

试论沈家本的法律思想(下)

张 晋 藩

(二)

一八四〇年鸦片战争以后,随着外国资本主义的侵入,中国逐渐沦为半殖民地半封建社会,无论社会的经济结构、阶级结构都发生了前所未有的变化。为了保护外国侵略者和地主买办阶级的利益,调整在新的历史条件下出现的社会关系,都要求制定新的法律,这是清末法制变化的根本原因。但是,在义和团运动以前,这个变化主要表现在承认外国侵略者通过不平等条约所攫取的领事裁判权,与此相联系的清政府又伙同外国侵略者在租界内建立了会审公廨,并允许外国侵略者以观审人员身分,操纵中国的司法审判,从而标志着中国独立的司法主权的丧失。

一九〇〇年义和团运动以后的十年间,是清末法制变化的明显时期。集中表现为修改了大清律例,制定了一系列的新律草案,这不是偶然的,在镇压了义和团运动以后,清朝统治者为了适应帝国主义的政策需要,阻止人民革命的发展,粉饰卖国贼的嘴脸,以求苟延残喘,因此接过了戊戌变法时期改良派的旗帜,宣布“变通政治”,实行“新政”。一九〇一年一月,流亡西安的慈禧下诏变法说:“世有万古不易之常经,无一成罔变之治法。大抵法久则弊,法弊则更”,“法令不更,锢习不破,欲求振作,须议更张”。^①稍后,两江总督刘坤一、两湖总督张之洞,在会奏变法时曾就改良法制提出九项建议。即:禁讼累、省文字、省刑责、重众证、修监羈、教工艺、恤相验、改罚鍰、派专官。刘坤一和张之洞是清末官僚中最早提出修改法制具体主张的地方实力派;由于他们的改革建议只涉及封建法制的皮毛,而又与慈禧伪装新政的欺骗政策相吻合,因此得到一定的重视。

一九〇二年,张之洞以兼办通商大臣身分与各国修订商约。在此期间,英、日、美、葡四国为了表示对彻底投降的清朝政府的支持,假惺惺地表示在清政府改良司法现状以后,可以放弃领事裁判权。为帝国主义者故作的姿态所迷惑的清政府,受宠若惊,充满幻想,随即下诏:“现在通商交涉事益繁多,著派沈家本、伍廷芳将一切现行律例按照交涉情形,参酌各国法律,悉心考订,妥为拟议,务期中外通行,有裨治理”。^②次年,建立修订法律馆,任命沈家本和出使美国的伍廷芳为修订法律大臣。但伍廷芳回国后不久被任命为商部左侍郎不兼修订法律大臣,而由英瑞继任。英瑞旋亦病死,改派俞廉三充任。一九一〇年,沈家本因守旧派的攻讦去职,由刘若曾接任,时清政府已临近尾声。因此清末历时近十年的修订新律,主要是在沈家本主持下进行的。他删改旧律,制订新律的实践概如下述。

1. 阐明修订清律的必要性

首先,沈家本继承了先秦法家为辩护变法的合理性而提出的“法与时转”、“治与时宜”的观

^① 《光绪朝东华录》总页第1655。

^② 《光绪朝东华录》

点。认为“法律之损益，随乎时运之递迁……推诸穷通久变之理，实今昔之不宜相袭也”^①、“法律之为用，宜随世运为转移，未可胶柱而鼓瑟”^②。他一方面举出康雍乾三朝多次修律的“故事”，来说明“祖宗成宪”也不是不可以变的；另一方面又以日本为例，强调“日本明治维新亦以改律为基础”^③。

