

# 商战与律例：晚清的重商主义 法律改革

赖骏楠\*

**摘要** 重商主义是理解中国近代法律史的重要线索。重商主义是近代政治经济的常见表现形态,其本质是民族国家与国民经济的同步缔造过程。西方各国经济自近代以来经历明显的重商主义阶段。晚清中国以不平等条约形式被迫卷入世界体系,丧失大量利权。为捍卫本国经济利益,实现富强,以郑观应为代表的晚清有识之士提出一整套包含法律改革在内的商战主张,即中国版的重商主义。在国际法层面,商战改革体现为以调查各国贸易、保护海外中国商民为宗旨的驻外领事制度的确立与完善,以及在商约谈判中要求废除诸多不公平待遇的尝试。在国内法层面,商战改革体现为专门应对近代经济发展的行政组织法改革、一般性重商法律的制定,以及与现代产业政策类似的、直接干预经济的诸项立法。提倡重商主义这一近代法新理解模式,并非要排斥原有的“法治—权利”和“政治—国族”模式,三者在近代语境中毋宁是兼容乃至互补关系。

**关键词** 重商主义 商战 近代法

## 引言

中国近代法律史,以其跨越古今中西的独特法文化魅力,吸引了数代学者的持续关注。长久以来,近代法主流叙事可被归纳为“法治—权利”模式;在中西法文化碰撞的背景下,以伦理、义务为本位的中华法系开始向西方近代意义上权利本位的形式理性法艰难转型。<sup>〔1〕</sup> 晚近以来,随着社会科学理论逐步深入法律史领域,一种“政治—国族”模式也被运用于理解近代法:

\* 复旦大学法学院教授。

〔1〕 例如,李贵连:《近代中国的法制与法学》,北京大学出版社2002年版;黄源盛:《法律继受与近代中国法》,元照出版有限公司2007年版。

近代法制变革,尤其是历次制宪运动,既尝试以根本法手段对不同区域和族群予以整合,以树立近代国家对全体国民的统治正当性,又尝试以具体的公法制度,来强化国家对基层社会的控制和汲取,并以此完善国家机器的近代化建设,以应对险峻的民族国家竞争体系。〔2〕

在尊重上述模式的基础上,本文将提倡另一种理解近代法的模式,即“政治—经济”或重商主义模式;晚清以来的法制转型,不仅是为了实现法律近代化、权利保护这些法学视野下的常见宗旨,也不仅是为了追求政治意义上的国族建构与国家建设,而且也是尝试在各国“商战”的背景下,以近代法律手段规范乃至干预经济,以保护本国经济利益,促进本国经济发展,最终实现富强目的。

“商战”一语初见于同治元年(1860)曾国藩书信,〔3〕随后得到越来越多人士使用。在晚清,该词被用来表达国族争竞的经济维度,而商战论正是当时经济民族主义的具体呈现方式。如史家王尔敏所言:“商战者,并非商家之战,而系一国内各行业,全力支援之对外贸易力量。并非一时一事之角力争雄,而系长久以往,时时存在之一种竞争。”商战观念是晚清以来“中国民族醒觉最理性之一面”,因为“重商与商战之表达,俱倾向于现实利益之保持与竞争,乃有计划有估量之竞争图景”。〔4〕

理性的经济战略需要理性的法制作为保障,晚清商战的理论与实践均包含大量法律成分。截至目前,学界已有作品对晚清精英人士的商战法律思想展开过研究,也有若干作品梳理过商战背景下的晚清商事立法或其他法律改革。〔5〕但全面、系统地梳理晚清商战法律观念与实践的作品,尤其是将其置于近代重商主义这一理解框架下的尝试,仍属少见。本文主张,晚清商战的法律表达与实践,既具备与近代西方重商主义法律经济史的充分可比较性,又是理解中国近代法制转型的核心线索之一。

## 一、重商主义的定义与中西实践

### (一)重商主义:定义与西方案例

重商主义(mercantilism)拥有两种定义,一为技术性的,一为政治性的。其技术性定义认为,重商主义涉及若干种处在自由贸易对立面的具体经济认识和政策主张,如将重金属视为财

〔2〕 例见章永乐:《旧邦新造:1911—1917》(第2版),北京大学出版社2016年版;赖骏楠:“清末四川财政的‘集权’与‘分权’之争:以经征局设立及其争议为切入点”,《学术月刊》2019年第8期,第89—105页。

〔3〕 参见〔清〕曾国藩:“复毛鸿宾”(同治元年正月二十六日),载〔清〕曾国藩:《曾国藩全集(第25册)》(修订版),岳麓书社2011年版,第48页。

〔4〕 王尔敏:《中国近代思想史论》,社会科学文献出版社2003年版,第207、308页。

〔5〕 思想史研究,参见上注,第98—322页;朱作鑫:《郑观应法律思想初探》,宁夏人民出版社2006年版。制度史研究,参见徐立志:“清末的商事立法及其特点”,《法学研究》1989年第3期,第89—94页;帅天龙:“清末的商事立法”,载徐学鹿主编:《商法研究》(第1辑),人民法院出版社2000年版,第45—140页;张松:《变与常:清末民初商法建构与商事习惯之研究》,中国社会科学出版社2010年版;任满军:《晚清商事立法研究》,光明日报出版社2012年版;王雪梅:《近代中国的商事制定法和习惯法》,四川人民出版社2015年版;李建江:《中国近代海商法》,中国政法大学出版社2015年版。

富、禁止金银出口、追求对外贸易盈余、设立保护性关税或强化国内工商业管制。<sup>〔6〕</sup> 另一种政治性定义认为,重商主义意味着近代国家形成(state making)与国民经济形成(nationaleconomy making)的相互促进过程。在此过程中,崛起中的民族国家以多种手段刺激本国经济发展,以确保国家能获得足够资源,从而在激烈的地缘政治和霸权竞争中维持自身。<sup>〔7〕</sup> 本文主要采纳重商主义的政治性定义。但这两种定义也并非严格排斥关系,而毋宁是揭示出重商主义的不同面向。政治性定义指明了重商主义的根本目的,技术性定义则揭示了实现此目的需要的具体措施。但要指出的是,从政治性定义出发,重商主义未必与自由市场处于对立关系,只要能服务于国家理性的目的,重商主义完全能接纳市场。

至迟从16世纪以来,西方主要国家均陆续经历重商主义阶段。处于地缘政治旋涡中心的荷、英、法等西欧国家,为增进本国财富并削减他国财富,为替本国军事活动积累资源,主动采取了一系列经典的重商主义政策,其政策范围远超出重商主义技术性定义所陈述的贵金属囤积倾向。为促进全国性市场的形成,重商主义不遗余力清除种种封建势力,努力移除资源流动所遭遇的障碍。为促进本国高附加值产业——尤其是制造业——的发展,重商主义实施了授权垄断经营、国家补贴、鼓励工艺创新、加强质量监督等“产业政策”方案。为促进本国制造业,削弱他国制造业,并追求贸易顺差,重商主义提倡以低出口税鼓励本国制成品出口,同时禁止出口生产工业品的原料,对外国制成品施加高关税,乃至限制和禁止某些商品的进口。为鼓励国民对外贸易,赢取海外财富,重商主义国家授权大型公司垄断对某个区域的贸易,并禁止他国与本国殖民地贸易。为保证本国海军拥有足够后备力量,重商主义鼓励造船业、航海业和渔业的发展。<sup>〔8〕</sup> 19世纪以来,这些政策得到后发国家的效仿:美国政府实施过保护性关税、进口禁令、补贴、重要原料出口禁令、工业投入品进口自由化和关税退让、发明奖励和专利、生产标准管制、发展金融和交通基础设施等政策;一度被不平等条约和协定关税束缚住的明治日本,在通过谈判重获关税自主权后,也将工业品进口税率提升至30%左右。<sup>〔9〕</sup>

由此可见,国家积极介入市场,以人为手段塑造经济结构,增进国家财富,是近代西方政治经济的常态。这幅图景离亚当·斯密(Adam Smith)那幅“看不见的手”引领英国经济走向繁荣的画面相去甚远。对此,19世纪德国经济学家弗雷德里希·李斯特(Friedrich List)曾讽刺道,当英国已经攀上经济高峰后,它就把曾使用过的重商主义这把梯子“一脚踢开”,“免得别人

〔6〕 参见(英)约翰·梅纳德·凯恩斯:《就业、利息和货币通论》(重译本),高鸿业译,商务印书馆1999年版,第346—347页;(英)亚当·斯密:《国富论》,唐日松等译,华夏出版社2004年版,第310—312页。

〔7〕 See Gustav Schmoller, *The Mercantile System and Its Historical Significance*, New York and London: Macmillan and Co., 1896, pp. 50-51; Eli F. Heckscher, *Mercantilism*, Vol. 1, London and New York: Routledge, 1935, p. 24.

