

传记  
中国

致敬  
中国法治理念的开启之人

探索  
依法治国实践的历史足印

李贵连  
著

# 沈家本

评传  
【增补版】



中国出版集团  
中国民主法制出版社

传记  
中国



# 沈家本

【增补版】  
评传



中国出版集团  
中国民主法制出版社

**图书在版编目 (CIP) 数据**

沈家本评传：增补版 / 李贵连著. —北京：中国民主  
法制出版社，2016. 3

(传记中国)

ISBN 978-7-5162-1137-3

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 065661 号

图书出品人：刘海涛

出版统筹：赵卜慧

图书策划：江力

责任编辑：胡百涛 江力

---

书名 / 沈家本评传 (增补版)

作者 / 李贵连 著

---

出版·发行 / 中国民主法制出版社

地址 / 北京市丰台区玉林里 7 号 (100069)

电话 / (010) 63292534 63057714 (发行部) 63055259 (总编室)

传真 / (010) 63056975 63292520

http: //www. npcpub. com

E-mail: flxs2011@163. com

经销 / 新华书店

开本 / 16 开 710 毫米 × 1000 毫米

印张 / 21.5 字数 / 301 千字

版本 / 2016 年 4 月第 1 版 2016 年 4 月第 1 次印刷

印刷 / 三河市航远印刷有限公司

---

书号 / ISBN 978-7-5162-1137-3

定价 / 56.00 元

出版声明 / 版权所有，侵权必究。

---

(如有缺页或倒装，本社负责退换)

## · 内 容 简 介 ·

---

法、礼、德，中国传统文化最核心的概念。走过漫长的帝制时代，面对国家近现代转型的历史问题，法、礼、德这些概念如何楔入现代文明，法治、人治、德治在现代中国如何转化、结合，依法治国如何汲取传统文化精髓步入坚实之路，这一切都在清末修订法律的局势下悄然开启，并延伸为当代中国的现实问题。

清末修律的主持人沈家本，是从刑部司员一步步走上刑部“当家堂官”位置的。他固然是一位公认的律学专家，同时又领导了一场针对旧律的翻天覆地的改革。这场改革使得运行了两千余年的旧律走到了尽头，从此，数以亿计的中国人得以生活在现代法律体系中。这场改革中究竟发生了什么，以及应该如何评价这场改革，都已成为仍然处在这场改革的延续期中的我们所要面临的重大课题。本书试图以沈家本为核心，通过追述沈家本的经历、心路和学术思想轨迹，对以上问题作出自己的探讨。

---

## 现代法治：沈家本的改革梦（代序）<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，钜典修成，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，更确切地说，宪政法治，这是当年沈家本主持改革的理想。

### 一、中西法治宗旨之异

发生在19、20世纪之交的法律改革，是戊戌维新时期维新思想家法律改革要求的继续，是中国历史上最为重要的一次改革。在沈家本等<sup>②</sup>努力下，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（Rule of Law）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，对西方法治也有深入的洞见。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，导致他思想急剧转变。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

---

<sup>①</sup> 本文系“纪念沈家本逝世100周年暨近代中国司法转型”学术研讨会会议论文，收入本书后，为与正文内容前后融贯一致，删减了部分与正文重复的文字。

<sup>②</sup> 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为的。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。

十八年的刑案。潜心编书的老知府，编完这本巨著后，遣词造句，把自己一生对清朝刑案，同时也是对中国传统法律的认知，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。

其中一段说：

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。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。老知府虽然已届花甲（虚岁）之年，也知道中国已出现一种不同于传统的“新法理”<sup>②</sup>。但是，他还是不无顽固地说，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，星霜荏苒，修订法律大臣沈家本把老知府沈家本的这种价值判断推翻了。丁未年（1907年），《寄篻文存八卷》刊行<sup>③</sup>，收入这篇序。在这篇序文的末尾，修订法律大臣加上了另一段话：

<sup>①</sup> 沈家本：《刑案汇览三编序》，《寄篻文存》卷六，《历代刑法考》（四），中华书局，1985，页2225。

<sup>②</sup> 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。

<sup>③</sup> 1907年的《寄篻文存八卷》不同于《沈寄篻先生遗书》中的《寄篻文存八卷》。详见正文论述。

此编抄撮于京邸，编订于天津、保定两郡署，见者谓宜公诸世。余方筹刮刷之资，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>①</sup>

