



比较法文丛

何勤华 主编

35

董康法学文选

华友根 编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA





上海市人文社科基地华东政法大学外国法与比较法研究院
国家重点学科华东政法大学法律史学科建设项目



比较法文丛

何勤华 主编

35

董康法学文选

华友根 编

图书在版编目(CIP)数据

董康法学文选 / 华友根编. —北京:法律出版社,
2015.5

(比较法文丛 / 何勤华主编)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7738 - 3

I. ①董… II. ①华… III. ①法学—文集 IV.
①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 060904 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/沈小英 王晓萍

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/财经出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

责任校对/杨昆玲

责任印制/吕亚莉

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/25 字数/442千

版本/2015 年 7 月第 1 版

印次/2015 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636 北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7738 - 3

定价:75.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

自 1978 年改革开放以来,我国在外国法或西方法的研究方面取得了重大成就。这方面的系列丛书可谓琳琅满目,其中,影响较大的有:商务印书馆的“汉译世界学术名著丛书”(法学部分,1981 年)及“法学译丛”(2004 年)、中国大百科全书出版社的“外国法律文库”(1991 年)、中国政法大学出版社的“当代法学名著译丛”(1990 年)及“美国法律文库”(2001 年)、北京大学出版社的“比较法学丛书”(1998 年)、中国法制出版社的“西方法哲学文库”(2001 年)、清华大学出版社的“比较法学丛书”(2001 年)、上海人民出版社的“世界法学名著译丛”(2001 年)、北京大学出版社的“外国法与比较法文库”(2008 年),等等。

然而,在上述众多的系列丛书中,真正冠以“比较法”字样的丛书还不是很多。的确,在 20 世纪 80 年代到 90 年代期间,我国也先后出版了诸如茨威格特和克茨的《比较法总论》(贵州人民出版社 1992 年版)、勒内·达维德的《当代主要法律体系》(上海译文出版社 1984 年版)、梅利曼的《大陆法系》(知识出版社 1984 年版)、大木雅夫的《比较法》(法律出版社 1999 年版)等比较法方面的经典。但是,出版这些著作大多都是当时一种零星的、偶尔的出版行为,并非系统策划的比较法系列丛书。

众所周知,21 世纪的中国已步入法治建设的攻坚阶段。今后,对于外国法的吸收、借鉴和移植将是我国一项大量的、经常性的任务。要顺利完成这一任务,离不开发

达的比较法研究。而当下我国比较法著作缺乏出版途径的现状已严重制约了比较法研究的繁荣和发展。因此,加强比较法方面的研究和出版,成为我国学界和出版界一项刻不容缓的工作。

鉴于此,法律出版社高瞻远瞩,勇挑重担,与华东政法大学共同策划、出版一套《比较法文丛》,以期为我国比较法的研究和出版开辟一个新的途径。本文丛以扶植中青年学者,尤其是法学博士、博士后,为这些法学新秀提供一个出版的平台为目的。为此,特选择一批国内最新且富有特色的比较法著作进行出版,同时,也可容纳部分纯粹的外国法方面的译著、专著。

本文丛的主要原则和特色是:在百花齐放、百家争鸣的前提下,坚持质量第一,宁缺毋滥,不定期出版的原则。具体将体现为以下三点特色:第一,本文丛的著作,应属国内学术界没有涉及的课题,具有填补法学研究空白的特色;第二,本文丛的著作,应是国内学术界都很感兴趣,但还没有系统研究或未及时挖掘的课题;第三,本文丛的著作,应具有比较高的文献史料价值,能为学术界进一步研究提供基础性的资料。我相信,《比较法文丛》的出版,一定会为我国比较法研究的进步与发展作出新的贡献。

