

民间法文丛 谢 晖◎主编

谈
萧◎著

中国商会治理规则变迁研究



中国政法大学出版社

中国商会治理规则变迁研究

谈萧◎著

民法文丛

谢晖◎主编



中国政法大学出版社

2011·北京

图书在版编目(CIP)数据

中国商会治理规则变迁研究 / 谈萧著. —北京: 中国政法大学出版社,
2011. 4

ISBN 978-7-5620-3915-0

I. 中… II. 谈… III. 商会-研究-中国 IV. F721

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第058481号

- 书 名** 中国商会治理规则变迁研究
ZHONGGUO SHANGHUI ZHILI GUIZE BIANQIAN YANJIU
- 出版发行** 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034分箱 邮编100088 zf5620@263.net
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908285(总编室) 58908325(发行部) 58908334(邮购部)
- 承 印** 固安华明印刷厂
- 规 格** 880×1230mm 32开本 11.125印张 290千字
- 版 本** 2011年6月第1版 2011年6月第1次印刷
- 书 号** ISBN 978-7-5620-3915-0/F·3875
- 定 价** 29.00元
- 声 明**
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。



总序

这套筹备了多年的丛书，终于要和读者见面了！

近二十年前，鄙人开始关注民间法问题，其中缘由，是和当时参与教育部项目“回族法文化研究”密不可分的。通过相关调查和研究，我才自觉地认识到：人们日常的交往生活，尽管依赖于国家正式法律者甚多，但人类秩序的建制，并不首先是从法律开始的，相反，法律本身的制定，必须遵循社会生活的规定。这种认知，虽然在既有的法学理论中不但有所耳闻，而且是彼时法学教育中大讲特讲的。那时，所谓研析“规范内部的学问”还不被人们所接受，不像如今这般红火。虽然人们在讲授课程时，把“经济基础决定上层建筑”、社会事实决定法律一类的观念不时传授给学生，但在实践层面上，究竟如何把握这一问题，学生也罢，老师也罢，

经常是不得要领的。相反，把人们在社会交往中存在的既有规则，如祭祖规则、节庆规则、信仰规则等等，一股脑儿归结为所谓“四旧”，必欲彻底扫除而后快，却是司空见惯的。其结果是教材所授与实践操作之间巨大的反差，甚至出现实践所为和理论教化之间的倒挂：似乎不是经济基础决定上层建筑，反倒是意识形态等上层建筑决定社会及其发展。

不过近十多年来，我国立法、司法等法治实践的发展，还是最终趋向于对我们时代和国情的关注，法律的全球化和法律的本土化关怀几乎同时在中国法治实践中搬演。这显然是一个需要大智慧和大手笔予以探索、协调和对接的问题。在这期间，学人们不仅探讨法治化进程中和全球化相呼应的问题，而且也开始深究中国法治的自身土壤问题。在这一过程中，“法律文化论”、“本土资源论”、“民间规范论”、“私力救济论”、“替代性纠纷解决机制论”以及“法人类学论”等不同的学说，成为我国不同法学者之间探究法治化进程中自身土壤问题的几种主要进路和学术观点。围绕这些理论或进路，产生了一批学术论著。特别值得一提的是，在法治发展中，具有“春江水暖鸭先知”功能的司法机关，已经在认真尝试如何在司法中将法律的一般规定和民间规范相结合的问题。其中“泰州经验”、“东营经验”、“陇县模式”等，引起了国内法学界和司法界的普遍关注，这更进一步证明在学术研究中关注民间规则以资法治实践的必要性。

九年前，为了推进对民间规则的研究，促进教学中学生对社会事实问题的认知，我和同仁们共同创办了以书代刊的《民间法》年刊。如今，该刊已经正式出版了八卷。与此同时，我在《山东大学学报》、《甘肃政法学院学报》分别主持的“民间法专栏”、“民间法·民族习惯法专栏”两个栏目，

已分别坚持了五年和四年，期间稿件源源不断，所发表的论著也不断被转载、转摘和引用。其中《民间法》年刊被教育部“委托南京大学图书馆”评为“CSSCI来源集刊”。此外，自2005年开始，我和同仁们发起了全国“民间法·民族习惯法研讨会”，已分别在西宁、成都、兰州、武汉、贵阳召开了五届，来自全国各地的学者们就相关论题积极参与、热烈讨论。如上情形，已经形成了民间法研究之静态和动态两个“阵地”。这表明，这一领域具有很大的研究必要和开发潜力。为了进一步推动民间法研究向纵深方向发展，北京理工大学法学院、山东大学法学理论泰山学者团队决定编辑出版这套“民间法文丛”。这套文丛，也是拟议中的北京理工大学法学院三种学术丛书之第一种。

