

· 当代民商法学研究 ·

# 从公司法的历史沿革探索我国 民商法立法模式的选择

朱大明

(北京大学 国际法学院, 北京 100871)

摘要:在我国民法典编纂过程中,如何对商事问题进行立法,是当前广受关注的一个重要问题。以公司法的历史沿革作为主轴来观察我国历史上对于民商法立法模式的探索可以得知,充分尊重我国已经形成的民商法立法模式对于我国当前的立法模式选择而言具有可行性与现实意义。因为,事实上无论是采用民商合一还是民商分立的立法体例,就理论建构与法律适用而言,都无法动摇民法典是商事法律规则基础的民商法之间的基本关系。但是,在维持现行民商法的立法模式之下,商法仍然有必要制定商事通则来统合商法中的各个部门法,同时对民事法律关系中的主体、行为、客体等内容作出更为符合商法特征的规定,从而不仅可以极大地完善我国的商法体系,更可以使商法更有效地去应对不断发展的商事活动中所产生的问题。

关键词:民法典编纂;民商合一;商事立法;商事通则;公司法

## 一、问题的提出

2014年召开的党的十八届四中全会提出编纂中国民法典<sup>①</sup>,2017年3月15日第十二届全国人民代表大会第五次会议正式通过了《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)。《民法总则》的制定不仅对于我国民法典的编纂本身具有重大的意义,同时,对于未来民法典编纂后厘清民事法律关系也具有重要的意义,对此我国民商法学界已经进行了诸多有益探索。从整体上来看,不论是民法学者还是商法学者,基本都认为我国应当采用民商合一的立法模式,但是对于实现何种民商合一,民法典与商事法律之间的关系如何处理,仍然存在分歧。其主要观点可以分为两种:一种观点是将商法中具有共通性质的法律规范,纳入民法典各分编,包括总则编中<sup>②</sup>;第二种观点是将具有通则性质的商法规范整合为一部作为单行法的商事通则。<sup>③</sup>但是,由

① 党的十八届四中全会形成的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中,明确提出编纂民法典,此后,全国人大正式启动了编纂民法典的工作。

② 参见王利明《民商合一体例下我国民法典总则的制定》,《法商研究》2015年第4期;徐青青《我国当前民法典编纂的基本思路——专访北京航空航天大学法学院院长、博士生导师龙卫球》,《人民法治》2016年第3期。

③ 参见范健《商法的立法模式研究》,《商事法律报告》(第一卷)北京:中信出版社,2004年,第38页;李建伟《民法总则设置商法规范的限度及其理论解释》,《中国法学》2016年第4期;刘凯湘《剪不断,理还乱:民法典制定中民法与商法关系的再思考》,《环球法律评论》2016年第6期;蒋大兴《论民法典(民法总则)对商行为之调整——透视法观念、法技术与商行为之特殊性》,《比较法研究》2015年第4期;王保树《商事通则:超越民商合一与民商分立》,《法学研究》2003年第1期;赵旭东《〈商法通则〉立法的法理基础与现实根据》,《吉林大学社会科学学报》2008年第2期。

于民法与商法的地位不同、特点不同、使命不同,因此,民法典作为统辖全部私法的一般法,显然无法也不适合对商事法律关系的主体、行为、客体等详细地规定。

在民法典编纂过程中,包括在我国《民法总则》的制定过程中,对于如何更科学、合理地安排商事规范,协调民法与商法之间的关系已成为民法学界与商法学界共同关注并且需要明确回答的一个重要的理论问题。

关于民商法立法的方式,主要可以分为民商分立与民商合一两类立法模式。这两类立法模式又可进一步分为四种形式:第一,建立完全涵盖商法内容的民法典,实现完全的民商合一;第二,分别制定民法典与商法典,实现民法与商法的完全分立;第三,在民商合一立法体系之下,将无法容纳到民法典之中的商法内容作为部门法单独立法,构建不完全的民商合一立法体系;第四,在不完全的民商合一的立法体系中制定商事通则,从而统合民法典之外作为部门法的商法内容中的共通性内容。

