

民法总则与公司法的适用关系论

钱玉林*

内容提要：民法总则作为私法的一般性规则，对公司法具有补充适用和漏洞填补的功能。民法总则施行后，在法律适用上应协调好与公司法的关系。民法总则有关法人、营利法人以及法律行为的一般性规则，对公司法均有补充适用的余地。在公司决议的成立与撤销、公司解散时的清算义务与清算后剩余财产的处理等问题上，应处理好公司法特别规定的优先适用与民法总则一般规定的补充适用之间的关系。公司法对公司董事以法人名义实施的民事法律行为缺乏规范，应以类推适用的方法适用民法总则的规定，以填补该项漏洞。同时，以民法总则的法源条款填补公司法上的其他漏洞时，应充分关注法源适用的顺位，使有关公司的商事习惯法优先于民法适用。公司法在被民法总则提取共同性规则后，出现诸如公司法总则的空洞化、民法总则一般规定抽象不足而引起的法律理解与适用上的难度，以及民法总则个别规定造成体系违反等问题，对此需要重新整合。

关键词：民法总则 公司法 补充适用 漏洞填补

民法总则的施行对商事单行法产生重要的影响，主要表现为：一是商事单行法的立法要与民法总则相协调；二是在法律适用上，民法总则对商事案件具有补充适用和漏洞填补的功能。在各商事单行法中，公司法受民法总则的影响最大。公司法规范公司的组织和行为，⁽¹⁾民法总则有关法人、营利法人以及法律行为的一般性规则，对公司法均有补充适用的余地。从立法的角度，公司法应避免重复性规定，方能实现民法总则的统领作用。在公司法与民法总则相协调时，存在亟待研究解决的问题，如公司法总则是否还有存在的意义、公司法剩余规则的碎片化如何重新整合，以及民法总则抽象性规则体系违反所带来的法律漏洞等。在法律适用上，民法总则有关法人决议成立的一般规定和法律行为的一般性规则，以及有关法人解散时的清算义务与清算后剩余财产的处理规则，应如何与公司法的规定相协调。此外，民法总则不仅对公司法漏洞具有填补的功能，而且确立了法律漏洞填补的规

* 华东政法大学经济法学院教授。

(1) 公司法第1条规定“为了规范公司的组织和行为，保护公司、股东和债权人的合法权益，维护社会经济秩序，促进社会主义市场经济的发展，制定本法。”

则,如何类推适用民法总则的规定,以及在适用民法总则的法源条款填补公司法漏洞时,该条款是否存在进一步检讨的空间,等等。这些问题在民法总则施行后应当引起高度重视,提出切实的解决办法。

一、民商合一体例下民法总则的规范意义

我国制定的民法总则秉持了民商合一的立法传统,“统一适用于所有民商事关系,统辖合伙法、公司法、保险法、破产法、票据法、证券法等商事特别法”。⁽²⁾民法总则规定的民事活动的基本原则和一般性规则,“亦为商事活动提供基本遵循”。⁽³⁾应当说,民法总则是民商合一体例最为集中的表达。在立法路径和技术上,“民法总则草案以1986年制定的民法通则为基础,按照‘提取公因式’的方法,将其他民事法律中具有普遍适用性的规定写入草案。……同时,按照民商事法律关系的内在规律,注重与民法典各分编和其他部门法的有机衔接。”⁽⁴⁾这种以总则编引领民法规范的体系化、法典化的体例,应当是借鉴德国潘德克吞式的法典编纂技术和体例的结果。从民法总则编有关概念的提炼、法律原则的概括和一般性规则的归纳等方面,都可以观察到民法总则采取“提取公因式”的方法,力图使民法总则部分的规范“在民法典中起统领性作用”,“统领民法典各分编”。⁽⁵⁾

民法总则是被作为私法的基本法对待的,而作为私法最重要组成部分的民法和商法,在立法体例上向来存有争议。从共同具有的私法属性以及共用的基本法律概念、共享的基本法理来看,民法和商法是一般法和特别法的关系。无论是民商分立还是民商合一,都不能改变民法与商法的关系,“特别法优先”的法律适用原则也不会被突破。但由于法典化的民商事法律体系结构发生了变化,孰为一般法,孰为特别法,或者一般法与特别法的对应关系发生了微妙的改变。虽然名义上(仅从概念本身)在两种立法例下,民法总则都是民法分则和商法的一般法,民法分则都是商法的一般法,但在民商分立体例下,民法总则和民法分则组成的民法典是商法的一般法,民法典和商法是平行的两套法律规则(当然,这里所称的平行并不意味着民法和商法是各自独立的,二者之间仍然是一般法和特别法的关系)。例如,在采取民商分立体例的德国,对于公司法,民法典总论部分和债法总论部分共同作为民法的一般规定予以补充适用。⁽⁶⁾而在民商合一体例下,民法典总则编是民法典分则和商法共同的一般法,民法分则和商法是平行的两套法律规则。简言之,在民商合一体例下,民法总则提取了民法分则和商法的“公因式”后形成一般性规范;而在民商分立体例下,民法总则仅规定了私法的一般原则,并着重提取民法分则部分的“公因式”后形成一般性规范。同样是民法总则,在两种不同的立法例下,其内涵和外延都悄然发生了变化。因此,需要对民商合一体例下民法总则的规范意义作出新的认识。

(2) 王利明《民商合一体例下我国民法典总则的制定》,《法商研究》2015年第4期,第3页。

(3) 2016年6月27日全国人大常委会法制工作委员会主任李适时在第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议上所作的《关于〈中华人民共和国民法总则(草案)〉的说明》。

