

二十世纪中华法学文丛

中国商事习惯与商事  
立法理由书

中国政法大学出版社

[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 商家 本本书店

内容不排斥 转载、转发、转卖 行为

但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



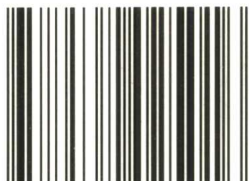


二十世紀中華藝術史

中國商業習慣與商業立憲理由書



ISBN 7-5620-2501-0



9 787562 025016 >

ISBN 7-5620-2501-0/D · 2461

定价：45.00元

编纂者

张家镇 秦瑞玠 汤一鶚  
孟森 邵义 孟昭常

中国商事习惯与商事立法理由书

编校者 王志华



中国政法大学出版社

**图书在版编目(CIP)数据**

中国商事习惯与商事立法理由书/张家镇等编著.  
北京:中国政法大学出版社,2003.10  
ISBN 7-5620-2501-0

I. 中... II. 张... III. ①商业史—中国—近代 ②商法—立法—研究—中国—近代 IV. ①F729.5 ②D923.992

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 094311 号

---

书 名 中国商事习惯与商事立法理由书  
出 版 人 李传敢  
经 销 全国各地新华书店  
出版发行 中国政法大学出版社  
承 印 清华大学印刷厂  
开 本 880×1230 1/32  
印 张 21  
字 数 540 千字  
版 本 2003 年 11 月第 1 版 2003 年 11 月第 1 次印刷  
书 号 ISBN 7-5620-2501-0/D·2461  
印 数 0 001—3 000  
定 价 45.00 元(精装)  
社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088  
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803  
电子信箱 zf5620@263.net  
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

---

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

- 声 明
1. 版权所有,侵权必究。
  2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

《二十世纪中华法学文丛》

编辑委员会

学术顾问

倪征燠 瞿同祖 芮沐  
谢怀栻 潘汉典 沈宗灵

编委

(以姓名拼音为序)

曹建明 陈兴良 陈景良 范忠信  
高鸿钧 何勤华 贺卫方 胡旭晟  
刘广安 李贵连 梁治平 舒国滢  
王健 王文杰 王涌 徐显明  
张谷 朱勇

常务编委

范忠信 胡旭晟 王健 张谷 陈景良

## 二十世纪中华法学文丛

### 总 序

二十世纪是中华文化经受空前巨大、深刻、剧烈变革的伟大世纪。在百年巨变的烈火中，包括法制文明在内的新的中华文明，如“火凤凰”一般获得新生。

大体上讲，二十世纪是中国法制现代化的世纪。这一个世纪的历程，不仅仅是移植新法、开启民智、会通中西的法制变革的历程，更是整个中华文明走出传统的困局、与世界接轨并获得新生的历程。百年曲折坎坷，百年是非成败、得失利弊，值此新旧世纪交替之际，亟待认真而深刻的反省。这一反省，不仅有助于当代中国法制建设的深入，亦有助于推进新世纪中国民主与法治社会的形成。这一反省，是一项跨世纪的伟大工程。作为这一工程的起始或基础，我们应全面系统地检视、总结二十世纪中华法学全部学术成就，并试图作初步点评。为此，我们特郑重推出“二十世纪中华法学文丛”。

1898年，光绪皇帝接受康有为、梁启超等人建议，实行“新政”。中国法制现代化的事业于此开始萌动，但旋即夭折。四年之后，在内外剧变的巨大压力下，这一事业再次启动。1902年，清廷命沈家本、伍廷芳为修订法律大臣，设修订法律馆，开始翻译欧

