

沈家本 法学思想 研究

法大沈家本法学思想研讨会编

法律出版社

沈家本法学思想研究

法大沈家本法学思想研讨会编

法律出版社

沈家本法学思想研究

法大沈家本法学思想研讨会编

法律出版社出版 新华书店经销

北京华昌印刷厂印刷

787×1092毫米 32开本 7.5印张 160千字

1990年11月第一版 1990年11月第一次印刷

印数1—1000

ISBN7-5036-0778-5/D·618

定价3.80元

目 录

1.论沈家本的法律思想·····	张晋藩 (1)
2.略论沈家本的思想发展与形成·····	沈厚铎 (35)
3.法学匡时两巨擘——沈家本和薛允升·····	李 铁 (53)
4.沈家本、董康与法制改良的悲剧·····	田 涛 (71)
5.试论沈家本的法学思想基础·····	南玉泉 (80)
6.中西法律文化碰撞中的沈家本法律思想 ·····	林 中 (89)
7.沈家本法律思想与清末变法修律之争·····	郭成伟 (103)
8.沈家本修律的历史环境及其再评价·····	郑 秦 (122)
9.从沈家本的生平活动看其变法的核心·····	陆 昕 (148)
10.继承传统 超越传统 ·····	李 青 (161)
11.生命固尤重 人格尤宜尊 ·····	刘 斌 (174)
12.沈家本的婚姻家庭思想评议 ·····	高浣月 (188)
13.参考古今 博稽中外 ·····	马小红 李 力 (196)
14.沈家本与经世实学 ·····	怀效锋 (209)
15.沈家本法学思想近代化简议 ·····	刘广安 (222)
附 录 ·····	(228)
后 记 ·····	(236)

论沈家本的法律思想

张晋藩

(一)

沈家本(1840—1913年)，字子惇，别号寄簃，浙江归安（今浙江吴兴）人。他“少读书，好深湛之思”。光绪九年考中进士，留刑部补官，遂专攻法律之学。光绪十九年，出任天津知府。历任山西按察使、刑部左侍郎、大理寺正卿、法部右侍郎等职。一九〇二年，清政府变法修律，设立修订法律馆，任命沈家本为修订法律大臣。一九〇九年任资政院副总裁。沈家本诞生在中国由封建社会沦为半殖民地、半封建社会的激烈动荡时代，面对列强环伺，山河残破，使他从步入宦场时起便产生了拯救清朝封建帝国危运的宿愿。由于他长期莅职刑部，得以浏览历代的法典王章、刑狱档案，悉心整理了中国古代的法律资料，深入研究和考证了中国古代法律发展的源流与成败利钝，是谙熟中国古代法律、并在一定程度上给予批判总结的著名法学家。不仅如此，在资本主义文化东渐、新学萌起的历史条件下，他还热心探索资本主义国家的法律，接受了资产阶级法律思想的影响，——是当时中国比较全面地了解西方资本主义国家法制的代表人和企图改革中国封建旧律的资产阶级改良主义者。在沈家本担任修订

法律大臣期间，积极引进资产阶级法律，一方面删改了清律中落后与野蛮的部分；另一方面又制订了具有某些资本主义性质的法典法规。“中国法系全在他手里承先启后，并且又是媒介东西方几大法系成为眷属的一个冰人”。^①但是，半殖民地半封建中国的国情和沈家本所具有的封建官僚与开明思想家的特殊性格，决定了他不可能割断与封建法律的联系。相反，却从中寻求革新的根据和可资借鉴的因素。他说：“当此法治时代，若但征之今而不考之古，但推崇西法而不探讨中法，则法学不全，又安能会而通之，以推行于世。”^②同时，他也正视急遽变化的现实，坚持制定新律必须采取“会通中西”的原则，为此，积极组织力量，翻译外国法律，建立法律学堂，聘请资产阶级法学家担任教学和实际立法工作。在他主持修律的短短几年里，大开研究西法的风气，是有清一代立法最活跃的阶段。由于清朝很快被辛亥革命的浪涛所吞没，所制定的新法大多没有颁布施行，但却为继起的北洋政府所援用，因此，清末修律是中国近代法制史的第一章。

