

SOUTHEAST UNIVERSITY

东南大学法学学术文库

宋代商业法制研究

—— 基于法律思想视角

郑颖慧 著



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

东南大学法学学术文库

宋代商业法制研究

—— 基于法律思想视角

郑颖慧 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

宋代商业法制研究 / 郑颖慧著. —北京: 法律出版社, 2010. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1483 - 8

I. ①宋… II. ①郑… III. ①商法—研究—中国—宋代 IV. ①D923.994

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 223158 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/贾 菲

装帧设计/马 帅

出版/法律出版社

总发行/中国法律图书有限公司

印刷/永恒印刷有限公司

编辑统筹/学术·对外出版分社

经销/新华书店

责任印制/吕亚莉

开本/A5

版本/2010年12月第1版

印张/9 字数/215千

印次/2010年12月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1483 - 8

定价:25.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

“大学之道，在明德，在亲民，在止于至善”——“止于至善”四字，正是百年名校东南大学的校训。在历史上，东南大学曾经赢得“北大以文史哲著称、东大以科学名世”之美誉。而今，她正秉承校训精神，不断追求，锐意进取，力图突破以往在理工科方面所取得的卓越形象，而朝着以工为特色、多学科协调发展的综合性大学方向奋力前行。1995年，东南大学恢复法学专业、成立法律系；2006年9月，东南大学在原法律系的基础上重建法学院。通过创办法学院并大力发展其他人文学科，东南大学正不断体现着集中华人文精神与希腊科学精神为一体的“止于至善”的校训之理念，不达“至善”境界，永不止步。

东南大学法学院虽然恢复重建时日尚短，然而，东大法学却已历经百年醇厚学术传统之浸润。东大法学肇始于民国时期1928年7月成立的中央大学法学院，首任院长为民国时期著名法

学家谢冠生教授。中大法学院人文荟萃,名流云集,为东南法学一时之冠。学界、政界著名人物韩忠谟、钱端升、杨兆龙、梅仲协、史尚宽、刘克鏞、曾劭勋、黄正铭、金国鼎、范馨香、韩德培等,或曾任职于中央大学法学院,或就学于中央大学法学院,缔造了东南大学法学曾经的辉煌。

感念先贤中大法学精神,激励当下东大法学学人。当今中国,政治昌明,民生安定;经济腾飞,法治发达。东大法学如何在此盛世之下为中国的法治建设添薪加火,对当下中国法治与经济建设中的重大法律课题作出创造性回应,是今日东大法学学人所面临的历史使命。“东南大学法学学术文库”作为肩负这一历史使命而推出的一套法律丛书,以为社会贡献一批有分量的法学作品为己任,以促进法学的繁荣发展为目的,勉力为我国法制现代化建设尽绵薄之力。

通过出版“东南大学法学学术文库”,亦使社会各界加深对东大法学的了解。当今中国法学出版物急剧增多,各法学院专业院校纷纷推出了体现自身学术风格的法学丛书。然而,这只表明今日社会文明之昌明和法律文化发展之鼎盛,而不代表法学理论著作的社会需求已经饱和。事实上,与飞速发展的我国政治经济生活相比,我国法学理论研究成果的质量与数量都有待提升。金陵古城作为位于当今中国经济最为发达、市场最为广阔、活力最为强盛的长江三角洲中心之腹地,也要求生于斯长于斯的东大法学在法治经济强劲发展的当下时代发出自己的声音。东大法学文库可谓应时而生!众多法学著述的存在不但使东大法学文库的出版平添了百舸争流的竞争意味,也象征着中国法学事业的锦绣篇章又添繁花。通过出版法学文库,使东大法学的学术风貌能够以一种整体的、持续的方式呈现给大家,使社会各界加深对东南大学法学的了解,使以科学名世的东南大学在法科领域再现奇葩!通过出版文库的方式,也答谢所有曾经关心和支持过东大法学发展的前辈和朋友!毕竟,无论是东大法学学人还是东大法学院本身,都需要社会和学界各方面的关

爱和帮助!

