



南岭法学学术文库

柳飒/著

近代中国公民 基本权利变迁研究



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



南岭法学学术文库

柳颀/著

近代中国公民 基本权利变迁研究



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

近代中国公民基本权利变迁研究 / 柳飒著. —北京:
法律出版社, 2012. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3670 - 0

I. ①近… II. ①柳… III. ①公民权—研究—中国—
近代 IV. ①D921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 138943 号

近代中国公民基本权利变迁研究

柳 飒 著

责任编辑 董 飞
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 9.625 字数 254 千

版本 2012 年 6 月第 1 版

印次 2012 年 6 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京中科印刷有限公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3670 - 0

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

导论 / 1

一、研究缘由和研究意义 / 1

二、研究现状 / 4

三、研究思路和观点 / 5

第一章 近代中国公民基本权利的价值分析 / 10

第一节 权利的定义与认知的本土化 / 10

一、权利新语 / 10

二、权利主体的异化 / 11

三、权利论证的补正 / 13

四、利益诉求的特指 / 17

第二节 预备立宪时期基本权利价值的层级化 / 20

一、保皇思潮中的权利价值取向 / 20

二、立宪思潮中的权利价值取向 / 22

三、革命思潮中的权利价值取向 / 26

第三节 军阀制宪时期基本权利价值的转向 / 29

2 近代中国公民基本权利变迁研究

一、从倡“自由”到反“自由” / 30

二、从“自由主义”到“社会主义” / 36

第四节 国民党制宪时期基本权利价值的“主义”化 / 42

一、三民主义中的权利价值向度 / 42

二、新民主主义中的权利价值向度 / 58

三、实用主义中的权利价值向度 / 64

本章小结 / 69

第二章 近代中国公民基本权利的规范分析 / 70

第一节 近代中国基本法中的自由权体系 / 70

一、基本法中的自由权规范比较 / 71

二、自由权在实证法律中的变异:以南京国民政府颁行的新闻法规为视角 / 78

第二节 近代中国基本法中的参政权体系 / 80

一、基本法中的参政权规范比较 / 81

二、参政权在实证法律中的变异:以北洋政府颁行的选举法为视角 / 82

第三节 近代中国基本法中的受益权体系 / 91

一、基本法中的受益权规范比较 / 91

二、受益权在实证法律中的体现:以诉愿权、请愿权的法律配置为视角 / 92

第四节 近代中国基本法中的社会权体系 / 99

一、基本法中的社会权规范比较 / 99

二、社会权在实证法律中的体现:以受教育权的法律配置为视角 / 101

本章小结 / 104

第三章 近代中国公民基本权利的实证分析 / 105

第一节 行政控制与基本权利的保障 / 105

一、行政法规对基本权利的限制 / 105

二、行政管理对基本权利的侵蚀 / 118

三、暴力统治对基本权利的剥夺 / 145

第二节 司法救济与基本权利的保障 / 147

一、程序保障不到位的影响 / 147

二、司法不独立的影响 / 150

三、缺失违宪审查的影响 / 156

本章小结 / 161

第四章 近代中国公民基本权利的变迁机制 / 162

第一节 变迁机制一：社会背景的异动 / 163

一、时局的激荡 / 163

二、辩论的勃兴 / 167

第二节 变迁机制二：意识形态的流变 / 170

一、孱弱的自由主义 / 170

二、强势的国家主义 / 173

三、强劲的民族主义 / 175

第三节 变迁机制三：权力模式的变更 / 178

一、君权的式微 / 178

二、军权的无端 / 182

三、党权的凌厉 / 185

本章小结 / 192

结语 权利体制中的“短板” / 193

一、应有权利的短视 / 193

二、法定权利的短处 / 207

三、实有权利的短缺 / 210

附表一 权臣奏折中的“权利” / 213

附表二 1899~1911 年梁启超著述中的“权利” / 217

附表三 《民报》中的“权利” / 234

附表四 南京国民政府时期颁布的新闻法规(一) / 244

附表四 南京国民政府时期颁布的新闻法规(二) / 254

