

清末民初商事习惯的特点及其与商法的关系

——以商事习惯调查报告资料为依据的考察

王雪梅

(四川师范大学 历史文化与旅游学院, 成都 610066)

摘要:清末民初各方面力量组织进行了民商事习惯调查活动,从留下的调查报告资料可以看出当时商事习惯的一些特点,如深受中国社会经济政策和传统文化影响、各地商事习惯千差万别、具有保守性和滞后性、重情理而轻责任约束等,也反映出商事制定法与商事习惯之间的种种关系,如商事习惯对制定法的补充作用、两者有相互脱节甚至冲突之处以及相互影响制约等等。

关键词:清末民初;商事习惯;调查报告资料;商法

中图分类号:DF092.52 **文献标志码:**A **文章编号:**1000-5315(2014)01-0157-07

商事习惯是在长期的商业交易往来和行业自治过程中逐渐形成的,体现着商业领域中商人和商人组织的自我利益。某种商事习惯是否存在或存在的方式如何,是比较复杂的。它们有的以商业条规形式存在,有的散见于各类书籍之中,还有的以民间法谚形式存在;在各种民商事契约中,也体现出各地各业通行的商事习惯;更多的则是体现在法律审判文件之中,审判机构往往通过调查的方式来对习惯的存在作出认定或判断。当然,这些成文的商事习惯资料,并不能代表商事习惯的全部内涵与形式,仅仅是一种基于“外在视角”的粗略描述,难以用语言呈现出该类习惯规范的内涵与细节。实际上,在更多情况下,商事习惯是以不成文的形式存在于事实中的各种社会关系之中。本文仅以清末民初各方面力量组织进行的民商事习惯调查活动留下的报告资料为依据,对当时商事习惯的特点及其与商法的关系进行探讨分析。

清末民初是中国社会剧烈变动的时期,内外因素的共同作用促使中国社会在政治、经济、思想等各方面向近代化转型。从法律的近代化历程来看,自20世纪初晚清开始法律改革,开始大规模移植和接受西方法律,诞生了第一批具有近代性质的法律制度,在商法方面有《商人通例》、《公司律》、《破产律》等;进入民国后,商事立法活动得以继续发展。制定法在调整社会经济各种关系中的作用日益增强,然而商事习惯的影响并未削弱。在清末民初社会经济发展不平衡和商事制定法不完善的情况下,商事制定法与各种商事习惯共同存在,在社会经济生活中共同起着作用,并成为保证当时商业社会正常运转、商业渠道畅通的重要因素之一。

清末民初,不管是政府立法机关,还是有关学者、

收稿日期:2013-09-21

基金项目:该文系四川省教育厅社科研究重点项目“清末民初的商事习惯和习惯法研究”(编号:10SA003)成果之一。

作者简介:王雪梅(1969—),女,四川崇州人,历史学博士,四川师范大学历史文化与旅游学院副教授。

商人团体,在商事立法的认识和实践上对商事习惯都予以了不同程度的重视。从1907年起,清政府为制定民商法而开展了全国范围的民商事习惯调查活动,其中对商事习惯的调查是中国有史以来规模最大的一次对商业组织、商业条规和商事习俗进行的系统调查活动。从《司法公报》上所列清末商事习惯调查报告文件清册来看,成果颇丰,主要有直隶、江苏、浙江、福建、湖南、四川等十一个省总计53册^[1],但保存下来的很有限。据笔者搜寻,有《调查川省商事习惯第一次报告书》、《直隶调查局法制科第一股调查书》第四部《商事习惯调查书》以及《湖南商事习惯调查报告》的部分内容,还有《山东商事习惯第一次调查报告书》、《山西民商事习惯调查会报告》、《吉林调查局法律报告》、《黑龙江民商事习惯调查会报告》和《闽省商业研究所调查商事习惯总册》等藏于各地图书馆。

