

STUDY ON
COMMERCIAL
LEGISLATION
IN THE LATE QING
DYNASTY

商法成果均是在初步成熟的商法以及独立法典思想指导下和诸多社会条件的合力推动下，政府实力主导、商民积极参与方才取得的。

晚清

商事立法研究

任满军◎著

中国私法意义上的商法及其商法典起始于晚清时期

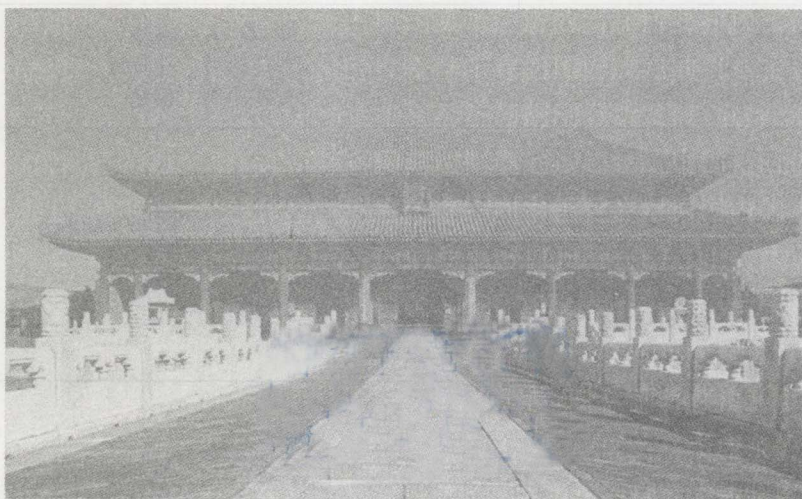
回眸中国近代商法及其法典建设的短暂且艰辛的历程

中国近代商法典的出现，便是这场法律革命的杰出成果之一

光明日报出版社

晚清商事立法研究

任满军◎著



光明日报出版社

图书在版编目 (C I P) 数据

晚清商事立法研究 / 任满军著. -- 北京 : 光明日报出版社, 2012. 7

ISBN 978-7-5112-2751-5

I. ①晚… II. ①任… III. ①商法—立法—研究—中国—清后期 IV. ①D923.99

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第161039号

晚清商事立法研究

著 者: 任满军

出 版 人: 朱庆

责任编辑: 李娟

封面设计: 苏涛

终 审 人: 温梦

责任校对: 任晓锋

责任印制: 曹净

出版发行: 光明日报出版社

地 址: 北京市东城区珠市口东大街5号, 100062

电 话: 010-67078247 (咨询), 67078870 (发行), 67078235 (邮购)

传 真: 010-67078227, 67078255

网 址: <http://book.gmw.cn>

E-mail: gmcbs@gmw.cn lijuan@gmw.cn

法律顾问: 北京市洪范广住律师事务所徐波律师

印 刷: 北京俊林印刷有限公司

装 订: 北京俊林印刷有限公司

本书如有破损、缺页、装订错误, 请与本社联系调换

开 本: 880×1230 1/32

字 数: 243千字

印 张: 9.375

版 次: 2012年8月第1版

印 次: 2012年8月第1次印刷

书 号: ISBN 978-7-5112-2751-5

定 价: 28.00元

版权所有 翻印必究

内容摘要

中国私法意义上的商法及其商法典起始于晚清时期。晚清商事立法成果集中地体现在曾颁行有效的《钦定大清商律》商法典和“志田案”、《商法调查案》、《改订大清商律草案》3部法典草案上。而且这些商法成果均是在初步成熟的商法以及独立法典思想指导下和诸多社会条件的合力推动下，政府实力主导、商民积极参与方才取得的。

除绪言外，本文的主体部分共有 10 章。

第一章 晚清时期催生中国近代商法的多元性因素。“中国中心观”、“冲击—反应说”等对于晚清时期催生中国近代商法的动力解说都有着一定的创见性。从国内条件看，主要有“商战”、商本主义思潮、外来的和本土的规则资源和法典传统以及商法利益群体的直接推动；另外，体现西方列强殖民利益的一系列商事条约也对中国晚清商法的产生和发展具有强制性影响。

第二章 晚清商法思想的成熟和商法典的立法规划。晚清时期商法思想已经初步形成，政府为解决商法空白的法律危机而在晚清修律变法运动中首重商法，确定了独立商法典路线，并作了编纂商法典的组织预备。

第三章 《钦定大清商律》的制度构成。该律主要移植了大陆法系的商法规则，采纳了折衷主义法典体例；该律典由《商人通例》和《公司律》组成，从内容上看，既吸收了西方商法制度的成果，又在一定程度上注意到了本土商法资源的利用，体现了国际化和本土化的商事立法原则。

