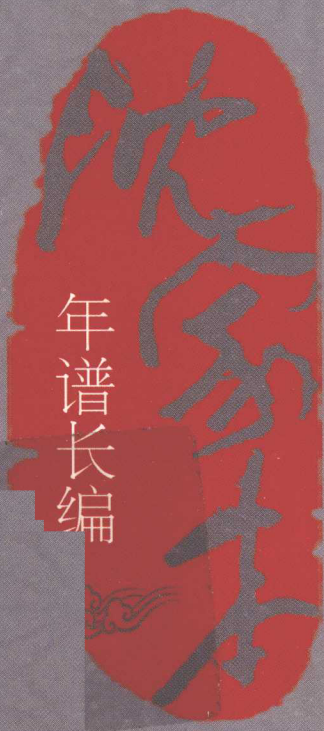




李贵连
编著

年谱长编



山东人民出版社



沈家本 (411) 年谱长编



李贵连
编著

沈家本

年谱长编



山东人民出版社

图书在版编目 (C I P) 数据

沈家本年谱长编/李贵连编著. —济南:山东人民出版社, 2010. 3
ISBN 978-7-209-05245-0

I. ①沈… II. ①李… III. ①沈家本(1840~1913) —年谱 IV. ①K825.19

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 041126 号

责任编辑: 麻素光

封面设计: 张丽娜

沈家本年谱长编

李贵连 编著

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址: 济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编: 250001

网 址: <http://www.sd-book.com.cn>

发行部: (0531) 82098027 82098028

新华书店经销

山东临沂新华印刷集团有限公司印装

规 格 16 开(169mm×239mm)

印 张 23.5

字 数 300 千字 插 页 2

版 次 2010 年 3 月第 1 版

印 次 2010 年 3 月第 1 次

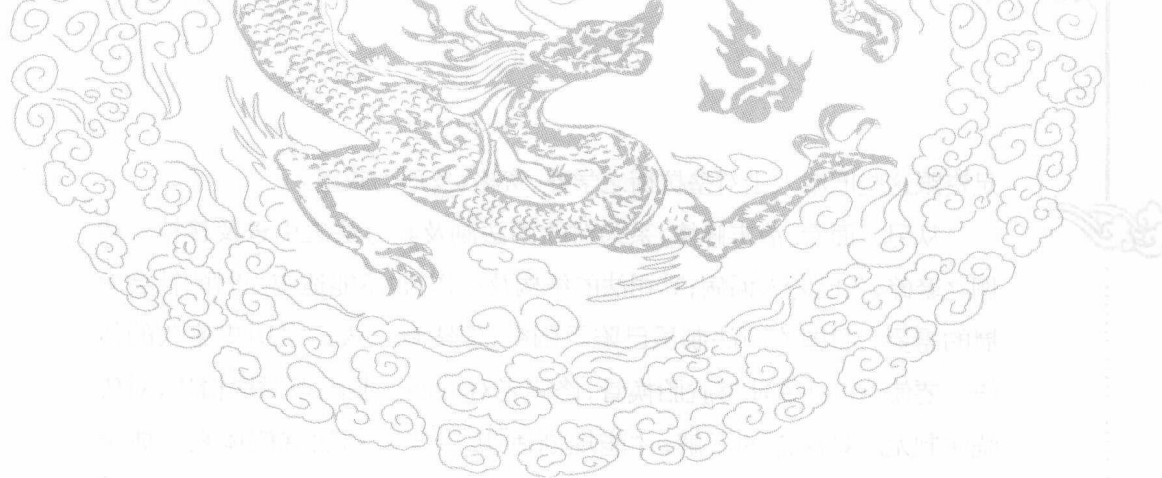
ISBN 978-7-209-05245-0

定 价 48.00 元

如有印装质量问题, 请与印刷单位调换。 电话: (0539) 2925659



沈家本 (1840—1913)



序

沈家本——我国法制现代化之父

沈氏诞生一百五十周年，追怀其功业及影响

黄静嘉

归安沈家本(寄簪)(一八四〇——一九一三)为我国法制现代化之父。兹值为沈氏诞生一百五十周年,海峡两岸均有集会纪念,并举行学术讨论,爰以此文求教于法学界及各方人士。

