

民法总则民商主体界分的 制度缺陷与完善思路

汪青松

(西南政法大学民商法学院,重庆401120)

摘要:民法总则关于民商主体界分的整体制度设计因自然人与法人的不同而分别遵循了不同的逻辑标准,但都直接体现或隐含了“营利性目的”的内涵。民法总则民商主体界分制度在概念使用和标准贯彻上存在逻辑缺陷,进而导致实践中可能面临诸多难题。可行的完善思路是对商自然人的主体制度建构采取由基本法确立营业权和由单行法规定具体规则的方式;用“组织”作为主体概念统领“法人”和“非法人组织”;将商组织的具体制度纳入民法典专编或者商事基本法加以规定,并且在民商主体界分时采取法律判定与事实判定相结合的模式。

关键词:民法总则;民事主体;商主体;营利性

中图分类号:DF59 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2019)05-0030-10

DOI:10.14134/j.cnki.cn33-1337/c.2019.05.003

Institutional Defects and Improvement of Distinguishing Between Civil Subject and Commercial Subject in General Provisions of the Civil Law

WANG Qing-song

(Civil and Commercial Law School, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, China)

Abstract: For distinguishing between the civil subject and the commercial subject, we followed different logical standards for natural persons and legal persons in *General Provisions of the Civil Law*, which reflect directly or implicitly the connotation of the profit-making purpose. But there are logical defects in the use of concepts and the implementation of standards, which may lead to many difficult problems in practice. The feasible improvement approach is to use the commercial right in *General Provisions of the Civil Law* and the single acts in the construction of the subject system of the commercial natural person, to use organization as a general concept for both the legal person and non-legal person organizations, to include the specific system of the business organization into the basic commercial law, and to combine the legal judgment with the fact judgment in distinguishing between the civil and commercial subjects.

Key words: *General Provisions of the Civil Law*; civil subject; commercial subject; profit-making

收稿日期:2019-07-21

基金项目:教育部哲学社会科学研究后期资助项目“公司控制权强化机制视域下的外部投资者保护研究”(19JHQ073);西南政法大学校级重点课题“国资授权经营改革背景下的企业集团治理法律问题研究”

作者简介:汪青松,男,西南政法大学民商法学院教授,博士生导师,法学博士,博士后,主要从事民商法基础理论、公司法、证券法研究。

“民商合一”虽然在形式上维持了私法体系的统一,但并不能消弭民事活动与商事活动在法律调整需求上的实然差异。由此,民商主体的界分成为私法主体制度构建中的一大难题。在我国转向商品经济和市场经济的相当长时期里,民法通则建构的“自然人+法人”的二元主体制度并不能包容诸多新生的、由商事专门法确定的商主体。为了解决这一问题,《民法总则》中的主体制度采取了“自然人+法人+非法人组织”的分类结构,实现了对原本游离在《民法通则》主体体系之外的非法人组织的纳入,维持和丰富了民商合一的私法主体体系。同时,《民法总则》也致力于利用“营利性目的”来最大程度地实现对民商主体的界分,并不惜重墨地对以营利法人为代表的商主体进行非常详细的制度供给。但从《民法总则》关于民商主体界分的整体制度设计来看,依然存在一些不容忽视的缺陷和不足,也因此可能会面临一些难以破解的现实难题。有鉴于此,本文将首先对《民法总则》界分民商主体的制度逻辑进行归纳,随后对其存在的缺陷与面临的实践难题进行分析,并在对主要法域民商主体界分的基本模式进行简要介绍和评析的基础上,提出我国私法主体民商界分制度体系的完善思路。

一、民法总则民商主体界分的制度逻辑

学理上所归纳出的商主体的主要特征体现在:首先,商主体本质上是某种法律拟制主体,具有不同于一般民事主体的特殊权利能力和行为能力;其次,商主体是以营利性活动为营业的主体;最后,商主体是商事法律关系的当事人,是商法上权利义务的承担者^[1]。商法理论上的一个重要的主体分类方式是将商主体分为商个人、商合伙和商法人^[2]。在形式上采取“民商分立”立法模式的法域,上述理论分类在实在法上的体现可以通过专门的商法典来完成,但在“民商合一”立法模式下,民商主体的界分就没有那么一目了然。我国迄今为止并没有制定独立的商事基本法,因此,对于民事主体与商主体的界分标准,主要是依靠民事基本法来体现。从《民法总则》主体制度的规范设计来看,其对于自然人与组织体的民商界分所遵循的逻辑标准存在显著不同。

