

## 非公有制经济宪法地位的规范分析

韩大元

【出处】《法学家》2005年第3期

国务院出台的《国务院关于鼓励支持和引导个体私营等非公有制经济发展的若干意见》(简称“意见”)以国家政策的形式,把非公有制经济与公有制经济放在一个平等的发展平台上,落实了促进非公有制经济发展的基本政策。根据宪法规定,社会主义公有制经济是国家经济制度的基础和主体,但它并不排斥其他非主体经济所有制的合法存在。现阶段,除了全民所有制和劳动群众集体所有制经济之外,我国还存在着个体经济、私营经济和“三资”企业等多样化的非公有制经济形式,形成了以公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度。为了正确理解“意见”的基本精神与实施途径,有必要分析非公有制经济在宪法规范上的地位及其变化过程,为推动非公有制经济的发展提供充分的宪法基础。

### 一、非公有制经济宪法地位的规范变迁

自现行宪法颁布以来,规定非公有制经济宪法地位的条款经历了三次修改,成为宪法规范体系中变化最多的条款。透过非公有制经济宪法规范的变化过程,我们可以了解国家对非公有制经济的理念与政策的变化,可以分析社会变革中宪法与社会经济结构之间的内在关系。

1982年宪法第11条规定:“在法律规定范围内的城乡劳动者个体经济,是社会主义公有制经济的补充。国家保护个体经济的合法的权利和利益”。这是建国后我国宪法上第一次出现的个体经济合法性的表述,使长期以来飘摇不定的个体经济获得了宪法地位。但是,当时的宪法条款对个体经济的保护是不全面的,仍保留着封闭和不确定的规范,如与公有制相对应的非公有制经济范围只限于个体经济,其宪法上的地位是“补充”,仍处于公有制经济的从属地位。第2款规定“国家通过行政管理,指导、帮助和监督个体经济”,为个体经济的发展限定了严格的范围,保留着浓厚的行政管理色彩。

1988年4月修改宪法时,根据国家经济发展的需要,在原有条款的基础上增加了第3款,规定:国家允许私营经济在法律规定范围内存在和发展。私营经济是社会主义公有制经济的补充。国家保护私营经济的合法的权利和利益,对私营经济实行引导、监督和管理”。这一规定成了宪法修正案第1条,从宪法规范角度扩大了宪法保护的非公有制经济范围,从个体经济发展到规模较大的私营经济,使私营经济的存在正式获得宪法的认可。修宪以前,社会生活中私营经济只能以隐蔽的形式存在,特别是1984年以后出现的乡镇企业,客观上造成了宪法规范与经济生活之间的冲突。根据中共中央书记处农村政策研究组的调查,1984年参加新经济联合体的农户占3.2%,专业户占3.5%,个体商业户占4.4%。其中,雇工经营的新经济联合体占联合体总数的51%,每个联合体平均雇工7.9%。[2]到了1987年底,全国私营企业22.5万户,雇工360.7万人。同年的6月15日,国务院公布了《中华人民共和国私营企业暂行条例》,进一步明确了私营经济在社会生活中的地位,确认了私营企业主从阶层中分化的客观事实。但这次修宪仍没有完成有关私营经济宪法规范的开放性与调整性任务,只是完成了部分政策调整的任务,在宪法规范层面仍保留着一定的封闭性因素,如国家对私营经济合法性的认定是以“允许”的方式进行的,管理方式是“引导、监督和管理”,缺乏主动性与自律性管理理念,发展非公有制经济的动力机制呈现出单向性。

1999年通过的宪法修正案第16条对原宪法条款第11条内容又进行了修改,在原条文第1款规定“个体经济”后增加规定“私营经济等非公有制”的形式,把“个体经济是社会主义公有制的补充”修改为“在法律规定范围内的个体经济、私营经济等非公有制经济,是社会主义市场经济的重要组成部分”,并规定“国家保护个体经济、私营经济的合法的权利和利益”,进一步简化了宪法条文的文字表述。但从宪法规范角度看,对非公有制经济的宪法地位与国家保护的非公有制经济范围并不一致,规范表述上只有个体经济、私营经济成为国家保护的主体,而非公有制经济体系中属于“等”字范围的部分并没有得到规范的明确确认。如按照宪法修正案第16条,外资企业虽成为非公有制经济的重要组成部分,但不属于国家明确保护的主体,使

