



商事犯罪及 常见商事犯罪案件 辩护要点

余 尘 / 著



SHANGSHI FANZUI JI
CHANGJIAN SHANGSHI FANZUI ANJIAN
BIANHU YAODIAN



法律出版社 | LAW PRESS



商事犯罪及 常见商事犯罪案件 辩护要点

余 尘 / 著



法律出版社 | LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

商事犯罪及常见商事犯罪案件辩护要点 / 余尘著

— 北京 : 法律出版社, 2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2749 - 9

I. ①商… II. ①余… III. ①公司—刑事犯罪—辩护—研究—中国 IV. ①D924.33

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 221867 号

商事犯罪及常见商事犯罪案件辩护要点
SHANGSHI FANZUI JI CHANGJIAN SHANGSHI
FANZUI ANJIAN BIANHU YAODIAN

余 尘 著

策划编辑 周丽君
责任编辑 周丽君
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 固安华明印业有限公司
责任校对 王晓萍
责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 22.25
字数 321 千
版本 2018 年 9 月第 1 版
印次 2018 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-87453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995



书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 2749 - 9

定价: 79.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

序

顾永忠*

随着社会的发展,社会分工越来越细。无论哪一行业、哪一领域,专业化程度越高,发展将越快,当然竞争也会更激烈,对从业人员专业素质和业务能力的要求也会更高、更严。

对于中国律师业来讲,最近几年正处在快速发展之中。据官方统计,近几年全国律师人数每年以 10% 的速度递增,2018 年已达到 36 万人。前不久媒体报道广东省的律师人数已突破 4 万人,可以预计这种趋势还将继续下去。这对广大律师而言,意味着将面临更大的竞争和挑战。如何站稳脚跟,如何获得发展,是每一位律师应当深入思考和勇于面对的课题,特别是处在大城市、经济发达地区的律师更是如此。向专业化发展不失为一种明智、远见之举,可喜的是,已经有不少律师走到前面。即使是专门从事刑事辩护的律师,专业化的趋势也已经显现。近几年,刑事辩护领域有的律师专门从事职务犯罪案件的辩护,有的律师专门从事金融犯罪案件的辩护,还有的律师专门从事暴力犯罪案件的辩护,甚至还出现了有的律师专门从事某一罪名案件的辩护的现象。

商事犯罪是刑事实务界对商事领域犯罪案件的统称。这一概念最早见于我的朋友张国轩教授所著《商事犯罪学》一书中,其对商事犯罪进行类罪化,有助于对这类罪名进行深入研究。北京刑事辩护律师界直接将这一概念引入刑事辩护实务领域,出现了一些专门从事商事犯罪案件辩护的刑事辩护律师。商事犯罪从概念来看,是对商事领域犯罪案件的统称。既然是商事领域中的犯罪,这说明这类犯罪与商法具有非常紧密的联系。在民商分立的国家,商事行为明显有别于民事行为,商事法律关系有别于民事法律关系。商事法律关系涉及商主体和商行为,要对这一类罪名进行研究,无疑需要熟练地掌握和运用商法的一些基本概念和基本制度。

* 顾永忠:中国政法大学诉讼法学研究院副院长、教授、博士生导师,兼任中国法学会刑事诉讼法学研究会副会长、常务理事,中国法学会审判理论研究会理事,中华全国律师协会刑事专业委员会副主任。

商事行为既然是某一类行为的统称,商行为就有自己的独特法律特征。在从事商事行为过程中违反商事法律行为达到触犯刑事法律的程度,其行为即应归属于刑事法律调整的范围。由于商事法律行为有其自身的特点,以致商事犯罪也会有其自身的独特特征。将犯罪按行为特征进行细分,无疑有助于对该类犯罪进一步深入研究,而对于为这类犯罪案件进行辩护来讲,无疑有助于推动对这类案件的精细化辩护。

既然商事犯罪与商法具有较深的渊源关系,要对商事犯罪进行理论研究,提高商事犯罪案件的辩护水平,没有较强的商法理论功底,是很难做好这些工作的。因此,具有扎实的商法和刑法的基本功底,将会有助于对商事犯罪理论的深入研究,在为商事犯罪案件进行辩护时将会更加具有专业优势。

