

評「寄簫文存」

李光灿 著



评《寄籍文存》

李 光 灿

群众出版社出版 新华书店北京发行所发行

北京通县振兴印刷厂印刷

850×1168毫米 32开本 335字数

13.625印张 4 插页

1985年2月第1版 1985年2月北京第1次印刷

统一书号：6067·89 定价：(精)2.90 元
(平)2.10 元

印数：0001—4900 册

绪 论

沈家本，是中国近代早期的资产阶级著名法学家，是清末法制改革的倡导者和法制革新派首领，是中国近代启蒙的法理学家。他留给后人的法律文化遗产是极为丰富的。

沈家本(1840—1913)，清代归安(今浙江吴兴)人，字子惇，别号寄簃。光绪年间进士，历任天津知府、刑部左侍郎、法部右侍郎、修订法律大臣、资政院副总裁等职。他收集我国古代法律史料，作了系统整理和考订，又奉命主持修订法律，奏议废止凌迟、枭首、戮尸、缘坐、刺字等酷刑，禁止刑讯。在沈家本主持下，修订《大清律例》为《大清现行刑律》；与此同时，他特别参考资本主义国家刑法，研究、制订了《大清新刑律草案》，在刑法上作了重要的局部改革。并主持制定了民法和商法草案。著有《沈寄簃先生遗书》甲编二十二种、乙编十三种，《寄簃文存》八卷就是其中重要著作之一；又编有《枕碧楼丛书》十二种。均为研究我国古代和近代法制史重要参考资料。

通过沈家本的《寄簃文存》所反映的法律思想和他的立法、司法实践的整个业绩来看，沈家本的法律思想，具有突出的二重性。这就是：

一、既有民主精华，又有封建专制糟粕，而以民主精华为主。

二、既有科学精华，又有封建迷信糟粕，更以法律科学精华为主。

三、既有人民性精华即在一定程度上同情人民群众的思想精华，又有封建蒙昧和封建愚民政策的思想糟粕，也以人民性精华为主。

四、既有继承中国先秦法家们以法治世、执法不阿的思想精华和中国儒家民本主义、德主刑辅的思想精华；又有继承中国儒家的封建纲常礼教、以德治世的思想糟粕，而也以前者为主。

五、既有吸收欧、日等国近代资产阶级进步法制的思想精华，又有吸收欧、日等国资产阶级法律至上与法律教育主义的错误思想，而仍以前者为主。

通过对沈家本关于法理学的研究，特别是对他的《法学盛衰说》的研究，可看出他的哲学思想和法律观，同样具有二重性：既有二元论和基本方面的唯心史观；又有朴素唯物论和朴素辩证法因素，而以二元论和唯心史观为主。

沈家本法律思想的主流，是民主的、科学的、具有一定人民性的，特别是具有近代资产阶级法律与法学的进步思想性质，以及具有唯物论和辩证法思想因素。因此，我们研究中国近代大法学家沈家本，就应当批判地继承和改造沈家本的法律思想，既要吸取他的民主的、科学的、一定人民性的、资产阶级进步思想的精华，又要剔除他的封建专制色彩的、封建迷信的、压制人民的封建纲常礼教和封建愚民政策等思想糟粕，以及二元论和唯心史观的思想因素。并且应当以批判地吸取为主。

今天，我们研究沈家本的法律思想，应当坚定地站在马克思主义立场上，坚持实事求是的原则，正确地进行两条战线的斗争；既要反对简单的、片面的、全盘否定的“左”的错误，又要反对简单的、片面的、全盘肯定的右的错误；既不低估沈家本作为过渡时期在法律、法学的理论和实践两个方面的高水平和杰出成就；又不高估沈家本作为前一代学者的世界观和法律观。我们必须坚持马克思列宁主义、毛泽东思想实事求是的科学稳定性原

