

潘 端 邵 徐 燕 何 翟 汪 董 章
汉 木 循 道 树 炳 同 荣 宗
典 正 恪 隣 棠 棣 祖 宝 康 祥

寻找 法律史上的 失踪者

陈新宇 / 著

GUANGDONG NORMAL UNIVERSITY PRESS
广东师范大学出版社



寻找 法律史上的 失踪者

陈新宇 / 著



Xunzhao Falushi Shang De Shizongzhe

广西师范大学出版社
GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS



· 桂林 ·

图书在版编目(CIP)数据

寻找法律史上的失踪者 / 陈新宇著. —桂林: 广西师范大学出版社, 2015.1

ISBN 978-7-5495-6262-6

I. ①寻… II. ①陈… III. ①法律工作者—人物研究—中国—近代 IV. ①K825.19

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 298772 号

广西师范大学出版社出版发行

(广西桂林市中华路 22 号 邮政编码: 541001)

网址: <http://www.bbtpress.com>

出版人: 何林夏

全国新华书店经销

广西大华印刷有限公司印刷

(广西南宁市高新区科园大道 62 号 邮政编码: 530007)

开本: 880 mm × 1 240 mm 1/32

印张: 5.75 字数: 110 千字

2015 年 1 月第 1 版 2015 年 1 月第 1 次印刷

定价: 26.00 元

如发现印装质量问题, 影响阅读, 请与印刷厂联系调换。

自序

多年前曾读朱学勤先生的《思想史上的失踪者》（《书斋里的革命》，长春出版社1999年版），心有戚戚焉。不揣浅陋，东施效颦，故有本书之名。

“接飞花坠叶，作因缘观”，本书主要机缘有两种。2002年蒙刘广安先生推荐，有幸受教于李贵连先生。李教授是晚清修律大臣沈家本的隔世知己，经他研究推动，为“文革”后的中国法学界复原了沈家本这一中国近代法律史上的枢纽人物，展示了晚清法律改革波澜壮阔的历史画面。燕园三年，见贤思齐，我萌发了研究沈氏周围法政人物之兴趣。2003年，《南方周末》刊登了万静波等人的《被遗忘30年的法律精英》，围绕着《英美法词典》的编纂历程，讲述了一批东吴法学院老人可歌可泣的故事，引起广泛关注。在此前后，我曾数次拜访该词典的总审订潘汉典先生，潘老淡泊宁静的君子风范、精益求精的学术态度让人钦慕，使我对民国法律人有了更直接的经验感受，拨

动我深入理解时代中人之心弦。

“半世浮萍随逝水，一宵冷雨葬名花”，晚清民国是中国法律史上的大变革时代，伴随传统中华法系的解体和近代法律体系的建构，时代中的法律人通过知与行演绎着各自法律的故事。相对于制度变迁的冰冷无情，这些法律故事有血有肉，见证了法治中国的百年历程。有如许章润先生提出的“续根”命题，今天对他们的研究，既是重建史实，还以历史公道，亦能从中窥得思想与学术的传承，领会文化与文明的碰撞，体察国家与社会的转型，感悟人生与人心的变迁。钱穆先生曾言：“所谓对其本国以往历史有一种温情与敬意者，至少不会对其本国以往历史抱一种偏激的虚无主义，亦至少不会感到现在我们是站在以往历史最高之顶点，而将我们当身种种罪恶与弱点，一切诿卸于古人。”（《国史大纲》卷首语）诚哉斯言！这不仅仅是我们对待国史的态度，也应该是我们对待近代法律人的态度。

“回首向来萧瑟处”，10余年间，关注了10位人物，完成本书的8篇论文和2篇随笔，只涉及近代法律人群体一个小小的侧影，离该课题整体性、观念化的研究鹄的仍有差距。尽管集腋未必成裘，惟仍可慰怀的是，我坚持研究初衷，基本完成每一至两年研究一人的计划目标，展示了近代法律人多姿多彩、不为人知的一面。所谓愚者千虑，必有一得，以我注六经立场，从一手资料入手，自己发现问题，展开考据论证，亦能有一己心得与管见，从这点看，乃有充分信心自诩为

