

法学精品文库

ZHONG GUO CHUAN TONG
MIN SHANG FA
XING SHUAI ZHI JIAN

中国传统民商法 兴衰之鉴

季
怀
银
著

规模化的招标投标, 商事契约, 远期货物买卖, 信用证券的发行、转让与兑付, 信托制度等等这些西方近现代才产生的民商事法律制度, 居然在公元十至十二世纪的中国发展起来

——令人难以置信

可惜这只是昙花一现, 如此先进的民商事法律制度很快出现扭曲、畸变, 并在蒙元大军南下的打击下消失了。而几乎与此同时, 西方罗马法开始复兴, 中西差距由此拉大

——令人扼腕叹息

今天市场经济法制建设所面临的困难和挑战, 与公元十至十二世纪的中国有惊人相似之处。“如果我们不向历史学习, 我们就将被迫重演历史!” 美国未来学家阿尔曼·托夫勒的预言

——并非耸人听闻



中国民主法制出版社

法学精品文库

中国传统民商法 兴衰之鉴

季怀银 著

中国民主法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国传统民商法兴衰之鉴/季怀银著. —北京:中国民主法制出版社, 2003. 11

ISBN 7-80078-824-5

I. 中... II. 季... III. ①民法-法制史-中国
②商法-法制史-中国 IV. D923.02

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 106379 号

书名/中国传统民商法兴衰之鉴

ZHONGGUO CHUANTONG MINSHANGFA

XINGSHUAI ZHIJIAN

作者/季怀银 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 毫米×1168 毫米

印张/13.125 字数/341 千字

版本/2003 年 11 月第 1 版 2003 年 11 月第 1 次印刷

印刷/三河文昌印装厂

书号/ISBN 7-80078-824-5/D·706

定价/25.00 元

出版声明/版权所有,侵权必究。

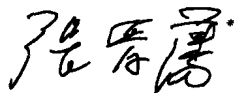
(如有缺页或倒装,本社负责退换)

序 一

中国中世纪（两宋）时期商品经济的发展，义利观的变化等等为民商事法律制度的发展提供了历史条件。这篇论文从债法结构的完整化、债的主体之间权利义务关系的对等化、招标投标等竞争缔约方式的出现与成熟以及其他契约制度的演进、有价证券的发行兑付与转让以及其他重要的商品经济信用制度的产生与发展等方面，全面系统地剖析了中国传统民商法高峰时期的内容及其历史地位，以详实的史料、确凿的事实向我们揭示了中国传统民商法的最辉煌的历史。同时，本着学以致用、以古为鉴的治学原则，这篇论文仔细分析了中国传统民商法由兴到衰的历史发展及其根源，提出了我们今天在社会主义市场经济法制建设中面临的与中世纪时期惊人相似的问题与挑战：一是，根深蒂固的官工官商制度对传统民商事法律制度正常发展的严重桎梏，这一点与我们今天面临的问题惊人的相似；二是，信用法律制度是否能够得到发展与完善，是传统民商法由兴到衰的重要标志之一，中世纪时期一直面临着信用缺失对传统民商事法律制度正常发展的严重桎梏，这一点与我们今天正在面临的信用危机又是惊人的相似；三是，立法与执法是促进商品经济法制发展的两大重要环节，而在这两大环节中，我们今天所面临的难题与中国中世纪传统民商事法律制度所面临的难题也是惊人的相似；四是，中世纪传统民商事法律制度衰落的另一个重要原因，就是因为商品经济条件下的“趋利”观念导致了传统道德的严重滑坡，影响社会秩序的稳定，最终促使守旧派起而捍卫传统道德

并无情扼杀新兴的商品经济观念，最终导致中世纪商品经济法律制度的短命。而我们今天市场经济的发展导致的传统道德的滑坡，与中世纪面临的问题又是如此惊人的相似。通过以上四个“惊人的相似”的分析研究，这篇论文为我们今天的社会主义市场经济法制建设提供了大量的、宝贵的经验和教训，比如适应社会主义市场经济需要转变政府职能，而坚持依法行政是实现政府职能转变的关键，因为依法行政就是要明确政府的法定职能、约束和限制政府的行政行为；适应社会主义市场经济要求，确立一个不排斥物质利益追求的实事求是、“义利并重”的新道德观念与机制等等。

