



全国外国法制史研究会30周年丛书

THIRTIETH ANNIVERSARY SERIES
OF FOREIGN LEGAL SYSTEM INSTITUTE

第二卷

外国法制史研究 基础理论 下

全国外国法制史研究会 编



商务印书馆
The Commercial Press



全国外国法制史研究会30周年丛书

THIRTIETH ANNIVERSARY SERIES
OF FOREIGN LEGAL SYSTEM INSTITUTE

外国法制史研究 基础理论

下

<http://www.cp.com.cn>

ISBN 978-7-100-09272-2



9 787100 092722 >

定价：330.00 元

(上、下)

全国外国法制史研究会 30 周年丛书·第二卷

外国法制史研究 基础理论 下

全国外国法制史研究会 编

 商务印书馆
The Commercial Press

2012 年·北京

图书在版编目(CIP)数据

外国法制史研究 基础理论(上、下)/全国外国法制史研究会编. —北京:商务印书馆,2012
(全国外国法制史研究会 30 周年丛书;2)
ISBN 978-7-100-09272-2

I. ①外… II. ①全… III. ①法制史—国外—文集
IV. ①D909.9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 139278 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

国家重点学科

华东政法大学法律史学科建设项目资助

全国外国法制史研究会 30 周年丛书·第二卷

外国法制史研究

基础理论(上、下)

全国外国法制史研究会 编

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

北京瑞古冠中印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-09272-2

2012年9月第1版

开本 787×1092 1/16

2012年9月北京第1次印刷

印张 78 1/4

定价: 330.00 元

目 录

一、比较与思想

比较法在中国:回顾与展望	潘汉典 699
混合法系发展的前沿——兼论中国法学家的理论贡献	夏新华 719
印度社会的法律改革	王云霞 733
印度独立后的经济立法与权利保护	李耀跃 754
冲突与抉择:伊斯兰世界法律现代化	高鸿钧 764
菲律宾的环境教育与环境教育立法	果海英 784
大陆法系经典法与普通法系判例法的社会适应力比较	董茂云 795
比较法视野下的法官弹劾制度	汪 强 809
宪法一词的西文起源及其演进考	徐国栋 820
法制一词含义的初步探讨	林向荣 845
媒体消息隐匿权初探	简海燕 852
探寻契约效力的哲理源泉——以民法法系原因理论为视角	陈 融 867
殊途同归	
——从两大法系契约法理论的发展演进看契约法的发展	冯卓慧 883
澳门、香港工作意外及职业病救护与赔偿法律制度比较研究	姚秀兰 913
司法独立形态考	方立新 921
多元解释的意义及其局限性——从西方法律的传统与变革谈起	任 强 935
法治与节制——柏拉图《书信七》和《书信八》浅析	吴旭阳 949
萨维尼早期法学方法论中的三条基本原则	
——以萨维尼的法学方法论讲义为考察对象	杨代雄 961

诗与真:拉德布鲁赫法哲学转向的当代诠释	陈灵海 974
伯尔曼宗教至上论的困境	张飞舟 990

二、外国法律史视野中的中国与世界

中国的佛教嫁接之路——徐理和《佛教征服中国》述评	陈晓聪 1011
中国古代司法判决的风格与精神	
——以宋代判决为基本依据兼与英国比较	贺卫方 1022
黄遵宪《日本国志》对中国近代法制改革影响探析	张锐智 1042
我国法律移植载体初步探讨	
——因清末修订法律馆而引发的思考	冯曙霞 1061
宪政的中国语境	王人博 1076
清末金融立法与金融发展	王红曼 1098
法学教育百年杂谈	端木正 1108
论孙中山的法律思想	陈盛清 1112
民初司法模式选择过程之中共识与分歧	
——以“王宠惠宪草”之“司法”章为楔子	李秀清 1118
从“苏报案”看中西之间的法律冲突	刘惠君 1145
西方经验与均权主义的暗合	
——1947年宪法下中央与地方立法分权述评	荆月新 1155
建国初期婚姻诉讼审判的依据与西方国家的比较	朱颖 1170
中美刑事诉讼中的证人制度比较研究	骆永兴 1179
纠问式诉讼对我国当今审判方式的影响及启示	陈阳 1188
中国民族法律政策的历史语境	程延军 杜海英 1197
论我国未成年人侵权责任承担制度之合理构建	
——从比较法的视野和维度出发	胡雪梅 1206
“托管造林”法律关系研究及展开	
——兼论美国最高法院 1946 年霍伊案	颜晓阁 1231
编后记	1239

