

沈家本与中国法律现代化

李 贵 连 著

光 明 日 报 出 版 社

寄篋文存

修订法律馆印《寄篋文存》八卷扉页

寄篠文存小引

余性鈍拙少攻舉子業進步極遲乙丑舉於鄉復困於禮部試癸未始脫舉籍此數十年中爲八比所苦不遑他學間或從事經史考證之書若古文詞未之學也癸未後復困於簿書所講求者案牘之文多作獄訟駁詰之語斯夕從公幸無阻越而已迨癸卯歲奉命修訂律例不得不研究法學之編乃年齒日頽不能深求學理偶有論說不過一隅之見出示同人尙不相非薄羣來索觀兒子輩慙慙排印以代鈔胥因取近日論說及向日參考之所及者益以自治奏牘數篇都爲八卷付諸印工若曰文也烏足言光緒丁未冬仲家本自識

寄簠文存二編

修订法律馆印《寄簠文存二編》封面

目 录

序.....	饶鑫贤 (1)
前言	(5)
家世和青少年时期	(7)
科第及刑曹三十年	(27)
外放天津保定	(43)
出任修订法律大臣	(72)
改革旧律	(95)
制订新律	(118)
改良狱政	(134)
与礼教派论争	(145)
致力近代法学和法律教育	(186)
晚年生活	(216)

《沈家本评传》序

长期以来，研究中国法律思想史的一些同志，每愿把注意力集中于先秦（主要是春秋、战国时期，）而不遑他顾，以致往往使人以为中国法律思想的火花，只曾迸发于遥远的古代。诚然，就古代而言，春秋、战国时期，出现了我国思想文化发展的一个高峰。当时百家争鸣，繁星璀璨，曾经创造了包括法律思想在内的丰富多采的文化，足以雄视世界上其他一些古老的国家。因此，从探索这门学科的产生和最初发展的轨迹而言，或者从考察某些学派和人物的思想渊源、从批判继承传统的思想文化遗产而言，重视先秦阶段的研究，毋宁是很为必要的。但即使如此，也绝不能以近、现代法律思想的研究为不值得重视。原因很简单：就近代言，它是中国社会发生巨变的一个时期。要了解中国法律思想如何突破几千年的奴隶制和封建制的藩篱，逐步走入现实的世界；如何经过同几千年的传统观念作斗争，逐步建立一些新的观念；如何汲取古代法律思想的精粹，培植出新的适应时代需要的幼芽，并促使其开花结果；等等，都不能不认真致力于近代法律思想的研究。至于在当前，如何在批判继承、广收博采的基础上建立具有中国特色的社会主义的法制和法学，毫无疑问也须对近代法律思想领域发生的巨大变化进行深入的研究。

在近代历史上，远不止是发生了旧的法律思想逐渐解体，以至完全崩溃的事实和新旧法律思想之间的尖锐、复杂

的斗争，而且在这种发展变化当中，还出现了一批具有远见卓识的政治、法律思想家。这些思想家虽然政治主张各有不同，但其中不少人都抱有救国救民、匡时济世的愿望。他们呼吁当政者们抛弃因袭的重担，改弦易辙，发愤图强，并提出种种改革的方案要求采择。尽管这些方案往往是行不通的。总之，不论这些人物的出身、经历、社会地位如何不同以及他们所受时代的局限有多少差异，但在某些方面或一定的领域，他们的学术成就和为国家民族所作的贡献，都是应当载之史籍，为后人所记取的。清末的沈家本，正是这样一位代表性的人物。

沈家本（1840——1913），是近代史上的一个封建官吏。清代光绪九年（1883）举进士，供职刑部前后达三十年。为了试图从改革并加强法制建设和法学研究着手以维护濒于崩溃的清王朝的腐朽的统治，几乎付出了毕生的精力。在职期间，他曾致力于历代法典与刑狱档案的研究，审知法制的因革得失；同时在西方文化东渐、东西文化交流的大趋势下，竭力了解和熟悉资本主义国家的法律并接受资产阶级法律思想的影响，因而形成了他在法制和法学方面的一系列新的观点和主张。在受命主持修订法律期间，他以“参考古今，博稽中外”的思想为指导，开引进和研究西方法律的风气之先，倡导并实践改革封建法律，先后组织翻译了大量西方国家的法典，删改了旧有的《大清律例》和制订了《刑事、民事诉讼法》等法律。在这过程中，作为当时法理派的首领，他曾同以张之洞、劳乃宣为首的坚持守旧的礼教派展开了被称为近代史上的“礼法之争”的尖锐的论战，同时还为后世留下了《沈寄簪先生遗书》、《秋霖须知》、《律例

