

民 商

争议与实例
系列

民商法争议与实例系列

商事法

争议问题研究

赖源河 主编

清华大学出版社

民商法争议与实例系列

商事法

争议问题研究

赖源河 主编

清华大学出版社

内 容 简 介

本书是中国台湾地区一流的法学家针对商事法(包括公司、票据、保险等)领域普遍争议的问题所作的探讨。中国加入 WTO 以后,商事法的问题变得更为重要,各相关配套立法也在完善之中。本书深入分析商事法学理及实务上之各种见解,对立法与学理的完善都有一定的意义。

五南图书出版股份有限公司授权出版发行

北京市版权局著作权合同登记号 图字:01-2003-4335

版权所有,翻印必究。举报电话:010-62782989 13801310933

图书在版编目(CIP)数据

商事法争议问题研究/赖源河主编. —北京:清华大学出版社,2005.1

(民商法争议与实例系列)

ISBN 7-302-10107-8

I. 商… II. 赖… III. 商法—研究—中国 IV. D923.994

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 130478 号

出 版 者:清华大学出版社

<http://www.tup.com.cn>

社 总 机:010-62770175

地 址:北京清华大学学研大厦

邮 编:100084

客户服务:010-62776969

责任编辑:聂 鑫

印 刷 者:北京四季青印刷厂

装 订 者:三河市李旗庄少明装订厂

发 行 者:新华书店总店北京发行所

开 本:148×210 印张:8.5 字数:218 千字

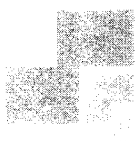
版 次:2005 年 1 月第 1 版 2005 年 1 月第 1 次印刷

书 号:ISBN 7-302-10107-8/D·151

印 数:1~4000

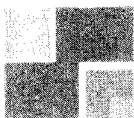
定 价:19.00 元

本书如存在文字不清、漏印以及缺页、倒页、脱页等印装质量问题,请与清华大学出版社出版部联系调换。联系电话:(010)62770175-3103 或(010)62795704



目 录

“公司法”第一条的规范意义	李清潭(1)
以设立中公司名义对外所为行为之效力	王泰铨(26)
公司合并种类之自由与限制	王志诚(35)
股东提案权之研究	林继恒(48)
公开发行人股东会委托书之管理	吴光明(59)
库藏股法律分析	陈樱琴(70)
论从属公司可否取得控制公司之股份	王志诚(84)
“公司法”“关系企业”章立法争议之探讨	陈月端(102)
公司增资股票上市、上柜之限制	郭土木(115)
证券暨期货业自律机关及其规范之探讨	赖源河(144)
票据转让背书	刘兴善(157)
承兑有关的法律问题	刘兴善(165)
运费保付条款之效力	张新平(173)
延滞费之性质	张新平(178)
载货证券背面条款之效力	张新平(183)
复保险	林勋发(191)
说明义务	陈猷龙(210)
“保险法”第 65 条性质之探讨	江朝国(228)
惩罚性赔偿金是否具有可保性	林德瑞(241)



“公司法”第一条的规范意义

——从产业革命后的比较法制史与方法论剖析

作者：李清潭

简历：英国华理克大学法律哲学博士

现任台湾地区中山大学企业管理学

系专任法学教授

东海大学法律学系兼任教授

提 要

法人独立原则乃是分析现代公司法的入门关键，无论
在实证法演进上，或是在学术研究上的意义。定性上，
以台湾地区实证法为例，由“公司法”第一条衔接民法关
于法人之规定（§ § 25—44）；定位上，由“公司法”第一
条开启的整体配套的机制（§ 12S 以下、§ 156 以下、§ 170
以下、再至 § 232 与 § 235 之规定），说明了资本取得“实
体化”的近代社会史。比较英国自产业革命后的法制史，
这一个实体化的法人机制，进一步使得资本取得了权利的
形式和社会关系的衍生，影响所及，公司的形式，使得
资本扩张而成“关系企业”（参照“公司法”新增第 6—1 章



