

# 新中国宪法财产制度的历史回顾

甘超英\*

---

**内容提要** 2004年的宪法修改应是我国宪政史上的一个重大发展,发展重大性的一个理由就是,按照市场经济的要求,宪法修改完善了第13条的财产权制度,一般称为“私有财产权入宪”。本文对六十年法制建设中宪法有关财产权规范,按其时间脉络进行一下梳理,简单回顾和分析不同时期宪法财产权规范的政治、经济、文化和法理等社会背景的演变。按新中国宪法发展的时代,分别对包括《共同纲领》在内的五部宪法文件的所有制和财产权规范进行了介绍和分析。最后对所有权和财产权的六十年宪法发展作了一个总结,同时特别提到了八二宪法实施过程中的“良性违宪”讨论,强调了财产权认识的历史性问题。

**关键词** 宪法 所有制 所有权 财产权

---

自1949年新中国建立,我国宪法已走过六十年历程。身历最近三十年经济的沧桑巨变、国家之日益强大,深感变化之不易,恍如隔世。回顾新中国5部宪法的经济规范,可以发现这种感觉或意识的制度性渊源。

马克思和恩格斯说“意识在任何时候都只能是被意识到了的存在,而人们的存在就是他们的实际生活过程”。<sup>①</sup> 尽管人们现在对改革开放前即1978年以前的社会财富分配制度很不以为然,但那是历史造成的,这个历史背景不仅包括前苏联的社会主义模式,而且包括我们的祖先留给我们的精神财富。所以,“历史地看问题”是非常必要的,即应在考察宪法规定的历史条件的基础上,分析并评价宪法规范,才有可能裨益今天。不过,“一切历史都是当代史”。<sup>②</sup>我们在考察1949年以后中国宪法中有关财产权的规定、甚至是八二宪法的规定,于今而言,亦属历史,其结论自然会有褒贬。由于市场经济与计划经济之间的巨大差异,且由于今天的巨大成就使过去变得相对渺小,我们对三十年前的新中国宪法经济史之评价,必然贬损多于褒扬。笔者认为这是必要的,否则就难于解释今天的进步,也难于说明今天进步的合理性。

## 一、有关财产和财产权的一般认识

### (一) 古代中国的财产观

公元前200多年,汉高祖刘邦在进入关中地区时曾与秦国父老约“杀人者死,伤人及盗抵罪”。<sup>③</sup>虽然不能说中国古代已经有了明确的自然权利观念,但至少在那时,除自由外,洛克所阐述的个人的生命、安全和财产这些基本的自然权利,就已经是中国法律的主要关怀了,通过“盗”的抵罪,间接将财产与生命和安全并列为最重要的个人利益。

“约法三章”是中国法制史上的一个重要事件,它绝不代表财产权的形成,因为法律保护财产不能

---

\* 北京大学法学院副教授、宪法与行政法研究中心研究员。

本文原题为“1949年以后中国宪法有关财产权的规定”,是向2008年10月德国柏林自由大学、洪堡大学暨北京大学德国研究中心在北京大学法学院举行的“中德比较视角下的物权”工作坊提交的发言稿。本文修改过程中,北京大学法学院邓峰、李启成、沈岿、凌斌等教授指出了论文的一些问题,06级本科生吴一尘为作者查找了若干资料并提出许多宝贵意见,在此一并致谢!

① 马克思、恩格斯《德意志意识形态》载《马克思恩格斯全集》第3卷,中央编译局译,人民出版社1960年版,第29页。

② 克罗齐语。其原文是:“……根本的、真正的历史是当代的和当前的”,参见[意]贝奈戴托·克罗齐《历史学的理论和实际》,〔英〕道格拉斯·安斯利英译,傅任敢中译,商务印书馆1982年版,第108页。

③ 司马迁《史记·高祖本纪》,中华书局1982年第2版第二册,第362页。

说人民就享有权利。当社会的一切领域都处于皇权的绝对控制下时,拥有个人财产的事实,并不能形成一种与公共权力相对抗的个人权利。如果中国古代的人们想到了抽象的权利,并形成了抽象的权利观念,那么,这要么发生于并无绝对皇权统治的时期,要么仅仅作为观念形态存在着,不可能形成法律意义上的权利概念。所以人们说中国古代无权利。<sup>④</sup>因此,在绝对皇权统治下的古代中国,固然没有法律权利,但却有观念上的权利即权利观,否则,一个很早便进入文明时代的古国不可能存在如此长久,因为既然权利是天赋的,天赋权利其实就是权利观,皇权统治不可能剥夺。中国古代有着对权利的基本理解,成为我们今天得享法律权利的文化基础。近代以后与古代的不同,只在于个人权利对国家的意义发生了改变而已,现代国家中政府的主要目的就是要保护人们的财产能力。<sup>⑤</sup>而中国古人对权利的理解,恰恰就是从财产利益开始的。

中国古代较早论述财产利益的人当属墨翟。墨子认为,“欲正权利,(且)恶正权害”。<sup>⑥</sup>他还进一步解释了“权”、“利”:前者表示“于所体之中而权轻重,之谓权。权非为是也,亦非为非也,权,正也”,即判断事物的一般标准,可理解为“正当”。<sup>⑦</sup>“利”就是“所得而喜也”;“得是而喜,则是利也。其害也,非是也”,吴毓江先生的训诂说,墨子的意思是,“利基于主观之喜悦,同时以不妨害他人有限,若妨害他人,己虽喜之,仍非利也”。<sup>⑧</sup>这里我们完全可以把墨子的“利”理解为权利,因为在墨子那里,“利”就是一种相互关系:<sup>⑨</sup>这种看法早于康德两千年。<sup>⑩</sup>因而,在笔者看来,现代中文以“权”和“利”结合而成的所谓“权利”,就是指获得社会认可的“正当的利益”。墨子对“权利”的阐明,在中国古代思想史上有着重要意义。首先,他为近代中国接受西方人的权利观奠定了语言学上和观念上的基础。其次,其他古代思想家也讲“权”、“利”,但多数是从哲学上或统治学或政治学上进行考察,目的在于维护君主统治;而墨子的“权利”观最接近现代理解,是从个人利益出发探讨人类社会关系的一种尝试,所谓“交相利”,其重点就在于普通人的利益,他的“权利”,是对财产的一种正面价值肯定。最后,与本文所探讨的问题相联系,最重要的是,墨子对“权”和“利”的分析,本原上就集中于个人财产权,可以说,除墨子外,先秦思想家尚无进行这类讨论的;由此还可以说,最符合现代需要的中国古代权利观就是墨子的权利观,这种权利观就是财产权观,“权利”就是财产权。

不过,儒家有关财产权利方面的看法,是中国古代社会一般人的正统财产观念。孟子云“无恒产而有恒心者,惟士为能。若民,则无恒产,因无恒心。”<sup>⑪</sup>儒家否定上文所说的墨子的“权利”,<sup>⑫</sup>但并不否认

④ 中国学者对中国古代有无专门的权利保护制度进行了深入研究,很遗憾,有学者在一项较新的研究中发现,至少在明代以前,没有发现制度性的权利,只是在思想和观念上包含权利概念和理论(参见夏勇《中国民权哲学》,三联书店2004年版,第5页)。进一步说,中国古代“传统诉民本学说里还缺乏明确的作为制度操作概念的民权,只有作为起义暴动之动力的非制度、非程序的民权”(同前书,第18页。着重号为原书作者所加)。

⑤ 洛克说“人们联合成为国家和置身于政府之下的重大的和主要的目的,是保护他们的财产”(〔英〕洛克《政府论》下,叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第77页)。

⑥ 《墨子·经说上》,吴毓江撰、孙启治点校《墨子校注》上,中华书局2006年版,第472页。原文的“正”是上“午”下“正”或“止”的合字,含有“正午”之意,“权”在此是动词。

⑦ 《墨子·大取》,前引吴毓江撰《墨子校注》下,第597页。“权”的另一解释出自孟子“权,然后知轻重;度,然后知长短”(《孟子·梁惠王章句上》,引自宋元人注《四书五经》上,中国书店1985年版,《孟子集注正文》第6页),大意与墨子差不多,但没有明确指出“权”的“正当”含义。

⑧ 前引⑥,第463-64页、第487页。

⑨ 任何一种具体的权利均产生于社会关系,如马克思指出“不管个人在主观上怎样超脱各种关系,他在社会意义上总是这些关系的产物”(马克思《资本论》第一卷,中共中央编译局译,人民出版社1975年版,第12页);西方学者亦如是说,如米尔恩认为“现实的人不可能是社会和文化的中立者。他总是某种社会和文化环境的产物”,人类不可能作为“无社会”和“无文化”的存在物而享有权利,因而也“不可能有这样的权利”(〔英〕A. J. M. 米尔恩《人的权利与人的多样性——人权哲学》,夏勇、张志铭译,中国大百科全书出版社1995年版,第5页)。

⑩ 参见前引②。

⑪ 前引⑦《孟子·梁惠王章句上》,宋元人注《四书五经》上,《孟子集注正文》第8页。

⑫ 儒家的“权利”一词最早出自荀子,其中“权”指“权势”,故“权利不能相倾也”(李复甸先生语)。参见李贵连《话说‘权利’》,载《北大法律评论》1998年第1卷第1辑。

“利”如孔子说,“富与贵,是人之所欲也”,但“不以其道得之,不处也”,<sup>13</sup>肯定财产是人们希望得到的,但如果为富不仁,宁可不要财产;他还要人们“见利思义”,<sup>14</sup>即在利益面前应先考虑利益是否符合道德。所以,儒家与墨家的首要区别在于把“义”和“利”作为对立的社会价值而绝对分开;然后,在“义”、“利”之间,任何时候都将“义”放在首位,而“利”则在任何时候都被放在末位,所谓“君子爱财,取之有道”,<sup>15</sup>就是儒家在观念上对个人享有财产权所作出的最大让步,而其极致就是理学家们的“存天理,灭人欲”的教导。<sup>16</sup>孤立地看待儒家的这种义利观,我们不能说它是不正确的,但如从儒家财产观的整体看就有问题了:第一,儒家的权利观区分了“士”与“民”,且认为“士”的观念应作为社会一般观念标准,所以,很难说“民”对“恒产”的要求具有正当性,也即从理论上否定财产权对个人和对社会的意义。第二,与墨家“义”、“利”相关的思想不同,儒家首先把二者作为对立的价值观来看待,非此即彼,讲“利”便悖“义”,反之亦然;第三,儒家——特别是宋以后儒家——更强调统治秩序,如果从统治者的角度考虑问题,那么,本应为社会普遍道德标准的义、利的判断权就归于君主了,而君主的考虑总是“义”而非“利”,从而使历朝历代的社会秩序的选择高于权利的选择。总之,儒家有关私有财产的贬损态度,对国家判断个人私有财产及其权利的地位一直具有深远的影响。

## (二) 马克思主义指导下的中国财产观

马克思主义进入中国,给中国带来了财产观念上飞跃式的进步。这集中表现在两个方面:一方面,在中国人传统财产观中引入了最广义的“公共财产”的概念,即社会生产资料全民所有的概念。马克思主义的公共财产概念的核心是“……共同使用全部生产工具和按共同协议来分配产品,即所谓财产共有”,<sup>17</sup>所以,马克思主义的公共财产是指生产资料的全社会共有。一者,这里的公共财产当然不同于中国古代封建制下“莫非王土”的概念,“王土”的表述可以被理解为最早的国家财产概念,同时也可理解为最早的“权力经济”的概念。<sup>18</sup>二者,这与资本主义国家中公共财产的概念有别,后者主要指民法意义上的国家财产,不包括主要的生产资料。另一方面,马克思主义还为中国人带来了生产资料私有制与公有制的矛盾及分析,证明了公有制的合理性与优越性。这些都构成了新中国宪法经济制度的理论基础。正是在上述第二个方面,马克思主义财产观与中国传统财产观发生了某种结合。至少在改革开放前,现代中国的财产观是古代中国财产观的某种延续,一种通过马克思主义的经济学原理在古代与现代之间架起桥梁的财产权观。马克思认为,资本主义是一种绝对的罪恶,是资本主义的财产私有造成了社会的不平等以及广大人民的贫困以及周期性的经济危机。<sup>19</sup>这些社会问题必须解决,但资本主义制度本身不可能解决问题,因为它不可能消除社会化的生产方式与生产资料私人占有之间的矛盾;<sup>20</sup>由于生产力本身不受人们意志左右,解决问题的唯一方法就是改变生产关系,即使财富的占有、生产和交换社会化,而

<sup>13</sup> 《论语·里仁》,前引⑦,论语集注第14页。

<sup>14</sup> 《论语·宪问》,前引⑦,论语集注第60页。

<sup>15</sup> 周希陶《增广贤文》,引自朱祖延主编《百家姓三字经千字文弟子规增广贤文》,崇文书局2004年版,第231页。

<sup>16</sup> 朱熹在评论孟子说仁义与利之关系时解释说:“……仁义根于人心之固有天理之公也;利心生于物我之相形、人欲之私也。循天理,则不求利而自无不利;殉(原文如此——引注)人欲,则求利未得而害已随之。”朱熹注《孟子·梁惠王章句上》,参见前引⑦宋元人注:《四书五经》上,孟子集注正文,第1页。

<sup>17</sup> 恩格斯《共产主义原理》,载《马克思恩格斯选集》第一卷,人民出版社1972年版,第217页。

<sup>18</sup> 封建国家先是通过暴力、继而通过国家权力控制生产资料的分配,从而达到对全社会实施政治统治的目的,在本质上乃是扩大了私有制。改革开放后,有关权力经济的分析最早见于崔文华《权力的祭坛》,工人出版社1988年版,第6-8页。

<sup>19</sup> 马克思出生于改宗新教的家庭,而在一部分新教徒看来,财产就是一种罪过,马克思后来对资本主义的分析多少与其出身背景有关(参见陆红坚《马克思主义哲学与基督教神学的对话》,天主教在线: <http://www.cccn.org/article/teo/basic/2008-07-31/2072.html> 2008-9-25访问)。再如美国现在的“新清教徒”们认为,“任何你拥有的东西会拥有你”( [美] Ralph Blumenthal and Rachel Mosteller, Chasing Utopia, Family Imagines No Possessions, New York Times: <http://www.nytimes.com/2008/05/17/us/17texas.html?th&emc=th>, 2008-5-18访问)。

<sup>20</sup> 恩格斯认为,即使出现了托拉斯等垄断组织,即使国家直接掌握生产力,也不能解决资本主义的危机,因为资本的特性就是剥削,社会制度不变,本性不会改变(参见恩格斯《社会主义从空想到科学的发展》,中央编译局编《马克思恩格斯选集》第三卷,人民出版社1972年版,第436-38页)。

这个任务只有无产阶级能够完成,因此,按照历史的规律,“无产阶级将取得国家政权,并且首先把生产资料变为国家财产”<sup>①</sup>,由此,“随着社会生产的无政府状态的消失,国家的政治权威也将消失。人终于成为自己的社会结合的主人,从而也就成为自然界的主人,成为自己本身的主人——自由的人”。<sup>②</sup>