余尘律师这本《商事犯罪及常见商事犯罪案件辩护要点》即是对商事犯罪理论和商事犯罪案件辩护实务进行研究的成果。本书既有理论研究,又有实务分析、总结,是一本集理论与实务但侧重于实务的法律实务类书籍。从理论研究来看,其以商法基本理论为基础展开研究,如在对商主体和商行为的分类上,完全是以商法中商主体和商行为的基本理论作为支撑,这种逻辑结构的安排应当说是合理的、科学的。在对商事犯罪案件的辩护要点进行分析总结时,其以犯罪论的阶层学说为理论基础,提倡要紧紧围绕各种具体罪名的犯罪构成要素提出辩护意见。应当说,这种辩护思路是合理的,也是刑事辩护专业化的体现。之所以有这些理论和实务研究成果,我想与余尘律师从事多年的律师工作,尤其是与其从事过大量的刑事案件辩护工作因而积累了丰富的执业经验有关。没有扎实的商法理论功底,没有丰富的刑事辩护尤其是商事犯罪案件辩护经验,是很难写出理论与实务兼顾的书籍的。本书中对有些罪名所涉及的刑事案件提炼出的辩护要点对于刑辩律师来说将具有很好的借鉴意义,尤其是对刚刚进入刑事辩护领域的年轻律师来说,本书将更具参考价值。

当然,本书对刑法中商事犯罪罪名的总结及分类,应当说还有进一步商榷的必要。同时,就刑事辩护来说,不仅在理论上是一门很深的学问,而且每一刑事案件又各具特点,要想将所有刑事案件的辩护要点象数学公式一样来进行提炼、总结,这几乎是不可能的;即使现在对有些案件辩护要点的总结比较全面,但随着社会的发展变化、法律的不断完善,也会慢慢变得并不全面。因此,辩护要点往往会与社会的发展程度具有非常紧密的联系,辩护要点应当是动态的、开放式的,是随着社会的发展变化而不断变化的,而不是封闭的。我想余尘律师随着执业经验的进一

步丰富,对商事犯罪案件辩护要点的总结将不断走向全面。

预祝余尘律师在商事犯罪理论研究领域及商事犯罪案件实务辩护工作中取得越来越大的成绩。

是为序!

2018年6月8日

目 录

第一编 商事犯罪基本问题

第一章 商事犯罪概念的界定	/ 3
一、“商”及“商业”	/ 3
二、商事犯罪的定义	/ 5
三、商法学中的商主体及商行为概念	/ 8
四、商事犯罪和商事犯罪学概念总结	/ 10
五、商法学与商事犯罪的关系	/ 12
六、商事犯罪与经济犯罪、金融犯罪	/ 12
第二章 商事犯罪专业化理论及其实践意义	/ 15
一、商事犯罪独立研究的客观必要性	/ 15
二、独立研究商事犯罪是刑法专业化发展的客观要求	/ 17
三、商事犯罪作为类罪的独立犯罪构成	/ 19
第三章 商事犯罪的犯罪构成	/ 20
一、犯罪论体系研究的意义	/ 20
二、犯罪构成理论的历史发展	/ 21
三、对世界现有犯罪论体系的评价	/ 29
四、构建我国犯罪论体系的意见建议:重构我国犯罪论体系	/ 36
五、商事犯罪所包含的罪名	/ 46
六、商事犯罪的构成特点及认定	/ 50
第四章 律师参与商事犯罪辩护基本特点	/ 53
一、商事犯罪辩护的基本特点	/ 53
二、律师应具备的基本技能	/ 54

