

的法律文化(诉讼文化)被营造,其制度的运行将会大打折扣,甚至毫无效果。清末诉讼实践并不理想,缺少效能,实与诉讼文化的缺失茫然息息相关。

## 参 考 文 献

- [1]大清法规大全·法律部  
[2]陈刚 中国民事诉讼法制百年进程(清末时期)[M] 北京:中国法制出版社,2004  
[3]赵晓华 晚清讼狱制度的社会考察[M] 北京:中国人民大学出版社,2001  
[4]清末筹备立宪档案史料[M] 北京:中华书局,1979  
[5]光绪朝东华录[M] 下册。  
[6]德宗景皇帝实录[M]  
[7]郑观应集[M] 上海:上海人民出版社,1982  
[8]徐家力,吴运浩 中国律师制度史[M] 北京:中国政法大学出版社,2000  
[9]李交发 论儒家义利观的历史与现代重构价值[A] 儒家义利观与市场经济[C] 上海社会科学院出版社,1995  
[10]张德美 清末司法移植法[A] 樊崇义 诉讼法学研究:第四卷[C] 北京:中国检察出版社,2003  
[11]政法杂志,宣统三年第2期:19

# 略论《钦定大清商律》对外国法的移植

徐立志

(中国社会科学院 法学研究所,北京 100720)

《钦定大清商律》是中国历史上第一部独立的商事法律,也是清末法律改革中颁布最早的新法。它是在没有先例和缺乏经验的情况下,为应当时之需,按“模范列强”的原则制定的。关于该法对外国法的移植,论者多持批评态度,但有关情况究竟如何,并非十分清楚,本文谨就其主要方面作一些考察分析。

## 一、基本情况

光绪二十九年(1903)三月,在经过长期的酝酿之后,清政府决定设立商部,并派载振、伍廷芳等拟订商律。载振等认为,商法门类较多,“目前要图,莫如筹办各项公司,力祛曩日涣散之弊”,于是抓紧拟出《公司律》131条,并在前面冠以《商人通例》9条,于同年十二月奏准颁行。该律制定过程中,载振等按照清廷所确定的“博采中外”、“参酌中西”的修律方针,在中国可予直接利用的立法资源较为缺乏的情况下,主要着眼于对外国法的引进和吸收。受命制定商律后,载振所做的第一件事就是通知在上海的伍廷芳“购译各国律书,籍资采择”,并以商律系专门之学,草创经营,需员佐理,从各地选调了一些“或通达商务,或谙习洋文”的人员,参加起草工作。在此基础上拟成的《钦定大清商律》,从编纂形式到条文内容均主要来自国外。

从编纂形式看,近代各国关于商法的编纂有两种不同的方式:一如法、德等多数大陆法系国家,在民法之外另行编纂商事法典,实行民商分立;另一类如英美及瑞士等国,不立统一的商法典,仅就各专门问题,颁布单行法规。前一类按其立法原则和法典构成,又可分为两大体系:一为法国法系,主要按行为确定商法的适用范围,其法典分为商业一般、海商、破产、商事裁判四编,公司和票据均规定于第一编中;一为德国法系,按人确定商法的适用范围,商法

典由商人、商业公司及隐名合伙、商行为、海商四编组成,关于票据和破产另立单行法。日本商法大致模仿德国法,分为总则、公司、商行为、票据、海商五编。

清政府制订《钦定大清商律》时,虽未具体规定要以何国何时商法为蓝本,但自光绪二十七年(1901)张之洞等提出中国的改革应以日本为楷模时起,以日本法为主要模仿对象,已成为清廷的既定方针。尽管《钦定大清商律》颁布时,清政府关于商事立法的整体规划还没有出台,但从《钦定大清商律》分为《商人通例》和《公司律》两部分,及以后单独制定破产法等情况可以看出,当时商事立法采取的是大陆法系多数国家的编纂形式,实行民商分立,且主要模仿德、日体系,以公司法为其中一编。