附表四 南京国民政府时期颁布的新闻法规(三) / 264

附表四 南京国民政府时期颁布的新闻法规(四) / 267

附表四 南京国民政府时期颁布的新闻法规(五) / 274

附表五 《参议院议员选举法》修正前后选举人资格条件比较(一) / 277

附表五 《众议院议员选举法》修正前后选举人资格条件比较(二) / 278

附表六 近代中国基本法中的行政权规制比较(一) / 279

附表六 近代中国基本法中的行政权规制比较(二) / 281

附表六 近代中国基本法中的行政权规制比较(三) / 282

附表六 近代中国基本法中的行政权规制比较(四) / 283

附表六 近代中国基本法中的行政权规制比较(五) / 284

附表六 近代中国基本法中的行政权规制比较(六) / 285

附表六 近代中国基本法中的行政权规制比较(七) / 286

附表六 近代中国基本法中的行政权规制比较(八) / 287

参考文献 / 288

导 论

一、研究缘由和研究意义

(一) 权利研究已成为法律研究的热点问题之一

权利问题一直是法学研究中的重大问题。首先,权利理论是现代法律理论的最基本的组成部分。正如马图佐夫所论说的那样,“权利构成法律体系的特征。法律体系中的许多因素是由权利派生出来的,由它决定,受它制约。权利在法律体系中起着关键作用。在对法律体系进行广泛解释时,权利处于起始的位置:权利是法律体系的主要的和中心的环节,是规范的基础和基因”。〔1〕其次,权利是现代法的核心概念和价值表达。权力对社会秩序的形成尽管必不可少,但它必须囿于权利规则的范围之内实施才具有正当性,权利的话语和技术的主要功能就是要抵消权力的内在支配性,从而使

〔1〕〔俄〕马图佐夫:“发展中的社会主义法律体系”,载《苏维埃国家与法》1983年第1期。转引自张文显:“从义务本位到权利本位是法的发展规律”,载《社会科学战线》1990年第3期。

权力服务于权利。正如德沃金从法律与政治道德哲学之内在关联的高度所理解的那样,通过法律来实施和保障基本的和宪法的“权利”,法律在强力所维持的法律有效性之外又获得了其何以获得人们的尊崇的充分理由。最后,权利是现代法的屏障和归属。正是权利起到了防止政府和政治官员将制定、实施和运用法律用于自私或不正当的目的。^{〔1〕}正如拉德布鲁赫从权利义务的价值关系中所分析的那样,“在法律领域中,一个人的义务总是以他人的权利为缘由。权利概念,而不是义务概念,是法律思想的起点”,^{〔2〕}也正如孙国华从法的目的与价值的角度所思考的那样,“权利是国家创制规范的客观界限,是国家在创制规范时进行分配的客体。法的真谛在于对权利的认可和保护”。^{〔3〕}

当代中国对权利问题的关注日益彰显。“中国正在走进权利的时代。在这个时代里,人的尊严和自由借助权利语言逐渐成为社会进步和制度建设的核心价值;人的愿望和要求通过转换为权利诉求而更多地依赖常规化、程序化的立法活动、司法诉讼和行政管理,而非更多地依赖道德关怀、行政裁量、社会运动乃至暴力革命;治理不仅因为民主权利的效能而逐步成为自治,而且因为以私人权利为公共权力的边界而必须走向法治。判定时代如果说有什么意义的话,就在于帮助我们把握促成某种社会变化的若干因素,并转化使用。之所以说中国正在‘走进’而不仅仅是‘走向’权利的时代,乃是由于在体认、弘扬和运用价值法则、政治法则和程序法则的过程中,权利语言和权利设置越来越

〔1〕 [美] 罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,中文版序言,第3~4页。

〔2〕 [德] 拉德布鲁赫:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社1997年版,第6页。

〔3〕 孙国华:“法的真谛在于对权利的认可和保护”,载《时代论评》1988年创刊号。转引自张文显:“从义务本位到权利本位是法的发展规律”,载《社会科学战线》1990年第3期。

起到结构性的、决定性的作用。”〔1〕

顺应时代对权利的吁求,当代中国法学人围绕权利问题展开了多重探讨,从而推动着权利问题研究高潮叠起,权利问题研究成为整个法学的热点。“不仅法哲学家关注权利问题,法律学家(以部门法为研究对象的法学家)同样关注权利问题。当法哲学家提出法学是权利义务之学、法律应当以权利为本位的时候,法律学家们在宪政、宪政文化、人权、权利与权力关系、法治政府、社会自治、国家赔偿、行政许可、行政复议、行政诉讼、行政程序、市场经济与刑法观念更新、罪刑法定、死刑复核、刑法人道化、民法理念、私法文化、私法优位、私权神圣、契约自由、物权法立法原则、经济民主、社会公正、消费者权益保护、环境权利、人权与主权的的关系、人权国际保护和人权国际化、程序正当、诉讼价值、诉讼结构、诉讼构造、诉讼权利本位、当事人主义的诉讼理念、举证责任倒置、无罪推定等课题研究和制度设计中,从事着将权利制度化、具体化的价值分析和实证研究。法律学家的权利研究既检验法哲学权利理论的科学性和可操作性,也为法哲学权利研究提出了新的课题,新的挑战,推动了权利一般理论或曰权利哲学的深化和丰富。”〔2〕

