



SHANG HUI YU ZHONGGUO FAZHI JINDAIHUA

商会与中国法制 近代化

王红梅 著



SHANG HUI
YU
ZHONGGUO FAZHI
JINDAIHUA

商会与中国法制
近代化



南京师范大学出版社
NANJING NORMAL UNIVERSITY PRESS

图书在版编目 (CIP) 数据

商会与中国法制近代化 / 王红梅著. —南京: 南京师范大学出版社, 2010.12
ISBN 978-7-5651-0279-0/D · 111

I. ①商… II. ①王… III. ①商会—商业史—研究—中国—近代 ②法制史—研究—中国—近代 IV. ①F729 ②D929.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 252685 号

书 名	商会与中国法制近代化
作 者	王红梅
责任编辑	朱海榕 刘迎珍
出版发行	南京师范大学出版社
地 址	江苏省南京市宁海路 122 号(邮编:210097)
电 话	(025)83598077(传真) 83598412(营销部) 83598297(邮购部)
网 址	http://press.njnu.edu.cn
电子信箱	nspzbb@njnu.edu.cn
印 刷	盐城市华光印刷厂
开 本	787×960 1/16
印 张	18.5
字 数	387 千
版 次	2011 年 3 月第 1 版 2011 年 3 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-5651-0279-0/D · 111
定 价	37.00 元

出 版 人 闻玉银

南京师大版图书若有印装问题请与销售商调换
版权所有 侵犯必究

序

发端于清末新政的中国法制近代化是中国传统法制向现代转型的一个过程,在这一转型过程中,不仅中国传统的法律制度和法律体系发生了重大变化,社会成员的法律意识、法律理念、法治参与程度等等也发生了变化。但是法律制度和法律体系的变化由于有着物化的成果,我们容易从宏观角度发现和研究它,而法律意识、法律理念和法治参与程度等变化却要寻找合适的主体去做微观层面的历史考察。因此法制近代化问题作为一个多年的热门研究课题,虽然研究成果很多,但是由于研究者难以寻找合适的主体,以某一特定主体为研究对象,从微观角度研究社会成员的法律意识、法律理念和法治参与程度等变化的研究成果不多。

中国近代商会是1904年清末颁行《商会简明章程》以后,在政府自上而下的推动下逐步发展起来的,商会作为商人自主结社的团体,是近代中国各类社团中人数最多的社团之一。本书作者以商会与中国法制近代化为研究课题,选择商会这一群体为研究对象,正可以从微观角度研究法制近代化过程中社会成员的法律意识、法制理念和法治参与程度的变化过程,通过研究商会与中国法制近代化的互动过程,还可以探究法制近代化过程中国家和社会之间的关系,为当代法治建设提供历史的价值内涵,所以该选题具有重要的理论和创新意义。

从该课题的研究结构看,作者首先从古至今梳理了国家层面的立法对商人结社的影响,并将中国近代商会的产生置于中国法制近代化变革的背景之下进行考察,阐明了法制近代化对商会产生的影响;接着,作者以三章的篇幅分别从商会参与中国近代宪政运动、商会参与中国近代商事法律制度建设、商会与中国近代多元化商事纠纷解决机制的形成与发展之间的关系等三个方面,论述了商会对中国法制近代化的促进作用,这一研究逻辑结构的安排,论证了商会与中国法制近代化的互动过程,结构严谨,逻辑性较强,读者也可以从这些研究中深刻地感受到在法制近代化过程中,法律制度和法律体系变化

的同时,整个社会的法律意识、法律理念、法治参与程度等方面从传统向近代的转变。

本课题研究的过程中,作者对已有的研究做了客观详细的分析,并提出了许多质疑,作为青年学者,这种严谨治学的态度值得肯定和鼓励。也正是建立在这些质疑的基础之上,作者对清末民初商会参与的民间商法编撰活动、民初商事公断处的实际作用等问题的分析和评价才显得更为客观和深刻,尤其是作者在分析已有的研究基础上,提出要将清末民初商会理案权的研究置于近代司法体制变革的背景之下来分析,更显示出作者的研究水平和研究功力,折射出该课题理论创新的价值。

