

# 香港傳真

中信泰富政治暨經濟研究部  
中國稅務雜誌社綜合研究組

No. 2007-25

2007年4月27日

\*\*\*\*\*

## 寫在《物權法》公佈之際 ——《民法史話》一書的“代前言”<sup>1</sup>

中國社會科學院 紀坡民

人們期待已久的“物權法”終於公佈了，這是我國建立市場經濟法制的一件大事，可喜可賀。可能有人會認為，改革以來，國家大力提倡法制，尤其是市場經濟的法制，政府頒佈的法律可以說多得很多了，這部“物權法”有什麼特別之處，值得為它單獨寫一本書呢？

大概我們還記得，鄧小平同志有一句十分有名的“提法”，叫作“一百年不變”。可是，對鄧小平同志這個“提法”，人們卻難免感到疑惑：看看我們的身邊，似乎一切事物都在日新月異地急劇地改變著舊的面貌，處在變革時代的中國，難道還有什麼東西，真的能夠“一百年不變”嗎？

---

<sup>1</sup> 此文為《民法史話》一書的“代前言”，文字略有調整。

人們一般都認為，在自然科學的領域裡，諸如“幾何公理”、“力學定律”和“元素週期表”等，在它們各自所歸屬的學科範疇內，“一百年不變”的東西自然是有的，而且何止“一百年不變”呢？不過有人可能會認為，在人文社會學科領域裡情況會有所不同，可實際上並不是這樣。因為我們今天所掌握的知識，都要在繼承前人所積累的基礎上，才能取得真正的進步；這個道理，關於自然界的知識是如此，關於人類社會的知識也是一樣的；儘管我們今天格外地強調“創新”，也不能從根本上改變這個道理。

在中國如今的變革時代，我想，如果說有什麼東西可以“一百年不變”的話，這“物權法”可以算一條。唯其如此，“物權法”才值得我們給予特別的關注。不過，也許我們應當首先介紹一下：什麼是“物權法”？它對建立市場經濟秩序有什麼作用？以及它在關於市場經濟的知識體系中處於什麼樣的位置？

## 民法的“物權”與“債權”

### — 財產權利的“靜態規則”和“動態規則”

市場經濟就是法制經濟。——如今這已經是人們的廣泛共識。

市場經濟的法，主要就是民法。——對此的認識，我國的政府和學術界卻至今也仍有一些不同的看法，要人們對此達成共識，還需要時間和努力。

“物權法”，是民法的組成部分，而且是基本的組成部分之一。民法，是關於產權的規範；而所謂“產權”，是“財產權利”一詞的簡稱。一個國家的民事立法，是一個規模十分龐大的系統，但主要和基本的，就是一部“民法典”。

所謂“物”，就是財產。作為“財產”的“物”，一般分為“動產”和“不動產”，這大家都知道。不過，我國法學界不大提到的是，對“物”還有一種分法，“有體物”和“無體物”——前面說的“動產”和“不動產”，又都可以歸入“有體物”，而如今我們也已熟悉的“知識產權”，其中“知識形態”的“財產”，則可以歸入“無體物”。當然，鑒於“知識產權”的特殊性、並且已發展成相當複雜的龐大體系，許多國家在立法上以“單行法”的形式單獨成篇。不過，我們不能認為，所謂“知識產權”，是與“物權”毫無關係的另外一種東西；在民法關於“產權”的規範體系中，就大的概念“種”、“屬”關係來看，“知識產權”也可以歸屬於“物權”的大類。

所謂“物權”，就是人的一種財產權利或者說財產權。不過，我國有的學者把“物權”和“財產權”這兩個詞等同看待，認為這兩個概念完全是一回事，卻有不妥。打個比方，我們可以說，“男人是人”，卻不可以說，“人是男人”；因為世上除了“男人”，還有“女人”。同樣，“產權”或者說人對財產的權利，除了“物權”之外，還有“債權”，“物權”和“債權”，共同組成“財產權”。在“民法典”中，以《德國民法典》為例，五個部分中篇幅最大的，就是“物權”和“債權”這兩個部分；實際上，“物權”和“債權”兩個部分，在內容上構成了“民法典”的主體。

作為對財產權利的規範，“物權法”，可以認為是財產權利的“靜態規則”，而“債權法”，則是財產權利的“動態規則”。為了便於理解，如果我們把市場經濟的運動用足球比賽來作點比喻的話：

足球比賽的“靜態規則”，就是關於“場地大小”、“球門尺寸”、“上場人數”、“每場比賽時間”、還有“足球的大小、

重量、質地”等這樣一些關於比賽規則的規定。對於市場經濟的運動來說，“物權法”作為“靜態規則”，就相當於足球比賽以上列舉的一類規定。

而足球比賽的“動態規則”，就是關於“出界”、“手球”、“越位”、“合理衝撞”、“邊球”、“點球”、“任意球”等這樣一些關於比賽規則的規定。在市場經濟的運動中，“債權法”作為“動態規則”，大體上也可以這樣理解。

如果我們舉“象棋比賽”的例子，情況也是一樣的：對“象棋比賽”來說，像“楚河漢界”、“棋盤的樣式”、“棋子的種類、數量”和各自的“擺放位置”等規則，屬於“靜態規則”；而“馬走日字”、“象走田”、“車走直線”、“炮翻山”、還有“馬別腿”等，屬於“動態規則”。

