

■ 民国·比较法文丛

宪法历史及比较研究

程树德 著



創刊 1897

商務印書館
The Commercial Press

■ 民国·比较法文丛

宪法历史及比较研究

程树德 著



商务印书馆
The Commercial Press

2012年·北京

图书在版编目(CIP)数据

宪法历史及比较研究/程树德著. —北京:商务印书馆, 2012

(民国·比较法文丛)

ISBN 978-7-100-08885-5

I. ①宪… II. ①程… III. ①宪法史—比较研究—世界 IV. ①D911.02

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 016238 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

本书据荣华印书局 1933 年初版排印

民国·比较法文丛

宪法历史及比较研究

程树德 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

北京市白帆印务有限公司印刷

ISBN 978-7-100-08885-5

2012 年 12 月第 1 版

开本 880 × 1230 1/32

2012 年 12 月北京第 1 次印刷 印张 9 1/2 插页 2

定价:33.00 元



程树德

(1877—1944)

总 序

比较法(法文 *droit comparé*, 英文 *comparative law*, 德文 *rechtsvergleichung*), 有时也称“比较法学”, 是指对不同国家或不同地区的法律理念、制度、原则乃至法律用语等进行比较研究, 发现蕴含在其中的一些共同性要素, 以实现各国、各地区之间法律的沟通、交流和融合, 使其获得更好地适用的一门学问。它既是一种法学研究的方法, 也是一个法学学科, 是近代西方社会进步、文化发达、法律昌盛的产物。

近代比较法诞生于法国。1869 年, 法国创办了世界上第一个比较立法学会, 试图通过比较各国的立法经验, 来完善本国的法律制度。1900 年 7 月 31 日至 8 月 4 日, 在法国举行的第一届比较法国际大会上, 与会代表提交了 70 余篇学术论文, 会议的召开宣告了比较法这一学科的诞生。1901 年, 刑部大臣沈家本(1840—1913)奉命修律变法, 主持修订法律馆, 参照外国的经验建立和完善中国的法制, 许多外国的法典和著作被引入中国, 比较法开始了其在中国的旅程。

1912 年, 中华民国政府建立后, 对比较法的研究十分重视, 出版了王宠惠的《比较民法概要》(1916 年)、王家驹的《比较商法论》(1917 年)、董康的《比较刑法学》(1933 年)和王世杰、钱端升的《比较宪法》(1936 年)等作品。与此同时, 日文汉字“比较法”

（“比较法学”）一词也被学界引入中国。除了专著以外，一些比较法译著也得以出版，如意大利学者密拉格利亚（Luigi Miraglia，1846—1903）的《比较法律哲学》（1940年版）等。在此基础上，中国近代的比较法学科开始形成。

在此过程中，有几件事情对中国近代比较法的发展和定型意义特别重大。一是该时期出版了一批比较法的著作，发表了一批比较法的论文^①。二是比较立法的事业有了进一步发展，从1912年至1949年，在比较各国立法得失的基础上，中华民国各届政府先后制定了《中华民国临时约法》，以及宪法、民法、刑法、刑事诉讼法、民事诉讼法、土地法、银行法等主要的法律。三是比较法教育有了显著发展，各公立、私立的法政专门学校和法学院，扩大了外国法律课程范围，并将比较法制史、比较法学概论，比较民法，比较刑法，比较司法制度等都定为选修课。四是创办了比较法学会与比较法研究的杂志。

正是在上述基础上，中国近代的比较法研究开始走向繁荣。这当中，有几部作品所起的作用特别巨大。比如，攻法子所著《世界五大法系比较论》（《政法学报》1903年第2期）和张鼎昌的《比较法之研究》（《中华法学杂志》新编第1卷第9号，1937年），对比较法的基本问题进行了阐述，因而奠定了比较法总论的框架体系，历史与理论基础；又如，李祖荫（民法）、王世杰（宪法）、许鹏飞（刑法）等人的研究成果，属于比较法各论的代表作品，它们的出版，构成了中国近代比较法各论的主要内容；此外，龚铎所著《比较法学概要》^②一书，虽然与当时出版的法学通论的内容大同小异，但它是

① 根据笔者的统计，该阶段我国共发表比较法的论文约有150余篇。

② 商务印书馆1946年。本书简化字版也由商务印书馆纳入《民国·比较法文丛》2012年出版。

中国近代唯一的一本以“比较法学”命名的著作,开了比较法总论专著之先河。

总体而言,民国时期的比较法研究,呈现出如下几个特点:第一,传统的法律比较与现代的比较法研究互相交叉;第二,比较法的发展与近代中国学习西方、模范列强的大背景息息相关;第三,受日本影响比较深,并在日本的引导下形成了中国近代的比较法(比较法学)学科;第四,比较宪法、比较刑法和比较民法等部门法的研究比较多,比较法总论性质的研究比较少;第五,比较法理论研究厥如,缺少比较法研究之概论性、总括性作品。在民国时期出版的40余部比较法著作中,总论性质的比较法著作只有上述龚铖所著的一部;第六,没有专门搞比较法的法学家,当时写有比较法的论著、对比较法研究作出贡献者基本上都是法理学、法史学或部门法学的学者,如梁启超、董康、程树德、杨鸿烈、吴经熊、王世杰、钱端升、王家驹、李祖荫、王宠惠、黄右昌、吴传颐、乐伟俊、朱志奋、许鹏飞、杨兆龙、白鹏飞和丘汉平等,没有一个纯粹搞比较法研究的学者;第七,对先进法律理念的崇尚和对先进法律制度的追求,成为贯穿于中国近代比较法研究中的一根主线。