(一) 自然人主体的民商界分标准

在近现代民法中,自然人作为民事主体的资格是与生俱来的,在识别判断上一般不存在困难。但是,自然人在什么情况下会从一般的民事主体转化为商主体的识别认定却并非一目了然。从我国相关立法的具体做法来看,也一直采用了一种较为简单的判断标准,即要求所有从事经营活动的主体都要进行登记。《民法通则》和《民法总则》都遵循了这一标准,如《民法通则》第26条规定“公民在法律允许的范围内,依法经核准登记,从事工商业经营的,为个体工商户”;《民法总则》第54条规定“自然人从事工商业经营,经依法登记,为个体工商户。”根据该规定,“个体工商户”应当被理解为我国民事基本法确立的最为典型的“商自然人”,而自然人商主体资格的取得必须经过登记。商法理论中一般也采此种观点,如施天涛教授就指出,自然人要成为商人必须符合两个条件:实质意义上的条件是必须具有权利能力和行为能力;形式意义上的条件是原则上必须依法经核准登记^[3]。除此之外,实践中还大量存在着所谓的“流动摊贩”,从各地方的相关管理规定看,一般也是以登记为原则,如2013年4月1日起施行的《北京市食品摊贩监督管理办法》第3条规定“食品摊贩是指依据《北京市食品安全条例》经向乡镇人民政府或者街道办事处申请登记取得食品摊贩经营证,从事食品经营活动的经营者。”^①2016年7月1日起施行的《江苏省食品小作坊和食品摊贩管理条例》第10条规定“食品小作坊实行登记管理。食

^①2018年9月26日北京市第十五届人大常委会第七次会议审议的《北京市小型食品业生产经营规定(草案二审稿)》拟对本市小型食品业实行行政许可和备案制度,要求开办小作坊、小餐饮店应当向所在地的区食品安全监督管理部门申请许可;小食杂店应当向所在地的区食品安全监督管理部门办理备案;食品摊贩应当向所在地的乡镇人民政府或者街道办事处办理备案。就其核心精神而言,仍体现了对自然人的民商主体界分持一种登记标准。

品小作坊从事食品加工活动,应当依法取得营业执照,并向所在地县级食品药品监督管理部门申请食品小作坊登记证。”该《条例》第41条进一步规定了未经食品药品监督管理部门登记从事食品加工活动的法律责任,包括没收违法所得和违法生产加工的食品,并可没收用于违法生产加工的工具、设备、原料等物品,以及罚款。从主体能力的角度看,自然人经由登记成为商自然人,就意味着拥有了商事能力。不过,正如有学者指出的那样,受民商合一立法体制的制约,我国立法及学理均否认商事能力制度^[4],《民法总则》中的民事能力制度并没有将商事能力作为一个特别能力加以特殊规定。

(二) 组织体的民商界分

为了克服《民法通则》主体制度所采取的“自然人+法人”二分法的诸多缺陷,《民法总则》的主体制度实际上采取了“自然人+法人+非法人组织”的分类体系,由此可以将原本游离在《民法通则》主体分类体系之外的许多非法人组织有效地纳入进来。不过,关于组织体作为民商主体的界分,《民法总则》并没有采取一个统一的划分标准,为此就需要分别进行考察。

1. 法人的民商主体界分标准——营利性目的。法人是现代社会除自然人之外最为典型和普遍的主体类型,因而也成为《民法总则》关于组织体的主体制度建构的重心。在我国市场实践中,以公司为代表的商法人也是最为重要的商主体形态。鉴于法人普遍存在于政治、经济、社会等各个领域,在公法、私法、国际法语境中都有广泛使用,因此,法人的分类对于法人制度功能的发挥以及具体规则的续造具有重要的基础意义。就私法领域而言,如何区分一个法人是属于一般民事主体还是商主体,是确定后续法律调整的前提。虽然法人主体资格的构造可以借助于人格或权利能力来实现对自然人的拟制,但自然人作为民商主体的区分标准似乎并无助于解决法人民商主体的界分,因为登记几乎是绝大多数法人获得主体资格的必要条件。针对这一问题,《民法总则》采取了“营利性”作为法人民商主体资格的区分标准,在其第三章中将“营利法人”与“非营利法人”作为最基本的法人分类标准,其中的“营利法人”即对应的是商法理论中的“商法人”。关于“营利”的法律内涵,《民法总则》第76条第1款所作出的表述是“以取得利润并分配给股东等出资人为目的”;关于“营利法人”的范围,《民法总则》将其大致等同于《民法通则》中的“企业法人”,如《民法总则》第76条对于营利法人的列举式规定是“营利法人包括有限责任公司、股份有限公司和其他企业法人等。”在我国目前的法律制度下,有限责任公司和股份有限公司主要是由公司法加以规定;“其他企业法人”主要包括由《全民所有制工业企业法》规定的“全民所有制工业企业”,以及由三资企业法规定的具有法人资格的外资企业、中外合资企业和中外合作企业,不少三资企业在实践中也是采取公司制形态。

