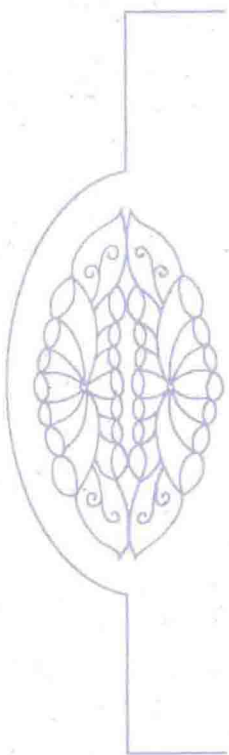


『清末民国法律史料从刊』辑要

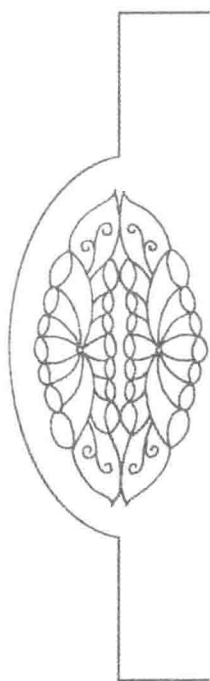
何勤华 李秀清 陈 颐 主编

上海人民出版社



『清末民国法律史料丛刊』辑要

何勤华 李秀清 陈 颐 主编



上海人民出版社



图书在版编目(CIP)数据

“清末民国法律史料丛刊”辑要/何勤华,李秀清,陈
颐主编.—上海:上海人民出版社,2015

(清末民国法律史料丛刊)

ISBN 978-7-208-12748-7

I. ①清… II. ①何… ②李… ③陈… III. ①法律-
研究-中国-清后期 ②法律-研究-中国-民国 IV.
①D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 004858 号

责任编辑 解 锟
封面装帧 王小阳



“清末民国法律史料丛刊”辑要

何勤华 李秀清 陈 颐 主编

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.co)

世纪出版集团发行中心发行 上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 787×1092 1/16 印张 40.75 插页 4 字数 958,000

2015 年 2 月第 1 版 2015 年 2 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-12748-7/D·2610

定价 128.00 元

出版前言

“清末民国法律史料丛刊”集研究成果与文献整理于一体,是中国近代法律史著述中材料丰富、研究全面、论述完备、见解精湛的一部大型文献资料汇集。“丛刊”的出版获得了国家出版基金的大力资助。

“丛刊”囊括了清末民国时期重要的“法科讲义”、“法律辞书”和“汉译六法”三个系列,全面清晰地呈现出近代中国法律的框架,对理解清末民国时期中国的法制状况以及中国建设近代法制进程具有深远的意义。

“法科讲义”之系列包含民国时期最具代表性的两所高等法科院校的讲义,即“京师法律学堂笔记”和“朝阳大学法科讲义”。“京师法律学堂笔记”是我国第一套法科系列教材,对清末修律及我国近代的民法、商法、物权、债权、亲族法、相续法、民事诉讼法和破产法等法规的起草与制定具有重要作用。中国近代法学教育成就之标杆——“北朝阳,南东吴”,一直为学界津津乐道。朝阳法科讲义代表着中国近代法学教育的最高成就。

“法律辞书”之系列收入了三部民国时期最具代表性的法律辞书。其一为民国二十三年三月由大东书局出版的《法律大辞典》,该辞典为汪翰章、罗文干、戴修瓚、郑天锡、张映南、张志让、陈瑾昆、翁敬棠等十余位著名法学家的合心合力之作。其二为李祖荫主编的《法律辞典》。其三为日本学者清水澄著《法律经济辞典》。

“汉译六法”之系列有《日本六法全书》、《法国六法》、《德国六法》以及《苏俄新法典》等四部民国时期出版的外国法典译本。这些法典译本为南京国民政府建立中国近代法的完整体系提供了重要的参照。

“丛刊”主编何勤华教授、李秀清教授、陈颐副教授以及“丛刊”责任编辑解锟、屠玮涓力邀华东政法大学、清华大学、中国政法大学、中央民族大学、上海财经大学、华东师范大学、日本京都大学等海内外高等法学院校及中国社会科学院法学所等科研机构的法学博士或具有高级职称的法学教学与研究人员参与点校、勘校工作,保证了“丛刊”的整理质量。为了让更多读者更为便利地了解“丛刊”的概貌,现将“丛刊”所有序言、勘校或点校前言及每册书的基本资料集结成册出版,以回馈广大读者对“丛刊”的高度关注与认同。