本文丛的出版,得到了法律出版社沈小英分社长的全力支持和帮助,也得到了华东政法大学外国法与比较法研究院的建设经费资助。在此,特表示诚挚的谢意。



于华政人可居

2010年9月19日

目 录

董康生平事迹述略	1
一、《钦定宪法大纲》	7
二、《大清现行刑律》节录	9
三、《大清新刑律草案》节录	15
四、《大清民律草案》节录	25
五、《大清法院编制法》节录	33
六、《暂行新刑律·补充条例》及解释	40
七、《暂行新刑律》的《第二次刑法修正案理由书》	48
八、《科刑标准条例》	168
九、赴欧美日本要求退还“庚子赔款”，并对美英法意进行司法财制考察	173
十、《补录庚子拳祸》长篇，监刑支持义和团、反对八国联军侵略的王公大臣	176
十一、关于废除领事裁判权，收回上海公共租界会审公廨的理由，及中外会谈撮要与董康附注意见	180
十二、董康关于收回会审公廨的《说帖》暨酌拟收回公廨后《暂行办法》	187
十三、董康强烈要求外籍律师不准在上海临时法院出庭办案	190
十四、参加苏浙皖三省联合会提倡三省自治与实行民治	192
十五、《新旧刑律比较·凡例、目录》	195
十六、《司法二十年之回顾》	203
十七、董康主张司法独立，司法官与律师应为受冤屈的党派与民众辩护	240

十八、董康等编撰的《法律大辞典》词条节录以及董康序文	244
十九、到日本讲中国法学史——关于《周礼》真伪、中国古代分权问题、 《唐律》特色	280
二十、与日本官员、学者谈论法制研究及友好交流	283
二十一、参观日本刑事博物馆与获得新印刑制说明书附切腹仪式	286
二十二、丰臣秀次切腹事及秀次姬妾子女被诛事	288
二十三、访问日本裁判所、控诉院、大审院以了解日本司法情况	294
二十四、在日本获得中国散佚的法制礼仪	297
二十五、从日本带回日本礼法制度	308
二十六、董康鉴定《比部招议》	311
二十七、《从吾国社会实际需要略论刑法》	343
二十八、《中华民国民法亲属编修正案、继承编修正案》的两个《呈文》	350
二十九、《中华民国民法继承编修正案》	356
《董康法学文选》补遗——《大清违警律》	380
《董康法学文选》编后记	389

董康生平事迹述略

董康(1867~1947年)江苏武进(今常州市)人,字绶金(一作授经),号诵芬室主人,是中国近现代法律界、司法界、教育界的名人,在日本、欧美也有极高声望。

他生于1867年3月22日。初生数月,父亲便去世,并为异母兄所摒弃。随母借居于古村草圃中,败屋两椽,仅蔽风雨,靠母做针线度日,生活十分艰难。1878年董康十二岁,其姨母虑其荒废学业,即将其招至家中,请名师教读,后就读于南菁书院。

1885年董康年十九,经县府试举秀才。1888年,参加江南乡试,中举人。1889年,参加北京礼部会试。第二年,殿试中进士。1890年(庚寅,光绪十六年)董康中进士之后,即入清朝刑部工作。《书舶庸谭》卷九《贞慧夫人小传》的记载是:“戊子余捷秋闱,己丑联捷南宫,庚寅补殿廷诸试,观政西曹”。其中,1888年(戊子)秋闱,参加江南乡试,获第80名举人;1889年(己丑)联捷南宫,礼部会试得第47名;1890年(庚寅),皇帝亲自策问考试的殿廷试,录取为三甲进士。

“西曹”就是“秋曹”,即刑部。当时的刑部,薛允升为刑部左侍郎,主持刑部日常工作,称之为“薛堂”。董康曾这样说:“康释褐官秋曹,以审看秋谳,见赏于左侍长薛公”。^①当时董康在薛允升领导下工作,主要是审阅每年的秋审案件,不久为刑部主事。

