试论沈家本的法律思想（上）

张 晋 藩

沈家本（1840—1913年），字子惇，别号寄簃，浙江归安人。“少读书，好深湛之思”，光绪九年中进士，留刑部补官，遂专攻法律。光绪十九年，出任天津知府。历任山西按察使、刑部左侍郎、大理寺正卿、法部右侍郎等职。一九〇二年清政府变法修律，设立修订法律馆，任命沈家本为修订法律大臣。一九〇九年兼资政院付总裁。沈家本诞生在中国由封建社会沦为半殖民地半封建社会的激烈动荡时代，面对列强环伺、江山残破的局面，早年就怀有拯救清王朝的宿愿。由于他长期任职刑部，得以遍览历代法典、王章、刑狱档案，深入研究和考证中国古代法律发展的源流、沿革，是谙悉中国古代法律，并在一定程度上给予批判总结的著名律学家。他曾指出：“当此法治时代，若但征之今而不考之古，但推崇西法而不探讨中法，则法学不全，又安能会而通之，以推行于世”。（《薛大司寇遗稿序》）他热心探索并研读了资本主义国家的法律，接受了资产阶级法律思想的影响，深感西方资本主义国家“研精政法者复朋兴辈作”，对于政体的改进，法制的健全起了重要的作用。为了挽救“屡经变故，百事艰难”的中国，他主张“有志之士当讨究治道之原，旁考各国制度，观其会通，庶几采撷精华，稍有补于当世”①。沈家本自己就是当时中国比较全面地了解西方资本主义国家法律的代表和企图在法律领域贯彻“中学为体、西学为用”的资产阶级改良主义者。他一方面删改了清律中的落后与野蛮的部分；另一方面又制订了具有某些资本主义性质的法规。他正视急遽变化的现实，坚持制定新律必须采取“会通中西”的原则，为此，积极组织力量翻译外国法律著作、建立法律学堂、聘请资产阶级法学家担任教学和参与立法起草工作。在他主持修律的短短几年里，大开研究西法的风气，是有清一代立法最活跃的阶段。由于清朝很快被辛亥革命的浪涛所吞没，所以制订的新法大多没有颁布施行，但却为继起的北洋政府所援用。因此，清末修律是中国近代法制史上别开生面的第一章。

沈家本著有《沈寄簃先生遗书》甲编二十二种、乙编十三种。此外还有未刻书目：《秋谳须知》十卷、《律例偶笺》三卷、《律例杂说》二卷、《读律校勘记》五卷、《雪堂公牍》一卷、《刺字集》二卷、《文字狱》一卷、《刑案汇览》一百卷等共十六种一百三十二卷。

（一）

沈家本处于海禁大开新旧递嬗的大变动时代，因此他与传统的封建律学家不同，不仅从形式上考察了中国固有法律的沿革得失，而尤其倾注心力于研究法理，不吝笔墨地阐明立法与研究法理学之间的内在联系和相互关系，强调法理学对立法的指导作用。他说：“法之修也不可不审，不可不明。而欲法之审，法之明，不可不穷其理”。② 他赞赏中国古代在总结实践经验的基础上，抽象出的一些刑法概念，譬如“知而犯之谓之故，相争为斗，相击为殴，”认为“界限极

① 《寄簃文存六·政治类典序》

② 《寄簃文存六·法学通论讲义序》

为分明"①。只有"律学明",才能"刑罚中","若设一律而未能尽合于法理……则何贵乎有此法也"。他深刻地揭示了专制主义统治下的中国漠视法理学的现象:"举凡法家言,非名隶秋曹者,无人问津。名公巨卿,方且以为无足轻重之书,屏弃为录,甚至有目为不祥之物,远而避之者,大可怪也。""中国法律之学不绝如缕,非官此官者,莫肯一寓目焉。遑云穷究其源流而讨论其得失哉?""乃知法律之学,世皆懵暗,自古已非,积习相仍,于今为甚"。他在《法学盛衰说》一文中,透过历史的帷幕,论证了"法学之盛衰与政之治忽,实息息相通",指出"自来势要寡识之人,大抵不知法学为何事,欲其守法或反破坏之,此法之所以难行,而学之所以衰也"。②沈家本关于中国法理学不发达原因的剖析,虽然触及了一些现象,但他没有也不可能明确揭示出正是封建专制主义制度及其恶性发展,完全窒息了学术探讨的空气,禁锢了人们的思想,才是法学日趋衰微的根本原因。