一、比较与思想

比较法在中国:回顾与展望

潘 汉 典*

导 言

比较法作为一门学科第一次成为世界法学专业会议的主题,并且在世界法学界普遍地正式地获得“比较法”(droit comparé, comparative law)的命名,是90年前即1900年在巴黎举行的“比较法国际大会”的事情。比较法在各国法律教育中的重要意义,也是从法国比较法学者埃斯曼教授(Adhemar Esmein, 1849—1913)在大会所作的报告:《比较法与法学教育》(载《大会会议记录与资料》第1册,第445—454页)开始,逐渐引起各国的重视。

但是,在一些国家里比较法有过悠久的历史,却往往没有被人们——包括本国的法学家在内——所认识。正如英国牛津大学比较法教授贝纳德·鲁登(Bernard Ruden)很形象地描述的,“在(法国)莫里哀所作的《想作贵族的布尔乔亚》这部戏剧里,一个角色惊讶地发觉,完全未曾想到自己五十年来就一直在谈论着散文。同样地,英国人同别国的人们一样,老早就运用着外国的法律观念,已有若干世纪了,其后比较法这种技术才习惯于自我分析,也就是说,认识自己的重要性,并且获得一个命名(比较法)。”^①因此我们的英国同行在介绍英国比较法时,不得不从几百年前说起。中国的情况亦有某些类似,甚至更有甚焉,所以我们在探索与阐述中国比较法的时候,应从其起源开始。

* 中国政法大学教授,全国外国法制史研究会顾问。本文原载《比较法研究》,1990年第2期。

① [英]贝纳德·鲁登:“英国的比较法”,潘汉典译,载《比较法研究》,1990年第1期。

根据比较法在我国各个历史时期的特点,本文试图将中国比较法的发展划分为四个阶段进行论述,即:一、比较法在中国的起源,二、比较法在中国的停顿时期,三、资本主义导向的比较法时期,四、社会主义比较法的探索、挫折与新生时期。

一、比较法在中国的起源(公元前 400 年)

(一) 在世界比较法学史上的西方起源论

关于比较法的起源,东西方许多国家的比较法学者几乎普遍地追溯到希腊梭伦(Solon,公元前 640—公元前 558 年)所从事的雅典立法;罗马十人团(decemvirs,公元前 451—公元前 450 年)所制定的《十二铜表法》;柏拉图(公元前 428/7—公元前 348/7 年)的《法律论》,亚里士多德(公元前 384—公元前 322 年)的《政治学》。这类观点见诸:胡格(Hug)的著名论文《比较法的历史》(载《美国哈佛法学评论》第 45 期,1932 年)、法国勒内·达维德(R. David)的《当代主要法律体系》(1982 年版,漆竹生译,第 7 页)、联邦德国茨威格特和克茨(K. Zweigert 和 H. Kotz)的《比较私法导论》(1984 年新版,德文本,第 53—54 页),日本五十岚清《比较法学的历史与理论》(1977 年版)等等。苏联比较法学者季列(A. A. Tille)在所著的《社会主义比较法学》一书中(1977 年版)论述比较法的历史时,亦援用法国比较法学者安谢尔(M. Ancel)关于比较法学起源于希腊罗马哲人和立法家的观点。总之,关于比较法在中国的起源,在英、美、法、德、日、苏等国著名的比较法论著中是阙如的。

因此,我们首先从比较研究的角度探索比较法在中国的起源,以补充世界比较法学史的缺漏。我们的出发点是,通过对我国客观的历史事实的考察,佐证比较法在法律发展史上的一大功能及其普遍性;其次,是通过本国的历史经验,帮助我们认识先民为“变法”的目的运用比较法,曾经取得的成就及其影响,从而策励我们在贯彻执行对外开放的基本国策的法制建设与法学研究中,积极运用比较法以便作出应有的贡献。

正如匈牙利比较法学者萨博(I. Szabó)所告诫的,在比较法的研究中,必须注意防止“民族偏见”。^①不夸耀本国“古已有之”以掩今日之短。我们只是

^① [匈]伊姆雷·萨博:《比较法的各种理论问题》,潘汉典译,载《法学译丛》,1983 年第 1 期。

致力于实事求是的科学探讨;尊重历史事实,既不妄自尊大,亦不宜妄自菲薄。

(二) 比较法在中国的诞生:公元前四世纪

关于比较法在中国的产生,我国有的比较法论述追溯直到我国夏商之际。据说,“我国历史悠久,早在公元前二十一世纪,就形了夏朝奴隶制国家,出现了《禹刑》。……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”,并且认为,“这已是初步采用了比较法。”还说,“公元前十一世纪至公元前 770 年的周朝,在制定法律时,参考了《汤刑》的某些内容。”^①