1896年,董康被刑部派往《时务报》报馆,选译外国报

^① 《前清司法制度》,孙祖基辑董康《中国法制史》,第72页。

刊。他努力学习钻研外文(英文),不到一年就能熟练运用。当时有人记载说:“闻有董绶金名康者,常州人,在贵馆(指《时务报》报馆)选译洋报,云用功不及一年,并无师承,居然贯通矣。”^①

1900年,义和团运动时,董康被擢提牢厅主事,总办秋审,兼陕西司主稿。《辛丑条约》订立后,清廷决定杀一批与义和团联合抵抗八国联军的大臣官僚时,任监刑,并按总署安排,“接犯收禁”。

1902年,清廷任命修订法律大臣,建立修订法律馆。他先为修订法律馆校理、总纂,后为提调(总管)。当时曾多次赴日本聘请修订法律馆顾问和法律学堂教习,并以刑部候补郎中銜与刑部员外郎王仪通、刑部候补员外郎熙积、留学日本法科大学学生熊垓,赴日本调查裁判所与监狱。日本司法省也特派参事官斋藤十一郎、监狱事务官小河滋次郎等导引董康等人分历各处裁判所及监狱详细参观。董康也于日本司法省和监狱学会发表演讲,同时写成《调查日本裁判监狱报告书》等。

接着,沈家本升任大理院正卿,旋以董康为大理院候补推丞,并要求将董康从日本立即调回为其辅佐。这就是所谓“臣忝擢大理,缔搆伊始,佐理需人,电促该员等回国,随将未完事件移交熊垓代办”。^②

当时为了搞预备立宪,清廷1906年将考察政治馆改为宪政编查馆,使其专办编制法规、统计政要各事项。任命庆亲王奕劻为该馆大臣,以杨度为宪政编查馆提调(主管)、董康为宪政编查馆科员。

近代著名法学家黄颀士曾说,董康于清末提调修改法律,“《六法》初成,悉其手定。”^③清末的《六法》主要是指宪法、法院编制法、刑法、民法、商法与诉讼法。起草宪法,是清末宪政编查馆的职责与任务。《董康法学文集·编者前言》认为,作为宪政编查馆科员的董康与修订法律馆总纂汪荣宝,制定了1908年8月公布的《钦定宪法大纲》。

此《宪法大纲》强调了君上大权,是日本宪法的翻版,体现了君主的专制独裁,但也规定了臣民的权利与义务。表面上看是一部君主立宪的宪法,实际上仍是一部皇族专制、议会无权的宪法。《钦定宪法大纲》得到了宪政编查馆提调(总管)杨度的赞赏,并认为“实于中国形势最为适宜”。^④他还强调指出,君主、王权

① 张树年、张人凤编:《张元济书札》(增订本)(中册),商务印书馆1997年版,第630页。

② 沈家本:“奏为调查日本裁判监狱情形恭折”,董康:《调查日本裁判监狱报告书》附录。

③ 黄颀士:《董康集成刑事证据法·序》。

④ “布告宪政公会文”,载《杨度集》,第512页。

是至高无上而神圣的,只有神圣、天命的王权,才能控制蒙、回、藏等“落后好战”的少数民族,才能够统一中国,且使中国强大、巩固,以与世界列强抗衡。最高统治者慈禧太后也下达了全力支持的谕旨,所谓“所拟宪法暨议院选举各纲要,条理详密,权限分明……将来编纂宪法暨议院选举各法,即以作为准则,所有权限悉应固守,勿得稍有侵越。”^①

董康作为修订法律馆提调,具体主管修订法律馆的修订各项法律的工作。首先董康等制定了作为新旧过渡之用的《大清现行刑律》,“《现行刑律》为王世祺、许受衡、罗维垣、吉同钧、周绍昌及康六人所修订,改定刑制为罚金、工作、遣、死四种,删除六官旧目,出死刑为十二年工作者,凡若干条,意在作新旧过渡之用”。^②

