

■ 民国·比较法文丛

不列颠自治领

楼邦彦 著

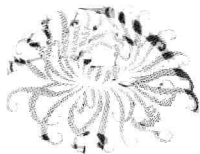


商務印書館
The Commercial Press

■ 民国·比较法文丛

不列颠自治领

楼邦彦 著



商务印书馆
The Commercial Press

2013年·北京

图书在版编目(CIP)数据

不列颠自治领/楼邦彦著. —北京:商务印书馆,
2013

(民国·比较法文丛)

ISBN 978-7-100-09383-5

I. ①不… II. ①楼… III. ①宪法—会员国—研究—英国 IV. ①D956.11

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 202073 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 1945 年初版排印

民国·比较法文丛

不列颠自治领

楼邦彦 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 978-7-100-09383-5

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 3 1/4 插页 2

定价: 15.00 元

序

两年前,我在国立武汉大学讲授“宪法”一课程,原拟在“国家的组成”一编内,提出近世两个比较特殊的国家组合——苏联与不列颠联合国——来加以分析说明,后来因为在关于联邦制度的一般问题上花了较长的时间,竟致丝毫没有提及那两个特殊的国家组合的性质;对于那一班孜孜向学的几十位青年学子,我至今尚深觉歉疚。然而也正由于此,我才仅先就不列颠自治领的法律性质一个题目,先后在《世界政治》发表了好几篇专论,从那几篇专论的内容,读者当能推求我对于不列颠联合国的性质的解释。为要履行我对于“宪法”班同学们的诺言,今把那几篇专论集成这一本小册子,并请国内贤达之士加以指正。

关于这本小册子,我特别要感谢戴克光和王铁崖两位先生。在戴先生主编《世界政治》期内,承他屡次索稿,我才继续比较系统地写了那几篇专论,要不然,这本小册子是难以集成的。王先生是我多年的朋友与同事,在学问的切磋上,我是得益甚多的,本书第四章至第六章在发表前皆经他仔细校阅一过,给我机会重新考虑好几个不妥当的地方。

本书集成时,适值胡宝玉女士与我结婚的第四年纪念日,今谨以本书献给胡女士,以表达我对于她四年来帮助我鼓励我的感谢的心意。

楼邦彦

三十二年(1943年)十月十五日重庆沙坪坝

华东政法大学法律史研究中心

勘校整理

主持人 何勤华

勘校 商务印书馆政法室

国家重点学科华东政法大学法律史

学科建设项目资助

中国政法大学图书馆提供版本



楼邦彦
(1912—1979)

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,据所缺字数用“□”表示;字数难以确定者,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。

目 次

序.....	楼邦彦	1
第一章 不列颠自治领与英王		1
第二章 不列颠自治领与英国国会		17
第三章 不列颠自治领与帝国会议		25
第四章 不列颠自治领的对外关系		34
第五章 不列颠自治领与战争		50
第六章 不列颠帝国的缔约权		65
附 录		75
一、梅里奥特:《不列颠帝国与联合国之发展》(书评)		75
二、李考克:《不列颠帝国》(书评)		81
新旧译名对照表		87
楼邦彦先生学术年表	谢喆平	89
帝国与自治领:本书导读	吴 强	94
编后记		103

第一章 不列颠自治领与英王

如果一个讲究逻辑的民族必徘徊于理想的园地,那么一个重实际的民族自不致以逻辑为一切行动的准则。英国人之重实际原为尽人皆知的事实,就某一个观点说,它产生了不少显然不合乎逻辑的法制,英宪中关于不列颠帝国的一部分可以说是最典型的一个例子,其中尤以自治领与英王的关系为最显著。

不列颠帝国的法律性质,姑不在此加以讨论,它之为一个统一的个体,恐难加以否认。一言蔽之,英王是统一的不列颠帝国的表征。不但英王的权力可以及于不列颠帝国的每一部分,即不列颠帝国的每一部分亦皆共同的归依于同一个英王。英王固然是英国的皇帝,他又是所有的自治领与殖民地的皇帝。

