

旧版文章

天人古今

古今通论

古代通论

世界史论

当代三农

现实问题

旁通类鉴

先秦史论

先秦通论

原始经济

文明起源

夏商西周

春秋战国

汉唐史论

汉唐通论

战国秦汉

秦国家代

西汉东汉

魏晋南北朝

隋唐五代

宋元史论

宋元通论

唐宋通论

北宋南宋

辽金西夏

蒙元史论

明清史论

明清通论

明代通论

明中后期

清代通论

清代前期

近代史论

近代通论

清代晚期

民国通论

民国初年

国民政府

红色区域

现代史论

近世通论

现代通论

前十七年

文革时期

改革开放

学科春秋

学科发展

专题述评

国学网 - - 中国经济史论坛 / 近代史论 / 民国通论 / 民国时期的定货契约习惯及违约纠纷的裁处

民国时期的定货契约习惯及违约纠纷的裁处

2004-10-24 刘兰兮 旧版文章 点击: 3699

民国时期的定货契约习惯及违约纠纷的裁处

民国时期的定货契约习惯及违约纠纷的裁处

作者：[刘兰兮](#)（中国经济史论坛于2003-11-2 22:55:59发布） 阅读1294次

内容摘要：本文通过对民国时期定货契约习惯及违约纠纷裁处的考察，揭示商事习惯在维系交易秩序中的作用。认为尽管其时国家制定了独立的商法，商事习惯仍在维系交易秩序中发挥至关重要的作用。商事习惯通过不同形式的社会力量约束商行为，而不同形式的社会力量则构成对交易行为的多层管理体系。这是保证民国时期商务正常开展，商业渠道畅通的重要因素之一。

关键词：民国时期 定货契约习惯 违约纠纷裁处

定货契约习惯是商人[1]在商务实践中多次重复、最终被群体所认可的行为方式。它不是某个商人个体的有目的的、理性的创造，而是在商人群体种种无意识的尝试中逐渐形成。习惯一经形成，便显示了它的两面性：一方面，它令商人间的相互沟通更加便捷，节省了交易费用，有利于商事活动的顺利开展；另一方面，它作为商人集体意志的体现，是调节商事关系的规则，从而约束每个商人个体的行为。近些年来，新制度经济学的兴起与传播，促使学界越来越关注非经济因素在经济发展中的作用，习俗或习惯对经济行为的影响也受到应有的重视。笔者最近接触了一些有关民国商事习惯的调查资料，有些感想，故不揣浅陋，撰成此文，以就教于方家。

一、民国时期的定货契约习惯

定货是常见的买卖行为，而买卖实际是一种契约关系，即：“称买卖者，谓当事人约定一方移转财产权与他方，他方支付价金之契约。当事人就标的物及其价金互相同意时，买卖契约即为成立。”[2]与现货交易相比，定货交易有明显的预期交易特征，即承诺交易与完成交易之间有一个或长或短的时间过渡期。换言之，定货是对预期交易的承诺，承诺交易与完成交易之间存在的某些不确定性，增大了交易的风险。因此，控制风险并在交易双方之间分配承担风险责任，就成为保证定货交易顺利进行首要解决的问题。订立契约习惯正适应了这一需要。

我国买卖习惯一直口头协议与书面契约两种方式。书面契约习惯至迟在汉代就已形成。据现存出土文献，西汉时人们已习惯用文字记载当事人的意思表示——书写契约，契约上除载明日期、当事人、标的物、价金等主要内容外，还有见证人的署名。[3]这一习惯为后世所承继，见于预买与赊销等商业行为中。

民国时期，现货买卖（非不动产）一般多用口头协议；定货，若非相熟，可确认对方资信，则须订立书面契约。如上海糖业贸易习惯“除现货往来间用口头契约，凡抛盘期货，均用公所规定之成票方式。双方盖戳，互换各执。”[4]上海棉花交易“凡系期货，必订合同，以资信守；如系现货，一方交银，一方交货，只凭栈单，不订合同。”[5]“靛青买卖，对于素熟之客家，及有信用之客人，均凭口头说合，一言为定；否则亦有订立契约，作为凭证

年度述评
学人学术
学者小档

理论方法

史观史法
历史理论
领域视野
方法手段
规范学风

史料索引

古今文献
考古文物
简帛文书
回忆追述
社会调查
论著索引

论著评介

通论文集
古代史著
明清史著
近代史著
现代史著

动态信息

期刊集刊
网站网刊
团体机构
学术会议
研究动向

他山之石

世坛综考
美国史坛
西欧史坛
东亚史坛
其他地区

池月山云

文史随笔
知识小品
诗词诗话
文艺点评
小说演义
史眼世心

者”。[6]

