

中国宪法文化丛书

丛书主编 陈晓枫

晚清表达自由制度研究

李默菡 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

中国宪法文化丛书

丛书主编 陈晓枫

晚清表达自由制度研究



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

晚清表达自由制度研究/李默菡著. —武汉: 武汉大学出版社, 2015. 10

中国宪法文化丛书

ISBN 978-7-307-16987-6

I. 晚… II. 李… III. 自由—政治思想史—研究—中国—清后期
IV. D092. 52

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 244707 号

责任编辑:钱 静

责任校对:李孟潇

版式设计:韩闻锦

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷: 湖北省荆州市今印印务有限公司

开本: 720 × 1000 1/16 印张: 11.25 字数: 160 千字 插页: 1

版次: 2015 年 10 月第 1 版 2015 年 10 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-16987-6 定价: 30.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

序 言

宪法与文化的交集

相对于诸多历史悠久的法律而言，宪法并不是自古就有的。

宪法产生于一种文化，即“古希腊——罗马——欧美文化圈”的文化。宪法在这种文化中历经历史沉淀，聚合创新，超越原有的文明成果而产生。古代希腊的学者在考察过一百多个城邦政制之后，得出来的结论认为，在一系列的国家法律制度之中，存在着一种最为基础的政治法律原则，并且在这个原则之上，还存在着普遍的、永恒的“自然法则”。这是“基本法”的理念的最为初始的内涵，也是这个概念最为基础的文化底蕴。之后在征战频仍的欧洲中世纪，各城邦国家大多承用了基本法的设计；同时在教会法的遮掩下，自然法的部分理念披着神学外衣也留存沿袭下来。当古代简单的商品经济发展为繁荣的经济贸易和规模化的手工业工场时，不同的经济主体为了确保自己的经济利益，开始在政治上要求参与政权，实现法治。代表这个利益群体的思想家们，格老秀斯、洛克、孟德斯鸠和卢梭，毫不犹豫地扬起基本法理念的旗帜，并将之充分演绎、丰富论证，定准为国家根本法。在基本法这个理念之上，从法效力而论，他们论证存在着一种自然状态，基本法是从中析分出来的社会契约；在基本法自身的构架之中，他们为防止权贵篡改基本法而侵占市民阶层的利益，在其中填加进了人民主权的原则、分权制衡的原则、法治原则和人权原则；在基本法的下位，为了阻止部门法律对基本法僭越而毁损利益安排的秩序，他们添加了基本法效力最高，基本法设置保障，设立合法性审查制度和秩序正义原则。呼应着这些主张和创制的价值理念：民主、自由、平等、人权和传播这些观念的法理学说，风靡了整个欧洲和北美大陆。基本法羽翼丰满，一飞冲天。它聚合了传统的文化理念，超越古代文

明成果，生成为宪法，在英、法、美等主要资本主义国家横空出世。

宪法作为海商文明圈文化因子沉淀聚合的成果，自从其创生之始，就包含着与生俱来的文化预设。宪法具有基本法的功能，首先是来自于法律的效力可分为不同层级的理念，即有些法律的效力从属于另外一部法律，当两者的效力在认知上发生冲突时，相冲突的这部分法律因为被识别出来而归于无效。其次，宪法作为根本法，又一方面具有母法的意义，从它的授权中析分和产生出各部门法律；另一方面宪法作为根本法高居于强制性行为规范体系的顶端，监督着各部门法的构建与运行，一旦识别出异己的制度或事件，根本法就启用自身设定的矫正系统，宣告撤销违宪的制度，或者宣告行为违法无效。宪法虽然独居于众法之上，但却要折服在理性——自然法则之下。在理性原则面前，宪法自身必须是良法，其最根本的特征是，在设置一个权力时，必定设有另一个对它享有审查撤销权的权力；而且它的自身，以保障人权为最终价值依归。最后，除了法律分有层级以外，民主也富有层级。人民的意愿可以在一个层级或几个层级上，经过某一个程序而由被选举出来的少数人来代表，而决定这种实质性权力的关键，是选举程序的正当与真实。