中国民商法立法模式之选择并非今天民法典制定过程中才出现的新问题,早在1904年我国制定第一部商法典《钦定大清商律》(也是我国历史上唯一的商法典)<sup>①</sup>之时就已经有过激烈争论。民商法立法模式的抉择毫无疑问关系到民法与商法之间的关系、民法与商法之间的法律适用、商法独立领域的构建等诸多重要问题。重新回顾历史,今天进入我们视野的民商法立法模式抉择所面临的相关问题相比历史上的探讨内容是否发生了变化?在民商法立法模式的历史争论中,日本著名的商法学者志田钾太郎博士<sup>②</sup>和民法学者我妻荣教授等都亲身参与其中,当时日本的民商法立法模式也是我国主要参考对象之一。进入21世纪以来,日本对商法典进行了重大调整,将公司法、保险法以单行法的方式从商法典中独立出来,这一动向值得我国关注。以历史沿革为视角,考察日本商法典发生变化的背后原因,也许可以给我们今天探索民商法立法模式带来一些启示。本文以公司法与商法典变革的历史沿革为主线,通过梳理公司法的历史发展对民商法立法模式的影响及其理论争论,参照日本的经验,分析商法典在当代的变化及其原因,进而对我国民商法立法模式中所涉相关问题进行讨论。

## 二、公司法历史沿革中民商法立法模式的形成与争论

### (一) 1904年《钦定大清商律》与我国民商法立法模式的形成

1904年1月,清政府制定了中国历史上第一部,也是唯一的一部商法典,即《钦定大清商

① 严格来说,1904年制定的《钦定大清商律》由于仅包括两编,即《商人通例》与《公司律》,因此可以说仅仅是一部形式意义上的商法典。

② 志田钾太郎是日本明治时代的商法学者,东京大学法学博士,曾留学于德国与法国,曾历任一桥大学教授、东京大学教授、明治大学校长。主要研究领域为商法、公司法以及保险法。1890年日本第一部《商法典》(一般称之为旧商法)颁布之后,由于该《商法典》是由德国人罗斯勒(Karl Friedrich Hermann Roesler)起草,所以当时日本社会各界迫切希望日本人自己来制定一部商法典。因此,1890年的《商法典》颁布不久,日本就开始组织本国学者修改这部《商法典》。为了修改《商法典》,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。法典调查会中设置了商法修正案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。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其中公司法的部分。1899年日本正式颁布了修改后的《商法典》(一般称之为新商法),并沿用至今。正是由于志田钾太郎全面参与了日本新的《商法典》的制定,因此经日本著名学者梅谦次郎的推荐,清政府于1906年聘请志田钾太郎为修订法律馆的顾问,全面负责《钦定大清商律》的修改工作。志田钾太郎负责起草的《大清商律改正草案》被称之为“志田案”,全文共五编1008条,由于清政府的灭亡,“志田案”最终没有成为我国正式的法律,但是“志田案”确实始于我国民国初期开始的商事立法发挥了重要的作用。

律》。《钦定大清商律》包括两编,即第一编《商人通例》与第二编《公司律》。<sup>①</sup>

清末中国制定《钦定大清商律》之初,围绕着民商法立法模式也存在争议。事实上,中国商法典的制定早于民法典。在制定商法典时,当时中国的学术界已经较为普遍地接受了商法是民法的特别法这一理念。因此,在没有一般法的情形下先制定特别法,对此,有人批判说,“中国未有民法,先有商法,不免有倒置之诮矣”。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。<sup>②</sup>那么,清政府为什么在没有作为私法领域一般法的民法典的前提之下,要先行制定作为私法领域特别法的商法典?其最重要的理由并非是由于对立法模式的审慎考量,而是由于当时的清政府急切地希望通过颁布商法典,彰显商事立法的完善,以堵住外国列强的口舌,收回损害国家主权的领事裁判权。<sup>③</sup>因此,清政府在没有制定民法典的情况下,匆忙地于1904年1月率先制定并颁布了《钦定大清商律》。<sup>④</sup>

