


中国古代法律文献研究

中国政法大学法律古籍整理研究所 编

第五辑



 社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

中国古代法律文献研究

第五辑

中国政法大学法律古籍整理研究所 编

徐世虹 主编



YZLI0890145439



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

中国古代法律文献研究. 第5辑/徐世虹主编;中国政法大学法律古籍整理研究所编. —北京:社会科学文献出版社, 2012. 1

ISBN 978 - 7 - 5097 - 2904 - 5

I. ①中… II. ①徐… ②中… III. ①法律 - 古籍 - 研究 - 中国 - 文集 IV. ①D929 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 237150 号

中国古代法律文献研究【第五辑】

主 编 / 徐世虹

出 版 人 / 谢寿光

出 版 者 / 社会科学文献出版社

地 址 / 北京市西城区北三环中路甲 29 号院 3 号楼华龙大厦

邮政编码 / 100029

责任部门 / 近代史编辑室 (010) 59367256

责任编辑 / 赵子光

电子信箱 / jxd@ssap.cn

责任校对 / 李艳涛

项目统筹 / 徐思彦

责任印制 / 岳 阳

总 经 销 / 社会科学文献出版社发行部 (010) 59367081 59367089

读者服务 / 读者服务中心 (010) 59367028

印 装 / 北京季峰印刷有限公司

开 本 / 787mm × 1092mm 1/16

印 张 / 28.5

版 次 / 2012 年 1 月第 1 版

字 数 / 546 千字

印 次 / 2012 年 1 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5097 - 2904 - 5

定 价 / 89.00 元

本书如有破损、缺页、装订错误,请与本社读者服务中心联系更换

▲ 版权所有 翻印必究

本书出版得到中国政法大学“211”项目
建设经费资助

目 录

秦汉法律研究百年（一）

- 以辑佚考证为特征的清末民国时期的汉律研究……………徐世虹 / 001
- 王杖木简再考……………〔日〕 初山 明著 庄小霞译 / 023
- 《甘露二年御史书》校读…………… 郭文玲 / 046
- 《二年律令》新研…………… 陈 伟 / 061
- 读秦汉简牍再论赎刑…………… 南玉泉 / 067
- 读刘俊文《唐律疏议笺解》札记十六则…………… 黄 楼 / 084
- 《唐律疏议笺解》辨正…………… 李俊强 / 098
- 《名公书判清明集》的无名书判

——研究方法的探讨…………… 柳立言 / 116

- 宋令演变考（上）……………〔日〕 川村 康著 赵 晶译 / 222
- 《天圣令》与唐宋法典研究…………… 赵 晶 / 251

元代行政诉讼与审判文书

——以《元典章》附钞案牍“都省通例”为材料

……………〔日〕 岩井 茂树著 王旭东译 / 294

明代人法律知识的接受途径及实效…………… 孙 旭 / 322

《皇朝经世文编》“刑政”门中的法律文献…………… 周积明 / 338

清代合同类型的初步研究

——基于徽州合同文书的实证分析…………… 俞 江 / 375

- 《大清民律草案》的编纂：资料的缺失与存疑的问题 …………… 张 生 / 397
- 社会转型期的“刻石纪法”
——以清季民初碑刻史料为例 …………… 李雪梅 / 408
- “多元的法律史文献：研究与整合”学术研讨会纪要
…………… 张小也 张蓓蓓 / 432
- “东亚的简牍与社会——东亚简牍学探讨”学术
研讨会纪要 …………… 支 强 / 440

秦汉法律研究百年（一）*

——以辑佚考证为特征的清末民国时期的汉律研究

徐世虹**

在中国古代法律发展史中，唐律是学界公认的完备律典，其巅峰地位无可置疑。但若将历史坐标定位于秦汉法律，便可发现它对唐律乃至此后的中华法系的影响是一脉相承、深刻而久远的。在法律形式、律篇构成、法定刑名、主要罪名、刑罚适用及立法精神上，秦汉律与唐律之间显现了不同程度的传承关系。沈家本言“求唐律之根源，更不可不研究夫汉律矣”，^①不仅揭示了汉唐律的渊源关系，也明确了研究汉律的重要性。日本中国法制史学者泷川政次郎亦云“隋唐律远至明清之世而为法家之范，其影响广至日本、朝鲜、渤海、回纥等国，堪与西方罗马法比肩，其渊源发于汉律”，指出“汉律研究在中国法制史研究上具有重要意义”。^②先学于论述汉唐律关系时，由于受时代局限而无从得见一定数量的秦律文献，故于秦律往往略而不言。但在秦汉法律文献经历了足以豁人之目的发现后，于今可在先学之说的基础上更推进一步，即秦汉法律研究在中国法律史研究上具有重要意义，知唐律必先知秦汉律。

