

从“违宪”之争说开去--致巩献田的一封公开信 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/479/2021\\_2022\\_\\_E4\\_BB\\_8E\\_E2\\_80\\_9C\\_E8\\_BF\\_9D\\_E5\\_c122\\_479849.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E4_BB_8E_E2_80_9C_E8_BF_9D_E5_c122_479849.htm) 前段时间，北京大学的巩献田教授专门针对目前正在审议的《中华人民共和国物权法（草案）》（下简称《草案》）发表了一封公开信，在信中巩教授声称：“全国人大常委会办公厅公布的《草案》，是一部背离社会主义基本原则、开历史倒车的《草案》，不经过原则性的修改，全国人大无权通过这部《草案》，因为它是违宪行为的产物！”“《草案》背离了马克思主义的社会主义立法原则和传统，背离了苏俄民法典的社会主义传统和概念……”问题在于，究竟什么是马克思主义的立法传统？苏俄的社会主义传统与马克思主义之间是什么关系？我作为一名共产党员、法律职业工作者、法学研究爱好者，对信中的种种论点及其结论实在不敢苟同，并认定巩献田同志在对马克思主义、社会主义的理解上出现了严重偏差！本人将从以下几个方面予以阐明。第一，一个无可争议的事实是：马克思认为公有制必定代替私有制，社会主义必将取代资本主义。长期以来人们一直认为公有制是社会主义的本质体现，但对公有制的内涵却简单的认定为“生产资料国家所有或集体所有”，甚至进一步极端的概括为“有什么样的所有制就有什么样的所有权、有什么样的所有权就必然有什么样的所有制。[《苏联法律辞典》第一分册，法律出版社1957年版，第110页]这种“所有权即所有制”的理解来源于苏俄的传统概念（确切的说是来自于斯大林的个人理解），经过个人崇拜的无限放大后被我国当时的领导人和学者全盘接受

。然而马克思本人并没有这样定义“所有制”，他认为所有制是社会生产关系的总和，“要说明所有制，就必须把社会的全部生产关系说明一番。”[《马克思恩格斯全集》第1卷，第191页]按照马克思的本意，所有制就是渗透在社会生产、分配、交换和消费诸领域在经济基础范围内对社会关系发挥控制作用的力量。因此我们在谈论一种所有制形式的时候，并不能理解成像它字面显示的那样：仅仅是主体对生产资料的占有，而必须对经济基础进行全方位的考察，即要把它理解成“一个客观描述的概念，由社会生产组织方式、社会生产的交换方式、社会生产成果的分配方式等内容来综合体现的生产方式”。[张恒山：《法理要论》北京大学出版社，409页]也就是说所有制是一个宏观的、抽象的概念，苏俄“所有权即所有制”的观点，错误在于把所有制仅仅理解为生产关系的一部分，而不是把它放在经济基础中整体考察。所有权则是一个法律用语，相对于所有制而言属于微观范畴，它强调权利人对一切有使用价值物体的直接支配和收益。作为上层建筑的所有权制度本旨上要体现其相应的所有制，但所有制的许多内容比如社会生产成果的最终分配归属，却不完全以所有权制度来实现。例如马克思在分析资本所有权与职能资本分离时谈到：“这种分离是由于资本的法律上的所有权同它经济上的所有权的分离。一个是法律上的资本所有者，另一个，当他使用资本的时候，是经济上的所有者。”[《马克思恩格斯全集》第26卷第3册第511、565页]由此看出，法科出身的马克思对法律所有权的概念的理解是非常清晰的，他知道银行资本家通过借贷而获取的利息的法律所有权是一回事，银行资本家通过职能资本而实现对剩余价值的

无偿占有和对产业工人的经济控制又是另外一回事，这种控制是一种抽象的、间接的控制，不同于法律所有权上的支配，所以他使用了“经济所有权”这一措辞与之区分，这里的“经济所有权”与所有制的含义接近。况且，马克思也从来没有否认生产资料的个人占有和支配，“共产主义并不剥夺任何人占有社会产品的权利，它只剥夺利用这种占有去奴役他人劳动的权利”。[《马克思恩格斯选集》第1卷，第267页]

