

近代中国公司法制之形塑及其诱因考论 ——以股权利益调整为线索

周 游

(北京大学 法学院, 北京 100871)

摘 要: 从 1914 年中华民国颁布的《公司条例》到 2014 年开始施行的新《公司法》, 中国公司法制经历了第一个完整意义上的百年变迁。公司法制史一直没有成为公司法学研究的重点, 从对公司法改革之作用来看, 公司法学者更有可能也更有必要了解公司法制之过往发展。近代中国公司法制之形塑必有其深刻的社会诱因, 对其本质的认识不得不通过成熟的公司法基础理论予以阐释。近代公司立法着重对官利、优先认购股、公司控制权等问题予以回应, 体现出股权利益调整策略在中国公司法制生成过程中的关键地位, 但其中也反映出公司法制对商业实践的回应存在理解偏差, 从而呈现出扭曲的股权利益调整机制。厘定中国公司脱胎于合伙之关键要素, 并明晰股权利益存在分离之客观事实, 实为近代公司法制遗留于当代改革之难题。公司法改革远没有结束, 也不可能有终点。公司法制变迁要面临的问题也将随着经济现实的变化而变化。惟其不变之内核, 是中国公司法制自其生成开始, 渐次形成独有之立法理念, 厘定出调整之应有边界, 并由此体现其存在之价值。回顾历史, 多有裨益。

关键词: 近代公司法; 股权利益调整; 官利; 优先股; 公司控制权; 官商关系

中图分类号: DF0

文献标识码: A

文章编号: 1006-6128 (2015) 06-0176-12

2014 年 3 月 1 日开始施行的新《公司法》是对国家积极推进简政放权的一次制度回应。在这次变革的诸项举措中, 取消注册资本最低限额并非我国大陆之独创,^①但公司登记机关不再登记公司的实收资本, 改由公司主动进行信息公开, 是将传统的资本公示规则完全抛弃, 实属中外公司法史上之特例。恰好在一个世纪前的 1914 年, 中华民国北洋政府公布《公司条例》, 这是我国走上共和制道路后首部得以广泛适用的公司法律规范。同时, 清政府在 1904 年颁行的《公司律》以及早在十九世纪后半叶即已开始摸索中前行的股份制实践, 还有中国传统合伙制对公司制发展带来的潜移默化的影响, 皆为中国真正开始公司法制第一个百年变迁提供了充分的机缘与素材。再者, 考虑到我国台湾地区“公司法”实为民国时期法制的延续, 研究近代公司法制之形塑及其诱因更对两岸公司法制之交融与发展带来裨益。历史的真相只有一种必然性, 但是对历史的理性解读则因

收稿日期: 2015-04-25

作者简介: 周游 (1986-), 男, 广东佛山人, 北京大学法学院博士研究生, 台湾大学商事法学中心访问学者, 日本东北大学法学部商法研究会研究生。本文写作得到北京大学法学院甘培忠教授的指导, 日本东北大学法学部森田果教授与得津晶准教授、深圳大学法学院蔡元庆教授、台湾大学法律学院曾宛如教授对本文若干具体问题给予了非常宝贵之意见及建议, 在此表示感谢。

①例如日本、我国台湾地区分别于 2005 年、2009 年对最低注册资本制进行了改革。参见 [日] 河本一郎、岸田雅雄、森田章、川口恭弘《日本の会社法》, 日本商事法務株式会社 2008 年版, 第 62 页; 曾宛如《公司法最低资本额之变革——论有限公司与股份有限公司最低实收资本额规定之废除》, 《月旦法学杂志》2009 年第 8 期, 第 131-137 页。

各人之不同立场而具备多重可能性。对于中国公司法制史，公司法学者实际上要比历史学者、经济学者、法制史学者有更强大的动力及能力进行探究：一方面，公司法学者更有可能运用成熟的公司法理论对公司法制的形成与变迁作出理性解读，进而分析公司法律条文的立法理念、逻辑结构及制度实效；另一方面，公司法学者更有可能影响《公司法》的制定及修改，因此就更有必要研究公司法制史，从而了解本国公司法制的历史脉络及发展趋势。

改革开放以来，我国公司法制的变迁大致经历了从国有企业改革到中小股东保护再到资本制度创新的三大阶段。国有企业改革关注国有股的法律地位以及政企关系的问题；中小股东保护侧重解决公司内部关系当中股东权的外延及其实现途径；资本制度创新是通过降低投资门槛来促进资本流动及推动经济增长。实际上，形态各异的发展阶段都没有离开一个核心话题，那就是通过成文法的形式重新进行股权利益调整。前两个阶段自不待言，而资本制度创新当中蕴含的股权利益调整策略似乎并不为多数人所察觉：在配套机制未能及时跟进之前提下，解除股东出资期限与改变资本公示规则之制度创新无疑会造成公司法律关系相关主体（不只是公司债权人）之间的利益失衡，股权利益得以大幅度扩张，对公司及其他相关主体利益的保护不得不跳出公司法而寻求其他救济策略。巧妙的是，股权利益调整在近代中国公司法制生成过程中也扮演着极为关键的角色，其甚至成为制度生成最重要之原动力。而这其中隐含诸多急需通过公司法基础理论进行剖析的疑点，对这些疑点之反思将对当代公司法改革产生积极效应。

一、近代公司法制调整的主要内容及其疑点

清末至民国的公司法制发展有诸多值得深入研究的问题点，其中不少制度在两岸现行公司法中仍有体现。1904年《公司律》之立法首创到1914年《公司条例》的出台，奠定了我国公司法制成长的基调，连同后来1929年、1946年《公司法》的颁布，为我们展示了本土公司法制需要解决的基本问题。这几部公司立法无疑带有“试错”性质，且诸多规定若不将其置于近代历史背景当中还可能无法洞悉立法本意。

