

二十世纪中华法学文丛

中国商事习惯与商事
立法理由书

中国政法大学出版社

编纂者

张家镇 秦瑞玠 汤一鶚
孟森 邵义 孟昭常

中国商事习惯与商事立法理由书

编校者 王志华



中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国商事习惯与商事立法理由书/张家镇等编著.
北京:中国政法大学出版社,2003.10
ISBN 7-5620-2501-0

I. 中... II. 张... III. ①商业史—中国—近代 ②商法—立法—研究—中国—近代 IV. ①F729.5 ②D923.992

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 094311 号

书 名 中国商事习惯与商事立法理由书
出 版 人 李传敢
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 清华大学印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 21
字 数 540 千字
版 本 2003 年 11 月第 1 版 2003 年 11 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2501-0/D·2461
印 数 0 001—3 000
定 价 45.00 元(精装)
社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

《二十世纪中华法学文丛》

编辑委员会

学术顾问

倪征燠 瞿同祖 芮沐
谢怀栻 潘汉典 沈宗灵

编委

(以姓名拼音为序)

曹建明 陈兴良 陈景良 范忠信
高鸿钧 何勤华 贺卫方 胡旭晟
刘广安 李贵连 梁治平 舒国滢
王健 王文杰 王涌 徐显明
张谷 朱勇

常务编委

范忠信 胡旭晟 王健 张谷 陈景良

二十世纪中华法学文丛

总 序

二十世纪是中华文化经受空前巨大、深刻、剧烈变革的伟大世纪。在百年巨变的烈火中，包括法制文明在内的新的中华文明，如“火凤凰”一般获得新生。

大体上讲，二十世纪是中国法制现代化的世纪。这一个世纪的历程，不仅仅是移植新法、开启民智、会通中西的法制变革的历程，更是整个中华文明走出传统的困局、与世界接轨并获得新生的历程。百年曲折坎坷，百年是非成败、得失利弊，值此新旧世纪交替之际，亟待认真而深刻的反省。这一反省，不仅有助于当代中国法制建设的深入，亦有助于推进新世纪中国民主与法治社会的形成。这一反省，是一项跨世纪的伟大工程。作为这一工程的起始或基础，我们应全面系统地检视、总结二十世纪中华法学全部学术成就，并试图作初步点评。为此，我们特郑重推出“二十世纪中华法学文丛”。

1898年，光绪皇帝接受康有为、梁启超等人建议，实行“新政”。中国法制现代化的事业于此开始萌动，但旋即夭折。四年之后，在内外剧变的巨大压力下，这一事业再次启动。1902年，清廷命沈家本、伍廷芳为修订法律大臣，设修订法律馆，开始翻译欧

美各国法律并拟订中国之刑律、民商律、诉讼律、审判编制法等新型法律。这一年，应视为中国法制现代化的正式开始。自此，中国法律传统开始发生脱胎换骨的变化：以五刑、十恶、八议、官当、刑讯、尊卑良贱有别、行政司法合一为主要特征且“民刑不分，诸法合体”的中国法律传统，在极短时间内仓促退出历史舞台，取而代之的是一个又一个令国人颇感生疏的新式法律体系和法律运作机制。不宁惟是，一套又一套从前被认为“大逆不道”、“不合国情”的法律观念——“民主”、“自由”、“平等”、“法治”、“契约自由”、“无罪推定”、“制约权力”、“权利神圣”等等，随着新型法律制度的推行一起被带给了人民，使人民的心灵深处渐渐发生革命。与此同时，近代意义上的中华法学，亦与“沟通中西法制”的伟大事业相伴而生，渐至发达。出洋学习欧美日本法律成为学子之时尚，法政学堂如雨后春笋，法政期刊杂志百家争鸣，法学著译如火如荼，法学成为中国之“显学”。据不完全统计，仅本世纪上半叶，全国各出版机构出版发行的法律和法学著译及资料，多达六千余种，总印行数多达数百万册。本世纪下半期，“法律虚无主义”一度盛行，为患几近三十余年，中国法律和法学一派凋零。七十年代末以后，国人痛定思痛，重新觉醒，中国又回到法制现代化的正轨，法律和法学重新兴旺和昌盛，法学著译出版再次空前繁荣。据估计，1978年至今，我国法学著译资料的出版多达万种，总印数可能在千万册以上。这期间，不惟基本完成了前人未竟的法制和法学现代化事业，亦开始了向法制和法学更高的境界的迈进。

