

# 民法典编纂视野下民事主体与 商事主体的衔接

葛伟军

(上海财经大学 法学院, 上海 200433)

**摘要:** 商事主体首先是民事主体, 因其进入营业领域而转变为商事主体, 因此我国企业营业执照应当抛弃统一主义, 转而采纳分离主义。该观点虽然具有一定合理性, 与民事主体的理论体系相契合, 但是忽视了商法的特殊性以及商事主体本身设立的目的。商事主体应当独立于民事主体。当商事主体取得主体资格证明时, 即已获得一般经营资格, 可以开展营业, 法律另有规定或者特定行业许可另有要求除外。对于法人的分类, 新颁布的民法总则采纳了营利和非营利法人的划分模式, 是对传统做法的承继和发展。无论形式上还是内容上, 公司法对民法总则关于法人部分的影响甚大。商事主体的分类, 与民法总则关于民事主体的分类, 无法完全重合。民法总则与公司法之间, 有些术语或措辞的表述有所差异。有些地方, 公司法规定得比较全面, 而民法总则进行了筛选, 规定的范围更为狭窄。有些术语, 则为民法总则首次提出, 是对公司法规定的提炼和升华。两个法律的规定或表述, 如果产生冲突, 会产生法律适用和法律解释上的问题。

**关键词:** 民法总则; 公司法; 民事主体; 商事主体; 营利法人

**中图分类号:** D923.1   **文献标识码:** A   **文章编号:** 1009-0150(2017)04-0118-11

## 一、引言

民法和商法之间的关系, 一直是法学界持续讨论的热点问题。特别是自2014年十八届四中全会决定明确要求编纂民法典之后, 虽然民商合一的模式基本已定, 商法似乎应该放在民法典的大框架下考虑其地位, 但是两者之间的关系, 仍然引发了学者(尤其是商法学者)的关注。民商分立的模式存在主观主义、客观主义和折中主义三种立法例。在制定商法典的国家中, 德国法强调只有商人实施的行为才是商行为, 法国法认为只要其行为符合商行为, 行为人就是商人, 而日本法和韩国法则以商人与商行为两者相结合作为商法的基础。<sup>①</sup>一般认为, 商法是民法的特别法, 两者具有类似的原理和制度, 发生冲突时, 优先适用商法, 如无规定, 则适用民法。<sup>②</sup>

民法典体例安排与商法通则立法的探讨, 通说有四种方案, 即完全分立式、独立成编式、独立成章式、分解融合式。商法学者认为, 商法的灵活性很大, 不断自我突破, 与民法典所要求的

收稿日期: 2017-05-01

作者简介: 葛伟军(1975—), 男, 浙江宁海人, 上海财经大学法学院教授, 博士生导师。

<sup>①</sup>王建文:《我国(民法典)中商法核心范畴的立法构想》,《扬州大学学报》(人文社会科学版)2016年第2期。

<sup>②</sup>赵旭东:《民法典的编纂与商事立法》,《中国法学》2016年第4期,第41页。另有观点,商法并非民法的特别法,而是私法的特别法,参见李建伟:《民法总则设置商法规范的限度及其理论解释》,《中国法学》2016年第4期。

概念性、体系性和逻辑性截然迥异,因此完全分立式应该是最理想的选择。<sup>①</sup>基于该思路,民法总则提供一般性原则和规范,同时授权制定特别法,例如将营利法人的规定纳入商法通则,单独立法,规定营利法人的具体制度,包括商事登记、财产和责任等。<sup>②</sup>

民法与商法之间的联系和冲突,在《公司法》中有所体现,试举几例。第一,民法与商法的联系是,股权的善意取得,参照适用《物权法》第106条的规定。第二,民法与商法的冲突是,2016年4月《公司法司法解释四》征求意见稿第29条,有限责任公司章程的条款对股权转让作出限制,导致股权实质上无法转让的,该条款无效。章程自治、契约自由与股权转让之间的矛盾,体现了有限责任公司在我国公司法地位上的尴尬,应当将此类型限缩在准合伙的公司范围内或者取消此种类型的公司,将合伙企业打造成无限公司,扩大股份公司的范围,所有公司都要发行股份。第三,股权转让中的优先购买权问题。如果股权转让合同侵犯了其他股东的优先购买权,股权转让合同并不当然无效,要区分已实际履行完毕、尚未履行等情况,并结合受让人主观上是否善意等情形加以认定。

2017年3月15日,《中华人民共和国民法总则》(简称“民法总则”)由十二届全国人大五次会议审议通过,标志着我国民法典编纂迈出了实质性、关键性的一步。民法总则关于民事主体的架构和内容,大部分来自《公司法》以及其他商事主体法。在民商合一的模式下,商事主体作为民事主体的一部分,被纳入民法总则。如何审视民商事主体之间的关系,民事主体的分类是否与商事主体的划分相吻合,公司法对民法总则的具体制定到底有多大程度的影响,这些问题亟须展开讨论,以应对民法总则生效施行后可能发生的法律冲突与解释的问题。本文结合已有文献,提出了自己的观点。第一,商事主体应当结合其设立目的来认识。既然商事主体设立的目的是为了开展经营活动,那么没有必要将营业作为两类主体转化的连接点。第二,营利法人和非营利法人之间的界线,理论上多有探讨,也较为清晰。第三,商事主体的划分,与民事主体的类型无法重合。民法总则关于营利法人的规定,大多来源于公司法,并进行了提炼。

