

法律转型的因应之道

——沈家本与晚清刑律变迁

陈新宇

(清华大学法学院,北京 100084)

摘 要:作者问题存在争议的《删除律例内重法折》乃由沈家本而非伍廷芳主导,废除凌迟等酷刑重法是清末先进法律专家们的共识,沈家本起到画龙点睛和临门一脚的关键作用。近代刑法典《大清新刑律》最初并非为立宪而制定,但清末预备立宪对其编纂进程产生重大影响,为此沈家本务实地提出编定古典律例模式的《大清现行刑律》作为过渡的计划,近代刑事立法因此出现了新旧两部刑法典并行编纂的特殊现象。沈家本在古今方面着力于复古,辨析中国法制的汉唐与明清之别,试图恢复古典法意;在中外方面着力于会通,不拘于中外有别的成见,试图以古典中国的情理来融会贯通近代西方的法理。他对近代中国“法理”一词,有创造性的贡献。

关键词:法律转型;古今中外;法理;沈家本

中图分类号:DF920.0 文献标志码:A

DOI:10.3969/j.issn.1001-2397.2021.02.01 开放科学(资源服务)标识码(OSID):



一、引言

拙文试图以晚清刑律变迁为视角,从历史考证出发,澄清学界存在争议的重要史实,辨析尚未厘清的关键概念,探讨沈家本在实践与学理两个维度上对于近代中国法律转型的因应之道,从而达到对时代中人的同情理解,为当代法治建设提供启示借鉴。

拙文的主体共三部分,第一、二部分是关于沈家本的实践问题,聚焦于晚清刑律变迁的两个关键点即刑罚制度改革和刑法典编纂,首先回应学界关于《删除律例内重法折》的主导者是伍廷芳还是沈家本的学术公案,考证沈家本在废除酷刑重法中所起的画龙点睛和临门一脚的关键作用;其次探讨近

收稿日期:2021-01-01

基金项目:国家社科基金项目“沈家本新研究”(18BFX029)

作者简介:陈新宇(1976),广东省汕头市人,清华大学副教授、博士生导师,清华法学院近代法研究中心主任。

代刑法典的编纂模式,从政治的高度分析为何风格迥异,分别属于旧律范畴的《大清现行刑律》和属于新法范畴的《大清新刑律》要并行编纂,理解沈家本的政治智慧与态度策略。第三部分是关于沈家本的学理问题,指出其方法论的核心是复古与会通,即在古今问题上着力于复古,试图恢复古典汉唐法意;在中外问题上着力于会通,试图以古典中国的情理来融会贯通近代西方的法理。他对近代中国的“法理”一词,有创造性贡献。最后是余论,总结沈家本的业绩,引申其法律遗产的意义。

二、谁是《删除律例内重法折》的作者

(一) 沈家本在《删除律例内重法折》中的作用

光绪三十一年三月二十日(1905年4月24日)伍廷芳、沈家本联衔上奏《删除律例内重法折》,获得朝廷钦准,一举废除了沿袭数千年的三项酷刑重法:一是凌迟、枭首、戮尸,二是缘坐,三是刺字,^①这是中国刑罚从野蛮走向文明的关键一步,从比较法的视角上看,其堪比贝卡利亚的《论犯罪与刑罚》。该折收在沈家本的《寄簪文存》之中,以往一般将其作为研究沈氏思想的资料。近年来关于该折的作者问题,有学者提出了新观点,例如苏亦工认为“比较沈(家本)、伍(廷芳)的学术功底,此折当为二人合作之稿,但其整体框架和基本思路出于伍氏的可能性似更大些”^②,陈煜认为“该折……由伍(廷芳)占主导地位无可疑问”^③,卜正民(Timothy Brook)等认为“奏折的第一部分是伍廷芳所写……第二部分是沈家本所写”^④。这些新观点丰富了历史的细节,使得学术讨论更加深入。

但与上述新观点不同,也有别于最初学界不做辨析地将其作为资料使用,拙见认为这份具有里程碑意义的奏折乃由沈家本主导,废除酷刑重法是当时先进法律专家的共识,沈家本在这个过程中起到画龙点睛、临门一脚的关键作用。理由有以下三个方面:

首先是新资料的佐证。持新见者不曾留意到当年亲历者章宗祥的回忆中有关奏折出台的历史细节,“次为废除凌迟极刑、先斩后奏及刑讯问题。以上诸节为保护人权上万不能容之事,而沿用数千年,除刑讯问题尚有争议外,旧派亦早有不忍之心,然无有敢创议者。某日会议,余等提议:现在既改订新律,旧时沿用残酷之制必须先行革除,为人民造福。伍大赞成,谓:‘外人屡讥中国为野蛮,即指凌迟及刑讯而言。我辈既担此改革重任,大宜进言先废,于他日收回治外法权,必得好结果。’沈乃命即日草拟奏稿,旧派于凌迟及即决两端无异议。”^⑤根据章宗祥的介绍,该奏折是由他们提议,

① 参见《删除律例内重法折》,〔清〕沈家本:《历代刑法考(四)(附寄簪文存)》,邓经元、骈宇骞点校,中华书局1985年版,第2023-2028页。

② 苏亦工:《明清律典与条例》(修订版),商务印书馆2020年版,第487-488页。相比于该书的初版认为“肯定出自伍氏”(中国政法大学出版社2000年版,第351-352页),修订版的观点有所变化。

③ 陈煜:《清末新政中的修订法律馆——中国法律近代化的一段往事》,中国政法大学出版社2009年版,第207页。

④ Timothy Brook, Jérôme Bourgon & Gregory Blue, *Death by a Thousand Cuts*, Harvard University Press, 2008, p. 96. 中文译本见〔加〕卜正民、〔法〕巩涛、〔加〕格力高利:《杀千刀:中西视野下的凌迟处死》,张光润、乐凌、伍洁静译,商务印书馆2013年版,第109页。英文原著将奏折(《删除律例内重法折》)称为 edict(应为 memorial),中文译本将“奏折”翻译为“文告”,似不甚严谨。

⑤ 章宗祥:《新刑律颁布之经过》,载中国人民政治协商会议全国委员会文史资料委员会编:《文史资料存稿选编》第1册,中国文史出版社2002年版,第35页。

伍廷芳赞成，沈家本下令起草而成。章本人在此过程中的表现可以再考，^①但其关于伍廷芳和沈家本各自作用的描述在一定程度上可以作为佐证。

其次是沈家本的个人记载与性格分析。沈家本的《寄簃文存》最早是在光绪三十三年（1907年）年末出版，该版卷前写有《小引》，其中有文章渊源的介绍，“迨癸卯岁奉命修订律例，不得不研究法学之编。乃年齿日颓，不能深求学理，偶有论说，不过一隅之见。出示同人，尚不相菲薄，群来索观。儿子辈怱怱排印，以代钞胥。因取近日论说，及向日参考之所及者，益以自治奏牍数篇，都为八卷，付诸印工。若曰文也，乌足言。光绪丁未仲冬，家本自识。”^②文存的卷一收入奏折四篇，分别是《删除律例内重法折》《虚拟死罪改流徒折》《伪造外国银币设立专条折》《旗人遣军流徒各罪照民人实行发配折》。^③而对照同一时期伍、沈联衔的其他重要奏折，例如《奏请设立法律学堂折》《派员赴日考察折》《议覆江督恤刑狱折》《覆刘彭年复刑讯折》《进程诉讼律拟请先行试办折》等，^④无论排名先后，皆没有收入《寄簃文存》之中。因此《小引》所谓“自治奏牍”^⑤，可谓意味深长，正是沈家本表明心迹之说。沈氏性格乃外圆内方，其《压线编》的故事正可与《寄簃文存》的“自治奏牍”说形成印证关系。早年沈家本在刑部曾因为专业能力出色而为同僚代拟奏牍，当时虽然“以律鸣于时”却仕途不顺，他在感叹“每恨年年压金线，为他人作嫁衣裳”之余，特地将这类奏稿汇集，命名为《压线编》。^⑥上述之举可以证明沈家本对自己劳心之作非常在意，其既不夺人之美，也留心为自己正名。《删除律例内重法折》作为《寄簃文存》的首篇文章，足见其在沈家本心目中的地位。