其宪法地位处于不确定状态。这一规范上的缺陷通过2004年通过的宪法修正案第21条得到了完善。

2004年宪法修正案对宪法第11条又进行了第三次修改,将宪法11条第2款修改为:"国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的合法的权利和利益。国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展,并对非公有制经济依法实行监督和管理",形成了宪法修正案第21条。[3]通过对同一条款的三次修改,非公有制经济的宪法地位最终得到了比较完整的确认,并为其他法律、法规进一步把非公有制经济宪法地位具体化提供了统一的基础。

## 二. 非公有制经济宪法规范的构成

在我国,非公有制经济宪法规范条款包括:1999年修改宪法后形成的宪法修正案第16条;2004年宪法修改后形成的宪法修正案第21条;宪法第33条规定的平等原则;宪法修正案第22条规定的"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"等条款。这些非公有制经济地位的宪法规范,是国家制定有关非公有制经济发展的法律或政策的基本依据。国务院颁布的《意见》,作为国家指导性政策和指导性目录,是宪法修正案第16条和第21条精神的具体化。这里主要以修正案第16条和第21条的规范结构为例说明非公有制经济宪法规范的构成。

在非公有制经济性质上,宪法修正案第16条以宪法规范的形式明确了非公有制经济的性质,即"法律规定范围内的个体经济、私营经济等非公有制经济,是社会主义市场经济的重要组成部分",从规范的层面规定了非公有制经济在国家基本经济制度中的地位。作为社会主义市场经济重要组成部分的非公有制经济已不是处于"补充"地位的附属性经济形态,在法律上同公有制经济处于平等地位,平等参与市场经济的发展。与这种地位相适应,从事非公有制经济的人员,包括民营科技企业的创业人员和技术人员、受聘于外资企业的管理技术人员、个体户、私营企业主中介组织的从业人员等社会阶层,成为中国特色社会主义事业的建设者,同时获得政治上的地位和法律上的合法地位。宪法对非公有制经济身份的"正名"反映了宪法作为国家行动纲领的功能,同时体现了宪法对经济制度价值判断标准的变化。

在非公有制经济主体范围上,修正案第21条把原来条文中的"个体经济、私营经济"修改为"个体经济、私营经济等非公有制经济",以"等"字表示非公有制经济不仅仅限于个体经济和私营经济,还包括外商投资企业等经济形式,既规定非公有制经济的主体部分,同时为通过宪法解释进一步扩大非公有制经济的范围,赋予未来可能出现的新的经济主体获得宪法地位留下了必要空间。在我国的宪法文本中"等"字一般用于表示列举未尽事项,为宪法规范适应社会发展提供了灵活的规范基础。"等"字的用法比较集中的条文是宪法序言第6段、宪法修正案第15条、宪法第8条第2款、宪法第9条第2款、宪法第46条第2款、宪法第48条、宪法第89条(8项)、宪法第107条第1款、宪法第111条第2款、宪法第122条第1款、宪法第124条第1款、宪法第130条第1款等。凡是用等字的规范主要分未来指向性条款和难以详细列举的条款。在宪法修正案第21条中,除个体经济和私营经济外,非公有制经济还包括哪些内容,仍是从宪法规范层面解决的问题。当出现新的非公有制经济类型并需要给予宪法保护时,应通过立法或宪法解释等形式赋予其明确的宪法基础,扩大宪法保护非公有制经济的范围。

在非公有制经济宪法保护主体上,宪法修正案第21条中明确了对非公有制经济的保护义务的主体是国家。在我国的宪法文本中"国家"是出现频率最高的词汇之一[4],在不同的宪法条文中具有不同的内涵,需要从具体宪法条文的特点出发确定国家的具体内涵。本条中的国家首先表现为负有保护非公有制经济义务的国家机关,即国家立法机关、行政机关、审判机关和检察机关在职权的行使过程中保护非公有制经济的合法的权利和利益。根据宪法规定,国家机关依法保护非公有制经济是一种法律义务,体现了维护国家基本经济制度的要求。如行使立法权时,不得制定公有制经济与非公有制经济处于不平等地位的法律或规范;行政机关进行行政行为时不得侵犯非公有制经济合法的权利与利益;审判机关必须贯彻平等原则,平等保护公有制与非公有制经济,不得歧视非公有制经济等。从保护主体看,国务院公布的"意见"是最高国家行政机关积极落实宪法规范和精神的具体表现。应从宪法文本中规定的国家概念来理解非公有制经济的保护主体,不能把国家承担的义务通过具体部门或地方政府层层"承包",影响国家政策的统一性与权威性。