华东政法大学法律史研究中心

上海人民出版社

2014年12月2日

“清末民国法律史料丛刊”总序

何勤华

探究近代法律文明的根源与脉络,已成为我们理解并提升自身价值的借镜,为此我们一直努力着。近十年来,我们已陆续点校出版“中国近代法学译丛”、“华东政法学院珍藏民国法律名著丛书”、“大清新法令”、“新译日本法规大全”等诸多清末民国时期的著作,这些点校作品大多以当时的法学译著、专著及法典为主,而包括清末民国时期法律讲义、辞书等在内的基本法律史料则因分布较为分散、查阅难度较大,以及数量庞大等原因而迟迟未能着手整理。因着机缘际会,华东政法大学外国法与比较法研究院于2011年仲夏从私人收藏者手中购得两千余册藏书,其中以民国时期出版的法律书籍为主,这使我们有机会将此类法律基本史料较为完整地展现在读者面前。

“清末民国法律史料丛刊”包含京师法律学堂笔记、朝阳大学讲义等清末民国时期的“法律讲义”,以及“法律辞书”与“汉译六法”三大系列。

大学的法律讲义是近代法律学科发展的重要基石。在中国法律近代化的过程中,众多学者孜孜以求,为法学之发展付出大量的心血和精力。清末民初,随着留学生的派出与西方学术的引进,法律教育也为之耳目一新。这些讲义中所探讨的许多基本学术问题,并未因时光流逝而丧失其价值。相反,这些问题对于当代法学教育工作者而言,仍然意义重大,具有不可替代的参考作用。

法律辞书的编纂汇集了民国时期法律学者的群体智慧和力量,选入本丛刊的民国二十三年三月由大东书局出版的《法律大辞典》即为汪翰章、罗文干、戴修瓚、郑天锡、张映南、张志让、陈瑾昆、翁敬棠等十余位著名法学家的倾心合力之作。该辞书收录了中外重要的法律名词、中外法学家与立法者的生平简介、各种法律制度及相关重要事件,并对通用术语附有英文、德文、法文、意文、拉丁文等5种语言,成就了西方规范化学术成功嫁接到中国传统法律资源的典范。

清王朝的迅速灭亡以及随后十余年中国政局的动荡大大延缓了中国建设近代国家法制框架的进程。至南京国民政府成立,国内政局大体得以稳定。南京国民政府在详细参酌中外立法的基础上,短短数年间,建立了中国近代法的完整体系。“汉译六法”的出版对这一体系的成功不可没。其所述者,或可激活我们对现代外国法学研究核心问题的深思凝虑。

清末及民国时期大学法律教育的基础讲义、法律辞书以及“汉译六法”奠定了中国近代在接受西方法律传统的同时构建自身法学知识谱系及其价值内涵的文本基础。本丛刊遴选出的书卷各本受制于一己之认识,偏颇难免,然我们秉承开放心态,尽可能纳入诸种重要作品,力求达至开放性及代表性之旨意。

囿于出版年代久远及书籍保管不善,这些法律史料已不便直接翻阅,藏有这些史料的图书馆也多将其作为特藏书,给借阅者加以诸种限制。如本丛刊的出版能为广大读者带来查阅、研习之便利,那将是对我们精心整理这些文献的最大回馈。

目 录

“清末民国法律史料丛刊”总序 何勤华	1
--------------------	---

第一编 “京师法律学堂笔记”系列

《法学通论》点校者序 何勤华	3
《法学通论：宪法·行政法》点校者序 魏 琮	7
《国法学》(上)点校者序 高 珣	11
《国法学》(下)点校者序 魏 敏	15
《民法总则》(上)点校者序 李 婧	20
《民法总则》(下)点校者序 陈 融	24
《民法物权》点校者序 李明倩	25
《民法债权总论·各论》点校者序 何佳馨	30
《商法总则》点校者序 何佳馨	36
《商法：有价证券·船舶》点校者序 张登凯	41
《商法：会社·商行为》点校者序 徐奕斐	53
《刑法总则》点校者序 张勇虹	56
《刑法分则》点校者序 夏 菲	60
《民事诉讼法》点校者序 李凤鸣	64
《刑事诉讼法》点校者序 李凤鸣	68
《破产法》点校者序 李 彤	72
《监狱学》点校者序 易花萍	75
《法院编制法》点校者序 张进德	79
《国际公法》点校者序 李伟芳	86
《国际私法》点校者序 刘晓红	89
《财政学》点校者序 杨大春	92
《经济学》点校者序 王红曼	105

