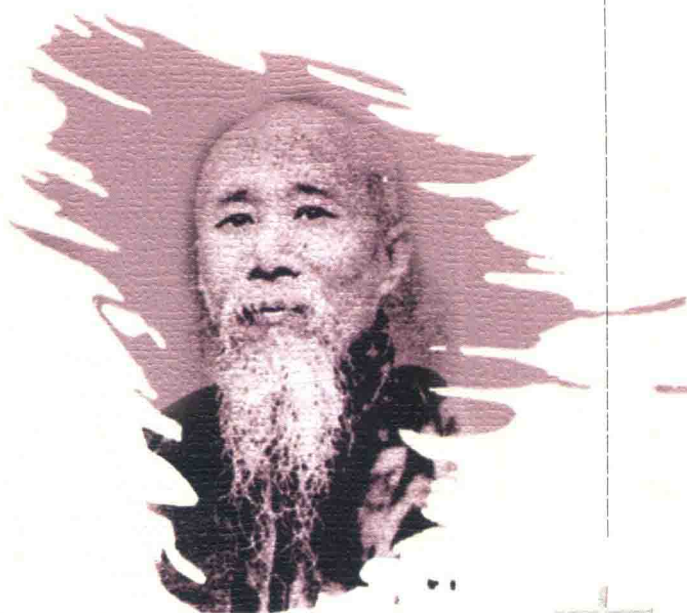


栾爽 平旭 著

清明之世，其法多平；陵夷之世，其法多颇。则法学之盛衰，与政之治忽，实息息相通。然当学之盛也，不能必政之皆盛；而当学之衰也，可决其政之必衰。



沈家本
Shen Jiaben

大家精要

陕西师范大学出版总社

沈家本

栾爽 平旭 著

大家精要

陕西师范大学出版总社

图书代号: SK17N0227

图书在版编目(CIP)数据

沈家本/栾爽,平旭著. —西安: 陕西师范大学出版总社有限公司, 2017.5

(大家精要)

ISBN 978-7-5613-8972-0

I. ①沈… II. ①栾… ②平… 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068292号

沈家本 SHEN JIABEN

栾爽平旭著

责任编辑 王奉文
特邀编辑 仲济云
封面设计 张潇伊
出版发行 陕西师范大学出版总社
(西安市长安南路199号 邮编 710062)
网 址 <http://www.snupg.com>
印 制 三河市良远印务有限公司
开 本 660mm×980mm 1/16
印 张 10
字 数 100千
版 次 2017年5月第1版
印 次 2017年5月第1次印刷
书 号 ISBN 978-7-5613-8972-0
定 价 20.00元



读者购书、书店添货或发现印刷装订问题, 请与本公司销售部联系、调换。

电话: (029) 85303879 传真: (029) 85307864 85303629

丛书编委会

总 策 划：来新国 王文成

编委会主任：郭齐勇 周晓亮

编 委：来新国 陈知涯 张 彧 尹格韬 沈 众
王文成 孟淑贤 周长志 罗养毅 秦 丹
乌 琛

目 录

第1章 青少年时代 / 001

风云变幻的时代 / 001

少读书，好深湛之思 / 003

颠沛流离，漫漫湘黔路 / 004

第2章 磨驴陈迹踏年年：三十年科考与刑曹生涯 / 007

金榜题名 / 007

以律鸣于时 / 008

第3章 乱世中的外官任上 / 013

外放天津 / 013

保定任上 / 015

第4章 执掌刑部，奉命修律 / 019

执掌刑部 / 019

奉命修律 / 021

翻译西法 / 023

改造旧法 / 024

开办法律讲堂 / 029

第5章 大理寺正卿 / 031

预备立宪与官制改革 / 031

大理院正卿 / 032

部院司法权限之争 / 034

修订法律馆 / 040

第6章 修律大臣：以法律来整治破碎的山河 / 044

网罗人才 / 044

考察日本法制 / 047

聘请日本专家 / 049

主持民商事习惯调查 / 051

创设近代程序法 / 053

创设近代民商法 / 057

创设律师和陪审制度 / 062

创设近代狱政制度 / 071

第7章 温和的坚定者：礼法之争 / 079

制定《大清新刑律》 / 079

礼法之争 / 084

第8章 近代法学教育奠基人 / 097

主张重设律博士 / 097

学习西法，兼顾传统 / 099

创办主持法律学堂 / 101

支持法学会及其刊物 / 104

第9章 再出江湖：袁世凯的法律顾问 / 107

再出江湖 / 107

革命与改良 / 109

第10章 沈家本的法律思想 / 111

会通中西的法律观 / 111

人权思想 / 115

从律学到法学：法学方法论的飞跃 / 120

民法思想 / 123

刑法思想 / 128

刑事诉讼法思想 / 132

第11章 最后的岁月 / 142

附录

· 年谱 / 147

第 1 章

青少年时代

风云变幻的时代

清朝道光二十年七月二十二（1840 年 8 月 19 日），江南湖州城南编箕巷口沈家，一个小生命诞生了。这就是后来被誉为“中国法制现代化之父”“中国法律史奠基人”的沈家本。