偶笺》、《律例杂说》等大量法律著作。其鲜明的法治和民主主义法律思想、内容广泛的“变法自强”和革新法制的主张，以及关于加强法学研究与法学教育的倡议，等等，集中地反映了他作为近代中国资产阶级新学在法律方面的代表者所具有的法律思想的基本特点，这就是：一方面对中国的封建法制作出了具有一定深度的批判总结，另一方面又对资产阶级法律思想和法律原则进行了全盘的考察和有选择的吸收，把二者结合起来，渗透到具体的修律活动中去，为野蛮、落后的中国封建法律的资本主义化，作出了最初的、卓有成效的努力。因此，人们誉之为近代中国在法学和立法实践方面“甄采中外”的第一人，是并不过分的。

由于沈家本的法律思想和立法实践在近代中国法律史上作出的贡献和应当占有的地位，在法律史学界，本来应当加强有关他的各方面情况的深入研究。可惜在新中国建立以后的三十多年中，基于种种原因，这种研究并没有很好地开展起来。党的十一届三中全会以后，一些同志有见及此，积极开展了有关的工作，陆续发表了不少的论著。这无疑是可喜的。但是，就整体而言，无论对沈家本的著作和有关资料的纂辑、整理和译注，或者对他的学术思想和立法实践的研究，都还有待从头做起。这时，李贵连同志的《沈家本评传》的出版，实在是一件值得庆幸的事。

李贵连同志对于沈家本的系统的研究，开始于七十年代末和八十年代初。此间，他致力于有关资料的搜集、发掘、整理工作，迄今未间断，披阅点校，每有收获。现在，作为他的另一开创性作品《沈家本年谱》的姊妹篇的这个《评传》的出版，既是他本人多年来刻苦研究的初步成果，也将是

沈家本研究领域的一种独到的奉献。当然，这只不过是他的有关沈家本研究的一个阶段性产品。尽管青锋初试，远非完璧；特别是涉及历史评价的部分，未必不还存在有待商酌的地方，但它的问世，无疑将给中国法律思想史的研究工作以鼓舞。本书一个比较突出的特点，是资料翔实：书中许多史实，都经过了仔细的考证；往往是在对大量史料探幽发微、旁征博证之后，才得出一个结论。其中有关沈家本的某些重要事迹，如修订新刑律和同礼教派论争的经过等等，作者还依据经考证过的史实，订正了已出版的某些论著中的讹误。这些，无论是对沈家本的研究或者对整个近代法律史的研究，自有其重要的价值。

高兴地看到李贵连同志多年来潜心研究的成果之一——《沈家本评传》的出版。欣慰之余，应嘱缀数言如上，聊抒所感。

饶鑫贤

一九八六年七月草于北京大学中关村寓所

前 言

沈家本，字子惇（又作敦），号寄簃。清代浙江省归安县（今吴兴县）人。生于清道光二十年（公元1840年）七月二十三日，卒于民国二年（公元1913年）六月九日。终年七十三岁。

沈家本是清朝末年我国著名的法律学家，与当时另一著名的法律学家薛允升（1820—1910年，字云阶，陕西长安人）齐名。沈、薛都出身清朝进士，长期任职清朝刑部（官制改革后为法部），由一般司员而至堂官。在法律学上，两人均有极深的造诣，对中国法律和法学的研究各自作出较大的贡献。沈氏在薛氏之后，在清王朝封建统治者极力抵制革命、伪行立宪的十多年中，出任修订法律大臣。在此期间，他融会中西法学，促进并基本完成了中国法律的近代化。为中国法律和法学的发展，作出了特有的贡献。

近年来，我国（包括台湾省）学者对沈氏的生平、学术、思想做了很多研究工作，其中有不少真知灼见。笔者在近几年里，一直在搜集有关沈氏的论述，试图写出一篇有关沈氏的较为详实的传记，以补《清史稿》对沈氏语焉不详之缺。但限于资料不足，对沈氏的诸多问题，仍未能寻根究底而达水落石出。因此，提笔之际，犹豫再三，惟恐挂一漏万，贻笑大方。在吾师张国华、饶鑫贤教授以及李光灿先生的鼓励和督促下，始成是篇。杀青之后，诸师又不厌烦琐，详加披览，伏案斧正。谨借此书出版之际，向诸师表达我的

敬意。

本书主要参考的著述有：

- 一、《清史稿》有关部分；
- 二、王式通：《吴兴沈公子惇墓志铭》；
- 三、沈家本辑《沈氏家集》；
- 四、沈家本：《沈寄簠先生遗书》；
- 五、沈家本手订、修订法律馆印《寄簠文存》八卷，
《寄簠文存二编》上、下卷；
- 六、陆心源：《归安县志》；
- 七、中国社会科学院法学研究所、北京图书馆、北京大学图书馆所藏沈家本未刊著作；
- 八、中国第一历史档案馆有关档案；
- 九、《大清光绪新法令》；
- 十、《大清宣统新法令》；
- 十一、《大清德宗景皇帝实录》；
- 十二、《大清宣统政纪》；
- 十三、《清末筹备立宪档案史料》；
- 十四、《义和团档案史料》；
- 十五、《桐乡劳先生遗稿》；
- 十六、《资政院议场速记录》。