定货契约称“定货成单”，也叫“成单”或“定单”；或依地方习惯称“卖条”、“交单”、“信单”等。民国时期，全国各地风情不同，契约习惯也存有差异。譬如：陕西省长安、凤翔等县的习惯：“甲欲买某种货物，与乙商议定数量若干、价值若干，书立契约，预交定钱，限期交货”。而在察哈尔陶林县，无论定购或现购成趸货物（如胡麻、菜籽等油类），只需由“卖主开具卖条一纸，其卖条上书某商号定买某物若干，右旁批每斗价银若干，并无期限之限制，更无定银之交付，契约即为完成。”“至给付时，卖出人又必开具取条一纸，给与买受人持执，而买受人收受货物，并不出具收条，其取条上书某商号取某货若干。买卖即为完成。”山东掖县凡“订购各种货物，皆须立有订单，方能发生效力。届期背约，按照订单内交货时价值赔偿。”湖北宜昌“预约买货，习惯先立定单为凭。”湖南临澧“商家买卖货物，必先议定价额，由经纪人约凭双方书立交单，载明某货若干，价目若干，加盖商号戳记，无论货与款交过与否，该买卖即视为成立。”福建平潭牙行“向船商买卖货物，一经议定，必立信单二纸，互相签字盖印，各执为据。单内登载某年月日、议买某货若干，价值若干。”

汉口是国内几大商埠之一，商贾辐辏，贸易兴隆，流行定单买卖与登帐买卖两种方式：“各商人向为定期买卖时，有书立单据者，称定（单）买卖；有仅由出卖人之一方，将所定商货之类及数量登载自己帐簿之上者，（称登帐买卖）。此种买卖，书立定单或仅登帐簿，一任双方之自由。”但相比之下，登帐买卖最为普遍。“登帐”无一定之规，无可稽考。定单则有议定规章。汉口《纱业公会公议定货规条》规定：定货凭单以双方盖印为据；定货每件以定银五两为保证金；银期面议，以注明单内为凭；每件照例另加栈力银一钱；等等。

从以上各地契约习惯中不难发现：第一，各地立约习惯不同。在有的地区，交付定银是立约的附带条件，如陕西长安、凤翔，湖北汉口纱业；有的地区，有否交付定银与立约无涉，如察西陶林。据笔者所见资料，交付定银是定货交易中较常见的现象。定银在这里不是被当作价金的一部分，先期垫付，而是如汉口纱业公会公议订货规条所言，充作保证金。契约当事人预先支付一定数额的款项作为债权的担保，为的是确保契约的履行。即“买主已交定银与卖主，于履行契约之先期，不得抛弃定银而主张解约；卖主亦不得返还定银取销（消）买卖。”

第二，各地契约内容有差。上述各地契约的主要内容不一，涉及立约日期、当事人、标的物、货物数量质量、价金、交货日期，等等，但似乎均不注明偶然性风险的承担责任及违约赔偿责任。更简单者，如陶林“卖条”、汉口的“登帐”连交货日期也未注明。这些内容的缺欠，显然不是由于当事人的考虑不周，而是源于各地固有的习俗。比如，察哈尔陶林“卖条”“条面虽无限期，一般习惯于旧历年关以前，任卖主自由交付”。而湖北通行“限期交货，大都一月内外”。（有关因立约到交货期间物价涨落引起的交易风险及违约的处理习惯，将在后面叙述）当然，契约条款的缺欠，容易引发商事纠纷。因此，成书于民国12年的《中国商业习惯大全》的作者建议“凡定货者，应注意下开条件：（一）定货双方立约或凭居间人立约（一）交货之日期（一）悔约之惩处（一）逾期交货之惩罚（一）其他必要之事件”。

第三，偶然性风险责任习惯不同。如何在交易双方之间分配因立约到交货期间物价涨落引起的交易风险，各地有不同的习惯。陕西长安、凤翔等地习惯：若立约后契约所指货物价格涨落，甲方或乙方因利益受损提出解除契约，必经由立约证人“酌量情形设法调停双方愿意，始能了结。”汉口商人通例则是“自协议付银及交货期间后，届时无论货价高涨或低落，双方均应履行。倘货价高涨，在承卖之甲商人催令收银付货，乙商人不能拒绝；或价银低落，乙商人催令付银，甲商人亦须履行，殆成汉商通例。惟有时货价高涨，在承卖之一方，因订卖人货物缺乏，要求免交，即以交货时之价格与约定时价格比较，而将其余额交付与承买人，买卖从此终了；或货价低落，承买者一方，恐货难转售，亦得要求免受，而以前法比较，将差数交付定卖人，买卖亦从此终了。”湖南临澧习惯于只要立单，买卖关系即为成立，即日后价有涨落，“买卖双方均以交单为据”。福建平潭的习惯也是：立约后，即便物价“突有起落”，买卖双方“彼此不得翻悔”。由此看来，各地对物价涨落引起的风险大致有三种分配习惯：1）无论货价涨落，均按约定价金履约。如湖南临澧、福建平潭即是。此法看似不合理，却含有均分风险的意味。因为市场风云变幻，货价涨落不居，在

自由竞争的条件下，任何商家都无法使自己在货价涨落的风险中永远是赢家，有得有失才是常见的现象。所谓“均分风险”正是在得与失中实现的。2) 解除契约。如陕西长安、凤翔即是。若买卖中的一方因利益受损提出解约，要由证人调停，或是说，由证人寻求一个契约双方都能接受的承担风险的方案，作为解约的条件。由于史料阙如，我们无法确知方案的具体内容。可以确知的仅是此法会增加买卖双方的交易费用；而且，假设交易者是理性交易者，那么只有在增加的交易费用少于因货价涨落造成的损失（包括违约赔偿）时，商家才会采用此法。3) 汉口似乎是上述两种习惯并行，但与习惯2)不同，若要解约，无需证人调停，只要提出解除契约的一方向契约的另一方作出赔偿，就可撤销原约。这看上去有些矛盾，实则第一种习惯强调风险承担责任，第二种转而变为违约赔偿责任。“此种商行为……为双方通融办法”。