规定)。可知,近代公司法的演进,正是资本主义兴起的
历史;而此一历史,对于法学研究的发展,以及台湾实证
法的“立法”和修改,具有正本清源的关键。

壹、争议问题

公司法作为现代商法的一个支流,它的出现、发展和特征等,自然和本身所依附的社会交易形态和商业环境,有息息相关的连接。进一步言之,现代公司法非从天降,而是和整个近代资本主义社会的兴起,有着千丝万缕的历史纠葛!因之,就作者的学术兴趣观察,支撑近代资本主义社会的法律基础^①,除了契约法(contract law)之外,公司法(company law)诚属最为核心者之一。以台湾地区“公司法”为例,第一条条文开宗明义即规定:

“本法所称公司,谓以营利为目的,依照本法组织、登记成立之社团法人。”

此一条文上接“民法”关于法人之规定(§ § 25—44)之“定性”,并建构出以营利为目的之“定位”,究竟于法制史上有何承先启后的玄机?由于该条文乃是“公司法”第一条,第一条的前提是什么呢?至今并未见台湾一般公司法的文献详加探究,成为学者心中的无头公案。探究渊源,现代公司法在学理概念上的结构,揭露了丰富的资本主义的社会关系(the social relations of capitalism),以及这些关系的外观“被实体化”和“受物化崇拜”的形式。就此一前提,本文即将对其演变过程进行探索,并求厘清。现代公司法崛起的历史和发展,只能经由资本(capital)所表现之不同形式的分析、和这种分析的脉络中,始可清楚了解。

然而,在任何标准版本的公司法教科书、或是司法案例实务里,

^① 参阅李清潭(1997),“资本主义下现代契约法的变迁:法社会学对于契约自由的辩论”(台北:桂冠图书,1997),第一章,“导论:问题意识”参见。

前述公司法在学理概念上的结构、与对其形成的认知之形式两者，都被当作“非关历史的”(a-historical)既定事物对待。例如：

“公司确曾依法注册成为股份有限公司，则所负债务除用公司存货变卖抵偿外，其股东及经理人要不负以私产偿债之责任。如果并未依法注册，则虽名为股份公司，仍难认为有独立之人格者，其偿还债务之责任，即应比照合伙之例判断。”(1916 年上字第 295 号判例^②)“公司虽集股开设，名为公司，若其组织未履行法律上之程序，又未经主管官署注册有案者，即应认为合伙。其股东对内对外关系，均应依合伙法律判断。”(1927 年上字第 1960 号判例^③)

“公司如未经合法注册，则虽名为股份有限公司，仍难认为独立之人格，即应以合伙论。”(1931 年上字第 2014 号判例^④)

以上所引各号判例，均以公司的依法注册(登记)、独立的人格、股东的地位，视为形式逻辑当然接受的事物。

因而，对于近代公司法的形成，如何由“平面的契约”之关系演化到“立体的法人”之结构，一般授课时既不用交代前世，更不用探讨来生！正因为从来法律课堂上都不必讲解“现代公司法是怎么来的？”，而仅从第一条条文开始宣读；所以，法理探讨就该从那些“都被当作既定事物对待”的基础前提，提笔切入！毕竟，质疑为学问之母，学问应从不疑处质疑！

② 转引自：李永然编辑(1992)，“商事法立法理由、判解决议、实务问题、令函释示汇编”(蔡墩铭主编，“民刑事法规判解丛书”第五册；台北：五南书局；1992 年：第七版)第四页。

③ 转引自：李永然编辑(1992)，“商事法立法理由、判解决议、实务问题、令函释示汇编”，同前注，第 4 页。

④ 转引自：李永然编辑(1992)，“商事法立法理由、判解决议、实务问题、令函释示汇编”，同前注，第 4 页。

贰、提 要

法人独立原则乃是分析现代公司法的入门关键,无论在实证法演进上,或是在学术研究上的意义。定性上,以台湾地区实证法为例,由“公司法”第一条衔接民法关于法人之规定(§ § 25-44);定位上,由“公司法”第一条开启的整体配套的机制(§ 128 以下、§ 156 以下、§ 170 以下、再至 § 232 与 § 235 之规定),说明了资本取得“实体化”的近代社会史。比较英国自产业革命后的法制史,这一个实体化的法人机制,进一步使得资本取得了权利的形式和社会关系的衍生,影响所及,公司的形式,使得资本扩张而成“关系企业”(参照“公司法”新增第 6-1 章规定)。可知,近代公司法的演进,正是资本主义兴起的历史;而此一历史,对于法学研究的发展,以及台湾实证法的“立法”和修改,具有正本清源的关键。

叁、讨论解说

一、“法人独立原则”作为前提是否因果倒错?

