

# 略析郑观应司法改革思想

卓玲

(商丘市人民检察院,河南 商丘 476000)

**[摘要]**作为清末维新派先驱思想家,郑观应提出传统司法制度已经落后,需要学习西方先进司法制度,改革的主要内容包括司法机关的裁撤、合并,设立警察机构,严格司法官员的考试选拔和任用,改革审讯制度,废除刑讯,引进陪审制度和律师制度,改良刑罚执行制度尤其是狱政,逐步实现文明化,通过改革希望能够实现司法权的完整和独立。

**[关键词]**郑观应;司法改革;学习西方

## 一、郑观应生平

郑观应(1842—1921)本名官应,字正翔,号陶斋,别号杞忧生,慕雍山人,罗浮待鹤山人,祖籍广东香山(今中山市)人,我国近代资产阶级改良主义思想家,具有完整维新思想体系的理论家,也是实业家、教育家、文学家、慈善家和热忱的爱国者。17岁开始投身经营近代工商业,先后任英商宝顺洋行、太古轮船的帮办,上海机器织布局帮办、总办,上海电报局总办,轮船招商局帮办、总办、会办,汉阳铁厂总办、商办,粤汉铁路公司总办等职,创办或者投资于贸易、金融、航运、工矿等企业。<sup>①</sup>参加社会实践活动达65年之久,著有《救时揭要》、《易言》、《盛世危言》等,在晚清社会引起强烈反响。

郑观应生活在中国社会发生巨变之时,欧美列强已用坚船利炮打开古老中国的大门,中国政治法律制度遭逢千年未有之巨变。强权威逼下的不平等条约开始实施,逐渐改变中国社会的深层次结构,历史悠久的中华法系已经落后于时代,被西方视为野蛮落后,遂有领事裁判权,中国司法权饱受践踏。生活于此时代的郑观应,秉富国救国之志,观世界发展潮流,对清朝法制提出了一系列的改革思想,以应对日益严峻的社会政治形势。

以往学界重在研究郑观应兴民权、设议院的宪政思想,而未注意其司法改革思想,现进行梳理和分析。

## 二、郑观应司法改革思想的主要内容

### (一)司法机关的改革

1.中央司法机关。郑观应认为,当国家危亡之秋,两千年来发展形成的封建国家的司法体制亟需变革,一些不必要的司法机关应当裁撤、合并。清朝原有的三法司是刑部、大理寺、都察院,刑部作为主管全国刑罚政令及审核刑名的机构,审判重大刑事案件,大理寺掌复核,都察院监察百官、明肃纲纪。<sup>②</sup>郑观应认为刑部属于枢垣六部之一,掌管全国刑狱,职能很是重要,而大理寺的复核已经流于形式,可并入刑部。察院监督朝廷官员、审讯官员犯罪案件,是中国古代监察制度的核心机关,而通政使司掌内外章奏和臣民密封申诉之件,本意上情下达、沟通内外,但按照郑观应的设议院主张,民意可通过议员充分表达,通政使司已无存在必要,可并入察院,如此一来,中央三法司一变而为两法司,司法权集中于刑部。

2.地方司法机关。根据清朝固有的政治体制,行政兼理司法,地方行政长官同时也是司法长官,但其设置并不合理,存在督抚的权力矛盾,司法体制自然也不顺畅,需要改革。“凡与总

督同城之巡抚,亦皆可省。”原因是督抚或并设或偏设,“并设者不必治,偏设者不必不治,”存在领导关系不明确,权利界限不清楚,“同一事也或此是而彼非,同一人也或此好而彼恶”,具体方案是将湖北、广东、福建、云南四巡抚裁并,而各以总督兼之,以一事权,其余各地方“大省则督兼抚,小省则抚兼督”。清代地方有专门掌管司法的各省按察司,到清末,已经失去其原有的司法职能,流于形式,“各省按察司掌刑名按劾之事,其实刑名不过视成例而已,按劾久无其实。”<sup>③</sup>改革的方法是,“可并之布政,应以三四府设一员,所司之事,上其成于督抚,至郡县,皆以各设一副为限制。”<sup>④</sup>就是要减少按察使的设置,增强其责任。如此则地方司法权也将出现集中的态势。