这种占有和支配，在法律上必然体现为所有权和其他物权形式，正因如此，宪法13条明确规定了私人财产权受法律保护，这正是制定物权法的理论基础和宪法依据。根据以上理解，所有制的实质可以总结为：谁对生产方式的动态过程有最终的控制力谁就是生产资料的经济所有者。将之运用到公有制的理解上，其反面的推论是：无论是集体所有权或者全民所有权都不能被视作公有制的天然实现形式；公有制并不排斥生产资料的个人（法律上的）所有权。举个现实的例子：在我国国有土地政府垄断市场体制条件下，作为市场主体的政府，利用行政权选择国有土地和集体土地双轨产权结构的制度安排，对城市周边地区农民的集体土地产权进行大肆的“剩余”掠夺。根据一些学者的调查，从全国各地的土地征用补偿情况看，在征用土地后，国家的收益是村集体和农户的好几倍。土地的所有升值，甚至土地被征用前的价值一部分也被征去了。作为对土地所有者的补偿，却由政府拿走了一块，同时资金使用权又统归政府。[陈小君等：《法学视角：来自农村土地法律制度的调查》，载于法制日报2004年11月25日]

这显然是一个政府以“国家利益”的名义变相参与集体土地剩余利润瓜分的过程，而另一方面，城乡二元结构又使得

农民在国家资源再分配中难以或很少得到应有的补偿，我想请问巩教授：这种制度安排又怎么能与马克思所描述的公有制联系在一起？如果马克思他老人家还在世的话，非得被这种阉割式的公有制理论活活气死。还有，西方国家存在着大量的国有企业，有些国家国有化的比例甚至高于我国，这个现象又如何解释呢？由此看来，苏俄的传统理论对公有制的理解存在着致命的缺陷，说明了列宁主义从整体上说具有很大的局限性。应当承认，列宁创造性的提出了在一个欠发达国家可以建立社会主义的理论，为马克思主义的发展作出了贡献，但列宁并没有很好解决公有制的实现形式这个实践问题。众所周知，马克思否认否定私有制的根本依据在于其与“社会化大生产的历史趋势不相容”，而小农经济的沙滩上是不可能建立社会主义大厦的，列宁主义恰恰的忽略了这一点，在经历了短暂的新经济政策过渡期后便匆匆妄图跳过市场经济充分发展的自由竞争阶段，几乎将所有生产资料都收归国有。实际上，马克思本人从来没有讲过全民所有就是国家所有。按照他的本意，全民所有是在消灭了国家的共产主义才能实现的，但列宁认为社会主义社会阶段国家会继续存在，因此全民所有就是国家所有，所有的社会成员都是国家的雇员。在他看来，全体劳动人民的利益是一致的，他们的财产权利就可以统一起来，自然而然地由国家享有所有权。可惜这一政治性假想只是一种臆测，没有客观的根据。这样的理解完全曲解了马克思的观点。“根本利益”是一个抽象的概念，在具体生活中个人与个人的利益、单位与单位的利益、个人与政府、个人与单位甚至是地方政府与中央政府的利益都是相对分化的，按照前面所说的所有制内涵，国家所

有权并不必然将经济基础的控制力交给全民，因为这时候的“全民”只是一个虚设的概念，公共资产实际控制在政府官员手里。至少可以作出这样的假设：控制了经济基础的官员有可能取代垄断资产阶级而成为这个社会新的剥削者。实践证明，这种僵化的苏联模式经济体制直接导致了政治上的官僚体制，因此可以说苏联的体制到最后已经背离了公有制的要求，把“全民所有”变成了“政府所有”。不过，苏联体制的确曾在短期内获得了成功，但这种“短期高效率”无法长久维持，因为政府往往通过不正当的手段确保国有企业的发展，政府主导的企业既是球员又是裁判员，呈现出一种国家机会主义的倾向。国有企业的非正常壮大是以牺牲其他领域的正常发展为代价的。长此以往必然损害产业的均衡发展导致经济体制的畸形。这种权利主体虚位的国有企业，一旦进入了市场竞争领域，就显得效率低下，我国改革开放后许多国有企业纷纷亏损，与建国初期国有企业的相对高效率形成强烈反差，这正是对国有企业症结的最好写照（也是对巩教授声称“国有企业高效率”的反驳）。苏俄在公有制理解上另一个惊人的错误是体现在对待集体经济的态度上，他们认为集体经济就是实现公有制的一种过渡形式，我们国家当时也把它照搬了过来，不仅在城市里边用，更把它运用于农村土地产权的设计上。这种产权设计产生的经济社会效果如何，我不说大家也知道，相信巩教授也应该知道什么叫“三农问题”。最可怕的是一直以来我们很多人把这种产权制度作为社会主义公有制的一种实现形式。只要翻开外国法制史，就能发现早在中世纪日耳曼民族的村落里，就已经存在一种叫做“总有”的产权形态，其基本特征是：封闭性、身份

