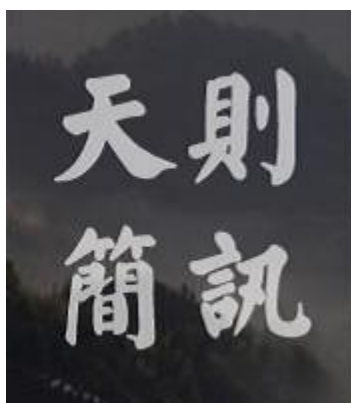




2019 年 5 月天则简讯

[天则观点](#)

[天则活动](#)

[天则消息](#)

[天则研究](#)

[未来活动](#)

[天则图书](#)

网站链接

[天则网](#)

[中评网](#)

订阅

订阅天则简讯，请发邮件

unirule@unirule.org

Unirule

“天则”语出《诗经》“天生烝民，有物有则”，取意为“合乎天道自然之制度规则”，其中的“制度”既包括企业、市场等经济制度，也包括政治、文化制度。

天则经济研究所由经济学家茅于軾、张曙光、盛洪、樊纲、唐寿宁与北京大象文化有限公司共同发起，于 1993 年 7 月创立。茅于軾为荣誉理事长，现任理事长为吴思，所长为盛洪，代理副所长

天则观点

茅于軾：美中根本分歧在于政治制度



美国与中华人民共和国建交 40 周年前夕，中国知名经济学家茅于軾接受了美国之音专访。茅于軾指出，美中之间的根本分歧在于政治制度不同。他认为近代以来，美国帮助中国颇多，但毛泽东时代中国百姓被引导反美。茅于軾说，现在情况发生了很大变化，中共领导人和大批中产阶级以上家庭将子孙送到美国留学，羡慕美国，另一方面，两国政治制度不同，中共担心自身政权不稳，因而美中关系“好不到哪去”。茅于軾表示，美国发起贸易战，是要迫使北京遵守贸易规则。

说中美关系，我觉得全世界的列强，英美法德意日，美国对中国是最好的。美国没有侵占中国的土地，当然有一点赔款，后来退给我们了，办了协和医院和清华留美基金，所以美国对中国是最大的恩人，就是打败了日本。要没有美国扔两个原子弹，国民党打不过日本人。

但是在毛泽东时代，他组织了几十次，还不止十几次，几十次全国性的反对美国的大游行。这个造成的影响是中国底层文化比较浅的人就认为美帝是中国的头号敌人。当然现在这个情况有很大变化，现在哪怕是最基层的人这样想的也不太多了。因为事实上中国很羡慕美国，中国中产阶级以上的人都把孩子送到美国去留学。这个很具体的说明了，中国向往美国，而且是跟美国友好的。

蒋豪。

天则经济研究所作为中国最有影响力的民间智库，其宗旨是支持和推进经济学理论和前沿性社会经济问题的高质量研究，为中国的改革实践提供制度创新的解决方案。

地址：北京市昌平区回龙观新龙
城 18 号楼 3 单元 1001 室

电话：8610-82540480

传真：8610-82540480

今天的情况跟毛泽东时代很不一样。当然毛泽东为什么要反对美国呢？他不是不知道美国帮助中国打败了日本，但是他始终觉得，他所主张的专政跟美国的民主法制是对立的。他很怕中国人向往美国，否认他的政权。

我们领导人的孩子也在国外念书嘛，所以中美关系应该说是比较正常。但是两个制度，经济制度的不同，还是很大的障碍。那中国的老百姓来讲，当然都希望我们有一个民主的社会，不是无产阶级专政，而且把这个希望看成美国就是我们的目标，这个情况是越来越明显了。

所以我觉得中美表面上的贸易战打不下去的，当然有可能我有别的目标，我宁可对自己有损害，我要达到别的目标。现在我看中美的贸易战，主要还是美国认为中国不守规矩，我要制裁你，哪怕我自己受点损失，我也要制裁你。以后你守规矩了，那我们都好一点。

中国和美国的矛盾，说到底还是政治制度不同，互相都有看法。英国和美国，或者加拿大、澳大利亚跟美国，他们也有些摩擦，但不是政治制度的不同，他也不会担心你会颠覆我。但是中国和美国的关系是不一样的。

中共害怕的是老百姓都喜欢美国的制度，对自己政权的稳固造成影响，这个是最根本的矛盾，其他都是小事。就好像美国、加拿大、澳大利亚也有矛盾，那都是小矛盾，但中美矛盾不是小矛盾，是大矛盾，根本制度上的区别，彼此都有戒心。那些国家之间没有戒心的，它是技术上的问题。我们这个问题不一样，所以中美关系好不到哪去。

【茅于軾 著名经济学家，天则经济研究所荣誉理事长，人文经济学会理事长。本文转载自 2018 年 12 月 31 日美国之音网。】

最新动态-

天则重要公共报告选萃

国有企业的性质、表现与改革（第二版）

中国行政性垄断的原因、行为与破除（第二版）

土地法律制度的原则框架及相关研究

粮食安全与耕地保护

城市化背景下土地产权的 implementation 和保护

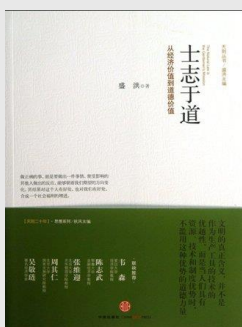
中国原油与成品油市场放开的理论与改革方案

中国政府行政部门配置资源的效率与公正研究

天则图书



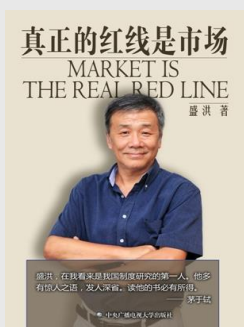
中国问题的经济学
张曙光著



士志于道(从经济价值到道德
价值)
盛洪著



规则与繁荣
冯兴元 / 著



真正的红线是市场
盛洪 / 著



2011 年中国
企业资本自由研究报告
冯兴元、毛寿龙 / 著

非法集资类犯罪的立法反思与建议

探寻中国宪法审查的突破口

中国民营企业税负问题与税制改革研究报告

我国医疗制度的理论研究、效果评价和改革方案

中国经济的市场竞争状况：评估及政策建议

中国民营企业生存发展环境指数报告(2016/2017)

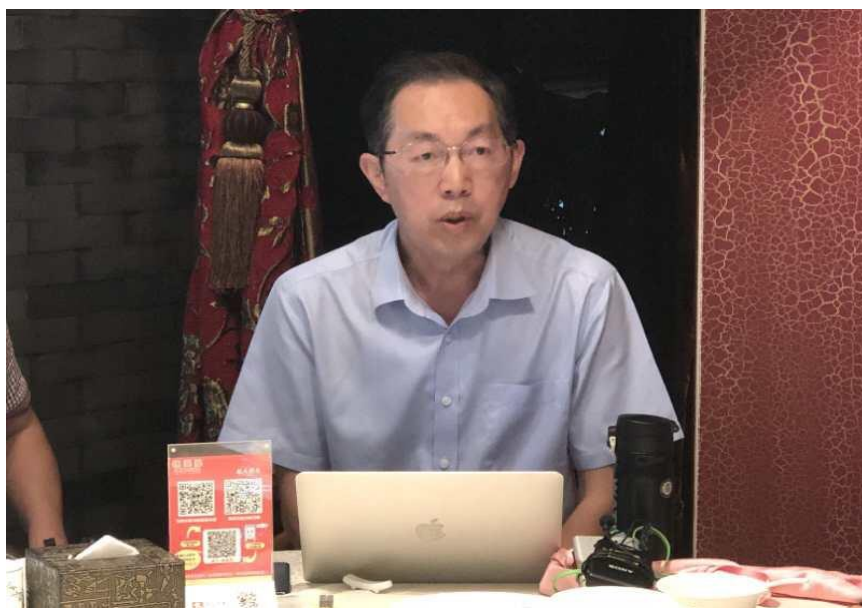
以喀什为重心的中亚-南亚经济圈的发展战略（缩略本）

非法集资类犯罪的立法反思与建议

（注：报告可在天则官网下载）

天则活动

天则经济研究所 | 第 600 期双周学术论坛



时间： 2018 年 7 月 16 日（星期五）下午 2 : 00 — 5 : 00 。

主题： 用网络解释网络

主讲： 姜奇平



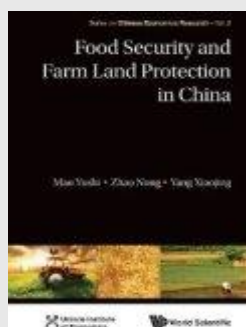
科斯与中国
张曙光、盛洪/ 主编



中国人的焦虑从哪里来
茅于軾/著



人文经济学：不用数学的经济学
茅于軾/著



Food Security and Farm Land
Security and Farm Land

评议： 陈禹、王俊秀、张曙光

天则消息

天则经济研究所在全球智库指数中位列 **105** 名

据宾夕法尼亚大学消息，全球智库指数报告近日由宾夕法尼亚大学“智库和公民社会项目”（TTCSP）发布。天则经济研究所在该指数“全球顶尖智库（美国和非美国）”排名中位列第105名。

阅读报告请访问：

https://repository.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1017&context=think_tanks

天则双周学术论坛

天则经济研究所持续近二十年的传统学术活动,它是人文社科领域学者相互交流的平台,一个自由讨论的空间,这里可以无拘无束地发表意见,交流自己的研究成果,进而形成一种自由的学术氛围,建立一套科学的评价体系和学术规范,提升中国社会科学研究和实践的水平。“天则双周学术论坛”已经成为一个享誉国内外的学术品牌。

Protection in China
茅于軾、赵农、杨小静/著



中国民营企业
生存环境报告
冯兴元、何广文/著



博弈：地权的细分、
实施和保护
张曙光/著



长城与科斯定理
盛洪/著

往期双周论坛

双周论坛第 595 期

04/05/2018



时间：2018-05-04

主题：中间商、分工网络与服务经济：超边际分析

主讲：邱澎生

主持：盛洪

评议：梁治平、万明、汪洋

主持人：我们现在开始，时间到了，今天是天则双周学术论坛第 595 期，接近 600 期了。应该说我们是北京乃至中国，至少是中国大陆坚持时间最长的一个论坛。所以我们为此感到骄傲。我们也非常荣幸请到了邱澎生教授。应该说邱澎生教授和以往的 594 期的教授一样，为非常著名的天则双周学术论坛做出贡献，非常感谢邱教授！

我做一个邱教授的简要介绍。在网上查到邱教授毕业于台湾大学，后来在中央研究院史语所担任研究人员。我最近反复听到“史语所”这个名字，这是一个有悠久历史的研究所，创立于 30 年代，有很多非常著名的学者就任于史语所，第一任所长是傅斯年。邱教授现在在香港中文大学任教授，邱教授的专业是研究明清时期的中国礼法史，有很多著述，包括《18、19 世纪苏州城的新兴工商业团体》，还有一本著作是《当法律遇到经济——明清中国的商业法

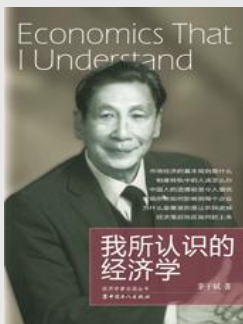


在传统的边际上创新
盛洪/著

律》，还有即将要出版的著作。

应该说邱教授的研究取向，某种意义上弥补这几十年来中国历史的某些缺憾。由于相当长时间中国人忽略本身社会历史的研究，而且造成了很多的误解，比如中国过去没有产权，不是市场经济，是以统治为基础的经济，这些应该说是由于缺乏对传统中国关于礼、法和制度文献阅读的缺憾。邱教授的研究给我们提供了相应的知识资源，邱教授的研究应该是非常重要的。

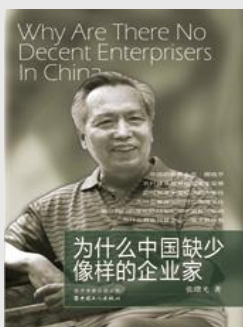
今天邱教授的演讲题目是“明清中国商法问题”，会给我们带来很多以前意想不到的对明清时期的认识，所以非常感谢邱澎生给我们带来演讲。请大家欢迎邱澎生教授演讲，时间一个到一个半钟头。



我所认识的经济学
茅于軾/著

邱澎生：很荣幸来到天则所，我读博士、在史语所工作期间都非常仰慕的一个所，没有想到今天来报告，很多都是著名的大家，今天来到这个地方非常惶恐，也感谢今天的三位评论人，非常荣幸能够有他们来给我做指正。

这个研究，明清中国商法问题说起来很惭愧，是我 2008 年出版一本书的前沿和结论合并起来的，这些年来我一直在想这个事情，一直不间断地讲这件事。有一个麻烦，我把商法打了一个括号，中国传统有工业，我们不会认为在晚清，在近代中国有工业革命，有工业并不表示有工业革命。但是反过来，没有工业革命也不表示中国就没有工业，对不对，我想这是一个名和实的关系。落实在题目上就是传统中国对于商业和市场进行法律规范，有关于商业的法律，我想应该很早就有了，孔子说：“若富贵而可求，虽为执鞭之事无意为之”。“执鞭之事”，就是管理市场的官员，至少在唐律上看得清楚，“市司评物价”是在七世纪就有的法条。



为什么中国缺少像样的企业家
张曙光/著

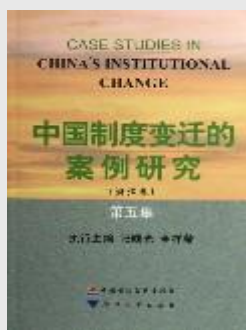
政府有没有管理商业的法律，这个不成问题，很早就有，可是同样的命题，这表示中国就有商法了，我想大多数的答案是否定的，没有。因为我们对于商法有如对于工业革命有一个大概的定义，只是说起来，我的理解是，大部分人对于什么是工业革命，可能还有一个比较明确的定义，就是用机器生产，是不是？集中式生产，煤铁革命，是不是？到底什么是商法，大部分人对工业的理解还是比较陌生。

我有一个书的前言和结论，前言的部分我做的一点交代，我用了一位台湾法学院的学者，就是陈自强教授，他整理了一位欧洲法学家的看法，把商法分成了五个层次的定义。第一个层次是要有一个商法典；第二个层次是跟第三个层次比较接近，只是说商法典立法方式不一样，一个是德国式的，根据商人的主观主义而立的，以商人为中心的法律，这是比较德国式的；第三个层次是以商业行为为中心而立的，他说叫做客观主义。其实我也不太了解实质的内涵是什么，我对商法并没有任何的接触，很惭愧，可是这三种定义基本上都要有一个商业的法典，我相信这三个层次在中国，到晚清出现了公司法、票据法、商人律之前都是不存在的，这个很明确。



