

|部|门|宪|法|学|系|列|丛|书|

杜承铭 等◎著

完善与重构： 社会转型期的基本权利问题研究

RESTRUCTURING AND PERFECTING:

RESEARCH ON CHINESE CONSTITUTIONAL RIGHTS DURING THE SOCIAL TRANSITION

本书系统地从宪法学视角研究社会转型带来的宪法权利转型问题，从中国宪法基本权利转型历史维度、社会转型现实维度和基本权利类型层次维度，对我国宪法基本权利应然变化和基本权利体系实然构建如何适应当代中国社会对基本权利的需要进行了具体分析。完善与重构是现在与未来中国宪法基本权利发展的两个重要的方面；完善与重构是一个从价值理念到制度规范的长期过程；完善与重构既是在研究转型期的基本权利问题时的基本态度，也是我们的基本结论。



中国政法大学出版社

|部|门|宪|法|学|系|列|丛|书|

完善与重构： 社会转型期的基本权利问题研究

RESTRUCTURING AND PERFECTING:
RESEARCH ON CHINESE CONSTITUTIONAL RIGHTS DURING THE SOCIAL TRANSITION

杜承铭 等◎著



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

完善与重构: 社会转型期的基本权利问题研究 / 杜承铭等著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2012. 12

ISBN 978-7-5620-4565-6

I. ①完… II. ①杜… III. ①公民权-研究-中国 IV. ①D921.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第290836号

- 书 名** 完善与重构: 社会转型期的基本权利问题研究
WANSHAN YU CHONGGOU: SHEHUI ZHUANXINGQI DE JIBENQUANLI WENTI YANJIU
- 出版发行** 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
邮箱 zhengfadch@126.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908586(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印** 固安华明印刷厂
- 规 格** 720mm×960mm 16 开本 27.125 印张 470 千字
- 版 本** 2012 年 12 月第 1 版 2012 年 12 月第 1 次印刷
- 书 号** ISBN 978-7-5620-4565-6/D·4525
- 定 价** 78.00 元

- 声 明**
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

“部门宪法学系列丛书”学术委员会

学术委员会总顾问：李 龙

学术委员会主任：韩大元 朱福惠

学术委员会委员：（排名以姓氏笔画为参照）

王 磊 邓世豹 刘茂林 刘剑文

张千帆 吴家清 肖北庚 杜承铭

周叶中 林来梵 胡锦涛 莫纪宏

秦前红 焦宏昌 葛克昌 廖益新

漆多俊

总主编：周刚志 刘连泰

总序

如果说法学是整个人文社会科学中的“工程学科”，那么宪法学则在这一学科中担负着“顶层设计”的重要使命。遗憾的是，受历史传统、思想观念等因素的影响，相对于民法学、刑法学等法学学科的蓬勃发展态势而言，中国宪法学虽然源远流长、意义深远，但其发展在当下中国社会却反而显得举步维艰。近几年，宪法学者在研究方法、研究进路及学术观点上展开学术争鸣，又显示出学者们对于宪法学之应用、发展前景的诸多分歧。值此之际，滥觞于德国的“部门宪法学”，作为对应于传统“国家（整体）宪法学”的一种宪法研究路径，具有以宪法规范整合部门法规范冲突、统辖部门法规范秩序的“务实性”学术品格，引起了包括台湾学者在内的众多中国宪法学者之强烈共鸣，相关成果不断涌现。周刚志教授和刘连泰教授都曾经在我的指导下完成博士学位论文，他们的研究领域及研究思路，均有效借鉴了域外“部门宪法学”的研究成果，同时又具有中国大陆宪法学自身的特色。他们组织部分中青年法学者撰写“部门宪法学系列丛书”，也得到了中国宪法学研究会会长韩大元教授、中国财税法研究会会长刘剑文教授、中国台湾地区著名公法学者葛克昌教授等许多法学家的支持和指导。在我看来，在学术研究思路及组织撰写著作的思路，这套丛书主要具有如下特点：