从逻辑上讲,《钦定大清商律》的条文内容亦应如此,以模仿德、日为主。但实际情况并不这样简单。该律起草时,商法刚开始进入中国,真正掌握有关知识并了解国外有关法律的人非常少。按照清廷的安排,起草工作由载振和伍廷芳负责,后伍氏调离商部任外务部侍郎,但仍参与此项工作。载振是宗室贵族,法律方面并无专长,业务方面起作用的主要是伍廷芳。据孙文《伍秩庸博士墓表》记载,伍廷芳自幼生活于南洋和香港,成年后曾在香港任职,并留学英国,专攻法律,取得大律师资格后回香港任法官。中年以后又曾出任美国、西班牙等国公使。从其经历看,既留学英国,又先后在香港及英美法系国家任职,自然对英美法较有研究,由他主持拟订的《钦定大清商律》,不能不带上英美法的烙印。据笔者统计,该律140条中,与日本1890年和1899年商法相同或相近的条文有60余条,与英国1862年公司法相同或相近的条文有30余条,其余或为各国通例,或与德、法等各国商法相同或相近。亦有学者认为,

《大清光绪新法令》,商务印书馆宣统元年本,第十六册,第1页。

中国第一历史档案馆:清农工商部档,291号案卷。

张之洞等人的主张详见其与刘坤一第三次会奏变法事宜折,载《光绪政要》卷27,江苏广陵古籍刊印社1991年影印本,第1650页。

比较中使用的文献和参考材料主要有:《大清光绪新法令》所载《钦定大清商律》,商务印书馆宣统元年本;《新译日本法规大全》,商务印书馆1906年印本;日文《德国商法》,东京专门学校出版部1900年版;《商法调查案理由书》,中新书局民国元年印本;《评 钦定大清商律》(日文),载《法学协会杂志》第22卷第10、11号,第23卷第1、4、5、7号,1904-1905年发行。关于英国法的材料主要辑自《商法调查案理由书》和《评 钦定大清商律》。

该律《公司律》有五分之三的内容仿自日本法,五分之二的内容仿自英国法,与笔者的统计结果大体一致。基本可以肯定,该法的内容主要来自日本和英国的商事法律,是对日、英等国商法的移植。

## 二、移植中存在的主要问题

有论者认为,《钦定大清商律》的主要缺陷是脱离中国的国情商情,其实此法制定过程中,立法者并没有完全忽略这个问题,在移植外国法的同时,亦注意照顾中国的原有习惯。据笔者统计,该律有28条的内容与中国的商事习惯有关,其中有的纯粹取自中国的商事习惯,有的既与外国商法相同,又与中国习惯相合。如关于商人能力,《商人通例》第2条、第3条规定,“凡男子自十六岁成丁后方可为商”;“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”。按照这些规定,只有十六岁以上的正常男子才具有完全的商人能力,妇女无论已婚或未婚,均只在特定条件下方可为商,这与中国女子不得单独执业的习俗完全一致。再如《公司律》第30条关于“无论官办、商办、官商合办等各项公司及各局(凡经营商业者皆是)均应一体遵守商部定例办理”的规定,也是针对中国的实际情况而安排的。

因此虽不能说《钦定大清商律》没有脱离中国实际之处,但其主要问题不在于此。该法在移植外国法方面存在的主要问题,是由于立法者对西方国家的商法缺乏足够的了解和研究,起草中未能在充分消化吸收的基础上对所参考的各国法律进行合理选择和有机整合,而是将不同类型的法律生硬地组合到一起,从而造成了结构和条文内容的混乱。

例如,关于公司法的编排结构,近代各国大体有两种编法:一如法、德、奥、日等国,按公司的种类编排;一如英、葡、西、意等国,按公司的事项排列。《钦定大清商律》中的《公司律》由公司分类及创办呈报法、股份、股东权利各事宜、董事、查账人、董事会议、众股东会议、账目、更改公司章程、停闭、罚例等11节组成,从形式上看,与英、意等国的法律比较接近,但若详查各节内容,就会发现彼此尚有不同。该律规定公司分为合资公司、合资有限公司、股份公司、股份有限公司四种,除第一、第十一两节为关于各种公司的规定外,其余各节主要是关于股份公司和股份有限公司的规定,其中第二、三、四、五、六、七各节专门适用于股份公司和股份有限公司,第八、九、十节除适用于这两种公司外,有些规定也适用于合资公司和合资有限公司。按事项排列中又暗含着按公司类别的排列,结构颇为混乱。

再如,关于股份有限公司的设立,欧洲多数国家实行准则主义,由法律规定公司的设立要件,凡符合条件者皆可成立。日本等国商法规定,欲设立股份有限公司,必须有7名以上创办人,创办人要自认股份,并订立公司章程,载明法律所规定的事项,待股

