

本卷要目

中国刑法

【徐 岱】

清末刑法改制与中国刑法近代化

【赵秉志】

罪刑法定原则研究

【许发民】

犯罪构成的社会功能

外国刑法

【〔法〕克里斯蒂娜·拉塞杰著 卢建平 译】

刑事政策学导论

【赵海峰 译】

保护欧盟财政利益之刑事规定的《法典》草案

【〔法〕米海依尔·戴尔马斯-马蒂 赵海峰 译】

论保护欧盟财政利益之刑事规定的

《法典》的必要性、合法性和可行性

比较刑法

【阴建峰】

刑罚功能比较研究

【陈志军】

短期自由刑若干问题比较研究

国际刑法

【王秀梅】

论危害人类罪的概念及行为特征

区际刑法

【阎敏才】

我国内地与港澳台地区未成年人犯罪

之刑事责任比较研究

法学名家

【冯 军】

德国刑法学家费尔巴哈

◆ 高铭喧 赵秉志 / 主编

CRIMINAL LAW REVIEW VOL. 6

刑法论丛

第6卷

D914.01-55/1

第6卷

刑法论丛

CRIMINAL LAW
REVIEW VOL.

■ 高铭暄

赵秉志

主编



首都师范大学图书馆



21671210

SBP17/10

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑法论丛. 第6卷/高铭暄、赵秉志主编. —北京:
法律出版社, 2002.9

ISBN 7-5036-3931-8

I. 刑… II. ①高… ②赵… III. 刑法—研究—文集
IV. D914.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 063548 号

©法律出版社·中国

出版/法律出版社	编辑/学术出版中心
总发行/中国法律图书公司	经销/新华书店
印刷/北京四季青印刷厂	责任印制/陶松
开本/A5	印张/20 字数/569 千
版本/2002 年 10 月第 1 版	2002 年 10 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-88414121
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-88414115
法学学术出版中心/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)	
电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn	
读者热线/010-88414883	传真/010-88414115
中国法律图书公司/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)	
传真/010-88414897	销售热线/010-88414896
网址/www.Chinalaw-book.com	010-88414899
书号:ISBN 7-5036-3931-8/D·3648	定价:38.00 元

《刑法论丛》第六卷内容简介

《刑法论丛》第六卷共刊载了十余篇研究视野覆盖古今中外的有分量的论文。徐岱博士的“清末刑法改制与中国刑法近代化”一文,以清末刑法改制为切入点,对清末刑法改制之动因基础、人性基础、法制原则的确立、刑名以及刑罚体系近代化等问题作了全景式的透视,并在此基础上,阐发了作者的历史感悟;赵秉志教授的“罪刑法定原则研究”一文,全面系统地研究了罪刑法定原则的演进、理论基础、价值意蕴和基本内涵,客观地阐述了新中国罪刑法定原则入典之历程,并在此基础上,本着实事求是的负责精神,对该原则在中国立法及司法贯彻中的缺憾作了反思;许发民博士的“犯罪构成的社会功能”一文,从一个崭新的视角对犯罪构成要件的嬗变、收缩和扩张与社会变迁的关系作了深入浅出的解析;魏东博士的“教唆犯构成论”一文,在对目前学界诸种观点进行评析的基础上,对教唆犯的构成要件以及教唆犯的认识错误问题作了深入研究;高铭暄教授的“正当防卫问题研究”一文,以中国刑法中的正当防卫制度为对象,对其概念、构成条件以及特殊防卫的称谓、体系性地位等问题进行了全面、系统而颇为深入的论证;刘远博士的“论金融诈骗罪的构成”一文,系统地研究了金融诈骗罪客体、客观方面、主体和主观方面,提出了自己的见解。卢建平教授翻译的由法国刑法学家克里斯蒂娜·拉塞杰撰写的“刑事政策学导论”一文,在对刑事政策学诸思想流派的主要观点进行甄别的基础上,提出了刑事政策多种选择并存的思想,以系统分析为方法论,深入地剖析和论证了刑事政策的各种模式;阴建峰讲师的“刑罚功能比较研究”一文,通过比较与鉴别中外刑罚功能的理论,分析了中国刑罚功能理论的不足,并就此提出了自己的主张;博士生陈志军的“短期自由刑若干问题比较研究”一文,在分析