不难寻查出，关于法律具有效力层级的理念，是出自于希腊城邦政制与自然法则关系；关于权力的制衡监督，是来自古希腊的氏族、胞族到合并列部族的规则以及古罗马的库里亚制度；关于基本法律应该兼具母法、根本法效力的设定，则来自于欧洲中世纪城邦国家制度的构建；至于通过了选举这道魔咒之后，被选举人的主张就完全可以视同为选举人群体的一体主张，则起自于梭伦设创四百人大会以降，延及于整个欧洲古代、中世纪和近现代史中的政治法律规则。简而言之，这都具有悠久的历史传承和广泛的文化认同。具有这一类想法的民族一定是在古希腊之前更早的历史阶段，就寻找过通过一种妥协，来合并氏族、胞部以致最后走向部族的路径。因为这一类想法的关键之处，就是缺位了一个最终的统一者，大家都在平等的契约主体地位上，来分摊权力。如果把这一类想法归结为文化的话，那么这类文化基因的起点，至少应在一万年之前。

这便是中国人移植宪法研习宪学的难处。

中国的法学人一般疏于理解文化学的原理。他们习惯于将文化理解为文明成果的积累，并在此意义上将之划分为观念文化、行为文化和制度文化；他们不认同文化是整合观念、行为与制度的；不认同文化是价值理念中具有指令作用的观念体系；不认同文化是支配了制度构建、理论特征和实施机制的关键因素。因此，他们把来自一种特定文化的宪法中的基本特征，归结为宪法历史的范畴，是宪法发展中的历史现象；而不去理解无论表层的制度和学说怎么变幻，在深层之中文化基因能一以贯之地支配着宪法。中国法学人中出现这种现象，表现出他的研究自身就是宪法学说中的一种文化现象，是中国学人在宪法上拒绝与西方文化重构的表现，进而将宪法基因和特征的问题，指称为是历史范畴问题；时间上它已经被超越了。

中国的法学人习宪法治宪学的艰难困苦之处，或就在于忽视了宪法本身是一个文化现象。

古代中国人以宗法拟制扩族为国。夏有钧台作享，商有景亳之命，周初封邦建国。这种建国方式中，虽然也有诸侯、方伯参与其间的盟、誓、会、享仪式，这些仪式也可以认为是建国的契约，然而显著不同于古希腊罗马的地方，就是这种仪式或契约的目的，在于确定共尊天下的君主，而不是确定权力析分与制约关系。自此往下，秦汉又包吞八荒之后，中国人的法思维中，没有基本法、母法、根本法的概念，一切事物，权制一断于君。法律的形式，律令格式比而已。设想法有位阶的效力层级，再引申出基本法的保障，并对无效法令审查和宣告，设置法定权力，则必设定监督制衡等种种宪法体系构成的要素，因天子君权独大，得便宜行事，都成为构建缺位，且无构建必要的事项了。

近代中国人自 1840 年后放眼看世界，开始仿习西方列强。从制夷器，师夷制，习西学，仿西政，最后走向移植宪法。但自仿行宪法开始，中国其实并没有发达的市场经济；没有经济利益的独立主体去寻求制度性安排的诉求；没有社会中各阶层，需按宪法配置的动议。中国人立宪的精力，集中于中国官制改革，央地权力关系，以及救亡

图存目的，之后终于指向驱逐鞑虏，振兴中华的建国方略。宪法是自上而下的诏令朱批，是军阀逐鹿之后的册封大典。凡此种种又都是中国法律传统与西宪西学在文化上的悖反。很长时间以来，中国人都没有意识到移植宪法的根本，是中断中国的法文化传承，并结合宪制自主重构中国的法文化，特别是宪法文化。

但是当文化的表层制度变迁，与深层的理念发生尖锐冲突时，重构是一个必然的规律，并不以人们是否秉持自主意志为转移。中国人用“中体西用”的结构主义智慧，将宪法文化的主要内容，改造成为我所用的体系。其中一些制度体系逐渐演化成大法虚置的传统典册，保障体系逐渐剥离出部门法各自行其是；知识体系则逐渐填充进改造过的新儒学学说。

