

论商主体的营业能力^{*}

——以投资主体与营业主体的二重结构为视角

肖海军^{**}

内容提要:在现代市场经济条件下,民事主体进入营业领域后,其营业性投资行为和相对独立的营业行为具有不同的法律意义,传统商法理论意义上的商主体也就表现为投资主体与营业主体这一既相对分离又有时重叠的二重结构。与投资主体不同的是,营业主体享有某些投资主体不具有或不能具有的营业资格,具有独立的营业能力。

关键词:商主体 投资主体 营业主体 营业资格 营业能力

一、传统商主体理论的困惑

传统商法理论认为,商主体,或称商事主体,是指以自己的名义从事营业活动并能够独立享有民事权利和承担民事义务的人,是民事主体进入商事领域的特殊称谓。^①但对其定义的界定和具体内涵的理解,立法例和学理上均存在分歧。就国内商法学界而言,最具代表性的观点有以下几种:(1)商事法律关系主体说,即从主观主义的角度揭示商人的本质特征。如有学者认为商事主体即商事法律关系主体,是指依法参与商事法律关系,能够以自己的名义从事商行为,享有权利和承担义务的人,包括个人或组织。^②又如有学者认为商事主体是经济学上经济人在法学上的具体表现,是指具有商事权利能力,依法独立享有商事权利和承担商事义务的个人或组织。^③(2)商行为主体说,即从客观主义的角度揭示商人的行为特征。如有学者认为商事主体是依商事法规定参加商事活动、享有权利并承担义务的人。^④有学者认为,商人的概念随时代变化而变化,即由商人法时代的等级论——法国法时代的法定特殊民事主体身份论——现代法中的从事货物交易业务的具有专门知识和技能的人。^⑤有学者认为,商事主体即法律为了对从事营利性活动所加资格限制而在民事能力的基础上由商法赋予的商事能力或资格,能够以自己的名义从事营业性商行为,独立享有商法上权利并承担商法上义务的组织或个人。^⑥(3)法定主体说,认为商事主体是由商法确定依法定程序登记注册的营业主体。如有学者认为,商事主体以持续地从事某种商事经营行为为基本条件,凡是以特定的商行为作为其经常性营业的个人或组织,都可以经过法定程序注册成为商事主体。^⑦可以看出,上述诸观点,均看到了商主体之独立营业这一重要特征,认识到了商主体就是营业主体或经营主体这一本质属性。但是,对民事主体进入商事领域(笔者认为称营业领域更为恰当)的原因事实行为——营业性投资行为,则未予足够重视,因之,从一般民事主体到民事主体之特殊形式——商主体之角色的转换、性质的界定、资格的获得、能力的变化等,尚缺乏具有逻辑自证和符合实际的解释。因此,本文的论题亦由此而展开。

二、商主体二重结构的界定:投资主体与营业主体

^{*} 本文系教育部“新世纪优秀人才支持计划资助”项目(NCET-09-0336)和“我国商事登记制度统一化改革研究”(2011年度国家社会科学基金一般项目,文号:11BFX036)的阶段性成果。

^{**} 湖南大学法学院教授。

① 参见肖海军主编《商法学》,湖南大学出版社2004年版,第45页。

② 参见范健主编《商法》,高等教育出版社、北京大学出版社2002年版,第29页。

③ 参见赵万一《商法基本问题研究》,法律出版社2002年版,第283-289页。

④ 参见王保树主编《中国商事法》,人民法院出版社2001年版,第40页。

⑤ 参见徐学鹿《商法总论》,人民法院出版社1999年版,第187-188页。

⑥ 参见林嘉主编《外国国民商法》,中国人民大学出版社2000年,第174页。

⑦ 参见董安生等《中国商法总论》,吉林大学出版社1994年版,第85页。

(一) 从营业自由权的角度来透视民事主体转换为商主体的过程

从应然权利的范畴来分析,任何民事主体均有进入营业领域、从事营业性投资或经营性活动的权利,此一原权利即为笔者所提出的营业权或营业自由权^⑧。因此,从民事主体潜在的权能和权利实现的可能性来看,任何民事主体均可以而且有可能进入营业领域,开展营业活动和为营业行为。但是,民事主体实现其营业权利取决于两个基本条件:一是取决于民事主体意欲从事营业之内在的自治意思;二是决定于其是否具备或满足了法律或政策设定的营业准入条件。首先,只有当特定民事主体决意处分其财产和权利而进入营业领域,把其所有或管领的财产或财产权利进行营业性投资,民事主体具应然性质的营业自由权才会转换为现实的营业权能。也就是说,民事主体只有基于其投资决策或营业决策,决定进入营业领域并进行了实质性的营业性投资,才可能成为传统商法理论意义上的商主体。其次,在法律或政策对营业进入设定了严格的准入条件和许可程序的情况下,某些营业权利受到特殊法律、政策限制或禁止的特定民事主体之营业性投资行为,还必须满足营业准入制度设定的、需要排除的限制或禁止性条件。不仅如此,基于营业行为的私人性与社会性、目的的私益性和公益性之双重属性,为避免营业权利的滥用,缓和营业利益与公共安全、竞争秩序与公共秩序、营业利益与公共利益、内部最大化与外部不经济之间的冲突,某些特殊主体或领域之营业资格的获得(营业主体和营业事务)必须履行开业的无害性前置审查、取得营业行政许可、完成营业登记程序,民事主体的营业自由权才可转换为实际的营业能力。