中外有关短期自由刑的不同主张之基础上,言之成理地剖析了各种学说之间的异同,并提出了自己的看法;博士生郭理蓉的“**量刑情节比较研究**”,以中外有关理论的比较为视角,深入地研究了量刑情节的分类和适用,并以此为基点,剖析了中国量刑情节的立法缺陷,论证了立法完善的方案;王秀梅博士的“**论危害人类罪的概念及行为特征**”一文,客观地描述了危害人类罪概念的论证与确立的历程,并重点深入地解剖了危害人类罪的行为特征;阎敏才先生的“**我国内地与港澳台地区未成年人犯罪之刑事责任比较研究**”一文,对我国现阶段四法域未成年犯刑事责任的基本原则和处遇措施作了详尽的比较和分析,是一篇对未成年犯刑事责任区际比较研究的专论;留法学者赵海峰先生的“**简论欧盟对其财政利益的保护与刑事规定之《法典》草案**”一文及其翻译的法国著名刑法学家戴尔玛斯·马蒂撰写的“**论保护欧盟财政利益之刑事规定的《法典》的必要性、合法性和可行性**”译文,深入地论证了保护欧盟财政利益之刑事规定的必要性、合法性和可行性,客观全面地描述了该《法典》草案的发展过程,辅之以该《法典》草案的翻译文本,对我们了解域外立法的发展状况及动态很有助益;冯军博士撰写的“**德国刑法学家费尔巴哈**”一文,对费尔巴哈生平的描述,有助于我们对这位近代刑法学鼻祖思想心路的把握。此外,本卷还收录了“**2001年刑法学研究回顾与展望**”、“**二十一世纪第一次中日刑事法学术研讨会综述**”等刑法学信息资料,为我们展现了我国目前的刑法学研究动态,有助于我们把握刑法学研究的前沿脉搏。

目 录

[中国刑法]

- | | | |
|-----|----------------------|-----|
| 1 | 清末刑法改制与中国刑法近代化 | 徐 岱 |
| 69 | 罪刑法定原则研究 | 赵秉志 |
| 134 | 犯罪构成的社会功能 | 许发民 |
| 184 | 教唆犯构成论 | 魏 东 |
| 226 | 正当防卫问题研究 | 高铭暄 |
| 270 | 论金融诈骗罪的构成 | 刘 远 |

[外国刑法]

- | | | |
|-----|--|------|
| 309 | 刑事政策学导论
..... [法]克里斯蒂娜·拉塞杰著 卢建平译 | |
| 342 | 保护欧盟财政利益之刑事规定的《法典》
草案 | 赵海峰译 |
| 371 | 论保护欧盟财政利益之刑事规定的《法典》
的必要性、合法性和可行性
..... [法]米海依尔·戴尔马斯-马蒂著 赵海峰译 | |
| 382 | 简论欧盟对其财政利益的保护与刑事规定之
《法典》草案 | 赵海峰 |

〔比较刑法〕

- 393 刑罚功能比较研究 阴建峰
413 短期自由刑若干问题比较研究 陈志军
453 量刑情节比较研究 郭理蓉

〔国际刑法〕

- 485 论危害人类罪的概念及行为特征 王秀梅

〔区际刑法〕

- 526 我国内地与港澳台地区未成年人犯罪之刑事责任比较研究 阎敏才

〔法学名家〕

- 554 德国刑法学家费尔巴哈 冯 军

〔法学信息〕

- 562 2001 年刑法学研究回顾与展望 秉 直 成 磊
602 二十一世纪第一次中日刑事法学术研讨会
综述 延 安
624 中国人民大学刑事法律科学研究中心疑难
刑事问题研究咨询专家委员会
介述 延 安 剑 锋

CONTENTS

[Chinese Criminal Law]

- Reform of Criminal Law at the end of Qing-Dynasty and
Modernization of Chinese Criminal Law By Xu Dai (1)
- On the Principle of a Legally Prescribed Punishment for a
Specified Crime By Zhao Bingzhi (69)
- Social Function of the Constitution of Crimes
..... By Xu Famin (134)
- On the Constitution of Abettor By Wei Dong (184)
- Study on Justifiable Defense By Gao Mingxuan (226)
- On Constitution of Crime of Financial Fraud
..... By Liu Yuan (270)

[Foreign Criminal Law]