(一)天降斯人以竟斯役

回顾清末修订法律之故实,笔者认为真是历史的“幸运”,当时能推出沈氏这样的人选出来,成就为我国法制之现代化奠基之勋业。沈氏诚为斯职之不二理想人选,微沈氏,当时修律之绩效,可能大为减色,我国法制现代化之途径,可能更为曲折。

从历史的角度来看,清末之修律,系为自为封建的身份伦理支配之旧律及旧制,转向为法律之前人格平等,以自由契约为基础的现代市民法制。此一改革虽为当时客观形势所要求,仍然遭到主张维持礼教纲常的旧派人士之顽强隅抗,因此,要完成这一历史的使命,修律者的沈家本,必须具有

序

沈家本——我国法制现代化之父

001



足资跟这些旧派人士对垒抗衡之学养、资格、技巧与威望。

从另一面看,清末修律,系为对欧西法制及其方法之引进及移植。清例之繁碎,久已为人诟病;其司法的结构及运作,也不能适应当时的社会发展的需要。我国的旧法制虽已陷于困穷,但毕竟代表一个历史悠久的传统。要使这一法制能够脱胎换骨,修律者对欧西法制固须撷取精华,对传统法制尤应具深湛的了解,才能规划适切,令当时司法官僚体系之成员翕服。

沈氏于光绪廿八年(一九〇二)年间,即沈氏六十二岁时,始膺修订法律之命,这时的沈氏曾经刑部部曹卅余年,剔历府、道臬司等职,终于位居京堂(任刑部侍郎),他也是当时公认的“硕果仅存”的旧律权威。沈氏虽然科名蹇滞,到四十四岁时才考取进士,但一经考取即属“清华之选”,才能以“儒臣”的面目,晋身当时官僚体系之主流。沈氏在早年潜心史经考证,有著作多种,亦有助于其清誉。在提出新刑律之前,修订法律馆开馆,对外国法的编译、研讨,已有相当的成绩。至旧律旧例之整理,沈氏及其前人从事已久。沈氏可以说是最具专业资格的旧体制中人(*most qualified insider of the establishment*)而被选中的,故礼教派不能以其“非我辈中人”而排除或挑剔他。事实上,他出任斯职之荐举者之一,就是后来反对新刑律最力的礼教派领袖张之洞。

正因为此,与沈氏相对比较,与其同时受命修法的伍廷芳(秩庸)(一八四二——一九二二),就不免相形逊色。伍氏具有英国大律师(*barrister*)资格,而为当时我国极少数而杰出的娴习外国法制之菁英。他虽然也是“进士”,但只是因留学外国而获授的“洋翰林”,不是经过考试经书制艺而来的,他没有经过沈氏之部曹以迄京堂的历练。他在改律上之贡献,较少为人提及,一方面是他在膺任修律的五年中频应外交上的差遣,不像沈氏在十年修律中,为“全勤”的修律者,另一面也因与沈氏相较,他只是个与当时之司法官僚体系初无渊源的 *outsider*。

与沈氏同一时期,尚有长安薛允升(云阶)(一八二〇——一九〇一)及赵舒翘(展如)(——一九〇一),两氏亦均系进士出身,并经刑部部曹(薛

十七年、赵十年),剔历地方职务(薛:府、道、臬司、藩司、漕督;赵:府、道、布政使、巡抚),而迄京堂(任刑部侍郎、嗣升汉尚书),两人均对旧律极有研究,薛氏尤为斯学权威。^{①②}薛氏只是为旧制殿后,而沈氏则开启了我国法制之现代化。这虽有时间之因素,盖清廷着意修法,并派沈氏任其事,系为一九〇二年,而薛氏于一九〇一年已归道山,赵氏则已于同年处死,故沈氏为当时“硕果仅存”的律学权威。但薛氏及赵氏或均不免保守落伍,不如沈氏思想进步,高瞻远瞩,纵薛氏、赵氏仍在,恐亦无法建立如沈氏之不朽功业。

沈氏之思想进步,高瞻远瞩,而对礼教派眷恋的封建法秩序,能够奋身起而予以改建,并提倡建设现代的市民法秩序,可能与他天性、乡土及其早年生活经历有关。他天性仁厚沈潜,他的父亲仕途不利,他自己也科名蹇滞,他曾经过类似流离的生活,使他深知民间生活的疾苦^③。他始终处于权力中心的外缘,他不以卫道的主流派自居,对于传统所肯定的价值体系,能够冷静地加以省察。他出身江南通海地区,在地方官任内又经验过洋务,甚至曾被联军拘捕。他在修订法律馆开馆编译、研讨之前,对于欧西文化典章,或已有接触、观察体验的机会。

