



PKU Law School

2013-2014 学年春季学期课堂笔记

商法总论

Commercial Law

张双根老师 口授

北京大学法学院 10 级张弛 笔录

33 楼 632 宿舍 出品

此为北京大学法学院张双根老师 2013-2014 学年春季学期为 10 级本科生讲授的商法总论课程的笔记。整理的方法是基本上把老师上课讲的话照搬下来。体系是按照老师课件的顺序整理的，原课件的内容除了老师上课口头讲出来的，原则上不附在笔记中。



pkulawzc produced

Contents

目录

前言	1
推荐教材	1
相关论文	2
第一讲 绪论	3
1. 学习商法总论所面临的困难	3
1.1 概况	3
1.2 例举	3
1.2.1 梦桃源是商人么	3
1.2.2 律师事务所是不是商人	4
1.2.3 个体工商户买车两用，如何认定	5
1.2.4 关于《物权法》106条	6
1.2.5 关于《物权法》186、211条	8
1.2.6 关于《公司法》司法解释三 26条款 1	9
2. 本课学习所应注意的方法	10
3. 商法总论所应包含的内容	10
第二讲 商主体制度(一)：概述及商个人	13
1. 概念	13
1.1 商主体、商人、商事法律关系	13
1.2 商主体制度之意义	14
1.2.1 与民事主体制度相同的地方	14
1.2.2 与民事主体制度相区别的地方	14

1.2.3 超越于民事主体制度的技术意义	15
2. 具备商人之要件	15
· 权利能力、行为能力以及所谓的“商事/营业能力”问题	16
第三讲 商主体制度(二): 个体工商户与个人独资企业	29
1. 个体工商户	29
1.1 概述	29
1.1.1 规范依据	29
1.1.2 主体地位	30
1.2 设立个体工商户之条件	30
1.2.1 实质要件	30
1.2.1.1 原则性规定	30
1.2.1.2 自登记需提供申请材料中考察	31
1.2.1.3 商事账簿规则之适用	31
1.2.2 程序性要件	32
1.3 个体工商户之内外法律关系	33
1.3.1 内部管理	33
1.3.2 外部为法律行为之机制	33
1.3.3 对外债务之承担	34
2. 农村承包经营户	35
3. 个人独资企业	35
3.1 概述	35
3.1.1 规范依据	35
3.1.2 概念	35
3.1.3 特征	35
3.2 成立要件	36
3.3 个人独资企业之内外法律关系	36
3.3.1 内部管理	36
3.3.1.1 基本原则: 投资人自行管理	36
3.3.1.2 例外: 委托或聘用他人管理	37
3.3.2 外部为法律行为之机制	40
3.3.2.1 投资人自行为行为之效力	41
3.3.2.2 委托或聘用他人管理之情形	41
3.3.2.3: 设立分支机构之情形	44
3.3.3 转让与集成	44
3.3.3.1 个人独资企业财产之构成及其归属	44
3.3.3.2: 个人独资企业之转让	46
3.3.3.3 个人独资企业之继承	49
3.3.4 企业解散与债务清偿	49
3.3.4.1 解散	49
3.3.4.2 清算	49
3.3.4.3 债务清偿	49
3.3.4.4 可否参照适用《企业破产法》的程序	50

第四讲 商主体制度(三): 合伙企业	52
1. 概述	52
2. 成立要件	52
3. 合伙企业之内外法律关系	52
3.1 内部管理	53
3.1.1 内部治理自治	53
3.1.2 合伙人决议	53
3.1.2.1 一致决事项	53
3.1.2.2 多数决事项	56
3.1.2.3 表决方法不明者	56
3.1.3 合伙内部事务之执行	57
3.1.3.1 各合伙人同等执行权	57
3.1.3.2 委托一个或数个合伙人执行合伙事务	57
3.1.4 其他合伙人对事务执行的监督与异议	58
3.2 外部为法律行为之机制	59
3.2.1 代理权制度之适用	59
3.2.2 代理人之确定	60
3.2.2.1 各合伙人同等享有代理权之情形	60
3.2.2.2 委托一个或数个合伙人为代理之情形	60
3.2.2.3 聘任他人经营管理人并授予代理权之情形	60
3.2.2.4 其他人担任代理人之情形	62
3.2.2.5 设立分支机构之情形	62
3.2.3 代理权之范围	62
3.2.4 代理权之限制及其效力	63
3.2.4.1 代理权之限制	63
3.2.4.2 代理权限制之效力	63
4. 合伙企业之财产、债务及责任承担	65
4.1 合伙企业财产之构成及其基础	65
4.2 合伙企业财产之相关问题	66
4.2.1 合伙企业对合伙财产之实体	66
· 某一合伙人擅自处理合伙企业财产的效力	66
4.2.2 各合伙人对其财产份额	66
· 22-25 条所涉及的问题	68
第五讲 商事登记制度	76
1. 商事登记制度概述	76
1.1 商事登记之概念问题	76
· 商事登记与不动产登记之比较	76
1.2 商事登记之特征	79
1.2.1 关于“创设、变更或终止商主体的资格和能力”	79
1.2.2 关于“公法行为”	79
2. 商事登记之事项范围	80

