



人文社会科学通识文丛 | 总主编 刘德海
法治中国悦读丛书 | 主编 刘小冰 吴颖文

4

法制变革

——1840—1949中国著名法律人物
思想要义

李凤鸣 芮成浩 等 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



人文社会科学通识文丛 | 总主编 刘德海

法治中国悦读丛书 | 主编 刘小冰 吴颖文

4

法制变革

——1840—1949中国著名法律人物
思想要义

李凤鸣 芮成浩 等 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法制变革:1840-1949 中国著名法律人物思想要义 / 李凤鸣, 芮成浩著. -- 北京: 法律出版社, 2017

(公众人文社科通识教育研究·法治中国悦读丛书 / 刘小冰, 吴颖文主编)

ISBN 978-7-5197-1648-6

I. ①法… II. ①李… ②芮… III. ①法律—思想史—中国—1840-1949 IV. ①D909.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 285487 号

法制变革

——1840~1949 中国著名法律人物思想要义

FAZHI BIANGE

—1840-1949NIAN ZHONGGUO ZHUMING FALÜ

RENWU SIXIANG YAOYI

李凤鸣 芮成浩 著

策划编辑 田 浩

责任编辑 田 浩

装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

责任印制 张建伟

编辑统筹 独立策划部政务工作室

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16

印张 9

字数 103 千

版本 2017 年 12 月第 1 版

印次 2017 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www. lawpress. com. cn

投稿邮箱/ info@ lawpress. com. cn

举报维权邮箱/ jbwq@ lawpress. com. cn

销售热线/ 010-63939792

咨询电话/ 010-63938284

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、子公司销售电话:

统一销售客服/ 400-660-6393

第一法律书店/ 010-63939781/ 9782

上海分公司/ 021-62071639/ 1636

西安分公司/ 029-85330678

深圳分公司/ 0755-83072995

重庆分公司/ 023-67453036

书号: ISBN 978-7-5197-1648-6

定价: 30.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

江苏省哲学社会科学界联合会
《人文社会科学通识文丛》

总 主 编 刘德海

副总主编 汪兴国 徐之顺

执行主编 吴颖文 刘小冰

编 委 会 (以姓氏笔画为序)

叶南客 朱明辉 刘小冰 刘伯高

刘宗尧 刘德海 许麟秋 杨东升

吴颖文 汪兴国 陈玉林 陈法玉

赵志鹏 倪郭明 徐之顺 徐向明

徐爱民 潘法强

选题策划 吴颖文 刘小冰 倪同林 王 军

刘 洁 葛 蓝

江苏省哲学社会科学界联合会
《人文社会科学通识文丛·
法治中国悦读丛书》

主 编 刘小冰 吴颖文

副主编 杨东升 马树同 刘 青

编委会（以姓氏笔画为序）

马树同 刘小冰 刘 青 衣家奇

杨东升 李凤鸣 吴颖文 张治宇

黄月华 程 兵

咬定青山不放松，青山松了怎么弄？

——法治及其基础之逻辑关系散论（总序）

写几句话作为《法治中国悦读丛书》的总序，主要是想交代一下写作的目的和意图，有些话也是自己近 40 年来研读法律的心得与愿景。

（一）

郑板桥的诗句“咬定青山不放松，立根原在破岩中”因其富有深刻的寓意而得以传世，近年来更是得到大家的喜好而成为主旋律。

最近，我去江苏的宜兴竹海，但喜满山的竹子根深叶茂，青翠修长，确实有“竹者重节、节者为信”的感悟。但也见好几处的竹子颓废倒下，根茎暴露，色泽蜡黄。有长期居住于深山之中的同行者告诉我：“这是因为最近山洪冲刷，山松了。”

山松了，竹子怎么弄？同行者瞪我一眼：那还能怎么弄？青山是竹子的根本，根本坏了，竹子就无法生存。不要指望在一片人造的山石中能长出大片茂密的修竹，青山与竹子都无法容忍这些虚伪的人造浪漫。但且慢，这些要死的竹子都是老竹子。而新的竹子，将在新的山石环境中重新走竹，重新咬根，有时反而长势更旺、姿态更美，这才叫因时制宜、因地制宜，因为竹子本来就是立根于破岩之中。这是竹子与青山的前世约定，也是竹子与竹子的生命之道，更是竹子惹人喜爱、引人入胜、让人遐想的主要原因。

