

中國近百年 人權思想



杜鋼建・著

中國近百年人權思想

杜鋼建 著



中文大學出版社

《中國近百年人權思想》

杜鋼建 著

© 香港中文大學 2004

本書版權為香港中文大學所有。除獲香港中文大學書面允許外，不得在任何地區，以任何方式，任何文字翻印、仿製或轉載本書文字或圖表。

國際統一書號 (ISBN) : 962-201-916-1

出版：中文大學出版社

香港 新界 沙田 • 香港中文大學

圖文傳真：+852 2603 6692

+852 2603 7355

電子郵件：cup@cuhk.edu.hk

網址：www.chineseupress.com

Thoughts on Human Rights in Twentieth-Century China
(in Chinese)

By Du Gangjian

© The Chinese University of Hong Kong 2004
All Rights Reserved.

ISBN: 962-201-916-1

Published by The Chinese University Press,
The Chinese University of Hong Kong,
Sha Tin, N.T., Hong Kong.
Fax: +852 2603 6692
+852 2603 7355
E-mail: cup@cuhk.edu.hk
Web-site: www.chineseupress.com

Printed in Hong Kong

目 錄

第一章	沈家本的人權思想	1
第二章	康有為的人權思想	29
第三章	嚴復的人權思想	43
第四章	孫中山的人權思想	77
第五章	梁啟超的人權思想	87
第六章	陳獨秀的人權思想	117
第七章	李大釗的人權思想	137
第八章	馬敘倫的人權思想	153
第九章	胡適的人權思想	169
第十章	錢端升的人權思想	181
第十一章	馬哲民的人權思想	197

第一章

沈家本的人權思想

前言：時代召喚人權

中國近代法律思想史上掀起的驚心動魂、波瀾壯闊的思想大變革，可以說是始終朝着力圖擺脫封建專制主義、奮力開拓現代人權法制建設的方向邁進。在這一場艱苦卓絕的法律思想革命中，一切憎惡專制黑暗、嚮往自由光明、獻身於救國救民振興中華的志士仁人，儘管他們來自不同社會階層和集團，都在自覺或不自覺地朝着這個方向努力。尤其是法律家們在不斷地覺醒，前赴後繼地追求法的價值和目標，竭力指望在法的框架中構造出人的天堂。法律逐漸地不再被當作君王馭民的桎梏，而開始被奉為保障自由增進人權的保護神。法的觀念的這種變革過程是十分曲折的，其代價也是極為沈重的。然而，根植於現實世界的法觀念一旦發生劇烈變革，就會對現實世界產生反作用。將法同人權相聯繫的思想變化，在中國近代法制建設中的影響是極其深遠的。

在近代法觀念的歷史性變革中，沈家本創千古絕流，開一代風氣，為人權法的崛起前驅先路。

時代呼喚人權，沈家本的人權法思想是清末社會法制改革的時代產物。近代中國反帝鬥爭和反封建鬥爭成為社會發展所面臨的兩大主題。西方列強對中國的蠶食，促使各階層愛國人士不斷覺醒。他們痛感中國封建社會的落後，紛紛奮起呼籲改革變法。從“近世思想自由之向導”¹龔自珍譏切時政詆排專制倡思變法開始，改革派、改良派、洋務派、革命派等爭相崛起，幾十年中要求變法改革反對專制暴政的進步浪潮一浪高過一浪。反侵略鬥爭與反封建鬥爭相互交織在一起，救

亡促進了反封建，反封建又是為了救亡。不論是救亡圖存，還是反封建專制，其實質都是中國人民為爭取人權而進行的鬥爭。反侵略鬥爭是為了爭取民族和國家的獨立和生存；反封建鬥爭則直接表達了近代人權要求的基本內容。

