

中国公司法产生源流考 ——以日本法的影响为视角

朱大明*

内容提要：在我国公司法的历史上，作为第一部完整规定公司制度法律的 1904 年《钦定大清商律》、作为第一部单行法的 1929 年《公司法》以及 1914 年《公司条例》具有重要的意义。这三部法律文件不仅在内容上存在差异，同时各自所面对的立法背景与立法环境都存在很多的不同。这三部法律文件之间具有内在关系，其中包含对于今天公司法完善仍然有益的信息，这有助于更深刻地了解我国公司法自身，而且对于未来公司法的发展具有重要意义。

关键词：大清商律 商事立法 法律移植 公司法的历史

一、序 言

我国最早的公司法一般认为是 1904 年 1 月由清政府颁布的《钦定大清商律》。《钦定大清商律》共有两编，第一编为《商人通例》，第二编为《公司律》。虽然《公司律》只是作为《钦定大清商律》的一编，并不是一部独立的法典，但是毫无疑问，《钦定大清商律》是我国第一次以法典的形式确立了公司这种经营组织，也是我国第一次建立了一套较为完整的公司制度，具有划时代的意义。

我国第一部作为单行法的《公司法》是 1929 年由中华民国政府正式颁行的。该《公司法》在大陆地区一直适用到 1949 年中华人民共和国建立为止，在我国台湾地区沿用至今。1929 年《公司法》不仅在我国实施的时间较长，更重要的是它真正确立了我国公司法相关的诸多基本理论与基本制度。1929 年《公司法》作为我国第一部较为完备的公司法在我国公司法的历史上具有重要意义。

* 朱大明，北京大学国际法学院副教授。

在1904年《钦定大清商律》与1929年《公司法》之间,我国还有一部经常会被遗忘的重要法律文件,那就是中华民国政府于1914年颁布的《公司条例》。1914年的《公司条例》由于未经立法程序,而是以大总统令的方式颁布的,因此从严格意义上来说,其并非一部法律。但是,从中国公司法统的传承上来说,1914年颁布的《公司条例》不仅是1929年《公司法》的源头,而且也是1904年《钦定大清商律》与1929年《公司法》之间的连接点。从1914年到1929年近15的时间里,《公司条例》不仅发挥着一部公司法的作用与功能,而且也作为日后1929年《公司法》的正式出台积累了大量的经验与教训。因此,《公司条例》在我国公司法最初的形成与发展中具有不可忽视的作用。

在历史的长河里,这三部法律之间究竟是一种什么样的关系?它们对中国公司法日后的发展究竟发挥了什么样的作用?这对于今天我国公司法的发展而言,仍然是值得思考的重要问题。大量的公司法制史的文献中都指出中国公司法产生的初期受到了日本法的较多影响。本文希望全面梳理对我国公司法的建立与发展具有重要意义的三部法律的制定过程以及三者之间的内在关系,并在此之上,试探寻日本法对我国公司法的产生以及发展初期究竟具体产生了哪些影响。此外,伴随着我国经济的迅猛发展,我国公司法的实践与理论积累已经远不是百余年前公司法建立之初的场景。采纳万国之精华,构建中国公司法的完整理论、实现公司法的现代化已经成为当前公司法学界的重要使命。而面对未来,我们更有必要回顾我国公司法成立的艰难历程,从历史的角度更深刻地去认识自己,这对于完善我国公司法具有重要意义。

二、中国公司法演进的明线

首先有必要对1904年《钦定大清商律》、1914年《公司条例》以及1929年《公司法》这三部法律的基本情况来进行一个整理与说明。

(一) 1904年《钦定大清商律》

1904年1月清政府颁布了《钦定大清商律》。这是我国历史上第一部也是到目前为止唯一的一部商法典。《钦定大清商律》共计两编,其中第一编为《商人通例》,共有九个条文,第二编为《公司律》,共有131个条文。^{〔1〕}

大清商律的起草时间非常短,从1903年4月开始起草到1904年1月草案被批准一共只有九个月的时间。^{〔2〕}因此,可以说大清商律的出台非常仓促,作为我国第一部公司法典,显然其内容并没有经过慎重的研究与设计。

不仅如此,在制定大清商律的时候,我国尚没有制定民律(民法),^{〔3〕}未有民法、先有商

〔1〕《钦定大清商律》第二编《公司律》作为一部公司法来看的话,内容非常完整,全文共由十一节构成。其中,第一节是公司分类及创办呈报法,第二节是股份,第三节是股东权利各事宜,第四节是董事,第五节是查账人,第六节是董事会议,第七节是众股东大会,第八节是账目,第九节是修改公司章程,第十节是停闭,第十一节是罚则。因此,从内容上来看《公司律》可以说是一部完整的公司法。

〔2〕1903年4月22日清政府任命载振、袁世凯、伍廷芳三人作为修律大臣,共同主持《钦定大清商律》的编纂,由此正式启动了《钦定大清商律》的立法工作。到《钦定大清商律》草案于1904年1月21日被批准正式成为法律,共耗时大约九个月。

〔3〕我国历史上第一部民法典草案《钦定大清民律草案》完成于1911年,由于清王朝的覆灭该草案并没有成为法律。

法，这是一种并不正常的现象。即使是在清末，当时我国的学术界也已经较为广泛地接受了商法是民法的特别法之一的基本理念，因此，从逻辑上来说，当然应当首先制定作为私法一般法的民法。^{〔4〕}那么，清政府为什么要如此仓促地制定大清商律？事实上最重要的理由并非是出于对立法本身相关问题的考虑，而是由于当时列强经常以中国缺乏完善的商事制定法为拒绝清政府收回领事裁判权的理由。^{〔5〕}因此清政府急切地希望通过颁布商法典彰显商事制度立法的完备，尽快收回领事裁判权。^{〔6〕}

《钦定大清商律》的内容参考了英国、德国以及日本等许多国家的法律制度，并没有刻意地依照某一个国家的制度来构建，因此也谈不上受某一个国家的影响极深。但是，仍然值得注意的是，大清商律的主要起草人伍廷芳^{〔7〕}曾在英国留学，并取得了英国的大律师执照，由此可以合理推测，大清商律在设计上会较多地参考英国的法律制度。^{〔8〕}

大清商律颁布以后，很多人批评大清商律只是照搬了外国的法律制度，并没有兼顾我国固有的商事习惯，因此，清政府于1906年决定启动修改大清商律的工作。关于大清商律的修改本文会在后面进行详细说明。

（二）1914年《公司条例》

1914年由中华民国北京政府颁布的《公司条例》是我国历史上第一部作为单行法规的公司法，但是，《公司条例》并未经过严格的立法程序，它是将清末的《修订大清商律草案》进行简单修改之后，以大总统令的方式颁布的，因此并非法律意义上的法律。^{〔9〕}大总统令的立法方式相比通过立法程序制定一部法律，程序较少因此也更加便捷迅速。

为什么要简单地修改《修订大清商律草案》，匆忙推出《公司条例》？其中的原因主要来自两个方面：一方面是在清朝法统断绝、不能继续沿用《钦定大清商律》的背景下，为了解决社会经济发展对制定公司法的迫切需求；另一方面，在民商分立的立法理念之下，中华民国政府另有制定包括公司法在内的商法典的计划，所以《公司条例》的颁布最终没有选择通过严格的立法程序而采用了大总统令的方式。

《公司条例》实施后民国政府严格执行，有力地促进了公司制度在我国的普及。当时发生了

〔4〕事实上，当时也有学者批判大清商律，认为中国未有民法，先有商法，不免有倒置之消矣。参见苗延波：《中国商法体系研究》，法律出版社2007年版，第143页。

〔5〕领事裁判权在当时已经不仅仅是一个治外法权的问题，更使当时国人感觉居于世界劣等地位，在与外国的交涉中国家不享有平等地位，所以当时的清政府迫切希望解决领事裁判权的问题。西方各国不归还领事裁判权的主要理由在于认为中国法律制度落后。英国政府更是明确表示，如果清政府可以完善法律制度，英国可以放弃领事裁判权。参见王铁崖主编：《中外旧约章汇编》（第二册），三联书店1957年版，第188页。