在沈家本逝世后出版的《沈寄簃先生遗书（甲编）》虽然收入了1907年《寄簃文存》的文章，但记载了重要信息的《小引》却被删除。^⑦当前通行的中华书局版《历代刑法考》（附寄簃文存）所用的底本正是《沈寄簃先生遗书》，^⑧《小引》同样不可得见，这一关键史料的缺失可能会影响今人对此问题的判断。

最后是奏折的文本分析。有两点值得注意：第一点是奏折的旨趣。《删除律例内重法折》通过外观世情，内审国法，提出了修订法律的核心要素：仁。“仁”在奏折中一共出现14次，包括单独“仁”字2次、“仁政”7处、“仁人”2处、“不仁”3处，“仁”与“不仁”成为评价法律良窳的重要标准，凌迟等酷刑重法因此不具备合理性。特别是奏折的中心句“臣等窃维治国之道，以仁政为先，自来议刑法者，亦莫不谓裁之以义而推之以仁，然则刑法之当改重为轻，固今日仁政之要务，而即修订之

① 当时另一亲历者董康也谈到他曾建议改革刑制，并草拟奏稿，包括：（一）废止凌迟枭示；（二）免除缘坐；（三）废止刺字。参见董康：《中国修订法律之经过》，何勤华、魏琼编：《董康法学文集》，中国政法大学出版社2005年版，第461页。

② [清]沈家本：《寄簃文存》卷八，光绪三十三年（1907年）修订法律馆铅印本。

③ 李贵连编著：《沈家本年谱长编》，山东人民出版社2010年版，第207-208页。1907年版本的《寄簃文存》卷一除了奏折，还有其它两篇文章《变通行刑旧制议》《死刑惟一说》。《寄簃文存》共有三个版本，分别是光绪丁未（1907年）的《寄簃文存》、辛亥（1911年）的《寄簃文存二编》和1928或1929年的《寄簃文存》（收入《沈寄簃先生遗书》甲编之中），前两个版本是沈家本生前自己所编，第三个版本是其去世后后人整理，以前两个版本的文章为基础，略有增删而成。参见李贵连：《〈寄簃文存〉版本漫谈》，载李贵连：《近代中国法制与法学》，北京大学出版社2002年版，第478-486页。

④ 关于二人联衔奏折的梳理，可见苏亦工：《明清律典与条例》（修订版），商务印书馆2020年版，第483-485页；陈煜：《清末新政中的修订法律馆——中国法律近代化的一段往事》，中国政法大学出版社2009年版，第207页。

⑤ 李贵连教授曾提醒笔者注意“自治奏牍”四字的重要性。

⑥ 参见《压线编》“家本自记”，载徐世虹主编：《沈家本全集》（第2卷），中国政法大学出版社2008年版，第333页。

⑦ 参见李贵连：《〈寄簃文存〉版本漫谈》，载李贵连：《近代中国法制与法学》，北京大学出版社2002年版，第480页。

⑧ 邓经元、骈宇騄：《点校说明》，[清]沈家本：《历代刑法考（附寄簃文存）》（一），中华书局1985年版，第3页。

宗旨也”^①,在沈家本的另一名篇《论杀死奸夫》中,可以看到“义”与“仁”并用的类似句式,“世风浇薄,为政者闲之以义,尤贵导之以仁”。^② 相比之下,“仁”字在光绪二十四年(1898年)伍廷芳上呈的《奏请变通成法折》^③中不曾得见,在与《删除律例内重法折》有类似主张,光绪三十年(1904年)吉同钧的《上修律大臣酌除重法说帖》^④中同样不见踪迹,而在沈家本的《历代刑法考》中则多次出现“仁”字,“仁”是其评价中国历代法制的重要依据。^⑤ 综上可见,“仁”的提出更应该是沈家本的意见,而这正是奏折得以切中肯綮、会通中外,最终获得朝廷同意,新旧两派双方认可的关键一着。

第二点是奏折的主张与论据。光绪三十年(1904年)吉同钧的《上修律大臣酌除重法说帖》提出了修改中国法律的十项主张,其中包括第一项“缘坐之法宜酌改也”、第二项“凌迟、枭首、戮尸诸刑宜删除也”、第六项“刺字之条宜删减也”,^⑥除了次序与个别细节略有差异(例如吉同钧主张删减刺字,奏折是全面废除),这些主张正是《删除律例内重法折》的意见。笔者承认吉同钧说帖具有重要价值,但也要指出,早在光绪十二年(1886年),沈家本在其第一本法学著作《刺字集》的“自序”中已经介绍了刺字的历史,不仅内容要比《上修律大臣酌除重法说帖》有关刺字的部分翔实,而且可以看出沈家本对刺字滥用的批判态度,“独是良民,偶罹罗网,追悔已迟。一膺黥刺,终身戮辱,善乎?”^⑦可以说《刺字集》的编纂为后来《删除律例内重法折》废除刺字奠定了坚实的基础。^⑧《刺字集》五卷的内容是清代典章成案中有关刺字规范的分门整理,沈家本又另外汇辑古代经史典籍中有关刺字的资料,单独成《刺字考》一卷,对刺字的历史进行更为详细的整理考证,其目的“非徒考溯源流,亦藉以究其得失”,后来《刺字考》在宣统元年(1909年)编入了其《历代刑法考·刑法分考》“墨”刑的内容之中。^⑨ 以此类推,沈家本作为经世致用者,《历代刑法考》中关于古代刑罚“缘坐”“连坐”“陵迟”“枭首”“戮尸、剐尸”等内容,很可能同样是其为刑律改革所做的准备功课,因此奏折中关于这类刑罚的历史钩沉,更应该是出自沈家本。

(二)《删除律例内重法折》排名次序的背后

《删除律例内重法折》的排名次序是外务部右侍郎的伍廷芳在前,刑部左侍郎的沈家本在后,但奏折排名的先后并不能真正反映出贡献的大小。以光绪二十八年二月二十三日(1902年4月1日)两江总督刘坤一、湖广总督张之洞、直隶总督袁世凯三人联衔上奏的《会保熟悉中西律例人员沈家本等听候简用折》^⑩为例,该折中袁世凯虽然排名最后,但实际中却是他首先提议合保沈家本和伍廷

① 《删除律例内重法折》,〔清〕沈家本:《历代刑法考(四)》(附寄移文存),邓经元、骈宇骞点校,中华书局1985年版,第2024页。

② 《论杀死奸夫》,〔清〕沈家本:《历代刑法考(四)》(附寄移文存),邓经元、骈宇骞点校,中华书局1985年版,第2085页。

③ 参见丁贤俊、喻作凤编:《伍廷芳集(上册)》,中华书局1993年版,第47-50页。就笔者的阅读,苏亦工最早发现了伍廷芳这份奏折与《删除律例内重法折》的相似之处。苏亦工:《明清律典与条例》(修订版),商务印书馆2020年版,第488页。

④ 参见〔清〕吉同钧纂辑:《大清律讲义》,闫晓君整理,知识产权出版社2017年版,第312-318页。

⑤ 例如他推崇唐代法制,认为除了个别时期外,“其可谓仁矣……后代治律之士莫不以唐为法”,反之批判辽代法制,认为“与唐相考镜,其仁与暴何适相反也……后之鉴古者,但如唐之仁,毋若辽之暴”。〔清〕沈家本:《历代刑法考(一)》(附寄移文存),邓经元、骈宇骞点校,中华书局1985年版,第53、58页。