(4) 同上。

(5) 2017年3月8日全国人民代表大会常务委员会副委员长李建国在第十二届全国人民代表大会第五次会议上所作的《关于〈中华人民共和国民法总则(草案)〉的说明》。

(6) 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39页。

公司法是规范公司组织和行为的基本法，属于典型的商法范畴。民法总则中的基本规定以及有关法人、民事权利、民事法律行为、代理、民事责任、诉讼时效、期间计算等规定，都与公司有关，尤其是关于法人和营利法人的一般规定，其实与立法规划中的民法典分则各编无多大关系，⁽⁷⁾而恰恰与民法典编外的商事单行法——公司法——关系最为紧密，几乎可以取代现行公司法的总则以及公司法有关有限责任公司和股份有限公司的共通性规则。毫不夸张地说，民法总则的这些规范甚至可以称为简版的公司法。从民法典总则编的功能，即具有普遍的适用性而言，民法总则必须用既抽象又精确的语言来表达，这当然会面临一种两难的局面：“要么制定一些非常一般的规则，这样，一般规则的数量势必就很少，总则编为以下诸编减轻负担的效果难以发挥出来；要么承认在一般规则之外，还存在个别的例外。”⁽⁸⁾我国民法总则有关法人和营利法人的一般性规则，从根本上是立法者基于总则功能在法律政策方面的考量。在有关法人的一般规定中，立法者采取了第二种立法政策，在许多规定中承认了一般性规则的例外情形，来矫正因一般规定的抽象化所产生的不适当的涵盖面。例如，关于法人的设立，民法总则第58条第3款规定“设立法人，法律、行政法规规定须经有关机关批准的，依照其规定。”这显然是对第2款所规定的现行法律、行政法规对法人设立采取准则主义原则的例外。⁽⁹⁾其他的例外还包括，法人分立的权利义务承受（第67条第2款）、法人终止（第68条第2款）、法定清算人（第70条第2款）、法人剩余财产的处理（第72条第2款）以及法人分支机构的设立（第74条第1款）。但对于营利法人的一般性规则，民法总则采取了第一种立法政策，使这些一般性规则具有了在适用范围上不受任何限制的普遍适用功能。不过，这种不受限制性不能脱离总则规范的意义来理解和把握，因为立法上不能限制作为特别法的公司法对民法总则所涉事项作出特别规定，并且一旦公司法作出了相应规范，就需要识别公司法的规定究竟与民法总则的规定有无特别之处。否则，民法总则的一般性规定不仅没有对公司法的减负产生效果，反而会给公司法的立法和适用带来困境。

设置总则编的民法典是一种由总则统领、再由分则具体演绎的法律规范体系。从结构上讲，其完全遵循从一般性到特殊性的规范制度体系逻辑。但在寻找针对待决案件事实的裁判法源时，则应遵循从特殊性到一般性规范的思维逻辑。就商事案件的处理而言，只有当商事单行法和民法典分则各编就某一事项没有特别规定时，才能适用民法总则的一般性规则。民法典从一般到特殊的立法逻辑展开，与法官裁判案件时从特殊到一般的找法思维逻辑恰好是相反的。从法律适用的角度来理解，民法总则的规定是补充性的、兜底性的，这是因抽象概念所具有的丰富内涵并由此带来的牺牲外延的逻辑结果。例如，关于公司的设立，应先适用公司法的规定（公司法第6—8条、第二章第一节、第58—60条、第65条、第四章第一节），再适用民法总则关于营利法人的规定（民法总则第77—79条），最后适用民法总则关于法人的规定（民法总则第58条）。这个找法的过程其实并不那么轻松，“在判断某一法律关系时，必须从不同的领域里提取规范，而这些规范之间的关联往往不好把握”。⁽¹⁰⁾

(7) “民法典将由总则编和各分编组成，目前考虑分为物权编、合同编、侵权责任编、婚姻家庭编和继承编等。”参见前引(5)，李建国所作《说明》。

(8) [德]迪特尔·梅迪斯库《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第31页。

(9) 民法总则第58条第2款规定：“……法人成立的具体条件和程序，依照法律、行政法规的规定。”

(10) 陈卫佐《德国民法总论》，法律出版社2007年版，第33页。

在某种意义上,当法官面对某个待决案件需要整理出适用的法律规范时,可能不如立法上直接作出明确的规定更具有现实的意义,但这样的立法不可避免地会出现重复、赘述的现象,而民法总则不仅实现了立法经济的目的,更能发挥其补充性和兜底性的功能,以解决法律适用之难题。

对于公司纠纷案件而言,对公司法为特别法的认识一直到2005年公司法修正后才逐步被落实。在此之前,涉及股权转让、股票确权、公司收购、股份回购等方面的纠纷一直被类型化为“合同纠纷”、“权属纠纷”和“侵权纠纷”等民事纠纷,⁽¹¹⁾并依照民法通则和合同法的规定处理。直到2007年才将这类案件的案由表述为“与公司有关的纠纷”,⁽¹²⁾强调该类案件所涉法律关系的性质不能简单地定性为合同关系或侵权关系。最高人民法院民二庭负责人就《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》(以下简称“公司法解释三”)答记者问时指出,“按照商法规律正确解决一些在实践中长期存在分歧的问题,依法引导各级法院树立商法意识,强化商法理念,妥善审理公司诉讼案件”。⁽¹³⁾可见,与民事审判观念在我国已经形成传统相比,商事审判所经历的时间并不算长,要真正养成商事审判理念尚需时日。在具体处理公司纠纷案件时,特别法优先的法律适用规则得以贯彻其实并非易事。例如,对于登记在夫妻一方名下的股权转让应如何适用法律的问题,有的法院认为,应适用民事一般法的规定,认定该股权为夫妻共同财产,按照婚姻法对夫妻共同财产处理的规则予以解决。⁽¹⁴⁾但也有法院认为,股权属于商法规范内的私权范畴,应当适用公司法的规定,而不应适用调整婚姻及其财产关系的法律规定。股权转让应由股东本人独立行使,不受他人干涉。⁽¹⁵⁾笔者赞同后者的裁判意见。股权兼具财产属性和人身属性,有限责任公司的“人合性”决定了股权的人身属性更为重要。因此,股权转让权应由股东本人独立行使。至于股权转让获得的对价,应依照婚姻法的规定,认定为夫妻共同财产。由此观之,在司法实践中处理“与公司有关的纠纷”时,首要问题就是基于案件待决事实,识别公司法究竟是否属于所关联的特别法。

在强调民法对公司法的补充适用和漏洞填补功能时,有一个问题值得注意,即民法与公司法之间一般法与特别法的关系建立在二者对同一事项作出规定的基础上,如非同—事项,则没有民法与公司法之间法律适用的问题。这在商事审判实践中往往被忽视,导致在处理某些公司纠纷案件时产生无谓的争议。例如,关于有限责任公司股权转让合同纠纷,长期以来,多数法院认为,公司法第71条是认定股权转让合同效力的特别法。⁽¹⁶⁾但也有部

(11) 参见最高人民法院《民事案件案由规定(试行)》。

(12) 参见最高人民法院《民事案件案由规定》。

(13) 《规范审理公司设立、出资、股权确认等案件——最高人民法院民二庭负责人答本报记者问》,《人民法院报》2011年2月16日第3版。

(14) 参见何英与陈登国股权转让纠纷案,四川省高级人民法院(2013)川民提字第357号民事判决书。

(15) 参见艾梅、张新田与刘小平、王鲜、武丕雄、张宏珍、折奋刚股权转让纠纷案,最高人民法院(2014)民二终字第48号民事判决书。

(16) 例如,《山东省高级人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的意见(试行)》第45条、第47条规定,股东未按照公司法第71条规定征得其他股东过半数同意或侵害其他股东优先购买权的,其他股东可以申请撤销股权转让合同。《江苏省高级人民法院关于审理适用公司法案件若干问题的意见(试行)》第62条规定,股东未履行公司法规定的其他股东同意手续的,应认定股权转让合同无效;侵害其他股东优先购买权的,可以申请撤销股权转让合同。2003年发布的《最高人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的规定(一)(征求意见稿)》也规定,股东未经其他股东过半数同意或者侵害其他股东优先购买权的,其他股东可以申请撤销股权转让合同。

