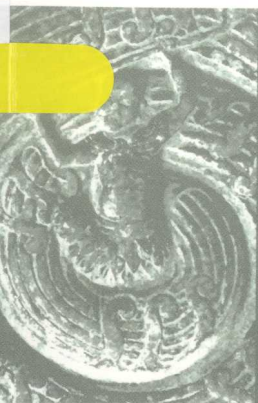




商人主体性的法律建构

李政辉 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

013033391

D923.994
26



商人主体性的法律建构

李政辉 著



D923.994
26



北航

C1639794



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

商人主体性的法律建构 / 李政辉著. —北京: 法律出版社, 2013. 2

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4485 - 9

I. ①商… II. ①李… III. ①商法—研究—中国
IV. ①D923. 994

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 005688 号

商人主体性的法律建构

李政辉 著

责任编辑 刘文科

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 9 字数 208 千

版本 2013 年 5 月第 1 版

印次 2013 年 5 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印刷厂

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 4485 - 9

定价: 32.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)



北航

C1639794

序言一

商人在商法中居非常重要的地位。如同其他法律部门都有自己的主体一样,商法也有它自己的主体,商人就是其中最重要的主体。商人的法律实践是丰富的,但商人的法理研究是不充分的。李政辉的《商人主体性的法律建构》运用比较法的观点,从理论与实践的结合上讨论商人的主体性,是有理论意义和实践价值的。

《商人主体性的法律建构》的意义在于肯定了商人的主体地位,回答了有关对商人的疑问。有人认为,有了民事主体不需要商人的特别规定,否定商人的特殊性;有观点认为,由于商事主体的包容性,不存在商人单独规定的必要性;还有观点认为,现代商法有了“企业”就解决了对商人的需求。《商人主体性的法律建构》对这些问题都有回答,并且是有的放矢的。

在实践中,新闻记者写文章否定自己是商人,医生著文自己不是商人,律师表明自己不是商人。这说明,商人与民事主体相比,是有区别性的。商事主体

是否等同于商人呢？商事实践已经明确做出了回答，不能等同。正如其他的法律关系一样，商事法律关系至少有两个主体。而由于商事法律关系的复杂性，参加商事法律关系的主体也是复杂性的，有以商为业者，有虽经商但非以商为业者，有消费者。其中，仅以商为业者才是商人。可见，商人的独立性是不言而喻的。用“企业”代替商人无疑是一种探索。但是，如何对待个体经营户又是一个必须面对的问题。如果将个体经营户视为“企业”，似乎还缺少共识。所以，《商人主体性的法律建构》将商人作为商事主体的一个单独类别是合适的。

《商人主体性的法律建构》强调商人质的规定性，提出资本、营业和营利对商人的特殊意义，这无疑对构造商人制度是有特殊价值的。尤其是营业，它对区分商人和其他商事主体有特别意义。依法从事商行为者不只商人，但营业的商行为者则仅只有商人。反言之，仅有将商作为营业者才是商人。正如我们不能忽视商行为者与其他主体的差别一样，我们同样不能忽视商人与其他商行为者的不同。如果说这种“不忽视”是必要的，那营业就成为必须关注的问题。

《商人主体性的法律建构》重视商人制度的建设，并且，在经过分析之后认为“商事通则”是符合中国实践的规范形式。中国的许多重要法律部门并没有采用法典形式，但这不影响它在法律部门中的地位。或许，以通则形式构造商人制度是一个创新之举。

李政辉的大作《商人主体性的法律建构》凝聚着他多年的研究成果。在大作付梓之际，特致祝贺。我相信，本书的出版一定会给读者带来收获！

王保树

2012年12月24日于清华大学

序言二

李政辉老师的《商人主体性的法律建构》是他在华东政法大学经济法博士后流动站的研究报告,我很高兴看到这份报告能够出版。

商法基础理论的研究近十年来有了长足的进步,但比起公司法、证券法等商法具体部门法仍有不小的差距,与兄弟法律部门比起来,如民法、行政法,更显不足。所以,当李政辉进入博士后流动站提出将自己长期考虑的商事通则的立法问题作为博士后的研究主题时,作为他博士后的合作导师我表示支持,并希望能够形成观点鲜明的研究成果。经过博士后两年的系统研究与写作,现在这一目标初步达成。

作为对商法体系的理论架构,该书持“商人作为立法基本概念,商人制度作为立法线索”的观点,并作出了论证。我认为该书的特点有:第一,体系完整、逻辑自足。作为理论研究者,需要提出自己的观点,并对其作出论证。观点本身并无绝对的对错,各种相异观点的竞争与辩驳才会最终促进理论的发展。本书坚持商人本位的观点,并从本质、外延、历史等不同角

