

经济法与法人类学研究文库

砧木与嫁接

中国近代公司法律制度
贯通论

孙 喆 / 著

ROOTSTOCK AND GRAFTING

Comprehensive Research
on Company Legal System
in Modern China

社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

本书系北京市社会科学基金重大项目 (15ZDA41) 阶段性成果

砧木与嫁接

中国近代公司法律制度 贯通论

孙 喆 / 著

ROOTSTOCK AND GRAFTING

Comprehensive Research
on Company Legal System
in Modern China



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

砧木与嫁接：中国近代公司法律制度贯通论 / 孙喆

著. -- 北京：社会科学文献出版社，2018.11

(经济法与法人类学研究文库)

ISBN 978-7-5201-3379-1

I. ①砧… II. ①孙… III. ①公司法-法制史-研究-中国-近代 IV. ①D922.291.912

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 205184 号

经济法与法人类学研究文库

砧木与嫁接：中国近代公司法律制度贯通论

著 者 / 孙 喆

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 芮素平

责任编辑 / 郭瑞萍 汪延平

出 版 / 社会科学文献出版社·社会政法分社 (010) 59367156

地址：北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编：100029

网址：www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心 (010) 59367081 59367083

印 装 / 三河市尚艺印装有限公司

规 格 / 开 本：880mm × 1230mm 1/32

印 张：9 字 数：223 千字

版 次 / 2018 年 11 月第 1 版 2018 年 11 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978-7-5201-3379-1

定 价 / 59.00 元

本书如有印装质量问题，请与读者服务中心 (010-59367028) 联系

 版权所有 翻印必究

序

我国经济学者盛洪由于翻译科斯的著作而应邀去美国访学。盛洪介绍了这样一则趣闻：

有一次，科斯给我拿来一本《科学美国人》，其中一篇文章题目叫作《伟大的中国井》，讲的是18世纪或更早的时候，中国四川省的盐井在钻井技术上的惊人成就。由于四川地处内陆，海盐运到四川非常昂贵，而四川的地下又蕴藏着大量的浆盐，因此钻井取浆盐的事业有利可图。钻井技术随之发展了起来。据《伟大的中国井》作者介绍，早在一千多年前，四川人就能够钻一百多米深的井了。他们最为辉煌的成就，是159年前（1835年）钻的“桑海”井，深度达1001米。而在当时，欧洲人的记录是535米，是由一个德国工程师在1842年创造的。科斯对这段历史非常感兴趣，他问道，中国过去有那么好的钻井技术，为什么没有用来开采石油和天然气？不仅是中国的技术，他对整个中国文明抱有崇敬之心。……他说，“我近年来对中国的问题感兴趣。对我来说，这是一个很大的谜，即中国有着很高的教育水平和知识水平，中国曾达到过很高的成就，但为什么近代经济革命没有首先在中国发生？阿拉伯国家也是如此。现在英文中的很多科学术语是从阿拉伯语中借用过来的。阿拉伯人在科学、艺术等方面都曾有过非常高的成就。在欧洲，最先发展起来的是西

班牙，但工业革命主要是在英国开始的。人们觉得好像工业革命更应该在法国开始。因为法国有更好的知识阶层。区别是，法国一直是一个集中管理的国家，到现在也是如此。什么都由巴黎来决定。法国的总统一定是一个巴黎大学的教授。相对来说，英国更分散化一些。”^①

科斯称中国的历史兴衰为“谜”，不理解四川盐井钻井技术如此领先世界的原因。科斯 60 多年前在酝酿“企业的性质”时，也是在探究一个“谜”的底：既然市场是最有效的，为什么还要有企业？现在科斯所欲探究的这一中国之谜的确是非常复杂的问题。现代中国经济学界、法学界都往往追求急功速效，集中于关注现实的一些策论性研究，然而一些深层问题却无人问津。科斯的关注焦点很令人反思。

