



南京大学

法律评论

Nanjing University Law

view

中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊

2010年春季卷(总第333期)



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

南京大學

法律评论

Nanjing University Law Review

中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊

2010年春季卷(总第33期)



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

南京大学法律评论. 2010年春季卷 / 张仁善主编.
—北京: 法律出版社, 2010. 3
ISBN 978 - 7 - 5118 - 0432 - 7

I. ①南… II. ①张… III. ①法律—文集 IV.
①D9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 024934 号

南京大学法律评论 2010 年春季卷

张仁善 主编

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787 × 1092 毫米 1/16

版本 2010 年 4 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 22.25 字数 485 千

印次 2010 年 4 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 0432 - 7

定价: 45.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

编辑委员会

(以汉语拼音为序)

主 任 李友根

委 员

狄小华	范 健	胡晓红	金 俭
李友根	邵建东	孙国祥	王太高
吴建斌	肖 冰	杨春福	叶金强
张 淳	张仁善	周安平	

编辑部

主 编 张仁善

编 辑

胡晓红	秦宗文	税 兵	吴卫星
咸鸿昌	熊静波	徐棣枫	杨辉忠

英文校审

咸鸿昌

南京大学法学院主办

· 法学专论 ·

借鉴与移植:大陆法系宪政文化对近代中国的影响	夏新华(3)
生态文明时代的法理	徐祥民 张红杰(25)
法律的原典与原典的法律	王宏治(42)
清代刑案审理法源探究	姚 旻(53)
民国民法中的佃:传统制度的现代法律实践	
——以新繁县民国司法档案为佐证	刘昕杰(69)
论客观关联共同侵权行为理论在中国侵权法上的确立	王 竹(79)
对《民法通则》中民事行为能力制度的反思	李 昊(92)
罪刑关系的立体考察:罪刑关系的相关属性	马荣春(106)
新经济时代《谢尔曼法》域外适用对我国企业出口的影响及对策	
——兼论法律信息对称内涵	陈 兵(120)
论企业社会责任的驱动机制	刘芳雄(135)
证券投资基金管理人与基金管理公司的法律辨析与现行立法检讨	奚 庆(145)
民事诉讼案件待证事实的确定	张海燕(156)
酌定量刑情节的泛化现象研究	周金刚(170)
论行政诉讼与行政问责之衔接	蔺耀昌(183)
批复上所见的疑难案件裁判方法	褚国建(190)
正当程序的规则导向:DSB 专家组职权范围确定的实证考察	
——以中国影响出版物案为视角	范晓宇(203)

· 域外法论 ·

从《圣经》看古代以色列王国的“宪政”特色	乔 飞(219)
宪政之下的直接民主	
——基于德国公民投票制度理论与实践之反思	田 芳(236)
法国金融市场监管体制的历史流变及现状研究	柴瑞娟(246)
南非难民保护制度研究	
——对难民地位、权利和义务的分析	
..... [南非]欧本·米热库 著 葛勇平 译(262)	

· 比较视野 ·

美国的“政治大棒”与德国的法律程序

——后“9·11”时代,美德反恐国际合作第一案之解读 杨小敏 戚建刚(275)

· 法学教育 ·

招生政策的调整与法律硕士教育面临的新挑战 王 健(293)

· 学术笔谈 ·

唐律研究新的里程碑

——法史学家评钱大群教授《唐律疏义新注》 (305)

杨一凡 李贵连 陈鹏生 & 丁凌华

王立民 马小红 徐忠明 孙光妍

田 涛 段秋关 赵晓耕 & 杨 光

戴建国 张中秋 林 明 周东平

侯欣一 张 生 方 潇

· 名家专访 ·

美德法理学、新形式主义与法治

——Lawrence Solum 教授访谈 Lawrence Solum 王凌峰(335)

