

李贵连 著

(修订本)

# 沈家本传

# 沈家本传

(修订本)

李贵连——著

GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS  
广西师范大学出版社

·桂林·



图书在版编目 (CIP) 数据

沈家本传 / 李贵连著. -- 修订本. -- 桂林: 广西师范大学出版社, 2017.11

ISBN 978-7-5598-0358-0

I. ①沈… II. ①李… III. ①沈家本 (1840-1913) — 传记 IV. ①K825.19

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 241225 号

出版: 广西师范大学出版社

广西桂林市五里店路 9 号 邮政编码: 541004

网址: <http://www.bbtpress.com>

出版人: 张艺兵

发行: 广西师范大学出版社

电话: (0773) 2802178

印刷: 湛江南华印务有限公司

广东省湛江市霞山区绿塘路 61 号 邮政编码: 524002

开本: 889 mm × 1 240 mm 1/32

印张: 17 字数: 390 千字

版次: 2017 年 11 月第 1 版 2017 年 11 月第 1 次

定价: 98.00 元

---

如发现印装质量问题, 影响阅读, 请与印刷厂联系调换。

## 修订版前言

本书原版撰写于上世纪末，2000年由法律出版社发行，迩来十又七年。

对于这样一本学术性著作，当时我并没有考虑它的销路。不想，几年后就有人告诉我：书店已买不到这本书了，而且市面上还出现一本编写结构、甚至文字有些雷同的出版物。他建议我约请出版社再版，并追究“抄袭者”的责任。然而，我对再版本书的兴趣不高，因为当初约请我撰写本书的贾京平先生和原来的责任编辑都已离开法律出版社，便没有心思找出版社的其他编辑商讨再版事宜。至于抄袭，我觉得并不算太坏，起码抄袭者是认可这本书的，也读懂了这本书，不然无法抄袭。再者，抄袭之作能够出版，无形之中增加了社会对传主沈家本的认识。至于追究，算了吧！

古人云：“十年生死两茫茫。”本书出版十多年来，我国社会

的变化太大了。欣慰的是，整个社会对沈家本的认识也在不断增强。且不说这些年研究沈家本的论著数量与日俱增，单就《沈家本未刻书集纂》《沈家本全集》（全集是不是全，另当别论）等书的出版，以及沈家本故居——枕碧楼被北京市西城区政府确定为文物保护单位，加以清理修缮，并交由最高法院管理，就足以让人振奋。希望本书的修订再版，能为扩大社会对沈家本的认识更添砖瓦。

本书再版缘起于2012年。那一年，我与广西师范大学出版社范新先生在武汉相遇。第二年，先是拙作《什么是法治——由贵族法治到民主法治》由该社出版，在社会上产生了一些影响，紧接着，他提出不仅要再版《沈家本传》，更拟定了系列出版计划。稍后，又有多家出版社与我联系，希望本书能交给他们再版。“君子重然诺”，我虽不敢自命什么君子，但从来不爱食言，既然答应了广西师大出版社，就不想再作变动，也就婉言谢绝了其他出版社的邀请。

付梓之际，写上这几句话，聊作说明，并向促成本书再版的各界人士表达感谢！

李贵连

2017年8月21日于京北寓所

# 现代法治：沈家本的改革梦（代自序）

——沈家本逝世百周年祭<sup>1</sup>

1913年7月，北京湖广会馆，由北京法学会主持的沈家本追悼会在这里举行。在社会各界送来的诸多挽联中，有一条是这样的：

法治导先河巨典修成笔挟风霜难易字，  
作人开广厦宗工遽杳手栽桃李未成荫。

这是一条概括沈家本改革实践的挽联。法治（Rule of law），更确切地说，宪政法治，是当年沈家本主持改革的理想。

在西方法的影响和冲击下，清政府为了挽救危局，终于走上

---

1 该文写于2013年，时值沈家本过世一百周年。谨以此文纪念这位中国法近代化的奠基者。

法律改革之路。而在这场影响深远的中国法律近代化运动中，沈家本作为清末法律改革的主持者，他对改革的态度，他对西方法的理解，他的思想和行动，都对这场改革产生无可置疑的重要作用。法治，特别是法治中的审判独立，是他的改革理想，也是晚清法律改革者的理想。他是这一理想的追求者和实践者。