第四，违约责任习惯不同。当契约的一方没有按约定履行契约时，契约被破坏或违反，利益受损的一方有权要求违约方承担违约责任。首先，买卖契约发生效力期间，卖方负有按约定时间向买方交付契约所指货物，并使买主取得该物所有权的义务。卖方的违约有两种情况：未能如期交货；货物质量与约定不同。按各地习惯，若卖方违约，买方或可要求退换货物，或可要求违约赔偿。陕西长安、凤翔“会交货物或量数不足，或质不佳，买主可径向卖主退还”。山东掖县对背约者的处罚是“按照订单内交货时价值赔偿”。山东临朐习惯与此相同。汉口商人“在承卖之一方因订买人货物缺乏，要求免交，即以交货时之价格与约定时价格比较，而将其余额交付与承买人”。其次，买方对卖方有交付约定价金及受领约定货物的义务。买方的违约主要是不能如约交付价金。在陕西长安等地，若“买主无力交银，可凭中正撤销原约，听卖主将货另行卖出”。而在汉口，若承买人背约，要将约定货物的交货时价格与约定价格间的差额交付给承卖人，作为赔偿。

上述契约习惯是华商间交易的定货习惯，华商向洋商定购洋货，在上海，则依从国际商事惯例。1931年，上海市商会答复上海特区地方法院关于订货习惯的调查时说：“照普通习惯，定货出货，皆按成单之规定办理。而各行成单，大致亦皆以英商公会备案之标准成单为根据。”[7]

上海市商会视为根据的英商公会标准成单——“华商订购棉绒布合同条款”，计有绪言、付银、争论、关税、保火险、货物存栈、提货、货物遗失或缺少、装运-议罚-取销-人力难施各办法等9项条款，主要内容为：1) 当事人名称；2) 交付价金时间；3) 双方若对合同所定之货发生争议的解决办法；4) 合同有效期内，关税税银的增减由买主承认；5) 保火险由买主支付；6) 栈租由买主交付；7) 买主未在限期内提清所定之货，应按未提之货至少十分之一的货价算给卖主，并承认于提货时照付因展限增出之栈租、保险及卖主亏耗之利息等费用；若限期展至二月后，买主仍未提货，此项未提之货，听由卖主自由处置，如有盈亏，仍同买主清算；8) 合同所指之货，全部或一部分遇有人力难施保护，以至毁坏者，卖主不负责任；9) 合同所指之货，未在指定起运限期内装船，准展限10日。如展限期满，仍未装船，买主可决定再行展限或取消合同，并在接到此消息3天内通知卖主；10) 合同所指之货，如在指定起运限期满后一个月起运，买主有权从指运限期满后第10日或取消订货，或承认再行展期，不得要求减价或赔偿；如遇指定起运限期一个月不到二个月起运，货价（按合同内货价并水脚等费总数计算）减百分之二分五，过限二个月不到三个月起运者，货价减百分之三分五，过限三个月起运者，货价减百分之七分五；但上述所指限期每期按宽放10天计算；11) 因自然灾害、罢工停工等意外事件迟延按期未到之货，延迟超过一个月买主有权取消订货或收受货物，但不得要求减价；等等[8]。另外，按照华洋交易习惯，“号家向洋行定货以金磅作价者，金磅涨落归号家负责，如以银作价者，金磅涨跌，与号家无涉。”[9] 因成单“系置（买）主以银两交付货价”，单内特别注明“汇兑行情涨落，概与买主无干”。

显然，这份成单详细注明华商（买主）与洋商（卖主）应尽的义务与责任。与国内华商定货契约习惯不同，偶然性风险及违约责任被明确写入契约，而且，有关条款正是契约阐述最为详尽的部分。诚然，它是成单的范本，但更为重要的，它是定货契约双方对预期贸易的承诺，“定货出货，皆按成单之规定办理”。一旦发生因供货或提货延迟、限期内未付货款或付款方式与契约不符引起的违约纠纷，违约方要按照契约中的约定赔偿另一方的损失。

该成单未提及定货与货样不符的责任问题，但有双方发生争议的条款，写明：“若双方就所定之货发生争议，‘自当央人调处，亦须按照本埠市场上英商公会承认之惯例办理。在调处之先，两方面应将争论之理由，缮具节略，送交调处人，以凭评论；并应预先声明，一经调处评定，均愿遵守。调处人收到两方节略，察酌情形，孰是孰非，缮具评定书，连同作证货样，封送英商公会宣布”。不难想象，由于定货与货样不符的情况比较复杂，不好预先设定损失赔偿，因而不写入成单。据上海总商会的调查“号家向洋行购定洋布匹头，先有货样为标准，如来货与定货不符”，卖方负违约责任，“小错则割价，大错则退货”，“但须请公证人解决之”。[10] 由此看来，若定货与货样不符，买卖双方须请公证人调处；同时，预先声明愿意遵守调处意见；公证人视具体情况作出“评定”，交由英商公会宣布，买卖双方执行。