沈家本所領銜主持的清末變法活動，實際上是繼戊戌變法之後在社會上層進行的又一次反封建運動。“百日維新”所造成的深刻思想影響和廣泛社會壓力，使得清政府的最高統治集團不得不考慮變法改制，對社會統治關係作相應的調整。光緒二十六年開始的清末法制改革，從思想內容上看，實際上是戊戌變法運動在限制範圍內的繼續。儘管這場法制改革的初衷含有皇權永固的期望，而且從憲法性文件上看也未動搖皇權至上的地位；然而，在沈家本等人的堅持和鬥爭下，那些充滿近代人權主張和法律原則，具有資本主義性質的民法、刑法、商法、民事訴訟法、刑事訴訟法、法院法、獄政法等部門法實質上是對封建專制主義的沉重打擊。這些在外國法學家協助下起草的各部門法在一系列具體制度上打破了封建法系的體制，實現了劃時代性的變化。沈家本等人進行的法制改革採取的近代符合人權要求的法律原則有：民法中的契約自由原則、私有財產所有權原則等；刑法中的反對封建重刑主義原則、罪刑法定原則、罪刑相應原則等；訴訟法中的公開審判原則、法庭辯論原則、證據原則等，以及其他民商法原則等。此外，還引進了近代法治國家的陪審員制度、律師制度、破產法制度、審判機構獨立行使職權制度、公司法制度、票據法制度等等。所有這些法律原則和制度都是近代人權要求在法律上的反映，是同人權發展相適應而產生的。

如果說洋務派運動的實際作用是改變封建專制主義的物質基礎，改良派運動的實際作用是動搖封建專制主義的思想基礎，那麼，以沈家本為代表的法理派運動的實際作用是動搖封建專制主義的法制基礎。清末以沈家本為代表所進行的法制改革的意義就在於，它在相當程度上在法律上擴大了民權的範圍，儘管它在形式上沒有改變君權的地位。從歷史發展角度來看，清末法制改革反映了近代中國社會人權發展的要求，在總體上體現了歷史的進步。

在清末修律活動中，以沈家本為代表的體現社會普遍要求改革願望的法理派同以勞乃宣為代表的頑固堅持封建立場的守舊勢力之間展開了激烈的鬥爭。鬥爭的焦點是保護人權還是維護專制。守舊勢力企圖打着“仿行憲政”的旗號繼續行封建專制主義之實；而革新力量則順水推舟，認真推行憲政，主張“保護人權，乃立憲之始基”，“預備立憲，其要旨在保衛人權。”革新派非常明確地將保護人權反對專制作為推行憲政的宗旨。推行憲政與推行專政、保護人權與維護專制，兩種思潮兩種勢力截然相反，互不相容，從而拉開了中國近代法制革命的帷幕。

以史為鑒。研究沈家本人權法思想不僅有助於提示清末修律鬥爭的性質和意義，而且有助於今人繼續努力去完成先人未竟的事業。保護和增進人權，依然是當今時代法制建設走向現代化所面臨的一項重要任務。顯然，沈家本的人權法思想是一個既有歷史意義又有現實意義的課題。

一、以人格主義為旗幟的人權法律觀

沈家本的人權法思想是以人格主義為旗幟的。沈家本在綜括西方近代人權主張和中國傳統人道主義的基礎上，針對封建法律的專制主義和非人道主義，提出了中西兼備獨樹一幟的人格主義的人權法律觀。

1. 中國傳統人道主義法律觀的影響

中國傳統人道主義法律觀構成沈家本人格主義法律觀的一個重要思想來源。在這方面，儒家的仁政德治學說中的人道主義思想成份對沈家本影響最大。沈家本將推行仁政去除暴政奉為修訂法律、改革法制的宗旨。

清末統治者為時局所迫，虛張聲勢地提出要悉心考訂法律，但在推行新政方面實際上並無誠意。對此，沈家本等人再三上摺，陳述雖然奉命成立法律館，然而由於修法意圖不明，“宗旨不定”，如何編纂，“無從措手”。²為樹立人道主義的修法指導思想，沈家本明確提出應將推行仁政作為“修法之宗旨”。針對舊法律的專制主義性質，他

