

洋务派法律思想探析

作者：李青 文章来源：中华文史网 点击数： 更新时间：200

洋务运动是在西方列强疯狂入侵，中华民族面临严峻危机的形势下，清朝统治集团内部以奕訢、文祥为主要代表的贵族大官僚集团为了自存自保、求强求富，开始从讲求洋器入手，兴办洋务事业，史称洋务运动。洋务运动涉及政治、经济、军事、法制、外交、教育等领域，由于推行洋务运动的是一批手握军政实权的历史发展潮流的“中体西用”论作为理论的和政策的基础，因而，在晚清的历史舞台上，持续了三十年。思想、外交思想，史学界论者颇多，但是，对于洋务派的法律思想一般涉猎较少，本文拟专就洋务派的法律思想做一初步的探析。

一、传承隆礼重刑的法律思想

洋务派提出的“中体西用”论是林则徐、魏源“洞悉夷情”，“师夷之长技以制夷”思想的发展，时代性与西用——学习外国的科学技术的可行性，借以表明他们不是封建制度与文化的叛逆者，而是卫道士开通风气，延长国祚。

“中体西用”在法律思想上的表现，主要是通过“稍变成法”，引进西法，发挥法律对于维护清朝传统发扬传统法律中的隆礼重刑，礼刑结合，以应付前所未有的巨变。

洋务派大官僚深受儒家思想影响，不仅是纲常名教的信奉者、鼓吹者，在法律思想上也接受了儒家“正之用”的洗礼，而且自觉地应用到他们的施政中去。譬如曾国藩面对太平天国扫荡一切的风暴，便举起了人纳于轨范之中”（1）（《曾文正公全集·文集》《江宁府学记》），“修身、齐家、治国、平天下，集·杂著》）以此来聚集反对农民起义的各种社会力量，为保卫清朝的封建统治而战。他所说的“君臣父置”，（3）（《曾文正公全集·文集》《讨粤非檄》）恰恰为他提出的隆礼的真实目的做了清楚的注解。隆礼是为了建立封建等级秩序，并为实施封建法制提供指导原则，那么，曾国藩提出隆礼则是在封建制度秩序，而是挽救封建等级秩序，并在隆礼的幌子下，实行重刑，以镇压起义的农民。

曾国藩早在办团练时便主张采用管、商之法，“振之以猛”，他曾告戒地方官说：“管子、荀子、文非。子产治政，诸葛治蜀，王猛治秦，皆用严刑，以致刘安”。（4）（《曾文正公全集·杂著》）他自“以折其不逞之志，而销其逆乱之萌”；（5）（《曾文正公全集·奏稿》）他曾向清朝皇帝表示“即日（6）（《曾文正公全集·奏稿》）

曾国藩作为早期洋务派，就是这样运用封建正统法律思想中的隆礼明法、隆礼重刑的两手，以行动维持行为，防范犯上做乱；又以刑残酷镇压不逞之徒，这种心法对后来的洋务派李鸿章、张之洞等人都有着思想中的最核心的部分，来维护封建统治的“体”。