其次，他从中国与世界列强不平等的相互关系中，论证了修订法律的迫切性。他说：“国家既有独立体统，即有独立法权，法权向随领地以为范围。……独对于我国借口司法制度未能完善，予领事以裁判之权，英规于前，德踵于后，日本更大开法院于祖宗发祥之地，主权日削，后患为长。此憾于时局不能改也。方今各国政治日跻于大同，如平和会、赤十字会、监狱协会等，俱以万国之名组织成之。近年我国亦有遣使入会之举，传闻此次海牙之会，以我国法律不同之故，抑居三等，敦槃减色，大体攸关。此鉴于国际不能不改者也。……教案为祸之烈，至今而极……凡遇民教讼案，地方闕于交涉，绌于因应，审判既失其平，民教之相仇益亟。盖自开海禁以来，因闹教而上贻君父之忧者，言之滋痛。推原其故，无非因内外国刑律之轻重失宜，有以酿之。此又怨于教案而不能不改者也”^④。

最后，以编纂新法典作为“预备立宪之要著”。为此，而向清朝最高统治者伏首陈词：“伏维我皇太后，皇上深念时艰，勤求上理，特诏考订法律，期于通行内外，法权渐可挽回……并请明降谕旨宣示中外，俾天下晓然于朝廷宗旨之所在，而咸钦仁政之施行”。^⑤

2. 提出修订法律的宗旨

根据慈禧发布的“务期中外通行”的修律方针，沈家本指出了“参考古今，博辑中外”^⑥，“专以折冲樽俎，模范列强为宗旨”^⑦。他以死刑为例说明欧美资本主义国家的法律，较之中国的封建旧律文明和进步，说：欧美日本各国死刑，“以前极为残毒，近年则日从减轻，大约少者止数项，多亦不过二、三十项。中国刑法……计现行律例内，死罪凡八百四十余条……不惟外人所骇闻，即中国数千年来亦未有若斯之繁且重也。”^⑧因此须要“取人之长以补吾之短”，“彼法之善者，当取之，当取而不取是之为愚”。同时，沈家本鉴于中国海禁大开，而世界各国“举凡政令、学术、兵制、商务，几有日趋于同一之势”。因此，他力图通过修律改变中国固有的法律体系，使中国法律世界化，以便“与各国无大悬绝”，否则“以一中国而与环球之国抗，其伏继之数不待智者而知之矣”^⑨。不仅如此，沈家本也和清朝统治者一样，轻信了帝国主义关于如中国改订律例，可以放弃领事裁判权的虚伪许诺，一心按照资本主义国家法律的模式修订中国的法律，说：“夫西国首重法权，随一国之疆域为界限，甲国之人侨寓乙国，即受乙国之裁判，乃独于中国不受裁制，转予以不仁之名，此亟当幡然变计者也。方今改订商约，英美日葡四国均允中国修订法律，首先收回治外法权，实变法自强之枢纽。臣等奉命考订法律，恭绎谕旨，原以墨守旧章，援外人以口实，不如酌加甄采可默收长驾远驭之效”。为此，他“以中国法律与各国参互考证”^⑩，“我法之不善者当去之，当去而不去是之为悖”，但又力求做到“不戾乎我国世代相沿之礼教、民

① 沈家本：《奏刑律分则草案告成由》，见《清末筹备立宪档案史料》下册。

②、③ 《寄谕文存一·删除律例内重法折》

④ 沈家本：《奏刑律草案告成分期缮单呈览并陈修订大旨折》，见《清末筹备立宪档案史料》下册，第846页。

⑤ 《寄谕文存一·删除律例内重法折》

⑥ 《寄谕文存六·重刻明律序》

⑦ 沈家本：《奏请编定现行刑律以立推行新律基础折》

⑧ 《寄谕文存一·奏虚拟死罪改为流徒折》

⑨ 《寄谕文存六·重刻明律序》

⑩ 《寄谕文存一·删除律例内重法折》

情”“方能融会贯通，一无扞格”^①。

沈家本的修律宗旨，突出地反映了改良主义的政治立场，以及当时国情和时代加给他思想上的烙印，表现出了新旧杂沓的复杂性与矛盾性。例如，他主张“甄采”各国立法，删减旧律，反映了进步的倾向。但又明确提出以“模范列强为宗旨”，则是屈从于帝国主义，使中国的法律符合帝国主义侵略者的意志。他批评“但推崇西法，而不探讨中法”，会使得“法学不全，又安能会而通之，以推行于世”，无疑具有其合理性。但同时却又从隐约中显示出他思想深处存在着封建主义的羁绊。同时希图借用旧律的某些形式与原则，来减轻推行新法的障碍。总的说来，修律宗旨的基本格调是和清末法制的半殖民地半封建化相一致的，在某些方面也没有超出“中学为体、西学为用”的藩篱。