第一，强调宪法问题对于宪法学研究的学术导引功能。尽管学术研究具有一定的现实超越性品格，但是法律制度毕竟事关国计民生，容不得法学学者自顾在“象牙塔”内自说自话。故而，研究实际的宪法问题，尤其是实际的宪法事案中宪法规范的解释、适用甚至修改或制定等问题，乃是宪法学者义不容辞的学术职责。当然，如俗语所云：“内行看门道，外行看热闹。”宪法学者对于宪法事案之分析，须以严谨的学术体系为依托，以严格的学术规范为基础，而有别于普通民众或学者动辄轻言“违宪”、“修宪”甚至根本无视宪法规范之规制效力的观念。本套丛书名曰“部门宪法学系列丛书”，意在通过对于部门宪法领域实际问题的发掘和整理，导引出中国宪法学研究的主题，并以中国宪法规范为依据而展开其理论研究与原理阐释的体系。此种富有浓厚之本土关怀与时代特色的“宪法问题意识”，乃得成为本套丛书的首要特征。

第二，注重宪法规范对于部门法规范的实际整合效力。部门法释义学的发达乃是当代中国大陆地区法学之重要特色，其中以三大诉讼法为依托的部门法释义学（如民法学、刑法学和行政法学）之兴旺发达尤为典范。然则，实际案件之发生，并不以人为的部门法区隔为藩篱；故而，当一个现实案件涉及到多个部门法的交叉规制甚至规范冲突时，传统的部门法释义学当如何回应？在民主宪政已蔚为时代潮流之当今世界，宪法规范早已不仅仅是形式意义上的所谓“根本法”，它更是对于部门法秩序极具实际整合效力的“高级法”。本套丛书之设计，着眼于中国大陆地区固有的部门法体系，力图将部门法内部及部门法之间规范冲突、协调的传统释义学技术提升至宪法高度予以探讨，使其在宪法规范的统辖下得以整合，由此回应现实疑难案件中的规范效力冲突问题。此种富有明确之中国法学主体意识的宪法研究进路，正是本套丛书有别于域外部门宪法学研究的特色之所在。

第三，借重宪法方法对于宪法学发展的理论支持价值。方法论是一门学科的生命力之所在，宪法方法对于方兴未艾的中国宪法学而言尤为重要。当前中国宪法学者在宪法学发展路径上的主要分歧，主要是由宪法方法论之差异所致。其中，以概念演绎、形式推理为内在进路的规范解释方法与以功能分析、辩证推理为外在形式的社会分析方法共同构成宪法方法论上相互对峙的两大派别。本套丛书所倡导的部门宪法学研究，固然须以传统宪法释义学作为主要的研究方法，但是它在部门法规范的萃取、整理、解释及体系化等方面却并不局限于既有概念之封闭体系内的单纯演绎，而是大胆地通过宪法文本上之基本国策条款等宪法规范将宪法释义学适当外接于经济学、政治学、伦理学等其他学科，使它们成为支持中国宪法释义学发展的理论支点。此种适度统合传统宪法释义学与其他人文社会科学，使中国宪法释义学深深扎根于中国社会科学群、牢固奠基于中国社会实证资料的宪法方法，乃是本套丛书的研究方法之有别于全盘移植、单纯引介域外宪法教义学的宪法方法论之重要特征。

本套丛书的作者多为近年毕业的法学博士。作为一位已逾古稀之年的法学教授，我乐于看到中青年学者的迅速成长，也殷切期待本套丛书能够在学界同仁的帮助下取得丰硕成果。在本套丛书即将出版之际，我也非常乐意向学界同仁推荐这些青年作者，希望他们的努力能够得到更多的关注、指导和支持。

