

“营业自由”：一个不应被忘却的宪法性语词

刘为勇*

内容摘要：“营业自由”是一个近代中国宪法文本中流行的宪法关键词。该语词由日本传入中国后，对近代中国的宪法文本产生了重要影响。近代中国宪法文本中的“营业自由的”基本含义有多重表达。“营业自由”在近代中国宪法文本中频繁出现，表明该语词具有独特的法律功能。从历史演变来看，随着国家本位主义营业观占据统治地位后，“营业自由”在当代宪法文本中不复存在。

关键词：营业自由 宪法 语词

若以现代国家的公民基本权利为尺度来审视近代中国宪法文本(含草案)中的“人民权利”之条款，可以发现，以“自由”为构词基础形成的权利类型中，除了我们耳熟能详的“言论自由”、“居住自由”、“集会结社自由”、“迁徙自由”等词汇外，“营业自由”等个别词汇在当下虽常见，可在现代中国宪法文本中难觅踪影，却在近代宪法文本中“流行无限”。一定意义上，营业自由是一种“向前看”的“面向未来的权利”，它对于市场经济主体地位的获得具有至关重要的意义。^[1]故近世各国宪法，多已明文承认“营业自由”。

从宪法权利发展的社会形态看，“营业自由”算不得一种“新兴权利”。可就是这样一项在近代中国宪法文本中存续多年的“陈旧权利”，却在当代中国宪法文本中消亡达半个世纪以上，此乃一大遗憾。本文首先通过既存的近代宪法文本(含草案)分析汉语“营业自由”语词的分布情况，其次论述汉语“营业自由”语词的缘起，再次探讨“营业自由”的含义及其法律功能，最后简要分析“营业自由”消亡和重拾的过程。本文之目的，除了廓清汉语“营业自由”语词的来龙去脉、彰显其独特的法律价值，更意在吁请社会各界勿忘“营业自由”乃宪法上的关键词。

一、“营业自由”：一个近代中国宪法文本中流行的关键词

卡尔·贝克尔在研究18世纪欧洲启蒙思想时说，必定有一条通向天上宝座的秘密通道，有一条秘密的小道是所有哲学家们都知道的，有一扇门是对我们关闭的，但是当它们一连加以几下事先默契的轻敲，它就会向他们开放。他把人们频繁使用的一些关键词当作通向知识的秘密通道的那扇小后

*南昌社会科学院助理研究员，苏州大学王健法学院博士研究生。

[1]宋华琳：《营业自由及其限制》，《华东政法大学学报》2008年第2期。

门,如13世纪的“上帝”、罪恶、神恩、得救、天国,18世纪的自然、自然律、最初因、理性、情操、人道、完美性,19世纪的物质、事实、实际、演化、进步。^[2]卡尔·贝克尔向我们展示了一种研究近代宪政的有效方法,那就是以特定时代的宪法关键词为主线来勾勒宪法现象。^[3]

对于近代国人来说,“营业自由”并不是一个陌生的宪法性语词,恰恰相反,其流行程度远远超出当代人的想象。仅就文本而论,若检索近代中国出现的宪法文本(含草案),便可发现“营业自由”这个语词并不亚于其他的权利或自由类型语词出现的频率。以正式公布的文本来计算,从辛亥年(1911年)11月9日的《中华民国鄂州临时约法》到民国三十六年(1947年)1月1日《中华民国宪法》时止,“营业自由”语词在近代宪法文本中存续的时间至少也有三十八年左右,历经辛亥革命时期、北洋政府时期和南京国民政府时期各政权(见表一)。

