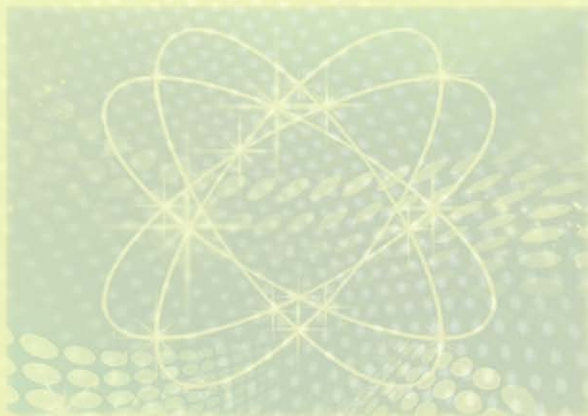


近代中国的商事制定法与习惯法

王雪梅 著



四川人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

近代中国的商事制定法与习惯法/王雪梅著. —成都:
四川人民出版社, 2015. 12
ISBN 978-7-220-09687-7

I. ①近… II. ①王 III. ①商法-法制史-研究-
中国-近代②习惯法-法制史-研究-中国-近代
IV. ①D923. 990. 2②D929. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 267592 号

JINDAI ZHONGGUO DE SHANGSHI ZHIDINGFA YU XIGUANFA

近代中国的商事制定法与习惯法

王雪梅 著

责任编辑
装帧设计
责任校对
责任印制

喻 磊
戴雨虹
蓝 海
李 剑 孔凌凌

出版发行
网 址
E-mail
新浪微博
发行部业务电话
防盗版举报电话
照 排
印 刷
成品尺寸
印 张
字 数
版 次
印 次
书 号
定 价

四川人民出版社 (成都槐树街 2 号)
[http: //www. scpph. com](http://www.scpph.com)
[scrmcbs@ sina. com](mailto:scrmcbs@sina.com)
@ 四川人民出版社
(028) 86259624 86259453
(028) 86259624
四川胜翔数码印务设计有限公司
四川华龙印务有限公司
146mm×208mm
12
280 千字
2015 年 12 月第 1 版
2015 年 12 月第 1 次
ISBN 978-7-220-09687-7
32. 00 元

■ 版权所有 · 侵权必究

本书若出现印装质量问题, 请与我社发行部联系调换
电话: (028) 86259453

引言

一、选题意义

与西方国家在中世纪就出现了独立的商法概念体系不同，中国在清末以前从来就没有出现过独立的商法概念和体系。之所以出现这种情况，有其深刻的社会经济根源。从经济根源上看，中国古代一直是自然经济占绝对支配地位，商业和贸易极不发达；从法律制度上看，我国古代一直缺乏私法传统。“诸法合体、民刑不分”“重刑轻民”是我国古代法律体系的特点。在清朝之前，私法从未以一个独立的法律形式存在过，民商事习惯也不可能上升为民商事立法的内容。然而，中国古代的民商事生活秩序并非杂乱无章，完全无规则可循。这里有必要对中国古代法律作一简要探讨。

中国是一个具有悠久法律传统的国家，千百年来中华法系经过漫长的发展、演变，已经深深植根于中华民族生活的土壤，有着自身的发展规律和特点。在国家制定法之外，民间各种习惯和规范大量存在着，并在各自的领域发挥着重大作用。在古代中国，尽管国家制定法与习惯法之间存在着调整对象和调整手段上的差异，但两者却非常有效地融合在一起，构成了封建社会完整的法律体系。这种融合通过两个方面表现出来：一方面，大多数



习惯法以社会的主流意识形态作为其规范的基础，因而能够借助官方的法律来维系自身的存在；另一方面，官方的法律对宗族或行会的习惯法予以承认，并且通过正式的审判使其得到强化。这种主流意识形态就是儒家道德准则和行为规范，官方在审判实践中作为裁判依据的“情”和“理”都是建立在儒家学说基础之上的道德规范——“礼”，是为一种“普遍性判断标准”^①。因此，可以这样说，在古代社会，主要是通过国家各级行政机构的审判活动将国家制定法与习惯法连接起来，在两者各自的调整范围和运作机制中实现整合，从而使得国家制定法与习惯法在“礼”的基础上构成了封建社会一个完整的法律体系。