〔6〕参见何勤华、李秀清：《外国法与中国法——20世纪中国移植外国法反思》，中国政法大学出版社2003年版，第241页。

〔7〕清政府任命了载振、袁世凯、伍廷芳三人作为修律大臣，共同主持《钦定大清商律》的编纂。载振和袁世凯都是当时清政府的重臣，也没有文献表明载振和袁世凯熟悉商法制度，因此可以合理推测载振和袁世凯只是名义上的编写负责人，而实质上承担编纂工作的应该是伍廷芳。伍廷芳是我国近代著名的法学家，对我国近代的立法发挥了重要的作用。

〔8〕有学者指出，大清商律的内容主要参考了英国法，参见季立刚：《民国商事立法研究》，复旦大学出版社2006版，第31页；也有学者认为1904年《钦定大清商律》的内容中有五分之三参考了日本法，五分之一参考了英国法，参见魏淑君：《近代中国公司法史论》，上海社会科学院出版社2009版，第65页。但是，笔者仔细研究了大清商律的内容后认为，大清商律与其说主要参考了英国公司法或是日本法，不如说在编纂的过程中，更多地从英国法的理论或者理念出发制定了大清商律，从制度的直接比较来看，德国法与日本法的制度也并不少。

〔9〕大总统令的方式由于没有经过国会审议批准的过程，其性质类似于我国目前立法体系中的行政法规。

一个著名事件,即1918年南阳烟草无限公司将公司的组织形式变更为股份有限公司,在修改公司章程时,在章程中规定“简照南”为公司永远的总理(根据《公司条例》的规定,当时公司的经理被称为“总理”)。农商部作为公司的政府登记机关在进行登记时,认为《公司条例》中不允许一个自然人可以作为公司永远的经理,因此做出了不予登记的决定。^[10]该事件发生后,公司,特别是相对比较大的公司都开始认真遵守《公司条例》。^[11]在“重刑轻民”的长久历史传统观念之下,《公司条例》开始逐渐获得国民的重视与尊重。这对于我国一般大众在思想上真正接受公司这一新型的商业组织、接受公司的相关制度、接受公司法制具有重要的意义。

《公司条例》不仅在法律理论、立法技术等方面可以说非常先进,^[12]也给公司提供了更好的法律环境,奠定了公司这一种商业组织形式在我国迅速发展起来的基础,^[13]促进了民国初期的经济发展。^[14]从1912年到1921年,新设立的公司达794家。新设公司平均每年有约80家。^[15]《公司条例》实施前,从1903年到1908年间,新设公司的总数为265家,平均每年有约44家。^[16]

(三) 1929年中华民国《公司法》

1914年《公司条例》施行后,在经过两次修改之后,^[17]中华民国南京政府决定制定新的公司法。^[18]

当时的中华民国政府计划制定民法典和商法典,分别设置了民法起草委员会和商法起草委员会。^[19]同时,根据商法起草委员会的决定,任命时任立法委员的卫挺生^[20]具体负责公司法的制定工作。^[21]

根据当时中华民国的立法要求,在制订新法律的草案之前,必须先制定法律草案的“立法原则”和“立法政策”。^[22]因此,按照这样的原则,新公司法在起草过程中,也首先制定了一部《公司法原则》作为公司法立法的基本原则与基本的立法政策。^[23]《公司法原则》是在1929年8月的第191次中央政治局会议上通过的。^[24]

[10] 参见中国社会科学院上海经济研究所编:《南洋兄弟公司史料》,上海人民出版社1985版,第13页。

[11] 参见前引[8],魏淑君书,第100页。

[12] 参见前引[4],苗延波书,第71页。

[13] 参见前引[8],魏淑君书,第103页。

[14] 参见前引[4],苗延波书,第72页;前引[8],魏淑君书,第102页。

[15] 参见前引[8],魏淑君书,第103页。

[16] 参见前引[8],魏淑君书,第103页。

[17] 关于1914年中华民国《公司条例》的修改,第一次是在1915年9月21日进行,第二次是在1923年5月8日进行。

[18] 参见前引[8],魏淑君书,第136页。

[19] 参见前引[4],苗延波书,第146页;前引[8],魏淑君书,第136页。

[20] 卫挺生,湖北人,1906年留学日本大成中学,1911年公费留学美国哈佛大学。回国后,担任复旦大学经济系主任、中央大学会计系教授,1927年后长期担任国民政府立法院的立法委员。曾负责起草过税政管理法、会计法、统计法、公司法等的法律草案。

[21] 参见前引[8],魏淑君书,第136页。

[22] 参见前引[8],季立刚书,第53页。

[23] 参见王效文:《中国公司法论》(复刻版),中国方正出版社2004版,第5-11页。

[24] 参见前引[23],王效文书,第10页。《公司法原则》中除了有限公司、两合公司、股份有限公司、股份两合公司以外,还规定了保证有限公司。对此,商法起草委员会提出,保证有限公司是一种新的公司形式,其立法应当慎重进行。因此,根据当时立法院院长胡汉民的提案,第206次中央政治局会议中决议通过了《公司法原则保证有限公司一章暂行保留并另订单行法案》,事实上删除了《公司法原则》中规定的保证有限公司。参见前引[8],魏淑君书,第136页。由于随后也没有制定与保证有限公司相关的特别法律,保证有限公司也昙花一现地从我国公司法的历史上消失了。参见前引[23],王效文书,第26页。

根据《公司法原则》，商法起草委员会于1929年12月4日完成了《公司法草案》的制定，该草案在民国政府立法院第64次会议上正式通过。1929年12月26日南京政府颁布了《公司法》，新的《公司法》于1931年7月1日起正式开始实施。

1929年中华民国政府颁布的《公司法》是中国历史上第一部作为单行法的公司法。从1904年《钦定大清商律》到1929年《公司法》，我国公司法从落地到发展已经经过了25年的时间，这25年中，公司制度作为一种经营组织渐渐深入人心，公司制度的诸多基本制度以及相关的概念已经被社会大众所逐渐接受。并且在此期间，我国公司法的实践与理论积累已经有了长足的发展，1929年《公司法》对于公司制度的诸多问题进行了反复地讨论，从内容上来看，相比1914年《公司条例》，1929年《公司法》在许多方面都得到了极大地完善与改进，被评价为“是一部比较完整的现代公司立法”^{〔25〕}。

1929年《公司法》对于公司法中很多的基本问题、重要问题进行了规定。这也是对我国多年来实践公司制度中所涉及的诸多问题的一种确认，是一部在我国公司法建立与形成过程中具有代表意义的法典。

三、中国公司法演进的暗线：被忽视的《修订大清商律草案》

（一）《钦定大清商律》的修订

1904年《钦定大清商律》编纂时间仅有九个月，在制定过程中也未针对商事活动中的问题征求我国商人阶层的意见，绝大多数条文只是原封不动移植了外国法律的条文，因此在《钦定大清商律》出台之后，很多人批评其规定中存在许多不符合我国商业习惯的规则。^{〔26〕}因此，清政府于1906年决定启动对《钦定大清商律》的修改工作。^{〔27〕}

为了完成大清商律的修订，清政府决定聘请一位外国专家来华负责起草修改草案。最初，清政府希望聘请日本著名的民法学家梅谦次郎博士，但是，当时梅谦次郎博士已经担任了韩国的法律起草顾问，所以无法分身，后经梅谦次郎博士的推荐，清政府聘任参加过日本商法典起草工作、时任东京高等商业学校（现日本国立一桥大学的前身）教授的志田钾太郎博士为修订法律馆的外国顾问，负责起草《钦定大清商律》的修订草案。

1909年志田钾太郎完成了《钦定大清商律》的修订草案，该草案包括总则、商行为、公司、海商、票据共五编，全文共计1008条。从外观来看，其体例与1899年通过的日本《商法典》完全一致。后人将志田钾太郎博士负责起草的《钦定大清商律修改草案》称为“志田案”。^{〔28〕}

