

西法对中国法制近代化的影响

——以郭嵩焘的法政思想为主线

李 游 李 栋*

摘 要:当西方已经完成了文艺复兴、资产阶级革命并建立起一套全新的近代法律制度时,中国的法律却仍在封闭的自满中陶醉。直到1840年西方殖民主义者用炮火轰开中国的大门,中国的封闭状态始被打破,法文化也在接受了西方的刺激以后开始苏醒。特别是经过多种渠道输入的西方法文化,使晚清的法制改革得到新的理论导向,从而使法律近代化成为可能。

关键词:传统法律 郭嵩焘法律思想 近代化 西方法

法律作为一种社会规则,是人类自我控制、自我维系、自我调试以及自我发展的重要手段。中国古代的礼法传统是传统中国自给自足的小农经济、儒法合流的正统思想以及封闭自足的中央集权统治共同作用下的结果。它所内涵的天人交感的宇宙观、道德化的法律思想以及息事宁人的人生观,有别于西方自古希腊罗马以降以公平、正义为终极追求、以彰显个人权利与自由为目标的法律传统。如果从法律文化的高度评价两种法律传统,它们无所谓孰优孰劣,孰是孰非,因为它们是不同的民族面对同样的人类问题所作出的、适应于本民族的历史回应,是不同民族长期历史选择的结果,都有其一定的合理性。对中国传统文化有深入研究且具深厚感情的梁漱溟甚至断言:“假使西方化不同我们接触,中国是完全闭关与外间不通风的,就是再走三百年、五百年、一千年也断不会有这些轮船、火车、飞行艇、科学方法和‘德漠克拉西’精神产生出来。”^{〔1〕}

然而,两次鸦片战争的失败,使古老、封闭的中国在列强坚船利炮的逼迫下打开国门,逐渐走向开放。^{〔2〕}由此,中国古代陈陈相因几千年的礼法传统被迫与西方政治法律发生

* 李游,《中国法学》杂志社教授,法学博士;李栋,中南财经政法大学法学院副教授,法学博士。本文是教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目《中华法制文明的传承与创新》(项目批准号10JZD0028)研究成果。本研究受中央高校基本科研业务费专项资金资助(2012031)。

〔1〕 梁漱溟:《东西文化及其哲学》,商务印书馆1999年版,第72页。

〔2〕 其实,在第一次鸦片战争之后的20年间,清廷上下依然是文恬武嬉,桀骜自大,毫无危机感。直至第二次鸦片战争爆发,咸丰帝被迫北上狩猎,才使一部分士大夫从沉睡状态中警醒过来。因此,中国真正从封闭走向开放是在第二次鸦片战争之后。参见蒋廷黻:《中国近代史大纲》,凤凰出版传媒集团有限公司2006年版,第13页。

了接触与碰撞。^[3]令人唏嘘不已的是,面对异域的政治法律传统,士大夫基于自身的认识以及切身利益的考量,不约而同地在初期表现出排斥、抵触或勉强接受的消极态度。即便在“洋务运动”开启后,他们仍然以“夷夏之辨”、“中体西用”等观念为武器,固守中国传统政教之“道”,片面学习西方的坚船利炮、声光气电。

但是,面对“三千年未有之大变局”,^[4]在传统士大夫中也有一些头脑比较清醒、目光比较深邃的人,他们看到了闭关自守的危机,看到了传统政教的不足,于是,主张“睁眼看世界”,对西方进行全面的学习,这其中最为重要的法律人物就是郭嵩焘。^[5]梁启超在1898年《戊戌政变记》中将其誉为“中国首讲西学”者。^[6]

一、“本末观”:郭嵩焘法政思想的初期表达

19世纪70年代初,由于边疆危机四起,“洋务派”的总机关——总理各国事务衙门引1874年日本侵台事件为训,认为“海防亟宜切筹”,奏请“练兵、简器、造船、筹饷、用人、持久”六条为“紧急机宜”。^[7]之后,大臣奉旨议复,形成了关于海防事务决策的大讨论。^[8]“本末观”思想正是郭嵩焘在这场海防大讨论中提出的。1875年(光绪元年)他在赴闽前奏疏了《条议海防事宜》(下文简称《条议》)。《条议》的核心主张认为,“船坚炮利”并不是西洋之所以强盛的主要原因,巩固海防的根本并不在于“造船、制器”,而在于“朝廷政教”。学习西方必须明其本末,分清轻重缓急,循序渐进,以求实效。

就何为本末而言,郭嵩焘极力反对洋务派将如何巩固海防问题,简单地化约为“造船、制器”问题。对此,郭氏在《条议》诘问道:“诚使竭中国之力,造一铁甲船及各兵船,布置海口,遂可以操中国之胜算,而杜海外之覬覦,亦何惮而不为之?而以西洋聚精会神擅强数十百年之术,强中国一日行之而遽责其抗衡,据一时之议以尽各海口之变,果足恃乎,

[3] 当然,在1840年鸦片战争前,中国法律同西方也有过冲突与碰撞,甚至中国法律在某些方面还影响了西方,但总体来看,这些冲突与碰撞是海禁大开前,中西方文化之间的正常交流,不具有广泛性、正式性。相关论述参见史彤彪:《中国法律文化对西方的影响》,河北人民出版社1999年版;田涛、李祝环:《接触与碰撞:16世纪以来西方人眼中的中国法律》,北京大学出版社2007年版。

[4] “筹议制造轮船未可裁撤折”,载《李鸿章全集》,奏稿,卷十九。转引自李扬帆:《走出晚清:涉外人物及中国的世界观念之研究》,北京大学出版社2012年版,第177页。