## II 中国商事习惯与商事立法理由书

美各国法律并拟订中国之刑律、民商律、诉讼律、审判编制法等新型法律。这一年，应视为中国法制现代化的正式开始。自此，中国法律传统开始发生脱胎换骨的变化：以五刑、十恶、八议、官当、刑讯、尊卑良贱有别、行政司法合一为主要特征且“民刑不分，诸法合体”的中国法律传统，在极短时间内仓促退出历史舞台，取而代之的是一个又一个令国人颇感生疏的新式法律体系和法律运作机制。不宁惟是，一套又一套从前被认为“大逆不道”、“不合国情”的法律观念——“民主”、“自由”、“平等”、“法治”、“契约自由”、“无罪推定”、“制约权力”、“权利神圣”等等，随着新型法律制度的推行一起被带给了人民，使人民的心灵深处渐渐发生革命。与此同时，近代意义上的中华法学，亦与“沟通中西法制”的伟大事业相伴而生，渐至发达。出洋学习欧美日本法律成为学子之时尚，法政学堂如雨后春笋，法政期刊杂志百家争鸣，法学著译如火如荼，法学成为中国之“显学”。据不完全统计，仅本世纪上半叶，全国各出版机构出版发行的法律和法学著译及资料，多达六千余种，总印行数多达数百万册。本世纪下半期，“法律虚无主义”一度盛行，为患几近三十余年，中国法律和法学一派凋零。七十年代末以后，国人痛定思痛，重新觉醒，中国又回到法制现代化的正轨，法律和法学重新兴旺和昌盛，法学著译出版再次空前繁荣。据估计，1978年至今，我国法学著译资料的出版多达万种，总印数可能在千万册以上。这期间，不惟基本完成了前人未竟的法制和法学现代化事业，亦开始了向法制和法学更高的境界的迈进。

这一个世纪的法学著译和资料编纂，是中国法律现代化历程的忠实记录，是中华法学界百年耕耘的结晶。从“全盘欧化”、“全盘苏化”的偏失到“中国特色”法制与法学的探索，百年上下求索留下的这份宝贵的学术遗产，值得我们珍惜；即使仅仅作为一部时代的病历，也值得我们借鉴和分析，以期发现和治疗我国法制现代化过程中的常见病症。不幸的是，这份学术遗产，特别是本世纪上半



叶的法学著译资料，现在正面临着悄然毁失的危险。由于印刷技术低下、纸质粗劣、馆藏条件落后，许多法学书籍破旧枯朽，不堪翻阅，有些甚至图文蚀褪无法辨读。加之种种人为的原因，那些汗牛充栋的法学资料长期尘封蛛网，很少有人记起，半个世纪的探索和成就竟被视若虚无。馆藏制度之限制又使借阅者困阻重重。人们常叹：《尚书》、《周易》乃至秦汉野史随处可得，几十年前的法学著译竟一书难求！此种文化“断裂”现象，实有碍于今日中国法律教育和研究事业之正常进行，亦有损于中国法律现代化事业之发达。以上诸端，不仅本世纪上半期的书籍如是，本世纪下半期的一些作品亦已经或很快将面临同样的命运。有感于此，我们遂有整理本世纪中华法学遗产之愿望及筹划，不意与中国政法大学出版社之设想不谋而合，是以有“二十世纪中华法学文丛”之选印。

本“文丛”选印的书籍或选编的论文，纵贯二十世纪始终。凡能代表本世纪不同时期法律学术水平、法制特色，有较大影响且为当今中国法学教育研究所需要者，均在选印之列。即使是五十至七十年代间特定背景下的法律和法学作品，只要有历史文献价值，亦可收入。在选印的顺序上，大致由远及近，优先选印上半个世纪的著译资料。目前选印编辑的重点是本世纪前半期作品。本世纪后半期的法学成就，拟在以后条件成熟时再行整理。选本范围将不局限于内地学者的作品，还将涉及五十年代以后台湾、香港地区和海外华人学者的法学作品，因为他们的成就也是二十世纪中华法学不可忽视的一部分。除曾正式出版的单本著译外，还将汇聚若干法学家的个人文集，或重新编辑本世纪各个不同时期的法规、案例及习惯调查资料。不过，凡近二十年间已为各出版机构再版的法学著作、译作，原则上不再选印。

为了保证选本的权威性、准确性，我们特聘请了六位本世纪上半叶即涉足法学或司法工作的前辈学者出任顾问。老先生们不顾古稀耄耋之年，亲自批点方案、确定书目、选择版本，并以口头或书

#### IV 中国商事习惯与商事立法理由书

面的方式提出了许多宝贵的意见。幸赖于此，我们的计划才得以顺利进行。

本“文丛”之选印，旨在集二十世纪中华法学之大成。为体现历史真实，我们将恪守“尊重原作”的原则，不作内容上的任何更动。即使有个别观点与今日不符，亦予以保留。作为不同时期的特殊历史记录，保持原貌更有利于比较和借鉴。为了使读者对每本书的作者及该书的学术地位等有一个必要的背景了解，我们特约请法学界一些学者为各书撰写关于其人其书的专文，置于书前。除此之外，我们所做的纯粹是一些技术性工作，如纠正原作的排印错误，注明原书所引事实、数据、名称之错误等等。为方便起见，可能将同一法学家的数个单行著作合而为一，也可能将原合印在一起的不同著作分开重印，还可能将当时或今日学人对其书或其人的有关评论或有关的图表、法规资料选附于书后。总之，尽可能使其全面、完整。

