

法学精品文库



中国经济法 历史渊源原论

张世明 / 著



中国民主法制出版社



中国经济法历史 渊源原论

张世明 著

中国民主法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国经济法历史渊源原论/张世明著. —北京:中国民主法制出版社, 2002. 4

ISBN 7-80078-640-4

I. 中... II. 张... III. 经济法-法的渊源-研究-中国 IV. D922.290.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 019353 号

书名/中国经济法历史渊源原论

作者/张世明 著

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区玉林里 7 号(100054)

电话/63056983 63292534(发行部)

传真/63056975 63056983

经销/新华书店

开本/32 开 850×1168 毫米

印张/9.25 字数/237 千字

版本/2002 年 4 月第 1 版 2002 年 4 月第 1 次印刷

印刷/ 华北石油廊坊华星印刷厂

书号/ISBN 7-80078-640-4/D·488

定价/16.50 元

出版声明/版权所有, 侵权必究。

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

导 言

经济法是近代法学家族中一个比较年轻的成员，现代经济法概念的开山鼻祖应为蒲鲁东而非德国的 **Ritter**，不过德国在 1906 年以后确为经济法“母国”。我国经济法的大规模兴起是改革开放之后，然而在 20 世纪 20 年代即由日本输入中国。目前经济法学在国内外都方兴未艾，但国内法学多系注释法学，尤其是经济法学，有关教科书数不胜数，但几乎千篇一律，往往缺乏理论深度。继社会学之后，经济学、法学都面临和关注本土化问题，如何建设有中国特色的经济法学成为 21 世纪中国学人义不容辞的天赋使命。针对国内经济法学界束书不观、浮谈无根、连经济法学最发达的德国目前头号权威费肯杰 (**Fikentscher**) 都不知不晓的局面，本课题研究者法学院经济法专业攻读博士学位期间，历时四年收集德、英、日诸文字资料，撰写《经济法理论演变研究》，重点介绍、分析与追踪国外经济法学理论的发展，使研究者进入目前经济法学理论国际最新前沿阵地。由于本课题研究者过去一直从事清代边疆民族史研究，具有十余年历史学研究训练，因此在进入博士后流动站进行研究工作期间，选取“中国经济法历史渊源研究：以清代边疆地区为中心的考察”作为课题，企图从中国历史传统解决经济法中国化的一些疑难问题。

选题正确是成功的一半，本人愚见认为必须考虑：**a.** 需求原则，以社会现实需要作为思想产品的市场源泉，**b.** 新颖原则，以学术上的新颖性为根本出发点具有较高难度系数，**c.** 兼容原则，

与各不同学科有共同语言而不致在学术上冷僻寡合，d. 可持续发展原则，系为顺应学术未来发展潮流的朝阳选题，e. 匹配原则，与个人能力和学术兴趣保持一致。哲学领域内诸如《实践是检验真理的唯一标准》一文以哲学家的话语方式解决当时中国现实问题并保持自身学术性立场，经济法领域内科斯（Coase）《企业的性质》一文以四两拨千斤的手笔用经济学的话语方式改变长期以来将企业视为投入产出的自然存在的形式而忽略其运营成本的仿佛无磨擦力真空状态的企业观念，均堪称以自己专业身份说话改变世界的典范之作。本课题定位于基础研究，与应用研究有不同的价值，史学主张经世致用，法学亦被视为应用性学科，实用主义代表人物却言“一件事若过于注重实用，就反而不切实用”。高层社会科学工作者有一个“话语方式”和功能特定的问题。本课题不反对史学经世致用，而更注重史学如何经世致用的可行方略，以高精尖的学术研究为楔入点，保持与现实的相对距离，从理论的根本之处解决问题，用学术为中国与外国的理论竞争做出贡献，从而创造具有中国气派的世界一流的成果，使个人自我价值的实现与推动社会发展、落实科教兴国战略作出应尽的有力度贡献相结合。本课题的理论价值和社会影响在于：

