

法大评论

第三卷

中国政法大学出版社

法大评论

第三卷

评论

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法大评论. 第3卷/方流芳主编. —北京:中国政法大学出版社, 2004. 6

ISBN 7-5620-2613-0

I. 法... II. 方... III. ①-法律-文集②民法-中国-文集③商法-中国-文集 IV. D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 059039 号

书 名 法大评论·第3卷

出 版 人 李传敢

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

开 本 787×960 1/16

印 张 20

字 数 365 千字

版 本 2004 年 8 月第 1 版 2004 年 8 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-5620-2613-0/D·2573

定 价 26.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088

电 话 (010)62229563(发行部) 62229278(总编室) 62229803(邮购部)

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

☆☆☆☆

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

《法大评论》编辑人员：

主 编 方流芳

执行主编 王 涌

编 辑 王 军 邓 丽 郭 锐

秦国辉 朱 霞 朱 莎

王 淇 宋彬龄 吴 云

王志远 梁笑准 雷小政

/ 目录 /

[主题研讨: 有限责任公司制度的反思与建构]

- 1 谭 甄/有限责任公司制度的中国史：一个历史回顾
- 30 李 兵/有限责任公司改造论
- 50 黄福宁/论有限责任公司出资不实者的股东资格认定
- 57 秦国辉/有限责任公司出资转让中股东多数同意之失效——对《公司法》第35条第2款与第3款的规范分析
- 64 孙有强/有限责任公司股权继承问题研究
- 75 谭 甄/论有限责任公司闭锁性困境的救济

[论 文]

- 105 王莉君/传闻规则研究
- 131 邓 辉/非律师投资律师事务所合法化问题探究

[评 论]

- 144 胡宏征/法学是科学吗？——一个法律人持久的疑惑
- 168 柳承旭/重析斯科特案——个案探究与理论的再思考
- 193 于 鹏/诉前听证程序研究
- 204 李 继/试论法院对国际商事仲裁裁决的程序审查

[译 介]

- 213 威廉·芬克著 宋华琳译/“规则”何时构成一个规制?——划清非立法性规则与立法性规则的界限
- 225 约瑟夫·P·托梅恩 西德尼·A·夏皮罗 苏苗罕译/分析政府规制
- 258 格里高里·A·马克著 路金成、郑广淼译/美国法中的公司人格理论

[演 讲]

- 294 何 兵/永不松懈!——在中国政法大学法学院新生欢迎会上的致词

[随 笔]

- 305 胡惊雷/死刑:废除?保留!

[书 评]

- 309 泮伟江/正当的个案裁判如何可能——读《认真对待权利》

/主题研讨:

有限责任公司制度的反思与建构/

有限责任公司制度的中国史： 一个历史回顾

谭 甄*

有限责任公司是一种晚于股份有限公司出现的公司形态，通说认为，与股份有限公司相比，有限责任公司具有闭锁性、章程的自由与灵活、股东参与公司管理、设立及运作成本低等特征，是一种适合广大中小企业采用的公司组织形式。我国《公司法》规定了有限责任公司和股份有限公司两种公司组织形式，但从立法上却看不出二者有明显的差别。^{〔1〕}根据《公司法》第3条对两种公司的概念的解释，二者区分的标准似乎就在于公司的资本是否可作等额划分，但这样一个标准显然过于机械。对我国来说，有限责任公司制度是舶来品，是法律移植的产物，而且该移植早在清末就已开始。方流芳教授认为，“我们在公司法领域出现的许多问题都不是突然发生的，它都有一个历史脉络。如果我们对这些历史脉络都清楚的话，我们就能明白为什么会发生这些问题及如何解决这些问题。”^{〔2〕}基于这样一个判断，本文试图通过历史研究的方法，对我国有限责任公

