

民法典编纂中商事主体立法定位的路径选择

肖海军*

内容提要 在营业行为普遍化和民事活动泛商化、民事主体转型为商事主体十分便捷的当代社会,如何应对商事主体已成为我国民法典编纂中不能回避的问题。商事主体立法的最优选择应是民法总则一般规定与商事主体单行法特别规定相结合的体例模式,即民法总则通过引入营业概念,确认营业自由原则,以一般性营业条款作引领、统摄,由商事主体特别法负责具体化、精细化。如此,则可形成既有法理内在逻辑、又具类型活泼多样的庞大商事主体立法体系。

关键词 民法典立法 商事主体 营业 民法总则 商事特别法

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2016.04.004

民法典编纂既是法学界多年的梦想和企求,更是事关国家生活、社会治理和国民福祉的大事。1949年以来,新中国虽历经1954-1958年、1962-1964年、1979-1982年、1998-2002年等四次由立法机关主导的民法典起草尝试,但均因各种复杂政治、经济原因无果而终。^①自2002年以来,官方与民间多部民法典草案或专家建议稿相继公布、发表或出版,各种不同观点也竞相登场亮相,其中,商事主体在民法典中的立法定位和体例安排,因涉及民商合一或民商分立等立法模式的选择,争议和分歧较大。2015年,民法典制定开始驶入国家立法的快车道,以民法典编纂工作列入《全国人大常委会2015年立法工作计划》^②为标志,民法典制定开始进入国家立法主导和学界集体互动的阶段。关于民法总则中商事主体的定位,原有的分歧更加表面化、公开化。多数商法学者认为应在民法典之外,通过《商法通则》的分立式立法,拓宽商事主体的规范。民法典或民法总则是否应当延纳商事主体?正在编纂的民法典对商事主体的立法定位与技术路径应作何选择?本文试就这一问题发表陋见,以供参考。

* 湖南大学法学院教授,博士生导师。本文受国家自然科学基金项目“我国商事登记制度统一化改革研究”(项目批准号:11BFX036)资助。

① 参见赵晓耕主编《新中国民法典起草历程回顾》,法律出版社2011年版,第36-155页。

② 参见《全国人大常委会2015年立法工作计划》,载《全国人民代表大会常务委员会公报》2015年第3期。

一、商事主体与民事主体关系的正本清源

目前,法学界涉及商事主体立法的有关分歧和争议,症结均源于对商事主体定义的不同理解。问题是否真如学者所坚信的那样简单而绝对呢?值得深思。

(一) 社会变迁视角下的“中世纪商人”到“现代企业商人”

从社会与经济发展史上看,商事主体并不是一个一成不变的社会存在和概念范畴,它本身经历了从中世纪商人、近代商事主体到现代企业的历史演变过程。

中世纪及以前的商人,是一个资格取得、经营特权、课税义务、司法管辖、法律适用与一般民事主体彼此隔离、相互独立的特殊阶层,作为社会中一个“职业商人阶级”^③和“集体性团体”^④,他们受商事法院管辖,并只适用商人法。

至近代,资产阶级民主革命打破了封建国家对营业的管制和商人对行会组织的依附关系,以平等、自由、互利为核心价值建立起来的新制度体系,使商事主体与民事主体走向混同,营业成为所有民事主体可自由选择的职业与权利,商人与一般市民在权利义务、司法管辖、法律适用上的实质性差异或已不复存在,或在逐步消除,渐渐地“反映了商业界作为单独的一个社会阶层的地位的丧失,他们已与从事商业交易的一般公众融为一体。”^⑤

在现代市场经济条件下,商事主体发生了根本性嬗变,其结构也由以传统自然人商人为核心过渡并演化为以现代企业商人为核心。这一变化具体表现为:第一,企业作为契合各种生产要素的契约性商业组织,因大大降低了交易成本和管理成本,而成为人们从事营业选择的重要组织形式,企业由企业主的客体演化为享有独立人格的商事主体。^⑥第二,企业已成为市场经济中最重要、最有影响的商事主体,作为“一个崭新的权利人顺时而生”,并迅速“成为重新构造私法体系的主导概念”^⑦。第三,企业法已成为商事主体法一个重要组成部分,并贯穿民法、商法每一子部门法和单行特别法,商法因之带有浓厚的企业法色彩。^⑧

商事主体本身的历史变迁表明,作为社会独立阶层的商人已是中世纪社会图景的老照片;在现代市场经济社会,商事主体最主要的形式是企业。

(二) 传统民商法理论对民事主体与商事主体的二元构造

在立法上,特别是采用民商分立体例的国家或地区,商人的特殊地位和独立身份被

^③ [美]哈罗德·J.伯尔曼《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第407页。

^④ [美]泰格、利维《法律与资本主义的兴起》,纪琨译,学林出版社1996年版,第107-108页。

^⑤ [英]施米托夫《国际贸易法文选》,赵秀文译,中国大百科全书出版社1993年版,第113页。

^⑥ 叶林《企业的商法意义及“企业进入商法”的新趋势》,载《中国法学》2012年第4期。

^⑦ 转引[德]托马斯·赖塞尔《企业和法人》,赵亮译,载易继明主编《私法》(第1卷),北京大学出版社2001年版,第99页。

^⑧ 参见肖海军主编《商法学》,法律出版社2009年版,第49-50页。

立法一再强调和放大,并成为支撑整个商法或商法典的概念基石。正如德国学者所言:“《德国商法典》的制定者以‘商人’的概念作为出发点,是因为他们持有的一种十分陈旧的观点,即一个社会中的不同职业构成了相互独立的身份集团,而每一个集团都有其专门的法律。”^⑨施米托夫也指出“商法应编撰为单独法典的思想,归根到底建立在商人构成单独一个社会阶层的概念的基础上。”^⑩如《法国商法典》第一编所认定的“商人”为“从事商活动并以其作为经常性职业者”^⑪;1998年《商法改革法》颁行之后,《德国商法典》第一编改主观主义的列举方式,新创设了一个“经营营业的人”之统一商人概念^⑫;再如《日本商法典》第一编“总则”也构建了以“以自己名义实施商行为”^⑬这一商人范畴。

学理上,就民法学界而言,商事主体被定义为民事主体的特殊形式;而商法学界,商事主体则被定义为独立于民事主体之外的职业群体。总体而言,既有理论与立法方案均把民事主体与商事主体视为两类不同的主体。那么,民事主体与商事主体果真是两类不同的私法主体吗?