此外，其它尚未列出的有关资料，均在引文中录出。

家世和青少年时期

道光二十年七月二十二日（公历1840年8月19日），沈家本出生在浙江省湖州城（清代归安、乌程两县县治均在湖州）中浮星桥的一个封建士大夫家庭。其父沈丙莹，时为浙江举人。母亲俞氏，是清朝道员杭州俞焜之女。

沈家本的祖父沈镜源，晚年写《世泽纪略》、《先行纪略》、《自叙行略》（三略均由沈家本编入《沈氏家集》），曾对沈族世系作过简单的记述。根据“三略”记载，沈家本的先祖情况，大体如下：

沈氏家族，世居浙江省湖州。先祖为明代湖州秀才敬桥。敬桥之前，沈家居住在湖州城北朱洪村浒稍桥。敬桥迁居湖州郡城浮星桥。此后，沈家即世居此地。

敬桥生下两个儿子。长子润寰，顺治四年，即公元1647年，恩贡入选，除授湖广华容县知县。后死于任所，无嗣。次子济寰，帮助清朝运粮，积功选授金华协标守备。后因海寇入境，被劾失察，罢官归田。

济寰有四个儿子。次子霞峰，世世相继，直至沈家本，为沈族二房，霞峰为二房高祖。

霞峰虽善诗文，到未入仕途，为人作幕客四十余年。后以佐治有功，经清廷议叙，除授县丞。唯一的儿子西城，世居乡里，“忠厚端谨，乡里推为祭酒”，然终身未仕，家境贫寒。

西城生下巽斋，家中“生计艰难”，已无法维持正常生

活。所以，巽斋“不得已栖身为掾吏”，由士大夫降为胥吏。后来，他被提拔为库书。库书虽为小吏，但毕竟是一个肥缺；他本人“赋税出纳，一秉勤慎”，终于使沈家境况丰裕，巽斋本人也因纳粟而成为太学生。

巽斋有两个儿子。长子国治，字琴石，号韵亭。年青时即考中秀才，受知于不少达官显宦。乾隆三十年（公元1765年），乾隆南巡江浙，他还亲往乾隆行在献诗献赋，歌功颂德，并由此而得乾隆嘉奖。但前后省试十八科，均未考中举人。次子国贤，早亡。国治一生埋首举业，不善经营，以致家业日蹙。

镜源，号蓼庵，是韵亭之子，沈家本之祖父。沈家至镜源，家道中落，生计艰难。他于嘉庆三年（公元1798年）考中举人，但会试却屡榜上无名。为了笼络士人，乾隆时定制：举人三科会试不中，挑取其中一等者以知县用，二等者以教习用，这就是清代的大挑制度。嘉庆二十二年（公元1817年），沈镜源因试不中，赴京大挑。但是，没有入选，只好返回老家。道光六年（公元1826年），他变卖家产，再次进京应挑，被列为二等。次年，即被选授庆元县（今属浙江龙泉县）教谕。道光八年（公元1828年），他奉命赴任，一直至道光十三年（公元1833年），才告病返乡。

镜源有三个儿子，长子丙辉，次子丙莹（字菁士），三子麟书。丙辉与麟书均早夭。丙莹即沈家本之父。麟书自幼为镜源所喜爱，随往庆元教谕任内。他的早夭，对镜源的打击沉重，特为之作《麟书小传》，并指令沈家本承麟书之宗祧。故《墓志铭》作：沈家本“父讳麟书”，“本生父讳丙莹”。

沈丙莹于道光十二年，即公元1832年考中举人。次年即聘俞焜之次女为妻。俞焜，字昆上，自号云史，浙江杭州人，嘉庆二十一年（公元1816年）中举人；嘉庆二十五年（公元1820年）中进士，道光十七年（公元1837年）任河南彰德府知府。后为直隶永定河道、湖南衡永郴桂道道员。道光二十八年（公元1848年）任湖南按察使，后被湖广总督裕泰借故参劾，遂辞职回乡。太平天国革命发展到浙江时，他奉命举办团练，对抗太平军。咸丰十年（公元1860年）李秀成进军武林，他率团练顽抗，被太平军击毙。

据沈家本自己说，自沈丙莹“赘姻俞氏”之后，沈家经济好转，“俞太夫人奁资尚充，赎田典屋皆俞太夫人之资也”（沈家本《沈氏家集·蓼庵手述》后识）。

沈家本五岁那年，即道光二十五年（公元1845年），沈丙莹北上京师，参加会试，考中进士。随即补官刑部，为陕西司主事。沈丙莹对这次金榜题名并授官刑部，十分高兴，作《授官刑部宿四川司示徐子舟同年》一诗以述怀。