在立法模式上,由于在大清商律之外还要制定大清民律,由此,可以推测清政府选择了民商分立的立法模式。但是,值得注意的是,选择民商分立立法模式的主要理由并非基于理性判断。也正因此,在随后展开的修订《钦定大清商律》的过程中,围绕着民商立法模式的问题爆发了激烈的争论,争论最核心的问题依然是我国究竟应该采用民商合一还是民商分立的立法模式。清朝翰林院侍讲朱福诜主张采用民商合一立法模式<sup>⑤</sup>,而受聘于清政府、担任修订法律馆的外国顾问日本人志田钾太郎博士也曾明确反对民商分立立法模式。但是,志田钾太郎也指出,当时中国基于收回领事裁判权之需先制定商法典,以表明商事法律体系的完善,也是一种权宜之计。<sup>⑥</sup>由于当时清政府立法官员中负责修订法律的大臣沈家本、俞廉三等对民商合一立法模式持反对意见等原因<sup>⑦</sup>,最终清政府在修订《钦定大清商律》时依然维持了民商分立的立法模式。<sup>⑧</sup>

由于《公司律》是《钦定大清商律》的一部分,而不是一部独立的法典,因此当时中国确立的民商分立立法模式实质上是分别制定商法典与民法典,是一种从形式到实质完全分立的民商分立立法模式。

## (二) 1914年《公司条例》的出台与定位

虽然说1904年的《钦定大清商律》中第二编为《公司律》,但是《公司律》毕竟不是一部独立的法律。因此,1914年中华民国北京政府颁布的《公司条例》可以说是我国公司法历史上的第一部单行法。

1912年中华民国建立后,学界对于民商法立法模式的探索逐渐开始转向民商合一立法模式的选择。<sup>⑨</sup>但是,1914年北京政府却并没有采用民商合一的立法模式,而是继续秉承民商分立的理念在对清末的《改正大清商律草案》进行了简单地修改之后,迅速地颁布了《公司条例》。

① 其中,作为《钦定大清商律》第一编的《商人通例》仅有9条,第二编《公司律》共计131条。

② 参见苗延波《中国商法体系研究》,北京:法律出版社,2007年,第143页。

③ 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》,北京:中国政法大学出版社,2003年,第241页。

④ 参见苗延波《中国商法体系研究》,第143页。

⑤ 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,梅谦次郎是日本明治时代日本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》,《政法论坛》2014年第1期)。

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》,第241页。

⑦ 沈家本提出了著名的“法律继受论”,主张由于我国法律所继受的大陆法系国家大多已经采取了民商分立的立法模式,因此,我国也应该采用同样的民商分立的立法模式(参见张生《中国近代民法法典化研究(一九〇一至一九四九)》,北京:中国政法大学出版社,2004年,第62页)。

⑧ 参见苗延波《中国商法体系研究》,第144页。

⑨ 参见苗延波《中国商法体系研究》,第144页。

从名称上也可以看出,《公司条例》未经严格的立法程序,是以大总统令的方式颁布的。从程序上看,显然大总统令对于制定法案更加便捷迅速。但是反思之,为什么要简单地修改《改正大清商律草案》,匆忙推出《公司条例》?其原因可能有两个方面:一方面是为了解决社会经济发展中要求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,《公司条例》在未来商法典制定时还要被吸收到商法典中。因此,《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。

可见,当时作为单行法出现的《公司条例》并非是深思熟虑之后的抉择,而更多的是充满了现实考虑、匆忙而为的应急举措。然而,流逝于历史之间的这个偶然事件却开启了中国公司法单独立法的先河,并对此后的中国民商法立法模式的形成产生了深刻影响。