直言陳述“治國之道，以仁政為先”；³反覆強調修律應當“裁之以義而推之以仁”；⁴極力主張以人道主義修法，“改重為輕”，方為“今日仁政之要務”。⁵

中國歷史上對沈家本修律思想產生人道主義影響的人物和事件很多。在廢除凌遲、梟首和戮屍方面，沈家本對宋真宗、隋文帝和陸游等人大為稱讚。真宗拒絕御史台請在常刑外髑剛殺人賊時說：“五刑自有常刑，何為慘毒也！”⁶隋文帝在《律詔》中指出：“梟首義無所取，不益懲肅之理，徒表安忍之懷。”⁷陸游清除凌遲之刑時強調“肌肉已盡，而氣息未絕，肝心聯絡，而視明尤存。感傷致和。虧損仁政，實非聖世所宜遵。”⁸對於上述這些人物的言論，沈家本奉之為“仁人之言”。⁹在廢除緣坐誅連法方面，對於漢高後除三族令、文帝除收孥相坐律，沈家本指出“當時以為盛德”。¹⁰對北魏崔挺所言“人有罪，延及闔門……不必哀哉！”，沈家本稱讚“其言皆篤論也。”¹¹在廢除刺字與肉刑方面，沈家本讚揚漢文帝“廢肉刑而鯨亦廢”。¹²

沈家本在接受傳統人道主義思想因素的同時，對以申、商為代表的法家強權專制主義始終持批判態度。他痛斥商鞅“以刻薄之資行其法，寡恩積怨，而人心以離”；¹³指責李斯“行督責之令，面二世以亡”。¹⁴鑒於“秦尚督責，法敝秦亡。隋逞淫威，法壞隋滅”的歷史教訓，沈家本強調不僅立法要立善法，而且行法也需講仁恕。如果“用法而行之以仁恕之心，法何嘗有弊？”¹⁵將傳統人道主義思想同立法執法原則相結合，這是沈家本法律思想的特徵之一。

2. 西方人道主義法律觀的影響

沈家本的人格主義法律觀還吸收了西方近代具有時代進步意義的人道主義的法律思想成果。他非常注意將這些成果運用到他所領銜進行的每一項具體的法制改革中去。

西方國家在近代革命發生以前，其法制制度也是專制主義性質的，甚至在某些方面“較中國尤為慘酷。”¹⁶但是，資產階級革命成功以後，在人道主義精神的指導下，其法律制度不斷得到改進，“政治日臻美善。”¹⁷近代西方國家政治法律文明令沈家本大為驚歎。同時也

不能不引起他的深思。使他進而發現政治法律制度美善與否，取決是否以人道主義作為指導思想。為改革中國法制，他大力提倡“有志之士當討究治道之原”，“旁考各國制度，觀其會通，庶幾採擷精華，稍有補於當世”，¹⁸ 他本人通過參酌西方法律探討治道之原的結果發現西學的精神在於強調保障人權，將自由同法治相結合。所謂“泰西之學，以保護治安為宗旨，人人有自由之便利，仍人人不得稍越法律之範圍。”¹⁹ 西方的這種自由法治精神同中國的申韓法家學說在根本上是不同的。中國法家雖然也講法治，但不講人權自由，往往“以刻核為宗旨，恃威相劫，實專制之尤。”²⁰ 二者相較，判然各別。

西方近代人權思想，在洛克之後，是由孟德斯鳩在其自然法理論和權力分立論中進行系統化的。孟德斯鳩不僅以自然權利為人權來源，而且將三權分立視為保障人權的基石。沈家本對孟德斯鳩在發展人權思想方面的貢獻是極為推崇的。他認為由於孟德斯鳩“發明法理，立說著書，風行於世”，以致西方國家“新理日出，得以改革其政治，保安其人民。”²¹

法律必須體現民主精神，保障人民的權利。這是沈家本從近代西方法律文明中得到的啟示。他認為保障人民的權利首先要從立法方面着手，立法工作要依從人民的意志，反映人民的要求。“必視乎民以為法，而後可以保民”。²² 沈家本還稱讚英國“法改民主之後，經人民要求”，實行陪審制度，從而使裁判制度起到了保障人權的作用。他還從人民自治方面對英國陪審制度給以高度評價，認為陪審制度體現了“以自治為國”²³ 的精神。