本套丛书的选题涉及法哲学与法理学、宪法与行政法、民法与商法、经济法、刑法、诉讼法、国际法等法学各个领域。选题范围面向东南大学法学院全体教师征集稿源,重点出版优秀的法学博士学位论文、省部级以上的课题结项成果以及具有创见性的专题论著。本文库坚持以质取文,拒绝平庸之作,确保文库的高品位、高质量。凡纳入文库出版的著作必须由作者本人提出书面申请,经由编委会就专著内容、学术规范等各方面意见综合确定。我们希望,本套丛书能够成为东大法学高层次理论成果得以稳定持续成长的一方园地,成为集中展现东大法学学术传统与今日法学原创力学术作品的窗口!

“百年难得百家评,郁郁文哉动石城。虎踞龙蟠今胜昔,千秋学术在金陵。”期望东大法学学术文库的出版能够成为东大法学事业恢复重建的标志,并能延续东大法学的人文传统,超越过往,引领新时代的法治精神!

《东南大学法学学术文库》编委会

2007年6月26日

目 录

导论	1
一、研究内容	1
二、研究方法	9
三、研究综述	11
第一章 宋代商业立法概述	15
第一节 宋代主要商业立法	16
一、诏制《宋刑统》	17
二、编敕	19
三、编例	22
四、编撰条法事类	24
五、汇编市舶敕令	25
第二节 宋代商业立法发达的经济基础	30
一、市场活动的增强	30
二、商人地位的提高	34

三、海外贸易的繁盛	40
第三节 宋代商业立法发达的政治因素	41
一、宽松自由的政治氛围	41
二、积贫积弱政局的形成	44
三、以法治国方略的确立	48
小结	56
第二章 宋代商业法制与传统法律思想的契合	58
第一节 宋代商业法制与传统抑商思想	60
一、传统抑商法律思想的内涵	60
二、宋代商业法制中的抑商思想	62
第二节 宋代商业法制与传统义务本位思想	68
一、传统义务本位法律思想的内涵	68
二、宋代商业法制中的义务本位思想	75
第三节 宋代商业法制与传统重刑思想	91
一、传统重刑思想的内涵	91
二、宋代商业法制中的重刑思想	98
小结	109
第三章 宋代商业法制与传统法律思想的冲突	111
第一节 积极改善市场管理：重商思想体现之一	112
一、市场交易自由而灵活	112
二、以法治市细密而完备	115
第二节 广泛推行招商政策：重商思想体现之二	121
一、正式确立招商政策	122
二、全面保护外商各项权益	133
第三节 全面引入通商机制：重商思想体现之三	144
一、创设实施钞引之制	145
二、全面引入通商机制	148
小结	154

第四章 宋代商业法制与传统法律思想矛盾的根源	156
第一节 宋学背景	158
一、宋学的形成及发展	159
二、宋学的治学方法及学术特色	162
第二节 义利和合	167
一、传统先义后利的义利观	168
二、宋代义利和合的反传统义利观	183
第三节 本末并重	188
一、传统重本抑末的本末观	188
二、宋代本末并重的反传统本末观	200
小结	211
第五章 宋代商业法制与欧洲同期商法的比较	215
第一节 欧洲中世纪商法概述	217
一、欧洲中世纪商法发展的经济前提	217
二、欧洲中世纪商法的主要内容	221
三、欧洲中世纪商法完善的政治环境	228
第二节 此重商非彼重商	231
一、两者重商思想内涵本质根本不同	231
二、两者重商思想基本内容明显相异	233
三、两者重商思想表现形式判然有别	234
第三节 权利本位与义务本位两极对峙	240
一、海商法和商人法中的权利本位思想	240
二、商人法庭最集中体现权利本位思想	244
三、权利本位与义务本位两极对峙情势的形成	248
小结	251
结语	256
一、“王安石变法”个案透视宋代商业法制冲突的和谐	256
二、中西商业法制取径相异的经济伦理思想根源	260
参考文献	266

