

移植与创新 近代中国公司立法之路

魏淑君

(中国浦东干部学院教学研究部,上海 20010)

摘要: 在中国近代史上,商事立法是中国法制现代化的起点,晚清《公司律》是中国法制现代化的开篇之作。从《公司律》到南京国民政府《公司法》,移植西方国家法律制度是近代中国公司立法的主要途径。但回顾近代中国公司立法史,我们发现,近代中国公司立法为适应各时期工商经济发展的需要,从不缺少在移植基础上的大胆创新。近代中国公司法一贯采用的集诸多公司类型于一体的单行法模式,对世界公司立法也是具有贡献意义的立法经验。

关键词: 近代公司法;移植;创新;立法体例

中图分类号: D922.291.91 **文献标识码:** A

“中国古代没有成熟的商法。至清末,中华法系解体、新的法律体系待建时,移植西方的商事法律制度便成为一种必然的选择。法律移植是法律发展的规律之一,是法律发展的一个基本历史现象。”^[1]法律移植作为近代中国法制现代化的主要途径之一,在不同时期都不可避免地带有“抄袭与模仿”的特征。在20世纪30年代的学者对此也有深刻的认识——“我国过去之法制,大都从模仿而少创造,故经立法机关制定之各种法律草案不是翻译即为抄袭,由立法者依照本国国情而创制之法律,可谓极少。”^[2]但是,回顾近代中国公司立法进程,我们惊喜地发现,近代中国公司立法从不缺少在移植西法基础上的大胆创新。

一、移植与创新 近代中国公司立法一贯坚持的基本理念

移植与创新是近代中国公司立法一贯坚持的基本理念。移植是为了学习西方立法,尽快建立起中国的现代法律体系;创新是为了适应本国国情,对移植法所作的必要调整。公司立法在移植基础上的创新,最终目的是为了使公司法适应本土公司经济发展的需要。中国本土的民商事习惯在本土语境下,其外观上并不具备权利、义务的表达式,因此,在把它们吸纳进移植法时要进行改造,即以西方现代法律的制度结构和表达式使之“改头换面”,成为现代法律的组成部分。这本身就是一种创新。

(一)“参酌中西”、“中外通行” 晚清公司立法的指导方针。1902年3月光绪帝颁布“修律”诏书,1904年1月21日《商律》获谕允,并正式颁布实施。钦定大清《商律》包括《商人通例》9条和《公司律》131条。大清《商律》的主体——《公司律》是中国法制史上的第一部公司法,也是中国法律现代化的开篇之作。晚清《公司律》出台的目的,一为振兴商务、收回利权;二为建立符合列强要求的法律制度,以挽回司法主权的完整,取消列强的领事裁判权^[3]^[15]。清廷决定实行新政修律时,即宣布此次变法要“参酌中西”^[4]。光绪帝在其修律诏书中又重申这一方针,强调所订各法要“切实平允,中外通行”^[5]。“拟请下饬外务部、刑部、法部、商部,博采欧美律例,从速拟稿定条款,并通飭各省督抚,体察各省情形,统筹全局,订明东西通行之法。”^[3]^[16]可见,晚清政府新政修律之始即重视与列强的立法要求相协调,博采欧美律例,同时也强调要符合中国商情。

事实上,《商人通例》中的内容是关于商事活动的一般性规定,由于在这方面中国商业历史悠久,积习较多,因此该通例的内容多与中国的商事习惯相关联,其中有的纯粹取自中国商事习惯。但由于公司是纯粹的“舶来品”,公司运作的商事习惯积累少之又少,加之《公司律》从制订到颁布实施,仅历时4个

月的时间(即从1903年9月到1904年1月)便宣告完成。在这样短的时间内,不可能对中国的传统商业习惯充分调查,并将移植来的公司法规规范与之融合。对于《公司律》在立法和实施中暴露出的种种问题,晚清两次商法讨论大会倡导者之一——预备立宪公会提出了非常鲜明的观点:“政府颁布商事法令,每不与商人协议,致多拂逆商情之处。是非徒不足以资保护,而且转多窒碍”^[6]。

