

УДК 346. 2

DOI: <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2020.39.212977>

А. Левандовски, LL.M (University Freiburg, Germany), аспирант
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова
Кафедра административного и хозяйственного права
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина
e-mail: alexander.lewandowski@ukr.net

К ВОПРОСУ О НЕОБХОДИМОСТИ РАЗГРАНИЧЕНИЯ ПОНЯТИЙ «КАУФМАНН» И «КОММЕРСАНТ» В ПРАВОВОЙ ЛИТЕРАТУРЕ

В статье рассматривается вопрос об обособлении из принятого в настоящее время в украинской правовой литературе понятия коммерсант более узкоспециализированного термина для субъектов немецкого хозяйственного права – кауфманн. В качестве обоснования своей точки зрения автором проводится анализ ключевых моментов немецкого законодательства относительно статуса и места кауфманна в системе хозяйственного права. Результатом проведенного анализа стало установление факта разногласия между украинской доктриной в отношении коммерсантов зарубежного права и их фактическим положением в немецком праве. Прежде всего, это затрагивает границы их статуса. Принятые в украинской литературе представления о коммерсанте могут охватывать не только кауфманна как субъекта хозяйственного права, но и предпринимателя и даже в некоторых случаях лиц свободной профессии. При этом односторонний характер отношения предприниматель – кауфманн, установленный немецким законодательством, признает лишь за кауфманном право быть в субсидиарном порядке предпринимателем, но не допускает в то же время перехода из предпринимателя в кауфманна лиц не соответствующих необходимым для этого критериям. Игнорирование данного факта, в попытках дать наиболее универсальное определение приводит к стиранию грани между этими двумя понятиями и, как следствие, искажению самой сути немецкого хозяйственного права.

На несоответствие указывает еще и тот факт, что коммерсант в украинском его понимании – это субъект, который является таковым в силу природы сделок проводимых им, что фактически приравнивает его к коммерсанту французского права с его объективным подходом, в то время как кауфманн является порождением субъективного подхода к хозяйственным правоотношениям. Такой подход можно объяснить отчасти, с одной стороны, наследованием еще дореволюционной правовой традицией и ее параллелью с купцом, с другой, доминантным положением французского представления о праве на этапе становления хозяйственного права в нашей стране.

Таким образом, на основании выше указанного автором вносится предложение о выделении в самостоятельную терминологическую единицу термина кауфманн из более общего коммерсант во избежание неверной интерпретации правового положения данного субъекта немецкого права.

Ключевые слова: кауфманн, коммерсант, коммерческое право, хозяйственное право, Германское Торговое Уложение.

Постановка проблемы. Вопрос о принадлежности лиц, занимающихся на профессиональной основе коммерческой деятельностью, является неспроста одним из ключевых не только в европейском хозяйственном праве, но и непосредственно в национальных правовых системах ЕС. Сам факт того, что то или иное лицо может быть причислено к данному кругу лиц, зачастую на практике может принципиально изменять характер возникающих между сторонами правоотношений. Поскольку, будучи наделённым определенным набором специфических прав, открывающих перед ним возможности недоступные для других участников рыночных отношений, он в значительной степени обременен и обязательствами со стороны государства как гарант безопасности коммерции как таковой. Все это наиболее отчетливо можно проследить на примере немецкого хозяйственного права.

Цель статьи. Проведение сравнительного анализа субъекта немецкого хозяйственного права с позиции украинской правовой литературы и его непосредственного статуса в хозяйственном праве Германии.