第一，各部公司法都不遗余力地强调股东平等以及股东权利保护对公司治理的重要性。例如《公司律》即规定有“股份”、“股东权利各事宜”单独两节，在整部律例中占据非常重要之分量。同时，《公司律》第44条的规定非常引人注目：“附股人不论职官大小，或署己名或以官阶署名，与无职之附股人，均只认为股东一律看待，其应得余利暨议决之权以及各项利益与他股东一体均沾，无稍立异。”这是中国历史上首次对股东平等原则予以明确规定。《公司条例》尽管没有单列“股东权利”之章节，但从内容上来看实际上更强调对股东权利的保护：无限公司尤其注重调整公司内部之关系，涵盖股利分配、业务执行、选择管理者、查阅与质询、股权转让等内容，并充分尊重股东之合意；两合公司在准用无限公司相关规定之基础上，着重明确有限责任股东的权利；股份有限公司单设“股份”一节，此前《公司律》中“股东权利各事宜”的类似规定则移至“股东会”及“股份”等部分，并进一步扩充股东权利的相关内容；股份两合公司则基本准用两合公司及股份有限公司相关规定。至于1929年《公司法》对股东权利的保护在整体架构以及具体内容上与《公司条例》相似，1946年《公司法》为发展国营事业而增设有限公司形式，也主要是对股权利益调整予以明确。

第二，在股利分配问题上各部公司法都有详细规定，且不乏矛盾之处。一方面，公司立法着重强调公司盈利是股利分配的前提。例如《公司律》第111条规定，公司结账必有赢余方能分派股

息,其无赢余者,不得移本分派。^① 这是我国公司法制奉行“无利不分红”策略的立法原点。再如根据《公司条例》第184条、1929年《公司法》第171条的规定,公司必须弥补损失以及提取公积金后方能分派股息及红利。1946年《公司法》第231条在此基础上规定了公司负责人违法分红的刑事责任。另一方面,从《公司条例》开始,公司法又渐次允许公司开业前期可有不以盈利为前提的利息分派,一般称其为建设利息。^{[1]115} 《公司条例》第186条规定,公司开业之准备,如须自设立注册后二年^②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,利息之定率,不得超过长年六厘。1929年、1946年《公司法》都保留了此条款,只是更强调要根据营业性质来决定是否应该在准备期派息,同时利息率亦有所变动。

第三,公司法开始对优先股制度予以调整。根据《公司条例》第125条规定,股份有限公司可依章程规定发行优先股。但究竟何为优先股,优先股有哪些类型,立法并未明确,其仅在第187条强调优先股的股利分配不受“以照章程缴入之股银数为准”的限制,在第202条指明优先股东的权利受到妨碍时应当经过优先股东会的决议。这两条之规定都与我们当前理解的优先股有别,不无疑惑。1929年《公司法》对此有一定完善,其第188、189条规定公司发行优先股应在章程中订明优先股应有权利之种类;公司已发行优先股者,其章程之变更如有损害优先股东之权利时,除股东会之决议外,更应经优先股东会之决议。1946年《公司法》对优先股之规定更为详细,亦更接近当前对优先股之理解,尤其是第156条规定,公司发行优先股应在章程中订定以下内容:优先股分配股利之顺序、定额或定率,优先股分派公司剩余财产之顺序、定额或定率,优先股东行使表决权之顺序或限制,优先股权利义务之其他必要事项。

第四,立法者试图通过公司法对公司控制权的行使予以衡平。一方面,各部公司法都规定担任董事、监察人等须以持有公司股份为前提,这从表面上看是旨在保证股东对公司之控制权。^③ 我国台湾地区“公司法”一直沿袭该制度,1966年修法时亦有考虑废除,但最后“立法院”仍以“纯粹从事企业的专才尚待培养、企业所有与企业经营分离的原则也难完全绝对实现”为由予以保留,该制度直到2001年才得以改变。^{[2]483-484} 另一方面,各部公司法又皆有限制多数股东表决权之规定,例如《公司条例》第145条规定,公司各股东,每一股有一表决权,但一股东而有十一股以上者,其表决权之行使,得以章程限制之。由此可见,究竟是否要对多数股东表决权予以限制,《公司条例》将其纳入公司自治范畴。1929年《公司法》第129条则规定,公司各股东每股有一表决权,股东而有十一股以上者应以章程限制其表决权,但每股之表决权及其代表他股东行使之表决权,合计不得超过全体股东表决权五分之一。这实际上是将限制多数股东表决权的規定从任意性向强制性转变。但1946年《公司法》第174条又转而支持《公司条例》的态度。我国台湾地区1966年“公司法”之态度再次转向,其第179条规定,公司各股东,每股有一表决权;但一股东而有已发行股份总数百分之三以上者,应以章程限制其表决权。

综合以上内容,我们至少可以归纳出以下几处疑点:首先,为何《公司律》刻意强调股东权

①按照《申报》1904年3月15日(光绪三十年正月二十九日)第1版发布之原文为“公司结账必有赢余者,不得移本分派。”但后来多数研究认为这一表达并不通顺,遂作一订正。例如参见上海商务印书馆编译所编纂、洪佳期等点校《大清新法令(1901-1911)点校本》(第四卷),商务印书馆2011年版,第185页。

②相关记载有言三年者,但《申报》1914年2月26日第11版发布之原文规定为二年。考虑到张家镇等编著的《公司律调查案由书》建议亦为二年,且《公司条例》大多采纳了该调查之成果,再参考后来各部《公司法》相关规定皆为二年,故本文采二年之说。记载为三年的著作例如参见江眺《公司法:政府权力与商人利益的博弈——以〈公司律〉和〈公司条例〉为中心》,中国政法大学出版社2006年版,第204页;上海市档案馆编著《旧中国的股份制(1872年-1949年)》,中国档案出版社1996年版,第135页。另参见张家镇等《公司律调查案由书》,载民友社编订《新商法释义》,民友社1914年版,第四章第六节“股份有限公司会计”,第29页。