⑥ 〔清〕吉同钧纂辑:《大清律讲义》,闫晓君整理,知识产权出版社2017年版,第312-318页。

⑦ 参见《刺字集》“自序”,载徐世虹主编:《沈家本全集(第二卷)》,中国政法大学出版社2008年版,第261-262页。

⑧ 已经有学者敏锐地注意到两者的关系,参见李贵连:《沈家本传》,法律出版社2000年版,第58页。

⑨ 参见〔清〕沈家本:《历代刑法考(一)》(附寄移文存),邓经元、骈宇骞点校,中华书局1985年版,第226页。

⑩ 天津图书馆、天津社会科学院历史研究所编:《袁世凯奏议》(上册),廖一中、罗真荣整理,天津古籍出版社1987年版,第474-476页。

芳,得到刘坤一、张之洞的赞同,会奏稿也是他负责起草,^①可见袁世凯才是这份奏折的核心人物。《删除律例内重法折》的第一部分中有两点与伍廷芳相关,第一点是有“臣廷芳从前游学英国”字样,第二点是关于领事裁判权的介绍与1898年伍廷芳的《奏请变通成法折》相近,苏亦工、陈煜、卜正民等学者根据这类证据认为此处应出自伍廷芳之手,^②我认为判断可以成立。但更需要看到,第一部分的结尾句也即整个奏折的核心句,倡议推行仁政来修订法律,以及遍布整个奏折的“仁”的内容,正如之前分析所示,乃沈家本的主张;而奏折篇幅更长的第二部分是对凌迟等酷刑重法的历史梳理与批判,这些内容亦是沈家本的专长。因此,从整体上比较两人的贡献,沈氏才是这份奏折的核心人物。那么两人排名为何是伍前沈后?原因主要有三点:第一点是部门地位,清末时期伍廷芳所在的外务部要高于沈家本所在的刑部,即便彼时身份上沈家本的左侍郎要稍高于伍廷芳的右侍郎;^③第二点是效果,在当时“务期中外通行”的历史情境下由代表西学背景的伍廷芳领衔上奏可能更佳;第三点是沈家本的谦谦君子之风,两人之间正是通力合作、互相成就的关系。

我们也应该注意到在沈家本、伍廷芳之外,曾任刑部尚书的薛允升在此前《唐明律合编》《读例存疑》《刺字集序》等著述、文章中已经对古代的酷刑重法持一种含蓄否定的态度,再到当时他们的下属吉同钧、章宗祥、董康等皆提议废除,可以说废除酷刑重法是清末先进法律专家们的共识。^④但需要特别指出,共识从思想层面到付诸落实,决非易事。以吉同钧为例,他曾在光绪二十九年(1903年)有《上刑部长官减轻刑法书》,结合定张氏之监禁一案,批评《大清律例》的重法,据其自述,此举得罪了当时刑部尚书葛宝华,遭到打击报复,升迁受阻甚至被降职处分。^⑤光绪三十一年(1905年)葛宝华仍在刑部尚书任上(1901-1906年),潜在阻力仍可能存在,^⑥因此这个时段修律大臣沈家本、伍廷芳上《删除律例内重法折》,既需要把握时代发展的趋势潮流,也需要注意字里行间的修辞分寸,责任担当与谋略智慧,可谓缺一不可。

① 参见李细珠:《张之洞与清末新政研究》,上海书店出版社2003年版,第2024页。

② 苏亦工注意到这两点(苏亦工:《明清律典与条例》(修订版),商务印书馆2020年版,第488页);陈煜注意到第一点(陈煜:《清末新政中的修订法律馆——中国法律近代化的一段往事》,中国政法大学出版社2009年版,第207页);Timothy Brook, Jérôme Bourgon, Gregory Blue只提到奏折两部分各自的作者名字,没有展开论证,但我推测其很可能同样是注意到第一点。(Timothy Brook, Jérôme Bourgon & Gregory Blue, *Death by a Thousand Cuts*, Harvard University Press, 2008, p. 96.)

③ 参见苏亦工:《明清律典与条例》(修订版),商务印书馆2020年版,第485-486页。

④ 陈煜认为修律是“集体行为”,颇有洞见。(参见陈煜:《清末新政中的修订法律馆——中国法律近代化的一段往事》,中国政法大学出版社2009年版,第134页)这提醒我们不能只关注焦点人物,需要将镁光灯以外的人物纳入研究视野,但同时我们也应该认识在集体行为中不同层面人物的作用不同,需要在放宽研究视野的同时适当加以区分,注意其互动关系,从而达到更加深入的探讨。

⑤ 参见[清]吉同钧:《乐素堂文集》,闫晓君整理,法律出版社2014年版,第115-117页。

⑥ 光绪三十二年(1906年)官制改革,刑部改为法部,葛宝华由刑部尚书改任镶红旗蒙古都统。吉同钧说他“以变法裁缺落职”。[清]吉同钧:《乐素堂文集》,闫晓君整理,法律出版社2014年版,第116页。从葛宝华(1844-1910)的履历看,他在进士及第后,历任总理各国事务衙门、户部、太常寺、通政司、光禄寺、宗人府、都察院、兵部等各种职务,光绪二十七年(1901年)升任工部尚书,同年改任刑部尚书。可见他是直接空降刑部,非法律科班出身,既不同于薛允升、沈家本、吉同钧、董康等刑曹历练多年脱颖而出者,也不同于伍廷芳、章宗祥等在国外学习法律者。当然这种专业背景差别是否会影响对酷刑重法的意见,需要更多论据来支持,在此只是结合吉同钧的遭遇提出某种可能性。

三、新旧两律并行编纂的原因和沈家本的态度

(一) 预备立宪对刑律编纂的影响

从改造旧律的视角看,光绪二十九年(1903年)十一月起沈家本等开始修改条例,到光绪三十一年三月十三日(1905年4月17日)完成初步删除工作,共删除条例344条。^①光绪三十四年正月二十九日(1908年3月1日),沈家本等上奏《拟请编定〈现行刑律〉以立推行新律基础折》,建议赓续之前未竟的工作,编定《现行刑律》,在新刑律正式颁布前使用。清廷下旨由宪政编查馆会同法部议奏,同年五月二十八日(1908年6月26日),宪政编查馆奕劻等上奏同意沈家本等的提议。宣统二年四月七日(1910年5月15日),宪政编查馆和修订法律馆会奏《呈进〈现行刑律〉黄册定本请旨颁行折》,同日朝廷上谕颁行。该律采取传统《大清律例》的律例合编体例,通过删除总目、厘定刑名、节取新章、简易例文四种办法,具体采用修改、修并、移改、移并、删除、续纂、仍旧、修复八种方式,对旧律进行全面改造,其汲取了薛允升、王肯堂、沈之奇等传统律学家作品的意见,是旧律修订的集大成者,代表着传统律学的绝唱。^②

从制定新法的视角看,光绪三十三年八月二十六日(1907年9月30日)和十一月二十六日(12月30日),沈家本分别上奏了近代刑法典《大清新刑律》的总则与分则。该法由日本法学家冈田朝太郎主事,董康、章宗祥、汪荣宝等参与,采用近代刑法总则分则两编的编纂体例,确立了罪刑法定、刑罚人道主义的理念精神,体现出一定程度礼法分离的色彩,对出礼入刑、明刑弼教等礼法一体的法律观有重大修正,从而引发礼教与法理两派的论辩,史称礼法论争。该法经过内外各衙门签注,辗转于修订法律馆、法部、宪政编查馆、资政院等多个机关,历经六案,最终于宣统二年十二月二十五日(1911年1月25日)钦定颁布。^③