华商向洋商定货如上所言，洋商向华商定购土货又是怎样呢？1914年6月，直隶高等审判厅因“本庭受理华洋诉讼案件纷至沓来”，函请天津商会调查华洋交易习惯，“以资参政”。商会旋委托会员、德义洋行的张月丹调查，张复函说：“查各洋行买货，凡立票批定货物，先交定洋，既系洋人转售与外国，如到期无货可交或迟误期限，索要罚款或赔偿市价，皆取决于外国买主，罚数之多寡必须由外国公证人议定，签有凭单为据，此乃洋商向来情形也。”[11] 可见，洋商向华商定货依华商书写契约习惯，即不将违约责任写进契约——“批票”，俟违约行为发生，再由外国公证人调处。正因违约赔偿没有被写入契约，外国公证人的调处又不能平息所有的纠纷，法庭收到的华洋诉讼案件才会“纷至沓来”。这无疑会延误交易时日，增加交易费用。为此，张月丹建议商会“转呈高等厅，函请各领事馆转知各洋行，俟后皮货先交定银，如到期无货可交，应如何包赔罚款，详细逐条注明批票，设或诉讼，不难直解。”[12] 由此可见，洋商在与华商的土货交易中依照中国的契约习惯。

综上所述，民国时期定货契约的缔结大多秉承中国的习惯（华商向洋商订购洋货除外）。与西方的习惯不同，中国习惯多不将违约责任记入合同，西方（见定购洋货）则将违约条款作为合同的重要内容。由于这一差别，西方契约习惯下，契约当事人一方违约，可依契约条款本身对违约行为作出处理（定货与货样不符除外），无须找第三方调停；而在中国契约习惯下，契约当事人一方违约，双方为此发生争议，则须找第三方调处。

中国的契约习惯如何形成，尚待进一步研究。从现有的研究看，它与中国传统社会文化难脱干系。在中国传统社会“重义轻利”的道德规范下，社会对个人追求“利”的行为不持赞赏态度，契约当事人双方在处理对方违约时的“讨价还价”，便须由第三方来平衡。顺便说一句，在我国古代文献中，有“乡老”在基层“市”交易双方间言定物价的记载。因此，不难理解，当违约行为发生时，解除契约或赔偿损失常常由契约当事人双方商请中人或公证人，即由第三方（调停方）视具体情况裁定。当然，一旦违约，违约方所承受的不仅是经济上的赔偿，还有来自社会关系方面（如舆论、资信、人际交往等等）的压力，后者将对违约方日后的经营产生影响。也许，在传统的中国社会，国人更重视社会关系对违约方的软约束。不过，仅从传统文化的特质来探讨这一问题显然是不够的。毋庸讳言，“商”是以赢利为目的的经营，买卖契约习惯正是确保商人整体利益的交易秩序的一部分。从经营的角度考虑，将违约责任写入契约，契约当事人双方就会在设定违约责任时“讨价还价”，从而增加交易成本。因此，如契约当事人双方自觉信守承诺，不将违约责任写入契约，免去了双方的“讨价还价”，其实是节约了交易成本；相反，若契约当事人一方违约，找第三方调停，则定然会增加交易费用。目前我们无从测算因找第三方调停增加的交易费用与“讨价还价”增加的交易成本之间究竟有多大的差额，进而确切说明它与文化背景、社会关系是怎样地相互作用着左右商人群体的选择。但假如信守契约的商家多于违约的商家，或者从整体上看，守约行为多于违约行为，商人群体就有可能选择不将违约责任写入契约，在一个重视人际关系的社会更是如此。

二、违约纠纷中的裁处

买卖契约是买卖双方的一种合意，在双方自愿的基础上产生。但契约一旦缔结，就对缔结契约的当事人产生约束力。这是因为买卖契约习惯既被某个群体认同，就成为一种社会力量，无论当事人主观意愿如何，它对每个个体都具有教化与约束作用。如上所述，民国时期各地定货契约习惯不将违约责任写入契约，这样，违约后双方的争议就须找第三方裁定。那么，在中国的契约习惯下，违约纠纷如何裁定？

民国时期，若买卖双方对履约中的问题发生争议，经双方协商，仍无法达成一致，或酿成商事纠纷时，调停、解决纠纷的办法有三：1、由中人或证人，或与双方无经济利害关系的第三者出面调停；2、提请商人自治组织作商事仲裁；3、诉请司法机关作商事裁决。

