

中国古代商法史稿

李功国 主编

中国社会科学出版社



中国古代商法史稿

李功国 主编



中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国古代商法史稿/李功国主编. —北京: 中国社会科学出版社,
2013. 11

ISBN 978-7-5161-2946-3

I. ①中… II. ①李… III. ①商法—法制史—史料—中国—古代
IV. ①D923.992

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 155865 号

出 版 人 赵剑英
选题策划 郭晓鸿
责任编辑 郭晓鸿
特约编辑 王 彬
责任校对 韩天炜
责任印制 戴 宽

出 版 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 (邮编 100720)
网 址 <http://www.csspw.cn>
中文域名:中国社科网 010-64070619
发 行 部 010-84083685
门 市 部 010-84029450
经 销 新华书店及其他书店

印 刷 北京君升印刷有限公司
装 订 廊坊市广阳区广增装订厂
版 次 2013 年 11 月第 1 版
印 次 2013 年 11 月第 1 次印刷

开 本 710×1000 1/16
印 张 41.75
插 页 2
字 数 706 千字
定 价 99.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书,如有质量问题请与本社联系调换

电话:010-64009791

版权所有 侵权必究

本书是中国法学会2011年度部级法学研究项目
【编号CLS (2011) D21】研究成果，感谢中国法学会支持。



本书主编李功国教授近照

主 编 李功国

副 主 编 汪振江 陈永胜 吕志祥

执 笔(以执笔章节先后为序)

李功国 陈 耿 李 月 李天伦

吴梦寒 汪振江 陈永胜 吕志祥

康建胜 卫 霞 胡 珀 脱剑锋

韩雪梅 卢 良 王 茹

序 一

我国近百年来，随着古代社会向近现代社会的转变，国家法制和法律文化发生了深刻变革。加之列强入侵，救亡图存，西学东渐，国学不振。在此背景下，如何认识和评价中华优秀传统文化包括法律文化，特别是我国古代民商法是否存在及其存在形式、发展流变与地位价值，就成为一个引发长期讨论的历史悬案。

李功国教授关注并参与了这一讨论，他与部分中青年学者近期完成的《中国古代商法史稿》一书，正是论证和阐述中国古代商法真实存在及其存在形式和发展变迁的重要著作。该书遵循言必有据和忠实于历史的严肃态度，抱持对民族文化的自豪钟爱之心，运用史料分析、综合研究和辩证分析诸方法，依据出土文物、国家正籍典章、历代经典著述和其他基础性资料记载，在简略考察历朝历代工商业和商品货币经济发展的基础上，对各个时代的商业思想理论与政策，对“刑民有分”的多种商事法律规范形式，重点对各项商事法律制度，进行了详细的考察、分析与阐述。并以翔实的资料，必要的考究，丰富的人物、事件、案例为佐证，大致完成了对中国古代商法框架结构的构建；初步展现出中国古代商法存在与发展的概貌；并对中国商人精神、商法文化与价值观进行了开掘，从而对中国古代商法的是否存在及其存在形式，做出了自己的、有说服力的回答。

由此，这部以中国古代商法为研究对象的专著，尽管还是初步的，但对于考察、认识、挖掘中国古代商事法律资源的存在形式、发展线脉、制度建设、价值观念与实践运作，提供了综合性历史依据；对于传承中华文化包括法律文化、民商法文化的有益价值，复兴中华法系，丰富当代中国特色社会主义法治建设，具有理论与实践意义。这是一部具有填补空缺性质的重要著述，它集中阐明：中国古代商法是历史悠久、土壤深厚、内容丰富、形式独特、实践规模巨大的一种法律现象和法律运动。它虽然比较

分散、自在，尚未经过系统的学科理论整理，尚未实现法典化；但它具备在当时堪称先进的商业、商法思想，具备堪称发达形态的制定法、商事习惯法综合调整体系，具备堪称较完善的商事法律制度，实现了对中国古代商人、商事的规范化调整。从而成为中华文明的一个组成部分，也成为世界商法史上一个占重要地位的独特商法体系。任何轻视和否定中国古代商法存在的观点，都是不符合历史真实的。

李功国教授长期从事我国传统法律文化、民商法文化研究，造诣深厚，见解独具，此点在本书中已有深刻反映。李先生本着“学术下移民间”的精神，不辞年迈高龄，亦然笔耕不辍，其情令人感佩。我和李先生友情很深，兴趣相同，常在电话中切磋学问。他和各位作者邀我为本书写序，先睹为快，很受启发，特欣然命笔。