上述可见,属于旧律范畴的《大清现行刑律》和属于新法范畴的《大清新刑律》在时间节点上相当接近,呈现出一种齐头并进的编纂样态,在人事上例如董康、章宗祥、汪荣宝等皆参与两律的编纂。为何要在同一时期制定两部风格迥异的法典?沈家本作为修订法律大臣的立场态度如何?拙见认为新刑律并非因清末立宪而作,但预备立宪决定了新刑律的进程,造成新旧两律并纂的特殊模式。在新旧两者之间,沈家本更倾向于新刑律,编定现行刑律只是权宜之举。

从时间上看,新刑律起草要早于预备立宪。史料显示《大清新刑律》在光绪三十一年(1905年)或光绪三十二年(1906年)春即有草案出台,^④而清廷要到光绪三十二年七月十三日(1906年9月1

① 《修订法律大臣奏请先将例内应删各条分次开单进呈并清单》,载上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令》(点校本第一卷),李秀清等点校,商务印书馆2010年版,第195-196页。

② 参见陈新宇、陈煜、江照信:《中国近代法律史讲义》,九州出版社2016年版,第116-118页。

③ 参见陈新宇:《〈大清新刑律〉编纂过程中的立法权之争》,载《法学研究》2017年第2期,第198-208页。

④ 2009年孙家红在中国社会科学院法学研究所图书馆发现了光绪三十一年章宗祥、董康合纂的《刑律草案》(刑法总则的77条条文),但其经过考证认为是光绪三十二年。参见孙家红:《清末章董氏〈刑律草案〉稿本的发现和初步研究》,载《华中科技大学学报》2010年第3期。冈田朝太郎曾介绍在光绪三十二年春清廷已经有新刑律的草案,并将其命名为预备案。参见[日]冈田朝太郎「清国ノ刑法草案ニ付テ」法学志林12卷2号(1910年)。

日)才颁布《宣示预备立宪先行厘定官制谕》，开启仿行宪政，并从官制改革入手。^①在预备立宪的背景逻辑之下，新刑律被纳入其中，成为一个标志性的立法环节。

预备立宪对于刑律带来的影响主要有两个方面，首先是预备立宪的时间表对新刑律的编纂进程提出了明确的要求。光绪三十四年八月初一日(1908年8月27日)，伴随《钦定宪法大纲》的出台，清廷颁布了逐年筹备事宜清单，这份九年预备立宪清单(1908-1916)中就有关于新刑律的规定。其具体内容是：光绪三十四年(1908年)修改新刑律，修订法律大臣、法部同办；光绪三十五年(1909年)核订新刑律，宪政编查馆办；光绪三十六年(1910年)颁布新刑律，宪政编查馆、修订法律大臣同办；光绪三十九年(1913年)实行新刑律。^②到了宣统二年十二月十七日(1911年1月17日)清廷迫于压力决定缩短预备立宪期限，提前至宣统五年(1913年)(原定1916年)，《修正逐年筹备事宜清单》也修订了新刑律的相关规定。其具体内容是：宣统二年(1910年)颁布新刑律；宣统四年(1912年)实行新刑律。^③这种时限要求可以解释为什么新刑律在资政院省略三读通过总则，分则尚未议决的情况下，最终由皇帝裁可宪政编查馆奕劻等的《议决新刑律总则缮单会陈请旨》和《新刑律分则并暂行章程未经资政院议决应否遵限颁布缮具清单请旨办理》奏折，在宣统二年钦定颁布，^④从这个角度讲清廷遵守了其政治承诺。因此，尽管沈家本在光绪三十三年(1907年)年底已经上奏新刑律，仍然需要按照预备立宪清单的时间安排进行后续修改、核订等流程。

《新刑律》本身内容极富争议，在预备立宪清单出台前已经有光绪三十四年五月初七日(1908年6月5日)以学部为代表的机关在签注中提出了强烈的反对意见。^⑤因此在光绪三十四年正月二十九日(1908年3月1日)沈家本等就提出编定《现行刑律》的计划，^⑥可以说是比较稳健且富有前瞻性之举，其原因可能是在修订法律馆内部的讨论中已经可以听到反对新刑律的声音。^⑦而在该折上奏后，清廷令宪政编查馆会同法部议奏，但宪政编查馆奕劻等没有马上反馈，在过了近四个月，到五月二十八日(1908年6月26日)才表态赞成，很可能是在等待与观察内外各衙门关于新刑律的签注反应，这在一定程度上可以解读为当时的中枢机关宪政编查馆更倾向于《新刑律》，同意编定《现行刑律》是不得已而为之。

其次是制度变革分散了立法者们的精力。预备立宪要求权力分立，司法权脱离行政权而成为独立的一支。在光绪三十二年九月二十日(1906年11月6日)首先着手的官制改革中，清廷将刑部改为法部，专任司法，大理寺改为大理院，专掌审判。^⑧作为首任大理院卿兼修订法律大臣的沈家本

① 参见故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》(上册)，中华书局1979年版，第43-44页。

② 参见故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》(上册)，中华书局1979年版，第61-67页。

③ 参见故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》(上册)，中华书局1979年版，第88-92页。前后两份清单比较，新刑律颁布的时间一样，但实行的时间提前了一年。

④ 参见陈新宇：《〈钦定大清刑律〉新研究》，载《法学研究》2011年第2期。

⑤ 参见《学部原奏》，载高汉成主编：《〈大清新刑律〉立法资料汇编》，社会科学文献出版社2013年版，第187-190页。

⑥ 董康曾谈到其提出学习日本在近代刑法颁布之前先颁布《新律纲领》和《改定律例》的作法，通过修正旧律以资过渡，最终修成现行刑律。参见董康：《新旧刑律比较概论》，载何勤华、魏琼编：《董康法学文集》，中国政法大学出版社2005年版，第483页。

⑦ 吉同钧曾谈到新刑律在修订法律馆内部的讨论中其“首以不适用面相争论，并上书斥驳，无如口众我寡，势力不敌。”[清]吉同钧：《乐素堂文集》，闫晓君整理，法律出版社2014年版，第118页。

⑧ 参见《裁定奕劻等覆拟中央各衙门官制谕》，载故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》(上册)，中华书局1979年版，第471页。

需要分身去筹建近代法院体制,制定《大理院审判编制法》《法院编制法》等规范。在此期间其不可避免地陷入了权力争竞之中,先发生与法部关于司法权限的部院之争,^①后又有与法部、大理院的法律起草权之争,^②极大地牵涉了在刑律方面的精力。最初参与旧律修订者也因为官制改革“有擢升外任者,有调赴他部者”,导致该项工作“暂行中止”。^③制度转型,情势变更,人心思动,暗潮涌动,客观与主观多种因素延缓了新旧两律的进展,^④最终就是《大清现行刑律》与《大清新刑律》皆在宣统二年颁布,两者时间只差八个月,如果清廷不覆灭,现行刑律的过渡之用已不足两年(现行刑律是颁布即可施行,新刑律颁布已经是宣统二年岁末,准备在宣统四年实行)。

(二) 沈家本的态度:求新与妥协

沈家本对于新旧两律的整体态度是以新刑律为重心,但其也懂得妥协,因此务实地推动现行刑律的编定。理由有以下三点:

第一点,在迄今可见最早的新刑律草案即光绪三十一年(1905年)章宗祥、董康合纂的《刑律草案》(稿本)中,共有72条签注,其中沈家本的55条,吉同钧的17条,^⑤这可以证明沈家本很早就深度参与了新刑律的起草工作。

第二点,关于修律的宗旨,沈家本的意见是“折衷各国大同之良规,兼采近世最新之学说,而仍不戾乎我国历代相沿之礼教民情”^⑥,次序上新(大同、最新)在旧(历代相沿)前。他这番言辞似乎是针对法部尚书戴鸿慈的主张而发,后者认为“编纂大清法律全典,于守成、统一、更新三主义兼而有之”,^⑦次序上旧(守成)在新(统一、更新)前。可以想象如果负责人不同,晚清修律的风格将会大有不同。

