

現代法政的起源

董彥斌 著

1900—1919

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

現代法政的起源

1900—1919

董彥斌 著

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

现代法政的起源:1900—1919 / 董彦斌著. —北京:法律出版社,2015. 7
ISBN 978 - 7 - 5118 - 8080 - 2

I. ①现… II. ①董… III. ①法制史—研究—中国—1900 ~ 1919 IV. ①D929. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 130902 号

现代法政的起源:1900—1919	董彦斌 著	责任编辑 高山 黄倩倩 装帧设计 乔智炜 插图 王晓琳——木木工作室
-------------------	-------	--

© 法律出版社·中国

开本 A5	印张 7.875 字数 164千
版本 2015 年 10 月第 1 版	印次 2015 年 10 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 北京泰山兴业印务有限责任公司	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 - 8080 - 2

定价:40.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

立法本身,只能被视为历史整体的一部分。

——萨维尼

本书主要讨论了 1900—1919 年的法律与政治。这段期间，中国的法政发生了重大变革。在后续岁月里，这些变革有的变成了制度传统，有的变成了思想传统，有的变成了新的制度变革的参照系，不仅影响了整个 20 世纪，还影响了当代，并将影响到我们能预见的未来。可以确信，从 1900—1919 年的法政变革开始，中国形成了现代意义上的法政。基于此，我将本书命名为《现代法政的起源》。

我曾从中国历史中找出了三个我认为的最重要的节点，三者皆与制度变革相关。第一个节点是尧时期，我称之为立国时刻。在立国时刻，中国具有中央权威的国家体制开始形成，尧创立了一套框架性、总纲性的制度，用以处理央地、神人关系和权力交接问题。第二个节点是汉初，我称之为立教时刻。在立教时刻，儒家深刻地影响了帝国，具有高度意识形态性的中央帝国体制得以确立。尽管毛泽东说“百代都行秦制度”，谭嗣同说“两千年来之政，秦政也”，但是，秦始皇帝开创的中央帝国模式，到了汉初才确立了国教合一、儒法合体的体制，进而稳固下来。汉承秦制，实际上汉又创造性地稳固了秦制。第三个节点就是清末民初，我称之为立宪时刻。立宪时刻的使命，就是要重构国民和国家的关系并

重新搭建横向和纵向的政权关系,令国家所有的重大权力都受到宪法约束,以新理念重塑权力制衡,使个体成为有较大独立性的受保护的自由个体,使社会成为饱满的巨大空间。总之,立宪时刻在理想意义上迎来的,是一个减少国家监护的、公权和私权界限分明的、重新塑造的但又是依国族土壤塑造的新国。

现代法政的起源,就发生在这个立宪时刻。所以,从纵向的中国史来看,现代法政的起源具有制度上的“两千年性”,立国、立教、立宪,都是以两千年为间隔的制度变革时刻。如果我们回溯历史,看到儒家文明在中国史上光辉无限,其实,儒家正是享有这历史上的“两千年性”。现代法政在接下来的两千年里,就将发挥儒学在19世纪之前那样的作用。

而从横向来看,现代法政在中国的起源,也是世界史上的重大事件。美国建国重要,重要在一个国家和一种新制度由此诞生;法国大革命重要,重要在新的革命模式由此席卷而来。但此前,世人还没有在这个意义上来观察中国现代法政的起源,其原因无非两条:一是中国当时创立的现代法政制度,是移植的、仿制的,似乎一个制度上的后发国家,就不值得成为世界级的研究对象;二是从清末以来,百多年来,中国的国力和国内的制度建设,都没有达到真正意义上的举世瞩目的程度。就像奥运会,只有像中国这样渴望被世人关注的国度,才会如此在意。但接下来,情况会有不同,因为中国这个国家,其经济总量崛起成为世界第一,迎来“中国经济再崛起”。我们回顾过去五百年的历史,总能看到强国的金牌在轮换主人,谁拿到金牌,谁就有了被他人关注的资格,有了这个资格之后,其历史尤其是现代开端的历史也才值得珍视。