(三) 商事主体只不过是民事主体进入营业领域的角色和功能转换形式

通论认为,民事主体为民事法律关系参与者与权利义务归属者^⑭,所对应的法律概念与关系坐标为客体,以其是否具有自然生命属性可分为自然人或社会组织,其中,社会组织按其法律人格的有无可划分为法人组织和非法人组织。尽管学理和立法上对法人组织与非法人组织的分类尚有分歧,但民事主体即私人上的人,只不过是社会学、伦理学上的“人”在“私法领域的移植”^⑮和抽象而已,则为共识。质言之,民事主体实乃民法理论或立法文本对表现为具体的自然人、法人和非法人组织等主体的一种学理抽象和法律概称,其社会原生形态则为自然人、法人组织或非法人组织等具体形式。

商事主体与民事主体一样,也是人们借助商法概念对具体同质主体的概括和抽象。通观中世纪商人法或近代以来的《商法典》法条,不难看出,商人或商(事)主体,仅仅只是学理和立法对参与营业活动(即商事活动)、享有商事权利、承担商事义务(责任)的自然人或社会组织在法律上的概括和抽象,并以商个人(商自然人)、商合伙(合伙企业)、商法人(公司和非公司法人)等具体形式为人们所感知、识别。正因如此,在德国法学家博莫尔看来,民法中所描述的“人像”,“乃根植于启蒙时代、尽可能地自由且平

⑨ [德]罗伯特·霍恩、海茵·科茨、汉森林·G.莱塞《德国国民商法导论》,楚建译,中国大百科全书出版社1996年版,第232页。

⑩ 前引⑤,施米托夫书,第113页。

⑪ 《法国商法典》金邦贵译,中国法制出版社2000年版,第1页。

⑫ 《德国商法典》杜景林、卢谦译,法律出版社2010年版,第3页。

⑬ 《日本商法典》王书江、殷建平译,中国法制出版社2000年版,第3页。

⑭ 参见史尚宽《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第85页;王泽鉴《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第80页;梁慧星《民法总论》,法律出版社2011年版,第59页;王利明《民法总论》,中国人民大学出版社2015年版,第86页。

⑮ [德]卡尔·拉伦茨《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第48页。

等、既理性又利己的抽象的个人,是兼容市民及商人的感受力的经济人”^{①⑥};而在另一位德国法学家拉德布鲁赫的笔下,商法规范的主体则是“以个人主义的典型商人为形象,根据商人纯粹追逐利润和自私自利的特性而刻画的”职业人。^{①⑦}可见,商事主体与民事主体一样,只不过是部门商法学理或商法规范的角度,对参与营业活动的自然人或社会组织这些具体的、同质的、表现形态多样的主体的概括和抽象。

由于商事主体与民事主体的具体形式具有同质性甚至同一性,即均以具体的自然人、法人或非法人组织等形式出现。如以营业视角来考察,就会发现,商事主体,只不过是以自己的名义从事营业活动的民事主体而已。这是因为:

首先,商事主体在进入营业领域之前均为普通民事主体。营业为民事主体以营利目的而从事的投资、经营和交易活动,只是在民事主体处分其财产进入营业领域之后,在营业活动中作为投资者、经营者、交易者等主体身份出现时,具体自然人、法人或非法人组织的主体属性才开始发生实质变化,才被商法学理和商法规范概称为商事主体。这说明,在进入营业领域之前,商事主体的原本形式和初始身份为自然人、法人或非法人组织。

其次,商事主体仅仅只是民事主体进入营业领域之后的角色转换。在某种意义上讲,民事主体进入营业领域以后,所变化的只是因参与具体商事法律关系,而具有与具体营业活动、商事法律关系相对应的角色、身份和称呼,并因之对应特定的商事权利与义务而已,但其存在形态、人格特征和具体责任形式并无实质性变化。就自然人而言,当其以商个人身份出现时,仅仅只是表征该特定自然人个体作为投资、经营或交易的主体,但该自然人个体的生物属性、独立的自然人人格和在营业活动所应承担的无限民事责任,与其作为民事主体在一般民事活动中所表现出来的这些特征并无二致。

就公司和其他非公司型企业法人而言,虽然登记成立之始就作为商事主体而存在,但事实上商法人在登记成立时所获取的第一个资格应是其独立的组织人格,即法人人格,其次才因营业登记或营业执照的颁发而获得营业资格,取得独立从事营业的能力。也就是说,商法人所获得原本意义上的、最具基础性的主体资格首先应是独立的民事主体资格,其次才是从事营业活动的商事主体资格。

最具说服力的例证是,如某特定商法人的营业执照被吊销后,其营业主体资格或营业能力已不复存在,但其法人资格或者说其独立的民事主体资格则丝毫不受影响,仍然可以该商法人的名义独立起诉、应诉,进行债务清偿活动,其应当享有的民事权利、应承担的义务和应负的民事责任,与其他一般法人,并无不同。可见,与一般法人相比,商法人所不同的是因所从事的营业活动,而扮演不同的投资、经营和交易角色,其作为组织体的人格属性、独立法律人格,以组织体之名义和财产独立活动并独立承担责任之一般

^{①⑥} Gustav Boehmer. *Einführung in das Bürgerliche Recht*, 2. Aufl., 1965, S. 83. 转引[日]星野英一:《私法中的人》,王闯译,载梁慧星主编《民商法论丛》(第8卷),法律出版社1997年版,第154页。

^{①⑦} [德]拉德布鲁赫《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社1997年版,第72页。

法人特征,并无任何实质变化。同样,非法人型商事组织也是如此,在此不再赘述。

再次,商事主体乃民事主体在营业领域发挥着另一特定社会功能。易言之,商事主体只是表征一般意义上的民事主体在从事商事活动、实施营业行为,扮演着投资者、经营者、交易者的某种角色,履行着生产、经营的某种社会供给功能。而该主体仍然还是同一个主体,只是其步入的领域(营业领域)、所处的场景(市场交易)、扮演的角色(投资者、经营者、交易者)、发挥的社会功能(生产与经营),与其作为一般民事主体所在的领域(非营业领域)、场景(日常生活)、扮演的角色(民间交往者、消费者)、发挥的功能(消费)有所区别而已。就如同某一特定演员,他(她)要在不同的影剧扮演不同的角色,但无论其扮演何种角色,与其原本意义的他(她)之主体属性仍无丝毫影响一样。同样,自然人、法人和非法人组织,进入营业领域之后,变化的只是所处的领域、活动的场景、扮演的角色、发挥的功能,而其主体属性、法律人格、责任形式并无任何变化。

通论认为,民事关系与商事关系,皆为私人关系,均属私法调整范畴,但相对于一般民事关系而言,商事关系又有其特殊性、具体性和专业性。^⑮从营业视角来分析,商事主体仅仅只是民事主体进入营业领域的角色和功能转换形式而已;易言之,商事主体与民事主体的关系本质上就是一种特殊与一般、具体与抽象、下位与上位的关系。其一,民事主体是一般意义上、更为抽象的概念,商事主体是特殊意义上、更为具体的概念。民法中有关自然人、法人和非法人组织等民事主体的概念、范畴和类型,具有一般性、抽象性;而其进入营业领域受商事特别法调整的商个人、商法人和非法人商事组织,则是一个更特殊、更具体的概念、范畴和类型。其二,民事主体是上位概念,商事主体是下位概念。诸如商自然人、营利性法人或企业法人、商合伙或者合伙企业等商事主体的概念、范畴和类型,所对应的上位概念、范畴和类型则是自然人、法人、非法人组织。很显然,有关商事主体立法也应以自然人、法人、非法人组织这些民事主体的上位概念、范畴和类型为基点,进行制度安排和立法设计。

