

向左轉？向右轉？

——董康與近代中國的法律改革

陳新宇*

要 目

- 一、引 子
 - 二、董康的法律人生
 - (一) 少年得志 (1867-1901)
 - (二) 晚清法律改革的黃金十年 (1902-1911)
 - (三) 壯志未酬的民初歲月 (1914-1926)
 - (四) 晚景 (1927-1947)
 - 三、董康法學著述評介
 - (一) 秋審制度研究的創新之作：《清秋審條例》
 - (二) 比較刑法的先驅之作：《刑法比較學》
 - 四、從激進轉向保守—「董康問題」的提出和追思
 - (一) 蛻變的歷程
 - (二) 「董康問題」的追思
 - 五、結 語
- 附錄：董康年表

* 北京大學法學博士，現任清華大學法學院講師。本文的初稿，提交於 2004 年 10 月 23 日於台灣政治大學舉行的「第二屆道南雅集：十月法史節——民國法制歷史與人物」學術研討會，感謝主辦人黃源盛先生的盛情邀約和執行秘書莊以馨小姐耐心細緻的協助。在文章的寫作、研討及隨後一年多的修改過程中，曾蒙黃靜嘉、戴東雄、李貴連、蘇亦工、曾建元、張茂霖、郭威廷、黃琴唐、李啟成、孫家紅、袁瑜錚諸位先生或惠贈寶貴意見，或提供難得資料，在此一併致謝。

摘要

近代中國的法律改革，董康乃有典範意義的人物之一。本文從傳記法學的角度，回顧其法律人生，評介其法學著述，並以董康前後期法律思想的轉折為著眼點，通過對其著述的梳理，勾畫出一位法學家於近代中國這一特殊的時空中內心的曲折變化，並試圖予以解釋，進而反思近代以降法律繼受的問題。

關鍵字：法律改革、法律繼受、董康

一、引子

近代中國的法律改革，董康（字授經，又字綬經、綬金、受經，號誦芬室主人）乃有典範意義的人物之一。清季，其任職刑部，於刑曹歷練中脫穎而出，為薛允升、沈家本等法學大家所賞識提攜。沈氏主持清末法律改革，董康乃其左膀右臂，功不可沒；民國以降，他歷任大理院院長、司法總長等職位，始終居於法律改革最前沿。就傳統法制而言，本其舊職所守，自然爛熟於胸；對現代法制，其曾多次赴日本、歐美等國學習、考察，亦有相當瞭解。就其思想而言，曾有「向左轉，向右轉」的巨變：晚清時期，乃「法理派」健將之一，書生意氣，銳意改革；而政體更迭，知天命後，卻趨於保守，進而否定當年之主張，希圖回歸舊制。如由其著作、演講、日記等資料入手，並結合董氏之生平經歷，似可體察其心路歷程之曲折波動，並以一位當年法律專家的內在視角，思索近代以來法律繼受的深層問題。

Dong Kang and the Legal Reform in Modern China

Chen Xin-Yu

Abstract

With respect to the modern China's legal reform, Dong Kang is a characteristic and significant figure. Here we will review his legal dedication and works. Based on the analysis of the transition of his legal thoughts and of his books, this paper is intended to draw the outline of this outstanding lawyer with a special historical background, and to interpret and introspect the issues involved with the legal reception movement in modern China.

Keywords: Legal reform, Legal reception

摘要

近代中國的法律改革，董康乃有典範意義的人物之一。本文從傳記法學的角度，回顧其法律人生，評介其法學著述，並以董康前後期法律思想的轉折為著眼點，通過對其著述的梳理，勾畫出一位法學家於近代中國這一特殊的時空中內心的曲折變化，並試圖予以解釋，進而反思近代以降法律繼受的問題。

關鍵字：法律改革、法律繼受、董康

一、引子

近代中國的法律改革，董康（字授經，又字綬經、綬金、受經，號誦芬室主人）乃有典範意義的人物之一。清季，其任職刑部，於刑曹歷練中脫穎而出，為薛允升、沈家本等法學大家所賞識提攜。沈氏主持清末法律改革，董康乃其左膀右臂，功不可沒；民國以降，他歷任大理院院長、司法總長等職位，始終居於法律改革最前沿。就傳統法制而言，本其舊職所守，自然爛熟於胸；對現代法制，其曾多次赴日本、歐美等國學習、考察，亦有相當瞭解。就其思想而言，曾有「向左轉，向右轉」的巨變：晚清時期，乃「法理派」健將之一，書生意氣，銳意改革；而政體更迭，知天命後，卻趨於保守，進而否定當年之主張，希圖回歸舊制。如由其著作、演講、日記等資料入手，並結合董氏之生平經歷，似可體察其心路歷程之曲折波動，並以一位當年法律專家的內在視角，思索近代以來法律繼受的深層問題。

