

■ 民国·比较法文丛

联邦政治

陈茹玄 著



創于1897

商務印書館
The Commercial Press

■ 民国·比较法文丛

013063393

013063393

联邦政治

陈茹玄 著

D033

84



商务印书馆
The Commercial Press

2013年·北京

D033/84

图书在版编目(CIP)数据

联邦政治/陈茹玄著. —北京:商务印书馆, 2013
(民国·比较法文丛)
ISBN 978-7-100-08889-3

I. ①联… II. ①陈… III. ①联邦制—研究
IV. ①D033

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012) 第 013616 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

本书据商务印书馆 1934 年版排印

民国·比较法文丛

联邦政治

陈茹玄 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

北京瑞古冠中印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-08889-3

2013年8月第1版

开本 880×1230 1/32

2013年8月北京第1次印刷

印张 7 1/4 插页 1

定价: 28.00 元



北航

C1671157

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,比较法理论研究阙如,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铤所著的一部;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。

在《民国·比较法文丛》整理、勘校和出版过程中,除了商务印

① 法律出版社。

② 北京大学出版社。

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

自序

民十以来,“联省自治”之说,甚嚣尘上。余维联治制度,杂若繁星,苟不剥蕉抽茧,沿波讨源,取其精英,得其骨干,为讨论标准,则庐山真面,恐非易睹也。故归国后,即思集现世联治各国之制度,为分析比较之研究,著一专书,以明联治之体用。然时以多事仓猝,未能属稿。十二年春,余赴北京法政大学演讲欧洲最近政治,对于联邦制度,益留意取材,得演稿数篇,惟缺焉不备,心常耿耿。至同年秋,余南来宁,就东南大学讲席,乃授联邦政治一门。因择近代联治制度之最著者,得美、瑞、德、奥、加、澳六邦国,析其异同,厘其得失,分别论列,以供学者之研究。至于南美小国,如阿根廷、璜尼疏拉等,其联邦制度,取法于美。欧洲新国,如苏维埃、匈牙利、俄罗斯等,号称联邦,而其制度精神不相类似者,概未列入,求精约也。全书凡八章,约十万言,期年乃成。末一章,论“理想中之联邦政治,”据私心所得一二,约束全文,亦将以就正明达云尔。

陈茹玄序于南京东南大学

民国十三年(1924年)八月十日

目 录

自 序	陈茹玄 1
导 言	1
第一章 概 论	4
第一节 联邦政治之界说	4
第二节 联邦政治之特性	4
第三节 对于“邦”字之批评	6
第四节 联邦成立之程序	8
第五节 联邦组合与同盟组合	8
第六节 完全的联邦组合与不完全的联邦组合	11
第七节 政权之分配	12
第八节 国家之主权	14
第九节 联邦政治之利弊	18
第二章 北美合众国	22
第一节 联邦成立以前之历史	23
第二节 联邦宪法之成立及当时各方对于新宪之意见	25
第三节 各邦宪法对于联邦之影响	29
第四节 联邦宪法之修正	30
第五节 中央与各邦之关系	32

第六节	中央与各邦之分权	36
第七节	邦之位置	38
第八节	中央大理院	40
第九节	分权原则与联邦政治之运用	42
第三章	瑞 士	46
第一节	1848 年以前之瑞士	46
第二节	瑞士社会经济之概况与民治联治发达之原因	50
第三节	1874 年以来之联治概要	51
第四节	中央行政	54
第五节	委员政治之运用	57
第六节	联邦议会	59
第七节	联邦司法	61
第八节	瑞士政党势力薄弱之原因	63
第九节	复决权 (Referendum) 与联邦宪法之修改	64
第十节	创制权 (Initiative)	66
第十一节	瑞士与北美之比较	68
第四章	德意志	70
第一节	德意志联邦帝国之起源	70
第二节	联邦帝国之成立	71
第三节	新宪法之大概及其特点	74
第四节	联邦之主权	74
第五节	政权之分配	75
第六节	普鲁士特殊之位置	76
第七节	宪法之修改	78
第八节	行政元首	79

第九节 帝国首相	81
第十节 上院之组织及其权力	82
第十一节 下院之组织及权力	84
第十二节 司法之组织及权力	85
第十三节 旧德联邦政治之特点	86
第十四节 德意志联邦帝国成功之原因	88
第十五节 欧战后之德意志联邦共和	93
第五章 加拿大联省	103
第一节 加拿大经济概况与联治之起源	103
第二节 加拿大联治大要及其特点	104
第三节 联省议会	106
第四节 联省总督	111
第五节 枢密院	113
第六节 联省司法	114
第七节 联省宪法之修改	116
第八节 省宪及法律	117
第九节 政党之近势	118
第十节 加拿大联省与美国联邦之异点	118
第十一节 加拿大联省与德意志新联邦之比较	120
第六章 澳斯大利亚	121
第一节 联邦政治之动机	121
第二节 采用联邦政治之原因	123
第三节 澳洲政治经济特别状况	124
第四节 澳洲联邦政治概观	125
第五节 联邦议会	126

