

沈家本“情理法”观所代表的近代转捩

——与薛允升、樊增祥的比较

霍存福*

目次

- 一、薛允升、沈家本与樊增祥“情理法”观之同
- 二、沈家本与薛允升、樊增祥“情理法”观之异
- 三、沈家本的机遇和努力所引致的三人成就差异

摘要 在中国,“情理法”观念或思想贯串古代、近代、现代三个时代。近代沈家本、现代谢觉哉,各代表一大转捩点。处在中西、新旧两个转捩点上的沈家本,一方面努力寻找中西法律、法学之“形成基础”的差异性——经验与学理,俾其互补;另一方面更注意发掘中西法律、法学之“构成基础”的共同性——情理,使其互鉴;得出“新学往往从旧学推演而出”,“然大要总不外‘情理’二字”,及“无论旧学、新学,不能舍情理而别为法也”的重要结论,并提出“融会贯通”中西的策略,形成了建基于传统并希图超越传统的新型“情理法”观。“情理法”是古代中国的法哲学问题。当今的我们,要促进这一具有深厚历史积淀的思想、理论得到拓展、升华,使其在全新的环境下得到创造性转化和创新性发展。

关键词 沈家本 情理法观 薛允升 樊增祥

从古自今的“情理法”观念史,是中国政治法律思想和文化的一大特色。梳理中国的“情理法”观念史,在近代和现代各有一大转捩点,需要特别关注。第一个节点,是清末变法期间,处在中(中华法系)西(大陆法系、英美法系)两大法系、新旧两种法律文化在中国发生碰撞、冲突、交汇点的沈家本;第二个节点,是中国共产党领导的中国革命和建设时期,处在新旧社会、新旧思想、新旧法律交替鼎革期的谢觉哉。限于篇幅,本文仅以沈家本为考察对象。欲说明沈家本“情理法”观在近代转捩上的作为、贡献,一个好的办法,是比较他与同时代人的言行。在这点上,薛允升、樊增祥是两个很好的比较对象。下文即以三者的比较来考察“情理法”观在近代的转变。

* 霍存福,沈阳师范大学法学院教授,法学博士。本文系国家社科基金重大项目“法治文化的传统资源及其创造性转化研究”(项目号 14ZDC023)的阶段性研究成果。

一、薛允升、沈家本与樊增祥“情理法”观之同

薛允升、沈家本、樊增祥这“清末三大家”，薛允升以唐明律、明清律例研究为主，著作《唐明律合编》《读例存疑》均是以法典分析为对象的，偏重立法层面。樊增祥著述以批词、判词为主，《樊山批判》《樊山政书》皆侧重司法层面的法律运用。二人相辅相成，既相反对，又相互补充。沈家本著述考索制度变迁，后来更注目中西比较，《历代刑法考》《寄篋文存》即是。因而，“清末三大家”在论议“情理法”问题时，角度、视点有同有不同。在道理上，“情理法”是一个关系范畴或关系概念，展示的是三个事物之间的三维度关系。薛、沈、樊三人一方面谈论“天理、国法、人情”，以及法律中的“情理”，“情理法”的三维度讨论是其重心；另一方面，他们谈论更多的是探讨“情法”两者的二维度关系。当然，“情法”的二维语境实际也离不开“情理法”的三维语境。

（一）“情理法”的三维视域

1. 薛允升论“情理法”

制度符合天理、国法、人情，自然是最好的。南朝刘宋文帝时，确立了一个“不令子孙为父祖犯罪作证”的制度，以为作证之事“亏教伤情义，莫此为大”，遂规定“自今不须责家人下辞”。薛允升评价此制“天理、国法、人情，悉尽之矣”，^{〔1〕}或“天理、国法、人情三者俱备，盖良法美意也。”^{〔2〕}

薛允升批评明朝法律，常用“天理、人情”为尺度。比如法律繁简，明末清初顾炎武曾有过议论，薛允升说：“观于顾氏此论，明代法律之未惬人意，即可想而知矣。鄙意谓《律》存十分之六七，《例》存十分之二三，足敷引用。其余不合天理、人情，及苛刻显著、彼此舛异者，俱行删除。或亦简便之一道欤？”^{〔3〕}薛允升说，明代“律已繁多，条例更甚，千头万绪，彼此抵牾之处，尤不一而足”，认为其中“苛刻显著”的、“彼此舛异”的，尤其是“不合天理、人情”的三类，可以一律删除。这当然也适用于清朝律例。清律例沿自明制，至同治九年（1870年），例的数量增至1892条，是明律附例的5倍；明律律条附例仅一二条，清律有增至数十条者。^{〔4〕}

对律例予以肯定性评价，薛允升也采用“天理、人情”角度。在论到明代《问刑条例》中的仓粮损耗规定时，薛允升说：“此准情酌理之法也。”^{〔5〕}因为《问刑条例》比《明令》规定的折耗更周全。《唐明律合编》中，他常对明律提出“不近情理”“无情理”“非情理”“情理安在”等批评，或者指出明律行文方面的不妥，或指出其规定内容的不当。而在《读例存疑》中，他对清代的17个条例，分别指责其“非情理”“无情理”“于情理未协”“情理难通”等，希望在将来修例时予以改正。

2. 沈家本论“情理法”

对法律予以是否符合情理的评价，是沈家本论法的立场。比如，犯罪存留养亲，《魏书·高祖纪》载太和十八年诏：“诸北城人，年满七十以上及废疾之徒，校其元犯，以准新律，事当从坐者，听一身还乡，又令一子扶养，终命之后，乃遣归边；自余之处，如此之犯，年八十以上，皆听还。”沈家本以为“此

〔1〕（清）薛允升：《唐明律合编》卷六，怀效锋、李鸣点校，法律出版社1999年版，第85页。

〔2〕（清）薛允升：《唐明律合编》卷二九，怀效锋、李鸣点校，法律出版社1999年版，第789页。

〔3〕（清）薛允升：《唐明律合编》卷十，怀效锋、李鸣点校，法律出版社1999年版，第202页。

〔4〕黄静嘉：《薛著〈读例存疑〉重刊本序》，载（清）薛允升著述：重刊本《读例存疑》，黄静嘉编校，台北成文出版社1970年版，第一册，第4页。

〔5〕（清）薛允升：《唐明律合编》卷十五下，怀效锋、李鸣点校，法律出版社1999年版，第380页。

即今留养之例”。对于这一首创制度的立意,沈家本说:“留养乃闵其亲老,非以犯罪者情可恕也。‘终命仍遣归边’,自合情理,一释不问,太宽矣。”〔6〕“悯其亲老”,是国家立法的怜悯之“情”,而不是由于犯罪有可恕的客观情节存在。所以,一旦老亲死亡,留养者仍应遣发边地,继续其被中断的惩罚,这样处理才符合“情理”;而像明清时对留养者“一释不问”,处分就太宽了,自然也不合情理。

沈家本曾对唐代一个争议颇大的案件作过评论。唐穆宗长庆二年(822年)发生的姚文秀杀妻案,刑部与大理寺会同决断:“准《律》:‘非因斗争,无事而杀’者,名为‘故杀’。今姚文秀有事而杀者,则非‘故杀’。”但大理司直崔元式有异议,提出:“准《律》:‘相争为斗,相击为殴’,交斗致死,始名‘斗杀’。今阿王被打狼籍,以致于死;姚文秀检验身上,一无损伤,则不得名为‘相击’。阿王当夜已死,何名‘相争’?既非斗争,又蓄怨怒,即是‘故杀’者。”

白居易赞成崔元式,对刑部、大理寺判决予以驳斥,建议对姚文秀论以“故杀”之罪。沈家本赞成白居易意见,更明确地指出这种分析体现的是一种“情理法”的分析模式:“姚文秀之案,死者被打狼籍,议者拟以‘故杀’,亦以论事、论理、论情,皆难谓之为‘斗’”,〔7〕“事”“理”“情”被同时提到。

3. 樊增祥论“情理法”

学界研究樊增祥不多,涉及其“情理法”观的就更少。何勤华教授曾就收文455件的《樊山判牍》,从其“尚无判决意见的禀词、呈词”中,看出“樊增祥在受理各案时的法律意识和法律观念是很强的”。因为即使“在处理家庭赡养、婚姻、继承、时效、立嗣、借贷、民事诉讼、土地纠纷等一系列民事案件时,适用的准则几乎都是《大清律例》上有规定的条文”,并列了樊山在22个判牍中所适用的许多具体法律规定以及一系列法律原则的细节。这是樊山之“法”。那么,“情理”如何呢?何勤华教授详细列示了樊增祥诠释“情理”具体含义的14个案例。〔8〕这种具体指出“情理”内涵的研究方式,极具启发意义。樊山的“情理法”观,散见于其批词、判词中,只有穷尽罗列,才能得其全貌。

在行政事务的处理上,樊山“情、理、法”并提。《批罪犯习艺所龙令云藻禀》云:“查外县皆令监犯习艺,从无在司库请款者”。“国计有常,库储不易,情、理与法三者皆讲不去”。最后意见是“本司不管”,〔9〕驳回了其请求。

