

二十世纪中华法学文丛

董康法学文集

何勤华 魏琼 编

中国政法大学出版社

二十世纪中华法学文丛

何勤华
魏琼
编

董康法学文集



中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

董康法学文集 / 何勤华, 魏琼编. —北京: 中国政法大学出版社,
2004. 10

(二十世纪中华法学文丛)

ISBN 7-5620-2646-7

I. 董... II. ①何...②魏... III. 法学-文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 107821 号

书 名 董康法学文集
出 版 人 李传敢
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 固安华明印刷厂
装 订 北京爱德装订有限公司
开 本 880×1230 1/32
印 张 30.625
字 数 790 千字
版 本 2005 年 8 月第 1 版 2005 年 8 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2646-7/D·2606
定 价 68.00 元 (精装本)
社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563(发行部) 62229278(总编室) 62229803(邮购部)
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题, 请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

项目编辑 张 越 文稿编辑 黄 斌 封面设计 沈 飏

董康法学文集

编辑委员会云

学术顾问

倪征燠

瞿同祖 芮沐

谢怀栻

潘汉典 沈宗灵

编委

(以姓名拼音为序)

曹建明 陈兴良 陈景良 范忠信

高鸿钧 何勤华 贺卫方 胡旭晟

刘广安 李贵连 梁治平 舒国滢

王健 王文杰 王涌 徐显明

张谷 朱勇

常务编委

范忠信 胡旭晟 王健 张谷 陈景良

二十世纪中华法学文丛

总 序

二十世纪是中华文化经受空前巨大、深刻、剧烈变革的伟大世纪。在百年巨变的烈火中，包括法制文明在内的新的中华文明，如“火凤凰”一般获得新生。

大体上讲，二十世纪是中国法制现代化的世纪。这一个世纪的历程，不仅仅是移植新法、开启民智、会通中西的法制变革的历程，更是整个中华文明走出传统的困局、与世界接轨并获得新生的历程。百年曲折坎坷，百年是非成败、得失利弊，值此新旧世纪交替之际，亟待认真而深刻的反省。这一反省，不仅有助于当代中国法制建设的深入，亦有助于推进新世纪中国民主与法治社会的形成。这一反省，是一项跨世纪的伟大工程。作为这一工程的起始或基础，我们应全面系统地检视、总结二十世纪中华法学全部学术成就，并试图作初步点评。为此，我们特郑重推出“二十世纪中华法学文丛”。

1898年，光绪皇帝接受康有为、梁启超等人建议，实行“新政”。中国法制现代化的事业于此开始萌动，但旋即夭折。四年之后，在内外剧变的巨大压力下，这一事业再次启动。1902年，清廷命沈家本、伍廷芳为修订法律大臣，设修订法律馆，开始翻译欧

II 总序

美各国法律并拟订中国之刑律、民商律、诉讼律、审判编制法等新型法律。这一年，应视为中国法制现代化的正式开始。自此，中国法律传统开始发生脱胎换骨的变化：以五刑、十恶、八议、官当、刑讯、尊卑良贱有别、行政司法合一为主要特征且“民刑不分，诸法合体”的中国法律传统，在极短时间内仓促退出历史舞台，取而代之的是一个又一个令国人颇感生疏的新式法律体系和法律运作机制。不宁惟是，一套又一套从前被认为“大逆不道”、“不合国情”的法律观念——“民主”、“自由”、“平等”、“法治”、“契约自由”、“无罪推定”、“制约权力”、“权利神圣”等等，随着新型法律制度的推行一起被带给了人民，使人民的心灵深处渐渐发生革命。与此同时，近代意义上的中华法学，亦与“沟通中西法制”的伟大事业相伴而生，渐至发达。出洋学习欧美日本法律成为学子之时尚，法政学堂如雨后春笋，法政期刊杂志百家争鸣，法学著译如火如荼，法学成为中国之“显学”。据不完全统计，仅20世纪上半叶，全国各出版机构出版发行的法律和法学著译及资料，多达六千余种，总印行数多达数百万册。20世纪下半期，“法律虚无主义”一度盛行，为患几近三十余年，中国法律和法学一派凋零。七十年代末以后，国人痛定思痛，重新觉醒，中国又回到法制现代化的正轨，法律和法学重新兴旺和昌盛，法学著译出版再次空前繁荣。据估计，1978年至今，我国法学著译资料的出版多达万种，总印数可能在千万册以上。这期间，不惟基本完成了前人未竟的法制和法学现代化事业，亦开始了向法制和法学更高的境界的迈进。