3. 贯彻修律宗旨采取的措施

第一，组织力量翻译资本主义国家的法律。沈家本认为“欲明西法之宗旨，必研究西人之学，尤必编译西人之书”^②，“参酌各国法律，首重翻译”。他深知“译书以法律为最难”，因此“多致译材，分任翻译”，要求修订法律馆，译员所译之书“力求信达”，他自己也与“原译之员，逐句逐字反复研究，务得其解”。

在沈家本主持修订法律馆期间，先后译成“法兰西刑法、德意志刑法、俄罗斯刑法、和兰刑法、意大利刑法、法兰西印刷律、德国民事诉讼法、日本刑法、日本改正刑法、日本海军刑法、日本陆军刑法、日本刑法论、普鲁士司法制度、日本裁判构成法、日本监狱访问录、日本新刑法草案、法典论、日本刑法义解、日本监狱法、监狱学、狱事谭、日本刑事诉讼法、日本裁判所编制立法论，共二十六种，又已译未完者，德意志民法、德意志旧民事诉讼法、比利时刑法论、比利时监狱则、比利时刑法、美国刑法、美国刑事诉讼法、瑞士刑法、芬兰刑法、刑事之私法观，共十种”^③。以上翻译的外国法典法规，为修订新律提供了蓝本，使得资产阶级的法律原则开始被中国的新律所吸收。中国固有的法系逐渐解体，大体说来十九世纪末翻译英美法律为多，二十世纪初则以日本为多。当时人认为“日本法规之书，至详至悉，皆因西人之成法而损益焉也”^④。

第二，奏请设立法律学堂，培养新的司法人才。沈家本鉴于在清朝统治下“法律之学，世皆懵懵”，尤其对西方法律知识几乎一无所知，为了“造就司法人才，为他日审判之予备”，他同意伍廷芳提出的“法律成而无讲求法律之人，施行必多阻阂，非专设学堂培养人才不可”^⑤的主张，奏请拨款设立法律学堂。强调资本主义各国法学昌明，法官后备力量充足，关键是“学校林立”。光绪三十二年九月法律学堂成立，学员数百人，曾聘请日本法学家冈田朝太郎、松冈义正担任主讲。

第三，聘请外国法学家为顾问，并派员赴国外考察。为了编纂出参证中西，通行于世界的法律，沈家本聘请冈田朝太郎为修律顾问，并派人去外国考察。他认识到“方今环球学说月异日新，苟非会而通之，又乌能折衷而归一”，因此明确表示“与译书并重者则为调查”。一九〇六年曾派刑部候补郎中董康等赴日考察法制。沈家本所主张的译书和派员去国外考察，具有

① 沈家本：《奏修订法律大概办法折》

② 《寄谕文存六·新译书法规大全序》

③ 沈家本：《奏修订法律情形并请归并法部大理院会同办理折》，见《清末筹备立宪档案史料》下册，第837页。

④ 梁启超：《变法通议》

⑤ 《寄谕文存六》·《法学通论讲义序》

打破闭塞,放眼世界的意义,而以此作为修订新律的一种准备,无疑是可资借鉴的。

4. “甄采”中外的修律内容

沈家本虽然主张“法久弊生,不能不变”,但是无论历史和现实都使他深知“创法难,变法尤难”,“变而不善,其弊益滋”,“此不可不慎也”^①。所以在他主持修律期间,一方面根据改良的精神,删改旧律中与时代截然相悖的落后与野蛮的部分;另一方面根据资本主义的法律原则,制订了分属实体法和程序法的各种法典法规。从时间上看,一九〇五年以前侧重于删改旧律,一九〇五年以后侧重于制定新律。这个步骤表现了沈家本所持的审慎态度,同时也是和当时全国的革命形势与清政府的政策有关。一九〇五年以后,孙中山领导的资产阶级民主革命迅速发展,迫使清朝统治者加快变法修律的进程,以期抵制革命,粉饰立宪革新的门面。

