



上海市学术著作出版基金

中国近代立法大家

董康的法制活动与思想

华友根 著



上海世纪出版集团



上海市学术著作出版基金

中国近代立法大家

董康的法制活动与思想

华友根 著

世纪出版集团 上海书店出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国近代立法大家：董康的法制活动与思想/华友根著. —上海：上海书店出版社，2011. 1
(马克思主义研究 哲学社会科学研究. 第22辑)
ISBN 978-7-5458-0324-2

I. ①中… II. ①华… III. ①董康(1867~1947)—法学—思想评论 IV. ①D909.25

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 223131 号

责任编辑 梁健民
技术编辑 丁 多
装帧设计 王晓阳

中国近代立法大家——董康的法制活动与思想

华友根 著

出 版 上海世纪出版集团上海书店出版社
(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)
发 行 上海世纪出版集团发行中心
印 刷 上海商务联西印刷有限公司
开 本 635×965mm 1/16
印 张 46
字 数 550 000
版 次 2011 年 1 月第 1 版
印 次 2011 年 1 月第 1 次印刷
ISBN 978-7-5458-0324-2/D·10
定 价 70.00 元

序

清末自建立修订法律馆以后，中国逐步走上顺应世界法制潮流，进入新的立法与改革司法的征途。在这征途中，作为清末修订法律馆提调（总管）、大理院推丞、宪政编查馆科员，北洋政府修订法律馆总裁、司法总长、大理院长的董康，为缔造中国最初的《六法》与司法制度上的全面改革，作出了重大贡献。当时著名法学家黄颢士曾说，董康于清季提调修改法律，“《六法》初成，悉其手定”。现代著名学者周天度，也说董康是中国法律界与司法界权威人士，近代资产阶级法学的奠基人。“中国的《民法》、《刑法》，差不多全是他一人所手创。”闻名世界的大学者胡适，更明确指出，董康是中国为数不多的几个坚持司法独立者之一。对于这样的立法大家、杰出的司法独立者，现代以来，由于他晚年政治上的原因，一直得不到重视与研究。现在是应该予以客观的探讨与公允评价的时候了。而华友根研究员所著《中国近代立法大家——董康的法制活动与思想》，正是适时之作，比较客观地论述了董康的整个法制活动与思想。

本书稿分为四大篇：第一篇刑法的制定、修正与研究；第二篇民法与诉讼法等修订及探讨；第三篇中国古今法制的追叙与论述；第四篇对外法制的交流与借鉴。

其中刑法的制定、修正与研究,叙述了中国近代法制史上不明确,也不为人了解的董康在近代刑事立法上无人可及的地位与成就。说他始终是中国近代刑法修订的主持、参加者与研究者。也论述了董康对一些重要罪条等刑法问题的看法,并在他参与的清末及北洋政府时期刑事立法中加以贯彻。

民法研究,介绍了他根据世界先进民法原则、法例与中国旧律民事思想之长,主持及参与清末、北洋政府时期民律的起草。对南京国民政府时期《中华民国民法》,有赞同有批评,特别是《亲属》、《继承》两篇,说是不符国情,也违背礼教。因此,提出了详细具体的《修正案》。认为,这是董康对《中华民国民法》深入研究的体现。

中国古今法制研究。说到西周、春秋、战国时期,论述了董康根据当时儒家经典与诸子等著作关于刑制、法例、罪条,并参考《唐律》十二章与现代刑法体例,编撰了《春秋刑制考》。又根据这些经典与著作关于诉讼注意事项与必要经过,并参考现代诉讼程序与制度,编撰了《春秋诉讼法》。对周朝八百年的刑事制度与诉讼制度,作了整理、归纳与总结。

谈到董康对《唐律》的研究,从刑事、民事、诉讼、证据等作了全面探讨。同时,搜集早已失佚的唐代法制,如唐高宗年间的《龙朔散颁刑部格》等,并将其与《唐律》具体律条,进行比较、对勘,也有自己的看法,丰富完善了唐代法制。并论证了《唐律》的科学性,追溯了《唐律》的历史渊源。认为,对唐代法制的研究,董康下了大功夫,在法律史上有其突出地位。

董康对明清法制和司法制度的研究,特别是说到关于秋审制度的深入分析,对法令、条例与具体案件进行辑集,认为起源于周制、《汉律》与《唐律》。而它的省刑、详慎、宽恕可与欧美减刑委员会相比,也接受日本法学家意见,认为还不够适时与公平。不但认真探讨

