

在中国近现代法治的开端，一群新式法政人，艰难地开拓出能够初展专业优长的广阔天地。关注他们，就是关注中国法治。

程燎原 / 著

清末法政人的世界

LAWYERS AND POLITICAL MEN
IN THE LATE QING DYNASTY

- 法政人的意义：清末的认知
- 出洋留学法政的大潮
- 法政（法律）学堂
- 法政名流荟萃的“宪政编查馆”
- 法政人家
- 充任“议员”的法政人
- 立宪与革命：法政人的分道扬镳

法律出版社



西南政法大学 学子学术文库

清末法政人的世界

LAWYERS AND POLITICAL MEN
IN THE LATE QING DYNASTY

程燎原/著



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

清末法政人的世界/程燎原著. —北京:法律出版社, 2003. 9
(西南政法大学学子学术文库)
ISBN 7-5036-4424-9

I. 清… II. 程… III. 政法工作—研究—中国—清后期
IV. D929.52

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 069171 号

法律出版社·中国

责任编辑/董彦斌

装帧设计/曹铀 胡欣

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/莱芜市圣龙印务书刊有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/13.875 字数/356千

版本/2003年9月第1版

印次/2003年9月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939657

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-4424-9/D·4142

定价:26.00元

西南政法大学 学子学术文库

清末法政人的世界

西南政法大学学子学术文库编委会

主 任：梁慧星 龙宗智

委 员（以姓氏笔画为序）：

方 向 王卫国 尹 田 江必新

李 林 李连宁 张广兴 张建田

张新宝 张智辉 青 锋 卓泽渊

贺卫方 顾培东 黄松有 夏 勇

梁治平 景汉朝

秘 书 长：方 向 茅院生

总 序

西南政法大学建校至今已历 50 寒暑,中间虽遭遇“文革”之乱,停办近 10 年,但仍有 10 万之众的莘莘学子前后就学于此,歌乐山魂培育浩然正气,嘉陵江水滋养人文精神。10 万毕业生活跃于神州大地,为国家法治大厦之建设添砖加瓦,贡献才智,已形成法律界广受关注的西南法律人群体,造就了西南法律教育与这里的毕业生独特的品格与精神。

在校庆 50 周年到来之际,西南政法大学北京校友联谊会与法律出版社联合推出“西南政法大学学子学术文库”,这是对我们的母校 50 华诞的献礼,是对这所中国法律教育与学术研究重镇所取得成就的一次检阅,同时,我们也希望这 50 部著作能够成为后来者在法学研究和法律教育的道路上继续跋涉的阶梯,此外,还希望通过这些著作,能够向读者昭示西南政法大学的传统与精神。

体现在西南教育过程中以及学子著述里和行为上的品格与精神首先是强烈的忧患意识。忧患意识是中国知识分子的一种生生不息的传统。“士不可以不弘毅,任重而道远。仁以为己任,不亦重乎?死而后已,不亦远乎?”曾参的话最能够表现中国知识人的那种强烈的忧患意识和责任感。不过,近代以降,由于引进了西方的学术与教育制度,知识人有了不同的专业,因此在忧国济世与专业追求之间会有某种紧张关系。但是,对于一种在这个国家的历史上未曾存在过的新专业人士的法律人,他们与其他领域的人相比,在当今的中国注

定要遭遇更多的坎坷。在人民共和国成立之后,法律教育很快就处在受抑制的状态。实际上,20世纪50年代前期如西南政法学院等政法学院的成立与其说是对法律教育发展的起点,不如说是限制法律教育的举措。因为每一所政法学院都是在合并若干所综合性大学法律系的基础上而建立的;政法学院的出现其实大大缩小了中国法律教育的整体规模。比规模更重要的变化是,“政法”这样的概念所预示的法律教育内容与目标与既有传统的断裂。

