

[要论]

论中国传统文化对公司治理的影响/郭富青

论我国有限责任公司股东查阅权/马太广 朱圣巧

[专论一]

我国信托设立制度的反思与重构

——基于大陆法系法律行为理论的考察/谢晓松 杨林凯

信托业的回归之路：中国信托业的实践创新观察/修磊 李建伟

(总第23辑)

公司法评论

赵旭东 宋晓明 主编

中国政法大学民商经济法学院商法研究所
最高人民法院民事审判第二庭

主办

人民法院出版社

[专论二]

最低资本制回顾与最新《公司法》修法的立法解读/张烨

考证与总结：比较研究各国最低资本制改革/黄宇宏

[法官律师论坛]

一人公司及其股东对外的民事责任

——以债权人保护为中心/曹爱民

[公司事件]

阿里巴巴上市门：一个简要回顾与分析/王康

[境外公司法]

上市公司法中的课题

——以日美比较为视角/[日]森田章 译者：黄晓林

[高峰论坛]

商事担保法律制度的确立与完善：理念、具体制度与司法审判

——“商事担保法律制度的确立与完善研讨会”现场发言实录/主持人：吴弘

本刊受中国政法大学青年科研创新团队项目出版资助

(总第23辑)

公司法评论

赵旭东 宋晓明 主编

中国政法大学民商经济法学院商法研究所 主办
最高人民法院民事审判第二庭

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

公司法评论·总第23辑/赵旭东、宋晓明主编.

—北京: 人民法院出版社, 2014.4

ISBN 978-7-5109-0927-6

I. ①公… II. ①赵…②宋… III. ①公司法-研究-中国

IV. ①D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 055076 号

公司法评论 (总第 23 辑)

赵旭东 宋晓明 主编

责任编辑 林志农 张钧艳 李安尼

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 67550572 (责任编辑)
65223677 (读者服务部)

网 址 www.courtbook.com.cn

微 博 <http://weibo.com/courtpress>

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定彩虹印刷有限公司

经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16

字 数 339 千字

印 张 15.25

版 次 2014 年 4 月第 1 版 2014 年 4 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5109-0927-6

定 价 25.00 元

版权所有 侵权必究

编 辑 委 员 会

编委会主任 江 平

编委会成员 (以姓氏笔画为序)

王卫国 王利明 王保树

王家福 邓荣霖 石少侠

江 平 吴志攀 宋晓明

赵旭东 奚晓明

主 编 赵旭东 宋晓明

副 主 编 李建伟

编辑办公室 吴伟央 许 敏 夏 敏 张莉力

吴永刚 庄 昊 孟 晋 张钧艳

李安尼 朱鹏伟

[稿 约]

《公司法评论》丛书由中国政法大学民商经济法学院商法研究所与最高人民法院民事审判第二庭主办、最高人民法院出版社出版，著名法学家江平先生担任编委会主任，编委会由王家福、王保树、王利明、王卫国、邓荣霖、石少侠、江平、吴志攀、赵旭东、奚晓明等著名学者、大法官组成。著名公司法学者赵旭东教授、最高人民法院民二庭宋晓明庭长担任主编，李建伟博士担任副主编。

本丛书一年两辑，立足于公司法兼及其他相关学科，旨在对公司法领域的重大理论、实务问题展开深入、及时、敏锐与多角度的分析与探讨，全面推进我国公司企业法的研究工作。其常设的栏目有：专论、专题研究、重大事件分析、焦点公司、公司人物、案例评析、境外公司法、法官·律师论坛、名家演讲录、高峰对话、公司法史话、公司法人物等。

《公司法评论》自2005年出版以来，迄今已经出版22辑，累计出版发行4万余册，得到了公司法学界各位同仁的极大支持与信任，其间发表了诸多理论界大家、实务界法官、律师、公司法律顾问、法学院研究生的一大批佳作。作为我国公司法学界一个重要的学术交流平台，正日益为越来越多的业内有识之士所关注与认可。

为进一步把《公司法评论》这个学术平台办得更好，特向您专门约稿。稿件字数一般不超过10 000字，用Word电子版发到本刊编辑部邮箱(cleview@sina.com)即可。稿件一经评审采用，即付稿酬。

