

沈家本的人格平等观及其在清末修律中的尴尬

向 达

(陕西理工学院 经济与法学学院, 陕西 汉中 723000)

[摘 要] 沈家本是清朝廷中少有的具有一定西方近现代资产阶级法律理念的法学家,他强调尊重人格,主张平等,并以此为原则对清朝的法律实行改造。这种具有近现代资产阶级性质的法律理念,在清末修律中遭到了以劳乃宣为首的保守派的疯狂攻击,使其在修律中遭遇了理念和实践的双重尴尬。

[关键词] 沈家本; 人格; 平等; 清末修律

[中图分类号] D92 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1673-0755(2009)02-0044-04

沈家本在清末礼法之争中的处境是尴尬的。这一方面表现在他身处朝廷,却不得不用西方近现代的法治理念来变革旧法,但变革了之后,却又要受到封建保守派的大肆攻击,这是表面上和政治上的尴尬。这种表面和政治上的尴尬又可以从其思想体系中找到理论依据,即其人格平等观。沈家本的人格平等观是在突破中国传统的“人为贵”的价值基础上接受西方现代人格观形成的。但其人格观并未进一步发展成现代平等观,虽然他在法律思想和法律实践中已经贯彻了这种价值理念。因此在清末礼法之争中沈家本人格理念戛然而止,平等二字只字不提,而是千方百计的回避价值层面的争论,将价值层面的争论巧妙地转化成法律技术层面的争论,或者用中国传统的儒学经典为其“平等”理念辩护。在整个争论的过程中,沈家本是低调的,沉闷的,尴尬的。

一 沈家本的人格观

在西方的现代法律话语中,有一句很重要的话,即“法律面前人人平等”。细究之,至少可以挖掘出三种基本涵义。一是人格的平等;二是法律适用人人平等;三是立法上的平等精神。后两者是司法和立法上的平等,而平等思想的根源则在于人格上的平等,即对人之资格的确认。这是平等原则在现代法律中得以贯彻的基础。

在西方,人格思想可溯及古希腊的斯多葛学派。斯多葛学派认为,自然是一种统治原则,是理性的化身。人应当遵循自然而生活,人应当接受自然的理性,方可建立理性而公平的统治秩序。正如美国著名法学家 E·博登海默所说:“(斯多葛学派)创立了一种以人人平等原则及自然法的普遍性为基础的世界主义哲学。他们的最终理想是建立一个

在神圣的理性指引下,所有人和谐共处的世界国家。”^[1]

古罗马时人格概念可溯及 Caput 的涵义。Caput 在拉丁语中意为“头颅”或“书籍的一章”。据说在古罗马最初在户籍登记时,只有家长才在登记簿中占有一章,其余家属则名列其下,也即早期的古罗马是父系家长制社会,只有家长被视为有人的资格,受法律保护,同时负相应的法律义务。这一方面是为了表彰家长与家属的身份和地位的差异,后来则为了区分国民与外国人的身份。外国人在罗马被看成人,是在共和国中期以后。还有一种说法,认为人格一意来自于 Caput“头颅”之义。认为这是权利和人格的总和,表示权利对人的身份的重要性,犹如头颅之于生命。当时的人格变动分为两种情况,一种是轻微的人格变动。轻微的人格变动,是指自由人与奴隶在变动之后仍未失原先的身份;而重大的人格变动则是指在自由人与奴隶之间的身份流转。当时具有人的资格的只有自由人,奴隶是不具有人的资格的,仅被视为财产而已。既然是财产,那么就可以自由买卖,自由买卖本身及在交易过程中的差等之义,则表彰了一种不平等的价值取向。可见古罗马的人格概念虽进化了,但却具有了现实的偏狭。后来的思想家正是对古希腊的理性平等观和古罗马的现实偏狭的人格观进行融合与修正,才形成了近代的资本主义人格观。

在中国,最先提及人格二字的可算是严复。在其翻译的《群己权界论》(即密尔的《论自由》)中^[2]。严复把西方的人格翻译成“及格”和成丁。“人格”一词,正式出现,是在沈家本的文章中。在《禁革买卖人口变通旧例议》中,他说:“现在欧美各国,均无买卖人口之事,系用尊重人格之主义,其法可采取。”^[3]在《删除奴婢律例议》中,也说:“不知奴亦