因此,在政法学院里的人,无论是教师,还是学生,一开始就处在一种压抑的心态之中。我们看当时涉及法律教育的主流话语,完全是排斥法治的。到了20世纪60年代,这种排斥愈演愈烈,终于导致法律教育的完全停滞。教师下放劳动,学校纷纷解散。在这样的情况下,法律界知识分子的忧患真正是刻骨铭心,难以排解。文革浩劫之后,法律教育虽然恢复,法治建设也逐渐提上日程,但是书本上法律理论与社会中的实际状况之间的巨大反差仍然是法律人经常面临的巨大痛苦。尽管位居西南,多少有些“处江湖之远”,但是这种由于专业的特殊性而加剧了的忧患意识却没有须臾少缓,甚至正因为与政治中心距离的遥远而更有所强化。

在法律教育以及法学研究方面,这种忧患意识与理性和开放的精神相结合,形成了西南法律人好学深思、平等讨论的尚智风气和不自盲从、不迷信的学术品格。尤其是复办后的一段时间,校园里面百家争鸣,学术墙报放言无忌,新论叠出,一些观点或论证,今天读来,或不免稚嫩,但是,在当时的舆论环境下,却颇有石破天惊之感。正是这样的校园风气,培育了西南法律人那可贵的怀疑和批判精神。

怀疑和批判不是一种情绪化的表达,而是建立在广阔而深邃的知识积累基础上的理性论证。最初,设置单科型政法学院的目标正是为了培养偏于技术化或工匠型的法科人员;不在一个综合性大学里,学生以及教师的知识视野就必然受到限制,批判精神便无从发育。然而,西南法律人的独特之处在于,他们意识到了这种教育体制的局限性,并且付出极大的努力,力求突破这样的局限性。图书馆里

的手不释卷,山荫道上的玄思妙想,宿舍卧谈中的唇枪舌剑,无不显示出这所专业略嫌单一的大学中的师生们不拘泥于法学一科、寻求超越的努力。这样的追求在我们的毕业生身上已经有多多样化的体现:除了那些从事法律教育和法学研究的人们经常在作品中显示出他们多学科的知识修养之外,不少校友进入政坛,或从事着法律之外的业务而且胜任愉快,一些人甚至成为戏剧作家、旅行(作)家、诗人、哲学家。相信随着母校向综合性大学的不断迈进,我们的毕业生在这个特色方面将更加令人瞩目。

对于人而言,50岁已经是“知天命”的年龄。但是,就大学而言,50岁只能说是世界大学之林中的一颗幼树。尽管我们的母校已经形成了一种独特的精神和传统,在人才培养方面也取得了巨大的成就,但是,我们还需要为建设一所伟大的大学而作出艰巨的努力。作为校友,在献礼的同时,我们也表达对母校美好前景的衷心祝福,祝愿母校的优良传统不断发扬光大,祝愿我们的校园永远桃李芬芳,祝愿我们的校友人才辈出,在不断提升母校地位的同时,也为整个国家法治大业的成就作出更多的贡献。

遨遊學府,在蜀山中。孜孜弘道,惟我學子。

《西南政法大學學子學術文庫》編委會

2003年8月6日

自序

萧伯纳说：“回忆往事使人非常愉快地感到衰老和悲哀。”而撰写这篇自序却能让我非常愉快地回忆往事。

在20世纪70年代，一本面破纸烂的革命小说《红岩》，让还是初中生的我知道重庆有一座英雄之山——歌乐山。令人意想不到的，1978年10月，我有幸自武汉第一次乘船溯江而上，来到歌乐山下，跨进西南政法学院的大门，成为一名法科学生，开始自己的法政人生。西南政法学院是我填报的第五志愿。我自小酷爱历史，故高考第一、二志愿分别填报了武汉大学、华中师范学院（现华中师范大学）历史系（历史也是那时的热门专业），不料却被捷足先登的西南政法学院录取。从此，西南政法学院以及后来的西南政法大学就成了我读书、工作和生活的地方，所谓成家、立业等人生之大端，亦皆于此告成。

