

《公司词义考》二十年

——再思语言游戏、法律移植和政企关系

郭 锐*

内容提要：学界很多对起源于国外的法律制度的研究，都把本国制度放在与“国际标准”对比的模式下，试图观察其不足之处，并找出缩小差距的方法。通过回顾《公司词义考》一文中提出的三个重要问题，可以发现上述方法存在可批评之处。方流芳先生在考察公司概念起源时使用的“语言游戏”方法在法律史研究中有重大贡献，开创了比较法学的新天地，而且对解决当代法律与发展的难题也有借鉴意义。《公司词义考》考察被移植的制度在本国的真实境遇，超越了“问题—解决”为基本架构的功能主义阐释，不仅推进了公司法研究，而且对未来中国避开制度想象力贫乏的陷阱颇有启发意义。

关键词：比较法 功能主义 语言游戏 法律史

一、引 言

方流芳先生的《公司词义考》发表近二十年，文章关注的三个问题历久弥新，值得当代学人继续思考。^{〔1〕}其一，中国引入公司这种组织形式，是否仅仅关涉商业组织效率的提升和经济发

* 郭锐，中国人民大学法学院副教授。

这是一篇迟到的评论。二十年前，我初次读《公司词义考》，今天我终于能将不同时期阅读的体会整理下来，与学界同仁分享。写作过程中，张守东、王军、赵晶、姜朋、齐红、冀诚、张诗伟、张晓晨等诸位师友给出了有建设性的评论，研究助理郭涛帮助收集了相关资料并订正脚注。在此一并致谢。所有错误疏漏均由本人负责。

〔1〕 方流芳先生的《公司词义考：解读词语的制度信息——“公司”一词在中英早期交往中的用法和所指》，最早发表于《中外法学》2000年第3期（277-299页），修订后发表于《月旦民商法杂志》（2003年9月，208-247页）。与2000年最初发表的版本（以下简称“初版”）相比，2003年修订后的版本（以下简称“修订版”）引用史料的范围和数量都更多，并且讨论更有深度。初版研究的是从1757年实行广州“一口通商”到1840年鸦片战争，中国行商、通事、官员、学者和英国东印度公司大班之间在冲突中的对话。修订版将研究视野拓展到从1685年大清设立粤海关到1842年《南京条约》废除行商制度。修订版增加了对历次“公行”之争的研究、“公司”一词在早期东南亚华人社区的创造和使用等，均是初版没有涉及的新内容。

展?其二,当代公司法学术,多大程度上仍停留在“自我殖民”之中?其三,公司在中国没有发挥其应有的作用,根源何在?

《公司词义考》以“语言游戏”之哲学利刃剖析公司的概念起源,让我们更深地理解中西交往的早期历史;作者不以外国概念为标准,转而考察一个被移植的制度在本国的真实境遇,开创了比较法学的新天地;温故知新,文章对我们思考当代中国面临的问题也颇有启发。方先生此文立意高远,并不限于一时一地或某个学科领域,是当代少有的法学经典。

二、公司是什么——语言游戏方法的意义

关于公司的来历,中国通行的公司法教科书多追溯到罗马时代。^{〔2〕}在《公司词义考》一文中,方先生在“从1757年实行广州‘一口通商’到1840年鸦片战争,中国行商、通事、官员、学者和英国东印度公司大班之间在冲突中的对话”中,考察了公司概念的用法和所指。此方法源于哲学家维特根斯坦对语言的洞见,称为语言游戏。

《公司词义考》采纳的新方法,在方先生与江平先生合著的《新编公司法教程》中已现端倪。方先生提出,抽象讨论公司的概念无益,真正理解公司要关注概念的“家族相似性”。^{〔3〕}方先生认为:“语词的意义不在于抽象的定义,而在于可以观察到的‘语境’。这种‘语境’一方面随着时间的推移而变化,另一方面又有一脉相承的延续性。”一旦语境转换,语词的核心特征必将变换,而语词的使用却延续下来。因此,研究概念必定需要关注变化而不是不变的特征。这种方法,与传统的定义方法迥然不同。自亚里士多德始,概念界定就以“属加种差”的方法进行。哲学上把这种方法称为“本质主义”,因为它预设事物存在着确定的、永恒不变的特征。维特根斯坦开创的语言哲学挑战了“本质主义”的预设。考察“家族相似性”是维特根斯坦提出问题的新角度,“语言游戏”的方法也是维特根斯坦为了同样的目的而创造的。维特根斯坦认为对词语的理解仅仅考察词语本身是不够的,应该将词语放在特定的语境中,通过“语言游戏”参与者使用词语的过程(即言语交流的过程),找出词语的真实含义。^{〔4〕}在法学研究中,真正应用“语言游戏”方法的作品不多。^{〔5〕}方先生在《公司词义考》中使用“语言游戏”方法来考察一个法学概念的生成,为法学研究开创出一片新天地。

〔2〕国内教科书多采用这种思路来论述公司的渊源。类似的思路在美国比较公司法研究中也不罕见。如 Hansmann Henry, Kraakman Reinier H., Squire Richard C, Law and the Rise of the Firm, 119 (5) *Harvard Law Review*, 1333-1403 (2006)。

需要指出的是,方先生的博士学位论文《公司:国家权力与民事权利的分合》恰是这类研究中的优秀代表。方先生从“罗马国家的公司”开始,论述公司制度的形成、演变以及成熟。上述研究早在1989年就已成文。之后在中文世界的类似论述,无论引用的史料、考察的范围、得到的洞察,都很难与方先生的研究相比。参见方流芳:《公司:国家权力与民事权利的分合》,中国人民大学1991年民法学博士学位论文,论文信息载 <http://202.112.118.21/docinfo.action? id1 = 8e1777e97df663367631adb15224c96c& id2 = U%252BFR5CfMpRY%253D> (全文可在中国人民大学图书馆阅读、影印)。

