

反思明清中國的 商業法律與市場演化問題

邱澎生 (2019/03/16)



一. 史料與議題：爭辯16至19世紀中國 經濟與法律互動關係

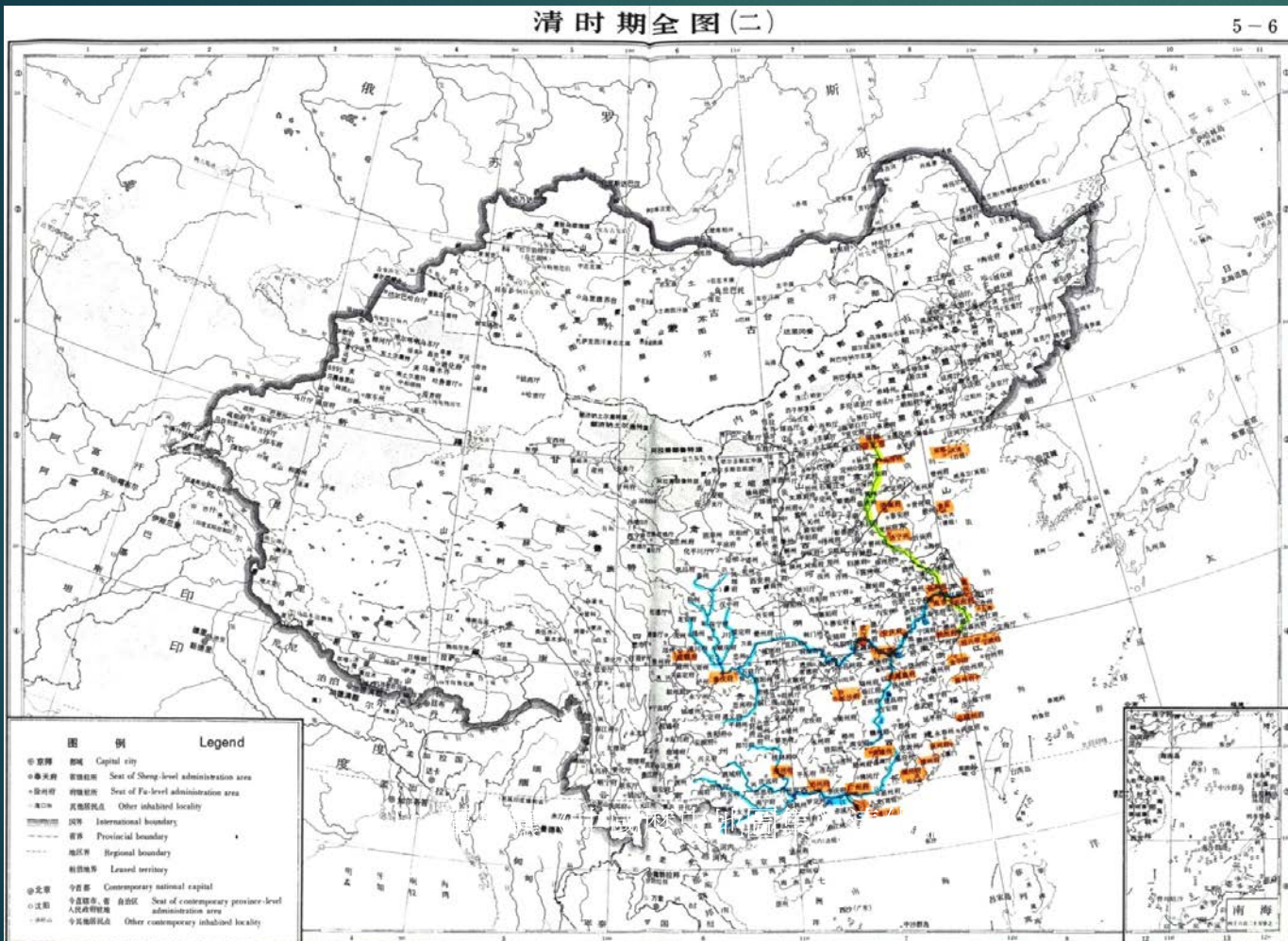
明清經濟變遷的六大趨勢

十六世紀以後中國經濟變遷的六大趨勢（吳承明, 1998, 〈現代化與中國十六、十七世紀的現代化因素〉，《中國經濟史研究》1998,4：3-15）：

1. 押租制與永佃制普及，導致土地經營權與所有權分離的租佃制變動
2. 短工與長工在法律上的人身自由解放，導致雇工制變革
3. 大商人資本的興起
4. 海外貿易引發的世界白銀大量流入中國
5. 包括「散工制/放料制」（putting-out system）在內的工場手工業發展→城鎮製造業以及原型工業化（proto-industrialization，以長程貿易為導向的農村手工業）
6. 隨著「一條鞭法」逐漸普及全國，而確立的財政貨幣化

取自：吳承明〈現代化與中國十六、十七世紀的現代化因素〉，《中國經濟史研究》1998,4:6-7

16-18、19世紀明清中國 長程貿易的四條大動脈



1. 長江下、中、上游的**東西線**
2. 「大運河—錢塘江—信江—贛江—珠江」的**南北線**
3. 「廣州—漳州—福州—寧波—上海—營口」的**國內沿海線**
4. 「北京—張家口—庫倫—恰克圖」的**中、蒙、俄線**

明清「富人排行榜」的形成及演變

- ▶ 「富室之稱雄者，江南則推新安，江北則推山右。新安大賈，魚鹽為業，藏鏹有至百萬者；其它二、三十萬，則中賈耳。山右或鹽、或絲，或轉販、或窖粟，其富甚於新安」（謝肇淛《五雜俎》）註：「新安」指徽州商人，「山右」指山西商人
- ▶ 明清「全國級」富人資產規模，由白銀百萬兩增加為千萬兩（許滌新、吳承明主編，1985，《中國資本主義發展史》第一卷《中國資本主義的萌芽》頁）