季怀银具有较好的法学功底和较强的研究能力，学术研究注重求真务实，而且由于他是从偏远贫困的山区奋斗到北京的，这使他又具有百折不挠、顽强拼搏的精神。所以，经过艰苦的勤奋学习和钻研，他撰写的《中国传统民商法兴衰之鉴》寓论于史，资料丰富，观点鲜明，分析独到，可以说既是一篇颇见功力的博士论文，又是一部开创中国传统民商法研究新领域的论著。



二〇〇三年七月十日

• 中国政法大学教授、博士生导师、原中国政法大学副校长、研究生院院长

序 二

民法作为调整一定的财产关系与人身关系的法律，在各国法律体系中都占据着重要地位，但民法一词并非我国固有的概念，以权利为本位的民法也主要是继受西方法制，尤其是大陆法系民法的产物。但从具体制度或规则层面考虑，我国也有自己固有的民法。研究这些制度，对于我们在民法典制订中，如何在借鉴国外先进经验的同时，保持和完善我国的固有民法，具有十分重要的意义。

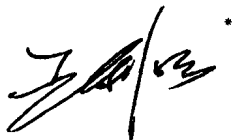
季怀银同志撰写的《中国传统民商法兴衰之鉴》一书，以详实的史料为依据，向我们揭示了中世纪前期传统民商事法律制度得以勃兴的原因以及具体的内容。比如：传统“主仆之分”的淡化与主仆关系的契约化，标志着民事主体之间权利义务关系的平等化趋势；商事契约种类齐全，如商业运输契约，商业租赁契约、居间契约、合伙契约、委托契约、仓储保管契约、承揽契约等契约大量涌现，签订契约时契约的外在形式由繁到简，尤其是这时期对传统缔约方式进行了重大突破，出现了大量的招投标、拍卖等竞争缔约方式，竞争缔约的具体程序和竞争缔约双方的法律关系等都有明确规定；信用制度在这时期也产生并有较大发展，出现了信用借贷萌芽，除买卖和预约买卖等信用交易日益普遍，尤其是出现了信用证券的发行、兑付与转让制度和英国式的信托制度。对这些制度及其产生根源的介绍和阐释，对于现代民法的研究是不无意义的。

本书没有停留在传统民商法规则的介绍和赞扬上，而是立足于

借鉴，重点介绍和分析了我国传统民商法制衰落的过程及其根源，并就其对现实中民商法制建设的借鉴意义进行了充分阐述。本书较好地做到了学以致用，注重以史为鉴，从而使本书具有较强的适用性。比如：他以确凿的事实为依据，提出了我们今天在社会主义市场经济法制建设中面临的与中世纪时期有许多相似的问题与挑战：一是，根深蒂固的官工官商制度对传统民商事法律制度正常发展的严重桎梏，历史的经验值得我们认真吸取；二是，信用法律制度是否能够得到发展与完善，是传统民商法由兴到衰的重要标志之一，中世纪时期一直面临着信用缺失对传统民商事法律制度正常发展的严重桎梏，而我们今天也正在面临着类似的信用缺失的问题，需要以史为鉴；三是，立法与执法是促进市场经济法治发展的两大重要环节，而在这两大环节中，我们今天所面临的难题与中国中世纪传统民商事法律制度所面临的难题也是惊人的相似；四是，中世纪传统民商事法律制度衰落的另一个重要原因，就是因为商品经济条件下的“趋利”观念导致了传统道德的严重滑坡，影响社会秩序的稳定，最终促使守旧派起而捍卫传统道德并无情扼杀新兴的商品经济观念，最终导致中世纪商品经济法律制度的短命。而我们今天市场经济的发展导致的传统道德的滑坡，与中世纪面临的问题又有许多相似之处。通过以上这些“惊人的相似”的分析研究，本书为我们今天的社会主义市场经济法治建设提供了大量的、宝贵的经验和教训。比如适应社会主义市场经济需要适时、适当转变政府职能，而坚持依法行政是实现政府职能转变的关键，因为依法行政就是要明确政府的法定职能、约束和限制政府的行政行为；适应社会主义市场经济要求，确立一个不排斥物质利益追求的实事求是，“义利并重”的新道德观念与机制等等。

