

比較立法學

吳大英 任允正 著

法律出版社

比 较 立 法 学

吴大英 任允正 著

法 律 出 版 社

比较立法学

吴大英 任允正 著

法律出版社出版 新华书店发行

通县西定安印刷厂印刷

787×1092毫米 32开本 11印张 231,000字

1985年12月第一版 1985年12月第一次印刷

印数00,001—7,400

书号6004·759 定价1.45元

目 录

第一编 导 论

第一章 比较法的产生和发展·····	(1)
第一节 比较法的产生·····	(1)
第二节 比较法的发展·····	(4)
第三节 比较法的现状·····	(8)
第四节 比较法的前景·····	(12)
第二章 比较法的性质和作用·····	(16)
第一节 比较法的性质·····	(16)
第二节 比较法的对象和方法·····	(19)
第三节 比较法的作用·····	(26)
第四节 比较法在法律教育中的地位·····	(29)
第三章 比较法与比较立法学·····	(34)
第一节 比较法的重要性·····	(34)
第二节 研究比较立法学的意义·····	(40)

第二编 立法机关

第四章 国家和立法·····	(45)
第一节 国家在制定法律中的作用·····	(45)
第二节 立法机关的演变·····	(49)
(一) 奴隶制国家和封建制国家立法机关概述·····	(50)

(二) 封建君主专制制度同资本主义的矛盾及分权思想 的产生	(54)
(三) 资产阶级国家立法机关的形成	(61)
(四) 社会主义国家立法机关的形成	(65)
第五章 立法机关的产生	(68)
第一节 选举制	(69)
(一) 选举权的性质	(69)
(二) 选举资格	(72)
(三) 选民登记	(78)
(四) 直接选举和间接选举	(80)
(五) 主持选举的机关	(80)
(六) 提出候选人	(81)
(七) 投票	(82)
(八) 划分选区和确定选举结果的方法	(84)
(九) 候补制度和替代制度	(87)
第二节 任命制	(88)
第三节 世袭制	(89)
第四节 当然担任制	(90)
第六章 立法机关的组成	(91)
第一节 立法机关的类型	(91)
第二节 国家元首在立法机关中的地位和作用	(104)
第三节 立法机关的内部机构	(110)
(一) 议会党团	(110)
(二) 领导机构	(111)
(三) 咨询机构	(114)
(四) 各种委员会	(115)

(五) 事务机构	(118)
第七章 立法机关的职权	(120)
第一节 立法权	(120)
第二节 通过国家预算	(128)
第三节 监督政府	(131)
第四节 其他职权	(140)
第五节 立法机关的立法权受其他机关限制的情况	(141)
第八章 立法机关的任期和会议	(148)
第一节 立法机关的任期	(148)
(一) 代表机关的任期	(148)
(二) 国家元首的任期	(150)
第二节 立法机关的会议	(152)
(一) 例行会议和非例行会议	(152)
(二) 举行会议的法定人数和通过决议的法定人数	(154)

第三编 立法程序

第九章 立法程序的概念和阶段	(157)
第一节 立法程序的概念	(157)
第二节 立法程序的阶段	(159)
第十章 提出法律草案	(161)
第一节 提出法律草案的概念和意义	(161)
第二节 有权提出法律草案的机构和人员	(166)
第三节 法律草案列入议事日程	(172)
第十一章 讨论法律草案	(176)
第一节 讨论法律草案的概念和意义	(176)

第二节	讨论法律草案的方法·····	(178)
第三节	讨论法律草案的固定时间·····	(186)
第四节	公开讨论和秘密讨论·····	(187)
第十二章	通过法律 ·····	(189)
第一节	通过法律的概念和意义·····	(189)
第二节	以普通程序通过法律·····	(190)
第三节	以全民公决通过法律·····	(193)
第十三章	公布法律 ·····	(198)
第一节	公布法律的概念和意义·····	(198)
第二节	公布法律的方法·····	(201)
第三节	公布法律的期限·····	(203)
第四节	法律生效的期限·····	(205)