宜兴归来，竹子与青山之间的自然法则总让我深思法治及其基础之间的逻辑关联。毫无疑问，法治是我们坚定不移的目标，但它需要坚实的社会基础。“基础不牢，地动山摇”。清除那些沉淀在社会深处的反法治思想、明确我们要追求的“法治中国梦”到底应具有哪些具体要求，这是全社会面临的共同任务，也是我们撰写《法治中国悦读丛书》的初衷。

(二)

法治是关于“法律的统治”的一整套想法、说法和做法，想法是关于法的内心信仰，说法是关于法的文字与口头表达，做法是关于法的制度实践。但在我们这样一个封建历史漫长的国家，一些反法治思想已经沉淀在社会的精神深处，有的似乎成了一种集体的无意识。举几个例子：

1. 错误的想法：“无讼”的意淫

法治是需要被信仰的，但有些信仰和法治的要求是相反的。例如，儒家法律思想的一个核心观点就是“无讼”，源自孔子的一句话：“听讼，吾犹人也，必也使无讼乎。”意思是说：我审案和别人没有什么不同，但是我的目标在于使人们不争讼。

然而，真的能做到无讼吗？答案恐怕是否定的。

诉讼，说到底各种不同利益的冲突。而只要有人，就会有利益。这些不同的利益存在不同的价值取向，因而必然会产生利益冲突。且看下面的一个真实案例——

马某经许可承包了外地的一个小山头挖矿。合同期内，乱挖乱采，造成山上森林被破坏，周边土地、空气和鱼塘等被污染。据估计，直接损失达3000万元。马某辩称：自己的承包权应受到保护，自己只能承担300万元环境修复金。

从表面来看，本案中马某的“承包权”与多种合法利益发生了冲突：有国家利益，因为矿山属于国家；有集体利益，因为周围的土地属于集体；有

个人利益，因为周边村民承包的鱼塘属于个人；有公共利益，因为空气属于大家，野生鱼塘里的鱼也属于大家。

再深层次地思考一下，本案还可能存在另外一种利益冲突：假如上述各种合法利益的损失真的是 3000 万元、远远超过马某所能承担的 300 万元，那么如何在上述各种利益主体之间合理分配这 300 万元？这其中必定会有利益冲突。

仔细想来，任何分配方案都不可能是合理的，因为这 300 万元绝不可能弥补各种利益主体所受到的损失。而且，还有一个程序性的问题：谁来提出、协调、确定、执行这样的分配方案？

这样的事情在我们周围多得很。我们已经不再是传统的熟人社会，在一个陌生人社会中，我们不能寄希望通过“舅舅”调解、道德自律等私力救济方式来解决这样一些巨大的利益冲突。

答案只有一个：通过诉讼！

我们所需要做的，无非是确保诉讼制度的独立性、中立性、有效性、廉洁性，而不是抛弃诉讼制度。

所以，“无讼”很美丽，但绝不可能实现，只能是一种法律上的浪漫主义！

2. 错误的说法：“知法犯法，罪加一等”对吗？

《南京法制报》（现《江苏法制报》）1984 年 7 月 5 日刊载过笔者的一篇杂文。不是很长，转录于此：

此说流于中国久矣，独笔者不愿苟同。其疑有二。

“罪加”于谁？当然为“知法犯法”者。这样，问题就来了。我们进行法制宣传的目的，正是要使千千万万个中国公民知法、守法、不犯法。但如果“犯法”因“知法”而“罪加”，则谁敢“知法”？还不如“法盲犯法处罚同等”。是为一疑。

或曰：“所指者为干部也”。然而仍有问题存在。干部与群众的区别仅仅是各自具体工作的不同，在法律上他们所享受的权利、承担的义务却是相同

的。干部因“官”而抵罪固然不对，应坚决加以纠正。但干部因“官”而加罪难道就值得提倡？是为二疑。

在充满司法偏见的中国，“知法犯法，罪加一等”既是统治者的一种欺骗，也是人民群众要求司法平等的一种幻想。而在今日中国，此说可以休矣。

其后，这家报纸于1984年7月20日至10月5日开设“‘知法犯法，罪加一等’讨论”专栏，洋洋洒洒讨论了两个多月。

那时笔者还是一个研究生一年级小杆子，文字则是“为赋新诗强说愁”，故意弄得像老杆子似的。但我想，这个道理至今还是对的：我国现行法律有从重、从轻、减轻的规定，但没有加重也就是“罪加一等”的规定。因此，这样的说法与今天所倡导的法治根本就不是一回事。

