

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

Relationship of
Government
to Merchants

官商关系

中国商业法制的
一个前置话题

姜朋 著

TODAY | Legal Thinker

Relationship of
Government
to Merchants

官商关系

中国商业法制的
一个前置话题

姜朋 著

TODAY

Legal Thinker



法律出版社
始创于1954年

图书在版编目(CIP)数据

官商关系:中国商业法制的—前置话题 / 姜朋著.

—北京:法律出版社,2008.5

ISBN 978-7-5036-7606-2

I.官… II.姜… III.商法—研究—中国 IV.D923.994

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第124723号

© 法律出版社·中国

今日法学思想

官商关系:中国商业法制的—
前置话题

姜朋著

责任编辑 刘彦洋
装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2008年5月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 永恒印刷有限公司

印张 8.125 字数 212千

印次 2008年5月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-7606-2

定价:25.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

摘 要

中国历史上的商业活动在很长时间里一直受到主流意识形态的贬抑,商人的社会地位也颇为低下。但是考究历史可以发现,“官”(国家)先于“商”、“官”“商”地位相差悬殊等事实决定了国家与商人(官与商)之间其实是一种非常微妙的互动关系。

为了更好地利用,官方(国家)将商人的从业资格(无论这种资格是卑贱以极,还是富贵无限)、具体的活动地域(本乡本土、翻山越岭或者漂洋过海到异地他乡)、经营活动(批发、零售、中介),甚至交易对象(牙行、官方、普通百姓)、交易价格、商业组织的建立等统统置于自己控制之下。与此同时,出于对财富的渴望,“官”的触角也深入到商业领域,“与民争利”的统制经济持续千年不绝,近代以来更有愈演愈烈的趋势。

机会主义的官方政策培育了同样机会主义的商人。商人并不是单纯地逆来顺受,而是既有消极

躲避，也有主动迎合，想方设法使自己（或自己家族成员）成为官的一员，或者利用各种可能与官方套上关系，以谋求官方保护。他们既不会彻底和官方决裂，也不会彻底听命于官方，阳奉阴违也许过于言重，各怀心腹事倒是—不假。如此一来，在官员经商、—身二任、官商不分等现象频频发生的同时，无从指望商人会成为—支独立的力量，其依循的“商业习惯”也不是纯粹的“习惯”，而是浸润了官方的意旨（未必通过国法张扬）、夹杂了商人的谨小慎微的东西。在解决纠纷方面，商人，无论是个体，还是组织体，都希望得到地方官府的支持。中国古代的国法本无心关注商事活动等细枝末节的事情，这无疑给那些自理词讼的地方官员借鉴、利用地方商业习惯提供了便利。然而事实上，由于国家道德教谕或商业管制措施先行存在（如官方事先批准的行规或条约），官员不免通过审判把官方价值观或法律观塞进了商业实践。这样一来，官方实际上是在肯认自己的观点。

在官（国家）取得了商业活动的主导权，而商人只是个配角的情况下，经由商人自治实现创设商人法，无异于痴人说梦。这恰与西方形成鲜明对比。西方商人与国家（君主）之间那种以金钱换取自治特权的“交易”不可能在中国出现，商业习惯法也不会—在没有国家干预的情况下自发地形成。

19世纪末20世纪初，中国的清政府为了应对内忧外患，选择了包括商法在内的西方大陆法系国家法律作为法制改革的模本。然而，继受来的商法文本从—开始就是以国家制定法的面目出现的，它似乎成为了一种评价人们是否具有某种（商业经营）资格或者某类行为是否要受到（商事）法律的特殊关照或约束的先在的权威，其实质则是授权政府部门评判人们的活动，商人及其活动则不过是被动的需要经受评价的对象而已。另—方面，在寻求富强的梦想激励下，人们试图动用举国的力量投身商海，与西方争锋。以官替商的实践最终发展到无以复加的程度。

官商关系是决定商法过去、现在乃至未来的重要力量。不独中国惟

是,西方亦然。只是二者经行的道路迥异而已。因此,继续坚持“西方中心主义”的论调,单纯提倡由国家继受西方现代商法文本、制定自己的商法或商事基本法,无助于培养中国商人的自治精神,也不能有效平衡官商关系。中国商业法制进程的第一步,不是争论立法形式的取舍,也不是探究商法与相关部门法的边界划分,而是必须首先缚住官商关系这个幽灵。

关键词:官商关系 商法 继受 中国 西方

Abstract

In our history, business activities have been controlled and belittled by the predominating ideology for a long time, that is, merchants in ancient China were situated in the lower end of the social order after the gentry, the farmer and the craftsman. Their interests were not formally represented in the central government at the time when China was an agriculture society. The fact that government was prior to merchants both in birth and in status determined the subtle interactive relationship between them.