2. 非法人组织民商主体界分标准的缺无。从分类体系的逻辑层次上理解,自然人与组织是《民法总则》确立的第一层级的主体类型;法人与非法人组织则是《民法总则》针对组织确立的、第二层级的主体类型。与法人存在民商主体界分的必要性一样,非法人组织也同样需要进行民商主体界分,并在此界分的基础上针对各自需求进行差异化的制度设计。从商事实践中看,有大量的商主体采取了由商事单行法确立的非法人形态,特别是合伙企业。如多数私募股权基金习惯于采取有限合伙形式,不少有限合伙型私募股权基金甚至能够在美国的证券市场上市^[5]。但是,《民法总则》并没有将用来区分法人民商主体的营利性标准继续适用于非法人组织的制度规定中,而是不加区分地对非法人组织作出了统一的规定。如该法第102条第2款规定“非法人组织包括个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构等”,随后用极其简单的条文规定了“非法人组织”的登记、债务清偿、代表人、解散与清算等制度,同时又规定了对法人制度的参照适用。

二、民法总则民商主体界分制度的逻辑缺陷

从《民法总则》关于“法人”的上述规定来看,其基本上体现了学理上关于商主体特征的通行认

知,即将“营利性目的”的有无作为对法人组织进行民商主体界分的基本标准。如果从更深层次探析,自然人由民事主体成为商主体的登记环节也隐含着一种类似营利性目的的内涵,即《民法总则》所述的为了“从事工商业经营”而登记。但是,正如前文关于“非法人组织”的论述已经有所展现的那样,《民法总则》对于民商主体的界分模式却绝非完美无缺,其在概念使用和标准贯彻上都存在逻辑缺陷。

首先,“自然人”与“个体工商户”概念在逻辑上不对等。“个体工商户”是我国特有的一种商主体形态,商法理论上一般将其作为“商自然人”或“商个人”的一种现实形态或具体表现,权威的商法教材在论及“商自然人”时也大多将其列举为主要形式。如有教材认为“商个人是一个法律拟制的主体,按照现代商法的观念,它可以表现为一个自然人,也可以表现为一个户,还可以表现为自然人投资者设立的独资企业”^[6]。相关立法也持同样的理念,如《民法总则》第54条规定“自然人”经依法登记可成为“个体工商户”,2016年修正的《个体工商户条例》第2条和配套的《个体工商户登记管理办法》第2条均规定:有经营能力的“公民”,经相关部门登记,从事工商业经营的,为“个体工商户”。据此不难发现,不论是理论上还是立法上均是“个体工商户”对应于“自然人”。不过,我国现行立法虽然将“户”作为一个法律概念加以使用,但对其缺乏严格的法学界定,一般理解为与“家庭”相对应。如《民法总则》中对于“家庭承包经营户”的规定就是“从事家庭承包经营的”。“户”作为法律概念使用也缺乏应有的严谨性,据此,有学者提出“未来中国民事法中应保留家庭但废止户,在保留户的情况下,则应通过目的性解释做与家庭等同化处理;保留家制,但原则上不承认家庭民事主体地位。”^[7]从概念的逻辑内涵上看,“自然人”与“个体工商户”两个概念也不能够直接对等,“自然人”是一个个体概念,具有确定性;而“户”则是一个集合体的概念,具有变动性。

其次,《民法总则》对于组织的民商主体界分缺乏统一的分类标准。在现代市场经济中,组织体样态的商主体要远远多于自然人样态的商主体,因此,如何对组织体进行民商主体区分就显得更为必要。按照以法国为代表的、基于客观主义原则而制定的商法的相关规定,从事营业性商行为是构成商主体的实质性法律特征,易言之,“营利性营业行为”被视为将商主体从民事主体区分出来的核心标准。但从我国《民法总则》的现有规定来看,并不能归纳出统一的、一以贯之的民商主体分类标准,甚至还呈现出某种程度的混乱。具体表现在:一方面,营利性标准并没有实现对法人分类的周延和统一。从关于法人的第一层次分类上看,《民法总则》既没有采取大陆法系常用的社团法人与财团法人模式,也没有沿用民法通则中的企业法人和非企业法人的分类模式,而是直接使用了营利性作为分类标准。不过,除了“营利法人”与“非营利法人”之外,《民法总则》还另行规定了一类“特别法人”,使得过去无法安放的法人类型得到了处理^[8]。但是,从对“特别法人”的列举式规定来看,既包括了理论上的公法人或者准公法人,如“机关法人”“基层群众性自治组织法人”,也包括了可能归属于商主体范畴的“农村集体经济组织法人”和“城镇农村的合作经济组织法人”,如《中华人民共和国农民专业合作社法》第2条将“农民专业合作社”界定为“互助性经济组织”,第8条规定农民专业合作社“从事生产经营活动”,第15条规定其章程应当规定盈余分配等;另一方面,非法人组织缺乏民商界分的基本标准。在《民法总则》明确列举的非法人组织中,个人独资企业和合伙企业均是理论上公认的商主体,而专业服务机构是否具有营利性就比较复杂,如《合伙企业法》第107条规定了所谓“非企业专业服务机构”,理论上一般也认为律师事务所、会计师事务所等都属于非营利机构。

