



国家出版基金项目
NATIONAL PUBLICATION FOUNDATION

中国近代
思想家文库



李欣荣
编

沈家本卷



 中国人民大学出版社



国家出版基金项目

中国近代
思想家文库



李欣荣
编

沈家本卷

中国人民大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

中国近代思想家文库. 沈家本卷/李欣荣编. —北京: 中国人民大学出版社, 2014. 6
ISBN 978-7-300-18780-8

I. ①中… II. ①李… III. ①思想史-研究-中国-近代②沈家本 (1840—1913) -思想评论 IV. ①B250.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 014076 号

中国近代思想家文库

沈家本卷

李欣荣 编

Shen Jiaben Juan

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511770 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn		
	http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	北京易丰印捷科技股份有限公司		
规 格	160 mm×230 mm 16 开本	版 次	2015 年 1 月第 1 版
印 张	33.75 插页 2	印 次	2015 年 1 月第 1 次印刷
字 数	538 000	定 价	79.00 元

版权所有

侵权必究

印装差错

负责调换

《中国近代思想家文库》编纂委员会名单

主 任 柳斌杰 纪宝成

副主任 吴尚之 李宝中 李 潞

 王 然 贺耀敏 李永强

主 编 戴 逸

副主编 王俊义 耿云志

委 员 王汝丰 刘志琴 许纪霖 杨天石 杨宗元

 陈 铮 欧阳哲生 罗志田 夏晓虹 徐 莉

 黄兴涛 黄爱平 蔡乐苏 熊月之

(按姓氏笔画排序)

总序

对于近代的理解，虽不见得所有人都是一致的，但总的说来，对于近代这个词所涵的基本意义，人们还是有共识的。一个国家、一个民族走入近代，就意味着以工业化为主导的经济取代了以地主经济、领主经济或自然经济为主导的中世纪的经济形态，也还意味着，它不再是孤立的或是封闭与半封闭的，而是以某种形式加入到世界总的发展进程。尤其重要的是，它以某种形式的民主制度取代君主专制或其他不同形式的专制制度。中国是个幅员广大、人口众多、历史悠久的多民族国家，由于长期历史发展是自成一体的，与外界的交往比较有限，其生产方式的代谢迟缓了一些。如果说，世界的近代是从17世纪开始的，那么中国的近代则是从19世纪中期才开始的。现在国内学界比较一致的认识，是把1840年到1949年视为中国的近代。

中国的近代起始的标志是1840年的鸦片战争。原来相对封闭的国门被拥有近代种种优势的英帝国以军舰、大炮再加上种种卑鄙的欺诈打开了。从此，中国不情愿地加入到世界秩序中，沦为半殖民地。原来独立的大一统的中央集权的君主专制国家，如今独立已经极大地被限制，大一统也逐渐残缺不全，中央集权因列强的侵夺也不完全名实相符了。后来因太平天国运动，地方军政势力崛起，形成内轻外重的形势，也使中央集权被弱化。经历第二次鸦片战争、中法战争、甲午战争、八国联军入侵的战争以及辛亥革命后的多次内外战争，直至日本全面侵略中国的战争，致使中国的经济、政治、教育、文化，都无法顺利走上近代发展的轨道。古今之间，新旧之间，中外之间，混杂、矛盾、冲突。总之，鸦片战争后的中国，既未能成为近代国家，更不能维持原有的统治秩序。而外患内忧咄咄逼人，人们都有某种程度“国将不国”的忧虑。

“天下兴亡，匹夫有责”，读书明理的士大夫，或今所谓知识分子，

尤为敏感，在空前的危机与挑战面前，皆思有所献替。于是发生种种救亡图存的思想与主张。有的从所能见及的西方国家发展的经验中借鉴某些东西，形成自己的改革方案；有的从历史回忆中拾取某些智慧，形成某种民族复兴的设想；有的则力图把西方的和中国所固有的一些东西加以调和或结合，形成某种救亡图强的主张。这些方案、设想、主张，从世界上“最先进的”，到“最落后的”，几乎样样都有。就提出这些方案、设想、主张者的初衷而言，绝大多数都含着几分救国的意愿。其先进与落后，是否可行，能否成功，尽可充分讨论，但可不必过为诛心之论。显而易见，既然救国的问题最为紧迫，人们所心营目注者自然是种种与救国的方案直接相关的思想学说，而作为产生这些学说的更基础性的理论，及其他各种知识、思想，则关注者少。