则，并把它贯彻到对沈家本法律思想的整个研究活动中。

通过对沈家本法律思想的初步研究，我们还要特别指出另一个重要问题。这就是：

沈家本在中国近代法律改革中的作用和在中国近代法学界的地位，都是不应当贬低的。仅从清末修律活动看，就充分地证明了这一点。

清王朝末年，即一九〇〇——一九一一年间，在内政外交等形势发展的逼迫下，清政府最高统治集团，打着厉行“新政”和预备“立宪”的招牌，进行了修律活动，这是中国法制史上由封建统治者自己进行的一次重要的法律改革，这是在中国由封建法律向半封建半资本主义法律转化的开端。但由于“以刑弼教”的封建法律思想的存在和阻碍，因此在修律过程中便爆发了一场新旧派两方的尖锐斗争。所谓新派就是以沈家本为代表的法理派；所谓旧派就是前以张之洞、后以劳乃宣为代表的礼教派。因此在我国近代法制史上，也把这场斗争称做“礼法之争”。

法理派的“国家主义”法律思想的主流，是以在资本主义商品经济基础上产生的个性解放和个性自由为基点，其理论基础是卢梭的天赋人权论；其思想实质是促进与发展资产阶级的民主共和主义。沈家本正是中国近代最初的民族资产阶级在法律界的集中代表。

礼教派的“家族主义”法律思想，是以封建男权和封建家长制为核心组成的封建家族为基点，其理论基础是孔孟儒家的纲常礼教论；其思想实质是维护地主阶级的封建专制主义。而张之洞和劳乃宣正是中国近代最初的官僚地主和买办资产阶级在法律界的主要代表人物。

先后持续十年之久的这次在清末修律问题上的礼法之争，是戊戌维新失败后守旧派和革新派（即君主立宪派和民主共和派）之间政治斗争的继续，是这种斗争在法律斗争方面的具体表现。始

终作为革新派首领的沈家本，代表了早期的中国资产阶级进步法制思想的主流，向着守旧派首领张之洞、劳乃宣等，展开了若干原则性的斗争，显示了近代“欧洲潮”最早在中国法制战线上积极的推动和影响。

清末的全部修律活动，包括两类。一是将《大清律例》修改而成为《大清现行刑律》，这是过渡时期混合体的法律，缺乏进步内容，于一九〇八年正式开始到一九一〇年九月二日刊印告竣。一是参照欧、日等国资产阶级刑法，单独制订了《大清新刑律》，这是立宪后实行的包含资产阶级进步法律改革内容的刑事单行法典，于一九〇五年正式开始到一九一〇年十二月二十五日颁布。

几乎同时并进的、都由沈家本主持进行的上述两类法律：《大清新刑律》和《大清现行刑律》，充分反映了当时清政府统治者的政治动向，即在法律上封建守旧派和资产阶级革新派之间又斗争又妥协的复杂情况。革新派的首领沈家本先后对守旧派的张之洞、劳乃宣等人的斗争，虽然是不彻底的，但在当时说确是难能可贵的。

尽人皆知，清末的修律活动，从清王朝统治集团的主观愿望来说，正是集中了外国帝国主义和本国封建主义互相结合的阶级意志所进行的一方面讨好外国资产阶级，另一方面愚弄本国人民的政治骗局。但是，就在这种骗局下，沈家本的进步法律思想，却得到了比较充分的发挥。从历史唯物主义观点看，西欧资产阶级的天赋人权论，大大优于中国地主阶级的纲常礼教思想；自由、平等、博爱等资产阶级反封建的进步政治思想，体现在国家法制上，就是主张革新、反对守旧，主张平等、反对特权，主张宽刑和人道、反对重刑和酷刑；主张同世界各先进国齐一法制、反对闭关自守，等等。一句话，主张资产阶级民主和法制，反对封建主义专制和人治。正是在旧瓶装新酒的情况下，新酒的新鲜因素和富于朝气的生命力，蒙受着困难、阻碍甚至窒息的污浊空气，

而潜在地发展着。

作为清朝末年司法大臣的沈家本，正是客观地被推到中国近代法制急剧变化和嬗递的激流漩涡之中，使他能够大展宏才，以基础雄厚的法律学识和十分丰富的立法、司法经验，承先启后地为中国近代资产阶级法制开辟了前进的道路，导演了良好启蒙的序幕。

