

· 主题研讨 ·

中国商事法治的发展

【编者按】商事法治是现代市场经济健康运行的基石。近年来，商事法律规范体系根据社会经济发展与经济体制改革的需要，与时俱进，不断进行优化与更新。公司法、破产法等商事法律的修订，标志着我国在完善现代企业制度、构建市场化退出机制等商事法治建设上，迈出了系统性、纵深化的关键步伐。除此之外，商事司法实践的专业化发展，不仅促进了商事法治的完善，还更好地助力了社会主义市场经济的发展。如历时十余年、几经反复的典型案件“斯曼特案”尘埃落定，是中国商事法治日益成熟的生动体现，标志着中国公司治理从粗放追责走向了权责匹配、过罚相当的精细化阶段，为构建市场化、法治化、国际化的营商环境提供了坚实的司法保障。本刊特别策划“中国商事法治的发展”专题，以期对中国商事法治的理论研究和实践操作贡献智识。

公司法的商事组织法品格

——《公司法》司法解释起草的“底层逻辑”

王 涌

摘要：源于立法技术层面的“民商合一”模式，在实践中易滋生“民商合一”的模糊思维，导致民法规则（如债权、法律行为、物权变动）被不当套用于公司法领域，从而侵蚀公司作为商事组织的规范本质与经济功能。公司具有组织性、拟制性、营业性三个维度的独特组织法品格，公司法司法解释的起草必须自觉秉持组织法思维，在权利性质、行为效力、利益保护与责任配置等层面，与民法一般规则实现方法论上的分离。唯有如此，方能避免规则混用导致的体系混乱，真正保障公司的组织完整性、运营效率与多方利益的动态平衡，使法律解释服务于公司制度的本质功能。

关键词：民商合一 民商分立 商法方法论 组织法 公司法司法解释

中图分类号：D922.291.91 **文献标识码：**A **文章编号：**1004-9428 (2026) 02-0021-18

导言

在新公司法司法解释起草过程中，学者们在许多问题上存在重大争议。虽几易其稿，仍然无法形成统一的意见。不过，有一个共识正在逐渐形成，那就是“回到底层逻辑”。

作者简介：王涌，中国政法大学民商经济法学院教授、博士生导师。

什么是公司法的底层逻辑?有学者认为:底层逻辑是民法,应当回到民法。这种主张可称为民商合一或民商融合思维。具体的操作方法就是,直接以民法规则解决公司法中的问题,例如以民法上的债权解释公司法上的请求权,以民法上的法律行为解释公司法上的决议,以民法上的物权变动解释股权变动等。

民商合一的思维起源于民商合一的立法模式,即在民法典之外,不再制订独立的商法典。此模式发轫于1907年的瑞士民法典,之后,苏联、泰国、土耳其、意大利等国相续效仿。1929年中华民国政府制订民法典时亦采之,民商合一成为我国商事立法的历史传统。但是,所谓民商合一仅仅是一种立法模式,其宗旨是立法效益的考量,而非民法与商法的本质合一,正如男女同校的政策,并非男女的性别合一。若以民商合一的立法模式推导出民商合一的法律适用思维,则可能模糊公司法与民法的界限,诚为一大憾事!

当前公司法司法解释起草中,直接套用民法规则处理公司决议、股权变动、出资抵销等问题的民法化倾向^[1],正悄然侵蚀公司法的组织法品格,削弱公司作为商事组织体的独立规范逻辑。本文旨在揭示此种风险,并尝试构建以商事组织法品格为核心的司法解释起草范式,审视司法解释起草中的问题,提出参考意见。

一、商事组织与商事组织法

商事组织法的概念源自大陆法系的商法传统。在大陆法系,商法通常划分为商主体法与商行为法两大范畴,其中商主体法主要表现为商事组织法。公司法被定位为典型的商事组织法,这意味着在处理公司法相关问题时,应以商事组织法原则为基础,以维护公司的组织属性为首要考量。

在英美法系,现代公司法虽在历史上深受信托法原理的影响,并逐渐发展为独立的法律部门,但其制度功能同样体现出强烈的组织法特征。尽管英美法并不严格使用组织法这一概念,却在实质层面构建了与之对应的规范体系。其在公司资本、治理结构、信义义务等核心领域,形成了一套独立且具有强制性的规则系统,与合同法、侵权法等一般私法部门保持明显区分。^[2]

公司法的核心品格在于其商事组织法属性。这一命题具有双重涵义:在描述(description)层面,它强调公司是法律拟制的、以营业为目的的组织体;在规范(prescription)层面,它要求公司法问题的解决应遵循商事组织法的逻辑,它确立了一种法律适用的方法,将公司法内的请求权、决议、股权变动、法律责任等,与民法上的债权、法律行为、物权变动、侵权责任等适当分开,避免规则混用。但是,目前流行的所谓民商合一的模糊思维却导致普遍的规则混用与体系紊乱,甚至渗透在公司法司法解释的起草中,应当慎行。

[1] 严格说来,公司也是民法上的社团法人,组织法也是民法上的概念。此处所谓“民法化”现象,和前文所谓“公司法和民法的界限”等表述,系指作为商事组织法的公司法中特殊规范和民法的其他部门法如债法、物权法、侵权责任法中规范的混淆。

[2] James Willard Hurst, *The Legitimacy of the Business Corporation in the Law of the United States, 1780-1970*, The University Press of Virginia, 1970, p.5, p.52.

（一）商事组织的特性：组织性、拟制性与营业性

公司法的商事组织法品格，根植于公司作为商事组织的三个基本特性：组织性、拟制性与营业性。公司法的规则设计必须回应这些特性，此乃司法解释起草应遵循的底层逻辑。

所谓公司的组织性，其核心在于公司法中的权利具有强烈的嵌入性与网络性。特别是请求权，它们不像债权请求权那样独立和单纯，它们是生长并深嵌于组织的复杂关系结构。股东与公司之间、股东之间以及他们与管理者和债权人之间的权利彼此依存、互为条件、相互制约，共同编织成一个动态、复杂、有机的权利网络。这也是公司作为独立有机体（法人实在说）在法律规范层面的直接映射。

所谓公司的拟制性，源于公司人格拟制理论，指公司的人格乃法律拟制的产物。这一性质要求公司法规则的设计必须穿透法人面纱，关注并规制其背后各利益主体（如股东、董事、债权人等）之间的实质法律关系。尽管在公司人格否认等责任规则方面，立法观念与技术已趋于完善，但在与人格拟制密切相关的法律行为拟制问题上，理论认识与规范技术仍显薄弱。虽然民法典和公司法在法定代表人代表权等制度上，已构建起超越自然人意思表示的复杂规则体系，但仍存不足。《民法典》第134条将公司决议纳入法律行为范畴，虽注意到组织的法律行为与自然人的法律行为的表面相似性，却忽视了二者在产生机制、效力结构与利益关系上的本质差异。这种认知不足导致规则设计出现空白，并诱发了一种简单的规则嫁接现象——将适用于自然人的法律行为效力规则直接套用于公司决议，再通过简单的逻辑推演，衍生新规则，最终造成法律适用层面的混乱。