一个法史学小小的补锅匠。同时也期待拙著有抛砖引玉之效，可以吸引更多的学术同好，加入到这一有意义的课题的研究中来。

是为序。

陈新宇

2014年4月14日于明理楼

目 录

- 001 谁在阻挠《大清新刑律》的议决？
——章宗祥回忆辨伪及展开
- 021 向左转？向右转？
——董康与近代中国的法律改革
附：董康年表（1867—1948）
- 057 从礼法论争到孔教入宪
——法理健将汪荣宝的民初转折
- 081 人生何处不相逢
——瞿同祖与何炳棣的命运对照
附：法者还是墨者开启帝国——聆听何炳棣先生清华讲座有感

105	法治的恪守者 ——燕树棠先生的生平与思想
123	哲人已逝，典范永存 ——缅怀徐道隣先生兼评《中国法制史论集》 附：君子的复仇
147	从邵循恪到端木正 ——清华法政研究生教育的薪火传承
163	一生求索惟公正，人品文品入清流 ——记比较法学家潘汉典先生
175	致谢

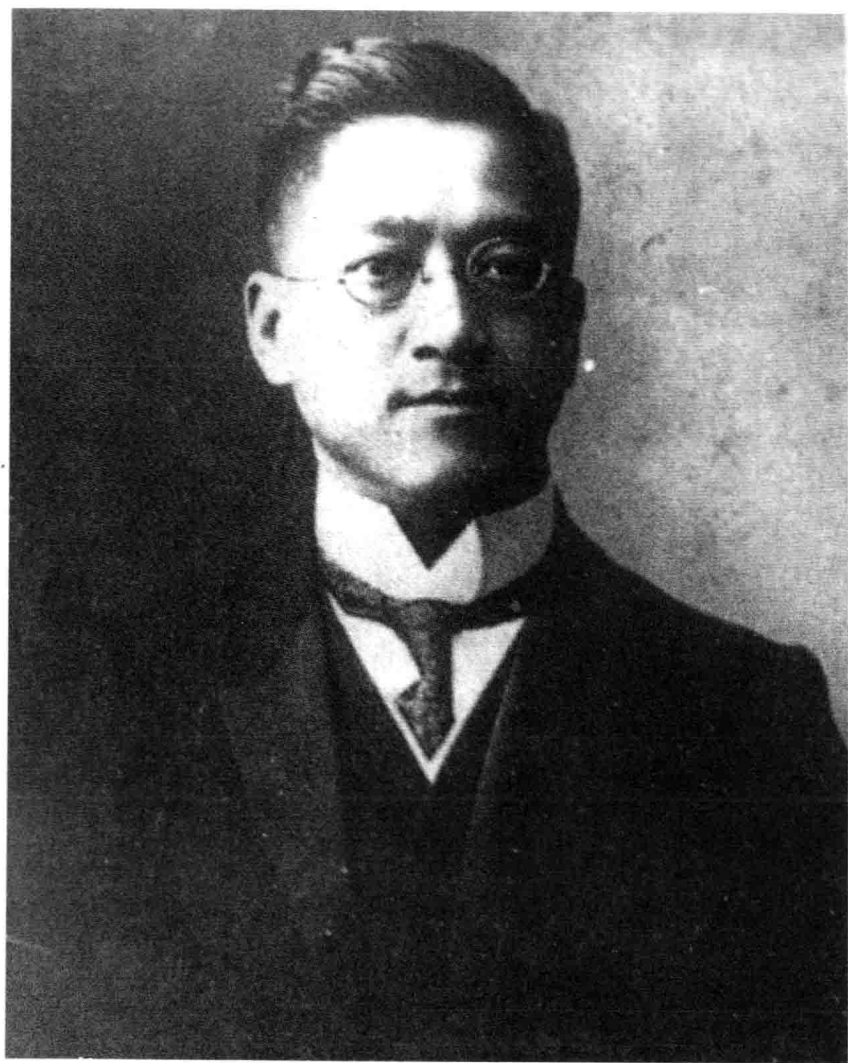
谁在阻挠《大清新刑律》的议决？

——章宗祥回忆辨伪及展开

引 言

2011年是辛亥革命一百周年，亦是《钦定大清刑律》（通称《大清新刑律》）颁布一百周年，革命宣告了从帝制到民主共和的跨越，却没有割裂其法律之间的纽带。民国元年（1912年）四月三十日，北京的临时参议院在删除《钦定大清刑律》中与共和国体冲突的章节条款及维护古代纲常礼教的《暂行章程》后，冠之以《暂行新刑律》之名，^{〔1〕}后者成为民国初期最主要的刑事法源。清末修律的最新成果，得以接受民初社会之检验。当革命以快刀斩乱麻的方式解决了法统延续问题的同时，也湮灭了《大清新刑律》的潜在争议，时光的流逝，更淹没了当年不少多姿多彩的修律故事。今天的我们，在某种进化史

〔1〕 参见黄源盛：《民元〈暂行新刑律〉的历史与理论》，收入氏著：《民初法律变迁与裁判（1912—1928）》，台湾政治大学法学丛书47，2000年，第197页以下。



章宗祥

观惯性思维的支配下，容易将复杂的历史问题予以简单化处理。本文的目的，即试图复原和反思当年新刑律制定的一个重要阶段——资政院议决。^[1]切入点，乃一位“法律史上的失踪者”^[2]——章宗祥。

一