最后,《民法总则》采取的营利-非营利分类法过于僵化和封闭。营利性一般被理解为是一种主观的目的,《民法总则》第76条关于营利法人的界定也是表述为“以取得利润并分配给股东等出资人为目的法人”,尽管有学者认为此做法是一个独具特色的超越其他国家立法的法人分类的创举,彰显出强势的商法营利性思维的倾向^[9],但是,由于营利性标准并非是基于客观行为表现,因而其本身也缺乏客观明确的判断依据。实际上,在《民法总则》通过不久,就有学者指出其营利法人与非营利法人的分类模式在未来不可避免地会面临如下挑战:其一是各国都没有对营利性法人与非营利性法人的划分

给出一个可清晰界定的标准;其二是营利法人与非营利法人的本身就有不确定性,很难予以类型划分;其三是现代“公益”理论将“公益”寓于营利的趋势将导致营利法人与非营利法人的区分边界模糊;其四是会引发我国民法典体例与未来《商事通则》之间衔接的挑战^[10]。除此之外,营利-非营利分类法的弊端还在两个方面有明显的体现:一方面,营利法人与非营利法人的分类法容易形成一种封闭的类型化体系,无法为未来可能出现的具有多元化目的的法人组织预留制度空间;另一方面,营利法人与非营利法人的分类法采取了一种绝对化的做法,容易造成营利性与非营利性不可兼容的印象。

三、民法总则民商主体界分制度的实践难题

前述的《民法总则》在处理民商主体界分方面所存在的制度缺陷并非仅仅体现在概念意义上或者逻辑层面上,也会直接影响到法律制度在适用于社会实践时的包容性与实际效果,进而产生某些难题。主要表现在:

第一,《民法总则》的规定无法涵盖实践中所有的“商自然人”。最典型的是现实生活中大量存在的所谓“流动摊贩”,绝大多数都具有鲜明的商主体的营利性和营业性,各地方性规定一般也是将其作为一种商自然人对待,并要求进行登记或备案,但“流动摊贩”却难以被纳入《民法总则》所确定的商主体体系中。从条文表述上看,《民法总则》明确规定的商自然人的法定形态仅有“个体工商户”,而按照《个体工商户条例》第8条的规定,“个体工商户”需要具有“经营场所”,根据《个体工商户登记管理办法》第10条更为具体的规定,经营场所“是指个体工商户营业所在地的详细地址”并且“经登记机关登记的经营场所只能为一处”,因此,“流动摊贩”并不能被“个体工商户”所涵盖,从而也无法借助“个体工商户”而进入《民法总则》的商主体体系中。另外,对于实践中极为普遍的未进行营业登记而事实上从事经营活动的自然人,如借助互联网的社交平台等进行零星小额交易活动的“个体社交电商”等,按照《民法总则》关于自然人民商事主体界分所采用的登记标准,似乎就无法被归入商主体之中,由此导致法律判断与客观事实的背离。^①

第二,《民法总则》的规定未能有效助力商主体社会责任实现难题的破解。商主体的社会责任曾在美国引起长达数十年的伯利-米恩斯之争,即使是在社会责任被普遍认可的今天,其如何在立法中加以具体化也一直是一个未能得到有效解决的难题。纵观我国《民法总则》,仅有“营利法人”一节之下的第86条提到了营利法人从事经营活动应当“承担社会责任”,该条文的表述与《公司法》第5条如出一辙,凸显出社会责任制度化发展面临着严峻的挑战^[11]。最新通过的《电子商务法》被视为是一部积极回应互联网时代发展需求的、调整电子商务整个流程的综合性法律,对于“电子商务平台经营者”和“平台内经营者”两大类商主体的登记许可、经营活动、权利义务、法律责任等方面进行了较为详尽的规定,其总则部分的第5条所强调的“自愿、平等、公平、诚信”以及“遵守法律和商业道德”等要求体现了对《民法总则》基本原则与规定的贯彻,但与此同时,却没有出现“社会责任”一词,这也从一个侧面反映了社会责任制度化的困难。因此,社会责任并未能在实在法层面上升为可以与营利性相提并论的商主体经营目标的应有之义,《民法总则》关于商主体的制度设计对其营利性过分强调,在一定程度上表明了立法层面的价值失衡,这反过来或许又会进一步加剧社会责任制度化的既有难题。

第三,《民法总则》难以解决不断发展的新型“经营性构造”的归类问题。其中特别有代表性的就是社会企业,其在欧美等地区存在已久,在解决社会问题方面具有独到的制度优势。由上海财经大学

^①2018年8月31日通过的《电子商务法》在这方面似乎前进了一步。其第10条规定:“电子商务经营者应当依法办理市场主体登记。但是,个人销售自产农副产品、家庭手工业产品,个人利用自己的技能从事依法无须取得许可的便民劳务活动和零星小额交易活动,以及依照法律、行政法规不需要进行登记的除外。”