二、民法典延纳商事主体的应然立场

(一) 纳商入典应为新世纪我国民法典的当然使命

由于无论从民事主体和商事主体的本质、概念与分类来考察,还是从民事主体和商事主体的实然形态来分析,其共同涉及的问题均为自然人、法人组织或非法人组织的主体属性、法律人格、权利义务、责任分配等一般性私法规则问题,也就是拉德布鲁赫所概括的作为“权利主体”的个别“自然人”与团体“法人”问题^⑯,而这些就可以由一部具有私法性、共同性、通用性的法律来调整,而具这样特质的法律除作为私法基本法之民法

^⑮ 参见王保树《商法总论》,清华大学出版社2007年版,第19页;范建主编《商法》,高等教育出版社2007年版,第14页;施天涛《商法学》,法律出版社2006年版,第5页;赵旭东主编《商法学》,高等教育出版社2007年版,第4-5页。

^⑯ 前引^⑮,[德]拉德布鲁赫书,第73-74页。

典外,无其他任何部门法可胜任。商事主体一般性、基础性的立法问题,如自然人商主体、法人型商事组织(法人型企业)、非法人型商事组织(非法人型企业)的一般性私法规则,就理所当然地只能由民法典来承担。

早期奉行民商分立的国家或地区尽管主要通过商法典来规定商事主体,但民法典对此并非无所作为,它们或在民事公司或合伙章节(如《法国民法典》),或在法人的分类中(如《德国民法典》、《日本民法典》),涉及到商事主体的一般原则、基础形式和初级分类。至于选择民商合一立法例的国家或地区,其民法典编纂体例尽管存在很大差异,但无一例外地涉及到商事主体的基本类型或表现形式。而在商人不再拥有经营特权和国家不断开放民利的今天,一般民事主体进入营业领域,从事投资、经营、交易,已是相当普遍的事情,一个明显的例证就是自然人经常性炒股行为和投资性商业住宅买卖行为等,即属典型的营业性投资行为;至于偶发性、短期性、附带性、随意性投资、经营或交易,则更具经常性和普遍性,民事活动、民事行为的泛商化特征愈来愈明显。

在传统民商分立与民商合一立法模式已趋模糊、民事主体与商事主体相互之间切换的频率和形式不断加快、商事主体仍然保持一定特殊性的新形势下,我国民法典理应对商事主体采取包容而非排斥的态度。因此,通过适当的体例安排与立法行文,满足商事主体立法的最一般需求,既为当今时代对民法典的基本要求,也是民法典的当然使命。

(二) 民法典延纳商事主体应坚守的原则与品格

我国编纂民法典所处的时代、面临的问题与挑战可谓前所未有、亘古未见,这既是我国民法典成就为^①世纪示范性民法典的巨大机遇,更是对我国民法典体例选择与编纂技术的空前挑战。而要解决这些问题,商事主体的立法定位、体例选择和技术路径,又是一个不能回避的问题,更是一个无法绕行的坎。民法典要完成新时代所赋予的伟大使命,成就世纪之典这一宏伟目标,在适应商事主体实质、形式、结构现代化需要,满足、包容商事主体立法最一般需求的前提下,应坚守其应有的原则和品格。

首先,民法典应坚守既有主体理论、规则与制度的体系性,不因延纳或迁就商事主体而损害民法典特别是民法总则内在逻辑的自恰性。民法典是体系化的生活规则与行为准则,我国民法典编纂的基本目标是制定一部“体例科学、结构严谨、内部协调、规范全面”的具有中国特色的民法典,其中总则应是把“被提炼和抽象的一般性内容”^②按照一定的内在逻辑有机地汇总在一起,而不是把杂乱无章的法条进行无序堆砌。就商事主体立法的体例安排和条款设计而言,应同时照顾总则有关主体的各章节与其他编章、既有商事主体特别法之间的统一性和协调性,并使总则有关商事主体的原则性规定与民法典其他部分、商事主体特别法的规定,构成一个由一般到特殊、由抽象到具体的规则体系。

^① 王利明《民法典体系研究》,中国人民大学出版社2012年版,第5页。

^② [德]迪特尔·梅迪库斯《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2001年版,第24页。

其次,民法典应遵循主体的普遍性原则,只需对民事主体与商事主体的共性作一般性规定。法典化虽然代表了“一种通过逻辑清晰、前后一致的方式和至少在理论上是完美无缺的规则体系”^②;但这种试图通过法的概念和学理去构建一个具有逻辑自恰性“法秩序”的法典,因“过分高估概念式思考”和法律抽象,往往难以网罗现实世界的丰富多彩,因此,任何成文法典均具有其不可避免的局限性并必然存在大量“漏洞”^③。自然,关于商事主体的体例选择与法条设计,试图包罗万象,把所有商事主体的各种形态、类型及具体行为规则,全部嵌入或塞进民法典,必然会严重影响民法典结构的体系性和内容的逻辑性,并进而有损总则功能的指导性和统摄性。

其三,民法典对新型商事主体应保持开放性,体现社会不断发展和商事主体与时俱进的需要。由于营业领域中的投资、经营和交易具有趋时性和发展性,相应的主体名称和表现形式也更具活泼性和多样性,并随经济发展、社会变迁而不断创新,这就需要民法典秉持开放原则,保持商事主体规范条款和立法行文的足够张性,使之能适用未来社会经济的发展和新型商事主体名称、形式的出现。

其四,民法典对特殊商事主体立法应保持谦抑性,尊重商事主体的多样性与特别法的优先适用效力。与民事主体的稳定性相比,商事主体则更具活泼性、多样性、复杂性和易变性,对此,民法典应尽可能保持谦抑性的品格,尊重各种商事习惯法、特别法规定的效力,充分发挥商事主体特别法的作用,只需对能体现商事主体共同性、普遍性、一般性的事项作出原则性规定。

(三) 民法典理应对现行立法文本中的商事主体作规则统摄和体系整合

在现代大私法背景下,民法典最重要的制度功能就是对私法规则的一般性统摄与体系性整合,就主体规则而言,我国民法典编纂不惟要对民事主体规则作体系化的统摄与整合,还肩负着对独立于民事基本法之外的其他民商事主体特别法的体系化统摄与整合。目前我国涉及商事主体的既有立法包括如下两大体系:

第一,《中华人民共和国民法通则》(下称《民法通则》)规定的准商事主体体系。包括:(1)自然人商事主体。如《民法通则》第二章“公民(自然人)”第四节“个体工商户、农村承包经营户”和第五节“个人合伙”;(2)法人型商事主体。如《民法通则》第三章“法人”第二节“企业法人”和第四节“联营”。