当这些宪法文化问题被列入研究课题之时，笔者正在宪法学家何华辉先生门下，攻读宪法学的博士学位。学位论文慨然命笔撰为：中国宪法文化研究。十五载春秋，过隙如驹。彼时至今，武汉大学法学院宪法行政法学团队指导的博士论文中，攻研宪法文化方向者，积有三十余篇，内容广泛涉及从社会到思潮，从思潮到制宪，从文本到实施，从权利到权力。论文虽然写作时间不一，但立场基本是一致的：探研中国宪法在文化上的建构。学生离校，各执其业，很多论文在汇集本编丛书时，都已经出版面世了。现有的几部著作，虽不能集全十五年来本校在此专业方向上的论文建设成果，但也分别关涉中国宪法的知识体系问题，主权的大权化来源，中央国家机关的构建，权力的变迁机制，以及部分具体制度上的中国宪法文化重构。寥寥数本，可窥豹斑，大致表达出这个丛书作者们致志达到的认知水平。

期盼这些成果能裨益于中国宪法文化的研究，能够共襄中国宪法研究大业。

陈晓枫

2013年6月10日

目 录

引言.....	1
第一章 绪论.....	3
第一节 表达自由概述.....	3
一、表达自由的内涵与外延.....	3
二、表达自由的逻辑结构.....	9
第二节 表达自由的法律意义与法律化	12
一、表达自由的法律意义	12
二、表达自由的法律化	13
第二章 晚清时局下的传统表达机理	17
第一节 传统表达机理	17
一、传统中国的表达机理	18
二、清朝前期的表达机理	27
三、传统表达机理的成因及社会作用	35
第二节 传统表达机理的危机	38
一、晚清知识分子对传统表达机理的批判与反思	38
二、晚清表达自由观念的萌芽与发展	45
三、晚清表达自由观念的基本特征及影响	51
第三章 晚清表达自由制度的发端	56
第一节 言禁的衰落	56
一、封建中央政权的衰落	56
二、新知识分子的产生	67

第二节 现代出版、集会、结社活动的出现和发展	76
一、晚清现代表达方式的发端	76
二、晚清现代表达方式的勃兴	81
三、现代表达方式对晚清社会的影响	88
第三节 开禁与言禁的激变	93
一、封建专制政权对表达自由的遏制	93
二、表达自由入法入宪的契机——苏报案	99
 第四章 晚清表达自由制度的创制与实践	106
第一节 晚清表达自由立法指导思想的形成	106
一、附着在“变法图强”的时代愿望下的开禁	106
二、晚清统治者寄希望于“勒以章程，咸纳轨物”	111
三、小结	114
第二节 表达自由法律体系的形成	115
一、单行法律法规的先行	115
二、宪法性文件确立表达自由	125
第三节 晚清表达自由制度的实践	130
一、封建政权干预下的法律实施	130
二、民众对表达自由权的捍卫	137
三、小结	140
 第五章 晚清表达自由制度的实现障碍及历史评价	142
第一节 晚清表达自由实现的障碍	142
一、传统法律文化的制约	142
二、社会基础条件的缺乏	147
第二节 晚清表达自由制度的历史评价	151
一、理论上的表达自由与实践中的有限表达	151
二、法律体系中以律废宪、以令破律	152
三、宪法外衣下的专制	153

四、晚清表达自由制度的进步性与局限性.....	153
附 录.....	156
参考文献.....	160

引言

晚清是中国历史上最重要的转型期和变革期，鸦片战争之后至中华人民共和国成立的百年间，民主、法治等思想在中国迅速传播，各种变法、改革运动此起彼伏。自晚清变革以来，学习现代法律制度成为所有的社会改革中最重要的举措之一。但是历史具有延续性，几千年皇权体制下形成的独特法律文化必然会制约晚清统治阶层对现代法律制度的借鉴、制定和实施。正如费正清、刘广京对清末历史研究时所发现的那样，“自1840年以来，外国对中国的多方面的影响是显而易见的。甚至，以鸦片战争这场外国入侵作为中国近代史的起点，都已成为习惯。但是，所有这些外来影响只形成中国人民日常生活环境的一小部分，而四周的风土人情和遗传下来的生活方式在这一环境中仍居统治地位，而且变化缓慢”。^①