第二编 “朝阳法科讲义”系列

品读朝阳——“朝阳法科讲义”代序 李秀清	109
《朝阳法科讲义》(第一卷)点校前言 张卓明	122

《朝阳法科讲义》(第二卷)整理弁言	苏亦工	131
《朝阳法科讲义》(第三卷)点校前言	赵 晶	145
《朝阳法科讲义》(第四卷)点校前言	吴一鸣	150
《朝阳法科讲义》(第五卷)点校前言	王帅一	161
《朝阳法科讲义》(第六卷)点校前言	陈新宇	166
《朝阳法科讲义》(第七卷)点校前言	洪冬英	169
《朝阳法科讲义》(第八卷)点校前言	王 婧	174

第三编 “法律辞书”系列

《法律经济辞典》点校前言	王 沛	185
《法律辞典》点校前言	解 铨	194
《法律大辞典》点校前言	陈 颐	199

第四编 “汉译六法”系列

“汉译六法”序	陈 颐	219
《日本六法全书》点校前言	黄琴唐	241
《德国六法》点校前言	冷 霞	254
《法国六法》点校前言	邓建鹏	262
《苏俄新法典》勘校前言	李秀清	268

附 录

附录一 “京师法律学堂笔记”系列书影、例言及目录	277
附录二 “朝阳法科讲义”系列书影、凡例、原序、目录及版本说明	409
附录三 “法律辞书”系列书影、凡例、原序及目录	583
附录四 “汉译六法”系列书影、凡例及目录	631

第一编
“京师法律学堂笔记”系列

《法学通论》点校者序

何勤华*

—

《法学通论》一书,是安徽宿松熊氏三兄弟编辑出版的“京师法律学堂笔记”的第一种,由熊元翰编辑,原作者是日本法学博士冈田朝太郎,是冈田在京师法律学堂所作的讲义的记录。

冈田朝太郎(1868—1936),是日本著名法学家,1891年从东京帝国大学法科大学法国法科毕业后,进入研究生院专攻刑法,1893年受聘为法科大学的讲师,第二年升任副教授。1897年赴德国、法国留学,在德国时曾师从著名刑法学家李斯特(F.Liszt, 1851—1919)学习。1900年回国后出任东京帝国大学法学部教授。1906年接受中国政府邀请,来中国担任修订法律馆调查员兼法律学堂教员,协助立法大臣沈家本(1840—1913)从事立法调查、法律教育以及近代法典的编纂工作。当时,冈田在京师法律学堂讲授日本法有多门课程,如法学通论、宪法和行政法、刑法等。1915年回到日本,在早稻田大学、明治大学等学校担任兼职教授。^①

本书编辑者熊元翰,安徽宿松人氏,早年留学日本,回国后在北京从事法律实务工作,并在京师法律学堂充任教习。除编辑本书之外,还编辑了《法学通论·宪法、行政法》、《国法学》、《民法债权》、《商法总则》、《刑法总则》、《刑法分则》、《民事诉讼法》等。

“京师法律学堂笔记”,是熊元翰等熊氏三兄弟根据日本学者在京师法律学堂所作的讲义,辅之以日本学者相关的论著、教材,参之以自己对法律知识的理解和对我国现行法律的认识,编辑而成。如本书“总序”中所说,共有22册。本书是其中的第一册。

二

在日本,“法学通论”主要讲述法和法学的一些基本理论和知识,有一点类似于我们现在出版的“法学概论”的性质,但比“法学概论”要更加深刻一些,一般都要探讨一些法哲学(法理学)的问题。如当时影响比较大的另一位日本学者织田万(1868—1945),其所写的《法学通论》(于1907年由商务印书馆出版,译者刘崇佑)一书,其前半部分就论述了法学的性质、分类、法学流派、各国法制之变迁,以及法律的定义、分类、渊源、效力、变更、解释和制裁、国家与政权、权利和义务等法理学的问题。

本书的情况与一般的法学通论的书稍有不同,它主要论述的是法理学的内容,全书分二编。第一编法令篇,涉及的问题有科学之种类及法学之位置、法之意义与其由来、法学之种类与法学通论之范围及其效用、国家国体政体及国家之种类、法之分类、法之效力、法之制裁等;

