

陈新宇 著

寻找法律史上的

In Search of
the Missing Jurists
in Legal History

失踪者

(增订版)

陈新宇 著

寻找法律史上的

In Search of
the Missing Jurists
in Legal History

失踪者

(增订版)

图书在版编目 (CIP) 数据

寻找法律史上的失踪者 / 陈新宇著. —增订本, —
北京: 商务印书馆, 2019

ISBN 978-7-100-17213-4

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 (2019) 第 054033 号

权利保留, 侵权必究。

寻找法律史上的失踪者

(增订版)

陈新宇 著

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

南京鸿图印务有限公司印刷

ISBN 978-7-100-17213-4

2019 年 8 月第 1 版 开本 889 × 1194 1/32

2019 年 8 月第 1 次印刷 印张 8½

定价: 38.00 元

增订版序： 寻找法律史上失踪者的意义

不知不觉，距《寻找法律史上的失踪者》初版付梓已经有四年，其间加印的，坊间也告售罄。在这种情况下，承蒙商务印书馆白中林先生的青眼抬爱，亦感谢广西师范大学出版社的慷慨惠允，就有了这个顺利“转会”的增订版。

相对于初版时的拙稿十篇，本次增订版在篇幅上增加了六篇文章，分别是《时代的忧伤——瞿同祖的回国记》《康有为伪造阎普通武的戊戌奏折了吗？——兼论戊戌时期的君主立宪问题》《礼法论争中的冈田朝太郎与赫善心——全球史视野下的晚清修律》《沈家本：中国近代具体法治的践行者》《何处相思明月楼：楼邦彦的清华往事》《李敖：法学院的匆匆过客》。问心无愧的是，十几年前“每一至两年研究一人的计划目标”在初版刊行后仍能继续坚守。日就月将之中，笔者关于中国近代法治的视域更加开阔，场景日渐清晰，感念感怀，有如佛经偈语所云，“靡不护念初发心”。

作为后知后觉者，笔者在研究和教学中常常扪心自问或者面临学友提问：“寻找法律史上失踪者的意义何在？”对此问题的回

应,不妨借用孔子的“古之学者为己,今之学者为人”,从于人于己两个维度展开。

对于失踪者而言,我们通过发掘前辈的法律故事,能使近代法治的潜德幽光不至泯灭于历史长河,这是法史学人的职责本分。诚如初版序言所指出:“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。”前事不忘,后事之师,此乃应该去做也必须有人去做的事业。

对于寻找者而言,在青灯黄卷下感通先贤的法治往事,能使我们在历史面前秉持谦逊之心。例如在沈家本的故事中,我发现在1911年资政院闭会时,作为副总裁的他没有参加合影,原因是“举足触地毯裂口,致倾跌伤鼻,血流甚多,未预摄影”,对照资政院的会议速记录,可以看到直至闭会的前一天,年过七旬的他仍在会场上坚持到晚上十点半,为新刑律的最终议决保驾护航,这次意外受伤很可能是积劳与压力所致,其后果则是“自此多病”。沈氏在1913年便驾鹤西归,与此番事故不能不说有密切的因果关系,这位近代法律改革“现实的理想主义者”对于中国法治建设可谓鞠躬尽瘁矣。

通过对多元资料的深度研读和均衡推理,探究历史真相,也可使我们在此过程中培养学术自信。例如在阔普通武与康有为的故事中,我发现学界聚讼不已的戊戌变法重要奏折《变法自强宜仿泰西设议院折》著作权问题,实际上与第三人梁启超有着密切的关系,该奏折是梁启超与康有为的作品,在戊戌时期以内阁学士阔普通武之名上奏。康有为在辛亥年间将该折窜改成《请定立宪开国会折》,但并非某些擅长考据的历史学家过度解读而认为其乃无中生有的“作伪”。从方法论上反思,“尽信书,则不

如无书”乎？

寻找的过程虽然不免筚路蓝缕，却有邂逅知己、吾道不孤的惊喜，更能感悟陈寅恪先生在《海宁王先生之碑铭》中的狮子吼：“士之读书治学，盖将以脱心志于俗谛之桎梏，真理因得以发扬。”正可以此自勉，纾缓时代焦虑。在当前中国学界，“俗谛之桎梏”最甚者莫过于核心期刊论文的量化考核机制。本书中的董康一文，完成于2005年我刚履清华教职之时，曾试投稿于《中外法学》，一段时间后未有音讯，恰巧黄源盛教授主办的《法制史研究》向我邀约此文（2004年我在台湾的学术会议上曾提交初稿），该杂志在业内有口皆碑，自然一口允诺。与此同时我接到《中外法学》时任编辑张谷教授的电话，问可否略加修订后在《中外法学》发表，我以已经答应《法制史研究》为由谢拒。他稍感意外，最后说了一句“好文章大家都想要”，结束了这次谈话。我与张谷教授之前素未谋面，后来也未曾相见，他是卓有清誉的学者，蒙其谬赞，倍感荣幸。事后回想其反应，可能是很少有人会这么直接拒绝《中外法学》吧。今度重提往事，不是想凸显清高，只是实事求是地记载当年内心，作为核心期刊的《中外法学》与清流杂志的《法制史研究》，地位并无二致。虽为敝帚自珍，但拙文提炼出来的近代法律人在激进与保守之间左右摇摆的“董康问题”，在当下仍然有学术价值。后来我经历各种职称评选、人事制度改革，董康一文在核心期刊论文考核标准之中自然毫无作用，当如数工分一般计较自己的论文数量，患得患失之际，回想当年举动，不禁莞尔，却不后悔。现今学界风气，动辄何种核心、多少数量，却鲜有什么命题、哪些原创贡献，让人无聊无趣，不免忧心这种唯刊物与数量的“两唯论”体制将导致劣币驱逐良币，造就“精致的利己主义者”。就个人而言，通过寻找法律史上的失踪者，可以置身于历史苍穹，体察时势，洞悉人性，少些执