1. 历史学危机阴影多年来挥之不去，历史无用论在国内外广有市场，历史学有“冷清”之虑、“关门”之虞。本课题将有助于探索摆脱史学危机的积极尝试。2. 改革开放后，中国经济法受传统理论驱使陷入与民法学马拉松式空火虚耗的争论而濡濡不进，本课题的研究有助于中国特色经济法学的创立，关系中国成千上万研究经济法学专业人士所安身立命的学科建设的根本大计。3. 改变中国边疆学学术边缘化地位。清代边疆民族史研究应该说具有渊源深厚的学统，但在目前中国学术主流中处于边缘化状态，成为大多数情况下主流学术的视野中的蛮荒之域。本课题有助于边疆学与其他学术领域的共同对话。课题带动一些整个社会科学界普遍关注的

重大理论问题的研究。4. 对国外学术界所谓“西藏终审权”、“蒙古法系”、“王朝征服论”等从学理上深入剖析以正视听,对边疆稳定、民族区域自治、外交事务的处理具有重要政治功能。5. 目前建设有中国特色社会主义市场经济乃国人奋斗目标,在西部边疆开发的热潮中,在目前经济全球化格局下中国经济法律制度迅速完善的时期,本课题对创建新型市场经济秩序、正确进行经济法律实践至为攸关。

本课题属于交叉学科的前沿研究,如课题名称所标示的主要是跨法学与历史学的广袤学术领域。首先,本课题融合经济法科学的“树状”学科体系的三大分支——经济法理论科学、经济法解释科学和经济法历史科学于一体;就历史学而言,本课题属于断代史清史、专门史边疆民族史;就边疆学而言,涉及国际上颇为关注的满学、蒙古学、藏学、中亚学诸领域,再者,本课题的理论和方法资源还大量来自于比较法学、经济学、社会学、民族学、宗教学、人类文化学等相关学科。这一选题融历史学、法学、民族学诸领域于一体,通过这一研究选题的传导作用可以推动许多学术问题的探索。

众所周知,民族法制史研究一直是国内外学术研究的薄弱点。在国际上,日本学者岛田正郎《清朝蒙古例の研究》皇皇三帙堪称力作外,其它专著别无可求。至于国内学术界目前尚无对民族法制史潜心研究的精深之作。课题申请者搜集到的已故蒙古史学者潘世宪先生1983年的油印手稿《蒙古民族地方法制史概要》筌路蓝缕的开拓之功令人钦敬,但因事属草创已不适应当今学术发展水准。专门研究民族法制史的刘广安先生博士论文《清代民族立法研究》(1993年中国政法大学出版社出版)仅6万字,主要利用《理藩院则例》、《清会典》等官书、政书,仅对民族立法进行粗浅研究,学术水准难以令人称许。西南政法学院徐晓光、内蒙古大学杨选第等有零星论文见诸报刊杂志,仍有待研究者对这一课题用数年时间有

恒无间地进行精耕细作的苦心研究方能使学术前沿研究的成果经受时间考验。

本课题的基本假定是：法律是一种文化习得，具有文化遗传因素。本课题认为，笔者导师、中国人民大学法学院刘文华教授为反对有些学者只念“经济法规”的“四字经”而不诵“经济法”的“三字经”，严格将历史上的经济法律与作为部门法的现代经济法区分开来，这无疑是正确的。在笔者看来，经济法是现代性产物，无论从唯物历史观还是所谓“后现代主义”的思维角度来看都可以在此领域中达成共识。不过，我们在如福柯那样重视历史的“断裂”（discontinite）的同时，经济法不可能被想象为如雅典娜从宙斯的脑袋里跳出来般突然降生于世的。中国学术本土化的目标使我们建构经济法理论大厦时不能数典忘祖。传统的创造性转化极为必要。