此为“民间法文丛”的第一辑。收入第一辑的著作，有些是作者多年来调研的积淀之作，如《原生的法——黔东南苗族侗族地区的法人类学调查》、《藏族古代法新论》、《乡土秩序与民间法律——羌族习惯法初探》三书就是徐晓光教授、多杰教授和龙大轩教授多年来深入苗族、侗族、藏族、羌族等地区认真调查、归纳、总结和研究的成果。鄙人的《大、小传统的沟通理性》、魏治勋的《民间法思维》两书，则是作者多年研究民间法问题的心得。其他五部作品，分别是贾焕银的《民间规范的司法运用——基于漏洞补充与民间规范关联性的分析》、姜世波的《习惯国际法的司法确定》、王新生的《习惯性规范研究》、厉尽国的《法治视野中的习惯法：理论与实践》、张渝的《清代中期重庆的商业规则与秩序——以巴县档案为中心的研究》，它们都是作者在其博士论文基础上修改而成。

自上述丛书第一辑的清单可以看出，本辑入选图书的一

半左右偏重于学理的探讨。但民间法问题恰恰是一个必须来自实践，通过对人们交往行为中的日常规范，特别是纠纷处理的日常规范之分析、解剖、归类、整理，才能深入其堂奥的问题。在这个意义上，民间法研究理所当然应当把社会实证放在第一位。这也是本丛书以后的各辑在组稿时将特别强调和注意的。

鄙以为，按研究内容和专题所编辑的学术丛书的功能，一是能集中展示某时段、某地方的学者们在某个研究领域里的研究成果；二是能更好地实现在某一研究领域里学术成果、学术规范和学术方法的积累；三是能给相关的学习者和研究者查找资料时提供便利。在这三点中，我特别看中第二点。但要让一套学术丛书真正发挥学术积累的作用，贵在持之以恒。因之，本丛书拟在条件许可时，分辑编辑出版，不断坚持下去，以期为中国民间规范的研究，乃至法社会学的研究，贡献微薄的心力和智慧。

是为序。

陇右天水学士 谢晖

2009年7月3日于苏州桥畔



第二辑说明

自从“民间法文丛”第一辑九部作品问世以来，得到了学界较好的反响，于是，我们又着手编辑第二辑。编入第二辑的作品，除了原定于第一辑准备出版的谢晖的《大、小传统的沟通理性》外，还有王林敏的《民间习惯的司法识别》、张晓萍的《民间法的司法运用》、刘昕杰的《民法典如何实现：民国新繁县司法实践中的权利与习惯（1935~1949）》、谈萧的《中国商会治理规则变迁研究》、韦志明的《习惯权利论》以及尚海涛的《民国时期农业雇用习惯规范研究》等六部作品。在这六部作品中，王林敏、张晓萍和刘昕杰的三部作品，侧重于民间习惯与司法实践之间的关联研究；谈萧和尚海涛的作品，侧重于不同行业习惯法问题的研究；韦志明的作品则侧重于习惯权利这样一个重要的习惯法范畴问题

的研究。这六部作品，都六基于他们的博士论文。材料丰富、观点新颖、论证扎实是其共同特点。期待本辑作品的出版，能进一步丰富和推进我国民间法问题的研究。

谢 晖

2010年12月29日于北京





内容摘要

已有的研究文献对当下中国治理制度或法治事业的讨论，要么限于“西方资源论”，要么限于“本土资源论”。这两种观点，都较少或基本不考虑近现代中国在制度变迁过程中形成的转型资源。对中国商会治理规则这一转型中国制度变迁过程中的典型制度事实进行实证考察和规范分析，能够克服上述两种观点的局限，深入挖掘近现代中国在制度变迁过程中所形成的转型秩序，为当下中国法治事业或社会治理寻找转型资源，并引起人们认真对待法治的转型资源。

考察中国商会治理，必须将中国商会制度经历的“兴起、繁荣、挫折——被改造、统合、吸收——复兴、快速发展”演进历程作为一个整体来分析。中国和西方在不同的语境中使用“治理”（governance）概念。在语境演化的背景下，西