表达自由起源于西方，被普遍认为是人应当享有的基本权利。密尔在《论自由》中曾说：“人类应当有自由去形成意见并且无保留地发表意见”^②，“这个自由如果得不到承认，或者无人不顾禁令而加以力主，那么在人的智行方面并从而也在人的德性方面便有毁灭性的后果”。^③ 时值晚清国运日颓，为了救亡图存，中国的知识分子也开始出于对国家的忧患寻求出路，为了能够变法图强，他们对传统的表达机理进行了深刻的反思，并在传统文化的框架中提出了开言禁、开报禁以富强国家的要求，他们的这种呼声成为近代中国知识分子以创办报刊、兴会社等多种表达方式来传播新思想、提出新主张的先导。

① [美] 费正清，刘广京．剑桥中国晚清史（下）[M]．北京：中国社会科学出版社，1993：2.

② [英] 约翰·密尔．论自由[M]．北京：商务印书馆，2007：65.

③ [英] 约翰·密尔．论自由[M]．北京：商务印书馆，2007：65.

此间西方的表达自由思想陆续传入，到清末约经过六十余年的酝酿，随着国人对西方表达自由理解的不断深入，加之清廷对当时各种表达活动的打击，国人逐渐开始由最初的求富强必须开言路的传统政治理论框架转而形成表达自由权的观念，并且通过办报刊、开学堂等诸多活动为争取表达自由权而斗争，最终使得这些活动被法律和宪法性文件承认其合法性，确立了表达自由权，进而形成了晚清的表达自由制度。对于当代而言，人人享有表达自由是法律赋予我们的正当权利，但是在晚清，表达自由产生于几千年来厉行言论控制政策的封建政治传统中，我们不得不追问原因是什么？另一方面，统治阶级在不可逆转的变革趋势中，承认了人民享有表达自由权并制定了相关的法律法规，但是出于自身统治的需要，除了在法律制度的设计上取舍不一或为表达自由权的行使设置重重障碍，在实际操作中也不乏完全将法律置之不理的粗暴干涉。

笔者以晚清表达自由制度为研究对象，通过对晚清表达自由制度形成背景、法律文本及社会实践的考察，展现出近代中国表达自由制度的创制和实践的全貌，并希望能够明晰我国封建社会言论控制的法律文化传统是如何制约近代的表达自由制度，并探讨真正实现表达自由的各种社会条件。

第一章 绪 论

第一节 表达自由概述

一、表达自由的内涵与外延

(一) 表达自由的内涵

表达自由，也叫言论自由，在《牛津法律大辞典中》中有两个相关的词条与此对应，其一是言论自由（Freedom of Expression），“……任何人可以不受法律拘束地表达任何观点，但这一原则受到许多条件的限制。有许多事前限制，比如需要获得许可证才能对外广播……要表达各种观点，还有许多事实的而非法律的障碍。报纸和杂志的编辑和出版商可能拒绝发表某人的观点，警察或公共机构可能拒绝许可在公共场所举行集会”。^① 同一页的另一个词条将表达和言论放在一起，即 Freedom speech of expression，“其含义是指，以口头、书面、图片、广播或其他方式传播对任何事项的声明和观点。为禁止诽谤和藐视的法律及其他手段在一定程度下所保护的他人利益。以及通过禁止淫秽（原文如此——作者注）下流的出版物而保护的公共利益的需要，这一自由要受到限制”。^②

《布莱克法律词典》对表达自由（Freedom of expression）的解释是：“美国宪法第一修正案所赋予的言论自由、出版自由、集会自由

① David M. Walker 著，李双元，等，译．牛津法律大辞典 [M]．北京：法律出版社，2003：445．

② David M. Walker 著，李双元，等，译．牛津法律大辞典 [M]．北京：法律出版社，2003：445．

和宗教信仰自由，并禁止政府干预这些自由。”