我从读书到毕业留校担任教职，直至2002年春，24年的光阴挥洒在学校的历程中，24年的生命铺设在学校的行道里。对此，无需多言。大千世界，芸芸众生；世象万千，人生百态。一个人的24年，岂是几句言词可以述说清楚？

对那些无法忘却的先辈、同道、朋友，特别是孜孜不倦教诲我并让我铭感五内的前贤、尊师，以及为我提供诸多帮助的人们，我不想

在这里写下他们的尊姓高名。我更喜欢一种无言的记忆和入心的铭记。人生立于天地之间,只有“情义”二字最为珍贵。我已把他们刻藏在心灵深处。我为他们祈祷。

对任何一个人来说,24年并非弹指一挥间。更何况,这是人生之中青春激荡、风华正茂、充满着精彩与迷惘的岁月。我相信,母校在许多校友心中,只是一个概念,一段回忆,一种情结,甚至一组抛洒情感的词语。他们可能早已记不清母校的全盘真实的模样,也可能只是偶尔在言谈中提到母校的名字。但对我而言,她却是24年心与血的交融,灵与肉的搏斗,衰与兴的变奏。当一个人曾经把24年的人生、学术及心路历程毫无保留地融入一所学校的生命之中,那么,这所学校在他心中就绝不仅仅是母校了。母校的生命,就是他的生命,即便他已离开母校。不会改变的东西,总是永恒。

回想起当年读书尤其是后来的学术研究,我所关注并深深迷恋的,其实只是“法治”这两个字。尽管入读大学时并无明确的人生设计,“法治”的话语与言说也远不如今日这样倡流传通,但那时看似无关实则相互关联的两本书籍,似乎成就了我对“法治”的思考。

1979年(书中注明购期为1979年5月2日),我在烈士墓街旁的一家小书店(店主之名已记不起了,且小店于1985年前后人去楼空,而被他人改换门庭了),购买到一套孟德斯鸠的《论法的精神》(上、下,张雁深译)。该书是1978年由商务印书馆按1961年中译本印刷出版的版本,封面装潢呈浅黄色,而不是后来流行的绿色。在那个刚刚破冰因而风气尚未完全开放、对西方政治思想言谈依然谨慎的年代,人们还不详知孟德斯鸠之名,更不知其自由主义政治哲学和法治思想。我也仅仅凭其书名与法律相关,就买了回来。不过,她却是我在大学期间阅读到的第一本西方政治法律名著,也是对我一生研究“法治”产生根本影响的经典。顺便一提的是,1982年夏毕业离校之际,我又买到晚清时严复的译本,名曰《法意》,商务印书馆1981年11月以《孟德斯鸠法意》(全两册)为书名出版。两种译本,不仅译者与翻译的时代背景完全不同,且翻译语体差异甚大:前者为白

话,后者为文言。故而对照阅研,常常让人生发别有洞天之感。孟氏之作是智慧的天使,是思想的源泉,是心灵的乐章,总是无意之中成为我的思想资源和精神导向。说“无意”,是因为这本书其实已经化入了我的血液和灵魂,并不断支持我最近十多年(1993—1997年,我几乎停止学术思考。那是一段边缘化的政治人生,暂且不表)的法治之思。时至今日,这本书纸张都已发黄,封面也已破损,但它一直是我的珍藏。书的历史,就是知识与思想的历史,当然也是读书人的历史。我想,如果说在书房的万千册图书中,有一本堪称为我的“生命之书”,那就非《论法的精神》莫属了。西谚云:书自有其命运。