社会企业研究中心、北京大学公民社会研究中心、21世纪社会创新研究中心、美国宾夕法尼亚大学社会政策与实践学院共同撰写完成并于2013年发布的中国首份《中国社会企业与社会影响力投资发展报告》指出,近些年我国公民社会力量逐步增强,跨界合作更加深入,非营利组织、公司、合作社等各类社会组织纷纷进驻社会企业阵营,形成了多种形态的“类社会企业”组织。但由于缺乏相应的法律体系进行引导规范,因而不利于社会企业的发展。国内外学术界一般认为,社会企业是受混合动机驱动的,是商业企业和非营利组织的混合体^[12],是社会使命和商业活动的结合,具有经济性和公益性的双重特性^[13],可以回应当于纯商业企业承担社会责任的过多苛求,同时还让创业者多了一种可选择的途径^[14]。简言之,社会企业兼有营利性目的与社会性目的,营利性目的—般围绕着社会性目的的实现而展开。2018年8月8日,北京社会企业发展促进会发布的《北京市社会企业认证办法(试行)》第2条规定“本办法所称的社会企业是指以优先追求社会效益为根本目标,持续用商业手段提供产品或服务,解决社会问题、创新公共服务供给,并取得可测量的社会成果的企业或社会组织”,也充分体现了社会企业目的的二元性。但这种新型主体形态却难以被准确归入《民法总则》的主体类型体系之中。除此之外,依托于区块链技术而发展起来的“去中心化自治组织”(DAO)虽然不具有传统商主体所强调的实体性,但其也具有相应的组织特性,能够发挥与传统企业相似的治理功能^[15],现有的私法主体制度也未对这种组织虚拟化趋势加以回应。

第四,《民法总则》未能充分关注某些组织所存在的非营利目的与营利性事实之间的背离问题。营利性标准是从组织体设立人或投资人的角度来进行判断的,即“企业营利性的标志是投资者暨股东依法获取资本的收益”^[16];《民法总则》也明确将营利法人界定为“以取得利润并分配给股东等出资人为目的”。在实践中,有许多组织在设立时是作为非营利组织而登记的,但其在实际运作过程中所采取的具体方式可能与营利性组织并无区别。比如,2017年9月1日起施行的《中华人民共和国民办教育促进法》一方面在第3条强调了“民办教育事业属于公益性事业”,但又在第19条规定了“民办学校的举办者可以自主选择设立非营利性或者营利性民办学校。”而二者除了可能的政策待遇不一样之外,在具体运作,包括收费水平上可能并不会存在显著区别,监管部门也很难防范非营利性民办学校变相地将收益进行分配从而实现营利性目的。

四、其他法域民商主体界分的主要模式评析

综观世界范围内的民商事立法,关于民商主体的界分似乎是各个法域普遍面临的共性难题,各个国家或地区的具体制度模式不尽相同,也缺乏一种具有普适意义的做法。本部分将对主要的制度模式进行简单的分类和评价,以便为我国的制度变革与完善提供参考和借鉴。

(一) 民法典与商法典协同区分模式

对于传统的采取民商分立的国家和地区而言,其民事主体与商主体的区分是由民法典和商法典共同完成的。以德国为例,其民法典第一章“人”中分别对“自然人、消费者、经营者”和“法人”做了专节规定。该法典在法人的分类体系上首先将其分为“社团”与“财团”;关于“社团”的分类,德国民法典也采取了“营利社团”与“非营利社团”的分类模式,不过,该法典关于“营利社团”仅仅进行了概念界定,即“营利社团”是“以营利为目的的社团”“因国家的授予而取得权利能力”,除此之外都是适用于所有法人的共性规定,至于营利社团的进一步类型化和具体规则的供给则是交给商法典来完成的。韩国民法典的制度设计也与德国民法典大致相同,其第39条规定“以营利为目的的社团,符合商事公司设立条件的,可以成为法人”“对于前款社团法人,全部准用有关商事公司的规定”。韩国民法典的一个重要特色在于其间接地确定了自然人的营业权,如其第8条关于“营业的许可”规定“未成年人经法定

代理人的许可从事特定营业的,视为成年人”。在相当长的历史时期,这种协同区分模式较好地实现了对民事主体与商主体的立法界分。不过,随着商业活动广泛而深入的发展以及各种新型的“经营性构造”不断涌现,法典模式的僵化滞后弊端日益显现。为了应对现实需要,许多同时存在民法典和商法典的国家或地区,又对一些商主体进行了单独立法,如日本在其传统的商法典之外制定了内容更为详细、体量更为庞大的公司法典,由此也导致所谓商法典的空心化问题。

