

## 商人概念的继受与商主体的二元结构

施天涛

**摘要:**现代商事关系实际上存在两类参与者:商人与非商人。他们都是商事法律关系的主体,享有商事权利,承担商事义务和责任。因此,我国商事主体的构成不仅应保留商人概念,而且应承认实际参与商事关系的非商人的商事主体地位。这类非商人商事主体在金融商事关系中的作用尤为突出。商人识别标准的三要素:实施商行为、以实施商行为为职业,以自己名义实施商行为。非商人不具备商人“三性标准”的完全性:有的情形缺乏独立性;有的情形缺乏职业性;但实施商行为则是他们的共性。缺少这个共性,非商人不能成为商事主体。但在特殊情况下,商行为的实施并非其主要目的,仅是其附属行为。

**关键词:**商事主体;商人;非商人;三性标准

### 一、商人与商事主体:同一还是分开?

在商法著述中,商事主体这一概念同时存在“商主体”和“商人”二种说法。商主体无非就是商事主体或者商事法律关系主体的简称,应无异议。本文将商主体、商事主体、商事法律关系主体当作同一概念使用。至于商人与商事主体,我国多数商法论者亦认为是同一概念,并在大多数情况下混同使用。即使少数人认为应将商人与商事主体区分开来,也是高言简要,无有因为,不明所以。<sup>①</sup>

将商人等同于商事主体,应该有二个方面的原因:一是域外的原因;二是我们自身的原因。

就域外原因而言,大陆法系有几个国家采取民商分立体制,并在它们的商法典中对商人予以特别界定。有的商法典将其调整对象直接指向商人<sup>[1]</sup>;有的商法典虽然定位于商行为,但也只有其法典规定的商人才适用其商法典<sup>[2]</sup>。因此,无论何种情形,只有这些国家商法典认定的商人才是其商法调整的对象。同时,商人又是其商行为的惟一实施者,因而,商人也是商事法律关系的主体,并依据其商法典享有商人权利和承担商人义务和责任。<sup>②</sup>这是法典模式的逻辑。

就我国自身原因而言,主要是对现代商事关系及其参与者的形态和地位缺乏足够认识,忠实地沿袭域外商法典中的商人概念。这种套用导致我国商法理论与今天的现实社会不能融洽衔接,相互照应,难以形成确定的商事主体概念。本文认为,应当保留商人概念,同时也应将商人与其他参与商事法律关系的主体区分开来。商人是商事主体,但商人不能等同于商事主体。换言之,商事主体除了商人外还有其他非商人商事主体。尽管他们都是商事法律关系的参与者和权利义务的承载者,但二者的个性、形态与定位均不相同,至少不完全一致。如果将这一意思更为清楚地表达出来,即商事主体是一个上位概念,它统合商人和非商人两个下位概念。

将商事主体区分为商人和非商人也有两个方面的理由:

作者简介:施天涛,法学博士,清华大学法学院教授。

<sup>①</sup> 蒋大兴教授检索了相关文献,并对商人、商主体、商事主体、商事法律关系主体等不同表述及其含义进行了详细梳理。参见蒋大兴“商人抑或企业?——制定《商法通则》的前提性疑问”载《清华法学》2008年第4期。

<sup>②</sup> 范健教授亦认为“根据商人中心主义原则,在德国商法中,商人是商事权利的主体,也是《商法典》和其他商事法规的调整对象”。范健《德国商法:传统框架与新规则》,法律出版社2003年版,第7页。

一方面,在比较法意义上,域外法律已经形成了较为明确的商人概念,如果我们并不忌讳中国的商法需要借鉴甚至移植域外商法的经验,我们的基本态度和立场就应该是保留对既有法律传统的尊重。这种尊重就体现在商人概念的存废去留。

商人作为法律概念非为中国固有,而是从域外商法引进过来的舶来概念。尽管我国历来皆有商人之称谓,但与法律意义上的商人概念之旨趣相去甚远。在我国,商人概念更多的是一种民间习惯表达,泛指那些经商的人。这种表达虽然与域外商法典所称之商人有吻合的地方,但却并未形成严格界定的法律概念,既无法表明其作为商法调整对象的存在,也无法体现出作为商事法律关系的主体存在。白马非马,此商人非彼商人。

以家族企业为例,我国传统习惯上称家主为商人,但在严格的法律意义上,家主只是所有人,其家族企业自身才是商法意义的商人。再以公司企业为例,日常交流中,一个公司的董事长或者经理人往往被称为商人,但法律上他只是商业辅助人,只有他任职的公司才是商人。当然,也有重合的情形,如小业主、合伙人的日常称谓与法律上商人概念可能是一致的。然而,问题的关键在于,域外商法已经形成了严密的商人概念并建立起来了一套系统的商人规则,且对我国商事主体制度的构建具有理论上和规范上的借鉴意义。

另一方面,在现实的商事关系中,商人并非商事法律关系的惟一当事人。除了商人之外,以商事主体身份参与商事法律关系的,还有其他非商人。其他非商人参与者同样享有商事权利和承担商事义务与责任。但是,商人与非商人在商事法律关系中的地位 and 位阶是不同的。譬如,在公司法律关系中,公司作为典型商人,以商人的身份享有权利和承担义务与责任;但是,基于公司是由投资者投资组建而成,从而形成公司与股东的股权关系。然而,股东在公司股权关系中并不一定都以商人身份出现。公司董事和高级管理人员是实施商业活动的帮助者或辅助者,同样也是商事法律关系的参与者。董事与高级管理人员享有诸如经营、管理公司的权利或权力,承担诸如受信义务等管理者责任。在证券交易关系中,证券公司只有在自营业务中才是证券买卖关系的交易主体。在经纪业务中,投资者才是真正的交易主体,也是证券买卖关系中法律效果的实际承受者。但是,投资者并不完全符合商人特性,证券公司只是中介商人。

以上例举意在说明,商人概括不了非商人,实际商法运用中,对他们的要求和规制也是不同的。这种差异性在现代金融商事法律关系中至为明显。域外商法典也意识到了这一问题,并采取较为迂回的方式来处理这一问题。譬如,将经理人等纳入“商业辅助人”或“商业使用人”范畴;通过界定绝对商行为的方式将证券交易者纳入“商人”系统。但这些方式对于处理今天的金融商事关系却显得捉襟见肘,不敷使用,甚至在法观念上已经落伍了。

综上所述,本文认为,商事主体这一概念应当包括商人和非商人。商人和非商人都是商事法律关系的参与者。商人是最重要的商事主体,是商事法律关系的主导者,在商行为的实施中居于核心地位。非商人同样是商事法律关系的参与者:在有的情形下,他们居于辅助地位,帮助商人完成商业活动;在有的情形下,非商人是商事法律关系的主导者和效果承载者,商人作为中介帮助他们完成商事交易活动;在一些特殊情形下,有些民事主体因其附属性地实施商行为,也可以非商人身份参与商事法律关系。

需要说明的是,本文所谓非商人,是相对于商人而言,即与商人对应的其他商事主体,而不是“非商即民”的民事主体。商人与非商人同为商事主体的共同构成,均是基于商行为的实施而成为商事法律关系的当事人。非商人并非民事法律行为的实施者或者民事法律关系的参与者,与民事主体并无牵连。

## 二、商人概念的法理继受

### (一) 商人的认定标准

如何确认商人的身份?这涉及到商事主体的界定标准。关于这个问题,其实域外商法典已经说得很清楚,无须另寻路径。《法国商法典》第1条规定“从事商活动并以其作为经营性职业者,为商人”。后继者《日本商法典》第4条规定“商人,指以自己的名义,以实施商行为为业者”。

稍微解读一下。《法国商法典》采取的是二要素:实施商行为;以实施商行为作为职业。《日本商法典》采取的是三要素:实施商行为;以实施商行为为职业;以自己的名义实施商行为。综合起来,域外商法典对商人的界定总计出现了三个要素。实施商行为;以实施商行为为职业;以自己的名义实施商行为。《日本商法典》包含了全部三个要素,是为典型。《法国商法典》没有明示“以自己的名义”,但学理解释上认为,商行为的实施者当然

应该以商人自己的名义,自不待言<sup>[3]</sup>(P.59)。

《德国商法典》对商人的界定与上述方式略有不同。《德国商法典》规定“商人是指经营营业的人”。《德国商法典》既没有明确“以自己的名义”,也没有明确表达“职业性”这一特征。尽管如此,学理解释则认为“经营营业”这一表述实则包含了上述三个要素。<sup>①</sup>的确,经营营业事实上就是“实施商行为”;营业本身就具有“职业性”特征;至于“以自己名义”实施商行为,亦是应有之义。