所谓公司的营业性，是商事组织中的商事概念的应有之义，系指公司的目的是营业，公司的活动是营业，公司的功能是营业。公司是营业的合同枢纽，参与其中的各主体的目的和预期是营业，此种营业预期是公司参与者之间的契约关系的底色与黏合剂。公司法不能无视公司中的营业预期，甚至破坏营业预期，公司法的救济与责任规则必须充分体现营业预期，否则必然降低投资人和企业家敢于面对不确定性、敢于承担风险的勇气，^{〔3〕}最终破坏公司运营的基础条件。如果公司法只是一味增加股东和董事的责任，而完全忽视其营业预期，最终将导致公司法的两翼失衡，无法飞翔。

正是基于上述三个特性，公司法中的权利构造、行为效力、责任配置均与民法存在结构性差异。下文将具体揭示：为何公司中的请求权不是债权，为何决议不是普通的法律行为，为何股权变动不宜套用物权规则，为何公司法上的权利救济需要超越侵权责任法的特殊规则。当然，在上述商事组织的三个特性中，组织性显然是公司法的商事组织法品格最为重要的基础，需进一步阐述。

〔3〕正如凯恩斯在《就业、利息和货币通论》中所阐释的，长期投资决策深植于面对不确定性时的“动物精神”与未来预期。参见 John Maynard Keynes, *The General Theory of Employment, Interest, and Money*, Macmillan, 1936. Chapter 12, “The State of Long-Term Expectation”. 凯恩斯的理论说明，漠视营业预期的法律，将破坏公司赖以生存的动态创新与风险承担基础。

（二）公司法的组织法本质：法经济学的解释

在公司法的发展中，其商事组织法品格虽在理论上长期未能明晰，但各国立法实践却已展现出持续的制度自觉。关于商事组织法的本质，至今最为透彻和系统的阐释来自法经济学。

法经济学将公司本质理解为合同枢纽。该理论的经典表述源于詹森与麦克林 1976 年的论文《企业理论：经理行为、代理成本与所有权结构》。^{〔4〕}他们在科斯的交易成本理论、阿尔钦与德姆塞茨的团队生产理论基础之上，提出一个经典定义：“企业不是个体，而是一种法律拟制，充当一系列契约关系的联结。”^{〔5〕}合同枢纽说已成为现代公司理论的核心范式。它强调，公司作为法律拟制的独立法人，是法律创造的一个便利工具，^{〔6〕}其本质是一个由股东、经理、雇员、债权人、供应商及客户等众多参与者之间复杂契约所构成的网络化关系结构。

公司的合同枢纽与关系网络的组织本质，构成了公司法作为商事组织法的规范本质。公司法通过对多方利益主体的连接，形成一种独特的标准化契约结构。然而，若完全依赖市场缔约，这种结构的建立将因交易成本过高而难以实现——公司的独立人格、股东的有限责任、契约的不完备性等因素，都会显著推高协商与执行成本。因此，公司法的核心功能之一，正是通过提供一套强制性规范，降低这些成本，使此种复杂的合作成为可能。

换言之，商事组织法通过强制性规则创设出一种高度复杂、相互依存的法律关系与权利结构。其内部不同主体之间的权利义务紧密关联，犹如建筑中的梁柱，任何一处的变动都可能引发结构性的连锁反应。此种系统性的复杂与牵连，是债权、物权等权利内部所不具备的。若以比喻形容：债权如同独木，物权类似树木，而商事组织法则堪称梁柱交错的宫殿。

（三）公司法的财产法维度

关于组织法所创设的权力的性质，较早的研究可追溯至谢怀栻先生在上世纪 90 年代发表的《论民事权利体系》一文。他认为，传统的民事权利人身权—财产权二分法无法涵盖所有的权利类型，特别是基于特定团体成员资格而产生的权利。他明确提出，成员权是与人身权、财产权相并列的第三种基本民事权利。他说：“社员权（即成员权）者，谓社员对于社团所有之权利也。……此种权利，专属于社员，非社员不能享有，故为一种身份权；然其内容，有主要为财产性质者（如盈余分派请求权），有主要为非财产性质者（如表决权），故非单纯的财产权或身份权所能概括，应认为独立之权利。”^{〔7〕}他将成员权提升为一种与人身权、财产权并立的基本民事权利类型，影响了中国民法理论和立法。但是，谢怀栻先生是从公司的上位概念——社团法人的一般角度，揭示成员权的独立性，并未具体研究商事组织法的特殊本质及其与其他法律的差异。

〔4〕 M. C. Jensen & W. H. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, *Journal of Financial Economics*, Vol.3: 4, p.305-360 (1976).

〔5〕 “The firm is not an individual. It is a legal fiction which serves as a nexus for a set of contracting relationships.”

〔6〕 John Dewey, *The Historic Background of Corporate Legal Personality*, *YALE Law Journal*, Vol.35, p.655 (1926).

〔7〕 谢怀栻：《论民事权利体系》，《法学研究》1996年第2期。

在公司法的层面，因公司的营业性质，其所创设的股权本质上是财产权。它虽可纳入谢怀栻先生所称成员权的范畴中，但股权中所谓身份权（股东身份），只是股权构建中的锚而已，是一个技术概念，而非权利的性质。所以，公司法是组织法，也是财产法，股权是成员权，也是财产权。公司法是通过组织法的形式创设独立的财产权类型——股权。股权是股东基于股东身份所承担的法律关系的总和，也是各种形式的权利的总和，包括对公司的权利、对其他股东的权利、对董事、监事、高管的权利等。^[8]

二、公司法上的请求权与债权

公司法是组织法，它生成了一个法律关系群。它创造了一种名为股权的财产权新类型，在财产权谱系中增添了新的品种。它与民法上的物权、债权一样，都是独立的财产权类型，互不隶属。物上请求权不是债权，同样，股权上的请求权也不是债权。股权是一个法律关系群，广义的股权是指股东和公司等主体之间的权利义务关系的集合，股权也可以称为股权关系。股权关系上的请求权既包括股东对公司的请求权，也包括公司对股东的请求权。它们与债权的差异在于：

第一，股权关系上的请求权不能独立转让。根据财产权类型法定主义理论，一种权利一旦被法定类型化，其内部的权能就失去独立性，包括请求权，不能独立的转让。^[9]这是公司法上的请求权与债权存在根本差异的原因。例如股东对于公司的利润分配请求权，虽然表现为请求权，和债权相似，但它不是债权。它无法独立转让，但债权可以独立转让。只在特殊情形下，股东的利润分配请求权可以转化为债权。例如英国公司法规定，在公司做出关于具体的利润分配方案决议时，股东对公司的利润分配请求权转化为债权。^[10]

第二，股权关系上的请求权受制于其他法律关系的限制，例如公司资本充实、禁止抽逃出资等规则，无法像债权那样自由的处分和变动。再如，公司对股东的出资请求权表现为请求权，与债权相似，但它也不是债权。它是被包裹在“公司权”中的一项权能，无法独立转让，它的变动也受公司法内的强制性规范的限制，不能简单适用债权的免除规则，也不能按债权规则予以抵销。

第三，股权关系上的请求权一般不适用诉讼时效。根据最高人民法院《公司法司法解释

[8] 当然，除了股权，公司法还创设了其他权利，例如“公司的权利集合”，可简称“公司权”，它是公司所承担的法律关系的总和，也是公司所享有的各种权利的总和，包括公司对股东的权利、对董事、监事、高管的权利。

[9] 澳大利亚公司法学者 Austin 教授和 Ramsay 教授在其经典教科书中阐述了该问题：The right to vote is part of a property represented by a share but it is not a separate item of property. It follows that it cannot be separately assigned. 见 R. P. Austin & I. M. Ramsay, *Ford's Principles of Corporations Law*, LexisNexis Australia, 17th ed, 2018, [7.550][17.220], P376, P1150-1151.