〔3〕参见江平、方流芳:《新编公司法教程》,法律出版社1994年版,第55-56页。

〔4〕参见〔英〕维特根斯坦:《哲学研究》,汤潮、范光棣译,三联书店1992年版,第17、45-46页。

〔5〕英国法学家哈特的《法律的概念》是其中一例。参见〔英〕哈特:《法律的概念》,张文显译,中国大百科全书出版社1996年版,第6-13页。在笔者的阅读范围里,具体的法律制度研究使用“语言游戏”方法的仍然罕见。笔者本人在2002-2004年针对挂靠企业的研究是一个应用语言游戏方法的尝试。参见郭锐:《挂靠企业的历史和语法》,载《洪范评论》学刊第1卷第1辑,北京大学出版社出版,载 <http://hf.hongfan.org.cn/file/upload/2008/12/19/1230068437.pdf>,最后访问时间:2020年3月11日。

语言游戏方法强调一种理解公司的全新视角：当不存在一个现成的公司概念时，在那些第一次遇到西方“公司”的中国人眼中，它到底是什么？这种视角必然带来对形而上学的定义方法的摒弃。对清朝官员而言，英国东印度公司这个组织不同于他们所知的任何机构，如何将其植入一个既有的世界秩序中是他们面临的第一个问题。^{〔6〕}通过行商和通事的翻译和解释，英国东印度公司大班显然也理解清朝官员面临的问题，故此主动将自己置于一个能被清朝官员所理解的秩序中。1759年7月，东印度公司的大班洪任辉（Jame Flint）状告粤海关监督敲诈勒索、苛刻征税、行商拖欠贸易货款等情事。在直隶总督方观承的奏折中，“略知官话”的洪任辉口述：“我系英吉利国四品官……今奉本国公班衙派我来天津，要上京师申冤……”^{〔7〕}类似地，在与洪任辉等东印度公司相关人等的对话中，清朝官员也逐渐了解了东印度公司的一些事实，尽管这种了解往往基于二手、三手的信息。行商和通事是双方沟通不可或缺的中间人。他们一方面将自己理解的东印度公司介绍给官员，另一方面不得不去区分东印度公司的管理者、东印度公司本身以及其他来华的西方商业公司。在清朝官员、行商和通事、英国东印度公司大班等人不无尴尬的沟通中，他们创造了“公班衙”“公班司事”“公班理事官”“公班大臣”“公司”等名词。^{〔8〕}方先生特别指出，在大清法律禁止外国人使用中文、外商禀帖大多由中国通事代为撰写的情况下，广州行商或者通事比英国东印度公司大班有更多机会去创造“公司”一词。^{〔9〕}

方先生应用语言游戏方法的研究，扩张了我们认识法学概念的视域，提供了研究法律史的新角度，更带给我们在认识新事物方面的智慧增长。《公司词义考》没有刻意找出最早出现“公司”概念的一篇文本，或是找出最早使用“公司”的特定人物，这绝不是研究的缺陷，恰是该方法本身特征的体现。法律史的研究发现，“公司”这一名词确实在方先生考察的这一时期之前就有使用，而到19世纪70年代“公司”渐渐成为官员、思想家之间指代商业组织的通行概念，到20世纪初清末变法时为立法所采纳。^{〔10〕}但恰是在从1757年实行广州“一口通商”到1840年鸦片战争之间，“公司”最为鲜明的内涵得到了明确。^{〔11〕}面对一个异质的文明和未知的世界，官员、

〔6〕 方流芳先生指出：“在1860年代的‘洋务运动’之前，中国统治者缺乏认识外来制度的好奇心，而没有被认识的外来制度始终是陌生的，甚至在观念上是一个空白。”参见中国第一历史档案馆编：《英使马嘎尔尼访华档案史料汇编》，国际文化出版公司1999年版，第57页，转引自前引〔1〕，方流芳文，注5，初版第279页，修订版第210页。

〔7〕 梁嘉彬：《广东十三行考》，上海书店影印本1989年版，第116页，注〔31〕，转引自前引〔1〕，方流芳文，注20，初版第281页，修订版第214页。

〔8〕 参见梁延桥：《海国四说》，骆驿、刘骁点校本，中华书局1993年版，第69、141页，转引自前引〔1〕，方流芳文，注47、48、49，初版第286页，修订版第216页。

〔9〕 广州行商或通事在选择“公司”一词的时候，很可能是将英国东印度公司和广东移民在南洋各国的秘密会社联系在一起。因为在法律严禁任何公开结社，而秘密会社又层出不穷的文化背景下，行商和通事所熟悉的、唯一与英国东印度公司具有相似性的中国事物就是秘密会社，而这些秘密会社大都自称为“公司”。对于官员们来讲，由于行商和通事呈上的“禀帖”中，屡屡出现“公司”一词，他们逐渐对此习以为常，又无意过问此等小事或者标新立异，于是“公司”一词渐渐流传开来。参见前引〔1〕，方流芳文，初版第284页，修订版第221页。

〔10〕 赵晶在《中国传统“公司”形态述略》中综述了大量称为“公司”的社团、地方自治组织等的研究，包括18—19世纪东南亚华人“公司”制度的研究等。参见赵晶：《中国“传统”公司形态研究述略》，载韩国庆北大学亚洲研究所编：《亚洲研究》第7辑，2009年11月。姜朋在《“公司”一词源流小考》以及《商事制度考据集》的前三章中探究了“公司”一词的多重源头。参见姜朋：《“公司”一词源流小考》，载《清华大学学报》（哲学社会科学版）2014年第1期；姜朋：《商事制度考据集》，清华大学出版社2017年版，第7—91页。