(二)权利史研究的薄弱

在这个热潮中,权利史的研究却是比较薄弱的,往往被夹在宪政这个大命题中稍稍带过。比如,研究近代宪政思潮的人不少,其中权利意识的兴起和变迁引起了许多学者的兴趣,因此,观念史方面的研究成果比较丰盛;研究近代宪法文本专题的人不多,重点多放在权力设置的分析上,对法定的基本权利规范常常是简约概括;研究近代宪政运动史的较少,其视角又比较宽泛,对实有权利状况的研究则相当缺乏。于是,笔者产生了对权利史作专题研究的兴趣,梳理近代基本权利在应有、法

〔1〕 夏勇:“中国宪法改革的几个基本理论问题”,载《中国社会科学》2003年第2期。

〔2〕 张文显、姚建宗:“权利时代的理论景象”,载《法制与社会发展》2005年第5期。

定、实有三方面的样态,分析其变迁的内在机理和外在机制,探讨制约近代基本权利实现的因素,以作为当今“权利时代”的借鉴。并不遥远的过去,也曾有过权利诉求的高涨,可转眼淹没在起伏的历史浪潮里,“动荡”常被人们定为吞噬的根源。如今,在“稳定”的岁月里,我们应“认真地对待权利!”

(三)研究意义

第一,深入分析近代中国公民基本权利话语体系。第二,展示近代中国公民基本权利实现过程。第三,为当代中国公民基本权利实现提供历史的借鉴。

二、研究现状

(一)侧重于权利思想史研究

近代中国权利观念的研究是这些年来一个热点,成品居多:熊月之的《中国近代民主思想史》,吴忠希的《中国人权思想史略》,丁守和主编的《中国近代启蒙思潮》,杜建钢的《中国近百年人权思想》,张岱年等著的《中国观念史》,王人博的《中国近代的宪政思潮》、《中国近代宪政史上的关键词》,夏勇的《人权概念起源——权利的历史哲学》,赵明的《近代中国的自然权利观》,陈永森的《告别臣民的尝试——清末民初的公民意识与公民行为》,石必凡的《近代中国自由主义宪政思潮研究》,等等。近年来以金观涛、刘青峰所著的《观念史研究——中国现代重要政治术语的形成》和《中国现代思想的起源》两书为巅峰之作。

(二)侧重于权利种类史研究

1. 侧重于对宪法文本中的权利种类进行介绍

对于近代宪法文本的解读,我国台湾学者颇见功力,代表著作有林纪东的《中华民国宪法逐条释义》等,大陆代表作有夏新华等著的《近代中国宪法与宪政研究》等。代表论文则有张朋园的《湖南省宪之制定与运作(1920~1925)》、陈晓枫的《“中华民国临时约法”的文化透视》、韩大元的《论日本明治宪法对〈钦定宪法大纲〉的影响》、李学智的

《关于“天坛宪草”制定的几个问题》、音正权的《“中华民国临时约法”的主要缺陷》、聂鑫的《1946年“中华民国宪法”浅议》、郑大华《重评1946年“中华民国宪法”》、贺嘉的《评“钦定宪法大纲”》等。

2. 侧重于某一种权利种类的历史研究

对近代中国基本权利进行实证研究的专著较少:一方面是因为普遍认为这一时期基本权利的实施是空洞无实的;另一方面往往在研究宪政问题中一笔带过,没有专门对其深刻细致的研讨。相关著作有:荆知仁的《中国立宪史》,陈茹玄的《中国宪法史》,张晋藩的《中国宪法史》,张玉法的《戊戌时期的学会运动》、《清季立宪团体》、《清季革命团体》,张朋园的《立宪派与辛亥革命》、《中国民主政治的困境(1909~1949)》,桑兵的《晚清学堂学生与社会变迁》、《清末知识界的社团与活动》,耿云志的《论清末立宪派的国会请愿运动》,王人博的《宪政的中国之道》,姜丰的《中国百年民主宪政运动》,侯宜杰的《20世纪初中国政治改革风潮——清末立宪运动史》,韦庆远、高放、刘文源的《清末宪政史》,汪太贤的《民权与民治的实验——晚清地方自治制度的生成与演变》,等等。