③以董事为例,可参见《公司律》第65条、《公司条例》第152条、1929年《公司法》第138条、1946年《公司法》第184条。

利，并突出官商股权平等？其次，为何股利分配策略会存在矛盾之处？如今我们常常将股息与红利合称股利，但在近代为何将两者明确区分？再次，《公司条例》规定的优先股为何与域外机制存在明显差异，其现实根由何在？最后，限制多数表决权行使的规定明显违反了股权平等原则，为何能在近代中国得以萌发且影响深远？这些问题当然无一例外地都与近代中国经济现实有关，同时就法律规定的内容来看，也都与股权利益调整不无关联。

二、原初公司法制之诱因分析

要准确分析近代中国公司法原初制度生成的诱因，其实是有难度的。近代中国经济现实充斥着诸多有别于西方公司法制生成轨迹中的特殊因素，都对中国公司法制产生深刻影响。一方面，未有公司法即有公司实践是各国公司制度史之通例，这在中国似乎也不例外，但情况较为特殊。英国1862年《公司法》是在1855年《有限责任法案》基础上修订而成的，股东有限责任制的确立是公司法制史上的里程碑。时为英国殖民地的香港受其影响，于1865年颁布《香港公司条例》，该条例对清末公司实践之影响不可小觑，因为不少在中国境内营业的外国公司，特别是英商公司，纷纷将香港作为公司注册的首选地。^{[3]60}清政府与这些公司交往甚密，民间对其也有所了解。如此一来，我们就不难理解为何近代中国从未对股东有限责任规则感到陌生了，西方国家公司法自近现代以来所形成的优良机制，也是从一开始就对中国公司制实践以及公司法制滥觞产生重要影响。另一方面，公司脱胎于合伙也是世界各国企业发展的通例，中国古代合伙制的形成基本没有受到域外制度的干扰，其渐次形成的治理机制也成为近代中国公司实践的原初范本。有学者指出，明清合伙制变迁实际上是中国股份有限公司制度因素的萌芽，尤其是合伙人职能分化与合伙组织内部机能分化，以及由此衍生的利润分配方式与企业控制模式产生之影响甚巨。^{[4]388-398}对于前者，合伙当中会逐渐分离出执行合伙业务以及单纯收取固定收益的两类合伙人；对于后者，合伙人往往为降低投资风险而根据当时借贷利率和利润率^①设置一部分固定的投资收益，待有盈余时再行分取，亦即所谓“正利—余利”制。^②这种利益分配制度的存在也部分缘于前者分化引致之经营管理需求。中国合伙制对近代公司制实践的最大影响，正在于此。

（一）官利、股息与红利之分野及交合：理解股权之财产性利益的主线

1872年设立的轮船招商局被认为是近代中国第一家股份制企业^③，此种看法有一定的误导性，因其与真正的股份制存在本质区别。洋务运动时期所谓股份制实践无法逃离清政府意图通过洋务运动实现自强、求富的目的，企业往往先由官方垫款，再以官利等形式吸引商人认股，官方以“国家要政”^④之理由始终掌握对企业的控制。^⑤以轮船招商局为代表的洋务企业之利益分配策略也成为近代公司法制肇始的重要素材。

①这主要是受到古代中国高利贷现象普遍存在等因素的影响。高利贷是古代产业条件下的必然产物，饥荒、战争、暴政导致无数小生产者对资本的渴求，让古代中国一直存在高利贷现象。具体参见刘秋根《试论中国古代高利贷的起源和发展》，《河北学刊》1992年第2期，第95-100页。

②有研究表明，“明代合伙店铺股东不但参加合伙，还向企业本身放贷资金，以牟取比较固定的利息收入。”参见刘秋根《中国古代合伙制初探》，人民出版社2007年版，第459页。

③持这种观点的学者不在少数，例如参见李春梅《从轮船招商局看中国近代股份制的兴起》，《四川师范大学学报（社会科学版）》1995年第3期，第132页。

④属于“国家要政”之行业，往往实行“商任筹款建筑，官为维持保护”之办法。参见《大清德宗景皇帝实录》卷五百五十九，光绪三十二年闰四月。

⑤“官督商办”即为其中之典型模式。针对官督商办较有代表性的历史学研究，可参见汪熙《从轮船招商局看洋务派经济活动的历史作用》，《历史研究》1963年第2期，第57-82页。

首先要厘清何为官利制。早期所谓股份制实践往往要向认股人派发官利，这是近代我国公司最原初的股权利益，与他国股份制企业有别。饶有趣味的是，众多外国公司进入中国后同样受到浸染而有派发官利的现象。^①对官利之法律解释，较早文献见于1934年汪翰章主编的《法律大辞典》：“官利，商业上利息之一种，即每年例定为几分几厘之利息，无论营业盈亏，皆须分配于出资者之谓也。”^{[5]796}官利制通常被认为是始于清末股份制企业之实践，^②但有研究表明官利制的出现不迟于明朝中叶，而且万历年间已经相当普遍，在合伙经营中得以广泛运用。^{[6]144}这正是前述之“正利—余利”制，也成为脱胎于合伙的近代中国公司选择利益分配方式的制度基础。故而，官利制之普及的确受到清末特定经济社会环境之影响，但其并非洋务企业在股份制实践中人为创造的利益分配制度。^③它具有非常深厚的历史根源，并与中国企业组织形式变迁存在联系。只是清末股份制企业中的官利制的确有其特殊之处：诸多企业往往通过借入官款设立，继而再对外募股，轮船招商局正是其例；企业借入之官款需逐年摊还，并支付利息，同时该利息在记账上与官利一同置于应付利息一项，^④亦即将两者都视为企业筹集生产经营所需资金等而发生的财务费用。官款及其利息属于借贷之债当无异议，但官利与此同列，难免让人将官利亦视为一种公司债。