明清經濟變遷的「雙元格局」vs. 商業法律

- 吳承明：上述六大變化都「屬於新的、不可逆的」變遷；但與此經濟變遷的同時，卻未出現「保障私有產權和債權的商法」，復以滿清入主「加強專制主義統治」，致使無由在制度變遷上獲得更顯著進展（吳承明〈現代化與中國十六、十七世紀的現代化因素〉，《中國經濟史研究》1998,4:6-7）
- 這基本上應該是一種有待重估的「經濟有變化而法律無調整」的「雙元格局」論述（邱澎生〈也是「商法」問題：試論十七世紀中國的法律批判與法律推理〉，《法制史研究》8(2005)：75-123）

市場演化的闕如？

黃仁宇的「數目字管理」範式 vs. 市場演化

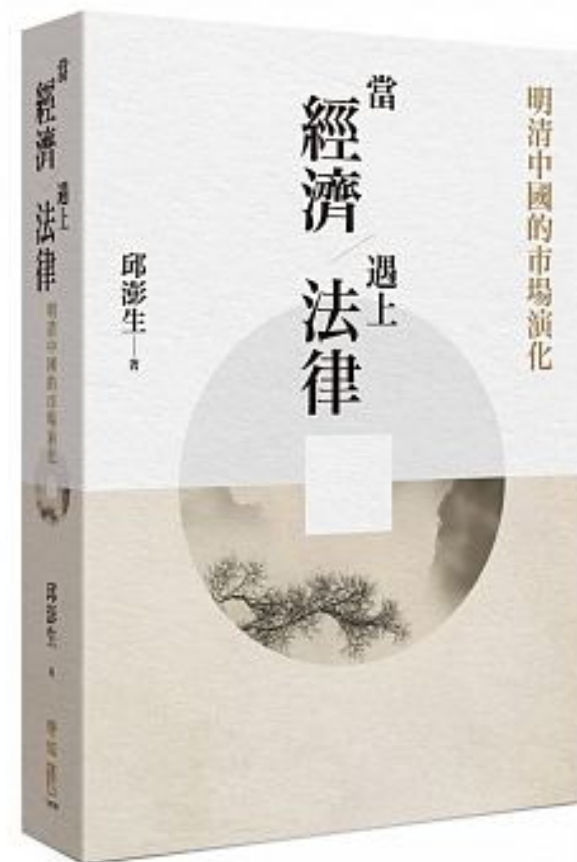
- ▶ 「資本主義社會，是一種現代化的社會，它能夠將整個的社會以數目字管理。因之社會裏的成員，變成了很多能相互更換（interchangeable）的零件；更因之社會上的分工可以繁複。法律既以私人財產權之不可侵犯作宗旨，也能同樣以數目字上加減乘除的方式，將權利與義務，分割歸併，來支持這樣的分工合作。這在推進科技的發展中，產生了一個無可比擬的優勢條件……以農業組織作國家基幹，注重凡事維持舊有的均衡；以商業組織作國家基幹，則注重加速交換（exchange）。時代愈進化，後者愈能掌握科技，而前者的弱點更為暴露，其國民對其政府之無能益抱不滿」
- ▶ 取自：黃仁宇，〈我對「資本主義」的認識〉，《食貨》復刊，16,1/2(1986)：26-49，頁46-47

Douglass North：經濟變遷的制度理論

- ▶ 靜態分析：在「人口變遷/知識存量/制度」等三大方面理論裏，先建構「制度理論」的三大基石：財產權理論/政府理論/意識形態理論 → 組織、法律與文化
- ▶ 短期動態分析：「正式制度、非正式規則、施行」的人們行動三個層次
- ▶ 長期動態分析：「人情式交換、非人情式交換 I (象徵符號)、非人情式交換 II (第三人執行)」的三階段歷史演化

出處：Douglass North，《經濟史的結構與變遷》〈議題〉；《制度、制度變遷與經濟成就》Ch4〈交易成本的交換理論〉(劉瑞華著述網址：<http://www.econ.nthu.edu.tw/teachers/liu-rh/1.htm>)

暫時的回應： 明清中國的商業法律與市場演化



當法律遇上經濟：明清中國的商業法律 (2008)

- ▶ 導論 明清中國的經濟變遷與法律調整
- ▶ 第一章 由市廛律例演變看政府對市場的法律規範
- ▶ 第二章 晚明有關法律知識的兩種價值觀
- ▶ 第三章 訟師與幕友對法律秩序的衝擊
- ▶ 第四章 刑案匯編中的法律推理
- ▶ 第五章 十七世紀的法律批判與法律推理
- ▶ 第六章 十八世紀商業法律中的債負與過失論述
- ▶ 第七章 由蘇州金箔業訟案檢視晚清的商業法律
- ▶ 結語 重新省察明清中國的商業法律

當經濟遇上法律：明清中國的市場演化

- ▶ 導論 比較視野下的明清市場演化史
- ▶ 第一章 由蘇州商人結社方式變化看明清城市社會變遷
- ▶ 第二章 清代前期蘇州棉布字號的經濟與法律分析
- ▶ 第三章 十八世紀蘇州棉布業的工資糾紛與工作規訓
- ▶ 第四章 十八世紀滇銅市場中的官商關係與利益觀念
- ▶ 第五章 清代中期重慶船運糾紛中的國法與幫規
- ▶ 第六章 十九世紀前期重慶城的債務與合夥訴訟
- ▶ 第七章 明清中國商業書中的倫理與道德論述
- ▶ 結論

二· 明清中國「商業法律」的基本架構

經濟與法律的互動：15世紀江西商人「上訪」

- 16世紀《弘治問刑條例》：「江西等處客人在於各處買賣生理，若有負欠錢債等項事情，止許於所在官司陳告，提問發落。若有驀越赴京奏告者，問罪遞回。奏告情詞，不問虛實，立案不行」
- 萬曆40年（1612）《律例箋釋》謂此例訂於天順年間（1457-1464），王肯堂建議修法：「賈客不止江西，江西亦非首省，似宜改此二字」（《王儀部先生箋釋》卷22〈刑律：訴訟：越訴〉條例文，頁604）。其後至清雍正3年（1725），此條例文才由刑部律例館奏准將「江西等處客人」改為「直省客商」（吳壇，《大清律例通考校注》頁871）