围绕着救国、强国的大议题，知识精英们参考世界上种种思想学说，加以研究、选择，认为其中比较适用的思想学说，拿来向国人宣传，并赢得一部分人的认可。于是互相推引，互相激励，更加发挥，演而成潮。在近代中国，曾经得到比较广泛的传播的思想学说，或者够得上思潮的，主要有以下几种：

（一）进化论。近代西方思想较早被引介到中国，而又发生绝大影响的，要属进化论。中国人逐渐相信，进化是宇宙之铁则，不进化就必遭淘汰。以此思想警醒国人，颇曾有助于振作民族精神。但随后不久，社会达尔文主义伴随而来，不免发生一些负面的影响。人们对进化的了解，也存在某些片面性，有时把进化理解为一条简单的直线。辩证法思想帮助人们形成内容更丰富和更加符合实际的发展观念，减少或避免片面性的进化观念的某些负面影响。

（二）民族主义。中国古代的民族主义思想，其核心是“非我族类，其心必异”，所以最重“华夷之辨”。鸦片战争前后一段时期，中国人的民族思想，大体仍是如此。后来渐渐认识到“今之夷狄，非古之夷狄”，“西人治国有法度，不得以古旧之夷狄视之”。但当时中国正遭受西方列强的侵略和掠夺，追求民族独立是民族主义之第一义。20世纪初，中国知识精英开始有了“中华民族”的概念。于是，渐渐形成以建立近代民族国家为核心的近代民族主义。结束清朝君主专制，创立中华民国，是这一思想的初步实现。第一次世界大战爆发，中国加入“协约国”，第一次以主动的姿态参与世界事务，接着俄国十月革命爆发，这两件事对近代中国的发展历程造成绝大影响。同时也将中国人的民族主义提升

到一个新的层次，即与国际主义（或世界主义）发生紧密联系。也可以说，中国人更加自觉地用世界的眼光来观察中国的问题。新生的中国共产党和改组后的国民党都是如此。民族主义成为中国的知识精英用来应对近代中国所面临的种种危机和种种挑战的一个重要的思想武器。

（三）社会主义。社会主义作为一种模糊的理想是早在古代就有的，而且不论东方和西方都曾有过。但作为近代思潮，它是于19世纪在批判近代资本主义的基础上产生的。起初仍带有空想的性质，直到马克思和恩格斯才创立起科学社会主义。20世纪初期，社会主义开始传入中国。当时的传播者不太了解科学社会主义与以往的社会主义学说的本质区别。有一部分人，明显地受到无政府主义的强烈影响，更远离科学社会主义。直到五四新文化运动兴起之后，中国人始较严格地引介、宣传科学社会主义。但有一段时间，无政府主义仍是一股很大的思想潮流。中国共产党的成立，从思想上说，是战胜无政府主义的结果。中国共产党把在中国实现社会主义乃至共产主义作为自己的奋斗目标。此后，社会主义者，多次同各种非科学社会主义思想的信仰者进行论争并不断克服种种非科学社会主义思想的影响。

（四）自由主义。自由主义也是从清末就被介绍到中国来，只是信从者一直寥寥。直到五四新文化运动兴起，具有欧美教育背景的知识精英的数量渐渐多起来，自由主义始渐渐形成一股思想潮流。自由主义强调个性解放、意志自由和自己承担责任，在政治上反对一切专制主义。在中国的社会条件下，自由主义缺乏社会基础。在政治激烈动荡的时候，自由主义者很难凝聚成一股有组织的力量；在稍稍平和的时候，他们往往更多沉浸在自己的专业中。所以，在中国近代史上，自由主义不曾有，也不可能有很大的作为。

（五）激进主义与保守主义。处于转型期的社会，旧的东西尚未完全退出舞台，新的东西也还未能巩固地树立起来，新旧冲突往往要持续很长的时间，有时甚至达到很激烈的程度。凡助推新东西成长的，人们便视为进步的；凡帮助旧东西排斥新东西的，人们便视为保守的。其实，与保守主义对应的，应是进步主义；与顽固主义相对的则应是激进主义。不过在通常话语环境中人们不太严格加以区分。中国历史悠久，特别是君主专制制度持续两千余年，旧东西积累异常丰富，社会转型极其不易。而世界的发展却进步甚速。中国的一部分精英分子往往特别急切地想改造中国社会，总想找出最厉害的手段，选一条最捷近的路，以