第三点,在对待《现行刑律》的态度上,沈家本曾明确谈到,“此次编订,体例虽隐寓如为筹备宪政,模范列强,实非博采东西大同之良法,难收其效”,他更希望“臣等更当督促在事各员,将前奏《刑律草案》酌加修正,克期会奏”^⑧,可见《现行刑律》只是权宜之计而非其首选。可以与此相印证的证据是在光绪三十三年(1907年)年末出版的《寄簪文存》中,收入有《论杀死奸夫》《论威逼人致死》

① 参见李贵连:《沈家本传》,法律出版社2000年版,第234-241页。

② 参见陈新宇:《〈大清新刑律〉编纂过程中的立法权之争》,载《法学研究》2017年第2期。

③ 沈家本等:《拟请编定〈现行刑律〉以立推行新律基础折》,《钦定大清现行刑律》(点校本),陈颐点校,北京大学出版社2017年版,第9页。

④ 沈家本谈到的制度变革下人员变动以及由此带来的人心不安可以在刑部官员唐烜的日记中得到印证,利用此日记的专门研究参见李在全:《亲历清末官制改革:一位刑官的观察与因应》,载李在全:《变动时代的法律职业者》,社会科学文献出版社2018年版。《大清现行刑律》在宣统元年八月二十九日(1909年10月12日)已经告竣,但因为新的犯罪类型(窃毁铁路)增设、《法院编制法》出台、秋审制度改革等涉及到《现行刑律》相关内容的增补改动,因此需要加以时日修订,因此要到宣统二年四月初七日(1910年5月15日)才颁行。参见沈家本等:《编定〈现行刑律〉告竣谨缮具黄册恭候钦定折》,奕劻等:《核议沈家本等奏〈编定现行刑律告竣缮具黄册恭候钦定折〉》,奕劻等:《呈进〈现行刑律〉黄册定本请旨刊印颁行折》,《钦定大清现行刑律》(点校本),陈颐点校,北京大学出版社2017年版,第13-19页。

⑤ 参见孙家红:《光绪三十二年章董氏〈刑律草案〉(稿本)所附签注之研究》,载《华东政法大学学报》2010年第4期。

⑥ 《修订法律大臣沈家本等奏呈进刑律分则草案折并清单》,载上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令》(点校本第一卷),李秀清等点校,商务印书馆2010年版,第521页。

⑦ 《法部尚书戴鸿慈等奏拟修订法律办法折》,载高汉成主编:《〈大清新刑律〉立法资料汇编》,社会科学文献出版社2013年版,第15页。

⑧ 沈家本等:《编定〈现行刑律〉告竣谨缮具黄册恭候钦定折》,《钦定大清现行刑律》(点校本),陈颐点校,北京大学出版社2017年版,第13页。陈颐注意到沈家本这番话,参见《序》,第6页。

两篇重要文章,^①皆是对旧律有关条文的强烈批判,应该是沈家本为新刑律所作的功课,但是“杀死奸夫”和“威逼人致死”两律仍然保留在《大清现行刑律》之中。

综上,笔者大胆地进行推测:在光绪三十一年三月十三日(1905年4月17日)完成旧有条例的删除工作后,沈家本等借着同年三月二十日(1905年4月24日)上奏《删除律例内重法》之机,测探朝廷对于法律改革的态度,^②在获得朝廷支持肯定之后,其重心基本转移到《新刑律》方面,甚至在有意无意中停止了旧律修订工作。随后预备立宪开始,晚清新政进入改革的深水区,新刑律在编纂过程中出现新旧两派的巨大争执,面对立宪的时间表与礼教派的强烈反对,为了减轻新刑律的压力,巩固已有修律成果,沈家本等审时度势,重拾旧章,提出编定现行刑律作为过渡的中庸计划。虽然形势比人强,但《大清现行刑律》《大清新刑律》最终得以相继颁布,并预留出一定的过渡时间,从立法的角度看结果虽非完全如意,但仍可说差强人意。

四、沈家本的方法论:复古与会通

(一) 区分汉唐法制与明清法制

面对着旧律新法中蕴含着的古今中外问题,沈家本在学理上如何进行应对?需要指出,沈家本不是学院派的法学理论家,而是躬身立法、司法等领域的法律实践家,他在解决具体问题中阐发其理论,因此需要从其著述中去发掘、引申与建构其方法论。

近代法的古今中外问题蕴含着四个维度,即古中、古外、今中、今外。所谓古今,主要是历史问题,所谓中外,主要是文化问题。沈家本方法论的核心意旨是在古今问题上着力于复古,即辨析中国法制的汉唐与明清之别,试图恢复古典法意;在中外问题着力于会通,即不拘于中外有别的成见,试图以古典中国的情理来融会贯通近代西方的法理。

沈家本是一个有着历史意识的法学家,其以历史动态、多元的视角来看待中外法制。例如其在筹办近代监狱时,注意到西方监狱背后的理念从“苦人、辱人”到“感化”的演变规律;^③其在分析西方各国刑法对自杀者处以重罪的同时,也留意希腊斯托伊克(应即斯多葛学派)对此主张无罪说的不同意见;^④其在梳理西方学术源流时,提到希腊、罗马的渊源作用;^⑤其考核欧美与日本各国死刑时,指出其从“从前极为惨虐”到“近年则日从减轻”的发展趋势^⑥。

相比于对外国法制历史的留心,沈家本对中国法制历史的爬梳整理用功更勤,其曾陆续刊刻《唐律疏议》《明律》《宋刑统》《洗冤集录》《读例存疑》《汉律摭遗》等古代法典和律学著作。一个有意思的现象是,《唐律疏议》刊印于光绪十六年(1890年)十二月,《汉律摭遗》付梓于民国元年(1912

① 李贵连编著:《沈家本年谱长编》,山东人民出版社2010年版,第208页。

② 董康曾谈到,“康建议……今欲中外书一,须从改革刑制始,如蒙俞允,始知朝廷非虚应故事也。”董康:《中国修订法律之经过》,载何勤华、魏琼编:《董康法学文集》,中国政法大学出版社2005年版,第461页。

③ 参见《监狱访问录序》,[清]沈家本:《历代刑法考(附寄移文存)》(四),邓经元、骈宇骞点校,中华书局1985年版,第2238页。

④ 参见《论威逼人致死》,[清]沈家本:《历代刑法考(附寄移文存)》(四),邓经元、骈宇骞点校,中华书局1985年版,第2089页。

⑤ 参见《政法类典序》,[清]沈家本:《历代刑法考(附寄移文存)》(四),邓经元、骈宇骞点校,中华书局1985年版,第2241页。

⑥ 参见《虚拟死罪改为流徒折》,[清]沈家本:《历代刑法考(附寄移文存)》(四),邓经元、骈宇骞点校,中华书局1985年版,第2028页。

年),两者一个在清末法律改革之前,一个在清廷覆灭之后,可以说无论是否已经受到西法影响,无论清廷是否存在,通过研究汉唐法制来探索三代之法的古典法意是沈家本思想一以贯之的内在理路,对此沈家本在生前最后的著述《汉律摭遗》的序中有精辟的总结:“《汉律》正多古意,非犹为三代先王之法之遗留者乎。历代之律存于今者唯《唐律》,而古今律之得其中者亦唯《唐律》,唯其尚得三代先王之遗意也。《唐律》之承用汉律者不可枚举……是则求《唐律》之根源,更不可不研究夫《汉律》矣。”^①可见由唐趋汉,他的旨趣正是复古三代之法。传世的法典《唐律》得古今之平,符合仁的要义,能够体现三代之法的法意,因此在立法进程争议条文的讨论中,沈家本经常以唐律作为标准进行检验。例如,在讨论“杀死奸夫”律时,他指出《唐律》无杀奸之条,《唐律·捕亡》的“不言请辄捕”律规定对奸人非持杖拒捍者不得辄杀,否定“杀死奸夫”条文的合理性;其辨析《唐律·贼盗》的“夜无故入人家”律的律意并无包含杀死奸夫之义,批驳以“夜无故入人家”律来支持“杀死奸夫”者。^②又例如,在讨论“威逼人致死”律时,沈家本指出《唐律》没有甲自尽而乙抵命的条文,以此质疑后世立法的合理性。^③在沈家本的语境里,《唐律》既然是正面推崇的典范,那么专门设置“杀死奸夫”“威逼人致死”等唐律所无条文的明律就成了反面批判的靶子,而承续明制的清律自然是不言自明的改革对象。因此,汉唐律与明清律分别成为其肯定与否定的两种类型。