分法院认为，股权转让合同的效力应当依照合同法的规定来认定。⁽¹⁷⁾ 最高人民法院认为，“对此类合同的效力，公司法并无特别规定，不应仅仅因为损害股东优先购买权认定合同无效、撤销合同，而应当严格依照合同法规定进行认定。”⁽¹⁸⁾ 这两种观点其实都不全面。如果将股权转让合同分为合同的成立与生效以及合同的履行两个阶段，那么，股权转让合同的成立与生效可以理解为负担行为的成立与效力，属于合同法规范的对象；但股权转让合同的履行不纯粹是合同法规范的事项，合同履行过程中涉及的股权变动正是公司法第 71 条所规范的“股权转让行为”，当然会对股权转让合同的履行产生影响。换言之，最高人民法院关于公司法对股权转让合同效力并无特别规定的观点值得肯定，但同时应当承认公司法第 71 条为股权转让合同履行的特别法。再如，实务中对公司违反公司法第 16 条提供的对外担保的效力，也是纷争不断。法院大多从该法律规范的性质，即究竟是任意性法律规范，还是效力性强制规范或管理性强制规范的角度，作出不同裁判并阐释其判决理由。⁽¹⁹⁾ 然而，无论该规范的性质为何，该条并非在于规范公司与第三人之间有关担保或投资的行为，而在于规范公司内部关于担保或投资事项的意思决定程序，公司对外担保合同的效力仍应依照合同法的相关规定来认定。公司法并无有关担保合同效力的特别规定，但公司法的规定对认定第三人是否善意仍具有规范的意义。⁽²⁰⁾ 因此，在处理公司纠纷案件时，正确认识公司法与民法的关系是正确适用法律的基础。

二、公司法优先适用与民法总则补充适用的争点问题

对比公司法与民法总则，不难发现，公司法优先适用与民法总则补充适用的规范，主要体现在民法总则有关法人的一般规定和营利法人的一般性规则（第 57—86 条）以及有关法律行为的一般性规则（第 133—160 条）。其中，有些事项民法总则作出了规定，但公司法并无特别规定，如法定代表人的行为及其后果、⁽²¹⁾ 公司登记对抗第三人的效力，⁽²²⁾ 以及

(17) 例如，《上海市高级人民法院关于审理涉及公司诉讼案件若干问题的处理意见（一）》第 3 条以及《上海市高级人民法院民二庭关于审理涉及有限责任公司股东优先购买权案件若干问题的意见》第 12 条规定，股权转让合同的成立和效力应当依照合同法的相关规定认定，其他股东以未经其同意或侵害优先购买权为由请求法院撤销股权转让合同或确认股权转让合同无效的，法院不予支持。《陕西省高级人民法院民二庭关于公司纠纷、企业改制、不良资产处置及刑民交叉等民事疑难问题的处理意见》第 1 条规定，未经其他股东过半数同意的股权转让合同既非效力待定合同，也非附履行条件的合同，其效力始于成立之时。股东对外转让股权，签订合同就应当履行，转让人有义务向公司的其他股东征求同意，为合同的履行创造条件。如果合同不能履行，转让人应承担违约后果，除非合同约定免除其责任。

(18) 杜万华主编《最高人民法院公司法司法解释（四）理解与适用》，人民法院出版社 2017 年版，第 16 页以下。

(19) 例如，在招商银行股份有限公司大连东港支行与大连振邦氟涂料股份有限公司、大连振邦集团有限公司借款合同纠纷案中，最高人民法院认为，公司法第 16 条第 2 款是关于公司内部控制管理的规定，宜理解为管理性强制性规范，不应以此作为评价合同效力的依据。参见《最高人民法院公报》2015 年第 2 期，第 30 页以下。

(20) 参见钱玉林《公司法第 16 条的规范意义》，《法学研究》2011 年第 6 期，第 134 页。

(21) 民法总则第 61 条、第 62 条对法定代表人的代表行为及其后果和法定代表人职务侵权行为作出了规定，而公司法对公司法定代表人的外部行为并未作出任何特别规定，故民法总则的规定当然适用于公司法定代表人的外部行为。

(22) 公司法仅对股东的登记及其效力作出了规定（公司法第 32 条第 3 款），但对其他事项登记的效力未作规定。而民法总则第 65 条规定“法人的实际情况与登记的事项不一致的，不得对抗善意相对人。”民法总则的该项规定对认定公司其他登记事项的效力当然可以补充适用。

公司设立行为的责任等。⁽²³⁾ 民法总则的这些一般性规定构成了公司法律规范体系的组成部分。从适用法的角度,民法总则对这些事项的规定与公司法规范之间不存在“特别法优先”的问题,仅为民法总则补充适用的问题,因而在司法实践中一般不会产生太多的困惑。值得讨论的主要是,在同一事项上既有民法总则的一般规定,又存在公司法的特别规定时,应如何正确适用法律的问题。依照“特别法优先”的法律适用原则,公司法有规定的优先适用;公司法没有规定的,补充适用民法的规定。但在依照这一法律适用原则处理公司决议成立与效力以及公司解散时的清算义务与清算后剩余财产处理的问题时,将会面临公司法规范与民法总则规定之间相冲突的难点问题。

(一) 公司决议成立与效力的法律适用问题

公司法对公司决议是否成立的问题没有作出规定,而民法总则第134条第2款规定了法人决议的成立,即“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。”按照民法总则补充适用的规则,这一规定可以成为认定股东(大)会、董事会决议成立与否的裁判依据。但公司法第22条第2款规定,股东(大)会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程的,为可撤销决议。这就产生了一个疑问:违反法律或公司章程规定的议事方式和表决程序所作的决议,究竟是依照民法总则的规定认定为决议不成立,还是依照公司法的规定认定为决议可撤销?按照法律行为的一般理论,法律行为的成立与否属于事实问题,法律行为的效力则为法律价值的判断问题。也就是说,民法总则第134条第2款是从法律行为成立的角度来规定决议行为的,即“依照法律或者章程规定的议事方式和表决程序作出决议”,应当被理解为“决议”这一法律行为的成立要件。如果股东(大)会、董事会会议不具备决议资格,如无召集权人召集会议、不符合出席法定数等,或者所作的决议欠缺成立要件,如未达最低表决权数等,则应认定为不具备民法总则第134条第2款规定的决议成立要件,该决议不成立或不存在;⁽²⁴⁾ 如果股东(大)会、董事会决议符合成立要件,但违反法律或公司章程规定的其他议事方式和表决程序,则应认定为具备公司法第22条第2款规定的撤销事由,该决议为可撤销决议。因此,民法总则第134条第2款与公司法第22条第2款分别规范决议的成立与撤销,不存在冲突的问题。