1840 年是中国历史上特殊的一年，6 月 28 日，第一次鸦片战争开始。从此，古老封闭的中国被西方列强入侵，1840 年成为中国社会古代与近代的分野，同时也是中国封建社会和半封建社会、殖民地社会和半殖民地的转折点。

沈家本生活在两个时代交接、两种社会制度更替的特殊历史时期，那是古老的中国遭遇“数千年来未有之强敌”（李鸿章语）且痛历“四千年来未有之创局”（王韬语），并向现代转型的社会，是一个充满着剧烈变革的时代。这一特定历史时期的经济与社会状况有其鲜明的特点。诚如有的学者所分析的，“政治制度，特别是国家与社会的关系经历了决定性的变革。古老的儒家社会结构式微，新的社会阶层出现了。经济的许多部门卷入世界贸易之中，工业化过程在城市中起步。思想

的探索拓宽了视野，并在对外来观念作出了选择和适应之后重新调整了焦距。农村生活尽管在同一普通模式中延续，但不时为天灾、人祸、叛乱和战争所打断，并最终卷入了革命”。

这一时代呈现出风云变幻、波澜壮阔的历史画面。从经济生活方面来看，1859年第一个发展资本主义经济纲领被提出，19世纪60年代近代军事工业出现，之后近代机器工业扩大到民用纺织、粮食加工、造纸等轻工业和交通运输、通讯业等领域。官办工业演进至民族资本主义工业，20世纪初又推出近代经济政策，资本主义经济获得了初步发展。然而战争赔款，向外国商团借款以及重建现代化军队的三重负担，使经济呈现出寄生性和几乎是病态性的发展，而且工商业在国民经济中仅占很少比例，远未形成一个完整的工业体系，起决定作用的仍然是农业经济。再从政治情形来看，从晚清到民国时期进行着深刻的社会变动：旧国家控制被摆脱了，出现了新的社会阶层，各种政治关系得到重新确定，新的国家机构和意识形态诞生了。特别引人注目的是民主化、人民政治参与的扩大、行政管理机构的科层化以及法律作用的提升等等。但是，由于没有成熟的社会条件为基础，民主型的政治机构和政治制度——总统、内阁、议会、宪法、法院、法律、地方自治等，一直处于徒有其形而缺乏相应内容的状态之中。此外，随着知识结构的更新和开放的不断扩大，文化开始走向世俗化。尽管输入种种西方的价值观念和理论，从整个民族而言，文化系统、价值系统和社会习俗等方面还远未达到新旧更替的程度，整个社会呈现出空前的芜杂状态，新旧杂陈、多元并列。真正的文化革命在1919年才开始，但也因为更急迫的救亡任务而中断。

总之，这一时期处于新旧摩荡之际，瞻新顾旧是一种常态。由此，造成了一种“脱序”现象：全用机器的工厂，管理却是封建衙门式的；穿着时髦的西服，却是满脑子封建思想；

挂着“大总统”的街头，实行的却是皇帝式的统治；等等。还造成了鲁迅笔下所描写的文明“多重”状态：“中国社会上的状态，简直是将几十世纪缩在一起：自油松片以至电灯，自独轮车以至飞机，自镖枪以至机关炮，自不许‘妄谈法理’以至护法，自‘食肉寝皮’的吃人思想以至人道主义，自迎尸拜蛇以至美育代宗教，都摩肩挨背的存在。”中国社会处于一种复杂的转型状态之中。

这就是沈家本所处的时代。

少读书，好深湛之思

沈家本出生于诗书世家。祖先们苦读经史，为的是功名，但未能如愿。这种情形一直持续到沈家本的祖父沈镜源才略有改观。沈镜源于嘉庆三年（1798）考中举人，但之后的会试一直名落孙山，据清代的大挑制度，举人三科会试不中，挑取其中一等者为知县用，二等者以教职用。道光六年（1826），沈镜源进京应挑，被列为二等，次年被选授为庆元县教谕（教谕，宋代始设，为京师小学和武学中的教官，掌文庙祭祀和教育训导所属生员），奉命赴任。直至道光十三年才告病还乡。

