



华侨大学 哲学社会科学文库·法学系列
HUAQIAO UNIVERSITY

民国初期商法本土化

——以票据法为视角

*IN THE EARLY OF THE REPUBLIC OF
CHINA COMMERCIAL LAW LOCALIZATION:
IN THE PERSPECTIVE OF NEGOTIABLE INSTRUMENT BILL LAW*

林伟明 著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)



华侨大学
HUAQIAO UNIVERSITY

哲学社会科学文库·法学系列

民国初期商法本土化

——以票据法为视角

IN THE EARLY OF THE REPUBLIC OF
CHINA COMMERCIAL LAW LOCALIZATION:
IN THE PERSPECTIVE OF NEGOTIABLE INSTRUMENT BILL LAW

林伟明 著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

民国初期商法本土化:以票据法为视角/林伟明著

· 北京:社会科学文献出版社,2018.12

(华侨大学哲学社会科学文库·法学系列)

ISBN 978-7-5201-3958-8

I. ①民… II. ①林… III. ①商法-研究-中国-民国

②票据法-研究-中国-民国 IV. ①D923.994

②D922.287.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第265149号

华侨大学哲学社会科学文库·法学系列

民国初期商法本土化

——以票据法为视角

著 者/林伟明

出 版 人/谢寿光

项目统筹/王 绯

责任编辑/高 媛 蒋北娟

出 版 / 社会科学文献出版社·社会政法分社 (010) 59367156

地址:北京市北三环中路甲29号院华龙大厦 邮编:100029

网址:www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心 (010) 59367081 59367083

印 装 / 三河市龙林印务有限公司

规 格 / 开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 28.5 字 数: 446千字

版 次 / 2018年12月第1版 2018年12月第1次印刷

书 号 / ISBN 978-7-5201-3958-8

定 价 / 128.00元



本书如有印装质量问题,请与读者服务中心(010-59367028)联系

版权所有 翻印必究

《华侨大学哲学社会科学文库》编辑委员会

主 编 徐西鹏

副主编 曾 路

编 委 (以姓氏笔画为序)

马海生	王丽霞	毛浩然	邢尊明	许少波	许斗斗	许培源
孙 锐	李志强	宋 武	张向前	陈历明	陈文寿	陈旋波
林怀艺	林宏宇	林俊国	郑向敏	赵昕东	胡日东	胡培安
姜泽华	贾益民	徐 华	徐西鹏	郭东强	郭克莎	黄远水
常 彬	梁 宁	曾 峰	曾 路	蔡振翔		

国家社科基金青年项目成果（优秀）
华侨大学哲学社会科学学术专著专项资助计划资助

构建原创性学术平台 打造新时代精品力作

——《华侨大学哲学社会科学文库》总序

习近平总书记在哲学社会科学工作座谈会上提出：“哲学社会科学是人们认识世界、改造世界的重要工具，是推动历史发展和社会进步的重要力量。”中国特色社会主义建设已经进入新时代，我国社会的主要矛盾已经发生变化，要把握这一变化的新特点，将党的十九大描绘的决胜全面建成小康社会、夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利的宏伟蓝图变为现实，迫切需要哲学社会科学的发展和支撑，需要加快构建中国特色哲学社会科学。当前我国的哲学社会科学事业已经进入大繁荣大发展时期，党和国家对哲学社会科学事业的投入不断增加，伴随我国社会的转型、经济的高质量发展，对于哲学社会科学优秀成果的需求也日益增长，可以说，当代的哲学社会科学研究迎来了前所未有的发展机遇与挑战。

构建中国特色哲学社会科学，必须以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，坚持“以人民为中心”的根本立场，围绕我国和世界面临的重大理论和现实问题，努力打造体现中国特色、中国风格、中国气派的哲学社会科学精品力作，提升中华文化软实力。要推出具有时代价值和中国特色社会主义的优秀作品，必须发挥广大学者的主体作用，必须为哲学社会科学工作者提供广阔的发展平台。今天，这样一个广阔的发展平台正在被搭建起来。

华侨大学是我国著名的华侨高等学府，多年来始终坚持走内涵发展、特色发展之路，注重发挥比较优势，在为侨服务、传播中华文化的过程中，形成了深厚的人文底蕴和独特的发展模式。新时代，我校审时度势，积极融入构建中国特色哲学社会科学的伟大事业中，努力为学者发挥创造

