

# 商法的祛魅

## 经由企业经营组织建构商事法律关系

施鸿鹏<sup>\*</sup>

**摘要** 形成商事法律关系的评价机制是建构商法体系的关键环节。传统商法学说对商事法律关系的界定存在不足：权利客体的特殊性对于商事法律关系的评价意义有限；传统的商主体学说是形式性的；以主体的交易经验等因素作为直接的评价连接点不仅存在巨大缺陷，而且缺乏实证法基础。《民法典》原则上将商事因素作为多项制度的考量因素之一，例外地规定了针对企业的特别制度。从商法典的普遍历史来看，企业经营组织是各国商法的共同基础。规范性平均类型意义上的企业经营组织是由最低限度的劳动力与复数财产要素所组成的独立、持续营业的组织化统一体，在市场上有偿地以供给方的容态出现。农村承包经营户、个体工商户可借助商事登记确定商主体身份；营利法人及经济性的非法人组织是法定的企业经营者；其他法人以其从事营业活动为限，构成企业经营者。在企业经营组织及企业经营者基础上将进一步形成三种维度的商法规范，前者的对外私法活动相应地构成商事法律关系。

**关键词** 商事法律关系 企业经营组织 企业经营者 商主体

### 引言

在法典化的商事特别法之外，商事法律关系的实证性问题至今仍是我国私法学说中最混

<sup>\*</sup> 复旦大学法学院讲师。本文系2020年度上海市哲学社会科学规划青年课题“《民法典》视野下商事审判的原理与技术研究”(项目编号:2020EFX002)的阶段性研究成果。

乱的章节之一。<sup>〔1〕</sup> 尽管民法与商法的二元体系得到了广泛承认,<sup>〔2〕</sup>但商事交易法(以下简称“商法”)的体系化仍面临巨大困难。一方面,商法以商事法律关系为规制对象,若后者未能得到澄清,则商法的法政策正当性和法体系的建构目的均会落空;但反过来,若无商法规范的系统揭示,商事法律关系作为一种社会关系就不可能巨细靡遗地得到识别。商法的体系与商事法律关系的认定彼此等待,迟迟无法形成完整的诠释学循环。这在很大程度上引发了商法体系建构的科学性危机与商法总论的学科危机。<sup>〔3〕</sup> 另一方面,若取法比较法作为纾困的突破口,在比较对象的选择上就会遭受质疑。特别私法背后通常潜藏着法律史、法技术与法政策考量,<sup>〔4〕</sup>浮于表象的法规范并不能当然地予以移植。<sup>〔5〕</sup>

不过,商事法律关系界定的复杂性并不改变其在商法体系建构与司法实践中的基础地位。若将商法体系中的规范大体上区分为裁判规范与行为规范,则有关商事法律关系界定的规范首先属于前者。其他行为规范的识别与评价作为一种目的论体系的建构活动,其具体内容的形塑均无法脱离相应法律关系的共同参与。没有对商事法律关系的精确把握,商法规范群的框架构成甚至都会产生问题。就司法实践而言,虽然人们一再提及“商事裁判理念”“商事思维”的重要性,<sup>〔6〕</sup>然而对于商事性的判断,则仍未形成共识。<sup>〔7〕</sup> 尤其是,在典型的商事有名合同与涉及商事属性的动产物权法规范之外,对于商事案件中裁判的法源的开放性,商事合同的解释,规范适用中的差异化,以及商事原则与规则的解释、续造及适用均以对商事法律关系的识别为前提。

〔1〕 本文所讨论的商事法律关系,以商主体通过对外交易所形成的一般外部私法关系为限,不包含组织法、公法及商事特别法领域所涉及的特殊商事法律关系。

〔2〕 参见张谷:“商法,这只寄居蟹——兼论商法的独立性及其特点”,《清华法论衡》2005年第6辑,第10—23页;施鸿鹏:“民法与商法二元格局的演变与形成”,《法学研究》2017年第2期,第93页;钱玉林:“商法漏洞的特别法属性及其填补规则”,《中国社会科学》2018年第12期,第95页;于莹:“民法基本原则与商法漏洞填补”,《中国法学》2019年第4期,第300页。

〔3〕 参见周林彬、官欣荣:《我国商法总则理论与实践的再思考:法律适用的视角》,法律出版社2015年版,第118—120、123页。

〔4〕 Vgl. Peter Kindler, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil und Handelsrecht: Plädoyer für einen kreditmarktorientierten Fälligkeitsszins, 1996, S. 15.

〔5〕 参见范健、王建文:《商法基础理论专题研究》,高等教育出版社2005年版,第3页。

〔6〕 参见江必新:“商事审判与非商事民事审判之比较研究”,《法律适用》2019年第15期,第7—9页;俞秋玮、贺兴:“商事裁判理念对审判实践影响之探析”,载最高人民法院民事审判第二庭主编:《商事审判指导》(总第35辑),人民法院出版社2014年版,第486—487页。

〔7〕 参见彭春、孙国荣:“大民事审判格局下商事审判理念的反思与实践——以基层法院为调查对象”,《法律适用》2012年第12期,第70页;李志刚、徐式媛:“民、商案件之区分:反思与重构”,载最高人民法院民事审判第二庭主编:《商事审判指导》(总第35辑),人民法院出版社2014年版,第133—147页;周林彬等,见前注〔3〕,第142页。

## 一、统一评价连接点在制定法中的缺失与现有学说的不足

目前,我国私法有关法律行为的交易规则均以民商合一的形态存在于《民法典》及特别法之中。若将法律关系的各组成部分予以分解,则主体、权利客体、法律行为的内容等范畴均有可能作为商事法律关系的判断基础。在传统的商法学说中,人们也常常通过商主体、商法上的交易对象(权利客体)及商行为等范畴来确认商事法律关系的存在。但是,这些既有的范畴及学说在《民法典》时代仍然存在着诸多不足。

### (一)权利客体在商事法律关系评价中的有限意义

#### 1.权利客体在商事性评价中的无价值性

权利客体包括第一顺位的权利客体与第二顺位的权利客体。<sup>〔8〕</sup>第一顺位的权利客体无法承载商事法律关系的评价功能:其一,它本身不包含价值判断;其二,在其之上所建立的权利属于一般私法的内容,一般私法通过权利能力制度将权利与民事主体联系起来,因而及于所有的民事主体。第二顺位的权利客体包括权利与法律关系,后者系本文的讨论对象,此处仅讨论权利作为商事法律关系评价因素的可能,即,某种法律关系是否因股权等具有商事属性的因素的直接或间接参与而构成商事法律关系?以股权为例,当它作为处分行为的客体而出现时,处分行为的构成要件与法律效果并不会因其具有商事属性而发生变化。例如股权转让与效果的发生仍以意思主义为原则;<sup>〔9〕</sup>股权出质而形成质权的,在要件与效果上也与知识产权、债权等权利的出质无异。由此可见,在权利的处分层面,除了公司法等特别法中存在特别规范之外,强调权利的商事属性在商法上并无意义。

不过,上述第二顺位的权利客体也会构成买卖合同或参照适用买卖合同的其他有偿合同(《民法典》第646条,以下均简称“买卖合同”)等债权合同的给付标的,由此就会产生负担行为是否因以具有商事属性的权利为给付标的物而构成商事行为,进而被评价为商事法律关系的问题。商事法律关系的论域固然不限于买卖合同,但是考虑到以买卖合同为典型的合同关系不仅在私法往来中占据了重要位置,同时还因为其内容关涉权利的整体移转,相比其他以担保、用益为目的的原因约定更集中地彰显了其商事可能性,对此加以讨论仍有实践与学理两方面的实益。

#### 2.给付标的在负担行为商事性评价中的有限意义

若从负担行为角度考察权利客体,则给付应被看成债之关系的内容,而非债权之客体。在民商事法律关系的界分问题上,债之关系的内容系被评价的对象,而非评价标准。因此,值得考察的就只剩下了作为给付标的的权利或权利集合,它们构成了买卖合同内容的组成部分。

诚然,当买卖合同的标的同时构成商事特别法的规制对象时,除了主给付义务之外,负担

〔8〕 参见(德)卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上),王晓晔等译,法律出版社2004年版,第377页。

〔9〕 参见张双根:“论股权转让的意思主义构成”,《中外法学》2019年第6期,第1568—1573页。

行为意义上的买卖合同的权利、义务构造相比其他权利的买卖的确有所不同。<sup>〔10〕</sup>但这种差异的首要原因在于该标的本身的法律属性及《公司法》等商事特别法规则对买卖合同项下当事人合同利益的扰动。<sup>〔11〕</sup>后者意味着,对买卖合同的内容形塑形成差异的真正原因并非源于给付标的,而是源于法秩序在解释上的体系性与一贯性。对此,我们可以从《民法典》第595条以下所规定的买卖法中的任意性规范适用与否的法理基础来考察,究竟是何种因素导致了适用上的差异化。