如前所述,因为就一般公司法的教科书而论,其编写前提就是“法人人格独立原则”,法理的探讨就该拿此开刀! 因此,吾人当头棒喝,即问:“法人人格独立原则”是现代公司法发展的前提吗? 是因? 还是果?

(一)预设的立场:“非属个人化”和“实体化”?

仔细检验,第一个层面是定性:正如台湾地区“公司法”第一条所揭露的,在法律技术上,公司被设计成“法人”的定性。因而,法人的发源与功能,首先应受到探讨。尤其,就结构上而言,“法人人格独立”原则,乃是现代公司法的基础。此一原则系立足于一个概念:具有法人资格的公司,不仅是和其股东有所区隔的,独立的法律上存在

之个体,更是一个可将股东的成份加以排除和抽离的主体。以台湾地区法制初次引进欧美近代公司法为例,司法实务认为:

“查公司条例之规定依施行细则第一条第二项凡以营利事业为目的组织之团体,自可准用公司条例之规定,但此项团体限于法人之组织,若仅由当事人间约定共同出资为营业者,则为合伙关系,并非法人之组织,当然不能准用,此征之公司条例第三条公司为法人之规定,实为至当不易之解释也。”(1916年上字第641号判例^⑤)

可知,二十世纪初年,台湾地区“公司法”规范已区隔法人与非法入机构,而其关键是由于援引欧美立法例(继受法),并非由于几千年社会内部本身自发的演变。

第二个层面是定位:鉴于台湾地区“民法”“总则”篇第二章第二节“法人”(§§25—65)的“立法理由”前段部分:

“谨按自来关于法人本质之学说虽多,然不外实在之团体。其与自然人异者,以法人非自然之生物,乃社会之组织体也。近世各国法典,对于法人之规定,日增详密,其原未规定者,如法国民法及模仿法国民法而制订之诸国法典,亦复增订法规,以期适用。本法亦以法人为实在之团体……”^⑥

前引文首中,所谓的“然不外实在之团体”一语,便将现代公司的这一“非属个人化”和“实体化”的概念,表露无遗,并且奉为典范。但是,在法制史中(乃至社会史中),究竟这一“非属个人化”和“实体化”的概念如何演进呢?剖析如下文。

^⑤ 转引自:李永然编辑(1992),“商事法立法理由、判解决议、实务问题、令函释示汇编”,同前注,第4页。

^⑥ 转引自:李永然编辑(1996),“民法立法理由、判解决议、实务问题、令函释示汇编”(蔡墩铭主编,“民刑事法规判解丛书”第一册;台北:五南书局;1996年;第八版)第19页。其后段部分则是:“本法亦以法人为实在之团体,特为本节之设,而复分三款:一通则。二社团。三财团。其不曰社团法人、财团法人,而简称社团、财团者,以未经登记或许可之社团、财团,在法律上尚未取得人格,而已经登记或许可之社团、财团,其为法人又无疑义,故为条文意义之明了醒豁起见,似可省去法人二字也。”

(二) 公司与其所属成员完全区隔, 源于“法人化”吗?

质言之, 正是前述公司组织的这一“非属个人化”和“实体化”的概念, 使得其本身足以和公司成员“完全区隔”^⑦。传统上, 这一完全区隔, 被视为源于“法人化”(incorporation) 的法律技术作用, 在老牌的产业国家——英国, 论述关键在于法制史上, 常被援引“萨罗门控诉萨罗门有限公司”(Salomon v. Salomon and Co. Ltd., 1897) 的判决内容^⑧, 加以阐明。影响所及, 关于具有法人资格的公司(incorporated companies) 和不具有法人资格的组织(unincorporated organizations), 两者之间的界线被划清: 前者乃指本身为主体, 而其所属成员对其仅具有一种完全为外在的关系(a completely external relationship); 后者则是许多个人的集合(collection(s)) 或总和(aggregation(s)), 其中的成员全体都是组织的本身。

