

汉语法学文丛

徐道隣法政文集

徐道隣 著

清华大学出版社

《徐道隣法政文集》

本书汇集已故法学家徐道隣先生的著作2部和论文、评论25篇，以《徐道隣法政文集》之名刊行。其分为上下两卷，上卷为专著，收入先生的《中国法制史论略》和《唐律通论》，下卷为论文和评论，以先生《中国法制史论集》的代表性文章为基础，加以增补而成。徐道隣先生在宪法、中国法律史领域造诣精深，当代学人感叹其为“惊鸿一瞥的宪法学彗星”，西方学界评价他是“杰出的中国法律史学者，以三种语言写作，促进了我们对一个伟大传统的理解”。本书清晰简洁的字里行间，折射出这位媒介中西的近代学人整理国故、爬梳法意的伟大身影。

本书由清华大学华字汉语法学专项研究资金资助出版

清华大学出版社数字出版网站

WQBook 书文局泉

www.wqbook.com

ISBN 978-7-302-45924-8



9 787302 459248 >

定价：65.00元

本书由清华大学华宇汉语法学专项研究资金资助出版

汉语法学文丛

徐道隣法政文集

徐道隣 著

清华大学出版社
北京

内 容 简 介

法学家徐道隣先生是 20 世纪中国法律史、学术史上的一位重要人物,其身世传奇,学贯中西,为一代法学大家。本书收集内容涵括徐氏在国内外刊物上发表的论文、评论、书评等文字,展示一代学者的法制史与宪法修养。本书分为上、下两卷,上卷为专论,收集了《中国法制史论略》和《唐律通论》。下卷收录徐道隣散落在海内外期刊上的宪法与法理论文、书评、评论等。

本书适合法学研究者和法科学生阅读,同时对于关心法学的其他学科人士也有参考价值。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

徐道隣法政文集 / 徐道隣著. —北京:清华大学出版社,2017

(汉语法学文丛)

ISBN 978-7-302-45924-8

I. ①徐… II. ①徐… III. ①法学—文集 ②政治学—文集 IV. ①D90-53
②D0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 010008 号

责任编辑:方 洁

封面设计:傅瑞学

责任校对:王荣静

责任印制:王静怡

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编:100084

社 总 机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者:三河市金元印装有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:155mm×230mm 印 张:31.5 字 数:423 千字

版 次:2017 年 3 月第 1 版 印 次:2017 年 3 月第 1 次印刷

印 数:1~2000

定 价:65.00 元

产品编号:069097-01

本书主编：陈新宇 刘 猛

编者说明

徐道隣(1906—1973),原名审交,江苏萧县人,民国著名法学家,在宪法、法律史领域造诣精深,旁涉语意学、行为心理学等学科。

徐先生一生富有传奇色彩。其乃民国名将徐树铮之三公子,自幼受私塾教育,奠定扎实的国学基础,在1924年随父赴欧美考察,并留德读书。1925年徐树铮回国后,被冯玉祥、张之江谋害于廊房,徐道隣回国奔丧后返德国继续学业,1931年在西门(Rudolf Smend)教授指导下以《宪法的变迁》获得柏林大学法学博士学位,当代学者评价其文“不仅德文措辞精确、晓畅,尤其是氏所援引的文献是特别严谨、广博,实是无法令人相信是出自一位当年仅25岁的‘非德国人’——中国的法学者之手”。^①彼时徐氏未及而立之年,已是旧学新学融汇于一身,若继续潜心问学,加以时日,俨然一代宗师的气象,但其发愿的却是为父复仇问题,他谈道:“凡是读中国书,听中国戏,看中国小说的人,对于他,没有一件比替父亲伸冤报仇更重要的。但是我那时知道,对于我,这却不是一件简单的事情。冯是一个手握重兵的大军阀。我是一个赤手空拳的孩子,怎么能谈报仇?想要报仇,必须努力向上,在社会上有了一点地位,然后才能作此想。因此我下定了决心:先拿报仇的精神去读书。等书读好了,再拿读书的精神去作事;等作事有点成就,再拿作事的精神去报仇!”^②

因此,归国后徐道隣很快脱离书斋,投身宦海,先任职于国防设计委员会,后历任行政院政务处参议、中国驻意大利代办、考试院铨叙部司长、行政院政务处处长、台湾省政府秘书长、江苏省政府秘书长等职。抗战胜利,徐氏辞去公职,投状于重庆地方法院和军事委员会,控

① 陈新民:《惊鸿一瞥的宪法学彗星——谈徐道隣的宪法学理论》,收入《公法学札记》,216页,北京,中国政法大学出版社,2001。

② 徐道隣:《二十年后的申冤》,收入徐道隣编述、徐樱增补:《徐树铮先生文集年谱合刊》,379页,台北,台湾商务印书馆,1989。

告冯玉祥、张之江杀人罪。该案因政治因素,军事委员会以告诉时效已过而不了了之,但徐氏所表现出来之孝道精神,让人感慨,其公私分明,亦让人感佩!