第四编 立法技术

第十四章	立法技术的概念和意义 ·····	(207)
第一节	立法技术的概念·····	(207)
第二节	立法技术的意义·····	(209)
第三节	法律草案的起草工作·····	(213)
第十五章	法律的结构 ·····	(216)
第一节	法律的内部结构·····	(216)
第二节	法律的外部结构·····	(219)
第十六章	法律的文体 ·····	(229)
第一节	完善法律文体的意义·····	(229)
第二节	法律用语的特点·····	(232)
第三节	法律中所使用的术语·····	(237)
第四节	法律文本的翻译·····	(240)

第十七章	法律的系统化	(243)
第一节	各国法律的系统化的概况.....	(243)
第二节	法规汇编和法典编纂.....	(252)
(一)	法规汇编	(252)
(二)	法典编纂	(253)
第十八章	立法预测和立法规划	(255)
第一节	立法预测.....	(255)
第二节	立法规划.....	(258)
 第五编 我国的立法制度 		
第十九章	旧中国的立法制度	(261)
第一节	奴隶制和封建制时代的立法制度的特点	(261)
第二节	民国时期的立法制度的特点.....	(269)
第二十章	解放区的立法制度	(281)
第一节	解放区的立法制度的特点.....	(281)
第二节	旧法的彻底废除.....	(292)
第二十一章	新中国的立法制度	(296)
第一节	新中国的立法制度的建立.....	(296)
第二节	现阶段我国的立法制度.....	(302)
(一)	我国的立法机关	(302)
(二)	我国的立法程序	(305)
结束语		(312)
附录	〔罗马尼亚〕规范性文件草案的制定和系统化 的立法技术总方法	(316)
后记		(341)

第一编 导 论

第一章 比较法的产生和发展

第一节 比较法的产生

比较法的产生很早,可以说,自从有了法律和法学以来,就有人研究外国的或其他地区的法律,并对各个国家或各个地区的不同的法律制度进行比较研究。

我国历史悠久,早在公元前二十一世纪,就形成了夏朝奴隶制国家,出现了《禹刑》。《禹刑》不仅包含调整刑事方面的法律规范,而且也包含调整所有权和宗法关系等民事法律规范的内容。公元前十六世纪至公元前十一世纪的商朝,参考《禹刑》,有所损益,制定了《汤刑》,其内容比《禹刑》更为充实。公元前十一世纪至公元前七七〇年的周朝,在制定法律时,参考了《汤刑》中的某些内容。春秋初期,各诸侯国基本上沿用西周的法律。后来,由于社会经济关系的变化,以保护封建私有制为中心内容的成文法在各诸侯国陆续出现。公元前五三六年,郑国子产作《刑书》,后来邓析又制《竹刑》。公元前五一三年,晋国也铸刑鼎。其他各诸侯国群起仿效,如韩国有《刑符》,楚国有《宪令》,齐国有《七法》,

赵国有《国律》，秦国有《秦律》等等。尤其是魏国李悝（前455—前395年）所编的《法经》最为著名，成为我国历史上第一部完整的封建法典，它不仅对当时各诸侯国的封建立法起了蓝本的作用，而且对秦汉及以后的封建立法也发生一定的影响。据记载，李悝“撰次诸国法，著法经”^①，“集诸国刑典，造法经六篇”^②。这表明，李悝对不同的法律制度进行了比较研究，《法经》是集春秋各国立法之大成的一部法典。可惜的是《法经》已经失传，李悝的言论仅见于《汉书·食货志》、《晋书·刑法志》等，《汉书·艺文志》著录《李子》三十二篇，已佚。

公元前六世纪初，在古希腊，雅典执政官梭伦（约前638—约前559年）曾经研究过许多城邦的法律，并对雅典的法律进行了一系列的改革。公元前五世纪，被选任从事起草罗马十二铜表法的十名执政官，也在希腊各城邦中进行了比较法的调查研究工作。公元前四世纪，著名哲学家柏拉图（前427—前347年）曾经在许多地方旅行，除了古希腊的城邦国家以外，他还到过意大利和埃及。他在雅典见到了国家政权的多次更迭，并对许多国家和地区的法律进行观察和研究，提出了他的社会和政治改革计划（《国家篇》），后来，又制定了他的改革国家体制和立法的方案（《法律篇》）。拥护奴隶主民主制的思想家亚里士多德（前384—前322年）在他的名著《政治学》中，在探讨社会和政治制度时，也曾经研究过希腊和其他城邦的许多法律。亚里士多德用比较方法来研究国家的政体，对后世的政治法律思想的发展有着巨大的影响。