与前苏联的“十月革命”不同,中国共产党领导的人民革命承担着两项任务:一是“救亡图存”,二是变农业国为工业国。这两项任务的根本指向,其实就是一个:使中国在经济上强大起来。假如按照资本主义的发展道路,两项任务的完成需要资本积累,而在当时人们的认识中,积累是一个相对漫长的过程。因此,人民否定了资本主义道路,选择了马克思主义的经济学说以及实践这个学说的中国共产党,在共产党的领导下,建立强大的国家,再依靠国家强制力集中社会经济力量以完成“积累”,从而使中国变为工业国并彻底地“救亡”。这就是“只有社会主义能够救中国”论断的政治经济学证明。

进一步说,国家权力式“积累”的一个前提条件,是对私有财产完成两项民族任务之能力的否定,儒家财产观恰恰提供了这个前提条件。如上所述,宋明儒家理论的最高境界是“存天理,灭人欲”,否定个人财产对个人本身的价值;虽然马克思主义并不否定个人财产对个人本身的价值,但否定个人财产对社会的价值。<sup>③</sup>因对个人财产的这种相同的否定态度,中国人在接受马克思主义有关财产社会化或公有化的主张和剥夺私人生产资料的主张时,便不见很大障碍。

中国人民选择社会主义道路,在基本方面成功地完成了中国革命的两项任务,“独立的、比较完整的社会主义工业体系已经基本形成”(现行宪法序言第六段)。然而,在马克思主义的实践过程中,亦有一些重大问题,为解决问题,中国共产党而发展了“中国特色的社会主义”。理论和实践的具体问题及其具体解决主要是:

第一,在马克思列宁主义的实践中,中国历史上第一次在一种意识形态的指导下成功建立了政权,使这种意识形态上升为“国家意识形态”,<sup>④</sup>直接确立为政治制度和社会制度的形式。因此,包括中国在内的社会主义国家,通常都在宪法中明确规定经济制度的内容,以作为政治上层建筑的基础。更实际地说,在国家经济决策中,“意识形态影响和制约着人们对于经济体制、发展战略和经济政策的选择”,同时,当国家对自己的社会特点没有清醒的认识时,即没有按照客观状况对意识形态中国化的发展时,它还制约着人们的行为自由,从而至少迟滞了经济发展的脚步。<sup>⑤</sup>一定意义上说,改革开放就是建立中国特色社会主义经济模式的过程,对八二宪法的历次修改,既使经济制度适应了人民的需要,又在经济政策上摆脱了教条的影响。

第二,在马克思列宁主义指导下,中国革命取得了胜利,经济上废除了私有制,从而使抽象的意识形态获得了权威的地位。然而,从革命实践看,中国革命的本质是无产阶级革命,要求废除私有制;但革命的胜利,在主体方面其实是依靠农民获得的。<sup>⑥</sup>因此,在革命过程中,我党就必须以革命符合农民利益来号召农民参加,即保证还农民以土地,而小农经济就是私有制!所以,革命的目标和革命主力军的目标是矛盾的。这个矛盾的解决,关键是使生产力获得极大的发展,否则,在农民占多数的国度里,废除私有制的目标不可能最终实现。然而,建国后很长一段时期内,国家通过宪法的和政治的措施致力于解决上述矛盾,消灭私有制。如果我们把我党“还地于民”的主张看作是“契约”的话,1958年及以后的宪法实践就是违背了与农民的“契约”,从而导致全国大多数人民在经济生活中的消极。1978年

① 前引①,第438页。

② 前引①,第443页。

③ 参见谢韬、辛子陵《试解马克思重建个人所有制的理论与中国改革》,载《炎黄春秋》2007年第6期。有学者指出“个人所有制”实应译为“个人财产”(见奚兆永《评谢、辛新论〈试解马克思重建个人所有制的理论与中国改革〉》,当代文化研究网: <http://www.cul-studies.com/Article/economics/200710/5256.html> 2008-10-16访问)。

④ 参见郑永廷、叶启绩、郭文亮等《社会主义意识形态研究》,中山大学出版社1999年版,第116页。

⑤ 参见杨龙主编《影响新中国经济发展的政治因素》,天津社会科学院出版社2001年版,第13-14页。

⑥ 毛泽东指出“中国的革命实质上是农民革命”(《新民主主义论》,《毛泽东著作选读》上册,人民出版社1986年版,第381页)。

的农村改革及在宪法上的反映,实质上符合马克思主义的基本原理。

第三,废除私有制的另一重要方面是1956年的“公私合营”,它还大大伤害了民族资产阶级的情感。尽管中国是一个农业国,但中国革命取得胜利的标志是解放了城市。事实上,如果没有中国民族资产阶级的支持,共产党很难在短短的三年时间内打败国民党、进入城市。正是在红军长征后吸取了土地革命的教训、与中国民族资产阶级建立了同盟关系的基础上,革命才较快取得了胜利。<sup>②7</sup>在这个过程中,共产党人与民族资产阶级等城市进步阶层之间建立了相互信任的统一战线关系,两个本是对立关系的主体共同推翻了暴虐的国民党政权。1949年解放后,本来中共与民族资产阶级之间相处甚欢,政府承诺在“相当长的历史时期”都允许资本主义工商业的发展,只是在斯大林的点拨下,1954年宪法在实质上排除了资产阶级的政治影响,1956年进行的资本主义工商业的社会主义改造,又使中国资产阶级丧失了他们的财产,同时也丧失了与共产党之间的信任关系。又一项“契约”关系消失了,而这个契约中失去财产和政治影响力的一方,恰恰是中国社会的精英。改革开放后,在政治上和宪法上重建统一战线即“爱国统一战线”,以及恢复和加强政治协商会议的作用,其重大意义就在于恢复传统中国社会精英在政治和经济上的积极地位和作用。

第四,马克思主义认为,剥削人的私有制是一种罪恶,废除私有制是消除罪恶根源的唯一选择,而废除的实质是剥夺私人所有的生产资料。社会主义国家的基本社会任务,一是消灭私有制,二是消灭多数人的贫困状况,在落后的社会主义国家如中国,还多了一重任务——使国家尽快变得富强起来。为完成这些任务,经济上只能按照马克思主义的设想剥夺私有财产。<sup>②8</sup>然而,在社会生产力十分低下的情况下,这些任务之间可能产生矛盾,国家富强需要人民做出牺牲,人民生活的改善又可能消耗建设所需资金;两者之间,国家富强是第一位的。因此,社会主义经济建设就需要国家处于经济的主导地位上,国家权力的强大却会混灭个人的活力。这就是社会主义国家经济建设面临的重大挑战。事实上,“资本主义罪恶”是商品经济条件下人类一部分本性的反映。事情就是这样的:一方面,社会主义国家为达到这一目标,就必须否定人性论和抽象的人权;另一方面,人类本性最终要使长远的理想屈从于现实条件下的人类本性。现实的人多数只考虑生存得更自我、更安逸,人类的每一进步都受着“好逸恶劳”意识的支配。<sup>②9</sup>至少在“物质极大丰富”前,<sup>③0</sup>所有人类群体都受这一愿望支配。所以,现阶段私有财产不可能取消,而消除“罪恶”的选择也不是唯一的。<sup>③1</sup>故而冯·米塞斯说:如果社会主义者曾经卖过热

②7 有关民族资产阶级的问题,解放战争时期倍受重视。参见郝在今《协商建国——1948—1949中国党派政治日志》,人民文学出版社2000年版,第90—93页。

②8 这里之所以强调“落后国家”,是因为马克思主义有关建立社会主义社会的道路实际上有两条:一是通过革命剥夺有产者的财产,二是通过和平改造。恩格斯在回答“能不能用和平的办法废除私有制”这个问题时说:“但愿如此。共产主义者也会是最不反对这种办法的人”(前引①恩格斯《共产主义原理》,第219页);马恩也曾多次讲过资本主义国家“和平长入”社会主义的可能性,如在英国(有关论述请参见阎长贵《马恩确实是“和平长入社会主义”的首倡者》,载《炎黄春秋》2007年第7期第30页)。马恩的这些论述有一个前提,即生产力发展达到了一定的水平,而在此之前,只能选择通过革命剥夺剥夺者的道路。

②9 人性主要包括人的自然属性和社会属性。我们过去特别强调人的社会性,不提、甚至否认人的自然属性。但是,如果“……离开了人的自然感性,‘人’就只能是一个空洞的概念”,人的本质绝不就是人性,人性首先是人的自然属性,它包括人的各种“恶劣的品性”,包括好逸恶劳。参见葛晨虹《人性论》,中国青年出版社2001年版,第12—14页、第150页。

③0 马克思和恩格斯似乎并没有直接说实现共产主义的条件是社会“物质极大丰富”,而是后世研究者从他们的《1844年经济学—哲学手稿》、《德意志意识形态》、《共产党宣言》等著作中总结出来的,如有学者就从《德意志意识形态》中找出一句,“建立共产主义实质上又有经济的性质,这就是为这种联合创造各种物质条件,把现存的条件变成联合的条件”,即通过劳动,把奴役人的物质状况改变为受人支配的状况,因而共产主义的实现必须达到物质财富的极大丰富。参见乐志强编《〈德意志意识形态〉简明教程》,中山大学出版社1988年版,第223页。

③1 在马克思时代,德国思想家们就争论过私有财产能否消灭的问题。一些论者(如德斯杜特·德·特拉西认为,私有财产[Eigentum]像独自性[Eigenheit]一样不能被消灭。马克思对此进行了批驳:独自性不能在市场上出卖,当然不会消灭,但私有财产却是有价值的物品,是可以消灭的(参见前引马克思和恩格斯《德意志意识形态》,第252—54页)。然而,正是将个人的独自性与私有财产相分离,才使人们对马克思主义的自由观产生了怀疑,因为这种分离的结果就是“只有在集体中才可能有个人的自由”(引自同书,第84页)。

狗,他们就知道市场的作用了。<sup>②</sup>可以说,在中国社会主义前三十年的实践中,这个问题始终未能得到很好的解决,直到中国开始的改革开放,方才使矛盾得到了化解,而化解矛盾的关键却是从解放个人的生产积极性开始的。<sup>③</sup>

如前所述,中国儒家思想不否定人们有权获得和拥有私有财产,但贬损私有财产对完美的个人的意义,这种态度构成了中国马克思主义否定私有财产在现代中国的合理价值的心理基础,但却违背了人们的现实愿望。恩格斯指出“人来源于动物界这一事实已经决定人永远不能完全摆脱兽性,所以问题永远只能在于摆脱得多些或少些,在于兽性或人性的程度上的差异”。<sup>④</sup>然而,我们一直都不认真考虑“多些”或“少些”的问题,却认为社会主义社会中的人“没有”或不应该有兽性。<sup>⑤</sup>

对私有财产的完全否定也违背了经济规律,如顾准在实行计划经济的初期就认为,既然社会主义经济仍是商品经济,马克思分析的资本主义社会的价值规律就仍会起作用,如不遵循这些规律,中国的计划经济就必然导致经济的困境。<sup>⑥</sup>顾准严谨而远见卓识的论证并未成为改革开放前的经济理论,使国家走了很长的一条弯路,<sup>⑦</sup>最终在1978年以后才不得不使经济从计划向市场转变。由于1949年以后的中国经济制度都是运用政治统治的力量建立起来的,故而经济制度的演变得以在中国宪法性法律的演变中均得到了体现。

### (三) 有关宪法公共财产性质的一点看法

首先应说明,1949年以后的中国宪法性法律及宪法学著作中,总会出现“公共财产”或“公共财产权”的说法。<sup>⑧</sup>严格意义上说,财产可以为国家所有而成为公共财产,即全民的财产,但这并不构成一种权利。<sup>⑨</sup>权利只能是相对于其他地位平等的主体且独立于公权力,宪法上的权利则只能相对于公权力而有意义,是为个人或民间组织对抗国家可能的侵犯而形成的一种请愿权及其市民社会条件下的发展。<sup>⑩</sup>然而,所有公共财产的形成、运作、消灭、保护等等各方面,都是依据公共权力的,在民法意义上可以成为权利,以宪法意义而论,现代公法上的国家或政府无权利,政府对于公产的所有和管理,是政府对人民应负的责任,是一种公法上的义务,但绝非权利。进一步说,国家财产本质上根本不是一种权利,而是国家活动的一种形式即一种权力表现,因为在公权力庇佑下的公共财产与个人财产地位不平等。当然,从积极意义上看,财产为国家所有可以被假定为一种最高形式的分配正义。<sup>⑪</sup>这种分配正义可以形成社会的真正平等,一如马克思所设想的那样;但它的危险性也是很大的,一方面,它对掌握权力的人有着很高的道德要求,一旦掌权者不具备高度道德,这种国家掌握财产的分配正义就会崩溃,使社会回复到最不正义的财产权“自然状态”或者霍布斯所说的人与人之间“狼一样的关系”中去;另一方面,即使掌权者认真固守这种分配正义,除他和他的同事以外的社会其他人,都会成为国家的奴隶,个人不可能

<sup>②</sup> [美] Ludwig von Mises, *Liberty and Property*, Ludwig von Mises Institute: <http://mises.org/libprop.asp>, 2008-8-25 访问。

<sup>③</sup> 著名的安徽小岗村改革集中地反映了这一点。参见《为了不饿死,冒死“包产到户”》,载《南方都市报》2008年1月4日第AA16版。

<sup>④</sup> 恩格斯《反杜林论》,载《马克思恩格斯选集》第3卷,人民出版社1972年版,第140页。

<sup>⑤</sup> 有一种正统观点认为,人有自然属性和社会属性,但在社会主义社会中,人们一般地是“社会主义社会人”,其共同本质就是集体主义;作为个人,这种社会人基本上不表现出任何自然要求。参见李印主编《青年人生问题解答》,电子工业出版社1991年版,第22-26页。

<sup>⑥</sup> 参见顾准《试论社会主义制度下的商品生产和价值规律》,载《顾准文集》,中国市场出版社2007年版,第361-68页。

<sup>⑦</sup> 参见吴敬琏《当代中国经济改革》,上海远东出版社2004年版,第40页。

<sup>⑧</sup> 学者在把公共财产引伸为一种权利时,也只是在民法意义上说的。参见刘大洪、何易主编《公有财产法律保护》,西苑出版社2001年版,第7-11页。

<sup>⑨</sup> 马歇尔使用“国家财富”一词包括个人财富和公共财产,本文的“公共财产”大致上相当于后者。需要指出的是,马歇尔认为“公共财产”并非国家所有,而是“国民的共同财产”,即把公共财产归于公民财产的一部分,其意指国家只是这些财产的管理者和看护者,因而国家是没有实质性所有权的。参见[英]阿弗里德·马歇尔《经济学原理》,廉运杰译,华夏出版社2005年版,第51-52页。

<sup>⑩</sup> 有关市民社会对国家与公民关系的影响,请参见谢维雁《从宪法到宪政》第三章,山东人民出版社2004年版,第156-83页。

<sup>⑪</sup> 罗尔斯“正义”原则的一般表述是“所有的社会基本善——自由和机会、收入和财富及自尊的基础——都应该被平等地分配……”(王沪宁《罗尔斯〈正义论〉中译本序》, [美]约翰·罗尔斯《正义论》,谢延光译,中国社会科学出版社1991年版,第68页)所以,造成人们在占有生产资料平等的社会主义公有制可以被视作一种分配正义。