沈家本与传统的律学家不同，他立图阐明立法与研究法学之间的内在联系和相互关系。强调法理学对立法的指导作用，指出：“不明于法，而欲治民一众，犹左书而右息之。是则法之修也，不可不审，不可不明。而欲法之审，法之明，不可不穷其理。”^③只有“律学明”，才能“刑法

① 杨鸿烈：《中国法律发达史》下。

② 《寄簪文存》六，《薛大司寇遗稿序》。

③ 《寄簪文存》六，《法学通论讲义序》。

中”^①，“若设一律而未能尽合于法理……则何贵乎有此法也。”^②他以深沉的笔触揭示了专制主义统治下的中国漠视法理学的现象：“举凡法家言，非名隶秋曹者，无人问津。名公巨卿，方且以为无足轻重之书，屏弃为录，甚至有目为不祥之物，远而避之者，大可怪也。”^③“中国法律之学不绝如缕，非官此官者，莫肯一寓目焉，遑云穷究其源流而讨论其得失哉”^④。

沈家本重视法理学的目的，即为修订清朝法律服务。他说：“议法者欲明乎事理之必然，而究其精意之所在，法学之讲求乌可缓乎？”^⑤他批驳了只看到“今日法理之学，日有新发明”，而贬低总结中国法制的历史经验，甚至把以往的典章、文献统统斥之为“陈迹耳”、“故纸耳”的言论。强调“采用西法互证参稽，同异相半”，^⑥取“彼法之善”以补己法之“不善”，这正反映了半封建半殖民地特定的历史时代加给他思想上的深刻烙印，表现了一个接受资产阶级法律文化影响的封建官僚思想体系上的特色，这在当时是具有代表性的。

由于沈家本重视研究法理学，因此对一系列法学基本理论问题和司法实践经验，都作出了自己的回答和评价。

(1) 阐述了法律的概念、作用，及其与国家政治的关系

① 《日南随笔·卷六》《熙宁律学》。

② 《寄移文存》二，《论杀死奸夫》。

③ 《寄移文存》六，《法学会杂志序》。

④ 《天一阁书目跋》。

⑤ 《寄移文存》六，《法学名著序》。

⑥ 《寄移文存》六，《大清律例讲义序》。

什么是法，这是法理学开宗明义的第一章。沈家本认为“法者，天下之程式，万事之仪表也。”^①“当故不改，常也。”^②在他看来，法律的出现是社会发展的必然。“三代之民其心安于善，而耻于不善”，因此威、刑不用。只是到了“学校衰微，世教凌夷，巧伪变诈，无所不为”的时候，法律才产生。而且“法”与“官”是相伴而生的。“有官必有法，特古时法令简质不若后世之繁，书缺有间不可考矣。”^③

以上沈家本对于法律概念的阐述，很多是就字义进行疏解，没有根据进化了的时代要求作出进一步的概括，这同他提倡的讲究法理之学颇不相称，说明他的主要着眼点是集中在变法修律的实际活动。而这种停留在传统观点上的理论贫乏，也表现了世界观和方法论对他的拘囿。

沈家本在总结中外古今丰富的历史经验的基础上，深切认识到法律是实现国家统治的重要工具，对于国家的治乱兴衰起着不容忽视的作用，“法度立”才能“朝政明”，“世未有无法之国而能长治久安者也”^④。日本明治维新以后，“举全国之精神胥贯注于法律之内”，才使得“国势日张”^⑤。但法律是实现政治的工具，因此：“律学明而刑罚中，于政治关系甚大。”^⑥他欣赏清末“有志之士，探究治道之原，