王保树

2013年仲夏

注：王保树教授，清华大学法学院博士生导师，中国商法学研究会会长。

序 二

李功国先生主编的《中国古代商法史稿》即将付梓。这是一部经先生多年谋划，与十几位主要由兰州大学法学院中年学者组成的科研团队共同完成的重要学术成果，为学苑又添奇葩，值得称庆与祝贺！

《史稿》追溯民族起始的漫长岁月，以真实、丰富的史料为据，全景式地勾画了我国五千年从未间断的文明史中，工商业和商品货币经济的发展、发达形态；揭示了古代中国以儒商为特征的商人精神和商业理论与政策；较系统阐述了国家正籍典章和令、格、式、编敕、编例、会典和单行条法等多种立法形式中的商事条款，及其与契约法、商事礼仪、商事习惯法、民间法等共同形成的商事规范体系，以及在这一体系的综合调整下所形成的商事主体（商人）、商品与市场、土地商品化与商品所有权、商品流通与商事契约、国内民族贸易与对外贸易、货币、商税、行会、钱庄票号、民商事诉讼、清末公司企业制度等各项商事法律制度。这些商事制度的构建及其绵密调整，大体适应了中国古代商业发展对商法资源的需要。正如《史稿》在对宋朝商事立法全面考察分析后得出的结论所说：现存的宋朝法律文献及浩如烟海的宋朝历史文献均有力说明其商业立法已达到空前完备的发达程度，在此基础上形成日益完善的商业法律制度。虽然，宋代未能制定出一部独立的商法典，这种制度化的完美和法典化的阙如是由传统中国历史内在性所决定的。因此不能妄下断语而无视宋朝商业立法高度发达的历史事实。

《史稿》基于丰富的史料分析和逻辑辩证分析所得出的结论是令人信服的。《史稿》所作研究充分证明，即便是具有深厚“重农抑商”传统的中国古代，仍不可避免存在与其社会经济形态相适应的丰富而复杂的商事关系，对商事关系的法律调整同样是中国传统法律文化不可或缺的重要组成部分；在“以刑为主，诸法合体”的法律制度体系结构下，虽然不可能

形成独立的商事法律部门，但并不缺乏调整商事关系的法律规范及相应制度。由此可见，人类法律文化不但深具多元性、多样性，而且不可避免具有民族性、本土性及历史延续性，在法学研究中并不易用单一的模式和标准去评价和框定丰富多彩的不同民族法律文化，更不宜单纯用现代的西方法律观、法律制度标准来认识和评价中国古代传统法律文化。包括商法在内的中国古代法律制度有其独特的存在形式、发展路径与社会价值。这正是《中国古代商法史稿》所给予我们的深刻启示。

李功国先生已是从心所欲不逾矩年岁，亦然为传承法律文化而辛勤劳作，其情可感。我与先生多年共事，亦师亦友，相互支持，灵犀沟通。出于对先生和各位作者在艰苦条件下顽强拼搏精神的钦佩之情，特作序以记读稿心得。

刘志坚

2013年7月末

注：刘志坚教授，兰州大学法学院院长，博士生导师。

前言

一

本书的写作是从带有根本性的设问开始的，即中华民族五千年从未间断的文明史，中国商业和商人占有何等地位？中国古代社会纷繁复杂的商事关系是否有法律调整？商人的行为是否有所规束？中国古代有没有商法？

现成的结论有两点：一是历史上长期存在的“重农抑商”论；二是当代商法著作中普遍存在的中国古代商法虚无论。但是，这两种结论是公平的吗？它们是否符合历史的真实和文化的多元化思维？

中国人是自尊而自卑的，在“左”的思潮下，可以自断血脉、割绝历史，视中华历史文化的精华为无物，似乎在西学东渐之前，中国是一片文化的荒漠，仅存的也只是在批孔、批儒、批天的扫荡下，像胡适所说对待孔子招牌那样，“不能不拿下来，捶碎，烧去！”的糟粕、垃圾！可见，中国古代民商法的虚无论，是在批判旧文化的影响下，在中西文化冲突、西学渐成主导的背景下出现的。大文化尚不足惜，又遑论小小的民商法和民商法文化！