[收稿日期] 2008-11-26

[作者简介] 向达(1976-),男,土家族,湖南保靖人,陕西理工学院经济与法学学院讲师。

人也,岂容任意残害?生命固应重,人格尤宜尊。正未可因仍故习,等人类于畜产也。”^[3]

这两篇论说,是沈家本1906年所上奏疏。从奏疏中可以看出,沈家本对西方人格一词的把握和理解相当准确。那么,为什么他那么热衷人格这个词,而且能够很快就领悟其实质呢?无疑在接受西方人格概念之前,他对人格已有所领悟,只是想不出一个贴切的词为其命名,及至西方人格一词的出现,沈家本才有一种“众里寻她千百度,蓦然回首,那人却在灯火阑珊处”的感觉,其兴奋和彻悟之情可想而知。

据《汉书·王莽传》记载,中国“买卖奴婢,实始于秦”^{[4] 393}。后汉文帝废除收孥连坐法,官奴婢数量日渐减少。然,民间蓄奴之风兴起。沈家本对这种社会现象深恶痛绝。他说:“西汉承秦敝俗,吏民多畜奴婢,习为故常,遂使无辜良民为罪隶。”^{[4] 396}正是因为蓄奴,才产生了良贱等级,法律又对这种等级加以追认,从而造成了封建法律的不平等精神,即良人与奴婢同罪异罚的原则。沈家本对此大为不满,他说“而奴婢伤人,罪至弃市,良贱之分,相去悬远。甚至灸灼,任意惨虐成习,不以为怪”^{[4] 396}。沈家本称这种社会现象为“敝俗”。同时,沈家本对历史上关于废除和批评奴婢制度的言论大加赞赏。王莽曾说:“略卖人妻子,逆天心,悖人伦,谬于‘天地之怡,人为贵’之义”并禁止买卖奴婢。为此,沈家本说:“王莽禁之,不得谓其非也。”^{[4] 393}又晋朝董辛曾说:“天地之于人、物,一也。咸欲不失其性,奈何制服人,以为奴婢乎?”沈家本赞其言曰:“董辛之论,皆至言。”^{[4] 396}上述引文,虽没有正式使用“人格”字眼,但就沈家本的言论来看,他已深刻的注意到“人之所以为人”的重要性。实则,沈家本的雏形人格观是建立在中国传统语境中对“人为贵”的解说基础上的。身为传统士大夫,为考进士皓首穷经的他不可能不受这种话语的影响。老子说:“故道大,天大,地大,人亦大。域中有四大,而人居其一焉。”^[5]这里,老子将人与道、天、地齐比,已充分的注意了人存在的价值。孟子曾说:“民为贵,社稷次之,君为轻。”荀子对这一思想的表述更具体,他说:“水火有气而天生,草木有生而无知,禽兽有知而无义。人,有气、有生、有知,亦且有义,故最为天下贵也。”^[6]在荀子眼里,人之所以作为人而贵,在于有义,将伦理思想纳入了人的解释体系。《古文尚书·泰誓上》也说:“惟天也,万物父母;惟人,万物之灵。”这简直成了经典之语,为后人广泛引用。它的可贵之处在于看到人之有灵魂和精神,从而将人与自然界划分开来,并且蕴涵了人可创造物的价值预设。许慎对人的解释更系统,更深刻。综合了以前的解释成果,在伦理上抬高了人的地位,在哲学上深化了对人的理解。他对“人,天地之性最贵者也”的解释是:“礼运曰:人者,其天地之德,阴阳之交,鬼神出鬼神之会,五行之秀气也。”^[7]

沈家本在正式使用西方人格之前,正是用传统的经典话语作为其代名词而对贱视人格的封建法律制度进行批评的,同时对反对奴婢制度的言行大加赞赏。东汉光武帝曾下诏说,“其杀奴婢,不得减罪”、“敢灸灼奴婢,论如律。免所灸灼者为庶人”。沈家本对此褒扬为“盛德也”。^[8]