数招足并第一次股银交齐后,方可召集创立大会,由创办人报告创办事宜,并选举董事及监察人,成立公司。已成立的公司,须于规定的期间内向政府注册,方准开办。而英国实行的则是另外一种制度,发起人只须订有章程,向政府登记,公司即为成立。其公司法只规定于注册后6个月内召集初次股东会,而无注册前召集创立大会的规定。《钦定大清商律》介乎日、英之间,一方面于第18条、第20条规定公司股数招齐后,创办人应即定期召集股东会议,公举一、二人作查察人,查明公司成立各事确无弊窦后,于15日内呈报商部注册;另一方面又于第22条规定,公司开办三月后,限一月内由董事局邀请众股东会议,将开办事宜报告于众股东,如有紧要问题,可请众股东酌夺。其前两条规定采取的是日本等国由股东会议决定公司成立的制度,但略去了关于交纳第一次股银及在股东会上产生公司机构的内容,后一条规定来自英国,是与仅以注册决定公司成立的制度相匹配的。以这种简单的方式将两种体现不同原则和制度的条文编在一起,不仅造成法律内容的紊乱,而且在施行中也容易产生弊端。

《钦定大清商律》存在的另一问题是鼓励民间兴办公司,吸收外国法时偏重于采择适应商事活动简便性、敏捷性要求的条文,而对商事活动的安全性要求则照顾得不够。其《商人通例》仅有9条,许多应有的防范性规定均付阙如。《公司律》关于无限公司的专门规定只有2条,关于此种公司的内部关系和外部关系,公司的合并、解散与清算等均无规定。关于合资有限公司的规定也比较简单,特别是不规定公司资金额和各股东的出资额,是很大的漏洞。关于股份有限公司虽条文较多,但也有不少不周密之处。如关于公司创办,除英国外,多数国家都规定于股数招足并第一次股金交齐后,方可召开创立大会,成立公司。而《钦定大清商律》仅规定只要股数招足,就可成立公司,这就为泡沫公司、虚假公司的产生开放了绿灯。关于公司创立大会,德国和日本商法规定创办人要在会上报告创办情况,《钦定大清商律》无此规定,这样创立中的问题就不易发现解决。此外,德、日商法还规定创办人有收齐第一次股银后及时召集创立大会、成立公司的义务,若创办人不履行该义务,超过一定期限,附股人可撤销其所认之股,索还已缴之银。而《钦定大清商律》对创办人的这种责任没有规定,也没有规定附股人在公司成立之前有撤回之权,这也易使创办人借开公司为名,骗取或挪用资金。再如关于股东大会,各国都规定,非通知事项不得决议。《钦定大清商律》规定,开会时如股东有事提议,可由请议之人建议,再加一人赞成,即可提交大会议决,这样众股东无调查研究的时间,很容易滋生流弊。又如关于公司对董事局员代表权所作限制的对外效力,各国公司法都有规定,或不得对抗第三者,或不得对抗善意第三者,《钦定大清商律》无任何规定。所有这些都利于防止弊端,保护商事活动的安全。

见何勤华、李秀清著:《外国法与中国法》,中国政法大学出版社2003年版,第215页。

见何勤华、李秀清著:《外国法与中国法》,中国政法大学出版社2003年版,第215页。

### 三、实际效果

《钦定大清商律》虽有种种缺陷,但不能因此就认为该法的制定是一次移植外国法的不成功尝试。从有关事实看,该法的出现不仅使中国从此有了独立的商事法律,进而形成了商法这一新的法律部门,而且通过其实施,移植进来的法律还在当时的社会中发生了作用。