总之，这是一部颇见功底的论著，是一部将理论研究与现实需要密切结合的论著，尽管一些观点仍有待于进一步讨论，但毫无疑问，本书提出的观点对于我国社会主义市场经济法制建设是有一

定借鉴意义的，具有一定的学术价值。我非常高兴能够成为这本书的第一位读者，也衷心地希望季怀银同志继续努力，推出更多、更好的作品。



二〇〇三年七月十八日

序 三

中国是否有自己的传统的民商事法律制度，确实是一个颇有争议的问题。在我国法学界，相当一部分学者认为民商法是西方近现代资本主义法律制度的产物，中国法的历史基本上是一部封建刑法史，没有自己的民商事法律制度。形成这一看法的原因在于：法学研究人员往往囿于历代正史中的《刑法志》的见解，几乎没有人去仔细地挖掘一下史料记载；相当一部分法学研究人员不愿意费力气去从事民商法史的研究（那需要有大海捞针的勇气和毅力）；甚至认为中华民族的人种劣根性就决定了中国不可能产生西方那样的先进制度，从事这方面的研究当然也是毫无意义的。

在研究中国古代法文化以及古代行政法的过程中，我也曾接触到一些有关民商事制度的史料，也曾想待有闲暇时在民商法史方面作些探讨，但终因庶务仓皇而未能如愿。所幸的是，季怀银同志捷足先登，弥补了我国在民商法史方面研究的不足。季怀银同志撰写的这篇博士论文，为我们充分展示了中国法的历史中被人们所忽略的一个重要的方面。他以大量的、详实的历史资料，真实地反映了中国古代民商事法律制度的全貌，展示了这一鲜为人知的、令人惊奇的中国传统民商事法律制度兴起和变化的历史，极具说服力地证明了中国不但有自己的传统民商事法律制度，甚至许多现代民商事法律制度的重要内容在那时都神奇地出现并且形成了比较系统和成熟的法律制度，令人难以置信但是又不得不相信。确凿的事实也有有力地驳斥了那些认为中华民族天生就劣于西方民族的观点。他提

出：民商事法律制度的发展并非决定于“人种”与“自然环境”的优劣；传统儒学与民商事法律制度的发展也并非格格不入；只要条件具备，中国封建社会也会出现高度发展的商品经济，与之相适应的以契约、信用等为核心的民商事法律制度就必然产生并发达起来。我们既不能因为过去曾经有过发达的历史而沾沾自喜；也不能因为现在落后而对中华民族悲观失望，关键是要总结由先进到落后的根源和教训。

特别值得一提的是，季怀银同志能够做到以古为鉴，将自己的学术理论研究今天的现实需要紧密结合起来，使这本书具有较强的现实意义。季怀银同志通过对传统民商事法律制度由兴到衰的可悲历史的总结，为我国目前正在进行的社会主义市场经济法制建设总结出了以下几个方面的经验和教训：

首先，根深蒂固的官工官商制度严重桎梏了传统民商事法律制度的正常发展，这一点与我们今天市场经济法制建设中面临的问题是多么惊人的相似。他在书中列举了传统官工官商观念在今天的诸多表现以及对市场经济法制建设的种种危害，因此提出：我们今天必须吸取这一教训，适应社会主义市场经济需要转变政府职能，从根本上避免行政对工商经营活动的不必要干预，同时政府职能迫切需要重新定位，而坚持依法行政才是实现政府职能转变的关键，因为依法行政就是要明确政府的法定职能、约束和限制政府的行政行为。