又与章宗祥、汪荣宝拟定《大清新刑律草案》。董康曾说:“最初与章宗祥合纂《刑律》(即《暂行刑律》),延日本法学博士冈田朝太郎为顾问,旋被南皮张文襄攻击,叠有修改。”^③这里说的《暂行刑律》,即《大清新刑律》,因为《草案》在资政院讨论时,武昌起义发生,所以只得暂停讨论,而用命令颁布,因此叫《暂行刑律》。张文襄即湖广总督兼学部大臣张之洞。这是其一。其二为1927年年初,在日本访问时所说。他回忆道,《大清新刑律》是他与当时中国驻日公使汪荣宝(即汪衮甫)二人改定,“衮甫昔年任法律馆总纂,余任提调,今颁之刑法,即余二人所改定”。^④这里说的“刑法”,是指当时的《暂行新刑律》。而《暂行新刑律》是延续《大清新刑律》而来的。

可见,董康与章宗祥是《大清新刑律》的起草者,而董康是《大清新刑律》的主要制定者。

另外,董康主持参与了制定法院编制法、民法、商法、强制执行法、民刑诉讼法等。他曾这样说:“我抱除旧布新主义,所拟草案如法院编制法、民律、商律、强制执行法、刑律、民刑诉讼律,俱采各国最新之制。”^⑤

正如黄颢士所说,中国最早的《六法》都由董康手定。现代著名学者周天度也说,董康是中国近代资产阶级法学奠基人,“中国的《民法》、《刑法》,差不多全是他一人所手创”。^⑥

1911~1913年,为了避辛亥革命之变故,也为了进一步深造,董康又到日本学

① 上海商务印书馆编译所编:《大清新法令》(第1卷),商务印书馆2010年版,第26~27页。

② 董康:《日本讲演录》,第159页。

③ 董康:《刑法比较学·凡例六》。

④ 董康著:《书舶庸谭》(卷二),第14页。

⑤ “民国十三年司法之回顾”,载孙祖基辑董康《中国法制史》,第74页。

⑥ 周天度主编:《七君子传》,中国社会科学出版社1989年版,第489页。

习法律。1914年2月,任北洋政府法律编查会副会长,兼北洋政府大理院长、中央高等文官惩戒委员会委员。同年,代司法部起草《暂行新刑律》之《补充条例》15条。1915年4月,与章宗祥、汪有龄编纂《暂行新刑律》的《第一次刑法修正案》。法律史家杨鸿烈记载:“到了民国四年法律编查会就有《第一次刑法修正案》,编纂这案的经过及其内容特点,就如民国四年四月十三日章宗祥、汪有龄、董康等《呈文》所说。”^①

1918年7月,董康与王宠惠共同充任修订法律馆总裁,主持了《第二次刑法修正案》的修订工作。著名法学家江庸记载:“至民国七年,改设修订法律馆,董康、王宠惠氏为总裁,以《第一次刑法修正案》修订时,方处袁氏专制之下,不免有所顾忌,时势变迁,则刑事政策,亦有更动之必要。于是参考各邦立法,斟酌本国情势,另为第二次之修正。”^②此外还拟订过五种草案,因议会尚未议决,故“法院作为条例援用”。^③大概包括下面所说:将清末的《民事诉讼法》与《刑事诉讼法》修改为《民事诉讼条例》与《刑事诉讼条例》。因“未及交付议会,急于援用,故以条例名之”。^④