笔者认为,每个国家在某一时期或朝代从事制定或修订法制时,通常地而且必然地同本国自己直接的过去相联系,势必有所损益,这是各国立法的通例,也是人类思维的普遍现象和客观规律。这不属于在法学领域中通常所特指的或者各国比较法学者公认的比较法范畴,很难说这是比较法的产生。^②我们没有理由或必要把我国比较法的诞生追溯到公元前十六世纪,好像比西方的古希腊,古罗马的比较法的诞生要早九世纪至十一世纪,比东方的古巴比伦的比较法的诞生(公元前十八世纪的汉谟拉比法典)迟两个世纪。

(三) 比较法诞生的时代背景及其作用

我们应该强调指出,战国初期即公元前约四百年,魏文侯师(相)李悝(约公元前 455—公元前 397 年)所撰《法经》不仅如通常众所公认的,是我国历史上第一部比较系统的成文法典;而且是世界比较法起源上一部古老而伟大的成就。从当时所产生的社会效果及其后在中国法制史上的深远影响说来,它同东西各国比较法的起源相比较是毫不逊色的。下面我们简述比较法在中国诞生的历史背景。

李悝生活的时代之前——春秋中后期,周王室已经衰微,原有奴隶制的法律制度逐渐失效,代表新兴地主阶级的诸侯国开始制定并公布各自的法律制

^① 吴大英、任允正:《比较立法学》,关于比较法的产生,1985 年版,第 1 页;吴大英、徐炳编著:《比较法基础知识》,1987 年版,第 3—4 页。

^② 值得注意的是,甚至所谓“夏刑”与“汤刑”的具体内容本身就不是没有疑问的;史籍和出土文物迄今也未能帮助我们获得较多的确切的信息。陈顾远教授就曾经指出:“史书所引黄帝之李法。夏之政典,固绝对不可信。即左传昭公 6 年所载晋叔向语,‘夏有乱政而作禹刑;殷有乱政而作汤刑’。同一不可信,……禹刑、汤刑之是否有其条文,抑或仅为惯例,仍莫得而明之。”〔陈著:《中国法制史概要》,台北 1977 年第 5 版,第 61 页〕

度。例如,楚文王(公元前689—公元前677年)制作自己的刑法“仆区之法”^①;晋文公(四年,公元前633年)“为被庐之法”;^②“(楚)荆庄王(公元前613—公元前559年)有茅门之法”;^③晋有“常法”;^④特别引起叔向和孔子等一班人强烈反对的是,公元前536年郑国“子产铸刑书于鼎,以为国之常法”;^⑤继之,公元前513年,晋国赵鞅又“铸刑鼎,著范宣子所为刑书焉”;^⑥其后,郑驷黻杀邓析而用其“竹刑”^⑦,如此等等,可以充分说明“春秋之时各国多自为法,如晋之被庐、刑鼎、郑之刑书:竹刑、楚之仆区皆非周法也”。^⑧——沈家本关于春秋后期中国立法出现多国化的论断无疑是正确的。它恰好为不同国家的法律比较研究提供了充足的前提条件。我们需要进一步指出的是,各国这些新的立法不同于原来周王朝的法律,正好反映:原先以井田制为其经济基础的奴隶制的法律制度的崩溃,同时表明新兴地主阶级进行变法和法律改革及其封建法律制度的创立。^⑨

作为代表新兴地主阶级利益的魏国创建者魏文侯(公元前445—公元前396年在位),原来有自己的法令。^⑩然而,“周衰刑重,战国异制,魏文侯师于里(李)悝,集诸国刑典,造法律六篇:一、盗法;二、贼法;三、囚法;四、捕法;五、杂法;六、具法。”^⑪这就是说,魏国的统治者,为了适应当代政治经济形势的急剧变化与发展,维护新兴地主阶级的经济利益和政治要求,不受本国原有的法律制度的拘束,大胆地总结了其他各国的立法经验,创制出新的自己的法律。李悝厉行变法和“法治”,同时采取了一系列重要的政治经济措施(如“尽地力

① 《左传》昭公7年,“楚芋尹无宇辞曰:……吾先君文王〔即楚文王公元前689—公元前677年〕作仆区之法,曰盗所隐器,与盗同罪。”〔仆区“为隐匿亡人之法也”。〕

② 《左传》昭公29年:“〔晋〕文公是以作执秩之官,为被庐之法以为盟主。”