二、稍变成法与引进西方的司法改良思想

“稍变成法”，引进西法是洋务派代表人物李鸿章、张之洞法律思想中最为突出的部分。

“稍变成法”是李鸿章“外须和戎，内须变法”纲领的一部分。十余年兴办洋务的经验，使李鸿章对人物对洋务的阻挠，他愤懑地指出：在“外患之乘，变幻如此”的严峻形势下，“犹欲以成法制之”，无古方，诚未见其效也”。（7）（《清史稿·李鸿章传》）他忧心忡忡地说：“多拘于成法，牵于众议，法，恐日即危弱而终无以自强”。（8）（《李文忠公全集·朋僚函稿》卷一〇）。“为了稍变成法，他家古训，强调‘一国法度当随时势为变迁’”。（9）（《清代四名人家书》）针对顽固守旧者所鼓吹的“心传”，自商鞅、王安石变法而诛绝，后人世臣遂以守法取容悦等以守法为尚的论调，他慷慨陈词：“今已”，“若不变法，而徒骛空文，绝无实际”，如此则“战守皆不可恃”，“和局”也难以持久。186强调指出：“日本以区区小国，尚知及时改辙，我中国深惟穷极而通之故，亦可以皇然变计”。（10）五）同年，他在《覆陈筱航侍御》信中又提出了仿效西方近代海陆军，“变易兵制”。（11）（《李日昌的信中，李鸿章感慨地说：“自强之策，当及早变法。勿令后人笑我拙耳，此等大计，世人无知而信生，不能为，不敢为，一旦死矣，与为终古已矣，微足下无以发吾之狂言”。（12）（《李文忠公全集·成法》）引进西法的问题上，李鸿章重点在于阐述稍变成法的必要性，并且涉及到翻译外国公法，培养人西法，改革成法，这是和时代背景的变化密切相关的。

1901年慈禧太后流亡西安以后，为了摆脱内外交困的被动局面，发布上谕，表示变法，说：“世法，……盖不易者，三纲五常，昭然如日星之照世；而可变者，令甲令乙，不妨如琴瑟之改弦”。这道上“整顿中法所以为治之具”，“采用西法所以为富强之谋”（13）（《张文襄公全集》卷五三《遵旨纂清廷博采外国的矿务律、铁路律、商务律、刑律等，编纂中国的矿律、路律、商律和交涉刑律等。张之洞凌辱之弊”是清朝最突出的司法弊端，他把“恤刑狱”作为整顿中法的第一要务，他和刘坤一在著名的《法，改革刑狱的九点建议。

第一，“禁讼累”。鉴于刑名胥吏敲诈勒索，加剧了社会矛盾，建议革除吏役，代以警察，以便消除第二，“省文法”。即“减宽例处”，以消除“拖延命案，讳饰盗案”，或发案不报酿成祸端的积弊第三，“省刑责”。除盗案命案证据已确而不肯供认者，准其刑吓外，凡初次讯供及牵连人证，不准第四，“重众证”。除死罪应有输服供词之外，军流以下各罪，如果众证确凿，又经上司层递亲提复罪。

第五，“修监羁”。即改善监狱羁所的居住和生活条件。

第六，“教工艺”。让犯人学习生产技能，“将来释放者可以谋生改行，禁系者亦可自给衣履。”

第七，“恤相验”。减轻诉讼当事人负担的相验费、夫马费、招解费。

第八，“改罚醵”。除命盗案、窃贼、地痞、恶棍、讼棍不准罚醵外，其他民事案件如户婚、田土、部分徒流，均可改刑责为罚醵。

第九，“派专官”。管理、稽查监狱事务。

上述整顿中法“恤刑狱”的九条建议，基本属于程序和量刑方面的具体措施，是在西方法文化影响下法制度上的体现。正是基于中体西用，所以这九条建议并没有触及清朝司法制度的实质，而只作了相应的近代文明作了舆论准备。

三. 以自强为目的的军事法律思想

洋务派的主要代表人物都是清朝的军政大员,既参与国策的制定,也负责国策的实践,特殊的地位和实非常敏感,为了应付中国“数千年未有之强敌”,洋务派把自强的着眼点首先放在军事上,提出“自强针,为近代军队的建设和军事法的产生创造了基础。李鸿章编练淮军时,突出的特点是在兵器和军事训练兵相为表里,练兵而不得其器,则兵为无用”。“西洋火器日新月异,不惜工费而精力独绝,故能横行于以自强”。(14)(《李文忠公全集·奏稿》)淮军营规的内容,主要为军事刑法。如赌博罪、奸淫罪扣军饷罪、吸食洋烟罪、开设烟馆卖烟罪和携财潜逃罪等。淮军制订的军事法规,虽然在技术层面上提出事法规。

七十年代中期以后,清政府为了防御日本的侵略,决心创建近代海军,洋务自强活动也进入以建立北洋海军过程中,力图仿照西方国家的海部,统一海军的章程和指挥管理,他说“海部体制与他部相埒,不使他部得掣其肘,其海部大臣无不兼赞枢密者,令由中出,事不旁扰”,但限于体制及经费,海部虽未