〔11〕 这一“内涵”集中体现在公司与国家之间的关系上：公司应该受国家的控制，至少占社会支配地位的公司应该由国家控制。清末的“官办”“官督商办”，民国的“国营事业”“公营事业”和中华人民共和国的“国有企业”，都延续了这一“内涵”。参见方流芳：《试解薛福成和柯比的中国公司之谜》，载梁治平主编：《法治在中国：制度、话语与实践》，中国政法大学出版社2002年版，第314页。

行商和通事以自己的方式回应西方公司大班、官员提出的挑战，共同“约定”了公司的内涵。^{〔12〕}将凝聚在概念背后的内涵阐发出来，能帮助我们看到这些语言游戏参与者为何如此约定，他们服从和反抗着什么样的秩序，而这些秩序在何种程度上仍然在延续。^{〔13〕}

除了制度的“约定”属性，“语言游戏”的方法也给我们另一启发：“语言游戏”并非一次性的活动。任何一个概念都不可能完全固化，它总会在新的语境和新的问题中随着“语言游戏”参与者的互动而被更新。^{〔14〕}我们理解“公司”内涵如何生成，自然也意味着把握对该内涵启动改变的可能性。这对当代学人的启发是，如果了解当代中国“公司”的内涵，需要观察、参与哪些正在进行的“语言游戏”，存在着何种“误读”，这种误读反映了什么样的既有秩序。

三、法律移植中的“自我殖民”

关于中国公司法的研究，主流的模式是把中国公司放在与“国际标准”对比的模式下，观察中国公司制度的不足、找出缩小差距的方法。如美国公司法学者米尔霍普和林立文的一篇文章中描述：学者们通常以全球（通常是美国）公司治理标准和体系为基准，来分析中国上市公司的治理属性。他们的研究以此类分析开始，也自此类分析结束。对此，米尔霍普和林立文批评道：“这种主流的研究范式有时确实可以产生洞见，但是使用这种方法分析的学者总是将注意力集中在与‘国际标准’相比中国的公司制度缺少什么，却忽略了中国公司制度自身是‘如何构成的’以及‘如何运行的’。”^{〔15〕}

在《公司法剖析》一书中，哈佛大学的克拉克曼教授和耶鲁大学的汉斯曼教授等人主张公司治理不可能存在一个通行各国的模式，他们所强调的不过是“公司形式潜在的一致性”“各法域之间的共同点”。这些“共同点”是高度抽象的，给公司治理体系中的变数、差异留下了广阔的空间。因此，所谓的国际标准在公司法的大部分“空间”（领域）是不存在的。^{〔16〕}马克·罗教授则认为，公司制度法域间差异性的根源，在于不同国家各自独特的历史、文化及政治经济制度。^{〔17〕}布鲁纳在《普通法世界的公司治理：股东权力的政治基础》中写道：“与其将公司法视为一种孤立、独特的法律结构，不如将之放置于政治经济这一宏大背景中。”^{〔18〕}这些观点的可取之处，在于他们重视将公司制度放到它所在国家的历史、文化及政治经济制度背景下，来理解其在

〔12〕 关于制度是如何“约定”出来的，参见〔美〕彼得·伯格、托马斯·卢克曼：《现实的社会建构》，吴肃然译，北京大学出版社2019年版，第25-61页。

〔13〕 福柯曾说，事物的命名反映出来的是事物的秩序。参见〔法〕米歇尔·福柯：《词与物：人文科学的考古学》，上海三联书店2002年版，前言部分第1-14页。

〔14〕 参见前引〔4〕，维特根斯坦书，第68页。

〔15〕 Curtis J. Milhaupt, Li-Wen Lin, We Are the (National) Champions: Understanding the Mechanisms of State Capitalism in China, 65 *Stanford Law Review*, 697 (2013).

〔16〕 参见〔美〕克拉克曼、〔英〕戴维斯等：《公司法剖析：比较与功能的视角》，刘俊海等译，北京大学出版社2007年版，第2-16页。

〔17〕 See Roe Mark J, *Political Determinants of Corporate Governance: Political Context, Corporate Impact*, Oxford University Press on Demand, 2006, pp. V-vii.

〔18〕 〔美〕克里斯多夫·M. 布鲁纳：《普通法世界的公司治理：股东权力的政治基础》，林少伟译，法律出版社2016年版，第1页，第106-134页。

一国的构成和运行。

在中国，从本国的制度语境理解与研究公司者寥寥无几。相反，关注西方制度自晚清开始就是法律改革者的不二法门。当然，这一点在具体语境下也许应看作进步的表现。以晚清为例，只有在西方列强环伺、亡国在即之时，当政者才开始对声称能帮助中国富强的西方制度感兴趣。^[19] 晚清有西方视野的思想家趁机译介外国制度、推动以西方制度为蓝本的改革，就规模而言不可谓不宏大。但是，对根深蒂固的中国历史、文化及政治经济制度如何对公司制度的移植和运行产生影响，很少有改革者考察反思。^[20] 在当代，改革者仍然执着于某一制度与“国际标准”有何差异，在如何让它更像西方制度上殚精竭虑。这种做法的结果，是前人的经验教训难以被后来者知晓，以致本来可以避免出现的问题却屡屡重复。

方先生在对公司法的研究上完全脱出了上述窠臼。当大部分学者还在西方制度究竟是怎样的问题上兜兜转转时，方先生转而致力于寻求产生“中国特色”的公司法的历史缘由。通过将“公司”一词放入 1757 年至 1840 年这一历史时期的具体语境中，方先生发现当时国人眼中的公司特指英国东印度公司，其最显著的特征是“官设”和“独占”。“官设”是指英国东印度公司成立需要得到国王的特许状，独占则是指由其独占英国对华贸易权。正是基于这种先入为主的印象，在 19 世纪 70 年代的洋务运动中，中国兴办的第一批新式企业，无不是官府主导设立且在某一领域或者地域具有“专利”（垄断）权的企业，比如轮船招商局、上海机器织布局、开平矿务局、北京电报局等。^[21] 此后，清政府主导、参与企业经营的执着有增无减。^[22] 方先生的研究让我们看到，不关注法律移植的历史语境和各方参与者的意图和能力而单谈法律移植，只会带来共同的困惑和制度的扭曲：中国首次学习西方公司制度时的模板是英国东印度公司，此后，尽管西方官商时代已经结束，中国的制度却并未改弦更张。^[23]