秋审制度,而且注意平民案件。

对国外法制的交流与借鉴。论述了董康具体主持及参与清末修订法律,主要向日本学习立法和司法,表明了近代中国法制改革是日本帮助了中国。而董康北洋政府时期已开始,南京国民政府时期进一步发展的到日本讲中国法学史,轰动了日本的政法界、学术界与教育界。此不仅显示了中国古代的法律文明,也充分表明了日本古代法制建设是中国帮助了日本。这里叙述对日本法制交流的篇幅,占了对外法制交流的三分之二以上。应是当前总结中日法制文化交流的重要内容。

又与欧美等国法制交流与借鉴,清末董康具体负责修订的最初《六法》,主要是根据了包括日本法在内的欧洲大陆法。北洋政府时期,曾亲自到英、美、法、意等国,进行实地的法制考察。但他并不一味崇扬欧美法制,而是认为中国古代儒家经典及刑律哲人提出的有些刑制、法例、罪条,早于欧美国家二千年。并指出,中国的《唐律》与欧洲大陆法的先驱——《罗马法》相“对峙”,而《英吉利法》与《大清律例》符合,“或以为东教西渐之证”。同时,最先对清末以来立法司法上一些盲目采用大陆法,认为脱离中国社会实际,是“削足适履”,因而感到后悔。这是 20 世纪 20—30 年代,中国法学界的最早清醒与觉悟。

当然,更谈了董康既要客观地切合实际需要地学习外国法,也要正确评议中国旧法并继承其长处。认为这有利于法制改革中增强民族的自尊性与自信心。

关于董康法制活动与思想的研究,现在还很少。作者对董的法学研究与教学,已有近三十年的实践与经验,并发表了一定的成果。特别是本书稿,是董康于 1947 年去世之后,第一部完整研究其法制活动与思想的著作。内容丰富、资料翔实、观点明确,真可谓之“持之

有故，言之成理”。许多问题是前人与时人未曾探讨过的。尤其值得提及的是，作者撰写此稿，比较全面地掌握了董康法学方面的资料。其中有十余种资料，是近年出版的《董康法学文集》所没有的。如《大清现行刑律》；《大清新刑律草案》；《第二次刑法修正案理由书》；《中华民国民法继承编修正案》；民法亲属编修正案与继承编修正案的两个《呈文》；《从吾国社会实际需要略论刑法》；《司法二十年回顾》；鉴定《比部招议》；《新旧刑律比较》；《书舶庸谭》中关于到日本讲中国法学史的部分内容，参观访问日本司法机关，在日本获得中国失佚的法制礼仪与日本的一些法制礼仪，访问欧美国家了解司法、财政制度与监狱、法院、律师协会情况等；以及为一般人所未知，而由董康独自制定的《暂行新刑律补充条例》与《科刑标准条例》等。现在，还未见这样材料齐全与功底深厚的研究董康法学的著作。因而，是充实了近现代法律史研究中的欠缺与不足，甚至可以说是填补了空白，为完善中国法制史研究作出了贡献。

至于本书稿的意义与价值，也是十分明显的。仅就第一篇第二章中国近代刑法的制定与修正，即可很容易地澄清目前法律史界的一些模糊观念。如时间上比较早的有“清朝《现行刑律》经过多次修改，最后定名为《大清新刑律》，于宣统二年十二月二十五日颁布”。比较近的，如说曾经是法理派的董康，至后期“其立场大变，转而高唱恢复礼教。据学者之研究，董康思想上之转变，大致在 1922 年，即其出访欧美考察法制之时”。

关于《现行刑律》与《大清新刑律》，在这一章专门列了《现行刑律》与《大清新刑律》二节。谈到《现行刑律》只是将民事部分与刑事部分分开，民事不处刑，但还是属于旧律体系，民刑诉讼等诸法合一，刑法仍然没有独立。而《大清新刑律》是根据欧洲大陆制德、意最新刑法修订的，分总则与分则两部分，只讲刑事不讲民事、诉讼的完全

