

中国经济法的起源与发展

民国时代经济法律的实证考察
与理论分析

ZHONG GUO JING JI FA DE QI YUAN YU FA ZHAN
MIN GUO SHI DAI JING JI FA LU DE SHI ZHENG KAO CHA
YU LI LUN FEN XI

张廉 / 著

中国法制出版社

D922.290.2

3

中国经济法的起源与发展

民国时代经济法律的实证考察
与理论分析

ZHONG GUO JING JI FA DE QI YUAN YU FA ZHAN

MIN GUO SHI DAI JING JI FA LU DE SHI ZHENG KAO

CHA YU LI LUN FEN XI

张廉 / 著

中国法制出版社

责任编辑:张雪纯 王云燕

图书在版编目(CIP)数据

中国经济法的起源与发展/张廉著. —北京:中国法制出版社, 2006. 3

ISBN 7-80182-560-8

I. 中… II. 张… III. 经济法-法制史-研究-中国-民国 IV. D922.290.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 014845 号

中国经济法的起源与发展

ZHONGGUO JINGJIFA DE QIYUAN YU FAZHAN

著者/张 廉

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/850×1168 毫米 32

版次/2006 年 3 月第 1 版

印张/10.75 字数/242 千

2006 年 3 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-560-8

定价:26.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话:66033393

传真:66031119

编辑部电话:66032584

邮购部电话:66033288

序 言

经济法是近代法学家族中一个比较年轻的法律部门，“经济法的问世是法在 20 世纪最重要的发展之一，其产生和发展是社会经济生活的客观要求，是法对经济关系之历史发展的必然结果。当今世界各国的政党、政府，不论其所处社会的性质、信仰如何，不管其是否承认经济法的独立存在，都在一定程度上、自觉或不自觉地运用经济法的理念来处理治理国家中出现的经济和法律问题。经济法广泛而多方面地影响到今天整个人类社会的生活。”^①

随着我国经济和社会的发展，经济法的地位和作用已引起了人们的广泛关注和认同^②。党的十四大明确了我国经济体制改革的目标是“建立社会主义市场经济体制；”一方面，“要使市场在社会主义国家宏观调控下对资源配置起基础性作用，使经济活动遵循价值规律的要求，适应供求关系的变化，通过价格杠杆和竞争机制的功能，把资源配置到效益较好的环节中去”；另一方面，“也要看到市场有其自身的弱点和消极方面，必须加强和改善国家对经济的宏观调控。”1996 年 2 月，江泽民同志在中共中央举办的法制讲座上深刻阐明了市场经济法制化问题，他指出：“世界经济的实践证明，一个比较成熟的市场经济，必然要有比

① 张忠军主编：《经济法》，中国财政经济出版社 2002 年版，第 1 页。

② 李鹏同志 2001 年 3 月 9 日在向第九届全国人大第四次全会所作的《全国人大常委会工作报告》中指出，有中国特色的社会主义法律体系由 7 个法律部门组成，即宪法及相关法、民商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼和非诉讼程序法。

较完备的法制。市场经济活动的运行，市场秩序的维护，国家对经济活动的宏观调控和管理，以及生产、交换、分配、消费等各个环节，都需要法律的指引和规范。在国际经济交往中，也需要按照国际惯例和国与国之间约定的规则办事。这些都是市场的内在要求。我们要实现经济体制和经济增长方式的根本转变，也必须按照市场的一般规则和我们的国情，建立、健全和完善各种法制，全面建立起社会主义市场经济和集约型经济所必需的法律体系。”十六届三中全会通过的《中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》则再次强调指出：“全面推进经济法制建设。按照依法治国的基本方略，着眼于确立制度、规范权责、保障权益，加强经济立法。”虽然，目前经济法的地位已得到了广泛的认同，并在我国经济社会发展过程中发挥着日趋显著的作用，但令人遗憾的是国内经济法学界对诸多问题的论证和表述往往缺乏理论深度，给人以“束书不观、浮躁无根”^①之感，这不仅无法为我国经济法的快速发展提供有效的理论指导和理论支撑，同时也引发了诸多不必要的笔墨“诉争”，并使自身陷入无法摆脱的“理论困境”之中。因此，如何开拓自己的理论视野，开辟新的研究路径，寻求科学的方法论，构筑起坚实的理论大厦，以促进我国经济法律的发展，加快经济法制现代化的进程，无疑具有重要的理论价值和现实意义。