* 谭甄，民商法学博士，现任职于广东省高级人民法院。

〔1〕 王保树：“修改公司法的几点意见”，载郭锋、王坚主编：《公司法修改纵横谈》，法律出版社2000年版。

〔2〕 方流芳：“温故知新——谈公司法修改”，载郭锋、王坚主编：《公司法修改纵横谈》，法律出版社2000年版。

司制度的产生与发展作一历史的纵向的考察,从而温故知新,从中寻找对现实的有益的启示,完善我国的有限责任公司制度。根据上述思路,本文拟分四部分进行论述,第一部分是简介德国创设和传播有限责任公司制度的历史,分析创设有限责任公司制度及其取得成功的原因,第二部分是描述与分析中国对有限责任公司制度的移植及该制度在1949年之前的演变经过,第三部分是描述与分析中国有限责任公司制度在1949年之后的发展,第四部分是本文的结论。

一、德国创设和传播有限责任公司制度的历史

有限责任公司制度始于1892年德国颁布的《有限责任公司法》。在该法颁布之前,德意志关税同盟^[3]于1861年制定的《德意志普通商法典》,即所谓的旧商法典,在其第二编和第三编分别对当时已存在的公司形态和合伙形态作了较为明确的规定。1870年对旧商法典中涉及公司的部分进行修改,股份有限公司的设立由特许主义改为准则主义,赋予了人们组建股份有限公司的自由。因法律对股份有限公司的规定非常宽松,使得股份有限公司在当时非常普遍。

随着时间的推移,这种过于自由的股份有限公司在运行中逐渐暴露出一些弊端,对股东和债权人的利益造成侵害。为了保护股东和公司债权人不受欺诈性集资和公司管理不善之害,德国于1884年对股份有限公司的规定进行了修改,对公司设立和信息披露严加要求,并使契约自由的适用在这一领域受到极大的限制。^[4]根据修改后的法律,成立股份有限公司要求严格,成本较高,不能满足不向公众集资的中小企业的要求。该问题在这次修法的讨论中已被提出,即是否已有的企业组织形式——合伙、有限合伙、股份有限公司、登记合作社、采矿联合公司等——能完全涵盖所有的商业结构?是否必须有一种新的形式?因为当时考虑到要对商法典作全面修改,该问题就被搁置下来,但从此创设一种新的组织形式的可能性成为许多讨论的中心话题。1891年12月,德国司法部长向议会提交了《有限责任公司法(草案)》,仅仅3个月,于1892年3月21日,议会以绝对的赞成票通过该法,新法于同年4月20日公布,5月19日生效。^[5]

《有限责任公司法》未对有限责任公司进行定义,但规定了其法律性质,规定其以“自身”享有权利,承担义务,并仅以“自身”财产向公司债权人负责,

[3] 在1871年德意志帝国建立之前,德意志各邦在政治上处于分裂状态。1834年,形成德意志一元化经济圈的要求促成了德意志关税同盟的创立,由此迈出了通向法律统一的决定性一步。

[4] [德] 罗伯特·霍恩、海因·科茨、汉斯·G·莱塞著,楚建译:《德国商法导论》,中国大百科全书出版社1996年版,第6页。

[5] Marcus Lutter, Limited Liability Companies and Private Companies, International Encyclopedia of Comparative Law (Vol. 13, Ch. 2), 1998, p. 5.

属于商法典规定的商事公司。^{〔6〕}德国直至19世纪中叶，国家仍将当时社会中所结成的各种大的社团视为对自己权力的潜在威胁，通过法人设立许可与国家监督的方法对其予以监控，法人资格的授予被视为是国家行使主权。到19世纪下半叶，这一立场随自由化的进程而逐渐被抛弃，但对民商事立法仍有影响。在法学理论上，整个19世纪对法人本质都在进行激烈的争论，存在所谓法人拟制说、人格化的目的财产说、法人实在说三种相互对立的学说。因为上述两方面的原因，立法虽规定有限责任公司“自身”可独立地享有权利、承担义务，却并未明确承认其具有法人资格。^{〔7〕}与法律对股份有限公司的规定相比，《有限责任公司法》在赋予股东有限责任的同时，对有限责任公司的设立和内部组织结构作了较为简单的规定，如必设机关一般只有股东会和管理董事，监事会的设置则由公司章程决定；有限责任公司结构灵活，公司可根据其需要，通过章程的规定，使其结构类似于股份有限公司或合伙；股东的出资额可以转让或继承，但公司章程可以对此规定限制性条件，并规定如果股东转让出资额，应以公证的方式订立合同。^{〔8〕}这些规定满足了不向公众筹资的、股东间关系密切的中小企业的需要。