法学专论

借鉴与移植:大陆法系宪政文化 对近代中国的影响

夏新华*

[摘要] 清末民初,在中国宪政文化及其制度建设上,借鉴与移植外国宪政文化成为了一股潮流。清末立宪在宪政出洋考察与模式选择上照搬了日本立宪的经验,而德国的宪政思想和宪政制度主要是通过日本对普鲁士宪政的模仿而被移植到中国来的。这是“远法德国、近采日本”的立宪策略的具体化。法国宪政文化在中国移植的命运跌宕起伏:由清政府极力抗拒到民国新政权的致力效仿。民初若干宪政制度的设计是直接移植法国宪政文化的结果。

[关键词] 大陆法系 宪政文化 中国 借鉴 移植

引言

近世中国,西法东渐。随着外国宪政文化的输入,中国传统政治文化发生了巨变。一方面,新兴的资产阶级出于对君主专制政体的痛恨,视西方的政治体制为“良法美意”,把学习、移植西方政体作为努力目标;另一方面,西方列强出于各自目的,也极力推动中国政治体制形式上的西化。于是,中国在宪政文化及其制度上,借鉴与移植外国宪政文化成为了一股潮流。民国时期,学术界对此有精到的时评:“吾国维新动机以感受外力压迫为主因,故国内政治思潮恒与世界有关,且有几分摹仿性质。前清之宪政运动,开口必曰日本如何如何。辛亥以后之共和运动,开口必曰法国如何,美国如何。欧战后之改造运动,不曰俄式革命如何,即曰德式革命如何。”^①当今学界对清末民国宪法史的研究成果颇丰,不胜枚举,但总体而言,缺乏对外来宪政文化这一特殊的法律文化现象在近代中国的移植与传播进行追本溯源的逆向研究和深层次思考;虽然近年来有学者从国别法制史

* 夏新华,湘潭大学法学院教授、博士生导师,湖南省法学研究基地首席专家。湘潭:411105

本文是作者主持的湖南省社科基金课题《外国宪政文化对中国的影响》(编号:08JD08)和湖南省法学研究基地课题《外来法律文化对中国的影响》(编号:08fx06061)的阶段性成果。

① 引自愚厂编辑:《省宪辑览》之甲编“省宪概论”。亦见夏新华等整理:《近代中国宪政历程:史料荟萃》,中国政法大学出版社2004年版,第644页。

的角度对美国宪法与近代中国立宪的关系进行了专门研究,^①但仍然没有能够从宏观上和整体上对此提供一个清晰的研究图景。外国宪政文化对中国法制的影响虽为学界之人称道,然而,外国宪政文化究竟如何在中国产生影响?其影响的途径与方式有哪些?其结果如何?诸如此类的问题,仍亟待加强研究。

宪政文化之于中国而言是“舶来品”。一般而言,宪政文化是由宪法规范、宪法制度、宪政思想、宪法心理及宪法意识等宪法现象组成的一个有机整体,本文所言之宪政文化是基于广义的理解,涵盖了宪政文化的表层结构和深层结构。

由于外国宪政文化是在“西学从东方涌来”的大背景下进入近代中国人视野之中的,故本文重点研究的是大陆法系宪政文化的原生国德国和法国及其次生国日本三国的宪政文化对清末民初中国立宪的影响。清末立宪照搬了日本立宪的经验,无论是对宪法含义的理解、立宪程序,还是立宪内容的设定,基本上以日本宪政经验为参照系。德国的宪政思想和宪政制度主要是通过日本对普鲁士宪政的模仿而被移植到中国来的。这也是“远法德国、近采日本”的立宪策略的具体化。法国作为欧洲大陆第一个系统地形成宪政文化的国家,其宪政体制成为了近代资产阶级立宪运动的理想模式,为其他国家的资产阶级立宪革命和改革提供了榜样与参考,产生了世界性的示范效应。法国宪政文化在中国移植的命运跌宕起伏:由清政府极力抗拒到民国新政权的致力效仿。民初若干宪政制度的设计更是直接移植法国宪政文化的结果。

