

资本法益:商法学的逻辑起点*

胡平仁¹,肖飞云²

(1.中南大学 法学院 湖南 长沙 410083;2.湘潭大学 法学院 湖南 湘潭 411105)

摘要:商法学逻辑起点的确立是商法学实质性独立的标志。对不同国家商法学说的吸收,我国商法学界有企业主体说、市场交易说、营业二元说等三种代表性学说。结合逻辑起点特征的分析,反思这三种学说的优势和不足,资本法益凭借其独有的社会属性和自然属性,当之无愧地成为商法学的逻辑起点,并且对于完善商法学体系、与民法学明确界分、指导《商事通则》制定有重要意义。

关键词:资本法益;商法学;民法学

中图分类号:DF59 **文献标识码:**A **文章编号:**1001-5981(2014)02-0026-07

DOI:10.13715/j.cnki.jxupss.2014.02.006

当前商法学存在体系松散、独立性争议的问题,寻求商法理论的逻辑起点成为解决这些问题的关键,且有助于为《商事通则》的制定提供指导。在金字塔形的理论架构中,广义上的商法学本体已经被学者们研究,本文正是从此出发,试图探讨和研究商法学的逻辑起点。

一、商法学本体的代表性学说

广义的商法学本体学说是指以商法学的核心范畴、性质、终极价值、根基、重心等为研究内容的理论学说。由于我国的立法体例尚不成熟,没有统一商法典或是商事总则,所以学者们大多参考商法理论和实践较为成熟的国家的经验,根据我国国情略加调整,大体上提出了以下三种代表性学说。

(一)亲法美商法:从商行为说到市场交易说

源自19世纪初奉行客观主义的法国商法开创的商行为说,主张不论实施商行为的人是否属于本来意义上的商人或是否从事持续的营业活动,凡与商行为有关的关系都是商事关系,适用商法;除商行为以外的其他行为,不能构成商事关系,只作为普通的民事关系,由民法调整。商行为说的现代版本就是基于《美国统一商法典》(Uniform Commercial Code,以下简称UCC)的市场交易说。UCC属示范法,由美国各州自行采纳,但目前除路易斯安那州对第二篇和第九篇保留,美国各州均采纳了本法,该法

成为通行于美国的硬商法了,是现代商法的表率。UCC坚持实证方法,严格反映市场交易需求,具有“协议改变法律”的灵活性和普适性。UCC较常用的为1972年版,共计10篇,依次为:总则,买卖,商业票据,银行存款和收款,信用证,大宗转让,仓单、提单和其他所有权凭证,投资证券,担保交易,生效日期和废除效力。UCC体系完整且庞大,为推动美国市场经济提供了强劲的法律支持。

我国市场交易说的代表人物是商法学的先驱徐学鹿教授。徐教授推崇现代商法理念,将美国商法视为典范,提出“商法是市场交易的行为准则,商法调整的是市场交易关系”^{[1]19}。“商”其实就是市场交易,交易贯穿于“市场”、“商人”、“商法”概念中。当下我国商法调整对象的不明确,“商法诸论”的产生归根结底是大陆法系“私法一体化”的构想及民法“形式主义”对商法的侵害,从而拘泥于民法特别法、“商事关系”等概念,使得在思想上不还商法一个开放的视野。徐教授旗帜鲜明地指出,民法只是“简单商品生产完善法”,它调整的买卖等财产行为属于市场交易,应当由商法来专门调整。这一整套理论都极具市场交易特色,兼具实践层面和哲学理论高度,论据丰富,浑然一体。