有限责任公司伴随着德国的《有限责任公司法》产生，不像普通商事合伙、有限合伙、股份有限公司等商业组织类型，它们背后都有几百年的发展历程。有限责任公司特殊的产生经历使其被视为是德国立法者的发明，一件立法者的艺术作品，立法者意在通过它来填补资合性股份有限公司与人合性合伙间的空白，既使其股东可通过有限责任限制风险，又使其设立简便，组织灵活，从而兼具股份有限公司与合伙的优点，便利中小企业采用。^{〔9〕}

通过前述德国《有限责任公司法》的制定过程可以看出，这一所谓“立法者的发明”，并不是立法者脱离现实的凭空创造。正如萨维尼所说，“任何时候，若能在民众心目中怀有一种确定不移、颇堪褒扬的倾向，则此倾向或可经由立法善于保存与肯认，但却决然不可能经由立法凭空制造出来。凡并不存在此一倾向，却欲如此行事之处，一切或可建立一个详尽无疑的立法制度的企图，必当强

〔6〕《德国有限责任公司法》第13条。本文涉及的《德国有限责任公司法》法条，皆参考两个中文译本，一是刘小林译：《德意志联邦共和国有限责任公司法》，法律出版社1983年版；一是杜景林、卢谔译：《德国股份法·德国有限责任公司法·德国公司改组法·德国参与决定法》，中国政法大学出版社2000年版。

〔7〕〔德〕托马斯·莱赛尔著，张双根译：“德国民法中的法人制度”，载《中外法学》2001年第1期。

〔8〕《德国有限责任公司法》第6、15、45、48、52条。

〔9〕“The limited liability company is a German invention without any historic precedent...”，见Werner F. Ebke, Matthew W. Finkin 主编，Introduction to German Law, p. 152.；杨君仁：《有限公司股东退股与除名》，（台湾）神州图书出版有限公司2000年版，第5页。

化现实的不确定性,增加了处理此一问题的难度”,并指出法学家应具备两种不可或缺的素养,一是历史素养,一是系统眼光。^[10]立法者对有限责任公司的创设,正是在意识到中小企业的需要后作出的一种积极的立法回应,一种对民众心目中倾向的肯认。

德国的《有限责任公司法》是立法者基于投资者的现实需要进行的一种制度创设,立法者这一考虑问题的出发点使得该制度一经实施,即受到投资者的欢迎。统计数字表明,从1892年该法实施开始,采用有限责任公司作为组织形式的公司的数字就一直在稳定增长:在1892年年底,有60家;第二年,已有近200家;1907年时,有9000家以上;1909年时,有16500家;两德统一后,1992年年底,有549659家;到1999年1月1日止,已增至820000家,^[11]现有限责任公司已成为德国最为广泛使用的公司形式。

有限责任公司在德国取得的巨大成功也影响了其他国家,葡萄牙和奥地利分别于1901年和1906年模仿德国建立了有限责任公司制度,此后,法国于1925年、瑞士于1936年、日本于1938年、意大利于1942年、荷兰于1971年、丹麦于1973年均仿效德国制定了有限责任公司制度。^[12]在仅仅一百多年的时间里,有限责任公司在全球扩展,以至有学者戏称除德国制造的商品外,德国另一个广为世界各国所接纳的就是作为企业组织形式的有限责任公司。^[13]

各国的投资者在投资需求上具有相似性,都需要相应的企业组织形式来满足他们多样化的投资要求,有限责任公司被实践证明是一种适合中小型企业组织形式。虽然各国对有限责任公司的具体规定间存在着差异,但在表面的差异之下,却有着相同的法律特征。应注意的是,因为有限责任公司的创设是为了填补股份有限公司和合伙之间的空白,故其特征中部分与股份有限公司相同或相似,部分与合伙相同或相似,正是这种已有组织形式特征的融合造就了有限责任公司,并成为其取得成功的决定性因素。这些特征是:

(一) 股东负有限责任

在德国有限责任公司出现之前,只有投资于股份有限公司的投资者才可以全部享有有限责任的优待,1892年立法则将该优待又赋予有限责任公司的股东,

[10] [德] F·卡尔·冯·萨维尼著,许章润译:《论立法与法学的当代使命》,中国法制出版社2001年版,第36—37页。

[11] 关于有限责任公司的统计数字,来自杨君仁:《有限公司股东退股与除名》,第5—6页;[英]克拉潘著,傅梦弼译:《1815—1914年法国和德国的经济发展》,商务印书馆1965年版,第442页。

[12] Marcus Lutter, *Limited Liability Companies and Private Companies*, p. 8.

[13] 杨君仁:《有限公司股东退股与除名》,第6页。

使希望限制经营风险的投资者多了一种选择。德国波恩大学的 Marcus Lutter 在谈到有限责任公司的决定性法律因素时就指出：在 19 世纪末，随着迅速工业化的出现，个人为所投资组织的债务承担无限责任的传统开始改变，对所有股东个人责任的排除是有限责任公司法律模式中的首要之点。^[14] 对中小企业的投资者而言，选择自身仅承担有限责任的这一新组织形式无疑较普通合伙和有限合伙在限制经营风险上更为有利。英国的调查数据也表明，对小型公司而言，最重要的组建公司的原因就是有限责任。^[15]

（二）公司的闭锁性

股份有限公司的主要特征是开放性，即公司可通过向公众发行股票筹集资金，股东可通过股票交易市场随时将投资变现。有限震任公司则相反，其根本特征之一是闭锁性，或称封闭性，即公司被禁止向公众发行股票以筹集资金，股东转让出资受到来自法律或章程的程序性或实体性限制。有限责任公司的闭锁言可以确保公司股东的稳定，避免股东不了解或不信任的人加入公司，体现了公司“人合性”的一面。

（三）公司章程的自由与灵活

公司章程是公司的必备法律文件，是公司的组织准则和行为准则。由于有限责任公司不向社会公众筹集资本，其牵涉的利害关系人的范围较小，所以法律以保护广大投资者为目标的对股份有限公司章程的一些强制性要求，对有限责任公司来说就是不必要的。有限责任公司的股东在章程设计上享有较大的自治空间，在很大程度上适用“合同自由”原则。在德国，法律用不同的术语来表达有限责任公司的章程和股份有限公司的章程，前者是 Gesellschaftsvertrag（公司契约），后者是 Satzung，这种用词上的差别在一定程度上表明两类公司的股东在章程制定中享有的自治空间的不同。

（四）股东参与公司管理

在股份有限公司，尤其是上市公司中，普遍存在着所有和控制的分离，股东对公司的管理表现出“理性的冷漠”。有限责任公司则不同，其股东通常积极参与公司管理，这种参与一方面表现为股东积极参与股东会表决，股东会不仅决定董事的人选，在公司业务执行中也享有更多的发言权；另一方面表现为股东本身作为管理层的一部分参与管理，在德国有限责任公司的实践中，多数管理董事都

[14] Marcus Lutter, Limited Liability Companies and Private Companies, p. 182.

[15] [加拿大] 布莱恩·R·柴芬斯著，林华伟、魏旻译：《公司法：理论、结构和运作》，法律出版社 2001 年版，第 537 页。

是股东,而不是股东之外的第三人。^[16]

(五) 设立及运作成本低

与股份有限公司相比,法律对有限责任公司要求宽松,强制性规定较少,从而节省了有限责任公司在设立和运作中的成本,符合中小企业的要求。在要求最低注册资本的国家,对有限责任公司的要求一般要大大低于对股份有限公司的要求。如德国对前者的要求为5万德国马克,对后者的要求为10万德国马克;^[17]日本对前者的要求为300万日元,对后者的要求为1000万日元。^[18]在信息披露方面,法律对有限责任公司一般也要求较少。