Изложение основного материала. Начало двадцатого столетия стало переломным моментом в формировании современного немецкого хозяйственного права. Вступивший в силу одновременно с Германским Гражданским Уложением¹ (далее – ГГУ) 1. января 1900 года Германское Торговое Уложение² (далее – ГТУ), хоть и со значительным опозданием почти в 26 лет, стал долгожданной заменой Общегерманскому Торговому Уложению³ (далее – ОТУ), которое все еще являлось отголоском правовой раздробленности немецких земель и уже не соответствовало требованиям времени [3, s. 2-3]. Но несмотря на столь долгий срок написания и поиска компромиссов среди представителей разных правовых учений, ГТУ в значительной своей части сохранило тот патриархальный характер, который свойственен консервативному немецкому хозяйственному праву в целом и по сей день. Все это нашло свое отражение в центральном понятии ГТУ – *кауфманн* (нем. Kaufmann) или как принято его обозначать в отечественной правовой литературе термином *коммерсант* [29, с. 87; 25, с. 40; 26, с. 139; 19, с. 126; 20, с. 31; 17, с. 191], позаимствованным из французского языка. Именно это заимствование в значительной степени и определило концепцию данного понятия в отечественном праве.

Термин *кауфманн* не стал новеллой ГТУ, а фактически перешел «по наследству» из § 4 ОТУ [7, s. 7-8], что следует рассматривать не только как дань терминологической традиции, но и как обозначение направленности на сохранение и в дальнейшем цехового уклада Германского Торгового Уложения. Подтверждением тому служит и тот факт, что *кауфманн* в историко-правовом и лингвистическом контексте соответствует понятию *купец* и имеет достаточно много общего с дореволюционным представлением о представителях этого сословия на территории бывшей Российской Империи как-то деление на гильдии в зависимости от оборота торгового предприятия [16], что само по себе сопоставимо с немецким делением владельцев *торговых промыслов* на различные виды *кауфманнов*. Хотя следует при этом отметить, что дореволюционное право рассматривало купца с позиции объективизма, отталкиваясь от сделки как правообразующего элемента, а не его субъективности как это свойственно немецкому хозяйственному праву, в котором именно *кауфманн* «заражает» своей «купечностью» сделку [32, с. 61-66]. Октябрьская революция 1917 года и последующее за ней полное отречение от прежних принципов хозяйственного права прервала и сам процесс доведения *купца* до аналога немецкого *кауфманна* или французского *коммерсанта*.

Современная немецкая правовая наука больше внимания уделяет непосредственно характеристикам, свойственным *кауфманну*, чем поиску оптимального его определения. В результате чего на основе критериев, закрепленных в ГТУ, в литературе принято выделять пять типов *кауфманнов*:

1. *Кауфманн по сути* (нем. Istkaufmann, Musskaufmann [6, s. 46] или иногда встречающийся в юридической литературе термин нем. Sollkaufmann [5, s. 7; 1, s. 5]) является основным типом *кауфманна* и закреплен в § 1 Абц. 1 ГТУ, который определяет его как: тот «кто управляет торговым промыслом». При этом согласно Абц. 2 *торговым промыслом* является «любое предприятие,⁴ за исключением случаев, когда деятельность по своему виду или объему не требует её организации в предприятие по *кауфманнскому* образу». В литературе принято следующее определение «предприятия/промысла»: им является каждое самостоятельное, планомерное, ориентированное на длительный период функционирования, внешне направленное, рыночно ориентированное,

¹ нем. Bürgerliches Gesetzbuch

² нем. Handelsgesetzbuch

³ нем. Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch

⁴ нем. Gewerbebetrieb

возмездное, которое при этом не является частью свободно-профессиональной деятельностью [3, s. 7].

Все эти характеристики были неоднократно подтверждены судебной практикой, которая указывает на исключение из данного перечня любую научную, творческую и свободно-профессиональную деятельность [34; 35].

Некоторые авторы также указывают на необходимость соответствия данной деятельности требованиям дозволенности. Такое утверждение является достаточно спорным в вопросах оценки такого ряда требований, одним из которых является не совместимость доктрины кауфманна с какой-либо незаконной деятельностью [13, s. 9; 33, s. 61].

2. *Кауфманн по выбору* (нем. Kannkaufmann). Данный вид кауфманна ввиду специфики своего исторического становления делится на два подвида:

2.1 *Кауфманн по выбору*, § 2 ГТУ. К этой категории лиц относят тех кауфманнов, кто не в полной мере соответствует требованиям § 1 Абц. 1 ГТУ, выдвигаемыми к кауфманну по сути и лишь в силу внесения в торговый регистр¹ таковыми становятся [3, s. 15]. Как правило, речь идет о мелких предпринимателях, которые по тем или иным причинам внесли себя добровольно в торговый регистр (нем. Handelsregister).