1888年9月海军衙门遵照“参酌中西,画一规制”的指导思想制订颁布了《海军章程》。章程共14款饷、恤赏、工需杂费、仪制、铃制、军规、简阅、武备、水师后路各局等,“大半采用英章,其力量未至例。”(15)(《李文忠公全集·朋僚函稿》卷三)内容细致完备。《北洋海军章程》也体现了落后后多酌用英国法,仍以宪庙军规为依归”。具体表现在北洋海军的官职名称、水兵的招募方法及军队内部的

四. 以求富为核心的经济法律思想

洋务派的经济法律思想,带有明显的时代特征,体现了洋务派向西方学习逐步深入的过程。本着“富商务”的信念,(16)(《李文忠公全集·朋僚函稿》卷三九)曾国藩、李鸿章、左宗棠等人,积极为部门的民用工业,挑战中国传统的“重农抑商”经济观念,把“富民”作为兴国的根本。虽然洋务派兴办朝的专制主义统治,谋求统治集团的利益,但是应该看到,洋务派在“既不能禁洋货之不来,又不能禁洋战”,“分洋商之利”,不仅收回了一部分丧失的利权,而且有助于民族资本主义工业的发展。运用经济法律思想中新的内容,譬如:

1. 企业实行股份制

1867年容闳倡议采用股份制的组织形式,制定《联设新轮船公司章程》,主要规定:

- (1) 公司本银必须四十万两,分为四万股,每股百两;
- (2) 公司内所用司事仁等必均系有股份者,仍由众人抽签公举,每股着一签;
- (3) 每年十二月十五日,公司主事人将本年各项账簿呈出众人阅验,如有利息,立即照股摊派;
- (4) 年终核算,倘是生意亏本,即将所剩之本,照股摊还散局;如公司众人均欲再做,则补足所亏防档)购买船炮)

由于该章程在集资办法、股东地位、公司内部管理以及利润分配等方面,大都模仿西方企业的办法,的一个章程。虽然很粗糙,但也引起不小的震惊,以至于总理衙门在审阅《章程》时产生了是否有洋商可疑虑“果否是华商集事?保无洋人及买办在内?”“若无此辈,未必能仿照外国公司办法”。(18)本的构成也是股份制,1882年,《申报》上发表《上海机器织布局招商集股章程》和招股声明。拟招主要创办人认购,其余两千股则从社会上募集。同时在通商各口、内地城镇以及海外华侨集中的地方,多地方,并且在报纸上公布投资者的姓名。(19)(《申报》1880年11月17日)招股声明一经发划招股四十万两,增加至五十万。投产后,营业兴盛,利润丰厚,“每月日用五百两,获利约五百两,查酥《翁文恭日记》)由此而使西方资本主义的公司组织、管理和经营方式逐渐获得人们的认识。

洋务企业实行股份制,不仅将社会上的闲散资金组成巨额股份资本,使商业性资本转化为产业资本,股份制的实行意味着将西方公司法引入经济领域,在客观上引导了中国近代法律发展的走向,迈出了法律

2. 利用外资,振兴实业

洋务派创办军工企业的初衷是为了抵御外侮和对付国内的农民起义,所以其生产无营利性可言,所需政府不断洋务地向西方侵略者割地赔款,早已无力承担发展洋务所需的巨额经费,为了解决办洋务急待寄托于民间工业的“开源节流”,但是民间资本有限,而且分散,即使筹集到的资金,也如杯水车薪,难以债”的思想逐渐生成。

