



中华现代学术名著丛书

寄 篠 文 存

沈家本 著



商务印书馆
The Commercial Press



中华现代学术名著丛书

寄篠文存

沈家本 著



创于1897

商务印书馆
The Commercial Press

2015年·北京

图书在版编目(CIP)数据

寄簃文存/沈家本著. —北京:商务印书馆, 2015
(中华现代学术名著丛书)
ISBN 978-7-100-09111-4

I. ①寄… II. ①沈… III. ①法制史—中国—清代
IV. ①D929.49

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 083121 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

中华现代学术名著丛书

寄簃文存

沈家本 著

商务印书馆编辑部 整理

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

北京冠中印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-09111-4

2015年2月第1版

开本 880×1240 1/32

2015年2月北京第1次印刷

印张 9 1/2 插页 1

定价: 26.00 元



沈家本

(1840—1913)

出版说明

百年前，张之洞尝劝学曰：“世运之明晦，人才之盛衰，其表在政，其里在学。”是时，国势颓危，列强环伺，传统频遭质疑，西学新知亟亟而入。一时间，中西学并立，文史哲分家，经济、政治、社会等新学科勃兴，令国人乱花迷眼。然而，淆乱之中，自有元气淋漓之象。中华现代学术之转型正是完成于这一混沌时期，于切磋琢磨、交锋碰撞中不断前行，涌现了一大批学术名家与经典之作。而学术与思想之新变，亦带动了社会各领域的全面转型，为中华复兴奠定了坚实基础。

时至今日，中华现代学术已走过百余年，其间百家林立、论辩蜂起，沉浮消长瞬息万变，情势之复杂自不待言。温故而知新，述往事而思来者。“中华现代学术名著丛书”之编纂，其意正在于此，冀辨章学术，考镜源流，收纳各学科学派名家名作，以展现中华传统文化之新变，探求中华现代学术之根基。

“中华现代学术名著丛书”收录上自晚清下至20世纪80年代末中国大陆及港澳台地区、海外华人学者的原创学术名著（包括外文著作），以人文社会科学为主体兼及其他，涵盖文学、历史、哲学、政治、经济、法律和社会学等众多学科。

出版“中华现代学术名著丛书”，为本馆一大夙愿。自 1897 年始创起，本馆以“昌明教育，开启民智”为己任，有幸首刊了中华现代学术史上诸多开山之著、扛鼎之作；于中华现代学术之建立与变迁而言，既为参与者，也是见证者。作为对前人出版成绩与文化理念的承续，本馆倾力谋划，经学界通人擘画，并得国家出版基金支持，终以此丛书呈现于读者面前。唯望无论多少年，皆能傲立于书架，并希冀其能与“汉译世界学术名著丛书”共相辉映。如此宏愿，难免汲深绠短之忧，诚盼专家学者和广大读者共襄助之。

商务印书馆编辑部

2010 年 12 月

凡 例

一、“中华现代学术名著丛书”收录晚清以迄 20 世纪 80 年代末,为中华学人所著,成就斐然、泽被学林之学术著作。入选著作以名著为主,酌量选录名篇合集。

二、入选著作内容、编次一仍其旧,唯各书卷首冠以作者照片、手迹等。卷末附作者学术年表和题解文章,诚邀专家学者撰写而成,意在介绍作者学术成就,著作成书背景、学术价值及版本流变等情况。

三、入选著作率以原刊或作者修订、校阅本为底本,参校他本,正其讹误。前人引书,时有省略更改,倘不失原意,则不以原书文字改动引文;如确需校改,则出脚注说明版本依据,以“编者注”或“校者注”形式说明。

四、作者自有其文字风格,各时代均有其语言习惯,故不按现行用法、写法及表现手法改动原文;原书专名(人名、地名、术语)及译名与今不统一者,亦不作改动。如确系作者笔误、排印舛误、数据计算与外文拼写错误等,则予径改。

五、原书为直(横)排繁体者,除个别特殊情况,均改作横排简体。其中原书无标点或仅有简单断句者,一律改为新式标

点,专名号从略。

六、除特殊情况外,原书篇后注移作脚注,双行夹注改为单行夹注。文献著录则从其原貌,稍加统一。

七、原书因年代久远而字迹模糊或纸页残缺者,据所缺字数用“□”表示;字数难以确定者,则用“(下缺)”表示。

目 录

奏 议(卷一)	1
删除律例内重法折	1
虚拟死罪改为流徒折	6
伪造外国银币设立专条折	8
旗人遣军流徒各罪照民人实行发配折	9
变通旗民交产旧制折	11
禁革买卖人口变通旧例议	15
删除奴婢律例议	21
删除同姓为婚律议	24
军台议	29
与受同科议	34
设律博士议	35
变通行刑旧制议	37
论(卷二)	40
论故杀 雍正年故杀案、驳案、余论、吉郎中说帖附	40
论杀死奸夫	59
论威逼人致死	63

