

商法要义

The ESSENCE of
COMMERCIAL Law

郑彧·著



“商法为民法的特别法”

“商法独立性”争议下被民法学者

但是，

商事法律纠纷无论是从法律关系、

在我国立法机关和司法审判机关的立法思路或

正确认识

对商事主体施加正确的

因此，本书希望

通过案例和基本理论的

基本原则和

厘清我国民（商）法界对于商法自身

还原商法的本质含义。

是一种在

和商法学者都广为接受的折衷观点。

面对日新月异商事活动，

主体还是行为上都远远超过民事案件的复杂性。

审判思维都还带有深深的民法思维的逻辑烙印下，

商事活动的本质，

法律约束似乎还无法全面实现。

从商事活动的基本规律出发，

比较、剖析来论证商事法律规范的自身价值、

基本规律，

独立性的某些片面理解和误区，

商法要义

The ESSENCE of
COMMERCIAL Law

郑彧 · 著



法律出版社 LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

商法要义 / 郑彧著. —北京: 法律出版社,
2014. 5

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6175 - 7

I. ①商… II. ①郑… III. ①商法—研究—中国
IV. ①D923. 994

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第051067号



© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 6.625 字数 186 千

版本 2014 年 5 月第 1 版

印次 2014 年 5 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 三河市龙大印装有限公司

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 6175 - 7

定价: 32.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

就大陆法系国家而言,传统民法的发源地德国和法国在各自的《民法典》之外还分别有《德国商法典》和《法国商法典》,两国各自依照民法和商法不同的立法和司法适用着民法和商法,甚至有着独立的商事法院来审理商事案件,所以不存在商法独立性的培育问题;而就普通法系而言,基于“判例法”和“衡平法”的实践,法官有权依据基于先例作出审判,或者在没有先例(包括先例不适用)的情况下基于“衡平法”而作出新的判决以确立新的判例,因此,讨论商法的特殊性在普通法系也没有过多的意义。但对于我国,基于对大陆法系民法理论和体系的熟悉和理论继承,我国大多数的法律制度在法律传承上单方面地参照并延续了大陆法系的民事法律制度,无论是立法机关的立法思路还是司法审判机关的审判思维都带有深深的民法思维的逻辑烙印。不可否认,这种民法思维的传承在我国经济体制改革过程中对于确定“人”(包括自然人和拟制的法人)的“私权保护”(无论是人身权还是财产权)都具有举足轻重的作用。但在中国特色的社会主义市场经济建立和发展过程中,越来越多的国际商业规则和商业惯例被引入中国,这些新型的商事行为和商业活动在行为特征上越来越多地突破传统

的民事规则而凸显商事(包括金融)活动特有的行为规律与行动准则。比如以破产重整为代表的破产制度,以融资为目的的证券回购制度,以及各种各样的金融创新活动。在实践中,如何对待这些商事规则和市场的创新活动过程中所出现的纠纷则存在一种很明显的矛盾:由于目前的法官多受传统民法理论的熏陶,其在对待商业活动纠纷中多以民法的思维和民法的基本理论来解释商业主体的商业创新活动,而不太保护商业活动过程中商业主体特有的制度设计和制度安排。比如,在质押式债券回购交易中,基于交易连续性和对交易对手保护的要求,回购交易的规则赋予证券交易商可以直接将客户质押的债券进行拍卖、出售并充抵债务的权利,但这种证券质押下的直接处置方式不符合传统民法有关“禁止流质”的规定;再比如说,在商事融资租赁过程,法官通常只会基于对违约损失的“填平原则”而保护融资方“物”的追索权,但不会同时支持出租人对于违约金的请求权(另一个很好的例证是我国合同法对于违约责任也仅是支持“补偿性赔偿”而非“惩罚性赔偿”)。因此,在商事领域,很多以民法思维进行处理的案件看上去似乎符合诸如“公平”、“等价”和“有偿”的要求,但却可能在更大程度上损害了商业活动的正常流转和商事主体对交易自由设定的需要。