力、打造精品力作提供优质平台，一大批优秀成果得以涌现。依托侨校的天然优势，以“为侨服务、传播中华文化”为宗旨，华侨大学积极承担涉侨研究，努力打造具有侨校特色的新型智库，在海外华文教育、侨务理论与政策、侨务公共外交、华商研究、海上丝绸之路研究、东南亚国别与区域研究、海外宗教文化研究等诸多领域形成具有特色的研究方向，推出了以《华侨华人蓝皮书：华侨华人研究报告》《世界华文教育年鉴》《泰国蓝皮书：泰国研究报告》《海丝蓝皮书：21 世纪海上丝绸之路研究报告》等为代表的一系列标志性成果。

围绕党和国家加快构建中国特色哲学社会科学、繁荣哲学社会科学的重大历史任务，华侨大学颁布实施“华侨大学哲学社会科学繁荣计划”，作为学校哲学社会科学的行动纲领和大平台，切实推进和保障了学校哲学社会科学事业的繁荣发展。“华侨大学哲学社会科学学术著作专项资助计划”是“华侨大学哲学社会科学繁荣计划”的子计划，旨在产出一批在国内外有较大影响力的高水平原创性研究成果。作为此资助计划的重要成果——《华侨大学哲学社会科学文库》已推出一批具有相当学术参考价值的学术著作。这些著作凝聚着华侨大学人文学者的心力与智慧，充分体现了他们多年围绕重大理论与现实问题进行的研判与思考，得到同行学术共同体的认可和好评，其社会影响力逐渐显现。

《华侨大学哲学社会科学文库》丛书按学科划分为哲学、法学、经济学、管理学、文学、历史学、艺术学、教育学 8 个系列，内容涵盖马克思主义理论、哲学、法学、应用经济、国际政治、华商研究、旅游管理、依法治国、中华文化研究、海外华文教育、“一带一路”等基础理论与特色研究，其选题紧扣时代问题和人民需求，致力于解决新时代面临的新问题、新困境，其成果直接或间接服务于国家侨务事业和经济社会发展，服务于国家华文教育事业与中华文化软实力的提升。可以说，该文库是华侨大学展示自身哲学社会科学研究力、创造力、价值引领力的原创学术平台。

“华侨大学哲学社会科学繁荣计划”的实施成效显著，学校的文科整体实力明显提升，一大批高水平研究成果相继问世。凝结着华侨大学学者智慧的《华侨大学哲学社会科学文库》丛书的继续出版，必将鼓励更多

的哲学社会科学工作者尤其是青年教师勇攀学术高峰，努力打造更多的造福于国家与人民的精品力作。

最后，让我们共同期待更多的优秀作品在《华侨大学哲学社会科学文库》这一优质平台上出版，为新时代决胜全面建成小康社会、开启全面建设社会主义现代化国家新征程作出更大的贡献。

我们将以更大的决心、更宽广的视野、更精心的设计、更有效的措施、更优质的服务，加快华侨大学哲学社会科学的繁荣发展，更好地履行“两个面向”的办学使命，早日将华侨大学建成特色鲜明、海内外著名的高水平大学！

华侨大学校长 徐西鹏

2018年11月22日

序

中华法系源远流长，制度思想，泽被中外。然历来论者，多盛赞其行政与刑事法制的完备精密，对于民商事及其余法制，则颇有微辞。更有甚者，直以“中国古代无民法”“中国古代无商法”等一语抹杀古人在私法上的贡献。此种谬论，诚不足辩，唯令人憾者，将中国所有民商事法律智慧，拱手让与欧陆英美。遂使传统私法，明珠蒙尘，对之后立法的潜在影响，亦被有意无意地忽视。

可喜的是，近年来法学学术界和实务界一味学习西方的风向有了很大的转变，人们在学习、工作和生活中日益发现，现代和传统是难以截然切割的。中国人之所以为中国人，正是因为其血脉中流淌着祖先的血，承继着传统的根。优秀的传统文化是我们国家、民族传承与发展的根本和精神命脉。而独树一帜的中华传统法文化，恰恰是优秀传统文化的典型代表。这就要求我们在现代社会主义法制建设中，必须正视传统法文化，真正地发现“本土资源”，择善而从。