1980年左右,中国法学界讨论“法治与人治”的问题。其时,李步云、王礼明、何华辉、张警(道德文章堪称楷模的西南政法学院教授)等法学家,力倡法治,反对人治。当年,由群众出版社汇编出版《法治与人治问题讨论集》。我还是在那家小书店购得此文集。闲暇之余多有阅读与思考,于一知半解中领悟到一点“法治”之义,并于学习之时逐步燃起对“法治”的理论兴趣。留校任教后,“法治”一直挥之不去,并渐行渐近,最终成为我学术研究的主题与焦点。故此,我自认为,这本文集是我进入“法治”学术之门的启蒙导师。

在思考法治的历程中,可以告慰自己的是,自1989年至今,出版了《法治论》(与王人博合著,山东人民出版社1989年第1版、1997年第2版、2001年第3次印刷)、《赢得神圣——权利及其救济通论》(与王人博合著,山东人民出版社1993年第1版、1998年第2版)、《从法制到法治》(法律出版社1999年版)和《法治与政治权威》(与清华大学法学院江山合著,清华大学出版社2001年版)等法治方面的学术著作。在1989年夏季的那些岁月里,我和人博撰写《法治论》的情形,至今仍历历在目。1990年前后,新中国的法治理论尚属初创甚至草创阶段。因此,前两书所论,有不少得意之笔,但若以今日的法治学术水准观察,自然有修订、补充的空间。《从法制到法治》一书,是俞荣根教授主编的“法治之路”丛书中的一种,其意在梳

理、总结和反思最近 20 年中国法治思想、理论的生成与演变,其观照的层面主要限于法学界。我希望借此为中国法治学术传统的积累做一点积淀的功夫,也为新世纪法治学术的精进提供一个新的有启发意义的平台。而对于我个人而言,进一步的法治之思,亦由此有了更真切的基础和语境。至于《法治与政治权威》,忝列“清华法学文库·法治研究系列”,源出于我有幸于 1999 年底参加的清华大学重大基础理论课题——《依法治国基本理论研究》(清华大学法学院高鸿钧、于安教授主持)。原定“法治与政治权威”作为其中的一个子课题,是一个纯理论性的题目,但最终却变成了以西方法治史为主线的历史考察,这是始料未及的。不过,对历史的透视,也是讨论理论问题的重要方式。而且,该书透露出的仍然是我对法治之义的基本把握,甚至重点表述了我所着意强调的法治的意蕴。与此同时,我也参加了该课题另一个子课题(社会主义法治理论)的研究,其成果主要是《“苏联时代”的法制和法治理论评述》(《清华法治论衡》第 1 辑,清华大学出版社 2000 年版);《实质正义与法治》(高鸿钧等著《法治:理念与制度》,第 7 章,中国政法大学出版社 2002 年版)。

法治之思或者法治学术,不外乎逻辑与事实两个方面。无论是对法治的论证,还是对法治的描述,总是逻辑与事实交集的过程。不过,政治法律哲学在论证法治的信念或原理时,常用的是逻辑证明。而透过社会学、历史学的方式讨论法治问题,往往偏重于经验证据,即“用事实说话”。按照英国道德哲学家 D·D·拉斐尔的说法,逻辑证明没有留下怀疑的余地,它得出必然的结论。哲学家们正是依靠逻辑澄清概念(观念),解释对象,乃至批判与评价对象。经验证据则可能有误差,因为观察事实和收集经验证据具有多方面的局限,如范围的界限、可观察事物的有限性以及观察者的视角限制等。但是,这并非表明经验证明不足取法。在理论上,有些命题可用逻辑证明加以确定和论证,有些命题则不可能用逻辑方法证明,只能寻求经验证明或事实的支持。依此来总归法治之思的理路与方法,也可大略看出:所谓“法治研究”,亦即或用逻辑严格证明一个法治理论命

题,或用事实、经验来支持一个法治理论命题。前者即是对法治的哲学式思考,通过这种思考构建法治原理;后者即观察、描述法治的社会、历史状态,属于法治的社会学、历史学理论。法学总体上是一门经验科学,法治之学问也必然包含着经验或事实的层面。这类研究,实际上包含着研究者的理论逻辑。否则,研究者就无法认定经验与事实,就无法解读经验与事实,也无法用一定的叙事方式表达经验与事实。