上述分析表明,域外商法典无论是否明文规定,均承认商人的三要素识别标准,即实施商行为、以实施商行为作为职业、以自己名义实施商行为。<sup>②</sup>虽然各自商法典对商人的表述方式略有不同,但实质所指并无差异,殊途同归,即商人是以自己的名义实施商行为并以此为职业的人。当然还可以借鉴《德国商法典》将其简化地表述为:商人是经营营业的人。前者更为直观清楚;后者更加简洁凝练。

商人是实施商行为的人。尽管上述商法典对商人的界定各有表达,但都明确地包含了一个共同要素,即实施商行为。《德国商法典》之所谓“经营营业”,不外乎商人实施商行为的另一种表述。因此,是否实施商行为应是认定商人的决定性标准。商事主体是商事法律关系的参与者和商行为的实施者,这是商人的本质属性。商人实施商行为实为一种营利性行为,即商人从事商行为的动机和目的是为了营利。因此,营利目标是商人的根本性特征,也是商行为或者营业的典型特征,它体现了商人追逐利润的本性,是商人的物质灵魂。否则,商人无以成为商人,商人何必成为商人。

有人认为,“一个企业是否以营利为目的,纯属内部问题……如有违报酬规律参与经济生活的,亦不应仅由于他放弃利润,而被以不同于其他商事交易主体的方式对待。营利目标虽然在实际中是典型的营业概念和商人身份的特征,但在法律上没有必要使之成为一个必要条件”<sup>[4]</sup>(P.30-38)。对此,本文的看法是:首先,营利性特征作为商人的本性是商人所追求的一种目标,这种目标体现了商人追求利润的渴望,至于客观上能否达成这一愿望,则非法律所关注。其次,商人的利润追求是一个“内部问题”本身没有问题,营利本来就是商人的内心动机和期待,且不妨碍将其作为认定商人的标准。最后,商人的营利目标针对的是商人的整体目标或者根本目标,偶尔实施非营利行为甚至放弃利润,属于商人机会或者权利抛弃的自觉行为,实则并不影响其整体目标或者根本目标。但是,如果始终放弃,则商人的动机和目的在整体上或者根本上不复存在,商人自身亦不复存在。

商人是以实施商行为作为职业的人。因为商人实施商行为的目标是追逐利润,而这一目标又不可能一蹴而就,需要反复不间断地实施才有可能达成目的。因此,商行为的实施是一个持续的过程,偶尔所为的行为不是商事行为。<sup>③</sup>根据这一特征,商行为的实施要有计划性,<sup>④</sup>为了这一计划的执行,“……从事职业的人要有一定的组织,一定的权限……”<sup>[3]</sup>(P.64-65)。也许,从根本上讲,职业性特征表明商人是以从事经营活动作为其谋生的手段,是其安身立命的依托。<sup>⑤</sup>

商人须以自己名义实施商行为。“以自己的名义”实施商行为的实质意义就是要求商人是能够独立经营营业的人。具体到商事法律关系中,即是说,商人须能够独立地享有商事权利、行使商事权力,承担商事义务和商事责任。尽管法国和德国商法典没有这一明确要求,但学理上是承认的。<sup>⑥</sup>“以自己名义”实施商行为实质上涉及商人能否独立地享有和承担商事权利义务的问题。

<sup>①</sup> 德国商法学者 C. W. 卡纳里斯教授在其《德国商法》一书中用了一整节对“营业的经营”进行了解释。他认为营业具有独立性、有偿性、计划性且应对外显示。参见[德]C. W. 卡纳里斯《德国商法》杨继译,法律出版社2006年版,第30-38页。

<sup>②</sup> 范健、王建文二位教授认为“实施商行为是实质标准,职业性是静态标准,也是时间标准,独立性是权责标准,也是核心标准”。范健、王建文“商主体论纲”,载《南京大学法律评论》2003年春季号。

<sup>③</sup> 居荣教授认为,普通个人也可以偶然完成商事行为,但却不会因此成为商人,因为按照法国《商法典》第1条的规定,只有作为职业经常性实施商行为的人,才能够取得商人资格。参见[法]伊夫·居荣《法国商法》(第1卷),罗结珍、赵海峰译,法律出版社2004年版,第63页。

<sup>④</sup> 卡纳里斯教授认为,《德国商法典》所说的“营业”具有计划性。其活动系有计划的进行,即要有一个相当的过程,或者其活动原则上指向不确定的大量行为。他明确指出“偶然从事独立的有偿活动,不属于营业经营者”。但卡纳里斯不认可职业性这一说法,他认为职业性要求与计划性要求重复,应当放弃。参见[德]C. W. 卡纳里斯《德国商法》杨继译,法律出版社2006年版,第32、36页。

<sup>⑤</sup> 蒋大兴教授认为营业行为是否具有持续性并非商事关系的本质。但应注意的是,蒋教授笔下的商事关系相当的单纯。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”,载《中国法学》2006年第3期。

<sup>⑥</sup> 卡纳里斯教授认为“相关商事活动应具有独立性,这符合商人概念的普遍语言用法以及特定功能”。参见[德]C. W. 卡纳里斯《德国商法》杨继译,法律出版社2006年版,第30页。

商人是实施商行为的人,或者可以表述为经营营业的人。申言之,商人必须是其所实施特定商行为或者经营特定营业所发生特定的商事法律后果的承载者,即能够独立地享有商事权利和承担商事义务、责任的人。因此,在代理的场合,被代理人是商人,而代理人为非商人(包括在监护情形下的法定代理人)。在公司场合,公司是商人,而公司董事或者经理人是非商人,他们是代表人或者代理人。在公司普通清算或者破产清算的情形,清算人或者管理人非商人,清算中公司或者破产企业是商人。信托受托人是以自己名义实施信托行为,所以,受托人在任何时候都是商人,即使受托人仅仅是消极信托中名义上的“稻草人”,如我国信托业流行的“通道业务”。

商人的营利性要素是区分商事主体与民事主体的标准。民事主体显然不具有营利性,其实施的行为也就不是商行为。商人的职业性要素与独立性要素既是对商人的要求,同时也是区分商人与非商人的标准。譬如,公司董事、高管以及代理人等虽然也是商事法律关系的参与者,但他们不具有独立性,他们只能以公司的代表或者被代理人的代理人身份实施代表行为或者代理行为。非商人也有独立从事商业活动的情形,但却并不一定符合职业性要求。如股权投资者和证券投资者以及金融市场诸如信托产品和投资基金的投资者。他们是独立的投资者,但大多数情形都不是职业投资人。

## (二) 排除因素

本文认为,上述三个要素已经构成了商人的核心标准,且足够以此为依据判别商人的身份,无须再另行添加其他要素或者条件。因此,我们需要排除那些与商人识别标准无关的非实质要素。

1. 商人身份。这里将要讨论的是哪些人能够成为商人,哪些人不能成为商人,以及法律是否需要设置限制。现代社会,任何人都享有营业自由的权利。也就是说,任何人都可从事商业活动,法律并无特别身份限制。一些人可能因为职业等原因不能经商,如公务员、法官、检察官以及军人等。但是,这并不等于剥夺了他们经商的权,只是在他们从事特定职业期间限制或者禁止他们从事商业活动。这里蕴含的法理是,如果他们在任职期间从事商业活动,将会与其担当的职责发生利益冲突。一旦他们不再担任该类公职,其经商的权也就恢复了。甚至当初他们就有选择从事特定职业还是经商的权。事实上,是否限制某类人经商并非商法判断问题,而是由特定法律、行政法规甚至法律政策来决定。如国家公务员管理条例、法官法、检察官法和有关军人条令、条例<sup>①</sup>等法规以及一些党政政策文件<sup>②</sup>规定国家公务员、法官、检察官以及军人不得经商。

2. 商人能力。无行为能力和限制行为能力人得否成为商人?有的法律明确规定未成年人不得成为商人;<sup>③</sup>有的法律并不绝对禁止,但要求进行登记或者有条件承认;<sup>④</sup>有的法律则保持沉默。<sup>⑤</sup>

其实,得否成为商事法律关系的主体与行为人年龄和智力并无关联,即使是未成年人,其法律上的主体资格也是存在的。虽然商人标准中有一个重要的因素是“实施商行为”,似乎要求商人应该具备行为能力,但实际上,能否成为商人,最终取决于权利义务的归属状况。从权利能力角度看,无行为能力和限制行为能力人可以承载法律行为之效果。至于商行为的实施则可以依靠其法定代理人代理进行。

