

Commercial
Law Review

清华大学商法研究中心/编

商事法论集

王保树/主编

第10卷

VOL.10

-53



法律出版社
LAW PRESS CHINA

Commercial
Law Review

清华大学商法研究中心/编

商事法论集

王保树/主编

第10卷

VOL.10



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

商事法论集. 第10卷/王保树主编. —北京:

法律出版社, 2006. 6

ISBN 7-5036-6344-8

I. 商… II. 王… III. 商法—世界—文集

IV. D912.290.4-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第037724号

© 法律出版社·中国

商事法论集. 第10卷

王保树 主编

责任编辑 王旭坤

装帧设计 李 瞻

开本 A5

版本 2006年6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 北京民族印刷厂

印张 14.375 字数 406千

印次 2006年6月第1次印刷

编辑统筹 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

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-6344-8/D·6061

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)

· 写在卷首 ·

本书是《商事法论集》第10卷(2006年号)。

本卷仍立足于中国商法的发展与完善,广泛借鉴和吸收国外商法的发展经验与判例学说,追踪国外商法的发展趋势,推动商法专题研究,促进商法学的学科建设,进而为商事立法和审判实践服务。论文的作者来源于学者、律师和法官等,文章的风格保持来文原样,贯彻百家争鸣、百花齐放、文责自负的精神。

本卷设“商法基础理论”、“商法专题研究”、“外国商法”、“硕士学位论文”等栏目。

“商法基础理论”栏目收入了两篇论文。韩秀义的《论商人人格》是一篇讨论商人人格的论文,该文认为,研究商人人格,首先面临的问题是,如何对待民事人格与商人人格之间的关系。实际上源于民事生活与商事生活的两分,以及民法与商法的分殊,商人人格表现出独特的本质规定性,诸如商人人格的事实性、经验性、技术性与构成依据的复合性。这些本质的规定性决定了商人人格构成的复杂性。论文认为,构成商人人格因素的标准与原则是:事实性原则、区分原则、遵循商事交易规律原则和技术性原则。沈志先、符望的《特许经营中的若干法律问题》是一篇研究特许经营的论文。特许经营作为一种新的经营模式,在我国处于快速发展时期,也暴露出种种不规范之处。该文根据特许经营的特征,分析了它的法律性质,并针对司法实践中常见的特许经营纠纷展开了探讨。

“商法专题研究”栏目收入了7篇论文,按照公司法、证券法和其他法的顺序编排。王光明的《混合代表制——公司法人代表制度之检讨与重构》检讨了我国的公司法定代表人制度,主张在兼顾效率与公平的基础上,摒弃法定代表制,实行混合代表制,即董事会为公司的法定代表机关,公司代表权分解为一般代表权、专任代表权和共同代表

权,由公司章程在董事会内部进行分配。章晓琴的《有限责任公司股权转让限制制度研究》对作为封闭型公司的有限责任公司的股权转让限制进行了讨论,该文通过对有限责任公司资格兼人合性特征的考察,阐明了有限责任公司出资转让限制制度的理论依据;通过对境内外制度的比较分析,提出了我国有限责任公司股权转让限制制度的重构方案。陈舜的《美国证券违法的从属责任及归责原则》从理论与实践的结合上讨论了美国证券诉讼中的从属责任,主要是协助和教唆责任、共谋责任、控制人责任以及代理责任4种,该文分析了各种责任的归责原则及证明要点,试图勾勒出直接责任之外的保护措施。习龙生的《上市公司控制权转让双方义务的国际比较及我国的制度完善》从我国上市公司控制权转让双方的法定义务及其存在的问题出发,在比较考察美国和西欧公司控制权转让制度的基础上,提出了完善我国有关立法和监管制度的主张。黄辉的《金融监管体制改革:国际比较与分析》从金融自由化对传统监管体制的挑战出发,通过美国与英国监管模式的比较分析,提出了对我国金融监管的启示性意见。郑佳宁的《责任保险的第三人性》是一篇专门研究责任保险的论文,该文系统讨论和研究了第三人性对责任保险的总体影响,第三人性在具体责任保险制度中的体现,以及责任保险的第三人性对完善我国现行制度的启示。周宸立的《TWNIC〈网域名称争议处理办法〉评析》系统分析了我国台湾地区的网域名称争议处理办法,以其规范权利核心要件为主线进行了讨论,提出了自己的见解。