至于“重农抑商”或称“重本抑末”论，在农业立国的中国社会，具有一定的历史合理性；但商业的发展是难以抑制的，商业商人的贡献也不能磨灭。实际上，中国社会是高度发展的农业社会，甚至是自然经济与商品经济在一定程度上的结合。所以，“抑商”与“扶商”两条线交相存在，“农商并重”、“四民异业而同道”渐成发展趋势，这恰是中国古代经济社会存在的真实样态。

二

其实，人类社会史、文化史和我国历史的无数史料表明，人类文化是

多元的和丰富多样的。既存在世界文化的共同性（普适性），又存在各国、各地域、各民族的文化独特性。而且后者往往是文化生态的普遍存在形式。正如本书依据史料所表明的，我国自原始社会末期出现私有制和三次社会大分工以后，随着商品货币经济的形成与发展，商人、商业早在先秦三代，甚至更早的黄帝及尧、舜传说时代，即已出现，并呈现初步繁荣。同时，随着商事关系的日趋复杂，夏、商、西周三代都通过以“礼”为综合大法的形式，配合制定法、商事习惯法、民间法、契约法、诉讼法的涉商规范，对商事法律关系和商人行为、市场活动，进行了调整和规制。初步建立了商事主体制度、商品所有权制度、债与契约制度、市场管理制度、货币制度、商税制度、诉讼制度等基本商事制度，从而构筑了我国古代早期商事法律调整的大体框架。

春秋战国时期社会大变革，由奴隶制社会进入封建社会，由于商品经济和商业加快发展，思想文化活跃，出现了管仲、范蠡、子产、老子、庄子、孔子、孟子、墨子、荀子、韩非子、商鞅等思想家，以及他们所阐发的商业、商法理论与商业政策。由于社会变动和“礼崩乐坏”，法律调整出现成文法，立法中的民商事规范更加丰富。特别是魏国李悝制定的《法经》，改刑为法，成为我国第一部封建性质的法典，并为此后秦汉律典和各朝代律典起到了奠基作用。

此后出土的《云梦秦简》和《汉律竹简》中，包含大量有关商贾地位、立户、田宅、官工管理、市场贸易管理、货币、赋税、度量衡以及户律、金布律、津关令、钱律、均输律等丰富的民商事内容，具有我国古代民商法基础资料的珍贵价值。

秦汉商业持续发展，迄至唐、宋、明、清诸朝，工商贸易已成为国计民生之重要支柱和国家财政之重要源泉，商业性大城市居世界一流，经济与商业呈发达形态，领先世界上千年。特别是宋、明、清已出现资本主义萌芽，农商并重的观念，“儒贾同道”、士、农、工、商“四民异业而同道”的平等思想和新儒学“治生论”等新论蜂起，自由商业已渐呈摆脱政府干预之趋势。与此相因应，《唐律疏议》、《宋刑统》、《大元通制》、《大明律》、《大清律例》等正籍典章及令、格、式，《唐六典》，宋《编敕》、《编例》，明《御制大诰》、《明会典》、《教民榜文》，大清《五朝会典》等制定法中，以“诸法合体、民刑有分”的立法体例，以及“民事条款、刑事处罚”的特有形式，大量包含了民商事规范内容。尤其是宋朝商事立

法,已达到发达程度,《宋刑统》已成为具有重要商业立法性质的综合性国朝大典。制定法之外,另有重要的礼制、商事习惯法、民间法、契约法、家庭家族法、行规店规、商道,民族立法中的大量民事、商事规范,形成了由实质性商事规范到形式规范,由实体法到程序法,由综合法到单行法,由制定法到礼制、习惯法等相当细密、规范、完整、系统化的商事规范体系和各项商事法律制度,大体适应了中国古代商品经济和商业发展对商法资源的时代需求。虽然中国古代没有出现商法典,但商人、商事、商行为的调整规制并不亚于同时代西方和世界的任何其他国家与民族。