[5] 郭嵩焘(1818-1891),字伯琛,号筠仙,湖南湘阴人。1847年道光二十七年中进士,充翰林院庶吉士。1862年同治元年6月授苏松粮储道。翌年4月擢为两淮盐运使,7月署理广东巡抚。嗣后因官僚倾轧,丢官回籍八年,主讲长沙城南书院。1875年光绪元年3月授福建按察使。1876年成为中国首任驻外公使。

[6] 此外,梁启超还在1924年出版的《中国近代三百年学术史》中谈到“洪杨乱事前,思想界引出三条新路”时指出,其一即“西学之讲求”。他在概述了洋务运动由初期的佩服西方的“船坚炮利”,进而“知道西人还有藏在‘船坚炮利’背后的学问,对于‘西学的观念’渐渐变了”时指出:“虽然,这是少数中之极少数,一般士大夫对于这种‘洋货’,依然极端的轻蔑排斥。当时最能了解西学的郭筠仙(嵩焘),竟被所谓‘清流舆论’者万般排挤,佗僚以死。这类事实,最足以时代心里写照了。”转引自王兴国:《郭嵩焘研究著作述要》,湖南大学出版社2009年版,第91页。

[7] 《筹办夷务始末》(同治朝)卷九十八。

[8] 关于此次海防讨论的主要观点和内容参见王宏斌:《晚清海防:思想与制度研究》,商务印书馆2005年版,第80-150页。

果不足恃乎?此所不敢知也。”〔9〕为了说明此“本末观”,郭氏以西洋的历史经验予以论证。“嵩焘窃谓西洋立国有本有末,其本在朝廷政教,其末在商贾,造船、制器,相辅以益其强,又末中之一节也。”〔10〕于是,郭氏认为总理衙门条奏的“海防六事”都是支微末节,而非图强之本。对此,他说道:“故夫政教之及人本也,防边末也,而边防一事,又有其本末存焉。敬绎六条之议:如练兵、制器、造船、理财,数者皆末也。”〔11〕因而,他毫不避讳地指出了洋务派这种本末倒置、急功近利的做法。“舍富强之本图,而怀欲速之心以急责之海上,将谓造船、制器用其一旦之功,遂可转弱为强,其余皆可不问,恐无此例。”〔12〕

在19世纪70年代中叶,郭嵩焘提出的“本末观”已经远远超越了占主流地位的“中体西用观”。在洋务运动期间,学习西方技艺、发展近代工商业并不是什么新鲜的话题。清廷为了改变内外交困的时局,在接受魏源“师夷长技以制夷”主张的基础上,大体遵循了一条“中学为体,西学为用”的原则,即“以中国之伦常名教为原本,辅以诸国求富强之术”。〔13〕尽管“中体西用”论为封闭的传统文化打开了缺口,破天荒地承认天朝有不如夷邦之处,为西学在中国的传播辟出了路径,在中国当时的历史条件下起到了“开风气”的作用,但是,该论的根本在于以新卫旧、以西补中,企图用西方先进的科学技术来维护中国传统的政教纲常,因此,随着西学东渐步伐的加快,“中体”越来越成为“西用”的障碍。这也是洋务运动举办数年,成效甚微,最终破产的根本原因之所在。郭嵩焘显然在那时已洞察出“中体西用”论之弊端,不仅主张应全面学习西方,而且要在“明本末之序”的基础上进行学习。他告诫清廷说,“民富国强”不仅为西洋历史发展所证实,也是社会发展一种不可遏制的趋势,正所谓“利之所在,虚文有所不能制也”。〔14〕相反,如果一味限制、束缚,只会驱使中国资本流入洋商名下以谋利,如伍怡和、吴健章、胡燏、杨坊等人,“号称巨富,皆有轮船,经营贸易遍及诸国。惟深自隐讳,以与洋商比附为利。国家制法防范愈密,则商人之比附愈深”。〔15〕

由是观之,郭嵩焘既以学习西方技艺、发展近代工商业作为应“变”的“匡救”之策,又视此应建立在“循用西法之基”上,从而把“治末”和“正本”有机地结合在一起,成为中国学习西方以致富强的不可分割的两个方面。

二、“君民兼主国政”:郭嵩焘法政思想的升华

尽管郭嵩焘已经看到“西洋立国有本有末”以及“西洋立国以政教为本”等问题,但是就如何才能达致“政通人和”的目标时,郭氏开出的“药方”仍然是传统的,即强调“明君、贤臣和顺民”的儒家民本主义思路。