当时我国工商界认为志田钾太郎博士负责起草的大清商律修改草案大量参考日本商法，与我国国情不符，因此极为反对，并最终由上海立宪公会发起^{〔29〕}设立了商法起草委员会，实地考察

〔25〕 前引〔8〕，魏淑君书，第141页；前引〔8〕，季立刚书，第149页。

〔26〕 参见前引〔8〕，季立刚书，第27页。

〔27〕 参见前引〔8〕，魏淑君书，第64页。

〔28〕 例如，前引〔8〕，魏淑君书，第66页。

〔29〕 上海立宪公会倡议自行编纂商法的建议得到了上海商务总会、上海商学公会的赞成，三会共同作为发起人制订商法草案。参见前引〔8〕，魏淑君书，第70页。

我国商事习惯、参考世界各国最新立法例，并经过全国商会共同讨论，自行编纂了商法草案，请求政府加以实施。该草案共完成了《商法总则》与《公司律》两编。清政府采纳了该草案，并对草案进行逐条考校之后形成了共计367条的新的修改草案，并将其定名为《修订大清商律草案》，经宪政编查馆审核后提交给资政院进行审议，但是资政院未及通过清政府就灭亡了。（为了方便区别，本文以下将志田钾太郎博士负责起草的大清商律修改草案简称为《志田案》，将上海立宪公会主导起草的商法草案简称为《商法草案》，将清政府提交资政院审议的大清商律修改草案简称为《修订大清商律草案》。）

虽然中华民国政府成立后，以《修订大清商律草案》中的《公司律》为蓝本，几乎原封不动地制定了《公司条例》，但是，《修订大清商律草案》作为一部法律修改草案，其本身最终没有直接成为一部法律。

（二）志田钾太郎博士在我国公司立法中的作用

虽然很多公司法制史的文献中都提到了志田钾太郎，但是基本都是停留在简单介绍的程度，笔者认为有必要对其进行更为深入和全面的研究与说明。

整理我国现有的文献，提到志田钾太郎博士的地方大致有如下几处：第一，清政府聘请其负责起草大清商律修改草案。^{〔30〕}第二，在我国民商法立法模式讨论的过程中，志田曾针对我国的立法模式，明确表达了自己反对民商分立，赞成民商合一的观点。同时，志田也认为，作为权宜之计，为了收回领事裁判权，可以先行制定商法典。^{〔31〕}第三，志田在负责起草大清商律修改草案的同时担任京师法律学堂的教习，在京师法律学堂教授商法。^{〔32〕}这些信息并不足以让我们完整地了解志田，更无法让我们在本就很模糊的历史中寻找志田在我国公司法形成过程中真正发挥的作用。

志田钾太郎1868年出生于日本东京，1894年毕业于日本东京帝国大学法科大学（日本东京大学法学部的前身），同年进入东京帝国大学法科大学大学院（相当于今天的研究生院）继续学习，主要研究方向为公司法与保险法。1896年大学院在读期间经东京帝国大学法科大学教授、也是志田的大学院指教教授穗积陈重的推荐被任命为法典调查会商法修改委员会辅助委员。^{〔33〕}这可以说是志田人生中最为重要的一次经历。

1890年通过的日本第一部《商法典》由于出自德国人罗斯勒（Karl Friedrich Hermann Roesler）之手，^{〔34〕}（1890年通过的日本《商法典》是日本历史上第一部商法典，这部《商法典》在日本商法学界一般被称为《旧商法典》），在日本一经颁布就受到了日本社会各界的激烈批评。在这样的

〔30〕 许多文献中都提到了这一点，例如，李秀清：《中国近代民商法的嚆矢——清末移植外国民商法评述》，载《法商研究》2001年第6期；前引〔8〕，魏淑君书，第67页。

〔31〕 参见前引〔6〕，何勤华、李秀清书，第241页。

〔32〕 参见李贵连：《近代中国法律的变革与日本影响》，载《比较法研究》1994年第1期。

〔33〕 志田俊郎『志田钾太郎の生涯』（文艺社、2015年）41页参照。

〔34〕 日本商法典的编纂最早是于1876年聘请了荷兰人阿达姆拉帕德（Adam Rappard）来帮助起草，但是阿达姆拉帕德最终只是将法国《商法典》翻译了一遍而已，最终遭到了日本的弃用。1881年日本明治政府聘请德国人罗斯勒（Karl Friedrich Hermann Roesler）再次开始起草商法典，罗斯勒于1884年完成了商法典的草案编纂，该草案经过多次讨论最终在1890年通过了国会讨论，正式成为了法律。但是，由于反对声音非常强烈，该《商法典》的实施被多次推迟，最终于1898年正式开始施行。

背景下，1893 年日本政府决定由日本人自己来起草一部商法典。这次的商法典起草在当时可以说是万众瞩目。

日本政府于 1893 年成立了“法典调查会”，全面负责修改日本商法典的工作。^{〔35〕}法典调查会中设置了商法修改委员会的起草委员三名以及辅助委员两名，志田钾太郎被任命为辅助委员。^{〔36〕}1896 年法典调查会制定了《商法修改理由书》，其中志田钾太郎负责撰写了公司法的部分。法典调查会最终于 1899 年完成了商法修正案的起草，该商法修正案于 1899 年在日本国会审议通过，正式成为了法律（这是日本商法史上第二部《商法典》，也是日本至今仍然在实施的现行《商法典》。日本商法学界一般将其称为《新商法典》）。

1897 年志田钾太郎开始担任东京高等商业学校的教授（到 1919 年）。1898 年被日本政府派遣到德国与法国学习商法，^{〔37〕}1902 年回国。1903 年被东京帝国大学法科大学授予法学博士学位。^{〔38〕}1904 年开始担任东京帝国大学法科大学兼职教授。1908 年受清政府邀请，^{〔39〕}来华担任法律修订馆顾问，同时还兼任京师法律学堂教习。1914 年被中华民国政府授予四等瑞宝勋章。

志田钾太郎 1912 年离华回到日本，1919 年转任日本明治大学，1940 年任日本明治大学校长，1951 年逝世。^{〔40〕}

志田钾太郎的研究主要集中在商法，特别是商法总则、公司法与保险法等领域。

作为日本早期的一位杰出的商法学者，志田钾太郎不仅熟知日本商法的情况，同时对于德国与法国的商法也有较深的了解，并且还具有编纂日本商法典的经历，因此可以说是帮助中国修法的一位合适的人选。

1899 年通过的日本《新商法典》本身就是由于日本对于由德国人起草的商法典极为抵触而出现的产物，因此可以推测志田钾太郎对于以我国工商界为首反对他负责起草商法典的中国民众心理非常了解，同时志田钾太郎还在中国担任京师法律学堂的商法教习，因此有理由推测志田钾太郎会尽可能地宣传自己制定大清商律草案的想法以及其对公司法制度的理解。^{〔41〕}

从时间上来看，志田钾太郎于 1908 年至 1912 年受清政府的邀请在中国工作了大约四年，在此期间，不论是其负责的《志田案》还是由上海立宪公会主导起草的《商法草案》都顺利完成。

〔35〕 法典调查会的负责人为伊藤博文。法典调查会虽然任命了 3 位商法起草委员会委员，但是，并没有让各位委员分担一部分章节各自起草，而是采用合议的方式共同起草。合意起草商法典的方式是经过慎重讨论决定的。高田晴仁「明治期日本の商法編纂」企業と法創造 2 号（2013 年）67 頁参照。

〔36〕 日本政府对于商法典的起草共任命了三名起草委员以及两名辅助委员。三名起草委员为梅谦次郎、田部芳、冈野敬次郎，两名辅助委员为志田钾太郎，加藤正治。两名辅助委员都是当时东京帝国大学法科大学的在读学生。