中国的粮食安全靠什么？
茅于軾、赵农著

第四层定义是有关于商法的一些法律学说、民法学说、商法学说，这些在明清中国就更没有了。可是有一个层次，从实证意义上理解商人跟商业关系的法律，这句话就非常值得推敲了，什么叫做从实证意义理解商人和商业关系的法律呢？我举一个自己粗浅理解的例子。比如



中国制度变迁的案例研究

说在民间的市场上，商人有合伙，有合伙的行为，可是这个合伙的行为，如果到了政府那里，或者说政府在处理一个合伙的商业纠纷的时候，政府有没有从实证上、从经验上，去把合伙行为反应的商人和商业的关系，纳入到他的审判的考虑，我觉得这是一个问题。

在我的这个报告或者说是我现在的研究里，我觉得这个层次，即我刚刚讲的最后这个层次——从实证上理解商人和商业关系的法律，在明清时期随着经济的发展有一些变化，可以说明清时期曾经出现过这一类的“商法”。可是如果你要问我结论，中国到底有没有商法？我的答案是，商法可能有，也可能没有，这就看你对商法的定义是什么了。如果按照我最后的定义，这个问题是可以讨论的。如果这个问题可以讨论的话，我们能够连带着对中国的法律和商业之间的关系有一个新的理解，在对中西之间进行有关商业法律比较的时候，也会有一些新的理解，这是我想要做的。

首先我们要了解，对于我们做明清中国经济史的人来说，明清中国的经济变化是很巨大的。吴承明先生给出了一个很好的概括，虽然宋代以来中国的商业已经有所发展，但是 16 世纪以后的中国经济有了一些更大的变化。此前许多明清史学者的研究，基本上是基于对中国资本主义萌芽问题的讨论，吴承明先生将长期以来的研究成果进行总结，并把明清经济变迁概括为六个层次。

第一个是押租制和永佃制的普及，导致土地经营权与所有权的分离，这是对生产者，特别是对农民的生产意愿有巨大的刺激和发展；

第二个是有关于短工和长工在法律上的人身自由的解放，导致雇佣制变革。这个问题我们有研究；

第三个是大商人资本的兴起；

第四个是海外贸易引发的世界白银大量流入中国，先是日本白银，然后是美洲白银；

第五个是包含了散工制的工厂手工业的发展，使得在城镇，例如苏州、松江、景德镇等等一些地方，城镇制造业出现了类似于欧洲农村手工业方式的发展，就是原形工业化的发展。城镇的加工业结合农村原料的提供和生产，包括棉布和丝绸，在城市里进行加工。而且更重要的是，这种放料式的生产是以长程贸易为导向的。

最后一条是随着一条鞭法逐渐普及中国，而更加确立的财政货币化。这是万明老师的专门研究，我们有大量的研究可以支撑吴承明先生的概括。

但是吴先生有一个结论，他认为前面的六个变化，的确是属于新的、不可逆的变化，但是在这个变化的同时，中国并没有出现具有类似西方那种保障私有产权和债权的商法，至少相对来说不如西方同时期在这方面的变化大。再加上满清入主中国，加强了专制统治，没有办法促进这六项经济变迁出现更有意义的发展。

概括来说，吴先生这样的看法，并不代表他个人而已，我相信现在这还是一个在历史学界、经济史学界非常主流的观点。在我看来，这是一种经济有变化、法律没有变化的二元格局，这便是我想要认识的辩论。我不认为这个观点是错的，但是如何在这个意义上拿捏轻重是我

们需要做的。

下面是吴承明先生团队的研究。在 16-18 世纪，一直到 19 世纪，明清长程贸易有四条大动脉构成，第一条是东西向的长江，特别是长江上游的打通，把四川、云南和长江中下游结合起来，出现了非常多重要的城镇，包括汉口（就是罗威廉教授所做的汉口），也包括现在我们越来越了解的重庆。第二条是南北向的，大运河接钱塘江，江西的信江、赣江，珠江，广州，这个南北贸易线有非常多的商业市镇的兴起和商人资本、货品的流动。第三条是沿海线，广州、漳州、福州、宁波到营口，在这条线上甚至出现了很多商人的船队，包括以上海为中心的沙船，他们还有自己的沙船会馆在浏河镇，浏河镇是当年郑和下西洋团队出口的地方，有一篇《浏河镇纪略》，还有一个小台湾街，很多的台湾的蔗糖和稻米会经过那个地方。

这些年来还有一些新的研究，特别是台北中研院的赖慧敏教授，把北京、张家口、库伦（现在蒙古国的首都乌兰巴托），一直到更北边的恰克图，在这条线上有大量中蒙和俄国的贸易在这里进行。所以这些长程贸易，构成了很多商人和资本流动。

按照学者的研究，下面的这条材料是明清资本主义萌芽以来最著名的材料之一，就是 16 世纪中国的富人排行榜。当时的两大商帮，南边是新安商人即徽州商人，北边是山西商人。这份材料是作为福建人的谢肇淛分析了他所看到了 16 世纪中国的大商人。谢肇淛认为，当时财富在一百万两级的才算是全国大商人，二三十万是中层商人。按照吴承明先生的研究，要成为全国级的富人的资产规模，16 世纪到 18 世纪由白银的百万两增加到千万两，到 18 世纪全国级的富人，资产要有上千万两，所以你可以看到这是资本量上一个很大的变化。这些不再多讲。

总之，我们可以看到这些明清经济上的变化。可是从晚清以来，我们都认为中国是一个缺乏能够支撑商业发展的法律的国家。最著名的商人郑观应，在 1890 年代有这样一个评论，中国只有刑律，没有民律、商律、报律等等，所以他的结论是国家非有商律，否则商务必不能旺，这是 1890 年代的评论。我相信到现在主流意见都认为这是事实，无论如何，这是我们面对的事实。

我要再次强调的是，我不认为这个观点全错，我只是想探讨我们应该怎样拿捏轻重。另外，当代的学者，例如范金民先生看了很多的材料，牙行和客商在 16 世纪以后从事了许多的长程贸易和商业，商业纠纷也随之增多，我们材料上也看到了很多。范金民先生做了研究，大部分的客商都是被迫去告官的。反过来问，如果在今天，不知道有没有商人动不动碰到一点债务纠纷马上打官司的？打官司的成本和事先调解，在这其中怎么样选择，我觉得这个也是我很好奇的问题。商人是不是非常乐意把他的诉讼告到法院上？这是值得研究的。相对来说，似乎我们觉得在一个现代的社会，商人不会被迫才告官，好像会主动欢喜地告官，把自己的债务纠纷告到法院那里去。

范金民先生对这一问题有这样的解释。为什么客商总是被迫告官？因为地方上有很多的中间商即牙行，他们通常是特权人士，和地方官有直接和间接的勾结，所以告他们也是没有用的，这是被迫的告官。这里面包含了两种形象，一种是没有法律，官员乱判；第二个是因为碰到冤屈在地方上告不动。那么明清时期有没有这样的现象？我认为有，但问题是我们应该如何整体评估这个问题。

下面我要举一些反例，我不是说反例就绝对有很大的意义，我只是说有这样的例子在，这是一个很有意思的例子。16 世纪的弘治《问刑条例》，禁止江西等处客商碰到负欠钱债等事情到北京打官司。这些江西商人碰到钱要不回来，就到北京打官司，这件事引起了北京的重视，而官方的做法是立法禁止，不是保护，而是禁止。

按照明代最著名的法律作家王肯堂的说法，这个法条在天顺年间就出现了。天顺年间在 15 世纪后半，还没到 16 世纪，这是一个条例，他觉得应该修法，他说不只是江西，他说要把这个法条对全国商人适用，不要把纠纷搞到北京来打。有关江西商人跑到北京打官司，被立法禁止的现象，如果看当时著名的地理学家王士性，就是徐霞客之前的著名地理学家，在《广志绎》中说江西商人打官司，其实是学来的。他学的是新安商人，新安商人在外面碰到乡里之讼等等便会集体打官司。这是 15 世纪的观察，我觉得非常有趣。

如果再把时间拉长一点，不是说要穷尽地举例子，只是说相对而言，中国那么大，那么多商人，那么多债务纠纷，到底多少债务纠纷变成了法律诉讼，我们其实很难知道。为什么现在很多学者对《巴县档案》感到有兴趣，因为这是一个丰富的宝库，提供了大量的商人打官司的资料在这里。我这里列的这一条是嘉庆十一年（1806），在重庆有关于一批在做瓷器业的浙江商人，捐款成立了一个列圣宫公所，就是浙江会馆，成立了公款管理委员会，因为帐务不清就控告了主事者。这个官司非常清楚，诉讼档案非常厚，从他们所在的巴县，打到了重庆府，一路告到了在成都的省级衙门。在这个过程中，我们可以看到重庆知府如何要求地方上的商人领袖——八省客长，会同浙江会馆的各棧司事的官员成员，再派出衙门里面的户房和工房的书役，大家把账本拿出来一块儿计算、核对，整个过程的记载非常详细。

在 1860 年，这样的案子我觉得不是特例，不是说浙江商人非常有办法才造成的结果，我相信这是一般对案子的处理，因为还有其他可以配合的证据，这个需要做研究。以上只是我个人的观察。所以，到底明清商人是不是经常打官司呢？我猜应该也不是经常打官司，可是这是不是因为官员乱判、客商告不动地方的势力？我个人是非常怀疑的，我们需要更多的案例研究。

下面我要讲的是，明清时期的商业有两条非常重要的法条，其实是不断地用在商业领域上的。第一个法条叫做“禁止把持”。这是从《唐律》延续下来的，最主要的精神是禁止强买强卖，换言之，你不可以抬高价格要人家一定买，然后你买的时候，也不可以低压人家的价格，所以你不能强买强卖。这是一个最基本的精神。

因此，你可以看到明清留下的资料中，各类商人在打官司的时候，经常会去告人家。他们告人家的罪名是什么？就是叫做“把持行市”，例如有一些人在市场上，不让我进去加入买卖，这是“把持行市”。比如在苏州修织机的人，加入了这个行业，就被一些行帮的人告了，这个人进行反告，他是怎么反告的呢？他就说这些行帮“把持行市”。地方官的处理方式是在这个过程中综合、均衡各方的利益。法律上禁止把持，没有任何人可以宣称独占市场，非要找他做。可是地方官又会考虑到小民生计，如果说这个行业有太多的竞争者会影响到既有的从业者的生存，官员会说还是要考虑一下小民生计。所以可以看到，双方商人或者是工人，在两边有各自的主张，一个主张是指控对方把持行市，应该禁止他这样做。另一方面是说，我们很可怜，我们是小民生计攸关。这是一个案例。

所以我觉得这是明清基本的商业法条，而不是说商法，只是说基本的商业的法条。还有一些

相关的文章，分析明清的市廛门“把持行市律”，这里有一些细节在不断发展，增加法条。如何维持朝贡贸易商的市场秩序，也是一样的精神，禁止强买强卖。另外是把持行市，后来在“律”不变的情况下，不断的增加“例”。这是第三、第三条例，简单来讲，都是禁止强买强卖。这是我用最简单方式来叙述的。

这是第五条例。我这里有一个比较专门的分析，我觉得这条例非常有趣，有趣在什么地方呢？一般牙行和客商之间相互控告的时候，客商就是外来的商人，他告牙行说，我带来一批货交给作为中间商的牙行帮我卖，他说卖掉了，可是货款收不回来，于是客商就去告官。地方官会说你们牙行太糟糕了，怎么能够欺负客商呢？地方官觉得这样是不对，大部分的判决都是这样，引一条“把持行市律”，这个律在里面加入了商业经营的不同的情况。为什么牙行帮助客商卖东西的时候拿不回来钱呢？因为有一些情况是因为第三方拿到货以后没有把钱给牙行，因此牙行拿不到钱，所以乾隆年间的例把这个精神加进来了，规定是牙行清欠控追之案。客商告牙行，说牙行欠他钱，要求把欠款追回来的案件分两种，一种是牙行存心骗客商，已经拿到钱，放在自己的口袋了，这是“诓骗本律”，要发行一千五百里、三千里等等。第二种情况若系「分散客店」牙行并无中饱者，则要从轻处分，虽然牙行也有责任要帮客商追回欠债，但却是按照刑度比较轻的“负欠私债律”治罪，并要求牙行帮助商人追回欠款。可以看到这个意义上，即前面所提到的在实证意义上理解商人和商业关系的法律，这个例子应该可代表。在解决商业诉讼的时候，不是重复政府的既有的理念，禁止把持，禁止强买强卖，如果怎么样，就怎么样，不是这样的。而是把实际的商业情况纳入法律的规定，将它们区分成两种情况，予以不同的法律对待，用不同的法条处理。所以我觉得这个意义上，成为一个我们可以讨论清代商法的基础，我都是在这个意义上说的。

第二个明清商业基本法的重要内容，除了禁止把持法条之外，就是有关牙行和埠头的规定。《大明律》颁布以后，朱元璋第一次把市场秩序交给牙行和埠头这些人，让他们来帮忙政府处理这些事情，希望维持一个比较公平的市场交易秩序。一般的中间商叫做牙行，在码头帮助管理的叫做埠头，他们都是涉及到地方市场秩序的负责人。我只是简化地讲，有多多的条文你可以去看。这些牙行和埠头一方面需要维持市场的交易安全，另一方面也希望能够收到一点税收，第三是希望能够保障商人在旅行上的安全，特别是埠头如果没有人登记，万一出现《乌篷记》里的情况，有人被谋财害命了怎么办？因此市场交易的安全也是需要保障的，埠头和牙行不全是起到单方面的限制作用。

有关埠头和牙行的法律，特别是牙行的法律，到了清代有非常多的相应的发展，开始落实在地方上如何管理这些牙行。这是律文，下面的第一条例，都是明代的，清代这个意义上做了一点小小的补充，使说明更精准。从第三条例开始，都是在规定，怎么样来编审牙行。这在清代有进一步的发展，你拿了牙帖，可是官府要考核你，你到底够不够资格来做这样一个行业，你是不是行使特权，会不会是在勒索商人，所以要解决这些问题。还有在落实上，到底编审牙行是用什么规则来编审和看待牙行，是地方知府、知县，还要布政司做。大清律例不断地有新条例颁布，户部则例也有很多的例文，你会看到越来越多的详细的规定。

修法律的过程中，乾隆五年下了一条圣旨，简单来说就是保护客商的财产，要打击特权的官牙。说的是各行牙行侵蚀客本、拖欠货银，地方官勾结或是放水，总之就是钱要不回来，在圣旨中把商人的冤屈讲了出来，并要求地方官严格整顿牙行，不能让特权人士做这个行业，欺负客商。如果发现这种事情，急行追帖，永著为例等等，这是中央政府做的。

而地方政府呢，我刚好看到江西的例子，非常有趣。乾隆十到二十年之间，江西有一些省级官员，设法让客商和牙行的债务纠纷得到保障和减少，推行了三联单，你做生意的时候，客商把货交给了牙行，你要有一个三联单，第一联写几月几号交多少东西给牙行，几月几号牙行把它卖给了第三商铺户，要有三联单，交易的时候纳税和盖章。将来出现了问题，就不会说这个不是我的错，是别人的，能够减低纠纷和证据调查的成本。这是江西省官员主动做的，现在我们看到了。