For stronger control of and better use of merchants, government made rules almost in every aspects, such as the qualifications to business, business areas (domestically or abroad), commercial activities (wholesale, retail and agency), even trade partners (brokerage houses, official merchants, or ordinary people), the dealing price and the

2 官商关系：中国商业法制的—个前置话题

incorporation of merchant guilds. To increase the revenue, the government tried not only to control the business but to share profits with merchants. Sometimes, government even engaged in business activities itself and competed with individual merchants, which were regulated by it.

The opportunistic business policy molded the merchants with opportunistic characteristics. Under the shadow of government, sometimes merchants dodged the government, and sometimes catered to it by becoming a member of the bureaucracy. In the latter, it was difficult to distinguish the status of merchant from that of mandarin. The merchants could not become a dependent social power; their customs were also affected by the government's ideology.

Although the goals of merchants and government may have overlapped in theory, their order of priorities was different. Merchants sought profits first, and only secondarily the social stability that permitted them to operate unhindered. The government pursued social harmony and order, meanwhile maximized the revenue that allowed it to fulfill its even more complex and expensive tasks.

In Europe, the urban merchants (bourgeois) financed the autocratic ruler and received political patronage from them in exchange. In this context, of mutual profit and mutual assistance, the system of absolutism rule generally took shape. However, in China, controlled by the government, the merchants only acted as a supporting role. They could not get the autonomy from the government just as their western contemporary had done. And it was only a dream that the merchant customs could come into being without the interference of government.

From the end of 19th century and the beginning of 20th century, China began to transplant western legal system in order to get rid of the foreign

consular jurisdiction. That meant the modern commercial law of China was enacted by the government at first. At the same time, with the dream of making the country wealthy and strong, the state-owned enterprises took place of the private ones at last.

The government-merchant relationship was, is, and will be an important sector in the formation of commercial law. However, in China, the transplantation of western commercial law could neither cultivate the autonomous spirit of merchants, nor balance the government-merchant relationship.

Key words: government-merchant relationship; commercial law; legal transplantation; China; the West

序

当下中国的商法研究似乎呈现一片繁荣的景象,但若究其实,则能发现制度层面的研究的确有不少成果,而商法基础理论的研究却完全是另一种境况。不惟如此,就是法学院的课程设置与教学,商法总论或商法导论的课程似乎也是凤毛麟角的,即便开了这样的课,据说教师在授课时也只是一、两节课说一下商法的基本原理,然后就转向具体的制度如公司法、票据法等方面去了。中国商法基础理论的薄弱无疑有着多种的因素,但研究方法上的缺陷或不足肯定是其中一个关键性的因素。

中国的商法理论应当和它的商业实践一道发展。此间,仅仅靠对其他异域现行规定、做法比较和介绍并不能满足全部的需要。有一句老话叫“通过罗马法超越罗马法”。但对中国私法而言,这注定只是个理想。因为“通过”的过程也恰是同化的过程,而同化之后是否还有机会和能力“超越”更是问题。中国商法理论研究需要另辟蹊径。姜朋博

士的这本书，在我看来是提供了一种新的研究中国商法基础理论的视角和方法。

这是一部想要着重讨论商法特别是中国商法产生历史及其逻辑理路，而不只是商法内在诸部分结构逻辑，从而与商法本体论不同的作品。通过对历史上国家政权与商人群体之间的动态关系的考查，作者将中国历史上缺乏商人法和商人自治归因于商人受国家政权的机会主义利用从而也变得同样的机会主义。

本书的一大特点是对史料的大量运用。作者看重并努力发掘历史这座“富矿”，试图通过梳理中国悠久的商业实践，找寻某种必然或一般性的结论。在两年的时间里，在承受教学和科研（论文发表）压力的同时，完成这样的工作应当是不易的。但值得注意问题是，历史因其久远，而失却了很多细节，这可能会妨碍后人的基于事实的判断。不同的人对不同的史实的理解可能是相反的。另一方面，如何在梳理史实过程中不挂一漏万、不避重就轻，还需要更长时间的爬梳和磨炼。