事实上,晚清政府的修订法律馆和大理院等立法和司法机关已经认识到移植外国的公司法须与中国的商事习惯融会、衔接的必要性。1907年下半年,清政府为了编撰民、商事法典,由修订法律馆主持,在全国展开了大规模的民商事习惯调查。其中,山东省调查局在论及商事习惯调查时指出:当时商法“但有公司律、破产律,其有待于改良、增订者盖甚多。但欲编订商法,亦非咄嗟所能立办。查各国商法多采用商习惯法,以商事委曲繁变,非专其业者不能深知。今欲编订商法,自非调查各地习惯不足以为立法之根据,此馆章调查商事习惯之所由来也。”^[7]清末民商事习惯调查,给后世立法调查积累了丰富的经验。该次调查连同民国初年的另一次大规模的民商事习惯调查,是中国在移植外国法过程中,仅有的两次全国性的、大规模的、系统化的民商事习惯调查活动。

(二)公司法移植与创新问题的第一次真正思考:清末商人自订商法运动。1907年至1909年间,上海预备立宪公会、上海商务总会、上海商学会合力倡导、召开两次全国商法讨论大会,由商人自编公司法、商法总则草案及立法理由书。这就是近代立法史上著名的清末商人自订商法运动,这也是近代中国关于公司法移植与创新问题,第一次真正意义上的深入思考。

1907年11月23日《申报》刊登“论说”——《敬告各埠讨论商法草案与会诸君》一文,深刻阐述了“自编商法之理由”。“……请旨自编商法之理由,当考欧洲商法之起源,实始于地中海沿岸,其时不过商人自为规则,互相契约,期与共守,非有法律之效力也,自法皇路易十四世采其惯习之例,命沙罗利氏制定《商业条例》及《海商条例》,遂为施行商事成文法之始,可知商法须由商人自行编订,方可通行。往者政府所颁《商人通例》及《公司律》、《破产律》三编,一般社会不遵行者,亦以编订之初处于商部一二人之手,未能与我国商人之习惯相吻合也,此商法之所以必须自行编辑也。”

清末商法大会在筹备之初,就定下基本调子:“先由预备立宪公会招集学问之士潜心研究,以求合乎各国法理,适用于国际贸易,复由敝会(即上海商务总会)与商学会招集商界公举代表与之协议,以求合乎中国商业之习惯,令可施行。”^[8]事实上,《商法总则》和《公司律》两草案就是在比较各国立法成例,同时兼顾中国当时工商业发展状况及社会经济基础,并参照全国主要商埠的商业习惯的基础上拟就的。商法大会最终形成了《公司律草案》、《商法总则草案》以及所附《公司律调查案理由书》与《商法总则调查案理由书》等成果。其中,《公司律调查案理由书》所确立的“比较各国、参酌习惯”编订法律原则标志着中国近代公司立法理念和立法方法日趋成熟。

直接执笔起草法律草案和撰写《公司律调查理由书》等文件的人员多为精通外国法律,特别是日本商法的人员。因此商法大会对移植法与本土商事习惯冲突的讨论,推动了他们以更为理性的法理思考去确定公司法草案的每一项规定,并形成在今人眼光看来亦较为正确的、处理移植法与本土商事习惯冲突的基本指导原则:“除公司法中关于强行之规定,不能迁就事实,而违反大同之原则。其余均可参酌时势儿变通规定之。限制宽严,自可因时定制。”^[9]