掌握自己的命运。中国1949年以后的经济实质是:社会在财富分配上总是趋于平衡的,社会还会按照每个人在社会中的地位来分配财富,而社会地位的形成与财富总量有着密切的关系。在已经形成财产权观念的条件下,以革命手段强制剥夺一些人的财产归国家所有虽然不无不妥:对于官僚资本的剥夺没有异义,但对其他一些人的财产剥夺就总会留下伤害——不仅是政治上的抑且包括情感上的伤害;而进一步将这些人的财产剥夺后给予另一些人,其情感伤害就更大。所以,中国分配正义在1949年未完成,因为它是靠剥夺一部分人的财产而建立社会经济体系的。在国家职能转变时,即在改革开放后,这种矛盾便显现了出来,故要重新完成分配正义,以达到社会平衡。

不过,应当看到,在建国初期的历史事实是:绝大多数人民不仅赞同对私有财产的剥夺,而且赞成经济公有,因为他们经历了太多的剥削、压迫和生活的不确定,渴望过上一种安逸的、不再为生存前途忧虑的生活,也渴望通过建立强大的公有制经济而使国家本身强大。<sup>②</sup>中国共产党是反映最广大人民要求和利益的政党,因而当时的我党经济公有化宗旨符合当时的广大人民需求,可能只是方式上太过整齐划一,因而造成了一些伤害。中国革命胜利之初对私有财产的剥夺因两大历史任务而成为历史的必然,同时由于这种剥夺本身存在着的上述几点弊端而成为权宜之计;在工业体系基本建成后,以发挥私有财产的积极性而促进经济的大发展,又成为另一个历史的必然——改革开放的必然。建国以来,起着根本法作用的宪法文件计有5部,即1949年的《共同纲领》以及1954年、1975年、1978年和八二宪法。作者按照财产权规范上的特质,将它们分为三类,其中《共同纲领》和八二宪法单独予以阐明,而将另三部宪法则被归为一类。

## 二、1949年的共同纲领

1949年9月29日通过的《共同纲领》,是“建国初期的临时宪法”,<sup>③</sup>也可称为共产党及各民主党派所代表的人民间达成的共同执政的“契约”。《共同纲领》的经济目的是完成新民主主义革命的任务,具体体现在第3条规定中,其内容多半是财产权规范:

“中华人民共和国必须取消帝国主义国家在中国的一切特权,没收官僚资本归人民的国家所有,有步骤地将封建半封建的土地所有制改变为农民的土地所有制,保护国家的公共财产和合作社的财产,保护工人、农民、小资产阶级和民族资产阶级的经济利益及其私有财产,发展新民主主义的人民经济,稳步地变农业国为工业国。”

这条及其他条文的规定奠定了后几部宪法经济制度的基础:第一,政治上宣布封建经济和半殖民地经济的被推翻,要求建立中国人的民族经济。东方国家的“社会主义革命”,其实质就是民族革命。<sup>④</sup>所谓“成果”一词,是我国宪法中的一个特定用语,直指权利的政治性分配。在新中国建立时,所有人民的财产权都决定于国家对个人政治倾向的判断。第3条分配和保护财产权的依据不是法律意义上占有社会财富的正当性,而是政治上的阶级性。不管一个人实际占有财产的状况,贫农永为贫农,地主永为地主。这种现实存在是革命的一种惰性结果,是一种违背马克思主义原理的存在。马克思说,资本家和地主不应为剥削关系负个人责任。<sup>⑤</sup>而我们建国初的做法却恰恰相反。

第二,法律上它规定了允许什么经济存在和不允许什么经济存在,也就是用上层建筑的力量建立社

<sup>②</sup> 五十年代的一本通俗宪法知识问答书中形象地以一个老工人的经历告诉人们,身处旧社会的民众过的“那简直不是人的生活”,而1954年宪法“还写上了建设社会主义社会”,话语中充满了对社会主义社会美好生活的憧憬。参见北京人民广播电台编辑部编《学习宪法对话》,通俗读物出版社1955年版,第62-63页。

<sup>③</sup> 肖蔚云等《宪法学概论》,北京大学出版社2002年版,第80页。

<sup>④</sup> 孙中山晚年认识到:“……自辛亥革命以后……军阀之专横,列强之侵略,日益加厉,令中国深入半殖民地之泥犁地狱”,所以,“……民族解放之斗争,对于多数之民众,其目标皆不外反帝国主义而已”。参见孙中山《中国国民党第一次全国代表大会宣言》,载《孙中山选集》下,人民出版社1956年版,第522页、第525页。

<sup>⑤</sup> 参见前引②马克思《资本论》第一卷,第12页。

会主义经济基础的开始。应当说,这是当时社会主义国家违反经济规律的致命之处,因为经济本应是一个自然发展的过程。<sup>④6</sup>经济的扭曲在于:一方面个人被限制了主动性,另一方面国家将因此而承担起养活巨大城市人口和单独进行经济活动的重任。集权体制就是这样回归中国的。尽管毛泽东意识到跳出中国历史“周期率”的关键在于民主,<sup>④7</sup>但国家不可能在这种财产制度下实行民主。<sup>④8</sup>

第三,对于与帝国主义有关的那一部分官僚财产实行无偿征收,这是正义的措施。然而,但凡革命措施,往往被历史证明是短见的,因为革命本身就不需要“慎思”。如果国家强大到可以大规模地剥夺私有财产,那怕是社会上一部分人的私有财产,那么也就意味着其他那些部分人民的私有财产也可以被国家以某种名义予以剥夺。历史证明,后来社会各革命阶级的财产都被逐一剥夺了,只有工人阶级没有财产可予剥夺。

第四,本条中所说的“人民经济”,是指国家的经济职能,认为只要发展“人民经济”即国家经济或国营经济,中国就会从农业国变成工业国。这里隐含的主语其实是“国家”,人民需要由“国家”为代表去发展经济。从这一方面看,“人民经济”就是公有制经济,因为“人民”中绝大多数是工人和农民,所以,“人民”约等于工人和农民,他们发展经济就要掌握生产资料,而他们本身不可能都成为老板,只有国家代表他们成为老板(事实上也是他们的老板)。在新民主主义经济体系中,国营经济为主导,这就必须使公有制经济比资本主义工商业强大,对于国家来说,最容易的、最有效率的做强方式就是运用国家权力消灭私有制经济。

第五,除第3条之外,《共同纲领》还用第四章整章15条的内容规定了新中国的经济政策,第26条对经济建设方针和目的作出了规定,特别强调“公私兼顾、劳资两利”的方针。其他条文分别规定了建国初期各种经济形式的地位和作用,规定“土改”为政权首要任务(第27条);之后才规定了国营经济的性质和地位属于“社会主义性质的经济”(第28条);第三位的是合作经济是“半社会主义性质的经济”(第29条);最后规定的是私营经济,鼓励它们“向国家资本主义方向发展”(第30、31条)。根据这些条文,构成“人民”范畴的社会各阶级的排序是农民、工人、小资产阶级和民族资产阶级,农民在工人之前,与后面的四部宪法有着很大不同,反映了建国初期农民作为革命主力军的地位;对资产阶级没有明确的限制性条款,反映了社会的新民主主义性质。

尽管有若干潜在问题,《共同纲领》经济规定的成效是主要的,它反映了最广大人民的财产权意愿,建立起了真正的民族经济;它肯定了多种经济形式的合法地位,对财产权的保护因素大于剥夺因素。正是在它的经济模式下,我国在进行“抗美援朝”战争的同时,国民经济在三年内就基本稳定和恢复了。可以说,“多种经济形式”并存和共同发展,是其经济制度成功的基础,也为改革开放后的中国提供了一个成功的经验。

### 三、计划经济下的三部宪法

建国后几年内,中国共产党和毛泽东本人原本对《共同纲领》的实施和共产党与民主党派的关系是非常满意的,但正是在斯大林的点拨下,制定了1954年宪法,成为新中国第一部正式宪法,除为了使政

<sup>④6</sup> 这种明确认识应是德国基本法的贡献。德国联邦宪法法院在1954年的一项判决中指出“基本法并不保障某种特定的经济制度”,“虽然社会主义市场经济是基本法选择的经济秩序,但绝不是唯一的选择”。由于社会主义经济制度是一种确定的经济秩序,因此,德国前联邦宪法法院院长和前总统赫尔佐格进一步阐明,基本法一系列有关财产权保障、个性发展权保障、结社自由的规定,是“对社会主义的一种抑制”。以上转引自[德]Wolfgang Rudzio,《Das politische System der Bundesrepublik Deutschland》,3. Aufl.,1991,Leske + Budrich, Opladen, S. 48.

<sup>④7</sup> 毛泽东说“我们已经找到新路,我们能跳出这周期率。这条新路,就是民主。只有让人民来监督政府,政府才不敢松懈,只有人人起来负责,才不会人亡政息。”转引自吴小龙《黄炎培的忧思与欣慰》,公法评论网: <http://www.gongfa.com/huangyanpeiyouxi.htm>, 2008-10-18 访问。

<sup>④8</sup> 必须注意,毛泽东回答黄炎培先生的提问是在抗日战争以前,他所说的“民主”应与黄先生所说的“民主”具有同样的语境,即以西方民主国家为准的“民主”。所以,本文这句话的前提也是在这个意义上说的民主。



府通过普选获得合法性的目的外,关键目的在于剥夺中国民族资产阶级的政治权利,建立“一党政府”。<sup>④</sup>为此目的,就要剥夺资产阶级的经济手段,因而,这部宪法通过后,中国逐渐完成了公有制基础上的计划经济体制的建立。

七五宪法和七八宪法虽说制定于国家非正常时期,<sup>⑤</sup>一般认为是两部制定得较差的宪法,但事实上,两者在经济目的、经济模式、财产权规范等方面与1954年宪法并无二致,是1954年宪法的进行时和完成时。<sup>⑥</sup>正是在这种认识上,我们可以说,这三部宪法在经济制度设计上一脉相承,可以归为一类宪法,即计划经济时期的宪法文件。

### 1. 经济任务、目的及手段

首先分析1954年宪法。它在有关经济 and 财产的规定上,针对宪法的经济任务和原则,在其第4条中规定:国家依靠“国家机关和社会力量”,通过工业化和社会主义改造,“保证”逐步消灭剥削制度,建立社会主义社会。这部宪法的序言在第二段提出了改造任务,第4条则是具体规范。这是过渡时期的国家任务,即要完成从新民主主义经济向社会主义经济的过渡,过渡完成后,社会性质将变成社会主义社会,这是经济改造的最终社会目的。<sup>⑦</sup>这就不难理解,为什么对资本主义工商业的改造要放在较前的第4条规定了,因为这在当时是一个“根本问题”。<sup>⑧</sup>与序言的表述相较,它用规范性语言指出要依靠两方面的力量实现消灭剥削制度和建立社会主义社会的任务:一是依靠国家机关即用国家权力的手段规范和改造经济制度,在这里,经济规律的作用是很小的,人们事实上认为,人民国家的先进性可以超越和控制经济规律;二是用社会力量即用群众运动的方式推动和实施这种改造。<sup>⑨</sup>上述《共同纲领》第3条规定国家“保护……民族资产阶级的经济利益及其私有财产”,但1954年宪法第4条则要“保证逐步消灭剥削制度”,意味着在政权性质没有根本性变化时,国家以意识形态为依据,人为地将私有财产与公共财产对立起来,事实上宣布私有财产即将成为非法占有,因而应予消灭;同时,这就意味着政治上共产党与民族资产阶级之间的“共同”的终结,民主党派的政治地位也将随之下降。

七五宪法没有明确规定国家的经济任务,因为它的重点不在经济而在政治,即规定于宪法序言第三段中的“无产阶级专政条件下的继续革命”。不过,除已经完成了的“国家实现社会主义改造”的任务外,它在第6条中延续了五四宪法有关国营经济领导地位的规定,并特别强调这种领导作用。严格按照“领导”的含义,这意味着国营经济即国家有权向集体经济和个体经济下达命令,也即国家是全部经济活动的决策者、施行者和指挥者。

七八宪法是国家开始转向经济建设的宪法,在“继续革命”和公有制经济的“领导地位”上与七五宪法并无二致,但提出了“四个现代化”建设的任务。<sup>⑩</sup>然而,由于政治原则仍遵循七五宪法的“继续革命”,

<sup>④</sup> 参见韩大元编《1954年宪法与新中国宪政》,湖南人民出版社2004年版,第53-57页。另外,早在1947年,毛泽东就中国未来政治体制曾设想“除中国共产党以外,全部政党都应退出政治舞台”,参见谢泳《思想改造运动的起源及对中国知识分子的影响》,天益网: <http://www.tech.cn/data/detail.php?id=20988>, 2008-10-17访问。

<sup>⑤</sup> 严格意义上说,新中国的制宪活动只有一次,即1954年,此后的七五宪法、七八宪法和1982年都被认为是对1954年宪法的“全面修改”,称为“七五宪法”等等只是学术上的习惯。参见魏定仁、甘超英、傅思明《宪法学》,北京大学出版社2004年第2版,第111-112页。

<sup>⑥</sup> 绝大多数学者认为,这两部宪法,特别是七五宪法,在内容上不是对五四宪法的继承(如徐祥民等《中国宪政史》,青岛海洋大学出版社2002年版,第315页及以后。再如文正邦等《共和国宪政历程》,河南人民出版社1994年版,第101页及以后)。实际考察三部宪法的指导思想、内容和实践,结论正好相反。

<sup>⑦</sup> 毛泽东在制宪时说,宪法的目的就是团结一切力量,“为建设一个伟大的社会主义国家而奋斗”。参见毛泽东《关于中华人民共和国宪法草案》,引自王禹编《中国宪法报告汇编》,濠江法律学社2008年版,第18页。

<sup>⑧</sup> 参见刘少奇《关于中华人民共和国宪法草案的报告》,引自前引<sup>⑦</sup>王禹编《中国宪法报告汇编》,第25页。

<sup>⑨</sup> 我们现在所说的“经济规律”,是经济要素运行以提高生产力的规律。但在五十年代,人们认为,剥削与贫困必须予以消灭,二是是原因与结果的关系,所以,消灭剥削就是经济规律。另外,消灭剥削不光是国家的责任,还是一场人民运动。参见吴德峰编《中华人民共和国宪法讲话》,湖北人民出版社1954年版,第62页、第68-69页。

<sup>⑩</sup> 参见许崇德《中华人民共和国宪法史》,福建人民出版社2003年版,第504页。

手段与目的相背离,在经济上难有大的促进作用。

五四宪法第15条规定了经济发展的目的,即国家用计划指导经济发展和改造,从而提高生产力,“以改进人民的物质生活和文化生活,巩固国家的独立和安全”。作为国家经济任务的计划和改造,在这里变成了实现经济目的的手段。这条规定反映了斯大林提出的社会主义建设目的“社会主义基本经济规律的主要特点和要求,可以大致表述如下:用在高度技术基础上使社会主义生产不断增加和不断完善的办法,来保证最大限度地满足整个社会经常增长的物质和文化的需要”。<sup>56</sup>本条与财产权没有直接联系,但却以特定的经济模式规范了社会财富的积累形式。第15条的另一重要内容是第一次明确规定了计划经济模式,使中国在改革开放前形成了“苏联式的集中计划经济体制”。<sup>57</sup>计划经济曾经在苏联取得过令人瞩目的成就,而中国强调计划的结果是把计划本身当成了经济目的。这可能是这种经济模式的自然趋势,尽管遭到建立计划经济的斯大林本人的反对,<sup>58</sup>但还是不可避免地造成了经济目的的异化。计划的权威相当于国家的权威,计划的破产就可能意味着国家权威的破产。所以,这条宪法规定被认真执行了,但却没有达到条文任务,相反,国家却在条文实施过程中无比地强大了起来。