沈家本（1840—1913），清代著名法学家和立法专家。字子惇，又作子敦，号寄簃。浙江归安（今浙江省湖州市）人。同治三年（1864年）进入清朝刑部做官，光绪九年（1883年）考中进士，仍然留在刑部做官，是地道的传统中国士大夫。历任刑部直隶，陕西、奉天各司主稿，兼秋审处坐办，律例馆提调。以对传统法学（律学）的精熟，被官场和士大夫所推许，“以律鸣于时”，是当时刑部最出色的司员之一。光绪十九年（1893年）出任天津知府，因“以宽大为治”“用律能与时变通”，而受到时人称誉。后来调任直隶首府保定府知府。在此期间，因董福祥甘军过境，捣毁保定北关外法国教堂，引起中外交涉。他据理与法国传教士力争。为此，在八国联军占领保定期间，被侵略军拘留近四个月。从光绪二十七年（1901年）起到宣统三年（1911年）止，历任清朝刑部侍郎（副部长）、修订法律大臣、大理院正卿（最高法院院长）、法部侍郎（副部长）、管理京师法律学堂事务大臣（校长）、资政院副总裁、袁世凯内阁司法大臣（部长）等职。1910年，中国第一个全国性的法学学术团体北京法学会成立，被推为首任会长。在中国传统法律转轨、中西法律和法学融合，以及中国近代法学兴起的过程中，他起了承先启后的作用。

1901年，慈禧太后下令变法，规定除三纲五常万世不易外，“令甲令乙，不妨如琴瑟之改弦”，取外国之长，补中国之短。两江总督刘坤一、湖广总督张之洞，率先响应，根据这一谕令，先

后提出改革旧的审判制度和监狱制度，以及仿照西方法律，制定中国自己的矿山法、铁路法、商法和交涉刑法等一系列奏议。在此期间，张之洞参预与英国的商约谈判，提出中国改革法律、英国放弃在华领事裁判权的要求。在取得英国代表马凯的同意并写入条约以后，光绪二十八年（1902年），清朝廷正式下达法律改革之诏，责成袁世凯、刘坤一、张之洞，“慎选熟悉中西律例者，保送数员来京，听候简派，开馆纂修，请旨审定颁行”。根据清廷的谕旨，袁世凯、刘坤一、张之洞联衔保举沈家本、伍廷芳主持法律改革工作。同年四月六日，以“务期中外通行，有裨治理”，收回“国家利权”为目的，清廷正式任命沈家本、伍廷芳“将一切现行律例，按照交涉情形，参酌各国法律”，进行改革，拉开了法律改革序幕。

## 一、中西法治宗旨之异

发生在19、20世纪之交的法律改革，是中国近代史上非常重要的一次改革。在沈家本等努力下<sup>1</sup>，这次改革开启了中国法律现代化之门。中国法律向近代演进，中国水土第一次移植西方的法治。沈家本是法治，特别是法治中审判独立的追求者和实践者。

作为晚清法律改革的主持者，沈家本熟悉我国的古代法治（Rule by law），对西方法治也有深入洞见。但是，从现有的材料看，在主持法律改革之前，没有发现他对西方法治有什么了解。1900年八国联军占领保定城，侵略者加给他的切肤之痛，导致他的思