最快的速度实现全盘改造。这类思想、主张及其采取的行动，皆属激进主义。在中共党史上，它表现为“左”倾或极左的机会主义。从极端的激进主义到极端的顽固主义，中间有着各种程度的进步与保守的流派。社会的稳定，或社会和平改革的成功，都依赖有一个实力雄厚的中间力量。但因种种原因，中国社会的中间力量一直未能成长到足够的程度。进步主义与保守主义，以及激进主义与顽固主义，不断进行斗争，而实际所获进步不大。

（六）革命与和平改革。中国近代史上，革命运动与和平改革运动交替进行，有时又是平行发展。两者的宗旨都是为改变原有的君主专制制度而代之以某种形式的近代民主制度。有很长一个时期，有两种错误的观念，一是把革命理解为仅仅是指以暴力取得政权的行动，二是与此相关联，把暴力革命与和平改革对立起来，认为革命是推动历史进步的，而改革是维护旧有统治秩序的。这两种论调既无理论根据，也不合历史实际。凡是有助于改变君主专制制度的探索，无论暴力的或和平的改革都是应予肯定的。

中国近代揭幕之时，西方列强正在疯狂地侵略与掠夺殖民地和半殖民地，中国是它们互相争夺的最后一块、也是最大的资源地。而这时的中国，沿袭了两千年的君主专制制度已到了奄奄一息的末日，统治当局腐朽无能，对外不足以御侮，对内不足以言治，其统治的合法性和统治的能力均招致怀疑。革命运动与改革的呼声，以及自发的民变接连不断。国家、民族的命运真的到了千钧一发之际，危机极端紧迫。先觉分子救国之心切，每遇稍具新意义的思想学说便急不可待地学习引介。于是西方思想学说纷纷涌进中国，各阶层、各领域，凡能读书读报者，受其影响，各依其家庭、职业、教育之不同背景而选择自以为不错的一种，接受之，信仰之，传播之。于是西方几百年里相继风行的思想学说，在短时期内纷纷涌进中国。在清末最后的十几年里是这样，五四时期在较高的水准上重复出现这种情况。

这种情况直接造成两个重要的历史现象：一个是中国社会的实际代谢过程（亦即社会转型过程）相对迟缓，而思想的代谢过程却来得格外神速。另一个是在西方原是差不多三百年的历史中渐次出现的各种思想学说，集中在几年或十几年的时间里狂泻而来，人们不及深入研究、审慎抉择，便匆忙引介、传播，引介者、传播者、听闻者，都难免有些消化不良。其实，这种情况在清末，在五四时期，都已有人觉察。我们现

在指出这些问题并非苛求前人，而是要引为教训。

同时我们也看到，中国近代思想无比的多样性与复杂性呈现出绚丽多彩的姿态，各种思想持续不断地展开论争，这又构成中国近代思想史的一个突出特点。有些论争为我们留下了非常丰富的思想资料。如兴洋务与反洋务之争，变法与反变法之争，革命与改良之争，共和与立宪之争，东西文化之争，文言与白话之争，新旧伦理之争，科学与人生观之争，中国社会性质的论争，社会史的论争，人权与约法之争，全盘西化与本位文化之争，民主与独裁之争，等等。这些争论都不同程度地关联着一直影响甚至困扰着中国人的几个核心问题，即所谓中西问题、古今问题与心物关系问题。

中国近代思想的光谱虽比较齐全，但各种思想的存在状态及其影响力是很不平衡的。有些思想信从者多，言论著作亦多，且略成系统；有些可能只有很少的人做过介绍或略加研究；有的还可能因种种原因，只存在私人载记中，当时未及面世。然这些思想，其中有很多并不因时间久远而失去其价值。因为就总的情况说，我们还没有完成社会的近代转型，所以先贤们对某些问题的思考，在今天对我们仍有参考借鉴的价值。我们编辑这套《中国近代思想家文库》，希望尽可能全面地、系统地整理出近代中国思想家的思想成果，一则借以保存这份珍贵遗产，再则为研究思想史提供方便，三则为有心于中国思想文化建设者提供参考借鉴的便利。

考虑到中国近代思想的上述诸特点，我们编辑本《文库》时，对于思想家不取太严格的界定，凡在某一学科、某一领域，有其独立思考、提出特别见解和主张者，都尽量收入。虽然其中有些主张与表述有时代和个人的局限，但为反映近代思想发展的轨迹，以供今人参考，我们亦保留其原貌。所以本《文库》实为“中国近代思想集成”。