(二) 旧律体制下的道德人伦主义及刑罚思想

欧洲一法学家曾以 *status vs. contract* 一语,以释明现代化的市民法制,与中世纪封建法制之区别。盖中世纪为以封建身份伦理支配之法制,现代的则为法律之前人格平等,最足以彰显此种人与人关系上的平等者即为契约。(政治学者由此推而广之,主张统治者须取得被治者之同意,故与市民法制相表面者,常为议会制的宪政。)

我国传统旧律,系以道德人伦主义为标榜,此之道德人伦之具体化,即君臣、父子、夫妇之三纲,以及义慈友恭孝之五常。且以父子、兄弟之伦理,

① 黄静嘉:《清季法学大家长安薛允升先生传》,“国立政治大学”《法律学报》第四期。

② 参阅《清史稿》薛允升传、赵舒翘传;吉同钧:《薛赵二大司寇合传》(《乐素堂文集》,据《国闻周报》第十一卷三十期凌霄一士文转引)。

③ 参阅张国华、李贵连:《沈家本年谱》(北京大学出版社),咸丰十年迄光绪十年各条。



推及于夫妻、君臣，并扩大于整个国家社会^①。旧律之基本理想，即在充分体现这些当时流行的道德观念，从而建立起一以封建身份伦理支配的法秩序。此在唐律的体制下，即已“灿然大备”。我国明清旧律，则系因袭承继唐律而来。

前述的道德人伦思想，是寄托于“天道”的自然律的，语云“王道之三纲，可求之于天”。盖在王道之下，“天为君而覆露之，地为臣而持载之，阳为夫而生之，阴为妇而助之；春为父而生之，夏为子而养之”。^② 故在君臣、夫妇、父子之间是有支配与服从关系的。而依五常的德目，虽有其相对性，即父须义，母须慈，兄须友，弟须恭，子须孝，但在实践上，卑幼之恭、孝，并非以尊长之义、慈、友为条件（君臣关系，夫妇关系，均依此类推）。故道德及法律上，均强调君权、父权及夫权之绝对优越地位，违反此一道德人伦及法秩序，即属违反天道，该受到谴责与刑罚。

旧律下之法秩序，即为体现及贯彻此一封建性的身份伦理。此一封建性的家族身份关系，则系以丧服服制为基准，故在《明律集解附例》及《大清律例》之各种版本，均以各种丧服图，载于律例本文之前。各种丧服图系包括丧服总图、本宗九族、五服正服之图、妻为夫族服图、妾为家长服之图、出嫁女为夫本宗服之图、外亲服图、妻亲服图、三父八母服图等。在这些服图里，身份关系秩序井然，每一个人可以依其亲疏、尊卑，找到他正确的位置。礼教主义者之理想国，是每一个人在其亲属关系上，都应该适如其分，循规蹈矩，不越雷池一步。因此，律例上并就此一家族身份关系，赋与其民事及刑事上之效果。

旧律“名例律”于五刑条之后，首揭为“十恶”之条。其罪名及刑罚，另见名例或他律中之专条。“十恶”者，盖为依当时之伦理观念，为最具谴责性之罪名。犯“十恶”之罪者，并非悉须处以极刑之罪，但一经列为“十恶”者，原则上，即为“常赦所不原”。而在“十恶”之中，除第五条中之“不道”，

① 戴炎辉：《唐律总论》，台北正中书局，一九六四，一八一廿四页。

② 董仲舒：《春秋繁露》，台湾商务印书馆，一九七九，据上海涵芬楼景印宋刊本影本。

杀一家非死罪三人及支解人,系处罚“残忍”之恶性重大者,与身份伦理无关外,其他九条包括谋反、大逆、谋叛、恶逆、大不敬、不孝、不睦、不义、内乱,都是为维护此一身份伦理而设立的。