武汉大学资深教授 李龙

2012年2月1日

目录

总 序	1
第一章 近现代中国宪法权利制度的变迁与演进	1
第一节 近现代中国宪法权利思想与宪政意识的启蒙	1
一、权利思想与宪政意识启蒙的经济社会基础	1
二、近代权利思想与宪政意识的启蒙	5
三、近现代中国宪法权利思想的演变	11
第二节 近现代中国权利制度的设计与实践尝试	16
一、晚清末年“臣民的权利”与权利立法	16
二、《临时约法》开创民权立法先河与孙中山的实践	18
三、北洋政府时期民权立法的虚置	20
四、国民政府时期权利立法的游戏与实践	23
五、根据地的权利制度的尝试与实践	25
第二章 当代中国计划经济体制下的权利制度的转型分析	28
第一节 计划经济体制的确立及其权利意识的转型	28
一、计划经济体制的确立	28
二、计划经济体制下权利意识的转型	37
第二节 计划经济体制下的权利制度特征及其实际转型	40
一、计划经济体制下权利制度的转型	40
二、计划经济体制下的权利规范特征	42
第三节 当代中国宪法权利制度的确立与曲折发展	44
一、《共同纲领》与新民主主义时期的权利制度	44
二、五四宪法的权利制度与权利立法	44
三、七五宪法与七八宪法的权利制度	46

第三章 当代中国社会转型期的基本权利制度的转型分析	48
第一节 权利制度转型的经济社会基础	48
一、市场经济的建立与经济自由的确立	49
二、政治国家与市民社会的分离	50
三、经济多元化基础上的价值与文化观念的多样化	52
第二节 权利主体与权利结构的转型	53
一、权利主体的转型	53
二、权利结构的转型	56
第三节 宪法权利价值理念的转型与基本权利的宪法变迁	62
一、我国宪法基本权利的演变与特点	62
二、基本权利价值理念的转型分析	65
三、宪法权利的变迁与基本权利制度的完善	70
第四章 人的尊严权制度及其完善	75
第一节 作为民生之本与基本权利核心的人的尊严权	76
一、作为民生之本的人性尊严	76
二、作为基本权利核心的人的尊严权	80
第二节 人的尊严权与我国宪法人格尊严权制度的评价	84
一、人的尊严权的内容与性质	84
二、我国宪法的人格尊严权制度及其再认识	86
第三节 保障人性尊严是立宪国家首要关注的民生问题	89
一、人的尊严的保障是立宪国家应该关注的重点	89
二、人的尊严权保障制度的完善	91
第五章 生命权制度的完善与构建	93
第一节 生命权的特征及其规范比较	93
一、作为宪法权利的生命权	93
二、生命权的宪法权利属性及其规范比较	100
第二节 我国宪法生命权制度的构建与完善	105
一、我国宪法生命权制度的构建	105
二、我国宪法生命权制度的完善	107

第三节 生命权入宪的几个有关问题的思考	112
一、死刑存废之争中的生命权问题	112
二、终止妊娠中的生命权问题	117
三、“安乐死”中的生命权问题	126
四、“克隆人”中的生命权问题	133
第六章 人身自由权制度及其完善	139
第一节 人身自由的概念及其规范比较	139
一、人身自由的概念及其特点	139
二、人身自由权的规范比较	142
第二节 收容遣送制度的废止和劳动教养制度的改革完善	149
一、收容遣送制度废止的宪法学思考	149
二、劳动教养制度的改革与人身自由权的保护	153
第三节 迅速接受司法裁判原则与超期羁押问题	164
一、迅速接受司法裁判原则	164
二、超期羁押与人身自由的保护	169
第四节 强制性戒毒制度与行政拘留制度的改革与完善	175
一、强制性戒毒制度的改革与完善	175
二、行政拘留制度的改革与完善	179
第七章 表达自由与结社自由权制度及其完善	182
第一节 表达自由权制度及其完善	182
一、表达自由的概念、价值及其种类	183
二、表达自由的宪法权利属性	190
三、表达自由的一般界线与宪法保障	196
四、我国表达自由制度的评价与完善	200
第二节 结社自由权制度及其完善	210
一、结社自由的含义及其宪法权利属性	210
二、结社自由的宪政价值与结社自由的限制	214
三、我国结社自由权制度的评价及其完善	218