在司法方面,樊山主张断案须满足“情、理、法”三方面的要求,并且以为,只有高明的官吏才能做到这一点。《批长武县李令焕墀词讼册》云:“崔阎氏被其恶姑洪氏折磨欲死,荒年逃外,改嫁张岐娃为妻,生有子女”。五年以后,“该泼妇以奸拐控案”。该县“关传质明”,“断归后夫”。况阎氏在崔家为童养媳,则“归后夫为从一,而归前夫转成再醮也”。李县令判词“于理、于例、于人情,无不推求至当,夫岂俗吏所能耶?”建议“登秦报,以志欣赏”。〔10〕

“于理、于例、于人情,无不推求至当”,李县令在司法环节满足合理、合法、合情的要求,与立法时对律例条文进行“揆诸天理,准诸人情,一本于至公而归于至当”〔11〕的推敲,是一致的。本案中,“理”是“从一而终”的婚姻原则(用来约束妇女),故“应断归后夫”。“例”即“法”“律”,按律“若妻背夫在

〔6〕(清)沈家本:《历代刑法考》(第二册),邓经元、骈宇骞点校,中华书局1985年版,第912页。

〔7〕(清)沈家本:《寄谳文存》卷二,邓经元、骈宇骞点校,《历代刑法考》(第四册),中华书局1985年版,第2071页。

〔8〕何勤华:《清代法律渊源考》,载《中国社会科学》2001年第2期。

〔9〕(清)樊增祥:《樊山政书》卷十七,那思陆、孙家红点校,中华书局2007年版,第466页。

〔10〕(清)樊增祥:《樊山政书》卷十八,那思陆、孙家红点校,中华书局2007年版,第512页。

〔11〕《御制大清律例序》(乾隆五年),田涛、郑秦点校:《大清律例》,法律出版社1999年版,第4页。

逃者,杖一百,从夫嫁卖;因逃而改嫁者,绞。”^[12]这“法”可不轻。很显然,李县令没有援引这一律条,而是参照了其他律例。比如,可能参照了《大清律例》卷十《户律·婚姻》“男女婚姻”条悔婚时“女归前夫”或“仍从后夫”的有关规定精神。按该条,妇女从一而终的原则之“理”,以及男方意愿的主观情感、女方已嫁甚至生子等客观情状两方面的“情”,都在考虑之列。按规定,“女归前夫”为“法”,“仍从后夫”是“情”;前者应遵,后者也不可忽略。^[13]何况,本案逃妇是童养媳,尚未成亲,这是需要考虑的非常重要的客观之“情”。

(二)“情、法”的两维视域

在道理上,“情法”关系这一范畴所代表的,实际是国人对“罪刑相应”这一重要法律原则的坚守。

1. 薛允升论“情、法”关系

在《读例存疑》《唐明律合编》中,薛允升往往用“情法得平”“情法两平”“情法之平”“情法平允”“情法允协”等,来表达他所期待的情法关系的最佳状态。

《大清律例·兵律·宫卫》“冲突仪仗”条规定:“凡车驾行处……有申诉冤抑者……若冲入仪仗内,而所诉不实者,绞;得实者,免罪。”薛允升按语说:“律文‘得实免罪’,似尚平允。”“律虽严冲突仪仗之罪,而复著‘得实,免罪’之文,情法最为得平。”^[14]

薛允升也使用“情法两尽”“情法两全”“情法不背”等,强调情法应协调一致。这里的“情”,有情节、人情等含义。“人情”的最主要说法是“王道本乎人情”,也即“礼顺人情”,^[15]薛允升赞赏《大清律集解附例》对中表婚的处理:“凡条例大都严于律文,此条独揆乎情法,姑开一面,亦王道本乎人情也。”^[16]“人情”是什么?就是人的意愿、情愿。

薛允升对法律令作出严厉的“不近人情”批评的,有两处。一是对“父兄不能禁约子弟为窃盗者,笞四十”的例文,二是对子孙盗卖父祖坟墓之房屋,“准窃盗罪加一等”。他认为,这些“俱属不近人情之事”。他赞赏“曲体人情”“曲顺人情”“体贴人情”的律例。

2. 沈家本论“情、法”关系

《寄篋文存》卷五《妇女离异律例偶笺》,是沈家本集中论述清律例中“情法”问题的专文,涉及《大清律例》户、兵、刑三律及《督捕则例》等中的31条律、例,最能反映沈家本的“情法”观。

“情理法”中的“法”,通常指法律规定(或规范)。但在《妇女离异律例偶笺》中,沈家本却将律例规定(法律规范)区分为“法”和“情”两部分——“(此)法也,(彼)情也”;在此基础上,他展开了对当事男女“愿”与“不愿”离异的内在主观之“情”,及外在的客观之“情”的分析。狭义的“法”是原则性规定,“情”是灵活性规范,“情”被包含在广义的“法”(法律规范)中;“情”分为主观之“情”与客观之“情”:主观之“情”指当事男女的“愿”与“不愿”离异的情感内容,客观之“情”为案件外在情节,一般指案内之“情”,有时也指案外之“情”。“理”有时被表述出来,有时可分析而得,大多是妇女“从一而终”之类。沈家本更强调“情”的满足,对一味执法而不顾“情”的做法和倾向是反对的。

比如,《大清律例·户律·婚姻》“男女婚姻”条律文一款:“凡男女订婚,若再许他人,未成婚者(女

[12] 田涛、郑秦点校:《大清律例》卷十《户律·婚姻》“出妻”,法律出版社1999年版,第213页。

[13] 参见霍存福:《沈家本眼中的“情·法”结构与“情、法”关系——以〈妇女离异律例偶笺〉为对象的分析》,载《吉林大学社会科学学报》2012年第1期。

[14] (清)薛允升著述:重刊本《读例存疑》卷二十,黄静嘉编校,台北成文出版社1970年版,第三册,第456页。

[15] (清)薛允升:《唐明律合编》卷十三下,怀效锋、李鸣点校,法律出版社1999年版,第326、327页。

[16] (清)薛允升著述:重刊本《读例存疑》卷十一,黄静嘉编校,台北成文出版社1970年版,第二册,第299页。

家主婚人)杖七十,已成婚者杖八十,女归前夫。前夫不愿者,倍追财礼给还,其女仍从后夫。男家悔者,亦如之(仍令娶前女,后聘听其别嫁)。”

沈家本笈曰:“女归前夫,法也;不愿而从后夫,情也”。但这是指已成婚者而言。若未成婚,则不得听许其“不愿”而断从后夫。同样,“男家悔者,仍令娶前女,后聘听其别嫁,法也”;然而,如果“后定者已成婚,而必令离异,亦非人情”。所以,《总注》中解释说:“未成婚则断娶原聘,听后聘者另嫁;已成婚则断与后娶完聚,听原聘者另嫁”,也是考虑到了“情”。〔17〕很明显,沈家本所谓的“法”是原则性,而“情”是灵活性。沈家本说“律意情法两尽,未可执法而不原情也”,是强调不能一味强调原则性而忽略了灵活性。

沈家本以此揭示的“情法”关系原理,比如,“缘情定法”“缘情立法”是当时的理想的立法原则;“法亦准乎情”“法之通乎情”“情法两尽”“情法之平”则是当时司法和法律分析所遵循的理念。这些提法,也是他使用旧式律学命题进行的,结论如“不使法胜情”〔18〕等,大抵也承用了传统律学。

3. 樊增祥论“情、法”关系

“情、法”关系的复杂性,源于“情”的多层面性、多义性、复杂性。樊山之“情”,或指案件或事件的情节,或指普遍的人情、常情(人类情感);在后者,有时又以审判者的个体情感的介入为内容(有时,当事之原告、被告及见证人等的个体情感也牵涉其中)。不同的“情”,涉及“情、法”关系的不同层面,会有不同的“情、法”关系表述句式。

在“情”指情节(以客观之案情为主,也包含相关人之主观情感)时,遵循的原则是“情罪相符”,以达到“情法之平”“情法两平”,主要体现为刑法上的罪刑相应要求,有时也包含民事补偿、行政处置上的相应考量。为此,下属不能做到“情罪相符”的,比如出现“情罪相乖”“情浮于法”“情法失平”“法重情轻”“情罪未协”“情罪两歧”等情形的,樊山都一再指出,予以纠正。

同时,樊山又主张“执法原情”。“原”指推原,“原情”即推原其本情,尤其指推原其本心,包括动机及故意过失之心理状态。在“原其罪”的用法上,“原”又指除去、全部免除处罚的意思。樊山有“执法原情”的说法,他表扬了县令处理教唆瞎子告状案、聘请疯子教书案“惩断得宜”,对离婚案办理“尤属允协”。〔19〕遇到“情有可原”“有情可原”时,樊山是主张舍法原情、舍法存情的。

在“情”指称“人情”的时候,樊山注目于“情法兼尽”“情法交尽”。但在“尽法”与“尽情”之间,他从一开始就有所偏重——偏重“尽情”而非“尽法”。再进一步,一旦强调“协于人情”“谅人情”“体人情”时,樊山往往批评部下拘泥于死法的刻板、无情,“情法”关系再度发生因变通而变化的情况。因此,基本表现是:(1)“通情”以照顾“情”,“法”在次;(2)“尽情”以满足“宽”,“严”在次;(3)“协于人情”“体谅人情”,以改变刻板守法。