鸦片战争之后，国人对于中国的文化、制度很没有自信。中国法律史学界的现状就颇能说明问题。几千年的传统法律文化被描绘得一片漆黑，被鞭挞得体无完肤。不懂中国法律史的外国人通过专门网站在全世界广泛传播中国古代各种血淋淋的凌迟图片，而以耸人听闻的书名对中国传统法律“千刀万剐”的著作被中国学者所追捧。中国历史如此悠久，自然有其举世罕匹的殊胜之处。中国辉煌文明的标志是名物制度；中国文明长久的原因也恰恰在于其名物制度。在中国历史上，制度决定成败。许多王朝能够享国一两百年，其实是与制度密切相关的，是长期打磨的制度在起作用。制度的形成和发展不是一朝一夕的，而是需要很长的时间。笔者在拙著《法律、资源与时空建构：1644—1945 年的中国》导论卷中这样指出：“现代国家已经成为经济国家，经济问题成为经

^① 盛洪：《盛洪集》，黑龙江教育出版社，1996，第 158~159 页。

常性的政治问题，政治被压缩为经济，‘经济至上’成为一种无奈的共识。但经济发展是绿叶和果实。冠盖荫翳、硕果压枝无疑给人赏心悦目的春华秋实图景，可是不应该忘记：制度才是其树干。树干的伟岸需要的是时间的沉淀，急蹇难就，圈复一圈的年轮记载着其生成的历史。政治制度改革踟躅不前，制度作为稀缺资源的内卷化现象，和传统社会中小农经济发展的内卷化是一个道理，这样的经济发展最终可能成为一枚美丽的苦果。”^①

传统的观点认为中国经济是小农经济，一家一户犹同马铃薯一般是分散孤立的经济单位。这种观点大体上是可以成立的，但不能据此否认中国的传统经济生活中没有结社的偏好。这方面的现象应该引起足够的重视。在晚清，一些志士仁人为了倡导商战，为现代公司制度鸣锣开道，将中国与西方加以戏剧化、类型化，极而言之，声称中国人长期存在“宁可一人养一鸡，不愿数人牵一牛”的潜在意识，同业相倾，同道相忤，同利相贼，同力相陵，极大地抑制了社会资本的流动与集中。所谓“一个中国人是条龙，三个中国人变成虫”，中国人缺少一种平等、协商、合作的精神与经验等论点，充盈于耳。《论商务以公司为最善》这样写道：“西方所设公司日增一日，商务一日大一日，中国虽亦有仿而行之，但仍然如晨星之可数，风气终未大开，所以商务终未能起色。欲振兴商务，须广设公司，尽管公司不能保证有盈而无绌，但合而计之，所失固巨，以数十人、数百人之力分而任之，则所失亦轻。苟能广设公司，俾一国之人不商而亦商，则商情自熟，商力自厚，自然堪与西人争胜焉。中国之为贸易者动曰，合偷一牛不如独偷

① 张世明：《法律、资源与时空建构：1644—1945年的中国》第1卷，广东省出版集团、广东人民出版社，2012，第74页。

一狗。泰西则不然，各股东莫不协力同心，是以恢恢乎多钱善贾。”^① 晚清这种对中国传统的批判不足为信，具有明显的意旨偏向性。司马迁在《史记·货殖列传》中早就说过，天下熙熙，皆为利来；天下攘攘，皆为利往。在首创公司制的晚清，与人们所描述的视公司为畏途的说法相反，已出现了对公司发行股票如饮狂泉的追捧情景，更遑论长期以来中国形成的、具有悠久历史的以商业资本集合的各种名目“打会”。在中国传统社会中，虽然政府对于民间资本的集合并没有相关法律加以规范，但在长期的日常生活中通过相互博弈形塑的各种行为的边界、模式与程序，对于当事人具有制约性。这是通过经验的复制和相互感染而形成的法律秩序。

人们通常说瓦特（James Watt）改良蒸汽机揭开了工业革命的序幕、斯蒂芬森（George Stephenson）发明火车标志着近代交通革命的到来，但是，马克思精辟地指出：“假如必须等待积累来使某些单个资本增长到能够修建铁路的程度，那么恐怕直到今天世界上还没有铁路。但是，集中通过股份公司转瞬之间就把这件事完成了。”^② 正是这样，美国哥伦比亚大学前校长巴特勒（Nicholas Murray Butler）在1911年曾指出：“有限责任公司是当代最伟大的发明；……如果没有它，连蒸汽机、电力技术发明的重要性也得大打折扣。”^③ 中国的商业文化历史悠久，著名的晋商、徽商等商帮之所以能在历史上纵横驰骋，其背后必然以与经营活动适足以