沈家本重视法理学是为修定清朝法律服务的。他认为:"议法者欲明乎事理之当然,而究其精意之所在,法学之讲求乌可缓乎?""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。"从这个基本认识出发,他批驳了那种只看到"今日法理之学,日有新发明",而贬低总结中国法制的历史经验,把以往的典章文献统统斥之为"陈迹耳"、"故纸耳"的议论,强调"理固有日新之机,然新理者,学士之论说也,若人之情伪,五洲攸殊,有非学士之所能尽发其覆者,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,正不必为新学说家左袒也。"③

沈家本在主持修律的过程中,便以这种认识作为指导原则,正如他所说:"余奉命修律,采用西法互证参稽,同异相半,然不深究夫中律之本源而考其得失,而遽以西法杂揉之,正如枘凿之不相入,安望其会通哉。是中律讲读之功,仍不可废也。"④

以上,沈家本在法制上兼采中西的主张,反映了半殖民地半封建社会的特定国情加给他思想上的深刻烙印,表现了一个接受资产阶级法律影响的封建官僚思想体系的特点。这在当时是有代表性的,与那些一味推崇西学,惟西学是许的人有所区别。他对一系列法学基本理论问题,作出了自己的回答。

1. 关于法律的作用问题

什么是法?沈家本认为"法"是"天下之程式、万事之仪表也。"⑤"当故不改,常也。"至于律,古之"律为万事根本,刑律其一端耳,今则法律专其名矣。"又说"律,法也。"(《律令一》)"律者,一成不易者也。"他还阐明法律的出现是同官制的形成分不开的,"有官必有法,特古时法令简质不若后世之繁,书缺有间不可考矣。"(《通行章程序》)

对于法律的作用,沈家本认为一者治民、一者治国。他赞赏管子所说:"夫法所以兴功惧暴也,律者所以定分止争也,令者令人知事也,法律政令者吏民规矩绳墨也。"(《七臣七主》)并作了进一步的发挥:"窃维为政之道,首在立法典民。"⑥即使是"政得其道,仁义兴行,而礼让成俗","犹不敢废刑,所以为民防也",如果"废常刑,是弛民之禁,启其奸"。譬如"积水而决其防。"在谈到刑法的实质时,更为明确地指出:"刑法乃国家惩戒之具"(《死刑惟一说》),至于惩戒的锋芒所向已由"典民"二字做了清楚的注脚。

沈家本在总结丰富的历史经验的基础上,深切认识到法律是实现国家统治的重要工具,对

---

① 《寄簃文存二·论故杀》
② 《寄簃文存三·法学盛衰说》
③ 《寄簃文存六·刑案汇览三编序》
④ 《寄簃文存六·大清律例讲义序》
⑤ 《寄簃文存六·新纂法规大全序》
⑥ 《寄簃文存一·旗人遣军流徒各罪照民人实行发配折》

于国家的治乱兴衰起着不容忽视的作用。“世未有无法之国而能长安久治者也”，只有“举全国之精神胥贯注于法律之内”才能“国势日张”(《新纂法规大全序》)。鉴于史不绝书的苛法激变的教训，沈家本反对治国用重法，他说五代之时“用事用法，皆偏于严厉”，所谓法“乃非法之法，不足为训”，其国祚之不长“多由于政令之不仁也。”(《历代刑法考》)他还从汉武帝颁布沈命法之后，盗贼不见衰息中得出结论：“治盗之道，贵得其宜，徒恃一重法无益也”、“知重法之无益于治也”，“狱多之无益于政治也”。在这里，沈家本探讨了犯罪的根源问题，指出社会的动荡不安和盗贼蜂起，在于“政令之烦苛，而民生贫困”。(《汉律摭遗六、七》)“五代之时正是由于”民不聊生”才出现了“盗之屡发”的现象。(《律令五》)因此，徒用重法匡正动荡之世，是“治标之策”，只会使矛盾激化。关键在于“探本”即解决严重的社会问题，如此才能杜绝犯罪的发生。

沈家本用简洁明晰的语言揭示了犯罪的社会根源，论证了“治标”与“探本”两种对策的社会效果，接触到了一些实质性的问题。由此出发，他认为政治是根本，“刑者政之辅也”(《刑制总考四》)，法律与政治之间虽有主次之分，但法律是实现政策的工具，因此“律学明而刑罚中，于政治关系甚大”。他欣赏清末”有志之士，探究治道之原，旁考各国制度”的作法，认为“有补于当世”。他自己在取法西方，制订新律时，首先“深究其政治之得失”，力戒盲目袭用。