“情”无论是指情节还是指人情,都要与法有适当关系,“情法两欠”是最不该的。出现这个问题时,樊山或者指责下属办事“人情、例案,两欠斟酌”,〔20〕或者质问他们说:“该牧清夜自思,于情于法,下得去否?”〔21〕

〔17〕(清)沈家本:《寄谿文存》卷五,邓经元、骈宇骞点校,《历代刑法考》(第四册),中华书局1985年版,第2171页。

〔18〕(清)沈家本:《寄谿文存》卷五,邓经元、骈宇骞点校,《历代刑法考》(第四册),中华书局1985年版,第2181页。

〔19〕(清)樊增祥:《樊山政书》卷十五,那思陆、孙家红点校,中华书局2007年版,第418页。

〔20〕(清)樊增祥:《樊山政书》卷十四,那思陆、孙家红点校,中华书局2007年版,第393页。

〔21〕(清)樊增祥:《樊山政书》卷十八,那思陆、孙家红点校,中华书局2007年版,第523页。

二、沈家本与薛允升、樊增祥“情理法”观之异

(一) 樊增祥的独特处及其与沈家本的不同

樊增祥的“情理法”观,是通过批语判词,在批复府州县文禀、判决百姓讼案等他所谓“纸上判断”^[22]的过程中,而表露出来的,完全出自司法、行政层面。沈家本与此不同。沈家本在公私各种场合,尤其在个人著述的私下场合,或宏观地谈论“情理法”关系,或专门就某一事项的“情理法”问题进行集中分析,比如妇女离异律例中的“情法”关系的讨论。因而,他的“情理法”观,立法、司法兼有,但大抵以立法层面居多。樊山的“情理法”思想,较沈家本的前一个方面为具体,较其后一方面又为广泛。

樊增祥的“情理法”观,有沈家本(也包括薛允升)所未及之处。

一则,樊山说:“天下事皆论情理,尽人皆知。至情理中又有情理,则非天资高、才识敏者不知也。”^[23]华阴县一个老妇人领养的义男义女应否结为夫妇,县令既承认义子义女结成夫妇而图省事的乡间俗例(情理之一),但更倾向于“婚姻之事应视本人情愿与否”的另一重“情理”。该案中,老妇人发意,义男愿意,但义女不愿意。乡俗自然得让位于当事人意愿。樊山说:断得好!

“情理中又有情理”,后一个“情理”往往就是上位情理、大情理,前一个“情理”则是下位情理、小情理。下位情理、小情理一般要服从上位情理、大情理。上位情理、大情理往往具有法律原则的特性。

在这里,樊山实际上发现了“情理”作为网络结构而存在的这样一个事实、这样一种特征。这与他能接触到州县基层司法、经常面临形形色色的案件,有很大的关系。

樊增祥“情理法”观的另一独特处,是他喊出了“情理外无法律”这一堪与沈家本“不能舍情理而别为法”相媲美的经典名句。《批韩城县词讼册》云:“判断各案,实获我心。情理外无法律,抱旧本者不知,讲西例者亦未合也。安得皆如韩城令乎?掷笔三叹。”^[24]

在法律与“情理”的关系上,视“情理”为法律依据、精神,尤其是视“情理”为法律之应有的、必备的、甚至是唯一的内容,即法律是由“情理”而构成的认识,^[25]在清末法律界两个代表性人物——沈家本与樊增祥那里,出现了惊人的一致。樊增祥先后任知县、按察使、布政使,身在地方;沈家本长期任职刑部司曹,后任侍郎、修订法律大臣,高居部堂。前者讲“情理外无法律”,后者云“不能舍情理而别为法也”,道理、结论甚至句式都相差不远,确是奇事。

但是,这二人的说法又形同实异,他们概括的基础不同、视野不一。樊增祥是在批复韩城县报上的《词讼册》,表彰县令断案适当时,讲这番话的。而且,他的认识基础是“抱旧本者不知,讲西例者亦未合”,即只懂得教条理解大清法律的书呆子不清楚这一点,那些声称懂西法的人也看不透这一点。能够认识法律与情理关系的真谛并将其运用到司法实践中,是极少数精通或吃透了中国法律的人士才能做得到的,比如韩城县令,以及他本人这样的人。

沈家本则是在为属员们翻译的日本法学名著所作的《法学名著序》中,在比较了中西法律、法学之后作出这一论述的。他说:“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’

[22] (清)樊增祥:《樊山政书》卷五,那思陆、孙家红点校,中华书局2007年版,第116页。

[23] (清)樊增祥:《樊山政书》卷十三,那思陆、孙家红点校,中华书局2007年版,第372页。

[24] (清)樊增祥:《樊山政书》卷十九,那思陆、孙家红点校,中华书局2007年版,第556页。

[25] 参见霍存福:《中国传统法文化的文化性状与文化追寻——情理法的发生、发展及其命运》,载《法制与社会发展》2001年第3期。

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。”〔26〕

沈家本无疑深谙中国法律,著作《历代刑法考》可为证据;他的上述概括,就是植根于中国旧法、中国旧学这个基础;更可贵的是,他又将视野扩及至西法、西学,以他所涉猎的西学知识,从而得出二者具有共同性的结论的。这缘于沈家本的两个身份,一是作为刑曹官员和传统律学家身份,二是作为修律大臣身份。后一个身份,使他视野扩展、视角变化,使得他的概括不再局限于中国,而具有融会新旧、贯通中西的世界眼光、全球胸怀。而这,无疑会使得传统真正获得发展的新机会。

(二)沈家本新式“情理法”观不同于樊、薛之处

沈家本的旧式“情理法”观,来自于他的刑曹官员和传统律学家身份,其所使用的也是传统律学的基本概念和分析方法;而他的新型“情理法”观,则完全出自于他的修律大臣身份,是他将事情放置在中西法律冲突的背景下、中外法学比较的视野内才出现的新气象、新见解、新发展。

1. 关于中西法律、法学之“形成基础”的差异性:经验与学理

沈家本与樊增祥、薛允升的不同之处,是不单讨论中国法律,也讨论西方法律。他对当时中法、西学两个阵营的学者“新旧纷拏,各分门户”的做法很不赞成;而主张新与旧的融会贯通,“旧不俱废,新亦当参”。〔27〕在这样的认识基础上,他努力去研究中西法律、法学产生差异的原因。结果,他发现:中西法律、法学在“形成基础”上,具有一方多经验、而另一方多学理的差异性。

沈家本曾就以《洗冤录》为代表的中国法医学与西方法医学的形成基础及发展程度做过比较。在《王穆伯佑新注〈无冤录〉序》中,他做结论说:“大抵中说多出于经验,西学多本于学理”。《洗冤录》“由数百年经验而成”,其后的《平冤录》《无冤录》等也如此,皆由经验累积而成;西医则是在解剖学、生理学、妇产科学等近代医学的科学基础上形成的,是以学理推导、科学实验为基础的。沈家本的立场是,“经验与学理,正两相需也”,不该偏废。因为“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”。为此,他对习西方法医学的人们“深诋《洗冤录》之无当于用”的说法,提出尖锐批评;认为中国即使引进了西方法医学,也不应抛弃中国传统法医学,“所当保其所有而益其所无,庶斯事愈发明耳,乌可视为无当于用而置之高阁哉!”〔28〕

这样的认识,虽然是就法医学而发,但大体也是沈家本对中西法律、法学的总体看法。他主张对西方法制,比如裁判制度要“究其法之宗旨何如,经验何如”;〔29〕对中国法律、法学,也应“寻绎前人之成说以为要归,参考旧日之案情以为依据”,尤其要“就前人之成说而推阐之,就旧日之案情而比附之”,将其与西方传来的“新学说互相发明”,〔30〕强调应将经验与学理并重。道理在,“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!”〔31〕

2. 关于中西法律、法学之“构成基础”的共同性:情理

沈家本沿袭了传统的“情理法”观,仍然秉持“情理为法律的依据、基础、精神”的看法。〔32〕在《重

〔26〕(清)沈家本:《寄谥文存》卷六,邓经元、骈宇骞点校,《历代刑法考》(第四册),中华书局1985年版,第2240页。

〔27〕(清)沈家本:《寄谥文存》卷六,邓经元、骈宇骞点校,《历代刑法考》(第四册),中华书局1985年版,第2240页。

〔28〕(清)沈家本:《寄谥文存》卷六,邓经元、骈宇骞点校,《历代刑法考》(第四册),中华书局1985年版,第2217页。

〔29〕(清)沈家本:《寄谥文存》卷六,邓经元、骈宇骞点校,《历代刑法考》(第四册),中华书局1985年版,第2236页。

〔30〕(清)沈家本:《寄谥文存》卷六,邓经元、骈宇骞点校,《历代刑法考》(第四册),中华书局1985年版,第2225页。

〔31〕(清)沈家本:《寄谥文存》卷六,邓经元、骈宇骞点校,《历代刑法考》(第四册),中华书局1985年版,第2223页。

〔32〕(明)刘惟谦等《进明律表》:“陛下圣虑渊深,上稽天理,下揆人情,成此百代之准绳。”清乾隆《御制大清律例序》云:“朕……简命大臣取律文及递年奏定成例,详悉参定,重加编辑。揆诸天理,准诸人情,一本于至公而归于至当。”参见霍存福:《中国传统法文化的文化性状与文化追寻——情理法的发生、发展及其命运》,载《法制与社会发展》2001年第3期。