以杜贵墀《汉律辑证》的成书之年（1897年）及敦煌汉简的首次发现之年（1907年）而计，秦汉法律研究已逾百年。对此百年历史若进行学术史的回顾，大致可分为三个时期：19世纪末至20世纪20年代初为第一时期，这一时期的主要研究特点为汉律辑佚考证，以揭示秦汉法律的面目。第二时期为20世纪20年代初至70年代中期。这一时期的研究呈两个走向：一是借

* 本文为教育部人文社会科学重点研究基地基金资助项目“秦汉法律研究”（课题编号07JJD820173）成果之一。

** 中国政法大学法律古籍整理研究所教授。

① 沈家本：《历代刑法考》，邓经元、骈宇騫点校，中华书局，1985，第1365页。

② 泷川政次郎：《近世の漢律研究について》，《史學雜誌》第52卷第4号，1941，第378页。

助先学的辑佚成果，秦汉律令体系的研究进一步深入；二是伴随着考古学的发展及考古成果的面世，此后逐步形成的秦汉法律研究融考古学、历史学为一体的学术传统肇端于此。第三时期为20世纪70年代至今。这一时期是秦汉法律文献考古大发现时期，得益于数量众多的出土文献，秦汉法律的内容陡然丰富，学者的研究视角借此辐射于各个领域，成果极为丰硕。

在此三个时期中，第一时期的辑佚考证研究是奠基阶段。由于汉律久佚，令欲认知者无从获知内容相对集中的资料，因此早期的汉律研究即发轫于辑佚。关于这一时期的研究概况，最早有泷川政次郎于1941年发表在日本《史学杂志》上的《关于近世的汉律研究》一文。该文对清末民国时期中日两国汉律研究的代表人物及其代表作予以评述，述诸笔端的其人其作为：杜贵墀的《汉律辑证》（1897年），张鹏一的《汉律类纂》（1907年），沈家本的《汉律摭遗》（1912年），程树德的《汉律考》（1918年），浅井虎夫的《汉律令逸》（1911年），小川茂树的《汉律略考》（1930年）。这其中前四种皆为独立刊行的著作，而《汉律令逸》是浅井虎夫的专著《中国法典编纂沿革》中的第三章第三节，小川茂树的《汉律略考》则为专论。对于中国学者的四部著作，泷川氏大致依照版本、简历、体例、目录、引用书目等顺序予以简述。该文在汉律研究的学术史上具有开山之功，本文亦多蒙惠泽。此后对这一时期的汉律研究予以述评的，又有守屋美都雄的《关于汉代法制研究的进程》、^① 堀毅的《秦汉法制史研究的历史与现状》，^② 前者重点在于评述20世纪50年代后的日本秦汉律研究，对上述时期的研究状况只是转述了泷川氏之文的要旨；后者在成果胪列上明显多于泷川之文，但相关内容的展开未惬人意。鉴此，在先行成果的基础上进一步展开对这一时期汉律研究的探究，梳理百年秦汉法律研究的源头，丰富认知，考量得失，仍是有所作为的课题。

一 杜贵墀与《汉律辑证》

杜贵墀，湖南巴陵人，生于道光四年（1824年），卒于光绪二十七年（1901年），享年78岁。杜氏自幼习经，长而游学，五旬后应聘任湖北匀庭

^① 守屋美都雄：《中国古代の家族と國家》，京都大學東洋史研究會，1978，第613～620页；中译本见《中国古代的家族与国家》，钱杭、杨晓芬译，上海古籍出版社，2010，第463～470页。

^② 堀毅：《秦汉法制论考》，于敏、萧红燕、郭迎德等译，法律出版社，1988，第395～401页。

书院、经心书院和湖南岳阳校经书院讲习，居后者前后通计 15 年，直至终老。杜氏为教恪守先儒义训，为学本于经史，生平无好世俗之事，唯癖嗜书籍，俗多以“书痴”目之。其去世前三年曾于病中自为挽联，云“贫无以贻子孙，幸略有经史余编，足当薄产；歿亦可称寿考，恨不见英雄辈出，力挽横流”，颇可见杜氏一生嗜书治学、以时事为念的志向。^① 杜氏去世后，其门生将其遗稿汇编为《桐华阁文集》十二卷，与《汉律辑证》六卷、《桐华阁诗钞》二卷、《典礼质疑》六卷、《巴陵人物志》十五卷、《读书法汇》一卷汇为《桐华阁丛书》。