(1) 删改大清律,制定新刑律

沈家本从“各法之中,尤以刑法为切要”^②的认识出发,以修改清朝最基本的法典——大清律为起点。

首先,删除凌迟、枭首、戮尸、缘坐、刺字等酷刑。他比较了中外刑法,认为无论“刑制”或“罪名”,大抵“中重而西轻者为多”。根据“治国之道,以仁政为先”,奏请“刑法之当改重为轻”是“今日仁政之要务”。提出了删除凌迟、枭首、戮尸等酷刑,代之以斩决、绞决和监候。强调“化民之道,固在政权,不在刑威也”,同时又援引资本主义各国刑法所采取的“刑罚止及一身”的原则和“罪人不孥”的古训,奏请废除缘坐各条,凡不知情者不得缘坐。此外,为了“使莠民知耻,庶几悔过而迁善”,主张废除刺字各条,应刺字者令收所习艺,按罪名轻重定以年限。这篇《删除律例内重法折》颇为人所称道,近人杨鸿烈称之为“恺切披陈”了“中国法律最落后,不合时宜的部分”,“可算是对中国法系加以改造的一篇大宣言”^③。

由于上述酷刑是大清律中最突出的落后与野蛮的部分,不仅与世界进步的历史潮流大相径庭,也和清朝伪装立宪的政策直接冲突。因此,这个奏折为清朝统治者所接受,下谕:“……凌迟、枭首、戮尸三项永远删除……至缘坐各条,除知情者仍治罪外,余悉宽免。其刺字等项,亦概行革除。”^④

第二,论述了死刑的执行方法。对于刑律草案所采取的斩、绞的执行方法,日本冈田博士认为“依然野蛮未开之法”,特别指出重斩轻绞“亦不外中国古来之陋习迷信耳”。针对上述非议,沈家本著《死刑惟一说》,阐述了清朝“开国之初死刑用斩一项……迨后采用明制,死刑遂多”。在废除凌迟、枭首、戮尸诸重刑之后,代之以斩绞,而不能“再议删去一项”,是唯恐“訾议锋起,难遽实行”。至于说重斩轻绞并非出于迷信,而是“略分轻重”,“实非毫无区别”。即使外国也有军法与常法之别,枪毙与用斧之异,可见“独责中国死分斩绞之非”是没有道理的。以上沈家本的辩解,说明了他一方面认为死刑惟一应为东西各国所共取;另一方面又肯定在当时的中国实行斩、绞的合理。这里有认识上的原因,也反映了来自客观的阻力,正是为了使“众论不至纷拏”,才不得不采取这种他称之为“渐进主义”的措施。稍后,他在《奏刑律草案告成分期缮单呈览并陈修订大旨折》中进一步明确表示:“死刑仅用绞刑一种”,只有“罪大恶极”的犯罪,才作为专例使用斩刑。使得他的死刑惟一说更加明确。

① 《分考十二》

② 沈家本:《奏刑律草案告成分期缮单呈览并陈修订大旨折》,见《清末筹备立宪档案史料》下册,第845页。

③ 杨鸿烈:《中国法律思想史》下册,第312页。

④ 《清史稿·刑法志》

第三,改虚拟死罪为流徒。沈家本根据“宽严之用必因乎其时……世轻世重,未容墨守成规”,奏请将戏杀、误杀、擅杀三项死罪改为徒流。他说:“此数项罪犯,在各国仅处惩役禁锢之刑”,唐律“亦不概问死罪”,然而清朝现行律例却“不分戏、误、擅杀皆照斗杀拟绞监候,秋审缓决一次,即准减流:其重者缓决三次减流,盖虽名为绞罪,实与流罪无殊,不过虚拟死罪之名,多费秋审一番文牍而已”^①。为此,他呈请将戏、误、擅杀改为流徒罪,“总期由重就轻与各国无大悬绝”。这里,沈家本力图减少死罪的条款,使中国律例逐步“文明化”。同时他也主张“综核名实”,反对徒事虚文,认为“法必名实符而后可为一代经常之法,未有循其名则是,责其实则非,而可以法者。”这种在法律上循名责实的思想是对律义两歧的清朝法律的批评,无疑是可取的。