第八章 作为宪法权利的隐私权与知情权制度的构建	223
第一节 作为宪法权利的隐私权制度之建立与完善	223
一、隐私权的发展及其宪法权利属性：域外经验的视角	223
二、隐私权的宪法地位：基于文本的解读	232
三、隐私权的国家保护义务与限制	237
四、我国隐私权保护的法治建构：规范与实践的考察	242
第二节 作为宪法权利的知情权制度之建立与完善	249
一、知情权的宪法权利属性及其特质	249
二、知情权与政府公共信息公开	256
三、知情权的国家保护义务与知情权的限制	259
四、我国宪法知情权的构造与政府信息公开制度的完善	262
第九章 监督权制度及其完善	269
第一节 监督权的宪法权利属性与内容	269
一、监督权的宪法权利属性	270
二、监督权的内容	272
第二节 信访制度与监督权	277
一、信访的宪法权利定位	277
二、我国信访制度的宪政功能定位及其完善	286
第十章 工作权与迁徙自由权制度及其完善	291
第一节 作为基本权利的工作权制度及其完善	291
一、工作权作为宪法权利的由来发展与宪法权利规范特点	291
二、工作权的基本内容与宪法权利属性	296
三、工作权在我国的宪政实践与完善	303
第二节 迁徙自由权制度的改革与完善	306
一、迁徙自由的宪法权利属性与发展历程	307
二、迁徙自由权的宪法规范比较分析	309
三、我国迁徙自由权制度的重新确立与完善	312

第十一章 作为宪法权利的社会保障权制度及其完善	319
第一节 作为宪法权利的社会保障权的基本内容与国家义务	319
一、社会保障权的形成与发展	319
二、社会保障权的基本内容	322
三、社会保障权的国家义务	324
第二节 我国的社会保障权制度及其完善	328
一、我国的社会保障权制度	328
二、我国社会保障权制度的完善	331
第十二章 作为宪法权利的环境权与健康权制度的构建	336
第一节 作为宪法权利的环境权制度及其构建	336
一、环境权的形成及其宪法权利规范架构	336
二、环境权的内容及特征	344
三、我国的环境权制度及其构建	348
第二节 作为宪法权利的健康权制度及其构建	350
一、健康权的形成及其宪法权利规范架构	351
二、健康权的权利内容与国家义务	355
三、我国健康权的权利规范、保障及其构建	360
第十三章 国际人权公约与我国基本权利理念的调适与重构	365
第一节 人权本源理念的调适与重构	365
一、人权公约中的人权本源理念的渊源与发展	365
二、我国宪政实践中的人权本源理念及其与人权公约的差异	369
三、人权本源宪政理念的调适与重构	372
第二节 人权目的理念的调适与重构	375
一、国际人权公约中的人权目的宪政理念的渊源与发展	375
二、我国人权目的宪政理念及其与国际人权公约的差异	379
三、人权目的宪政理念的调适与重整	382
第三节 人权性质理念上的调适与重构	385
一、国际人权公约中的人权性质理念	385
二、我国宪政实践中的人权性质理念	390

三、国际人权公约与我国宪法人权性质理念的调适与重构	393
第十四章 基本权利的国家义务及其构建	396
第一节 基本权利国家义务的理论基础	396
一、基本权利国家义务的法哲学基础	396
二、基本权利国家义务的宪法理论基础	398
第二节 基本权利国家义务的结构形式	400
一、基本权利国家义务结构类型的若干理论	400
二、基本权利国家的尊重、保护与实现义务	402
第三节 基本权利国家义务的中国实践及其构建	409
一、我国宪法对基本权利国家义务的有关规定	409
二、我国基本权利国家义务体系的构建	410
参考文献	413
后 记	421

第一章

近现代中国宪法权利制度的 变迁与演进

鸦片战争把中国从一个独立的封建社会推向半殖民地半封建的近代社会，从此中国人民开始了救国救民的艰难探索与实践。近代社会的许多仁人志士在不倦地探索拯救中国的实践过程中，深刻地认识到近代中国的落后不仅仅是技术工具的落后，更重要的是国家制度的落后。晚清立宪改良者和共和革命派都是试图建立起与现代社会相适应的现代宪政制度，以实现国家社会从传统向近代的转型。在这场运动与革命中，西方社会的民主、自由、人权观念开始被中国知识分子所重视，从而开启了中国基本权利的思想与实践。