有关这一点可以从如下三个事例予以说明。其一,郭氏在论及汉代议政制度时,表达

〔9〕 郭嵩焘:《郭嵩焘奏稿》,杨坚校补,岳麓书社1983年版,第346页。

〔10〕 同注9引书,第345页。

〔11〕 同注9引书,第344页。

〔12〕 同注9引书,第346-347页。

〔13〕 冯桂芬:《校邠庐抗议·采西学议》。

〔14〕 同注9引书,第341页。

〔15〕 同注9引书,第341页。

了对“明君”的向往,并希望“以天下之政公之天下”。他写道:“汉时国有大政,公卿会议,下逮议郎,皆可直摅所见,上赞军国之至计,人主亦常屈群议而从之。言者不以为器,大臣不以为恩,天子亦不以为功。故以为听言之广,后世无若汉者,惟其以实不以文也。抑惟天子以天下之政公之天下,而人能自效其诚也。今之叔皮不难其人,而能与朝廷之议者,旷世无由一见。人才何由而兴,国政何由而善哉。”^[16]其二,郭氏在对付太平军以及抚粤期间的经历,使他深刻认识到“官吏之路不清”是国家“治乱之源”,因此,他在出国前一直主张应“严以驭吏”。如他在《钦奉谕旨敬陈管见疏》中这样写道:“天下之治乱在乎用人之当否。所用贤,则纪纲振飭,法度修明,虽乱世亦可以为治;所用非贤,则纪纲倒置,法度废弛,虽平世亦可以致乱。从古及今,未闻费有用之财,养无用之人,啖之以利而求其不作乱者。”^[17]此外,1859年(咸丰九年),当咸丰皇帝第二次召见郭嵩焘问其“天下大局,宜如何办理”时,郭氏给出的答案就是“当以讲求吏治为本”。^[18]其三,咸丰九年,郭嵩焘在《请推陈致理之原疏》中指出了当前政局的最大忧虑,即“上下之情太隔”。^[19]咸丰皇帝在看此奏疏后召见了。在召见时咸丰皇帝对郭嵩焘说,若奏疏不能畅所欲言,可以“尽情陈说,不必隐讳”。借此机会,郭嵩焘进一步陈说了“通下情,以顺民”的重要性,说是“王大臣去百姓太远,事事隔绝,于民情军情委曲不能尽知,如何处分恰当?”他更直陈,希望朝廷之上,认真追求实际,以致天下从风。换言之,他要求皇帝定出一个明确的要求或政策,建立一个榜样使“人人晓得朝廷的志向”,积久成风,气象自会一新。^[20]

可幸的是,1876年(光绪二年)郭嵩焘得到了出使英法,考察西方的机会,这也使他真正可以正眼看世界,重新审视、升华自己在“天朝上国”所能冥想出的认识极限。如果说初到英伦的郭嵩焘对英国的议会民主和两党政治的认识还如同看“万花筒”一般,徒识皮毛,比附中国,那么,耳濡目染的经历使郭嵩焘开始对这些制度产生思考并有了自己的见解:“自始设立议院,即分同、异二党,使各竭其志意,推究辩驳,以定是非,而秉政者亦于其间迭起以争胜。于是两党相持之局,一成而不可易。问难酬答,直输其情,无有隐避,积之久而亦习为风俗。”^[21]显然,在郭嵩焘看来,西洋的议会民主制及其与之关联的两党政治有利于正直敢言,从而使国家政治达到“上下相通”的状态。

于是,郭嵩焘逐渐认识到“在君主政治之外,尚有君民共主,民主之治矣”的其他文明政治模式,而这种“君民共主”的政治模式是西洋富强、文明的根本所在。光绪三年四月,郭嵩焘在考察英国的民用设施后,指出:“英国行政务求便民,而因取民之有馀以济国用。故其所设各官,皆以为民治事也,而委曲繁密;所以利国者,即寓于便民之中。……此专为便民也,而其实国家之利即具于是。此西洋之所以日致富强也。”^[22]光绪四年三月,他在考察英国税务制度后,说道:“西洋制国用,岁一校量出入各款,因其盈绌之数,以制轻重之宜,一交议院诸绅通议,而后下所司行之。三代制用之经,量入以为出,西洋则量出以为

[16] 郭嵩焘:《郭嵩焘日记》(第1卷),湖南人民出版社1981年版,第83页。

[17] 同注9引书,第159页。

[18] 同注16引书,第201页。

[19] 转引自汪荣祖:《走向世界的挫折——郭嵩焘与道咸同光时代》,中华书局2006年版,第49页。

[20] 同注19引书,第50-51页。

[21] 郭嵩焘:“伦敦与巴黎日记”,载钟叔河编:《走向世界丛书IV》,岳麓书社出版社2008年版,第434页。

[22] 同注21引书,第197页。

入,而后知其君民上下,并心一力,以求制治保邦之义。所以立国数千年而日臻强盛者,此也。”^[23]由此,郭嵩焘得出结论说:“西洋所以享国长久,君民兼主国政故也。”^[24]

难能可贵的是,郭氏还拿西洋“君民兼主国政”的民主制度参照、反思了中国陈陈相因两千多年的君主专制政体,认为中国两千年以来的政治恰与西洋“君民兼主国政”相反。“计英国之强,始自国朝;考求学问以为富强之基,亦在明季,后于法兰西、日耳曼诸国。创立机器,备物制用,实在乾隆以后。其初国政亦甚乖乱。推原其立国之本末,所以持久而国势益张者,则在巴力门议政院有维持国是之义,设买阿尔治民有顺从民愿之情。二者相持,是以君与民交相维系,迭盛迭衰,而立国千餘年终以不敝。人才学问相承以起,而皆有以自效,此其立国之本也。而巴力门君民争政,相互残杀,数百年久而后定,买阿尔独相安无事。亦可知为君者之欲易逞而难戢,而小民之情难拂而易安也。中国秦汉以来二千餘年适得其反,能辨此者鲜矣。”^[25]

出使前,郭嵩焘曾认为,为确立全面学习西法的基础,可先务其“末”,即“先通商贾之气以立循用西法之基,所谓其本末遑而故务其末者”。出国后,郭氏在认识到英国政教之本在于“君民兼主国政”之后,已经总结出治理国家固然有很多事情要做,但当务之急应该是确立国家富强之根基。治国必先立“本”,即确立良好的政治法律制度,改变落后的思想意识和风俗习惯,而后才能取得国家富强的成效,相反,不立“本”而片面追求富强,只能空耗国力。