《汉律辑证》六卷刊刻于光绪己亥年（1899 年），是《桐华阁丛书》六种中最早刊刻者。泷川氏曾收藏其三种版本，即单行本、《桐华阁丛书》本及光绪末年的修订法律馆本。^②

在杜氏之前，汉律辑佚亦不乏其人，程树德于《汉律考》中对此曾有概述：

宋王应麟作《汉制考》，引汉律令之见于《周礼》郑注及《说文》者凡二十余条，又著《汉艺文志考证》，于法家增汉律、汉令二种，皆汉志所未著录，并杂引汉律令文以证之，是为后人考证汉律之始。后沈钦韩作《汉律疏证》，引汉律见于史汉注者凡十余条。同、光间，山阴汪琰氏著《松烟小录》，亦杂引汉律令，然所征引者，许氏《说文》而已。吴县孙传凤《汶民遗文》所考较详，以吏、户、礼、兵、刑、工、杂七者分之……凡四十七条，皆有律无令。此前人引证汉律令之尚可考者。其辑为专著者，薛允升刑部有《汉律辑存》一书，庚子之乱毁于火，其书不传。^③

由程氏概述可知，杜氏之前的研究难惬人意者有三：一是征引的汉律佚文尚属寥寥，在数量上不足以形成认知对象；二是某些既有成果在征引典籍上尚嫌单一；三是“所考较详”者却以明清律典体例分类，不免去汉甚远。此外，薛允升的《汉律辑存》虽为辑佚专著，却散佚失传，惜不能睹。

这其中的第一点，在杜氏看来也是存续汉律的当务之急。在《汉律辑

① 有关杜氏生平，参见光绪庚子刻本《桐华阁诗钞》所附《先考仲丹府君行略》。

② 由岛田正郎主编、台湾鼎文书局 1982 年印行的《中国法制史料》第二辑第一册所收《汉律辑证》，即为修订法律馆本。社会科学文献出版社 2007 年出版、杨一凡主编的《中国律学文献》第四辑第一册，所收为湘水校经堂本。

③ 程树德：《九朝律考》，中华书局，1988，第 52 页。

证》序文中，他以一半的篇幅追溯了汉律的渊源与沿革，感慨七百七十三万二千五百余言的汉律经魏晋迄隋唐，“唯唐长孙无忌《律疏》三十卷而复存”，“其原本于汉律者，文没不见”。^①对于王应麟《汉制考》所引汉律佚文，杜氏“喜其存而惜其少”，遂拟仿照《汉官仪》等书，单独辑纂汉律一编。然而搜集残丛诚非易事，故杜氏亦有“蒐集未富，久稽卒业”之叹。光绪二十三年（1897年），杜氏获赠江标所编《灵鹫阁丛书》，见其中所收《洩民遗文》在汉律辑佚上已先行一步，^②但孙氏辑佚只列条目与出处，不涉考证，对此杜氏表示了不满之意，所谓“麀拾寥寥，未塞鄙意”，于是杜氏重拾旧篇，“庸钞存篋”，凡得百数十条而成该书。

泷川氏对此书给予了“近世汉律研究划时代”之作的评价，认为程树德“然考汉律者，当推此最为善本”之语绝非溢美之言，推崇之心跃然纸上。诚然，杜氏之治汉律，为此后的辑佚研究提供了足可借鉴的经验。

其一，每条词语注明原书出处，原书字句稍有删节者，则以他书补注，以明异同。如在“罪人狱已决，完为城旦舂……隶臣妾一岁免为庶人”条末句，下注“《太平御览》引《汉书》”，复出按语云：“《白帖》引‘张（汤）〔苍〕定律’，‘完为城旦舂’上为‘诸当髡者’四字，‘免为庶人’下接‘逃亡（以）〔及〕耐罪以上不用此令……等句。”杜氏虽未明言取舍，但将同一语句的不同出处及不同之处予以揭示，既为研读者利用不同的记载比较异同提供了方便，也显示了杜氏的涉猎广博。据泷川氏梳理，杜氏辑佚所引用的典籍，经、史、子、政书、类书无所不涉。搜集对象的广博，不仅使杜氏所辑汉律佚文在数量上大大超越前人，也使文献记载中的汉律呈现出动静之变，引导研读者开辟新的视野。

其二，注重制诏与案例，以扩大搜集范围。较之原书语句明确标示为汉律、汉令者，如何从无明确标示的原始记载中玩味其意，捕捉律令，对辑佚者的学术洞察力更是一个考验。杜氏在此点上颇为用心。他在自序中为辑证所确立的标准之一，即为“其未明引律文，而制诏所定其入律可知，及推求所坐罪名，彼此互证决为律文所有，则竟以所坐当之，而征引本事分注下方”。这表明杜氏对佚文的考察，已超越了律文、令文本身，而是透过制诏内容及案件所涉罪名来还原汉律。如卷二征引光武帝建武六年给廩诏，注云“光武建武六年，诏命郡国有谷者云云如律。注‘汉律，今亡’”，复出按语：