利用外资突出在建筑铁路上。薛福成说,修筑铁路“便于国计、便于军政、便于京师、便于民生、便船招商、便于旅游”(21)(薛福成《筹妥铁路事宜》)李鸿章也始终认为中国“富强之势,远不逮名精,亦由未能兴造铁路之故。”因此,“若论切实办法,必筹造铁路,而后能富能强。”(22)(《李明确提出“借债以兴大利”。马建忠更是明确提出了“借债以开铁道”。他说“西国借款先向银行取用,绍,或恐经手分肥,为息必厚,英人于此思以减之,乃先期判示,名订所借之数于所与之息,使银行之愿其息轻者贷之。散借、专借与先示后择之方参错互用。”并介绍了当时在资本主义社会通行的债券和票据便展转抵用,一如银票,使公司之利岁提一二成赎回其票,则不言偿自有偿矣”。(23)(马建忠《借发展起来的抵押制度的概念,指出:“凡洋款皆须抵押,独修铁路一事,借款即以此路作抵,无须他物。国”。(24)(张之洞《劝学篇》)可见他主张用铁路作为不动产抵押,以担保债权的实现。

在处理“借洋款”与“招洋股”的问题上,李鸿章、薛福成、马建忠虽提出借贷洋款,但“不准洋人则,防止洋人借借贷之机侵占路权。而张之洞等人则认为两者可以同时兼顾,“路归洋股,款归债权”。四四)他还主张借外债“行之于商务”。在《劝学篇》中提出“与洋人合资”开采矿藏,但限制外资‘利’。他在《进呈矿务章程折》中再三强调“现订矿务章程声明,各国必须遵守中国法律,乃准其乘充想资料选辑)借以保护“华民生计、国家主权”。《章程》第九条规定:“集款以多得华股为主,无先有己资及已集华股十分之三为基础,方准招收洋股或借用洋款,如一无己资及华股,专靠洋股与洋债,览》乙篇卷三三上)

以上可见,洋务派对于“借债”的目的有比较清醒的认识。李鸿章在提出“借债以兴大利”的同时,他不无担忧地说:“借债之法,有不可不慎者三端,一曰恐洋人之把持而铁路不能适则自主;二曰恐洋人之债,或妨中国财用。”(28)(《李文忠公全集·奏稿》卷四五)他特别指出不得“指关税作偿款”法律思想,对中国近代工商业的发展起了一定的积极作用,为求富、求强提供了新的思路,起到了一定的

五. 以应付殖民地外交的国际法思想

洋务派出于办理外交的需要,非常重视讲求公法之学,虽然早在林则徐奉清廷之命查禁鸦片时已派人了有关“战争及其附带的敌对措施,如封锁、禁运等”部分,真正使近代国际法正式、系统地进入中国长文馆后,美国传教士丁韪良被介绍到京师同文馆任教,他利用任教的机会,在上海以传教士的身份翻译了国驻华公使蒲安臣亲自带着丁韪良到总理衙门向他们推荐此书。恭亲王奕訢见到书译稿大悦,称“此乃吾资助丁韪良完成全书的翻译。1864年(同治三年)经清朝政府批准正式刊行,题名为《万国公法》。

《万国公法》的译成,增加了洋务官僚的国际公法知识,使之在对外交涉中有所凭籍,由此他们又要便览》、《公法千章》和《中国古世公法》等国际公法著作。(29)(梁启超《西学书目表》《戊戌变

法》规定的领海规则，解决了普丹大沽口事件，在给普鲁士的照会中，明确指出：“此次扣留丹麦货船及来中国，自当入境问禁，不得任意妄为。中国所辖各洋，例有专条，各国和约内，均明此例，贵国和约内切”。（30）（《筹办夷务始末·同治朝》卷二六）1874年（同治十三年），秘鲁国派使来华要求签订秘华工的待遇，然后与其签订了《中秘会议专条》，保障了华工待遇。在同时签订的《中秘通商条约》中国际公法的引进，启发了洋务派对国家主权观念的认识。李鸿章根据万国公法指出：“各国均有保护派，后发展为改良派的郑观应说：“夫各国之权利，无论为君主、为民主、为君民共主，皆其所自有，而集》上册）王韬批评清政府由于没有国家主权观念，才在对外交涉中“不争其所当争”，对“必屡争”并不如此，洋务派还谴责西方列强强加给中国的不平等条约，“公于何有，法于何有”（32）（《郑观应集》卷三九）他分析这些不平等条约的签订背景，一是列强武力所迫，二是中国长期闭关锁国，缺乏国际无知。因此，他认为“诚以内治与约章相互表里，若动为外人所牵制，则中国永无自强之日。”李鸿章的“洋人归领事管辖，不归地方官管理，于公法最为不合”的现象，但他又很矛盾，“若令改归地方官，议”，“试问中国刑部及内部各衙门能将祖宗圣贤刑制尽改乎？”（34）（《李文忠公全集·朋僚函稿》卷三）