第四章 《破产律》和《钦定大清商律》配套法规。《破产律》

虽不属于《钦定大清商律》法典的构成部分，但与之密不可分且有着共同的整合性特点。另外公司注册章程、奖励工商章程、商会章程以及铁路银行章程等相关配套法规的颁行，有力地配合了《钦定大清商律》的实施，从而成为了晚清商法建设的重要内容。

第五章 晚清商法的施行及其社会适应性考证。《钦定大清商律》和《破产律》制度多来自对外国先进商法的移植，立法过于超前而不能适应当时中国经济发展的实际需要。晚清商法的执行、司法和守法等实施情况反映出了晚清商法移植中不理智的一面。

第六章 志田钾太郎《大清商律草案》。近代日本“亚细亚主义”的法律输出与晚清“近法日本”商法建设方针发生了印合。日本商法专家受聘来华帮助草成了“志田案”，虽然该案是一部已达到国际水平的、最为系统的商法典草案，但由于缺乏理论的不同步移植，也忽视了对中国商业习惯的吸收，导致其影响力不足。

第七章 商人阶层的商法构想和《商法调查案》。新兴的商人阶层由于不满于政府既有的商事立法，而自行召开两次商法大会，决定自行调查商业习惯，自编商法典草案，既大量借鉴外国商法成果，又更充分地吸收本国商业习惯，进一步推动外来法律本土化和中国近代商法建设的进程。

第八章 农工商部《改订大清商律草案》。农工商部对《钦定大清商律》进行修订，充分吸收了《商法调查案》的成果，进一步借鉴吸收外国商法成就，引进了公司法人制度，并使商法总则和公司律的结构体例得以定型，而使《改订大清商律草案》成为了晚清商法建设成就的集大成者。

第九章 晚清官方商事习惯调查及其商法价值。宪政编查馆和修订法律馆为完成商法典的编纂计划，决定举行全国性商事习惯调查，设立专门机构，编写调查提纲，并取得了丰硕的调查结果。

由于晚清政府的垮台，这些调查成果并没有及时地被吸收到晚清商法建设中，但为民国时期的商事立法提供了重要材料。

第十章 历史经验，中国当代商法及其法典建设。晚清商法制度建设以及法典体例方面取得了重大成就，但同时也有诸多缺陷，从而可以为我们当今商法建设提供历史经验。中国应当坚定独立商法典的立法思路，尽快制定出《商法总则》，俟条件成熟时再谋求一部现代商法典。

ABSTRACT

Chinese commercial law, as private law, and its code style started from later Qing dynasty. The great achievements focus in the effective commercial code *the Qing Dynasty Commercial Law`Made by Imperial Order and other draft codes such as Draft Code by ZhiTian, Investigation draft of commercial law, Amended Draft Code of Qing Dynasty*. And all these productions were gained by strong lead of Qing government and businessmen' active participation, with the direction of the initially ripe ideas about the commercial law and its codification, with the resultant promotion from all kinds of conditions in that society.

There are ten chapters in the body of the doctoral dissertation, except for the preface.

Chapter One, the pluralistic conditions which expedited Chinese commercial law and its code. The explanations, such as the View of Chinese Center and the View of Strike-Reflection, and etc, have some creative idea to condition of Chinese commercial law and its code. At the view on domestic conditions, there were commercial battle, the thought of fundamental business, foreign and native resources of rules and traditional codification, and direct promotion of the advantageous parties of commercial law. Otherwise, a series of commercial treaties embodying the west colonial advantages also had compulsive effect on the beginning and development of Chinese commercial law.

Chapter Two, the initially ripe ideas about the commercial law

and its code in Later Qing Dynasty and legislative program about commercial law. The ideas about commercial law was initially ripe in Later Qing Dynasty, the government had to stress the commercial law during *the legal revolution* in order to get rid of the legal crisis of the vacant law, and chose the independent route of commercial code, and made some preparing steps on the organizations.

Chapter Three, the composing system of *the Qing Dynasty Commercial Law Made by Imperial Order*. The law transplanted many commercial rules from the Continent System, and adopted the eclectic code style; the law was composed of *the general rule of businessman* and *the company law*. Looked from its contents, it not only absorb the achievements of the west commercial code, but also pay attention to get the native resource in a certain extent, which reflected its codification principles of internationalization and nationalization.

Chapter Four, *the bankruptcy law* and *the interrelated statutes of the Qing Dynasty Commercial Law Made by Imperial Order*. The bankruptcy law was not a part of the Qing Dynasty Commercial Law Made by Imperial Order, but had a impartibility with it and had a common characteristics of admixture. In addition, the interrelated statutes such as the statutes of registering company, the statutes of encouraging industry and commerce, the statutes of Chamber of Commerce, the statutes of railway, the statutes of bank, and etc, effectively help the execution of *the Qing Dynasty Commercial Law Made by Imperial Order*, and became important achievements of commercial construction in Later Qing Dynasty.