“外国商法”栏目收入了黄辉翻译的两篇论文。一篇是亨利·汉斯曼、内涅尔·克拉克曼撰写的《公司法的终极》,认为,在经济发达国家,尽管在公司治理结构、股东权、资本市场和企业文化方面存在着明显的分歧,但在公司形式的基本法律层面已经取得了高度的统一,并且有可能进一步地融合。融合的一个主要原因是,在公司经理应该排他地以股东包括控股股东在内的利益而行为方面,各国已经取得普遍的认同。对于公司治理的股东中心模式的认同,部分原因在于其他公司治理模式的失败,包括20世纪五六十年代在美国发展的经理中心模式、在德国登峰造极的雇员中心模式和直到最近在法国和很多亚洲国家仍占主导地位的政府中心模式。达成这种新认同的其他原因还包括

当代英美公司在全球经济竞争中的胜利、经济和金融的学术研究在世界范围内的深入影响、经济发达国家中股权的分散和在很多主要国家中激进的股东代表和利益团体的出现。由于占统治地位的公司股东至上主义是牢不可破的,所以,它的胜利宣告了公司法的历史发展“终极”。另一篇是卢西恩·A. 伯查克、马克·J. 罗伊撰写的《公司治理和所有权结构中的路径依赖理论》,该文认为,在任何时候,一个国家所具有的公司结构都部分地依赖其早先所具有的结构。作者指出并分析了这种路径依赖的两种类型:第一种是公司所有权结构驱动的路径依赖;第二种是公司规则驱动的路径依赖。首先,一个国家公司所有权结构依赖于其早先所具有的所有权结构。早先的所有权结构之所以具有这种效果,是因为它们会影响在一个特定国家中有效率的公司治理结构的类型特征;而且,它们会使某些利益集团既有动力又有权力去阻碍对于所有权结构的改革。其次,公司规则影响着所有权结构。同时,这些规则自身也依赖早先的公司治理结构。早先的所有权结构会影响对于一个特定国家有效的公司规则的类型特征,而且,还会影响决定是否实际采纳那些有效公司规则的利益集团政治。本文的路径依赖理论阐释了为什么经济发达国家的公司结构在尽管存在融合压力的情况下仍然相差甚远的问题。路径依赖理论还揭示了为什么某些重要的公司差异在将来仍会持续。

“硕士学位论文”栏目收入了一篇论文。戴少杰在论文《以营利为目的的风险控制》中提出了他对商法理念的初步思考。论文认为,“无论承认与否,我们对商法的认识总是受制于历史性法则。突出的表现就是,‘实然’的商法总是被把握在思想中的它的时代。不过,由于历史情势不断涌现出新的变化了的任务,由此,商法也便成长起来。在此前提下,唯有从不同时代许多人的共同角度来理解商法,唯有能从分歧中看到一致,我们才有可能发现适用于商法的‘普遍语法’”。

王保树
2006年5月

· 目 录 ·

· 写在卷首 ·

· 商法基础理论 ·

- 论商人人格 韩秀义(1)
- 特许经营中的若干法律问题
- 一个司法实践的视角 沈志先 符 望(30)

· 商法专题研究 ·

- 混合代表制
- 公司法人代表制度之检讨与重构 王光明(46)
- 有限责任公司股权转让限制制度研究 章晓琴(98)
- 美国证券违法的从属责任及归责原则 陈 舜(176)
- 上市公司控制权转让双方义务的国际比较及
- 我国的制度完善 习龙生(200)
- 金融监管体制改革:国际比较与分析 黄 辉(222)
- 责任保险的第三人性 郑佳宁(245)
- TWNIC《网域名称争议处理办法》评析
- 以权利核心规范第五条为中心 周宸立(297)