· 与不动产登记之对比	80
· 现行法规定之总结	81
3. 商事登记之程序	82
3.1 概述	82
3.1.1 登记机关之权限	82
3.1.2 登记之种类	82
3.2 公司设立登记之程序	82
3.2.1 商主体设立之基本问题	82
3.2.2 公司设立登记之申请	83
3.2.3 公司设立登记机关之登记活动	84
3.2.3.1 受理	84
3.2.3.2 审查与核准/决定	84
3.2.3.3 发照与公告	84
4. 商事登记之效力	86
4.1 创设效力与宣示效力问题	86
4.1.1 对主体资格取得之效力	86
4.1.2 登记对各登记事项之效力	87
4.2 商事登记之善意保护效力	88
· 《深圳经济特区商事条例》的规定	88
4.2.1 某些登记事项已正确办理登记（并公告）之效力	88
4.2.2 某事项应办理登记，却未为登记时之效力	90
4.2.2.1 例1	90
4.2.2.2 例2	90

第六讲 商号 **94**

1. 概述	94
2. 商号选用与存续上所应遵循的规则	94
2.1 商号之选用	94
2.1.1 我国法商号之结构	94
2.1.1.1 构成与顺序	94
2.1.1.2 特殊字词之选用	94
2.1.2 是否须用业主或投资人之姓名	95
2.1.3 是否标示商人之营业种类	95
2.1.4 是否必须标示商人之法律形式	95
2.1.5 商号如何标示特定之商人	95
2.2 商号同一性/统一性原则	95
2.3 商号稳定性/持续性原则	95
3. 商号之转让及其相关问题	97
3.1 商号之转让	97
3.1.1 规范基础	97
3.1.2 转让行为之法律构造	97
3.1.3 商号转让之法律后果	97
4. 商号之保护	98

4.1 规范依据	98
4.2 私法救济	98
4.2.1 停止侵害请求权或不作为请求权	98
4.2.2 损害赔偿请求权	98
4.2.3 销毁请求权	99
第七讲 商事辅助人制度	100
1. 概述	100
1.1 非独立商事辅助人	100
1.1.1 经营管理人	101
1.1.2 代办人	101
1.1.3 雇员	101
1.2 独立商事辅助人	102
2. 经理人--非独立性商事辅助人之典型	103
2.1 规范基础检索	103
2.2 分析思路	103
2.2.1: 经理人进入公司或合伙之基础关系	103
2.2.2 经理权之权限范围	104
2.2.3: 经理人与其他职位担当人之区别	105
· 关于有限合伙	106
第八讲 商行为制度概述	107
1. 商行为概述	107
2. 突出商行为给特点之具体表现	108
2.1 有偿性之表现	109
2.2 放弃民法中保护性规定之表现	109
2.3 若干法律制度之类型化	110
2.4 商人组织行为之公开性	110
2.5 在处分行为中对信赖保护之扩展	110
2.6 若干边界交易进行之制度	110
关于考试	111

Introduction

前言

老师姓张，不姓金，更不姓福。确实不幸福，开学前的某个礼拜四早上刚到办公室，正觉着下学期的课比较轻松，只有两门课，感觉比较舒坦，那时候稍微有片刻幸福；但是突然接到电话，说金老师病了，问题不大，同学们不用担心，但是需要休养，所以代课的责任摊到张老师身上了，就摊上大事儿了。因为备课是需要时间的，上个周四才接手，这门课准备比较仓促；另外这门课本身也比较麻烦，所以当时的感觉片刻的幸福马上消失掉了。上这节课确实有点儿紧张，因为这门课不好讲，虽然已经给本科生讲过两年，07、08级是张老师讲，09级是金老师讲。但是还是没有逃避得了责任。