这一个世纪的法学著译和资料编纂，是中国法律现代化历程的忠实记录，是中华法学界百年耕耘的结晶。从“全盘欧化”、“全盘苏化”的偏失到“中国特色”法制与法学的探索，百年上下求索留下的这份宝贵的学术遗产，值得我们珍惜；即使仅仅作为一部时代的病历，也值得我们借鉴和分析，以期发现和治疗我国法制现代化过程中的常见病症。不幸的是，这份学术遗产，特别是本世纪上半

叶的法学著译资料，现在正面临着悄然毁失的危险。由于印刷技术低下、纸质粗劣、馆藏条件落后，许多法学书籍破旧枯朽，不堪翻阅，有些甚至图文蚀褪无法辨读。加之种种人为的原因，那些汗牛充栋的法学资料长期尘封蛛网，很少有人记起，半个世纪的探索和成就竟被视若虚无。馆藏制度之限制又使借阅者困阻重重。人们常叹：《尚书》、《周易》乃至秦汉野史随处可得，几十年前的法学著译竟一书难求！此种文化“断裂”现象，实有碍于今日中国法律教育和研究事业之正常进行，亦有损于中国法律现代化事业之发达。以上诸端，不仅本世纪上半期的书籍如是，本世纪下半期的一些作品亦已经或很快将面临同样的命运。有感于此，我们遂有整理本世纪中华法学遗产之愿望及筹划，不意与中国政法大学出版社之设想不谋而合，是以有“二十世纪中华法学文丛”之选印。

本“文丛”选印的书籍或选编的论文，纵贯二十世纪始终。凡能代表本世纪不同时期法律学术水平、法制特色，有较大影响且为当今中国法学教育研究所需要者，均在选印之列。即使是五十至七十年代间特定背景下的法律和法学作品，只要有历史文献价值，亦可收入。在选印的顺序上，大致由远及近，优先选印上半个世纪的著译资料。目前选印编辑的重点是本世纪前半期作品。本世纪后半期的法学成就，拟在以后条件成熟时再行整理。选本范围将不局限于内地学者的作品，还将涉及五十年代以后台湾、香港地区和海外华人学者的法学作品，因为他们的成就也是二十世纪中华法学不可忽视的一部分。除曾正式出版的单本著译外，还将汇聚若干法学家的个人文集，或重新编辑本世纪各个不同时期的法规、案例及习惯调查资料。不过，凡近二十年间已为各出版机构再版的法学著作、译作，原则上不再选印。

为了保证选本的权威性、准确性，我们特聘请了六位本世纪上半叶即涉足法学或司法工作的前辈学者出任顾问。老先生们不顾古稀耄耋之年，亲自批点方案、确定书目、选择版本，并以口头或书

面的方式提出了许多宝贵的意见。幸赖于此，我们的计划才得以顺利进行。

本“文丛”之选印，旨在集二十世纪中华法学之大成。为体现历史真实，我们将恪守“尊重原作”的原则，不作内容上的任何更动。即使有个别观点与今日不符，亦予以保留。作为不同时期的特殊历史记录，保持原貌更有利于比较和借鉴。为了使读者对每本书的作者及该书的学术地位等有一个必要的背景了解，我们特约请法学界一些学者为各书撰写关于其人其书的专文，置于书前。除此之外，我们所做的纯粹是一些技术性工作，如纠正原作的排印错误，注明原书所引事实、数据、名称之错误等等。为方便起见，可能将同一法学家的数个单行著作合而为一，也可能将原合印在一起的不同著作分开重印，还可能将当时或今日学人对其书或其人的有关评论或有关的图表、法规资料选附于书后。总之，尽可能使其全面、完整。