正是西方人權法治思想為沈家本的法制改革實踐提供了強有力的理論武器。

沈家本對西方法律成果始終主張採取“實事求是”的態度。他認為法學研究和法制建設只有“實事求是”，才能“不悖不愚”。他還稱讚日本明治維新後的法制建設仿效西制，“刻意講求”精益求精的實事求是的精神，並聯想中國官場學界愚不可及的精神狀態而沈痛歎息：“此其實事求是之心，又何可及哉？”²⁴ “實事求是”，這對於一個國家的繁榮昌盛來說是何其重要！

沈家本所講的“實事求是”，就是“我法之不善者當去之”，“彼法之善者當取之”。“當去而不去，是之為悖”；“當取而不取，是之為愚”。²⁵ 那些一味夜郎自大邀功請賞騙人騙己的法律家只會誤國誤民，“庶不為悖且愚乎”。²⁶ 沈家本這方面的認識之透闢、論述之痛切甚至在今日也足以發人深省，催人三思。不實事求是，誤國誤民，何以為官，又何以為學。沈家本提倡的“實事求是”精神，即使在今日亦誠當為為官者為學者所共勉。在如何看待西學西法問題上，沈家本已超越了“西體中用”或“中體西用”的先入為主的偏見，而採取實事求是的科學態度，該學者學，該去者去，無黨無偏，真理惟是。在此問題上，他不僅比張之洞等“中體西用”派高明，而且比仍為“體”、“用”、“中”、“西”問題所困惑的今人高明。他的“實事求是”思想的深刻性使得那些在“體”、“用”關係上爭吵不休的人們顯得或悖或愚，不能自拔。

3. 人格主義的人權觀

“人格主義”是近代人權主義在中國的最初表現。人格是人權的前提和邏輯上的起點。人權則是人格在法的關係上的必然要求和邏輯延伸。沈家本的人格主義實質上是人權主義的早期表現形式。

所謂人權，不外是指人作為人在特定的歷史條件下必須具備的一些起碼的自由和權利，這些自由和權利應該受到法律保障。至於人權的理論來源、依據和性質等問題，可以從不同角度來探討。有的思想家從自然權利和自然法中尋找人權；有的思想家從社會發展的客觀需要和規律中探索人權；有的思想家則從法律共同體的一般抽象的內在邏輯關係中探討人權；有的則在上帝意志和神的教誨中引證人權。

沈家本的人權觀在內容上既不屬於自然法學說，也不屬於神學主義學說。沈家本的人權觀可以稱之為人格主義學說，是社會發展說和邏輯主義說的結合。沈家本在論證人格所應該具備的起碼的自由和權利時，都離不開對社會發展的時代需要和歷史趨勢的探討。同時，他也是從人在邏輯上應該被作為人對待這一基本立場出發來論證人權的。確切地說，沈家本的人格主義的人權觀具有中國的烙印，體現了中國人在人的問題上的傳統思維方式；特別是反映了處在半封建半殖

民地社會的清政府官員中一部分應乎時代潮流的思想開明人士在人權問題上的迂迴觀念和某種難言之隱。

沈家本通過中西法律的比較研究，發現中國古代法律雖然不乏優良傳統，但在許多方面還必須向近代西方國家學習。在中國各朝法律中，沈家本對唐法最為推崇。但即便是唐法，同西法相比較，也不能適應新時代的需要，不足以同列強對峙，興國保民。他以日本為例，說明學習西法的必要性：“日本舊時制度，唐法為多，明治以後，採用歐法，不數十年，遂為強國。”²⁷

學習西法，要重在學習其法律精神，而不僅是其法律形式。從法律精神方面看，近代西方國家法律體現了沈家本稱之為“人格主義”的人道主義和人權主義思想。同封建制法律原則相比較，人道主義和人權主義代表了新時代法制發展的潮流。因此，沈家本反覆強調“現在歐美各國，……係用尊重人格之主義，其法實可採取。”²⁸