当然,中国古代的“人为贵”与西方近代的人格是有差

异的。“人为贵”仅仅是一种理想诉求,没有明确的制度和法律保障。而西方人格的平等意蕴明显而且已经上升到制度和法律的层面。它不仅仅是一种价值预设,而且已成为西方近现代社会的普适性的制度。而且,作为一种价值预设,它所体现的平等精神是绝对的、彻底的,深深地影响着其社会政治建构、经济运行以及人们的观念、心理和习惯。在中国,“人为贵”却是一个相对的概念。尽管它也蕴含了一定的平等理念,但这不是普遍和彻底的。中国这种人为贵的相对性,正是与我国封建制度中的礼制传统相对应的。礼强调一种差异的精神,这是礼存在的前提。随着礼的精神向社会各个层面的渗透,便为“人为贵”提供了一个普遍的相对解释的历史语境。沈家本的可贵之处就在于,他对中国传统的礼的差异性的突破,对“人为贵”的相对性的突破。

在《历代刑法考中》,他也常使用“人格”一词,以示其对道德败坏者人格的尊重。他说东汉时,有三男共娶一妻,生有四子,后因分妻、子不均而涉讼。廷尉范延寿断之“此非人类,当以禽兽从母不从父也。请戮三男,以儿还母。”他指责说:“且曰以禽兽处之,何其轻视人格哉?……况此等事,乃风俗之敝者,不思革其敝俗,而但以刑从事,尚未当于理而厌人心,此真大惑不解者。汉人断狱,好自作聪明,而准诸法理,实未必尽当。而美其名者,辄曰以经造狱,但不知此等于经义果属何条也。此事于汉律并无科罪之文,而既成此狱,特附于此,以备法家之讨论焉。”^[9]在这段论说中,致少有两点值得注意,一是沈家本对把道德犯罪肆意加刑、无视犯罪人的人格和生命的现象大加挞伐的精神;二是罪刑法定的主张。这两者都体现了平等精神,是其对传统“人为贵”观念突破的表现。其对西方人格概念的援用,致使其人格观因蕴涵了一种普遍而绝对的平等,从而与传统的“人为贵”观念大异其趣。但其离西方的现代人格观又尚有一定的距离。

二 沈家本的平等观

沈家本的平等观是典型的实用主义和形式理性意义上的概念。说其是实用主义,是因为他用平等观念对中国传统礼法进行了广泛而深刻的批评,但即便如此在他的文集中竟只见“人格”二字,而不见“平等”二字;说其是形式理性意义上的概念则是因为他仅对历史上的一些个案不平等的现象进行批评,而从来没有怀疑过封建法律制度的正当性。即便如此,沈家本从人格角度出发,利用其平等的寓义去抨击旧法中的不平等的现象,至少也可说是对先秦法家形式理性层面的法律平等观的继承和发展,也可算是其历史功绩。正是有了这样的背景,才使其接受西方现代法治的观念如此之快,从而对我国法律现代化作出了奠基性的贡献。

形式平等的理论,曾在19世纪的德国法律界占据主流学说的地位。但20世纪30年代之后,随着纳粹帝国的崩溃,实质意义上的、能够约束立法的平等观,越发受到学界的重视。形式平等被理解为:“不能清晰了解法律本身应该如何实践此平等权利之内容。倘若一个法律本身即不公正(例如采行种族歧视、男女不平等政策等),那么,透过毫不折扣的法适用平等原则,适足以加重本恶造成之弊害。”^[10]也即说,形式平等的法律观只注重法律形式上的平等,对如何

实现这种平等则不闻不问,这就极易造成立法和司法上与价值预设的实质偏离,从而形成南辕北辙的戏剧化的结果。我国旧法便是这种戏剧的上演者。

先秦法家的集大成者韩非子主张“法不阿贵,绳不挠曲”、“刑过不避大夫,赏善不遗匹夫”^[11]。这些主张是多么动听,然而当其同学李斯利用这种思想辅秦时,却组建了一个中央集权的君主专制政体,与韩非子的平等预设大异其趣。这是中国独特的历史现象。沈家本的形式平等观便是在这样的历史语境中形成、发展和展开的。他注重形式的程度竟达到虽千般万般用其解说、批判旧律,却从来没想过给它下个定义、取个名的程度。