后两部宪法的经济目的与五四宪法没有区别,只是实现目的的手段留下了时代的印迹。

## 2. 所有制形式

五四宪法的一个突出特色是其“总纲”的主要内容大量规定所有权制度,20条中就有12条是有关经济制度即所有权制度的。从这部宪法开始,国民经济体制就依据参加经济活动的人群之阶级属性而规定了不同所有制形式的经济地位,其中国家所有制经济地位最高,其次是合作社所有制,最低的是资本家所有制。这在一定程度上又复活了等级因素:人因阶级而分等级,经济因与阶级联系也分成了等级,不同等级的人们享受不同政治待遇,不同等级的经济享受不同的经济待遇,其中待遇最低的就是私有财产及其主人。<sup>59</sup>

宪法接着在第5条列举了四种所有制形式:国家所有制,即全民所有制;合作社所有制,即劳动群众集体所有制;个体劳动者所有制;资本家所有制。这是当时的几种合法经济形式,其中资本家所有制在1956年的“私有制经济社会主义改造”运动中迅速消失,个体劳动者所有制在“文革”中几乎消失,到七五宪法时基本上就只有全民所有制和集体所有制了。

第6条规定了国家的经济基础是国营经济即全民所有制的社会主义经济,是国民经济中的“领导力量”和实现私有经济改造的“物质基础”,并规定“国家保证优先发展国营经济”。这是宪法最早确立国营经济社会主义性质和统治地位的宪法条文。国家权力造成的经济主体不平等是计划经济所必备的条件。<sup>60</sup>还要注意一点:第2款的规定以及后面的第8条都表明,当时的土地——最重要的生产资料——还属于私人所有制为主,国家还没有将城市土地收归国有,农村土地还是农民所有制。

公有制的另一种表现形式——集体所有制——在第7条中也第一次出现在中国宪法中,规定了劳动群众集体所有制和部分集体所有制,前者定性为社会主义经济,后者为半社会主义经济。集体所有制的历史任务是对个体农业和手工业进行社会主义改造,主要对象是“部分集体所有制”的“劳动群众”,即指小业主——后来的“个体户”,他们集体经营,买卖自主,所以是“半社会主义经济”,被称为“过渡形

<sup>56</sup> 斯大林《苏联社会主义经济问题》,中央编译局编《斯大林选集》下,1979年版,第569页。

<sup>57</sup> 参见前引<sup>57</sup>,第38页。

<sup>58</sup> 参见前引<sup>56</sup>,第569页。

<sup>59</sup> 哈耶克曾形象地描绘过“社会主义不仅是集体主义或‘计划’中最最重要的一种,而且正是社会主义劝说具有自由主义思想的人们再一次屈从对经济生活的管辖,而这种管辖他们曾推翻过,因为照亚当·斯密的说法,这使政府处于‘为了维持自身,他们有责任实行压迫和专制’的地位”( [英] 弗里德里希·奥古斯特·冯·哈耶克《通往奴役之路》,王明毅等译,中国社会科学出版社1997年版,第39页)。

<sup>60</sup> 市场经济下的平等包括机会、规划和结果平等三个方面。参见邹大有、张平宇《市场经济与民商法制研究》,电子科技大学出版社2006年版,第17-18页。

式”说明其命不久。<sup>①</sup>

第8条规定农村经济形式及其发展道路。这是一条实际上的公有化条文,虽然从这个条文的第2款中根本不能得出必须把土地所有权交给集体的结论,实际上是要求农民交出土地所有权。尽管土地集体化以自愿为形式,但在很大程度上是威权和运动的结果,个体农民很难自愿走向集体所有制,所以要“鼓励、指导和帮助”,以实现国家目的。<sup>②</sup>人民公社化运动在经济上的失败自不待言,<sup>③</sup>从政治上说,我们在“自愿”基础上进行农业集体化,是为了完成国家工业化需要所确定的国家经济公有化目标。因为多数农民并不愿意集体化,所以在政治上也不能建立起有效保障农民个人利益的基层民主决策机制,相反却加强了基层政权对村级事务上的专断控制,基层政权视村庄为“当然的下属机构”。<sup>④</sup>

至于第3款“消灭富农”的任务,是第4条“消灭剥削制度”规定的自然延伸,但具体为“限制和逐步消灭”,区别于国家对地主阶级的态度;而且无论是对地主还是对富农、抑或是对资本家,“消灭”都不意味着“肉体消灭”,不是绝对意义的“革命”。

第9条规定了第三个社会阶级即手工业者或“个体户”的经济地位。个体户的法律境地与农民类似,只不过他们生活在城市中,可以利用比较好的公共设施,后来还实行了医疗互助制度。

第8、9两条规定了“自愿”。但实际上,如果要根据完全的、纯粹的“自愿的原则”或“意思自治”,<sup>⑤</sup>合作经济永远不可能变成普遍而成为公有制经济的一部分,因此,在和平建设时期,“急风暴雨式的”和“大规模的”群众运动就是必需的了。处于社会中的人,趋向于服从权威或群体行动,<sup>⑥</sup>即使有人不愿意,但在群体行动中往往不会抵抗群体。然而,权威或群体本身通常会忽视“具体的人”,因此,任何运动或群众革命总留有否定它自身的因素,一旦“具体的人”变成了多数,或者“具体的人”的利益变成了多数的利益,运动或革命就终止了,社会必然进入一个“具体的人”的时代。这就是1978年以后发生变革的一个社会学原因。

第10条规定了资本家所有制:国家依照法律对它进行保护,但要采取利用、限制和改造的政策,先向国家资本主义过渡,最终以全民所有制取而代之;而且其第4款还规定了禁止资本家“危害公共利益、扰乱社会经济秩序、破坏国家经济计划”的一切非法行为。这是一条有完全强制力的宪法条文,用法律规定剥夺个人财产。民族资本家因为这一条的规定,在法律上就完全丧失了经营的自主权,因为民族资产阶级不是新民主主义革命的对象,却是社会主义革命的对象。宪法条文特别指出禁止资本家的非法行为,即规定特定的一部分公民整体有违法犯罪的必然性。这是“先天犯罪倾向论”的结果,或者说是私有财产本身就是一种犯罪。马克思本来说资本是有罪恶的,<sup>⑦</sup>但社会主义国家的政策,把“资本”置换成了“资本家”,在宪法中直接规定某一部分公民有天生犯罪倾向的规范。保护权利但又从根本上否定特定权利对特定人的价值、对特定人群进行道德价值判断,从而证明他们的(经济)存在是不合理的,这是1982年以前中国宪法上的一个特色。八二宪法的一个巨大进步,就是不再对具体的人群进行道德判断了。

① 改革开放前后中国个体经济的问题,请参见曹麟章等《上海生产资料所有制结构研究》,上海社会科学院出版社1987年版,第204-11页。

② 有关“自愿”,也有农民真实意愿的成分。在1958年的“人民公社化运动”中,农民也有改变农业落后面貌、要求进入社会主义社会的迫切要求。有关“威权”,主要指毛泽东的对公社化运动的影响力和推动力。参见王景新《中国农村土地制度的世纪变革》,中国经济出版社2001年版,第13-14页。

③ 有关经济上的失败,请参见前引②,第16-17页。

④ 参见陈丽平《中国基层群众自治制度过去与未来》(报道),人民网: <http://npc.people.com.cn/GB/6488794.html> 2007-11-6访问。

⑤ “意思自治”也叫“私法自治”,主要包括意思形成过程中的自由和意思表达过程中的自由,其目的就是为个人“自己的利益”。参见王利明《我国民法典重大疑难问题之研究》,法律出版社2006年版,第55-56页。

⑥ 参见[德]汉斯·萨克塞(Hans Sachsse)《生态哲学》,文韬、佩云译,东方出版社1991年版,第144页。

⑦ “资本来到世间,从头到脚,每个毛孔都滴着血和肮脏的东西。”前引⑤马克思《资本论》第一卷,第829页。

七五、七八宪法时,社会只剩下全民和集体两种所有制,实际上是五四宪法实施的结果,五四宪法规定的“劳动群众部分集体所有制半社会主义经济”已经没有了。<sup>⑥8</sup>不过,非制度性的个体劳动者仍然存在,在两部宪法第5条第2款中规定了国家允许农业和非农业个体劳动者在法律许可范围内从事“不剥削他人的劳动”,但要引导他们逐步集体化道路。当几乎所有这种个体经济在1976年都消失的时候,“四人帮”也就垮台了。

### 3. 后两部宪法在农村组织上的特别发展

五四宪法制定时,农民在宪法上还是自治的,故宪法没有明确规定农村的经济组织形式。然而,在农村人民公社实际存在了17年后,七五宪法第7条第一次将其写入了宪法,其特点是“政社合一”,也即人民公社既是国家最基层的行政机构,也是一种经济组织,是政府管理经济的典型代表。七八宪法、甚至是八二宪法都继承了这一宪法上有“政经合一”特点的基层制度。

第2款在宪法上规定了人民公社的集体经济的所有制形式。“以生产队为基本核算单位”的规定意味着农村只在生产队一级按照商品经济规律进行经济活动,而在公社和大队一级主要实行计划经济的原则。<sup>⑥9</sup>

第3款规定,在集体经济占“绝对优势”的条件下,农民可以经营自留地,一定程度上仍保障了农民的经济自由,但人们会问:列宁不是说:“……小生产是经常地、每日每时地、自发地和大批地产生着资本主义和资产阶级的”吗?<sup>⑦0</sup>答案就是,在全社会不具备市场经济要素或市场经济有缺失的条件下,处于经济生活边缘的农民,其家庭副业和自留地不可能在农村发展成资本主义经济,况且当时基本上不存在固定的、合法的市场交换行为。<sup>⑦1</sup>所以,只是在此前提下,极左理论认为国家仍可容忍一定的私有制因素。<sup>⑦2</sup>另外,在实践中,当一个村庄中有工业能力时,以生产大队为主要核算单位;没有工业能力的,一般以生产队为主要核算单位。

七八宪法的所有制规定直接继承了七五宪法,区别只是技术上的,如以“基层组织”的用语代替了七五宪法中的“城镇街道组织”、“人民公社”或“生产队”,主要原因是当时正在酝酿取消人民公社的制度。

第6条与七五宪法的主要区别在于第3款删去了“其他生产资料”,因为经过“私改”和“文革”,公民手中几乎已经没有任何生产资料了。

第7条是规定农村集体所有制经济的,与七五宪法相比有一点不同——更左——规定了向更高的集体形式过渡,即从以生产队向以生产大队、甚至公社为核算单位过渡。不过,七八宪法这种过渡规定的历史背景部分真实,当时部分地区的农民——特别是在大城市周边地区的农民——已具备很强的“主人翁”意识。尤其是当时大城市周边相当数量的村庄内有了工厂和企业(1975年时便已如此)并已经形成一定生产规模的情况下,一些农村完全可以实行较高的核算制度。所以,在这些地区,向大队为核算基础应不是“穷过渡”。<sup>⑦3</sup>七八宪法的这个规定在国家向以经济建设为中心的方向转变后,在真正自愿的基础上,才真正获得了生命力,但它自己的生命则因其意识形态上的错误指导而最后丧失。

<sup>⑥8</sup> 有关个体经济的社会主义改造政策和过程参见刘培华编《中华人民共和国宪法讲课提纲》辽宁人民出版社1957年版,第68-69页。

<sup>⑥9</sup> 有关农村经济的极左做法和观点,请参见阎佩公《心的露珠》,中央编译出版社2001年版,第187-89页。另见冬歌《文革后期“割资本主义尾巴”工作组象鬼子进村》和讯网冬歌BLOG: [http://chen-d.blog.hexun.com/12919282\\_d.html](http://chen-d.blog.hexun.com/12919282_d.html) 2008-9-26访问。

<sup>⑦0</sup> 列宁《共产主义运动中的“左派”幼稚病》,载中央编译局编《列宁选集》第四卷,人民出版社1972年版,第181页。

<sup>⑦1</sup> “四人帮”在理论上和实践上都“否定社会主义的商品生产和商品交换,否定商业的基本职能”。参见李宗植、张润君编《中华人民共和国经济史:1949~1999》,兰州大学出版社1999年版,第295页。

<sup>⑦2</sup> 当时在政治原则上认为集体所有制下的“自留地”等是“社会主义的原则性同必要的灵活性”的结合,但将作为生产资料的土地承包给农民则是“刘少奇、林彪……的荒谬主张”。参见张春桥《关于修改宪法的报告》(载1975年1月20日《人民日报》第1版,人民网: <http://www.people.com.cn/zgrdxw/zlk/rd/4jie/newfiles/a1050.html> 2008-9-26访问)。

<sup>⑦3</sup> 以著名的天津大邱庄为例,它在1977年底即改革开放前一年创办了企业,第二年即在改革开放开始时,其乡镇企业已经具有了相当的规模,不可能只在生产队的基础上进行核算了(参见郭新磊《改革开放30周年专题:大邱庄的30年嬗变》,民主与法制网: <http://news.mzyfz.com/times/a/20080310/122605.shtml> 2008-11-5访问)。在笔者插队的北京市顺义县,七十年代的许多村庄中,工业水平已经相当高,不进行大队核算是不可想象的。即以笔者插队的村庄看,它从来没有真正将土地分开过。

#### 4. 财产权制度

五四宪法第11条以后对财产权进行了规定。第11条说:

“国家保护公民的合法收入、储蓄、房屋和各种生活资料的所有权。”

这里没有出现“私有财产”或“私有财产权”字样,因为我们通常把财产分为生产资料和生活资料,前面的条款已经规定了前者,所以这里只是强调了生活资料。“合法收入”明显有意识形态色彩。强调“合法”,倒不是必须与“非法”相对应,而是表明观念上视“剥削收入”为“法权”上的罪恶,应予废除。在制宪当时,这种观念就曾使人提出建议,将收入定义为“劳动收入”,仅因其不能涵盖公民的银行利息等收入而未被采纳。<sup>74</sup>

这里有一个问题:公民享有财产权,且这项权利应是公民的基本权利,但为什么我国从五四宪法开始,便总是将它规定在总纲中,而不是规定在公民基本权利这一章中呢?可能的原因有四:一种可能是,在观念上,我们认为社会主义经济制度是一个整体,必然包括财产权制度在内,既然个人财产也属于财产权制度的范畴,所以,公民个人财产权问题规定在总纲中是范畴统一的要求,这恐怕是主要原因;二则,在次要方面,法律上我们把公民财产权作为公有制经济制度整体中的一个部分,即只有在公有制经济发达和在人民政权的保护下,公民才会获得和保有私有财产,故而其权利不能构成独立的一类;<sup>75</sup>第三个可能是,设使个人财产问题写在权利一章中,私有财产就一定是一项权利了,而我们内心并不认可这种观念;由于西方人的权利观念以宪法基本权利就是人权为基调,在权利一章中的私有财产就具有了权利的和不可侵犯的性质,消灭私有制的历史任务就会被指责为侵犯人权,将私有财产纳入经济制度范围内,理论上也有利于国家的私有制改造;第四个可能是,我们也可以说,把公民财产权规定在总纲中,显示了国家对这项权利的重视。