在非公有制经济的保护方式上,随着宪法对非公有制经济理念的变化,国家保护政策上也有了变化。根据宪法修正案第21条的规定,国家对非公有制经济发展采取鼓励、支持和引导的政策。宪法规范上出现的不同表述反映了国家对非公有制经济发展的理念与政策的变化。如引导是指为社会主义公有制经济发展服务的方向发展;监督是指国家要求非公有制经济在法律规定范围内活动,保护范围仅限于合法的权利;管理是指国家工商行政管理部门依法对非公有制经济的生产和具体的经营活动提供服务。在非公有制经济发展政策上,引导、鼓励和支持是一种更积极、主动的规范表述,有助于发展基本经济制度。

## 三. 非公有制经济宪法规范的实现方式与"意见"的意义

宪法规范对非公有制经济地位的规定是具有法律效力的独立的规范体系，本身具有直接的效力。国家机关的活动和规范性文件不得同宪法规范的要求相抵触。由于宪法规范具有高度的概括性与原则性，其效力的发挥往往通过下位规范或政策性规定来体现。

从性质上看，笔者认为，“非公36条”作为国务院颁布的“意见”，并不属于法律规范体系，因为根据《行政法规制定程序条例》，行政法规的名称一般称“条例”、“规定”与“办法”等，根据授权制定的行政法规一般称为暂行条例或者暂行规定。同时，行政法规的制定具有严格的程序，需要遵循立法法确定的立法原则，符合宪法和法律。但作为“意见”，规范层面的效力是不确定的，不具有法律效力，不宜直接以宪法规定为基础，而以相关的法律、法规的规定为基础。因为，根据法治原则，国务院的所有规范性文件，不得同法律、法规相抵触。因此，以“意见”的形式直接把宪法规范内容进行具体化并不是规范化的表现形式。

从内容上看，“意见”列举了国务院支持和引导非公有制经济发展的36条措施，其核心的内容是：消除影响非公有制经济发展的体制性障碍，确立平等的市场主体地位，实现公平竞争；改进和加强政府监督管理和服务。为了实现宪法确立的公有制与非公有制法律上的平等地位，“意见”要求贯彻平等市场准入，实现公平待遇原则，明确要求“允许非公有资本进入法律法规未禁入的行业和领域”。为了消除规范层面出现的不平等现象，“意见”要求国家有关部门与地方人民政府要尽快完成清理和修订限制非公有制经济市场准入的法规、规章和政策性规定工作等。另外，“意见”以“允许”的方式规定非公有制经济可以进入垄断行业、公用事业、社会事务领域、进入金融服务业与国防科技工业建设领域等。对非公有制经济参与国有经济结构和国有企业重组、参与西部大开发等方面“意见”以鼓励的方式作出了具体规定。[5]

从效力上看，国务院以“意见”的形式公布的规范只是一种政策的宣示，在实践中起到政策性调整作用，不发生严格的法律效力。从宪法与法律、法规之间的效力等级看，除法律外的其他规范性文件一般不得直接以宪法为基础，履行将宪法内容具体化的义务，否则会导致合法性与合宪性之间界限的混乱，使合宪性审查处于不确定状态。因此，如何将宪法规范上的非公有制经济地位“具体化”是涉及宪法效力的重要问题。这里讲的“具体化”应符合宪法规范实现的基本要求与形式，是一种宪法规范实现的方式。国务院作为行使最高行政管理权的机关，可以发布具有普遍约束力其他行政规范性文件，其具体的名称由《国家行政机关公文处理办法》作出具体规定。根据《处理办法》第2条的规定，行政机关的公文（包括电报），是行政机关在行政管理过程中所形成的具有法定效力和规范体式的公务文书；第3条列举的公文种类12项都有明确的解释，但“意见”并没有包括在12项之中。在12项中与“意见”形式相类似的公文形式是“指示”，即适用于对下级机关布置工作，阐明工作活动的指导原则。至于行政机关的行政公文是否都具有“法定效力”是值得进一步探讨的问题。首先需要明确“法定效力”的性质与范围，并确定每一种公文形式表现“法定效力”形式与特点，不能笼统地规定行政机关的公文具有“法定效力”。另外，即使有“法定效力”，也不能由国务院办公厅作出规定。如把“意见”和“指示”作为具有等同性质的国务院公文，“意见”对非公有制经济发展提出的措施可以解释为“对下级机关布置工作，阐明工作活动的指导原则”，约束一切国家行政机关的活动。但这种“约束”并不具有严格的法律效力，并且约束的对象仅限于行政机关系统，不能约束立法机关、审判机关与检察机关活动。从法律规范的效力等级看，包括“意见”在内的其他行政规范性文件效力低于宪法、法律、法规和规章。