1918年,北京政府也进行了一次民商事习惯调查,其成果按照各高等审判厅处呈送司法部的民事及商事习惯调查报告统计,共获民事及商事习惯调查合并报告72册^[1]。民初的这些民商事习惯调查报告资料作为官方文件由中央政府保存,当时负责调查事宜的司法部未能及时予以系统编辑处理。之后,对民初商事习惯调查资料文件的整理工作主要有以下几次。一是修订法律馆调查员李圻根据各地上报的资料整理成的《我国票据固有习惯之调查》,修订法律馆官员王凤瀛根据各省民商事习惯调查会的报告整理成的《票据习惯目次》,两文同时发表在1923年1月出版的《法学会杂志》上。这些票据习惯的调查报告,“至民国肇造,各高厅(高等审判厅)中附设民商习惯调查会,其中报告,多由听讼所得,比较的确实可恃”^[2]。二是1923年由上海广益书局印行出版的施沛生、鲍荫轩等学者编纂的《中国民事习惯大全》,“资料多取自各省法院民商事习惯调查会报告录,此种习惯均由现在司法官就案调查所得”^[3]凡例。该书主要为民事习惯内容,但也有商事有关的习惯,如第一编“债权”中就有与商事习惯有关的内容如契约、居间、清偿等。三是1926年北京政府司法部曾打算将清末民初所有的民商事习惯调查所得资料进行整理发行,分十三期刊印,但北京政府司法部参事厅于《司法公报》第232期刊发《各省区民商事习惯调查报告文件清册》以及第242期刊发《民商事习惯调查录(上卷)》后不久,北京政府即告倒台,随后的编印也就不了了之。四是1927年出版的《法律评论》分两期刊载了《湖北省商事习惯》。这些商事习惯调查报告资料大部分来自于

具体的司法审判或直接参与商事活动的商会调查报告,是商事习惯在民间较为真实的存在状况的反映。

除政府主持的商事习惯调查外,清末民初各地商会、同业公会等商人团体也进行了商事习惯调查活动,其中既有为促进商业发展、由商人团体独立进行的,也有配合政府的商事立法和司法活动而进行的。如1907年11月,第一次全国商法讨论大会通过的《商法草案提纲》,决定由专人编辑商法草案,各地商会则配合进行商事习惯调查,择要汇寄上海商务总会;1909年12月,第二次商法草案讨论大会通过了由商人起草的《商法调查案》并附《理由书》,由商务总会推代表呈送政府,欲以调查所得商事习惯为政府编定商法提供依据。各地商会对调查商事习惯及拟定商法的活动十分重视。如天津商务总会曾专门制定了《调查商务习惯答案》,以问答的形式阐释了有关商人的界定、地位、分类及各业商人之习惯^[4]上册,908,这显然是为了配合拟定商法而进行的商事习惯调查活动。

民国建立后,随着华洋通商事业日益繁盛,各地商会组织的商事调查活动更为广泛。如在上海,商会选派专员调查各地物产商情,考察各国商务,每月汇集国内外商务事件以编辑中国商务汇报等,也从事调查商事习惯和工商业状况的汇报^[5]194。民国出版的《上海商事惯例》一书,收录了大量商事习惯,多数来自于光绪末年至民国二十一年间上海总商会和上海商会针对全国各地(主要是上海和江苏)律师和法院有关商事习惯问题咨询答复的辑录。在天津市,被列入天津商会调查的商业习惯有:洋行批定土货习惯、津商与外客交易习惯、租房习惯、商家为人担保习惯、倒闭商家清理外欠习惯、买货卖货回佣习惯等^[6]1980-1998,这些习惯主要是受直隶高等审判厅委托及答复律师询问,为他们受理相关商事诉讼案件提供依据。

日本明治末年展开了对晚清国情的大调查,大型的调查资料汇编如《支那经济全书》等相继出版。东京东亚同文会还编辑有《清国商业综览》五册,于明治39年至41年(1906—1908)出版。上海东亚同文书院则有《清国商业惯习及金融事情》一书,于明治37年(1904)出版,该书分为“清国商业惯习”和“金融事情”两卷。民国年间的调查资料则以“满铁调查资料”最为著名,即“南满洲铁道株式会社”系统编辑出版的大量调查资料。此外满铁所属的许多机构都程度不等地进行过调查活动,这些机构有满铁临时经济