一、近采日本:宪政考察与模式选择

(一)“西学从东方涌来”

在近代以前的漫长历史中,中国和日本同属于汉字文化圈的成员,日本文化受到中国文化的广泛影响。明治维新以前的江户时代(1660~1867年),二百多年中,日本翻译中文书籍109种,中国翻译日文书籍4种。中国在中日文化交流中处于居高临下的出超地位。^②

而明治维新以后,日本在学习西方的道路上大步前进,令中国有识之士刮目相看,日本宪政文化开始涌入近代中国人的视野,而引发的契机却是令中国人倍感屈辱的甲午战争。1894年甲午战败,朝野震惊,日本形象陡高百倍。前天的徒弟,昨天的敌人,今天的榜样。中国朝野的日本观发生了急剧变化。戊戌维新以后,特别是1900年庚子事变以后,要学西方,先学日本,几成为国人的共识。于是,留学日本之风盛行,日文西书翻译热浪不减,日文学校在中国也纷纷开设,真可谓“西学从东方涌来”。

以康有为、梁启超为代表的资产阶级维新派,鉴于甲午战争后日益严重的民族危机,

^① 例如,聂资鲁:《美国宪法对近代中国立宪的影响》,法律出版社2008年版;杨玉圣:《中国人的美国观:一个历史的考察》,复旦大学出版社1996年版。

^② 熊月之:《西学东渐与晚清社会》,上海人民出版社1994年版,第638页。

大声疾呼:以日本为师,变法自强。康有为在“上清帝第六书”——《应诏统筹全局折》中将“开制度局而定宪法”列为日本明治维新成功的重要原因。在《日本变政考》中,康有为指出:“日本改定国宪,变法之全体也,总摄百千万亿臣政事之条理,范围百千万亿民之心志,建斗运枢,提纲挈领,使天下戢戢从风,故为政不劳而后举。”可见,以康有为为代表的维新志士对日本宪政文化已经高度关注了。

日俄战争成为触发立宪问题的催化剂,于是,立宪之议纷起,《时报》著论称:“欲图存必先定国是,立国是在立宪法。”^①江苏名士张謇在《致袁世凯书》中主张立宪,指出:“不变政体,枝枝节节之补救无益也。不有此日俄全局未定之先,求变政体而为揖让救焚之迂图无及也。……日俄之胜负,立宪专制之胜负也。今全球完全专制之国谁乎?一专制当众立宪尚可幸乎?”张謇这一被有关近代宪政的论著广为引用的观点表达了当时大部分有识之士的心声。真可谓“立宪之声,洋洋遍全国矣”。^②

国内輿情铺天盖地,清廷做出了反应。1905年,清政府派五大臣出国考察宪政,第一站便是日本。五大臣考察日本宪政,通过直接接触日本的宪政实践,形成了对日本宪政文化的直观印象和感性认识。这种感性认识又通过旅日维新人士的加工上升到相当理论高度:中国欲变法自强,必以立宪为先;欲立宪,宜参用日本政体,行君主立宪制。受此认识影响,清末立宪实际上照搬了日本立宪的经验,无论是对宪法含义的理解、立宪程序还是立宪内容的设定,基本上以日本宪政经验为参照系。

(二)仿日出洋考察宪政

日本明治政府在立宪过程中,先后两次遣使出使欧美,考察宪政,最后是以德国为师,成功获得了宪政模式转换的成功经验,对清政府选择外国宪政模式产生了深远影响。

清末“预备立宪”宣布前后,清廷也仿效日本,两次派员出洋考察政治。第一次出洋考察推动清廷做出了“预备立宪”的决策,第二次考政则进一步促使清廷确立了“预备立宪”的模式,即日本明治宪政。因此,清末第二次出洋考政与“预备立宪”对日本明治宪政的模仿的关系尤为密切,对清廷“预备立宪”的进程和结果影响重大。^③