* 华东政法大学教授。

① 关于冈田朝太郎的详细事迹,参见何勤华:《中国法学史》(第3卷),法律出版社2006年版,第720—721页。

第二编,权利义务论,涉及权利的概念、分类,义务的概念和分类,权利义务之主体和客体,权利义务之取得、丧失、变更及其原因,法的行为之分类、时效等。作者指出,由于本套丛书中,以后的各册将涉及宪法、行政法、民法、商法、刑法、诉讼法、国际法等各个部门法,故本书没有涉及部门法的内容。

在第一编法令篇中,作者首先论述了科学之种类及法学之位置。作者认为:“科学者,辨识物、心两界之原理者也。”它分为“物的科学”和“心的科学”,心的科学分为文学和国家的科学,国家的科学又分为五个领域,法学就是其中之一,另外四个领域则是公德学、经济学、社会学和政治学。

其次,作者对法之意义与其由来及种类进行了阐述。作者指出,法在中国的古义就是平正如水,而后慢慢演变成成为“正直”、“典型”和“规则”之义。“法者,由人类经营共同生活之必要而来者也。治者对于被治者之命令,则为国内法;国家与国家间所存之规则,则为国际法。故得一言以蔽之曰:法者,乃人类国家的生存之规则也。”

再次,作者阐述了法的种类,分国内法和国际法两个部分,在国内法中,又依次论述了宪法、行政法、民法、商法、刑法、裁判所及检事局构成法、诉讼法和国际私法。^①

第四,作者对法学的种类(如沿革法学、比较法学、法理学等)做了界定,对法学通论的范围和效用进行了分析,认为前者主要涉及国内法和国际法整体的要点,其细节则由各个部门法研究;后者即效用主要有三:提高国民法律素养;补充其他学术之不足;成为进一步深入学习法学全体的入门阶梯。

第五,关于国家、国体、政体及国家之种类。作者认为:“国家者,主权、臣民、领域(领土)三者相合而成之政治团体也。”其中,主权是支配一国之权力;臣民,是指有无限服从其主权之资格者;领域或称版图,是主权专行其权力的区域。国体,就是“主权所在之形式”,如君主国、贵族国、民主国等。政体,就是“主权行使之形式”,“统治作用之外形”,如三权分立,还是君主集权等。由国体和政体之配合到何种程度,就产生了君主专制国、君主立宪国、民主立宪国等不同的国家形式。

第六,法的分类。一般分为六种:成文法与不成文法;公法与私法;普通法与特别法;强行法与任意法,前者一般在公法之场合,后者是在私法领域;主法与助法,即实体法和程序法;固有法与继受法,前者是在本国内产生发达的法,后者就是从外国移植进来的法律。

第七,法之成立及变更与其消灭。有三种情况:(1)成文法之成立及法律与命令之区别。一般而言,“成文法成立于有立法权者履行一定之格式而制定之时”,一般而言,法律之制定,比较严格,而敕令、命令的制定,程序就比较简单。(2)成文法之变更及消灭。在日本,要变更法律者,程序比较严格,必须要有议会协赞、天皇裁可;而变更命令,则法律就可以了,但日本宪法同时也规定,法律不得变更或废止天皇大权所发之命令。(3)习惯法之成立及变更与消灭。习惯法之成立,一般须有成文法之明文或精神予以认可,并不得与公共秩序及善良风俗相冲突;习惯法成立以后,与成文法具有同等之法律效力;改、废习惯法,不得以命令,而必须以法律为

^① 当时日本学术界,将国际私法视为国内法,所以,他们所说的国际法,仅指国际公法(当时还没有国际经济法的概念和学科)。

之。此外,习惯发生变化或消亡时,习惯法也应该随之变化或消亡。

第八,法之效力。首先,法具有时间上的效力,在日本,一般由官报做出通告。其次,是对人与地的效力。日本的法律,采用属人主义和属地主义相结合的折衷主义,即日本法律的效力支配国内全境;支配国外之日本人;支配一定之在外国的外国人(即在公海上捕获海盗等)。

第九,法之解释、适用和制裁。解释有立法解释、学理解释和比附援引(类推解释)三种,第三种只在极少数场合(如民事诉讼)被允许。在日本,适用法律主要由行政机关和司法机关来承担,而以司法机关为主。法的制裁,主要有行政上的强制、罚金等;官员为民办事(办公)上的惩戒(谴责、减薪和免职等);民事上的丧失人格、丧失亲族权和赔偿等;刑事上的刑事处罚(刑罚)等。