其次，通过对传统民商事法律制度兴衰历史的总结，他发现信用法律制度是否能够得到发展与完善是传统民商事法律制度由兴到衰的重要标志之一：没有信用制度，就没有民商事法律制度；信用缺失必然导致民商事法律秩序的混乱；良好的信用才是民商事法律秩序真正确立的保障。目前，我们今天的市场经济法制建设中也正在面临着与中世纪惊人相似的信用危机，何去何从，看一看中世纪传统民商法由兴到衰的这面镜子，就知道我们到底应当如何正确的

选择。

第三，立法与执法是否能够密切配合是影响商品经济法制发展的重要因素，也是传统民商事法律制度由兴到衰的决定因素之一。我们今天在立法与执法方面所面临的难题与中国中世纪传统民商事法律制度所面临的难题也是惊人的相似，因此他提出：我们必须吸取这一教训，强化社会主义市场经济立法与执法监督。首先必须尽快实现民商事法律规范的法典化，因为粗制滥造、杂乱无章和没有实现法典化是我国中世纪传统民商事法律制度衰落的重要原因之一，现行民商事法律制度内容分散零乱、挂一漏万，亟待法典化；同时，中世纪传统民商事法律制度走向衰落的重要原因之一就是执法与立法脱节、执法走样，我们今天仍然存在着同样严重的有法不依、执法不严的问题，包括司法机关执法问题、行政机关的行政执法问题等等。

第四，中世纪传统民商事法律制度衰落的另一个重要原因，就是道德观念的守旧与复古，因为商品经济条件下的“趋利”观念导致了传统道德的严重滑坡，影响了社会秩序的稳定，最终促使守旧派起而捍卫传统道德并无情扼杀新兴的商品经济观念，最终导致中世纪商品经济法律制度的短命。我们今天市场经济的发展导致的传统道德的滑坡，与中世纪面临的问题又是如此惊人的相似，何去何从，是复古还是更新观念？面对中世纪的血的教训，我们只能选择后者，即适应社会主义市场经济要求，确立“义利并重”的新道德观念与机制！他提出：新时期道德建设必须适应市场经济发展的需要，以《公民道德建设实施纲要》为主线、以诚信为重点，建立一个不排斥物质利益追求的实事求是、义利并重的道德观念；新时期道德建设必须有与时俱进的激励机制，要有看得见、摸得着的实惠；新时期道德建设还必须遵循公平原则，打破传统的封建等级道德观念；新时期道德建设必须适应新时期现代企业制度改革的需要，与企业的生产经营活动结合起来，切忌空谈；新时期道德建设

必须充分借鉴传统道德观念的精华，包括传统儒家道德观念和时代精神；法律信仰应当是新时期道德信仰的重要组成部分，有必要通过法的制度和法的运作，树立法律信仰，促进道德建设；社会主义市场经济条件下道德规范与法律规范的关系是相辅相成的，道德与法律各有优缺点，应当互为补充，缺一不可。

总之，季怀银同志撰写的这篇博士论文，观点鲜明，论证充分，同时体现了以古为鉴、古为今用的宗旨，是一篇具有较高学术价值和现实意义作品，相信这本书的出版能够为今天的社会主义市场经济法制建设的健康发展提供一些有益的启示。

是为序。

江必新

二〇〇三年七月三十日

引 言

一、观点与宗旨

提到“中国传统民商法”这一概念,可能会引起学界同仁的不少非议,因为法学界专家和学者大都认为:中国的法律传统很明显是诸法合体、民刑不分、重刑轻民等等,民法在中国法的发展史上微不足道,更没有什么“民商法”。的确,在近代资本主义大炮打开中国的大门并引进西方的法律体系之前,民法和商法在中华法系中所占的地位是微不足道的。但是,我们决不能因此就否认民商法曾经在中国法的发展史的某一阶段的辉煌和成就。本书的写作目的就在于揭示这样一个事实:在中国法的发展过程中,民商事法律制度一直存在,并且在中世纪前期(大约两宋时期)达到发展的顶峰,其发展程度可以与同时期西方的罗马法律制度相媲美,不少方面甚至比后者更先进。当然,需要首先说明的是:对这一问题的研究,并不是仅仅为了证明中国传统民商法过去是多么“先进”、多么“辉煌”,而是为了弄清楚:她的辉煌及其衰落究竟为我们今天的市场经济法制建设提供了一面什么样的镜子……