本课题在研究的过程中,对商会在清末民初民商事习惯调查中的作用和互动关系的考察有相当突出的成绩。作者通过对清末民初留存的调查报告资料进行整理,收集必要的数字,量化分析了清末民初商会在民商事习惯调查中的实际作用,得出了清末民初两个阶段商会在习惯调查中的实际作用不一样的结论。这种考察很有见地。作者在研究过程中比较擅长运用数理统计分析方法,对清末民初商会理案,尤其是民国商事公断处的理案概况,从多角度进行量的分析,通过这些数据的分析,不仅充分挖掘了史料的价值,也使得结论可信、可靠。

本课题通过商会与中国法制近代化的互动过程研究,最后总结出商会与中国法制近代化之间形成的一种互动关联机制,并主要表现在以下几个方面。第一,法制近代化是实现商人结社制度近代转型的关键因素;第二,商会参与了中国法制近代化的过程,在一定程度上推进了中国法制近代化的进程;第三,商会虽然参与中国法制近代化的过程,但总体来说,缺乏主体认知意义上的主动追求,商会作为一种民间力量对法制近代化的进程虽有一定的推动作用,却改变不了中国法制近代化的艰难历程,不仅如此,作者还跳出了这一结论的框架,从国家和社会关系的角度寻求中国法制近代化过程中国家和社会关系的规律,提出了“当代中国法治进程中要实现国家和社会的良性互动”的最终结论,彰显了本课题研究的现实意义和价值所在。

王红梅是我的博士研究生,在读期间,她表现出严谨的治学态度和刻苦的钻研精神。2001年做我的硕士研究生时,就以“中国近代商会法律制度研究”

为硕士学位论文的题目;2006 年读博士的时候,我就建议她以商会及其法制为对象做后续研究,对其最后确定“商会与中国法制近代化”为博士学位论文的选题,我欣然同意,她以此课题申报司法部的科研项目又获立项。现在她的研究成果付梓出版,我感到非常高兴,希望她在治学的道路上继续努力,产出更好、更多的研究成果。

谨为序。

华东政法大学王立民教授、博士研究生导师

于上海

2010 年 12 月

目 录

序	(1)
绪 论	(1)
一、选题缘起	(1)
二、“商会与中国法制近代化”相关研究综述及质疑	(2)
三、基本研究框架	(9)
四、研究方法	(13)
第一章 商会与中国商人结社法律制度的近代转型	(16)
一、中国古代商人团体与商人结社法律制度	(16)
(一) 唐宋的行与商人结社法律制度	(16)
(二) 明清时期的会馆、公所与商人结社法律制度	(20)
(三) 古代商人结社法律制度对商人结社的影响	(22)
二、商会与近代商人结社法律制度	(26)
(一) 商会成立的历史背景	(26)
(二) 商会简明章程：商人结社法律制度的近代转型	(33)
三、近代商会制度的主要内容及其变迁	(34)
(一) 《商会简明章程》的内容	(34)
(二) 北洋政府时期商会法的主要内容	(38)
(三) 南京国民政府时期商会法的主要内容	(42)
(四) 近代商会法律制度对近代商人结社的影响	(44)
四、近代商会法律制度的历史评价	(52)
(一) 功利的立法	(52)
(二) 国家与社会间的冲突和利益平衡	(54)

(三) 明显的移植性	(59)
第二章 商会与中国近代宪政运动	(60)
一、清末宪政思潮的勃兴对商人的影响	(60)
(一) 宪政思想的启蒙	(61)
(二) 立宪思潮的兴起	(64)
(三) 近代宪政思想的传播对商人的影响	(66)
二、商会与清末国会请愿	(74)
(一) 国会请愿风潮与商会的参与	(74)
(二) 商会参与国会请愿的评价	(78)
三、民国初年商会“争复公权”的努力	(83)
(一) 民国初年商会“争复公权”的行动	(84)
(二) 利益驱动下的专制与民主选择	(89)
四、两次民治实践的失败——商界无法解开的魔咒	(94)
(一) 八团体国是会议的草草收场	(95)
(二) 上海总商会民治委员会的昙花一现	(104)
(三) 民治运动领导权的纠葛	(109)
第三章 商会与中国近代商事法律制度建设	(121)
一、商会与清末民间商法编撰活动	(121)
(一) 预备立宪公会发起编撰商法典并联络商会参与的原因分析	(121)
(二) 商会的作用分析	(127)
(三) 对《商法调查案理由书》的评价	(132)
二、商会与清末民初的民商事习惯调查	(140)
(一) 商会与清末民商事习惯调查	(141)
(二) 商会与民初民商事习惯调查	(146)
三、商会对民初商事立法的推动	(161)
(一) 商会在民国元年工商会议上的微弱呼声	(161)