而对表达自由或者说言论自由进行的解释当中，最通俗易懂的，莫过于罗隆基，他说：“言论自由，就是‘有什么言，出什么言，有什么论，发什么论’的意思。”^①

相比于饱学西方政治法律理论的罗隆基对言论自由的理解，我国当代学者对表达自由或言论自由的理解略有不同，如学者甄树青认为，“所谓表达自由，是公民的基本自由之一。它是指公民在法律规定或许可的情况下，使用各种媒介或方式表明、显示或公开传播思想、意见、观点、主张、情感、或信息、知识等内容而不受他人干涉、约束或惩罚的自主状态”。^②

可以明显看出来的是，西方国家对表达自由的界定通常都首先认定其为基本权利或人权之一，只有在一定的情况下才受到限制或对其进行限制；我国学者则一开始就将其置放于法律之下，非法律规定，不得享有或行使表达权。即便存在这一差异，但以上对表达自由的解释都包含有三个方面的共同内容：

第一，表达自由是一项自由，或者说是一项权利。该权利与普通的权利的差别在于，表达自由不带有利益性，人们评价某个事件、对某人发表看法，并不是为了自身谋取利益。该权利也不要求表达者承担相对应的义务。用自然法学派的语言来表述，该项自由是天赋的，它出自于人的天性。从这个意义上说，它应该先于宪法和法律。但在现代国家，表达自由通常首先由宪法来加以保障。

第二，该项自由或权利的内容是表达或言论。所谓表达，是将思维所得的成果用语言（语音语调）、表情、行为等方式反映出来的一种行为。表达以交际、传播为目的，以物、事、情、理为内容，以语言为工具，以听者、读者为接收对象。所谓言论指发表的意见或议论。二者含义稍有不同，因为在笔者看来，言论是表达的方式之一。

① 罗隆基．告压迫言论自由者——研究党义的心得 [G] //胡适，梁实秋，罗隆基．人权论集 [M]．北京：中国长安出版社，2013：62．

② 甄树青．论表达自由 [M]．北京：社会科学文献出版社，2000：19．

在法律和政治术语的意义上,本书所使用的表达与通常意义上的表达在范围上有所不同。通常意义上的表达,其内容无所不包。法律意义,尤其是宪法意义上的表达,其内容通常是对法律和政治事件,包括公共事务的看法、评论和主张。

第三,表达自由的限度。大多数学者认为,表达自由应当在法律所规定的范围内行使,法律先于表达现象。

但另一方面,表达自由又不是绝对的。英国将表达自由确定为普通法原则,个人可以不受法律约束地发表任何意见,但在事实上和法律上,又对它设定了一些限制条件,如广播任何材料须预先得到批准之类的预先限制等,另外,表达自由还“受到尊重他人利益的要求的限制,而他人利益在某种程度上是由诽谤法、藐视法和其他法规加以限制”。“还受到尊重公共利益之要求的限制,而这些公共利益是受禁止淫秽出版法加以限制的。”^① 美国对言论自由的限制往往是通过法院的判决来评判和进行的,其限制的原则又经过了变化,从最初的事先限制原则发展到“明显而即刻的危险”。但在司法审查制度之下,这一限制通常都是由美国的联邦最高法院作出的。

(二) 表达自由的外延

关于表达自由的外延,不同的学者有不同的理解,但笔者认为要真正界分出表达自由的外延,必须弄清楚几个相近概念之间的关系,这些概念包括思想自由、政治自由以及行为和言论之间的区分。

思想自由通常意指“每一项法律制度都予以保障的,至少要保障人们持有某种信念和看法。因为任何法律程序都不能干涉人们只是持有某种信念和看法。但是人们的信念和看法往往会通过行为、语言、食物、礼仪、衣着、某些团体的成员资格或其他方式而表达于外……”^② 英国思想家以赛亚·伯林将自由区分为积极自由和消极自

^① David M. Walker 著,李双元,等,译.牛津法律大辞典[M].北京:法律出版社,2003:354.

^② David M. Walker 著,李双元,等,译.牛津法律大辞典[M].北京:法律出版社,2003:444.