第二编 常见商事犯罪案件辩护要点

第一章 危害公共安全罪辩护要点	/ 59
-----------------	------

一、非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪	/ 59
二、非法制造、买卖、运输、储存危险物质罪	/ 67
三、重大飞行事故罪	/ 71
四、铁路运营安全事故罪	/ 73
五、重大责任事故罪	/ 76
六、强令违章冒险作业罪	/ 78
七、重大劳动安全事故罪	/ 81
八、危险物品肇事罪	/ 84
九、工程重大安全事故罪	/ 86
十、消防责任事故罪	/ 89
十一、不报、谎报安全事故罪	/ 91
第二章 破坏社会主义市场经济秩序罪辩护要点	/ 95
一、生产、销售伪劣商品罪	/ 96
二、走私罪	/ 121
三、妨害对公司、企业的管理秩序罪	/ 131
四、破坏金融管理秩序罪	/ 183
五、金融诈骗罪	/ 227
六、危害税收征管罪	/ 242
七、侵犯知识产权犯罪	/ 258
八、扰乱市场秩序罪	/ 293
第三章 侵犯财产罪和贪污贿赂罪辩护要点	/ 319
一、职务侵占罪	/ 319
二、挪用资金罪	/ 325
三、拒不支付劳动报酬罪	/ 330
四、单位行贿罪	/ 335
后 记	/ 345

第一编

商事犯罪基本问题

第一章 商事犯罪概念的界定

要理解商事犯罪,首先应要对“商”的含义进行分析与理解。准确把握了现代意义上“商”的内涵和外延,我们进而才能把握商法及商事犯罪的内涵和外延。

一、“商”及“商业”

在英语中,将表“动作”之意的“商”表述为“consult”,或“discuss”;将表“名词”之意的“商”表述为“trade”,或“commerce”等。在德语中,“商”被表述为“Geschäft”或“derhandel”。在法语中,“商”被表述为“entreprise”,或“Affaires commerciales”。在拉丁语中“商”被表述为“negotium”,或“commercial rerum”。在日语中,“商”被表述为“商事”,或“商务”。在这些语言中,“商”有作为动词用的情形,被表示为“商量”“协商”之意,也有作为名词用的情形,被表示为“商事”“商务”之意。

在汉语中,“商”的含义随着社会经济的发展,不断发生变化。《说文解字》注:“商,从外知内也。”即指推测之意。后“商”发展成表动词“商议”“商讨”“商量”等意义。如《三国演义·杨修之死》记载:“操与众商议,欲立植为世子。”表动词的“商”还可以表意为“贩卖货物”之意。如《易·复》载:“商旅不行。”同时,“商”还可以表名词,用作“商品”“商人”“商业”之意。^[1]如《论衡》载:“商而无盈。”再如《史记·货殖列传序》载:“商不出,则三宝绝。”《左传·僖公三十三年》亦载:“郑商人弦高将市于周。”《盐铁论·本议》载:“豪吏富商积货储物以待其急。”除了上述含义外,按《集韵·阳韵》中记载:“商,刻也。”即,“商”还可表示一种计时单位,一

[1] 中国“商人”一词的来源,与商王朝有着密切关系。按史学家考证,周克商以后,周人认识到“皇天无亲,惟德是辅”的道理,实施了“敬德保民”的措施。周公让商遗民“各安其宅,各田其田”。同时也允许商朝遗民在官府控制下,发挥其长,跑买卖搞交易。而商朝遗民作为亡国之民为生活所迫,也不得不如此做,便有了从事交易之人为“商人”之说。显然,称买卖人为“商人”应最先由周人口中叫出。史学家证实,当时周族人的经济文化不如商族人发达。因此,在周人眼中,生意场上较在行的当属“商人”。此称谓由此延续下来。故,今天的“商人”“商品”和“商业”称呼与古代殷王朝有关。参见张国轩:《商业犯罪的定罪与量刑》,人民法院出版社2008年版,第20页。

商即为一刻。同时,从古音乐来看,“商”还可以表五音之一,相当于“2”。可见“商”的含义十分丰富。

在经济学上,“商”往往被理解为一种经济活动,指介于农业、工业之间的一种行业,也可以理解为生产者与消费者之间的一种货物媒介交易行为。从事商事行业的人,通过交易获取利润,在客观上也有利于社会货物流通,满足人们的消费需求。正如学者所言:“经济学上所理解的商事是指以营利为目的的各种商品交换行为,指以营利为目的,直接媒介财货交易之行为,换言之,商即介于农业、工业等生产者与消费者之间,直接媒介财货交易,调剂供需,而从中获取利润之行为。”^{〔1〕}这种经济活动是第三次社会大分工的产物。由于现代社会经济快速发展,经济学意义上“商”的这种含义,在社会经济现实中却表现得并不十分明显。因为,现代社会中,商品流通环节已经十分模糊,与商品流通相关的行业也快速发展,农业生产行业或工业生产行业与传统的商品流通行业已经难以区分,尤其是现代电商行为的发展,商品的流通行业与生产行业的界限更加模糊。由此来看,经济学上所表达的“商”的含义,法学上已经无法从中获得有价值的借鉴。