借法律移植之名保护落后，却声称“和国际接轨”，晚清公司制度并不是唯一的例子，也不是只有在遥远的历史上才存在。关于晚清的公司法史，不乏下面这些陈词滥调：中国企业大多是家族企业，而家族企业所依托的宗族制度对现代公司赖以产生的财产法和契约法制度的发展造成阻碍，故此公司无法在中国产生，相应地现代市场也难以在中国发展；必须经由法律移植，中国才能发展现代公司。^[24] 这些说法，或多或少支持了立法者执着于对比中国与“国际标准”有何差异、如何让它更像西方制度。如 1993 年颁布的《公司法》就有类似的情况：学者和立法者均

[19] 参见〔美〕本杰明·史华慈：《寻求富强：严复与西方》，叶凤美译，中信出版社 2016 版，第 1-21 页。

[20] 薛福成是少有的既有西方视野、也了解晚清官场民情的思想家，但其在回顾中国公司改革为何失败时，也简单将其归入“风气不开”。参见薛福成：《论公司不举之病》，载《庸庵海外文编》卷 3，载 <https://ctext.org/library.pl?if=gb&file=45038&page=66&remap=gb>，最后访问时间：2019 年 7 月 21 日。

[21] 参见前引〔1〕，方流芳文，初版第 291-292 页，修订版第 236 页。

[22] 参见前引〔11〕，方流芳文，第 280-318 页。

[23] See Kirby, W. C., *China Unincorporated: Company Law and Business Enterprise in Twentieth-century China*, 54 (1) *The Journal of Asian Studies*, 43-63 (1995).

[24] 络德睦教授批评了这种叙事，他的研究指向一个新的方向：在帝制中国晚期，许多扩大的家族组建了“宗族—公司”（clan corporations），而中国的亲属法发挥了某种公司法的功能。这种新的框架对重述公司法的全球史而将中国纳入其中的方式提出了根本挑战。它将中国亲属法解读为一种公司法，而将美国公司法的关键要素阐释为某种亲属法。参见〔美〕络德睦：《法律东方主义：中国、美国与现代化》，魏磊杰译，中国政法大学出版社 2016 年版，第 63-68 页；Ruskola, Teemu, *Conceptualizing Corporations and Kinship: Comparative Law and Development Theory in a Chinese Perspective* (November 8, 2011), 52 (6) *Stanford Law Review*, 1599-1729 (2000).

真诚相信，与从已有经验教训中总结出的建议相比，与西方公司法更为相像的立法更能带来进步。^[25] 在21世纪初，“与国际接轨”的论调同样在中国股票交易所制度改革的讨论中风行一时。^[26]

这种或真诚或有意的误读背后，是中国法律学者中并不罕见的“自我殖民”心态。他们典型的研究方式，首先是追寻法律规则的西方来源，接着评点法律规则中国化的不足，再来探讨如何拉近中国与西方的差距。^[27] 这些做法对中国法学和法学教育的进步并无益处。如方先生所言：“中国法学、法学教育进步不彰，主要原因是缺少话语自主，没有话语自主也就没有自己的知识生产系统，从而也就没有自己的历史。”^[28] 美国学者络德睦教授把这些看作是“没有殖民者的殖民主义”。^[29]

正是这种“自我殖民”的套路，让中国公司法陷入“模仿—不像—再模仿”的怪圈。殊不知比较公司法研究中有一洞见恰与此相悖：世界上并没有一部可以在任何国家发挥作用的“完美公司法”。^[30] 与其反复地模仿国外制度，不如转变思路，回头看看自己国家的国民对公司的认识从何而来，自家公司制度是如何形成的。从自己国家历史的语境里找出病症所在、开出药方，或许比迷信外国制度更为可靠。与其持之以恒、孜孜不倦地重复过去的错误，不如开始寻找到底问题何在。

四、解读“中国公司之谜”——公司之“公”

科学史上有“李约瑟之问”：为什么中国一直到中世纪还比欧洲先进，但后来却未产生现代科学以至于落后于欧洲。哈佛的历史学家柯伟林教授提出了一个类似问题：为什么中国很早就有改革者主张引入公司制度，从晚清政府开始，北洋政府、国民政府直至中华人民共和国在立法上均极为重视，却屡战屡败，目的一直未达到。这个问题，学界称为“中国公司之谜”。^[31]

[25] See Liufang Fang, China's Corporatization Experiment, 5 *Duke J. Comp. & Int'l L.*, 149 (1995).

[26] 参见方流芳：《证券交易所的法律地位——反思“与国际惯例接轨”》，载《政法论坛》2007年第1期。

[27] 参见方流芳：《话语权威 v. 法学自主性》，载 <http://www.fangliufang.com/article/25>，最后访问时间：2019年7月21日。

