自身的资源、原有的资源，然后对它进行加工，结果形成了不同的产品。

那么我们可否利用德国法、罗马法，形成属于我们自己的、真正属于中国的法律呢？因为德国法也可以看作是我们借鉴和使用的资源。我想当然是可以的。

我不是很欣赏德国法，但并不意味着人家不好，德国人特别擅长通过提炼的方式来做这个事情，但这个做法的后果则可能会导致我们在分析问题的时候概念先行。现在很多人在分析案件的时候，要给自己找学理上的、逻辑上的合理性，而不是现实的合理性，我觉得这是非常大的问题。他们会觉得需要从学理上、逻辑上，从其民法的体系上来证明自己这样做是对的，有正当性，这当然无可厚非；但我觉得更应该从案件事实本身来寻求判决的合理性，要从案件事实本身来找到使用这个而不是那个规则的必然性，而不是从逻辑上、体系上的要求出发。

德国法虽然有好的方面，但它也确实影响了我们判断问题的想法以及解决问题的思路。我们认为至少应该对此保持警醒，在解决实际问题的时候能不能以问题本身为出发点，以事实本身为出发点寻求解决方案，而不是从学理上、从逻辑上找到它的合理性。我觉得在有些场合当然需要考虑学理，但如此考虑对解决实际问题却并不总是很有效，有时反而会被认为很迂腐。从这个意义说，德国人对于罗马法的研究已经远远地背离了过去的罗马法——过去罗马的法学家未必是这样研究问题的，他们很实际的；就跟我们今天对于儒家的解读一样，可能已经远远地背离了孔子自己真正建立的儒家思想一样。

普通法是不是这样的思维方式呢？我觉得不是，因为它从一开始就是以解决问题为出发点，并非力图去构建任何概念体系性的东西，概念只是一个工具。普通法的概念是在解决问题之余产生的副产品，而德国法思维的后果却可能导致概念先行。所以普通法从过去到今天仍然还存在，作为法律渊源的这些东西就摆在这里，制定法、理论、习惯等所有的渊源，都是可以拿来用的，为我所用，但却不必对我解决问题构成拘束、构成障碍。普通法直到今天仍然还是这样。

关于法学，尤其是德国人的法学对罗马法的改造，它和普通法非常不一样。在英美也有法学，但所有这些法学理论和制定法的逻辑地位基本上差不多，都只是一种来源。我觉得合理就吸收进来，并不因为是谁谁谁说的，或者是制定法就一定怎么样；即使是普通人说的，只要有道理我也可以吸收你。谁主宰了法律的发展？是法官还是法学家在主宰法律的发展？这是罗马法和普通法非常重大的区别。

我大概说了几点，简单总结一下。主要还是集中在普通法和罗马法之间进行比较。我想至少在

古典时期或者法典化前期的罗马法，它和普通法的发展非常类似。罗马法后来的发展和普通法比起来，我觉得差别很大，西欧各个国家同样是基于罗马法，其实也走上了并不完全相同的路径。我还讲到了政治对于罗马法的影响，也是拿罗马法和普通法为例来阐述，这是很正常、很普通的现象。我们也可以有自己的路径来吸收罗马法、法国法、德国法，都可以。

我就说这么几点，谢谢大家！

主持人：谢谢！李老师是研究普通法的权威，他首先概括了普通法和罗马法的主要相同点，包括法律渊源，在早期罗马法产生的时候有很多来源，只是后来给统一了，统一了反而是导致了它的僵化和死亡。还有普通法法官的作用和罗马法裁判官的作用是有一定的相似性。还有在概念上，普通法和罗马法当初的来源都是来源于生活，来源于草根的智慧。包括法官、议会、元老院，转化成一种法律，这是相同点。

李老师还讲了一些不同，政治上，由于罗马最后皇权的产生，垄断了法律的制定，使得它反而走上了消亡之路，给我们很大的启发。法律的产生，我们的权利、我们的义务应该是草根阶层群众智慧的结晶。

最后还谈到了，我们同样是利用罗马法，德国有德国的方法，法国有法国的方法，我们中国也可以有中国的路径。给我们最大的启发，德国把这个概念都给绝对化了，这是值得我们警醒的。

德国这种方式，我个人觉得和德国提出来的社会主义，包括马克思很多哲学家提出的唯理主义的思考方式有关，社会主义就是最大的建构主义，向外传到远东。

请张红老师再给大家进行点评。



张红：第一，首先我要申明一下，我不是专门做罗马法，我们是一起去的，我在那边进修罗马法，主要做现代民法，他们俩是专门研究罗马法，拿到罗马法学的博士学位回来，我只是进修，所以我点评的立场主要从现代民法回到罗马法。我自己理解罗马法的精神特质是什么，它给我

们现代民法或者中国民法典的理解，提供了什么的东西，或者其独特的背景、思想、理念。

第二，我首先对李老师刚才说的问题进行回应，我非常有感触。他刚才讲德国的概念法学，德国的民法体系非常地抽象，是不是过于抽象以后对于我们实际生活有点脱离、脱节，在研究当中我自己确实有体会。

我前几天翻译一篇文章的时候说到，德国人和法国人在法律行为或者合同概念的抽象程度上完全不同，法国人没有抽象到法律行为这个概念层次，他们的法典只抽象到合同这个层次就完了。德国把这个做的非常抽象，抽象了合同以后，还要和婚姻一起来抽象，那就抽象到法律行为，非常地技术化、中立化，不代表任何意识形态。

抽象程度过高了以后，问题就出来了。在合同法研究过程中，发现我们依照德国民法做的以意志论或者意识论为中心的合同法，它在实践当中有的时候不够用，或者对有些商业实践的交易不够用。今天来到天则所比较忐忑，这个领域我看到的资料，在合同经济学做的非常地多。我看到美国的资料，最初在北大的杂志上发表评论，那个文章在六七十年代就说，他发现美国的合同法在很多企业或者法律人士，回避用法律解决交易纠纷。当下世界的合同法规则都有这个倾向，抽象过度，只以意志论为中心，排除了合同交易当中很多非协议要素。