(二) 民法典中对商主体进行独立规定模式

在一些民商合一的国家或地区,为了实现对民商事主体的有效区分,采取了在民法典之下对商主体用单独的编或章加以规定的做法。典型的如意大利民法典在“法人”一章仅做了社团与财团的简单规定,随后在第五编“劳动”编中对各类商主体,如一般企业、农业企业、商业企业、自由职业者、合作社等进行了具体的制度设计。再比如,巴西民法典中单独设立了“企业法编”,具有相当的独立性,实质上类似于自成体系的商法典。俄罗斯联邦民法典中虽然未对商主体做单编或单章规定,但其在“法人”一章中,也对“商合伙与商业公司”“生产合作社”“国有和自治地方所有的单一制企业”分节进行单独规定。这种模式虽然有助于对民事主体与商主体进行直观地区分,但其也会导致民法典主体体系缺乏内在的逻辑性。另外,有的民法典中也未能体现出民商主体界分的内在标准,例如,意大利民法典关于法人的分类仅采取了公法人与私法人、社团法人与财团法人的分类,关于商主体,该法典仅规定了“公司与合伙受本法第五编的调整”,而没有体现诸如“营利性目的”之类的区分标准。

(三) 民法典中引入消费者-经营者主体分类模式

“消费者”与“经营者”传统上是消费者权益保护法与竞争法中使用的概念。不过,由欧盟成员国众多法学家通力合作而成的《欧洲示范民法典草案》第1-1-105条从主体的消费、生产等经济功能出发,把主体划分为“消费者”与“经营者”两大对应类别^[17]。德国民法典于2000年也将“消费者”与“经营者”概念引入到民法典中来,其第一章“人”部分首先将“人”区分为“自然人、消费者”和“经营者”。该法第14条进一步规定“经营者是指在缔结法律行为时,在从事其营利活动或独立的职业活动中实施行为的自然人或法人或有权利能力的合伙”。我国也有学者主张应当对商主体制度进行反思与重构,在总纲性商法规范中采用经营者概念,将其界定为经营行为的实施人^[18]。从形式上看,在民法典中采用“消费者”与“经营者”的主体分类模式有助于实现私法主体制度的统一,体现了与时俱进和创新性,但该种分类模式在很大程度上颠覆了传统民商法的主体概念体系,会在相当长的时期内引发认知上的混乱;同时,该种分类模式也无法展现民事主体与商主体的应然差异,无法适应商主体不断发展的现实需求。另外,如果处理得不好,也会导致法条安排在逻辑上出现混乱,例如,德国民法典中的第一章“人”的第一节“自然人、消费者和经营者”与第二节“法人”就无法实现逻辑上的和谐,因为其所规定的“经营者”也包括“法人”。

五、我国私法主体民商界分制度的完善思路

上述几种民商主体界分模式尽管都存在各自的局限性,但也都能从不同角度为我们寻求制度完善提供有启发意义的借鉴。其中特别值得强调的是,民商主体界分无法单独通过民法典抑或商法典来独自实现,而需要民事立法与商事立法的协同配合。因此,相应的完善思路应当置于更广泛的私法体系下加以考虑。本文在此仅对商自然人的主体建构、组织的共性规则提取、商组织的制度安排以及商主体的判定等提出一些初步的完善思路。

(一) 商自然人的主体制度建构宜由营业权统领单行法规则

“个体工商户”一直被视为中国特色的商自然人形态,《民法总则》沿用《民法通则》的规定,几乎

是将“个体工商户”列举为唯一的商自然人形态。^①实际上,学者们对于“个体工商户”制度的批评之声由来已久,如有学者认为,无论是实体法上还是程序法上,无论是理论研究还是司法实践,均对个体工商户制度的性质与法律地位问题存在争议^[19]。也有研究通过对“个体工商户”的由来与演变、境外考察、发展现状等分析,得出“个体工商户”制度已不符合历史发展需要,从趋势上来讲应当向微型企业等过渡并逐步走向消亡的结论^[20]。在民法典草案讨论过程中,也有学者指出,“民法典延续《民法通则》的立场而单独规定个体工商户的处理模式会导致立法与现实脱节,个体工商户内涵界定难题以及规范体系架构模式的选择困惑给立法技术带来难以有效解决的挑战。”^[21]

时至今日,自然人成为商主体的契机、方式与形态都在发生深刻的变化,互联网技术、金融创新、共享经济理念以及鼓励创业的政策变革都为自然人从传统民事领域进入商事领域提供了极大的便利,网店、微商、海淘、代购、优步、滴滴快车、校园销售、P2P等有利于自然人从事经营活动的新型商业模式层出不穷。在这种情况下,《民法总则》依然沿用“个体工商户”概念来指代商自然人,显然已经无法回应时代发展和满足实践需求。抛开“个体工商户”概念与制度的存废不谈,适宜的商自然人制度框架应当是不在《民法总则》中对自然人可以从事经营活动的主体形态进行具体列举,而是引入“营业”概念,确立营业自由原则^[22],同时在自然人的民事权利中明确其有从事经营活动的权利;至于商自然人的具体类型则留给未来民法典的商事编或者商事单行法或者商事基本法加以规定。

(二) 用“组织”涵盖“法人”和“非法人组织”