本《文库》入选的思想家，主要是活跃在 1840 年至 1949 年之间的思想人物。但中共领袖人物，因有较为丰富的研究著述，本《文库》则未收入。

编辑如此规模的《文库》，对象范围的确定，材料的搜集，版本的比勘，体例的斟酌，在在皆非易事。限于我们的水平，容有瑕隙，敬请方家指正。

导 言

沈家本（1840—1913），浙江湖州人，中国近代著名律学家。有法律史家誉之为：“深了解中国法系且明白欧美、日本法律的一个近代大法家，中国法系全在他手里承先启后，并且又是媒介东方、西方几大法系成为眷属的一个冰人。”^①这主要是基于他在晚清最后十年领导的修律事业的评价。期间编订西式法典，创建司法体系，营造新式监狱，邀请日本法学家来华修律，培育法学人才等一系列措施，为其带来了永不磨灭的历史地位。在其去世后，司法部在门前为其建立碑碣，《清史稿》有其人物传，重要性亦可见一斑。因此，沈氏其人一直是中国近代法史中的重点研究人物，文稿几近全部出版，相关研究也颇为繁多。^②

一、人生经历与修律成就

沈氏同治三年（1864年）二十四岁时，开始在刑部任职，这是因其父的关系，“援例以郎中分刑部，公之学律自是始”^③。实际上可能是纳资为郎，若不通过科举考试，仕途不容乐观。然其科场之路并不顺遂，直到光绪九年（1883年）才中进士，此前“数十年中，为八比所苦，不遑他学，间或从事经史考证之书。若古文词，未之学也”；其后

① 杨鸿烈：《中国法律发达史》，872页，上海，商务印书馆，1930。

② 较重要的著作有，李贵连：《沈家本评传》（南京大学出版社，2005）和《沈家本年谱长编》（山东人民出版社，2010），黄源盛：《沈家本法律思想与晚清刑律变迁》（台湾大学法学研究所博士论文，1991）。另可参阅陈柳裕：《法制冰人——沈家本传》，杭州，浙江人民出版社，2006；沈小兰、蔡小雪：《修律大臣沈家本》，北京，人民法院出版社，2012，以及若干散篇论文。

③ 《吴兴沈公子惇墓志铭》，《沈家本年谱长编》，26页。

“负困于簿书，所讲求者案牘之文，多作狱讼驳诘之语，昕夕从公，幸勿损越而已”^①。当然，这只能作谦辞看，事实上沈氏几经历练，渐成刑部能手，历任刑部秋审处和律例馆司员，“以律鸣于时”，并为堂官潘祖荫等人所赏识。

其仕途并未因考中进士而即有改观，而是等到十年之后，得到薛允升的保荐得以外放升迁。从光绪十九年（1893年）起，沈氏先后任天津知府和保定知府，已显示出渐被朝廷重用的态势。庚子年间义和团事变起，沈氏在保定被八国联军囚禁近四个月，性命几乎不保，脱险后赴西安行在效力。^②

此时国势飘摇，朝廷朝不保夕，随着端王等排外派的下台，效仿西方变法渐成朝野上下的共识，修改现行法律即将提上议事日程。而律学在传统本是专门之学，不为读书人所重视，而主管刑狱事务的刑部实为法学专家之渊薮。在刑部之中，比沈氏年资深的官员原不乏其人。如薛允升和赵舒翹，前者于光绪二十七年（1901年）病逝于开封，后者则因被认作义和团之乱的元凶而被赐死。沈氏意外地在刑部官员中崭露头角，成为负责修律的当然人选。

光绪二十七年十月，沈氏获任刑部右侍郎，张百熙继薛允升之后任刑部尚书。刑部体制较为特别，“因刑部为刑名总汇之地，非专家不能整饬，部中满汉尚侍虽有六人，咸推是人为当家堂官，一切奏咨文稿，非经其书诺后，概不答署，沿为故事，不知始于何时。刑部事务之整齐甲于他部者，职是故也”^③。正因如此，沈家本实际掌握了刑部的决策权。直至1906年刑部改法部为止，刑部的满尚书历经贵恒、荣庆、奎俊、溥兴数任，汉尚书先后有张百熙、葛宝华，都因沈家本的存在，而维持较为稳定的政策。此点对于推动修律的工作亦大有帮助。

光绪二十八年（1902年）二月初二日，政务处奏上《请改律例折》。朝廷随即下旨要求袁世凯、刘坤一和张之洞三督抚“慎选熟悉中西律例者，保送数员来京”^④，委以修律之命。袁、刘、张三人经过电文往返商议，最后一致推荐“秋曹老手”沈家本和“西律专家”伍廷芳