一、本文选题的主要目的

本文选题的主要目的在于探求中国经济法的历史渊源，力图从中国经济法律发展的历史传统这一视角出发廓清和解决经济法制现代化进程中的一些疑难问题。因为法律是一种文化现象，其在形成和发展过程中所积淀的文化遗传因素必然会对后继法律的

^① 张世明：《中国经济法历史渊源原论》，中国民主法制出版社2002年版，第1页。

发展产生某种相应的影响，并形成一定的“承继性”和“路径依赖性”。这一历史发展的客观规律是任何人无法阻滞和抗拒的。然而，“当代社会科学正企图用自以为是的理性思维以及日趋精巧的现代研究方法努力将历史思想的作用驱走，使历史研究日趋‘边缘化’”^① 这种学风目前在中国学术界颇为盛行。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。”^②

对于历史与现实的关系问题马克思主义的经典作家有许多非常精辟的论述。马克思和恩格斯曾提出了一个极其重要的命题：我们仅仅知道一门唯一的科学，即历史科学。”^③ 而且，马克思主义从来是不割断历史的。列宁认为：无产阶级文化不是从天上掉下来的。“无产阶级文化应当是人类在资本主义社会、地主社会和官僚社会压迫下创造出来的全部知识合乎规律的发展。”^④ 在如何对待历史文化遗产的问题上，毛泽东同志也曾指出：“中国现时的新政治新经济是从古代的旧政治旧经济发展而来的，中国现时的新文化也是从古代的旧文化发展而来，因此，我们必须尊重自己的历史，决不能割断历史。但是这种尊重是给历史以一定的科学地位，是尊重历史的辩证法的发展，而不是颂古非今，

① 张世明：《经济法学理论演变研究》，中国民主法制出版社 2002 年版，第 1 页。

② 张世明：《中国经济法历史渊源原论》，中国民主法制出版社 2002 年版，第 4 页。

③ 《马克思恩格斯全集》第 3 卷，第 20 页。

④ 《列宁选集》第 4 卷，第 348 页。

不是赞扬任何封建的毒素。”^① 并且强调：“指导一个伟大的革命运动的政党，如果没有革命理论，如果没有历史知识，没有对于实际运动的深刻的了解，要取得胜利是不可能的。”^② 这些论述对于我们正确认识和处理历史与现实的关系无疑具有重要的指导意义。具体到研究和探讨关于经济法律发展的问题上，我们只有以科学、务实的态度廓清其发展的基本线索和脉络，准确把握其发展的基本规律和趋向，才能为我国经济法理论的建构奠定一个坚固、厚重的历史基础，避免其成为一个不接“地气”的空中楼阁和极易倾覆的大厦。从经济法研究的实践状况来看，当今经济法最为发达的德国、日本等国家的学者在研究有关法律发展问题时并没有数典忘祖，自设畛域，反而更加注重其历史根源的追溯。例如，目前德国经济法学界头号权威学者费肯杰的扛鼎巨著《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，其翔实的探讨可谓踵继典范。^③

据考证，“经济法”一词的出现，可追溯至法国空想社会主义者摩莱里出版的《自然法典》一书。在该书中，作者提出了一系列法律草案，其中包括“分配法或经济法”草案^④，草案设想在未来理想的公有制社会中，在一国内不存在商品交换而只在国与国之间存在商业关系的情况下，分配自然产品或人工产品的

① 《毛泽东选集》第2卷，第708页。

② 《毛泽东选集》第2卷，第533页。

③ 张世明：《中国经济法历史渊源原论》，中国民主法制出版社2002年版，第1页。

④ [法]摩莱里：《自然法典》，黄建华、姜亚洲译，商务印书馆1983年版，第107-110页。

规则。其后法国空想社会主义者泰·德萨米于1842年在其出版的《公有法典》一书中也使用了“经济法”^①这一术语。不过，“两位作者所称的‘经济法’，并不是指法律或法规，而是指社会运动的法则，用以描述他们设想的理想社会中公平分配财富的原则和方法。既然不是在法的概念和意义上使用‘法’的措辞和术语，则不能认为是由这两位空想者首先提出了‘经济法’。”^②