其次要对股息和红利的内涵予以明晰。按照当前理解，股息是指在资本上计算的利益，一般适用于优先股的分配，并以公司盈利为前提。然而在近代企业实践中，股息究竟指代何种利益并不十分明晰，其主要包括以下几种理解：一是将其等同于官利，尤其是在民国中后期，股息大多是指官利，例如1934年开林油漆股份有限公司在其招股章程中规定：股息（即官利）周息一分，以交到股款之日起算，凭折照付；^⑤二是将股息看作是余利，例如开平煤矿曾有“净余利银14698.826两，如股东同意，矿局拟以此款分发股息百分之六”之规定；^⑥三是将股息视为官利与余利之和，例如1905年轮船招商局发公告称，“本届股息，发官利一分，余利四厘。”^⑦实际上，以上三种理解都与当前的法律定义有所不同，这在研究近代相关历史文献时尤需注意。至于红利，一般认为是股息之外分配给股东的公司利润，而且红利的分配数额或比例并不确定。近代对红利之理解与当前差别不大，且红利的发放在近代中国企业亦早已有之，除了被称为“余利”外，还有称作“溢利”者。^⑧但须意识到，由于派发官利往往已经造成企业巨大的财务压力，故而在官利以外还能分配红利的情形并不占多数。换言之，作为当代公司最重要的利润分配形式，红利分配在近代中国公司中仅处于次要地位。

由此可见，作为股权利益调整当中非常重要的利益分配环节，近代中国公司实际上对官利、股息及红利的理解带有明显的中国特色，尤其是充分借鉴了过往合伙制中的利益分配模式。同时，由于官商关系在企业治理中造成较大影响，政府往往掌握了企业控制权，因此对不能左右企业运营的认股人而言，股权利益调整更侧重于财产性利益方面。

①例如英商怡和洋行代理的东海轮船公司就曾公告“本公司溢利每年一结，先提官利一分，次放积贮十万两，然后按股分沾。”《申报》1872年10月30日（同治十一年九月二十九日），第六版。

②例如参见杨华山《中国早期现代化建设的二难困境——晚清专利与官利制度述评》，《安徽史学》2002年第2期，第44页。

③轮船招商局于1872年12月16日才开局，而之前在中国的洋行早有派发官利的现象。参见英商怡和洋行代理的东海轮船公司公告，《申报》1872年10月30日（同治十一年九月二十九日），第六版。

④以轮船招商局为例，其各年账略都将股息与利息分开，前者是红利，后者是官利及借款利息。参见张国辉《洋务运动与中国近代企业》，中国社会科学出版社1979年版，第179页。

⑤参见《开林油漆股份有限公司招股章程》，《申报》1934年6月6日，第一版。

⑥《捷报》1888年7月21日（光绪十四年六月十三日），转引自孙毓棠编《中国近代工业史资料（第一辑）》（下册），科学出版社1957年版，第661页。

⑦《申报》1905年4月6日（光绪三十一年三月初二日），第四版。

⑧例如某公司招股公告中表明“每股收规元十两，自收银日起每年周息一分算，另每年溢利集议按股均分。”《申报》1906年8月9日（光绪三十二年六月二十日），第五版。

（二）中国式“优先股”：理解股权之财产性利益的另一面向

近代中国企业早有发行“优先股”的实践，而且这种实践完全是源于本土需求，在权利内容及实现方式上都与域外优先股制度存在重大差异。例如1906年《商办浙省铁路有限公司暂定章程》中规定，“先集之六百万为本公司资本之基础，故表别之为优先股，遇有红利，先提二十成之三作为特别报酬。”^①另有公司招股公告称，“优先股每认十股加赠红股一股，一律给予官息。”^②以当前公司法理论来看，这种“优先股”之特性主要有以下几点：一是优先认购，公司为迅速筹集创办资金，在招股时有意划定一部分股份吸引民众前来认股，认股人必须优先认购该部分股份，才可获得“优先股”股权；二是优先分红或获得赠股，此处所言之分红仅指红利，亦即在公司有盈余时，按照预先约定的比例获得报酬，这一点与当前优先股制度类似，但获得赠股则是一种特殊做法，在目前看来甚至有变相折价发行之嫌疑；三是其他权利与普通股无异，“优先股”股东不仅可以获得特别报酬，而且还与其他普通股股东一样能够分取官利。由此可见，这种所谓的“优先股”与当前制度大相径庭，为便于区分，将其称作优先认购股可能更为恰当。

按照现代公司法原理，优先股的出现的确实是为了满足公司集资的需求，然其优先性不是体现在认购的时间上，而仅在于以固定比例优先分红，同时往往以限制表决权为代价。^③这与优先认购股制度明显有别。尽管优先认购股制度下认股人所享有的权利在表面上看貌似要比当前普通股的权利还要广，但实际上在官府控制企业之背景下其强调的还是股权衍生出来的财产性利益，对于因为股东资格而在公司行使表决、质询等非财产性利益同样无过多涉及，这一点与官利制极为相似。

（三）公司控制权与官商之争：如何理解股权之非财产性利益

将公司控制权直接归入股权利益之范畴本来并不合适，然而在《公司律》颁布之前近代中国公司实践基本上是由官府把持着公司控制权，股东之表决权、查阅权等根本无从谈起，整个公司治理也不可能出现权力有效制衡、权利优化配置的局面，公司也更像是政府机构。这对认股人而言实际上形成了畸形的股权利益分离，这种分离既非由于法律规定，又非根据契约安排，而是通过行政手段乃至野蛮行径得以实现。畸形的利益分离渐次激化了官商矛盾，例如在1884年李鸿章决定将船栈暂交美国旗昌行代为经营时，轮船招商局众商即公开提出异议，认为“招商船局骤售与美国旗昌洋行，势难禁人之不议，势难使人之不鸣也”。^④这实际上是众商不满官府控制企业，肆意作出经营决策。众股东进一步指出，“局系集众股而成，则股无论多少，人无论贤愚，皆得参与未议。”^⑤学者认为这体现出近代企业对中小股东保护的漠视，^⑥该观点置于当代语境亦不无道理，但就当时之境况而言，这是在完全没有《公司法》的前提下之公司实践，官督商办乃至完全官办的模式却渐次激发出投资者对股权本质的认识，这体现出公司制的巨大魔力：运用公司制即必然受到其应然治理结构的影响，而不论其运用之初衷为何。故此，与其说官商之争体现的是对中小股东保护之漠视，不如说这是股东对自身利益有所意识之开端。这种对权利的原初意识正是希望突破认购股份只能获得财产性利益之旧习，并试图依照章程规定参与公司决策，以期彰显股东在公司中的应有地位。