所以,在横向范围内,可以预期的是,现代法政在中国的起源,百年之中将获得更多的全球性关注,成为大范围的历史课题。人们会像今天关注《大宪章》和《独立宣言》一样,来关注我们在百年前的法典。进一步说,与经济总量第一相比,中国同时期的法政制度供给并不令人满意,回溯法政起源,从而锤炼出更能匹配于亿兆斯民共同缔造的经济总量的法政制度和法政体系,也值得世人共同商量琢磨。

回溯现代法政的起源,我们无疑应当致敬百年前的先辈们,至少在于三点:其一,在现代法政的起源时刻,主事者对旧法政的变革极为系统。将那些主事者称为“中国人民的优秀儿女、我国法律和政治事业的卓越领导人、杰出的改革家”亦不为过。法政的建设没有试验田,没有实验室,百年前的前辈们的系统改革,就是给我们做了一场浩大的实验,我们思考当下和未来的相关改革时,不能不审视那段历史。其二,从清末到民初,许多变革是延续的。这一点,我在本书的《1912 年的法律与革命》中做了阐述。延续,而不是切断,就能做到制度上的深耕。其三,变革何其难哉,如何因应国情而不是生硬移植,如何突破阻力而又平和推进,如何面对危局而又受命不迁,既需要变革者的智慧,也需要勇气和耐力。当然,他们的许多变革和建构还是失败了,然而失败的故事是好看的,失败者的内心,闪耀着使命感之光。历史给失败者授予勋章。

我们应当为这些先辈感到自豪,而今天,似乎有力量让人们对法政起源时分的故事不那么自豪。一方面是因为不论是中学还是大学的近代史教育,或是法科的法律史教育,都没有真正公允地书写百年前的法政前辈,以至于对现代法政起源时刻的诸多

史事和制度成绩的叙述,很大程度上仍然是理论法学领域里的自说自话;另一方面是因为某些宣传性的批判,使得人们过于标签化地去看待百年前的历史,更难做到心平气和地回到历史现场来面对那些本来很鲜活的个体。

诗人顾城在小说《想象力》的结尾写了两句话:其一:“生下来就中了十面埋伏”;其二,“时代来去如风,故园荒草如金”。“生下来就中了十面埋伏”,20世纪以来,我们的环境似乎总是很艰难,但艰难之中,我们仍然要点亮光明正大的星火,而不是对混乱、错谬以至于倒退的理念和制度建构低头,一百年前如此,当代同样如此。“时代来去如风,故园荒草如金”,这启示我们不仅应该看看讲法国大革命、英国大宪章和美国司法制度的书,还应当看看讲百年前的中国大革命、中国大宪章和中国司法制度的书。

面对现代法政的起源这个大话题,我采用的是所谓以点带面的做法,也可以说还有一些故事性。我是想从过程中找到道理。至于书中一些看起来文学性的描述,例如《钦定宪法夭折记》一文,都来自相关史料,例如《汪荣宝日记》。具体内容,当然都在书里,这里不用重复。关于清末的法政光谱变迁,还可参看我即将出版的《大国立宪:立宪时刻的儒家、秩序与革命》一书。

本书当然是带着问题意识写的,这里说的“问题意识”就是对当代改革的观察。

本书也是带着价值情感来写的,这里说的“价值情感”就是对中国未来的祈福。

我们回到现代法政的起源时刻,无非是想给当代中国寻找历史上的同路人,并辅弼未来中国的良性转变。

目 录

帝 国

反改革者：陆润庠	3
反改革者：樊增祥	9
安顿贵族	13
废科举：“读书人”转变记	17
司法改革中的法官级别	21
司法改革时间表	25
戊戌变法平反记	29
制宪的开启	41
《钦定宪法》夭折记	45

元 年

抢夺宪法“抓手”：临时约法的故事	61
孙中山为什么捍卫临时约法？	72

梁启超的宪政预言	80
改造同盟会	86
政治竞争	94
1912 年的法律与革命	98
弹劾吕志伊案:民国弹劾第一案	103
致敬捍卫领土的先民	107
藏在衣服里的自由	112
从“偏途”到现代公务员	117

