

清末民国法律史料丛刊·京师法律学堂笔记

主编 何勤华

法学通论

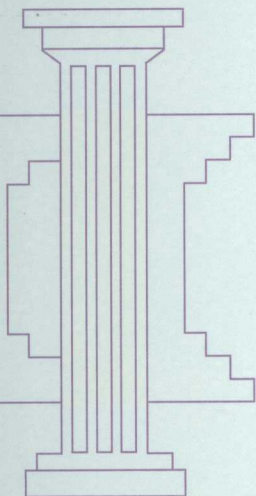
宪法

行政法

上海人民出版社



「日」冈田朝太郎口述 熊元翰编 魏琼点校



014033671

D90
475
V2



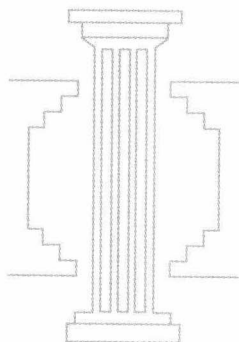
法学通论

宪法 行政法

「国法律史料丛刊·京师法律学堂笔记」

主编 何勤华

「日」冈田朝太郎口述 熊元翰编 魏琼点校



上海人民出版社

D90
475
V2



北航

C1721739

图书在版编目(CIP)数据

法学通论:宪法行政法/(日)冈田朝太郎口述;
熊元翰编;魏琼点校. —上海:上海人民出版社,
2013

(清末民国法律史料丛刊·京师法律学堂笔记)

ISBN 978-7-208-11853-9

I. ①法… II. ①冈… ②熊… ③魏… III. ①宪法—
研究—日本②行政法学—研究—日本 IV. ①
D931.31②D931.21

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 250220 号

责任编辑 屠玮涓

封面装帧 王晓阳

清末民国法律史料丛刊·京师法律学堂笔记

法学通论·宪法 行政法

[日]冈田朝太郎 口述

熊元翰 编

魏 琼 点校

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.cc)

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 635×965 1/16 印张 12 插页 4 字数 120,000

2013年12月第1版 2013年12月第1次印刷

ISBN 978-7-208-11853-9/D·2375

定价 30.00 元

京師法律學堂
筆記

总 序

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、翁敬堂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形成功不可没。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。

是为序。

何勤华

华东政法大学外国法与比较法研究院

2013 年 12 月 1 日

点校者序

—

《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

^① 关于冈田朝太郎的详细事迹,参见何勤华著《中国法学史》第三卷,法律出版社2006年版,第720—721页。

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),包括裁可公布法律、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。包括宪法学的名称,也模仿德国的说法,称为“国法学”。由于本丛中另有国法学,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

^① 参见何勤华著《西方法学史》,中国政法大学出版社2003年第二版,第170页。

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”;试验,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,则无疑是巨大的。

由于时间比较匆忙,加上笔者的宪法和行政法的功底不是很深厚,在勘校过程中可能会出现一些错误,对此,敬请读者诸君批评指正。

魏 琼

于华东政法大学

宪法行政法教研室

2012年7月30日

凡 例

一、本丛书为“清末民国法律史料丛刊”之“京师法律学堂笔记”。由熊元楷、熊元襄、熊元翰编辑。

二、原书为竖排，现改为横排。原文中“如左”、“如右”之类用语，相应改为“如下”、“如上”等。

三、原书所用繁体字，现统改为简体字。异体字在不损原意的情况下，径改之。

四、原文无标点符号或标点符号使用不规范者，一律以现在通行之标点代之。

五、原书文字有脱讹倒衍者，点校者予以更正，并加注释说明。

六、原书对外来语之翻译文字，如国名、人名，一律保持原貌，加注释说明。

七、原书中有些字、词在现代汉语中依然保留其义项者，如“发见”、“豫审”等，一律不作改动。

八、原书无段落划分或段落划分不清者，在点校、勘校时做适当划分。

九、原书所引之事实、数字及其他相关资料确有错误者，加注释说明。

十、所有注释一律采用脚注，每页重新编号。

例 言

本编为日本冈田先生所讲授、编者所笔述。于讲义原文，其未合中文体例者，间有加以修正之处。至原有名词，则未敢擅更。

冈田先生《法学通论》原分十卷。先之以总说为一卷。次则宪法行政法民法商法刑法裁判所构成法诉讼法国际私法国际公法各为一卷。本编所述，为宪法、行政法。

冈田先生讲宪法，辄举我国宪法大纲与日本宪法，比较其得失，可供我国编纂宪法之参考。

冈田先生讲行政法，于日本内阁官制之沿革，言之綦详，可为我国组织新内阁之材料。

本编与岩井氏《国法学讲义》虽学说不无异同，讲述互有详略。然可资参照，使读者不致墨守一家之说，较为有益。

法治国臣民，皆须有法律知识。故外国有以《法学通论》列入中学课程者。本书分十卷，提要钩元，有条不紊，深合于我国中学课本之用。除总卷及宪法、行政法已经编辑外，其余民商等法，异日拟接续编辑，以成完璧。

编者识

目 次

总序(何勤华)	1
点校者序(魏琼)	1
凡例	1
例言	1

第一卷 宪 法

绪 论

第一章 宪法之定义及其种类	5
第一节 宪法之定义	5
第二节 宪法之种类	6
第二章 日本宪法之改正手续	12

第一编 统治权

第一章 统治权之性质及主权	17
第一节 统治权之性质	17