在旧律体制下,因就身份伦理赋与效果,故罪名及刑罚,因身份之尊卑而有等差。原则上,卑幼犯尊长加重,尊长犯卑幼从轻或不罚。夫妻在服制上,原则上系比于父子。本宗有服重于本宗服外及外亲、妻亲。在刑罚之等差中,尤强调君主对臣民、父母(祖父母)对子女(孙子女)、夫对妻妾之地位绝对优越。臣民对君上(及其神器),为“谋反”“大逆”者,不分首从,凌迟处死。“谋叛”,不分首从,皆斩。上列各罪,且有缘坐,株连动辄数十人,以一人之故,波及全家;以无罪之人,科以重罪。“恶逆”者,指子孙谋杀祖父母、父母者及妻妾谋杀夫者,如已杀,亦凌迟处死。凡人詈骂,罪仅笞十,詈骂祖父母、父母及夫之祖父母、父母,如经亲告,绞。反之,祖父母、父母非理故杀子孙,仅杖六十,徒一年。

旧律着重家族伦理,尤其强调孝道。故律就若干在今日纯属人民私生活之事项,如立嫡子违法者,乞养异姓义子以乱宗族者,同宗立嗣,而尊卑失序者;居父、母丧期间,子女嫁孙女者,妻妾居夫丧而自身再嫁者;祖父母、父母犯死罪囚禁,子孙自嫁女者;祖父母、父母在,子孙别籍异财者,若居父母丧,兄弟别居异财者;均成立罪名,其刑罚为处杖在六十至一百之间。

为强调上述家族伦理及孝,旧律上,不惜就“国家”(即君主统治权)的法益,予以一定程度的“妥协”。这是不无“吊诡的”。盖能对父母尽孝,对家族亲睦者,始能对“国家”(君上)尽忠也。因此,犯罪固应予诉追,但为教孝计,旧律有犯罪存留养亲之条,凡犯罪而祖父母、父母老疾应侍,家无以次成丁者,苟非常赦所不原,死罪以下,均准留养。又在凡人之间,知情藏匿罪人,或泄露其事,致罪人得以逃避,均成立罪名,但亲属之间,须相为容隐,故除谋叛以上罪外,同居大功以上亲属,有罪相隐者,勿论,小功以下,减等。其子孙告祖父母、父母,妻妾告夫及夫之祖父母、父母,均构成干名犯义,纵得实,杖一百,徒三年,诬告者,绞。(反之,各该尊长、家长,告卑



幼,纵为诬告,亦勿论。此显示身份尊卑之效果。)

基于家族伦理,对于亲属相奸,尤其深疾痛绝,系认为禽兽之行,故较凡人相奸特为加重。奸小功以上亲,奸父祖妾及与和者,谓之“内乱”,列入“十恶”。依律,有服尊卑为婚,且以亲属相奸论。奸从祖祖母、祖姑、从祖伯叔母、姑、从父姊妹、母之姊妹及兄弟妻、兄弟子妻者,绞立决。而凡人犯奸(和奸)者,有夫者,杖九十,无夫者,杖八十。(此处值得注意者为无夫奸,其适用之情形,为与孀妇与在室女相奸。立此罪名之目的,或云在求风俗之“端正”,但在当时体制下,有夫奸、无夫奸之罪名,其所保护之法益,抑为女性片面对于男性之“贞操”。就无夫奸而言,孀妇之丈夫系已故,而在室女之丈夫尚属未定,其顾虑可谓极其“周详”之能事。)

由于社会情势之演进,基于礼教主义之理想国,所设计之以身份伦理支配之旧律法秩序,在改律时之清末已不能适应日趋市民化的社会要求,再加上列强外力干预之影响,势须要重加检讨。事实上旧律中若干因身份伦理而严苛之处刑规定,与现实生活脱节,或早已成为缺少实效的具文(law in paper)。盖法太重则势难行,定律转成虚设。如骂父母、祖父母,一经亲告,绞。实务上,千余年来实例极少。如立嫡子违法,乞养异姓,别居异财等,法禁已久松弛。尊卑为婚,如“于名分不甚有碍者”,例已许听从民便^①。又如亲属相奸,沈氏尝云:“此等事何处无之,而从无人举发,法太重也,纵有因他事牵连而发觉者,办案者亦多曲予声叙,俾由立决改为监候”^②。而对犯罪存留养亲之条,则早有人愀切论之矣,认为“非以施仁,实以长奸,转似诱人犯法”^③。