[28] 前引 [27]，方流芳文。

[29] 参见前引 [24]，络德睦书，第207-208页。

[30] 有的研究者认为存在功能主义意义上的理想公司法。如上文提到的克拉克曼教授和耶鲁大学的汉斯曼教授。他们就此问题的主张集中体现在《公司法历史的终结》一文中。但是如上文所言，即便存在功能主义意义上的理想公司法，也不意味着有一部放之四海而皆准的“理想公司法”可供移植。反对上述存在功能主义意义上的理想公司法主张的，以马克·罗教授为代表。See Hansmann Henry, Reinier Kraakman, The End of History for Corporate Law, 89 *Georgetown Law Journal*, 439 (2001); Coffee, John C., The Future as History: The Prospects for Global Convergence in Corporate Governance and Its Implications, Columbia Law School Center for Law and Economic Studies, 1999, Working Paper No. 144; Mark Roe, Lucian Bebchuk, A Theory of Path Dependence in Corporate Ownership and Governance, 52 *Stanford Law Review*, 127 (1999); Reinhard Schmidt, Gerald Spindler, Path Dependence and Complementarity in Corporate Governance, in Jeffrey N. Gordon, Mark J. Roe ed., *Convergence and Persistence in Corporate Governance*, Cambridge University Press, 2004, pp. 114-127. 移植“完美公司法”最有影响的实践是1990年代俄罗斯公司法的制定，该实践让俄罗斯付出了沉痛代价。对此的反思参见 Black Bernard S., Kraakman Reinier H., Tarassova Anna, Russian Privatization and Corporate Governance: What Went Wrong?, 52 *Stanford Law Review*, 1731-1808 (2000).

[31] 参见前引 [11]，方流芳文，第280-318页；前引 [23]，Kirby, W. C. 文，第43-63页；Yu, Yi-Wen, Rethinking the Kirby Puzzle: A Reassessment of Chinese Companies Incorporation from the Public and Corporate Finance Perspectives, 1860-1949, In Business History Conference, Business and Economic History On-line: Papers Presented at the BHC Annual Meeting (Vol. 8, p. 1), Business History Conference.

在中国，公司为何不举？比较公司法上的研究常常给出的答案是，中国的公司立法对投资者保护不够，中小投资者既不信任公司的大股东、管理层，也不信任常常干预公司事务的国家，因此小股东不愿投资于大公司，推动建立以聚合资本为目的的大型公众公司自然难以实现。^[32] 这些问题到今天仍然没有解决。^[33] 但是，到底是中国保护小股东不力导致公司不举，还是中国公司不举导致小股东保护乏力，这个问题澄清起来并不容易。

方先生的研究将我们带出了“缺乏投资者保护—公司制度不兴”“公司制度不兴—缺乏投资者保护”的循环论证中，转而关注制度表象之下的问题。中国公司不举的原因，可在公司制度最初出现时就找到端倪。中国人最早接受的“公司”究竟何指？方先生考察了作为公司早期译名的“公班衙”，认为它是在“意会”和“假借”中形成的。^[34] 公司之“公”，来自使用语言的各方对大班、行商、官员所在制度环境和行事风格的深入了解。^[35] 各方都认识到“公司”之“公”来自对与政府紧密联系的概括。

东印度公司之“公”展现出一种与中国官商关系大相径庭的含义。在鸦片战争前英国东印度公司和广东行商都有某种政府特许权，但是他们的命运迥异。方先生看到，如果单纯考察个体，中国商人在信用、勤勉、谨慎和商业经验方面至少与英国东印度公司不相上下，而他们的谦恭、忍让和富有人情味的商业作风则远比锱铢必较、寸利必争的英国东印度公司大班更能赢得商业伙伴的好感。同时，中国商人在中英贸易中是以逸待劳的，可谓在客观条件上占尽了优势。然而，清政府利用“保商制度”等对广东行商的过度管制和束缚，使得中国商人始终没有施展手脚的空间。清政府过度管制不但扼杀了中国商人的竞争力，还使之成了官员索贿的沃土。反观英国政府与英国东印度公司的关系，英国政府历来把英国东印度公司在华商业利益作为中英交往的头等大事，愿意动用国家力量强化英国东印度公司的在华地位，英国东印度公司愿意花钱取得国家力量的支持，国家和商人相互合作，一起通过外交去实现海外贸易的最大利益。“在大英帝国不遗余力的扶持下，英国东印度公司发育成一个体魄魁伟、好勇斗狠的强人，争斗、冒险成性，攫取永无餍足，其实

[32] 此类研究，如 Goetzmann William N., Elisabeth Koll, *The History of Corporate Ownership in China: State Patronage, Company Legislation, and the Issue of Control*, in *A History of Corporate Governance around the World: Family Business Groups to Professional Managers*, University of Chicago Press, 2005, pp. 149-184.

[33] See Howson Nicholas Calcina, *China's "Corporatization Without Privatization" and the Late 19th Century Roots of a Stubborn Path Dependency*, 50 (4) *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 961-1006 (2017), U of Michigan Law & Econ Research Paper, No. 18-015, available at SSRN; <https://ssrn.com/abstract=3187430>, last visited on Jun. 29, 2019.

[34] 方先生写道：“18世纪某年夏季的一个早晨，在广州‘夷馆’之内，英国东印度公司大班要求一名中国通事将一封致两广总督的英文信翻译为中文，并且要用一个体面的中文名称去代替‘英吉利夷商’、‘夷商’等称呼。然而，通事对特许公司（chartered company）、法人（legal entity）、国会（parliament）这样一些表明英国东印度公司来源和性质的关键词一无所知，只知道大班是代表本国国王前来广州做生意。他眼前的几间屋子里堆满了绒布、铅、碑柱银元、自鸣钟、八音盒等，几个皮肤白、毛发浓密的英国东印度公司大班口衔雪茄，围坐在一起商讨返航日期，不时向前来请示报告的水手发号施令。通事迅速比较大班、行商、官员：行商和大班都有官颁执照，都从事通洋贸易，但是，行商各做各的生意，各管各的账，大班做生意则是‘合理’（粤语，合拢起来，在此有众商出资的意思），故大班有共同的办公场所，常常聚集在一起议事；行商温和谦恭，与大班判然有别，而大班和衙门官员都是一副盛气凌人的嘴脸。当通事将‘官商’和‘衙门’的形象结合在一起的时候，突发灵感：‘公班衙’——一个新词汇就这样脱口而出”。前引 [1]，方流芳文，初版第 282 页。“绒布、铅、碑柱银元、自鸣钟、八音盒”，以及“皮肤白、毛发浓密的英国东印度公司大班口衔雪茄”，当然是作者的想象。在修订版中，方先生略去了上述对“公司”一词如何被造的精彩想象，也充分探讨了相关人士知道更早“公司”用法的可能性，但修订版并没有改变原有的分析思路。参见前引 [1]，方流芳文，修订版第 238 页。