(二)从构建“法理”到立足“情理”

面对更为复杂棘手的中外会通问题,沈家本选择了“法理”和“情理”两个关键词汇。

他对“法理”的使用,大致可以分为三个阶段。第一个阶段,虽然西学已经输入且有所影响,但其主要仍在中国古典词汇固有涵义下使用“法理”一词。有学者考证,沈家本在光绪己亥(1899年)秋为清末大型案例集《刑案汇览三编》所写的序中,首次使用“法理”一词。^④“顾或者曰:今日法理之学,日有新发明,穷变通久,气运将至,此编虽详备,陈迹耳,故纸尔。余谓: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。”^⑤此时的沈家本,正在保定知府任上,这段文字是其在法律新思潮学说纷沓而至的时代背景下,对是否有必要费心编辑古典刑案质疑的回应。中国古代的“法理”一词,有三种含义:(一)法则、原理。汉王充《论衡·骨相》:“非徒富贵贫贱有骨体也,而操行清浊亦有法理。”指形成人的品德的法则。(二)法律、道理。《后汉书·七六·王涣传》:“其冤嫌久讼,历政所不断,法理所难平者,莫不曲尽情诈,压塞群疑。”《南齐书·孔稚珪传》上表:“臣闻匠万物者,以绳墨为正,驭大国者,以法理为本。”(三)佛教语。指佛法的道理。《晋书·王珣传》:“时有外国沙门名提婆,妙解法理,为珣兄弟讲《毗昙经》。”

① 《汉律摭遗自序》,〔清〕沈家本:《历代刑法考(附寄谕文存)》(四),邓经元、骈宇骞点校,中华书局1985年版,第2230页。

② 参见《论杀死奸夫》,〔清〕沈家本:《历代刑法考(附寄谕文存)》(四),邓经元、骈宇骞点校,中华书局1985年版,第2083-2087页。沈家本虽然在没有具体指明何人举《唐律》“夜无故入人家”律来支持“杀死奸夫”合理性(只是说“解之者曰”、“或又曰”),但根据笔者的阅读来看,其中应该包括吉同钧。吉同钧认为唐律之所以没有“杀死奸夫”律,是因为该律的规定散见于其它条文之中,例如“登时杀死奸夫,已有夜无故入人家杀死勿论之律”。参见吉同钧纂辑:《大清律讲义》,闫晓君整理,知识产权出版社2017年版,第111页。

③ 参见《论威逼人致死》,〔清〕沈家本:《历代刑法考(附寄谕文存)》(四),邓经元、骈宇骞点校,中华书局1985年版,第2088页。

④ 参见李贵连:《沈家本评传》,中国民主法制出版社2016年版,第141页。

⑤ 《刑案汇览三编序》,〔清〕沈家本:《历代刑法考(附寄谕文存)》(四),邓经元、骈宇骞点校,中华书局1985年版,第2225页。

①这里沈家本的“法理之学”，更接近第二种的“法律”之义。可以与此相印证的是近代中国第一篇倡言中国应研究法学的论作——1898年梁启超的《论中国宜讲求法律之学》，②梁启超提出“吾愿发明西人法律之学，以文明我中国，又愿发明吾圣人法律之学，以文明吾地球。”③究其语境，沈家本的“法理之学”应即梁启超的“法律之学”，沈家本的“新发明”应指梁启超的“发明”。而中文世界里明确区分法律与法理两个概念，目前可见最早的文献要到1902年攻法子的《法律与法理之别》，“何谓法律，法律者规则之谓。何谓法理，法理者规则之原理之谓。盖法律其当然，而规则者其所以然也。其法理如是，故法律必由此而定，惟其法律如是，故法理亦因此而出。两者盖相交济，而其区别则显然也。”④但也要看到，虽然这时沈家本的“法理”指的只是“法律”，但其单独使用的“理”“新理”已经涉及到对法律背后的原理、学说等问题的思考。

第二个阶段，伴随孟德斯鸠及其《法意》（今译为《论法的精神》）的介绍与翻译，沈家本主要受到严复译本及其案语的影响，并对“法理”一词进行创造性的诠释，赋予其“义序礼情”的内涵。

沈家本曾讲到，“近世纪欧洲学者孟德斯鸠之伦，发明法理”，⑤说明其关注孟德斯鸠。严复翻译的孟德斯鸠《法意》共七册，于1904年至1909年陆续由商务印书馆出版，其中前三册出版于1904年。⑥沈家本在光绪三十二年（1906年）的《新译法规大全序》中谈及，“说者谓西文‘法’字，于中文有理、礼、法、制之异译，不专指刑法一端”，⑦这里的“说者”，显然指严复。严复不仅翻译孟德斯鸠的书，而且在译文以外，通过案语的方式表达自己的见解，他在案语中指出，“西文‘法’字，于中文有理、礼、法、制四者之异译，学者审之”，⑧又，“西人所谓法者，实兼中国之礼典。中国有礼、刑之分，以谓礼防未然，刑惩已失。而西人则谓凡著在方策，而以令一国之必从者，通谓法典。”⑨沈家本序文的这一句话，分别是直接和间接出自严复的《法意》案语，可以佐证严复译本对其的影响。

严复翻译的《法意》，第一卷《法律通论》的第一段便是说明“法”与“理”的密切联系：

“法，自其最大之义而言，出于万物自然之理。盖自天生万物，有伦有脊，既为伦脊，法自弥纶，不待施設。宇宙无无法之物，物立而法形焉。天有天理，形气有形气之理。形而上者固有其理，形而下者亦有其理。乃至禽兽草木，莫不皆然，而于人尤著。有理斯有法矣。”

对于这段话，严复的案语是“儒所谓理，佛所谓法，法理初非二物”。⑩

目前可见《论法的精神》最早的中译本，是刊登于1900-1901年的《译书汇编》杂志上的《万法

① 《辞源》（修订本重排版下册），商务印书馆2010年版，第1912页。

② 参见李贵连：《20世纪初期的中国法学》，载《中外法学》1997年第2期。

③ 参见梁启超：《论中国宜讲求法律之学》，载《湘报》1898年第5号。

④ 攻法子：《法律与法理之别》，载《译书汇编》1902年第2卷第9期，第120-121页。

⑤ 《法学会杂志序》，[清]沈家本：《历代刑法考（附寄移文存）》（四），邓经元、骈宇骞点校，中华书局1985年版，第2244页。

⑥ 参见王杖主编：《严复集》（第1册），中华书局1986年版，第144页之脚注。

⑦ 《新译法规大全序》，[清]沈家本：《历代刑法考（附寄移文存）》（四），邓经元、骈宇骞点校，中华书局1985年版，第2242页。《寄移文存》没有标明该序文的时间，但《新译日本法规大全》于1907年由商务印书馆出版，书中沈家本的序附有时间，为“光绪三十二年冬仲”。参见《新译日本法规大全》（点校本第一卷），何佳馨点校，商务印书馆2007年版，第9页。