感谢您惠赐稿件！

祝身体健康，研究愉快！

《公司法评论》编辑部

2014年3月20日

目 录

[要 论]

- 1 论中国传统文化对公司治理的影响
/郭富青
- 17 论我国有限责任公司股东查阅权
/马太广 朱圣巧
- 31 公用企业法研究
——部分国有企业改革的一个方向
/李建伟

[专 论 一]

- 50 我国信托设立制度的反思与重构
——基于大陆法系法律行为理论的考察/谢晓松 杨林凯
- 66 信托业的回归之路：中国信托业的实践
创新观察/修 磊 李建伟

[专 论 二]

- 82 最低资本制回顾与最新《公司法》修
法的立法解读
/张 烨

- 89 最低资本制的废止对关联制度的冲击

/张 烨

- 95 最低资本制度被废止之后

——公司法的关联修订与制度改革研究

/张梦瑶

- 103 考证与总结：比较研究各国最低资本制
改革

/黄宇宏

- 114 论最低资本制废止与法人格否认规则的
适用关系

/王 廉

- 123 最后一米的改革

/汪芹芹

[法官律师论坛]

- 141 一人公司及其股东对外的民事责任

——以债权人保护为中心/曹爱民

[公司事件]

- 153 阿里巴巴上市门：一个简要回顾与分析

/王 廉

- 161 管理人控制模式之创新与破坏力
——浅析阿里巴巴集团“合伙人
制度”/汪芹芹
- 168 阿里巴巴 AB 股计划搁浅与香港之
种类股反思
/黄宇宏
- 178 公司是谁的?
—— 阿里巴巴合伙人架构述评/李 凯

[境外公司法]

- 181 上市公司法中的课题——以日美比较为
视角/[日] 森田章 译者: 黄晓林

[高峰论坛]

- 196 商事担保法律制度的确立与完善:
理念、具体制度与司法审判
——“商事担保法律制度的确立与完善
研讨会”现场发言实录
/主持人: 吴 弘

[稿 约]

[要论]

论中国传统文化对公司治理的影响

郭富青*

英国管理学大师查尔斯·汉迪早年曾在马来西亚和一位华人经销商合作，当汉迪拿出正式协议试图让对方签字时，这位华人经销商说了这样一段话：“在我们的文化里，一份好的协议是自我强化的，双方都笑着走开，并高兴地看着我们每个人都在微笑。如果只有一个人在微笑，而另外一方板着脸，这份协议就不能长久，无论有没有律师参与。”汉迪根据这一经历和体验总结出了中国式契约：“它让我们知道，先决条件是彼此间必须相互信任和妥协，唯有双方各让一步，才能创造出双赢的局面。”^① 这个故事给我们的启示是：任何法律制度的实现必然受到当事人赖以成长的民族文化传统的深刻影响。公司法律制度自清末从西方引入我国，其在本土化的过程中无论是制度设计和实际运行都不可避免地受着中国传统文化的浸染，在诸多方面呈现出中国特色。优秀的文化使之良性发展，文化的劣根性则会使之扭曲和异化。由于中国传统文化博大精深，不可能全面讨论它对公司法实现的影响，本文仅从传统文化对公司治理影响的角度做尝试性探讨，以点带面，期望能窥一斑而知全豹。

一、中国传统文化与公司法制化运作

公元前134年汉武帝时，董仲舒提出：“罢黜百家，独尊儒术”。从此儒家思想成为两千多年来中国传统文化的正统和主流思想。史学家黄现璠曾说：“汉儒之政治哲学，即三大理论：大一统、尊王与绝对王权，完全为汉