导 论

本书选取宋代(960~1276)这一特定历史时期,从法律思想的视角对宋代商业法制做一重新诠释和再次审视。本书建立在学界前辈同仁相关丰硕研究成果的基础上,以法律思想为解读凭依,是将宋代商业法制放置于中外历史发展的广阔视野中所做的一次初步尝试,旨在说明宋代商业法制与传统法律思想之间既契合又冲突的关系,而两者的矛盾又与宋代义利本末观的根本转向紧密相关,同时在欧洲同期商法的观照下又呈现出中西方商业法制各具特色的发展路径和精神风貌。

一、研究内容

提到商业法制,通常立刻联想到它是渊源于西方国家的法律概念,特别是在中国古代社会重

农抑商传统思想和政策的长期影响下,更容易使人对中国古代社会是否存在商业法制深存疑虑。对此,笔者认为,中国古代社会不仅存在商业法制,而且还曾经发展到高度发达的程度,其原因大致包括以下几个方面:

第一,中国古代社会商业活动从未消亡,这是以调整商业利益关系为根本内容的商业法制得以存在的客观经济基础。中国古代社会的商业活动最早可以上溯至原始氏族社会。据《易经·系辞》记载:“庖牺氏没,神农氏作,列廛于国,日中为市,致天下之民,聚天下之货,交易而退,各得其所。”可见,早在远古之世就已经出现商业活动。西周文王曾说:“商不厚,工不巧,农不力,不可以成治。”^①这说明西周时期商业发展开始深为统治者所重视。发展至春秋战国,商品交换活动异常频繁,呈现一派商品经济繁荣景象,掀起中国商业发展史上第一次高潮,其中以齐国最具代表性。当时,齐相管仲曾说:“商群萃而州处,观凶饥、审国变,察其四时,而益其乡之货,以知其市之价,负任担荷,服牛辂马,而周四方,料多少,计贵贱,以其所有,易其所无,买贱鬻贵,是以羽旄不求而至,竹箭有余于国,奇怪时来,珍异物聚,旦夕从事于此,以教其子弟,相语以利,相示以时,相陈以贾,少而习焉,其心安焉,不见异物而迁焉,是故其父兄之教,不素而成,其子弟之学,不老而能,夫是故商之子弟常为商也。”^②这段话是商贾出身的管仲对商业行业特征及作用的现身说法,如果没有发达的商品经济发展做基础,很难提出如此系统而深刻的商业理论学说,这从一个侧面体现了先秦时期商品经济已经发展到较高水平。在实践中,管仲身体力行,采取各项有利措施,积极发展工商业,“使关市饥而不征”,“为诸侯之商贾立客舍”,致使“天下之商贾

① 《逸周书·程典》。

② 《管子·小匡》。

归齐若流水”。^①齐国商品经济发展达到全盛,最终成就其霸主之业。此后,自秦帝国直至清王朝两千余年的封建君主专制政治体制基本贯彻重农抑商思想及政策,从而切断先秦时期短暂而辉煌的商业繁荣,使商业遭到后世专制统治的无情压制和极大摧残。尽管如此,“夫盐,食肴之将。铁,田农之本。非编户齐民所能家作,必贸于市”,^②小农经济基础仍然需要商业活动实现互通有无以满足人们日常生活需要。故此,商业一途依然在君主专制主义强大监控的夹缝中顽强地生存,艰难地前进,从而不断推动商品经济继续向前发展。据史载,汉代“海内为一,关梁弛山泽之禁,是以富商大贾,周流天下,交易之物,莫不通得所欲”,真乃“天下熙熙,皆为利来,天下攘攘,皆为利往”。^③“今法律虽贱商人,商人已富贵矣;尊农夫,农夫已贫贱矣。”^④至盛唐“且如天下诸津,舟航所聚,旁通巴汉,前指闽粤,七泽十数,三江五湖,控引河洛,兼包淮海。弘舸巨舰,千轴万艘,交易往还,昧旦永日。”^⑤继唐之后的宋代更以其商品经济的空前繁荣而备受古今中外史家惊叹,称之为“商业革命”的到来。^⑥其中,以北宋都城汴梁和南宋都城临安的商业发展最具代表性。^⑦明清时期商业亦不可小觑,并且伴随资本主义萌芽的产生和发展逐步形成各种规模不等、涉及各行各业的商帮和商会,“商人阶层开始以群体的力量活跃于近世舞台”。^⑧