表一 近代中国宪法文本(含草案)关于营业自由的相关规定一览表

历史时期	宪法文件名称	宪法文本公布日期	宪法文件条款	关键词
辛亥革命时期 (1911—1912年)	《中华民国鄂州临时约法》	1911年11月9日	第十一条:人民自由营业。	自由营业
	《江西省临时约法》	1912年1月24日	第二十五条:人民有营业之自由。	营业之自由
北洋政府时期 (1912—1928年)	《中华民国临时约法》(史称“临时约法”)	民国元年(1912年)三月十一日	第六条:人民得享有下列之自由权:……三、人民保有财产及营业之自由……	营业之自由
	《梁启超拟宪法草案》	发表于《宪政新闻》第十八期	第十六条:中华人民于法律范围内,有选择居住及职业之自由。	选择职业之自由
	《康有为拟宪法草案》	发表于《宪法新闻》第八期、第九期、第十一期、第十六期	第九十三条:凡人民听其营业自由。	营业自由
	《天坛宪法草案》	民国二年(1913年)“国会宪法起草委员会”拟定	第八条:中华民国人民有选择居住及职业之自由,非依法律不受限制。	选择职业之自由
	《中华民国约法》(“袁记约法”)	民国三年(1914年)五月一日	第五条:人民享有下列各款之自由权:……三、人民于法律范围内,有保有财产及营业之自由……	营业之自由
	《浙江省宪法》	1922年9月9日	第十五条:省民有营业自由权;但为维持公益,得以法律限制之。	营业自由权
	《湖南省宪法》	1922年1月1日	第十四条:人民有营业之自由;但为保障重大之公共利益时,须受法律上之限制。	营业之自由
	《中华民国宪法》(“贿选宪法”)	民国十二年(1923年)十月十日	第九条:中华民国人民有选择居住及职业之自由,非依法律,不受限制。	职业之自由
南京国民政府时期 (1925—1948年)	《福建省宪法》	1925年1月13日	第二十六条:省民有营业之自由权,非因保障公益并依据法律不受何种限制。	营业之自由权
	《中华民国约法草案》(太原扩大会议约法草案)	民国十九年(1930年)十月二十七日“太原扩大会议”议决	第三十八条:人民有选择居住及职业之自由,非违背公共利益及良善风俗,不得干涉。	职业之自由
	《中华民国训政时期约法》	民国二十年(1931年)六月一日	第三十七条:人民得自由选择职业及营业;但有妨害公共利益者,国家得以法律限制或禁止之(列“国计民生”章下)。	职业、营业
	《中华民国宪法草案初稿试拟稿》(吴经熊)	民国二十二年(1933年)六月以个人名义发表	第一七五条:人民之契约及职业自由,在不妨害公共利益及善良风俗之范围内应保护之(列“国计民生”章下)。	职业自由
	《中华民国宪法》	民国三十六年(1947年)一月一日	第十五条:人民之生存权、工作权及财产权,应予保障。第一四五条:国家对于私人之财富及私营事业,认为有妨害国民生计之均衡发展时,应以法律限制之(列“国计民生”章下)。	工作权、财产权、私营事业

[2]参见[美]卡尔·贝克尔:《18世纪哲学家的天城》,何兆武译,生活·读书·新知三联书店2001年版,第50—51页。

[3]在宪政思想史研究中,以关键词为主线来勾勒宪法现象的做法已经出现,如王人博等的《中国近代宪政史上的关键词》,法律出版社2009年版。类似研究在政治思想史领域亦已出现,如金观涛、刘青峰的《观念史研究:中国现代重要政治术语的形成》,法律出版社2009年版。

从宪法文本的形式结构来看，“营业自由”所处位置在基本固定中亦有变化。《中华民国训政时期约法》颁布以前，“营业自由”基本上是处在“人民”、“国民”抑或“人民之权利义务”一章中，与人民其他基本权利抑或自由并列，这充分说明当时的宪法制定者将“营业自由”视为人民的一项重要权利来予以对待，这一“待遇”持续近二十年左右。从《中华民国训政时期约法》起，“营业自由”被安置在“国计民生”章下。这一变化是否就能说明“营业自由”不再属于人民的基本权利（自由）？答案显然是否定的。因为“宪法中之一切权利义务，多非以‘人民之权利义务’一章包括之，除于‘人民之权利义务’章中规定一般权利义务外，其于生计有关者，则规定于‘生计’章中，其与教育有关者，则规定于‘教育’章中。”^[4]“营业自由”与人民“生计”息息相关，因此，南京国民政府时期将其列入“生计”章中再自然不过。

从法律用语来看，“营业自由”的使用方式并不规范、统一。除了“营业之自由”较为固定外，与之意思相近的语词还有“自由营业”、“职业之自由”、“营业之自由权”、“私营事业”、“工作权”等。但是，在这种使用方式不统一的背后，依然存在着某种统一性，这就是“营业自由”之内核在近代中国始终被承认，这也反映了当时人们对该语词的普遍认同。从法律文本上看，“营业自由”无论是在中国近代形式意义的宪法和形式意义的准宪法等宪法文本中都有出现抑或体现。^[5]这也充分说明，在近代中国，“营业自由”是被普遍认同的宪法关键词之一。