①二十成之三即为15%。参见《申报》1906年3月3日（光绪三十二年二月初九日），第三版。

②参见《安徽泾县煤矿、铜官山铜矿有限公司招股广告》，《申报》1910年5月1日（宣统二年三月二十二日），第一版。

③See Austin P. Sullivan, 'Preferred Stock as An Investment Security', *The Georgetown Law Journal* 28 (1939), p. 232.

④参见《招商局众商公启》，《申报》1884年8月20日（光绪十年闰六月三十日），第三、四版。

⑤参见《字林沪报》1884年8月23日（光绪十年七月初三日），转引自张国辉《洋务运动与中国近代企业》，中国社会科学出版社1979年版，第166页。

⑥基于经济史学者的立场，张国辉教授进一步从官僚买办资产阶级的劣根性予以剖析，可供参考。参见张国辉《洋务运动与中国近代企业》，中国社会科学出版社1979年版，第166-167页。

三、近代公司法制之回应策略及法理阐释

通过以上分析，我们已能大致了解前述公司法相关规定之重心所在。但法律制度与经济现实之间的逻辑关系，仍需要作进一步分析。同时，近代公司法对经济现实的回应是否到位，亦需要结合公司法基础理论作一理性评价。

（一）近代公司法对经济现实的积极意义

近代公司法并非完全脱离中国实际而照搬域外制度的产物，至少在股权利益调整方面，立法之回应策略的确有其积极意义。首先，近代公司法之所以从一开始就强调股东平等及股东权利对公司发展的重要性，不仅是受到日本与英国公司制度模式的影响，更是旨在回应过往实践中商人无权之残酷现实。在公司法文本中明确附股人不看官职有无、官位大小，一律以股东看待，这在中外公司法制史上皆属罕见。立法者希望通过这种略显不协调的规定来纠正经济社会对公司制度常识的误解，不能不说是一种立法进步。其次，近代企业普遍践行官利制，公司立法需要对这种不合法理的做法予以回应，股利分配影响到公司资本充实与维持，但社会实践形成之商业惯例不可以也不可能通过一部《公司法》予以彻底禁止。^①故而近代公司立法在强调“无利不分红”的前提下不得不兼顾这种经济现实所带来的重大影响，有所妥协地规定了开业准备期的利息分派，这的确具有现实合理性。再次，优先认购股实属中国商人之创造，《公司条例》属于特殊时期之仓促立法，对于“优先股”制度，在完全没有本土立法资源可参照的情势下，立法者对企业自发生成的认股激励机制予以默许，是一种在充分认识自身立法水平有所欠缺基础上对经济现实之尊重。随后之公司立法在优先股问题上不断予以革新，也体现出近代公司法制竭力摆脱路径依赖之巨大努力。最后，多数表决权限制实乃对官方控制企业的回应。近代公司实践基于官府对企业的渗透而天然形成认股人仅获得财产性利益的局面，立法通过打破域外公司“一股一权”之法则来实现股权利益之倾斜性配置，也的确是一种务实的策略考量。

当然，在肯定近代公司立法积极面的同时，我们更要省察其可能隐含之遗留问题。对此，首先要弄清楚的是在近代公司法生成之历史节点上，制度需要回应的本质问题究竟是什么，以及这种回应究竟是否到位。

（二）制度回应之法理阐释

近代公司立法对官利制、优先认购股、多数表决权行使等方面极为重视，这是对经济现实的一种回应。既有的批判主要集中在近代中国公司制实践以及公司立法在对待股权利益内容上模糊了股权与债权的界限，尤其是在史学界这渐次成为通说。有学者指出，官利制之下股东对公司而言就不仅仅是投资人，而且还是债权人；股票也不仅仅是投资证券，而是同时兼有公司债券的性质。^[7]¹⁴⁷这在很大程度上是受到前述官利与官款利息同列之影响。还有研究认为，生产和分配的发展水平，决定了“债”的社会存在要比“股”悠久和广泛得多，由此决定了国人对“债”及由此衍生出来的权利义务关系的认识与体验，远远超过对“股”的理解。^[8]⁷³西方国家有关“股”的概念也同样晚于“债”的出现，但并未衍生出官利之类似制度。再如在公司控制权的问题上，李鸿章曾意图

^①即便是在1946年《公司法》颁行之后，仍有部分公司向认股人派发官利，这的确与当时混乱的社会环境有关，但亦体现出官利制在近代公司发展中之强大渗透，非一部《公司法》所能改变。例如四明银行公告称，“本行卅五年十二月廿一日股东临时会议决发给卅四年官红利及三十年至三十三年官利，并补发廿六年、廿七年、廿八年官利。”参见《四明银行发给股息公告》，《申报》1947年1月11日，第六版。

将轮船招商局中的官款转为官股，就有人批评这是要让商局更加沦为官局。^① 这种思维无疑也是认为债权与股权有别，并认为国家入股将改变企业性质。问题是官府对近代企业的渗透根本不以持有股权作为前提条件，故而这种批评亦可能无关痛痒。从公司法理论来看，此处主要有以下几点值得注意：其一，认股不仅能获得官利，还有可能获得溢利，从股权利益的整体来看依然具有不确定性，这与债权获得固定利息之间仍有差别。其二，公司债的履行往往要还本付息，而官利只是付息而未涉及还本，且还本付息必然存在履行义务的期限，这在官利与优先认购股制度中也不可能涉及。其三，官款的确属于公司债，但是官府并不能被简单视为公司债权人，毕竟债权人参与公司日常运营乃至掌握公司控制权这都已经远远超出了我们所能理解之范围，而且官方有公司剩余利润索取权，这与债权人明显有别。^② 其四，亦有公司法学者在研究类别股时指出，类别股打破了传统的债权、股权“二分法”为基础的资本结构，使股权的性质更接近于“债”。^{[9]159} 这种看法更科学的表述或许是，股权内容之综合性、包容性注定其在特定场合下可能体现出若干债权特性。

