

商法部门论

高在敏 著



Basic Theory of
Commercial Law

西北政法大學學術文庫

民商法系列

法律出版社

商法部门论

高在敏 著



Basic Theory of
Commercial Law

西北政法大學學術文庫

民商法系列

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

商法部门论 / 高在敏著. —北京:法律出版社,2008.12
(西北政法大學学术文库)
ISBN 978-7-5036-8949-9

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 166663 号

© 法律出版社·中国

**西北政法大学
学术文库**

商法部门论

高在敏 著

责任编辑 田会文

装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2008 年 12 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 8.25 字数 300 千

印次 2008 年 12 月第 1 次印刷

编辑 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8949-9

定价:20.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总序：真研究实在的问题

《西北政法大学学术文库》是西北政法大学在本校教师的研究成果中遴选出版的一套学术丛书，希望它能代表西北政法大学的学术导向、学术风格和学术水平。

西北政法大学来源于中共中央 1937 年在延安创办的第一所干部学校——陕北公学。陕北公学生于战火，旨在救亡。毛泽东就在亲自讲学时鼓励学生：因为有陕公，中国不会亡。1949 年，由陕北公学等学校合并而成的延安大学奉命南迁西安，成立西北人民革命大学，是为了给西北地区新成立的各级人民政权培养干部，它的办学风格自然与本来意义上的大学大异其趣。再后来院校合并，西北大学法律系并入，形成法学教育的“四院四系”或“五院四系”，“文革”中停办。“文革”后恢复，主管由最高人民法院而变为司法部，后变为陕西省；校名由西安政法干校、中央政法干校西北分校、西安政法学院、西北政法学院，最后更名为西北政法大学。学校坎坷磨难，师生筚路蓝缕，总算成就了一个全国法学人才

重要培养基地和法学重镇的地位,同时形成了法学特色鲜明,哲学、经济学、管理、新闻、公安、外语等多学科协调发展的格局。

大学的根本宗旨是培养高水平人才;围绕这一根本宗旨,教学和科研是学校的两项中心任务。由于十万校友在全国各行各业,特别是法律行业的杰出表现,西北政法大学对自己的教学水平从来都相当自信。近年来,学校更是旗帜鲜明地反对教育行政化,提倡回归大学本位,坚持加强实践教学、服务社会、开放办学的方针,教育教学质量得到了进一步提高。全国各大法学院都有个别教师挂职司法部门实践的经验,但我们已将法科教授的挂职作了分批次、普遍化的安排;我们在全中国首创了所有法科青年教师担任法官助理一年、法科研究生担任见习法官、检察官助理半年的实践教学模式;多年来,我们都把法庭辩论、模拟法庭教学正式纳入课程体系,等等。一系列的教学改革,使教师的教学能力、学生的实践能力都得到了明显提升。

科学研究也是大学的重要职责之一。经过几代西北政法大学的学人的努力,现已形成了在价值哲学、陕甘宁边区法制史、死刑问题、法学教育研究等领域的一批特色研究成果。但毋庸讳言,在科研方面,由于历史的原因,人文类学科比之理工类学科,单科大学比之综合性大学,还是有一定距离的。近年来,西北政法大学采取一系列改革措施,大力引进高水平人才,激励教师申报承担各级研究课题,取得了阶段性的成果。全校已经获得博士学位和正在攻读博士学位的教师已达到 170 多人,而且分别来自英、法、德、美、日、韩等国外著名大学和国内名校,学渊结构显著改善。近五年承担国家社科基金项目 42 项,名列陕西高校前茅。为了使教师已取得的高水平研究成果更好地服务社会并鼓励教师取得更多更好的研究成果,西北政法大学决定出版这套学术丛书。

最近有外国学者发表言论,说中国的学者出书是最大规模的废纸制造业。言者无罪,闻者足戒,我们应当提高警惕。出书者成为废纸制造者,不外乎两个原因:一是研究了伪问题,而不是实在的问题。娱乐记者

可以连篇累牍地讨论名角情变、名媛怀孕,但自称并被称为“学者”的人不能研究这样的伪问题。二是写了实在的问题,但没有真研究。真正的研究要大量搜集资料、广泛调查事实、深入思考道理,而不能东拼西凑、东拉西扯,让读者不知所云。如前所述,西北政法大学的师生一直很实在,出书不太多,其中制造废纸的数量可能也有限。但现在看来,能写书的学者多了,学校又狠抓科研工作,质量问题自然要引起关注。