類似的例子，在競爭性的體育比賽領域裡，還可以舉出很多。

我們知道，無論“足球比賽”還是“象棋比賽”，都必須遵守統一的規則，如果沒有統一制訂的規則，那就會亂了套，起碼是無法公正地判別輸贏了。以競爭激烈的足球運動來說，如果沒有比賽規則，那恐怕就要變成“打群架”了。——實際上，在幾百年前的英國，足球運動剛誕生的時候，就因為沒有比賽規則，經常發生集體毆鬥的事件，有時還鬧出人命來，這項體育運動因而被當時的英國政府立法禁止，違令者甚至要判處死刑。

同樣的道理，市場經濟也需要遵循統一的“遊戲規則”，這就是國家制訂的法律，具體地說就是民法。如果缺乏民法提供的法治秩序，所謂“市場經濟”，就會變成一種“無規則遊戲”。

改革的中國，人民已經普遍享有追求財富的自由，也就是說，廣大民衆已廣泛參加了市場經濟中競爭財富的“遊戲”。這種情況下，如果政府不能為人民追求財富的自由提供關於“產權”的

保護和規範——這基本上就是民法的規範，市場經濟就會產生嚴重的混亂：在我國現實經濟生活中，諸如“國有資產流失”、“企業多角債”、“銀行壞賬”甚至“腐敗惡性蔓延”等混亂失序的現象，若追根溯源，其大部分原因，可以歸之於民法資源的缺失。

當然，市場經濟的運動與足球比賽或象棋比賽相比，無論“靜態規則”還是“動態規則”，都要複雜得多，其規範體系也要龐大得多；因而，關於財產權利的規範，也就發展成為淵博精深、規模龐大、甚至深奧晦澀的“民法學”。

從上述關於“足球比賽”和“象棋比賽”的比喻中，我們還可以體會到：對於市場經濟的運動來說，作為“靜態規則”的“物權法”和作為“動態規則”的“債權法”，其地位和作用比起經濟學來，還要更為優先和更為基本。

我們舉了“足球比賽”和“象棋比賽”的例子，希望通過這個比喻，對大家認識“物權法”在民法體系中的位置和民法在建立市場經濟秩序的作用，能夠有所幫助。

## “混亂的經濟學，幼稚的法學”

### ——一位人大代表 20 年前的話

記得還是 80 年代中期時，一位原全國人大代表在電視新聞節目中對我們國家人文社會學科的狀況發表的評論是：“貧困的哲學，危機的歷史學，混亂的經濟學，幼稚的法學。”這個話雖然講得有點刻薄，卻值得我們認真思考。哲學和歷史學的情況，離我們這裡討論的問題遠了點，不去說它了，就拿目前最熱門的經濟學和法學的情況來說吧。

應當承認，改革開放以來，我國的經濟學術確實有長足的進

步。20 多年前，我國經濟學的知識，大約只有兩本書——馬克思的《資本論》和蘇聯《政治經濟學教科書（第三版）》，另加一本小冊子——斯大林的《社會主義經濟問題》。到如今，我國的經濟學，已經發展到把世界上幾乎所有的經濟學術的流派——從亞當·斯密、大衛·李嘉圖的“古典經濟學”，到約翰·穆勒、薩伊等人的所謂“庸俗經濟學”，再到法蘭克福學派的“邊際效用理論”，又從馬歇爾的“微觀經濟學”，發展出凱恩斯的“宏觀經濟學”……等；從代表性的名家各著來說，包括當代衆多諾貝爾經濟學獎獲得者——薩繆爾森、弗里德曼、科斯、諾思……等，當今世界各門各派的經濟學——“新古典綜合派”、“社會市場經濟理論”、“產業政策理論”……等等，都引進中國了。價值觀念的革命性變革，加上知識和信息的爆炸性擴展，如此情形，在這個過程中產生一點“混亂”，原也無足深怪，應當說是很正常的事。

學術的繁榮和進步自然是好事，但我國的經濟學界因而自信心大幅提昇、頭腦相當膨脹，甚至驕傲得有點盲目了。實際情況是，我國關於經濟改革的理論討論，幾乎被經濟學一家給“承包”了。學術界這種有失偏頗的傾向，在公共傳媒和社會輿論中給大家造成的印象，似乎關於市場經濟的學問，只要掌握了經濟學這一門學問，建立我國的市場經濟體制，就可以“畢其功於一役”了。

這是一種相當片面的理解，實際上是一種誤解。關於市場經濟的學問，除了經濟學，還有民法學，而且對市場經濟而言，民法學是比經濟學更為優先、也更為基礎的學科。民法學和經濟學雖然都以經濟生活為研究對象，但是它們卻是兩門各自獨立的學科，不能相互替代，也不能隨意混淆。

可是，在我國關於經濟改革的理論討論中，恰恰就發生了這種事：經濟學肆意侵佔民法學的領地、在民法學的範疇裡“瞎攪和”的現象，並且因而製造了許多理論上的混亂。對這種把不同學科隨意混淆的荒謬現象，我曾稱之為“鳩佔鵲巢”，可是十幾年過去了，這種錯誤的學術傾向不但沒有反躬自省、改弦更張，反而變本加厲、甚至公然打出“經濟學帝國主義”的旗號！不僅在理論錯誤的道路上越走越遠，而且導致我國在經濟改革的實踐比如“國有企業產權制度改革”問題上產生了重大失誤。