此外，我国台湾地区现行“公司法”第234条对开业准备期派息的规定已经有所完善，^③ 其明确指出“分派股息之金额，应以预付股息列入资产负债表之股东权益项下，公司开始营业后，每届分派股息及红利超过实收资本额百分之六时，应以其超过之金额扣抵冲销之”。所以这种利息就不再是财务费用，而是预支的股利。况且，投资者因认股而与公司缔结之关系亦可在特定情形下享有对公司之请求权，这实际上是债权债务关系。例如在公司作出分配股利的决议后，股东即可根据该决议请求公司按期履行债务。这从会计学角度来看，即自分配决议宣告之日起，应付股利就构成公司的一项流动负债。^{[10]210} 因此，股权与债权是否能置于同一层面进行比对与探讨，以及公司立法应否对此予以回应，都是值得商榷的问题。

而对于官商关系的回应，立法似乎左右摇摆、矛盾重重。尽管多数表决权限制在表面上是针对官府的，然其最大的副作用在于同时打击了民间资本的聚集，由此导致民间资本参与重要行业并掌握话语权的可能性大大降低。此外，限制多数表决权之做法亦不见得有多大之效用，相关规定在我国台湾地区于2001年修法时也被正式废止。^{[11]35} 这很大程度上反映出公司控制权的行使并非以表决权之掌控为必要。再者，1946年《公司法》引入有限公司制，恰恰又是为了发展国有企业。^④ 这的确深受当时统制经济思想之影响，并准确印证了以下这一说法“公司是在从自由设立到特许设立的过程中转变为法人的，导致这种转变的原动力是对行政性垄断的追求。”^{[12]157} 由此观之，单凭公司法之力来摆脱政府权力对公司治理结构的渗透之极端做法，可能与单凭公司法改革来实现兴业甚至兴邦之做法一样，从一开始就都超出了公司法制之应负使命。

制度究竟要回应何种本质问题，还是需要结合整个中国企业组织形式变迁之大背景进行思考。近代公司实践的本土资源是数百年来中国合伙制形成与发展沿袭下来的固化机制，从盈余分配到公司经营，我们都看到了合伙制的影子。近代中国公司法制生成的关键要素，或许是要明晰公司脱离合伙而独立存在之现实意义。

①“船局所借李伯相之钱七十万吊、各海关所暂借之银一百万两，概算国家入股也。洵如斯，则商局将更为官局”《申报》1877年7月9日（光绪三年五月二十九日），第一版。

②“除股商官利外，所有赢余之款，均著酌定成数，提充公用”。参见《大清德宗景皇帝实录》卷四百四十五，光绪二十五年五月下。

③该项制度在台湾之所以一直得以保留，很大程度上是因其渐次脱离官利制设置之原初根由，而被赋予更为积极的意义。如民国时期王效文先生指出“如敷设铁道、开掘矿产、建筑商港等事，往往非越数年未能开业，既不开业，即无盈余，则各股东出其有用之金钱，历数年间而不能得普通之利息，揆诸人情，决非所愿，必致公司股份无人认购，巨大企业，莫由兴办，而经济社会亦必因之而不振矣。”参见王效文《中国公司法论》（下册），上海法学编译社1930年版，第190页。

④对于相关史实之研究，较有代表性的可参见方流芳《试解薛福成和柯比的中国公司之迷》，载梁治平主编《法治在中国：制度、话语与实践》，中国政法大学出版社2002年版，第285-288页。

（三）公司法生成之着眼点：股权性质抑或公司本质？

近代中国公司立法侧重调整股权利益，其在诸多方面虽然体现出矛盾心态，但在结合公司实践之基础上予以一定程度的现实超越，有其合理性的一面。当然，二十世纪上半叶的实践难免更多地反映出其历史局限性，这是一国之公司法制要逃离传统合伙机制而不得经过之阶段，再加之中国较为特殊的官商关系，此等过程变得异常艰辛。

通过以上分析可知，既往研究（尤其是历史学研究）倾向于将公司法生成的着眼点置于股权性质层面，并认为原初制度在此存在较为严重的问题。在我看来，从经济现实到公司立法，综合反映出来的实质问题并非是对股权与债权之界限存在重大误解，而是在于公司法对其自身调整范围不甚明确，反映出近代中国公司之辨识度不足，未能与合伙明确区分。换言之，立法未能清楚认识到公司本质。公司从合伙当中得以分化是各国企业组织形式变迁的一般路径，现代公司形成的标志是公司明确赋予其法人人格，在此之后脱离股权利益而谈及公司利益才具备可能性，但这在近代中国实践中却是另外一种场景。《公司律》第1条规定“凡凑集资本共营贸易名为公司”，这种对公司的定义用于描述合伙也并非不可；不仅如此，其第23条还宣示“凡现已设立与嗣后设立之公司及局厂行号店等，均可向商部注册，以享一体保护之利益”。这的确体现出清政府希望通过法律来鼓励实业之良好初衷，但此等规定无疑是将所有既存企业组织形式都纳入《公司律》当中，这既不是公司制生成的应然模式，亦绝非公司法所能承受之历史使命。因此我认为将《公司条例》作为中国公司法制第一个百年变迁之开端更为合适，《公司条例》第1、4条明确指出公司是以商行为业设立之法人团体。公司脱胎于合伙需要一个过程，这正是一个好的开始。