所以,本丛书的编辑者希望、也会督促丛书的作者们:真研究实在的问题。

贾 宇

于古都长安

二〇〇九年二月八日

再版赘言

该一小册子的出版面世,至今已历八个年头,然令作者不能不深感惭愧的,正是与之配套的“关系”、“主体”、“客体”三论还未完成。而于此期间,仅曾主持编著过一本商法学教材和发表过专业论文若干篇。言及于此,既是为了自警与自责,更是为了自策和自励。基于与法学的交往,作者深感在“世道与人心之辩”之间,“世道”的作用似乎更富有根本意义。缘于此故并借助此次再版之机,遂将自己对商事法律关系问题的习研成果之一——拙文《法的确信与理论偏好》附入,并望学界同仁多施教益。

作者

2008年仲夏于古城长安

序

阐商法之精神 倡文化之启蒙

刘进田

高君在敏无论在学术造境还是在年岁上都于我为长,照说我是没资格为其大著作序的。我虽再三婉辞而终又应承为序,实源于心灵的一种触动,这即是由在敏君心中汹涌而出的深邃理趣,他真挚的社会文化关切和现代化诉求,特别是他那种时下鲜见的做学问的态度和精神打动了我。在敏君做学问的态度可用林毓生先生提倡的“比慢精神”相喻。“比慢精神”是排除各种外界干扰与功利考量,抱着对学问的深思与笃实的态度,不求速度,慢慢地逐个攻取学术难题的精神。在这本书的撰述过程中,在敏君全副身心沉潜于所论究的问题之中,字斟句酌,反复自诘,殚精竭虑,一字一句之着笔都显得十分敬谨与艰难。这种近乎出家求法的执著精神在喧嚣若此的世界中确乎令人感动。这本书中所讨论的问题涉及的乃是“人类社会最基本问题”。经济学家汪丁丁曾会心地说:“那些‘独上高

楼’，思考着基本问题的人，他们是相通的。”^{〔1〕}在敏君的商法思考及其所涉及的“人类社会最基本问题”与我的哲学形而上学之心着实是相通的。我拜读此书后感到这其实是一本成色上乘的法哲学学术著作。此种学术理趣与境界的相通使我有话想说。

中国学人百年来的心灵焦虑与关切实为中华民族的现代化诉求，而我国的现代化步履同起点基本相同的东亚诸国相较的确过于曲折蹒跚。其中原委多多，但从文化价值观着思，乃是由于作为现代化核心价值的人权、权利观念一直未曾成为我国近世文化价值结构之辐轴性观念，更未能将其完整地制度化、程序化、技术化。“五四”主流知识分子怀着“重估价值”与“再造文明”的青春朝气，在中国文化史上首次将个性解放、个人自由、人权、权利观念推向思想文化的中心与巅峰，但遗憾的是，“五四”主流知识分子大都对人权的制度化安排和程序化设计这一要害问题保持了出奇的缄默。这一“五四”人的严重局限大体是由于不自觉地承袭了中国古代社会思想家的某些致命缺陷。中国古代文化及其知识分子向来十分关注价值问题，此种价值倚重态度本为不误，但问题在于：一是殷海光先生所说的“价值之幕”（value curtain）对事实判断的扑杀；^{〔2〕}二是价值关切仅仅滞留于一般的抽象的观念层面，而制度的技术的层面则是传统儒士的一片盲区。即或是明末清初具有些许启蒙意识的顾炎武、王船山、黄宗羲三大儒亦未突破这一巨大局限，以致牟宗三先生为之扼腕长叹。叹其“理性之功能运用”步步演进，以至于逼近同时代西方人之先进观念，却因“不知其如何实现之”，一步之隔，未能转出“理性之架构运用”。他痛切地说：“然在前儒者，只知向往‘天下之权，寄之天下之人’之为公，而不知其如何实现之。此如何实现之，是一政治意识。不落于就如何实现之而措思，只说先王之德，或理当如此，则政治意

〔1〕 汪丁丁：《在经济学与哲学之间》，中国社会科学出版社1997年版，第175页。

〔2〕 殷海光：《中国文化的展望》，中国和平出版社1988年版，第476页。

识与制度意识即转为道德意识或教训意识。此即儒者之‘理性之内容的表现’，而见其为不足者。”〔1〕

“天下之权，寄之天下之人”属价值理性；“如何实现之”则涉及工具理性。中国传统中的道德价值理性的一元化、寡头化致使工具理性以及与工具理性内在相关的现代经济、现代政治、现代法律无从独立化、自主化，导致政治学、法学的失位，使现代价值理性无从落实。因之，中国现时人文学科和社会科学的根本使命在于对价值和事实、价值理性和工具理性进行严格分界的前提下实现二者的功能意义上的综合。同理，法学研究的理论使命就在于，怎样使法的价值理性和工具理性在分界的前提下使之达到综合意义上的统一。在敏君对此理论使命有着深切的洞察和体认。这本书的总体思维构架可以说正是商法的价值理性和工具理性、商法理念和商法技术及其关系问题。