① 杜贵墀：《汉律辑证》“序”，光绪己亥年湘水校经堂本。下文有关成书之因的叙述，皆出于该序，为避文烦，不再逐一出注。

② 台湾新文丰出版公司1985年刊行的《丛书集成新编》第14册收入此书，前述鼎新书局刊行的《中国法制史料》第二辑第一册亦收入之。

“前书《儒林传》序‘它如律令’，师古注‘此外并如旧律令’，可证此诏云云为汉时旧律。”卷四“废格诏书”条，杜氏在胪列了《史记》、两《汉书》所见相关事例后，又指出唐律相关条文所在，最后加按语征引《长编纪事本末》吴奎奏言，表明“此汉时律文犹存于宋之证”。据泷川氏统计，杜氏辑佚总数达到283条，较孙传凤辑佚数量超出五倍。这其中博览群书、穷尽搜集固然是重要原因，但辑佚方法的更新与洞察力的敏锐，也是杜氏在辑佚数量上胜于前人的不可忽视的一个方面。

其三，不以今律目汉律篇章。杜氏所辑汉律佚文既多，如何贴近汉律的实际析篇分章也是需要直接面对的问题。今观杜书，分卷而无目，但这并不等同杜氏对汉律篇目无所思考。泷川氏根据杜氏著书各卷的内容，对其分类做了推测，如第一卷为相当于唐《名例律》内容的五刑、十恶、八议等佚文，其或为汉具律；第二卷为相当于唐《户婚律》、明清《户律》内容的课役、田地、钱债等佚文，其或为汉户律、田令；第三卷是相当于唐《贼盗律》内容的强窃盗、略卖人、私铸钱、杀伤等佚文，其或为汉盗律、贼律。由此可窥杜氏用意，卷以佚文内容区分，但不强为列目，尤不以今律析篇分章。对佚文的篇章归属，杜氏自己有明确的看法。他注意到晋志对汉律“错糅无常”的批评，对所辑佚文遂采用“既未睹其全书，无从强为隶目”的审慎态度，分卷而不分篇。对于以今律为标准分篇隶目的做法，他更是表示了“今之律目，非萧何所有，尤无取焉”的排斥之意。杜氏不以今律、己意对待汉律的严谨态度，在今天仍具有示范作用。

其四，注重汉唐律的比较。或出于汉唐律的渊源追溯，杜氏在辑证过程中有意识地标注唐律相关篇条，以存一代之制。在卷一的64条中，杜氏注明唐律相关篇条所在者，有殴父枭首、过失杀人不坐死、犯法者各以法时律令论之、谏疑罪、考囚限满不首、故乞鞠、先自告除其罪、立春后不决囚、毋得陈赦前事、一人数罪以重论之、亲亲相匿、妇告威姑、痲瘡诸条，使汉唐律互为印证，渊源关系坐到实处。自杜氏之后，汉律辑佚者莫不比附唐律以资佐证，其或本是必由之途，但杜氏一书实为嚆矢。

辑佚汉律，毕竟还只是基础文献的整理研究，如何借此构建出符合汉律实际的律令体系，则是需要更进一步研究的对象。杜氏注意到了文献中除律外尚有令的情况，但他在自序中认为杜预所言“律以正罪名”、“令以存事制”的含义是“二者相须为用”，令即为律，二者的关系是“异名同物，无关限断”。缘此杜氏在辑佚时，未就律令加以形式区分，而是杂糅一处，二者合一。很明显，杜氏对汉律令的认识过于简单。如果从效力上说“无关限断”尚属可从，“异名同物”则遮蔽了汉代律令体系的非一元化，模糊了后世令与汉令的区别。程树德批评杜氏“杂糅律令为一，不足豁阅

者之目”，^① 应是剀切之言。

杜氏以 73 岁高龄完成此书，五年后辞世，《汉律辑证》可以说是积其一生学养、学识而撰写的成果。沈、程二书行世后，杜书渐淹没不闻，反而是书所开创的汉律辑佚考证研究的局面，实为此后绵延百年的秦汉法律研究的前导。