为此，有学者将法律这一概念作了这样的界定：法律是特定社会用来调整人们的权利义务关系，并可反复适用，且由获得社会认可的物质力量保障其实施的普遍性行为规范。这一相对宽泛的概念蕴含三个级次的“法律”：一是由尚不稳定和较为脆弱的社会物质力量（如“中人”）来保障实施的不成文习惯法即狭义上的“习惯法”，此为初级形态的法律；二是由较为稳定和较为坚固的社会物质力量（如“家族”“行会”，等等）来保障实施的成文习惯法（或习惯法汇编），此为中级形态的法律；三是由高度稳定、强固的社会物质力量——“国家”来保障实施的国家法，此为高级形态的法律。在文明社会里，法律世界的景象是：其一，这三种不同层次的法律常常同时并存（比如中国传统社会晚期的习惯法、家族法、国家法），从而充分展现出法律世界的丰富多彩；其二，这三个层次的法律之间往往存在着某种互

^① 参见李力《清代法律制度中的民事习惯法》，《法商研究》2004年第2期。

动关系。^① 还有学者认为, “对法应作广义的理解, 凡是为了维护社会秩序, 进行社会管理, 而依据某种社会权威和社会组织, 具有一定的强制性的行为规范, 均属于法范畴法体系之列, 包括国家制定法和各种习惯法两类”^②。对于民商事法律, 有学者考察了中国古代民商事法律规范体系的形式渊源, 大致勾勒出中国古代民商事法律规范体系的结构, 认为包括有这么几个方面: (1) 法律, 即律、令、格、式中有钱粮田土债等民商事规范性条款; (2) 调整民商事活动的行政性规范和制度; (3) 民商事判例; (4) 民间民商事规约惯例等所形成的习惯法; (5) 调整民商事活动、规范民商事秩序的“礼”; (6) 契约法。^③ 上述法源, 是一个以“礼”为核心的包括制定法、民间习惯法等在内的复合结构。以上这些认识和观点, 给我们以这样的启示: 中国古代的法律体系构成不只是国家制定法; 尽管历代的国家制定法中没有独立的民商法, 但这并不意味着我国古代的民商事生活是毫无秩序的, 事实上通过国家制定法、民间习惯规则, 即成文习惯法和不成文习惯法等来共同予以调整和维持, 而大多数是通过民间习惯规则来维持。在漫长的无民商法时代, 民间习惯规则就长期存在并支配着人们的日常生活, 调节着人与人之间的各种关系。

从清末到民国是中国社会剧烈变动的时期, 内外因素的共同作用促使中国社会在政治、经济、思想等各方面向近代化转型。从法律的近代化历程来看, 自 20 世纪初晚清开始法律改革, 近

① 胡旭晟 《20 世纪前期中国之民商事习惯调查及其意义》, 《湘潭大学学报》1999 年第 2 期。

② 高其才 《中国的习惯法初探》, 《政治与法律》1993 年第 2 期。

③ 李功国 《商人精神与商法》, 载《商事法论集》(二), 法律出版社 1997 年版, 第 49 页。



代中国开始大规模移植和接受西方法律，诞生了第一批具有近代性质的法律制度，在商法方面有《商人通例》《公司律》《破产律》等；进入民国后，商事立法活动得以继续发展，特别是南京政府建立后，又展开了大规模的商事立法活动，确立了富有特色的商事立法模式，基本建成了中国近代商事法律制度的体系。虽然随着社会的发展，制定法在调整社会经济各种关系中的作用日益增强，然而习惯对于人类行为的影响并未削弱。在清末民国时期的社会经济发展不平衡和商事制定法不完善的情况下，商事制定法与各种商事习惯法、商事习惯共同存在，在社会经济生活中共同起着作用。作为商人团体的商会、行会和同业公会，在日常商事活动中和处理商事纠纷时，常常以商事习惯作为处理日常事务和作为理案判决的依据，反映了习惯的强大影响力；在制定法的力量所达不到的地方，习惯法成为实际的法律，商事习惯仍然在社会经济诸领域起着重要的作用。因此，在近代中国，商事法律实际上是以多元化方式存在的格局。