第二,单行法、特别法所确定的商事主体体系。其中之一是有关自然人商人的立法,如《个体工商户条例》(2011年)等。之二是内容比较庞杂的企业法体系,具体包括:(1)改革开放初期按计划经济思维制定的、以所有制为本位的企业法,如《全民所有制工业企业法》(1988年)、《乡村集体所有制企业条例》(1990年)、《城镇集体所有制企业条例》(1991年)、《私营企业暂行条例》(1988年)、《中外合资经营企业法》(1979年,2001年修订)、《中外合作经营企业法》(1988年,2000年修订)、《外资企业法》(1986

^② [德]马克思·韦伯《论经济与社会中的法律》张乃根译,中国大百科全书出版社1998年版,第61页。

^③ 前引^①,卡尔·拉伦茨书,第247页。

年 2000 年修订)等。(2) 市场经济转型时期按组织人格、责任本位制定的企业法,如《公司法》(1993 年 2013 年修订)、《合伙企业法》(1997 年 2006 修订)、《个人独资企业法》(1999 年)、《农民专业合作社法》(2006 年)等。(3) 政策性企业法,如《乡镇企业法》(1996 年)、《中小企业促进法》(2002 年)等。(4) 其他企业登记方面的法律规范。

在上述涉及商事主体的立法文本中,除《民法通则》和《个体工商户条例》规定的“个体工商户、农村承包经营户”属于自然人商人范畴外,其他均属于企业商人范畴,无论是《民法通则》,还是商事主体单行法,均无统一、适当、科学的立法分类标准,从而导致既有商事主体立法规范分散、体系零乱、内容重叠甚至彼此冲突。民法总则编纂中最重要的任务,就要建立一套有效的、普遍适用于私法主体的分类标准,使之成为民事主体与商事主体的共同规则,并以之统摄和整合所有民商事主体特别立法,即“以统一的民法典总则统辖各种商事特别法”^{②④}。例如,表面上看,单行法所规定的企业类商事主体似乎杂乱不堪,但如细加分析,就会发现,所有的企业类商事主体作为社会组织,按是否具有独立人格,可划分为法人型企业 and 非法人型企业,其中法人型企业又可分为公司制法人企业(公司、部分股份合作企业和部分三资企业)和非公司制法人企业(如全民所有制企业、集体所有制企业、合作社企业、部分股份合作企业、部分三资企业);而非法人型企业则包括合伙企业、个人独资企业等。如果在民法总则中对其进行提炼、概括和抽象,按照从一般到特殊、抽象到具体的立法技术路径,在民法总则所定一般性主体规则之下,所有现有立法规定的和未来可能出现的各种不同类型的特殊商事主体,均可在民法总则主体分类一般性规则的统辖下,整合、组成一个既有法理内在逻辑又有类型活泼多样的庞大商事主体体系。

三、民法典调整商事主体的模式选择

(一) 主要国家或地区商事主体立法模式晚近发展的共同点与趋同点

目前,就全球范围内看,商事主体立法及技术进路最具代表性的立法例有:(1) 民商分立体例下的二元构造模式。如法国、德国、日本等奉行民商分立的大陆法系国家或地区,虽然从表象上看,其《民法典》、《商法典》分别扮演着构造民事主体与商事主体的角色和功能;但实际上这些国家或地区的民法典有不少条款甚至篇幅涉及商事主体。^{②⑤}(2) 民商合一体例下的完全融入模式。即商事主体融入民法典并分别规定在不同的编章中,如《荷兰民法典》等。^{②⑥}(3) 民商合一体例下的独立编章模式。即设置独立的编或

^{②④} 前引^②,王利明书,第201页。

^{②⑤} 参见《法国民法典》,罗结珍译,北京大学出版社2010年版,第2-5页、第423-441页;《德国民法典》,陈卫佐译注,法律出版社2006年版,第3-26页;《最新日本民法》,渠涛编译,法律出版社2006年版,第4-22、309页。

^{②⑥} 参见《荷兰民法典(第3、5、6编)》,王卫国主译,中国政法大学出版社2006年版,第1-14页。

章,对不同类型的商事主体作具体规定。《瑞士民法典》²⁷、1942年以后的《意大利民法典》²⁸、《泰王国民商法典》²⁹和2002年后的《巴西民法典》等选择此一立法例³⁰。(4)民商合一体例下的特别法模式。即民法典或总则只对商事主体的定义或分类作出一般性规定,具体内容则通过准用性或授权性规范,由商事特别法规定,选择此一立法模式的国家或地区有1949年前的中国(包括1949年以后我国台湾地区)等。(5)大民法典构架下的混合模式。即不仅民法典对商事主体有明确规定,还通过其他商事特别法、单行法对商事主体进行规定,比较典型的如《俄罗斯联邦民法典》等³¹。(6)英美法系国家或地区民商主体混同体例下的单行法模式。除美国路易斯安那州、加拿大魁北克省等少数地方外,一事一法的单行法成为绝大多数英美法系国家或地区民商事主体立法的重要形式。

通过对不同法系、国家或地区商事主体立法模式的考察,不难发现,商事主体的立法形式并非一成不变,而是随着历史演变和社会发展在不断调整,世界上从来就没有固定不变的商事主体立法模式。况且,无论选择哪一种立法体例和技术路径,均不可通过某一部法典而毕其功于一役,如在大陆法系奉行民商分立的国家或地区,其商法典不仅难以做到对既有各种商事主体形态的全部规范,也不能适应营业需要、时代发展而及时把新的企业形式纳入商法典;而实行民商合一的国家或地区,受民法典体例、结构和篇幅限制,同样也会使商事主体挂一漏万、残缺不全。无论是传统的商法典模式,还是后来的大民法典模式,均因法典既有体例、固定结构和庞大身躯,难以适应商事主体不断变化和快速发展的需要,存在着本身不能克服的致命缺陷。

19世纪中叶以降,随着营业的发展,大陆法系奉行民商分立的国家或地区已没有一个能用一部统一商法典对全部商事主体进行有效调整,反而是大量商事主体被分出商法典之外,以商事主体单行法、特别法的形式独立存在。如法国于1867年在《商法典》之外另立《商事公司法》;德国则把《有限责任公司法》(1892年)、《股份法》(1965年)等分离出《商法典》;日本是商事主体立法中对传统法典模式坚守最为执着的国家,但也难以忍受大法典体例结构越来越明显的僵化与滞后,在《商法典》之外另立《公司法》(1938年),特别是2005年6月把公司法编从《日本商法典》中第二编“公司”中抽出来,单独制定《公司法典》³²,此一简单事件的标志意义,实质等于宣告商事主体立法整体依附于《商法典》时代的终结。而其他奉行民商合一的国家或地区,合伙企业法、公司法、合作社法等,也逐渐被剥离出民法典,或一开始就独立于民法典。至于英美法系的合伙法、公司法、合作社法等,纷纷由传统判例法上升为制定法之趋势,自20世纪以来