商法的价值理性和工具理性、理念和技术及其关系问题显然不完全是个纯粹的商法问题，而是一个既内在于商法而又超出商法的问题，是一个涉及文化、哲学、历史、传统以及文明比较等内容的大题目。职此之故，从文化、哲学、历史、传统、文明比较等广阔背景和视界多角度展开对商法之解析和阐释即成为此书的显著理论和方法论特征。这样的研究方法使书中的学术创获与新见迭显层出。

从文化学研究所关注的价值理性和工具理性及其关系出发，论主既严格划分了商法的价值和技术、意义和程序两大层面，又将两大层面加以巧妙地结合。这样既避免了将商法的形上意义因素和形下技术因素混为一谈的惯常做法，又使人看到商法规则的内在价值生命和这种价值生命的程序化、技术化体现，同时也为人们展示出商法理论的合理结构。论主指出，由于我国法学理论无视价值和事实之分判，导致将商事主体

〔1〕 牟宗三：《政道与治道》，转引自朱学勤：《风声·雨声·读书声》，三联书店1994年版，第261页。

人格与商事主体权义能力混同起来。如法学大家史尚宽曾说:“法律上之人格(Personlichkeit),谓有权利能力之主体。故权利能力者与人格者有同一意义。”在敏君认为,人格是一事实判断范畴,而权义能力则主要是一价值判断范畴;二者断断不可等同,否则就会导致以立法者之主观好恶代替具有实然自在性质的商事主体人格,并因而制造出人格亦是“法律造物”之神话。因此论主首先强调商法之价值与事实的划分。在将法学划分为以研究事实和技术为内容的“逻辑法学”和以研究价值和意义为内容的“哲学法学”基础上,对商法亦作了双层结构的分析:在商法的特征上认为,商法既是“发展法”,又是“技术法”;在解构商法基本原则时既注意到商法原则的价值追求,又看到与此不同的商法之立法技术;在民商关系立法体制上,既指出民商分合的意识形态旨趣,又喻示其立法技术对策;在商法的起源上,既分析其产生的事实判断原因,又指出其价值判断根据。当然论主对商法价值理性与工具理性的综合同样给予足够的重视。譬如,在民商分立立法体制的论述中明确指出,民商分立所强调的是商法双重理性的统一,“创立并运用民商分立体制,不仅是为了凸显商法的工具理性以及其价值理性,而且也是为了使此种追求得以全方位的满足。”这样的结合既使商法充盈着体现其中生命的价值内蕴,又使此种价值通过完备精巧的商法技术得以经验做实。

从哲学层面着思,在敏君对商法之哲学形上根据给予特别措意,做到了“下学”(商法)上达和“上学”(哲学)下达之双向沟通与对话。哲学与商法的沟通与对话使我们对商法内在奥秘的理解达到了至深程度。西塞罗曾说,法学并不来自裁判官的告示或“十二铜表法”,而“来自最深刻的哲学奥秘”。的确,不同民族对某些重大哲学观念和理论的不同理解会导致不同的法学观念和理论。譬如,西方哲学重要素分析,导致西方政治、法律思想特别重视对市民社会与政治国家的划分,精神与行为的划分,私与公的划分,从而使市民社会、行为、私域获得独立性和自主性,进而为民法和商法之产生和发展提供基础和土壤。相反,中国哲

学则重整体结合,致使上述因素无法获得独立性和自主性,以及使民法、商法无从产生。论主在讨论商法基本原则等问题时对此问题作了深刻论述。又如,作者运用“一般”与“个别”、“共相”与“殊相”及其关系这一“真正的哲学问题”(冯友兰语)来解析中国政治法律以绝对公平否定相对公平、以实质公平否定形式公平、以事实公平否定法律公平的理论原因。再如,论主在价值与事实、人文哲学与价值哲学上考察商法的哲学源头,指出古希腊的“自然哲学”陶冶了希腊和罗马人的“事实”素养和“自然法”观念;古希腊的“人的哲学”及其“理念”范畴启发了人对形上价值和意义的肯定和追求。前者成为商法工具理性之源头,后者则成为商法价值理性之源头。对于几乎所有的商法问题作者都力图从哲学高度予以分析。对商法的这种哲学探索使人们能够在理论的彻底性上通透地洞明商法的玄机神韵。