在肯定本书整体框架的同时，我以为，内容方面还有以下几个问题值得注意：

其一，谁是官？在皇权时代，今日为人所熟知的“国家”、“政府”概念尚未取得今日之含义。基于“朕及国家”的理念，皇帝是主权者和中央政府首脑，各级官吏则不过是君主的臣子而已。而皇帝个人的财产和国家的财产、皇帝权力和国家的权力也往往混同在一起，不易分开。而这种情况下在近代以来已经发生了很大改变，因此，本书将官有时同公权力、有时同国家、有时同政府混用的（或是三者混用）的做法是否准确，值得斟酌。

其二，类似的，谁是商？中国古代的商人职业往往因当事人的血缘关系而世袭；另一方面，商人们又常因地域的联系而有所谓“商帮”的划分。这种基于血缘的（宗族的）抑或地缘的民间纽带之于官商关系究竟有何种影响，文中并未涉及。是为遗憾。

其三,作者通过对中国古代乃至近代官商关系的剖析得出的与中国商法或中国私法有关的结论有哪些?有关商业的观念与制度是如何影响中国的经济发展脉络并进而影响中国人的私法观念以及中国的私法制度?在与其他人合著的《契约观念与秩序创新——市场经济运行的法律、文化思考》一书中,我曾经归纳出官工官商传统与契约观念的不相容性,列出其消极性后果包括私人商业惨遭厄运、经济活动的主体大为减少、商品经济活动的范围大为缩小、财产私有观念虚化等,最终的结果是官私两伤,商业衰败,平等交易与自由契约观念的荒芜,这些显然对中国的商法观念和商法制度的形成与演变有极为深刻的影响。这本书应当有资格在这方面做出更多的发现与阐释。

我由本书而引发的期许包括:(1)中国历史上诚然没有给商人充分培育和发扬商业习惯的机会,但如今呢?如书中提到的那个“酒楼开瓶费”案中涉及到的行业习惯做法,究竟该放任它,还是该将其置于国家制定法的监管之下?如何有效消除这类“习惯”给商人的客户(消费者)带来的负外部性?(2)为什么官商关系是“一个”前置话题,商法是否还有其他前提性问题,如果有都是哪些?(3)将官商关系问题界定为商法的前提问题,对于中国的商法体系建构将有何种影响?我期待着作者在日后的研究中能对上述问题给出进一步的回答。

姜朋从北大博士后出站时去了清华,但去的不是法学院,而是经济管理学院。我当时就对他讲:你博士后研究的课题是有关中国的商法史,既有商法制度史,更有观念史,到经济管理学院比去法学院更有利于这一课题的后续研究。看来我说对了,这本书就是一个例证。

是为序。

刘凯湘

2007年9月1日

目 录

第一章 引言 / 1

- 一、商法领域的韦伯式问题 / 1
- 二、官商关系的命题 / 8
- 三、中国商法的理想图景 / 11
- 四、官商关系与商人习惯 / 15
- 五、历史方法与商法的时间维度 / 16