²⁷ 参见《瑞士债法典》,吴兆祥等译,法律出版社2002年版,第162-271页。

²⁸ 参见《意大利民法典》(2004年),费安玲等译,中国政法大学出版社2004年版,第13-19、525-681页。

²⁹ 参见《泰王国民商法典》,周喜梅译,中国法制出版社2013年版,第12、19-20、178-217页。

³⁰ 参见《巴西新民法典》,齐云译,中国法制出版社2009年版,第9-15、135-178页。

³¹ 参见《俄罗斯联邦民法典》,黄道秀译,北京大学出版社2007年版,第42-80页。

³² 参见《最新日本商法译注》,刘成杰译注,中国政法大学出版社2012年版,第13-19页。

也愈发明显。足见 晚近以来,商事主体单行法、特别法模式,几乎成为两大法系、不同国家或地区商事主体立法体例的共同选择,并成为当今世界的主流。

(二) 商事主体立法主张或方案的可行性分析

民法典编纂应以何种形式和体例安排商事主体,我国大陆学者的观点、主张和方案可谓大相径庭。比较有代表性的主张为:(1) 商事主体完全融入民法典。(2) 商事主体在民法典中独立成章。如2005年王利明教授主持完成的中国民法典学者建议稿及立法理由第三章(法人)第二节“企业法人”、第四节“企业法人的分支机构”和第四章“合伙”等规定。^{③③} (3) 商事主体在民法典独立成编。如徐国栋教授主持编写的绿色民法典草案第一编第二分编“法人法”编第二题“合伙”、第三题“公司”、第四题“合作社”的规定;^{③④}又如赵万一教授所主张的民商法典中的商法编^{③⑤}、余能斌教授提出的民商法律大纲中的商事特则编等。^{③⑥} (3) 商事主体在民法典之外的商事通则中分立。即主张在民法典之外制定商事通则,设立“商人”或“商主体”专章,这是目前多数商法学者和多个版本商事通则建议稿的观点或意见。^{③⑦} (5) 商事主体在民法典之外的商法典中独立。^{③⑧} 上述主张与建议方案,虽各有其显著特点和可取之处,但均存在某些缺陷。

商事主体完全融入民法典的主张,明显属于贪大求全,其结果只能把有关商事主体的具体形式和特殊内容生硬地拼凑到民法典之中,不仅破坏了民法典体例的完整性、逻辑的系统性和内容的稳定性,而且也有损商事主体立法的具体性、特殊性和专业性。由于此一主张明显不具操作性,我国绝大多数学者均不赞同,故实践中明确根据此一主张起草的立法方案几乎没有。商事主体在民法典独立成章或独立成编的观点,虽然对民事主体作一般性规定的同时,试图照顾到商事主体的特殊性。殊不知,正是这样,不仅破坏了民法典体例的完整性、内容的一致性、逻辑的系统性、标准的统一性和形式的稳定性,更重要的是把诸如企业(公司)、国有或集体企业等具体类型的商事主体,强行塞进民法典,严重约束了商事主体本应具有张力和灵性,到头来是把具有特殊形式、丰富内容和活泼特质的商事主体,弄得死气沉沉,最终使民法典涉及人或主体的编章变成不伦不类的大拼盘。

商事主体完全融入民法典、独立成章或独立成编等方案,虽然考虑到了民法典适应当今营业行为普遍化和民事活动泛商化的特质,但显然对营业领域和商事主体的特殊性、复杂性和专业性估计不足,因此,其提出的方案不具有可行性。现已公开的多种代

^{③③} 参见王利明主编《中国民法典学者建议稿及立法理由·总则编》,法律出版社2005年版,第152-183、194-240页。

^{③④} 参见徐国栋主编《绿色民法典草案》,社会科学文献出版社2004年版,第5、113-176页。

^{③⑤} 参见赵万一:《论民法的商法化与商法的民法化——兼谈我国民法典编纂的基本理念和思路》,载《法学论坛》2005年第4期。

^{③⑥} 参见余能斌、余立力:《制定“民商法律总纲”完善民商法律体系》,载《武汉大学学报》2002年第6期。

^{③⑦} 参见樊涛:《商法通则:中国商事立法的应然选择》,载《河南大学学报》2008年第3期;苗延波:《商法通则立法研究》,知识产权出版社2008年版,第249-260页;《商事通则》调研组:《〈中华人民共和国商事通则〉建议稿》,载王保树主编《商事法论集》第20卷,法律出版社2012年版,第1-11页。

^{③⑧} 参见徐学鹿、梁鹏:《商法总论》,中国人民大学出版社2009年版,第291-295页。

表性民法典学者或专家建议稿,如梁慧星先生主持编纂的中国民法典草案建议稿^⑨、杨立新教授主持完成的中国民法总则编建议稿^⑩等,之所以没有把诸如公司等具体的商事主体纳入到民法典或民法总则,均是充分考虑到立法上的不可行性。这是因为,自然人商主体中的个体工商户,法人型商事组织(企业)中的公司型企业法人与非公司型企业法人,非法人型商事组织(企业)中的合伙企业、个人独资企业和其他企业形式等,因其涉及到十分复杂的法律关系、组织形式、权利配置、内部治理、利润分配、债务责任等,如全由民法典来包揽,则存在如下明显的弊端:(1)内容的庞杂必然影响民法典作为一般法的应有功能;(2)更加细致的分类和更为专业的立法技术要求,必然会增加民法典的立法和编纂难度;(3)与民事主体高度稳定性相比,商事主体及其表现形态则具有与时俱进、活泼易变的特点,况且还有不少主体形式可不由法定,而通过当事人合意设定。商事主体具体表现形态的多样性、复杂性和易变性,使立法的后续修改变得必要和频繁,而这又反过来严重影响民法典的稳定性;(4)把商事主体的具体形式和特殊内容罗织、拼凑在民法典里,必然破坏民法典立法应有的逻辑性和体系性,进而徒增民法典的适用难度。可见,有关商事主体的具体形式和特殊内容,不放置在民法典里,而由具有特别法功能的商事单行法予以更为精细的设计和安排,应是最为稳妥的办法。

至于商事主体在民法典之外的商事通则中分立或在商法典中独立,虽然从表面来看,强调了商事主体的个性,突出了商事主体重要性和独立性,但综观历史上奉行民商分立的国家或地区,还是我国大陆前述不同学者版本的商事通则或商法典体例、内容,其有关“商人”或“商主体”章节所涉及的问题,无非就是前述民法典所需要解决自然人、法人、非法人组织的一般性私法规则和登记问题。世界上现保留有商法典的主要国家或地区,商法典“总则化”或“通则化”的历史演变和现实图景,其既有记载内容已充分证明,商事主体如选择在民法典之外的商事通则中分立或在商法典中独立,除了重复民法典有关商事主体的自然人、法人、非法人组织的一般性、原则性、通用性规定外,其对商事主体的具体形式和特殊内容似无更多的贡献和作为。因此,主张此例无异于孤芳自赏,只能是一种想象的理性,更有学者不客气地批评其为“理性的愚昧”。^⑪显然,此两种立法方案,忽视了商事主体与民事主体应有的同质与共性,过分强调营业领域和商事主体的特殊性、复杂性、专业性,特别是其概念、理论、价值、范畴还在重复着19世纪以前的传统逻辑,在具现代私法基本法特质的大民法典构架下,自然丧失必要性。