性，排斥个人对财产的直接支配，使所有权进入脱离具体支配人的虚位状态。这样一种典型代表小农经济的产权形态，与建立在社会化大生产的基础之上的公有制到底有多大关系？马克思对此有这样的论述：“总之，资本主义制度正经历着危机，这种危机只能随着资本主义的消灭、现代社会的回复到‘古代’类型的集体所有制和集体生产的最高形式而结束。”[《马克思恩格斯全集》第18卷，P436 - 437]“以合作生产来代替资本主义生产，以古代类型的所有制最高形式即共产主义所有制来代替资本主义所有制”。[《马克思恩格斯全集》第19卷，P443 - 444]由以上引文可知，在马克思那里，集体所有制是一切私有制的最终归宿，是公有制的最高形式的共产主义所有制，而不是向共产主义过渡的所有制形态，完全不同于我们现在讲的从个体所有所有权发展而来的集体产权。我之所以赞成土地集体所有权仍然要规定在物权法当中，是基于我国农村的实际情况，即农业的落后和农民对土地的依附。但承认其存在的合理性并不意味着其具有当然的先进性。作为社会生产稀缺资源的土地，随着农业的发展也最终会加入到社会化大生产当中（但绝不是以收归国有这种简单而野蛮的方式去实现）。前面所说的这些，主要目的不在于论证《草案》的合宪性，由于巩教授在公开信中以苏俄传统理论来否定《草案》的科学性，我恰恰就是要论证苏俄传统理论的错误，并籍此来反驳其观点。总之，说《草案》背离了苏俄的传统观点或许是事实，但历史实践证明了苏俄的公有制模式总体上是失败的，不能因为当前的改革与传统理论不符就否定其正当性。“奴隶般地抄袭苏俄民法典传统和概念”者，却贼喊抓贼地指责别人“奴隶般地抄袭资产阶级民

法和概念”。第二，我想从宪政角度来说明一下《草案》是否“违宪”的问题。巩教授最大疑问在于：为什么废除了“国家（社会主义的公共）财产神圣不可侵犯”的原则条款？其实这还是涉及到对公有制内涵的理解上。前面已经说过，公有制的实现形式并不必然是法律上的国家所有权或集体所有权，这种将国有财产神圣化的观点是非常不妥的。这意味着公民个人的财产与国有财产是不平等的，有人会说国有财产当然高于个人财产，但这种被视为“当然”的背后本身就存在着逻辑错误。从马克思主义的观点来看，社会主义之所以要实行公有制，就是为了防止有人用社会占有去奴役别人，国有财产显然在很大程度上担负着这个使命；但同时绝不意味着社会主义排斥公民个人占有生产资料，相反在社会生产力发展水平不高的情况下，只有直接占有生产资料的个人才能获得发展的条件，才能获得真正意义上的人格解放。二者都表征社会成员的根本利益，并不存在谁先谁后、谁否定谁的关系。巩教授认为有的人权利客体少所以物权法对其没有意义，这显然是一种幼稚得可以的观点。保护富人的金银珠宝和乞丐的馒头不被抢夺，这对于二者有同等重要的安全意义。对个人来说，没有理由让他觉得公有的财产比其个人财产更神圣，公有的财产虽然有他的一份，但公有的财产不能马上给他带来温饱，公有财产给他带来的收益是远水救不了近火的，行乞而来的馒头在乞丐眼中显然具有更加神圣不可侵犯的性质，如果富人的珠宝被抢顶多意味着改天重新再买，但对于乞丐来说，那个微不足道的个人财产--馒头意味着生命和健康。相对于公共财产来说，个人财产更加容易受到侵犯，因为公权力远比个人的力量强大得多。现实中多少