度对商人作出论证,内在的逻辑结构一以贯之,初步形成了体系性架构。第二,观点新颖,具有冲击力。全书涉及到众多的细分主题,如商人概念可否入法、资本对于商人的制度意义、营利的内涵划分、商事登记可否创设商人、商人的历史形象、法律文本的技术结构。在这些主题上,作者都作出了自己的思考,并提出了与传统理论有所区别的观点。各观点并非为新而新,而是依从全书的主题展开,“新”将建立在对现实的思考与资料的分析之上,具有一定的合理性。第三,饱含现实情怀。作者来自我国民营经济最为发达的浙江省,作为商法教研人员,他关注身边商人的际遇,明白他们的困惑与喜乐。在本书中,作者多次表示了商事立法应为商人服务,这是指导本书的价值立场,也是对实践的学术关怀。这使得本书并非脱离现实的空泛之谈,而是针对现实的建言献策。第四,资料详实。商法的研究,尤其是基础理论的研究,不能局限在法律领域。本书涉及到多个学科,尤其是关于商人历史的部分较全面地回溯了欧洲中世纪早期的商人发生史,形成了对商人形象的界定,并尝试回到商法传统体系的成因,对经济史资料涉足较深。

作为一名商法研究者,我长期以来就注意到商事活动具有自身的特性,如商业合同中的违约金约定。商法规则的识别与运用也是我思考的主题之一。本书为这一问题提供了一种视角。

当然,作为对基础理论的研究,作者只是迈出了第一步。商法究竟采用何种立法体例需要争鸣,书中的具体制度在细化上仍有大量的后续研究可以做,商法研究所参考的比较法资料与多学科交叉的研究更是需要深入展开。故而,对于作者,对于整个商法学界,研究可能还只是刚刚开始!

顾功耘

2012年11月7日

目 录

绪 论 001

第一章 “商人”概念的法律运用 006

第一节 制度实存中的商人 007

一、税法中的商人 007

二、统计意义上的商人 010

三、劳动法中的“用人单位” 014

四、账簿设置 016

五、司法中的商人 018

六、总 结 023

第二节 法律文本中的“商人” 024

一、法学著作中的“商人” 024

二、法学论文中的“商人” 028

三、法律法规中的“商人” 031

四、司法判决中的“商人” 034

五、总 结 037

第三节 作为法律概念的商人 038

一、语言学的考察 039

二、比较法的考察 045

- 三、相似性概念考察 055
- 四、“商人”概念的价值意蕴 061

第二章 商人的本质规定性 068

第一节 商人内涵的构成 068

- 一、学理中的商人内涵 069
- 二、从我国实体法分析商人构成 071
- 三、结 论 073

第二节 资 本 074

- 一、资本概述 074
- 二、资本对于商人的意义 077
- 三、法律制度中的资本 080
- 四、结 论 086

第三节 营 业 087

- 一、比较法中的主观意义营业 087
- 二、我国有关主观意义营业的规定 091
- 三、对营业二元理论的批判 092
- 四、营业理论的初步构建 099

第四节 营 利 104

- 一、营利的界定 104
- 二、作为商人内涵的营利 109
- 三、商法理论中的营利定位与功能 111

第三章 商事登记:商人的形式外观 114

第一节 商人是由商事登记创设吗? 115

- 一、商事登记的创设效力 115

- 二、对商事登记创立效力的思考之一:营业自由 117
- 三、对商事登记创立效力的思考之二:登记何来效力 119
- 四、对商事登记创立效力的思考之三:法人资格之获取 125
- 五、结 论 129
- 第二节 商事登记的公示性 131
 - 一、作为商人外观的商事登记 131
 - 二、我国的商事登记 138
 - 三、商事登记的评价与完善:从公示的角度 143
- 第三节 基于商事登记对商人的统一解释 147
 - 一、我国的强制登记主义 147
 - 二、比较法上的小商贩豁免登记 149
 - 三、对登记豁免的探讨 151
 - 四、对商人的统一解释 154

第四章 商人与商法的历史解读 158

- 第一节 作为城市缔造者的商人:一个进步、平等的形象 159
 - 一、商人的形成 159
 - 二、城市的缔造 164
 - 三、商人、城市的积极价值 169
 - 四、小 结 174
- 第二节 商人形态的历史发展 175
 - 一、商 队 176
 - 二、商人合伙 181
 - 三、公 司 185
 - 四、小 结 188
- 第三节 商法的整体性 190