在法学研究中,“商”与“商业”和“商事”同义。其已大大拓展了经济学上关于“商”的含义。按《布莱克法律词典》解释,“商”指“涉及对货物或服务进行交易,尤其是指那些有关国家、州或城市之间通过运输进行的较大数量的交易行为”。^{〔2〕}《拉威尼当代商法》则认为:“商事一词是对各种物品的交易或交换之总括。”^{〔3〕}可见,在传统商法中,法律上使用的“商”或“商事”一词,主要指以商品交易为媒介,以营利为目的的各种营业之总称。从古代商法的内容来看,法律侧重于对“商”或“商事”中的“行为”,或者说“商行为”进行规制。现代商法中,已经大大拓宽了商法规制的内容,现代商法不但对商行为进行具体规制,同样对商主体资格进行规制。如《德国商法典》将商行为分为四大类:第一类为买卖商行为,也就是指商人从事的动产或有价证券的交易行为,又称“买卖商”或“固有商”;第二类为间接媒介以货物交易为目的的行为,如行纪、代理等行为,又称“辅助商”;第三类为与货物交易有密切关系的行为,如票据、信托、加工、印刷出版等营利行为;第四类为与第三类商有关的各种营利行为,如广告、保险、饮食服务,以及相关娱乐如开设剧院的行为。《德国商法典》不但对商行为进行规定,同样对商主体的形式和其权利、义务进

〔1〕 参见张国键:《商事法论》,三民书局1980年版,第4页。

〔2〕 See Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, seventh edition, West Publishing Co. 1999, p. 263.

〔3〕 参见张国键:《商事法论》,三民书局1980年版,第4页。

行规定。我国台湾地区的商事“法律”对商业的范围也作了较为宽泛的规定。如台湾“商业会计法”第2条明确规定:“本法所称商业,指以营利为目的之事业;其范围依商业登记法、公司法及其他法律之规定。”而“商业登记法”第3条规定:“本法所称商业,指以营利为目的,以独资或合伙方式经营之事业。”现代商法已经脱离了传统商法中那些建立在简单商品经济基础上的商事习惯法和以商事习惯为主要内容的传统商法,其内容已经获得较大的扩充,无论是在调整手段方面还是在调整对象方面均有较大的发展。正如学者所言:“随着商法逐渐走出传统商法的‘阴影’,现代意义上的‘商’早已不再是以‘直接媒介货物交易的行为’为核心的行为体系,而是以企业的组织、经营行为为核心的组织与行为的综合性体系结构。”〔1〕

二、商事犯罪的定义

准确理解了法学意义上的“商”及“商事”的含义,则应当不难理解“商事犯罪”的概念。“商事犯罪”一词,近年在刑法学领域尤其是刑辩实务中使用较多。但何谓“商事犯罪”,却可谓众说纷纭。无论是在理论界还是在实务界,对“商事犯罪”一词并没有形成一个统一的认识。只有准确理解了“商事犯罪”的概念,才能准确理解商事犯罪的内涵和外延,才能在专业分工越来越细化的法学理论和法律实务的现实状况下,更好地从事这类罪名的研究,才能更有助于刑法学理论研究的深化,才能更有助于刑事立法水平的进步。对于从事刑辩实务的律师来说,准确理解了这一类罪名概念,才能更好地理解这一类罪名的共同特点,才能更好地理解这一类罪名的独特的犯罪构成,从而更好地从事刑辩实务。