### (三) 1929年中华民国《公司法》的制定与民商合一立法模式的确立

1929年制定的中华民国《公司法》是中国历史上第一部公司法。当时的南京政府调整了关于民商立法的基本理念,改变了1904年《钦定大清商律》以及1914年《公司条例》制定过程中一直坚持的民商分立的立法模式,转而第一次采用了民商合一的立法模式。这个转变给此后我国的民商法立法带来了深远的影响。

从表面上看,1929年《公司法》与1904年《钦定大清商律》以及1914年《公司条例》一样,都是一部单行法。但是,1929年《公司法》在法律体系的定位上与1904年《钦定大清商律》、1914年《公司条例》之间存在着根本不同。1904年《钦定大清商律》的背后是要建立商法典与民法典并存的民商分立立法模式,而1914年《公司条例》虽然是一部单行法规,但是其定位是在民商分立的立法模式下作为商法典中的一部分而被制定的。而1929年的《公司法》从形式上来看,虽然也是一部单行法,但其定位已发生重大转变。它是秉承民商合一的立法理念而制定的单行法,但又第一次将其地位定位于民法的特别法。这种立法模式区别于典型的民商合一的立法模式,并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到民法典之中的商法内容进行了单独立法。这种立法模式事实上是一种非常独特的,甚至可以说是中国独创的一种立法模式。

在1929年中华民国《公司法》制定过程中,围绕民商立法模式选择再次爆发了激烈的争论。<sup>①</sup>虽然最终采用了民商合一的模式,但是在立法的过程中事实上反对采用民商合一立法模式的声音极为强大。<sup>②</sup>当时,日本著名民法学者我妻荣教授对中国民商合一的立法模式提出了明确的反对意见,我妻荣教授认为民商合一的立法模式有三个方面的问题:第一,商法的性质不同于民法,商法具有不同于民法的独立领域。第二,由于商法具有区别于民法的独立领域,在立法技术上民法很难涵盖商法。第三,商法不同于民法,商法具有显著的国际性,因此,必须要考虑商法应及时对应商业社会需求的特点。<sup>③</sup>我妻荣教授的主张在中国产生了巨大的影响力。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。<sup>④</sup>最终,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“制定统一的民商法典”这一决议。由此,也改变了自清末《钦定

<sup>①</sup> 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》一文(参见苗延波《中国商法体系研究》,第148页)。

<sup>②</sup> 参见苗延波《中国商法体系研究》,第147页。

<sup>③</sup> 参见我妻荣《中华民国民法债编总则》,东京:中央大学出版社,1933年,第3页。

<sup>④</sup> 参见苗延波《中国商法体系研究》,第147页、148页。

大清商律》以来中国一直坚持的民商分立的立法理念,转而开始采用民商合一的立法模式。<sup>①</sup>

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。<sup>②</sup>事实上,在具体的立法设计上还是有别于瑞士民法典的立法模式。具体来说,中华民国政府虽然在理念上希望制定一个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到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。<sup>③</sup>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到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法与日本法,可以说是独创的立法模式。<sup>④</sup>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。<sup>⑤</sup>

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。时至今日,距离1929年已经过去了近90年,如后面所述,虽然我国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。<sup>⑥</sup>

#### (四) 1946年《公司法》与民商合一立法模式的延续

随着1945年抗战胜利,中华民国南京政府开始着力于全面恢复经济。在抗战胜利前夕,1944年11月6日,国防委员会在第148次会议上通过了战后的《第一期经济建设原则》。<sup>⑦</sup>在该《原则》中,对战后公司法的修订提出了明确意见,这些意见直接影响了公司法的修订。随后,国防委员会于1945年3月通过了《修改公司法原则》,并根据该《原则》,于1946年4月12日完成了对《公司法》的修订,并于同日开始正式实施(以下简称为1946年《新公司法》)。

虽然1946年《新公司法》在内容上受到了美国法的强烈影响,但是从公司法本身的立法定位来看,1946年《新公司法》在坚持民商合一的立法模式的问题上并没有发生任何动摇。