长期以来,针对原来《民法通则》采取的“自然人+法人”二元主体范式所存在的弊端,理论上一直存在通过扩展法人内涵完善二元主体范式以及引入“第三民事主体”构建三元模式两种思路。最终的《民法总则》实际上是采用了一种“自然人+组织”的主体分类体系^[23],但遗憾的是,《民法总则》并没有对“法人”与“非法人组织”同属于“组织”的那些共性规则进行抽象提取,这在很大程度上导致了“法人”与“非法人组织”的民商主体界分出现了混乱。客观上看,法人与非法人组织的主要差异仅仅是立法技术层面的,二者之间的共性远远多于个性。正如有学者指出的那样,从民法典编纂的视角看,我们无法构建一个有别于法人的“非法人团体”制度^[24]。从比较法角度看,世界上有许多法域并不是以成员有限责任作为法人的必要条件,由此可以将存在无限责任的合伙企业等都纳入法人范畴。

目前,《民法总则》没有对“法人”和“非法人组织”的共性规则进行统一提取,导致了两类组织的规则极不平衡。尽管《民法总则》第108条规定了“非法人组织”可以参照适用该法第三章第一节关于法人的“一般规定”,但此种立法技术处理显然会引发诸如何种情况下应当参照适用之类的实践难题。实际上,《民法总则》第三章第一节的绝大多数规定都应当属于作为民商事主体的“组织”的共通性规则,比如设立与成立制度、登记制度、代表制度、住所制度、组织体变更制度、解散与清算制度、破产制度、分支机构设立制度等。用“组织”统领“法人”与“非法人组织”,不仅可以实现主体分类逻辑的合理、规范的清晰与立法的简约,更能够在“组织”框架内适用统一的民商主体界分标准,从而使得组织体的民商判断更加清晰。

(三) 商组织的具体制度纳入专编或者商事基本法加以规定

《民法总则》关于组织体的制度规定,最大的着墨重点放在了“营利法人”部分,由此产生了“过度商化”之嫌。实际上,早在《民法总则》草案讨论之际,就有学者指出,将法人区分为营利与非营利法人并不妥当,因为这一分类体系具有“价值理念的失衡”“营利认定的困难”“管制分类的混淆”等缺点^[25]。另有学者认为,从比较法的角度来看,无论采民商分立还是民商合一的国家和地区,其民法典

^①尽管许多商法教材也将“农村承包经营户”列为商自然人,但其是否属于商主体一直存在争议。实际上,不论是从营利性目的标准来看,还是从概念的逻辑对等性来看,至少将“农村承包经营户”归为商自然人是不妥的。

总则中的法人制度,都是关于非营利法人的规定,并无专门规定营利法人的章节,充其量仅以诸如类似“公司、合作社等适用特别法规定”的词语概括地表达,因此,《民法总则》部分既不宜专门安排传统的营利法人,也不建议用营利或非营利词语^[26];应当将经济目的社团法人让诸特别私法^[27]。当然,也有肯定营利-非营利之分的观点认为,《民法总则》首次以基本法律的形式明确了“营利-非营利”的法人区分标准,确立了商事/商法的核心范畴,是对商法的最大贡献^[28]。

从现有的民商法理论积淀来看,营利性目的一直是得到普遍认可的商主体的本质特征,也是许多法域民法典法人分类的标准之一,尽管其存在价值理念失衡、难以客观判断等诸多缺陷,但有建设意义的思路应当是在营利性目的的基础上进一步挖掘、发现和完善商主体的内在特质。不过,就《民法总则》而言,似乎不应当过分凸显对营利性组织的规则供给偏好,而应当特别加强对组织的共同规则、组织的分类体系以及非营利组织的规定。至于营利性组织的相关规则,同样可以像针对商自然人的建议一样通过未来民法典的单编或者单行的商事基本法来规定。

(四) 在民商主体界分时应采取法律判定与事实判定相结合的模式

民商法理论将营利性目的作为民商主体界分的核心标准,同时,为了应对该标准的非客观性和难以识别性,我国的制度与实践又为商主体资格的取得施加了一个可识别的登记要件。但关于登记的法律性质一直争议不清,登记产生的法律效果也莫衷一是。更值得关注的是,实践中大量存在着未经登记而实际从事经营活动的情形,从传统的“流动摊贩”到如今的“微商”,都存在未经营业登记的情况。面对这种现状,需要特别思考的问题是,在进行民商主体区分判断时是固守法律本身的明文规定,将未经登记的一律不作为商主体,还是回应现实,采取有效方式补救法定判断规则之不足?退一步看,即使不将未登记者作商主体看待,也无法回避其可能的救济需求。有学者正是基于对这种客观需求的关注而建议“对于未登记或组织性未至法人程度的组织,在法人一章中设立特殊组织确定其诉讼资格与财产管理问题。”^[29]当然,更为理性的选择当然是弥补法定判断规则的不足。为此,应当构建以行为能力作为判定基础的商主体资格判定标准,将登记作为商主体的法定外观,将客观经营行为作为商主体的事实外观,在具体进行商主体判定时遵循“以法定外观为一般、以事实外观为特殊”的判定规则^[30],据此可以有效地将实践中的民商主体进行更为清晰和更加合理的界分。