1865年，法国著名的经济学家和政治家蒲鲁东在其著作《工人阶级的政治能力》中，明确提出，法律应该通过普遍和解来解决社会生活矛盾，为此需要改组社会，由“经济法”来构成新社会的基础。因为公法会造成政府过多地限制经济自由，私法则无法影响经济活动的整个结构，必须将社会组织建立在“作为政治法和民法之补充和必然结果的经济法”之上；经济法是“公正原则应用于政治经济学……[成为]相互关系条例。”法释“所谓相互关系，意味着分享土地、划分财产、劳动不受约束、行业分离、职权有特别规定、按个人劳动或集体劳动确定个人负责或集体负责、将管理费用减到最低程度、消灭寄生现象和贫困现象。”^③可见，他已经认识到了“经济法”的本质属性，因此，“真正意义上现代经济法概念的开山鼻祖应当为蒲鲁东……因为他的经济法思想与今天我们所说的经济法论理某种程度的契合，使他被誉为现代经济法概念之父的殊荣当之无愧。”^④

“继蒲鲁东之后，资本主义社会迅速向垄断和社会化方向发

① [法]泰·德萨米：《公有法典》，黄建华、姜亚洲译，商务印书馆1982年版，第47页。

② 史际春等：《经济法总论》，法律出版社1998年版，第68页。

③ 转引自[法]阿莱克西·雅克曼、居伊·施朗斯：《经济法》，字泉译，商务印书馆1997年版，第2-3页、第114页。

④ 张世明：《经济法学理论演变研究》，中国民主法制出版社2002年版，第18页。

展，各主要发达国家被迫或主动干预、参与社会经济生活的程度日益加深，早期资产阶级思想家在政治国家与市民社会、公法与私法之间人为设定的界限在实际中难以再固守。注重理性和抽象思维的德意志学者适时地对经济法现象作出概括。”^①日本学者金泽良雄认为，在1906年创刊的《世界经济年鉴》中，使用了“经济的法”（Wirtschaftsrecht）一词，当代经济法的术语即由此所出，此年鉴每年由莱特（Ritter）撰稿，用以说明同世界经济有关的各种法规。^②据此德国被学者誉为“经济法的母国”，德国作为“经济法的母国”，其最初的经济法据伊从宽在丹宗昭信编著的《现代经济法入门》中所称是1910年出台的钾矿业法。^③在各国的立法实践中，最早明确以“经济法”作为法律名称的是德国1919年颁布的《煤炭经济法》和《碳酸钾经济法》。“对于这种新型法规的出现，德国法学家洞烛其机，敏锐地看到了这些法规的特殊性，将这些法规分类研究，在世界法学研究领域独着先鞭，率先创立了经济法学。”^④德国法学家克里谢尔（Kroeschell）在《20世纪德国法律史》中指出：“经济法最初通常以企业法（Fabrivrecht 或 Iadustrietecht）命名，主要从魏玛时代开始作为独立的法学领域看待。”^⑤

关于中国经济法的诞生时间与背景问题，有学者认为“经济法在中国的兴起是改革开放对经济法制建设的必然要求。改革开放的精髓之一就是要解放和发展生产力，促进国民经济的协调

① 刘文华、潘静成：《经济法》，中国人民大学出版社1999年版，第4页。

② [日]金泽良雄：《经济法概论》，满达人译，甘肃人民出版社1985年版，第2页。

③ [日]丹宗昭信、厚谷襄儿：《现代经济法入门》，谢次昌译，群众出版社1985年版，第26页。

④ 张世明：《经济法学理论演变研究》，中国民主法制出版社2002年版，第37页。

⑤ Kroeschell Karl: Rechtsgeschichte Deutschlands im Jahrhunderten, Gottingen, 1992, S60.