“尊重人格主義”²⁹，這是沈家本從事法律法制改革實踐所始終不渝地堅持的一項基本原則，也是他的法律思想中最富有時代氣息和理論價值的部分。沈家本的人格主義法律思想已經超越了中國古代法律思想中的仁愛傳統，並在許多方面接近或達到了近代人權主義的水平。他嚴厲批判中國封建法制“以奴婢與財物同論，不以人類視之”³⁰的非人道現象。他盛讚西方資產階級革命中，“英國糜數千萬金幣，贖免全國之奴”；“美國則以釋奴之令，兵事累歲，卒盡釋放，義聲所播，各國風從。”；“所以杜壓良為賤之風，重視人類之意也”。³¹正是從“重視人類之意”³²出發，沈家本大刀闊斧地刪除舊律，另立新法，廢除奴婢制度。在西方法律的影響下，沈家本還通過立法形式大力推行僱工制度；並廢除良賤不婚的封建婚姻制度，提倡“僱工人與良人為婚”的平等制度。沈家本期望通過推行一系列具有人格主義精神的法律制度，以達到“庶與重視人類之意有合，人格乃日見增高”³³的境界。

沈家本的人格主義法律觀，不僅強調“人命至重”，立法應寬仁，裁判應謹慎，而且強調“人格至尊”，法制改革應該首先體現保障人格保護人權的原則。

最能體現沈家本的人格主義法律觀的格言是“生命固應重，人格尤宜尊”³⁴。由此原則出發，人不僅其生命應在法律上得到保障，而且其人格得以表現的一系列基本人權也應該得到法律的保護。沈家本的人格主義法律觀的博愛精神不僅廣被於常人，而且及於犯人。他痛恨虐待囚犯，批判一切非人道措施，強調犯人“同為人類，何獨受此”。³⁵

沈家本往往是力圖站在全人類的立場高度看問題的。因此，他的人格主義法律觀在內容上必然要涉及人權的一些基本方面，其中包括人的生存權或生命權、人身自由權、精神表現自由權、社會經濟生活方面的自由權以及為實現基本人權所不可或缺的一些人權保障權等等。儘管沈家本竭力從全人類的立場來探求人的價值與法的關係，將人權視作法的價值尺度；但是，作為法律思想家的沈家本同其他思想家一樣，不可能擺脫階級和時代的局限性。處在半封建半殖民地社會即將崩潰，階級矛盾和階級鬥爭異常殘酷和尖銳的社會條件下，身為清政府要員肩負朝廷修法重任的沈家本，在涉及國家根本大制方面的一些基本人權問題上，不免會瞻前顧後，畏首畏尾，不能深入展開論述。在人權的基本領域中，沈家本的人格主義人權觀所深入涉及的內容更多地是人的生存權和人身自由權以及社會經濟生活方面的某些自由權。這是因為在當時社會狀況下人身權問題遠比精神表現自由等其他方面人權問題顯得更為急迫地需要解決。沈家本未能超越其作為政府要員的身份限制而對近代人權的政治方面作全面系統的論述。

二、人身自由方面的法律觀

任何一個社會的人權法的發展必然首先是以人身自由為最初領域的。不論在西方還是在中國，人權法思想的產生都是從批判專制主義和奴役制開始的。二十世紀初，當西方國家已經步入資本主義社會的成熟和發達時期，中國社會還處在半封建半殖民地狀態。當時中國社會所要迫切解決的許多法律問題，特別是人權問題，在西方先進資本主義已經或基本上在法律上得到了規定。因此，當中國人開始探討人權問題時，就會自然而然地不能不訴諸西方國家的有關人權思想和制

度。努力吸收和利用西方先進國家在人權問題上的法律科學成果，成為以沈家本為代表的法律改革家們的一項重要任務。

人身自由是人類徹底擺脫愚昧和野蠻狀態步入近代法制文明的首要標誌。沈家本在人權法方面論述最多的就是人身自由問題。在人身自由領域，沈家本提出的主張可以概括為以下幾方面：不受殘虐刑處罰的自由；不受法外科刑的自由；不受刑訊的自由；不受奴役的自由等。