在旧律体制下,违反人伦,即为违反天道,自非施以严刑重罚不可。上述之干犯尊长,一般的多课以重刑。干犯君上,谋反大逆及谋杀祖父母、父母及夫,均处凌迟;谋反大逆,且有缘坐,均已如前述。此外,自明万历年

① 薛允升:《读例存疑》(黄静嘉校订本),台北中文研究资料中心,一九七〇,一〇八、一〇一—尊卑为婚,其间情犯稍有可疑者及中表为婚条。

② 沈家本:《寄蓀文存》,卷八,《书劳提学新刑律草案说帖后》。

③ 沈家本:前揭,卷八,《书劳提学新刑律草案说帖后》。

始,谋杀祖父母、父母,且有戮尸之例。又在清代缘坐更扩及奸党、交结近侍、反狱、邪教等。因为这些重刑,使旧律法制蒙野蛮不仁之讥^①。按凌迟之规定,不见于唐律,明清律就谋反、大逆、谋杀祖父母、谋杀夫,均处以凌迟极刑。可以反映在明清之我国社会中,以君权、父权以及夫权为主轴的专制主义,盖已臻于极峰。

旧律体制的运作,亦有其“吊诡的”一面,即一方面,为了维护身份伦理支配之法秩序,不惜严刑峻罚,以收“威吓”之效,另一方面,基于礼教之仁爱思想,榜标“恤刑”主义,判处死刑后,经过秋审、朝审的一番周折,每能予以缓减。此之死罪,谓之“虚拟死罪”。如此,可以一方面明刑弼教,一方面,显示圣主(统治者)宽仁之德。依沈氏称,当时欧美、日本刑制,死刑大为减少,少者止数项,多者亦不过二三十项。顺治时,律例内真正死罪凡二百三十九条。嗣后随时增加,至当时之现行律例内死罪凡八百四十余条。“不惟为外人所骇闻,即中国数千年亦未有”^②。但其中很多是虚拟死罪,如戏杀、误杀、擅杀均属之,经秋审而例缓者,经秋审缓决,可准减流。但对于当时资讯已较为普及的社会,这种虚拟死罪之威吓主义,已难收效,徒贻外邦以“野蛮”的口实。

(三) 我国律例旧制之困穷——现代法制及其基本方法论之引进

晚清法制已到了困穷之境,其最大的问题,即为例之繁碎。而例的繁碎,则系由于律的方法论上的缺陷致生。明代,万历十三年(一五八五)间,例不过三八二条;清同治九年(一八七〇)已达一八九二条。《清史稿·刑法志》称:

“清代定例,一如宋时之编敕。有例不用律,律既多成空文,而例遂滋繁碎。其间前后抵触,或律外加重,或因例破律,或一事设一例,或一省一地方之专例,甚且因此例而生彼例。不惟与他部则例参差,即一例分载各

① 沈家本:前揭,卷一,《删除律例内重法折》、《虚拟死罪改为流徒折》。

② 沈家本:前揭,卷一,《删除律例内重法折》、《虚拟死罪改为流徒折》。

门者，亦不无歧异。辗转纠纷，易滋高下。”

关于例的繁碎之困穷，笔者有下述两点看法：

1. 律被认为不能轻予更改之常经。盖各朝之律，大抵是由开国时创业的君主制定的。在这些自以为非常“圣明”之君主，多以为律典为其斟酌至当之杰作，故纵在其自己手上，也不愿更动律条。至其后世子孙于先王所订之律文，更以碍于“祖制不可更”，不敢妄议修改。（明太祖就以此告诫过其子孙）。且因为往昔的统治者也了解，“律典”对其朝代具有一定的政治“符号”（Political Symbol，从广义）作用。盖开创基业者一旦取得了天下，就需要各种典章制度的装点，使来自“实力”（*naked power*）的统治权，取得正当性及合法性（*legitimacy*）。自西汉以来，儒家的“意理”（*Confucianist ideology*）已居独尊，且依其建立之封建身份伦理之法秩序，颇能符合统治者之要求，故历代典章制度，均以儒家意理为标榜。此其具体表现，如前述之律典的道德人伦主义及恤刑主义均是。律典既为构成该朝代“符号”之重要部分，则为了维持律典的尊严与其“符号作用”，不嫌强调之以为立国之常经，以依附于传统的中心符号（*central symbol*）^①；因之，事实上，尽管无妨使之成为具文，但不能随便删除或修改。而律系不能修改的，因此，遂不能不有权宜之办法，乃斟酌实际情形的需要而制订条例。此所谓准情有“例”者，即：律之不备时之补充规定，以至律之规定与实情捍格时，借例而酌为变通（修正）。