· 外国商法 ·

公司法的终极

- 亨利·汉斯曼 内涅尔·克拉克曼著 黄 辉译(331)
- 公司治理和所有权结构中的路径依赖理论
- 卢西恩 A. 伯查克 马克 J. 罗伊著 黄 辉译(363)

· 硕士学位论文 ·

以营利为目的的风险控制

——关于商法理念的初步思考 戴少杰(412)

· 商法基础理论 ·

论商人人格

韩秀义*

目 次

引言

一、商人人格在中国商法学界研究的一个检讨

二、商人人格的基本规定性

三、商人人格之构成

四、商人人格之作用

结语

引言

商事主体在商事立法与商事法律实践中的重要地位与作用是显而易见的,^①因而,就商事主体进行深入的研究便具有特别的意义。一般

* 作者系中国人民大学欧洲问题研究中心 2003 级博士研究生。

① 这种重要性我们重视得不够。学者指出,商事主体与其他法律关系的主体一样,对于建立经济秩序乃至整个社会秩序都具有十分重要的意义。首先,在现代社会中,何者可以经商,经商者必须具备哪些条件以及他可以享受哪些权利,必须承担哪些义务,这是与商事主体相关的基本问题,并通过商事主体的确立而确立。其次,社会、政府、国家对经

而论,商事主体中较为重要的是商人人格、商事能力(尤其是商事权利能力)、商事权利体系诸问题以及同民法中相应问题的区分,而这些问题核心之一恰为商人人格。

审视商人人格可以发现:首先,商人人格关系到商事主体(即商人)的塑造,最为基本的是,商人人格能够回答商人从何而来,即商人是靠权力捏合催生还是在社会生活积累到一定阶段和程度“破土而生”的问题。其次,商人人格关系到商事关系内容之确定及其与民事关系的区别问题。从最为基本的意义看,商人人格之创制乃为商事关系的一个重要部分;同时,由于商人人格的品性,也使得商事关系与民事关系得以区分。这事实上关涉到商法能否独立存在以及以何种方式存在的根本性问题。最后,商人人格是商法中具体制度建构的基础,例如,若要建构商事权利体系,就必须以商人人格为依据;否则,就会使商事权利体系的构造脱离商事生活,成为一种理论上的摆设。

较之于商人人格在商事主体制度和商法中的重要地位和作用,中国商法学界的研究还比较薄弱。缘于此,笔者将“商人人格”作为一项研究课题,希图在前辈学人的研究成果基础上,对商人人格能有更全面、更深入的认识。

一、商人人格在中国商法学界研究的一个检讨

从中国商法学界对商人人格的研究现状来看,直接论及商人人格的文字十分稀少,大部分学者是从民法的角度间接地触及商人人格问题。因而,对商人人格的第一种研究路径便是以民法中有关民事人格、民事权利能力的基本原理和逻辑为依托与参照,将其直接移植到商人人格的阐释中。主要观点如下:

1. 人格与权利能力同义。如史尚宽先生就认为,“法律上的人格,谓有权利能力之主体。故权利能力者与人格者有同一意义”。^②梅仲协

济活动的调控、干预、引导,主要是通过商事主体的调整来实现的,商事主体是实现国家参与经济活动的中介,是建立社会经济秩序的主体性基础。最后,商事主体的界定是实现政企分开、区别营利部门和非营利部门、营利行为和非营利行为的法律依据。参见范健主编:《商法》(第2版),高等教育出版社2002年版,第29页。

② 史尚宽:《民法总论》,正大印书馆1980年版,第72页。

先生也持相同意见。^③ 由此推知,商人人格与商事权利能力亦为同义,且皆为主体概念。

2. 人格的三重含义说。认为人格具有三重意义:一为具有独立的法律地位的个人和组织;二为作为民事主体的必备条件的民事权利能力;三为一种应受法律保护的利益。^④ 这种说法实质上是前一种观点的放大。