但知难行易，这需要我们立定脚跟，发潜德之幽光，上下求索，挖掘传统法文化中新鲜活泼的内涵。林伟明博士的这本《民国初期商法本土化——以票据法为视角》，亦可视为这方面的一番尝试。民国初期，上承清末变法修律之遗绪，下开仿欧陆法典化立法之先河，本是一新旧杂陈、处士横议之年代。然而就在这政局动荡、兵连祸结之际，立法却取得了长足的发展。更为难能可贵的是，当时立法诸公，尤能保持冷静，秉持公心，放眼世界，立足本土，在吸收世界先进法制之余，更不忘本来民族法制之地位。上至庙堂，下至江湖，都为立法贡献过绵薄之力。

伟明博士此书，以民初票据法为研究视角，透视民初商事本土化的问

题。虽然如其所言，这样做是为了“藏拙”，诚确有其意，然未尝不是突出重点，兼及其余这一研究思路使然。票据一法，向为商法支柱之一，且票据一物，于中华传统中历史最为悠久。本来如沈家本在其《寄簃文存》中所云，“今日法律之名词，其学说之最新者，大抵出于西方，而译自东国”，诸如“身份”“支配”“但书”“取缔”“权利”“义务”等比比皆是。但“票据法”此名，恰恰是地地道道的中国固有名词。日本票据法称“手形法”，清末变法修律时，日本专家亦曾想以“手形法”来命名中国新立之法，然终究因为难为中国广大人士所接受而作罢，改以国人喜闻乐见的“票据”一词为法律定名。由此一端，即可见传统法文化力量之深。所以伟明博士以票据法来研究商法本土化，恰恰是抓住了事物的本质，亦可见其学术眼光之独到。

除此之外，伟明博士此书另一个独到之处，就在于将民初票据法置于中华整个商法发展框架内论述，上溯至传统票据规则种种，下探至民国商事立法法典化始末与商事裁判之影响，如此源流悉备，探微索隐，勾勒出“本土化”这一重要议题。让人益发信服，“本土化”非为立法诸公“开历史倒车”“故步自封”，也不是整个社会向历史形势的妥协。恰恰相反，是在经过多方调研、反复实践之后，寻找到的最佳方案，某种程度上，的确带有“择善而从”的地位。其间自然也经历了挫折和种种失败，最终才明白，不管“走向世界”的口号有多好听，然而举数千年中华法系良法美意而一朝弃之，不唯广大国人在心理上无法接受，在实践中亦无可能。这应该就是民初商法本土化给予当下最深刻的启示。

当然，伟明博士此书，亦非尽善尽美，诸如民初商事立法的比较研究、民商事习惯调查中的利益考量、民初商法实践中的规范与事实之冲突等重要议题，或蜻蜓点水，或语焉未详，不可不说是白璧微瑕。

但无论如何，伟明博士此书，关注的是法律史上的一个重要问题，这个问题迄今仍具有学理意义和现实意义。如何将传统优秀法文化与现实法制建设对接，如何让传统法文化精华在社会主义法制理论中得以凸显并成为重要构成部分，使得“中国法”真正因其“中国性”而屹立于世界法

制之林，这是每一个热爱国家、关心中国社会主义法制建设的人不可回避的问题。

是为序。

张晋藩

2018 年 12 月

前 言

一 民国初期（1912～1928年）商法本土化的研究意义

民初上承清末修律变法，下启民国六法全书，是我国传统法律近代化转型的重要阶段。在商事立法方面，清末主要采取移植的办法，民初则广泛开始本土化尝试。尽管清末商事立法因抄袭色彩浓厚遭到诟病，但我们不能忽视立法者对本土资源的重视。清末进行的民商事习惯调查表明，清政府曾经认真考虑将传统习惯与外来法进行融合。只是清朝大厦将倾之际，修律变法被作为救亡图存、苟延残喘的手段，立法者何曾有时间对传统习惯详加斟酌、仔细推敲？民初秉承会通中外的立法精神，积极进行商法本土化尝试。北洋政府也曾进行大规模民商事习惯调查，调查成果较好地被立法吸收，无论是已颁行的商事法还是未颁行的草案，传统习惯和法理都开始融入国际通行规则，我们可以轻易发现其中的本土化色彩。遗憾的是，因为政局动荡、战乱频仍，立法机关几近瘫痪，大量商事法草案被长期搁置，使立法者的努力付诸东流。