这一个世纪的法学著译和资料编纂，是中国法律现代化历程的忠实记录，是中华法学界百年耕耘的结晶。从“全盘欧化”、“全盘苏化”的偏失到“中国特色”法制与法学的探索，百年上下求索留下的这份宝贵的学术遗产，值得我们珍惜；即使仅仅作为一部时代的病历，也值得我们借鉴和分析，以期发现和治疗我国法制现代化过程中的常见病症。不幸的是，这份学术遗产，特别是20世

纪上半叶的法学著译资料，现在正面临着悄然毁失的危险。由于印刷技术低下、纸质粗劣、馆藏条件落后，许多法学书籍破旧枯朽，不堪翻阅，有些甚至图文蚀褪无法辨读。加之种种人为的原因，那些汗牛充栋的法学资料长期尘封蛛网，很少有人记起，半个世纪的探索和成就竟被视若虚无。馆藏制度之限制又使借阅者困阻重重。人们常叹：《尚书》、《周易》乃至秦汉野史随处可得，几十年前的法学著译竟一书难求！此种文化“断裂”现象，实有碍于今日中国法律教育和研究事业之正常进行，亦有损于中国法律现代化事业之发达。以上诸端，不仅 20 世纪上半期的书籍如是，本世纪下半期的一些作品亦已经或很快将面临同样的命运。有感于此，我们遂有整理本世纪中华法学遗产之愿望及筹划，不意与中国政法大学出版社之设想不谋而合，是以有“二十世纪中华法学文丛”之选印。

本“文丛”选印的书籍或选编的论文，纵贯二十世纪始终。凡能代表本世纪不同时期法律学术水平、法制特色，有较大影响且为当今中国法学教育研究所需要者，均在选印之列。即使是五十年至七十年代间特定背景下的法律和法学作品，只要有历史文献价值，亦可收入。在选印的顺序上，大致由远及近，优先选印上半个世纪的著译资料。目前选印编辑的重点是本世纪前半期作品。本世纪后半期的法学成就，拟在以后条件成熟时再行整理。选本范围将不局限于内地学者的作品，还将涉及五十年代以后台湾、香港地区和海外华人学者的法学作品，因为他们的成就也是二十世纪中华法学不可忽视的一部分。除曾正式出版的单本著译外，还将汇聚若干法学家的个人文集，或重新编辑本世纪各个不同时期的法规、案例及习惯调查资料。不过，凡近二十年间已为各出版机构再版的法学著作、译作，原则上不再选印。

为了保证选本的权威性、准确性，我们特聘请了六位 20 世纪上半叶即涉足法学或司法工作的前辈学者出任顾问。老先生们不顾古稀耄耋之年，亲自批点方案、确定书目、选择版本，并以口头或

IV 总 序

书面的方式提出了许多宝贵的意见。幸赖于此，我们的计划才得以顺利进行。

本“文丛”之选印，旨在集二十世纪中华法学之大成。为体现历史真实，我们将恪守“尊重原作”的原则，不作内容上的任何更动。即使有个别观点与今日不符，亦予以保留。作为不同时期的特殊历史记录，保持原貌更有利于比较和借鉴。为了使读者对每本书的作者及该书的学术地位等有一个必要的背景了解，我们特约请法学界一些学者为各书撰写关于其人其书的专文，置于书前。除此之外，我们所做的纯粹是一些技术性工作，如纠正原作的排印错误，注明原书所引事实、数据、名称之错误等等。为方便起见，可能将同一法学家的数个单行著作合而为一，也可能将原合印在一起的不同著作分开重印，还可能将当时或今日学人对其书或其人的有关评论或有关的图表、法规资料选附于书后。总之，尽可能使其全面、完整。

本“文丛”的选编校勘，是一项看似简单实则复杂艰难的工作，需要相当的学养和责任心。我们虽兢兢业业，如临深履薄，但仍难免疏漏。恳请各界朋友批评指正。除此之外，还期待学界朋友推荐符合本“文丛”宗旨的法学著译资料，与我们共同完成这一跨世纪工程。