在这一原则的指导下,《公司律草案》对一些固有的、有碍公司运作的商业习惯作了必要的修正。如《公司律草案》第43条、第114条对旧有商习中官利、红股的派给就作出了禁止性规定,并提供了违反该禁止性行为的法律对策。^{[9]48}类似的规定还很多,例如传统的合伙企业,就有各合伙人按出资多寡分享利润,按股分担债务,而不承担连带清偿责任的商界旧习,而《公司律草案》对此则作出了禁止性规定。^{[9]139}对于非善亦非恶之习惯,本非违反“大同之原则”的规定,在立法时自可以“参酌时势而变通规定之。限制宽严,自可因时定制。”如“西洋各国法律,于各种公司之代表员及其清理人,均须亲至该管官厅签名画押,存留作证。又,凡创办定章及总会决议录等重要书类,均须经裁判所或公证人之手续等。此皆不适于我国习惯,故不宜仿行,而但用私署证书为已足。”^{[9]86}

清末商人自订商法运动得到了政府的认可。晚清在修订商法时,农工商部认为《商法总则草案》和《公司律草案》可采择甚多,遂将《商法总则草案》和《公司律草案》改订,定名为《改订大清商律草案》,送宪政编查馆审核后呈送资政院审议。《改订大清商律草案》虽未能正式颁布实施,但它对以后商事立法的影响巨大。

(三)民国北京政府延续了参酌本国商事习惯与“参考各国”的立法指导方针。鉴于民国初年“法律不备”的现状急需改变,1912年5月14日,袁世凯命令工商部:“从速调查中国开矿办法及商事习惯,参考各国矿章、商法,草拟民国矿律、商律,并掣比古今中外度量衡制度,筹订划一办法。”^[10]时任农商总长张謇认为前清农工商部编订的《改订大清商律草案》(包括《商律总则》和《公司律》两部分)内容完备,如被采用必能发挥应有的作用,非常符合农工商部迫切的立法需要。张謇遂“即邀原起草员来京,复加审视,修正十余条”^[11],并向袁世凯建议,改《商律总则》、《公司律》为《商人通例》、《公司条例》,作为农工商部的现行条例予以颁行。由于《公司条例》未经立法程序^[12],仅由农工商部拟定后呈袁世凯大总统并以大总统令的形式颁布施行,因此不称“法”而称“条例”。

《公司条例》施行后,也曾工商业者的建议下做过几次修改,引进了一些当时商事习惯。其中“官利”制度的引进是《公司条例》以本土商事习惯改造移植公司法的典型案例。近代中国民间投资的习惯是,“无论何种公司,创办招股,无不预定一定之利息。不论开办与否及盈亏如若何,总之股银交到,次日起息。……股东惟以分得长年利息为足慰,实际暗亏,在所不计。”^{[9]361}而这种做法就是通常所讲的“官利”,其实质是“以本付息”,最终造成资本不实,违反公司“资本充实”的基本原则,因此为先进国家的公司法所禁止。但为了适应近代中国的实际情况,吸引社会资金投资实业,增强法律的实际操作性,刚出台的《公司条例》在做出“公司非弥补损失及照前条提存公积金后,不得以其盈余分派于股东”之规定后,即在第186条规定:“公司开业之准备如须自设立注册后二年以上始得完竣,经官厅许可者,公司得以章程订明开业前分派利息于股东。前项利息之定率不得超过常年六厘。”这一模仿日本公司法中“建设股息”制度,所作的股息分派制度规定,事实上仍无法为当时的投资者认可。于是《公司条例》实施一段时间后,政府对该条作了进一步修改,即改作开业后“准其酌给官利,仍由余利中分派,不得动用本金”。由此,中国本土的股息分派习惯——官利制度在经过立法者一定修改后(即官利仍需在公司余利中支付,不得动用本金)正式走入中国的公司法。

另外,为了建立资本主义法律体系,1918年民国北京政府开始大规模的民商事习惯调查,且大体上均按照当时民律草案与商律草案之目次进行,故所调查之内容比清末要相对集中些。民国初年的民商事习惯调查大约历时四年(1918年至1921年之间),此后由于政局动荡,便渐渐归于沉寂。