#### (五) 1993年《公司法》与民商法立法模式的重构

1949年新中国成立后,我国的立法主要参考了当时的苏联模式,将民法作为公法。<sup>⑧</sup>在此背景下,商法难有存在空间,更无从谈起商法的独立。这种情形改革开放后开始发生变化,1979年我国颁布了《中外合资经营企业法》,率先在外商投资领域恢复了公司制度,并随后陆续颁布了《外资企业法》《中外合作企业法》等相关的法律。

1993年我国颁布了作为经济市场一般法的《公司法》,标志着我国全面恢复了公司制度。1993年的《公司法》是一部单行法,从立法理念上看,我国仍然延续了民国时代的民商合一的

① 参见苗延波《中国商法体系研究》,第147页。

② 参见谢怀栻《外国商法精要》,北京:法律出版社,2002年,第108页。

③ 参见魏淑君《近代中国公司法史论》,上海:上海社会科学院出版社,2009年,第157页。

④ 参见苗延波《中国商法体系研究》,第149页。

⑤ 参见王效文《中国公司法论》(复刻版),北京:中国方正出版社,2004年,第12页。

⑥ 参见苗延波《中国商法体系研究》,第149页。

⑦ 《第一期经济建设原则》是于1944年11月6日在国防委员会第148次会议上通过,由南京政府于同年12月29日正式颁布。

⑧ 参见陈岳琴《论商法的公法化》,北京:中国人民大学出版社,2015年,第98页。

立法模式。虽然此民商合一的立法模式与1929年《公司法》颁布时所采用的民商合一的立法模式在外观上具有显著的相似性,但值得注意的是,1993年我国选择民商合一的立法模式更多的是受前苏联立法模式的影响,而并非是对民国时代民商法立法体系的继受。

### 三、对我国民商法立法模式的思考

#### (一) 商法是否具有区别于民法的独立领域

今天探讨民商法立法模式时,一个非常值得考虑的问题是:商法是否真正存在区别于民法的独立领域?

关于商法是否具有区别于民法的独立领域的问题,早在1929年制定公司法期间就民商立法模式选择时曾有过深入的讨论,今天重新回顾这些探讨,虽然有些地方会不合时宜,但也有许多论述至今仍有深远意义。

1929年日本著名民法学者我妻荣教授针对中国民商事立法的问题明确指出,商法的本质区别于民法,商法具有独立的地位与独立的领域。在现代公司法的理论中,一般认为民法是私法领域的一般法,而商法则是在私法领域中以企业为对象、围绕着企业关系的法律规范。<sup>①</sup>因此,在理论上,无论是民商合一还是民商分立的立法模式,都只是一种外在的形式。因为,即使没有商法典,也仍然存在实质的商法,并已经形成独立的商法领域。

#### (二) 实现完全民商合一立法模式的不可行性

如上所述,我国既成的法律体系是一种不完全的民商合一立法模式。这种立法模式的形成有着偶然以及法律以外的诸多复杂因素。若要将不完全的民商合一立法模式调整为完全的民商合一立法模式,需要得到两个方面的支持:第一,立法技术的支持;第二,民法内容涵盖全部商法内容的理论支持。公司法作为一个单行法的立法模式在我国已经有百年历史,如果要改变这个事实,不仅需要解决法理问题,还要考虑立法技术问题,更要有重新调整的理由支撑。至今立法界及学界都没有找到一个有说服力的调整理由,因此至今还没有民法学者明确主张建立完全的民商合一立法模式。

从商法特征上看,早在1904年《钦定大清商律》颁布及1929年《公司法》制定时就有学者指出,商法不同于民法,商法存在及时应对经济社会的需要,因此仅从这一点上而言,民商法的立法模式也不适宜采用完全的民商合一立法模式。<sup>②</sup>今天我们来回顾历史上的讨论,同时思考今天我们面临的问题,我们会发现,商法国际性的特点并没有消失,相反越来越明显。比如说今天在全球化背景下,为了促进外资进入、提高企业的竞争力,公司法更需要强调国际化,更需要灵活的修订机制;在科技发展进步的同时,商法在企业并购、金融立法、互联网交易等领域得到了延伸与扩容,对于这些新兴领域不仅要求既有的商事部门法通过立法的修订及时应对,同时还需要对于已经成熟的领域灵活地通过立法迅速地进行规范。