不难看出,在实然权利的范畴看来,民事主体实现其应然的营业权利,是通过营业性投资和具体的经营活动来实现的。况且,基于营业的专业性、技术性和职业性等特征,营业性投资主体不一定直接从事经营,或者在某些情况下,囿于某些特定民事主体本身的法律性质和特殊的法律地位,不宜(如公立学校可以作为营业性投资主体,但就不宜直接从事营业性事务的经营)或不能(如某些国家机关的公务人员可以购买股票、债券或基金券,对上市公司等营业主体进行投资,但基于公共管理或公共服务的职能却不能以其名义或由其直接兼业进行经营)直接以其名义从事经营性活动,而在大多数情况下,具体的经营活动是由以企业为主导形式的营业组织通过营业代表或营业代理行为来实施的,民事主体转换为商主体,是以营业性投资主体和从事经营性活动的营业主体两种典型的形式表现出来。而且,由于营业性投资行为与具体的营业行为既存在重叠(如在个体型营业活动中,个体投资者既为投资主体又为营业主体)又存在分离(如在公司型组织营业活动中,股东为投资主体,而公司则为营业主体)。据此,笔者认为,传统商法语境意义上的商主体在现代市场经济社会里则表现为投资主体和营业主体这一二重结构。其中,投资主体是指为追求其营利性投资效益最大化而以独资、合伙和参股等方式,处分其财产或财产权利作为营业资本而进入营业领域的民事主体;而营业主体则是指取得营业资格、具有营业能力,能以其独立的名义开展营业活动、进行营业交易的民事主体。

(二) 商主体二重结构产生的制度基础

商主体之二重结构——投资主体与营业主体产生的制度基础,主要表现在两个方面:一是组织型营业形式的兴起与普及导致投资主体与营业主体的分离;二是基于营业准入制度对某些特殊民事主体成为营业主体的限制或禁止而使其营业权利止于营业性投资阶段。

1. 以企业为代表的组织型营业形式的兴起与普及使商主体二重结构的产生成为必然

任何营业活动均是由特定主体来实施的,这种以自己名义独立开展营业活动、进行营业交易的民事主体,即为营业主体,也即传统商法理论意义上的商主体。营业主体按其社会属性可以划分为个体型营业主体和组织型营业主体两类,其中个体型营业主体的法律形式可以是自然人个体,也可以是自然人的家庭;^⑨而组织型营业主体的法律形式则有合伙、公司和非公司型营利性法人等多种类型。中世纪及以前的商主体,一般称为商人,商人是一个具有特殊社会地位的阶层。近代资产阶级革命打破了封建国家对资本主义商品经济的管制和商人对行会组织的依附关系,以平等、自由、互利为核心价值理念建立起来的新制度体系,使商主体与民事主体走向混同。在现代市场经济条件下,商主体更发生了根本性的变革,其结构也由以自然人商人

^⑧ 笔者认为,营业权是指民事主体基于平等的营业机会和独立的主体资格,可自主地选择特定商事领域进行投资、从事以营利为目的的营业活动而不受国家法律不合理限制和其它主体干预的权利。参见肖海军著《营业权论》,法律出版社2007年版,第41页。

^⑨ 无论是古代还是现代,家庭经营一直是营业的一种重要形式,但家庭到底是依附于其成员的自然人人格还是属于独立于其成员之一民事主体,学界尚有争议。参见宁清同《家庭的民事主体地位》,载《现代法学》2004年第6期。