提到“辉煌和衰落”这一说法,可能也会引起一些学界同仁的某些非议。因为,法学界不少专家和学者虽然肯定中华法系中有自己的民商法传统,但是一般都认为:中国传统民商法的发展趋势是越来越完善的,尽管这一完善的过程非常的缓慢,甚至有时是停滞不前或者倒退,但是到了近代西方资本主义大炮打开中国的大门之

前（即清朝末年），中国传统民商法的发展还是达到了一定水平，但最终也未能像西方那样形成完备的法典化的法律体系，也没有民法观念及理论的探讨。也就是说：中国传统民商法是循序渐进地、非常缓慢地发展的，每一朝代都是在前代的基础上有所发展，没有什么“辉煌”时刻，也没有什么可“衰落”的。这一看法，从宏观上把握有其合理之处，但是却忽视了特定历史阶段民商事法律制度的巨大成就及其相应的法律观念的巨大变化。因此这一看法不能解释：既然中国传统民商法是循序渐进的、一代比一代“有所发展”，那么为什么“发展”到近代前夜中国传统民商法仍然是如此微不足道呢？为什么有些前代本来相当发达的民商事法律制度到中世纪后期反而不见踪影了呢？大量的资料显示：中国传统民商法的发展历程并不是风平浪静、持续发展的，而是有大起大落的。对这一大起大落的过程进行分析总结，可以探究出适合中国国情的市场经济民商法的发展道路，这就是本书的重要写作目的之一。

还有些专家和学者则认为：中国传统民商法虽然在某一特定历史阶段有过巨大成就，但毕竟是凤毛麟角，而且其发展轨迹也是“畸形的”，是与中华法系发展的道路不相匹配的“法律怪物”。理由是：传统的中国一直没有多少真正的商品经济，即使在某一特定历史时期商品经济有发展，但也不是以大规模的商品生产为基础的，市场的繁荣也只是为了满足贵族官僚穷奢极侈的腐化生活需要而形成的。因此，建立在这种商品经济基础之上的民商法也是虚假的，不可能形成什么大气候，也不可能改变中华法系的历史进程，研究她又有什么意义？这一观点笔者也不敢苟同。其实，只要看一看当时农业生产和手工业生产的大规模专业化、商品化，看一看当时田宅交易“无日无之”、城市“无一家不买卖者”、“每一交易，动辄千万”等等盛况，就不难发现：如果这些交易都是为了满足贵族官僚穷奢极侈的腐化生活需要，岂不真正“怪”哉！如此高度发展的商品经济环境下，如果没有在规范财产交易流转行为的民商事

法律制度方面有所建树，岂不更“怪”哉！对这一特定时期中国传统民商法的兴衰过程进行分析探讨，意义是显而易见的：其一，中世纪发展起来的中国传统民商事法律制度完全是土生土长的、经过历史实践证明是适合中国社会需要的法律制度，这无疑能够为我们提供许多成功的经验。为什么我们今天只注意吸收借鉴外国的立法经验而忽视自己的祖先给我们留下的更适合中国国情的经验呢？其二，中国传统民商事法律制度可惜只辉煌一时最终未能改变中华法系的历史进程，而且在她极盛时有些方面已经开始走下坡路。这里留给我们的问题是：在中世纪这样一个传统社会中，中国究竟为什么会奇迹般地出现这么一段民商事法律制度的辉煌呢？究竟民商事法律制度的生长需要什么样的土壤？中世纪后半期为什么又停滞不前甚至走向衰退，最终也未能改变中国重刑轻民的历史进程呢？其衰退的根源在我们今天的社会里是否还存在，是否还有潜在的威胁？这些不正是我们今天在进行市场经济法制建设中必须深思的问题吗？美国的未来学家阿尔温·托夫勒曾精辟地说：“如果我们不向历史学习，我们就会被迫重演历史！”托夫勒的话决不是危言耸听。为了保证今天的市场经济法制建设不至重蹈历史覆辙，我们有必要学习和研究中国传统民商事法律制度由辉煌到衰落的这一段历史。