(二) 全国商会联合会对民初商事立法的积极推动	(163)
第四章 商会与中国近代多元化商事纠纷解决机制的形成与发展	(176)
一、清末商会理处案件的规范化	(176)
(一) 清朝商事纠纷处理机制概述	(176)
(二) 清末商会理案的规范化——与传统民间调解相比	(182)
(三) 清末商会理案的优势——与官府断案相比	(187)
二、司法体制变革下商会理案性质及权限争议的考察	(190)
(一) 商会理案性质的分析	(191)
(二) 商会与司法部关于商事裁判权争议的考察	(202)
三、民国时期商事公断处的运作	(211)
(一) 各地商事公断处的成立概况	(211)
(二) 民初商事公断处与清末商会理案的比较	(215)
(三) 从商事公断处公断书分析民初商事公断的运作	(218)
四、部分地区商事公断处办理案件概况分析	(222)
(一) 苏州总商会商事公断处办理案件概况	(222)
(二) 上海总商会商事公断处办理案件概况	(224)
(三) 京师总商会商事公断处办理案件概况	(239)
(四) 云南总商会商事公断处办理案件概况	(242)
结 论	(247)
一、国家对社会力量的扶植和培育可以为法制近代化提供必要的社会基础	(248)
二、社会力量的异化会导致法制近代化进程的徘徊和停滞	(255)
三、在当代中国法治进程中实现国家和社会的良性互动	(257)
征引文献	(262)

绪 论

一、选题缘起

中国近代商会,是1904年《商会简明章程》颁行以后,在政府自上而下的推动下逐步发展起来的,是近代中国各类商人社团中人数最多的一种,其产生、发展的过程及其在政治、经济、文化、社会生活等各个不同领域的表现,从一个侧面反映了近代中国从传统社会向近代社会转变的艰难历程。史学界对商会史的研究已经有了三十年的历史,研究领域涉及面也较广。

选择“商会与中国法制近代化”作为研究课题,是笔者对硕士论文《中国近代商会法律制度研究》的后续研究。写硕士论文的时候,华东师范大学的朱英教授在评述商会史研究领域时,建议要横向扩展研究空间和论题范围,注重近代商会与法制建设的研究,^①这对笔者启发很大。2006年,笔者考取华东政法大学法制史专业博士研究生后,即着手该课题的研究。2007年,笔者尝试着以“商会与中国法制近代化”为项目名称,申请了司法部国家法治和法学理论研究项目,获得立项。本书是该课题的最终研究成果。^②

之所以选择此论题,还缘于笔者对法制近代化研究现状的一些思考。20世纪80年代中期以来,法制现代化问题就是中国法制史研究的一个重要课题,研究的问题主要涉及以下几个方面:法制现代化研究的理论和方法,近代中国法制现代化的历史进程研究,中西法文化比较研究,法律移植问题研究,部门法制现代化研究,晚清法律现代化研究,法学教育与司法改革研究。^③虽然这七个方面的研究内容丰富,成果颇多,总体而言,学理研究较多,研究过程中更注重制度的变革。法制现代化属于法律发展论的范畴,法律发展论所要探究的是社会发展与法律进步之间的互动关联机制。已有的研究只能使我们更多地了解法律制度的变革,而这一变革对社会层面的影响如何,目前从微观

① 朱英:《中国商会史研究如何取得新突破》,载《浙江学刊》2005年第6期,第83页。

② 司法部国家与法学理论研究项目:商会与中国法制近代化,编号为07SFB5005。

③ 侯强:《社会转型与中国法制近代化1840—1928》,中国社会科学出版社2005年版,第2—14页。

角度对此问题的研究还很缺乏。本课题之所以选择“商会”为研究对象,研究商会与中国法制近代化的互动过程,就是希望能从微观的角度研究社会发展与法律进步之间的互动关联机制。

二、“商会与中国法制近代化”相关研究综述及质疑

选择“商会与中国法制近代化”作为研究课题,涉及商会史和法制史两个研究领域。有关法制近代化研究的文献评论,侯强在《社会转型与中国法制近代化(1840—1928)》一书中,对此问题总结得非常全面,研究综述在此不赘。由于本课题在研究的过程中,更多的是借鉴商会史的研究成果,所以对商会史研究中涉及本课题研究的内容作一回顾。