这节课张老师不是临时打酱油的，这学期是长工，金老师这学期可能都不会来；有同学问此前给师兄师姐用过的课件能不能用，可以用，商法这几年变化也不大，学理上、立法上变化都不大。07、08级课件也能得到，有兴趣可以事先把课件对照一下。当然也会相应增加一些内容。

- 推荐教材

关于教材，这门课理论上积累不充分，所以教材乏善可陈，简单推荐几本。教材不要求去买。

赵中孚主编：《商法总论》，中国人民大学出版社 2009 年第 4 版

王保树：《商法总论》，清华大学出版社 2007 年版

范健、王建文著：《商法总论》，法律出版社 2011 年版

施天涛：《商法学》（第四版），法律出版社，2010 年版

谢怀栻，《外国国民商法精要》，法律出版社，2006 年增补版

范健：《德国商法：传统框架与新规则》，法律出版社，2003 年版

无可奈何地介绍一下外国人的教材：

[德] C. W. 卡纳里斯：《德国商法》，杨继译，法律出版社，2006 年版

卡纳里斯是拉伦茨的学生，拉伦茨是王泽鉴的老师，王泽鉴是某位自然人。看这本书的时候，由于各种原因，不可全信。基本概念上有稀里糊涂的地方，最好找其他教材、辅助用书、论文相互佐证，这是看书的一个基本技巧。

[法]居荣：《法国商法》（第一卷），罗结珍等译，法律出版社，2004 年版；

马太广编译：《判例所表现的商法法理：日本最高裁判所商法判例要旨（1962-2004）》，法律出版社 2004 年版

教材可以到图书馆借着用,或者几个人合着买,如果非要买挑一本最便宜的。学习商法,教材不是最主要的,这只是一个学习的导引,关键是要领会商法上的一些基本的架构、内容,前面举例都是探讨一些商法的困难问题。其他老师讲课都说自己的讲课多么重要、有意思,这门课则确实不怎么招人喜欢,原因有多方面,上面也提到了。但是上面已经规定要修这门课,张老师勉为其难,只好与大家共度很无聊的这门课。学的时候如果有一点点收获,这门课也有一点点成功的地方。这门课主要目的不在于商法自身有什么花样,基本上是巩固原来学的私法知识。上面举的例子基本上都涉及到民法上的基本概念。这也涉及学习方法的问题。

- 相关论文

张谷:《商法,这只寄居蟹——兼论商法的独立性及其特点》,载高鸿钧主编:《清华法治论衡—法治与法学何处去(上、下)》(第5、6辑),清华大学出版社2005年;

《清华法学》2008年第4期专题栏:商事立法研究,刊以下4篇论文:1,朱慈蕴:《营业规则在商法中的地位》;2,范健:《论我国商事立法的体系化——制定〈商法通则〉之理论思考》;3,叶林:《商行为的性质》;4,蒋大兴:《商人,抑或企业?——制定〈商法通则〉的前提性疑问》。

第一讲

绪论

1. 学习商法总论所面临的困难

1.1 概况

这门课不好讲。这门课面临一些问题，大体上有三个方面：立法上、理论上、实践上。

1>立法上，目前我们国家没有商法典，估计将来也不大会有。一般性的商事规则也很不完善，将来的完善近期内好像也没有太大的希望。

2>理论上，因为商法理论积累不充分，基础性的问题不深入。这个问题是由来已久，不是近期的问题，期待近期解决这些问题好像也不现实。

3>实践中，主要是指司法实践和商事实务操作上，商法的一些概念也没有太多的体现。

这几个方面加起来，商法学习面临一个大问题，学很困难，教也困难、非常麻烦。

1.2 例举

这些困难怎么认识呢，我们举出一些例子，这些例子都是身边的人和事，从这些例子理解。

1.2.1 梦桃源是商人么

我们知道有个梦桃源，不知道的就权且当它是一个符号。北京梦桃源餐饮有限公司是商人么？如果是的话，商人之“人”又该如何体现？梦桃源的老板即所有人，前台的经理以及服务员等等，在其中又是什么样的角色？

