

论郑观应的法律思想

吴 刚

目前,学术界关于郑观应的阶级属性、民权及经济思想的研究取得了不少成果,而对郑氏的法律思想的探讨却暂付阙如。鉴此,本文拟对郑观应的法律思想作一初步探讨,敬请大家指正。

(一)

近代中国社会的半殖民地性质,决定了涉外法律问题具有普遍、复杂、敏感的特点。它是摆在近代爱国思想家面前的一个现实政治问题。早在19世纪60年代,郑观应针对当时的情况就指出“洋人既入我中国营生,当依我中国规矩”的主张^①。但是社会现实正好与他的主观愿望相反,侵华分子借口中西律例不合,纷纷攫取治外法权,于是洋人犯罪概由领事裁判处理,不受中国法律约束。郑观应将涉外案件大致分为“君民两大端”。即一类是民间法律纠纷,诸如斗殴、抢劫、债务等。遇有涉外杀伤案件,“华官以华法治华民,抵命之外,更断偿银;西官以西法治西民,罚钱之数,且从轻减”^②。甚至暗中庇护,纵遣回国,逃避法律制裁,很不平等。另一类是所谓“关吾国安危”的大事,如“侵越疆界、偷漏税款、违例便己,辟埠通商,以及传教建堂、游历杀伤”等,对国家主权的危害更大。

郑观应对于不平等条约给中国带来的巨大经济损失有着充分的认识。他说,“通商之约必曰两国均益”,但事实上列强获得片面的最惠国待遇,使“中国所得共沾利益者一纸书,外国所得独占便宜者万倍利也”^③。甲午战后他对条约的虚伪、列强的性质有了更明确的认识:“若一强一弱,则利必归强,而害则归弱”^④,这是殖民主义的侵略本质决定了的。

教案是近代频发的涉外案件之一,引起了郑观应的高度重视。他分析教案的起因是由于地方官畏惧外人战争威胁,又不了解外国法律,对洋人一味迁就,致使“平民受屈,申理无从,众怒滋深,群思报复,遂至拆教堂,辱教士,民教斗殴之案,层见叠出”^⑤。他主张,一旦发生教案,处置权应归中国,教士不能过问,入教之华民犯法应照中国法律处理。甚至“教士所至之处,亦应归华官约束,有干预公事,挟诈侵权者,立即咨请该国公使飭遣回国,以儆效尤”^⑥。这显示了郑氏维护国家法律主权的严正立场。他还提出,今后凡遇教案一类的涉外事件,政府务必做到“秉公查办,勿延宕,勿推诿,勿畏葸,勿袒护”,以求妥善处理,防止事态扩大。

郑观应对领事裁判权制度表示了强烈的不满。他愤怒地谴责租界之外的诉讼案件由领事裁判,而中国地方官竟取默许态度。在无法改变租界存在的客观情况下,他仍希望

通过努力,争取华人进入租界工部局,说“……上海租界工部局董事举有七人,皆西籍也,我国之人无一得预其列。所以华人吃亏被累,无一为之分辨者”^⑦。他列举出香港、南洋各埠选华商为董事、议员的例子,主张选派“与总领事品级相当又素有声望谙悉中西律例”的道员出任上海租界会审公堂之缺,以求对领事裁判权略加限制。

回顾日本的开放历史,郑观应指出,日本刚开放时也曾受洋人欺侮,“凡有词讼仍由驻日西官质讯科断”,近来由于日本“痛革积习,更定刑章,仿行西例”^⑧,才争回了司法主权。中国只有仿效日本成功的经验,采取开放的政策,才能争得与外国列强平等的法律地位。由此郑观应提出了若干涉外法律问题的处理方法。

第一,尽快培养外交人才,由南、北洋务大臣特辟一个洋务馆收纳之。对这些人无论是知识水平,还是人品修养都有很高的要求:必须“品诣端正,大节无亏,熟史书,谙政体,洞悉中外律例,而又经出洋周知彼国文字、政教、风俗,著论确有见地,存心公正,无抑中扬西之习,并无我中彼西之见者”^⑨,办案要求自觉、迅速,对不符合律例有损于国家利益的事,不管受到什么压力,要有“官可罢,头可断,铁案终不可移”的精神。可以说,人才问题是处理涉外案件首先必备的一条。