① 《寄簪文存》六，《新译法规大全序》。

② 《律令一》。

③ 《寄簪文存》六，《通行章程序》。

④ 《刑制总考三》。

⑤ 《寄簪文存》六，《新译法规大全序》。

⑥ 《日南随笔卷》六，《熙宁律学》。

旁考各国制度”的作法，认为“有补于当世”。^①他自己在取法西方制定新律时，也首先“深究其政治之得失”。

（2）法须统一

沈家本关于法须统一的思想包括三方面的内容，其一：立法宗旨必须统一。他从“法乃国家惩戒之具，非私人报复之端”的认识出发，指出：“立法宗旨一定不得两歧。”所谓两歧，就是既有“国家惩戒之意”，又存“私人报复之心”。^②如果“以刑为泄忿之方”，其流弊所至，将会使法“重之又重，更无穷已”。^③其二：针对清末制定新律之后，旧例仍未丧失效力，以致新旧杂沓，轻重互异，他提出：断罪之律必须统一。“犯罪不论新旧，断罪自当一律，不得再有参差，致法律失信用之效也。”^④其三：适用法律必须统一，即不因犯罪对象的身分而有区别。他指出：汉朝王章犯“非所宜言罪”，身死狱中，妻子徒刑，而张寿、王匡衡却有诏“勿劾”、“勿治”。“等级之不同如此，可谓无定法矣。”^⑤

沈家本尤其谴责清王朝统治时期，旗人犯遣军流徒各罪，享有减等换刑等特权，主张：“应照民人一体办理。”说：“法不一则民志疑，斯一切索隐行怪之徒，皆得乘瑕而蹈隙，故欲安民和众，必立法之先统于一，法一则民志自靖，举凡一切奇袤之说，自不足以惑人心……若旧日两歧之

① 《寄簪文存》六，《政法类典序》。

② 《寄簪文存》三，《死刑唯一说》。

③ 《刑制分考四》。

④ 《明律目笺一》。

⑤ 《汉律拾遗三》。

法，仍因循不改，何以昭大信，而释群疑。”^①

处在封建末世的沈家本，对封建等级特权法观念的束缚有所摆脱，在某种程度上接受了“法律面前人人平等”的资产阶级法制原则，抒发了“法律为人人所当遵守”的思想，特别是向着满洲贵族所享有的法定特权进行挑战，无疑具有积极的意义。

(3) 法与道德教化

沈家本沿袭中国封建律学家关于“德（礼）主刑辅”、“明刑弼教”的传统观点，推崇道德、教化为“政本”。

沈家本从明初朱元璋以重法严刑治民、治吏而收效甚微的历史事实，指出：“上之人不知本源之是务，而徒欲下之人不为非也。于是重其刑诛，谓可止奸而禁暴，究之奸能止乎，暴能禁乎？朝治而暮犯，暮治而晨亦如之，尸未移而人为继踵，治愈重而犯愈多。此皆明祖阅历之言，著之大诰者也。然则欲以肉刑止奸而禁暴，其无效也可知矣。”^②