三

本书第二编,论述的是权利义务问题。作者认为,“权利者,国法上所附与于吾人且从而保证之力也”。一般而言,权利被分为:(1)公权与私权;(2)积极权与消极权(作为之权利和不作为之权利);(3)绝对权与相对权,前者指“与他人所负一律不可侵之义务互相对立之权利”(主要是公权),后者即相对权,指“与他人之特定作为及不作为之义务互相对立之权利”(如领事裁判权等);(4)主质权与助质权(如国家主权不可侵犯为主质权,对于侵犯之国家,要求其赔偿,为助质权);(5)得以转移之权利(如物权、债权等)与不得以转移之权利(如人身权、日本华族之世袭财产等);(6)国际法权与国内法权。

作者认为,与权利相对的义务,指“吾人行为之检束,而为法所强制者也”。一般分为公义务与私义务;积极义务和消极义务;对立义务和孤立义务,前者与权利相对应,后者只有义务没有权利,如兵役、纳税等;主质义务和助质义务,与上述主质权和助质权相对应;可以转移之义务与不可以转移之义务;国际法上的义务与国内法上的义务。在日本,权利义务的主体,一是自然人,二是法人。而客体,在公权上,有求国家保护之权利(客体为利益)、参政权(客体为行为),以及各种自由权(客体为事实)等。在私权上,客体有受人身权保护的生命、身体、名誉等,有受亲族权保护的子女以及其行为等,有受财产权保护的有体物以及人的作为与不作为等。在国际法权上,客体有国境、内治、外交和名誉等。作者认为,义务之客体,就是与权利之客体相对应者,如与人身权相对应的义务的客体,就是不得伤害他人的生命、身体和名誉等。

作者认为,权利义务之取得,有原始取得、传来取得等。权利义务的丧失,主要是主体与权利分离,义务也相应不复存在。权利义务的变更,分主观的和客观的两种情况。前者有主体之更改,如权利义务之转移,主体之增减,如共有者之增加等;后者即客观的变更,也有两种情况,一是性质发生变化,如所有权变为求偿权;二是分量之变更,如果树结果实造成的所有权量的增加等。而所有产生上述权利义务的取得、丧失和变更等的原因,都在于法的事实或行为的变化。

从上述权利义务之变化中引出法的行为之后,作者对法的行为的分类,如积极行为和消极行为、适法行为和非法行为、预期行为和非预期行为、一方之法的行为和双方之法的行为、要式之法的行为与非要式之法的行为、有偿之法的行为与无偿之法的行为、主法行为与从法行为,以及附条件之法的行为与附期限之法的行为,进行了详细的分析论述。最后,作者还对时效作

了阐述。

四

在清末民初,我国最先是从小西方引进法学著作,如1864年由美国传教士丁韪良(William Martin, 1827—1916)翻译引进的《万国公法》,1884年由法国学者毕利干(Billequin, 1837—1894)翻译引进的《法国律例》,以及之后由丁韪良与另一位英国传教士傅兰雅(J. Fryer, 1839—1928)翻译引进的一批西方国际法的作品。这些作品,虽然以国际法为主,但里面也包含了一些法理学、法学通论的内容。如《万国公法》中就包含了自然法、权利、法治、罪刑法定、法的人道主义等法理学的内容。

进入20世纪以后,随着中国派往日本的留学生的逐步增加,从日本翻译引进法学著作的活动也得以迅速开展。1902年,中国翻译引进了第一本日本法学通论的著作,作者是矶谷幸次郎(生卒年月不详),译者则是当时的著名史学家王国维先生(1877—1927),由商务印书馆出版。^①之后,关于法学通论的译著和专著开始陆续出版,如1907年,推出了上述织田万的《法学通论》,1911年,推出了中国留日学生孟森(1868—1938)著的《新编法学通论》,均由商务印书馆出版。但影响较大的是本书。