(四)南京国民政府坚持“参以各国法例,准诸本国习惯”的立法信条。1927年南京国民政府成立后不久,在立法院的主持下,开始了大规模的立法活动。南京国民政府在进行民商立法时,依然贯彻“参以各国法例,准诸本国习惯”的基本立法理念。特别是在公司法立法指导思想上,坚持“法律以实施为背景,殊不必与欧洲强同”,强调注重当时中国之“产业状况”^[13]。1929年南京国民政府在出台《公司法》前,先行拟定《公司法原则》作为公司法立法的基本指导原则。在《公司法原则草案总说明书》中,立法者往往从外国立法经验与中国当时社会经济的实际状况出发,阐述确定公司法原则的具体理由。另外,南京国民政府在立法过程中对清末民初民商事习惯调查资料整理工作非常重视,1930年司法行政部将前北京政府司法部所编《民商事习惯调查录》之民国时代之民事部分酌加修订后先行付印,这便是传至今日的《民商事习惯调查报告录》。

1946年南京国民政府基于抗战胜利后,“一方面为迎合抗战期间所发生的新事实,它方面为实施民国三十三年十一月六日国防最高委员会通过之第一期经济建设原则,”^[14]南京国民政府对1929年出台的《公司法》之修改工作很快提到工作日程上来。1946年的公司法修改,已经不仅仅限于适应本土商事习惯,更重要的是,公司法的修改迎合了当时“战后大力发展国营事业的需要”,已经具有较强烈贯彻国家经济政策的色彩。

二、游走于英美法系和大陆法系之间 近代中国公司法移植路径的选择

由于公司这种经济组织形式承担了近代中国强国富国的重任,因此公司立法一直为中国近代各时期政府所重视。如何做好公司立法工作,是学习大陆法还是移植英美法,近代中国各时期政府由于面临的形势不同,对此作出了不同的选择。

如前所述,晚清《公司律》仓促出台的一个主要目的是为了建立符合列强要求的法律制度,以挽回司法主权的完整。为此,伍廷芳等人在采取“择要译录”西方各国现成公司法的基础上修订而成《公司律》。由于希望这部法律能满足西方各国的要求,因此,立法者采取了将英美法系的传统与大陆法系的传统混于一法的模式,结果导致“体裁不齐”、“结构混乱”。“《公司律》的内容,约有五分之三条文仿自日本明治32年(1899年)商法,五分之二仿自英国公司法。”^[15]《公司律》难语完备,一方面反映了晚清政府照顾当时英、美、日、德等列强各方立法要求的目的,另一方面也反映了晚清立法者对于公司及公司法理论认识极为粗浅,未成体系。

随着晚清修律活动的深入,修律指导思想渐趋统一、明确,即确立了以大陆法系国家法律为蓝本,尤以日本法律为模式的修律指导思想。^[16]正是在这一思想的指导下,晚清政府开始了对久为商界诟病的《大清商律》的修改工作,并拟订《改订大清商律草案》,从总体上看,该案编写体例与章节设置主要仿自日本新商法。就其各条内容看,该案与日本新商法相同或相近的条文有135条,与日本旧商法相同或相近的条文有4条,与德国新商法相同或相近的条文有55条,与德国旧商法相同或相近的条文有3条,与日本民法和刑法相近的条文有2条,与英国公司法相同的条文有1条;另有与日本新商法和德国新商法均相同或相近者63条,与日本旧商法和德国新商法均相同或相近者17条,为各国通例者14条。尤其在一些带有原则性的问题上,该案的规定也大多与日本新商法同。

1914年民国北京政府出台的《公司条例》,实际是对前清《改订大清商律草案》成果的直接利用。《公司条例》以及此后的中国近代公司立法主要以德、日等大陆法系国家的公司法为蓝本。如1914年《公司条例》和1929年《公司法》与日本商法典中“公司”一章的结构和内容非常接近;1929年《公司法》虽然在其起草之初,政府曾经希望引入英美法的内容改造中国的公司法,但在后来的立法过程中,逐步抛弃了引入英美法的尝试,而回到了移植大陆法系公司法的老路上。1929年《公司法》完全贯彻大陆法系的立法精神,采取干涉主义立法原则,法律限制性规定较多,缺乏伸缩性、灵活性。当然,也带来了过于呆滞不切实际,且所定政府之管制太严,形式上之条件太繁,足以妨害企业之发展的后果。