#### (三) 制定商事通则的必要性

在维持既有的民商法立法体系的前提之下,是否有必要制定一部作为单行法的商事通则,是当前我国讨论民商法立法模式的一个核心问题。

<sup>①</sup> 参见石井照久《商法总则(商法1)》,东京:劲草书房,1973年,第8页。

<sup>②</sup> 参见苗延波《中国商法体系研究》,第143-147页。

如上所述,商法学界多数学者提出我国应当制定一部作为单行法的商事通则<sup>①</sup>,对此民法学界有不少反对意见,不赞成在民法典之外制定一部作为单行法的商事通则<sup>②</sup>,主张制定一部统辖所有民商事关系的民法典总则<sup>③</sup>。事实上,即使民法学者也多认为商法具有独立的领域<sup>④</sup>。在此前提之下,建立一部统辖所有民商事关系的民法典来对全部的民商事关系进行有效的调整,这一构想固然完美,我们暂且不论立法技术上是否可以有效地支撑目标的实现,但承担太多使命的民法典似乎不可避免地会陷入商法化<sup>⑤</sup>的境地,这显然不利于民法自身应有功能的实现。

如本文中提及,1929年《公司法》制定时,日本民法学者我妻荣教授提出了中国民商法的立法模式不宜采用民商合一的观点,其主要理由之一就是商法的性质不同于民法,商法具有不同于民法的独立领域。沿着我妻荣教授的观点进一步思考,显然我妻荣教授是赞成当时日本所采用的民商分立的立法模式。在我妻荣教授的时代,日本制定了民法典与商法典,采用了完全的民商分立模式,日本商法典一直以来也是大陆法系最具有代表意义的商法典之一。但是,今天再来观察日本的民商法立法体系,我们会发现进入21世纪以后,日本对成立于1899年的《商法典》进行了重大的调整。具体而言,日本在2005年将《公司法》从《商法典》中独立出来,单独制定了作为单行法的《公司法》。同时,在2008年又将《保险法》从《商法典》中独立出来,制定了作为单行法的《保险法》。调整后的《商法典》摒弃了具有百年历史的传统五编结构,改由三编构成,其中第一编为总则<sup>⑥</sup>、第二编为商行为<sup>⑦</sup>、第三编为海商<sup>⑧</sup>。在日本《商法典》调整的过程中,我们可以清晰地发现两个重要的变化,第一个变化是日本的《商法典》由于《公司法》与《保险法》独立成单行法之后,日本的民商法立法模式虽然在外观上仍然维持着民商分立的立法模式,但是其实质已经发生了重大变化。随着《公司法》《保险法》从《商法典》中独立,日本似乎更多地开始采用实质商法的概念,对商法领域的内容进行单独立法,从而在民商法立法结构上已经不再是一个典型的、完全的民商分立立法模式。第二个变化是日本的《商法典》在调整之后,从内容上来看似乎更像是一部商法总则。但是,由于独立后的《公司法》中也规定了总则部分,因此《公司法》中已经规定的内容显然不再适用商法。从这个意义上而言,《公司法》处于一个相对独立的位置,《公司法》与《商法》之间也并非是一个必然适用的法律关系,<sup>⑨</sup>因此调整后的日本《商法典》的商法总则功能被明显地弱化了。作为民商分立立法模式的代表国家之一,日本近年来对《商法典》进行的

① 参见范健《商法的立法模式研究》,《商事法律报告》(第一卷)第38页;李建伟《民法总则设置商法规范的限度及其理论解释》;刘凯湘《剪不断理还乱:民法典制定中民法与商法关系的再思考》;蒋大兴《论民法典(民法总则)对商行为之调整——透视法观念、法技术与商行为之特殊性》;王保树《商事通则:超越民商合一与民商分立》;赵旭东《〈商法通则〉立法的法理基础与现实根据》。