中国古代的律学家，虽然涉及到法与治，但当时既没有形成“政治”的概念，也无从论证法律与政治的关系。近代启蒙思想家严复介绍了西方资产阶级民主主义政治学，认为法是“治国之经制也”，但同样未能直截了当地提出法律与政治的关系问题，在这方面沈家本可以说超越前人，也为时人所不及。

2. 法须统一

沈家本关于法须统一的思想包括三方面的内容。其一，立法宗旨必须统一。他从“法乃国家惩戒之具，非私人报复之端”的认识出发，指出“立法宗旨一定不得两歧”。所谓“两歧”就是既有“国家惩戒之意”，又存“私人报复之心”。(《死刑惟一说》)如果“以刑为泄忿之方”，其流弊所至，将会使法“重之又重更无穷也”(《刑制分考四》)。其二，断罪之律必须统一。针对清末制定新律之后，旧例仍未丧失效力，以致新旧杂沓，轻重互异。他提出，“犯罪不论新旧，断罪自当一律，不得再有参差，致法律失信用之效也”。(《明律目笺一》)其三，适用法律必须统一。即不因犯罪对象的身分而有区别。他指出，汉朝王章犯“非所宜言”罪，身死狱中，妻子徒刑；而张寿王匡衡犯同样罪却有诏“勿劾”、“勿治”。“等级之不同如此，可谓无定法矣”。他还抨击南梁朝，士族享有各种法定的和法外的特权，以致法废而不行。说：“凡人皆同类……法之及不及，但分善恶而已，乌得有士族匹庶之分，士族之恶者戮之，苟当其罪，何至使人离心。匹庶之善者戮之，苟不当其罪，其嗟叹岂少也哉！”“使人但知士族匹庶之分，而不知善恶之分矣，此大乱之道也。”同时，反对不加区别地一概实行“八议”收赎，“至八议收赎之法，皆必其情之可原者，亦非尽人而宥之”。南梁时临川王阴谋弑逆，梁武帝以亲贵不加制裁，结果“王侯骄横，罔知义理”。他据此断言“梁之弊在法废不在刑轻”，并从中得出了“法立而不行与无法等”(《刑制总考》)的结论。

沈家本尤其谴责清朝统治时期，旗人犯遣军流徒各罪，享有减等换刑的特权，主张应照民人一体办理。说：“法不一则民志疑，斯一切索隐行怪之徒，皆得乘瑕而蹈隙，故欲安民和众，必立法之先统于一，法一则民志自靖，举凡一切奇衺之说，自不足以惑人心……若旧日两歧之法，仍因循不改，何以昭大信，而释群疑？”①

---

① 《寄簃文存一·旗人遣军流徒各罪照民人实行发配折》

从汉唐以来，重视封建法制的开明皇帝大都提倡法律的统一适用，虽然限于封建法制的本质，只可能维持于一定时期、一定程度以内，但却对社会的安定，国家的强盛，经济的发展起了积极的作用。著名的贞观之治的出现，就是和唐太宗李世民励行"统一用法"分不开的。封建时代进步的思想家也多持此议。例如，王夫之就强调"法须定于一"。

处在封建末世的沈家本，逐渐摆脱了封建等级特权法观念的束缚，接受了"法律面前人人平等"的法制原则，阐发了"法律为人人所当遵守"的思想，特别是向着满洲贵族所享有的法定特权进行挑战，无疑是有着积极意义的。

3. 法与道德教化

沈家本沿袭中国封建律学家关于德(礼)主刑辅"、"明刑弼教"的传统观点，顺应世界潮流，对法与道德教化的关系，进行了较为深入的阐发。指出："先王之世，以教为主，而刑其后焉者也。大司徒十二教而刑仅居其一，必教之不从而后刑之，则民之附于刑者而少矣，不教而诛先王所不忍也"。①"孔子言道政齐刑，又言道德齐礼，乃为政刑之当进之以德礼，方臻郅治耳"②，"老子云：我无为，民自化，我好静，民自正。……惟善体感格之意，使人人入于化导之中……而政本基焉。"(《狱考》)他从上述广征博引中论证了"是刑者非威民之具，而以辅教之不足者也。"(《刑制总考》)并借评价汉文帝废除肉刑以后几度掀起的有关肉刑存废的争议，强调指出："止奸之道在于教养，教养之不讲而欲奸之格也，难矣哉。"(《刑制分考》)