三

中国古代商法的存在和发展,尚可在《秦简》、《汉简》之外的敦煌莫高窟出土的法律文献、宋朝《明公书判清明集》等珍贵文献中得到佐证。敦煌莫高窟藏经洞于1900年出土的中古时期从十六国至元代历经千余年遗留的47700件卷式遗书和藏文篋页,全面反映了我国中古时期特别是隋唐五代乃至宋初社会经济、政治、文化、法律、宗教、风俗习惯、贸易、军旅等的原始面貌,被称为我国中古时代社会生活的“百科全书”。其中包含大量法律遗书,许多涉及商事内容。主要有:国家正典《贞观律》、《永徽律》、《开元名例律疏残卷》等律典及令、格、式,以及“制敕文书”、“状牒文书”、“判集”、“判例”与“案卷”,以及礼制、契约、丝路贸易、商人、商业管理、婚姻家庭与继承、诉讼程序等。其中仅就丝路贸易和敦煌、吐鲁番六百件七大类契约而言,已足可看出当时当地商贸活动之繁盛和商法调整之细密完备。特别是各类契约残片中,几乎都载有“官依政法,民从私契”、“任依私契,官不为理”,契约如“日月之盟,不得反悔,悔者一罚二,人不悔人”,以及“两共对面平章”,契约标的物无“寒盗”、无瑕疵等惯语,与春秋战国时期子产的“尔无我叛,我无强贾”的思想相连接,反映出中国古代契约已形成诸如“私法自治”、“官府不干预私契”、“契约即法”的重大原则,以及平等、自愿、诚信等基本契约精神。而这是中国自身创建的本土民商法文化资源,弥足珍贵。

还有如宋代《明公书判清明集》。这是一个以南宋中后期为社会背景的司法判例集,内容包括司法建议书和司法政令,民商事判例,刑事、行政判例等,共473件。其中,民商事245件,占一半以上。《书判》作者共49人,其中事迹可考的19人。《书判》反映出当时当地民事、商事活动的

活跃与纠纷、诉讼的纷繁复杂，以及民商事审判中对民商法的实际适用，为中国古代商法的真实运作，描绘了一个基本式样与场景。《书判》所断案件发生在南宋宁宗、理宗两朝期间（1210—1264），发案地域为两浙、福建、江南四路、荆湖南北路一带，即中国古代商品货币经济最兴旺时代和最发达地区，具有深刻的社会背景。《书判》内容丰富，七大门类数百案例中，涉及政治、行政、经济、社会、军事、法律、文化、教育、生态各个领域，涵盖官吏、赋役、商事、户婚、人伦、人品、惩恶各门类，其中相当一部分属于涉商案例。《书判》第一次在中国古代法史上明确提出“民诉”概念，指出“民诉各据道理，交易各凭干照。在彼则曲，在此则直，曲者当惩，直者当予，其可执一，以堕奸谋。”可见“民诉”是指不同于刑事诉讼和行政诉讼，专门审理民商事纠纷中是非曲直的“争财”之类诉讼。《书判》在提出“民诉”概念的同时，还包含了民商事基本原则；民商事法律关系主体、客体；物权与所有权、占有权、使用权、处分权、相邻权等；债权关系中的契约与侵权，以及买卖、典当、抵当、租赁、借贷、雇佣、担保；户婚关系中的财产共有、监护权、继承权、遗嘱制度；以及民事责任，侵权、违约与赔偿；期限与时效等。在商事关系中，除商事主体、客体、商品所有权、商事契约外，还包括市场管理、买卖禁榷、货物运输、价格评估、商税催科、金融货币、诉讼程序制度与证据。《书判》反映出，在宋代商品货币经济发达的基础上，中国古代商法发展日渐成熟和系统化，并已开始形成中国古代商法的概念体系、原理体系、制度体系、方法体系，开始了商法科学化进程。在时间上，和欧洲11世纪后商法的起始发展大体一致。

历史是真实的，而忠实于历史是史学的根本要求。以上事实证明，中国古代商品经济和商业起始早、发展平稳，呈现出持久的繁荣、发达态势，长期领先于世界，与农业、手工业的昌盛，社会、政治、文化的进步一起，共同创建了持续五千年中华文明的辉煌。中国商人同农夫、农妇、手工业者、士人等“士、农、工、商”四民以及不入籍的广大奴隶、农奴一起，以辛勤的劳动与智慧，共同支撑起了中国的天空与伟业。同时，与此相应，中国商人在长期的商事商业活动中，逐步培植了自己的商人精神，并融注在商事立法与礼仪、习惯之中，使商法成为中华法系的重要组成部分，受到了世界各国的尊重与赞誉。被称为“西方孔子”的法国重农学派代表人物弗朗斯瓦·魁奈，对孔子、老庄的自然法哲学、自由主义经