[10] “The declaration of a 'dividend' creates a debt.” 这是英国公司法中的一项重要原则。在董事会正式宣布分配股息的决议之前，股东对公司利润仅拥有一种期待权或潜在权利。一旦股息被正式宣布，它便立即转化为公司对股东的一项无条件的合同债务。这一原则在经典判例 *Re Severn and Wye and Severn Bridge Railway Company* [1896] 中得以确立。

(三)》第19条^[11]和《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第1条的规定^[12],公司对股东的出资请求权不适用诉讼时效。而债权则适用三年诉讼时效。

总之,财产法上的财产权类型,本质上是一种法定集合,债权的本质需要在集合论中才得以显现。债权作为一种独立的财产权类型,它的内容表现为请求权,但是,它的特性却是独立。它不嵌入任何一种其他的财产权类型中,所以,它不嵌入物权,反之,物权中的请求权也不是债权;同样,债权也不嵌入股权,反之,股权中的请求权也不是债权。

下面,基于股权关系上的请求权不同于债权的底层逻辑,分析公司法司法解释起草中的相关的三个重要问题:

(一) 股东以其对公司享有的债权抵销其出资义务问题

关于“股东以其对公司享有的债权抵销其出资”的问题,在公司法司法解释起草过程中,经历了一个曲折发展的过程。最初,部分学者认为,该抵销应当直接适用《民法典》第568条【法定抵销】的规定:“当事人互负债务,该债务的标的物种类、品质相同的,任何一方可以将自己的债务与对方的到期债务抵销。”此种观点一度流行。^[13]当然,在公司法司法解释公开的征求意见稿中,这一观点被修正。其第19条排除了公司已经进入破产程序或者虽未进入破产程序但已具备实质破产原因两种情形适用抵销,同时规定其他情形适用抵销,^[14]具体分为两种情形:一是以金钱债权抵销货币出资,二是以金钱债权抵销非货币出资。前者直接适用《民法典》第568条债的抵销的规则,后者的抵销需经过股东会决议的程序。如此规定背后的逻辑尚不清晰,需深入分析。

首先,从财产权类型法定主义的角度看,这一问题的底层逻辑,就是公司对股东出资的请求权是不是债权?债权是一种独立的财产权类型,并非所有的请求权都可以纳入债权的类型之中。公司对股东的出资请求权并非债权,所以,无法直接适用债权抵销规则。其次,从公司法的治理规则的角度看,上述“抵销”涉及公司资本充实、债权人保护的问题,无法当然抵销。

[11] 最高人民法院《公司法司法解释(三)》第19条规定:“公司股东未履行或者未全面履行出资义务或者抽逃出资,公司或者其他股东请求其向公司全面履行出资义务或者返还出资,被告股东以诉讼时效为由进行抗辩的,人民法院不予支持。公司债权人的债权未过诉讼时效期间,其依照本规定第十三条第二款、第十四条第二款的规定请求未履行或者未全面履行出资义务或者抽逃出资的股东承担赔偿责任,被告股东以出资义务或者返还出资义务超过诉讼时效期间为由进行抗辩的,人民法院不予支持。”

[12] 最高人民法院法释〔2008〕11号《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第1条第3项规定:基于投资关系的缴付出资请求权,不适用诉讼时效抗辩。

[13] 2025年7月5日在香山饭店召开的“公司法司法适用研讨会”上,这是一个争论最为激烈的问题。在公司法教学中,这也是一个常见的误区,例如在2024年4月第24届江平民商法奖学金评选总决赛口试中,不少参赛学生认为公司对股东的出资请求权就是债权,可以适用债权抵销的规则。

[14] 第19条的具体表述为:“股东将其对公司享有的金钱债权用于抵销其货币出资,或者经公司股东会决议后用于抵销其非货币出资,股东主张其已履行出资义务的,人民法院应予支持,但是公司已经进入破产程序或者虽未进入破产程序但已具备实质破产原因的除外。须经公司股东会决议的,主张抵销的股东应当回避表决。人民法院在审理相关案件时,应当将股东对公司享有债权的真实性作为案件基本事实予以查明,防止股东以虚假的债权抵销逃避出资义务,损害公司及其债权人的合法权益。”

这里，出现了一个有趣的问题。同样的现象，民法和公司法所看见的本质完全不同。民法看见“债的抵销”，而公司法没有看见“抵销”。所谓“抵销”在公司法的眼睛里，其现象背后的本质是“变更出资形式”。具体说，无论以金钱债权抵销货币出资，还是以金钱债权抵销非货币出资，都是将原来的出资的形式变更为以“对公司的债权”对公司出资。由于该抵销实质是出资形式的变更，它首先涉及股东和股东之间的关系，其本质是公司章程的变更，所以，应当经过股东会特别决议。由此可见，《公司法司法解释（征求意见稿）》（以下简称征求意见稿）第19条显然存在两个错误：

一是以金钱债权抵销货币出资，直接适用《民法典》第568条抵销规则，公司或股东的单方法律行为即可产生抵销的效力，而不经股东会特别决议，是错误的。二是以金钱债权抵销非货币出资，虽然规定需经过股东会决议，但是，决议是普通决议，还是特别决议？语焉不详，应当明确“需经过股东会特别决议”。所以，征求意见稿第19条实质上修改了《公司法》第66条和第116条关于“章程修改应经股东会特别决议通过”的规定，超越了最高人民法院司法解释的权力范围。

讨论至此，征求意见稿第19条的问题还远远没有结束。由于变更出资形式涉及公司债权人利益的保护，涉嫌违反资本充实原则，所以，抵销程序不仅要经过股东会特别决议，还需要经过董事会决议。股东会没有法定义务审查公司的资本充实状况，审查职责在董事会。审查公司资本充实状况是董事的信义义务，也是董事对债权人负有的义务。董事会不能仅凭股东会决议就盲目操作，必须进行独立的商业判断，确保“抵销”后公司仍有能力偿付到期债务。

基于以上分析，笔者建议修订征求意见稿第19条，不区分金钱债权抵销货币出资还是非货币出资，统一规定均需经过股东会特别决议和董事会决议通过，并且，在董事会决议前，应增加类似英美国家公司法“偿债能力测试”（insolvency test）程序，和类似于《九民纪要》第5条关于利润分配的强制性规定的审查程序。^[15]

为什么要增加偿债能力测试？因为在“以债权抵销出资”的操作中，公司最核心的可能变化是资产结构的实质性恶化：流动性最强的现金并未增加，而股东对公司的债权却被直接转为实缴资本。若该债权本身已因公司经营不善存在重大回收风险，那么此次“抵销”将导致实缴资本被虚增。这直接动摇了公司资本的真实性与充实性，削弱了其对外偿债的资本基础。因此，必须引入偿债能力测试，以确保此次资本结构变动后，公司仍有能力清偿到期债务，防止损害债权人利益。