第六节 联邦司法	127
第七节 责任内阁(或议会政治)	128
第八节 联邦宪法之修改	129
第九节 澳斯大利亚联邦与母国之关系	130
第十节 联邦政治之平民精神	131
第十一节 政党之近势	132
第十二节 工党政策与联邦之将来	133
第十三节 各邦政治	135
第十四节 澳洲联邦与加拿大联省之比较	135
第十五节 澳洲联邦与美国联邦之比较	136
第七章 奥大利	138
第一节 联邦成立以前之奥大利	138
第二节 联邦宪法之大概	139
第三节 中央与各邦之分权	139
第四节 联邦立法	141
第五节 联邦行政	143
第六节 联邦司法	144
第七节 行政裁判所	145
第八节 宪法裁判所	146
第九节 各邦与中央之关系	148
第十节 联邦审计院	150
第十一节 联邦宪法之修正	150
第十二节 奥大利联邦政治之特点	151
第八章 理想中之联邦政治	153
第一节 何谓理想中之联邦政治	154

第二节 中央与地方之分权	155
第三节 议会组织	157
第四节 两院特权	158
第五节 行政部	159
第六节 司法部	160
第七节 宪法之修改	160
第八节 海陆军	161
第九节 中央与各邦	162
第十节 中国之理想联治	163
新旧译名对照表	170
陈茹玄先生学术年表	胡小进 180
国家、宪法与联治	
——陈茹玄及其宪政思想	胡小进 184
编后记	210

导 言

英儒弗里门(Freeman)于十九世纪中叶,尝著《联邦政治史》一书(*History of Federal Government*),谓历史上采用联邦政治的国家,其最著者有四:一为希腊近古时期之埃神联盟(Achæan League);二为自1291年以来之瑞士联邦(Confederation of Swiss Cantons);三为1579年至1795年之聂西兰联省(United Provinces of Netherlands);四为自1789年以来之美利坚合众国。四者之中,尤以美利坚具最完备之制度。自弗里门之书出世后,联邦国家之踵起者亦正不少,其要而足称者,为1871年创建之德意志联邦,1874年改组之瑞士共和国,1867年以来之加拿大,1900年以来之澳洲等是。欧战之后,德意志以联邦帝国,一变而为联邦共和国。而奥大利、俄罗斯、匈牙利等大国亦相率采用联邦制度焉。英国自加奥联邦相继成立之后,益以爱尔兰之自治要求,东印度之独立革命。国内政治学者既有大帝国联邦(imperial federation)之主张,诚以英之殖民地、遍布全球,各处之人种、历史、习惯、文化乃万不齐,统御以一帝国政府。自难免鞭长莫及之虞,故不若俾各殖民地为完全自治邦,而英伦政府则为联邦之中央机关焉。此种政论,极有势力,政府亦已表示采取之倾向。说者谓大英帝国联邦之成立,为期不远,非无见之言也。自巴黎和会以还,威尔逊万国联盟之说,轰动一时。欧美学

者，乃因是进而发挥一种世界联邦之政治理想，组织一国际的政府，以保持世界永久之和平。此种理想，其在今日虽不免近似空疏而不切于事实。然人类思想之演进无穷，政治组织之演进亦无穷。后夫今之百数十年，吾又安知视同天际皎月之世界联邦，其不竟尔实现耶。要之，联邦政治之在今日，既呈一种激进的趋势，将来发达至若何程度，则正未可限量也。

吾国自辛亥革命成功以来，祸变相寻，民无宁日，下凌上替，法纪荡然。各省大吏，拥兵自固，俨然私土子民，其跋扈骄横，方之战国七雄、唐末藩镇，犹倍甚焉。当此大局瓦解、狂流不可复制之日，国中一部分学者，以为采用联邦政治，可以解决目前之纠纷。于是遂亦有所谓“联省自治”之说者起，主张各省自动制宪、整理内治；然后联络一致，建设稳健有力之中央政府，以达到统一之目的。此盖应势之论也。然反对者，则谓我国久大一统，易以联邦，不合国情；且今日各地长吏，擅专恣肆，割据之端既兆，乃复以联邦分治之说助其毒焰，是为虎附翼、教猱升木之道也。其言虽不无所蔽，然揆诸事实，亦不能谓为漫无根据之谭。然则联邦政治果适宜于中国耶？抑不适宜于中国耶？是则非可一言取决，而必有待于深详之考虑者矣。

吾人欲知联邦政治是否适宜于今日之中国，必先明联邦政治之作用，及欧美各国采用此种政治制度之前因与后果。美之联邦制度异于德之联邦制度也，德之联邦制度又异于加奥之联邦制度也。制度不同、作用亦异。谓联邦制度适宜于地广民众之国欤，则何以瑞士以弹丸数郡，几为世界最小之国，而亦采取联邦制度也？谓联邦制度适宜于人种复杂之国欤，则何以美国大革命时，十三州之民，几为纯粹的盎格鲁撒逊人种，而又采取联邦制度也？是故，

凡制度之作用，非唯与当时存在之情状有关已也，必有相承之历史为之前因焉。此研究联邦政治者，所以对于欧美各国联邦政治变迁沿革之历史，必注重而寻味之也。

附錄三 聯邦政治之發展與變遷

附錄四 聯邦政治之發展與變遷

附錄五 聯邦政治之發展與變遷

附錄六 聯邦政治之發展與變遷

附錄七

附錄八 聯邦政治之發展與變遷

附錄九 聯邦政治之發展與變遷