2.2 *Кауфманн по выбору* согласно § 3 ГТУ, чья сельскохозяйственная и лесохозяйственная предпринимательская деятельность в силу исторически сложившейся традиции является привилегированной; при том, что лишь отчасти может соответствовать или даже совершенно не отвечать требованиям предъявляемых для кауфманна по сути [3, s. 15-17].

3. *Кауфманн в силу ошибочной регистрации*, § 5 ГТУ (нем. Fiktivkaufmann) [10, s. 19]. В этом случае речь идет об ошибочном занесении в торговый регистр, следствием чего является создание фикции кауфманна с наделением его всеми атрибутами кауфманна по сути в интересах сохранения доверия к регистру [3, s. 20-23].

4. *Кауфманн по форме*, § 6 ГТУ (нем. Formkaufmann). [10, s. 24]. К данной категории относятся товарищества и общества, которые ввиду особого законодательного регулирования отнесены к сфере регулирования ГТУ. К ним относятся акционерные общества, командитные товарищества, общества с ограниченной ответственностью, европейское общество (англ. SE), а также товарищества в соответствии с § 17 Закона о товариществах (нем. Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften) [3, s. 24].

5. *Кауфманн в силу убеждения* (нем. Scheinkaufmann) [10, s. 24]. В отличие от других видов кауфманнов не нашел своего закрепления в ГТУ и выступает в качестве субсидиарного института в хозяйственном праве Германии [8, s. 37]. К ним причисляют те лица, которые смогли вызвать у добросовестного третьего лица, убежденность в своей принадлежности к кауфманнам. В этом случае все их действия приравниваются к действиям кауфманна с целью не допустить ухода от ответственности и защитить уже возникшие правоотношения [3, s. 25].

Приведенная классификация отчетливо указывает, что немецкий законодатель создал достаточно сложную систему определения принадлежности тех или иных лиц к категории кауфманн. В этой связи вопрос о соответствии кауфманна и коммерсанта в отечественной литературе приобретает особый практический характер способный повлиять на восприятие немецкого хозяйственного права в целом.

Как уже ранее отмечалось, на сегодняшний день в рамках украинской [14; 23] и современной российской [21] правовой науки термин коммерсант является доминантным и большинство авторов придерживаются именно его. Однако ряд авторов идет дальше и наравне с термином коммерсант также используют и термин предприниматель в своих работах [31], тем самым отождествляя их, что по своей сути не совсем корректно.

¹ В отечественной литературе используется более близкий к отечественному праву термин - реестр.

Одной из причин тому, служит дуализм немецкого частного права с характерным для него разделением на гражданскую и хозяйственную составляющую. Содержащиеся в § 14 ГГУ определение *предпринимателя* (нем. Unternehmer) по сути является каркасной конструкцией, направленной на охват широкого круга лиц, занятых предпринимательской деятельностью. В результате чего, оно значительно объемнее понятия *кауфманн* и менее притязательно к претендентам на данный статус. Это нашло свое закрепление в формуле: *каждый кауфманн предприниматель, но не каждый предприниматель кауфманн* [2, Rn. 79; 11, s. 129].

Не менее путаная ситуация складывается и с определением того, кого следует относить к коммерсантам. Культивируемое советской правовой школой на протяжении длительного периода представление об этом субъекте хозяйственного права оказалось настолько устойчивым, что является доминирующим на постсоветском пространстве и по сей день.