沈家本虽然推崇道德教化为政本，却没有因此而漠视法律和刑罚的作用。他援引《舜典》"明于五刑，以弼五教"。《吕刑》"士制百姓于刑之中，以教祗德"的记载，阐述了即使是"唐虞三代之隆，尚赖有刑以辅治，未能废刑而不用"，更何况后世。他批评纪昀纂修《四库全书总目提要》在《政书类·法令》中所加的"刑为盛世所不尚"的按语，是"持论不高"，并有悖于历史和现实。

沈家本还从明初朱元璋以重法严刑治民、治吏，而收效甚微的历史事实出发，指出："上之人不知本原之是务，而徒欲下之人不为非也，于是重其刑诛，谓可止奸而禁暴，究之奸能止乎，暴能禁乎，朝治而暮犯，暮治而晨亦如之，尸未移，而人为继踵，治愈重而犯愈多。此皆明祖阅历之言，著之大诰者也，然则欲以肉刑止奸而禁暴，其无效也可知矣"(《刑制分考五》)。正因为"观于大诰而用威之不足言治也可知矣"(《书明大诰后》)。所以他手编大诰三编并书跋语于后，以期世之议刑者探求治道之源，否则"民将无所措手足，而心亦离矣，民心离则大患将至，可不惧哉"(《总考》)。明初三十年的经验，也教训了明太祖朱元璋，使他懂得了一味靠峻法严刑"不足以化民"。他曾对刘惟谦说："仁义者养民之膏粱也，刑罚者，惩恶之药石也，舍仁义而专用刑罚是以药石养人，岂得为善治乎？"(《书明大诰后》)因此，洪武三十年以后，大诰中所列峻法基本上停止使用。

总之，沈家本认为"刑罚与教育互为消长"③，"盖犯罪之人歉于教化者为多，严刑厉法可惩肃于既往，难望湔祓于将来"④。因此教化之功决不可以忽视。

然而，至封建末世，阶级矛盾日趋尖锐，统治者更多地乞灵于重刑作为维护其统治的更直接、更有效的方法。因此虽奉"德主刑辅"之说，而不行其义。为此沈家本慨然兴叹："国家设官本以教养斯民，而后世之官皆不识教养二字……下焉者则逞其刑威，肆其贪虐，而民生可知

---

① 《刑官考上》。
② 《寄修文存八·书四库全书提要政书类后》。
③ 沈家本：《刑律草案告成分期缮单呈览并陈修订大旨折》。
④ 沈家本：《实行改良监狱宜注意四事折》。

矣，教养云乎哉。”(《刑官考》)，“后世教育之不讲，而惟刑是务，岂圣人之意哉。”出于矫弊的目的，沈家本大声疾呼：“居今日而治斯民，刑其后者也，其惟以教为先乎”①。在他编著的《刑官考》一书中，首先录执掌教化的大司徒，其意也在于此。

不仅如此，沈家本还引用资本主义国家的法律，来附会“明刑弼教”之说：“近来泰西之法，颇与此旨(指明刑弼教)暗合，”他在《奏请编定现行刑律以立推行新律基础折》中，根据“模范列强”的宗旨，提出“惟是刑罚与教育互为盈朒”。尤其注重对于幼年犯的教养，“近日各国学说……刑者乃出于不得已而为最后之制裁也，幼者可教而不可罚，以教育涵养其德性，而化其恶习，使为善良之民也，此明刑弼教之义也”。(《历代刑法考》)他还就近数十年来，欧洲学者关于废止死刑的讨论，进一步阐发了教养与刑罚的关系，指出：“故废死刑，先谋教养，教养普及而人民之道德日进，则犯法者自见有少，而死刑可以不用”，“如教育未能普及，骤行轻典，似难收弼教之功”②，在《删除律例内重法折》中，又从“治国之道，以仁政为先”的儒家理论出发，宣扬“化民之道，固在政教不在刑威也”。同时还提倡改良监狱，“藉监狱之地，施教诲之方，亦即明刑弼教之本义也”③。

总据上述，沈家本折衷古义与西法之间，阐述了法与道德教化的关系，指出两者相辅相成，虽有侧重，不可偏废。由于道德所作用的范围比法律更广泛，而且容易被社会承认为一种习性，因此起着法律所起不到的作用。历代的统治者都十分重视用法律的形式确认有利于本阶级统治的道德观念和规范，同时又借助道德所具有的特殊风貌和力量，掩盖法律的实质，发挥法律的镇压职能，这就是为什么在中国，从奴隶社会起便以刑德为“二柄”，进入封建社会以后又一直以“德主刑辅”、“明刑弼教”作为立法的指导思想和指导政策的原因。如同沈家本所说：“然舍道德而言刑名，必不得其中，立法者可忽之乎。”④