首先是通过公司法律制度的施行,使公司这一企业形式获得了普遍的合法性。中国以前关于公司的合法性没有统一的法律规定,一般情况下公司须经政府特许才可合法成立。《钦定大清商律》模仿西方国家商法,以法律规定公司的地位、种类及成立条件等,还针对中国的情况,特别于《公司律》第23条规定,“凡现已设立与嗣后设立之公司及局厂行号铺店等均可向商部注册,以享一体保护之利益”,从而解决了当时实际存在的一般公司的合法性问题,因而该法颁布后,中国的近代企业明显增加。据有人统计,到宣统三年(1911)全国约有各种华资近代企业2300多家,资本总额约在3亿2000万元左右,大约相当于光绪二十七年(1901)华资掌握的企业数和资本总额的4倍半,平均每年增长14%到15%。当然,中国近代工商企业的发展,是多种因素促成的。20世纪初的收回利权运动和抵制外货的潮流以及城乡商品经济的发展,都为近代企业的发展提供了有利条件,但商法的作用亦不可否认。其次是公司法的出现,使各种公司行为有了可予遵循的统一规范。在此之前,各种公司“所资以维护而监督之轨范,最初不过有交涉之约款,磋商之合同,试办之奏咨,批准之招股章程,内部之办事细则”,没有系统完整的统一规则。该法的颁行改变了这种状况。特别是公司成立,基本被纳入了受法律规制的轨道。商部办理注册时,都要依照商法进行严格的审查,凡认为不符合法律规定者,均予以驳回。根据清末刊行的《商务官报》记载,光绪三十二年(1906)四月至光绪三十四年(1908)四月两年间,因呈报事项不合法而未批准注册的就有110余起。其中有的是由于所报公司性质与《公司律》的有关规定不符。如光绪三十二年七月,商部批湖北候补知府程颂万等禀:“该员等创设广艺兴公司,业经本部批准在案。兹复开具章程,遵章呈请注册前来。查无限公司应负无限责任,如遇亏蚀,除将公司产业变售偿还外,倘有不足,应向附股人另行追补,律章具有明文。乃查阅该公司声叙呈内称系无限,而成立章程第十八条内有本公司

虽云无限公司,然仅指股额而言,若股金自然有限等语,是於无限二字显属误会,本部碍难注册。”第二年七月,批周口商务分会:“据禀扬州商人李柏泉、王松圃合股银二万两,在周口设立大顺公司,专售煤油火柴,缮具合同条规,呈请注册等情。查本部公司律股分须七人以上,兹系二人出资,或是合资公司,……仰该总理转饬该商更正补呈声叙各项,照章缴费,到日再行核办可也。”还有一些是由于未按《公司律》的规定,将股份落实。如光绪三十三年(1907)二月,商民李本志禀请开设四轮车公司,农工商部批:“该商民所禀股分银二万两,究未指实何处招集存放,……皆有不尽不实,所请着毋庸议。”同年二月批徐金祥等禀:“该商等请在西直门外铁路道旁创设久成煤栈公司等情,查该商等既系创办之人,并未筹集资本若干,以昭提倡。第云同志诸人情愿入股,而股东衔名及集款多寡亦均未声明,仅拟集股章程十二条请部核准,殊属不合,所请应毋庸议。”可见,《钦定大清商律》在规范公司设立方面是起了很大作用的。

第三,通过该法的颁布实施,促进了公司法律观念的形成。宣统二年,浙路公司总理汤寿潜因在雇用英工程师及领款等问题上与邮传部发生争执,被邮传部奏准革职。事情发生后,浙路公司援引《公司律》第77条关于公司总办或总司理人、司事人等均由董事局选派,如有不胜任及舞弊者亦由董事局开除的规定,认为汤寿潜为商人公举之总理,邮传部不得撤换。邮传部援引过去奏准的成案,强调铁路公司与一般公司不同,应受国家特别监督,政府有权任免总理。浙路公司不服,遂援引商部所拟《铁路章程》第2条关于无论华洋官商开办铁路一律遵行《公司律》不得有所违背的规定,据理力争,并将此事呈报资政院,请资政院议决。资政院认为,凡关于铁路公司的事项仍应按《公司律》办理,邮传部的做法是以命令变更法律,遂作出支持浙路公司的决议。这场围绕着浙路公司总理革职一事而展开的关于行政命令与法律何者为先的辩论,虽然最后以朝廷“著邮传部仍照该部奏案办理”的裁决而告结束,但从中可以看出,有关当事人及资政院已有了比较明显的公司法律意识,这与以《钦定大清商律》为载体而引进西方公司法律是分不开的。

(选题策划:宋四辈 乔学杰 责任编辑:乔学杰)

《大清光绪新法令》,商务印书馆宣统元年本,第十六册,第3页。

樊百川:《二十世纪初中国资本主义的发展概况与特点》,载《历史研究》1983年第4期。

《商法调查案理由书》叙例,民国元年印本。

《商务官报》第十六期。

《商务官报》丁未第十九期。此处所说的“股分”,是指《钦定大清商律》规定的“股分公司”,即无限责任股份公司。

《商务官报》丁未第四期。

《商务官报》丁未第五期。

见中国第一历史档案馆:清档案,录副奏摺,宣统二年54—68号。

《宣统政纪》卷46。