3.设立警察机关。随着不平等条约的实施和中国半殖民化程度加深,华洋冲突不断,官民矛盾尖锐,地方社会秩序混乱,违法犯罪行为日益增多,原有的地方治安管理体系无力维护社会稳定,郑观应提出要建立近代警察制度,“每县设一总巡捕官,每一墟场,市镇、村乡、河泊俱设巡查帮办,少者一人,多者二三人,每一帮办所统巡捕,皆以地方大小为定,小则十人,大则三四十人,县城内外则需五六十人,方敷按段梭巡,其巡捕听命于帮办,帮办听命于总巡。”<sup>⑤</sup>这是郑观应提出的警察组织结构的基本模式。就统辖关系而言,各级巡捕组织属于地方政府的组成部分,职权是:“地方无事则帮办督令,巡捕巡查街道,遇有违法犯禁扰及地方者,则谆谆劝谕,使民有所避趋,如劫掠斗殴之事,巡捕需严密查拿。”<sup>⑥</sup>这种专门负责地方治安、打击违法犯罪的警察组织将会改变原有的政府衙门差役缉捕盗贼的状况,在侦查刑事案件中,将大大提高专业化水平和司法效率。

### (二)司法官员的选拔和任用

1.组织内阁,首相任命中央司法长官。设立议院,实行民权政治是郑观应的法律思想核心,对于中央司法官员,他也想模仿西方议会政治,由首相组阁,任命刑部的司法长官。他甚至提出“宜聘美国退位之总统若干年当我国之首相,并与首相选文部、兵部、外部、工部、商部、农部、刑部各一人,分派各部佐理。”<sup>⑦</sup>

2.地方司法官员实行公举。郑观应认为地方政府官员不应实行回避原籍任职制度,他认为“凡人性情,作客者不如桑梓之真诚,况言语孰异,不若同声相应之投机,人地既已生疏,情意不相联属,休戚无关,肥瘠莫问,官见民而生憎,民见官而生畏。”<sup>⑧</sup>应实行公举之法,选举贤能官吏,出任地方官。各地方长官应当为表率,平日留心观察,选贤任能,合察举古法之美意,选司法官员,不能偏私,详加甄别,择清正勤能、尽心民事者选以优缺,且以等级考核制度考核属下官员,实行严格的考核监督机制,力求做到贤者在位,为民父母。

3.考试任命法官。考试分为三类,一是在科举制框架下设置一科,审问疑难例案,以观吏治,二是在官办学校中,中央和地方的学堂广开试科,中有深明政治律例者,名为政学秀才、政学举人,推荐到京师学院,“使其专以著述,宣扬孔孟之教导,以训民化俗。”<sup>⑨</sup>三是官员补缺之前,必须精熟律例,由堂官主持考试,未能通过考试者,不准赴任。这是针对清朝司法中书吏舞弊,扰

乱司法秩序的状况提出的对策。郑观应认为司法中存在大量的徇私舞弊现象而导致冤滥正是由于主政法官不熟公事,不晓律例造成的,必须用考试来选拔懂律例,明断案的官员掌管司法。

### (三) 审判制度变革

1. 废除刑讯。刑讯制度自秦汉以来就受到历代进步思想家的批评,原因在于使用刑具侵害人身逼取口供违反儒家政治伦理,实践中容易造成大量的冤假错案,所谓“敲扑呼号,血肉横飞,最为有伤和理……反覆刑讯,考讯之惨,多人拖累,则有痍毙之冤。”<sup>①</sup>郑观应生活的时代,刑讯又面临西方国家的严厉指责,到了非改革不可的地步。郑观应认为刑讯严重违反人道主义,和世界法治文明的发展进程背道而驰,必须废除。“夫天地生人,原无厚薄,何以案情讯鞠而酷打成招独见于中国?夫三木之下,何求而不得?抑其各国之人皆纯良,而我国之人独凶恶,必须施以毒刑而后可得情欤?”<sup>②</sup>刑讯制度代表着司法野蛮落后,也不符合人性。郑观应还从审判官员和被刑讯人两方面的分析刑讯导致冤案宜发生的原因。官员过度依赖刑讯,将获取口供,顺利结案作为任务,便极易有罪推定,“意所欲黥,则令其入当黥之由,意所欲杀,则令其证当死之罪,呼喝吏卒,严限时日,监勒招承,催促结款。”<sup>③</sup>而作为被刑讯的人,意志受到暴力强迫,不能自主表达,往往屈从审官的主观臆断。郑观应总结说:“夫讼所以平民之冤抑,一有此打则冤抑愈加,讼所以剖民之是非,一有此打,则是非转昧,故打之一法,行之以便审官之私图则可,若行之以畏平民之志,则决乎不可。”<sup>④</sup>