从法律规范表达方式上看，主要存在“营业之自由”结构、“营业之自由权”结构以及“自由营业”结构。若以“营业之自由”形式出现时，其落脚点在“自由”词形上，在表述上具体体现为“人民有营业之自由”等。若以“营业之自由权”形式出现时，则将“营业”视为一种自由权，如“省民有营业之自由权”。若以“自由营业”结构出现时，一般是指特定形式的经营活动，属“营业”的动词性运用。这种语词结构的不同，并不意味着词义完全不同，其是基于不同的宪法语境而作出的不同表述，这也彰显出了近代中国宪政的独特性。

二、汉语“营业自由”语词的缘起

“研究法学，必要探究各法律术语的含义、用法、起源以及其演变等，因为这些法律术语流变的背后，反映了法这一特定的社会现象的形成、发展和演变的过程，反映了某个国家、民族法律文化的所有内涵。”^[6]对于汉语“营业自由”语词而言，深入了解其缘起，同样意义重大。为解决该问题，我们必须借助语言这一工具，因为“语言是联系自我和世界的中介”。^[7]从汉语语法的角度看，“营业自由”语词属于词组，其由“营业”和“自由”两词合成，其与“言论自由”、“迁徙自由”等自由权的构词结构相同。因此，找寻汉语“营业自由”语词的缘起，我们可以尝试另外一种路径，即将近代宪法文本中的“营业自由”拆分为“营业”和“自由”两词以探寻。

找寻“营业”与“自由”词汇的缘起必须借助大量的资料。^[8]据笔者所掌握的现有资料证实，“营业”一词在中国古代汉语中既已有之，如“百姓虚竭，嗷然愁扰，愁扰则不营业，不营业则致穷困”，^[9]又如

[4]张知本：《宪法论》，殷啸虎、李莉勘校，中国方正出版社2004年版，第101页。

[5]所谓形式意义上的宪法，就是以“宪法”这一名词作为法典名称的根本法，如1923年10月10日颁布的《中华民国宪法》和1947年1月1日公布的《中华民国宪法》；所谓形式意义上的准宪法，在这里则指不以“宪法”这一名词作为法典名称的根本法，如1908年8月27日颁发的《钦定宪法大纲》、1912年3月11日公布的《中华民国临时约法》、1914年5月1日公布的《中华民国约法》和1931年6月1日公布的《中华民国训政时期约法》。

[6]何勤华：《汉语“法学”一词的起源及其流变》，《中国社会科学》1996年第6期。

[7][德]汉斯-格奥尔格·加达默尔：《真理与方法——哲学诠释学的基本特征》（下卷），洪汉鼎译，上海译文出版社1999年版，第605页。

[8]囿于篇幅，本文不进行语言文献的详细梳理。

[9]《三国志·吴志·骆统传》。

“近侍左右久困睢阳,幸即汝阳之安,皆娶妻营业,不愿迁徙”。^[10]前述两句中出现的“营业”一词皆意为“营谋生计”。如将“营业”一词再拆分,则为两字,即“营”字和“业”字。单就“营”字而论,其在古代汉语中仍有“谋生”之意,如“丁生怨在朝,王子欢自营”。^[11]在现代汉语中,以“营”为构词单位的词汇更是非常普遍,^[12]其中耳熟能详的有“营生”、“营利”、“营销”;以“营业”为构词单位的词汇同样很多,如“营业员”、“营业税”等词汇。同样,“自由”一词在我国古代汉语中亦有之。^[13]“自由”,最早见于汉代典籍。东汉时学者在诂训经籍时开始使用“自由”一词,既表达士大夫与君主相处时,保持一种独立自主的意志与行为。^[14]当然,古代汉语中的“自由”之词义与现代汉语“自由”词汇的语义并不完全相同。在现代汉语中,“自由”一词使用得相当普遍更是一件无需证明的事实。^[15]

有意思的是,无论是中国古代汉语辞典还是现代汉语词典,均未收录“营业自由”这一语词,似乎该等词典也是将“营业”与“自由”分别作为独立词汇予以对待。联想到“营业”与“自由”均在中国古代汉语中出现,且“营业自由”也是在近代中国宪法文本中存在,就不能不使人产生一种联想:“营业自由”是否就是源于中国古代汉语?更有意思的是,从近代汉语新词研究来看,“营业自由”语词作为整体也始终未被收录到相关“新词”或“外来词”词典中。^[16]这更能使人联想,“营业自由”是不是近代中国宪法文本制定者“托古制新”的创造?笔者认为,答案显然不是这样的简单肯定。