就风险负担规则(《民法典》第604条以下)在股权转让与营业转让中的(参照)适用而言,真正影响适用的因素是给付标的的有体性问题。在股权转让中,股权的无体性决定了股权之变动,除应具备《公司法》第72条关于股权出让的特别规则之外,原则上发生于让与合意完成时,这直接导致以解决标的物在途毁损、灭失风险为目的的风险负担规则失去了适用的空间。同样作为具有商事属性的给付标的,营业转让中,营业与一般的个别有体物存在较大差别,但是风险负担规则却仍然可以适用于组成营业的动产与不动产(而非营业本身)。就物之瑕疵担保责任规则(《民法典》第615条以下)的可适用性而言,真正起决定作用的仍是物之瑕疵担保责任的构成要件,特别法规则只是此种构成要件符合性判断的组成部分。例如,《公司法司法解释(三)》第16条对瑕疵的判断就具有构成意义。<sup>〔12〕</sup>与此不同的是,营业系各种财产要素的有机统一体,在双方当事人并未就各该要素的应有品质进行约定时,作为任意性规范的物之瑕疵担保责任制度未必适用。<sup>〔13〕</sup>因为营业涉及多种要素的组合,通常不存在客体惯常的典型特征,因此对于双方当事人的利益平衡而言,真正重要的是出卖人对其营业所作的陈述。<sup>〔14〕</sup>

由此可见,当我们观念上将股权转让合同看成商事合同时,这种商事性系源于《公司法》等商事特别法。这一意义上的商事性尽管对实体法适用有其意义,但是特别法规范与买卖法规范的结合是有限的,观念上的商事属性不仅无法解释其他买卖法规范适用的差异化缘由,而且在结合领域之外并不改变买卖法总体上参照适用的可能性。因此,虽然我们可以将商事特别

〔10〕 负担行为意义上的股权转让合同,通过《民法典》第616条的中介,原则上仍然属于一般合同制度的规制对象,与作为商事特别法的《公司法》无关。参见钱玉林:“分期付款股权转让合同的司法裁判——指导案例67号裁判规则质疑”,《环球法律评论》2017年第4期,第45页。依《民法典》第646条的规定,营业转让准用买卖合同的规定。

〔11〕 例如,在最高人民法院指导案例67号(“汤长龙诉周士海股权转让纠纷案”)中,就该案判决所主张的不能参照适用《买卖合同司法解释》第167条(分期付款买卖合同中的解除权)而言,学者认为真正值得赞同的法政策考量是公司法上的利益衡量,即防止因合同解除而对公司的经营管理的稳定产生不利的影响。同上注,第46页。

〔12〕 参见吴金水、刘金妨:“论股权受让人履行资本充实义务后的追偿规则”,《法学》2019年第5期,第146页。

〔13〕 参见王文胜:“论营业转让的界定与规制”,《清华法学》2012年第4期,第108页。

〔14〕 Vgl. Ulrich Huber, Die Praxis des Unternehmenskaufs im System des Kaufrechts, AcP 202 (2002), 179, 212 f.

法影响之下的买卖合同看成是商事法律关系,从而不断提示人们在民法规范的适用过程中时刻注意商事特别法的影响,但是,相应的商事法律关系评价活动的意义只能局限在买卖法领域,它无法发挥一般性的商事法律关系评价的标准功能——同样的意义限制的困境也将存在于营业转让合同的商事性质界定之中。因此,若要在整个私法范围内探求商事法律关系评价的连接点,仍然需要在权利客体之外加以考察。

## (二) 法律关系主体作为统一评价连接点的缺陷与非实证性

除了将权利客体视为构成商事法律关系的重要评价因素之外,传统商法学说通常将其看成是商主体之间基于商事行为而产生的权利义务关系。<sup>[15]</sup> 在这一界定下,最终承载民商事法律关系界分任务的是商主体与商行为这两个概念,因此界分的成败也将取决于这两个概念的建构。然而,在《民法典》体系下,大量有名合同与物权制度呈现出民商合一的现象,商行为本身是评价的对象,而非评价的出发点;<sup>[16]</sup> 同时,迄今为止的商主体学说尚未发展到能够承担界分任务的程度。

### 1. 现有商主体学说的缺陷

传统商法学说对商主体的界定存在两种进路。第一种,将商主体看成是“依商事法规定参加商事活动,享有权利并承担义务之人,简而言之,他是商事法上的权利义务的归属者”。<sup>[17]</sup> 类似界定尽管在细节上有所损益,但本质内容并无不同。该界定的稳定性源于其极强的形式性,它除了能够将商主体与非独立的商事辅助人区分开来之外,其余内涵都取决于商事法的内容。在商事法的大致内容未得到探明之前,它事实上将陷入一种循环论证。第二种,在形式性商主体概念的基础上增加若干评价因素,例如将其界定为“以自己的名义实施某种商行为并以此为习惯性职业的人”;<sup>[18]</sup> 或者通过罗列特征的方式增加其内涵,例如强调商主体须从事一定的经营行为,须是以实施商业交易为其职业,其活动总是以营业的方式进行,以及从事商行为必须具备相应的知识、信息、经验、技术和能力等。<sup>[19]</sup> 该进路的缺陷在于:其一,它仍然存在对商事法内容的依赖,而后者是需要商事法律关系的认定基础之上予以识别的;其二,具有实质意义取向的主体能力特征并不适于作为现代商法中商主体概念的组成部分,对此后文将予以阐述;其三,职业性、营业方式等特征本身就充满不确定性,借此无法对《民法典》中的主体的商事属性予以确定;其四,某种特征基于何种目的理性而得以进入商主体概念的判断从未

[15] 典型论述,可参见江平主编:《民商法学》,群众出版社2000年版,第265页(施天涛执笔)。

[16] 部分学者将商行为的界定直接嫁接于商事交易法之上,然而什么是商事交易法,则仍是待讨论的。参见王作全主编:《商法学》,北京大学出版社2017年版,第23页(王作全执笔)。部分学者强调商行为具有以营利为目的,并属于经营性活动等特征,事实上是将商主体的特征投射到了其行为之上,并不能克服传统商主体学说中所具有的不足。参见樊涛:《中国商法总论》,法律出版社2021年版,第172—173页。

[17] 参见王保树主编:《商法》,法律出版社2005年版,第36页(王保树执笔)。

[18] 张民安、龚赛红:《商法总则》,中山大学出版社2007年版,第58页。类似定义另参见樊涛,见前注[16],第29页。

[19] 参见顾功耘主编:《商法教程》,上海人民出版社、北京大学出版社2006年版,第35页(顾功耘执笔);柳经纬、刘永光:《商法总论》,厦门大学出版社2004年版,第43页。

被说明过,这导致对商主体的界定缺乏商谈基础。

除此之外,少数商法学者倡导通过(主体性的)“企业”或者“经营者”概念统合商法。<sup>[20]</sup> 这些学说继受了我国现行商事法及经济法中的术语系统,同时体现出极强的法律适用意义。相比于传统商法学说中的商主体理论,这无疑是一种进步。但是,主体性企业或经营者不能直接承载建构商法教义学基础的任务,相关论述也未就其限制于企业或经营者的正当性提供说明。

## 2.以主体的商业经验为内容的商主体概念的缺陷

私法学说上,《民法典》合同编中除了民商合一的有名合同外,有关融资租赁、保理、建设工程、运输、仓储和行纪等有名合同常常被认为是典型的商事合同。<sup>[21]</sup> 尽管诸如仓储、行纪等合同关系在目前的法典中均存在着与之对应的典型民事合同,同时在成立要件(如是否要求物性)与法律关系的内容上均形成差异,但是这种差异并不直接凸显民事或商事定性的评价基础。它们同样只是被评价的对象,而非评价的尺度。除此之外,它们的商事合同定性对于一般意义上民商事法律关系的界分并无直接价值,因为后者仍需要考虑其他民商合一的有名合同及无名合同在具体案情中的属性问题。因此,取向于所谓商事法律关系的内容作为商事法律关系的评价连接点是困难的。不过,在《民法典》中,保管与仓储是最典型的以类似给付为内容却分属民事与商事合同的一个对照组,因此从实证法规范的角度看,何种要素决定了两种合同的定性,就值得考察。