调查委员会、满铁国际收支调查委员会、满铁经济调查会等等,都有相关的调查资料编辑出版^[7]。

二

从清末民初的各种商事习惯调查报告资料,可以看出其时商事习惯有如下特点。

第一,商事习惯的产生和存续,依赖于一定的社会经济基础,深受中国传统文化的浸染。

儒家伦理道德规范所要求的“仁义礼智信”使中国社会形成了特有的义利观,因而中国传统的商事习惯普遍有着诚实守信、公平交易、利益均沾等基本内容。如《湖南益阳山货行规》规定:

一、收各项货物必须全干洁净,倘有潮湿及掺拌泥沙等弊,无论多寡,即罚戏一台……

一、新开门面,当离同行上七下八开设。牌费额规,挂双牌者,捐钱十六串文。挂单牌者,捐钱十二串文。挂牌者,捐钱四串文,以此积公生息外,备酒席二桌,演戏一台敬神。^{[8]上册,215}

这里我们可以看出,传统商事习惯倡导诚信经营,严禁以次充好、掺假作弊等行为。在执行重农抑商的经济政策下,商业活动缺乏国家政策的有力保障,旧式行会只能依靠敬奉神祇来维护商事条规的权威性。因此,开业之时,普遍有演戏敬神的习惯,并且将祭拜神祇与业祖放在极其重要的地位。如道光三十年,湖南省城裱店所立条规规定:“每逢二月初三日文昌瑞诞,六月二十四日雷祖瑞诞,凡我同人,齐集拈香庆祝,以昭诚敬。”^{[8]上册,335}小农经济的平均主义与不求发展,衍生了旧式行会的垄断与限制竞争,“惟我国各处商习,间有迹近垄断,非入其业帮,不能为某种营业,动加干涉”,因此行规中有“新开门面,当离同行上七下八开设”的规定^{[9]17}。像这样的规定,在各地商事习惯调查报告中多有提及。如在《湖北省商事习惯》中,武昌“靴店营业地点之限制”习惯规定:“靴店帮规有嗣后添置新店,无论对门间壁须隔五家,始准营业之限制”;宜昌县则有“同业隔离之限制”习惯等^[10]。

在家族本位、男尊女卑的传统社会背景下,“盖我国旧时礼俗,夫妇一体,财产共同,自无由妻独立营商之事”^{[9]23}。我国旧时少有以个人姓名来作为商号名称,“如我国及日本,或者本于家族主义,个人鲜自独立而沿有堂名,或者基于封建积习,商人不能称氏而致有屋号”^{[9]35}。这些独具中国传统文化特色的商业

习惯的长期存在,对清末民初商事制定法的影响也很显著。

第二,各地商事习惯千差万别。

近代中国市场经济尚不发达,还未形成统一的大市场,商事习惯有着较大的地域差异,“所结契约,仍各随双方之意思。至各业之规约,各省不同,甚则各府、各县不同。各地之习惯,各府、各县不同,甚则各乡、各镇不同”^{[9]71}。商事习惯缺乏统一性,也缺乏一般性之约束力。