1. 不受殘虐刑處罰的自由

反對殘虐刑，這在各國通常是人權思想在法律領域中的最初表現。不同社會和不同時代對殘虐刑的認識會有所不同。沈家本對殘虐刑的理解是同當時中國社會法律文化水準相適應的。在沈家本力主禁革的殘虐刑中，主要有凌遲、梟首、戮屍、緣坐和刺字。

沈家本從法史角度對凌遲、梟首、戮屍等酷刑的產生和發展進行了考證。他指出凌遲刑始於遼，宋元明清相沿沿用。梟首在秦漢針對外族專用，六朝梁陳齊周諸律於斬外別立梟名，自隋迄元不行此制。清朝斬梟刑因襲明制。戮屍在歷代刑律中且無明文規定，只是明萬曆十六年始定此例。清沿明制，逐漸推行。沈家本詳盡考諸法史的目的，在於試圖說明凌遲、梟首、戮屍等酷刑不是自古已然，更不是不可廢除。沈家本主張廢除這些酷刑的理由主要是從人道主義立場出發的。他揭露說：“第刑至於斬，身首分離，已為至慘……氣久消亡，刀鋸猶難倖免。揆諸仁人之心，當必慘然不樂”。³⁶ 言語之中，可謂情感分明，仁心昭然。

沈家本不僅正面揭露了酷刑的殘無人道，而且有力地批駁了支持酷刑的各種謬論。他痛斥酷刑懲戒說：“謂將以懲本犯，而被刑者魂魄何知；謂將以警戒眾人，而習見習聞，轉感召其殘忍之性。”³⁷ 至於有人擔心，此等酷刑一旦廢除，恐無以昭炯戒，對此，沈家本據史以論，指出“有唐三百年不用此法，未聞當日之兇惡者獨多。”³⁸ 並且他舉例唐貞觀四年斷死罪案僅29件；唐開元二十五年斷死罪案僅50件。與此相反，“自用此法以來，兇惡者，仍接踵於世，未見真少”。³⁹ 由

此可見，酷刑懲戒說毫無道理。沈家本通過大量史實，史論結合，說明了化民之道不在刑威的道理。他關於各種殘虐刑的議論，言詞懇切，情感深重，人道主義精神躍然紙上。

沈家本反對殘虐刑的態度和主張還表現在死刑問題上。沈家本接受了西方國家輕刑主義的影響，反對死刑條款數目過多。他在《虛擬死罪改為流徒摺》中援引西方為例，指出“歐美日本各國死刑，從前極為慘虐，近年則日從輕減，大約少者止數項，多亦不過二三十項。”⁴⁰與西方國家比較，清律中死罪條款竟達840餘條之多。這種重刑主義現象“不惟為外人所駭聞。即中國數千年來，亦未有若斯之繁且重者。”⁴¹在沈家本主持編制的新刑律中死刑條款大為減少，並在制定新刑律以前，他先將清律中虛擬死罪改為流徒。其中，戲殺改為徒罪；誤殺、擅殺改為流罪。沈家本的這些修律活動，體現了反對重刑主義，主張罪刑相應原則的思想。