因此,虽然商法学科已经被认定是法学教育的16门主干课程之一,但在现实的法学教育中,对于商法的独立性问题却仍存在诸多的质疑和争论。虽然商法研究也存在于“民法总则”式的“商法总论”研究,但因为基于以逻辑分析和说理为特征的这些研究多显抽象并缺少事实的佐证,这使得现有的商法总论的研究并未得到立法、司法实践部门的足够重视。因此,本书希望通过对商业社会发展的基本脉络和商法发展的基本规律的探讨来剖析商事活动历史进程中对于法律需求所存在的基本规律,研究民法思维下的法律规制和商法思维下的法律规制存在不同的价值取向,剖析民法思维存在和发展所处的社会背景与经济背景的不同,通过系列案例和事实的提炼来比较民法思维与商法思维在对商事活动供给过程中的不同供应曲线,来系统地阐述和论证商法的独特价值观和方法论。

最后,欢迎各位读者的批评指正。E-mail:2331@ecupl.edu.cn

郑 彧

目 录

前言 /1

第一章 商法概览:商的历史与商法的历史 /1

第一节 商法:与商人有关的法律 /1

第二节 商史及商法史 /4

第二章 商法的地位 /21

第一节 商法的地位之争 /21

第二节 商法与民法的区别 /27

第三节 商法与经济法的区别 /38

第三章 商法的体系 /49

第四章 商法的特征 /58

第五章 商法的原则 /66

第一节 商法基本原则的确定 /66

第二节 效率优先原则 /69

第三节 保护交易结果原则 /85

第四节 利益平衡保护原则 /97

第六章 商主体 /105

第一节 概述 /105

第二节 商个人、个体工商户和个人独资企业 /123

第三节 商合伙 /127

第四节 公司 /133

第五节 商业信托 /151

第七章 商行为 /155

第一节 商行为概述 /155

第二节 商事代理、商事行纪和商事居间 /161

第三节 商事信托 /167

第四节 商事担保 /171

第五节 融资租赁 /178

第八章 商号与商事登记 /190

第一节 商号 /190

第二节 商事登记 /194

第九章 营业转让 /202

第十章 商业账簿 /205

第一章 商法概览:商的历史 与商法的历史

第一节 商法:与商人有关的法律

一、商法研究什么

从字面解释上看,商法顾名思义乃研究有关“商”之法律。故此,何谓“商”,哪些人可以成为“商”,哪些事可以构成“商”就成为研究商法首先要解决的问题。就“商”的解释而言,可以分成“字面意义上的商”和“经济学意义上的商”两个层面。

(一)从字义上看

中文字义上的“商”,从词源上考察经历了一个逐渐演变的过程。古代汉语中,商是一种计时单位。一刻(15分钟)称为一商,古语有谓“商,刻也”。商又被用指“估量”、“推测”,后来商发展为与量合用,称为“商量”。“商”一词被引入经济生活,最早是因为中国古代人在相互交换和互通有无中使用。^{〔1〕}如

〔1〕 范健、王健文:《商法的价值、源流及本体》,中国人民大学出版社,第155~158页。

“通财鬻^[2]货曰商”,^[3]“商、贾何谓也? 商之为言,商其远近、度其有亡、通四方之物,故谓之商也。贾之为言固,固有其用物以待民来,以求其利者也。行曰商,止曰贾”。^[4]用白话说就是“坐贾行商”(坐商和行商),可见“商”表明“一个以从事交易活动为职业,并从中获取一定利益的行为”。商人就是从事“商”之人。