鉴于上述思路,本文的论述分为三个层次。第一,结合企业营业执照的法理,探讨民事主体与商事主体的关系。第二,阐述了专家们对于法人分类模式的观点,以及营利法人和非营利法人之间的区别。第三,分析了公司法条款对民法总则关于营利法人部分的影响。

## 二、民事主体与商事主体的关系

民事主体,传统上包括自然人和法人。前者是指自然而生的人,后者是指法律所创设的人。两者在权利能力的取得和范围、伦理价值等方面根本不同。<sup>③</sup>德国民法典一开始将民事主体分为自然人和法人两类,<sup>④</sup>但是2000年6月修改之后有所变化,增加了消费者与经营者的概念,前者限定在自然人,后者是指在从事营利活动或单独的职业活动中实施行为的自然人或法人或有权利能力的人和团体。<sup>⑤</sup>

商事主体,又称商主体,则是学理上的概念,是指从事营业的人。<sup>⑥</sup>在民法总则中引入商事

①赵旭东:《民法典的编纂与商事立法》,《中国法学》2016年第4期。

②范健:《对〈民法总则〉法人制度立法的思考与建议》,《扬州大学学报》(人文社会科学版)2016年第2期。

③王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第110页。

④朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第368-369页。

⑤梁上上:《中国的法人概念无需重构》,《现代法学》2016年第1期。

⑥肖海军:《民法典编纂中商事主体立法定位的路径选择》,《中国法学》2016年第4期。

主体的概念, 遭受到了商法学者的反对。<sup>①</sup>通说认为, 商事主体是特殊的民事主体, 而民事主体不一定是商事主体。民事主体的范围要比商事主体更广泛, 而商事主体的设立程序和要求更严格。<sup>②</sup>“营业”可以作为判断两类主体之界线的标准。换言之, 营业是商事主体区别于民事主体的核心特征。当民事主体“进入营业领域”之后, 即转化为商事主体。<sup>③</sup>商事主体除了传统类型之外, 还扩展到信托。<sup>④</sup>

值得注意的是, 商事主体不同于商事关系的参加者。商事关系, 又称商事法律关系。<sup>⑤</sup>商事关系的参加者, 既可以是商事主体, 也可以是其他主体。“其他主体”, 并非限于非商事的民事主体, 也包括更广泛的行政主体等。

可以阐述两者之间关系的一个典型例子是企业营业执照。自2014年起, 在国务院的推动下, 为了更好地营造法治化、国际化、便利化的营商环境, 大陆的商事登记制度由“先证后照”转向“先照后证”, 率先在上海市浦东新区进行改革试点。此处的“证”有两层含义, 一是特定行业(例如金融、食品等)的许可证, 二是一般意义上的经营许可。

营业执照是企业取得主体资格的依据。传统上, 我们采取统一主义的模式, 这份文件既能够证明主体资格的存在, 又是可以开展经营的许可。但是, 此种模式在实践中产生了一系列难题。例如, 在“先证后照”下, 公司尚未取得营业执照, 主体资格还不具备, 无法以自身名义申请许可证; 吊销营业执照之后, 公司主体资格并未丧失, 这与统一主义模式产生了矛盾。采用分离主义的模式, 似乎是更为合理的替代选择, 即将主体资格和营业资格分别予以登记。对于商事主体而言, 在经过登记取得主体资格后, 首先成为独立的民事主体, 如果希望成为商事主体, 开展经营活动, 则必须经过营业登记, 取得营业资格。

结合上述思路, 分离主义的模式要求企业在设立时, 应当颁发两张证, 一张是登记证明, 一张是营业执照。虽然在实践中这两张证可以同时签发, 但是理论上仍然存在疑问。首先, 民事主体成立之后, 在取得营业资格、成为商事主体之前, 到底处于什么样的法律地位? 此段时间内, 该民事主体可以开展经营吗? 何为经营? 为后续开展经营而从事的一些准备工作, 是否也应当视为经营? 其次, 在一些法域, 商个人和商合伙不需要登记。登记是取得法人主体资格的手段。而对于自然人、合伙而言, 不需要主体资格登记, 只需要税务登记即可。如此解释, 自然人随时可以开展经营或者获利, 只需将所得依法纳税。合伙则并非是企业, 仅仅是一个协议。合伙人按照协议享受权利、承担义务。登记证明仅仅与法人主体资格相关, 对于不具有法人地位的商个人和商合伙, 显然不需要主体登记。

本文认为, 商事主体应当独立于民事主体。商事主体的设立目的是明确的, 即出于营业并获利。当一个主体作为商事主体而登记时, 一旦设立完成, 其商事主体的资格即已获得, 可以从事一般的经营行为。特定行业的许可证, 只不过是附加在一般经营许可之上的更高条件。营业活动, 不适合于一般的民事主体。如果按照营业可以将民事主体转化为商事主体这样的思

<sup>①</sup>所谓经营者, 强调的是其所从事经营行为的营利性, 至于其本身是否存在以营利为目的、持续地从事经营行为、办理工商登记等理论界在界定商事主体或经营者概念时所普遍强调的因素, 均在所不问。根据《德国民法典》, 经营者是指在缔结法律行为时, 在从事营利活动或者独立的职业活动中实施行为的自然人或者法人或者有权利能力的合伙。参见王建文:《我国〈民法典〉中商法核心范畴的立法构想》,《扬州大学学报(人文社会科学版)》2016年第2期。