南朝梁武帝用法,史称“急黎庶而缓权贵”。而杜佑《通典》则说其是“衣冠之黎庶,如草木之有秀茂”。沈家本对这种无视法律形式平等的言论大加挞伐,斥其“此说非也”,并辩解道:“杜氏盖未究乱之要,因而徇其一偏之见地。世或惩梁氏疏简之失,而谓法不可轻。此又非探本之论。梁之敝在法废,不在刑轻。法立而不行,与无法等。世末有无法之国,而能长安久治者也。”^[12]接着他批判了这种区分良贱的法律观。他说:“凡人皆同类也,其人而善也者,茂林翘秀也;其人而恶也者,丛拨荒芜也。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?若谓士族之恶者,亦茂林翘秀,匹庶之善者,亦丛拨荒芜,是使人知士族匹庶之分,而不复知善恶之分矣,此大乱之道也。至八议收赎之法。皆必其情之可原者,亦非尽而宥之。”^[12]

沈家本用善恶观来批评法律中区分良贱的现象,认为不管良贱,只要为恶犯法就得处罚,在法律面前,只有善恶的标准,而不能用良贱的标准,否则会使法律失去公平,从而对社会秩序造成影响。这种主张以善恶取代良贱的法律观,是对韩非子“法不阿贵,绳不挠曲”、“刑过不避大夫,赏善不遗匹夫”的形式平等精神的继承和发展。与后者不同的是,沈家本进一步以这种平等来质疑旧法的正当性,这是一种突破。例如他对八议的合理性的质疑。

沈家本摘录了雍正帝的谕旨为佐证,“夫刑法之设,所以奉天罚罪,乃天下之至公至平,无容意为轻重也。若于亲、故、功、贤人等之有罪,故为屈法以示优容,则是可意为低昂,而律非一定者矣,尚可谓之公平乎!”沈家本对此表示赞同,他说:“伏读世宗圣训,言之尤为详明,实在可删之列。存之律中,徒滋疑惑而已。”^[13]沈家本用善恶的标准来解释法律是对传统形式平等观的突破,他把善恶观引入立法层面,更是一种突破。这种双重突破对中国法制现代化具有里程碑似的意义。沈家本的平等观更进一步的发展是利用它来探讨旧法中赎法的平等问题。

首先,他主张以多元的处理方式来对应罪情的多样性,从而保障了司法的公正。他说:“罪而可赦,赦之而已。有疑于赦,故使从罚。《书》中于疑赦反覆言之,可谓详尽。当刑者决无赎理,何患失之轻?疑于赦,不可遽赦,而使得赎,何患失之重?若不可遽赦而遽赦之,则反失其平矣。”^[14]⁴³⁵在这里,沈家本认为赎法也是一种恰当的处罚方式,虽然它是

在罪疑的情况下适用的,他认为,查罪属实,当处罚的就处罚,不处罚有失公允;当赦放的赦放,不赦放或以赎罪的方式赦放都是不公正的。对于罪疑,确系查不清案情,但又有重大的犯罪嫌疑的,则不宜赦放,这样有失公平,而应该以赎罪的方式赦放,让犯罪嫌疑人付出代价,以资惩戒。

其次,在找到了正确处理案件的方式之后,为了确保司法的进一步的公正,在对赎法的最后处理中,不应该因贫富的差异而影响司法的公正。法律只管善恶,即是否违法,而不管贫富,至于在公正的法律面前所造成的因贫富不均而形成的实际不平等,这是法律以外的救济任务。他说:“富者得生,贫者坐死,自汉以来,议赎皆以次为言。经国家立法,但问其当理否耳。苟当于理,则法一而已,只论罪之当赎不当赎,不能论其人之富与贫,富者之得生,法如是,非幸也;贫者之不能自赎,贫者之不幸,非法使之也。且果为赦者,法亦必有以济其务,何至忍视其受刑哉?”^[14]⁴⁵²