（一）由中人或证人，或与双方无经济利害关系的第三者出面调停商事纠纷，是行之已久的商事习惯。前引陕西长安、凤翔等地，遇货价涨落，买卖中的一方试图解除契约，即由证人出面调停。按照一般程序，在调停之前，有争议的双方“应将争论之理由，缮具节略，送交调处人，以凭评论；并应预先声明，一经调处评定，均愿遵守”，[13]一旦调停人察酌情形，作出公断，原有争议的双方就必须信守“均愿遵守”的承诺，接受调停。需要强调的是，“预先声明，一经调处评定，均愿遵守”是买卖双方执行调停决定的先决条件，调停能否生效，取决于买卖双方有否预先声明“均愿遵守”调处决定。譬如，上海某华商向外国进口行家定购匹头，双方因货物品质与定单不符发生争议，自愿请公证人调停。当时，上海商界对定货与货样不符的处理习惯是：“小错则割价，大错则退货”[14]。公证人按“割价”（一九扣）公断，断卖方降低价金，买方须按原定价格的一九扣买入货物。买主以“品质上既有百分之十之差异，依据通例，不得强迫……出货”为由，要求退货；而卖方声称并无买方说的“通例”，坚持要买方提货。买方对此不服，便上诉地方法院，并请律师为自己辩护。律师接受委托后，就有无委托人所言商事通例向商会咨询，商会答复说：“此案即由公证人决定，在价格上，定货人可得一九扣，是定货与货样不符，已证明属实，在理自不能强迫定货人出货，否则又何贵有此货样？但如双方同意交付公断时，已立有愿意服从公断之书面声明书，则一经公断，自然按照决定履行，否则该进口行家，亦不能强迫该定货人以服从公断也。”[15]言下之意，定货与货样不符，是卖方违约，断无强迫买方提货的道理；但若买卖双方在调停前已有书面声明表示愿意服从调停，就必须履行自己的承诺，执行调停决定。显而易见，尽管是否选择由第三者调停双方争议取决于买卖双方的意愿，但一经选用此法，无论调停对自己是否有利，争议双方都须遵行。这里，调停人的调停不单纯是个人行为，甚至不再是个人行为，而被赋予了社会性，他是“习惯”的人格化，代表社会力量约束买卖双方的行为，维护交易秩序。

（二）、提请商人自治组织作商事仲裁。近代中国商会是商人的自治组织，它自诞生之日起，就将商事仲裁作为自己的职能之一。20世纪初，商部奏准颁行的《商会简明章程》第十五款规定：凡华商遇有纠葛，“可赴商会告之，总理定期邀集各董秉公理论，从众公断。如两造尚不折服，准其具秉地方官核办。”[16]据此，各地商会在成立章程中都将商事仲裁与调查商业、联络同业、启发商智、兴办商学等列为商会的立会宗旨，并选举资深、公证、素洽商情的会员担任评议员，调处商事争议。注重“理案”的苏州商务总会还撰拟理案章程，对商事仲裁作了专门的规定。成都商务总会则率先成立了商事公断处。[17]

民国初年，民国政府又颁布了《商事公断处章程》，对商事公断处的主旨、组织、职员之选任及任期、公断处之权限、公断程序、职员之裁制等事项作了详细规定。《章程》明确指出商事公断处附设于各商会，对于商人间商事争议立于仲裁地位，“以息讼和解为主旨”。公断处设公断处长、评议员、调查员、书记员，受理两类讼案：“于未起诉先由两造商人同意自行声请者”，及“于起诉后由法院委托调处者”。其商事公断程序为：公断处接到争议双方的“声请书”，于5日内通知双方到场候听仲裁。“公断之判决”由评议员（一般为3人或5人）投票决定，多数票赞同即算通过，但必须征得争议双方同意，方能发生效力。若双方不愿遵守公断判决，仍可向法庭起诉；如双方对公断均无异议，应强制执行，然须函请法院宣告。《章程》还对公断处受理讼案收取费用作了规定，仲裁费或由理屈者付，或由双方分担，限收费不得超过双方所争物价额的2%[18]。民国三年，政府又颁布了《商事公断处办事细则》，规定“公断处评议事件得依据各该地方商习惯及条理行之，但不得与现行各法令中之强制规定相抵触”。[19]

《商事公断处章程》出台后，各地商会纷纷筹备设立商事公断处，强化商会的商事仲裁职能。即使有的商会因种种原因未设商事公断处，依然对调解商事纠纷发挥了作用。

违约纠纷在商会仲裁的商事纠纷中占有一定比例，包括因延期交货、定货与货样不符、违约起货、提货后不交银等等引起的纠纷，都可申请商会仲裁。比如民国4年10月，天津鲜货商裕顺合向昌平县峰山村韩风等人订购大枣10石，定价2.8元，中枣10石，定价2.4元，并

按每石1元交付了定金,言明寒露、霜降后过斗付价。谁知届时行市稍涨,货主竟将高枣偷偷卖给他人,只以次枣5、6石搪塞裕顺合,裕顺合董事褚聘三遂向天津商会提出诉呈,“请转函昌平县处理”。[20] 受资料的限制,我们无从知晓昌平县商会对此案的仲裁过程,但从《商事公断处办事细则》有关仲裁依据的规定,可推知商会若依习惯仲裁,定然判韩风等人违约,并要韩风等人承担违约责任。

(三) 诉请司法机构作商事裁决。诉请衙门裁决商事纠纷古已有之,但直至19世纪末,我国既无独立的商法,也未分设民事法庭。受理诉讼的官员时因不谙商情,或拖延时日,或难昭公允。