本“文丛”的选编校勘，是一项看似简单实则复杂艰难的工作，需要相当的学养和责任心。我们虽兢兢业业，如临深履薄，但仍难免疏漏。恳请各界朋友批评指正。除此之外，还期待学界朋友推荐符合本“文丛”宗旨的法学著译资料，与我们共同完成这一跨世纪工程。

谨以本“文丛”献给中国法制现代化事业，献给中国民主法治的新世纪！

二十世纪中华法学文丛

编委会 谨识

1997年7月于北京

# 二十世纪中华法学文丛

## 凡 例

一、本文丛系有选择地整理二十世纪的法学经典文献，不作任何有损原意的改动，仅作适当的技术性加工。

二、原书为竖排版者一律改为横排。原文“如左”、“如右”之类用语，相应改为“如下”、“如上”等等。

三、原书繁体字一律改为简体。个别若作改动会有损原意之，则予以保留。另加注说明。

四、原书无标点符号或标点符号使用不规范者，一律代之以新式标点符号。

五、原书无段落划分者，适当划分段落。

六、原书所用专有名称、专门术语（特别是外国人名、地名、书名之译名及学科名称）今日有更通用统一提法者，酌加改动或注明。

七、原书引用之事实、数字、书目、名称（包括人名、地名）及其他材料确有错误者，酌加改动，并加注说明。

八、原书排字确有错误，当时未能校出者，酌加改正，并加注说明。

九、个别特别重要的著译，酌于书后附上新编之名词索引。

十、原书某些附录确无保留必要者，不再编入，但加注说明。

## 点校说明

一、本书第一、二两编选自《新商法<sup>[商人通例]</sup>释义<sup>[公司条例]</sup>》，版本为民国三年（1914年）民友社出版发行。原书由《商人通例释义》、《商法总则调查案理由书》、《公司条例释义》、《公司律调查案理由书》四部分组成。因释义仅对民国三年公布施行之《公司条例》和《商人通例》作简单的解释，主要内容包括在调查案理由书中，故本书未选。

二、原书于《公司律调查案理由书》后附有勘误表，本书据之悉为订正。

三、《上海商事惯例》为民国二十二年（1933年）新声通讯社版，编辑者为严谔声。因体例与第一、二编稍异，故作为附录刊载于后。原序十一个，今仅留一“吴（经熊）序”。原书“业规类”部分共收录业规四十二个，因内容类多雷同，故本书只收录三个，其余三十九个未录入。

四、原书标点均为“、”号和“。”号，由点校者一律改为新标点。第一、二两编原有多处重点…号。重点过多，反不知重点所在，故从删。

五、本书原用的繁体字、异体字，现全部改为简体字。如“疋”改为“匹”等。也有些字与现代用法不同，如“豫”改为“预”，而“藉”只在用于“借口”之意时才改为“借”。

六、本书原用国家译名全部改为新译。如“义大利”改为“意

大利”，“和蘭”改为“荷兰”等。但对外国各种公司名称等音译的译法与现代译法颇不一致，为保持原貌，本书未加改动。如英文公司称“孔拔尼乌”，法语称“索希活脱”，德语称为“轧泽尔谟甫脱”等。

七、原书年代均改为数字记年，如“千九百年”改为“1900年”等。

八、书中方括号“[]”内的字，均为点校者所加，意欲在忠实、尊重原书的同时，纠正或补充某些字、词的用法。

九、本书原为竖排本，改为现在的横排本时，“左开”、“如左”等字，也相应改为“下列”、“如下”等。

十、本书点校时，将原书的目录作了改进。本书原目录分别编排在各部分之前，点校时悉为提前，以便于读者查阅。

十一、原书页码不相连贯，每个部分分别编有页码。点校时将几个部分页码全部连贯起来排版。

编校者

2003年8月



## 前 言

中国近代商事立法始于清末变法修律。

自五口通商至二十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》九条和《公司律》一百三十一条。这是中国法制史上第一部“现代意义上的法典，”〔1〕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