大陆商会史的研究始于20世纪80年代,华中师范大学原校长章开沅教授为了拓宽辛亥革命史的研究领域,最先从政治学的角度研究商会史。90年代以后,由于众多研究者的不断创新,商会史的研究已经成为中国近代史学研究中一个成果多、起点高的重要研究领域,出现了一批有影响的研究论文和专著。华中师范大学在商会史方面的研究处于国内和国际领先水平,成立了专门的中国商会研究中心,多个相关研究项目获得国家和教育部社会科学基金的资助,不断拓宽有关商会史研究范围,研究梯队完整,研究成果丰富。

对商会史学的研究综述有多篇论文^①,尤其是马敏、付海晏撰写的《近二十年来的中国商会史研究(1900—2009)》一文,对20世纪90年代以来的研究内容、取得的成果以及今后研究领域的拓展等问题做了全面的总结,足资参考。

就本课题的研究而言,目前虽没有以“商会与中国法制近代化”为论题的整体研究,但是本书研究的主体内容除了第一章“商会与中国商人结社法律制度的近代转型”研究比较少外,其他三章的内容都有相关研究,而且有的研究已经比较深入。为了防止本研究落入“新瓶装旧酒”的境地,笔者在写作过程中对已有的研究做了比较详细的梳理,提出了一些对已有研究结论的质疑,对

^① 参见朱英:《清末商会研究述评》,载《史学月刊》1984年2期;徐鼎新:《中国商会研究综述》,载《历史研究》1986年第6期;冯筱才:《中国商会史研究之回顾与反思》,载《历史研究》2001年第5期;马敏:《商会史研究与新史学的范式转换》,载《华中师范大学学报》(人文社会科学版)2003年第5期;朱英:《中国商会史研究如何取得新突破》,载《浙江学刊》2005年第6期;冯筱才:《最近商会史研究之刍见》,载《华中师范大学学报》(人文社会科学版)2003年第5期;覃婷婷:《近二十年来中国商人与商会史研究综论》,载《重庆工商大学学报》(社会科学版)2007年第4期;朱英:《商会史研究与中国近代史相关领域的拓展》,载《华中师范大学学报》(人文社会科学版)2008年第5期;马敏、付海晏:《近二十年来的中国商会史研究(1900—2009)》,载《近代史研究》2010年第2期。

质疑进行解答的过程,即是本书的写作过程。下面按照各章内容分别阐述。

第一章“商会与中国商人结社法律制度的近代转型”,此处之“结社制度”是指国家制定的结社法律。“商人结社制度”一词的使用,是受台湾学者邱澎生先生的启发。邱澎生在《商人团体与社会变迁:清代苏州的会馆公所与商会》一文中,也研究了商人结社法律制度的变迁,虽然他笔下的结社制度还包括会馆公所制定的行规等内容,是在一个更广泛意义上使用了结社制度,但其描述清末民初商人结社制度的变迁对笔者启发很大。^① 本书将商人结社制度的转型置于更广阔的时空维度,从古代商人结社制度的状况一直延伸到《商会简明章程》的颁布,并将其置于法制近代化的背景下研究商人结社制度的转型。

本书研究的旨趣只在揭示法制近代化过程中国家法的制定对商人结社的影响,虽然有学者研究商人团体时,将明清以来会馆、公所制定的行规和一些行业惯例作为商人团体习惯法来研究,但本书不涉及这一问题。^② 近几年来习惯法问题一直是法学界研究的一个热门话题,但是学界就民间法、习惯法的概念、使用语境等问题一直有争论,加之习惯法与本书研究宗旨不符,所以本书未研究所谓结社习惯法方面的内容。

第二章“商会与中国近代宪政运动”,内容涉及商会参与清末国会请愿、民国初年商会“争复公权”的努力及19世纪20年代初期商界的两次民治实践。这些内容一向是史学界考察“商人与政治”的重要素材,不仅有专门研究商会究了商人结社法律制度的变迁,虽然他笔下的结社制度还包括会馆公所制定的行规等内容,是在一个更广泛意义上使用了结社制度,但其描述清末民初商人结社制度的变迁对笔者启发很大。^① 本书将商人结社制度的转型置于更广阔的时空维度,从古代商人结社制度的状况一直延伸到《商会简明章程》的颁布,并将其置行业惯例作为商人团体习惯法来研究,但本书不涉及这一问题。^② 近几年来习惯法问题一直是法学界研究的一个热门话题,但是学界就民间法、习惯法的料,认为“言辞温和、态度软弱”。^④ 但朱英教授却认为应当对商会参与国会请愿给予更多积极的评价,商会虽言辞温软,但“对于刚刚成立不久,在政治上尚未成熟,而且经常以‘在商言商’自诩的商会而言,能够突破这一戒律,积极参