前几天我关注了铁矿石交易的争议，就很奇怪，政府和澳大利亚最后闹到外交纠纷层面，抓间谍层面，但始终没人提合同，用合同法来解决问题。他们是长期合同交易，意识到用法律、用合同规范来解决，不管是中国还是澳大利亚，可能都不足以应付这一类长期交易合同。我们现在的合同法实际上是一时性的合同，以短期性买卖合同为中心来建构的，它对长期合同的交易规则并不充分，所以实践当中很多人回避。

美国有法学家写了一本书《契约法的死亡》，日本人从美国留学回来以后针锋相对，写了一本书《契约法的再生》。实际上不是真正意义上的针锋相对，它是讲的现代一时性合同、合理论、抽象过度的合同法，它是做的关系性契约。这种契约是长期合同的再生，是从这个合同来讲。这是我刚才听了你的评价作的回应，我认为德国法的抽象程度非常高，非常地技术化、中立化和抽象化，跟社会实践有的时候是脱节的，或者不能够、不足以规范这些交易问题。

第二，我的回应主要是从现代民法角度去罗马法或者现代民法的罗马法背景。

一、现在民法背后的理念来自于哪里？比如权利，讲权利这个概念的时候，民法上的权利按照法学理解分自然权利、法定权利和持有权利这三个层次，现在法律上的法定权利，其背后的应有权利自然法意义上，他们之间的关系怎么来的，这是权利的问题。

二、这个权利在民法上也表现为权利本位或者个人主义，这种理念怎么来的？

三、民法上最重要的是意志论，自由意志，中国民法沿用德国民法的法律行为概念，非常抽象。

四、民法典的体系是怎么来的，我们从德国法当中继受而来，那德国法是怎么来的？刚才汪洋教授也说了，它实际上是从罗马法当中一步一步演化而来。

我主要做现代民法，我学习罗马法是为了解开我心中的疑惑，它背后到底给我们提供什么样的

智力支持或者知识。

首先罗马法这个概念是非常宽泛的，包含了现代意义上的主观权利，也包括了客观权利的概念，并且在当时并没有进行权利的划分，当时的奖罚是非常抽象的、统一的概念。这种主观权利和客观权利的划分，它是在中世纪的时候进行区别的，第一次把主观权利独立于法或者权利体系明确出来，最后进入到民法当中规定的权利——主观权利。

罗马法确定了每一个人或者确定了当时的罗马市民享受人身权利、财产权利，他们的权利体系非常庞大，也非常完善，在我们今天来看。我当初去学罗马法的时候，非常惊讶罗马人对法律的贡献。在我们看来，当今带有现代意义上的一些法律权利当时已经规定了，比如像信托、抵押，都已经有了，在我看来感觉这是在商品经济非常发达的情况下才有的，他们的物权体系也非常庞大。

这样可以看到，它给我们提供了一套的权利概念以及权利体系，为后面民法体系的发展提供了这些前提或者准备。

第三，我关注意志论，回到罗马法当中去理解的时候发现，其实我们现在的意志论实际上也主要从罗马法当中抽象而来的。

为什么刚才汪老师说萨维尼亚等这些人，德国法学家会抽象出一个意思表示、合意这些概念来，实际上从罗马法这些片段或素材当中给它抽象出来的。举两个很明显的例子，比如我们今天说的合意，实际上罗马法当中是也合意、契约这个类型。当然还有文字契约等等。不过有一种类型叫合意契约，已经有这种意识，但当时并没有合意这个概念，没有独立化，只是有这个意识。有这个意识，也没有波及到所有的合同类型，只是带有启蒙的基础，这是合意的概念、意思表示概念，当时已经开始启蒙，只是没有独立化。

中国今天进行民法典编纂，可能又会涉及到这个问题，像物权行为这个概念要不要。因为我们在实践当中基于 2012 年买卖合同的司法解释以后，中国实例判例去看很多法官已经用到了物权行为概念，在司法判例、裁决当中就用这个，但实际上我们的物权法并不承认。而物权行为，是德国人抽象出来的法律行为的具体表现形态，物权行为怎么来的，也是德国人萨维尼亚经过罗马法当中的买卖所有权移转方式来的，我们翻译成同城交易。他们买卖以后所有权移转不是合同当然得提供，而是要求 5 个证人，要在这个标的物上取一个微小的部分来进行称量，必须要有这种形式，这种形式主义非常强。德国人就从形式主义的过程当中抽象出来，还要所有权移转的合意，我要把这个物交给你，你愿意接受，有这么一个所有权移转的合意里面抽象而来，这是物权行为的概念。

可以看到，实际上我们现代法这些合意的概念都是从罗马法开始，为我们提供概念上的准备以及体系建构上的前提。

第三，理性。涉及到另外一个概念，即自然法的理念。在罗马法当中，法学阶梯开篇就说“什么是自然法”，自然法是关于适用于一切动物的法。从哲学家的角度来讲，罗马法当中的自然法理念是实际上基于自然，它的判断价值的基础或者来源源于自然，与后来发展的自然法价值判断来源是不一样的。

后来像中世纪的自然法和近代自然法，实际上是在基于自然持续意义上的自然法进行的转折或者是改变。中世纪的自然法，它的价值判断来源不在于自然秩序，而在于上帝。那近代自然法的价值判断来源就不是上帝了，把上帝去掉了，是来自于个人的理性。文艺复兴运动以及人文主义法学家派，实际上是去魅，把上帝从我们世俗当中把它剥离，价值判断来自于自己的理性。

也正是这个理性，让我们现代或近代的民法典编纂成为可能，因为它基于自己的理性建构了一套理性主义的法典编纂方法，从人的行为出发来编纂我们的法典。这是基本的概念，罗马法对现代民法的影响，这是我自己的理解。

在法典的编纂体系上，近代民法典，比如以法国民法典、德国民法典为代表的民法典的编纂体系，深受罗马法的影响。法国民法典，它的大结构，首先人法，然后才是财产权的取得，再是取得方法。它非常类似于我们法学阶梯的结构，也就是人、物、诉讼，只不过把诉讼移到了程序法，保持了比较完整的或者形式意义上罗马法的结构。