由，如果仅提及思想自由的话，那它基本上属于消极自由的范畴。但如果提及表达自由的话，那就开始进入到积极自由的领域了。因为思想自由从最狭义的角度来说意味着一个人持有某种想法的自由，而不涉及其发表和实施，而事实上某人内心的思想和情感对他人而言是不可把握的。表达自由则相反，它注重于将内心的思想和意见传播开来，其目的更可能是希望能实现自己的思想。因而从某个方面来说，思想自由是表达自由的前置条件和基础，表达自由是思想自由的外在延伸；或者说表达自由当然内含着思想自由的前提。但本书对表达自由外延的把握仅限于表达本身，而不涉及思想。

《牛津法律大辞典》对政治自由的解释是：“政治组织团体内的个人参与该团体事务的权利和自由。其包括两个不同的含义即：作为候选人、成员或仅是有选举权人参与各级政府事务的权利；作为有选举权的人和候选人，在提出政策、争取选票以及权衡竞争性主张和决定性选票的过程中，有免受恐吓、强迫和损害性后果之威胁的权利。因此，一般来说，政治自由意指无记名投票以及包含结社、集会自由、言论自由、新闻自由等要素。”^①我国《宪法》第35条规定：“中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。”这在理论界通常被解释为是六大政治自由。从最广义的角度来说，参选和选举也属于表达的范畴，尤其是选举，被认为是通过选票说话。但从宪法的角度来说，选举和被选举都是参与国家政治活动的过程，与权力的建构和运行的关系比与表达的关系更加紧密。另一方面，虽然以上六个方面也被认为是政治自由，但更多的情况下，以上各项自由的行使可能并不一定与政治活动相关。将它们归为政治自由，是历史斗争的结果，而非逻辑划分的结果。

言论与行动是最常见的，也从未被人怀疑的一对范畴。但当我们进入到法律领域的时候，这一对范畴的划分也开始变得模糊了。最常见的例子是在民法上，某些特定的作为或不作为被赋予了意思

^① David M. Walker 著，李二元，等，译．牛津法律大辞典 [M]．北京：法律出版社，2003：443．

表示的含义，例如沉默等。自萨维尼发明意思表示这一概念后，它就成为了所有民事行为的核心组成部分。宪法中的表达自由也是一样。在现实生活中，表达和言论通常都受到了客观条件的限制，例如想说话，但由于地位卑微无人倾听；在纸张发明之前，表现为文字都十分困难，更不要说大规模的传播；在传播方式如此发达的现代，要想真正独立完成一个意思的表达也并不容易，物质基础的要求是越来越高。

由此，笔者认为，表达自由的外延有三个层次：最广义的表达自由包括选举权和被选举权、思想和宗教自由在内，最狭义的表达自由则仅仅包括言论、出版、广播等自由。本书采用第三种，也就是典型的表达自由的外延，即是通常所说的六大政治自由：言论、出版、集会、结社、游行和示威自由。处于论述的需要，在某些特定的上下文中，还会将选举和被选举也纳入其中。

言论自由与出版自由属于最狭义的，也是最典型的表达自由的范畴。言论自由是照自己的意愿在公共领域自由地发表言论以及听取他人陈述意见的权利，包括演讲及创作和发布电影、照片、歌曲、舞蹈及其他各种形式的富有表现力的资讯。^①事实上，出版也应当纳入到言论的范畴之中，只不过在历史上，争取出版自由的斗争尤为激烈和突出，关于出版自由的理论也非常丰富，因而在现代的法律术语中，它获得了独立的地位。在西方学界，出版自由和新闻自由通常是在一个意义上使用的，即 Freedom of the Press，它是主要的公民自由权之一。Press 通常包括报纸、电视、广播、网络 and 书籍，从出版自由的实施上来说，这一概念也可以延伸至保障新闻界采集和发布信息，并提供给公众的充分自由。^②

《牛津法律大辞典》对“集会自由”（Freedom of Assembly）的界定是：“为任何合法目的，许多人可以合法集会，但在私房屋内进行的，要求获得房屋的所有权人或占有权人的邀请或同意。在公共场所

① 参见维基百科言论自由条。

② 参见维基百科新闻自由条。