沈镜源有三个儿子，除沈家本的父亲沈丙莹外，其余两个儿子都早夭。沈丙莹肩负家族复兴的重担，道光十二年乡试中举。道光二十五年考中进士，还补官刑部，为陕西司主事（相当于今制部下各司之专员或科长）。沈家本的母亲嫁资丰厚，全家衣食无忧。

沈丙莹为官不久，举家到京师居住。沈家本在京就读，父亲给沈家本挑选了很多授业师。对其影响最深的有两位。一位是闵莲庄，沈丙莹的友人，有花癖，犹爱菊，是散淡之人，沈家本与其感情深厚。另一位是沈家本的姨父——沈桂芬，阅历

丰富，担任军机大臣等要职，是同光重臣之一。他遇事持重，又服膺儒家学说，生活简朴，深得沈家本的敬重，与其交往十分密切。

受家庭的影响及老师的指点，沈家本小小年纪就开始苦读，并乐在其中。据《清史稿》，沈家本“少读书，好深湛之思”。沈家本读书极认真，每读一本都记载大意并间有评论。读书的数量也很惊人，仅1862~1865年间，就读书三百八十四部，这些书内容庞杂，有经史子集、鬼怪神传、考古医术，以及早期西方传教士的译著，甚至有当时的禁书《明夷待访录》。《明夷待访录》一书揭露了历史上所有帝王制度的弊端，处处闪现着民主思想的萌芽。年轻的沈家本究竟为何读这本禁书，该书又给予他怎样的影响，不得而知。在沈家本长长的阅读书单中，法学著作也有，但数量很少。

咸丰九年（1859），沈家本完成了第一本学术著作：《周官书名考古偶纂》。该书是沈家本“于《周官》多创获”，参考多家注本，疏证《周官》字义，“以备案头考究”之用。书中稽微探隐，删谬补缺，力求穷书，显示了沈家本对古代经史研究深厚的功底和高深的造诣。

颠沛流离，漫漫湘黔路

咸丰九年，沈家本的父亲沈丙莹外放为贵州安顺府知府。贵州远离京城，偏僻贫穷，而且又正值兵乱，所以，沈丙莹只身赴任，嘱家人南返浙江，投靠沈家本的外祖父俞焜。但是，沈丙莹刚刚离开京师，就传来太平军忠王李秀成挥师浙江的消息，不久，太平军攻克杭州，俞焜战死。沈家本一家只好滞留京师。

同年，英国和法国发动的第二次鸦片战争的战火又逼近京

师，先是大沽北岸炮台被占，随后，天津失陷。沈家本一家离京，到西山避难。几天以后，咸丰皇帝接受了侵略军的议和条件，沈家本一家返回京师。可是，由于英法使臣在觐见咸丰皇帝时，拒绝跪拜呈递国书，咸丰皇帝大怒，谈判破裂，清政府对英法宣战。两万御林军迎战三千五百名英法联军，不战而逃。咸丰皇帝将议和权全权交与恭亲王奕訢，远走热河。沈家本一家和京城百姓只得再次到西山避难。英法联军攻进北京，攻占圆明园，火烧圆明园，丧权辱国的《中英北京条约》《中法北京条约》订立，英法联军退出北京。沈家本终于能够和家人返回北京，此刻他的心中，已然充满对洋人的憎恨。

回南方的计划也因为南方的战火而遥不可及。清军与太平军战火正酣。父亲沈丙莹已由贵州安顺府调到铜仁府，铜仁位于贵州与湖南交界，尚属平静，沈丙莹要求沈家本带家人至铜仁和他团聚。沈家本遵循父命，开始了没有意料到的艰辛旅途。经过保定、邯郸，进入河南，又经襄城、叶县新野，来到湖北；在樊城由陆路改为水路，出荆门，经沙市，过长江到达湖南，再经安乡、沅陵，前往铜仁，前后历时两个多月，终于到达贵州铜仁。一路上，沈家本第一次切身感受到贫穷，体验到乡村生活的不易。