论诬指	68
论诬证	70
论附加刑	72
论没收	73
说(卷三)	75
死刑惟一说	75
再醮妇主婚人说	88
变通异姓为嗣说	92
误与过失分别说	95
官司出入人罪 唐明律比较说	96
明律徒流折杖与唐律徒流加杖之法不同说	101
故杀胞弟二命 现行例部院解释不同说 附说	104
法学盛衰说	114
考 释 学 断(卷四)	118
考	118
比部考	118
释	119
释贷借	119
释虑囚	126
释规避	128
释闻	130
学 断	130
后魏刘辉之狱	130

宋安崇绪之狱	132
宋檀偕之狱	133
宋阿云之狱	134
笺 补 书 答 问(卷五)	142
笺	142
妇女离异律例偶笺	142
户律婚姻	142
户役	150
钱债	151
兵律军政	151
刑律贼盗	151
人命	152
斗殴	152
犯奸	154
督捕则例	155
节录律例馆奏稿	157
燕训卿议杜氏不应离异说帖	159
补	163
补洗冤录四则	163
附记	166
书	167
与戴尚书论监狱书	167
答戴尚书书	168
答 问	169

答王仁山问笃疾废疾	169
答友人问夫亡守志例文书	175
序(卷六)	177
重刻唐律疏议序	177
重刻明律序	178
宋刑统赋序	181
无冤录序	183
王穆伯佑新注无冤录序	185
秋审比较条款附案序	188
通行章程序	190
读例存疑序	191
薛大司寇遗稿序	192
刑案汇览三编序	194
刺字集序	196
历代刑官考序	198
汉律摭遗自序	199
大清律例讲义序	201
法学通论讲义序	203
裁判访问录序	204
监狱访问录序	207
法学名著序	208
政法类典序	210
新译法规大全序	212
法学会杂志序	213

跋(卷七)	215
钞本唐律疏义跋	215
唐律释文跋	216
常熟瞿氏宋本律文附音义跋	218
刑统赋解跋	220
粗解刑统赋跋	222
刑统赋疏跋	223
钞本元典章跋	224
元史新编跋	226
大诰跋	228
范永奎重刊大明律跋	229
万历大明律跋	231
日本享保本明律跋	232
律疏附例跋	233
跋 书 后(卷八)	235
跋	235
顺治律跋	235
雍正律刻本跋	237
雍正三年修律黄册跋	237
雍正七年续纂条例黄册跋	239
广汇全书跋	239
律例根源跋	240
罗石帆官司出入人罪减除折算表跋	241

张扶万大令鹏一新著二书跋	242
书 后	243
书四库全书提要政书类后	243
书钞本律文十二卷音义一卷后	244
书律音义后	246
书刑统赋解韵释后	247
书明大诰后	249
书劳提学新刑律草案说帖后	251
沈家本先生学术年表	尹伊君 255
《寄篠文存》与中国现代法学	曹全来 259

奏 议(卷一)

删除律例内重法折

奏为遵旨考订法律谨拟将现行律例内重法数端先行删除以裨治理而彰仁政恭折仰祈圣鉴事。

光绪二十八年四月初六日,奉上谕:“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。等因。钦此。”

仰见圣谟宏远,钦佩莫名。当经臣等酌拟大概办法,并遴选谙习中西律例司员分任纂辑,延聘东西各国精通法律之博士、律师以备顾问,复调取留学外国毕业生从事翻译,请拨专款以资办公,刊刻关防以昭信守各等因,先后奏明在案。计自光绪三十年四月初一日开馆以来,各国法律之译成者,德意志曰刑法,曰裁判法,俄罗斯曰刑法,日本曰现行刑法,曰改正刑法,曰陆军刑法,曰海军刑法,曰刑事诉讼法,曰监狱法,曰裁判所构成法,曰刑法义解;较正者曰法兰西刑法。至英、美各国刑法,臣廷芳从前游学英国,夙所研究,该二国刑法虽无专书,然散见他籍者不少,飭员依类辑译,不日亦可告成。复令该员等比较异同,分门列表,展卷了然,各国之法律已可得其大略。臣等以中国法律与各国参互考证,各国法律