刻《唐律疏议》序》中,他说:“律者……根极于天理民彝,称量于人情事故,非穷理无以察情伪之端,非清心无以祛意见之妄”,“是今之君子,所当深求其源,而精思其理矣”。^[33]但他没有就此止步,而是尝试将西方法律、西学也纳入“情理分析”范围。正是在这里,沈家本发现了中西法律可以用“情理”这个公约数来通约。这样,中西法律、法学的共同基础、内涵、精神等,都可以通过“情理”求得一致。

沈家本以为,中国法律固然是以天理、人情为基础的,唐律如此,明清律也如此;西方法律、法学也莫不如此,也是以情理为基础的。他努力想使事情得到一个统体的理解和解释。他以为,西方法律是遵循情理原则行事的。比如,泰西监狱,“举凡建筑之法,待遇之法,监督之法,莫不酌理准情,区画周至,而宗旨一以感化为归宿。”^[34]

在比较中西刑法时,沈家本说:“各国法律之精意,固不能出中律之范围”,差别只在于“刑制不尽相同,罪名之等差亦异”,“中重而西轻者为多”而已。^[35]这是说,西方刑法的精髓,已尽在中国刑法的包含之中。这种共同性,给人以不谋而合、不约而同、异曲同工的印象。沈家本又说:“夫吾国旧学,自成法系,精微之处,仁至义尽;新学要旨,已在包涵之内,乌可弁髦等视,不复研求!”^[36]中国法律“仁至义尽”的良法美意,已经尽数包含了西方的“新学要旨”。因此,新刑法的制定,也应当以“裁之以义,而推之以仁”的传统的“仁政”方式进行。^[37]

沈家本所谓的“法律精意”,往往与“事理”的追求相联系,“议法者欲明乎事理之当然,而究其精意之所在”。^[38]因而,我们注意到沈家本既以“情理”来度量中国法,也用来度量西方法。

一方面,他指出中国法中不合“天理、人情”之处,比如,元、明以来“杀死奸夫”无罪,沈家本认为该法有四个方面“不合乎法理”,悖义、失序、违礼、乖情。^[39]李贵连指出,“义”即“有罪而予以罪”,相当于现在的有罪必罚,体现法律的公平性;“序”即轻重相宜,“礼”即“七出”之礼,“情”即人情。他以为沈家本所言情理“其大要皆不能越此四端”,其他讲情理的诸处,大旨也不出有罪必罚、罪刑相当、不拂人情、合于礼意诸项。^[40]

另一方面,沈家本也指出西法中的不合“天理、人情”之处。他使用中国传统律学的“情理分析”方法,对西方法律进行解剖,列指其不合“情”“理”之处。比如,“西人自杀为重罪”,而惩罚自杀,“揆诸情理,实有未安”。它既“不合于人情”,也“不合于天理”。沈家本说:“以无罪之人而自死,反有罪之难免,岂情也哉,岂理也哉?此西法之可议者也。”^[41]

很明显,沈家本通过发掘中西法律、法学在“构成基础”上的共同性——“情理”,来实现中西法律、法学的融会贯通。中西法律的差异、冲突,在这里取得了一致、达成了共同,并且都有提升的必要和空

[33] (清)沈家本:《寄谥文存》卷六,邓经元、骈宇骞点校,《历代刑法考》(第四册),中华书局1985年版,第2207页。又,徐世昌《唐明律合编序》(徐序)云:“近虽律学更新,非复旧法,而循览是编,可识律之为用,民命所系,根极于天理民彝,称量于人情事故,法有新旧之异,其意有终古不变者,彰往察来,周知百世,诎限于唐明已哉!”与沈家本说法略同,显然以沈氏为据。参见(清)薛允升:《唐明律合编》,怀效锋、李鸣点校,法律出版社1999年版,第1页。

[34] (清)沈家本:《寄谥文存》卷六,邓经元、骈宇骞点校,《历代刑法考》(第四册),中华书局1985年版,第2238页。

[35] (清)沈家本:《寄谥文存》卷一,邓经元、骈宇骞点校,《历代刑法考》(第四册),中华书局1985年版,第2024页。

[36] (清)沈家本:《寄谥文存》卷六,邓经元、骈宇骞点校,《历代刑法考》(第四册),中华书局1985年版,第2240页。

[37] (清)沈家本:《寄谥文存》卷一,邓经元、骈宇骞点校,《历代刑法考》(第四册),中华书局1985年版,第2024页。

[38] (清)沈家本:《寄谥文存》卷六,邓经元、骈宇骞点校,《历代刑法考》(第四册),中华书局1985年版,第2239页。

[39] (清)沈家本:《寄谥文存》卷二,邓经元、骈宇骞点校,《历代刑法考》(第四册),中华书局1985年版,第2084-2085页。

[40] 李光灿、张国华总主编:《中国法律思想通史》(第四册),陈鹏生主编,李贵连、陆锦碧副主编:第十卷《近代》,山西人民出版社1996年版,第103、104页。

[41] (清)沈家本:《寄谥文存》卷二,邓经元、骈宇骞点校,《历代刑法考》(第四册),中华书局1985年版,第2091、2092页。

间,因为西法也并没有做到极致。沈家本希望寻找到超越西方、中国的方式来减少阻力,实现清朝对引进的西方法律、法学的消化吸收。就基本立场而言,沈家本会通中西,对明显代表发展、代表文明之处,强调依准西学、西法;但始终不忘中学、中法作为本根这个基础。他认为中学、中法对引进的西法、西学,仍有互鉴、补充、纠正等作用。

沈家本关于中西法律的共同“情理”基础的挖掘和概括,触及了世界法律文明、法律文化发展的共同性、规律性。他在讨论中西法医学之经验与学理的关系时说:“说到真确处,古今中外归一致”;^[42]在谈到中西监狱设立宗旨的共同性时,他列举囚人运动场、衣食洁而居处安、教诲室及假释制度之设想略同后,又说:“大凡事理必有当然之极,苟用其极,则古今中西初无二致”。^[43]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。无疑,沈家本把法律之反映、包含“情理”当作规律性来理解;而他要“融会贯通”的,也就是这个“情理”。

三、沈家本的机遇和努力所引致的三人成就差异

沈家本与薛允升、樊增祥的不同,在于朝廷对他的修订法律大臣这一委任。比较一下三人的履历,是说明这些差别的前提。

附表 薛、沈、樊三人履历比较

薛允升(1820~1901年)		沈家本(1840~1913年)		樊增祥(1846~1931年)
进士(咸丰六年,1856年)				进士(光绪三年,1877年)
刑部曹司(17年)	官职:额外主事,主事,员外郎,郎中 派任:四川司主稿、秋审处坐办、律例馆提调	刑部曹司(30年)	官职:郎中,福建司郎中 派任:直隶司主稿、陕西司主稿;奉天司主稿,兼秋审处坐办;律例馆帮办提调、协理提调、管理提调 进士(光绪九年,1883年)	
地方任职(8年)	饶州知府、四川成绵龙茂道(旋调署建昌道)、山西按察使、山东布政使权漕运总督	地方任职(8年)	天津知府,保定知府;直隶通永道,山西按察使;三四品京堂候补,光禄寺卿	宜川、咸宁、富平、长安、渭南等县知县 陕西按察使,陕西布政使,江宁布政使,护理两江总督
刑部堂官(17年)	刑部右侍郎,刑部左侍郎,刑部尚书。起复刑部左侍郎,补授刑部尚书	刑部堂官(10年)	刑部右侍郎、左侍郎,法部右侍郎、左侍郎	
		其他官职	修订法律大臣,大理院正卿,管理京师法律学堂事务大臣,资政院副总裁	

[42] (清)沈家本:《寄谥文存》卷六,邓经元、骈宇骞点校,《历代刑法考》(第四册),中华书局1985年版,第2217页。

[43] (清)沈家本:《寄谥文存》卷六,邓经元、骈宇骞点校,《历代刑法考》(第四册),中华书局1985年版,第2238页。

(一) 樊增祥的作为及特征

沈家本受委担任修订法律大臣(1902年)至结束(1911年),大略也正是樊增祥担任陕臬、陕藩、江藩等地方大员,在行政、司法上颇为得心应手并且大展身手的时期。

就法律及司法而言,樊增祥熟悉律例。丁忧时,读律三年;^[44]任陕臬时,他自言撰写批词时,“但言情理、未查律例”;^[45]任陕藩时,曾自认“本司近来久不读律,然律意则心知之矣”。^[46]他声称“本司判事,专补律意所不及”,^[47]需要熟律但不必依律。因为他觉得,“州县终年听讼,其按律详办之案至多不过十余起,中简州县有终年不办一案者。其所听之讼皆户婚田土、诈伪欺愚”;而对这两类案件,“贵在酌理准情,片言立断,不但不能照西法,亦并不必用中律”。他看重实务,对律学家似乎并无好感,“世尝有读书万卷而坐衙不能一言,治律专家而作官不了一案者”。^[48]有研究者统计,樊增祥任知县及陕臬、陕藩时的批词、判词“案件中,明确引用律文,甚或提及律文的时候并不多”,“律例引用率极低”。他接受民词,批阅府州县呈上的禀详,驾驭自如,自信满满,“勘称成功的司法官”。“他的司法理念是个案衡平式的,相似类型案件的合理性必须建立在个案情理法兼尽的基础之上”。^[49]这对其前述“情理法”观的内里细节,是很好的说明。