<sup>②</sup>范健:《商法》(第3版), 高等教育出版社、北京大学出版社2007年版, 第31页。

<sup>③</sup>肖海军:《民法典编纂中商事主体立法定位的路径选择》,《中国法学》2016年第4期。

<sup>④</sup>朱圆:《论信托的性质与我国信托法的属性定位》,《中外法学》2015年第5期。

<sup>⑤</sup>关于商事关系的阐述, 参见蒋大兴:《商事关系法律调整之研究——类型化路径与法体系分工》,《中国法学》2005年第3期。

路,那么不以营利为目的的法人,是否也可以通过营业而转化成商事主体?例如,基金会去投资,持有其他公司的股权,或者从事一些经营活动,基金会是否转化成了商事主体?显然没有,也不可能。该思路最大的问题是,忽视了主体本身设立的目的。如果一个主体,其本身是以营利为目的的法人,那么很难让人理解,为什么主体资格登记只是让其成为了民事主体。应该说,主体资格登记即已赋予其以商事主体的地位,可以马上开展经营活动,法律另有规定的除外。参考英国法的做法,区分了私人公司和公众公司。私人公司只要颁发了设立证明,公司即可开展经营活动;而公众公司因为受到最低资本要求的限制,所以除了设立证明以外,公司必须要有一份营业证明方可经营,而取得营业证明的前提是,公司至少要有最低资本要求(5万英镑)的四分之一的资本。<sup>①</sup>

### 三、民法总则对民事主体的安排

法人一般分为公法人和私法人,前者如国家机关,后者如企业法人。私法人又分为社团法人和财团法人,前者以社员为其成立基础,如公司;后者以受赠财产为其基础,如基金会。社团法人又分为三类,包括营利社团、公益社团和中间社团。<sup>②</sup>1986年民法通则将民事主体分为自然人、法人(又分为企业法人和非企业法人)以及其他组织。2017年民法总则将民事主体分为自然人、法人(又分为营利法人、非营利法人和特别法人)以及非法人组织。民法总则关于营利和非营利法人的类型划分,一方面延续了民法通则的做法,另一方面又有所发展。企业法人相当于营利法人。企业法人以外的一切法人,都属于非企业法人,例如机关法人、事业单位法人或者社会团体法人。概而言之,非企业法人的含义较为宽泛,既包括公法人,又包括私法人中的财团法人和公益社团法人。<sup>③</sup>

民法总则出台之前,学者们对于法人的分类模式,百家争鸣,纷纷提出了各自的真知灼见。第一,关于“其他组织”。柳经纬指出,在民法通则中,将能够独立承担民事责任作为法人的必备要件之一,将合伙企业排除在外。团体人格取决于国家意志(法律),与其成员是否承担有限责任无关。<sup>④</sup>构建一个不同于法人的“其他组织”,是不合理的。一个组织只要依法成立,不管其成员是否承担有限责任,均具有法人地位。据其观点,应当将合伙企业、个人独资企业等“其他组织”也认定为法人,具有民事主体地位。<sup>⑤</sup>

第二,关于法人的分类模式,有两大类争议。首先,一派观点主张按照社团法人和财团法人进行分类。例如,蔡立东认为,“职能主义”的分类模式根据法人在社会结构中的职能,将其分为企业法人和非企业法人,民法通则即采此例。应当回归“结构主义”的模式,以社团法人和财团法人的分类作为设计主轴。<sup>⑥</sup>李永军指出,社团法人与财团法人的分类,能够更好地体现民商合一的基本原则,更适合构建法人的基本规则,更能够体现法人组织体的基本特征,能够更

<sup>①</sup>葛伟军:《英国公司法要义》,法律出版社2014年版,第35-36页。

<sup>②</sup>营利社团,是指从事经营活动,将其所得收益向社团成员分配的社团。公益社团,是指为了不特定多数人利益的社团。中间社团,是指介于这两类社团之间的,非以营利或公益为目的的社团,如同乡会。参见王泽鉴:《民法总论》,北京大学出版社2009年版,第150-154页。

<sup>③</sup>梁慧星:《民法总论》(第4版),法律出版社2011年版,第121-125页。

<sup>④</sup>柳经纬:《民法典编纂中的法人制度重构——以法人责任为核心》,《法学》2015年第5期。

<sup>⑤</sup>柳经纬:《“其他组织”及其主体地位问题——以民法总则的制定为视角》,《法制社会与发展》2016年第4期。

<sup>⑥</sup>职能主义,是以法人在国家构想之整体社会结构中所承担的国家为其分配的职能作为分类标准的。结构主义,则着眼于法人制度提供的、可供民事主体利用的制度结构,即法人内部各亚利益群体的互动结构。参见蔡立东:《法人分类模式的立法选择》,《法律科学》2012年第1期。

好地契合民法的自治原则与过错归责原则。<sup>①</sup>罗昆亦认为,应当以逻辑周延性、确定性和实质性区别作为民法典法人分类的标准,而社团法人与财团法人的分类模式可以满足这些标准。<sup>②</sup>

