

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

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”^⑨，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——二人于法交游——却是很自然的。

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”^⑩。

^⑨ 沈家本《与王侍郎书》。见《沈家本集》卷二，第100页。

^⑩ 张之洞《与沈文肃公书》。见《张之洞集》卷二，第100页。

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
此等，而尽纳于法之中，大抵中法，又理至密，非如昔之立法者，但以禁民而已

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

“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”^①。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，各督抚应严飭地方官克期完结，不得扭于积习，视钱债为细故”^②。

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。”^③至宣统二年十一月进上《大清民事诉讼律草案》的奏疏中，沈家本仍在中说这一点：“窃维司法要义，本匪一端。而保护私权，实关重要”^④。

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

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”^⑮。“此为行政官与司法官各有攸司，不若今日刑且宜行政，司法混全

为一，尤西法与古法相同之大者”^⑯。

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

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

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

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》。

11页，《管见声明说帖》第25页。

②《汉书·贾谊传》。

③④《清朝续文献通考·刑考六》。

(53)、②⑤、③、⑤、③、⑦、③、③、④①、②、④、⑨、⑩、(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
⑤、⑦⑧、⑨、⑩《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~

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。

⑪、⑫、⑬、⑭《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。

⑮、⑯《大清光绪新法令》第3、第16册。

⑰⑱、⑲、⑳①、㉑《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

吉林立中折至主任会议

在烟台大学召开