沈家本关于法与道德教化的思想，不仅沿袭了传统的观点，而且具有现实的针对性。清朝中叶以后，阶级矛盾一天天尖锐化，统治者为了加强法律的震慑作用，扩大了凌迟和枭首等酷刑的适用范围。然而滥刑的结果使得社会更加动荡不安。因此，他借论证“除恶务本”，引而不发地抨击清朝的滥刑主义，而且也为按照西方资本主义法制的模式改革中国的封建旧律，制造舆论准备。

4. 持平执法

沈家本不仅注意立法的详审，尤其重视法律的执行。他着重指出：“有国家者非立法之难，而用法之难也”。并举明初虽立严法箝制阉宦，终不能防止其擅权的历史教训，来说明“法善而不循法，法亦虚器而已”(《刑制总考》)、“徒立一重法，而无实意以行之，亦徒法而已”。(《刑制分考》)

然而如何执法才能有裨于治，对此沈家本的回答是：“一代之法，不徒在立法之善，而在用法之得其平。”(《汉律拾遗自序》)所谓平就是不以意废法，致使轻重偏颇。他曾借用度量衡的“平”、“准”来比喻用法之当否，说：“……度长短者，不失毫厘，量多少者，不失圭撮，权轻重者，不失黍粟”，“立(执)法者，皆应如是。”(《律令一》)为了作到用法得其平，必须以“恕”为心。他引曾子的话说“恕心用则可寄枉直矣，夫贤人君子断狱，其必主于此乎。”他赞赏汉郭躬“平刑审断”、“推己以议物，拾状以贪情”，说：“恕心用三字，实为平刑审断之本，酷虐残暴之人习焉而不察者，皆由其心之不恕也，恕则仁心自生，酷虐残暴之为，即有不忍为之者矣”。(《汉律摭

① 《寄簃文存八·书劳提学新刑律草案说帖后》
② 沈家本：《奏请编定现行刑律以立推行新律基础折》
③ 《寄簃文存一·删除律例内重法折》
④ 《寄簃文存二·论诬指》

遗》)他比较了中国封建时期各个朝代的执法情况，认为宋朝"立法之制严，而用法之情恕"，即使南迁以后"犹知以爱民为心"(《刑制总考》)。

沈家本关于执法贵平准的思想是从历代兴衰中总结出的历史经验，有它的合理的方面。但是法律是统治阶级意志的体现，是国家强制保证实施的行为规则的总和，是统治阶级对被统治阶级进行专政的重要工具。它的内容是由统治阶级的物质生活条件所决定的，因此剥削阶级决不可能对整个社会一视同仁地持"平"执法。列宁在论证封建法规的本质时说得好，封建法规"基本上是为了一个目的——维持地主统治农奴制农民的权力"①。马克思和恩格斯也都深刻地论证了剥削阶级的法官决不可能持平执法："如果认为在立法者偏私的情况下，可以有公正的法官，那简直是愚蠢而不切实际的幻想"②，有产者在每一特别场合都能很巧妙地规避开法律，而"无产者经常被迫肩负法律的全部重担"③。

至于实现执法持平重要保证的所谓"恕"心，也必须用阶级观点加以剖析。在阶级社会从来不存在超阶级的"恕"心。孔子说："己所不欲勿施于人"为恕。朱注："推己及物为恕"。可是"人的本质并不是单个人所固有的抽象物。在其现实性上，它是一定社会关系的总和"④。因此在阶级社会绝不可能有超阶级的"恕"，作为剥削压迫广大劳动人民的剥削阶级，怎么可能向其压榨的对象讲恕心，论公道，推已及彼?！马克思说："既然法律是自私自利的，那么大公无私的判决还能有什么意义呢？法官只能丝毫不苟地表达法律的自私自利，只能无条件地执行它"。⑤又说："良心是由人的知识和全部生活方式来决定的。""有产者的良心不同于无产者的良心，……特权者的'良心'也就是特权化了的良心"⑥。

至于反对执法畸重常常是封建的开明政治家、思想家，抨击时政的一项内容，大多是在阶级斗争激化，阶级力量对比关系向着有利于被统治阶级转向的时候提出来的。因此，它总是出于一定的政治需要，归根结底还是为了更好地发挥法律的作用。剥削阶级法律的本质决定了它必然向着日趋严苛的方向发展，尤其是封建末世更是如此。由于沈家本处在一个新的历史时期，他和封建的开明官僚、思想家有所不同，他是利用资产阶级的"文明"来反对封建法制中落后与野蛮的因素。在他主持修律期间，曾经正式地向清朝政府提出革除一系列酷刑的建议，因而具有它的时代色彩。