不难看出,市场交易说立足于现代商法,它不仅很难涵盖与解释前现代商法理论与实践,而且相对

* 收稿日期:2014-01-07

作者简介:胡平仁(1962-),男,湖南嘉禾人,中南大学法学院教授、博士生导师。

于我国刚刚起步的商事理论和实践显得过于超前,甚至很容易因严重削弱民法的领地而遭致强烈反对。

(二) 亲德国商法:企业主体说

企业主体说(以下简称为企业说)以范健教授为代表。该观点目的在于顺应企业壮大的趋势,实现商事规范的一元化标准,进一步确认商法学独立,认为在现代商法上,商主体只能是企业。^{[2]198}企业说是在商事主体学说的演变过程中形成的,继受德国商法的主观主义,以商事主体的研究为重心来探讨商法学的内容及与相关部门法学的边界。传统观念中,商法是“贸易私法”,商人是商法重心为理所应当。但随着经济社会的发展,出于对资本、劳动力的大量需求,企业代替个人逐渐成为市场参与者的主角。为了适应这一变化,商行为与商主体的内涵外延均随之有了跟进,以维护市场营利的最大化。

企业说从商法学应然的角度来讨论,提出了商法学的新架构,认为企业应当成为商主体的唯一组成部分。企业是指通过履行注册登记程序,具有独立财产和意思的组织,它包括个体企业、合伙企业、法人企业。当下不论从交易规模还是交易频率,企业都已成为市场经济参与的最大主体,仅仅以自然人身份参与的交易往往为偶然性,经营规模有限,如未经登记的走街串巷的小商人的行为属于一般的商品交易行为,应当由民法调整。至于参与证券投资、汇票、支票行为的主体,也不应纳入商主体范畴,只需从商行为的角度给予规定即可。

诚如卡纳里斯所言,“依实然法的情况下,商人概念被企业承担者概念代替是有不可逾越的障碍的。”但在应然法上,商法却“应向企业特别对外私法方向发展”^{[3]11-14}。企业说为进一步澄清商事主体有着重要意义,尽管与现行商法体系有冲突,但只要商法观念进一步开放,尊重商事实践现实,处理好非企业的准商行为的规范,必将推动商法学走上一个新的台阶。但其最大的不足就是很难将商事法律关系与一般的民事法律关系区分开来,从而难以为商法和商法学的独立提供有力的理论支撑。

(三) 亲日本商法:营业二元说

营业二元说(以下简称为营业说)在日本商法学界基本为通说。从历史上看,日本商法是19世纪末在充分借鉴与综合法国商法和德国商法的基础

上,以商人(商主体)和商行为的结合为确立商事关系的标准。《日本商法典》第503条:“商人为其营业实施的行为,为商行为。”

“营业”的丰富意义的确为商法体系的解释与构建提供了坚实的基础,使商法学浑然一体,因此,我国学者在“营业”和与其相近的“营利”进行比较后,也借鉴并选择了“营业”观点。有的认为营业范畴在商法价值体系中处于核心地位,是商法理论的核心范畴,“商法……是营业法”;^{[4]128-130}另有学者认为将营业行为和营业组织体分别替代商行为和商主体概念有着丰富现实和理论依据,是商法发展的趋势。^{[5]7-23}有的提出,营业具有活动的营业和组织的营业两层意义,^{[6]217-224}或是主观意义和客观意义的两层营业。^{[7]112-120}前者是通常所指的营业,即以营利为目的,并以此为业的反复实施的商事交易活动。关于后者,各学者的观点有所不同。有的认为指营业活动所需的场所、设施等财产,^{[8]44, [9]183}包括积极财产和消极财产^①两部分,实践中以商业账簿记载为准;也有的认为指维持营业活动运行的企业等组织体;^{[10]46}还有的认为上述两者都在营业之意中,共同构成营业活动的物质基础,进而提出了以营业为中心的商法体系:营业组织法、营业财产、营业行为、营业公开制度、专门的商事营业、营业救助与营业终止六部分。^{[7]112-120}总的来说,营业既指营业行为也指营业组织财产,由此,营业成为商主体和商行为的连结点。

总体上看,营业二元说在我国以商法学研究会会长王保树教授为代表,受到理论界的较多支持,从而成为我国商法学界较为成熟的关于商法本体论的观点。该学说意在寻找商法学的“脊梁”,联系商主体与商行为范畴,达成商法体系的自治。但是如何处理“营业”与“营利”的关系,商事活动主体的日益泛化等现象,都对此观点提出了挑战,需要更进一步的思考和处理。