其次,另一派观点主张按照营利法人和非营利法人进行分类。梁慧星指出,比较合理的是,沿袭民法通则的基本思路,将法人分为营利法人和非营利法人,并且对于营利法人,取消按照生产资料所有制分类的做法。<sup>③</sup>此分类按照法人设立是否以营利为目的来划分,与民法理论的发展趋势相一致,保持了民法通则分类思路的连续性。<sup>④</sup>肖海军认为,应当围绕营业来界定营利法人,同时将营利法人和企业法人这两个概念进行有效对接。<sup>⑤</sup>

民法总则的一大创新,是将法人分为营利法人和非营利法人。一方面,此举是对民法通则的继承和发展(企业法人可等同于营利法人),受到商法学者的欢迎;另一方面,也遭到了部分学者的质疑。例如,徐强胜不建议使用营利或非营利的词语,同时认为我国民法总则不宜安排专节或过多安排传统的营利法人;应当基于国情,继续使用企业法人表述相关制度。<sup>⑥</sup>王文宇则认为,商事主体包括组织性与营利性两方面的特征。除了商事主体外,民事主体还包括大量的非营利组织以及社团法人。民法典的制定,应当彰显商事主体的组织性,而将营利性交给商法制定。以营利性作为标准划分法人类型,存在诸多弊端,例如对文化社会等因素的忽视会造成价值理念的失衡,营利与非营利之间的界线不是那么清晰等。<sup>⑦</sup>

概而言之,对营利性和非营利性分类的担忧,集中于如下方面:营利性、非营利性的含义并不明确;此种分类没有涉及自然人和非法人组织,即尚未明确这两类法人以外的民事主体,是否也存在营利性和非营利性的区别,显然个人独资企业、合伙企业等非法人组织,亦有为营利性而设立;营利法人以外的法人,既有社团法人也有财团法人,组织性特征淡化。如果说营利法人是商事主体的话,那么反过来,商事主体并不限于营利法人,还可能包括自然人或非法人组织。

借鉴关于非营利组织的文献,两个问题是较为清晰的。一个是关于非营利的含义。营利性所强调的,不仅是对利润的追逐,而且包括将利润在组织成员之间进行分配。非营利性最关键的要素是不在组织成员之间分配利润。因此,非营利组织并未被禁止开展经营活动。相反地,为了维持自身的生存与发展,非营利组织在一定范围内开展经营活动并追求利润是合理的,因为非营利组织(特别是不能向社会公开募集资金)资金来源的管道比较狭窄,如果禁止或限制其经营性活动,会影响其宗旨或目标的实现。<sup>⑧</sup>

另一个是“组织”。非营利组织是否必须为法人?社会生活中的权利主体除了自然人之外,还有各种组织体以团体的名义进行各种活动。只有经法律规定具有民事权利能力的组织体,才

①李永军:《以“社团法人与财团法人”的基本分类构建法人制度》,《华东政法大学学报》2016年第5期。

②法人制度应采“解析性类型化”方法而非“叙述性类型化”方法。解析性类型化,是指在关联概念的形成过程中,由一个一般的上位概念在其可能的范围内向下枝分以获得下位概念的类型化方法。叙述性类型化,是指在关联概念的形成过程中,对既存之个别事物经由突出其共同特征归入集合,各集合以同样的方式利用愈来愈一般之概念,构成涵盖愈来愈广之集合的自下而上的类型化方法。具体到法人制度,前者属于真正的法人基本类型划分,而后者只是对现实中若干既有典型社会组织类型列举。参见罗昆:《我国民法典法人基本类型模式的选择》,《法学研究》2016年第4期。

③梁慧星:《民法总则立法的若干理论问题》,《暨南学报》(哲学社会科学版)2016年第1期。

④梁慧星:《〈中华人民共和国民法总则(草案)〉:解读、评论和修改建议》,《华东政法大学学报》2016年第5期。

⑤肖海军:《民法典编纂中商事主体立法定位的路径选择》,《中国法学》2016年第4期。

⑥徐强胜:《论我国民法总则中营利法人的制度安排》,《华东政法大学学报》2016年第5期。

⑦王文宇:《揭开法人的神秘面纱——兼论民事主体的法典化》,《清华法学》2016年第5期。

⑧吕来明、刘娜:《非营利组织经营活动的法律调整》,《环球法律评论》2005年第6期。

构成法律上所称的法人。根据我国目前的法律,非营利组织应当采取法人的形式,即要满足一定的程序条件,要具备相关的人和物,可以独立承担民事责任。此外,非营利组织带有很强的资产分割功能,<sup>①</sup>即成员将其个人资产投入到组织中以后,该财产即不再是成员的个人资产,成员也无需为组织的债务承担个人责任。如果非营利组织不是法人而是非法人团体,这意味着该组织不具有民事权利能力,该组织的行为和责任视为其成员的个人行为和责任。显然,其后果与非营利组织的本意相去甚远,实践中也不存在此类组织。<sup>②</sup>

#### 四、公司法对民法总则的影响、联系和冲突

民法总则第三章将法人分为营利法人、非营利法人、特别法人。涉及营利法人的内容,主要分布在第一节(一般规定)和第二节(营利法人)。公司是典型的营利法人。如果将民法总则和公司法做一个对比,可以发现一些问题。