当然这与它的历史有关，拿破仑在编纂这个法典的时候比较仓促，法国历史的准备或者理论的准备都是来源于罗马法。当时因为时间很急，主要按照罗马法的素材编纂结构来。里面的概念、这些抽象程度也来不及做到这么抽象，当然也与他们的习惯有关系，他们用的罗马法的这些习惯和当地的习惯有关系，所以编纂成现在这样。

到德国法的编纂，经由罗马法，超越罗马法，把意思表示从合意当中抽象出来，从物权的移转，从合同的缔结过程中把它抽象出来，成为法律行为，里面要含有意思表示的概念。他们的体系就变成了更加复杂，比如人格权、身份权，以及物权和债权这套体系，实际上这套体系是经过中世纪法国这些大的著名的法学家经过抽象以后。他们归纳罗马法的时候说，罗马法当中主要是两大类权益——对物权、对人权。

对物权：表现为对人自己的权利和自己享有物的权利，也就是我们今天所谓的人格权和物权利。对物权又包括罗马法上讲的所有权和不完全的所有权，当然这些概念都是现代法学概念，罗马法没有这类概念，我们是为了统和他们的地域权、抵押、质押这些，它物权、地权。

对人权：主要是债权，罗马法的概念是契约之战、侵权之战等等，主要是这些体系。实际上，中世纪法学家把罗马法这些素材进行抽象以后，就为我们现代或近代民法典的编纂提供了权利的框架体系，最终形成现代所看到民法典以权利为中心，以人法和物法二分的框架结构，都是与罗马法分不开。

所以我认为，罗马法作为一种知识材料或者说背景，对于理解我们现代法是非常有意义。我们要想更好地理解现代民法的概念或者现代司法概念，真要回到罗马法。有一句话讲，阳光之下没有新的事物。

我在最近研究也有发现，比如最近研究抵债的时候就发现，我们学生做了很多判例的实证研究，我让他们整理出来效力以及不同的效力背后的裁判法典，整理出来有非常多的民法上的裁判法典，怎么样去解释呢？或者我们以后民法典在编纂的时候怎么样去规范？要选择其中的一种，怎么样去选择呢？正好我看到有罗马法的学者研究代物抵偿的时候，就把罗马法当中关于这一块解决方案进行了研究。我非常惊讶地发现，我们现在法官所用的这一套裁判法在罗马法上

都已经表现出来了，罗马人在多种多样的解决方案当中，在不同的场合选用了其中一种作为解决方案，这让我非常惊讶。现在我们对罗马法的理解，其实还是要回到罗马法，它会给我们非常多的启发，这是它的意义和价值所在。

总结起来，有如下几点：

第一，它的精神特质，就是提供了一套概念体系，这种概念的起源。

第二，为我们现代法的理解提供了其背后的自然法，现在讲立法要立良法、善法，背后主要还是靠自然法。

第三，罗马法公法与私法的区分，对我们现代民法与公法的分离是非常有意义的。我们有一个教授曾经说民法帝国主义，实际上应该是从市民法角度来讲，市民法当初是包括公法和私法，但民法并不是这样。

第四，对于我们现代民法的个人权利本位、个人主义这种立场，在罗马法当中也体现的比较明显。并非罗马法一定是个人主义的，也包括社会本位的东西。意大利的一位罗马法学家专门有一篇文章，关于个人主义和社会主义讨论罗马法当中，到底是个人本位还是个社会本位的问题。

这是我今天来学习的收获，以及结合自己的理解，讲的不好请各位批评指正，谢谢！

（发言未经本人审定）

主持人：谢谢张老师！张老师主要研究现代民法，也在罗马法中吸取一些有益的材料，大概要义是，现在的民法体系是从罗马法体系演化而来，比起我们当代民法的概念、现代的这些体系框架，可以回溯到罗马法那个时期，包括背后自然法的依据。罗马法，实际上不仅是个人主义、个人本位，还有社会本位。

我前一段也看了一本书，台湾中央研究院的学者，是研究共和主义的，也谈到这个问题。刚才汪老师说了，在欧洲文艺复兴的时候他们实际上是回到罗马法。他们要求不只是回到优士丁尼那个法典，要再往前回溯到古典时期。回到罗马法，回到大框架时期，也要更加回到这些概念，更加早期的这些来源。张老师给我的启发，从罗马 1500 年的历史，还有普通法的演化，以及刚才还提到法国和德国民法典的建构和教训来讲，张老师也提到了德国更加抽象。

总之我的感觉是，法国和德国在进行民法抽象的时候，从政治制度上也走向了人民主权至上，包括对人民主权理性的一种极端化，即刚才所说的社会主义的建构没有一种制约的力量。一直到法国共和君主，一直到戴高乐最后的第五共和国，才建立真正现代意义上的宪政国家。德国也是，纳粹某种意义上也是这样，后来就产生了极权的制度。

我的意思想说，回到共和时期，我个人的观点是自由主义某种意义上，尤其是在现代人的自由和古代人的自由，现代人更加注重消极的自由。现代人更加注重商业，不太像古罗马时期小共和国大家都投入到公共生活，在现代时期中现代自由更是国家不干涉个人。根据刚才大家的讨论，要回到罗马法更应该回到古典时期，实际上是回到共和主义时期。当然国家不能强制干预个人财产的自由、生命权，个人在构建国家的时候也要有社会本位，不能够完全的、绝对的个

人主义。否则的话，这样一来就不是哈耶克社会合作的扩展秩序。我们不仅要强调国家不能干预个人，个人也要对社会在共和意义上积极的投入。比如政府拆了那家的房子，大家都不去吭声，等拆你的房子的时候，那没人为你吭声了，就这个意思。