---

1 之所以用“等”，是因为这种改革，只有沈家本一个人是不可能有多大、太多的作用的。只有整个改革群体，甚至对立的群体的合力，才有可能使改革取得最佳效果。



想急剧转变。1899年秋天撰写、1907年面世的《刑案汇览三编序》，记述了他的这一转变。

《刑案汇览三编》是沈家本保定知府任内，在保定府署编定的起自道光十八年的刑案。编完这本巨著后，他把自己一生对清朝刑案，同时也是对中国传统法律的认识，写进杀青后的书序。这篇书序中的两段话，真实地记录了他的心路转变历程。

这两段话中的第一段说：

夫刑名关系重要，其事之蕃变，每千头万绪，其理之细密，如茧丝牛毛。使身膺斯责而不寻绎前人之成说，参考旧日之案情，但凭一己之心思，一时之见解，心矜则愎，气躁则浮，必至差以毫厘，谬以千里。往往一案之误，一例之差，而贻害无穷，岂不殆哉。《汇览》一书，固所以寻绎前人之成说以为要归，参考旧日之案情以为依据者也。晰疑辨似，回惑祛而游移定，故法家多取决焉。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，故纸耳！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。<sup>1</sup>

这段话直接说出了他花那么多时间编辑这本书的目的。用今天学

---

1 沈家本：《刑案汇览三编序》，沈家本撰，邓经元、骈宇骞点校：《历代刑法考·附寄谕文存》卷六，中华书局，1985年，第2225页。

者们的语言，就是为他的付出做价值论证。己亥年（1899年），经过戊戌变法，“法理之学日有新发明”，新学已经出现。虽然已届花甲（虚岁）之年，他也知道中国已出现一种不同于传统的“新法理”<sup>1</sup>。但是，他还是不无顽固地说：“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。”也就是说，他知道新“法理”，也不排斥这种外来的新“法理”，但是看重的仍然是传统的司法经验的价值。

但是，曾几何时，修订法律大臣沈家本就把自己以前的这种价值判断推翻了。丁未年，也就是公历1907年，《寄谥文存》八卷刊行<sup>2</sup>，收入1899年所写的这篇序。在这篇序文的末尾，他加上了我要引述的第二段话：

此编抄撮于京邸，编订于天津、保定两郡署，见者谓宜公诸世。余方筹剗之资，旋值庚子之变，事遂中辍。忽忽又八九年矣。今日修订法律之命，屡奉明诏，律例之删除变通者，已陆续施行。新定刑法草案，虽尚待考核，而事机相迫，施行恐亦不远。此编半属旧事，真所谓陈迹故纸也。芟薙之功，待诸来日。姑记其缘起于此。丁未仲冬。<sup>3</sup>

1 据笔者的寡闻陋见，这里出现的“今日法理之学”中的“法理”，是近代中国最早出现的，用古代“法理”一词对接西方“法理”，含有西方“法理”意味的汉语新词。

2 1907年的《寄谥文存》八卷不同于《沈寄谥先生遗书》中的《寄谥文存》八卷。

3 沈家本：《刑案汇览三编序》，沈家本撰，邓经元、骈宇騫点校：《历代刑法考·附寄谥文存》卷六，中华书局，1985年，第2226页。

八年前坚信前人“成说”、旧日“案情”有其特有价值，“大可与新学说互相发明”；八年后认定这些“成说”“案情”为“陈迹故纸”。前后变化如此之大，很容易让人怀疑沈家本是因为当了法律大臣，做了大官，为保官升官，作秀迎合新潮流。