1920年7月任大理院长,8月任司法总长,9月拟订《科刑标准条例》9条,共32款,得到大总统的批准而颁行。

1921年5月,重任大理院长,12月代理司法总长。

1922年2月,代理司法总长,兼任偿还内外短期公债审查委员会会长。6月任颜惠卿内阁财政总长。

嗣后往欧美日本漫游,讨回庚子赔款,考察欧美司法财政制度。

先往美、英、法、意,后到日本。对欧美诸国法制、财政,进行访问与考察。后来英、美、日三国退还庚子赔款,用于中国的文化教育事业。董康的访问、说服之功不可没。

1924年,积极参加上海律师公会等团体,并参加了要求收回会审公廨等活动。又被东吴大学授予法学博士,在东吴大学法学院任教。

1924~1926年,在上海做律师。曾任上海会审公堂回收筹备支那委员会会长,兼法权委员会副会长。同时,任上海法科大学校长。

1925年,以董康为首,又有著名律师李祖虞、陈霆锐等,受上海各政团委托,

① 杨鸿烈著:《中国法律发达史》(下册),台湾“商务印书馆”1988年版,第1038~1039页。

② 江庸著:“五十年来中国之法制”,附刑法第二次修正案,载1922年《申报》特刊《最近之五十季》。

③ 董康:《新旧刑律比较概论》,孙祖基辑董康《中国法制史》,第40页。

④ 董康:《日本讲演录》,第164页。

赴北京请愿。向北洋政府陈述,必须及时废除领事裁判权、回收上海会审公廨,以收回一切法权。其中特别提出了回收上海会审公廨的充分理由。

1926年,有英美法意日五委员及司法、外交两部四事员,会谈收回上海会审公廨的两次会议所提十二点,董康作了附注意见。同时,董康又有关于收回会审公廨的说帖与酌拟收回会审公廨的暂行办法。

当时,为了反对军阀孙传芳,董康与沈钧儒、蔡元培等两次发表《苏浙皖三省联合会通电》,提倡联省自治。也因军阀孙传芳对他通缉,曾到日本避难游学,翌年回国。

1927年从日本回国后,继续担任上海法科大学校长,并兼任东吴大学法学院院长。也曾在沪主办过上海法学院,并在上海任律师,一度为法官训练所所长。

1932年1月,任国难会议议员;5月,任广东高等法院院长;9月,任法官初试典试委员会委员。后来,又担任北京大学法科、国学研究所教授。

20世纪20~30年代,在上海做开业律师。1932年董康公开表示,愿意充当陈独秀等义务辩护律师。1933年,与其学生史良一起为“贺龙家属案”、“邓中夏案”等辩护。

1933~1934年,受邀到日本讲中国法学史。当时,董康是离开官场的平民学者,竟有众多的日本政界、法界、文化教育界领导、名人、朋友、学生、教授热情欢迎他,听他演讲,称颂其知识渊博与甚有见地。

1935年,受邀到日本东京,参加孔子纪念堂落成典礼,并撰《孔子颂》。

1936年夏天,到日本避暑游学。

1937年12月,任日伪华北“中华民国”临时政府议政委员会常务委员、行政委员会常务委员,兼司法委员会委员长、法院院长、大理院首席法官。

1938~1939年,在日伪华北“中华民国”临时政府时期,在他主持下批评《中华民国民法》的同时,完成了《中华民国民法》“亲属编”、“继承编”两编的《修正案》。

1940年3月,任汪伪“国民政府”华北政务委员会委员,汪伪国民政府委员。

1947年,在北平德国医院病死,终年80岁。

在立法方面,清末时期董康主持、参与制定了《大清现行刑律》、《大清新刑律草案》,以及《民律草案》、《商律草案》、《法院编制法》、《强制执行法》、《民事诉讼法》、《刑事诉讼法》、《违警罪条例》等。北洋政府时期,独自制定了《暂行新刑律》的《补充条例》、《科刑标准条例》;参与制定了《暂行新刑律》的《第一次刑法修正案》与《第二次刑法修正案》,还有五种法律草案作为条例援用。日伪时期,主持了对于《中华民国民法》的批评与修正,主要是《亲属编》与《继承编》。