第二,参照西例制定交涉律。任命兼通中西律例而人品学问皆佳的学者,“集群策群力,并延西国著名状师,遍考中、西律例及条约公法诸书,据理持平,定为《中西交涉则例》一书”^⑩。在交涉律尚未制定之前,遇有交涉案中西律例不相符合的,“即专用洋法以治之,以洋法治洋人使之无可规避,以洋法治华人罪亦同就于轻”^⑪,这总比华人洋人同罪异罚要合适些。

第三,派遣公使、领事出洋,保护海外华人利益。早在19世纪70年代他就主张:“凡华民寄居之地,亦设公使、领事,遇事照会其地有司,遵公法以审其是非,援和约以判其曲直,华人有不法亦知之,以保吾民,以御外侮”^⑫。出发点虽好,但依靠公法和约的想法未免有些天真。

第四,在适当的条件下修改不利于我国的条约内容。“待力量既足,权操必胜,有机可乘之时,则将平日所立和约,凡于国计民生有碍者,均可删改”^⑬。明知不平等条约对中国的损害,而幻想通过等待、协商而不是采取等命的手段予以废除,表现了郑氏改良主义思想的软弱性。

第五,修公法以适应世界潮流。郑观应与六、七十年代初开始学习西方的许多知识分子一样,以为学会了公法就可以使国家得到和列强平等的地位。在《易言》一书中,他把“论公法”列为首篇,以表明他对公法的重视。他说,“公法一出,各国皆不敢肆行,实于世道民生,大有裨益”^⑭,而中国之所以屡受外侮,主要原因之一就是“未列中国于公法”,甚至天真地以为如果中国加入世界公法潮流,则中国法律也可以行于世界。可见早期的郑观应在公法问题上还受着某些殖民主义份子的影响。而自烟台条约开始的外国资本主义的一系列新的政治经济侵略,打破了郑观应对公法的迷信与幻想。在以后重写的“公法”一文中他讲道,中国与西国“讲信修睦,使命往来,历有年矣”,同时“又开同文馆,习西字,译公法,博考而切究之,如此洋且备矣”^⑮。中国既已采用了公法,为何还是受西方国家的欺侮?“种种不合情理,公于何有?法于何有?……暗,甚矣欺也”^⑯。他开始感觉到国家的实力是实行公法的保证,实力相差悬殊,公法

就不可能真正实行。强者如古之罗马,近之拿破仑,“显违公法,谁敢执其咎”?弱者如琉球、印度、越南、缅甸等皆为千年旧国,“一旦见灭于强邻,诸大国咸抱不平,谁肯以局外代援公法,救亡兵端?”公法总是站在强者一边,国家“尚积弱不振,虽有百公法何补哉?”因之,“惟有发愤自强,方可得公法之益”^{①7}。这一认识比从前有了很大进步。在《盛世危言》中“公法”一篇已经退居很次要的位置。

(二)

在《盛世危言》中,郑观应把西学划分为天学、地学、人学三大部分。其中人学以方言文字(即外国语)为纲,“包括一切政教、刑法、食货、制造、商贾、工技诸艺”^{①8}。这一观点打破了过去一般言西学者专指格致之学的狭隘看法,把学西学的范围扩大到了政教刑法等领域。他很早就看出,中国只设“从不讲求西国律例”的同文馆、广方言馆是不够的,主张“将西国有用之书,条分缕晰,悉译出华文,颁行天下,各设书院,人人皆得而学之”^{①9}。据说在戊戌变法期间,他曾组织翻译过“泰西刑律、学校、官制、兵制、国用诸书”^{②0}。

郑观应为什么主张学习、采用西方法律呢?我认为他主要是从两个方面考虑的。一方面西方法律体现了中国古代“宽仁”“明慎”遗风。他回顾说,中国三代以上立法尚宽,只设五刑以示惩戒,但自秦汉以后,有夷三族之刑,多严酷之吏,完全丧失了古人设刑之本意,而“西国之法犹能法古人之明慎之心,苟能参酌而行之,实可以恤刑而致太平”^{②1}。另一方面又由于中国刑重而导致了治外法权的产生。洋人借口中国刑罚惨酷,“凡寓华西人不允许归我国管理”^{②2}。正因为西律体现了中国古代“明于刑之中”的精神,所以值得中国仿效;同时又只有仿效西律,改革旧制,才能收回治外法权,获得与列强平等的地位。郑氏希望通过学习西律而收回治外法权,表现了早期资产阶级政治上的幼稚性。