本“文丛”的选编校勘，是一项看似简单实则复杂艰难的工作，需要相当的学养和责任心。我们虽兢兢业业，如临深履薄，但仍难免疏漏。恳请各界朋友批评指正。除此之外，还期待学界朋友推荐符合本“文丛”宗旨的法学著译资料，与我们共同完成这一跨世纪工程。

谨以本“文丛”献给中国法制现代化事业，献给中国民主法治的新世纪！

二十世纪中华法学文丛

编委会 谨识

1997年7月于北京

二十世纪中华法学文丛

凡 例

一、本文丛系有选择地整理二十世纪的法学经典文献，不作任何有损原意的改动，仅作适当的技术性加工。

二、原书为竖排版者一律改为横排。原文“如左”、“如右”之类用语，相应改为“如下”、“如上”等等。

三、原书繁体字一律改为简体。个别若作改动会有损原意之，则予以保留。另加注说明。

四、原书无标点符号或标点符号使用不规范者，一律代之以新式标点符号。

五、原书无段落划分者，适当划分段落。

六、原书所用专有名称、专门术语（特别是外国人名、地名、书名之译名及学科名称）今日有更通用统一提法者，酌加改动或注明。

七、原书引用之事实、数字、书目、名称（包括人名、地名）及其他材料确有错误者，酌加改动，并加注说明。

八、原书排字确有错误，当时未能校出者，酌加改正，并加注说明。

九、个别特别重要的著译，酌于书后附上新编之名词索引。

十、原书某些附录确无保留必要者，不再编入，但加注说明。

点校说明

一、本书第一、二两编选自《新商法^[商人通例]释义^[公司条例]》，版本为民国三年（1914年）民友社出版发行。原书由《商人通例释义》、《商法总则调查案理由书》、《公司条例释义》、《公司律调查案理由书》四部分组成。因释义仅对民国三年公布施行之《公司条例》和《商人通例》作简单的解释，主要内容包括在调查案理由书中，故本书未选。

二、原书于《公司律调查案理由书》后附有勘误表，本书据之悉为订正。

三、《上海商事惯例》为民国二十二年（1933年）新声通讯社版，编辑者为严谔声。因体例与第一、二编稍异，故作为附录刊载于后。原序十一个，今仅留一“吴（经熊）序”。原书“业规类”部分共收录业规四十二个，因内容类多雷同，故本书只收录三个，其余三十九个未录入。

四、原书标点均为“、”号和“。”号，由点校者一律改为新标点。第一、二两编原有多处重点…号。重点过多，反不知重点所在，故从删。

五、本书原用的繁体字、异体字，现全部改为简体字。如“疋”改为“匹”等。也有些字与现代用法不同，如“豫”改为“预”，而“藉”只在用于“借口”之意时才改为“借”。

六、本书原用国家译名全部改为新译。如“义大利”改为“意

大利”，“和蘭”改为“荷兰”等。但对外国各种公司名称等音译的译法与现代译法颇不一致，为保持原貌，本书未加改动。如英文公司称“孔拔尼乌”，法语称“索希活脱”，德语称为“轧泽尔谟甫脱”等。