谨以本“文丛”献给中国法制现代化事业，献给中国民主法治的新世纪！

二十世纪中华法学文丛
编委会 谨识
1997年7月于北京

二十世纪中华法学文丛

凡 例

一、本文丛系有选择地整理二十世纪的法学经典文献，不作任何有损原意的改动，仅作适当的技术性加工。

二、原书为竖排版者一律改为横排。原文“如左”、“如右”之类用语，相应改为“如下”、“如上”等等。

三、原书繁体字一律改为简体。个别若作改动会有损原意之，则予以保留。另加注说明。

四、原书无标点符号或标点符号使用不规范者，一律代之以新式标点符号。

五、原书无段落划分者，适当划分段落。

六、原书所用专有名称、专门术语（特别是外国人名、地名、书名之译名及学科名称）今日有更通用统一提法者，酌加改动或注明。

七、原书引用之事实、数字、书目、名称（包括人名、地名）及其他材料确有错误者，酌加改动，并加注说明。

八、原书排字确有错误，当时未能校出者，酌加改正，并加注说明。

九、个别特别重要的著译，酌于书后附上新编之名词索引。

十、原书某些附录确无保留必要者，不再编入，但加注说明。

编者前言

—

董康（1867—1947），原名寿金，字授经，号诵芬主人，江苏武进（今常州市）人。青年时期在江阴南菁书院读书。1889年考上举人，1898年又中进士，授刑部主事。“戊戌变法”之后任刑部提牢厅主事，总办秋审兼陕西司主稿。

1900年，义和团运动起，八国联军入侵北京，董康等在城绅的支持下，创设“协巡公所”，维持京城治安。和议结束后，晋升刑部员外郎、郎中。1902年，董康因母亲去世居家守丧逾期。回京后，授法律馆提调兼京师法律学堂教务提调、宪政编查馆科员、大理院刑庭推事、大理院推丞等职。此间，与南菁书院的同学汪荣宝一起，曾参考日本律师冈田朝太郎拟订的《新定法律草案》和刑部尚书薛允升所撰的《历朝法律沿革》稿本，编修了一部《宪法大纲》，于1908年由清廷颁布试行。1911年，“辛亥革命”爆发，他东渡日本留学，专攻法律。

中华民国建立后，1914年2月董康回国，20日署大理院院长，5月14日充法律编查会副会长，兼中央文官高等惩戒委员会委员长。1915年，兼法典编纂会副会长，全国选举资格审查会会长。1918年任修订法律馆总裁。1920年11月出任靳云鹏内阁的司法总长。1921年7月22日将修订法律馆修正的《民事诉讼法》呈总统

同意，提前公布。

1922年，负责清理财政部债券贪污案件，大获成功。在此基础上，董康出任财政总长。同年8月，政府派董康等赴欧洲考察商务。在法期间，专程去法国国家图书馆调研“敦煌文书”，并抄录了有关中国唐代法律史料，收获甚丰。1923年初回国后，先后担任大理院长，法权讨论委员会副委员长。同年秋，移居上海。

1924年春，上海商会、律师公会等团体要求北京政府收回会审公廨、成立上海特别法庭，董康积极参与了这些活动。之后，他开始从事法律研究著述工作，在东吴大学《法学季刊》上发表了《前清法制概要》等论文。是年，又与王宠惠一起，被东吴大学校长刘伯穆授予法学博士学位，并在东吴大学法律学院任教。

1925年，王开疆在法租界发起创办上海法科大学，董康与章太炎，同被推任校长。1926年12月，受军阀孙传芳通缉，董康不得已逃亡日本，至1927年5月始返。在日期间，他访求古书，悉心辑录，著成《书舶庸谭》一书。回国后，他继任上海法科大学校长，后辞职开业做律师，并兼任东吴大学法律学院院长。在此期间，董康曾赴日本讲学，被日本法学界誉为中国法律权威，在中国的学生中，也“莫不以出其门墙为荣”。〔1〕

1933年冬，董康重返北平，担任北京大学法科、国学研究所教授。1937年，日本侵略中国的战争爆发后，他在北平的日伪政府中曾很活跃，出任过法院院长、司法委员会委员长和大理院首席法官。1947年在北京东交民巷的一所德国医院病逝。

