

沈
家
本
传

李贵连 / 著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

沈家本传/李贵连著. —北京:法律出版社,2000

ISBN 7-5036-2984-3

I. 沈… II. 李… III. 沈家本-传记 IV. K827.7

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 64065 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/张宇东

责任校对/杜进

印刷/民族印刷厂

开本/850×1168毫米 1/32

印张/13.5

字数/323千

版本/2000年4月第1版

2000年4月第1次印刷

印数/0,001—4,000

社址/北京市海淀区西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-2984-3/D·2686

定价:25.00元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)



沈家本像

谨以此书献给我的导师

——
张国华教授

序 一

归安沈寄簪(家本)先生为中国清末民初的法学大家,也是我国法制现代化的奠基者,其宏功伟业素为国人所共知。北京大学法学院法律史教研室主任、博士生导师李贵连教授,穷升载的时光,从事于沈氏生平学术及功业之研究,在本书出版前,先后刊行有:《沈家本年谱初编》(一九八九年北京大学出版社版)、《沈家本与中国法律现代化》(一九八九年光明日报出版社版)、《沈家本年谱长编》(一九九一年台北成文一版)三种专书,为沈氏即寄簪先生之学(沈学或寄簪学)研究者所必读。

此外,李教授更致力于沈氏事迹及遗稿采访及搜求,其成果颇为丰硕。一九九六年北京中国社会科学出版社曾刊行之《沈家本未刻书集纂》两巨帙,其中所收“旧抄内定律例稿本”六卷(七九三—九一六页),即系李教授在一九九四年东渡日本,在东京东洋文化研究所图书馆中所求得之版本。原本虽有署名,李教授仍反复推敲,就纸张、文笔上之线索及特点,均未丝毫疏

忽或遗漏，并向沈氏后人沈厚铎先生求证，终于慎重断定，确为沈氏之遗稿。其为学之谨严不苟，可见一斑。

一九九〇年，为纪念沈家本诞生一百五十周年，在杭州西子湖畔所举行之“沈家本法律思想国际学术研究会”，虽由余之旧识已故前北大法律学系主任张国华教授所具名召开，其规划及实际会务多由李教授主之。当时，台湾学者王泽鉴、蔡墩铭、张伟仁、杨建华（已故）等诸先生及余个人，曾蒙邀请与会，但均因故未能成行。李教授并在该会议中提出“沈家本研究三题”一文（收入“博通古今学贯中西的法学家——沈家本”一书，一九九二年陕西人民出版社版）。一九九二年为纪念沈氏诞生一百五十二周年，在台召开之“中国法制现代化之回顾与前瞻国际学术讨论会”，虽系基于余之倡议，其始念殆系出于李教授西湖会议之启迪，故可谓于李教授之间接推动。该台北之会系由余及戴东原先生（时任台湾大学法学院院长）、已故杨日然先生（时任台湾“中国法制史”学会理事长）三人组成委员会共同筹备，曾有多位大陆学者应邀，亦因故未能成行。李教授曾惠赐“沈家本与晚清变法修律”一文，由台湾著名中国法制史学者黄源盛教授代为宣读，余则忝为该文评论人。该论文因其引证之广博，分析之深入，言前人所未言，在会议中极受赞扬。（该文收入《中国法制现代化之回顾及前瞻》一书，一九九三年台湾大学法学院出版。）

李教授之著述及搜遗，及经李教授所直接间接推动而召开之上述两岸两次会议及其刊行之论文，推动了两岸及国际间沈学或寄籍学之研究。由于李教授之上引业绩，可以公平地说，李教授诚为沈氏之隔代知己，他本人已亦为研究沈学即寄籍学之权威。

于此，更应一言者，沈氏一生为中华法系承先启后伟大人物，沈氏先后任职刑部（后改法部）四十年，其别历府、道、臬司之八年间，其职掌亦及于狱讼。沈氏一生精研清代律例，并及其渊源所由自的唐明律，沈氏与其为刑部部曹时之堂官之长安薛云阶（允升）

先生，两人均为我国传统律例之集大成者。唯沈氏在其最后近十年中，膺命受任律律大臣（一九〇二年迄一九一一年），取法当时欧陆法制（参酌英美法），起草现代化的法典，编译介绍外国法典及法学，成立法律学校培养法律人才，从而展开了我国法制的现代化。故沈氏之志业远远超迈薛氏，而为我国法制史上空前而光耀后世之巨人。