研究者注意到,樊增祥的西方观或对中西两学的立场,似乎不偏不倚,“不取憎新人,不厌弃旧学,凡事勿论新旧,但论是非而已”。他自己曾说:“不必谈理学,惟以忠孝为本;不必分中外,惟以有用为归”。^[50]但这种实用理念“容易陷入主观臆断,而失去原则的约束”,“时而开明,时而因循”。因此,樊增祥“喜言学习西方却从未考虑何处入手,以他有限的西方认知也难以真正学习西方”。^[51]终究,他“没透彻理解西方”。其原因,是由于“樊增祥自己为官主要任职陕西,相对而言秦地较偏,又没有出游西方的经历,有限的涉猎西方就只是通过报纸或时人的转述”。^[52]这势必会影响他的见识。

总之,樊增祥一直在地方任职,与沈家本没有可比性;尽管他也有涉及西法、西学的议论,但不深入;他也没有阅读西方法学、法律的工作需要,尽管作为地方大员,他需要对新政的一些举措进行一定程度的落实,比如兴学、修筑铁路、学律变法,皆积极推动。当别人指责他守旧时,他辩解道:“今人皆诋吾为守旧,不知吾作事甚似西人。其不合于时贤者,世人皆袭西人之貌,吾则取其意也。”“世皆谓予不信西学,不知西人哲理久契吾心,即在官时兴学、练兵,何一不取诸彼。惟今之新学家,专事剪发辫、戴草帽、着窄衣革醜,其所效者仅形容,而所言者皆纰缪,不惟不足自立,且专以自害。”^[53]他自辩说自己是学内容,而非形式。他“对西法的态度,总体来说是温和的”。^[54]但在认识上,他以为变法应“循序渐进”。无论“改轻刑律”也好,还是将来实行宪法也罢,都要缓进。他在地方新政的推行上,“学

[44] 《樊樊山诗集》,第1970页。转引自刘家楠:《樊增祥的司法实践与司法理念研究》,中国政法大学2014年博士学位论文,第20页。

[45] (清)樊增祥:《樊山政书》卷六,那思陆、孙家红点校,中华书局2007年版,第165页。

[46] (清)樊增祥:《樊山政书》卷十五,那思陆、孙家红点校,中华书局2007年版,第417页。

[47] (清)樊增祥:《樊山政书》卷十八,那思陆、孙家红点校,中华书局2007年版,第506页。

[48] (清)樊增祥:《樊山政书》卷二十,那思陆、孙家红点校,中华书局2007年版,第595页。

[49] 刘家楠:《樊增祥的司法实践与司法理念研究》,中国政法大学2014年博士学位论文,第41、44、100、145页。

[50] (清)樊增祥:《樊山政书》卷二,那思陆、孙家红点校,中华书局2007年版,第40页。

[51] 刘家楠:《樊增祥的司法实践与司法理念研究》,中国政法大学2014年博士学位论文,第25页。

[52] 刘家楠:《樊增祥的司法实践与司法理念研究》,中国政法大学2014年博士学位论文,第130页。

[53] 《樊樊山诗集》,第1753、2010页。转引自刘家楠:《樊增祥的司法实践与司法理念研究》,中国政法大学2014年博士学位论文,第23页。

[54] 刘家楠:《樊增祥的司法实践与司法理念研究》,中国政法大学2014年博士学位论文,第22、23页。

堂、工艺、巡警、路矿以及常备新军无一不实力举行,而法政独从其后也。”〔55〕在最要紧的问题上,表现出守旧者本色。

与樊增祥相比,沈家本有在朝廷工作并受委修订法律的机遇和任务,而任务更使得他必须阅读西法、西学,补充原来学养的不足。同时,他还得说服“墨守先型者”,不必“鄙薄西人,以为事事不足取”;也得提醒“崇尚西法者”,使其知晓“西法之中,固有与古法相同者”。〔56〕

相对而言,沈家本与薛允升有更大的可比性。他二人都做刑部堂官,影响均较大,薛允升甚至做到了尚书,官位更高。但沈家本比薛允升年轻20岁,有时间、有机会经历清朝末年的政局变化,获得委任;由于受委任,他又有需要去接触、阅读西方法律及法学著述,探求中西法律、法学的同异,了解西方法律的运作,如此等等。因此,比较沈家本与薛允升将更有意义。

(二)薛允升的作为、成就与特征

1. 治狱能手、律学大家

科举正途出身的薛允升,偶然进刑部任司曹,即把钻研律例、精审治狱作为其终身志业,偶然中有必然也。薛允升“念刑法关系人命,精研法律,自清律而上,凡汉、唐、宋、元、明律书,无不博览贯通”,〔57〕这是他下决心做一个优秀司法官的立志和努力过程。这种志向和努力,带来了他职业生涯的两个特长:治狱能手和律例专家。

关于治狱能手。据说,薛允升虽是刑部主事、员外郎,但“凡所定讞,案法随科,人莫能增损一字。长官信仗之,有大狱辄以相嘱。”〔58〕或谓其“断狱平允,各上宪倚如左右手”,甚至于长官感叹“刑部不可一日无此人”。〔59〕而外放地方官8年的经历,无论是更接近诸县的知府、道员之职,还是主管或兼管一省刑名的按察使、布政使,都给了薛允升了解地方政务,尤其在司法方面获得直接审理地方刑案的机会,使其能与先前在刑部司曹复核各省案件时所获得的法律知识与技术、审核经验等相印证。

薛允升回京任刑部侍郎后,因其“法律精通,令人佩服”,致使先后出任刑部尚书的诸公“皆推重薛侍郎。凡各司呈划稿件或请派差,先让薛堂主持先划”,“如薛堂未划稿,诸公不肯先署”。〔60〕升任尚书后,更受推重,“凡外省巨案疑狱不能决者,或派云阶往鞫,或提京审讯。先后平反冤狱,不可枚举。而惟江宁三牌楼案、河南王树汶,并太监李荏材三案尤重”。作为治狱能手的薛允升,“前后任刑部四十余年,明刑弼教,不畏强御,常恶满御史受贿卖法,一折纠参两御史落职,因此为小人所忌,借端中伤。”〔61〕

薛允升去世,光绪二十七年(1901年)十月初四日诏书,称其“持躬勤介,练达老成”,“治狱廉平,克称厥职”。〔62〕勤恳介直、稳重老成,可以是所有官员的共性评价;但“廉平”二字,是历来对司法官

〔55〕(清)樊增祥:《樊山政书》卷十八,那思陆、孙家红点校,中华书局2007年版,第513页。

〔56〕(清)沈家本:《寄簃文存》卷六,邓经元、骈宇骞点校,《历代刑法考》(第四册),中华书局1985年版,第2235页。

〔57〕(清)吉同钧:《薛赵二大司寇合传》,载吉同钧:《乐素堂文集》卷三,闫晓君整理,法律出版社2014年版,第64页。

〔58〕赵尔巽等:《清史稿》卷四四二,列传第二二九《薛允升》,中华书局1977年版,第12427页。

〔59〕(清)吉同钧:《乐素堂文集》卷三《薛赵二大司寇合传》,闫晓君整理,法律出版社2014年版,第64页。

〔60〕(清)吉同钧:《乐素堂文集》卷三《薛赵二大司寇合传》,闫晓君整理,法律出版社2014年版,第64页。

〔61〕(清)吉同钧:《乐素堂文集》卷三《薛赵二大司寇合传》,闫晓君整理,法律出版社2014年版,第64、65页。

〔62〕诏曰:“刑部尚书薛允升持躬勤介,练达老成,由刑部曹简放知府,历任监司,跻卿贰,补授刑部尚书,治狱廉平,克称厥职。任内一切处分悉予开复。”中国第一历史档案馆:《光绪宣统两朝上谕档》(第27册),广西师范大学出版社1996年版,第207页。转引自李杰:《薛允升的法律思想与司法实践研究》,中国政法大学2015年博士学位论文,第15页。

的最高评价,即不贪渎,不严苛,能持身廉洁、持法平允。^{〔63〕}薛允升无疑是称职的司法官。

关于律学大家。薛允升研习律例到了精熟的程度。据说,当时“有询者,应口诵无疑”;“治律最熟,与人谈辄连举数十句,如童子诵经然”。^{〔64〕}他的著述,不是时人热衷的儒学或道学义理,而是律学。他对律学有着与经学家对心性、义理等相类似的抱负和情操,他“视刑律为身心性命之学”。^{〔65〕}有这样的心志,故能成就斐然。