二、1949年之前中国有限责任公司制度的历史

(一) 清末《公司律》中的合资有限公司

1. 《公司律》制定前中国公司的发展概况。作为一种组织形式的公司,并非中国固有,而是随着西方公司在中国的发展逐渐为国人所认识、接受。据方流芳教授考察,“公司”一词在我国的演变过程是:从17世纪中期到1833年英国东印度公司(East India Company,简称EIC)结束对华贸易垄断,“公司”主要是用来指称EIC的中文专用名称,而非泛指欧洲的“business company”,除EIC之外,在当时的中文语境下没有其他“公司”;从1833年到19世纪末,“公司”从EIC的专用名称转变为泛指外国企业的集合名称;1904年清政府颁布《公司律》后,“公司”成为泛指中外法人企业的集合名称,但“公司”成为大众接受的通用词语要为时更晚。^[19]

作为舶来品的公司,是怎样获得国人的青睐的?又是怎样引起立法者重视的?下文将对这一过程作粗略的描述。

早在“公司”是EIC的专用名称的时候,EIC就以其一对多的交易优势获得交易对方广东行商的羡慕,当行商们准备效仿EIC组建一“政府公司”时,EIC用尽贿赂、离间、游说和施加外交压力等手段,一次次地挫败行商们组建“公行”的企图或者击破刚刚组建的“公行”。^[20]鸦片战争结束后,称作“洋行”

[16] Werner F. Ebke, Matthew W. Finkin 主编, Introduction to German Law, p. 160.

[17] 《德国有限责任公司法》第5条第1款,《德国股份法》第7条。

[18] 《日本有限责任公司法》第9条,《日本商法典》第168条之四。本文涉及的日本公司法法条,皆参考王书江、殷建平译:《日本商法典》,中国法制出版社2000年版。

[19] 方流芳:“公司词义考:解读语词的制度信息——‘公司’一词在中英早期交往中的用法和所指”,载《中外法学》2000年第3期。

[20] 方流芳:“公司词义考:解读语词的制度信息——‘公司’一词在中英早期交往中的用法和所指”,载《中外法学》2000年第3期。

或“公司”的外国企业纷纷在中国的通商口岸落户，其中多数是实行公开募股的股份有限公司，而这类公司的主要资本来源，就是尽可能地通过发行股票吸收华商的资金。到19世纪60年代末70年代初，华商购买外国企业股份的活动，即所谓的“附股”，在通商口岸非常普遍。有的洋行因买股份之人多为华商，乃至所谓的外国公司只是一个名义，有的洋行因股票供不应求，不得不制定限制条件。不断高涨的华商附股热潮的直接后果是大量中国资本流入外国公司，成为外国公司开拓中国市场、侵夺中国利权的重要资本来源。这种状况，引起洋务派官员的忧虑，他们的应对措施是成立官督商办的新式企业，“仿西国公司之例”，公开募股，以收“众擎易举”之功。^[21]

1873年1月，近代中国第一家仿照外国公司组建的官督商办企业——轮船招商局——正式开始营业。此后，至90年代中叶的1895年，以官督商办形式创办的公司企业达40余家。由于对官僚缺乏信任，轮船招商局设立后，“招股年余，无人过问”，其他官督商办企业也遇到类似情形。到19世纪80年代初，早期设立的轮船招商局、开平煤矿股价的不断增长激发了民众购股的热情，在上海等口岸城市出现了近代中国历史上首次对股份公司的投资热潮，对官督商办企业的资本筹集起了极大的推动作用。^[22]但随之而来的1883年上海金融风潮的爆发，股价的骤跌，打击了民众的投资热情，乃至“‘公司’二字久为人所厌闻”，官督商办企业的筹股集资遇到了极大的困难。金融风潮集中暴露出官督商办企业的弊端，促使当时的先进分子思考中西公司间的差异，抨击官督商办企业在“仿西国公司之例”的表面下存在的种种形似而神不似。^[23]

随着官督商办企业的没落，民间公司开始兴起，尤其是甲午战争之后，受日益加深的民族和社会危机的激发，官方不得不重视工商实业的振兴。在维新派人士的鼓动下，清政府陆续颁布了一系列上谕、法规来鼓励、保护民间兴办实业，《公司律》即是其中的一个重要举措。