〔8〕 See Schmoller, *supra* note 7, p. 58; (荷)皮尔·弗里斯:《国家、经济与大分流:17世纪80年代到19世纪50年代的英国和中国》,郭金兴译,中信出版社2018年版,第300—307页。

〔9〕 参见(英)张夏准:《富国的伪善:自由贸易的迷思与资本主义秘史》,严荣译,社会科学文献出版社2009年版,第33—43页。

跟着他上来……然后向别的国家苦口宣传自由贸易的好处”。〔10〕实际上，直到斯密去世 70 年后的 1860 年，英国才勉强成为一个自由贸易国家（而且未能持续太久）。然而，此时的自由贸易仍是服务于为本国低成本工业品争夺全球市场份额之目的，带有强烈的经济民族主义色彩，所以仍属于广义的、政治性的重商主义。

作为一种理性、长期的政经方略，重商主义天然依赖法律——既包含国际法又包含国内法——作为其政策形式。以英国为例，在国际法层面，该国曾充分使用商约手段，要求缔约相对方给予其工业品低关税待遇，同时向对方农产品与原料给予关税优惠以作为“回报”，其实际效果则是增强本国工业，并将他国经济锁死在农业阶段。〔11〕面对国内经济，英国更是在三四百年间不断推出各项立法、法令和判例，以实现介入和管制社会经济，引导其符合国家需求。其中《工匠法令》（The Statute of Artificers）和《济贫法》（The Poor Law）确立起贫民的普遍工作义务，对工资和学徒制进行全面管制；普通法确立起一般性自由贸易原则，而《垄断法令》（The Statute of Monopolies）则允许特定行业、时段、形式（如专利权）或区域的垄断经营；《航海法案》（The Navigation Acts）规定，只有本国商船才有权承担本国航运，尤其是远洋运输，且相关船舶必须在本国修造，该系列法案甚至对船长和船员国籍也有严格限制。〔12〕在同时期法国，类似的法律和敕令也相继出台，以便对手工业、贸易、行会进行监督和管制。〔13〕

## （二）重商主义在中国：郑观应对中西经济关系的理解

以民族国家和资本主义为核心要素的近代世界体系，在 19 世纪将未曾做好充分准备的中国无情裹挟。除了政治和军事上面临弱肉强食的格局，中国经济也遭到各国的垂涎和蚕食。列强一方面以自由贸易为旗号，以武力手段打开中国国门，使大量产品和资本冲击中国市场，另一方面又借助不平等条约，攫取大量不对等的政治经济特权 and 利益，如协定关税权、内河轮船通行权、片面最惠国待遇和领事裁判权，以进一步巩固本国在华经济势力。

在这种不利局面下，为捍卫本国经济利益，并以经济之“富”保障政治军事之“强”，晚清有识之士开始提出中国版的重商主义理论，亦即大名鼎鼎的商战论及相应法律主张。在诸多论者中，曾做过洋商买办、后成为民族资产阶级代表的郑观应（1842—1921），在 19 世纪七十年代到 20 世纪初这段时间里，以远多于他人的热忱和篇幅，提出了当时最完整、系统的商战学说，并对时局产生重大影响。

郑观应清醒意识到列强扩张中军事与经济的互为表里关系，并称之为商战。郑观应看到，

〔10〕（德）弗雷德里希·李斯特：《政治经济学的国民体系》，陈万煦译，商务印书馆 1961 年版，第 343—344 页。

〔11〕参见上注，第 72、78—79 页。

〔12〕See Edward Jenks, *A Short History of English Law, From the Earliest Times to the End of the Year 1919*, 2<sup>nd</sup> ed., Revised, London: Methuen & Co. Ltd, 1920, pp. 130, 298-299, 321; Heckscher, *supra* note 7, pp. 227-233, 280-285, 290; Eli F. Heckscher, *Mercantilism, Vol. 2*, London: George Allen & Unwin Ltd, 1935, p. 35.

〔13〕See Heckscher, *supra* note 7, pp. 138-139, 145-154, 158.

在其所处时代,“各国并兼,各图利己,藉商以强国,藉兵以卫商”。〔14〕在以鸦片战争打开中国国门后,列强的经略重心已经变化:“彼之谋我,噬膏血匪噬皮毛,攻资财不攻兵阵,方且以聘盟为阴谋,借和约为兵刃。”真正的战场在商务而非军事:“我之商务一日不兴,则彼之贪谋亦一日不辍。纵令猛将如云,舟师林立,而彼族谈笑而来,鼓舞而去,称心屠欲,孰得而谁何之哉?”因此,“习兵战不如习商战”。〔15〕

郑观应发现,由于门户洞开,外加不平等条约的束缚,中国在商战中面临种种不利。首先,近代中外贸易中的最不公平因素,莫过于条约规定的协定关税制和低关税税率,但外国却没有对中国商品授予同等待遇。他关注过当时西方各国通行税率,发现进口税率普遍在20%以上,甚至有100%的情形,但列强却以条约将中国进口税率强减至5%。〔16〕这导致贸易上的极度不公:“外国税华货,进口从其重;中国税洋货,进口求其轻……天下有此理乎!”〔17〕其次,自《天津条约》(1858)以来,列强获得在长江流域的通商和航行权,这也对中国商业、航运乃至财政收入构成重大威胁。他写道,“查泰西各国,轮船通商只准径到一埠,其馀沿海、沿江各处,乃该国民船自有之利,外人不得侵夺。今各国轮船无处不到,获利甚厚,喧宾夺主,害不胜数”。〔18〕由于条约规定洋商所运洋货在缴纳子口税(商品纳税入境后抵达下一个通商口岸时须再缴纳2.5%的子口关税)后无须再缴纳厘金,许多华商为逃避厘金,纷纷串通洋商,假借其身份逃税,这些行为“无异为渊驱鱼,为丛驱爵,不独涛张为幻,流弊日多,且先失保护己民之利权,于国体亦大有关碍也”。〔19〕再次,外国银币自由输入中国,使本就混乱的中国货币环境更加雪上加霜。他表示:“按洋钱之质皆非足色,各国所造大半俱系九成,或有不足九成者运之来华则皆照银兑用,并不实核分两,只照市价长落,此中无形之折耗为何如也!”〔20〕最后,领事裁判权的存在,也为洋商所获之经济利权提供了实在的公权力袒护。在华洋商业纠纷中,因被告身份不同,就会产生不利于华商的不同判决结果:“他若华商负欠洋商,一经控告,追封产业,扰及亲朋。西人负欠华债,虽饶私蓄,循例报穷,便自逍遥事外。”〔21〕上述种种中外经济交往中的不公现象,使得他不禁对列强所吹捧的“万国公法”(国际法)发生强烈质疑:“种种不合情理,公于何有?法于何有?”〔22〕

与此同时,清朝各级政府对待经济的政策,也让中国在商战中的境地恶化。当时的厘金征

〔14〕〔清〕郑观应:“商务三”,载夏东元编:《郑观应集·盛世危言(下)》,中华书局2013年版,第385页。

〔15〕〔清〕郑观应:“商战上”,载夏东元编:《郑观应集·盛世危言(下)》,中华书局2013年版,第360页。

〔16〕参见〔清〕郑观应:“易言(二十篇本)·税则”,载夏东元编:《郑观应集·救时揭要(外八种)(上)》,中华书局2013年版,第199页。

〔17〕〔清〕郑观应:“易言(二十篇本)·公法”,载夏东元编:《郑观应集·救时揭要(外八种)(上)》,中华书局2013年版,第188—189页。

〔18〕郑观应,见前注〔14〕,第388页。

〔19〕〔清〕郑观应:“税则”,载夏东元编:《郑观应集·盛世危言(上)》,中华书局2013年版,第317—318页。

〔20〕〔清〕郑观应:“铸银”,载夏东元编:《郑观应集·盛世危言(下)》,中华书局2013年版,第462页。

〔21〕〔清〕郑观应:“交涉上”,载夏东元编:《郑观应集·盛世危言(上)》,中华书局2013年版,第197页。

〔22〕〔清〕郑观应:“公法”,载夏东元编:《郑观应集·盛世危言(上)》,中华书局2013年版,第166页。

收和官督商办企业制度,是郑观应的重点抨击对象。官府四处设卡抽厘,导致重复缴税、运输阻滞、征税中种种违法和腐败行为,“其余无故留难,得贿私纵,因苛罚而致商贾罢市者,不胜枚举”。〔23〕这不仅使得商力日艰,更是驱使华商依附洋商,以便逃避捐税,结果洋商势力更加坐大。除了不合理的捐税及相应腐败问题,他还多次痛陈洋务运动中官督商办企业形式的弊病。由于这种企业中总办、帮办等管理人员,系由官方指派,而非熟悉商务且对股东负责的职业经理人,所以公司的实际经营,会与股东所追求的商业目标发生偏离,并引发种种冲突。他指出,在官督商办企业中,不受股东控制的管理层易发生腐败,也容易因经营不善导致亏损,公司款项常被挪用于官方其他事业,甚至利润也被要求充作“报效”。其结果,则是中国企业“不能与泰西各公司竞争于世界之舞台”,“此中国商业所以日居退败也”。〔24〕