对近代中国商法与商事习惯法的研究，成果颇多。其中对近代商法进行研究的成果有：江旭伟的博士论文《中国近代商法研究》（1997年，藏于国家图书馆），徐立志的《清末商事立法研究》（中国社会科学网），季立刚的《民国商事立法研究》（复旦大学出版社2006年版），虞和平的《民国初年的经济法制建设述评》（载《近代史研究》1992年第4期），朱英的《论清末的经济法规》（载《历史研究》1993年第5期），《禁止把持与保护专利：试析清末商事立法中的苏州金箔业讼案》（载《中外法学》2000年第3期），帅天龙《二十世纪中国商法学之大势》（载《中外法学》1997年第4期），李秀清的《民国时期移植外国商事立法论略》（载《法学论坛》2002年第2期），等等。这

些著作、论文从各个角度对近代中国商事立法的情况作了较为系统、详尽的研究。

对于民商事习惯法的研究成果，称得上开先河的是高其才的《中国习惯法论》（湖南人民出版社 1995 年版），从总体上探讨了中国各类习惯法的含义、特点，讨论了习惯法的现实表现。此书出版后，在学界产生了一定的影响，对我国的习惯法研究有积极的推进作用；其次是梁治平的《清代习惯法：社会与国家》（中国政法大学出版社 1996 年版），从法律社会学的视角，研究重点从“大传统”转向“小传统”，从官府的法律转向民间的法律并论述了双方的互动。近 10 多年来，研究民商事习惯法的成果更是不断涌出，向纵深发展，从不同角度对近代社会的民商事习惯法进行了探讨。如孙丽娟的《清代商业社会的规则与秩序》（中国社会科学出版社 2005 年版），从工商业碑刻资料入手，着力阐述清代商业社会各行业的规则和制度，与制定法中有关商事方面的规范共同构成了中国传统商事法的体系。眭红明的《清末民初民商事习惯调查之研究》（法律出版社 2005 年版），通过解析清末民初民商事习惯调查运动的主客观动因及其价值取向，考察清末民初传统习惯存在的社会机理，回顾调查运动的启动、进展、地域范围和时间跨度，并对调查所设问题进行了系统的梳理和分析。李卫东的《民初民法中的民事习惯与习惯法：观念、文本和实践》（中国社会科学出版社 2005 年版），对民初法律观念的转变和民事审判的风格与特征、法律多元及习惯与习惯法在民初民法中的地位、社会法律中的观念问题、民法文本中的习惯问题以及司法实践中法律与习惯的双向互动关系作了全面、系统的论述与研究，并通过对民初法律冲突的个案分析，对近代社会国家法向民间社会的扩张以及国家法对民间习惯的整合作了研究。



张松的《变与常：清末民初商法建构与商事习惯之研究》（中国社会科学出版社 2010 年版），其研究对象涵括了近代中国制定的商事法规和商事习惯，通过对近代中国制定的商事法规和商事习惯的考察，探究各物件之间的深层联系，揭示近代法律移植过程中传统与现代之间的纠葛关系。张渝的《清代中期重庆的商业规则与秩序》（中国政法大学出版社 2010 年版），以清代巴县档案中的司法档案与契约文书为主要研究资料，对清代中期重庆这个特定区域的商事规则的发展及其变迁、地方政府与民间商业社会构建市场秩序的种种努力等问题，进行了较为全面的探讨，并认为在习惯法的研究中应当做到“官民互视”，不宜把对行会习惯法的研究单极化、孤立化。关于清末民初所做的民商事习惯调查成果也重新予以出版或影印出版，如《中国商事习惯与商事立法理由书》（中国政法大学出版社 2003 年版）、《民事习惯调查报告录》（中国政法大学出版社 2000 年版）、《中国民事习惯大全》等（施沛生等编，上海书店出版社 2002 年版）。

此外还有数十篇有关习惯法的论文发表，较具有代表性的有：胡旭晟《20 世纪前期中国之民商事习惯调查及其意义》（载《湘潭大学学报》1999 年第 2 期），杜恂诚《近代上海钱业习惯法初探》（载《历史研究》2006 年第 1 期），朱英、魏文亨的《行业习惯与国家法令——以 1930 年行规讨论案为中心的分析》（载《历史研究》2004 年第 6 期），等等。诸如此类的成果还很多，恕不一一列出。这些著作和论文从不同方面阐述了近代中国社会在民商事领域广泛存在的习惯法，它们对促进当时民商事活动正常进行所起的作用，以及社会各阶层对习惯法的认识和重视程度等，还有的对商事国家制定法与习惯法之间的关系进行探讨。