侵犯个人权益的事情都是在“公共”的大旗下进行的。当“穷人的破屋风能进雨能进国王不得进”的时候，就意味着个人获得了自由的物质屏障，这里的财产只是一种象征物，它象征着自由和安全，这与财产的配置是否平等，与穷人、富人均无关系。当然这并不是默认了财产的分配不公和两极分化，也不是说公共财产不需要保护，前者是要通过公有财产和社会主义国家的收入再分配来解决，而实际上只要法律能够得到切实贯彻执行，后者也是能够得到解决的。我不认为《草案》删除这条规定违宪，这主要是从宪法的实质精神上去理解的，对于一部法律的理解，不能光从某一条文去断章取义，这是法律工作者的常识，而且，也不能光从条文表面所表达的意思去理解，甚至不能仅仅从立法者当年的意图去揣摩。因为法律是来自于生活的，法律条文绝不能离开社会生活去理解，而生活事实是会随着实践产生变化的。在社会主义的实践中，随着对马克思主义理解的深化，以往一些对马克思主义僵化的、教条的、甚至错误的观点应该得到澄清（我党十六大报告明确提出要将从这些桎梏中解放出来）。所以，宪法12条虽然没有变，但其内涵需要变化更新。只要把所有制和所有权相对分离，就能得出这样的结论：宪法12条是对社会主义公有制的一种政治表达，而并不是对生产资料法律所有权类型的区分对待。那么《草案》删除了这种政治表达并没有违反社会主义原则，因为法律所有权制度是一种更微观的制度设计，与所有制没有直接的、照相式的反映与被反映关系。《草案》要表达的一个思想是??公共财产和个人财产同等重要，这是社会主义本质所决定的。退一万步说，即使承认《草案》在形式上违反了宪法12条，也并不是



什么大不了的事。“违宪”也有良性和恶性之分。众所周知，我国正处于社会转型期，许多改革措施都是在摸索中前进的，如果某项改革措施符合“三个有利于”标准，符合“三个代表”的思想，符合民法中保护财产和公民自由的精神，即使形式上违反了现行宪法的规定，也是可以容忍的。在宪法理论上就有关于守成型宪法和过渡型宪法之分，只有充分启动了人民制宪权的宪法，才禁止任何形式的违反，在过渡型的宪法中，人民的制宪权尚未充分行使，按照人民意愿突破现有框架，也不值得大惊小怪。举个很简单的例子，现行宪法已经修改过四次了，难道每一次修改的内容不是经过实践的检验才写入宪法里的吗？那么在写入宪法前的实践内容难道不都是“违宪”的吗？到底当年是先有土地联产承包改革还是先有1993年的修宪内容（确立其法律地位）？是不是当前的所有探索和改革措施都有违宪的嫌疑？显然并不能得出如此简单的结论。第三，巩教授的信中说“国有财产是万万不能出售和转让的”，这又让我联想到更早一段时间前巩老先生的“壮举”：带领185学人上书党中央，直言国企改革“违宪”，国有股流通改革“违法”，对此我很不以为然。国有财产真不能出售吗？巩教授认为产权和所有权不同，产权是所有权的部分权能，产权可以出售，但所有权必须保留，因为“全民所有的财产任何机关都无权决定是否出售”。说到底，这还是受到苏俄传统理论“所有权即所有制”的茶毒影响。似乎所有权这种东西碰都不能碰，一碰就要变颜色。实际的情况又是如何呢？现代市场经济的发展，已经使得“财产”在法律上表现出多种形态，早已不同于马克思当年所处的年代，所有权只是其中一种财产形态。例如国家投资

