



◎ 倪正茂 著

比较法学探析

Exploring Comparative Jurisprudence

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

比较法学探析

倪正茂 著

中国法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

比较法学探析/倪正茂著. —北京: 中国法制出版社, 2006. 10
ISBN 7-80226-566-5

I. 比... II. 倪... III. 比较法学-研究 IV. D908

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 118954 号

比较法学探析

BIJIAO FAXUE TANXI

著者/倪正茂

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/787×960 毫米 16

版次/2006 年 10 月第 1 版

印张/59.25 字数/1050 千

2006 年 10 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80226-566-5

定价: 98.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

传真: 66031119

编辑部电话: 66070084

邮购部电话: 66033288

序 言

比较法学研究久为法学家青睐，长文短论以至宏篇钜制，早已汗牛充栋。然而，这是就五洲四海而言，素称有“五千年文明历史”的古老中国，却是令人汗颜：涉足学海的这一领域者为数寥寥，且历时甚短，其著作也屈指可数。近十年来，问津比较法学者大大增加，著作也日见其多，这是十分可喜的现象。但与普遍重视比较法学研究的发达国家法学界相比，仍有很大距离。笔者1991年赴日讲学访问早稻田大学时，小口彦太教授告诉我，“早大”有比较法研究所之设；几乎所有的早大教授、副教授都是其兼职研究员，小口就是当时的比较法学研究所的“委员长”。同时，无论哪一领域的学问，都不会有“终极真理”；何况，法律文化一经产生，便如滚滚长河，奔腾向前，轻舟虽过万重山，还有群峰在前头，社会生活的实践不断提出新的课题，人类的法律活动不断更新其形式和内容，法律文化积累的资料也越来越丰富浩瀚，比较法学也就必须随之开拓研究领域，提供新鲜成果。此外，已经撰成的著述，也不能都说是炉火纯青、天衣无缝的，吹毛求疵、鸡蛋剔骨虽然不必，切磋商榷、精益求精却是天经地义、理所当然。清人赵翼《论诗》云：

满眼生机转化钧，
天工人巧日争新。
预支五百年新意，
到了千年又觉陈。^①

“钧”为陶工制作器皿所用之转轮，《淮南子·原道》篇即有“钧旋毂转”一说。时代不断变化，“生机”蓬勃满眼，实际生活中的法律文化创新的“天工”是由千百万身处法治社会的人们“巧夺”而成的，法学家也就应当发挥自己的聪明才智，在“人巧”方面一显身手，与“天工”争新。当然，学海无涯，睿智有尽，即使“预支”了“五百年新意”，今天的一孔之见，“千年”之后也

① 羊春秋等：《历代论诗绝句选》，湖南人民出版社，1981年版，第279页。

2 比较法学探析

必为新的实践与新的理论所更替。尽管如此，法苑漫游有日，胸中块垒森然，竟至不吐不快，不写不安。于是援笔泼墨，以此拙稿献予世人。

比较法学作为一门学问，犹如汪洋恣肆的大海，任酌一勺，即可挥洒抒写许许多多。从比较法学的发展历史到比较法学的发展预测，从宏观比较法学到微观比较法学，从本国法律纵横比较到外国法律纵横比较，从法律形式比较到法律内容比较，从立法比较到司法、执法、守法比较，从法律文化比较到比较方法探索……可写、应写者多如牛毛、繁若星海。本书题为《比较法学探析》，意谓仅拟撮拾比较法学之大略，做提纲挈领式的探索分析。它涉及比较法学各个主要方面的问题，将有关主干描画而出，但不作精细的雕琢，不去刻画枝叶的细节。这样做的目的是想拟出一个进一步发展我国比较法学研究的大致轮廓来，“探”而“析”之，“导”而“论”之，铺而垫之，为后我诸君的继续前进开拓道路。无名氏有广为流传的《吟雪》诗云：一片一片又一片，飞入泥潭皆不见。前消后见不断飞，终叫河山颜色变。