3. 抽象法律地位说。认为从严格意义上讲,法律人格与权利能力并不相同。较之权利能力,人格具有更高的抽象性,其描述的是自然人或某些团体的一般法律地位、一般意义的主体资格,其并不考虑和表达主体得具体享有之权利的范围。因此,享有具体权利的范围之大小、成为某种具体法律关系主体的资格之有无,与有无人格完全不同。人格的概念当然包含了享有权利的资格,故若无权利能力,人格无从表现。但享有具体权利的资格并不等于人格。^⑤ 这种观点道出了人格与权利能力具有一定的区别,但并没有指出区别的实质所在。

上述3种观点中,最为核心的是将人格与权利能力相等同的观点,而且这种观点本身并不科学,若以此为参照去解释商人人格及其与商事权利能力的关系,可以说有百弊而无一利。之所以会产生这样的观点,下列因素可能发生了影响:

其一,罗马法人格学说的影响。按照周枬先生的说法,在罗马法上,人作为法律上的权利义务主体,有一个发展的过程,反映在概念上就表现为,罗马法上有3个关于人的概念,即 *homo*、*caput* 和 *persona*。*homo* 是指生物学意义上的人,不一定是权利义务的主体;*caput*,原意是指头颅或书籍的一章,古罗马时,户籍登记时每家长在登记册中占有一章,家属则名列其下,当时只有家长才有权利能力,所以 *caput* 就被转借指权利义务主体,表示法律上的人格;*persona* 则表示身份,是从演员扮演角色所戴的假面具引申而来,假面具可用以表示剧中的不同角色,*persona* 也就用来指权利义务主体的各种身份。同时,在罗马法

③ 梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第53页。

④ 王利明、杨立新、姚辉编著:《人格权法》,法律出版社1997年版,第2~3页。

⑤ 尹田:“论法人的权利能力”,载《法制与社会发展》2003年第1期,第77页。

上,要作为完全的权利义务主体,需要具有自由权、市民权和家父权。当时,还不曾用现代的“权利能力”一词来概括这种资格,而用人格或人格权(caput)来总称这三权。^⑥依此,如果在罗马法上成为完全的权利义务主体,或者说具有人格(caput),必须具备4个条件或者4个要素:一为生物意义上的人,即homo;二为自由权;三为市民权;四为家父权。在一定意义上说,第一个条件或要素乃为一种自然事实,而后三个条件或要素则为身份,即persona。按照徐国栋教授的看法,身份是人相较于其他人被置放的有利或不利的状态,其包括3项要素:第一是身份的比较性,即身份都不是独立存在的,一种身份的存在必然对应于或依赖于另一种身份,这便是身份的区分或比较功能,其所产生的结果为正(好的)身份与负(坏的)身份;第二是身份的被动性,即身份原则上不是个人自由为自己安排的,而是被他人安排的;第三是身份的区分性,这是从身份的比较性派生出来的属性,区分的结果有特权即有利状态和受歧视即不利状态。^⑦由此可见,身份是一种价值判断或价值选择,其深深植根于当时罗马社会的等级制结构;同时,也使得权利义务主体或人格本身具有了分配社会资源、组织社会秩序的政治性功能。此种情形也导致了人格与所谓的身份(其实,身份即是现代意义的“权利能力”)的互通甚至混淆。这种情况到了近代社会才发生了根本性变化,其标志乃为《法国民法典》与《德国民法典》,结果是,只要具有了自然人这一客观事实(即为人格构成因素的单一性),就为民法上的权利义务主体,在权利义务主体存在的基础上,权利能力才起到规定权利范围的作用。所以,尽管当时的罗马人格学说既具合理性也颇具技术性,但不应该成为今天认识人格及其与权利能力关系的不可质疑的一个当然依据。

其二,农耕文明与“意识形态先行”思维方式的影响。高在敏教授一针见血地指出,严格而论,此一观点(指“人格与权利能力同一义也”)的产生与形成,既同农耕生产方式支配下的思维极具模糊性有关,亦同农耕生产方式熏陶下的思维习惯极具怠惰性有染;既带有“意