洋务派对不平等条约的批判，集中在片面最惠国待遇、领事特权和协定关税三个方面。他们指出片面贻害无穷的条款。“‘均沾’二字，利在洋人，害在中国，设法防弊，实为要图”。（35）（《李文忠公全集·奏稿》卷二九）薛福成说：“商民居何国何地，即受治于此地有司，亦地球各国通行之法”。要求废除对中国司法主权的公然践踏，王韬说：“贩售中土之西商，以至传教之士、旅处之官，苟或有事，我国悉恒从重，于本国出口之货税恒从轻，或全免出口之税。”“今宜重订新章，……凡我国所有者，轻税以广我权利，富我国民，酌盈剂虚，莫要于此。”（37）（《郑观应集》上册）王韬明确指出：“加税一贝我而已，外人不得干涉”。（38）（《韬园文录外编》卷三）

正是在这样的历史背景下，左宗棠对丧权辱国的《伊犁条约》表示坚决反对，他指出：“至伊犁南境岂可轻许”。（39）（《左文襄公书牍节要》卷二三《上总理各国事务衙门》）刘坤一则指出，《辛丑和约》为第一要义。赏功罚罪，中朝自有权衡，本非外人所得干预”。（40）（《刘坤一遗集·电奏二》）平等，却仍然“隐忍徐图”，“力保和局”，（41）（《李文忠公全集·朋僚函稿》卷一一）“唯有委公全集·奏稿》卷二九）大相径庭。

六. 培养近代法律人才的法律教育思想

洋务派始终把培养洋务人才放在重要位置，李鸿章一再强调：“舍变法与用人，别无下手之方”，（3）（《筹议海防折》）为了培养洋务人才，以应急需，在李鸿章等的倡议下，1862年7月，清政府批准上海广方言馆等“洋务学堂”。

为了适应洋务外交与立法的需要，同文馆成立以后，便以翻译西方法学著作作为了解西方情况和输入求西学之法，以译书为第一义，欲令天下人皆通西学，莫若译成中文之书，俾中国百万学人，人人能解，（4）（张之洞《上海强学会章程》）经同文馆翻译的外国法律和法学著作多达18部之多，如《公法总论》、《各国交涉公法论》、《法律医学》、《各国交涉便法论》等等，其中一些书籍成为戊戌变法和中国人通过最简洁的方式、最直接的渠道认识和了解西方法文化，积极地推动了中国法律近代化的进程，堂里，都将《万国公法》列为必修课程。（45）（舒新城编《中国近代教育史料》上教版81,3）

不仅如此，洋务派还从实际需要出发，向西方派遣留学生，曾国藩与李鸿章奉命拟订了《挑选幼童前七年始至光绪年止，每年挑选幼童30名，共合120名》，“赴美国书院学习军政、船政、步算、制造诸学培人才而图自强。”（46）（《洋务运动》二）章程把幼童年龄限制在十三、四岁至二十岁之间，后改毕业后回国听候派用，不准在外洋入籍逗留或私自先回另谋职业。自1872年8月12日到1885年，清朝共有：们对中国近代经济、政治、法律、文化的发展与实现洋务派富强之梦起了重要作用，涌现出詹天佑、武廷

总结上述，洋务派的法律思想虽然不系统，涉及的方面也较为狭窄，而且只能在“稍变成法”的前提下的巨大变化，因而带有时代的烙印。特别是从法律思想与实践的结合上，可以突显洋务派在中国法制走向的近代化是一个较长的过程，但却是历史发展的必然，洋务派的法律思想与实践，可以看作是中国法律就在其于此。