从八年前坚信前人“成说”、旧日“案情”有其特有价值，“大可与新学说互相发明”；到八年后认定这些“成说”、“案情”为“陈迹故纸”。个中缘由很可能与庚子之变有关系。庚子年（1900年），八国联军占领北京，又南下占领保定。因为戊戌年（1898年）的北关外教案，沈家本被关押一个多月，命悬一线，最后仅以身免。死里逃生的老知府，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。”这首脱离虎口不久，赞赏肯定春秋时期郑国子产铸刑鼎的诗，与其说是歌咏子产，毋宁说是他的自我述怀。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

<sup>①</sup> 沈家本：《刑案汇览三编序》，《寄谥文存》卷六，《历代刑法考》（四），中华书局，1985，页2226。

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比，法治也是这样。在《新译法规大全序》中，他就开篇指出：

《管子》曰：“立法以典民则祥……离法而治则不祥。”又曰：“以法治国，则举错而已。”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，古人早有持此说者，特宗旨不同耳。<sup>②</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”。它们相似在什么地方呢？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>③</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。对中西法治这种一言中的的区分，就当日而言，似乎连天才的言论骄子梁任公先生也稍逊一筹。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，实在不得不使人佩服他的法学渊

① 沈家本：《裁判访问录序》，《寄谥文存》卷六，《历代刑法考》（四），中华书局，1985，页2235。

② 沈家本：《新译法规大全序》，《寄谥文存》卷六，《历代刑法考》（四），中华书局，1985，页2242。

③ 沈家本：《法学名著序》，《寄谥文存》卷六，《历代刑法考》（四），中华书局，1985，页2240。



深，以及由此而来的洞察力。

正是这种思想的指导，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。<sup>①</sup>

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。……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，损益而会通焉，庶不为悖且愚乎。<sup>②</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>③</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>④</sup> 日本采用西法而强，“益知法治之说为不诬矣”<sup>⑤</sup>。奉行“法治”（Rule of Law）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（Rule of Law）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

---

① 沈家本：《裁判访问录序》，《寄谥文存》卷六，《历代刑法考》（四），中华书局，1985，页2235。

② 沈家本：《裁判访问录序》，《寄谥文存》卷六，《历代刑法考》（四），中华书局，1985，页2236—2237。

③ 沈家本：《法学名著序》，《寄谥文存》卷六，《历代刑法考》（四），中华书局，1985，页2239。

④ 沈家本：《政法类典序》《寄谥文存》卷六，《历代刑法考》（四），中华书局，1985，页2241。

⑤ 沈家本：《新译法规大全序》，《寄谥文存》卷六，《历代刑法考》（四），中华书局，1985，页2243。

“斗法”<sup>①</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。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，对传统封建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，以“治国之道以仁政为先”为据，削除凌迟、枭首、戮尸、缘坐、刺字等封建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，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“必立法之先统于一，法一则民志自靖”，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

---

<sup>①</sup> 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。

不准与民人交换买卖土地的禁令，等等。<sup>①</sup> 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》改造而为《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历代法典中最后最进步的法典。

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，即制订各种现代法典。这一阶段，他的理想是为中国建造一个现代法治的制度框架，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。1907年他被重新任命为修订法律大臣后所上《奏拟修订法律大概办法折》说得十分清楚（详论见第六章）。奏疏开篇所说“法治主义为立宪各国之所同，编纂法典实预备立宪之要著”，这种为各国立宪所同的“法治”，当然是从外面拿来的西方现代法治。编纂实行这种法治的法典，编纂者就必须明白知道“西法之宗旨”，也就是西方法律的精神实质。而要知道明白西方法律的精神，就要研究西方的法律法学。而要研究西方的法律法学，当时最重要的工作就是翻译外国的法律法学著作。用他的话说，就是“欲明西法之宗旨，必研究西人之学，尤以编译西人之书”。“参酌各国法律，首重翻译”。这是“会通中西”的前提条件。因此，从修订法律馆开始工作之日起，他就极为重视外国法律法典和法学著作的翻译工作。不但不惜重金聘用专攻法政的回国留学生担任翻译，而且，为求译文准确信达，译员每译成一种法律，他就要与原译之员，“逐字逐句，反复研究，务得其解”。深恐翻译失实，而致采用有误。他对西方法律法学的了解，就是通过这种“逐字逐句，反复研究”而取得的。在他的主持下，修订法律馆终于在不到十年的时间里，把日、德、法、英、美、俄等世界主要国家的一百多部法律、法典和法学著作，比较准确地翻译成中文，从而使法律改革获得了必要的参照系，为中国法律走向世界奠定了文本基础。

---

<sup>①</sup> 以上内容据伍廷芳、沈家本《奏停止刑讯请加详慎折》，沈家本《奏旗人犯罪宜照民人一体办理折》《修订法律大臣奏遵议满汉通行刑律折》《变通旗民交产旧制折》等。