① 沈家本：《寄簪文存·小引》，《沈家本年谱长编》，40、42页。

② 参见李贵连：《保定教案与沈家本被拘考》，《近代中国法制与法学》，北京，北京大学出版社，2002。

③ 董康：《中国修订法律之经过》，见何勤华、魏琼编：《董康法学文集》，463～464页，北京，中国政法大学出版社，2005。

④ 《光绪宣统两朝上谕档》，第28册，36～37页，桂林，广西师范大学出版社，1996。

担负修律重任。^①到四月初六日，朝廷正式任命沈家本和伍廷芳负责修律事宜。上谕说：

现在通商交涉，事益繁多，著派沈家本、伍廷芳将一切现行律例按照交涉情形，参酌各国法律，悉心考订，妥为拟议，务期中外通行，有裨治理。俟修完呈览，候旨颁行。^②

表面看来，两人是中西、新旧搭配的折衷组合，章宗祥就认为，以沈、伍为修律大臣，“盖有采用新制加入旧例之意，未主完全更张也”^③。实际上，未来修律以效仿西法为主，伍廷芳应是主角，沈家本则行辅助之责。

伍廷芳（1842—1922）系广东新会人，以通晓西法著名，教育背景和仕途轨迹与沈氏大不相同。伍氏在伦敦的林肯法律学院（Lincoln's Inn）获得英国律师从业资格，使其在欧风东渐的语境下占得了先机。在光绪三年（1877年）五月，驻英公使郭嵩焘与驻美国、西班牙、秘鲁三国公使陈兰彬争聘伍廷芳，引起了李鸿章的注意。^④光绪八年（1882年）李氏向总理衙门破格举荐伍廷芳，留为北洋大臣的法律顾问。在戊戌时期，已任驻美公使的伍氏也甚有表现，上奏请求修改律例。^⑤庚子之后，张之洞保举伍氏回国负责关于交涉的立法事宜^⑥，而袁世凯在修律谕旨下达之后，尚有专片密保伍氏，请朝廷“破格擢用”^⑦。

不过，修律谕旨下达之时，伍廷芳尚在美国，因此在光绪二十九年（1903年）七、八月间伍氏抵京以前，都是由沈家本单独负责修律事宜，主要做些删改旧例的工作。清廷自乾隆年间开始，已定有例文五年

① 李细珠对三人的商议过程有详论，参其《张之洞与清末新政研究》，261～264页，上海，上海书店出版社，2003。

② 《光绪宣统两朝上谕档》，第28册，95页。

③ 章宗祥：《新刑律颁布之经过》，见全国政协文史委员会编：《文史资料存稿选编》（晚清·北洋上），34页，北京，中国文史出版社，2002。

④ 李鸿章谓：“前出使英、美之郭侍郎、陈太常争欲罗致之，盖有由矣。”语见《李鸿章请用伍廷芳（函）》，《伍廷芳集》上册，1页，北京，中华书局，1993。

⑤ 参见伍廷芳：《奏请变通成法折》，《伍廷芳集》上册，50页。

⑥ 参见张之洞：《牒举人才折（并清单）》，《张之洞全集》，第2册，1465页，石家庄，河北人民出版社，1998。

⑦ 袁世凯：《密保使臣伍廷芳请破格擢用片》，《养寿园奏议辑要》，见沈云龙主编：《袁世凯史料汇刊》第六辑，台北，文海出版社影印版。

一小修、又五年一大修的规定^①，而自同治九年（1870年）修例之后，《大清律例》便再也没有修订过。沈家本受命之初也意识到朝廷以伍氏为主的深意，先按照修律故事，以“则例良久未修，拟先删定完善，再与各国法律互相参酌”，上谕“依议行”^②。

沈氏于光绪二十八年六月初二日正式上任^③，暂时以刑部原有的律例馆为修律之所，任用的人员以刑部司员为主，如齐普松武、饶昌麟、张西园等人，旧派占了绝大多数，正如传媒指出：“大概皆系久在刑部，本有乌布之人”^④。稍后又增加了章宗祥和陆宗輿两位日本留学生。^⑤直到光绪三十年（1904年）四月，法律馆才正式成立。^⑥