第四,根据资产阶级法律面前人人平等的思想和清廷“化除满汉畛域”的上谕,沈家本反对旗人犯罪享有换刑减罪的法定特权。提出旗人如犯遣军流徒各罪,应照民人“一体同科,实行发配”^②,不应在法律上列有“重轻悬绝”的不平等权利。同时,反对旗地旗房不准汉人典买,旗人一律不准在各省置产业的法律规定,主张旗人应以“人人能自为养”为长策,满汉民族之间,“羸绌可以相济,有无可以相通”,打破由来已久的隔绝状态。这些建议有利于社会经济的发展,也有助于民族的团结和国家的统一。

沈家本还在资产阶级人权思想的影响下,摆脱了封建时代对于良贱的传统偏见,从尊重人格的角度批评了清朝盛行的买卖奴婢制度,指出“律文虽有买卖奴婢之禁,而条例复准立契价买”,以致法令参差。由于奴婢不享有独立的法律地位,依法被剥夺了告诉权,因此“官员打死奴婢仅予罚俸;旗人故杀奴婢,仅予枷号,较之宰杀牛马,拟罪反轻”。以至“呼吁无门,束手待毙”。对此他谴责说:“殊非重视人命之义”,主张采取欧美各国“尊重人格之主义”,永行禁止买卖人口。^③同时他尖锐地指出:如不废除律例内奴婢及买卖人口各条,则“与颁行宪法之宗旨显相违背。”

以上表现了沈家本在新的时代条件下萌发的具有民主主义光采的法律思想。

第五,依“正条”断刑,反对比附。沈家本根据“法无明文规定不为罪”的原则,力主针对新出现的社会关系和行为规范,及时立法,反对“临事无所适从”和“比附”断案。并且指出了比附断案的弊病:第一,司法之审判官得以己意于律无正条之行为比附类似之条文,这就使得司法与立法混而为一,“非立宪国之所宜有也。”第二,使法律失去威信,使人民无所适从。第三,便于审判官恣意出入人罪,破坏了审判的统一。为了使他的论据更有说服力,还介绍了“欧美及日本国无不以比附援引为例禁”。同时他还提出因时应势,酌立新法,以适应形势发展的需要,弥补取消比附以后留下的空白。他曾就伪造外币和诬指等罪,提议订立专条,以资引用。在他主持修订的现行刑律中,便增加了一些新的罪名,如:关于帝室之罪、内乱之罪、外患之罪、泄漏机务之罪、妨害公务之罪、逮捕监禁者脱逃之罪、藏匿罪人及湮灭证据之罪等。

最后,更定刑名,实行惩治教育。沈家本参照外国刑法中所列的刑名,将自隋迄清沿用已久的笞、杖、徒、流、死五刑,改为死刑、徒刑、拘留、罚金,以示“与各国办法无异”。在惩治教育的问题上,他提出犯罪者的责任年龄问题,确定未成年犯“乃教育之主体,非刑罚之主体”,为此