* 作者单位：西北政法大学民商法学院。

① 方军：《中国式契约》，载《读者》2012年第9期，第43页。

帝而立。汉儒拥护帝王集权，别出心裁，古未之有。”^①董仲舒主张君权神授，为君主专制的合理性提供了神学的论证，神化了专制王权。他的天人感应论使伦理道德神学化，并系统地提出了“三纲”“五常”之说^②，主张以天大人情教化百姓，声称以孝悌为本，强化君父之权。以孔子为创始者的儒家法律思想，以家庭为本位，以伦理为中心，以等级为基础建立封建社会秩序，维护和强化王权统治，即“内圣外王”的政治体制。儒家主张“礼治”和“德治”，也就是“人治”，其要旨是：圣贤决定礼法；身正则令行；法先王，顺人情。在礼与法的关系上强调礼治，在德与法的关系中强调德治，在人与法的关系中强调人治。孔子曰：“道之以政，齐之以刑，民免而无耻，道之以德，齐之以礼，有耻且格。”^③夫礼者，禁于将然之前，而法者，禁于已然之后。治国须以德为主，以刑为辅，仁政与法治结合起来，刚柔相济。世人以修身、齐家、治国、平天下为基本行为准则，^④从而实现人治社会的政治理想。

儒家思想体系适应封建统治的需要，着眼于巩固整个封建国家的政权，因而受到中国古代封建统治者推崇。在长达两千年之久的封建社会中，儒家思想对我国文化教育事业的发展和各民族共同心理素质的形成产生了深刻影响。儒家轻视法治，将其作为规范人的行为和治理国家的次要工具，因而从古到今中国人的意识中法律观念淡漠，社会各阶层对法律的权威性、公正性都表现出程度不同的轻蔑。中国大多数人的思维定式是：一事当前，首先考虑的不是求助于法律，而是寻求可以利用的关系；遇规则绕道而行，不以自觉遵守法律为荣，反以规避法律为能。这从今天中国人不顾交通规则，对红色信号灯熟视无睹，横穿而过的“中国式过马路”现象中就可略见一斑。大一统和一元化的儒家思想，压抑民主，忽视法治，强化集权专制，必然与自由、平等、民主和法治理念难以融合；并且与适应商品经济需要产生和逐步发展完善起来的现代制度势必发生矛盾和冲突，成为现代法治实现的文化思想障碍，从而使现代制度自引入中国，因传统文化浸染，深深地打上了“中国”的烙印。中国清末洋务运动时期引入的现代制度就曾出现过水土不

① 黄现璠：《汉代学术思想之三变》，载《扫荡报》（文史地周刊）1941年，第37期。

② “三纲”指“君为臣纲，父为子纲，夫为妻纲”；“五常”指“仁、义、礼、智、信”。三纲、五常来源于西汉董仲舒的《春秋繁露》一书，但最早渊源于孔子。

③ 《论语》为政篇第三。

④ 儒家认为，四者的关系表现为，修身，在于正其心，欲齐其家先修其身，治国必先齐其家，国治则天下太平。

服的症状。时之今日，中国公司的组织运作和治理机制离法制化的预期尚存在一定距离。

（一）中国公司产生之初股东与公司之间法律关系便发生扭曲

清末官利制度使股东角色扭曲为债权人兼投资人的双重身份。

清末，中国人组建公司，首先在公司章程上规定每期支付若干股息，把这叫做官利，在纱厂也称“官息”或“正息”。官利无论公司营业上是否盈亏都是必须支付，利率一般7~8%甚至10%。这种制度的极致是股东一经交付股金就享有官利，虽公司尚未建成开工，官利也不容拖欠。盈利较多的年度，除付给官利、付给职工奖金尚有多余时，则在官利之外另给红利。例如，纱厂年终结账，不是从利润中来提分红利，而是先派官利，然后结算营业利益。不足即为亏损，有余则再分红利，有时连公积金也不提。然而，实际上，在照例支付官利之外，另给红利的公司并不多。因为每期支付7~8%甚至10%的官利之后，再给付多余的红利，事实上是不可能的。官利制度使股东与公司之间的关系不是单纯的投资人而是投资人又兼债权人；所谓的股票不是单纯的投资证券，而又是借贷字据，这是中国信用制度不够完善的必然结果。原因很简单，一般股东都不轻易相信企业经营人，不肯轻易提供资本，因此必须事前规定官利作为保证，然后招募股份才有可能。1909年两广总督袁树勋上奏：“按照定律公司未有盈余，不得移本作息，然吾国风气未开通，各省商办实业，公司自入股之日起，即行给息，以资激劝，而广招来，已属不得已之办法。”从股东方面来看，他们所关心的只是如何收受官利，对于企业经营并不感兴趣，只考虑官利愈大愈有利，毫不关心企业的经营情况如何。其结果必然使得中国公司基础不稳固，这种制度一天不改变，中国公司不可能有稳固的发展。^①梁启超先生曾将中国早期洋务运动中兴起的股份公司“水土不服”，难以发达的病因之一，归结为当时的中国民族文化。他认为，“中国人心风俗之败坏，至今而已极，人人皆先私而后公，其与此种新式企业之性质实不能相容。”中国股东“以法律状态不定，不能行确实之监督权”“而股东之怠于责任亦太甚，乃至并得其行之权限而悉放弃之，以致职员作弊肆无忌惮。”^②这种现象必然使股东偏好其债权人的角色，主动放弃参与公司决策和监督公司经营的权利，致使公司被作为内部