诚然, 以上论点只是英国传统上注重“白纸黑字”、“卖弄案例”的诉讼服务业和文义逻辑学派以讹传讹的! 所谓公司与其所属成员完全区隔的起源、和由此附会的现代公司法的基础概念之起源, 两者观点仍须放在法制史的历史光谱上检验! 吾人如果检验 18 世纪和 19 世纪初期的英国案例和文献, 将可理解“法人化”于当时并不构成“公司与其所属成员完全区隔”的法律效果。固然, 法人化确实创立一个实体, 亦即具有法人资格的公司, 于法律上被“区分”于其组成成员之外, 但并不当然即谓此一实体和其成员“完全区隔”。恰恰相反, 直到 19 世纪中叶的英国, 法人化的合资股份公司(incorporated joint stock companies) 仍被视为和其组成成员于法律上一体, 仍不属于“非个人化”的主体, 而属于由这些成员“集合而成一体”、法律上可区分的实体。当时, 法人化的公司, 是由其许多成员“联合而为法律上

^⑦ Gower, L. C. B. (1979, 4th ed.) "Principles of Modern Company Law" (London: Stevens), p. 100.

^⑧ 参照 Salomon v. Salomon and Co. Ltd., (1897) A. C. (Appeal Cases, Appellate Court) 22; 相关评论, 可参见 C. D. Wallace (1982), "Legal Control of the Multinational Enterprise", (Martinus Nijhoff: 1982), pp. 117-120.

的一个人而已,……(united so as to be but one person in law……)^⑨。”

然而,以上所谓英国公司法传统观点,常是朦胧的,或是断简残篇的;例如,台湾地区“公司法”演进上,相对地也留有历史遗迹:

“查公司条例之规定依施行细则第一条第二项凡以营利事业为目的组织之团体,自可准用公司条例之规定……”

(1916 年上字第 641 号判例^⑩)

前引“施行细则”文字之间,仍预留有 19 世纪英国前述具有法人资格的公司、和“不具有法人资格的组织”(亦即,“可准用公司条例”的组织)两者;然而,司法审判实务限缩了原有立法下两者的空间,而认为:“……但此项团体系限于法人之组织,若仅由当事人间约定共同出资为营业者,则为合伙关系,并非法人之组织,……”(同前引:1916 年上字第 641 号判例^⑪)可知,台湾地区司法审判实务,于相当短暂时间内(清末至 1916 年),就赋予“法人化”即构成“公司与其所属成员完全区隔”的法律效果。这种历史转折掩盖长期演变的情形,值得深入检验的。

就英国法制史而言,前述成员联合的法律上集合体之观点,由法律用语的变化,最可以探究 19 世纪初期至今日的变化。例如,今日英国法律文献里,一个具有法人资格的公司常被称呼为英文单数(singular),而以“它”(这家公司)做表示,以确认其“非属个人的”、“实体的”法律地位。但是,回溯 19 世纪初期,当法律观念上将它们视为多数人的结合形成一个个体,合资股份公司(当时无论是法人或非法人),经常被称呼为英文复数(plural),以“他们”(这些股东们)做表示。实际案例,可举“关于兰卡斯特运河公司的一造判决”

^⑨ 参照前引 Gower, L. C. B. (1979, 4th ed) 书中, pp. 97—100 内文关于 Salomon v. Salomon and Co. Ltd., (1897) 一案的法制影响之分析。

^⑩ 转引自:李永然编辑(1992),“商事法立法理由、判解决议、实务问题、令函释示汇编”,同前注,第 4 页。

^⑪ 转引自:李永然编辑(1992),“商事法立法理由、判解决议、实务问题、令函释示汇编”,同前注,第 4 页。

(Ex parte the Lancaster Canal Co. ; 1828^⑫), 其中用语即可明了。

(三) 法人化乃是受到社会变动的效果吗?