在關於“國有企業產權制度改革”問題上，我國經濟學界的不少人似乎不懂得這樣一個簡單的道理：關於企業財產權利的規範，其適用的對象，既包括私有，也包括公有。改革開放前，我國單一的公有制結構，當然要改變；可是改革開放後，有些人主張發展私人企業的辦法，實際上主張的卻是瓜分國有企業。他們過分地強調了國有企業的所謂“特殊性”，發明了一種專門針對國有企業的“雙重所有權”和“法人所有權”的理論觀點，企圖為國有企業和私有企業分別設計兩種完全不同的產權制度。

這些觀點和主張，完全違背了民法的基本原理。結果，由於產權秩序的混亂缺位，造成“國有資產流失”的嚴重後果，使我國的經濟學自毀名節，敗壞了我國經濟學的學術聲譽。

產生這種問題的原因，首先在經濟學方面。民法學和經濟學的研究對象既然都是經濟生活，經濟學家對於直接相關的民法學，總該有一點基本的知識才好；可是，我國的經濟學家大都沒有受到過民法學的基本訓練，因而對民法理論缺少起碼的知識，有些經濟學的研究生，民法學的知識甚至等於零。經濟學家對民法理論是這樣一種知識水平，還要在“產權”問題上“摻和”，如果不產生許多錯誤與混亂，反倒是奇怪的事了。

民法學術界的責任，是在關於經濟改革的理論討論出現錯誤的學術傾向時，不僅沒有挺身而出、堅持真理，守住自己的理論陣地，以敢於“反潮流”的精神，起而反駁錯誤的理論觀點，反而在錯誤的學術潮流面前，隨聲附和，甚至添油加醋。為什麼會發生這種咄咄怪事呢？我認為，其原因是由於我國的民法學術雖然在近代曾一度繁榮，但後來卻又中斷了，從“改革開放”起，民法的學科建設才剛剛起步，學術上尚處於十分幼稚薄弱的水平。

我國民法學術這樣一種現實狀況，在聲威奪人的“經濟學帝國主義”的猛烈擴張面前，既無“招架之功”，更無“還手之力”，喪師失地，聽任經濟學“鳩佔鵲巢”，在民法領域裡“瞎攪和”，也不是什麼不可理解的事。

在我國關於經濟改革的理論討論中，“經濟學太熱，民法學太弱”的狀況，“法學的幼稚與薄弱”加上“經濟學的混亂與擴張”，導致經濟學肆意侵犯民法學的領地，學術界這種頗為奇特的現象，產生了許多混亂和錯誤。

學術界的混亂與錯誤，還在公共傳媒和社會輿論中造成很大的聲勢，並且影響到政府的改革決策，因而產生了一些政策方面的重要失誤，比如什麼“抓大放小”和“國退民進”的決策。國有企業產權制度的改革，在理論上基本屬於民法領域的問題，可在我國，進行理論探討和對政府提供決策諮詢的，都是對民法學所知甚少的經濟學者。長期困擾我們的國有企業產權制度改革，之所以找不到走出困境的正確途徑，甚至產生“國有資產流失”的嚴重失誤，就理論方面的原因來說，其源就蓋出於民法資源的缺失。

更嚴重的是，“國有資產嚴重流失”的錯誤已經成為事實，而且實際上也很難糾正了，但是，作為總結經驗教訓，我們的政



府和學術界，甚至對錯誤是怎麼發生的，還是稀里糊塗的，沒有搞明白。這就不僅可悲而且可憐了，當“事後諸葛亮”也講不清楚個道理，連“馬後炮”也是亂放一通。

對我國所謂“國有企業改制”過程中存在的問題，首先在操作層次上指出其錯誤的，是香港的一位會計師郎咸平。郎咸平先生的業務素養與社會公德，在今日中國物慾瀰漫的社會氛圍裡，令人肅然起敬。可人們不禁要問，“國有企業改革”的十幾年裡，我們的經濟學者和民法學者都幹什麼去了？也許，這裡面除了學者們的知識水平之外，對有些人來說，還有一個學術和社會的道德問題。作為應當為中國改革提供理論指導並代表社會道德與良心的學術界，我國的經濟學家和民法學家，在郎咸平先生面前，應當感到羞愧。

因此，我覺得，我國的學者尤其是經濟學者，還是不要動輒口出大言，做什麼摘取“諾貝爾獎”的黃粱大夢；對關於市場經濟的基本知識，比如民法學，應當老老實實地補一下課才好。我們應當懂得，對於我國建立市場經濟秩序的任務，民法的作用是無可替代的，僅有“經濟學”或者實行“經濟學帝國主義”的政策，不是解決問題的辦法。

## 為公平競爭當好“裁判”——民法在市場經濟中的作用

關於民法學和經濟學的關係，我們還拿足球比賽來作點比喻：

對於在市場經濟中的地位與作用，如果把民法學包括“靜態規則”和“動態規則”，比作足球比賽規則的話；那麼，經濟學就好比足球比賽中的“體能增強”、“技術訓練”以及“戰術運

用”如“全攻全守”、“快速反擊”等這些方面的事。也就是說，如果將市場經濟比作足球比賽的話，經濟學要解決的問題，是參與競爭的一方包括個人、企業甚至國家如何能夠“贏”的問題，這是“球員”、“隊長”、“教練”和“場外指導”們的任務；而民法學要解決的問題，是參與競爭的各方不管誰輸誰贏，都必須遵守的規則，這是“裁判”還有“巡邊員”等人的工作。