相信经过比较法学界同行的不断努力，我国比较法学研究，自能臻于独领风骚的崇高境界。

为此，本书将先就比较法学研究的一般理论展开论述，然后就其具体研究范围阐明有关问题。这里的“具体研究范围”，笔者之见与现行比较法学中外诸家多有歧异。因此，或许竟然全为谬论。但是，笔者一向不惮坦陈拙见贻笑大方，因为在迈向真理的阶梯上，总是需要不怕猛虎的初生牛犊的。如果说幻想是自然科学的翅膀的话，那么，标新立异就是社会科学的生命。一个理论工作者，如果只想吃别人嚼过的馍，做坐堂叫卖的店小二，是决不可能对社会有多少贡献的。本书作为对比较法学的一种探索，当努力于激浊扬清、标新立异，希冀站在中外比较法学巨人的肩上，发现一些新的东西，至少也要提出一些新的问题，以求抛砖引玉，推动中国比较法学研究的发展。

目 录

第一编 比较法学研究

第一章 “比较法”和“比较法学”	(2)
第一节 概念论析	(3)
第二节 著作略评	(5)
第三节 比较法学定义	(8)
第二章 比较法学研究的对象和范围	(11)
第一节 “对象”和“范围”	(11)
第二节 比较法学的研究对象	(12)
一、关于比较法学研究对象的几种观点	(12)
二、对上述观点的评析	(14)
第三节 比较法学的研究范围	(16)
一、文化与法律文化	(19)
(一) 文化	(19)
(二) 法律文化的外延	(21)
二、“法律文化”概念的定义	(21)
(一) 一些外国学者的法律文化定义	(22)
(二) 一些国内学者的法律文化定义	(24)
三、比较法学的研究范围	(26)
第三章 比较法学的特征、性质与地位	(29)
第一节 比较法学的特征	(29)
第二节 比较法学的学科性质	(32)
一、关于比较法学学科性质的若干观点	(32)
二、略评上述关于比较法学学科性质的观点	(35)
第三节 比较法学的学科地位及其与法学其他学科的关系	(41)
一、比较法学与法律社会学	(42)

二、比较法学与法理学	(43)
三、比较法学和法律史学	(45)
四、比较法学与部门法学	(46)
五、比较法学和外国法学	(47)
六、比较法学与政策的法律化	(48)
第四章 比较法学的任务与意义	(51)
第一节 比较法学的任务	(51)
一、关于比较法学任务的若干观点	(51)
二、对上述观点的评论	(53)
三、比较法学任务之我见	(54)
第二节 比较法学研究的意义	(59)
一、比较法学研究的理论意义	(60)
二、比较法学研究的实践意义	(62)
第三节 比较法学研究必须较优论劣	(64)
第五章 比较法学的研究方法	(67)
第一节 比较法学研究方法的论域	(67)
第二节 比较法学的方法论基础	(69)
第三节 比较法学研究方法的体系	(72)
第四节 不同质法律文化的可比性问题	(76)
一、“不同质”就“不能较量”吗?	(77)
二、不同社会制度下法律制度的可比性问题	(78)
三、法律文化比较的目的与方向	(79)
第六章 比较法学的分类	(81)
第七章 比较法学的历史发展	(85)
第一节 比较法学在国外的发展	(85)
一、国外比较法学研究的实践时期	(87)
二、近代比较法学的酝酿时期	(91)
三、现代比较法学的形成和发展	(98)
第二节 比较法学在中国的发展	(103)
一、中国比较法学研究的实践时期	(104)
二、中国比较法学的酝酿时期	(108)
三、中国比较法学的形成与发展	(112)