Так, согласно определению украинского правоведа З. И. Боярской, коммерсант – *«лицо, которое на профессиональной основе, за собственные средства, на свой риск проводит коммерческие операции»* [14; 23, с. 120]. Принимая во внимание, что коммерческие операции в широком смысле слова: любые предпринимательские операции и лишь в узком значении: торговые операции купли-продажи [28], то универсальность данного определения позволяет причислить к *коммерсантам* при определённых обстоятельствах и *лиц свободной профессии*, § 14 абц. 2 ГГУ (нем. Freiberufler). Поскольку данная категория в немецком праве не имеет четких границ и включает в себя профессиональную деятельность не только таких профессий как юристы, врачи, архитекторы, стоматологи, инженеры, аудиторы, но и аптекарей и ряд других, чья деятельность может быть сопряжена с проведением предпринимательских операций с риском потери собственных средств, если не на прямую, то косвенно. Наиболее близко к лицам свободных профессий в украинском праве по содержанию являются *самозанятые лица* в контексте п. 14.1.226 п. 14.1 ст. 14 Налогового кодекса Украины. При этом, как и в Украине деятельность данной категории лиц регулируется не Хозяйственным кодексом или Торговым Уложением как в случае немецкого права, а § 18 Закона о подоходном налоге (нем. Einkommensteuergesetz) и § 1 Абц. 2 Закона об объединение лиц, относящихся к свободным профессиям (нем. Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe).

Если принимать за основу более узкое значение коммерческой операции, то оно ведет к не меньшим противоречиям, чем его более общее значение. Причиной тому, является выпадение из числа *кауфманнов фермеров*, чья деятельность не затрагивает классические торговые операции купли-продажи, но которые на особых условиях могут быть причислены к *кауфманнам* в соответствии с нормами немецкого хозяйственного права. Все это справедливо и по отношению к *кауфманну* в силу ошибочной регистрации.

Не привносит ясность в этом вопросе и более объемное определение данное российскими правоведами под редакцией Е. А. Васильева [15, с. 163-164], в котором все коммерсанты разделены на *«индивидуальные или коллективные лица»* и ключевым элементом для их разделения выступает *«статус участника хозяйственного оборота»* напрямую связывая его с *«природой сделок и других хозяйственных операций»* осуществляемых коммерсантом.

Однако такой подход будет оправдан лишь в отношении коммерсанта французского права, чей статус на прямую зависит от характера сделок [4, s. 166], но не приемлем для *кауфманна* в немецком праве. Не меньший интерес представляет и вторая часть определения, которая в значительной степени совпадает с определением З. И. Боярской, где оценка его хозяйственной деятельности приравнивается к предпринимательству, при этом с существенным примечанием, что подобная деятельность *«проводится лицом на профессиональной основе в виде обычного промысла с использованием профессиональных знаний и опыта, с одной стороны, и осуществляется лицом от своего имени, то*

есть в качестве самостоятельного хозяйственного деятеля, – с другой». К сожалению, определение не дает четкого ответа, что такое «обычный промысел», который по содержанию может вмещать в себя и традиционную деятельность представителей лиц свободной профессии.

В тоже время данное определение в значительной степени совпадает с представлением о предпринимателях в австрийском хозяйственном праве. Поскольку в результате проведенной реформы Торгового Уложения Австрии и с последующей его трансформацией в Кодекс о регулировании предпринимательской деятельности (нем. Unternehmensgesetzbuch)¹ в 2007 году произошла замена термина кауфманн более широким по содержанию термином предприниматель. Но несмотря на столь радикальное преобразование кодекс в значительной части продолжил традицию австрийского хозяйственного права со свойственным ему субъективизмом [12, s. 85].

Выводы и предложения. Таким образом, можно говорить о сложившемся универсальном подходе в отечественной правовой науке к определению коммерсанта. Однако попытка охватить одним термином весь спектр субъектов хозяйственного права в различных правовых порядках ЕС ведет лишь к неоправданному наделению его более всеобъемлющими характеристиками, чем он может обладать в том или ином национальном законодательстве.

В результате чего является более целесообразным разделить данное понятие в соответствии с его национально-правовыми особенностями на ряд более узкоспециализированных терминов, как-то кауфманн для хозяйственного права Германии. Подобный подход позволил бы избежать путаницы с предпринимателями и лицами свободных профессий в немецком праве, что само по себе уже является достаточно проблематичным в украинской компаративистике. Пользой данного решения является то, что кауфманн в соответствии с § 19 ГТУ обозначается при письме аббревиатурой «е.К.», «е.Кfm.» или «е.Кfr.», что отличает их от кауфманнов, как представителей торгово-экономических профессий, являющихся лишь наемными работниками [9, s. 315] и значительно облегчает их идентификацию в торговом обороте.