① 《晋书·刑法志》。

② 《唐律疏义》。

在古代，由于历史条件的限制，还不可能大规模地开展比较法的研究。特别是由于各个社会集团的地方观念对外国人或“未开化的人”的蔑视、宗教信仰以及世袭法制的不可触犯的观念等等，使比较法的发展遇到了种种障碍。在古罗马帝国，虽然法学有相当的发展，而且外省的某些诉讼程序和惯例还不断地渗入到罗马法中去，但是，罗马法学家并没有对比较法予以重视。

中世纪时，欧洲大陆的许多法学家的兴趣只是局限于罗马法，他们仅仅对罗马法和宗教法规进行比较研究。十一世纪至十三世纪前期注释法学派的代表人物伊纳留（约1055—1130年）、亚佐（1150—1230年）、阿库索斯（约1182—1260年）等人，主要对《国法大全》进行注释，目的在于传播罗马法。十三世纪至十五世纪的后期注释法学派的代表人物西纳斯（1270—1336年）、巴尔多鲁（1314—1357年）、巴尔道斯（1327—1406年）等人，主要是进一步论述罗马法，使罗马法与当时的一般社会情况结合起来。但是，当时的法学家都不重视散见于各地的习惯法，有的人认为把地方的习惯法与罗马法相比较，这是对罗马法的亵渎。只有法官和律师，为了适应社会的要求，不得不对地方习惯法和罗马法进行比较研究，以便确定如何接受和拒绝某些法律原理和法律规范。

在英国，十五世纪的约翰·福特斯卡和十六世纪的森·格尔曼等人，都曾经从事普通法与罗马法的比较研究。一六二三年，弗朗西斯·培根曾向詹姆士一世提出一项计划草案，打算把关于英格兰法和苏格兰法的法律解答分两栏加以并列对照，作为这两种制度逐步趋向统一的一个准备阶段。

总的说来，比较法的产生虽然很早，但在相当长的时期

中，它在法学研究工作中只是被偶然地使用，比较法本身还没有被承认为法律科学的一门独立的分科或是法律科学的一种方法。

第二节 比较法的发展

比较法作为一门学科的发展，是近代的事情。有些西方学者认为，法国的孟德斯鸠（1689—1755年）最早把比较方法用于对国家和法律的研究，是比较法学的创始人。孟德斯鸠对许多国家的政体和法律进行了比较研究，并且试图从比较法学中找到法律发展的规律。他认为：“每一个个别的法律都和另一个法律联系着，或是依赖于一个更有一般性的法律。”^①但是，由于时代和阶级的局限，孟德斯鸠并未能真正做到对各国的法律进行科学的考察。例如，孟德斯鸠的国家机关三权分立的学说，是以当时英国的君主立宪制为蓝本的，孟德斯鸠认为“它的政制的直接目的就是政治自由”^②。但是，实际上，当时的英国既不完全实行分权，也没有真正的政治自由。而且，孟德斯鸠在对各国的法律进行比较研究时，认为法律归根到底是由气候所决定的，他把地理环境对法律的影响夸大到了十分荒谬的程度，这就使他对于比较法学未能提出真正科学的见解。

德国历史法学派的代表人物胡果（1764—1844年）、萨维尼（1779—1861年）、普赫塔（1789—1846年）等人对法律进行了历史的比较研究。他们认为，法律是“国民精神”的表