法人，我们在民法中学过。法人的人怎么理解，什么叫法人，为什么会冒出一个法人的概念？与法人相对的概念是自然人，自然人又是什么意思？在民法中，一般讲主体，讲主体二分，当然现在的二分显得有点儿不严谨。民法中按照这个二分法，一边是自然人，一边是法人。所谓自然人就是生物意义上的人。按照自然界的规律生长出来的人，这是张老师解释的自然人，也就是生物意义上的人，不是人通过一个技术手段或者其他一个什么方法拟制出来或者创造出来的。自然人在生物上说人就可以了，但是用在法律、特别是民法上就说是自然人。自然人在公法上又发生变化了，公法上用公民。

民法上与自然人相对的是法人，法人与自然人都有“人”字。自然人和法人在民法中都可以称之为民事主体，那么有什么共性，有什么差异，基于什么样的特殊的共性而可以概括在民事主体这个上位概念之下呢。差异很明显，自然人是自然生长出来的，法人是拟制出来的。说一个具体的人很明显，有具体的形象，法人就不好说。北大是法人，北大的形象是什么样的？说某位教授发帖子损害北大的形象，北大形象到底多高、多宽，这个形象怎

么理解？完全是观念上的，用法技术的手段拟制性的一个东西。也就是说在实际的生活中，原则上，是看不见摸不着的，也是不存在的。

那么二者的共性呢，自然人是自然生长的、实实在在的，法人是仅仅存在于观念中的。如何把这两个颇有差异的本质不同的概念统一在民事主体之下呢，可能还必须靠观念的东西构造，抽取两者观念构造上的共性，也需要所谓的权利能力的概念来进行构造。也就是说自然人之成为主体可以享有权利能力，这个时候权利能力与民事主体基本上等同；法人因为也有权利能力，也就是成为民事主体。权利能力具体解释，就是可以享受权利，并且承担义务之资格。这是民法上基本的逻辑结构。

回头讲商法，商法之商人又怎么理解，商人是不是实实在在的类似自然人一样的东西呢。也就是说，理解商人之人的时候，这个“人”字能不能按照自然人理解的逻辑思路来理解。按照通常的日常用语习惯，说一个人是商人，是从商的，另一个人不是，是个教书匠，这是日常的生活经验，按照其所从事的职业活动来进行概括。日常生活经验并不完全等同于法律上的语言。法律上的语言怎么概括呢，这里我们先初步定一下思路，商人类似于民法上的法人，只是一个拟制的。也就是说，在自然人以及其他的民事主体之外，再加一些要素，这个要素可能用它所从事的活动或将要从事的活动进行界定，我们初步地这么说。商人肯定不取决于“人”字，这个“人”字顶多只是揭示出它是一个主体，除此之外的意义不太多。

讲到这一步，意味着商人可能是自然人、也可能是法人、也可能是民事主体二分法之外的其他民事主体。民法上讲过法人之外的不具有法人资格的民事组织，比如说合伙。按照现行立法的架构，有《民法通则》上规定的民事合伙，1997年《合伙企业法》通过后有专门架设的一种合伙企业。合伙企业是有法人架构不具有法人资格的一种企业，也算在商人之中，也算是商人的一种表现。

所以这个例子中，北京梦桃源餐饮有限责任公司无疑就是商人。这个公司本身是一个商人，而组成公司的成员、公司所雇佣的员工，原则上，回到法人的理论里面，不具有独立的主体资格性。也就是说，梦桃源的老板本身是不是商人呢。老板只是这个企业的所有人，企业的所有人要不要特殊的商事资格的认定，各国立法不一样，我国现行法上没有老板必须是商人的规定，所以老板本身可以不是商人。前台经理和服务员，显然更不需要具备商人的资格或者特殊资格，老板都不需要，员工肯定也不需要。这里面涉及到自然人之外的其他的商务组织内部的组织构造问题，这个概念在公司法上作为公司法人来讲，或者说商人的种类体现为公司的時候，就是公司治理结构的问题，这是公司法上经常会碰到的概念，公司内部治理结构，涉及内部的人员组成，以及权限的切割问题。

通过梳理几个概念，至少先牵出几条线路，告诉我们怎样理解商人。在民法上的法人之外又多了一个拟制性的主体概念。有限责任公司之外的其他公司，比如股份有限公司、特殊的有限责任公司、国有独资公司、一人公司等，乃至不具有法人资格的或者是非公司制的企业，也可以概括在所谓的商人概念中。教科书上在讲到我们国家的商人种类的时候，也区分了公司类的商人等分类。从以上大体可以开出来，商人的概念肯定不是着眼的“人”的问题，商人之“人”绝非自然人意义上的人。

