

沈家本会通中西论

霍存福

中西法律文化有冲突、有差异、又有共同性。沈家本会通中西,于冲突、于差异,基本是依准西学、西法;于共同性,则直述其同而发挥之,触及到了法律文化发展的规律性。

中西文化的冲突——法律与道德合一与分离之间的选择

在制度及观念上混法律与道德为一物是古代社会的普遍现象。然而,西方中世纪后期尤其是市民社会初期盛行“法律道德分离论”,首先摆脱了混一状态。中国是法律道德得混一发展最充分的国度,渊源于孔子“有耻”“无耻”^①与贾谊“将然”“已然”^②的逻辑分析而得出的德礼优越于政刑的治术价值判断,产生了“准礼制刑”的立法原则,中国旧律遂以法律与道德的最大限度地混杂为特征。更由于“因伦制礼”,以现实的亲缘、政治、社会等差讲求为内容的等级的道德、礼仪,因了“准礼制刑”转而入于法律,成为法律的基本精神和核心内容。二者相较,法律杂揉道德,其表也;法律讲究伦常,其里也。在清季,这表里二端均与东渐的西学、西法相冲突。

一 以道德与法律“分离论”抵制“合一说”

沈家本摄取了传统思想中的德刑优劣观成分:“刑者”“以辅教之不足也”^③，“先王之道在德礼不在刑政也”^④，但却舍弃了由此生衍出的“准礼制刑”的无上准则。他吸收西方“道德法律分离论”，力主“道德与法律不当浑而为一之说”^⑤。

在拟定《大清新刑律草案》时，沈家本曾就对奸罪施加刑罚的效果提出异议：“犯奸之罪与泥饮惰眠同例，非刑罚所能为力。即无刑罚制裁，此种非行亦未必因是增加”^⑥，第一次表露了他试图将道德问题留给道德舆论调整的态度。至宣统元年十二月奏进的《修正刑律草案·按语》就明确指出礼教派的攻讦“为浑道德法律为一”^⑦，公开亮出“道德法律分离论”的旗号：“和奸之事……必教育普及，家庭严正，舆论之力盛，廉耻之心生，然后淫靡之风可以少衰”，“防遏此等丑行，尤不在法律而在教化，即列为专条亦毫无实际”^⑧。

礼教派深知“准礼制刑”不仅仅具有形式的意义，背弃了它，将会使更根本的伦常内容得不到反映。劳乃宣《修正刑律草案说帖》点清了要害：“道德法律不当浑而为一之说，乃说者恃以抵制纲常名教之说之坚垒也”，故他不惜笔墨力攻此说。唯其批驳理由，似嫌牵强。一则云“道德法律分离论”即等于“视法律为全无关于道德教化之事”，与沈家本原意不符。沈意在还原道德，主张用道德方式处理道德问题，并无“法律全无关于道德教化”之意。至于劳氏用归谬法批驳沈氏“和奸刑章只为具文”与“防遏此种

丑行，尤不在法律而在教化”二语，言：“推其意，盖谓法律具在，而犯者依然，是乃道德之教化未至，非法律所能禁，法律即为无用之具文，不如去之”；继而无限扩大，以杀人、盗贼、鸦片、赌博等罪比类于和奸，责难沈家本为何未将此类刑章也废除掉，以“专待于教化”^⑩，更属“无类逻辑”。盖沈氏议和奸，以西方道德为出发点，劳氏仍以中法名教立论；一个主近代，一个仍在古代。二人无法交流，也是很自然的。

二 以人权天赋平等说压抑名教观

沈氏所拟《刑事民事诉讼法》是意图打破伦常基础的最早尝试。中国传统的父子、兄弟、夫妇等伦常关系的经济的基础，是父、兄、夫通过生产与消费的组织、继承等方式，牢牢控制着财产权。沈家本欲通过立法抽掉这一基础，而输入西方平权观念，被张之洞指责为“父子必异财，兄弟必析产，夫妇必分资”，“坏中国名教之防，启男女平等之风”^⑪。

沈氏拟定《大清新刑律草案》，是他意图输入西方平等观念的又一次尝试，自然又遭非议。光绪三十四年学部批驳说：“西国以平等为教”，而“我国以立纲为教”。

《新刑律草案》对覆颠政府(原谋反)、伤害尊亲属致死或致笃疾，“或不处以死刑”，有违“君为臣纲”、“父为子纲”大义；不设立妻妾殴夫、卑幼殴杀尊长等专条，等同于凡人相犯，有违“夫为妻纲”、“尊卑长幼之序”；亲属相奸不加重，同于凡人，亦破坏“男女之别”^⑫。