以民初的票据习惯为例。首先,票据无一定款式,款式各地不同;同地之间,各庄不同。就上海、北京、天津各处呈交法律馆票据样本及票据研究号所载各处票据格式来看,五花八门,皆随当事人之意思。其次,票据亦无确定种类。“同一汇票也,有会票、汇票、汇兑券、汇兑信等名目;且有其实借券,名曰汇票者;同一本票也,有庄票、期票、存根、红票、信票、凭票等名目;且有其实汇票,名曰外埠支票者。种类不定,性质无由辨别,权义殊难判断,殊足妨碍票据之进化也”^[11]。再次,对钱票损失责任之负担,各地有异。有的由保人负责,如山东滕县习惯,“商号发行钱票,于票面载有三家连环保。平时持票人视为惯例,漫不加察,及至出票之商号歇业不能照票兑款时,该保人即应负责”;有的由持票人承担损失责任,山东掖县“倘出票之铺先期倒闭,则以票存何人之手,即由何人担任损失,与原持票人无涉”;湖南全省则有“退交来手”习惯,“此种习惯发生于未到期之票据,因出票之店倒闭或歇业而来,例如甲店与乙店素有银钱往来,而甲乙两店均有票据在外,互相存有未到期之票,甲店忽遭变故,则甲乙两店将彼此票据抵消;若甲店之票较多,乃照例退交来手。盖商店于收入票据时,账簿上均注有某店来某人来之字样,故得找寻来手退还也”^[2]。总之,我国的票据习惯,“非特省与省异,抑且县与县异,乡与乡异,纷糅复杂,莫可究诘”^[11]。

由于各地票据习惯互异,给近代票据的频繁流通带来了诸多不便,“遇有纠葛障碍殊多”,因此,时人认为:“票据法为商事法之一种,其立法之内容各国互不相同,然在一国之内,则票据之实施均要整齐划一也”^{[12]1-2}。在全国范围内制定统一的票据法,显得非常必要。

第三,相对于制定法,商事习惯具有保守性、滞后性。

商事习惯是在商务实践中多次重复、最终被群体所认可的行为方式,并不是某个商人个体的有目的、

理性的创造。它“生自民间,出于习惯,乃由乡民长时期生活、劳作、交往和利益冲突中显现,因而具有自发性和丰富的地方色彩……在很大程度上为实用理性所支配”^{[13]128}。商事习惯来自于具体的实用认知,缺乏普遍规律性、理论抽象性,往往不能适时地规制已经变迁的商事关系,因而体现出保守、滞后等特点。

我国传统合伙组织内部关系是不公开的,商号向无登记注册之习惯,伙员姓名、住址、所认股份数额、所负责任比例及其他内部关系,外人无从知晓。《川省商事习惯调查报告》指出,“因中国商事向无登记制度,即有使用他人名称者亦无所依据以为处分,倘幸一般习惯于此等竞争犹不多”,因而“同地同业之商号名称有互相袭用之恶习”,一旦商品经济获得发展、竞争激烈之时,这种习惯必然导致严重后果,“其商号之内容既不轻令人知,而破产律又未能一律实行。故商业上之债权人皆似投机行为,常处于险危之地位,商号一经倒闭,惟捷足者独得完全之取偿,其他债权人能否取偿不可必也”^[14]。传统票据习惯也不同程度地存在较大的保守性、具体性等特点。如“无背书制度”,“吾国票据,大抵以交付为转让,无所谓背书,让受人仅将让与人姓名,记入帐簿,以为他日求偿张本,虽有时亦于票背记载前手姓名或商号,然不过为退还票据之根据,并非移转票据之方法,票据不能流通,此为一大原因”^[11]。商事习惯的保守性表现出滞后于社会经济局面的局限性,往往会导致对商事行为的安全性考虑不够,从而发生种种弊端。

在《湖北省商事习惯》中,云梦县道人桥的“粮行买卖成交兑取货金方法”习惯,“仅有收受行用之权利,无赔偿损失之责任”,权利与义务不对等,既非法亦不合理;襄樊及武汉等地“商业账簿之记载”习惯,对于财产之积极消极两方对照表,“襄樊各商店例用以单张之纸片为之,多不记载于特设之账簿,即商人或其法定代理人及经理人亦未有署名于单据者”等^[10]。这些做法体现出商事习惯的缺略疏漏,与商法上保护商人之目的大相背谬。

第四,传统商事习惯重情理而轻责任约束,体现出人情社会的特点。

中国传统习惯产生于乡土社会生活中,人与人之间是建立在以“家”为基础的“亲戚朋友及同乡”的熟识关系之上,并以熟人社会内的潜在规则来约束人们彼此之间的信用及行为。在这种社会条件下,更为重视的是社会人际关系对违约方的软约束,因而衍生出具有传统中国道德伦理色彩的民商事习惯。如契约