1949年新中国建立以后,由于种种原因,比较法学一直不被重视,成为几乎被忘记的学科,20世纪50年代中国的法学杂志,如《政法研究》、《法学》、《政法译丛》等,极少刊登比较法方面的文章,即便是几篇刊登出来的文章,也往往以批判为主。这种局面持续了30年,直至1978年改革开放以后,比较法学才受到重视,获得了发展。1985年推出了龚祥瑞的《比较宪法与行政法》^①,1986年,

^① 法律出版社。

面世了上海市社会科学院法学研究所翻译的《各国宪政及民商法概要》(全6册)^①,1987年又出版了沈宗灵的力作《比较法总论》^②等。

20世纪80年代后期以来,在学界的努力下,我国的比较法学开始了较为迅速的发展。1988年,中国社会科学院法学研究所成立了比较法研究室,同年中国政法大学也成立了比较法研究所。之后,北京大学、华东政法学院、苏州大学、西南政法学院等,也都成立了比较法研究机构。1990年10月,中国法学会成立了比较法研究分会,沈宗灵、江平和刘兆兴依次出任了会长。自1979年北京大学创办《国外法学》之后,1987年中国政法大学创办了《比较法研究》,进一步推动了比较法研究的发展。比较法研究的著作和论文不断面世,优秀学者辈出,比较法学成为了我国法学领域中的一个重要学科。

改革开放30多年来,我国的比较法学虽然取得了长足的进步,但还存在着一些不足,除了高水平的作品还不多,研究队伍还比较弱小,政府和学界对它还没有足够重视之外,我们对历史上尤其是民国时期比较法研究成果的梳理、分析、继承和发扬光大方面,还做得非常不够,这不能不说是一个重要的遗憾。为此,在商务印书馆领导于殿利和政法室主任王兰萍,以及中国政法大学图书馆馆长曾尔恕的策划和鼓励下,我们从民国时期出版的40余种比较法著作中,精心挑选了一部分,陆续整理、勘校、解读后,予以重新出版。

① 法律出版社。

② 北京大学出版社。

在《民国·比较法文丛》整理、勘校和出版过程中,除了商务印书馆的全力支持之外,国家重点学科华东政法大学法律史研究中心、上海市社科重点研究基地华东政法大学外国法与比较法研究院对本丛书给予了项目经费资助,中国政法大学图书馆则为本丛书提供了原始版本。此外,我们还得到了各位勘校者以及相关专家的支持和帮助,对此,均表示我们诚挚的谢意。当然,对于丛书中出现的各种问题或缺陷,则完全由我们承担责任,也希望广大读者谅解,并批评、指正。

何勤华

于华东政法大学

外国法与比较法研究院

2012年10月1日

凡 例

一、“民国·比较法文丛”收录 1949 年以前法律学术体系中比较法研究的重点著作,尤以部门比较法居多。入选著作以名著为主,亦酌量选录名篇合集。

二、入选著作内容、编次一仍其旧,唯各书卷首冠以作者照片、手迹等。卷末附作者学术年表和题解文章,诚邀专家学者撰写而成,意在介绍作者学术成就,著作成书背景、学术价值及版本流变等情况。

三、入选著作率以原刊或作者修订、校阅本为底本,参校他本,正其讹误。前人引书,时有省略更改,倘不失原意,则不以原书文字改动引文;如确需校改,则出脚注说明版本依据,以“编者注”或“校者注”形式说明。

四、作者自有其文字风格,各时代均有其语言习惯,故不按现行用法、写法及表现手法改动原文;原书专名(人名、地名、术语)及译名与今不统一者,亦不作改动。如确系作者笔误、排印舛误、数据计算与外文拼写错误等,则予径改。

五、原书为直排繁体,除个别特殊情况,均改作横排简体。其中原书无标点或仅有简单断句者,一律改为新式标点,专名号从略。

六、原书篇后注原则上移作脚注,双行夹注改为单行夹注。

文献著录则从其原貌,稍加统一。

七、原书因年代久远而字迹模糊或纸页残缺者,据所缺字后用“□”表示;字难以确定者,则用“(下缺)”表示。

八、入选著作外国人名保持原译名,唯便今天读者,在正文后酌附新旧译名对照表。

例 言

有传世之作，有售世之作。余少时著《国际公法》一书，采摭学说先例，尚称新颖，及欧战后顿成陈腐。自是始悟，凡有时效性之书皆可不作。戊午以还以十年之功成《九朝律考》二十卷，戊辰成《说文稽古编》二卷，庚午又成《续明夷待访录》二卷，于新籍未一措意也。辛未续成《稽古篇》付书局印刷，而版因沪变毁于火，并初稿失之。今夏欲检点旧稿重为编次会友人，有以宪法新资料见饷者，遂竭两月之力先成此书。明知浪费光阴可惜，然古人中如朱熹一生精力在《四书集注》，而未尝不兼注《参同契》，兼注《楚辞》，亦孔氏贤于博奕之意也。