1.2.2 律师事务所是不是商人

第二个例子，与我们将来就业从业极其相关的律师事务所是不是商人。如果不是商人，原因理由在什么地方。律师事务所也要挣钱，经常挣得比一般的个体工商户、街头小贩还要多。律所也在盈利，也不是无偿为别人服务。通常我们说的商，要在商言利，不言利就不存在所谓的商人。律师事务所到底是不是商人呢。在我们国家现在律师纳税是按照个体工商户的纳税起点，也就是税基比较低，交的比较，现在律师难挣钱，挣的钱大部分都交税了。另外我们知道，律师事务所基本上是合资制、合伙的方式开所的，这在我们国家至少在现行法上还是没有开口子。能不能以公司制的形式开办呢，比如几个法学院毕业生创立一个律所，不以合伙的方式开办，而是按照公司制的有限责任公司的方式，成立一个北达或者达北律师服务有限公司。现实的实证法之下这确实是不可以的，没有办法登记，但是实际操作中，有的律师事务所虽然名义上是以合伙制、合作制的方式，但是内部的管理模式、薪酬等已经近于公司的方式。当然这也看所的规模，所的决策者怎么经营管理。这是在中国的实务状态。如果目光不仅仅限于国内的话，在国外，有的国家是允许律师事务所以公司的方式，主要是有限责任公司的方式来经营的。当然这个例子不太多，比如德国法上，大概在21世纪初，一直在讨论这个问题，律师事务所能不能以公司的方式设立。为什么要讨论这个问题，为什么会遇到学术界、立法界那么大的阻力，可能还是涉及到律师行业本身的定位问题。如果用公司的方式，按照德国商法典第六条之规定，凡是采取公司之形式就必然是商人。成为商人就意味着必须按照商的模式运作，包括商法上的一些权利的享有、义务的履行等等。这与律师事务所、律师行业本身有很多地方不是特别的吻合，至少不是那么运行无间，可能存在着一些理念上冲突的地方。我们出去开所

的话，所需要的资金成本不是很高的。大家从北大法学院出去了，一身的法学行当的武艺，艺不压身，只要有才艺肯定就能创业，资金成本不是很高，因为我们提供的是智力服务。既然是智力服务，这个行业与其他的非智力服务可能通常不太一样。通常的买卖，一手交钱一手交货，就有履行环节上什么时候交钱什么时候交货，交付什么东西，质量如何等等，都有可以衡量的一些标准，根据合同的条款进行判断。但是脑力劳动涉及到个人主观上的东西特别多。一旦与主观的东西联系在一起，就涉及到伦理上的、情感上的判断，这些非法律所能控制的因素就出现了。换句话说，这个行业可能存在道德伦理的风险问题。这是所有以提供智力服务为其业务的行业都存在的一个特点、一个根本性的标志，不仅仅存在于提供法律服务的律师事务所，还存在于其他提供智力服务的行业，比如税务方面的会计师事务所、提供建筑设计服务的行业等。这些职业在学理上可以概括为自由职业者。这个“自由”怎么理解，张老师认为，自由就是一个人可以干，依据自己的技艺、兴趣、工作时间、选定的服务对象等等，提供对方所需求的服务。这是所谓的自由职业者，它比非自由职业者在灵活性、在道德伦理上的风险要多得多。如果检索一下商法的沿革史、发展史，就会发现自由职业者在很多国家的商法上，特别是以德法为代表的大陆法系的商法中，一直是不被纳入的，不作为商人来处理。商法上特别讲究的盈利、效率性、交易安全性等等规则可能在自由职业者的行业里面不太适合放进去。类似的问题，农业经营的问题也基本不放在商法里面。比如现在讲的农村承包经营户，按照传统商法的理解，基本上不属于商人，虽然现在的农村承包经营户存在的目的基本上不在于仅仅满足自己的需求、自给自足的问题，还要把生产的富余的产品提供到市场上进行交易，换取货币，以购买自己不能生产、制造的需求。后面这个环节也是常见的商事买卖的方式，但即使是这样，仍然认为传统的小农方式的农村承包经营户不属于商人范畴。但是这里面有边界。比如农村里的几个承包经营户连接成片，成立一个组织机构，而且不仅仅从事纯天然的耕作，还将耕种的农产品进行加工、再加工等程序，把农产品的成品或半成品再提供在市场上。如果有这样的组织或行为，可能就会放到商法上理解。去年年底十八大报告提到农村问题，主要有农村土地制度改革、宅基地问题、城镇化问题等，有很多问题，未来很长一段时间农村问题好不好可能会决定我国发展好不好，现在还没有能完全解决的良策。十八大上提出一个建议、对策，农村搞土地承包基础上的股份合作制，以及成片的农庄制的经营模式。如果走到这个地步，因此方式设立的主体可能跟以前已经运行三十多年的单纯的农村承包经营户就有所区别，有可能纳入到商法进行调整。这是第二个方面，关于律师事务所是不是商人，也是如何理解商人的问题。