独立的刑法,开辟了中国刑法的新纪元。所以,绝对不可能是“清朝《现行刑律》经过多次修改,最后定名《大清新刑律》”的。

关于董康由主张法律与礼教分离,到法律与礼教合一而高唱恢复礼教。说是在 1922 年出访欧美考察司法财政之时。这一章在《现行刑律》与《大清新刑律》二节之后,立了《暂行新刑律》的《补充条例》与《暂行新刑律》的《第一次刑法修正案》二节。这二节,都是董康主张法律与礼教合一,而高唱恢复礼教的。《补充条例》拟订于 1914 年,《第一次刑法修正案》编纂于 1915 年。所以,是董康 1911—1913 年留学日本回来后,发生这一大变化的。可见,并非是 1922 年出访欧美之时才改变的。这差不多要提早将近十年。以上仅举二例,已足以证明本书稿的学术价值了。

华友根研究员,对中国古代的经史礼法、儒家的伦理道德、近现代政法制度,均有深入的研究。尤其是如果没有这样的国学(经史礼法)功底,是很难对董康如此精通古代经传礼仪与现代政制法律的学者作全面研究的。他不仅发表了不少古代经史、近现代法学的论文,也出版了多种这方面的学术专著。而本书稿是在上述基础上的进一步发展与提高。所以此书出版后,一定会受到法律史学界与广大读者的关注和欢迎。

浦增元 李宗兴

2010 年 1 月 5 日于上海

目 录

序	1
绪言	1
一、董康所处时代的政治经济形势	2
二、当时法制研究与改革的基本情况	7
三、董康的主要经历和法学著述	18
第一篇 刑法的制定、修正与研究	27
一、中国刑法的基本认识	27
(一) 刑法的起源与最初之刑	27
(二) 刑法的发展与变化	33
(三) 刑法应公布罪行须法定	37
(四) 刑法与礼教的关系	42
(五) 反对严刑峻法主张宽恕省罚	49
(六) 量刑论罪要慎重周全与适时	51
二、中国近代刑法的制定与修正	54
(一) 清末的《现行刑律》(即《大清现行刑律》)	54
(二) 《大清新刑律》	63
(三) 《暂行新刑律》的《补充条例》	77
(四) 《暂行新刑律》的《第一次刑法修正案》	82

(五)《暂行新刑律》的《第二次刑法修正案》	96
(六)《科刑标准条例》	106
三、刑法比较	112
(一)关于新旧刑法的认识与理解	112
(二)新旧刑法律目比较	114
(三)与外国刑法有吻合、相似之处	123
(四)中国古代刑律哲人的论述及一些刑制与立法例处于 世界最前列	130
(五)刑法比较小结	138
四、一些重要罪条等刑法问题的看法(上)	141
(一)俱发罪与并合罪	141
(二)刑法上量刑定罪与亲属亲疏远近关系	148
(三)伤害罪及保辜法	156
(四)故意与过失	163
(五)正当防卫	173
五、一些重要罪条等刑法问题的看法(下)	180
(一)自首减刑	180
(二)无夫妇女犯奸罪	185
(三)共犯、正犯、从犯与教唆犯	191
(四)未遂罪	201
(五)刑罚与惩罚	211
 第二篇 民法与诉讼法等修订及探讨	219
一、民法的修订及探讨	219
(一)对中国古代民事制度及思想的基本认识	219
(二)董康具体主持及参与修订的《现行刑律》中民事主张和 《大清民律草案》的主要思想	224
(三)对《中华民国民法》总的批评与意见	229

(四)《民法亲属编修正案》主要内容之一	233
(五)《民法亲属编修正案》主要内容之二	251
(六)《民法亲属编修正案》主要内容之三	261
(七)《民法继承编修正案》基本思想之一	269
(八)《民法继承编修正案》基本思想之二	279
(九)民法亲属、继承两编《修正案》评述	284
二、诉讼法与相关制度研究	286
(一)关于诉讼法的一些主张与认识	286
(二)“春秋诉讼法”	294
(三)中国古代的巡回审判	301
(四)明代秋审制度的主要内容及其历史渊源	304
(五)清代的秋审制度	319
(六)明代重大刑事案件鉴定	331
(七)与诉讼制度密切相关的证据法研究	336
 第三篇 中国古今法制的追叙与论述	354
一、五帝到夏殷周三代	354
(一)舜与夏、殷法制	354
(二)周朝的成文法典	358
(三)周朝的法例与刑名	367
(四)周朝的重要罪条	374
(五)周朝法制研究小结	388
二、秦到南北朝	389
(一)秦代法制	390
(二)两汉法制上	392
(三)两汉法制下	401
(四)魏晋南北朝法制	411
(五)秦汉魏晋南北朝法制研究简评	416