##### (一)形式上,公司法影响了民法总则的制定

经粗略统计,法人一般规定有19个条款,分别对应于公司法13个条款;营利法人这一节一共11个条款,分别对应于公司法16个条款。营利法人的条款,基本上是对公司法的沿袭和提炼。部分条款存在重合,部分条款的表述则有更新。例如,民法总则第86条,来源于《公司法》第5条,要求营利法人承担社会责任,在其表述中,增加了“维护交易安全”,这是商法的基本原则之一。民法总则第80至82条,分别对营利法人的权力机构、执行机构和监督机构作出总括性规定,这是对治理结构的基本要求。

##### (二)商事主体的分类,与民法总则关于民事主体的分类,无法完全重合

通说认为,商事主体可分为商个人、商法人和商合伙三类。以下是我国关于商事主体的概貌,类型庞杂,时有交叉。

第一,商个人,包括个人独资企业、个体工商户、私营独资企业、农村土地承包经营户。

首先,现有的规定或认识,是否已囊括所有的商个人类型。与此相关的是,自然人的营业自由权问题。如果一个自然人,未经登记为商事主体而从事商行为,那么该自然人是否构成商个人。换言之,营业自由权,是否为自然人天生的权利。

实践中举例:街上行走的小商贩、从事微商经营的自然人、在淘宝上卖商品的自然人、网络直播且为此收取礼物或费用者。<sup>③</sup>还有疑问的是,自然人因持有公司的股份而成为股东,出资、持股等行为是否为商行为,是否导致该自然人成为商个人。<sup>④</sup>这些问题的实质,是自然人的营业问题。有观点提出,应当在民法总则中引入自然人营业的概念,在这一范畴下对商个人的营业形式、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。<sup>⑤</sup>

其次,现有的类型中,是否各自外延清晰,是否存在相互重叠或概念模糊等情形。例如,学者认为,个体工商户、私营独资企业,完全可以并入个人独资企业,因为三者没有什么实质性

<sup>①</sup>Hansmann教授和Kraakman教授提出了资产分割理论。关于该理论的介绍,参见邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社2009年版,第195-196页。

<sup>②</sup>尽管如此,采取非法人方式的非营利组织在国外具有合法的法律地位,例如美国1992年制定的《统一非法人非营利组织法》。

<sup>③</sup>李建伟:《从小商贩的合法化途径看我国商个人体系的建构》,《中国政法大学学报》2009年第6期。

<sup>④</sup>有学者认为,企业的“所有人”应当纳入经营者的范畴予以调整,明确公司股东、合伙企业的合伙人、个人独资企业的投资人以及个体工商户的出资人均视为经营者,依照商法的加重责任理念承担比一般民事主体更为严格的注意义务和法律责任。这个做法可以解决公司股东法律地位不确定的问题。参见王建文:《我国〈民法典〉中商法核心范畴的立法构想》,《扬州大学学报(人文社会科学版)》2016年第2期。

<sup>⑤</sup>肖海军:《民法典编纂中商事主体立法定位的路径选择》,《中国法学》2016年第4期,第69页。

的差别。<sup>①</sup>

第二, 商法人, 包括国有企业(含全民所有制工业企业以及国家出资企业等)、集体企业(含城镇集体所有制企业和乡村集体所有制企业等)、股份合作企业(含农民股份合作企业等)、联营企业(法人型)、有限责任公司(含国有独资公司以及私营有限责任公司等)、股份有限公司(含私营股份有限公司)、中外合资经营企业(或港澳台资)、中外合作经营企业(或港澳台资)、外资企业(或港澳台商独资经营企业)、港澳台商投资股份有限公司、外商投资股份有限公司(外资占比25%以上)、农民专业合作社。

第三, 商合伙, 包括合伙企业、外商投资合伙企业(或港澳台商投资合伙企业)。

除了上述类型之外, 还有一些分类, 很难归入其中一类, 反而横跨了上述类型, 例如中小企业、<sup>②</sup>乡村集体所有制企业<sup>③</sup>。此外, 联营企业也包括合伙型和协作型。<sup>④</sup>

将民事主体与商事主体做一个对比, 两者无法完全重合。第一, 商个人, 既可以对应于自然人(个体工商户和农村承包经营户), 也可以对应于非法人组织(个人独资企业)。第二, 商合伙, 可以对应于非法人组织。第三, 商法人, 既可以对应于营利法人, 也可以对应于特别法人(农村集体经济组织法人、城镇农村的合作经济组织法人)。

## 五、民法总则与公司法之间的规定或表述存在法律适用和法律解释上的问题

### (一) 两部法律在有些术语表述上的不一致

例如, 关于“出资人”的含义。营利法人这一节, 使用了“出资人”这个概念。第76条的措辞是“以取得利润并分配给股东等出资人”, 言下之意, 股东是出资人, 而出资人的范围比股东更广泛。出资人的概念, 在我国的法律条文中屡屡出现。结合立法本意, 是要保护出资人作为投资者的利益。<sup>⑤</sup>从广义上看, 出资既包括谋取回报的投资行为(此时的出资人可能是股东也可能是债权人), 也包括具有公益性质的向非营利法人的出资行为(此时的出资人是非营利法人的举办者或设立人)。

《物权法》有两个条款涉及出资人, 第55条(国有出资的企业出资制度)和第67条(企业出资人权利)。<sup>⑥</sup>《公司法司法解释(三)》则大量使用出资人概念, 要注意的是: 第一, 出资人与股东在大多数场合可以混用; 第二, 在隐名投资的场合, 出资人分为实际出资人和名义出资人, 两者之间的纠纷通常为股东确认之诉。