(三) 选择“民法总则一般性规定与商事主体特别法相结合”的体例模式

基于上述分析,不难看出,民法典在定位商事主体时,既要坚守民法典的基本原则和应有品格,又应充分考虑到营业领域和商事主体的特殊性、复杂性、专业性。立法方案的最优选择应是民法总则的一般规定与商事主体单行法、特别法的具体规定相结合

^⑨ 参见梁慧星主编《中国民法典草案建议稿》,法律出版社2013年版,第5-21页。

^⑩ 参见杨立新等《〈中华人民共和国民法·总则编〉建议稿》,载《河南财经政法大学学报》2015年第2期。

^⑪ 前引^⑩,施天涛书,第43页。

的体例模式。即由民法总则对涉及民事主体和商事主体共性的自然人、法人、非法人组织作出一般性规定,而在涉及商事主体具体形式和特殊内容时,则通过授权性、准用性、援引性规范,由商事主体单行法、特别法予以具体化、精细化。这样既保证了民法典一般法的地位和统摄私法全局的功能,维持民法典体例的完整性、内容的一致性、逻辑的系统性、标准的统一性和形式的稳定性;而且通过授权性、准用性、援引性规范的指引,以商事主体特别法对商事主体的具体形式和特殊内容予以具体化、精细化,可以充分尊重和顾及商事主体应有的张力、灵性等特质。如此,从一般到特殊就形成了既具共性,又有个性;既有私法逻辑的自恰性和概念体系的完整性,又有立法技术的与时俱进和商事主体的丰富多彩;既能发挥未来民法总则在整个私法领域的引领、统摄作用,又能保持既有大量的商事主体单行法、特别法与民法典实现效力上的衔接、功能上的互补,避免商事主体立法的大起大落,维持法律形式、社会生活和营业交易的稳定性。

四、民法典定位商事主体的切入思路

(一) 民法典定位商事主体的切入点

在民法典编纂中,由于现有理论过多纠结于民商合一或民商分立,有些讨论与分析的前提均以此为阵营,两者意见相左、分歧较大;相应地,立法上反倒因秉持实事求是态度,并没有被这一问题所困扰。其实,正如谢怀栻先生所言“商法的内容产生于近代民法之前,比近代民法早一二百年”,因此“民商分立的形成完全是历史的原因而不是理论的原因”,非人为选择的立法模式。^②虽然民商合一体例形成的背后有诸如瑞士、1929年我国国民政府、意大利、荷兰、巴西、泰国等民法学者、立法者的主张与助推,但更多是因现实社会生活中民事行为的商事化和营业行为的普遍化所使然。特别是近代营业自由原则的确立,已使民事主体与商事主体的二元主体结构丧失法律与现实依据。在现代市场经济社会里,营业行为的全民化和民事行为的泛商化,更使民事主体与商事主体的区别无实质意义,正如施米托夫所批评的那样,试图把“商人构成单独一个社会阶层的概念”,“无疑已经过时”,充其量只不过是一种“学究式的方法”,^③而毫无现实可行性。在当今泛商化的社会环境,尽管多数学者主张我国应选择民商合一,但事实上我们已经处在民商不分、民商一体的新时代,再着意讨论或争辩民商合一或民商分立已无太多实质意义。

民法典编纂中商事主体立法定位的重点应是:商事主体究竟以什么方式切入到民法典中,这恰恰是现有理论、立法思考最为欠缺的地方,如前述多种代表性的民法典草案或立法建议稿,均属典型的民商合一立法方案,商事主体虽有所体现,但缺乏能连接并贯通民事主体与商事主体之间的法概念或法范畴作统领,既难以实现民事主体与商

^② 谢怀栻《外国商法精要》,法律出版社2014年版,第51-52页。

^③ 前引⑤,施米托夫书,第113-114页。

事主体在民法典中的相容,也不能完成民法典有关商事主体与商事主体特别法之间的有效对接。再如,在既有多种版本的民法典草案或立法建议稿中,营利性社团法人就是一个典型的商事主体概念,但由于缺乏必要的法概念或法范畴作切入点和支撑点,致使营利性社团法人既不能与既有民事主体体系兼容,也无法与我国业已存在的企业法人、公司法人等典型商事主体形式进行有效对接。可见,在我国民法典编纂中,寻找并引入新的能统领、连接并贯通民事主体与商事主体之间的法概念或法范畴,是实现商事主体在民法典中恰当定位的逻辑起点。

(二) 引入“营业”概念以搭建民事主体→营业行为→商事主体的中介和桥梁

综上所述,民事主体转换为商事主体的标志性要件是其进入了营业领域,从事了以投资、经营、交易为表征的营业行为。这说明,营业成为“商事行为与民事行为的分水岭”^④;营业作为“一种独立、有偿的,包括不特定的多种行为的、向外公示的行为”^⑤,有显著的外观特征和标志意义,便于人们识别,也便于立法的抽象和归类,从而可克服传统主观主义商人论和客观主义商行为论在有关商事主体识别、判断上的不必要争论,能事实上把民事主体与商事主体之角色、身份关系作有效贯通,并扮演“连接着商人制度和商行为制度”^⑥的中介和桥梁。基于此,在民法总则中引入“营业”这一核心且具标志性的法概念,搭建起民事主体→营业行为(商事行为)→商事主体的过渡、转换桥梁,为民事主体随时进入营业领域,扮演商事主体角色,创造法律、制度中介,可克服既有《民法通则》概念、体例、规范上的混乱和商事主体单行法的无序状态,其积极意义是十分明显的:

(1) 营业有利于最大限度地体现商事主体、商事行为的内在本质,从而为识别、析分商事主体创造了前提性条件。

(2) 营业作为民事主体→营业行为→商事主体的必要连接点,为民事主体切入商事主体搭建起了有效桥梁,从而可打破既有民事主体与商事主体的二元私法主体构架,适应了当今民事主体营业普遍性、民事活动泛商化的现实需要和发展趋势。

(3) 以营业作为识别和分类商事主体的核心要件,有利于克服传统商人中心主义和商行为中心主义在定义、分类民事主体和商事主体的固有缺陷,无论是民事主体转换为商事主体,还是商事主体的存在形态、表现形式、具体名称、分类标准等,均可在营业这一概念的统辖下保持更大的张性,从而可把从事营业活动的民事主体纳入到商事主体的范畴加以考察,既克服了传统私法理论把民事主体与商事主体对立或分离起来的弊端,又使商事主体的概念、范围、形式和分类具有足够的开放性。