- On the Doctrine of Criminal Policy
..... [France] Christine Lazerges,
Translated by Lu Jianping (309)
- The Criminal Prescription by Draft "Code" on Protecting
Financial Interest of European Union
..... By Zhao Haifeng (342)
- On the Criminal Proscription concerning Protecting the
Financial Interest of European Union
..... [France] Mireille DELMAS-MARTYT,
Translated by Zhao Haifeng (371)

On Protecting Financial Interest and Criminal Proscription
of Draft "Code" by European Union

..... *By Zhao Haifeng* (382)

[Comparative Criminal Law]

Comparative Study on Criminal Function

..... *By Yin Jianfeng* (393)

On Several Issues of Punishment against Short Freedom

..... *By Chen Zhijun* (413)

Comparative Study on Circumstances for Sentencing

..... *By Guo Lirong* (453)

[International Criminal Law]

On Concept and Objective nature of Crimes against Hu-
manity

by Wang Xiumei (485)

[Regional Criminal Law]

Comparative Study on Criminal Responsibility of Minor
between Mainland China and the Region of Hong

Kong, Macao and Taiwan *By Yan Mincai* (526)

[Distinguished Jurists]

Feuerbach. Paul A. Von, Jurist of Criminal Law in Ger-
many

By Feng Jun (554)

[Legal Information]

Back and Forward on Criminal Law in 2001

..... *by Bingzhi and Chenglei* (562)

Summary of First Symposium on Criminal Jurisprudence

of both China and Japan in 21 Century *By Yanan* (602)

Introduction of Experts Committee of Research and Con-
sultation on Difficult Criminal Problems by the Research

Center of Criminal Jurisprudence of Renmin University

of China *By Yanan and Jianfeng* (624)

〔中国刑法〕

清末刑法改制与中国刑法近代化

徐 岱*

目 次

引 言

一、清末刑法改制之动因基础

- (一)清末刑法改制之经济动因
- (二)清末刑法改制之思想动因
- (三)清末刑法改制之法律动因

二、人性论的嬗变与吸纳

- (一)中国古代人性之天赋伦理性论及启示
- (二)清末刑法改制之人性基础

三、罪刑法定原则与中国刑法近代化

- (一)罪刑法定与中国古代刑法
- (二)罪刑法定原则与中国刑法近代化

四、中国刑名与刑罚体系近代化

- (一)刑名与刑罚体系近代化
- (二)肉刑的废除与刑罚体系近代化
- (三)死刑执行一元化与刑罚体系近代化

* 吉林大学法学院副教授、法学博士。

五、历史的感悟与反思

- (一)表现形式合理性与内容合理性之辨
- (二)清末刑法改制之表现形式合理性的必然性之辩
- (三)清末刑法改制之表现形式合理性之历史价值
- (四)历史——信仰——现实

引 言

20 世纪的中国法制建设,经历了由传统的人治到现代法治的转变。回首历史,有学者认为,我国在 20 世纪形成了三次伟大的法律革命:辛亥革命的法律制度建立;新中国的法制建设;1978 年的与市场经济相适应的法治国家建设。依此理,从刑法学角度看,我们认为,我国刑法改革也经历了三个里程碑:清末刑法改制;新中国刑法典的颁布与实施;1997 年新刑法典的颁布与实施。这一次次高潮,引发了我们对历史的一系列的思考,因为历史是价值的认证。

1840 年起,中国步入近代社会,近代的中国在内外交困的情势下,人心是动荡的,社会是动荡的。动荡的社会和动荡的人性思维为中国刑法史的发展提供了契机,中国近代刑法处于转型的关键时期。在浩如烟海的史料中,在倾听前人的无声呐喊时,在凝神深思前人的闪光思想时,我的悟性得到激发,一个闪亮点在频频向我招手,这就是清末刑法改制及其杰作——《大清新刑律》,因为它是中国刑法迈向近代化的端口。

清末刑法改制是在内外交困的情况下展开的。以泱泱大国自居而独处东方的中国,在 1840 年鸦片战争国门被迫打开后,是以惊诧、愕然的目光看着外面的世界,如洪水涌来的西方文明,特别是法律文化对中国传统法律文化的冲击,犹如一记重拳,使国人幡然醒悟:中国的出路在于国富民强,而国富民强的有力保证是法律制度的健全。面对治外法权的丧失,国人不得不承认,中国的法律制度和体系已落后于西方各国,这与世界视《唐律》为世界刑法典的楷模的时代形成鲜明对比。清