二 张鹏一与《汉律类纂》

光绪三十三年（1907 年），张鹏一的《汉律类纂》刊行。张鹏一（1867～1943），陕西富平人。光绪十八年（1892 年）就读于陕西味经书院，受业师为清末著名教育家刘古愚。光绪二十三年（1897 年）中举，次年赴京会试，拜康有为为师，参与维新活动。不久返回陕西，于家乡创办小学，讲学书院，潜心经史研究。光绪三十四年（1908 年）后，先后任山西长治代理知县、山西大学庶务长、中国银行秘书长，1914 年后任陕西吏治研究所所长、陕西通志局分纂，又受聘监修西安碑林。1934 年任陕西考古委员会委员长，1936 年当选为陕西临时参议会参议员，1937 年任西北史地学会理事长。1943 年逝于富平故里。^② 张氏生前所撰著述数十种，以考述经籍、史地为主。

张氏此书旧稿，曾以《汉律考》为名，由刘古愚刊于味经书院，有光绪十七年（1891 年）陕甘味经刊书处本。光绪二十一年至二十六年（1895～1900 年），张氏复加厘定，准备刊印，后闻薛允升已有辑本，遂缓刊刻。但此后张氏考虑到薛氏稿本散佚于庚子之乱，而当下虽处改定法律时局，中国古代法律也不可一概废弃，遂于光绪三十三年（1907 年）刊印此书，是为奉天学务公所本。^③

在张氏《汉律类纂》成书的这一时期，中国正处于西方法律文化的涌入成冲击之势，中国固有法不得不为之大变的变革之中。面对这一历史巨变，张氏在书前的“叙例”中表述了自己对中国固有法的见解。他认为“中土政治，首推三古，而法著专经，实始李悝。汉因秦治，独刑律一端，缘饰经术，以自矜衒。二千年来，有天下者互相沿袭，其法遂独立于东亚，为世界四法系之一”，由此他强调，“此亦国粹之流传，言法治国者，所当留意也”。

① 程树德：《九朝律考》，第 52 页。

② 有关张氏的生平介绍，参见陕西省地方志编辑委员会编《陕西省志》第 79 卷《人物志》中册，陕西人民出版社，2005，第 534～536 页。又参见《晋令辑存》“出版说明”，三秦出版社，1989，第 1～2 页。

③ 由岛田正郎主编、台湾鼎文书局 1982 年印行的《中国法制史料》第二辑第一册收入此书。

张氏对中国固有法的定位，表述了他对传统法律的一个基本认识与态度，不过这并不意味着他对西方法律的排斥与对中法弊端的维护。相反，他认为西方法学巨子“本其历史实验之智识，光大发挥，遂成泰西今日之盛”，而中国当下“治理疏阔，文化退步，治外法权授人间隙，领事裁判遂纷布于通商各处”，究其原因有二：一是自唐以后，文例愈密而范围渐窄，所增减者，有比附而无发明；二是魏晋以后律学渐衰，文法刑例成为虐民工具，世人也视其为惨酷不祥之事，不屑研究义例得失。由此他推崇汉律，称誉其“类多原情准理，总括人事”，对于除肉刑、废除买卖奴婢等尊重生命的修律举措，更是发出了“岂止光历史之价值，资一时之治理”的感叹。由此可见，张氏辑佚汉律，已非单一的存一代之制，而是意在昌明汉律，酌古准今。他在“叙例”最后明言：“西哲有言：欧洲近世之文化，实自发明古学而来。吾国研究法律，将于溥权利思想于人民。窃愿输入新法者，究心古律之佚说。庶旧学发明，相得益彰，而阐扬国粹，不至为西人所窃笑。是则区区此意也夫。”^①张氏此语，可视为撰写、刊刻此书的目的所在。

张氏此书题名为“类纂”，此大别于杜书的“辑证”，表明其所辑汉律是按一定类别编排的。翻检其书目录可知，其类别标准即为汉九章律，这也是在汉律辑佚成果中第一次明确以汉九章律为分类标准。不过张氏对九章的顺序做了调整：依晋志《魏律序》将具律列于首位，户、兴、厩三篇列于其后，其九章顺序为具、户、兴、厩、盗、贼、囚、捕、杂。在各篇之下，张氏依自己理解列出律目，系连相关律文。如具律之下，分列刑制十条、称定名例五条、请定刑例六条、公私罪名三条、亲属得容隐二条、犯罪名例三条、化外有犯二条。

张氏的“类纂”，招致程树德的“强以己意竄定律目律文，识者讥之”的指责。^②但泷川氏认为，程氏之讥未必尽然。其一，稍细读张书，即可发现何者为张氏推定律令，何者为古书所见佚文，程氏之评未免过酷。其二，尽管有关刑制、称定名例等条文未必收于具律之中，但读者可据其目录检出经自己思考所得的汉律令佚文，较之不通览全卷则不解其佚文性质的杜书，张书胜其一筹。^③