第一次出洋考察虽然是考求一切政治,但显然面对立宪呼声的压力考察的重点放在了西方宪政制度上。载泽、尚其亨、李盛铎一行抵达日本后,“连日率同参随各员赴其上下议院,公私大小学校,及兵营,械厂,警察裁判递信诸局署,详为观览,以考行政之机关,与其管理监督之法。又与彼政府各大臣,伊藤博文、大隈重信诸元老,及专门政治学问之博士,从容讨论,以求立法之原理,与其沿革损益之宜。”^④日本法学博士穗积八束奉内阁命令,向载泽等人详细讲解了日本宪法。日相伊藤博文耐心解答了载泽的疑问,并力荐清廷采行日本宪法:“各国立宪有两种,有君主立宪国,有民主立宪国。贵国数千年来为

① 《东方杂志》第7号。

② 《东方杂志》第11号。

③ 罗华庆:《清末第二次出洋考政与“预备立宪”对日本的模仿》,载《江汉论坛》1992年第1期。

④ 故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》,中华书局1979年版,第6页。

君主之国,主权在君而不在民,实与日本相同,似宜参用日本政体。”受此影响,载泽明确表达了向日本学习的主张。他认为,日本“虽其兴革诸政,未必全无流弊,然以三岛之地,经营二三十年,遂至抗衡列强,实亦未可轻量”,其赞美与羡慕之情溢于言表。^①

第二次出洋考察大臣关于宪政模式选择的主张是对第一次考察观点的继承与深化,与前次出洋考察大臣的观点是一致的。考察大臣的观点仍遵循了“远法德国、近采日本”的基本思路。^②达寿、李家驹自考察日本回国后,陆续提出许多仿日改制的建议,对清末“预备立宪”的影响是明显的。这种影响与伊藤博文访欧后对推进日本宪政的作用即使从形式上讲亦可谓同出一辙。达寿在《考察日本宪政情形折》中进一步阐明了君主立宪的必要性、重要性和紧迫性,并提出由君主控制宪法制定的主动权,明确提出采用宪法钦定的方式,建立日本式的权威君主立宪制政体。

(三)对清末宪政模式选择的影响

巩固君主统治是出洋考察的终极目标,关于这一点,慈禧太后在考察大臣临行前的面谕中说得很清楚,“立宪一事,可使我满洲朝基永远确固,而在外革命党亦可因此消灭,俟调查结局后,若果无妨碍,则必决意实行”。^③慈禧太后对宪政的期待决定了考察政治大臣对各国宪政模式取舍的出发点,“择各国政体与中国政体相宜者”成为考察大臣衡量各国政体的基本标准。

考察大臣在得出立宪是大势所趋和救亡之道并且有利于巩固君主统治的观点基础上,对如何立宪、采用何种宪政模式给予了足够重视。从考察大臣的奏折和日记中可以看出,其宪政模式选择的基本观点有四:其一,对日、德权威君主立宪制的推崇;其二,对英国虚位君主立宪制的观望;其三,对美、法民主共和制的抗拒;其四,兼取各国的优良宪政制度。

美国与法国实行民主共和政体,国家元首通过选举产生,是对皇权的彻底剥夺,毫无疑问是清政府坚决防范的;英国虚位君主立宪的制度安排,实行议会政治,君主的权力受到极大的削弱,肯定不是清廷所期待的;而日本和德国实行权威君主立宪制,君主拥有广泛的统治权,通过宪法的明确规定,将君主的权力和地位载入宪法,寻求君主统治的合法性,起到巩固君权的作用,且德国和日本富强的现实同样是清政府所期待的。中国历来为君主国,有着两千余年的君主专制历史,君主统治的历史传统是考察大臣钟情于权威君主制的另一个重要原因。考察大臣从各国政体的考察与比较中得出“各国政体,以德意志、日本为近似吾国”^④的基本观点,这是主张向德、日学习,实行君主立宪、反对民主立宪的一个基本前提,因此得出立宪“当远法德国、近采日本”的总体结论则是情理之中。