第三节 比较法学的发展规律与发展趋势·····	(116)
-------------------------	-------

第二编 制度法律文化比较研究

第一章 国家间的法律比较·····	(122)
第一节 国家间法律比较的对象、范围与分类·····	(122)
第二节 国家间法律比较的目的·····	(128)
第三节 国家间的宪法比较·····	(130)
第四节 国家间的行政法比较·····	(135)
第五节 国家间的民法比较·····	(139)
第六节 国家间的刑法比较·····	(148)
第二章 法系比较·····	(155)
第一节 法系·····	(156)
第二节 法系的分类·····	(158)
一、法系分类的原则·····	(158)
二、法系的分类·····	(161)
三、罗马法系·····	(161)
四、英美法系·····	(162)
五、伊斯兰法系·····	(162)
六、关于“社会主义法系”及“发展法系”·····	(163)
第三节 法系的比较研究·····	(168)
一、罗马法系概念的含义·····	(170)
二、英美法系概念的含义·····	(171)
三、伊斯兰法系的含义·····	(172)
四、发展法系的含义·····	(173)
五、法系概念含义的比较·····	(174)
第四节 关于“法律样式”·····	(179)
第五节 关于中华法系·····	(182)
一、关于中华法系的研究·····	(182)
二、法系比较中的中华法系·····	(185)
(一)“法系比较中的中华法系”的研究课题·····	(185)
(二)“法系比较中的中华法系”的主要研究结论·····	(186)

(三) 中外法系的基本共性	(193)
(四) 中华法系的特点	(197)
第三章 法律体系比较	(203)
第一节 “法律体系” 辨析	(204)
第二节 总体性法律体系的横向比较	(205)
一、法国的法律体系	(206)
二、英国的法律体系	(207)
三、几内亚的法律体系	(207)
四、中国的法律体系	(208)
五、总体性法律体系横向比较的几点结论	(212)
第三节 总体性法律体系的纵向比较	(214)
一、总体性法律体系的静态纵向比较	(215)
二、总体性法律体系的动态纵向比较	(217)
第四节 纵横交叉式的总体性法律体系比较	(220)
第五节 部门性法律体系的横向比较	(224)
第六节 部门性法律体系的纵向比较	(226)
第七节 法律体系的渊源比较	(231)
一、关于法的渊源	(231)
二、印度古代法的法律体系及其形式渊源	(233)
三、罗马古代法的法律体系的形式渊源	(234)
四、伊斯兰中世纪法的法律体系及其形式渊源	(236)
五、英国古代法律体系及其形式渊源	(237)
六、巴黎公社法律体系的形式渊源	(239)
七、中国当代科技法律体系的形式渊源	(239)
八、法律体系形式渊源比较的结论	(242)
第八节 法律体系的结构比较与功能比较	(243)
一、罗马法系国家法律体系的结构比较	(244)
二、英美法系国家法律体系的结构比较	(246)
三、伊斯兰法系国家的法律体系结构比较	(249)
四、中国“文革”时期法律体系的结构	(251)
第四章 法律制度比较	(253)
第一节 “法律制度” 辨析	(253)

第二节 不同社会形态法律制度的比较·····	(255)
一、剥削制类型法律制度的比较·····	(255)
(一)、剥削制类型法律制度的共同点·····	(261)
(二) 剥削制类型法律制度的不同点·····	(263)
二、社会主义法律制度与资本主义法律制度的比较·····	(265)
(一) 社会主义法律制度与资本主义法律制度的不同点·····	(267)
(二) 社会主义法律制度与资本主义法律制度的共同点·····	(273)
第三节 法律制度比较和法律移植·····	(279)
一、国外学者对法律移植的看法·····	(279)
二、崔钟库论韩国法对“西洋法”的移植·····	(283)
三、中国学者论法律移植·····	(288)
四、我对法律移植的看法·····	(291)
(一) “法律移植”的内涵·····	(291)
(二) 法律移植之可能性·····	(293)
(三) 法律移植必须审慎·····	(295)
第四节 法律制度比较的偏离·····	(296)
第五节 若干法律原则的比较研究·····	(300)
一、“法定人数原则”的比较·····	(300)
二、“会议公开原则”的比较·····	(302)
三、抽象概括对法律原则比较的意义·····	(303)
第六节 若干法律制度的比较研究·····	(306)
第五章 法律规范比较·····	(311)
第一节 法律规范辨析·····	(311)
第二节 法律规范的宏观比较·····	(313)
一、法律规范的普遍性问题·····	(316)
二、法律规范的概括性是否为罗马法系、英美法系法律的主要区别·····	(318)
三、法律规范的最佳概括性问题·····	(319)
四、法律规范的最佳概括性与中国的社会主义法治国家建设·····	(322)
第三节 法律规范的微观比较·····	(325)
一、法律规范的分类问题·····	(325)
二、按法律关系性划分法律规范·····	(327)

