

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

更多▲

使用大字体察看本文

阅读次数: 442

研究中国商法的一本必读书 ——评介《中国商事习惯与商事立法理由书》

王志华

特聘专家

《中国商事习惯与商事立法理由书》已由中国政法大学出版社出版发行,对于商法学界来说,这是一本具有理论与实践价值的书,对于正在修订的中国公司法,无疑也应具有现实借鉴意义。

该书由两部分组成,即正文“商法总则调查案理由书”、“公司律调查案理由书”和附录“上海商事习惯”。

“调查案理由书”形成于1907—1909年间,由当时全国各商会选出的代表根据全国各地(主要是上海)商事习惯所拟订的商法草案,经上呈清政府,由修订法律馆重加修改,但资政院未及通过清政府即被推翻。民国初年,南通实业家张謇任农商总长时,对上述公司法草案和商法总则草案加以修订,于1914年以大总统令公布施行,是为《公司条例》与《商人通例》。两条例虽对原调查案理由书所拟各条有所更动,法律用语间亦有不一致处,但理由书的主要价值并不在于法律条文本身,而是附于各条文之后的“理由”。洋洋近40万言的理由书,从当时国外的立法例到中国清政府的《钦定商律》,再到中国近代与外国通商以来所形成的商事习惯,条分缕析、深入浅出地道尽商事立法之奥义,实为中国商法研究者不可多得、不可不读的一本参考书。

该书附录收录的《上海商事习惯》(民国二十二年出版)是上海总商会和上海商会从光绪末年至20世纪30年代初近30年的时间针对全国各地(主要是上海和江苏)律师和法院(包括会审公廨等)有关商事习惯问题咨询答复的辑录。该书编纂者严谔声曾多年担任上海商会主任秘书,得近水楼台之便,在商会档案中选录有代表性者辑为一册,分为二十二类,为读者提供了难得的第一手资料。上海商会的答复具有双重作用,一为证明某一习惯的存在,一为证明有此习惯而非彼习惯,以使办案者剖判有据。

详情见原书“前言”。

前言(原书)

中国近代商事立法始于清末变法修律。

自五口通商至20世纪初清政府立宪修律,外国资本主义工商企业在华发展迅速,国人商事组织亦打破传统简单合伙规模,民营新式工商企业步洋商之后累年增加,华、洋商人之间涉讼事件亦日益频繁。当时洋商企业依其本国法在驻华使领馆注册登记,并有治外法权的保护,如有纠纷发生,皆能援法为断。而华商则因无相关的法律规定,惟任地方官吏的临时裁决,每遇华、洋交涉,往往得不到保护,对华商深为不利。而在近代“商战”方酣之际,满清朝野上下遂齐相呼吁制定商法,以保国权商利。

1904年1月21日清政府颁布《钦定商律》,包括《商人通例》9条和《公司律》131条。这是中国法制史上第一部“现代意义上的法典”,可谓中国法律近代化的开篇之作。

但是,《钦定商律》乃伍廷芳等奉旨仓促而作,“草创之始,难语完备”,疏漏及不合国情之处颇多。《公司律》第一百三十一条亦云:此系初定之本,于保护商人、推广商务各事宜,未能详尽,仍当随时酌增。此后,清政府又颁布实施《商会简明章程》等商事法规。1906年4月25日颁布《破产律》,但因与实际国情不合,难于施行,旋于1907年12月2日宣布废除,未能发挥实际作用。但根据《商会简明章程》在全国各地发起成立的许多商会组织,却成了中国几千年商业史及立法史上具有划时代意义的新事物。