这样,通过对善恶观和赎法的解析,沈家本已将形式平等的法律观深入了立法和司法领域,为我们梳理了建构形式平等的法制体系的线索。而且其理论也触及到了法律的实质平等问题,认为这不是立法和司法所应管的,法律只管善恶,即是否违法,至于在保障形式平等条件下所产生的实质层面的不平等,则应由立法、司法和执法机关以外的社会组织来解决。沈家本虽在其文集中未曾提到一个“平等”的字眼,但他对旧律不平等的深入分析,为保障法律形式平等提供了有力的理论分析。这是沈家本以后在修律中对旧律进行修订的逻辑起点,也是其接受西方现代法治的理论基础。

三 沈家本在清末修律中所遭遇的尴尬

上面论述了沈家本的人格观和平等观,可以看出,其平等观是在人格平等基础上展开的。既然其平等观已深入到对封建立法和司法批判的层面,则从更深的理论层面可以对他这种理论攻势作出比较准确的判断,即他必然会进一步否定礼制并遭到礼制无情的回击。这样的逻辑推理在清末礼法之争中得到了充分的体现。这种场面是何其的尴尬。沈家本按照自己的逻辑体系,自然而然要否定旧律的礼法不分的样式和精神,然而这种样式和精神却又正是大清的理论支柱,也即沈家本在否定这种传统礼制中是站在异端或叛逆的非正当性立场上的,而其对手劳乃宣则是站在正当性的立场上的。他身为朝臣,一方面想实践自己的正义良心,而另一方面又考虑到自己的权位、利益和名誉,面对劳乃宣咄咄逼人的攻势,他选择的是冷静、回避、低调甚至沉默。

劳乃宣的逻辑是,法律与道德有紧密的联系。法律是建立在道德基础上的,然而中国的道德与西方的道德不同,中国的道德注重伦常,而西方的道德重视平等,因此,中国法律应建立在伦常基础上,也即礼与法是不可分的。他说:“法律与道德,诚非一事。然实相表里。必谓法律与道德教化毫不相关,实谬妄之论也。”又说:“外国之俗重平等,而中国之俗重伦常。周孔之教,深入人心者,已数千年。所谓久则难变也。骤以外国平等之道施之,其凿枘也必矣。夫修订新刑律为立宪之预备也,立宪以顺民心为主,则刑律之修,可不合乎中国人情风俗为先务哉?”^[15]

面对劳乃宣的攻势,沈家本起草了《书劳提学新刑律草案说贴后》,只寥寥 3 页,与劳乃宣的《修正刑律草案说贴》15 页比,相差甚远,而且措词温平。更值得注意的是沈家本的策略,他巧妙地回避了价值之争,而将争论引向法律技术层面,对劳乃宣指责的罪名,一一列出,作出解释。对于大部分的问题,沈家本解释为应列入判决录,从司法实践中去解决。例如,劳乃宣提出应将“干名犯义”列入正文,沈家本说:“此告诉之事,应于编纂判决录时,于诬告罪中详叙办法,不必另立专条。”^[16]类似的条文还有亲属相奸、亲属相盗、亲属相殴、故杀子孙、杀有服卑幼和妻殴夫及夫殴妻等。这种回避和转移,取得了一定效果。劳乃宣在其回击文《声明管见说贴》中,开篇即说:“‘干名犯义’与‘亲属相为容隐’,相为表里为中国旧律精义,阙一不可。容隐之条,刑律草案已具,今以此条叙于判决录中,俾与刑律相辅而行,亦无不可。”^[17]

劳乃宣除了指责新刑律的一些条文有悖礼教外,还对沈家本的修律宗旨进行诘问:是否是按西方平等精神制定新律的。为此沈家本不得不起来辩解,但他又巧妙的回避了平等问题,而是力图说明他的刑律是按照礼教原则制定的。例如他在对故杀子孙、杀有服卑幼、妻殴夫、夫殴妻等问题辩解时,便竭力从传统经典和历史经验中找证据,证明这些条款是符合礼教精神的。但当犯奸一条没有现成依据时,沈家本灵机一动,认为这是风化之事,不关刑律,他用孔子“道之以政,齐之以刑,民免而无耻;道之以德,齐之以礼,有耻且格”^[18]来加以辩解。