1.2.3 个体工商户买车两用，如何认定

前面两个例子实际上是引导如何界定商法。第三个例子就是有一些争议性的问题，也检验之前学习到的民法知识。开鲜花店的个体工商户唐（tuó，三声）某，是商人吗？唐某购买一皮卡车，一来送货，二来家用，则在车子质量出现问题时，唐某能否向4S店主张消费者保护？

唐某是不是商人，按照传统说法，基本上也可以认其为商人。个体工商户是商人，对于个体工商户，此前注重管理、监督，2011年国务院颁布了《个体工商户条例》，各地方也响应国务院号召，制定了一些扶持、引导、帮助个体工商户从业者的规定。按照现在的立法趋势，个体工商户的从业环境在政策上是越来越宽松，当然实际层面怎么样另说。唐某是商人没有问题，他购买了一辆皮卡车，有时候用来送货，不送货的时候也作为家用，一车两用。这种情况下，购买的车子质量出现问题时候，唐某能不能向出售车子的4S店主张消费者保护？这里已经假设按照《消费者权益保护法》的相关规定，车子确实存在质量问题，请求权的构成要件肯定是充足，关键是唐某能否享有或者是否有资格享有的问题。

《消法》跟人们关系最密切的是第49条，双倍返还。比如消费者买个杯子是假的，可以直接到商店里，按照《消法》49条规定，主张双倍返还。当然双倍返还要不要包括其他的一些费用，比如因为质量问题产生的鉴定、差旅、误工费等，《消法》没有说，现在暂且不讨论这个问题，只讨论双倍返还。杯子事儿小，汽车、皮卡车起码有5万块钱，更可能出现争议。能不能双倍返还，首先涉及汽车是不是消费性商品。汽车肯定算消费性商品，在我国，按照2003年最高院关于商品房问题的司法解释，商品买卖中开发商作假，虚假广告或者其他的恶意欺诈等行为，购房人也可以主张消费者保护，也会涉及到双倍返还问题。现在房价可不是一辆皮卡车的问题了，可能是几百万，双倍返还就赚大了。在最高院的司法解释、在我国司法实践中，房屋都可以视为商品，何况流动性的东西。不能动的商品都可以视为商品，流动性的更无异议。所以皮卡车肯定是消费品，可以考虑适用消费者权益保护法的问题。

接下来的问题是，消费者权益保护考虑的不仅仅是客体上的要件，就是消费的物品是不是消费品，另外还有一个要件是看买东西的人，消费者保护法所保护的主体，是不是消费者。唐某是不是消费者，这是非常有争议的

问题。这个问题也不是凭空举出来的，大概在张老师刚刚回国的 2005、06 年的时候，确实有类似的例子。比如某个公安局下属的某个派出所，因为警务用车，需要增加机动车设备。买了两辆车，刚好涉及到质量有问题，属于被召回的范围内。消费者意识比较强，不但召回了，而且赔偿。那么公安局是不是也可以考虑赔偿，所以公安局就去法院起诉。有的律师认为公安局不从事经营，不是经营这个车子的，是拿来用的，所以不是商人，也是消费者。这个例子基本上是这个事件拓展过来的。

庚某购买物品不但是商用、满足其经营活动使用，同时超出了经营活动范围之外，满足自己的另外一个主体资格，即自然人的私用，这种交易行为怎么界定，关于这个问题我们现在先不回答。这两种用途很难截然分开，很难说买车的行为一半是商用行为，一半是私用行为，商用行为不能主张双倍返还，另外一半可以主张双倍返还，这个道理讲不通，不能把一个买车的行为截成两个行为来看，只能是统一地观察这个交易行为。这是第三个例子，是需要我们思考的。