本文擬從傳記法學的角度，首先，介紹董康之法律人生；其次，評介其學術著作；最後，勾畫出董氏思想前後之變化，並試圖予以解釋。

二、董康的法律人生

(一) 少年得志（1867-1901）

董康，同治六年（1867）出生於江蘇武進（今常州市），與傳統士人一樣，董氏走讀經科舉之路。光緒十四年（1888）戊子科舉人、光緒十五年（1889）己丑科進士，董康連戰連捷。¹就科舉而言，董氏無疑要比沈家本順利許多。後者同治四年（1865）中舉人，此後卻屢試不中，一直到光緒九年（1883）才中進士，²為此可謂「白了少年頭」。進士及第乃仕途之敲門磚，董氏以主事簽分刑部，開始其刑曹生涯。³

入部之後，董氏於前輩指導之下，悉心研究，一方讀律，一方治事。⁴同光時期的刑部，有陝、豫兩派，豫主簡

1 董氏日記回憶，「余童時從唐太夫人習為韻語……戊子己丑聯捷，簽隸秋曹。」氏著《書舶庸譚》（又名《董康東遊日記》）（瀋陽：遼寧教育出版社，1998），卷二，頁27。

2 李貴連，《沈家本傳》（北京：法律出版社，2000.4），頁37以下。

3 根據董氏的回憶，清代科舉乃綜合會試、殿試，朝試之成績，授予職位，較高者授翰林院庶起士、次者分部主事、次者中書、次者知縣。詳見董康，〈追記前清考試制度〉，收於氏著《中國法制史講演錄》（文粹閣影印，不著出版日期），頁151。

4 董康，〈我國法律教育之歷史譚〉，《法學雜誌》7卷6期（1934.11），頁708。清代的法律教育類似學徒式的學習，法律大家如薛允升、沈家本，都是入刑部才開始學律。詳見李貴連，《沈家本傳》，頁40；黃靜嘉，〈清季法學大家長安薛允升先生傳〉，收於薛允升著述，黃靜嘉編校，《讀例存疑重刊本》（台北：成文出版社，1970），冊一，頁13。對清代法律教育深入的探討，詳見張偉仁，〈清代的法律教育〉（上），《台大法學論叢》18卷1期（1988.12）；（下），《台大法學論叢》18卷2期（1989.6）。

練，陝主精覆。⁵其間人才輩出，薛允升（雲階）、趙舒翹（展如）、沈家本（子敦）等，更是其中之翹楚，這三位都曾是董康的上司。⁶薛、沈兩人對董康頗為賞識，尤其是後者，更有知遇之恩。光緒二十六年（1900），義和團運動，八國聯軍入侵北京，風雨飄搖之中，董氏時任陝西司主事，仍堅持入署治事，秩序稍定後，被擢升為提牢廳主事，總辦秋審兼陝西司主稿。⁷

刑部乃技術性很強的部門，董氏為法律專家沈家本、薛允升所器重，且辦理最為重要的秋審事宜，可佐證其治獄之成績；亂世之中，堅守職責，亦可證其操守。少年得志的董康，應該是一個聰穎、自律且富於實幹精神的人。

（二）晚清法律改革的黃金十年（1902-1911）

光緒二十八年（1902）到宣統三年（1911），是晚清法律改革的十年，其主持者為沈家本，董康在此期間，先後任修訂法律館的校理、總纂、提調，兼京師法律學堂的教務提調，

5 董康，〈我國法律教育之歷史譚〉，頁 708。對於同光時期之刑部，沈家本亦有介紹，「當光緒之初，有豫、陝兩派，豫人以陳雅儂、田雨田為最著，陝則長安薛大司寇為一大家……近年則豫派漸衰矣，陝則承其鄉先達之流風餘韻，猶多精此學者。」詳見〈大清律例講義序〉，《寄菴文存》卷六，收於氏著《歷代刑法考》（附《寄菴文存》），鄧經元、駢宇騫點校（北京：中華書局，1985），冊 4，頁 2232。