作为历史人物，章宗祥以五四运动“卖国贼”之形象常驻于人们记忆之中，但其作为法律人之一面，似乎鲜为人知。清末，这位“熟悉的陌生人”留学日本，毕业于东京帝国大学法科，回国后无论是担任京师大学堂刑法教习，还是任职修订法律馆、内城巡警总厅、宪政编查馆等部门，所从事之工作皆与法律关系密切。清季引发激烈“礼法论争”的《大清新刑律》，章氏躬逢其盛，法案起草、议场论辩、密室谋划，皆可见其身影，可谓重要的参与者与见证人。

[1] 关于新刑律编纂七个法案的全面梳理，可见陈新宇：《〈钦定大清刑律〉新研究》，《法学研究》2011年第2期。但拙文限于旨趣和篇幅，资政院议决这一阶段没有深入展开分析讨论，本文即试图弥补其阙。

[2] 有学者提出寻找“思想史上的失踪者”一说，发人深思。参见朱学勤：《思想史上的失踪者》，收入氏著：《书斋里的革命》，长春出版社，1999年。

鉴于章宗祥的特殊地位，他的回忆性文章《新刑律颁布之经过》^[1]，自然成为了解该段法典编纂史的重要资料，其中，又以资政院议决这一部分最吸引眼球。原因有二，一是程序层面，一是论争层面。

从程序上讲，资政院议决是法典制定的新程序。清季法律改革，法典制定程序伴随制度变迁，前后有过变化：前期是修订法律馆负责编纂后，经宪政编查馆分咨内外各衙门签注，再咨覆宪政编查馆，汇择核定，请旨颁行；后期在资政院成立及其制度完善后，不再分送各部、省讨论，而是送资政院议决，再移到宪政编查馆复加核定，由资政院总裁、副总裁会同军机大臣具奏请旨裁夺。^[2]军机大臣对资政院议决事件如不以为然，得声叙原委事由咨送资政院覆议。当双方无法取得一致意见时，则分别具奏，由皇帝裁决。^[3]

新刑律在编纂过程中，恰逢资政院于宣统二年九月成立，所以它既经历了中央和地方的签注，还需要经历作为将来上下议院基础的资

[1] 收入中国人民政治协商会议全国委员会文史资料委员会编：《文史资料存稿选编》第1册，中国文史出版社，2002年。就笔者了解，李欣荣、孙家红分别是历史学界和法学界最早注意到这一重要资料的两位学者，但他们的文章中皆没有对该段史料真实性予以质疑。详见李欣荣：《清末修律中的废刑讯》，《学术研究》2009年第5期；孙家红：《清末章董氏〈刑律草案〉（稿本）的发现和初步研究》，《华中科技大学学报》（人文社科版）2010年第3期。

[2] 参见《奏议覆修订法律办法折》，收入故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》（下），中华书局，1979年，第850页以下。