近年来,我对法治的思考,偏锋于法治问题的历史方面,并逐步专注于近现代中国的法治问题。这可能既根源于我的历史偏好,也因缘于我对一些研究课题的参与。

我以为,考虑到当代中国的法治发展的特殊性(我主要指法治在中国的重新启动),西方和近代中国法治的历史,包括其理论形态和制度架构的变迁,都是极其重要的观察向度和研究视角。这里,只要略析近代中国的法治之思,对当代中国法治理论研究可能具有的部分意义,就足以支持我的历史偏好。

由于当代中国的法治理论主要以西方的法治思想为资源和工具,忽略了近代中国思想家和法学家对中国法治问题的思考,结果使得近代中国宝贵的法治理论遗产,无法融入当代中国的法治理论之中。进一步导致的问题是,人们可能常常把西方的法治问题简单地视为中国的法治问题,或者用西方的法治理论界定和解释中国的法治问题。这当然不是说,中西的法治问题绝然不同。恰恰相反,在法治的基本或核心问题上,中西是一致的。然而,也必须承认,中西在法治的问题上确有许多不同。所以,解决中国的法治问题,首先必须准确地界定这类问题,而不是直接把西方的法治问题“移植”到中国,使之成为中国的法治问题,最后又用西方的法治理论解释与解决。因而,透过社会学的方法,调查、描述、界定和解释中国法治的真实问题,是绝对必要的。同样,回溯近代中国法治理论所关切的种种问题,也是不可或缺的。在近代中国转向法治的过程中,一些问题曾经得到解决,但进入1949年以后,又重新成为问题;也有一些问题自

近代至今日,都未能或未很好解决。而事实上,近代中国的法治理论不同程度地对这些问题有所界定、解读,并贡献出解决这些问题的方式、办法。尽管其间也包藏着西方法治思想与理论的重大影响,然而确乎有那个时代的思想家、法学家的独特的中国式思考。这使得我们有理由在法治理论问题上“回观近代中国”,而不仅仅是“面向西方”。

更突出也更直接伤害法治学术的一个现象是,当下一些人动辄把某一个法治命题或主张,称之为思想、学术“创新”,并以此招摇思想、学术界。其实翻开近代中国的法治文献,就会发现,讨论这一命题或主张的文论并不鲜见;其思想高度和理论水准,也未必比时人“新论”逊色。其实,那个时代的法治学术,在中国法治学术史上,有不少的开创之论。我常常想,当今法学界的某些学术轻狂,以及某些“学术泡沫”,正是以对历史的无知和轻蔑为基础的。因此,回观近代中国的法治学术,可能会使一些人多一份对待学术的严谨态度和敬畏之心。

在上个世纪末,我在《从法制到法治》的引言中曾写道:“当代中国的法治理论研究,要具有深厚的历史根基,并避免片面膜拜西方的法治原理,就必须对这50年(指1900—1949)的法治学说及其社会、政治、文化背景进行全面的回溯和深入的透视。”如果说这预示着我在法治学术研究路向上的一种调整,那么当下我则拥有良好的机会来实现这样的调整。这个机会是中国社会科学院法学研究所的夏勇所长提供给我的。2001年,我应约参加夏勇主持的《依法治国,建设社会主义法治国家》(中国社会科学院重大课题)的研究,具体承担“近代中国法治学术”部分的研究之责。正是得益于夏勇的支持,我才正式进入“近代中国法治学术”这一几乎被当代中国法治理论遗忘的领域,去整理文献,理清思路,挖掘遗产。有关这一课题的研究成果,将于今、明年陆续面世。