关于公司决议的撤销及其法律后果,公司法第22条第2款规定了股东(大)会、董事会决议撤销的事由和撤销之诉,但并未规定决议撤销的法律后果。而民法总则第85条明确规定了营利法人的权力机构、执行机构作出决议的撤销事由和法律后果,其“但书”部分的规定对公司决议撤销的法律后果有补充适用的余地。⁽²⁵⁾ 此外,民法总则规定了民事法律

(23) 公司法仅规定了股份有限公司未成立时设立行为的法律后果,对有限责任公司设立人的行为以及股份有限公司的其他设立行为均未作规定。“公司法解释三”第2、3、4条通过司法解释的方法,填补了公司法上的漏洞。民法总则第75条系统规定了法人设立人的行为及其后果。在民法总则施行后,“公司法解释三”的有关规定不再适用,应当补充适用民法总则的规定。

(24) 参见钱玉林《公司法实施问题研究》,法律出版社2014年版,第119页以下。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》吸收了法律行为的理论,在公司法规定的决议撤销和无效之外增加规定了决议不成立的效力类型,这一规定被视为该司法解释的重要制度创新和亮点所在。参见前引〔18〕,杜万华主编书,第144页。

(25) 民法总则第85条规定“营利法人的权力机构、执行机构作出决议的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规、法人章程,或者决议内容违反法人章程的,营利法人的出资人可以请求人民法院撤销该决议,但是营利法人依据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。”

行为因“重大误解、欺诈、胁迫或显失公平”等事由可撤销，同时规定了撤销权行使的期间、效力和法律后果。⁽²⁶⁾ 这些规定对公司决议是否也有补充适用的余地呢？既然立法上承认法人决议行为具有民事法律行为的性质，那么，民法总则关于民事法律行为撤销的规定理应适用于法人决议。惟存在的疑问是，公司决议虽为民事法律行为，但毕竟不同于自然人的意思决定，而是一种有赖于意思决定程序的法律行为，民法上基于自然人主观心理的瑕疵判断，如错误、欺诈、胁迫等，难以适用于公司决议。⁽²⁷⁾ 故民法总则中有关民事法律行为重大误解、欺诈、胁迫的规定，对公司决议并无补充适用的余地。然而，民法总则第151条有关民事法律行为“显失公平”的规定，即“一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，致使民事法律行为成立时显失公平的，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销”，能否适用于公司决议，值得讨论。

从立法表述上看，该条似乎适用于合同行为，对公司决议这种“共同行为”并不适用。但公司决议采取多数决原则，决议的赞成者和反对者形成了事实上的对立双方，客观上存在优势一方侵害另一方的可能性。例如，公司增资时，控股股东利用显失公平的股价来稀释其他股东的股权，在此情形下，应当对受损害股东予以司法救济。比较法上，日、韩等国公司法都将决议“显著不公正”，作为决议撤销的理由。⁽²⁸⁾ 因此，民法总则第151条对显失公平的公司决议应当有补充适用的余地。值得一提的是，公司法第20条规定，“公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益……”。该条实际上是民法上禁止权利滥用原则的具体化，也能涵摄公司决议显失公平的情形，而且该条明显具有强制性法律规范的属性，由此产生的法律后果应认定为无效更符合法意。就民法总则第151条与公司法第20条的关系而言，二者并非一般法与特别法的关系，应理解为请求权基础的竞合比较合理。这是因为，从适用法的角度，只有当一般法与特别法对“同一法律关系”都有规定时，才发生特别法优先适用的问题。⁽²⁹⁾ 民法总则第151条系有关显失公平的民事法律行为的效力规则，而公司法第20条系有关滥用权利的股东对其他股东的侵权责任规范，两者并非对“同一法律关系”所作的规定，不存在特别法优先适用的问题。因股东滥用权利而形成显失公平的公司决议，此时符合两个不同的请求权的法律构成要件，产生请求权基础的竞合。根据我国立法和司法实践对请求权竞合的处理方式，允许当事人选择其中一项请求权基础主张自己的请求。⁽³⁰⁾

（二）公司解散时的清算义务与清算后剩余财产处理的法律适用问题

民法总则第70条第2款规定：“法人的董事、理事等执行机构或者决策机构的成员为清算义务人。法律、行政法规另有规定的，依照其规定。”而公司法第183条规定：“……有限责任公司的清算组由股东组成，股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成……”。一般认为，民法总则第70条创立了统一的法人清算义务人规则，但又与公司

(26) 参见民法总则第147—152条、第155条和第157条。

(27) 参见钱玉林《论可撤销的股东大会决议》，《法学》2006年第11期，第35页。

(28) 参见日本公司法典第831条、韩国商法典第376条。

(29) 参见陈甦主编《民法总则评注》上册，法律出版社2017年版，第81页；王利明主编《中国民法学者建议稿及立法理由·总则编》，法律出版社2005年版，第22页。

(30) 参见段厚省《请求权竞合研究》，《法学评论》2005年第2期，第156页。

法及其司法解释存有冲突。⁽³¹⁾此时公司法如何与民法总则相协调,成为适用法上的一个疑惑。有学者认为,民法总则之所以规定“法律、行政法规另有规定的,依照其规定”,“是考虑到法人类型不同,非营利法人和特别法人如何清算,应由法律、行政法规另行规定。”⁽³²⁾也有学者认为,公司清算义务人的范围应在衔接民法总则第70条规定的基础上重新界定。⁽³³⁾但更多的学者认为,应根据立法法第92条有关处理法律冲突的规则予以协调。⁽³⁴⁾这其中主要有两种代表性的观点:一种观点认为,按照“新法优于旧法”的原则,应当适用民法总则第70条第2款的规定;⁽³⁵⁾另一种观点则认为,按照“特别法优于一般法”的原则,应当适用公司法第183条的规定。⁽³⁶⁾笔者认为,民法总则第70条第2款与公司法第183条不一致的情形,既不属于立法法第92条所称的情形,亦不属于立法法第94条第1款所指的“法律之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致”的情形,因为这两个法条之间的规定不存在立法法上所称的“不一致”。