第一节 近现代中国宪法权利思想与宪政意识的启蒙

一、权利思想与宪政意识启蒙的经济社会基础

（一）民族焦虑的统摄

清末民族危机包括满族权贵与汉族的矛盾以及近现代意义上的民族国家之间的矛盾。清廷在入关时曾遭到来自汉族民众的激烈抵抗，汉族士大夫阶层一直保留着对满族入主中原的敌意。清廷通过“文字狱”等高压手段维护自身的统治，但随着社会经济政治总体上走向衰落，下层民众对满族权贵专制统治的反抗层出不穷，民族之间张力日显突出。在镇压太平军的战斗中，虽然涌现了一批汉族名臣，如曾国藩、左宗棠等，但“因清政府种族观念太深，不能推诚大用”^{〔1〕}。晚清新政中的“皇族内阁”，标志着民族整合维度的边界。“驱除鞑虏，恢复中华”，于是“反满的革命思想遂而沛然成为时代

〔1〕 钱穆：《国史大纲》（修订本），商务印书馆1997年版，第887页。

思潮的主流。”〔1〕

晚清的另一项民族危机则是作为国际法意义上一个独立主权在遭受践踏后的惶恐和反思。战败、割地、赔款，濒于瓜分，国人痛心疾首。“至中法战争、中日战争以后，因主权观念的认识及列强瓜分中国之威胁而增强中国的民族思想。”〔2〕新型的民族国家理念很快就在国人中产生了，并最终超越了狭义上的满汉民族矛盾。民国建立以后，民族危机表现为政权割据和奴媚外交，导致了政局动荡，民不聊生。

清末时的“救亡”，民国时的“富强”，成为近代国人的民族焦虑。民族主义成为具有“统摄”意义的价值，主宰着乱世纷纭的“新语”，是国人的终极理想和不懈追求。近代中国的权利意识是随着民族国家意识的形成与民族国家体制的建立而逐渐彰显的，权利诉求突破了中国历史上以往任何一次农民起义的高度，具有新的特质和意义。但在民族焦虑的统摄下，权利诉求打上了国家主义的印记，也当然的被纳入了民族解放运动的评价体系当中。

（二）市民社会的初起

虽然从明代中国就出现了所谓的资本主义的萌芽，但中国经济生活真正发生翻天覆地变化，还是从鸦片战争以后开始的。鸦片战争后，外国资本开始不断渗透进来，并在广州、上海等第一批通商口岸兴建了中国最早的现代工业，为中国传统的社会经济结构注入了新的发展因子。甲午战败，清政府被迫签订《马关条约》，允准外国人在中国直接办工厂，在之后的20多年里，外商在华办厂的速度迅猛增加。“这期间，帝国主义在中国设立的资本在10万元以上的工厂和矿场有136家，资本达10300多万元。”〔3〕“19世纪后半叶开始逐步形成的中国现代经济部门，肇端于外国人的创办。”〔4〕

由于外国资本的刺激和社会经济结构的变化，晚清政府开始逐步投资兴办现代工业，掀起了洋务运动，继1865年曾国藩在上海设立机器局后，一些官僚陆续开办了20多个工厂，投资约1900万元，主要是为军工服务的采矿业、炼铁业、纺织业和交通运输业，雇工约2万人，这是中国最早的官僚资

〔1〕 李国祁：“激情与理性：二十世纪中国历史演进的省思——帝国主义、民族主义与共产主义的互动”，载张启雄主编：《二十世纪的中国与世界》（上），台北“中央”研究院近代史研究所2001年版，第20页。

〔2〕 王尔敏：《中国近代思想史论》，社会科学文献出版社2003年版，第32页。

〔3〕 冯兰瑞等：《中国社会保障制度重构》，经济科学出版社1997年版，第40~41页。

〔4〕 白吉尔：《中国资产阶级的黄金时代（1911—1937）》，上海人民出版社1994年版，第28页。

本企业。19世纪70年代起,一些商人、地主开始投资于缫丝、棉纺、面粉、火柴等轻工业和煤炭业,创办工厂约100多家,资本总额约500~600万元,雇工约3万人,这是中国最早的民族资本企业。^{〔1〕}晚清的洋务运动往往被学界称为中国第一次工业化浪潮,这次浪潮一直波延至20世纪初清朝的灭亡,其基本特征是借助国家资金和国外贷款优先发展重工业,特别是军工企业。