3. 商人的品性。诸多商事法律都有关于商人品性的规定,<sup>⑥</sup>实则为关于商人消极资格的规定。譬如,那些因犯有特定罪行,尤其是经济、财务方面罪行的人,或者对于企业的亏损、倒闭、破产负有责任的人,或者个人负债或信用存在问题的人等等。此类人得否成为商人?就商法人而言,这些规定仅仅适用其辅助人或者帮助人,如董事、高管或者从业人员等非商人,无法适用于商法人本身。对商合伙人和商个人而言,一般而言,即使他们的品行存在上述问题,也不能剥夺其经商的权。如果这些人因犯罪而被处以刑罚,其政治权利可以被依法剥

<sup>①</sup> 国家公务员管理条例第49条第2款;法官法第32条;检察官法第35条;《中国人民解放军纪律条令》第41条之(二十七);《中国人民解放军内务条例》第114条。

<sup>②</sup> 关于这些党政政策文件的分析,范健、王建文“商主体论纲”,载《南京大学法律评论》2003年春季号。

<sup>③</sup> 《法国商法典》第2条规定“未成年人,即使已经解除监护的,不得为商人”。

<sup>④</sup> 《日本商法典》(王书江、殷建平译,中国法制出版社2000年版)第5条规定“未成年人经营前条营业,应进行登记”。该法典第6条规定“被许可成为公司无限责任股东的未成年,就其基于股东资格的行为,视为有能力人”。

<sup>⑤</sup> 《德国商法典》对此无明文规定,但学理上认为,无能力人或限制行为能力人是商人,他们的法定代理人不是商人。参见卡纳里斯《德国商法》,第36-37页。

<sup>⑥</sup> 如公司法第146条;证券法第108、131条;保险法第82条;破产法第24条第3款,等等。

夺,但原则上其商事权利则不能被剥夺。也有一些例外的特殊情形,但适用的对象只能是作为非商人的自然人。<sup>①</sup>因此,商人的品性也不是判别商人的标准。

4. 商人的财产、组织、机关。商人的财产、组织形式和治理机构的有无是否为商人判别标准的必然要素?本文认为,是否具有法律要求的财产、组织形式和治理结构更多地表现为对商人的设立和治理要求,这些要求主要适用于商法人而非自然人。在法理上,商人的营业性也包含了财产、组织、机构等内容。现代法律对商人的财产要求标准越来越低,譬如,我国公司法已经放弃了对普通商事公司的最低注册资本的管制<sup>[5]</sup>。就自然人而言,占有财产的多少固然可能影响其经商的行为能力范围,但并非是对其商事权利能力的限制,更不是对其经商权利的剥夺。就某些小微经营者而言,组织形式和管理机关等要求也是不适当的。

综上所述,本文认为,在确定商人的识别标准时,大可将诸如商人身份等有关商人资格的非实质性因素从商人认定标准中予以排出。

5. 商人的登记。商事登记不是识别商人的内在要素,因为登记只是商人得以为商人的外观确认,而非实质要素。何况有些商人根本无须登记,如小商人。有的商人即使登记了,也可能因错误登记而被撤销。因此,商事登记仅具有推定商人的作用,在有相反证据的情况下,可以推翻这种推定。<sup>②</sup>

6. 商人的商号。尽管商人的识别标准要求商人以自己名义实施商行为,商人也往往以其商号或者字号从事商业活动,但商号依然只是商人身份的外观表彰。这种形式外观的意义在于它可以将此商人与彼商人区分开来,而不是商人本身的实质判定要素。何况那些小摊贩也并不需要字号。

7. 商人的账簿。商人从事商业活动需要设置账簿。这是商人的一项法定义务,但并非所有的商人都必须设置商业账簿。对于那些小微经营者而言,商业账簿的设置既非必须也非必要。强行要求这些小商人建立商业账簿,徒增其经商成本而已。

综上所述,商事登记、商人商号、商人账簿,虽然外观上有助于对商人身份的识别,但不是根本性要素。何况,法律对那些小商人施与优待,豁免其商事登记、商号登记和账簿设置。<sup>③</sup>

### (三) 剔除商人法的身份色彩

商法产生、形成于欧洲中世纪“商人法”。这种商人法是商人们或者商人阶级长期不懈斗争的结果,因为他们受到教会及在教会控制之下的世俗政权的敌视和压迫。商人们奋起抗争并掀起了一场商业革命,使得商人法得以产生,而商人法的产生又促进了商业革命的进程,最终导致了资本主义时期的到来。这在当时无疑具有进步意义。<sup>④</sup>但是,这种商人法早已完成了它的时代使命而成为历史遗迹了。近现代社会的商法已经实现了人的自由、平等,破除了商人特权。正如19世纪英国古代法制史学家梅因所说“所有进步社会的运动,到此处为止,是一个‘从身份到契约’的运动”<sup>[6] (P. 112)</sup>。

域外商法典,尤其是《法国商法典》和《德国商法典》都深受中世纪“商人法”影响,不可避免地打上了历史的印记。尽管《法国商法典》声称是“客观主义”,<sup>⑤</sup>采取的是商行为立法哲学,但就是今天也不难看出其法典中

<sup>①</sup> 保险法第64条;继承法第7条。其他情形还有诸如股权等财产权的行政处罚等。

<sup>②</sup> 有一些迹象或多或少的可以推定一个人是否具有商人资格,如商事登记和工商税收。不过,这仅仅是一些指示迹象而已。参见[法]伊夫·居荣《法国商法》(第1卷),罗结珍、赵海峰译,法律出版社2004年版,第65页。根据德国现行商法典的规定,商人的身份是依照“营业的经营”产生的,因此,营业的经营者依照《德国商法典》第1条第2款规定直接就是商人,即“实际商人”,商事登记只是事后的公示作用。但小营业经营者和农、林业从业者有选择自由权,即有权利无义务进行登记,包括撤销登记放弃商人身份。对于这种“任意商人”,商事登记则具有设权作用,即他们需要通过商事登记才能取得商人资格。参见[德]C. W. 卡纳里斯《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第38-68页。

<sup>③</sup> 我国法律并未明确,但可以从域外商法典的规定佐证。如《日本商法典》第8条规定“本法关于商业登记、商号及商业账簿的规定,不适用于小商人”。

<sup>④</sup> 正如伯尔曼在《法律与革命》一书中说道“商业革命有助于造就商法,商法也有助于成就商业革命。实际上,所发生的不仅是商业的革命性转变,而且还是整个社会的变迁。参见[美]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410页。

<sup>⑤</sup> 根据《法国商法典》第1条规定,只有实施了该法典第632条及随后条款所列举的商行为才能成为商人。

的历史遗迹。《德国商法典》虽然声称是“新商人主义”的主观立法思想,<sup>①</sup>但依然摆脱不了“商人法”的阴影。<sup>②</sup>它们的商法具有强烈的身份特权特征,<sup>③</sup>与“商人法”藕断丝连,甚至还残存着一些歧视性痕迹。譬如,法国商法典对妇女经商权利的限制。尽管现在已经逐步废除了这些不合理限制,但整个法典的历史残存依然显得与时代格格不入。<sup>④</sup>

就立法技术而言,无论是主观主义标准,或者是客观主义标准,都没有能够真正地解决问题,从而使得商法的定位陷入了逻辑上的循环反复。<sup>⑤</sup>难怪有人对此不无讥讽地评论道:“这两种方法原则上都不能令人满意,它们都属于学究式的方式,过于咬文嚼字且晦涩难懂。”<sup>[7] P.114</sup>

由于它们的商法典都是为商人量身定制的,无一例外地专门适用于商人,<sup>⑥</sup>从而导致了其商法典在格局上的褊狭性。这些法典要么将商事关系中的非商人置于法外,要么勉强将其纳入商人概念。这种局限性完全不利于确认非商人商事主体的法律地位,明确其权利义务,因而无法给现代商事关系,尤其是金融商事关系的商法调整提供完整的制度供给。

综上所述,无论是从法政治角度还是从法技术角度,域外商法典中商人的身份色彩都是历史糟粕。因此,我们在吸收域外商法典的合理内核之际,应剔除其商人法的身份色彩。

### 三、运用商人标准进行测试

#### 1. 商法人

我国民法总则规定了三种法人类型:营利法人、非营利法人和特别法人。

民法总则第76条将营利法人界定为:以取得利润并分配给股东等出资人为目的成立的法人。根据这一界定,营利法人的营利性表现在:实施商行为以取得利润,并将所取得利润分配给它的股东等出资人。因而,营利法人也就是典型的商法人,而公司又是典型的营利法人。

在域外商法中,公司被称为“要式商人”或者“形式商人”<sup>[8] P.104</sup>,且仅限于有限责任公司、股份公司这类资合公司,不包括无限公司和两合公司这样的人合公司。我国民法总则和公司法规定的法定公司形式为有限责任公司和股份有限公司,均为资合公司。