从立法过程看，沈家本努力输入西方平等观。他所拟两法，两次受到尖锐批评。与此同时，朝旨也由“体察中国礼教民情”的一般性要求，转到“凡我旧律义关伦常诸条，不可率行变革”的严飭。对时人敏感的名教纲常，沈家本不得不再表示附和朝旨。相比之下，对于一般的等级关系(社会等级)，他善于因应朝旨，力倡人权天赋和平等观。

光绪三十二年闰四月，沈家本在《禁革买卖人口变通旧例议》称欧美各国采“用尊重人格之主义”，并拟定了改奴婢为雇工的改革方案^⑬。宣统元年秋，又撰《删除奴婢律例议》，进一步申论平等思想：“奴亦人也，岂容任意残害？生命固应重，人格尤宜尊，正未可因仍故习，等人类于畜产也”，并特别指出：“方今朝廷颁行宪法，……律例内奴婢各条……不早图禁革，与颁行宪法之宗旨，显相违背”^⑭。

不论朝廷的诚意如何，沈家本是诚心促成改革，并利用了朝旨的方便的。宣统元年十二月，沈家本在与廷杰等人共进《修正刑律草案》的奏疏中，也是如此做法：“伏读《钦定宪法大纲》，臣民非法律所定，不加以逮捕、监禁、处罚。……而现行律例比附之制，实与抵触。凡此之类，均应按照立宪国成规，逐加厘正，以植宪政始基”。同时，在精神原则上，“立宪之国，专以保护臣民权利为主”。我国既欲立宪，而“现行律中，以阶级之间，如品官、制使、良贱、奴仆区判最深”，“第同隶轡轭，权由天界，于法律实不应有厚薄之殊”^⑮，应在改正之列。他如“职官犯罪不问情况如何，概拟情实”，“回民、僧人等项，亦较常人加严。以人之品类强为轩轻，殊乖协中之意，而于立宪国保护权利之说尤属背驰”^⑯，也应在改正之列。值得注意的是，沈家本一方面要求取消品官在法律上的优待，另一方面又要求废除对职官犯罪处罚上的苛严，从这

一主张可以看出，接受和贯彻西方人权天赋、平等说，在他是当做一种“主义”很认真地奉行的。

中西发展的差异——对中西文化发达程度、

特征及背景的认识与倾向

封建的中律与资本主义的西法，属于两个社会发展阶段的法律。后者是在根本打破西方中世纪封建法藩篱的基础上，建立并发展起来的。沈家本会通中西，意味着仍须打破中国封建法的藩篱，自然要伴随着观念上的若干根本性变化。

一 经验基础与科学基础的差异

沈家本曾就中西法医学的发展程度作过比较：“大抵中说多出于经验，西学多本于学理”，即中学“积数百年经验而成”^⑧，以经验为基础；西学是在生理、解剖、妇产等近代医学的科学基础上形成的。这个认识虽仅就法医学而发，但大体也是沈家本对中西法律文化的整体看法。

不过，沈家本揭示中西法律文化的不同基础，目的是为了促进二者结合。他反对轻经验、重学理的蔑弃中学、盲目崇拜西学的做法，指出经验与学理的密不可分的关系：

“不明学理，则经验者无以会其通；不习经验，则学理亦无从证其是。经验与学理，正两相需也”^⑨。这一以学理统领、贯串诸经验，以经验验证、理解学理的思想，无疑具有理论上的普遍指导意义和实践意义。

为此，沈家本从未放弃以经验和体验的传播为特征的书籍的写作。他编纂《刑案汇览三编》以及他一直未中断的历代法制研究，目的即在于此。在《刑案汇览三编序》中，他再次论证了经验对学理的重要性：“理固有日新之机，然新理者，学士之论说也。若人之情伪，五州攸殊，有非学士所能尽发其覆者。故就前人之成说而推阐之，就旧日之案情而比附之，大可与新学说互相发明”^⑩。他在《薛大司寇遗稿序》中所说“但推崇西法而不探讨中法，则法学不全”，也是在贬谪仅有学理而无经验的偏颇。沈家本以为，“法学不全”，就无法使中西“会而通之”^⑪。可见，他的“会通”中西，原是包含了学理与经验的会通在内的。

二 私法文化与公法文化的差异

在资本主义法律体系中，民法、商法等所谓私法曾经是其它部门法和整个法学的基础。故不了解私法，也就无法理解全部西法。

沈家本无疑从一开始就触及到西方私法的重要性及与中法之间的根本差异。他在光绪三十三年《开馆日期并拟办事章程折》中指出：“民、商各法，意在区别凡人之权利义务，而尽纳于轨物之中。本末洪纤，各理至密。非如昔之言立法者，仅设禁以防民，其事尚简也”^⑫。