① 故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》,中华书局1979年版,第6~7页。

② 张晋藩总主编,朱勇主编:《中国法制通史》(第9卷),法律出版社1999年版,第73~74页。

③ 故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》,中华书局1979年版,第1页。

④ 张晋藩总主编,朱勇主编:《中国法制通史》(第9卷),法律出版社1999年版,第73页。

载泽等人认为,日本“不耻效人,不轻舍己,故能合欧化汉学熔铸而成日本之特色”^①。日本融合本国传统与西方文化的成功示范,无疑为视礼仪纲常为国粹、在处理“中学”和“西学”的关系问题上始终抱定“中体西用”的中国士大夫和朝廷找到了成功的证明和可资借鉴的现实样本。“大抵日本立国之方,公议共之臣民,政柄操之君上,民无不通之隐,君有独尊之权。”^②日本在处理君权与民权关系这一个关键问题上所采取的原则同样为中国的政体改革提供了学习和借鉴的方案,为清政府担心立宪后君权旁落找到了一颗“定心丸”。“其富强之效,虽得力于改良法律,精练海陆军,奖励农工各商业,而其根本,则尤在教育普及”,^③日本的富强之道也给为“起衰弱而救颠危”而出洋考察的中国大臣和清政府以启迪和向往。考察大臣对日、德权威君主立宪制模式的推崇对清政府最高决策层在宪政模式的选择上产生的影响是相当明显的。在预备立宪上谕中虽未言明取法日本,但清政府立宪的基本原则“大权统于朝廷,庶政公诸舆论”与载泽在奏折中介绍的日本式的“公议共之臣民,政柄操之君上”的宪政原则在实质上是完全相同的;清政府后来实施的预备立宪活动,几乎事事取资于日本,其宪政模式选择的倾向已不言自明了。从第二次派员出洋考察宪政的国家来看,美国和法国均已不在第二次考察国家之列,很明显,清政府对美、法两国的民主共和制模式是抗拒的。英、日、德三个国家虽均实施君主立宪制,但宪政制度又各不相同,清政府将如何取舍的任务交给了第二次出洋考察大臣来解决,体现了对考察大臣“兼取列强”观点的接纳。

出洋考察宪政大臣达寿通过对日本君主立宪制的考察,认为“君权未尝减少,而此间接政治,既可以安皇室,又可以安国家,元首为其总揽机关,皇室超然于国家之上,法之完全,无过于此者”。^④印证了第一次出洋考察大臣关于实行君主立宪有利于巩固皇权的观点。达寿从皇上大权、臣民权利、内阁与君主关系、国会的权限、君主与军队的关系五个方面进行论述,认为宪法“钦定可以存国体而巩主权”,强调了“宪法之亟当钦定也”的主张,另外还提出“皇室之事”应作为国家的根本法与宪法同时制定的主张。^⑤这些主张在清政府后来的宪政活动中得到了充分体现。国会请愿运动从一定程度上来说就是立宪派的协定立宪主张与清政府的钦定立宪主张之争。可以说,第一次出洋考察为清末宪政活动奠定了基本的制度选择框架,为清政府出台《钦定宪法大纲》、选择日本君主立宪制宪政模式提供了思想基础。第二次出洋考察为清政府提供了具体的制宪方案,直接推动了《钦定宪法大纲》的颁布,日本式权威君主立宪制的宪政模式在我国开始进入制度化建设阶段。