〔37〕 志田钾太郎赴德国与法国主要研究公司法与保险法。参见前引〔33〕，志田俊郎书，第 57 页。

〔38〕 志田钾太郎获得的东京帝国大学法学博士学位并非通过课程学习授予，而是按照日本旧教育体制，通过大学推荐的方式，由日本文部大臣（相当于教育部长）授予。这种制度也称为推荐制博士学位。这种博士学位授予机制被后世认为是一种对过往功绩的综合评价，可以说是一种荣誉称号。参见前引〔33〕，志田俊郎书，第 95 页。

〔39〕 清政府并非直接找到志田钾太郎，而是首先给日本政府发文，然后日本政府向东京帝国大学发了照会，后由梅谦次郎经东京帝国大学向日本政府推荐了志田钾太郎，清政府才最终选定了志田钾太郎。而志田钾太郎本人对于接受清政府邀请赴中国负责编纂商法典本身并没有特别的积极，当然反之也没有特别的抵触，其中梅谦次郎的举荐或许是志田钾太郎最终决定接受清政府聘请的一个重要原因。参见前引〔33〕，志田俊郎书，第 146 页。

〔40〕 志田钾太郎『日本商法典の編纂と其改正』（復刻版）（新青出版社、1995 年）159 頁参照。

〔41〕 关于这一点，可以参考后来出版发行的京师法律学堂笔记——商法总则、会社、商行为等著作。参见志田钾太郎口述，熊元襄编：《商法总则》（复刻版），上海人民出版社 2013 年版；志田钾太郎口述，熊元襄、熊仕昌编：《商法、会社、商行为》（复刻版），上海人民出版社 2013 年版。

虽然志田钾太郎制定的《志田案》最终没有成为修改草案的正本,但是,很难想象完成时间晚于《志田案》的《商法草案》在内容上完全不受《志田案》的影响,^[42]也很难想象对于由民间主导的《商法草案》在制定的过程中提出的对《志田案》的批评或者说是不同意见,志田钾太郎会完全不加以说明。

综上所述,志田钾太郎对于我国公司法形成的影响可能存在于两个方面。一方面,从客观上来看,志田钾太郎受清政府委托完成了《志田案》,并完整地向大量的中国学生讲授了商法的理论与制度。另一方面,可以合理推测,首先,大量的优秀中国学生在学习商法的过程中受到了志田钾太郎的影响,从而间接地受到了日本法的影响,这种影响可能更多是在商法的理念上、具体公司制度的认知上。其次,《志田案》虽然最终没有成为大清商律的修改草案,但是,《志田案》是当时的官方文本,其对社会所产生的意义必然是深远的。这种影响主要集中在我国最终完成的《修订大清商律草案》的具体制度设计上,它将直接影响到后来的1914年《公司条例》以及1929年《公司法》。我们从表面可以看到某些公司法制度确实参考了日本法,但究竟是由于受到了志田钾太郎的影响还是我们进行了慎重的思考与判断做出的选择今天已经很难考证了。

(三)《修订大清商律草案》与《志田案》之间的关系

从结果上来看,清政府最终提交给资政院审议的修改文本是以上海立宪公会主导起草的《商法草案》为蓝本制定的,由此产生两个问题:第一,这是否意味着清政府放弃了作为官方文本的《志田案》呢?第二,《志田案》是否只是一个日本商法典的翻版,没有吸收中国的商事习惯呢?

关于上述第一个问题,首先必须指出的是,有些文献指出《志田案》由于社会的反对最终被清政府抛弃。^[43]这样的说明并不符合事实。按照清政府的原计划,大清商律的颁布时间是在1913年,而实施时间为1915年。^[44]但是,1909年清政府认为大清商律的修改计划需要提前,而此时《志田案》尚未全部完成,由于大清商律中“商法总则”与“公司”两部分最为紧要,而上海立宪公会主导起草的《商法草案》不仅符合我国的商事习惯,更得益于精通商事法律的实务界人士博采众长的精细制订,^[45]因此清政府决定以上海立宪公会等民间主体起草的《商法草案》为蓝本制订一个临时法案,先对大清商律中最为紧要的“商法总则”与“公司法”两个部分进行修改,然后等《志田案》全部完成后,再对大清商律进行全面修改。简单来说,《修订大清商律草案》只是一个临时法案草案,而《志田案》才是大清商律的真正修改草案。而且,《志田案》是一个完整的修改草案,是一部完整的商法典草案。而《修订大清商律草案》只包括《商法总则》与《公司律》两编内容,并不是一个完整的商法典草案。所以,根本没有《志田案》被清政

[42] 上海立宪公会等还制定了《公司律调查案理由书》,仔细观察《商法草案》以及《公司律调查案理由书》的具体内容,可以发现《商法草案》里的规定大量地参考了日本法与德国法,考虑到当时志田钾太郎在中国作为官方聘请的专家负责大清商律修改草案的起草,可以合理推测《商法草案》的形成一定会或多或少地受到《志田案》的影响。关于《商法草案》以及《公司律调查案理由书》的具体内容可以参考张家镇、秦瑞玠、汤一鶚、孟森、邵义、孟昭常编著:《中国商事习惯理由与商事立法理由书》(复刻版),中国政法大学出版社2003年版。

[43] 参见前引[30],李秀清文。

[44] 参见顾明晔:《清末商事法制变革及其现代启示——兼论商事法律移植》,南京师范大学2006年硕士学位论文,第11页。

[45] 上海立宪公会等民间团体起草的商法草案是由秦瑞玠、孟昭常两人作为代表通过邀请全国各地商会派代表开会商议等形式最终完成的。参见前引[8],魏淑君书,第70页。

府抛弃的问题。

关于上述第二个问题,《志田案》本身确实更多只是一个日本商法典的翻版。但是,《志田案》只是志田钾太郎负责修改大清商律所提出的一个尚未最终完成的草案。事实上,清政府修改大清商律的过程中,可以说是极为重视我国商事习惯的调查。并且从1907年开始清政府的法律修订馆就通过在全国各地方设立专门机构、派专人等方式在全国各地大规模调查商事习惯,由于各个地方的调查进展并不一致,至清朝灭亡都尚未全部完成。^[46]因此,事实上,《志田案》只是一个尚未最终完成的修改草案的初稿或者是基本方案,根据清政府的计划,尚需要全面揉入我国的商事习惯之后才会成为最终的修改草案。

四、民商法立法模式的摇摆——公司法定位的形成

近年以来,由于我国制定民法典,民商法的关系以及我国民商法的立法模式成为学术界乃至于社会关注的热点问题。毫无疑问,民商法立法模式将会直接影响公司法在整个法律体系中的定位。虽然今天无论是我国法律的实际情况还是法学理论研究,都认为我国是采用民商合一的立法模式,但是,事实上,关于我国的民商法立法模式,早在我国公司法制定之初,就曾在我国立法界与理论界发生过至少两次激烈争议。第一次是发生在制定大清商律的时候,第二次是发生在制定1929年《公司法》的时候。值得注意的是,在不同的民商法立法理念之下,公司法在法律体系中的定位是存在差异的。

(一) 关于民商法立法模式的争议

1. 制定1904年《钦定大清商律》时的第一次争议

从结果上来看,清政府于1904年颁布了大清商律,于1911年颁布了大清民律,从而在立法结构上明确采用了民商分立的立法模式。事实上,在1904年《钦定大清商律》制订之前以及大清商律颁布后进行修订的过程中,围绕着我国的民商法立法模式发生过争议。

时任翰林院侍讲的朱福诜主张,我国应当采用“民商合一”的立法模式,其主要理由是当时的日本著名法学家梅谦次郎^[47]主张民商合一,虽然在日本没有实现,但是我国可以利用后发优势,集各国之大成。^[48]对此,清政府负责法律修改的核心人物沈家本提出了著名的“法律继受论”,认为我国立法主要参考的国家为德国、日本等大陆法系国家,而这些大陆法系国家中基本采用了民商分立的立法模式,因此,我国也应该采用民商分立的立法模式。^[49]

此外,清政府制定大清商律的一个主要动机在于尽快通过颁布大清商律,堵住外国列强的口实,来实现收回有损国家主权的领事裁判权。而在一个国家的法律体系中居于私法领域基本法地