当然这只是一种怀疑，既无根据，也不公道。就我个人的认识而言，我认为他的这种前后变化是“凤凰涅槃，浴火重生”。

20世纪快要结束的时候，我写过一篇文章，题目叫做《保定教案与沈家本被拘考》<sup>1</sup>，探讨的就是这个问题。撰写《刑案汇览三编序》的时间是己亥年，在此之前是戊戌年，之后是庚子年——这些是稍微知道一点中国近代史的人，都不可能不知道的年份。但是，一般人知道戊戌变法，却不一定知道变法前发生在保定北关外的教案，更不知道这个教案给沈家本埋下的灾祸；知道庚子年有义和团、八国联军，有北京被占、慈禧西逃，却不一定知道洋人南下、占领保定。因为戊戌年的北关外教案，沈家本被关押四个多月，命悬一线，最后仅以身免。死里逃生的沈家本如同凤凰涅槃，浴火重生，做了修律大臣，为他所依托的王朝命运，为他所挚爱的国家，为他所亲见的同僚鲜血，为他个人所蒙受的屈辱，愤而激变。“公孙遗爱圣门推，论学原须并论才。国小邻强交有道，此人端为救时来。”这首诗成于脱离虎口后不久，赞赏春秋时期郑国子产铸刑鼎，但与其说是歌咏子产，毋宁说是他的自我抒怀。只要知道铸刑鼎中叔向与子产的辩论，就不难明白“国小邻强交有道，此人端为救时来”的隐喻。更何况，他的修律大

---

1 李贵连：《保定教案与沈家本被拘考》，《比较法研究》第1期，2000年，第94—109页。

臣职位，与其说是慈禧太后任命的，毋宁说是法律制度的历史性转型把他推上去的。

庚子年的切肤之痛，使他主持法律改革以后，很快就接受了从海外传来的西方法。又由于他对中国传统法造诣的精深博大，他很快就究明西方法与我国传统法的差异。对这种差异，他没有长篇大论的理论论证，但有明确的表述，而且往往一语中的。例如，关于中西审判制度，他说：

西国司法独立，无论何人皆不能干涉裁判之事。虽以君主之命，总统之权，但有赦免，而无改正。中国则由州县、而道府、而司、而督抚、而部，层层辖制，不能自由。

西法无刑讯，而中法以考问为常。西法虽重犯亦立而讯之，中法虽宗室亦一体长跪。此中与西之不能同也。<sup>1</sup>

中西司法审判的差异如此，法治也是这样。在《新译法规大全序》中，他开篇就指出：

《管子》曰：“立法以典民则祥，离法而治则不祥。”又曰：“以法治国则举措而已。”又曰：“先王之治国也，使法择人，不自举也，使法量功，不自度也。”其言与西人今日之学说，流派颇相近，是法治主义，古人早有持此

---

1 沈家本：《裁判访问录序》，沈家本撰，邓经元、骈宇骞点校：《历代刑法考·附寄籍文存》卷六，中华书局，1985年，第2235页。

说者，特宗旨不同耳。<sup>1</sup>

西方有法治，中国也有自己的法治。但是，中国自古就有的法治，与西方法治并不完全相同，只是“颇相似”而已。相似在什么地方呢？相似在“以法治国”“使法择人”“使法量功”等表面形式上。这种形式上的“相似”，无法掩盖二者的“宗旨”，亦即精神内核的天渊之别。二者的宗旨在什么地方呢？他论证说：

今者法治之说，洋溢乎四表，方兴未艾。……或者议曰：以法治者，其流弊必入于申、韩，学者不可不慎。抑知申、韩之学，以刻核为宗旨，恃威相劫，实专制之尤。泰西之学，以保护治安为宗旨，人人有自由之便利，仍人人不得稍越法律之范围。二者相衡，判然各别。则以申、韩议泰西，亦未究厥宗旨耳。<sup>2</sup>

直到今天，西方学者对法治的解释仍然是言人人殊。但是，不管西方对法治有多少解释，西方法治不同于古代“法治”，这是中外学者的共识。“以刻核为宗旨，恃威相劫，实专制之尤”。这是中国的传统法治。“以保护治安为宗旨，人人有自由之便利，仍人人不得稍越法律之范围”。这是西方法治。“二者相衡，判然各别”。对中西法治这种一言中的的区分，就当日而言，似乎连