稳定发展，以满足人们日益增长的物质文化生活需要，这需要作为上层建筑的法律为改革开放保驾护航。随着健全经济法制建设的呼声不断加强，在 20 世纪 70 年代末 80 年代初，中国的经济法应运而生。”^① 其根据是“1978 年，胡乔木在其《按照经济规律办事加快实现四个现代化》一文中，专门写了经济立法和经济司法一节，引起了法学界的重视。同年党的十一届三中全会召开，确立了健全‘社会主义民主’、加强‘社会主义法制’的方针。”^② 与此同时，党和国家领导人在不同场合提出要加强经济法律法规的制定。如邓小平同志就曾提出：“应该集中力量制定刑法、民法、诉讼法和其他各种必要的法律，例如工厂法、人民公社法、森林法、草原法、环境保护法、劳动法、外国人投资法等等”^③ 1979 年，叶剑英在接见记者和在五届人大二次会议上，以及 1980 年彭真在五届人大三次会议上，分别使用了“经济法规”、“经济法”等字眼。^④ 在这一历史背景下，我国分别于 1979 年制定了《中外合资经营企业法》，于 1980 年制定了《中外合资经营企业所得税法》和《经济合同法》等改革开放时期的首批经济性法律法规。然而，从这些学术考证来看，无论其依据的资料，还是其研究思路以及所运用的研究方法，都缺乏科学性，很难得出令人信服的结论，给人以唐突和牵强之感。“这一说法，如果单指社会主义经济法，还是符合实际情况的。但如从统一连续的中国历史来考察，上述说法却是失实的。”^⑤ 对此，一些学者也进行了深刻的反思，并且提出了一些颇具见地的观点

① 张忠军主编：《经济法》，中国财政经济出版社 2002 年版，第 12 页。

② 刘文华、潘静成：《经济法》，中国人民大学出版社 1999 年版，第 9 页。

③ 《邓小平文选》第 2 卷，人民出版社 1994 年版，第 146 页。

④ 参见关怀：《经济立法与经济司法》，上海人民出版社 1981 年版，第 35 - 36 页。

⑤ 周奎正、戴凤歧等：《中国当代经济法论纲》，北京经济学院出版社 1993 年版，第 264 页。

和结论。戴凤歧教授认为：“我国经济立法正式始于1929年。是年，国民政府立法院根据国民党中央执委会决议，制定了《训政时期立法工作按年分配简表》，表中将‘经济立法规划’正式独立列为一栏，与其他立法规划并列。这也是我国法律史中首次使用经济立法这一概念。自1938至1948年期间，国民政府经济部在王云五主持下先后两次编纂《经济法规汇编》，首次汇编共3册，二次汇编共7册。据对以上资料分析，虽不能断言当时经济法已成为一个独立法律部门，但无可怀疑的事实是，当时的立法机关已把经济立法同编纂民商法典、军事立法、行政立法、社会立法分开并列。由此可以初步结论说，我国经济法的产生和发展同世界范围内经济法的产生和发展大体上是同步的。”^①

而张世明博士则在其论著《中国经济法历史渊源原论》中通过对民国时期一些著名法学家对经济法若干理论问题的研究和阐述进行考证和分析后明确断言：“中国经济法学肇始于民国时期。”^②其主要依据来源包括：一是1942年张则尧所著《比较合作社法》第二章“合作社法在法律体系上之地位”中，专门就列出第二节“经济法之范畴与合作社法”，对经济法的实质及特征作出了阐述；二是李景禧在上海东吴大学法学院主办的《法学杂志》第9卷第6期上发表《社会法的基础观念》，指出：“自由主义极端发达的结果，社会上的财富集中到少数人手里，使十九世纪的历史投进到独占与无产，奢侈与贫穷，饱食与饥饿的恐慌对立之中。立法者有见于此，遂依据修正自由竞争的统制经济来制定法律，统制经济反映出的法律，就是社会法——劳动法，经济法——社会法在这种意义上，可以说是‘统制的法’，