七、原书年代均改为数字记年，如“千九百年”改为“1900年”等。

八、书中方括号“[]”内的字，均为点校者所加，意欲在忠实、尊重原书的同时，纠正或补充某些字、词的用法。

九、本书原为竖排本，改为现在的横排本时，“左开”、“如左”等字，也相应改为“下列”、“如下”等。

十、本书点校时，将原书的目录作了改进。本书原目录分别编排在各部分之前，点校时悉为提前，以便于读者查阅。

十一、原书页码不相连贯，每个部分分别编有页码。点校时将几个部分页码全部连贯起来排版。

编校者

2003年8月

前 言

中国近代商事立法始于清末变法修律。

自五口通商至二十世纪初清政府立宪修律，外国资本主义工商企业在华发展迅速，国人商事组织亦打破传统简单合伙规模，民营新式工商企业步洋商之后累年增加，华、洋商人之间涉讼事件亦日益频繁。当时洋商企业依其本国法在驻华使领馆注册登记，并有治外法权的保护，如有纠纷发生，皆能援法为断。而华商则因无相关的法律规定，惟任地方官吏的临时裁决，每遇华、洋交涉，往往得不到保护，对华商深为不利。而在近代“商战”方酣之际，满清朝野上下遂齐相呼吁制定商法，以保国权商利。

1904年1月21日清政府颁布《钦定商律》，包括《商人通例》九条和《公司律》一百三十一条。这是中国法制史上第一部“现代意义上的法典，”^{〔1〕}可谓中国法律近代化的开篇之作。

但是，《钦定商律》乃伍廷芳等奉旨仓促而作，“草创之始，难语完备”，疏漏及不合国情之处颇多。《公司律》第一百三十一条亦云：此系初定之本，于保护商人、推广商务各事宜，未能详尽，仍当随时酌增。此后，清政府又颁布实施《商会简明章程》等商事法规。1906年4月25日颁布《破产律》，但因与实际国情不合，难于施行，旋于1907年12月2日宣布废除，未能发挥实际作用。但根

〔1〕 帅天龙：《清末的商事立法》，《商法研究》第一辑，人民法院出版社，2000年月1月版第118页。

据《商会简明章程》在全国各地发起成立的许多商会组织，却成了中国几千年商业史及立法史上具有划时代意义的重要里程碑。

《钦定商律》颁布后，修订法律馆曾聘请日本法学博士志田钾太郎起草《大清商律》，并陆续完成“总则”、“商行为”、“公司律”、“票据法”、“海船法”五编。^{〔1〕}但当时各商会以修订法律馆所编《大清商律》系直接采自日本商法，恐于国情不合，而商法关系国家利权，与商人利害悠关，乃于1907年7月由上海立宪公会发起商法起草委员会，决定实际访查商场习惯，参照各国最新立法例，自行编纂商法草案。^{〔2〕}1907年11月19-21日上海预备立宪公会、上海商务总会、上海商学公会在上海愚园组织召开了第一次全国商法讨论大会，与会代表来自全国各地及海外华人商会，计八十五个商会一百四十三名代表。会议期间，代表们对共同制定商法草案热情极高，并很快就许多重要而具体的问题达成一致意见。上海商务总会会长李云书在开会致词中明确了此次商法大会的宗旨：“联合全国商人自造商法草案，要求政府施行。”^{〔3〕}大会决议，指定专人负责草拟各章，并具体作了部署。1909年12月召开第二次大会时已完成《商法总则》与《公司律草案》两编，经大会讨论通过，呈请清政府施行，并附《公司律调查案理由书》与《商法总则调查案理由书》（以下简称《调查案理由书》）。^{〔4〕}这就是本书正文《调查案理由书》的由来。而农工商部以为，该草案系全国各商会

〔1〕应当指出的是，虽然中国近代从一开始就致力于统一商法典的编纂，但直到现在还仍然以单行法的形式构建商法体系。

〔2〕谢振民编著：《中华民国立法史》下册，中国政法大学出版社，2000年月1月版第804页。

〔3〕《商法特会第一日记事》，《申报》1907年11月20日。

〔4〕当时《商法总则》编因刚刚定稿送至各商会代表手中，未及酝酿讨论，而是限定会后四十日内由各商会函告建议或修改意见于上海商务总会，并由上海商务总会将二草案呈递清政府农工商部。