③ 《韩非子》第十三,外储说左上第三十四。

④ 《左传》文公6年〔公元前621年〕。

⑤ 《左传》昭公6年。

⑥ 《左传》昭公29年。

⑦ 《左传》定公9年。

⑧ 《沈寄簪先生遗书》《律令九卷》之一。

⑨ 例如,韩国有申不害的《刑符》,楚国有屈原作的《宪令》,齐国有《七法》,赵国有《国律》,秦国有《秦律》。

⑩ 根据沈家本的分析,“魏国本有法令之书。不自李悝始。”见《沈寄簪先生遗书》《律令九卷》之一。

⑪ 《故唐律疏议》,卷第一,疏。

之教”及“善平糴”等政策)。历史表明:《法经》不仅(1)是我国比较立法第一部硕果,开国家编纂系统的法典的先河;(2)而且魏国实行变法,国富兵强成为战国七雄中的强者。“法经”无疑起着重大的作用;(3)《法经》被后世采用,继续发生强有力的影响;战国中期(公元前361年),商鞅挟李悝在魏国变法的经验到秦国(公元前359年)，“商君(鞅)受《法经》六篇以之治秦，终助秦孝公成霸业”。^① 秦国推行封建制的法治，为日后秦王灭六国、一统天下开辟道路。沈家本亦曾指出“此书为秦法之根源，必不与杂烧之列，不知其书何时始亡，恐在董卓之乱。”^②其后，《汉律九章》就是在《法经》之上，加上汉相萧何所作“户”、“兴”、“厩”三篇构成。^③以后历代封建王朝的法律往往在前代法律的基础上加以修改或增减。《法经》的篇目在中国历代法典上仍然或多或少地保留下来。^④而且作为中国传统法律特点之一的“诸法合体”，可以说也是从《法经》开始的。

如果说，更早的汉谟拉比法典可以称为东方奴隶社会最早一部比较立法的成就，那么也可以说，《法经》是东方封建社会最早的一部比较立法的成就，而且是作为推行改革和促进社会发展的有力工具出现的，两者是东方比较法起源上的双璧。

二、比较法在中国的停顿时期：自秦王朝至清末（公元前221年—19世纪末叶）

自从秦灭六国，建立了封建专制统一的中央集权国家以来，尽管中国法律，特别是从唐律开始，对亚洲各国古代法律发生深远的影响，但是中国没有开展对外国法的研究。历代的立法和法学（或曰“律学”）局限于本国的法律及其历史发展与变化的比较研究。举其著者，唐长孙无忌等人所著《唐律疏议》就是一个最好的说明。《疏议》第一卷开篇就阐述“刑律”、“名例”等在中国法制史上的渊源及其在历代法制的演变。这种本国历史的比较常见于旧中国的

① 林咏荣：《中国法制史》，1976年台北版，第50页。又王玉哲编著：《中国上古史纲》，1959年1版，第222—224页。

② 《沈寄簪先生遗书》《律令九卷》之一。

③ 《故唐律疏议》卷第一，疏。

④ 林咏荣：《中国法制史》历代法律系统图。历代法典比较表，1976年增订6版，第48—49页。

法学著作之中。清末律学家薛允升著《唐明律合编》比较与剖析我国唐明两代法律源流及其宽严得失,堪称法学要籍。但是这些都不是现代通称的比较法学,即对不同国家或不同法律体系的比较法研究。在悠长的历史时期直到十九世纪末,中国没有出现严格意义上的比较法研究,这是由于中国的地理位置和中国政治经济文化同亚洲邻近各国相比之下在一定时期内具有相对的先进性和自我优越感使然。因此这种现象是不足为奇的,然而对于中国法制的发展却是不利的。但是在帝国主义入侵后,中国面临亡国灭种的危险,清王朝为了逃避灭亡的厄运不得不表示进行变法的时候,中国同世界上一些遭受帝国主义侵略、独立受到威胁的半殖民地国家一样,试图向外国学习。“要救国,只有维新,要维新,只有学外国。那时的外国只有西方资本主义国家是进步的,它们成功地建设了资产阶级的现代国家,日本人向西方学习有成效,中国人也想向日本人学。”^①毛泽东的这段关于鸦片战争失败以后至二十世纪初期中国人的情况的论述恰好确切地说明从清末开始,以学习乃至模仿为目的,对西方资本主义国家的法律(也包括日本的法律)进行比较研究的历史事实。这一个时期包括从清末直到民国时代。