仿照西方法律来制定新律，是晚清法律改革的重要任务，也是中国实行近代法治的前提。在翻译研究外国法律已经取得一定成效的基础上，沈家本选定日本法律，把日本明治维新后仿照欧法而制定的新法作为楷模，聘请日本法律专家为顾问，排除守旧派的各种干扰，完成了《刑事民事诉讼法》、《破产律》、《大理院审判编制法》、《法院编制法》、《大清新刑律》、《大清刑事诉讼律》、《大清民事诉讼律》、《违警律》、《国籍条例》、《大清民律》和《大清商律》等法律和法典的起草。这些草案，有的于经过反复修改后由清廷颁布，作为正式立宪后的法律实施；有的则因清朝被推翻而仍为草案。颁布的法典，在民国成立之后大多被修改而施行，草案则被继续反复修改，成为后来立法的蓝本。这些白纸黑字的法律文本，都是为宪政法治制定的法案。经过激烈的争论，宪政法治必备的人权保障、罪刑法定、司法独立等基本价值，一一写入文本，并成为这些文本的精髓。

### 三、融合中西，推行审判独立

清廷宣布预备立宪后，沈家本是一位坚定的司法/审判独立主义者。<sup>①</sup>他既是当时司法/审判独立的理论阐述者，同时又是实践者。

#### 1. 著《历代刑官考》，论证“政刑权分”中西相合

为论证中国古代也有近代法治国家所要求的审判独立的传统，沈家本特著《历代刑官考》，在考察中国历朝刑官沿革的基础上，指出：

成周官制，政刑权分。教官之属，如乡师、乡大夫、州长、党正，各掌其所属之政教禁令，此持政权者也。刑官之属，如乡士、遂士、县士、方士，各掌其所属之讼狱，此持刑权者也。……近日欧洲制度，政刑分离，颇与周官相合。<sup>②</sup>

《历代刑官考》成书于1909年，正是清廷筹建各级审判厅，将审判权从各级行政官手中剥离之际。因此，人们尽可讥评他以古代“刑官”比

<sup>①</sup> “司法独立”是近代以来的常用词。但是，司法独立没有审判独立确切。现在称作“司法”的机构太多，容易使人误解这些带有“司法”的机关都要独立。

<sup>②</sup> 沈家本：《历代刑官考上》，《历代刑官考二·四》，《历代刑法考》（四），中华书局，1985，页1962。

“欧洲制度”的幼稚浅薄，批评他“司法独立非惟欧西通行之实力，亦我中国固有良规”之论的妄谬。但是，我们无法否认他在社会转型时期为当时各级审判厅奠基的理论意义；而就论证方法而言，也无法断言他的方法就一定比其他论证方法的效果逊色。实际上，就当时的环境而言，如果不用这种“托古改制”或“复古改制”的手法，而直接用西方理论去阐述司法/审判独立在中国的必要性，它的效果究竟有多大，实在令人怀疑。

## 2. 派员考察日本裁判制度，确认“司法独立与立宪关系至为密切”

如果说，《历代刑官考》是从中国传统说明司法/审判独立在中国的可行性，那么，调查日本裁判制度，则是实地考察司法/审判独立在东方国家的实效，近距离地观察和探讨西方司法独立之本原。

光绪三十一年（1905年）九月，他和伍廷芳专折奏请派员考察日本的裁判制度。次年，董康、麦秩严、熙桢、王仪通接受委派，在日本司法省特简参事官斋藤十一郎、监狱局事务官小河滋次郎的协助下，分历日本各处裁判所及监狱详细参观。通过半年多的调查访问，将见闻所及，撰写裁判四章、监狱二十二章，缮具清单进呈上奏。

通过考察，沈家本确信日本“国力之骤张基于立宪，其实司法独立隐收其效”。在列举行政官兼任司法的四大害处之后，他斩钉截铁地指出：“司法独立为及今刻不容缓之要图。”

## 3. 引入律师制、陪审制

律师是职业法律人群体的重要组成部分。律师制和陪审制是西方司法审判独立的重要制度。特别是英美法系国家，案件的审判，陪审团、律师制约法官，依法审判案件，使法官不能肆意妄为，避免司法专横。

清末最早提请采用律师制和陪审制的法案，是1906年的《刑事民事诉讼法》草案。在《修订法律大臣沈家本等奏进呈诉讼法拟请先行试办折（并单）》中，沈家本、伍廷芳明确提出：