在上述种种不利条件下,中国在商战中处于明显劣势,丧失大量利益。甲午战争前夕,郑观应指出,列强在贸易中通过鸦片、棉织品和其他商品每年获得 1.21 亿两白银的收入,中国只能通过丝、茶等商品获取七千六七百万两的收入。两相对比,中国每年要承受至少 4400 万两的逆差,“何怪乎中国之日惫哉”。〔25〕从贸易盈亏出发来衡量本国经济利益得失,虽不符合当代主流经济学的认识,但在近代语境中却具有历史真实性:当时各国国内经济增长极为缓慢以致难以察觉,且极易受灾害和战争的冲击,所以世界上资源总和更像是一个固定的量,一个国家所得就很容易被看成另一个国家所失。〔26〕

### (三)重商主义在中国:商战法律改革的提倡

为应对上述局面,挽回种种利权,郑观应提出一系列振兴工商业的商战方案,并号召政府出台相应的法律与政策。其具体主张可大致分为对外和对内两个方面。在对外经贸谈判或者说国际法层面,他提出加征关税、限制外商内河航运权、收回领事裁判权、派遣驻外领事等主张。鉴于低关税对中国经济的危害,他主张在商约修订时坚持关税自主,提高进口税率,并降低出口税率:“宜明告各国云:某年之约不便于吾民,约期满时应即停止;某货之税不合于吾例,约期满时应即重议。”〔27〕针对外商轮船在长江任意航行和运营的局面,他主张将此航行权

〔23〕〔清〕郑观应:“厘捐”,载夏东元编:《郑观应集·盛世危言(上)》,中华书局 2013 年版,第 329—330 页。

〔24〕〔清〕郑观应:“商务三·[附录]论招商局及肇兴公司事略”,载夏东元编:《郑观应集·盛世危言(下)》,中华书局 2013 年版,第 390 页;〔清〕郑观应:“致招商局总办叶顾之观察书”,载夏东元编:《郑观应集·盛世危言后编(二)》,中华书局 2013 年版,第 694 页;〔清〕郑观应:“覆陈君可良、唐君翹卿、谭君翰臣论商务书”,载夏东元编:《郑观应集·盛世危言后编(二)》,中华书局 2013 年版,第 749—750 页;〔清〕郑观应:“致招商局盛督办书”,载夏东元编:《郑观应集·盛世危言后编(三)》,中华书局 2013 年版,第 1008 页;〔清〕郑观应:“致招商局盛督办部大臣伍侍郎论招商局”,载夏东元编:《郑观应集·盛世危言后编(三)》,中华书局 2013 年版,第 1070 页;〔清〕郑观应:“致盛杏孙宫保书”,载夏东元编:《郑观应集·盛世危言后编(三)》,中华书局 2013 年版,第 1072 页。

〔25〕郑观应,见前注〔15〕,第 360—361 页。

〔26〕参见(英)马克·布劳格:《经济理论的回顾》(第五版),姚开建译校,中国人民大学出版社 2018 年版,第 3、6 页。

〔27〕郑观应,见前注〔17〕,第 179 页。

赎回,“凡西人之长江轮船,一概给价收回”,并扶持本国轮船业与航运业,“如是则长江商船之利,悉归中国独擅利权”。〔28〕面对领事裁判权导致的华洋商业纠纷处断不公问题,他提议参酌西法专门制定“中西交涉则例”或交涉刑律,并汇编交涉案例,将之适用于通商口岸,以实现审判公平,并逐步收回领事裁判权。如其在《盛世危言》中所言:“当请外国上等有名大律师,中国老成有声望之申、韩幕友,再延深通律例之华人翻译,将彼此中、西刑律会同参订,至公至当,为中、西通商各口律例,分华、洋文刊布各埠。凡在通商口岸,所有交涉案件皆准此编判断,无事刑求以归一律。”〔29〕他还力倡清政府向各国商贸城市派驻领事,“如此,则寄寓之民既得安其生业,而贸易之途以开;佣工之人复得保其身命,而荼毒之害可免”。〔30〕在领事的保护和引导下,对外商战也将卓有成效:“举凡外洋之货,我华人自营运之;中土之货,我华人自经理之。扩其远图,擅其利数,则洋人进口日见其衰,而华人出洋日征其盛,将富国裕民之效,可操券而得焉!”〔31〕

在对内改革方面,郑观应主张以诸种法律和政策手段,促进近代工商业的发展。首先,改革应在税法层面裁撤厘金等苛捐杂税,“厘捐不撤,商务难以振兴,莫若将所有厘卡一律裁撤”。〔32〕放弃厘金的财政损失可由加征关税得到弥补,这一改变显然对华商有利。〔33〕其次,改革应设立商部、商务局等机构和组织,以通商情:“莫若奏请朝廷增设商部,以熟识商务、曾环游地球,兼通中、西言语文字之大臣总司其事,并准各直省创设商务总局。总局设于省会,分局即令各处行商择地自设。”〔34〕再次,改革应制定商法、公司法、知识产权法、银行法等一般性法律,以规范、保护和便利工商活动。在他看来,近代公司制度通过强化对公司监管实现了对股东权益的保护,有助于工商业吸纳更多社会资金。〔35〕近代公司治理结构也能够破除官督商办的弊病,提高企业效率:“董事由股东而举,总办由董事而举,非商务出身者不用……有事则众董集议,有大事则集股商会议,无事则于结帐时聚议……凡有益于公司之事,董事须竭力维持,否则必为人所轻鄙。”〔36〕专利和著作权制度能鼓励学术与发明,“此所以泰西制造之精且新者层见叠出、炫异争奇、日新月异而岁不同也”。〔37〕近代银行制度有助于聚集社会资金,为

〔28〕〔清〕郑观应:《易言(三十六篇本)·论商务》,载夏东元编:《郑观应集·救时揭要(外八种)(上)》,中华书局2013年版,第76页。

〔29〕〔清〕郑观应:《刑法》,载夏东元编:《郑观应集·盛世危言(上)》,中华书局2013年版,第277页。

〔30〕〔清〕郑观应:《拟请设华官于外国保卫商民论》,载夏东元编:《郑观应集·救时揭要(外八种)(上)》,中华书局2013年版,第21页。

〔31〕郑观应,见前注〔28〕,第75页。

〔32〕郑观应,见前注〔23〕,第331页。

〔33〕郑观应,见前注〔19〕,第318页。

〔34〕郑观应,见前注〔14〕,第378页。

〔35〕参见郑观应:《商务三·[附录]论招商局及肇兴公司事略》,见前注〔24〕,第392—393页。

〔36〕〔清〕郑观应:《商船下》,载夏东元编:《郑观应集·盛世危言(下)》,中华书局2013年版,第409页。

〔37〕〔清〕郑观应:《技艺·[附录]沪报‘制造说’》,载夏东元编:《郑观应集·盛世危言(下)》,中华书局2013年版,第498页。

修路、造船等大型事业提供融资,并维持金融稳定。<sup>〔38〕</sup> 复次,改革应当以具体的产业政策方案(奖励、补贴、关税、质量监督),促进丝、茶业、纺织业和其他轻工业,乃至矿业和机器制造业的发展,全面实现工业化。<sup>〔39〕</sup> 最后,货币、轮船、铁路、电报等基础设施建设,对于促进资源流通,提升商战竞争力,也是必不可少。<sup>〔40〕</sup>

甚至连君主立宪政体也成为商战规划的一部分。在郑观应的陈述下,立宪乃富强之基。一方面,获得政治权利的国民将对国家经济建设投入更大热情:“民皆视国为一份子,经营国事,捐输创制,上下一心,种植蓄其基,工商扩其用。”<sup>〔41〕</sup> 另一方面,开设国会,建立责任政府,更是使得社会各阶层能借助制度化的渠道,来监督政府行政,促使其实施各种商战政策:“夫国家对于商业何以无确定之政策,则以政府无确定行政之方针;政府何以无确定行政之方针,则以无监督政府之机关,而政府不负责任故。此即行政之关于商业者言之不可不速开国会。”<sup>〔42〕</sup>

与此同时,晚清政、商界其他人士也都发出种种商战言论。维新派代表人物之一、官至户部郎中与军机处章京的陈炽,就曾在《庸书》和《续富国策》两书中提出过关于挽回利权、实现富强的完整内政外交方略,其主张与郑观应极为类似。<sup>〔43〕</sup> 康有为在著名的《上清帝第六书》(1898)中,请求清廷设立包括法律局、农商局、工务局、矿务局、铁路局、邮政局和造币局在内的12个制度局,其中农商局的职责就含有“立商律、劝商学”。<sup>〔44〕</sup> 在百日维新时提交的《条陈商务折》中,康更是系统阐述了各种重商措施。<sup>〔45〕</sup> 清末商约谈判时作为中方代表的盛宣怀,在光绪二十二年(1896)就提议废除国内厘金,同时将进口税率加倍。其理由也正是商战逻辑:

〔38〕 参见〔清〕郑观应:“银行上”,载夏东元编:《郑观应集·盛世危言(下)》,中华书局2013年版,第449—452页。

〔39〕 参见〔清〕郑观应:“商务五”,载夏东元编:《郑观应集·盛世危言(下)》,中华书局2013年版,第397—398页。

〔40〕 参见郑观应,见前注〔15〕,第363页;〔清〕郑观应:“商船上”,载夏东元编:《郑观应集·盛世危言(下)》,中华书局2013年版,第405—406页;〔清〕郑观应:“铁路上”,载夏东元编:《郑观应集·盛世危言(下)》,中华书局2013年版,第421—424页;〔清〕郑观应:“铁路下”,载夏东元编:《郑观应集·盛世危言(下)》,中华书局2013年版,第425—429页;〔清〕郑观应:“电报”,载夏东元编:《郑观应集·盛世危言(下)》,中华书局2013年版,第435—438页;郑观应,见前注〔20〕。

〔41〕 〔清〕郑观应:“上摄政王请速行立宪书”,载夏东元编:《郑观应集·盛世危言后编(二)》,中华书局2013年版,第352页。

〔42〕 〔清〕郑观应:“致蔡燕生太使”,载夏东元编:《郑观应集·盛世危言后编(二)》,中华书局2013年版,第360页。

〔43〕 参见赵树贵、曾丽雅编:《陈炽集》,中华书局1997年版,第1—273页。

〔44〕 〔清〕康有为:“请大誓臣工,开制度新政局折”(光绪二十四年正月初八日),载孔祥吉编著:《康有为变法奏章辑考》,北京图书馆出版社2008年版,第139页。

〔45〕 参见〔清〕康有为:“条陈商务折”(光绪二十四年六月初五日),载孔祥吉编著:《康有为变法奏章辑考》,北京图书馆出版社2008年版,第303—307页。



“而免厘则出口土货易于流通,加税则进口洋货或渐渐减少。取益防损,利在无形。”〔46〕在普遍被认为开启了清末修律运动的《江楚会奏变法三折》(1901)的第三折中,张之洞、刘坤一明确提出“劝工艺”和“用银元”等主张。而且该折中“定矿律、路律、商律、交涉刑律”的主张,也与商战息息相关,不能仅从笼统的修律角度来理解。其所谓矿律、路律,带有一定的公法性质,旨在对外商在矿务和铁路领域的投资予以限制,否则“各省利权将为尽夺,中国无从自振矣”。其中的商律,也是为了促进大型工商事业,以便与洋商竞争:“必中国定有商律,则华商有恃无恐,贩运之大公司可成,制造之大工厂可设,假冒之洋行可杜。”即使是对“交涉刑律”的主张,也不可抽象地看成是在呼吁制定针对中国全境所有人的近代刑法。与郑观应的说法类似,此处的刑律仅是针对“交涉杂案及教案尚未酿大事者”而制定,以便在华洋刑案中实现更公平的处断,以维护华人、华商权益。〔47〕

综上所述,至迟在19世纪末、20世纪初,朝野上下已就商战达成充分共识,并从各种角度提出商战法律改革主张。这些主张既包含国际法外交层面的倡议,又涉及一般性民商事法律和各种特殊性经济立法。这些学说和主张完美符合经济学历史学派代表人物古斯塔夫·冯·施莫勒(Gustav von Schmoller)对重商主义的定义,即国家建设与国民经济的同步实现。当然,这些言论的发表者几乎不可能接触到欧洲重商主义经济学作品,他们毋宁是从19世纪的国际贸易和条约实践中,洞察出不同于当时盎格鲁—撒克逊人所鼓吹之自由贸易原理的、另一种经济史上的普遍性。

## 二、商战法律改革的国际法之维

### (一) 驻外领事制度的确立与完善

驻外领事是国际法上各国保护其商业利益的重要制度。领事制度起源于中世纪,随后一度衰退,至19世纪重获新生。领事的主要职责是执行本国商业政策,调查所在地区的经济状况并向本国汇报,并在商业事务上给予处在其管辖区域的本国国民通报和建议。在19世纪末、20世纪初,几乎每个欧美大国都在全世界拥有数百位领事,该数字远高于这些国家的驻外公使数量。〔48〕

中国对外派出常驻外交人员,始于19世纪七十年代后期。中英《烟台条约》(1876)签订后,中方派遣以郭嵩焘为首的使团于光绪三年(1877)抵达英国,组建公使馆,郭即成为首任驻英公使。随后三年,中国在德、法、俄、西、美、秘、日等国均建立常设外交机构,派遣常驻公使。在国际公法层面,这意味着“中国进入国际大家庭”(China's Entrance into the Family of Na-

〔46〕 [清]盛宣怀:《愚斋存稿·卷一·条陈自强大计折(光绪二十二年九月)》,民国二十八年思补楼刻本,第6页左。

〔47〕 参见“‘江楚会奏变法三折’之第三折:遵旨筹议变法谨拟采用西法十一条折”(光绪二十七年六月初五日),载怀效锋主编:《清末法制变革史料(上卷)》,中国政法大学出版社2009年版,第26—28页。

〔48〕 参见(美)阿瑟·努斯鲍姆:《简明国际法史》,张小平译,法律出版社2011年版,第158—161页。

tions)。但在对外贸易层面,公使的作用并不显著,保护工商非其要务。〔49〕

要保护海外大量华人、华商和华工的利益,并为全球商战布局,就需要依据国际法或专门条约,设立领事馆,派遣领事官。驻外领事派遣事业的第一阶段,紧随着第一批驻外公使的派遣而展开(1877—1883)。在郭嵩焘抵达英国的当年,位于新加坡的第一个中国领事馆就得以设立。郭之所以力主此事,正是因为他认识到贸易为一国之本,中国应效法西方,派驻领事保护海外华商,以求获得他们对中国经济的支持,而新加坡正好富集华商。在随后几年,日本横滨、美国旧金山、美国纽约、(尚未并入美国的)夏威夷、西属古巴哈瓦那的中国领事馆也纷纷得以设立。其时之所以未能进一步扩大领事派驻范围和规模,主要原因在于缺乏足够经费和合适人才。〔50〕

派驻领事工作的第二阶段,始于19世纪最后十年,并持续到帝制结束。此时清政府更清醒地认识到以领事保护海外华人对中国商战的价值,并为此投入了更多资源。光绪十六年(1890),时任驻英、法、意、比四国公使的薛福成通过谈判获得英国政府同意,将新加坡领事馆升格为海峡殖民地总领事馆,并增设香港和槟榔屿两处领事馆。在光绪二十年(1894)至三十三年(1907)期间,在其他英属殖民地和保护国,如仰光、南非、墨尔本、惠灵顿、悉尼、弗里曼特尔、布里斯班和加拿大,各领事机构也陆续建立。在英帝国之外,清政府于光绪二十三年(1897)设立俄罗斯海参崴领事馆,于光绪二十四年(1898)设菲律宾吕宋岛领事馆,次年升级为总领馆,同年获得在汉城和朝鲜口岸设领的权利,以及在墨西哥设领的权利。宣统元年(1909),清政府在德属太平洋群岛殖民地设立领事馆。宣统二年(1910),驻巴拿马总领馆成立。〔51〕

与荷兰政府谈判,要求在其东印度殖民地设立领事馆以保护华人、华商的过程,最为艰难。相应交涉过程长达近30年(1882—1911)。荷方最初矢口否认其殖民地有虐待华人情形,并坚称中方没有派驻领事之必要。直到光绪三十二至三十三年(1906—1907)间中方派员巡视荷属东印度,并由此掌握了当地虐待华人的大量证据后,荷方才有所退让。在经过艰难谈判后,双方终于在宣统三年(1911)达成专约,规定中国可在荷兰海外领地、殖民地派驻总领事、领事、副领事及代理领事,以作为“其辖内本国之人商业保护者”。条约达成后,清政府立刻开始任命驻巴达维亚总领事、泗水领事和巴东领事。但因辛亥易帜,领事的实际派遣工作遭耽搁。直到民国元年(1912)8月,首任驻巴达维亚总领事苏锐钊才持新政府委任状,前往目的地赴任。〔52〕

与此同时,在筹备立宪的大背景下,清政府也加紧制定针对领事等外交人员的相应章程,以明确其法定职责。宣统元年(1909)外务部制定的《出使报告章程》明确规定驻外领事和商务

〔49〕 参见(美)徐中约:《中国进入国际大家庭:1858—1880年间的外交》,屈文生译,商务印书馆2018年版,第272—299页。

〔50〕 参见(澳)颜清滢:《出国华工与清朝官员:晚清时期中国对海外华人的保护(一八五一—一九一一年)》,粟明鲜、贺跃夫译,中国友谊出版公司1990年版,第151—159页。