① 《寄谕文存一·虚拟死罪改为流徒折》

② 《寄谕文存一·旗人遣军流徒各罪照民人实行发配折》

③ 《寄谕文存一·禁革买卖人口变通旧例议》

通飭各直省設立懲治場，進行懲治教育，“以冀漸收感化之效”。^①

(2) 改革諸法合體的舊律結構形式

民刑不分，諸法合體，是中國封建法律的傳統結構形式。沈家本認為這種形式已經不適應變動了的中国實際情況，必須加以改變。他說：“竊維，法律之損益，隨乎時運之遞遷，往昔律書體裁雖專屬刑事，而軍事、民事、商事以及訴訟等項錯綜其間。現在兵制即改，則軍律已屬陸軍部之專責，民商及訴訟等律欽遵明諭特別編纂，則刑律之大凡自應專注於刑事之一部。推諸窮通久變之理，實今昔之不宜相襲也”。^②他特別重視訴訟法，說：“大致以刑法為體，以訴訟法為用，體不全，無以標立法之宗旨；用不備，無以收行法之實功。二者相因，不可偏廢”。^③面對華洋“常因爭訟細故，釀成交涉問題”，使他更感到“變通訴訟之法”的必要，而且就“民事、刑事性質各異，雖同一法庭而辦法要宜有區別”^④，奏請編纂訴訟法時應“分別刑事民事”。一九〇六年，在沈家本主持下完成《刑事、民事訴訟法》，中國沿襲兩千多年的諸法合體的法律形式，至此開始區分為實體法和訴訟法兩大類。由於這部訴訟法典採用資本主義國家實行的陪審制度、律師制度，遇到各省督撫非議，未能頒行。

(3) 司法獨立

沈家本認為早在中國成周官制中，便實行政、刑之權分離的制度，“其職守不相侵，故能各盡所長，政平訟理”。後世，隨着專制主義的發展，政刑之權“叢於一人之身”。結果“長于政教者，未必能深通法律，長于治獄者，未必為政事之才。一心兼營轉致兩無成就”^⑤，成為“吏治之日下”的原因之一。因此，他主張司法獨立，說合于古而又通行于今，可以收“統一事權”之效。特別是從憲政的角度闡述了司法獨立的重要意義說：“東西各國憲政之萌芽，俱本于司法之獨立”，“司法獨立，為異日憲政之始基”^⑥。為了保證司法獨立，他認為需要相應的法律：“司法之獨立，實賴法律為之維持”，據此制訂了法院編制法，其中明確規定行政主官及檢察官“不得干涉推事之審判”。

(4) 改良監獄

沈家本認為“刑罰與監獄相為表裏”，因此於改定刑名的同時，也主張改革獄政，強調“設獄之宗旨，非苦人辱人，將以感化人也，同時鑒于更定刑名以後，拘置監獄的罪犯，必將大大增加，遂把改良監獄提到議事日程上來。提出改建新式監獄、培養監獄官吏、頒布監獄規制、編制監獄統計作為改良監獄的四項措施。他認為中國從未有人講求監獄之學，必須傾注心力，把監獄改造成施教誨之地。但是他深感“墨守己見，不思改圖”的積習，是一切改革的嚴重障礙，在獄政問題上也是如此，以致不得不發出“與其速而未完善，不若遲迴而有待也”^⑦的嘆息。沈家本將作為國家機器組成部分的監獄，抽象化為“感化教育之地，表現了超階級的国家觀，他對資產階級國家監獄的描述，也有過於美化之嫌。事實上設于上海的西獄，其虐囚更甚于中國監獄。《革命軍》的作者鄒容，便被蹂躪而死于西獄之中。

① 沈家本：《奏刑律草案告成分期繕單呈覽并陳修訂大旨折》，見《清末籌備立憲檔案史料》下冊，第848頁。

② 沈家本：《奏刑律分別草案告成由》

③ 《大清法規大全·法律部》卷十一，第1頁。

④ 沈家本：《奏編纂訴訟法請頒行理由》《檔、法、律例60號》

⑤ 《刑官考上》

⑥ 沈家本：《奏酌定司法權限並將法部原擬清單加具案語折》，見《清末籌備立憲檔案史料》下冊。

⑦ 《寄繆文存五·與戴尚書論監獄書》

(三)