由冈田朝太郎所讲授、熊元翰编辑的本书,一方面,吸收了上述日本各法理学学者的研究成果,关于法的概念、性质、效用和分类,关于法学的内涵以及其在整个国家科学体系中的地位,关于权利义务的形成、变更、丧失以及其主体、客体和分类等,基本上都是日本的通说,代表了日本法学家的主流观点。另一方面,本书是京师法律学堂的笔记,为了适合讲授,讲授者对法理学科的内容以及学界的最新的理论研究成果,已经予以浓缩简略,并结合中国的法理学研究的实际情况,进行比较系统的整合。因此,在本书中,不仅有日本法理学的基本内容,还不时地阐述中国学界对法、法学以及权利义务等的认识现状。因对当时的中国法学界,尤其是法理学界,具有重要的理论指导意义和实践价值,对中国开展法理学研究、形成中国自己的法理学和法学通论体系,也具有重要的参考价值。笔者注意到孟森上述《新编法学通论》一书的内容,与本书非常相似,虽然不能肯定孟森曾经听过京师法律学堂的法学通论课程,但孟森在写作自己的专著时曾接触过京师法律学堂的笔记,则是非常有可能的。^②

此外,作为京师法律学堂的笔记之一,本书具有法学教科书的各项特征,如内容比较简略,体系比较完整,以讲解概念术语为主,语言文字比较通俗,等等。同时,由于本书是将日本教师的课堂讲授笔记译成中文,加上可能时间比较仓促等诸种原因,本书显得比较口语化,有些用语比较生硬,甚至也有一些语句就是日语原文(如辨济,即“偿还”;相手方,即“对方”等),未能翻译成中文,对不懂日语的读者而言,理解起来会感到有点困难。尽管具有这些特点,但本书作为一本比较早期的、概论性的、比较系统讲解日本法理学的教科书,对中国之后法理学的发展所产生的影响,则无疑是巨大的。

^① 本书已由中国政法大学出版社点校后重新出版(2006年,何佳馨点校)。

^② 孟森的书虽然比本书早一年出版(1911年出版),但京师法律学堂讲授法学通论的课,从1906年就开始了。当然,孟森留学日本政法大学,接触的是日本主流的法理学,本书阐述的也是日本主流的法理学思想,在互相不交流的环境下所述内容比较相似,也是可能的。

《法学通论：宪法·行政法》点校者序

魏 琼*

《法学通论·宪法行政法》一书，是安徽宿松熊氏三兄弟编辑出版的“京师法律学堂笔记”的第二种，由熊元翰编辑，原作者是日本法学博士冈田朝太郎，是冈田在京师法律学堂所作的讲义的记录。

冈田朝太郎(1868—1936)是日本著名法学家，1891年从东京帝国大学法科大学法国法科毕业后，进入研究生院专攻刑法，后留校担任讲师、副教授。曾赴德国、法国留学，回国后出任东京帝国大学法学部教授。1906年来中国担任立法顾问，并在京师法律学堂讲授日本法等多门课程，如法学通论、宪法和行政法、刑法等。1915年回到日本，在早稻田大学、明治大学等学校担任兼职教授。^①

本书编辑者熊元翰，安徽宿松人氏，早年留学日本，回国后在北京从事法律实务工作，并在京师法律学堂充任教习。除编辑本书之外，还编辑了《法学通论》、《国法学》、《民法债权总论各论》、《商法总则》、《刑法总则》、《刑法分则》等。

“京师法律学堂笔记”，是熊氏三兄弟根据日本学者在京师法律学堂所作的讲义，辅之以日本学者相关的论著、教材，参之以自己对法律知识的理解和对中国现行法律的认识，编辑而成。如本书“总序”中所说，共有22册。本书是其中的第二册。

二

《法学通论·宪法行政法》一书，由两卷组成。第一卷为宪法部分，分为绪论(包括第一章宪法的定义及其种类和第二章日本宪法之改正手续)、第一编统治权(由统治权之性质及主权、统治权之主体和统治权之客体等三部分组成)、第二编统治机关(包括第一章总论、第二章立法机关及日本帝国议会、第三章司法机关、第四章行政机关)和第三编统治作用之大纲(包括总论、大权、立法和预算等四章)四个部分。

在绪论中，作者主要阐述了宪法的定义、种类和改正手续等三个问题。关于宪法的定义，作者是这么描述的：“宪法者，定主权之主体、客体及规定统治机关之组织与统治作用之大纲之国法也。”接着，作者就宪法的英文表述、主权之主体和客体、统治机关之组织和统治作用之大纲等，分别进行阐述。