民法总则第76条第2款还规定:营利法人还包括“其他企业法人”,主要包括国有企业、集体企业等形式。国有企业和集体企业虽然性质上分别属于全民所有制和集体所有制,但企业本身享有独立的经营管理权,且具有法人地位。国有企业“以国家授予它经营管理的财产承担民事责任”;集体企业“以企业所有的财产承担民事责任”(民法通则第41条第1款、第48条)。它们从事的也是商业活动,符合商人标准的三性特征。因此,它们也属于商法人。

民法总则第87条规定:为公益目的或其他非营利目的成立,不向出资人、设立人或者会员分配所取得利润的法人,为非营利法人。非营利法人包括事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构等。根据这一规定判断,非

① 依照《德国商法典》第343条规定,商行为概念以商人身份为基础,既取决于参与法律主体的人身性或人格性。

② 有人批评《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相当陈旧的观点,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。参见[德]罗伯特·霍恩、海因·科茨、汉斯·G·莱塞《德国商法导论》,楚建译,中国大百科全书出版社1996年版,第232页。

③ 卡纳里斯教授极力辩解要避免这种误会。他认为即使在商人特别法意义上理解商法,它也很少导致商人特权,而恰恰相反,一般会导致对他们适用更为严格的要求和标准。参见[德]C. W. 卡纳里斯《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第2-3页。

④ 在过去很长时间内,人们对已婚妇女近似于对待无能力人。已婚妇女只有事先或者事后得到丈夫的准许才能经商。这种限制直到1938年至1965年间才被取消。此外,作为商人的已婚妇女的行动还受到有关家庭财产制规则的约束,特别是受到法定共同财产制规则的约束。这种限制直到1985年才被取消。参见[法]伊夫·居荣《法国商法》(第1卷),罗结珍、赵海峰译,法律出版社2004年版,第38-39页。

⑤ 虽然《法国商法典》第1条和第632条确立了商行为客观主义标准,但是其中又保留了很多主观主义体系的规定。《德国商法典》虽然采取的是主观主义标准,但也适用了客观主义标准。比如《德国商法典》中关于汇票、本票、支票和海商行为的规定;又如《商法典》第345条规定双方行为中的一方为商人的,原则上适用商行为法。参见[德]C. W. 卡纳里斯《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第2-3页。

⑥ 德国商法是商人法。这一点无论从其源流还是从其法律构成上都看得见。历史上,商法是从商人之间有效的习惯和交易惯例中不断发展而来的。从法解释学角度看,商法也是商人法,因为《德国商法典》建立在商人概念之上:不论是以“商人身份”为名并被看做“身份法”的第一编的条文,还是第四编以“商行为”命名并通过第343条将此概念与商人概念联系起来,都和商人的特点紧密相连。参见[德]C. W. 卡纳里斯《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第2-3页。

营利法人不是商法人,因为其成立是为“公益目的或其他非营利目的”。简而言之,非营利法人从事的不是商业活动,不属于商法人。

民法总则第96条规定:机关法人、农村集体经济组织法人、城镇农村的合作经济组织法人、基层群众性自治组织法人,为特别法人。特别法人得否为商人?除农村集体经济组织属于上面提到的“集体企业”可以是商法人外,机关法人具有公法人性质,城镇农村的合作经济组织法人具有合作互助性质,基层群众性自治组织法人具有政治组织性质。因此,机关法人、合作经济组织和基层自治组织都不能成为商法人。

## 2. 商合伙

商事合伙是以营利为目的成立的合伙组织,从事的是商业活动,并可以合伙之字号实施商行为。因此,商事合伙是商人。由于我国制定了专门的合伙企业法,合伙企业以“企业”的面目出现,使得合伙企业的商人地位更加鲜明突出。

传统理论不承认合伙的人格性,其人格根植于其合伙人,而不是合伙本身。法律只承认合伙人的人格,不承认合伙本身具有人格性。<sup>①</sup>但是合伙与合伙人究竟是不同的,合伙人仅仅具有个体性,而合伙则是合伙人之间的联合,具有组织性。实际上,由合伙人联合组成的合伙虽然不具有法人格,但却明显地显现出强烈的“拟人化”倾向或者“类人格性”。譬如,合伙可以有自己的字号,合伙有自己的权力机关(合伙人会议)和事务执行机关(合伙执行人),还可以聘任专门的经理人,合伙财产实行共有制并可以独立支配合伙财产,合伙清算时,先以合伙财产清偿债务<sup>[5] P. 71-72</sup>。这些显著的“人格化”特征使得合伙成为法人与自然人之间的“中间主体”。甚至有人认为应承认合伙的主体地位。<sup>②</sup>

在我国,合伙原本有合伙企业与个人合伙之分。民法通则定了个人合伙(民法通则第30-35条)。民法总则确认了合伙企业,没有规定个人合伙。个人合伙属于合同型合伙。但是,合同型合伙是个人之间的临时性契约连接,有事则合,无事则散,不具有职业化特征。因此,个人合伙属于民事性质,适用合同法即可。

## 3. 商个人

在我国,典型的商个人当属于个人独资企业。个人独资企业是个人单独出资、拥有和控制的企业(个人独资企业法第2条)。个人独资企业从事的是以营利为目的的商业活动,并以“企业”的面目出现,职业性特征显著,当然也是以自己的名义独立实施商行,并由个人投资者或业主独立承担责任。由此可见,个人独资企业完全满足商人三性特征。

此外,我国法律体系中还存在着外商投资企业法,包括中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业,即所谓的“三资企业”。其中,合营企业是法人企业(中外合资经营企业法第4条);合作企业和外资企业可能是法人企业,也可能是非法人企业(中外合作经营企业法第2条;外资企业法第8条及其实施细则第18条)。凡是具备法人资格的外商投资企业,属于商法人;不具备法人资格的外商投资企业应分别归属于商合伙或者商个人(民法通则第41条第2款、第48条)。

## 四、作为非商人的商事主体

如前所述,除了商人外,还有另一类非商人之商事主体。这类商事主体不具有商人的典型性。换言之,以商人标准的三要素来评判,这类商事主体或者不具有商人的独立性,或者不具有商人的职业性。就商行为的实施而言,有的情形是自己实施商行为,如股东与合伙人;有的情形是辅助实施商行为,如公司董事、高管、从业人员;

<sup>①</sup> 如《法国商法典》中的合名公司(实质为合伙)的每一个参股人具有商人身份,但从事商事活动的是公司(合伙)本身。法理上的解释是,合名公司具有不完全的法人资格,而是每一个参股人本人在进行活动。参见[法]伊夫·居荣《法国商法》(第1卷),罗结珍、赵海峰译,法律出版社2004年版,第51页。依照《德国商法典》第124条授予普通商事合伙和有限商事合伙法律上近似于法人的独立地位这一点,应该仅有商事组织本身经营营业并作为商人。但同时通说却承认普通商事合伙的合伙人和有限商事合伙中承担无限责任的合伙人应具有商人资格。这一点从《德国商法典》第128条规定的个人责任得到验证。与此相反,有限商事合伙中承担有限责任的合伙人不应被视为具有商人身份,因为他们通常不具有个人责任。参见[德]C. W. 卡纳里斯《德国商法》杨继译,法律出版社2006年版,第37-38页。

<sup>②</sup> 崔建远教授认为“合伙企业可以自己的名义享有财产权利,从而使该财产区别于各个合伙人个人的财产,区别于其他主体的财产,……合伙企业的意义确实不同于其内部成员的个人意思,合伙企业的团体财产的确有别于其内部成员的个人财产,使其能以自己的名义实施法律行为,首先以其团体财产对外履行债务、承担责任,如使其具有法律人格,更为便利,更有效率,更符合各种不同的需要……法律没有理由固守只有自然人和法人方为民事主体的旧制”。崔建远“关于制定民法总则的建议”,《财经法学》2015年第4期页。

有的情形是代理实施商行为,如代理人或者代理商。这类非商人是一个活跃在商事领域的广泛群体,难以将他们作为商人的同类适用商人同样的规则。因此,必须将他们单独出来作为另类商事主体予以特别关注。

基于前述,在界定商人所采用的识别标准中,除了营利性、职业性和独立性三项要素外,并不需要考虑其他要素。但非商人商事主体则可能要受到一些资格或条件的限制。主要体现在三个方面:

其一,就非商人商事主体的能力而言,实施辅助商行为的人必须具备行为能力,代理人亦是如此。公司董事、高管、从业人员是负责公司经营管理的人,代理人是负责代理事务的人(且原则上必须亲自代理),这都要求他们具有行为能力。