现值神州大地全面奋起，创建社会主义之市场经济机制下之法学、法制之际，其着眼点盖为在秉持保留中国特色之原则下，与举世各国共同接受之共同规范接轨。此为神州大陆产业经济之赓续急速升高所必需，亦为配合在全球步入二十一新世纪之地球村之趋势所应然。是则，沈氏在一九〇二年起之际遇，正与今日神州大陆之法律、法学工作者相埒。当年，沈氏面对过时的义理及旧势力之阻挠，所表现之道德之勇气及坚毅，以及其卓越的吸收新知取精用宏之能力，其高瞻远瞩及超前立法，亦足后人深思或效法。李教授经由其沈学即寄籀学之论著，呈现吾人眼前之沈氏之法律经验及建言，足对吾人生激励及启迪之效。是此则李教授对斯学之贡献，实有裨于现实，岂止发沈氏之潜德幽光而已。

余与李教授自一九九〇年，以信函论学订交始，因两岸学术交流之日趋繁密，时有攻错之益，可谓余深为钦佩之忘年交。兹以其新著“沈家本传”付梓在即，嘱余为序，深感荣宠，乃缀数言，以申庆幸及祝贺之意。

黄静嘉谨序时年七十又五

（前第三及第四届台湾“中国法制史”学会理事长）

序 二

李贵连教授完成了近著《沈家本传》，忽然命我作序，让我吃了一惊。论年资，他比我高出一辈；论学识，他更是造诣深厚，佳著叠出，乃当今中国法律史学界治学严谨而最富成就的学者之一，虽然《寄簃文存》我也曾读过，但是对李先生所专精的中国法制史，可以说连置喙其中的资格也是没有的。我不免想起古人所谓“祸福倚伏”的道理来：给我的这位博学同事兼芳邻的大著作序，当然是无上荣光的事情，然而把握不住分寸，不着边际地写一通，却足以貽笑大方，对作者和读者都是很不尊重的。我想，既然推辞不过，较好的办法是谈谈自己阅读本书初稿——也包括此前作者有关沈家本的其他著作——之后的一点粗浅感受，姑且算作与读者的交流吧。

我知道李先生从七十年代末在北京大学读研究生时便开始对沈家本产生了浓厚的学术兴趣，他的毕业论文就是关于沈家本的。后来在这个领域，他出版了《沈家本年谱长编》、《沈家本与中国法律的现代化》

序 二

等颇具影响力的著作，又发表了多篇相关的重要论文。沈家本由一个三十年间不大为人们提起的蒙尘“古董”，一下子成为国内外学术界关注的热点人物，这与李先生长期辛勤而卓越的工作是分不开的。

不过，话又说回来，过去二十年间中国法学界关注和研究过沈家本的学者——李先生当然是其中最重要的和最具影响力的一人——所付出的巨大努力决不是小题大做；一个历史人物能够引起后来者的兴趣，用那么多心力去研究他，解释他，一方面是由于他个人在历史上的重要性，另一方面，他的思想与业绩与那些对他发生兴趣的人们当下的境遇及面临的问题有关也是一个重要原因。沈氏生活在西法东渐的清朝晚期，通过《历代刑法考》以及《寄簪文存》等著作，我们知道沈氏本人在古典史学与文学方面都具有精深的造诣，而长期的刑曹历练又使他积累了丰富的律学知识和处理案件的技巧。到了十九世纪后半叶，伴随着西方列强的坚船利炮，西方的法律制度和法律知识也在向我们这个文化古国渗透。那时候，教案频仍，冲突不断，沈家本本人也曾亲自处理过这类案件。很明显，这是两种知识以及两种法律文化相互冲突与融合的时代。沈氏身处此五千年未有之穷劫巨变，不能不以自己的知识和智慧去因应这个时代所提出的问题。我们看到，虽然过去的知识储备大多在传统律学，而且在受命担任修订法律大臣时已年过六旬，但沈氏对于西方法学所表现出的开放态度与侪辈中其他优秀分子相比却一点儿也不逊色。有了西方法作为参照，他的传统律学知识具有了一种格外的价值：汉家故物与西洋新知相互映照，他的法律改革方案变得既全面又富有针对性。

开放的文化立场并不是单向度的；沈氏可贵之处在于他不是一个简单的西化派。在称赏西法并认定中国制度的许多缺陷应通过学习西方加以弥补的同时，他更对两种伟大的文化传统的融合寄予厚望。在为了一本考察外国司法制度的著作所作的序中，他清