三、“法治”与“人治”之别:郭嵩焘法政思想的飞跃

如果说认识到西洋政教之本、富强之基在于“君民兼主国政”是郭嵩焘法政思想认识升华标志的话,那么,明确提出“法治”与“人治”是中西方法政根本之所在的观点则意味着郭氏的法政思想有了质的飞跃。因为在传统中国能抛弃“三代之治”的梦想,跳出“民主主义”的藩篱,用现代化的眼光重新审视中西法政异同,不仅在那个时代颇为难得,且具有十分重要的启蒙意义,即便在今天这种认识也不过时,仍然具有深远的警示意义。

郭氏这段石破天惊的概括谓:“西洋君德,视中国三代令主,无有能庶几者;即伊、周之相业,亦未有闻焉。而国政一公之臣民,其君不以为私。其择官治事,亦有阶级资格,而所用必皆贤能,一与其臣民共之。朝廷之爱憎无所施,臣民一有不愜,即不得安其位。……国家(英国)设立科条,尤务禁欺去伪。自幼受学,即以此立之程,使践履一归诚实。而又严为刑禁,语言文字一有诈伪,皆以法治之,虽贵不贷。朝廷又一公其政于臣民,直言极论,无所讳忌。庶人上书,皆与酬答。其风俗之成,酝酿固已深矣。”^[26]此外,在论及“法治”与“人治”的区别时,郭嵩焘认为,尽管在传统士大夫看来,中国上古时期的夏、商、周三代是圣人之治,是西洋各国所不能比拟的,但是,三代之治与西洋政治相比是有所欠缺的,即“圣人之治民以德”,但“一身之圣德不能常也”,一代圣人死后,难保代代君主都

[23] 同注21引书,第526页。

[24] 同注21引书,第156页。

[25] 同注21引书,第407页。

[26] 同注21引书,第434页。

是圣人贤哲,圣人贤德不存,因人而治世;而“西洋治民以法”,“推其法以绳之诸国”,法不以君异而变,法是相对永恒的,可以“推衍无穷”。对此,他说道:“恣睢之欲逞,而三代所以治天下之道于是乎穷。圣人之治民以德,德有盛衰,天下随之以治乱。德者,专于己者也,故其责天下常宽。西洋治民以法。法者,人已兼治也,故推其法以绳之诸国,其责望常迫。其法日修,即中国之受患亦日棘,殆将有穷于自立之势矣。中国圣人之教道,足于己而无责于人。”^[27]

在认识到西洋“法治”的重要性之后,郭嵩焘也将考察西洋的重点向法律制度方面转移,驻英期间他考察了英国法律的律师制度、刑事案件审判制度、陪审制度、回避制度、监狱制度以及参加万国公法会议的情况和认识。

早在1876年12月赴英途经新加坡时,郭嵩焘便接触到了律师制度。“堂下列长案如弓,两造讼师及录供者、传语者,环坐向上。”^[28]光绪三年三月十三日,郭氏在友人哈栗斯的邀请下,参观了英国四大律师公会和位于伦敦的各王室法院,这次参观使其对英国律师制度有了较为全面的认识,同时,郭氏的这段日记也是中国近代对英国律师制度最早和最为全面的记录。“审案堂,凡四处。一曰林庚新,^[29]其官曰罗尔觉斯谛斯。觉斯谛斯者,译言公道也。承审四人:曰占模斯,曰噶里斯,曰结色拉,曰巴格里,而占模斯为之长。其幕府曰金锵斯,陪同指示。是日噶里斯以病未至,虚承审一席,占模斯即延予入坐。张案如弓,外抱稍高。其下列坐三四人,亦张案外抱,则小官之录供者。又下则小讼师之刺取案由者,坐皆外向,无案。再下列长案向上,其前三四层,皆讼师也。后为民人,亦列案数层。其右为律堂,总管名为司吉讷尔,藏书四万帙,学律者集处其中七百人。司吉讷尔告言:伍廷芳在此学律,哈栗斯亦学律者。中有饭堂,有治事堂,有燕坐堂。过街为存案处(其名为豪事阿甫黎颇布力喀雷阔尔斯。^[30]豪事,屋也;颇布力喀,译言公也;蕾阔尔斯,译言案也。犹谓房屋所盛之公案也),主者结色拉,其副曰哈尔谛。列屋四层,层二十二屋,凡存旧案八十八屋,分地分年列号记之,而听人相就抄案,亦分数堂列坐其中。最后一层藏诸古迹,有巨册二,盛以琉璃匣,一千零八十五年所记田土册也,字皆刺丁文,相距八百年矣。又显理第七盖高宫殿与工人立约包工一册。又与法国立约一册,法王系以金印,大约五寸,厚八分许。又罗马教主给显理第八文册,系以金印,大约寸许。又今君主维多利亚始即位受戒教师^[31]文册(其中首列教师问:‘须发一誓,愿否?’答曰:‘愿。’因示戒曰:‘即位后一切按照英国法律,能否?’曰:‘能。’曰:‘一切当依公道以仁义行之,能否?’曰:‘能。’曰:‘宜保护耶稣,能否?’曰:‘能。’曰:‘凡教师世爵应享之利,并宜照旧,能否?’曰:‘能。’于是画押其下,而载当时所授官名于册,而以誓单黏其上)。又登车至米达拉坦布拉,^[32]应勒尔坦布拉。^[33]米达拉者,中堂;应勒尔者,内堂;坦布拉,译言堂也。总管名安得森。中堂、内堂学律者各三四百人。而中堂由与西班牙战,海中掳得其船无数,