2. 引进西方陪审制度。在力主实行议会政治的主导思想下,郑观应主张在司法审判中也引入英美法国家的陪审制。“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,少者数人,多者十余人,与审官听讯两造之供词以及律师之辩驳。审毕,审官以其案之情节申论明白,视陪员可否之人数多寡,以定从违。”<sup>⑤</sup>陪审员需为公平正直之人,由各省府县议会推举产生,根据各地人户多少状况,陪审员人数相应由几十人到数百人不等,轮流参加重大刑事案件的审判,每次审判,少者数人,多者十余人,与法官共同参与庭审,对案件的事实作出判断,以多数人的意见作为定案的依据。郑观应所希望建立的陪审制度实际上就是英美法系国家的翻版,他希望通过移植近代陪审制来取代封建制刑讯制度和封建审判方式,以实现司法公正,缓和社会矛盾。<sup>⑥</sup>

3. 学习西方国家诉讼程序,引进律师辩护制度。在中国传统的司法过程中,特别是审理刑事案件中,经常会出现一个反差:善良无辜的当事人因安守本分,没有参加诉讼的经验,一遇官司即惶恐无地,不知所措,而奸猾狡恶的当事人或者经常和官府打交道的职业讼棍却是熟悉规则,往往获利。“若夫人非险狠,则公堂对质每多嗫嚅,人若奸顽,虽三尺当前,犹能诡辩。”<sup>⑦</sup>所以,有必要让熟悉律例的律师代为申诉和控告,为被告人辩护。引进律师制度的另一个必要性是要防止刑名书吏上下其手,在司法审判中徇私舞弊。清代的刑名书吏,法律知识和诉讼技巧是世代相传,素为地方官员倚重,实际掌握着司法权,“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,则在讼受屈必多。”<sup>⑧</sup>因此“中国亦宜以状师办案,代为剖析。”这就限制了书吏们对案件诉讼程序和审判结果的控制,减少司法不公的现象。

### (四) 执行制度的改革

1. 改革狱政,对犯罪人提供符合人道主义的服刑条件。监狱是刑罚自由刑的主要执行机关,但在清末监狱是黑暗和残酷

的场所,“土室棘垣,暗无天日,赭衣黑索,惨受拘挛,禁卒毒若虎狼,秽气积成痼疾,自斩绞以下诸罪人本无死法,而久系痍毙者往往有之,其冤惨何可胜言哉?”<sup>⑨</sup>此时西方列强国,正值提倡刑法改革,奉行人道主义,保护犯罪人的权益,修缮狱舍,讲究卫生,提供医疗设备和学习条件,使犯人改造成为有益于社会之人。中国应当学习西方,改革狱政,整饬监狱,保障服刑犯人的身体健康,且根据其所长,培养技能,在狱中劳役做工,以期期满后顺利重返社会。

2. 根据当时情况,选盗窃犯情节轻者出国做工。郑观应认为,犯盗窃罪行的犯人,也是国家百姓,因生计所迫,误犯法网,“独是此作奸犯科之徒本皆吾苍生赤子也,有饥寒之盗,有驱迫之盗,有黠鹜之盗,有胁从之盗,妻号儿啼,谁叫甘之,刑驱势迫,谁则安之?”<sup>⑩</sup>恰逢西洋之国有招工,可以从盗贼中分类甄选,除穷凶极恶之徒,皆可让其装赴外洋,达到群盗得其生,中国去其害的目的。