第12条规定的内容与第11条有联系:

“国家依照法律保护公民的私有财产的继承权。”

本条在《共同纲领》中没有规定。在保护问题上与第11条有表述上的区别,第11条规定的是国家保护“合法”财产,<sup>76</sup>此“合法”为实体意义的合法;第12条对此项财产的继承权保护则更多地是程序意义上的保护,即财产的继承要依照法定程序获得权利。宪法的分别规定意味着继承权与私有财产权并非同种性质的权利,然其不同却是意识形态意义上的。宪法特别规定继承权,是德国宪法和社会主义国家宪法的共同特点,即马克思主义认为它本身不是私有制的根源。<sup>77</sup>

各国宪法都在规定了私有财产权之后,规定国家对私有财产的限制,1954年宪法当然也不例外,在其第13条中写道:为了公共利益,在法定条件下,国家可以对土地和其他生产资料实行征购、征用或者收归国有。“征购”是一种强制性收购,收购价格是法定的。“征用”意义与2004年修改后的现行宪法相同,意为国家使用而予以补偿。“收归国有”比较特别,是革命成果入宪的表现,也是现在宪法中已经消失的一种土地所有权转移方式,其特点是国家无偿取得土地,<sup>78</sup>主要针对城市土地。五四宪法规定这一条是因为当时城乡土地还不是全部归国家或集体所有。但对城市土地后来就是“收归”,也即国家对城镇人民土地权的“收归国有”是一种绝对的所有权强制转移,作为一项“社会主义政策”的实施,国家对城镇人民没有做任何补偿,其负面后果在今天城市改造过程中才显现出来。

<sup>74</sup> 参见前引<sup>55</sup>,第303页。

<sup>75</sup> 当时学者认为:“……也只有社会主义制度下,由于剥削阶级和剥削制度的消灭,失业和贫困的现象的消灭,社会生产的不断发展,个人占有的生活资料才能相应地扩大,使个人财产得到增长”(中央政法干部学校国家法教研室编《中华人民共和国宪法讲义》,法律出版社1957年版,第156页)。

<sup>76</sup> 有关财产“合法”的争议,请参见蔡定剑《宪法精解》,法律出版社2004年版,第178页。

<sup>77</sup> “继承权的消亡将是废除生产资料私有制的社会改造的自然结果;但是废除继承权决不可能成为这种社会改造的起点”。马克思:《总委员会关于继承权的报告》,中央编译局编译《马克思恩格斯选集》第2卷,人民出版社1972年版,第285页。

<sup>78</sup> 参见前引<sup>49</sup>,第413页。

有学者认为,五四宪法的一个突出特点是保护私有财产、尊重个人利益成为其“重要价值取向”。<sup>79</sup>笔者认为不尽然,因为如果说到宪法的价值取向,那么,在宪法中就不存在价值规范间的不一致。如前所述,五四宪法的一个重要目标是进行资本主义工商业的社会主义改造,它建立在否定私人资本之社会意义的基础上,而私人资本是那个时代私有财产的最主要组成部分。宪法的确实保护私人财产,但对私人资本的否定便使之不能以保护私有财产成为价值取向。否定资本的社会意义亦使尊重个人利益成为宪法价值取向变得不太令人信服,而五四宪法的真正价值取向实际上是公共利益,因为它强调,在国家属于人民的条件下,公共利益和个人利益“是不可分的,是一致的”。<sup>80</sup>而且宪法第14条规定“国家禁止任何人利用私有财产破坏公共利益”。这是财产权义务的规定,源自德国宪法传统,为当时各个社会主义国家宪法所采用。问题在于,五十年代有学者就曾断言,正是这条规定确立了“个人利益服从公共利益的原则”以及“公共财产神圣不可侵犯的原则”。<sup>81</sup>

七五宪法在财产权问题上也继承了五四宪法,事实上自五四宪法以来,后三部宪法的规定基本类似。不过,这部宪法自然有比五四宪法更左的专门规定,其第14条第2款规定“国家依照法律在一定时期内剥夺地主、富农、反动资本家和其他坏分子的政治权利,同时给以生活出路,使他们在劳动中改造成为守法的自食其力的公民。”我们可以这样理解:其一,宪法假定这些人本质上就是不守法、剥削思想严重的人,是“专政对象”,要通过劳动改造他们;其二,他们肯定是“敌人”,但是不是“公民”却有疑问,因为从宪法的文字表述中看不出他们在改造好之前是不是完全意义上的公民,而且既然在改造好之前要被剥夺政治权利,那么他们就不是公民了,因为对个人来说,“公民”身份的意义其实不仅在于国籍,关键在于有没有政治权利。<sup>82</sup>

七五宪法第一次将“按劳分配”原则写入宪法,但并不表明国家鼓励按劳分配,因为当时毛泽东曾以贬义口吻说过“现在还实行八级工资制,按劳分配,货币交换,这些跟旧社会没有多少差别。所不同的是所有制变更了。”<sup>83</sup>所以,七五宪法第1款有三个值得说明之处:一是宪法明确了国家的分配原则,也就否认了按资分配的可能性与合法性;二是按劳分配是社会主义经济与资本主义经济共用的原则,为与后者相区别,所以在它之前写入了“不劳动者不得食”这一无产阶级的口号,作为对按劳分配原则的一种强化;三是“劳动”二字在当时的语境下就是指一般的体力劳动,个人经营性的活动不能称之为劳动,而“脑力劳动”也在宪法的“劳动”用语的狭义概念之外,故而知识分子和干部每年也要花费一定的时间进行体力劳动。

七八宪法在经济思想与七五宪法一脉相承,与七五宪法的区别不大。第10条在分配原则后,增加了一个第2款的内容,规定“劳动是一切有劳动能力的公民的光荣职责”,构成了一条没有法律强制力的宪法条文。这种内容是七五宪法所包含而没有写出来的。条文提倡劳动竞赛,又怕“物质奖励”会使人们“向钱看”,所以又规定了两项限制:一是要“无产阶级政治挂帅”,二是以精神鼓励为主。这条规定为八二宪法第42条所继承,但内容上去除了意识形态的要求,增加了劳动竞赛和奖励等内容。

七八宪法在财产权或所有权问题上细化了左的经济政策。从这一点看,它就不能适应它所提出的“四个现代化建设”的任务,因为“文革”后期国家经济的崩溃危险主要就是绝对公有制的经济政策造成的,以这种经济政策而进行建设,无异于缘木求鱼。从另一方面看,这部宪法的部分规定也为八二宪法继承,如有关劳动义务的规定等。总之,七八宪法是中国第二部“过渡时期的宪法”——从极左向符合

<sup>79</sup> 参见前引<sup>49</sup>。

<sup>80</sup> 前引刘少奇《关于中华人民共和国宪法草案的报告》,引自前引<sup>52</sup>王禹编《中国宪法报告汇编》,第39页。

<sup>81</sup> 参见前引<sup>68</sup>,第80-81页。

<sup>82</sup> 按照罗尔斯的观点,公民就是民主社会中具有平等政治地位的成员。参见[美]约翰·罗尔斯《作为公平的正义——正义新论》,姚大志译,三联书店2002年版,第5页。

<sup>83</sup> 转引自张春桥《论对资产阶级的全面专政》(原载1975年《红旗》杂志第四期),马克思主义文库网: <http://www.marxists.org/chinese/37/marxist.org-chinese-leung1976.htm> 2008-9-26访问。

实际、或者是从计划经济向市场经济过渡,而基于中国的特点,经济过渡要首先从意识形态的过渡开始,即从思想解放开始。

#### 四、八二宪法

七八宪法的政治指导原则是“两个凡是”,<sup>⑭</sup>本质上与七五宪法没有区别。1978年年底的中共“十一届三中全会”是“真正伟大的革命”,因为它是“行为方式的革命和思想的革命”,<sup>⑮</sup>其中包括对宪法的全面修改。修改宪法的过程实质上是国家发展方向的调整,是改革开放合法性的获得过程,是真正的“与民更始”,改革开放才是一场实至名归的革命,也即结束“革命时代”的一次真正的革命。<sup>⑯</sup>

相对于国家在经济上的历史任务而言,七八宪法被认为不适应改革开放——实质上是经济向国内国外私人经济开放——的要求,存在着两个重大缺陷:一是仍坚持“无产阶级专政下的继续革命”和以阶级斗争为纲,而无产阶级革命的目的就是废除私有制,阶级斗争作为其手段,就是要使人们处于经济等级制下,而等级制下是不可能主体平等的市场经济的;二是在公民权利方面仍规定了鼓励群众运动的“革命权利”,即“四大自由”(大鸣、大放、大辩论、大字报)和罢工自由,它们被认为不利于改革开放,都对重建或重新引入私人因素的经济构成了威胁。“四大自由”在1980年被取消,罢工自由则在八二宪法中无疾而终。<sup>⑰</sup>可叹的是,在这两项权利的去留问题上,1982年参加制宪的学者也没有坚持,甚至认为,做不到就不要规定,“因为有法不依,不如无法。无法盼法,大家还觉得有希望;有法不依,连盼头都没有了”,直与一般群众的水平相当。<sup>⑱</sup>

1979年7月,全国人大通过了一项为国家机构更名、加强人大常委会作用、县级人大直接选举产生的修正案,将“革命委员会”更名为“人民政府”,希望通过去除“革命”二字而表达使政府摆脱“继续革命”道路的意愿。1980年又进行了第二次修正,取消了公民的“四大自由”。值得特书一笔的是,1979年的宪法修改不仅是新中国历史上第一次用修正案的形式部分修改宪法的先例,而且是自1908年开始以来整个中国宪法史上的第一个宪法修正案。<sup>⑲</sup>然而,这些修改并未原则上改变七八宪法的“革命时代”性质,所以才有了1982年12月4日第五届全国人大第五次会议通过的宪法修正案,即八二宪法。

八二宪法被认为是以五四宪法为蓝本的。然而,这两部宪法在经济目的上完全南辕北辙:五四宪法的经济目的是为了消灭私有制,八二宪法则是为了重新引入私有因素;两部宪法都达到了自己的制宪目的。从社会经济的合理性角度看,在相当长的历史时期内,八二宪法所建立的经济模式,应当是不可逆转的了。八二宪法规定经济问题的条文共有13条,从第六条到第十八条,是历部宪法中规定得最多的。它还经过了1988年、1993年、1999年和2004年四次部分修正,其条款多数也是与经济问题有关的。

##### 1. 基本经济制度或经济基础

在讨论八二宪法所有制规范之前,笔者应特别强调,所有制形式与中国社会发展阶段的问题密切相关。如前所述,由于社会主义国家以政权的力量建立了经济基础,而这个经济基础又构成了人民政权的

<sup>⑭</sup> 原话为“凡是毛主席作出的决策,我们都坚决拥护,凡是毛主席的指示,我们都始终不渝地遵循”,见于1977年2月7日《人民日报》发表的社论《学好文件抓住纲》。转引自朵生春《中国改革开放史》上卷,红旗出版社1998年版,第42页。

<sup>⑮</sup> [法]古斯塔夫·勒庞《革命心理学》,佟德志、刘训练译,吉林人民出版社2004年版,正文第4页。

<sup>⑯</sup> 邓小平说“改革是中国的第二次革命”(邓小平《改革是中国的第二次革命》,《邓小平文选》第3卷,人民出版社1993年北京第1版,第113页)。有关邓小平这一论断的解释,请参见韩振峰《邓小平究竟有哪些改革开放理论?》,光明网: <http://blog.gmw.cn/u/36971/archives/2008/26702.html> 2008-11-4 访问。

<sup>⑰</sup> 有关“四大自由”,著名宪法学家许崇德认为是“建国后‘左’的路线统治下在群众性政治斗争中发生并发展起来的一种手段和方式”,没有对其进行法律性评价,只是说删除它们“非常及时,深得人心”(前引许崇德《中华人民共和国宪法史》,第546-47页)。1982年的宪法修改委员会认为,“我们是人民当家做主的社会主义国家,在通常情况下劳动者不需要采取罢工的手段,所以不把罢工列为公民的基本自由权利之一”(同上书,第621页)。

<sup>⑱</sup> 宪法修改会议上吴家麟有关迁徙自由的发言,而一些群众来信也说:不保护不如不规定(参见前引<sup>⑮</sup>,第590页、第573页)。

<sup>⑲</sup> 有关七八宪法的缺陷及其修改,请参见前引<sup>⑭</sup>,第86-87页。

支撑力量,同时,意识形态对行为的支配作用也非常巨大。所以,中国所有权制度不是社会自然形成的,是社会政治价值的经济反映。如果不解决社会价值观问题,所有权制度就失去了存在的合理性。因此,与五四宪法相同,现行宪法规定的所有权制度以及后来的变化,都是以社会主义社会发展阶段的认识密切相关的,所有权制度的变革绝对不能先于关于社会发展阶段的认识。1987年,中共“十三大”政治报告指明“我国正处在社会主义的初级阶段”,<sup>⑨</sup>而早在1979年,邓小平同志就提出社会主义国家也可以搞市场经济的主张,<sup>⑩</sup>并在“十四大”政治报告中得到了确认。<sup>⑪</sup>

1993年修改宪法,在序言第七段中将中国社会发展阶段定为“社会主义初级阶段”,第15条以“社会主义市场经济”替代了“计划经济”,完成了经济模式的宪法转变。

八二宪法在第6条中重新规定了国家的经济基础,即生产资料的两种社会主义公有制形式,同时坚持公有制“消灭人剥削人的制度”之制度功能,实行按劳分配原则。这与前三部宪法没有本质区别。1999年,根据初级阶段的理论,宪法修正案将原来的两款并作第1款,增加了一个第2款,规定“国家在社会主义初级阶段,坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度,坚持按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度”。当社会主义国家宪法谈到“经济基础”一词时,除现实地改善人民物质文化生活的目的外,还意味着公有制经济负有一项历史责任,即消灭私有制。同时,条文隐含的意义是不排除国家权力对经济的直接政治干预。这种直接干预不是经济紧急状态下的特别措施,而是日常存在。然而,在貌似与前三部宪法的规定一致的外表下,八二宪法的内核却发生了根本性变化。首先,与前三部宪法不同,国营经济再也不是国民经济的“领导力量”,而只作为“经济制度的基础”,言外之意,基础之外尚有其他;其次,“消灭私有制”只是从1954年以来中国宪法的一项“惯性规定”,但是,在制宪当时的两个宪法修改报告中,解释第6条规定时,都跳过了“消灭私有制”的问题,没有作出任何解释。<sup>⑫</sup>最后,我们从下文中还将看到,中国经济现代化的要求使经济基础的历史任务通过部分修宪进一步发生了变化。

1999年宪法第三次修正,解决了此前中国经济体制的三大问题:第一项解决,以“基本经济制度”来代替“主体”一词。就其意义而言,没有“宪定”主体的经济通常就是平等者的经济,也即市场经济。同时,以“共同发展”的字样定义各种经济成份,说明这些经济成份在此后的经济活动中都处于平等的参与者地位上,满足了市场经济的一个基本要素;其中“基本”二字在中国宪法学用语中与德国基本法的“自由民主基本秩序”中的用法类似,具有“普遍基础”之意,<sup>⑬</sup>从而保证了私有经济的继续发展。第二项解决,“多种分配方式并存”以及取消七五和七八宪法中的“不劳动者不得食”的分配方式限定语,表明在分配制度上也与西方相同。这样,至少自1999年起,中国经济制度在本质上已经完成了从权力经济向自由经济的过渡。第三个解决就是1999年修正案以“长期”处于社会主义初级阶段的规定,替换了1993年修正案的“正处于”,解除了民营企业或资本家对今后可能再次发生“公私合营”的顾虑,全身心地投入企业发展,使中国企业走向世界经济的舞台。