① 汪敬虞：《中国近代工业史资料》，科学出版社1957年版，第1011~1014页。

② 肖琇文：《梁启超之公司观》，载高小勇主编：《经济学帝国主义——〈经济学消息报〉精选文集》（Ⅲ），朝华出版社2005年版，第74页。

人的经营者所控制,股东权益边缘化,一旦公司出现财务危机或破产倒闭,具有债权性质的官利必然亦无法兑现。

(二) 不依法出资、抽逃出资现象致使股权关系混乱

公司法规定投资者须依据章程以显名的方式向有限责任公司实际出资,并将其姓名或名称纳入工商登记簿册。公司成立后,置备股东名册将出资人姓名或名称、住址纳入登记,并向其签发出资证明书。凡具备和履行这些法定条件、程序的出资人才能取得股东资格和股权。然而,在我国公司创设和运营的实践中,这些法律规则时常被心术不正者规避和破坏,各种歪门邪道的出资手段不胜枚举,举其要者有以下几种:

1. 隐名出资。即出资者不以自己的名义直接向公司出资,而是根据约定以他人的名义出资,并在工商登记册和股东名册上将他人登记为股东。结果实际出资者因未纳入公司法要求的登记不享有股东的名份,未向公司投入分文者因以其名义登记的外观公信力却拥有股东的名份,成为所谓的名义股东。隐名出资的另一种表现形态为搭股,即实际出资人在某一股东的出资中提供了一定比例的出资。例如,A股东向某公司出资50万元人民币,A与B约定其中25万元由B出资,以A的名义纳入工商登记册和股东名册,A享有股权,B作为实际出资人享有1/2的投资权益。考察隐名出资的动机和目的,除了少数合理地规避公司法规定有限责任公司的股东人数不得超过50人的条件限制外,多数情况下投资者是为了恶意规避法律禁止特定身份者投资办公司的规定,如法律不允许国家公务人员从事营利性活动的规定。更有甚者,实践中还有假冒他人名义向公司出资者,以及以虚构的名义向公司出资者,其恶意规避法律的目的不言而喻,而且往往触犯多个法律。隐名出资是不符合公司法对出资形式要求的出资方式。虽然,它是实际出资人与名义出资人利用合同约定作为间接向公司出资的一种并不当然违法的设计,但是这种设计使公司出资法律关系人为地复杂化。很多情况下,由于委托出资约定的不健全,往往导致实际出资人与名义股东,实际出资人与公司之间发生股东权益的纷争,实际出资人面临投资权益不被承认的巨大风险。由此可见,合法有效的隐名出资仍然是一种向公司出资的最优选择。旨在恶意规避法律的隐名出资,往往表现为以合法的形式掩盖其非法的目的,尽管事后其投资效力会遭到法律的否定,但是,其已经酿成扰乱公司法定投资秩序,纠纷频繁发生的后果。