为核心的商主体结构过渡并演化为以企业商人为核心的商主体结构。^⑩

商主体需要什么样的形式,不决定于商主体自身的构成,更非决定于仅对商主体形式予以确认且后于其产生的法律作出了什么的规定,而决定于实际的营业和交易的需要。从人类社会发展和经济变迁的历史来看,营业大致先后经历了个体型营业(包括家庭营业)、组织型营业(以公司企业为主导形式)和国家营业(以国有企业经营为主要形式)等不同阶段,中世纪以前,准确地讲是在15-16世纪以前,以自然人个体或单一家庭为代表形式的个体型营业占了主导地位。15-16世纪后,由于以合伙、公司为代表的组织型营业的发展,导致了以公司为代表的现代企业型商主体的产生。企业作为契合各种生产要素的契约性营业组织,因具有强大的融资功能并大大地降低了交易成本和管理成本,而成为人们从事营业普遍选择的组织载体,企业本身特别如公司企业从企业主这一自然人人格中独立出来,成为享有独立人格的法人。由于企业营业规模的不断扩大,企业事实上已成为市场经济中最为重要、最具影响力的商主体,早在1899年,德国学者海德曼就预见到,企业“已慢慢地占据了研究者头脑中原先企业主的位置。一个崭新的权利人顺时而生,也许会成为重新构造私法体系的主导概念。”^⑪19世纪以来,经济的一体化、市场的国际化、投资的跨国化、贸易的全球化,使企业营业规模不断扩大,企业已成为当今经济社会中的主导力量。

应该承认,在早期的个体型营业中,投资主体与营业主体是合一的,多数情形下,自然人个体和家庭既是营业性投资主体,又是直接从事营业交易和开展营业活动的营业主体。但在现代市场经济社会里,营业活动的开展和营业行为的实施,使投资主体和营业主体呈现既合一又分离的状态。(1)在个体型营业主体的制度框架内,作为个体的投资主体与同样作为个体的营业主体在大多数情况下是合一的,但是在某些特殊情况下,如个人独资企业,作为个体的自然人投资者与作为营业主体的个人独资企业是不同的两个主体,尽管在个人独资企业的经营过程中,以自然人投资者或以个人独资企业名义进行的营业可能同时发生,且其法律后果均归属于该自然人投资主体,但在个人独资企业营业和存续期间如适用债务的双重优先清偿原则时,我们又会把自然人投资者或个人独资企业看成是两个不同的主体。(2)在以公司企业为主体形式的组织型营业主体主导营业的情况下,投资主体(典型的如股东、国家出资人)不直接从事或不以投资主体之名义直接从事营业活动、进行营业交易则为常态,具体的营业行为和营业交易是由以合伙、公司和非公司型营利性法人等组织型营业主体之名义组织和实施。投资主体与营业主体的这种分离又以出资人与企业的人格、意思、财产、行为、责任的分离和独立为其典型形式。(3)在现代市场经济条件下,以公司企业为主体形式的营业主体又是营业性投资的主导力量,因而营业主体在企业转投资法律关系中,又是重要的投资主体。

2. 因营业准入制度的限制或禁止使某些特殊民事主体的营业权利止于营业性投资阶段成为必要

如前所述,尽管营业权是民事主体应然的、最基本的权利,从营业权的应然性、基础性、原始性和固有性来分析,民事主体在享有和行使营业权时应当没有实质的差异,追求营业初始机会在民事主体之间的平等分配,应是法律、政策进行营业准入制度安排时必须达到的最低价值底线。但事实上,在营业的实际开展中,某些具有特定身份或有其特定社会职能的民事主体,由其作为营业主体(某种情况下作为投资主体也是法律禁止的),或者与其既有身份发生冲突,或者与他人利益形成矛盾,或者会严重危害国家或公共利益,或者会产生事实上的严重不公平。因此,法律、政策就有必要对某些不能或不宜进入营业领域的主体设定限制或禁止性条件。其中限制或禁止其成为营业主体的情形包括:(1)无行为能力或限制行为能力的自然人。^⑫(2)被宣告为禁治产或者丧失清偿能力的自然人。如《拿破仑民法典》第489条规定“成年人经常处于痴愚、心神丧失或疯颠的状态者,即使此种状态有时间歇,应禁止处理自己的财产。”^⑬又如荷兰法律规定,丧失清偿能力或所负巨额债务未予清偿的自然人,不能再行登记企业。(3)国家公职人员营业行为的禁止。如在国家机关或其它公共团体(政党、公立学校、公立医院等)内担任一定的职务或履行一定的公共管理职责的自然人。公职人员的基本职责是代表国家或公共团体履行公共管理义务,而营业行为属追求个体利益的私人

^⑩ 参见范健、王建文《商法论》,高等教育出版社2003年版,第372-381页;肖海军主编《商法学》,法律出版社2009年版,第50页。

^⑪ 转引[德]托马斯·赖塞尔《企业和法人》,赵亮译,载易继明主编《私法》(第1辑第1卷),北京大学出版社2001年版,第99页。

^⑫ 根据《个人独资企业法》(1999年)第8条、《合伙企业法》(2006年)第14条第1款第(一)项的有关规定,无行为能力或限制行为能力的自然人可通过继承获得个人独资企业、合伙企业的出资、合伙份额,但不能直接从事经营活动。