隔了十年之后又在江西发生了，他们开始说那条法律，因为有一些商人觉得去纳商税要高一点钱，就不去，所以等到发生纠纷的时候又造成了很多的麻烦。江西省的官员，我文章里也引了一些材料，官员就说南昌的知县前些年推一个办法，他说很好，这个南昌知府叫做積善，这个積知府主动出击，清查了上一年的税收，要查牙贴税，有没有按照交，没有交的话就证明财务有问题，所以就让地方官到牙行前面贴一张告示，宣布这家牙行去年没有交清牙帖税，让客商来的时候可以看到其有可能財務發生問題，因而可以減少受騙機會。江西的省級官员觉得这个办法非常好，应该把它推广到全省，再搭配原来的前面的三联单，希望搭配成一个体系，这是 18 世纪发生的，这是江西针对如何解决不肖牙行的问题进行法律上的调整。在这两个例子中，商业的基本法条有很多的演变，加入了一些东西，包括刚刚讲的，区别了不同的情况，把市场情形加入到法律中去，认真区分，甚至把三联单这样制度都带进来。

除此之外我自己做的比较多的是苏州、松江这些地方的商业诉讼。我前面讲了吴承明先生说的放料制生产的事情。这是 17 世纪，1659 年，有客商联名控告有人仿冒其商标，在控告过程中必须要争取地方官支持以解决他们的问题。針對遭人仿冒商标而受到商業損失，在状纸上應該要用什么样的理由才能争取地方官的支持？这在當時是個必須解決的難題，研究者不宜轻易带过。順治與康熙年間都有具體案例，商人在訴狀上強調棉布商人牌記商標何以十分重要：「上供朝廷之取辦，下便關津之稽查」，簡單說，保护商标，就意味着保护中央政府的税收；如果不保护商标，則將「上誤國課，下病商民」，不仅商人受害，地方政府也將因無法準時上繳商稅而要擔負連帶的行政責任。

商人狀紙強調的「事關恤商美政」，涉及明清商業政策如何轉變，学界對這類主題已有较多研究。如黄宗羲的「工商皆本」，即是著名的政策主張，並非他個人的空洞理念。为什么要強調「工商皆本」？16 世纪以后，一条鞭法实施以后出现一个大变化，在地方上看得非常清楚。很多的地方官和中央官员，开始要求我们必须改善商人的经商环境，他们用的理由不是为了商人，而是为了农民，为什么呢？因为他们分析有两个非常重要的理由。第一个，如果商人不来这个地方的话，当地的农民生产的粮食，经常不够吃，会造成粮食价格上涨，所以对于农民不利。第二个，如果说商人不到那个地方做生意的话，那么白银就不够，因为白银都是外地带来的，中国不产，所以通过商人把白银带到当地。当地老百姓大部分用的是铜钱，可是你交税的时候要用白银，所以用铜钱换成白银，每个地方的铜钱和白银有一个银钱比价问题。所以如果当地的白银总数量少的话，就会造成一个铜钱比价上升，原来一两白银换一千文铜钱，这个时候就要一千五百文才能够换到一两白银，交给政府的税同样是白银，可是要交的铜钱就变得更加了，这是伤害老百姓的。所以因为要避免伤到农民，必须要恤商，这是非常重要的原因。这是很多官员也都讲了。这个意义上的黄宗羲的“工商皆本”理论，不是来自于儒学内部，而是有它现实的环境。

1736 年，一个松江府的判决非常有趣，这个判决中是这样写的，苏州、松江等郡，布业甚火，但货有精粗，有高有低的，有卖窄的也有卖宽的，怎么办？商人都是各立字号以分别，

都要各自有字号，缝在布上面，都是靠这个。下面讲从前盛行之字号（类似于商标），可以租，可以顶，可以售卖，因此这个商标是有价值的。可是有一些射利之徒，并不自立字号，或以字音相同的名称作为自己的字号等等。因为这些原因，政府下令，苏州、松江两府不许假冒雷同，这在过去的地方上是有裁判的，虽然没有进入到大清律例。有客商窃冒字号招牌，这是松江府的判决，一律推广到松江府。

這條判決還有個什麼好玩的地方呢？提出控告的商人，其字号叫做“金三阳”，但如果有家字号取名“金山阳”，山坡地的“山”，不是一二三的「三」，則到底可不可以呢？过去这个问题可能存在争议，但这个判决告诉你，不行。为什么不行？因為判決書清楚寫道：「字音相同」或「音同字異」，兩者都不行，都受到司法判決的禁止。前几年看到當今台灣社會發生一个有趣案例，著名咖啡店 85℃ 告另一家咖啡店 85.1℃（北京可能也有 85℃，据说咖啡在 85 度的时候味道最好），在這個实际案例裏，台灣某些法官判決 85℃ 胜诉，主要理由是：因为 85.1℃ 商铺装潢颜色和店內摆设，甚至是卖的商品都让人容易以为自己來到 85℃ 消費，所以 85℃ 胜诉。可是，我們若進一步提個假設性問題：如果 85.1℃ 沒有採用 85℃ 店內裝潢所用的顏色，則使用 85.1℃ 這個商家名稱是不是就可以了呢？這或許也會成為一个问题吧？我不知道现在的商标法法官怎么判。可是这个意义上，1736 年这个判决我觉得挺有趣的，因为立法明文说了，音同字异，音字相同是不行的。这不是官员的发明，依照我来看的话，这种判决书是大量摘录了商人的状纸，状纸很多是讼师这些专门的人写的，透过官方的法律人的理解，认为官方法律支持的状况下，把商业的习惯拉到诉讼状里面，官员看了以后觉得有道理，就立法变成了成案，不是进入大清律例，然后推行到发生诉讼的地方。有一位法史学者欧中坦（Jonathan K. Ocko），有一篇文章说到从商业习惯到商业规则的过程。虽然明清中国没有商业法典和法条，但是这样一个过程是商业习惯到商业规则的过程，我觉得在这时应该成立的，蛮有道理的。

因此，在中国（并不是说全中国都是这样），16-19 世纪商业的发达，长程贸易和商业资本的扩大，很多的商人里面有很多团队陆续出来，出现很多的商业纠纷，有一些地方官必须要经常的处理这些。在某一些行业，某一些问题上也出现了这样的一些由商业习惯到商业规则的过程。尽管大清律例没有专门的商法的法条，但是这个过程特别值得我们大家注意，这是明清中国 16-19 世纪实际发生的事情。

前面讲了江西的例子，还提及江苏苏州、松江的例子。再从另一層次看，比如王有孚，他是當時很值得看重的一位师爷，很有学问，和那些為了展现自己法律素养高超而经常骂讼师的師爺不同，王有孚把讼师地位抬得很高，強調讼师和讼棍不一样，訟師是帮助老百姓排忧解难的重要職業，不能一律視為對民眾造成損害的訟棍。

王有孚在分享他当师爷的经验时提到，大清律例是天下通行的国家法律，全国应该一体遵办，但「省例」是「外省申详事件，酌定章程，各就一省而言」，而且南北的省例都不一样，以他的经历来说，大概而言，「江苏省例尤为斟酌得宜，可以防弊，且可以便民」。在他看来江苏的办法大部分是好办法，大部分值得参考，这是一个 18 世纪很有经验的人说的事情。

这是很粗浅的关于清代的省例统计，我也有放在维基百科，跟几位博士在台湾做的，在维基百科和百度百科都可以查到。我们列了表，不同的版本，以及收藏的情况都有。欢迎大家上去共笔，可以修改和增添。现在学界也有一些研究，大家有兴趣可自行參看。如复旦大学法

学院的王志强就以省例研究名家，他原来做《清明集》，后来博士论文专门研究省例。

省例中有一个问题值得我们考虑，配合王有孚所讲，每个地方有不同的人情和不同的社会经济结构，可是法律已经定出来了，因此，全国通行的法律和地方风俗之间是什么样的关系？有经验的幕友会认为这是一个复杂的互动关系。不是只要是风俗就应该禁掉，因为风俗怎么能够和国家法律相比，这很符合现在立法研究的精神，也符合相关的幕友看问题。读律很难，但是还不够难，最难的是善体人情，你要了解你做官地方的风俗是什么，必须要虚心提问，必须要随时调节，然后附以律例。所以法和礼俗之间应该有一个良性的互动关系，如果可以做，才能够帮助你的老板官升得助，自己做师爷幕友的名声就可以水涨船高「幕望自隆」，如果只是「一味我行我法」，自以为是严格遵守国家法律，但其实在地方上反而是做不好事情的。这是有素养的幕友自己的经验之谈。

下面我举这个例子，因为时间有限，稍稍快一点，我有专门的文章写这件事，这是有关于省例当中的当铺染坊的过失的例子。简单来讲，当时的老百姓或是商人会把他大量的棉花存在当铺里面，可能就是抵押或者是借款等，当铺也不是我们以为就是当棉被和衣服的，还有棉花，在法条里可以看到，很有趣。当你把东西当在里面，结果当铺失火了，东西被烧掉了，或者是被抢劫了，到底该怎么赔偿呢？因为当铺的原则是你拿东西来抵押，那个东西是你的，半年、一年之间你回来赎，当铺并不拥有所有权，而是典当在那里，可是东西被烧掉了，被偷掉了，应该谁赔？一个最简单的反应，当然是当铺赔，可是偏偏 18 世纪，在很多的省份，我们都看到了官员在讨论这件事。

真的应该由当铺来赔吗？当铺如果也是受害者呢？应该怎么办？或者说当铺有责任，而不是简单的受害者？所以法条开始出现了改变。江苏还没有材料，江苏基本上应该不会晚于浙江，浙江的例子是乾隆 11 年发生，发生了这样的案子以后，你可以看到浙江省的省级官员之间，布政使、按察使和浙江巡抚的态度不一样，一派是无论当铺有没有钱都要他赔，另外一派认为当铺也是受害者，如果让他赔说不过去，而且可能也赔不了，还有一点，当铺在当地不断地照顾小老百姓，对社会是有贡献的。所以你要让他赔，他财产烧光了，让他赔不是让他破产吗？地方要不要当铺解决小老百姓的问题，两派意见争论得非常厉害。最后浙江确定了一条省例，基本上如果没有过失的就不要当铺赔，怎么知道有没有过失呢？有过失的情况，如果火是从你们家直接烧起来的，这叫做自行失火，你就有过失，赔一半，因为你也不是故意的，过失不是故意，应照顾而未能照顾。这是唐律里来的法条，唐律是有过失的法条的。

第二种情况是你没有过失，什么情况下没有过失呢？邻火沿烧，这个你没有过失，就不用赔，有过失就赔一半。这是乾隆 11 年，你可以看到在湖南、浙江，都在乾隆 20 年代发生了类似的事情。湖南的情况，真的是非常的激烈，地方官有的时候会碰到什么情况呢？老百姓包围县衙门，说我们的东西放在当铺被失火烧掉了，围着县衙门抗议，为什么抗议，因为他们倾向于当铺没有过失就不要赔了，老百姓觉得我自认倒霉，就包围县衙，这么激烈的情况下，地方官援引浙江两省的省例，区分邻火延烧和抢劫不一样，人家强盗进来拿着刀，你要钱要命，还有就是小偷，区分了这两种情况，自己失货，和窃贼不一样。如果是前一种情况，缘非得以，拒免勒赔，如果另外一种，该当铺防范不至，怎么做呢？赔半价，这非常清楚，从乾隆十几年，到二十几年，江苏、浙江、湖南、江西就是这么发展的，看得非常清楚。除了当铺之外也适用到染坊，就是帮助老百姓染布等。江西省例也写得非常清楚。

中央比地方慢了大半拍，这个例子上非常清楚。中央在乾隆 37 年，第一次把当铺失火的案

例编到大清律例「失火门」里，要注意中央政府立法是將其編在「失火门」而不是有關商業的條文章節，但地方省例便是放在戶律編的“費用受寄財產”門。「費用受寄財產」是沿用唐律的名稱，大意是指別人把財產託放在你那邊，結果你把它花掉，或者是說沒有照顧好而致使牲口死了，這即構成“費用受寄財產”罪刑。清代中央政府將當舖失火新頒法條放在失火里面，而不是編入「費用受寄財產」，因而相比而言，其商業味道便不如省例顯著。同時，乾隆 37 年中央政府頒訂這條例文時，其賠償辦法顯得非常「大而化之」，一律賠 70%，並不像前面提及許多省例區分了「自行失火」與「鄰火延燒」的不同範疇。

到了乾隆 41 年，四年以後，兩江總督奏請建議中央修法，委婉地向中央表達：江蘇、安徽、江西在立法處理當舖失火案件時，都是區分自行失火和鄰火延燒，而且這些省例相關條文也都曾經過「戶部議覆」之後才「通行各省」，簡單說，這些省例都是經中央核可，只是沒有編到大清律例里；兩相比較，這些省例要比大清律例有關一律按照 70% 的賠償通例，「似屬周詳」，兩江總督委婉批評了中央法律這方面的立法缺失。中央經過討論以後，因而製訂了乾隆 42 年新例，開始區分「自行失火」和「鄰火延燒」的不同賠償範疇。只是，不知何故，中央立法最後還是不願完全按照地方省例的具體辦法，把「自行失火」那些有過失責任的當舖，按照典當物品的性質與規模，一般衣服和棉被就賠 50%，若係大宗商品的棉花和銅鐵就賠 30%。如果沒有過失責任，是屬於「鄰火延燒」，則一樣依據典當物品的性質與規模，分別按照 40% 或是 24% 予以賠償典當物品的民眾，這就成為大清律例的定例，並且此條例文也由原先的「失火門」移到了「費用受寄財產門」。

最後是結論的這張表格，這個表是一位社會學家柯林斯 (Randall Collins) 的概括，用以綜合韋伯有關西方近代理性資本主義的理論。韋伯的學術心靈十分細緻而複雜，在這個表裏，柯林斯將韋伯的分析，分成了最左邊的「基本要素」，包含了企業、科技、自由勞動、自由市場；然後是左邊第二個「中間條件」，包括可預測計算的法，還有最著名的「入世而又禁欲」的新教倫理；再過來是「背景條件」，包含了官僚國家和公民權；最右邊則是「深層條件」，包含了識字率，交通和通訊工作，書寫和記賬能力等等。我們要考慮的是商業法律的問題，在這個考慮的範式中至少牽扯到兩點，第一點是最左邊的所有的自由市場的問題，不受限制的市場，哪有市場是完全的，這是關公面前耍大刀，哪有完全不受任何限制的市場，這是相對來說，不受限制的市場如何界定和理解，在中國又是什麼樣的情況，值得我們考慮。