① 参详佚名《论商务以公司为最善》，见于何良栋编《皇朝经世文四编》卷25《户政·公司》，载《近代中国史料丛刊续编》第77辑，文海出版社，1972，第457~458页。

② 〔德〕卡尔·马克思：《资本论》第1卷，人民出版社，1975，第688页。

③ Tony Orhnlial, *Limited Liability and the Corporation* (London: Croom Helm, 1982), p. 42.

及匹配耦合的产权结构相维相制为支撑，否则不可能如此笑傲江湖，壮气浩然。学术界往往对中国商人的经营活动进行穷形尽相的描述，但对于其背后的法律结构不甚措意，以至于知其然而不知其所以然。在 20 世纪 90 年代初中国实行股份制改造时，国人将包括公司法在内的西方法律制度目为神奇，殊不知中国古人在这方面的制度设计早就表现出令人敬钦的睿智。早在 20 世纪 40 年代，日本著名的中国经济史专家根岸佶（ねぎしただし）就出版了《商事惯行调查报告书：合股的研究》一书，^① 主要研究清末民国时期的合股，但也涉及了清代前期的合伙制。彭久松教授在 1994 年出版的《中国契约股份制》一书中，通过对自贡盐业档案中的合伙契约进行系统考释，认为自贡井盐业中体现出来的股份制是一种中国人自己创造的、富有民族特点的股份经济制度。曾小萍（Madeleine Zelin）教授曾任哥伦比亚大学东亚研究所主任，其论文《中国早期公司》其实就涉及我们下面力图探讨的问题。^② 笔者认为，对于中国这些自创自生的法律制度设计应该认真反思，不要以西方在近代形成的一些固定的常识为标准自我贬损，而应该充分揭示这种作为地方性知识的法律的文化背景，并进而在接续传统的基础上为当代的制度创新赋予足够的空间。从“公司”一词的语源学演变分析，我们就可以清晰地看出公司与民族国家形成的复杂关系。一些学者囿于见闻，认为“公司”是对应英文 company 或荷兰文 compagnie 的外来仿译词，从构词学角度而言，“公司”中的“公”含有音译成分，意指共同；“司”指管理或机构。但据日本学者松浦章（まつうらあきら）等人的考证，在早

① [日] 根岸佶《商事惯行调查报告书：合股的研究》（『商事に関する慣行調査報告書：合股の研究』東亜研究所、昭和 18 年），龙溪书舍，2002 年影印版。

② 张世明、步德茂、娜鹤雅主编《世界学者论中国传统法律文化（1644—1911）》，法律出版社，2009，第 263~298 页。

期，英文 company 或荷兰文 compagnie 其实都音译作“公班衙”，而不是“公司”。译作“公司”已经是 18 世纪末的事了。然而，“公司”这个名词或制度却早在 17 世纪就已出现在中文文献中了，是中国本土的产物。^① 目前所能见到的最早记载“公司”的历史文献是中研院历史语言研究所出版的《明清史料》。其中有两件与台湾明郑结束时有关的史料，提到了“公司货物”。^② 中文“公司”一词的出现原本与海事贸易活动有关，但后来就不限定在海事活动的范围内使用，系指东南沿海地区常见的经济组合形式，被视为“合伙”或“共同事业”的同义语，以致在现代马来文中“kongsi”作为商事法律主体的称谓至今仍在使用。由此看来，“公司”一词并非由外国输入的新名词。^③ “公司”一词语源学上的本土性和历史久远性使其最终淘汰了“公班衙”这一闽南语译名，相比较而言，日语在法律中翻译过来的“会社”一词更具有比较优势。在笔者看来，中国明清时期在海上纵横驰骋的商人，虽然不一定能够与荷兰、英国等海上强国相颉颃，但的确也是不容忽视的力量。“公司”的概念和制度作为本土的产物在与西方殖民势力的接触中既敌对而立，又不可避免地吸收对方的元素。当时在东南亚有不少来自华南的中国商人，他们在与荷兰人进行贸易的过程中，或许较早地接触到英文 company 或荷兰文 compagnie 的语汇和制度。^④ 马礼逊（Robert Morrison）在《华英词典》（*A Dictionary of the Chinese Language: Chinese and English Arranged*