(4) 营业的引入可避免法律适用上的尴尬和困境。《法国商法典》虽然打破了中世纪以来商人在法律适用上的特权,但由于并行存在民法典和商法典,法律适用冲突问题

^④ 徐喜荣《营业:商法建构之脊梁》,载《政治与法律》2012年第11期。

^⑤ [德]C. W·卡纳里斯《德国商法》杨继译,法律出版社2006年版,第36页。

^⑥ 朱慈蕊《营业规制在商法中的地位》,载《清华法学》2008年第4期。

一直没有解决,特别是单方商行为,如出现民法典与商法典规定不一致时,则会带来法律适用上的混乱。而如引入营业这一概念,选择民法典一般规定与商事主体特别法具体规定相结合的立法模式,在无特别法或特别法规定不明确时,适用一般规定,则私法适用上的尴尬和困境,可得到比较圆满的解决。可见,在民法总则中引入“营业”这一概念和范畴,可根本改变现有民法典编纂中处理民事主体与商事主体、民事行为与商事行为关系时裹足不前的局面,有效化解学界既有的分歧和争议,在学理上、立法上具有极大的包容性和可行性。

(三) 确认营业自由原则为民事主体转换商事主体创造法权依据

营业为民事主体通过追求营利和财富最大化而实现更幸福生活的正当之举,自由营业本为民事主体的应然权利。^⑭但是,由于文化传统、政策法律、主流观念、社会价值各种因素的影响,自由营业在我国一直不被认为是国民(民事主体)的一项基本权利,民间营业一再遭禁或受限。对营业的误读和政策、法律上的限禁,是导致我国民间长期积贫积弱和经济发展出现结构性畸形的主要原因之一。改革开放以来,我国政策和法律层面虽然在开放民利方面有长足的进展,但民事主体的自由营业之权尚未获得宪法和部门法的确认,自由营业合法性权源的缺失和具体政策、立法上还依然大量存在着对民间营业的种种限制,就如一张无形之网,无时无刻不在阻碍民间投资、自由创业的发展。营业的不自由,自然就涉及到民事主体借助营业活动转换为商事主体的机率,民事主体与商事主体之间的自由切换和角色转变,就有不确定的政策、立法和制度障碍,自由、平等这一私法的核心价值就无法发挥其应有的引领功能。因此,在暂时还来不及把营业权载入宪法之前,^⑮借助民法典编纂,把营业自由作为基本原则,写入民法总则的一般性规定,无疑具有基础意义。

营业自由作为基本原则载入民法总则,能产生如下重大意义:(1) 确定营业自由,就等于彻底打破传统民商分立、民商分域的观念价值、法理、立法、制度界限,民事行为与商事行为、民事主体与商事主体、民法与商法才能在大私法背景下实现从主体→行为→制度→责任的相互贯通。(2) 确认营业自由原则,大私法概念才能有坚实的价值基础,民法典才可顺理成章地把在营业中的商事主体揽入麾下,民法总则指导商事主体特别法的正当统摄功能才能被认可。(3) 确认营业自由原则,民事主体自由选择从事营业活动、民事主体借助营业行为自由地切换为商事主体,才有稳定的法律依据和合法的权源保障。(4) 确认营业自由原则,营业的正当性和合法性有了切实的法律依据,有关商事主体的存在形态、具体类型、法律人格、权利义务、责任形式等交由商事主体特别法规定,才具有可行性。

^⑭ 参见肖海军《营业权论》,法律出版社2007年版,第91-127页。

^⑮ 参见肖海军《论营业权入宪》,载《法律科学》2005年第2期。

五、民法典中商事主体规则的基本构架与一般条款

根据以上思路,结合《民法通则》和几部代表性民法典专家建议稿的有关规定,特提出以下民法典中商事主体的具体立法技术方案:

(一) 在民法总则一般规定中增加“营业自由”基本原则条款作统领

即在民法总则第一章的一般性规定“基本原则”一节中,增加一个条文,确认“营业自由原则”以总揽全局。具体行文可表述为二款,第一款为“民事主体有自由从事国家法律不禁止的营业活动的权利。民事主体从事营业活动的权利受法律保护,非经法律、行政法规规定不得限制。”第二款为“民事主体因营业需要获得的特定主体资格和营业所得财产、利益,受法律保护,禁止任何机关、社会组织和个人进行非法限制或剥夺。”

(二) 自然人营业条款的引入与整体设计

现行《民法通则》第二章公民(自然人)第四节和几部代表性民法典专家建议稿在“自然人”章下均有关于“个体工商户、农村承包经营户”的规定,这说明在自然人章节赋予自然人以营业权能,立法和学界已形成基本一致;而迫切需要解决的问题,是以何种方式作出最妥当规定。由于既有规定与现行《农村土地承包法》(2002年,2009年修订)和《个体工商户条例》(2011年)的部分内容重叠,更何况“个体工商户、农村承包经营户”实质就是自然人的营业问题,但自然人营业的情形则不限于“个体工商户、农村承包经营户”,还包括出资人、不需要登记的营业活动等多种形式,显然,以独立一节规定“个体工商户、农村承包经营户”,实属以偏概全,很不恰当。笔者认为,应引入“自然人营业”概念,在自然人营业这一大的法范畴下对商自然人的营业形式、商事登记、营业住所、经营权利、债务责任等一般性问题作出规定,则既可克服目前《民法通则》和几部代表性民法典专家建议稿有关“个体工商户、农村承包经营户”规定的不周延,又可解决未来民法总则与既有自然人营业特别立法的交叉、重复和法律效力冲突问题。

具体条文设计如下:(1) 节名可定为“自然人的营业”。(2) “一般性营业形式”条文。可分三款,第一款为“自然人得独立处分其财产进入营业领域,以出资人、个体工商户、农村承包经营户等形式从事经营活动。”第二款为“自然人营业可以个人名义经营,也可以家庭名义经营。”第三款为“自然人在营业过程中可以自由决定是否使用商业名称、字号。”(3) “营业登记”条款。可分为三款,第一款为“法律、行政法规规定自然人营业需要履行工商登记程序的,应于开业前完成各种工商登记手续,在取得营业执照后方可开业。”第二款为“工商登记的营业事项发生变更的,应当向登记机关申请办理变更登记。其中变更经营者的,应当在办理注销登记后,由新的经营者重新申请办理登记;家庭成员之间变更经营者的,依照前款规定办理变更手续。”第三款为“自然人不再从事经登记的经营活动的,应当到登记机关办理注销登记。”(4) “营业住所”条款。可设计为二款,第一款为“须经工商登记的,在登记机关登记的经营场所为自然人的营