① 周奎正、戴凤歧等：《中国当代经济法论纲》，北京经济学院出版社1993年版，第264页。

② 张世明：《中国经济法历史渊源原论》，中国民主法制出版社2002年版，第252页。

社会法既是统制的法，那么它的机能，自也不外‘统制’二字了”。并认为，第一次世界大战中“以德国经济生活非常的变动，和国家的统制经济为契机，超越传统的市民法理，与劳动法有同一进取态度之所谓社会化‘经济法’（Wirtschaftsrecht），于焉而生，新法系基本的根据，为社会的团体主义的精神，德国学者之间，遂最先有了‘社会法’新法系的提倡。”^① 三是陆季潘在《法律评论》上连续发表的《社会法之发生及其演变》、《社会法意义之商榷》、《社会法在现代法制体系中之地位》等论文，并认为“社会法包括两部，一为劳动法，一为经济法。”^② 四是张蔚然在《法律评论》上发表的《劳动法与经济法之关系》，该文不仅论述了经济法的产生，而且依次分析了赫德曼、努斯鲍姆、卡斯凯尔和戈尔德斯特的经济法学说，并针对上述学者关于经济法与劳动法关系的学说逐一加以阐明，认为“所谓经济法及劳动法者，均不外在社会立法名称之下，为维持资本主义之支配势力且使其强化政策之具体表现于法者也，因其系独占资本主义之产物，故与前期之法理，截然不同，自成一独立之法域。惟前者重在企业之统制管理，后者重在劳动者之怀柔运用。一系直接，一系间接，二者有所不同耳。前述四说（指努斯鲍姆等四位德国经济法学者之见解），不究该法发生之本，只就其表现之形式，罗列堆积，推敲钻研，故其言虽巧，其意虽精，余亦不敢赞同也。”^③ “从上述可以看出，民国时期中国经济法学已经产生。”^④ 由于资料所限，我们还很难推断出中国经济法学产生的

① 李景禧：《社会法的基础观念》，载《法律评论》第13卷第38期，1936年。

② 陆季潘：《社会法意义之商榷》，载《法律评论》第13卷第38期，1936年。

③ 张蔚然：《劳动法与经济法之关系》，载《法律评论》第13卷第43期，1936年。

④ 张世明：《中国经济法历史渊源原论》，中国民主法制出版社2002年版，第257页。

确切时间，但从民国时期经济法学的研究状况来看，我们可以断定在这一历史时期已经出现了数量可观的经济法律和法规，并对经济和社会发展产生着深刻的影响，从而引起了法学界的关注及其对相关法学理论问题研究的展开。因为“历史上从来都是先有法律，然后才有法学；再后，法学又影响立法和法律。任何时代，都不可能是先设计好一个法律部门，然后再照此立法。法律部门的重新组合划分，新法律学科的形成，都只能有了大量的相应法规之后才能实现。国民政府制定和颁行了数量如此繁多的经济法规，必然会对包括法律分类在内的法学研究产生重大冲击和促进。”^①

这些有理有据的考证，无疑是令人信服的。但是，笔者认为，要探寻中国经济法的历史渊源不仅要对其拥有的史料进行实证的分析，而且必须廓清其产生、发展的文化和社会背景。依照美国罗马法学家阿兰·沃森（Alan Watson）的理论“法律不能自足地存在，不是一个自足的王国，既不是一套规则和概念的体系，也不是法律工作者的诸侯国，而是一面社会的镜子。它不把任何东西当作历史的偶然及自足自主的，而是把一切都看作相互联系的，并由经济和社会铸造而成。”因此，“阿兰·沃森的研究告诉我们：若试图界定法律与社会之间的联系，就必须把不同法律制度之间的相互影响纳入考察，必须观照法律观念从一种文化到另一种文化的扩展和传播。”^② 我们知道，现代意义上的经济法 20 世纪初起源于德国。从 1924 年开始，德国研究经济法的成果被介绍到日本。在这一过程中，曾留学于德国，师从于劳动法泰斗卡斯凯尔的孙田秀春博士发挥了重要的作用。孙田秀春在