我个人今天三位评议人的评议都是非常精彩，今天的话题也非常有意思，在座的人也有很多学者，也是法律界人士，对这个话题感兴趣或者有研究可以自由发言！

盛老师对普通法、对中国古典的礼仪非常有研究，下面请你来发言！

盛洪：今天非常高兴听到汪洋教授介绍罗马法。我最近比较关注普通法，必然要读一些罗马法的文字，但是读得很少。汪洋教授给我补了课。非常高兴，也非常意外的是汪洋教授有几次提到哈耶克。据哈耶克自己说，他这套理论不被法学家所接受，邓教授翻译哈耶克的《法、立法与自由》，据说在上海法学界不受待见。法学家是不是对哈耶克这套理论有所抵触？但是今天看来好像没有什么抵触，而且非常愿意接受。

首先，汪洋教授叙述的罗马法的历史形成过程，解释得非常漂亮。我们都知道，在横截面上去看，罗马法就是一个法典。历史上去看，用哈耶克的话是“从自发秩序中发展出来的”，这非常重要。最开始的习俗和市民法，是自发秩序。谈到后面多法源时代，我觉得还可以再追问一下，比如法学家的解释、法官的裁判令和皇帝的谕令从哪儿来？我要说还是从自发秩序来的，是从老百姓互动形成的习俗和市民法中思考提炼出来的。当然到后来法源单一化了，只是出自皇帝的谕令。这个过程不太好，非常生动的自发秩序或者多元化的法源逐渐变成单一化，而单一化是皇帝谕令的方式，和当时专制政治制度很相关。

第二，后来的法典化和以后对罗马法的研究，逐渐走向了概念上的抽象、体系上的自治。这有好的一方面，也有坏的一方面。好的一方面是，对于现实中的自发秩序而言，人类确实要有一个抽象过程，哈耶克对此也是肯定的，这样能够一般化，能够推广。在另一方面，如果把现实中活生生的自发秩序，全变成静止的法典中的条例，而且企图用这样一个法典去规制整个社会，或者把它理解为全部的社会秩序，可能存在巨大的问题。它实际上是方法上的根本性的错误，是认识论的错误。

刚才汪教授讲到对罗马法的研究，有一派是历史学派，把历史拿来印证罗马法的基本原则到底什么样，用完以后扔掉了。用历史印证原则没有错，但用完就扔掉是唯理主义建构论的作法。“唯理主义建构论”是哈耶克的说法，唯理主义认为人的理性是无限的，这是当时欧洲的哲学背景，巅峰是黑格尔。黑格尔有一本书叫《法哲学原理》，他的观点非常清楚，他说历史中的法和我们的概念中的法相比，历史中的法是不完全的、有缺陷的，而我们概念中的法是纯粹的、最高的。在讲概念的时候他偷梁换柱了，这个“概念”一方面是主观概念，另一方面是客观概念。

客观概念就是黑格尔说的“客观精神”或“绝对精神”，类似于我们说的天道。区别在于，我们承认有天道或上帝存在，但不能全部知道它是什么。而黑格尔的说法是，我知道这是天道，而且我能全部知道这是什么。它混淆了所谓的客观概念和主观概念，混淆了客观性和主观性。导致的结果是，对罗马法进行历史提炼后认为就无事可作，是唯理主义的思维。有一个问题，哈耶克说人类理性是有限的，我们对很多事情包括对人类秩序是不能全部理解和把握的，而对罗马法研究最重要的动机，是要通过这些研究把握全部的社会秩序的真理，这是错误的。为什么？因为人类理性有限，可能知道部分，不可能知道全部。“我知道有天道、但不能知道天道全部

是什么样的”，与“我知道有天道、也知道天道全部是什么”是完全不同的，后者是理性的狂妄。但是你又认为这包括了全部真理，就拿去推演各种各样具体的法律，那就错了。因为你相信这是全对的，但它不全对。

你讲的那个故事很好，历史学派把这些历史材料用完了就扔了，这是错的。因为根据哈耶克的理论，这些自发秩序、习俗和历史所包含的信息，我们不能完全理解。我们在做一般的东西的时候可以用材料，做完剩下的下脚料就扔掉了，但是自发秩序不能这样对待，是因为即使对历史已经作了研究，历史中和自发秩序中所包含的很多信息你其实不知道，也许永远不知道。这很重要，说白了你不能扔掉历史。

哈耶克讲的自发秩序，不仅讲的是过去的自发秩序，也是讲我们现在正在经历的自发秩序。也就是说，如果只是依据过去法典中的法条来推演，那就不能面对现在。而人类社会复杂性在于，你并不知道明天会怎样，以往的历史不能覆盖所有的信息。所以在讲自发秩序的时候，一定要讲当下的自发秩序，当然要尊重以前的自发秩序，但要注意当下的自发秩序。这就是普通法和罗马法系不同之处。

我碰到一个案子，我要组成一个陪审团，陪审团根据当下的信息作出决定，而大陆法系没有这些，只是哪一部法典中有没有相关法条，是否符合这个法条。任何东西一旦形成法典，固定在那儿就僵化掉了，这是我们批判的，也是罗马法与普通法不同的地方。从这个意义上来讲，我们比较同意哈耶克，“普通法法治国”，这是他的理想。不是指的英国、也不是法国，指的是理想状态的普通法。

还有一点，对于罗马法系和大陆法系的移植问题，很抽象，刚才汪洋教授也谈到了，你看它很抽象，具有一般性，没有特殊性，我同意这一点。但还有一个理由，就是法典容易移植，普通法不容易移植。这也涉及到近代中国知识分子的背景、看法和问题。问题就是臣服于唯理主义，“中国人落后了，要学习西方。”然而西方有两大法系，那哪个体系更好学呢？肯定是法典化体系。所以日本人、中国人都学，没法学英国，因为那是一套判例，杂七杂八根本没法弄清楚，这又是一个理由。这个理由有其正面的、也有负面的含义。负面的是，把唯理主义建理论全移植过来了，最灾难性的是否定了本土生成的自发秩序，这是特别大的问题。