5. 慎刑、慎赦：

沈家本综合中外古今，明确提出了慎刑的要求和标准，那就是依法断狱，反对比附，并将"法无明文不为罪"的资产阶级法制原则，贯串到具体的论述中去。他批评自明迄清实行的"断罪无正条，用比附加减之律"说："若律无正条而仍有刑，是不信于民也。"又说"近来东西国刑法皆不用此义"(《明律目笺》)，企图借此支撑自己的观点，壮大改革的声势。可是比附断狱在"中国沿习既久，群以为便，一旦议欲废之，难者蜂起"。为了回答顽固守旧者的非难，他以酣畅的笔墨，论证了"古人之议此律者正非一人也"。并就众说分加按语，以抒发己见。他赞赏晋时著名律学家刘颂关于"律法断罪皆当以法律令正文，若无正文依附名例断之，其正文名例所不及，皆勿论"的疏文，说：按欲所言"今东西国之学说正与之同，可见，此理在古人早已言之，特法

① 列宁：《论国家》。《列宁选集》第四卷，第51页。
② 《马克思恩格斯全集》第一卷，第178页。
③ 同上书第二卷，第571页。
④ 马克思：《关于费尔巴哈的提纲》。《马克思恩格斯选集》第一卷，第18页。
⑤ 《马克思恩格斯全集》第一卷，第178页。
⑥ 同上书第六卷，第152页。

学之论说无人参究，故称述之者少耳”。又引《周书》宣纪宣政元年八月九条诏制中所载“决狱科罪，皆准律文”，说：“按科罪准律则律无文者不得科罪不待言矣”。然而，熟悉中国法制历史的沈家本，深知比附断狱非自明清始。只是明清以前比附断狱的适用受到一些限制而已。自明清起，随着专制制度的极端发展，比附断狱才汗漫无所限。唐律擅兴篇关于主将临阵先退的制裁，明确规定：“律有条依律断”。断狱篇中又规定：“赦书定罪合从轻者，又不得引律比附入重，”可见“唐时虽有比附之事，而限制甚严”、“慎之又慎”。至金世宗时，曾颁发上谕：“近闻法官或各执所见或观望宰执之意，自今制无正条者皆以律文为准”。就此沈家本按曰：“金代承用唐宋刑法而制无正条者，一以律文为准，其不得用他律比附，灼然无疑。是中国本有此法，晋刘颂议之于前，金世宗行之于后，初不始于今东西各国也。世宗为金源一代令主，大定之世其国人有小尧舜之号，而特颁诰戒如此，岂非深悉其弊哉？”(《明律目笺一》)明律规定“引律比附应加应减定拟”，遂与唐律的宗旨有所不同，尽管附加了“议定奏闻，若辄断决，致罪有出入者，以故失论”的限语，也不过是“明知比附之流弊滋多，故特箸此文，以为补救之法，而熟知沿习既久，问刑者辄行断决”，“安得罪无出入也哉？”清律沿袭明律，“凡律令该载不尽事理，若断罪无正条者(援)引(他)律比附”，以至“牵就依违……重轻任意，冤滥难伸。”沈家本特别提出清朝“比附之不得其平者，莫如文字之狱”，并举康熙中，“漫为比附”，牵连极广的戴名世南山集一案说：“比附之未足为法，即此一狱可推而知矣”(《明律琐言》)。又说：所谓文字狱“律例既无正条，遂不得不以他律比附，事本微细，动以大逆为言，”为害历经康雍乾三朝达一百余年之久。因此，在沈家本主持制定的刑律草案中，明确提出“删除比附”。

总之，“依法断狱”，法无明文规定者不为罪，是沈家本法律思想中具有民主主义的内容，也是他输入资产阶级法制原则的集中体现。为了论证它的合理性和在中国源远流长，沈家本引用了大量史料，力图将这一原则规定到他主持制定的新刑律中去。正是出于这种考虑，他在以古喻今时，未免对古有所夸大，而且将中国古代依律断狱与资产阶级法无明文规定不为罪，不适当地等量齐观，以至混淆了两者在性质上的区别。此外，沈家本虽然揭示了明朝以后任意比附完全取代了唐律以律令断罪的规定，但他没有也不可能阐明这种变化及其恶性发展，正是极端专制主义制度的必然结果。建立在封建小农经济基础之上的封建法制原则，不可能长久维持，总是要受到封建专横特权的破坏。值得提出的是沈家本在抨击清朝任意比附的危害时，举出文字狱为例，这不仅有说服力，而且在当时说来也是颇有胆识的抨击。