从沈家本的全部法律思想来看，在一定意义上可以说，沈家本系统地总结了封建法律和近代资产阶级若干法制的重要内容，比较胜任地充当了中国古代法律和法学思想的集大成者，充当了中国近代法律和法学思想的引路人。我们从全面的观点来考察，沈家本实不愧为中国近代资产阶级进步法律思想的启蒙者和前驱。

目 录

绪论

第一章 评《寄簪文存》卷一：奏议……………(1)

第一节 删除律例内重法折……………(1)

第二节 虚拟死罪改为流徒折……………(4)

第三节 伪造外国银币设立专条折……………(5)

第四节 旗人遣军流徒各罪照民人实行发配折……………(5)

第五节 变通旗民交产旧制折……………(6)

第六节 禁革买卖人口变通旧例议……………(6)

第七节 删除奴婢律例议……………(8)

第八节 删除同姓为婚律议……………(9)

第九节 军台议……………(9)

第十节 与受同科议……………(10)

第十一节 设律博士议……………(12)

第十二节 变通行刑旧制议……………(13)

第二章 评《寄簪文存》卷二：论……………(14)

第一节 论故杀……………(14)

第二节 论杀死奸夫……………(21)

第三节 论威逼人致死……………(24)

第四节 论诬指……………(26)

第五节 论诬证……………(28)

第六节 论附加刑……………(29)

第七节 论没收……………(31)

第三章 评《寄簪文存》卷三：说……………(33)

第一节 死刑惟一说……………(33)

第二节	再醮妇主婚人说·····	(38)
第三节	变通异性为嗣说·····	(41)
第四节	误与过失分别说·····	(46)
第五节	官司出入人罪唐明律比较说·····	(50)
第六节	明律徒流折杖与唐律徒流加杖之法不同说·····	(59)
第七节	故杀胞弟二命现行例,部、院解释不同说、 附说·····	(60)
第八节	法学盛衰说·····	(66)
第四章	评《寄谳文存》卷四:考、释、学断·····	(74)
第一节	比部考·····	(74)
第二节	释贷借·····	(77)
第三节	释虑囚·····	(83)
第四节	释规避(略)·····	(86)
第五节	释 阐(略)·····	(86)
第六节	学断:后魏刘辉之狱(略)·····	(86)
第七节	学断:宋安崇绪之狱(略)·····	(86)
第八节	学断:宋檀偕之狱(略)·····	(86)
第九节	学断:宋阿云之狱·····	(86)
第五章	评《寄谳文存》卷五:笺、补、书、问答·····	(95)
第一节	妇女离异律例偶笺·····	(95)
第二节	补洗冤录四则·····	(97)
第三节	与戴尚书论监狱书·····	(101)
第四节	答戴尚书书(略)·····	(103)
第五节	答王仁山问笃疾、废疾·····	(104)
第六节	答友人问夫亡守志例文书(略)·····	(110)
第六章	评《寄谳文存》卷六:序·····	(111)
第一节	重刻唐律疏议序·····	(112)
第二节	重刻明律序·····	(116)

第三节	宋刑统赋序·····	(120)
第四节	无冤录序·····	(120)
第五节	王穆伯(佑)新注无冤录序·····	(121)
第六节	秋审比较条款附案序·····	(122)
第七节	通行章程序·····	(124)
第八节	读例存疑序·····	(125)
第九节	薛大司寇遗稿序·····	(127)
第十节	刑案汇览三编序·····	(127)
第十一节	刺字集序·····	(129)
第十二节	历代刑官考序·····	(131)
第十三节	汉律摭遗自序·····	(132)
第十四节	大清律例讲义序·····	(133)
第十五节	法学通论讲义序·····	(134)
第十六节	裁判访问录序·····	(135)
第十七节	监狱访问录序·····	(138)
第十八节	法学名著序·····	(140)
第十九节	政法类典序·····	(141)
第二十节	新译法规大全序·····	(142)
第二十一节	法学会杂志序·····	(143)
第七章	评《寄簪文存》卷七:跋·····	(145)
第一节	钞本唐律疏义跋·····	(145)
第二节	唐律释文跋·····	(147)
第三节	常熟瞿氏宋本律文附音义跋·····	(149)
第四节	刑统赋解跋·····	(150)
第五节	粗解刑统赋跋·····	(151)
第六节	刑统赋疏跋·····	(152)
第七节	钞本元典章跋·····	(153)
第八节	元史新编跋·····	(154)