[35] 如作者解释：“语词通常产生于一个没有任何记载的、偶然发生的思维片段。在想象不超越历史事实所限定的思维空间的前提下，有关这个问题的假设总是比任何来自逻辑推理的结论更接近事实。”前引 [1]，方流芳文，初版第 282 页，修订版第 238 页。

力、谋略和组织优势足以在全球兴风作浪；在大清帝国无所不用其极的压迫、管制和勒索下，广东行商发育不良，缺乏搏击的体能和创造性智慧，只能凭借一些在当时、当地管用的祖传计谋做一点小生意。”^[36]倘若公司从第一次被移植开始，立法者就没有关注中小股东权益的视角，此后也未有根本改变，那么我们怎能期待在中国建立英美式以聚合资本为目的的大型公众公司？

支持公司立法的晚清知识分子对引入新的商业组织满怀热情，甚至有“商战”的宏图。^[37]但是，引入公司立法就能提升商业组织效率，实情是否如此？^[38]中国公司制度的实践比立法起步要早，也远比晚清立法者认知的要复杂和丰富。但从已有历史文献中，我们并未看到晚清立法者对丰富的公司实践有研究和反思。1904年，立法者径取英国和日本公司法的内容，将其装入《大清公司律》。事实上，无论是1867年出现的中国最早的公司章程《联设新轮船公司章程》，还是1905年郑观应主持制订的《粤路公司章程》，公司制度的实践者在集资办法、内部管理、股东地位以及利润分配等都曾有经验教训。这些公司的发起人、经理人历经波折，或公司成立遇到困难草草收场，或公司内部纷争导致管理层无力维持。他们遭遇的困难在立法时无深入讨论、立法后也无回顾反思。与此同时，中国学者又始终在西方话语体系中鹦鹉学舌，对真正需要研究的问题视若无睹：中国引入的公司制度为何无助于这些商业组织的建立和发展？公司立法的目的究竟为何？尽管人人期待立法，立法却无法治疗“公司病”，亦不为怪。^[39]

与立法的无所作为相对应的是，无论在公司立法之前还是之后，政府或强行参与企业经营管理，或拒绝维持市场秩序，结果都是让公司成为政府控制经济的牺牲品。在中国公司实践中，始终如一地表现出国家主导的特征。当然，历史上并非从未出现过政策松动。但在如此语境下，政策松动却未必是制度改革的契机。历史上，政策松动往往出现在学界推动和某个决策者暂时获得主导的时刻，但是这种松动往往带来恶劣后果。这种例子，远的有1883年前后晚清政府先放任、纵容带来上海股市泡沫，后将矛头指向西方股份制，近的则有刚刚过去的注册制改革，风声甫到即被股市泡沫、市场大跌所打断。与行政、司法整体不匹配的政策松动，往往紧随极端的政策转变，对制度创新并无助益。学术研究如果无视历史背景，难免进退失据。有人当年是全盘西化的拥护者，如今却对主管部门的做法照单全收，如果没有机会主义的动机，则显然是缺乏历史知识带来的张皇失措。

方先生《公司词义考》一文中对商业和政治体制关联的分析，与制度经济学家的理论有异曲同工之妙。^[40]在2012年出版的《国家为什么会失败》中，阿西莫格鲁（Daron Acemoglu）和

[36] 前引〔1〕，方流芳文，初版第295页。

[37] 薛福成认为：“西洋诸国，开物成务，往往有萃千万人之力，而尚虞其薄且弱者，则合通国之力以为之。于是有鸠集公司之一法。官绅商民，各随贫富为买股多寡。利害相共，故人无异心，上下相维，故举无败事。由是纠众智以为智，众能以为能，众财以为财。其端始于工商，其究可赞造化。尽其能事，移山可也，填海可也，驱驾风电、制御水火，亦可也。……西洋诸国，所以横绝四海，莫之能御者，其不以此也哉？”前引〔20〕，薛福成文；郑观应提出“中国以农立国，外洋以商立国”“藉商以强国，藉兵以卫商”。参见郑观应：《盛世危言·商务三》，载《郑观应集》（上册），上海人民出版社1982年版，第614页。类似的论述还有陈炽的《纠集公司说》。晚清不少知识分子将设公司与工商救国联系起来。参见豆建民：《中国公司制思想研究》，上海财经大学出版社1999年版，第8-11页。

[38] 郑观应后来有反思：“官不能护商，而反能病商，其视商人之羸绌也，为秦人视越人之肥瘠。封雇商船，强令承役，只图自利，罔恤民生。私囊虽充，利源已塞。此弊之在上者也。”前引〔37〕，郑观应文，第615页。

[39] 当然，关于立法为什么一直无法治愈中国的公司病，还有许多其他重要的原因，如“运动治国”的治国思路等。参见方流芳：《中国公司：公法权力和私法权利抗衡之焦点》，载《中国法治改革》，香港广角镜出版社1994年版，第231-234页。

[40] 针对方流芳先生的研究，王文宇教授评论道：“这段探索公司本质的过程却凸显公司法之主题：决定商业竞争胜负之关键，不仅在于组织成员的能力，更在于组织本身能否发挥综效。”王文宇：《公司法论》，台湾元照出版社2018年版，第3页。赵晶教授认为：“方先生藉梳理这段中英交往历史，发掘出当时中国人对公司‘官设独占’的理解，揭示中英两国因抑商—重商、扶持—钳制的不同国策所造成的截然不同的商业人格及后续的国家命运。”前引〔10〕，赵晶文，第197-222页。