刚才几位教授也谈要研究中国判例，这是对的，我觉得这是出路，历史和当下。不然的话就没有出路。刚才李教授说，解决这个社会的具体法律一定是从本土出发的，可以去借鉴很多共通的东西，但是必须要立足于本土，而现在对本土的研究特别缺乏。我们搞了一个“礼与普通法”的研究群，我们不搞别的，搞判例研究，找一些古代的判例把它翻译出来，然后去了解本土自发秩序到底怎么样。上一代知识分子完全否定了中国生成的自发秩序，习俗和惯例，好象没有那些资源了，这是一个大问题。要认真去看是有的，而且中国的资源积累丰富，古典记录的资源，包括很多判例和合约文书极为丰富。你必须要去面对，首先要去研究，哪怕不同意都行，但得研究。更何况我们必须针对当下，中国现在正在发生的事情我们应该怎么面对。我觉得至少要接受普通法的思维方式，现在中国出了很多很多新事情，比如互联网上怎么互动，它的习俗应该是什么，这些年是在生成的，这是我们要去关注的。

另外，要有观念上的变化。还是那个问题，什么是法源？我们现在看到中国发生的事情，驱赶所谓“DDRK”，理直气壮地说“我在执法”。这是什么法？法条这个法源的效力是什么样的？是不是比我们当下的常识、习俗或契约更高？现在他们认为法条甚至政府政策更高明，执行它是天

经地义，冻死也不要管，这是不能接受的。一个脱离了自发秩序和当下互动的罗马法体系也是不能接受的。这在中国形成颠倒的法律观念，认为法典比习俗、惯例、合约和常识更优越，更有效力，这是不对的。

拿我们对罗马法和普通法的理解，回头再看中国，可能还能看到很多的问题，要有一个理论上的改变。我高兴的是，汪洋教授等这几位中青年教授有这样的想法，我不再担心法学院的学生会走歪路。

谢谢大家！

主持人：近些年来一直强调，法律要本土化，本土的资源要有自发秩序的建构，要重视，立足本土，谢谢盛老师！

江溯：谢谢汪老师精彩的讲座。我现在在中国政法大学读宪法学的博士，纯粹搞公法研究。但今天下午从汪老师这个私法领域的讲座听到了很多精彩的内容，很有收获。我从公法学的角度谈谈我的感想。

汪老师刚才介绍，罗马法在其生命力最旺盛、最蓬勃发展的阶段，立法是处在一种立法主体比较分散、立法过程比较自由的状态下，这种状态反而催生了最富有智慧、最丰富的立法成果。这和普通法初期的发展过程也非常相似。刚才李红海老师和汪老师的互动当中，也特别强调了这点。

在国家的发展史上，自从博丹提出近代主权观念，并且把立法主权确立为主权观念的核心之后，立法就越来越脱离原先自生自发的状态，越来越多的被赋予了政治统治的意义。近代的立法不再像中世纪那样，主要是一种以解决纠纷为目的的，不断调整自身以适应社会发展、满足社会对秩序的需求的活动。立法更多的承载了民族和国家的意义，被视为整合国家、彰显主权的手段，成为近代民族国家形成的过程中的重要工具。虽然立法确实起到了这个效果。例如，公认德国民法典的编纂对于近代德意志民族的形成，对德国从四分五裂的状态走向统一，都起了巨大作用。但像汪老师介绍的，问题是，罗马法当中最旺盛、最有生命力的东西，这时已经消失了。后人又不得不重新反思立法进程，重新把立法权的主体给分散化、立法的过程民主化，以把那些优良的传统给找回来。

现在我跟着导师在做一个立法权课题项目，一个主要研究任务就是搞清楚我国当前法律政策中的一些提法，诸如科学立法、民主立法、依法立法，这些政策性的概念应当具有什么内涵，怎么用法学的专业表达来澄清它们。但是政治性的概念和语言本身带有相当的模糊性，如何把它们转变成相对清晰明确的法律规范，这是研究的一个难点。

今天汪老师这个讲座，带领我们回溯了古典时期的立法的状况。我感觉，古典时代的立法模式其实就具有民主性和科学性。在不同立法观念的互相碰撞当中，让法律自由生长，然后从中找到最适合解决社会当前问题的方式。历史已经证实这种模式有其优势。而现在的立法，更多是强调要把国家的意志、执政党的意志体现出来。因此，从科学立法的视角深入挖掘下去，历史上的立法经验可以给我们非常多的启发，并用来丰富科学立法的概念。

这是我的一点感想，谢谢！

（发言未经作者修订）

主持人：谢谢！

吴思：想法一：我很长见识，完全是外行，完全不懂法律法学。听各位老师讲觉得水很深，而且故事很多，这是一个让人看起来望闻生畏的学科，历史悠久、背景深厚。不管汪老师讲还是各位老师，我都受教了。

想法二：我这一两年在研究文革，从文革的背景回过头来看你们的研究，有一个挺有意思的想法。

文革就是一场大运动，这个运动就是一种解决问题的方式，包括我们最近轰低端人口也是一次运动，清理什么的也是一次运动，而且我觉得他们搞运动都有非常强的合理性。平常按照法规去办理，你拆人家的房子、封人家的门、赶人家走、限制人身自由，这一切都会引起一堆法律纠纷。如果不引起法律纠纷，人家去找各种各样的关系也会让执行者有一堆麻烦，你拆一堆建筑有那么容易吗？背后有多深的水？所以需要搞一场运动，一场从上到下贯彻下来的大事，造出事来然后解决问题，谁都不敢说法，法官都不吭气。而且还得公检法联手一起去执法，一起去赶低端人口，问题就解决了，所有的媒体都跟着造势。这种方式解决问题的效率很高，有规模效应，所以那个运动是完全可以理解的，权力要解决问题就得这么做。

在做的过程中你就会发现法律在哪呢？法官在哪呢？全按照书记的指示去办事了。我倒过来从运动的角度去理解各位老师谈的普通法、罗马法、大陆法系的这些法，我的想法是，良法的出现和扩张是需要条件的，这是一个历史性的条件。

在刚才各位老师讲的条件中，似乎良法的形成、发展的条件，比如罗马共和时期是一个好时期。还有威廉大公进来之后处于弱势，才有“王在法下”的可能。然后各个巡回法庭到各个领地上去和各个领主的司法去竞争，这好像是良法出现的好条件。而且一旦进入了普通法系，一个判例如果成功、如果很有效，作为一项规则是有竞争力、有吸引力的，规则更加公正，就可能被别人所采纳。即规则本身或者法规本身就进入了一种优胜劣汰的过程，于是就必然不断地保持活力，保持了法源的开放。我觉得这好像是良法生成的条件，这个条件主体上就是一个政治条件。