当事人双方在订立契约时,大多是对合伙人的出资额、所占股份、利润分配方式等事项的约定,并不直接将债务清偿责任、违约责任等义务性的内容写进契约,而是依靠第三方力量来进行平衡,传统上由中人或证人或与双方无经济利害关系的第三者出面担保、调停^{[13]126}。

在商事习惯调查资料中,可以看到不少在中国传统社会道德规范影响下形成的商事习惯。如上海市商会答复葛召集律师的“华洋商号交付货款习惯”要点:

(一)洋行雇用之跑街,类皆专任兜销货物,并不带收货款,其余客家签订成单内往往载有“跑街无收取货款,收款另以正式收据为凭”字样。故凡交付款项,必须取得该行收据,若无正式收据,或仅凭帐单将款付与跑街,洋行自不承担责任。(二)中国商号雇用之跑街,则多兼收货款。故来函第二例所列举之行为,自属正当,而于交付款后设或发生争执,亦应由雇用跑街之本商号负责。盖此类跑街,例皆具有保人,商号方面,固可向之追究也。^{[15]489}

这则华洋商号交付货款的习惯,体现出中西不同的交付货款习惯。按西方契约习惯,在议单中即载有“跑街无收取货款,收款另以正式收据为凭”字样,明确了商号与洋行跑街的行为责任,并对违约责任作出了明确规定,无须找第三方调停;而按照中国的契约习惯,对于双方的行为责任则缺乏规定,“盖此类跑街,例皆具有保人”,即一旦双方发生争执,须依靠第三方的力量进行调处。

在票据习惯方面,如王凤瀛所言:“本票虽略有信用证券之性质,然如上海等处,往往戳有划汇字样;天津等处,往往戳有面生讨保字样;苟非素相熟识,不能立时取现,仍非纯粹之信用证券也。”^[11]票据更多地倚赖“熟识人”的信用保证,而对票据本身的信用规定不够,因此有“票据非信用证券”之局限。

三

分析清末民国时期的商事习惯调查报告资料和商事制定法,可以看出近代中国商事制定法与商事习惯之间呈现出种种关系。

(一)商事习惯对商事制定法的补充作用

从理论上讲,任何一种法律,都不可能事无巨细地涵盖社会生活的方方面面。即使在法律制度发达

的西方国家,对民商事习惯的功能也是相当重视的,在立法时都通过相应的法律机制为民商事习惯的适用留下一些空间,更何况是在我国民商事法律亟待完善的清末民初。因此,在商事活动中,商事习惯成为商事法律之有效补充,弥补和丰富了制定法的不足;而且由于商事活动的多样性、多变性、地域性等因素,商人群体在商事实践中逐渐探索形成的各种商事习惯,在具体的商事活动的各个领域很大程度上起着法律规则的作用。

直到1929年底之前,我国票据法都未正式颁布。正是各种票据习惯的存在,才保证了票据的正常流通。如关于票据的效力事项,浙江有“照即后始生效力”习惯,“照即乃认明票纸承认支付之意义,与日本手形法所谓引受,名异而实同,盖均以经此手续之后而持票者始与支付人有债权债务之关系,一经拒绝,则债权人虽得主张其他之债权,而对于支付人不能发生票据之效力也。我国现行法对于此种事项尚未明文规定,将来编纂法典,似有采用习惯之必要也”^[2]。可见此项习惯不仅有着重要的实践意义,而且与国际通行的票据法理论相合。各种票据习惯的存在,也为各地审判相关诉讼案件提供了依据。如江苏上海地方审判庭审理“黄济香与丁其昌因票款纠葛案”,就是通过咨询上海总商会,依据沪地“无记名之商业支票以压脚之字号图章为重”习惯而进行的。浙江杭县地方审判厅审理“沈阿林与胡莲庆支票贴现案”、“潘俊卿与熊徐氏债务纠葛案”,皆通过咨询商会,依据当地“上单及支票之习惯”而做出判决的^[2]。这样的例子在票据习惯调查报告资料中比比皆是。