等“专聘通晓商律之士，调查各埠习惯，参酌法理编纂而成，于实施之际不无裨益，”因而“逐条考核，参互研求，故其采择亦为独多。”〔1〕遂将草案改订，定名为《大清商律》，共计三百六十七条，送宪政编查馆审核后呈送资政院审议。但资政院未及通过清政府即被推翻。1914年实业家张謇任农商总长时期将上项两编加以修订，呈请总统公布施行，是为《商人通例》及《公司条例》。

《调查案理由书》的主要内容包括三个方面：一是对《钦定商律》的修正；二是对它的补充；三是新制定条文的“理由”。

《钦定商律》颁布后，因条文疏简，缺失之处已是难免。且其规定，亦多与当时的国情商况不合，在施行过程中效果不佳，窒碍颇多，未能发挥其保护民族工商业的积极作用。在这方面，《调查案理由书》对原《商人通例》和《公司律》条文有针对性地作了修正。

此外，《调查案理由书》增加了补充条款。原《商人通例》和《公司律》共计一百四十条，《调查案理由书》合《商法总则》八十四条及《公司律》三百三十四条，两编共达四百一十八条之多，比原条文增加差不多两倍。民国三年改订颁布之《公司条例》二百五十一条和《商人通例》七十三条，亦较原《钦定商律》大为详备。

但《调查案理由书》的核心内容还是立法的“理由”，是对每一条文背后法意的说明。《调查案理由书》所订条文理由主要是参酌各国立法例，同时兼顾中国当时工商业发展状况及社会经济基础，并参照全国主要商埠的商业习惯。理由书最大的特点是对英、法、德、奥、意、日、瑞士、匈牙利、西班牙、葡萄牙、智利、泰国等十几个国家商事法律规则的比较，斟酌利弊得失，确定选择最适于中国者。可以说，理由书是中国近代商事立法运用比较方法的实践典范。而且，其具体编纂者都是具有法学修养并从事于工商业

〔1〕《大清新律令》续编卷八，宣统二年五月三十日。

实践的实业家，其经过调查编纂的法律条文更能符合于中国的实际。1909年12月在上海召开第二次商法大会上，《调查案理由书》得到了与会各商会代表的肯定。编纂人员亦称：“公司理由书及浅说几及四十万字，总则理由书几及十万字”，“此数十万字，无一字可以苟且，其中增删修改，有易稿至十余次者。”^{〔1〕}这一切足以说明民初《公司条例》的立法价值，也决定了这是一部较为成功的公司法规，这一点也许我们今天仍受其益。

《调查案理由书》旁征博引，深入浅出，为读者提供了大量的有关公司法规方面的可贵资料，其本身所具有的价值丝毫不亚于任何一部商法理论著作。这对我们今天的商法研究者与正在不断修订的商事立法来说，无疑具有一定的实用价值和现实借鉴意义。但是，《调查案理由书》及上海商法大会所具有的意义不独关乎中国近代商事立法而已，更有超之于立法之外者。

中国古代向来重农贱商，以农为本，工商为末。专制政府视民间钱债为细故，对于商人每多禁令，处处限制而非保护。更有甚者，经商者尽管经营有方，家道殷实，邻里夸富，但在社会上却“人格减等”，科举为官等政治待遇要受到诸多限制。汉初甚至规定商人要穿特制的衣服，以与“良民”有别。而政府更与“下民”争利，有厚利可图如盐、茶、酒等行业俱为政府专营，实行所谓“榷沽”制度。明、清两代又多次发布“禁海令”，“只帆片板”不得出海。正当西欧各国疯狂开发海外殖民地之际，中国却正是国门愈以紧闭之时。中国几千年的商业文明发展缓慢，徘徊不进，非无原因。

中国近代海禁大开，洋商蜂拥而入。由于治外法权的丧失，清政府对外国商人无可如何。而对本国商人的政策则摇摆于鼓励与限制之间。中国许多商人每托庇于洋人为保护伞，充当买办或以洋人