随着学界对商法理论重要性认识的加深,除了上述三种较为成熟的鲜明观点外,商法学最近也有了一些新的对广义商法学本体研究的成果。有的提出,商法的核心在于资本经营。^{[11]1-27}该论者通过对近几年商法年会主题、近二十年商事立法、商法教材分论内容的分析,得出商法及其理论的重心从传统交易法转移到了金融法与企业法并重的时期。这一

^① 积极财产包括物(含动产、不动产等)、权利(物权、债权、有价证券、专利权、商标权、著作权、商号权)和商业秘密、商誉、地理条件、客户关系和其他无形财产等;消极财产包括营业上各种债务形成的财产。参见王保树《商法总论》,清华大学出版社2007年版,第184页。

观点与“营业说”均是从行为的角度来阐述,因此,两学说可以相互对比、借鉴,从而更加充实完善。也有的用商法本位的名义探讨商法作为独立法律部门的内在依据,提出法律本位的实质并非权利,权利只是外在形式,利益才是内在实质,从而,法律本位的实质是法律分配和确认的社会主体利益,商法本位是商法对商主体的经营利益的配置、确认和保护,核心要素是对市场交易利益的调配和确定。^{[12]41-51,172-177}这一观点与市场交易说有一定的重合,同时,他又吸收了法哲学逻辑起点中的法益说。但是,由于这一提法并没有很好地区分“商法”和“商法学”(或是“商法理论”)两个概念,从而将本位模糊于“市场交易利益”与“调配和确定”之间。因此,从这儿走向商法学的逻辑起点还有一段路要走。

二、商法学本体学说之反思

黑格尔曾经指出,理论体系的逻辑起点要具备三个条件:一是作为逻辑开端的东西必须是整个体系赖以建立的基础和根据;二是逻辑中最初出现的规定是一种最直接最简单的抽象;三是作为逻辑开端的东西必须在历史上也是最初的东西。^{[13]51-56}我们认为还要补充一点,那就是该逻辑起点必须足以区别于其他理论体系,从商法学理论来说,其逻辑起点必须有别于其他法学和非法学学科。^{[14]29}

在商法学逻辑起点问题上,前文综述的三种代表性学说有几点值得肯定:一是客观性。三学说都是从客观的角度来说明商法学的本体。逻辑起点作为一个本体概念,具有最直接的特性,必然是客观存在,而非主观构造。二是社会关系性。市场交易发出了一个非常有意义的信号,商法学逻辑起点应当是包含有一种社会关系。起点是具有极强的生命力的,这就要求起点包含辩证统一的矛盾,有矛盾即有双方,由于联系是普遍的,矛盾的双方必然产生联系,体现于社会中便是社会关系。三是资本增值性。无论企业说、营业说还是市场交易说,不同的形式其实都是指向相同的实质,也就是资本增值。企业不同于事业单位,是以营利为目的的组织;营业是以营利为业的行为;市场交易也不是日常易货,而是遵从价值规律,谋求利益最大化。

但前述三种代表性学说也有着明显的不足:一是企业说与营业说的通病为主体的限定。它们都要求主体以经营为常态,或是经过登记注册的组织,但事实上现代投资理财越来越受到人们的关注,参与率步步攀升,标志着主体泛化,偶然营利仅能就个体

而言,在全社会来说,并不偶然。因此,如果以此为逻辑起点展开,便不能覆盖整个商法的对象,也就不符合逻辑起点的第二特征。二是营业说具有双重属性,不符合逻辑起点的第一特征。最简单最直接的范畴就要求起点已经是不可分割的了,比如道家学说常言的“道”,便是生二、生三、生万物的最初形态,它本身是不可再分的。因此,看似周全的营业论是不适宜作为逻辑起点的。三是市场交易说缺乏必要的法学属性,从而与企业说、营业说一样,都未能与商法学作为一个“法学”部门联系起来,而只是紧紧地扣住了“商”,与法学关联强度不大。市场交易说本身是符合商法的,但是如果直接援用“市场交易”作为逻辑起点则明显相去甚远,不符合逻辑起点的第四特征。