然而，正所谓失之东隅，收之桑榆，在立法机关频繁变动，商法残缺不全的困难情况下，民初司法机关和商事公断处组成的商事裁判体系却以独特的方式推动商法本土化进程。大理院充分发挥法令解释权，通过颁布判解要旨，确认和规范传统习惯的效力和内容，并将它们与法理、国际通行规则相融合，创制新的商事规则，弥补商法的空白，对民初商法本土化进程起到决定性的推动作用。地方各级审判厅和商事公断处遵循大理院判例要旨确立的无法律依习惯、无习惯依条理的原则，在商事裁判中广泛应用传统商事习惯解决纠纷，并将习惯和法理有机融合，也为推动商法本土化进程做出很大贡献。

民初商事立法成果和判解要旨大部分被南京国民政府所继承，而会通中外的立法精神和严谨务实的立法态度更是对南京国民政府时期的商事立法和司法产生极大影响。如果抛开政治因素，我们不得不承认，民国六法全书是中国法律近代化和本土化的标志性成果。而追根溯源，很大程度上有赖于民初打下的坚实基础。因此，民初商法本土化是中国近代商法本土化的重要组成部分，我们决不能因为诸多商事法草案并未颁行而否认它的研究意义，正如再高的摩天大楼也无法否认地基的存在和价值一样。

二 为什么以票据法为研究视角

关于中国近代法律的移植与本土化研究，在过去的二三十年中，已有很多法史学界的前辈为我们奉献出丰硕成果，也为本书的写作提供了重要参考。在传统法制如何向近代法制演变方面，有张晋藩先生的《中国法律的传统与近代转型》（法律出版社 2009 年版）；在移植法如何与本土资源相结合方面，有何勤华先生的《法的移植与法的本土化》（法律出版社 2001 年版）和苏力先生的《法治及其本土资源》（中国政法大学出版社 2004 年版）等；在传统习惯法研究方面，有朱勇先生的《清代宗族法研究》（湖南教育出版社 1987 年版）和高其才先生的《中国习惯法论》（中国法制出版社 2008 年版）等；在近代民商事立法研究方面，有徐立志先生的《清末商事立法研究》（载法律史学术网）和张生先生的《中国近代民法法典化研究》（中国政法大学出版社 2004 年版）等；在大理院功能和商事裁判研究方面，有黄源盛先生的《民初法律变迁与裁判》（台北政治大学法学丛书 2000 年版）和虞和平先生的《商会与中国早期现代化》（上海人民出版社 1993 年版）等。

民初商法本土化研究应该从什么方面着手？通常来说，自然以全面研究为宜。本书以票据法为视角，并非着意另辟蹊径，而是基于如下考虑。

首先是作者的能力有限。商法涉及部门众多，既有总则、商行为，又有公司、保险、票据、证券、破产、海商，要想面面俱到，非有高屋建瓴的眼光或者异常扎实的功底不可。以力微而负重，虽然勇气可嘉，却殊非明智，因此作者只选择其中的票据法作为视角。当然，单纯从某个部门法的角度出发来研究商法，难免有管中窥豹之嫌。不过，如果能结合其他部

门法的内容，或可收一叶知秋之功，这也是作者努力的方向。

其次是资料的收集问题。本书是作者课题研究的结项成果，研究期间适逢国家图书馆封存民国资料档案进行电子化整理，此等行为利国利民，于我辈研究大有裨益，原本无可厚非。但这一整理持续3年，直到前一阶段才陆续开放，对以民国商法为研究对象的作者来说，未免苦不堪言。众所周知，法史研究对资料的依赖性是很强的，巧妇也难为无米之炊，何况是能力有限的笔者？因此，本书最终选择笔者手中资料较为齐全的票据法作为出发点进行研究，并在写作过程中不断补充新的内容。