上述两种研究范式要么局限于思想史类型,要么局限于文本的介绍,而没有结合近代中国宪法实践深入展开。即使不少学者已经开始注重相关领域的研究,但是这种研究往往没有将权利历史变迁与权力结构变迁相结合,从而无法凸显近代中国权利变迁过程的特质。

三、研究思路 and 观点

史学界关于中国近代史与现代史的分期争论已有数十年之久,以胡绳为代表主张中国近代史和中国现代史的分界线就是1919年发生的“五四运动”,而范文澜、刘大年、荣孟源、李新、林敦奎等学者提出按照社会性质来划分历史时期,即中国近代史应该包含1840~1949年的整个时期。1998年以前出版的通史类性质的学术著作、教科书以及通俗读物,几乎都以1919年为中国近代史下限;1999年以来,已经有数种中国近代史著作采用了1840~1949年的分期方式,2007年由高等

教育出版社出版的、全国高等学校本科生必修的思想政治理论课教材《中国近现代史纲要》开篇即有：“中国的近现代史，是指1840年以来中国的历史。其中从1840年鸦片战争爆发到1949年中华人民共和国成立前夕的历史，是中国的近代史；1949年中华人民共和国成立以来的历史，是中国的现代史。”中国史学会会长张海鹏认为近代史学界已基本上统一了对中国近代史和中国现代史分期的认识，即按照社会性质，1840~1949年为中国近代时期。本书研究时段是1840~1948年，采纳现今主流认识，定名为近代中国公民基本权利变迁研究。

本书在导论和结语之外分为四章，主要对基本权利价值、基本权利规范、基本权利保障三方面的变迁进行比较，并分析影响近代中国公民基本权利变迁的机制。

第一章研究基本权利价值。首先，分析了近代中国基本权利观念的引入和构建。驻外公使出洋笔记、香港商人的经商感悟、国外法律的译著等使中国人接受了“权利”一词，绅商阶层敏锐地意识到利益的保障可以转化为权利话语，通过权利诉求达至权力的获取是时代的新“路径”，于是，绅商们对“权利”进行了知识性的重构和权力期望值的匹配，形成了“本土化”的权利外观和倚重政治权力的权利内核。其次，分析了预备立宪时期基本权利观的层级分化状况。出洋大臣们的权利观念属于典型的统治型，其精髓是严密贯穿限制法则，将权利落在“纸上”；立宪派的权利观念属于典型的焦灼型，其特征是如果自由有利于国家富强就举自由，如果专制有益于国家富强就反自由，权利的核心始终是参政权；革命派的权利观念属于典型的反叛型，其目标明确指向颠覆现有政权，所以，权利核心是革命权。再次，分析了军阀制宪时期基本权利观的发展与变异。这一时期虽然有反自由与倡自由两个对垒的阵营，也有针锋相对的言论交战，但其究里有着“同一性”：无论是反自由还是倡自由，都是为国家发展而着想的；无论是争夺权利还是放弃权利，都是不“道德”的，都用一元价值观赋予了权利某些强制性的要求。于是，两方合力将权利推进了道德的“峡谷”。最后，分析了国

民党制宪时期基本权利观的“主义”化倾向和表征。国民党、共产党、知识界各派人士都热衷于建构自己的理论体系,大谈“主义”,并坚定实践着“主义”。权利在如此语境下丧失了独立性,只是更高价值或其他价值的附庸,以“阶级”、“敌我”为界分,随“革命程序”、“革命重心”而转化,依斗争需要或“赋予”或“剥夺”,实质成为附条件、附期限才可分赏的“胜利果实”之一。

