

《物權法》與憲法

● 陳永苗

一 鞏獻田的真問題

北大法理學教授鞏獻田最近無法不學習魯迅，把自己當作絕望中困獸猶鬥的勇士，無法不把最近支持改革開放而辱罵他的右派當作嗡嗡蒼蠅。在意識形態的戰爭中，沒有勝利者，是雙虧的，誰都無法說服另外一方，最後的辦法就是人身攻擊，就是求助於政治暴力。在這樣的戰場上，真理、學術、思想被炸得粉碎，能夠支配戰爭的主力是利益集團，他們得到了戰利品，而知識份子或者理性，或者不理性參與進去，你死我活，但是除了表達上的快感，把自己當作勇士，把對手當作嗡嗡蒼蠅之外，啥都沒有得到。而知識份子心中的真理學術、思想卻一點影子都沒有。

鞏獻田如何說、說甚麼、向誰說不值得認真對待，值得對待的是鞏獻田們的公開信所攜帶的真問題，那就是：《物權法》的出台形勢，與改革開放初期的民法通則還能夠相同嗎？改革開放是不是產生了權貴資本主義想掩蓋的惡果；沒有政治體制改革，是不是壞的市場？在當局拒絕政治體制

改革，或者即使願意改也來不及的時候，自由主義是不是應該否認市場經濟，重新反思市場經濟與政治自由的關係，放棄對市場經濟的憲政期待？在法治層面上，如何對待《憲法》，如何讓《憲法》進入各種部門法中，消除部門法中大量違憲的事實局面。

這些問題，都是真問題。如果進行意識形態的攻擊，就遮蔽了真問題，把思想上的對立，變成政治上或者準政治上的對立，例如自由主義和新左派，本來應該是同戰壕的戰友，卻在內訌。

二 民眾正確理解的利益

《物權法》擱淺以後，《物權法》起草小組成員北京大學民商法教授尹田認為，那些指責《物權法(草案)》讓富人更富、窮人更窮的人，實際上是在表達對社會現狀的不滿，有一種仇富心理。它不是一個平等的思想，而是均貧富的思想，認為所謂社會主義就是不能夠有窮人，不能夠有富人，大家應當都是平等的無產者。所以他們

把貧富懸殊、社會分配不公、職工下崗、失業、貪污腐敗問題全歸結於我們搞私有化立法。

在改革開放中呼風喚雨的弄潮兒幾乎沒有人記得中國改革開放的背景，及其社會心理條件是甚麼。他們移植西方的學問，卻忘了西方的市民社會與中國的不同。中國從國有化和平等主義走出，並沒有足夠的時間來忘卻改革開放以前政治性質的記憶，難以說服他們放棄毛澤東的平等主義，除非確實能夠帶來更大的利益，才有可能說服他們。而且這種說服是漫長的，因為人們總是在意既得利益，而不大願意為了長遠的利益而放棄目前的既得利益。所以只有給民眾帶來利益，例如80年代初農村改革，才是改革的合法性來源。民眾不可能像知識份子那樣，用宏大敘事來理解改革。這些改革健將，不管是經濟學家，還是法學家，都是把自己的理解強加給民眾。

鄧小平的「共同富裕論」緩解了民眾的社會心理緊張。鄧小平將「共同富裕」的目標和「一部分人先富起來」的手段進行分離，由特殊趨於普遍。形象地說，都是一家人，才能放心讓一些人先富，都是一家人相互之間有一種模擬的親情，一種類似兄弟般友愛的「合夥」之中，有着共同的利益。差別和不平等處於可以忍受的範圍，沒有尖銳的政治衝突和矛盾。

但是不可否認的是，在「一部分人先富起來」和「共同富裕」之間有一種連帶關係。一些人或者一些地方，有幸被選中成為「先行官」，但是他成為「先行官」的同時，也必須承擔起一項連帶責任。這就是履行幫助未富者一起富裕的義務。這種義務是天生的，沒有迴避的餘地，是無對價的，也就是沒有回報的。至於如何履行，

當「先行官」富裕到何種地步的時候應該開始回報，這是默示條款，沒有明說，但誰都心底清楚。

甚麼時候最後確認私有財產權，很清楚，改革的共識是共同富裕，共同富裕是私有財產的前提。當一部分人開始富裕，不是去履行那種連帶義務，而經過經濟學家論證為自私自利的經濟人，把這項義務掩蓋了。先富起來的人像是擠公交車，已經上車的人都希望快點關上車門，或者是要扔下未富的人不管了。那就是說，目前進行私有財產的保護只能說明共同富裕是騙局，改革的共識已經破裂？

很多人在要求保護私有財產，為了說服民眾，說保護私有財產民眾目前的可憐財產也可以受到保護。這個說法在學理上一點問題也沒有，但是放到改革開放的社會心理條件、共同感和平等主義之中，說服力就大大下降了。民眾對改革的期待，是前改革的，如果改革不是帶來利益，而是帶來不公平，那麼改革就死了，真正的私有財產權就無法確立起來。