为什么要增加利润分配的强制性规定的审查程序？以债权抵销出资，在会计上体现为将应收股东款项转为实收资本。如果该债权难以实现，将导致所有者权益被虚增。这种虚增会扭曲公司的真实财务状况，可能掩盖实际亏损，从而使得在后续依照《公司法》第210条计算“可供分配

[15] 《九民纪要》第5条规定了两项审查，一是抽逃出资审查，二是利润分配审查。具体条文是：“投资方请求目标公司承担金钱补偿义务的，人民法院应当依据《公司法》第35条关于‘股东不得抽逃出资’和第166条关于利润分配的强制性规定进行审查。”由于上述“抵销”不可能构成股东抽逃出资，所以，可以参考的是利润分配审查。

利润”时，法定的“弥补亏损”前提被架空。其结果就是，公司基于一个被高估的分配基数进行利润分配，这可能构成变相抽逃出资和违法分配，严重侵蚀公司资本，损害债权人利益。因此，必须增加强制性审查程序，以阻断这一风险链条。

征求意见稿第19条还将激发更多的恶操作，例如，股东在不良资产的市场上，低价购买对本公司的债权，用于抵销自己的出资义务。类似的衍生的不当交易和规避出资义务的行为，都应当提前防范。当然，在实践中，股东借款给公司，给予公司以财务支持，这是常见的商业操作。股东的利益应当得到保护，但是，正确的保护方式不应是征求意见稿第19条设计的抵销方式。^[16]

此外，为了预防上述风险，抵销规则应当增加对债权进行评估的程序，但是，民法债法上的抵销并无评估程序，所以，按此思维，征求意见稿第19条也未见评估程序。如果将抵销的本质视为变更出资形式，则必然要增加对非货币出资进行评估的程序。前者是债法思维，后者是组织法思维，大相径庭。建议征求意见稿第19条增加评估程序。

在比较法上，英国公司法相关的规则与学说发展也可以说明这个问题。英国现代公司法的核心原则（特别是信义义务和资本维持原则）深植根于衡平法（信托法）传统。自19世纪中叶现代公司法颁布以来，由原衡平法院（Court of Equity）演变而来的大法官法庭（Chancery Division），一直是公司法案件的主要管辖法庭。其法官运用信托法中的受托人理念来界定董事义务，并运用信托基金理论来界定股东出资的性质与责任，从而塑造了英国公司法独特的品格。英国法官没有将股东出资的性质纳入合同法中的债权，而是界定为信托基金。他们的认识虽然是从信托法的路径达至的，但与组织法的推理路径异途同归。

Grissell案（1866年）是英国公司法历史上一个里程碑式的判例^[17]，它确立了股东未缴付的资本是公司债权人的信托基金这一核心原则，是现代公司资本制度与债权人保护规则的基石。案中，巴尼特与国王十字铁路公司因经营困难进入清算。在清算过程中发现，公司部分股东尚未缴清其认购的股份资本。公司的债权人主张，这些未缴付的资本应用于清偿公司债务。法院指出：“股东对公司的出资承诺（未缴付的资本）构成了公司资产的一部分。其目的并非仅为股东利益服务，而是作为清偿公司债务的担保基金。这部分资本被视为为债权人利益而设立的“信托基金”。^[18]基于此项信托，公司的债权人被视为该基金的受益人。清算人（作为受托人）有义务向股东追缴未付资本，并将其纳入清算财产，用于按比例清偿所有债权人，而非优先满足个别债权人。”判决驳斥了将出资义务仅视为股东对公司所负普通债务的观点，否定了股东与公司之间简

[16] 实践中常见的方法有：第一，将股东借款设计为信托结构，股东获得优先清偿权，参见 *Barclays Bank Ltd v Quistclose Investments Ltd* [1970] AC 567；第二，股东的财务支持计入公司的资本公积金。

[17] *In re Grissell, ex parte The Barnet and King's Cross Railway Company* (1866) LR 1 Eq 450, 456-457.

[18] 该判例是普通法资本维持原则的源头，后成为英国（包括《1985年公司法》第74条等成文法）乃至全球公司法的基石规则，即公司必须维持与其资本相对应的资产，以保护债权人。催生了“法定资本制”，其确立的“资本作为债权人担保”理念，直接推动了法定资本制度的形成，包括最低注册资本、禁止抽逃出资、减资限制等系列规则。

单的合同债务关系。它强调，出资义务的履行关乎公司资本完整性及外部债权人利益，因此不能适用一般债法规则（如抵销、免除）。^{〔19〕}该判例鲜明体现了公司法作为组织法的逻辑：它超越股东之间的合同关系，创设了涉及债权人等多方利益的强制性规则体系。在欧洲其他国家也有同样的学说和规则。^{〔20〕}

（二）组织法上的入库规则与例外

新《公司法》第54条规定：“公司不能清偿到期债务的，公司或者已到期债权的债权人有权要求已认缴出资但未届出资期限的股东提前缴纳出资。”债权人所主张的加速到期的股东出资义务在履行中，应由股东直接向债权人支付，还是向公司支付？争议极大。此即著名的“出库”还是“入库”之争？征求意见稿第24条再次提出这一问题。^{〔21〕}

若从组织法角度看，应采“入库”说，因为股东的出资义务的关联方是公司，但不能机械地作此推理，而应深入考察，作为组织法的“入库”规则是为了实现何种目的？“入库”规则的目的有两项：一是充实公司资本；二是平等保护债权人利益，平等清偿。两项目的归根结底都是为了保护债权人，所以，关键在于是否存在债权人平等保护的问题。

债权人平等保护并不是一项绝对的原则，它仅仅在公司破产或濒于破产时才适用。在普通的民事执行程序中，一般适用优先受偿原则，债权人的受偿顺序是按查封或执行的自然时序进行的，即先到先得。这一规则体现在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第516条规定：“当事人不同意移送破产或者被执行人住所地人民法院不受理破产案件的，执行法院就执行变价所得财产，在扣除执行费用及清偿优先受偿的债权后，对于普通债权，按照财产保全和执行中查封、扣押、冻结财产的先后顺序清偿。”该条文有一个但书：“但债权人基于同一执行依据申请参与分配的，应当按照债权数额比例受偿。”^{〔22〕}可见，在普通执行程序中，债权人平等受偿也仅仅存在于“同一执行依据”即“同一生效的法律文书”所确定的多个债权人之间。

既然“入库”的核心目的，即债权人平等清偿，在非破产状态下并非绝对要求，那么机械地要求所有加速出资都必须“入库”就失去了法理基础。所以，在公司未达破产界限时，债权人平

〔19〕 Rory Derham, *Derham on the Law of Set-Off*, Oxford University Press, 4th eds, 2010, [8.67].

〔20〕 Reinhard Zimmermann ed, *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*, Cambridge University Press, 2002, p59.