① 孟德斯鸠：《论法的精神》，上册，商务印书馆，1961年版，第37页。

② 同上，第155页。

现，而这种“国民精神”正象语言一样，是在历史过程中逐渐形成的。他们认为，立法者只是把已经形成的法律记录下来而已，因此他们极力反对通过立法手续修改现行法律。萨维尼说，由于法典的存在主要是作为国家法律的重申或具体化，如果国家在政治、社会和经济上达到成熟之前追求编纂法典，便会使法典成为国家发展的障碍。他宣称，从十九世纪初期的德国法律情况来看，当时只有一七九四年的普鲁士法典，这部法典结构松散，文字冗长。所以，德国的法典编纂工作，只能按照《法国民法典》进行复制，否则，就应有一些足智多谋的法律人才来编纂法典，而这正是当时德国各大学法学院的学者所力不能及的。这就是他反对编纂法典的理由。在萨维尼看来，还是保留原有的东拼西凑的德国法律好得多。例如，在莱茵地区各邦可以保留《法国民法典》；在普鲁士和它控制下的地区，可以保持一七九四年的法典；至于其他各邦，可以保留早在十四、十五和十六世纪就被引进德国的非法典化的普通法，或“公认的罗马法”。同时，历史法学派特别推崇习惯，把习惯放在法律之上，以此来保卫已经过时的封建制度。因此，马克思指出：“有个学派以昨天的卑鄙行为来为今天的卑鄙行为进行辩护，把农奴反抗鞭子——只要它是陈旧的、祖传的、历史性的鞭子——的每个呼声宣布为叛乱。”^①这种所谓历史比较研究，当然谈不到什么科学性。

法学家自觉地和系统地把比较法学作为一种科学方法或法学中的一门学科，是十九世纪中叶的事。随着资本主义制度的确立、国际交往的增加以及近代资本主义国家大量制定

① 《马克思恩格斯全集》，第1卷，第454页。

法律，对法律的比较研究开始广泛地开展起来。一八三一年，法国的法兰西学院设立了第一个比较立法讲座。一八五〇年至一八五二年期间，英国的莱昂尼·莱维发表了一本著作，题为《商法，它的原则和管理；大不列颠商法与罗马法以及其他五十九个国家的法典或法律的比较》。一八六九年，在法国的巴黎成立了比较立法学会。该会会员广泛地搜集外国的立法材料，同法国的立法进行比较，以改善法国的立法。当时，也有人为了要证明拿破仑法典的正确性，并论证它对全世界的影响，而对外国法进行研究。一八六九年，英国牛津大学也开设了历史比较法学讲座。担任这个讲座的第一任教授梅恩（1822—1888年），主要著作有《古代法》（1861年）、《古代制度史》（1875年）、《古代法和习惯》（1883年），其内容是对各种古代法制加以比较研究。但是，由于受到唯心史观的限制，梅恩对材料所作的分析和结论中，有许多错误的观点。一八七六年，法国政府在司法部设立外国立法调查会。从十九世纪八十年代初期开始，日本政府邀请法国法学家帮助日本法官和公职人员学习法国法，并请他们担任司法部、法院和其他机构的顾问。一八八七年，日本东京帝国大学设立了德国法教研室。一八九四年，德国成立国际比较法学经济学协会。一八九五年，英国成立英国比较立法学会。一九〇〇年，在法国巴黎举行了第一次国际比较法学会议，来自欧洲各地的法学家在会上发表了论文，讨论比较法的性质和目的。由于参加会议的学者几乎都是大陆法系的法学家（英国方面只有弗雷德里克·波洛克一人出席），因此会议强调比较法的主要作用在于促进法典化国际立法的制定。会议打算制定一个“文明世界的普通法”，但是没有成功。一九二

四年，成立了国际比较法科学院。

在我国，鸦片战争后，清政府仍然顽固守旧，反对一切改革。但是，他们已经无法照旧统治下去。为了欺骗人民，清政府派遣大臣出洋考察宪法，玩弄假立宪的阴谋。此外，清廷还设立修订法律馆，聘请日本法学家，“待以宾师之礼”，作为法典编纂工作的顾问。该馆先后翻译了几个主要的资本主义国家的法典，编订和起草了几部中国法典和一些单行条例。这些法律，明显地反映出半封建半殖民地的性质。主持修订法律工作的大臣沈家本，提出应“参考古今，博辑中外”，要“取人之长以补吾之短”，“彼法之善者，当取之，当取而不取是为之愚”^①。沈家本在对中外古今的法律进行比较研究方面，作出了一定的努力。至于在比较法教育方面，清末，废除科举，兴办学校，大学政法科法律门除一般法律课程外，还有东西各国法制比较、各国宪法、各国民法及民事诉讼法、各国刑法及刑事诉讼法、各国商法、外国法（罗马法、英吉利法、法兰西法、德意志法）等。