一个企业，按照现代法人运行机制，就必然要让渡资本所有权于企业法人，以换取有限责任的利益，而且投资者并不丧失其对企业的控制利益，因为他不仅同时换回了内容更加丰富的股权，还可以在更大的范围内支配资本。有人死抱国家所有权不得让渡的观点，无非就是觉得所有权一让渡所有制就变了，这种理解根本就与马克思的本意和时代不符。况且这种观点在国际上恐怕也寸步难行，例如某个国有企业在国外欠了债被强制执行，那么债权人可不可以要求中国政府承担债务呢，因为你国家是所有权人，还有，当地法院是不是也可以扣押另外一个国有企业的财产，因为他们都共同归属于同一个所有权人??中华人民共和国。这不仅仅是国际笑话，因为实践中已经出现这样的例子了。就国有股流通的问题，也是同一个道理，国有股流通的现实意义是公认的，长期以来，国有股与非国有股同股不同权，国有股一股独大，法人治理结构不合理，导致证券市场发育迟钝。国有股不能进入流通市场，主要还是有人抱着国家所有权不能转让的陈腐观念，一是不承认企业法人所有权，二是反对国有股转让。对于一个效益低下的国有企业，如果将其股份转让，不仅可以充分调动社会资金用于国家建设，国有资产也得以资金的形式回收（显然国有资产的形态是多样化的），将回收的资本再投入到效益更高的企业去（例如参与跨国公司的海外并购），这样国有资产就能不断壮大。另一方面，一旦国有股参与流通，证券市场就会进一步激活，国外的经验早已表明，由证券交易繁荣所衍生的一系列投资、消费行为会形成明显的“财富效应”，这种效应由于我国证券市场的“先天不足、后天失调”一直未曾出现。就当前来说，证券市场的完

善还有另外一个好处就是抑制房地产泡沫，这已成为我国经济发展中的新问题，民间的炒房投资行为显然跟证券市场长期低迷有一定关系，如果证券市场可以重新活跃，就为社会上的闲散资金流向开辟了一个新渠道。至于有批评说国有资产出售会发生国有资产流失，巩教授也不止一次提到过“有人在送走国有资产”，实践中也的确出现了这个问题，但我想这属于监管上的漏洞，与国有资产该不该出售不是一个层面讨论的问题（容后述）。第四，巩教授在信中发出了这样的质问：“难道我国社会目前不稳定的最大根源不是私有化吗？”我觉得这可以入选本世纪最荒谬的质问之一。首先必须说明，“私有化”这个词是经济学家的提法，本人并不认为这种提法科学，而且总有人把“私有化”等同于私有制，实际上所谓“私有化”，无非就是还富于民，将社会产品合理的分配到社会成员个人手中，在法律上就是确认公民的个人财产权，这与公有制并不必然矛盾。巩教授认为“私有化”影响社会稳定，是因为他看到了“官商勾结”，从大批工人下岗到“资本家”拖欠民工工资，从广东矿难到北京、怀菜的玉米“绝产”，从利益集团对国有资产的壕取巧夺到数以万计的农民在城市化进程中变为一无所有的“流民”。可这到底是谁的罪过？我们先来看一看“官商勾结”，如果我们还承认强势和弱勢的相对论，就能发现在掌握国家行政权力资源的官员面前，民营企业家属于不折不扣的弱势群体，因为行政权力的垄断，官员们几乎掌握了企业生杀予夺的大权，如果巩教授还没有忘记马克思主义的辩证法的话，就应该知道什么是矛盾的主要方面（为什么我国刑法规定受贿罪最高刑为死刑而行贿罪的最高刑仅为无期徒刑），在官僚体

制下，从古至今的官商勾结，其主导方面都是掌握权力的官员，放眼当今社会，凡是腐败横行、民怨四起的地方，必然是行政垄断严重的领域。例如医疗、教育领域，虽然打着市场化、产业化的旗帜，但其“市场”已被行政垄断所扭曲，医疗改革的失败、教育公平的失衡，其根源不在于市场化本身，而在于行政垄断扭曲的市场。“三农问题”也是如此，前面已经说过，政府通过“剪刀差”的方式，与开发商一起大肆掠夺农民的集体土地剩余，造就了大批的无地流民，而在乡镇政府控制下的村委会，不但没有真正实现村民的自治，反而成为侵犯农民集体土地权益的最大元凶。国有资产的流失，与监管体制有关，但谁来监管？国有资产不出售就不会流失了吗？恰恰相反，效率低下所造成的隐性流失恐怕更加严重。当然巩教授一直指责经济学家“污蔑国有企业的效率”，对于这个问题的反驳前面已有提及，这里再把我的观点总结一下：权利主体虚化的国有企业在市场竞争中必然效率低下；在行政保护下的国有企业效率普遍较高，但这长期来说会损害经济的均衡发展；在竞争领域国有企业必须允许民营或外资入股，才能维持企业效率；国有企业的效率只能体现在非竞争领域；只有国有经济和民营经济达到一个均衡的发展，才能在避免两极分化的同时又避免国有企业对经济体制的潜在负面影响，才能避免国家机会主义、诱发社会经济发展的“后发劣势”（国有企业亏损诱发的金融风险至今仍然是一个极待解决的难题）。在这个过程中，部分工人下岗是个必然趋势，从根本上说工人下岗是过去的僵化体制造成的，与国企改革无关。至于国有资产监管，必须通过完善司法体制来进行，任何内部的监管都不具有决定作用。而问