带着这些问题,并重温马克思的《资本论》等著作时,我们逐渐地认识到“资本”概念的价值。但由于“资本”范畴过于广泛,研究角度的不同便衍生出不同的理论体系,比如从政治的角度研究,资本主义的天然劣根性便成为很多政治学家的着力点;从经济学的角度研究,市场经济便是“资本”运作极成熟的阶段,成为市场经济研究的核心,相关范畴有剩余价值、资本构成等。现在我们是商法学的角度来研究“资本”的生成、管理、运作、保障等问题,切入点则在于“资本法益”。

三、“资本法益”与逻辑起点的契合

“资本法益”是指与资本相关的具有法律意义的利益。虽然这一逻辑起点的得出源自对商法学的分析和整理,但是逻辑起点具有在对象理论体系中的绝对前提地位和无概念中介的特性,使得其释义必然是立于商法学之外的。

市场经济充斥着资本的流动和融通,商品流通催生了货币,货币便是资本的最初表现形式。但资本并非止于符号化的货币,它的实质也并非货币对应的特殊的物质,而是这些物质的价值^{[15]171,179}。它存在于G—W—G'的循环中,从货币到商品再到货币,如商品贸易;也存在于G—G'循环中,从货币到货币,典型的比如资金借贷,其中G与G'的差值便是增值额,马克思称其为“剩余价值”。在这样的循环中,价值就成为了资本,其中前者为商业资本,后者为生息资本。^{[15]176,192}商业资本或作为商人财产出现的货币的唯一目的就是交换价值。^{[16]386}

法益概念源于德国刑法理论,由宾丁在《规范论》中提出,立法者进行价值评价的状态或对象就是法益,其后又有李斯特等大家进行更深入细致的

探讨。该概念被引入国内后,很快超出刑法学界,成为各法学学科的范畴。

“资本法益”是法益的具体化,必须满足“法益”定义中的所有条件。就特定资本而言,从其产生到维护、经营、完结,各个环节都存在不同利益的权衡和博弈,但是只有需要法律调整的、能产生法律意义的才属于资本法益,而其余仅仅通过道德谴责、通过商事潜规则、通过政策引导的利益都将排除在法益以外。资本法益所包括的不仅是积极利益,也包括消极利益,受到侵害的利益都必然产生补救义务和侵害责任。另外,利益也并不限于合法权益,在特定情况下,法律出于维护稳定的目的,依然保护持有的非法利益不受他人侵害,在此稳定也就成为非法利益具有法律意义的原因了。因此,“资本法益”是法哲学理论成果在商法学的一次运用,资本不限于货币,法益不限于合法,资本法益与商法学的紧密联系还可以通过与逻辑起点的契合来体现。

简单来看,资本法益与商法学的关系,就好像“资本”对应了“商”,“法益”对应了“法学”,前者均为后者的核心和本质。那么深入分析依然如此吗?鉴于法益为法学的逻辑起点是既有的研究成果,在此便着力讨论具有法律意义的“资本”与商法学逻辑起点的契合。

(一) 资本是商法学中最简单最直接的范畴

资本突出的自然属性有三:增值性、流动性、扩张性。资本的基本属性就是能带来剩余价值,停留于原地的价值是不可能成为资本的;资本流通公式反映的就是资本增值的过程^{[17]11-20}。资本流动性则是资本自身生成和存在的基本要求,作为资本的货币的流通本身就是目的,^{[15]178}劳动、劳动部门间的不断交换,相互形成交错联系,资本才能不断新陈代谢,充满新鲜与活力,它的流通运动是没有限度的。其扩张性是实现增值必须保有的品质。扩张性体现为一方面在空间上的扩张,拓宽资本膨胀的市场;另一方面对生产力提升的扩张性要求使得资本增值拥有坚实基础和不绝来源。资本这三大属性正是“商”的本质体现。

或许有人会提出,为什么不直接将“商”本身视为商法学中最简单最直接的范畴呢?笔者认为,一是这样难免陷入自我定义的循环怪圈中,从而,无法顺利实现从商到商法理论体系的演绎过程。二是在经济学者和商法学者的主流观点中,“商”至少有两层含义:商人和商行为。显然,这种二元化甚至多元化的“商”是不符合逻辑起点的要求的。增值即为