第九节	大诰跋·····	(156)
第十节	范永奎重刊大明律跋·····	(158)
第十一节	万历大明律跋·····	(159)
第十二节	日本享保本明律跋·····	(161)
第十三节	律疏附例跋·····	(162)
第八章	评《寄簪文存》卷八：跋、书后·····	(165)
第一节	雍正三年修律黄册跋·····	(166)
第二节	书四库全书提要政书类后·····	(169)
第三节	书明大诰后·····	(173)

后记

并载：

沈家本原著《寄簪文存》

(胡星桥同志加编标点)·····(183)

第 一 章

评《寄谳文存》卷一：奏议

沈家本的奏议，集中收载在《寄谳文存》卷一中。

沈家本为《寄谳文存》写的小引说：“迨癸卯岁，奉命修订律例，不得不研究法学之编。乃年齿日颓，不能深求学理，偶有论说，不过一隅之见。出示同人，尚不自菲薄。”表明了沈家本在治律、治学上态度的谦逊。

《寄谳文存》共八卷。本文论证的，就是该文存第一卷所载，沈家本上呈光绪、慈禧的奏折和奏议十二种。这是他的法律思想中很重要的一个组成部分。

现在，分别论述如下。

第一节 删除律例内重法折

沈家本第一个奏折，就是主张删除清律例中的重法。所谓重法，就是重刑，即刑法中的一些过重的规定。重刑主义，是历代封建刑法的核心。重刑主义与报复主义、酷刑主义、惩罚主义、威吓主义等，一起组成了封建刑法严刑峻法的苛暴体系。从光绪二十八年开始，沈家本就主张废除清律中的重刑主义和酷刑主义，代表了当时的法律和法制从封建主义向资本主义过渡的趋向。

这个奏议中所反映的沈家本的法律思想，集中起来，就是主张废除原清律中的封建重刑主义，主张学西方资产阶级国家刑法的轻刑主义，对封建法律进行必要的改革。归纳起来，有以下各

点：

（一）奏议中沈家本提出的宗旨，就是从中国儒家的王道仁政出发，学习西方的轻刑。他指出：“综而论之，中重而西轻者为多。盖西国从前刑法，较中国尤为惨酷，近百数十年来，经律学家几经讨论，逐渐改而从轻，政治日臻美善。故中国之重法，西人每訾为不仁。”^①接着他指出：“臣等窃维：治国之道，以仁政为先。自来议刑法者，亦莫不谓‘裁之以义而推之以仁。’然则刑法之当改重为轻，固今日仁政之要务，而即修订之宗旨也。”这也是所谓“中学为体，西学为用”的思想在法律思想上的表现。以中国儒家王道仁政为核心，学习西方的轻刑，换句话说，用资产阶级轻刑主义来体现封建儒家的仁政。这就是沈家本改革旧律的宗旨。孙中山的政治法律思想，基本上也属于沈家本这一思想类型。因此，沈家本的改革旧律，既反映了地主阶级维新的尝试，又反映了资产阶级法制的萌芽。

（二）沈家本力主废除的几项封建重刑：

一是执行死刑的三项残酷刑：

凌迟：“查凌迟之刑，唐以前无此名目，始见于《辽史·刑法志》。辽时，刑多惨毒，其重刑有车轘、炮擲诸名，而凌迟列于正刑之内。宋自熙宁以后，渐亦沿用，元、明至今，相仍未改。”

梟首：“在秦汉时，惟用诸夷族之诛。六朝梁、陈、齐、周诸律，始于斩之外别立‘梟’名，至隋而删除其法。自唐迄元，皆无此名，今之斩梟，仍明制也。”