就对国家制定法与习惯、习惯法的研究意义来看，在传统中国，由于民商事国家制定法的有限，从作为社会规范的角度来看，却不具有指示一般人日常生活中如何行动的性质和功能。因而通过对近代中国民商事习惯、习惯法的研究，可以更好地把握近代中国的民商事法律环境与发展状况。但是，长期以来，对民商事习惯和习惯法，尤其是对商事习惯和习惯法的研究还不够，特别是较为系统地研究近代中国商事国家制定法与习惯法共同存在的社会法律环境、如何共同调整和规范商事活动秩序的情况以及相互对立冲突情况进行分析的成果尚付之阙如。通过广泛阅读有关资料和经过认真思索，笔者认为：

1. 在前近代中国社会，中国的商事活动事实上通过国家制定法、民间习惯规则，即成文习惯法和不成文习惯法等来共同予以调整和维持，而大多数是通过民间习惯规则来维持的。

2. 清代商事法律规范主要包括三个层次的内容：一是以《大清律例》为主的官方制定法，其中对商品生产、商品交换方面内容的规定；二是以行会习惯法、行业习惯法为主的商事习惯法，它们以成文法和不成文法的形态广泛存在着；三是在民间商事活动中大量订立的各种契约，其中体现出商事习惯或惯例。这样，在不同的层次上，交织成清代商事法规完整的规范体系，共同调整和规范着清代商事生产和交易活动的秩序。

3. 在清末民国时期社会经济发展不平衡和商事制定法不完善的情况下，商事制定法与各种商事习惯、习惯法共同存在，在社会经济生活中共同起着作用。作为商人团体的行会、商会和同业公会，在日常商事活动中和处理商事纠纷时，常常以商事习惯作为处理日常事务和调处纠纷的依据，反映了习惯的强大影响力；在制定法的力量所达不到的地方，习惯和习惯法成为实际的



法律，在社会经济诸领域起着重要的作用。

4. 近代的商事国家制定法，主要是以移植西方法律为主，因此有着诸多不合中国传统民商事习惯之处；在具体实施中时有冲突的现象发生。法律的文本层面与实践层面难于一致。

5. 从清末到民初，立法者虽然已认识到商事习惯对于商事立法的重要性，并先后进行了民商事习惯调查活动等，其目的就是试图将本国的商事习惯资源融入制定法，然而相关商事习惯仍然未能充分而合理地反映于立法之中，法律移植与本土法律资源未能很好地结合起来，商事立法重视商事习惯的认知与当时的立法实践形成了巨大的差异与矛盾。这说明中国法律近代化是一段长期的、艰难的、复杂的进程。

基于以上认识，笔者以“近代中国的商事制定法与习惯法”为题目，对近代中国商事国家制定法及商事活动中广泛存在的商事习惯法、商事习惯，对商事国家制定法和习惯法在清末民国时期共同调整和规范商事活动秩序的情况以及相互对立冲突情况进行研究；并对近代商事立法实践活动中，各方面重视商事习惯的认识和实践状况进行探索，以期有抛砖引玉之效。