据意大利学者马西尼考证,近代中国宪法文件中出现的“营业”和“自由”语词,均是来自日语的“回归”汉字借词。^[17]马西尼指出,“营业”属名词,此词“在汉语中早已具有‘营谋生计或职业工作’这些意义了。此词见于1890年的黄遵宪《日本国志》^[18]以及1886年的Hepburn。此词可能是在日语的影响下再次在汉语中流行的。”^[19]“自由”一词,据马西尼考证,也属“来自日语的回归汉字借词”,名词,始见于1868年在华盛顿签署的《中美条约》附录,也见于1879年的《日本杂事诗》。1899年,梁启超将该词当作来自日语的原词借词举例过。^[20]《汉语外来词词典》也认为,“自由”一词源于近代日本。^[21]

笔者以为,马西尼等的考证具有很高程度的可信性。近代中国最早提出仿照日本,引入日本法律制度的先驱,是光绪三年(1877年)跟随何如璋出使日本,并担任清朝首任驻日使领馆参赞的黄遵宪。黄遵宪在出使日本期间(1877—1882)先后撰写了《日本国志》、《日本杂事诗》,对刚刚走上近代化的日

[10]《金史·完颜仲德传》。

[11]参见曹植诗《又赠丁仪王桀》。

[12]参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆2005年版,第1634—1635页。

[13]参见古代汉语词典编写组:《古代汉语词典》,商务印书馆2002年版,第2071—2072页。

[14]如东汉赵岐在《《孟子章句》注》中即提到“自由”一词:“孟子言人臣居官不得守其职,谏正君不见纳者,皆当致仕而去。今我居师宾之位,进退自由,岂不绰绰然而舒缓有余裕乎。绰裕皆宽也。”

[15]前引[12],中国社会科学院语言研究所词典编辑室编,第1808—1810页。

[16]有关外来词的词典,参见刘正炎、高名凯、麦永乾、史有为:《汉语外来词词典》,上海辞书出版社1984年版;黄河清:《近现代辞源》,姚德怀审定,上海辞书出版社2010年版,《近现代汉语新词词源词典》编辑委员会:《近现代汉语新词词源词典》,汉语大词典出版社2001年版;[意]马西尼:《现代汉语词汇的形成:十九世纪汉语外来词研究》,黄河清译,汉语大词典出版社1997年版;沈国威:《近代中日词汇交流研究:汉字新词的创制、容受与共享》,中华书局2010年版。

[17]“回归”一词引自马西尼(1997)。马西尼将来自日语的借词分为“原语借词”和“回归借词”两种。后者指见于早期汉语著作,词义仍然相同,经日语使用后又回归汉语的词。本文则不论词义是否发生变化,凡经日语流通使用后回归的汉语本族词均纳入“回归”的范畴。

[18]其实《日本国志》的全部书稿是在1887年夏季完成的,近代意义的“营业”一词最早应是在1887年就已出现。《日本国志》一书,共40卷50余万字,是记叙、介绍并重点研究日本明治维新之书。全书内容覆盖了日本社会各个领域,具体体现在该书十二志中,即国统志、邻交志、天文志、地理志、职官志、食货志、兵志、刑法志、学术志、礼俗志、物产志和工艺志。

[19][意]马西尼:《现代汉语词汇的形成——十九世纪汉语外来词研究》,黄河清译,汉语大词典出版社1997年版,第260页。

[20]前引[19],马西尼书,第272页。

[21]参见刘正炎、高名凯、麦永乾、史有为:《汉语外来词词典》,上海辞书出版社1984年版,第410页。

本的社会变化进行了全面的研究。其中,《日本国志》是“中国近代第一部系统而深入地研究日本的百科全书式著作”。〔22〕《日本国志》、《日本杂事诗》中有很多汉字新词,究其词源,或生成于中国早期的西学著作,或原本是汉语本族词,却在近代日语中词义被转换。如幕末·明治时期,在日语中使用的汉字新词,很多原本是古汉语中的词汇,是日本人通过再生转用的方法,赋予其新涵义后转换而成的。《日本国志》、《日本杂事诗》中使用的汉字新词,可判定源于古汉语,后被日语再生转用的本族词有很多,“营业”等词就是属于此等类型。〔23〕