商人「打官司」：由徽商到江右商的系譜

- 王士性（1436-1494）為明代大旅遊家，記錄了其所見及徽州與江西商人集體打官司的風氣：
- 「（休歛）商賈在外，遇鄉里之訟，不啻身嘗之，醵金、出死力，則又以眾幫眾，無非亦為己身地也。近江右人出外，亦多效之」。按：江右人，即江西人。
- 參見：王士性《廣志繹》，收入《王士性地理書三種》，卷2，頁276）

商人「纏訟」：清代重慶的錢債訴訟

- ▶ 嘉慶11年(1806)8月，在重慶銷售磁器的浙江商人對自身捐款建立「列聖宮公所」（浙江會館,乾隆6年成立）的公款管理人提告。兩造由重慶城的巴縣、重慶府，控告到成都的省級衙門。纏訟過程中，巴縣與重慶知府數次要求「八省客長」協同浙江會館「各棧司事」，會同衙門派出戶、工房書役，共赴重慶城「府廟」檢核賬簿，公開彙算賬務
- ▶ 糾紛其實起因瓷器仲介業的市場經營權以及連帶引發的上萬兩白銀債務糾紛，訟案由嘉慶2年延續到嘉慶11年，雙方在巴縣、重慶府與省城成都之間交相提告，受理官員包括知縣、知府以及幾位省級長官，兩邊商人就是為了贏得債務糾紛的最後勝訴。從嘉慶2年到5年之間，其中一方以邢士良為首的浙江籍瓷器商人，在成都就花掉440兩訴訟費用。
- ▶ 清代四川巴縣衙門檔案，「監生章景昌等稟列聖宮武聖廟會首李定安侵吞公款一案」（編號6-2-0175）

商人打官司如何涉及「商法」？歐美商法五義

- ▶ 一做為「商法典客體」的商法
- ▶ 二是做為「商人特別法」的商法（採取此種立法體例的國家，先規定商人，再從商人定義推導出商事行為，此可以德國法系為代表，也稱「主觀體系、商人法主義、商業法主義」）
- ▶ 三是做為「特定行為類型」的特別法（採取此種立法體例的國家，先規定商行為之概念，再導出從商人概念，此可以法國法系為代表，也稱「客觀體系、商事法主義、商行為法主義」）
- ▶ 四是做為「實證上理解商業與商人之間關係」的法律
- ▶ 五是做為歷史發展上「與民法獨立發展之商法學門」

▶ (陳自強，〈民商合一與民商分立〉，收入氏著《代理權與經理權之間——民商合一與民商分立》，台北：元照出版公司，2006，頁256-257)

明清商業基本法 I：「禁止把持」 的理念與實際

- ▶ 繼受唐律，最常被明清地方官在商業糾紛案件援引的法條
- ▶ 明清律例中的〈戶律〉編〈市廛〉章〈把持行市〉律：「凡買賣諸物，兩不和同，而把持行市，專取其利；及販鬻之徒，通同牙行，共為姦計，賣物以賤為貴，買物以貴為賤者，杖八十」，以及本律附屬各條例文的增刪（邱澎生，1998〈由市廛律例演變看明清政府對市場的法律規範〉）
- ▶ 地方官的均衡考量：禁止把持vs.小民生計

《讀例存疑》戶律編〈市廛〉門(5律)

03 〈把持行市〉律（8例）

（律文：）「凡買賣諸物兩不和同，而把持行市，專取其利，及販鬻之徒，通同牙行，共為姦計，賣（己之）物以賤為貴，買（人之）物以貴為賤者，杖八十。

○若見人有所買賣，在旁（混以己物）高下比價，以相惑亂而取利者，（雖情非把持）笞四十。

○若已得利物計贓重（於杖八十，笞四十）者，准竊盜論，免刺（贓輕者，仍以本罪科之。）。」

〈市廛〉門(5律) 03 〈把持行市〉律

05例

- ▶ (05例文) 「一，牙行侵欠控追之案，審係設計誑騙，侵吞入己者，照《誑騙》本律計贓治罪。一百二十兩以上，問擬滿流，追贓給主。若係分散客店，牙行並無中飽者，一千兩以下，照例勒追，一年不完，依《負欠私債》律治罪。一千兩以上，監禁嚴追，一年不完，於《負欠私債》律上加三等，杖九十。所欠之銀，仍追給主。承追之員按月冊報巡道稽查。逾限不給者，巡道按冊提比。如怠忽從事，拖延累商者，該巡道據實揭參，照《事件遲延》例議處。有意徇縱者，照《徇情》例降二級調用。如有受財故縱者，計贓，從重以枉法論。」
- ▶ 薛允升例文註釋：「此條係乾隆二十三年(1758)，雲南布政使傅靖條奏定例。謹按。與上《客商輻輳去處》一條參看。給主贓本係監追一年，後已改為半年，此處亦應修改畫一。依限追贓，分別議處之例，久已不行，雖庫款亦然，不應此條獨嚴。係鋪家累商，追繳牙帖；限三箇月清還，仍給還原帖。如限內不還，即行更換。儻牙行誑騙商人者，本牙並互保牙帖一併追繳，勒限清完。本牙更換，互保牙帖仍行給還，逾限不完，將互保之人一併更換。如係鋪戶誑騙客商者，將鋪戶勒限追比，追不足數，令牙行賠補。其牙行侵吞客帳者，將本牙勒限比追，變產抵還。不足之項，令互保攤賠。見《戶部則例》。」

明清商業基本法 II：牙行/埠頭法規

1. 洪武元年(1368)「命在京兵馬指揮司並管市司，每三日一次校勘街市斛斗秤尺，稽考牙儈姓名，時其物價」(《明史》〈職官志〉)
2. 「凡城市鄉村，諸色牙行，及船埠頭，並選有抵業人戶充應。官給印信文簿，附寫客商·船戶住貫、姓名、路引字號、物貨數目，每月赴官查照。私充者，杖六十，所得牙錢入官；官牙、埠頭容隱者，笞五十，革去」(《大明律》戶律·市廛)
3. 王肯堂註釋明律此條法律：「官為(牙行)出給印信文簿，遇有客貨到彼住賣，其各牙行、埠頭，即將文簿附寫客商·船戶住貫、姓名、路引、字號、物貨數目，每月赴官查照。則客商有所察，而無越關之弊；物貨有所稽，而無匿稅之弊」((明)王肯堂，《王肯堂箋釋》，卷10，葉10下-11上)