Список використаної літератури

1. Bülow, Peter/ Artz, Markus. Handelsrecht. C.F. Müller GmbH. 2015. 229 Seiten
2. Bülow, P. /Artz, M. Verbraucherprivatrecht. C.F. Müller GmbH. 2014. 250 Seiten
3. Fischinger, Philipp S. Handelsrecht. C.F. Müller Auflage. 2015. 287 Seiten.
4. Hamel, J. /Lagarde, G. Traité de Droit Commercial Bd. I. 1954
5. Hornung, Kristina. Handelsrecht. Springer-Verlag. 2013. 74 Seiten
6. Klunzinger, Eugen. Grundzüge des Handelsrechts. Vahlen, 09.09.2014. 289 Seiten
7. Oetker, Hartmut. Handelsrecht. Springer-Verlag. 2013. 258 Seiten
8. Oetker, Hartmut. Handelsrecht. Springer-Verlag. 2015. 301 Seiten
9. Reinisch, Holger. Geschichte der kaufmännischen Berufe Studie zur Geschichte vornehmlich der deutschen Kaufleute, ihrer Tätigkeiten, ihrer Stellung in der Gesellschaft sowie ihrer Organisation und Qualifizierungsstrukturen von den Anfängen bis zum Ausgang der 19. Jahrhunderts. Heft 125. 2011
10. Schade, Lutz. Handels- und Gesellschaftsrecht. C.F. Müller GmbH. 2014. 1618 Seiten
11. Schnauder, Franz. Grundzüge des Privatrechts für den Bachelor. 2020. 284 Seiten
12. Springob, Anne. Der verbraucherrechtliche Unternehmerbegriff: Seine Übertragung auf das deutsche HGB nach Vorbild der UGB-Reform in Österreich. 2016
13. Stöber, Michael. Handelsrecht. Kohlhammer Verlag. 2020. 228 Seiten
14. Боярьска З. І. Міжнародне комерційне право. 2002. 100 с.
15. Васильев Е. А., Комаров А. С. Гражданское и торговое право зарубежных государств. В 2 т. 4-е изд., перераб. и доп. М.: 2008. Т.1. 560 с.
16. Галимова Л. Н. Купечество и лица торговых занятий в российской истории и законодательстве. Вестник Чувацкого университета. 2009. № 4. С. 3
17. Гражданское и торговое право зарубежных государств: Учебник: В 2 т. Отв. ред. проф. А.С. Комаров, проф. А.А. Костин, проф. О.Н. Зименкова, доц. Е.В. Вершинина. Т. 1: Общая часть. Москва : Статут, 2019.
18. Грудницька С. М. Проблема внесення державних підприємств та їх об'єднань до юридичних осіб приватного та публічного права. ФП. 2017. № 2. С. 41-51

¹ Полное название: Bundesgesetz über besondere zivilrechtliche Vorschriften für Unternehmen