末刑法改制是在中西刑法文化“损益而会通焉”的原则下展开的,即一方面参酌西方资产阶级国家的法律,“取人之长补吾之短”;另一方面,又要保留中国法律传统,“凡我旧律义关伦常诸条,不可率行变革,庶以维天理民彝于不敝。”^①可以说,西力对中国法律文化的冲击是清末刑法改制的基本动因。在理念上,基于对中国法律文化传统人性之伦理性的反思和对西方近代人性之理性的吸纳,国人创建了性无善恶观,加强了对人性之理性的追求,加强了对个体人的个体权利的关注,为清末刑法改制奠定了人性基础。清末刑法改制既受到了传统守旧派对改制本身的攻击,又受到刑法改制派本身局限性的束缚,因而,改制过程举步维艰。

清末刑法改制对传统法律文化的承袭性是必然的,其移植性更是刑法改制题中应有之义。承袭性之隐性和移植性的显性在《大清新刑律》总则中表现得尤为突出,特别是罪刑法定原则的确立和刑罚体系的重新构筑成为其移植性的主要标志,这是清末刑法改制最大的成就,也是最能体现清末刑法改制近代化趋势之所在。这种近代化的成份在很大程度上凝结为形式上的合理性,而淡于实质内容的合理性,但形式合理性也是有其历史价值的。

清末刑法改制是在西方近代法律文化的冲击前提下,摆脱中国传统法律文化的桎梏而运作的。对西方近代法律文化的吸纳意味着对中国传统法律文化在一定程度上的否定和排除。众所周知,中国传统法律文化注重国家、社会利益,而轻视、漠视个人权利、利益的存在,即对国家而言权利本位是第一位的,对个人而言义务本位是第一位的;注重以法治与礼治的混同来规范、制约、制裁人的行为;注重人治的权威而轻视法治的价值;注重君主的专制与擅断,而扼制罪刑法定原则的生存、发育环境;注重刑罚的惩罚性,而漠视刑罚的教育性和人道性。于此种历史氛围中所进行的清末刑法改制的艰难性可想而知。清末刑法改制虽说没能完全冲破中国传统法律文化藩篱的束缚,但它在形式上对近代刑法立法精神、立法体例、原则的吸纳,昭示了它对传统法律文

^① 《大清法规大全·法律部》。

化中糟粕的否定。所以我们说,清末刑法改制是中国 20 世纪内法律变革的第一高潮阶段,其改制成果《大清新刑律》为北伐政府、国民党政府刑法法典化奠定了基础,所以我们可以说,清末刑法改制是中国刑法近代化的开端。

为了厘清概念上的混淆,为论题的展开做准备,于此有必要对两个范畴予以界定。

1. 对“清末”范畴的界定

“清末”这一范畴从属于“中国近代”这一概念。近代一词,据辞海解释,就中国而言,有广义和狭义之分,广义上指自 1840 年鸦片战争开始至 1949 年中华人民共和国成立;狭义上是指自 1840 年鸦片战争至 1919 年五四运动,此时中国处于半殖民地半封建时期。

中国刑法近代化运动始于 1840 年鸦片战争后即清末之初,而高潮迭起于《大清新刑律》的颁布,它是中国法学近代化的重要组成部分之一。法学近代化是一场波及、影响全球的法学变革和改制运动,中国自然不能不受到其辐射波的影响。1840 年鸦片战争之后,中国以极不情愿的却又是快捷的步伐,追赶着这场世界范围内的变革,由最初的被动、无奈被迫转而以积极、主动的心态去适应这场法学近代化运动,并使中国刑法近代化运动以实体法的形式体现出来。故此,我们认为,中国刑法近代化最具特色和最有价值的阶段是 1840 年至 1911 年《大清新刑律》的颁布,进而,我们用“清末”这一狭义上的近代化范畴来涵盖 1840 年至 1911 年这一历史阶段。

2. 对清末刑法改制范畴的界定

对于清末特别是鸦片战争后中国法律的发展变革,学者们一般称其为修律活动,^①意指对原有法律制度的修修补补,而没有实质性的改变。

我们认为,这种界定不够科学,根源在于对清末刑法改制这一历史成就认识不足。从法理上看,法律发展有两种模式:质变和量变。质变

^① 高旭晨:《谈清末修律的背景》,《法律史论丛》,江西高校出版社 1998 年版,第 366 页。

是指法的历史类型的更替,即由一定经济基础和阶级关系所决定的新的法律上层建筑取代旧的法律上层建筑;量变是指法律的移植、继承和法律的改革。法律的改革虽属法律发展的量变过程之一,但它与那种缓慢的、渐进的、不知不觉的演变不同,它是量变中的巨变和突变,是某一类型法律制度的创新和重构,是具有划时代意义的。^①