从国外的刑法理论和刑事立法的具体情况来看,英语中有“business crime”“crime in business”,以及“commercial crime”等词,国内有学者将其译为“经济犯罪”,其意等同于“economic crime”。〔2〕也有学者将其译为“商业犯罪”。〔3〕应当说,“economic crime”,与“business crime”,并非是对应关系,这两类犯罪,无论是犯罪主体还是犯罪行为内容,均是有所差异的。对于“商业犯罪”一词,国外的刑法理论界也很少有人专门对其概念进行探讨。但对于“economic crime”也即经济犯罪,国外的刑法学理论则有较多的论述。虽然“经济犯罪”的概念也并没有形成一个统一的认识,但应当说该概念中一些核心要素还是取得了一定共识。其共识也即德

〔1〕 参见范健、王建文:《商法总论》,法律出版社2011年版,第4页。

〔2〕 参见储槐植:《美国刑法》,北京大学出版社1996年版,第276页。

〔3〕 参见王丽:《西方国家商业犯罪的现实与对策评析》,载《法学家》1998年第4期。

国刑法学者汉斯·施耐德教授在1988年中国社会科学院法学研究所召开的“中德经济犯罪研讨会”上所说的,“经济犯罪”应当具有下列基本特征:一是该不法行为违反了某一经济法;二是该犯罪行为侵犯或者威胁了整个经济秩序,或这种经济秩序的一个或几个部分;三是经济犯罪主要的不是直接针对个人利益,而是针对一些经济部门或整个社会经济秩序,即经济犯罪损害和威胁的主要是受法律保护的“超个人利益”;四是社会上大多数人对经济犯罪抱着一种漠不关心的态度;五是经济犯罪可以造成物质的、心理的、社会的、经济的和无形的危害;六是对信任和权力的滥用。^[1]

从国外的刑事立法的情况来看,目前只有意大利和芬兰的刑法明确规定了商事犯罪。《意大利刑法典》第八章名称为“关于工、商经济之犯罪”,该章第一节规定为“有关经济之罪”;第二节为“有关商业之罪”;第三节规定了“前数节之共同规定”。该章虽然没有明确规定商事犯罪的概念和犯罪构成,但规定了商事犯罪包括妨害工业自由罪、诈术侵害本国工业罪、商业活动时之诈欺罪、贩卖不纯洁之食品罪、贩卖错误标记之产品罪。《芬兰刑法典》第三十章明确规定了30条商业犯罪罪名,罪名多、条文细。^[2]截至目前,除了意大利与芬兰外,其他国家却未见有关于商事犯罪内容的明确规定。

中国刑法典并未明确规定“商事犯罪”的概念,但实质上商事犯罪散见于刑法分则各章之中。我国台湾地区刑法学者林山田是最早提出商事刑法与商事有关的经济刑法的概念,其指出:“商事刑法系指规定于动产担保交易法、违反粮食管理治罪条例、商业会计法、商品检验法、食品卫生管理法、药物药商管理法、农药管理法、化妆品卫生管理条例等与商事有关之经济刑法。”^[3]大陆很少学者专门探讨商事犯罪,只是对内涵与之相近的“经济犯罪”与“金融犯罪”有过涉及。从现有公开的资料来看,在大陆学者中,张大群先生是我国较早专门论述商业犯罪的学者。^[4]后学者王丽、^[5]张国轩^[6]等人亦专门著文对这一法学理论领域进行了探索。

[1] 参见陈宝树主编:《经济犯罪与防治对策》,河南人民出版社1993年版,第2页。

[2] 参见张国轩:《商业犯罪的定罪与量刑》,人民法院出版社2008年版,第40页。

[3] 参见林山田:《经济犯罪与经济刑法》,三民书局1981年版,第160页。

[4] 参见张大群:《关于商业犯罪作为我国刑法类罪的探索》,载《检察理论研究》1993年第2期。

[5] 参见王丽:《西方国家商业犯罪的现实与对策评析》,载《法学家》1998年第4期。

[6] 参见张国轩:《经济犯罪、商业犯罪、财产犯罪的罪刑关系研究》,载《政治与法律》2003年第2期;张国轩:《商业领域犯罪研究》,载《中外法学》1999年第3期;张国轩:《商业犯罪的定罪与量刑》,人民法院出版社2008年版。