二、研究对象及基本概念

本书以清末民国时期商事法律（包括商事制定法和商事习惯、习惯法）的存在状态和发展情况以及相互之间的互动关系作为基本研究对象。这里有必要先对以下几组概念进行解析：

（一）习惯与习惯法

“习惯”也作“习贯”，原谓习于旧贯，后指逐渐养成而不易改变的行为。《大戴礼记·保傅》中有“少成若性，习贯之为

常”之记载。在中国传统话语中，与习惯较接近的概念有风俗、习俗、人情风俗等，主要指一个特定的地区因长期社会文化的影响而形成的一种风尚、礼节习惯，强调人们行为的趋同性。在近代西法东渐的过程中，“习惯”逐渐取代了原先经常使用的民情、风俗等词汇，用以指称制定法之外的、民间行为规则的总称，它包括地方的民情风俗、礼仪风尚、风土人情、习俗惯例、商业例规等。习惯与习俗概念上的异同，马克斯·韦伯有明确的阐释“要是事实上的实践是建立在长期约定俗成的基础之上，那么习惯就应该称之为习俗。与‘惯例’和‘法’相反，对于我们来说，‘习俗’是一种外在方面没有保障的规则，行为者自愿地事实上遵守它，不管是干脆出于‘毫无思考’也好，或者出于‘方便’也好，或者不管出于什么原因，而且他可以期待这个范围内的其他成员由于这些原因也很可能会遵守它。因此，习俗在这个意义上并不是什么‘适用的’：谁也没有‘要求’他要一起遵守它。当然，从这里过渡到适用的惯例和法，其界限是极为模糊的……习俗的稳定性基本上建立在这样的基础上，谁要是不以它为行为的取向，他的行为就‘不相适应’，也就是说，只要他周围多数人的行为预计这个习俗的存在并照此采取自己的态度，他必须忍受或大或小的不快和不利。”^①在与此相关的传统中国话语中，还常见“情理”一词，“情理并不是凭空掉下来的别的东西，而是与生活中的种种惯行密切联系，或直接以惯行为素材而发挥作用的。在这个意义上无论惯行还是情理自身都属于中国所特有的现象”，这个惯行也被称为非争讼性习惯，是指

^① [德] 马克斯·韦伯著，林荣远译 《经济与社会》上卷，商务印书馆 1997 年版，第 60~61 页。



事实上在大多数时间里正常运行的习惯^①。“情理”的存在，使得在中国的传统社会里，在法律的实践层面上，民间调解起着重要的作用，且与衙门审判不同，“是以妥协而不是以法律为主的，它的目的不在于执行国法，而在于维持社会的和睦人情关系”^②。

至于不成文习惯是否存在或存在的方式如何，即体现在什么样的形式或材料上，是比较复杂的，它们有的散见于各类书籍之中，还有以民间法谚形式存在；也可能包括在作为案情事实一部分的“情”这个范畴中；更多的是体现在法律审判文件之中，在实际审判过程中，审判机构往往通过调查的方式来对习惯的存在作出认定或判断，“如果当事者提出对自己有利的某一习惯并力图证明其存在的话，法院也必然会就其是否真存在这样的习惯以及是否承认其具有法律效力作出认定或判断。通过这样的审判过程，习惯有可能得到实定化”。我们今天所见到的民商事习惯调查报告有许多就是通过实际审判过程而得来的。实际上，习惯更多情况下是本来存在于事实中的各种社会关系之中的，这些所谓的习惯“与其说是审判的准则，还不如说只是存在于事实中的社会关系之一部，其合理性通过审判而受到审查”^③。

按照马克斯·韦伯所下的定义，习惯“是指在没有任何（物理的或心理的）强制力，至少没有任何外界表示同意与否的

① [日] 滋贺秀三 《清代诉讼制度之民事法源的考察——作为法源的习惯》，载滋贺秀三、寺田浩明等编著《明清时期的民事审判与民间契约》，法律出版社 1998 年版，第 82 页。

② 黄宗智 《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》，上海书店出版社 2001 年出版，第 9 页。

③ [日] 滋贺秀三 《清代诉讼制度之民事法源的考察——作为法源的习惯》，载滋贺秀三、寺田浩明等编著《明清时期的民事审判与民间契约》，法律出版社 1998 年版，第 54~87 页。

直接反映的情况下作出的行为”；同时他还指出，“在历史上，越往前看，越可以发现：人们的行为，尤其是集体行为是受习惯制约的”^①，并非所有的习惯和惯例都具有法律上的意义，具有普适性规范的“习惯”（custom）只是我们通常所称的习惯中的一部分，从其法律意义上来看，《牛津法律大词典》所下定义为“在特定方面被长期公认并且获得法律效力的专门规则。”^②