从历史层面出发,论主又将商法问题的讨论拉回到经验事实领域,深入揭示了历史因素、社会因素、经济因素以及政治因素对商法的决定性作用。作者指出,商法产生、存在和发展的经验事实基础或社会生活基础是工商生产和市场经济。在此经验基础上首先产生出有别于农人和市民的商人。商人作为商事活动和商事关系的主体有着不同于其他人等的人格特征、价值取向和政治意识。商法及其特征、原则、规范等正是由商人的特殊人格、价值和政治意识所决定。如作者指出,商人的人格是有别于农人和市民的一种“快乐人格”,即商人是追求生活必需品满足之上的享乐和幸福的人。^{〔1〕}商人内在地追求赚钱和营利。这决定了商法的特征是营利法和私法,商法的基本原则是商事营业维持原则。值得注意和称道的是,在敏君在商法基础问题的讨论中极为重视对“人格”范畴的辨析和对其地位的看重。他敏锐而正确地指出“人格”是一个事

〔1〕 这种人格恰恰是宋儒朱熹所极力反对的与“天理”相反的“人欲”。“饮食之间孰为天理?孰为人欲?曰:饮食者,天理也;要求美味,人欲也。”(《朱子语类》卷13)

实判断范畴,而非一个道德价值判断范畴,认为“无论是作为民法抑或是作为商法,其价值理性乃至工具理性的确立均是以‘人格’为基点的”。这是颇具深义和识见的看法。在商法赖以建立的社会结构和阶级结构意义上,论主对有别于农人、一般“自由人”和源自“御点钦封”或“挂着羊头卖狗肉”的杂色人等的商人阶级予以特别重视,寄予殷切之期望。

从传统及其变革角度,论主透过公私之辨、义利之辨、群己之辨、农商之辨以及“中体西用”等论题对商法问题进行了非常广泛深刻的讨论。其关注点是传统对于商法认识、商法价值、商法实践以及商法命运的严重影响和制约。作者认为,妨碍国人和学界对商法性质、原则、价值及其立法体制正确理解和把握的一个关键因素,是建立在长期农耕文明基础上的传统文化观念。传统文化观念在公私之辨上扬公灭私,倡“天下为公”;在义利之辨上,贵义贱利;在群己之辨上,重群体国家轻个体自由;在农商之辨上,重农抑商。这种文化态度和价值倾向导致私域、利益、个人、商业、商人在中国社会生活和思想观念中失去价值地位,而这些因素恰是商法得以建立的文化价值基础。这种传统文化态度造成我们一直无法完整准确地理解商法的精神和价值,常常使商法观念和立法体制在我国发生严重变形和扭曲。即或早期的资产阶级政治和法学家亦未能摆脱传统的影响,作者对孙中山及其三民主义思想对商法影响的长篇分析,其旨趣正在于说明传统观念对商法的影响。近代以来形成的“中体西用”观念之要旨在于维护以上传统价值倾向和态度。它将体用人为地加以割裂,只移植西方商法之“用”,即其工具理性,拒斥其“体”,即商法之价值理性。此种体用两概导致了商法在中国的悲剧性命运。商法在中国的命运与我们如何对待传统文化观念密切相关。

在敏君从上述宏观视界和广阔背景对商法的全观性、立体性透析,不仅把对商法的认识推向了一个新的理论水平,而且具有重要的社会文化意义。如对于我国思想文化启蒙,对于重建社会结构合理性基础之认识,对于中国社会结构现代化,以及对于中西文化比较等问题的认识及

研究都有重要的启迪意义。在此我想着重提的是在敏君商法理论的思想文化启蒙意义。

商业及其商法大概是西方社会文化结构中的基质性或底线性因素,从中西社会文化结构比较看尤其如此。因此商法及其观念和价值对中国社会文化结构的冲击是根本性的。读者从书中不难看到论主对此作用的自觉揭橥。M. 韦伯曾将现代化看做是理性化,而世界的理性化过程是“世界祛除巫魅”的过程。他说:“我们的时代,是一个理性化、理智化、总之是‘世界祛除巫魅’的时代。”〔1〕“祛除巫魅”就是祛除主观的、非理性的、神秘的成分,还世界以实然的、自在的、可理解、可计算的性质。“祛除巫魅”我以为是一种带根本性的现代性启蒙。在敏君对商法思想的阐述具有使世界“祛除巫魅”的重要启蒙意义。他自觉地把主观和客观、应然和实然,进而把商法之价值理性和工具理性加以划分,不让前者掩盖和取代后者,从而使客观世界、实然世界、自在世界和社会现实生活露出水面,使其获得独立性和自主性。这是从世界观层次上的“祛除巫魅”。如作者指出,由于将人格和权义能力等同起来,导致立法者常用其主观性好恶代替商事主体创制型人格事实的构成条件,并在此基础上制造出人格是“法律创造物”的神话。“唯有通过这种方式炮制,才能使‘国家万能’、‘法律万能’乃至‘权力万能’的诸多迷信观点得以树立。”类似的精到分析,揭示出了弥漫于社会思想中的种种“神话”、“迷信”的最终根源。

