

后“物权法草案”时代的争议 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E5_90_8E_E2_80_9C_E7_89_A9_E6_c122_484855.htm

经过十余年风风雨雨，《物权法》草案在今年的全国人大会上以绝对多数获得通过（得票率至少为95%）。这是一种胜利？如果是，是一种什么样的胜利？在我看来，这如同1989年的行政诉讼法一样，基本上是自由主义的胜利，是民法力倡的个人主义与权利本位的胜利。尽管我在一定程度上理解并同情巩献田教授的苦心——那种对于共产主义信仰以及社会公平理念的执著——但是我们却必须面对这样一个基本事实：巩献田的全部努力失败了，左派对于社会主义基本原则的捍卫失败了。作为研习法学的后生，已经越过了简单的情绪化心态，但对这种胜利与失败所造成的巨大视觉以及心灵冲击，我却无法回避。变了，确实变了——中国场域内的社会主义的名与实发生了实质的分离，而这种分离的肇始即为改革开放。而且我发现这种变化基本遵循马克思的历史唯物主义的原理，即经济基础决定上层建筑——在当代中国混合的所有制形态中，在市场中日益占据主导地位的已经不是国有企业，而是民营企业 and 外资企业——这是改革开放的一个直接结果。既然在政治上总体性的允诺了将工作重心转移到经济建设上来，那么在效率与发展的维度上便没有充分的理由阻遏民营经济和外资经济的发展——这种发展可能对于中国社会是一种福音，但对于经典上的社会主义，无论是其经济面向，还是政治面向，都必然起着一种独特的解构性作用。这种解构初步成功的标志就是1986年制定的《民法通则》——虽然还有很多传

统制度的残余，但是足以表明以民法为基础的自由社会已经孕育并呈现出欣欣向荣之势。整个改革开放的最重要结果不是政治层面的启蒙，而是经济层面的自由——也因此，1989年的事件并没有实质性的影响到中国经济市场化的脚步，尽管有许多人质疑这种市场化的规范性质。并且我们很容易发现八十年代的主题是政治与经济并重，而九十年代的主题只剩下经济，尽管偶尔还有些“堂吉诃德”式的人物。“改革开放”本就是一种无形的巨手，其所翻转的是中国整个的社会结构及其合法性论证结构，其所打开的确确实实是一个“潘多拉之盒”。改革开放独立的开辟出了一个民法的维度，其实质是开辟了一个自由社会与个体权利的维度——这大大改造甚至颠覆了传统的合法性论证方式，社会主义的合法性必须在新开辟的社会领域获得合理解释，否则将遭到实质排斥——物权法草案争议及其通过正好证明了这种排斥作用的存在及其巨大能量。无论我们怎么说二十几年的改革开放是政府权力自上而下主导的结果，都不能否认普通人民群众在该场气势恢宏的变迁过程中所起到的创新与建构的作用——而且这种实践的作用进一步更新了他们原有的观念，并催发他们思考、觅寻、改造和接受某种新的社会秩序模式——物权法，在我看来是这种集体选择的一个直接结果。如果我们承认认识来源于实践以及在社会历史领域实践优先的观点，那么无论物权法草案本身是否违宪，我们都没有足够的理由来质疑这种实践的历史正当性——因为马克思一再告诉我们人民群众才是历史的最终创造者，而现代宪法理论的一个基石也正是人民主权原则。依此逻辑，我们凭什么可以说经过人民群众历史实践形成的制度（物权法）是违宪的？进一步