而在英文中,“commerce”一词代表了“商”。Blacklaw 法律词典对于“commerce”一词的定义是“The exchange of goods and services, esp. on a large scale involving transportation between cities, states, and nations”。^[5]即“商”是指货物和服务的交换,特别是在城市、洲际和国家之间涉及运输的大规模的交换。类似地,1985 年《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范规则》对“商”(commerce)一词的解释是“任何提供或交换商品或劳动的贸易交易、销售协议、商业代理、保付代理、租赁、工程建设、设计、许可、投资、融资、银行业、保险、开采协议或特许权、合营企业或其他形式的工业或商业合作,客货的航空、海洋、铁路或公路运输等”。

(二) 经济学上的解释

经济学上的“商”通常是指以营利为目的的各种商品或服务的交换行为。早期经济学上的商其实将经济活动分为“生产活动”和“非生产活动”。因此,“商”原本仅指不涉及生产活动,在农业、工业等生产商与消费者之间从事媒介财货交易、调剂供需并从中获利的“中间商”(也称“买卖商”)。但随着经济社会的发展,生产的目的显然已经远不是为了自给自足的需要,而是专门为了交换而进行生产。因此,当基于获利的需求时,生产者在商业社会中也成为“商”的一员。

(三) 小结

一旦“商”的意思得到明确,那么我们也不难理解商法研究什么了:既然“商”乃交换贸易,那么商法研究的就是这种从事交换贸易的

[2] “鬻”:音 YU,义为卖。

[3] 《汉书·食货志(下)》。

[4] 《白虎通·商贾》。

[5] Blacklaw Directory, (9th ed. 2009)。

人及其所发生的行为。抽象地讲,商法就是研究“商人”和“商行为”。在“商人”和“商行为”这两个大类概念下,大家大致可以看到商法的研究对象可以分为:

1. 哪些主体(人)是受商法规制的商人:比如,为什么会有公司、合伙之分?为什么会有破产制度?什么人可以成为商人,什么人不是商人?以及成为商人的条件是什么?等等。

2. 哪些行为是受规制的商行为,哪些行为不是商行为:比如,在“淘宝”和“易趣”^[6]等线上交易工具进行“交易”人的是否为商人?在网络交易平台上从事经常性购物的买家和偶然进行购物的买家在主体性质上是否要有所区别?对于从事“自买自用”和“买卖交易”的主体的法律调整是否要有所区别?等等。

二、何为商法

法律是用以调整某项社会关系的规范总和。比如,民法调整民事法律关系,经济法调整国家干预经济活动过程中产生的社会关系,刑法调整刑事法律关系。在民事法律体系项下,民法规范平等民事主体之间的民事行为,在诚实信用的准则下保护平等民事主体的利益;在经济法法律体系项下,经济法规范国家对经济活动的干预和调整,在公平原则下保护市场参与主体的公平竞争和资源的优化配置。沿着这个逻辑,商法存在的理由就是要规范商人在从事商业活动过程中的行为,确保商业活动的有序、正常和公平。简单地看,为什么“商人”和“商行为”不由民法和经济法调整而由商法调整,最主要的原因在于各部门法“术业有专攻”,它们的调整对象、目的、方法和手段都不一样,以民法、经济法的手段和方式去调整商主体和商行为都不合适:比如经济法讲究国家干预,经济法是用国家“有形之手”去调节“市场之手”的失灵,因此它更多地体现了国家“宏观调整,微观干预”的特征,而商人的商事活动多以“牟利”为目的,需要自我决策和自我负责,过多的外部干预会影响商人的活动和商事活动;同样,民

[6] 我们知道,自阿里集团将“天猫”、“阿里巴巴”和“淘宝”三大板块业务拆分后,“阿里巴巴”从事的是“B2B”业务;“天猫”从事的是“B2C”业务,“淘宝”是正宗的“C2C”业务。所以理论上,“天猫”上的卖家是职业商家或者其代理商,而“淘宝”交易商是普通的注册会员。