此时确定“西律由伍秩庸侍郎编译，中律由沈子敦侍郎修改”，但是沈氏“欲将西律选择搀入中律”，而其所派司员“皆刑部老手，平时于斩、绞、徒、流、笞、杖等字烂熟，不过未免误会宗旨。是以两边议论不合”^⑦。议论不合的结果只能系各行其是。《申报》报道，“闻法律大臣前此所上之虚拟死罪一折，系沈侍郎家本一人主稿；此次所上之诉讼法一折，系伍侍郎廷芳一人主稿”^⑧。另据《时报》消息，新修之律“大致分为内外两编。内编多系《大清律例》删去虐刑改订而已，外编则系将各国之律汇译成裘，而外编之宗旨则专以收回治外法权为主，于本年十月内即可全行奏明”^⑨。则大致可见修改旧律的“内编”应由沈家本负责，引进西法的“外编”任务大概就归诸伍廷芳。

由于沈氏的本职在刑部，人脉深厚，故其推行删除凌迟、枭首、戮尸、刺字和缘坐等酷法进展顺利，废刑讯一事因其一言而决。^⑩伍氏则

① 参见《修订法律大臣沈家本等奏请编定现行刑律以立推行新律基础折》，《清末筹备立宪档案史料》下册，852页，北京，中华书局，1979。

② 《德宗景皇帝实录》，第7册，586页，北京，中华书局，1987。

③ 参见《时事要闻》，载《大公报》光绪二十八年六月初五日，第2版。

④ 《时事要闻》，载《中外日报》光绪二十八年五月初八日，第1版。所谓“乌布”，即满语“差事”之意。清制：各部郎中以下官员，凡实际负责办事者，如掌印、主稿等，皆称为“乌布”。见《中国历代职官词典》，79页，上海，上海辞书出版社，1992。

⑤ 参见《律例馆各员名单》，载《大公报》光绪三十年四月十六日，第3版。

⑥ 到光绪三十年三月十二日，法律馆才奏请“刊刻木质关防，以资钤用”。见沈家本附片，一档馆军机处录副奏折，档案号03-5746-124。可知此前并未正式成立修律机构，只是就刑部现有的设施和人员进行修律工作。

⑦ 《记修订律例事》，载《中外日报》光绪三十年四月十四日，第3版。

⑧ 《诉讼法通飭各省》，载《申报》光绪三十二年四月十四日，第2版。

⑨ 《新律之内容》，载《时报》光绪三十一年四月十五日，第6版。

⑩ 参见李欣荣：《清末修律中的废刑讯》，载《学术研究》，2009（5）。

不适于京师官场，逐渐失去朝廷的信任，其提出法意超前的《民事刑事诉讼法草案》未获朝廷首肯，便以请假回籍修墓为名离任。沈氏至此得以畅行己意，推行他的修律事业。

沈氏修律以效法日本为主。先派董康和麦秩严等人赴日考察诉讼、裁判和监狱之法，而后聘请冈田朝太郎、松冈义正、志田钾太郎和小河滋次郎等日本法学家来华起草各项西式法典，并任教京师法律学堂作育人才。其中最著名、影响亦最深远的，便是冈田起草的《大清新刑律（草案）》。作为律学专家，沈家本并不类于其他只知划稿的署名大臣，而是直接参与新刑律草案的内容修订。其在当年五月的奏折中提到：“每与馆员讨论过久，及削稿稍多，即觉心思涣散，不能凝聚，深惧审定未当，贻误匪轻。”^① 后来秦瑞玠也指出：“其调查考订之事，虽出于日本冈田朝太郎者为多，而归安沈侍郎家本实始终主持其事。”^② 因此，这部草案的基本内容应该得到了沈氏的认可。

沈氏在呈进奏折中提出新刑律的编订旨趣，“折衷各国大同之良规，兼采近世最新之学说，而仍不戾于我国历世相沿之礼教民情”，并最终达到收回治外法权的目标。^③ 然而该草案却被大多数部院督抚认为背离礼教，其中以张之洞主持的学部意见最为激烈。后来受到劳乃宣等人在“无夫奸”和“子孙违犯教令”等问题上的质疑，引发宪政编查馆和资政院内外的辩论，是为晚清著名的“礼法之争”。最终在汪荣宝等留日学生的支持下，新刑律草案得以在宣统二年年底顺利颁布，民初修订为《暂行新刑律》施行。与此同时，作为过渡之用的《大清现行刑律》也在沈氏的推动下获准颁行。其民事部分在民初仍被作为法源而被使用。

光绪二十九年（1903年），护理山西巡抚赵尔巽提出各省通设罪犯习艺所，以变通原有的军、流、徒旧制。沈氏作为刑部的“当家堂官”，复奏赞同推广习艺所制度。后来又受到西方监狱思想的影响，力主仿西法改良监狱，特别在京师、省城和通商大埠设立模范监狱。其聘请的日本监狱局局长小河滋次郎编有《监狱法草案》和《大理院看守所章程》，并设计法部模范监狱和顺天府习艺所的图式，成为一时之榜样。