到达贵州以后，沈家本一边帮父亲料理府中事物，一边准备科考，还寄情于山水之间，日子过得很是逍遥。可惜的是，虽然父亲沈丙莹在铜仁府任内，正值铜仁邻郡思州府属之路溪教军发动起义，他越境作战，为清王朝立下了汗马功劳，但因没有给路经铜仁的贵州贵东道道员韩超送礼，得罪了这位对其升迁至关重要的人物，导致不仅未受奖赏，反而丢了官位。囊中羞涩的沈丙莹不甘心这一结果，执意留在贵州无望地等待机遇，他让沈家本带着家人先回老家湖州。

沈家本带着家人进入长沙，暂住在东茅巷彭宅，等候父亲

的消息。直到同治二年（1863）春，时任贵州巡抚的韩超被撤职，沈丙莹被任命为代理贵阳知府，任职以后，沈丙莹写信让沈家本带家人来贵阳团聚，沈家本再次入黔。沈丙莹上任后，苗民起义，将贵阳团团包围，沈丙莹日夜手执戈矛，亲自巡视城防之事。最后，得赵德光部队的救援，得以保全。再次立下功劳的沈丙莹被人举劾，心灰意冷的沈丙莹对官场再无眷恋，辞去官职，告老还乡。

一家人兵分两路，母亲带着弟妹，先去长沙。沈家本父子二人从贵阳往西，再往北，渡过赤水河，翻越盘山，先到泸州，之后再往东北，到重庆，尔后顺长江而下，乘船前往长沙。一路上虽跋涉艰难，但也欣赏到了别样的风景。

到达长沙后，全家汇合，前往上海，又别是一番新世界。上海的喧闹、繁华，使沈家本不时感受到西方文明。几天以后，父亲与母亲带着弟妹回湖州，而他将去京城，因为父亲为他在刑部谋了一个职位。

第2章

磨驴陈迹踏年年：三十年科考与刑曹生涯

金榜题名

同治三年（1864）春天，沈家本终于又回到了北京。父亲为他捐的是一个小官，沈丙莹虽为官数年，但囊中羞涩，只能为沈家本捐一个地位低微的小官，希望他能在官场上得到历练。这一职位大抵就是一些抄抄写写的工作，虽然，他对法律还谈不上什么兴趣与热情，但公之学律自是始。

读书、写诗、准备科考成为他生活的主要内容。一年后，沈家本回浙江乡试，在近万名士子的角逐中，一试中举，列第六十二名。沈家本的祖父沈镜源是举人，父亲沈丙莹是进士，二十五岁的沈家本又是举人，一家三代皆有功名，在当地很是轰动。但之后的会试却屡屡受挫。同治五年，会试落榜。同治七年，参加礼部会试，未考中进士，仅考取膳录第一名。同治十三年，甲戌会试，榜上无名。光绪三年的丁丑会试，依然失利。直到光绪九年礼部会试，他才考中，名列第二百零三名。沈家本通过之后的复试，殿试和朝考，终于获得进士的功名。从第一次会试落榜直至光绪九年（1883）金榜题名，共耗时十

八年，大好的青春年华周而复始地耗费在科举考试中，其中滋味，他人难以体会。

这段时间，沈家本四弟去世，沈家本一手操办了丧事。紧接着，他最好的朋友吉甫也生病故去了。人生的无常，令沈家本感叹。沈家本原配妻子、起居注主事郑训之女郑氏死于战火，又娶山东候补运同陈瑞麟长女为妻。

同治九年（1870），沈丙莹逝于湖州。终年六十一岁。沈丙莹回到湖州后，热衷于讲学，修水利，离开了官场之后，还能够做些实事，实属难得。此时，沈家本已是一家之主，主持了父亲的丧事。

以律鸣于时

沈家本在考取进士之前，虽未把主要精力放在案牍，但到刑部任职不久，即“以律鸣于时”。此期的法律著作有《内定律例稿本》，是清嘉庆、道光、咸丰三朝秋审案件经过九卿会议后，刑部缮写的对个案所作的结论性意见。还有《学断录》，“学断录”即学习断案之意。从这两本著作中可以证实，沈家本任职刑部即精于律例，诚非虚言。

考取进士后，沈家本由候补刑部郎中变为刑部正式郎中。又接任刑部奉天司主稿兼秋审处坐办，律例馆帮办提调、协理提调、管理提调。他开始“专心法律之学”，主要的精力放在积压如山的案牍上。