他的法学著述也很丰富,如《刑法比较学》上册、《集成刑事证据法》、《秋审制度》第一编、《调查日本裁判监狱报告书》、《第一次刑法修正案理由书》、《第二次刑法修正案理由书》、《清秋审条例》、《日本讲演录》(包括《春秋刑制考》、《刑法宜注重礼教之刍议》、《追忆前清考试制度》、《中国修订法律之经过》、《中国编纂法典之概要》),而其目录尚有《论中国编纂刑法之进步》附历代刑法书目、《论中国刑制之变迁》、《中央集权与地方分权说》、《秋曹回顾录》等)、孙祖基辑董康《中国法制史》(包括《我国法律教育之历史谭》、《中国巡回审判考》、《论秋审制度与欧美减刑委员会》、《虞舜五刑说》、《唐律并合罪说》、《新旧刑律比较概论》、《前清法制概要》、《前清司法制度》、《民国十三年司法之回顾》)、《司法二十年回顾》、鉴定《比部招议》、《书舶庸谭》(九卷本)中有关法学内容、《民法亲属编修正案》、《民法继承编修正案》、《科学的唐律》、《从吾国社会实际需要略论刑法》、《新旧刑律比较》、民法亲属继承编修正案的两《呈文》等,并翻译了《日本刑法》、《意大利刑法》,以及日本刑法、裁判所、监狱方面的论文与著作。另外,董康虽不是1800多页《法律大辞典》的主编,但是第一撰稿人,并为整理全稿、逐条校订工作两年。

一、《钦定宪法大纲》

光绪三十四年八月初一日(1908年8月27日)颁发,由宪政编查馆科员董康与汪荣宝等人编写。《大纲》分为《君上大权》十四条,《附臣民权利义务》九条。

君上大权

一、大清皇帝统治大清帝国,万世一系,永永尊戴。

一、君上神圣尊严,不可侵犯。

一、钦定颁行法律及发交议案之权(凡法律虽经议院议决而未奉诏令批准颁布者,不得见诸施行)。

一、召集、开闭、停展及解散议院之权(解散之时,即令国民重行选举新议员,其被解散之旧议员即与齐民无异,倘有抗违,量其情节以相当之法律处治)。

一、设官制禄及黜陟百司之权(用人之权操之君上,而大臣辅弼之,议员不得干涉)。

一、统率陆海军及编定军制之权(君上调遣全国军队,制定常备兵额,得以全权执行,凡一切军事,皆非议院所得干预)。

一、宣战、讲和、订立条约及派遣使臣与认受使臣之权(国交之事,由君上亲裁,不付议院议决)。

一、宣告戒严之权。当紧急时,得以诏令限制臣民之自由。

一、爵赏及恩赦之权(恩出自上,非臣下所得擅专)。

一、总揽司法权。委任审判衙门,遵钦定法律行之,不以诏令随时更改(司法之权操诸君上,审判官本由君上委任,代行司法;不以诏令随时更改者,案件关系至重,故

必以已经钦定法律为准,免涉分歧)。

一、发命令及使发命令之权。惟已定之法律,非交议院协赞,奏经钦定时,不以命令更改废止(法律为君上实行司法权之用,命令为君上实行行政权之用,两权分立,故不以命令改废法律)。

一、在议院闭会时,遇有紧急之事,得发代法律之诏令,并得以诏令筹措必需之财用,惟至次年会期,须交议会协议。

一、皇室经费,应由君上制定常额,自国库提支,议院不得置议。

一、皇室大典,应由君上督率皇族及特派大臣议定,议院不得干涉。

附臣民权利义务(其细目当于宪法起草时酌定)