薛允升著作等身:《汉律辑存》六卷,《汉律决事比》四卷,《唐明律合编》四十卷,《服制备考》四卷,《读例存疑》五十四卷,《定例汇编》若干卷,《薛大司寇遗稿》二卷,合百余卷,计数百万言。后来吉同钧所推重者,为其中四种,但举例只提及《汉律辑存》《唐明律合编》《服制备考》三种。第四种当是《读例存疑》,因它耗费薛氏精力最多,且部头最大,是薛氏重要作品。而且,沈家本两次提到薛氏著述四种,均为上述三种加《读例存疑》。

沈家本极为敬重薛允升,推崇这位前辈兼老师的学术成就。在《〈读律存疑〉序》中,沈家本写道:“长安薛云阶大司寇,自官西曹,即研精律学,于历代之沿革,穷源竟委,观其会通,凡今律、今例之可疑者,逐条为之考论;其彼此抵牾及先后歧异者,言之尤详,积成巨册百余。家本尝与编纂之役,爬罗剔抉,参订再三。司寇复以卷帙繁重,手自芟削,勒成定本,编为《汉律辑存》、《唐明律合刻》、《读例存疑》、《服制备考》各若干卷,洵律学之大成而读律者之圭臬也。”^{〔66〕}在《薛大司寇遗稿序》中,沈家本又说:“大司寇长安薛公,自释褐即为理官,讲求法家之学,生平精力,毕瘁此事。所著有《汉律辑存》、《唐明律合刻》、《服制备考》、《读例存疑》诸书。”^{〔67〕}

薛允升精研律学,不只是他一个人孤立做事,而是在众人参与的大阵仗中完成的。薛允升是同治、光绪年间刑部中陕派律学的创始人。他具备别人所不能兼有的条件:不凡的律学成就和学术造诣,学术成就和人格魅力有巨大影响,受其影响的律学家以陕籍人士为主。^{〔68〕}薛允升在刑部长期任司曹、堂官,声望高,重乡谊,都促使其成为陕派祖师。

陕派律学的代表人物尚有赵舒翘,著有《提牢备考》,继薛允升而做刑部尚书,是陕派的中坚;吉同钧是陕派的殿后者,著有《大清律例讲义》等。沈家本说自己属于陕派,但自谦不如。此外,董康、许世英等著名法学家也皆属于陕派律学。豫派律学以“简练”为主,至光绪末年,渐渐衰微;陕派律学则以“精核”为主,对传统律学有自己独到的见解和成就,学术成就斐然,学术著作流传于世,受到当时及后来学者的称誉。^{〔69〕}

创立陕派,并不意味着薛允升的学术是地域性的门户之见。实际上,薛允升是整个明清律学的集

〔63〕《韩非子·外储说左下》:春秋时,管仲向齐桓公推荐大理,曰:“辩察于辞,清洁于货,习人情,夷吾不如弦商,请立以为大理。”《史记·扁鹊仓公列传》:汉文帝时,缙萦上书称:“妾父为吏,县中称其廉平。”

〔64〕姚永朴:《光禄大夫刑部尚书薛公状》,及姚永朴著《旧闻随笔》卷三《薛云阶尚书》条。转引自黄静嘉:《清季法学大家长安薛允升先生传——一位传统法学的殿后人物》,(清)薛允升著述:重刊本《读例存疑》,黄静嘉编校,台北成文出版社1970年版,第一册,第13页并注十。

〔65〕曹允源:《慎斋文集序》,转引自闫晓君、陈涛:《关于“陕派律学”》(代序),载(清)赵舒翘:《慎斋文集》,闫晓君整理,法律出版社2014年版,第5页。

〔66〕(清)沈家本:《寄谿文存》卷六《读例存疑序》,邓经元、骅宇骞点校,《历代刑法考》(第四册),中华书局1985年版,第2222页。

〔67〕(清)沈家本:《寄谿文存》卷六《读例存疑序》,邓经元、骅宇骞点校,《历代刑法考》(第四册),中华书局1985年版,第2223页。

〔68〕参见闫晓君、陈涛:《关于“陕派律学”》(代序),载(清)吉同钧:《乐素堂文集》,闫晓君整理,法律出版社2014年版,第3页。

〔69〕参见闫晓君、陈涛:《关于“陕派律学”》(代序),载(清)吉同钧:《乐素堂文集》,闫晓君整理,法律出版社2014年版,第2、8页。

大成者。据何勤华教授统计,《唐明律合编》中引用最多的是明清律学作品。计有“王肯堂的《律例笺释》(共引用120次)、沈之奇的《律例辑注》(102次)、雷梦麟的《读律琐言》(63次)、夏敬一的《读律示掌》(52次)、杨简之的《律例集解》(51次)、陆柬之的《读律管见》(13次)以及王明德的《读律佩觿》、《读法须知》等。”〔70〕其中,王肯堂、雷梦麟皆明人;陆柬之、王明德、沈之奇、夏敬一皆清人。

2. 思想特征:因循、保守

黄静嘉谓:在思想上,薛允升“为因袭保守之人物”,〔71〕这个评价比较准确,也中肯。

薛允升的因循,是他每每往回看、往历史的深处回溯,将当今改良的目标定在古代的善制上。他一直注目于汉、唐旧制,他的有关汉、唐法制的著述,即反映了他的这种意识。吉同钧叙及薛著缘起云:薛允升“尝谓:刑法虽起于李悝,至汉始完全,大儒郑康成为之注释。乾嘉以来,俗儒多讲汉学,不知汉律为汉学中一大部分,读律而不通汉律,是数典而忘祖,因著《汉律辑存》。又谓:汉律经六朝、北魏改革失真,至唐两次修正,始复其旧;《明律》虽本于唐,其中多参用金、辽酷刑,又经明太祖修改,已非《唐律》真面目,因纠其缪戾,著《唐明律合编》。”〔72〕钟情汉唐,是不满明清。一部《唐明律合编》,通篇褒唐抑明,是其总格调。孙家鼐《薛公墓志铭》甚至说:薛允升以《明律》“于《唐律》多所更改,以致自相矛盾,不如《唐律》远甚”,遂“遇《明律》之谬误者,悉为纠正”。〔73〕

有研究者谓:薛允升著《唐明律合编》《读例存疑》,“显示出他对传统的维护,不仅是法律,还包括与之相关的制度,这是他的立场,也是研究的出发点”。因此,他会“对不合理之处”提出“各种意见”,“但是不会出现对法律体系、制度以及法律价值观的质疑。”〔74〕

薛氏的毕生巨著《读例存疑》自序,云“备朝廷重开修例之用”,则其著书目的,是为五年一次的清例大修做资料、技术上的准备。薛允升去世后,刑部进呈帝后预览的奏疏称:“其书大旨,以条例不外随时酌中、因事制宜之义,凡例之彼此抵牾、前后歧异,或应增应减,或畸重畸轻,或分析之未明,或罪名之杂出者,俱一一疏证而会通。博引前人之说,参以持平之论,考厥源流,期归画一,诚巨制也。”作为生平志业之一,薛允升在贬官、开缺后,年及八十,仍在续作《读例存疑》。该书凝聚了其毕生心血。这种努力没有白费,据后来参与立法的董康说:“《现行刑律》……大致采长安薛允升《读律(例)存疑》之说。”〔75〕沈家本也说:“上年法律馆修改《现行刑律》,于《读律存疑》之说,采取独多。”〔76〕

薛允升的保守,更反映在他《服制备考》一书的创作意图上。

吉同钧追述,薛允升以“刑律所以补助礼教之穷。礼为刑之本,而服制尤为礼之纲目,未有服制不明而用刑能允当者。当时欧风东扇,逆料后来新学变法,必将舍礼教而定刑法,故预著《服制备考》一书,以备后世修复礼教之根据,庶国粹不终于湮歿矣。”〔77〕这一追述,以薛允升为有先见,预知将来变法肯定会废除礼教,从而触及“准五服以制刑”的服制,遂先事预防,写作该书。其说当有其依据。

〔70〕 何勤华:《中国历史上第一部比较法著作——〈唐明律合编〉评析》,载《法学评论》1999年第4期。

〔71〕 黄静嘉:《清季法学大家长安薛允升先生传——一位传统法学的殿后人物》,载(清)薛允升著述:重刊本《读例存疑》,黄静嘉编校,台北成文出版社1970年版,第一册,第11页。

〔72〕 (清)吉同钧:《乐素堂文集》卷三《薛赵二大司寇合传》,闫晓君整理,法律出版社2014年版,第66页。

〔73〕 孙家鼐:《刑部尚书云阶薛公墓志铭》,转引自黄静嘉:《清季法学大家长安薛允升先生传》,载(清)薛允升著述:重刊本《读例存疑》,黄静嘉编校,台北成文出版社1970年版,第一册,第27页。