英国法区分了“股东”和“成员”。这两者的区别也就是股份的配售和发行的区别。持有已配

<sup>①</sup>赵旭东:《公司法学》(第四版), 高等教育出版社2015年版, 第20-21页。

<sup>②</sup>2002年《中小企业促进法》第2条; 2011年《工业和信息化部、国家统计局、国家发展和改革委员会、财政部关于印发中小企业划型标准规定的通知》第2条。中小企业分为中型、小型和微型三种类型, 具体标准根据企业从业人员、营业收入、资产总额等指标, 结合行业特点制定。

<sup>③</sup>根据2011年《乡村集体所有制企业条例》第10条, 乡村集体所有制企业经依法审查, 具备法人条件的, 登记后取得法人资格, 厂长(经理)为企业的法定代表人。

<sup>④</sup>1990年11月12日最高人民法院《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》。

<sup>⑤</sup>2002年《中小企业促进法》第6条: 国家保护中小企业及其出资人的合法投资, 及因投资取得的合法收益。任何单位和个人不得侵犯中小企业财产及其合法收益。2006年《企业破产法》第35条: 人民法院受理破产申请后, 债务人的出资人尚未完全履行出资义务的, 管理人应当要求该出资人缴纳所认缴的出资, 而不受出资期限的限制。

<sup>⑥</sup>根据2007年《物权法》第67条, 国家、集体和私人依法可以出资设立有限责任公司、股份有限公司或者其他企业。国家、集体和私人所有的不动产或者动产, 投到企业的, 由出资人按照约定或者出资比例享有资产收益、重大决策以及选择经营管理者等权利并履行义务。

售股份的人,尚未经过登记成为公司成员,仅仅以股东身份享有分红权,不享有作为成员而参加公司会议、行使对决议的投票权等权利。换言之,英国法中的股东,只取得了一定的财产权,没有表决权等人身权利,而一旦将其名字记载于登记册,就变成了成员,享有完整的权利。<sup>①</sup>英国《2006年公司法》,通篇采用“成员”的称谓。

民法总则,只有6次使用了“成员”。<sup>②</sup>根据其本义,成员并不是指相当于股东的人员,而是指集体或机构内部的组成人员。反而观之,“出资人”则使用了15次。

在我国公司法理论和实践中,实际出资人和名义出资人之间经常就谁是公司真正的股东发生争执。对于股东资格的认定,有两类标准。一是形式标准,看公司内部的股东名册或者在股权登记机构的名录中,所记在(载)的名字即为股东。二是实质标准,看谁是公司的实际出资人,同时结合其是否参与公司经营、是否从公司获得分红等情况综合予以认定。<sup>③</sup>我国的情况是,形式标准为主,兼采实质标准。<sup>④</sup>

民法总则关于“出资人”的表述,令人生疑:是否意味着抛弃形式标准,而转向实质标准?如果实际出资人与名义股东并非同一个人,那么第83条(滥用有限责任)、第85条(撤销决议)所指的出资人,到底是实际出资人或者名义股东,还是两者兼可?

非营利法人这一节,“出资人”的概念出现了1次。根据第87条,非营利法人不得向其出资人分配利润。根据2013年修正《民办教育促进法》第51条,对于民办学校,在扣除办学成本、预留发展基金以及必要费用后,出资人可以从办学结余中取得合理回报。在实践中,引发争议的问题包括:民办学校举办者的确认或变更是否属于人民法院民事诉讼的受案范围,民办学校举办者为举办民办学校所出资的份额是否可以作为遗产继承,民办学校的出资人能否要求法院确认其在学校中的出资份额等。<sup>⑤</sup>

## (二)公司法与民法规定的范围不一致

有些地方,公司法规定得比较全面,而民法总则进行了筛选(不知依据何种标准),规定的范围更为狭窄。

例如,关于公司撤销决议的规定。民法总则第85条来源于《公司法》第22条,既有新意,又显褊狭。根据该条,出资人可以请求法院撤销决议的情形包括两类,一是程序违法或违反章程,二是内容违反章程。但是,基于该决议形成的民事法律关系不受影响,前提是相对人主观上善意。

新意在于,将决议和交易区分开来。以股东决议为例。股东决议,是在股东会会议上,按照资本多数决规则通过的决议。该决议,对股东和公司均具有约束力。但是,应当引入区分性原则,区分对内和对外两层关系。股东决议仅产生对内的约束力,不对公司、董事或高管等以外

<sup>①</sup>葛伟军:《英国公司法要义》,法律出版社2014年版,第77-78页。

<sup>②</sup>例如,第55条“农村集体经济组织的成员”,第56条“农户部分成员”,第70条“法人的董事、理事等执行机构或者决策机构的成员”,第80条“选举或者更换执行机构、监督机构成员”,第82条“监督执行机构成员”。

<sup>③</sup>邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社2009年版,第347-351页。

<sup>④</sup>形式标准,体现在2013年修正《公司法》第32条第2款:记载于股东名册的股东,可以依股东名册主张行使股东权利。实质标准,体现在《公司法司法解释(三)》第24条第2款:前款规定的实际出资人与名义股东因投资权益的归属发生争议,实际出资人以其实际履行了出资义务为由向名义股东主张权利的,人民法院应予支持。名义股东以公司股东名册记载、公司登记机关登记为由否认实际出资人权利的,人民法院不予支持。