^[46] 参见前引[8],魏淑君书,第65页。

^[47] 梅谦次郎是日本近代著名法学家,时任日本东京帝国大学(现东京大学)教授。曾担任日本民法典起草委员与日本商法典起草委员。

^[48] 朱福诜主张采用民商合一立法模式的主要理由是以日本民法学者梅谦次郎的思想作为立论支持,梅谦次郎作为日本明治时代民法典以及商法典制定的重要人物,其本人受瑞士法的影响,并不赞成民商分立的立法模式。参见聂卫锋:《中国民商立法体例历史考——从晚清到民国的立法政策与学说争论》,载《政法论坛》2014年第1期。

^[49] 参见张生:《中国近代民法法典化研究(一九〇一至一九四九)》,中国政法大学出版社2004年版,第62页。

位的民法事实上是必须要颁布的,因此,颁布了大清商律,事实上也就是默认了必然会选择民商分立的立法模式。因此,从这个意义而言,在我国历史上第一次面临民商法立法选择的问题时,清政府所作出的决定更多的是出于政治层面的考虑而非基于法学理论本身的选择。

从某种意义上而言,这样的选择是一种无奈的选择。日本制定商法典时也曾经面对同样的问题,^[50]或许也正是因此,志田钾太郎在制定《志田案》的过程中,虽然其本人并不赞成民商分立的立法模式,但是也表示作为权宜之计可以先采用民商分立的立法模式,在时间上可以先颁布商律。^[51]

正是由于清政府中负责修订法律的大臣沈家本、俞廉三等主要人物都不赞成“民商合一”的立法模式,以及尽快收回领事裁判权的政治考虑,清政府在制定以及修订《钦定大清商律》的过程中都始终坚持采用“民商分立”的立法模式。^[52]

2. 制定1929年《公司法》时的第二次争议

1904年《钦定大清商律》颁布以后,围绕着民商法立法模式的争议虽然暂时告一段落,但是,随着中华民国的成立,采用何种民商法立法模式再次成为法学界讨论的焦点问题。特别是在1929年中华民国《公司法》制定过程中,可以说围绕民商法立法模式的选择学术界的争论达到了顶峰。^[53]虽然从结果上来看,中华民国政府转而采用了“民商合一”的立法模式,但是在立法的过程中,反对采用“民商合一”立法模式的声音极为强大,当时,赞成派与反对派对于民商法立法模式进行了激烈的争论。^[54]

在这激烈的争议中,有两个外国学者的意见对我国的民商法立法模式的探讨产生了重要的影响。第一位是法国学者让·约瑟夫·爱斯嘉拉(Jean Joseph Escarra)。^[55]爱斯嘉拉于1912年发表了论文《中国私法之修订》,主张中国应当采用民商合一的立法模式,具体可以瑞士的立法例为参考对象,将已经存在的《商人通例》《公司条例》编入民法典的债法编中。具有戏剧性的是,爱斯嘉拉在被中华民国政府聘请协助起草商法典之后,其本人的观点发生了转变,改为支持民商分立的立法模式,主张中国应当建立独立于民法的商法典。^[56]

第二位是当时的日本著名民法学者我妻荣教授。^[57]我妻荣教授主张中国不应当采用“民商合一”的立法模式,而应当采用民商分立的立法模式,理由有三:第一,商法的性质不同于民法,商法是不同于民法的独立领域;第二,在立法技术上民法很难涵盖商法;第三,商法具有显

[50] 日本编纂商法典的其中一个重要理由是收回领事裁判权,这一点与我国清朝政府当时所面临的情况几乎完全一样。1894年日本与英国签署了《日英通商航海条约》,正式撤销了英国的领事裁判权(1899年开始生效)。参见前引[35],高田晴仁文,第65页。

[51] 参见前引[6],何勤华、李秀清书,第241页。

[52] 参见前引[4],苗延波书,第144页。

[53] 例如,当时的学者施霖主张引入民商合一的立法模式,并写下了有名的《民商法合一之理由》。参见前引[4],苗延波书,第148页。

[54] 参见前引[48],聂卫锋文;前引[4],苗延波书,第147页。

[55] 让·约瑟夫·爱斯嘉拉(Jean Joseph Escarra)是法国商法学家,主张中国民商法立法应当注重法律的传承,强调中国商法典应当注重法律的本土化。参见前引[48],聂卫锋文。

[56] 参见前引[48],聂卫锋文。

[57] 我妻荣是日本近代著名民法学家,时任日本东京帝国大学(现东京大学)的教授。

著的国际性。因此，必须要考虑商法应及时对应商业社会需求的特点。^{〔58〕}我妻荣教授的主张在中国产生了巨大的影响。

针对我妻荣教授的主张，时任中华民国立法院院长的胡汉民与立法院副院长林森表明了反对的观点。^{〔59〕}同时，在胡汉民与林森的支持与主导下，在1929年6月召开的中央政治会议第183次会议上通过了《民商法统一提案审查报告》，在该报告书中明确地说明了采用民商合一立法模式的理由。^{〔60〕}这也改变了自清末《钦定大清商律》以来我国一直采用的民商分立的立法模式。我国开始走向“民商合一”的立法模式。^{〔61〕}

关于1929年《公司法》制定时南京政府采用“民商合一”立法模式的原因，一般认为是受瑞士民法典的强烈影响。^{〔62〕}事实上，在具体的立法设计上还是有别于瑞士民法典立法模式的。具体来说，中华民国政府虽然在理念上希望制定一部类似于瑞士民法典那样的内容广泛的民法典，但是并没有采用将公司法也纳入民法典这一瑞士的做法，而是将公司法等部门法作为单行法进行了立法。^{〔63〕}换言之，在“民商合一”的立法模式之下，没有制定商法典，而将公司法等无法纳入民法之中的商法内容作为民法的特别法以单行法的方式进行规范。这样的民商法立法模式不仅不同于瑞士，也不同于传统大陆法系的代表国家德国与日本，可以说是我国独创的立法模式。^{〔64〕}

之所以设计这种立法模式，或许是因为民法典作为私法领域的一般法，其修订必须非常谨慎，而公司法、保险法等商法领域的规则必须及时地去应对市场中所出现的诸多变化，因此将公司法等作为单行法制定的话，则能够更容易配合社会实际情况灵活地进行修订。^{〔65〕}

以1929年《公司法》的制定为标志形成的这种民商立法模式和“民商合一”的立法思想，对后来中国民商法的发展产生了深远的影响。^{〔66〕}时至今日，距离1929年已经过去了九十余年，如后面所述，虽然1993年制定的《中华人民共和国公司法》仍然采用民商合一立法模式的原因与1929年时并不相同，但是，无法否认的是，1929年形成的“民商合一”的理念至今依然发挥着重要的影响并占据着支配地位。^{〔67〕}

（二）公司法定位的变化

1. 民商分立模式下作为大清商律的一部分

1904年《钦定大清商律》是在清政府坚持民商分立的前提下制定的，这一点即使在后来大

〔58〕 我妻荣『中華民國民法債編總則』（中央大学出版社、1993年）3頁参照。

〔59〕 参见前引〔4〕，苗延波书，第147、148页。

〔60〕 《民商法统一提案审查报告》是根据胡汉民与林森向中央政治会议提出的《编订民商统一法典，以符本党全民精神》制定的。《民商法统一提案审查报告》可以说是当时体现民商法立法模式的官方态度。根据该报告书，采用民商合一的立法模式主要有八个方面的理由：第一，因历史关系认为应当制定民商统一法典；第二，因社会进步认为应制定民商统一法典；第三，因世界交通认为应制定民商统一法典；第四，因各国立法趋势认为应当制定民商统一法典；第五，因人民平等认为应当制定民商统一法典；第六，因编订标准认为应当制定民商统一法典；第七，因编纂体例认为应当制定民商统一法典；第七，因编订体例认为应当制定民商统一法典；第八，因商法与民法之关系认为应当制定民商统一法典。参见前引〔48〕，聂卫锋文。