六、结 语

探讨民商主体界分问题,似乎无法绕开民商法立法体系的设计问题,无法避免陷入民商合一与民商分立的两难选择。实际上,世界范围内的民商事立法趋势已经表明,合一或者分立本身只是各个法域基于历史传统或者现实需求而进行的技术性选择,商主体和商行为的特殊性以及由此引发的特殊制度需求的客观存在是一个不争的事实,由此导致了民法与商法在形式的合一或者分立之下始终存在着实质意义上的分立。对于我国现阶段而言,《民法总则》的制定实施并非是为民商事立法确定了一种所谓合一或者分立的固化模式,而是为民商事立法的进一步发展奠定了更为坚实的基础。至于未来的立法走向,更多的是取决于法律理论的进步与社会现实的需求。回到本文关注的民商主体界分问题,《民法总则》似乎无法实现对其制度设计的一蹴而就,商主体更为丰富的形态供给和制度安排,更有待于通过《商法通则》的制定和具体的商事单行法来实现。

参考文献:

- [1] 赵万一. 商事登记制度法律问题研究[M]. 北京:法律出版社,2011:100-101.
- [2] 赵旭东. 商法学[M]. 2版. 北京:高等教育出版社,2011:19.
- [3] 施天涛. 商法学[M]. 2版. 北京:法律出版社,2009:73-74.

- [4] 樊涛. 商事能力制度初探[J]. 法学杂志, 2010(4):55-59.
- [5] 邢会强. 有限合伙制私募基金上市的法律问题[J]. 中外法学, 2010(1):131-140.
- [6] 范健, 王建文. 商法学[M]. 3版. 北京: 法律出版社, 2012:39.
- [7] 鲁晓明. 从家户并立到家庭统摄——我国民事法上家户制度的问题与出路[J]. 法商研究, 2018(5):139-149.
- [8] 江平. 《民法总则》评议[J]. 浙江工商大学学报, 2017(3):5-9.
- [9] 赵旭东. 民法典的编纂与商事立法[J]. 中国法学, 2016(4):40-54.
- [10] 傅穹. 商法营利性思维与民事主体制度[J]. 南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学), 2017(3):46-51.
- [11] 杨力. 企业社会责任的制度化[J]. 法学研究, 2014(5):131-158.
- [12] 刘振, 崔连广, 杨俊, 等. 制度逻辑、合法性机制与社会企业成长[J]. 管理学报, 2015(4):565-575.
- [13] 樊云慧. 论我国社会企业法律形态的改革[J]. 法学评论, 2016(5):105-114.
- [14] 金锦萍. 社会企业的兴起及其法律规制[J]. 经济社会体制比较, 2009(4):128-134.
- [15] 汪青松. 区块链系统内部关系的性质界定与归责路径[J]. 法学, 2019(5):130-142.
- [16] 史际春. 论营利性[J]. 法学家, 2013(3):1-13.
- [17] 欧洲民法典研究组, 欧洲现行私法研究组. 欧洲示范民法典草案: 欧洲私法的原则、定义和示范规则[M]. 高圣平, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2012:149.
- [18] 王建文. 我国商法引入经营者概念的理论构造[J]. 法学家, 2014(3):43-49.
- [19] 李友根. 论个体工商户制度的存与废——兼及中国特色制度的理论解读[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2010(4):107-118.
- [20] 黄波, 魏伟. 个体工商户制度的存与废: 国际经验启示与政策选择[J]. 改革, 2014(4):100-111.
- [21] 曹兴权. 民法典如何对待个体工商户[J]. 环球法律评论, 2016(6):144-156.
- [22] 肖海军. 民法典编纂中商事主体立法定位的路径选择[J]. 中国法学, 2016(4):55-72.
- [23] 汪青松. 主体制度民商合一的中国路径[J]. 法学研究, 2016(2):62-78.
- [24] 柳经纬. 民法典编纂中的法人制度重构——以法人责任为核心[J]. 法学, 2015(5):12-20.
- [25] 王文宇. 揭开法人的神秘面纱——兼论民事主体的法典化[J]. 清华法学, 2016(5):100-116.
- [26] 徐强胜. 论我国民法总则中营利法人的制度安排[J]. 华东政法大学学报, 2016(5):42-50.
- [27] 张谷. 管制还是自治, 的确是个问题! ——对《民法总则(草案)》“法人”章的评论[J]. 交大法学, 2016(4):68-79.
- [28] 蒋大兴. 《民法总则》的商法意义——以法人类型区分及规范构造为中心[J]. 比较法研究, 2017(4):53-74.
- [29] 许中缘. 论法人的独立责任与二元民事主体制度[J]. 法学评论, 2017(1):97-108.
- [30] 汪青松. 商事主体制度建构的理性逻辑及其一般规则[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2015(2):97-107.



(责任编辑 陶舒亚 张伟)