1946年南京国民政府对1929年《公司法》进行了较大规模的修改。在这次公司法修改中,英美法系公司法的立法理念、制度对战后南京国民政府公司法的修改产生了较大影响。抗战胜利后,美国政府和工商界对华经济和政治的影响和实际作用越来越大,美国政府为了实现对华在政治、经济等领域的持续影响,攫取在华利益,不断通过外交努力和私人法学交流,以影响南京政府修改法律,敦促中国政府放弃欧洲大陆的法制,接受英美的法制^[17]。为了吸引外资,特别是美国政府和民间的资金与技术,大力推动战后国内的重建工作,南京国民政府在《公司法》修改过程中,开始注意吸收英美法的立法精神,据以改造中国公司法的立法理念、立法体例和有关内容。

如在立法理念上,1946年《公司法》更注重当事人的意志自由、法律条文的弹性,更注重条文的实用性,而不是特别偏重法律体例的规整。如在立法体例上,“法律冠以定义一章,解惑释疑,在英美所恒有,在我国尚系创举,不可谓非立法上之革新”^[18]。在公司法内容上,虽然“因我国立法取欧洲大陆干涉主义,未便一蹴而趋英美之自由主义。”^[19]但为了避免与美国英美法自由主义的精神不至过于违背,以利于引进外资、鼓励国内民营经济发展,加快战后重建工作,1946年《公司法》增强了法律弹性,减少了官厅干涉,就是力图使立法精神从大陆干涉主义而趋向英美自由主义。于是,“自由主义、平等原则,以及法律上之弹性,均在新公司法中充分显现。……对于外国公司之设立,悉依据国际间平等互惠原则,于不损本国主权之范围内,给予外国公司以极大之自由与便利,以奖励外资之输入。”^[20]

总之,在大陆系公司法框架基础上增入英美法的精神和内容,是1946年《公司法》在特殊时代作出的别具一格的创新。1946年《公司法》身上的英美法气质已经非常显著,而国民党政府退居台湾后,当局以英美法系公司法的理念和制度继续改造1946年《公司法》的工作并没有停止,如在公司的资本制度上,就以英美法系的授权资本制度取代了原来的法定资本制度。

三、公司法立法体例的创新 近代中国公司立法最具特色的创新之路

近代中国的公司法自始至终均采用容各类公司类型于一体的单行法模式,这是同时代外国公司法从未采用之体例。历史已经证明了这一创新的正确性,目前大部分国家的公司法均采用了单行法的形式。公司法立法体例上的创新,是近代中国公司法走出的最具特色的创新之路,也是中国在法律现代化过程中对世界公司立法具有贡献意义的立法经验。

(一)公司法最初以单行法的形式出现在近代中国,是形势所迫下的立法体例创新。《公司律》和《公司条例》以“单行”的形式率先于商法典出台,是为了顺应时势需要,在形势所迫下对立法体例所作的“意外”创新。在近代中国法律现代化的进程中,晚清与民国北京政府时期采取的是民商分立的立法体制,虽然民法典和商法典从未颁布,但还是颁布了具有商法总则性质的法律(如《商人通例》),同时还颁布了一些商法的单行法,如公司法、破产法、票据法等。这是由于晚清和民国初年迫于形势急需(晚清“商战”的迫切需要;民国初年“实业救国”的切要之需),在商事法典未及编订的情况下,晚清将商法之一部——《公司律》先行颁布,而民国北京政府也是先将商法中的公司一编作为条例提前颁布。