总之，沈家本认为：“刑罚与教育互为消长，”^③“盖犯罪之人歉于教化者为多，严刑厉法可惩肃于既往，难望湔拔于将来。”^④因此，教化之功绝不可以忽视。

沈家本还有意识地引用资产阶级国家的法律，来附会“明刑弼教”之说：“近来泰西之法，颇与此旨（指明刑弼教）暗合。”^⑤在《奏请编定现行刑律以立推行新刑律基础

① 《刑制总考三》。

② 《刑制分考五》。

③ 沈家本：《奏刑律草案告成分期缮单呈览并陈修订大旨折》。

④ 沈家本：《奏实行改良监狱宜注意四事折》。

⑤ 《刑制总考一》。

折》中，根据“模范列强”的宗旨，提出“惟是刑罚与教育互为盈朒”。尤其应该注重对于幼年犯的教养：“近日各国学说，……刑者乃出于不得已而为最后之制裁也，幼者可教而不可罚，以教育涵养其德性，而化其恶习，使为善良之民也。此明刑弼教之义也。”^①他还就近数十年来欧洲学者关于废止死刑的讨论，进一步阐发了教养与刑罚的关系，指出：“故废死刑，先谋教养，教养普及而人民之道德日近，则犯法者日见有少，而死刑可以不用。”^②“如教育未能普及，骤行轻典，似难收弼教之功。”^③在《删除律例内重法折》中，又从“治国之道，以仁政为先”的儒家理论出发，宣扬“化民之道固在政教不在刑威也。”^④由此出发他提倡改良监狱，说：“藉监狱之地，施教诲之方，亦即明刑弼教之本义也。”

沈家本关于法与教化关系的言论，不仅沿袭了传统的观点，而且具有现实的针对性。清朝中叶以后，阶级矛盾一天天尖锐化，统治者为了加强法律的震慑作用，扩大了凌迟和枭首等酷刑的适用，使得社会更加动荡不安。因此，他借论证“除恶务本”，引而不发地抨击清王朝的重刑主义，并为按照西方资产阶级法律的模式改革中国封建旧律，制造舆论准备。

（4）持平用法

沈家本不仅注意立法的详审，尤其重视法律的执行。

① 《丁年考》。

② 《死刑之教》。

③ 沈家本《奏请编定现行刑律以立推行新刑律基础折》。

④ 《寄簪文存》一。

然而，如何用法才能有裨于治，对此，沈家本的回答是：贵在持平。他说：“一代之法，不徒在立法之善，而在用法之得其平。”^①所谓平就是不以意废法，轻重偏颇。

与用法贵得其平的观点密切相连的，沈家本反对执法畸重，滥用刑罚。他抨击汉武帝任用酷吏，以沈命法治盗贼，而又广设中都官狱，是“无益于治”的，指出：“治盗之道贵得其宜，徒悬一重法无益也”^②。他历数了中国古代滥用酷刑遭致亡国的王朝，特别谴责推行重刑主义的先秦法家，说：商鞅“之法在重刑……以禁奸止过”，结果身罹重刑之害，受“车裂之诛”。

沈家本关于用法贵平的思想，是从历代兴衰中总结出来的历史经验，有它合理的方面。但是，法律是统治阶级意志的体现，是国家强制保证实施的行为规则的总和，是统治阶级对被统治阶级进行专政的重要工具，它的内容是由统治阶级的物质生活条件所决定的，因此，剥削阶级绝不可能对整个社会一视同仁地持“平”执法。

至于反对用法畸重，经常是封建的开明政治家、思想家抨击时政的一项内容，大多是在阶级斗争激化，阶级力量对比关系向着有利于被统治阶级转化的时候提出来的。因此，它总是出于一定的政治需要。归根结底，还是为了更好地发挥法律的作用。剥削阶级法律的本质决定了用法持平虽可维持于一时，却不能改变法与刑日趋严苛与冤滥的基本发展方向。尤其是封建末世更是如此。由于沈家本处在一个新的历

① 《汉律摭遗自序》。

② 《汉律摭遗七》。

史时期，他和封建的开明官僚、思想家有所不同，他是利用资产阶级的“文明”和法治来反对封建司法官任意废法，随心高下的现象，借以贯彻他的法治主张，因而表现出特定的时代色彩。

(5) 慎刑慎赦

如前所述，沈家本认为刑罚当否，直接关系到国家的治乱存亡，因此，他在总结历史经验的基础上，提出：“慎刑”主张，说：“夫刑者，古人不得已而用之，不可不慎。”

《周书·立政》篇曾以“兢兢以庶狱勿误”为戒。因此，他认为：周朝的慎刑可与尧舜之世媲美：“国家之于刑狱，其钦恤明允，固无异于唐虞也。”从而论证了“典狱非乞于威”，希望后之用刑者“当知此意。”^①