[27] 同注21引书,第627页。

[28] 同注21引书,第627页。

[29] Lincoln's Temple, 林肯律师公会。

[30] House of Public Records, 档案馆。

[31] 此指大主教,有时也指教士。

[32] Middle Temple, 中殿律师公会。

[33] Inner Temple, 内殿律师公会。

取以建此堂也。其中一礼拜堂,圆屋可坐千余人。又有一堂名格雷斯,^[34]相距二里许,亦有学律生。凡学律四处,悉统于林庚新。二曰魁英斯班迟,^[35]三曰艾克斯才克尔,^[36]四曰阔尔太阿甫铎门普力斯。^[37]三处审案堂别为一屋。所至魁英斯班迟一处,承审三人:曰科本恩,为律师之有名者,其官为罗尔基甫斯帝斯^[38](基甫者犹言总理也)。曰海洛尔,曰勒什哈栗斯。云此三堂皆依律断案者,律文与案情不能相准,乃移送林庚新以理准之。觉斯帝斯虽亦统于铎恩斯,而不归其管辖,岁时分巡各处,以平其讼。”^[39]

对英国刑事案件审判、陪审制和回避制,郭嵩焘也有详细记述:“以英国刑司质之克罗斯,云所管刑司二十三人,仍分上下两刑院。利科尔得由民举,与梅尔、阿得门理民讼者又别。盖前数百年其国主允民人公举一刑司,先经利科尔得,亦各视其案情轻重为处分。其重者及其案情不能定夺者仍转至下刑院。其总持律例者曰铎恩斯,而由上议院议定律例行之。其归入词讼者一统之内部尚书。杀人及盗重犯则由其国主科罪,而内部尚书权衡其犯罪情由,以为轻重之准,达之国主,以制其准驳丛违。各地方均有刑司。而此二十三人者,岁中率一分巡各地。案情重者专候刑司分巡时处分。”^[40]西洋律法,凡死刑以上,刑司延请绅士十二人公议之。其所延绅士多少咸集,于中派十二人,以其名诏囚。囚曰:‘某某与吾夙怨。’则随改派,复诏之囚。乃集讼师具事状,详录供词以授之十二人,其名曰纠里(Jury,陪审员)。纠里会议有参差,出告刑司曰:‘某某议不合,以某事疑。’刑司因复申论其所疑者,再交之。议毕,刑司始具状上之内部,内部以告于其君,科定罪名,下之舍利福而行刑焉。刑重者缢之狱而已,医者为诊其脉息,具结申报内部。”^[41]从中我们看到,在郭嵩焘眼中,西洋的刑事审判以及与之相关联的陪审制能够有效地保障案件审判的科学性和公正性,进而保护公民之权利,相比之下,中国的司法审判极易造成冤假错案,于是,他感叹道:“中国秦汉以来二千余年适得其反,能辨此者鲜矣。”^[42]

此外,在英期间郭嵩焘还对英国的监狱制度产生了浓厚的兴趣。在参观完开敦威拉监狱日常管理后他感叹道:“日治千五六百人食,亦皆犯人为之,而精洁无烟火气。”^[43]在观其如何管教犯人时,认识道:“观其区处犯人,仁至义尽,勤施不倦,而议院犹时寻思其得失,有所规正。”^[44]在参观完纽该脱监狱后甚至为之题词曰:“此系囚处隶之梅尔……观其用心曲折,一主于劝诫,而若有甚不忍者,使不油然坐其仁爱之心,亦足以见留贻之远且厚矣。”^[45]通过切身的观察与感悟,郭氏认识到监狱远非血腥以及以恶去恶的代名词,相反,它是通过仁爱、劳动等方式改造罪犯心灵的场所。为了进一步了解西洋的监狱

[34] Gray's Temple, 格雷律师公会。

[35] Queen's Bench, 王座法院。

[36] Exchequer Bench, 财税法院。

[37] Court of Common Pleas, 普通诉讼法院。

[38] Royal Chief Justice, 皇家首席法官。

[39] 同注21引书,第176-177页。

[40] 同注21引书,第499页。

[41] 同注21引书,第549页。

[42] 郭嵩焘:《郭嵩焘日记》(第3卷),湖南人民出版社1982年版,第373页。

[43] 同注21引书,第153页。

[44] 同注21引书,第154页。

[45] 同注21引书,第276页。

制度,郭氏甚至于1878年冒着抗旨的风险,参加了在瑞典首都斯德哥尔摩的万国刑法监牢国际会议。^[46]

在与西洋各国交往的过程中郭嵩焘认识到法律在各国交往中的重要性,于是,他十分关注各国法律交往的通行做法。光绪三年八月十一日,郭嵩焘收到国际公法讨论会寄来的材料,感到“达摩之意,大抵言各国习教不同,不能以习教之同异分别轻重,一当准情度理行之。所以见示,亦自表其于中国无猜嫌也”。^[47]于是,郭嵩焘于光绪四年八月廿十日派驻法使馆随员马建忠参加了此次万国公法会。^[48]经过郭氏的努力,本次会议为中国争取了三项法律权利:第一,中国与亚细亚不同教之国相接,当另立章程,其中小有变更,当由亚细亚会议裁定,不宜专任欧洲列强干涉;第二,西方列强在东方各口领事不应干涉地方公事;第三,国际公法对各国意见同等予以尊重,中国不当例外。^[49]不仅如此,郭氏在国际交往中,也经常运用国际法处理与西洋各国之关系。如英印度大臣派员出使喀什噶尔,对此,郭氏进行了严正抗议,并指出“本大臣于此,窃疑与万国公法微有不合”,^[50]因为万国公法有保护立国之例,“今英国犹似调处为义,奉中国以建置小国之权”,这是侵犯中国主权的行径。于是,他认为清廷应“援据西洋公法,划定疆界,杜其侵扰”。^[51]事实证明,郭氏的外交策略不仅与国际接轨,而且配合清廷粉碎了英国谋划新疆的企图。