^⑬ 李浩培、罗传贤、孙鸣岗译《拿破仑民法典》,商务印书馆1979年版,第65页。

行为,两者的价值取向和行为规则完全不同,如任由公职人员从事营业性活动,必然会使公务行为和营业行为难以兼顾,故在公职人员未辞去其公职的情况下,对其营业行为应予以禁止。^⑭(4) 非营利性组织开展营业性活动的限制。如对公立学校、非营利性医院、公共演出团体、慈善基金会、宗教团体、商会等非营利性组织直接投资营业领域或开展营业性活动的限制。^⑮(5) 政治组织或国家机关之营业性投资行为的限制。如对政党组织、政治团体、社会团体或国家机关(立法、行政、司法、军事等机关)直接从事营业性活动的限制或禁止等。^⑯(6) 其它限制性条件。如人身自由受到限制或剥夺的人。^⑰

基于以上情形,在法律或政策性文件对具有特定身份、地位或者担任特定职业、职务的自然人以及不宜从事营业性活动的国家机关、公共团体、非营利性组织之营业性投资行为或经营活动有明确限制或禁止的条件下,如其营业性投资行为未被限制或禁止,但其作为营业主体资格被限制或禁止,则这些特殊的民事主体之营业权利就只能限制在营业性投资阶段,只能享有出资人权利,具体的经营活动则只能由其投资的企业(即营业主体)来实施,此时投资主体与营业主体在形式上和实质上的分离就十分必要。

综上,由于以公司企业为代表的组织型营业形式的兴起和普及,现代企业的产权结构和人格制度就为投资主体与营业主体的分离提供了制度上的可能性;而在营业准入制度的安排下,由于某些特殊民事主体成为营业主体受到法律或政策明确的限制或禁止,从而使其营业权利不得不止步于营业性投资阶段,投资主体与营业主体的分离又成为社会和谐和公共安全所必需。

三、营业主体的营业资格与营业能力

(一) 营业主体的标志就是特定民事主体获得营业资格

营业主体即为有从事营业活动之资格的特定民事主体,营业主体与投资主体虽同属商主体的范畴,但与投资主体相比较,营业主体的标志在于其具备或获得了营业资格,可以直接从事营业交易和经营性活动,某些特定的投资主体虽然因其进行了营业性投资已进入了营业领域,但由于其不具备营业资格或不能具有营业资格,而不能(如国家机关及其公职人员)或者不需要(如股东)直接从事经营性活动。

营业主体资格的取得有三种典型的方式:即自由选择取得、职业资格认定取得和营业登记取得。

1. 营业资格的自由选择取得

营业资格的自由选择取得是基于民事主体应然的营业权利无须通过营业行政许可也不必进行营业登记,就可自主地、直接地从事营业活动和进行营业交易。营业资格的自由取得方式可分为两种情况:一是在自由主义的营业准入制度范式下,国家或社会公权力对营业事务不进行任何干预,营业作为纯粹的私人行为可自由进入或退出;二是在准则主义或许可主义的营业准入制度范式下,某种小规模营业或特种营业,不需要取得营业行政许可或不需要办理营业登记,如《日本商法典》第8条规定,小商人可以不进行商业登记。^⑱《德国商法典》也有关于可免于商业登记的“自由登记商人”之规定。^⑲我国台湾地区“商业登记法”第4条规定,摊贩;家庭农、林、渔、牧业者;家庭手工业者;合于中央主管机关所定之其它小规模营业标准者,为

^⑭ 关于党政机关工作人员不准从事营业性活动的规定,我国目前的规范性文件主要表现为政策性文件和部门规章,如1982年4月28日国务院发布的《关于制止企业职工从事不正当经济活动牟取额外收入问题的通知》,1984年12月3日中共中央、国务院联合发布的《关于严禁党政机关和党政干部经商、办企业的决定》,1985年5月23日中共中央、国务院发布的《关于禁止领导干部的子女、配偶经商的决定》,1986年2月4日中共中央、国务院发布的《关于进一步制止党政机关和党政干部经商、办企业的规定》,1988年10月3日中共中央办公厅、国务院办公厅联合发布的《关于县以上党和国家机关退(离)休干部经商办企业问题的若干规定》,2001年2月8日中共中央纪委发布的《关于省、地两级党委、政府主要领导干部配偶、子女个人经商办企业的具体规定(试行)》,2005年8月23日国务院办公厅发布的《关于坚决整顿关闭不具备安全生产条件和非法煤矿的紧急通知》等等;且其禁止的主体范围自20世纪80年代以来一直在不断调整之中。

^⑮ 参见1986年2月4日中共中央、国务院发布的《关于进一步制止党政机关和党政干部经商、办企业的规定》。

^⑯ 禁止党政机关进行营业性活动,是自20世纪80年代中期以来是我国既定的、一贯的政策,问题的核心是这些规定没有得到有效的遵守和切实的执行。参见1998年7月25日中共中央办公厅、国务院办公厅联合发布的《关于军队武警部队政法机关不再从事经商活动的通知》。另,我国《公务员法》(2005年)第53条第1款第(十四)项规定,国家公务员不得“从事或者参与营利性活动,在企业或者其他营利性组织中兼任职务”。