泷川氏的评论不失公允。首先关于律目，最早将此概念用于旧律复原的为沈家本。沈氏于《历代刑法考》辟《律目考》一卷，考证了历代法律的篇

① 此段相关内容参见张鹏一《汉律类纂》“叙例”，《中国法制史料》第二辑第一册，第590～594页。

② 程树德：《九朝律考》，第52页。

③ 泷川政次郎：《近世の漢律研究について》，《史學雜誌》第52卷第4号，第392页。

目及其沿革，此“律目”可视为“篇目”。不过在《汉律摭遗》“目录”中，沈氏于律篇下系连相关条目，称为某律之“目”。如贼律下列大逆无道、欺谩等目，谓“《贼律》之目可考者十”。沈氏之目，来自晋志《魏律序》。程树德所辑律目31条，亦云“皆见《晋书·刑法志》引《魏律序》，此汉律目之尚可考者”。以《汉律摭遗》所见，沈氏在各目下又析出一层系连律文，实际是将《魏律序》所述视为篇下的一个类别，程氏《汉律考·律文考》之例亦云“先律目，后律文”。不过沈、程二氏此处所言“律目”，实际是律条略称，而非篇的下一级目录，以此为目下系律文，未必妥当。如沈氏“劫略”下衔的强盗、攻盗，是与劫略等同的罪名，二者不存在领属关系。今以出土文献《二年律令》检证，《贼律》中有伪写皇帝玺印、矫制、上书而谩、为伪书、诈增减券书等条，可知《魏律序》所言为汉《贼律》中的相关律文，魏人认为这些律文不应当归属《贼律》，于是设《诈伪》篇而择入。张氏按九章律各篇的性质列出律目并系连相关律文，是对汉律复原所做的一种尝试，至少按律篇分类是符合汉律实际的复原操作。以张氏为各律篇下加《魏律序》小注可见，张氏对晋志有关汉律的描述是了然于心的，对各律条的概括也反映了他对汉律的理解。如《具律》目下，张氏引用了晋志有关具律自《法经》至魏律的沿革记载，又引用了《魏律序》所涉内容，表明这些记载也是张氏对汉《具律》的认识来源之一。他对刑制的搜集列有罚作（司寇作）、耐作（耐作、鬼薪白粲）、髡钳（完城旦、髡钳城旦舂）、笞（一百、二百）、徒（徙远郡、徙边）、死（斩首、腰斩）、罚赎（八等）、雇山，虽多不明示出处，但两汉刑制大致包括其中，^①给人以纲目之便。因而统言“竄定”，不免专断。

不过从律文系连来看，程氏之讥自有可坐实之处。如《具律》“公私罪名”目下，张氏所辑佚文为“公罪减私罪一等。坐盗贼减公负者，罪止征徒”。“坐盗贼减公负”云云，系张氏节自《后汉书·第五种传》，言出有据，视为汉律无碍。至于“公罪减私罪一等”，张氏则示例以《魏志·王凌传》注引《魏略》事例，即发干长王凌被处髡钳五岁刑后，当道扫除而遇太祖，被太祖复断为“所坐亦公”，于是王凌被选为骠骑主簿。此例若为时有公罪之证，自是无碍，但由此得出“公罪减私罪一等”，不知何据。王凌由刑徒而选为主簿，或缘于太祖的法外之言，即使王凌所获之罪被太祖复断为公罪，从髡钳五岁刑到主簿之间也不是“公罪减私罪一等”的关系。又如该条之下，为“同职犯公坐者，长吏为一等，属吏丞尉为一等，部吏为一等，各

^① 其未列肉刑，但在“笞刑二”条下，张氏以按语形式叙述了文帝十三年修律废肉刑之令；在“死刑二”条下，也有相关内容。

以所由为首”。其所据史料为《后汉书·陈宠传》中的记载：“自今强盗为上官若它郡县所纠觉，一发，部吏皆正法，尉贬秩一等，令长三月奉赎罪。二发，尉免官，令长贬秩一等。三发以上，令长免官。”张氏将受罚主体分为三等，以明其罪责阶次，自是正解，但律条的推定未免牵强。其一，与唐《名例律》“同职犯公坐”条“长官为一等，通判官为一等，判官为一等，主典为一等，各以所由为首”比较，其文不免有套用唐律之嫌。其二，张氏认为对纠觉盗贼不力官吏的罚则属于“同职犯公坐”，故仿照唐《名例律》而入汉《具律》。但同职犯公坐是有关官吏于处理公务中非出于私曲而导致犯罪并发生连坐的规定，而纠举盗贼不力则属于治安管辖犯罪，二者虽然都是连带处罚，但前者是文书行政中的犯罪与罚则，后者则是现实行政中的犯罪与罚则，^①因而在唐律中前者入《名例》，后者入《贼盗》，而且以出土汉初律《二年律令》所见，相关内容见《盗律》更为明显，^②因此张氏将此归入《具律》并冠以“同职犯公坐”，确为不妥。