“禁止把持”，看起來當然是一個自由市場，基本精神是禁止把持的，可是落實到社會性上，就有小民生計這樣的因素。另外，可預測計算的法，這個意義上來說，前面我們講過的例子，包含了蘇州和松江的商標涉案，如何從商業習慣變成了商業規則，也包含了當舖和染坊的過失賠償責任的問題。為什麼在這個意義上說，我們不能說這是一個可預測計算的法，可以說數量很少，我們可以繼續探討這個問題，對我們來講，這個範圍是有用的，這個有用不是說照套，而是說我們可以把一個複雜的社會經濟結構變動的 problem，一個原來不需要討論的，中國當然沒有資本主義，當然沒有理性資本主義這樣一個命題，回到一個更普通的層面上去做更多的檢驗。這件事我認為我還是有興趣繼續做，如果我繼續做，我肯定要繼續做巴縣檔案，我會在這個範式下繼續想相關的問題。

回到我前面，商法是一個全球比較問題。我們講中國有沒有商法，問的是一個歐洲史的問題，這是無可避免的，我們不可能繞過去這個問題，可是問題是在英國、歐洲，這種商法的问题或者是回到更本質性的，經濟和法律之間的因果關係，我們到底知道一個什麼程度。是那麼簡單嗎？他們可能是 16 世紀，18 世紀，19 世紀因為有一些商業法律或者是說更好的

私法，因此他的法律和经济之间是一个促进的关系，是一个相辅相成的关系，意大利、安特卫普、荷兰、英国、美国真的是这样吗？这些东西是同步的吗？

这里举一个欧洲法律社会学一本书里面的导论，G. R. Rubin 與 David Sugarman 针对欧美相关历史的经济和法律之间关系的研究成果做了評論，他們認為：律师、史学家和社会学对于法律有助于商业交易获得安全与确定性这种必不可少的角色，都经常视为不证自明的道理，他們不以為然，認為在西方和欧洲的事实真相其實远為复杂。他們引用美国著名法律社会学者費里德曼的看法，認為美国的商业法律其實 **too unknown**，太过于费解难明，对于律师以外的人来讲费解难明，在市场运作上其實并没有太多的直接效果；同時，英国法律和商业惯例之間的关系，也一直缺乏坚实的可靠的实证分析。这些欧洲学者看待西方「商法」與經濟發展之間问题的时候，並沒有像我們中国人那么「理所当然」，此中差異值得省思。

他接着讲，法律到底是如何实际使用，为何？何种程度，到底由谁来使用法律，这些问题从这些人角度来看，在欧洲和英国，在美国，在当时来看，实证材料是薄弱的。认真讲，你要看这个实际运用的过程中，法律是有哪些相关的执行机构和管理者，以及经济上的实力者和利益团体，执业团队，包括律师和会计师，要把这些东西进行一个综合性的考虑，看看他们如何实际进行调停和斡旋，应该不是因为有了商法典，无论哪一部类型的商法典，就当然能够促进经济。

纵观中国，只有刑律，没有民律和商律，所以随意判断，商民负屈甚多，国家非有商律，否则商务必不能旺，商律相关还有一套落实的机制，不是唯法条机制就可以完成的，大家都知道这件事，进行历史对照和比较的时候，很容易单一化和片面化。

最后我引一段很有趣的材料，现在为止大部分人不熟悉，这篇文献到现在没有中文翻译，非常可惜，1882 年发表在 **China Mail** 当时一系列的好几篇英文文章，总标题叫做影响中国人的商業法律，特别重视谈合伙登记和破产法。举个例子，文章一位作者认为，清代中国有關合伙的商業習慣，在司法实践上似乎更像法国情形，而與英国差異較大，他在文章裏有很多具体讨论。

回到我们关心的，我翻译成了两段，这是 1882 年的话，郑观应是 1890 年，他比郑观应讲得还早，他认为中国没有成文商业法典，就认为中国没有任何商法，这是种常见的错误认识，要是没有近代法律注释家的论述，我们也可能误以为英国根本没有普通法。他认为因为没有这样的法律注释家论述商业上，前面我们讲的商法定义当中的其中一种，因为没有商法学说就说中国没有商法，他认为是不成立的。在大清律例之外还有中央政府颁布的诏令通行，我看到这一段就想到乾隆五年的圣旨，要保护客本的圣旨，还有通行，包含了户部颁发的，有省级官员通过户部认可的，还有地方的省级法官针对商法相关问题做成的不少的裁决，还包含我前面讲的苏松商标的讼案，地方上的陈案。

作者说这些命令，律案，都是由各地的刑民律友和其他重要的内陆官员掌握的，尽管中国各个省有不同的贸易习惯，可是对于熟悉商业法律领域的人而言，这些涉及商业问题的法律合集，仍然可以提供很好的保护，让种种商业贸易习惯在审判过程中经常得到尊重，今天为止这都是非常少的少数意见。对我们中国人来说太陌生了，现在不是说要把它发扬光大，增加民族自信心，不是这个意义，而是说他为什么这样看，是乱说吗？我看他只是还说了一半故事，另外一半故事没有说。为什么这些商业贸易习惯能够经常得到尊重，而不是来自于法律

的面向，还来自于各地的商业团队的集体努力，各地的会馆和公所甚至是一些宗教团体，透过自己的集体努力，使得不断的游说地方政府来把他们的商业习惯，若干程度的化为了商业规则。我觉得这个层次不只是因为来自于法律，也来自于商人团体的努力。

以上，我作一点简单的介绍，我觉得我们确实需要更多的案例的研究，因为我会碰到一些批评，我熟悉的一些做明清经济史的，会跟我说苏州是一个例外，这个意义上来讲，我特别想要做重庆。如果可以把重庆讲得很清楚，就是再告诉我重庆也是一个例外，也没关系。以上请大家指教，谢谢。

盛洪：邱澎生教授的演讲内容非常丰富，让我知道了以前我不知道的一些很有趣的故事和现象。比如刚刚讲的省例，我们过去可能只有社会和政府的两分法，中国这样一个大国，其实是多分法，大概还有府例和县例，还有户部。我觉得这是很有意思的事情，而且这是一个由地方，由特殊到一般，逐渐的走向更大的行政范围和司法范围的发展过程。而且，我猜想可能有一大块邱教授涉及不了的，就是在这些商人打官司之前怎么办？我不知道，大概也有，我看邱教授有一些论文中也提到了商人之间的谈判，以及他们的自治行为等等，这个逻辑就其实比较清楚了。

邱教授想讲的问题在我看来，是用另外一种视角和另外一种思维方式重新解释传统中国的社会规则，不说法律，也不说理性，在我看来就是普通法的角度。那么，还有一个角度，算是认识论角度，就是说经验案例的司法秩序的角度，如果从这个角度来思考这个问题，来看待这个问题，描述这个问题，我觉得邱教授提出的这个问题，也许可以不讨论。

为什么？因为这些问题实际上从另外一个角度提出来的，这个提法和这个角度的错误有关，比如说郑官应的判断，那个判断不可以当做一个严谨的判断来看待。因为这是一个人非常激愤时说的话，不可认为是严谨的判断。中国如此之大，用一两句话判断也是有问题的。但是这样的判断，包括这个判断形成的所谓主流意见，其实使人们陷入了泥沼，他们在里面挣扎，他们被束缚了，他们想挣脱他。如果你认为这样判断就是思维方法的错误，或者是法律体系本身视角的错误，那么这个问题就不存在了。所以我觉得可能我们不需要花更多的功夫在这样的泥潭里挣扎，也许这个泥潭本来是不存在的。这是我的感受。

反过来讲，刚才邱教授讲了很多的反例，一个反例就可以推翻一个全称判断。最后很有意思，有人说苏州只是特例，邱教授要做重庆或其它地方的研究，以证明这种情况的普遍性。我觉得也不必，因为反例也不能用全称判断。我觉得这个最简单了，你说我没有研究中国，我研究苏州，我在研究某一个村呢。我觉得这可能是我认为的正确态度。就是说你有这个局部材料，就得出局部结论就够了。无数个局部结论会逐渐形成一个全称判断，这是一种正常的思维方法。如果你说一定要研究出整个中国是什么样的，我觉得这个相对比较困难。

邱教授对中国有没有民法和商法的讨论，我觉得这是很有意思的事情，其实这个问题也不是问题，因为英国就没有民法和商法，英国人并没有证明他们有民法，他们只说我们的普通法比民法还好，这是英国的普通法杰出人士早说过的，我记得福蒂斯丘讲过这句话，他说我们的普通法比民法好，他说的民法可能是指罗马法的民法，英国人没有那么多负担，就是说我这个普通法很好。核心问题不在于有这个名称，而是说你这个社会是否解决了这个问题，是否使商业能有一个很好的纠纷解决办法，与老百姓之间冲突有一个好的解决方法。甚至都没有法律，不用法律解决冲突，这样的社会治理模式和社会秩序不是更好吗？这是我的一个角

度。

今天我们请了三位大家，一个是宏观法律经济研究所梁治平，治平教授应该说是中国法律史第一人，治平教授有一本书，就是《清代习惯法》，有很多的研究，这个方面应该是先驱，很令人钦佩。还有一位是万明教授，社科院历史所，熟知明史，还有就是汪洋教授，应该说是我国研究罗马法排在前面的人。

下面是不是先请梁治平教授做一个评论，大家欢迎。



梁治平：谢谢盛洪、曙光，天则所邀请我来参加这样一个报告会，我听说邱澎生来讲，我觉得一定要来，这是非常好的学习机会，好像浙大出版社出版了你的一本书。

邱澎生：2008 年的台湾版。

梁治平：那个台湾版放在浙大出的，我还没有看到这本书，这本书我是知道的，就是没有机会去阅读。但是我知道邱澎生教授这么多年来在这个领域做了大量的细致研究。今天的报告其实也给我们一种展示，现在只有一个小时的时间，他这里涉及的问题，我觉得是特别能激发人的思考的报告方式，在中层的层面上，一个方面非常具体的事例，律例，还有条文，复杂的体系，还有省例，判决和案件，还有非常细致的个案的各种分析，最后还有理论上的很重要的思考，而这些思考。

我之前读了邱澎生教授的一篇文章，我也想到了类似的问题，比如说关于经济 and 法律的假定，我们讨论商法问题，很容易陷入假定，邱澎生教授在后面专门提出了这个问题，这个假定是我们往往没有意识到的。我们觉得中国还没有商法这件事非常重要，我们认为它有重要性，然后再讨论和研究的时候会有假定，我们认为经济和法律之间的关系，商法和商业，商法和商业经济之间的互动的紧密联系，我们认为不出问题，但是这些可能是问题。

进一步再往后推，就是说有一种法律核心的关键性的地位和角色，当然从韦伯来，至少是加

强的问题。刚刚也讲到了韦伯的复杂性，这个方面除了法律还有经济伦理，这是韦伯一个很重要的贡献，但是我们讲法律问题的時候，往往把法律放在特别中心的位置上，这样的假定，很可能碍于我们去做好研究，我们如何理解中国社会几百年，上千年时间里的经济样态，成长的过程，如何去理解，反过来到下面一直延续到经济发展和发展的关联，都有可能涉及到这样一个层面的思考，所以我觉得这个报告非常的有启发性，非常能激发我们的思考，不是拘泥于很琐细的史料的分析，或者是说满足于我提出来这些史料和判断不一样。

而且这个史料都是卓有实据，有一种非常审慎的态度，一开始就讲到了商法打引号，我发表了一篇文章，讨论了民法的问题，民法和商法的问题在中国太像了。最后我可能会说一点我的一个基本的想法，不是说民法概念不能用，但是在我们用的时候，其实是要打引号的，不光在字面上打引号，甚至是研究和思考中要打引号的。这样才是一种审慎的态度，这些概念不能简单的推到这些地方，而是应该分析它里面的复杂涵义，包括了我们怎么样去使用这个概念，某一个特定语境中，这个概念具有什么样的涵义，让我们发现什么，否则的话想当然的推出去，会造成高度的混乱，或者是说研究者没有自觉，然后会下一些很武断的判断，我觉得在邱澎生教授的研究里都注意到了。

我讲几个比较具体的问题，包括邱澎生的报告和盛洪做的一点点评论性意见，涉及到几个点。这几点我想提一下，一个是我们特别不是研究法律史的人，涉及到这个理论，涉及到这个知识会把它简单化，假定一个比较二元的，有一个国家的法典，另外是民间习惯，这个确实是过于简单的一个对历史的了解或者是说判断。其实，中国社会过去的法律的样态是及其复杂的，及其多样和多元的，另外一个方面，它又有相当高的一致性，我说多样和多元是官府角度来讲，从判决到法典化，中间有很多的层次，比如说有律典，会典，礼典，各部的责令之类的东西，还有中央的呈案编辑材料，数非常庞大，各种各样的，这是中央的层面。地方是省例，还有地方的管理模式和方式，一直到具体的判案，而且相当大的数量，比如说词讼这个部分是处理民商事部分的数量非常庞大，就是在基层和州县这一层处理这样的案件。一旦变成了一个官方的判断，这个意义上，广义上就是国家的法律，当然了，它的形态也不一样。所以官府这一块很庞杂，很多层，很多样，之间也会有矛盾和各种各样的关联。

民间的部分也是更为庞杂了，说习惯，其实习惯有很多种，不光是说在经济方面有各种各样的习惯，可能还有经济之外的习惯，还有比如说家族方面的习惯，也有可能和社会规范，经济规则，家族规则融合在一起，还有宗族性的，行帮的，秘密会社的，地域性等等各种各样的，所以是非常庞杂的。

很多年前我一篇文章讲中国历史上的民间法，副题是论中国历史上的多元复合结构，但是也有相当高的统一性，我们看欧洲的法律发展的地方习惯，地方性特别强。中国当然也有地方性，十里不同风，百里不同俗，但是另外一个方面有大量的所谓的格式性的类书和统一国家的法律等，很多的一致性的东西在社会广泛流传，而且没有间断，流传很多年，所以相比于欧洲有很高的统一性。最后就是所有诉讼纠纷，总有一个渠道，都可以通过官府来审断，官府的审断也可以一直通上去。所以这个意义上造成的某种通行性和统一性，又是比欧洲的习惯法，有一种非常强的统一性。所以我觉得这是一个中国的样态。这是一点看法。

另外刚刚讲到了郑观应，我读邱澎生的文章的时候，我有一个设想或者是说猜想，我觉得特别有意思的是邱澎生提到了这个文章的话的出处，在《盛世危言》里是最早的版本出现的，之前的版本都没有，并不是说之前是简略的，后来很丰富，之前十几卷，都没有这个话。为

什么 1900 年才出现这个东西，我想这些人，他们对事情的判断，也是在一个吸收知识过程中受到社会思潮的影响，这个影响促成了中国没有商法，没有民法。因为没有商法，没有民法所以出现了很多的问题，中国需要制定，这是中国近代法律改革的认识过程。