这样的观念和措置，自然超越了传统，也高出了法界的其他人。中国法律素以公法文化为特征，私法一直未获充分发展。以刑事类、行政类法律为主的公法文化，旨在镇遏不轨、安抚地方，强有力而富有成效地控御社会。至私法类规范，如财产权、争讼、

交易等，不仅量小、规定简陋，而且一直是服务于公法目的的，宗旨只在防觊觎、息争心、保安定。国家高高在上，自上订立章程，所谓“设禁以防民也”。这与西法主旨自始即从“凡人”出发，着眼于仔细区分和无微不至地保护在下者——“凡人”的权利义务，是不同的。再则，在观念上，西法视财产权至为紧要，而中法历来视民事争讼为“轻微细故”，视民事类规范为刑律的尾巴。张仁黼即说：“民法为刑措之原，小民争端多起于轻微细故，于此而得其平，则争端可息，不致酿为刑事”^④。沈家本颇知这种观念的落伍，故早在光绪三十二年四月，在《商部修律大臣会奏议订商律续拟破产律折》中就强调：“各省凡有破产之案，各督抚应严饬地方官克期完结，不得扭于积习，视钱债为细故”^⑤。

沈家本正视私人财产权，力图扭转贱视民间私有权的传统。宋淳熙间曾有赦文云：“凡民间所欠债负，不以久近、多少，一切除放”。沈家本评论曰：“民间债负乃私有之权，本不应在赦中。赦本非美事，此尤为失之甚者。”^⑥至宣统二年十一月进上《大清民事诉讼律草案》的奏疏中，沈家本仍在申说这一点：“窃维司法要义，本匪一端。而保护私权，实关重要”^⑦。

三 专制背景与民主制背景的差异

中国专制政体与西方民主政体具有不同的体制原则。沈家本赞誉西方“三权分立”之制，并力图把它的精神贯注到法律中。以光绪三十二年七月的“仿行立宪谕”为契机，沈家本开始了追求司法独立的不懈努力。

光绪三十三年初，为大理院审判权限事，沈家本与法部展开了认真的争论。这场争论，沈家本虽表现了很大融通，但他力主“宪法精理以裁判独立为要义”的体制原则、力图转变传统的行政兼揽司法状况的立场，毫未动摇。因为按照法部意见，“死罪必须法部复核。秋、朝审必须法部核定，权限未清。揆诸（大理院）专掌审判之意，似未符合”^⑧，这是欲区分司法之行政与司法之审判而又区分未尽的结果，仍是旧传统的遗留。沈家本的四条驳正意见，目标显然在保证大理院司法审判权的专一。

但沈家本是深知中国司法独立之难的。他在《裁判访问录序》中说：“西国司法独立，无论何人皆不能干涉裁判之事。虽以君主之命、总统之权，但有赦免而无改正。中国则由州县而道府、而司、而督抚、而部，层层辖制，不能自由”^⑨。君主呢？他没提。实际上他知道司法难获独立的最大症结是在君主。对此，他是希望渐进解决的。

把西方模式作为理想的体制原则来维护，在沈家本是很认真细致的。这一年八月他的《刑律草案告成分期缮单呈览并陈修订大旨折》说：比附之制，“与立宪尤为抵牾。立宪之国，立法、司法、行政三权鼎峙。若许署法者以类似之文致人于罚，是司法而兼立法矣”^⑩。司法独立也不得破坏立法权的统一，否则也将害及三权分立的总体精神。

其实，谋求司法独立、三权分立，与期望最高统治者的开明并不矛盾，更与他排抵专制的进步思想相合拍。宣统三年夏，沈家本曾痛斥过时人“以申、韩议泰西”的浅薄说法：“或者议曰：‘以法治者，其流弊必入于申、韩，学者不可不慎’，沈家本驳道：“申韩之学，以刻核为宗旨，恃威相劫，实专制之尤”，本质上是专制的东西，而“泰西之学，以保护治安为宗旨，人人有自由之便利，仍人人不得稍越法律之范围”，

本质是民主精神。“二者相衡，判然各别”，原本不是一事。因之，“以申、韩议泰西，亦未究厥宗旨耳”^②！

融会中西的途径——以中西法律及其思想共同性、 规律性的发掘为基础

阐发中西法律及其思想的共同性、规律性，是沈家本思想的重要贡献，也是他探求会通中西的基本方法。

就在“西学中源”论者喋喋于中国法系“东渐西被”而产生印度、罗马、日耳曼法系之时^③，就在礼教派疾呼“法律本原”于“经术”^④、“刑律本于礼教”^⑤之时，沈家本也在以他的方式寻求西“法之原本”^⑥、中西“法理之原”^⑦、“古今中外法律本原”^⑧。