客观世界、实然世界、自在世界和社会现实生活的显露使人的自然性、追求物质利益满足和幸福的本性得到显现和肯定,从而作为商法主体的“快乐人格”以体面的姿态登上社会生活舞台。这种真实人格之出现将最后刺破传统社会及其主体的虚伪、蒙昧之幕。正如论主所说:“商法及其理论作为一种乐感文化,无疑又是可供解剖和展示封建文化虚伪

〔1〕 转引自苏国勋:《理性化及其限制》,上海人民出版社1998年版,第52页。

性、蒙昧性的一把手术刀。”中国传统文化不是从作为人的真实性基础的物质利益及其客观关系出发安排人的活动规则和社会秩序,进而由此升华出人们的道德意识,而是人为地抽去人的客观的自在的自然性,特别是人的“快乐人格”,从特殊集团及其主观性出发安排人的活动规则和社会秩序。在此结构体系中思想文化变成这种做法进行合理性论证的工具,从而带上浓重的虚伪性、欺骗性和蒙昧性。商法、商法主体及其所依赖的市场经济将是医治这种社会文化虚伪性、蒙昧性痼疾,从而使社会文化走向真善美的除根药石。中国社会文化必将由此逐渐“祛除巫魅”。

客观世界、实然世界、自在世界和社会现实生活的显露同时也为私域与公域、市民社会与政治国家、政治生活与道德生活、法律与伦理两系异质领域的分界提供了前提。因了这两系异质领域在中国传统社会文化中而不分,造成中国社会文化的不真和虚假。我们所熟知的政治的伦理化和伦理的政治化、法律的道德化和道德的法律化,即是两界混而不分的体现。这种情形不仅造成中国政治法律无从自主化,伦理道德丧失原质,而且导致政治、法律和道德均缺乏本有的真实性和内在原则。思想启蒙的一项重要内容在于思想的去假存真,社会现代化的一个重要方面在于确立法律的自主性,而这些均有赖于上述两系异质层面的自觉分界和在分界基础上的综合。在敏君对此“分界问题”的理性自觉,并在此基础上对商法及其社会文化问题的分析所透射出的思想启蒙之光令人瞩目和兴奋。

对高君的精心之作我只能从这种宏观角度上作点粗浅品评,至于书中对商法具体问题的精到讨论则有待于读者诸君自己去读解与赏析了。

是为序。

2000年11月9日于西北政法学院北窗风

目 录

第一章 商法的概念、对象与方法/1

第一节 商法的概念与特点/1

一、商法的概念/1

二、商法的特点/3

三、商法的分类 /11

第二节 商法的对象/14

一、商法对象之意义/14

二、商法对象之理论抽象与概括/15

第三节 商法的方法/21

一、商法方法之概说/21

二、商法方法之罗列/23

第四节 商法与邻近部门法之关系/31

一、商法的邻近部门法之确定/31

二、民法与商法/33

三、企业法与商法/37

四、劳动法与商法/40

五、经济法与商法/42

第二章 商法的基本原则/47

第一节 商法基本原则概述/47

一、商法基本原则之界定依据与标准/47

二、商法基本原则之罗列/52

第二节 商事营业维持原则/54

一、商事营业维持原则之概念/54

二、商事营业维持原则与中国之“重农抑商”/57

第三节 商事营业利益兼顾原则 /62

一、商事营业利益兼顾原则之概念/62

二、对中国传统公平观念之评析/66

第四节 商事营业国家干预原则/70

一、商事营业国家干预原则之概念/70

二、基于国家干预而应研究的几个问题/76

第五节 商事主体类型严格法定原则/81

一、商事主体类型严格法定原则之概念/81

二、围绕该项原则的确立与推行而应明确的几个问题/84

第六节 商事交易迅捷安全原则/90

一、商事交易迅捷安全原则之概念/90

二、围绕该项原则应注意的几个问题/95

第三章 民商关系的立法体制/102

第一节 民商关系立法体制概述/102

一、民商关系立法体制的概念及意义/102

二、三种立法体制之简介/108

第二节 两种理论观点之比较/114

一、问题的由来及提出动因/114

二、两种理论观点形成依据之展示/116

三、对两种观点的评析/120