3. 错误的做法：皇帝执法的三条铁律

寒假想再读一下电子版的《容斋随笔》，和纸质版的对照着看。电子版的看时可以放大，而且不需要一篇篇读，只需要选自己关心的关键词搜索去读。例如，用“法”字搜索，得到355个匹配项。一个个点击下来，发现《容斋随笔》的“法”大致有四种用法：律法、佛法、书法、方法。咱是学法、读法、教法、写法的，自然专门看涉及律法的随笔。看完后，发现皇帝在执法时有三条铁律：

铁律一：皇帝是最高和最后的法官

《汉诽谤法》记载：有次上朝时，汉宣帝亲自领导大臣们讨论汉武帝宗庙的祭乐问题。那时，先皇纪念堂放不放、放什么哀乐可是涉及皇家脸面、中国特色的大问题。有大臣相信了一下百家争鸣，就明确反对为汉武帝“立庙乐”，无非是说汉武帝好大喜功、劳民伤财之类。监察部领导等就立马指责说，这是诽谤先皇。诽谤先皇，那是汉家法律禁止的。类似的情况有好几次，但宣帝、章帝、元帝三个皇帝老儿的处理却不一样，有的“被下狱”，有的则“在所不问”。可见，也许大官们在朝廷上参政议政时有一点评说先皇的权利，但是否追责就全凭皇帝老儿的“自由心证”了，皇帝老儿集立法、执法、司法于一身，是最高的和最后的立法者、执法者、司法者。在这

样一种缺乏明确行为预期的状态下，帝国的权力暂时是集中了，但帝国的律法却成为朝廷的摆设、皇帝的夜壶。

铁律二：“忠君”是最高和最后的法

《汉法恶诞漫》记载：飞将军李广以私忿杀了专司守陵墓之职的霸陵尉，上书自陈谢罪，汉武帝回复说“报忿除害，朕之所图于将军也。”首都市长张敞借口“背恩忘义”而杀了主管捕贼的警察絮舜，也上书请罪，汉宣帝则“引拜为刺史”。汉武帝待酷吏张汤“非不厚”，但有次问到张汤心爱的属吏鲁谒居的某些事情时，张汤出于自保说了点假话，汉武帝认定张汤“怀诈面欺，杀之不贷”。所以，《容斋随笔》感慨说，汉武帝“真得御臣之法”。为什么李广杀了只是正常行使职权的霸陵尉、张敞杀了只是想另投靠山的絮舜却“赦之不问”？关键是向皇上作了如实供述，“不敢为欺”。“汉世法令，最恶诞漫罔上。”向皇上说清楚了，杀个把小官吏，就不会有什么法律责任；说了点假话就被杀，什么原因？关键是说话不实，属于欺君罔上，涉及忠诚问题。

铁律三：他人是最高和最后的责任人

《戾太子》记载：公元前91年，太子刘据在巫蛊之乱中起兵反抗，兵败后逃到新安县，县长李寿带领人马奉旨捉拿，太子拒捕自尽，两个儿子也一同被害。平乱后，老爸汉武帝醒悟过来、非常后悔，建思子宫，并筑归来望思之台。后来找理由灭了说毁太子的宠臣、专门负责“捕盗”“治狱”的高级干部江充三族；宦官苏文帮助江充说毁太子，汉武帝把他活活烧死了；找了别的事由杀了县长李寿全族。看守汉高祖纪念堂的干部田千秋为太子鸣冤，被提拔为丞相。但汉武帝一直没有正式平反这一冤假错案，并任由自己的曾孙、太子的孙子刘询在巫蛊之乱后收系在监狱。刘询后来当了宣帝，成了中国唯一坐过牢的皇帝。到这时，宣帝才给这一冤案平反昭雪，封自己的爷爷为“戾太子”。“戾”是冤屈，加三点水还是个繁体的“泪”字。其实，汉武帝早就知道错了，但为什么拒绝给予平反？不就是为了维护自己一贯正确的光辉形象吗？汉武帝找理由说自己受了奸臣的蒙蔽、搞了平乱扩大化，把

责任推得一干二净，让他人承担了最高和最后的责任。因此，在这样的体制下，就算是江充这样的高干、李寿这样的执法人员紧跟形势，皇上还是会翻脸不认人的，因为错都是别人的。

三条铁律，核心就是一句话：律法毁于帝王家。当然，在家天下时，这也算合情合理合法，因为皇帝老儿习惯言出法随、口含天宪。法是他家的，怎么废改立释、怎么司法执法自然是他家的私活。但今天共和国的法治，恰恰强调的是法律之上没有人，因为所有的人，不管是自然人还是法人，都必须处于法律的统治之下，这才叫 Rule of law!