对中西“法律本原”的探寻，沈家本是从中西法律现象的共同性开始的：“各国法律之情意，固不能出中律之范围”^⑨，具体表现有：

其一，刑罚止及其身。《尚书·虞书》推美“罚弗及嗣”，《周誓》讥抨“罪人以族”，在“今世各国，咸主持刑罚止及一身之义，与罪人不孥之古训实相符合”^⑩。

其二，罪刑法定。晋刘颂有“正文、名例所不及皆勿论”之请，唐赵冬曦有“勿用加减比附”之议，“今东西各国刑法，凡律无正条者，不得处罚”^⑪，意图皆同。

其三，狱诉审判诸制。西法中“刑之宣告，即周之读书用法，汉之读鞫乃论，唐之宣告犯状也”^⑫；西周“乞鞫限以期日，今东西各国皆用此法”^⑬；西法中“狱之调查，即周之岁终计狱，弊讼登中于天府，宋之类次大辟，奏上朝廷也”^⑭。

其四，政刑权分之制。西周教官之属“各掌其所属之政教禁令”，刑官之属，“各掌其所属之讼狱”。“此为行政官与司法官各有攸司，不若今日州县官行政、司法混合为一，尤西法与古法相同之大者”^⑮。

其五，监狱管理。西方监狱“以感化为宗旨”，中国则是“苦辱之场”。但我国古人“设狱之宗旨，非以苦人辱人，将以感化人也”，夏台、羑里、圜圉均含“不害人”之意^⑯。

那么，所有这些共同性反映了什么？是偶然的巧合么？沈家本是把它当做规律性来理解的：“大凡事理必有当然之极，苟用其极，则古今中西初无二致”^⑰，“说到真确处，古今中外归一致”^⑱。这“当然之极”、“真确处”就是规律，就是事物在不同环境、不同条件下所表现出的客观必然性或内在的联系性质。

中与西的这种共同性、规律性借以产生的基础或内在原因又何在呢？沈家本说：“吾国旧学”的“精微之处”，已“包涵了‘新学要旨’”。无论旧学新学，“大要总不外‘情理’二字”，“不能舍情理而别为法也”^⑲，他要“融会贯通”的，也就是这个情理。

沈家本未直接说明情理的内涵，从他的一贯思想来考察，情理就是中国三代以来古圣贤王以仁恕为核心的所有良法美意与西学主旨的复合体。它们是反映在立法者思想中以及体现在法律制度中的一系列正确良善的道理、考虑、立场、态度等的综合。大而别

之，我们可以将其分为两个方面。

第一 情理中的技术性道理与考虑

中国古代法制的早熟与发达，使许多在法制发展过程中迟早都会出现的基本问题显现出来并得到解决。在结构形式上，总则性的《名例律》的产生，就是适应具体、个别、一事一例式的法条必须以抽象概括的规定来集中统领的要求而分离出来的。在张仁黼奏上“中国法律，外人以为列记主义”，“无总则以提挈之”时^④，沈家本提出“名例……与各国刑法总则无异”^⑤，正确指出了基于同一要求而出现的现象的共同性。又如，罪刑法定与比附断罪，同产生于定法有常而犯状无常的矛盾中。但因比附易启执法者爱憎之心、反使有法成无法，故历代总有人提出“断罪以法为定”的要求，与西法“罪刑法定主义”出于相同的考虑。如此等等。

第二 情理中的人道立场与态度

西法贯串了反封建时期的资产阶级人权天赋、平等、自由、博爱等观念，它们与传统中法的许多方面相抵触。但中国法律及其思想系统，历来又都是仁与暴的统一体。仁政、善制作为对立面的抑制因子，总是在这个统一体内部抑制着“武健严酷”的暴政及虐法的恶性发展。这些仁恩之举，包含了许多重视人类、体恤下民、以民为本的政治法律思想观念。沈家本屡称道的就是这些“良法美意”：

如，中法“与其杀不辜，宁失不经”，此圣贤平恕之旨。“近来，泰西之法颇与此旨暗合”^⑥。此“泰西之法”当即指“无罪推定”、“有利被告论”之类。又如，西法固有释奴之令，然汉光武帝“屡令卖为奴婢者悉免为庶人，以‘天地之性人为贵’相诏。知此义者，光武一人而已”^⑦。就立场而言，“此即尊重人格之权舆”^⑧，再往前走一步就是人权观了。