郑观应站在新兴资产阶级的立场上,列举出中国封建法律制度的种种弊端,要求参照西律予以改革。这主要表现在:第一,废除酷法,改用轻刑。严刑酷法违背了古代“明刑弼教”的原则,所以“今欲明刑,须除苛法”。第二,反对刑讯,实行陪审制。郑氏尖锐指出,刑讯既是滥刑枉法的表现,又是造成冤狱的主要原因。他希望审判官“以忠恕待人”,“以公明断事”,不能“法外施刑”,“以图塞责”。为纠正刑讯之弊,郑氏主张借鉴西方成功经验,设立陪审制度。“今宜令各省、府、县选立秉公人员,或数十人,或数百人,每遇重案,轮班赴署。……审官以其案之情节申论明白,令陪员判其是非曲直,视陪员可否之人数多寡,以定从违”^{②3}。第三,除繁例书吏之弊,设律师辩护之制。清末书吏世代相传,朋比为奸,实际把握着刑罚大权,“生死系其只字,枉直视其片词。稍有依违,则官司之前程难保;若无贿赂,则在讼之受屈必多”^{②4}。造成吏胥弄权的主要原因“皆由于则例之繁”。因而,他主张“律必改简明,例必废成格”^{②5}。另如国家设律例专科选拔书吏,或使司员悉律例等都可除吏胥之弊。不过,他认为防止书吏弄权,保护法律当事人权利的更有效的手段还是设律师辩护制。鉴于西方国家诉讼有“状师”(即律师)一制,他说“中国亦宜以状师办案,代为剖析,使狱囚之冤情得以上达”。因为中国的审判官大多数并不熟悉律例,容易为书吏所蒙蔽,“使无律

师以代伸委曲，则审官每为所愚”^{②6}。而律师可以依据案情事实，发挥口才特长，“互相论驳，以词穷者负”。第四，改造犯人，教以技艺。郑观应坚决反对刑罚惩治主义。他十分欣赏西律中有关犯罪“充工”的作法，说颇与秦汉时城旦、鬼薪之制相似。他说，“劳民犯罪，半迫饥寒，拘禁而生理益穷，释放而依然赤手，欲须臾缓死，必故态复萌。若不预为代筹，罪满仍无生路”。主张凡犯罪无力贖身者“依律所限年份，稽其工作”，“酌给微资，代为收存，俟罪满之时发给，俾日后得以作本谋生”^{②7}。以后郑氏又进一步提出在监狱之外另设工艺学堂，教犯人学习工艺，如雕刻、缝纫、纺织、编竹等，白天劳动，晚上开会学习，给犯人以自新之路。第五，听断从速，减轻诉讼人的经济负担。郑氏习惯于用经济的眼光观察问题，他说，如果拖案太久，“幸而水落石出，不特原被告之家产荡然，及牵涉之人亦赔钱受苦，失业废时”^{②8}又说，反观西方各国“鲜有因讼倾家荡产，卖妻鬻子者”，中国亦“宜参酌除之”^{②9}。第六，重视法律教育，培养法律人才。仿照泰西学校之制，文武分科，各有大学、中学、小学三等。大学文学设六科，其中就有政事科，“凡吏治、兵刑、钱谷之类皆属焉”，有言语科，“凡各国语言文字、律例、公法、条约、交涉、聘问之类皆属焉”^{③0}，培养法律专门人才。郑观应还十分重视报纸的法律宣传作用，主张“一案一讼，凡两造律师所办之事，以及判断时陪员可否如何，皆登诸报纸”，这样在社会上就起到一定的普及法律知识的作用。