其二,就非商人商事主体的品性而言,法律要求商业辅助人必须诚实,如他们存在信用瑕疵、财务瑕疵或者犯罪前科,其任职或者从业资格将受到很大影响。

其三,对于金融或者其他特殊行业的投资者、董事、高管、从业人员,法律还要求其具备相应的投资、任职或者从业资格或者专业素质。

非商人商事主体大多为自然人,其财产之有无并不影响其任职或者从业资格。在法人担任董事等企业领导人的情形,实际上是由法人委派代表,与其个人财产之有无等因素亦无牵连。此外,非商人商事主体不存在商事登记、商业名称以及商业账簿问题。

观察现实商事关系,非商人商事主体可能主要涉及如下几个方面情形:

#### (一) 投资者

##### 1. 股权投资者

股权投资者将其资金或者其他财产投入公司,其所投资金或者其他财产转换为公司财产,投资者角色转换为股东并享有股权。

股权投资者是商事组织的内部成员,其在法律上的主体地位如何呢?<sup>①</sup>域外商法典关于商人的界定无法将此类独立参加商事法律关系的股权投资者纳入其规制范畴,只能借助于公司这种“要式法人”或者“形式商人”笼而统之。其缺陷是这类商事主体在一般法理意义的身份或地位模糊不清,不利于从商事法律关系中认定其权利义务和责任。

股权投资者虽然参加商事法律关系,享有商事权利和承担商事义务,但他们不具有商人的职业性特征,或者说其职业性并不充分。因此,将股权投资者纳入商人概念既不符合法理逻辑,也不符合实际情况。<sup>②</sup>

##### 2. 证券投资者

在证券市场投资或者投机买卖证券的人是证券法律关系的参与者,权利义务的享有者和承担者。尽管证券交易是以投资者的名义进行的,交易效果实际上也归于投资者本人,但他们只能委托证券公司代其买卖证券(证券法第110-112条)。

域外商法典将此类证券交易行为界定为绝对商行为,并运用此种方法将这类投资者界定为商人。<sup>③</sup>这种方式多少显得有些勉强。其一,这类商事主体的职业性并不彰显,大多数情形,此类投资者多为公众“股民”,进出频繁,并非以“炒股”为职业,偶尔为之实属平常。其二,证券交易所实行的是一种集中竞价交易,尽管证券市场的投资者是证券的实际买卖人,但投资者不能直接进场交易,只能在经纪人的帮助下完成交易。因而,这类商事主体的独立性受到了较大影响。因此,将这类投资者勉强归入商人范畴并不妥当。

在一般行业,法律对普通投资者的资格并无特别要求。但是,在资本和金融这类高风险行业,为了保障这类投资者的交易安全和防控市场风险,法律对这类在公开市场(如股票交易所、柜台市场)买卖证券的投资者设置

<sup>①</sup> 其实,合伙企业内部之合伙人之地位也存在同样问题。如果承认商合伙的主体地位,将合伙的内部成员作为非商人对待,将有助于明确各自的法律地位及其权利义务关系。关于这一问题,前文已经讨论过了,这里不再赘述。

<sup>②</sup> 股权投资者本身可能就是商人,有的股权投资者甚至以股权投资为主要或者惟一业务。譬如,我国经授权的国有控股公司专门负责国有股权的管理。其他如私募股权投资者(如KKR),它们也仅是专门的股权投资者。此外,由各类基金形成的机构投资者也是如此。

<sup>③</sup> 关于这种做法,参见《日本商法典》第501条。法国在判例上将从事证券交易的人看成是商人。参见[法]伊夫·居荣《法国商法》(第1卷),罗结珍、赵海峰译,法律出版社2004年版,第65页。

了资格条件,并对之实施监管。如合格境外机构投资者(QFII)<sup>①</sup>和合格境内机构投资者(QDII)<sup>②</sup>。合格投资者要求主要体现在私募基金的投资、债券的投资、信托计划的投资、证券投资以及新三板的投资等领域。

## (二) 受益人

### 1. 信托受益人

(1) 单一信托受益人。在单一信托法律关系中,委托人将其财产转移给受托人,以其自己或者他人为受益人。<sup>③</sup> 传统上,此种信托关系多为民事信托。现代信托主要是受托人机构积极主动开发信托业务的商事信托。譬如,在家族财富的信托管理模式下,家族财富交由专门的财富管理机构(信托公司或其他财富管理机构)进行管理投资,其收益归于家族指定的子女或其他亲属供其生活或者教育等目的。<sup>④</sup> 又如,现在盛行的各种资产管理计划,委托人将其财产委托给特定机构作为受托人并由受托人对资管项下的资金进行管理或投资,委托人转换为受益人获取管理或者投资收益。

(2) 集合资金信托计划受益人。信托受益人另一种形式是集合资金信托计划受益人。<sup>⑤</sup> 他们一方面作为信托计划的投资者,在其投资认购信托计划产品后,其角色转换为信托计划的受益人,对其投资的信托计划享有受益权。

与信托计划相似的是基金份额持有人。基金份额持有人的法律地位实质上与信托计划受益人的法律地位是一致的,只不过信托计划的法律基础是《信托法》,证券投资基金的法律基础首先是《基金法》,然后才是《信托法》(《基金法》第2条规定)。

### 2. 保险受益人

投保人向保险公司交纳保费为自己或者他人购买保险,当保险事故发生后,保险公司向被保险人或者受益人给予损害赔偿或者给付保险金。在人身保险中,多数情形是投保人以自己或其亲属为受益人,在保险事故发生后,受益人享有保险金给付请求权(《保险法》第18条第2款及第2章第2节关于人身保险合同的规定)。

在商事法律关系中,受益人较少承担义务,他们往往是纯受益者。但他们确实是商事法律关系的当事人或者关系人,享有受取利益的权利。但是,他们与商人标准相距甚远,在商事法律关系中,只能作为非商人商事主体存在。

## (三) 商事辅助人

### 1. 商事代表人和代理人

在以公司为典型的企业治理结构中,公司董事、高管最具代表性。在这种关系中,他们或者代表商人或者代理人实施商行为。具体而言,董事以及经董事会授权的经理人对内负责企业的业务经营与事务管理(经理人的职责更为日常一些),对外代表公司,是公司的代表人。无论是董事或者高管,他们都对公司和股东整体承担受信义务(《公司法》第13、46、49、108、113、147、148条)。

域外商法典赋予商人选择和任命经理人的权力,即是说,这是一项特权,只有商人才能行使。但这种举措在今天看来,多少显得有些局促。现代企业的经营管理者多为职业者,具有专业知识、技能和经验。现代法律已经从理论上和制度上建立起了一套完整的商事辅助人制度。在代表关系中,他们的行为就是商人的行为;在代理关系中,他们以商人的名义实施商行为,其后果归属于作为被代理人的商人。这些商事辅助人同样是商事法律关系的主体,区别于商人的非商人商事主体。

在合伙企业中,合伙事务执行人对内执行合伙事务,对外代表合伙企业。合伙企业可以聘用经理人负责日常经营管理工作。由此可见,在合伙法律关系中,合伙人的地位与公司董事相同;合伙经理人的地位与公司高管(经理)相同。

<sup>①</sup> 关于合格境外机构投资者的界定及其规则,参见《合格境外机构投资者境内证券投资管理暂行办法》(证监会2006年第36号)。

<sup>②</sup> 关于合格境内机构投资者的界定及其规则,参见《合格境内机构投资者境外证券投资管理暂行办法》(证监会2007年第46号)。

<sup>③</sup> 我国《信托法》的表述是将其财产权“委托给”受托人。参见《信托法》第2条。

<sup>④</sup> 按照《家族财富管理之道》一书的界定,“家族财富管理是指综合运用金融、法律、财务等多种工具和组织,针对财富人士家族保障、家族理财、家族投行与家族传承等方面的个性化需求所展开的系统性安排、规划与管理活动”。参见新财道财富管理股份有限公司:《家族财富管理之道》,中国金融出版社2017年版,第41页。

<sup>⑤</sup> 关于集合资金信托计划的界定和规则,参见《信托公司集合资金信托计划管理办法》(银监会2007年第3号)。

## 2. 商事从业人员

商事从业人员主要指商人经营管理团队的核心人员,如部门经理和相关专业人员。域外商法典将之称为“商业使用人”。<sup>①</sup>他们也属于非商人群体中的成员。

在金融商事法律关系中,法律往往对从业人员设置有资质限制,这尤其体现在专业性较强的商人机构。譬如,证券公司、保险公司、信托公司以及商业银行等机构的相关从业人员须具有证券从业资格或者从业知识、技能和经验。<sup>②</sup>此外,他们还可能受到竞业限制。<sup>③</sup>至于从业人员与商人之间的雇佣关系,则属于劳动法调整范畴。