[3] 参见《改订续订资政院院章》第十七、十八条，收入志伊斋：《庚戌资政院议案章》，上海征文社印行，文海出版社影印。

资政院之议决，虽然它最终颁布仍需上谕钦定，但在立宪背景之下，资政院此关无疑是有别旧制的民主亮点。

从论争上讲，资政院的论辩是新旧两派最后的决战。从光绪三十三年（1907年）沈家本等人上奏新刑律第一案引发“礼法论争”开始，新旧两派在经历长时间的拉锯对峙后，终于迎来宣统二年十一月至十二月（1910—1911年）在资政院的集中论辩，一决胜负，期间唇枪舌剑、风云变幻，值得特别关注。

对资政院议决这一特殊阶段，章宗祥在回忆中予以浓墨重彩，其大意为：在资政院中，劳乃宣等旧派知道议员中新派占据多数，辩论取决不能取胜，所以用消极抵制之法，每遇此案列入议程，辄动议先议他案，一般议员因为新刑律烦重，非顷刻所能议决，往往赞成。在资政院会期届满之时，新刑律甚至还未付议。经其与沈家本努力，说服资政院总裁溥伦将会期展期十日，力图专议新刑律。但反对议员仍然利用政治上之问题，提紧急动议，予以阻延，使得时限将至，新刑律仍未讨论。面对危局，在资政院会期的最后一日，章宗祥以政府委员身份发言，在他鼓动之下，新刑律终于付诸议决。从下午两点开议，至晚上七点议完总则。晚九点续议，新派依之前的密议，令人严封议场，防止旧派离场以免人数不足，同时合纵连横，争取蒙古、西藏等处代表，终于在晚上十一点之时，通过分则，完成新刑律的全部

议决。^[1]

章氏这段描述可谓绘声绘色，议决过程之钩心斗角、暗流汹涌，跃然纸上，极富戏剧性，但好听的“故事”未必就全是史实，当代读者请勿将其当作研究“猛料”，信以为真。一部四百多条的重要法典在短短一天之内、区区七小时之中便全部议完，不管其过程如何省略程序，也不免让人有几近儿戏之感。实际上，只要对照当年“实录”性质的《资政院会议速记录》^[2]，便可证其虚。而其传递出来符合一般想象“事实”之重要信息——“旧派阻挠新刑律的议决”，则需要下一番功夫考证辨伪，在澄清事实基础上的意义解读，亦发人深省。

二

问题一，新刑律在资政院付诸议决为何一拖再拖？

宣统二年十一月初一日（1910年12月2日），新刑律议案在资政院第一次常会第二十三次会议上开议，经政府特派员说明主旨及议员质疑后，交付资政院法典股员会审查。^[3]在法典股员会完成审查后，法典股的副股长汪荣宝于宣统二年十二月初六日（1911年1月6日）第

[1] 参见章宗祥：《新刑律颁布之经过》，收入中国人民政治协商会议全国委员会文史资料委员会编：《文史资料存稿选编》第1册，中国文史出版社，2002年，第36-37页。

[2] 台湾政治大学基础法学中心藏书。

[3] 《资政院会议速记录》第一次常年会议第二十三号议场速记录。

三十七次会议上做了修订情况的报告，并付诸资政院再读。^[1]当时的情况是，依据立宪计划，新刑律预定在宣统二年颁布，而资政院第一次常会将在宣统二年十二月十一日（1911年1月11日）闭会，由于时间紧迫，所以从宣统二年十二月初六日到初九日，在第三十七次会议到第四十次会议上，新刑律经历了快速同时伴随极其激烈论争的再读程序。

新刑律从第二十三次会议上开议，到第三十七次会议才付诸再读。依据《资政院会议速记录》，可发现在第二十九次会议和第三十次会议上，议程安排的第二项皆有关于新刑律议案之报告，而结果却都没有付诸实施，那么到底有什么变故呢？

答案就是议程发生了变更。在第二十九次会议上，议员于邦华主张将议程第三项“提议陈请全国禁烟办法议案”提前先议，汪荣宝反对无效。该项议完之后，又有议员余镜清主张先议第四项“提议陈请浙江铁路公司适用商律议案”，汪荣宝认为应该仍按顺序先议第一项“试办宣统三年岁入岁出总预算案”，易宗夔支持汪荣宝，而邵羲、吴赐龄认为可以变更，许鼎霖主张先议原定议程的第四至第六项，获得多数赞成。^[2]在第三十次会议上，议员李文熙又主张先议议程第三