董康是中国近代著名的文化人，其学术成就遍及戏曲、藏书、刻书、古籍整理、历史、法学研究和法律改革等众多领域。他的主要学术作品有《书舶庸谭》、《毗陵掌故录》、《曲海总目提要》、《诵芬室初刻戏曲书刊丛书》、《诵芬室丛书》、《曲目韵编》、《盛

〔1〕 娄献阁、朱信泉主编《民国人物传》第十卷，中华书局2000年版，第178页。

明杂剧》、《敦煌石窟遗书》等。这些作品，是研究中国戏曲史不可或缺的成果。

在法律领域，董康既是中国近代最早的立法、司法工作者之一，也是中国最早从事法律教育、法学研究的学者之一。同时，在一定程度上，他还推动了中国近代律师业的发展。鉴于本书的主题，我们着重对董康在中国近代法和法学研究领域的成就作一些阐述，以帮助读者更好地理解董康的法律造诣，肯定其在中国近代法和法学发展方面的贡献。

二

首先，董康是中国近代著名的立法专家，作为新成立的修订法律馆的校理、总纂、提调，他协助修订法律大臣沈家本、伍廷芳等人，引进了西方资产阶级的法学观，制定了一系列近代型法典。

1907年，董康以宪政编查馆科员的身份，与汪荣宝等人共同编定了《宪法大纲》。它经过资政院审核，清皇帝认可，以《钦定宪法大纲》的名义颁行全国，这也是中国历史上第一部以宪法之名颁行的根本大法。《大纲》共二十三条，由“君上大权”（十四条）和作为附则的“臣民权利义务”（九条）两部分构成。虽然，《大纲》以维护清王朝摇摇欲坠的专制统治为基点，但毕竟也借鉴了西方尤其是日本近代立宪的成果，^{〔1〕} 确认了君主立宪制和三权分立的基本原则，一定程度上承认了臣民的权利义务，并确认了宪政筹备的基本思路和框架，对中国近代宪法和宪法学的发展作出了一定贡献。

〔1〕 参见何勤华、李秀清著《外国法与中国法——20世纪中国移植外国法反思》，中国政法大学出版社2003年版，第49—52页。

同年，董康参与制定的《大清新刑律草案》完成。该草案采用了资产阶级刑法的体例和原则，与中国传统的旧律相比，变动很大，因此一出台就遭到了以军机大臣张之洞为首的礼教派的强烈反对，从而引发了一场以沈家本为首的法治派与礼教派的激烈争论。当时，董康坚定地支持沈家本等人，对礼教派的反对逐项作了批驳，力主草案不定无夫妇女犯奸之罪。虽然，之后董康对礼教派的态度有所改变，但在修律之时，他是沈家本推行西化法制、抵制礼教思想最为得力的助手。

1915年（民国四年），董康受命完成了《第一次刑法修正案》（以1912年4月《中华民国暂行新刑律》为基础）。1918年，他与王宠惠一起，又完成了《第二次刑法修正案》。虽然，前者带有不少封建遗迹，如对于侵犯尊亲属、无夫奸、正当防卫等问题都作出了维护礼教的治罪规定。^{〔1〕}但是后者，即《第二次刑法修正案》则无论从体例形式上，还是从内容原则上，无不吸收了世界上最先进的刑事立法，故受到学术界的高度称赞。后来，王宠惠正是依据此修正案，起草了《中华民国刑法草案》，从而使该草案成为1928年《中华民国刑法》的立法蓝本。

在编纂宪法典和刑法典的同时，董康也积极参与了法院编制法、监狱法、刑事和民事诉讼法、强制执行法等法律的编纂工作。为了将这些立法工作做好，1906年他受命率三名司法官员赴日本考察调研裁判监狱事务。在日本，董康等人 与日本著名法律专家小河滋次郎、松冈义正等频繁接触，对日本的诉讼程序主要是刑事诉讼中的起诉、逮捕、审讯、监狱管理和死刑执行等进行了专门的考察，回国后他主持编译出版了《调查日本裁判监狱报告书》、《日本裁判所构成法》、《监狱访问录》、《日本裁判沿革大要》等重要