① 《修订法律大臣沈家本奏修订法律情形并请归并法部大理院会同办理折》，《清末筹备立宪档案史料》下册，839页。

② 秦瑞玠：《大清新刑律释义绪论》，载《法政浅说报》第30期，宣统三年十二月廿一日，33～34页。

③ 参见沈家本：《〈刑律分则草案〉告成缮具清单折》，《沈家本全集》，第2卷，457页，北京，中国政法大学出版社，2010。

在制订新民律方面，阻力更甚于新刑律，进展颇为迟缓。沈氏先是派朱汝珍等人赴全国各地考察民商习惯，令各省提供参考书籍和汇报当地风俗民情。后又陆续提出修改禁止异姓为嗣、同姓通婚之律，废除奴婢制度。宣统三年（1911年）九月奏进松冈义正起草的《大清民律（草案）》前三编（总则、债权和物权），其余两编（婚姻和继承）则因“关涉礼教”而须会商礼学馆，未及在清廷覆亡之前呈进。

在诉讼法方面，沈氏基本完成了相关的立法工作。宣统二年（1910年）十二月，先后与俞廉三联名奏进《大清刑事诉讼律（草案）》和《大清民事诉讼律（草案）》。均奉旨交宪政编查馆核议。直到清帝逊位，仍未正式颁布。

沈氏在司法独立事务也有特殊的建树。1906年清廷中央官制改革，刑部改为法部，大理寺改大理院，沈家本出任大理院正卿。虽然为期短暂，不仅为中国最早的最高法院立下基础，而且规划京师各级审判厅。更为重要的是，奏进冈田起草的《法院编制法》，四级三审制度获准施行，打下司法独立的基础。

引进外国的法学思想资源，翻译必不可少。沈氏于翻译事务颇为重视，在立法之初，便设立中外法制调查局，亟亟于翻译外国各项法典和法学研究书籍。因应修订刑律的需要，先是翻译法、德、日、俄等国的刑法书籍。后将翻译范围扩大至西方的民法、商法、刑事诉讼法和民事诉讼法等相关书籍，数量几达百种。在礼法之争中，劳乃宣详举法国、德国、荷兰、瑞士、俄国和日本各国法例，证明沈氏修律改至与西方一致为不可能的任务^①，可见法律馆的翻译甚至引起反对者的重视，为晚清政界和法界提供了重要的思想资源。

光绪三十一年（1905年）三月，伍廷芳提议设立京师法律学堂，然不久去位，沈氏实际主持其事。其要求来华的日本博士均至法律学堂授课。除了印发课程讲义外，还造成活跃的学术讨论风气。宣统二年（1910年），学员熊煜、王克忠筹设法学会，由汪有龄主持，设立短期法政研究所，发行《法学会杂志》。沈氏捐资表示支持。对于留学生的使用，沈氏尤有偏爱。江庸认为沈氏“实清季达官中最为爱士之人，凡当时东西洋学生之习政治法律，归国稍有声誉者，几无不入其壳中”^②。

① 参见劳乃宣：《修正刑律草案说帖》，《桐乡劳先生（乃宣）遗稿》，885～927页，台北，文海出版社影印版。

② 江庸：《趋庭随笔》，61～62页，台北，文海出版社影印版，1967。

不过，沈氏折衷新旧的修律立场却往往被旧派视作过于趋新，相关的弹劾不断。最后在礼部不满新刑律，并要求参与民律的修订获准，以及胡思敬奏参新刑律的背景下，宣统三年（1911年）二月沈氏突然被免去修律大臣之职，回任法部左侍郎。此后沈氏行踪颇为低调，除了短暂出任袁世凯内阁的法部大臣外，多是在家养病、观察时局、著书立说，直至1913年六月去世。

二、温故知新的思想趋向

沈家本的变法态度从一开始便不激烈。戊戌年（1898年）的中秋节，沈家本听闻戊戌六君子被杀的消息，在日记中虽然也表示同情（“党祸至此，惨矣”），但认为变法不可过激，“行新政者，辟诸祛病，欲速则不达也”^①。其人大致属于陈寅恪所谓“历验世务，欲借镜西国，以变神州旧法者”^②。当其受命修律之初，亦未想到大变中律。1904年为薛允升的《读例存疑》作序，表示“修改律例，一笔一削将奉此编为准绳”，似乎还是想在旧律的框架内进行修补工作。另从《寄簪文存》的序言中，我们亦可以看到沈氏搜集和刊刻各种旧律版本（如《元典章》、《唐律》、《明律》等）不遗余力，作为修律备考之意甚明。