〔74〕 李杰:《薛允升的法律思想与司法实践研究》,中国政法大学2015年博士学位论文,第22页。

〔75〕 董康:《中国修订法律之经过》,载何勤华编:《董康法学文集》,中国政法大学出版社2005年版,第462页。

〔76〕 (清)沈家本:《寄谕文存》卷三,邓经元、骈宇骞点校,《历代刑法考》(第四册),中华书局1985年版,第2134页。

〔77〕 (清)吉同钧:《乐素堂文集》卷三《薛赵二大司寇合传》,闫晓君整理,法律出版社2014年版,第66页。

后来修律时,确实发生了礼教与新法条的冲突问题。巧的是,主持其事的沈家本——他的同事兼学生——变成了“法理派”旗手,与张之洞、劳乃宣等为代表的“礼教派”相对垒。

3. 薛允升与沈家本的比较

对薛允升的因循保守,与沈家本的开放进取,黄静嘉曾作过比较。黄谓:“清季晚期,以法学著名而具特殊历史地位者,当推长安薛允升(一八二〇 - 一九〇一)及归安沈家本(一八四〇 - 一九一三)两氏。沈氏融会中西法学,首倡我国法制之现代化,为一承先启后之伟大人物。”^[78]那么,薛允升如何呢?黄静嘉谓:“从历史的眼光来看,薛氏毋宁是一个因袭传统的保守人物,他眷恋地回顾唐律甚至汉律,坚持若干过时意理,忽视了社会生活的演进。因之,他对于明清律的某些批评和见解,有时,是不无讨论余地的。而他对于传统的律例,也只想整理而非加以改革。以薛氏与沈家本相比,则沈氏更是开新风气的人物。”

产生这种差异的原因何在呢?黄静嘉分析道:“这不但是时代背景的问题,即沈氏是生当其辰(比薛氏年轻二十岁),故能适逢其会;但这也是人物气质问题,即沈氏为南方通海的人物(比较开通),薛氏则为内地多山省份人物(比较闭塞)。因之,纵薛氏后生二十年,或未必即能如沈氏那样勇于创进。”^[79]即年龄大小不起决定作用,而是两人成长的不同环境,对他们的开化与保守起了决定性的塑造作用。

这样的分析虽有一定道理,但绝非全面。成长环境只是一个人的气质、个性、处事风格、思想意识等形成的影响因素之一,是外部环境因素,却不是内部决定因素。决定一个人观念的,是其接受外界思想的多寡、主动思考的程度等,这才是内因。

(三)处在中西、新旧两个转换点上的沈家本

1. 如果不受委任,沈家本可能就是“薛允升第二”

沈家本有类似樊增祥那样的对法律的通透理解和机智灵活。做天津知府时,某法国教堂重建成,该教堂其先因诱卖儿童而酿成巨案,谣言繁兴。恰好此时侦获诱卖孩童人犯,旧律:“非迷药不处死刑”。公曰:“是岂可以常例论乎!”竟置之法,而民大安。人们始知“公之用律能与时为变通也”。^[80]

薛允升进士及第而分刑部,似乎偶然些;沈家本入刑部,没这种巧合。因父亲沈丙莹解官归乡,24岁的沈家本“援例以郎中分刑部,公之学律自是始”。^[81]沈丙莹进士出身,在刑部任主事、员外郎、郎中12年,“熟于律例”,“为上官所重”。^[82]因此,徐兆丰说沈家本律学“君之学术禀承有自”,^[83]确有此家学依据。虽说沈家本真正“专心法律之学”,^[84]是在他光绪九年(1883年)中进士之后。此前在刑部的20年,他不得不习练八股,备考进士。但墓志说,自光绪五年(1879年),潘祖荫任刑部尚书期间,沈家本“以律鸣于时,又自是始”,他已经是一名干练的司员。

沈家本与薛允升有太多的相同。沈家本努力提振法学之功用,两次提及纪昀《四库全书》法学类

[78] 黄静嘉:《清季法学大家长安薛允升先生传——一位传统法学的殿后人物》,载(清)薛允升著述:重刊本《读例存疑》,黄静嘉编校,台北成文出版社1970年版,第一册,第11页。

[79] 黄静嘉:《清季法学大家长安薛允升先生传——一位传统法学的殿后人物》,载(清)薛允升著述:重刊本《读例存疑》,黄静嘉编校,台北成文出版社1970年版,第一册,第30页。

[80] 《吴兴沈公子惇墓志铭》,转引自李贵连编著:《沈家本年谱长编》,山东人民出版社2010年版,第66页。

[81] 《吴兴沈公子惇墓志铭》,转引自李贵连编著:《沈家本年谱长编》,山东人民出版社2010年版,第26页。

[82] 《归安县志·沈丙莹本传》,转引自李贵连编著:《沈家本年谱长编》,山东人民出版社2010年版,第5页。

[83] 徐兆丰为沈丙莹《春星草堂集》所作跋语。转引自张国华、李贵连编著:《沈家本年谱初编》,北京大学出版社1989年版,第5页。

[84] 赵尔巽等:《清史稿》卷四四三,列传第二三〇《沈家本》,中华书局1977年版,第12447页。

仅收《唐律疏议》等少数几部法典为不妥,并将法学与申韩法家相区别;^[85]又言“名公巨卿”视法家之言“为不祥之物”,^[86]与薛允升同。薛允升也批评当时讲学家高谈所谓“义理”,却不知“相隐”之法就是根源于“义理”的:“士大夫辄高谈义理,以法律为申、韩之学残忍刻薄,绝不寓目,岂知法律亦有出于义理者乎?此之不知,则其所谈之义理,亦可想见矣。”^[87]

沈家本褒唐抑明,承自薛允升《唐明律合编》。薛谓《明律》“仍照《唐律》者固多,而增减者亦复不少,且有删改失当者”,故《合编》“取两律之彼此参差、轻重互异者,逐条疏证,以类相从”。^[88]沈家本所著《明律目笺》,指责明改唐制,“此亦改而失其本意者也”,或“改之未为当也”;^[89]“故杀子孙”,明改《唐律》,或“失之过轻”,或“失之过重”;“妻殴夫夫殴妻”,明改唐法,“夫则改轻,妻则改重,遂大相径庭矣”。^[90]薛、沈的研究领域与著作,皆重在汉、唐、明三朝,正是沈家本师事薛允升、属于陕派律学的缘故。

沈与薛的私人关系也不错。在刑部,沈家本撰写说帖、拟定稿尾的功夫,受薛允升推重。薛允升曾为沈家本《刺字集》作序,^[91]薛时任刑部侍郎,沈为郎中。沈外放天津知府,可能为薛允升荐举。因光绪十九年(1893年),薛恰好由左侍郎升为尚书。沈也为薛《读例存疑》等书作序,并言及他参与编订薛之著作。^[92]

变法修律,是慈禧挟光绪逃往西安后,在与列强交涉中被迫作出的决定。薛允升虽重新被起复为刑部尚书,但在随车驾返京途中病逝。天不假年,他没有机会参与变法修律。

而沈家本如果不被委任为修订法律大臣,获得特别的任务,他极有可能就是薛允升第二。在某一官府,或者就在刑部退休归家,以精通律学的专家官员身份,完成其服国的一生。

这种受委任从沈家本个人角度讲,似乎有一定偶然性。卢仁龙说:“世人皆以沈家本为近代法学之祖,固不为虚,其实这是他生命中最后十年的意外收获。之前,他乃一文人小吏,购书、读书、著述是其主体,实乃纯粹一学者。60岁前,他一直沿着前贤的学术路径,投入自己的精力,考文订史……他在会试后走上了仕途,最后十年因时局之变而在法学史上大放异彩。”^[93]总之,时势造英雄。赵舒翘被赐死,薛允升老死,刑部资历相当、值得委任的就数沈家本了。

2. 沈家本之前的知识储备和其后的努力与改变

不过,沈家本的某些积累,薛允升不见得具备。

沈家本有个《借书记》,记载他年轻时在长沙、贵州、北京4年中借阅的348部书。沈厚铎注意到,除经史子集外,其中竟然有早期西方传教士的著作和译作及明末清初启蒙思想家的著作。其中,西方地理民俗类,记述西南洋诸国奇草异兽,小部分涉及民俗,有《坤輿外记》《新释地备考全书》等;西方