如果我們以“象棋比賽”為例來比喻：參加“象棋比賽”的選手想在比賽中得到“贏”的結果，僅僅懂得比賽規則包括“靜態規則”和“動態規則”，顯然是不夠的，他還要學習和掌握“象棋比賽”中諸如“當頭炮”、“馬來跳”、“二馬盤槽”、“將軍抽車”等戰術技巧。這個比喻，同市場經濟中“民法學”與“經濟學”的關係，也大體上類似。

在市場經濟中，參與市場競爭的個人、企業乃至國家，自然都希望自己能夠“贏”——對個人是贏得工作崗位和較高的薪水，對企業家是贏得利潤和資本增殖，對國家則是經濟的發展與進步，這是毋庸置疑的事。但同樣毋庸置疑的是，市場經濟也需要維持秩序的規則，參與競爭的所有各方，無論是輸是贏，像足球比賽和象棋比賽一樣，首先都必須遵守“遊戲規則”；對個人和企業尤其是這樣，甚至在國家之間，如今諸如 WTO 一類的規則也越來越多了。

在現實社會裡，像維持足球比賽和象棋比賽的規則一樣，維護市場經濟秩序的“裁判”，在國家內部，就是政府和司法系統，這包括一個國家的司法和行政系統的幾乎全體政府官員，還有被稱為“不拿薪水的公務員”的律師等。

有一句大家很熟悉的話，叫“人是萬物之靈”。作為一般的道理，我們都知道：只有人才是有“靈魂”的，“機器”是不會

有“靈魂”的，“國家機器”也一樣，儘管“國家機器”是由人組成的。因此，當我們說“法是國家意志”的時候——大致地說，所謂“意志”，也可以歸於“靈魂”之屬，就是說，如果認為“國家機器”也有“靈魂”的話，那麼這個“國家機器”的“意志”或“靈魂”，是人們將它注入或者灌輸進去的。這個稱為“國家意志”的“靈魂”，就是“法”，對市場經濟的國家體制來說，就是“民法”。

這裡，用不著什麼十分高深複雜的理論，僅靠常識我們就可以知道：無論司法還是行政系統，雖然被稱為“國家機器”，卻是由人組成的，他們都是人，而不是“機器零件”。因而他們這些人，都要養家活口，也有七情六慾，並且也都想多掙點錢、把日子過得寬裕和舒服一點。但是，作為“國家機器”的組成部分，他們的職責，卻是要為人們追求財富的自由維持一種“公正”的秩序；說的通俗一點，就是為市場競爭當好“裁判”；如果用比較嚴肅而莊重的語言來表述，就是“維護社會正義”。

顯然，在市場經濟中，對這些屬於“國家機器”的成員來說，他們的主要職責就是當好“裁判”。可是，如果他們這些人不肯心甘情願地當這個“國家機器”的一個“螺絲釘”，而是要伸張自己的“個人自由”與“自然天性”，那會怎麼樣呢？比如，他們羨慕“球星”們的出風頭和高收入，或者就像“春情難耐”、“思凡心切”的七仙女那樣，急切地要到人世間去品嚐那多彩多姿的七情六慾；而為達此目的，耐不住清廉和寂寞，躍躍欲試地要在商海中“露一手”、“撈一把”；那樣的話，恐怕不僅建不成什麼“市場經濟”，甚至整個社會也會亂了套。

因為道理很簡單，常識就可以告訴我們：在足球比賽中，裁判踢進了球，是不能作數的；而在正規的象棋比賽中，“觀棋不

語”就成了禁令；無論足球比賽還是象棋比賽，任何因為裁判偏袒而使一方獲贏的結果，都不會被認可。當發生這種情況時，對這樣的“裁判”，只要證據確鑿，就應當把他們從執法隊伍中清除出去，情節嚴重的，還應當繩之以法。這完全是情理之中的事。

如果我們把這個道理搞清楚，對人們今天還在爭論的中國歷史上古人講的“天理”與“人慾”的關係，就可以作出合理的現代解釋了：“人慾”者，就是人們追求財富的自由，而所謂“天理”，就是規範與保障財產權利的法。從這個意義上講，所謂“天理”，應當以保障“人慾”為原則，而所謂“人慾”，必須依靠“天理”來規範與保障。要在人類社會生活中“維護正義”，“天理”與“人慾”，兩者都不可或缺，或者根本上就是一回事，用哲學大師黑格爾的話來說，就是“有自由，就要有法”。

歐洲有句諺語：人們為了自己的利益，連“幾何公理”也可以推翻的。也許我們從這句諺語可以悟出，人的慾望和本性，單由道理上的“是”和“非”來說服是不夠的，因為人畢竟不是天使，所以必須有作為“國家意志”的法來規範。而規範財產權利的民法，恰恰就是市場經濟的“幾何公理”，即使它的真理性無可置疑，也還要通過“國家意志”來強制性地貫徹和保證。

不過，我們把民法比作“幾何公理”，並不是說，它就像“幾何公理”那麼簡單和“初級”。實際上，民法由它的前身羅馬法，發展到今天的現代民法，已經成長為一門精深淵博、規模宏大的學科，其概念抽象之準確、內在邏輯之嚴謹、理論體系之完備，與當今社會科學的任何一個學科體系相比，包括每年由諾貝爾獎吸引社會輿論高度關注的經濟學，都毫不遜色。