① [日] 松浦章：《清代“公司”小考》，《清史研究》1993 年第 2 期。

② 《明清史料》丁编第 3 册第 298~299 页《部题福督王国安疏残本》及己编第 7 册第 626~827 页《兵部残题本》。

③ 陈国栋：《东亚海域一千年：历史上的海洋中国与对外贸易》，山东画报出版社，2006，第 111~119 页。

④ 此亦为来自荷兰的印度尼西亚语借词 Kompeni。参见周一良主编《中外文化交流史》，河南人民出版社，1987，第 204 页。

According to the Radicals) 第 78 页“公司”(kung sze) 条目之下的解释是“company of merchant”, 同页又解释“公班衙”(kung pan ya) 为“The English company is called”, 继之复解释“私客”(sze k'ih) 为“A private merchant is called, in contradistinction from a person belonging to a company”。^① 18 世纪至 19 世纪初期, 由于荷兰东印度公司和英国东印度公司在东南亚一带影响巨大, 以至广州一口通商时期也以这样的特许公司为执牛耳者, “公班衙”往往被视为这两家公司的专称是不难想象的。从构词学而言, “公班衙”一词是音译兼意译词。这是因为, 在鸦片战争以前, 无论是荷兰公班衙还是英吉利公班衙, 均具有政府特许性质, 分别对本国政府承包税收, 在一定范围内承担政府职能。正如黄时鉴所言, “公班衙”一词“汉字音译用字似亦有义”^②, 实为对这种特许公司恰如其分的称谓。我们通常所谓的“重商主义国家”一词的含义很值得推敲。民族主义与重商主义相结合、民族国家与公司相结合产生荷兰和英国东印度公司这样的特殊组织。诚然, 这些特许公司是重商主义的产物, 但是, 如果没有这些特许公司的空间拓展和资源汲取, 西方近代民族国家的建构道路恐怕会是另外一条。值得我们思考的是, 中国近代民族国家的建构与明清易代、郑成功反清复明、华商海上贸易、清代秘密社会在海外的发展等之间存在千丝万缕的复杂联系。海外华人接触西方公司制度伊始, 荷兰和英国东印度公司的范本对于中国式海外殖民实践是否具有潜移默化的影响?

学术界一般认为, 公司制来源于合伙制, 而合伙制肇端于业

① Robert Morrison, *A Dictionary of the Chinese Language: Chinese and English Arranged According to the Radicals* (the East India Company's Press, 1822), p. 78.

② 爱汉者等编《东西洋考每月统记传》, 黄时鉴整理, 中华书局, 1997, 导言第 19 页。

主制。业主制是世界上最古老、最简单的企业组织形式，鸦片战争之前还是中国传统社会中最基本的经济组织形式。根据实现形式，可将业主制分为自有资本和借贷资本两种基本方式。业主制虽是独资经营，但是在个别企业中仍出现了所有权与经营权分离的趋向，这种趋向在合伙制企业中得到了进一步的发展。根据史料记载，春秋时期就已有合伙制的端倪。明清时期，随着资本主义萌芽的发展、商品经济的繁荣，合伙制的实现形式更加多样化，除了普遍流行的资资合伙、资东合伙外，还出现了多重合伙、附本或附股等形式。此外，在一般合伙基础上还萌生了股份合伙。股份合伙的出现，表明在合伙制企业中近代公司的萌芽又得到了进一步的发展，这为嫁接西方公司制准备了“砧木”。关于合伙制中近代公司制的萌芽，本书以四川自贡井盐业为例进行了论述。