《钦定商律》颁布后,修订法律馆曾聘请日本法学博士志田钾太郎起草《大清商律》,并陆续完成

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

“总则”、“商行”、“公司律”、“票据法”、“海船法”五编。但当各商会以修订法律馆所编《大清商律》系直接采自日本商法，恐于国情不合，而商法关系国家利权，与商人利害悠关，乃于1907年7月由上海立宪公会发起商法起草委员会，决定实际访查商场习惯，参照各国最新立法例，自行编纂商法草案。1907年11月19—21日上海预备立宪公会、上海商务总会、上海商学公会在上海愚园组织召开了第一次全国商法讨论大会，与会代表来自全国各地及海外华人商会，计85个商会143名代表。会议期间，代表们对共同制定商法草案热情极高，并很快就许多重要而具体的问题达成一致意见。上海商务总会会长李云书在开会致词中明确了此次商法大会的宗旨：“联合全国商人自造商法草案，要求政府施行。”大会决议，指定专人负责草拟各章，并具体作了部署。1909年12月召开第二次大会时已完成《商法总则》与《公司律草案》两编，经大会讨论通过，呈请清政府施行，并附《公司律调查案理由书》与《商法总则调查案理由书》（以下简称《调查案理由书》）。这就是本书正文《调查案理由书》的由来。而农工商部以为，该草案系全国各商会等“专聘通晓商律之士，调查各埠习惯，参酌法理编纂而成，于实施之际不无裨益，”因而“逐条考核，参互研求，故其采择亦为独多。”遂将草案改订，定名为《大清商律》，共计367条，送宪政编查馆审核后呈送资政院审议。但资政院未及通过清政府即被推翻。1914年实业家张謇任农商总长时期将上项两编加以修订，呈请总统公布施行，是为《商人通例》及《公司条例》。

《调查案理由书》是对清末《钦定商律》的修正和补充。《钦定商律》颁布后，因条文疏简，缺失之处已是难免。且其规定，亦多与当时的国情商况不合，在施行过程中效果不佳，窒碍颇多，未能发挥其保护民族工商业的积极作用。在这方面，《调查案理由书》对原《商人通例》和《公司律》条文有针对性地作了修正。此外，更重要的是《调查案理由书》对商律的补充。原《商人通例》和《公司律》共计140条，《调查案理由书》合《商法总则》84条及《公司律》334条，两编共达418条之多，比原条文增加差不多两倍。民国三年改订颁布之《公司条例》251条和《商人通例》73条，亦较原《钦定商律》大为详备。

但《调查案理由书》的核心内容还是立法的“理由”，是对每一条文背后法意的说明。《调查案理由书》所订条文理由主要是参酌各国立法例，同时兼顾中国当时工商业发展状况及社会经济基础，并参照全国主要商埠的商业习惯。具体编纂者都是具有法学修养并从事于工商业实际的专家。1909年12月在上海召开第二次商法大会上，《调查案理由书》得到了与会各商会代表的肯定。编纂人员亦称：“公司理由书及浅说几及四十万字，总则理由书几及十万字。‘公司’费时一年有奇，‘总则’费时仅七阅月。此数十万字，无一字可以苟且，其中增删修改，有易稿至十余次者。”这一切足以说明民初《公司条例》的立法价值，也决定了这是一部较为成功的公司法规。这一点也许我们今天仍受其益。

《调查案理由书》旁征博引，深入浅出，为读者提供了大量的有关公司法规方面的可贵资料，其本身所具有的价值丝毫不亚于任何一部商法理论著作。这对我们今天的商法研究者与正在不断修订的商事立法来说，无疑具有一定的实用价值和现实借鉴意义。但是，《调查案理由书》及上海商法大会所具有的意义不独关乎中国近代商事立法而已，更有超之于立法之外者。

中国古代向来重农贱商，以农为本，工商为末。专制政府视民间钱债为细故，对于商人每多禁令，处处限制而非保护。更有甚者，经商者尽管经营有方，家道殷实，邻里夸富，但在社会上却“人格减等”，科举为官等政治待遇要受到诸多限制。汉初甚至规定商人要穿特制的衣服，以示区别。而政府更与下民争利，有厚利可图如盐、茶、酒等行业俱为政府专营，实行所谓“榷沽”制度。明、清两代又多次发布“禁海令”，“只帆片板”不得出海。正当西欧各国鼓励开发海外殖民地之际，中国却正是国门愈以紧闭之时。中国几千年的商业文明发展缓慢，徘徊不进，非无原因。