〔61〕 参见前引〔4〕，苗延波书，第147页。

〔62〕 参见谢怀栻：《外国民商法精要》，法律出版社2002年版，第108页。

〔63〕 参见前引〔8〕，魏淑君书，第157页。

〔64〕 参见前引〔4〕，苗延波书，第149页。

〔65〕 参见前引〔23〕，王效文书，第12页。

〔66〕 参见前引〔4〕，苗延波书，第149页。

〔67〕 参见前引〔4〕，苗延波书，第149页。

清商律修订的过程中也从没有发生过变化。公司法（《公司律》）是作为大清商律的一部分存在的，因此公司法在法律体系中所处的位置是非常清晰而明确的，那就是公司法只是作为与民法典平行的商法典的内容而存在的，因此，公司法应当遵循独立商法典的基本法律适用关系。

2. 民商分立模式下作为单行法的《公司条例》

1914年《公司条例》是一部单行法规（严格意义上来讲不是法律），在制定《公司条例》时，中华民国政府秉承的是民商分立的立法理念，因此，1914年《公司条例》是在民商分立的立法模式之下作为商法典中的一部分而被制定的。虽然此后1929年《公司法》也同样是单行法，但是两者所处的立法模式不同，因此在法律体系中所处的地位也完全不同。

应当指出的是，1912年中华民国建立后，我国公司法学界对于民商法立法模式问题的探索逐渐开始越来越多地倾向于民商合一。^{〔68〕}但是，中华民国政府并没有回应理论界的主张，在制定《公司条例》的过程中，并没有采用民商合一的立法模式，而是继续秉承清政府所采用的民商分立的理念，^{〔69〕}并以清末的《修订大清商律草案》作为蓝本，在进行了简单的修改之后，迅速地作为中华民国《公司条例》进行了颁布。

由此可见，当时作为单行法出现的《公司条例》并非是在中华民国政府对民商法立法模式进行深思熟虑之后的选择，这种模式更多是充满了现实考虑、匆忙而为的偶然之举。^{〔70〕}然而，流逝于历史之间的这个偶然因素却开启了中国公司法作为单行法进行立法的先河，并对此后的中国公司法的形成与发展产生了深远的影响。

3. 民商合一模式下作为单行法的公司法

如上所述，在1929年中华民国政府制定我国历史上第一部作为单行法的《公司法》的时候，我国改变了此前坚持的民商分立的立法模式，转而采用了民商合一的立法模式。在此前提下，公司法在整个法律体系中的地位也发生了重要的变化。

1929年的《公司法》从形式上来看，虽然是秉承“民商合一”的立法理念而制定的单行法，但是，又第一次将公司法的地位定位于民法的特别法。这样的立法模式区别于传统的民商合一的立法模式，没有将商法的内容完全规定在民法典之中，而是在民法典之外以单行法的方式将不易纳入民法典之中的商法内容进行了单独的立法。在这样的立法理念之下，公司法在民商合一的前提下，作为民法的特别法存在于法律体系之中。这种立法模式是一种非常独特的，甚至可以说是我国独创的一种立法模式。

（三）小结

如上所述，在我国公司法形成与发展的初期，公司法事实上随着民商法立法模式的变动在民商法中的地位一直在变化。从结果上来看，虽然掺杂了种种因素，但是我国最终形成了在民商合一的立法体系之下公司法作为单行法进行立法的独特的立法模式，这一点一直到今天都还深刻地影响着我国的民商法立法。

〔68〕 参见前引〔4〕，苗延波书，第144页。

〔69〕 有学者指出，中华民国政府在1914年制定《公司条例》前后选择民商分立立法模式是基于一种路径依赖。参见前引〔48〕，聂卫锋文。

〔70〕 参见朱大明：《从公司法的历史沿革探索我国民商法立法模式的选择》，载《南京大学学报》（哲学社会科学版）2017年第3期。

五、中国公司法形成过程中受到的日本法影响

（一）公司法形成时中日法学界交流的大环境

如上所述，清政府为了修订大清商律专门聘请了日本专家志田钾太郎博士赴华负责起草大清商律修改草案。这一点可以说是中国公司法形成与发展初期中国公司法受日本法影响的最重要的一个因素。由此，自然就会有一个疑问，那就是我们为什么要聘请日本专家负责立法。关于这个问题，跳出公司法本身，而从当时的时代背景以及中日法学界之间交流情况的大环境出发来进行考察与思考或许更容易理解，也会更全面、更准确地了解我国公司法形成与发展初期与日本法之间的关系。

1. 法律修订馆中的日本专家

法律修订馆是清政府设立的专门从事法律修改的政府机构。在法律修订馆中，清政府决定聘请外国人来协助我国进行法律的编纂。这个方针最早是由时任两江总督的刘坤一和湖广总督张之洞提出的，^{〔71〕}后得到了时任刑部左侍郎的沈家本以及出使美国大臣伍廷芳等大臣的支持。^{〔72〕}

本来，当时的方针是在每个主要国家中聘请一名专家，为此，清政府总理衙门甚至向清朝各驻外使节发电文，要求访求各国著名律学专家，以聘请来华协助编纂法律。^{〔73〕}但是编纂法律的核心人物沈家本深信取法日本为我国的正确方案，因此，沈家本作为该方针最忠实的执行者，坚定地执行了方针，但是聘请的外国专家却全部为日本专家。^{〔74〕}

在沈家本的支持下，由清政府聘请来华协助编纂的日本专家包括时任日本东京帝国大学教授冈田朝太郎、^{〔75〕}东京控诉院部长松冈义正、^{〔76〕}商法学专家志田钾太郎、监狱法专家小河滋次郎^{〔77〕}共四人。其中冈田朝太郎负责起草刑法与法院编制法，松冈义正负责起草民法与诉讼法，志田钾太郎负责起草商法，小河滋次郎负责起草监狱法。由于当时京师法律学堂缺少教员，因此根据清政府的安排，四位日本专家除了负责协助编纂法典以外，同时还在京师法律学堂担任教习，向中国学生讲授法律，其中冈田朝太郎担任法律修订馆的总教习。^{〔78〕}

由于法律修订馆聘请的外国专家全部为日本专家，甚至有人嘲讽说法律修订馆编纂的法律草案是日本法律。^{〔79〕}

2. 京师法律学堂的日本教习与法律科目

京师法律学堂是1905年10月清政府为了实施新法而设立的专门培养法律专业人才的学校，

〔71〕 参见前引〔32〕，李贵连文。

〔72〕 参见前引〔32〕，李贵连文。

〔73〕 参见李贵连：《晚清立法中的外国人》，载《中外法学》1994年第4期。

〔74〕 参见前引〔73〕，李贵连文。

〔75〕 冈田朝太郎时任日本东京帝国大学教授，是日本著名的刑法学者。

〔76〕 松冈义正毕业于东京帝国大学法科大学，时任东京控诉院法官与部长（相当于今天的我国省高等法院庭长）。松冈义正曾担任日本民法典起草委员会辅助委员。松冈来华的原因与志田钾太郎有些类似，也是由于梅谦次郎的推荐。

〔77〕 小河滋次郎毕业于东京帝国大学法科大学，在东京帝国大学教授穗积陈重的指导下研究监狱法，1897年任日本警察厅监狱长，1906年被东京帝国大学授予法学博士学位。

〔78〕 参见前引〔32〕，李贵连文。

〔79〕 参见前引〔32〕，李贵连文。

也是我国第一所法律学校。京师法律学堂中的法律科目包括宪法、民法、商法、公司法、海商法、票据法、保险法。教习中除了中国人以外,还聘请了外国人。根据清政府的安排,来华协助编纂法律的冈田朝太郎、松冈义正、志田钾太郎、小河滋次郎在担任法律修订馆顾问的同时,还要在京师法律学堂担任教习。京师法律学堂的外国人教习中除了上述四位日本专家,还有岩井尊文、中村襄,共6人,全部为日本人。