^⑰ 参见1986年11月8日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、劳动人事部联合发布的《关于被判处管制、剥夺政治权利和宣告缓刑、假释的犯罪分子能否外出经商等问题的通知》。

^⑱ 参见王书江、殷建平译《日本商法典》,中国法制出版社2000年版,第4页。

^⑲ 参见杜景林、卢谔译《德国商法典》,中国法制出版社2000年版,第3页。

小规模商业,得免依本法申请登记。^{②①}我国内地有关工商业管理的规范性文件规定,农民在集市贸易或地方人民政府指定区域内销售自产的农副产品、从事商品贩运的摊主和行商、从事农业专业化生产的农村承包经营户等,可以不进行工商登记,^{②②}均属此类。

2. 营业资格的职业资格认定

职业资格认定,即从业资格的取得,主要是指自然人的从业资格许可,即自然人如从事某些须具有一定专业性、技术性、标准性要求的营业,就须取得该营业领域或行业的特定从业资格,方可进入该营业领域进行营业。营业从业资格许可是营业的专业化、职业化、技术化、标准化的内在要求,也是营业最大化和营业风险有效控制所必需。一般而言,诸如执业律师、会计师、执业医师、建筑师、资产评估师、保险中介人、精算师、证券从业人员等,^{②③}具有相当的专业性和职业要求,特定自然人如未取得该营业领域的职业从业资格,就不得进入该领域从事营业活动。而在美国、英国等发达市场经济国家,自然人取得特定职业资格,就可独立开展该职业领域内的个体营业,就意味着取得了特定行业的营业资格。目前,我国已在执业律师、会计师、执业医师、建筑师、资产评估师、保险中介人、精算师、证券从业人员等10多个领域推行了全国统一的营业从业资格认定或许可制度。只是我国目前的自然人职业资格还不能自动转换为特定行业的营业资格而已。

3. 营业资格的营业登记取得

严格说来,在自由主义的营业登记制度范式下,营业主体资格取得无须经过营业登记,因此,营业登记只存在于准则主义或许可主义的营业登记制度范式下。其中,在许可主义的营业登记制度范式下,部分营业主体资格的取得还需要取得营业行政许可。^{②④}我国营业主体走过了由普遍主义营业行政许可向例外主义营业行政许可过渡的历程。2005年10月27日的《公司法》修正案,所奉行的是典型的例外主义营业行政许可模式。目前在我国,除少数营业主体的营业登记须履行营业行政许可程序外,绝大多数营业主体的营业登记已不需要取得营业行政许可。在准则主义或许可主义的营业登记制度范式下,业经营营业登记的民事主体^{②⑤}就依法取得了营业资格。^{②⑥}

(二) 获得营业资格是使营业主体具有营业能力

无论是以自由方式取得、还是通过行业从业资格认定取得,或者是完成营业登记取得的营业资格,其目的意义不在于仅仅使特定民事主体获得某种法律地位或特定身份,而在于使其具有营业能力。所谓营业能力即特定民事主体因其自由或依法取得营业资格而成为营业主体,得自由地、独立地选择特定营业领域或某一营业事项为其主业,进行以营业事务决策、营业财产管理、营业外部交易为主要内容的经营性活动之权能的概称。营业能力的内容包括营业主体之营业意思的自治能力、营业事项的选择能力、营业事务的决策能力、营业财产的管理与营运能力、营业交易的参与与权利处分能力、对营业后果的责任能力等多个方面。

营业能力按其主体所享有实际权能的范围和是否受法律限制的不同,可分为一般营业能力和特殊营业能力。一般营业能力即主体得自由地、独立地选择任何法律不禁止或限制的特定营业领域或某一营业事项为其主业而进行营业之权能的概称。特殊营业能力即主体基于法律的限制或禁止、经营营业行政许可取得并

^{②①} 转引《法源法律网·法规查询》(<http://db.lawbank.com.tw/FLAW/FLAWDAT0202.asp>) 2006-08-07。

^{②②} 参见国务院《无照经营查处取缔办法》(2003年3月1日)第2条、第21条。

^{②③} 有必要说明的是,营业从业资格许可与通常意义上的就业准入资格许可是有区别的。营业从业资格许可所解决的是自然人在特定行业进行独立营业的资格,而就业准入资格所解决的是作为劳动者选择特定行业作为其稳定的职业而必须具备的能力和技术素养。目前,劳动和社会保障部依据《中华人民共和国职业分类大典》确定了实行就业准入的66个职业目录。参见《中华人民共和国职业分类大典》和国家标准《职业分类与代码》(GB6565-86)。

^{②④} 在营业登记制度的安排中,西方市场发达经济国家普遍采取按营业主体的性质适用不同的登记制度,一般而言,个人独资企业、合伙企业适用营业备案登记,而公司企业则适用营业审查登记。参见胡加荣《西方企业登记立法对我们的启示》,载《中国工商管理研究》2004年第12期。