方“governance”概念可吸收中国“治理”概念中追求秩序、安定、条理的实用理性；中国“治理”概念则可吸收西方“governance”概念中追求参与、协商、多元的契约理性。在制度结构上，西方治理以善治为导向，其要素包括参与性、共识取向、责任性、透明性、回应性、有效性和效率性、公平性和包容性以及遵循法治；中国治理则以善政为导向，其要素包括人事关系的模糊治理、中央集权的简约治理和意识形态的教化治理。双重语境下的中国商会治理，从动态看，是一个东方与西方、传统与现代的语境演化过程；从静态看，则是一个旧秩序与新秩序交织的转型秩序。中国商会治理还清晰地展示了转型中国治理制度由集权治理向分权治理变迁的过程，这个制度变迁受到路径依赖和制度惯性的约束。

中国商会的治理规则由自治规则、官治规则和政治规则构成。在制度变迁的过程中，经由这些规则的表达和实践，自治秩序、官治秩序和政治秩序分别得以呈现。

中国商会自治规则变迁中蕴含着自治秩序。商会自治之于转型中国，具有重构民间社会治理结构的制度价值，而自治秩序在以工商文明为基础的社会，具有最为基础的制度地位。中国商会所经历的会员规则、会董规则、监督规则、惩戒规则、选举规则、议事规则、公断规则、财政规则等自治制度之表达和实践上的变迁表明，近现代中国商会的自治活动，为民间社会由集权走向分权、由善政走向善治提供了制度变迁契机。在这个目前尚在行进的制度变迁中，虽然存在路径依赖和制度惯性的约束，但是具有转型特色的自治秩序正在形成。中国商会自治制度的变迁，虽然有过断裂，但是一经承续，就又开始形成一定的以秩序为依归的制度均衡，为转型中国社会自治提供了可资利用的制度资源。

中国商会官治规则变迁中蕴含着官治秩序。商会见证了转型中国官方治理介入民间社会程度不断加深的历程，官治制度的这一变迁，既不完全承继传统中国的简约治理秩序，也不全盘移植现代西方的经典治理秩序，而是形成了一种独特的官治秩序。通过对授权、确权、监管、促导、改组、规范等商会官治规则表达与实践之变迁的观察，可以发现，转型中国的官治秩序，依然主要是一种管制的秩序，而非规制的秩序。不过，转型中国的官治规则还是部分继承了古典中国官方治理追求天理、国法、人情相统一的秩序的传统，也会参酌民间规范、自治规范等非正式制度，并利用传统的简约治理机制，如社区调解、情理规训等，以达到一种和谐的秩序。

中国商会政治规则变迁中蕴含着政治秩序。政治力量对于中国商会的控制与支配，从一开始就比较深。中国近代百年的政治史表明，政治秩序既受到两千余年的以权势、法术运用为基础的政制传统的影响，又受到工商文明所催生的以利益集团为基础的民主政治的影响。在这样的制度变迁中，中国商会得以在政治秩序中扮演一个亦新亦旧的角色。通过对商会政治规则表达与实践之变迁的考察，可以发现，转型中国的政治秩序以意识形态、忠诚义务、党化政策为内容，通过政治认可、思想教化、政治妥协来展开。转型中国的政治秩序的总体走向尚不十分明确，直到目前，公民参与、权力分享意义的政治秩序，对于中国而言，依然是十分匮乏的。尽管也存在公民社会与政治国家之间的政治妥协，但总体上看，在转型中国的政治秩序中，公民社会与政治国家，无论是在形式与实质上，都不具有对等地位，政治国家一直是强势的，公民社会则一直是弱勢的。



对中国商会治理规则变迁的考察表明，近现代中国制度变迁过程蕴含着转型秩序。这里所谓的转型秩序，是指在急剧变迁的转型中国社会中以不同层次的制度安排为基础而形成的秩序，它为我们理解转型中国的制度变迁提供了一个秩序观念，同时也构成了转型中国的一个治理框架。任何社会都会存在一个制度框架限制着追求效用最大化的人们行为选择倾向，它是给定的、前置的，充当着构成社会关系的各个因素的过滤器。转型秩序作为一种转型社会的治理框架，也具备这样的制度框架功能。从博弈均衡上看，转型秩序是一种具有均衡性或稳定性的秩序。转型秩序的均衡性或稳定性还可以从制度变迁的路径依赖和报酬递增规律上得到解释。从社会力学的角度分析，转型秩序也具有一定的均衡性或稳定性。由中国商会治理规则变迁观之，转型秩序在静止状态上，由温和的自治之力、平衡的官治之力和强大的政治之力共同支撑；在运动过程中，受到伸缩的自治之力、合作的官治之力和妥协的政治之力的共同推动。