而且還有一個問題，民眾目前的可憐財產流失程度，並不比國有資產的流失來得少。造成私有財產流失的，是政治體制和政府，是用法律和政策蒙面的強盜。從古到今，侵犯財產權的萬惡之首都是政府，沒有有限政府就沒有民眾的財產權。在拒絕政治體制改革或者已經來不及的情況下，所謂的私有財產神聖不可侵犯和《物權法》等，在保護民眾的私有財產方面，幾乎是空頭支票，是中看不中用的花瓶，如何讓民眾相信私有財產神聖不可侵犯和《物權法》可以保護他們手中可憐的私有財產。他們能看到的，僅僅是這些規定，是有利的權貴資本主義將非法所有用圍牆保護起來。

三 資本與民眾的歷史敵意

當改革共同認識破裂，到了共同體散夥的時候，人們就可以清算過去沒有計較的損失，當初人們是作出巨大犧牲的，而且現在還在作巨大犧牲，但是犧牲的成果被少數人佔有，所以這些損失要一併討回來，歷史的債務要清算。

鄧小平看到了經濟改革的政治性，他說是一種革命，那麼是誰革誰的命？是繼續解放，繼續奴隸戰勝奴隸主，還是奴隸主戰勝奴隸，資本戰勝勞力，是一件非常微妙的，有可能在經濟改革中出現。「禍兮福所倚，福兮禍所伏」，二者之間互相依賴，互相爭戰。鄧小平緊緊咬着政治體制改革，就是知道，沒有了政治體制改革，肯定在微妙中，出現了反革命，經濟改革成了資本報復的機會，市場經濟的發展，不過是對革命的革命，一場靜悄悄的反攻倒算。

黑格爾(G. W. F. Hegel)對市場經濟中資本豺狼本性看得很清楚，在市民社會之上要像霍布斯(Thomas Hobbes)那樣做一個公平正義的國家，遏制資本豺狼本性，避免人對人是狼。馬克思不同意黑格爾，認為既然

國家是為了市民社會的要求而做出來，肯定要受到資本的影響，不可能做到不偏不倚。革命(改革)就是奇怪，要反對的東西，就會通過革命(改革)實現出來。馬克思要反對的，就在中國再次實現了。

中國資本是想置民眾於死地的，例如國企改革，實行零和遊戲，沒有保障基本生存。資本階級報復現在還是一首朦朧詩。沒有了政治體制改革，改革就為資本源源不斷地提供機會，或者成了幫凶。

四 民法與憲政

是誰給了蒙面的強盜機會？是政治體制，是政府，而政府本身就是蒙面的強盜。如果沒有政治體制改革，誇張一點說，經濟改革也就是一個監守自盜和分贓的過程。

如果真在百姓手上的私有財產，政府要搶他要難些，所以政府就要利用改革意識形態讓私有財產流失，變為國有或者準國有，例如股票，進入政府控制的公共領域。處在政府控制之下的財產，例如建國後透過國有化得來和擴大的國有資產，還有在文革



圖為1987年深圳拍賣國有土地使用權的現場。

之後的1982年變為國有的城市土地。除了直接由政府控制之外，還有即使放開了還是處於政府隱性控制之下的財產。幾乎絕大部分的財產都無法擺脫政治控制，而這些財產受到公法的控制，中國幾乎沒有純粹的私產。即使到了今天，財產幾乎都是公法性財產。哪能有獨立的民法，獨立的《物權法》麼？

近些年來，中國一些最前沿的民法學者，漸漸從市場經濟的迷霧中走出，開始考慮民法和憲法問題，例如梁慧星先生研究有限政府與民法關係，還有例如江平的公共利益說，這些都是公法和民法糾纏在一起的問題。

當一個學科成為獨立的部門法，去維護自己的地位，有着一個巨大的危險。這就是施特勞斯(Leo Strauss)在《甚麼是政治哲學》(*What is Political Philosophy?*)批判社會科學借助於科學性成為獨立科學，造成根本性精神的丟失。當部門法維護自己獨立地位的時候，最可能丟失的是正義，背離憲法。

民法學者說，這些反對《物權法》的，沒有一個是搞民法專業的，所以他們就說，他們不懂，等學懂了再來說。當被記者求證《物權法(草案)》是否被擱置時，全國人大法律委員會委員、中國人民大學法學院院長王利明教授確定地說：「而且是因為某些非民法專業學者的無理指責。」隨後他又補充道：「確切地說，是北京大學憲法法理學的學者。」民法學者覺得《物權法(草案)》完全是民法學者的問題，別說民眾，甚至其他領域的學者也不行。