2. 此则涉及中国成文法制技术的基本问题。现代西方学者就现代（欧陆）法与中国传统法之方法论（*methodology*），有所谓“*logic vs. analogy*”之喻。即他们的方法的基础，是对事物的抽象范畴（*abstract categories*），故其方法为逻辑的解析（*logical analysis*），而中国的传统心灵，则崇尚具体事物，并追求其平衡、和谐及对称，故而抗拒归纳及演绎，而趋向于“类推”方法。^② 学者亦谓对我国固有法之方法基础，不采抽象的概括的态度，而采

① 杜奎英：《历代政治符号》，“国立政治大学”，一九六三。

② Jean Escarra: *Chinese Law*, English Translation by G. R. Browne, 1961, University of Washington p. 94.

客观的、具体的主义。即同一罪质之犯罪,视其行为之主客体、方法、实害程度及其他情况而规定其刑。^①(律条中有就数量之日数、人数、贼赃数而为之个别规定)繁碎之弊,也许是客观具体主义立法,所不可避免的。因其为“客观具体”的严格法,故不能不在遇到具体而不完全相符的情势时,采用“比附援引”。比附援引的结果,就产生了“例”,“例者,即昔王制之比”,其方法论之基础,即为“比附援引”。而由于我国成文法制技术上的“客观具体”,是以“因一事生一例”,驯致在量上不断增加,流于繁碎,参差歧异。

清例的繁碎,自亦影响清代法制之实际运行,故上引《清史稿·刑法志》有“参差……歧异,辗转纠纷,易滋高下”之语。盖例文纷歧的结果,罪刑高下之间,每因适用之条例不同而异,而幕友胥吏即有可以钻隙的漏洞,从而提供了其可以操纵司法(manipulating justice)的余地。因而袁枚(子才)乃有“引律者多公,引例者多私;引律者直举其词,引例者曲为之证”之批评^②。因例制定每未考虑周详,故施行时较易滋趋避之弊,如救亲可以宽大处理,因而,捏叙此类情节之案件甚多。而这种操纵运用之结果,有时又增加了例的繁碎。又如犯罪纷奏请存留养亲之例,范围越来越宽,甚至扩及于承祀,但准驳又不一定,例文益纷繁歧出。这种恶性循环之结果,自使实际“法治”上“治丝益棼”。“不肖司员,串通书吏,改窜例文”之事,亦有所闻。这使清例繁碎的局面,因而益加复杂。^③

在方法论上,清例之繁碎之原因之一,系由于旧律之客观具体主义,就唐律的制定而言,毋宁是本于某种罪刑“法定”主义之思想,盖为贯彻罪刑法定,故必须为各种态样的客观具体规范。但亦因此,“比附援引”成为必要,从而,使这罪刑“法定”的要求,受到了“修正”和“制约”。另外,又以客观具体的结果,而违反礼教应为制裁的行为,不能一一尽列,因此,乃有“不应为”条,“律令无条,理不可为者”,又不能以比附援引者,乃有本条之适

① 戴炎辉:前揭,一四〇——。

② 薛允升:前揭,总论,册一,七五一七六。

③ 薛允升:前揭,总论,册四,九六二—九六三。



用,其刑且重于违令条。更使旧律体制之罪刑“法定”原则,受到了局限性。^①

因为我国传统法制之上述困穷,必须师法西洋,以抽象概括主义,救济客观具体主义之穷,并采行其进步之法制。

(四) 沈氏修律与我国法制的现代化

沈氏改律的最大贡献,在使肩负沉重历史包袱的古老中国,自传统法制的桎梏中挣扎出来,并为其创设了一个现代化法制的宏远架构。

在沈氏主导下,所完成之大清新刑律,是我国第一部现代化的法典。它是一部真正名副其实的刑律,不再如清律之兼容民事、行政法规。它脱离了旧律之客观具体主义之困局,而基本上,采取了抽象概括主义。它简化了刑罚,废除了肉刑及各种酷刑。死刑唯一,绞。虚拟死刑,已不再存在。它揭露了现代罪刑法定主义,废除“比附援引”及“不应为条”。它创立了缓刑、假释制度,也增订了有关妨碍国交、选举、交通、公共卫生等罪,以适应新时代的需要。