我国商法的制定可以追溯到20世纪初。当时国内工商业的发展与对外贸易的扩大,迫切需要商事法律的保护。1903年7月,清政府设立商部,仿效欧洲大陆法系“民商分立”(民法与商法分立)的立法原则,开始制定商法。同年即公布了《商人通例》与《公司律》,定于1904年实施。1908年修律馆又起草《大清商律草案》,内容包括总则、商行为、公司法、票据法、海船法等五编,但未得实施。民国初年,北洋政府对《大清商律草案》中的“公司律”“商法总则”作了修正,先后颁布了《公司条例》与《商人通例》。1927年南京国民政府成立后,进一步加强法典的编纂,但立法原则及司法制度发生了一些变化。首先,改“民商分立”的立法原则为“民商合一”,将有关商事的总则、契约、买卖方面的内容归入民法债编。其次,1932年公布《法院组织法》,改四级法院体系(即设初级审判厅、地方审判厅、高等审判厅、大理院四级)为三级(即地方法院、高等法院、最高法院三级)三审制,并在各级法院分设民事、刑事庭。审判人员称“推事”,地方法院一般采用推事独任审判,高等法院一般以3名推事组成合议庭审理案件。[21] 几年后,南京国民政府又发布《民事诉讼法》,规定契约诉讼在当事人指明债之履行地情况下应由履行地法院管辖,同时,将调解制度纳入诉讼法,如先行调解未成,即由调解阶段的首任推事继续担任裁判。[22]

如果说在调处违约纠纷时,第三方调停、商会仲裁以商事习惯为公断依据的话,那么法院的裁决则以法律为准绳。然而,由于民国时期,尤其是北洋政府时期成文法律不健全,司法审判往往缺乏依据,习惯仍常常是法官断案的重要参考资料,对裁决起重要作用。鉴于此,民国《民法·总则》第一条规定民事规范的适用顺序:“民事法律所未规定者,依习惯;无习惯者,依法理”,习惯被明定为民事裁决的法律依据。考虑到各地习惯良莠不齐,《民法·总则》第二条对适用于法律依据的民事习惯作了限定,“以不背于公共秩序或善良风俗者为限”。具体说,满足下列四个条件,即:1、有内部因素,即人人有确信以为法之心;2、有外部因素,即在一定期间内,就同一事项反复为同一之行为;3、系法令所未规定之事项;4、无背于公共之秩序及利益[23]的习惯,就可能成为判案的法律依据。

从历史法学的角度观察,民法对民事规范使用顺序的规定并非没有道理,商事习惯与商法的确有千丝万缕的联系。商事习惯及惯例是商法的历史渊源,它是构建有约束力的法律规则的原始材料。事实上,西方最早出现的商事法典,就是商事惯例的汇编。譬如,被称为欧洲三大商事法典的《康索拉度海法》(Lex Consolato)、《奥莱隆惯例集》(Rolls of Oleron)以及《维斯比海法》(Laws of Wisby)分别汇集巴塞罗那、奥莱隆岛、维斯比港口的商事习惯与商事惯例。当然,它们并非由国家制定,而是商人自己在商事实践中设立的,用来调节彼此的商事关系;但它所建立的规则却对近代商法的设立产生了莫大的影响。当欧洲民族国家纷纷成立,自治城市不复存在,商人设立的商事习惯也随之变成国家立法的组成部分。

我国古代虽有较发达的国内贸易,对商事习惯的记载却较分散。鸦片战争后,西风东渐,晚清政府仿效德国日本制定商事法规,其法制建设开始与国际接轨。但因所定法规照搬德日商法,与中国的商事习惯不甚融洽,难以贯彻执行。上海商务总会会长李云书评论说:“政府颁布商事法令,每不与商人协议,致多拂逆商情之处,是非徒不足以资保护,而且转多窒碍。”[24] 为改变这种状况,1907年,上海预备立宪公会联合商会在上海召开了第一次全国商会商法讨论会,会议提出“由各埠商会分任调查,以本国之惯习,参各国之法典,成一中国商法”[25],议决各商会调查商事习惯。北洋政府成立不久,即针对清律中民事内容少,当时审判厅主要依靠民事习惯为裁判依据的情况,要求各审判厅长率民庭推事调查各地习惯。1918年设立的修订法律馆进一步要求各省设民商事习惯调查长,各县设调查

员，并拨发调查经费，开展民商事调查。一时间，民商事习惯调查形成热潮，它不仅为后来修订民商法奠定了基础，也为法院断案提供了参考。即便是商法公布以后，法庭仍间或就受理案件涉及的商习惯向商会调查，以求裁决公允。

笔者没有法院受理违约纠纷案件的分类统计，无法对法庭裁决在多大程度上依据成文法规，多大程度上依据商事习惯作精确说明。印行于1947年的《六法解释判例汇编》辑录了一些违约纠纷判例，反映司法机构依据成文法规执行裁决的事实；这里仅从法庭向商会调查商习惯的案件中取两例，看习惯在裁决违约纠纷中的作用。

案例1 民国2年3月上海总商会答复上海地方审判厅

调查主文：兹有甲商店向乙商店定购货物，先交定洋若干元，言明于某日交货。及到期之后，乙商店因意外之情事（不可抗力者）不能交货，而此项货物价格飞涨。本埠商业习惯，此时乙商店应否负损害赔偿之责任，抑谨须交还定洋，即可解除契约，不负其他责任。应请调查商情，以资参考。