诗云：

王李魁奇士，当年此唱酬。

于今三百载，犹说白云楼。

鞅掌功名薄，停年日月遒。

寂寥怀古迹，谁与继风流。

（《沈氏家集·春星草堂集·诗二》以下简称《春星草堂集》）

沈丙莹在刑部为官，仕途基本顺利。他在刑部十二年，由陕西司主事而致广西司员外郎，再迁为江苏司郎中。在刑部，他“熟于律例”，“为上官所重”（《归安县志·沈丙

莹本传》)：“沈默畏慎，不求自异而勤于其职，能以律意傅狱情，多所平反”（施补华：《春星草堂集序》）。但是，由于“肃顺弄权，招之，谢不往”（《归安县志·沈丙莹本传》）。所以，他的升迁并不快，在刑部十二年，仅为司员而已。他的刑部经历和勤谨作风，对沈家本影响颇深。徐兆丰在《春星草堂集跋》一文中曾指出，“君（指沈家本）之学术禀承有自”。

沈丙莹为官不久，即将家眷接往京师。沈家本随父在京，就学于闵莲庄。闵氏既是沈家本的老师，亦为沈丙莹的朋友。同治二年（公元1863年），沈家本随父在贵阳任内，曾赋诗表达自己对老师的怀念：

《对菊感赋》

先师闵连庄先生有花癖，尤爱菊。秋时必须购百余种供书室中，函文之前当获领略清趣。今远游竹国，向野人家移植数十本，叠作小山，嘉宾宴集，仿佛如昨，而先师谢世已两载矣。瘦影相对，不禁怆然。

瘴雨蛮烟里，篱东也有花。
郤因芳讯早，难忘昔游踪。
种好还能记，香稀未足夸^①。
飞觞频脱帽，非复馆双丫。

叠得峰三面，依稀侍坐时。
久深梁木痛，忍赋落英辞。
遗草鞠人诰^②，凄怀花太医^③。

宜南寻旧梦，犹自傍缃帷。

(自注：①都下菊之香者有兰陵酒，米金管二种，今并无。

②师尝集书经作鞠造一篇，言都下蒔菊之事甚详。

③师蒔花妙得灌溉之道，尝作养花记，人比之花太医。)

从这两首诗可以看出，因连庄是一个淡泊清静的士人，他的这种性格，对沈家本的影响很大。

沈氏青少年时期在京师就学，“读书好深堪之思”，通过自己的深思熟虑，“于周官多所创获”（《清史稿·沈家本传》），著《周官书名考古偶纂》（墓志铭作《周官书名考古》）。这是他的开手之作，旨在于纠正郎兆玉《周官古文奇字》中的错误（郎兆玉，明代仁和人，字完白，万历进士，著有古周礼）。这本著作于咸丰九年（公元1859年）脱稿，未刊。

咸丰七年（公元1857年），沈丙莹由刑部改官都察院为山西道监察御史。两年以后，可能由于他不受肃顺笼络，由御史改为贵州安顺府知府。这次外放贵州，沈丙莹的情绪显得十分低沉。途中所作《过庐生祠题壁》，表达了他当时的心情：

浪著朝衫十五春，饱尝冷暖软红尘。
一麾遥指南天去，辛苦黄梁梦里身。

万事如棋迹亦陈，谁分假假与真真。
欲酬揽辔登车志，入梦何妨暂一巡。
（《春星草堂集·诗三》）

沈丙莹在京师为官，全家居住在宜南坊。外放贵州以

后，因路途遥远，眷属暂留京师，准备南返浙江。后因太平军正在江浙作战，南行未成，由宣南坊移居浙江会馆。沈氏曾有诗记其事：

整装南归，袁江沦陷，道阻不果行

零雪涂万戒，迟徊百虑覃。

暮云栖屋角，春雨梦江南。

程滞依依燕，门留劫劫骖。

清淮烽火恶，消息畏频探。

（《枕碧楼偶存稿·稿七》）

这时，沈家本已二十岁，早已束发受冠。在太平军与清军的对垒中，出自他的阶级本能，他旗帜鲜明地站在清朝封建统治者一边。如前述，咸丰十年（公元1860年）二月，太平军攻占杭州，他的外祖父俞焜毙于是役。消息传到北京，他悲痛欲绝，赋《悲武林》以明其事：

角声促，

吴山足。

鼓声哀，

西湖曲。

鼓角动天地，

湖山亦遭辱。

旌旗不飞扬，

落日亭台黄。

昔日销金锅，

今日瓦砾场。

苏公隄上唤春乌，