② 参见王利明《民商合一体例下我国民法典总则的制定》。

③ 参见王利明《民商合一体例下我国民法典总则的制定》;徐青青《我国当前民法典编纂的基本思路——专访北京航空航天大学法学院院长、博士生导师龙卫球》。

④ 参见王轶《民法典的规范类型及其配置关系》,《清华法学》2014年第6期;王利明《民商合一体例下我国民法典总则的制定》。

⑤ 关于民法商法化的制度性缺陷,请参考范健《中国需要一部什么样的民法典》,《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学)2016年第1期。

⑥ 新的日本《商法典》中,第一编总则的具体内容包括企业以及有关企业的各种制度,例如商业登记、商号、商业账簿、商业使用人、代理商等。

⑦ 新的日本《商法典》中,第二编商行为的具体内容包括与企业交易相关的各种行为,例如商事买卖、匿名合伙、居间事业、房屋租赁、运送事业等。

⑧ 新的日本《商法典》中,第三编海商的具体内容包括与船舶以及与船舶相关企业交易规则。

⑨ 日本《公司法》中,在第6条至第24条中规定了相当于传统的商法总则中应当规定的一些内容。也正是由于《公司法》中已经进行了规定,所以《商法典》中的商号、商业账簿、商业使用人、代理人等相关的规定不再适用于公司。

调整恰恰可以说体现了对于我妻荣教授所提出的商法特点的尊重。从结果上来看,调整后的日本《商法典》似乎完全可以为我国制定商事通则提供一个参考蓝本。调整《商法典》之后的日本民商法立法模式也与我国现行的民商法立法模式之间有较大内在的相似之处,值得我国借鉴参考。

#### (四) 民法与商法的法律适用逻辑

无论采用何种民商法的立法模式,作为原则,“民法为私法领域的一般法,商法为私法领域的特别法”都不会发生变化。具体而言,无论是否存在形式意义上的商法典,商法中(包括商法典以及作为单行法立法的部门法)有规定的都应当优先适用商法中的规定,商法中没有规定的事项,适用作为私法一般法的民法中的规定。

因此,根据上述原则,如果不制定作为单行法的商事通则,而将商事通则的内容纳入到民法典总则的内容中,那么,纳入到民法典总则的商法通则的内容将成为私法领域的一般法。如果在民法典之外制定一部作为单行法的商事通则,在理论上,该商事通则的定位可以有两种不同的制度设计:第一种设计将商事通则置于所有的商法部门法之上,商事通则的规定适用于所有的商事部门法;第二种设计将商事通则定位于和其他商事部门法并行的位置,从而使商事通则的规定可以适用于其他各商法部门法,反之,根据具体内容也可以不适用于其他各部门法。由于第一种设计将会导致商法领域的立法之间不可避免出现一体化的倾向,从而可能会导致商事制度设计的重复化以及各部门法之间内容适用上的复杂化;而第二种制度设计可以使商法领域的立法之间更协调,同时由于维持了现行各部门法之间法律适用关系的现状,而更具有便利性和可操作性。笔者赞成选择第二种制度设计。

## 四、结论——民商法立法模式的选择

如上所述,从公司法的立法沿革来看,我国已经形成了在民法典之外制定商事单行法的传统,同时,1929年《公司法》立法时奠定的不完全的民商合一立法模式也已经长久地在立法界乃至法学理论以及法律实务中发挥着重大的影响力。今天制定中国民法典之际,并不存在改变这个客观事实的动机与理由。