关于“经理人除给薪水外,有无以劳力作资本者”这个问题,我国商律尚阙规定。事实上,“即以川省论,据各属答案所在皆有”^[14],即各地多有以劳力作资本的习惯。在《湖北省商事习惯》中,但凡符合商法之保护商人、促进社会经济发展的宗旨,一般都谓为“善良习惯”,为商法之有力补充,如汉口“牙行代客买卖应负之责任”习惯,武汉“合资营业及出顶承顶方法”习惯等等^[10]。另外,行规之类的商事习惯,在规范商人的经营行为、抑制行会内部矛盾,尤其是在倡导诚实经营、打击以次充好和掺假作弊等方面,也弥补了制定法规定的不足。

(二) 法律规定与习惯的脱节

从清末民初的商事习惯调查报告资料来看,有诸多法律规定与习惯脱节的情况存在。公司中官利制度的存在就是法律规定与习惯脱节的一个典型例子。

近代中国颁行的几部公司法,如1904年《公司律》规定:“公司结帐,必有赢余方能分派股息,其无赢余者不得移本分派。”1914年《公司条例》规定:“公司非弥补损失及照前条提存公积金后,不得以其盈余分派于股东。”1923年又修订为“不得分派股息及余利”,即公司如无盈余,不得移本付息,对官利加以限制的规定。事实上,从中国公司产生之初,即在19世纪70年代公司初兴时,为了鼓励商人投资入股,就规定公司从股东入股之日起,不论企业盈亏,每年须按固定利率向股东支付利息,“官利”成了公司企业中固定股息的俗称。《川省商事习惯调查报告》指出:“外国公司资本无永续利息之规定,惟于会社开业前得以一定之利率配当于株主,但不得超过法定利率之六厘。大清商律无此规定,而事实上则恒有之。川省除股份有限公司必明定一定之利率外,其普通商号亦有常年分配利息者,其名称各有不同,有谓为官利者。”^[14]就是说,在现实中,公司有给付官利的习惯。直到20世纪四五十年代,不少工商业公司仍有派发官利的习惯^[16]。“官利制度显然是这个时代的通行制度,各公司无不如此”^[17]¹⁴⁵。

满铁调查资料之一的《合伙股东责任之研究》一书,对清末民初合伙企业、无限公司股东的债务清偿责任习惯与法律规定之间的冲突进行了梳理,指出:中国对于合伙企业债务的清偿责任习惯,“即合伙人仅对于对外对内的合伙契约上规定的支付分担成数承担责任,关于其他无资力合伙人的负担部分,毫无负担其责任的必要,其损失完全转嫁给债权人去负担,对于债权的担保的观念,是一点也没有的”^[18]³³。但从清末《公司律》到由修订法律馆聘请日本学者所创制的《大清商律》,再到民国年间的《公司条例》、《公司法》等,都未关注中国商事交往中的这一习惯,而是依据日本及其他大陆法国家的一般规则,规定无限公司股东对于债务承担连带责任。1929年,《民法债编》第六百八十一条规定:“合伙财产不足清偿合伙之债务时,各合伙人对于不足之额,连带负其责任”,关于股东的责任完全采用了连带制;“从法的社会性看来,可以说是立法上的一个进步。然而此连带制的立法,决不是目前中国社会情状与习惯之实在的反映”^[18]³⁶。在实际的经济生活以及商事惯例中,合伙企业一直坚持按照“合伙人按出资比例偿债”的商界习惯并付诸实践,与法律规范相对抗。

清末民初法律规定与习惯的脱节,说明当时社会经济的发展程度还较低。从企业组织形式来看,公司

组织的数量和分布范围都还很有限,以独资和合伙旧式商号为主;从官利制度的存在来看,是由近代中国社会资本较为缺乏、受传统高利贷社会的影响所决定的。在这种社会经济条件下,虽然制订了近代商事法律,但多年传承的习惯仍有其生长的气候与土壤。