三、资本主义导向的比较法:清末尝试阶段和民国阶段(19 世纪末叶至 1949 年)

(一)“中体西用”模仿资本主义法律的尝试阶段(自 19 世纪末叶至 1911 年)

(1) 近代比较法的出现

在 1840 年鸦片战争失败,特别是 1860 年英法联军侵略之后,当时中国一些有识之士,开始认为,谋求富强不能仅依靠武器和制造机械,更重要的是学习西学的本原。除了众所周知的康有为(1858—1927)、梁启超(1873—1929)等维新运动的主帅之外,近代改良主义者郑观应(1842—1921)就提出引进西方资产阶级的政治制度和参酌西方法律进行改革的建议。郑观应自称:“幼猎书史,长业贸迁,愤彼俗之要求,借中朝之失策,于是学西文,涉重洋,日与彼都人士交接,察其习尚,访其政教,考其风俗利病得失,盛衰之由,乃知其治乱之

^① 《毛泽东选集》,1960 年第 1 版,第 4 卷,第 1475 页。

源,富强之本,不尽在船坚炮利而在议院,上下同心……。”^①在所著《盛世危言》等名著中,有专章评述英、美、法、德等国议会制度及其得失,并与中国相比较,力倡设立议会与选举制度;论述中西律例不同,主张考订西律,制定“通商交涉规则”,培养熟悉中外律例司法人员,特别是效法日本,反对“西人以其刑罚严酷”,凡有词讼由“驻日西官”审判,应“更定刑章,仿行西例”以便收回领事裁判权。郑观应的论述反映其开始对西方政制法律研究与比较,而且这些观点和主张正是二十世纪初年清王朝勉强同意变法的要求进行法律改革的要点。大约与此同时,香港律师和议政局议员,英国留学生何启(1858—1914),除了和胡礼垣先后发表不少政论,编成《新政真铨》刊行外,撰译有《英律全书》;另有丁韪良(Willain Alexander Parsons Martin, 1827—1910)^②翻译的《国际公法》(沃顿 Wharton 原著)^③,这是我国近代较早的外国法和国际法译著。

(2) 试图模仿西方资本主义法律的比较立法(1900—1911)

在八国联军攻陷北京后清王朝危如累卵之际,1901年1月29日“谕”不得不表示,除坚持“不易者三纲五常”的封建专制纲领之外,“可变者令甲令乙,不妨如琴瑟之改弦”,“一切政事尤须切实整顿”,“以为取外国之长,乃可去中国之短。”诬指康梁之佞新法“乃乱法也,非变法”,从而打出“变法”的旗号,确认“晚近之学西法者语言文字制造器械而已,此西艺之皮毛而非西学之本原。”“总之,法令不更,锢习不破;欲求振作,须议更张。”通令清廷大臣限两个月内议陈意见。^④1902年刘坤一、张之洞即奏复提出了三万六千余言的全盘的改革意见书,包括各项具体的要求与措施,其中有关于“定矿务律、铁路律、商律、刑律”专条,建议博采各国法律,高薪聘请各国著名的“曾办大事”的法律家来华,充当该衙门编纂律法教习,为中同编纂法律,并在该衙内设法律学堂,选职官进士举贡当学生,为纂律助手,学习法律与审判,养成司法人才;又强调多译精译东西各国书,“译多者,准请奖”,能译出有用之书者呈由京外大臣奏闻,从

① 郑观应:《盛世危言》《自序》,载中国近代史资料丛刊第8种,《戊戌变法》,第89页以下。

② 此人原为英国新教教士,1850年来中国传教,二次鸦片战争时任美国公使翻译。1869—1894年任同文馆总教习,1898—1900年任京师大学堂总教习,义和团运动时,主张各国划定势力范围,瓜分中国。死于北京。

③ 以上两书名,见《西学书目表》,1896年版,上海时务报馆出版。

④ 《光绪东华录》中华版,第4册,总第4601—4602页。

优奖以实官,发交各省刊行,从而为模仿资本主义各国法律,制定本国法律提供资料。^①

(3) 比较立法与法律改革运动的开展与终结。

1902年清政府正式决定,首先从事搜集各国现行律例,责成袁世凯、刘坤一、张之洞遴选熟悉中西律例者送京,开馆编纂从而开展了比较立法运动,其一个直截的目的是希望经过法律改革可以收回领事裁判权,但终极的目的是妄图挽回腐朽的封建专制王朝的灭亡,维持封建剥削制度及其所谓纲常名教的封建道德伦理关系,模仿抄袭某些资本主义法律只是一种手段。此一运动随着清王朝的灭亡而结束。现在我们简单回顾在其历史进程中一些法学者的的工作,对近代比较法在中国发展的了解可能是有意义的。