新刑律之最重要的贡献在于,它(新刑律律文本身)基本上,否定了身份伦理主义,采取平等主义。(除亲属身份之平等外,并兼及汉满各种族平等,废除良贱之分。但对子孙杀害尊亲,酌留了加重规定,且此时,祖父母及外祖父母,并列为直系尊亲,其他的尊长,则留给法官在量刑时斟酌。)由于新刑律之未能“坚守”封建身份伦理,乃为礼教派强烈不满,遭受到许多当朝具有清望人士的抨击。

礼教派攻击新律中,对颠覆政府,僭窃土地,虽为罪魁者或不处死刑,侵入太庙宫殿等处放箭射弹者,或处以百元以上罚金,礼教派认为与君为臣纲之义,大相刺谬。据张国华、李贵连之沈氏年谱,当时学部大臣张之洞,曾以新律内乱罪不处唯一死刑,指为袒庇革党,欲兴大狱,为学部侍郎宝熙所阻^②。

^① 戴炎辉:前揭,八一十一。

^② 张国华、李贵连:《沈家本年谱》,二〇〇页转引董康文,《法学季刊》第二卷第二期。

礼教派攻击新律中,对尊长与卑幼相犯、亲属相殴、亲属相奸,几与凡人相差无几。礼教派攻击新律中,废弃存留养亲、干名犯义,认为有悖礼教。

新律中,对无夫奸,不加处罚。礼教派认为“奸情之事,于在室女、孀妇特重”,新律不以为罪,“殊不当于人心”。^①

面对礼教派的抨击,及守旧势力的根深蒂固,沈氏似乎没有得到立即的全面的压倒性胜利。礼教派之主张既居于一定之优势,乃有所谓“附加章程”五条之制订。此一“附加章程”,在一九一四年间,改称“新刑律补充条例”。该一“章程”及“条例”之制订,对新刑律废弃之有关规定,部分地予以恢复。这似乎是沈氏之挫败,沈氏在“附加章程”制定后,即行辞职。但在重视“正名”的中国而言,“附加章程”“补充条款”都是过渡性,“新刑律”本体才是“垂诸永久”的,因此在这一意义上说,新刑律在废弃封建身份伦理法制上,可谓获致基本的胜利。礼教派因此仍晓晓不休,希望把这些条款,变成新刑律本体,也始终没有成功。

沈氏改律的获致此一成果,这自有其客观形势使然。(取消外国治外法权的压力,及国内进步势力的抬头等)但沈氏(修律之主帅)的个人具有的条件;如上文所述,他在刑律上的权威地位,使他的主张具有“公信力”,在《寄簃文存》等书所载,他有关修律的论议,可以看出他对欧西法制的令人叹服的吸收能力。他在论述时就中外古今的旁征博引,使他的奏折及建议具有说服力,并对当时士大夫阶层发生影响。尤其难能可贵的,他常能从古籍尤其是旧律引为主臬的唐律中,找出我国传统中若干较为开明、仁慈的成份,以支持他的新律,使守旧派穷于应付(他甚至引用《周官》、《秋官》及《孟子》,证明陪审制为我国先圣经典所肯定)。^②(沈氏与礼教派诸君子,同样地,长期受儒家伦理观之浸润,沈氏独能洞察旧律之弊,益见其高瞻远瞩之可贵。)

① 张国华、李贵连:《沈家本年谱》,第二三一页转引。

② 沈家本:《进呈诉讼法拟请先行试办折》,《沈家本年谱》第一一一页转引。



沈氏之法律编查馆,开启我国对现代法律之研究风气。其举办京师法律学堂,则为我国现代法律学校之先河。其法律编查馆,翻译及出版各国的“法规大全”及“法学名著”多种,供编修新律有所参考。沈氏并多次派员出国,实地考察外国法制及其运行。其设立京师法律学堂,则系出于伍廷芳之建议,伍氏之言曰“法律成而无讲求法律之人,施行必多阻门,非专设学堂人才不可”,京师法律学堂因而设立,并在各省之课吏馆内,筹设法学速成科目。法学知识之传播及人才之继起,不仅有助于当时修律及法改,并使我国法制现代化得以赓续前进。