念,摆脱小我。

失踪者与寻找者之间,形成了互为彼此的“此人懂我”关系。古人云“治史如断狱”,法律与历史,实乃一体之两面,世间一切皆会归入历史,评价自待有心有缘之人。借用诗人北岛的名句:“卑鄙是卑鄙者的通行证,高尚是高尚者的墓志铭。”卑鄙或者高尚,历史终会作出裁判,人间对此焉能不怀敬畏之心?

2019年5月5日

于清华明理楼温格居

初版序

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，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，我曾数次拜访了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经验的感受，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的法律故事。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:“所谓对其本国已往历史有一种温情与敬意者,至少不会对其本国已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已往历史最高之顶点,而将我们当身种种罪恶与弱点,一切诿卸于古人。”(《国史大纲》)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”,十余年间,关注了十位人物,完成本书的八篇论文和两篇随笔,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,唯仍可慰怀的是,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”的立场,从一手资料入手,自己发现问题,展开论证,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,加入到这一课题的研究中来。

是为序。

2014年4月14日于明理楼

目 录

增订版序：寻找法律史上失踪者的意义	i
-------------------------	---

初版序	v
-----------	---

谁在阻挠《大清新刑律》的议决？

——章宗祥回忆辨伪及展开	1
--------------------	---

向左转？向右转？

——董康与近代中国的法律改革	16
----------------------	----

附：董康年表(1869—1948)	38
-------------------------	----

从礼法论争到孔教入宪

——法理健将汪荣宝的民初转折	43
----------------------	----

人生何处不相逢

——瞿同祖与何炳棣的命运对照	61
----------------------	----

附一：法者还是墨者开启帝国

——聆听何炳棣先生清华讲座有感	76
-----------------------	----

附二：时代的忧伤

——瞿同祖的回国记	81
-----------------	----

法治的恪守者

——燕树棠先生的生平与思想	85
---------------------	----

哲人已逝,典范永存

——缅怀徐道隣先生兼评《中国法制史论集》 99

附:君子的复仇 113

从邵循恪到端木正

——清华法政研究生教育的薪火传承 119

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 131

康有为伪造阔普通武的戊戌奏折了吗?

——兼论戊戌时期的君主立宪问题 139

礼法论争中的冈田朝太郎与赫善心

——全球史视野下的晚清修律 184

沈家本:中国近代具体法治的践行者 210

何处相思明月楼:楼邦彦的清华往事 216

李敖:法学院的匆匆过客 224

初版书评一 寻找法律史上的失踪者意义何在 228

初版书评二 追寻法学先贤 233

参考文献 238

索引 247

致谢 260

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）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，更掩埋了当年不少多姿多彩的修律故事。今天的我们，

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。

在某种进化史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。



章宗祥

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,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、

① 关于新刑律编纂七个法案的全面梳理,参见陈新宇:《〈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年版。

宪政编查馆等部门,所从事之工作,皆与法律关系密切。清季《大清新刑律》的制定引发了激烈的“礼法论争”,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。

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,再咨复宪政编查馆,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,再移送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复议。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(1910)九月成

① 该文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年版。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学者,但其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年版,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:《庚戌资政院议案草》,上海征文社印行,文海出版社1996年影印本。

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于旧制的民主亮点。

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)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)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繁重,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。从下午两点开会,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,防止旧派离场造成人数不足,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,议决过程之勾心斗角、暗流汹涌,

^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年版,第36—37页。

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》^①，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，亦发人深思。

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年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。^②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）第三十七次会议上作了修订情况的报告，并付诸资政院再读。^③当时的情况是，依据立宪计划，新刑律预定在宣统二年颁布，而资政院第一次常年会将在宣统二年十二月十一日（1911年1月11日）闭会，时间急迫，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

① 台湾政治大学基础法学中心藏书。

② 参见《资政院会议速记录》第一次常年会第二十三号议场速记录。

③ 参见《资政院会议速记录》第一次常年会第三十七号议场速记录。

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。^① 在第三十次会议上，议员李文熙又主张先议议程第三项“提议陈请川路倒款关系公司律存废议案”，获得赞成。^②

那么议程变更，真的是章宗祥讲的旧派之拖延伎俩乎？吾以为未必。

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，而是处于流变状态，需要具体分析。

在章宗祥的语境下，笔者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。依据古代中国家族本位的刑律，在室女或寡妇自愿与人发生性关系有

① 参见《资政院会议速记录》第一次常年会第二十九号议场速记录。

② 参见《资政院会议速记录》第一次常年会第三十号议场速记录。