也许有人会问,现代汉语中“营业”或“自由”会不会是源于欧洲?笔者以为,这一问题值得探究。1896年之前,清廷派遣出国学习法政制度的学生主要是到欧美国家。如近代中国留学的先驱——容闳〔24〕,到了美国耶鲁大学;被称为近代留学法科第一人的伍廷芳,1872年到了英国林肯律师学院;继伍廷芳之后,何启也于1879年进入英国林肯法律学院学习法律。1877年,福建船政学堂首次派遣30人分赴英、法,“学习制造、驾驶之方,及推陈出新,练兵致胜之理。”其中,马建忠、陈季同、魏瀚和严复是接触、观察和学习西方政制和法律的典型代表。〔25〕随后,又有多名学生被派往英法等国学习。〔26〕前述出国留学人员是否有可能从近代欧洲引进“营业”等词汇呢?答案显然也是否定的。虽早在1215年,英国《自由大宪章》第41条就宣称要捍卫“商业自由”。〔27〕但该条并未直接出现“营业”词汇。法国1789年的《人权宣言》,也未明白承认营业自由,〔28〕更遑论“营业自由”词汇。关于“自由”语词,1877年赴英留学的严复,也直到1901年—1902年间在汉语“自由生业”语词中才用到“自由”一词。同时,根据现有史料,两批留学生在法国主修的法律课程只有各国律例即国际法学课程,且根据有关他们回国后的现有史料,也没有发现任何有关“营业”或“自由”的只言片语。因此,笔者认为,汉语“自由”或“营业”语词不会是源于近代欧洲。

也许还有人会问,既然“营业”与“自由”语词是源于近代日本,为什么《明治宪法》并未出现“营业自由”语词?笔者以为,这或许与当时人士的认识有关,即其认为营业自由只是居住及迁徙之自由的一种必然结果,没有特别宣示的必要。伊藤博文在《日本帝国宪法义解》中提到,“维新之后,废藩之同时认可了人民居住及迁徙自由,规定藩日本臣民,无论帝国境内之任何地点,均可自由定在、借住、寄留及经营”。〔29〕此处的“经营”即有“营业”之意,这可以看出伊藤博文是将营业自由作为居住及迁徙之自由的一种必然结果,无须再明示。近代中国宪法学者张知本也认为:“即间有未以此项自由明定于宪法者(如日本宪法),而学者之解释,亦以此项自由,已包含于居住及移转之自由中。”〔30〕

综上所述可以看出,近代宪法文本中的“营业”与“自由”词语均源于近代日本,毋庸置疑,“营业”、“自由”语词就不是直接来自中国古代汉语。同时,据表一可知,在近代中国宪法文本中,第一次将“营业”与“自由”连用始见于《中华民国鄂州临时约法》第十一条,“人民自由营业”。当然,此时“自由营业”与“营业自由”在表述上还是略有不同的。其后,“营业自由”语词也就成为了近代国人认识基本权利(自由)的非常重要的宪法性词汇之一,并频繁出现于宪法文本中。

〔22〕黄遵宪:《日本国志》,上海古籍出版社2001年版,第1页。

〔23〕参见刘凡夫:《以黄遵宪〈日本国志〉(1895)为语料的日语借词研究》,《日语学习与研究》2012年第3期。

〔24〕容闳虽为近代留学的开创者,也获得过“名誉法学博士”,回国后也与法律职业有过短暂接触。但毕竟不属于“法律科班”出身,而且在耶鲁大学获得的学士学位为文学学士,所以不能称为留学法科第一人(参见何勤华:《中国法学史(第三卷)》,法律出版社2006年版,第66页)。本文在探讨“营业”、“自由”语词缘起时,重点关注近代欧洲。

〔25〕马建忠、陈季同、魏瀚3人被派往法国,严复被派往英国,参见王健:《中国近代的法律教育》,中国政法大学出版社2001年版。

〔26〕参见前引〔25〕,王健书,第7页。

〔27〕参见[美]泰格等:《法律与资本主义的兴起》,纪琨译,学林出版社1996年版,第230页。

〔28〕王世杰、钱端升:《比较宪法》,商务印书馆2010年版,第98页。

〔29〕[日]伊藤博文:《日本帝国宪法义解》,牛仲君译,中国法制出版社2011年版,第17页。

〔30〕前引〔4〕,张知本书,第116页。