加强社会治安管理，建立起适应资本主义经济发展的良好的社会秩序，这是郑观应学习西法的另一重要内容。他从经济角度分析诉讼者的心理说，“词讼之兴，发端于财者十有八、九”。针对这一心理制定罪缓之法，“准事犯之轻重，制罚款之差等”，除杀人必须抵命外，罚缓之法可以普遍适用。败讼一方不但得不到实惠，反而要认罚若干，这样，即使是梗顽健讼之辈也会因此畏缩。如果官吏贪赃枉法，“即用其屈罚人者而什百其倍以罚之”，如果富豪暗中行贿，“亦照其贿赂之数而什百倍罚之”^{③1}。运用经济手段制裁犯罪，以求达到无讼之境界，可见他还是动了一番脑筋的。同时郑氏还主张仿巡捕之制，认为各地社会秩序混乱，一个原因就是无巡捕之制。巡捕的职责是保护良民、查拿痞棍”^{③2}，平时巡查街道，维持秩序，一旦有突发事件发生，立即严拿弹压，以免酿成事端，可以起到防患于未然，杜乱于无形的作用。这实际是近代警察制度的前身。

他一方面要学习西方法律制度，另一方面对中国古代传统的精华也予以吸收，十分重视“治人”与教化的作用。他说，“徒善不足以为政，徒法不能以自行。故有其人，然后有法；有其法，尤贵有人”^{③3}。在人与法的问题上，人是第一位的，法是第二位的。不过，郑氏所谓的“治人”，实际上指的是资产阶级的政治代表，是具有新的资产阶级思想的“治人”，这就使得它与古代意义上的“治人”区分开来。郑氏站在新兴资产阶级的立场上，对劳动人民也寄予了一定程度的同情。他认为人心本善，造成现时人心不正，风俗不善的原因是由于教化不够，“民性本善也，其不幸而流为匪僻者，非生而恶也，生长乡间不闻教化，耳目所蔽，习与性成矣，户口蕃衍，俯仰无资，饥寒所驱，铤而走险矣”^{③4}。即使是“盗贼”，也“本皆吾苍生赤子也”，都是可以经过教化改恶从善的，何况造成他们为盗还有“上失其道”，教养未敷等因素。不过他说“百姓既改恶

从善，亦无犯上作乱之萌，万邦亦一语同风，感知学子尊王之义”^{③⑤}，可见其落脚点仍在维护封建王朝统治。

(三)

郑观应的经济立法思想是建立在以商战为本的基础之上的。面对西方列强的侵略，郑氏一反当时片面追求‘兵战’的倾向，指出“西人以商为战，士、农、工为商助也，公使为商遣也，领事为商立也，兵船为商置也”^{③⑥}，列强武装侵略不过是为了获取更大的经济利益。其民族工商业者的地位使他对外国侵略者经济掠夺的认识远比一般人清醒、深刻。他愤怒地指出，当今中国“但有困商之虐政，并无护商之良法”^{③⑦}。政治上工商业者地位低下，从商事工被当作旁门左道，为时人所不齿；官场由封建士大夫把持，商人难以参加国家政事的讨论、决策；经济上由于政府实行抑商政策，各种税厘负担压迫着商人，致使商务无利可图。更令人气愤的是，工商业者的正当权益得不到政府的法律保护，每遇洋商华商发生经济纠纷上诉中国衙门时，“华官不惟不能助商，反腴削之，遏抑之”^{③⑧}，这种扬洋抑华的卖国政策严重挫伤了人们从事工商的积极性。另一方面中国官僚即便是其中的姍姍者也往往不谙商务，又不能深入到商民中去，官商隔膜甚大。为什么会出现这种抑商政治呢？郑观应分析说，除了重本抑末的传统因素外，主要还因为立法不善，“官不恤商者，固由官制过于尊严，实亦国家立法之未善”^{③⑨}。所以，只有在全社会树立起商战为本的新观念，扫除一切病商之弊政，制定一套有利于民族工商业发展的“护商良法”，才可能与外人争利，抵制外国资本主义的经济政治侵略。