由此引申之问题是为何法人人格对公司如此重要。早期公司实践与《公司律》都缺乏对法人的基本认识，对此已有不少学者进行研究，一般都指出此等缺失是对公司与合伙之间的差别认识不深，这不无道理。^{[13]59}另有学者认为，缺失法人理论而空谈股东有限责任在法理上是不成立的，^{[14]57}这种评价存在一定局限性，因为有限合伙就不必然需要法人资格才能确定有限合伙人的有限责任。实际上，从公司法基础理论来看，有公司而无法人之立法例主要存在以下逻辑缺陷：第一，法人理论是公司法脱离古老的契约法而渐次走向独立发展的重要支撑。早在清末张家镇等人拟定的《公司律调查案理由书》中就颇有远见地指出确立法人制度既有裨益，亦合法理。“此不独公司及股东之利，即公司之债权人以及各股东之债权人，亦间接受其益。此各国所以于公司渐离契约关系，而直认为法人之理由也。”^① 合伙的组织基础是合伙人订立的协议，这构成了合伙制的核心内容；公司享有法人人格后，股东之间订立的协议就只是整个公司法律关系中的一个部分，公司章程才能独立于股东协议而存在，章程不仅对制定者（股东）具有约束力，还可对公司及其管理层进行权利义务调整，这有别于契约的一般性质。第二，法人理论为公司法能同时兼顾组织法与行为法勾勒出必要的框架，而组织法是公司治理及股权利益配置趋于理性化的制度基础。法人理论促进法人治理结构的建立，当公司内部形成股东会、董事会等机构之分野甚至对立时，股权的行使与其权限范围、利益调整才真正成为需要公司法规制的内容。也正是在组织法领域，公司法律关系进一步淡化了契约因素，而需要通过立法的形式对权利进行确认及保护。这一点实际上和 Hansmann 教授等人提出的现代公司法著名的资产分割理论（asset partitioning）有着异曲同工之妙。资产分割理论旨在解释股东的出资或认股产生财产转移的效果，由此在公司与股东之间实现资产的分离；在随后的研究中他们进一步表明，实体保护（entity shielding）需要法律，而所有者保护（owner shielding）则

^①就当代公司法理论而言，这一观点也是符合理性的。参见张家镇等《公司律调查案理由书》，载民友社编订《新商法释义》，民友社1914年版，第一章“总纲”，第13页。

不需要，因为他们可通过合同来实现目的。^①

“实体保护需要法律”之论断，在很大程度上反映了国家与公司之间的关系。从近代公司法制生成之经验与教训来看，正确对待官商关系，较为理性的策略是：肯定公司法建构中的国家角色，^{[15]56-66}并以法律的形式明晰国家干预的边界，以防止政策过多地替代法律，并尽可能保证制度的相对确定性，避免国家责任游离于法律之外。^{[16]73-83}公司法可不涉国企，其中一种策略是将国企问题转由专门的公共企业法来调整，这也理应成为一种公司法改革之共识。然而，不涉国企的公司法，无法不涉国家。一方面，从全球公司制生成的一般规律来看，现代公司制并非根源于私法自治，近代中国公司实践正是如此，在其他各国也不例外。公司设立在历经特许主义、核准主义的艰难变迁后达至准则主义，这一过程尽管也在客观上维护了商人们的权益，但更多的机制并非商人通过私人契约安排所能形成。公司法制变迁明显脱离了私法自治条件下商人之自然选择，它体现出一种强烈的国家干预色彩。另一方面，从公司法的价值来看，其存在的意义正是要紧贴经济现实，国民经济发展以及国家经济职能发挥便是经济现实当中最重要的部分。中外公司法制史都反映出公司法在关键时期所彰显之意义。就中国实践而言，诸如清政府、国民政府通过公司立法来延续国运，改革开放以来试图用公司制来拯救国企，大力鼓吹中小股东保护以维持市场稳定，又或是以大幅度降低设立公司门槛来优化营商环境，无一例外地都体现出公司法建构中的国家角色。即便这些举措都可能存在不当之处，但不可否认的是，国家需求与商人需求之契合深刻影响到公司法制变迁的脉络。这种契合渐趋理性化也是公司法制变迁的实质。若要通过法治实现对国家行为的有效规制，那首先就应当承认国家干预的必然性，继而在法律层面考虑这种干预的程度及限度。故而，新一轮的公司法改革不应当抗拒国家干预对公司法制的渗透，恰恰相反，改革应促使国家角色在公司法律制度框架下定型化、明确化、规范化。

四、余论：中国需要怎样的公司法

近代中国公司法制以股权利益调整为主线，其实质是对实践中出现的股权利益分离现象试图作出制度回应。不难发现，这一历史实践与制度调整对公司本质的认识存在偏差，公司主要被视作兴业救国的筹资工具，因而认购人的利益也仅主要局限在财产性利益上。官利、优先认购股等机制之盛行，是官方或者代表官方的大股东实现对公司运营始终掌握高度控制权的重要策略；这从表面上看是股权利益配置的失衡，实质是歪曲了股东与公司之间的应然关系。我认为，在未能清晰认识公司本质之前，股权利益分离的现象实际上也仅仅是明清合伙制之权益配置策略在所谓的股份制企业中重现，实乃“换汤不换药”之过程。我国公司实践从一开始就没有严格遵守所谓的“一股一权”原则，公司立法无视股权利益存在分离之客观事实，机械移植域外法制所强调的形式上的股东平等，这一对策实属隔靴搔痒，无法触及问题之根本。

以史为鉴，我们会发现当代公司法改革进程中有诸多耐人寻味之处。正如前文所言，改革开放以来之公司法制变迁仍然非常关注股权利益调整，其直接影响就是学界始终热衷于对股权性质之探讨。尽管从表面看来，中国近代公司法与当代公司法受文革等因素的干扰呈现脱节态势，然而冥冥之中却有一股神奇的力量让两者在本质上藕断丝连。在意识形态之影响下，改革开放之初学界引发

^①See Henry Hansmann and Reinier Kraakman, 'The Essential Role of Organizational Law', *Yale Law Journal* 110, (2000), p. 387; Henry Hansmann, Reinier Kraakman, and Richard Squire, 'Law and the Rise of the Firm', *Harvard Law Review* 119, (2006), p. 1335.