〔21〕 《公司法司法解释（征求意见稿）》第24条【认缴出资加速到期】：“公司因客观上缺乏清偿能力而不能清偿到期债务，又不以诉讼或者仲裁方式依法请求股东履行出资义务，公司债权人请求已认缴出资但未届出资期限的股东承担责任的，参照本解释第二十一条第三款、第二十二条、第二十三条规定处理。金钱债权执行中，公司债权人申请变更、追加未届出资期限的股东为被执行人，人民法院应当裁定驳回变更、追加申请，并告知其另行提起诉讼。申请执行人对该裁定不服的，可以向上一级人民法院申请复议；直接提起执行异议之诉的，人民法院不予受理。”

〔22〕 最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》（1998年颁布，2020修正）第55条规定：“一份生效法律文书确定金钱给付内容的多个债权人对同一被执行人申请执行，执行的财产不足清偿全部债务的，各债权人对执行标的物均无担保物权的，按照各债权比例受偿。”

等保护原则不应成为阻碍“出库”的绝对理由。

出库规则还将激励债权人积极提起诉讼，实现债权，避免其他债权人“搭便车”的现象出现，对于促进市场经济的运行有积极的作用。即使采“入库”说，“入库”也可能只是一种象征性的操作，在出资被执行到公司账户中时，立刻被债权人请求查封执行，如此这般，似乎也是多余。所以，在非破产情境下，“入库”并无必要，应采“出库”说。

（三）股权转让中的出资义务承担与债务转移规则

《公司法》第88条规定：“股东转让已认缴出资但未届出资期限的股权的，由受让人承担缴纳该出资的义务；受让人未按期足额缴纳出资的，转让人对受让人未按期缴纳的出资承担补充责任。未按照公司章程规定的出资日期缴纳出资或者作为出资的非货币财产的实际价额显著低于所认缴的出资额的股东转让股权的，转让人与受让人在出资不足的范围内承担连带责任；受让人不知道且不应当知道存在上述情形的，由转让人承担责任。”该条规定股权转让人对受让人未按期缴纳的出资承担补充责任。该条规定的底层逻辑在哪里？有学者在民法债务转移规则中寻找底层逻辑，论证此条的合理性。《民法典》第551条规定：“债务人将债务的全部或者部分转移给第三人的，应当经债权人同意。”此种逻辑是将股权转让视为债务转移，也就是将其中的出资债务转移给受让人，必须经过作为债权人的公司的同意。这显然是具有浓厚的民法债法色彩的推理。

按债法逻辑，股权转让人是否承担补充责任，取决于公司是否同意。这需要从《公司法》第86条寻找答案。《公司法》第86条规定：“股东转让股权的，应当书面通知公司，请求变更股东名册；需要办理变更登记的，并请求公司向公司登记机关办理变更登记。公司拒绝或者在合理期限内不予答复的，转让人、受让人可以依法向人民法院提起诉讼。”该条仅规定了公司的程序性配合义务（变更名册、办理变更登记），而未赋予公司实体性的同意权或拒绝权。所以，股权转让中的“出资义务的转移”未经作为债权人的公司同意，不发生效力，公司对于作为转让人的股东依然享有出资请求权。所以，《公司法》第88条的规定具有债法上的合理性。

这种论证方法沉浸在债法情境中，虽然结论具有一定的合理性，但脱离了商事组织法的现实世界。《公司法》第88条的合理性论证还是应当回到组织法的路径上来。该条的深层法理不在于债法，而在于有限责任公司在商事组织法上所具有的人合性的本质。这里，需要花费一定笔墨，阐述人合性在法经济学上的含义。

法经济学将公司视为“合同枢纽”。^[23]其中，最重要的一个合同关系就是股东和股东之间合同关系。公司分为闭锁公司和开放公司两种。有限责任公司就是闭锁公司，它具有人合性，此人合性是公司法作为组织法的一种极端体现。所谓人合性是闭锁公司中股东和股东之间的合同关系不同于开放公司（股份有限公司）的本质所在。股份公司的股东合同关系是一种标准合同，股东相互的对价都是明示的，纯粹是一种财产性质的对价。但是，在有限责任公司中，股东合同关系

[23] 法经济学中的“合同枢纽”理论所谓“合同”是广义上的合同概念，并不等同于《合同法》上狭义的“合同”概念，更不等同于合同之债。

是一种非标准合同，股东相互的对价是十分复杂的，有明示的，也有隐形的，有财产性质的对价，也有人身性质的对价。人身性质的对价无法表现为出资，例如股东的信用、人脉、市场号召力等，它必须贯穿在合作的整个过程中，成为股东合作的基础。此种合作是财富创造的基础，现代社会的财富创造需要林林总总的要素，而非仅仅财产性质的资本，很大程度依赖人身性质的资本。所以，有限责任公司的股东合同是不能轻易解除的。而股权的转让就是一种解除的方式，必须严格限制。否则，股东之间基于人身性质的对价将落空，增加合同风险和不可预期性，进而增加交易成本，最终阻却合作，抑制经济发展。

严格限制股权转让有多种立法例，公司法可以赋予其他股东同意权，或者优先购买权。我国2005年《公司法》第72条表面上，既设定了同意权，也设定了优先购买权，但是，因条文表述的逻辑问题，制造了立法史上罕见的“逻辑冗余”笔法，所谓“同意权”沦为摆设。新《公司法》第84条已删除同意权，仅赋予优先购买权；此外，对于有限责任公司增资的股东优先认缴权，新《公司法》第227条赋权全体股东可通过协议或章程予以变更和废除。此种立法例，已经削弱了法定“人合性”，增加了股权的流转性。所以，《公司法》第88条的真正功能，一方面是保障公司的资本充实，另一方面则更为隐蔽，是抑制股东转让股权，进而抑制“人合性”的解除，间接增强被削弱的“人合性”，为公司以及其他股东和转让人博弈时增加筹码。这是中国公司法在“人合性”保障和股权流转之间保持平衡的一个权宜之计。

三、公司法上的法律行为的独特构造

组织法上也有法律行为，例如决议、股权变动等，但是，组织法上的决议和自然人的法律行为是不同的，组织法上的股权变动和物权变动也是不同的。我们先从决议作为法律行为的独特性开始分析。

《民法典》第134条规定：“民事法律行为可以基于双方或者多方的意思表示一致成立，也可以基于单方的意思表示成立。法人、非法人组织依照法律或者章程规定的议事方式和表决程序作出决议的，该决议行为成立。”公司决议虽然被法律认定为法律行为，但不同于自然人的法律行为，它具有拟制性。决议的形成分为两个阶段，第一阶段是自然人（股东或董事）的表决行为，第二阶段是计算，是基于表决行为，根据表决规则计算结果。该计算结果最后被拟制为公司的法律行为。

既然决议是法律行为，它当然适用法律行为无效规则和撤销规则。但是，关于公司决议效力诉讼的制度安排，必须穿透决议的拟制性，进入表决行为，进入公司背后的利益冲突的主体。公司法司法解释征求意见稿第9条开始关注表决行为，但是，表决行为本身的效力，不构成独立的效力之诉的客体，而是在决议效力之诉中予以审查的事实。当然，第9条争议最大的是“公司决议有效之诉”。

（一）公司决议有效之诉

征求意见稿第9条【公司决议效力诉讼】规定：“人民法院作出确认公司决议有效的裁判后，股东另行提起撤销公司决议之诉的，人民法院应当依法予以受理；当事人以另案裁判已经确认决