答复要点：查所谓不可抗力之情事，除天灾人祸非人力所能挽回者，自无法再令交货。其余应就事实分别处理也。[26]

案例1 是乙商不能如期交货，又不肯负损害赔偿责任，引发的商事纠纷。从“调查主文”可以看出，甲商诉乙商违约，要求乙商退还定金，并赔偿因物价上涨，超出原定价格，给甲商造成的损失。乙商以不可抗力为抗辩理由，声称自己遇不可抗力，无法在限期内交货，不应负赔偿责任。本案裁决的关键是乙商不能交货的理由能否成立。查民国《民法·债编》第二章第一节“买卖”中没有关于“不可抗力”的条款，故上海地方审判厅向商会调查商事习惯。所谓不可抗力，指不预见、不可避免、不能克服的客观情况，它独立于人行为之外，不受当事人的意志所支配。“调查主文”并未说明究竟是什么情况阻碍乙商履约，因此，上海总商会的答复强调“不可抗力”是“天灾人祸非人力所能挽回者”。果真是不可抗力，乙商没有过失，不能再令交货，只有解除契约。笔者没有见到上海地方审判庭的裁决，若依《民法·总则》第一条规定，裁决有可能采用上海总商会的答复。若此，乙商的权益受到保护，甲商索赔的意愿则不能实现。

案例2 民国6年1月上海总商会答复上海公共租界审公廨

调查主文：案据美商茂生洋行控中国化学工业社定货不出欠款一案，业经会讯，因所定之硼砂粉，桶漏耗损，以致重量不符（符），是以迄未出货。据原告供称，是项定货，由纽约落船交卸以后，应由被告负责；质之被告，则称须要收足定货，并付清货款，原告方可卸责等语。查阅供词各执，而定单文义又不明了，自应查明商界习惯，以杜争执。希查复以凭核办。

答复要点：依据上海商业习惯，定货如载西文C·I·F字样者，系属货到上海迟十天交货，交货之后，方与收货人脱离关系。今录示译文，定单系C·I·F字样者，应照习惯办理也。[27]

案例2是因定货损失引发的商事纠纷。原告茂生洋行诉中国化学工业社到期不提货、不付货款；被告中国化学工业社称硼砂粉重量与原定不符是原告方违约，原告则辩称硼砂粉漏失是被告责任，双方争论的焦点即硼砂粉在海运途中漏失，究竟由谁来负责，而这实际是由双方约定以离岸价或到岸价交易决定的。审公廨不谙商情，又没见到相关的法律条文，只好求助于商会。

离岸价格，简称F.O.B(free on board),以货物装上运载工具为条件的价格。采用离岸价时，卖方负责将货物装上运载工具，并承担将货物装上运载工具前的一切费用和 risk，而起运港到目的港的运费及保险费均由买方承担，[28] 海运途中硼砂粉的漏失也由买方负责。到岸价格，简称C.I.F(cost, insurance and freight),以货物装上运载工具并支付运费、保险费为条件的价格。采用到岸价时，卖方支付由起运港到目的港的运费与保险费，海运途中硼砂粉的漏失由卖方承担责任。上海商会答复审公廨“定货如载西文C.I.F字样者”，即以到岸价交易，“系属货到上海迟十天交货，交货之后，方与收货人脱离关系。”今定单有C.I.F字

样，即“应照习惯办理”。

受篇幅所限，这里不能剖析更多的案例。上述史实已经明确地揭示了商事习惯在调节违约纠纷中的作用。中人或证人调停、商会仲裁自不待言，即便是法庭，在没有具体法律条文的情况下，也把习惯（不背于公共秩序或善良风俗者）作为断案的根据。

上述史实还揭示了事情的另一面，即商事习惯是如何通过不同形式的社会力量——中人或证人、商会、司法机构来约束契约当事人的行为，从而维持交易秩序的。诚然，上述三种不同的社会力量对契约当事人的约束力有所不同：中人或证人调停最为简便易行，但须契约当事人双方预先声明愿意遵守“公断”，公断结果才能生效。商会仲裁有半官方意味，契约当事人双方若不服仲裁，可向法院上诉；若双方认可，则“函请法院宣告”仲裁结果，强制执行。法院的裁决无疑最具约束力，无论契约当事人认可与否，都须强制执行；但为此付出的费用可能最高。因此，除非迫不得已，争议双方不愿“对簿公堂”。值得注意的是，违约纠纷的裁处须依靠不同形式的社会力量；换言之，正是不同形式社会力量的相互配合，才能有效地解决违约纠纷的裁处问题，建立起真正的交易秩序。