诚然,清末的刑法改制及其成果《大清新刑律》中继承的法律成份固然存在,但这不是其全部和主流。清末刑法改制的主流在于法律的改革,即刑法近代化。其表现在于:第一,它摒弃封建刑法体系模式,构建了具有近代刑法体系表征的总则和分则体系;第二,它斩断罪刑擅断主义统治的枷锁,在刑法典总则中明确规定罪刑法定原则。为保障其法理要义的连贯和统一,体现刑法近代化的趋势,删除了与罪刑擅断紧密相系的、挟制中国封建刑法司法运作的比附援引制度,使清末刑法改制的继承性减弱,改革性增强,刑法近代化成显性;第三,废除了封建的以肉刑为中心的刑罚体系,且强调死刑惟一制度,增强了刑罚人道化色彩。

因此说,清末的刑法发展问题更多地表现为法律的改革,而不是在封建法律制度基础之上的简单的修修补补过程。为体现、表达出清末法律发展性质和倾向,我们将这一阶段的刑法改革过程界定为“清末刑法改制”,并以此范畴为出发点,来探视鸦片战争后的中国刑法近代化进程。

一、清末刑法改制之动因基础

清末刑法改制是在特定的、极其复杂的历史背景下展开的,特殊的历史环境不仅是中国近代刑法改制的推动力,而且也标示出其发展的目标与方向。1840年后,西方的坚船利炮轰开了中国封建社会闭关锁国的大门,也打破了国人沉于自我供给、自我发展的“泱泱大国、无以伦比”的梦想,震醒了中国人,产生了“西人步步东来,中国步步退让,中国

^① 张文显主编:《法理学》,法律出版社1998年版,第215页。

意识到自己被纳入新的世界格局,无法挣脱”^①的忧患意识。与此同时,中国近代的社会经济关系、阶级结构和社会主要矛盾发生了一系列变化,也正是这一系列变化触发了清末刑法改制活动的爆发与开展。

学者基于对清末刑法改制的原因论的不同认识,提出了冲击反应模式说与中国中心观说,经济基础决定说与非本质性原因说。它们或是孤立、静止地对待清末刑法改制这一历史范畴问题,或是抓住了事物发展的主要方面但却忽视了主要矛盾,从而导致结论的片面性。另外,这两对观点是在彼此对立的处遇中此消彼长而主张自己的观点的,因而容易忽视对方的真理性成份。更为重要的是,针对清末刑法改制这一客观事实,我们需直面当时特定的社会变化,即:“甲午以前,我国朝野士大夫,昧于天下大势,心目中惟以中国处华夏之中,礼义文化远出他邦之上,所有东西各国,非虏即夷,皆不足与较量;此时外交可谓夜郎自大之时期;甲午之役,挫于日本,举国大哗,方知国力不足恃,旧法不足尚;对于外人亦一变前日骄矜之态度,而出之以卑训,前倨后恭,判若两人,是甲午以后之外交,可谓痛心疾首之时期。”^②正因为领悟到“国力不足恃,旧法不足尚”,才引发国人对西方的国力、西法探寻的渴望,而且也正是甲午战争这一现实的重创,使清王朝认识到“西力”的威力、西方观念的合理以及出于政治上的考虑(指治外法权的存在),这些因素汇合到一起,引发了清末刑法改制的运作和深入。在诸法合体的中华法系中,重刑轻民而导致的刑法的主导地位是历史的继承和沿革,且刑法的内容包罗万象涉及社会生活的各个领域,其所发挥的作用和威慑力也是其他法律无法比拟的,因而“各法之中,尤以刑法为切要,乃先从事编辑”^③,刑律的改制成为中国近代刑法转型之核心。

笔者认为,考察清末刑法改制的背景,应本着这样的立场:清末刑法改制呼声的迭起及实践的践行,既不能简单地归因于西方法律文化对中国传统文化的冲击而引发的被迫、无奈的决策,也不能完全抛弃西