^⑥ 周枏:《罗马法原论》(上册),商务印书馆1994年版,第97~98页。

^⑦ 徐国栋:“‘人身关系’流变考”(上),载《法学》2002年第6期,第50页。

识形态先行”的这一中国传统思维模式之痕迹,亦流露出中国近现代文化阶层对于工商文明存在有极深的成见以及抱有毫无来由的某种抵触情绪。^⑧ 费正清亦曾指出,中国人治学一直以社会和人之间的关系为中心,而不是研究人如何征服自然。作为“科学”倡导的一个结果,中国学人试图以批判和实证方法治学,然而这种方法体现在文史训诂等领域,不甚关心物质技术;同时,“科学”的提倡也没有导致新文化运动的主要领导者制定出一套比较完整的逻辑体系,使人们能够据此以概念来检验概念,并系统地将一种陈述与另一种陈述进行对比。^⑨

这种模糊而缺乏逻辑性、“意识形态先行”的思维方式在中国民商法领域的一个突出表现便是对人格与权利能力同一意义的认识与判断。或许在现代社会,人格、主体与权利能力在自然人这一层面表现出极大的同一性,但是,在逻辑层面上,它们之间的逻辑关系和逻辑顺序还是可以审慎辨识的:人格所要解决的是主体赖以产生、存在直至消灭的条件问题;在人格要素的基础上,主体便凸显出来;而权利能力是在主体存在的情况下,解决其权利范围之问题。总之,人格和权利能力是从两个不同方向共同完成对主体的塑造。这种情形在商法中体现得更为彻底。

第二种对商人人格的研究路径是立足于民商有别、两者在反映和规制人格方面具有分殊的前提下展开对商人人格的探究。在这一研究路径中,中国民商法学界的代表性学者是江平教授和高在敏教授。

江平教授认为,人格学说并不能等同于现代民法中的权利能力学说,人格和权利能力不是一个概念,虽然在自然人的人格和权利能力上,其概念已经近乎重叠,甚至对现代民法中的自然人来说,不存在人格的概念,所以只有权利能力的概念;但这种情况对于法人而言远不能适用,对于法人来说,人格指法人应当具备的条件,权利能力指依照法律或法人组织章程规定的法人从事活动或经营的范围,前者是区别法人和非法人团体的准绳,后者是区别法人所实施的行为是否超出其权限范围,是否应承担超出登记机关核准登记的经营范围从事非法经营

^⑧ 高在敏:《商法的理念与理念的商法》,陕西人民出版社2000年版,第101~102页。

^⑨ 费正清:《美国与中国》,商务印书馆1987年版,第57~58页。

的责任问题。^⑩

江平教授正确地区分了人格与权利能力,说明了两者并非同义,而且与主体亦非同义。但由于研究课题的局限,并没有对商事主体进行一般性分析,因而没有提出商人人格的概念(尽管有“商事资格”的概念),那么就不可能深入讨论商人人格与法人人格之间的关系。所以,观点还有进一步深入研究的必要。

高在敏教授认为,人格仅是一事实判断问题,因而使此一判断的内容在近现代以来的立法以及理论严格限定于两项:一是人格之“有”与“无”;二是围绕人格存在具体形式之“此”与“彼”。易言之,人格判断之本质客观上无从涉及人格之“好”和“坏”。然而,权义能力自始就是一个既含事实判断色彩,又富价值判断情趣且以后者为主的混合型判断范畴。例如,源于民刑两法的价值追求不同,在一方面,使民法既有涉及其主体人格之必要,又有涉及其主体权义能力之必要;在另一方面,使刑法只能涉及主体的人格而无从将“犯罪”与权义能力挂起钩来。由此即知,权义能力在客观上主要是一价值判断范畴。既然人格属事实判断范畴,那么,无论是非创制型人格的判断事实根据,抑或是创制型人格的事实构成条件,其来源只能是社会生活事实存在以及其自在意义的规律要求,而非系立法者主观上的或好或恶。^⑪