沈家本对劳乃宣的攻击,采取分而破之及以彼之矛戳彼之盾的迂回战术,虽然比较巧妙并基本应付了场面,但当我们进一步挖掘这一历史情境时,可以对此作出合乎情理的判断。一方面,沈家本是一个传统士大夫,为考进士,皓首穷经,直到 43 岁(光绪九年,1883 年)才考上进士,他对传统功名的留恋可见一斑。这就必然使传统礼教对其思想、心理和习惯产生重大的影响。他后来虽对旧律有所抨击,但并未有彻底到要推翻旧的礼制的程度,而后来修律中的采用西方法制精神,不得不考虑其受收回治外法权的诱惑的影响。这也可以其作品和在与劳乃宣的争论中他休提平等二字来说明,虽然他已对旧律不平等作过深入的分析,但他显然以言平等为羞。同时,在当时,礼教是正统的原则,如果提平等,将会

遭受“异端”甚至“谋反”之骂名,这样一来,树敌太多,不仅新刑律不可保,就是官位也不一定可保。再有,当时支持新律的人很少,与礼教派比,势单力薄,没有相当的胆魄,是不可能以高调的态度与劳乃宣对峙的。为此,沈家本象一个被错怪的孩子,迫于大人之威,只好顺着大人的逻辑来作无力的辩解。如果说沈家本在 1900 年左右,初传入中国的西方人格观由于兴奋和彻悟之情热衷了几年的话,自 1906 年他修的第一部新律《刑事民事诉讼法》作废之后,在其文集里,再也看不到人格二字了。传统礼制的威力把沈家本的思想激情给无情毁灭了。这场争论的尴尬还不仅仅止于此,1911 年,沈家本因礼教派的弹劾,被迫辞去了修订法律大臣和资政院副总裁的职务。从此“键户静养,不复与政界周旋”。

[参考文献]

[1] [美] E·博登海默.法理学——法哲学及其方法[M]. 邓正来等译,北京:华夏出版社,1897: 14

[2] 《群己权界论》出版于 1903 年,但其翻译完成于 1900 年左右.

[3] 寄簃文存:卷一[M].

[4] 沈家本.历代刑法考·刑法分考十五[M].

[5] 老子第 25 章[M].

[6] 荀子·王制[M].

[7] 许慎.说文解字·人部[M].

[8] 沈家本.历代刑法考·汉律摭遗卷十二[M]. 1569

[9] 沈家本.历代刑法考·汉律摭遗卷八[M]. 1523

[10] 陈新民.德国公法学基础理论[M]. 济南:山东人民出版社,2001: 673

[11] 韩非子·有度篇[M].

[12] 沈家本.历代刑法考·刑制总考三[M]. 34

[13] 沈家本.历代刑法考·明律目笺一[M]. 1719

[14] 沈家本.历代刑法考·刑法分考十六[M]. 435

[15] 劳乃宣.修正刑律草案说贴,新刑律修正案汇录[M]. 10- 19

[16] 沈家本.书劳提学新刑律草案说贴后》,寄簃文存[M].

[17] 劳乃宣.声明管见说帖,新刑律修正案汇录[M].

[18] 孔子.论语·为政[M].

Sen Jiaben’s View of Personality Equality and its Awkwardness in Modifying the Law of Late Qing Dynasty

XIANG Da
(Shanxi Technical Institute, Hanzhong 723000, China)

Abstract Shen Jiaben was a jurist with modern bourgeoisie law idea rare in Qing court. He stressed on respecting personality equality and reformed the law of Qing Dynasty, which was attacked crazily by conservative faction represented by Lao Naikuan and met the dilemma between theory and practice in modifying the law.

Key words Shen Jiaben, Personality, Equality, modifying the law in late Qing dynasty