这项所谓改革法律运动是一次具有一定规模的比较立法工作,同时也从事了一系列的研究与教育工作。

这项工作的总负责人沈家本,还有伍廷芳博士等,两人都是法律家,沈家本精通中国法制史并热心研究外国法,伍廷芳是英国“大律师”。1904年设专门机构修订法律馆,1906年用日本法学博士志田钾太郎、冈田朝太郎、小河滋次郎和法学士松冈义正,分别纂写刑法、民法、刑民诉讼草案(《光绪朝东华录》第5册,光绪三十四年十月丙辰,1908年10月28日条)。它选用熟悉中西律例人员任纂辑工作,派遣出国考察人员,要求是熟悉中国法并且对外国法有一定素养的专家如董康等人。1904年,曾留日的范源廉等同日本法政大学总理梅谦郎次商议,该校为清国留学生附设法政速成科。从组织工作看立法是有一定的准备的。

1906年中国第一个专设法律学堂,根据沈家本和伍廷芳的建议成立,作为修订法律馆的附属学堂。1907年作为教育事业独立,由法部直辖,改称“京师法律堂”,学校负责人即沈家本,每年办学经费十万两,开设课程有大清刑律、大清法院编制法等若干本国法律,其他如民法,商法、民诉、国际法等等,在没有中国法的情况下,暂就外国法律比较教授。任教的教员是日本的法学家,学制为三年。这样,清末也曾经培养了几百名法律人才。他们获得的不少是日本的、德国的法律知识。

^① 《光绪东华录》,中华版,第4册,总第4727—4771页。

在修订法律的步骤上,沈家本强调调查研究。留学外国的毕业生回国后首先从事翻译主要国家的法律,从日本译本转译以节省时间。从1902年到1905年的三年期间,大陆法系国家如德、法、俄、日各国的刑事法典都翻译成为中文,普通法系的英美两国刑法没有成文法典,则由伍廷芳本人及其助手们编写出英美刑法。此外在清末还翻译了其他各种外国法律和一些法学名著(包括比较法的经典著作——孟德斯鸠的《法意》在内)。日本的法规大全也出版了。这样,立法参考资料的准备工作是相当迅速的,但是许多法律概念是直接由日文搬过来,如现在仍通行的所谓“假释”等等,在中国使用上是很费解的,从而招致清代一些人们,特别是保守派的责难。这是在引进外国法律时相当普遍存在的困难,在我国清末第一次引进外国法时出现,是可以理解的,但却是值得我们注意的历史教训。

在清代末年,制定了一系列的法律和法典草案。日本的法律家参加了法律的草拟工作。这种立法在日本法的强烈影响下,主要模仿德国法以及其他大陆法。在法律体系的结构方面中国法制史上第一次抛弃了过时的作为中国法律传统特征之一的诸法合体的架构,分别制定了大清现行刑律和大清新刑律、民律草案、商律草案、民事诉讼律和刑事诉讼律等等。西方资本主义国家的一些法律观念、立法与司法原则,被抄写在新制定的法律上面,当然同时还保留着某些传统的封建法律观念和制度。但学者们的努力毕竟是史无前例的试图除旧布新,而且是有一定创获的:通过中外法律比较,法学家开始察觉本国法律上某些严重问题。经过各种争论,其中只有很少一些获得了改正,如关于废除某种极残酷的死刑方式,过多的死罪规定,等等,更多的是被保守派阻挠没有获得解决。总的说来,由于政权的封建专制性质和帝国主义对清王朝的压迫与要求,从根本上决定了这项所谓法律改革的性质和范围。它首先要维护封建专制的王权及其剥削制度和封建的伦常道德,只能在极有限的范围内模仿某些资本主义法律制度以赢得西化的面目。这种企图随着清王朝的崩溃而破灭了。

但是笔者认为,沈家本不愧为近代中国的比较法学家,不仅在比较立法与改革和比较法教育中而且在法学理论上作出自己的贡献。他的历史经验和教训,丰富了中国比较法学的宝库。他提出比较研究的一个重要问题,即主张具有历史观点、全局观点,避免片面性和主观性,要“参考古今,博稽中外”。他告