很有可能这个话是后来加上去的，也有可能是我的猜测，这些话重要不重要，只是看我们的判断，如果我们拘泥于这样的话做很机械的理解，去求证是真的还是假的，可能意义不是特别大。但是我觉得，后面出了很多的东西，如果换一个角度，这些问题也是很值得去讨论的，至少作为一些有用的材料，还是很有价值的。也可以反映出一代中国人在那个时代的看法，这些看法一旦形成了，它不光是中国人自己形成的，一定程度上也是西方人帮助中国人形成的，而为中国人所接受的，那么一旦形成以后，其实一直影响到今天。像刚刚报告里讲的，很多人比较简化了，把这些问题都简单化了，中国首先经济是不行的，经济上的价值也都是不益于保护的，利益也是随意践踏的，因为中国没有这个法，没有那个法。就是很简化的，包括在今天，我们要有这个东西的话我们就改善了，其实这个里面也有很多的误区。

对历史的讨论，回过头来看，其实帮助我们认识现在的很多东西，至于说刚刚提到了英国也没有民法和商法，我觉得这个层面不太一样。如果说他们讲是完全比较技术性的，相对于大陆法系意义上来说没有商法，甚至是说没有公法，为什么？因为不是按照公法和私法来分的。当然英国毫无疑问实质性意义上有完备的商法，为什么说英国没有商法呢，因为有普通法，也没有公法，也没有行政法，都是用普通法出来。16 世纪、17 世纪，有一个人就是英国商法之父，他很好的在海商法上有所发明，有很重要的法律，法学官去做这样一个工作，英国的商人还是什么都有法律的保护。所以这个意义上讲没有商法，行政法，民法，但是实际上这个功能都是有的。

我同意邱澎生讲的，就是一个社会里重要的生活是不是实现了某一些价值，社会秩序是不是比较完善，这些社会秩序里面的要素是什么，这个才是重要的，并不是说一定要符合某一个定义的法，没有那个东西，那么这个社会的生活，就都无以为继，都不存在，我非常同意。而且这也是我自己很想强调的一个方面，就是说我们去研究，我们去看中国法、看中国社会的时候，最重要的是看这些东西。所以我觉得，邱教授其实给我们很多可做进一步研究的工作，这个领域可能要不断的开拓去做。

所以，我自己提出几个问题，第一个，关于提问的方式，好像就是说中国有没有商法，刚刚我说了，中国有没有民法，这种问题都是可以提出来的，但是这种提法里面，包含了一些危险，很容易说有一些人说没有，这是很强的一种判断，而且是很多年形成的一些东西，中国没有民法，中国只有刑法，刑法就是专制的工具，当然中国也没有商法。那么反过来就是另外一些，中国有商法，中国有民法，然后就找到一些史料，然后大家会就这些事情进行争论和讨论。但是我觉得这是比较浅层的，也比较危险的，意义不是太大的一种尝试和努力。

重要的是什么，我们能看到的是像郑观应说的，多位在于律，你有商事规定也好，处理也好，大部分法律里没有，无论怎么叫，叫做会典也好，很少，如果拿出来，搜集起来，发现很不完整，也不系统，和西方的商律和商法一比较，民法和民商法就显得非常的单薄，非常的零碎。所以做一个基本的判断，也没有错，这是一个现象。但是问题是什么，我们不是说去论证说有，然后去说我们不是空白的，而是说我们应该去认识，我觉得中国一个入手点是中国有没有这种社会生活，中国的社会生活是不是很丰富，中国的社会经济是不是有很多我们后来各种研究者，大家都承认的，看到的那些表现。各种各样的经济的表现，我们发现，有，但

是问题是，包括报告里面也讲了，经济有大的发展，法律没有调整，这样一些判断。

中国有这些东西，甚至我们不用打引号，比如说经济，或者说经济现象，没有打引号，大家也不太会产生一些争论的现象，包括工业等等。我们就要说这些活动在什么样的一个制度架构里面进行的，这个制度架构如何被我们描绘，比如说涉及到法律。严复那个时候说西方的法包括了中国的理、法、礼、制，包含这些很多的成分，西方用法来调整的东西，在我们这里是一个很综合的东西。我们的规则的体系，相关的知识的样态，各种各样的范畴和概念，还有使用这些知识去处理这些事务的各种手段，到底是什么东西，我们是不是需要描绘出来，描绘出来的时候要发现是不是需要恰当的概念，也许有一些概念是合适的，也许有一些概念很难把它说出来，特别是我们现代人做研究，要用西方的概念。

现代流行的各种概念，比如说商法，民法，所有权，我们用这些概念，其实上次讨论了，也说了，一用这些概念很可能把太多的东西带进去，就出问题了。你要意识到有问题，但是你不能完全用传统的东西，也不加解释就用那个概念，别人也不明白，所以要用不同的概念和知识中做一些互动和沟通，来明白，来描述出那个样态，所以我觉得这是一个前景非常广阔的研究图像。我觉得还需要更进一步，不但要说出来，描述出来，还需要了解为什么是这样的。比如说郑观应说这句话很少见于律，我们说民法也有类似的情况，就是中西文化，中西法律，中西社会构成确实有很大的差别。这种差别不光是表现在这个上面，还表现在了发展的势头。过去中国，现在讲的《大分流》也好，一直到 18 世纪中叶以前，中国经济的总量和经济的表现也好，都是在世界上是很领先的，为什么后来，为什么西方成为突破传统，然后变成了一个全球化的动力。

把世界纳入到了过去五百年中所创造的那些知识和制度中去，是有原因的，他的那套制度，就是往这个方向走，当然他突破有偶然性，但是往这个方向走。可是中国这个制度，因为政治的原因，研究中国的资本主义萌芽，这是一个意识形态的标签，大家做了很多这样的工作，像吴承明他们大量做了经济史的研究，搜集了很多的史料，也研究了很多的问题。其实中国的制度条件和文化条件，我个人的看法，可能就不是要去突破这个传统的东西了，至少我们看不出来要突破这个东西，所以这是有差别的，我们就要问到后面的原因是什么。

我觉得在这个报告里面，邱澎生给了我很多材料，比如讲到了商法的五个面向，或者说五个着眼点，最后变成了一个实态化的商法，有商业性的活动，也有被称之为商人的人，也有相关的规则，称之为法律的规则来调试这些东西，规范这些活动。这个意义上毫无疑问中国是有的。但是，法典，学说的等等一概没有，这个现象本身就非常的说明问题了。一个方面说中国不是因为没有西方意义上的商法就是空白，另外一个方面，他那一套东西，规范体系，规则体系，确实有自己的一套东西，为什么这样？这个对商业，商人生活在里面什么样的感受。郑观应也有丰富的商业经验，为什么商人很不满，近带定商法的时候，商人集团，商人的商会参与很多，专门有一本书提了很多的立法理由。中国的商人，过去也确实受到很多的官府的欺凌或者是忽视和漠视，这也是很多的，另外一个方面，商人争自己的利益，也是不遗余力的，这些现象都有。

所以，中国状态也不一定是一个比较令人满意的状态。但是，它和那个时候的社会经济发展有很密切的互动，也会为各种各样的理由，就他关心的架构里面，就地方风俗习惯，满足商人的要求，给出一种为你做主，要有一个公正，包括不能强买强卖好市场秩序等等。我觉得资源很丰富，而且自有一套意识形态，比如说国法、天理、人情，人情是大家的，自然的和

事实的样态。实际生活，不会因为光讲圣贤之道，不顾及这个部分，他认为这个东西是通的，这是中国自己有一套，在他的系统里很好的容纳这个东西，但是另外一个方面有他的局限性。比如说为什么中国没有布莱克斯通，这个人在西方很多，在中国有幕友，有讼师和独立的官员和法律某种意义上可以分享共同理念和知识的群体，但是我们这里有没有像布莱克斯通这样的人，我们有能力做出这样的贡献的群体，在这个文化的定义中，社会的定位中不承担这种从大量的系统，整理民间的各种习惯，然后把它整理成学说。我们没有这样的，我们有律学家，关于怎么样实施法律，法律的各个字眼什么涵义，怎么运用，体恤圣人意思等等，有一整套的学说和理论，这个方面就没有了。

也顺便说一下，其实我在清代的习惯法里面有一个最后的发现，我也讲我们的社会，这种社会生活，普通的，古罗马的，中世纪的，近代西方和中国古代的，直接看他们的相关性很多，比如说有一块土地，定一个契约，做一个交易，然后有纠纷了，我们去打官司，拿出证据，这些东西都有，很容易沟通。但是在西方从古罗马开始，就从这个里面作为一个资源不断的去梳理和整理，然后出来各种学说，然后在学说里面就变成了自主系统，这个学说一代一代的发展下来，不断的体系化和抽象化，一个近代。

但是在中国没有。我们的知识群体没有这个功能，他有功能，有治国的功能，治国也包括体恤民情，包括了主持社会的公正，包括满足这个国家的秩序的要求等等，也包括把一些民间的东西吸纳进来，像刚刚说的，一个很智慧的，富有经验的，有正义感的读书人也会考虑这个东西，但是这个群体不做这个目标。所以这个意义我觉得至少有一个打引号的断裂，这个知识之间的断裂。把知识转化成那个限度里面的，限制在那，他转化成他认为重要的事情，有道德的，法律的，指挥秩序的，都有，但是不让它发展起来，所以我认为有一个断裂。另外一个方面，作为一个统一体，而且让社会生活能够延续下来，是有合作的。虽然国家没有规定这些东西，但是，民间是有很多的东西能够发展起来，而且发展起来的时候，这两种知识在接触的时候，也会在一定程度里容纳进来，吸纳进来。

其实有很多的东西，比如说我们可以想象中国历史上的典、卖等很多的基本经济形式后来变成法律形式，我相信都是经济的社会演变在先，包括社会内部产生的那个规则秩序在先，产生官府确定，官府确定下来以后推广，然后根据社会的变化去进行修改和调整这样的过程。刑律里面也是这样的。刚刚报告里面也谈到了当铺失火等等之类很多这样的事情。如果商民力争，很多意义上都会变成一个让官府接受的动力，因为我觉得刚刚邱澎生讲的很对，他说另外一半是商民对自己利益的维护和争取。

我也引过一小段史料，好像是北京的地方官在判案的时候，我行我法，我不管你地方的习俗惯例和规则来判，你就不用消停了，会天天来找你，一个案子不停的来弄，最后会应接不暇，这是一个很强的动力。当时北京城里面所有的东西，不是由官府规定就是民间自己形成的，比如说码头，送水的，挑大粪的，码头的工人，谁的活，谁接，什么帮，都是划得清清楚楚。像过去的用水一样各种各样的东西，如果官府不造这个，社会生活会发生混乱。所以这个里面就是说各种各样的因素，使得他能够在这个社会秩序的架构里面来解决这个问题。

当然我们也看到了比如说关于牙行、埠头，也可以看到官府对社会控制很多是通过代理人，其实很多的做法，今天也是这样的。比如说过去的 13 行，广东十三行，外国人不许直接和内地的人民交通和沟通，包括学语言，我通过十三行，也都是富裕的绅商来负责，你们有问题的话，你们去报官，洋人不能见官，这是很传统的控制方式。牙行也是有一点像，只不过

是内部的，这样的话就有很强的社会控制手段，而且都有规定，他认为这些东西是重要的，基本的市场秩序涉及到社会的安定和市场的公平，否则的话会给生民造成很多的问题，地方会乱。所以他就牙行不行，牙行又是管理指定，发给你证照，登记信息按时交给官府看，特别提到了客商有所查，而无阅官之弊等等，就是说他的关注点更多在这个地方，我讲的太多了，我就先讲这些，谢谢。

（发言未经本人审定）

盛洪：谢谢梁治平，虽然做评论，但是内容也非常丰富，很多的点给人启发。传统中国的法律，恰恰不应该从概念出发，治平刚刚的描述很有立体感，这非常棒。学习法律的时候，往往只落到法条，实际上是一套非常复杂的制度，这个制度很有可能是自发演进最后形成的，也是没有人设计的。刚才有一点我觉得挺重要，就是司法的地方性问题，邱澎生教授也谈到了，其实省里也有，但是还有统一性，这个统一性，就是呈现出了比欧洲，或者说欧洲同时期更高的统一性，我觉得这是一个很有意思的描述。

所以我猜测这可能是一个好的结构，中国过去的礼法很多从民间习惯吸收过来，但是中国有一个特别大的特点，一套中央集权的官僚体系，担任公职的人通过科举获得这样的资格，然后被派到各地，经常会流动。这个体系保证了统一性，也保证了既兼顾地方的多样性，又保证法理上的统一性。不会出现英国的那种情况，在威廉大公之前，普通法出现之前是各个领主法庭分裂的法。中国那种地方性和邱澎生教授讲的地方性不一样，肯定有一种统一性在里面，很类似于后来的英国王室巡回法庭的做法，从伦敦派出去，全国巡回，最后回到伦敦。这是一个很有意思的结构，我觉得中国这样一套法律体系让我们来看很接近英国普通法。中国有普通法吗？一问这个问题，就说普通法在英国有一个看得见的结果是工业革命，在中国没有发生，这是大家的疑问。

这是怎么回事呢？我的感觉是说，因为历史很复杂，不能说有了 **A** 就有 **B**，我们很难这样讲。而且人类历史，作为中国人不能说我总是领先，这个也不成道理。中国人从古代到现在，到未来都是领先的，这是你的想法是很好的，但是这不可能。世界历史就是这样的，此起彼伏，可能更恰当。而且我倒是坚信没有近代以来的暴力性的革命，中国一样进入到现代的社会，这是我坚信的，我们看到了很多，要是研究清末和民国，可能会关注这一点，很多在自然的变化，只不过现在被归因于所谓的革命和政府的措施，其实我认为革命或政府没有推动多少，现代化其实是民间推动的，我们可以去广东看看，贸易带动了广东的现代产业发展。在 19 世纪，20 世纪的民间产业发展很快，我觉得这个也是一个可以讨论的问题。

还有就是，中国没有出布莱克斯通这样的人，没有出柯克，福蒂斯丘和格兰维尔，我觉得这是时间差的问题，稍微有点商榷。为什么？英国普通法发展得比较晚，和轴心时代的文明相差了很长的时间，这个工作，即对习惯法进行思考、总结和提炼的斯蒂芬工作，在中国早就做了，实际上在轴心时代就已经做了。当时搜集民间的习惯，然后汇集成册，进行思考和讨论，以及提炼，就是孔子那个时代做了，后来有了汉代的董仲舒，春秋决狱，他也是在做这样的工作，到了宋代许多大儒做了大量的工作。到了明清，民国，因为宋代已经完成了这项工作，即对习惯法的汇集、总结和提炼，所以无需再做，人们已经对这套礼法规则坚信不疑了。而布莱克斯通，包括柯克是要让大家相信普通法，因为很多人认为普通法没有欧洲大陆的罗马法好，他们要让大家坚信普通法，最后普通法在英国成为正统法律体系，所以我不大