从非公有制经济宪法规范具体化的过程看，通过“意见”把对非公有制经济的保护具体化存在着效力和调整方式不确定性问题。“意见”在发展非公有制经济方面的积极功能在于，以“允许”、“鼓励”、“支持”等形式提出了发展非公有制经济的36条政策，并提出了具体的实现方式。但与宪法规范的关系上，“意见”规定的某些内容也存在着不协调之处。主要有：（1）非公有制经济已成为明确的宪法规范的内容，国家行政机关没有必要也不应该把宪法上明确规定的的内容重新确认。“意见”中的“我国个体、私营经济等非公有制经济已经成为社会主义市场经济的重要组成部分和促进社会生产力发展的重要力量”的表述似有重新确立非公有制经济地位之嫌；（2）“意见”以“鼓励、支持和引导非公有制经济发展-----”作为发展非公有制经济发展的政策目标也与宪法规范的效力不协调。如前所述，“鼓励”、“引导”和“支持”在宪法文本上已不是政策性规范，已成为宪法规范的一部分，无须把宪法规范重新表述为一种政策性语言；（3）“意见”以“允许”的方式，规定了许多放宽非公有制经济市场准入的内容，有些内容明显是需要由法律规范规定的，有些是通过法律修改来规定的，也有一些内容涉及到其他国家机关权限范围的问题。比如，非公有资本进入垄断行业和领域的问题，涉及到一系列复杂的法律调整问题；又如非公有资本进入国防科技工业建设领域与国有企业重组等问题更是具有重大政策调整和法律修改问题。仅仅以具有非规范性文件性质的“意见”的形式对涉及到重大法律修改或政策调整问题作出规定有可能引发不同规范之间的冲突。

#### 四. 保护非公有制经济发展与宪法解释功能

保护非公有制经济是宪法规定的国家基本经济制度，具有明确的宪法规范基础。因此，今后建立保护非公有制经济的法律体系或制定政策时必须以宪法规范为基础，并积极运用宪法解释制度完成具体化的任



首先，要完整地理解非公有制经济宪法规范的体系。有关非公有制经济的宪法规范是统一的，应从目的论的角度认识和运用宪法规范。经过三次修改，有关非公有制经济的宪法规范相对完善，为法律体系的建立提供了统一的基础。如前所述，非公有制经济宪法规范是统一的整体，并不仅仅指21条修正案，还包括市场经济地位的确立、以公有制为主体，多种所有制并存的基本经济制度的形成、宪法对私人财产权的保护等因素。

其次，以宪法规范为基础，建立保护非公有制经济的完整的法律体系。目前，急需的工作是清理和修订与宪法规范相抵触的法律、法规，消除体制性障碍。根据宪法规范效力最高性原则，凡与宪法相抵触的法律、法规和其他规范性文件是无效的，如继续适用可能违宪的法律、法规会对当事人的权利造成侵害，同时破坏法律体系的统一性。如法律、法规的修改工作跟不上，就无法改变现实中存在的限制非公有制经济的体制性问题，宪法规定的公有制经济与非公有制经济平等的原则得不到有效实现，不利于发展非公有制经济。如目前非公有制经济在市场准入和投资等方面存在着许多体制性限制，靠政策的调整或以“意见”的形式难于解决体制的障碍问题。这种体制问题中既存在程序性的规范问题，也存在实体性规范问题，有些内容是靠行政管理权无法解决的。因此，应根据宪法的规定，抓紧清理和修订有关法律、法规，完善非公有制经济在主体、产权、交易、税收、就业等方面的法律法规，推动非公有制经济的发展。

第三，非公有制经济的健康发展依赖于宪法体制的发展与完善。有关非公有制经济宪法规范的形成只是发展非公有制经济的基础，并不能自动地得到实现。只有在宪法实施的过程与环境中，非公有制经济才能获得正常发展的依据与基础。从发展非公有制经济的基本要求看，现行的宪法规范体系也存在不完善的地方，如私人财产权的保护是发展非公有制经济的重要权利基础，没有财产权的有效宪法保护就不可能发展非公有制经济。经过2004年修宪，私人财产权保护有了更明确的宪法依据，但私人财产权仍没有明确规定为公民基本权利，缺乏基本权利属性。