《讀例存疑》戶律編〈市廛〉門(5律)

01 〈私充牙行埠頭〉律（6例）

（律文：）「凡城市鄉村諸色牙行，及船（之）埠頭，並選有抵業人戶充應。官給印信文簿，附寫（逐月所至）客商、船戶籍貫姓名、路引字號、物貨數目，每月赴官查照。（其來歷引貨若不由官選）私充者，杖六十，所得牙錢入官；官牙、埠頭容隱者，笞五十，各革去。」

（01例文：）「一，凡客店每月置店簿一本，在內赴兵馬司，在外赴有司署押訖。逐日附寫到店客商姓名人數，起程月日，各赴所司查照。如有客商病死，所遺財物，別無家人親屬者，官為見數，移招召其父兄、子弟，或已故之人嫡妻，識認給還。一年後無識認者，入官。」

〈市廛〉門(5律) 03 〈私充牙行埠頭〉律

03例

- ▶ (03例文：)「一，凡在京各牙行領帖開張，照五年編審例清查換帖，若有棍徒頂冒朋充，巧立名色，霸開總行，逼勒商人不許別投，拖欠客本，久占累商者，問罪：枷號一箇月，發附近充軍；地方官通同徇縱者，一併參處。」
- ▶ 薛允升註釋：「此條係康熙四十五年(1706)，刑部會同吏、兵二部，議覆順天府尹施世綸條奏定例，咸豐二年(1852)改光棍字為棍徒。謹按。此律內云諸色牙行，選有抵業人戶充應，官給印行文簿之意也。五年清查更換，蓋恐久占累商也。乾隆三十年(1765)，戶部奏：在京各牙行，仍應五年清查更換；其餘外省，一體停止。此條所以祇言在京各牙行也。第五年編審既專為京城而設，則外省並不編審換帖矣。恐擾累而停止，京城何以不慮其擾累也。且定例之意，蓋恐其久占累商而設，一概停止，似與例意不符。《處分則例》清查牙行各條，係統京、外言之；而《戶部則例》牙帖由布政司鈐印頒發云云，則專指外省言之。刑例有京城而無外省，均不畫一。又按：京城錢鋪一經關閉，受累者不知若干人，何以不聞有五年編審之說耶？若照此例認真稽查，並取具互保甘結存案，此風庶可稍息。說見彼門。」

18世紀聖旨：保護「客本」，打擊特權官牙

- 乾隆5年（1740）詔：「聞各省牙行，多有以衿、監認充者。每至侵蝕客本，拖欠貨銀。或恃情面，而曲為遲延；或藉聲勢，而逞其勒掇。以致羈旅遠商含忍莫訴，甚屬可憫…應將現在牙行逐一詳查，如有衿監充認者，即行追帖，令其歇業，永著為例」；「嗣後，如有仍蹈故轍而州縣官失於查察者，著該上司查參議處。其如何定議之處，該部妥議具奏，欽此」
- 《欽定大清會典事例》卷133，頁718-719

棉布字號保衛「商標」、布牙抵抗官價買布， 以及訴狀背後的訟師

- ▶ 清順治16年（1659）4月，蘇州、松江 37 家布商聯名刊立〈蘇、松兩府為禁布牙假冒布號告示碑〉，此案是由這群布商聯合控告「奸牙沈青臣假冒三陽號記，私刊刷（布）」
- ▶ 江蘇巡撫判決：「『金三陽』字號歷年已久，乃沈青臣勾同別商，射利假冒，奸徒技倆，真難方物矣。念經悔過，處明歸還，姑不深究外；該（蘇州）府仍行嚴飭永禁，不許再行混冒，致起各商衅端」官員在判決文書強調：「眾商各立號記，上供朝廷之取辦，下便關津之稽查，取信遠商，歷年已久，向有定例，不容混冒」。因而官府頒布禁令；「如有奸牙、地棍，覬覦字號，串同客賈，復行假冒，起衅生端，上誤國課，下病商民，許即指名報府，以憑立拿究撫院，正法施行，決不輕貸！」（《上海碑刻資料選集》頁84-85）
- ▶ 康熙11年（1672）六月〈奉憲勒石禁革索貼擾害碑記〉，省級官員接受布牙陳情要求官吏不得再以「官價」低價強買棉布。華亭知縣遵令寫道：「松（江府）屬所產惟布，其所以上完國賦，下資民生，賴此商賈貿易」；婁縣知縣也遵令寫道：「事關恤商美政，相應允其所請，聽從勒石通衢者也」（《上海碑刻資料選集》頁90）

由習慣到規則：保護「金三陽」

- 乾隆元年(1736)松江府判決：「蘇、松等郡，布業甚夥，但貨有精粗、長短之不齊，惟各立字號以分別。故從前盛行之字號，可以租、頂、售(賣)...乃有射利之徒，並不自立字號...或以字音相同，或以音同字異，竊冒壟斷，以偽亂真，起釁生非，病累商民。是以順治十六年間，及康熙四十二年，有假冒「三陽」...先後碑禁。今經三十餘載，日久禁弛」；「蘇、松兩府字號布記，不許假冒雷同，著有成案」，「(今)蘇郡又有布商竊冒字號招牌」，「檄行蘇、松兩府查禁，並勒石永遵」(《上海碑刻資料選輯》頁86)
- → 金三陽 vs. 金山陽？ 85⁰C vs. 85.1⁰C

江蘇省例：省例中的「王牌」？

- ▶ 「條例是國家令典，天下通行，一律遵辦。省例是外省申詳事件，酌定章程，各就一省而言。南北辦法，互有不同，亦各自成書。大抵，江蘇省例尤為斟酌得宜，可以防弊，且可以便民。余在山左、山右，除各就本省情形體察辦理外，間以江蘇辦法，見諸行事，卒皆稱便，並無格礙處」
- ▶ 王有孚《一得偶談初集》（中國律學文獻3輯4冊）頁442-443