⑧ [法]孟德斯鸠：《法意》（上册），严复译，商务印书馆1981年版，第3页。

⑨ [法]孟德斯鸠：《法意》（上册），严复译，商务印书馆1981年版，第7页。

⑩ [法]孟德斯鸠：《法意》（上册），严复译，商务印书馆1981年版，第1页。

精理》。^①两者对照,同一段话译文的最大区别是没有严复译本的“理”字,《万法精理》的翻译是:

“人有恒言,皆曰气数。一若天壤间事事物物,皆出于造化之无心也者。呜呼,妄哉是言也。问两间万物,有出于偶然者乎,无有也。有绝无法纪而能生存者乎,无有也。故法也者,不可须臾离也,可离非法也。神灵也,人类也,以至飞者走者游者泳者,其所恃以立者皆法也。”^②

《译书汇编》由中国最早的留日学生所创办,这个译本应该是根据日文译本而来,沈家本的“法理”应该没有参考到《万法精理》这个译本。

对于理与法的关系,严复还有一段重要案语:

“孟氏意谓,一切法皆成于自然,独人道有自为之法。然法之立也,必以理为之原。先有是非,而后有法,非法立而后以离合见是非也……盖在中文,物有是非谓之理,国有禁令谓之法,而西文则通谓之法,故人意遂若理法同物,而人事本无所谓是非,专以法之所许所禁为是非者,此理想之累于文字者也。”

从译文的“法”与“理”关系密切,到案语的“法理初非二物”“法之立也,必以理为之原”“物有是非谓之理,国有禁令谓之法”,可以推测沈家本很可能是在严复译本的影响下,接纳了“法理”一词,并将其定义为“法律的原理”,“是非”之理成为法律的评价(价值)标准。

《论杀死奸夫》是沈家本运用“法理”最典型的例证。他批判明清律所谓丈夫杀死奸夫奸妇无罪的立法,提出了心目中关于良法的重要命题,“窃谓后人立法,必胜于前人,方可行之无弊。若设一律,而未能尽合乎法理,又未能有益于政治、风俗、民生,则何贵乎有此法也”。^③沈家本对“法理”的贡献有两个方面,首先,使得“法理”成为一个法的内在价值标准,与政治、风俗与民生等外部因素一起构成评价良法的综合视角。

其次,使得“法理”成为一个分析式、可以实践的概念。该“法理”由四种要素构成,分别是义、序、礼、情,用现代的话语来说,就是正义、公平、伦理、人性。在此沈家本展现出对历代法条极为熟稔的素养,立足于规则是其论证的特色。关于“义”,他列举出唐、元、明律关于和奸者皆没有死刑,因此丈夫杀死罪不至死的奸夫奸妇不具合法性,这种杀人行径有罪却不追责有悖正义,不符合法理。关于“序”,他指出官司差人擅自杀死应判死罪之人,尚且要被判处杖刑,丈夫杀死只是应判杖罪的奸夫奸妇,却可以无罪,法律体系内部轻重失衡,有悖公平,不符合法理。关于“礼”,他指出依据礼,妇人淫佚是“七出”的理由之一,以礼入法,写入《户律》出妻的条文,并无死罪,明律甚至规定如果有“三不去者”即便淫佚也不许出妻。君子绝交尚且不出恶声,更何况对于妻子,因此允许丈夫杀死与人通奸的妻子,有悖伦理,不符合法理。关于“情”,他指出好生恶杀是人之常情,更何况事关家人,决无立置死地的道理。之所以有亲属相为容隐之律,就是考虑到父母、兄弟、子女、夫妻等之间,如果要求互相检举,则情不能安,有悖人性,不符合法理。^④或许正是因为就法论法,不同于政

① 该译本是节译本,翻译了前4卷,第1-2卷于《译书汇编》1900年第1期;第3卷于1901年第2期,第4卷于1901年第3期。

② 《译书汇编》1900年第1期,第36页。

③ 《论杀死奸夫》,[清]沈家本:《历代刑法考(附寄谕文存)》(四),邓经元、骈宇骞点校,中华书局1985年版,第2084页。

④ 参见《论杀死奸夫》,[清]沈家本:《历代刑法考(附寄谕文存)》(四),邓经元、骈宇骞点校,中华书局1985年版,第2084-2085页。

治、风俗和民生等外部因素，沈家本才会用“法律之原理”^①而不是“法的原理”来定义“法理”。

需要指出，在1902年梁启超已经发表《法理学大家孟德斯鸠之学说》、1904年时又有《中国法理学发达史论》，已经有“法理(学)”一词，但从梁启超介绍“孟德斯鸠……研究法理学”^②来看，其很可能是受到日本学者穗积陈重的影响。明治十四年(1881年)穗积陈重对于东京开成学校法学科目中的“法论”名称不甚满意，认为佛家已有“法谈”一词，“法论”佛教气息浓厚，而且以“论”为科目名称也不适合，同时认为从德文 Rechtsphilosophie 翻译而来的“法律哲学”局限于形而上学，在综合权衡之下，最终创造了“法理学”一词。^③这里的“法理学”，毋宁是学科意义上的广义“法理”，以梁启超的《中国法理学发达史论》为例，其包括“法之起因”“法字之语源”“旧学派(即儒、道、墨家)关于法之观念”“法治主义之发生”等内容，与沈家本相对狭义、主要指价值标准的“法理”并不相同。

第三个阶段，沈家本以古典中国的“情理”会通近代西方的“法理”。

一个此前未曾发现的有趣现象是，“法理”是沈家本批判中律的武器，而“情理”则是其批判西法的武器。在《论威逼人致死》中，沈家本展示了其批判性的思维，其既批评明清律“威逼人致死”中强调自尽抵命的不合理之处，也以“情理”质疑西法所谓自杀为重罪：“若西人自杀为重罪之说，在彼国之论者，已不以为然，如斯托伊克之说是也。而墨守宗教者，犹坚持此说。揆诸情理，实有未安。人所受之苦难万不能堪而出于死，此最可哀可矜之事。今不哀之矜之，而反加之以罪，仁人之心，必不出此。于礼不过不吊而已，不吊者而大辱之，此不合于人情者也。人之有罪，必其有害于世，不乐生而甘于死，于世乎何害而必罪之，夺其财产、光荣而屏弃之，此不合于天理者也。且于死者而有知，饮恨黄泉，忍与终古，使死者而无知，即处重罪，乌足为戒？彼杀人之犯未论决而自杀，即无余罪之可料。自杀之人本无罪，反较杀人者之责备为刻。中律故自伤残者有罪，如犯罪待对，(杖一百。诈病死伤避事律。)恐吓诈赖人，(杖八十，同上。)避征役，(罪止杖一百。从征违期律。)此等人若应伤残而致死，并无治罪之文，盖以其人已死，罪已无可加也。夫以有罪之人而自杀尚无罪之可加，乃以无罪之人而自杀反有罪之难免，岂情也哉？其理也哉？此西法之可议者也。”^④

“不合于天理”与“不合于人情”是沈家本批评西法以自杀为重罪的理由，沈家本了解该西法的宗教背景，认为“不足取法”。他运用“情理”的论证，同样可以归纳为该西法违反了义(自杀本是苦难反而被定罪)、序(法律体系轻重失衡)、礼(不符合礼义)、情(有悖仁人之心)的“法理”四要素，可见“情理”与“法理”存在某种契合之处。从写作时间上，《论杀死奸夫》与《论威逼人致死》前后相继，^⑤从关键词使用上，“法理”与“情理”接踵相连，寓意着沈家本对于如何会通中外法律持续深入的思考。