从现行民商法立法的效果上思考,无论采用何种立法模式,都不会影响商法作为一个独立领域的评价,民商法的法律适用关系事实上也不会发生变化。《民法总则》的制定,意味着我国民法典编纂走出了实质性的重要一步。在未来几年中,我国将分步制定民法典物权编、合同编、婚姻家庭编、继承编、侵权责任编等,形成完整的、体系性的民法典。考虑到我国当前民法典编纂的思路和方法,于民法典成型之后,在民商事法律关系的主体、行为、客体等方面,商法仍应当、也必然需要作出进一步的发展,并呈现其鲜明的特点。只有这样,商法作为私法中更加活跃、更具实用精神的部分,才会保持其自身的特点与活力。对于民商法立法模式争论的实质,事实上在于是否有必要在民法典之外建立一部作为单行法的商事通则。对于该问题,笔者认为可以参考与借鉴日本商法典在进入21世纪之后进行重大调整的理念,制定一部作为单行法、与其他商法部门法并行的商事通则,这不仅有利于我国商法各部门法之间的协调,使我国商法可以更加有效地去应对不断变化、发展的商事活动,同时也更有利于我国民商法立法的完整与功能发挥。

(责任编辑 周亦杨)

· 跨文化研究 ·

## 中国诠释学与文本阐释理论

——跨文化视野下的现代构建

顾明栋

(扬州大学 外国语学院, 江苏扬州 225009)

**摘要:**在当代人文社科领域,诠释学早已成为一个国际化的研究课题。这一现象对中国学界来说自然会引出一个问题:中国传统有没有诠释学?一方面可以说,中国传统没有当代西方那种体系完备、概念清晰、研究精深的诠释学。但另一方面又可以说中国传统有诠释学,因为现代诠释学所探讨的内容几乎都可在中国传统中找到,甚至还有隐性的体系和模式。先秦时期孔孟、老庄和其他思想家的阐释理论奠定了中国传统诠释学的基础。到魏晋南北朝,中国诠释学理论便完成了其体系的建立。通过将中国古代有关阐释的思想与西方现代诠释理论进行对话,可以将散落在不同之处的概念性观点整合成中国的文本诠释学,并构建一种具有现代意义的阐释理论模式,找出中国传统诠释学与西方诠释学的不同以及对普通诠释学的贡献。由于中国传统关注文本阅读,中国诠释学优先关注文本诠释。

**关键词:**诠释学; 文本诠释; 中国思想; 阅读理论; 阐释理论

在当代人文社科领域,诠释学早已成为一个国际化的研究课题,该课题在20世纪下半叶达到了鼎盛时期。世界上很多理论家在文学、史学、哲学、法学和传播学等领域都或早或晚、或多或少地参与其中。该课题如此引人注目的一个直接原因就是文本研究的所谓“理论转向”,该转向受到多门学科发展的驱动,如哲学、精神分析学、语言学、符号学、表征学(representation)、传播学,等等。诠释学的国际化背景对中国学界来说自然会引出一个问题:中国传统有没有诠释学?肯定和否定的回答似乎都能成立。我们说中国传统没有诠释学是指中国的确没有当代西方那种体系完备、概念清晰、研究精深的诠释学理论。但我们又可以说中国传统有诠释学,因为现代诠释理论所探讨的对象、概念、原理、方法几乎都可在中国传统中找到,甚至还可以说有不言而喻的隐性体系。

在时间上,中国传统对诠释理论的探究并不比西方晚。无论在东方还是西方,对诠释学的探究都可溯源于阐释经典文本的实际需求。在西方,诠释理论作为一个研究范畴,最早可追溯至4世纪的奥古斯丁(Augustine of Hippo, 354-430)对基督教经典的阐述而形成的理论,但现代意义的阐释学可说是兴起于18世纪,施莱尔马赫(Friederich Schleiermacher, 1768-1834)奠定了西方现代诠释学的基础。在中国,对阐释学理论的探究可追溯到公元前5世纪。在中华文化形成的早期,阐释已成为文化生活的一个有机组成部分和研究学问不可或缺的步骤。阐释的概念在上古时期即开始出现,当时中国思想家们从事于解释经典著作(包括历史、诗歌、艺术和哲学。他们意识到语言和思想之间的隔阂,“言”和“意”的关系、“志”和“意”的区别、“名”与“实”的纠结等),开始考虑如何才能充分地阐释世界、人生和书写。从那时起,阐释理论已经成为传统中国阐