恩格斯曾指出：“在社会发展某个很早的阶段，产生了这样的一种需要：把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同规则概括起来，设法使个人服从生产和交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯，后来便成了法律。”立论根据还有制度经济学派代表人物诺斯的“道路依赖性”（Path dependence）理论，美国法学家阿兰·沃森（Alan Watson）对“镜子理论”的批判等等。从实践上，尽管对经济法作为部门法产生于20世纪初的德国已成为公论，但目前德国经济法学界头号权威学者费肯杰的扛鼎巨作《经济法》第二卷《德国经济法》追溯经济法的历史却从古希腊、罗马谈起，日本经济法学的泰斗金泽良雄论述日本经济法的历史亦以封建锁国的经济机构崩溃、资本主义经济机构的发生期（安政五年——明治三年）的产业法为起点（参见金泽良雄《经济法の史的考察》第2—6页，有斐阁昭和十年版）的翔实探讨可为踵继典范，因此我们并非对古代经济法不能言说而自设畛域。

在知识创新成为社会上时尚的口号时，人人都对此竞口奢谈，然而往往对国际一流著作腹笥不甚丰富，连“新”的标准何在都不

清楚，既无真问题，遑论真学术，常似新实旧。社会科学创新殊非易事，建立中国特色经济法体系更非一蹴而就。作为以学术为生命的献身于学术祭坛者，追求精品并不难，更应立志于创造出经典式的作品。本课题秉承司马迁“究天人之际，通古今之变，成一家之言”的史学宗旨，鉴古知今，以当时中西方的概念直接阐发诠释古代经济法律制度的现代价值，考察现代性的形成过程。古语说：“知今不知古，是为盲瞽。知古不知今，是为陆沉。”该选题的创造性表现为，既不以今例古，又借古以知今，在历史与现实之间架起一座桥梁，引渡中国经济法学通向未来，既反对将现代经济法与古代经济法混为一谈，又阐明两者间移挪转化的关系，正如研究遗传基因可以认识生命现象一样，可以从中国传统法律文化的 DNA 中破解建立现代中国特色经济法理论的生命之链。

本课题的视角特征有三：1. 采取解剖麻雀的方式，对清代边疆地区经济法律制度进行聚焦研究，以小见大，以具有可操作性的有限范围半径的史料透析经济法的宏观理论；2. 矫正过去民族史学界惯常的从中原看边疆的学术视角，积极地换位思考，避免过去一讲中国传统文化就是内地儒家汉族文化如何如何的中原中心论，追求中原与边疆相向的互视；3. 采取历史主义的态度，汲取萨维尼、梅因等为代表的历史法学的合理因素，效仿诺斯（North）兼具现代经济学理论和经济史良好学养而从经济史入手创建制度经济学理论大厦的楷模，如布洛克所言“通过过去来理解现在，通过现在来理解过去”（*Comprendro le présent par le passé, comprendre le passé par le présent*），反对有新无旧的浅见，反对将中国过去在历史过程中反复博弈形成的制度说得一无是处，从比较法的角度对中国文明的优良传统阐幽发微，以期使之在新时期再度发皇。

本课题的核心命题：边疆地区的法律制度是中华法系的重要组成部分，中国古代经济法律制度有其殊胜之处，是对当代人来说没有典当权的“家当”，中国经济法学具有深厚的历史底蕴。本课题