沈家本在提倡慎刑的同时，也主张慎赦，反对滥赦。在中国历史上，汉代特别是东汉大赦频繁，以至获取珍禽异兽莫不有赦，遂使人轻于犯法，而希冀于赦，造成了社会的动荡不安。因此后世对汉代的滥赦颇有讥评。治世的开明君主如唐太宗李世民，都主张慎赦。沈家本总结了汉以后在大赦问题上的争论与得失，指出“此事自汉以来论之者多，其弊则在于赦之数。赦数则犯法者多矣。已赦而得言是法不信也，不得言而人易犯法，是法害法也。赦之害如此，赦数何为哉？”(《赦九》、《赦例三》)他批评宋仁宗所说：不数赦“无以召和气”，是“非探本之论”，如果能够做到“法如其罪”，就可以达到“刑平之世”，这“与气运何干哉”？但是，沈家本也认为赦是“不能遽废的”(《赦考十二》)，只能慎赦而已。特别是对于贪官赃吏不应在赦免之列。他说：“按唐宋赦例，赃吏多在不原之列，故贪风尚不甚炽，今则不然矣”。唐宋之时，“惩创贪吏”，“上下一心”，“而贪吏仍不绝于世”，何况今世“无以贪相戒者”(《赦九》)。言外之意是对清朝贪官赃吏也可以得到赦免的一种非议。

在中国历史上赦愈滥，法愈坏，既不能以此邀仁政之名，更无以收缓和社会矛盾之效。因

此，历来维持封建法制的思想家都反对对滥赦、数赦，沈家本所主张慎赦，从一个侧面表现了他坚持法制原则的立场。

6. 执法在人

沈家本在主持修律的过程中，深感法律人才的缺乏，尤其是面对封建顽固派对新法的重重阻挠，更加突出了解决这个矛盾的迫切性。因此，他不吝笔墨以较大的篇幅论证了"法贵得人"、"用法在人"的道理。沈家本借用孟子"徒法不能以自行"的古语说："法之善者，仍在有用法之人，苟非其人徒法而已"(《刑制总考四》)。他还举唐律为例，指出尽管它是一部封建时代宽严得体的著名法典，但仍然出现了置法于不顾的"武氏肆虐"。由此"益可知有其法者，尤贵有其人矣。大抵用法者得其人，法即严厉亦能施其仁于法之中。用法者失其人，法即宽平亦能逞其暴于法之外也。其得失之故，实筦乎宰治者之一心。为仁为暴，朕兆甚微，若空言立法，则方策具在徒虚器耳"。他反驳宋时马端临批评晋律"宽弛"，是不适当的。说晋时"修律诸人讨论颇为详审"，当时人称誉"为便"。至于晋朝法制的败坏，"非法之过，而用法者之过也"、"晋之法岂宽弛之弊哉，亦用法者非其人耳，苟非其人徒法而已"(《刑制总考二、四》)。

由于沈家本重视执法者的作用，因此，他一方面提出国家的中枢长官和百里长吏，"皆宜知律"；另一方面又反复强调"治狱乃专门之学，非人之所能为"，说："虞舜施刑，必属皋陶，周公敬狱，必推苏公"，而"后世人主，每有自圣之意，又喜怒无常，每定一狱，即成一例，畸轻畸重，遗害无穷。可不慎哉"(《赦考十二》)。为了使官吏知法，他推崇周时对基层官吏进行法律教育的制度，说："周礼地官之属，州长一岁三读法，党正一岁七读法；族师一岁十四读法，闾胥读法无定期。读即读其所掌之教法，以劝，以戒……。"① 而作为出令的中枢长官尤其须要知法，否则就会在实践中造成舛误。他举唐宋时中枢机关发布的赦文，有些竟然与现行法律发生矛盾为例，来说明这就是中枢长官不知法之所致："按刑法定自刑官，而赦文则出于中书省官，中书省未必有深明刑法之人，迂有赦事或沿袭旧文，或意为轻重，孰知事多变迁，不加参考，遂至牴牾。往往法已改于数十年之前，而仍列诸赦文之内，所司棘手，不得不思通变之方，以至赦书成为虚文，不足以取信于天下"(《赦考十二》)。为了使官吏知法，他建议"请置律博士转相教授"，说"博士一官，其所系甚重，而不可无专也，法律为专门之学，非俗吏之所能通晓，必有专门之人，斯其析理也精而密，其创制也公而允，以至公、至允之法律，而运以至精至密之心思，则法安有不善者，及其施行也，仍以至精、至密之心思，用此至公至允之法律，则其论决又安有不善者。此设官之微意也，议官制者其主持之"②。即使对于"典狱"这样的小官，也因其"统辖全监，非兼有法律、道德及军人之资格，不能胜任"。因此，须"豫储管理之才"作为改良监狱的第一步③。此外，他主张严厉制裁执法枉法的官吏，说："夫法者官吏主之，法之枉不枉官吏操之，则其罪亦官吏任之。不论所枉者何事，皆应以官吏当其重罪，此一定之法也。以执法之人而贪利、曲断、骫法，而法坏，故问罪加严，尚是严饬官之至意"③。他在《日南随笔·获盗迁官》的记载中，借他人口述"戕人命，迁已官，非福也"，表达了他自己对于枉法滥刑官吏的谴责。与此同时，他对于明清两代实际操纵诉讼的书吏也进行了抨击，指出自宋之后"吏之权日益重"，迨至明清"而其权益不可夺矣"。(《刑制总考十六》)