从习惯到法律，正如恩格斯所说“在社会发展某个很早的阶段，产生了这样一种需要：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。随着法律的产生，就必须产生出以维持法律为职责的机关——公众权力即国家。在社会进一步发展的进程中，法律便发展成或多或少广泛的立法。”^③因此习惯要成为法律是长期历史演变发展的结果，它首先表现为习惯法，习惯法既不是国家认可的法，也不能与习惯相同，而是一种介于习惯与国家法之间的有强制性的行为规范。近年来，我国一些学者对习惯法的定义提出了不少见解，如田成有认为，“习惯法是独立于国家之外的在人们生产和生活中根据事实和经验，依据某种社会权威和组织确立的具有一定强制性的，人们共信共行的行为规范”^④。高其才认为，“习惯法是独立于国家制定法之外，依据某种社会权威和社会组织，具

① [德] 马克斯·韦伯著，张乃根译《论经济与社会中的法律》。中国大百科全书出版社1998年版，第20~21页。

② [英] 戴维·M.沃克《牛津法律大词典》，光明日报出版社1988年版，第235页。

③ 恩格斯《论住宅问题》，《马克思恩格斯全集》第3卷，人民出版社1995年版，第538~539页。

④ 田成有《中国农村习惯法初探》，载《民俗研究》1994年第4期。



有一定的强制性行为规范的总和”^①。这些看法具有一定的合理性，皆强调了习惯法的强制性特征。

从上述定义来看，习惯法不同于国家制定法，但也具有强制性，这种强制性来自于某种社会权威或社会组织；习惯法有成文的，也有不成文的，共同维系着某个社会组织或群体的正常生产生活秩序，它们常表现为家规、族规、行会行规等形式的民间习惯规则；尽管这些民间习惯规则“在大多数时候与‘国家’无关，但都明确地规定着人们之间的权利义务关系，从而具备法的特征；同时，它们大多依靠‘中人’等等社会认可的物质力量来保障实施，并可反复适用，因而也具备法的外在形式特征”^②。

就习惯与习惯法的区别来看，习惯在更多情况下是日常生活中反复发生的一种行为，是指事实上在大多数时间里正常运行的习惯。习惯法源自于习惯，但习惯法比习惯具有更大的确定性，习惯要成为习惯法往往需要经过多年的历史发展和演变，在人们的一般观念中，习惯法就是一种法律，故有“习惯为法律之渊源，习惯法则非法律之渊源而为法律之本体”^③。梁治平也认为，“普通习惯只是生活的常规化，行为的模式化，习惯法则特别关系权利与义务的分配，关系彼此冲突之利益的调整”，“普通习惯很少表现为利益之间的冲突与调和，单纯之道德问题也不大可能招致‘自力救济’一类反应，习惯法则不同，它总涉及一些彼此对应对立的关系，且常常以利益冲突的形式表现出来，更确切地说，习惯法乃由此种冲突中产生。也是因为这个缘故，习惯

① 高其才 《中国的习惯法初探》，载《政治与法律》1993年第2期。

② 胡旭晟 《20世纪前期中国之民商事习惯调查及其意义》，载《湘潭大学学报》1999年第2期。

③ 傅文楷 《法律之渊源》，载《法学季刊》第3卷，1926年第1期。

法比普通习惯更具确定性和操作性，也更适于裁判”^①。另外，还有人认为，习惯与习惯法的重大差别还在于强制性的有无，如马克斯·韦伯就认为，“习惯不同于习惯法”，“作为习惯法的规范，其效力在很大程度上依赖于一种类似的强制性实施机制，尽管这种强制效力是来自同意，而不是制定；习惯则不以任何强制性机制为特征。这种强制性机制是指有一部分相对确定地担负着运用物理或心理手段实施强制力的特别任务”^②。

（二）国家制定法和习惯法

国家制定法，就是国家立法、官方立法，是一种国家意志。在古代，那些经过皇帝或各级官府批准，正式颁行天下的律、令以及例、告示、章程，等等，都可以统称为“国家法”；而到了近代，随着国家政治制度的近代化，国家的立法体制也发生了很大变化，通常只有经过正式的立法程序并公布施行的才能称之为国家法，其法律形式表现为以法典为主导的制定法。通常情况下，国家法具有最高的法律效力。

习惯法，本书出于以历史的视角来研究习惯法问题，并与国家制定法的概念相联系，故采取高其才的看法“习惯法是独立于国家制定法之外，依据某种社会权威和社会组织，具有一定的强制性的行为规范的总和。”首先，习惯法是与国家制定法相对应的，它出自于各种社会组织、社会权威，规范一定社会组织、一定社会区域的全体成员的行为，为他们所普遍遵守。其次，习惯法作为行为规范主要以习惯礼仪形式存在，它可以是成文的，