总之,商业作为推动社会发展的重要经济部门,一直客观存在于

① 《管子·轻重乙》。

② 《汉书·食货志》。

③ 《史记·货殖列传》。

④ 《汉书·食货志》。

⑤ 《旧唐书》卷94。

⑥ 潘吉星主编:《李约瑟文集》,辽宁科技出版社1986年版,第297页。

⑦ 关于宋代商业繁荣的描述,参见《东京梦华录》、《梦粱录》、《都城纪胜》、《西湖老人繁盛录》、《武林旧事》、《清明上河图》、《岭外代答》和《诸蕃志》等相关记载。

⑧ 唐力行:《商人与中国近世社会》(修订本),商务印书馆2006年版,第34页。

中国古代社会中,在抑商传统思想及政策的禁锢下,商业不仅没有消亡反而顽强存活下来并不断发展、日益繁荣。正如古罗马谚语所说,“只要有社会就会有法律”。从这个意义上说,中国古代社会商业活动的客观存在正是其商业法制得以产生发展的重要经济基础。

第二,调节规范商业活动复杂利益关系的客观诉求直接促进了中国古代社会商业法制的诞生。如前所述,中国古代社会商业活动从未停止过,甚至一度达到高度繁荣程度。为了调整和规范商业活动中各种复杂利益关系,以推动商业活动顺利展开,客观上需要一种特定的秩序加以约束,这样,商业法制应运而生。这是因为“有序生活方式要比杂乱生活方式占优势。在正常情形下,传统、习惯、业经确立的惯例、文化模式、社会规范和法律规范,都将有助于将集体生活的发展趋势控制在合理稳定的范围之内。”^①无疑,以调整商业活动关系为核心的商业法制就发挥着商业领域稳定有序的重要功能。作为商业活动利益关系调整规范的客观诉求,“是在履行其调整人类事务的任务时运用一般性规则、标准和原则的法律倾向”。^②这种法律倾向向早至先秦时期就已初露端倪,由秦帝国直至明清时期,经历了产生、发展、完善与转折的丰富历程。具体来说,早在西周,周公就曾制定“重市政、征商税、立泉府、同度量、谨门关”等相关商业法律。^③汉代武帝则推行以盐铁官营、均输平准为核心的商业法制,奠定了后世封建王朝专卖制度的重要基础。唐代是中华法系形成的重要时期,以《唐律疏议》为载体详细规定了商事法律规范。有宋一代在继承唐律的基础上更加完备,尤以调整海外贸易关系的市舶条法最为突出和显著。凡此种种,充分说明商业发展和商业法

① [美]E.博登海默:《法理学·法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年修订版,第236页。

② [美]E.博登海默:《法理学·法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年修订版,第227页。