### (四) 商事代理人、经纪人、居间人

1. 商事代理人。商事代理人是代理人实施商行为的人。商事代理人可以被代理人名义进行代理,<sup>④</sup>也可以自己名义进行代理。<sup>⑤</sup>前者为直接代理,后者为间接代理。

在直接代理的情形,代理人“以被代理人的名义”实施的商行为产生的法律效果直接归属于被代理人,如无能力人或限制行为能力人的法定代理人进行的代理。

在代理人为代理商的情形下,代理商虽然是以“被代理人的名义”实施代理行为,但代理商本身即为商人,即以商事代理为职业的商人。也就是说此种代理商有自己的业务——代理业务。<sup>⑥</sup>在我国,保险代理人主要也是专门的法人机构,但也有个人保险代理(保险法第117条)。前者本身为商人,后者为非商人商事主体。

如前所述,企业经理人或者企业中特定职员基于委任关系被授权代理企业实施商行为。这些人本身并不是商人,即使企业在其领导之下,其实施的商事行为的法律效果直接归于企业本身。

在间接代理情形下,代理人则是“以自己的名义”实施代理行为。间接代理实际上包含了二层法律关系:一是代理人与委托人的内部委任关系;二是代理人与第三人的外部交易关系。这种代理可能产生三种不同的法律效果:一是由被代理人直接承受代理后果;二是由代理人承受代理后果,但委托人可以行使介入权,第三人可以行使选择权;三是直接由代理人承受代理后果,特别约定除外(合同法第402、403、421条)。

商事代理人是重要的商事主体,除了代理商(以被代理人名义)、经销商以及行纪商(以自己名义)等本身就是商人外,其他自然人代理人则为非商人商事主体。

2. 商事经纪人。经纪人是以自己的名义代理客户从事商业活动,但法律后果归属于委托人。<sup>⑦</sup>经纪人有法人和自然人二类。法人类经纪人如代客买卖证券的证券公司,其本身属于商人;再如保险经纪人,基于投保人的利益,为投保人与保险人订立保险合同提供中介服务,并收取佣金。在我国,保险经纪人实际上仅限于专业机构,自然人不得从事保险经纪业务(保险法第118条)。这样,只有普通商事关系中的自然人经纪人才是本文所谓的非商人。

3. 商事居间人。居间人是指专门为他人报告并促成订立合同机会,并于成交时收取佣金的人。在商事法律关系中,居间人提供的是有偿服务(合同法第427条),其权利义务自然应当服从商事法律的要求。居间人可能是法人,也可能是自然人。居间人为法人时即为商人,居间人为自然人时,因其缺乏职业性特征,且其提供居间服务的效果归属于合同当事人,故而属于非商人商事主体。<sup>⑧</sup>

### (五) 清算人、破产管理人

1. 清算人。公司解散后,应当在法定期限内成立清算组对解散之公司进行清算。清算人的地位类似于营运

<sup>①</sup> 如《德国商法典》第六章规定的“商业辅助人和商业学徒”;《日本商法典》第6章关于“商业使用人”的规定。

<sup>②</sup> 公司法第146条;证券法第108、109、124、131-133条;保险法第68、81、82条;《信托公司管理办法》(银监会2007年第2号)第8条;《商业银行法》第12、27条等。

<sup>③</sup> 如我国公司法第146条(五);德国商法典第60、61、74条。

<sup>④</sup> 民法总则第162条规定了“以被代理人的名义”实施的代理行为;

<sup>⑤</sup> 合同法第402、403条规定了“以自己名义”实施代理行为的情形;合同法第22章针对外贸代理专门规定了“行纪合同”。

<sup>⑥</sup> 《德国商法典》第7章和《日本商法典》第7章规定。

<sup>⑦</sup> 《德国商法典》第4编第3章关于“行纪营业”的规定;《法国商法典》第6编关于“行纪商”的规定;《日本商法典》关于“行纪营业”的规定。

<sup>⑧</sup> 参见《德国商法典》第1编第8章关于“商事居间人”的规定;《法国商法典》第5编关于“居间商”的规定;《日本商法典》第3编第5章关于“居间营业”的规定。

中公司的执行机关,负责对清算中公司进行清算,对外代表清算中公司。清算人对清算中公司承担受信义务。<sup>①</sup>清算人主要由自然人(如董事或者股东)担任,在法人或者中介机构担任清算人的情况下,须指派自然人代表。清算人属于商人(清算中公司)的帮助者,故而属于非商人主体。

2. 破产管理人。破产管理人是负责对破产企业进行清算和管理的人,其法律地位类似于营运中公司、清算中公司的董事、高管、清算人。破产管理人对内负责破产企业清算与管理,对外代表破产企业且承担受信义务。破产管理人可以由有关部门、机构的人员组成的清算组或者依法设立的律师事务所、会计师事务所、破产事务清算所等社会中介机构担任。也可以由法院指定这些机构具备相关专业知识和取得执业资格的人员担任管理人(破产法第24条)。

这说明担任破产管理人需具备“相关专业知识和取得执业资格”,同时法律还规定了不得担任管理人的消极资格(破产法第24条)。破产管理人属于非商人商事主体,即使社会中介机构也不属于商人范畴。他们均以非商人身份适用商法(破产法)规定。

## 五、几种特殊情形

### (一) 个体工商户

民法通则规定的个体工商户(民法通则第28条)被民法总则吸收(民法总则第54条)。个体工商户可以起字号并可以其字号对外从事经营活动;同时,个体工商户有固定的摊铺。因此,个体工商户也是商人。

需要注意的是,个体工商户并不一定就是商个人,因为个体工商户的“户”可能是个人,也可能是家庭。个人经营的,就是商个人,以个人全部财产承担责任;家庭经营的,以家庭全部财产承担承担责任;无法区分的,以家庭财产承担(民法通则第29条;民法总则第56条第1款)。后二种情况本质上均属于商合伙,其家庭成员具有合伙人地位,承担连带责任。

### (二) 流动商贩

流动商贩与个体工商户在实质上并无太大差别。如果说有差别的话,则体现在两个方面:一是流动商贩之所谓“流动”者,无固定摊铺也,“行商”、“走商”或“货郎”是也,走街串巷,多往来于城镇与乡村。个体工商户则有固定摊铺。二是流动商贩虽然从事的也是工商业,但多以手工业为主,如磨刀、补锅、剃头以及零售批发产品等。

在域外商法典中,流动商贩属于自由商人或任意商人,即如果其商号进行了注册登记,则为商人;如果没有登记,则不属于商人(《德国商法典》第2条)。但需要注意的是,这是商法典的处理方式。虽然现在我国尚无定论,但是,流动商贩无须登记既是商业惯例,也是立法惯例。同时,流动商贩也无须设置账簿,无须起字号(《日本商法典》第8条)。

流动商贩有个人经营的,也有夫妻或者家庭共同经营的。前者属于商个人;后者即为商合伙。

### (三) 农村承包经营户

民法通则规定的农村承包经营户(民法通则第28条)为民法总则吸收(民法总则第55条第1款)。

农村承包经营户实际上包含了承包关系与经营关系。农民承包土地并以其耕作物或自然产出物品进行售卖,性质上不属于实施商行为,自产自销不构成低买高卖的投资或投机行为。譬如,农村承包户对土地、山林进行劳作和利用,收获生物、植物原材料,包括种植业、果树栽培等。<sup>②</sup>

域外商法典将此类情形视为自由商人或任意商人,即如果登记即为商人;不登记,则不是商人(《德国商法典》第3条)。本文认为,我国同样不必受这种法典模式影响,对于农林承包户这种自产自销行为完全不必纳入商人范围。但是,如果农民承包户利用其农业、林业产出从事营业经营,则属于实施商行为,包括在农林业之外存在的从属于农林业的特定经营,如酿酒业经营、牛奶制品、木器制造等并对其产出物品进行销售,其销售的物

<sup>①</sup> 关于公司解散原因、组建清算组时间期限、清算组成员组成及其职责、义务和责任,参见《公司法》第10章规定。

<sup>②</sup> 农业耕作者不是商人,他们……并不进行《法国商法典》第632条意义上的“先买进再卖出”的活动。因此,农业耕作者销售自己土地产出的物品在性质上属于民事行为。参见[法]伊夫·居荣《法国商法》(第1卷),罗结珍、赵海峰译,法律出版社2004年版,第55-57页。

品即属于商品,其销售行为构成实施商行为。<sup>①</sup>

通过上述分析,实际上农村承包经营户可以拆分为农村承包户和农村经营户。如果农村承包户只是单纯地承包土地与林木,则不是商人;只有利用了其承包的土地或者林木从事经营活动的农村经营户才是商人。