^① 梁治平：《清代习惯法：社会与国家》，中国政法大学出版社1996年版，第165页。

^② [德] 马克斯·韦伯著，张乃根译：《论经济与社会中的法律》，中国大百科全书出版社1998年版。



也可以是不成文的：习惯法主要有自然形成（俗成）和全体成员议定（约定）两种形成方式，通常为一定的社会成员所自觉遵守。中国传统社会的习惯法种类繁多，内容丰富，各有特色，其中主要有按属人原则依靠宗族家族组织而形成的宗族习惯法，有按属地原则基于地缘关系而形成的村落习惯法，也有依据神权而形成的宗教寺院习惯法，还有由于业缘关系而形成的行业习惯法和行会习惯法，以及少数民族习惯法和秘密社会习惯法等。^①其中行业习惯法和行会习惯法属于商事习惯法，是本书所重点探讨的对象。

国家法与习惯、习惯法之间的关系可以这样来说明，“位于最上端的是以国家机器为强制力的国家法，中间是具有强制力的社会规则，底部是各种社会习俗和惯例”^②。通常情况下，它们发生的顺序是，当一项一项的社会习俗经反复使用并得到了大多数人的认可，而它的重要性又到了非依靠强制力迫使人们遵守不可的程度，它就成为一项惯例或者习惯法。而当某一项惯例或习惯法为全社会的成员普遍遵守和赞成，特别是与每一个人的利益休戚相关时，它就会被上升为国家法。

（三）商事制定法、商事习惯和商事习惯法

商事制定法，是国家特定主体为了调整商事行为，依据一定的职权和程序，运用一定的技术所制定的商事法律。近代西方商事法律起源于中世纪后期欧洲市场交易规则和习惯，分工产生了交易，交易需要秩序，秩序需要规范调整，因而在市场交易中逐渐产生了市场交易规则并不断完善，表现为从习惯、习俗到习惯

^① 参见高其才《中国的习惯法初探》，载《政治与法律》1993年第2期，第21页。

^② 尹伊君《社会变迁的法律解释》，商务印书馆2003年版，第115页。

法的演进，逐步地成为成文法、国家法。最初以习惯法形态出现的商法具有如下特征：内容十分丰富广泛，如既有海商法，又有票据法和破产法等；产生具有自主性，是商人行会组织所制定和编纂的；目的是集中保护交易自由，打击欺诈行为；体系相对完整科学，范围包括商人组织、商行为、救济措施等各个方面，以及有关原则，如有限责任、商业信用、动产抵押、交易安全、连带责任、合同承诺、资格与公示等；规则具有国际性，表明商法一开始就具有世界通行特征。^① 中世纪末期，欧洲大陆国家相继制定商法典，其中，法国的 1673 年《陆上商事条例》和 1681 年《海事条例》的影响最大；19 世纪初期，法国继实施民法典后，1807 年又在继承、吸收前述两个条例的基础上，制定了统一的商法典。它是近现代各国商法的源泉。此后，欧美国家纷纷效仿，从而形成了关于商事立法的不同体系。一是以法国为代表的商法体系。它以 1807 年《法国商法典》为代表，该法典分为 4 编，即商事总则、海商、破产、商事法院。它是大陆法系国家第一部正规的近代商法典，其主要特征是以商人与商行为两者为中心点而划定商事之范围，否定了中世纪以来商法只适用于商人阶层的传统。欧洲大陆许多国家，如荷兰、葡萄牙、西班牙等国商法典的制定均受到法国的影响。另一个是以德国为代表的商法体系。它以 1897 年制定、1900 年实施的《德国商法典》为代表。该法典是德意志帝国统一之后，在吸收以前的德国商事法规及借鉴《法国商法典》的基础上制定。法典分为商人、商事公司及隐名合伙、商行为及海商法四编。法典对破产法、保险法和票据

^① 宋一欣 《我国现代商法实践中的民间法、习惯法问题》，载谢晖、陈金钊等主编《民间法》第 5 卷，山东人民出版社 2006 年版，第 274 页。