① 故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》,中华书局1979年版,第7页。

② 故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》,中华书局1979年版,第7页。

③ 故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》,中华书局1979年版,第7页。

④ 中国史学会编:《辛亥革命》(第4册),上海人民出版社1957年版,第29页。

⑤ 夏新华等整理:《近代中国宪政历程:史料荟萃》,中国政法大学出版社2004年版,第55~56页。

(四) 畸形结果:《明治宪法》对《钦定宪法大纲》的影响

1907年8月27日清政府颁布的《钦定宪法大纲》是中国历史上第一部宪法性文件。这也是中国历史上最早在法律文书上使用“宪法”一词的宪法性文件。而这一词汇正是来源于日本。宪政编查馆在编制《钦定宪法大纲》时虽曰“兼采列邦之良规”,对美、英、法、德、日、俄等东西各国立宪政体进行了系统而谨慎地比较研究,但最终确认的却是“我国创立宪法,民主、共主皆不可行,惟仿日本君主立宪最为合式”。显然,这也是“近采日本”的立宪策略的具体化。《钦定宪法大纲》从其根本精神看,乃为日本《明治宪法》之化身,在内容上亦是借鉴日本宪政制度的结果。

通过条文比较,就会发现两者有以下共同之处:^①

第一,以根本法形式确认君主立宪制。两部宪法对此均开宗明义做了宣示。

相关条文(第一部分,关于君上大权,共14条):

《钦定宪法大纲》(以下简称大纲):大清皇帝统治大清帝国万世一系,永永尊戴。

《明治宪法》(以下简称日宪):大日本帝国由万世一系之天皇统治之。(第1条)

大纲:君上神圣尊严,不可侵犯。

日宪:天皇神圣,不可侵犯。(第3条)

第二,封建性极为浓厚,赋予君上极大权威,并把“巩固君权”、“君主总揽统治权”视为“宪法最精之大义”。

第三,议院的地位和作用微不足道。表现在,议院的立法权和监督权非常有限,即使在形式上,议院也不是最高立法机关,且内政外交,军备财政,亦多由君上独专,宪法明确规定“议院不得干预”或“不付议院议决”。

相关条文:

大纲:钦定颁行法律及发交议案之权。凡法律虽经议院议决而未奉诏令批准颁布者,不能见诸施行。

日宪:天皇裁可法律,命公布及执行(第6条)。两议院得议决政府提出之法律案,并得提出法律案(第38条)。

大纲:召集、开闭、停展及解散议院之权。……

日宪:天皇召集帝国议会,命开会、闭会、停会及众议院之解散。(第7条)

大纲:设官制禄及黜陟百司之权。用人之权操之君上,而大臣辅弼之,议员不得干涉。

日宪:天皇定行政各部之官制及文武官之俸给,并任免文武官,但本宪法及他法律载有特例者,各依该条款。(第10条)

大纲:统率陆海军及编定军制之权。君上将遣全国军队,制定常备兵额,得之全权执

^① 何勤华、李秀清:《外国法与中国法——20世纪中国移植外国法反思》,中国政法大学出版社2003年版,第49~51页。张晋藩总主编,朱勇主编:《中国法制通史》(第9卷),法律出版社1999年版,第96~97页。

行,凡一切军事皆非议员所得干预。

日宪:天皇统帅海陆军(第11条)。天皇定海陆军之编制及常备军(第12条)。

大纲:宣战、媾和、订立条约及派遣使臣,与认受使臣之权。国交之事由君上亲裁,不付议院议决。

日宪:天皇主宣战、议和及缔结各种条约(第13条)。

大纲:宣告戒严之权,当紧急时,得以诏令限制臣民之自由。

日宪:天皇宣告戒严,戒严之要件及效力,以法律规定(第14条)。

大纲:爵赏及恩赦之权。恩出自上,非臣下所得擅专。

日宪:天皇授予爵位、勋章及其他荣典(第15条)。天皇命令大赦、特赦、减刑及复权(第16条)。

大纲:总揽司法权,委任审判衙门,遵钦定法律行之,不以诏令随时更改。司法之权操诸君上,审判官由君上委任,代行司法,不以诏令随时更改者,案件关系至重,故必以已经钦定法律为准,免涉分歧。

日宪:司法权,由法院以天皇之名,依法律行之。法院之构成,以法律定之(第57条)。

大纲:发命令及使发命令之权,惟已定之法律,非交议院协赞,奏经钦定时,不以命令更改废止。法律为君上实行司法权之用,命令为君上实行行政权之用,两权分立,故不以命令改废法律。