嚴格地講，沈家本反對殘虐刑的主張是漸進主義的，具有不徹底性，體現了理論主張與實踐鬥爭之間的矛盾。這種漸進主義性質突出地反映在他關於死刑執行方法種類問題上的不同態度。清代死刑執行方法種類繁多，殘酷至極。自光緒三十年沈家本奏刪凌遲、梟首、戮屍等後，死刑中尚有斬絞二種。從總體上看，沈家本主張死刑執行方法只用一項，這是符合世界發展潮流的。但出於改革漸進主義的需要，為使各方面易於接受，他起先只能將死刑執行方法由多項減為斬絞二項。當日本法學家岡田朝太郎對此提出異議，建議將斬絞二項改為一項時，沈家本則根據外國也有槍斃與斷頭雜用，軍法與常法並行的現象，據理不讓，竭力辯護。這表明當時沈家本在這個問題的認識上還不夠徹底。同時，沈家本之所以在《死刑惟一說》中不惜筆墨地反駁岡田博士死刑惟一的主張，其主要原因還在於法律改革漸進主義的需要。沈家本一再表示“然斬、絞二項中再議刪去一項，必至皆議蜂起，難遽實行。”實際上他也清楚地看到在刑律上死刑執行方法僅用一項實為世界大勢所趨。正如他婉轉所言“方今五洲交通，大非閉關自守之時，若與世界相抗，誠有如岡田之所慮者。”⁴²可見沈家本也是事出無奈，不得已而為之。沈家本對死刑惟一說的認識也是不斷發展

的。二年後（一九〇七年）沈家本在《奏刑律草案告成分期繕單呈覽並陳修訂大旨摺》中，對斬絞並用的作法提出了修改意見，強調除特殊情況外，死刑僅用絞刑一種。

2. 不受法外科刑的自由

“法無明文規定不為罪”，這是近代人權主義法治觀的一項重要原則。這項原則產生於資產階級為爭取人權反對封建專制主義制度的鬥爭。這項原則的實際意義在於保障人身自由等人權不受國家權力非法侵害。沈家本接受了人權主義法治觀的影響，指出法無明文規定不為罪的原則代表了世界範圍內法制文明的發展方向，“今東西各國刑法，凡律無正條者，不得處罰。”⁴³ 中國封建法制中律外科刑的作法是同世界潮流相違背的。且“迨律無正條，而復以律外苛求之，此法之所以日益紛煩也。”⁴⁴ 法外科刑的危害就在於判刑定罪沒有依據，隨意性大。“律外科刑，必至有恣意輕重之弊。”⁴⁵ 無法為據，畸輕畸重，人權則無從保障。

從法無明文規定不為罪的原則出發，沈家本奏請廢除過去停留的比附斷案，並明確指出比附斷案有違於近代法治原則，同立憲宗旨不符。他運用近代法治論和三權分立論的原則對比附斷案的弊端進行了剖析：“第一，司法之審判官得已意於律無正條之行為比附類似之條文。致人於罪，是非司法官直立法官矣。司法立法混而為一，非立憲國之所宜有也。第二，法者，與民共信之物，律有明文，乃知應為與不應為。若刑律之外，參以官吏之意見，則民將無所適從。從律無明文之事忽援類似之罪，是何異以機阱殺人也。第三，人心不同，亦如其面。若許審判官得據類似之例，即可肆意出入人罪，刑事裁判難期統一也。”⁴⁶ 沈家本提出的這三點論證，充分表明他的法治觀在性質上屬於近代人權主義法治論範疇，而同中國古代反對比附斷案的思想家們的主張有着本質的區別。

在中國法律思想史上，反對律外科刑的主張古已有之。如晉劉頌有“正文，名例所不及，皆勿論”之請；唐趙冬曦有“勿用加減比附”之議。這些言論雖然是符合法治原則的，但在性質上畢竟屬於古代法治

論的範疇。沈家本反對律外科刑的主張雖然也受到古人的影響，但在性質上同古代法治論是有區別的。沈家本處在歐風東漸和人權主義興起的時代，他在繼承古代優秀思想成份的同時，更主要地吸收了西方近代注重以分權保障人權的法治論。這種法治論可以稱之為近代法治論，它在形式上是以人權保障為目的，而非以實現國家統治為目的。沈家本是在接受西方三權分立保障人權自由的思想的基礎上提出反對律外科刑的主張的。因此，同劉頌、趙冬曦等人的主張相比，沈家本提出的反對律外科刑的主張具有劃時代的意義。沈家本是從主張不受律外科刑的自由這一近代人權法觀點出發的。他將古代反對律外科刑的主張注入了新的內容，這就是立法司法分立以保障自由的原則。