认为中国缺少对习惯法的思考和提炼。

还有一点，就是邱澎生教授讲的明清，我有一个问题，明清是不是要分开，好像不太一样。这是我的问题。

下面我们有请万明教授来做个一个评论。



万明：因为我真的是一个法律方面的外行，今天邱澎生来，我原来就认识他，我是来学习的态度。我一直以来比较关注邱澎生的研究，我主要是做明代，基本不做清，而且做社会变迁，所以，一直关注法律方面的研究。我们 1999 年，我在历史所的时候，我们院改成了课题制，一改成课题制，我们就必须要立一个课题，这样的话把大家都弄在一起做。我们当时的题目就是晚明社会变迁，最后，我主编出版了一本《晚明社会变迁：问题与研究》，但是其中没有法律部分。当时我们没有这个方面的专门研究，这部分其实对于晚明社会变迁来说极为重要，那个时候也拜读了梁先生大作，但是没有进入这个领域。我后来就做到了货币，就是白银的问题，白银问题就涉及到了整个方方面面的问题，其实也有法律的问题，比如说阅读判牍等法律文书什么的，我自己也用过晚明方面的案例。我觉得这个领域是一个很专门的领域，后来杨一凡先生发现我在做明代诏令的收集与研究，我提出来，认为诏令就是令，大明会典有令典的意义，并不是说大明令以后就没有令了，我提出了这样一个质疑，当然非常的粗浅，而且那一段写了关于“明令新探”的论文，这是我做的接触到法律方面的资料的看法。

基于这一点我也想到了刚刚你引用到了乾隆诏，你大量搜集了各方面的资料，包括讼师秘本等珍贵资料有很多，我认识很肤浅，我想说你刚刚引用的乾隆诏，实际上里面的“著为例”，这就是已经变成了国家制度化的条例，就已经是国家的法律了，我是这么理解的。没有商法比较直接的断语的时候，中国就在社会生活中，有许许多多的案例，都已经表明关于商议、商人行为等等，实际上是有法律的，商法并不是完全的欠缺。只是说我们到底以什么样的定义来定商法，我觉得你的研究态度非常值得学习，不是一种完全的质疑，而是提出如何拿捏的问题。我觉得中国本土的东西，必须用中国本土的过程去呈现，所以我非常同意你的这个研究的方法，我们要呈现的实际上是中国自己的独特发展道路，并不是一定要按照西方的商

法来套用，我非常同意你的做法。

我一直关注你做法制史，而且特别注重第一手的资料，即利用基本的史料，我想这样的做法，对于整个呈现中国明清的法治方面，今后一定会做出更多的贡献。其实，明清是不是有商法，这个问题意识跟我原来做晚明社会变迁的问题意识，是有一点异曲同工的。中国有没有商法，中国到底有没有走向近代的转型，从一开始，我在北大上潘润涵教授的课的时候，他的课是从封建主义向资本主义的过渡，这个课后来决定了我一生的学术走向。起初一直以来中国在做资本主义萌芽研究，之后我觉得就看中国究竟发生了什么，究竟有什么样的变化，尤其是明朝，正好处于西方东来之前和西方东来之后的阶段，这样的时间段使得我们必须搞清楚，是国家与社会都在转型，就是说西方东来之前，已经发生变化了，那么在西方东来之后，又有什么样的变化？

所以我是想提出一个建议，盛洪先生也提到了，明清有很大的不同，那么，搞清它的演化脉络，要从明代做起，然后看它的发展过程过程。我做白银货币化就是从过程开始的，就是看它从什么点开始变的，然后的变化是怎么样形成的。这样我们会更多的理解，为什么中国转型了，但是最终没有转型成功，像西方，像英国那样转型。现在我也还在做白银的问题，刚刚梁先生讲的时候，我也想到了，就是可能更多的从一些细节，从第一手资料开始做，我非常注意这个问题。做出来以后，我觉得许许多多的东西，恰恰是从民间发展起来的。所以白银货币化，就是从民间的契约文书 427 件做起的，一下从民间转变了，白银成为完全货币形态的崛起在民间，跟法律是完全一样的一个发展演变过程。

官方是一种对于民间社会的承认，不断的在赋役改革中体现出来，这个里面也涉及到很多的法律问题。比如说条例，白银恰恰在成化、弘治年间，我们做晚明社会变迁，都关注从成化、弘治开始的大转型，各个方面都是这样的。商业和文化等各个方面，还有乡村，都是从成化，弘治这个时候产生了大量的条例，条例实际上全是法律，杨一凡先生把成化、弘治条例的善本已经收集整理出来出版了一些。从台湾的、大陆收集的成、弘条例全部是法律的变化，而且涉及到了方方面面。成化和弘治年间的条例，也不仅仅是刑法，涉及到社会各个层面。大量的条例，说明这个社会在发生着巨大的变化，由此可见实际上明朝可以成、弘划分成前期和后期，界限就出在这个时候的法律变化上，我特别期待着你在这方面有更多的贡献。

盛洪：谢谢万明教授，强调了研究方法，从案例，从经验，从历史事实去研究，或者是说从概念研究，刚刚您提到了白银的进入，白银合法化。

万明：货币化，完全的社会形态。

盛洪：这点抓得非常好，白银可能是经济发展到法律互动一个非常重要的媒介，按照我们的看法，白银是降低交易费用的东西，促进了交易更大规模的发展，带来很多的纠纷和冲突，需要法律来调整等等的。万教授一直在研究这个问题，这是一个很重要的点，对我来说是一个提醒。

下面我们有请汪洋教授来做评论。



汪洋：谢谢给我这么一次宝贵的机会。2001 年大学入学的时候就开始阅读梁老师的清代习惯法，18 年过去了，现在是一个特别好的机会，在这么一个小的场合表达对梁老师的谢意和敬意，梁老师的作品对我法律学习产生了非常大的影响。谢谢你。

梁治平：谢谢你。

汪洋：邱澎生老师的讲座非常精彩，之前看邱澎生的 PPT 和论文，今天听邱澎生老师的演讲，我是中国法制史的门外汉，对这个问题有了一定的了解，包括前几天我又重读梁老师去年在政法论坛上，对于中国传统的民法史的再审视的文章。今天结合邱老师的讨论，我们对于西方人透过的，类似于商法的创造的概念和范围的设定，以及处理的问题，中国的应对之道是什么，其实我去年给邱老师发过明清土地的文章，也涉及到了。当你运用现代的西方的司法架构重塑传统财产法秩序的时候，其实是容易遭遇古今中西和官民等的多重鸿沟，因此，我们说在坚持复原历史本土表达的同时，从一种功能比较的视野，或者是如何处理问题的解决方案，对于中国的传统进行有学术化的处理，从这一点上、这个角度来说，虽然西方的理论作为一种地方性支持的特殊性，或者在这种比较中不能提供有益的，比较性的洞见，但是会告诉我们，揭露出来，现实交易中的制度是普世性的。我今天的体会是从我的教育背景出发，我是意大利接受的博士教育，而且研究的是民法和商法，我想从这一点上来讲一下商法这个作为西方法律的基本的范畴，虽然不是我们筛选中国史料的一个标准，像您今天所演示的，但是可以给我们一个富有启发性的弹性参照。

其实商法在整个西方司法史，尤其是欧洲的司法史上有一个特殊的内涵的词语，聂老师博士论文写的是民商关系，他可以展开讲讲。商法在西方的术语是一个专业的术语，我们描述罗马法的时代是不存在这么一个术语的。因为在罗马法中，罗马法中所谓的万民法，在整个罗马城邦的扩张和相似的交流下，经由罗马的外事裁判官的引进，所处理的是整个地中海世界的，当罗马市民和外人发生交易时候的事情。所以，很多人现在把实践意义上的万民法，也理解为是一种商业的法，但是不会把它定义为是一种商法，因为现在的罗马法中被现代的法典所继受下来的更多是民法的内容，类似于像法人，公司，破产等等我们现代意义的商法的东西，罗马法并不多，并不是一个完整的系统的法人理论，也不是代理制度，仅仅是特有

产作为一个有限责任的雏形存在。罗马法不是现代西方作为严格意义上的商法存在，现在的商法起源于中世纪的后期，商人阶级，城市的兴起而产生的一种作为阶级法的商法，这个非常重要。

很多人理解西方商法的时候会作为一种西方调整商业活动的法律，在我看来，更重要的涵义是商法在西方意味着直接由商人阶级创造的法律，这不同于调整商业活动的法律的。形成的原因是随着城市的剥削劳动力的集中等等的很多原因。在整个西方的城市中，商人阶级开始崛起，商人阶级的崛起把城市作为一种生产进行控制的工具，因此颁布的宪章保证了商人阶层对本地生产的一种垄断权。所以如果研究中世纪城市史你会发现，整个城市社会的组织是以两种机构作为基础的，一种是阶级机构，比如商人和小生产者，另外是市民机构，两者都享有立法权，但是商人在实践中的强大力量，使得商人和行会所行使的是真正的城市社会的统治职能，这个阶段作为商人阶级的法，一个方面制定调整商业关系的规范，这种规范不仅仅是调整、约束作为行会成员和商人，而且更重要的是还约束与这些商人产生，发生关系的第三人，如何约束呢，在内部创设了商人、法官，行使司法权的商人法院。

因此我们在讲西方商法的时候，它的法源必然包括三个东西，必不可少。一个是商业行会的法令，一个是商事习惯，一个是商人法庭的判决，这三者加在一起，只是构成了一个超越在当时中世纪晚期的超城市的，在欧洲范围内的具有统一趋向的法律。这种法律使得赏罚成为一种新的万民法。当然中世纪的商法是意大利的，形成了今天我们所说热那亚、佛罗伦萨等等，这和我们今天所说的商法完全是两回事。为什么？欧洲出现了各个专制的君主国，不是城市国家了，这种专制君主国之下的商法，变成了商人作为一个臣民的法，或者是说从原来的作为一个阶级法的商法，演变成了一个作为国家法的商法，这是一个非常大的转变。随着城市主权的丧失，资产阶级丧失政治上的领导力，商人阶级不再是自己阶级的法律制定者，取而代之的是重商主义，这对欧洲影响非常大。

国家第商人阶级以及他的财富进行了严格的控制，这种控制使财富和特权体系联系在一起，当权者可以赋予你特权也可以剥夺，这种情况下，甚至在法国民法典的制定者多玛眼中，商法成为了一种公法，因为商人资格来自于国家的授权。因此多玛认为不是自然的，而是国家专断的法律调整，这种影响到了今天，会发现在商法的核心是两类，一个是商事组织，一个是商事行为，也就是交易。但是这两个东西在商法中呈现了特反的（备电 音）的，为什么？因为商议横行中奉行的是自由的，但是商事组织中延续着一种刚事主义和市场的条件。我商业行会一个非常重要的，我行业准入非常严格的，而且我的行会已经强大到可以要求城市小生产者只能向我行会供货，不能向外来的商人供货。像刚刚提到的牙行的类似的垄断，排斥外来竞争，所以你可以看到商事组织方面的一种严格的要求，这是一以贯之的。

到了第二阶段，我觉得商法经历了一个双重的转变，一个是从阶级法，成为了国家法，第二是从一种具有普遍性的东西变成了全国性的东西，而且最重要的是，商事审判的职能，逐渐转由国家法来行使，而不是自己行使。这之后就到了第三阶段，就是商法典的阶段，这个阶段已经进入了资产阶级法典化的阶段，在我看来，商法典阶段对于欧洲商法传统有非常大的打击。因为在中世纪的时候，欧洲商法发源最重要体现在行会自己的法令和商事习惯，一旦把这些东西国家化之后，就提出了一个法典化的趋势。

法典化之后，在很多国家，民法典和商法典不是统一在一起，而是分别制定，法国和德国都有自己的民法典和商法典，这会造成一个问题，使得国家制定的法律要优先于商事习惯。因

此法典化之后的商法，商事习惯的地位降到了最低，先用商法，代适用民法典，最后是商事习惯，这种国家法相对于商人法的地位，对商人阶级成为一个转折点，不再像以前一样，自己成为法律的唯一而且直接的创造者，也促使商人阶级打破原来的封闭阶层活动。原来行会中必须是登记的商人才能从事的很多活动，逐渐开始的向外界放开，使得商法从原来仅适用于登记商人的主体法，变成适用于任何人从事商事行为，都可以适用的行为法。从主体法变成了行为法，这个影响非常大。

这个影响再往后，到了现代社会，发生了一个回归到原来商法的趋势，什么意思呢？产生了一种双重扩张趋势，一个方面在单个政治体的内部，每个国家的内部出现了私法商法化的趋势，这种趋势间接的导致了商法作为一种形式意义上法的中介，因为被吸收到了商法化的民法自身，像中国合同法是以商事合同作为一般的东西，而把非商事的民法交易作为特别法进行规制。当然，整个民事关系的商法化，从整个社会的进展操作来说，其实也取决于整个的工业革命，因为工业革命把大量的商业资本变成了工业资本，而工业的大生产要求所有的社会关系，而不仅仅是商人关系参与到其中。

所以整个社会关系都要满足于资产阶级的需求，有利于商人的要求，成为了更为一般的有利于财富流通的要求，这变成了现代整个商法化民法的大趋势，这种大趋势是第一个扩张，在单个政治体系私法商法化。第二个大扩张是商法开始超越政治统一体的边界，成为国际统一的示范法或者是超国家法的趋势，大量的体现了 **CSG**, **PSGG** 等国际示范法中间，他们的作用是为了突破市场被政治划分为不同国家，导致的法律不一致。这种超国家的法律秩序在今天并没有强制的实施机构，这种机构更需要通过主权国家的机构来实施把握。我觉得商法在整个西方社会的四个阶段的演进，对于我们理解，在中国，包括邱老师所说的商法，是在西方意义上哪一个阶段的商法，这是我们需要去进行辨别的，因为四个阶段的变化非常大。

回到中国，我是门外汉，谈谈我自己的学习体会。我觉得不同于西方的一点是明清时代我们是大一统背景，不同于西方欧洲大陆的城市国家，大一统的背景下，一般认为商人不掌握主要的政治权利，在这种情况下，我们怎么样理解中国明清的制度结构。这包括了新制度经济学，其实也提出了非常好的工具，就是国家理论和产权理论，也包括像奥尔森所说的从流寇到坐寇等等。这两个理论是因为国家不可欠缺，从国家层面上对产权结构对法律规则的效率负责。而产权理论所关注的，只是说国家所关注的，在明清的时候关注什么，我研究土地法的时候，觉得国家说白了提供一种服务来交换，而这种服务对于官府无外乎一个是地方税负的征收，还有地方的安定，不要给出事。在这两者之内，国家会促进和界定有效率的产权和法律制度，但是国家到底在多大层面上有心、也有力进行一定的制度安排，我并不清楚。或者说在官僚法对于商事交易的规制以外，官僚法到底是无心还是无力，对整个乡土社会其他的商事交易进行治理，我不大清楚。