2. 干股。干股是对公司股东、员工和为公司出资贡献的其他人给予奖励的一种激励措施。干股带有浓厚的中国文化色彩,是外国公司运作实务中

不存在,中国仅有的习惯做法。清末设立的瑞蚨祥,虽然把资本委托给领东掌柜经营,表面上采取了经理制,领东掌柜已具有了资方代理人的性质,但实际上却保留了吃人力股的形式,按股分红而不是支付薪金。中国封建商业中长期流行“人力股”“身股”等制度。^①这必然使公司经营者的身依附于资本家。这种身份股就是干股早期的表现形式。由此可见,干股是指公司给予未向公司出资者一定比例的股份,作为分取公司红利的依据,享有公司利润分配权。^②但是,干股在公司工商登记册和股东名册中并不显示,因此单纯持有干股者并不是公司的股东。我国《公司法》第34条规定:股东按照实缴的出资比例分取红利,但是,全体股东约定不按照出资比例分取红利的除外。因此,如果公司章程作出规定,或者股东会依合法的程序和议事规则作出给予股东干股的决议,实际上就等于全体股东约定不按照出资比例分取红利。例如,如果A向公司的出资占公司资本的30%,全体股东在公司章程上约定其以40%的比例享有公司红利分配权,等于给予A10%的干股。若将干股给予股东之外的他人者,则意味着全体股东同意将公司年终可分配利润的一部分赠与给了他人。实践中公司之所以设置干股,通常是为了对公司作出特别贡献的人予以奖励,激励其继续为公司服务。干股并不是公司法规定意义上的股份,它的设置只要不违反公司法的强制规定,是受法律保护的。当然如果利用干股向他人输送利益,损害股东、债权人的合法利益,或作为寻租的工具,则属于违法行为。现如今,给予和接受干股已成为我国一种新型的行贿、受贿方式。为此,最高人民法院、最高人民检察院联合发布了《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》,明确了“收受干股”属于受贿行为。

3. 法律性质不明的资金进入公司,发生纠纷时不但难以定性,而且当事人的权利难以获得公平、合理的保护。例如,小型有限公司在实践中时常出现,当公司经营者向他人融资时,未明确是股权投资或是债权投资,甚至除了口头约定之外没有书面协议。

4. 股东出资不实,抽逃出资的现象十分普遍,甚至出现了为抽逃出资提供专门服务的中介公司。这些公司为获取高额资金使费,先将资金借给待注册成立的公司,等到公司成立后立刻抽走注册资金。这不但助长了公司抽

① 董书城:《中国商品经济史》,安徽教育出版社1990年版,第352页。

② 现实中民营公司设置的干股种类繁多,包括权力干股、管理干股、技术干股、信息干股、员工干股和亲友干股等等。

逃出资的不法行为,而且制造了许多空壳公司,严重地妨碍了公司交易安全。

(三) 集权传统与公司分权制衡的治理架构相抵触

传统中国是一个国家权力和观念不断强化的社会。早在青铜时代,这种情况就有了相当的发展,秦、汉以后更是有增无减,君主专制主义集权日趋加强,家国一体,融家于国以及用家族本位吞并个人本位的情形和观念可谓举世罕见。为此,“以维护最高价值为目的的国法只可能是废私的公法。”^①封建集权政体必然是以权力为中心来构建其法律体系。“中国古代法以刑为本,只是些禁止、命令的强制性规范。可见,中国古代之法根本与权利无缘。”^②权力在本质上具有扩张性和侵犯性,它倾向于通过吞并、兼并将权力集中于最高统治者,从而形成大政府小社会的格局。政府几乎掌管一切事务,民间几乎无自治空间,私人权利意识的觉醒受到极度的压抑。封建帝王独揽一切大权于一身,生杀予夺,君叫臣死,臣不得不死。然而公司治理架构是一种建立在股东平等,民主决策基础上的分权制衡体制。为了实现公司科学化经营管理,防止单个经营者独断专行,避免其才智和经验不足,武断决策和不受约束地执行公司事务,将公司权力一分为三,即最高决策权、执行权和监督权,分属于股东会、董事会和监事会,从而实行分工协作,相互制衡,形成优化治理结构。显然中国传统集权文化与公司分权制衡的运行机制格格不入,无论是内在理念还是外在行为方式均不可避免地存在着矛盾和冲突。

传统集权文化的遗传基因始终阻碍着中国法定治理机制的生成和实现,自清末至今中国为数众多的公司虽然从形式上均设置了股东会、董事会和监事会三机关的架构,但是分权制衡的机制却滞碍难行。许多公司监事会的监督权虚化,流于形式。比如,《公司法》虽然规定大公司一律设监事会,股东人数较少、规模较小的有限公司可以不设监事会,可以设一至二名监事。但是,实际上所设一至二名监事除了满足登记注册的条件和程序要求之外,在公司运营中根本不履行监督的职责;有些注册的监事时隔不久便忘记了自己监事的身份,甚至个别人从来就不知道自己是监事。股东会常常被大股东或经营者操纵、架空,趋于形骸化,扭曲为大股东或经营者意志合法化的工