① 熊月之:《西学东渐与晚清社会》,第220页。

② 李大钊:《俄国外交之曙光》,《甲寅》月刊,1917年2月9日。

③ 《大清法规大全·法律部》卷11。

方文化导入力量的冲击而只谈中国人积极主动的追求,既不能只着眼经济基础这一决定因素而排挤其他因素的合力,也不能夸大非本质性因素的作用而扼杀经济基础的决定作用。质言之:清末刑法改制是中西综合因素的产物,其逻辑起点是因西力渐进而导致的中国近代经济基础的转型,其观念基础是西方个人价值本位观念的导入而产生的民权思想,其法律基础是治外法权的沦丧及收回的期望,还有日本变法成功的示范效应,清末变法的各种舆论压力等等。限于本文的论题,笔者仅对前三种转型基础欲以申言之。

(一)清末刑法改制之经济动因 ——西力渐进与中国近代 经济结构转型

中国近代社会处于一个大变动、大转型时期,这种变动和转型既有中国社会内源性原因,亦有外发力量的冲击,所导致的中国法律自身的变革与修正这一客观事实表明:中国近代经济结构已发生变动。因为法律作为上层建筑的一部分,其任何变革“都只是表明和记载经济关系的要求而已”^①,法律的变革从根本上讲,直接根源于当时经济基础的变化,“经济条件归根到底还是具有决定意义的,它构成一条贯穿于全部发展进程并惟一能使我们理解这个发展进程的红线。”^②从而引发社会结构、社会意识形态结构、国家政权结构的转型,而正是这些合力作用,构成了清末刑法改制变革的动力。而回过头来分析,引发中国近代经济结构转型的直接原因或逻辑起点应归结为“西力的冲击”。

所谓西力,质言之,就是指西方的物质文明和制度文明,特指18世纪工业革命所形成的现代生产方式、组织方式和生活方式,即西方新兴的近代工业文明。这种文明首先表现为以工业化为标志的巨大生产力,生产力的发展成为带动社会进步的巨大力量,这种力量象希腊传说

① 《马克思恩格斯选集》第2卷,第2页。

② 《马克思恩格斯全集》第39卷,第199页。

中的魔术师,“使千百个工厂,千百根烟囱霎时拔地而起,机器的轰隆声震动大地……人成了自然的主人,大批人走出农村,走进工厂,城市成了一切”。^①这种由工业革命所带来的巨大生产力、组织力、创造力以及与之紧密相联系的政治制度、价值观念、思想意识等融汇成一股势不可挡的潮流,随着鸦片战争中国国门被迫打开而涌入中国,冲击着东方农业民族的经济结构,威胁着中国封建社会原有的基本生存方式及社会组织结构框架,及更为深层的价值观念体系。

中国传统农业社会经济结构中处于绝对支配统治地位的是自然经济,这是一种固步自封、自给自足、无需交换的封闭的经济结构。其特点主要表现为这种经济形式的运作全部或绝大部分是在以人的相互依赖关系所组成的单位范围内独立进行,“其结果只能是使人们从自然界里简单地再生产出自己,也再生产出人的依赖关系”。^②自然经济的长期存在和发展严重窒息了具有交换性质的商品经济的产生和发展。与此相适应,与商品经济紧密相联的民商法也就失去了产生的空间,而维护自然经济法权、维护封建专制统治的刑事法律却异常发达和周详,以至于中国近代法律变革也主要集中于刑事法律的变革,这也是我们做出研究的客观前提。诚然,未成为经济形式主流的商品交换在中国古代可以溯源到战国初期,而且在明末清初出现了资本主义商品的萌芽,但是封建专制主义国家视自然经济为生命,根本不能积极主动地去推动和发展经济的改革而是扼杀商品经济的发展和商品交换。但资本主义生产关系萌芽以顽强的劲头冲破了封建专制主义的土壤,致使19世纪中叶的中国经济开始出现衰退。特别是鸦片战争之后,白银大量外流,国库空洞百出,这种收支的不平衡迅速破坏了原有的税收和商业制度。简言之,由西方工业革命所激活的巨大生产力对中国近代社会的冲击,使民族经济遭受到了前所未有的压力和挑战。受到的冲击是一方面,另一方面是来自外国列强的压迫,也促使新型经济结构在屈辱中

① 钱乘旦:《第一个工业化社会》,四川人民出版社1988年版,第11—13页。

② 公丕祥:《外部影响与内发力量——中国法制现代化的动因机理》,《法律史论集》,法律出版社1998年版,第566页。