日宪:天皇为执行法律或为保持公共之安宁秩序及增进臣民之幸福,亲发或使发必要之命令,但不得以命令变更法律(第9条)。

大纲:在议院闭会时,遇有紧急之事,得发代法律之诏令,并得以诏令筹措必需之财用,惟至次年会期,须交议会协议。

日宪:天皇为保公共之安全,免公共之灾厄,有紧急之必要时,于帝国议会闭会中发可代法律之敕令,此敕令至次会期当提出于帝国议会,若议会不承诺,则政府当公布自此以后此敕令失其效力(第8条)。为保持公共之安全,需紧急费用之时,依内外情形,如政府不能召集帝国议会,得依敕令行财政上必要之处分。前项事情当于下会期提出于帝国议会求其承诺(第70条)。

大纲:皇室经费应由君上制定常额,自国库提支,议院不得置议。

日宪:皇室经费依现在定额每年由国库支出,除将来需增额之时外,无需帝国议会之协赞(第66条)。

大纲:皇室大典,应由君上督率皇族及特派大臣议定,议院不得干涉。

日宪:皇室典范之改正,无须经帝国议会之议,不得以皇室典范,变更本宪法之条规(第74条)。

第四,“臣民”的权利和自由等均受到严格限制。这在相关条文中昭然若现。

相关条文(第二部分,关于臣民权利义务,共9条):

大纲:臣民中有合于法律命令所定资格者,得为文武官吏及议员。

日宪:日本臣民合法律命令所定之资格,均得任文武官及就其他公务(第19条)。

大纲:臣民于法律范围以内,所有言论、著作、出版及集会结社等事,均准其自由。

日宪:日本臣民在法律范围内有著作、印行、言论及集会结社之自由(第29条)。

大纲:臣民非按照法律所定,不加以逮捕、监禁、处罚。

日宪:日本臣民非依法律不受逮捕、监禁、审问、处罚(第23条)。

大纲:臣民可以请法官审判其呈诉之案件。

日宪:日本臣民受法律所定之裁判官裁判之权不能被剥夺(第24条)。

大纲:臣民应专受法律所定审判衙门之审判。

日宪:第24条。

大纲:臣民之财产及居住无故不加侵扰。

日宪:日本臣民其所有权不能被侵害,为公益事必要之处分依法律之所定(第27条)。日本臣民除法律所定者外,未经许诺,其住所不能被侵入及搜索(第25条)。

大纲:臣民按照法律所定,有纳税当兵之义务。

日宪:日本臣民从法律所定有纳税之义务(第21条)。日本臣民从法律所定有服兵役之义务(第20条)。

大纲:臣民现完之赋税,非经新定法律更改,悉仍照旧输纳。

日宪:无相应条款。

大纲:臣民有遵守国家法律之义务。

日宪:无相应条款。

由此可见,《钦定宪法大纲》大量抄袭了日本《宪法》条款,其宪政精神与英、美、法等
国宪法相比较,去之甚远,诸如议会主权、主权在民、天赋人权、三权分立及自由、平等
等宪法的基本原则,在《钦定宪法大纲》中虽若隐若现地能看到其轮廓,但并未真正确立。
可以说,《钦定宪法大纲》是中国宪政史上的畸形儿。^①

二、远法德国:认识途径与间接影响

(一)清末对德国宪政文化的认识

最先将德国宪政文化介绍到中国来的是外国传教士。鸦片战争后,清帝国封闭的大
门被打开,来自德文背景的法学著作始入中国。同文馆于1871年开设了德文馆,德国外
交官马尔顿的《星轺指掌》(Guide Diplomatique,由法文本译出)和法学家步伦(J. K.
Bluntschli)的《公法会通》相继被汉译出版。与此同时或稍后,来华德籍传教士花之安
(Ernst Faber, 1839~1899)用中文编写了《自西徂东》、《德国学校论略》等风行一时的著
作,较早向中国介绍了欧洲的学术文化教育以及政治法律社会制度。^②