至于农村经营户是商个人还是商合伙,则要看具体情况。根据民法通则的规定,取决于个人经营还是家庭经营。如果是个人经营的,则属于商个人;如果是家庭经营的,则属于商合伙。根据民法总则的规定,则可能包括三种情形:一人一户;家庭全体成员为一户;家庭部分成员为一户(民法总则第56条第2款)。第一种情形属于商个人;第二、三种情形属于商合伙。甚至,农村经营户还可能将其所经营的营业登记注册为企业法人,如此,其所登记注册的企业就是商法人。

#### (四) 联营

民法通则规定了三种形式的联营,即法人型联营、合伙型联营与合同型联营(民法通则第51、52、53条)。联营的问题较为简单:如果是法人型联营,就是商法人;如果是合伙型联营,就是商合伙;如果是合同型联营,则适用合同法。

#### (五) 自由职业者

自由职业者,如律师、医生、画家、作家、翻译者、个体教师等,依传统观点,基于历史、习惯和法律原因<sup>[4][P.32-33]</sup>,不属于商人。这样的理由仅限于表面解释,未能说明自由职业者不是商人的真正原因。这些自由职业者提供的服务或者作品大多是有偿的,其收取的费用几近于市场定价。如律师与当事人议定费用,画家拍卖其作品,私人医生收取诊疗费,私人教师收取培训费、教练费等。他们从事这些活动也采取了特定“营业”形式,如律师事务所、会计师事务所。如此看来,他们与商人似乎并无不同。但是,有三点是重要的:

一是他们提供的服务或者创作是他们知识、技能和经验的劳动反映,与他们的教育背景密不可分。因此,他们提供的服务或者创作是原始的,与其人身不可分割,不具有投资性或投机性。

二是他们提供的服务或者创作具有较强的专业性。如法律服务、审计服务、医疗服务或者税收服务等。与一般的商业活动不同,这种专业服务和创作不具有可复制性和可替代性,如齐白石的画的虾,陈忠实写的《白鹿原》,宋徽宗的“瘦金体”,扁鹊的诊断神技等。

三是他们提供的服务或者创作并非完全商业化,而是具有相当的社会性。如律师、会计师、公证员提供的是法律、审计和公证服务;文学艺术创作具有较强的社会影响;医生的诊疗关乎人的性命。

综上所述,基于这些自由职业者的人身性、专业性和社会性考量,的确不宜以商人的要求去规制他们。因此,对于自由职业者往往采用专门的特别法律予以规范,如律师法、会计师法、公证法、医师法等等。

但应注意的是,在某些情形下,自由职业者可以转换为商人。譬如,医师利用诊所开办药店出售药物;作家开办书店出售书籍及文具;画家租赁场地举办画展并出售字画;翻译家开办翻译公司等等。有人认为,“传统上自由职业属于民事性质,因为各种自由职业都是以个性化的智力服务为目标的,并不仅仅具有金钱性质。然而,这种身份并非始终与实际情况完全一致,如一位剧作家(民事活动)可能成为剧场的经理(商事活动)……自由职业者不仅可以组成‘民事公司’,<sup>②</sup>而且还可以组成‘商事公司’。因此,商事企业与自由职业企业之间的区别也正在趋于消失”<sup>[3][P.57-58]</sup>。这种观察无疑是正确的,但其引导的结论忽略了自由职业者角色的转换即意味着其法律地位的转转。实际上,在这些情形下,其所开办和经营的药店、书店、画展、翻译等营业(可能是个人独资或者合伙甚或公司)具备了商人的性质,自由职业者的身份已经转换了。

#### (六) 民办学校、医院等

随着改革的深入,我国的教育和医疗事业改革也在推进。利用社会或者民间资金兴办教育、医疗事业是利国利民的有益举措。然而,民办学校和民办医院以及其他类似的具有公益性质的民办机构的性质如何,是否可

<sup>①</sup> 农业技术的现代化打破了这一格局……如工业化养殖业,需要购进幼畜和必要的饲料,待其生长成熟,再将其外销。参见[法]伊夫·居荣《法国商法》(第1卷),罗结珍、赵海峰译,法律出版社2004年版,第55-57页。

<sup>②</sup> 《法国民法典》第1845条规定了“民事公司”,在商法上主要适用于自由职业、不动产建筑业、农林业等。但是,学理上认为这种区分因其不合时宜而正在“走向消亡”。参见[法]伊夫·居荣《法国商法》(第1卷),罗结珍、赵海峰译,法律出版社2004年版,第225-227、240-241页。《日本商法典》第52条也规定了“民事公司”,主要适用于农、林、水产、制盐等行业。根据《日本商法典》第4条(二),民事公司被视为商人,学理上称之为“拟制商人”。参见吴建斌《现代日本商法研究》,人民出版社2003年版,第67页。

以将其作为商人对待,颇值得研究。

若从民间筹资行为和资金来源来看,民办学校、医院显然具有私主体性质,其营利性显而易见;但若从学校从事的是教育事业和医院从事的是医疗事业来看,它们又具有公益性质。这是它们的目的事业。也即是说,它们并非以从事商业活动为职业,至少商业活动不是其主要目的,更多的只是一种手段。

很显然,不能将民办学校、医院当做商人对待,因为它们主要从事的是公益活动,不是商事行为。<sup>①</sup>但是,它们的确又在参与某些商事关系,如民办学校、医院的设立、管理和运作。譬如,为了获得办学资金而向社会募集资金、发行股份,甚至将来民办学校、医院或可上市。由此可见,民办学校的产权关系、组织关系、管理关系大有可能适用商人之组织法规定,但关于民办医院的教育、医疗事业则具有非市场化的公益性质,显然不能适应商人之行为规则。因此,本文认为,可将民办学校、医院作为非商人商事主体对待,而不是作为商人对待。具体可区分为二种情况:第一种情形是投资设立民办学校、医院的股权投资者(或者合伙人)是商事组织的内部成员,与民办学校、医院形成内部股权关系(或者合伙关系),因此,其设立、登记、出资、治理等适用公司法(或者合伙法)。第二种情形是,尽管民办学校、医院可以实施某些商事行为,如发行股份等,但是,这些行为并非民办学校的主要或者目的性行为,而是附属的非根本性行为。再者,这些附属的非根本性行为也不具有职业性特征。因此,这些行为的商法适用取决于具体情况,即如果他们实施了这样的行为才可能导致商法(如公司法、证券法等)的适用。对于民办学校、医院的主要目的事业,如教学工作、医疗工作等管理和业务的开展则应遵守专门的教育法、医疗法或者相关职业准则。

#### (七) 合作社

民法总则赋予了合作社民事主体地位。<sup>②</sup>尽管合作社也有营利动机并采取营利手段从事商业活动,但它在本质上却属于合作互助组织。合作社的财产来源并非全部是社员出资,<sup>③</sup>其营业模式不是充分的市场行为。譬如农村信用合作社对其社员的贷款并不是完全按照市场利率,大多是低息贷款。又如,我国的农民专业合作社也体现了很强的济贫扶弱色彩(农民专业合作社法第2、37条)。因此,合作社不是商法人。尽管合作社的本质是合作互助,但它确实也存在营利性的一面。因此,在合作社实施具体的商事活动时,它可以非商人的身份参与商事法律关系。

此外,我国还存在着股份合作企业。股份合作企业与一般合作社不同。虽然股份合作企业具有合作互助的性质,但其商人性也比较明显。<sup>④</sup>股份合作制企业这种“非驴非马”的事物是否能够成为一种确定的企业形态存在,尚在改革试验中。本文认为,股份合作制企业最终的可能归宿应是股份制企业。不过,这是另外的话题。

#### (八) 公法人

公法人,大致而言,是指依照公法而成立的法人。<sup>⑤</sup>公法人也可能基于某种需要实施私人行为,参与私人法律关系,从而被纳入私法的视野<sup>[9] P. 25-26</sup>。

公法人虽然可以成为商事法律关系的主体,但却不能成为商人。<sup>⑥</sup>也就是说,当公法人参与商事法律关系时,它只能以非商人的身份出现。一是因为其性质上属于执行国家或社会公共职能,在功能上与商人之私利行为存在着利益冲突;二是因为公法人实施商行为,一般来说,大多是基于某种需要因时因事而为,而非职业性地

<sup>①</sup> 据杨立新教授介绍,民法学者认为民办教育机构、民办医疗机构和民办养老院不是营利性法人,而是事业单位法人。不过,杨教授本人似乎倾向于这些机构的选择,即如果它们选择营利性性质,就是营利法人;如果选择非营利性性质,就是事业单位法人。参见杨立新:《民法总则:条文背后的故事与难题》,法律出版社2017年版,第220页。