京师法律学堂于1906年10月正式开学,学制三年,另设立了速成班,学制一年半,到1912与法政学堂、财政学堂合并为北京政法专门学校为止,京师法律学堂共有了近千位毕业生,为国家培养了大量的法律人才,^{〔80〕}同时,也在我国掀起了学习法律的热潮。

3. 日本法学著作的翻译

从鸦片战争结束后至戊戌变法之前,共计30多年的时间里我国出现了大约18部翻译的外国法律著作,其中没有一部是日本法学著作。但是,随着清政府取法日本的基本政策出台,翻译日本法学著作开始增多。仅1905年,由修订法律馆组织出版的翻译著作共计12部,涉及4个国家,其中日本的就有7部。^{〔81〕}当时的大环境对于日本法学的偏重可见一斑。

4. 对日本法学的认识与对法律移植的态度

清政府确立的基本立法指导思想是“参酌各国法律”,即学习各国的法律制度。^{〔82〕}但是,从现实情况来看,当时的中国并没有足够的既通晓西方语言又了解法律的人才,同时,西方法学理论丰富、著作的数量极多,不仅翻译本身难度很大,同时也很难迅速掌握其精髓。^{〔83〕}日本并非法学的发祥地,但是日本成功引入了西方国家法律制度,并且在短时间内成为了世界强国,这对于中国的震动是巨大的。如果我国学习日本法制,面临的问题可能都会迎刃而解。^{〔84〕}

日本过去长期受中国文化影响,遵从儒家思想,同时,由于我国与日本“同洲同文”,^{〔85〕}我们学习起来比较方便,而且日本法学专家都能读懂我国的文献,^{〔86〕}了解我国的风土人情。因此取法日本,更符合我国国情,更容易被接受,这也成为了当时清政府的一致意见。再加上当时我国财政紧张,又有迅速变法强国的急功近利的思想,学习日本法制度,恐怕是清政府编纂法律的唯一选项。^{〔87〕}

在上述背景之下,以沈家本为代表的清政府编纂法律的核心人物决定取法日本,学习日本的法律制度。事实上,对于引入法律制度带来的对国民的思想殖民,当时沈家本也有清晰的认识,但是面临国家贫弱的局面,沈家本认为与其闭门造车,不如两害相权取其轻。最终,清政府在制

〔80〕 参见前引〔32〕,李贵连文。

〔81〕 参见前引〔32〕,李贵连文。

〔82〕 参见前引〔32〕,李贵连文。

〔83〕 参见前引〔32〕,李贵连文。

〔84〕 参见前引〔32〕,李贵连文。

〔85〕 参见前引〔32〕,李贵连文。

〔86〕 例如,冈田朝太郎博士甚至用中文撰写了法学著作《汉文刑法总则讲义》(有斐阁1897年出版)。冈田朝太郎博士与沈家本私交甚好,两人经常共同研究刑法,甚至共同编写了《刑法理由书》等著作。参见前引〔32〕,李贵连文。志田钾太郎了解中国文化,了解并尊重儒家思想甚至非常熟悉《论语》等一些主要思想著作。志田钾太郎在担任修订法律馆顾问与京师法律学堂教习期间与中国人教职员相处融洽。参见前引〔33〕,志田俊郎书,第146页。

〔87〕 参见前引〔32〕,李贵连文。

定大清商律的时候，作为外部大环境，学习日本法可以说是当时清政府在编纂法律上的一个基本国策。^{〔88〕}

值得注意的是，事实上，主要学习日本法律制度的基本政策在我国持续的时间并不长，1912年中华民国政府建立以后，我国开始对日本以外的其他国家，特别是大陆法系国家关注明显增强，到制定1929年《公司法》的时候，我国的相关讨论中不仅包括日本法，也包括德国、法国等其他大陆法系国家的法律制度。

（二）制度设计上的影响

在1904年《钦定大清商律》、1914年《公司条例》以及1929年《公司法》中，有很多制度都可以看到外国法的影子，其中包括大量与日本商法典相似的规则。本文的重点并非在于对具体制度进行分析说明，因此，虽然从比较法的角度可以更全面地来找到更多的法律制度，但是笔者仅仅从今天的视角出发挑出了几个重要的制度作为具体的例子，来说明我国公司法受到的日本法影响。

1. 公司类型的确定

1904年《钦定大清商律》第一次用法律的方式在我国确立了公司制度。关于公司的类型，在大清商律第二编《公司律》中明确规定为四种，即合资公司、合资有限公司、股份公司、股份有限公司（《公司律》第1条）。这样的公司类型选择一般认为是参考了日本《新商法典》。

1914年《公司条例》中规定的公司类型也同样是四种，即无限公司、两合公司、股份有限公司、股份两合公司（《公司条例》第2条）。同时，对比1904年《钦定大清商律》，《公司条例》对于每种公司类型都规定了独立的章节，进行了比较详细的规定。1929年中华民国《公司法》在公司类型的设计上与《公司条例》一样，采用了无限公司、两合公司、股份有限公司、股份两合公司四种公司形式（1929年《公司法》第2条）。^{〔89〕}

关于公司类型，虽然有学者指出1904年《钦定大清商律》是参考了日本旧商法的规定，但是对比1890年日本《旧商法典》的规定，可以发现两者确实存在相同之处，但是也存在不同之处。抛开1904年《钦定大清商律》，从1914年《公司条例》到1929年《公司法》，对于公司类型的规定与日本《新商法典》的规定完全相同，因此，可以认定从1914年《公司条例》开始我国公司类型的选择受到了日本《新商法典》的影响。可以合理推测，这样的制度选择与志田钾太郎在中国主持大清商律修改以及在京师法律学堂教授公司法等商法科目之间是密不可分的。

2. 公司经营的监督机关

1904年《钦定大清商律》第79条明文规定，公司必须设立“查账人”。这就是今天监事的雏形。关于查账人的选聘由股东大会决定（1904年《钦定大清商律》第80条）。1914年《公司条例》第166条将“查账人”的概念调整为“监察人”，仍然由股东大会选举产生。1929年《公司

〔88〕 参见前引〔32〕，李贵连文。

〔89〕 该《公司法》的立法准则《公司法原则》采用五种公司形式，规定了保证有限公司这一公司形式。后来，中央政治会议第205次会议中通过决议，采取了“将保证有限公司在别法中进行规定”这一立法方针，因此最终《公司法》中删掉了“保证有限公司”的内容。

法》第152条沿用了“监察人”的概念及其选聘制度。

“查账人”“监察人”的理念与制度内容应该说与日本公司法是基本一致的,但是用语本身并不相同,日本采用的是“监查役”。关于法定监督主体的名称,在日本1899年《新商法典》制定的过程中,日本曾经讨论过“监事”的用语,主要原因是日本《民法典》中已经采用了“监事”的概念,^[90]但是,最终1899年《新商法典》中没有采用“监事”的术语,而采用了“监查役”的术语,并一直沿用至今。有趣的是,1993年我国再次制定《公司法》时放弃了“监察人”的用语,采用了“监事”的概念并使用至今。

从1904年《钦定大清商律》开始建立的查账人(1914年《公司条例》与1929年《公司法》中为监察人)的概念与制度虽然在今天用语发生了变化,但是其背后对应的含义并没有发生改变。监事制度的建立与形成对于中国公司法而言无疑是极为重要的。

3. 三角制公司结构的确立

公司结构模式是公司制度中的核心问题。今天来看,世界各国的立法中公司结构大致可以分为以美国与英国为代表的单层制、^[91]以德国为代表的双层制^[92]以及以日本为代表的三角制^[93]。在我国公司法的历史中,1904年《钦定大清商律》第78条、第113条就明确规定了公司采用三角结构。即在股东大会之下设立董事会与监事会。1914年《公司条例》中虽然将“查账人”的概念修改为“监察人”,但是由股东大会选举来产生董事会以及监事会(监察人)的规则本身并没有发生变化。在1929年《公司法》中,公司结构完全继承了1914年《公司条例》的规定,继续维持了三角制结构(1929年《公司法》第138条规定了选任董事,第152条规定了选任监察人)。