我国资产阶级革命的领导者孙中山，在英国侨居时经常阅读外国的政治法律书籍。他以批判的眼光，对欧美各国宪法进行了比较研究，认为“当时的宪法，现在已经是不适用的了”，为此，他提出了自己的宪法理论，并领导制定了《临时约法》。孙中山还认为，为了开展立法工作，必须组织中外专家参加。他说：“查编纂法典，事体重大，非聚中外硕学，积多年之调查研究，不易告成。”^②辛亥革命后，法科大

① 参见张晋藩：《试论沈家本的法律思想》（上、下），载《法学研究》，1981年第4、5期。

② 近代史资料《辛亥革命资料》，第353页。

学或专门学校逐渐增多，开设课程除一般法律课之外，还有外国法（英、德、法任选一种）、比较宪法、比较法制史、比较司法制度等。

在沙皇俄国，比较法学没有得到充分的发展。十月革命胜利后，苏联法学家在他们的著作中通常都把苏维埃的法同资产阶级的法加以对比，并对资产阶级的法进行批判。这种批判，当然是有必要的。但是，当时苏联法学界的做法有些失于简单化，他们往往不分析具体的社会经济条件和法律规范的内容，只是一味地对资产阶级的法予以全盘否定。例如，斯图契卡认为，著作权制度是资产阶级的法的特点之一，“无产阶级革命宣布同著作权作坚决的斗争，因为它是一种特权”。他还认为，在社会主义立法中承认著作权，这是一种让步^①。这种简单化的做法，在其他苏联法学家的著作中，也经常可以见到。例如，高隆斯基和斯特罗果维奇曾经认为，比较法是资产阶级法学采用的方法。^② 这种观点，在苏联曾经长期地流行过。

第三节 比较法的现状

第二次世界大战以后，随着国际交往的日益频繁，比较法得到了国际的公认，有了广泛的发展。

国际比较法科学院在第二次世界大战以后广泛地开展了

① 参见斯图契卡：《苏维埃民法教程》，第3卷，莫斯科—列宁格勒，1931年版，第63—65页。

② 参见高隆斯基、斯特罗果维奇：《国家和法的理论》，莫斯科，1940年版，第3、11页。

活动，从一九五〇年召开第三届国际比较法学大会起，每隔四年召开一届大会。第十届大会于一九七八年在匈牙利的布达佩斯召开，第十一届大会于一九八二年在委内瑞拉的加拉加斯召开，均有数百名各国法学家参加。第十二届大会将于一九八六年在澳大利亚的悉尼召开。

一九五〇年，在联合国教科文组织的支持下，建立了国际比较法委员会，其任务是“通过在全世界普及对外国法的研究，并在法律科学中采用比较方法，来鼓励各国相互了解和传布文化。”（该会章程第三十四条）后来，该会改组为国际法律科学协会，现在世界上有四十七个国家的比较法协会作为它的国内委员会，它发起编辑《国家比较法百科全书》，有世界各国三百多位法学家参加，由德意志联邦共和国汉堡的马克思普兰克协会的外国法和国际私法研究所负责编辑，并已分卷陆续出版。

一九六〇年，在法国巴黎建立了国际比较法学会，该会的主要目的，是促进比较法学的开展和对外国法的研究，其活动包括建立法律系、法学院、法学研究中心，组织讨论会、学习班，设立图书馆，出版著作，并同其他的比较法团体合作。该会在法国的施特拉斯堡设立了一个讲授比较法的国际学院，这个学院每年到欧美各地不同的城市举行讲座，讲授比较法的基本知识。从一九六〇年至一九七〇年，在十七个国家举行了八十二次讲座，合作的大学有四十六所，共同工作的教授有六百十九人（包括五十一个国家），大学生有七千七百九十人（包括九十四个国家）。

此外，还有许多国际性的比较法机构和团体，如国际劳动法和社会保险法学会、国际刑法学会、国际法学图书馆协