[1] 《资政院会议速记录》第一次常年会议第三十七号议场速记录。

[2] 《资政院会议速记录》第一次常年会议第二十九号议场速记录。

项“提议陈请川路倒款关系公司律存废议案”，获得赞成。^[1]

那么议程变更，真的是章宗祥讲的旧派之拖延伎俩乎？管见以为未必。

首先，需要以一相对客观的标准来鉴定章氏所谓的新、旧两派（也即“法理派”与“礼教派”）。必须指出，近代人物在急剧转型的社会时空之下，以“变”乃至“善变”为其主要特征。新思想、新思潮层出不穷，昨日之新可能便是今日之旧；为求不落伍，主动被动之间，亦不免“以今日之我反对昨日之我”。所以近代何谓新？何谓旧？界限并非泾渭分明，处于流变状态，需要具体分析。

在章宗祥的语境下，我觉得可以把新刑律论争中争议最大的“无夫奸是否入罪”在表决时之投票倾向作为一甄别标准。依据古代中国国家族本位的刑律，在室女或寡妇自愿与人发生性关系有辱门风、紊乱血统，是违反礼教的犯罪行为，所以古代律典规定：“凡和奸，杖八十”^[2]，而依据近代西方个人本位的刑法，这一行为是个人自由之体现，国家不应干涉。主张无夫奸去罪化，从当时的社会文化来看，的确是骇人听闻的，从投票倾向上，可以大致看出当时的新、旧之立场倾向。当时新派及其支持者持蓝票，主张去罪化，旧派及其支持者

[1] 《资政院会议速记录》第一次常年会议第三十号议场速记录。

[2] 参见《大清律例》“犯奸”条，其对“有夫者”通奸，则杖九十。当代台湾地区、韩国刑法中的通奸罪，指的是有配偶者与人通奸。古代中国的通奸罪，乃以女性为中心，区分其“有夫”“无夫”之情节，与之通奸的男子则与其同罪。

持白票，主张入罪，故有蓝白票之争。有意思的是，围绕着蓝白票合纵连横之机缘，还促成了清季政党的产生，其中部分白票党人组成“宪政维持进行会”，部分蓝票党人组成了“政学（公）会”，^[1]可谓“无心插柳柳成荫”了。堪称幸运的是，当时票面必须写上议员的名字，该名单^[2]保留了下来，可作今天判断之用。

依据当时蓝白票名单，在主张及支持变更议程的议员中，于邦华、许鼎霖为白票者，余镜清、李文熙、邵羲、吴赐龄为蓝票者^[3]，可以说是代表新派或其支持者的蓝票者居多，提前议决事项，也基本得以当场议完。如果说是旧派或其支持者阻挠，那么新派或其支持者同样也有变更议程的举动，又如何解释呢？所以章氏的说法显然不客观。

[1] 参见张玉法：《清季的立宪团体》，“中央研究院”近代史研究所专刊（28），1985年再版，第479页以下。

[2] 该名单可见《资政院会议速记录》第一次常年会议第三十九号议场速记录；亦可见（清）劳乃宣：《新刑律修正案汇录》，收入《桐乡劳先生（乃宣）遗稿》，文海出版社影印本，第1052-1053页。

[3] 依据姚光祖：《清末资政院之研究》（台湾大学政治研究所硕士论文，1977年，第377页以下），此六人的情况如下：

座次	省别	姓 名	当选年龄	籍贯	传统功名	新式教育	曾任职衔	附注
110	直隶	于邦华	41	枣强	贡生			民选议员
115	江苏	许鼎霖	52	海州	举人			民选议员
134	浙江	余镜清	31	宁波府	廪贡			民选议员
137	浙江	邵 羲	35	杭州府	廪贡	日本法政大学		民选议员
177	四川	李文熙	31	奉节	举人	京师大学堂师范科	内阁中书	民选议员
190	广西	吴赐龄	36	融县	副贡			钦选议员