1904年1月21日(光绪二十九年十二月初五日),商部向光绪帝呈递了《商部拟定商律折》^[21]中提到:“……编辑商律,门类繁多,实非剋期所能告成。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,不致坐失利权。则公司条例,亟应先为妥订,俾商人有所遵循,而臣部遇事维持,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,……兹将商律卷首之商人通例九条暨公司律一百三十一条缮具清册,恭呈御览。如蒙俞允,即作为钦定之本,应由臣部刊刻颁行。此外各门商律,仍由臣等次第拟订,奏明办理……”。

民国初年,张謇出任民国北京政府农工商总长后,立即着手各项经济法规的制订。鉴于法制建设刻不容缓,而政府法制局正常编纂程序迟缓迁延,法典编撰非数年不能竣事,为了尽早制定商事法规,消除民国初建“无商法之弊害”,以应时需,张謇首先建议由主管农林工商经济的农工商部代替法制局先行制定商事单行法规——“本部职任在谋农工商之发达,受任以来,困难万状,第一问题,即在法律不备。非迅速编纂公布施行,俾官吏与人民均有所依据,则农工商政待举百端,一切均无从措手。为此,夙夜图维,惟有将现在农工商各业急需应用之各种法令,督伤司员从速拟订,如法公布。即其中有关涉法典范围,向归法制局编纂,如待全部法典完成,非数年不能竣事。拟由本部择其尤要,如公司法、破产法等,分别定成单行法令,作为现行条例,以应时势之要求。”^[22]

可见,1904年的《公司律》和1914年《公司条例》实际上仍属于商事法典的一部分,只不过应时代急需,而单独拿出来先行颁布实施而已。而这一“应时之作”,使原本属于商法组成部分的公司法,在最初移植到中国时,意外地在中国首先获得了“单行法”的形式。1904年《公司律》和1914年《公司条例》,给“一张白纸”的中国公司立法作了经验的积累和公司立法传统的积淀,特别是其单行法的形式,对后世公司法的立法体例产生了深远影响。

(二)1929年《公司法》的体例是“民商合一”立法体制下大胆创新的结果。在20世纪初世界公司法潮流中,公司法编纂的方法分为三种:第一种是采取特别单行法的形式。如英美法系中英国1890年之《合伙法》及1908年之《公司法》;第二是采取直接规定于商法法典中的形式。如采“民商分立”立法模式的德国《商法》第二篇和日本《商法》第二编等;第三种是采取民商合一的瑞士,将公司法直接规定在其民法典(1907年12月10日公布,1912年1月1日起施行)第五编债务法中。南京国民政府在建立国家法律体系过程中确立了“民商合一”的法典编纂体例,虽然“民商合一的原则是受瑞士民法的启示而

确立的。……瑞士的先例对旧中国的民事立法是起了决定性作用的。”^[23]

然而,民国政府在起草公司法时,并没有效法瑞士将公司法编订在民法典中,而是另起炉灶,将四种公司类型“冶于一炉”而制订一部单行之公司法。至于其原因,当时的公司法学者分析道:“现行国民政府既主民商统一之编制,则《公司法》之编纂,自不得不仿英国之例,而为特别之单行法。”^{[13]12}但当时的日本学者却认为:“但体例上,在一特别法中规定各种公司制度,此种形式,与视公司法为商法典中之一部之德国、法国、日本等国之法制,即属有异;且与以公司法订于债权编内之瑞士、苏俄,以及以一种之公司为独立单行法之英吉利等国之制度,亦复不同。其他划分股份有限公司为独立法典之国家,固或有之,而民国不援其例,仍以无限公司、两合公司、股份两合公司以及股份有限公司等法规冶于一炉,此不得不认非为本法之特殊者也”。^[24]当时的国民政府立法院院长胡汉民给对这种立法体例给出的解释是:“立法期以百年,此为古人之术语。法国《民法》正以其承用太久,不能修改,为此诟病。政治会议决定只编定民法,而普通所谓商法范围之数种,如票据、公司、海商等各为单行,亦以此等法律当因应于社会工商业之发展,而易于修改。立法上之政策,实较他国总为一商法法典者为善。”^{[13]12}