这是我对各位老师从历史角度的联想。

第三，如果没有这个条件，就是在拜占庭帝国的专制条件下，我还不不懂，还想继续请教。为什么在这种专制条件下，法的生长就会停止，就会封闭？我猜想，我看到的在中国历史的条件下，一旦进入法定型了，比如说大唐律、大明律、大清律基本都是那一套，没有明显的变化，当然处理的不是民法、不是私法，我不知道它应该分作公法还是私法，按照那种法的分类算是什么，但是它的变化不太大，它是封闭的。

在这样一种封闭的条件下，我们看到中国的情况是法规是一条，按照刚才一位老师的分类，有自然的权利、有法定的权利、还有实有的权利，这三种是不一样的。同样，中国人定的法律是一个，比如说叫民愤的话，各有各的民愤。你实际占有的愤跟民愤的边界是不一样的，我认为

那就是潜规则，它也是一种法，潜规则跟正式规则是不一样的，边界在变化，这也是在专制制度下法的一种演进方式，一种规则的变现方式和演进方式。

当然，我说的是它会发生演变，为什么在专制制度下法的质量就不提高了呢？为什么你说高峰时期，法典形成之后它就不生长了，这是为什么？为什么最高统治者就不愿意它生长呢？这是我还不不懂的问题。

最后，良法生成的条件恐怕不仅仅是专制和不专制，政治太强不行，太弱也不行。如果权威弱成了近乎无政府状态，让各个真实的法律实体，比如社会实体，一个宗族非常强大，有可能有一堆也是自发自生的那些规矩。包括各个部族、部落之间的仇杀，仇杀完之后怎么用钱来赎命，这也会形成一套自发形成的规矩，也不是最高统治者定的。那些规矩不管是裹小脚还是乱石砸死，对通奸的处罚，未必是一种良法或者未必符合所谓自然权利的公正和天道。但是它是小共同体生成的不公正的法，也是自发生成的，所以高度的极权和高度的无政府状态可能都不是良法生成的条件。

这是我的四点想法，请教各位专家的就这些！

（发言未经本人审定）

汪洋：谢谢吴思老师！吴老师是历史学家，我先回应一下，我怕一会忘了，没有纸笔。

刚刚吴老师说的有几点让我很有启发，让我回想起罗马法当中很多的问题。

第一，吴老师讲到了小共同体和大共同体的关系，这在整个罗马法发展过程中是一个非常重要的因素。其实罗马城邦在建立的时候，在城邦之下是存在有很多的共同体，部落、土族，还有所谓的罗马家庭。而城邦在发展壮大的过程中，一方面把下面各种中共同体全部给干掉，最后只留下的一个政治结构，城邦之下是家庭。这个家庭不是我们现代意义上的自然家庭，而是作为一种政治组织存在的罗马家庭。在罗马家庭内部，就像吴老师刚才所说的，内部的大 boss 是家父。家父在早期对下面的家子或者奴隶享有非常高的权力，这种权力甚至包括生杀权。这种小共同体不受约束的情况下，他的权力是非常大的，这种权力在实践中仅仅是受到传统习俗的制约。

最后发生了一个结果，罗马城邦权力进一步扩大的过程中，它必定要瓦解之前的罗马家庭。因此，罗马法发展过程中你可以看到，有很多法律涉及到如何对于家父的权力来进行限制，如何以一种国家亲权来代替自然亲权，这是在整个罗马法的城邦发展过程中非常重要的因素。包括土地如何从家族所有逐渐地把它变为私人所有，整个过程都是削弱小共同体的权力的过程，最后达到罗马帝国后期皇帝是唯一的家父，他行使国家权力。

第二，罗马法为什么到了罗马帝国后期会衰落？这是非常大的课题，这里涉及到的因素很多。我在学习罗马法以及阅读罗马史的初期，我最向往的时代是罗马共和国时期。我当时对罗马共和国转变为罗马帝国时期，我是抱有否认的、负面的态度。而在我进一步学习之后，我的想法逐渐地发生了变化，我觉得罗马帝国从政治的制度来说替代罗马共和国是有历史必然性的。

为什么呢？这就涉及到很多的理论，从一个小的城邦国家变成一个囊括亚非拉的大帝国，在这

个过程中必然会面临一个大的问题，那就是一个市民之间的规则如何能够扩展到广袤的、跟你没有完全任何民族性相同的这些蛮族地区。因此，在罗马法扩展的过程中就遇到了这么一个困惑。在精致的罗马法向日尔曼地区，向英格兰地区，向小亚细亚地区，向北非地区扩展的过程中，它必然跟当地的习惯法之间有大量的磨合、相互影响的过程。而当地人是不接受罗马法的，如果你必须要他接受的话，那行，它就用各种潜规则的方式来修改纸面上的规则，最终达到目的。

而在这种扩展的过程中，为什么罗马法会衰落的一个原因就是因为它，向蛮族扩展导致了罗马法本身的庸俗化和简单化。因为蛮族整个的生活方式和知识水准，他们是没法理解罗马法的精细。在适应罗马法的过程中，会反过来使得罗马法很多精细的技术慢慢地会变得越来越粗糙，各种概念之间进行混用。这也是为什么到后期优士丁尼要进行法典编纂的原因，他发现不对了，之前罗马法在各个帝国、各个不同区域所受的争议太大了，这是其中很重要的一点。

第三，涉及到刚才盛洪老师说法学界对哈耶克的态度，我本科开始阅读了大量哈耶克的著作，立法自由、自由秩序原理等等。即便哈耶克在强调自身自发秩序的时候，他仍然强调了相比较公法上的组织秩序，它内部还是需要正当行为规则的，包括自由、竞争等等因素。而这个正当行为规则，在哈耶克的眼里，本身就包含了阐明的规则和未经阐明的规则。