北 洋

宋教仁与民初宪政	123
要“限权”,还是“威权”:谈袁世凯称帝	128
从袁世凯看威权主义	132
中国首个国会的诞生	137
威权与革命激荡下的国会命运	145
天坛宪草的制宪权争夺战	150
天坛宪草起草记	159
“儒家入宪”	164
失踪的法律家章宗祥	168
许世英与司法改革锐进	172
梁启超与司法改革倒退	176
知耻近乎勇:领事裁判权新议	180
杨荫杭公案	184
公民教育	192

五 四

五四与宪法	199
作为法律事件的五四	204
从五四看宪法自由	210
与陈独秀论爱国书	217
与顾颉刚论中华民族书	223
张国焘版的《背影》	227
思想史上的孤独者	232
1927 年的三位逝者	236

帝 国

反改革者：陆润庠

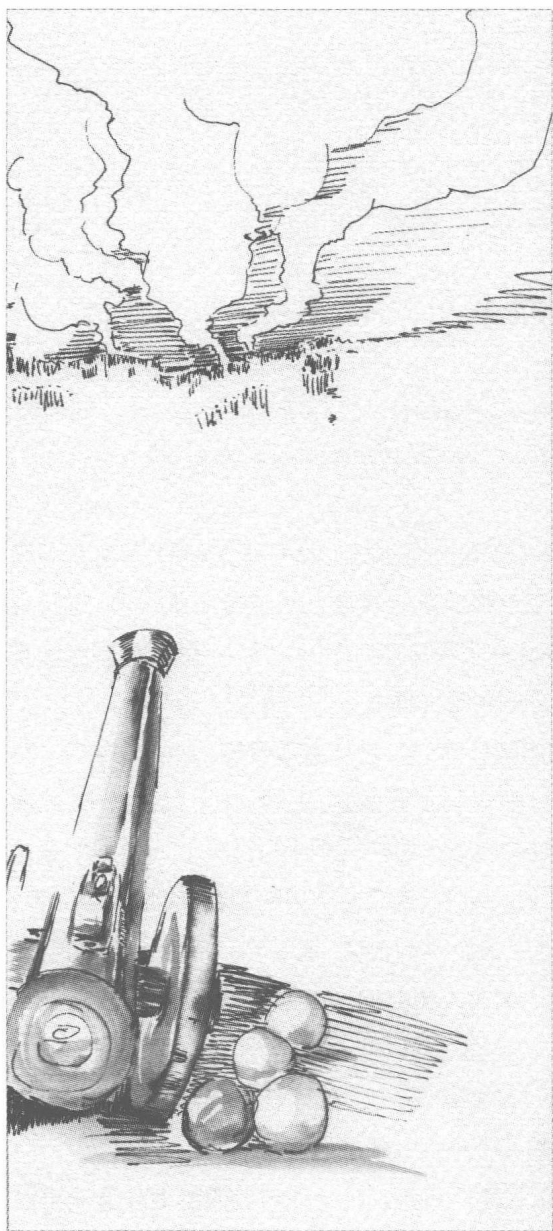
陆润庠的一生，完成了一个大悖论。这又是个不奇怪的悖论。从人中龙凤变成既得利益者，从既得利益者变成改革反对者——从陆润庠和许多精英身上体现的这个规律，我们必须注意到。

如果不是历史确实发生了，谁能想到，就在 1911 年辛亥革命发生前后，湖北乃至全国的革命风潮已经风起云涌之时，清政府里边的一位大人物还在大声斥责改革？这个人，就是清政府的正一品大员，汉族职务最高的官员之一——大学士陆润庠。

1911 年，陆润庠刚好 60 岁，正是志得意满的资深官员年纪。在清政府里边，他已做过国子监祭酒、工部尚书、吏部尚书，此前还在苏州开了官办的纺织厂，担任大学士也已经好几年。就是这样一个掌管过最高教育机构，掌管过全国的工程建设、组织人事，还有过创办和管理大国企经验的人，成了清代宪政改革的反对者。60 岁这年，我们的大人物陆润庠上书最高当局，请求将清末新政酌量停办。