保管合同与仓储合同在合同成立要件、主给付义务与保管人的义务等方面均具有实质差异。尽管商事合同通常被认为具有有偿性特征,<sup>[22]</sup>同时,有偿性确实对合同义务的构造产生了影响,但是至少在保管与仓储的区分上,有偿与否并非本质标准,因为保管合同亦得为有偿。同为有偿合同,仓储合同中的保管人却有不同权利与义务内容,例如给付仓单的义务、接受及验收仓储物的义务、容忍义务、通知义务及紧急处置权。这些内容无法通过合同的可有偿性来加以建构,它们毋宁建立在仓储合同中保管人的特殊的主体能力之上,该类主体“必须是具有仓库营业资质的人,即具有仓储设施、仓储设备,专事仓储保管业务的人”。<sup>[23]</sup>

诚然,除了个别公法上的准入限制,《民法典》中有名的商事合同的适用原则上并不以特定主体的参与为前提。不过,这类通常情况下被看成商主体的群体的实践活动是仓储合同及其他商事合同内容的渊源,实践中,此类合同也以前述群体的参与为常见,这是我们将仓储合同等合同看成商事合同的原因。考虑到保理合同、行纪合同等商事合同也存在类似的、对主体的特别要求,该主体上的特殊性可抽象为两个方面:第一,主体应具有对特定领域的知识、技能、

[20] 参见叶林:“企业的商法意义及‘企业进入商法’的新趋势”,《中国法学》2012年第4期,第96—97页;王建文:《商法总论研究》,中国人民大学出版社2021年版,269—274页。反对见解参见蒋大兴:“商人,抑或企业?——制定《商法通则》的前提性疑问”,《清华法学》2008年第4期,第65—66页。

[21] 参见施天涛:《商法学》,法律出版社2020年版,第72页。

[22] 参见夏小雄:“私法商法化:体系重构及制度调整”,《法商研究》2019年第4期,第132页。

[23] 黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编释义》,法律出版社2020年版,第845页。

经验；第二，主体应是专门从事该业务之人。前者在比较法上有其成例，例如《美国统一商法典》第2-104条将商人界定为“从事某类交易的人，或因其职业而显示对交易所涉及的做法或货物具有专门知识或技能的人，或因雇佣前述人作为代理人、经纪人或其他中间人，而可被视为具有前述专门知识或技能的人”。诚然，从一般意义上看，将拥有交易中的知识与技能的主体作为特别法的适用对象有其内在正当性，但缺陷也十分明显，以至于美国学者认为“商人章节并非法典中最良善的部分”，〔24〕因为：第一，主体长于某一种商业实践，不代表其亦长于其他商业实践，于此又有将其排除于商人概念之外的必要，〔25〕即便某一主体构成商人，是否能适用与此相关的行为规范，仍需进一步结合特定规范的法理基础重作判断，〔26〕由此又将导致设置统一连接点的正当性被削弱；第二，在将特定主体界定为商人的基础上，当他面对相比而言具有更为健全的知识与技能的其他商人时，制定法也不能当然地使之承受全面的商人义务。〔27〕因此，尽管商人概念的核心仍然与商法规范相匹配，但是在身份法属性被消解之后，在私法中强调法律的适用取决于具有特定知识与技能的主体形象仍失妥当。

### 3. 统一化的特殊主体概念在我国私法中的非实证性

当然，前述所谓法律适用中的不确定性并非无法消弭，例如，我们可以将商人具有特定的交易知识或技能看成是一种不可推翻的假定。但由此仍将产生进一步的法律适用问题：在《民法典》未确立所谓商法适用连接点的背景下，谁是我国私法中的商人？对此，《民法典》及相应的司法解释提供了两种类型的提示：其一，将商事因素视为形成特定法律效果的其中一种考量因素；其二，以“企业”概念为连接点，设置商事规范。

前者在法律行为的解释、违约金酌减、动产善意取得的构成及合伙制度的设计中均有体现。〔28〕这意味着，在我国没有商人法历史的民商合一的立法传统下，不仅商人概念在规范上缺乏实证法基础，有关商人法律形象的统一想象也是欠缺的。由此观之，尽管商人概念在比较商法中具有极强的体系建构意义，但在我国私法中以商人核心的商法体系描述却存在着巨大困难。〔29〕

〔24〕 Douglas K. Newell, “The Merchant of Article 2”, *Valparaiso University Law Review*, Vol. 7, No. 3, 1973, p. 343.

〔25〕 See John F. Dolan, “The Merchant Class of Article 2: Farmers, Doctors, and Others”, *Washington University Law Quarterly*, Vol. 1977, No. 1, 1977, p. 26.

〔26〕 See U.C.C. § 1-102, Comment 1; John F. Dolan, *supra* note 25, p. 7; R. B. Herrington and H. M. Durham, “Merchant Provisions in the Unification Commercial Code—Sales”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 39, No. 1, 1950, p. 133.

〔27〕 See Dolan, *supra* note 25, p. 7.

〔28〕 参见《民法典》第142条；《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第7条；《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉物权编的解释（一）》第16条；朱虎：“《民法典》合伙合同规范的体系基点”，《法学》2020年第8期，第19—36页。

〔29〕 反对见解参见蒋大兴，见前注〔20〕，第63—65页。

后者主要涉及《民法典》第448条但书关于商事留置权在构成要件上的特别规定。<sup>[30]</sup>对此,批评意见认为,它在主体范围上仅以企业为限,却未将可能的农村承包经营户、个体工商户等营业主体囊括在内。<sup>[31]</sup>这说明,商事留置权的适用对象类推适用的法理基础仍待厘清。以企业为契机,若对适用对象加以扩展,则《民法典》第448条但书在牵连性要求上就应作目的性限缩:既然商事留置权的功能在于强化企业间商业往来中的债权担保,那么相关债权与留置标的物即便不要求同一法律关系,也应当限制于营业活动的范畴之中。

商事留置权在解释学上所遭受的批判仍然说明了作为商法适用对象的特殊主体与营业活动之间的不可分割性。这一结论补足了我们前述关于我国私法语境下权利客体或者与技术、知识相关的特殊主体在商事法律关系评价中的不恰当性,但是仍然带来了新的困扰:第一,如何在我国私法中界定主观意义上的营业?第二,商事法律关系的评价基础是待建构的,《民法典》第448条但书却明确反映了法秩序的价值判断,因此,我们如何实现或协调《民法典》第448条但书将主体限制于“企业”的法律评价意义?第三,主体与营业活动相关联仅是商事留置权制度的经验,凭什么这种经验可以被一般化到商事法律关系的评价基础建构之中?

## 二、客体意义上的企业经营组织作为商主体的评价基础

### (一)营业(活动)概念的不确定性

在主观体系及部分客观体系的商事立法中,营业首先指的是营业活动(Tätigkeit),这一意义上的营业是界定实质意义上商人的核心概念。<sup>[32]</sup>例如,《德国商法典》第1条第1款就明确规定商人是经营商事营业(Handelsgewerbe)之人;但是,商事营业又被界定为所有要求以商人方式设立事业的营业之经营(Gewerbebetrieb)。尽管商法典评注书列举了营业的各种特征,如独立性、持续性、面向市场、营利目的、合法与可诉性等,<sup>[33]</sup>但这种界定仍然被批评为充满不确定性。<sup>[34]</sup>在我国的商事立法术语中,“营业”概念除了例外地用以指称作为客体的有机财产,如《企业破产法》第69条第5项,原则上指的都是营业活动意义上的营业:一方面,它属于“营业执照”“营业期限”“营业时间”“营业场所”等概念的组成部分,其内涵由相应法律部

[30] 通说承认该条但书属于对商事留置权的规定。参见崔建远:《物权法》,中国人民大学出版社2017年版,第578页;尹田:《物权法》,北京大学出版社2017年版,第614页;王利明主编:《民法学》,复旦大学出版社2015年版,第388页;马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社2010年版,第462页。关于本条的适用范围问题,另可参见王建文:《中国商法的理论重构与立法构想》,中国人民大学出版社2018年版,第25页。

[31] 参见曾大鹏:“商事留置权的法律构造”,《法学》2010年第2期,第138页;熊丙万:“论商事留置权”,《法学家》2011年第4期,第89页。

[32] 参见丁凤玲、范健:“中国商法语境下的‘营业’概念考”,《国家检察官学院学报》2018年第5期,第139页。

[33] Vgl. Heymann/Förster, 3. Aufl., 2019, HGB § 1, Rn. 6 ff.

[34] 德国学者甚至认为,“营业”(Gewerbe)是德国商法典中“晦暗的核心概念”。Vgl. Martin Henssler, Gewerbe, Kaufmann und Unternehmen, ZHR 161 (1997), 13, 20.