19. Заруднев Є. О. Поняття суб'єктів господарювання у праві ФРН і ЄС. Право зарубешних стран. 2010. С. 126
20. Зенин И. А. Гражданское и торговое право зарубежных стран. 2005. 194 с.
21. Кицай Ю. А. Статус предприятия в законодательстве стран Европы (на примере Германии) Актуальные проблемы права: материалы III междунар. науч. конф. (г. Москва, ноябрь 2014 г.). М.: Буки-Веди, 2014. С. 60-65.
22. Менхут Н. Ф. Поняття господарської правосуб'єктності. Адвокат. № 2 (125). 2011. С. 39-41
23. Міжнародне право: навч. посібник. За ред. М.В. Буроменського. Київ, Юрінком Інтер, 2006. 336 с.
24. Михальський Д. Ю. Світовий досвід щодо правового статусу комерсантів як суб'єктів господарської (підприємницької) діяльності. Юридичні науки: проблеми та перспективи. Матеріали IV Міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ, 20-21 травня 2016 року). Херсон: Видавничий дім «Гельветика», 2016. 144 с.
25. Овчаренко В.В. Правовий статус комерсанта в порівняльному аспекті. Прикладні наукові розробки та теоретичні дослідження ХХІ століття: зб. наук. праць «ЛОГОС» з матеріалами міжнар. наук.-практ. конф., м. Вінниця, 15 квітня, 2019 р. Вінниця : ГО «Європейська наукова платформа», 2019. Т.5.
26. Орлова І. М. Зарубіжний досвід правового регулювання діяльності суб'єктів господарювання. Юридичний вісник. № 1(46). 2018. С.138-143
27. Осадчук С. Правовий статус вкладників (командитистів). Актуальні проблеми правознавства. 2016. Вип. 2. С. 113-116
28. Райзберг Б. А., Лозовский Л. Ш., Стародубцева Е. Б. Современный экономический словарь. 6-е изд., перераб. и доп. М. ИНФРА-М, 2011
29. Савицька Н. Л., Мелушова І. Ю., Красноусов А. В., Олініченко К. С. Торгівельне підприємництво. 2017. 214 с.
30. Сагайдак Ю.В. Историчний аспект легалізації правоздатності суб'єктів підприємництва. С. 1-13. URL: kneu.edu.ua.
31. Чаплыгина С. М. Правовое положение индивидуального предпринимателя: Дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 1997. 118 с.
32. Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права. Из-во. Юрайт, Москва. 2016. 303 с.
33. Шишмарева Т.П. Субъекты торгового права Германии. Актуальные проблемы российского права. 2018. № 2. (87). С. 60-65.

Решения судов:

34. BVerfG 15.01.2008 1 BvL 2/04, ZIP 2008, 1164;
35. BGH 03-02-1961 VI ZR 178/59, NJW 1961, 725.

References

1. Bülow, Peter/ Artz, Markus (2015) Commercial law. C.F. Müller GmbH. 229 pages [in German]
2. Bülow, P. Artz, M. (2014) Consumer law. C.F. Müller GmbH. 250 pages [in German]
3. Fischinger, Philipp S. (2015) Commercial law. C.F. Müller Auflage. 287 pages. [in German]
4. Hamel, J./Lagarde, G. (1954) Commercial law – Bd. I. [in French]
5. Hornung, Kristina (2013) Commercial law. Springer-Verlag. 74 pages [in German]
6. Klunzinger, Eugen (2014) Main features of Commercial law. Vahlen, 289 pages [in German]
7. Oetker, Hartmut (2013) Commercial law. Springer-Verlag. 258 pages [in German]
8. Oetker, Hartmut (2015). Commercial law. Springer-Verlag. 301 pages [in German]
9. Reinisch, Holger (2011). History of commercial occupations. The survey of the history predominantly of the german commercants, their tasks, their status at the as well as their organization and qualification structures from the beginning to the end of the 19th century. issue 125.
10. Schade, Lutz (2014). Commercial and trade law. C.F. Müller GmbH. 1618 pages [in German]
11. Schnauder, Franz. (2020). Main features of the private law for the Bachelor. 284 pages [in German]
12. Springob, Anne (2016). The entrepreneur Term in the consumer law: Its transfer to the German HGB based on the model of the UGB reform in Austria [in German]
13. Stöber, Michael (2020) Commercial law. Kohlhammer Verlag. 228 pages [in German]
14. Boyarska, Z.I. (2020). International Commercial law. 100 p. [in Ukrainian]
15. Vasiliev E.A., Komarov A.S. (2008). Civil and commercial law of the foreign countries. In 2 volumes. 4th ed., Revised. and add. M. : Vol. 1 560 p. [in Russian]
16. Galimova L.N. (2009). Merchants and persons of trade occupations in Russian history and legislation. Bulletin of the Chuvash University. No. 4. C. 3 [in Russian]
17. Civil and commercial law of foreign states (2019): Textbook: In 2 volumes. Ed. prof. A.S. Komarov, prof. A.A. Kostin, prof. HE. Zimenkova, Assoc. E.V. Vershinin. T. 1: General part. Moscow: Statute [in Russian]
18. Grudnitskja S.M. (2017). The problem of introducing state-owned enterprises and their associations to legal entities of private and public law. FP. № 2. P. 41-51 [in Ukrainian]
19. Zarudnev Ye.O. (2010) The concept of business entities in the law of Germany and the EU. The law of foreign countries. P. 126 [in Ukrainian]