③ 王孝通:《中国商业史》,团结出版社2007年版,第21~22页。

制唇齿相依,正是商业活动利益调整规范的客观诉求促使商业法制应运而生,具体体现为中国古代历代统治者均相继制定了以调整商业活动利益关系为基本内容的商业法律制度。

第三,中国古代社会没有形成独立的商法典,并不代表没有商业法律规范。^①深受中国古代特定国情影响,自战国李悝编撰《法经》直至明清统治时期,形成贯穿两千余年、亘古不变的“诸法合体、民刑不分”的法典混合编撰体例。正因如此,英国学者梅因断言:“中国古代只有刑法,没有民法。”^②根据梅因的思路逻辑,必然推导出“中国古代只有刑法,没有商法”或无任何其他领域的法律规范,很明显,梅因的观点混淆了内容和形式的区别。对此,张晋藩先生认为,“诸法合体、民刑不分”属于法典编撰体例,而社会关系的复杂性必然体现为法律调整手段的多样性,形成包括刑事法律规范以及民事法律规范、商事法律规范等众多领域在内的“诸法合体、民刑有分”的系统而全面的法律体系。^③在学术研究实践中,陈顾远先生坚持大法制史观,认为中国传统法律“为社会生活之轨范,经国家权力之认定,并具有强制之性质者,曰法;为社会生活之形象,经国家公众之维持,并具有规律之基础者,曰制。及现代之法理政理而言,制度之条文固可曰法,制度之见诸明令,为众所守,虽未定于律、入于刑者,又何尝非法?”^④在他看来,中国古代社会法律制度不仅仅包括刑事法规,还包括政治经济民事等各项制度,基于此大法制史观,陈顾远先生将中国古代社会的政治制度、经济制度、宗法制度、婚姻制度

① 孙丽娟:“中国商法史研究路径的反省”,载范忠信主编:《中西法律传统》(第5卷),中国政法大学出版社2006年版,第243~269页。该文对“中国古代无商法说”进行了鞭辟入里的分析,指出晚清商事立法之前中国古代社会广泛存在商业制度或商事习惯法。

② [英]亨利·梅因:《古代法》,李祖荫译,商务印书馆1959年版“小引”。

③ 李功国:“商人精神与商法”,载王保树主编:《商事法论集》(第2卷),法律出版社1997年版,第46页。

④ 陈顾远:《中国法制史》,商务印书馆1935年版,第1页。

等诸多方面均纳入法律制度视野予以全面深入探讨。这充分说明中国古代社会虽然没有形成独立法典,但是确实存在各个不同领域内的法律规范。对于商业法制亦是同理。

总之,“古代中国依然存在着民商法生存发展的深厚土壤和社会历史条件。从中国自身和民间生活自身实际而不是纯粹运用西方的、现代的标准去考察认识这一问题,是研究中国传统民商法的前提和依据。”^①因此,如果以中国古代社会没有独立商法典为由就断然判定中国古代社会没有商业法律规范,就犯了以形式代替内容的形式主义错误,这种思维在西方强势话语权背景下必然不利于本土法律的继承与重构。

第四,基于法律思想视角研究商业法制具有一定的合理性。商业法制以调整商业活动利益关系为核心,属于经济范畴内的法律规范;因此,它首先应该体现为一种经济思想,从这个意义上说,将商业法制和法律思想相提并论,基于法律思想视角研究商业法制似有生拉硬扯之嫌。而实际上,商业法制和法律思想是能够沟通并有效结合的。首先,任何法律制度都体现为某种法律思想,商业法制也不例外,它体现的是关于商业领域的法律思想。其次,法律思想政治意蕴浓厚,而商业法制所渗透出的政策理念及导向恰与法律思想暗合。最后,中国古代实行君主专制体制,政治垄断一切,商业法制服务于政治而具有鲜明的政治色彩,抑商抑或是重商皆为君利。从这个层面来说,中国古代商业法制渗透的法律思想意味更为显见。