戮尸：“戮尸一事，惟秦时成峤军反，其军吏皆斩、戮尸，见于《秦始皇本纪》，此外无闻。历代《刑志》并无此法，《明律》亦无戮尸之文。至万历十六年始定此例，亦专指谋杀祖父

^① 见《寄簪文存》卷一，以下引文均见同书，不一一注明出处。

母、父母者而言。国朝（笔者注：指清朝）因之，后更推及于强盗案件，凡斩梟之犯监故者，无不戮尸矣。”

执行死刑的上述几种残酷刑，对制裁犯罪的实际效果怎样呢？沈家本的观点是否定的。他指出：“或谓此等重法，所以处穷凶极恶之徒，一旦裁除，恐无以昭炯戒。顾有唐三百年不用此法，未闻当日之凶恶者独多。且贞观四年断死罪二十九，开元二十五年才五十八，其刑简如此。乃自用此法以来，凶恶者仍接踵于世，未见其少，则其效可睹矣！化民之道，固在政教，不在刑威也。”不管沈家本的“政教”的性质和内容是什么，但他认为预防犯罪和消灭犯罪，重要的是感化和教育，而不是严酷刑法的威吓。这反映了时代的变化和沈家本刑法思想的一定进步性。

二是滥刑，即扩大惩罚面而滥施刑罚，这也是封建重刑的主要内容之一，就是所谓“缘坐”，即株连连坐法。“缘坐之制，起于秦之参夷及收司连坐法。汉高后除三族令，文帝除收孥相坐律，当时以为盛德。惜夷族之诛，犹间用之，故魏晋以下，仍有家属从坐之法。《唐律》惟反叛、恶逆、不道，律有缘坐，他无有也。今律则奸党、交结、近侍诸项，俱缘坐矣；反狱、邪教诸项，亦缘坐矣。一案株连，动辄数十人。夫以一人之故，而波及全家；以无罪之人，而科以重罪。汉文帝以为不正之法，反害于民。”

三是丑辱刑，这里即指刺字。这也是封建重刑中的一种。“刺字乃古墨刑，汉之黥也。文帝废肉刑而黥亦废。……隋、唐皆无此法。至石晋天福间，始创刺配之制，相沿至今。……在立法之意，原欲使莠民知耻，庶几悔过而迁善。诂知习于为非者，适予以标识，助其凶横。而偶罹法网者，则黥刺一膺，终身羞辱。……夫肉刑久废，而此法独存。汉文所谓‘刻肌肤痛而不德’者，正谓此也。未能收弼教之益，而徒留此不德之名，岂仁政所宜出此？”

然后，沈家本概括地说：“以上三事，皆中法之重者。参诸

前人之论说，既多议其残苛；而考诸今日环球各国，又皆废而不用。且外人訾议中法之不仁者，亦惟此数端为最甚。……窃思法律之为用，宜随世运为转移，未可胶柱而鼓瑟。”这里，沈家本的“法律之为用，宜随世运为转移”，即根据客观形势的发展变化而改新、而更易，包含了辩证法的观点，在当时甚为难得。

（三）清王朝当局迫于时代的要求，基本上采纳了沈家本等人的奏议。

事隔三年之后，到光绪三十一年三月，清廷发出上谕，请先将律内重刑变通酌改一折说：“我朝入关之初，死刑以斩罪为极重。顺治年间修订律例，诏用前明旧制，始有凌迟等极刑。虽以惩儆凶顽，究非国家法外施仁之本意。现在改订法律，嗣后凡死罪至斩决而止。凌迟及枭首、戮尸三项，著即永远删除。所有现行律例内凌迟、斩、枭各条，俱改为斩决；其斩决各条，俱改为绞决；绞决各条，俱改为绞监候；入于秋审，情实，斩监候各条，俱改为绞监候；与绞候人犯，仍入于秋审，分别实缓办理。至于缘坐各条，除知情者仍治罪外，余著悉予宽免。其刺字等项，亦著概行革除。此外，当因当革，应行变通之处，均著该侍郎等，悉心甄采，从速纂订。”