中国古老的大地上最早出现的公司是鸦片战争之前的“洋行”或“商馆”；鸦片战争之后，随着西方列强的入侵，公司也大量地渐入中国。公司由于具有筹资快、竞争优势强、经济效益高等优点，很快为国人所效仿。此时，洋务派已认识到公司对经济发展的重要性，官督商办公司盛行一时，其不仅具有西方公司制的因子，而且更具中国传统企业制的色彩，在一定意义上堪称中西合璧的产物。甲午战争后，国人对官督商办公司制的弊端开始进行反思，与此同时，民营公司得到了迅速的发展。在对民营公司发展的探讨上，本书以张謇创办的“绅领商办”公司为例进行了剖析。“绅领商办”公司的创建克服了官督商办公司模式的弊端，大大促进了公司制的发展。但由于建厂过多、铺张过大，消耗了公司本应有的储备金，再加上帝国列强的挤压与排挤，大生纱厂于20世纪20年代开始亏损并最终走向失败。公司早期形态的业主制、合伙制自不待说，就是官督商办、“绅领商办”也深深打着本土资源的烙印：官督商办公司中官僚式管理司空见惯；“绅领商

办”公司的代表人物、大生纱厂的创办人张謇在拥有巨大财力的情况下，不是扩大再生产，而是购买土地。

中国近代公司发展的制约因素众多，其中包括缺少公司法的保护和规制。在中国近代公司制发展的过程中，公司立法的呼声始终不断。中国近代第一部商事立法——《公司律》的颁布使公司的发展逐渐得以规范化及法律化。商部依据《公司律》对不符合条件的公司进行了规范与调整，从而将公司的注册、经营纳入法制化的轨道，促进了传统官商关系的改善。但由于颁布得仓促，《公司律》存在很大的缺陷与不足，如脱离国情、缺乏对中国商事习惯的吸收、内容简略、可操作性不强等，其中最重要的就是没有确定公司的法人地位。这一点直到《公司条例》颁布才得以补救。本书以制度变迁理论为指导、以本土资源为中心对近代公司制的发展变迁进行了粗略的勾画，同时就《公司律》对公司的规范作用进行了探究。

追随西方尤其欧美是近现代中国和日本学术界的普遍现象。日本学者手岛孝指出，就法学而言，甚至在年轻的一代“德国朝圣”还没有灭绝，“学术”论文做法以德国为首，欧美“蓝本”研究依然被作为正统。这种宿疾至今仍不少。^①“即使是现在，日本的法学家，辛苦去到世界的另一端，将该树若干好的树枝剪下带回来，自家客厅壁龛插，着迷睇视，不可一世。枯萎后，又出去补充。在这过程中，灵机一动，啪的一声拍了下膝盖，原来是要全部连根拔起，先在自家花园里种植，松了一口气。但是，唉，土壤不匹配，也枯萎了！”^②法律和法学的继受中逾淮为枳的情形比比皆是，大多牵涉水土不服问题。当然，歌德所说的“大师最

① [日] 手岛孝「法学よ何処へ往く」『法政研究』第66卷第4号、2000年。

② [日] 手岛孝「法学よ何処へ往く」『法政研究』第66卷第4号、2000年。

初出现在限制之中”（In der Beschränkung zeigt sich erst der Meister），有真理的一面。但是，中国的学术一贯强调疏通致远与掘井汲泉。如果没有“现在”这架天平，我们无法确知“过去”的分量。在解读历史的意义时，我们事实上不仅以实在的“现在”为坐标，而且以非实在的“未来”为参照。由于文化上的不自信，学术界往往以中附西，西方的理论一出现，马上凑泊过去加以诠释发挥。主持清末修律的沈家本就强调，中西法道理自在天壤，说道真确处，古今中外归于一，不必左偏右袒。道高龙虎伏，德重鬼神钦。关键在于我们自己挖掘得够不够深。只有磨穿铁砚，西方人才称你为“世界的惧畏”，才能 agreed to disagree。火候不到肉不烂，挖地不深水不现。这需要钻燧取火的研磨功夫，对问题进行精细化的研究。