(三)近代商事立法与传统商事习惯之间的相互影响与制约

从清末民初的商事制定法来看,对习惯在一定程度上也有所保留。这一方面反映了立法者们尊重习惯的态度,承认习惯对法律的影响作用。对清末《破产律》,曾任国民政府法律顾问的法国人爱斯加拉评论说:“该律虽尽量吸收欧美法律观念,同时又不离开中国固有习惯,尤以其保持商会实业之任务为最著。”^{[19]下册,839} 1929年的《票据法》也是参考了“各国立法例,与吾国商事习惯”之成果^{[19]822}。习惯对法律的影响,乃至习惯的“法律化”,这既是商事法律本土化的努力,使其更加适合本国社会经济发展程度的需要,同时也反映了习惯存在的社会现实。另一方面,传统习惯力量的顽固,在一定程度上对法律起着制约作用。清末《钦定大清商律》之《商人通例》第三条规定:“凡业商者设上无父兄或本商病废而子弟幼弱,尚未成丁,其妻或年届十六岁以上之女或守贞不字之女能自主持贸易者,均可为商,唯必须呈报商部存案,或在该处左近所设商会呈明转报商部存案。”^[20]也就是说,只有16岁以上的正常男子才具有完全的商事能力,妇女无论已婚或未婚,均只在特定的条件下方可为商。1914年的《商人通例》第五、六条也对已婚女性从事商业活动的权利能力作出了一定限制。而在西方资本主义国家,凡具有完全行为能力者均可为商,在法律上没有性别限制。显然,这是受中国男尊女卑,女子因无独立的社会地位而不得单独执业的社会习俗影响所致。另外,由于清末民初公司给付官利的习惯在事实上长期顽固地存在着,因而当时公司法在规定公司如无盈余、不得分派股息红利的同时,又有一些折中规定。如1914年北洋政府颁布的《公司条例》第一百八十六条规定:“公司开业之准备,如须自设立注册后,二年以上,始得完竣。经官厅许可者,公司得以章程订明,开业前分派利息于股东。”“前项利息之定率,不得超过长年六厘。”1929年修订的《公司法》也保留了这一规定,只不过将年利降到了五厘。如此规定,足见习惯力量的坚韧及其对法律的影响和制约。

随着近代社会经济的发展,一系列商事法律的制定颁布,绵延多年的商事习惯也在逐渐发生变化。《川省商事习惯调查报告》提到,对于同地同业之商号名称互相袭用之恶习,随着近代商法的颁布和各厅州县商会的成立,近年来“此种陋习已不容于商界矣”;关于“资本实数于开业时是否皆应声明”之问题,以往“川省商业习惯秘密其商号资本,从无公示之必要,惟于开业时用口头表示于筵席间……然必秘密而不肯以示外人”,“近自《大清商律》颁布后,则凡属股份有限公司,其资本实数皆须登载报纸以公示于人,及商会成立则凡商号之开业时必须赴会所报明资本若干以注于册,然实与不实亦有难于确切调查者,不过较昔时之谨守秘密者稍为进步耳”^[14],可以看出近代商律的颁布对习惯的影响与改进。

随着近代商事法律法规的颁布,工商业组织中神祇崇拜的习惯也在逐渐削弱。日本土肥武雄就指出:“在向来的道义观念(尤其是商业道德)中也削弱了那些恶习惯的成因。例如商人崇拜财神、关公、比干等等观念所形成的偶像崇拜,由于资本主义之个人主义利益观念的抬头而渐渐消灭。于是习惯之社会的约束性与羁绊力,遂一天天的趋于弛缓消灭。换句话说,‘恶习惯之根据法律的取缔与纠正’已经成为必要,这是必须付以最大注意的近时的社会现象。”^{[18]3} 随着《工商同业公会法》等近代法律法规的颁布和实施,法律的权威开始在工商同业组织中树立起来,商法观念逐渐深入人心,这是近代法律对传统商事习惯影响的又一重要表现。