20. Zenin I.A. (2005) Civil and commercial law of foreign countries. 194 p. [in Russian]
21. Kitsay Yu. A. (2014). The status of an enterprise in the legislation of European countries (on the example of Germany) Actual problems of law: materials of the III international. scientific. conf. (Moscow, November 2014). M.: Buki-Vedi, S. 60-65 [in Russian]
22. Menkhut N.F. (2011) Understanding the state legal personality. Lawyer. No. 2 (125). P. 39-41 [in Ukrainian]
23. International law: Textbook. (2006). Manual. Ed. M.V. Buromensky. Kyiv, Yurinkom Inter, 336 p. [in Ukrainian]
24. Mikhalsky D.Yu. (2016). World experience on the legal status of entrepreneurs as subjects of economic (entrepreneurial) activity. Juridical sciences: problems and prospects. Proceedings of the IV International Scientific and Practical Conference (Kyiv, May 20-21, 2016). Kherson: Helvetica Publishing House, 144 p. P. 52-55 [in Ukrainian]
25. Ovcharenko, V.V. (2019). Legal status of a businessman in a comparative aspect. Applied scientific developments and theoretical research of the XXI century: collection. Science. works "ΛΟΓΟΣ" with materials intern. scientific-practical conference, Vinnytsia, April 15, 2019 Vinnytsia: NGO "European Scientific Platform". Vol. 5 [in Ukrainian]
26. Orlova I. M. (2018). Foreign experience of legal regulation of business entities. Legal Bulletin. № 1 (46). P.138-143 [in Ukrainian]
27. Osadchuk St. (2016). Legal status of depositors (limited partners). Actual problems of jurisprudence. Vip. 2. P. 113-116 [in Ukrainian]
28. Raizberg BA, Lozovsky L.Sh., Starodubtseva E.B. (2011). Modern economic dictionary. 6th ed., Rev. and add. M. INFRA-M
29. Savitskaya N.L., Melushova I.Y., Krasnousov A.V., Olinichenko, K.S. (2017). Trade entrepreneurship. 214 p. [in Ukrainian]
30. Sagaidak Yu.V. Historical aspect of legalization of legal entities. P. 1-13 [in Ukrainian]
31. Chaplygina S. M. (1997) Legal status of an individual entrepreneur: Dis. ... Cand. jurid. Science. SPb., 118 p. [in Russian]
32. Shershenevich. G.F. (2016). Commercial law textbook. Out of. Yurayt, Moscow. 2016. [in Russian]
33. Shishmareva T. P. (2018). Subjects of German commercial law. Actual problems of Russian law. No. 2. (87). S. 60-65. [in Russian]

Court decisions:

34. Federal Constitutional Court of Germany 15.01.2008. 1 BvL 2/04, ZIP 2008, 1164;
35. German Federal Court of Justice 03-02-1961. VI ZR 178/59, NJW 1961, 725.

Стаття надійшла 15.09.2020 р.

О. Левандовскі, LL.M. (University Freiburg, Germany), аспірант
 Одеський національний університет імені І. І. Мечникова
 Кафедра адміністративного та господарського права
 Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна
 e-mail: alexander.lewandowski@ukr.net