3. 不受刑訊的自由

廢除刑訊逼供，使公民享有不受刑訊的自由，這是走向近代法治國的重要措施之一。

清末，首先提出禁止刑訊的思想家是劉坤一和張之洞。但劉張等人提出動議的出發點仍然是中國古代傳統仁政德教的立場。沈家本奉命核議劉張奏摺時贊同動議的出發點則要比劉張高出一籌。沈家本的觀點具有融中國傳統人道主義與西方人權法治論為一體的特點。沈家本強調指出“中外法制之最不相同者，為刑訊一端。”⁴⁷ 他主張中國法制改革應該向西方國家學習，“無論各法是否俱備，無論刑事、民事大小各案，均不用刑訊。”⁴⁸ 同時，他向朝廷表明，禁止刑訊的主張即便按照中國法例也不是沒有根據的。按照中國舊例，“徒罪以上仍具有認證。有眾證矣，則不得以刑逼取犯供更可知。”⁴⁹ 禁止刑訊並非完全違背中國制度，不外是“申明舊章，略為變通”⁵⁰ 而已。由此可見，沈家本在學習西方每一項法律改革措施方面，從未忘記努力從中國固有法律文化中發掘改革依據，以求中西結合，取長補短，實事求是。

沈家本還批駁了那種認為禁止刑訊，犯人則不易招供從而會使案件積壓的觀點。他反詰道：為何長期使用刑訊仍然“各省積壓之案有數年數十年不結者？且有拖累無辜瘐斃多命者。”⁵¹ 沈家本明確指出，即

使使用刑訊，也不免會有積壓的現象。案件積壓的原因不在於是否使用刑訊，更不能以積壓案件作為反對禁止刑訊的藉口。

在沈家本等人的力促下，禁止刑訊新章程得到了頒發。然而，新章程頒發後，全國各地刑訊事件仍時有發生。有的地方陽奉陰違；有的地方則公然無視新章程的規定。針對上海租界內會審公堂不顧新章程規定仍然刑求杖責的非法作法，沈家本義憤填膺，專門上摺請求重申嚴禁刑訊。他在《輕罪禁用刑訊笞杖改為罪金請申明新章程摺》中指出，“立國之要領，存乎法權，而法權之推暨，在乎嚴守。”上海會審公堂的中國官吏，“昧於交涉，狃於故常，任情敲撲，視憲典如棄髦，是非從嚴參辦，不足以肅綱紀。”

為了加強對會審公堂的監督和管理，提高會審員素質，防止刑訊事件再度發生，沈家本建議選擇“品望素著兼通中外法律者”充當會審委員。同時，為徹底廢止刑訊，清廷在沈家本等人促請下，諭令全國各地總督巡撫加強監督，“倘有陽奉陰違，仍率用刑求妄行責打者，即令該管上司指名嚴參，毋許循隱。”⁵²

為了徹底禁止刑訊，沈家本還就笞杖改為罰金後在各罪中的折算問題，婦女犯罪收贖方面的折算問題以及軍、流、徒人犯加杖等法律技術問題作了深入的對策研究，並一一提出了相應的解決方案。沈家本在禁止刑訊問題上態度之堅決、主張之徹底，是前所未見的。他在這方面的法律主張和立法實踐在中國近代法律發展史上留下了光輝的一頁。

4. 不受奴役的自由

主張不受奴役的自由，這是沈家本人權法思想的重要內容之一。

沈家本反對奴役制度的思想是從人道主義和人格主義立場出發的。在他看來，不受奴役的自由是人的生命權的必然表現。不受奴役的自由同生命權一樣同屬於基本人權範疇。他從其人格主義立場出發，批判奴役制“不知奴亦人也，豈容任意殘害？生命固應重，人格尤宜尊，正未可因仍故習，等人類於畜產也。”⁵³

沈家本反對奴役制，主張堅決禁止買賣人口、奴婢、納妾、倡優等違反人權的人身奴役現象。他揭示奴役制在中國的產生和發展，批