诉讼之后,心事已了,徐道隣之重心回归学术,曾出任上海同济大学法学院院长,赴台后任教于台湾大学、东海大学,后又远渡重洋,执教于西雅图华盛顿大学、哥伦比亚大学和密歇根州立大学。1973年圣诞前夕,先生因心脏病发作,逝世于西雅图家中。

徐道隣从留学德国归来之后,学术旨趣发生转向,主要以比较法的视野,进行中国法律史的研究,著述颇丰,尤其对唐、宋的法律史撰有开拓性的作品,其深厚的外语功底和清晰简洁的文风,对中国法在西方世界的推介贡献颇多。1980年普林斯顿大学出版社曾出版了一本《中国法律传统论集》(Essays on China's Legal Tradition),扉页上写道:“谨以此书纪念徐道隣(1906—1973)——一位杰出中国法律史学者,他以三种语言写作,促进了我们对一个伟大传统的理解。”

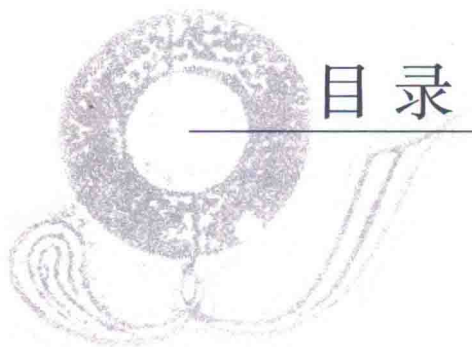
本书汇集徐道隣先生的法政类著作2部和论文、评论25篇,以《徐道隣法政文集》之名刊行。其分为上、下两卷,上卷为专著,收入先生的《中国法制史论略》和《唐律通论》二书,下卷为论文和评论,选择先生去世后王靖献(杨牧)博士编辑的《中国法制史论集》中的代表性文章为基础,另增补散见于其他刊物的重要文章而成。本书后附有《徐道隣先生著述目录》,乃在张吴燕美女士所辑目录(收入《中国法制史论集》)基础上校核、增订而成。遗憾的是因为时间和译者等因素,徐先生的博士论文等外文著述此次没有收入,期待以后有机会弥补。

本书的编辑,得到徐道隣先生的女公子徐小虎教授的慷慨授权和温言勉励,刘猛博士共同编辑校讎,劳心劳力,刘俊宇、张一民、黄茜、谢晶、章晶、张晓泽等诸位学友或复印珍贵资料,或提供联络资讯,责任编辑方洁女士一如既往支持,谨此深表谢忱。

谨以本书纪念徐道隣这位“寂寞一生,从未得意”的杰出学人。

陈新宇

2016年10月8日于清华明理楼



目录

上 卷

中国法制史论略	3
唐律通论	81

下 卷

中国法律制度	121
从法制史上看东方及西方法律观念之形成	140
周室的仁政	150
唐律中的中国法律思想和制度	158
开元律考	170
“自首”制在唐明清律中的演变	177
中国唐宋时代的法律教育	182
宋律佚文辑注	192
宋律中的审判制度	205

鞠臧分司考	226
宋朝的县级司法	239
翻异别勘考	262
宋朝的法律考试	282
宋朝刑事审判中的覆核制	317
推勘考	335
宋朝的刑书	356
宋仁宗的书判拔萃十题	384
法学家苏东坡	389
东坡,常州,和扬州题诗案	406
明太祖与中国专制政治	417
宋濂与徐达之死 ——明史中的两桩疑案	441
清代考试与任官制度	449
对于宪法草案初稿之意见	467
萧著中国政治思想史评介	473
论政治家与学人	481
徐道隣先生著述目录	487

上卷

中国法制史论略*

序

叙言

一、春秋及战国

二、汉

三、魏晋及南朝

四、北朝及隋

五、唐

六、五代

七、宋

八、辽金元

九、明

十、清

十一、历代律令名称考



* 台北，正中书局，1976 年六版。

序

如果照事实的说明,写中国法制史,似乎确实是一件难事。二三十年来,出版问世的,一起不过五六本,而多半不合需要。它们一般的缺点,是略其所应详,而详其所可略。二三十万字,八九十万字的书,对于两汉的春秋折狱,魏晋间的肉刑之议,宋神宗时王安石、司马光等关于自首的论战,有的只是略略提起,有的简直连提起过都没有;但是它们却讨论到汉朝有没有“格”,元朝有没有“例”,和春秋时代有没有“律师”和“证人”的制度。它们详于田粮货币,而把官制官规忽略了。尤其是它们都缺乏系