罗宾逊 (James A. Robinson) 区分了包容性 (inclusive) 和汲取性 (extractive) 的政治制度和经济制度。^[41] 他们看到：国家的政治制度和经济制度之间，似乎有一种天然的“粘合力”，包容性的政治制度更容易与包容性的经济制度共存，汲取性的政治制度大概率会和汲取性的经济制度共存；汲取性制度能够实现短期经济增长，但不能持续；包容性制度能帮助国家实现长期经济增长。原因在于，后者可以激励公众从事生产活动，最大程度地避免了非生产性的攫取活动，降低社会整体的交易成本。

晚清政府与东印度公司的交往体现的是：在中国，汲取性的政治制度与汲取性的经济制度龃龉不断；在英国，包容性的政治制度与汲取性的经济制度却大获成功。作为当权者的清朝皇帝是世袭的，人民没有选择统治者的权利，社会精英和既得利益者在制度选择或政策制定中起着决定作用，清朝的政治制度具有极强的汲取性。而以东印度公司为代表的西方旧式公司制度，其特点是依靠垄断权和专卖权获得超额利润，亦具有较强的汲取性。在清末汲取性政治制度的大环境下，官员和通事们很容易就意识到了一些共同的东西，国家权力是“company”垄断权和专卖权的来源。所以，中国通事很容易就联想到了他们所熟悉的象征国家权力的词汇——“公”和“司”。东印度公司之“公”，成为中国公司之“公”的来源。^[42]

正如方先生所说，回顾中英交往的早期历史，追寻“公司”词义，是一次温故知新的尝试。英国公司制度的演变中，在取消特许而将公司制度向普通商人开放之后，包容性的政治制度与包容性的经济制度相辅相成，为英国的经济发展提供了长足动力。而在中国，历经政治、经济社会变迁，移植公司制度的立法作为一个建立包容性的经济制度的尝试则每每为汲取性的政治制度所阻断。过度管制、自我封闭和吏治腐败从各个方面不断削弱中国商人的竞争实力，制度使商人丧失创造能力和进取冲动，从而使公司失去了自己的作用。

外来制度移植的时候总是无法避免本国精英人物有意无意的误读。^[43] 正如公司制度的演变史所展示的，除了制度移植与环境的契合与排斥的问题，我们还看到被误读的制度本身也会重塑环境——随着移植制度产生的语词本身就蕴含着人们对制度的理解（误解），而人们对制度的理解又会引导法律解释、法律适用，所以事实上将这种理解固定化在整个环境之中。此时，制度变

[41] 所谓包容性，从政治上讲，强调公众具有政治权利，能够参与政治活动，选举当权者和政策制定者，当权者和政策制定者是人民或者选民的代理人而不是统治者。任何人都有希望成为当权者或政策制定者。从经济上讲，强调自由进入和竞争，任何人都没有通过垄断、专卖或者市场控制获得超额利润的机会。人们都可以获得生产性收益的绝大部分或者全部，人们具有很高的生产性激励。比如，美国、英国和日本等国家。所谓汲取性，从政治上讲，公众没有选择当权者的权利，也没有选择政治制度或经济制度的权利。当权者或者统治者并非人民的代言人，既得利益者在制度的选择或政策制定中起着重要作用。从经济上讲，所有的经济制度或者经济政策都是由既得利益者制定出来的，他们通过各种垄断权、专卖权、市场控制等掠夺大众生产者，使得大众生产者只能得到所生产产品的一小部分，社会获得的产性激励不足。例如，欧洲殖民者从非洲大量贩运奴隶到美洲、亚洲等国家或地区进行奴役，殖民地的土著居民被剥夺了所有的政治权利和经济权利，被迫为殖民者工作，他们建立起来政治制度和经济制度，具有典型的汲取性。参见〔美〕德隆·阿西莫格鲁、詹姆斯·A. 罗宾逊：《国家为什么会失败》，李增刚译，湖南科学技术出版社2015年版，第51-61页。

[42] 就此主题，方先生在文中论述道：“大清帝国十九世纪六十年代引入‘现代企业制度’的时候，仍然是以东印度公司为现代企业制度的样板。”前引〔1〕，方流芳文，初版第292页，修订版第239-240页。

[43] 参见前引〔1〕，方流芳文，初版第295-296页，修订版第243页。

革的可选范围将被大大改变。^{〔44〕}在此语境下，“将错就错”，而不是一味执着于寻找现有制度与制度源头之间的差异，更有利于制度创新。^{〔45〕}真正的制度创新，没有办法离开对历史语境的考察，也要求当代学人真诚面对问题，并能在前人基础上持续深入地研究。这也是文学家所言“参伍以相变，因革以为功”^{〔46〕}的含义。

五、结 语

在形而上学的意义上追求对事物核心特征的理解，并不一定有助于理解事物，相反往往还会误导公众。随着时间推移，事物的内核在人们不知不觉中已发生变化，而人们往往误认为事物的内核仍在。在大英帝国立法改变之后，公司早已不是“官设独占”之实体。但是，在清政府官员眼中，公司核心特征依然如是。在语言游戏的意义上定义事物，能够帮助我们在变化中把握事物本质。

思考一项制度的移植，首先应该回答的问题是：法律移植声称要解决的问题是否构成一个真实的问题。如果这个问题只是臆想中的问题，那么这样的解释立刻就失去了意义。当代学术研究所预设的问题，如移植公司法所要解决的是提升商业组织效率的问题，这一点在当时未必与立法者所关注思考的内容相互一致。立法者引入公司制度，名义上是要借引进西方先进制度来提升商业组织效率，实质上是试图以立法来促成政府办企业。这种情形持续至今。无论是1946年国民政府全面修改《公司法》，还是1994年生效的《中华人民共和国公司法》，都并非简单期待借立法提升经济组织效率，而是要用公司法解决国企问题。^{〔47〕}单单把公司立法置于提升商业组织效率的话语体系中，无视立法者的国企情结，法律学者评价立法易流于形式，甚至在不知不觉中起了推波助澜的作用。