内容从边疆地区入手，立足有清一代全局，放眼当时整个全球潮流，史料断限为 1644—1911，理论框架延展到当今现实。主要分为以下几部分：第一部分，分析改革开放以来边疆史地学发展的三次理论视角的转变，从对正统、道统、学统与法统等传统观念解构出发，颠覆和批评中原一元开泰的中心观，提出本课题的研究方法；第二部分“清代边疆地区经济法律的渊源体系”：研究清代边疆地区习惯法（包括苗族议榔制、侗款、瑶族石牌律、景颇族山官制、台湾先住民习惯法等）、清代边疆地方政权成文法（包括蒙古族《阿勒坦汗法典》、《白桦法典》、《卫拉特法典》、《喀尔喀鲁姆》、《阿拉善蒙古律例》，西藏地方政府的《十三法典》等等）、清朝中央政府对边疆少数民族地区的经济立法（包括《蒙古律例》、《理藩院则例》、《回疆则例》、《酌定西藏善后章程》、《钦定西藏章程》等），分析“中华法系”的构成，对国际学术界所谓“蒙古法系”进行质疑，探讨伊斯兰法系在中国境内与中华法系的并存互动关系。在我们看来，既然学术界认为中华法系的特点是指其民族属性，那么中国是统一多民族国家的历史基本事实却被置之度外，边疆众多的少数民族却又被目无余子地在正统论史观的支配下熟视无睹，这岂非自相矛盾？在中华法系法统的研究中，边疆少数民族的缺席和空场的局面不能再一仍其旧；第三部分“通古今之变：对经济法本质的批判与贞定”：分析古代经济法律与现代经济法的差异，如通过云南官治铜矿等国家干预经济同样以经营自由为基础的客观分析，纠正在走向市场经济的今天粗暴否认中国传统的后殖民地学术心态，通过考镜源流将经济法的本质贞定为一种“社会法”；认为：在现代，经济法干预论往往与中国社会传统中的反市场特征（Anti-Market Mentality）共谋；当代经济法是独立的法律部门，而中国古代则诸法合体；现代工业社会的反垄断法与中国古代的抑兼并在本质上相同；第四部分“清代边疆地区盐法研究”：目前中国法学界和实务界连“专卖”与“专营”的区别尚未厘清。这一部

分以清代史料为基础对专卖的法律性质加以界定；对清代票引“世产说”、“有价证券说”、“契约说”、“许可证说”等加以辩证，分析清代边疆地区盐业生产管理法规、盐政主管机关法规等，阐明中国清代食盐专卖的法律制度选择的特殊性；我国历史学界利用所有权与经营权分离的理论解释官督商销这种所谓“商专卖”形式，本课题研究者认为，中国法学界关于所有权和经营权分离的理论继受于前苏联法学界知识资源和研究方法。这种理论移植和误用所引起的种种混乱姑且不论，但这种以既定理论模式解释历史的笔者所谓的“注释历史学”的学术含金量并不甚高。正是因为如此，象法学界目前关于经营性质有物权说、委托代理说、合同说、两重所有权说等，历史学界对清代商行岸制有商专卖说、委托专卖说、两重专卖说等；第五部分“清代边疆地区税法研究”：说明中国税法与同时期西方相比的长处和不足；第六部分“中国经济法学：从现代化进程的解读”，国外经济法学论述经济法产生的经典理论为“市民社会与政治国家融合”或者说“公法与私法融合”。日本学者舟田正之、正田彬等即秉持此种观点。我国民法学者徐国栋主张有必要为民法正名，使民法回复为市民法，我国著名法学家江平也提出中国民法是市民法。笔者本人亦同意市民社会与政治国家的互动是经济法产生原因的观点以及民法是市民法的论断，但问题在于：中国有没有市民社会？如果没有市民社会，那么我国民法学者关于民法性质的论断岂不成了不接“地气”的空中楼阁！而以此来解释中国经济法的发展亦势必令人疑窦丛生，往往碍滞难通。从现代化或者说近代化角度予以梳理从而使中国经济法避免食洋不化。

本课题的方法特色在于：a. 实证研究与理论建构相结合，如《钦定西藏章程》藏文版本和汉文版本问题、清朝盐法中官督商销与商运商销（专卖制之下均存在政府管理）的区别究竟何在等等细节问题要锲而不舍地考证到位，理论上则尽量高屋建瓴，对“市民社会理论”、反本质主义思潮、国家干预主义与经营自由主义等宏

观理论作出到位的回应与照观；b. 历史研究与法学研究相结合，使两个不同学科的学风精髓相得益彰，既具深邃的历史眼光，又以缜密的逻辑分析和活跃的法理创新意识克服历史界同仁常见的跳跃性思维之弊端；c. 中文资料与少数民族（如藏语）、英、日、德、法语资料相结合，充分发挥语言优势博览广采，使研究成果具有世界眼光而不成为一种吉尔兹所谓的“地方性知识”；d. 经济法理论与盐法、税法等经济法的部门法相结合；e. “纸面上的法”（即正式的法律制度）与社会中的“活法”即法律制度的实际运作情景相结合；f. 溯源与拓流相结合，回向研究旧学以浚发新知，既反思过去的历程，更直面未来的发展。