如前所述,1904年《公司律》、1914年《公司条例》表面上看也是采取单行法的形式,实际上它们仍属于商事法典的一部分。因此,理论上我们可以说,1929年《公司法》采取的立法体例完全不同于前两部公司法。但是1904年《公司律》和1914年《公司条例》毕竟采取了单行法的形式,在中国当时商法典不备的情况下,上述两部公司法在实际使用上具有很强的独立性。由此可见,公司法移植到中国后,只是由于立法进程的需要,使公司法首先获得了单行法的形式,并在中国实施了二三十年,其间《公司条例》历经两次修改,显示了单行法因应时需、便于修改的特点。这些立法经验的积累和社会对前世两部公司法的接受,不能不影响南京国民政府公司法起草者。况且,1929年《公司法》本身就是在对《公司条例》进行修改的基础上出台的。因此,我们可以得出这样一个基本的判断:在“民商合一”体制下,1929年《公司法》作为单行法出台的立法体例,一方面是由于如胡汉民上文所说的重要原因;另一方面也是中国本土公司法立法经验和公司立法传统积累的结果。

在“民商合一”的立法体制下,1929年《公司法》将各种公司类型“冶于一炉”进行规定的体例,为当时中外立法史上所没有之做法。历史的实践证明,这种做法不仅相当超前,而且具有一定的科学性。一些采取民商分立的国家后来纷纷制订公司单行法,使公司法从商法典中分离出来,这可算是步我国1929年《公司法》之后尘了。如《法国商法典》自1925年制订《有限责任公司法》(单行)后,一直不断有公司单行法陆续公布,直到1966年7月24日,法国公布了《公司法》,代替了所有以前关于公司的法令,并将无限公司、两合公司、有限公司、股份公司和股份两合公司以及隐名合伙都规定在该部公司法中;自从德国于1892年4月20日公布《有限责任公司法》、1965年9月6日公布《股份法》(主要规范股份公司、股份两合公司和关联企业)后,德国《商法典》中有效的公司法规则只限于有关无限公司、两合公司以及隐名合伙的内容了;日本也于1938年出台了《有限公司法》,日本《商法》第二编“公司”于1950年删除股份两合公司部分后,也只有无限公司、两合公司和股份公司规定在内了。

(三)以英美法的理念改造大陆法系公司法体例:1946年《公司法》别具一格的创新。如前所述,抗战胜利后,由于美国在政治、经济领域对中国影响越来越大,南京国民政府在《公司法》修改过程中,吸收英美法的立法精神,并据以改造中国公司法一直沿袭的大陆法系公司法之立法体例,所作立法体例上的创新主要表现在以下两个方面:

其一,法律冠以定义一章,解惑释疑,在英美所恒有,在我国尚系创举,不可谓非立法上之革新。修改后的1946年《公司法》第1条规定了公司的定义:“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。”1946年《公司法》的第一章还对无限公司、两合公司、股份有限公司、有限公司、股份两合公司分别给出确然定义,读之一目了然。

其二,旧公司法将罚则另立一章的做法系仿德日之成规,而新公司法将罚则分附各条的做法系仿英国之立法例。1946年《公司法》新设“附则”一章,取消1929年《公司法》将“罚则”汇总单列一章的做

法,并将各罚则分附各有关条款之后。当时的公司法专家在分析这一不同于大陆法系立法传统的创新,认为:“就一般经验言,办理公司者,往往事前急于注意,事后方知违法。防患未然,似以罚则分列条文以后,易使公司负责人一望便知违反法律章程之后果,有所警惕。惟惜条文失之繁琐,未免美中不足。”^[18]