众所周知，在甲午战前的几十年里，中国要发展民族工商业，首先就必须抵制外国商品的大量涌入。这就涉及到不平等的协定关税问题。郑观应指出，《南京条约》及中英《五口通商章程》规定中国海关进出口税率为百分之五，这比外国要低四、五倍，甚至七、八倍；对一些本应纳税的洋货如烟洒等往往还以充伙食为名概不收税，这为洋货倾销中国打开了方便之门。与此相反，内地厘卡林立，华商逢关纳税，遇卡抽厘，以至商品成本大大高于洋货，难以在市场上与之竞争。为提高民族工商业的竞争能力，郑观应主张“裁撤厘金，倍增关税”，即把厘金并入关税，一次抽收，使华洋商品在税收上负担同等，彼此享有平等的竞争条件。郑氏强调说，关税制度应遵循自主、互惠的原则，如果遇某国重税或轻税我国商品，我对其来华商品即可采取重税报复或轻税酬报的对策，总之要使“其定税之权操诸本国”^{④⑩}。他还指出“我国所有者轻税以广去路；我国所无者，重税以遏来源”的关税保护政策。对于虚耗我国资财又“非民生日用”的洋货进口时可加倍征税，对于土货出洋者最好是全部免税。如一时做不到，“则加重入口税，减轻出口税似宜并行”^{④⑪}。总的原则是保证顺差，“收我权利，富我商民”^{④⑫}。

与陈炽一样，他对洋人把持中国海关的状况非常不满。海禁初开之时，华人不熟悉商务，迫不得已才委托洋人署理税务，现在“中外通商数十余载，华人亦多精通税则，熟悉约章，与其假手他人，袒护彼族，何若易用华人之为愈乎”？主张从总税务司到各口税司、邦办都要“渐易华人”，“庶千万巨款权自我操，不致阴袒西人阻挠税则”^{④⑬}。

对政治法律制度与经济发展的相互关系，郑观应有着清醒的认识。他说，“第商务之战，既应藉官力为护持，而工艺之兴，尤必藉官权为振作”^{④⑭}，迫切希望政府运用法律

手段革除“困商之政”，推行“保商之法”，做民族资本主义工商业的坚强后盾。具体说来就是：

一、改变“工商为末”的观念，提高工商业者的政治地位。他大声疾呼整个社会“切勿薄视商工”，要“视商如士”，主张“商贾中如有品行刚方、行事中节者，人必举以为议员以办公事，是求利中不失其求名之望，求名中可遂其求利之心”^④，彻底改变视商之道为浊流的旧传统。

二、建立一套工商业管理机构，为民族工商业的发展提供组织上的保证。朝廷在六部之外另设商部，各省设商务总局，各处行商设分局，州县一级则设商务公所。“无论总局、分局，皆由各业公举一人为商董，合公举之商董，择其公正廉明老成练达素有声望之商聘为总董”^⑤。商董全部由选举产生，“毋恃官势，毋杂绅权”^⑥，不习商务者不能主持商政。这就将封建官僚政客统统排除在外。

三、反对官督商办，要求给工商业者以企业自主权。几十年的工商业实践使他得出了“历观商务由官专办者终鲜获利”的结论。对官督商办也有了重新认识，指出官督商办与官办差不多是一路货色，因为官督并非护商、助商，而是官侵商权，变企业为封建官场。官督给企业戴上了一条无形的锁链。只要民办企业稍大一些，总办照例须由封建买办官僚任命，结果“各局总办，道员居多”^⑦。这些人既不懂商务，还带来一套官场习气，搞乱了企业。正是“名为保商实剥商，官督商办势如虎”^⑧。因而他建议“凡通商口岸，内省腹地，其应兴铁路、轮船、开矿、种植、纺织、制造之处，一体准民间开设，无所禁止”^⑨。同时他还强调“仿西法颁定各商公司章程”，按照资本主义的经营原则来兴办、管理企业，“全以商贾之道行之，绝不拘以官场体统”^⑩。

四、颁定商律，奖励工商。由于中国素不重视工商，“故商民讼事律多未载，地方官与胥吏随意判断，商民负屈甚多”^⑪。企业中股东亦无权利可言。针对这种情况，郑观应迫切要求制定商律，并主持翻译了各国水、陆商政比例、通议和香港商贾公司条例，请盛宣怀上奏朝廷，“咨取各国商律，择其善者编定若干条，颁行天下”。

（四）

郑观应是近代史上一个比较复杂的人物，他既当过外国洋行的买办，又兼任洋务官僚之职，还是民族资本家和资产阶级改良主义者，这使得他的法律思想具有鲜明的时代特色。他对治外法权的批判、采用西律改革旧制与法律为经济服务的思想紧密结合，围绕着“富强救国”的思想主题，构成了一个统一的整体，体现出爱国、开放、务实的特色。