高在敏教授深刻地指出了商人人格是一个事实问题,而且又将商人人格区分为创制型与非创制型两类。但是,或许出于其他原因,没有论述商人人格的规定性。

立足于民商有别来研究商人人格,若对其更加深入地分析,必须以民事人格与商人人格的殊殊作为背景依据,这样,才能凸显出商人人格的基本规定性。

二、商人人格的基本规定性

阐释民事人格与商人人格的区别,不仅能够展示民商法中人格的价值追求与法律的构成因素之不同,而且也能为分析总结商人人格的基

^⑩ 江平主编:《法人制度论》,中国政法大学出版社1994年版,第2~3页。

^⑪ 高在敏:《商法的理念与理念的商法》,陕西人民出版社2000年版,第102~103页。

本规定性提供了切实又切近的参照系。因此,这种比较性分析是研究商人人格规定性必须要做的基础性工作。

一般说来,民事人格与商人人格的分野在于:

其一,民事人格深具伦理色彩与价值内涵,而商人人格只是事实问题,不具伦理属性,也不承担价值使命。在古希腊罗马社会,自然人与市民的分离,自然人格与法律人格的割裂,既为在法学上抽象出人格学说提供了素材,又为在法律上维护等级性制度提供了支持性工具——人格。然而,在自然秩序中,平等的人格是客观存在的,其既为人们追求的一种目标,亦为追求本身提供了恒久的动力。这一程奋斗的结果就是在法律上承认自然人民事人格构成要素的单一性而非复数性,即生命体的存在,如《法国民法典》的“所有法国人都享有民事权利”,《德国民法典》的“自然人的权利能力,始于出生的完成”。如学者所言,民法典尊重个人权利的最好和最重要的表现,是它对先于和高于实在法的法原则的承认,以及国家的使命不是创立,而仅仅是在明确这些原则之适用过程中提供更有效的保障手段。^⑫这已充分说明,民事人格承载着人们追求平等、摆脱直至废除等级性社会制度的价值追求,以及基于自然理性的伦理需要。

商人人格与其恰恰相反。埃利希指出:“人一经进行自己自身的经营,便会自然地……取得权利能力和行为能力,这是一项法则。”^⑬该项判断至少说明了两个方面的问题:一则,人一经进入到商事交易领域,成为商事主体,就先行地事实性地具有了商人人格;二则,这种状况乃为自然之需而非人为硬性安排,但并不是说在商人人格形成与存在过程中没有规律与规则的作用,而是说这些规律与规则是客观自在地发挥了作用。实际上,对商人人格这一特征的最好佐证是民事领域的自然人成为商人的事例:如一个自然人要成为沿街兜售茶叶的小商人至少应具备两个条件,即用于经营的财产与连续性从事贩卖的行为;否

^⑫ 阿·布瓦斯泰尔:“法国民法典与法哲学”,钟继军译,载徐国栋主编:《罗马法与现代民法》(第2卷2001年号),第290页。

^⑬ 埃利希:《权利能力论》,转引自[日]星野英一:“私法中的人”,王闯译,载《民商法论丛》(第8卷),第159~160页。

则,就会永远具有民事人格、是民事法律关系中的主体,绝不会成为商法中的商人。可见,商人人格只说明或表示一种事实,而且这种事实与商事营业的规律性要求相一致。从这里可以清楚地看到,埃利希的判断简明地反映了法国商法的客观主义标准,即从行为→职业→身份→人格的法律技术之逻辑线路和对商人人格的规制机理。