〔51〕 参见上注,第170—176页。

〔52〕 参见颜清滢,见前注〔50〕,第179—193页。

委员须调查和报告的事项:所驻国进出口数据、财政收入和支出、公债、中国人出入该国人数、关税及其他个税税率和征税办法、货币、汇率、银行、工艺、农产、交通、中国人在该国经商和就业情形、与中国货物有关的消费习惯。<sup>[53]</sup> 最终,一个服务于近代商战目的、又符合国际法精神的中国驻外领事体系,已经成型并开始运转。

## (二) 商约改订的曲折历程

除了对外争取派驻领事,废除条约体系施加的诸种不公平安排,也被提上议事日程。协定关税、值百抽五(5%入境税)、子口半税和领事裁判权,成为中方在商约谈判中的关注重心。

清政府在光绪二十四年(1898)三月照会英国公使,通知修改商约。中方此轮修约主要目标包括提高进口税率、降低出口税率,以及对原来免税的洋酒、洋烟等商品严格区分自用和售卖,凡售卖必收税。但因英国公使更换和义和团运动等情况,修约谈判直到光绪二十七年十二月(1902年初)才在上海正式开启。中方谈判代表为盛宣怀、吕海寰,英方代表为议约公使马凯(James L. Mackay)。<sup>[54]</sup>

在历经前后长达八个月、包含60余次正式与非正式会议的艰苦谈判后,双方终于在光绪二十八年(1902)八月签订《中英续议通商行船条约》(又称《马凯商约》)。对中方而言,此次修约的主要成果在于获得了英方同意中方增税和放弃在华领事裁判权的承诺。该约第八款明确同意中国将进口税率提至12.5%,并将出口税率提至7.5%,但中方须废除子口税和厘金征收。鉴于列强自《马关条约》(1895)以来获得了在中国通商口岸设厂制造货物的权利,《马凯商约》第八款第九节允许中国向这类工厂的产品征收“出厂税”,税率为10%。在该约第十二款中,英方做出了有关废除领事裁判权的著名承诺:“中国深欲整顿本国律例,以期与各西国律例改同一律,英国允愿尽力协助以成此举。一俟查悉中国律例情形及其审断办法及一切相关事宜皆臻妥善,英国即允弃其治外法权。”<sup>[55]</sup>

在完成与英国这一最大贸易国的商约修订后,与他国的修约谈判也步入正轨。《中美续议通商行船条约》和《中日通商行船续约》几乎在同一时间[光绪二十九年(1903)八月]完成签订。与《马凯商约》类似,两份新商约均同意中国政府加征关税,也同意中国开征外商在华工厂产品的出厂税,但同时要求中国废除境内厘金。在承诺放弃领事裁判权方面,两份商约也使用了与《马凯商约》几乎完全一致的文句,仅是将文本中的“英国”改成美、日国名。<sup>[56]</sup> 光绪三十四年(1908)与瑞典新订商约第十款亦规定:“一俟各国均允弃其治外法权,瑞典国亦必

[53] 参见“外务部奏定出使报告章程”(宣统元年五月),载上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令:1901—1911(点校本)(第六卷)》,蒋传光点校,商务印书馆2011年版,第12—17页。

[54] 参见王尔敏:《晚清商约外交》,中华书局2009年版,第169—185页。

[55] “中英续议通商行船条约十六款并附件”(光绪二十八年八月初四日),载上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令:1901—1911(点校本)(第二卷)》,荆月新、林乾点校,商务印书馆2011年版,第490页。

[56] 参见“中美续议通商行船条约十七款”(光绪二十九年八月十八日),载上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令:1901—1911(点校本)(第二卷)》,荆月新、林乾点校,商务印书馆2011年版,第509—512页;“中日通商行船续约十三款附件七”(光绪二十九年八月十八日),载上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令:1901—1911(点校本)(第二卷)》,荆月新、林乾点校,商务印书馆2011年版,第516—524页。

照办。”〔57〕

然而，修约事业却在与新晋列强——德国和意大利——的谈判中遭遇挫折。中德商约谈判迟至光绪三十一年（1905）才开始。德方尽管承诺在条件允许时放弃领事裁判权，却对中方的加征关税要求百般阻挠。德方对中方先与英、美商定税率，然后要求德方照办的做法，表示不满，并认为关税问题应以国际会议方式来共同商定，或由中德商定单独税率。德方始终仅是原则上同意加税，但不愿意在商约中写明具体税率。德方甚至认为，自己根据旧商约中的最惠国待遇条款，已享有其他国家在华一切权利，若此次修约不能给予德国“新的东西”，那么新条约将“毫无用处”。因此种蛮横态度，中德谈判被迫一再延宕，与德方改定税率一事在有清一朝未能实现。与意大利的修约谈判也始于光绪三十一年。但同样因意方认为中方未能给予额外利益，这一断断续续的谈判过程也最终陷入失败。〔58〕

更致命的问题在于，由于近代中外条约体系授予所有列强最惠国待遇，所以只要有任一列强不同意加征关税，其余列强（哪怕它们已经与中国商定了新税率）就仍有权适用旧的低税率，经过艰辛交涉而取得的商约改订有限成就也就功亏一篑。直到清朝覆灭，新订立的 12.5% 的进口税率也从来没有实施过。在列强环伺的时代，国际法既提供了希望，又带来了失落。

### 三、商战法律改革的国内法之维

19 世纪末、20 世纪初的晚清法律改革，无论是短暂的百日维新（1898），还是规模庞大的新政运动（1901—1911），均有大量内容与商战息息相关。

#### （一）以商战为宗旨的行政组织法改革

新政时期的清政府主动变革官制，在多个政府层级创设各种新式机构和职位，以便承担起保护、促进和监管工商的职责。

商战官制改革的最重要一步，是在中央设立商部。清廷在光绪二十九年（1903）三月发布上谕，设立商部，以此作为管理全国工商事务的中枢。该上谕同时要求载振、袁世凯、伍廷芳等人制订商律，并就“提倡工艺，鼓舞商情”等事妥善议定方案。〔59〕是年七月，清廷正式任命载振、伍廷芳、陈碧分别为商部尚书和左右侍郎。〔60〕八月，商部奏定本部章程，拟分设保惠、平均、通艺、会计四司，并设律学馆以研究和编订商律。〔61〕

自光绪三十二年（1906）清廷宣布预备立宪后，官制改革进入新阶段。是年九月，清廷宣布

〔57〕 “中瑞通商条约”（光绪三十四年六月初四日签订），载上海商务印书馆编译所编纂：《大清新法令：1901—1911（点校本）（第五卷）》，李秀清、王捷点校，商务印书馆 2010 年版，第 403 页。

〔58〕 参见王尔敏，见前注〔54〕，第 312—315 页。

〔59〕 上海商务印书馆编译所编纂：《大清新法令：1901—1911（点校本）（第一卷）》，李秀清等点校，商务印书馆 2010 年版，第 20—21 页。

〔60〕 同上注，第 21 页。

〔61〕 参见“商部奏定商部章程折并清单”（光绪二十九年八月初六日具奏），载上海商务印书馆编译所编纂：《大清新法令：1901—1911（点校本）（第二卷）》，荆月新、林乾点校，商务印书馆 2011 年版，第 127—128 页。

厘定新中央官制。与商战相关的是,工部当年并入商部,后者亦改名为农工商部,且新设邮传部。<sup>[62]</sup>十二月,农工商部上奏该部职掌员缺方案。在职权范围方面,该部负责“管理全国农工商政暨森林、水产、矿务、河防水利以及商标、专利、权衡、度量等各项事宜,并综核各直省农工商政、河道各官及农工商各项公司、学堂、局厂”。该部设四司,分别为农务司、工务司、商务司和庶务司,此外还设有商标局、商律馆、公司注册局、权衡度量局等附属机构。<sup>[63]</sup>光绪三十三年(1907)六月,邮传部官制亦出台。该部管理全国轮船、铁路、电线、邮政事务,设船政、路政、电政、邮政、庶务五司。<sup>[64]</sup>同年十一月,又设邮传部下属的铁路总局。<sup>[65]</sup>

同时,外省的商战官制改革工作,也陆续推进。光绪三十三年(1907)五月,清政府出台通盘性的外省官制改革方案,于省级政府新设劝业道,专管农工商业和交通事务,并要求各厅、州、县政府酌设劝业员。<sup>[66]</sup>光绪三十四年(1908)七月,宪政编查馆审核并出台了《考核直省劝业道官制细则》,对相关组织架构予以细化,规定其必须设立劝业公所这一办公机构,公所内设总务、农务、工艺、商务、矿务、邮传六科。<sup>[67]</sup>此外,在整个新政时期,省级的商务议员、矿务议员、路务议员等职位,也陆续得到设立和改组。<sup>[68]</sup>至此,一个贯通中央、省和州县层级的经济行政组织体系已然成型。