题的瓶颈恰恰在于我国司法体制的脆弱。也正是司法体制的不完善，不能有效化解社会矛盾，目前的社会矛盾主要通过信访制度缓解，渠道单一。全国一些地方出现的恶性群体性事件，其根源还是公共权力侵犯个人权利，例如征地、拆迁，公权力得不到制约。而当权利受到侵犯以后，脆弱的司法体系无法提供救济，社会矛盾日积月累，必有爆发之日。实际上，司法体系的脆弱主要是因为司法不独立，一个司法独立可以解决很多问题，但受制于政治体制的大环境，司法改革并没有质的突破。综上所述，影响社会稳定的最大根源不是所谓的“私有化”，而是沿袭苏俄而来的僵化官僚体制，市场化与官僚体制结合，就很有可能产生权贵资本主义，这是最值得我们警惕的。但追根溯源，巩教授口中所谓的“苏俄传统理论”恰恰是当前中国社会一切祸害的总根源。随着我国加入WTO，市场化大潮已经不可阻挡，当务之急不是急于如何否定市场化的改革，而是想办法从政治体制改革方面入手，建立一个公平而有序的法治化市场秩序。行文至最后，我不得不跳出问题探讨的角度，对巩教授发表公开信一事，表达我个人一些感性的看法。凭心而论，巩教授作为我国老一辈的法学家，在本职工作上勤勤恳恳，将自己的所有青春都献给了共和国的建设，而在其花甲之年、身体抱恙的情况下仍然关心国家的经济建设，这着实让人感动。但老先生的立场却不是站在尊重民众实际需求和基本法律原理上，而是从柜子里翻出四十年前的帽子见人就扣，造成了一种让人目瞪口呆的震撼效果。考虑到老先生毕竟是经过苏俄传统理论所熏陶的，又考虑到其年龄和身体状况，再要他接受一些新事物新观点实在有点强人所难，这种失误似乎可以原谅

。但当我联想起2003年广州发生的孙志刚事件，也有那么些个法学家联名上书痛陈“收容遣送制度”违宪，但那个时候却似乎并未见到巩教授的身影。这又不禁让我产生深深的困惑，难道老先生当真是正如信中所言“身体原因”，所以老眼昏花耳朵也闭塞了？可是去年老先生带领“百人团”上书中央的时候真可谓是“气壮山河”的。亦或是老先生认为“收容遣送制度”很符合宪法精神呢？当庸俗肤浅的政治宣泄与公民切实的自由保障发生冲突的时候，我不情愿相信巩教授会选择前者，但我仍然冒昧怀揣小人之心推度，巩教授的一切“壮举”皆因他自己的理念与现实形成巨大反差所造成的令人羞耻的恐慌而起。任何企图阻挡历史前行车轮的人--无论他的动机是高尚还是卑鄙--最终的命运必然是：前者多数悄然地滚入历史的垃圾堆，而后者则注定被钉在历史的耻辱柱上。这句话既是对巩教授说的，也是对我自己说的。（作者：钟凯，四川省社会科学院）附：巩献田：一部违背宪法和背离社会主义基本原则的《物权法（草案）》----为《宪法》第12条和86年《民法通则》第73条的废除写的公开信  
<http://www.fazhuan.com/bbs/dispbbs.asp?boardID=1page=4>

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)