然而，沈家本对于中律的现状并不满意，认为从元、明以后一直处于衰落之势。其在名篇《法学盛衰说》中指出：“明设讲读律令之律，研究法学之书，世所知者约数十家，或传或不传，盖无人重视之故也。本朝讲究此学，而为世所推重者不过数人。国无专科，群相鄙弃。”^③其修律的得力助手江庸也观察到：“沈氏于新旧律能融会贯通，深知大清律之不善，思有所改革。（著有《寄簪文存》，其中诋讥清律者颇多。）”^④特别是旧律难懂，沈氏觉得在普及方面显有不足。他指出：“必使人人皆能通晓，无待于讲焉而后可，必深辞古义非讲不明者，概加芟荆焉而

① 《沈家本日记》，见韩延龙等整理：《沈家本未刻书集纂补编》下册，1333页，北京，中国社会科学出版社，2006。

② 陈寅恪：《读吴其昌撰〈梁启超传〉书后》，《寒柳堂集》，167页，北京，三联书店，2001。

③ 沈家本：《法学盛衰说》，《历代刑法考（四）·寄簪文存》，2143页，北京，中华书局，1985。

④ 江庸：《五十年来之中国法制》，见申报馆编：《最近之五十年》，8页，上海，上海申报馆，1923。

后可。不然，官吏尚未能尽谙，又安望颡愚之共喻哉？”^①

于是有引进西方法学的思想资源，以改造中律之举。与其前辈薛允升、赵舒翘不同，沈氏面对的是门户洞开、中外法律竞争的新局。他提出了修订刑律，乃至全盘法律的宗旨，即“折衷各国大同之良规，兼采近世最新之学说，而仍不戾于我国历世相沿之礼教民情”。此点很大程度上反映了当时朝野上下的修律共识，即便是质疑新刑律的张之洞也表示赞同。但如何做到这一点，却是困难重重，难免仁者见仁，智者见智。

沈家本提出，折衷之道在于“情理”二字，力主摒弃中西古今之成见。

新学往往从旧学推演而出，事变愈多，法理愈密，然大要总不外情理二字。无论旧学、新学，不能舍情理而别为法也，所贵融会而贯通之。保守经常，革除弊俗，旧不俱废，新亦当参，但期推行尽利，正未可持门户之见也。^②

在其看来，古法与西法大多数时候在情理上是相通的。例如其赞同西方精神病不为罪之说，认为与东汉古法相合：“人至病狂而改易其本性，则凡病中之所为皆非出于其本性，故虽有杀人之事，亦得恕之。近日东西国学说并持此论，其刑律中有精神病不为罪之文。陈忠之减重论，实为今法之权舆。”^③“精神病不为罪”一条后来即见诸新刑律草案。

其所稔熟的儒家经典《周礼》亦成为了引进西法的有力证据。沈氏以《周礼·秋官》有“大司寇有悬刑象于象魏之法，又小司寇之宪刑禁，士师之掌五禁，俱徇以木铎，又布宪执旌节，以宣布刑禁”之说，指出此“实律无正条不处罚之明证”^④，作为引进西方罪刑法定原则的历史根据。又如其在《历代刑法考》中指出，“近日欧洲制度，政刑分立，颇与《周官》相合”^⑤，为即将实行的司法独立提供学说支持。^⑥既然西法的大原则与古法相合，采用西法自然无害礼教。

① 沈家本：《〈大清律例〉讲义·序》，《历代刑法考（四）·寄簪文存》，2231页。

② 沈家本：《〈法学名著〉序》，《沈家本全集》，第4卷，755页，北京，中国政法大学出版社，2010。

③ 沈家本：《历代刑法考（三）·汉律摭遗》，1470页。

④ 《修律大臣沈家本奏刑律草案告成分期缮单呈览并陈修订大旨折》，《清末筹备立宪档案史料》下册，848页。

⑤ 沈家本：《历代刑法考（四）·历代刑官考上》，1962页。

⑥ 《清史稿·沈家本传》谓其“少读书，好深湛之思，于《周官》多所创获”。这条史料的引用者甚多，却往往作为沈氏的青年经历一带而过。其实，少年时阅读兴趣的影响相当深远，颇能提示出沈氏的儒家思想渊藪。