	A	B	C	D	E	F	G	H	I	J
1	書名	作者	時間資訊	空間資訊			書籍資訊			
2				涉及主要地區	編者與出版	出版地	序跋地	引用版本	其他版本	書籍簡要解題
3	《豫省續增成規》		1730(雍正八年)	河南				雍正八年(1730)。	又名為《續增擬定成規》，藏於近史所。	
4	《豫省成例》	佚名輯	1736-1795(乾隆年間)	河南				應為乾隆年間(1736-1795)。	收於上海圖書館。	
5	《成規拾遺》	萬維翰輯	1774(乾隆三十九年)	浙江				乾隆三十九年(1774)。	收於《中國古代地方法律文獻》乙編，第十二、十三冊。	
6	《晉政輯要》	海寧輯	1789(乾隆五十四年)	山西				乾隆五十四年(1789)。	收於《中國古代地方法律文獻》乙編，第十四、十五冊。	
7	《江蘇成案》	沈沾霖編輯	1794(乾隆五十九年)	江蘇				乾隆五十九年(1794)。	十六卷。江蘇按察使鉛山熊枚鑒定。收於	
8	《湖南省例成案》	佚名輯	1796-1820(約嘉慶年間)	湖南				史語所傅斯年圖書館八十四卷，十六冊，現藏日本東京大學。		
9	《粵東省例》	佚名輯	1821-1850(約道光年間)	廣東				道光年間抄本，抄收於復旦大學圖書館。		
10	《粵東成案初編》	朱樞輯	1828(道光八年)	廣東				道光八年(1828)刊本三十八卷，首不分卷，補遺不分卷。五冊。		
11	《浙成規》	佚名輯	1837(道光十七年)	浙江				道光十七年(1837)刊本八卷，收入《官箴書集成》第6冊。楊一		
12	《粵東省例新纂》	寧立梯、陶復謙、王鈞	1846(道光二十六年)	廣東				中國社會科學院法八卷，四冊。書前有道光二十六年(1846)		
13	《江蘇省例》	佚名輯	1869(同治八年)	江蘇				同治八年(1869)江蘇本。本書纂輯同治二年至七年(1863-1868)間兩		
14	《福建省例》	壹銀經濟研究室輯	1872-1873(約同治十二年)	福建				同治十二至十三年原刻本。僅名為《省例》，為戴炎輝藏。本		
15	《江蘇省例續編》	佚名輯	1875(光緒元年)	江蘇				光緒元年(1875)江蘇本。本書繼《江蘇省例》續纂同治八年至光緒		
16	《晉政輯要》	剛毅輯	1875-1908(光緒年間)	山西				光緒年間(1875-1908)四十卷，湖北圖書館藏。收於《續修四		
17	《江蘇省例三編》	佚名輯	1883(光緒九年)	江蘇				光緒九年(1883)江蘇本。本書繼《江蘇省例續編》續纂光緒元年		
18	《江蘇省例四編》	佚名輯	1890(光緒十六年)	江蘇				光緒十六年(1890)江蘇本。本書繼《江蘇省例三編》續纂光緒九年		
19	《四川通飭章程》	鍾慶熙等輯	1901(光緒二十七年)	四川				光緒二十七年(1901)。	二卷，五十七篇，收於《近代中國史料	
20	《藩司定例》	江西布政使司	1905(光緒三十一年)	江西				光緒年間江西布政使司。	書前另題名為《定例彙編》，收於傅斯	
21	《臬司定例》	江西按察使司	1905(光緒三十一年)	江西				光緒年間江西按察使司。	書前另題名為《定例彙編》，收於傅斯	
22	《乾隆朝山東憲規》	佚名撰，齊鈞整理	不詳	山東				清抄本，抄錄者、	二卷，六冊，書前無序。田清藏。收於	
23	《廣東省例》	佚名輯	不詳	廣東				清抄本，抄錄者、	收於復旦大學圖書館。	
24	《閩政彙參》	佚名輯	不詳	福建				舊手抄本，抄錄者	二十卷。本書據大清律例、六部則例、	
25	《湖南省例》	吳達善等監刻	不詳	湖南				官修本。	一百三十六卷，書前有總目三卷，書前	
26	《東省通飭》		不詳	山東						
27	《山東通飭章程》		不詳	山東						
28	《擬定成規》	白為	不詳	河南					二卷，下卷封面名為《豫省擬定成規》	
29	《直隸現行通飭章程》		不詳	直隸						
30	《皖政輯要》		不詳	安徽						

幕友對國家法律與社會習慣的權衡

- ▶ 「幕之為學，**讀律**尚已；其運用之妙，尤在**善體人情**。蓋各處**風俗**往往不同，必須虛心體問。就其俗尚所宜，隨時調劑，然後傳以律令。則官聲得著，幕望自隆。若一味**我行我法**，或且怨集謗生」（汪輝祖《佐治藥言》頁323）
- ▶ 「人情」中的**商業習慣**，如何變為地方政府依「律例、成案」辦理的**商業規則**或是**商業法律**？

有關明清商業法律的兩項初步觀察

- ▶ 明清中國商法的理論與實際：「事實上的法律」與「理論上的法律」（市廛律例：禁止把持、時估制；棉布字號與踹坊的承攬契約；船運業者侵占客商財物）
- ▶ 「就法律論法律」以及「習慣法」問題：審轉制度加嚴加密下的司法官員、幕友與訟師；唐律以來的「法典演化傳統」（棉布商標「牌記」商業習慣；費用受寄財產：當舖、染坊、親屬；牙行「客欠」；訟師秘本中的木材等商人訟案）

歷史成見？欠缺「商法」，故而官員亂判

- 「中國只有刑律，無民律、商律、報律、航海諸律；故商民訟事，律多未載，地方官與胥吏隨意判斷，商民負屈甚多」、「國家非有商律」，否則「商務必不能旺」
- 鄭觀應《盛世危言》，收入《鄭觀應集》上冊頁612-613（此段評論約發表於1894-1900年間）