沈家本、伍廷芳等人关于删除律例内重法的以上奏议，顺应时代前进的潮流，反映了他作为新的中国民族资产阶级法律思想的代表，做了一定程度上改革封建刑法残酷重刑的第一次尝试。因此，从奏议的主要内容来看，具有一定程度的资产阶级法律改革的进步性。

第二节 虚拟死罪改为流徒折

这一奏折内容，是体现沈家本宽刑政策的一个组成部分，即：使死刑定得越少越好，就是把律例内虚拟的（即在实际多不

执行的)几项死罪,分别减改为流、徒。奏议说:“臣等查现行律例内,其虚拟死罪而秋审拟缓者,莫如戏杀、误杀、擅杀三项。戏杀:初无害人之意,死出意外,情节最轻。误杀:虽有害心,而死非互斗之人,亦初意之所不及。擅杀:情节轻重不等,而死者究系有罪之人。故此数项罪犯,在各国仅处惩役禁锢之刑。考之《唐律》,戏杀、误杀各按其当场情形,分别徒、流,并无死罪。擅杀分勿论及徒、流、绞四等,亦不概问死罪。中国现行刑律,不分戏、误、擅杀,皆照斗杀拟绞监候,秋审缓决一次,即准减流;其重者,缓决三次减流。盖虽名为绞罪,实与流罪无殊,不过虚拟死罪之名,多费秋审一番文牍而已。现当综核名实,并省繁重之际,与其空拟以绞徒事虚文,何如径改为流俾归简易?”

第三节 伪造外国银币设立专条折

沈家本奏说:“法、俄、英、日各国治罪之轻重虽有不同,而私造外国货币,均较本国处刑为轻。……臣等公同商酌,拟清嗣后凡伪造外国银元行使,无论赃数、次数多寡,为首及匠人,均于奏定私铸银币章程,绞罪上减一等,拟以流三千里。其为从及铸造未成之犯,各于流罪上减一等问拟。所得流、徒罪名,仍照章收入习艺所工作。似此明定章程,庶立法宽严得中,而匪徒知所警戒矣。”

从这一奏折中可知,沈家本的法制观念很强。资产阶级的法具明文和依法办事的进步的法制思想,为沈家本良好的继承并运用到清末的法律修订和法制改革上。作用是很显著的。

第四节 旗人遣军流徒各罪照民人实行发配折

沈家本在这一奏折里,反映了他的以法治国和适用法律平等

的原则。“窃维为政之道，首在立法以典民。”“臣默观世运，慨念时艰，欲筹挽救之方，不得不变通办理。拟请：嗣后旗人犯遣军流徒各罪，照民人一体同科，实行发配。现行律例折枷各条，概行删除，以昭统一而化畛域。”这个奏折，反映了沈家本以法治国的思想，特别表现了他对不同民族、不同阶级、不同社会政治地位、不同等级的同一类犯人，采取平等的量刑和平等的法律待遇。这体现了在法律面前人人平等的资产阶级法制原则。

第五节 变通旗民交产旧制折

“臣等默窥世变，熟计时宜，拟请嗣后旗人房地，准与民人互相买卖。……至旗人之出外居住营生者，准其在各省随便置买产业，毋庸禁止。旧时刑部例文二条，即应删除。……庶旗民之羸绌有无，可以相济相通，而各有自养之路，便民生而化畛域，洵共保安全之一策也。”

这一奏折，反映了沈家本在民法方面的民族平等观点。沈家本对清代封建统治阶级的下层基础之一的旗民，在主张改革封建特权等级的条件下，改变旗民不准自由买卖其产业的旧制，提出应与其他被统治的各族人民一样对待，反映了资产阶级反封建的法制要求。

第六节 禁革买卖人口变通旧例议

沈家本这一奏议十分重要，它具有反对封建陋习，提倡保护人权的内容。光绪三十二年闰四月二十一日，由沈家本签署复刑部的奏议，明显地反映了这一内容。现扼要简述如下：

第一，“中国三代盛时，无买卖人口之事。惟罪人乃为奴隶。周衰，始有鬻身之说。秦汉以后，变而加厉，以奴婢与财物