郑观应法律思想的特色之一是具有鲜明的爱国主义精神，这是贯穿郑氏思想的一条主线。他对不平等条约和治外法权的批判，对公法虚伪性质的揭露，表现出其维护国家法律主权的主场。他要求采用西律、改革旧制的一大原因也是为了获得与外国列强平等的法律地位，收回治外法权；至于经济立法思想则是直接为商战服务的，在郑氏看来，只有从经济实力上战胜外国资本主义，才是一劳永逸的治本之法。可以说，爱国主义思想决定了郑氏法律思想进步向上的性质。

郑氏法律思想的特色之二是强调法律服从于服务于经济，保护经济发展。郑氏再三

呼吁政府以法律手段除去一切病商之政，建立资本主义的生产关系。不仅要在经济上扶植民族资本的发展，还要提高民族资产阶级的政治地位。郑氏习惯于以经济的头脑考察问题，如提出以经济手段制裁犯罪、听断从速、减轻诉讼人的经济负担等主张，这是郑氏区别于别的思想家的特色之一。

郑氏法律思想的特色之三是改良主义倾向十分明显。他看出了中国封建旧法律制度的种种弊端，却不愿彻底改革，只希望参照西法予以点滴改良。他一方面要求学习包括政教刑法在内的西学之体，另一方面又不愿放弃封建纲常名教，这就决定了他不可能真正地接受西方文化，甚至有意无意地把两者混为一谈，把西方的一切物质精神文明说成是中国古已有之。在某种程度上带有托古改制的色彩。

郑氏法律思想的特色之四是多具体建议，少理论见解。由于时代的局限，他未能真正接触到西方社会政治哲学理论，对西方资产阶级的法学原理也不甚了解，仅限于以肤浅的西方资产阶级政治法律的实际知识作依据，就具体问题零散、个别地提出改革要求，谈不上有多少理论阐述，还没有象以后的维新派那样形成较明确的资产阶级法学观。

恩格斯曾经指出：“不成熟的理论，是和不成熟的资本主义生产状况、不成熟的阶级状况相适应的”^{⑤③}。郑观应的法律思想尽管存在着许多不足和缺陷，但在其所处的那个时代，它是先进的，代表着向西方学习的一个发展阶段。

注 释：

为方便起见，以下引文皆从简写：1880年《易言》三十六篇本简写为《易言》(36)、《易言》二十篇本简写为《易言》(20)、《盛世危言》1894年五卷本简写为《危言》(5)、1895年十四卷本简写为《危言》(14)、1900年八卷本简写为《危言》(8)、1921年的《盛世危言后编》简写为《后编》。

- | | |
|--------------------------|-------------------------|
| ① 《救时揭要·痛亡者无归论》 | 弊》、《巡捕》、《税则》、《捐纳》 |
| ②③⑧⑨⑩ 《危言》(5)《交涉》 | ③⑩ 《危言》(5)《考试下》 |
| ④⑦ 《危言》(14)《条约》、《交涉下》 | ③① 《危言》(8)《罚赎》 |
| ⑤⑥ 《危言》(5)《传教》 | ③④③⑤ 《危言》(5)《训俗》 |
| ⑪ 《易言》(36)《论交涉》 | ③⑦③⑩⑤① 《危言》(14)《商务二》 |
| ⑫ 《易言》(20)《通使》 | ③⑧③⑨ 《危言》(14)《商务一》 |
| ⑬③⑥ 《危言》(14)《商战下》 | ④⑩④②④③ 《危言》(5)《税则》 |
| ⑭ 《易言》(36)《论公法》 | ④④④⑦ 《危言》(5)《商战》、《商务》 |
| ⑮⑬⑬⑦ 《危言》(5)《公法》 | ④⑥ 《危言》(8)《商务一》 |
| ⑮⑮⑦ 《危言》(5)《西学》、《狱囚》 | ④⑧⑤② 《危言》(8)《商务二》 |
| ⑯ 《易言》(36)《论考试》 | ④⑨ 《罗浮髯鹤山人诗草》卷二 |
| ⑰ 《后编》卷四 | ⑤③ 《马克思恩格斯全集》第20卷第283页。 |
| ⑱⑱⑱⑱⑱⑱③③ 《危言》(14)《刑法》 | (责任编辑：施立业) |
| ⑳㉑㉒㉓㉔㉕㉖㉗ 《危言》(14)《狱囚》、《革 | |