民法总则规定的“清算义务人”不同于公司法规定的“清算组”或者民法通则规定的“清算组织”。⁽³⁷⁾清算义务人是法人解散时负有组织清算组、启动清算程序、协助清算人清算,并在公司未及时清算给相关权利人造成损害时依法承担相应责任的民事主体。⁽³⁸⁾民法总则第70条第1款也规定“法人解散的,除合并或者分立的情形外,清算义务人应当及时组成清算组进行清算。”既然公司法并未规定清算义务人,民法总则第70条的规定对确立公司清算义务人应有补充适用的余地。也即,公司解散清算时,清算义务人应依民法总则第70条的规定确定为董事,而清算组的成员则仍应依公司法第183条的规定组成。相应地,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(二)》第18条、第19条的规定也应予修正。原因在于,司法解释不同于立法解释,司法解释是对审判工作中具体应用法律所作的解释,⁽³⁹⁾“应当主要针对具体的法律条文,并符合立法的目的、原则和原意”。⁽⁴⁰⁾而“法律制定后出现新的情况,需要明确适用法律依据的”,⁽⁴¹⁾属于立法解释的范畴。据此,对于公司法未明确规定的事项所作的解释,应当属于立法解释的范围。在民法总则作出新规定的情况下,如同解释依据发生变化一样,公司法司法解释的相关规定也应予修正或废止。但如果公司法司法解释针对的是现行公司法的具体条文,则为公司法具体应用的问题,具有特别法的地位,优先于民法总则适用。

(31) 参见肖雄《论公司清算人中心主义的回归与重建》,《政治与法律》2017年第11期,第148页。

(32) 梁慧星《〈民法总则〉重要条文的理解与适用》,《四川大学学报(哲学社会科学版)》2017年第4期,第56页。

(33) 参见郑银《公司清算义务人主体范围再界定》,《西南政法大学学报》2017年第6期,第110页。

(34) 立法法第92条规定“同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章,特别规定与一般规定不一致的,适用特别规定;新的规定与旧的规定不一致的,适用新的规定。”

(35) 参见前引〔29〕,陈甦主编书,第471页以下。

(36) 参见李适时主编《中华人民共和国民法总则释义》,法律出版社2017年版,第208页。

(37) 参见民法通则第47条。

(38) 参见冯果《公司法要论》,武汉大学出版社2003年版,第246页以下;李建伟《公司清算义务人基本问题研究》,《北方法学》2010年第2期,第68页;最高人民法院案例指导工作办公室《指导案例9号〈上海存亮贸易有限公司诉蒋志东、王卫明等买卖合同纠纷案〉的理解与参照》,《人民司法·应用》2013年第3期,第25页。

(39) 参见《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》、《最高人民法院关于司法解释工作的规定》。

(40) 参见立法法第104条第1款。

(41) 参见立法法第45条第2款。

关于公司清算后剩余财产的处理,公司法第186条第2款规定“公司财产在分别支付清算费用、职工的工资、社会保险费用和法定补偿金,缴纳所欠税款,清偿公司债务后的剩余财产,有限责任公司按照股东的出资比例分配,股份有限公司按照股东持有的股份比例分配。”民法总则第72条第2款则规定“法人清算后的剩余财产,根据法人章程的规定或者法人权力机构的决议处理。法律另有规定的,依照其规定。”对此,有学者认为,民法总则的规定有效衔接了公司法与民法总则的适用,通过法人清算优先权的商事权利机制安排,使投资者在公司解散之后可以根据法人章程或者决议的规定抽回出资,从而能够有效保护投资者利益。⁽⁴²⁾依比较法观察,民法总则第72条第2款与我国台湾“民法”第44条第1款规定相类似。⁽⁴³⁾但在解释上普遍认为,我国台湾“民法”的该项规定仅适用于公益法人,营利法人清算后剩余财产的归属应依特别法(即公司法)的规定办理,即“法律另有规定”的情形。⁽⁴⁴⁾原因在于:一是,民法规定“剩余财产之归属,应依其章程之规定或总会之决议,以适合其设立目的”;⁽⁴⁵⁾二是,营利法人解散后的财产所得,是股东权利的重要组成部分,股东自始对于公司财产有其应得部分,所以不得以多数决排斥其权利,而公益法人预定的剩余财产归属权利人,尚未有任何既得权,虽依多数决变更,也不构成对其权利的侵害。⁽⁴⁶⁾因此,公司法第186条第2款的规定应属于民法总则第72条第2款所称的“法律另有规定的,依照其规定”的情形。至于实践中为满足设置类别股的需求而承认特别股股东的优先清算权问题,并不能以牺牲公司法所确立的一般性剩余财产分配规则为代价,毕竟公司法第186条第2款在整体上合乎公司设立目的和资本属性。在未来公司法修正中明确承认特别股股东的优先清算权之前,可以通过股东之间的投资合同作出特殊安排。因为剩余财产在性质上属于全体股东的共有财产,依照物权法第100条、第104条的规定,作为共有人的全体股东完全可以通过合同约定不同类别股东对公司剩余财产的份额。

三、民法总则对公司法漏洞的填补

民法总则第10条引入了法律漏洞的填补条款,即“处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。”该条在学理上也被称为法源条款,为法官裁判案件确立了法律渊源的范围和适用顺序。同时,民法总则第11条还规定了特别法优先的规则,即“其他法律对民事关系有特别规定的,依照其规定。”民法总则的这两条规定是指导公司纠纷案件的法律适用与法律漏洞填补的基本规则。

法律漏洞的填补规则最早由奥地利民法典第7条引入,“无类推之法规时,应熟思慎虑,依自然法则判断之。”⁽⁴⁷⁾德国民法典第一稿草案第1条也曾规定“法律未设规定,类

(42) 参见许中缘《我国〈民法总则〉对民商合一体例的立法创新》,《法学》2017年第7期,第62页。

(43) 我国台湾“民法”第44条第1款规定:“法人解散后,除法律另有规定外,于清偿债务后,其剩余财产之归属,应依其章程之规定,或总会之决议。”

(44) 参见郑玉波《民法总则》,中国政法大学出版社2003年版,第210页;王泽鉴《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第162页。

(45) 李宜琛《民法总则》,中国方正出版社2004年版,第102页。

(46) 参见史尚宽《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第206页。

(47) 王泽鉴《民法学说与判例研究》第2册,中国政法大学出版社1998年版,第4页。

推适用其他规定；无他规定时，适用来自法律精神之原则。”⁽⁴⁸⁾ 采取民商合一立法体例的瑞士民法典第1条也引入了法律漏洞的填补规则：“无法从本法得出相应规定时，法官应依据习惯法裁判；如无习惯法时，依据自己如作为立法者应提出的规则裁判”，“在前一款的情况下，法官应依据公认的学理和惯例。”⁽⁴⁹⁾ 意大利民法典参考瑞士民法典第1条作了类似规定。⁽⁵⁰⁾ 从国外立法例可以看出，法律漏洞的填补基本分为两个步骤：一是类推适用；二是无类推适用时，依相应规则或法源补充。因此，我国民法总则第10条所称“法律没有规定的”应当解释为包括无类推适用的法律在内，即瑞士民法典第1条所称的“无法从本法得出相应规定”的情形。易言之，民法总则所确立的法律漏洞填补规则为：当无类推适用的法律时，可以适用习惯。