① 张中秋:《中西法律文化比较研究》,南京大学出版社1991年版,第97页。

② 曹诗权、陈小君、高飞:《传统文化的反思与中国民法法典化》,载《法学研究》1998年第1期,第30页。

具。公司决策权和经营管理权仍集中于经营者，甚至由大股东或实际控制人操纵。中国公司的实际控制权力可以概括为一个公式：“实际权力 = 正式权力 + 隐权力”。正式权力来源于公司法和章程的授权，其权力大小可以通过职位、职权来综合衡量；隐权力则不是公司法、章程或科层结构设定的，而是由人脉创造出来的权力。其权力值的大小取决于个体在关系网络中的亲疏差序，除此而外，个人的威望、社会动员力、私自窃取的造福和加害能力等等，都可以形成隐权力。^① 在公司控制者的实际权力中，隐权力所占的比重有时会超过正式权力。另外，有些控制者仅靠隐权力就能支配公司的决策和经营管理。《公司法》2005 年新增“实际控制人”^② 的规定，实际控制人就是典型的隐权力拥有者。

二、中国传统文化对公司治理的负面影响

（一）高度集权的官本位文化对公司自治的妨碍

自秦始皇确立皇权至上的专制制度以来，经两汉到唐朝，皇权虽然不时地受各方势力威胁，但总的发展趋势是逐步强大。宋太祖在加强中央集权的同时强化了皇权，至明清时期封建专制制度得到了空前加强。人事、军政、财政等一切大权统归中央政府，由皇帝独揽专断。一言以蔽之，“普天之下，莫非王土；率土之滨，莫非王臣。”^③ 可谓贴切恰当，真是不虚之言。中国数千年历史的封建集权统治造就了官本位文化，这种文化因缺乏民主和协作精神，对以市场经济为条件的公司民主化经营机制的发生，习惯上成为一股潜在的排斥和阻碍势力。中国近代工业产生和发展的途径与西方资本主义工业的兴起和发展明显有别。它“不是由商业资本家或者其他的人创办的民营工业开始，而首先创办的是官办工业；至其发展过程，则由军事工业到民用工业，由官办到官督商办（官商合办）以至完全商办。”^④ 公司在进入中国伊始，政府就把它管理起来，商人出钱，政府制定章程并指派“总办”“督办”“帮办”实行“官督商办”“官商合办”，结果一败涂地，没有一家是

① 吴钩：《隐权力》，载《读者》2012 年第 9 期，第 45 页。

② 《公司法》第 217 条第（3）项规定：实际控制人，是指虽不是公司的股东，但通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配公司行为的人。

③ 《诗经·小雅·谷风之什·北山》。

④ 董书城：《中国商品经济史》，安徽教育出版社 1990 年版，第 327～328 页。

成功的。^① 因为无论采取哪种形式,民间商人作为股东均不享有公司的控制权,公司的实际控制权完全操纵于政府的手中。“极权主义统治在中国社会如此的根深蒂固,以至于在中国文化中成长起来的人们非常习惯于服从高居其上的某一个人的意志,盲目而驯服地接受他的统治,他们是专制独裁者最理想的臣民。同时,也正是被奴化文化所熏陶出来的人们造就了一代又一代的专制暴君。……也正是因为如此,体现分权制衡的民主共和原则和精神的,同样是在西方国家行之有效的企业组织与管理体制即公司制,其在中国的引进与生长也出现了严重的障碍,并发生了本质异化。”^② 主要表现为:

1. 官商不分、政企不分。中国农业历史悠久,古代统治者历来推行重农抑商的政策,以农为本,工商为末,工商业的发展受到严格的限制。《续纂江宁府志》曾记载:“江宁机坊,昔有限制,机户不得逾百张。张纳税五十金,织造批准然后敢织。”直到19世纪末,清政府仍然不准工商者自由设厂。洋务运动中内资开办公司始于军工产业,无论是官办、官督商办还是商办,一开始在运营体制上就是一种官商不分、政企不分的机制。“中国资本家,或为大商人,或为大地主,……惟于此二者之外,有一外国所不能见之资本家在焉,盖即官吏是也。东西诸国,官吏而富裕者,未始无之,……惟中国之号为大资本家者,则大商人,大地主,尚不如官吏之多。彼其国人,一为官吏,则蓄产渐丰,而退隐之后,以富豪而兼绅贵,隐然操纵其政界之行动,而为乡间民之所畏忌。……次之者为商绅,此中固亦有相当之官阶,或至为官为商,竟不能显为区别,常表面供职于官府,而里面则经营商务也。”^③

抗日战争时期,中国工业出现了官营工业膨胀和官僚资本垄断的现象,除了中央官营和省办官营工业之外还出现了主要由孔祥熙和宋子文等控制的官僚资本工业。新中国成立之后没收官僚资本开办的企业,对民族资本开办的企业实际和平赎买、公私合营;对农业实行合作化改造,推行“一大二

① 方流芳:《温故知新——谈公司法修改》,载郭锋、王坚:《公司法修改纵横谈》,法律出版社2000年版,第35页。

② 郑若山:《公司制的异化》,北京大学出版社2003年版,第147~148页。

③ 汪敬虞:《中国近代工业史资料》,科学出版社1957年版,第925~926页。

公”^①的人民公社制度，建立了社会主义公有制经济的基础。在企业发展政策上，重国有企业轻集体企业，消灭私营企业。在经济运行方式上实行计划经济，国有企业必须根据国家下达的指令性计划组织产生经营活动，国有企业的人、财、物，产、供、销均纳入计划，集中统一由国家调配。国家、政府对国有企业的控制，达到了古今中外绝无仅有，空前绝后的程度。结果国有企业沦为政府的附属物，没有独立的人格和自主经营权，普遍缺乏活力，经营效益低下。

2. 中国公司肇始发展于集权的政治、社会、历史和文化背景下，以至于长期以来多为股权高度集中的形态。所有权与控制权高度统一，集中于大股东，从而使其得以操纵股东大会，决定经营管理层的人事任免和经营决策。集权体制的文化传统必然助长官本位意识和人们追求权力无止境的欲望。成则王侯，败者寇；窃钩者诛，窃国者侯。大股东并不满足于通过股东会参与重大决策，任免经营管理者的合法权利，往往在法定和章程授权之外谋取更多的隐性权利；并且抛开股东会的议事程序和规则，直接插入干预公司的日常经营管理事务，从中攫取不正当的利益。至于公司实际控制人通常躲藏在大股东或董事、经理身后，凭借与公司之间的社会经济关系产生的事实权力遥控着公司的经营活动。控制股东和实际控制人对公司的越权支配，势必使之沦落为其非法获取不当利益的工具。这不但否定了公司独立的法人格，而且致使公司自治的理念和制度安排成为一纸空文。

3. 宗法观念和传统文化使公司治理家族化。中国早期的国家是由氏族战争中族长权力扩大所演变来的，是氏族与国家混合的产物。表现为以家庭为本位，家国一体的宗法关系秩序。主要体现为“三纲六经”，即君为臣纲，父为子纲，夫为妻纲；诸父、兄弟、族人、诸舅、师长和朋友之间的关系。这就形成了人分尊卑贵贱、长幼亲疏，上下有序的等级制度和社会秩序。汉儒董仲舒还将这种主张神学化：“天子受命于天，诸侯受命于天子，子受命于父，臣受命于君，妻受命于夫。诸所命者，其尊皆天地，虽谓受命于天亦可。”^②中国民营企业历来被家族所控制，其生存的文化背景是一种封建宗法观念盛行的人际关系网络的盛行。在实现社会中，常常表现为公司

^① “一大二公”是中共中央在社会主义建设总路线的指导下，于1958年在“大跃进”运动进行到高潮时，开展的人民公社化运动两个特点的简称。具体是指，第一人民公社规模大，第二人民公社公有化程度高。

^② 董仲舒：《春秋繁露·顺命》。