最后是票据法在民初商法本土化中的代表性。我国票据的使用从唐宋开始到民初已历经千年，其他商法部门无法比拟；清末、民初曾进行大规模民商事传统习惯调查，目前保存下来的成果以票据习惯为最多；金融界还专门组织票据法研究会，单独进行全国范围的票据习惯调查，在商法各部门中独一无二；民初票据立法反复斟酌推敲，历经三年五稿，在商法各部门中历时最久、草案最多；在大理院发布的商法判例要旨中，除总则（商人通例）之外，票据判例要旨以40条居于首位；“五草”最终吸纳十余项传统票据习惯，票据判例要旨中也有8条关于票据习惯的内容，在商法各部门中对本土资源的吸收最为充分。

三 本书的研究内容

本书以票据法为视角，分别从民商事习惯调查对立法的影响，票据立法的移植与本土化，商事裁判对商法本土化的推动几个方面出发，结合其他商事部门法内容，对民初商法本土化进程、结果及其影响进行研究和反思。全书分为五章。

第一章介绍我国传统票据的沿革，并对清末的“志田案”进行分析评价。票据在我国有上千年历史，从唐代的飞钱、宋代的交子到明清的会票，传统票据在小农经济的中国缓慢发展。清末以来，民族工商业和国内外贸易发展迅速，带动票据业务急剧增长，以票号会票和钱庄票据为代表的传统票据一度占据票据流通领域的主导地位。随着外资银行和垄断资本强势崛起，传统票据逐渐被现代票据取代。由于国家对商事立法极不重视，我国票据立法长期缺失，直至清末才出现第一部票据法草案——

“志田案”。“志田案”带有浓厚的抄袭色彩，在体例结构和具体内容上存在较大缺陷，也很少吸纳我国传统票据习惯。但是，作为第一部票据法草案，它对我国票据法制的建立起到重要的补白作用，是中国近代票据立法移植的首次尝试，为此后民国的票据立法提供了重要的参考和借鉴。

第二章评述清末、民初的民商事习惯调查和传统票据习惯的整理，以及它们对民商事立法本土化的推动。在重刑轻民的传统中国社会，习惯在解决民商事纠纷的过程中长期发挥着重要作用。清末制定民商法之前，曾进行大规模的民商事习惯调查，希望在立法中将外来移植法与本国传统习惯进行融合。民初秉承会通中外的立法精神，在制定民商法之前也组织大规模的民商事习惯调查并获得大量宝贵资料。民间金融组织和法学界还组织票据法研究会，发起传统票据习惯调查研究活动，其成就毫不逊色于官方调查。票据法起草小组成员李圻、王凤瀛对传统票据习惯专门进行整理，为此后的票据立法本土化打下坚实基础。与清末相比，民初的民商事立法更注重社会实用性，在公司、票据等领域，大量传统商事习惯调查成果被立法所吸纳，客观上推动了民初商法本土化的进程。

第三章比较民初五部票据法草案的优劣，并对票据立法进程中移植与本土化的冲突和调和进行评析。民初票据业务的发展使得票据立法的内在需求大大增强，北洋政府为收回治外法权，也致力于商法的完善，在商人阶层的强烈呼吁下，票据立法拉开序幕。“共同案”是民初第一部票据法草案，在广泛参考国外立法例和国际票据规则的同时，大量吸纳清末、民初以来传统票据习惯调查成果，为此后的票据立法本土化树立起比较成功的典范。北洋政府出于政治需要，同时聘请法国顾问爱斯加拉起草商法典，其中包括票据法草案。“爱氏案”全面移植国际票据规则，对传统票据习惯未予重视，在立法精神、票据观念等诸多方面与“共同案”存在巨大分歧。这种分歧体现出全盘西化与本土化观念的冲突，也反映了商事立法本土化的曲折性。修订法律馆难以取舍，只好重新组织修订第三部草案。“三草”试图调和前两部法案的矛盾，却未能成功，因此又有随后的第四部和第五部草案。“四草”和“五草”淡化政治功利性色彩，转向以社会实用性为目标，彻底抛弃“爱氏案”，全面继承“共同案”的精神和内容，最终完成票据法的修订。遗憾的是，因修订法律馆改组和北伐战争