衡量一部学术著作价值的高低，关键是看其能否做到“三新”，即材料新、视角新、观点新。相对于材料新，视角新、观点新更为重要。“视角新”是指用新的视角（或方法）对材料进行分析和研究；“观点新”是指通过新视角的研究得出新的认识，提出新的观点。《砧木与嫁接：中国近代公司法律制度贯通论》虽未完全利用新材料，但因有新视角、新观点，故可以说其有相当的学术价值。所谓新视角，是指其从本土资源的立场来探究近代中国公司的发展历程。笔者认为，孙喆博士这部著作的最大贡献在于从本土资源的视角考察了近代中国公司制的发展、演变，不仅为学术界研究公司制提供了新的视角和方法，也为学术界重新认识和评价中国近代公司制提供了有益的启示。

孙喆博士的《砧木与嫁接：中国近代公司法律制度贯通论》即将付梓，索序于我。作为其博士学位论文的指导教师，笔者当初参与了这部著作的构思与讨论。如今呈现给读者的这部作品，是其在获得博士学位后经过六七年的深入研究与修订的成果，无

论在内容上还是在思想上，较之前的文本都厚重、深刻了许多，也给予了读者更多的思考。不可否认，本书还有诸多不足之处，纡短汲深，力有不逮，无论是在史料的运用、观点的论证还是结构的设计、内容的安排等方面都存在可以商榷的地方，但考虑到孙喆博士还是一个学术上的新人，他的学术道路还很漫长，故可以说他的这些不足只是其学术成长道路上必须克服的困难。因此，我们应当以宽容之心待之。是为序。

张世明

2017年12月于中国人民大学明法楼

目 录

绪 论	001
第一章 中国传统企业形态：业主制、合伙制	026
第一节 业主制	027
第二节 合伙制	030
第三节 自贡井盐业——传统企业中公司制萌芽的典型 案例	035
一 自贡井盐业股份合伙制的建立及融资方式	036
二 股份合伙制的股份及股东	044
三 所有权与经营权的分离	055
四 债务的有限清偿	056
五 股份的自由交易	059
六 习惯法——厂规	061
第二章 中西合璧：官督商办公司	071
第一节 官督商办的由来及内涵	071
第二节 官督商办公司创建的时代动因	073
一 通商口岸外国公司的示范效应	074
二 华商附股为中国近代公司的创办积累了经验	079

三	公司制文化的宣传与传播，增强了国人对公司的认识	089
四	财政匮乏及夺洋人之利也是官督商办公司兴起的主要动因	092
第三节	官督商办公司中的中（传统）外（西方）因素	095
一	官督商办公司中的传统因素	095
二	效仿西国公司之例	118
第四节	官督商办公司对中国近代公司制发展的影响	122
一	积极的影响	123
二	消极的影响	127
第三章	“绅领商办”：官督商办公司的创新与突破	130
第一节	甲午战后官督商办公司弊端的反思及民营公司的创建	131
一	官督商办公司弊端的反思	131
二	民营公司的创建	140
第二节	“绅领商办”公司模式的创建	143
第三节	“绅领商办”模式的运营	147
第四节	“绅领商办”公司的管理体制	148
一	《公司律》颁布之前，“绅领商办”公司的管理体制	148
二	《公司律》的颁布促进了“绅领商办”体制向纵深发展	153
第五节	“绅领商办”公司模式的进步之处	159
一	限制了官方的过多干预	159

二 保护了小股东的利益	160
三 公司账目透明	162
第六节 “绅领商办”的终结及意义	165
一 “绅领商办”体制的终结	165
二 “绅领商办”公司模式的时代意义	169
第四章 商事立法及早期公司建设	172
第一节 《公司律》产生的社会背景	172
一 公司法产生的国内背景	173
二 公司法产生的国际背景	188
第二节 《公司律》的出台过程及主要内容	193
一 《公司律》的出台过程	193
二 《公司律》的主要内容	194
第三节 《公司律》的颁布对公司建设的促进	195
一 有限责任制的确定	195
二 为近代公司企业的创办及经营运作提供了法律依据及 准绳	198
三 公司内部治理机制得到了进一步的规范	200
四 促进了政企分立	203
五 改善了官商关系	205
六 加强了对股东的保护	207
第四节 《公司律》颁布后的实际效用	210
一 规范了公司的注册程序	210
二 法院依据《公司律》对商事纠纷的审判	212
三 对官方违背《公司律》不法行为的纠正	217