① 邱澎生:《商人团体与社会变迁:清代苏州的会馆公所与商会》,台湾大学历史研究所博士学位论文,1995年,第69—122页。

② 李学兰:《中国商人团体习惯法》,中国社会科学出版社2010年版。

③ 王金栢:《中国现代资产阶级民主运动史》,吉林文史出版社1985年版。

④ 虞和平:《商会与中国早期现代化》,上海人民出版社1993年版,第284—288页。

加国会请愿运动这一清末的重要政治活动,已实属于不易”^①。两位学者的评价,角度不同,观点不一。虞和平教授对商会参与国会请愿的“过程行为”评价不高,而朱英教授则对商会参与了国会请愿的“结果行为”评价较高;虞和平教授更看重商会在国会请愿中的言辞表现,而朱英教授因为看重结果行为而希望忽略言辞。事实上,言辞皆为“静态”史实,而且有资料证实这些“静态”言辞,极有可能是立宪派人士捉刀代笔,以言辞为史料分析和评价商会在国会请愿中的表现已经没有什么意义,应当更加关注商会参与其中的行动。从表面上看,正如虞和平教授指出的那样,商会响应面不够广泛,行动不够积极,但是究竟是什么原因造成了这些表象?挖掘表象背后的原因或许更能对商会参与国会请愿作一客观的评价。

民国初年商会“争复公权”^②即是商界争取选举权的问题,早期研究商会史的学者中,虞和平教授比较注重这一问题,他以“争取国会议席和参政权”为标题进行研究,并未用“争复公权”一词,并认为这是“中华民国成立之后,商会开始争取法定的参政地位和权利,试图对国家的大政方针发生影响和作用”^③。从字面上理解“争取国会议席”,似乎商界争取的是被选举权和国会议席的多少,但从商会争取权利的内容看,商界争取的是众议院议员的选举权,因此“争取国会议席”的表述有些不太准确。而且相关内容研究得比较早,资料也不够翔实,还有深入研究的必要。2004年复旦大学博士研究生冯小红发表了《论民元商界“争复公权”运动》一文,认为商界“争复公权”运动反映出商界民主、参政意识的显著提高,是商界政治素质近代化的里程碑。^④虽然这些评价有待商榷,但“争复公权”一词是他在相关研究中最先使用,“争复公权”一词也颇能恰当地反映当时商界对争取选举权的理解,所以本书也以此作为研究标题。民初商界“争复公权”的不懈努力,从行为表征意义上,确实能反映商界民主、参政意识的提高,但是商会在二次革命和袁世凯复辟帝制时明显地站在了袁世凯的一边,是他们思想意识的倒退还是有更深刻的原因?商界的政治关怀目的是什么?只有民初商会在民主和专制的选择之中摇摆不定,这种选择的内在机制

^① 朱英:《转型时期的社会与国家——以近代中国商会为主体的历史透视》,华中师范大学出版社1997年版,第248—249页。

^② “争复公权”一词取自天津高阳商会杨木森、张兴汉所编《全国商界争复公权文稿汇录》。商会代表认为众议院选举法剥夺了商人的选举权,因此要求政府“复权”,这样的用词含义更深刻,复权意为选举权本为商人所有,只是被不合理地剥夺了。该文稿汇录收录于天津市档案馆等编:《天津商会档案汇编1912—1928》(4),天津人民出版社1992年版,第4407—4423页。