### (五) 改革刑制,逐步废除领事裁判权,维护国家司法权的统一

随着不平等条约的签订实施,欧美列强在中国享有种种特权,外国人在中国的违法犯罪行为,清朝司法机关却无权管辖。西方国家在华洋相侵的案件中,更是竭力回护偏袒,清廷官员在审判中遇有华人杀伤西人之案件,抵命之外,还要赔偿,外国领事在审判本国人杀伤华人案件,依照其本国法多处罚金,且从轻减。为改变涉外诉讼中严重的司法不平等、不公平状况,郑观应提出的解决方案是:选取熟悉中西律例,国际公法,游历欧美,知晓国际大势的人才,详研中西法律差异,对于清律中落伍于时代的条文,要予以修改,而中外刑法都认为是犯罪的行为,要统一刑罚及其执行方式。具体的改革建议:变封建制刑罚为资本主义国家近代刑罚,因为中国“繁刑严法,未免失之于酷”,废除残酷的刑罚和刑讯制度,或可争回司法权,使在中国境内发生的犯罪案件皆能归中国司法机关管辖,实现司法权的完整统一。

## 三、郑观应司法改革思想的评价

1. 郑观应的司法改革思想是清末变法修律的先声,为资产阶级维新派和革命派改变中国固有的司法体系进行了思想启蒙和理论铺垫,近代以来的法制改革基本沿袭了向西方学习的道路,郑观应提出的具体的改革设想在后来的清末修律中得到了体现,《大清新刑律》采用了资产阶级的刑罚体系,在清末新政中建立了近代警察制度,律师制度在民国期间得以确立,可以说,郑观应的司法改革思想揭开了中国法律近代化的序幕。

2. 郑观应在国家危难之时提出改革思想,对清朝司法体系提出了改良的主张,要向西方学习,学习其先进的司法理念和司法制度,但是其改革的理论依据仍然是中国传统文化,以儒家经典为基础,论证西方司法制度合于古意,这说明,早期资产阶级维新派的没有具备西方法治理念的哲学根基,学习西方法律还是停留在表面,对个别制度的借鉴和模仿,而为了使这些改革主张能被中国社会接收,他只能从中国古典文化经典著作中寻求解释和支持。

3. 总体来看,郑观应的司法改革思想仍然没有超出中体西用的范畴,所持的立场是要维系清政府的统治,移植资产阶级国家先进的行之有效的司法制度,对中国社会进行改良,缓和社会矛盾,为民族商业的发展提供一定的空间,而对整个司法制度并未提出根本变革,没有形成完整的司法改革体系。

郑观应的司法改革思想是其维新思想的组成部分,具有鲜明的时代特征和进步倾向,这种变革思想深刻影响了当时和其后的中国社会,对中国社会法制近代化转型具有重要的开创意义。

#### [参考文献]

- [1]《郑观应集》前言,夏东元主编,上海人民出版社1982年版。
- [2]《中国法制史》,叶孝信主编,北京大学出版社1996年版。
- [3]《盛世危言》·汰冗
- [4]《盛世危言》·汰冗
- [5]《盛世危言》·巡捕
- [6]《盛世危言》·巡捕
- [7]《盛世危言》·吏治
- [8]《盛世危言》·公举

- [9]《盛世危言》·书吏
- [10]《光绪朝东华录》,4744页,光绪二十七年刘坤一、张之洞奏折。
- [11]《盛世危言》·律法
- [12]《盛世危言》·律法
- [13]《盛世危言》·律法
- [14]《郑观应法律思想初探》,朱作鑫著,宁夏人民出版社2006年版,186页。
- [15]《盛世危言》·律法
- [16]《盛世危言》·律法
- [17]《盛世危言》·狱囚
- [18]《盛世危言》·盗工

[作者简介]卓玲(1975—),河南商丘人,法学硕士,商丘市人民检察院检察官。

(上接第78页)

### 六、不存在无风险的投资,银行存款与余额宝都存在一定风险

有人说余额宝是货币基金,有风险,但银行同样是企业,同样有倒闭的风险。虽然我国的银行多为国有银行,尤其是四大银行,更是国有银行的支柱,但随着金融体系的改革,让银行在市场中兴衰,是当前金融改革的重点,前一段时间,我们就看到了这样的论调,银行可以倒闭,这说明我国已全面将银行推向市场,如果破产,政府不再兜底风险,完全由银行自己承担,老百姓的钱也就危险了,商业银行不可能全部兑现储户存款。既然如此,余额宝和银行存款现在都存在着风险,拿风险这一理由作为理由而取缔支付宝,还能使人信服吗?