序 二

楚地表达了这种“会通中西”的立场：“方今世之崇尚西法者，未必皆能深明其法之原，本不过藉以为炫世之具，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。抑知西法之中，固有与古法相同者乎！……我法之不善者当去之，当去而不去，是为之悖；彼法之善者当取之，当取而不取，是为之愚。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，损益而会通焉，庶几不为悖且愚乎。……古今中外之见，何必存焉？”这样的虚心达聪、双向开放的文化立场，即使是在今天，又何尝有过时的迹象呢？

在本书中，作者向人们展示了沈氏法律文化观的形成以及他为实现中国法律现代化而奋斗的历程，我们可以看到这位生活在国家多变故之际，具有强烈忧患意识的官员——知识分子是怎样为中国法律的现代化竭尽全力的。我自己曾经对与沈家本同时被任命为修订法律大臣的伍廷芳的事迹与著述发生过浓厚的兴趣。伍氏出生于南洋，少年就读于香港的教会学校，后来负笈英伦，毕业于著名的林肯律师会馆(Lincoln's Inn)，乃中国获得完整英国法律教育及出庭律师(barrister)资格之第一人。应该说，从对西方法律制度与西学知识的了解程度而言，在以借鉴西方法为主题的清末法律改革中，伍廷芳具有比沈家本更大的优势，理应发挥更重要的作用。然而，历史事实却是，前者在法律变革方面作出的贡献远不及后者。个中原因很值得思考。清朝晚期，中外交涉频繁，但是胜任外交的人才却极其匮乏，甚至到了不惜楚材晋用，聘外国人出任外交官的程度。伍廷芳这样的精研西学、通晓洋务之士的用武之地当然首先是外交，而非内政。伍氏的知识背景侧重英美法，而从法律移植的角度说，以判例为表现形式，对于法律家群体有更大的依赖，而且具有更为深刻的自由主义和个人主义内涵的英美法较之欧洲大陆法有着更难以克服的障碍。因此，虽然英国是当时最强大的国家，而且君主制对清廷也有极大的吸引力，然而，如

果目标是尽快地将中国法律修订至与国际标准接轨的程度(“与各国改同一律”),以加快领事裁判权的废止,则无法指望远水不解近渴的英美法,便捷之道是借鉴大陆法,更便捷的方法是借鉴甚至照抄日本法。这样一来,伍廷芳便没有多少优势可言了。

不仅如此,在中国从事改革事业的人,只有忧国忧民的热情是不够的,官场历练所培养的经验与谋略也是确保改革顺利进行的重要条件。沈氏虽然科举之路崎岖坎坷,但毕竟在中年考取进士,又有三十年的刑部司员经历,目睹官场中的钻营弄巧、钩心斗角,他难以忍受,但目睹和愤恨的过程也是熟悉和适应的过程。也许有个事例可以说明这一点。光绪三十三年曾发生了有名的部院之争,即法部与大理院之间就权限问题的争执。当时的法部尚书戴鸿慈曾致书梁启超请求声援,信中抱怨:“……沈堂乃以阴柔手段,攘窃法权,一切用人行政区划审判区域事宜……皆归一人之手,法部不过问焉。”梁启超也认为“此事之曲,却不在法部,而在大理院,则助之亦宜。”(参看《梁启超年谱长编》,页379—381)此中是非,姑且不论,这里只是想强调,制度变革以及人生事业的成功或失败并不像平常教科书中所告诉我们的那般简单。沈氏对中国官场逻辑的谙熟,与年届四十才初涉中国官场的伍博士相比,其中差距实在是不可道里计;事功大小,又怎能与个人才华与努力完全挂钩?

给历史人物作传的最大困难也许正在于对传主及其所处环境的复杂性的再现。李先生通过翔实的资料考察,富于见地的分析,以及细腻而颇具力度的文笔,让我们得以全方位地了解传主的生平与事迹。不仅本书,作者此前出版的其他研究人物的著作都显示出一个特点,那就是特别注意用一些十分个人化的素材去描述和分析人物的心路历程,这不只是让读者产生亲切感而已,更是对近数十年来历史著述中流行的长于表“规律”、陋于见人心的倾向的纠偏,当然也有助于实现编史学的一个重要目的——更真实地

再现历史的本来面目。

1914年,袁世凯为沈家本墓题词:“法学匡时为国重,高名垂后以书传”。这是对沈氏很妥贴的评价。所谓“以书传”的书,当然首先指的是李先生一直热心地加以整理和出版的沈家本本人的各种著述,但后人对沈氏的研究作品,例如专题研究、年谱、传记等等也应当包括在其中的。有了优秀的传记类作品,“书传”与“传书”将交相辉映。传记不再是附丽在传主身上的一件外衣;它是一种创造物,闪烁着作者历史思考与现实关怀的智慧之光,在解释一个生命的同时也将获得自己独立的生命。