〔1〕 这从本书所收《修正刑法草案理由书》中也可以看出。关于此理由书，受本“编者前言”篇幅所限，此处不再赘述。

资料，为诉讼法的修订、司法制度的改革作了必要的铺垫。正是参考了这些资料，在此基础上，修订法律馆以较短的时间，在日本法律专家的帮助下，完成了《大理院编制法》（1906年）、《刑事民事诉讼法》（1906年）、《各级审判厅试办章程》（1907年）、《法院编制法》（1911年）、《刑事訴訟律草案》（1911年）、《民事訴訟律草案》（1911年）等立法成果。

除了上述立法成果之外，董康还参加了《大清民律草案》（1911年颁布）的编纂工作。该草案由总则、债权、物权、亲属和继承五编构成，共三十六章，一千五百六十九条。这一草案虽在亲属与继承编中保留了中国传统的封建制度，如规定妻为限制行为能力人、实行宗法家长制度、重申嫡庶之别等，但基本上引入了近代西方资产阶级民法的各项制度与原则，如私人权利由法律规定，契约自由，保护私人财产所有权，法人制度，保护当事人的人格权利等。因此，尽管该草案在清王朝未得以实施，但却为后来民国政府的民事立法奠定了基础。^{〔1〕}

三

董康为中国近代法与法学的发展作出的第二个贡献，是在中国古代法律史，尤其是刑法史上的考证研究。其成果丰硕，主要有《前清法制概要》、《虞舜五刑说》、《春秋刑制考》、《科学的唐律》、《唐律并合罪说》、《论秋审制度与欧美减刑委员会》、《秋审制度》、《清秋审条例》、《追记前清考试制度》、《中国修订法律之

〔1〕 对于民事立法，董康可谓一往情深，直至1931年《中华民国民法》颁布实施之后，董康仍然痴迷于民法典的修订与完善事业。1939年，他参考比较日本民法、民律草案和现行民法等文献，编写出版十余万字的《民法亲属继承编修正案》（本书已收录），可以说正是这种情感的一种最直接表露。

经过》、《中国编纂法典之概要》等。^{〔1〕}

《前清法制概要》一文，刊登于1923年东吴大学法律学院的《法学季刊》第二卷第二期上，是在该校第七届学生毕业典礼上的演说词。在这篇论文中，董康首先对中国古代法律发展的简要历史作了回顾，指出：在中国古代，法律其实并不比世界上的其他国家落后，只是研究的人不多，这主要是社会对法律不重视，是“社会风尚及国家功令为之，并非法学之人才比较各国为退步也。”因此，必须加快培养法律人才的步伐。随后，董康对清末的修律情况作了介绍，并对修订法律馆、宪政编查馆、法律编查会在立法领域所做出的成果作了详细的介绍和精彩的评述，以激励东吴大学法学院的学生踏上社会之后，牢记法律使命，成为国家的有用之才。

《虞舜五刑说》一文，发表于1924年《法学季刊》第三卷第七、八期。该文对中国历史上五刑的起源及其流变进行了考证。指出：“五刑之名，始见《虞书·舜典》，所谓‘五刑有服，五服三就’是也。《史记·五帝纪》亦引此文。”“然则后世所传盖周制也。惟虞舜五刑，既书阙无闻，汉儒相承，复无异义，亦姑以周制附会其说焉，今据所注之名参考之如后。”随后，董康依据先秦以及汉代的文献记载，对五刑的内容及其运用作了比较深入的考证，并阐述了社会安定民风淳朴时刑轻、刑宽，社会动乱法教滋繁时刑重、刑严这一中国古代犯罪与刑罚发展的客观规律。

《春秋刑制考》是一篇长论，共分五章，专门论述了成文法典、法例、刑名、罪条、诉讼法等五个课题。在论述时，以此五个课题为核心，将与其相关的先秦以及后世记载春秋事迹的文献，如《春秋左传》、《尚书》、《国语》、《荀子》、《墨子》、《周礼》、《礼记》、《史记》、《汉书》、《白虎通》、《晋书》等中的关于刑制的内

〔1〕 除上述成果外，董康还鉴定了《比部招议》一书，民国二十四年（1935年）十二月由大东书局初版。