不仅表面上的情形是如此,英王又有一种神秘的作用。一般人除掉崇敬英王以外,且以偶像视之,这不是用单纯的理由能作适当的解释的。譬如,自治领对于英国政府的政策或措施可以不尽表同情,然而唯其英王是居于超然的地位,自治领并不因而怀疑效忠英王的态度。又譬如,对于殖民地的人民,特别是文化比较落后的民族,英王是唯一的他们所能了解的制度;因为种种理由,他们自然无法去理解不列颠宪法的许多复杂的部分,他们以英王为偶像,以英王为他们生活的中心,他们知道英王是一个真正的活的制

度,高高的处在上,以他的名义做出了各种政府的行为。因此要是没有了英王,不列颠帝国的各部分将各自成为独立的个体,统一的不列颠帝国将必然的遭遇到解体的命运。

抑又有进者,英王的世袭制度也是蕴藏在英王的神秘性中的。换言之,英王对于不列颠帝国的功用,与世袭制度发生非常密切的关系。二十五年前,现任南非国务总理斯末资将军曾在伦敦声称,不列颠联合国(British Commonwealth of Nations)要是没有了英王,而代之以一个民选的总统,像这样一件把不列颠联合国变成共和国的工作,简直是超乎任何人的智力的。

同时,还有一个事实是我们研究不列颠帝国时所不能忽略的,即不列颠帝国是一个活的至今尚在继续不断发展中的制度,在它发展的过程中,最令人注意的是组成不列颠帝国各个体的逐渐自治的趋势。各个体的自治程度愈高,英王在不列颠帝国中所居的地位也愈重要,所以如果说各个体的自治趋势是一种离心力,逐渐的分化不列颠帝国的统一,那么英王的功能无疑是种向心力,促使不列颠帝国继续的保持其统一的性质。不列颠帝国的神秘便在于此,一方面各个体可以尽量的向自治的方向发展,另一方面英王的权力仍可以及于各个体,这就是说,自治不影响英王的统一功能,统一也不妨碍各个体的自治趋向。相反相成形成了不列颠帝国的特质,也使得不列颠帝国彻底摒弃了逻辑的准则。

我们扼要的叙述了英王在不列颠帝国中所居的地位以后,当可分段来讨论自治领与英王这一个问题。

1926年的帝国会议曾对“自治领地位”一名词下过一个很著名的定义,析言之,可以归纳为下列三点:

(一)无论在內政或外交上,自治领是不列颠帝国内的自主个体,与英国享有平等的地位;

(二)自治领与英国自由的联合组成所谓不列颠联合国;

(三)自治领与英国共同归依于一个王位,同时又不妨碍其自主平等的地位。

这里我们所要特别提出来加以研究的是第三点,即:因为对于英王的共同归依,究竟产生了什么样的结果?

所谓共同的归依,其意义甚为费解,很难加以确定。它可以有两种可能的解释:第一,自治领与英国共同归依于一个王位,英王以同一个身份或地位而为英国与各自治领的皇帝,第二,自治领与英国虽共同的归依于一个王位,英王却以不同的身份或地位为英国与各自治领的皇帝,如果依照第二种解释,不列颠帝国便成为一个所谓身合国(Personal Union)了,与1603年至1707年的英格兰与苏格兰,1714年至1837年的英格兰与汉诺威,1783年至1789年的英格兰与爱尔兰,1815年至1905年的瑞典与挪威,或1866年至初次大战终了的奥地利与匈牙利所组成的身合国一样;英王除掉是英国的皇帝以外,又以不同的身份或地位而为加拿大的皇帝、爱尔兰的皇帝、南非的皇帝、澳大利亚的皇帝以及纽西兰的皇帝——以一个人而占据了六个王位。纽西兰的政治家或将采纳第一种解释,南非的政治家如海超格将军与斯末资将军无疑将采纳第二种解释,爱尔兰虽与南非一样的一向以第二种解释为是,近年来则根本对此问题不感到兴趣。所以对于共同归依的解释,也可以作为我们确定不列颠帝国的法律性质时的一个根据。

英王既为不列颠帝国各组成个体的一个共同的制度,各自治领自与英国享有同样的地位,对于这个制度的内容有决定之权。