在我看来，在中国古代，国家对于经济的管理说白了是对于财政的管理，搞钱，对于财政的管理，财政政策，在中国很有意思的是用专卖来弥补税人所造成的不足，国家对于盐铁的专营控制，这是中国古代非常重要的商事交易，我不清楚在邱老师的研究中，有没有涉及到官商这一块。我是徽州人，我们那里有很多的官商，红顶商人，在整个商事交易中，是不是会影响到商事法律的介入，以及介入的可能性。

另外，在之前我学到了类似于红契白契的区分，民间对于官僚法的合作和排斥的关系，到底到一个什么样的层次。行会作为一种自治体，政府对于他是否有一定的忌惮之心，或者说会

对它进行一定的控制，控制过程中，行会一是要维护自己本土的利益，还要排斥外地商人的禁入，这种情况下政府对行会是如何的态度，我觉得很有意思。

最后请教邱老师一个问题，一直没有搞清楚，如果我们用商法概念研究中国明清问题，必然还会存在一个问题，我们如何区分明清时期的民事和商事交易本身，因为明清很多的田宅、田土和欠债之间的交易，现在放在民事法里面的，您所说的明清时期的商法问题，从商行为还是从商主体的角度，还是什么其他角度来进行界定。这是我学习的疑惑，以上是我的体会，请各位老师多批评。

（发言未经本人审订）

盛洪：谢谢汪洋对欧陆商法的介绍，补充了我们的知识结构。原来我们一讲到欧洲也有一个概念化的想法，就是法典化，现在来看是非常错误的，仍然存在着两分法，就是习俗和国家的制定法，就是国家的商法还是商人的商法。

刚刚讲的几个阶段很有意思，肯定是走向国家制定法，也是对商人集团的压制，同时也不是一点儿好处没有。所谓制定法也不能完全否定它，就是促成了商人集团的开放。从更宽泛的范围来看，这个制度法要取消进入障碍，这还是有正面意义的。这很有意思，也丰富了我们对于欧洲商法典的理解，更没有理由概念化的去看待欧洲大陆。顺便说一句，我们经常在学习西方，但是我们没有学习西方，而是学了我们以为的西方，这可能是一个大错。

三位评议人都评论完了，下面谁有评论或问题。



谷平：今天感到非常高兴，邱教授讲的内容非常丰富，思路也非常清晰，表达的也是非常的准确，也讲了不少的案例，我自己受益匪浅。我有一个总体的感受就是即使在中国的王权专制之下，即使是等级秩序下，在自由和正义的作用下，还会创造出如此多丰富多彩的案例。这让我感到非常有趣！

其次，我以为此处的“商法”在这种政治架构下，只能算得上是一种律令，跟现代意义的法不应该是完全相同的东西，所以不能通过表面的商法这个词语来了解整个法律本身的涵义。当然，专制社会也有调节社会关系的一套方法。这里的“省例”也显得较为精妙。我在这里有一个小小的建议，并不一定对。因为您的史料基本上围绕您 15、16 世纪，那么您是否可以考察一下之后的 18、19 世纪同样是苏州的商务环境。通过比较分析，以了解这种“商法”的稳定性或传承性。

最后，美国的制宪过程中一个前提是，美国的成文宪法不得与普通法相抵触。为什么对普通法的信赖能够达到这一步呢？一代人的智慧赶不上那么多代人不断的积累和辩证。这要比一代人基于利益的议会投票可靠得多。所以我非常赞成梁老师的观点，可以视为对梁老师观点的一点补充。谢谢各位。

盛洪：谢谢，在王权专制下还有丰富多彩，我倒是想说，传统社会中，所有形成的对王权专制的抗衡，都和传统有关，和习惯有关。在强调传统和习惯的时候，你其实在约束王权，这要反过来看，关键是你的角度，从王权角度来看是这样，从民间的角度来看是另外一个角度，这是不同角度和看法。下面还有谁？

秦思道：外行，听了邱教授的报告，确实学了很多东西。邱教授和你们都是搞法律的，讲商法，有没有商法，我觉得如果跳出来，法律从经济学上来看。那么，一个很简单的说法可以解决这个争论，稍微宽一点，所谓商法，经济学上来看，无非是调解商议关系，交易关系，促进商事纠纷的规则。那五种可以说，也可以来讨论，但是从这个角度，超出这么一点来讲，我觉得这个争论好像似乎也可以解决。中国传统社会明清应该沿用商法，进而解决规则来，我觉得也可以把其他学科的一些东西加入，再讨论这个问题。

提两个具体的考虑，一个是经济所搞过巴县档案，有这么回事，结果怎么样，我不知道，只是提供一个线索，因为我接触了这件事，但是具体我不了解。

第二个，江浙的师爷是古代，很重要的阶层，你们研究这个问题的时候能不能搜集一些关于师爷诉讼，从这个角度了解一下有关商事纠纷，这些人因为从事这个行当，会有很多东西，我觉得如果能够找到一些东西，可能会对你的讨论更丰富一点。我就讲这么一点。

聂老师：因为十点多汪洋给我讲有一个邱老师的报告，我说我一定去，下午我就给领导请假了，以前经常看双周论坛，后来就没有机会了，因为我是第一次这么近距离的和梁老师，我是 1996 年上大学，那时候属于梁老师的个人创作的高峰期，因为我没有法律史的能力，只是学习的角度。

我简单谈一下，我的博士论文，和龙老师做博士，做民法和商法的关系，我查了一点历史资料，学了一点法律做这个问题，后来和江平老师做英美商事法做大体的报告，我也做了一些这个方面的工作，至少看了一些历史的材料，有一点体会，和各位老师刚才讲的内容有一些体会。刚刚汪老师讲的那几个阶段，确实这个在中国，因为我们确实历史进程是不一样的，特是商法，目前在学科分类里面，就是非常部门法一些了，把一些在英美国家，1998 年有一本书叫做下一个千禧年的商法，刚刚开篇就说我不知道如何定义商法，因为他没有法典，而我们中国现在定义商法，学科上来讲，现在就是把合同法，这么典型的与交易有关的，不是商法，而是仅限于像公司，证券，票据，破产等等，整个语境发生了变化了，和大陆法系，

英美法系不一样，还有刚刚讲的法典化，这和其他的国家也是不一样的，可能因为法学学科里面，法律里面分德国法系，法国法系和其他的阿拉伯等等，这个概念我觉得是某一些方面是不可通用的。商法，我当时看到法国的材料，和各位老师讲的，可能多少有一点观念上的，提供一些信息嘛。当时法国，一般认为是世界上最早的，对商事立法法典化的，或者是成文法的尝试，一个是海上商事条例，还有一个陆上商条例，都是一六几几年的，当时我看到材料里面实际上最重要的，因为 17 世纪对商业习惯的整理，当时 16 世纪，法国的商业非常发达了，但都是周边的商业，但是如果结合汪洋老师刚刚讲的意大利中世纪，有一些共同的地方，我感觉对当时他们的商法发展比较有推动作用的是会存在着不同的商业中心之间在规则方面的竞争。所以我觉得有这样的不同，否则规则不行，别人就不在这里做生意了各个地方都有自己的商业法庭，目前为止，法国商法典，2000 年重新制定的商法典，照样成立商事法定，在规则之间进行竞争，这个我觉得可能是在。

盛洪：不同的国家，像威尼斯等等的。

聂老师：对，在美国的联邦国家非常明显，涉及到公司制度相互竞争，商法非常发达，某种国家来讲，非商人法，商人非常信赖，你如果不行的话就被淘汰掉，那是法国 17 世纪开始国家立法，还没有中央集权那个程度，已经开始立法了，法典化是 1807 年是法国商法典，那个时候，我觉得也是有他的独特的地方，当时拿破仑说我们要一部法典就行了，拿破仑最出名的是民法典，商法典并没有最大的创新，真正的创新是法国的民法典，把所谓的桎梏里面解放出来，释放个人的自由等等，商业里面早就实现了我们后来民法典早就想实现的东西，因为存在着竞争，想走在前面，感觉到有这么一个过程，这个有一点类似于梁老师讲的涉及到中国的历史部分，我当时写的是民法和商法的关系，涉及到清末民初，当时我们民法典等等的考虑，我们先制订了商法，商律，民律是后来制定的，我稍微补充一下，为什么先制定商法，因为清末是集权体制，我个人感觉因为商法是相对来讲比较技术性，不会涉及到太多的意识形态的问题。特别是，像我们学界上受到康德的影响，某种支配型的影响，一般我们讲是受到自由主义的影响，当时的清末不太可能把民法先制定出来的，所以先制定商法。

这里涉及到一个问题，不仅是在中国，我也是帮别人查一点资料，当时泰国，日本也有一个历史经验，我们说领事裁判权，现在来看我们的历史的话，教科书上讲的话这是我们的主权，司法主权等等。但是你要看一下领事裁判权，搞历史的一般都会特别在意，为什么会有这个领事裁判权，仅仅是为了彰显他是一个侵略者或者是占领者就强吗？其实好像有一个研究，因为我是纯业余的看到，因为国外的人来中国做生意的话，中国当时的司法制度，或者是说立法缺乏成熟的商业制度，相比西方而言，西方比较成熟了，邱老师介绍了我们有地方性的规则，像省例相比于西方成熟的规则而言，效率没有那么多高，可能在纠纷解决方面的效率没有那么高。

我看别人有这种研究，这个会解释一些问题，当我们中国的立法进程，稍微留意一下会看到清末民初是这样的，推动商法，后来 1986 年民法通则，现在我们形式上没有废止，但是已经被替代掉了，我们查背景的话，当时的背景最大的看到材料里面讲的就是因为当时我们改革开放，国外吸引外资来，人家说你有没有民法典，我们没有，就进入了各种妥协，然后有一个民法通则，这个过程中人家问你的有没有民法典，人家在意的保护民事的，现在我们特别强调人格权等等的问题，纯民事的，而是人家在意说你有没有一个能够服务于商业的规则，刚才梁老师这一点总结，我看文章也有这种体会，我们很多是商业规则先来，我们公司法的几位老师，我们公司法，先是各种条例的，没有法律，我们先推行，包括信托法。后来 2000

年，但我们信托公司很早就有了，很早就解决了，我们商业在中国，特别是 1949 年以后就只要是商业问题就没有任何的问题了，这是我感觉这样。

而这种引进的话，就涉及到了刚才邱老师讲的时候提到了一个问题，我们这样引进了一些东西，第一，引进的对不对这是一个问题，因为就是抄过来吗，第二个是实践中有涉及到有一些问题会非常麻烦，用起来非常麻烦，我也是简单举一些个人的例子，商法的规则，实践中怎么样办，以前我对公司法非常感兴趣的时候，经常看到学术文章或者是报道上讲大股东侵犯要股东的权利，这是公司法中的问题或者是说商业中游的，我当时有一点挺纳闷的问题，早年我们的公司，特别是我们大公司都是国有企业，特别是上市公司，都是国有控股的，大股东一定是讲政府的嘛，我实在是想不明白，政府控股，那就政府就是大股东，政府为什么要欺负小股东，我想不出来这样一个逻辑。我们通常讲大股东欺负小股东都是在所谓的私营资本，民营资本下，某一个大股东欺负小股东，赚取他自己的利润，我一直理解不了，为什么在中国，特别是现在的市场比较多元了，以前讲大股东欺负小股东，我想不明白，市场上民营资本会出现大股东欺负小股东的情况，但是动机在哪里？我解释不了，这里面举一个例子说，邱老师研究明清，某种情况上可以类比的，国外的法律拿过来的东西，我们到中国来用，特别是我们自发性的规则，因为受到，这可能是中国的传统，刚才各位老师也讲过了，我们很早形成了中央的集权，制度供给方面不允许你竞争了，刚刚讲了各个省，各个城市之间可能会有一种，这两种规则不一样，到中央的这个层面，但是这个过程，是不是所有的规则都可以表达这个过程，这个不好讲。但是这里引进过来之后，就是说经营这里想办法赚钱，如果规则不好的话，一定会绕开的，这是经济学上可以来进行解释的，一定会开开，使这个规则成为摆设，小研究里面会涉及到的，现在还有各种的挂靠，刚刚各位老师提到的一样，某种程度上的垄断，给你一个资质，不具备相应的资质，想赚钱，怎么办？借用或者是挂靠资质，这个实践中案例非常多，法律角度来讲，这个行为有效还是无效这个情况来看，实际上我觉得这种情况下，是不是我们就形成了我们自己的规则，只不过我们这些规则没有表达出来而已，就是说隐藏的，你说这个到底是不是商法的规则，我刚刚讲了，这个可能不同国家不同的描述，我觉得这种情况下可行。

还有一个刚刚汪老师讲的，实际上涉及到现在的法源问题，这次我们民法总则就是法律，没有法律按照习惯，就完了，比如说大家都了解的网络时代，网络时代的规则，首先没有法律，先有规则，然后再把它表达出来，但是我们的立法上非常保守，就说有法律，然后就习惯，习惯是需要长时间的演变过程才可以的。但是我们的网络是非常发达，我们的网络经济等等就是一直在持续发展，无论有没有规则的问题，实践中还是有规则的，发生纠纷还是要处理的，这一点是需要体会，我不是专门学历史的，只是从商法的一个演进的过程，从商法适用到中国的实际，以及中国的商法，特别是商法的推动，某一些方面是外在的推动的，别的国家也没有不好抄了，我主要是就这几个方面，向各位老师求教，因为邱老师的这些文章我都没有拜读过，PPT 也只看了一个小时。没有仔细看，谢谢各位老师。

（发言未经本人审定）

盛洪：谢谢聂老师的评论，以及提出的一些问题。刚刚你讲，为什么近代中国搞一个法典是先商法，其实还有更大的问题，为什么近代移植这些大陆的法典，不移植普通法，逻辑很简单，普通法不好移植，没法移植，一部法典很简单的一件事，拿坡仑说一部法典，一下子拿过来了。还有一点是中国有自主的所谓的商事习惯法的话，但是他怎么样和外国人去说，可能也是一个原因。我和外国人做生意，你的东西我也不懂，而且很多地方性，就是说可能你

不太了解。为什么政府欺负小股东，因为他不是政府，表面上是政府，实际上不是政府，国有企业按照我们的说法就不是国有企业，有两点，第一点利润基本上不上交，第二个工资奖金随便发。他要争取自己的利益，肯定要欺负别人，名义上是国有企业，政府的概念是抽象的，让你觉得好像应该是公正的，但是现实中是一群具体人组成的。所以这个问题，要从概念出发的话想不通，现实中能想通。

我受了一些启发，把持这个词，我觉得有垄断的涵义，我觉得这个词还可以挖掘，用垄断能解释得更清楚一些，就是强买强卖，垄断都包括了。刚才你讲了好几个例子，用现在经济学和法律观点来说，其实大概是政府应该管的，比如说垄断，把持这个案子，为什么把持？国家或者是朝廷介入，官府介入，很简单，现在有反垄断法。我们知道政策介入这样一些事项，再比如说刚刚讲的当铺起火的事情，我觉得这是一个合约的履行碰到了复杂情况的问题。这个时候还是要有第三方裁决，这也是一个例子。