新一轮有关股权性质之争，争论围绕着股权究竟是物权^①还是债权^②抑或是其他性质之权利^③进行。股权性质并非不可讨论，尤其是在改革之关键节点类似讨论将成为改革的重要推动力。只是需要注意的是，近代中国公司法制生成的相关细节已经表明，股权性质的探讨不得不以充分认识公司本质为首要前提。对股权性质认识的偏差映射出公司法制之商事思维及基础理论的缺失，亦即未能挣脱传统民法理论之桎梏。当质问股权究竟是（或者属于）什么权利时，我们在潜意识中业已将股权看成是一种必须被归类之子权利，这从本质上来看，仍是没有跳出物权与债权之大部类分法，从而陷入迷思。这也将极大影响到股权利益调整策略能否趋于理性，继而影响到公司法改革之质效。而当时探讨股权性质之深厚背景正是与国有企业改革之方向有关，官商关系再一次成为公司法变迁当中的一大难题。这在近代中国公司法制史上实际上也早有经验及教训可供省察。中国究竟需要怎样的公司法，这仍然需要法律学人之冷静思考。

况且，单有法制而无法治可能才是问题之关键。1911年4月，清政府进一步推行铁路国有政策，这是其灭亡的直接原因。但鲜为人知的是，此等铁路国有政策之实质是官方以采用公司制商办铁路将祸患无穷为由，公然违背《公司律》之意旨，强行收回已经按照《公司律》设立的公司之铁路商办权。^④如此一来，公司法制形同虚设。政府公然违反《公司律》引致民怨四起、政权动摇，这的确是无比沉痛之历史教训。如何从公司法制走向公司法治，将是当前及未来很长一段时间我国公司法学界需要研究之课题。

回望近代中国公司法制生成历程，最强烈的感受便是我们的实践并未比域外晚太多。清政府于1904年颁行《公司律》，这几乎是和其他发达国家同一时期颁布的公司法，例如德国于1870年打败法国并实现国家统一时才让修订版的《商法通则》适用于全国，并在1892年颁布《有限责任公司法》；日本《商法》更是明治维新后于1899年之立法成果。进入民国时期，立法者更是广泛借鉴了发达国家公司立法之优良经验，再加之立法者常以公司法作为兴业甚至兴邦之工具，这都大大促进了公司法制之完善。然而公司法制实践已过百年，公司法治之实现仍有很长一段路要走。由此观之，从公司法制到公司法治之关键或许在于，我们在认识公司法之功能时如何能摆脱强烈的工具主义色彩。公司法的确需要与经济现实紧密结合，但这并非是要让公司法肩负起本不应肩负之使命，否则只会让其停留在静态之文本，难以在社会发展中真正发挥动态效用。申言之，公司法制变革不能仅仅关注国家发展需求，充分了解商人需求及商业习惯显得极为必要；同时，还需完善信息公示等配套机制以促进国家及个人之严格守法。故而，有法制未必就有法治，公司法治是公司法制之体系建成与质效彰显的最终结果。

参考文献:

- [1] 王孝通. 公司法 [M]. 上海: 商务印书馆, 1934.
- [2] 王泰铨, 王志诚. 公司法新论 [M]. 台北: 三民书局, 2006.
- [3] 张忠民. 艰难的变迁——近代中国公司制度研究 [M]. 上海: 上海社会科学院出版社, 2002.
- [4] 刘秋根. 中国古代合伙制初探 [M]. 北京: 人民出版社, 2007.
- [5] 汪翰章, 主编. 法律大辞典 [M]. 上海: 大东书局, 1934.

①持物权说较有代表性的论著可参见李友根《企业法教程》，南京大学出版社1994年版，第20页。

②持债权说较有代表性的论著可参见郭锋《股份制企业所有权问题的探讨》，《中国法学》1988年第3期，第3-13页。

③例如有学者认为股权是社员权，参见史尚宽《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第226页。

④《大清宣统政纪》卷五十二记载“数年以来，粤则收股及半，造路无多，川则倒帐甚巨，参迫无著。湘鄂则开局多年，徒资坐耗。竭万民之膏，或以虚糜，或以侵蚀，旷时愈久，民困愈深，上下交受其害，贻误何堪设想。用特明白晓谕，昭示天下，干路均归国有，定为政策。所有宣统三年以前各省分设公司集股商办之干路，延误已久，应即由国家收回，赶紧兴筑。”

- [6] 王裕明. 明代商业经营中的官利制 [J]. 中国经济史研究, 2010, (3).
- [7] 朱荫贵. 引进与变革: 近代中国企业官利制度分析 [J]. 近代史研究, 2001, (4).
- [8] 李玉. 中国近代股票的债券性——再论“官利”制度 [J]. 南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学), 2003, (3).
- [9] 朱慈蕴, 沈朝晖. 类别股与中国公司法的演进 [J]. 中国社会科学, 2013, (9).
- [10] 裴伯英, 主编. 会计学 [M]. 北京: 中国市场出版社, 2007.
- [11] 曾宛如. 公司法制基础理论之再建构 [M]. 台北: 承法数位文化有限公司, 2012.
- [12] 方流芳. 中西公司法律地位历史考察 [J]. 中国社会科学, 1992, (4).
- [13] 魏淑君. 近代中国公司法史论 [M]. 上海: 上海社会科学院出版社, 2009.
- [14] 江眺. 公司法: 政府权力与商人利益的博弈——以《公司律》和《公司条例》为中心 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2006.
- [15] 甘培忠, 周游. 我国公司法建构中的国家角色 [J]. 当代法学, 2014, (2).
- [16] 周游. 企业组织形式变迁的理性逻辑 [J]. 政法论坛, 2014, (1).

[责任编辑: 彭 巍]