爆发，民初票据法草案胎死腹中，未能施行。但是，民初票据立法成果和立法精神被此后的南京国民政府所继承，1929年《票据法》全面采纳“共同案”涉及传统票据习惯的条文，为中国近代以来的票据立法本土化进程画上比较圆满的句号。

第四章探寻民初的司法实践和商事公断对商法本土化的推动作用。民初的立法机关因政局动荡频繁变动，严重影响商事立法进程，大量商法草案被长期搁置，法源不足导致司法机关在审理商事案件时处于无法可依的尴尬境地。作为最高司法机关的大理院，除履行审判职能外，还积极行使法令解释权，甚至承担起造法的任务。在审理商事案件和解释法令的过程中，大理院广泛参考传统商事习惯，结合法理，通过颁布判解要旨创制商事规则，厘清法律疑难问题，弥补商事立法的空白。地方各级审判厅处理商事纠纷时，除遵循现行法律法规和大理院判解要旨之外，也广泛参考传统商事习惯进行判决。此外，商事公断处也对商事纠纷的解决起到重要的补充作用。在商事公断中，传统商事习惯被作为主要依据，发挥着法律难以比拟的实际效用。大理院、地方各级审判厅和商事公断处共同组成商事裁判体系，传统商事习惯被广泛运用并融入商事规则中。在立法机关几近瘫痪的情况下，民初商法本土化奇异地依靠着商事裁判得到极大推动。

第五章对民初商法本土化进行反思，并提出三个问题：如何对待传统商事习惯？如何发挥商会的作用？如何看待判例要旨对商事立法的补充？传统习惯在民初商事立法和商事裁判中发挥着重要作用，在同样面临商事立法国际化目标与本土化追求的今天，民初对待传统习惯的态度仍然值得我们借鉴。商会从清末以来一直积极参与商事立法，并通过商事公断对民初商法本土化进行推动。此外，商会和下属各种行业公会经常就传统习惯问题接受司法机关咨询，对习惯在司法实践中的应用产生重大影响。目前我国商会组织的职能受到严重限制，应当赋予它更大的自治权。判例要旨是大理院解释权的扩充甚至是造法权的体现，在性质上比较复杂，在司法实践中发挥着几乎与制定法相同的效力，对民初商法本土化起到决定性的推动作用。但我们应当看到，大理院的这种造法功能是在立法机关无法发挥作用的情况下产生的，并不具有普遍的参考意义。作为最高法院，还是应当回到审判和法律解释的功能上。

内容摘要

民国初期是我国传统法律近代化转型的重要阶段。民族工商业和金融业的迅速发展引发了对商事立法的内在需求。在社会各界的强烈呼吁下，北洋政府开始了票据立法的进程。在制定票据法之前，北洋政府曾对本国传统票据习惯进行了大规模的调查研究和整理活动，并尝试在立法中将它们与国际票据规则相融合，体现了民初法律移植与本土化结合的努力。民初票据法草案前后五易其稿，反映了在商事立法进程中，全盘西化与会通中西两种立法思想的碰撞与协调。在五部草案中，共同案（第一部草案）以其对国际规则的广泛参考和对本土习惯的高度重视与充分吸纳，成为了以后诸案的典范和蓝本。由于政局动荡等原因，票据法诸案最终并未施行，但该时期的审判机关和商会却通过商事裁判这一特别的渠道对商法本土化做出了很大的贡献。

本文共分五章：

第一章介绍了从唐宋时期到清末一千多年来我国传统票据制度的产生及其缓慢发展，并对我国第一部票据法草案即志田案的立法背景和体例内容进行分析，指出其立法动因主要来自于清政府的自救行为，并对志田案的缺陷及其意义进行了评价。

第二章指出金融业的快速发展使得民初票据立法的政治功利性逐渐淡化，而转向以满足经济发展的内在需求为主。为实现会通中西的本土化目标，民初重新开始了民商事习惯调查。在介绍官方和民间组织对传统票据习惯的调查研究活动时，着重介绍了修订法律馆和上海银行公会的整理成果，指出这些调查研究活动对实现票据立法本土化的重要作用。

第三章介绍了民初五部票据法草案的立法过程和主要内容，通过数据