不过诚如泷川氏所言，似此类张氏凭借己意推定的律令，读者若仔细阅读原著并详加思量，自不难辨识，且此类推定条文也不占多数，故不可以“臆定”全盘否认。通观全书，张氏所著有两点引人注目之处。一是明确以九章律为分类依据，改变了既往或以明清律类纂，或律目杂糅不清的研究路径；二是以钩沉明沿革，揭示汉与后世律渊源。如“大逆不道”条下按语“不道、恶逆、不敬，即后世律十恶中之三，而十恶之目，汉律不称见，唯内乱禽兽行，汉表有之”，“强略者弃市”条下按语“诸赃有枉法不枉法、受所监临财物云云，与此强盗赃，皆后世六赃所本也”，其对十恶、六赃等重要罪名的探源，不失为灼见。“称反坐”条虽有前述硬搬唐律之弊，但其按语云“以、准、皆、各、其、及等字，后世八字例所本也”，亦属确实。

① 滋贺秀三在对“同职犯公坐”条的解说中指出：本条主要是以文书行政过程中产生的失误与延迟为对象的规定。他对文书行政的解释是：通过下属的准备、提案以及长官的裁断而形成的官府意志并将此意志下达的操作。对《贼盗律》“部内人为盗及容止盗”条注“皆以长官为首，佐职为从”一句，他认为在性质上虽然也是公罪连坐，但采用的是共犯通则中的从犯减一等的方式，而不是四等递减。它不是文书行政上的错误，而是对现场行政管理的怠慢及对百姓指导性缺乏的问罪。参见律令研究会编《译注日本律令》五《唐律疏议译注篇》一，东京堂出版，1979，第243、246页。

② 《二年律令·贼律》144~145简：“盗贼发，士吏、求盗部者，及令、丞、尉弗智（知），士吏、求盗皆以戍边二岁，令、丞、尉罚金各四两。令、丞、尉能先觉智（知），求捕其盗贼，及自劾，论吏部主者，除令、丞、尉罚。一岁中盗贼发而令、丞、尉所（？）不觉智（知）三发以上，皆为不胜任，免之。”张家山二四七号汉墓竹简整理小组：《张家山汉墓竹简〔二四七号墓〕》（释文修订本），文物出版社，2006，第28页。下文所引《二年律令》简文皆出自此书，简文分别标明简号，为避文烦而不再逐一出注。

泷川氏指出：从本书整体而言，虽较《汉律辑证》而稍逊，但本书自有本书的特色，不是如程树德氏所说般低劣的著作。沈家本在《汉律摭遗》序中并称杜张二书，这种公平对待二书的态度是公允的。^① 泷川氏之语，可视为对《汉律类纂》一书的基本评价。

张鹏一辑佚汉律的成果，又有《春秋治狱》与《两汉治律家表》二书。前者集汉人春秋治狱九十则为编，后者辑汉代治律之人为表。沈家本曾为此二书作跋，评价前者“治律者推寻古义，此所当探讨者矣”，后者“后之治律者，亦可以为鉴”。^② 《春秋治狱》今未见传本，《两汉治律家表》有光绪三十四年刻本，^③ 以年代而见要早于程树德《汉律考》中同类内容。

三 沈家本与《汉律摭遗》

亲历并主导了晚清法律变革的沈家本，晚年激流隐退，“不复与政界相周旋”，于枕碧楼著书立说，整理古籍。据其壬子年（1912年）日记，是年沈氏所著有《汉律摭遗》、《说文引经异同》、《汉郡县乡亭名》，所校纂有《河南集》、《刑统赋》、《河汾旅话》、《文选书目》。^④ 其中《汉律摭遗》二十二卷历时半年撰就，^⑤ 是沈氏毕其一生学识、经验而成的重要著作，也是其律学研究的绝笔之作。此书完成于1912年6月29日，翌年6月，沈氏即与世长辞。