民法學與經濟學有所不同的是：經濟學的歷史，以其奠基者亞當·斯密算起，至今有二百多年；而民法學的歷史，若以羅馬

法的誕生開始，到如今已經有二千五百多年，幾乎同孔夫子的年齡差不多了，即使除去其中一度湮滅的六七百年，也有一千八百年了。民法學由於其歷史極為悠久，因而也發展得十分完善成熟，民法學作為一門古老的學科，它甚至已經過於成熟，以至迄今有半個多世紀，西方發達國家和世界上大多數國家的社會科學領域的學者，已不再就民法的基本理論進行很多學術探討了。

民法學另一個重要的特色，是它歐洲文化傳統的根基很深，這主要是指民法學的邏輯傳統。邏輯或者說形式邏輯，自亞里士多德創立至今的兩千多年來，一脈相承，延續至今，甚至在歐洲中世紀的所謂“黑暗時代”也不曾中斷。歐洲古典文化中深厚的邏輯傳統，當年催生了民法的前身羅馬法，近代的“羅馬法復興運動”，民法走向成熟與完善的過程，也曾受益於邏輯的錘煉。

由於中國的歷史文化中太富於“文學色彩”，而缺乏邏輯傳統，民法學在中國人學起來，可能會覺得不大習慣。不知這是否也是造成中國民法學幼稚薄弱、並且大家包括知識界似乎對它不大感興趣的原因。

但是，正像美國哲學與歷史學家威爾·杜蘭說的：“再沒有比邏輯更枯燥的了，但是也沒有比邏輯更重要的了。”同樣，我們也完全可以說：沒有比法律更枯燥的了，但是也沒有比法律更重要的了。法律在方法上的邏輯特徵，又以民法為甚，因此我們還要進一步說：沒有比民法更枯燥的了，但是對於我國建立市場經濟的法治秩序來說，沒有比民法更重要的了。

### 對“物權法”討論中一些主要觀點談點意見

說到這裡，如果不對近來關於《物權法》沸沸揚揚甚至尖銳

激烈的爭論談點意見，也許會讓人覺得我這個人對現實生活缺少一點“社會責任感”似的。我承認，對關於《物權法》的爭論，我看的材料不多，因此這裡只能就我瞭解的爭論中一些主要觀點，簡單談點意見。

有一種認識很普遍，許多人把“物權法”當成“社區物業”的法了，而且，不僅民衆的反映、而且學者與政府似乎也都這樣認為，最後的“物權法草案”裡，也載入不少“社區物業”比如“車位”和“綠地”的條款。

這裡，首先應當澄清的，是關於“物”的概念。我們知道，“物”，是個極具“一般性”、外延極其寬廣的概念，大體上說，“物”就是“財產”；而“物權”，就是人對“物”即“財產”的權利，當然只是其“靜態規則”的部分。我們知道，世上可稱為“物”的東西，可以說多得很了，而所謂“物權”，其數目更是可達千百萬種之多；“社區物業”的“車位”之類，自然也屬於“物權”之列，可它只是千百萬種“物權”的一種而已。在千百萬種“物權”中，“社區物業”的“車位”一類，並不享有什麼特殊地位；就像我國的13億人，目前享有“車位”一類物權的，並不是什麼“特殊公民”一樣。

作為“民法典”的主要部分，“物權法”屬於“普通法”，應當是對全部的“物”所作的一般的概括性的規範；如果把千百萬種“特殊”和“個別”的具體問題都列入“物權法”中，那這部“物權法”恐怕就比《四庫全書》的規模還要大了，那樣的話，我們的民法專家包括法官和律師，光為這部《物權法》，就得為他們蓋一座“文淵閣”那樣的藏書樓了。

實際上，作為立法，像“社區物業”的“車位”這樣的個別問題，完全可以作為“特殊法”在關於“社區物業”的單行法中

加以規範。而且，關心“車位”之類問題的人們完全可以放心，不載入“物權法”，絲毫不影響法律上對“車位”之類問題的保護，因為在“產權”官司的審理和判決時，“特殊法優先”，是司法實踐所依循的基本原則。

因此，將“社區物業”的“車位”之類載入《物權法》，不僅沒有必要，而且同世界各國的“物權”立法作點比較的話，完全是出洋相。

另一種意見，就嚴肅得很了，是指責“物權法違憲”、“違背社會主義憲法原則”。應當承認，這種意見，立論高屋建瓴，氣勢頗為凌厲，因而極具震懾力。據說，全國人大 2006 年關於《物權法》的審議，就是因此被推遲了。

其實，所謂“社會主義”和“資本主義”，從“物權法”的範疇看來，可以認為具體指的就是“國有資產”和“私有資產”；而作為“物權法”的一般原則，“公有財產”同“私有財產”都是其保護對象，而且受保護的程度是同等的。我國 2004 年的憲法修改後，這個問題已經解決了。因此，“物權法”立法，並不因為有“保護私人財產權”的規定，就有什麼“違憲”的嫌疑。