(一) 激励性法律规范	(327)
(二) 权职性法律规范	(329)
(三) 义务性法律规范	(330)
三、按法律效力性划分法律规范	(331)
(一) 强行性法律规范	(332)
(二) 任意性法律规范	(334)
四、按法律确定性划分法律规范	(336)
(一) 确定性规范	(336)
(二) 非确定性规范	(337)
第六章 法律概念比较	(340)
第一节 法律概念略论	(340)
一、法律概念及其地位与作用	(340)
二、法律概念的形成和发展	(342)
三、法律概念与语词的关系	(344)
第二节 法律概念的纵向比较	(345)
第三节 法律概念的横向比较	(349)
一、同一类型法律问题的不同法律概念	(350)
二、同一法律概念的不同解释	(353)
三、相近法律概念的比较	(355)
(一) 一国相近法律概念的比较	(355)
(二) 不同部门法中相近法律概念比较	(356)
(三) 不同国家相近法律概念的比较	(357)
(四) 古今相近法律概念的比较	(358)

第三编 行为法律文化比较研究

第一章 立法行为比较	(370)
第一节 立法行为释义	(370)
第二节 社会制度和立法行为的比较	(375)
一、奴隶制社会的立法行为	(376)
(一) 从立法主体看奴隶制社会的立法行为	(376)
(二) 从立法形式看奴隶制社会的立法行为	(378)

二、封建制社会的立法行为·····	(379)
(一) 从立法主体看封建社会的立法行为·····	(379)
(二) 从立法形式看封建社会的立法行为·····	(383)
三、资本主义社会的立法行为·····	(383)
四、社会主义中国的立法行为·····	(386)
第三节 国情与立法行为及比较研究·····	(388)
一、自然环境与立法行为及比较研究·····	(389)
(一) 地理环境与立法行为及比较研究·····	(390)
(二) 人口条件与立法行为及比较研究·····	(395)
二、社会环境与立法行为及比较研究·····	(398)
(一) 政治状况与立法行为及比较研究·····	(399)
(二) 经济状况与立法行为及比较研究·····	(405)
(三) 宗教状况与立法行为及比较研究·····	(410)
(四) 科学技术发展状况与立法行为及比较研究·····	(412)
(五) 文化传统状况与立法行为及比较研究·····	(415)
1. 法律观传统对立法行为的影响·····	(415)
2. 道德传统对立法行为的影响·····	(418)
3. 价值观传统对立法行为的影响·····	(420)
(六) 风俗习惯状况与立法行为及比较研究·····	(424)
(七) 语言状况与立法行为及比较研究·····	(428)
三、国际环境与立法行为及比较研究·····	(433)
(一) 国际环境与立法行为的方式及比较研究·····	(434)
(二) 国际环境与立法行为的迟速及比较研究·····	(436)
(三) 国际环境与立法内容及比较研究·····	(438)
第四节 立法制度与立法行为及比较研究·····	(440)
一、关于立法制度·····	(441)
二、立法体制与立法行为及比较研究·····	(444)
(一) 立法体制与立法行为及纵向比较·····	(444)
(二) 立法体制与立法行为及横向比较·····	(451)
(三) 关于“法官立法”·····	(462)
1. 英美法系国家中的法官立法·····	(463)
2. 罗马法系与法官立法·····	(464)