<sup>⑤</sup>相关的案例和判决,参见洪文琴、洪绍轩诉安徽省黄山市歙州学校、洪献忠确认民办学校举办者身份及出资纠纷案(安徽省高级人民法院(2011)皖民二终字第00093号民事判决书)、李稳博与上海虹口区艺术合子美术进修学校合同纠纷上诉案(上海市第二中级人民法院(2015)沪二中民四(商)终字第1161号民事裁定书)、莫文博与朱儒英等剩余财产争议纠纷上诉案(湖北省武汉市中级人民法院(2011)武民商终字第01164号民事判决书)。



的第三人(例如债权人)产生约束力。对外而言,与债权人发生交易的是公司,而不是股东或者股东会。因此,股东决议的效力,与公司和债权人之间交易的效力,两者并没有必然联系。<sup>①</sup>换言之,股东决议如果无效,依据该决议,公司已经和债权人签订了合同,且该合同依法有效,那么决议的无效,不能导致该合同也无效。公司是拟制法人,虽无情绪,却有自己的意志。公司的意志,可能会通过不同的人员来表达,例如法定代表人、董事、经理或者被授权的其他人等。公司和债权人发生交易的过程中,如果因为董事的过错,导致股东决议无效的情况下,公司对外签订了合同,那么在债权人主观上善意的前提下,不能轻易推翻交易的效力,要维护交易的安全,保护债权人的利益,同时应当追究董事的个人责任。<sup>②</sup>

褊狭在于,仅规定了撤销决议这一种情形。第一,《公司法》第22条规定了两大类情形,即决议无效与决议撤销。而民法总则没有涉及决议无效的情形,不知理由为何。第二,最高人民法院于2016年4月发布《公司法司法解释(四)》征求意见稿,时至今日,虽然据报道,已原则上通过该文件,但是迟迟不见最终稿。即使以该征求意见稿来看,决议瑕疵的情形也得以很大的改变,包括决议无效、决议不存在以及决议撤销等情形,不仅增加了决议不存在等情形,对决议撤销进行了限缩,而且扩大了可以提起决议无效之诉的原告范围。但是,这些即将公布的最新规定,并未反映在民法总则关于营利法人的规定中。

### (三)两部法律对有些术语的提炼不一致

有些术语,则为民法总则首次提出,是对公司法规定的提炼和升华。

例如,关于清算义务人的规定,体现在第70条。清算义务人与清算人是两个不同的概念。前者是指负有义务组织成立清算组的人,如果其不履行义务即不及时成立清算组、组织清算,损害到利益相关者的权益时,该人将承担民事责任。后者又称清算组(包括其成员),<sup>③</sup>是指具体承担清算职责的人,又可分为当然清算人、章定清算人和法定清算人等类型。

《公司法》第183条,<sup>④</sup>仅规定了清算人,没有规定清算义务人。《公司法司法解释(二)》第18条至第20条弥补了这一缺陷,对清算义务人的范围(虽然没有直接出现该措辞)及其对公司债权人的责任做出了比较详细的规定。清算义务人的范围包括有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东,以及公司的实际控制人。清算义务人对公司债权人的责任,具体而言,有如下数种情况:

第一种是消极不作为(第18条第1款),未能及时成立清算组,导致财产毁损的,在造成损失范围内对公司债务承担赔偿责任。第二种则严重一些(第18条第2款),由于消极不作为,怠于履

<sup>①</sup>李志刚:《公司股东大会决议问题研究——团体法的视角》,中国法制出版社2012年版,第137-139页。

<sup>②</sup>有学者认为,应当根据股东大会事项的性质,将股东大会决议分为交易性事项和非交易性事项。对于后者,一般为公司内部事项,不存在对第三人产生法律约束力的问题。对于前者,股东大会决议是否对第三人产生法律约束力的问题,实际上是交易相对人应否将股东大会决议视为公司的意思表示的问题。在公司以股东大会决议为基础与第三人进行交易活动的情形下,应当认为该决议对第三人没有直接的约束力。对于该交易的效力认定,应综合考虑该决议的效力以及第三人的情况,依据有关交易的法律规则来确定,不能简单地根据该决议的效力来决定该交易的效力。参见石纪虎:《股东大会制度法理研究》,知识产权出版社2011年版,第253-256页。

<sup>③</sup>清算机关,就是执行清算事务及代表公司的法定机关。《公司法》、《民法总则》称为“清算组”,但在其他单行法上另有称谓,《民法通则》、《民事诉讼法》称为“清算组织”,《合伙企业法》、《个人独资企业法》称为清算人,《外商投资企业法》称为清算委员会。建议统一称为“清算人”。

<sup>④</sup>根据2013年修正《公司法》第183条,公司因本法第一百八十条第(一)项、第(二)项、第(四)项、第(五)项规定而解散的,应当在解散事由出现之日起十五日内成立清算组,开始清算。有限责任公司的清算组由股东组成,股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。逾期不成立清算组进行清算的,债权人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。人民法院应当受理该申请,并及时组织清算组进行清算。

行义务,导致公司账册或材料等灭失,无法进行清算的,对公司债务承担连带清偿责任。第三种是积极不作为(第19条),恶意处置的侵权或者骗取注销的,对公司债务承担相应赔偿责任。第四种也是积极不作为(第20条第1款),公司未经清算即办理注销登记,导致无法进行清算的,对公司债务承担清偿责任。第五种是股东或者第三人凭其承诺(在登记机关办理注销时承诺对公司债务承担责任)而承担责任(第20条第2款)。