^③ 虞和平:《商会与中国早期现代化》,上海人民出版社1993年版,第318页。

^④ 冯小红:《论民元商界“争复公权”运动》,载《贵州社会科学》2004年第3期,第102—104页。

是什么？只有对这些问题进行深入的研究，方可对商会“争复公权”有更深刻的了解。

关于20世纪20年代初的两次民治实践，虞和平、朱英、徐鼎新等研究商会史的学者多有研究。虞和平认为1921年国是会议案的提出和议决，尽管实际结果远未达到原来的目标，却反映了资产阶级决心自立参政机构的意向；1923年上海民治委员会的成立，“是资产阶级民主政治运动的一大进步”^①。朱英对上海总商会成立民治委员会更是大加赞赏，认为这“标志着近代中国商人的政治参与已达到了顶峰，也是资产阶级民主政治运动发展到高潮的具体表现”，“商会的政治参与活动此时已经上升到一个前所未有的高度，由过去信奉‘在商言商’，变为‘在商言政’乃至‘在商行政’，其政治参与行动的独立自主性也有了显著的增强”。^②李子文、徐鼎新对上海总商会成立民治委员会也都持有很高的评价。^③但也有学者对此提出不同看法，冯筱才指出，商人抛弃“在商言商”的古训，在政治方面的行动愈来愈主动积极的印象是真的吗？政治迷雾中，要分清哪些是商人的作秀，哪些是商人的真意。^④台湾学者李达嘉认为，民治运动“背后都有错综复杂的因素支配着，无论在思想上或行动上，商人都受到知识分子及外人等其他力量的指导或督促，正因为他们没有很强的独立自主性，对到底运动应该如何进行，往往缺乏具体的计划，内部的意见又难以统合，以致这些行动表面上虽然轰轰烈烈，热闹一时，实际上却涣散无力，未能有具体的成效”^⑤。

学者间产生不同观点的原因，在于持肯定评价者“就事论事”，而提出质疑者则在更广阔的时空维度上，挖掘了背景材料，显然后者的说服力更强。不过还有值得进一步挖掘之处：商教联席会议发起国是会议是出于偶然还是预先的安排？包括上海总商会在内的商界在国是会议筹备、召开的过程中参与程度如何？两次民治实践，都发生在当时国民自决呼声高涨之时，但却屡归失败，为什么商界发起的两次民治实践都淹没在一片指责声中？哪些人出于什么目的对此进行指责？即

① 虞和平：《商会与中国早期现代化》，上海人民出版社1993年版，第284、321、324—325、331—334页。

② 朱英：《转型时期的社会与国家——以近代中国商会为主体的历史透视》，华中师范大学出版社1997年版，第248—249、287—289页。

③ 李子文：《简论上海总商会民治委员会》，载《史学集刊》1986年第2期，第55页；徐鼎新、钱小明：《上海总商会史》，上海社会科学院出版社1991年版，第323页。

④ 冯筱才：《在商言商——政治变局中的江浙商人》，上海社会科学院出版社2004年版，第2、6页。

⑤ 李达嘉：《一九二〇年代初期上海商人的民治运动——对军阀时期商人政治力量的重新评估》，载《“中央”研究院近代史研究所集刊》1999年第32期，第312页。

使商界有充分的计划,全身心地投入到民治运动中去,在当时军阀拥兵自重、社团林立、列强觊觎的复杂背景下,商界的民治实践成功的可能性有多大? 商界屡次失败的根本原因是什么? 回答了这些问题,会得出更有说服力的结论。

第三章“商会与中国近代商事法律制度建设”,论述了商会与清末民间商法编撰、商会与民初的民商事习惯调查、商会对民初商事立法的推动情况。

论及商会与清末民间商法编撰活动,即指 1907 年预备立宪公会发起的编撰商法活动,一般学界研究时用民间商事立法活动指称,这种指称有些不严谨,一来立法活动是一种国家行为,有特定的行为主体;二来当时参与编撰活动者的目的,是编撰一部法典以供政府采用,参与者本身也没有所谓“立法”的意识,所以本书用的是民间商法编撰活动。这一论题,朱英在其多部专著内皆有涉及,他对两次商法大会召开的背景和过程进行了描述,并认为两次商法讨论大会是资产阶级争取立法权、商人独立拟定商法的首次尝试,^①马敏则从商人的立法意识角度对此问题进行评述。^② 此次商法编撰活动的最终结果,是编制了《商法调查案理由书》,2003 年中国政法大学出版社出版的《中国商事习惯与商事立法理由书》,将其收录其中。^③ 此后多位学者对《商法调查案理由书》进行了研究,研究内容涉及《商法调查案》的主要内容及编撰方法、结构与特点以及法制史上的意义,他们认为两次商法大会与《商法调查案理由书》是中国民族工商业者自订商法运动的成果,奠定了新的商法典体例,推动了外来法律本土化的进程等。^④

已有的这些研究中,朱英、马敏教授更侧重于两次商法讨论背景、过程的描述,其他几位学者则侧重从法学角度对《商法调查案理由书》进行评价。对这些研究,尚有以下几个问题值得深入研究:编制商法典的动议是预备立宪公会最先倡导的,预备立宪公会为什么会提出编制商法? 对这一问题,只有朱英教授在其研究中注意到,并对预备立宪公会提议编制商法的原因作了简单的