这一时期，沈家本撰写了大量的法律著作。主要有《刺字集》五卷，批判刺字刑罚对人的残害，希望缩小其适用范围。《压线编》一卷，是沈家本为律例馆、江苏司、奉天司、直隶司、四川司同僚代拟的十二件案牍。《律例杂说》一卷，主要是对《大清律例》中各种刑名、罪名的解释。《刑法杂考》一

卷，是对律例中诸多刑名、罪名源流的考释。《奏谏汇存》一卷，记录光绪十五年（1889）至光绪十九年，沈家本在刑部审理案件、结案后拟定、以刑部名义上奏的奏稿文集。《驳稿汇存》一卷，记录光绪八年（1882）至光绪十五年，沈家本在刑部草拟的对各省上报案件的批驳。还有《雪堂公牘》、《秋谏须知》、《刑案删存》六卷、《日南读书记》十八卷、《文字狱》一卷等。长长的书单是沈家本潜心研究的成果，也奠定了沈家本法律专家的地位。

出于职业习惯，沈家本也关注一些影响重大的案件。一是神仙粉案件，这是沈家本接触的第一起涉外案件，发生在福州。福州是通商口岸，涉外案件较多，神仙粉案件就是影响较大的一起。据传言，有人在街头送人神仙粉。男人食用，全身浮肿；女人吃下，腹胀而死。因怀疑洋人投放神仙粉，愤怒的群众放火烧了东莞与石龙镇里的教堂，烧死了三个洋人和十几个中国人。不久，长乐县和古田县的民众又拆毁了英国和美国的两个教堂。英美两国向清政府发了照会，以示抗议。漳州府捉拿了一个散发神仙粉的人犯，据说是洋人主子指使。官府将其正法，草草结案。沈家本将此案记录下来，在他的文字里，能够感受到民众的愚昧、官场的腐败与无能。

还有两起惊动朝野民事案件，其一是光绪元年（1875）的杨乃武与小白菜案件，此案轰动一时。小白菜，姓毕，乳名阿生，非常漂亮，在小县城引人注目。嫁给卖豆腐的葛品连为妻。二人租住邻居杨乃武的房子。杨乃武是浙江余杭县的乡绅。杨乃武与小白菜经常走动，杨乃武又教小白菜识字念经，后来，杨乃武的妻子詹氏去世，闲言碎语不断。杨乃武提出租金上涨，小白菜夫妇便搬走，另外租房。杨乃武和妻妹结婚，后来参加乡试，中了举人。同治十二年（1873）十月的一天，葛品连暴死，其母怀疑其中毒身亡，告到官府，仵作验尸结

果，证明中毒。小白菜被怀疑谋害亲夫，严刑拷打之下，被逼招供，和杨乃武通奸，毒死葛品连。杨乃武在被押解到杭州复审时，屈打成招。判决很快下来：杨乃武斩立决，葛毕氏凌迟处死。杨乃武家人不服，到省城杭州喊冤。主审官接受贿赂，依然维持原判。家人又进京喊冤。刑部审核此案时，二人已经绝望，依然屈从。直至光绪元年，京中御史边宝泉上奏异议，要求刑部重审此案，朝廷开始注意，加之京城中许多浙江籍的官员联名上奏，要求复核此案。刑部受命后，当众开棺验尸，证明葛品连系病死，而非毒死。此案至此真相大白。参与此案的许多人被处理，被摘去顶戴花翎的就有一百余人。

其二是王树汶案。河南匪盗猖獗，各州县纷纷增加胥役（类似今日治安警察），许多盗贼也趁机混了进去。当地匪首胡体安就在县衙充当胥役，某日，他派手下盗匪抢劫了一位赵姓布商。该布商颇有势力，报案无果后，自行调查真相，并直接向巡抚涂宗瀛呈控。巡抚下令通缉，胡体安让家中小帮厨王树汶冒名顶替。王被判死罪，在行刑时喊冤，案件重审后，真相大白。但河南官府，官官相护，以王树汶替人顶罪触犯刑律为名，还是死刑，王树汶依然在劫难逃。最后，还是刑部官员良心发现，王树汶冤案才得以昭雪，而此时距案发已有五年之久。

沈家本还参与审理了刘振生案。刘振生是古董商人，有疯病，不时发作，其岳父为太监双喜的叔叔，能够进入宫中。刘振生以买卖古董为名，多次出入宫中。有一次他进入宫中，疯病发作，胡言乱语，被处死。

沈家本将自己接触过的案件都记录下来，并写下自己的思考。没有亲自参与或审理的案件，特殊的个案，只要看到案卷，他都细细梳理、研究、分析，注重积累经验。日积月累，