一、臣民中有合于法律、命令所定资格者,得为文武官吏及议员。

一、臣民于法律范围以内,所有言论、著作、出版及集会结社等事,均准其自由。

一、臣民非按照法律所定,不加以逮捕、监禁、处罚。

一、臣民可以请法官审判其呈诉之案件。

一、臣民应专受法律所定审判衙门之审判。

一、臣民之财产及居住,无故不加侵扰。

一、臣民按照法律所定,有纳税、当兵之义务。

一、臣民现完之赋税,非经新定法律更改,悉仍照旧输纳。

一、臣民有遵守国家法律之义务。

《大清法规大全·宪政部》(卷4),第2~3页。转引自中国人民大学法律系法制史教研室《中国近代法制史资料选编》(第一分册)第42~43页。

二、《大清现行刑律》节录

《大清现行刑律》为董康、王世琪、许受衡、罗维垣、吉同钧、周绍昌六人修订。废除凌迟、枭首、戮尸、缘坐、刺字等酷刑，也不准刑讯，以证定案。刑制为罚金十等、徒刑五等、流刑三等、遣刑二等、死刑二等。虽仍是民刑诉讼诸法合一的传统法律体系，保留了《服制图》和《服制》，以及“十恶”、“八议”等，但已将民事与刑事分开，民事不处刑。这体现为新旧过渡，“回复《唐律》之处不少”。取消了明清律的吏户礼兵刑工六官旧目，而规定了根据《唐律》十二律而来的三十律目，即名例、职制、公式、户役、田宅、婚姻、仓库、课程、钱债、市廛、祭祀、仪制、宫卫、军政、关津、厩牧、邮驿、贼盗、人命、斗殴、骂詈、诉讼、受赃、诈伪、犯奸、杂犯、捕亡、断狱、营造、河防三十门。其中名例分上下，仓库分上下，贼盗分上中下，斗殴分上下，断狱分上下。共存律文 389 条，例 938 条。宣统二年四月初七日（1910 年 5 月 15 日）颁行。

这《大清现行刑律》在当时与后来评价很高。开始，董康代表修订法律馆提出废除凌迟、枭首、戮尸、缘坐、刺字等酷刑，当时的军机大臣瞿鸿玕一看到这废除酷刑奏疏，就表示赞赏，他“尝语人曰：年来臣僚侈谈新政，皆属皮毛，惟法律馆此奏，革除垂及千年酷虐之刑，于小民造福不浅。”^①法律史家杨鸿烈认为，这部大加修改的《大清现行刑律》，在清末颁布的刑法典中，“不能不说是中国最

^① 董康：《日本讲演录》，第 157 页。

后——而且是最进步的一部法典”。^①当代著名法律史家肖永清,称道《大清现行刑律》注重民事并与刑事分开,是中国法律民刑分离的先驱。他曾这样指出:《现行刑律》是开始将“旧律例中的继承、分产、婚姻、田宅、钱债等纯属民事的条款分开,不再科刑,以示区别旧律的民刑不分”。^②

又《大清现行刑律》是删改《大清律例》而成,本是作为新旧过渡之用,待《大清新刑律》制定颁布,即行废止,应该是短暂的。实际上,当时《大清新刑律》颁布而未实行,故并未立即废止,而民事部分是继续有效。这《现行刑律》民事部分,要延用20余年。因而它的意义与影响,大大超过原来所估计的。法律史家朱方曾说:“此《大清现行刑律》其关于刑事部分者,至民国成立,即行废止。……而民事部分,则延至民国二十年五月五日《中华民国民法》全部颁行后,而始完全失效。延至二十余年之久,是亦为修订《大清现行刑律》者所意想不到者也。”^③

现节录名例上、户役、田宅、婚姻、钱债、贼盗上、人命、诉讼、犯奸、断狱下有关条文如下:

名例上之五刑:

罚金刑十

一等罚(银五钱,收赎折半,下同);

二等罚(银一两);

三等罚(银一两五钱);

四等罚(银二两);

五等罚(银二两五钱);

六等罚(银五两);

七等罚(银七两五钱);

八等罚(银十两);

九等罚(银十二两五钱);

十等罚(银十五两)。

徒刑五

一年(依限工作,收赎银十两);

一年半(依限工作,收赎银十二两五钱);

二年(依限工作,收赎银十五两);

① 杨鸿烈著:《中国法律发达史》(下册),台湾“商务印书馆”1988年版,第891页。

② 肖永清主编:《中国法制史简编》(下册),山西人民出版社1982年版,第38页。

③ 朱方著:《中国法制史》,第263页。