沿革法学、比较法学皆为欧洲一大学派，盛行于大陆法系诸国。余少时入日本和佛法律学校（今为法政大学），沐其遗风，故讲学喜从比较入手。归国后，首在京师大学堂担任宪法（教席），时清宣统元年（1909年）也。嗣后在各大大学任宪法教席者，垂二十年，其讲义已付印于朝阳大学之校外讲义录。然皆仅列纲要，乃讲义之性质，非著书之体裁也。且欧战以还，欧洲思潮情势变，故别加编次，汰其不行者，增其时用者，俾可为研究宪法者参考之一助。

欧化东渐，国人迷信西方文明已成积重难返之势。印度学者泰戈尔言之详矣，是书毁誉并陈，瑜瑕互见于彼国学者，对于其国制度之不满，必详为介绍，庶异时立法者知所去取。

中国古称华夏,有四千余年之历史,岂得妄自菲薄,是书,凡与自国历史有关者,必略述其沿革或参论其得失,附于每编之次。

我国政局未定,自民元(1912年)临时约法后,有三年(1914年)之修正约法,有十二年(1923年)之宪法,有二十年(1931年)之约法,其未公布者,尚有十四年(1925年)段政府宪法草案及太原扩大会议约法,变更无常,至今迄无比较固定之宪法,故是书概不涉及,仅将已公布各条文列后,以备参考。

目 次

例言	1
----------	---

第一编 宪法总论

第一章 宪法之研究法	3
第二章 宪法过去之历史变化及今后趋势	4
第一节 宪法过去之历史	4
第一 联邦主义	8
第二 民主主义	9
第三 三权分立主义	14
第二节 欧战后宪法之变化	25
第三节 宪法今后之趋势	32
第一 代议制度之衰颓	33
第二 选举之腐败	37
第三 多数决主义之动摇	39
第三章 宪法之用语及性质	48
第四章 宪法之范围及种类	50
第五章 宪法之制定	54
第六章 宪法之修正	55
第七章 宪法之解释	58

第八章 宪法之效力	60
-----------------	----

第二编 国家要素论

第一章 总论	67
第一节 国家发生之原因及其变化	67
第二节 国家之种类	70
第二章 领土	74
第三章 人民	77
第一节 人民之国籍	77
第二节 人民之权利	78
第一款 人的权利	78
第一项 人权之种类	78
第一目 平等权	78
第二目 自由权	80
第二项 人权之保障	90
第三项 人权之限制	91
第二款 政的权利	92
第三节 人民之义务	95
第四章 统治权	97
第一节 统治权之性质	97
第二节 三权分立说	98
第三节 统治权与主权之异同	99

第三编 国家机关论

第一章 总论	105
第二章 行政机关	107

第一节 行政首长	107
第一款 君主制	107
第二款 总统制	109
第一项 总统之地位	109
第二项 总统之选举	111
第三项 总统之资格	113
第四项 总统之任期	115
第五项 总统之继承	116
第六项 总统之权限	117
第一目 关于立法上之权	117
第二目 关于行政上之权	119
第三目 关于司法上之权	122
第七项 总统之责任	123
第八项 总统之俸给	124
第三款 委员制	124
第二节 内阁	127
第一款 内阁之起源及其沿革	127
第二款 内阁之主要范围	129
第三款 内阁之组织	135
第四款 内阁员之副署	136
第五款 内阁员之责任	138
第一项 政治上之责任	138
第二项 法律之责任	139
第一目 弹劾制度之起源	139
第二目 弹劾制度	140
第三目 我国历史上之弹劾制度	142

第六款 我国历史上之内阁制度	143
第三章 立法机关	145
第一节 议会之性质	145
第二节 一院制与二院制	147
第三节 议会之组织	151
第一款 上院之组织	151
第二款 下院之组织	157
第一项 选举权	157
第二项 被选举权	165
第三项 选举方法	169
第四项 选举区及投票法	171
第四节 议会之集散	176
第一款 议会之集会	176
第二款 开会及闭会	178
第三款 议会之解散	179
第五节 议会之权限	179
第一款 关于立法上之权	179
第二款 关于行政上之权	183
第一项 预算	183
第一目 预算之起源及其种类	183
第二目 预算之编制	186
第三目 预算之议决	187
第二项 条约	189
第三款 关于司法上之权	190
第六节 议会议员之权利	191
第七节 议会之议事	195