目 录

导 言	(1)
第一章 正统的解构与法统的重建	
——对清代边疆民族问题研究的理性思考	(1)
第一节 清代边疆民族政策研究的四次突破	(1)
一、第一代学者观点：对清代边疆民族政策失之苛责	(2)
二、第二代学者观点：对清代边疆民族政策评价过高	(3)
三、第三代学者观点：从社会学角度审视清代边疆民族政策得失	(4)
四、第四代学人观点：从边疆看中原的视角转换	(5)
第二节 对中国史学上正统观的解构	(8)
第三节 开拓边疆研究的新局的路径、概念化	
史学	(17)
第四节 法统的重建	(25)
第二章 清代边疆地区经济法律的渊源体系	(28)
第一节 问题的提出	(28)
第二节 清代边疆民族习惯法	(34)
一、苗族议榔制	(37)
二、侗款	(40)
三、瑶族石牌律	(44)
四、景颇族山官制	(47)
五、台湾先住民习惯法	(49)
第三节 清代边疆地方政权成文法	(54)
一、蒙古族边疆地方政权成文法	(56)
二、西藏地方政府成文法	(64)
第四节 清朝中央政府对边疆少数民族地区的	

经济立法	(72)
一、从《蒙古律例》到《理藩院则例》	(72)
二、适用于维吾尔族的《回疆则例》等民族立法	(81)
三、清政府对西藏地区立法的深层透视	(86)
四、对青海地区少数民族立法发展概况	(91)
第五节 中华法系与蒙古法系、伊斯兰法系	(92)
第三章 通古今之变：对经济法本质的批判与	
贞定	(99)
第一节 经济干预法论：古代经济法律与现代	
经济法的差异	(101)
第二节 社会法论：经济法的上位概念	(116)
一、团体法说	(120)
二、社会自定法说	(121)
三、阶级法说	(122)
四、社会政策立法说	(123)
五、社会人法说	(123)
第三节 对经济法性质贞定之我见	(127)
第四章 清代边疆地区盐法研究	(130)
第一节 清代盐务若干法律问题研究	(130)
一、清代食盐专卖的法律性质	(132)
二、清代票引的法律性质	(138)
(一) 世产说	(138)
(二) 有价证券说	(139)
(三) 契约说	(145)
(四) 许可证说	(148)
三、清代盐商组织的法律地位	(150)
第二节 清代边疆地区盐业生产销售管理法规	(155)
一、盐业生产管理法规	(155)

二、盐政主管机关法规·····	(159)
三、盐业销售管理法规·····	(161)
四、私盐缉查管理法规·····	(168)
五、官员考成管理法规·····	(172)
(一) 产盐考成·····	(172)
(二) 征课和销引考成·····	(174)
(三) 缉私考成·····	(178)

第五章 时间与空间：清代中国与西方在税法上

的文化选择·····	(180)
------------	-------

第一节 中西税法之比较·····	(180)
------------------	-------

一、表象：清代中西方税法的异同·····	(181)
(一) 中西方税权比较·····	(183)
(二) 法治与法制·····	(186)
(三) 弹性与刚性·····	(189)
(四) 税制结构的歧异·····	(192)
二、原因：制度变迁动力系统论·····	(199)
三、意蕴：时间与空间的照观·····	(209)
(一) 时空错置·····	(209)
(二) 时空误识·····	(211)

第二节 清代边疆地区税收法律制度的时空

结构透视·····	(214)
-----------	-------

一、征税权制度·····	(214)
(一) 征收象征性贡赋权·····	(218)
(二) 边疆地方封建税调整监督权·····	(221)
(三) 直接征税权·····	(223)
二、理一分殊：清代边疆地区税收法律关系构造·····	(227)
(一) 税收法律关系的主体·····	(228)
(二) 税收法律关系的客体·····	(235)