议有效提出抗辩的，人民法院不予支持。（另一种方案：股东、董事、监事等请求确认公司决议有效的，人民法院不予受理。）”

司法解释是否应规定决议有效之诉，引起了极大的争议。笔者记得，在2006年公司法重大修订时，中国政法大学举办的“公司法国际高峰论坛”上，其中一个单元就展开了关于决议有效之诉的讨论。笔者作为参与者，向多位来自各国的学者提出了这个问题。大家结合当时轰动一时的郑州百文股份有限公司（简称“郑百文”）案件，展开讨论。参会学者的国家的公司法只有决议无效、撤销和不成立之诉，并无确认决议有效之诉。时隔20年，决议有效之诉又成为焦点。如何分析这个问题？

在英美法上，“事物有序推定”（*Omnia praesumuntur rite et sollemniter esse acta*）是一项重要原则，法律推定事物是以正当合法的方式完成的。该原则最关键的属性是“可反驳性”，它是可反驳的推定（*rebuttable presumption*）。在公司法实践中，应推定公司董事会和董事会的会议召集、通知、表决等程序符合章程和法律规定，推定决议有效。在法理学上，此种推定有效，为“弱有效”。

如果司法解释引入决议有效之诉，通过诉讼程序确认决议有效，该有效即提升为“强有效”。弱有效和强有效的差异在于，弱有效可以被之后的证据和普通程序推翻，而强有效则需要通过再审等特殊诉讼程序予以推翻，成本和难度极高。确认有效之诉，会导致真正具有诉的利益当事人，例如其他股东等，因种种原因无法参加诉讼，进而增大未来的救济成本。郑百文案件就是如此。

郑州百文股份有限公司是知名上市公司，因严重资不抵债于2000年被申请破产，后由山东三联集团提出重组方案。2001年郑百文临时股东大会通过了包括《关于股东采取默示同意和明示反对的意思表达方式的议案》和《关于授权董事会办理股东股份变动手续的议案》在内的重组决议。决议核心内容是：全体股东需将所持股份的50%无偿过户给三联集团，以换取其注入资产、承担债务。若股东不同意，公司有权以“公平价格”（流通股1.84元/股，法人股0.18元/股）回购并注销其股份。该决议在法律上极具突破性，其中的默示同意原则以及由董事会直接办理股份过户等安排，在当时《公司法》《证券法》和《破产法》中均无明确依据，引发了关于其是否合法的巨大争议。在部分股东明示反对的情况下，郑百文公司主动向郑州市中级人民法院提起诉讼，请求法院确认上述股东大会决议有效，并判令股东履行决议、办理股份过户手续。法院在极短的时间内，做出有效判决。异议股东未能参与诉讼，之后，启动再审程序，未果。这是一起具有重大影响的“确认决议有效之诉”。

如果司法解释引入“决议有效之诉”，必然使得郑百文案件重演。真正具有诉的利益的利害关系人，若未能参加诉讼，之后，将无法提起决议无效之诉，他们的“决议无效之诉”的权利实质上被剥夺。而所谓“决议有效之诉”则可能沦为“双簧”，甚至“虚假诉讼”。

当然，如果司法解释最终引入“决议有效之诉”，在法律层面上也有依据，即《民事诉讼法》第2条，它规定民事诉讼法的任务包括“确认民事权利义务关系”和“保护当事人的合法权益”。当决议效力不明已实质影响公司经营和股东权利时，通过诉讼予以确认，正是保护当事人

“诉的利益”的立法目的的体现。但是，司法解释应当严格立案条件：一是有初步证据证明，存在决议效力之争；二是穿透公司法人的拟制性，保障异议股东或其他利害关系人知情并参与诉讼，避免郑百文案件中异议股东丧失救济的困境。总而言之，决议有效之诉应当在极端情形下开放，其宗旨是为满足商业实践中的紧迫需求，对现有诉讼类型进行的目的性扩张解释，填补公司法救济体系的空白，稳定公司内外部法律关系。

（二）公司决议与通谋虚伪

民法典将公司决议界定为法律行为，其效力自然适用《民法典》第146条【虚假表示与隐藏行为效力】：“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理。”但是，《民法典》第146条本身存在瑕疵，忽视了虚伪通谋的法律行为对善意第三人的效力，而其他国家民法典则予以规定，例如《日本民法典》第94条（虚伪意思表示）规定：“（一）与相对人通谋而作出虚伪意思表示的，该意思表示无效。（二）前款规定的意思表示无效，不得对抗善意第三人。”

这一问题对于公司决议适用第146条至关重要。公司决议通常涉及公司重大事项，产生对世效力，其无效应当限制。在普通民事案件中，通谋虚伪的第三人一般是个人，通常加入诉讼，但是公司决议的通谋虚伪的第三人则是其“对世效力”中的第三人，是无数潜在的第三人，通常不参加诉讼，问题就更为严重。

在司法实践中，《民法典》第146条关于对第三人效力的沉默使得法院通常拒绝判决虚伪通谋的决议无效，以免侵害善意第三人的利益。但是，法官的推理逻辑未免扭曲，裁判理由只能在通谋虚伪的事实认定上，强加不合理甚至不可能的证据标准，以阻断通往无效的推理之路。著名的中科建案即是一个典型的标本：中科建作为鑫控集团工商登记的股东（持股85%），其股东资格因公司内部一系列股东会决议而受到根本性质疑。相关决议由包括中科建在内的全体股东共同作出，明确记载中科建所持股权虚假，并确认其“未实际履行出资义务”。鑫控集团据此主张，双方的真实合意是建立借贷关系，股权登记仅为虚伪外观，故起诉请求依据《民法典》第146条关于“通谋虚伪表示”的规定，确认中科建不享有股东资格。本案的核心法律争议在于，公司内部决议中关于股权虚假的确认性陈述，能否构成证明双方存在“通谋虚伪”意思表示的充分证据，从而穿透商事外观主义，否定经公示的股权效力。法院认为，证据不足，驳回了鑫控集团的诉请。^[24]

中科建案代表了法院对于公司决议适用《民法典》第146条的基本态度。笔者建议司法解释增加一个条文，解决《民法典》第146条在公司决议效力上适用的进退两难的困境，进则伤害善意第三人，影响交易安全，退则破坏法律推理的底线。条文可仿大陆法系其他国家的民法典立法例，增加“公司决议因通谋虚伪意思表示无效，不得对抗善意第三人”。或者，在司法审判中，将决议效力和工商登记效力予以区分，以工商登记的公示效力限制通谋虚伪的决议的对世效力。但是，有一个逻辑鸿沟无法避免：如果决议无效，工商登记将因决议无效而撤销。虽然《公司

[24] 参见最高人民法院民事判决书，（2020）最高法民终133号。

法》第28条规定：“股东会、董事会决议被人民法院宣告无效、撤销或者确认不成立的，公司根据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。”但是，该条无法保护基于决议无效的工商登记的对世效力中的潜在的第三人利益。“潜在的第三人利益”是公司法作为组织法应保护的范畴，这也是公司法规则不同于民法上法律行为效力的一般规则的重要之处。普通的民法规则仅仅保护可见的第三人，而公司法还要保护那些不可见的第三人。