关于宪法的种类，作者认为，可以分为四种：(1)成文宪法和不成文宪法，前者是大多数国

* 华东政法大学教授。

① 关于冈田朝太郎的详细事迹，参见何勤华：《中国法学史》(第3卷)，法律出版社2006年版，第720—721页。

家颁布的宪法,后者如英国的宪法等;(2)钦定宪法和民定宪法,前者是由君主所制定的宪法,如普鲁士、奥地利、日本等国的宪法,后者是由国民制定的宪法,如法国、美国等国家的宪法;(3)协定宪法和独断宪法,前者是由国民合意而成的宪法,如法国、美国、比利时等国的宪法,它与民定宪法意义相通,后者就是君主所定的宪法,也就是钦定宪法;(4)柔性宪法和刚性宪法,前者的修宪程序比较柔和,和普通法律没有区别,英国宪法就是柔性宪法,后者在修改时比普通法律要严格,美国、日本等国的宪法,均是刚性宪法。

关于宪法的改正手续,作者主要阐述日本的情况,即提出修宪议案,只有天皇可以敕令做出;宪法修正案,必须有上下两院三分之二以上的议员出席,并有出席之议员的三分之二以上多数同意,才能进行;在由摄政代行国事期间,不得修改宪法。

在第一编统治权中,作者首先阐述了统治权之性质及主权。作者认为,“统治权者,主宰国家之力也”。内容有三:命令权、国交权和财产权。统治权和主权,既有区别,也有联系。在联邦制国家,如德国等,联邦主权要高于各州的统治权,而在单一制国家,如中国、日本等,统治权和国家主权是一回事。

作者在阐述主权的性质时强调,主权从何而来?由历史原因决定,如法国,因发生大革命,故主权来自人民;日本,则主权来自君主。同时,主权不受限制,主权也不可分割,法国启蒙思想家孟德斯鸠(L.Montesquieu, 1689—1755)鼓吹的三权分立,只具有形式上的意义。

其次,作者阐述了统治权的主体,认为此由各国宪法规定。比如,在日本,主权的主体是天皇,这由历史发展而形成,日本国宪法第1条的规定只是陈述这一历史事实而已。天皇总揽统治大权,享有荣誉、财产、监督皇室等的特权。皇位的继承依照日本《皇室典范》的规定,非男子不得为皇嗣。

统治权的客体,就是统治的“目的事物(对象)”。国家为公法上之权力主体时,其客体为臣民及其活动领域;为国际法上之权利主体时,其客体是国际关系;为私法上之财产主体时,其客体为私法上之关系。

第二编是统治机关。作者指出,统治机关因历史发展阶段不同,而分为不同的形态。近代以来,受上述孟德斯鸠三权分立学说的影响,一般将统治机关分为立法、行政和司法三个部门。在日本,立法机关有帝国议会(分贵族院和众议院),行政机关有摄政、国务大臣、枢密顾问、会计检查院等,司法机关有裁判所(法院)。

第三编为统治作用之大纲。作者将统治作用分为五个部分:(1)君主大权(在日本是天皇),包括可公布法律、召集或解散议会、宣布紧急敕令、定各部官制、统帅陆海军、宣战媾和及缔结条约、提议修改宪法,等等。(2)立法。在日本,制定法律之权在天皇,但须经帝国议会协赞。(3)预算。是“比较其国会计年度之岁入岁出,以预定其额之谓”。日本的会计年度,和德国一样,以4月1日始,以第二年3月31日为终。日本的预算案,由政府提出,由议会讨论决定,预算经费的使用,由会计检查院监督。第四部分司法和第五部分行政,因为本套丛书中有《法院编制法》和《行政法》专门讲述这两个问题,故作者予以从略。

三

《法学通论·宪法行政法》一书的第二卷,为行政法。绪论主要涉及行政的意义、行政法;

第一编有总论、官治行政机关、自治行政机关等部分；第二编行政作用，涉及行政作用的种类以及形式，行政监督和行政救济等内容。

作者指出：“行政者，谓除第一卷第三编第一章所述大权、立法、预算、司法外，其他一切之统治作用也。”行政的意义，分为四种：最广义的行政，所有有关国家的事务，都是；广义的行政，立法之外的国家事务；狭义的行政，即与立法、司法而三足鼎立的国家管理事务；最狭义的行政，就是除大权、立法、预算和司法之外的国家管理事务。而行政之法，就是行政法。它是“规定行政机关之组织权限，及其与人民之关系之国法也。”