在沈家本看来，人道无疑是一种人类普遍性，故西方可有，中法也可有。问题在于，反映在仁政、善制中的人道是自上而下的恩泽，取决于最高统治者的意念；而西法之人权、平等、自由在理论上却是在下者素有的，在上者只是保护、调停而已。沈家本是如何调和这一在上者的仁恕与下者的权利的呢？我们觉得，沈家本既在发掘古代人道事实以推动朝廷改革，也在为世人设计和争取现实的权利。他是在上与在下两不偏废的。

沈家本以为，情理是只代表合理、文明、进步、人道的；不讲情理就是“武健严酷”。相形之下，西法之讲情理是系统而完整的，中法之情理却往往被压抑、冲淡乃至消灭。那么，寻找共同的情理又有何意义呢？在沈家本，原是为“今人侈谈西政，辄谓旷古无畴”⁽⁵¹⁾，他之所为，只在推阐“湮没不彰”的旧说⁽⁵²⁾，以加强民族自信。但因点滴而又经常消匿的良善中法，无法与系统完整的西法相比拟，将以何者为基础树立新制度、构建新思想呢？自然是西法和西学。他的推阐旧说的另一个初衷是：“墨守旧闻者”“极口菲薄”西学，“以为事事不足取”⁽⁵³⁾，他之所为，在发掘古义以抵之一一中国古已有之，何谓不足取！因之，他的情理观的特征是：以西学为证明对象、以中学为证明材料，以中学作西学之注脚。他本欲站在中西两大文化系统之上“融会贯通”这两者，结局却不得不倒向西学、西法的思想和体制模式。在沈家本，是无法摆脱这一结局的。

但沈家本关于中西文化共同性、规律性及其情理基础的思考却是有价值的。他的会通中西道路的寻求和探索具有相当的思想高度，对我们今天仍有启迪。同时，他着眼于本国传统的优良成分去变革现实并构思和设计未来的做法，其功绩也应肯定。

〔附注〕

- ①《论语·为政》。
②《汉书·贾谊传》。
③④、①、⑫、⑬、⑭⑮⑯、⑰、⑱、⑳、㉑㉒
(53)、㉓⑵、⑶、⑷、⑸、⑹、⑺、⑻、⑼、⑽、⑾、
⑿、⑿、⑿、(51)、(52)沈家本《历代刑法考》，
中华书局，1985年12月(四册本)第9、838、2039~2043、
2046~2047、2217、2225、2223、773~774、2235、
2240、2237、2024、2026、2921、2235~2236、1493、
2236、2237~2238、2238、1569、1468、1962、1160页
⑳、㉑㉒、⑳、㉑《新刑律修正案汇录》，京师京华印
书局刷印劳乃宣《修正刑律草案说帖》第11、10、10~
11页，《管见声明说帖》第25页。
⑳⑴《清朝续文献通考·刑考六》。
⑵、⑶《张文襄公全集》卷69《奏议》，转引自张
国华、李贵连《沈家本年谱初编》，北京大学出版社
1989年6月，第117、116页。
⑷、⑸、⑹、⑺《钦定大清刑律·奏疏》、《秋审
条款案语·奏疏》、《民事诉讼律·奏折》、沈奏折，
分别引自同上第215、238、256、137页。
⑻、⑼《大清光绪新法令》第3、第16册。
⑽⑾、⑿、⑿、⑿、⑿《德宗景皇帝实录》卷573、
579、574、578。

作者单位 吉林大学
责任编辑 刘国宾

高校文史哲系主任会议 在烟台大学召开

由国家教委主办的高校文史哲系主任会议于1991年6月25日至27日在烟台大学召开。来自北京大学、中国人民大学、南开大学、山东大学、郑州大学、南京大学、复旦大学、杭州大学、武汉大学、中山大学、厦门大学、云南大学、四川大学、西北大学、兰州大学、辽宁大学、吉林大学、黑龙江大学、烟台大学等19所大学的42名系主任参加了会议，国家教委社科司王茂根司长，就文史哲学科所面临的形势与任务、目前文史哲教学中存在的问题、办学方向、培养目标、教学内容改革、修订教学计划等问题做了报告。入会代表围绕王司长报告，对加强马列主义教育、学科清理、培养目标、社会实践、教学计划等问题，展开认真讨论。通过这次会议，大家在主要问题上，统一了认识，交流了经验，落实了任务，解决了一些问题，并初步酝酿了下次会议的时间、地点和讨论内容。烟台大学校长、党委副书记李庆臻教授在大会开幕式及闭幕式讲了话，刘永镒副校长也参加了会议。

(杨平)