而这种阐明的规则，作为大陆法系一直以来演进的动力。甚至我认为某种意义上，一个有立法者的立法并不意味着是对自生自发秩序完全的反动。而如果一个规定比较合理的立法机制，某种意义上可以促进自生自发秩序中的正当行为规则的生成以及进一步地进化。

从这个角度来说，我们今年刚刚颁布并且生效的民法总则中的法源条款就非常有道理。除了立法，这次新增了习惯作为法源，以此来保持我们整个民事立法的开放性。而你会发现这里所谓的法律，就是哈耶克所说的已经经过阐明的规则，而它保持了习惯这种未经阐明的规则，使得这两者进行持续的互动。从这一点来说，现有的中国的立法，至少从理论上来说民事立法并没有偏离哈耶克所说的方向。

而且更重要的是，我们需要区别民事关系和商事关系，民事习惯和商事习惯，就不细讲了，深入的话这都是非常复杂的问题。

盛洪：哈耶克更侧重于法官立法，他并没有完全否定。

汪洋：是，从这点来说，我特别赞同刚才盛老师所说的，为什么我们中国在大清末年要进行法律移植的时候采取了大陆体系，因为英美法系是没法移植的。说白了，英美法系对于人的素质的要求太高了，包括整个法律人的素质。因为法官、律师以及整个习惯法整理、整合的过程，而这一套在当时的大清是没法完成的。

我们回到中国，在明清时期我们在政治上可以把它作为比较专制的中央政府存在。这种存在下，我去研究明清时期的土地秩序时，你会发现在整个官僚法之外有着一套非常庞大的、自身自发秩序所生成的非常精细、复杂，而且非常好用的民间法的秩序。从理论框架和制度构建中，非常类似于英美法中的地产权。

所以当你把罗马法、把中国古代的民间法以及英美法看完之后会发现一个非常有意思的互动，

其实从整个民间法的角度来说，他们有大量的共通之处，都是在官僚法高压的背景之下。只要民间法有自身自发的空间存在，它就会在这个空间里进行大量权利分级的创设，我觉得这也是一个很有意思的话题。

官僚法之下的民间的田契，这里可以扩展的空间是非常多的，并没有像我们所想像的天之下莫非王土，所以民间对此就没有什么办法。

主持人：谢谢汪老师！一会还可以多交流交流。刚才盛洪老师也说了科学立法、民主立法。

结合我们今天的话题，法律本来应该是多元化的，有地方化，不同地方在同一问题都是有差异的。立法机关某种意义上来说，实际上哈耶克也提到了，它以前的主要职能应该是监督行政当局，更重要的是监督权。当然，它也可以立法，这个法在某种意义上是发现，和法官是一样的，和司法这个制度在诉讼中、在实践当中去发现民间传统形成的惯例、商业习俗来去制定，根据这些来去进行立法。

我也有一个问题，在英美法系中陪审团的作用也很大。某种意义上，陪审团就是一个政治机关，作为社会共同体的良心、社会共同体的代表，它在判例当中实际上在有些情况可以修改法律的，代表社会共同体进行立法，它就是一个小型的立法机关。我就想问一个问题，在罗马法历史上，有陪审团的痕迹或者有没有这种雏形？

窦海阳：如果有的话，类似的也只能说是有元老院这种情况，裁判官都是独立的。

主持人：还不一样。

盛洪：有一些孤立的例子，威廉大公带过来。

嘉宾：一般认为它的源头是在日尔曼法当中。

盛洪：但是它在英国发扬光大的。

主持人：对，普通法的一个源头也在日尔曼，因为盎克鲁撒克逊说从某种意义上讲，主体是日尔曼人。

在座还有一些学法律的，还有我们的同事，大家有什么问题或者想讨论的没有？今天的讲座和大家的评论确实非常精彩，我个人收获也非常大。窦老师也都是研究中国判例的，你们也可以多交流。

窦海阳：主要是民事侵权类，现在的判例，主要是一审、二审，我有文章，暂时还没形成书。

汪洋：似乎大家对大陆法系的体系持有一种比较否定的、负面的意见，其实我觉得这个问题，至少在民法学界认为并没有那么简单。体系本身是有其非常大的价值所在，无论是它的教育价值还是成本方面的价值。而且最重要的是，我们今天所说的大陆法律的体系，已经不再是之前经过潘德克吞学派和法学所建构的封闭体系。

自从概念法学以后，通过耶林的利益法，到后面的评价法学等等，现在的体系是什么样呢？它

其实是分成规则所构建的外部体系和相关的原则价值所形成的内部体系，因此这种体系是它的保持开放的。而且这种体系有点类似于卢曼所说的不同的系统之间区分但不区隔，之间是可以相互影响的。

从这点来说，我非常赞同刚才老师所说的一个观点，当我们今天拿到一个法律问题的时候，首先我们忘记那些概念、那些体系，直面问题、分析问题。不可或缺的另一方面，当我们形成初步结论之后，有必要把这个结论置于我们现在的体系之内进行证成。这是法律人区别于其他人，或者说法律能够成为一门独立的、真正的科学不可少的一点。体系本身是有它的价值的，任何的法律决定归根结底到最后要置于这个体系之下，经过其检验的结论，我们某种意义上才可以说它是合法的。这可能也是整个大陆法系的思维，区别于英美法系非常重要的一点，而在这种区别在我看来不是谁优谁劣，而是思路的分权。

窦海阳：我来附议一下，因为我刚才一直想说的德国法的抽象性或者弊端。在讲这个问题的时候，往往忽视德国法的优势就在于它的体系化，这个体系是怎么形成的？有很多的经验，然后抽取一个概念，在概念旁边形成一个规则，然后形成完美的体系。任何一个不完整的思考或者说所谓的创新，都可能是微型的。

所以，我们要区分一个问题，对待问题基本的思考路径以及对待具体问题的解决方法是不一样的。我们要形成一个背景性的思维、整体的思维，然后在解决问题的时候就一个具体的问题来提出一个解决方案，其实就是我们民法上讲的民法的思维体系。