2. 1904年《公司律》的立法经过及其对公司类型的规定。为了求福求强，收回治外法权，清政府开始重视商律的制定。光绪二十八年（1902年）二月，光绪帝发布修订包括商律在内的法律的谕旨，同时谕令出使大臣，查取各国通行律例，咨送外务部，并责成袁世凯等挑选熟悉中西律例者来京编律，“务期切实

[21] 李玉：《晚清公司制度建设研究》，人民出版社2002年版，第5—15页。（以下“人民出版社2002年版”略去）

[22] 张忠民：《艰难的变迁——近代中国公司制度研究》，上海社会科学院出版社2002年版，第131—136页。

[23] 李玉：《晚清公司制度建设研究》，第23—29页。

平允，中外通行，用示通变宜民之至意。”^{〔24〕} 光绪二十九年（1903年）三月，光绪帝谕旨，“通商惠工为古今经国之要政……亟应变通尽利，加意讲求，”派载振、袁世凯、伍廷芳“先定商律，作为则例”。在编纂商律的过程中，载振等认为，“编辑商律，门类繁多，实非克期所能告成。而目前要图，莫如筹办各项公司，力祛曩日涣散之弊，庶商务日有起色，不至坐失利权，公司条例亟应先为妥订，俾商人有所遵循，而臣部（商部）遇事维持，设法保护，亦可按照定章核办，是以赶速先拟商律之公司一门，并于卷首冠以《商人通例》……”^{〔25〕}

清光绪二十九年十二月初五（公历1904年1月21日），我国第一部公司法——《公司律》——就这样在仓促中被奏准颁行。该法在立法技术和具体制度上都存在许多缺陷，但其为以后的公司立法奠定了基础，并表明传统的贱商、抑商思想开始发生转变，即使后来发起重修公司律的上海预备立宪公会人士也承认该律“锥轮筌路，阙功至巨”。^{〔26〕}

《公司律》分11节，共131条。该法在第1条规定，“凡凑集资本共营贸易者，名为公司”，公司分为合资公司、合资有限公司、股份公司、股份有限公司四种类型。其中合资公司“系2人或2人以上集资营业，公取一名号者”；合资有限公司“系2人或2人以上集资营业，声明以所集资本为限者”；股份公司“系7人或7人以上创办集资营业者”；股份有限公司“系7人或7人以上创办集资营业，声明资本若干，以此为限者”，^{〔27〕} 根据上述定义，这四种公司分别相当于西方公司法中规定的无限公司、有限责任公司、合股公司和股份有限公司，其中合资公司和股份公司的股东承担无限责任，合资有限公司和股份有限公司的股东承担有限责任。能否取得有限责任，取决于公司在农工商部注册时是否声明其为有限责任，“凡合资公司、股份公司于呈部注册时，未经声明‘有限’字样，应作为无限公司，如遇亏蚀，除将公司产业变售偿还外，倘有不足，应向合资人、附股人另行追补”。^{〔28〕} 但根据农工商部的通告，钱庄、当铺只能以无限责

〔24〕（清）朱寿朋编：《光绪朝东华录》（四），中华书局1958年版，第4833页。转引自李玉：《晚清公司制度建设研究》，第105页。

〔25〕政学社印行，《大清法规大全（六）实业部》，（台）考正出版社1972年版，第3021页。

〔26〕上海预备立宪公会等编：《公司律调查案理由书》叙例，第2页。转引自李玉：《晚清公司制度建设研究》，第114页。

〔27〕关于四种公司类型的定义，见《公司律》第3、6、10、13条，《大清法规大全（六）实业部》，第3022—3023页。

〔28〕《公司律》第31条，《大清法规大全（六）实业部》，第3024—3025页。

任的形式注册，以维护商业信用。^[29]

《公司律》虽然规定了四种公司类型，但从具体内容来看，自第二节开始，主要是对股份有限公司运作的各环节进行规定，对合资有限公司和其他两类公司除了定义和极少的说明外，没有关于成立和运行的专门规定，致使其虽然声明遵依商律，实际上却处于无章可循的境地。^[30]之所以出现这种畸轻畸重的现象，与前述《公司律》制定前公司在我国的发展及国人对其特征的认识有关。当时的公司主要是股份有限公司，这种公司给国人印象最深刻的是其可集众人之资以兴办实业的、为我国传统商业组织形式所无的筹资优势。