^① 张晋藩总主编,朱勇主编:《中国法制通史》(第9卷),法律出版社1999年版,第102页。

^② 王健:《德国法在中国传播的一段逸史——从青岛特别高等专门学堂说到赫善心和晚清修律》,载《比较法研究》2003年第1期。

由于中德两国之间的直接交往有限,故近代中国人对德国宪政文化的认识和了解零零散散,只言片语难以使人窥其全貌。^①概言之,近代中国人认识和了解德国宪政文化的主要途径有四:一是清政府的早期驻外使节的感性认识;二是宪政考察大臣的直接接触和感悟;三是留德学生的宣传;四是通过德国在中国设立的司法机构和专门学堂间接了解。

1. 早期驻外使节的感性认识

早期驻外使节是指1876年至1895年间清政府派出的常驻使节。^②1877年1月,清廷第一个驻外使馆在英国伦敦创设,郭嵩焘成为中国第一位驻外公使。按照清政府总理衙门的要求,“出使各国大臣应随时咨送日记等件”,“凡有关涉事件,及各国风土人情,该使臣皆当详细记载,随时咨报”。^③特别当国内准备和进行变法时,这些驻外使节尤为注意各国的法律制度,并进行比较,从中发现优劣,以为变法之用。^④

驻外使节们时常被邀请或主动去参加议院旁听,与一些议员也时有往来,因此,对于各国议院议事情形、章程有了一定的了解。

郭嵩焘对英国的议会政体赞誉有加,相反,对德国的政治状况则有不满意。他曾在日记中追溯英国从“君权”到“民权”的政治制度发展史并得出一段意味深长的结论:“推原其立国本末,所以持久而国势益张者,则在巴力门(parliament)议政院有维持国是之义,设立买阿尔(mayor,市长)治民,有顺从民愿之情。二者相持,是以君与民交相维系,迭盛迭衰,而立国千年终以不敝,人才学问相承以起,而皆有以自效,此其立国之本也。”^⑤郭嵩焘得悉德国宰相俾斯麦欲限制议院权力曾逮捕议员数人,他批评俾斯麦之举动为“不学无术”。^⑥

1889年,湖南按察使薛福成继任驻英法意比使节。薛福成竭力推崇“西法”,他说:“然则今之立国,不能不讲西法者,亦宇宙之大势使然也。”而在“西法”中,他认为德国法属于“尽善”者。他在考察了西方的议会制度并进行比较后得出了这样的结论,“西洋各部立国规模,以议院为最良。然如美国则民权过重,法国则叫嚣之气过重;其斟酌适中者,惟英、德两国之制颇称尽善。”^⑦

^① 有学者认为,“德国法对中国清末时期的影响最大,与其他国家的法律相比,可称第一”(王立民:《法律思想与法律制度》,中国政法大学出版社2002年版,第220页)。一般而言,德国法对中国近代法制建设影响最大的领域乃是私法领域,更准确地说,是德国民法对中国民事立法的影响。相比之下,德国宪政文化对近代中国宪政建设的影响,既不那么明显,也不那么直接,而且,学界所知有限。

^② 祖金玉、颜杰峰:《早期驻外使节对西方近代文明的传播及其特点》,载《社会科学辑刊》2004年第6期。

^③ 《薛福成选集》,上海人民出版社1987年版,第406页。

^④ 王立民:《法律思想与法律制度》,中国政法大学出版社2002年版,第225页。

^⑤ 《郭嵩焘日记》(第3卷),湖南人民出版社1982年版,第373页。

^⑥ 《郭嵩焘日记》(第3卷),湖南人民出版社1982年版,第738~739页。

^⑦ 钟叔河:《走向世界》,中华书局1985年版,第352~353页。