工商业的发展使得城市生活日益繁荣丰富起来。“不仅一些沿海口岸迅速发展为繁荣的商业城市,各种商业店铺林立,而且在广大内地的城镇,也出现了许多经营洋货的大小店铺。与此相伴而生的是出现了大批依靠商务活动谋生的人们……同时,在城镇也随之兴起了大批服务性商业,如饭馆、旅店、茶楼、戏院、妓馆、烟馆等等,不少男女在这些行业里作店主、店伙、招待、帮工。这些人形成了新兴的商人和市民阶层的主体。”^{〔2〕}

城市经济的发展带来了人们观念的转化。人们的谋生途径慢慢从仅仅依附于土地,而逐渐卷入了商品化的市场经济的洪流,追求利润的实用主义代替了保守的儒家义理。在价值观念上,儒家“重义轻利”的观念遭到了尖锐的批判,时人大胆为“言利”正名,认为义、利本不可分,“利之所在,人争趋之。苟非罕言利之圣人,而欲其去利怀仁,义以相接,势必有所不能。”^{〔3〕},鄙视传统所谓的不言利的虚伪性,“彼心中孜孜为利而口中绝不一言,以是欺世而盗名者,吾不取焉。”^{〔4〕}人们称“当今之天下实为千古未有之利场,当今之人心迹逐为千古未有之利窟”^{〔5〕},并把利的观念和财富权利等近现代国家因素相挂钩,大胆提出尊重私人的权利,提出了对传统离经叛道的观点,“是故为今日而言,则家不妨私其家,乡不妨私其乡,即国亦不妨私其国,人亦不妨私其人…于是各得其私,而天下亦治矣。”^{〔6〕}随着市民社会的初起,市民化的权利需求日益强劲。

(三) 专制君权的衰落

明末起,人们深刻地认识到专制君权的危害,“未得天下时,不惜荼毒天下人之肝脑,离散天下人之子女,以求博取之。既得天下之后,则敲剥天下

〔1〕 参见《旧中国的资本主义生产关系》,人民出版社1977年版,第7~8页。

〔2〕 李长莉:“晚清社会风习与近代观念的演生”,载《社会学研究》1993年第6期。

〔3〕 《申报》1890年4月12日。

〔4〕 《申报》1891年3月9日。

〔5〕 《申报》1890年7月23日。

〔6〕 何启、胡礼垣:《劝学篇书后·正权篇辩》,载《新政真论》(第5编),辽宁人民出版社1994年版。

人之骨髓，离散天下人之子女，以奉其一人之淫乐。”“天下之利尽归于己，天下之害尽归于人”。认为君主应当为天下人而经营天下，兴天下人之利，除天下人之害。“民主君客”^{〔1〕}的排列，预示着君权至上性的动摇。

到清末，数千年来的君主神圣观念被彻底颠覆。“盖圣人以为吾亦一民，偶然在位，但欲为民除患，非以为尊利也。此为孔子微言，后世不知此义，藉权势以自尊，务立法以制下。公私之判，自此始矣。”^{〔2〕}君主“亦一民”也，令君主、天子一下子从天上降到地上。君与臣的职能是“同办民事者也，如开一铺子，君则其铺之总管，臣则其铺之掌柜等也”。^{〔3〕}“君也者，为民办事者也；臣也者，助办民事者也。”^{〔4〕}更有激进者认为“君主之为物，不过数千年历史上无谓之赘疣耳”，^{〔5〕}必除之而后快。

随着君权的衰退，人们有的主张“绅权”，有的主张“民权”，还有的主张“人权”。权力的合法性不再是“天授”而是“民授”，权力主体由“所有者”变成了“经营者”。

（四）文化范式的重构

随着西方军事上的胜利，由工业革命所激活的巨大生产力以及相应的政治制度、经济模式、价值观念、思想意识成为一股势不可挡的西学潮流，对近代中国造成极大的冲击。“改变中国社会的基本力量并不是西方的枪炮兵舰，而是西方的工业技能。侵入中国的西方文化（近代的与现代的）在基调上是工业的，这个工业性的西方文化逼使中国的社会结构、文化价值解组与崩溃。”^{〔6〕}