這種指責“物權法違憲”的意見，其立論基點還涉及到“憲法”問題。不過，在我看來，中國的立法改革，不僅包括財產權利的民事立法，而且也包括稱為“根本大法”的憲法。應當看到，我國以往的憲法立法，其宗旨是鞏固社會進步與變革的成果，也就是說，基本是記錄現狀的，或者說，是先有事實，後有立法。因此，隨著我國“改革開放”的廣泛與深入發展，社會進步與變革將不斷有新的成果；而要體現和鞏固這些進步與變革的成果，今後我國的憲法不僅還會有修改，而且我認為，還應當有大的修

改。這樣看來，所謂“物權法違憲”的指責，不過是針對我國立法改革中難免出現的不均衡不協調的問題，作點邏輯和文字上的遊戲而已，並沒有像乍聽起來那麼嚇人。

還應當指出，我國以往的憲法立法，其記錄現狀的宗旨是有很大的偏頗的，今後的憲法立法改革，應當更多地注意憲政理論的指導。從這一層看，對我國的人文社會學科的學術來說，我們今後應當關注與彌補的，不僅是規範產權的“法學的幼稚”，也許更有關於憲政理論的“政治學的幼稚”。

還有一種意見，就更加“厲害”了，這種對“物權法”的批評是：前一段時間的“國有企業改革”，造成“國有資產的嚴重流失”，現在又制訂什麼“物權法”，目的就是把前一段時間有些壞蛋將國有財產用非法手段據為已有的財產“固定”下來，並且用立法的形式加以保護！

對這種尖銳的批評，首先我們應當承認，我國的“國有企業改革”，在政策指導上的確有重大失誤，因而造成“國有資產的嚴重流失”，廣大民衆的憤慨，是完全正當的，話說得刺耳一點，政府應當理解，這是他們的公民權利。

其實，對這種批評意見，我們可以這樣回答：“國有企業改革”的政策失誤，在理論方面的原因，就在於保護財產權利的民法資源的缺失；因此，正是因為沒有及時地制訂“物權法”，才造成“國有資產的嚴重流失”。還應當指出：如果再不及時制訂“物權法”，對產權進行切實有效的保護，不僅“國有資產嚴重流失”的情況還會繼續；而且那些吃慣了“白食”和“黑食”並且已經吃開胃口的貪官污吏們，還會將黑手伸向私人企業，使“私有資產”也發生“嚴重流失”的問題！難道這是反對“物權法”的人們希望看到的局面嗎？



不過，應當特別引起我們注意的，是這種尖銳的指責，實際上不僅針對“物權法”，而且認為立法者制訂“物權法”是出於邪惡的動機。這就有點太玄乎了。就我而言，儘管也知道當今中國官場腐敗的嚴重，可一般地說，還不至於認為立法者的動機竟會如此邪惡。可是，這種批評反映的問題卻不容忽視：作為立法者的政府，和知識界與普通民衆——儘管只是其中一部分人，在思想上的鴻溝、隔閡和敵意，竟然如此之深！這種政治現象，對中國的改革絕非吉兆，也不是無關鉅旨的思想動態，應當引起黨和政府的充分警覺和深刻反思。

### 關於私人企業的所謂“原罪”問題

這裡，還涉及到人們目前議論紛紛的我國私人企業資本積累的所謂“原罪”問題。應該承認，這個問題不是一兩句話能說清楚的。因為20多年來中國經濟改革經歷的過程曲折多變，而且涉及許多方面的基本制度，如產權制度、企業制度、勞動人事制度、財政稅收體制、金融體制等；當時出臺的許多“改革政策”如“承包制”、“利改稅”、“撥改貸”等，若在今天依市場制度的標準來衡量，並不都很規範。因此，情況相當複雜。

而且，在改革早期，比如“價格雙軌制”吧，造成了“國有資產流失”；可在那時候，也有民營企業沒有被國家公正對待的情況，如“利改稅”中對“民營企業”即那時的“鄉鎮企業”也征繳45%的“所得稅”，就不合乎產權理論的規範，而且在性質上屬於國家佔了私人企業的便宜。

所以，我不贊成籠統地說什麼“原罪”，而且，將這種“原罪”全都歸之於“私人企業”，既不準確，也不公道。實際上，

並不是所有“私人企業”甚至不是大多數“私人企業”，都有什麼“原罪”。還應當說，我國“私人企業”的成長總體上是健康的，這是基本情況。——這一點，同俄羅斯“私人企業”產生和擴張的情況，有重要區別。

所以，所謂“原罪”即產權轉移不規範的問題，實際上是很複雜的，我們應當具體分析。而且，我國由過去的“政治社會”，要發展為“法制社會”，也要求我們的思想觀念和思維方式應當有相應的轉變。

實際上，我國的“國有資產流失”，比較突出的問題，主要發生在“國有企業改革”時的所謂“產權制度改革”問題上。這個過程也很複雜，這裡不多說了，不過從結果看：改革開始時，全國的“國有企業”，各級政府加起來，總數有40萬個；如今，只剩下大約一千個了，地方各級政府所屬的中小企業尤其是縣屬企業，基本上損失殆盡、化為烏有了。這裡，有大量的國有資產被惡意侵佔，轉變為“國有”與“私有”的某些所謂“企業家”和政府部門的貪官污吏的私有財產了。我國目前社會上反映強烈的意見，主要是這方面的問題。