之精意固不能出中律之范围，第刑制不尽相同，罪名之等差亦异，综而论之，中重而西轻者为多。盖西国从前刑法，较中国尤为惨酷，近百数十年来，经律学家几经讨论，逐渐改而从轻，政治日臻美善。故中国之重法，西人每訾为不仁，其旅居中国者，皆借口于此，不受中国之约束。夫西国首重法权，随一国之疆域为界限，甲国之人侨寓乙国，即受乙国之裁制，乃独于中国不受裁制，转予我以不仁之名，此亟当幡然变计者也。方今改订商约，英、美、日、葡四国均允中国修订法律，首先收回治外法权，实变法自强之枢纽。臣等奉命考订法律，恭绎谕旨，原以墨守旧章，授外人以口实，不如酌加甄采，可默收长驾远馭之效。现在各国法律既已得其大凡，即应分类编纂，以期克日成书，而该馆员等金谓宗旨不定，则编纂无从措手。臣等窃维治国之道，以仁政为先，自来议刑法者，亦莫不谓裁之以义而推之以仁，然则刑法之当改重为轻，固今日仁改之要务，而即修订之宗旨也。

现行律例款目极繁，而最重之法亟应先议删除者，约有三事。

一曰凌迟、梟首、戮尸。查凌迟之刑，唐以前无此名目，始见于《辽史·刑法志》。辽时刑多惨毒，其重刑有车轘、炮掷诸名，而凌迟列于正刑之内。宋自熙宁以后，渐亦沿用。元、明至今，相仍未改。梟首在秦汉时惟用诸夷族之诛，六朝梁、陈、齐、周诸律始于斩之外别立梟名。至隋而删除其法，自唐迄元，皆无此名。今之斩梟，仍明制也。戮尸一事，惟秦时成峤军反，其军吏皆斩戮尸，见于《始皇本纪》，此外无闻。历代刑志并无此法，《明律》亦无戮尸之文。至万历十六年始定此例，亦专指谋杀祖父母、父母者而言。国朝因之，后更推及于强盗案件，凡斩、梟之犯，监故者无不戮尸矣。凡此酷重之刑，固所以惩戒凶恶。第刑至于斩，身首分离，已为至

惨，若命在顷忽，菹醢必令备尝，气久消亡，刀锯犹难幸免，揆诸仁人之心，当必惨然不乐。谓将以惩本犯，而被刑者魂魄何知？谓将以警戒众人，而习见习闻，转感召其残忍之性。故宋真宗时，御史台请脩弑杀人贼，帝曰：“五刑自有常刑，何为惨毒也？”陆游常请除凌迟之刑，亦谓肌肉已尽而气息未绝，肝心联络而视听犹存，感伤至和，亏损仁政，实非圣世所宜遵。隋时颁律，诏云梟首义无所取，不益惩肃之理，徒表安忍之怀。洵皆仁人之言也。且刑律以唐为得中，而《唐律》并无凌迟、梟首、戮尸诸法。国初律令，重刑惟有斩刑，准以为式，尤非无征。拟请将凌迟、梟首、戮尸三项一概删除，死罪至斩决而止。凡律内凌迟、斩梟各条俱改斩决，斩决各条俱改绞决，绞决俱改监候，入于秋审情实，斩候俱改绞候，与绞决人犯仍入于秋审，分别实、缓。将来应否酌量变通，再由臣等妥议核定。或谓此等重法，所以处穷凶极恶之徒，一旦裁除，恐无以昭炯戒。顾有唐三百年不用此法，未闻当日之凶恶者独多。且贞观四年断死罪二十九，开元二十五年才五十八，其刑简如此。乃自用法以来，凶恶者仍接踵于世，未见其少，则其效可睹矣。化民之道，固在政教，不在刑威也。

一曰缘坐。缘坐之制，起于秦之参夷及收司连坐法。汉高后除三族令，文帝除收孥相坐律，当时以为盛德。惜夷族之诛犹间用之，故魏、晋以下仍有家属从坐之法。《唐律》惟反叛、恶逆、不道律有缘坐，他无有也。今律则奸党、交结近侍诸项俱缘坐矣，反狱、邪教诸项亦缘坐矣。一案株连，动辄数十人。夫以一人之故而波及全家，以无罪之人而科以重罪，汉文帝以为不正之法，反害于民。北魏崔挺尝曰：“人有罪廷及阖门，则司马牛受桓魋之罚，柳下惠膺盗跖之诛，不亦哀哉！”其言皆笃论也。罚弗及嗣，《虞书》所美。罪