营利,流动方有交易,扩张推动发展,资本单纯而又丰富的含义,当之无愧地成为最简单最直接地指向商法学本质和逻辑起点的基石范畴。

(二) 资本是商法学体系赖以建立的基础

从形式上来说,资本可以成为商法学体系建立的基础。资本的自然属性有以上三点,其社会属性也同样不可忽视。马克思指出,资本不是一种物,而是一种以物为中介的人和人之间的社会关系。^{[15]877-878}因此,资本并不是孤立于社会的微尘,而是千丝万缕的人际社会关系。商法学研究的也正是商事关系的原理、价值权衡等问题,资本背后的关系正是商事关系。

从内容上来说,资本应当成为体系的基础。资本从其酝酿形成到管理运作、融资流通增值,无时无刻不在形成、改变、消灭社会关系,具体到“资本法益”上来说,便是不断地产生、变更和消灭社会中的法律关系。商法学体系便是建立在相互关联错杂的法律关系网络之上,比如资本的酝酿形成即融资过程便是不同的主体将各自的资金或其他价值成本积聚到一起,一方面使资本的总额增大,另一方面使各资本所有者拥有的资本价值增加,这就是证券、股票、基金等相关商法学构成。资本的内部管理运作便是典型的商主体范畴研究对象,从管理方的分权和制约到出资方的资本三原则,从资本增值理想时的收益分享到资不抵债时的破产清算,都围绕资本法律关系的多样性来应对各种现实状况。资本的外部流通交易成为资本增值的主要方式,也是商法学体系中商行为的主体部分。它的典型方式是卖而买,也包括为此服务的辅助性经营活动,如运输、居间、出版、保险等等。这些辅助性活动之所以纳入资本的外部流通交易,是因为正是资本促进这些活动成立并发展,通过资本来吸纳劳动力、科技,理性科学地计算资本的增值预期,最大程度地追求资本收益并将收益有计划地用于扩大化经营。因此,辅助活动也是为扩大经营而经营,与为卖而买有着共同的本质趋向。资本背后多样化的法律关系便是商法学体系赖以建立的基础。

(三) 资本与商法学开端的历史相统一

商法理论的历史与资本的历史有着很大的重合,尤其是在开端之时,两者是统一的。交易发展到一定程度,有专门开展商事交易的群体出现,商法学范畴便最先从合同法规开始。如果我们将这一过程更理性地抽象,不难发现这样一个规律:专门性商事交易的开展不可能为以物易物,而是在有了一

般等价物的出现,也就是货币的产生,方能推动商事活动的前行。因为缺乏等价物,将使得交换受到物的有限使用价值的束缚而难施手脚。货币作为一般等价物使得等价物易于携带和转换,更是大大激发了交换的潜能,促成了商事实践、商法和商法学的成长与壮大。

马克思对资本产生的论述主要体现在《1844年经济学哲学手稿》中,孙承叔教授在阅读马克思的《手稿》后总结指出,交换与货币、货币与资本中,前者是后者的起点,三者共同成为人类发展史上极为重要的关节点。^{[18]84-93} 具体来说,货币是商品流通的产物^{[15]171},资本是以货币为财富形式的起点^{[19]507-508}。由此,资本是在这样的情境下产生的:社会分工,交换从无到有、从少到多开始产生,为了使交换更快捷、方便,等价物产生,货币应运而生,凭此便利,有人开始专门从事互通有无的交易活动,以赚取买卖间的差价为目的,赚差价的成本便是资本。

对比商法学范畴和资本的开端,我们发现两者是具象和抽象、表象和本质的关系。从实质上说,它们展现的是同样的社会实践活动。二者分析观察角度的不同导致了不同的理论表述,如果将资本与法益结合,便使资本分析法的视角与商法学的视角合二为一,成为研究有关产生法律意义的资本相关活动的理论切入点,揭示和提升资本运营、商事活动的状况。