---

〔1〕 帅天龙：《清末的商事立法》，《商法研究》第一辑，人民法院出版社，2000年月1月版第118页。

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重要里程碑。

《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“总则”、“商行为”、“公司律”、“票据法”、“海船法”五编。<sup>〔1〕</sup>但当时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。<sup>〔2〕</sup>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，计八十五个商会一百四十三名代表。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。”<sup>〔3〕</sup>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》）。<sup>〔4〕</sup>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

---

〔1〕应当指出的是，虽然中国近代从一开始就致力于统一商法典的编纂，但直到现在还仍然以单行法的形式构建商法体系。

〔2〕谢振民编著：《中华民国立法史》下册，中国政法大学出版社，2000年1月版第804页。

〔3〕《商法特会第一日记事》，《申报》1907年11月20日。

〔4〕当时《商法总则》编因刚刚定稿送至各商会代表手中，未及酝酿讨论，而是限定会后四十日内由各商会函告建议或修改意见于上海商务总会，并由上海商务总会将二草案呈递清政府农工商部。

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。”〔1〕遂将草案改订，定名为《大清商律》，共计三百六十七条，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》的主要内容包括三个方面：一是对《钦定商律》的修正；二是对它的补充；三是新制定条文的“理由”。

《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，《调查案理由书》增加了补充条款。原《商人通例》和《公司律》共计一百四十条，《调查案理由书》合《商法总则》八十四条及《公司律》三百三十四条，两编共达四百一十八条之多，比原条文增加差不多两倍。民国三年改订颁布之《公司条例》二百五十一条和《商人通例》七十三条，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。理由书最大的特点是对英、法、德、奥、意、日、瑞士、匈牙利、西班牙、葡萄牙、智利、泰国等十几个国家商事法律规则的比较，斟酌利弊得失，确定选择最适于中国者。可以说，理由书是中国近代商事立法运用比较方法的实践典范。而且，其具体编纂者都是具有法学修养并从事于工商业

---

〔1〕《大清新律令》续编卷八，宣统二年五月三十日。

实践的实业家，其经过调查编纂的法律条文更能符合于中国的实际。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”，“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。”<sup>〔1〕</sup>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范，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范方面的可贵资料，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，以与“良民”有别。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“权沽”制度。明、清两代又多次发布“禁海令”，“只帆片板”不得出海。正当西欧各国疯狂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。

中国近代海禁大开，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

---

〔1〕《商法调查案编辑员陈述意见》，《申报》1909年12月21日。

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，中国的民族工商业才能得以迅速发展。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。”〔1〕

“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。”〔2〕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

---

〔1〕《商法特会第二日记事》，《申报》，1907年11月21日。

〔2〕帅天龙：《清末的商事立法》，《商法研究》第一辑，人民法院出版社，2000年月1月版第137页。



“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。如在民国民法颁布前夕的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。<sup>〔1〕</sup>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，此习惯直到二十世纪四十年代仍未绝迹。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<sup>〔2〕</sup>。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三十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

---

〔1〕《钱业公会反对合伙连合分担制》和《上海商业团体主维合伙分担之习惯》，见《银行周报》第十二卷第三十八期总第569号和第十二卷第四十期总第571号，民国十七年十月。

〔2〕本文对习惯与惯例作广义解，两概念含义相同。

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。故本书将内容丰富的《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（虽然只是“一斑”而非“全豹”）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

## 新商法释义序（原序）

《商法调查案》成书已久，原系两编，第一编曰《商法总则》，第二编曰《公司律》。经前清农工商部修正字句，奏交资政院，议未决而国体变更。民国初建，百废待举，商法繁重，未之能及也。三年一月，农商总长张君謇取前农工商部所定稿审视之，改《公司律》曰《公司条例》。三月复改《商法总则》曰《商人通例》，先后呈请大总统公布施行。于是《商人通例》、《公司条例》乃成为中华民国之法律矣。本社以调查案义例精详，理由书凡三十万言，曾代印行，公之于世，当时虽未明定为法律，而视为商业社会中一种法律的教育，其效甚宏。今《商人通例》、《公司条例》既以大总统教令定为法律，则其所采取之《调查案理由书》，固大足以资读法者之研究，因并刊之。顾其条文与调查案原本小有异同，辄为之校订，作为释义。要其所释者，乃在文字异同之处，至其实义，则仍在理由书，不能有所增也。适用法律者，当谨遵条例，解释法律者，则参酌于调查案三十万言之理由书，斯两得之矣。