可是, 正如法制史并非考试课目的显学, 前述历史文献用语的变化, 仍是被轻易忽略了! 那些墨守成规于“完全区隔乃是法人化之法律作用的功能之一”的学者们, 有时候虽然承认直到 19 世纪中叶, 仍未见法人化具有该项法律效果的事实。但是, 他们却又将这一事实, 或者归诸于受到当时存在“非法人合资股份公司”(unincorporated joint stock companies) 法律适用的疑义影响, 或者归诸于当时对于法人化的性质和法律效果之误解。这些英国讼棍和冬烘书生辩解: 直到前引的 1897 年“萨罗门”案例, 法人化所俱的“隐喻含意”(implications) “才发展到被法院所能完全掌握”, 而从该案例起, “公司和其所属成员的完全区隔不再被质疑矣^⑬。”

但是, 以上的辩解不但忽略史实, 更是“倒果为因”。我们如由法制史严谨检验, 更细致的法人化发展有待考证。固然, 我们承认史实: 公司和其所属成员的“完全区隔”, 首次出现于 19 世纪的中叶。就因果关系上 (参见下一节文中剖析), 我们却发现: 这项法律发展反映“法人化是受到社会变动的效果”, 但是法人化却“不是”其该发展的起源。换言之, 公司和其所属成员的“完全区隔”, 其起源必须由合资股份公司的股份, 与其不断变动的经济和法律性质, 加以探讨。亦即, “社会经济是因, 法律发展是果”: 该段法律发展的史实, 源于社会和经济的变迁, 而非法律设计的变动本身。此一旨趣, 即是下节文中

⑫ 参照 Ex parte the Lancaster Canal Co. (Mont & Bligh 94[1828]) 判决; 关于该案的法制影响, 参阅 Ireland, P., Grigg - Spall, I. and Kelly, D. (1987), “The Conceptual Foundations of Modern Company Law”, in P Fitzpatrick and A. Hunt (ed.), “Critical Legal Studies” (Oxford: Blackwell) 一文的分析。并参照 Scott, J (1979), “Corporations, Classes and Capitalism” (London: Hutchinson) 和 Scott, J (1986), Capitalist Property and Financial Power (Brighton: Harvester Press) 两书相关部分的论述。

⑬ 参照前引 Gower, L. C. B. (1979, 4th ed) 书中, pp. 97-100 内文关于 Salomon v. Salomon and Co. Ltd., (1897) 一案的法制影响之分析。

所欲研究分析的。

二、历史变动中的公司股份之法律质变为何？

如前所述，现代公司在法律上定位为法人化，乃是长期社会经济变迁的结果。法人化的设计只是将此结果体现于法制结构上，本身并非其原因。因之，认为现代公司被定位为法人是由于法律的规定，此一说法实属“非关历史的”(a-historical)描述，是抹煞了长期社会经济变迁。然而，所谓长期社会经济变迁的历史证据，我们必须重新检验当时变动中的公司股份之法律性质。

(一)1854 年之前：股份紧随公司产权性质而定

历经整个 18 世纪，乃至 19 世纪初期的英国，所谓“股份”一词，被“用于它原始自然的意义，以指称关于整个企业中可计价部分的所有权^⑭。”法律上，无论是具有法人资格，或是不具有法人资格，合资股份公司中的股份，被当作公司资产中的合资利益。因而，它们的“法律性质”系随着这些资产的性质而决定：他们可以是动产(personal property; personal estate)或是不动产(real property; real estate)，端视该公司是否拥有土地！例如，直到 19 世纪 30 年代初期，这种产权性质决定，在判决上仍属一致，当公司拥有土地，其股份即属不动产的性质。影响深远的，因为股份于法律上被如此定性，股东——亦即这些资产的合资共同所有人——自然必须紧密地与他们的公司取得各种法律机制的认同。在私产的利益下，他们两者怎能“完全区隔”呢？

然而，自 19 世纪 30 年代起，股份在英国的法律性质，开始受到新的概念塑造，而直到同一(19)世纪中叶，前述股份和公司资产的紧密联结被割裂。例如，在 1837 年出现的判决，改变法制史的“布莱控

^⑭ 参照 Scott, W. M. (1912 reprinted 1951), "The Constitution and Finance of English and Irish Joint Stock Companies to 1720" (Cambridge: Cambridge University Press), volume I, p. 45