综上,“资本法益”完全符合逻辑起点的四大条件,并且与商法学体系紧紧相关,贴切入理,完全能成为商法学的逻辑起点。

四、“资本法益”推动商法学实质性独立

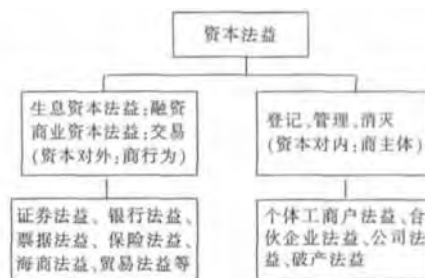
“资本法益”只有应用于商法研究中,才能真正发挥自己的作用。商法学也正是以“资本法益”为立足点合乎逻辑地推演出商法学的基本框架,让其真正区别于其他理论体系,实现自身的实质性独立。

(一) 商法学体系完善

完善商法学体系一方面是要确定商法学的范畴,另一方面是使诸范畴内部间逻辑清晰,协调统一。这两方面是分别从整体和部分的角度的来观察商法学体系,其实质是相同的。范畴的确定离不开内部的有机联系,内部的逻辑清晰离不开范畴的界限明确。所以综合来说,“资本法益”作为商法学的逻辑起点,其使命是确定逻辑清晰的商法学范畴体系。

资本法益分为以融资为主要活动的生息资本法益和以交易为基本形态的商业资本法益。资本法益依据其从生到息的过程,依次可以分为融资、管理、

交易、消灭四步骤,其中融资、交易为对外资本存在形态,对应商法学中的商行为,管理、消灭为对内资本存在形态,对应商主体。当资本法益受到侵害时,便产生了资本责任以维护法益的安全。具体可表现为如下示意图:



由示意图可以看出,从资本法益出发,通过对内和对外两个角度,可以推演出商法学中的两大基本内容:商行为、商主体,并由此可以继续扩充至商法学的全部领域。对外与对内是相对于单位资本或整体资本而言的:对外是指一个作为整体的资本与其他主体产生法律关系,或是直接用资本换资本,或是用资本换产品、服务等;对内是指一个作为整体的资本在其内部进行权益均衡、通过科学规则促进集体决议的合理化,最终提高资本内部效能或是减少资本损失到最低。诚然,由于单位资本可大可小,一个整体资本可以由诸多单位资本构成,而整体资本本身也是单位资本,所以,对内对外依然是相对而言。判断一个法律关系是对内还是对外,要具体看各方主体是否共同为了某一资本法益增值。比如某一公司的各个股东可以决定自己投资的多少和实效,这是融资行为;可以参与决定公司重大事项,这是资本内部管理行为。因为前者各个股东的资本利益均是独立、不相干的,后者各股东的资本利益是共同的,只有公司整体资本获益,各股东资本方能实现增值,因此,商行为是指单位资本与其他主体间产生的法益,商主体是指单位资本内部管理、调控过程中产生的法益。

可见,一切以资本增值为目的的法律行为都可以纳入商法学的研究范畴。传统商法学中对于商行为与商主体的联系和区别并没有做反思与斟酌,只是简单地移植或接受,从而显得散乱而不严谨。而通过资本法益分析方法可以顺利地解决。商行为与商主体的联系体现在二者同为对资本进行运作的行为,一边着力于提高资本效率,一边致力于降低资本损耗,最终取得最大资本效益;两者的区别则体现于单位资本行为的对外或对内。由此,商法学体系便

确实地从资本法益出发来构建。

(二) 与民法学明确区分

科学理论体系与逻辑起点的关系应该完全对应,既不遗漏也不超出,因此,作为商法学的逻辑起点,资本法益推演出的体系范畴应当也是不超出商法学范畴的。换言之,和与之最密切的民法学相比,依然是有明确界限的,这也是商法学独立性的必然要求。