考欧美之规制，款目繁多，于中国之情形未能尽合。谨就中国现时之程度，公同商定简明诉讼法，分别刑事、民事，探讨日久，始克告成。推其中原为各国通例而我国亟应取法者，厥有二端。

一宜设陪审员也。考《周礼·秋官》，司刺掌三刺之法。三刺曰讯万民，万民必皆以为可杀，然后施上服、下服之刑。此法与孟子“国人杀之”之旨隐相吻合，实为陪审员之权舆。秦汉以来，不闻斯制。今东西各国行之，实与中国古法相近。诚以国家设立刑法，原欲保良善而警凶顽，然人情涛张为幻，司法者一人，知识有限，未易周知，宜赖众人之为听察，斯真伪易明。<sup>①</sup>若不肖刑官，或有贿纵曲庇，任情判断，及舞文诬陷等弊，尤宜纠察其是非。拟请嗣后各省会并通商巨埠及会审公堂，应延访绅富商民人等，造具陪审员清册，遇有应行陪审案件，依本法临时分别试办。如地方僻小，尚无合格之人，准其暂缓，俟教育普及，一体举行。庶裁判悉秉公理，轻重胥协舆评，自无枉纵深致之虞矣。

一宜用律师也。按律师一名代言人，日本谓之辩护士。盖人因讼对簿公庭，惶悚之下，言词每多失措，故用律师代理一切质问、对话、复问各事宜。各国俱以法律学堂毕业者给予文凭，充补是职。若遇重大案件，即由国家拨予律师，贫民或由救助会派律师代伸权利，不取报酬补助，于公私之交，实非浅鲜。中国近来通商各埠已准外国律师办案，甚至公署间亦引诸顾问之列。夫以华人讼案借外人辩护，已觉扞格不通，即使遇有交涉事件，请其伸诉，亦断无助他人而抑同类之理，且领事治外之权因之更形滋蔓，后患何堪设想。拟请嗣后凡各省法律学堂俱培养律师人才，择其节操端严，法学渊深，额定律师若干员，毕业后考验合格，给与文凭，然后分拨各省，以备辩案之用。如各学堂骤难造就，即遴选各该省刑幕之合格者，拔入学堂，专精斯业，俟考取后，酌量录用，并给予官阶，以资鼓励。总之，国家多一公正之律师，即翌日多一习练之承审官也。<sup>②</sup>

在这种思想的指导下，新法案用明确的条款对此作出规定。与法院法官一样，在历史潮流下，律师终于在中国登堂入室。

① 以上恐怕不是他们的真实见解，洋博士伍廷芳不会有此见解，沈家本恐怕也不是真如此。策略吧。

② 《大清法规大全·法律部·卷十一·法典草案一》（四），政学社，1910，页112。

#### 四、创建法律学堂，开展现代法学教育

养成法律人，这是推行法治不可缺少的重要方面。职是之故，在改革旧法、翻译外法、制定新法的过程中，沈家本极为重视中国近代法教育和法学研究。在他的多方奔走和主持下，中国近代第一所全国性的法学教育学校——京师法律学堂，于1906年在北京开办。他以修订法律大臣身份兼任该学堂的管理大臣，几年之内，“毕业生近千人，一时称盛”。

现代法学教育，其始应为1895年的北洋大学堂。如果再早一点，可以上推到1869年同文馆“国际公法”课程的开设。但是，正规而有系统的法学教育，应该是京师法律学堂。这是一所为新设各级审判厅培养法官的学校。在京师法律学堂的示范作用下，各类法学教育机构在全国各地迅速成立，从而掀起了清末民初中国近代第一次法学教育高潮。为促进法学研究的深入，在他的推动下，全国性的法学学术团体——北京法学会，于1910在北京成立，并由他出任第一任会长。在此基础上，他还推动创建法学研究所，创刊《法学会杂志》。围绕北京法学会，中外学者云集，同人相聚，讲说新理，推演旧义，盛极一时。可以说，沈家本是中国近代法学当之无愧的开路人。

#### 五、评议

回顾沈家本的法治理论与实践，可以看出：摹效列强，制定“宪政”之法；在“宪政”之法的规范下，实行司法独立；开展现代法学教育，养成现代法律人，这就是沈家本晚年致力法律改革的理想。这种理想，就是法治（Rule of Law）的理想。对于他的这种理想和付出，时人是认同肯定的。1913年北京湖广会馆追悼会的挽联尚有：