四、“人心风俗为立国之本”:郭嵩焘法政思想的归宿

孤独的先行者其结局往往是悲剧性的,1879年郭嵩焘被清廷勒令撤职归国。乞休归里的日子,郭氏仍然关心着国事,思考着时局。应该说,这一时期郭嵩焘的法政思想就其以往发生了明显的改变。如果说郭氏在出洋前侧重于破除传统士大夫封闭眼界,让世人正视西洋法政文明,更多的在于“破”的话,那么,置身过“欧风美雨”,亲历过西洋法政文明的他此时更关注从“立”的角度,思考中国的未来走向以及如何具体达致国家之富强。

晚年的郭嵩焘在深信中国向西方学习已成为一种不可逆转的前提下,主张“渐进地”学习。这一点可以从郭氏晚年对“建海军”、“修铁路”中找到明证。光绪十五年他在致李鸿章的书中赞同修建仅数百里的津通铁路,认为“深得机要”。因为他知道西洋的铁路是“渐积而成”的,因此,中国也宜“渐次推行”,以行一段收一段之利。如果想一举就营治数千里,似乎是在力求富强,事实上是自取穷困。此时的郭嵩焘更加趋向稳健而务实,他并非废弃铁路而不用,因为他更深知“虽使尧舜生于今日,必急取泰西之法推而行之,不能一日缓也”,^[52]但他更觉得:“今时风俗颓弊,盗贼肆行水旱频仍,官民交困,岌岌忧乱之

[46] 详见郭廷以编:《郭嵩焘先生年谱》,台湾中央研究院近代史研究所1972年版,第694页。

[47] 同注21引书,第302-303页。

[48] 关于郭嵩焘对万国公法的认识以及与万国公法会之间的联系,参见张建华:“郭嵩焘与万国公法会”,载《近代史研究》2003年第1期。

[49] 同注21引书,第723-725页。

[50] 同注46引书,第642页。

[51] 同注9引书,第373页。

[52] 转引自钟叔河:《走向世界——中国人考察西方的历史》,中华书局2010年版,第217页。

不遑,而轻言富强乎?”^[53]

其实,郭嵩焘这种“渐次推行”主张源于他对西方政治教化的长期观察。他认为西洋的民主政治是长期政治教化、多方因素积累的结果,即“积之久而亦为风俗……其风俗之成,酝酿固已深矣”。^[54]在当时的历史条件下,在诸多条件不具备的情况下,为了使中国更务实地学习西方,走向世界,晚年的郭嵩焘最终将落脚点定在了扭转国人“人心风俗”上。他认为“人心风俗”不仅是“国家政教之源”,^[55]而且还是富强之本,因为“人心厚、风俗纯,则本治”。^[56]郭嵩焘之所以在晚年将其法政思想的落脚点放在“人心风俗”这一深层次的思考上,主要是基于对中国国情和国民文化水准的现实思考。郭氏认为,当时中国积贫积弱,风俗凋敝,民生艰苦,根本没有条件追踪西法寻求富强,如果仓行西法,不仅不能富强,反而会动摇国本。“今言者动曰取法西洋制造乃能至富强。人心风俗,政治法令,闾阓如此,从何取法西洋乎?于是益知中国求治之难也。”^[57]

五、对中国法制近代化的进一步理解

古老的中国虽然闭关锁国,但悠久的文明与传统法律文化早就被世人所认识。18世纪之前,“中国热”流行于欧洲:“那时候的欧洲处处都在中国化。中国的瓷器、丝绸、漆器、茶,中国风格的壁纸,绣帷,中国式的亭台园林。生活在中国化。那是一种时尚,早在路易十四时代就已经开始了。思想也在中国化。启蒙主义的大师们,多是中国的仰慕者,他们把孔夫子的格言当作座右铭,……中国是一面旗帜,孔夫子是启蒙运动的守护神。”^[58]可见,孔夫子的思想不仅影响了中国法律文明的发展,也同样对西方启蒙思想家产生了巨大的影响。“这样说应该是不夸张的,18世纪以前中国文明在世界范围内所达到的水准,与伦理化的传统法律有着不可分割的内在联系。这不仅因为它本身是这个文明的一部分,还因为它的法律属性,这个文明才得以更广泛地推行和更持久地流传。”^[59]在19世纪之前,中国从未遇到过其他文明中心的挑战。对此,怀特教授指出,在18世纪中叶,“受过教育的中国人仍然生活在这样一种世界观的影响下,他认为中国文明几乎不可能遭遇更本性的挑战。这种世界观的关键因素是毫不犹豫地坚信中国的中心性。在地理层面上,普遍认为地球是平面的,中国居于中央。这种地理中心感有与之相应的政治观,即在一个安排恰当的世界中,中国将是权威的终极。最后,这一大厦建筑在这样一种信念的基础上,它相信中国的价值观念和文化规范是人类永久的合理性。中国的标准就

[53] 令人唏嘘不已的是,郭嵩焘的预言到清末保路运动时得到了印证。四川民众为反对清廷铁路收归国有的政策,发动“保路运动”,端方调令湖北新军赴川镇压保路运动,武昌空虚,首义成功,庞大的清帝国最终因铁路瞬间崩塌。