Chapter Five, the execution of the commercial law of Later Qing

Dynasty and the research of its social adaptability. The concrete rules of *the bankruptcy law and the Qing Dynasty Commercial Law Made by Imperial Order* mainly were from west advanced commercial law by transplant, but they were too advanced to adapt the practical needs of social economy. The executive situations of its administer, justice and obedience reflected its reasonless aspect of commercial transplant in Later Qing Dynasty.

Chapter Six, ZhiTianJiaTaiLang and *the Qing Dynasty Draft Code of Commercial Law*. The legal export with modern Japanese Asianism met with the modern Chinese codification policy of vicinal studying Japanese law. The Japanese expert in commercial law came to China and help to make *ZhiTian Draft Code of Commercial Law*, although the draft reached to international standard, it lacked its influence for it was without academic transplant, and neglected Chinese commercial traditions.

Chapter Seven, the businessman' thought of commercial code and the *Investigation draft of commercial law*. For being unsatisfied with governmental commercial law making, the businessman himself convoked two conventions about commercial law, and decided a investigation of commercial tradition and compiled his commercial draft code by himself, which absorbed much west achievement of commercial law and more native commercial traditions, and promoted the course of the foreign law's nationalization and Chinese commercial codification.

Chapter Eight, *the ministry of agriculture, industry and commerce and its Amended Draft Code of Qing Dynasty*. During amending the Qing Dynasty Commercial Law Made by Imperial

Order, The ministry drew the achievements of the Investigation draft of commercial law, and further absorbed the west commercial law's success, including legal person rule of company, finalizing the structural style of general principle and company law, and made the draft the final and most important achievement of commercial law in later Qing dynasty.

Chapter Nine, the official investigation of commercial tradition and its value to commercial codification. The office of organizing and investing constitutional policy and the office of amending law, in order to accomplish the program of commercial codification, decided to celebrating an national investigation on commercial tradition, setting up special organizations, compiling investigation syllabus, and achieved plentiful harvest. For the government of later Qing dynasty collapsed, these achievements were absorbed to the construction of commercial law, but provided the republic commercial lawmaking with important legal materials.

Chapter Ten, historical experience, the present road of construction of Chinese commercial law and its code. The construction of commercial law in later Qing dynasty achieved a lot, with much disfigurement, which could give us much historical experience on construction of commercial law today. China should strongly persisted in the road of commercial codification, establishing *the general principle of commercial law* as quickly as possible, and should make a commercial code in the future when the conditions are ready.

谨以此书敬献给恩师张晋藩先生、
朱勇教授和张中秋教授！

目 录

绪 言	1
一、本文的考察对象	1
二、本文的基本立论	4
三、本课题的研究现状及研究价值	8
四、本文的研究方法	18
第一章 晚清时期催生中国近代商法的多元性因素 ..	20
第一节 催生中国近代商法动因学说的争论及其创见	20
一、“中国中心观”与“冲击—反应说”	21
二、“经济决定观”与“社会变动说”	24
三、中国近代商法动因的复杂性	29
第二节 国内条件：晚清商事立法的内在因素	30
一、资本主义经济的初步发展，近代商法产生的根本性动因 ..	31
二、“商战”，近代商法产生的现实动因	34
三、“利益本位”，催生近代商法的利益群	36
四、商本主义思潮，催生近代商法的社会意识倾向	42
五、固有、舶来与移植，近代商法的规范基础	44
六、西方商法典和法学著作的编译，近代商法的立法范式和 理论支撑	47
第三节 国际条件：近代条约制度与殖民性国际商事新秩序 ..	49

一、近代中国的国际化契机：条约制度下殖民性商事新秩序···	50
二、商事立法的需求表达：国际商约和国内商法典·····	53
三、破坏与重建：国际商约的强制性影响·····	58
第二章 晚清商法思想的成熟与商法典立法规划·····	60
第一节 晚清时期商法及其法典思路的构建及其演变·····	60
一、19 世纪下半叶中国近代商法典思想的积淀·····	60
二、20 世纪初晚清政府的商法及其法典思路的确定·····	64
三、清末民族资产阶级商事立法思想的激进·····	66
四、简评：不成熟的商法思想与不成熟的商事制度·····	70
第二节 商事立法规划与商法典体例的简单安排·····	71
一、应急性的商事立法规划·····	71
二、晚清修律运动中的商法首发·····	76
三、商法典体例的简单处理·····	79
四、商法典的组织预备——商部与商会·····	82
第三章 《钦定大清商律》的法典体例及制度构成···	88
第一节 《钦定大清商律》的法典体例·····	88
一、《钦定大清商律》对大陆法系法典体例的移植·····	88
二、折衷主义的商法典体例·····	89
第二节 《钦定大清商律》的文本与制度构成·····	93
一、《商人通例》·····	93
二、《公司律》·····	97
第三节 整合型制度：国际化和本土化的双重原则·····	110
一、《钦定大清商律》对本土资源的利用·····	112