## (二)一般性工商立法的制定

同时,清政府还颁行了诸多一般性工商业法律,以便为近代国民经济铺设基础设施和基础制度,平等地保护各类经济主体及其财产。这些一般性法律的某些规范,也蕴含重商主义

[62] 见前注[59],第38—39页。

[63] 参见“农工商部奏厘定本部职掌员缺折”(光绪三十二年十二月初九日具奏),载上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令:1901—1911(点校本)(第二卷)》,荆月新、林乾点校,商务印书馆2011年版,第139—143页。

[64] 参见“军机处邮传部奏遵旨拟议邮传部官制事宜折并清单”(光绪三十三年六月二十三日具奏),载上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令:1901—1911(点校本)(第二卷)》,荆月新、林乾点校,商务印书馆2011年版,第148—152页。

[65] 参见“邮传部奏拟改提调处为铁路总局请派局长折”(光绪三十三年十一月十八日具奏),载上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令:1901—1911(点校本)(第二卷)》,荆月新、林乾点校,商务印书馆2011年版,第152—153页。

[66] 参见“总核官制大臣奏改订外省官制折并清单”(光绪三十三年五月二十七日具奏),载上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令:1901—1911(点校本)(第二卷)》,荆月新、林乾点校,商务印书馆2011年版,第172、174页。

[67] 参见“宪政编查馆奏考核直省劝业道官制细则酌加增改折并清单”(光绪三十四年七月初五日具奏),载上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令:1901—1911(点校本)(第二卷)》,荆月新、林乾点校,商务印书馆2011年版,第197—198页。

[68] 参见“议派各省商务议员章程”(光绪三十年),载上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令:1901—1911(点校本)(第四卷)》,洪佳期等点校,商务印书馆2011年版,第233—235页;“商部奏陈《矿政调查局章程》折并清单”(光绪三十一年十一月初一日奏准),载上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令:1901—1911(点校本)(第四卷)》,洪佳期等点校,商务印书馆2011年版,第324—329页;“商部改订路务议员章程”(光绪三十二年五月二十三日奏准),载上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令:1901—1911(点校本)(第二卷)》,荆月新、林乾点校,商务印书馆2011年版,第134—136页;见前注[64],第151页。

宗旨。

首先,晚清法律改革通过制定包含公司法、破产法在内的近代商法典,首度正式肯定了近代市场主体的地位和权利,为近代工商业提供了最根本且极富象征意义的法律保障。光绪二十九年未(1904年初),商部正式奏定《商律》中的《商人通例》和《公司律》部分。其中《公司律》确立了有限责任制度、公司股份募集和流通制度,以及董事对股东负责的公司治理结构,从而为社会资金投入工商业起到了激励作用。该律提供了合资公司、合资有限公司、股份公司、股份有限公司四种公司类型,并规定无论官办、商办还是官商合办公司,均须遵守商律规定。在两种有限公司中,出资人或股东对公司债务仅以自己的投资承担有限责任,除此之外不得追补。两种股份公司有权面向社会招股,吸收资金,股票可随意转卖,且官股、商股权利一律平等。与官督商办模式不同,在所有这四种公司中,董事均由股东选举产生,对股东负责。公司具体事务执行者如总办或总司理人、司事人,则由董事选派,对董事负责。<sup>[69]</sup> 光绪三十二年(1906)四月,商部和修律大臣共同奏定《商律》中的《破产律》部分。该律初步规定了“亏蚀倒闭”之公司的破产程序。值得注意的是,此处规定的破产程序对无限责任和有限责任也做了区分。特别是在无限责任公司倒闭的情形中,若公司资产无法清偿全部债务,各股东仅须以传统的“分股均摊”模式(而非无限连带责任)承担清偿责任。此外,在该律中,相比于民间债权人,倒闭公司的政府债权人并无特权,其“归偿成数仍同各债主一律办理”(第四十条)。<sup>[70]</sup>

其次,晚清法律改革通过商会立法,引导工商业主建立起遍布全国、制度统一的商会组织,以加强商情联络、商人保护和官商沟通,从而为商战确立起组织基础。光绪二十九年十一月(1904年初),商部出台《劝办商会简明章程》。该章程要求在全省“商务繁复之区”设立商务总会,在“商务稍次之区”设立分会并隶属本省总会。<sup>[71]</sup> 光绪三十二年十月,农工商部札文各省总分商会,允许在村镇层级设立商务分所,“与各该处总、分会设法联络”。<sup>[72]</sup> 针对轮船业的特殊情况,光绪三十二年(1906)三月商部奏定《筹办商船公会章程》,视各埠航业繁简情形分设总会、分会。商船公会的设立缘由也正是商战:当时大量华船为逃避关卡留难和官差需索,被迫冒挂洋旗,逃避中国政府管辖,所以商船公会的建立就是为了加强对华旗船只的保护,使其

[69] 参见“商部奏拟定《商律》,先将公司一门缮册呈览,恭候钦定折”,载上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令:1901—1911(点校本)(第四卷)》,洪佳期等点校,商务印书馆2011年版,第170—188页。

[70] 参见“商部修律大臣会奏议订《商律》,续拟《破产律》折”(光绪三十二年四月奏准),载上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令:1901—1911(点校本)(第四卷)》,洪佳期等点校,商务印书馆2011年版,第191—201页。《破产律》第四十条对政府和民间债权人一视同仁的规定,在出台后立刻遭到户部财政处的激烈反对,结果被商部自行奏请暂缓实行,参见“商部奏《破产律》第四十条请暂缓实行片”(光绪三十二年奏准),载上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令:1901—1911(点校本)(第四卷)》,洪佳期等点校,商务印书馆2011年版,第201—202页。

[71] “商部奏劝办商会酌拟简明章程折”(光绪二十九年十一月二十四日),载上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令:1901—1911(点校本)(第四卷)》,洪佳期等点校,商务印书馆2011年版,第224页。

[72] “农工商部札行各总分商会准设商务分所文”(光绪三十二年十月),载上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令:1901—1911(点校本)(第四卷)》,洪佳期等点校,商务印书馆2011年版,第236页。

不至依附洋商。<sup>[73]</sup>

再次,晚清法律改革通过知识产权立法,为商战所需的工艺改良、发明创造和“精神资本”进步,提供有利的制度激励。早在戊戌变法时期,总理衙门就颁布了《振兴工艺给奖章程》,对提出枪炮、船舰制造新法、“有益于国计民生”之新法、“切于人生日用”之新法和“著新书发明专门之学”之人,许其专利经营10至50年不等,并授予大小官职。<sup>[74]</sup>光绪二十九年十一月(1904年初),商部出台前已提及的《劝办商会简明章程》,其中第二十六款也涉及专利制度。<sup>[75]</sup>光绪三十年(1904),商部奏定《商标注册试办章程》,初步确立起近代商标制度。该章程规定,商标经注册后,其专用年限为20年,但可在届满时申请续期。该章程也将在华使用的外国商标纳入中国法律的保护和规制之下,其第一条就规定,“无论华、洋商欲专用商标者,须照此例注册”,其第七、九条规定了外国已注册商标在华注册手续和保护年限。<sup>[76]</sup>宣统二年(1910)十一月,清廷批准资政院通过的《著作权律》。该律对著作权采登记生效主义,并规定自然人著作权归著作者终身拥有,著作者身故后,其继承人拥有30年著作权,法人著作权期限为30年。为鼓励翻译外国学术作品,《著作权律》未明确提及翻译外国著作是否需要获得原作者授权,反而规定了译著之著作权归译者所有,但译者不得禁止他人就原作另做翻译。<sup>[77]</sup>

最后,晚清法律改革通过银行、货币、度量衡、邮政、电报、电话、铁路、轮船等方面的立法,为近代市场经济铺设了完整的保障制度与基础设施。在这些立法中,光绪三十四年(1908)度支部奏定的《大清银行则例》《银行通行则例》《殖业银行则例》和《储蓄银行则例》,确立起近代央行和商业银行体系。<sup>[78]</sup>宣统二年(1910)度支部奏定的《厘定币制则例》尽管未能确立近代国家普遍施行的金本位制(当时主要考虑是黄金储备不足),但已将国币从之前成色五花八门的各种“两”,统一为重库平七钱二分、含纯银九成计六钱四分八厘的“圆”。<sup>[79]</sup>同年奏定的

[73] 参见“商部奏筹办商船公会酌拟章程折并章程”(光绪三十二年三月初二日奏准),载上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令:1901—1911(点校本)(第四卷)》,洪佳期等点校,商务印书馆2011年版,第394—397页。

[74] 参见“附录二 振兴工艺给奖章程(1898年7月12日清光绪总理衙门颁布)”,载徐海燕:《中国近现代专利制度研究(1859—1949)》,知识产权出版社2010年版,第250—251页。

[75] 见前注[71],第229页。

[76] 参见“商部奏拟订《商标注册试办章程》折”(光绪三十年六月奏准),载上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令:1901—1911(点校本)(第四卷)》,洪佳期等点校,商务印书馆2011年版,第204—205页。