统性的整理和讨论,而大多只是一朝代一朝代,一件事一件事的平铺直叙,没有提纲挈领,没有指出重心。初学者读过之后,但觉万花扰眼,而没有得到一个成形体的印象。而且错误也非常之多:一生反对肉刑的孔融,和父子两代主张肉刑的陈群,硬被派成了同志;苏子由有句诗:“读书万卷不读律”,因而竟有人说东坡“对于此道全是外行”(实则东坡对于法律甚是内行),却忘记了子由下面还有一句,是“致君尧舜终无术”!有人把 Machiavelli 写作 Michiavelli,因而译为“米奇维里”的;北魏常景议律,是在正始元年(504),有人把它提前到太和十九年(495);太和五年(481),高闾所修的律,被人写在正平元年(451)高允的账上;明朝的六赃和唐朝的六赃,中间大有分别,而谈者竟忽略过去;宋高宗绍兴十三年(1143)的“申明刑统”,和太祖建隆四年(963)的“重定刑统”,明明是两部书,而被人当作了一部。诸如此类,不一而足。写中国法制史,真如其难乎?

我自知学识浅陋,又兼目前在台湾不易找参考书,哪里敢妄谈著作。只因为这一门学问之重要,和这一门书籍之缺乏,又经不起朋友的鼓励,乃大胆写成此一小书。不知能使读者对于我们过去的法制源流,遂稍知其大略否?对于如何鉴往以知来,也稍微多得一些理解否?

我这本小书里的叙述和论断,有许多地方,和别的书不同。我没有一一的举出来加以解说。因为对于研究法制史的,他们略翻原始材料,是非马上自明,无须我在此叨叨。对于不是研究法制史的,在一些琐碎的小问题上,打考据官司,在他们面前啰嗦,我认为不须要也不应该。

书中一定不少粗心和误解的地方,希望读者多多指教我!

1953年4月2日 徐道隣识于台北

叙 言

中国的法律制度,可分两个时期。光绪二十八年(1902),清室命沈家本伍廷芳等,参照外国法律,改定律例,是中国法律欧化的一个新时期的开始。在这个时期以前,是中国固有法律制度的一个很悠长时期。我们现在要叙述的,就是这个时期里的中国法律制度。

这个法律制度,若是从周秦说起,到了清末,前后不下两三千年。时间虽长,但是它有非常健全的发展,很灵活的适应了和控制了这个时期的社会。最可注意的,它和很多的其他文化系统不同,它始终维持了非常高度的纯一性(Homogeneity),它所受的异族文化的影响,可以说是微乎其微。所以在中国许多文化产物中,都有名种时期或朝代的特色,而中国的法律系统,是始终维持其一贯性的。

我在这里叙述制度时,同时检讨其在思想上的依据,有时谈到思想,则先考究其在制度上的影响,不然,或为空虚之谈,或属偶然之事,治史学者所不取也。至于叙述的体裁,在各朝代中,择取其最重要及最具代表性之事实述之,如讲律书内容则取唐,讲辩狱则取宋,讲官制官规则取清,这样采取重点(Schwerpunkt)的方法,在写法制史,还是尝试。是否适当,仍待读者指教。

一、春秋(770B. C. —404 B. C.) 及战国(403B. C. —221 B. C.)

(一) 古史材料缺乏

凡是一个民族,经由原始社会,形成一个有组织国家,必定有它的一套法律制度在发生作用。因之所有民族的原始法律,都有它们的共同和类似之点。关于原始法律的研究,是社会学、民族学、法律哲学的,而不是法律学的课题。有些治中国法制史的,每每喜欢从“法”字、“律”字的研究开始,而去在《易经》、《说文》等书上去下功夫。这是以