1 沈家本：《新译法规大全序》，沈家本撰，邓经元、骈宇骞点校：《历代刑法考·附寄筱文存》卷六，中华书局，1985年，第2242页。

2 沈家本：《法学名著序》，沈家本撰，邓经元、骈宇骞点校：《历代刑法考·附寄筱文存》卷六，中华书局，1985年，第2240页。

天才的言论骄子梁启超也稍逊一筹。这位花甲之年才开始通过翻译而接触西方法律的老翁，短短几句话，就使人洞若观火，实在无法不使人佩服他的法学渊深，以及由此而来的洞察力。

正是基于这种思想的指导，所以他反对当时国内的古今中西门户之见，力主博采古今中西的善法，改弦更张，制定适合中国国情的现代法，实行现代法治，来挽救国家民族的危亡：

方今世之崇尚西法者，未必皆能深明其法之原本，不过借以为炫世之具，几欲步亦步、趋亦趋。而墨守先型者，又鄙薄西人，以为事事不足取。

夫古法之不同于今而不行于今，非必古之不若今，或且古胜于今。而今之人习乎今之法，一言古而反以为泥古，并古胜于今者而亦议之。谓古法之皆可行于今，诚未必然，谓古法皆不可行于今，又岂其然。西之于中，亦犹是耳，值事穷则变之时，而仍有积重难返之势，不究其法之宗旨何如，经验何如，崇尚者或拘乎其墟，而鄙薄者终狃乎其故。<sup>1</sup>

总之，“立法以典民，必视乎民以为法而后可以保民”，“因民以为治，无古今中外一也”。因此，“我法之不善者当去之，当去而不去，是之为悖。彼法之善者当取之，当取而不取，是之为愚。夫必熟审乎政教风俗之故，而又能通乎法理之原。虚其心，达其聪，

---

1 沈家本：《裁判访问录序》，沈家本撰，邓经元、骈宇騫点校：《历代刑法考·附寄籍文存》卷六，中华书局，1985年，第2235页。

损益而会通焉，庶不为悖且愚乎”。<sup>1</sup>

具备这样的洞察力，能对中西法治做如此精辟的分析，他的价值取向不言自明：“近今泰西政事，纯以法治，三权分立，互相维持。其学说之嬗衍，推明法理，专而能精。”<sup>2</sup>泰西各国，“十九世纪以来，科学大明，而研精政法者，复朋兴辈作，乃能有今日之强盛，岂偶然哉？”<sup>3</sup>日本采用西法而强，“益知法治之说为不诬矣”。<sup>4</sup>奉行法治主义之意，跃然纸上。

## 二、移植外国法，建构“宪政法治”法律制度

但是，理性的认识，不等于理论体系的建立，已届垂暮之年的老翁，虽然希望通过“法治”使中国和西方、日本一样强盛起来，然而他已没有精力为这个法治建构理论体系。他只能在职分范围内，通过“斗法”<sup>5</sup>，把自己的“法治”理想灌注到制度的建构中。这种建构是多方位的，第一步则是法律制度的变革。

晚清法律改革，虽然只有短短的十年，但是可以划分为两个阶段：1902年到1906年的“新政”阶段，重点在于对旧律的改造。

---

1 沈家本：《裁判访问录序》，沈家本撰，邓经元、骈宇騫点校：《历代刑法考·附寄籀文存》卷六，中华书局，1985年，第2235—2237页。

2 沈家本：《法学名著序》，沈家本撰，邓经元、骈宇騫点校：《历代刑法考·附寄籀文存》卷六，中华书局，1985年，第2239页。

3 沈家本：《政法类典序》，沈家本撰，邓经元、骈宇騫点校：《历代刑法考·附寄籀文存》卷六，中华书局，1985年，第2241页。

4 沈家本：《新译法规大全序》，沈家本撰，邓经元、骈宇騫点校：《历代刑法考·附寄籀文存》卷六，中华书局，1985年，第2243页。

5 沈氏女婿汪大燮有“改官制事，非变政，实斗法”之论，十分精当。晚清变法，实在是官僚争权“斗法”的大战场。沈家本如果没有“对中国官场逻辑的谙熟”，不会“斗法”，在当时的官场，恐怕寸步难行。