3. 昙花一现的合资有限公司。合资有限公司作为一种国人所陌生的公司类型，一项国人不熟悉的移植来的制度，立法纵有具体规定亦未必能够取得预期效果，往往也需要一定的时间来了解、熟悉，而当这种制度“只闻其名，不知其详”时，其实施效果自然可想而知。根据学者的统计，从1904年到1910年，注册为合资有限公司的共68家，而注册为股份有限公司的则为197家，^[31]二者差距甚大。

除法律对合资有限公司规定过于空洞之外，另一个影响合资有限公司实施效果的是中国的商业传统。公司制度进入中国以前，中国商人经商的传统组织形式是独资与合伙，出资人在这两种组织形式中所承担的都是无限责任。^[32]这里有必要就清代晋商中盛行的一种划分银股和身股的制度作出说明。该种制度是商号中的出资者享有银股，对商号负无限责任；出力者享有身股，参与分红，不承担商号的亏赔偿责任。^[33]但不能由此认为这是一种有限合伙，身股的享有者承担有限责任，因为这种所谓的身股，只是收益分配意义上的一种份额，^[34]实际上是作为出资者的东家对作为出力者的职员支付报酬的一种形式，意在将职员的报酬与商号的经营状况联系起来，激发职员努力、诚信的为商号工作。作为雇员，身股的享有者不承担亏赔偿责任是当然的事，其与承担有限责任的合伙人有本质上的不同。

[29] 《农工商部札各省商务议员为各处当商注册应与钱业一律用“无限”字样文》（光绪三十三年六月），《大清法规大全（六）实业部》，第3019页。

[30] 李玉：《晚清公司制度建设研究》，第143页。

[31] 李玉：《晚清公司制度建设研究》，书后附表2：1904—1910年注册企业逐年统计。

[32] 彭久松在《中国契约股份制》一书中认为，四川自贡井盐业的契约股份制实行的是“井债井还”的有限责任制，但有学者对这种说法表示质疑。见张忠民：《艰难的变迁——近代中国公司制度研究》，（以下“上海社会科学出版社2002年版”略去）第26—27页。

[33] 张正明：《晋商兴衰史》，山西古籍出版社1996年版，第143—146页。

[34] 张忠民：《艰难的变迁——近代中国公司制度研究》，第19页。

《公司律》明确规定合资有限公司的股东承担有限责任，在当时商局不稳、经营困难的形势下，以合资有限公司的形式注册，无疑可使股东减少风险，“以备不虞”，^[35]但这种股东人数少、资力有限的公司能否为习惯了无限责任的社会所认可，则是另一个问题。《公司律》颁行后，对其主要批评之一即是缺乏对中国传统商业习惯的充分调查和融合，“致多拂逆商情之处”。^[36]1907年（光绪三十三年），清政府由修订法律馆主持，开始对商法等基本法律进行调查起草。“凡各省习惯及各国成例”，都属调查的对象，以便在调查的基础上，对包括《公司律》在内的商法等进行全面修订。^[37]后修订法律馆编纂了《大清商律》和《公司法草案》，《公司法草案》中将公司分为合名公司、合资公司、股份公司、股份合资公司。1910年（宣统二年），各商会认为修订法律馆所编的《商律》，系直接采自日本法，可能与中国国情不合，于是实际访查商业习惯，参照各国最新立法例，编成《商法调查案》，上呈政府。农工商部复加修订，定为《商律草案》，奏请清廷提交资政院核议。不久辛亥革命爆发，清政府被推翻，该草案的决议随之终止。

北洋政府成立后，1914年1月13日在《商律草案》中《公司律》一编的基础上，以总统令的形式颁行《公司条例》。《公司条例》分6章，251条，将公司分为无限公司、两合公司、股份有限公司、股份两合公司四种类型，每一种类型都单列一章加以规定。^[38]与《公司律》相比，《公司条例》删掉了合资有限公司和股份公司，新增两合公司和股份两合公司。除股份有限公司之外，其余的三种组织形式中，股东或全部承担无限责任，或部分承担无限责任，反映了中国传统商业组织形式中的无限责任对公司法的影响。