所谓今之皋陶，取申韩法治精神务去其毒  
不愧古时儒者，习马郑经生事业而会其通

法治导先河，钜典修成，笔挟风霜难易字  
作人开广厦，宗工遽杳，手栽桃李未成荫

老成人尚有典型，愿共和国民为法治国民，大辂椎轮谁祖述

万间厦广庇寒士，是同堂纪念即千秋纪念，山邱华屋感存亡

藏之名山，传之其人，并世著作家，一代文章推师表  
民吾同胞，物吾同与，共和法治国，千秋功伐在刑书

这是时人对他的盖棺定论。

但是，沈家本的这种法治追求理论贫乏。晚清立法修律是专制帝王政治权力危机的产物，而不是理论成熟的民众政治行动。沈家本接受的是帝国皇帝的修律任命诏书，他是清帝国的修律大臣，而不是君主立宪国或共和国议会推举的法律起草委员会主任。他主要从救国救亡角度接受西方法治，认为实行西方式的法治就能强国救国。由于主客观上的这些原因，理论缺失便在所难免。这是20世纪初年法律改革者追求西方法治的死穴。

理论缺失在什么地方呢？

现代法治的原则是人权保障和分权。沈家本说过，西方法治是三权分立，互相维持，使人人都有自由的便利，又不超越法律的范围。但这仅仅是几句话，是纲，没有展开，没有理论体系。在人权保障上，“礼法之争”可以说是围绕人权的法律论战，法派当时就提出，制定新法的一个重要目的就是保护人权。还有禁革买卖人口，废除奴婢律例，都可以说是人权的保障。但同样缺少理论体系的支持。

司法独立是沈家本法治追求的重要部分，在理论上他做过一些论证。他的论证分为两层：一是通过分析传统中国行政官兼理司法的四大弊害，来间接说明司法独立在近代中国的必要性；二是司法独立已成各国的潮流，而且是中国古已有之的良规。

沈家本归纳的行政官兼理司法存在四大弊害，简言之是：行政官员没有专门的法学知识；胥吏容易营私舞弊；上诉制度流于虚设，相关法规几乎形同具文；以及它的存在有碍于收回领事裁判权。这种论证，没有触及行政官兼理司法这个制度本身与传统君主专制之间的必然关系。司法独立制度本身的独立价值——作为贯彻西方权力分立的重要制度设计以保障公民的自由和权力——实际上被有意无意地抽掉了。在西方，不论是在英美



等普通法国家还是在法德等大陆法系国家，司法独立制度的建立，是保证有超然于诉讼双方之上的公正裁判者，防止各式各样的专断权力对公民权利和自由的侵犯。尤其是抵御国家本身和作为国家代表的当政者（也就是通常所说的公权力）对公民的威胁，使司法成为人民权利的最后庇护所。这方面的论证，沈家本着墨不多，他只简略地说“司法独立，与立宪国关系至为密切”<sup>①</sup>。但是，两者“密切”在何处，立宪国优于专制国的地方何在等问题都没有论及。为什么？是不敢论、不想论还是不知道无法论？现在找不到答案。司法独立停留在操作层面上，这种功利性的司法独立观只会产生更功利的“法治”理论。这种工具主义层面上的司法独立和“法治”，在相当大的程度上揭示了它在近代中国的命运。

为什么会这样？原因在时代。

唐德刚常说时势比人强。现代法治，不论是君主立宪下的君宪法治国还是民主立宪下的“共和法治国”，都是西方现代国家模式。这种模式，以“宪政”为前提。不管这种“宪政”是民主的还是君主的，抑或是君民共主的，搞宪政就要分权。但是，清帝国的“立宪”，是在内外交困的局面下，为稳定自身统治权力而被迫宣布的“立宪”。他要的是集权，而不是分权，是借立宪集权于皇帝，集权于满清贵族。这种“立宪”，不但不同于西方的民主立宪，与日本的君主立宪也相距甚远，甚至还是导致清帝国被迅速推翻的重要原因。

在这样的环境中，沈家本按照自己的理想而构建的制度，其实际状况会怎样呢？

民国成立，汪庚年（曾经编辑刊行《京师法律学堂笔记》）在他的《上大总统及司法总长条陈司法独立书》中说，“前清时代，无论普通行政、司法行政，莫不以侵犯司法为常例”。行政官“强揽司法权，以售其舞文弄法之伎俩而遂其私”。而“审判官之判决案件，其拟律之判决文必先受本厅长官之删改，再受法部之核稿，往返驳诘，不得其许可，其讞即不能定”。在法官的任用上，“司法大臣之任用司法官也，一差一缺，纯以金钱献媚之

<sup>①</sup> 《调查日本裁判监狱报告书》卷前奏疏。