(三)

经过几十年的改革开放，我们将“法制”(rule by law，意指“用法律进行统治”)改称为“法治”(rule of law，意指“法律的统治”)。其隐含的逻辑是：在“共和国”中，人民是国家的主人，有权制定法律去管理所有的人。具体说来，法治所蕴含的基本要素主要有这么几项内容：

——人民主权。这是法治的本质。“人民主权”简称为“民主”，其基本要求是：人民是国家及其权力的主人；人民通过选择政党及各种公职人员来管理国家；以人大为主要表现形式的选举民主是民主的主要内容，也是矛盾的主要方面，但这种民主并不排斥以政协为主要表现形式的协商民主和以基层自治、民族区域自治、特别行政区自治为主要表现形式的自治民主。上述内容主要规定在现行《宪法》第2条中：“中华人民共和国的一切权力属于人民”；“人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。人民依照法律规定，通过各种途径和形式，管理国家事务，管理经济和文化事业，管理社会事务”。法律学、政治学所讲的“合法性”就是这个东西，这是第一位的权力。至于立法机关、执行机关、军事机关、司法机关等只是其表现形式，统统属于第二位的权力。

——保障人权。这是法治的核心。我国现行宪法明确规定：“国家尊重和保障人权”，其基本要求是：人权是每个人不可剥夺的、与生俱来的自然

权利；在人权实现中，国家必须承担主要的义务，即以消极的方式“尊重”人权、以积极的方式“保障”人权；人权的实现须受到国内法律的限制，但这种限制并不排斥人权的普遍性与自然性，即限制本身须受到限制，因而人权具有直接的法律效力应该成为我国人权法治发展的主要目标；人权建设面临的主要问题是把应有人权、法定人权更多、更快、更真实地转化为实有人权。

——法律至上。这是法治的形式。其基本要求是：现在的社会规则主要有法律、道德、政策、习惯、教条，其中，法律是国家治理的基本规则，能够对所有人起到国家强制性作用的就是法律，所以我们才说法治社会中法律就是国王，人治社会中国王就是法律。换言之，法律并不排斥政策、道德、习惯、教条等社会规则的柔性作用，但明确排斥人治；法律治理必须是科学立法、严格执法、公正司法、全民守法的良性互动过程。同时，法治强调，法律必须是普遍的准绳，是指导所有人的行为规范，该做什么、不该做什么，能做什么、不能做什么，都必须“一准于法”，只能是“所有师傅一把尺”，而不能“一个师傅一把尺”。

——依法执政。这是法治的关键。卢梭等人倡导的人民主权，到了现在已经演变成人民选择政党、政党代理人民打点这个江山。现代政治，好的与坏的，都实行政党政治，都与政党是否民主执政、科学执政、依法执政有关。从法治的角度来说，依法执政的核心要求就是根据事先制定的宪法和法律，实现由“为民作主”向“由民作主”的转变、“党在宪法和法律范围内活动”。

——分权监督。这是法治的保障。绝对的权力导致绝对的腐败和绝对的专制，因此，必须对所有权力进行有效的制约和监督。无论是纵向的国家权力（如立法权、行政权、司法权）还是横向的国家权力（如中央与地方的权力），从理性要求上说，都必须满足三条要求：权力要相互监督，权力要相互牵制，分立和牵制的目的就是权力之间的平衡。否则，权力容易坐大，并形成对人民的伤害。

——全民守法。这是法治的基础。从理性要求上说，与其说“全民守法”，不如说“全民信法”，因为内心对法律的信仰是“全民守法”的第一步。然后，要通过种种努力，形成遵守法治的制度形态；最后，通过长久而反复的制度实践，形成“全民守法”的法治文化。文化的力量是最伟大的力量，只有到这个时候，我们才能得出法治已经实现的结论。

在世界范围内，上述几个方面都是法治的常识。应该说，这些法治常识已基本为我国宪法和法律所确认，至少是我国法治发展的基本方向，是法治的高线，也是法治的底线。同时，这也是我国社会这40年来的发展之所以拥有活力、收获人心的主要原因。但有时候，常识最容易被轻视或忽视甚至被蔑视，因为它们往往拥有强大的精神力量。因此，需要通过《法治中国悦读丛书》这样一类“口袋书”来普及这些常识，为法治中国提供持续不断的力量源泉。