民国三年三月民友社谨识

## 大总统令

民国三年一月十三日大总统命令：

前经国务院呈称：大政方针内应办各事所适用之法律，立待筹施，不容再缓，请准先行拟订，作为现行条例提前颁布，业经照准在案。兹据国务总理熊希龄、农商总长张謇呈称：“前清农工商部采取各商会所编成之《商法调查案》，复加修订，定为《商律草案》，较之前清通行工商律增多二百余条，颇为完备。今拟将《公司律》之一部改称《公司条例》，作为现行条例之一，凡二百五十一条，请先行颁布，其施行细则及《商人通例》、《商事条例》等诸关系法规，仍由农商部拟订，呈请颁布”等语。查《公司条例》，目前切要之需，应即颁布，其施行细则及《商人通例》、《商事条例》等案，即由农商部赶速拟订，呈请颁布。所有前清旧商律，即于新条例施行之日废止。此令。

同日大总统命令：

兹制定《公司条例》，公布之。此令。

三月初一日大总统命令：

兹制定《商人通例》，公布之。此令。

# 目 录

总 序 .....	( I )
凡 例 .....	( 1 )
点校说明 .....	( 1 )
前 言 .....	( 1 )
新商法释义序 (原序) .....	( 1 )
大总统令 .....	( 1 )

## 第一编 商法总则调查案理由书

第一章 商人 .....	( 1 )
第二章 商人能力 .....	( 17 )
第三章 商业注册 .....	( 25 )
第四章 商号 .....	( 33 )
第五章 商业账簿 .....	( 46 )
第六章 商业雇用人 .....	( 57 )
第七章 代理商 .....	( 73 )

## 第二编 公司律调查案理由书

叙例 .....	( 83 )
公司释义 .....	( 88 )
第一章 总纲 .....	( 90 )



第二章 无限公司	(104)
第一节 创办	(105)
第二节 公司内部之关系	(112)
第三节 公司对外之关系	(132)
第四节 股东退股	(154)
第五节 公司之解散	(167)
第六节 清理	(180)
第三章 两合公司	(193)
第四章 股份有限公司	(211)
第一节 创办	(212)
第二节 股份	(259)
第三节 股东总会	(288)
第四节 董事局	(307)
第五节 监查员	(332)
第六节 会计	(345)
第七节 公司债	(371)
第八节 更改定章	(381)
第九节 解散	(409)
第十节 清理	(417)
第五章 股份两合公司	(436)
第六章 罚例	(463)

## 附录 上海商事惯例

编辑者 严谔声

吴 序 (原序)	(478)
编辑例言	(480)

<b>定货类</b> .....	(481)
定货到期不交损失责任习惯 .....	(481)
定货交付责任习惯 (一) .....	(481)
定货交付责任习惯 (二) .....	(482)
定货与成单不符责任习惯 .....	(482)
定货走漏责任习惯 .....	(483)
定货契约习惯 .....	(484)
定货到埠费用责任习惯 .....	(484)
匹头定货习惯 .....	(485)
定货与货样不符有无强迫出货习惯 .....	(486)
华洋定货习惯 (一) .....	(487)
华洋定货习惯 (二) .....	(488)
华洋商号交付货款习惯 .....	(489)
定货迟到纠纷习惯 (附标准成单) .....	(490)
代收定银责任习惯 .....	(494)
买卖上货样签字习惯 .....	(495)
洋商定货付款结价习惯 .....	(495)
放弃定银习惯 .....	(497)
<b>提货类</b> .....	(498)
提单取货习惯 .....	(498)
派司行用习惯 .....	(499)
洋行提货习惯 .....	(499)
副提单提货责任习惯 .....	(500)
<b>退货类</b> .....	(502)
退还定货习惯 .....	(502)
退回霉烟习惯 .....	(502)
取消一部分定货习惯 .....	(503)
上海退货习惯 .....	(504)