（一）民法总则的类推适用

作为法律漏洞填补方法的类推适用，系依同类案件应作相同之处理的法理，就法律未规定的事项，比附援引与其性质相类似的规定予以适用。⁽⁵¹⁾ 对于公司法中存在的法律漏洞，其中是否应当以类推适用的方法，比附援引民法总则的规定予以填补的主要问题是，公司董事以公司名义与第三人实施民事法律行为的法律适用问题。公司法规定董事会为公司的机关，并对其职权范围作出明文规定。⁽⁵²⁾ 但对于董事，公司法仅规定其消极的义务，⁽⁵³⁾ 并未规定其职权，尤其董事在执行职务时是否有权对外代表公司，公司对董事职权的限制能否对抗善意第三人等，公司法未能提供有效的规范。这无疑是在公司法上的一个漏洞。民法总则针对法人的行为作了两项规定：一是第61条有关法定代表人代表行为的规定，“……法定代表人以法人名义从事的民事活动，其法律后果由法人承受。法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相对人。”二是第170条有关法人工作人员职务代理的规定，“执行法人或者非法人组织工作任务的人员，就其职权范围内的事项，以法人或者非法人组织的名义实施民事法律行为，对法人或者非法人组织发生效力。法人或者非法人组织对执行其工作任务的人员职权范围的限制，不得对抗善意相对人。”有学者认为，“法定代表人为法人的机关，而非代理人。而法定代表人之外的其他工作人员以法人名义进行的行为，则只能是代理行为。”⁽⁵⁴⁾ 依此观点，董事以公司名义实施的民事法律行为应当适用民法总则第170条的规定。笔者认为，对此应根据我国现行法所采纳的法人理论和所贯彻的法人本质来确定其法律适用。

理论上，对董事以公司名义实施的民事法律行为主要有代理说和代表说两种学说。持法人拟制说的学者认为，董事是公司的法定代理人，根据民法代理的规定，其法律行为的

(48) 杨日然《民法第一条之研究》，载郑玉波主编《民法总则论文选辑》上，台湾中南图书公司1984年版，第218页。

(49) 《瑞士民法典》，殷生根、王燕译，中国政法大学出版社1999年版，第3页。

(50) 意大利民法典第12条第2款规定：“在无法根据一项明确的规则解决歧义的情况下，应当根据调整类似情况或者类似领域的规则进行确定；如果仍然存在疑问，则应当根据国家法制的一般原则加以确定。”参见《意大利民法典》，费安玲、丁玫译，中国政法大学出版社1997年版，第5页。

(51) 参见杨仁寿《法学方法论》，中国政法大学出版社1999年版，第146页。

(52) 参见公司法第44条、第46条、第108条。

(53) 例如，公司法第21条规定，董事不得利用其关联关系损害公司利益；第147条、第148条规定，董事应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务等。

(54) 前引〔29〕，王利明主编书，第363页。

效果应归属于法人。而持法人实在说的学者认为，董事只是法人的机关，并不是代理人，董事在职务上的行为，是法人本身的行为。⁽⁵⁵⁾我国民法理论上普遍认为，“执行董事或董事会，为法人执行机关和代表机关”，⁽⁵⁶⁾“法人机关在其权限范围内所为的一切行为，均为法人本身的行为，其行为后果由法人承担。”⁽⁵⁷⁾在立法上，民法总则第61条和第170条脱胎于民法通则第43条之规定，即“企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营行为，承担民事责任。”对于该条所涉及的“其他工作人员”以法人名义从事的经营行为究竟是代表行为还是代理行为，理论上一直存在争议。民法通则司法解释的起草者认为，“条文中所述的‘其他工作人员’包括两部分人。（一）除法定代表人以外的，能够代表法人对外从事经营活动的法人机关的成员，如公司的董事、总经理。（二）非法人机关成员的工作人员。他们因法人机关授予职务或委托，以法人代理人的身份代理法人从事经营活动。”⁽⁵⁸⁾该观点对非法人机关成员的工作人员引入了职务代理制度，以厘清与代表行为的界限，并承认法人机关的成员与法定代表人一样，是代表法人而非以法人代理人的身份从事经营活动。在民法通则实施过程中，确有法院在司法裁判中贯彻了民法通则司法解释的这一精神。⁽⁵⁹⁾应当说，民法总则明确以“代表行为”和“职务代理”两种规则，来建构以法人名义实施的民事法律行为规范，相比民法通则的确有了很大的进步。但对于代表行为，民法总则仍沿袭了民法通则的旧制，采取一元化的法定代表人制度，不能不说是一个缺憾。虽然此前有学者曾建议，将法人的法定代表人制度改造为“法定代表人以及其他具有代表权的人以法人名义实施的民事活动，其后果应由法人承担”，⁽⁶⁰⁾以克服单一法定代表人制度的局限，但这项建议终究未能在民法总则中实现。故从某种意义上而言，公司董事以公司名义实施的民事法律行为的法律后果问题，不仅是公司法中的漏洞，其实也是民法总则中的漏洞。基于公司董事为公司机关成员，与法定代表人居于公司机关地位相类似，符合同类案件应作相同处理的类推适用原理，完全可以依类推适用的方法适用民法总则第61条之规定，以填补该项法律漏洞，从而实现立法计划的圆满性。

（二）填补公司法漏洞的法源

民法总则第10条和第11条确立的法源条款也是指导公司纠纷案件的法律适用规则，即对于公司，优先适用公司法的规定；公司法无特别规定时，适用民法的规定；民法没有规定时，适用习惯。在这一法律适用规则中，有关公司的商事习惯在法源适用顺位上处于何种地位问题，值得研究。

在填补公司法漏洞的法源适用顺位上，习惯法处于民法之后，作为最后补充的法源。这一法律适用规则看起来优美，但未必正确。在比较法上，采取民商分立体例的日、韩等

(55) 参见[德]福尔克·博伊庭《德国公司法中的代表理论》，邵建东译，载梁慧星主编《民商法论丛》第13卷，法律出版社2000年版，第534页以下。

(56) 梁慧星《民法总论》，法律出版社2011年版，第137页。

(57) 魏振瀛主编《民法》，北京大学出版社2000年版，第86页。

(58) 梁书文主编《民法通则贯彻意见诠释》，中国法制出版社2001年版，第41页。

(59) 在爱迪信公司与中山农行、鹰辉公司借款合同纠纷案中，法院认为“作为爱迪信公司副董事长张红生利用爱迪信公司章程进行的民事行为，应视为爱迪信公司的行为。”参见林小嫻《董事以公司名义对外为民事行为性质及效力研究——爱迪信公司与中山农行、鹰辉公司借款合同纠纷案评析》，《法律适用》2005年第1期，第84页。