沈氏撰著此书的目的，也在于发掘“三代先王之法之留遗者”。据《汉律摭遗》自序，可窥沈氏对三代先王之法与秦汉、唐律关系的认识，即商鞅之法受之李悝，李悝之法撰次诸国，则三代先王之法或存于其中；^⑥ 受之李悝的商鞅之法，则亦或存三代先王之法于其中；汉法本于李悝而参以秦法，以《周礼》相较，合于周法者“难俚指数”，如先请一八议，决事一八成，受狱一受中，案比一大比，读鞠一读书……都表明汉律中多有三代先王之法之留遗；唯一存留于今的唐律堪称古今律“得其中者”，而唐律承用汉律者

① 泷川政次郎：《近世の漢律研究について》，《史學雜誌》第52卷第4号，第393页。

② 沈家本：《历代刑法考》，邓经元、骈宇骞点校，第2274页。

③ 何勤华编《律学考》（商务印书馆，2004）收入此书。

④ 参见徐世虹主编《沈家本全集》第七卷，中国政法大学出版社，2010，第856～875页。

⑤ 沈氏壬子年（1912年）六月二十九日日记：“自正月无事以来，纂汉律摭遗二十二卷，今日方毕事。然其中尚多未备，著述不易言也。”《沈家本全集》第七卷，第866页。

⑥ 沈氏此句原语为“岂遂无三代先王之法存于其中者乎”，以反语句表达了三代先王之法未必与李悝之法毫不相干的推度。下文述商鞅之法亦如此。见沈家本著《历代刑法考》，邓经元、骈宇骞点校，第1365页。

不可枚举，因此欲探求唐律根源，不能不研究汉律。

在经历了主持修订旧律、创设法律学堂、造就司法人才、媒介大量西法著作、延请东方博士相与讲学的新政之后，沈氏并未因新学的方兴未艾而边缘化旧学。他认为新旧学并非一组矛盾，二者在“情理”二字上贯而通之，无论旧学、新学都不能舍弃情理而另立他法，因此他主张摈弃门户之见，“保守经常，革除弊俗，旧不俱废，新亦当参”。^① 光绪三十年（1904年），沈氏主持编纂刊刻薛允升之作《读例存疑》，事成后亦抒发此意：“当此法治时代，若但征之今而不考之古，但推崇西法而不探讨中法，则法学不全，又安能会而通之以推行于世？”^② 揆诸此言，可以说《汉律摭遗》正是沈氏在全面复原汉律的基础上探寻中华法系精微之处的扛鼎之作。

沈氏的汉律研究，已有学者从治学态度、史学功底、律学素养及人文情怀的角度予以总结，^③ 此不赘言。以下主要以辑佚成果及汉律令体系的构建为视角，叙述《汉律摭遗》的学术贡献。

其一，辑佚广博，构建律令体系。汉律辑佚，首先要达到的目标就是披阅范围广博，搜集数量可观，以使一代之制汇于一帙。据泷川氏统计，杜贵墀《汉律辑证》所辑佚文 283 条，张鹏一《汉律类纂》辑佚 211 条，按同一标准统计，则沈氏《汉律摭遗》的辑佚数量为 300 余条，其取材范围亦较前二书广博，仅未见前二书的书籍就有 20 余种，^④ 显示了沈氏蓄积一生的深厚的史学与法律素养。据沈氏自序，《汉律摭遗》在体例上是杜、张二书为参考对象的。如果说沈氏辑佚是以杜、张二书为基础而有所扩充，则“重为编次，以律为纲，逐条分入”是沈氏将辑佚成果进一步转化为汉律令体系的显著贡献。沈氏于自序中言及此书的纲目、事例为：律目来自晋志，事例取诸《史记》、两《汉书》及其他，表明此书的体例是以晋志所见汉律律目为纲，其下再系连相关事例的。以此书各卷卷目来看，除卷一总述外，卷二至十八为律，卷十九为令、科，卷二十杂录，卷二十一军法，卷二十二决事类附故事，其结构既非以后世律套裁卷目，亦非以己意厘定条目，而是严格以晋志及史籍所见为据，因此其结构已大体包括了汉代的法律样态并凸显了律令体系，为认识汉律、研究汉律提供了值得信赖的基础读本。

① 沈家本：《历代刑法考》，邓经元、骈宇骞点校，第 2240 页。

② 沈家本：《历代刑法考》，邓经元、骈宇骞点校，第 2223 页。

③ 如张全民《试论沈家本汉律研究的特点》，收入《沈家本与中国法律文化国际学术研讨会论文集》，中国法制出版社，2005，第 481-499 页；姜晓敏：《试析沈家本对汉代法律的研究》，同前，第 500-510 页。

④ 泷川政次郎：《近世の漢律研究について》，《史學雜誌》第 52 卷第 4 号，第 397 页。关于辑佚条数，若按《中国法制史料》第二辑第二册对《汉律摭遗》的编号，则有 700 余条之多。