[77] 参见“资政院会奏著作权律遵章请旨裁夺折”(宣统二年十一月十七日奏准),载上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令:1901—1911(点校本)(第十卷)》,何勤华等点校,商务印书馆2011年版,第40—48页。

[78] 参见“度支部奏厘定各银行则例折并清单”(光绪三十四年正月十六日奏准),载上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令:1901—1911(点校本)(第四卷)》,洪佳期等点校,商务印书馆2011年版,第120—132页。

[79] “度支部奏厘定币制酌拟则例折并单”(宣统二年四月十六日奏准),载上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令:1901—1911(点校本)(第八卷)》,林乾、王丽娟点校,商务印书馆2010年版,第357页。

《兑换纸币则例》初步确立起近代纸币发行和相应准备金制度。<sup>〔80〕</sup> 光绪三十四年(1908)农工商部奏定的《推行划一度量衡制度暂行章程》，确立起以营造尺为长度之标准，以漕斛为体积之标准，以库平为重量之标准的全国统一度量衡制度。<sup>〔81〕</sup> 《铁路简明章程》(1903)、<sup>〔82〕</sup>《各省轮船公司注册给照章程》(1909)、<sup>〔83〕</sup>《各省设立电话暂行章程》(1910)、<sup>〔84〕</sup>《各省官电归(邮传)部办理办法》(1911)、<sup>〔85〕</sup>《邮传部会奏邮政定期接管以归统一折》(1911)<sup>〔86〕</sup>等立法或相关文件，则确立或完善了近代经济所需的各类基础设施。

### (三)直接干预经济的重商主义立法

除了以一般性工商立法为经济活动提供产权保护和基础设施方面的支撑，晚清法律改革还以更具针对性的专门立法(类似于现代产业政策立法)，积极介入市场，以引导产业结构向符合商战需求的方向发展。

为鼓励投资工商和工艺创新，晚清法律改革出台了一系列奖励工商立法。光绪三十二年(1906)八月，商部奏定《奖给商勋章程》，对在制造、轮船、铁路、桥梁、电报机、钢铁等领域有杰出表现者，授予商勋和顶戴。<sup>〔87〕</sup> 同年十月，农工商部奏定《通飭各省研精工艺并先酌予奖励折》，对各省品质精良的工艺品给予匾额、奖牌等奖励。<sup>〔88〕</sup> 光绪三十三年(1907)，农工商部奏

〔80〕 参见“度支部奏厘订兑换纸币则例折并单”(宣统二年五月十六日奏准)，载上海商务印书馆编译所编纂：《大清新法令：1901—1911(点校本)(第八卷)》，林乾、王丽娟点校，商务印书馆2010年版，第406—411页。

〔81〕 参见“农工商部会奏遵拟划一度量权衡制度、图说、总表及推行章程折，附章程、总表、图说”(光绪三十四年三月二十八日奏准)，载上海商务印书馆编译所编纂：《大清新法令：1901—1911(点校本)(第四卷)》，洪佳期等点校，商务印书馆2011年版，第276—305页。

〔82〕 参见“商部奏定重订铁路简明章程二十四条”(光绪二十九年十月十四日)，载上海商务印书馆编译所编纂：《大清新法令：1901—1911(点校本)(第四卷)》，洪佳期等点校，商务印书馆2011年版，第401—404页。

〔83〕 参见“邮传部咨各省轮船公司注册给照章程文附章程”(宣统元年十一月)，载上海商务印书馆编译所编纂：《大清新法令：1901—1911(点校本)(第七卷)》，曾尔恕等点校，商务印书馆2010年版，第64—65页。

〔84〕 参见“邮传部咨各省设立电话暂行章程，札飭电报局等查照文附章程”(宣统二年正月二十九日)，载上海商务印书馆编译所编纂：《大清新法令：1901—1911(点校本)(第八卷)》，林乾、王丽娟点校，商务印书馆2010年版，第56—58页。

〔85〕 参见“邮传部奏遵旨将各省官电归部办理酌拟办法折”(宣统二年十二月初二日奏准)，载上海商务印书馆编译所编纂：《大清新法令：1901—1911(点校本)(第十卷)》，何勤华等点校，商务印书馆2011年版，第158—160页。

〔86〕 参见“邮传部会奏邮政定期接管以归统一折”(宣统三年四月二十八日奏准)，载上海商务印书馆编译所编纂：《大清新法令：1901—1911(点校本)(第八卷)》，林乾、王丽娟点校，商务印书馆2010年版，第237—239页。

〔87〕 参见“商部奏酌拟《奖给商勋章程》折并章程”(光绪三十二年具奏)，载上海商务印书馆编译所编纂：《大清新法令：1901—1911(点校本)(第四卷)》，洪佳期等点校，商务印书馆2011年版，第253—255页。

〔88〕 参见“农工商部奏通飭各省研精工艺并先酌予奖励折”(光绪三十二年十月二十八日具奏)，载上海商务印书馆编译所编纂：《大清新法令：1901—1911(点校本)(第四卷)》，洪佳期等点校，商务印书馆2011年版，第252—253页。



定《华商办理实业爵赏章程》《奖励华商公司章程》和《农工商部奏援照军功加奖成例酌拟商业外奖折》，依资本之大小或雇工之多寡，对各类工商业者授予顶戴、奖牌或匾额。<sup>〔89〕</sup>农工商部还在宣统元年(1909)出台《京师劝工陈列所章程总纲》，在北京设立劝工陈列所，“调取全国工艺品出品及天产物分类度设，比较参观，以期工业之改良而图商业之进步”。<sup>〔90〕</sup>

晚清法律改革通过在特定行业中限制外商投资，对某些关乎国计民生的重要、敏感领域予以额外保护，以塑造适合近代商战的资本和产业结构。光绪二十九年(1904年初)颁行的《公司律》原本允许外商投资入股中国境内任何中国公司，但光绪三十年(1906)的商部咨文将该律所载洋商附股规定之适用范围限定在通商口岸。<sup>〔91〕</sup>对外资的限制，尤为明显地体现在铁路和矿务领域，这也可被视作对《江楚会奏变法三折》有关“路律”“矿律”之呼吁的响应。在路律方面，早在光绪二十四年末(1899年初)，作为戊戌变法残存成果之一的矿务铁路总局奏定的《矿路公共章程》，即对筹办铁路中的洋股、洋债有所限制：“集股以多得华股为主。无论如何兴办，统估全工用款若干，必须先有己费，及已集华股十分之三以为基础，方准招集洋股或借用洋款。”该章程也规定铁路企业的一切经营权“总应操自华商，以归自主”。<sup>〔92〕</sup>光绪二十九年(1903)商部奏定的《铁路简明章程》明确要求华商开办铁路集股时附搭洋股不得超过50%的比例，且禁止开办之际“于附搭洋股外另借洋款”。洋商开办铁路时，也必须预留10%股份，任华人随时照原价附股。华人所办铁路开工后，“若因工艰费巨、集股时意计不到，致有不敷无可续集股本者，应准该公司以机器、房产抵借洋款，概不准以地作抵”。即便是在此情形下，借款也不能超过原估用款的30%，且须经商部核准。华人所办铁路欲续请展办他路而拟借洋款的，也须获得商部批准。<sup>〔93〕</sup>

在矿律方面，因列强长期垂涎中国矿产，所以晚清时期更是出现了多个版本的矿务章程，以保护本国国民的矿务开采权，避免利权流失。最早出现的相关限制，体现在上述《矿路公共章程》(1899)中。该章程对矿务和铁路领域内的洋股、洋债予以统一限制。光绪二十八年

〔89〕 参见“农工商部奏遵议拟订《华商办理实业爵赏章程》折并章程”(光绪三十三年七月十三日奏准)，载上海商务印书馆编译所编纂：《大清新法令：1901—1911(点校本)(第四卷)》，洪佳期等点校，商务印书馆2011年版，第255—258页；“农工商部奏改订《奖励华商公司章程》片并章程”(光绪三十三年七月十三日奏准)，载上海商务印书馆编译所编纂：《大清新法令：1901—1911(点校本)(第四卷)》，洪佳期等点校，商务印书馆2011年版，第259—261页；“农工商部奏援照军功加奖成例酌拟商业外奖折”，载上海商务印书馆编译所编纂：《大清新法令：1901—1911(点校本)(第四卷)》，洪佳期等点校，商务印书馆2011年版，第261—262页。

〔90〕 “农工商部京师劝工陈列所章程总纲”(宣统元年五月)，载上海商务印书馆编译所编纂：《大清新法令：1901—1911(点校本)(第六卷)》，蒋传光点校，商务印书馆2011年版，第19页。

〔91〕 参见“商部咨复南洋商附股只能在于口岸文”(光绪三十年六月十八日)，载上海商务印书馆编译所编纂：《大清新法令：1901—1911(点校本)(第四卷)》，洪佳期等点校，商务印书馆2011年版，第189—191页。