少數意見：晚清(1882)的另類觀察

- 「因為中國沒有成文商業法典，便認為中國人沒有任何商法（commercial law），這是種常見的錯誤認識。要是沒有近代法律註釋家的論述，我們也可能誤以為英國根本沒有普通法（Common Law）。在《大清律例》以及其前出現過的歷朝刑法典之外，還有中央政府頒布的許多詔令或通行，地方省級法官也針對商法相關問題做成不少裁決」

晚清(1882)另類觀察的主要理據

- 「這些例案、命令與裁決的合輯，都由刑名幕友、稅關監督以及其他重要的中國內陸官員所掌握。儘管各省有不同的貿易習慣，但對熟悉商業法律領域的人而言，這些涉及商業問題的法律合輯仍然足以提供很好的保護，讓種種商業貿易習慣可以在審判過程中經常得到尊重」
- “The Commercial Law Affecting Chinese; with Special Reference to Partnership Registration and Bankruptcy Laws in Hongkong,” Reprinted from the *China Mail*, 1882. pp.1-40

歐美「商法」五義


- ▶ 一做為「商法典客體」的商法
- ▶ 二是做為「商人特別法」的商法（採取此種立法體例的國家，先規定商人，再從商人定義推導出商事行為，此可以德國法系為代表，也稱「主觀體系、商人法主義、商業法主義」）
- ▶ 三是做為「特定行為類型」的特別法（採取此種立法體例的國家，先規定商行為之概念，再導出從商人之概念，此可以法國法系為代表，也稱「客觀體系、商事法主義、商行為法主義」）
- ▶ 四是做為「實證上理解商業與商人之間關係」的法律
- ▶ 五是做為歷史發展上「與民法獨立發展之商法學門」

▶ (陳自強，〈民商合一與民商分立〉，收入氏著《代理權與經理權之間——民商合一與民商分立》，台北：元照出版公司，2006，頁256-257)

三·反思明清中國「市場演化」的路徑

當經濟遇上法律：明清中國的市場演化

- ▶ 明清蘇州商人團體組織方式與外在政治環境的互動，及此互動關係的長期演變
- ▶ 蘇州棉布加工業字號組織對「測量與訊息成本、談判成本、執行成本」等「交易成本」問題的不同影響
- ▶ 蘇州棉布加工業發生的踮匠「工作規訓」變動
- ▶ 雲南銅礦業基於「官本收銅、運官運銅制」等正式制度改革，而出現的官商關係與利益觀念變遷
- ▶ 重慶船運業糾紛解決機制在「國法」與「幫規」共同作用下，呈顯出來的經濟秩序與法律規範互動
- ▶ 重慶地方官與地方商人領袖之間，圍繞著債務與合夥糾紛的合作調解模式
- ▶ 《客商規鑑論》與《商賈便覽》等明清商業書籍，所承載的商業知識與商業道德論述

- 
- ▶ 這些林林總總涉及明清商人團體、經濟組織、法律規範、商業習慣以及商業文化在內的各種制度，既受到當時中國既有市場結構的限制，又逐漸改造了當時中國市場結構。
 - ▶ 本書選取蘇州、上海、雲南東川府、四川重慶以及江西廣信府玉山縣在不同經濟領域的一些具體案例，藉以討論當時中國市場與制度之間的互動關係

市場演化：經濟、法律與文化的互動

- ▶ 明清傳統中國經濟沒有發生類似英國工業革命那類快速顯著的經濟變遷，也未出現類似近代西歐民法、商法的法律體系，但是，在當時中國主要的商業城鎮當中，仍然發生了各種經濟組織、相關法令乃至於文化與意識形態方面的變動，這些現象仍然可在明清中國帶出某些具有重要意義的制度變遷，構成某種值得細緻分析與嚴肅討論的市場演化途徑

商人意識形態對明清社會的整體影響

- ▶ 「在明清士大夫的作品中，商人的意識形態已浮現出來了，商人自己的話被大量地引用在這些文字之中」；同時，「更值得指出的是：由於『士商相雜』，有些士大夫（特別如汪道昆）根本已改從商人的觀點來看世界了」（余英時，《中國近世宗教倫理與商人精神（增訂版）》，2004，頁162-163）
- ▶ 「十六世紀以後商人確已逐步發展了一個相對『自足』的世界。這個世界立足於市場經濟，但不斷向其他領域擴張，包括社會、政治與文化；而且在擴張的過程中也或多或少地改變了其他領域的面貌。改變得最少的是政治，最多的是社會與文化」（余英時，〈士商互動與儒學轉向——明清社會史與思想史之一面相〉，收入氏著《中國近世宗教倫理與商人精神（增訂版）》頁203）

「重商以利農、保富、公利之利」影響經濟政策

- ▶ 士人價值觀受到商業與商人影響而發生的微妙變化，還反映在政府經濟政策。十六世紀以後有越來越多士大夫提出「重商以利農」的主張，他們觀察到如果商人不帶糧食與白銀來境內貿易，則本地糧食供給與銀錢比價都會受到負面影響。為保障農民生計故而必須保護商人，構成晚明「重商以利農」經濟政策的核心理據（林麗月〈明清之際商業思想的本末論〉，收入氏著《奢儉·本末·出處——明清社會的秩序心態》）
- ▶ 變化也發生在十六至十八世紀「保富」觀念普遍發展（林麗月〈保富與雅俗：明清消費論述的新側面〉，《奢儉·本末·出處——明清社會的秩序心態》）
- ▶ 本書分析李紱在十八世紀滇銅開採過程提出的「公利之利，無往不利」論述，透過「公之於人，則可以富國而裕民；私之於官，則至於害民而病國」等經濟修辭，把開採礦藏的更大正當性，賦予了饒富資本並有組織力的銅廠商人。商人其後也經常領取官方資本（官本），讓當時官商關係變得更加複雜

受商人影響的何種明清「政治」？

- ▶ 前引余英時評論市場經濟與商人意識形態衝擊明清社會的不同層次：「改變得最少的是**政治**，最多的是**社會與文化**」，這類判斷似乎需要修正；「**重商以利農、保富、公利之利**」等相關經濟政策，其實也可反映當時商業經營以及商人財產安全都能得到更穩固支撐，這也不能不說是受到商業衝擊的明清「政治」
- ▶ 至於清代**商業訴訟與地方司法**之間的**良性互動關係**，也可以視為一種受到商業衝擊的「政治」與法律方面變化