---

① 《寄簃文存七·范永銮重刻大明律跋》
② 《寄簃文存一·设律博士议》
③ 沈家本：《奏实行改良监狱宜注意四事折》。
④ 《寄簃文存一·与受同科议》

总括以上，沈家本关于法与执行者相互关系的论述，继承了历史上某些传统看法，同时也渗入了时代的特点，那就是：1)表达了明显的反对专制主义的要求，抨击了法自君出，罚由君定的现象。2)通过对吏权的抨击，触及了封建末世司法与吏治的昏暗。明清两朝官吏大都以八股文作为进入官场的敲门砖，对于社会、风俗、人情、法律、诉讼，茫然无知，一旦踏入官场，面对纷至沓来的刑民诉讼，瞠目不知所措。而在清律中还特别规定了官吏审判错用律例要受到惩罚，因此不得不依赖于以研习律例作为世业的刑名书吏，从而纵恿了他们舞文弄法，营私舞弊，甚至巧取豪夺，上下其手，使人民有冤不得伸，饱受司法镇压之苦。有清一代具有正义感的官僚大都反对书吏，与沈家本同时的资产阶级改良派张謇等人，也多次发出取消书吏的呼声。3)为了制定和推行新法，强调官吏应研习法学，要知法。(未完待续)

论国际私法的发展趋势

任 继 圣

在我国进行社会主义现代化的建设过程中，势必不断扩大我国与外国之间的经济和文化交往，随着发生大量的涉外财产关系，以及与财产密切相联的其他权利关系。前者如对外贸易的货物买卖、运输、保险关系，对外投资、借贷关系，后者如对外的专利权关系，涉外婚姻、家庭关系，等等。这些关系统称为涉外民事法律关系。国际私法就是专门调整这种关系的法律部门。了解这个法律部门的发展变化，有利于更好地使用它为我国的对外经济与文化交往服务。

国际私法是资本主义国际经济交往的产物，十三世纪时，在现今的意大利北部，当时存在着许多城市国家，它们之间商业交往频繁，随之发生了较多的涉外民事法律关系，为适应这种发展，开始形成了专门调整这种关系的"国际私法"。十九世纪中叶以后，由于国际经济和文化交往进一步加速向前发展，国际私法也有着较大的发展和变化。第二次世界大战以后，发展变化的速度加快，为我国，为国际上的研究者所注目。有的外国学者在这种发展面前改变了传统的观念，本来认为国际私法不应包括条约中所订立的、调整涉外民事法律关系双方权利与义务的实体法规范，现在改变了观点，认为应该包括。有的外国学者提出，国际私法发展的现阶段，是现代国际私法的开始阶段，如捷克斯洛伐克学者克伦斯基。在我国的研究者之间也就国际私法的发展问题，进行了认真的讨论。应如何看待国际私法的发展趋势，是讨论中的一个关键问题。作者认为，十九世纪中叶以后，国际私法的发展趋势，主要表现为以下三个方面。

第一，涉外民事法律关系的范围不断扩大，国际私法所适用的范围也随之扩大。

十九世纪后半叶，国际经济关系中的一个特点是，由资本主义的商品输出逐步向资本输出发展，伴随着资本输出而出现的，是工、商业公司和银行的国际活动增加，不同国家之间的法人、自然人之间的交往频繁，涉外民事法律的关系也随之经历了一个大发展。到十九世纪末，它已涉及到当时国际经济、文化交往和社会生活的各个主要方面。在普通法国家，英国王室法律顾问、法学博士 A. V.