有日本学者认为,既然“消灭人剥削人的制度”仍保留在宪法中,从规范角度看,就不能说它是完全不起作用的;另外,既然中国已经在形式上回到了1956年以前的经济状况,那么社会性质上也就只是

<sup>⑨</sup> 赵紫阳《沿着有中国特色的社会主义道路前进——在中国共产党第十三次全国代表大会上的报告》,http://www.people.com.cn/GB/shizheng/252/5089/5105/5277/20010430/456409.html。

<sup>⑩</sup> 邓小平《社会主义也可以搞市场经济》,载《邓小平文选》第2卷,人民出版社1993年版,第236页。

<sup>⑪</sup> 江泽民“加快改革开放和现代化建设步伐,夺取有中国特色社会主义事业的更大胜利——在中国共产党第十四次全国代表大会上的报告”,人民网: http://cpc.people.com.cn/GB/64162/64168/64567/65446/4526308.html 2010-7-14 访问。

<sup>⑫</sup> 请阅读彭真《关于中华人民共和国宪法修改草案的说明》(1982年4月22日)和《关于中华人民共和国宪法修改草案的报告》(1982年11月26日),前引⑩王禹编《中国宪法报告汇编》,第70页、第80页。

<sup>⑬</sup> 德国联邦宪法法院认为,自由民主基本秩序是一种“排除了任何权力和任意统治的法治国统治秩序,此秩序建立在依多数人个人意志和自由平等原则所作出的人民自决基础之上”(转引自[德]Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., C. F. Müller, 1999 Heidelberg, S. 59)。它构成了德国基本权利保护、联邦和各州活动的基础。



“新民主主义”而已,不可能是社会主义。<sup>⑤</sup>这种看法值得思考。

从中国改革开放后三十年的所有制形式看,不仅已经回到了1954年时的状态,而且回到了1949年时的状态,因为还有外国资本的所有制形式及其他所有制形式。不过,目前各种所有制形式的内容已经发生了很大变化:(1)国家所有制只占据着经济的“主导地位”,控制着经济命脉性的物质财富,左右着国家的宏观经济政策;(2)集体所有制已经发生巨大变化,在城市中已不多见,而即使主要存在于农村,其地位亦已改变,已经不是农民赖以生产和生活的主要单位,形成了“双层经营体制”;<sup>⑥</sup>(3)个体所有制完全回复到了以前;(4)资本家所有制也回复了。这些现代“资本家”一般被称为“民营企业家”,宪法上被称为“社会主义事业的建设者”(2004年对宪法第十段的修正)。其大部分人也属于社会精英,但相当一部分人与1957年以前的资本家不同,他们多数没有受过良好的教育;没有“儒商”的家族背景;改革开放之初不是与外国人竞争,而是与同胞竞争;改革之初也没有完善的法制,也根本不知中国悠久的商业道德为何物。<sup>⑦</sup>所以,现在的私营企业主所缺乏的,关键是商业道德和民族感,因此不能再称为“民族资本家”。同时,以原工商业者和自由职业者为基础的民主党派与这些“建设者”们没有深刻的历史联系,在政治上并不能代表他们;同时,他们在人生经历上与中国共产党却有着密切的联系,所以,共产党更能代表他们的利益。

## 2. 公有制形式

第7条规定国营经济就是全民所有制经济,是国民经济中的“主导力量”,1993年进行了修改。旧、新条款的区别只在于“国营”和“国有”,这是公有制理论发展的结果。早在1984年10月的《中共中央关于经济体制改革的决定》中,就提出了国家所有权和企业经营权相分离的改革方向,被认为是取代了扩大企业自主权而成为国营企业改革的基本办法,具体做法就是实行承包制、租赁制、资产经营责任制和股份制。<sup>⑧</sup>根据这种分离理论,国家拥有公共企业产权只是所有权概念中的最基本职能,它所包含的经营权职能可以从产权中分离并交给具体的经营者;只要国家控制了所有权,企业的全民所有制性质便不会改变,同时经营权由企业掌握,又使企业摆脱了政府这个“婆婆”,获得了市场活力。1993年的宪法修正案确认了这种理论,把“国营”改写为“国有”。然而,问题仍然存在,国有企业总是不如私营企业更适应市场,国家或政府作为所有者,不可能不过问自己财产的事务,所以,就有“抓大放小”的政策,国企改革,“国有”实际上已经成为“国控”企业了。如上所述,无论新、旧条款,国有经济都规定为国民经济中的“主导力量”,这与前三部宪法的“领导力量”不同。1982年的制宪者们已经认识到改革开放不可能让国有经济即政府还去有权向所有社会企业下命令,它们只应保持经济的主导地位,使公有制处于优势地位即可。改革三十年的实践,使人们对“主导力量”的理解不断变化,先是认为公有制经济在数量和质量上都应大大超过其他经济形式;后来在数量上(特别是在南方省份)不一定占优了,就认为公有制经济只要掌握国家经济命脉即可,注意国有经济在经济比例上占“主导地位”,重点放在“控制力”问题上。<sup>⑨</sup>

本条规定的第三句也与前三部宪法不同。五四宪法第6条规定“国家保证优先发展国营经济”,宪法只是说国企优先保证(当时集体所有制经济还不明确),不排除国家也保证其他经济形式的发展;七五宪法第8条规定“国家保证社会主义经济的巩固和发展”,按当时的理解,“社会主义经济”就是全

<sup>⑤</sup> 有人认为,社会主义初级阶段“实质上就是来源于新民主主义理论,这就是新民主主义理论的回归”。参见杜导正《新民主主义我的回归与发展》,载《炎黄春秋》2008年第4期。

<sup>⑥</sup> 有关“双层经营体制”,请参见上海财经大学课题组《中国经济发展史(1949-2005)》,上海财经大学出版社2007年版,第208页。

<sup>⑦</sup> 2008年9月被揭露出来的“三鹿奶粉事件”,凸显包括国有企业在内的经营者的道德缺位,从而提出了道德重建的要求。参见《浙江省拟用五年时间培养企业家从商道德》,中国新闻网: <http://www.chinanews.com.cn/cj/gncj/news/2008/09-27/1396739.shtml>, 2008-10-20访问。

<sup>⑧</sup> 参见吴文翰主编《国家所有权与企业经营权适度分离研究》,兰州大学出版社1991年版,第3页、第60页及以后。

<sup>⑨</sup> 这也只是五年来人们关注的重点。参见陈小洪《国有经济主导作用在于控制力》,人民网: <http://www1.peopledaily.com.cn/GB/jingji/1045/1972175.html>, 2008-10-20访问。

民所有制经济和集体所有制经济,只是增加了“巩固”;七八宪法第8条规定“国家保障社会主义全民所有制经济和社会主义劳动群众集体所有制经济的巩固和发展”,明确了全民和集体两种经济形式,因为七五宪法的“社会主义经济”一词有可能让人产生误解,使之包括农民的自留地、个体户的小商店等,可以说,明确了,也就限制了,故而这个规定比七五宪法还要左。八二宪法规定“国家保障国营(有)经济的巩固和发展”,恢复了五四宪法的保护范围为“国营经济”,撷取了七五宪法的“巩固”,继承了七八的动词“保障”。“保障”应是更准确的法律用语,国有经济与其他经济主体在同一片水域中游泳,只不过国有经济的救生圈较大而已,故而它的基本意义是法律性的,而不像“保证”是政治性的、不计代价的。

有关农村集体经济,宪法第8条经过了1993年和1999年两次修改。与前两部宪法相比,八二宪法原第8条发生了重大变化,其中“……农业生产合作社……等各种形式的合作经济”被规定为集体所有制经济形式,在实践中形成否定人民公社的宪法依据。<sup>⑩</sup>然而,第8条在原则上或实质上仍沿袭了前两部宪法的规定,不能反映中国农村以承包制为主要形式的改革的状况,所以1993年正式取消了人民公社制度,代之以“家庭联产承包为主的责任制”。<sup>⑪</sup>这是对早在1987年中共“十三大”政治报告的宪法化,报告中提出,“要巩固和完善以家庭经营为主的多种形式的联产承包责任制……”,<sup>⑫</sup>1992年中共“十四大”肯定了农村改革的新成果,认为“实行家庭联产承包为主,统分结合、双层经营,解决了我国社会主义农村体制的重大问题”。<sup>⑬</sup>1998年《中共中央关于农业和农村工作若干重大问题的决定》中认为,“实行土地集体所有、家庭承包经营,使用权同所有权分离,建立统分结合的双层经营体制,理顺了农村最基本的生产关系。这是能够极大促进生产力发展的农村集体所有制的有效实现形式。”<sup>⑭</sup>可以看出,我党对农村经济形式的认识是随着实践逐步深入的,在1992年以前,一直是以家庭联产承包为基础,其思路仍带有坚持集体经济形式为主的色彩,强调农民对集体和国家的义务。但是,此后则不再提“联产”二字了,代之以“家庭承包经营”的新用语,所以,1999年再次修改了第8条。最新的第8条的意义在于:第一,家庭承包为农业的基础,而不再是以集体为农业基础;第二,双层经营体制其实已经排除了集体组织在农业生产中的组织者地位,所谓的“合作”或者集体本身,已经在实践中回复到了1958年“公社化”前的自愿加入的性质,也就是说,现在不是在集体的组织下进行生产、供销等的合作了,而是农民自愿进行合作,然后把这些合作通过宪法和法律命名为“集体”。可以说,在此意义上,农民已经相当程度上恢复了1954年以前的古老的自由。<sup>⑮</sup>

从公社式的集体,到联产承包,再到家庭承包,最后形成自愿基础上的集体,宪法反映出的中国社会的“高级法”就是农民的自由模式。中国农民中如果互助意识强烈的话,集体也不是坏事,从至今仍零星存在着的“人民公社”便可看到这一点。<sup>⑯</sup>以安徽小岗村为代表的中国农民,其合作素质就相对较弱——这是普遍的。可以说,宪法现行规定更符合中国实际。

<sup>⑩</sup> 这种规定是对四川省广汉县改革的肯定。参见杨继绳《邓小平时代:中国改革开放二十年纪实》上卷,中央编译出版社1998年版,第212-13页。

<sup>⑪</sup> 在改革开放初期,人民公社是与“学大寨”一起被列为农村“两大害”之一的。参见前引<sup>⑩</sup>。

<sup>⑫</sup> 赵紫阳《在中国共产党第十三次全国代表大会上的报告》,人民网: <http://cpc.people.com.cn/GB/64162/64168/64566/65447/4526368.html> 2008-09-27 访问。

<sup>⑬</sup> 江泽民《在中国共产党第十四次全国代表大会上的报告》,人民网: <http://cpc.people.com.cn/GB/64162/64168/64567/65446/4526308.html> 2008-09-27 访问。

<sup>⑭</sup> 《中共中央关于农业和农村工作若干重大问题的决定》,人民网: <http://cpc.people.com.cn/GB/64162/71380/71382/71386/4837835.html> 2008-09-27 访问。

<sup>⑮</sup> 有关中国农民的自由问题,请参见甘超英《“三农”问题的制度性根源和解决之途——宪政观察与思考》,载《香港社会科学学报》第33期2007秋/冬季。

<sup>⑯</sup> 中国至今仍仍有成功存活的人民公社,村民生活水平较高,但很大程度上取决于领导者的个人素质,但有评论说“但能如周家庄一般坚持25年之久的则所剩无几,这难道不正雄辩地说明了,相较于人民公社制度,改革开放具有更多的普遍性,和更强的生命力么”?参见陈在田《最后一个人民公社:存在不意味着值得推广》,福建东南新闻网: [http://www.fjsen.com/bbs/2008-09/18/content\\_569068.htm](http://www.fjsen.com/bbs/2008-09/18/content_569068.htm) 2008-9-25 访问。

除中国外,在东方的一些社会主义国家中,人们也倾向于以国家的力量促使农民合作化。现在人们认识到,人们只因自己的利益才会与他人共同行动,国家不能强迫,因为一方面国家不可能知道每个人的“自己利益”是什么;另一方面,判断和决定个人的“自己利益”也不是人们成立国家的目的。以国家意志来判断和决定个人的“自己利益”,这不仅违反实际的个人利益,也必然违反经济规律,造成个人的主动性、积极性丧失以及个人对国家的奴隶般地位。

### 3. 土地权制度

第10条的规定是与所有制关系密切的土地权问题,是1988年第一次修改现行宪法所关注的问题,到2004年修改时形成了比较完善的土地权规范。

1988年修改了第4款,取消“不得出租”的规定,代之以“土地的使用权可以依照法律的规定转让”。2004年修改了第3款,规定:

“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿。”

城市中私营企业的宪法权利和地位在1954年宪法时已经得到了解决,但为什么农村问题得不到彻底解决呢?问题就在于:第一,农业的产值较低,不构成国家经济发展的动力和先锋;第二,农民力量的分散和远离政治中心;第三,中国农民丧失了自我管理的能力。

这里需要简单谈一下农业的本质:一是家庭经营;二是农民自由;三是农村自治。不管处于封建的还是资本主义的或者是社会主义的社会形态下,农业、农民和农村(所谓“三农”问题)就是这样三个特点,任何时代,只要有商品经济,农业的这个本质就不会改变,而其中核心内容有二,一是作为基本生产资料的土地属谁所有;二是农民阶层以至农业的最主要的特点是天性自由,一切问题的解决方法必须以这种自由为依归,否则就不可能保持有效率的农业。进一步分析,结合上述两点,保证农民自由的关键是使农民能够获得完全的土地支配权。事实上,恢复农民的自耕农经济地位,是使农民权利问题、以至中国基本社会问题获得解决的主要途径。230多年前,亚当·斯密就观察到:<sup>⑩</sup>“在英格兰,年租金四十先令的终身租约就是一种终身保有的不动产,使承租人有权投票选举国会议员;由于大部分自耕农拥有这种可以终身保有的不动产,这样就在政治上给予他们重要地位,整个阶层变得受地主们的尊重。我相信,除了英格兰以外,欧洲任何地方都没有佃农在未签租约的土地上进行建筑的实例,他相信地主会以人格担保,不去夺取这样重要的一种改良。这种对自耕农如此有利的法律和习惯,对英格兰现在的伟大所做的贡献,或许比人们引以自豪的所有商业规章所做的贡献都要大。”英国自耕农所拥有的,就是对土地的“永佃权”。目前,学术界正在深入研究农村土地承包经营权的性质问题,一种观点认为承包即“永佃权”。<sup>⑪</sup>这是向着“三农”问题最终解决迈出的第一步。学术界对“永佃权”的讨论导致了全国人大在2002年通过了《农村土地承包法》,2003年3月1日起实施,其中规定了农、牧、林土地的最低承包期间为30年,同时稳定了承包关系。2008年10月,党的“十七届三中全会”通过《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》,<sup>⑫</sup>其中包含一项与土地所有权问题有关的重要决策:<sup>⑬</sup>