其二,民事人格存在于“制定法”领域,商人人格存在于“自然法”(如万民法)领域。说民事人格存在于“制定法”领域,首先要说明的是,民事人格若获得法律的支持与保障,必须以能够实际发生效力的法律规范为基础;其次要表明的是,民事人格向自然人格的每一次靠近,都是以制定法的记载、规制为巩固手段的;最后需要指出的是,徐国栋教授的新近研究成果表明,罗马法中确定法律人格构成要素(自由权、市民权与家父权)的市民法属公法范畴;^⑭《德国民法典》的起草者之一、潘得克吞学派的主要代表温德沙伊德也认为对“人本身”的调整是一个公法问题,故把该问题从私法的调整对象中排除。^⑮如果上述结论是确切的,则进一步说明,民事人格不仅存在于“制定法”领域,而且仅存于公法中。^⑯说商人人格存在于“自然法”领域,主要原因在于:一则,在罗马法时期,产生、形成商人人格的领域不是市民法而是万民法,而万民法产生的实际动因乃为罗马与异邦接触日益频繁、交易日益发展、市民法已无法维持所致,而就万民法的理论内涵而言,其核心就是自然法,易言之,万民法乃为自然法的成功实践。^⑰二则,从商法产生、演进的历史过程看,其最初的存在形式为商事习惯法,由之或许可以推知,商人人格的存在状态亦是习惯性质的,从而缺少制定法的雕琢。可是这并不是说,商人人格的构成可以是任意不受拘束的,其实,对商人

^⑭ 徐国栋:“‘人身关系’流变考”(上),载《法学》2002年第6期。

^⑮ 徐国栋:“再论人身关系”,载《中国法学》2002年第4期。

^⑯ 这一结论并非要为国家对私人生活空间的干预、侵蚀张目,而是强调:对于民事人格而言,若重获得制定法的保障,必然存在自然人与国家抗争的过程,这也正是笔者坚定地认为民事人格具有价值使命的缘由;同时,也不否认在历史上商人同国家的抗争存在,但是,这种抗争的目标与前述之抗争不同:一是争取国家对具有客观性质的商人人格的承认与容纳;二是争取权利能力的扩大。

^⑰ [罗马]查士丁尼:《法学总论》,张企泰译,商务印书馆1989年版,第6页注释①。

人格的规制力量根植于现实交易所应遵循的规律与规则之中。三则,在商事制定法时代,法律对商事的规制呈强化趋势,政治国家也对商事生活进行了干预,但是法律的规制与国家的干预不应违背商事的本然要求,如法律对商人资本的要求,便不能整齐划一,否则就无视不同商人人格及商人类型的客观存在;即或对诸如股份有限公司之类的商事主体的资本有强制性规定,其实质也是与商事主体的权利能力、股东责任及责任机制相协调的,况且这种强制性规定也出现了变通与松动,其表现为英美法系的授权资本制为大陆法系国家立法的广泛采用。所以,法律规制与国家干预的对象与其说是商人人格,不如说重点在商人的权利能力及其责任机制。

其三,民事人格的演进经历了一个“从身份到契约”的过程,也就是说,民事人格的构成要素的变化轨迹是要素的复数性向要素单一性的变化,这种变化的思想动力主要为自然法思想,而现实动力则为人格残缺不全者与无人格者的抗争。商人人格构成要素的变化是由简单(并非单一)到复杂的过程,其变化的动力乃为商事营业之需,即随着营业规模、经营方式与地域诸多因素的变化,致使商人人格的构成愈加丰富、复杂,这样也就出现了不同类型的商事主体。从这里可以发现,商人人格既是经验性的,又是技术性的。

通过对民事人格与商人人格的3个方面的比较,可以确实地发现两者之间的不同,这一系列的分殊可以使对商人人格基本规定性的阐释与辨识更加方便。归结起来,商人人格的基本规定性应有4个方面:

第一,商人人格的事实性。如前所述,商人人格是事实问题而非价值判断,这既可从人格与权利能力的区别中得到确证,亦可从民事人格与商人人格的分殊中获得支持。这里需要强调的是,商人人格的事实性在商事交易中的表现。成功的商事交易需要有良好的经商环境和迅捷安全的交易信用机制。泰格·利维在描述中世纪商人法时代的商事交易时写道:“商人为了保护自己及货物免遭贵族恣意蹂躏掠夺,感觉到必须确立保护经商的条件。一个人或者几个人,配备精良武器,又娴熟于使用武器,就能够横越欧洲经营香料、丝绸之类轻便商品的生意,这类货品既值钱又便于携带,且交易时就可换得现款。但这还是贩卖。若要从事有秩序而又是经常性的贸易,那就得要有一种制度,既可保证