这应该是法治建设坚定不移的初心！

刘小冰

2017年5月19日

目录/Contents >>>

一、幸与不幸：不知有汉，无论魏晋	1
二、晚清变法时代的法律思想	7
(一) 师夷长技以制夷：魏源	7
1. 天下无穷极不变之法	7
2. 圣人在上，礼乐化民	8
3. 法令，治之具也，而非所以治也	9
4. 众可可之，众否否之	9
(二) 以礼自治，以礼治人：曾国藩	11
1. 修齐治平，一秉于礼	11
2. 壹意残忍，振之以猛	13
3. 心诚公明，勿任爱憎	14
4. 遵时限，清讼累	15
(三) 中学为体，西学为用：张之洞	16
1. 法律本原实与经术相表里	16
2. 修定实业法律	17
3. 改革狱警弊政	19
4. 非得深谙中外法律之才不可	19
(四) 自由为体，民主为用：严复	20

1. 自由为体, 民主为用	21
2. 事方更始, 法典为要	22
3. 法应为民而立	23
4. 采行西法, 实行法治	23
(五) 立宪、复辟、大同: 康有为	24
1. 非变通旧法, 无以为治	25
2. 定立宪为国体	25
3. 大同理想	27
(六) 无宪法不足为国: 梁启超	28
1. 法治为救时唯一之主义	29
2. 法治必以立宪政体盾其后	30
(七) 冲决网罗: 谭嗣同	32
1. 仁以通为第一义	33
2. 冲决网罗	34
3. 尽学西法	35
(八) 法学之盛衰与政之治忽实息息相通: 沈家本	36
1. 会通中西	37
2. 模仿列强	38
3. 法制与仁政、人道	39
4. 法与法学教育	40
(九) 不变者道, 而不能不变者法也: 劳乃宣	41
1. 变法要随俗	42
2. 变法不变礼	43

三、民国立宪时期的法律思想

(一) 三民主义, 五权宪法: 孙中山	46
1. 数千年专制之秕政, 变本加厉	47
2. 使最宜之治法适用于吾群	49

3. 良好的宪法, 真正的共和	50
4. 法官独立审判, 不受上级官厅之干涉	52
5. 护民权, 革陋习	52
(二) 四权分立, 直接民主: 章太炎	53
1. 法律的产生、本质和效用	55
2. 反对半殖民地的司法制度	55
3. 推崇司法独立	56
4. 主张法治	57
5. 设计宪政	58
(三) 民主共和, 责任内阁: 宋教仁	60
1. 现政府之所谓立宪, 伪也	61
2. 起于民权之立宪政体, 则国事所必至者	63
3. 共和政治, 国民人人皆应尽责任	64
(四) 厉行法治, 以德辅法: 居正	66
1. 非厉行法治, 不足以建设国家	67
2. 司法党化	69
3. 宪法乃立天下之大本	70
4. 以德辅法	72
(五) 宪法者, 立国之本也: 王宠惠	73
1. 宪法者, 不祥之物也	73
2. 刚性乎, 柔性乎	74
3. 宪法里有什么	76
4. 司法的力量	77
(六) 司法为亲民之政: 杨兆龙	79
1. 法治是什么	80
2. 法治与人治	81
3. 宪政是活宪法运动	82
4. 理想主义还是唯实主义	84

(七) 超越东西方：吴经熊	85
1. 政治权利观	86
2. 自由权利	87
3. 权利与义务	89
4. 司法权的内在要求	90
(八) 自由之思想，平等之人权：张君勱	91
1. 自由的价值	92
2. 第三种政治	94
3. 人权为宪政基本	96
(九) 民治为体，宪政为用：萧公权	99
1. 宪政者，法治也	99
2. 法治与均权	100
3. 什么是自由	101
4. 宪政与妥协	103
(十) 比较宪法：王世杰	104
1. 监于先王成宪	105
2. 宪法的分类	107
3. 什么是国家	108
4. 个人权利和义务	110
(十一) 文豪眼中的理想国：胡适	111
1. 个人与社会	111
2. “好政府主义”的宪政观	114
3. 自由主义的法治精神	116
4. 人权保障	117
四、三千年变局与千年往复	119
后记	124
《法治中国悦读丛书》后记	126