(60) 梁慧星主编《中国民法典草案建议稿》，法律出版社2003年版，第13页。

国商法典确立了与此不同的商事法律适用规则。例如,日本商法典第1条规定“关于商事,本法无规定者,适用商习惯法,无商习惯法者,适用民法典。”韩国商法典第1条也作出了类似规定“关于商事,本法无规定时,适用商事习惯法;无商事习惯法时,适用民法。”有韩国学者认为,有关公司的法源适用顺位应当是:(1)公司章程,作为自治法优先适用;(2)有关公司的各种特别法令(或条约);(3)商法典;(4)关于公司的商习惯法;(5)民法典。⁽⁶¹⁾也就是说,在填补公司法漏洞时,有关公司的商事习惯法优先于民法适用;只有当没有商事习惯法时,才补充适用民法的一般规定。

在我国司法实践中,已有地方法院按照这一思路进行裁判。例如,在石家庄东方信联通信设备有限公司与闵富宁损害公司利益责任纠纷案中,⁽⁶²⁾对于原告以被告曾担任总经理一职且主持全面经营管理工作为由,而要求被告交接财务会计账簿、会计凭证等全部财务文件和资料的诉讼请求,法院认为,“按照行业惯例,在通常的情况下,公司的财务会计账簿、会计凭证应由财务会计人员保管”,故判决驳回了原告的诉讼请求。在本案中,法院并未试图寻找民法上的其他依据或类推适用其他规定,而是优先适用商事习惯作出裁判。⁽⁶³⁾又如,在万谷健志损害公司利益责任纠纷案中,⁽⁶⁴⁾法院认为,根据设计行业一般惯例,设计公司的商业机会往往和设计师的能力密切相关。被告离职后,客户自行将有关项目的设计工作委托被告新任职的公司处理,符合行业惯例。而且被告离职后,已不再负有公司法上所规定的对原告公司的忠诚、勤勉义务。故判决驳回原告的诉讼请求。我国公司法仅对董事任职期间不得未经股东(大)会同意,利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会作出规定,对董事离职后是否应当承担该项义务并未规定。由于客户资源属于商业秘密范畴,本案原本可以适用侵权责任法或反不正当竞争法的规定作出裁判,但法院并未这样做,而是优先适用商事习惯作为裁判的法源。笔者认为,商事习惯法优先于民法适用,体现了商事习惯法本质上仍属于商事特别法的范畴,符合对商法漏洞的填补不能失去商事特别法法意的要求。相反,“轻易放过有针对性的商事习惯,反而将普遍性的民法规范‘僭越’地适用于商事纠纷,这样的做法并不妥当”。⁽⁶⁵⁾因此,上述两个案例中法院的裁判思路值得肯定。

如果说法典化的民法是有深刻法律思想的作品,那么,民法总则第10条就体现了这样一种思想意义。该条汇集了分析法学派(法律)和历史法学派(习惯)对法及法律的学说和理论。在民商合一体例下,民法总则第10条也是整个私法尤其是民法与商法关系问题上法律思想的体现。该条虽然对包括公司法在内的商法漏洞的填补存在进一步改善的空间,但在编纂民法典之际,能借鉴他国立法经验,引入该法源条款,仍具有不可忽视的方法论意义。

(61) 参见[韩]郑燦亨《韩国公司法》,崔文玉译,上海大学出版社2011年版,第6页。

(62) 参见河北省石家庄市中级人民法院(2017)冀01民终2586号民事判决书。

(63) 2016年6月27日全国人大常委会法制工作委员会主任李适时在第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议上所作的《关于〈中华人民共和国民法总则(草案)的说明〉》中指出“民事关系十分复杂,对法律没有规定的事项,人民法院在一定条件下根据商业惯例或者民间习惯处理民事纠纷,有利于纠纷的解决。”在学理上,对商事习惯的认识虽然存在一定的分歧,但行业惯例也被普遍认为属于商事习惯的表现形式。参见许中缘《论商事习惯与我国民法典——以商事主体私人实施机制为视角》,《交大法学》2017年第3期,第63页。

(64) 参见上海市浦东新区人民法院(2017)沪0115民初20934号民事判决书。

(65) 张谷《从民商关系角度谈〈民法总则〉的理解与适用》,《中国应用法学》2017年第4期,第146页。

结语：公司法重述与民法总则的体系整合

先制定民法总则，还是先修订民法分则各编，体现了矛盾中的二律背反。既然民法总则的一般性规则是从民法分则各编中抽象出来的，那么，没有民法分则各编就不会有民法总则，所以应先修订民法分则各编。但问题是，民法总则采取“提取公因式”的方法，其目的是取得唯理化的效应，犹如“列车时刻表符合说明”，⁽⁶⁶⁾“用这种方法可以提供法律的逻辑完整性和内涵经济性，从而避免冗赘的重复”。⁽⁶⁷⁾因此，后制定民法总则反过来会使已经完成的民法分则产生规范冗赘。而先制定民法总则，然后通过总则演绎分则各编，就可以避免这一问题。但分则各编未定，又何以归纳总则，此无异于无源之水、无本之木。好在我国不是制定民法典，而是编纂民法典，是对既有的民商事法律规范进行整合，故先制定民法总则合乎纲举目张的著述逻辑。当然，对显得有些零乱，甚至有些碎片化的民商事法律素材进行提炼、归纳，绝非易事。民法总则的一般性规则，既不能抽象过度，更不能抽象不足。抽象过度，会丧失总则存在的价值；抽象不足，则会伤及总则与分则各编及其他商事单行法的关系，严重者会造成适用法上的困惑。因此，民法总则施行后，分则各编的编纂和作为编外的商事单行法都应当与民法总则相协调，公司法也不例外。其中需要认真对待或研究解决的问题主要有：

一是公司立法的减负与公司法总则存在的意义。民法总则有关法人的一般规定适用于包括公司在内的所有法人，公司法与其相重叠的规定应当通过修订予以删除，否则，总则编就丧失了立法经济的功能。例如，对于法人解散，除了司法解散外，民法总则将公司法规定的其余解散事由均提取为法人解散的一般规定，公司法仅需保留司法解散一项作为特别法的规定即可。此外，民法总则有关营利法人的成立、人格否认、关联交易以及社会责任等规定，均是公司法总则相关规定移植的结果，公司立法没有必要再作重复规定。应当说，民法总则编的规定对减轻公司立法负担的效果是明显的，公司法总则的规范至少有三分之二应当被移除。当公司法总则删除了与民法总则重复性的规定后，仅剩为数不多的定义性条款、说明性条款和原则性条款，用“总则”章名似乎已经名不副实。笔者认为，在未来公司法修正时，可以采取两种路径加以解决：一是将公司法总则改为“序编”，采取形式序编的模式将剩余条款统领起来，一般包括法律效力、法律适用、裁判规则、法律解释和基本原则等内容。在此方面，法国、瑞士、荷兰、意大利等法典化国家已经有了比较成熟的立法经验可资借鉴。⁽⁶⁸⁾二是继续沿用总则编，将剩余条款用“通则”统领，同时将部分学者建议的商事通则的相关内容充实到公司法总则中来。采取这一路径既能解决商事一般性规则长期缺失的问题，又能填补公司法总则的空洞化，是比较理想的一种方案。