① 周奎正、戴凤歧等：《中国当代经济法论纲》，北京经济学院出版社 1993 年版，第 286 页。

② 张世明：《经济法学理论演变研究》，中国民主法制出版社 2002 年版，第 158 页。

其代表作《劳动法总论》中对经济法的含义作了全面的阐述，他指出，地租法、住宅法、消费者法、债务者保护法、共同经济法等都包含于社会法之中，“这些法律其本质上以经济制度自身的社会化为目的，在这一点上可以与以从属的劳动为导向原理的劳动法明确区别开来。正是在这种意义上，我把劳动法以外的一部分的社会的法制用经济法（Wirtschaftsrecht）的观念加以概括。”^①

就中国的法律发展而言，自清末民初以来，始终是循着大陆法系法制的模式构建发展的。“中国现代法律制度的形成，是在学习西方资产阶级先进法律制度的基础上，建立新的法律体系的过程。中国现代的法律制度的形成，具体来讲，是以属于大陆法系的德国、日本为蓝本，作了本土化改造的结果。”^② 中国现代法律制度在形成过程中之所以选择了大陆法系而不是英美法系，这是因为：其一，大陆法系代表了 19 世纪世界法律发展的潮流，尤其是当时的德国法是欧洲最优秀的大陆法。就以民法典来说，虽然“德国《民法典》与法国《民法典》同属于大陆法系，但前者编纂于后者施行一个世纪以后，因而，更能取得法学实践和理论上的成就。各国法学家都认为前者比后者更系统化、现代化、条理化，用词更简练，内容更确切。”^③ 而且“德国民法典比法国民法典更为发展，它以德国的古典哲学为基础，能准确地表达法条的含义。”^④ 而且德国具有良好的立法技术。“因此，中国在引入‘欧法’的时候，首选欧洲的大陆法，并以它的最优

① [日] 孙田秀春、常盘敏太：《新订劳动法通义》，第 28 页。转引自张世明：《经济法理论演变研究》，中国民主法制出版社 2002 年版，第 161 页。

② 李罡：《中华法系的解体与中国现代法律制度的初步形成》，载《北京行政学院学报》1999 年第 4 期。

③ 《德意志联邦共和国民法典》译序，上海社科院法学所译，法律出版社 1984 年版，第 14 页。

④ Wang Jze-Chien：《Die Aufnahme des europäischen Rechts in China》，《Archiv für Zivilistische Praaxis》166（1966），p. 347.

秀者德国法为主要参考模式便是顺理成章之事了。”^①当代中国的一位著名的比较法学家，原东吴大学法学院院长吴经熊曾说过：“就新民法从第1条至第1225条仔细研究一遍，再和德意志民法和瑞士民法和债法逐条对照以下，倒是有95%是有来历的，不是照帐誊录，便是改头换面。”^②其二，“就内因而言，第一，中华法系的‘大一统’观念与大陆法系的国家主义观念，在强调中央集权和国家对立法权的垄断方面有相近之处；第二，中华法系的‘法自君出’、崇尚律典的观念与大陆法系的法典编纂观念有相似之处；第三，中国古代流行的注经思维方式以及由此派生出来的律学思维方式，与大陆法系注重从法典条文出发演绎法律旨意的思维方式也较为接近；第四，中华法系长期盛行的司法擅断主义审判方式，与大陆法系的纠问式审判方式比较接近。”^③当时任直隶总督的袁世凯曾说过：“各国政体，以德意志、日本为近似吾国”故“拟请特简明达治体之大臣，分赴德、日两国，会同出使大臣专就宪法一门，详细调查，博访通人，祥证故事。”^④清末考察大臣戴鸿慈赴德考察后认为：“其人民习俗，亦觉有勤俭质朴之风，与中国最为相近。盖其长处，在朝无妨民之政，而国体自尊，人有独立之心，而进步甚猛”所以，应“以德为借镜。”^⑤可见，当时中国把以德国为代表的德国法作为重点引