（三）股权变动与善意取得

除公司决议外，公司法上的法律行为的独特构造还表现在股权变动上。股权变动与物权变动结构完全不同，特别是登记的效力完全不同，但旧公司法司法解释（三）早就确立了以物权变动规则解决股权变动的思路，进而引入了股权善意取得的规则，这在法理上很难成立。征求意见稿承袭了同样的思路，其中有两处涉及股权变动和善意取得，分别是第33条和第41条，均有可商榷之处。

1. 名义股东处分股权与善意取得

征求意见稿第33条【名义股东处分股权】规定：“名义股东未经实际出资人同意将其名下的股权转让、质押给他人，实际出资人请求相对人向名义股东返还股权或者请求确认质权未有效设立的，人民法院应予支持，但是受让人参照民法典第311条规定善意取得股权的除外。”该条所谓“名义股东”是第31条所定义的股权代持法律关系中的受托人。第31条规定：“有限责任公司的实际出资人与名义股东订立合同，约定由实际出资人出资并享有投资权益、名义股东代实际出资人持有公司股权”。在实践中，股东代持一般表现为民法典合同篇中“委托合同”，也有以《信托法》中的信托合同来设立。无论是委托合同，还是信托关系，受托人即名义股东均有处分权，不适用以无权处分为前提的善意取得规则。所以，该条存在问题。

当然，未经实际出资人同意而转让股权，受让人是否善意，对于股权转让效力确实会产生影响，但不是《民法典》第311条规定的善意取得的效力，而应当是《民法典》第154条规定：“行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效。”《民法典》第154条规定的是以有权处分为前提的法律行为无效情形，最高院有类似的判决。^{〔25〕}

2. 一股二卖的处理与善意取得

将《民法典》第311条关于善意取得的规定套用于股权变动将产生很多问题，征求意见稿第41条【一股二卖的处理】的问题更为突出，^{〔26〕}问题的根源在于股权变动与物权变动存在不同的结构。差异在于：

第一，物权变动仅存在一种公示形式，即不动产的登记，或动产的交付；有限责任公司股权

〔25〕 参见最高人民法院民事判决书，（2013）民二终字第29号。

〔26〕 第41条规定：“股权转让合同订立后但尚未在公司登记机关办理变更登记前，原股东又将其股权以转让、质押等方式予以处分，第三人主张已经取得股权或者设定了股权质权的，人民法院应当参照民法典第三百一十一条关于善意取得的规定处理。受让人主张第三人不构成善意的，应当综合考量第三人在受让股权或者设立质权时，公司是否置备了股东名册、受让人是否已被股东名册记载为股东、股东名册记载与公司登记是否一致以及第三人是否查阅了股东名册或者公司登记、是否向公司了解股权转让情况等因素予以认定。”

的变动存在股东名册和工商登记的双重公示形式。征求意见稿第 41 条实质上否定了股东名册变更作为一项股权变动公示形式的效力。

第二，登记的效力不同。不动产物权变动以不动产变更登记为前提，而股权的工商变更登记不是产生股权变动的效力必要前提。物权的善意取得不可能存在于不动产的一物二卖中，因为如果前次转让没有变更登记，物权则未变动，所谓一物二卖是有权处分，后受让人获得物权，不适用善意取得；如果前次转让已经变更登记，则后受让人不可能取得物权。^[27]征求意见稿第 41 条却将在不动产一物二卖中都不可能适用的物权善意取得规则，适用于股权的一股二卖中，必然产生结构性错位。

虽然征求意见稿第 41 条强调：“受让人主张第三人不构成善意的，应当综合考量第三人在受让股权或者设立质权时，公司是否置备了股东名册、受让人是否已被股东名册记载为股东、股东名册记载与公司登记是否一致以及第三人是否查阅了股东名册或者公司登记、是否向公司了解股权转让情况等因素予以认定。”但该规则的本质依然是，以第三人的主观善意否定公司法上股东名册的客观效力，通过错误嫁接物权法上的善意取得规则，推翻公司法上股权变动的股东名册的效力，动摇了公司法本身的股权变动的规则和法理。

在所谓股权善意取得的案件审理中，通常还会涉及股权变动的有因性或无因性问题，产生“错误叠加”现象，具体说，是两层逻辑错误的叠加。第一层是错误适用物权变动的有因性原则，而认定股权变动有因性，忽视股权变动本质上的无因性；第二层是在股权变动上，错误移植和适用物权善意取得规则。

之所以说股权变动本质上是“无因性”，逻辑根源在于，合同法对股权转让债的合同产生的无效后果，无法穿透至基于公司组织法上产生的股权变动效力，股权变动依然有效。股权转让的债的合同无效后，产生返还的义务，实质上是重新启动另一次转让。原来的股权变动并非当然无效，所以，原来的受让人即使再转让，也是有权处分。从合同法和组织法的效力分离看，有限责任公司的股权变动具有无因性。股权变动的效力是在组织法上产生的，作为股权变动的原因——合同，被宣布无效、被撤销等，无效的后果并不必然穿透到组织法上的效力。

四、公司法中营业利益的特别保护——从《民营经济促进法》中取经

商事组织法中存在很多类型的侵权行为，例如董监高违反信义义务侵害公司利益、控制股东滥用权利、股东之间侵害股权优先购买权等，但其救济有特殊性，不同于侵权责任法。差异在于商事组织法中的营业利益的特别保护需要特别的规则。

《民营经济促进法》于 2025 年 5 月 20 日实施，成为中国法律体系中的一个新的有机组成部分。该法万余字，跨公法与私法，含义十分丰富。更重要的是，该法还实质上确立了商法上的一个重要概念——营业权，主要体现在第 59 条关于商业诋毁的损害赔偿条款，以及第 50 条、第

[27] 但在极端个案中，如果因登记机关错误等原因，使无处分权人（原转让人）再次被登记为权利人，后手信赖此错误登记而交易，则可能构成善意取得。但这已非典型“一物二卖”，而是“登记错误救济”问题。

60条等强调保护企业“正常生产经营活动”的规定。这项重要立法精神应当为公司法司法解释吸收和发扬。

（一）《民营经济促进法》中的营业权

过去几年，民营企业经历了一场精神的寒冬。一方面，有人在政治上恶意诋毁民营企业，叫嚣“民营企业退场”论；另一方面，有人大肆造谣和诽谤一些知名的民营企业，某些互联网平台放纵甚至鼓励此类非法行为，造成极其恶劣的社会影响。针对这一教训，《民营经济促进法》拨乱反正，第59条第一款重申：民营经济组织和民营经济组织经营者的名誉权、荣誉权、隐私权、个人信息等人格权益受法律保护。第三款的意义则格外重大，它规定了特别的侵权责任：“民营经济组织及其经营者的人格权益受到恶意侵害致使民营经济组织生产经营、投资融资等活动遭受实际损失的，侵权人依法承担赔偿责任。”该款的重大意义在于，它规定的损害赔偿明确包括“生产经营、投资融资等活动遭受的实际损失”，可见，它所保护的利益范围实际上已经超越人格权，而扩展到营业权。

所谓营业权是指受法律保护的企业的经营利益。从比较法的视野观察，营业权首先是德国法通过判例发展出来的一种框架权。在《德国民法典》生效的第四年，德国法官即根据第823条第1款规定的其他权利，创设了一种新权利——营业权。^[28]