二是民法总则有关营利法人的一般规定，其抽象维度在法律政策上没有保持一致性，引起法律规范体系的分裂，增加了理解和适用法律的难度。例如，关于营利法人组织机构的职权范围，民法总则第80条第2款提取了公司法的部分规定，即营利法人的权力机构

(66) 前引〔8〕，梅迪斯库书，第30页。

(67) [德] K. 茨威格特、H. 克茨《比较法总论》，潘汉典等译，贵州人民出版社1992年版，第270页。

(68) 参见陈小君《我国民法典：序编还是总则》，《法学研究》2004年第6期，第39页以下。

“行使修改法人章程，选举或者更换执行机构、监督机构成员，以及法人章程规定的其他职权”。对于提取出来的职权，从立法经济的角度，公司法不应赘述，但若予以删除，不仅立法技术上难以处理，而且司法实践中理解公司机关的职权时，必须将公司法和民法总则的规定整合才能理解全貌。公司立法究竟如何与民法总则的规定相协调？在民法总则编纂过程中，有的单位建议明确权力机构和执行机构的职权；也有的单位提出，营利法人的执行机构应由公司法等规定，总则中可不规定。⁽⁶⁹⁾民法总则最终“选择对社员的利害关系有重大影响的事项作为权力机构的职权范围”。⁽⁷⁰⁾事实上，对于立法上采取列举加兜底性规定的事项，不宜从中提取所谓的“公因式”，因为无论是提取出来的部分，还是剩余的部分，都变成了对某一事项支离破碎的表达，使原本完整、清晰的规范变得残缺不全，失去了规范的意义。不过，现行公司法分别对权力机构和执行机构规定具体职权的做法，本身也一直饱受诟病，特别是对公司法和公司章程未规定的职权究竟属于哪个机关来行使，颇有争议。各国公司立法普遍规定，除公司法规定为股东（大）会行使的权力外，董事会可以行使其他一切权力。⁽⁷¹⁾通过这一立法技术化的处理，公司机关的权限划分变得十分清晰。在未来公司法修正时，不妨参酌国外立法例，将关系到公司根本的重大事项明定为股东（大）会的职权，除此之外，董事会可以行使公司的其他权力，同时允许公司章程在法定权力外作出自治性的规定。这样一方面可以解决现行公司法对公司机关权限配置中存在的问题，另一方面也是对民法总则的规定作出积极的回应，使公司法的特别规定与民法总则的一般规定相协调。

三是民法总则个别规定造成了体系违反，自身成为法律漏洞，难以发挥总则对公司法的补充适用和漏洞填补功能。由总则编统领的民法典是一种法律体系化的经典表达，但一旦存在体系违反，必将破坏和谐、一致的法律秩序，对法律解释和法律适用产生负面影响。例如，民法总则第81条前两款规定了营利法人设执行机构及其职权范围，但该条第3款规定“执行机构为董事会或者执行董事的，董事长、执行董事或者经理按照法人章程的规定担任法定代表人；未设董事会或者执行董事的，法人章程规定的主要负责人为其执行机构和法定代表人。”这一规定置于营利法人执行机构的规定中，显得结构紊乱、法理未明。这是因为，民法总则第61条的规定已经表明，首先，法定代表人制度建立在法人之上，不是建立在法人机关之中；其次，法人权力机构可以对法定代表人代表权予以限制。而民法总则第81条将营利法人的法定代表人置于执行机构中，似乎意味着法人权力机构可以对执行机构的权限予以限制，这显然造成了体系违反，成为法律漏洞，对公司董事会行使职权产生不利影响。在未来公司法修正时，应强化董事会法定职权的不可限制性和不可剥夺性，赋予公司法对董事会法定职权规定的强行法属性。另外，民法总则在“民事法律行为”的一般规定中，承认了法人、非法人组织的决议为民事法律行为，既如此，有关决议的撤销及其法律后果就应置于“民事法律行为的效力”中加以规定，同时适用于法人和非法人组织，而非如民法总则在“营利法人”的一般性规则中规定。换言之，民法总则应当将法人、非法

(69) 参见《民法总则立法背景与观点全集》编写组编《民法总则立法背景与观点全集》，法律出版社2017年版，第319页。

(70) 沈德咏主编《〈中华人民共和国民法总则〉条文理解与适用》上，人民法院出版社2017年版，第586页。

(71) 参见赵旭东主编《公司法》，高等教育出版社2015年版，第293页。

人组织的决议作为民事法律行为的一种，来构建其一般性规则，否则势必会对法律适用过程中的法律解释造成不必要的困扰。此外，法人、非法人组织的决议具有不同于自然人意思表示的特质，除民法总则第 151 条有关民事法律行为“显失公平”的规定可适用于公司决议外，民法总则规定的民事法律行为可撤销的其他事由并无适用的余地。因此，建议未来修改公司法时采取引致条款的方式，规定公司决议显失公平时适用民法总则的相关规定。

Abstract: The General Provisions of the Civil Law ,as general rules of private law ,have the functions of supplementing and stopping legal loopholes in the Company Law. The relationship between the General Provisions of the Civil Law and the Company Law should be well coordinated in terms of law application after the former comes into force. If the Company Law is silent on such issues as the legal person ,for-profit legal person ,as well as the general rules of a juridical act ,the general rules of the General Provisions of the Civil Law may apply. With respect to the establishment or revocation of a company’ s resolution ,the General Provisions of the Civil Law shall apply or apply complementally. Where a legal person is dissolved ,liquidation obligors shall be formed according to the relevant provisions in the General Provisions of the Civil Law. The residual property after the legal person is liquidated shall be dealt with in accordance with the relevant provisions in the Company Law because such situation belongs to those “as otherwise provided for by any law” provided for in the General Provisions of the Civil Law. The General Provisions of the Civil Law can be applied ,by analogy ,on the civil juristic act of a company’ s directors carried out on behalf of a legal person. Other loopholes in the Company Law can be stopped through the application of provisions related to the legal source in the General Provisions of the Civil Law. It should be recognized that customary commercial law in essence belongs to the regime of special commercial law and applies preferentially to civil law when commercial loopholes occur ,so as to be consistent with the spirit of commercial law. In a word ,Company Law needs to be reintegrated after it’ s relevant provisions have been introduced into the General Provisions of the Civil Law.

Key Words: General Provisions of the Civil Law , Company Law , application of law , stopping legal loopholes