还有就是现在的知识产权，按照产权经济学的看法，知识产权是一种人为创造出来的产权，而不是自然生长的，自然没法保护，谁侵犯了，只能通过政府保护。别的产权能自己保护，这个电脑，我就把着别人拿不走，知识产权很难办到。你举具体的例子，其实都是政府要做的事，反过来讲，大量的所谓的规则，就是只要不成为判例，也是不行的。所以，那些日常指导商人行为的规则，才是最普遍的，大量的，但是，那是可能通过合约或者其他发现的。

第三项，我对梁治平和邱澎生提到的，我行我法，你不能我法，我是官员，法是国家法的意思，不能任你的，这是对传统中国社会更生动逼真的描写，而不是概念化的对法的理解，这是法条，在这里，你违反了，这个法条写里，该判什么刑判什么刑，这叫我行我法，不能这样。所以还要根据具体情况，具体的细节做权衡和调整。

我觉得恰恰在描述一个真实法律过程，是这样的，而不是那样的，不是有一个法条，然后有一些违法，法官拿尺子量，根据法条做判决，不是这样的。而是它可以使一个法律体系变得相对柔性。而这个其实和普通法国家的衡平法，衡平法也是所谓的照顾情理，我的理解。这是一个可以去思考的法律现象，也是一件很好玩的事情。

再有一点是你讲的省例，那个省例也引了一条，湖南省援引江浙省例，可以横向援引，这是一个法的运作过程，或者是立法的过程、司法过程。可以观察，一个东西怎么出来的，包括省例怎么出来的，那是府例出来的，一开始讲到了苏州松江，就是那个意思，判例。

邱澎生：叫做地方呈案。

主持人：然后慢慢可能变成了省例了，然后省例又扩展到了别的省，然后再户部，这样一个过程，丰富我们对法的形成的环节。一开始从民间的习惯上，然后民间的纠纷，然后又有法官来裁断，裁断的判例，才有变更了地方的这样一个法，地方法又影响到了别的地方。我觉得这是一个生动的法的过程，类似于在政府的框架下的发展过程。们在里面挖掘很多的东西，让我们对法这样一个制度的形成和运作，有了更生动的更逼真的了解，这是我的体会，我就讲这些。

最后的时间给邱教授，你来做一个对评论和提问的回应。

邱澎生：非常谢谢，我受益很多，刚刚我也讲了，最开始说这个书虽然差不多十年前写的，其实我自己对里边有一些问题，我也解决不了，特别涉及到了很多刚刚讲的明清之间的比较，然后中国跟所谓的西方之间的比较，因为西方实在是太复杂了，是吧？我择一些问题做一点回应。省例怎么形成的，按照我们现在的学界的研究，省例，像苏州和松江有一些案子，这些案子有的时候会引起省级官员的注意，有一些没有引起注意。为什么会引起省级官员的注意呢？这个就需要做研究了。这涉及到中国经济发展的解释的问题，理论上来说，苏州和松江是当时中国经济最发达的地方，恰恰是因为中国经济最发达的地方，出现了很多的陈案，很多地方官不愿意把它成为全国通行的，这样的话会全国不均衡，所以他的认为是不能让最先进的地方到其他的地方，因为你要照顾到其他的地方。王国斌的《转变的中国》，对中欧历史进行了对比，传统中国的统治智慧，不能把先进的东西一下子推广到全国，这个先进需要有一个定义，某种先进是让最有钱的商人所创造的行为变成最有代表性的，政府不会这么做，因为他要照顾到很多人的利益，因此苏州、松江的商标陈案反而不会在这个省例当中得到最大程度的反映，这也很有可能。

我只是讲我的猜测，因为现在最麻烦的是，经济最发达的江苏地方的省例没有留下光绪以前的版本，不知道为什么。回到省例的问题上，省例基本上是幕友、师爷在省里办公，地方送过来的有代表性的案子，他们觉得不错，应该推广到全省，上奏折给中央，中央说好，你们省这样做，变成省例。那么这个省例怎么样传承呢，透过师爷这个阶层来传承。刚刚我引了一个例子，这个省例怎么传，这是很有经验的师爷会跟你讲，尽管没有采用商业上最极端的，可是江苏省这些经济发达的地方生产出来的包含税收和纠纷，其实觉得江苏省例最好用，考虑到既可以用他的话语来说既可以防弊，又可以便民，这是很好玩。很多人体会到兴利这件事是做不到的，一兴利就会碰到很多的条条规规，会很糟糕，这里面确实有一些困境的。但是防弊和便民都可以做，但是兴利要抛开诟病才可以做，无论如何这是一个传承。

可是如果我们从后面的角度来看，这种传承的机制最大的问题是没有专业的学校，透过师徒相传，通过老师和朋友的介绍，姻亲师徒，或者是说自己物色徒弟。晚清法律改革在很大程度上是中央官员拍板定的。沈家本了不起，可是当时的特殊的环境下为了解决领事裁判权的问题，为什么？恰恰不是你刚才讲的，而是我们要收回领事裁判权，为了要做这件事，西方人一个借口说你们法律很多的各种各样的不文明的地方，所以你要先修法我才能兴领事裁判权，为了这一点，晚清法律改革开展下来，开展过程中，沈家本、伍廷芳选择了最快的方式，不是征询全国最有经验的师爷，没有走这一条，而是走最快的方法，就是找日本的，外国的顾问，这样最快，可是因为目标性，我这样讲会有一些偏见了，我也做晚清的研究不多，这只是算我个人的感慨，这批人被浪费掉了，到了民国以后统统变成了各种地方官员的主任秘书，全部进入成为公务员了。

后来随着国民党政府到了台湾我们还碰到，我的老师还碰到了这种人，教他们读古文，教他们如何公文，写公文是一门大学问，我不知道大陆这边怎么留下来的，台湾有很长期一段时间写公文是很了不起的学问，这里面包含了怎么样保护你的老板不要出事，所以这些东西没有传承下来，我们当然可以去反思这个机制是什么问题。

第二点回到刚刚梁老师的问题，我以前也看了一些文章去比较英国商法的那位大法官，18世纪英国的，在曼斯費爾德(Mansfield)大法官的阶段，英国处理很多案件也是贿赂横行，他的重要性在于审案的时候，引进商人的意见，主动征询商人，更重要的是把商人的意见尽量的转化成他们的法律的术语，这个意义上来说，中国这一批法学专家似乎不是用这种方式，

我不晓得这样的比较对不对，你会感觉到这种就是案内思考，我们都是各种案，议案、陈案，法律的案件，我不是很了解英国的普通法用案例法，可是案例法里面似乎有很多的规则化的面向，并不是跟中国的案例一样，可能还是有一些值得比较的地方。

总之，我的感受是当曼斯費爾德大法官把商业糾紛征询商人意见並且加以昇華提煉成為相關商法规则的时候，相对来说，清代中国官员便似乎並不如此進行司法實踐；无论是从巴县档案还是诉讼碑刻看到的，因为商人也游说官员，官员也听商人的案件，商标的案子里他只是把商人的诉讼剪裁，可能会成为省例，但是案件的事实，稍稍中间阶段的抽象化变成一种东西，我的感觉这确实是一个，是不是会成为一个，我们的做学问，整个中国人做学问这一套方式，我们在理解这个世界的真实和架构和理想，当然我们有我们的理想，我们也有我们的认知方式，可是确实是很不一样的。好像我觉得也不应该以成败论英雄，可是，无论说什么，这套东西，这一套想问题的方式，现在看起来只剩下中医了，其他的很多领域都没有了，法学是完全没有的，就是垮掉了，完全没有。可是我们怎么样拿捏那个度，我们可以站在成败论英雄说这套想法大概有问题，我们也可以不要那么快速的下来，我们再去多想一想，这一套想问题的方法，有没有可能丰富人类法律文明。

我再回到商法，如果我们真的相信商法有一个全球商法史，我们要写这个历史的时候，欧洲那个模式是如何如何，正如刚才汪先生讲了很多精彩内容，聂先生也讲了些重要內含，那麼，我们是否也有可能把清代中國如何从实证上理解商人和商业关系的相關法律，把其內容变成「全球商法史」当中的有机一环？我觉得我们未來可以一塊努力這番學術事業。

所以这是包含刚才万明老师说的成化弘治年间的明代的条例，现在来看确实很有趣，我们一直不太理解，因为中国是一个不太产白银国家，后来的白银影响这么大。可是反过来，白银在明清中国从来没有变成计价的，始终是算重量的，而且白银和铜钱的关系，也没有真正形成主币和辅币的关系，现在和纸钞，也有铜板，这个是主币和辅币的关系，可是我们也没有走这一条，明清白银都是称重量的，有一个说法，为什么政府不铸造银币，明清有一些官员，我有一些材料看到了，他们会说白银基本上是商人交易用的，做大买卖，还有就是政府收税的时候，要把它合起来，不仅用白银，而且还用很多老百姓的小白银之融成大白银，所以基本不在乎你拆分成小单位，反而要方便运输和携带，官员认为政府发行钱币应该是为了小老百姓，我可以发行铜钱，但是不发行银币，所发行银币是西方式制度，到晚清才出现，这个问题非常复杂，如果回到朱元璋就更麻烦了，朱元璋甚至是铜钱都禁止，让大家用大明宝钞，后来明朝政府管不住了，铜钱、白银都出来了。所以这是一个自发的话，我觉得我们学界对这些自发秩序的，还有配上刚刚的成化的条例，确实还有很多可以帮助我们中国的自发自续的问题。

刚刚提到了一个大问题，就是商人和传统中国政府之间的关系的问题，当然，这个就表现在我们所说的传统中国有一个重农抑商的传统，我觉得还有牵扯到我们的城市和乡村之间的关系，因为我们城市没有特许的系统，也没有什么市民阶级，这个和西方的走法多不一样，而且城市之间的竞争关系也不明显，这都是不一样的地方。那么，有没有重农抑商呢，我个人认为是有的，因为现在我看到网络上有一些新发展，讲中国历史上从来不存在过重农抑商，这里也不会讲得太极端。如果这个角度来看，明到清朝，重农抑商的因素越来越单薄，如果比明朝初年到明代晚期再到清代，重农抑商的因素越来越被压下去，越来越出现一个要保护的传统，就是保护商人。

我有一些文章讲到 18 世纪某一些地方甚至说：“盖富乃贫之母，为国家元气。”这是 18 世纪江西的地方官员说的，这个不是特例。当时很多人在讲“保富”的思想，为什么保富？因为是照顾小老百姓，地方上有一些富人，在发生灾荒什么的时候，老百姓能有的吃，有的活，所以要保护富人。碰到灾荒的时候，要向富人募款。如果平常关系不好，凭什么人家捐款给你？所以地方官要和富人保持一个很好的关系，这也是保护穷人。“重农抑商”也是社会变迁的一个重要的因素，可是明朝初年，有钱人，从我自己有限的理解来看，到了晚明，保护有钱人、保护商人就是为了保护农民和穷人。思想有了这一层转变，富人和商人的地位才开始出来。宋代的夜市、功利思想，相对来讲是少数，不是晚明以后更普遍的往下走。

在我们了解的晚清，在这方面真的没有变化吗？郑观应讲了那么多，商人受了多少委屈，或者说商会做商业改革的时候，就开始讲过去官员漠视商人，讲了很多，梁先生说得很道理，我们应该考察论述里面的实和虚，有一些是实际的，有一些是因为要完成某一个目标而扩大了。晚清政府做了什么，当时的口号是「聯官商，以保利權」，过去何以没有「聯官商」？我的理解是在晚明以后“重农抑商”被改善，是保护商人，以保护农人，保护富人以保护穷人，保护的并不是富人和商人本身，因为他们是被工具性的保护，因为他们有利于农民和穷人，到晚清的连官商保什么，是保利权，这个时候有敌人，是外国人，所以商人是保护中国利权进行商战的对象，所以商人的地位拔得更高，这个相对来讲不是说晚清以前中国商人没有一个地位提高的过程。

我再回到晚明来讲，大家知道余英时的书《中国近世宗教伦理与商人精神》，也有卜正民的书《纵乐的困惑》，讲到明代的经济思想史。余先生指出，明代中晚期以后，叫做“士商相长”，士人和商人的关系越来越密切，同一个家庭里面，大儿子经商，二儿子考科举，兄弟是一个商人，一个是士大夫，你要贱商，贱什么商，就是你的兄弟。可是“士商相长”在论述上没有达到晚清的高度，没有连官商，只是说以保护商人来保护农民。所以晚明的“士商相长”，在论述意义上没有达到晚清的程度，没有拔到那么高。但是卜正民讲了一件事我觉得很有启发，他说当士大夫已经实际上变成了商人，为什么还要资本主义革命呢？因为士大夫已经是商人了，这个话什么意思呢？其实这个话很革命，他的意思是商人家庭里面背后的很多钱是拿去经商，投资在钱庄，做很多的事情，表面上是士大夫，但是和商人不是对立的，不是对立的为什么还要有一个西方意义上的资产阶级革命呢？所以我们倒过来，我们先找到一个资产阶级革命，才有社会变迁，可是如果中国就不是这样，他是士大夫变成了商人，有一些士大夫喜欢讲一些狠话，看不起商人，每个时代都有比较左一点的愤青，但是不代表实际的情况，这个角度的话当士大夫都已经变成了商人，中国需要什么资产阶级革命？所以有没有不是一个问题。这个意义上我觉得，我在讲我个人的体会，我觉得我们必须要继续做更多的研究，谢谢各位的意见。

盛洪：谢谢邱教授，给我们补了很重要的明清社会规则、礼和法的知识，而且讲了很多的故事，非常的生动，也激发了我们的思考。

最后讲的这个，我们士大夫已经变成了商人，为什么还要资产阶级，我觉得这个话还是刚才我想提醒说的那句话，西方出来一个资产阶级，就是领土阶级的资产阶级，你看英国史就会很清楚，有一个领土阶级，有一个资产阶级，这是一种代理，大量的资产阶级就是领土阶级变的，这是不存在我们对西方历史的理解的问题，这是很有意思的事情。

非常感谢邱教授非常精彩的演讲，也感谢梁治平、万明教授和汪洋的评论，会议就到这里，

谢谢大家。

< 全文结束 >

责编：李冰

Comments? Questions? Email us at unirule@unirule.org

If you no longer wish to receive these emails, please reply to this message with "Unsubscribe" in the subject line

“天则”语出《诗经》“天生烝民，有物有则”，取意为“合乎天道自然之制度规则”，其中的“制度”既包括企业、市场等经济制度，也包括政治、文化制度。天则经济研究所是一个非营利、非政府和有着独立精神的民间智库。

北京天则所咨询有限公司，北京天则经济研究所(Unirule Institute of Economics)版权所有。

地址：[北京市昌平区回龙观新龙城 18 号楼 3 单元 1001 室](#) 邮编：102208

电话：8610-82540480 Email: lijing@unirule.org