二、《钦定大清商律》对西方商法的借鉴·····	116
第四章 《破产律》与其他商事法规·····	120
第一节 《破产律》·····	120
一、《破产律》的立法背景·····	120
二、《破产律》的立法范例·····	121
三、《破产法》的制度构成及其特点·····	124
四、《破产律》的整合性表现·····	129
第二节 其他配套商事法规的颁行·····	132
一、公司注册章程·····	132
二、奖励工商章程·····	134
三、商会章程·····	135
四、铁路、矿冶和银行章程·····	137
第五章 晚清的商法施行及其社会适应性考察·····	142
第一节 《钦定大清商律》与《破产律》的推行·····	142
一、执法层面：晚清行政机关对商律的实力推行 ·····	142
二、司法层面：商律框架内商事纠纷诉讼解决 ·····	146
三、守法层面：以华洋商人合股企业和浙路公司事件为例··	153
第二节 实施不足：晚清商法的社会适应性考证·····	159
一、商法移植的功利性及其代价·····	160
二、社会适应性：晚清商律实施不足的积症·····	161
三、“理性的目标与不理智的过程” ·····	166
四、客观态度：一个可理解的偏误·····	171

第六章 志田钾太郎《大清商律草案》	173
第一节 日本“亚细亚主义”与晚清“近法日本”法典编纂方针	173
一、日本的法律“亚细亚主义”	173
二、晚清“近法日本”法典方针的确定	175
第二节 晚清政府聘请洋人商法顾问的计划	178
一、聘请洋人法律顾问编订法典的最初设想	178
二、修订法律馆的聘任日本商法专家计划	179
第三节 “志田案”：晚清第一部系统的商法典草案	181
一、“志田案”的法典体例的论争	181
二、“志田案”的法典结构组成	182
第四节 过犹不及：“志田案”的缺陷	190
一、商法典理论的缺失	191
二、对中国商业习惯的忽视	192
三、与中国当时商情的脱离	192
第七章 商人阶层的商法思想：《商法调查案》	195
第一节 商法自订商法典的背景及诱因	195
一、日本近代商人参与商法典编纂的先例	195
二、商人的商法及其法典思想的初步成熟	196
第二节 上海商法大会：商习调查与《商法调查案》	199
一、第一次商法大会：商习调查与商法典草案	200
二、第二次商法大会：《商法调查案》讨论稿的通过	202
第三节 《商法调查案》的结构与特点	206

一、《商法调查案》的基本结构·····	206
二、《商法调查案》的主要特点·····	208
第四节 《商法调查案》的立法成果·····	211
一、立法体制的创新·····	211
二、推动外来法律本土化进程·····	213
三、奠定新的商法典体例·····	214
第八章 农工商部《改定大清商律草案》·····	219
第一节 农工商部修订《钦定大清商律》的缘起·····	219
一、《钦定大清商律》的未备·····	219
二、商部的改组·····	221
第二节 《改订大清商律草案》的采择与创新·····	222
一、《改订大清商律草案》对《商法调查案》的采择·····	222
二、《改订大清商律草案》对外国商法成果的借鉴·····	224
第三节 《改定大清商律草案》的商事立法成就·····	227
一、明确提出公司法人概念·····	227
二、推进外来法制的本土化进程·····	228
三、商法总则和公司律体例编排的定型·····	229
第九章 晚清官方商习调查及其商事立法的价值·····	231
第一节 修订法律馆、宪政编查馆商法典计划与商习调查·····	231
一、宪政编查馆的法典计划与民俗调查·····	231
二、修订法律馆的商法典策略与商习调查·····	234
第二节 晚清商业习惯调查的过程及其特点·····	236

一、商习调查之组织预备·····	236
二、商业习惯调查的扩展·····	239
三、晚清官方民商习惯调查的基本做法·····	241
第四节 商事习惯调查的成果及其商法价值·····	248
一、调查成果的初步整理·····	248
二、商事习惯调查的商法价值缺失·····	249
第十章 历史镜鉴：中国当代商事法制建设之路···	251
第一节 晚清商法典建设的检讨·····	251
一、晚清商法独立法典建设成就·····	252
二、晚清商事立法的反思·····	254
三、晚清商法及其法典建设的启示·····	256
第二节 本土经验：中国商法独立法典模式的选择·····	260
一、当前我国坚持商法法典化方向的必要性·····	260
二、近代商法典体例的转变及其理论争辩·····	264
三、中国当代独立商法典的遥漫之路·····	268
参考资料·····	270
初稿后记·····	283