3. 中华法系与法官立法	(465)
4. 法官立法比较	(466)
三、立法程序制度与立法行为及比较研究	(467)
(一) 立法程序与立法程序制度	(467)
(二) 立法程序制度与立法行为的院制比较	(469)
(三) 提出法案、“公听会”与立法程序制度	(471)
(四) 审议法案与立法程序制度	(475)
(五) 表决法案与立法程序制度	(483)
1. “表决法案”与“通过法律”	(483)
2. 表决制度	(485)
(六) 立法复决与立法程序制度	(490)
(七) 立法否决实践活动比较	(492)
(八) 公布法律与立法程序制度	(494)
(九) 法的修改与立法程序制度	(496)
(十) 法的废止与立法程序制度	(498)
(十一) 法典编纂与立法程序制度	(501)
(十二) 法规汇编与立法程序制度	(505)
(十三) 关于法规整理	(508)
(十四) 法律解释与立法程序制度	(509)
1. 法律解释的纵向比较	(511)
2. 现代法律解释的横向比较	(518)
3. 当代中国法律解释比较	(523)
4. 伊斯兰法系国家的法律解释	(528)
(十五) 立法监督	(530)
1. 中国古代的立法监督	(531)
2. 立法监督的性质和分类	(533)
3. 不同国家的立法监督比较	(534)
4. 不同主体的立法监督比较	(538)
四、立法技术与立法行为及比较研究	(539)
(一) 立法技术与立法行为	(539)
1. 立法技术的界定	(539)
2. 立法技术与立法行为的关系	(541)

(二) 立法技术比较的对象与范围	(545)
(三) 关于立法预测阶段的立法技术比较	(546)
(四) 关于立法规划制订中的立法技术比较	(549)
(五) 法案审议过程的立法技术比较	(557)
(六) 立法表决阶段的立法技术比较	(560)
(七) 法律生效后的立法技术比较	(562)
1. 文义解释比较	(563)
2. 法意解释比较	(567)
3. 法意解释和“目的解释”	(572)
4. 合宪解释比较	(574)
第二章 司法行为比较	(577)
第一节 关于“司法”与“施法”	(577)
第二节 社会制度和司法行为比较	(583)
一、奴隶制社会的司法行为	(584)
(一) 从司法主体看奴隶社会的司法行为	(584)
(二) 从司法方式看奴隶社会的司法行为	(590)
二、封建制社会的司法行为	(595)
(一) 从司法主体看封建社会的司法行为	(595)
(二) 从司法方式看封建社会的司法行为	(599)
三、资本主义社会的司法行为	(603)
(一) 从司法主体看资本主义社会的司法行为	(604)
1. 资本主义法国司法主体与司法行为的变化	(604)
2. 资本主义英国的司法主体与司法行为的变化	(607)
3. 日本的司法主体及其司法行为	(610)
(二) 从司法方式看资本主义社会的司法行为	(612)
1. 资本主义法国司法方式与司法行为的变化	(612)
2. 资本主义英国司法方式与司法行为的变化	(614)
3. 资本主义日本司法方式与司法行为的变化	(616)
四、社会主义中国的司法行为	(618)
(一) 新民主主义革命时期的司法行为	(618)
1. 第一、二次国内革命战争时期工农民主政权的司法方式 与司法行为	(618)

2. 抗日战争时期抗日民主政权的司法方式与司法行为	(621)
3. 解放战争(第三次国内革命战争)时期的司法主体、司法方式与司法行为	(622)
(二) 新中国成立后的司法行为	(624)
1. 新中国成立初期的司法行为	(625)
2. “文化大革命”时期的司法行为	(628)
3. 新的历史发展时期的司法行为	(629)
第三节 国情与司法行为比较	(633)
一、自然环境与司法行为及比较研究	(634)
(一) 地理环境与司法行为及比较研究	(634)
(二) 人口条件与司法行为及比较研究	(636)
二、社会环境与司法行为及比较研究	(639)
(一) 政治状况与司法行为及比较研究	(639)
1. 奴隶制时期的政治状况与司法行为	(639)
2. 封建制时期的政治状况与司法行为	(641)
3. 资本主义制度时期的政治状况与司法行为	(644)
(二) 经济状况与司法行为及比较研究	(646)
(三) 宗教状况与司法行为及比较研究	(650)
(四) 科学技术发展状况与司法行为及比较研究	(653)
(五) 文化传统状况与司法行为及比较研究	(655)
1. 法律观与司法行为及比较研究	(656)
2. 道德观与司法行为及比较研究	(659)
3. 价值观与司法行为及比较研究	(663)
4. 风俗习惯与司法行为及比较研究	(665)
5. 语言状况与司法行为及比较	(667)
三、国际环境与司法行为及比较研究	(674)
第四节 司法体制与司法行为及比较研究	(679)
一、司法体制与司法行为及纵向比较	(679)
(一) 中国历史上司法体制的变化及其对司法行为的影响	(680)
(二) 西欧国家历史上司法体制的变化及对司法行为的影响	(687)
(三) 伊斯兰国家历史上司法体制的变化及其对司法行为的影 响	(692)