从新制度经济学和社会力学角度分析中国商会治理规则所蕴含的转型秩序的均衡性或稳定性，仅仅解决了转型秩序“是什么”的问题，而没有解决转型秩序“应当是什么”的问题。分析转型秩序“应当是什么”，并不意味着应对转型秩序进行道德评判，而是应根据实际存在的制度事实或实在法，对转型秩序进行规范评判。由规范法学所开创的规范分析方法，并非只能应用于实在法的分析，而且应该也可以应用于更广泛的制度事实的分析。借助规范法学之规范分析方法，对中国商会治理规则变迁所蕴含的转型秩序的规范分析，包括合法性、规范性和实效性三个层面的评判。这些规范评判主要阐述转型秩序能否进入转型中国的法律领域、如何进

入以及如何运作等规范法学视角的问题。这种规范分析，最终目的在于为当下中国的法治事业或社会治理提供一种基于转型秩序的制度资源。规范分析表明，转型秩序尽管处在变迁之中，但其中的一些因素已经具备合法性、规范性和实效性，这些因素可以成为当下中国法治建设及社会治理的制度资源。

通过对中国商会治理规则变迁的经验总结和规范分析，可以发现，当下中国仍处于制度转型的进程之中。尽管现代的西方资源对当下中国法治具有借鉴意义，传统的本土资源也对当下中国法治仍具有利用价值，但是，经由近现代中国的制度转型，连结传统与现代的转型资源，必然构成当下中国法治建设及社会治理最直接、最现实的基础。为此，我们应认真对待法治的转型资源，充分挖掘转型中国制度变迁过程中所蕴含的秩序，以推动当下中国法治建设和社会治理的发展。





民
国
法
文
丛

目 录

总 序	1
第二辑说明	5
内容摘要	7
导 论	1
一、研究回顾 / 3	
(一) 史学研究 / 3	
(二) 经济学研究 / 9	
(三) 法学研究 / 12	
二、命题提炼 / 15	
(一) 主旨 / 15	
(二) 问题 / 18	

三、结构安排 / 19

四、分析方法 / 22

第一章 历史演进：商会治理的语境和制度变迁 27

一、中国商会制度的历史脉络 / 27

二、治理之于中国商会的意蕴 / 35

(一) 治理概念 / 35

(二) 善治框架 / 44

三、中国语境下的治理特色 / 47

(一) 人事关系的模糊治理 / 48

(二) 中央集权的简约治理 / 53

(三) 意识形态的教化治理 / 57

四、中国商会治理的变迁 / 61

(一) 从绅权治理到商会治理 / 61

(二) 制度变迁中的商会治理 / 67

第二章 自治秩序：商会自治规则的表达与实践 75

一、民间自治 / 75

(一) 民间的重构 / 75

(二) 自治的秩序 / 79

二、商会自治规则表达之变迁 / 82

(一) 会员 / 83

(二) 会董 / 96

(三) 监督 / 100

(四) 惩戒 / 104

三、商会自治规则实践之变迁 / 110

(一) 选举 / 110

(二) 议事 / 115

(三) 公断 / 120

(四) 财政 / 124

第三章 官治秩序：商会官治规则的表达与实践	129
一、官方规制 / 129	
(一) 官方的介入 / 129	
(二) 官治的秩序 / 132	
二、商会官治规则表达之变迁 / 137	
(一) 授权 / 137	
(二) 确权 / 142	
(三) 监管 / 148	
三、商会官治规则实践之变迁 / 153	
(一) 促导 / 153	
(二) 改组 / 159	
(三) 规范 / 165	
第四章 政治秩序：商会政治规则的表达与实践	172
一、政治控制 / 172	
(一) 政治的力量 / 172	
(二) 政治的秩序 / 176	
二、商会政治规则表达之变迁 / 180	
(一) 意识形态 / 180	
(二) 忠诚义务 / 185	
(三) 党化政策 / 191	
三、商会政治规则实践之变迁 / 198	
(一) 政治认可 / 198	
(二) 思想教化 / 204	
(三) 政治妥协 / 211	
第五章 经验总结：制度变迁中的转型秩序	217
一、作为治理框架的转型秩序 / 218	
二、转型秩序的静力分析 / 226	
(一) 自治之力 / 226	
(二) 官治之力 / 231	