① 王立民：《论清末德国法对中国近代法制形成的影响》，载《上海社会科学院学术季刊》1996年第2期。

② 转引自米健：《现今中国民法典编纂借鉴德国民法典的几点思考》，载《政法论坛》2000年第5期。

③ 柏欣：《浅论世界法制格局对我国法制建设的影响》，载《广东行政学院学报》2003年第3期。

④ 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》，（上册）中华书局1979年版，第202页。

⑤ 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》，（下册），中华书局1979年版，第845页。

进对象是一种合适的选择，也有其一定的必然性。因为“一个国家要引进另一个国家的法律，总会从准备引进法律的本身情况及其效果、自己的社会情况等方面进行考虑，并选择最佳者和最适合本国情况者为己所用。”^①其三，有引进以德国为代表的大陆法并取得成功的先例的佐证。这些国家，既有欧洲国家，也有亚洲国家。在欧洲袭用德国民法典的情况十分普遍。对此，清末考察大臣们也有切身体会，“详考（欧洲）各国制度，以德为主，以各国为辅。”为此，中国有必要学习德国的各种制度，“妥筹办法。”^②在亚洲，日本是成功引进并运用德国法的典型，“日本通过取法大陆法系国家而立宪和变法修律，由弱变强，以小胜大的历史经验深深地刺激了清末主持变法修律的人们。清朝朝野目睹了帝国主义列强在我国土上进行的这场战争，深受刺激。他们认为，小国日本之所以能够战胜大俄国，主要是因为日本变法修律和进行立宪的结果。”^③

清廷依照其确立的变法修律的模式，由修订法律馆和宪政编查馆先后修订和制定了一些法律和法律草案，这些法律和法律草案具有明显的大陆法系的特征。“清末修律，一方面是中华法系瓦解的开始，另一方面也是中国法律近代化的开端。它使中国的法律摆脱了诸法合体的封建形式，赋予中国法律以大陆法系法典形式的部门法体系，在法制发展的道路上走出了艰难而重要的一步。民国时期的法制改革是清末法制改革的继续，政府在大量引入西方法学研究成果的同时，以日、德法典为楷模进行大规模的

① 王立民：《论清末德国法对中国近代法制形成的影响》，载《上海社会科学院学术季刊》1996年第2期。

② 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》，（上册）中华书局1979年版，第141页。

③ 范忠信、叶峰：《中国法律近代化与大陆法系的影响》，载《河南政法管理干部学院学报》2003年第1期。

法典编纂，吸收并运用大陆法系的立法原则和立法技术，完成了包括宪法、民法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法和行政法的六法体系。这是一个以法典为核心，以单行法为辅助的制定法体系。虽然有判例和解释例，但仅仅起到制定法的补充作用，它们既不以遵循先例原则为依据，又没有形成一整套法律规则，因此与普通法系的判例法相距甚远。”^①《六法全书》的形成，不仅构成了国民政府基本的法律制度，而且也是中国完成由中华法系到大陆法系法律制度的转换，走上现代法律发展之路的标志。

而以德国法为代表的大陆法系对中国的影响，其主要途径之一是通过日本法来实现的。为此，德国学者诺尔曾说过：“日本宁愿编制德国式的法典以保留欧洲大陆法模式。”“日本吸收西方法律起了双重作用，日本不象其他国家那样只把外国法作为比较对象，而且在中日两国接受外国法的过程中还起着联结作用。”^②中国之所以把学习日本法作为引进“欧法”的一条途径，其主要原因是：第一，当时日本的法律体系完全是按照德国法的模式建立起来的。日本自“明治以后，采用欧法，遂为强国。”^③出使德国的大臣戴鸿慈考察后认为，日本维新以来，“事事取资于德，行之三十载，遂致勃兴。”^④在这一历史时期，日本在大量抄袭德国法在基础上，建立起了包括宪法、刑法、民法、商法、刑事诉讼法和民事诉讼法在内的法律体系。例如，“当时（19世纪末）日本正在积极制定各种法律，就以德国民事诉讼法为蓝本制定了第一部日本民事诉讼法（1890年）。这一部日本民

① 柏欣：《浅论世界法制格局对我国法制建设的影响》，载《广东行政学院学报》2003年第3期。

② [德]诺尔：《法律移植与1930年前中国对德国法的接受》，李立强等译，载《比较法研究》，1984年第2辑。

③ 李光灿：《评〈寄簪文存〉》，群众出版社1985年版，第384页。

④ 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》（上册），中华书局1979年版，第10页。