ЩОДО ПИТАННЯ ПРО НЕОБХІДНІСТЬ РОЗМЕЖУВАННЯ ПОНЯТТЯ КАУФМАНН ТА КОМЕРСАНТ В ПРАВОВІЙ ЛІТЕРАТУРІ

Резюме

В статті розглядається питання про виокремлення з прийнятого на сьогоднішній день в українській правовій літературі поняття комерсанта більш вузькоспеціалізованого терміну для суб'єктів німецького господарського права – кауфманн. Задля обґрунтування своєї точки зору автор проводить аналіз ключових моментів німецького законодавства відносно статусу та місця кауфманна в системі господарського права. Результатом проведеного аналізу стало встановлення факту розбіжності між українською доктринаю відносно комерсантів закордонного права і їх фактичним положенням в німецькому праві. Перш за все це зачіпає межі їх статусу. Прийняті в українській літературі уявлення про комерсанта можуть охоплювати не лише кауфманна як суб'єкта господарського права, але і підприємця і навіть в деяких випадках осіб вільної професії. При цьому односторонній характер відносин підприємця – кауфманн, встановлений німецьким законодавством, визнає лише за кауфманном право бути в субсидіарному порядку підприємцем, але не допускає в той же час переходу з підприємця в кауфманні осіб, які не

відповідають необхідним для цього критеріям. Ігнорування даного факту дати найбільш універсальне визначення приводить до стирання грані між цими двома поняттями і як наслідок спотворенню самої суті німецького господарського права.

На невідповідність вказує ще й той факт, що комерсант в українському його розумінні – це суб'єкт, який є таким в силу природи угод проведених ним, що фактично прирівнює його до комерсанта французького права з його об'єктивним підходом, в той час як кауфманн є породженням суб'єктивного підходу до господарських правовідносин. Такий підхід можна пояснити, з одного боку, частковим спадкуванням ще дореволюційної правової традиції та її паралеллю з купцем, з іншого, домінантним положенням французького уявлення про право на зорі становлення господарського права в нашій країні. Таким чином, на підставі вищезазначеного, автором вноситься пропозиція про виділення в самостійну термінологічну одиницю термін кауфманн з більш загального комерсант, з метою уникнути невірну інтерпретацію правового становища даного суб'єкта німецького права.

Ключові слова: Кауфманн, комерсант, комерційне право, господарське право, Німецьке Торгівельне Уложення.

A. Lewandowski, LL.M. (University Freiburg, Germany), Ph.D. student
Odessa I. I. Mechnikov National University
the Department of Administrative and Commercial Law
Franzuskij Boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine
e-mail: alexander.lewandowski@ukr.net

TO THE QUESTION ABOUT THE NECESSITY TO DIFFERENCE THE CONCEPT OF KAUFMANN AND COMMERÇANT IN THE LEGAL LITERATURE

Summary

The article discusses the issue of allocation from the concept commerçant, adopted in the present tense in the Ukrainian legal literature, to a more narrowly specialized term Kaufmann, existing for the subjects of the German commercial law. As a justification for your point of view, the author analyzes the key points of the German law regarding the status and place of Kaufmann in the system of commercial law. The result of the analysis was the establishment of the fact of disagreement between the Ukrainian doctrine in relation to a foreign law commerçant, and his actual position in the German law. First of all, this affects the boundaries of his status. The notion of the commerçant accepted in the Ukrainian literature can cover not only Kaufmann as a subject of economic law, but also a merchant and even in some cases own account workers. The one-sided nature of the relationship between the commerçant – Kaufmann, established by the German law, recognizes only Kaufmann's right to be in a subsidiary order the commerçant, but it does not allow at the same time the transition from a commerçant to a kaufmann when the subject cannot meet the necessary for this criteria. Ignoring this fact, trying to give the most universal definition, leads to the blurring of the line between these two concepts and as a consequence distortion of the very essence of the German commercial law.

Non-compliance is indicated by also the fact that the commerçant in his Ukrainian understanding – is the subject, who is due so because of the nature of transactions conducted by him, that actually equates him to a commerçant of the French law, with his objective approach, while Kaufmann is the product of a subjective approach to economic relations. This approach can be partly explained, on the one hand, by the inheritance of the pre-revolutionary legal tradition and its parallel with the commerçant, on the other hand, by the dominant position of the French concept of law at the dawn of the formation of economic law in our country. Thus, based on the above, the author makes a proposal to separate the term Kaufmann from the more general commerçant into an independent terminological unit, in order to avoid an incorrect interpretation of the legal status of this subject of the German law.

Keywords: Kaufmann, commerçant, commercial law, trade law, German trade law.