诉布任特”(Bligh v. Brent; 1837)一案^⑮,主要的法庭上争议即是:在莫特曼法案(the Statute of Mortmain; 意译为:“社团法人之永远管业地条例”)下,两造所涉之公司的股份是否为不动产(realty)呢?依据前文分析当时的主流观点,辩护的律师主张,因为该公司拥有土地,所以旗下股份自然为不动产。就其推论,当时的每一合资股份公司里,“每一股东,拥有与公司的资产性质相同的产业。”但是,无视于各种主流权威的澎湃压力,法庭反对此一论点。合议庭的法官认为:本案的核心争议在于“每一股东所拥有的利益之性质”,而依据他们的观点,具有法人资格的公司之股东,所拥有的利益,仅在于公司的“盈余”(利润; the profits)而不在于公司的“资产”(assets)。而且,股份乃是人格的延伸,而与公司的土地所有权之性质无关^⑯。

(二)1854年之后:“新的法律空间”出现

诚然,在19世纪初叶的英国,尽管法律的认定仍持续几年的不确定,前引“布莱控诉布任特”(Bligh v. Brent; 1837)一案是法制发展的转折点,尤其界定股份的性质,关系到当时“不具法人资格的公司”(unincorporated companies)和那些经营业务和土地关联密切的公司。然而,在19世纪50年代中叶,这些不确定大抵消失了。对照一个出现于1854年的判决,“华特森控诉史普瑞特雷”(Watson v. Spratley; 1854)案例中^⑰,关于当时一家不具有法人资格的矿业公司,法庭必须决定其股份的性质。判决宣示:争议关键乃于“一家合资股份公司的股份之内涵和根本性质”,对此法庭认为该股份的利益

^⑮ 参照 Bligh v. Brent [1837] (2 Y & C Ex. 268) 判决。关于该案的法制影响,参阅 Ireland, P., Grigg—Spall, I. and Kelly, D. (1987), 同前引, 该文的分析。并参照 Scott, J. (1979), 和 Scott, J. (1986) 两书相关部分的论述。

参照前引 Gower, L. C. B. (1979, 4th ed.) 书中, pp. 97—100 内文关于 Salomon v. Salomon and Co. Ltd., (1897) 一案的法制影响之分析。

^⑯ 参照 Bligh v. Brent [1837] (2 Y & C Ex. 268) 判决。关于该案的法制影响,参阅 Ireland, P., Grigg—Spall, I. and Kelly, D. (1987), 同前引论文的分析。

^⑰ 参照 Watson v. Spratley [1854] (10 Ex. 222) 判决。关于该案的法制影响,参阅 Ireland, P., Grigg—Spall, I. and Kelly, D. (1987), 同前引论文的分析。

仅限于盈余而已。申言之,由本案判决观察,甚至于不具有法人资格的合资股份公司里,股东对于公司的资产部分并无直接的利益。股份乃系股东个人人格延伸,不仅与公司资产的性质无关,更是与公司的法律地位无关。

综合言之,股份和公司资产乃系财产上完全区隔的形式,就其各自的权利内容,各自为其主体。极为关键地,因为法律上的此一发展,在合资股份公司和它们的股东们之间,当时一个“新的法律空间”初次展现。就当时的英国法制而言,在法律上与在衡平法(equity)上,公司拥有其资产;而股东拥有股份,是一种崭新的、完全区隔的、无形产权形式的财产,而藉由一种收益权利(aright to revenue)之法律形式(legal form)呈现。

以学术研究立场,了解现代“法人人格独立”原则,与其所孕育的公司实体化的概念、和公司所属成员的完全区隔的概念,吾人必须追溯此一历史的过程。而19世纪英国案例法下,司法变迁呈现值得再三思维的历史:其中,股份、与其类似的其它收益的法律权益,逐渐浮现,而成为法律所承认的、独立自主的财产之形式!