〔1〕《商法调查案编辑员陈述意见》，《申报》1909年12月21日。

名义在外国使领馆注册登记,以逃避中国政府的“保护”。这是“两害”相权取其轻,不能解决根本问题。商人只有获得其应有的社会地位和政治权利,并制定适合于中国国情的足以保护商人利益的商法,中国的民族工商业才能得以迅速发展。而这样的商法只有商人自己制定才能达到维护交易安全、保护商人权益的目的。

上海商法大会的召开,是饱受压迫的中国商人阶层政治权利意识的觉醒。“研究商法,无非保护商人之意。”保商成为编订商法草案的出发点。制定商法的重要意义还在于,“商法为华商洋商平等之基。”商法适用于中、外商人,他们希望在完成商法制定后可以使华商洋商在法律保护上的不平等地位得以改观,认为“有商法,自然平等。”〔1〕

“商法大会是中国民族工商业者参与清末商事立法和法律改革运动中最大的一次全国性活动。”“由于清政府顽固腐朽,不愿进行社会政治的彻底改革,商法大会成果甚微。但是,它是中国民族工商业者权利本位、发展取向、法治精神的商事立法思想走向制度层面的一次重要的、具有进步意义的尝试,在中国商法史和思想发展史上仍是值得重视的大事件。”〔2〕商人自订法律,要求政府颁布施行,这在中国是史无前例的。上海第二次商法大会之后,由于商法草案编纂人员当选为地方咨议局议员,商法后续诸编的编纂遂行搁置。此后的民国时期,虽时有个别有关商法单行法草案的公布,但像上海商法大会这样的壮举再未有过。

商法属私法规范,首重习惯。民国十八年民法第一条云:民事法律所未规定者依习惯,无习惯者依法理。在民商事法律适用上,习惯的效力高于一般判例和法理。《调查案理由书》中所引证的

〔1〕《商法特会第二日记事》,《申报》,1907年11月21日。

〔2〕帅天龙:《清末的商事立法》,《商法研究》第一辑,人民法院出版社,2000年月1月版第137页。

“理由”也有大量的商事习惯，并对一些固有的商业习惯作了修正。如合伙企业（时称合资营业），中国商界固有习惯是各合伙人按出资多寡分享利润，按股分担企业债务，而不承担连带清偿责任。这一点（调查案第三十九条）在1909年上海第二次制定商法大会上即有上海商会代表提出，后经解释而未作修改。而在实践当中，这一商业习惯一直对抗法律规定。如在民国民法颁布前夕的1928年，上海各商业团体仍然主张合伙分摊制而反对“合资企业”对合营债务承担连带清偿责任。^{〔1〕}而对于股份公司发放“官利”的习惯做法，制定法虽有明确规定，禁止或限制公司在无盈利时向股东发放股息。但由于如无“官利”之许诺，则公司招股极难，公司亦无从设立。故为鼓励发展近代实业计，此习惯直到二十世纪四十年代仍未绝迹。由此可见习惯力量的坚韧程度。

上海为中国近代第一通商大埠，是工商业与金融中心，近代以来所形成的商事惯例被视为解决商事纠纷的“习惯法依据”。律师受理案件和法庭断案，每遇商事纠纷，往往须先查明商事习惯或惯例^{〔2〕}。于是，上海商会便成了当然的权威咨询机构。

本书附录收录的民国二十二年出版的《上海商事惯例》是上海总商会和上海商会从光绪末年至该书出版近三十年的时间针对全国各地（主要是上海和江苏）律师和法院（包括会审公廨等）有关商事习惯问题咨询答复的辑录。该书编纂者严谔声曾多年担任上海商会主任秘书，得近水楼台之便，在商会档案中选录有代表性者辑为一册，分为二十二类，为读者提供了难得的第一手资料。上海商会的答复具有双重作用，一为证明某一习惯的存在，一为证明有此习

〔1〕《钱业公会反对合伙连合分担制》和《上海商业团体主维合伙分担之习惯》，见《银行周报》第十二卷第三十八期总第569号和第十二卷第四十期总第571号，民国十七年十月。

〔2〕本文对习惯与惯例作广义解，两概念含义相同。