① 朱英:《转型时期的社会与国家——以近代中国商会为主体的历史透视》,华中师范大学出版社 1997 年版,第 346—366 页;朱英:《中国早期资产阶级概论》,河南大学出版社 1992 年版,第 268—286 页。

② 马敏:《商人精神的嬗变:近代中国商人观念研究》,华中师范大学出版社 2001 年版,第 148—162 页。

③ 张家镇等编撰,王志华编校:《中国商事习惯与商事立法理由书》,中国政法大学出版社 2003 年版。

④ 魏淑君:《清末〈商法调查案理由书〉述论》,载《理论学刊》2008 年第 9 期,第 102—106 页;王雪梅:《论清末的〈商法调查案理由书〉》,载《四川师范大学学报》(社会科学版)2005 年第 4 期,第 77—83 页;江眺:《公司法:政府权力与商人利益的博弈》,中国政法大学博士学位论文,2005 年,第 58—70 页;任满军:《晚清商事立法研究》,中国政法大学博士学位论文,2007 年,第 134—150 页。

论述^①,有许多问题还值得进一步研究。清末的这次民间商法编撰活动,是预备立宪公会、商会、上海商学公会三家社会团体共同实施的,但是现在所有的研究焦点全部集中在两次商法讨论大会上,似乎商会在这次民间商法编撰活动中起了主导作用,因此多数学者将两次商法讨论大会和其结果《商法调查案理由书》的功劳全记在了商会的头上,认为是商人独立拟定商法的首次尝试,是中国民族工商业者自订商法的成果,是商人的法律构想、商人阶层的商法理想等。果真如此吗?商人在当时是否具备独立拟定商法的能力?两次商法讨论大会商会到底发挥了什么作用?回答这些问题,能更准确地评价商会在商法编撰活动中的作用。

商会与清末民初的民商事习惯调查问题,可以说是本书唯一全新的研究点。对清末民初的民商事习惯调查活动的研究成果已经不少^②,但商会是否参与?参与的方式如何?参与的程度如何?目前还没有相关研究。本书主要是对已经整理出版的民国时期留存的调查报告^③和《司法公报》中刊登的一些资料进行整理,结合其他相关史料研究,从而得出一些结论。

商会对民初商事立法的推动主要以民元工商会议上商会提出商事立法的议案以及全国商会联合会对商事立法的推动作为素材。对于这两部分内容,季立刚在《民国商事立法》一书中有相关论述,但是内容未突破虞和平教授在

① 任满军的博士论文,将修订法律馆聘请志田钾太郎编订中国商法典的举措视为民间编辑商法“偶然事件的直接诱因”,(见任满军:《晚清商事立法研究》,中国政法大学博士学位论文,2007年,第136页),江眺在其文中也有此论述(见江眺:《公司法:政府权力与商人利益的博弈》,中国政法大学博士学位论文,2005年,第58页),修订法律馆1908年才聘请志田钾太郎起草商法典,1909年公布草案,而1907年4月预备立宪公会就提议编制商法,7月份与上海总商会、商学公会就明确了责任分工,因此,将对志田案的不满作为召开商法讨论大会的原因,有些不妥。

② 对清末民初民商事习惯调查,国内的研究成果有胡旭晟:《20世纪前期中国之民商事习惯调查及其意义》,载《湘潭大学社会科学学报》1999年第2期,该文也为《民事习惯调查报告录》序文;郑定、春杨:《民事习惯及其法律意义》,载《南京大学法律评论》2005年第1期;张松:《晚清民初民商事习惯调查叙评》,载《长江师范学院学报》2008年第5期;俞江:《清末民事习惯调查说略》,载俞江:《近代中国的法律与学术》,北京大学出版社2008年版,第198—212页;苗鸣宇:《民事习惯与民法典的互动——近代民事习惯调查研究》,中国人民公安大学出版社2008年版;睦鸿明:《清末民初民商事习惯调查之研究》,法律出版社2005年版。国外研究中,日本学者西英昭介绍,日本学者20世纪90年代即开始研究,有滋贺秀三等人的研究论文四篇,国内未见翻译。见[日]西英昭:《清末·民国时期的习惯调查和〈民商事习惯调查报告录〉》,载中国法律史学会编:《中国文化和法治》,社会科学文献出版社2007年版,第371—396页。这些研究的内容涉及民商事习惯调查的起因、调查过程、调查内容、调查成果的梳理、调查的意义,专著详尽些,论文简略些。