“赋予农民更加充分而有保障的土地承包经营权,现有土地承包关系要保持稳定并长久不变。

“……

“……建立健全土地承包经营权流转市场,按照依法自愿有偿原则,允许农民以转包、出租、互换、转让、股份合作等形式流转土地承包经营权,发展多种形式的适度规模经营。有条件的地方可以发展专业大户、家庭农场、农民专业合作社等规模经营主体。土地承包经营权流转,不得改变土地集体所有性质,

<sup>⑩</sup> [英]亚当·斯密《国富论》,唐日松等译,华夏出版社2005年版,第283页。

<sup>⑪</sup> 参见高富平《土地使用权和用益物权——我国不动产物权体系研究》,法律出版社2001年版,第423-24页。

<sup>⑫</sup> 《人民日报》2008年10月20日第1版。

<sup>⑬</sup> 国外评论也认为这次会议的决定中,最重要的就是允许农民将土地的承包经营权卖给其他农民或农业公司。参见Edward Wong, “China May Let Peasants Sell Rights to Farmland”, in New York Times: [http://www.nytimes.com/2008/10/11/world/asia/11china.html?\\_r=1&th&emc=th&oref=slogin](http://www.nytimes.com/2008/10/11/world/asia/11china.html?_r=1&th&emc=th&oref=slogin), 2008-10-12访问。

不得改变土地用途 不得损害农民土地承包权益。”

本规定第一个重要之处在于,农民应享有“充分而有保障”的土地承包经营权,承包关系要“保持稳定并长久不变”。这实际上就是对学术上“永佃权”的政策表述,而“经营权”则是农村土地问题上的一项突破,它的目标指向农业的规模经营。到这时,我们才可以说,我党兑现了革命时期对农民的承诺。<sup>⑩</sup>第二个重要之处是这种“永佃权”的保障在于允许承包权的流转,即按民法原则进入市场。事实上,一项财产的拥有者在他可以处分财产时,该财产方能构成他的一项财产权。所以,土地经营权进入市场使承包真正变成了一项个人权利,而且是能增值的个人权利。<sup>⑪</sup>第三,变成民法意义上的承包权也有一项限制或另一项保障,即其流转“不得改变土地集体所有性质”。所谓改变,无非有三种情况:一是变为承包者个人所有,二是变为全民所有,三是变为具体行使规模经营权者所有。第一种情况不具有现实可能性;而第二种情况却是可能的;第三种情况亦有发生的危险。所以,这个规定应指第二、三种情况,主要是指第三种情况。因此,这一禁止性政策就是对民法“自愿”原则在承包土地问题上的国家限制;同时,也是对承包经营权的保障,因为如果所有权流转了,一方面就消灭了经营权;另一方面集体所有制形式也将消失。鉴于经济制度在我国的政治地位,集体所有制的消失恐怕还会发生宪法问题。

八十年代中期以后,对外开放的结果是要求改变单一的土地国家划拨和国家征收的办法,而要由各地地方享有根据引进外资的要求而使用土地的权利。于是,土地所有权和使用权相分离的理论开始流行,1988年,在提出修改宪法的任务后经历短短的4个月,宪法修正案就通过了,取消了不许出租的规定,删除了不得“出租”的规定,增加了“土地的使用权可以依照法律的规定转让”的规定。进入新世纪,土地使用问题上的新矛盾是各地以国家的名义强征土地,侵犯了集体土地所有权和城市居民的“地上权”。所以,2004年规定了“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿”。在2004年以前,宪法和《土地管理法》规定的“征用”实为征收,即发生转移土地所有权的法律效果,土地征收后,农民集体经济组织不再享有土地所有权,所有权转移为国家所有。2004年修宪后,土地征用便只发生土地使用权的转移,并且土地征用是一种临时措施,土地使用权最终仍回归农民集体经济组织。<sup>⑫</sup>至此,“征收”和“征用”才各自名实相符了。

尽管在改革开放后,我们提出要“彻底否定文化大革命”,但七五宪法第6条有关农村土地制度的规定并未否定,征用农村土地的国家政策更自1958年实施至今。所以,有人指出:<sup>⑬</sup>

“……授予国家无限制征收城乡土地权力的法律规定从文革后期的1975年一直沿用至今,成为现今各地城市化种种剥夺农民土地和其他经济权益的法律上的始作俑者……在1954年宪法颁行后三年,我国就已经通过强行推行人民公社运动将原本明确规定要由“国家按照法律保护农民的土地所有权”的宪法条文置之脑后了……我们既然要全盘否定文革,但为何文革期间颁行的漏洞百出的七五宪法的有关土地所有权的条文却仍然成为我们现今的不可动摇的政策依据而不加以改革呢?”

按照作者的观点,农村土地制度自1958年起便无变化,而其根本原因在于中国宪法并无绝对法律效力,某些国家政策要高于法律。而如果追寻历史原因的话,就像本文第一部分中有关公共财产问题所作的分析一样,自古中国在传统上国家的支配权就使“纯粹经济意义上的私人土地所有权,从来也不曾

<sup>⑩</sup> 农民作为中国大部分民众,“……对革命的支持从来不是无条件的,他们是用对革命的支持作为对革命所许诺的美好明天进行的投资,这个投资是要兑现的,无论时间多么久远,革命的支票是不能过期的,它已经成为一种关于未来和权力的意识形态……”黄万盛:《革命不是原罪》广西师范大学出版社2007年版,第15页。

<sup>⑪</sup> 德国著名宪法学家黑瑟认为,如不从民法角度考虑,就根本无法说明财产权的保护,而宪法所保护的财产权不过是财产的个人收益性或利益性(Privatnützigkeit)。参见[德]Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., C. F. Müller Verlag, Heidelberg 1999, S. 192f.

<sup>⑫</sup> 参见陶志诚《试论土地征收中若干纠纷的可诉性问题》注释1,引自褚红军主编《司法前沿》,人民法院出版社2006年第二辑,第354页。

<sup>⑬</sup> 史啸虎《中国的土地制度面临破局之一:土地集体所有制的由来》,天益网: <http://www.tecn.cn/data/detail.php?id=20924> 2008-09-26访问。

获得独立的地位和达到完整的地步”。<sup>⑮</sup>

#### 4. 个体和私人所有制

这个内容规定在宪法第 11 条中。在宪法公布实施 26 年期间内,本条文共进行了三次修改,有四种不同文字。笔者用表单方式对条文规定中国民营经济的经济形式(主体)、所有制性质、地位、国家保护、国家政策和国家控制六项内容进行一个比较:

	经济形式	所有制性质	地位	国家保护	国家政策	国家控制
1982	城乡劳动者个体经济	—	社会主义公有制经济的补充	合法的权利和利益	指导、帮助	监督
1988	城乡劳动者个体经济 私营经济	非公有制经济	社会主义公有制经济的补充	合法的权利和利益	指导、帮助 引导	监督 监督和管理
1999	个体经济 私营经济	非公有制经济	社会主义市场经济的重要组成部分	合法的权利和利益	引导	监督和管理
2004	个体经济 私营经济	非公有制经济	社会主义市场经济的重要组成部分	合法的权利和利益	鼓励、支持和引导	依法监督和管理

从上表看:

第一 经济形式或主体上,1982 年时,宪法只承认有个体经济,说明当时并不存在私营经济或私营经济法律地位不明,但宪法公布实施不久,私营经济就大量涌现,因而在 1988 年为解决土地使用权问题,修宪时顺便写入了私营经济。到 1999 年修宪时,私营经济的主体还是个人和私营企业主,通常已经被合称为“民营经济”了,但这不是宪法用语。这时要注意的两个现象:一是“个体经济”前的“城乡劳动者”之定语被删除了,原因在于,此前的城市个体户和农村个体户分归不同的行政机关管理,但在农民大量进城经商后,已经难于简单分清个体户的管辖主体了,从管理成本和管理效率角度考虑,按经营地区而不是按经营者的户籍进行管理更加合理。二是 1999 年修正案中也不见了“劳动者”的字样,而此前很长一段时间内,据说是根据马克思的观点,个体户与私营经济的区别在于“雇工”<sup>8</sup>人以下和以上,但一方面,雇工 8 人以下的经营者被定为“劳动者”是固然是因为他们多数往往自己也参加劳动,但事实上也有不参加劳动的;另一方面,这时有关“劳动”的定义已经发生了变化,不再仅指体力劳动,还包括脑力劳动,所以,尽管多数雇工 8 人以上的经营者自己并不参加体力劳动,但他们所做的经营管理工作也属于“劳动”概念范围。再后来,雇工数目仅具有统计学意义了,个体经济与私营经济的区别日渐模糊,人们往往只从经营规模和经营形式来区分二者了,<sup>⑯</sup>所以,现在宪法对民营经济的二分法不具备实质意义,2004 年修宪时也就没有触动 1999 年的规定。

第二,有关个体经济和私营经济的所有制性质,1982 年的条文和后来的修改并未明确规定,但肯定是私有制经济。1988 年在区分个体经济和私营经济的同时,也将二者共同定性为“非公有制经济”。有意思的是,与对公有制经济的定义不同,“非公有制经济”前面并无“社会主义”的定语,不会说“社会主

<sup>⑮</sup> 参见刘泽华、汪茂和、王兰仲《专制权力与中国社会》,天津古籍出版社 2005 年版,第 62-63 页。

<sup>⑯</sup> 早在约 20 年前,就有学者认为以雇工人数区分个体经济和私营经济不科学,特别认为“8 人以上”之类的分界线并不是马克思的原意,马克思在《资本论》中说的 8 人,只是一种例证,而“把这种例证作为资本主义生产关系产生的现实的量的标志,显然是对马克思的误解”。参见彭坤明《个体经济、私营经济与社会主义——探索中国特色社会主义现实道路的新思路》,河南大学出版社 1989 年版,第 197-205 页,引文在第 201 页。

义非公有制经济”因为这肯定是非常荒谬的。如果规定了“社会主义非公有制经济”,那么就等于承认中国国家制度中公有制经济和私有制经济并存,从而不符合宪法第1条所确定的中国的社会主义国家性质。所以,在本条中必须规避使用“私有制”的字样——在整部宪法中也不允许出现。然而,另一方面,宪法第6条的“多种所有制经济并存”明示民营经济是一种所有制经济,既然它们是私人资产,自然就可以称为“私人所有制经济”,简称“私有制经济”。不过,以意识形态决定制度的传统,在三十年前已经随着“实践是检验真理的唯一标准”标准的确立而成了人们遥远的记忆。还要说明,宪法用语是“……等非公有制经济”,即非公有制经济还包括其他形式,如外资企业、某些联营企业之类。

第三,民营经济的地位在1999年以前是“社会主义公有制经济的补充”,此后则是“社会主义市场经济的重要组成部分”,明显提高了。与第6条结合起来看,民营经济与公有制经济并存,并构成了国民经济的“重要组成部分”,这是对民营经济实至名归的判断,对于“社会主义市场经济”来说,董辅初先生认为,民营经济绝对重要:一则没有民营经济,就无所谓市场,也就没有市场经济;二则“并存”不仅意味着在市场中的平等关系,还意味着互相依赖;三则民营企业的性质可以模糊,但它们在整体国民经济中的地位毋庸置疑。<sup>⑩</sup>

第四,既然民营经济规定在宪法中,国家就负有保护责任,所以,几次规定没有区别,都是保护它们的“合法的权利和利益”。在“权利和利益”之前加上“合法的”这一定语,如前所述,是中国宪法的习惯做法。

第五,在第四次修改宪法的规定中,国家对民营经济的政策有很大变化。1982年对个体经济是“指导、帮助”,因为个体户是劳动者,属于“自己人”,1988年亦然。但在增加了私营经济后,对私营经济则采用了“引导”一词,而我们会发现,这是七五宪法第5条对待个体经济的政策,要“引导他们逐步走上社会主义集体化的道路”。1988年修改宪法时,“引导”一词有无1975年制宪者的意思,我们不得而知,但其来源确乎是那里。事实上,私营企业主对宪法的这种规定还是很敏感的,例如,改革开放初期作为“先富”典型的湖北省武汉市汉正街至今已经衰落,原因是多样的,但也有个体工商户“富而思退”,个中原因或许就有再次“公私合营”的潜在影响,<sup>⑪</sup>使他们不进行积累,挥金如土而再次沦为穷人。<sup>⑫</sup>1999年的规定将个体经济和私营经济统一标准,都采用“引导”一词,可能不再含有“引导它们走上社会主义集体化道路”之意义,而是“引导发展”。2004年则有了根本性变化,明确规定国家“鼓励、支持和引导”的政策。这时,“引导”的内涵应当就是纯经济学意义上的“发展”了,因为“鼓励”和“支持”是要求采取发展壮大民营经济的政策,如果“引导”是指使其走上集体化道路,就违反了一致性原则,会产生语法上和规范上的冲突。

第六,从规范角度看,八二宪法在个体经济的国家控制方面是四部宪法中规定得最左的,直接继承了1954年宪法第10条对资本主义工商业所采取“人民群众监督”的方式,而七五和七八宪法都没有对劳动者个体经济采取这样的措施。1988年宪法修改时把这个词也用到了新规定的私营经济身上了(另外还增加了“管理”)。从1999年起,由于对个体经济和私营经济的性质和地位不再作区分,因此,对它们一视同仁地监督和管理。应当说,监督和管理是必要的,在现阶段市场经济还不完善、不规范条件下,支配民营经济的“看不见的手”,有时还可能是只黑手。还有一个令人瞩目的地方是,2004年的修正

<sup>⑩</sup> 参见董辅初《消灭私有制还是扬弃私有制》,引自董辅初经济科学发展基金会编《中国民营经济的探索之路》,武汉大学出版社2006年版,第28-31页。

<sup>⑪</sup> 有学者在谈到2004年宪法修改时曾对“私有财产保护入宪”的原因作了这样的解释:“……私营经济一旦发展到一定程度,大家就会紧张,出现了一定的资金外流……”(姚建国语)。参见:wjh611《宪法修改与百年宪政》(讲座记录),中国知网:<http://kbs.cnki.net/forums/17408/ShowThread.aspx> 2008-10-19访问。

<sup>⑫</sup> 汉正街衰落的原因很多,笔者也听过不少人提及个体户的思想包袱,但报道中鲜有提及宪法“消灭私有制”规定的影响的,只不过可以从报道中看出管理者对待个体户态度上的轻视心理。参见熊金超、田加刚《汉正街衰落的背后》,新华网:[http://news.xinhuanet.com/focus/2004-12/31/content\\_2404018.htm](http://news.xinhuanet.com/focus/2004-12/31/content_2404018.htm) 2008-10-19访问。《由谁教育富裕起来的人们——武汉汉正街第一代富翁追踪》,广州花都:<http://www.huadu.gov.cn:8080/was40/detail?record=1170920&channelid=48004> 2008-11-10访问。

案要求,国家的监督和管理必须依法进行,这是前几部宪法和修正案所没有的,是法治精神的体现,目的是防止管理的任意。

总体上看,2004年修改时,民营经济的地位有了质的飞跃:一是与对第13条的修正相呼应,承认了它们的生存和发展权利是合法的,其权益应受到保护;二是政策上“鼓励、支持和引导”它们的发展。此后至今以及将来,中国的私营经济或许能够完成“化蛹为蝶”的过程。事实上,在世界经济格局下,这是一个现代企业制度问题,而“姓资”、“姓社”的争论不能必然决定国家的发展和人民的幸福。