资本法益是民法学与商法学的界限,具体体现在以下三方面:一是价值取向。在公平与效率面前,民法的基本价值取向是公平;在自由与秩序面前,民法的价值取向是秩序。公平正义、公序良俗都是民法中的帝王原则。相对而言,商法更注重效率,更追求自由,这是资本的逐利本性决定的。二是资本增值。民法为实现价值,商法为实现交换价值。因此,注重资源优化配置,提高价值的利用率的为民法学研究对象;注重资本增值,通过提高资本的社会交换价值从而增加社会财富为商法学研究对象。三是技术门槛。主体应当具有某方面的专业知识或技能,这样才能实现和维护好资本法益,使其高于自然增长速度。否则,该行为将只能由民法来调整,尤其是商事立法结构设计有了从“买者当心”到“卖者义务”的转变^{[20]67-71}。下面笔者将以家庭理财为例来分析民商法规范的行为区别。

家庭理财是指家庭或家庭成员将生活资金结余投资股票、基金、保险等理财产品的行为。理财意识的强化,人们不仅仅是将家庭生活结余存入银行收取那赶不上CPI增速的利息,更多选择了股票、基金、债券、保险等理财方式,以促进家庭资产的保值增值。学界有若干观点认为家庭理财属于民法学范畴:一是它属于偶然商行为,没必要用商法规范;二是主体意识固化,认为商行为应当由商主体作出,而家庭或成员均非专门从事商事活动的主体;三是出于善意保护,使得脆弱的家庭经济行为免受商法严苛规则束缚。

笔者认为,家庭理财应当属于商法学的研究范围。从法律适用角度来说,它适用我国《公司法》、《证券法》、《保险法》、《证券投资基金法》等有关股东、证券交易、保险的规范。该法律并没有规定适用主体的特定性,且证券融资的属性注定是面向全社会资金,本就不排斥家庭资产。据报道,我国股民数

量可能已超1亿^①,基民人数也持续暴涨^②,家庭理财并非偶然商行为,更应当成为法律的一个重要关注点。上述法律均是商法学的核心研究对象,将家庭理财纳入商法调控有利于简化法律适用规则。从行为实质上来说,家庭理财与资本融通就是一回事,只是前者从出资人的角度出发,后者站在用资人的角度。不同家庭资本聚集来产生效益,它完全符合商事交易前提,依照商事交易规则,因而并不影响其实质。家庭对其资产享有完全独立的处置权、具有承担风险的能力,从而具有法律上的参与投资的权利能力和行为能力;在进行理财前,家庭理财者必然会对理财途径、程序、风险、责任等知识进行学习、衡量,掌握基本技能方才着手投资,且投资具有绝对的营利目的,从而无需给予区别对待、进行特殊保护,不会损害商事交易中的平等原则。由此,充满资本增值目的、追求效率和自由的家庭理财,完全应当属于商法学范畴。

(三) 对于制定《商事通则》的指导意义

1999年深圳市正式颁布《深圳经济特区商事条例》,1998年江平教授提出创立《商事通则》的私法体系构造,2004年、2007年中国法学会商法学研究会更是两度以专题的形式就《商事通则》问题进行讨论和交流。目前,学界通说认为,《商事通则》在解决民商分立或民商合一问题上、在商法典尚无力制定前提下确立商法基本原理和价值问题上、在统一协调单行法实现商法学体系化的问题上均具有必要性。总则、商人、商行为成为《商事通则》的三大主体部分,而商事责任、商事诉讼也有部分学者建议列入通则中^{[21]102-109}。

《商事通则》统领商法体系,因此,内容至少应当完整覆盖商法学的主要范围。资本法益作为商法学的逻辑起点,体现于通则中,主要有两方面的影响。一是总体结构上,商行为应与商主体并重。二者分别是资本法益对外和对内形成的法律事实,就像是一个矛盾的两个方面,缺一不可。鉴于已有的文献中商主体的讨论较为全面,在此更关注商行为的规范。商行为的定义应当与商主体独立开来,由融资和交易两大部分构成,确立畅通资本流转的制度,如严格外观主义、短期实效原则、对价有偿原则等等,通过大量的默认规则提高资本效率和效益。二是商主体规范有序化。按照资本法益的逻辑思

① http://www.china.com.cn/economic/txt/2010-12/03/content_21470860.htm 2014-1-22 访问。