门所决定；另一方面，单独的“营业”所指称的都是具体主体的特定活动，<sup>〔35〕</sup>内涵与外延均不同于商法意义上的营业。<sup>〔36〕</sup>

在此，即便我们将思维的重点置于“营业”概念之上，《民法典》第448条但书所涉及商事留置权制度将适用对象限定于“企业”的制定法评价仍不可忽视。从法秩序一贯性的推断出发，这意味着我国私法并未试图将所有的营业活动都纳入商法的轨道加以规制，它首先提出了对主体的组织化要求；进而，若将商事留置权等交易法的作用对象精确到营业，则我国私法中的商事交易规则所欲规制的是企业性的营业活动，从而将那些不具有企业规模的所谓营业活动（小营业）从规范意义上排除，<sup>〔37〕</sup>且后续的类推适用均应将企业性的营业作为论证的起点。

但是，所谓商事规范真正的作用对象（营业）与限定于企业的结论迄今来看只是以《民法典》第448条但书为基础的观察，这种结论能一般化到商事法律关系的层面吗？我们向何处探求这种一般化诫命的可靠性？毋庸置疑的是，商法及其体系描述应建立在一国的私法实证法基础之上，尤其是，商事法律关系这一范畴的评价基础攸关商法之整体，因此任何单一法域的比较继受都将面临内在合理性与正当性上的质疑。不过，如果各国商法典具有相同的历史与教义学基础，则这种作为“共同核心”的内容对我国商法体系就具有借鉴意义。

## （二）企业经营组织作为商法典的普遍历史基础与方法论正当性

### 1. 客体意义上的企业经营组织是商法典的普遍历史基础

自17、18世纪的农业革命以迄19世纪的工业革命，欧洲各主要国家所面临的商事法律领域的法政策上的挑战层出不穷。例如，资本密集的企业不断产生，原本的人合性组织不再能够满足经济生活的需要；在运输法等领域，新的合同形态的需求不断凸显。<sup>〔38〕</sup>19世纪的国别化商法典虽然缺乏统一的政治、宗教权威或学术权威，但是在法律比较的基础上，各国对于现代商事制度的观念事实上仍形成了广泛共识，以至于商法“尽管是在各国范围内制定的，但是各国所给出的答案却是处于相互影响之下，并具有相似性”。<sup>〔39〕</sup>

这种相似性源于对商法典编纂过程中的法律比较，其背后的原因则在于欧陆国家在17、18世纪以来所形成的经济秩序的同质性。这一时期，源于英国独特的产权关系制度催生了最

〔35〕 如《证券法》第217条、《个人独资企业法》第11条及《企业破产法》第61条所涉及的“营业”概念的使用。

〔36〕 对我国立法中营业概念的使用统计，可参见徐喜荣：“营业：商法建构之脊梁——域外立法及学说对中国的启示”，《政治与法律》2012年第11期，第114页。

〔37〕 正因如此，对立于“消费者”概念而存在的“经营者”概念也不宜等同于商事法律关系语境中的企业性的营业范畴。“经营者”不仅囊括了小营业，而且本身并未从正面构成要件角度得到阐释。

〔38〕 Vgl. Helmut Coing (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der Neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte (III/3), S. 2849 f.

〔39〕 Helmut Coing, a. a. O., S. 2851 f. 这些相似性尤其体现在法典的适用对象、基本原则与规范体系等方面。Vgl. Peter Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, 1965, S. 3 f.

早的资本主义生产模式,随着工业资本主义的出现,迫切追求劳动生产率的竞争系统与私人往来的市场依赖性最终渗透到了欧洲社会秩序的最深处,并形成了一个通过货币媒介导控的经济系统。<sup>[40]</sup>在这一系统中,规制市民生活的法律规范进一步分化为两个部分:一方面是承担社会性整合功能的一般私法,所针对的是城市兴起以来的以满足个体需求为目的的经济活动;<sup>[41]</sup>另一方面是商人的特别私法,规制以不断循环的再生产活动为目的的经济部门。

各国商法典在这样的时代背景下产生了。作为一种区别于民法的法律部门,它的内容就只能建立在那种远离民事生活的职业性的经济行为之上。伴随着大量的劳动活动,这种职业性的经济行为的出发点与归宿都是特定的由劳动力及土地、资本、商誉等有形财产、无形财产所构成的财产有机统一体。这一包含了劳动力要素的财产有机统一体在比较法上通常被称为(客体意义上的)企业经营组织(Unternehmen)。抛开主体才是权利与义务的归属对象的法律观念,我们会发现,从商业现实的角度看,营业活动所产生的权利、义务首先体现于该财产有机统一体的动态变化之中。

类似的想法也可以从比较法的商法发展中得到印证,并在一定程度上影响了商法的法律改革。以德国商法学说的发展为例,自1960年代赖施(Peter Raisch)从商法史角度系统地论证了企业经营组织作为商法教义学基础的正当性之后,<sup>[42]</sup>以施密特(Karsten Schmidt)为首的学者完整地阐述了“从商人的特别私法到企业经营组织的外部私法”的理念。其问题意识在于德国商法典中商人概念的落后与狭隘:前者针对以小商人为主体的类型而设置规范的不合理性,后者针对商法规范类推适用于其他商法典之外的非商人的必要性。<sup>[43]</sup>1998年德国商法典的改革部分解决了上述问题,但是在施密特等学者看来仍有不足,例如未经登记的农林业经营者和从事营业活动的自由职业者仍被排除于商法的适用之外,为此就仍然需要对商人概念加以修正,并对具有一般化可能性的规范加以探寻,这些工作最终又汇聚于将商法转变为企业经营组织的外部私法的理念之上。<sup>[44]</sup>对我国的私法体系建构而言,商事制度的不完备性和商主体判断规则的缺失使得我们无需从商法改革的角度去思考企业经营组织的商法意义,我们的工作毋宁在于,面对商法典共同历史基础的经验,直面企业经营组织的事实,并将其转换为妥善的法律表达,并阐释其可能的法律意义。

## 2. 企业经营组织从事实向制度转变的可能性

前述社会经济意义上的企业经营组织如何“翻译”成商法意义上的企业经营组织呢?到底哪些经济事实可以被提取为制度中的评价要素呢?对此,我们可以做如下思考:商法规范应当

[40] 参见(加)埃伦·米克辛斯·伍德:《资本主义的起源:学术史视域下的长篇综述》,夏璐译,中国人民大学出版社2016年版,第103页。

[41] 参见(德)马克斯·韦伯:《经济与社会》(第一卷),阎克文译,上海人民出版社2009年版,第157页。

[42] Raisch(Fn. 39), S. 105 ff.

[43] Vgl. Karsten Schmidt, Handelsrecht: Unternehmensrecht I, 6. Aufl., 2014, S. 55 ff.

[44] Vgl. dagegen Claus-Wilhelm Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl., 2006, S. 8 ff.

适配于大部分企业经营组织,作为基础范畴的企业经营组织应当反映商法规范的合理性基础。因此,我们需要建构的就是经验意义上的关于企业经营组织的平均类型。<sup>[45]</sup>例如,企业经营组织应当包含丰富的交易技能、经验等特征,只有这样,关于沉默的特殊意义、违约金的刚性约束、流质的管制放松等制度才会有正当性。<sup>[46]</sup>企业经营组织的平均类型对于商法内容的建构固然具有重要意义,但是,若以其为商法适用的连接点基础,大量事实上已经具备该类型的核心要素的主体就会被不当地排除于商法适用范围之外。例如,主体仅因欠缺一般商人的交易能力就不适用商法这样的结论就无法让人接受。由此可见,对于商事法律关系的评价而言,从法律适用的安定性与妥当性角度看,制度意义上的企业经营组织应提取平均类型中的要素,而非常素(如交易能力)——要素首先决定法律适用,进而与常素一起决定商号、商事代理及商事合同等商事制度。

### (三)规范性平均类型意义上的企业经营组织的要素

尽管在比较的商法学说中已有关于企业经营组织的界定,但是其要素并未得到精确阐述。<sup>[47]</sup>在我国商法语境下,虽然存在对客体意义上的营业的讨论,但仍缺乏对客体意义上的企业经营组织的讨论。营业囊括了所有旨在实现企业目的的组织化统一体之内的最宽泛意义上的财产要素:不仅有不动产、动产、债权及其他权利,还包括具有经济价值的关系(如客户、供应商)以及商誉、商业秘密。<sup>[48]</sup>但是,这是从资产角度对营业这一特殊交易客体的阐述,它与企业经营组织这一兼及财产与营业活动的面向的概念并不相同。企业经营组织首先应当是市场中以组织化统一体的形态出现的供给方,具体而言:

#### 1. 由最低限度的劳动力与复数财产要素组成

任何经营活动都依赖于一定的物质基础而展开,就此而言,企业经营组织应当具有财产。不过,财产的组织化意味着财产中至少应当具备两种以上不同经济功能的财产要素。例如,单纯的多种同种类或非同种类动产属于集合物(如库存货物)的范畴——就此而言,走街串巷的商人、不具有营业场所的摊贩等主体就与企业经营组织无关;此外,单纯的多宗不动产或商号、商业秘密等也应分别属于彼此独立的客体。就劳动力要素而言,从企业经营组织作为营业活动的载体的角度看,即便现代工业形态中,劳动力参与的程度会因行业而异,但是若无劳动力的参与,对外的营业活动便无从展开,因此劳动力这

[45] 亦称“经常性类型”,略指因长期一再重复出现而依其频率或不断出现之平均特征而构成之类型。参见(德)卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第339页;黄茂荣:《法学方法与现代税法》,北京大学出版社2011年版,第90页。

[46] 关于民商事规范的差异可参见刘凯湘:“商事行为理论在商法中的意义与规则建构”,《法治研究》2020年第3期,第91—96页;施天涛:“商事法律行为初论”,《法律科学》2021年第1期,第102—111页。

[47] Schmidt(Fn. 43), S. 77 ff.

[48] Vgl. Stresemann, in: MüKoBGB, 8. Aufl., 2018, BGB § 90, Rn. 45.

一生产要素也不可或缺。<sup>[49]</sup>

## 2. 独立的、持续营业的组织化统一体

作为商法的规制对象,企业经营组织是完整的营业活动得以开展的载体,这已决定了应当将企业经营组织和那些不具有独立性的部门或者职员相区分,后者毋宁是前者的组成部分。

不过,即便如前文那样强调财产与劳动力作为企业经营组织不可或缺的要素,两者的组合也未必都能够形成以营业活动为目的的组织化统一体。无可否认的是,对于某一财产与劳动力的组合而言,其组织化程度及表现形式取决于该组合的目的。因此,对于(作为主体的)企业而言,各类财产要素形成组合的唯一的目的在于展开特定的营业活动,它的财产就应当被视为具有组织化统一体的内在属性。与此不同的是,自然人的总体财产以人格的全面展开为目的,该财产本身就不具有组织化的属性。若对该财产之一部予以特别管理,使之形成服从于营业目的的复合财产,该特别财产才具备了组织化统一体的属性。持续性与组织化通常互为表里,营业活动本身若缺乏持续性,仍可以通过组织化统一体的方式而得到强化。就此而言,农业活动固然可以被视为是经营活动,但若无组织化特征的出现,则其持续性也将趋于弱化。农业活动的弱持续性与非组织性在农村承包经营户所从事的农业活动中得到了最大体现:一方面,农村土地承包合同更是对农户的赋权,而非要求其维持事实上的持续经营(《农村土地承包法》第18条);另一方面,采取家庭承包方式的农村承包经营活动本身也不依托于组织化,持续展开农业活动通常也是基于生活保障的需要——从家庭联产承包责任制改革的历史可知,承包地通常而言承载着丰富的社会经济功能,而不以生产经营为限。由此观之,采取家庭承包方式的农村承包经营户从事农业活动的载体就不宜被当然地评价为企业经营组织。<sup>[50]</sup>相应地,与此类似,对自身财产的管理行为中即便间或涉及投资活动,其财产也并未实现组织化。<sup>[51]</sup>

在财产具备组织化特征的基础上,劳动力对财产的介入形态也不能忽略。尽管在现代社会中,行业差异决定了劳动力因素在营业活动中具有不同意义,因此即便部分企业经营组织中人员必须完成高度人身性的给付才能实现营业内容,这一事实也不能当然地构成企业经营组织的消极要件。<sup>[52]</sup>但是,如果某一待证成的企业经营组织中仅仅存在单一的劳动力,且该劳动力的人身性给付在这一所谓的营业中具有支配地位,此时,一方面,从类型角度看,该主体的

[49] Schmidt (Fn. 43), S. 77. 这也构成了企业经营组织区别于作为交易客体的营业的重要差别,后者未必包括劳动力因素。也正因此,营业转让中的劳动者保护才会作为特别问题加以考虑。参见刘文科:“营业:商法上的特殊客体”,《政法论坛》2010年第5期,第149页;蒋大兴:“营业转让的规制模型:直接规制与功能等值”,《清华法学》2015年第5期,第59页。

[50] 评价为商个人的见解参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第467页。当然,随着农村土地承包经营权流转及集约化经营的不断发展,仍可形成产业化或构成企业经营组织的农业生产活动。参见王建文,见前注[30],第102页。因此,将农业活动完全排除于商法规制之外的观点,并不值得赞同。

[51] Vgl. Anne Springob, Der verbraucherrechtliche Unternehmensbegriff: Seine Übertragung auf das deutsche HGB nach Vorbild der UGB-Reform in Österreich, 2015, S. 146.

[52] Dagegen, Canaris (Fn. 44), S. 21.

活动以其自身与劳动对象的互动为主,而非对外交换;另一方面,以劳动给付为活动中心的单一主体也无法实现组织性。

### 3. 在市场上有偿地以供给方的容态加以出现

从商法的历史与规制对象来看,企业经营组织必须具备向社会提供商品或服务等给付的容态,以将单纯的消费者排除在外。<sup>[53]</sup> 企业经营组织即便发生消费品或服务的购入行为,它也不能因此而等同于消费者,因为这些行为属于营业活动的组成部分。此外,从比较法的商法学说来看,“营业”应以有偿性为要件,<sup>[54]</sup> 这种“有偿性”甚至被视为商法的原则之一。<sup>[55]</sup> 就经验意义上的平均类型而言,企业经营组织向市场提供给付通常是以获得报酬或价款为目的的,但是有偿性是否应当视为是规范意义上的企业经营组织的要件,则仍需进一步讨论。

可以肯定的是,并非所有的商法在外部体系上都充分体现了上述有偿性的属性。例如,《德国商法典》第 353 条及第 354 条针对利息与一般的商行为分别确立了商事活动中到期利息与商行为的有偿性推定规则,这被视为是有偿性的规范基础;<sup>[56]</sup> 而我国以《民法典》为核心的私法体系中,利息规制与价款、报酬的确定规则并未区分民商。<sup>[57]</sup> 对商事往来中的利息予以特别规制固然强化了有偿性的特征,但是民商趋同的利息规制仍然反映了货币的时间价值,并不否定企业经营组织对外活动所具有的可有偿性特征。尤其是,这种有偿性不能被理解为直接引发特定法律效果的规则,而毋宁属于企业经营组织对外活动的解释规则,因为至少从现实的角度看,企业经营组织的对外活动也可能例外地体现为无偿行为。正因如此,通说认为,《德国商法典》第 354 条所涉及的两款均非独立的请求权基础,它仅是对明示或默示约定内容的解释规则,<sup>[58]</sup> 权利人仍需通过《德国民法典》第 157 条(意思表示解释)及《德国商法典》第 346 条的具体化而形成合同上的履行请求权。<sup>[59]</sup> 换言之,给付主体的商主体属性所带来的有偿性仅仅是诸多意思表示解释因素中的一种,这与我国现行法中的意思表示解释规则并不矛盾——《民法典》第 142 条第 1 款就提示了行为的性质和目的、习惯以及诚信原则等多项考虑因素,解释上就应当包含对商事行为属性这一事实的考量。

事实上,特定组织体的存续固然无需以在市场上获得报酬或价款为前提,但是企业经营组织作为独立的实体,只有当它提供有偿的对外给付,从而产生交易上的特别需求时,商法才有系统地予以规制的必要。就此而言,对外给付的可有偿性是基于规范目的而产生的要件特征。

[53] Schmidt (Fn. 43), S. 77.

[54] Canaris (Fn. 44), S. 20; Karsten Schmidt, in: MüKoHGB, 4. Aufl., 2018, § 354, Rn. 1.

[55] Vgl. Franz Bydlinki, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, S. 445 f.

[56] Vgl. Karsten Schmidt, in: MüKoHGB, 4. Aufl., 2018, § 353, Rn. 1.

[57] 类似立场参见《意大利民法典》第 1282 条,其关键理由即在于“金钱的自然孳息性”(natürliche Fruchtbarkeit des Geldes)以及“为了满足促进信贷的需求”。Kindler (Fn. 4), S. 76.