合资有限公司既与传统商业习惯不符，又在各国尚属“罕见”，不属“各国成例”，^[39]这种尴尬的处境使得合资有限公司难以保持其在公司法中占有的一席之地。

（二）1946年《公司法》中的有限公司

1. 1929年《公司法》制定前关于保证有限责任公司的争论。南京国民政府

[35] 李玉：《晚清公司制度建设研究》，第118页。

[36] 天津市档案馆等编：《天津商会档案汇编（1903—1911）》（上），天津人民出版社1989年版，第284页。

[37] 谢振民：《中华民国立法史》（下），中国政法大学出版社2000年版，第744页。

[38] 谢振民：《中华民国立法史》（下），中国政法大学出版社2000年版，第804—805页。

[39] 上海预备立宪公会等编：《公司律调查案理由书·总纲》，第11页。转引自李玉：《晚清公司制度建设研究》，第138页。

成立后，于1929年立法院组成商法起草委员会，该委员会决定由卫挺生初步起草公司法。在卫挺生起草的基础上，经历次会议研讨，议定《公司法原则草案》64条，后又并为32条。该草案对《公司条例》中的公司种类作出变更，删去股份两合公司，理由是“考之他国，此种公司流弊最深”；增加保证有限公司，认为“欧美近数十年来，最盛行者为一种小团体有限公司，斟酌于此种公司制与保证有限公司制，采用一种小团体之保证有限公司，小其团体，俾易于设立，保证责任，定股本3倍以上，并禁止招募股份与转让股份，免受外人操纵，庶有利无弊，而与吾国国情尤为相合。”^[40]

这里的小团体有限公司，即是指有限责任公司和私公司；保证有限公司（Guarantee companies）则是英国的一种公司类型，股东只有当公司清算而不能清偿债务时，才在其保证的限度内负有向公司出资的义务，这种公司主要被用于慈善或准慈善的目的。^[41]起草委员会将这两种公司结合起来规定适用于小团体的保证有限公司，可以说与德国立法者创设有限责任公司的目的相似。

《公司法原则草案》经孔祥熙、李文范审查、修正后，恢复了股份两合公司制，以《公司法原则》的名义交立法院。立法院于第41次会议提出报告，并交商法起草委员会讨论。该委员会经过研讨，认为保证有限公司是新创设的制度，应暂行保留，立法院院长胡汉民在向中央政治会议提交《公司法原则》的提案中说道，“查《公司法原则》案中第29条至第33条关于保证有限公司之规定，本为取法于欧洲各国之小组有限公司办法，在中国公司组织中尚属创举。值兹党国一切行政司法组织均尚未臻完备，商场中之信用调查尚未举办，各股东之保证责任是否确实，若专恃行政之取缔，与司法之监督，恐一般民众利益之保障，过于粗疏。可否将《公司法》中保证有限公司一章，暂行保留？如将来仍视其设立为必要，则依照德法两国先例，另以单行法行之。”第206次中央政治会议同意了该提议，决议将保证有限公司一章暂行保留。^[42]1929年12月国民政府公布《公司法》，其中的公司类型与《公司条例》中的公司类型相同。

1929年《公司法》不规定保证有限责任公司的理由，与1914年《公司条例》不规定合资有限公司的理由有很大的不同。《公司法》之所以不规定，是着眼于债权人的利益保障，认为不论是依靠债权人自身力量作事前防范的信用调

[40] 谢振民：《中华民国立法史》（下），第807页。（以下“中国政法大学出版社2000年版”略去）

[41] 关于保证有限公司的概况，可参考 Paull. Davies, *Gower's Principles of Modern Company Law*, 6th Edition, London: Sweet & Maxwell, 1997, 第10—11页；谢怀栻：《外国民商法精要》，法律出版社2002年版，第323—324页。

[42] 谢振民：《中华民国立法史》（下），第809—811页。