清算义务人在不同情况下,承担的责任范围是不同的:第一种和第二种,公司的资格还在,没有丧失独立人格;第三种,公司解散后但尚未注销,或者已骗取注销公司;第四种,公司已经注销,无法与公司承担连带责任。概而言之,清算义务人的民事责任可以分为清算责任、清算赔偿责任以及清偿责任三类。清算责任(组织责任与行为责任)与清算赔偿责任(侵权责任)是两种性质不同的责任,而清偿责任则强调,在公司已注销登记、不存在的情况下,由违反义务的清算义务人代为清偿。<sup>①</sup>

民法总则第70条第2款,并非完全将清算义务人的范围限定在法人的董事、理事等执行机构或者决策机构的成员,因为根据该款第2句话,法律、行政法规另有规定的,依照其规定,因此对于公司而言,清算义务人的范围要远远大于董事。

对于有限责任公司,全体股东在法律上应一体成为公司的清算义务人。《公司法》及《公司法解释二》并未规定例外条款,无论某个股东在公司中所占的股份为多少,是否实际参与了公司的经营管理,在公司解散后(例如被吊销营业执照),都有义务在法定期限内依法对公司进行清算。换言之,股东不能以其不是实际控制人或者未实际参加公司经营管理为由,免除清算义务。<sup>②</sup>实践中,如果将全部股东视为清算义务人,无疑忽略了股东主观上是否善意、对公司是否具有控制力、是否曾主动要求组织清算等诸多因素。

## 六、结论

民法总则颁布之前,就如何重新划分法人的分类,学者们纷纷展开议论,并形成了两派相互对立的观点。最终的立法沿袭传统思路且予以创新,以营利性作为标准对法人进行分类。从广义上看,商事主体属于特殊的一类民事主体。从狭义上看,商事主体应当独立于民事主体,当其完成主体资格登记时,即已获得一般经营资格,可以开展营业。将商事主体首先看成是一种民事主体,营业是两类主体转变的桥梁,此种观点忽视了商事主体本身设立的目的。商事主体的共性在于从事经营、开展营业。根据不同的标准,商事主体内部可以有不同的分类。本文最后一部分讨论了民法总则和公司法相关的数个条款。民法总则关于营利法人的条款,主要来源于公司法。商法的发展,一方面要在民法总则的框架下进行;另一方面,鉴于商事主体的复杂性,不可能在一部法律中规定所有的商事主体,有一些术语或措辞,应当结合民法总则的规定予以修改或更新。民法总则与公司法之间的冲突,势必将产生法律适用和法律解释上的问题。

民法总则是对公司法规则的凝练,而公司法的精神则应当贯穿于营利法人的条款。民法总则的制定,对商法学者提出了进一步的要求。将来的研究,应当围绕商事主体应当如何有效分类以及各类商事主体的内部治理等问题展开。例如,就公司而言,今后的发展是否可以考虑,

<sup>①</sup>李建伟:《公司清算义务人基本问题研究》,《北方法学》2010年第2期。

<sup>②</sup>最高人民法院指导案例9号:上海存亮贸易有限公司诉蒋志东、王卫明等买卖合同纠纷案。此案以否定法人人格作为理论基础,但是被告股东从未参与公司经营管理,并曾委托律师清算,因此很难将其与否定法人人格联系起来。参见高永周:《清算义务人承担连带清偿责任的法理逻辑——评最高人民法院指导案例9号案》,《中南大学学报(社会科学版)》2014年第5期。

将发起设立的股份有限公司和有限责任公司归为一类,类似于私人公司或者锁闭型公司;将募集设立的股份有限公司归为一类,类似于公众公司或者开放型公司;这些公司都是股份公司,发行股份;取消有限责任公司或者将其范围予以限缩,等等。

## The Connection with Civil and Commercial subjects from the View of Compilation of Civil Code

Ge Weijun

(School of Law, Shanghai University of Finance & Economics, Shanghai 200433, China)

**Abstract:** Commercial subject is first a kind of civil subject, and becomes commercial subject by virtue of entering the business field. Therefore, it suggests that the reform shall be taken on the enterprises' business license, abandoning the unionism mode and adopting the separatism mode. Such view has the rationality to some extent, matching the theoretical system of civil subject. However, it neglects the specificity of commercial law and the purpose of creating the commercial subject. The commercial subject shall be independent of the civil subject. When the commercial subject obtains the certificate of subject qualification, it gains the general business qualification and may carry out its business, unless the law or special industry requires separately. As for the classification of legal persons, the newly-enacted General Rules of Civil Law (General Rules) divides the legal persons into for-profit and non-for-profit, inheriting and developing the conventional practice. Whether in form or in content, Company Law has a large impact on legal persons within General Rules. The classification of commercial subject is not able to perfectly match the classification of civil subject within General Rules. The expressions of certain terms or words have some differences between General Rules and Company Law. In some places, regulations in Company Law are wider than General Rules, while the regulations in General Rules are restrictively selected. Some terms are first provided in General Rules, refining and sublimating of the regulations in Company law. Where there are conflicts between these two laws, the issues of legal application and interpretation will apply.

**Key words:** General Rules of Civil Law; Company Law; civil subject; commercial subject; for-profit legal person

(责任编辑: 海 林)