不适当的工具,从事于不必要的工作,做起来很勉强,结果并无价值。^①

凡谈中国古法律的,必定谈到书经中的吕刑(吕侯是周穆王的司寇“作吕刑”951 B. C. ?)。《书经》是否为汉人伪造,姑且不论;即使我们认定吕刑是西周的文字,但是除了“五刑之属三千”,“大辟二百”等几个笼统的数目字,和“五辞”、“五刑”、“五罚”、“五过”等几个“五”字起头的名词以外,它并没有什么有关法律的内容。^② 但是因为自从汉魏以来,凡是讨论法律的人,在写文章的时候,总是欢喜用引它一两句,以饰词藻,因之遂享有大名。实则吕刑对于中国的法律思想和制度,事实上并没有发生过多大的影响。^③ 本来没有法律性的东西,怎么能发生法律上的作用呢? 此外还有春秋时郑国子产的“刑书”(《左传》昭公六年,538 B. C.),晋国赵鞅的“刑鼎”(《左传》昭公二十九年,513 B. C.),也是法制史课本上常见的项目。^④ 但是除去举出来当时知识分子中有力人物(叔向、孔子)之不以为然,而间接的说明了当时一般风气之不看重成文法。^⑤ 此外在法制法理方面,它们并没有供给我们任何一点具体的知识。

(二) 战国的法家思想

战国时的“法家”——《汉书·艺文志》所称的李悝、商鞅、申不害、慎到、韩非之外,后人又加上管子和尹文子——在中国思想史上,久矣夫不为正统派学者所推崇,而在最近三四十年来,却甚为时髦,在许多法制史书上,都占着重要的篇幅。但此中有好几个误解存在,我们不

① 譬如为研究孔子而考证到“孔”字的来源和涵义,这是研究“孔”字这个字,而不是研究“孔子”这个人。

② 我们看看罗马的十二铜表法(450 B. C. ?)它们包涵者多么丰富的法律材料!

③ 后汉的陈宠,曾经一度打算根据吕刑的“三十”之数,删减当时的刑名(94 A. D.),但也不过只是一个数目字的问题罢了(见《后汉书·陈宠传》)。

④ 杨鸿烈:《中国法律发达史》,51页;陈顾远:《中国法制史》,42页。

⑤ 希腊:都拉科(Draco)公布的法典,在621 B. C.,索伦(Solon)的修改,在594 B. C.,罗马派考察团到希腊学习法律,在454 B. C.,公布十二表法,在450 B. C.,都是看重成文法的例子。

能不予以辨正。

1. 所谓“法家”，并不包括李悝。李悝是魏文侯的老师，造的《法经》六篇（约 400 B.C.），后来商鞅传之于秦，萧何用之于汉，从此两千四百年的中国法律，再也脱离不了他的系统。称李悝为中国法律之祖，实在一点也不夸大。不过李悝的法经，除去一部分内容，寄生在后来的法典中，它本身久已失传。^① 所以后人所称的法家，李悝并不能被包括在内。而李悝对于中国法律的关系，也就并不代表法家对于中国法律的关系。此其一。

2. 法家乃政治家而非法律家。这些法家的著作，其全部的内容，无不是在说明如何取得国王的信任，如何把国家弄得安定富强，如何治国第一必须重用法律，而不是对一些实质的法律问题^②，有若何深刻的探讨。他们是一群政治家，法律哲学家，而不是法律家；至少他们的书，是讲权术的政治学，间或略带一点法律哲学，而不是法律学。“法家”（Legists）并不就是“法律家”（Jurists）。^③ 此其二。

3. 法家理论，有许多与儒家相同。法家特别注重法律，所以对于法律的讨论也比较多。有些学者，曾经举出好几点，认为是他们的特殊见解。实则儒家们的法律见解，有许多和他们是相同的。

（1）法宜公布。韩非子：“法者编著之图籍，设之于官府，而布之于百姓者也。”商君书：“诸官吏及民有问‘法令之所谓也’于主法令之吏，皆各以其‘故所欲问之法令’明告之；故天下之吏民，无不知法者，吏明知民知法令也，故吏不敢以非遇民”。^④ 然而这就是孟子所强调的“明其政刑”的“明”（《公孙丑》）。

（2）法重综合名实。韩非子：“正名覆实，不罚而威……是非随名

① 黄奭的汉学堂丛书，收有李子《法经》六篇，全是以唐律改窜，有“天尊”、“佛像”、“道士”、“女冠”等名辞。我们所见的伪造的古书，未有幼稚的如此可笑者。

② 例如罗马法很早就讨论到“法律和公平”、“公法和私法”、“自然法”、“债权”、“婚姻”、“继承”、“诉讼程序”等问题。

③ 喜欢听弹钢琴的人，不一定就是会弹钢琴的人。就使他描写钢琴如何好听，也并不是在讲说钢琴如何弹法。

④ 杨鸿烈：《中国法律发达史》，83 页；陈顾远：《中国法制史》，42 页。