法是平等主体之间的民事关系,但从传统上看民法的逻辑基础是建立在偶发的交易上,有关民法体系中的物权、债权、不当得利、无因管理是商人从事交易的前提(比如所有权确认或者合同的签订),但民法的逻辑体系并不能清楚地解释“商人”这类特殊法律主体存在的意义,无法清楚地划分从事商业行为的主体的形式类型,普通的“法人”认定规则也无法帮助确定商人的资格,解释不了为什么对于商人这样的特殊主体所从事的行为规制可以适用于不同于传统民法对于民事行为的规制措施(比如在违约中,民法赋予不同的救济选择,而商法为保护交易的效率可能只以违约金的追究为主要选择)。因此,为了更好地调整商主体和商行为,商法就有了它存在的必要性和科学性。有关商法和民法、商法和经济法的比较我们会在下面的专节中进行讨论。

因此,借鉴划分部门法的通说,我们可以认为,“商法是调整商主体或准商主体在从事商行为(商事交易活动)过程中所产生的社会关系的规范”。有著名的商法学者认为商法调整“因商主体及其他主体所从事的商行为而形成的法律关系即商事法律关系的法律规范的总称”〔7〕。这种观点认为商事关系的主体既包括商主体,也包括作为商主体商事交易相对人的一般民事主体的非商主体,还包括从事了商行为的一般民事主体。商行为的实施主体一般应为商主体,但一般民事主体亦可成为商行为的实施主体。

第二节 商史及商法史

一、“商”及商业社会的起源

(一)西方“商”史

1. 古埃及〔8〕

从古埃及社会的发展看,商人的出现是社会分工的结果。在法老时代,古埃及经济生活得以进一步发展,尤其是农业、手工业获得

〔7〕 范健、王建文:《商法论》,高等教育出版社2003年版,第37页。

〔8〕 参见何勤华、魏琼主编:《西方商法史》,北京大学出版社2007年版,绪言部分。

了极大的发展,出现了多余的产品,加之对于各种外国原料的需要,促成了国内商业的产生和发展,开始出现各种财产的交换,商人成为不可或缺的社会角色。比如《鲍拉克纸草》中记载了古埃及已经出现了专门负责批发出售肉、葡萄酒和面饼的商人。基于交易的需要,古埃及的市场充斥着以物换物的等价物,因为交易频繁的原因,贵重金属作为可被普遍接受的等价物开始登上历史舞台,商品货币关系得以迅速发展,借贷关系也出现了。

2. 两河流域

幼发拉底河和底格里斯河分别发源于叙利亚东部和土耳其北部的山脉和高地,随后几乎平行地向南流入波斯湾,沿河两岸形成的冲积平原就是美索不达米亚。以今天的巴格达为界,可将美索不达米亚分为南、北两部分,即北部的亚述和南部的巴比伦尼亚。被称为亚述的北部地形为高地,自然资源和降雨相对丰富,以这里为中心,在公元前1600年产生了名为亚述的军事帝国;而划为南方的巴比伦尼亚地形为低地,缺乏石头、木材、金属之类的材料,此地年降雨量不足200毫米,当地人们使用灌溉进行农业生产,丰收的农产品使城市得以发展。

城市是美索不达米亚的基本单位,大多数平民为农夫、工匠、商人、渔民和养牛人。每个城市都有一个手艺人阶层,包括石匠、铁匠、木匠、陶工和宝石匠等,他们在自由市场上出售自己的手工艺品,买主通常支付货币或者以实物进行交换。货币通常是银块或银环。在苏美尔文明早期,就有专人从属于国王和寺庙的祭司,代表神庙或王室经商。经过几个世纪的演进,到了古巴比伦时期,商人逐渐成为专门职业者——不再作为宫廷和庙宇的代理人,而是私人业主。^[9]而商业贸易也成为“为了盈利而专门从事买与卖的职业集团支配生产者产品或从其他人那里获得控制权的中转过程,这些专门从事买与卖职业的人就是商人”。^[10]