业住所。”第二款为“不需进行工商登记的,实际经营场所为自然人的营业住所;实际经营场所无法确定的,以该自然人住所地或经常居住地为其营业住所。”(5)“经营权利”条款。可设计为两款,第一款为“自然人在营业中可以根据经营需要招用从业人员。”第二款为“自然人在营业中应当依法与其招用的从业人员订立劳动合同,履行法律、行政法规规定和合同约定的义务,不得侵害从业人员的合法权益。”(6)“债务责任”条款。可设计三款,第一款为“自然人营业中所产生的债务,以自然人个人名义经营的,以该自然人个人财产承担;以自然人所在家庭名义经营的,以家庭财产承担。”第二款为“以自然人个人名义从事经营的,如以家庭共有财产投资,或者收益的主要部分供家庭成员共同享用的,其债务应当以家庭共有财产承担。”第三款为“自然人在营业中所产生的债务,如以家庭共有财产承担时,应当保留家庭成员的生活必需品、必要生活费用和必要的生产工具。”

(三) 以营业为视角整合和完善“营利性社团法人”的分类条款

综合前述几部代表性民法典专家建议稿有关法人分类的规定,以构成要素为标准把私法人划分为“社团法人”和“财团法人”在学界之间已达成广泛的共识。存在分歧且需要重点解决的问题,是在“社团法人”和“财团法人”的基础上,如何引入比较科学、可行的分类标准,对“社团法人”特别是“营利性社团法人”作进一步的分类。

我国现行《民法通则》没有社团法人的概念,而是内含“企业法人”、“事业单位和社会团体法人”的相关规定,不能真实地反映法人组织的实质,难以适应市场经济的发展;而几部代表性《民法典》专家建议稿虽然对“营利性社团法人”和“非营利性社团法人”的设立、分类有所涉及,但对“营利性社团法人”的分类标准不尽科学。笔者认为,应以营业为切入点,引出营利性社团法人及其分类条款,以解决商法人在民法总则中的定位问题。

在引入营利性社团法人时,要充分注意与现行企业法人概念进行有效的立法对接。企业法人是我国《民法通则》规定的法人概念和法人类型,而营利性社团法人虽然是世界上通行的私法人分类,但在我国尚止于学理层面,既有涉及商法人的法律规范用语,均以企业或企业法人称之,如不从概念上把营利性社团法人与企业法人有效地对接起来,即使民法典立法尽善至理,人们在理解上也会存在概念障碍,进而徒增民法典适用的难度和成本。笔者认为,营利性社团法人与企业法人由于两者在表述商事组织的性质、人格、内涵、形式、范围、类型时,具有明显的一致性,所不同的是语境和分类时的参照对象。营利性社团法人是民法语境上基于私法人概念、以法人构成要素(成员或财产)为分类标准,为社团法人的从属概念,其对应的主体类型为非营利性社团法人;而企业则是现代市场经济、经济学、经济法中使用的主体概念,其对应的主体类型则有政府、消费者等。但企业与企业法人是完全不同的两个概念,企业比较权威、公认的解释为“营利性经济组织”,^⑨企业法人仅为企业中具有独立法人资格的企业类型,准确的称谓

^⑨ 前引^④梁慧星书,第124页。

应是法人型企业。在我国,企业法人使用已经十分广泛,反而比民法上营利性社团法人具有更广泛的使用频率和更高的认知度;况且,仅就其营利性、社团性、法人性而言,企业法人与营利性社团法人也具有同质性。在此种情况下,如果仅仅因为语境和参照对象的差异,而摒弃企业法人这一使用广泛的概念,是不适当的。因此,在对社团法人作分类时,就有必要把营利性社团法人与企业法人两个概念和范畴予以打通和有效对接,即营利性社团法人就是现有法律术语中的企业法人,或者说原《民法通则》及其他既有法律规范中的企业法人概念就是行将编纂的民法典中的营利性社团法人。为便于人们理解和适用,在立法上可以并行使用“营利性社团法人(又称企业法人)”或“营利性社团法人(即企业法人)”。营利性社团法人与企业法人实现有效的法律对接和概念互换后,就可全面打通民法总则有关营利性社团法人与既有企业立法体系之联结,理顺民法总则与企业法之间的一般与特殊、上位与下位、抽象与具体关系,民法总则的母法地位与统摄、整合功能就可以得到充分的体现和发挥,现行《民法通则》、企业法与未来的民法典的适用则可顺利实现衔接。

关于“社团法人的独立分类条款和营利性社团法人的独立分类条款”,可设计为三款。其中第一款为“社团法人可分为营利性社团法人和非营利性社团法人。”第二款为“营利性社团法人,亦称企业法人,即从事以营利为目的营业活动的社团法人。企业法人自其完成工商登记注册之日起,具有法人资格。企业法人可分为公司型企业法人与非公司型企业法人(如全民所有制企业、集体所有制企业、合作社法人等)。”第三款为“非营利性社团法人,亦称公益性社团法人,即非以营利为目的、而以公益为目的事业的社团法人。公益性社团法人自其法人登记注册之日起,具有法人资格。公益性社团法人包括事业单位法人、社会团体法人和其他非营利目的社团法人。”

关于营利性社团法人(企业法人)其他条款,只需对其登记成立、一般组织形式、代表代理机制、歇业、清算、注销、债务责任等作出一般性规定,而其设立条件、登记注册、组织建构、内部治理、利润分配、歇业解散、清算注销等具体内容,则应通过授权性规范或准用性规定,由公司法、合作社法、特殊企业法等商事主体单行法或特别法予以规定。

(四) 重视非法人商事组织的立法使之具有全面性、完整性与开放性

除规定合伙组织(企业)外,应对其他非法人型商事组织进行必要规定,如个人独资企业、未经登记的企业等。

为有效衔接民法总则中有关合伙的规定与现行《合伙企业法》的关系,民法总则只需对组织型合伙的一般规则作出规定即可。

必须把未经登记的商事组织纳入到立法视野,按照合伙规则进行处理。

民法总则除对上述商自然人、商法人、商合伙等其他非法人商事组织作一般性、原则性规定外,凡属具体、专业层面的内容,则应设计具有开放、谦抑、包容功能的准用性、援引性条款或授权性规范,交由商事主体特别法予以处理,使之构成民法总则与商事主体特别法逻辑关系的连接点。如此,民法总则有关商事主体的一般规定和商事主体单行法、特别法的具体规定,就可充分、有机地结合在一起,构成一个既在总则统摄下具有

内在逻辑、体系,又在单行法、特别法具体化下发挥其活泼、张力、灵性的商事主体立法体系。

Abstract: Nowadays , business behaviors are popular and civil activities are commercialized , it is convenient to transform the civil subject to commercial subject. Under such circumstances , how to deal with the commercial subject has become an inevitable issue in China's civil code compilation. The best option for commercial subject legislation is the style pattern that combines the general regulations of general rules of civil law and special regulations of commercial subject single law , that is , the general rules of civil law acknowledge the business freedom principle by inviting business concepts. Guided by the regular business clauses , the commercial subject is responsible to make it materialized and refined. Thus , a complete commercial subject legislation system with inner logic of legal principles will be formed.

(责任编辑:朱广新)