第四，非公有制经济的发展过程中，应注意把握保护与限制的界限，依法对非公有制经济实行监督和管理。尽管宪法规范对非公有制经济发展表现出日益开放的功能，但对其管理和监督也是宪法规范本身发展的要求。如果只讲保护，不讲必要的限制，实际上是割裂了宪法规范的完整性。宪法保护非公有制经济的合法的权利和利益，鼓励和支持合法经营，为他们提供公开、公平和公正的发展市场经济的环境。宪法文本中的合法利益的保护和依法管理是国家对非公有制经济发展的基本政策和态度，不能片面理解为只保护，不限制。由于非公有制经济本身的性质，国家需要引导和管理，需要把人权保护的原则和精神贯彻到非公有制经济活动之中。我们必须承认，非公有制企业市场行为不规范的现象是比较严重的，在非公有制企业经营活动中，侵犯劳动者基本权利的问题值得引起关注，如不签劳动合同、不按规定交纳退休养老金，劳动时间长，待遇低，拖欠工资等涉及劳动者法律权利的问题是比较多的。

第五，在非公有制经济宪法规范的实现过程中，应注意保持规范之间的统一性与协调性，建立宪法规范---法律规范---政策规范相统一的体系，政策规范只是实施法律规范的具体化，不能直接以宪法规范为基础制定政策性规范，以形成严格的法律保护体制，避免因法律规范空缺而产生的规范体系的相互矛盾。[6]当宪法规范中对非公有制经济做出相应的规定后，应尽快通过法律规范完成具体化的任务，然后再用行政法规和行政规章等规范性文件进一步具体化，尽可能避免直接以政策性文件来规定。[7]在宪法规范具体化的过程中，应重视宪法解释功能，对涉及到非公有制经济宪法规范的条款进行必要的解释，以扩大非公有制经济范围，统一人们对宪法规范的认识。由于非公有制经济条款经过了几次修改，在原条文与修正案之间，不同时期做出的修正案之间也会出现不同的理解。如个体经济和私营经济作为非公有制经济的地位是比较明确的，但“等”字可能包含的非公有制经济新的类型的认定不能由下位规范或政策随意确定，必须通过宪法解释或授权的规范来规定。又如个体经济和私营经济本身的含义发生歧义时，有效的方式仍然是通过宪法解释，目前对个体经济和私营经济的解释只是学理解释或非规范性文件的解释，不能反映权威性说明，甚至宪法文本中出现的“依法”中的“法”字也需要解释的等。因此，在宪法实施过程中应积极发挥宪法解释制度的功能，通过宪法解释解决非公有制经济发展中出现的各种疑义或争议，建立以宪法解释、宪法修改与宪法惯例并用的宪法运行机制。

[1] 中国人民大学法学院教授、法学博士

[2] 《中国农村社会经济典型调查》，中国社会科学出版社1987年版，第91页。

[3] 宪法修正案是否具有独立规范价值是学术界有争议的问题。从宪法解释学意义上讲，对某一宪法条文进行修改后产生的宪法修正案可以成为独立的条款，可以单独适用。现行宪法颁布实施以来，以宪法修正案的方式进行了四次修改。目前对宪法修正案的认识与具体运用并不十分规范，需要在实践中不断完

善。如现有的3条宪法修正案之间也存在相互矛盾的地方，不能很好地加以引用，应当明确宪法修正案自身条文相互之间的关系；除了对原来的宪法条文进行修改之外，根据需要，宪法修正案可以作为独立的宪法条文等。基于这种分析，宪法修正案第16条、第21条是有关非公有制经济地位的统一根据，其效力已代替原宪法条文第11条。

[4] 在我国宪法文本中“国家”一词出现了151次。

[5] 2005年4月17日国务院颁布的“国务院关于2005年深化经济体制改革的意见”中重点提到了“提高对非公有制企业的贷款比重，规范发展中小企业信用担保体系问题，并为非公有制经济提供公共服务提出了明确的要求。

[6] 目前对非公有制经济类型划分的主要依据是1998年8月国家统计局、国家工商行政管理局联合颁布的《关于划分企业登记注册类型的规定》和1988年国务院发布的《私营企业暂行条例》。

[7] 2005年4月19日，国务院减轻企业负担部际联席会议要求“各地区、各部门，从八个方面对向私营等非公有制企业乱收费、乱罚款和各种摊派等行为进行重点治理。国家工商总局也出台了促进非公有制经济发展“21条”。这种思路仍然是以政策性调整为主的模式，缺乏统一性与有效性。

来自：中国宪政网

## 发表评论

用户名：	<input type="text"/>	○ (3-20个字符)
电子邮件：	<input type="text"/>	○
用户评论：	<input type="text"/>	○

发表评论

重置

## 用户评论

目前还没有评论。欢迎您成为第一位评论者！

中国法律文化 | About law-culture | 关于我们

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办  
电话：64022187 64070352 邮件：law-culture@163.com  
地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720