[58] 司法实践中,《德国商法典》第 354 条被看成是主张合同请求权的证明减轻规则,从而使在该条所涉情形中主张合同具有无偿性的一方承担相应的举证责任。Vgl. Maultzsch, in: MüKoHGB, 5. Aufl., 2021, § 354, Rn. 27.

[59] Schmidt (Fn. 56), § 354, Rn. 1.

该要素的实践意义在于,不提供有偿给付的组织体,例如《民法典》中的捐助法人、特别法人,即便具有专业的适应工商业社会的能力,它们的客体(财产与劳动力的组合)原则上也无法被看成是商法意义上的企业经营组织。不过,这些非经济性社团或团体仍有可能建立以提供有偿给付为特征的附属营业,例如宗教活动场所中法物流通处或素餐馆的有偿活动等。这些事业与通常企业经营组织的有偿活动的差别在于,附属营业所取得的利益,最终通常服务于该非经济性社团或团体的自养或者目的事业,<sup>[60]</sup>其取得盈利也不以扩大再生产为目的。在附属营业范围内所展开的经济活动当然无改整个团体的非经济性,<sup>[61]</sup>但这仅是社团法上的判断;就商法而言,若就此将此种符合上述企业经营组织一般要件的附属营业排除于外,就无异于将有关利润设定及使用的商业计划这一内部主观因素置于该团体的外部法律关系的形塑与评价之中,使得属于法律行为动机的内容进入到法律行为内容的评价之中,徒增法律适用的不确定性。

#### (四)从客体意义上的企业经营组织再出发

现在,我们从商法的共同历史中萃取出了企业经营组织的平均类型要素,构建了作为商法法律适用基础的客体意义上的企业经营组织范畴。不过,从法律适用本身而言,企业经营组织作为客体,本身无法同时作为有权利能力的主体而出现,企业经营组织的经营者(简称“企业经营者”)才是直接、全面取得权利并承担责任的主体。此时,我们固然可以说企业经营者所建立的私法关系可以被评价为商事法律关系。但是,不仅法律适用的安定性、明确性要求我们进一步说明谁是我国私法中企业经营组织的经营者;民法与团体法也会对一些企业经营组织的要素形成确认,从而形成一些法定的企业经营组织及其经营者的形态。

### 三、私法体系中的商主体:企业经营组织的经营者

企业经营组织的要素与常素对于实质意义上商行为法的建构提供了规范解释与续造的正当性基础,而其要素基础上的经营者的识别为前述商行为法的适用提供了连接点,我国私法中的商主体原则上只能是那些事实上经营了企业经营组织的主体。就后者而言,鉴于所有的商主体首先都是民事主体,<sup>[62]</sup>对“谁是商主体”的回答必须建立在《民法典》的主体形态基础之上。

#### (一)从事营业活动的自然人作为企业经营者的可能性

农村承包经营户、个体工商户及自由职业者的共同点在于,他们均可能从事营业活动,但

[60] 例如《国家宗教局、中央宣传部、中央统战部等关于进一步治理佛教道教商业化问题的若干意见(国宗发〔2017〕88号)》第6条。

[61] Vgl. Volker Beuthien, Was dem einen sein Ideal, ist dem anderen sein Geschäft: Zur Grundordnung des Vereinsrechts, ZGR 47 (2018), 1, 8.

[62] 参见肖海军:“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57页。

是其营业活动的载体因存在组织化程度的差异而未必构成平均类型意义上的企业经营组织，这决定了他们并不是当然的商主体，但商行为法的适用仍可能对其有利。组织化程度具有光谱渐变的属性，如果精准识别其满足类型要求的程度，并进而决定适用与否，则必将产生不确定性。不过，这种主体性质上的不确定性是可以被消除的：前述主体的商法适用可以借助商主体登记制度来加以完成，即赋予前述主体以商主体登记能力，但不同时使之负有相应的登记义务——只有当然构成企业经营组织的主体才应被课以该种义务——登记此时对于商法的适用而言具有创设意义。<sup>〔63〕</sup>

此外，在诸多情形中，自然人（如执行合伙事务的合伙人、企业的高级管理人员）在内外关系上全面支配着企业经营组织的运营，并据此拥有与企业经营者相似的参与商事往来的能力；尤其是，当企业经营组织不存在独立的对外活动的名义时，企业经营者与合伙人之间甚至具有人格上的同一性，从而仍适用商法规范。<sup>〔64〕</sup>那么这些主体在从事无关企业经营组织的民事活动时，是否应将其行为评价为商事法律关系？诚然，私法规范的形塑在很大程度上建立在主体形象想象的基础上，将前述主体的法律关系归属于商事法律关系并进而适用商法，似无不妥。但是这一立场不应予赞同：其一，现代商法作为企业经营组织的外部私法，在适用对象上若以具有特别的交易能力的主体为直接对象，毫无法秩序目的上的实益，它毋宁应当以建构与企业经营组织相匹配的规范体系为目标，并进而结合企业经营组织的通常市场交易能力等常素，与其他法政策判断一道，建构具体的规范。第二，在一般私法的基础上通过特别法规制特殊主体常常以该主体类型（如消费者）与其他对应的主体类型（如经营者）存在结构性差异为前提，并形成全面适用于该主体类型的规范群，商业能力尚不足以使自然人构成现代私法中的独立类型。显然，在事务执行人或公司股东的身份与特别的交易能力之间建立规范上的联系性并不正当，尤其是股东单纯将资本投入公司的行为只构成财产管理行为，<sup>〔65〕</sup>甚至无行为能力人也可以成为公司的股东；即便特定自然人具有特别的交易能力，通常而言也无法期待自然人拥有全面的缔约谈判、风险识别等企业经营者所推定拥有的能力，由此具体规范的适用又将徒增成本；若使之全面适用于商法，则其又将因此而脱离民法规范之保护，使怀璧其罪，吾未见其可也。

## （二）营利法人作为法定的企业经营者与其他法人作为企业经营者的可能性

营利法人、非营利法人与特别法人系我国《民法典》对法人的基本分类。不过，就营利法人与非营利法人的区分而言，《民法典》第 76 条、第 87 条所涉及的营利目的并非企业经营组织的

〔63〕 这涉及传统意义上的工商登记向商事登记中的主体登记转变的制度安排。参见季奎明：“商主体资格形成机制的革新”，《中国法学》2019 年第 3 期，第 159—161 页。

〔64〕 Vgl. Karsten Schmidt, Formfreie Bürgschaften eines geschäftsführenden Gesellschafters, ZIP 1986, 1510, 1515.

〔65〕 比较法上亦不乏类似立场。BGH, NJW 2006, 431, 432.

构成要素,因为盈利目标设定、所得利润分配等问题纯属组织体的内部事务,<sup>[66]</sup>对企业经营组织本身的属性及对外交易能力不生影响,因此无关乎对外提供给付的市场行为的判断。<sup>[67]</sup>尤其是在现代社会,许多非营利法人同样可以在制定法所许可的范围内从事企业经营,<sup>[68]</sup>因此这一区分并不对应于企业经营者与非企业经营者。与此类似,特别法人中,机关法人、基层群众性自治组织法人固然原则上无法形成企业经营组织,但是农村集体经济组织法人和城镇农村的合作经济组织法人则本身就从事企业经营活动。可见,《民法典》对法人的分类并不对应着现代商法意义上的企业经营者身份的判断。

如前所述,在现代商法的语境下,企业经营者的身份取决于企业经营组织的存在。据此,无论规范上是否允许从事该种企业经营活动,只要事实上存在相应行为,即便此种法律行为因违反其行为权限而无效,均无碍于商事法律关系的形成。不过,对营利法人的企业经营者地位而言,事实上是否存在企业经营行为并不重要,因为营利法人本身不仅“以取得利润并分配给股东等出资人为目的”(《民法典》第76条第1款),同时还有组织机构(《民法典》第80条以下),因此在性质上就天然地具有企业经营组织的特征。复以公司为例,公司本身目的自由,严格来讲并不必然拥有一项商法意义上的企业经营组织,因此逻辑上看并不必然构成经济性社团。但无可否认的是,从股东权利、公司的组织机构到董事、监事和高级管理人员的资格和义务等制度看,《公司法》正是在营利法人(经济性社团之一种)这一意义上设计公司制度的。更重要的是,《民法典》第76条第2款在事实推定的基础上,将公司和其他企业法人列为营利法人之一种,由此最终在形式意义上确立了公司的营利法人属性。换言之,《公司法》的上述规定及《民法典》第76条第2款实际上不可推翻地推定了公司等营利法人的企业经营者地位。与此类似,特别法人中的农村集体经济组织法人、城镇农村的合作经济组织法人也是规范意义上的企业经营者,在此无需赘述。

不过,非营利法人及其他特别法人则应依是否存在企业经营活动而为判断。尽管非营利法人及其他特别法人在规范的构成要件上包含了非经济目的与“不向出资人、设立人或者会员分配所取得利润”(《民法典》第87条第1款)等内容,但是它们不仅可以从事附属营业活动,而且事实上也可以超越其团体目的从事企业经营活动。据此,非营利法人与特别法人中的机关法人与基层群众性自治组织法人系依企业经营活动而得为企业经营者的主体类型。

### (三)非法人组织及其他自然人的结合作为企业经营者的限度

经济性的非法人组织主要包括个人独资企业与合伙企业两种,它们均属于企业经营者的

[66] 传统商法学说曾强调“营利目的”(Gewinnerzielungsabsicht)作为“营业”概念的要件之一,现已为通说所不采。Vgl. Oetker, in: Großkomm. HGB, 5. Aufl., 2009, § 1, Rn. 39.