三、隋、唐两代	420
(一) 略述隋代法制	420
(二) 《唐律》的修订、变通及其意义	421
(三) 《唐律》的德刑合一与重视礼教	422
(四) 《唐律》的科学与进步	426
(五) 散佚唐朝法律文献的搜集、校勘、分析与考证	435
(六) 唐朝的法律教育与考选制度	450
(七) 《唐律》在董康著作中的重视与引用	451
(八) 关于《唐律》的渊源、地位与历史影响	466
四、五代至明清	470
(一) 宋《刑统》、《庆元条法事类》与《拷囚法》探讨	470
(二) 较唐朝更为详尽的宋代法律教育与考选制度	474
(三) 宋代重要法典《刑统》等的具体引用与作为立法依据及 参考	477
(四) 元代法典——《元典章》与《永徽法经》的重视,以及 《元典章》研究、引用与刊刻	482
(五) 明代刑事、民事、证据诸法研究	487
(六) 注意搜集、整理明代平民案件	494
(七) 远不及宋朝的明代法律教育	499
(八) 清代的立法及其主要内容(1902年修订法律馆成立、 改革法律之前)	502
(九) 清代的司法制度与组织机构及其职务	504
(十) 清代法制的研究与引用	513
五、清末至南京国民政府时期	523
(一) 总述这一时期修订法律的全过程	523
(二) 关于这一时期立法方面的看法与评议(前面已 讲的从略)	529
(三) 关于这一时期司法方面的意见与建议(上)	536

(四) 关于这一时期司法方面的意见与建议(下)	540
(五) 立法、司法采用欧洲大陆制是一极大错误	548
(六) 法律的研究与引用根据这一时期所订新法	551
六、董康研究中国古今法制小结	558
 第四篇 对外法制交流与借鉴	562
一、关于中国与日本的法制交流及借鉴	562
清末到北洋政府时期	562
(一) 1902 年到 1927 年中日法制交流简要经过	562
(二) 日本裁判所调查《报告书》	569
(三) 日本监狱调查《报告书》	575
(四) 董康《调查日本裁判监狱报告书》的评价与影响	585
(五) 翻译日本著名法学家的重要论文	589
(六) 翻译《日本刑法》及其在立法与研究中的运用	595
南京国民政府时期	601
(一) 1933—1934 年到日本讲中国法学史主要过程(包括 欢迎会、谈话会、招待会等)	602
(二) 讲中国法学史中重要课题的具体内容	611
(三) 在日本的参观、访问、考察与参加会议	624
(四) 董康的重要法学著作以日本民刑法为依据与参考	637
二、关于中国与欧美等国法制交流及借鉴	645
(一) 立法依据、交涉退赔、司法考察及其褒贬	645
(二) 董康《调查日本裁判监狱报告书》中称赞欧美等国裁判、 监狱等制度	649
(三) 董康《刑法比较学》上册中,以欧美等国刑法作为比较参 考的依据	655
(四) 翻译《意大利刑法》及其研究、借鉴与批评	669
(五) 从英、法国家图书馆及私人藏书室获得敦煌散佚法律	

文献	673
三、对外法制交流和借鉴评述	675
结论	679
一、董康是中国近代立法大家,尤精刑民诉讼诸法	680
二、董康是司法界的名人与大律师,主张依法办事、慎刑省 罚,坚持司法独立	691
三、董康醉心于中国法学史研究,对古今法制有深入的分析与 议论	698
四、董康努力学习东西方新法,积极推动中外法制交流与正确 评价中国旧律	705
后记	711
附: 主要参考书目	717

绪 言

董康(1867—1947)江苏武进(今常州)人,字绶金(一作授经),号诵芳主人。是中国近现代法律界、司法界、教育界颇负盛名的法学家。在日本、欧美也声望极高。他生活在中国遭受帝国主义列强的侵略与掠夺不断深入扩大;政府的腐败无能与进一步加强对人民的剥削压迫;而农民、工人、中小资产阶级反帝反封建斗争越来越激烈之际。

由于帝国主义列强的侵略,资本主义的科学技术与资产阶级的文明大量传入,导致中国政治经济思想文化的巨大变化。法律制度与法律思想,也有很大的触动。随着西方先进的立法、司法、行政三权分立,天赋人权等思想的传布,批判旧法律旧制度、进行法律与制度的改革,已提上议事日程,并有不少人进行中国旧法制的研究与总结。而董康正处于这一时代,他积极参加了当时的立法、司法活动与法律教育,到外国进行法制的考察、学习、访问与交流,并努力著书立说。他的法制活动与思想,应该说,在一定程度上,也是这一时代法学上的反映与写照。下面就以董康所处时代的政治经济形势,当时法制研究与改革的基本情况,以及他的主要经历与法学著述,作为本书的绪言。