就沈家本的思想而言，改造旧律的目的，落脚点主要是收回领事裁判权。1906年至1911年，由于宣布预备立宪，法律改革重点在围绕“立宪”，制订适于“宪政”时代的新律。由于新律要到“宪政”施行后才能实施，因此，这个阶段还必须继续改造旧律，使之成为“宪政”前的适用法律，因之有《大清现行刑律》的颁布施行。

这一阶段，沈家本在“折衷各国大同之良规，兼采近世最新之学说，而仍不戾乎我国历世相沿之礼教民情”思想的指导下，对传统法律进行大刀阔斧的改造。首先删除《大清律例》内“一时权宜”“无关引用”或“久经停止”，以及重复出现的例文三百四十四条。接着，本于治国之道“以仁政为先”，削除凌迟、枭首、戮尸、缘坐、刺字等传统法律中最残酷最野蛮的部分，又以“中外法律最不相同者，莫如刑讯一端”，废除传统的刑讯制度（不彻底）；为削减死罪条目，以死罪条目既“繁且重”，将有死罪之名，无死罪之实的戏杀、误杀、擅杀三项罪名，由死罪改为流徒；修改《秋审条款》，删除旧文，纂集新事，将原有一百八十五条减为一百六十五条；以推行宪政、权力分立、行政不应干涉司法为由，奏请停止中央的九卿会审制和地方的督抚布政使会审制；依据西方“尊重人格”的思想，删除奴婢律例，奏请严格禁止买卖人口；以死刑在闹市当众执行有违“明刑弼教”之义，将死刑执行由公开改为秘密，由明刑转为隐刑；以“立法必先统一，法一则民志自靖”为由，奏请在法律上化除满汉畛域，删除《大清律例》内“满汉罪名畸轻畸重及办法殊异之处”，使国内各民族适用同一法律；并以“万物之生机，必周流而始能便利”，变通旗民不准与民人交换买卖土地的禁令，等等。宣统元年（1909年），他吸收上述改革成果，通过删除、修改、修并、移改、续纂等方法，将《大清律例》改造为《大清现行刑律》，



沿用近两千年的笞、杖、徒、流、死五刑之名被废除。这部吸收了西方法精神的《大清现行刑律》，被时人和后人誉为中国传统法典中最后且最进步的一部。

由于宪政需要法治，第二阶段的法律改革，是为宪政编制推行法治的法律文本，即制订各种近代法典。这一阶段，他的理想是为中国建造一个法治制度框架，希望中国能因“法治”而强盛。这正是这个时段他的著述频频出现“法治”，并对中西“法治”进行区分的原因。这不是我的推测，1907年他被重新任命为修订法律大臣后所上的奏疏，说得十分清楚：

窃维法治主义为立宪各国之所同，编纂法典实预备立宪之要著。臣等自审懵昧，重任恭膺，仰窥宵旰之忧勤，环顾国民之殷望，夙夜祇惧，莫可名言。受命以来，逐日公同商酌，谨拟大概办法，为我皇太后、皇上敬陈之：

一、参考各国成法，必先调查也。日本变法之初，调查编订阅十五年之久而后施行。就我国今日情势言之，较诸日本，益形迫切，而事关立法，又何敢稍涉粗疏？拟一面广购各国最新法典及参考各书，多致译材，分任翻译；一面派员确查各国现行法制，并不惜重资延订外国法律专家，随时咨问。调查明彻，再体察中国情形，斟酌编辑，方能融会贯通，一无捍格。此为至当不易之法。

一、任用编纂各员宜专责成也。宪政编查馆原奏内称，分派提调、纂修等员及延聘东西法律名家各节，应俟开馆后，由该大臣等拟具章程，奏明办理等语。臣等悉心酌核，拟设提调二员，由臣等督饬筹办全馆事宜，一俟慎选得人，开单请旨简派，以昭郑重。此外纂修、