第二章 从官商关系的视角看西方商法的演进 / 18

第一节 罗马法为何不是西方商法的起源 / 18

- 一、西方近代商法并非源于罗马法 / 18
- 二、古罗马的官商关系 / 24

第二节 西方商人法的产生 / 38

- 一、中世纪早期的西欧商人 / 38
- 二、商人习惯法产生的历史条件 / 41

第三节 商人法的国家化 / 51

- 一、法国 / 51
- 二、英国 / 53
- 三、后来的发展 / 58

第四节 本章小结 / 62

2 官商关系:中国商业法制的—个前置话题

第三章 对中国历史上官商关系的实证考察 / 66

第一节 中国商人为何叫“商人” / 66

第二节 “重农抑商”说辨析 / 73

一、主流意识形态对待商人的态度 / 73

二、现实与意识形态、法律文本的距离 / 76

第三节 专卖(禁榷)制度:以北宋为例 / 83

一、宋代专卖(禁榷)制度概说 / 85

二、茶的专卖(禁榷) / 88

三、盐的专卖(禁榷) / 92

第四节 明清时期的官商关系管窥 / 95

一、商人资格与商事活动 / 95

二、对外贸易中的官商关系:朝贡 / 98

三、对外贸易中的官商关系(续):广州十三行 / 101

四、商人组织、自律规范与商事纠纷的解决 / 112

第五节 官督商办与官商合办企业 / 116

第六节 本章小结 / 119

第四章 官商关系的历史类型、成因及其弊害分析 / 124

第一节 官商关系的历史类型 / 124

一、关于腐败问题的“亨氏定律” / 124

二、官商关系的历史类型 / 127

第二节 国家为何机会主义地对待商人 / 129

一、为何要抑商:从官农商三方关系入手 / 129

二、为何不能彻底禁绝商人 / 134

三、机会主义商业政策的产生 / 135

四、为何对商人的限制/管制逐渐放宽 / 136

第三节 官主商辅模式(机会主义商业政策)的弊害分析 / 137

一、成功与败落:胡雪岩个案 / 137

二、官主商辅模式(机会主义商业政策)所造成的弊害分析 / 161

第五章 对西方商法的继受与既有官商关系问题的解决 / 173

第一节 继受西方商法之路 / 173

一、晚清、民国时期对两条继受进路的尝试及其影响 / 173

二、从“稳定态”的视角看“商法继受病” / 176

第二节 商法继受引发的问题 / 178

一、商法继受的中西比较与中国商人对继受的反应 / 178

二、对基本范畴的困惑与取舍 / 184

三、官商关系的现代表现 / 193

四、自治的继续缺失与强制因素的悄然进入 / 203

五、规则趋同及必要的强制 / 206

第六章 结论 / 212

参考文献 / 216

后记 / 234

Contents

Chapter One: Introduction / 1

- A. A Question on the Commercial Law of Max Web's Style / 1
- B. The Topic of Government-Merchant Relationship / 8
- C. The Prospect of China's Commercial Law / 11
- D. The Government-Merchant Relationship and Merchant Customs / 15
- E. The Historical Analysis Method and the Time Dimension of Commercial Law / 16

Chapter Two: The Evolution of Western Commercial Law: From a View of the Government-Merchant Relationship / 18

Section I. Roman Law and the Source of Modern Commercial Law / 18

- A. Roman Law is not the Source of Modern Commercial Law / 18
- B. The Government-Merchant Relationship in Roman Society / 24

Section II. The Formation of Western Merchant Law / 38

- A. Merchants in the Early Days of Middle Ages / 38
- B. The Historical Conditions of the Merchant Law / 41

Section III. From Merchant Law to State Law / 51

- A. France / 51
- B. Britain / 53
- C. Later Development / 58

Section IV. Summary / 62

B. The Categories of the Government-Merchant Relationship / 127

Section II . Why Did the Government Treat the Merchant at an
Opportunism Attitude? / 129

A. The Reasons of Restraining Merchant / 129

B. Why Could the Government not forbid the Merchant Completely? / 134

C. Formation of the Opportunism Policy to Merchant / 135

D. Deregulation of the Merchant / 136

Section III . The Damages of the Opportunism Merchant Policy / 137

A. Case Study: Hu Kuang-yung's Success and Failure / 137

B. The Damages of the Opportunism Policy / 161

Chapter Five: The Transplantation of Western Commercial Law and the Solution of the Government-Merchant Problems / 173

Section I . The Road to the Transplantation of Western Commercial Law / 173

A. Two Approaches of Transplantation during the Republic of China
Period and Their Influence / 173

B. The Stabilization Theory and the Disease of Western Merchant
Law Transplantation / 176

Section II. The Problems Induced by the Commercial Law Transplantation / 178

A. The Comparison of Commererial Law Transplantation between China and the
West, and the Reaction to the Transplantaion of Chinese Merchants / 178

B. The Puzzle and Choice of the Basic Conceptions / 184

C. The Present Fact of the Government-Merchant Relationship / 193

D. The Absent of the Merchant's Autonomy and the Forthcoming
of the Government's Regulation / 203

E. The Uniformity Tendency of Law and the Necessity of Regulation / 206

Chapter Six: Conclusion / 212

Bibliography / 216

Postscript / 234