而眼下完成的这本《中国近代法政人研究》第一卷《清末法政人的世界》,也几乎出于同样的学术考虑。这几年,人们读到过不少关

于“法律人”问题的文论,讨论所及,包括法律人的意义、专业与伦理素养,法律共同体等等。其间,也有人提出“法治就是法律人之治”的论断。而我对“法律人”问题的关注,始于那本《法治与政治权威》。但我的关注点有些不同。一方面,我不专注甚至主要不关注严格意义上的“法律人”。根据我的观察和研究,一个“法治政府”,几乎可以说就是一个由熟悉、精通法律的人主控或组成的政权体系。所以,“法律人”固然是一个法治体系关键性的操作者,然而法律英才在整个政治、政府和权力系统各个领域的介入与控制,对于法治体系的运作来说,也是举足轻重的根本问题。因此,我的研究视野远远超出了“法律人”。另一方面,我仍然偏向于采用历史的方式来讨论这类问题。这不仅可以让我们拥有观察今日中国“法律人”问题所必需的历史眼光,而且可以使我们发现关于“法律人”的时论中存在的某些偏误与缺失。为此,我主要是进入到近代中国的政治、法律史中,看一看从中国转向法治的起点处开始,那些法政才俊是如何生长,又是如何及怎样在政治、行政、法律等领域“普遍化”的,当然也包括他们的各种复杂而多变的人生际遇。法政人的法政人生,本身就是一部历史。而对于一个法政人而言,关注过去和现今所有的法政人,就是关注自身,就是关注法治。

这样的思路,总体仍然属于我的法治研究的一环或一种方式。“法政人”作为一个基本概念,包括“法律人”、法律思想家和法学家、政治(政党)和政权体系中的各类法政人物等。按照此种理解,我试图以“法政人”作为一个独特的学术视角,考察和研究近百年来中国法治演化、变迁中的种种基本问题。甚至也可以这样的视角,重写法制(法治)史。因此,对清末法政人的研究,只是整个近代中国法政人研究的一个部分。而当“法政人”的研究涉足民国时代,又需要从政治、法律界和法政思想、理论界两个不同的界别进行。这就有可能把“近代中国法治学术”的研究,也放在“法政人”的大背景下来考虑。换言之,对清末和民国时代法治思想、理论的探讨,也可视为近代中国“法政人”研究的一个方面。我以为,此类研究,可能与从

思想史、文化史的角度回眸和反思法律思想、法律学说,具有不同的特点和价值。根据目前的设想,这将是我未来几年内法治研究的主要路向。

程燎原
2003年6月

引 论

史学大家陈寅恪 1927 年在《王观堂先生挽词序》中,把清末以降的中国的变迁,称之为“数千年未有之巨劫奇变”。^①此一宏论,与学界常常引述的李鸿章 19 世纪 70 年代初“数千年来一大变局”(亦“三千余年一大变局”)的言说^②,只异数字,颇为相似,而且显然是“李语陈承”。李鸿章也谈到“大变局”背后的“创巨而痛深”,但是陈寅恪“巨劫奇变”的说法,似乎更彰明出史家深厚的穿透力、磅礴的气势和客观的精准性。李鸿章重在申明“大变局”,而陈寅恪却在认同“奇变”之外,又揭晓“奇变”实源于“巨劫”。一个国家,一个大学,乃至于一人,在其生命的历程中,总会遭遇各种“劫”,然而“巨劫”却并不多见。有“劫”,就会生“变”;有“巨劫”,当然就会有“奇变”。以“变”应对“劫”,以“奇变”应对“巨劫”,乃是自然之法则、历史之义理。

所谓“巨劫”,在陈寅恪看来,最要者是传统制度、纲纪的沦丧和国事的危局:“近数十年来,自道光之季,迄乎今日,社会经济之制

^① 陈寅恪:《王观堂先生挽词序》,刘桂生、张步洲编:《陈寅恪学术文化随笔》,中国青年出版社 1996 年版,第 5 页。

^② 转见李剑农:《中国近百年政治史(1840—1926)》,复旦大学出版社 2002 年版,第 119 页。