[9] 参见[美]马文·佩里主编:《西方文明史》(上卷),胡万里、王世民、姜开君、黄英译,商务印书馆1993年版,第21页。

[10] 于殿利、郑殿华:《巴比伦古文化探研》,江西人民出版社1998年版,第234页。

3. 古代希伯来

希伯来人就是今天的以色列人。大家知道犹太民族是以“商业活动”成名的民族,他们是人类历史上较早从事商业活动的民族之一。希伯来人善于经商的特点与他们生活的环境息息相关。希伯来人生活的地区史称“迦南”(Canaan),位于地中海和阿拉伯沙漠之间。与埃及及两河流域相比,这一地区自然环境不好,生活环境也不稳定,仅靠当地的农耕水作很难生存,而且在频繁的战争和掠夺中,希伯来人必须在古埃及帝国及古巴比伦帝国的夹缝中求生存。^[11]他们必须另寻出路,而从事无须耕种的贸易就是他们的选择。希伯来人很早就开始了以货易货的交易。在交易过程中,牲畜和畜皮一开始是作为一般等价物存在于交易中,偶尔辅以贵金属作为交易的等价物。由于贵金属作为等价物比牲畜有更大的优越性,于是犹太商人在商贸往来中开始大量使用贵金属,交易过程也逐渐开始简化。货币(无论是本国货币还是外国货币)的大量流通成为希伯来古代商业文化中比较重要的特征。

4. 古希腊

古希腊文明的源头可以追溯到公元前 3000 年到公元前 1200 年之间的克里特文明和迈锡尼文明。在城邦制度下,原来以农耕为主的生产方式转换为以交换为主的商品交易模式。随着城邦的扩张,手工业及手工业主也得到了发展。早在公元前 5 世纪的雅典,在手工业门类上已经有了纺织、麻纺、制陶等十几个部门,而且这些部门的生产水平与生产规模都已经达到了为商品贸易而进行的专业化生产的程度。再加上优越的地理位置,古希腊的对外贸易得以迅速发展,他们与埃及、西班牙、地中海东部的塞浦路斯都有频繁的贸易往来。商品交换的扩大和新商路的开辟,使得古希腊成为地中海商业贸易的中心,伴随着这种商业贸易中心地位的确立,与商业贸易有关的货币集散、船舶制造、海商运输等行业也自然而然聚集在古希腊,从而产生了金融业、造船业、运输业的雏形。

[11] 参见[以色列]阿巴·埃班:《犹太史》,阎瑞松译,中国社会科学出版社 1986 年版,第 5 页。

5. 古罗马

在罗马共和国前期,罗马和意大利居民的经济生活是以农业为主。在罗马帝国向外扩张以前,商业和手工业一直处于微不足道的地位,只是在王政时期以及共和国早期才出现了陶器、青铜器加工等行业的分工。随着罗马帝国的扩张,手工业开始得到发展,围绕金、银加工的手工业开始得到繁荣。由于意大利位于地中海的中心,它的地理位置使其便于与地中海沿岸各地来往,意大利逐渐成为世界贸易的中转站,出现大量以贸易为谋生手段的商人。^[12]

在古罗马阶段商业发展的特征是:

(1)大规模的贸易促进帝国各地城市的发展(如同中国现在的“城镇化”过程,有城市意味着需要商人来支撑城市的运作)。

(2)开始出现信贷和信贷业务。罗马共和国在出现铜币作为交易媒介后,罗马金融家从希腊人那里学来了解决债务的办法,即用现金交易所支票支付,由此产生专门提供资本的商人(包括商业资本和高利贷资本)。

(3)出现了专业的商人和商人团体:特别是以行会为代表的贸易联合组织开始大量出现,这些行会控制了行业的资源,制定了行业共同遵守的规则。^[13]