① 《论杀死奸夫》，[清]沈家本：《历代刑法考(附寄移文存)》(四)，邓经元、骈宇騫点校，中华书局1985年版，第2085页。沈家本小结，“以上是四端，皆于法律之原理有未能尽合者也”。

② 《梁启超法文学集》，中国政法大学出版社2000年版，第17页。

③ 参见[日]穗积陈重《法窓夜話》，(岩波書店，1980)174-175页；何勤华等：《法律名词的起源》(上)，北京大学出版社2009年版，第19-22页，本文引用部分的作者是江玉林。

④ 《论威逼人致死》，[清]沈家本：《历代刑法考(附寄移文存)》(四)，邓经元、骈宇騫点校，中华书局1985年版，第2091-2092页。

⑤ 两文是沈家本围绕《大清新刑律》的制定，对旧律的批判而写，时间推测约在1906-1907年间。从《大清律例》的条文次序上看，“杀死奸夫”和“威逼人致死”分别是律第285条和第299条，《寄移文存》两文的次序正好前后相连，无独有偶，吉同钧的《书旧律杀死奸夫门后》和《刑律缘宗教而生与宗教相表里论》(《乐素堂文集》)两文同样如此，在一定程度上可以证明两人在这些问题上有过论辩。

这种思考,在其宣统三年(1911年)的《法学名著序》中有了精辟的总结:“新学往往从旧学推演而出,事变愈多,法理愈密,然大要总不外‘情理’二字。无论旧学、新学,不能舍情理而别为法也,所贵融会而贯通之。”^①

一个值得细品的现象是,沈家本作为一个不通外语,未曾出访外国的法学家,主要通过阅读翻译著述和留学生介绍来了解外国情况,这一方面可能是他的劣势,另一个方面也可能是他的优势,使得他能够不囿于留学所在国的法学背景的束缚,更为客观合理选择借鉴外国法,这与中国近代以来留学归国者,多主张借鉴其留学国家的制度与学术,“路径依赖”之下有时不免偏颇,形成鲜明对比。

五、余论

在近代中国法律转型时期,废除凌迟等酷刑重法是清末先进法律专家们的共识,《删除律例内重法折》是中国刑罚从野蛮迈向文明的关键一步,这份可以名垂青史的奏折由沈家本主导,他在其中起到画龙点睛、临门一脚的关键作用。在通过《删除律例内重法折》测探清廷改革决心之后,沈家本开始编纂近代刑法典《大清新刑律》,因为随后清廷开启预备立宪,新刑律被纳入了预备立宪的清单之中。面对立宪时间表的具体要求与礼教派对新刑律的猛烈抨击,沈家本展示了现实的理想主义者的灵活一面,为了减轻新刑律的压力,巩固已有修律成果,他务实地提出编定古典律例模式的《现行刑律》作为过渡的计划,近代刑事立法因此出现了属于旧律范畴的《大清现行刑律》和属于新法范畴的《大清新刑律》并行编纂、相继颁布的独特现象。他的妥协,不是无原则底线,乡愿式的屈从,而是具有前瞻意识,最大程度凝聚共识推进改革的手段。

旧律新法蕴含着复杂的古今中外问题,沈家本的方法论是复古与会通,即在古今方面着力于复古,辨析中国法制的汉唐与明清之别,试图恢复古典法意;在中外方面着力于会通,不拘于中外有别的成见,试图以古典中国的情理来融会贯通近代西方的法理。他受严复《法意》译本及其案语的影响而使用近代意义上的“法理”一词,并创造性地赋予其“义、序、礼、情”的内涵,使法律具有正义、公平、伦理、人性的价值标准,这是中外得以会通的生花妙笔。沈家本的复古观,不同于康有为、梁启超的托古改制,毋宁是信而好古,《汉律摭遗》作为其在民国肇建后归隐枕碧楼而作的生平最后一书,表现其对中国古典法意的推崇,就是最好的佐证。他的会通观,乃以古典中国的情理为基础,彰显其仁(人)本主义的法律观,体现了立足中国法文化本位的思考。

沈家本是一个具有时代意识的法学家,这正是其有别于吉同钧等旧律学者之处,他深厚的律学功底和经史知识,又使其在大变革时代仍然具有自我意识,即中国古典法律的自信与法律文化的自觉。正是在这种时代意识和自我意识之下,他能够以开阔的胸襟格局坦荡地说出,“古今中外之见,又何必存哉。”^②

当沈家本驾鹤西归后,礼法论争中的对手陈宝琛给其画像题诗《悼子惇仁兄》的最后一句是“一

^① 《法学名著序》,〔清〕沈家本:《历代刑法考(附寄移文存)》(四),邓经元、骈宇骞点校,中华书局1985年版,第2240页。

^② 《裁判访问录序》,〔清〕沈家本:《历代刑法考(附寄移文存)》(四),邓经元、骈宇骞点校,中华书局1985年版,第2237页。

幅萧闲巾服在,典型长与世人瞻”。^①在当前流传下来的沈家本照片中,似乎未见其官服照,从这个角度讲,他在本质上可谓“毕竟是书生”。已故的法史学家黄静嘉曾在沈家本诞辰 150 周年之际,称其为“法制现代化之父”^②,后又提出“沈学(寄谥)”^③之说,沈家本研究曾在学界有过一阵热潮,虽然不乏李贵连教授等人的沉潜耕耘之作,但更多的则是虚火,或者是将其标签化,或者是陷入某种似是而非的无谓之争,从某种程度上讲,可谓“沈家本像立而沈家本学衰”,对于黄静嘉先生的命题仍然没有很好的回应,沈家本“书生意气,挥斥方遒”的潜德幽光和法律遗产,仍可待深度阐发与认真继承。■

A Way to Deal With the Issue of Legal Transition: Shen Jiaben and the Criminal Law's Transformation in the Late Qing Dynasty

CHEN Xin-yu

(Law School, Tsinghua University, Beijing 100084, China)

Abstract: This article takes the transformation of criminal law in the late Qing Dynasty as perspective to explore Shen Jiaben's response to legal transition in modern China. The study found that the The Memorial Concerning Deleting The Cruel Punishment, which give rise to academic dispute over the author, was led by Shen Jiaben. The abolition of the heavy cruel punishment such as Ling Chi was the consensus of advanced legal experts in the late Qing Dynasty, and Shen Jiaben played a key role in making the finishing point and putting the finishing touch. The preparation of Constitutionalism in the late Qing dynasty had a significant impact on the compilation process of The New Criminal Law Of Qing Dynasty. In this regard, Shen Jiaben pragmatically proposed that the compilation of the Current Criminal Law of the Great Qing Dynasty as a transitional plan. As a result, a unique phenomenon of the parallel compilation of the traditional and modern criminal laws appeared in the criminal legislation period. Facing the ancient and modern, Chinese and foreign problems contained in the old laws and new laws, Shen Jiaben, in the ancient and modern aspect, try to restore the classical legal meaning by distinguishing the difference between the Han/Tang Dynasties and Ming /Qing Dynasties legal system; in the ancient and modern aspects, he focuses on understanding, regardless of the prejudices of China and foreign countries, trying to use the classical Chinese reason to understand the modern Western jurisprudence. He made creative contributions to the term “jurisprudence”(Fa Li) in modern times.

Key Words: Shen Jiaben; legal transition, ancient and modern times; Chinese and foreign; jurisprudence

本文责任编辑:董彦斌

① 参见沈厚铎:《端午之祭》,载《法治周末》2020年6月25日,第15版。

② 黄静嘉:《沈家本年谱长编序》,李贵连编著:《沈家本年谱长编》,山东人民出版社2010年版,第1页。该年谱长编最早由台湾成文出版社于1992年9月出版。

③ 黄静嘉:《沈家本传序》,李贵连:《沈家本传》,法律出版社2000年版,第3页。