为了证明慎刑的重要性，沈家本举汉史为例，说：“汉承秦苛法之后，慎狱恤刑，与民更始，高景之诏，尤于疑狱郑重言之，而以宽为先务。”因此才取得了“文景之时，几于刑措”的社会效果。至汉武帝，重用张汤、赵禹等著名酷吏，使得“风气为之一变”，“汉初慎狱慎刑之旨，渐灭殆尽。”^②他对汉时地方有疑狱郡国主吏诣廷尉议的制度，极为称赞，说：“此法极善”，是“慎刑之一端也”，希望“近世亦行之”。^③

沈家本综合中外古今，明确提出了慎刑的要求和标准，那就是依法断狱，反对比附。并将法无明文规定不为罪的资

① 《刑制总考一》。

② 《汉律摭遗六》。

③ 《汉律摭遗六》。

产阶级法制原则，贯穿到具体的论述中去。他批评自明迄清实行的“断罪无正条，用比附加减之律”，说：“若律无正条而仍有刑，是不信于民也。”^①又说：“近来东西国刑法皆不用此文。”^②企图借此支撑自己的论点，壮大改革的声势。

总之法无明文规定者不为罪，不宜比附援引，是沈家本法律思想中具有民主主义的内容，也是他输入资产阶级法制原则用以保证慎刑的集中体现。为了论证它的合理性和在中国源远流长，沈家本引用了大量史料，力图将这一原则规定在他主持制定的新刑律中去。正是出于这种考虑，他在引古喻今时，未免对古有所夸大，而且将中国古代依律断狱与资产阶级法无明文规定不为罪不适当的等量齐观，以致混淆了两者在性质上的区别。

沈家本在提倡慎刑的同时，也主张慎赦，反对滥赦。在中国历史上，汉代，特别是东汉大赦频繁，以至获取珍禽异兽莫不有赦，遂使人轻于犯法，而希冀于赦，造成了社会的动荡。因此，后世对汉代的滥赦颇有讥评。

在中国历史上，赦愈滥，法愈坏，既不能邀仁政之名，更无以收缓和社会矛盾之效。因此，历来维持封建法制的思想家都反对滥赦、数赦，沈家本所主张的慎赦也表现了他坚持法制原则的立场。

(6) 执法在人

沈家本在主持修律的过程中，深感法律人才的缺乏，尤

① 《明律目笺一》。

② 同上。

其是面对封建顽固派对新法的重重阻挠，更加突出了解决这个矛盾的迫切性。因此，他不吝笔墨用较多篇幅，论证了“法贵得人”、“用法在人”、“有法而不循法，法虽善于无法等”^①的道理。他借用孟子“徒法不能以自行”的古语，说：“法之善者，仍在有用法之人，苟非其人，徒法而已。”^②他还举唐律为例，指出，尽管这是一部封建时代宽严得体的著名法典，但仍然出现了置法于不顾的“武氏肆虐”和李林甫用事以后制造的大量冤案。由此，“益可知有其法者，尤贵有其人矣。大抵用法者得其人，法即严厉亦能施其仁于法之中。用法者失其人，法即宽平亦能逞其暴于法之外也。其得失之故，实筦乎宰治者之一心。为仁为暴，朕兆甚微，若空言立法，则方策具在徒虚器耳”。^③

总括沈家本关于立法与执行者相互关系的论述，继承了历史上某些传统看法，同时也渗入了时代的特点，那就是：

(1) 表达了明显的反对专制主义的要求，抨击了法自君出，罚由君定的现象。(2) 通过对吏权的批评，触及了封建末世司法与吏治的昏暗。(3) 为了制定和推行新法，特别强调官吏知法、执法的重要。他在《法学盛衰说》中尖锐地指出：“自来势要寡识之人，大抵不知法学为何事。欲其守法，或反破坏之，此法之所以难行而学之所以衰也。”他渴望“人人有法学之思想，一法立而天下共守之”，“设使手操三尺而不知深切究明，而且取决于临时之检案，一案之误，动累数人，一案之差，贻害数世，岂不大可惧哉。是今