笔者关注商事习惯的初衷源于对中国近代化的思考。19世纪下半叶，大机械工业裹挟着西方文明进入中国，加速了中国的近代化进程。清末民初民商法的制定，就是借鉴、吸收西方现代文明的产物。那么，传统的因素在中国近代化的过程中扮演了什么角色，它是不是近代化的对立面？回答当然是否定的。从上述对定货契约习惯的考察可以看到，尽管国家制定了独立的民商法，商事习惯仍在维系交易秩序中发挥至关重要的作用。商事习惯通过不同形式的社会力量约束商行为，而不同形式的社会力量则构成对交易行为的多层管理体系。这是保证民国时期商务正常开展，商业渠道畅通的重要因素之一。这一史实发人深省：即当近代中国上层社会的变革眩人耳目时，基层社会的运作则主要依靠传统习惯维系！这里，笔者丝毫不否认国家司法在市场治理机制中的意义。只想客观地描述市场治理机制的多样性，并揭示中国近代化初期传统因素（习惯）与现代化因素（司法）在市场治理中的互补关系。今天，伴随中国现代化建设与市场经济的发展，商法已逐步完善。与民国初年相比，商事惯例在断案中的作用淡化。然而，经济秩序往往包含多个层面，它的建立与维系，则需调动各种社会力量，实施多层管理体系方能奏效。这是考察民国时期的商事习惯与商法留给笔者的启示。

附记：完稿后与朋友闲谈，偶得两件趣闻：其一，苏州大学某教授告诉我，在江苏农村至今仍保有口头契约的习惯。若日后契约双方发生纠纷，则请第三方调解。充任调解的人被称作“老娘舅”，取“老娘舅”有威信之义。其二，一位从新西兰回国的律师说，他在新西兰的一位朋友原任中学教师，后经一段时间的培训取得了调解员证书。这位新西兰朋友称：设调解员的办法“是从东方学来的”。谨记之。

注释

[1] 本文所言商人，并非经济学所指以营利为目的、直接媒介财货交易之人，而是法学意义上的商人。按民国时期颁布的《商人通例》，凡买卖业、赁贷业、制造业或加工业、供给电气煤气和自来水业、出版业、印刷业、银行业兑换金钱业或贷金业、担承信托业、作业或劳务承揽业、设场屋以集客之业、堆棧业、保险业、运送业、承揽运送业、牙行业、居间业、代理业均为商业，其主体则为商人。

[2] 《民法·债编·买卖通则》第345条，引自梅仲协、罗渊祥编：《六法解释判例汇编》，上海昌明书屋1947年印行，第181页。

[3] 叶孝信主编：《中国法制史》，复旦大学出版社2002年版，第111页。

[4] 吴桂辰等编：《中国商业习惯大全·买卖契约》，世界书局1923年版。本文未注明出处者，均见该书。

[5] 严谔声编：《上海商事惯例》，新声通讯社出版部1947年，第61页。

[6] 严谔声编：《上海商事惯例》，新声通讯社出版部1947年，第60页。

[7] 严谔声编：《上海商事惯例》，新声通讯社出版部1947年印行，第14页。

- [8] 严谔声编：《上海商事惯例》，新声通讯出版部1947年印行，第14-20页。
- [9] 严谔声编：《上海商事惯例》，新声通讯出版部1947年印行，第8页。
- [10] 严谔声编：《上海商事惯例》，新声通讯出版部1947年印行，第8页。
- [11] 天津市档案馆等编：《天津商会档案汇编》（1912-1928）2，第1983页。
- [12] 天津市档案馆等编：《天津商会档案汇编》（1912-1928）2，第1983页。
- [13] 严谔声编《上海商事惯例》，新声通讯出版部1947年印行，第15页。
- [14] 严谔声编《上海商事惯例》，新声通讯出版部1947年印行，第8页。
- [15] 严谔声编《上海商事惯例》，新声通讯出版部1947年印行，第9页。
- [16] 天津市档案馆等编：《天津商会档案汇编》（1903-1911），上册，天津人民出版社，第25页。
- [17] 见任云兰：“论近代商会的商事仲裁功能”，《中国经济史研究》1995年第4期。
- [18] 《商事公断处章程》，郑希陶译纂：《中国商业法令》，上海，1926年，第76-79页。
- [19] 《商事公断处章程》，郑希陶译纂：《中国商业法令》，上海，1926年，第71页。
- [20] 天津市档案馆等编：《天津商会档案汇编》（1912-1928）2，天津人民出版社，第2385页。
- [21] 叶孝信主编：《中国法制史》，上海复旦大学出版社2002年，第389-390页。
- [22] 叶孝信主编：《中国法制史》，上海复旦大学出版社2002年，第391页。
- [23] 引自梅仲协、罗渊祥编：《六法解释判例汇编》，上海昌明书屋1947年印行，第5页。
- [24] 天津市档案馆等编：《天津商会档案汇编》（1903-1911）上册，第284页。
- [25] 天津市档案馆等编：《天津商会档案汇编》（1903-1911）上册，第284页。
- [26] 严谔声编《上海商事惯例》，新声通讯出版部1947年印行，第2-3页。
- [27] 严谔声编《上海商事惯例》，新声通讯出版部1947年印行，第4页。
- [28] 《辞海》（缩印本），上海辞书出版社1979年版，第355页。

作者工作单位：中国社会科学院经济研究所
联系地址：北京市海淀区芙蓉里9号楼904室 邮编：100080
E-mail: lx.liu@263.net

出处：作者提供

责任编辑：echo

[发表评论](#)

[查看评论](#)

[加入收藏](#)

[Email给朋友](#)

[打印本文](#)

如果你想对该文章评分, 请先[登陆](#), 如果你仍未注册, 请点击[注册链接](#)注册成为本站会员。

平均得分 **0**, 共 **0** 人评分

1 2 3 4 5 6 7 8 9 10