有宋一代在中国古代两千余年的历史发展长河中占据承前启后的重要地位。其政治、经济及思想文化等各种社会因素跌宕缠绕、

^① 李功国:“商人精神与商法”,载王保树主编:《商事法论集》(第2卷),法律出版社1997年版,第46页。

分化重组,形成传统与反传统相互交织的冲突的和谐之时代特征,^①变革图强汇成时代的洪流和最强音,呈现宋代特定历史环境下生机勃勃的新气象。英国学者李约瑟曾说:“谈到十一世纪,我们犹如来到最伟大的时期。”^②其科教文化“都达到了前所未有的高峰”。^③美国学者罗兹·墨菲则盛赞中国的赵宋王朝:“在许多方面,宋朝在中国都是个最令人激动的时代,它统辖着一个前所未见的发展、创新和文化繁盛期……从很多方面来看,宋朝算得上一个政治清明、繁荣和创新的黄金时代……宋确实是一个充满自信和创造力的时代。”^④可见,宋代文教之昌盛备受西方学者推崇赞赏。宋朝所处时代的特殊性使之成为中国古代历史发展过程中的重要转折时期,其独具特色的一代建制因深深烙刻时代印迹而备受史家学者所关注。中国近代启蒙思想家严复曾说:“古人好读前四史,亦以其文字耳。若研究人心、政俗之变,则赵宋一代历史最宜究心。中国所以成为今日现象者,为善为恶姑不具论,而为宋人之所造就,什八九可断言也。”^⑤当代学者叶坦先生对此做了精辟的诠释:“在中国封建文明史中,宋代是一个重要转折时期。汉唐时代的光辉在这里聚焦折射,散发出明清社会依稀可辨的晨曦朝晖。任何一个历史转折时期,都汇集着以往岁月的精粹遗痕,赓续前时的辉煌与衰微;又都蕴涵着未来的诸新要素,孕育着新一页历史的萌芽胚胎。”^⑥基于上述中外

① 叶坦先生把宋代时代特征高度概括为“冲突的和谐”。参见叶坦:《叶坦文集:儒学与经济》,广西人民出版社2005年版,第103页。

② 潘吉星主编:《李约瑟文集》,辽宁科技出版社1986年版,第115页。

③ 李约瑟:《中国科学技术史》(中译本第1卷第1册),科学出版社等1975年版,第284页。

④ [美]罗兹·墨菲:《亚洲史》(第4版),黄磷译,海南出版社·三环出版社2004年版,第七章“中国的黄金时代之宋朝的成就”。

⑤ 严复:《严复集》(第3册),中华书局1986年版,第668页。

⑥ 叶坦:“中国封建社会的文明体制转化——从建功创业到文治靖国”,载《江汉论坛》1991年第10期,第59页。

学者论述,本书选取宋朝作为研究的特定时代本身就具有一定可行性。而宋代尤以商品经济发展空前繁荣而著称,对此,美国学者费正清指出:“宋朝经济的大发展,特别是商业方面的发展,或许可以恰当地称之为中国的‘商业革命’。这一迅速发展使中国经济发展水平显然高于以前,并产生出直至19世纪在许多方面保持不变的经济和社会模式。”^①日本学者则把宋代视为一次“复兴”和“商业革命”,并以其确定为中国近世的开端。^②宋代商品经济的迅猛发展,加之积贫积弱的政治危局,没有任何时候比宋代更加重视理财问题。因此,统治者因势利导,大力发挥禁榷统制功效,转而适当鼓励民营工商业发展,最高统治者的重视造就了宋代高度发达的商业法律制度。作为宋代总体社会昌盛与转折的集中体现和最佳注脚的商业法律制度尤以海外贸易法规最为显著,当时“中外通商,日臻发达,海商往来,更盛于前代”。^③宋代统治者正式确立招商政策,为此相继制定了中国历史上最早的专门调整海外贸易关系的单行敕令汇编——市舶条法。因此,选取宋代的商业法制作为研究的核心内容具有一定的可行性。

总之,针对中国的赵宋王朝,中外史家学者无不饱含欣赏赞誉之情,对其历史转折时代的特征及商业发展均给予了极高的评价和准确定位。从这个角度来说,本书选取赵宋王朝这一特定历史阶段并以其商业法制作作为探讨的核心内容,在学术研究上具有一定的可行性。尤其是在“中国传统法律到了宋朝,才达到最高峰”的法制发展背景中,^④锁定宋代商业法制研究范畴无疑更增添了学术研究的可

① [美]费正清、赖肖尔:《中国:传统与变革》,陈仲丹等译,江苏人民出版社1992年版,第六章第四节“商业革命”。

② 参见[日]内藤湖南:“概括的唐宋时代观”一文,该文收于刘俊文主编:《日本学者研究中国史论著选译》(第1卷),中华书局1992年版。

③ 王孝通:《中国商业史》,团结出版社2007年版,第126页。

④ 徐道邻:《中国法制史论集》,志文出版社1976年版,第89页。