- 一、合 同 191
- 二、与商人相关的制度：商事登记、商业账簿 197
- 三、与商事活动相关的制度：票据、保险、证券 202
- 四、小 结 208

第五章 《商事通则》：以商人为基本概念 211

第一节 立法技术：一个被忽视的角度 212

- 一、立法技术概述 212
- 二、法律结构 216
- 三、法律结构的解析 218

第二节 民法的结构：民法成功的保证 221

- 一、民法的基本概念：平等主体 222
- 二、由人所展开的民法结构 227
- 三、民法典的实证分析 231
- 四、小 结 234

第三节 《商事通则》与商人制度的同构 236

- 一、为什么“商人”是基本概念？ 237
- 二、商人主体性的内容 244
- 三、《商事通则》结构的初步规划 250

参考文献 254

后 记 275

绪 论

“商人主体性的法律建构”的选题源自于重构商法基础理论的雄心壮志或是自不量力。

在所有的法律部门中,没有一个部门法类似于商法这样“名正言不顺”。往历史的纵深处回望,商法从封建社会中孕育而出,最终成为推倒封建社会的利器,其历史地位无可否认。即使到现代,商法的部门法地位也得到认可,制定有商法典的国家并没有大规模废弃该法典,如范式民法典国家——德国、法国、日本。我国《中国特色社会主义法律体系》白皮书中商法的地位也相当显赫,“社会主义法律体系”被概括成“以宪法为统帅,以宪法相关法、民法商法等多个法律部门的法律为主干,由法律、行政法规、地方性法规等多个层次法律规范构成”。^①

但商法自身却处于说不清理论基础与理论边界的尴尬境地。这是一段被广为引用的表述,“商法的

^① 《中国特色社会主义法律体系》白皮书,国务院新闻办公室2011年10月27日发布,载 http://www.gov.cn/jrzq/2011-10/27/content_1979498.htm。

内容是朦胧的,商法的边界是模糊的。在中国 20 年的法学史上,这样的情况的确少见:一方面我们在念叨着商法,但却不定商法为何物;另一方面我们在呼喊着重商法的理论和学说,但却说不清商法的概念和范围。面对着古老成熟的民法,商法的位置在哪里?我们教着商法,写着商法,眼观商法的兴旺和繁荣,我们热衷商法的事业和发展,同时我们也在怀疑着商法。我们知道它的过去,但却说不清它的现在,也看不透它的未来,我们似乎被笼罩在商法的烟雾之中,感到难以名状的困惑。”^①上述话语在论及商法时屡屡出现,说明了这种状况被商法研究人员普遍感知与认可。但可悲的地方在于,上述言论发表已经 10 年了,情况依旧,问题依然,而同期的单行商事立法与实践却大踏步地往前走。

只是,单行商事立法与司法实践发展的步伐最终仍受制于商法基础理论的完善程度。商法基础理论的缺失在表面上并没有损及商法研究的兴旺,公司法、证券法、金融法等有太多新兴的主题等待挖掘与深入。但制度被放置在法律体系整体之中并需要接受实践检验时,我们就会发现商法基础理论是一个绕不过去的问题,如商事登记、商号、商事代理、商事租赁究竟应该如何区分,公司、合伙企业与传统民事主体体系的关系究竟如何,法院民一庭与民二庭的分工如何设置又如何展开。基础理论往往如此,犹如大海中的定海神针,风平浪静时默默无言,待到惊涛骇浪起时方才显得重要。

我们社会已经发展到了对商法基础理论的需求阶段。在学术研究中,建立与完善统率各个法律分支的商法学基础理论成了学界的呼声,“我国的商法不应仅由具有个别领域特征的商事法律构成,而应由具有个别领域特征的单行商事法律和具有一般性调整特征的商事法律组

① 赵旭东:“商法的困惑与思考”,载《政法论坛》2002 年第 1 期。

成。而后者正是我国目前商事立法中的重大空白。”^①更重要的是实践运行的需求,例如对民间借贷处理的主流思路是区分经营性借贷与生活性借贷,^②但经营性借贷如何区分出来就需要商法基础理论作出回答。在司法运行中,商事审判已成为现实,但如何区分出商事审判也是需要基础理论的完善。商法基础理论对法学教育的影响不可小视,作为法学专业核心课程,商法学若没有自身的理论基础与体系,教与学都将在困惑中展开。在2009年7月中国政法大学民商经济法学院主办的“全国商法教学与课程建设研讨会”上,虽然讲授各部门法已成为商法教学的主流模式,但对商法体系性的诉求仍非常强烈。

本书的研究即以商法体系化为目标,其理论预设有两个:

一是商法是独立的法律部门。商法的独立性上文已有论述,但它并非没有争议,特别是在区分民法与商法的关系上,“民商合一”的学说主导了立法界,从而间接动摇甚至是否定了商法学理论建构的价值与意义。在一本商法总结性的著作中,商法被界定为“我们所能感知和谈论的‘商法’,纯粹是随着我国的市场经济体制建设过程而逐步发展起来的一种法律解释现象”,“在制度层面以及学术层面,商法并非我国改革开放后的私法制度和私法理念重生的自然组成部分”。^③作为商法学界的代表作,对商法客观地位尤持如此否定的立场,则民法等其他部门的观点可想而知。证明商法的独立性并非本书的任务,而是本书的

① 王保树:“序”,载任尔昕、石旭雯著:《商法理论探索与制度创新》,法律出版社2005年版。在2012年中国商法年会上(2012年6月24日,重庆),王保树教授在闭幕总结上再次强调“一个学科要注重基础理论的研究,要有明确支撑这个学科的最基础体系”。

② 岳彩申:“民间借贷规制的重点及立法建议”,载《中国法学》2011年第5期;李政辉:“论民间借贷的规制模式及改进——以民商分立为线索”,载《法治研究》2011年第2期;贝远景:“浙江高院院长呼吁民间借贷阳光化”,载《钱江晚报》2012年3月11日A2版。

③ 邹海林主编:《中国商法的发展研究》,中国社会科学出版社2008年版,第2~3页。值得特别指出的是,该书是作为中国社会科学院法学所建所50周年、纪念改革开放30周年的献礼之作,是由各学科著作所组成的丛书代表商法的一本。

前提性观念。^①只是本书所探讨的主题——通过商人概念建构商法体系——反向支持了商法的独立性。本来商法的独立性就不能是一个空洞的概念,而必须建立在坚实的商法理论体系的基础之上。

二是《商事通则》制定的必要性与可行性。独立的法律部门并不一定需要或能够有总纲性的法律,如行政法。商法作为独立的法律部门是否需要,以及如果需要则采用何种形式的立法模式,这也是旷日持久争论的主题。本书以我国商法学界的理论进展作为前提,认为制定《商事通则》是较理想的立法模式。《商事通则》是介于商事单行法与商法典之间的折中立场,可视为对支持与反对商法独立性的一种温和的折中态度,在更大的视角下是介于法典化与反法典化之间的选择。但无论《商事通则》的必要性还是可行性都深刻建立在其内容的确定、逻辑、周延程度之上。在这个意义上,本书的研究既以《商事通则》为前提,也是对该种主张的深化与支撑。

本书以商法独立性与《商事通则》的采纳为理论前提,进而探讨商法部门法的辨识标准与《商事通则》制定的技术线索。故而本书无意坠入与民法争夺独立性的自言自语,也无意与法典派或反法典派进行论争,本书是限于商法领域的内在分析。这是基于对商法的自信——本来商法就是一个自足的法律体系。

在学界,“商法”与“商法学”为严格区分的两个概念,张谷将问题表述为:商法的独立性和商法学的独立性是两个相关却不相同的问题。^②只是,世上未有脱离理论而自立的法典,也未有不以法典为追求的理

① 赵万一、赵吟提出的关于民法、商法、经济法区分的观点为:民法是前置性法律,经济法是保障性法律,而商法则是市场运行法。该观点颇值赞同。参见赵万一、赵吟:“论商法在中国社会主义市场经济法律体系中的地位 and 作用”,载《现代法学》2012年第4期。

② 张谷:“商法,这只寄居蟹——兼论商法的独立性及其特点”,载《清华法治论衡》2005年第2期。

论体系,在中国现阶段,这两个命题未尝不可合并思考,商法学理论体系的证立同时就确立了商法立法模式。或许,“商法”与“商法学”区分对于当下的商法而言还过于超前,因为其中任何一个都没有彻底解决。

“商人”概念的法律运用

商人是我们这个时代使用最为广泛的词之一,它在各种文化与语言中都有相应地表述:在英文中称“Merchant”,在法文中称“Commerçant”,在德文中称“Kaufmann”,在意大利文中称“Commercianti”,在西班牙文中称“Comerciante”,在俄文中称“Купечество”,在日文中称“商人”,^①但商人同时也可能是含义最为含糊的词语之一。事实上,“商人”一词不但出现于文学作品、日常生活与新闻报道,也出现于法律、判决、法学研究之中,并且作为主体也隐约现身于众多制度之中。但因为我国现在并未建立正式的商人制度,故而制度之间的差异与不匹配在所难免。

“‘商人’一词早已成为平常用语,我们使用起来总是脱口而出,而绝少想到曾将这些置于经济活动

① 何勤华主编:《法律名词的起源》(下),北京大学出版社 2009 年版,第 727 页。