6 薛允升於咸豐六年（1856）中進士後以主事簽分刑部，同治十二年（1873）外放，光緒六年（1880）召回任刑部堂官，光緒二十三年（1897）被貶，光緒二十六年（1900）重新起用，第二年即駕鶴西歸。趙舒翹於同治十三年（1874）中進士後以主事簽分刑部，光緒十二年（1886）外放，光緒二十三年（1897）內調回刑部左侍郎、尚書。庚子（1900）時，主張撫團滅洋，事變後被賜死。沈家本於同治三年（1864）援例入刑部，光緒十九年（1893）外放，光緒二十七年（1901）任刑部右侍郎。關於薛允升的生平，詳見前揭黃靜嘉，〈清季法學大家長安薛允升先生傳〉。關於趙舒翹、沈家本的生平，詳見前揭李貴連，《沈家本傳》。

7 詳見董康，〈補錄庚子拳禍〉，收於氏著《書舶庸譚》，卷四，頁 120-125。這與董氏在別處的記載稍有出入，「清光緒二十七年，余由刑部湖廣司主稿改擢提牢廳主事。」《清秋審條例》（刻本重印，北京：中國書店，1991），頁 45。但本文仍以《書舶庸譚》為準。

乃沈氏股肱之一，推手之功，尤為顯著。

首先，改造舊律。在沈家本的主持下，董康與王世琪、許受衡、羅維垣、吉同鈞、周紹昌修訂《大清現行刑律》，完成對傳統法《大清律例》的改造，以之作為現代法《大清新刑律》之過渡。該法修訂過程中大量地汲取了薛允升《讀例存疑》意見。⁸從某種程度上講，代表著傳統法學的絕唱。

其次，提議改革刑制，以試探朝廷對於法律改革的態度。依董氏所憶，光緒三十一年（1905），沈家本、伍廷芳聯名上奏的〈刪除律例內重法折〉乃由其草擬。⁹該折為清廷所准，一舉廢除凌遲、梟首、戮屍、刺字、緣坐等傳統酷刑，此乃中國刑罰制度由野蠻走向文明的重要一步，也給予了改革者們相當的激勵，法律改革的具體計畫，開始落實開展。

第三，赴日本調查司法、延聘法律顧問。光緒三十二年（1906），董康以刑部候補郎中的身份赴日本調查裁判監獄事宜，在此基礎上編輯成《調查日本裁判監獄報告書》¹⁰，進呈御覽。據時同處東京的學部員外郎王儀通介紹，董康「出則就

8 詳見董康，〈中國修訂法律之經過〉，收於氏著《中國法制史講演錄》，頁159。在「修訂法律館修訂現行刑律銜名」中，除沈家本、俞廉三兩位修訂法律大臣外，還包括提調官（4人）、總核官（1人）、總纂官（5人）、纂修官（12人）、協修官（15人）、核對官（3人）、收掌官（2人）。董康與王世琪、羅維垣三人是提調官，吉同鈞、許受衡、周紹昌三人是總纂官，其時董氏是大理院候補推丞。可見《欽定大清現行刑律》（清宣統二年仿聚珍版印行，凡36卷，2函，北京大學圖書館藏書），卷一。

9 詳見董康，〈中國修訂法律之經過〉，頁157。不過，關於此折是否出自董氏之手，學界尚存在爭議。蘇亦工先生認為該折的整體框架和基本思路出自伍廷芳，並認為董氏有貪功之嫌。具體的論證可見氏著，《明清的律典與條例》（北京：中國政法大學出版社，2000），頁351-354，尤其是註釋39。李貴連先生則認為該折為沈家本所作，理由是收入該折的《寄籀文存》在刊刻時，沈家本在開篇的〈小引〉曾謂「……因取近日論說，及向日參考之所及者，益以自治奏牘數篇，都為八卷，付諸印工。」可見李貴連編著，張國華審定，《沈家本年譜長編》（台北：成文出版社，1989），頁254-255。而當時伍廷芳、董康等尚在人世。

10 北京農工商部印刷科鉛印，光緒丁未（1907）五月排印。董康另將輯譯所得，編纂成《裁判訪問錄》與《監獄訪問錄》，沈家本欣然為之作序。詳見（清）沈家本，〈裁判訪問錄序〉，〈監獄訪問錄序〉，《寄籀文存》卷六，收於氏著《歷代刑法考》（附《寄籀文存》），鄧經元、駢宇騫點校（北京：中華書局，1985），冊4。