四· 難以迴避的「中、西」比較：如何
進行「互惠式比較」？

推陳出新的「西方」vs.「中國」二元論述？

- ▶ 科大衛對明清中國經濟的整體評價：「雖然中國商業制度確實帶來十六世紀至十八世紀前所未有的經濟增長，但同樣機制卻不足以帶動十九世紀蒸汽機時代的規模型經營，如工廠、鐵路和輪船等」；西方何以能應付十九世紀規模型經營的挑戰？其原因在於十六世紀西方的「銀行、公司和商法的基礎就已經奠定」（科大衛《近代中國商業的發展》，周琳、李旭佳譯，2010，〈資本主義萌芽與近代經濟變遷〉頁166）
- ▶ 十六世紀中國與西方商業制度已然存在的主要差異何在？科大衛：「原因可能是中國傳統商業的個人化經營模式」，他引布勞岱與韋伯研究而指出：「家族企業、私人網絡與傳統的會計方式形成了一個相輔相成的商業運作體系」，而「股份制、有限責任制與成本會計則構成了另一個相輔相成的體系」；十六世紀以後西方逐漸脫離前一個體系而進入後一個體系，而中國則自十六世紀形成「以宗族為主導的資產控制方式」之後，直至十九世紀仍停留在前一個體系（科大衛，《近代中國商業的發展》，周琳、李旭佳譯，〈作為公司的宗族—中國商業發展中的庇護關係與法律〉頁92）

欠缺的「法律」以及未分化的「市場」？

- ▶ 科大衛：儘管明清中國缺乏「股份制、有限責任制與成本會計」，但直至十九世紀為止，「無論是在鄉村、市鎮還是城市」，明清商業制度仍然能夠使得「貿易都有條不紊地進行著」，但保障這些貿易秩序的主要力量，**不是法律**，而是那些可以「**通過各種投資控資產的宗族**」；明清市場從來都「只是**社會**的一個組成部分」
- ▶ （科大衛《近代中國商業的發展》，周琳、李旭佳譯，〈作為公司的宗族—中國商業發展中的庇護關係與法律〉頁103-104）

重訪諾斯的經濟變遷制度理論

- ▶ 靜態分析：在「人口變遷/知識存量/制度」等三大方面理論裏，先建構「制度理論」的三大基石：財產權理論/政府理論/意識形態理論 → 組織、法律與文化
- ▶ 短期動態分析：「正式制度、非正式規則、施行」的人們行動三個層次
- ▶ 長期動態分析：「人情式交換、非人情式交換 I (象徵符號)、非人情式交換 II (第三人執行)」的三階段歷史演化

出處：Douglass North，《經濟史的結構與變遷》〈議題〉；《制度、制度變遷與經濟成就》Ch4〈交易成本的交換理論〉(劉瑞華著述網址：<http://www.econ.nthu.edu.tw/teachers/liu-rh/1.htm>)

難以迴避的「西方現代性」：何以 「中國沒有xxx」？

- ▶ 十六世紀以後英國與西歐在經濟、法律與文化方面展現的種種「現代性」，確實對於我們理解人類近代歷史至關重要。
- ▶ 但正如泰勒所指出：歐洲固然是「現代性的第一個模型」，不過，「它終究只是許多模型中的一種」；如何重新「描繪現代西方世界的社會想像」？仍然需要更多學者投入研究（查爾斯·泰勒，《現代性中的社會想像》，頁293）

- 近代西歐「理性資本主義」的因果鏈：1. 基本要素（企業、科技、自由勞動、自由市場）；
 2. 中間條件（可預測計算的法，入世而又禁欲的經濟倫理）；
 3. 背景條件（官僚國家，公民權）；
 4. 深層條件（識字率，交通與通訊工具，書寫與記帳能力...）