①② 《刑制总考四》。

③ 《刑制总考四》。

之君子所当深求其源而精思其理矣。”^①清末法律学堂就是在沈家本积极建议和支持下建立起来的。特别是他所说的“法之行也，重在当局之人主持之，”表现了讽喻清朝最高统治者应该坚定地推行新法的意向。

(二)

马克思主义认为：法律是社会的上层建筑现象，是以社会为基础，并“由一定物质生产方式所产生的利益和须要的表现。”^②“无论是政治的立法或市民的立法，都只是表明和记载经济关系的要求而已”^③。一八四〇年鸦片战争以后，随着外国资本主义侵入，中国逐渐由封建社会沦为半殖民地半封建社会。无论是社会经济结构、阶级结构都发生了前所未有的变化。为了适应外国侵略者的需要，保护地主官僚买办阶级的利益，调整在新的历史条件下出现的社会关系，都要求制定新的法律。这是清末修订新律的根本原因。但是，在义和团运动以前，这个变化主要表现为承认外国侵略者通过不平等条约所攫取的领事裁判权。

一九〇〇年义和团运动以后的十年间，是清末法律变化的明显时期。在此期间修改了大清律例，制定了新律。这不是偶然的。在义和团运动被镇压以后，清朝统治者完全屈从于帝国主义政策的需要。同时，为了阻止人民革命的发展，粉饰卖国贼的丑恶嘴脸，以求苟延残喘于一时，被迫接过了戊戌变法时期改良派的旗帜，宣布“变通政治”、“实行新

① 《寄谕文存》六，《重刻唐律疏义序》。

② 《马克思恩格斯全集》第6卷，第291—292页。

③ 《马克思恩格斯全集》第4卷，第121—122页。

政”。一九〇一年一月，流亡西安的慈禧下诏变法，说：

“世有万古不易之常经，无一成罔变之治法。大抵法久则弊，法弊则更”，“法令不更，锢习不破，欲求振作，须议更张。”^①同年四月，特设督办政务处为综理新政的机关，任命两年前坚决反对戊戌变法的顽固派大臣庆亲王奕劻，大学士李鸿章、荣禄、昆冈、王文韶、户部尚书鹿传霖等为督办大臣。两江总督刘坤一，两湖总督张之洞也以督抚身份“遥为参领”^②。刘坤一、张之洞在会奏变法时曾就改革法制提出九项建议，其主要内容是：禁讼累，即裁去吏役，以杜绝其勒索讼费；省文字，凡命盗案应早报实报，不必等罪犯供认；省刑责，除命盗案证据已确而不肯供认者准其刑吓外，不准轻加刑责；重众证，众证即定，即无须本犯之供；修监羁，改良监狱；教工艺，于监狱内设工艺房，令其学习技艺，释放后可以谋生；恤相验，令各州县就地筹款，不准纵扰当事人之家；改罚鍰，凡户婚、田土、家务、钱债等类案件，酌令罚款赎罪；派专官，每府派实缺同知，管理所属监狱之事。

由于刘坤一、张之洞是清末地方实力派，他们提出的修改法制的主张，只是触及了封建法制的皮毛，与慈禧革新政治的宗旨相吻合，因而受到重视，并对以后的修订法律活动产生一定的影响。

一九〇二年，张之洞以兼办通商大臣身分，与各国修订商约。在此期间，英日美葡四国为了表示继续支持彻底投降卖国，公开宣称“量中华之物力、结与国之欢心”的清政

① 《光绪朝东华录》总页第4655。

② 《大清光绪新法令》《谕旨》第一册。