[67] 有学者将营利要求看成是近代商法而非现代商法的特征。对此可参见徐学鹿:“商法的范式变革——析资本经营与营利”,《法学杂志》2013年第2期,第1页。比较法上看,德国商法司法实践的晚近观点认为营利目的并非商事营业的必要条件。BGH NJW 2006, 2250 (2251); Wolfgang Fikentscher/Andreas Heinemann, Schuldrecht: Allgemeiner und besonderer Teil, 11. Aufl., 2017, S. 546.

[68] 参见《国家开发银行2016年年度报告》《国务院办公厅关于全面实施城乡居民大病保险的意见(国办发[2015]57号)》《国务院关于促进融资担保行业加快发展的意见(国发[2015]43号)》等文件。

范畴。个人独资企业尽管在内外法律关系及公法关系上与个体工商户具有相似性,但是前者除了应当具备企业名称和出资之外,还被要求具备固定的生产经营场所、必要的从业人员等条件(《个人独资企业法》第8条),从类型上看,较之个体工商户更具有企业经营组织的属性。因此,尽管在责任法上个人独资企业仍由自然人承担责任,但其用于营业活动的组织化统一体依其规范属性仍构成企业经营组织。据此,个人独资企业构成企业经营者。合伙企业与此类似,《合伙企业法》的诸多规范在很大程度上也是以商业经营活动为蓝本而加以设计的,其预设的规制对象是商事、外部的合伙。<sup>[69]</sup>至于非法人组织中的专业服务机构等,其客体是否构成企业经营组织,则仍应根据其是否满足要件特征而作判断。

#### 四、企业经营组织及其经营者的实践功能与规范建构意义

经由对商法意义上的企业经营组织及其经营者的描述,本文开篇所提出的商法学说诠释学循环的困境可以渐次得到突破。在这一过程中,商事法律关系具有两重含义:其一,什么是商事法律关系,这是商事规范得到适用的连接点,其建构以企业经营组织的经营者为核心;其二,建构什么样的商事法律关系,这涉及商法制度经由私法规范的解释与续造而加以形塑的过程,它涉及企业经营组织的要素与常素。

##### (一)一种新的商主体学说的实践意义

无可讳言,企业经营者本质上仍然是商主体学说的一个版本。不过,通过回溯商法典的共同历史,将商法的基础建立在作为客体的企业经营组织之上,并以该种企业经营组织的经营者作为现代意义上的商主体,传统学说中有关商主体概念界定的不足才能得到反思;诸多不应纳入商事法律关系判断的因素(如主体参与商事往来的特殊能力)才能够得到合理安置;企业经营者得以构成商主体的法理基础才能够得到阐明。

从司法实践的角度看,商事买卖这一商事法律关系的识别可以说明上述构建对于民商区分的意义。<sup>[70]</sup>设若甲大学、乙公司、丙道观、丁合伙制律所、戊农场、具有充分交易经验的己自然人分别向庚公司购买办公家具数套,用作本单位办公之用,其买卖合同是否构成商事买卖?对此,第一,应排除相关领域的交易经验这一干扰因素,其法理前已有述;第二,公司属于立法推定的企业经营者(商主体),而已自然人不具备“最低限度的劳动力与复数财产要素所组成”(企业经营组织的要素1,下称“要素1”)和“独立的、持续营业的组织化统一体”(企业经营组织的要素2,下称“要素2”)两项要素,不构成商主体;第三,大学在其办公范围内不满足要素2和“在市场上有偿地以供给方的容态加以出现”(企业经营组织的要素3,下称“要素3”)的要

[69] 参见施天涛,见前注[46],第103页。

[70] 不少学者和司法实践观点均主张对商事买卖与民事买卖及消费者买卖予以区分。参见韩世远:“买卖法的再法典化:区别对待消费者买卖与商事买卖”,《交大法学》2017年第1期,第81页;李志刚等,见前注[7],第474页。

求,不构成商主体,但其附属业务可能构成企业经营组织,于此范围内大学可构成商主体;第四,道观等宗教活动场所中,从事宗教活动的宗教人员并非劳动力,因此不具备要素1和要素2,依其活动之内容,也不具备要素3,因此不构成商主体,但与大学类似,可能存在构成企业经营组织的附属业务;第五,虽然具体的律师个人不构成企业经营组织,但是律师事务所则通常具备要素1、2和3,构成商主体。农场可通过商事登记而确立为商主体。

于此需要澄清的是,商主体首先必然是民事主体这一命题是建立在特定主体作为权利、义务的担受者的基础之上的,即经由商法的适用而产生的权利义务关系必然以民事主体的存在为前提。但如学者所言,“(相比民事主体)商事主体则较为丰富,如个体工商户、农村承包经营户、分公司等均为商事主体。建设工程施工合同由项目工程部、海外工程部签订的不在少数,人民法院的判决和仲裁庭的裁决以主体不合格为由确认合同无效的非常罕见”。〔71〕这种现象可以通过企业经营组织作为商法的基础而得到解释:商法规范的适用本质上作用于企业经营组织,因此即便民事主体的其中一个面向(如农村承包经营户)、一个组成部分(如分公司)从事了企业经营组织的经营行为,商法仍将适用之可能。换言之,民事主体原则上是经由企业经营组织的媒介,取得了商主体的身份。

由此可见,从法律适用角度看,建立在企业经营组织之上的企业经营者概念具有判断上的清晰性,它尤其避免现代社会经济往来中主体具有多重身份而带来的识别困难。从内容上看,企业经营者同时具有扩张与限缩双重面向:就其扩张面而言,它不仅囊括了那些在社会经济往来中难以被称之为“商人”但实质上从事商事活动的组织体,例如从事附属营业活动的非经济团体,同时还将那些被传统商法所排除的自由职业者所组成的组织体(如会计师事务所、律师事务所)纳入规制范围;〔72〕就其限缩面而言,它原则上将不具有企业经营组织性质的小商人排除于外,这不仅因应了民法商法化的实证法背景,同时还将避免商主体因外延过宽而丧失其作为制度建构的统一基础。

## (二)商法在企业经营组织理念基础上的展开及商事法律关系的类型

确保交易迅速成立、清算的原则,信赖保护与交易安全保护的原则,交易的有偿性原则以及高度私法自治、自我负责原则作为商法内在体系内容可以在企业经营组织的要素与常素中得到解释。不仅如此,上述商法原则还将因应商事交易的变迁,对新的商主体形态的形成提供

〔71〕 崔建远:“民事合同与商事合同之辨”,《政法论坛》2022年第1期,第56—57页。

〔72〕 Vgl. Jürgen Treber, Der Kaufmann als Rechtsbegriff im Handels- und Verbraucherrecht: Überlegungen zum Handelsrechtsreformgesetz, AcP 199 (1999), 525, 569 ff.; Henssler (Fn. 34), S. 25 ff. 在德国商法中,自由职业者所组成的组织体即便从事独立、有偿的企业性活动,其事业也会被排除于“营业”概念之外,实际上与商法典立法背景时的身份法考量有关。Karsten Schmidt(Fn. 43), S. 350. 显然,自由职业者的团体有可能“同样是服务于营业目的的”,那种认为自由职业可以通过欠缺营利目的或营利目的仅仅居于次要地位而有所区别于一般的营业的见解(Vgl. Hübner, Handelsrecht, 4. Aufl., 2000, § 1, Rn. 7),已经过时了。参见(德)格茨·怀克、克里斯蒂娜·温德比西勒:《德国公司法》,殷盛译,法律出版社2010年版,第11页。