二、方法与手段

鉴于法学界对中国传统民商事法律制度仍然有诸多不同看法（尤其是在中华法系是否包含有民商事法律制度这一问题上普遍持否定态度，最多也只是肯定有一些微不足道的民事法律制度，而没有人注意到传统民商事法律制度曾经辉煌一时并很快衰落的这一大起大落的事实），因此，本书必须首先研究和分析大量的、翔实的历史资料，向学界展示这一鲜为人知的、令人惊奇的中国传统民商事法律制度兴起和辉煌的历史，这部分内容在本书中占了相当大的

篇幅（大约占全部内容的70%）。因为笔者考虑到：如果不能证明中国传统民商事法律制度曾经辉煌一时，那么也就不可能有后来的衰落，没有大起大落也就没有那么多经验和教训可资借鉴，当然也就没有写这本书的必要。

在运用资料的方法上，笔者注意突破法学界仅仅运用历代刑法志和历代正统律文的局限性。因为笔者认为：学界专家和学者之所以没有注意到中国传统民商事法律制度的兴起与衰落的事实，就是因为他们一般都只是从历代刑法志和历代正统律文的内容中分析和总结中华法系的发展历程，而历代刑法志和历代正统律文所反映的几乎都是封建刑法和刑事诉讼法的内容，只有极少量而且是已经刑事化了的民事法律规范。因此法学界很少有专家学者会承认中国有自己传统的民商事法律制度。笔者经多年研究发现，中国传统的民商事法律制度大量散见于历代刑法志和历代正统律文之外的其他资料中，这是因为：第一，在封建统治者心目中，“法”就是指“刑罚”，它不调整民间“细”事，即便有些重大的民事行为确有必要上升到“法”中，也与刑事违法行为一样处理，没有区别；第二，中国传统民商事法律制度得以兴起并发展到鼎盛时期的中世纪前期，统治者虽然十分重视应用法律的手段规范民商事行为，但是仍然不愿意改变刑法志和正统律文的传统性质，而是另辟蹊径，通过不断下达的更具有灵活性和针对性的皇帝诏令的形式予以规范。尽管统治者后来开始将这些散见的诏令收编成册，形成一本本单行的民商事法律规范，但是还没有来得及修订成统一的民商事法典就很快走下坡路了。现在，这些民商事法律规范的单行本已经见不到了，笔者只能通过散见的资料收集这方面的皇帝诏令条文，从而使本书能够真实地反映当时民商事法律制度的全貌，这便是本书研究和立论的主要途径。

在撰写方法上，本书在前人研究成果的基础上以“略其所有，详其所无”为原则：即凡是前人已经有比较深入的研究或者已经注

意到的传统民商事法律制度的有关内容，本书不再赘述，或者必要时只作简略的衔接性描述；对于传统民商事法律制度中具有特别重要意义的内容，而且前人没有注意到的，或者虽然注意到但没有作过深入研究、语焉不详的，则是本书研究的重点内容。目前，法学界对中国传统民商事法律制度注意较多的是她宏观上的一般发展轨迹，而没有人注意到她在中世纪前期和中期这一特定历史阶段中出现的兴起—辉煌—衰落的过程。而对这一过程的探讨，对今天的市场经济法制建设将有着特殊的意义。因此，笔者将本书研究的范围确定在中国中世纪前期和中期（即唐代末年至南宋灭亡之间的大约四、五百年的时间，重点是北宋和南宋）。

总之，笔者本着实事求是的原则，既不过分拔高也不过分贬低中国传统民商事法律制度，而是以大量的、翔实的历史资料为依据，向人们展示一幅中国传统民商事法律制度由辉煌到衰落的真实画面；同时，笔者还本着学以致用原则，把研究的出发点和落脚点放在今天的市场经济法制建设上，力图为今天的市场经济法制建设提供正反两方面的镜子，提供更多的适合中国国情的经验和教训。