[54] 同注21引书,第434页。

[55] 同注42引书,第868页。

[56] 郭嵩焘:《郭嵩焘诗文集》,杨坚点校,岳麓书社1984年版,第553页。

[57] 郭嵩焘:《郭嵩焘日记》(第4卷),湖南人民出版社1983年版,第45页。

[58] 周宁编著:《2000年西方看中国》(下册),团结出版社1999年版,第626页。

[59] 张中秋:《比较视野中的法律文化》,法律出版社2003年版,第192页。

是文明的标准;成为文明人就是成为中国人”。^[60]

可见,中国传统法律的理念和制度曾深深地影响过西方,但是西方的发展十分迅速,而中国却在原地踏步。美国学者柯文的看法最具代表性:“认为中国是不变的,并不是什么新鲜看法,它在19世纪以前已流行甚广。19世纪看法的新处,在于它给予这种据说是中国的停滞不变属性以否定的评价。在法国革命前,中国社会稳定不变曾被许多作家视为值得西方仰慕的明显优点。”^[61]从稳定到落后,完全不同的评价结果显示了中国法制发展的停滞。

经过几个世纪的止步不前,原本领先于世的中国法制被西方远远地抛于脑后。“按照现代以前的任何标准来看,中国法典显然是自成一格的宏伟巨作。也同中国社会的许多其他方面一样,中国旧法制是‘非现代’的,然而按其所处的时代环境来看,还不应马上称它是‘落后’的。早期欧洲观察者曾对中国的秉公执法获有深刻印象。只是到了18、19世纪,西方改革了法律和刑律之后,中国才落后了。”^[62]“中国很早就已经进展到了它今日的情状;但是因为它客观的存在和主观运动之间仍然缺少一种对峙,所以无从发生任何变化,一种终古如此的固定的东西代替了一种真正的历史的东西。”^[63]

但是,我们应该明白,并不是中国的法制退步了,而是西方的法制发生了巨大的变化而前进了。

鸦片战争给中国社会造成的冲击是划时代的。这次冲击尽管在国民自然经济结构和国家政治权力结构关系方面深刻影响了中国社会,但是,相比较而言,中华民族的文化观念在这次冲击中遭受的损害更大,其结果直接导致西学东渐成为挽救民族危亡的惟一手段和“良药”。具体表现在法律上,则是清末大规模的变法修律活动。然而,后来的历史证明,中国近代的变法修律活动并不是一帆风顺的,其间的踌躇、质疑、反复不胜枚举。究其原因,实是因为国人面对“三千年未有之大变局”,既无法正视西洋法律以及背后所蕴藏的普世价值,也无法直面陈陈相因几千年的礼法传统与宗法伦理的轰然倒塌,于是在中西之间、古今之间始终徘徊。

郭嵩焘作为先觉者,似乎已经预见到中国法律近代化可能面临的尴尬境地,于是,他用“本末观”否定了“中体西用”;提出了“君民兼主国政”的制度性主张;得出法治治国优于人治治国的观点;最后,将中国富强之策定位于“人心风俗”之上。观其心路,究其思想,使我们对中国法制近代化的发展进程有了更深一层的理解。

第一,正确认识西方的法律与文化。中国法律近代化之路虽然开启于晚清最后十年,但是在此之前,郭嵩焘用新的“夷夏观”使国人认识到西洋之人不仅不是“蛮夷”,而且他们的文明程度绝不亚于华夏文明。这一观念的转变,直接使得西洋的法政知识有了在中国传播并被学习的可能。郭氏的“本末观”更是使国人认识到西洋的强大并非只是坚船利炮、声光气电。中国的孱弱是全方位的,不仅表现在物质层面上,而且在制度乃至文化

[60] A. F. 怀特:“中国文明研究”,载《思想史杂志》卷21,1960年版,第233-255页。转引自柯文:《王韬与晚清改革:在传统与现代性之间》,雷颐、罗检秋译,江苏人民出版社2006年版,第16页。

[61] [美]柯文:《在中国发现历史——中国中心观在美国的兴起》,林同奇译,中华书局1989年版,第47页。

[62] [美]费正清:《美国与中国》,商务印书馆1985年版,第85-86页。

[63] [德]黑格尔:《历史哲学》,王造时译,商务印书馆1963年版,第161页。

层面都较之西洋有所差距,因此,在当时“中体西用”已成共识的大背景下,郭嵩焘主张全面向西洋学习,^[64]而这恰恰与清末变法修律的指导思想不谋而合。

第二,批判“三纲五常”与提倡“人心风俗”。“三纲五常”是儒家政治文化思想的核心,自西汉以来成为维系封建制度的精神力量。这种人伦关系是建立在宗法血缘与小农经济相结合的社会基础之上的。封建社会的国家实际上就是家族的扩大,于是儒家将家族的人伦关系政治化,提出忠孝合一、家国合一、道德教化的政治思想。在儒家看来,既然国家是建立在三纲五常的人伦关系之上的,那么治理国家就不必依靠武力和法律,而只靠统治者的道德教化和自身修养即可,所谓诚心、正意、修身、齐家、治国平天下。三纲既是礼的重要组成部分,又是封建中国的立法指导之原则、定罪量刑之尺度。虽然西风已经吹进大门,但在早期的改良派中,大多数人仍然主张维护三纲,坚决反对三纲的人并不多。但是坚定的改革者认为纲常名教违背了资产阶级平等、自由的原则,故不铲除三纲就不能变法革新,国家也就不能进步。反对三纲实际上就是否定封建的专制君权、否定封建的统治秩序、否定封建法律制度的基础。