^{②⑤} 在我国,办理工商登记取得营业资格的民事主体主要是指个体工商户、企业,但也包括办理了营业登记可以从事营业活动的其他社会组织,如某些研究所或社团组织经工商登记后也可开展营业。

^{②⑥} 营业登记的制度功能在于使特定民事主体获得营业主体资格或经营特定事项的权利。关于营业登记的法律性质,有学者认为属于工商行政确认的范畴,参见王远明、唐英《公司登记效力探讨》,载《中国法学》2003年第2期;有学者认为工商登记属于行政许可行为的范畴,参见张义华《企业登记法律效力制度的比较分析——兼论我国企业登记效力制度的完善》,载《法学杂志》2004年第2期;有学者认为工商登记属于确权性质的民事法律行为范畴,以公司设立登记为例,其“旨在使公司取得私法人资格”,参见蒋大兴《公司法的展开与评判——方法·判例·制度》,法律出版社2001年版,第373-376页。

经营业登记确定、只能在其登记的特定营业领域或某一营业事项范围内进行营业之权能的概称。在许可主义的营业登记制度范式下,营业主体的营业能力大多为特殊营业能力。^{②6}

以企业的营业登记为例,企业营业登记包括企业的开业登记和企业的营业事项登记。其中开业登记即成立登记,是指企业在具备企业设立条件的情况下,由申请人申请取得法定的营业主体资格并具备独立从事生产经营能力的登记行为。企业开业登记实质上包括企业的主体资格登记和企业的营业资格登记两个方面。其中企业的主体资格登记是前提,企业的营业资格登记则是在企业取得主体资格之后对其从事生产经营的能力所进行的确认和公示。对于企业的主体资格和营业能力的登记,目前世界上有“统一主义”与“分离主义”两种立法与制度例。^{②7}所谓“统一主义”即企业在开业登记时,登记机关对企业的主体资格和营业能力进行一并登记,表现在形式上则为企业主体资格证书与企业营业资格证书(执照)合为一体,在程序上也不严格区别企业主体资格与营业能力,从而将企业营业执照视为企业取得主体资格和营业权能的凭证。所谓“分离主义”,即把企业之主体资格与营业能力进行分别登记,在此种登记范式下,企业主体资格的取得并不当然使其具有营业能力,而企业营业能力、资格的限制或丧失,并不必然使其主体资格丧失,惟其主体资格被消灭才能使企业绝对地丧失营业能力,因此,表现在形式上则是企业的主体资格证书和营业资格证书(执照)的分离,登记程序上则实行企业的主体资格和企业的营业能力的分别审查和公示。我国目前采用的是“统一主义”的立法例与制度例,在实践中存在一系列问题。如在企业营业能力受到限制或丧失的情况下,企业能否以其法定主体资格继续承担法律责任,企业登记机关与法院则处于两难境地。笔者同意有些学者的看法,即在未来企业登记法的修改中,把企业设立登记中的“统一主义”改为“分离主义”立法模式,以解决企业法律实践中出现的主体资格与营业能力的冲突与尴尬境况。

四、营业主体之营业能力的限制

(一) 营业主体之营业能力限制的界定

营业主体之营业能力的限制系指基于一定法定事实的发生而使特定营业主体之营业资格被剥夺或其营业权能部分丧失之法律事实状态。产生营业主体之营业能力被限制情形的原因事实有:(1)因不法或不当营业行为而被国家行政机关处以营业行政处罚,而使其营业资格被剥夺或其营业权能部分丧失。在我国,特定营业主体资格的取得,是其开展营业的前提性条件,主体没有营业资格就不可步入营业领域的门槛。目前,又由于我国绝大多数营业主体资格特别是企业之营业资格的取得尚以行政许可为本位,国家行政机关在认定或授予企业营业资格、划定企业的营业范围、审查企业的营业能力、执行企业的营业财产、吊销企业的营业执照等方面享有以审查、批准、决定、许可、撤销、强制执行等一系列决定性权力,特别在有关营业行政处罚方面,就更为明显。如我国有关企业设立、工商登记、行政处罚方面的法律或行政法规就规定,营业主体有不法或不当营业行为之情形,行政机关可科以下列营业行政处罚:营业资格的限制或剥夺,如暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照等;营业能力的限制,如责令停产停业等;营业财产的强制执行或没收,如罚款,没收违法所得、没收非法财物;等等。而这些营业行政处罚,在本质上均与企业营业权能的限制与剥夺有关。^{②8}(2)一定的法律事件的产生。如对个体型营业主体而言,其被宣告为无行为能力人或限制行为能力人,其营业能力当然被限制。(3)特殊法律关系的产生。如某自然人由于被吸纳为国家公职人员,其营业能力就当然被限制。(4)其他法律规定的法律事实的产生。