鞏獻田教授的行動，引起了全體民法學者的反對，這種反對很明顯是民法法理上的危機。《物權法》的合憲性和合法性危機，他們用意識形態的

語言維護自己的領域，阻礙憲法學者的入侵，不過是危機的正常反應。

2003年，在私有財產入憲之中，作為自由主義者我旗幟鮮明地反對把私有財產神聖不可侵犯寫入《憲法》，理由是民法與公法之分，認為規定佔有應該由民法進行，而憲法應該規定徵用的程序，對公法侵犯財產權的可能性進行限制。其後我讀了孟德斯鳩(Charles de Montesquieu)的《論法的精神》(*De L'esprit des lois*)，他區分了民法與政治法，其觀點和我相似。

改革開放以來，社會的一個共同認識就是政治法律化，否定法律政治化，但是目前似乎政治法律化與法律政治化雙軌並行，前者例如行政強制法和行政許可法的產生，後者例如在國有企業改革、房地產、股票等領域，法律手段和經濟手段失效，而不斷呼籲政治手段，例如郎咸平的「民退國進」主張加強共產黨的政治權威。

五 史無前例的超級 自由主義

《物權法》的一個政治正當性就是能夠推進改革，能夠培育市民社會的精神。這裏過份高估的法律的馴服和推動作用，過份高估市場經濟的作用，尤其是政治體制改革沒有配套形成政治黑洞化的情況下，在經濟學已經變為經濟神學，有意無意為既得利益集團掩蓋政治體制改革的迫切性的情況下。

《物權法》的啟蒙，對於民眾來說，是不可能的，民眾不可能反思改革開放的社會心理條件，他們的尺度是利益，不是自由。難道《物權法》可以立即改變社會心理條件，從而使平等的心理條件和《物權法》不衝突？

《物權法》是對社會心理條件的逆反，不是學鄧小平暗中偷偷改變它，而是明白地宣布與其作戰。

自由主義不過是立憲的政治哲學，是基於特定社會心理條件的。自由主義把缺乏、貧窮和饑荒等難以解決的問題看得很嚴重，認為能夠保證所有人獲得足夠生存手段的最佳方法不是國有制，而是私有財產的最大分散。洛克 (John Locke) 對私有財產正當性訴諸共同利益，即消除由來已久的不幸和貧窮，斯密 (Adam Smith) 也將它的全部理論建立在洛克的基礎之上：只有建立在私有財產至上的自由經濟，才有可能「對最底層的人民」提供買得起的食品價格。在斯密看來，自由主義者歡迎市場經濟，是他們深信不疑經濟競爭將產生足夠的經濟繁榮，以增加最底層人民的福利、個人安全和獨立。

國有化是政治的，難道去國有化就不是政治的？去政治化，是改革的目標，而不是現實。不能把目標當作現實。私有產權就是一種政治安排，服從於人類目標，並符合社會心理條件。自由主義甚至可以考慮集體資產，例如羅爾斯 (John Rawls) 在《正義論》(A Theory of Justice) 中就是這樣考慮的。

私有財產的前提是共同富裕，且不說是否滿足鄧小平的共同富裕之後，再來講財產權。經濟自由主義根本就是馬克思主義政治經濟學的變種，在經濟決定的煙霧瀰漫之中，認為經濟自由最後能夠帶來政治自由，而過份高抬了經濟。把私有財產作為絕對的，在整個自由主義歷史中沒有先例，甚至英國也沒有扭曲到這個地步。經濟自由主義太具有中國特色了，在自由主義歷史中，是史無前例的「超級自由主義」。

胡溫新政反對新自由主義，也就是壞的市場經濟，例如即將崩潰的股市、高得離譜的房地產、臭名彰著的教育產業化，都是在巧取老百姓的動產真金白銀，豪奪百姓的不動產房子和土地。這些都是以市場經濟的名義進行的，並且獲得經濟自由主義和經濟學家的讚美之詞而獲得政治正當性的。

沒有政治體制改革，中國市場經濟就是一個違章建築。沒有政治體制改革，市場經濟就是一個大黑洞。這樣市場經濟已經成為老百姓眼中判定為惡毒的東西。這些有良知，或者一開始就清醒的經濟學家，一直區分好的市場經濟和壞的市場經濟，也鼓吹市場經濟需要政治體制改革，鼓吹法制，從而想為市場經濟剝離負資產。但是好的市場經濟始終沒有出現，法治始終在口頭，所以市場經濟始終是一個違章建築。胡溫到了現在還是不肯答應返工，進行政治體制改革，那麼在民生的壓力下，向左轉會想要強制拆除違章建築。

自由主義和市場經濟的蜜月老早就結束了，卻捨不得離婚。當局已經不搞，或者來不及搞政治改革，就只有壞的市場經濟，自由主義不能支持壞的市場經濟。如果回頭去讀政治經濟學的經典，就會知道，斯密從一開始就不認為經濟改革會帶來根本性的政治變革。政治的問題還是要政治解決，把經濟作為政體安排的一個部分，放棄自由主義經濟的白日夢吧，自由主義由依賴市場經濟轉向依賴維權運動吧。

沒有共同富裕哪來財產權？

陳永苗 知名憲政學者，現居北京。