“夫自甲午之创，庚子之变，大江以南，六七行省之士，翹然于旧政治、旧学术、旧思想之非，人人争从事于新智识、新学术。”^{〔7〕}从抵触到学习，

〔1〕（明）黄宗羲：《明夷待访录·原君》。

〔2〕（清）康有为：《春秋董氏学》卷六（下）《王道》，载《康有为全集》第2卷，上海古籍出版社1990年版，第863页。

〔3〕中国史学会编：《戊戌变法》（上），《中国近代史资料丛刊》，上海人民出版社、上海书店出版社2000年版，第548、550页。

〔4〕（清）谭嗣同：《仁学》卷二，载蔡尚思、方行编：《谭嗣同全集》，中华书局1981年版，第339页。

〔5〕愤民：“论道德”，载《克复学报》1911年第2期，载《辛亥革命前十年间时论选集》第3卷，第847页。

〔6〕金耀基：《中国的现代化》，转引自姜义华等编：《港台及海外学者论近代中国文化》，重庆出版社1978年版，第22页。

〔7〕杜士珍：“论德育与中国前途之关系”，载《新世界学报》第14号，1903年3月15日。

“西学”最终以其全新的体系取代了传统儒学思想的地位，一跃而成为显学，其整体的科学架构和细密的分科设置，从根本上改变了中国人认识世界的模式。“西方不仅为中国的知识群体考量中国问题开辟了新的视角，而且也提供了术语、概念、范畴、观点和逻辑等技术性认知工具。”^{〔1〕}往往还将西方的方法论演进为中国的本体论，“无论是进化论，还是实验主义方法，在西方纯粹是价值中立的学术流派，一为中国知识分子所引进、接受，就立即上升到意识形态高度，成为人生观、救国术。”^{〔2〕}

权利一词是舶来的，从概念到内涵，重构了中国传统文化中的“民本”，在接受之余还被创造性地赋予了救世的功能。



二、近代权利思想与宪政意识的启蒙

（一）权利概念的舶来

鸦片战争之后，西方文明随之输入中国，并在 19 世纪末 20 世纪初达到高潮。“自中西通商以来，京师则有同文馆，江南则有制造局，广州则有医士所译各书，登州则有文会馆所译学堂使用各书，上海益智书会又译印各种图说，赫总税务司则译有西学启蒙十六种，傅兰雅又译有《格致汇编》、《格致须知》。各种馆译之书，政学为多。……”^{〔3〕}根据上海人民出版社出版的《中国近代期刊篇目汇编》统计，从 1857 年到 1918 年的 60 年间，在 495 种、一万一千多册的期刊文章中，介绍西方哲学社会科学、进化论及西方政治学说中自由平等、天赋人权理论和各种人生观的文章，占到了总数的三分之二以上。^{〔4〕}

一些译著在近代中国产生了强烈的反响，如赫胥黎的《天演论》、卢梭的《民约论》、斯宾塞的《社会学原理》、达尔文的《物种起源》、亚当·斯密的《原富》等等。人们言必称“进化”，行必论“富强”。“吾幸夫吾同胞之得卢梭《民约论》、孟德斯鸠《万法精理》、弥勒约翰《自由之理》、《法国革命史》、美国《独立檄文》等书译而读之也。”^{〔5〕}法律文书成为救世宝典，西方

〔1〕 王人博：《宪政的中国之道》，山东人民出版社 2003 年版，第 234 页。

〔2〕 许纪霖：“现代文化史上的‘五四怪圈’”，载《文汇报》，1989 年 3 月 21 日。

〔3〕 叶瀚：《读译书须知·第二端论中国译西书凌杂不合之弊》，仁和叶氏自刻本，1897 年。

〔4〕 转引自吴忠希：《中国人权思想史略》，学林出版社 2004 年版，第 91 页。

〔5〕 邹容：《革命军》，载谭合成、江山选编：《世纪档案》，中国档案出版社 1995 年版，第 44