如从更泛义的角度来分析,特殊类营业主体(如商业银行、保险公司等)因营业行政许可或营业登记行为,其营业事项范围也有可能被限制。但此处所讨论的营业能力限制是特指营业主体资格取得之后因一定法定事实的发生而使其营业资格被剥夺或其营业权能部分丧失之法律事实状态,自然因营业行政许可或营业登记制度致使某些特殊类营业主体的部分营业权能被限制,不属于严格意义上的营业能力限制的范畴,而

^{②6} 特殊营业能力是基于法律对特定营业事项存在限制或禁止的情况下,某特定营业主体通过营业行政许可程序所取得的经营该特定营业事项的资格和权能,与一般法人章程所记载的“目的事业范围”条款不同。笔者认为,法人章程的“目的事业范围”条款所限制的只是法人之营业代理机构的代理权,而非法人的“行为能力”、“权利能力”或“对外担保能力”等。参见肖海军著《企业法原论》,湖南大学出版社2006年版,第294页。

^{②7} 参见前注^{②5}蒋大兴书,第342页。

^{②8} 我国《个人独资企业法》、《合伙企业法》和《公司法》均设有专章规定企业的法律责任,其中与营业有关的行政处罚最为具体和详尽。

应属于前述的特殊营业能力之取得制度。^{②9}

(二) 个体型营业主体之营业能力的限制

对个体型营业主体而言,其营业能力一则依附特定自然人的民事行为能力;二则决定于特定自然人的特定法律地位和法律身份;三则取决于个体型营业主体在开业登记或从业资格取得后之营业行为的正当性和合法性。导致个体型营业主体之营业能力被限制的情形主要有:(1)作为个体型营业主体的自然人被宣告为禁治产人,^{③0}或被宣告为无行为能力人或限制行为能力。(2)作为个体型营业主体的自然人成为国家公职人员。(3)作为个体型营业主体的自然人之特定行业的从业资格失效、丧失或被吊销。(4)个体型营业主体因不法或不当营业行为而被国家行政机关处以营业行政处罚。(5)其他法律规定的事实发生。如作为个体型营业主体的自然人因刑事犯罪而被剥夺人身自由,就当然不能从事营业活动。

(三) 企业型营业主体之营业能力的限制

在理论和实务上,企业营业能力限制是一个很容易与企业终止混同的概念,因为企业营业能力限制有时往往会导致企业终止这一法律后果。企业营业能力限制在我国目前有如下几种情形:(1)吊销企业营业执照。吊销企业营业执照的直接法律效力是终止了企业的营业资格,使企业丧失了继续营业的可能,因此,企业营业执照被吊销后,已不具备营业能力,如继续从事营业活动,则属非法营业。但丧失营业资格的企业,其主体资格并未当然丧失。^{③1}(2)吊销企业许可证。吊销企业许可证是对企业从事一定范围内生产、经营资格的限制或禁止,企业在不重新获得特定许可证的前提下,不得从事许可证范围内的生产和经营,其实质上是限制了企业的营业能力,并非消灭企业的主体资格,甚至也不必然地使企业丧失营业资格,并不当然产生企业终止的法律后果。(3)企业停产整顿。企业停产整顿是对企业营业行为的一种限制,它在一般情况下不涉及企业主体资格的消灭,与企业终止的区别更为显著。(4)企业被宣布为市场禁入者。企业被宣布为市场禁入者,是限制或禁止企业从事某一领域营业的资格,是对企业经营范围的限定,它包括定期的限制、禁止与永久的限制、禁止两种。宣布企业为市场禁入者,并非消灭企业的主体资格,甚至也不当然消灭该企业的营业资格,它只是限制了企业在某一市场交易领域的营业能力。

五、营业主体之营业资格的注销与营业能力的消灭

(一) 营业主体之营业资格的注销本质上是营业主体之营业能力的消灭

营业主体之营业资格的注销,其法律意义在于特定营业主体已丧失营业资格,亦即其已不再具有营业能力。企业营业资格注销行为的完成,所消灭的是该企业的营业能力,其直接的法律后果是作为营业主体的企业之营业资格已不复存在,其具体表现为:(1)企业解散与清算期间,企业不得再从事与清算无关的经营性活动。(2)企业营业资格注销登记行为的完成,则消灭了该企业的营业主体资格,也就意味着已不具备合法营业的可能性。(3)企业注销登记行为完成后,不得再以该注销的企业之名义从事营业性活动,如再以该企业之名义所进行的营业则属非法营业。

(二) 营业主体之营业资格的注销并不当然消灭了其民事主体资格

从理论上讲,营业主体之营业资格的注销,所消灭的只是作为营业主体的营业资格,而非当然消灭其民事主体资格,更非消灭了营业主体的人格。对个体型营业主体而言,其营业资格被注销,其所丧失的只是该自然人特定的营业性投资主体资格或独立的营业主体资格,其进入营业领域之前原有的民事主体资格和独立法律地位并未当然丧失,其自然人人格依然存在。