综上所述,笔者认为取缔之说缺乏事实依据支撑,不足为信。但鼓励、支持其发展并不代表放任其自由,政府也应采取相应有效措施引导余额宝的发展更好地适应当今的经济形势。具体措施建议如下:

#### (一)银行加快转型,适应经济新形势

以互联网为代表的现代信息技术已经将多个传统行业重组洗牌。以余额宝为突出代表的互联网基金成为互联网金融模式产品的普及先锋和最鲜活的案例,极大程度上颠覆普通民众对传统金融的价值观、商务模式和产品形态的认识,给现有银行体系带来了巨大挑战。互联网本质上不是与传统行业竞争的一个或几个行业,而是平台和渠道,一种新型生态环境和基础设施。商业银行必须顺应互联网时代发展潮流,以巨大勇气和智慧去迎接互联网金融的挑战,加快商业银行转型步伐,通过转变经营理念、创新商业模式、合理扁平组织结构体系、重组业务流程,朝基于以互联网的,更贴近客户个性化需求,由客户自服务的经营模式和价值创造方式进行转变,实施网络银行与实体银行协调发展的长期战略。商业银行通过转型,深度融合互联网技术与银行核心业务,提升客户用户体验,拓展客户服务渠道,提高业务水平,才能从根本上从容应对互联网金融带来的各种挑战。

#### (二)加强对以余额宝代表的互联网金融理财的监管力度

以余额宝为代表的新型衍生理财产品,将成为互联网发展与金融理财业的创新驱动力。同时,余额宝代表的“碎片化金

融”,将是未来互联网金融发展的重要方向。因此,对互联网金融理财的监管与规制也将势在必行。互联网金融理财的监管应坚持法治、公平的原则。同时,第三方支付公司应加强企业自律。一方面,为确保企业自身稳健的发行人资格,维护支付系统的稳定,第三方支付公司应当采取低风险的投资政策。另一方面,第三方支付公司必须在合同中进一步明确资金回赎的相应条件,同时按照服务协议规定,支付公司应有义务将相应的法定货币存入用户指定的银行账户或者其他金融账户。

在准入第三方支付机构进入基金管理平台时,第三方支付公司应依法审核理财机构的相应资质、业务范围等基本情况,审慎决定准入名单,并定期对关联业务进行严格监督。第三方支付机构作为投资用户的受托人,应严格遵守行业规章和职业道德,不断加强管理资金的安全性和品牌影响力,重视专业人才的培养,强化理财师的职业道德教育,建立诚信体系信誉,从而扩大客户规模,并提升业绩和服务。

总而言之,金融理财作为我国的一项金融创新业务,具有重要的战略意义,以余额宝为代表的互联网金融理财更是一种创新理财的模式。对于互联网金融理财,除了加强对第三方支付平台与第三方支付机构进行相应的监管与规制外,政府部门更应重视互联网金融理财所带来的挑战,探索应对路径,并不断完善我国的金融法治环境,加强金融法治建设,促进我国金融理财向着更好更健康的方向发展。

#### [参考文献]

- [1]范敏.“余额宝”业务发展趋势、影响及政策建议[J].时代金融,2013:9
- [2]李庆治.“余额宝”又一次“改变”了银行[J].金融前沿,2013:8
- [3]邱勋.互联网金融对商业银行的挑战及其应对策略——以余额宝为例[J].上海金融学院学报,2013:4
- [4]王春丽,王森坚.互联网金融理财的法律规制——以阿里余额宝为视角[J].法制论丛,2013:9

[作者简介]王单媛(1994—),现就读于南京理工大学人文学院法学专业大二。