沈氏修律的目标,是建立全面性的现代化的法治,除新刑律外,曾制订大清刑事民事訴訟条例,此外,并起草民法、商律(商人通例及公司律)、破产律、商标试办章程等,企图引进各国进步的法制。大理院、高等审判厅、地方审判厅之设立,及审级职权之划分,都在沈氏手中奠立初基。一九三〇年前后国府时期制订的民刑及各种法典,即赖有沈氏开始之各种法规及草案,为其重要凭藉。

一九四五年第二次世界大战结束,台湾因而光复,台湾曾在日本帝国主义之殖民统治下,其法制业经资本主义之洗礼。各种体制均已树立,在行政法的领域里,在某些方面且比当时的中国大陆为前进。赖有一九三〇年前后国府在南京制订的各种法典及制度,尚能勉为因应。嗣后,伴随着经济的发展,社会条件的变化,为解决层出不穷的各种问题和需求,新的立法如产业升级、智慧财产、证券交易、环境保护、国土规划、文物保存、儿童保育、精神卫生、公平交易、消费者保护等,在台湾相继制定。此外,国贸海商争端日多,判例法日益增加。

由我国传统以封建身份伦理支配的旧律,走向市民化的现代化法制,其变革过程毋宁是渐进的。这一方面,涉及人们的观念,一方面亦为当时社会经济条件的制约。就台湾而论,依一九八四年修订的民法亲属篇,才把重婚规定为无效。在此之前,重婚系为得撤销,未经撤销,则属合法婚姻。因此,在一九八四年及前此重婚者,苟未经撤销,男方得据此合法地享有“齐人之福”。一九三〇年民法典制订时,对重婚究应无效与否颇有争

执,而以妥协终局。此一历史遗迹的残留公案,其澄本清源的解决,要拖到沈氏修律近一世纪之后。饮一滴而知大海味,这是“反讽”而有象征意义的。

就刑法典而论,台湾现施行中之刑法典,亦系一九三五年由国府在南京制订,虽已摆脱了“附行章程”或“暂行条例”,尊卑一般相犯之加重、减轻,干名犯义,无夫奸等等,早已为历史陈迹。其亲属相奸罪,限制于直系或三亲等旁系血亲,虽亦本于传统的身份伦理观念,但仍有优生学之根据。至杀害及伤残直系血亲尊亲属的从重及加重规定,似与人格平等之观念相违,且鉴于现代生活方式之下,直系血亲尊亲与子女、孙子女之关系,已异于畴昔。又各国进步的刑法典中,均着眼于幼年子女之保护。该一规定非无商榷之余地,但以“伦常”观念仍相当强固,目前尚无检讨更张之现象。

自沈氏开其先河,其流风余韵,在台湾法制之现代化,已有若干成果,但司法之风纪及执行之效果,仍有待继续的检讨与致力。

(五) 沈氏及其同时代杰出法曹树立的典型

沈氏以科第出身而服官刑部,而能潜心律例之研究,而终于成为刑狱及法制之权威。我们知道,当时的士大夫是不重视律例之学,而传统的士大夫教育中,实质上也不包括法律之科目。士人经科举而服府县等官,于狱讼之事,不得不借重幕友,甚至假手胥吏。因此,一般的说法认为,中国以往没有像西方现代国家那样,有一批专业性的,具有法律学识、技术,并讲求职业伦理(Professional ethics)的法律家。(幕友只能算一种技术人员,法律工匠)不过,中国历代以来,也常常出现具有儒学涵养为基础并精通律例的法律家。就清代言,除了沈氏外,像薛允升、赵舒翘等人,均属此类典型。在每一时代里,这类人物之存在,自有助于其当时司法之规模与水准之维系。

由沈氏之服官刑部经历来看,在当时刑部之体制下,对于培育养成人才,似有一定的步骤。沈氏出任刑部堂官之前,曾经长期的司曹阶段,包括司主稿、秋审处坐办、律例馆提调等,取得基本训练,再行外放府道布按,获得实地经验。刑部的两任尚书及沈氏之长官薛允升、赵舒翘等,都经过相