<sup>②</sup> 民法总则第96、100条。

<sup>③</sup> 据李建伟教授考察,“合作社的财产一般来源于社员出资,合作社经营积累、政府财政补助以及社会捐赠等四个方面”。参见李建伟:“民法总则的商事主体制度设计:承继、改革与重构”,载《中国商法年刊》(2015年),法律出版社2015年版,第357页。

<sup>④</sup> 股份合作制企业的法律供给不足,除《公司法》外,相关行政法规请参见《城镇集体所有制企业条例》(1991)、《关于发展城市股份合作制企业的指导意见》(1997)、《企业法人登记管理条例》及其《施行细则》。

<sup>⑤</sup> 在比较行政法意义上,各国的认知可能有所不同。如法国行政法上除了一般性公法人外,同时还存在“公务法人”概念。参见王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1989年版,第38、119-125页。但如英国法上所谓的公法人,则是指中央行政机关和地方行政机关之外,单独存在的从事公共事务的半自治的国家行政机构或非政府组织。参见王名扬:《英国行政法》,中国政法大学出版社1987年版,第86页。

<sup>⑥</sup> 虽然德国民法典第31、42、89条规定了公法人的民事主体地位,但公法人却难以成为商人。卡纳里斯教授明确指出,公法人本身不符合商人概念的要件。参见[德]C. W. 卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第58页。

从事商业活动。

我国民法通则规定的“机关法人、事业单位和社会团体”属于公法人(民法通则第50条);民法总则将公法人分别规定在“非营利法人”和“特别法人”范畴之内。非营利法人范畴内的“事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构”主要从事公益事业;特别法人范畴内的“机关法人”可谓典型的公法人,因为它是“承担行政职能的法定机构”。“基层群众性自治组织法人”作为政治性组织团体也属于公法人范畴,如居民委员会、村民委员会(民法总则第三节和第四节)。此外,《物权法》对国家所有权进行了专门规定(物权法第45-57条)。

从我国的情况来,公法人作为非商人商事主体参与商事法律关系的情形还是比较广泛的。择其要者,试举几种典型情形:其一,国家作为国有资产所有人参与商事法律关系。譬如,对于经营性国有资产而言,国务院代表国家行使国有资产所有权。国务院和地方人民政府依照法律、行政法规的规定,分别代表国家对国家出资企业履行出资人职责,享有出资人权益(企业国有资产法第2、3、4条)。其二,政府发行债券及其债券的交易。在我国,政府不仅可以发行国债,而且所发行的债券还可以在证券市场以及在银行间债券市场进行交易(证券法第2条及《全国银行间债券市场债券交易管理办法》(人民银行2000第2号)第2、3、4条)。其三,政府与私人间的合作,典型者如BOT、PPP等。<sup>①</sup>除这些情形外,公法人还可能在其他情形参与商事法律关系,如政府采购。<sup>②</sup>

## 六、结语

在我国,商事主体的法律地位一直处境尴尬。一个原因是,在民商合一的思想主导下,商事主体概念并不彰显,一切民事、商事领域均采用民事主体替代商事主体。商事主体这一概念也从未成为正式的立法和裁判表述。商事主体是社会财富的创造者,是人类福祉的提供者,其在法律地位上存在的这种巨大反差极为不正常,也极为不公平。

民事主体替代不了商事主体。总体来说,民事主体立足于财产的拥有、支配与传承;商事主体则立足于财富的创造、利用与开发。因而,二者的法律理念、目标和效果不同。用民事主体概念统合商事主体,必然导致对商事主体的傲慢与偏见。

另一原因是,商法理论自身的懵懂与模糊也严重地影响了人们对商事主体的认知。将商事主体区分为商人与非商人将有助于人们对商事主体有一个清晰的了解。一则域外商法典对商人概念已经有了非常精确界定,商人概念历经千锤百炼,具备了较为确定的内涵和周延的外延,我们完全可以继续保留这一概念的核心理念,使之服务于商事关系商法调整的需求。本文关于商人认定标准的三要素即可确定商人的身份,而不必另外创造新的概念替代之。保留商人概念可以在法技术上解决创造新概念引发的重新界定的问题和困惑。<sup>③</sup>因为要创设一个新的概念,必然面临重新界定所引发出新的不确定性和不周延性。<sup>④</sup>

然而,财富的创造并不仅仅由商人完成,也不仅仅只有商人才能实施商行为。因此,将商人概念与非商人概念予以区分,既可以提升非商人商事主体(尤其是在金融商事领域)的法律地位,又有利于解决一些特殊情形(如民办机构、公法人等)的法律适用问题。同时,也有利于辨别学术认识上的一些混乱,如将本来只有非商人才能具备的一些身份、能力、品行等资格性条件加诸于商人就是因为没有将商人与非商人分开的缘故。

因此之故,如欲确立商事主体在我国商事法律体系中的应有地位,对商事主体的研究则需“内外兼修”。对

<sup>①</sup> BOT(Build-Operate-Transfer,即“建设-经营-转让”)与PPP(Public-Private Partnership,即公私合伙制)均为政府与私人机构就基础设施或者公共产品或服务的投资、建设、经营建立起的一种协议合作模式。

<sup>②</sup> 政府采购同时也是行政法关注的对象。参见《政府采购法》(2002)第2、14、44等条文。

<sup>③</sup> 蒋大兴教授还认为,“引用‘商人’概念,将有助于强化中国社会的‘私人力量’,促动中国社会自下而上而渐进而安全地实现民主性变革,一旦作为民间权力中心的商人力量集中到一定程度,中国社会的宪政格局就会借助于商人利益集团与既有政治集团的协商性谈判得到改良”。“商人始终是宪政民主改革的主导或者重要推动力”。“因此,保留‘商人’概念意味着保留了一支良性的社会力量”。参见蒋大兴“商人,抑或企业?——制定《商法通则》的前提性疑问”,载《清华法学》2008年第4期。

<sup>④</sup> 如奥地利起草的《企业法典》采用了“经营者”这一概念替代了其《商法典》中的“商人”概念。参见《〈奥地利企业法典〉政府草案》立法理由书节选(葛平亮译);德国商法学者卡斯滕·施密特力主用“企业法”替代“商法”。参见卡斯滕·施密特“从商法到企业私法”。前面两篇文章同时刊载于王洪亮等主编《中德私法研究》(第15卷),北京大学出版社2017年版,第120页,第90-110页。《澳门商法典》也采用了“商事企业”概念替代了“商人概念”。参见《澳门商法典》第1-2条。但无论是“经营者”还是“企业”,都会面临着从新界定的问题和困惑,甚至在很大程度上无非还是其固有“商人”概念的翻版而已。

外而言,必须廓清商事主体与民事主体的区别,商人识别标准的三要素则是判断依据;对内而言,只有将非商人概念从商人概念中割裂开来,方能显现出二者的不同特性,从而适用不同的商法规则。

#### 参考文献:

- [1] 《德国商法典》杜景林、卢谔译,中国政法大学出版社2000年版。
- [2] 《法国商法典》金邦贵译,中国法制出版社2000年版。
- [3] [法]伊夫·居荣《法国商法》(第1卷),罗结珍、赵海峰译,法律出版社2004年版。
- [4] [德]C. W. 卡纳里斯《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版。
- [5] 施天涛“公司资本制度改革:解读与辨析”,载《清华法学》2014年第5期。
- [6] [英]亨利·梅因《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版。
- [7] [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。
- [8] 范健《德国商法:传统框架与新规则》,法律出版社2003年版。
- [9] 孙宪忠《国家所有权行使与保护研究》,中国社会科学出版社2015年版。

## The Inheritance of the Concept of Merchants and the Dual Structure of the Commercial Subjects

*Shi Tiantao*

**Abstract:** There are actually two types of participants in modern commercial relations: merchants and non-merchants. From a legal prospective, they are both the subjects in commercial relations. They have rights, and they assume obligations and responsibilities in commercial acts. Therefore, the composition of our commercial subjects should not only include the concept of merchants, but also recognize the legal status of non-merchants in commercial relations. The role of such non-merchants in financial and commercial relations is particularly prominent.

This article refined three elements in identifying a merchant: conducting commercial acts as a profession; and conducting commercial acts on behalf of the merchant. Non-merchants do not satisfy all three elements: in some cases, there is a lack of independence; in other cases, the subjects do not conduct commercial acts as a profession. However, one shared character between merchants and non-merchants is that they both engage in commercial acts. Without this element, non-merchants are not commercial subjects, provided, in exceptional circumstances, the engagement of commercial acts is not its main purpose, but only is subsidiary.

**KeyWords:** Commercial Subjects; Merchants; Non-Merchants; Three Elements

(责任编辑 鄢梦萱)