(三) 税收法律关系的内容·····	(238)
三、时代借鉴：税法的经济法属性·····	(246)
第六章 中国经济法学：从现代化进程的解读·····	(251)
第一节 中国经济法学肇始于民国时期·····	(252)
第二节 从传统到现代转型中的国家与社会·····	(258)
第三节 经济法学独立的现代性·····	(270)

第一章 正统的解构与法统的重建

——对清代边疆民族问题研究的理性思考

陈寅恪在《陈垣敦煌劫余录序》中指出：“一时代之学术，必有其新材料与新问题。取用此材料，以研求问题，则为此时代学术之新潮流。治学之士，得预于此潮流者，谓之预流（借用佛教初果之名）。其未得预者，谓之未入流。此古今学术史之通义，非彼闭门造车之徒，所能同喻者也。”^① 僻处西陲的鸣沙石室豁然洞开使学者们大开眼界，故而引发陈寅恪先生如上醍醐妙论。在渺见寡闻的笔者看来，预流者，除如陈寅恪先生所言，要与时代共进退，要跟随历史步伐和潮流而不株守陈说、因循故旧，此外亦可作预见事机而引导潮流解。凡事预则立，不预则废，此乃不刊之论。我们站在新世纪的门槛上，对清代边疆民族问题的研究态势和发展路径进行理性思考，是十分必要和有益的。

第一节 清代边疆民族政策 研究的四次突破

清代的边疆政策是中国边疆史地学传统研究项目，不少学者均致力于此，形成繁富的研究文献。据笔者看来，这一领域的研究在

^① 陈寅恪《陈垣敦煌劫余录序》，见《金明馆丛稿三编》上海古籍出版社1980年版。

本世纪学者赓续相继的接力式努力下产生了四次突破。

一、第一代学者观点：对清代 边疆民族政策失之苛责

清代历史研究本来就起步较晚。辛亥革命时期，“排满”思潮充盈洋溢，对清代历史自然难以公允。真正以学术的眼光严肃地全面研究清代历史，应该首推孟森、萧一山等先驱人物。然而如黄冕堂在《清史学录》中云：“上列学者或由于时代局限，或由于传统的史观和史法，其著史大都重朝廷而轻社会，重政治而轻经济。其在政治史的求索中，则又往往崇奉英豪而鄙夷群众，倾注上层以至宫廷争夺变故，言不及阶级和阶级斗争。至若民族关系，由于受传统的夷夏之辨思想束缚，是非淆乱亦在在有之。”^① 对于清代边疆民族政策，在清史研究兴起初期，学者多失之苛责。例如，学者们认为清政府对蒙古等民族实行了愚禁政策，采取禁汉官入蒙、禁汉人入蒙垦种、禁蒙人习汉字汉语等治蒙政策，欲其愚弱，欲其鄙陋，并禁止蒙汉联合。另外，这些学者还批评说：清廷故意优崇喇嘛教，“高其衔称，厚其待遇，免其赋役，畀以实权，使举蒙古全族男子不论为贵族为属民，皆以披剃为其职志，佛门广开，佛海迷茫，使穷其一生于往世来生，于今世无复知所追寻，喇嘛又禁娶妻，必无子嗣，朝廷之优崇喇嘛，盖使蒙人自愿为僧，而自绝其后。”^② 总之，这种观点认为，清廷以喇嘛教曳蒙古勇武之气，以教义平其杀伐斗狠之习，故意优崇喇嘛，高以仪节，厚以资赏，华其庙宇，使蒙人举族男子投入佛寺，舍身为僧，使之自绝其种于佛国，其居心叵测，乃欲使蒙人灭族亡种。其实，这种过分贬

① 黄冕堂《清史治要》，齐鲁书社1990年版，第1页。

② 林堃辉《清朝内蒙古放垦之研究》（台湾中国文化大学史学研究所硕士论文，未刊稿），第44页。