济思想等很有体认，并深刻影响了现代经济学奠基人亚当·斯密及其《国富论》的写作思想，使得现代经济学具有了中国古文化因素和深远的中国渊源，这是有案可稽的。

四

本著作的写作特点和学术价值在于：

第一，大体完成了《中国商法史稿》基本框架的构建，具有填补我国古代商法史缺失与空白的意义，从而初步确认了中国古代商法的真实存在与发展脉络。本书通过自先秦三代至明清历朝历代商法断代史及部分专门史的史料研究，追寻探求了中国古代商法起始与发展流变的基本线索；分析研究并阐述了商事立法及形式渊源，商事规范及商事法律制度；商事法律适用与程序制度；司法判集、判例分析等商法基本要素。从而初步构筑了中国古代商法的概念思想理论体系、立法与形式渊源体系、法律制度体系、调整方法与运作体系等作为部门法的基础性内容结构；从一个方面拓展并丰富了我国民主法史学的研究领域，为回答中国古代商法是否存在这一重大历史课题，作出了自己的努力。

第二，全书围绕商法史这一核心，对我国经济社会史、商业史、商业思想史、政策史、法制史等相关部门与学科理论，进行了背景分析与综合研究，从而拓宽了研究范围，增强了系统研究力度，并取得了相关研究成果。有的专项研究成果如敦煌法律文献研究、中国商事习惯法研究、中国行会史研究等，已作为专项研究成果，成为本书的重要组成部分。

第三，本著作十分注重对研究对象和史料的文化历史分析，特别对法律文化和民商法文化的分析，对中国商人精神、儒商、商道的分析，并与中国“百经之首”的《易经》中关于“刚柔互济”、“自强不息”、“厚德载物”等中华民族的真精神联系起来，与“天人合一”的哲学观，老庄学派的“无为而治”，孔孟和儒家的“仁学”与“以人为本”、“修己安人”、“中庸之道”等思想，法家的法治理论及此前管仲的“通轻重”、“务本与富国”论、“四民分业”说、“市场论”联系起来，与后世历代政治家、思想家、法律界的商业商法主张联系起来，逐步构建中国商法的思想理论体系，从而提升了课题研究的思想高度与创新思想，显示了平实、清新的写作风格。

第四，忠实于史料并努力做到“重新整理，重新发现”。史料，是史

学研究的生命线。史学所面对的是一个已经消失了的世界，“多少六朝兴废事，俱入渔樵闲话”。唯有通过文物遗留和典籍、原始资料、权威著述等的记载，方可接近历史的真实场景。本书在数千万文字的资料海洋中苦苦取舍、考究，虽然专业眼光尚且不足，但其用心可贞，但在前人工作成就的基础上，终算有所收获。特别通过对原始文物遗留、秦简、汉简、敦煌法律文献、宋判、明清地方志、社会调查、民事习惯法调查、商会档案、碑文集粹等资料的分析、采摘、整理，为本课题结论的形成，提供了基本依据。

第五，以史为鉴，古为今用，做好商法文化的历史传承，服务于中国特色社会主义市场经济建设和法治建设，是本课题的根本目的和现实意义。习近平同志在8月19日讲话中指出：“中华优秀传统文化是中华民族突出优势，是我们最深厚的文化软实力”。本著作的初始写作动机，就是为中国商人正名，为商人精神立心，为我国经济社会发展开太平。同时也为中国古代商法的自身存在争地位、争语境。这不是什么“国粹”、“民粹”，也不是要重新改变业已形成的现有格局；而是要恢复中国古代商法存在的历史真实和民族尊严，做好其有益价值的历史文化遗产，提升我国文化软实力，为实现中华民族的伟大复兴而努力。为此本著作的辛苦成书是值得的！

李功国

写于2013年中秋

目 录

序一	(1)
序二	(1)
前言	(1)

第一编 总论

第一章 商与商法的一般理论	(3)
第一节 商、商人	(3)
第二节 商人精神	(9)
第三节 商人精神与商法的历史因应	(17)
第四节 中国古代商法	(25)

第二编 分论

第二章 夏商西周商事法律制度	(43)
第一节 商品交换、商业起源与原始社会商事习惯法	(43)
第二节 夏商西周经济与商业的发展	(52)
第三节 夏商西周商业政策与法制	(65)
第四节 夏商西周商法的初始与发展	(78)
第三章 春秋战国时期商事法律制度	(113)
第一节 春秋战国时期经济和商业的发展	(113)