(四) 古代其他东方国家的司法体制与司法行为及比较研究	(696)
二、司法体制与司法行为及横向比较	(699)
(一) 西方国家“三权分立”基础上的司法体制与司法行为	(699)
1. 美国的司法体制与司法行为	(700)
2. 英国的司法体制与司法行为	(704)
3. 法国的司法体制与司法行为	(706)
(二) “三权分工”基础上的司法体制与司法行为	(708)
第五节 司法行为准则比较	(710)
一、各国司法行为准则的趋同点	(710)
二、各国司法行为准则的不同点	(716)
第三章 执法行为比较	(722)
第一节 执法行为的比较范围	(722)
第二节 刑事执法行为的纵向比较	(723)
一、刑事执法行为的民主化进程	(723)
(一) 奴隶制时代的刑事执法行为	(723)
(二) 封建制时代的刑事执法行为	(725)
(三) 资本主义时代的刑事执法行为	(729)
二、刑事执法行为的人道化进程	(731)
(一) 奴隶制时代的刑事执法行为	(731)
(二) 封建制时代的刑事执法行为	(733)
(三) 资本主义时代的刑事执法行为	(735)
(四) 刑事执法行为人道化的原因	(737)
三、刑事执法行为的科学化进程	(740)
(一) 奴隶制时代的刑事执法行为	(741)
(二) 封建制时代的刑事执法行为	(745)
(三) 资本主义时代的刑事执法行为	(749)
第三节 现代世界刑事执法行为的横向比较	(751)
一、刑事执法行为指导理论的比较	(752)
(一) 宾丁和报应刑论	(752)
(二) 菲利、李斯特和刑事社会学派	(755)
(三) 格拉马蒂卡、安塞尔的社会防卫论	(757)
(四) 中国的刑事执法行为的指导理论	(758)
二、刑事立法中关于刑事执法行为的比较	(760)

(一) 法国的刑罚改革与刑事执法行为的变化	(760)
(二) 德国的刑法改革与刑事执法行为的变化	(762)
(三) 英国的刑法改革与刑事执法行为的变化	(764)
(四) 美国的刑法改革与刑事执法行为的变化	(766)
(五) 意大利的刑法改革与刑事执法行为的变化	(768)
(六) 新中国的刑法发展与刑事执法行为的变化	(769)
(七) 当代各国刑事立法改革对刑事执法行为的影响的比较	(772)
三、死刑比较	(773)
(一) 刑事立法中的死刑比较	(773)
(二) 死刑执行的比较	(779)
(三) “死缓”: 中国的独特创造	(781)
四、自由刑比较	(782)
(一) 自由刑之质的要素及其在执法行为中的比较	(783)
(二) 自由刑之量的要素及其在执法行为中的比较	(787)
(三) “行刑要素——劳动”的性质及其在执法行为中的比较	(788)
(四) 假释、减刑、赦免与自由刑的终结	(790)
五、矫正制度与罪犯管理行为的比较	(796)
(一) 矫正机构的组织	(798)
(二) 罪犯的分类管理	(800)
(三) 罪犯的日常生活	(802)
(四) 罪犯的教育	(806)
(五) 罪犯的培训与劳动	(811)
(六) 罪犯的心理矫治	(816)
(七) 罪犯的社会治疗	(819)
(八) 罪犯的奖励、惩戒与申诉	(823)
第四节 民事执法行为的纵向比较	(827)
一、民事执法行为的独立化	(828)
(一) 古代民事纠纷之刑事处置	(828)
(二) 古代西亚与欧洲国家民事执法行为的独立化	(828)
(三) 罗马法体现的民事执法行为的独立性	(830)
(四) 近现代民事执法行为的独立化	(831)
二、民事执法行为的民主化	(832)
三、民事执法行为的科学化	(843)
(一) 古代各国的民事执法行为	(843)