对于以企业为代表的组织型营业主体而言,其情形要相对复杂一些。企业注销登记行为的完成,则意味

^{②9} 特别如有关法人章程“目的条款”的约束效力,学者们争议最大,除较有代表性的权利能力限制说、行为能力限制说、内部责任限制说之外,有学者主张应适用法人代表权限制说,以“表见代表”规则来判断法人章程“目的条款”的法律效力,参见温世扬、何平《法人目的事业范围限制与“表见代表”规则》,载《法学研究》1999年第5期;也有学者认为,从商人权利能力的分层理论来看,“目的条款”应属法人的具体权利能力范畴,参见李有星、曹邵鸣、刘维《论法人权利能力分层理论的构建及其在公司法上的意义》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2006年第1期。

^{③0} 有学者认为,建立禁治产人制度,对完善自然人民事行为能力制度具有重要意义。参见李建华《我国民法应建立禁治产人制度——对完善自然人民事行为能力制度的思考》,载《吉林大学社会科学学报》1999年第6期。

^{③1} 严格说来,如公司等法人企业被吊销营业执照、解散,只要没有经过合法清算并办理注销登记,则该公司应当依然具有法人主体资格。参见杜万华、王艳彬《被吊销营业执照后的法人主体资格——兼论公司被吊销营业执照后的民事主体和诉讼主体资格》,载《人民司法》2000年第7期。

着在法律上宣告该企业作为独立的营业主体资格已不复存在,即企业作为独立的营业主体资格在法律上被消灭。应当指出的是,因企业注销登记行为的完成,所消灭的是企业的营业主体资格,而非一概地消灭了企业的民事主体资格,更非一概地消灭了企业的人格。对任何一个企业来说,只要经过合法的营业登记,就当然地取得了营业主体资格。但是,在不同法律形式的一般类企业中,只有公司企业具备完全独立人格的条件;而合伙企业只有在其存续期间,才具备相对独立人格的条件;至于个人独资企业,则不具备独立人格的任何条件。当然,除此之外,我国一些特殊企业法赋予了国有企业(全民所有制企业)、集体所有制企业、中外合资企业、部分中外合作企业以法人资格。由此,可以得出这样的结论:企业注销登记行为的完成,所当然消灭的是企业的营业主体资格,而非一概地消灭了企业的人格。对法人型企业而言,如实行企业营业主体资格与企业人格统一登记,则企业注销登记行为的完成,在消灭该法人型企业之营业主体资格的同时,也一并地消灭了该企业的人格。如实行企业营业主体资格与企业人格分别登记,则企业营业注销登记行为的完成,只消灭了该法人型企业之营业主体资格,而不必然消灭了该企业的人格;^②只有该企业申请法人人格注销登记,才能产生消灭该企业人格的法律效力。至于上面所讨论的个人独资企业与合伙企业,原本就无独立人格的存在,企业注销登记行为的完成则自然不存在消灭其企业人格的问题。

六、结语

综上,在现代市场经济条件下,民事主体进入营业领域后,其营业性投资行为和相对独立的营业行为具有不同的法律意义,传统商法理论意义上的商主体也就表现为投资主体与营业主体这一既相对分离又有时重叠的二重结构。因此,我国未来商事立法,在营业准入制度的安排上,应严格区分投资资格准入和营业资格准入,建立完善的民事主体到商主体的转换机制。特别在有关商事登记立法方面,应严格区别主体登记与营业登记、法人主体登记和营业主体登记、^③营业资格登记和营业事务登记,建立以营业资格登记为外在形式、以营业能力认定为核心要素的商主体登记制度。

(责任编辑:冯 果)

^② 关于民事主体的人格、人格权、权利能力、行为能力的区别,参见梅夏英《民事权利能力、人格与人格权》,载《法律科学》1999年第1期;尹田《论人格权的本质——兼评我国民法草案关于人格权的规定》,载《法学研究》2003年第4期;尹田:《论法人人格权》,载《法学研究》2004年第4期。

^③ 目前国内有部分学者主张企业的主体登记应与其营业登记分开。如江平先生认为企业的登记应把主体资格和经营资格登记分开,参见刘安伟《著名法学家江平教授就商事登记立法提出五点建议》,载《工商行政管理》2002年第15期;有学者主张取部分分离主义即只对从事特殊经营的企业实行“法人资格核准”和“特别营业资格登记”的分离,参见前注^②蒋大兴书第371页;也有学者主张未来的商事登记可分为商事主体登记和经营资格登记,参见喻玲《商事登记的公私法性质——从商事主体资格与经营资格分合的视角》,载《江西财经大学学报》2005年第5期。