第二章研究基本权利规范。首先,对近代中国基本法中的自由权体系进行整理。一方面,比较基本法中自由权规范的变迁;另一方面,追寻自由权在实证法律中的变异,发现与西方早期自由权体系相比较,在权利类型与内容的规定上大致接近,但因为程序性的规定较少使权利规范过于简洁而内涵模糊,并由于大都采法律间接保障方式,基本法中的权利规范实属“摆设”,真正规范权利保障的是各色法律、法规。下位实证法往往是统治意志的直接贯彻,又是社会行为模式的直接规范,自由和权利在实证法律中发生了根本性质的变更。其次,对近代中国基本法中的参政权体系进行整理。比较基本法中参政权规范的变迁,追寻参政权在实证法律中的变异,结论是:在选举法中设置资格限制,实行特殊选举或直接圈定,实际上就剥夺了大多数人的参政权。接着,对近代中国基本法中的受益权体系进行整理。比较基本法中受益权规范的变迁,求证受益权在实证法律中的体现,发现下位法或缺失或克减,都导致受益权的享有大打折扣。最后,对近代中国基本法中的社会权体系进行整理。比较基本法中社会权规范的变迁,求证社会权在实证法律中的体现,得出结论为:社会权的实现需要国家积极的“能动”,国家因此也掌握了权利的主动。在服务政权统治方面积极作为,在利益投入方面消极懈怠,社会权因此而被“转向”。

第三章研究基本权利保障。首先,考察行政控制与基本权利保障的关系。通过对公民自由权在政府行政控制下的境况分析,发现近代中国政府对于公民自由权没有“不干涉”的认识,更没有起到保障功能,而是“积极”的渗透、侵入、剥夺。大量的行政法规对于公民自由权

进行限制,在法制层面,权利已然缺损;强势的行政管理不断侵蚀公民自由权,主导、监督到全面掌控,权利在实有层面变成法定义务,变成没有选择的服从;加之非法治暴力统治手段的滥用,公民自由权随意被剥夺,毫无保障可言。然后,考察司法救济与基本权利保障的关系。近代中国大“问题”在行政控制中已被“解决”,小“问题”才会走司法程序,可是,在程序保障不到位、司法不独立,缺失违宪审查的情况下,被损害的权利很难得到公正的矫正,无救济则无权利,公民基本权利的实有状况已一目了然。

第四章研究近代中国公民基本权利的变迁机制。首先分析了社会背景与权利变迁的关系,正是传统文化、政治概念与社会事件的互动,重构并塑造了中国式的权利样态。其次分析了意识形态与权利变迁的关系,在深重的民族危机的笼罩下,民族主义、国家主义自然是强劲的,自由主义“先天不足”、“后天失调”,难以“存活”,权利本位的理念无法解决动荡的社会境况,故不为接受、信仰。最后分析了权力模式与权利变迁的关系,君权式微时,权利诉求浪潮此起彼伏,不断涌现新高;军权无端时,权利常常处于“无常”之状态,非法治的暴力使法定的基本权利形同虚设;在党权的凌厉之下,民权被训导、被监护、被代表,实质就是被限制。

结语则集中概括了近代中国公民基本权利体制中的“短板”。在观念层面,国家自由、团体自由始终统摄着个人自由,权利道德化后则失去其“自主性”,成为其他价值的附庸;在法制层面,法律、法规才是社会行为模式的规范,宪法只是政治资源的“器物”,于是,宪法上的基本权利受制于法律,还受制于行政紧急权;在实证层面,政府权力的强势,司法救济的微弱,违宪审查制度的缺失,都导致个人基本权利实际处于毫无保障之境地。

本书的观点一是:权力本位的思维模式重构了中国近代权利的样态,权利是权力的衍生物,没有独立价值。

观点二是:在民族情结深厚的后发国家,自由主义难以生根,集体

本位主义思想统摄着权利的认知。

观点三是:近代中国公民的基本权利受制于法律,受制于行政紧急权,受制于政府能动性,受制于司法救济的缺失,实际上等于没有权利可言。

观点四是:依据国权、实证法律、行政权对权利的凌驾与司法救济的薄弱,本书认为,近代中国权利体制中存在着“短板”,权利“短板”的形成既有传统文化模式的影响,也有社会生存局势的无奈,短板现象是法律移植、仿袭过程中进行文化重构的重要路径。

第一章 近代中国公民基本权利的价值分析

当权利由古语变成新词后,各色人等分别把自己的利益期望附加其上,形成纷纭的价值向度。本章依据各时期的代表性言论进行分析,梳理变迁的纹理。

第一节 权利的定义与认知的本土化

一、权利新语

古汉语中“权利”多指“权势、利益、威势、货财”,蕴涵借“权力”而衍生“利益”的意味,如《盐铁论》卷六中有“故古者大夫思其仁义以充其位,不为权利以充其私也”。1864年,美国传教士丁匙良在翻译国际法教科书《万国公法》时用汉语“权利”对应英文“right”,并解释为“即如一权字,书内不独指有司所操之权,亦指凡人理所应得之份;有时增一