在该判例中，被告据其在登记簿上的商标，要求原告停止仿冒其商标。原告停止生产使用此项商标的纺织品后，发现被告的商标于申请时已属众所周知，不具商标能力，乃向被告请求赔偿因停止生产使用此项商标所受的损害。此情形中，被告所侵害的不是法律所明认的权利，德国帝国法院认为就已设立及实施的营业，应承认存有一种权利，即营业权。第二次世界大战后，德国联邦法院继续维持此见解。

营业权保护的是已经设立并实际运营的企业整体，作为一个有机的营业组织体，免受非法直接侵害。该种侵害是直接针对企业本身，如封锁厂房，传播不实信息导致客户流失，非法挖走核心员工团队等，而非仅仅是对企业个别财产或合同权利的侵害。德国法院对此种营业中的财产利益予以救济，而救济的存在则表明此种利益在法律上已作为一种权利而存在了。所以，英美学者称德国民法上营业权是一种法官创设的权利。

其实，我国法院在司法实践中虽然未直接使用营业权概念，但也高度重视相同的法益——经营权益。一些优化营商环境典型案例实质承认了经营权益，并认定对企业正常经营活动的非法干扰构成侵权。2023年最高人民法院在《关于优化法治环境促进民营经济发展壮大的指导意见》中，重点强调“依法保护企业正常经营活动”，实质上明确了企业的“经营权益”受法律保护，^[29]也是对《民法典》第1165条“行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的，应当承担侵

[28] 德国帝国法院RGZ 58, 24（判决于1904年2月27日）——俗称“铜炉”案。该判例首次依据《德国民法典》第823条第1款中的“其他权利”，确认了对已设立及实施的营业（ein eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb）应作为一种“框架权”予以保护，从而创设了“营业权”。

[29] 其规定的具体内容如：“防止当事人恶意利用保全手段侵害企业正常生产经营。在能够实现保全目的的情况下，人民法院应当选择对生产经营活动影响较小的方式。切实防止因诉讼拖延影响民营企业生产经营。”

权责任”中的“他人民事权益”的与时俱进的解释与发展。该意见还首次规定：“因名誉权受到侵害致使企业生产、经营、销售等遭受实际损失的，应当依法判令行为人承担赔偿责任。”此条就是《民营经济促进法》第59条第3款的起源，从司法意见上升到法律层面，说明中国立法已经承认营业权。而商法层面上营业权的确立，必将渗透和影响到整个公法与私法体系，包括《公司法》《国家赔偿法》等重要法律的改革。

（二）公司法上的营业利益救济与侵权责任法的局限

公司法司法解释起草工作应积极贯彻《民营经济促进法》保护正常生产经营活动的基本精神，并在商事侵权救济层面作出创新性回应。具体而言，司法解释应重视对营业权这一法益的保护，并构建与其特性相匹配的经营损失救济规则。

现行司法解释征求意见稿虽关注了营业利益损害（如侵害股东优先购买权），但其救济路径仍主要回归至《民法典》侵权责任编的一般规定。然而，营业损失多表现为可得利益损失，在传统侵权法框架下，其证明标准高、因果关系认定复杂，司法实践中往往难以获得充分救济。因此，公司法解释应另辟蹊径，可考虑明确将企业持续、稳定的经营预期与能力，即营业权，确立为受保护的独立商事法益。在此基础上，设计更契合商业逻辑的损失计算标准与举证责任分配规则。

确立营业权并提供有效救济，亦符合经济学的效率原理。其作用类似卡拉布雷西与梅拉梅德所阐释的“财产规则”，^[30]一方面通过赋予权利主体事前的排他性的控制与禁令（injunction）救济，另一方面以事后充分的金钱赔偿（责任规则），能为投资与经营提供更稳定、有力的产权保障和营业预期，从根本上增强企业家信心、促进经济发展。

余语

在历史上，商法也称为商人法（Merchant Law），商人的营业活动与普通民事活动具有重大的差异。在法理上，直接导致商事组织法中的规则与民法上的合同法、物权法、侵权责任法的一般规则的差异。商法思维在一定程度上渗透着商人思维，所以，公司法司法解释的起草应聆听商人的声音，要重视《民营经济促进法》第45条第1款的规定：“司法解释起草应当注重听取包括民营经济组织在内各类经济组织、行业协会商会的意见建议；在实施前应当根据实际情况留出必要的适应调整期”。

历史上的一些经验与教训是值得吸取的。清末起草公司法时，商人参与较深。1907年11月，80个商会代表180多人齐集上海愚园举行第一次商法讨论会，正式提出，商法自于商人之利害较切，因而商法须由商人自行编订。1909年，又在上海举行第二次商法讨论会，通过了预备立宪公会拟订的商法第一编《公司法》。但是，之后《公司律》在修订过程中，没有邀请工商界代表参与，更未广泛征求他们的意见，因而法律出台后不能充分满足企业经营者的要求。

[30] Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, Harvard Law Review, Vol. 85: 6, p. 1089-1128 (1972).

当时新闻媒体评论道：“东西各立宪国，其亲定法律，权操于国民；定订商法，权操于商民，政府只有认可宣布之权耳。故其商法随时改良变通，觉悟障碍，而商务得以发达。而中国订立法律，其权操于政府。”^{〔31〕}且“定法的少数官员不明商法习惯”^{〔32〕}。

《民营经济促进法》的颁布是民营企业的福音，也是中国商法发展的契机。而公司法司法解释起草也是一个正本清源的机会，也是中国商法发展的契机。公司法司法解释的起草，不仅是一次技术性的规则修补，更是一次中国商法方法论自觉的契机。我们呼吁起草者：以组织法思维为纲，以营业保护为本，以商人声音为镜，在民商合一的立法框架下，维护公司法的商事组织法品格，迈向方法论自觉的中国公司法解释学。

(责任编辑：衣小慧)

The Commercial Organizational Law Character of Company Law ——The Underlying Logic in the Drafting of the Judicial Interpretation of the Company Law

Abstract: The “integration of civil and commercial law” model, originating from the level of legislative technique, tends to foster ambiguous thinking in practice. This leads to the inappropriate application of civil law rules (such as those concerning obligations, juristic acts, and property rights transfer) to the field of company law, thereby eroding the normative essence and economic function of the company as an independent business organizational entity. The company possesses a unique organizational law character across three dimensions: organizational, fictive, and business nature. The drafting of judicial interpretations for company law must consciously adhere to an organizational law mindset, achieving a methodological separation from the general rules of civil law in aspects such as the nature of rights, the validity of acts, the protection of interests, and the allocation of responsibilities. Only in this way can the systemic confusion caused by the misuse of rules be avoided, thereby genuinely safeguarding the organizational integrity, operational efficiency, and dynamic balance of multiple interests of the company, and ensuring that legal interpretation serves the essential function of the corporate system.

Keywords: Integration of Civil and Commercial Law; Separation of Civil and Commercial Law; Methodology of Commercial Law; Organizational Law; Judicial Interpretation of the Company Law

Wang Yong, Professor and Doctoral Supervisor at the Civil, Commercial and Economic Law School of China University of Political Science and Law.

〔31〕《农工商报》第9期，1907年。

〔32〕《无商法之弊害》，《中华全国商会联合会公报》第1年第1号，1913年。