即便问题是真实的（或部分真实），公司制度是否真正解决了这个问题？公司制度作为一种效率提升的解决方案是否真的起到了作用？如果不是，这种以“问题—解决”为基本架构的功能主义阐释就不具说服力。一直以来，很多学者对中国某些“半吊子”的法律改革都秉持一种似是而非的看法：即便立法者的主要考量是为了某种其他目的，只要立法多少起到了促进“真正”目的的作用，它仍然可以放在“问题—解决”为基本架构的功能主义阐释框架中。换言之，哪个目的是决策者真正的目的并不重要，重要的是这种做法客观上取得了什么效果。再加上决策者的真实目的很难考察，以解决国企问题为幌子推进公司制度的真正建立，可能也是学者希望决策者采纳的“政治安全”策略。退一万步讲，即便政策制定者的目的纯粹是为了解决国企问题，也不排除具体操作者“夹带私货”。决策者的本意也许不是推动进步，但考虑到决策者面对的是公司制度这种影响巨大的制度改革，制度改革一旦展开，就具有其内在逻辑，决策者很难进行全盘控制，推动进步当然有可能、甚至是必然出现的结果。但上述看法并未看到在立法当时所面对的制

〔44〕 这也就是经济史研究者所言的“路径依赖”：一种没有效率的制度完全可能因这样的过程而被锁定。参见〔美〕道格拉斯·诺斯：《制度、制度变迁与经济绩效》，杭行译，格致出版社2008年版，第126-147页。

〔45〕 参见前引〔1〕，方流芳文，初版第296页，修订版第243页。

〔46〕 刘勰：《文心雕龙·物色》，上海古籍出版社2010年版，第94页。

〔47〕 参见前引〔11〕，方流芳文，第314-318页。

度创新机遇。^{〔48〕}

如果我们不假设所有问题都必须自动解决，就无需把当前的制度硬塞到一个臆想的问题语境中，也不必再执着于从思考移植是否忠实于原有制度中找到改进制度的方案。相反，一些更重要的问题值得我们思考：公司制度究竟是如何引入的，这件事情为什么会发生。探讨这些问题，将大大拓展法律移植和比较法研究的讨论范围。

昂格尔在评论当代法律学术时，有一批评十分到位：当代法律的问题是“制度想象力贫乏”。^{〔49〕} 昂格尔针对的是当代法律与发展的实践：欧美发达国家多年来致力于推动拉美国家经济发展，但开出的药方却无一例外出自西方实践，其结果是痛下针药也不见效果。制度需要创新，却连可选的新方案都没有，不能不说是缺乏“制度想象力”。昂格尔寄希望于发展中国家自身的制度创新，然而他也看到发展中国家的学者们多迷信欧美理论，缺乏深入思考，其中法律学者尤为遭人诟病。如何避开制度想象力贫乏的陷阱？方先生在这篇文章最后提出的建议是：要认真对待历史。在历史上一直困扰中国商人和政府的制度弊端到底何在？如果不从历史的教训中学习，法学界将持久地无视有价值的研究问题，动辄迷信“外国的月亮更圆”，中国也将继续陷于“公司不举”的泥潭中不能自拔。在这个意义上，《公司词义考》正是一篇开风气之先的佳作。

Abstract: Many scholars places legal institutions originated from foreign countries in a peculiar paradigm of comparison, in which Chinese institutions are gauged by “international standards” and are improved only through eliminating the differences found. Through revisiting three important questions raised in Professor Liufang FANG’s article, I criticize the paradigm of comparison. The “language game” approach used by Prof. FANG in examining the origins of the concept of corporation is groundbreaking. The article has made significant contributions to the study of legal history, opened new horizons in comparative law, and is inspiring in solving some contemporary problems of law and development. By examining the real consequences of transplanting an institution in China, Professor FANG has transcended the functionalist approach. His work not only advances the study of corporate law, but also helps China avoid the pitfalls of the poverty of imagination.

Key Words: comparative law, functionalism, language games, legal history

(责任编辑：周 游 赵建蕊)

〔48〕 方先生在 1996 年和时任证监会法律顾问的高西庆先生之间有一场针对刚刚通过的《公司法》的论战，这场论战以英文进行，发表于美国杜克大学法学期刊，内容深刻，但因问题意识欠缺、语言隔阂，国内学界关注不多。方先生的文章提出，1994 年《公司法》反映了中央政府借推行国际先进公司法来达到控制各地已经蓬勃开展的公司化实验的目的。高西庆先生当时的回应是，立法中不完美的地方是改革派为推行市场自由和保守派不得已的妥协，而整个公司法反映的仍然是改革的大方向，而不是方先生所指出的公司法立法从更为体现市场自由的地方政府公司化实验中倒退。体现在 1994 年《公司法》中、不为大众了解的中央政府意图，在日后每一个原本可以推进改革的重要节点上都带来了阻碍。论战之后的国企改革历程基本上证实了方先生的判断。参见前引〔25〕，Liufang Fang 文，第 149 - 269 页，载 <https://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol5/iss2/2>，最后访问时间：2019 年 8 月 6 日；Xiqing Gao, The Perceived Unreasonable Man—A Response to Fang Liufang, 5 *Duke Journal of Comparative & International Law*, 271 - 288 (1995), available at <https://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol5/iss2/3>, last visited on Aug. 6, 2019.

〔49〕 关于法律与制度想象力，参见〔美〕昂格尔：《法律分析应当为何》，中国政法大学出版社 2007 年版。