[85] (清)沈家本:《寄谥文存》卷六、卷八,邓经元、骈宇骞点校,《历代刑法考》(第四册),中华书局1985年版,第2239页,第2275、2276页。

[86] (清)沈家本:《寄谥文存》卷六,邓经元、骈宇骞点校,《历代刑法考》(第四册),中华书局1985年版,第2244页。

[87] (清)薛允升:《唐明律合编》卷六,怀效锋、李鸣点校,法律出版社1999年版,第83、84页。

[88] (清)薛允升:《唐明律合编序》(自序),怀效锋、李鸣点校:《唐明律合编》,法律出版社1999年版,第1页。

[89] (清)沈家本:《明律目笺》卷一,邓经元、骈宇骞点校,《历代刑法考》(第四册),中华书局1985年版,第1796、1798页。

[90] (清)沈家本:《寄谥文存》卷八,邓经元、骈宇骞点校,《历代刑法考》(第四册),中华书局1985年版,第2284、2285页。

[91] 李贵连编著:《沈家本年谱长编》,山东人民出版社2010年版,第47、48页。

[92] 李贵连编著:《沈家本年谱长编》,山东人民出版社2010年版,第63页。

[93] 卢仁龙:《涵史咏文爬梳故实——沈家本和他的〈日南随笔〉书后》,载沈家本:《日南随笔》,沈厚铎重校,商务印书馆2017年版,第228、229、230页。

科学类,如人体解剖学《全体新论》,利玛窦口述的数学著作《圜容较义》,及《测量法义》《几何原本》《同文算指前编》等;明末清初顾炎武《日知录》、黄宗羲《明夷待访录》。^[94]我们尚无法就这些书对沈家本的影响作出定论,但地理科学、自然科学、启蒙学说对开阔沈家本的眼界,绝对是有意义的。

这样的阅读内容及经历,当与薛允升有异。后来的阅读,沈家本更是超越了薛允升。

翻译过来的西方法律及法学著作,沈家本先是读了法典。他的奏折中,有的历数外国立法内容,如法兰西、德意志、比利时、英吉利、日本等国对盗窃罪的处刑;^[95]他的书信中,又详述“今日东西各国之刑法,以疯狂为精神病,若有所犯,皆病使之然,故不为罪……此新学说之异于古说者。”^[96]沈家本也读了翻译过来的法学著作。在序文中,他提到“近世纪欧洲学者孟德斯鸠之论,发明法理,立说著书,风行于世”。^[97]

沈家本经常使用的新概念,是薛允升所不熟悉的,它们是沈家本在阅读中频繁接触和有相当理解的。在一系列序、跋中,除了科学、教育、希腊、罗马等词外,沈家本使用的法学词汇有:法治、法治主义、法治之说、法治时代、(法治)精神,法系之源流,三权分立,司法独立,等等。尤其在阅读中,沈家本关注世界发展潮流,“方今环球各国,刑法日趋于轻,废除死刑者已若干国”;^[98]他也关注“新说”与中国旧学的印证。如王佑注《无冤录》,他感兴趣的是其中有关中西法医学可以互较及能互相印证的数项记载。比如,验伤器具的专用及消毒,气管在前、食道在后,检验记录须精确记录、不得浑言大概,滴热血而能入热骨,血、骨皆冷则不可,怀孕死尸胎儿溢出条件,等等。这几项,有的可以获得西方解剖学、妇产科学、生理学等证明,有的可以由科学之理推导出,有的则纯粹是合理的制度设计和规定。^[99]

学者研究也注意到了沈家本的前后变化。山西省萨拉齐厅两亲家互殴致死案,对作为衅由的儿媳杜氏,是否必须判定与丈夫离异,沈家本前后的态度就有所不同。

闫晓君谓:起初,沈家本对刑部争执双方的态度,似乎模棱两可。一方面,他对律例馆赵舒翹主稿的主张离异的馆议,认为其“词严义正,似无可议”;另一方面,对山西司郎中燕起烈反对离异的主张,也认为“推究事情极为周到,亦未可议”。但“事隔多年”后,晚清开始变法修律,尤其是“随着西方法律文化的输入,作为修律的总规划者沈家本站在了一个更高的角度来重新审视这个案件”,“站在更高的理论角度发表了自己的看法”。^[100]角色变了,立场也随之而变。关键是,观念变了。

那么,这是一种什么样的“更高角度”?晓君教授指出:沈家本此时赞成燕起烈的意见,认为断杜氏离异“于理诚不可易也,惟于情窃以为未安”。尤其是担心“此例一开,后之以斗殴而涉姻亲,皆将援‘义绝’而两离之,必多窒碍之处”。这是因为“其时,沈家本已对传统审判中类推比附的原则及引用先例的审判方式提出了质疑,并援引古代先哲及西方法律文化加以说明:‘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,并有见于律外科刑,必至有恣意轻重之弊。今东西各国刑法,凡律无正条者不得处罚,职是故也。’”^[101]晓君教授说:“显然沈家本已受到西方‘罪

[94] 沈厚铎:《代后记:说“沈学”》,载沈家本:《日南随笔》,沈厚铎重校,商务印书馆2017年版,第249页。

[95] 《法律馆奏折汇存》,转引自李贵连编著:《沈家本年谱长编》,山东人民出版社2010年版,第125页。

[96] (清)沈家本:《寄谕文存》卷五,邓经元、骈宇骞点校,《历代刑法考》(第四册),中华书局1985年版,第2204页。

[97] (清)沈家本:《寄谕文存》卷六,邓经元、骈宇骞点校,《历代刑法考》(第四册),中华书局1985年版,第2244页。

[98] (清)沈家本:《寄谕文存》卷六,邓经元、骈宇骞点校,《历代刑法考》(第四册),中华书局1985年版,第2210页。

[99] (清)沈家本:《寄谕文存》卷六,邓经元、骈宇骞点校,《历代刑法考》(第四册),中华书局1985年版,第2216页。

[100] 闫晓君:《一桩命案引起的妇女离异争议》,载《法律适用·司法案例》2017年第8期。

[101] 闫晓君:《一桩命案引起的妇女离异争议》,载《法律适用·司法案例》2017年第8期。

刑法定’的影响”。罪刑法定主义的这种影响,使得沈家本回过头来追溯造成不良倾向的体制和机制原因:“今人修法,多求其密”,“往往立一例而有无数之例相因而生”,“迨律无正条,而复以律外苛求之,此法之所以日益纷烦也”。晓君教授总结道,“传统法律思维中的比类相推,尤其是清代律例中的‘以例生例’的比例传统往往导致司法者于律例外苛求”。〔102〕而这,恰是变法修律所应改变的。

其实,例愈多而弊无穷,恰是薛允升明确指出并想给予解决的问题。沈家本将其放在时代发展潮流中,就使这一老问题有了在新政、变法情形下获得解决的可能。

清末新政,沈家本受委主持修订法律10年,他“对中国法律由封建主义向资本主义转化,对东西方法律和法学的融合,对中国近代法学的兴起,起到了承前启后的作用”。〔103〕学者注意到,“在这一过程中,他潜心精究中外法律、法学,数十年如一日,学贯中西,著作等身,对于引进西法和使中国封建法律近代化作出了重大贡献”。〔104〕“引进西法”,结果是沈家本先后主持制定了《大清现行刑律》《大清新刑律》《大清民律》《大清商律草案》《刑事诉讼律草案》《民事诉讼律草案》等一系列法典;“精究外国法律、法学”,使他知识结构发生重大变化,他的努力在其中。他自言:“余奉命修律,采用西法,互证参稽,同异相半。然不究夫中律之本原而考其得失,而遽以西法杂糅之,正如柄凿之不相入,安望其会通哉?”〔105〕任务催促他比较中西,他自己“学贯中西”不仅是过程,也成了结果;政治上倾向于改良,思想体系属于资产阶级新学范畴,又保证了他自觉地投身于修订新律。他视野开阔,接受新事物快,观念超出了其他人,一切来源于他的受委任。他逝世后,北京法学会的谀词,是“先生精研法学,沟通中西”,“纂修法典,熔铸东西”,称其为“法家泰斗”。〔106〕

而今的中国,“情理法”观仍在有意、无意的传承中。有意是我们的刻意作为,是文化的,但有我们的动机参与;无意则常是无意识和下意识的,也是文化的,有时更能反映文化发展的机理。缘在“情理法”观所关涉的,是如何看待和处理“情理法”三者尤其是“情理”与“法”的关系——这个源于古代中国又绵延至今的法哲学问题。先秦法家用世最早,并在秦国获得了成功。但“法虽不善,犹愈于无法”〔107〕的价值导向,以及秦朝的二世而亡,自然引出了“善法”与“恶法”问题。自汉晋以还,议法时“情理”讨论逐渐增多,符合“情理”与否,成为衡量法律的标准。西方有“恶法亦法”与“恶法非法”之争,中国的“情理”实际上相当于西方自然法,起了类似自然法对实在法的批判、纠正作用。在当今的现代语境下,我们所需要的是促进“情理法”观这一具有深厚历史积淀的思想、理论得到拓展、升华,在全新的环境下得到创造性转化和创新性发展。

(责任编辑:马长山)

〔102〕 闫晓君:《一桩命案引起的妇女离异争议》,载《法律适用·司法案例》2017年第8期。

〔103〕 张国华、李贵连编著:《沈家本年谱初编》,北京大学出版社1989年版,第1页。

〔104〕 张国华、李贵连编著:《沈家本年谱初编》,北京大学出版社1989年版,“前言”。

〔105〕 (清)沈家本:《寄谿文存》卷六,邓经元、骈宇骞点校,《历代刑法考》(第四册),中华书局1985年版,第2233页。

〔106〕 李贵连编著:《沈家本年谱长编》,山东人民出版社2010年版,第311页。

〔107〕 (唐)魏徵等:《群书治要》卷三十七《慎子·威德》,刘余莉主编:《群书治要译注》(第八册),中国书店2012年版,第3943页。