郭嵩焘法政思想的归宿已经不再是中西文化观单纯的比较和选择,而已经转化为一种如何践行符合中国社会发展实际的,具有长期性、连续性、阶段性的系统工程,而这个系统工程的根基就是改造国人的“人心风俗”。对此,学者曾永玲这样评价道:“他似乎并不太看重政权形式,而更重视社会文明的整体。……他的思想深邃之处在于,当人们对西方文化的认识从物质结构深入到政治、经济制度时,他却看到了更深的层次——以民族文化水准为基础的‘人心风俗’,即观念、传统、习俗。旧中国的这种‘人心风俗’,可以以流言、‘公论’、‘义愤’、不动声色的表态,消磨改革家的锐气,腐蚀先行者的进取精神,制造不流血的谋杀,是社会变革的巨大潜在阻力。而这些恰恰是近代政治家们过分忽略了一个重要方面。在近代,救亡始终是紧急课题,洋务派学习西方船坚炮利,维新派希望实现君主立宪,革命派以暴力推翻清政权,人们的注意力都集中在能对救亡起直接作用的物质力量与政权结构上,而无暇顾及改造社会广大群众的旧观念、旧意识。这种趋向,一直延伸到新民主主义革命,甚至社会主义革命时期。要根本改变这种‘人心风俗’,必须以提高全民族文化水准为前提,确实是长期艰巨的工作。所以,郭嵩焘关于改革中国的独特见解,至今仍富有生命力。”^[65]

第三,否定人治追求权利。古老的中国绝大多数时间是人治的天下,人治是儒家思想的核心,即使是封建法律的完备时期,也是实行外儒内法的统治。接受西方的法治否定人治,就使得传统的司法理念没有了生存的空间。改革者们坚决反对“有治人无治法”的儒家传统观念,认为国家要富强久安,就必须制订完备的法律制度;国民要自由,就必须强调法律平等的权利,所以必须否定人治。

梁启超把“为民定律法”看作是神圣的事业,认为这是惟一能够解救中国于危难的可行之方:“法治主义,为今日救时惟一之主义。”^[66]

[64] 如郭嵩焘在光绪三年八月二十七日上奏清廷的《请纂成通商则例折》中就主张效法西洋:“纂成通商则例一书,以资信守。”参见同注9引书,第381页。

[65] 同注6引书,第207页。

[66] 《饮冰室文集》卷八。

在小农经济与专制制度相结合的国度中,百姓只有义务而没有权利。只强调义务而让人们放弃权利,是封建统治者的统治手段,是为封建统治服务的。如果人人都追求权利,就会出现大量的纷争,必将会天下大乱。19世纪的60-70年代,洋务派和改良派开始对人权问题有所关注。维新派将天赋人权的思想具体化为天赋的自由权和平等权。康有为不仅强调天赋人权,更批判三纲五常的道德规范:“人人既是天生,则直隶于天,人人皆独立平等。”^[67]严复积极宣传西方的近代自由思想,认为中国所缺少的就是这种自由的观念,中国的君主专制法律,不但不保护广大民众的自由,反而“毁人身家”、“侵人自由”。故严复将拯救中国的要务归结为保障自由。自此,以义务为本位的法观念逐渐被追求权利所取代。

第四,处理好法律与社会的关系。换言之,是在一个与西洋法律生存环境迥异的土壤里,移植的西洋法律应如何适应中国社会。西洋的法政知识固然优良,是华夏文明之外人类文明史上的另一支奇葩,但是,在人民风俗日恶,吏治益坏,国家羸弱的现实国情下,自强大业要由烂摊子来撑,无论如何是撑不起来的。如果贸然移植西法只会动摇国本,事倍功半。于是,郭嵩焘最终将中国富强之路落脚在改造“人心风俗”这一系统工程上。在很多人看来,晚年郭氏此举是其思想倒退的表现,认为其难以摆脱封建传统之羁绊,重拾儒家民本主义挽救危亡。^[68]实际上,郭氏的主张是一种更高层次的思考。因此,郭嵩焘正是认识到法律与社会发展实际应大体相当的道理,才务实地在晚年讲求人心风俗,要求去伪,把人心风俗与学校联系在一起,以冀重振学校之道。^[69]

中国法制近代化之所以举步维艰很重要的一个原因就是我们从国家富强、救亡图存的角度出发,把西洋的法政知识作为中国的“富强之术”,试图用西洋的法律来改造中国积贫积弱的社会,而很少顾及西洋之法律与中国社会是否适应、是否合适。中国法制近代化之路恰恰是在这种外在政治化的目的中,丧失了自我健康的发展道理,走上歧途。“中国近百年的‘法律西化’运动,有许多矫枉过正的缺失。这种‘矫枉过正’的法律变革,使得我们的法制不但过分对抗中国文化传统,也偏离了西方法文化的精神和传统。”^[70]之所以如此,是因为最初我们并没有意识到虽然西方法律文化是构成现代世界法制文化的重要组成部分,但这并不意味着它是完美无缺甚至是普遍适用的,所以,我们需要清醒地认识我们的法律文化与法律传统。在学习西方法治经验的同时应该看清我们所处的阶段以及我们的现状,既不能以西法为标准对中国的法律传统一味地批判和否定;也不能妄自尊大地认为中国的法律传统完美无缺。

(责任编辑:幸颜静)

[67] 康有为:《中庸注》。

[68] 崖丽娟:“郭嵩焘洋务思想新论”,载《广西师范大学学报(哲学社会科学)》1990年第2期;李时岳:《近代史新论》,汕头大学出版社1998年版,第162页。

[69] 相关论述参见同注42引书,第823、887、948页。

[70] 范忠信:《中西法文化的暗合与差异》,中国政法大学出版社2001年版,自序。