對此，首先我要明確表明，我不贊成現在有些人主張所謂“赦免原罪”的意見，國有資產嚴重損失，就那麼算了，這對全國人民是交待不過去的。不過，平心而論，還不能說包庇這種“原罪”就是“物權法”的立法宗旨，因而也不應當由“物權法”來承擔這個罪責。而且，“物權法”依循的民法原理，並不保護採取邪惡手段所獲得的財產。當然，同任何法律一樣，“物權法”的適用，不能溯及法律頒佈之前的情況。所以，“物權法”對此前發生的惡意侵佔國有財產的案件，也不具有解決的效力。

那麼，“國有資產流失”的問題，是不是就沒有辦法解決了

呢？難道大量的“國有資產流失”就那麼算了嗎？應當承認，我們今天要追究“國有資產流失”的問題，是進入了一個“立法盲區”。但是，處於“立法盲區”的問題，並不是沒有辦法解決，也不意味著國家可以放任不管、拒絕受理。因為現代社會的任何國家在司法實踐中所應遵循的基本原則，都有這樣一條：“無法律條款者，依習慣；無習慣者，依法理。”而且，這條原則還正式載入民法的“總則”篇。從法學理論追溯，這條原則源於歐洲古典時代的所謂“自然法”；在司法實踐的具體操作中，則是由若干公認的法學權威討論後作出裁決。

實際上，不僅像我們國家的情況，法制建設剛剛起步，法律條款難免有所缺漏，即使立法十分完備、法制相當健全的發達國家，具體的法律條款也不可能將千頭萬緒又日新月異的現實生活中的所有問題完全覆蓋。——有句話說得好，“生活之樹常青，理論永遠是灰色的。”這也適用於法律和法學。因此，如果司法實踐中沒有這條基本原則，所謂“法網恢恢，疏而不漏”，豈不成了一句空話、一張不能充飢的“畫餅”？

鑒於“立法盲區”造成法律條款的缺失，而我國也沒有經過調查與認定的“習慣”，所以，解決“國有資產流失”，我們所能找到的最後依據就是“法理”。我們知道，在民法關於“所有權”的原理中，具體地說，有“可追及性”和“返還佔有”的法律特徵。這就是我們追究“國有資產流失”在“法理”上的依據。

因此，我認為，解決這個問題的思路，大體可以這樣設想：鑒於“國有資產流失”的所謂“原罪”，發生在“物權法”頒佈之前，那時的“國有企業改革”，基本是在“黨和政府的政策”指導下進行的。因此，“解鈴還需繫鈴人”，這個問題應當由黨和政府審查那時的“國企改革政策”來解決。從具有“可行性”

的具體程序來說，可以考慮由黨和政府組織有關人員成立專門的班子，按照“無法律條文時，依法理”的司法原則，對《物權法》公佈之前“國有企業產權改革”的“政策”條文和執行情況進行檢查和審計——

屬於中央政府“政策”有誤的，制訂善後處理辦法後，由中央政府負責解決；屬於地方政府在執行過程中“自訂土政策”有誤的，制訂善後處理辦法報中央批准後，由地方政府負責解決。

如果沒有中央和地方各級政府“政策”條文的任何依據，而發生“國有資產”被惡意侵佔轉為“私人財產”的情況，不僅對所涉及到的“國有”和“私有”的“企業家”應當按照“可追及性”和“返還佔有”的法理處理，而且尤其應當追究涉案貪官污吏違犯法律與政紀的責任。

我承認，這些問題真正解決起來，不僅工作浩繁，而且難度也很大。但是，如果簡單輕率地宣佈“赦免原罪”，那意味著什麼呢？毫無疑問，國家財產是全體人民的，並不屬於政府官員，也不屬於“國有”和“私有”的“企業家”；如果政府可以對國家財產不負責任，對全國人民是交待不過去的。對“國有資產流失”，如果黨和政府放任不管、長期拖延，是否有朝一日會釀成大的政治危機，也並非危言聳聽；況且，籠統地宣佈“赦免原罪”，其後果還將造成整個社會的道德失範，這對國家民族長遠前途的潛在危害，其深刻更是難以預料。

當然，“國有資產流失”這個問題實際上能夠在多大程度上得到解決，我的看法，從根本上說，取決於我國立法和執法隊伍的法學水準與職業素養。如果我們國家的政府和法學界，對所謂“法理”的認知水平，從20年前的“幼稚的法學”，今天發展成個“混亂的法學”，把民法的基本原理理解得差三落四、亂七

八糟，那麼解決這個問題的希望可能就很渺茫了。

## 《物權法》公佈了，我們期待“中國民法典”的誕生

《物權法》的制訂與頒佈，反映了我國民法建設的進步，這當然是好事。不過，我始終贊成梁慧星教授的觀點，我國的民法立法，應當採取“編纂法”，制訂和頒佈一部統一的“中國民法典”，而不是採取現在的“彙編法”，即採取先零敲碎打搞許多“單行法”而後進行“彙編”的辦法。

從司法角度來說，儘管我國的民法在立法上問題也很多，但在實際司法中也還可以勉強湊合；因為依“特殊法優先”的原則，民法領域的大多數產權官司，在適用上都是依據各種“單行法”來裁決的；無論當事人，還是法官和律師，直接找到《物權法》和其所歸屬的“民法典”作依據，這種情況在實際司法中並不多。