贺卫方

1999年8月31日 燕北园

目 录

序一	黄静嘉
序二	贺卫方

第一章 家世和青少年时代

一、宦迹不显的诗书世家	1
(一)湖州城编吉巷	1
(二)家世	3
二、北京——童年和少年	5
(一)师承	5
(二)读书	10
三、遭时多故,辗转湘黔	12
(一)父亲外放	12
(二)滞留京师	13
(三)漫漫湘黔路	18
(四)铜仁——长沙	25
(五)长沙羁客	29
(六)连天烽火逼贵阳	33

第二章 前尘似漆渺难知——三十年 的刑曹和科举生涯

一、乡试中举	38
二、索米长安感岁华	44
(一)会试落榜	45
(二)破书生涯	46
(三)以律鸣于时	54
(四)磨驴陈迹踏年年	61

第三章 外官任上

一、外放天津	69
(一)强持手版趋跽拙	69
(二)治尚宽大	73
(三)由来师克在人和	76
二、保定任上	87
(一)穷则通通则变	87
(二)北关教案	91
(三)《刑案汇览三编》	100
(四)留得余生供读律	106

第四章 执掌刑部

一、此人端为救时来——西行漫思	131
(一)痛定应思痛,须寻国手医	131
(二)哭奠赵舒翹	136

二、当家刑部	139
(一)身列朝班	139
(二)当家堂官	142
(三)整理部务	147
(四)奏请刊刻薛允升《读例存疑》	150
(五)假除弊为由,掩杀人之迹——对岑春煊的弹劾	153

第五章 吊诡时代的法律与社会

一、就地正法与传统司法审判制度	159
(一)传统的司法审判制度	159
(二)就地正法制度的确立	161
(三)内轻外重,地方权力失控	162
(四)衰世恶法	168
二、领事裁判与国家法权	169
(一)鸦片战前的对外交往	169
(二)不平等条约中的领事裁判规定	170
(三)领事裁判权的实质	175
(四)领事裁判权的扩大	176
(五)难以吞咽的苦果	178
(六)收回法权的谈判	179
三、社会经济结构的变异与传统法的困境	181
(一)十九世纪下半叶的中国社会经济结构	182
(二)传统法的穷困	183
四、西洋法思想的传播与戊戌修律的流产	187
(一)维新者的追求和探索	188
(二)光绪改革的流产	192

(三)法学研究的萌芽及夭折·····	194
--------------------	-----

第六章 奉命修律

一、新政与权力危机——慈禧的西逃变法·····	197
二、奉命修律·····	202
(一)修律诏书·····	202
(二)三总督的保举和沈家本的简任·····	203

第七章 改重为轻,化死为生—— 翻译西法,改造旧法

一、改律例馆为修订法律馆·····	207
二、翻译各国法律·····	208
三、改造旧律·····	212
(一)删削《大清律例》中的部分条款·····	212
(二)废除重法·····	213
(三)禁止刑讯·····	214
(四)削减死罪条目·····	218
(五)改革行刑旧制·····	219
(六)删除奴婢律例·····	220
(七)统一满汉法律·····	221
(八)改革秋审制度·····	224
(九)增纂新章·····	225

第八章 大理院正卿

一、预备立宪与官制改革·····	227
------------------	-----

二、大理院正卿	231
(一)筹设大理院	231
(二)部院司法权限之争	234
三、司法独立:勿求形式,而求精神	241

第九章 修订法律大臣

一、修订法律馆的重新组建	250
(一)张仁黼:法律馆改为修订法律院	250
(二)沈家本:开去修订法律差事	253
(三)戴鸿慈:特开修订法律馆	255
(四)奕劻:修订法律馆仍归独立	257
(五)修订法律馆的筹办	260
二、出国考察,聘用外籍专家和国内调查	262
(一)考察日本法制	262
(二)聘请日本专家	265
(三)调查民商事习惯	270

第十章 折冲樽俎,模范列强

——新法律草案的制定

一、商律	277
二、《刑事民事诉讼法》草案	280
三、《法院编制法》	282
四、《违警律》	283
五、《大清新刑律》	283
六、《国籍法》	288
七、《大清刑事诉讼律草案》	289