③ 前南京国民政府司法行政部编,胡旭晟等点校:《民事习惯调查报告录》(上、下册),中国政法大学出版社2000年版。

《商会与中国法制近代化》一书中已有的研究。^① 本书对全国商会联合会对商事立法的推动在原有的基础上补充了更多的史料,并增加了全国商会联合会对民初商事法律制度的宣传普及方面的内容。

第四章研究商会与中国近代多元化商事纠纷解决机制的形成与发展关系。主要涉及清末商会的商事纠纷调处与民国时期商事公断处的成立与发展。民国时期司法部参事李圻写有《考核商事公断处情形报告》,是1926年会审公廨收回的谈判中,写供各国调查法权委员会参考的。^② 该文为研究民国商事公断处的情况提供了一些依据,但是文中有一些统计数据有明显的错误。当代的研究多见于论文和一些专著的章节^③,这些研究中清末多以苏州、天津商会为个案研究,民国时期的商事公断处开始有以上海、京师商会为例进行的相关研究。

对清末商会理案的研究目前除了对商会理案权取得的过程进行史实论述

① 虞和平:《商会与中国早期现代化》,上海人民出版社1993年版;季立刚:《民国商事立法研究》,上海复旦大学出版社2006年版。

② 李圻:《考核商事公断处情形报告书》,载《法律评论》1926年第169期、172期、173期、174期。

③ 马敏、朱英:《传统与近代的二重变奏——晚清苏州商会个案研究》,第三章/三、不完全的司法职能——受理商事纠纷,巴蜀书社1993年版,第201—214页;朱英:《清末苏州商会调解商事纠纷论述》,载《华中师范大学学报》(人文社会科学版)1993年第1期,第89—94页;朱英:《转型时期的社会与国家——以近代中国商会为主体的历史透视》,第八章,商会的独立司法活动,华中师范大学出版社1997年版,第291—345页;马敏:《商事裁判与商会——论晚清苏州商事纠纷的调处》,载《历史研究》1996年第1期,第30—43页;任云兰:《论近代中国商会的商事仲裁功能》,载《中国经济史研究》1995年第4期,第117—124页;宋美云:《近代天津商会》,第二章/二、仲裁商事纠纷,天津社会科学院出版社2002年版,第247—266页;虞和平:《清末民初商会的商事仲裁制度建设》,载《学术月刊》2004年第4期,第85—95页;付海晏:《民初苏州商事公断处研究》,载章开沅主编:《近代史学刊》第1辑,华中师范大学出版社2001年版,第70—96页;付海晏:《清末民初商事裁判组织的演变》,载《法理学、法史学》(人大复印资料)2002年第7期,第69—76页;付海晏、匡小焯:《从商事公断处看民初苏州的社会变迁》,载《华中师范大学学报》(人文社会科学版)2004年第3期,第94—99页;郑成林:《清末民初商事仲裁制度的演进及其社会功能》,载《天津社会科学》2003年第2期,第132—137页;范金民等:《明清商事纠纷与商业诉讼》,第四章、第五章,商会产生后的商事纠纷与商业诉讼(上、下),南京大学出版社2007年版,第193—288页;常健:《清末民初商会裁判制度:法律形成与特点解析》,载《华东政法大学学报》2008年第5期,第52—61页;赵婷:《民国初年商事调解机制评析——以商事公断处章程为例》,载《江西财经大学学报》2008年第1期,第109—113页;刘红娟:《近代中国商会商事公断处职能研究的启示》,载《社会科学战线》2006年第3期,第285—287页;陶水木、郎丽华:《略论民国后期杭州商会的商事公断》,载《商业经济与管理》,第60—64页;张松:《民初商事公断处探析——以京师商事公断处为中心》,载《政法论坛》2010年第5期,第31—40页;张松:《固有商事习惯与近代商法间的冲突与传承——以民初京师商事公断处为中心的考察》,载王立民主编:《中国历史上的法律与社会发展》,吉林人民出版社2007年版,第526—536页;蔡晓荣:《论清末商会对华洋商事纠纷的司法参预》,载《学术探索》2006年第1期,第107—111页;王志华:《民国初年商会商事公断研究——以上海总商会商事公断处为例》,复旦大学硕士学位论文,2005年。