推下去，我们似乎也不得不承认：是人民群众的实践创造了宪法，而不是相反。宪法的更深根基在人民主权，这便触及了卢梭的思想内核——而社会主义的理论与实践受卢梭思想影响的痕迹是显然的。因此原先争议的物权法草案可能违反了1982宪法的某些具体条款（童之伟同时证明了法中还有一些条款是支持物权法草案的）——这种宪法文本内部的逻辑混乱显示了中国意识形态束缚的浓重和人民修宪的机制不畅——人民如果能够通过正常的修宪程序改变宪法，使其符合现实之实践需要，那么违宪之争将很少出现。这种人民修宪机制的实质梗阻本身也启示我们物权法草案争议背后的一个更加深刻的问题：我国现行宪法修正机制的实际运行存在困难，宪法修正严重忽略与原始文本及其原则的沟通、协调甚至突破，这些也是物权法违宪争议的一个制度原因。我们不能按照所谓抽象的意识形态来否定改革开放及其结果的历史正当性，因为这种历史正当性的证明主要不依赖于宪法文本及社会主义传统理论，而依赖于人民群众的历史实践。我们的问题是，改革开放实际上造成了中国社会的某种根本性分裂——政治民主化的脚步严重滞后于经济市场化与自由化，这便打破了毛时代大致建立的政治与经济之间的平衡，而新的政治与经济平衡又远未达到。这种改革时代政治与经济整体失衡的状态是当代中国一切社会问题的根源。因此，尽管物权法的全面胜利象征了民法的胜利，但这并未在政治体制层面获得规范而非权威的解决与辩护。如果人民群众的历史实践和集体选择不能通过宪法本身正当化，而需要通过备受争议的物权法正当化，那么这只能表明中国社会“经热政冷”的现实，也表明物权法即使取得胜利，也只是民法领域的

胜利，或者民事主体的胜利，而不是严格意义上人民的胜利，或者与国家相对的公民的胜利。因此在经历这一切争议之后，我们必须思考中国的人民主权是如何落实的，人民的历史实践与集体选择是如何宪法化的以及这种宪法化本身是否充分和正当。这是中国整个宪政体制的过程正当性问题。由于历史实践的时空长度还显然不够，有些问题我们现在看的还不是很清楚——比如我们时代的公法有什么尊严，对时代之发展有何规范、提示与引导作用？公法之弱并不证明民法之强，而恰恰证明国家生活中政治主题的不规范性，以及必然导致由民法独立担当公法与私法之共同任务时出现越位和力不从心。因此，在新近通过的物权法的一片欢呼声中，我们别忘了中国法治化的作业只作了一半，而且剩下的一半会更为根本和更为艰难。因此，公法学界应该心平气和的承认自己长期的软弱和无能，重性认真的界定中国社会公法问题的真实性及其有效内容，发展公法本身的知识优势与规范作用，承当其公域之本来责任；民法学界在“越位”之后切不可沾沾自喜，而应保持谦抑，并同样需要重新检讨私法在现代法律体系中的位置及其问题边界，从越位的区域慢慢推出，并承认民法之“市民社会化基本法”地位低于宪法之“政治社会基本法”地位。未来中国社会的稳定与秩序取决于在基本承认改革开放历史正当性的基础上重建政治与经济的平衡模式，而这种平衡模式在法律领域的一个根本表现就是公于与私域的平衡以及公法与私法的平衡。在我看来，公法与私法关系之时代界定，将成为下一阶段中国法学界最可能做出贡献的问题域。《物权法》已经通过并确定于今年的国庆节之日生效——这种选择也许具有某种“庆祝”的意味。如

果简单的指责《物权法》是自由主义的产物，我以为是很片面的 - - 无疑，物权法肯定受到了自由主义的某些影响，但我以为这种影响只是条件性的，而不是决定性的，在此过程中起决定作用的是人民群众在符合改革逻辑下的历史实践与集体选择。因此，改革开放的全部合法性逻辑就是历史实践优先的合法性逻辑，这本身是符合马克思主义的历史唯物主义原理的。但是如果一直坚持这样的改革逻辑（虽然它在一定的历史时期是必要的，而且很有用），我们可以不断获得国家与社会的发展，但是我们却难以获得一个稳定而理性的规范秩序。实践本身是创造规范的力量，但规范本身又是检讨、保障和促进实践的力量。如何使改革的逻辑获得规范转化，同时对于改革创造的当代中国鲜活的政治、法律与经济制度进行法制转化，这将是当代中国宪政与法治的根本作业！我们已经生活在后物权法时代，但我们的争议也许将一如既往！（2007年3月25日深夜草于北京大学畅春新园）

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