另外,1946年《公司法》将南京国民政府之前公布的有关公司之法律、条例、规则、办法等“冶于一炉”,集实体法和程序规定于一身,也是在公司立法体例上做出的一次大胆创新,同时期的欧美日等国公司法从未有过类似体例。1945年国防最高委员会通过的《修正公司法原则》对修订公司法的体例和内容作了如下要求:有关公司之法律、条例、规则、办法等,均冶于一炉,益以现在所必需而各种法律未有之规定,产生一新公司法。1946年《公司法》以1929年《公司法》为基础,将1931年2月21日公布的《公司法施行法》、实业部于同年6月30日公布的《公司登记规则》、1940年公布的《特种股份有限公司条例》等在根据时势需要进行修改、补充后,全部纳入有关章节条文中。由于上述法律、法规、规则等,既有公司实体法,也有公司注册登记方面的程序性规定,因此1946年《公司法》也就具有了“集实体、程序规定于一身的特点”。该法第九章“公司的登记与认许”纯为程序上的规定,而前面诸章则为规定公司设立、对内对外关系、组织机构及其运作、解散清算等组织法意义上的实体法。1946年《公司法》的这种做法是一种公司法体系结构的创新。至于此种做法的立法初衷,1945年国防最高委员会通过的《修正公司法原则》将其说明为:“概括一切,包罗万象,非但使法律简单明了,切合实际,且可免除行政方面另立补充条文,变更立法真意。”^[25]

参考文献:

- [1] 何勤华.法的移植与本土化.中国法学[J],2002,(3).
- [2] 杨幼炯.近代中国立法史[M].上海:商务印书馆,1936:7.
- [3] 帅天龙.清末的商事立法[C].徐学鹿.商法研究(1).北京:人民法院出版社,2000.
- [4] 参见光绪帝上谕.清朝史料汇编.[2006-03-27].来源 <http://www.52eshu.com>.
- [5] 张晋藩.中国法制史[M].北京:中国政法大学出版社,2002:295.
- [6] 天津市档案馆.天津商会档案汇编(上册)[C].天津:天津人民出版社,1992:284.
- [7] 胡旭晟.20世纪前期中国之民商事习惯调查及其意义.湘潭大学学报[J],1999,(2).
- [8] 大集各省商会代表来沪讨论商法.申报[N],1907-8-24.
- [9] 张家镇.公司律调查案由书[A].中国商事习惯与商事立法律由书[M].北京:中国政法大学出版社,2003.
- [10] 大总统府秘书厅交工商部拟订矿律商律等文.政府公报[N],1912(14).
- [11] 时报[N],1913-12-30.
- [12] 谢振民.中华民国立法史[M].北京:中国政法大学出版社,2000:806.
- [13] 王效文.中国公司法论[M].北京:中国方正出版社,2004.
- [14] 张企泰,张肇元.新公司法解释.中华法学杂志5卷(6)[J].
- [15] 赖源河.台湾公司法之沿革与课题[C].江平,赖源河.两岸公司法研讨.北京:中国政法大学出版社,2003:28.
- [16] 范忠信,叶锋.中国法律近代化与大陆法系的影响.河南政法管理干部学院学报[J],2003,(1).
- [17] 陶文钊.1946年中美商约:战后美国对华政策中经济因素个案研究.近代史研究[J],1999,(3).
- [18] 王孝通,虞舜.中国新公司法论[M].大信图书会计用品公司,1948.
- [19] 夏维忠.新公司法要义[M].中国法学社,1946:22.
- [20] 中国文化服务社.新公司法释义.中国文化服务社,1946:6.
- [21] 东方杂志,1904年第1卷(1).
- [22] 沈家五.张謇农商总长任期经济资料选编[M].南京大学出版社,1987:14-15.
- [23] 谢怀轼.外国民商法精要[M].北京:法律出版社,2002:108.
- [24] [日]田中耕太郎.中华民国公司法.刘笃译.法律评论[J],1935(12卷)(619).
- [25] 胡澹.新公司法实用,1946:10.

(责任编辑 焦德武)