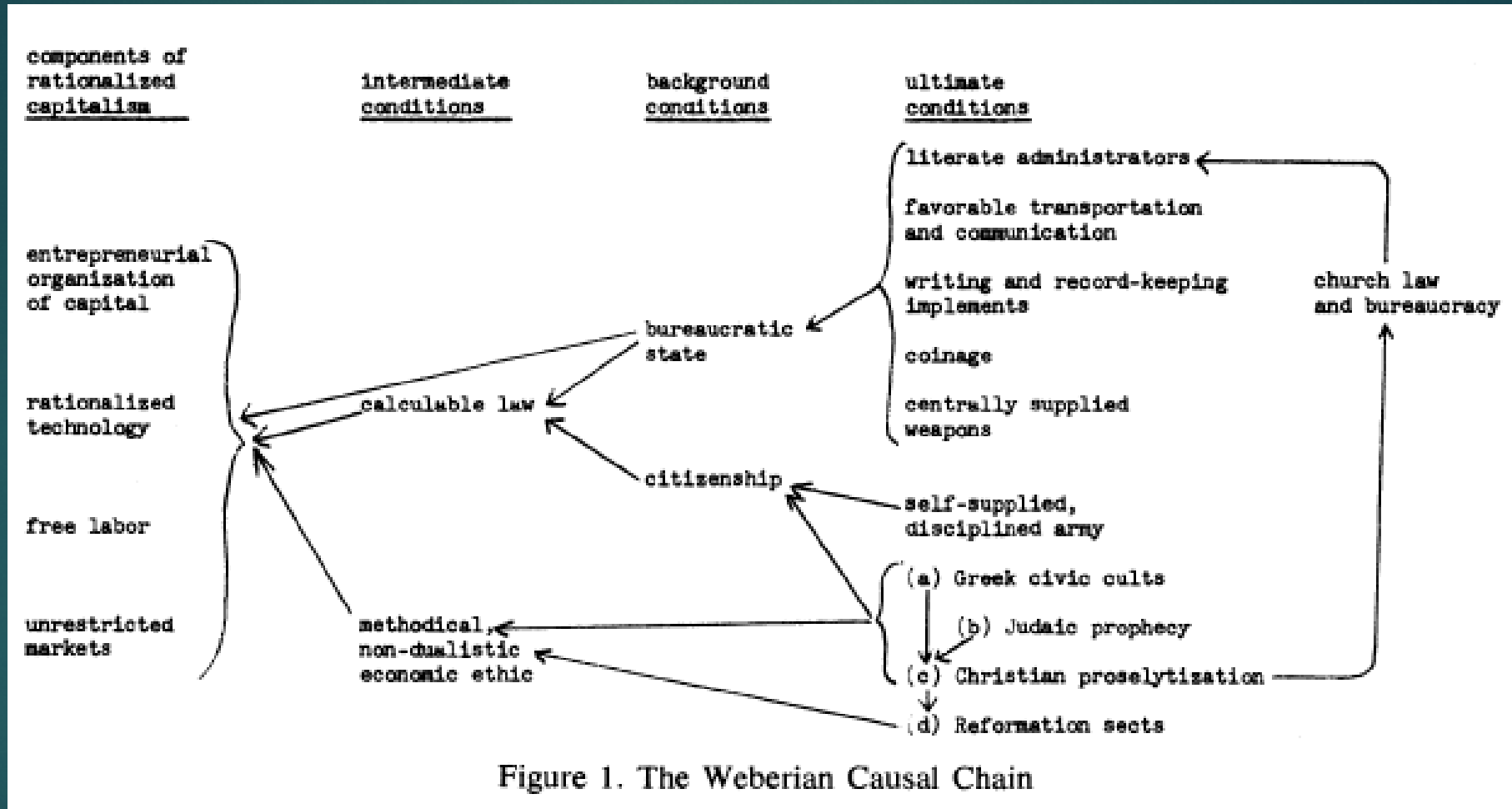


Figure 1. The Weberian Causal Chain

Randall Collins, 1980, "Weber's Last Theory of Capitalism: A Systematization", ASR 45, 6: 931.

距離產生「美感」？經濟與法律的複雜因果關係

1. 「（針對歐美相關歷史的討論）律師、史學家以及社會學家，對於法律有助於商業交易獲得安全與確定性的這種「必不可少的（essential）」角色，都太經常性地視其為不證自明的道理。然而，事實真相卻遠為複雜…」

Fr. G. R. Rubin and David Sugarman, "Introduction: Towards a New History of Law and Material Society in England, 1750-1914." In *Law, Economy and Society, 1750-1914: Essays in the History of English Law*, 1984, p.4

對「西方商法」的歷史想像：距離產生美感？

2. 「弗里德曼曾如此總結道：美國的商業法律事實上是...太過於文雅簡鍊（**too elegant**）；並且對律師以外的人士來講，也太過於費解難明（**too unknown**），以致於對市場實際運作並未產生太多效果。在英國，**法律與商業慣例（business practice）**之間的關係，一直缺乏堅實可靠的（**substantial**）實證分析」

互惠式比較（A Reciprocal Comparison）

3. 「因此，法律究竟如何實際使用？為何、在何種程度以及到底是由誰來使用法律？這些問題都只有相當薄弱的實證材料可資論證。現有證據顯示：法律所欲規範的客體，通常都未能得到落實，或者只是不完整地（imperfectly）得到落實。比方說，在實際運用裏，法律可以是由相關執行機構及其管理者、經濟上的有實力者，以及有錢又有影響力的個人或利益團體，然後再加上律師與會計師的協助，由這些眾多方面的力量，共同來進行調停與斡旋」

法律「大分流」：18世紀後半的哪一個「西方」？

- ▶ 十七、十八世紀倫敦城市地區法官收錢受賄影響判決之普遍，這現象引發當時民眾的極度憤慨，論者有謂：「十八世紀倫敦城市法官，已是貪污腐敗的代名詞（a byword for corruption）」（引見：Norma Landau, "The Trading Justice's Trade," in Norma Landau ed. *Law, Crime and English Society, 1660-1830.*） vs. 科大衛：十六世紀西方的「銀行、公司和商法的基礎就已經奠定」
- ▶ 曼斯費爾德勳爵（Lord Mansfield）在擔任英國大法官任內（1757-1788），以商人出任陪審團成員等一系列司法改革，逐步改革商業判例制度，進而啟動了英國的商業法律改革（David Lieberman, *The Province of Legislation Determined: Legal Theory in Eighteenth-century Britain.* Cambridge: Cambridge University Press, 1989, pp.88-121）

18世紀後半的英國商法模式？

商業習慣 + 法官歸納的原理與通則

- ▶ Lord Mansfield曾擔任英國「王座法院」（the Court of King's bench）法官長達三十年（1757-1788），在此以前，英國的商業訴訟其實常被時人批評為不能得到法官的合理判決
- ▶ Mansfield大法官經常徵詢倫敦商人對司法個案所涉及商業經營的專業意見，並將這些徵詢結果結合到他自己對有關著作權（copyright）、匯票（bill of exchange）、本票（promissory note）、保險等商業行為運作的整體性看法，從而透過各種具體判決，有意識地發展一套有關「商人之法」（law-merchant）的法律體系
- ▶ Mansfield大法官企圖建立一套「能為人易學易記」（easily learned and easily retained）的商業法律原理（rules），並且有意識地追求所謂「清晰明確的通則（general principles）」，這是Mansfield之所以能開創18世紀後半英國商法實質性進展的原動力
- ▶ David Lieberman, *The Province of Legislation Determined: Legal Theory in Eighteenth-century Britain*. p.95, Pp.104-119

「對稱均衡式（symmetric）比較」的 學者基本素養

- ▶ 學者進行歷史比較，如何才能做到「對稱均衡而且更加小心？」
 1. 對於兩邊（或三邊）的比較案例，必須都有充分且實質的熟悉認識
 2. 要能批判地檢視那些再現（representing）比較案例的學術著作
 3. 要能有效形構出這般作法所指向的未來發展，而不僅止於暫時性的提議
- ▶ 取自：王國斌，《鑑往知來：中國與全球歷史變遷的模式與社會理論》（台北：交通大學出版社，2019）<https://www.books.com.tw/products/0010811002>