6. 蒸汽革命时代

进入18世纪,随着蒸汽机车的发明,机器被广泛用于工业制造方面。纺织、冶炼、运输等行业大量使用蒸汽机,这使得工作效率大大提升,产品增多。而伴随着产品增多、运输能力的加强,以英国为首的欧洲国家开始商业扩张之路。他们以棉纺制品与东亚、西亚进行交易,换回茶叶、丝绸、毛毯、瓷器等物品。英国人、葡萄牙人、西班牙人以炮船建立一个个殖民地,并从殖民地掠夺大量资源。随着商业贸易的日益强大,支持商业贸易的市场体系(如股票市场、期货市场)、支持商业贸易的货币体系(如造币、票据、贷款)、支持商业贸易的组织结构体系(如有限公司、股份有限公司)、支持商业贸易的保险

[12] 何勤华、魏琼主编:《西方商法史》,北京大学出版社2007年版,第142~147页。

[13] 何勤华、魏琼主编:《西方商法史》,北京大学出版社2007年版,第149~154页。

体系(如船舶保险、产品保险)、支持商业贸易的法律体系(如破产、清算、重整)等制度开始出现;伴随着商事类型的越来越专业化,出现了专业的银行、保险公司、船东;伴随着股份的发行,出现了公众型公司,融资开始公众化。由此,无论是区域性还是全球性的商业贸易,专业化分工越来越明显、资源集中度越来越高。

7. 信息时代

“二战”后,随着电子计算机的发明、运用、普及和推广,商业社会呈现出两个变化:首先,由于电脑的使用产生了许多新的交通工具(飞机、集装箱运输)和交易工具(电子支付、电子清算),这使得交易越来越便捷,交易规模越来越大;其次,随着交易规模越来越大,新的交易形式和交易方式得以产生:比如从事股票和期货交易的证券交易所、期货交易所,专业从事资金清算的、统一的、实时的结算网络,基于现实商品交易的新型衍生品交易层出不穷,企业之间的并购、反并购,分分合合之喜剧和闹剧每天都在上演,商事活动越来越呈现复杂化、交叉化和金融化的特征。

8. 互联网时代

在互联网时代,以网络为载体的交易模式开始形成,以 EBAY, 阿里巴巴、淘宝为代表的网络交易网站蓬勃发展,^[14]像 FACEBOOK、YOUTUBE、微信等以社交网站为基础的新型商业模式逐渐树立,大量的交易也从线下转为线上,像电商、职业代购人等新型商业主体开始出现,随着电子交易的发展,还衍生出像第三方支付平台(如快钱)、第三方物流等新的行业业态。

(二) 中国“商”史

1. 封建社会中的“商”

从奴隶社会进入到封建社会的几千年中,在“君臣父子”、“普天之下,莫非王土;率土之滨,莫非王臣”的社会关系下,中国经济社会主要呈现的是自给自足的自然经济形态。封建王国的商业政策是

[14] 比如,2013年11月11日,淘宝和天猫举办的“11·11”促销活动,当天销售总额为350.19亿元人民币,参见张丽华、郭培:“350亿!这个疯狂的数字是‘你’创造的”,载《杭州日报》2013年11月12日A13版。

“对内开放,对外封海”。因此,我国并不存在像古希腊、古罗马和西欧那样以对外贸易的需求促进商业发展的商业发展路径,封建时期我国商业社会的发展是基于封建社会内部自足自主条件下的剩余产品的简单交换。即便如此,我们仍可以看到在中国故步自封的封建社会也曾出现了繁荣的手工业和商业。比如闻名遐迩的宋代名作《清明上河图》就反映出宋代汴京城集市的热闹与繁荣。

2. 清末民初时期的“商”^[15]