我特别赞同，还是要讲求体系化的考虑。

盛洪：关键是具体情形中的结构，因为马上有一些问题，当你统一的法典、法条或者某种习惯不同的时候，我觉得这还是挺重要的，你是可以的，没问题。还有，统一的法条在不同地区千变万化的适用问题。相对而言，普通法会更好一些，比如陪审团会面对一个案子，根据法条它是自私，他们会说是由于英国宗主国不公正的政策强加在他身上。实际上在具体的适用中，根据具体情形。

汪洋：这至少在理论上，在我们国家现有的法律适用中也是没有问题的，因为我们国家的民法中规定有大量的基本原则。首先，在有规则、也有原则的情况下，法官当时是要适用规则，但是如果法官适用一个规则，在个案中会造成严重的不公平，就像你所说的这种情况。法官是可以通过基本原则来进行纠偏，这个时候整个的体系赋予了法官的意义。你需要在判决书上说明白为什么你不用这个规则，为什么你通过原则为这个规则创设了一个例外。

就像你所说的通过一个正当裁判来改变一个依法裁判，这是两种价值，同时会体现在一个裁判之中。

有一条俗语叫“条条大道通罗马”，我觉得是非常有道理的。因为无论是英美法系还是大陆法系，无论是大陆法下的德国法还是法国法，他们面对一个法律问题的时候思路往往是大相径庭的。但是我们会发现，面对一个相似问题而最后的结果基本是相同的，只是路径不同，结果都是差不多。

盛洪：这在中国的法律体系中有这样的安排。

汪洋：这是很经典的法学方法论的组成部分，法官的任务有三个：

一、解释法律

二、在解释法律基础上进行漏洞的填补

三、在漏洞的填补也无法达到目的的时候进行法官造法

这是整个法学方法论的进化过程。

盛洪：陪审团制度甚至可以在不承认某些事实的情况下作出裁断。

汪洋：说白了，在这种政治制度中，它希望赋予法官多大权力，以及希望在多大程度上来限制法官的肆意性。这是一种权力的分工，你是希望把权力更多地是赋予立法者还是赋予司法者，这两者其实都是有风险的，取决于一个政治家的政治决断。因为我相信在今天中国司法的实际环境中，谁也不敢想如果真的法官的权力比中国的法官现有的权力要大的多的话，是一个好的结果还是坏的结果，我觉得这很难评价。

盛洪：所以陪审团制度是更优的。

汪洋：这又涉及到另外一个大的问题，司法民主性的问题。这个问题即便是在美国法中，也有着非常广泛的争议。因为你会发现在美国整个政治体制中，最高法院是非常特殊的存在，因为只有最高法院反民主的。某种意义上，你会说 9 个老年人凭什么来决定或者说推翻我们议会的东西，他们是反民主的。而在这种反民主的体制中，通过陪审团的机制又嵌入民主的因素在司法体系中，这是很复杂的东西，很难讲说它好或者不好，或者能否引入到中国。

盛洪：当这 12 个普通人进入到陪审团的身份中，这个制度约束他们一定追求公正，至少总体来讲，民粹恰恰是那种乌合之众的群体效应。但一旦激光灯照在身上，你要对案件作出有罪还是无罪的判决的时候，这帮人比别的时候要干净得多。

汪洋：对，这涉及到人性的问题，而且陪审团即便在英美法系中，主要针对的也是事实问题。但对于事实问题作出判例之后的法律问题仍然是由法官来进行处理的，不可能让陪审团来处理。

盛洪：它是通过否认的。

汪洋：比如你到底杀没杀人可以来定，但是杀人之后怎么判是由法官来定。

盛洪：它有可能明明知道杀人了，他们都说没杀人。

汪洋：这是举证责任的问题。

吴思：还有一个问题，刚才你说德国的法律抽象度很高，你说到抽象度最高的概念是合议、自

由意志、或者是法律行为，后来还说到了自由意志和协议，自由意志或者协议、法律行为的反义词是什么？

刚才我说运动，这边是运动，一套强制就下去了，那边法律法规又一套规则。法律法规最抽象的规则是什么，我这边运动依据最抽象的规则就是暴利强制。你要死要活？要活就听我的，就这么简单。法律那边呢？跟这个平行的规则？

张红：在民法当中，它就是两种调整方式，一种是基于法律行为的，因为法律行为工具；

另外一种基于法律规定，就是法定行为，法律是强制性、禁止性规范，通过这种强制性、禁止性规范。有两种调整民法社会关系的工具。

汪洋：其实在罗马法发展的很长一段时期，合意或者当事人的意志占据的是非常弱的地位。在罗马法很长一段时间，它更强调的是形式主义。我通过一套仪式，通过一套程式直接赋予效力，而在这中间到底当时的意思是什么不重要，合意越来越重要，有源自于希腊文化的影响。

刚才张老师也说了，在早期罗马法经典的合同中是没有合意合同的，这是比较晚期以后才逐渐地发展起来的。而且很有意思，早期最重要的不是书面，书面是从希腊传过来的。最重要的程式是口头，是见证人。

主持人：谢谢！今天的话题很有意思，也很宏大，大家讨论的也很精彩，谢谢汪老师今天的报告，还有大家的评论！

天则所第 585 期双周学术论坛就到此结束，正式的讨论结束了！晚上如果大家有不需要回家吃饭的，我个人请客，大家可以进行轻松的讨论，愿意参加的可以参加。

< 全文结束 >

责编：李冰

Comments? Questions? Email us at unirule@unirule.org

If you no longer wish to receive these emails, please reply to this message with "Unsubscribe" in the subject line

“天则”语出《诗经》“天生烝民，有物有则”，取意为“合乎天道自然之制度规则”，其中的“制度”既包括企业、市场等经济制度，也包括政治、文化制度。天则经济研究所是一个非营利、非政府和有着独立精神的民间智库。

北京天则所咨询有限公司，北京天则经济研究所(Unirule Institute of Economics)版权所有。

地址：[北京市海淀区八里庄街道瑞新里小区 4-2-101/102](#) 邮编：100142

电话：8610-88114520 Email:unirule@unirule.org