(三)法律结构和经济实体区隔的假象:股东权

由本节分析,自1854年之后,“新的法律空间”出现,就是我们今日所理解的股份的意义,一方面乃是资本的成分,另一方面乃是表彰股东权^⑮。借用目前台湾通行的公司法教科书的论述,股东权的角色和功能:

“股东权,谓股东对公司之法律上地位。按股份有限公司既属社团法人,因之,公司事业在法律上归公司所有,股东在名义上丧失其所投资本之所有权而直接归公司所有。然在经济上,公司事业仍属股东所有,从而股东乃成为公司企业之所有人。各股东对于公司事业有依其投资比例受益之名

^⑮ 参照柯芳枝(1991),公司法论(台北:三民书局,1991,再修订初版),第194—195页。

分,此种经济上之名分,在法律上遂表现为由各种权利义务所构成之公司与股东间之法律关系,亦即股东对公司之法律上地位,此种法律上之地位,即谓之股东权。”^{①⑨}

经由这一新空间出现,我们可以理解前述“法人人格独立”原则如何演变,而成为法律结构(legal structure)和经济实体(economic reality)两者藉以区隔的假象。亦即,所引文字中的“法律上”、“经济上”的对照落差。法制配套有了变化,以因应社会经济的转型(资本主义的深化、成熟),以法律的专业语言描述如下:

“换言之,股东在名义上虽丧失其所投资本之所有权,但在实际上,其所有权变形为股东权。在此意义下,股东权可谓系所有权之变形物,只不过在股份有限公司企业所有与企业经营分离之下,致已变形为股东权之原所有权所具有之使用、收益及处分等权能,(参照民§765)亦随之分裂而已。”^{②⑩}

当然,这样的区隔下,法律上固然使得“所有权和经营权分离”原则所称的企业经营理性,但是,经济上仍不脱股东藉由经济上控制(而非直接所有)的手段。因而,如果企图理解资本藉由“公司”的法律形式出现,(或者,资本藉由“股份”的法律形式出现),对于此形式与实质的双重层面,必须严加检验:

“申言之,其使用权能脱离资本所有者之股东之控制而移入实际担当公司经营重任之董事会之手。至于所有权之收益权能及处分权能在法律上则成为股东权之内容——自益权与共益权——而操之于股东之手。”^{②⑪}

也唯有透过此一检验,我们才能理解“有限责任”(liability limited)的外观下,投资者“无限利润”的资本再生产之营利

①⑨ 引自柯芳枝(1991),前引书中,同前注,第195页。

②⑩ 引自柯芳枝(1991),前引书中,同前注,第195页。

②⑪ 引自柯芳枝(1991),前引书中,同前注,第195页。

循环。

三、盈余回收的权利如何转为货币资本的形式？

诚如前节所述，随着资本主义经济的深化，公司股份在英国法制史上有了渐进的质变，自 1854 年之后，股份和公司资产乃系财产上完全区隔的形式，就其各自的权利内容，各自为其主体。前文分析，这就是我们今日所理解的股份的意义，一方面乃是资本的成分，另一方面乃是表彰股东权。

（一）辩证的转换关系：资本—权利—资本—权利

就辩证的关系，我们可以说，透过公司的机制设计，一方面，资本投资转为权利的形式，另一方面，权利也可反转为资本的形式。以通行的主流论述为证：

“惟股份有限公司，其存续期间通常都很长，只要公司事业经营顺利，通常均不会考虑解散公司，且股份只有透过其流通方能吸收企业资本，而其流通须公司有盈余分派时，方能期待。因此，盈余分派可谓系股份有限公司之本质的要求。”^②

大哉斯语！引文中所谓“盈余分派可谓系股份有限公司之本质的要求”，正是资本家乐见股份有限公司作为投资回收的形式，也正是股份有限公司所以吸引企业资本者！因而，在公司“以营利为目的”（“公司法”§1）的终极目标下，主流的公司法论述自然主张：盈余的分派请求权不但不该受到剥夺或限制，而且更应受到法律的确保：

“职是，公司须每年定期为损益计算，若有盈余，则宜分派于股东。固然，在企业经营之合理范围内，可将盈余保留而限制或暂时停止盈余分派。惟若恣意或长期剥夺或限制盈余分派，则非所宜。在此一意义下，盈余分派请求权可谓系相

^② 引自柯芳枝(1991)，前引书中，同前注，第 393 页。