一九一〇年大清新刑律完成以后,由宪政编查馆咨交各省签注意见,当时任军机大臣兼掌学部的张之洞,以“内乱罪无纯一死刑”,以及无“奸通无夫妇女治罪”条款为名,首先发难,大肆攻击新刑律蔑弃礼教。各省疆吏也随声附和,大学堂总监督刘廷琛攻击“新刑律,其不合吾国礼俗者,不胜枚举,而最悖谬者,莫如子孙违犯教令及无夫奸不加罪数条,如果“礼教可废则新律可行,礼教不可废则新律必不可尽行”^①。当时反对新刑律最激烈和具有代表性的是提学劳乃宣。他提出“干名犯义”、“犯罪存留养亲”、“亲属相奸”、“亲属相盗”、“亲属相殴”、“故杀子孙”、“杀有服卑幼”、“妻殴夫”、“夫殴妻”、“无夫奸”、“子孙违教令”等一系列条款,说大清律皆有特别规定,而新刑律则一笔抹杀,大失明刑弼教之意,“应逐一修人刑律正文。”他攻击沈家本专摹外国,不以偏常为重,是“狃于一时之偏见”,“不可不亟图补救”。为了制造声势,劳乃宣将他写成的说帖,遍示京内外。面对劳乃宣的攻诋和挑战,沈家本奋起迎击,他在《书劳提学新刑律草案说帖后》一文中,一一予以反驳,指出有的不必另立专条,有的并不乖乎礼教,有的属于教育范畴,有的实与《大清律例》宗旨相符^②,特别是他提出“大抵法太重则势难行,定律转同虚设,法稍轻则人可受,遇事尚可示惩”,以为新刑律的刑制辩护。

沈家本的答复,在法理上论据颇为充分,并获得冈田朝太郎、松冈义正、董康及宪政编查馆、修订法律馆内诸人的支持。其中杨度所写《论国家主义与家族主义的区别》、吴廷燮所写《用旧说议律辩》二文,阐发了新刑律的根据,反驳了守旧派的攻击。但是当时的政权操纵在守旧派手里,清廷在上谕中明确指示:“中国素重纲常,故于干名犯义之条,立法特别严重,……凡新旧律义关伦常诸条,不行率行变革”。因此,沈家本所代表的改良派虽然在舆论上得到了同情,占据了上风,但实际行事不得不曲从守旧派的意见,他们的身份地位和封建思想的羁绊,使其法律思想不可避免地带有很大的妥协性。在法部收到修订法律馆的修改稿后,坚持维护旧律的法部尚书廷杰,竟于新刑律后附加《暂行章程》五条,其主要内容就是对于加害皇室以及内乱外患罪加重处刑,对于无夫奸处刑,对于尊亲属有犯不得适用正当防卫等等,实际是用封建法制的传统精神否定新刑律中的资产阶级刑法原则。附加了五条《暂行章程》的《大清新刑律》,无论形式、内容、原则都仿效资本主义国家的刑法,同时又掺和封建法制的传统精神;既反映了资产阶级法律思想和封建法律思想的尖锐冲突,又表现了二者在一定程度上的妥协,具有明显的半殖民地半封建法律的性质。

综上所述,沈家本是一个接受了资产阶级法律思想的清政府官僚,他一方面较为深入地考察了中国的封建法学,作出了一定的批判总结;另一方面,又吸收了资产阶级的法律思想,并把它贯串到修律的实践中去。就其整个思想体系而言,应该归属于资产阶级新学范畴。在政治上则表现了改良主义的立场。他的出身、经历和生活环境,使他和封建主义仍保持着密切的联系,不能摆脱封建法学传统观点的束缚,以至经常从旧律中寻求制定新律的根据,这不仅是为了减缓顽固派的刁难,也显示了他思想深处的封建主义的因素。但是,他又是一个面对资本主义世界,讲求新法,以会通中外作为立法指导思想的改革人物。在清朝末年,比较全面地、系统地将资本主义法系输入到中国来的主要是沈家本,他参酌古今中外的法律资料,综合法制建设上的经验教训,为改革中国封建旧律,作出了自己的努力。

^① 《清末筹备立宪档案史料》下册,第888页。

^② 《寄穆文存五·答戴尚书书》