#### 5. 财产权规范

财产权规定在宪法总纲中,原因已有前叙。宪法第12条规定:

“社会主义的公共财产神圣不可侵犯。

“国家保护社会主义的公共财产。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏国家的和集体的财产。”

这是一条比七五和七八宪法更左、更不科学的规定,在那两部宪法中,公共财产都不是“神圣”的。公共财产的“神圣”不可侵犯大概只出现在中国宪法中。财产角度上的“神圣”二字恐怕不应是法律用语,因为它不能从纯规范意义上和人类经验中获得解释。

中国现行宪法17年修改历史中,多数宪法修正案与经济制度有关。然而,第12条从未进行过修改。这并不说明我们在经济制度上坚持什么,而只说明:第一,保护公共财产是各国政府的一般的和当然的责任,并非社会主义国家才保护公共财产;第二,从未被修改过,说明它与经济改革没有任何直接关系,完全可以被当成一个宪法大厦中的一个花瓶,事实上也确是花瓶,因为有许多公共财产和国民收入被私人侵吞的现象未引起任何引人注目的制裁;第三,甚至这一规定本身就是对经济改革的一个阻碍,由于被毛泽东称为“社会主义原则”的一个体现<sup>⑩</sup>,因此原则是动不得的,但改革又必须调整公共财产状况,所以,就对它进行“宪法不作为”,成为宪法进步的死角,可以说,经济制度的宪法条文在经济改革中没有修改,不是虚假,就是被架空。第四,“神圣”的东西其实不是不可侵犯,而是不能侵犯,在宪政国家中,只有不包括在宪法“任何组织或者个人”范围内的组织或个人才有这个能力——只有外国入侵者或者国际组织。第五,实际地说,一项财产,不管是公共的还是私人的,转变其所有权是市场经济原则允许的,关键在于转变时程序上是否合乎正当程序、实体上谁受益:当全民财产转变后国家财政受益,就是正当的转变;如果是少数人受益,这就是不正当;如果是政府内的贪读者受益,就不仅不正当,而且是非法的了,因为这时是权力关系起作用。

进一步说,这条规定实质上是刑法意义上的<sup>⑪</sup>,即对公共财产的盗窃、抢劫、贪污、破坏等等。如果从宪法意义上讲,公共财产实际上最容易受到侵犯,但侵犯不会来自于普通民众,一是因为如前所述,公共财产不会构成一种权利;二是在宪法意义上,民众通常只有利用公共财产的权利,不涉及具体公共财产所有权的四项权能——占有、使用、收益和处分——民众一项都不享有,只是宪法原则意义上的所有者。实际行使四项权能的,是掌握公权力的组织和个人,所以,侵犯只能来自于他们且他们的侵犯必定规模巨大。公权力组织和个人通过宪法赋予他们政策制定权、立法权和行政权使国家财产蒙受损失,当然要承担责任,但只承担政治责任,不会使他们自己的生命、自由、财产受到实质性影响,因为构成法律责任必须有主观上的过错,政治行为不适用“无过错责任”。由此看来,所谓“神圣不可侵犯”的规定,意识形态性大于法律性,意识形态的东西是不能具体化为法律的。<sup>⑫</sup>

如果上述理由成立,那么,第12条就因单一公有制和计划经济而存在,但不符合基本经济制度转变

<sup>⑩</sup> 毛泽东《关于中华人民共和国宪法草案》前引《毛泽东著作选读》下册,第708-09页。

<sup>⑪</sup> 参见前引<sup>⑩</sup>《宪法修改与百年宪政》(讲座记录),姚建国语。

<sup>⑫</sup> 2005年有关《物权法》(草案)曾发生过一次大讨论,其起因之一就是有关公共财产的宪法和法律之冲突的理论问题。参见巩献田:《一部违背和背离社会主义基本原则的〈物权法(草案)〉》,刘贻清、张勤德编《“巩献田旋风”实录——关于〈物权法(草案)〉的大讨论》,中国财政经济出版社2007年版,第25-32页。

后的市场经济的要求,故而有人主张取消或修改成一般财产权原则。<sup>⑫</sup>真正的财产权规范是指个人财产暨财产权的规范,规定在宪法第13条:

“国家保护公民的合法的收入、储蓄、房屋和其他合法财产的所有权。

“国家依照法律规定保护公民的私有财产的继承权。”

在经过许多年的讨论后,2004年的宪法修正案对本条做出了根本性的修订:

“公民的合法的私有财产不受侵犯。

“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。

“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”

首先,我们来考察一下2004年对这一条修改的必要性。第一,旧规定没有征收、征用与补偿的规定,这无疑是一个现实不足,但不是立法错误,因为在1982年制定宪法时,人们的私有财产很少,国家征无可征;同时,对于集体的财产,国家当时根本无需按照市场规律去得到使用权或所有权。改革开放30余年后的今天,市场经济已经确立,即使是为了公共利益,国家在征收或征用非国家财产时,也必须按照市场经济法则,以平等者的身份获得个人或集体的财产。所以,增加这一款非常必要。

其次,宪法原规定是否已经解决了私有财产权问题?这个问题可以从两个方面予以说明。一方面,从制宪史上说,七五和七八宪法规定的国家保护“生活资料的所有权”,在八二宪法中换成国家保护“其他合法财产的所有权”。一般意义上的财产权,包括对生活资料和生产资料的所有权。前两部宪法强调了国家不保护公民可能拥有的生产资料的所有权,只能享有生活资料的权利,而八二宪法的“其他合法财产”没有特定化,同时也没有七五、七八宪法的否定性语言,也就间接规定公民可以拥有生产资料并受国家保护。<sup>⑬</sup>事实上,马克思从不否认一般的生产资料私有制,只否认用于剥削他人的私有制。<sup>⑭</sup>因此,前两部宪法误解了马克思主义的经济学原理,八二宪法的规定则完全符合马克思主义原理。同时,原第2款中有“私有财产”的表述,尽管没有说“私有财产权”,但从现实角度看,如果一个人对一项财产没有权利,他的继承人当然无法继承这项财产,继承权是以财产权为基础的。然而,八二宪法原规定的“私有财产权”有两个缺陷:第一,它是我们通过宪法上下文推定出来的,不具有明确的法律意义;第二,这种“私有财产权”只包括个人劳动形成的财产权益,范围有限,不能满足社会经济发展的需要。

再次,我们看一下为什么修改?表面看就具有一种象征意义:第一,表明我国宪法对包括生产资料在内的私有财产合法性和正当性的态度,表明国家无权、也无理由随便侵犯,即否定了“公私合营”的正当性和可能性。第二,如果一国实行市场经济,必须以个人的私有财产为基础,不能以国家所有为基础,因为国营经济下不讲市场,只讲政策。财产的自由竞争形成市场,没有私有财产权,就没有自由竞争,也就没有市场。<sup>⑮</sup>第三,表明我国建设法治国家的态度,因为私有财产的活动要在法律之下进行,国家对私有财产的征收征用也要依法进行。<sup>⑯</sup>第四,新的“公民的合法的私有财产不受侵犯”前没有“国家保护”的字样,表明私人财产权是一项人权,属于新第33条第2款所保护之列,这可能是修改第1款和第2款的唯一必要性。第五,“合法财产的所有权”与“私有财产权”的区别,前者不能包括许多财产权益,如股权、期权、知识产权等诸多财产性权利。也就是说,财产权的外延远大于所有权,所以,以“财产权”代替“所有权”,是对私人财产权更全面的保护。第六,中国经济已经与世界经济融为一体,而国际经济体系的基

<sup>⑫</sup> 参见梁慧星《宪法修正案对私有财产权的保护——解读修改后的宪法第13条第1款》,中国法学网: <http://www.iolaw.org.cn/showarticle.asp?id=1015> 2009-1-25 访问。

<sup>⑬</sup> 参见李西彦等主编《中国宪法学概论》,西北大学出版社1991年版,第207页。

<sup>⑭</sup> 马克思说“政治经济学在原则上把两种极不相同的私有制混同起来了。其中一种是以生产者自己的劳动为基础,另一种是以剥削别人的劳动为基础”(马克思《资本论》第一卷,人民出版社1975年版,第833页),后者造成了对他人的奴役。

<sup>⑮</sup> 参见孙祁祥《市场经济与竞争机会的平等》,载《经济研究》1993年第8期。

<sup>⑯</sup> 参见王子正、邱艳《市场经济法律规则》,辽宁人民出版社2007年版,第1-3页。



本架构是自由市场经济,财产的个人私有是这个架构的基本原则。所以,中国宪法对私有财产权的保护是非常必要的。

最后,应当指出,财产的私有不是没有弊病的,其实它是有危险的、有罪恶的。当然,为获得利润而犯罪还不是财产权的最大弊病。在市场经济条件下,财产权的最大危险在于:它会造社会不公。<sup>⑫</sup>因此,这次修改宪法还相应地在第14条增加了“国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度”的规定。社会保障制度与计划经济体制下的福利制度的最大区别在于,作为后者基础的理论是一种从根本上消除资本主义弊病的学说,因此,在苏联式社会主义模式的逻辑下,资本主义经济的弊病应由造成社会弊病的资产阶级承担,尽管这种弊病并不是由资产阶级故意造成的。于是,如果从理论的实际操作看、从犯罪构成理论上,这种模式实际主张的是,资产阶级无罪却要承担社会责任,资本家个人还要承担财产权的丧失、个人生命受到剥夺的危险。这实际上是一种无过错责任。为了证明资产阶级应当承担这种责任,就必须假定西方国家的政府必须为资产阶级所掌握,只要资产阶级控制了公权力,不管主观方面或客观效果如何,它就要为自己在经济上所造成的弊病负责。

现在看来,传统学说最大的毛病就是它的大前提有问题。当推理建立在一大堆假设之上时,人们只有乞求上帝做出保证——让这些假设都能获得证实。然而,这太困难了。相比而言,社会保障制度的理念比计划经济的福利制度更公平。既然人们失业、贫穷并不是资本家和工人任何一方的过错造成的,那么它是由经济规律本身产生的结果,人们不能惩罚经济规律,因而要由国家来承担消除罪恶的责任,这既是公平的,也是恰当的。恰当性是说,人们成立国家的目的就是要由国家来调和“不可调和的社会矛盾”。<sup>⑬</sup>调和矛盾的方法可以是法律的,也可以是经济的:具体的社会冲突靠法律调和,抽象的社会冲突靠经济调和。这或许是政府必须意识到的责任,至于政府是不是民主的,倒还在其次。

有关私有财产的保护问题,还有一个《物权法》的问题,因限于笔者的能力,且超出本文的讨论范围,在此恕不多言。<sup>⑭</sup>涉及经济制度的宪法条文还有第14至18条,多数是企业制度规范,亦与本文无涉,只有第15条,反映了国家从计划经济向市场经济的转变,虽与财产权问题无直接关系,但非常重要。由于其内容上文已多处谈到,此处无须赘述。

## 五、结语

共同纲领、五四宪法、八二宪法被公认为制定得较好的宪法,而七五宪法和七八宪法被认为制定得不好。然而,实际上,宪法制定得如何固然是宪法成功实施的条件之一,但更重要的是实施与否以及实施得如何,而实施得如何则取决于宪法的实施是否符合人民的意愿、是否使个人获得“心灵的平安”、是否使国家和民族强大与和谐。就此而言,只有共同纲领和八二宪法做到了,另三部宪法都是不成功的。

恩格斯有一众所周知的著名论断:“权利永远不能超出社会的经济结构以及由经济结构所制约的社会的文化发展”。<sup>⑮</sup>公有制的统治地位或领导地位在我国现实中和宪法上存在了近30年,使我国形成了“独立的、比较完整的社会主义工业体系”,使广大人民群众的生活得到了巨大改善,使中国成为一个不可忽视的政治存在,它的贡献是明显的。如前所述,问题主要在它的绝对性上,而绝对性的原因就是意识形态左右着人们的基本社会行为,在意识形态左右社会经济的时代已经过去时,变化着的人类需要就

<sup>⑫</sup> 市场经济的基本矛盾是平等与效率的矛盾,其中追求效率的结果就会产生平等问题。参见前引孙祁祥《市场经济与竞争机会的平等》。

<sup>⑬</sup> 恩格斯指出:“国家表示:这个社会陷入了不可解决的自我矛盾,分裂为不可调和的对立面而又无力摆脱这些对立面。为了摆脱这些对立面,这些经济利益互相冲突的阶级,不致在无谓的斗争中把自己和社会消灭,就需要一种表面上驾于社会之上的力量,这种力量应当缓和冲突,把冲突保持在‘秩序’的范围以内,这种从社会中产生但又自居于社会之上并且日益同社会脱离的力量就是国家”。恩格斯《家庭、私有制和国家的起源》,中央编译局译《马克思恩格斯选集》第四卷,人民出版社1972年北京第1版,第166页。

<sup>⑭</sup> 请参见前引⑫刘贻清、张勤德编《“巩固田旋风”实录——关于〈物权法(草案)〉的大讨论》。

<sup>⑮</sup> 马克思《哥达纲领批判》,载《马克思恩格斯选集》第3卷,人民出版社北京1972年版,第12页。

成了、或才能构成制度的合理基础。所以,法国哲学家泰纳才说“任何一个社会都不是由一个哲学上的立法者根据一定的原则来建立的,而是由人们多样而多变的需要经年累月不断进化而成的。它不是逻辑的产物,而是历史的产物”。<sup>⑬</sup>这种说法不就是对马克思上述名言的另一种表达方式吗?

综上所述,就经济和财产问题而言,《共同纲领》的政治原则是新民主主义-社会主义的,但宪法理念还是西方的,因为它里面没有特别规定经济制度。中国自1954年起的四部宪法都专门规定了经济制度。为什么规定?因为经济不是自然形成的,是靠政权力量建立,同时又成为政权的基础。此外,四部宪法的特点之一是将财产权纳入经济制度的范畴。当经济模式是公有制时,个人财产就是国家财产的婢仆;当经济模式是多种所有制并存时,个人财产就是国家经济的重要组成部分。自由对管制也就是私有对公有。对宪法财产权规范的历史性回顾,就要求我们历史地看问题。我们现在总结改革开放三十年来的经济成果及宪法的发展,觉得公有制经济是阻碍国家现代化的一道障碍,因而赞颂改革,批判极左的经济路线。但左的做法只是在人民有新需要后才不合时宜的,我们称之为“极左”。历史地评价中国宪法六十年的财产权规范,诚如孟子所言,“以善养人,然后能服天下,天下不心服而王者,未之有也”。<sup>⑭</sup>

---

**Abstract:** National People's Congress issued the latest Amendments to the Constitution in 2004, It would be one of the most significant events in China's constitutional history, because these amendments have perfected constitutional norms of property in accordance to the requirement of the market economy, this is generally called "the private property entering constitution". This article made a overall review of property norms in China's several constitutions during last 60 years, and mentioned relevant discussions about "good breaking of constitution" in the application process of 82 constitution, and pointed out the historical limitation of idea of property.

---

(责任编辑:李小明)

---

<sup>⑬</sup> 转引自前引<sup>⑤</sup>,第68页。

<sup>⑭</sup> 《孟子·离娄下》第十六章。