总之,清末民初各方面力量组织进行的民商事习惯调查活动留下的各种报告资料,展示了商事活动过程中形成的一系列商事习惯的种种特点,反映了当时的商事法律环境。在清末民初商法初兴之时,商事习惯在维系交易秩序中仍发挥着重要的作用,它们与制订法结合在一起,共同调整和规范着商品生产和交易活动的秩序,成为商事制定法的有力补充。虽然制定法与商事习惯之间尚有脱节甚至冲突之处,某些落后的商事习惯对制定法在立法、司法层面还有掣肘,但总的来看,随着社会经济的发展,当商事习惯赖以存在的社会经济基础发生改变时,在自我调适中,它们也在现实生活中发生着改变,或者逐渐消隐,或者被国家法化而上升到制定法的法律体系之中,而新的商事习惯又在商业活动中不断地产生和发展起来。

参考文献:

- [1] 各省区民商事习惯调查报告文件清册[J].司法公报,1926,(232).
- [2] 王凤瀛.票据习惯目次[J].法学会杂志,1923,1(10).
- [3] 施沛生,鲍荫轩,等.中国民事习惯大全:第一编债权[G].上海:上海书店,2002.
- [4] 天津市档案馆.天津商会档案汇编(1903-1911)[G].天津:天津人民出版社,1989.
- [5] 徐鼎新,钱小明.上海总商会史(1902-1929)[M].上海:上海社会科学院出版社,1991.
- [6] 天津市档案馆.天津商会档案汇编(1912-1928)[G].天津:天津人民出版社,1992.
- [7] 陈锋.清末民国年间日本对华调查报告中的财政与经济资料[J].近代史研究,2004,(3).
- [8] 湖南商事习惯报告书[G]//彭泽益.中国工商行会史料集.北京:中华书局,1995.
- [9] 张家镇,等.中国商事习惯与商事立法理由书[G].北京:中国政法大学出版社,2003.
- [10] 湖北省商事习惯[J].法律评论,1927,(187).
- [11] 王凤瀛.起草票据法之管见[J].法律评论,1924,(33).
- [12] 银行周报社.票据法研究[M].上海:银行周报社,1922.
- [13] 梁治平.清代习惯法:社会与国家[M].北京:中国政法大学出版社,1996.
- [14] 四川宪政调查局.调查川省商事习惯第一次报告书[M].四川调查局清宣统年间刊印.
- [15] 严谔声.上海商事惯例[G]//张家镇,等.中国商事习惯与商事立法理由书.北京:中国政法大学出版社,2003.
- [16] 朱荫贵.改进与变革:近代中国企业官利制度分析[J].近代史研究,2001,(4).
- [17] 严中平.中国棉纺织史稿[M].北京:科学出版社,1955.
- [18] (日)土肥武雄.合伙股东责任之研究[M].北京:中国政法大学出版社,2004.
- [19] 谢振民.中华民国立法史[M].北京:中国政法大学出版社,2000.
- [20] 钦定大清商律:商人通例[J].政府公报,1914,(653).

On the Characteristics of Commercial Customs and the Early Republic of China and Its Relationship with Commercial Law in the Late Qing Dynasty

WANG Xue-mei

(College of Historical Culture and Tourism, Sichuan Normal University, Chengdu, Sichuan 610066, China)

Abstract: In the late Qing Dynasty and the Early Republic of China, a survey on the commercial customs had been done from which characteristics of commercial customs of that era can be seen, for example, commercial customs were deeply influenced by economic policies and social customs of that time; commercial customs varied in different places; commercial customs usually lagged and laid too much emphasis on common sense rather than responsibilities or duties. The relationship between commercial customs and commercial laws, such as the complementary role of commercial customs on commercial laws, loose or even conflicting against each other as well as interaction of each other, were also revealed.

Key words: the late Qing Dynasty and the Early Republic of China; commercial customs; survey record; commercial laws

[责任编辑:凌兴珍]