陆润庠所谓的“酌量停办”，当然只是一个修辞。他要停办的，恰好是最要害的几个进行时状态的改革。

他首先反对的，是军事改革。他批评当时的军事改革选用没



如果不是历史确实发生了，谁能想到，就在1911年辛亥革命发生前后，湖北乃至全国的革命风潮已经风起云涌之时，清政府里边的一位大人物还在大声斥责改革？

有行伍经验的留学生，言论是纸上空谈，作用是徒取形式。他建议完全回归旧制度，军法纪律悉仍旧章。这就节省了练兵经费。

稳步推进的司法制度改革招致了陆润庠的反对。他认为，审判制度改革中，选用的都是没有审判经验的法官，于是带来黑白混淆、是非颠倒的局面。善于断狱的老吏们，却得不到各省负责人的任用。“州县捕役轰然各散，司法巡警缉盗无能。”^①在司法改革到达的各省省会及通商口岸，已经出现寇贼日益猖獗之势，若将来各府州县一律办齐，必至遍地皆盗。陆润庠的建议是，马上停止新型审判的改革，仍把审判和缉捕的权力还给旧州县衙门，这样才能做到惩凶暴而安善良。这就节省了审判经费。

陆润庠对各省议会即谘议局的议员们极为反感。在他看来，这项制度选拔的都是不熟悉老情况的新议员，放言无忌，掣肘地方当局，各省负责人却无法禁止其言论。有些议员借筹款之名，鱼肉乡里；窃自治之号，私树党援。1910年，国家议会即资政院开议，竟至大声谩骂，藐视朝廷，以辩论为通材，以横议为舆论，谬说沸腾。于是，最好的做法是停办国会，回到由谏院负责建言的制度上，还省了筹办各级议会的钱。

作为曾经的山东省教育负责人，作为掌管过国子监的老牌教育官员，陆润庠对新式学堂充满怨言。在他看来，新学堂聘用的都是未读古书的教师。这些新老师使用的教科书，仅仅做到了普及知识，而不是培养栋梁。学校章程悉由部定，地方督抚无从参与焉。其甚者，有些教师倡导毁弃五经之说，这简直像秦始皇焚书一样摧残旧学。陆润庠大学士愤愤说，新学堂居然放漫长的暑

① 《大清宣统政纪》，卷六十二。

假，星期天还休息，毫无拘束。那些血气未定的青少年们，必然借此结党为非。陆润庠建议：停办中小学堂，仍用经策取士，这样，各省筹办学校的财政负担也就卸掉了。

把军事、司法、议会、教育制度都停了，还有清末宪政改革吗？陆润庠不愧是清政府体制内的大员，懂得如何击中改革要害。

面对反改革者的言论，我们只觉得又气又笑。陆润庠的螳臂当车，固然已被历史证实为无用的“唱空”——此人的极左思维不仅经不起历史考验，而且几个月就被共和新政权给淘汰掉了。可是，假使我们处在当时的改革中，哪个改革者不会被这位大人物的言论压制得难受呢？更重要的是，哪场改革里没有陆润庠式的人？

阅读陆润庠的反改革言论，倒是有助于我们对反改革者常用的调调做一番归纳。

首先，反改革者一定会抓住改革中出现的问题。改革早期，改革者必然缺乏经验，急躁的改革者还会遭遇一定时间的水土不服，遭遇反弹，甚至一时无法应对出现一定的失序局面，这都是正常的。何况改革方向确定下来之后，不见得每项改革都是对的。改革允许试错。但是，陆润庠在对清末司法改革开炮时，就努力抓住改革中出现的问题，用小正确来责难大正确。

其次，反改革者会对改革的成本和收益做短期计算。改革必须付出各种成本，其中一项成本就是巨大的财政投入。“省钱”往往是个反改革的利器。钱花了，享受改革收益却不知在于何时？由此，陆润庠请求最高当局统筹全局，革除全面改革的流弊，这才是亡羊补牢。陆润庠引用了商鞅的政治对手甘龙的话：“利不百，不变法。”他进一步引申说：“害不百，不变法。”如果改革的收益达