押汇类	(506)
运货押汇习惯	(506)
办理押汇习惯(附中国银行押汇规则)	(508)
抵押类	(510)
动产押款权限习惯	(510)
抵押货品习惯	(510)
押款栈单过户习惯	(512)
抵押机器移转占有习惯	(512)
佣金类	(514)
掮客佣金与责任习惯	(514)
烟行跑街佣金习惯	(515)
推受盘合同证人中费习惯	(516)
洋行跑街佣金习惯	(516)
买卖类	(518)
买卖靛青习惯	(518)
布业买卖习惯	(518)
棉花交易习惯	(519)
购买洋米习惯	(520)
丝业定期买卖习惯	(520)
买卖烟叶结价习惯	(521)
道契过户手续习惯	(522)
购买外国货币交割责任习惯(附金业与银行互守规约)	(523)
商店回单责任习惯	(525)
买卖汽车习惯	(526)
买卖土地习惯	(527)
糖行付款习惯	(528)
上海租界地产买卖习惯	(529)
利率类	(532)

利上滚利习惯	(532)
货款计息习惯	(533)
钱业停闭后欠款是否计息习惯	(533)
印棉货款迟延利率习惯	(534)
红利应否给息习惯	(534)
银钱业放款利率习惯	(535)
滚利作本习惯	(536)
存款滚利入本习惯	(536)
<b>票据类</b>	(538)
追偿票据权利习惯	(538)
掉换本票后支票发票人责任习惯	(539)
钱庄解付支票责任习惯	(540)
汇票出票人及承兑人责任习惯	(541)
本票挂失习惯(一)	(542)
本票挂失习惯(二)	(543)
代收庄票责任习惯	(544)
照票责任习惯	(546)
兑收汇票习惯	(547)
支票出票人责任习惯	(547)
上海票据责任习惯	(548)
商号本票行用习惯	(549)
庄票责任习惯	(549)
支票责任习惯(一)	(550)
支票责任习惯(二)	(551)
单据买卖习惯	(552)
板期汇票兑付责任习惯	(552)
借用本票责任习惯	(553)
票据责任习惯	(553)

收取庄票责任习惯	(554)
停业后票据责任习惯	(554)
庄票支取习惯	(556)
票据付款责任习惯	(557)
上海庄票使用时期习惯	(558)
期票使用习惯	(559)
解释掉票纠纷习惯	(560)
上海商业票据习惯	(561)
<b>契约类</b>	(562)
借契性质习惯	(562)
口头订约习惯	(562)
修理汽车契约习惯	(563)
<b>合股类</b>	(564)
合伙股份出售习惯	(564)
合伙商号拆股习惯	(564)
合伙商店停业后清算人选任习惯	(565)
股东权利习惯	(566)
商号股东继承人习惯	(566)
合股商号见议责任习惯	(567)
合资营业退股习惯	(567)
合资营业中小议单效用习惯	(568)
退股后不得再行查帐习惯	(569)
商店拆股习惯	(570)
<b>推盘类</b>	(571)
商号推盘受盘习惯	(571)
旅馆受盘习惯	(572)
商店出盘后注册习惯	(572)
<b>债务类</b>	(574)

合伙商店债务习惯（一） .....	(574)
合伙商店债务习惯（二） .....	(574)
债权人索取借款习惯 .....	(575)
商店倒闭后债权分配习惯 .....	(576)
<b>保证类</b> .....	(577)
担保押款债务习惯 .....	(577)
商号伙友保人责任习惯 .....	(578)
保单印章责任习惯 .....	(578)
连保债务责任习惯 .....	(579)
保证人责任习惯 .....	(580)
铺保责任习惯 .....	(580)
追取保额习惯 .....	(581)
买办有无允许退保权习惯 .....	(582)
经理以商号书柬代人担保责任习惯（一） .....	(583)
经理以商号书柬代人担保责任习惯（二） .....	(584)
<b>亏欠类</b> .....	(585)
欠款抵偿习惯 .....	(585)
存欠划抵习惯 .....	(586)
办货人欠款归偿责任习惯 .....	(586)
担保商店学徒亏欠责任习惯 .....	(587)
商号股东或经理介绍弟侄亏欠责任习惯 .....	(588)
<b>伙友类</b> .....	(589)
钱庄经理脱卸责任习惯 .....	(589)
商店伙友解雇习惯 .....	(590)
商号伙友盖用书柬责任习惯 .....	(591)
跑街或掮客销货责任习惯 .....	(591)
新开商店伙友薪给习惯 .....	(592)
庄客购货付款责任习惯 .....	(593)