因此，制訂一部好的“中國民法典”，更實際也更重要的作用，是為我國的“民法解釋學”提供依據。而一本好的“民法解釋學”教材，在法學院校的教育中，對培養學生的理論思維能力、提高法學從業人員的專業素質，十分重要。在我國以前關於“法治”和“人治”的爭論中，我覺得有一點應當澄清，那就是：所謂“法治”，實際也是要通過“人”來“治”的；當然，這個“人”，不是黨政領導，而是“執法隊伍”。由此觀之，實現我國建立“法治社會”的目標，提高“執法隊伍”的素質，培養人才是真正的關鍵。

從關於“物權法”的討論情況來看，從80年代中期到今天，20多年過去了，無論政府的立法和民法的學術，還是民衆的普法

教育水平，“幼稚的法學”並沒有什麼根本的改觀。如果說得不客氣一點，也許還增加了許多混亂，這使我們尷尬：我國民法學術的進步，難道一定要走經濟學的老路，由“幼稚的法學”走向“混亂的法學”嗎？更令人憂慮的是：學術混亂，是要付出代價的，不論“混亂的經濟學”，還是“混亂的法學”，都會使中國改革在實踐中遭受損失。

迄今為止，中國改革在原來的社會主義國家裡，仍然可以認為是最為成功的，這使國人感到十分自豪。可是，如果我們把比較的目光放得更加寬廣些，在世界近代史的範圍進行比較，而且對改革的理解更具有“一般性”，不是僅僅看作所謂“計劃”向“市場”的轉變，而是理解為傳統社會向現代社會的轉變，那麼，起碼在法制建設方面，中國改革的總體把握水準和實踐中成功的程度，遠不及 19 世紀後期日本的“明治維新”。20 世紀 90 年代末，一位日本人在中國考察以後說：中國市場經濟的法制水準，比日本要落後一百年。

實際上，雖然我國民法學這些年來的進步應當肯定，但目前狀況一點兒也不令人羨慕。從建立起比較完備的民事立法的角度看，遍觀世界的一百八九十個國家，發達國家不必說了，連絕大多數發展中國家，也都是一百年前的事了；連越南、俄羅斯和“獨聯體”各國，在啟動市場化改革後，也已於 20 世紀 90 年代頒佈了自己的《民法典》。到今天，尚未建立起比較完備的民法立法，沒有制訂“民法典”的，中國屬於為數不多的國家之一。

對這本小冊子的書名，是定為“民法史話”還是“產權史話”，我曾經有點猶豫；一開始，我傾向於定為“產權史話”，我要承認，這是因為“產權”如今在公共傳媒中是個“熱點”問題，“產權”這個詞的“知名度”也很高，因而想趕點“時髦”，

也是為了使這本書有個好一點的銷路吧。

應當說，作為談理論的著作，即使是科普讀物，這也有點不大嚴肅。因為嚴格地說，雖然“民法”的大部分內容講的是“產權”，但“民法”和“產權”，這兩個概念並不完全等同。因此，後來還是聽從了人民出版社關宏女士的勸告，改為“民法史話”，這樣在學術上比較規範一點。

說起來，“民法”這門學科，雖然學術精湛、宏大淵博，可它這個“名兒”卻起得有點不大“酷”，與“中國國情”還有“時代精神”，也有點不大吻合，因而在如今的中國有點“水土不服”呢。

我們知道，在歷史上的“科舉時代”，人們讀書是為了做官，做了官以後再去發財，所謂“千里做官，為了吃穿”、“三年清知府，十萬雪花銀”，就是這種“國情”的形象寫照；在如今這個“經濟建設為中心”的時代，許多人讀書、昇學、掙文憑、弄學位、甚至考取公務員，也都是為了實現“富起來”的夢想。而中國人的思維特點，對許多新名詞又往往喜歡作“說文解字”式的理解，因此在不少人的印象裡，對這個叫作“民法”的學問，不大容易把它和“當官”與“發財”聯繫起來，或許因此也就引不起人們多大興趣，具體地說，這直接影響了高考時報“志願”。

可十分遺憾的是，我們不能把“民法學”的“名兒”改為什麼“昇官學”或者“發財學”。儘管從最實際的角度來說，真正掌握了“民法”這門學問，無論“當官”，比如當“法官”，還是“掙錢”，比如當律師，不僅機會並不少，而且路子寬得很呢。

我國有不少大學包括名牌大學的法學院系，在“招生廣告”中把“民法學”專業，改為一些名號眩目的名堂，比如“經濟法”甚至“國際經濟法”之類。可是，當他們為了招生的需要而擅自

給“民法”起了這些荒謬怪誕的新名號的時候，就不怕在世界各國的同仁面前出洋相嗎？就不擔心自己作為名牌院校的學術聲譽因此打了折扣嗎？

綜上所述，我們完全可以說，對建立市場經濟秩序而言，民法學無可代替的作用，無論怎樣強調也不為過。不過，要比較全面和深入地掌握民法學的理論體系，需要在法學專業院校接受系統的培訓，經過好幾年的寒窗苦讀。這顯然不是我們這本小冊子能夠承擔的任務。

有句名言這樣說：要真正掌握任何一門學科，最好的方法之一，就是瞭解這門學科產生與發展的歷史。作為一本科普性質的小冊子，系統講授民法的學術，甚至只是基本的理論體系，無論是篇幅，還是筆者的學養，顯然都很難勝任；那我們就捨難就易吧，這裡主要向大家概括地介紹一下民法從羅馬法發展到現代民法的歷史過程。