指引,并进而使民事主体的基本形态得到扩充。例如,金融活动中所出现的“信托计划产品”常常被认为仅具有契约之本质,但事实上,赋予该种构造物以主体资格通常符合商法语境下高度私法自治的要求,同时能够合理安排证券发行人、认购人、担保人等各方的权利义务关系,因而具有肯定其主体地位的现实需求。<sup>[73]</sup>

从商法的外在体系角度看,建立在企业经营组织基础上的商法将依循三种维度展开:

其一,企业经营组织作为私法上的特殊客体而产生的特别交易规则,例如企业转让、企业公示制度(如商号及其转让)等。该维度的规范系基于企业经营组织的在私法上的特殊性而产生,因此其适用无需进一步考察其法律关系中是否存在单方或双方的企业经营者,企业转让、商号转让等行为当然地构成商事法律关系。

其二,企业经营者作为中国私法中的商主体,实证法将以其交易事实为渊源,通过其所形成的行业规范、商事习惯及格式条款等实践,发现并合理地形塑新的有名合同类型及物权制度。该维度的规范虽然肇端于企业经营者的私法往来,但它最终将形成客观的一般化的私法制度,如保理、仓储、融资租赁等。就商事习惯而言,其商事属性也是源于该习惯所涉之交易领域,并进而拘束进入该交易领域之民事主体。<sup>[74]</sup>尤其是,按原《合同法司法解释(二)》第7条,交易习惯之适用,以对方在订立合同时知道或应当知道为心素,并不限于主体的私法属性。因此,与企业经营组织相关之交易习惯,即便名之为“商事习惯”,且事实上也以企业经营者的参与为常见,但也仍然存在拘束非企业经营者之可能。

其三,基于企业经营者的类型特征,进而可以正当化对交易迅速结清的需求、对私法自治的更高需求等原则考量,在此基础上,我们可以识别、形成、续造区别于一般民事交易制度的商法(如商事买卖、商事租赁等)——这不仅指向诸如商事留置权制度中“企业”概念的解释,也指向那些将商事因素作为考量因素之一的制度。这些规范的适用须以企业经营者的存在为前提,进而形成商事法律关系。

在这一组商事法律关系范畴之下,若双方当事人均为企业经营者,其所建立的法律关系自应被评价为商事法律关系;若仅有其中一方当事人为企业经营者,其所建立的法律关系通常也仍具有商事属性。因为,在民商合一的立法体例下,许多包含商事考量因素的规范实际上仅以其中一方当事人为企业经营者即为已足,例如,关于报酬或价款请求权等合同内容的确定方式、违约金酌减、商事往来中的沉默等制度。只不过在此须考虑企业经营者应在何种法律行为当事人的角色中加以出现,在上述例子中,商事受托人、商事居间人等企业经营者应依交易习惯而享有报酬请求权;债务人应为企业经营者的情况下,因其相对于一般民事主体而言具有交易上的判断能力,无需违约金酌减制度的特别保护,<sup>[75]</sup>于此应限制酌减;基于交易习惯,企业

[73] 参见崔建远,见前注[71],第57页。相关改革参见谢惠茜:“私募创投登记改革 深圳本周率先试行政”,载《深圳商报》2022年3月30日,第A01版。

[74] Vgl. Karsten Schmidt, in: MüKoHGB, 4. Aufl., 2018, § 346, Rn. 12.

[75] Vgl. Maultzsch, in: MüKoHGB, 5. Aufl., 2021, § 348, Rn. 1.

经营者对商事确认函的沉默才具有同意的效力。<sup>〔76〕</sup> 在此之外,若认许《民法典》第 685 条关于保证合同的书面形式要求及第 686 条第 2 款关于未约定或约定不明时推定为一般保证的规则在商事法律关系中应予以限缩,<sup>〔77〕</sup>则只有当企业经营者为保证人时,此种限缩才有正当性。此外,在前述商事买卖的情形中,若其同时构成消费者合同,则法律适用上仍然将存在消费者保护法与商事法的规范竞合。只是为了保护消费者,应优先适用消费者权益保护法的规范。

在我国《民法典》的视野下,真正以双方均为企业经营者作为适用前提的是《民法典》第 448 条但书中的商事留置权,这不仅因为在商事往来中,履行抗辩权或者基于同一法律关系而产生的留置权并不足以满足企业经营者的信贷需求,从而突破《民法典》第 448 条的前段规定有其必要;同时作为法定属性任意性规范,其设权效果的产生却不取决于义务人的参与,因此负有义务的正当性就只能产生于平等互换性,从而在义务人方面也要求其具有企业经营者的身份。

## 五、结 语

商事法律关系的界定是商法走向唯实论的关键。但是当我们在一定程度上“用民商分立体制下的民法理论,作为制定民商合一的民法典的指导思想”时,<sup>〔78〕</sup>商法的外在体系又会不可避免地因法典体系在总体上的一般私法取向而被碎片化,使商事法律关系在很大程度上弱化成各制度中的一种考量因素。斯时,我们也无法直接移植比较法上的商法制度及商事法律关系界定的模式,因为对于任何一国的私法秩序而言,都不存在先验的商法及商法体系。在折中式民商合一的民法典背景下,任何因循单一比较法域的商法典知识的做法都不能为我们提供完整且适切的有关商法的体系框架与体系内容。虽然如此,但商法的素材源于商业社会的经济往来这一点却无法否认,各国经济活动的相似性也无需否认,据此,各国商法典缘起的共同基础也势必存在。商法的比较历史也恰如其分地晓喻吾人,对于经历了历史转变的现代商法而言,商法典共同的思想基础在于客体意义上的企业经营组织。由此,企业经营组织及与之相关的企业经营者就像商法基础中的“最小公约数”一样,不仅过滤了各国商法典的历史与技术浮沫,而且在教义学上可

〔76〕 参见石一峰:“沉默在民商事交往中的意义——私人自治的多层次平衡”,《法学家》2017年第6期,第52页。

〔77〕 参见汪洋:“共同担保中的推定规则与意思自治空间”,《环球法律评论》2018年第5期,第70页。类似法理也存在于其他营业过程中看似无偿的法律行为,例如,商场为消费者提供免费自助寄存服务通常系其营业活动的组成部分,据此企业经营者不仅应负有特别的注意义务,同时也应当排除民事无偿保管合同中保管人仅就故意及重大过失损害赔偿责任的限制。相关争讼及讨论可参见周林彬等,见前注〔3〕,第132—134页。

〔78〕 张谷:“民商合一体制对民法典合同编的要求”,《北航法律评论》2016年第1辑,第83页。

以作为通约整个商法体系的支柱,成为识别、续造商法规范的内在基础。也正因其仅系“最小公约数”,因而被发现或续造的商事规范可以无保留地适用于相应的企业经营者之上,但从商法教义学的角度看,前述规范中的一部分仍有依其法理类推适用于小营业经营者的可能,这不仅包括诸如违约金调整、价款或报酬请求权的确定、动产善意取得等将商事因素视为规范构成要件的规则,还包括前述商事保证中先诉抗辩权的除去、形式自由以及商事留置权制度。<sup>[79]</sup> 由此,我国私法体系基础上独立的商法意识始得可能,逐渐做“加法”的方式不断完成商法学的体系建构才得以展开,《民法典》基础上商法的“祛魅”才得以实现。

**Abstract:** Shaping the identification mechanism of a commercial law relationship is one of the key steps towards the construction of a commercial law system. The traditional theories of identifying a commercial law relationship are insufficient in several ways: the particularity of the objects of rights is of limited significance for the identification of commercial law relationships; the traditional commercial law subject theory is too formalistic for practical use; and identifying commercial law relationship through the subject's transaction experience and other factors can be misleading and has no legal basis. The Chinese Civil Code uses commercial factors as one of the elements for consideration when applying norms in principle and sets a single particular norm for enterprises. The general history of commercial codes has revealed that the enterprise is the common basis of the commercial laws across different countries. In the sense of an average normative type, an enterprise could be defined as an independent and continuously operating business organization composed of the minimum labor force and multiple property elements, appearing in the market as suppliers for profit-seeking purposes. Rural usufructuary households and sole traders can use commercial registration to determine their identity as a business entity. Profit-seeking legal persons and unincorporated economic organizations are enterprise operators by legal default. Other legal persons could be enterprise operators by virtue of their business activities. On the basis of enterprise and enterprise operators, commercial law norms could be further developed in three different dimensions.

**Key Words:** Commercial Law Relationship; Enterprise; Enterprise Operator; Commercial Law Subject

(责任编辑:贺 剑)

[79] Vgl. Maultzsch, in: MüKoHGB, 5. Aufl., 2021, vor § 343, Rn. 16.