近代海禁大开，洋商蜂拥而入。由于治外法权的丧失，清政府对外国商人无可如何。而对本国商人的政策则摇摆于鼓励与限制之间。中国许多商人每托庇于洋人为保护伞，充当买办或以洋人名义在外国使领馆注册登记，以逃避中国政府的“保护”。这是“两害”相权取其轻，不能解决根本问题。商人只有获得其应有的社会地位和政治权利，并制定适合于中国国情的足以保护商人利益的商法，才能真正促进中国民族工商业的迅速发展。而这样的商法只有商人自己制定才能达到维护交易安全、保护商人权益的目的。

上海商法大会的召开，是饱受压迫的中国商人阶层政治权利意识的觉醒。“研究商法，无非保护商人之意。”保商成为编订商法草案的出发点。制定商法的重要意义还在于，“商法为华商洋商平等之基。”商法适用于中外商人，他们希望在完成商法制定后可以使华商洋商在法律保护上的不平等地位得以改观，认为“有商法，自然平等。”

“商法大会是中国民族工商业者参与清末商事立法和法律改革运动中最大的一次全国性活动。”“由于清政府顽固腐朽，不愿进行社会政治的彻底改革，商法大会成果甚微。但是，它是中国民族工商业者权利本位、发展取向、法治精神的商事立法思想走向制度层面的一次重要的、具有进步意义的尝试，在中国商法史和思想发展史上仍是值得重视的大事件。”商人自订法律，要求政府颁布施行，这在中国是史无前例的。上海第二次商法大会之后，由于商法草案编纂人员当选为地方咨议局议员，商法后续诸编的编纂遂行搁置。此后的民国时期，虽时有个别有关商法单行法草案的公布，但像上海商法大会这样的壮举再未有过。

商法属私法规范，首重习惯。民国十八年民法第一条云：民事法律所未规定者依习惯，无习惯者依法理。在民商事法律适用上，习惯的效力高于一般判例和法理。《调查案理由书》中所引证的“理由”也有大量的商事习惯，并对一些固有的商业习惯作了修正。如合伙企业（时称合资营业），中国商界固有习惯是各合伙人按出资多寡分享利润，按股分担企业债务，而不承担连带清偿责任。这一点（调查案第三十九条）在1909年上海第二次制定商法大会上即有上海商会代表提出，后经解释而未作修改。而在实践当中，

这一商业习惯一直对抗法律规定。如在民法颁布前夕的1928年，上海各商业团体仍然主张合伙分摊制而反对“合资企业”对合营债务承担连带清偿责任。而对于股份公司发放“官利”的习惯做法，制定法虽有明确规定，禁止或限制公司在无盈利时向股东发放股息。但由于如无“官利”之许诺，则公司招股极难，公司亦无从设立。故为鼓励发展近代实业计，此习惯直到20世纪40年代仍未绝迹。由此可见习惯力量的坚韧程度。

上海为中国近代第一通商大埠，是工商业与金融中心，近代以来所形成的商事惯例被视为解决商事纠纷的“习惯法依据”。律师受理案件和法庭断案，每遇商事纠纷，往往须先查明商事习惯或惯例。于是，上海商会便成了当然的权威咨询机构。

本书附录收录的民国二十二年出版的《上海商事惯例》是上海总商会和上海商会从光绪末年至该书出版近30年的时间针对全国各地（主要是上海和江苏）律师和法院（包括会审公廨等）有关商事习惯问题咨询答复的辑录。该书编纂者严谔声曾多年担任上海商会主任秘书，得近水楼台之便，在商会档案中选录有代表性者辑为一册，分为二十二类，为读者提供了难得的第一手资料。上海商会的答复具有双重作用，一为证明某一习惯的存在，一为证明有此习惯而非彼习惯，以使办案者剖判有据。

中国近代商法难称完备，商事活动又极纷繁复杂，因而，商事惯例在解决商事纠纷当中就更加显得格外重要，而商事立法往往要以商事习惯为基础。故本书将《上海商事惯例》作为附录收入，与正文《调查案理由书》合称为《中国商事习惯与商事立法理由书》一并刊出，以飨读者。亦惟其如此，读者才能对中国近代商事习惯与立法（主要是公司法）有一个较为完整的认识和理解。

王志华

2003年9月9日于中国政法大学比较法研究所

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

[RSS](#)