绪论之后，作者在第一编总论中，阐述了行政机关之范围。“行政机关者，谓除议会及通常裁判所（普通法院）外，其他一切之统治机关也。”具体包括，在中央有摄政、内阁之国务大臣（如外务、内务、大藏〔财政〕、陆军、司法、文部等各省的大臣）、枢密顾问、会计检查院等。在地方，则有府、县、道的知事，警视总监，郡长、市参事会、町村长等。此外，在日本，还有一些自治行政机关，即公共团体，如中、小学校以及农事组合、商业会议所等公法人。

第二编，论述的是行政作用，按照作者的观点，行政作用，讲的主要是行政机关的作为（行政行为），分为事实的行为和法律的行为。“事实的行为，谓仅有事实上之存在，而无法律上之效果者，如平时之劝诱慈善事业、战时之奖励国民后援是。此际，官吏或公吏等，虽有劝诱及奖励之行为，而人民不因之而生公法的义务也。”“至不仅事实上之存在，而兼有法律的行为者，则是所谓法律的行为矣。”法律的行为，有私法者，如官厅公署之购售物品是也，它产生民商法上的结果；有公法者，则产生公法上的权利义务关系。主要有发布行政命令、作出行政处分和订立公共约定。在具体内容上，作者主要论述了警察行政、管理营造物（如公路、桥梁，以及学校、医院）行政、赋课（如租税等）行政等。在这一编，作者最后对行政监督和行政救济作了阐述。

四

本书涉及两个部分，一是宪法，二是行政法。就前者而言，近代宪法诞生于英国、美国和法国，日本于1868年明治维新后将西方的宪法学说和立宪经验引入了日本，1889年制定了《大日本帝国宪法》（又称“明治宪法”），同时，开展了对宪法的研究，涌现了一批宪法学者，如清水澄、织田万、副岛义一、穗积八束、上杉慎吉、美浓部达吉、佐佐木惣一等。由于日本在立宪方面，最后选择了德国，所以近代日本的宪法和宪法学，都受到德国的深刻影响。包括宪法的名称，也模仿德国的说法，称为“国法学”。由于本丛书中另有国法学，故本文这里从略，关于宪法部分不再展开论述。

关于后者即行政法，它最早诞生于近代法国。1799年成立的法国最高行政法院（Conseil d'Etat，也称“国政院”）是法国行政法形成的源头，在对法国行政法判例研究的基础上，慢慢形成了法国行政法的体系和行政法学。1819年，在巴黎大学法学院创设了“行政法讲座”。1829年，担任此讲座的教授杰兰德（de Gerand，1772—1842）出版了世界上第一本行政法教科书《法国行政法提要》。^①之后，行政法和行政法研究便在法国发展起来了。在法国诞生的行政法，随后就传播至德国、日本等大陆法系国家。19世纪末20世纪初，日本不仅继受法国的传

^① 何勤华：《西方法学史》，中国政法大学出版社2003年版，第170页。

统,建立起行政法院,而且有一批日本学者,如浮田和民、清水澄、织田成、副岛义一、岛村他三郎,以及美浓部达吉、佐佐木惣一等,在吸收法、德两国行政法研究成果的基础上,推出了一批行政法理论成果,从而在日本建立起一个行政法和行政法学的体系。

由熊元翰编辑、冈田朝太郎所讲授的本书,就是吸收了上述日本各宪法和行政法学者最新的理论研究成果,予以浓缩简略,并结合中国的立宪和官制的实际情况,展开了比较系统的论述。在本书中,不仅有日本宪法和行政法的基本内容,还不时地阐述中国立宪成果和官制改革的现状。因此,对当时的中国法学界,尤其是宪政学界,具有重要的理论指导意义和实践价值,对中国开展宪法和行政法研究,形成中国自己的宪法与行政法体系,也具有重要的参考价值。

作为京师法律学堂的笔记之一,本书具有法学教科书的各项特征,如内容比较简略,体系比较完整,以讲解概念术语为主,语言文字比较通俗等等。同时,由于本书是将日本教师的课堂讲授笔记译成中文,加上可能时间比较仓促等诸种原因,本书显得比较口语化,有些用语比较生硬,甚至也有一些语句就是日语原文(如時計,即“钟”;試験,即“考试”等),未能翻译成中文,对不懂日语的读者而言,理解起来会感到有点困难。尽管具有这些特点,但本书作为一本概论性的、比较系统讲解日本宪法和行政法的中国近代最早的教科书,对中国之后宪法和行政法的发展,以及对宪法和行政法教育所产生的影响意义重大。