一、董康所处时代的政治经济形势

董康诞生之前,1840年鸦片战争发生,1842年《中英南京条约》订立,以及1856—1860年第二次鸦片战争与订立《天津条约》、《北京条约》。帝国主义用大炮打开了清王朝闭关锁国的大门,开始对中国的猖狂掠夺与奴役,中国逐渐沦为半封建半殖民地。中国人民受到封建势力与帝国主义双重压迫,于是爆发了震动世界的太平天国起义。因为内外敌人相互勾结,共同绞杀了这次中国近代最大的农民起义,在1864年基本上被镇压了。但在董康诞生的1867年前后,太平天国余部汪海洋、谭体元;响应太平天国的捻军起义;响应太平天国的云南回民起义与陕甘回民起义,仍在英勇战斗。充分显示了阶级矛盾与民族矛盾的尖锐激烈。此后,帝国主义的侵略,亦进一步深入与扩大。1876年,英国借“马嘉理事件”,强迫清政府订立《中英烟台条约》;1883—1885年,法国发动侵华战争,法国不胜,中国不败,但订立了法国在中国进一步扩大权益的《中法天津条约》;1894年,日本发动了侵略中国的战争,次年订立大量割地赔款的《马关条约》;1896—1899年,帝国主义在中国的掠夺进一步扩大,提出“门户开放,机会均等”,开始了划分势力范围的风潮。农民与全国民众的反帝反封建斗争,也就更加激烈,爆发了义和团运动。帝国主义为了镇压扶清灭洋的义和团运动与进一步控制清政府,于1900年发动了八国联军的侵略战争。结果,联军入驻北京,于1901年,强迫清政府签订了《辛丑条约》。这样,在名义上,中国还是一个独立国。实际上,是众多帝国主义列强的共同殖民地。这一条约的签订,使中国完全沦为帝国主义的半殖民地。这样,政治经济乃至军事均为帝国主义列强所控制。

与此同时,外国资本主义的入侵,促进了商品经济的发展,破坏了中国固有的自给自足的自然经济基础,给资本主义列强提供了商品市场与劳动力市场。中国的民族资本主义也得以逐渐产生与发展。在 19 世纪 60 年代末 70 年代初,开始了一部分商人、地主、官僚投资新式工业。19 世纪末 20 世纪初,民族资本主义有了初步发展。随着中国民族资本主义的发展,中国的资产阶级与无产阶级就产生了。特别是资产阶级由于经济力量的增长,他们便提出了发展资本主义和维护资产阶级利益的要求。在 19 世纪 70 年代前后,在中国出现了反映资产阶级利益的改良主义思想;到 90 年代后半期,发生了资产阶级改良派的戊戌变法运动。

资产阶级改良派要求改良维新之时,资产阶级革命派也开始活动。随着戊戌变法的失败、义和团运动被镇压,以孙中山先生为代表的资产阶级革命派积极建立组织、发动起义。先是 1905 年建立“同盟会”,发表《宣言》与《纲领》,接着在各地举行起义。最后 1911 年 10 月的武昌起义,推翻了统治中国二百六十多年的清皇朝,结束了二千余年的封建帝制,建立了资产阶级共和国——中华民国。

但是资产阶级建立共和国之后,由于自己力量不够强大,又受到帝国主义与封建势力的压迫剥削与束缚限制,因而在中华民国初期,有袁世凯、张勋的复辟帝制,有段祺瑞、冯国璋、曹锟、吴佩孚、张作霖等军阀统治,实际上是旧军阀的争权夺利与割据混战。而 1927 年开始的蒋介石为首的南京国民政府,表面上是继承民主主义革命先行者、资产阶级革命家——孙中山先生的三民主义,要实行民治民享民有,实际上是依靠帝国主义与封建势力的买办大资产阶级专政,半封建半殖民地地位日益加深。特别是从 30 年代开始,日本帝国主义占领了包括东北在内的不少地区,建立了伪满洲国与汪精卫伪政权等,这些地区实际上成了日本的殖民地。政治、军事斗争的形势非常激烈