② <http://bjyouth.yinet.com/article.jsp?oid=19869495> 2014-1-22 访问。

路,资本对内的商主体规范,可以依照成立、管理、运营、消灭的次序,依次展开商事登记、商主体组织管理、商事账簿、代理商、商事雇员、破产清算。资本法益作为理论产物,对《商事通则》实践具有指导意义,但难以完全照搬,因为通则同时也要尊重社会公众的认同理解能力、历史传统、法制状况。因此,资本法益或许不能原身体现于通则中,但是它的理念将渗透于通则的体系和内容。

结合法哲学的理论成果,“资本法益”浮出水面成为商法学的逻辑起点。只要是与资本相关的具有法律意义的利益,便是商法学的来源和组成部分。资本的社会属性和三大自然属性决定了其与商法学的密切联系,资本法益的对内、对外划分印证了商法学中的商主体与商行为部分。理论的探索和积累促进了商法学实质性独立的进步,但理论到实践的路总是很艰辛,未能完整考虑到的实践和现实的复杂,是“资本法益”的不完善的表现,更是“逻辑起点”前进的过河石。

参考文献:

- [1]徐学鹿,梁鹏.商法总论(修订版)[M].北京:中国人民大学出版社,2009.
- [2]范健,王建文.商法的价值、源流及本体(第二版)[M].北京:中国人民大学出版社,2007.
- [3][德]C. W. 卡纳里斯.德国商法[M].杨继译.北京:法律出版社,2006.

- [4]于庆生.营业:商法理论的核心范畴[J].行政与法,2006(12).
- [5]朱慈蕴.营业规制在商法中的地位[J].清华法学,2008(4).
- [6]王保树.寻求营业规制的“根”与“本”[J].中国商法年刊,2007(1).
- [7]王艳华.以营业为视角解释商法体系[J].河北法学,2010(5).
- [8]林咏荣.商事法新论[M].台北:五南图书出版公司,1980.
- [9]王保树.商法总论[M].北京:清华大学出版社,2007.
- [10][日]我妻荣.新法律学词典[Z].董攀舆等译.北京:中国政法大学出版社,1991.
- [11]陈醇.商法原理重述[M].北京:法律出版社,2010.
- [12]周晖国.商法本位论[M].北京:法律出版社,2010.
- [13][德]黑格尔.逻辑学(上卷)[M].杨一之译.北京:商务印书馆,1966.
- [14]胡平仁.从法哲学的范围与品格看部门法哲学研究[J].法制与社会发展,2010(3).
- [15]马克思恩格斯文集5:资本论(第一卷)[M].北京:人民出版社,2009.
- [16]马克思恩格斯全集(第46卷)下册[M].北京:人民出版社,1956.
- [17]张克难.剩余价值理论刍议[J].湖湘论坛,2013(1).
- [18]孙承叔.关于资本的哲学思考[J].东南学术,2005(2).
- [19]马克思恩格斯全集(第46卷)上册[M].北京:人民出版社,1956.
- [20]贾林青.商法理念的建立及其方法论的探讨[J].社会科学辑刊,2011(2).
- [21]曾大鹏.从法理到法条的转换[J].河北法学,2010(7).

责任编辑:饶娣清

The Logical Start of Commercial Jurisprudence: Legal Interest of Capital

HU Ping – ren ,XIAO Fei – yun

(1. Faculty of Law ,Central South University ,Changsha ,Hunan 410083 ;

2. Faculty of Law ,Xiangtan University ,Xiangtan ,Hunan 411105 ,China)

Abstract: Establishing the logical start of commercial jurisprudence , is the sign of essential independence about commercial jurisprudence. Absorbing foreign jurisprudence , there are three main doctrines: the doctrine of enterprise as subject , the doctrine of market transaction , and the doctrine of dual meaning in business. Analyzing the feathers of logical start , rethinking the disadvantage of the three doctrines , legal interest of capital is worthy of the logical start of commercial jurisprudence. One for its particular social attribute and natural attribute , the other for the significance of perfecting commercial jurisprudence system、knowing from civil jurisprudence、guiding the draft of general principles of commercial law.

Keywords: legal interest of capital ; commercial jurisprudence ; civil jurisprudence