“抑商”是中国封建社会的传统。鸦片战争使中国面临“现代性”的挑战。两次鸦片战争的失败和国内农民战争的冲击,使统治阶级内部的少数开明派开始认识到洋枪洋炮的厉害,在镇压太平天国运动中取得一定权力的汉族地方官员如曾国藩、李鸿章、左宗棠,成为“洋务运动”的主要推动者。这些封疆大吏在自己的“势力范围”内开始兴办现代企业,即以大机器生产新式武器的军工厂。同时,在军事策略上,洋务运动主张兴办生产新式武器的现代军工企业来镇压农民起义、反对外患。但洋务派遭遇的阻力显而易见。抑商主义提出只要“读孔孟之书,学尧舜之道”便可“明体达用”,“何必令其习为机巧,专明制造轮船、洋枪之理乎?”顽固派根据“论语”,认为“民劳则善心生”,把科学技术说成是使人懒惰狡诈、贪财噬利、人心变坏、破坏儒家伦理道德的“奇技淫巧”,只有儒学纲常是“立国之本”,引进科技自然便是破坏“国本”。在经济政策上,顽固派以“论语”为据,坚决反对此时出现的“重商富民”思想,并论说机器生产是“末富”,传统劳作才是“本富”;现代工商业是“末富”,传统农业耕织才是“本富”;所以排斥、拒绝机器生产和工商业就是“固本”,西方重商富民则是舍本逐末。

如何对待“商”,清政府内部一直有两种截然对立的观点。曾任驻英公使的郭嵩焘在1875年上了一道奏折,强调西方富强之本在于政府保护工商,“惟其以保护商贾为心”,所以有养兵的财力。中国应“先欲通商贾之气,以立循用西法之基”。这种观点,遭到保守力量的

[15] 本部分内容主要参考雷颐:“商人与政治:清末商人政治态度的变化”,载《经济观察报》2013年8月19日第45~46版。

强烈批判。批判者认为如果发展工商,人民财富过多,就会破坏中国“政令统于一尊,财富归诸一人,尊卑贵贱体制殊严”的传统社会结构,所以朝廷必须“闭言利之门”、“不尚理财之说”。中国必须继续实行传统的重农抑商、重官抑商政策:“中国制治必须朝廷操利权”,如此才能“使富商大贾视官宦如帝天,偶一盼睐便以为至荣极宠,斯匍匐以献其财力而惟恐不纳矣”。这是千百年来中国封建官员对商的基本态度和原则。即便像曾国藩、左宗棠、李鸿章这样的权势之强办新式企业阻力尚且如此巨大,那些无权无势的平民、商人在这种环境中就更不可能兴办现代企业。如19世纪70年代初曾有华侨商人在广东南海设立以蒸汽为动力的缫丝厂,结果却被官方以“沿海各省制办机器,均系由官设局,奏明办理,平民不得私擅购置”为由,将其拆除。

除官办企业外,这个时期的私人虽可设立企业,但若非与官府关系良好,官家有权禁止其用新式机器,甚至将违令者查封,所以中国商人根本不可能兴办新式工商企业。在此背景下,沿海某些地区想经办现代企业的商人,只能给洋人当买办。久而久之,这些商人虽积攒了大量财富,但因为不能自立门户,只能“挂靠”在洋商名下。如美国旗昌洋行一大半都是华商股本。为解决此问题,李鸿章想出了“官督商办”的方法。即“由官总其大纲,查其利病,而听该商董等自立条议,悦服众商。冀为中土开此风气,渐收利权”。简单说,就是从法律上说是“官办”企业,但股本与实际经营主要靠商人。这种由商人出资入股、政府委派官员经营管理的模式在当时对新式民用企业的建立、民间工商资本的发展都起了重要的推动作用。洋务派依据前述办法相继开办了开平矿务局、电报局、上海纺织织布局等一系列大型企业。由于有政府的保护、支持并取得相当垄断权,官督商办企业获利丰厚,并在一些方面开始与外资竞争。洋务运动从“军工”转向“民用”、从“求强”深化为“求富”、由“官办”转向“官督商办”,意义非同寻常。

“官督商办”中的“官”虽给了官督商办企业种种好处,但这些企业需要受“官”很多管辖。许多人具有“官”、“商”双重身份。早期,这些企业多以“商”为主,“商”大于“官”,所以发展很快。但随着企