然而,从上述学者对这一理论领域的研究成果来看,各位学者对商事犯罪概念也并未形成统一意见,如张大群认为:“商业犯罪,是以谋取非法利益为目的,在商品的生产和交换过程,违反有关经济法,破坏社会主义市场经济秩序,依照刑法应当受到刑事处罚的行为。”^{〔1〕}张国轩认为:“商业犯罪是指商事主体在从事商品生产、交换过程中或者从事商业服务过程中,实施的危害社会的、违反刑法的、应负刑事责任的营利行为。”^{〔2〕}王丽认为:“通俗地讲,商业犯罪,即指在商业活动中发生的犯罪。”^{〔3〕}从这些学者的论述来看,“商业犯罪”并没有形成统一概念。当然,从这些学者的研究成果来看,对于商业犯罪核心要素,大家还是形成了一些共识,即均认为商业犯罪是发生在商业领域中的犯罪。对于商业领域的具体外延,大家又是各执一词。

值得一提的是,实务界近几年对“商事犯罪”探讨的兴趣日见浓厚,为提高刑事辩护效果,刑事辩护实务界分工已经越来越细,出现了专门从事某一领域犯罪辩护的律师群体,如毒品犯罪辩护、职务犯罪辩护等专业领域。商事犯罪辩护领域亦是刑事辩护界近几年兴起的专业辩护领域。一些从事刑事辩护的律师选择商事领域的犯罪作为自己专业的领域。由于分工细化,专门从事这一领域的实务律师在该领域办理的实务案例越来越多,经验越来越丰富,辩护水平当然会更为专业。为推动这一业务辩护领域辩护水平的进一步提升,一些从事该领域的律师对该专业领域进行了理论上的探讨。这些理论又反过来有助于刑事辩护实务水平的提升。在实务领域,北京的韩冰律师在北京市律师协会首倡设立了“商事犯罪预防与辩护委员会”,以倡导更多的刑事辩护律师专门从事这一领域犯罪辩护业务。2015年第十届北京市律师协会在换届时顺利设立了这一专业委员会,目前运行情况良好。北京市律师协会“商事犯罪预防与辩护委员会”是全国省级律师协会中首个专门从事商事犯罪辩护与预防实务研究的专门委员会。

虽然北京市律师协会成功将“商事犯罪”引入实务界,并将实务进一步专业化,但何为“商事犯罪”的具体内涵,争议仍然比较大。因此,要对这一专业领域进行深入的探讨,应当准确厘清“商业犯罪”的内涵和外延。而要弄清其内涵和外延,我们应当先行对商法学中“商主体”及“商行为”的概念进行梳理,进而对商法学与商事犯罪学关系进行必要的探讨。

〔1〕 参见张大群:《关于商业犯罪作为我国刑法类罪的探索》,载《检察理论研究》1993年第2期。

〔2〕 参见张国轩:《商业领域犯罪研究》,载《中外法学》1999年第3期。

〔3〕 参见王丽:《西方国家商业犯罪的现实与对策评析》,载《法学家》1998年第4期。

三、商法学中的商主体及商行为概念

(一) 商主体概念

在传统商法学中,商主体又称为商人,指持续地以营利为目的而从事营业活动的个人或组织。大陆法系国家,尤其实行民商分立的国家,对商主体概念均从立法上予以了界定,如《法国商法典》第1条规定:“将商业行为作为其职业的人为商人。”《德国商法典》第1条也规定:“以从事商业行为为业者为商人。”《日本商法典》第4条亦规定:“以自己的名义从事商行为为业者谓商人。”从以上规定来看,各国对商人定义的规定并没有太大差别;并且,从上述各国商事法律规定来看,要获得商人主体身份,应当具有下列条件:

首先,凡称为商人者应当从事盈利活动,这是商人应当具有的本质特征。不是为从事盈利活动而是购买商品自用,或者生产某项物品自用均不能称为商人。

其次,凡商人者必是持续地从事盈利活动。偶尔从事商业活动的,不能称为商人,如农民需要钱购买肥料,将自家生产的稻米拿出去卖,这种偶然的商业行为者不能称为商人。

再次,商人身份是由法律进行拟制的。从上述各国商事法律的规定来看,取得商人身份的条件,是由法律明确规定的。并且,只有经过各国的商事登记程序才能正式获得商人身份。也就是说,这种身份是由法律进行拟制确认的。