〔92〕 “矿务铁路总局奏定矿路公共章程”，《知新报》第七十八期(光绪二十四年十二月十一日)，第7页左—第8页右。

〔93〕 见前注〔82〕。

(1902)外务部奏定的《矿务章程》对外商投资原则上不做限制。<sup>[94]</sup> 光绪三十年(1904)商部奏定的《暂行矿务章程》，对洋股、洋款采取了与《矿路公共章程》基本一致的限制措施。<sup>[95]</sup> 光绪三十三年(1907)农工商部等会奏《大清矿务正章》，该章程明确禁止洋商成为矿地本身的业主，仅允许洋商获得其地之采矿权。在对矿务企业的具体投资方面，该章程对洋商做出了如下限制：①与中国未缔约之国的国民，或其国未以同等开矿权利给予中国国民者，无权在中国开矿；②外商须与华商合股开采，禁止独自开采；③矿地(无论民地、官地)业主与洋商合股开矿时，地主仅分股利，不认亏耗；④华商以资本入股与洋商合办时，洋股占比不得超过50%；⑤若洋商仅与地面业主合股，别无华商以资金入股，洋商应预留30%股份，由华人在十年内随时入股，且照股本原价付银。<sup>[96]</sup> 因各国驻华使节纷纷表示该章程限制过严，农工商部被迫修改章程，并于宣统二年(1910)奏定新的《大清矿务正章》。但新矿章仍大体上继承了光绪三十三年章程对洋商的限制，其不同之处在于废除了华人以矿地做股与洋商合办时仅享受股利、不承担亏损这一显失公平的规定，以及取消了洋股占比不得超过华商的要求。<sup>[97]</sup> 尽管面临巨大外交压力，新章仍于宣统三年(1911)二月正式施行。<sup>[98]</sup>

为保证这些商战立法能够真正得到贯彻，尤其是能够适用于在华外商，相关立法甚至尝试对列强在华领事裁判权的效力予以限制。在当时几乎所有重要的经济立法中，都会有条款强调，在华外国投资者须遵守中国相关法律。在晚清各种矿章中，则出现了更为明确的对领事裁判权的限制。光绪三十三年(1907)《大清矿务正章》就规定：在内地办矿洋商与他人发生普通民事诉讼，由中国官员管辖；若发生矿务纠纷，则依律由该地矿务委员审理，若不服，可依次上诉至本省矿政总局、本省提法使司、督抚衙门，乃至农工商部，“无论何国领事及公使均不得干预”。<sup>[99]</sup> 宣统二年(1910)新版《大清矿务正章》中仍对领事裁判权予以明确限制：在内地办矿之洋商与他人发生与矿务有关的民事诉讼，由矿务委员审理；若洋商及洋员的犯罪行为涉嫌违背矿章，“应照矿章办理”；在涉矿案件中，洋商若不服本地矿务委员的判决，可依次上诉至本省劝业道、督抚衙门，直至农工商部，领事裁判权在此过程中亦不发生作用。<sup>[100]</sup> 尽管从当时国

[94] 参见“外务部奏订矿务章程折”，《外交报》壬寅第七号(总第九期)(光绪二十八年三月二十五日)，第6页右。

[95] 参见“奏定暂行矿务章程”，《东方杂志》第三期(光绪三十年二月二十五日)，第148页。

[96] 参见“农工商部等会奏会议矿务章程折附片并清单”(光绪三十三年九月十四日奏准)，载上海商务印书馆编译所编纂：《大清新法令：1901—1911(点校本)(第四卷)》，洪佳期等点校，商务印书馆2011年版，第340、344页。

[97] 参见“农工商部会奏修改矿务正附章程折并单”(宣统二年八月二十八日奏准)，载上海商务印书馆编译所编纂：《大清新法令：1901—1911(点校本)(第十一卷)》，王兰萍、马冬梅点校，商务印书馆2010年版，第125、131、151—153页。

[98] 参见“农工商部会同外务部奏拟订修改矿务章程施行日期折”(宣统三年二月二十八日奏准)，载上海商务印书馆编译所编纂：《大清新法令：1901—1911(点校本)(第十一卷)》，王兰萍、马冬梅点校，商务印书馆2010年版，第171—172页。

[99] 见前注[96]，第355页。

[100] 见前注[97]，第153页。

际法角度来看,中国以此种单方立法方式对由条约确立的领事裁判权进行限制的尝试,可能带有效力瑕疵,但这些举动至少表明,当时的法政精英能清醒认识到领事裁判权对中国实际经济利益的危害(而不仅是“有辱国格”这种抽象认识),并愿意付诸行动,做出改变。

## 四、结 论

本文主张以“政治—经济”或重商主义的模式,来重新审视晚清法律转型。重商主义是近代经济的常见表现形态,其本质是民族国家与国民经济的同步缔造过程。近代西方各国经济经历过明显的重商主义阶段。晚清中国以不平等条约的形式被迫卷入世界体系,丧失大量利权。以郑观应为代表的晚清知识界与政商界精英,逐渐认识到19世纪国际经贸的重商主义或商战本质,并提出大量法律改革主张,以保护和推动中国经济发展,应对商战时局。在朝野上下的倡议下,晚清商战法律改革正式拉开序幕,并在国际法外交和国内法制改革方面均有所建树。在国际法层面,从19世纪七十年代末开始,清政府逐步确立和完善了驻外领事制度,以实现海外华人、华商的有效保护,同时对各国展开经贸调查。从19世纪末开始,清政府积极开展与列强的商约修订谈判,并获得了英、美、日等国对提高中国关税税率和放弃在华领事裁判权的正式承诺。但由于德、意两国阻挠,修约未获成功。在国内法层面,自戊戌变法以来的晚清法律改革,有大量内容都带有商战色彩。晚清官制改革确立了从中央到地方的一系列新式经济行政机关,以强化对工商事务的保护、促进和监管。晚清法律改革还出台公司、破产、商会、知识产权、银行、货币、度量衡、邮政、电报、电话、铁路、轮船等方面的一般性工商立法,以实现近代市场主体及其产权的平等保护,并为国民经济铺设基础制度与基础设施。晚清法律改革更进一步以某些具体的经济立法,如奖励工商业立法和路、矿领域对外商投资的限制立法,来保护本国特定产业,并积极引导国民经济形态向商战方向发展。

对重商主义这一近代法新理解模式的提倡,并非要排斥原有的“法治—权利”和“政治—国族”模式。它们实际上呈现出近代法制转型这一复杂过程的不同面向。在时人眼中,这几个面向甚至不仅呈现为消极的兼容或共存关系,而且是处在相互促进、圆融一体的关系中。当杨度于宣统二年(1910)在资政院中就尚待表决的《大清新刑律》草案发表演讲时,他就以极为明确的语言,将个人权利、国民经济和国家权力间的紧密联系淋漓尽致地表达出来:以新刑律为代表的近代法律,使个人摆脱家族的束缚,并授予国民营业、居处、言论等自由权利,由此国民的生计和能力日益发达,而与国民“直接”的国家也能获得更多的人力与物质资源,从而满足“世界竞争”的需求。<sup>[10]</sup> 换言之,如果我们能略微放下某些“教义学”前见,对个人、民族与国家间

<sup>[10]</sup> 参见李启成点校:《资政院议场会议速记录:晚清预备国会论辩实录》,上海三联书店2011年版,第305—306页。

关系的认识不是采取一种机械的非此即彼关系,而是采取一种更为现实、更具政治智慧的眼光,那么我们对近代法制转型也将获得更为全面、厚重的认识。这一认识,或许也将启迪当下的法治国家建设思路。

---

**Abstract:** Mercantilism is an important clue for understanding the modern legal history of China. Mercantilism, a common manifestation of modern political economy, fundamentally represents the synchronous creation of the nation-state and the national economy. Since the modern era, the economies of Western countries have gone through a distinct phase of mercantilism. In late Qing China, the country was forcibly integrated into the world system through unequal treaties, losing a significant amount of rights and privileges. To defend the national economic interests and achieve prosperity, enlightened individuals of the late Qing era, represented by Zheng Guanying, proposed a set of commercial warfare strategies that included legal reforms, marking the Chinese version of mercantilism. At the international law level, these commercial warfare reforms manifested in the establishment and perfection of a consular system aimed at investigating foreign trade and protecting overseas Chinese merchants, as well as attempts to negotiate the abolition of many unfair treatments in trade agreements. Domestically, the reforms were reflected in administrative organizational law reforms tailored to modern economic development, the enactment of general mercantile laws, and various legislations directly intervening in the economy, akin to modern industrial policies. Advocating for mercantilism as a new understanding of modern law does not aim to exclude the existing “rule of law—rights” and “politics—nationality” models; rather, in the modern context, the three are more compatible and even complementary.

**Key Words:** Mercantilism; Commercial Wars; Early Modern Law

---

(责任编辑:章永乐)