在三角制公司结构之下,公司的股东大会以及董事会与监事会的制度设计与功能发挥与英美法以及德国法之间都存在重大的差别,我国至今仍然采用三角制公司结构,因此1904年《钦定大清商律》开始确立的三角制公司结构对于我国公司法的发展具有极其深远的影响。

(三) 概念及理论上的影响

1904年《钦定大清商律》与1914年《公司条例》之间的差别是巨大的,1914年《公司条例》与1929年《公司法》使用的一些概念与日本商法的概念完全相同,规定的一些制度也几乎完全一致,例如,“法人”^[94]“公积金”^[95]“清算人”^[96],股份有限公司成立需要7个发起

[90] 日本在1890年日本民法典第59条中直接使用了“监事”的用语。

[91] 单层制公司结构是指由股东大会选聘董事会的公司结构。在这样的公司结构中由董事会在内部通过独立董事、董事之间互相监督等制度来实现对公司经营的监督。代表国家是美国与英国。

[92] 双层制公司结构是指由股东大会选举产生监事会,再由监事会选聘董事,由董事来组成董事会。在这样的公司结构中,监事享有对董事的选聘与解聘权是其中最核心的一个特征。双层制公司结构的代表国家是德国。

[93] 三角制公司结构是指由股东大会选举产生董事会以及监事会,董事会与监事会之间是平行的公司机关,互不隶属。这样的公司机构是日本最早发明并使用的,在公司法理论中一般被称为“三角制公司结构”。

[94] “法人”的概念规定在1914年《公司条例》第3条,在1929年《公司法》第3条中也有规定。

[95] “公积金”的概念与相关制度规定在1914年《公司条例》第183条等条文中,在1929年《公司法》第170条等条文中也有规定。

[96] “清算人”的概念与相关制度规定在1914年《公司条例》第218条等条文中,在1929年《公司法》第205条等条文中也有规定。

人、〔97〕股东大会决议诉讼制度、〔98〕三角制公司结构、〔99〕监事单独行使监察权〔100〕等。

而事实上，上述的概念与制度同时也与日本1899年《新商法典》中的相关规定完全一致或高度相似。这其中究竟有何种考量，又存在什么样的因素，是另一篇论文的任务，站在本文的视角来看，在公司法形成的过程中，特别是考虑到清末国家贫弱的情形，参考甚至直接移植外国法都是可以理解的，甚至也可以说是一个国家法制发展的必经之路。但是，从客观来看，在公司法形成的初期，公司法的概念与理论受到了较多的来自日本法的影响是一个客观的事实。也正是因为这个事实，所以我们需要尊重这个事实、利用好这个事实。

（四）小结

如上所述，我国公司法的形成与发展初期较多地受到了日本法的影响。但是，值得注意的是，这并不是一个孤立的偶然现象，而是在清政府采用“取法日本”的基本立法政策的大环境下的一个局部。同时，随着清政府的灭亡，我国的立法政策开始发生变化，我国的法律编纂与法律修改开始参考更多国家的法律制度。

从清末开始在公司法形成之初，特别是考虑到当时的国情，参考外国法制可以说是一个必然的且必要的过程。当然，在公司法形成与发展的初期，还可以看到很多法律以外的因素影响了公司法制的发展，甚至还存在偶然的因素也给公司法的形成与发展带来了影响。

在清末以及中华民国初期我国公司法形成与发展中，公司法在内容上主要受到了日本法，也包括德国法以及英国法等其他国家公司法的影响。但是也可以看到，1904年《钦定大清商律》作为我国的第一部公司法，其内容基本以移植为主，1914年《公司条例》从内容上来说已经开始揉入了大量的本土化色彩，1929年《公司法》可以说已经基本完成了从简单移植到结合我国商事习惯与国情进行重述的巨大转变。

然而，在公司法发展的初期，由于处于移植与模仿的阶段，立法也许更多关注的是如何结合我国的商事习惯来建立符合我国国情的公司法制度，尽快摆脱法律移植与模仿的局面。因此，在理论构建方面更多考虑的是本土化改造，并没有从国际化的角度来关注公司法的共通性设计。过于执拗于本土化的做法在外部立法政策不断发生变动的情势之下，最终使我国公司法没有完成公司法发展所必需的、完整而协调的公司法理论建设。而这个弊端事实上直至今天都还或多或少地影响着我国公司法的发展。

回顾历史的重要意义在于深刻了解自己，特别是存在的不足，在公司法形成与发展的初期，日本公司法对我国公司法产生了巨大的影响，可以说日本法在我国公司法形成发展过程中具有独特地位，甚至直到今天，日本公司法与我国公司法之间仍然在制度与结构的设计上存在共通性。这个客观事实也给我们提供了一个完善自身的思路，那就是挖掘、重视我国公司法根基下埋藏的众多问题，深入地研究日本法，将其作为一个参照或者说是一个思路，从而在学习与借鉴的基础

〔97〕“股份有限公司成立需要7个发起人”规定在1914年《公司条例》第97条，在1929年《公司法》第87条中也有规定。

〔98〕“股东大会决议诉讼制度”规定在1914年《公司条例》第150条，在1929年《公司法》第137条中也有规定。

〔99〕“三角制公司结构”规定在1914年《公司条例》第152、166条，在1929年《公司法》第138、152条中也有规定。

〔100〕“监事单独行使监察权”规定在1914年《公司条例》第173条，在1929年《公司法》第160条中也有规定。

上全面地构建完善的中国公司法理论。^{〔10〕}

六、结语——面对历史我们应该思考些什么

我国公司法的形成与发展经历了曲折的历程。回顾历史，有偶然也有无奈。百余年之前中国公司法形成之初所采用的制度设计，有些已经发生了改变，有些时至今天虽然仍然存续着，但内涵已大不相同。因此，从完善公司法的角度（不是从公司法制史研究的角度）出发，在公司法经历了百余年的历史沉淀之后，也许我们已经无法考究、也不愿去考究甚至也有人认为不必去考究哪些是由我们原生而来的、哪些是我们参考模仿而来，因为在今天来看这些都已经不再那么重要。但是，笔者仍然认为准确地把握中国公司法自身对于迎接中国公司法的明天具有不可或缺的重要意义，因为，中国公司法终究是这样产生、形成，并从历史中一步一步走来的。

Abstract: In the history of Chinese company law, there are three important Company Law: Qing Business Law in 1904, which is the first law regulating the company system completely; the Company Law in 1929, which is the first commercial separate regulation, and the Company Regulations in 1914. These three legal documents not only have differences in content, but also have many differences in legislative background and legislative environment that they are faced with. There is internal relationship among the three legal documents, and there is information which is still useful for the perfection of corporation law. It is of great significance not only to understand the company law itself, but also to the development of the company law in the future.

Key Words: Qing Business Law, commercial legislation, legal transplantation of law, the history of company law

（责任编辑：缪因知 赵建蕊）

〔10〕 有学者指出，公司法制度设计的国际标准并不存在，在公司法的立法中努力地对照外国法的路径背后隐藏着自我殖民的心态，而中国公司法也由此陷入反复模仿的过程。参见郭锐：《公司词义考——再思语言游戏、法律移植和政企关系》，载《财经法学》2020年第4期。笔者对此并不赞成。恰恰是由于我国公司法需要为国家经济发展提供支撑，同时还迫切地需要及时回应实践中出现的问题，才在制度设计的过程中大量参考了外国公司法制，这其中寻找解决问题工具的现实需要，也有全球化的浪潮下追求与外国，特别是美国等发达国家之间规则的一致性，从而希望减轻外国投资者对我国制度的陌生感，实现促进外国投资者来我国投资等超越公司法本身的政策因素。在今天的公司法制度设计中，已经较少有简单的制度模仿或是制度移植，很显然无论立法还是学术研究已经开始更加重视中国公司法制度之间的衔接以及构建完整的公司法理论，而在这个过程中，研究甚至借鉴外国法仍然是极为重要的，这并非自我殖民，而是为了立足我国国情、在博采众长的基础上建立更为科学、更为先进的公司法理论与制度。