洋行跑街责任习惯	(594)
宁波庄客营业习惯	(594)
买办经手定货责任习惯	(595)
买办所出定货凭条责任习惯	(596)
衣庄伙友薪给习惯	(597)
印刷商跑街放账责任习惯	(598)
洋行跑街有无代结汇水权习惯	(599)
<b>运输类</b>	(600)
报关责任习惯	(600)
代办派司习惯	(601)
运送业代客完税习惯	(601)
报关装货责任习惯	(602)
转运货物责任习惯	(603)
<b>证券类</b>	(605)
有价证券移转占有习惯	(605)
<b>账册类</b>	(607)
司账笔误责任习惯	(607)
货款登账习惯	(607)
旧式账簿行用习惯	(608)
<b>租赁类</b>	(610)
土地房屋转租习惯	(610)
租地解约习惯	(611)
租赁招牌习惯	(611)
租船损害赔偿习惯	(612)
租赁房屋习惯	(612)
租屋契约习惯	(613)
改用国历后付房租习惯	(613)
<b>营业类</b>	(615)

营造业点交新屋责任习惯·····	(615)
保险业买办分红习惯·····	(615)
保险业付费习惯·····	(617)
印棉运华办法·····	(618)
<b>业规类</b> ·····	(621)
上海银行业同业营业规程·····	(621)
上海钱业营业规则·····	(625)
上海市烛业同业公会业规·····	(635)



## 第一编 商法总则调查案理由书

### 第一章 商人

日本商法第一编总则，有法例三条居首，主定商法适用之范围。自第二章以下，始定商人之身份、能力，及其固有之制度。此系沿袭旧商法之规定，稍加修改。然考之欧洲各国法例，于法典之卷首或编首，有如日本商法之法例所规定者，除德国旧商法外，惟匈牙利、意大利、葡萄牙等国之商法为然。而法国及其余诸国多数之商法无之。我国现行商律之《商人通例》，亦未有如日本商法第一章法例之规定。盖论法典编纂之体例，固有可不必冠以此等条文者。德国新商法第一章即规定商人之资格，而于商法之适用如日本商法第一条至第三条所定，则分别归入商法施行法及商事契约编定之。日本民法法典，亦无编首冠以法例之事，第一、第二两章，即定自然人及法人之人格与能力，以明权利之主体。商法实与民法相对立，而个人之商人及有商人资格之公司，亦即民法上之自然人及特种法人。以彼例此，自可分别自然人之商人及为法人之商人，专就实体上规定，而不必错杂以含有施行法性质之法例各条。故拟从德国新商法及日本法新民法主义，定以商人一章，为商法总则之首。

第一条 本案所称商人，谓由自己出名为主而经营商业者。

凡商业谓以下列各种行为之一为其营业：

一、动产、不动产、有或价证券之转贩出入；又动产或有价证

券之抛卖买偿；但在动产之出售，其仍仅原货与加以制造或修饰，一概无别；

二、射利而以价买或租借之动产、不动产、转出租赁；

三、专为他人之货物加以制造或修饰，但其事务必须脱手工业之范围者；

四、取保险费而为保险；

五、兑换及银行、典当等类之贸易；

六、凡在海洋、或陆地及内江、河、湖泊湾等处为一切货物及旅客之运送；

七、有仓库、场栈等地处，担任货物之寄托；

八、居间介绍及包代经纪；

九、商事代理之担任；

十、有公开场屋以招徕人客之贸易；

十一、出版及印刷之事务，但印刷必须脱手工业之范围者；

十二、工程、营造及招工、雇役之承揽包办；

十三、电气、煤气及沙漏、净水之配定供给；

十四、募债信托之担承；

十五、货物或有价证券等交易处之开办。

本条规定商人之意义。

商人之意义谓何，似甚易晓，无待明定。然商法上所称之商人，与社会上所称之商人，其范围之广狭，实有大不相同者。社会上通常所称之商人，往往兼包商业使用人在内，且仅及于男子及有形体之自然人。又往往仅指贩运等业，而不及于制造等业。若商法上所称之商人，则惟商业主人始可当之，而其人之为男子与女子及为成年与未成年，又为自然人与法人，均所不计。且不仅为贩卖、运送等营业者可称为商人，即自行制造或代人制造者，亦常在商人之列。而自己开采矿产、设店贩卖者，则各国法制，类多不作为商法上之商人。故有实际上之商人而法律不认者，亦有法律上之商人