最后,商人应当享有商法上的权利与义务。各国从立法上规定了成为商人应具备的各项条件,规定了如何获得商人身份。更重要的是,各国商法规定了商人应当享有的权利和应当承担的义务,以此来规制商事法律关系,从而通过法律的规定,来推动本国商业和经济的发展。

从世界各国商法的规定来看,商主体制度,在商法学中经历了一个长久的发展变化过程。早期罗马法中,只规定了自然人作为商人,其主要为平民和外邦人。到后期,一些奴隶主参与到奴隶的贸易中,也发展成为商人。其时,罗马国家为促进商业的发展,对商人授予了较多的权利。自然人个人从事商业贸易,当其经济实力发展到一定规模后,为了规避一些风险或为获取更大的利润,合伙组织体就出现了,合伙也就开始成为一种重要的商主体。这一组织形式,后扩展到其他一些国家或地区。如《汉谟拉比法典》第99条就合伙组织体明确作出规定:“倘自由民以

银与自由民合伙,则彼等应在神前均分其利益。”^{〔1〕}随着商品经济的发展,除了合伙组织体外,无限公司、两合公司、有限公司、股份公司等各种团体组织体均发展成为商主体,并且公司作为团体组织体日渐演变为一种最为重要的商事主体。

传统商法中商主体除了自然人主体外,还包含团体组织主体,并且团体组织主体已经发展成远较自然人主体更为重要的一种商事主体。然而,由于传统商法中商主体起源于自然人商主体,因此,有关商主体的各种法律规定,均是围绕自然人主体的特点进行设定的。如其权利义务的规定,无不是依据自然人主体的本身特点进行规定的。团体组织体如合伙和公司,由于其是自然人的聚合,是法律拟制的一种抽象的人,其必然有区别于自然人主体特点的独有特点。要对其进行更好的规制,必然应引进一些区别于针对自然人主体进行法律规制所需的法律理念,从而对这些团体组织体在法律上设定更加合理的权利与义务。同时,传统商法中,虽然对团体组织体规定了一些具体的权利与义务,但这些团体组织体的投资人如股东和组织体内的工作人员,是否也应当由商事法律对其设定相应的权利、义务?对这些主体设定何种权利、义务?有关这些法律理论,还应当进一步深入研究。尤其对于规制商事犯罪的法律来说,这些商法主体中的自然人主体,如公司股东和公司高层管理人员,是重要的犯罪主体。传统商法中却并未对其进行规制,或者说未对其进行较为完善的规制。那么,在商事犯罪学中,我们对这一问题理应予以重视。

(二) 商行为的概念

关于商行为的概念,世界多个国家均在商法立法中对其进行了界定。对其定义的界定,有以法国为代表的客观主义立法例,亦有以德国为代表的主观主义立法例,同时还有以日本为代表的折中主义立法例。所谓客观主义立法例是指以法律行为的客观内容作为商行为的判断标准,即商行为指“任何主体以营利为目的的活动”。^{〔2〕}原《法国商法典》第 632 条、第 633 条即是以法律条文的形式规定了商行为的内涵。其规定,应当以法律行为的内容来判断某一行为是否属于商行为。虽然这两条法条后来几经修订已不复存在,但从法国商法典的整体理念来看,其仍是以法律行为的内容作为判断某一行为是否属于商行为,这一理念并没有改变。

而在德国的商法立法中,对商行为的概念是以立法的形式明确予以规定的。《德国商法典》第 343 条规定:“商行为是指属于经营商人的营业的一切行为。”^{〔3〕}

〔1〕 参见《汉谟拉比法典》,《世界著名法典汉译丛书》编委会译,法律出版社 2000 年版,第 45 页。

〔2〕 参见任先行、周彬彬:《比较法导论》,北京大学出版社 2000 年版,第 169 页。

〔3〕 参见《德国商法典》,杜景林、卢湛译,中国政法大学出版社 2000 年版,第 169 页。