1.2.4 关于《物权法》106 条

《物权法》106 条之规定，有哪些可质疑之处？

第 106 条 无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：

（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；

（二）以合理的价格转让；

（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。

受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。

当事人善意取得其他物权的，参照前两款规定。

这一条讲的是善意取得。本条规定由三款构成，核心条款是第一款，即善意取得的构成要件；第二款讲的是基于善意取得丧失所有权后，对原所有权之保护的问题；第三款是善意取得其他物权的问题。这个问题主要涉及的是第一款。善意取得是物权法的核心，如果说这部《物权法》成功了，那么标志性的成功就是把善意取得引进来了，对于交易市场上交易风险的控制、交易安全的保护居功至伟，这一条非常重要。学物权法，其他的规定可以不用记，但是跟大家切实相关，而且实际应用比较多的核心制度要记住，善意取得是其中之一，而且可以说是最重要的。但是善意取得的问题，《物权法》的规定就能尽善尽美么，它有没有问题？善意取得第一款，核心的问题是没有处分权。“无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回”，这句规定与《物权法》第 34 条功能上是一样的，34 条讲的所有物返还请求权的问题，或者原物返还请求权的问题，106 条的这句规定其实没有多大必要。关键的问题是所谓“无处分权”怎么理解。

讨论无处分权，核心肯定先讨论处分权。什么叫处分权？某个同学因为考试有不规范之行为，违反了社会主义道德，所以学校里给记过之类的处分，这也是处分，但是此处分肯定跟我们这里讲的处分不一样。前几年考试的时候确实有同学把这两个处分进行了概念辨析，虽然都对其实没有啥必要。处分这两个字到底指什么，这是民法里的一个基础知识。提到这个概念的时候，应该想到这个概念应当在民法体系里面的哪个制度领域内落位，以及这个概念本身所主管的功能在什么地方，这样就能把这问题掌握的比较清楚。处分的问题，如果谈权利，涉及到权能，是母权利的一项。《物权法》第 39 条，《民法通则》第 71 条，讲了所有权的四项权能：占有、使用、收益、处分。在所有权方面，处分是所有权的一项权能。比如我把一本书出卖给你，按照《合同法》130 条以下签订买卖合同的规定，买卖合同之成立，然后履行合同，出卖人移转所有权权利，按照《物权法》23 条之规定，需要交付，物现在在出卖人手中现实占有之情形下，按照法律规定，交付给买受人，一旦交付完成，所有权直接转让给买受人。所有权转让这个环节的义务就转让完毕。这个移转所有权的过程是一个处分的问题。

除了所有权之外，其他的民事权利是不是也会涉及这项权能呢。比如食堂里甲同学没带饭卡，让张老师帮忙刷卡，张老师可以说啊，都替人上课了，替人刷卡更容易。于是替这个同学刷了 5.55 元，意味着张老师对这个同学享有债权。张老师需要实现债权，但是找他要跑来跑去很繁琐，让陈际助教帮忙，说对这个同学的债权履行起来很麻烦，干脆这个把债权转让给陈际，陈际给张老师 5.55 元，让陈际找这个同学索要。这是生活中常见的情况。这个时候问题出现了，债权原来是发生在张老师和甲同学之间的，是一个合同债权，原则上张老师是债权人，享有 5.55 元的借款人的返还请求权。张老师把对乙同学的债权转让给陈际，首先要看转让行为有没有效力，也就是债权转让是否符合法律所规定的要件。法律所规定的要件是什么，我们看《合同法》是怎么规定的。《合

同法》第78条以下，如果债权没有人身属性，当事人之间也没有约定不得转让，债权转让原则上没有问题。第80条第一款要求债权转让要通知债务人，才能发生效力。这一条好像有问题，这里先不讨论。所以张老师给甲同学打电话告诉他债权已经转让，让他向陈际履行，这是一个通知，甲同学也无法表示异议。这个时候符合《合同法》78条以下关于合同债权转让所有要件的时候，债权直接转让到陈际这里。债权从张老师这里转移到陈际这里，因为张老师与陈际之间有一个债权转让合意；债权转让合意之生效前提是什么呢，张老师需要是债权人，才能够有权将其享有的此项债权处分给陈际。所以债权这项权利也包含了处分权能。换句话说，就债权而言，只要是可转让之债权，即具有可让与性之债权，让与的实现依赖于前提要件，即让与人手中有处分权。

以上讲处分，物权以所有权为例，债权以合同债权为例。进而推广到一般，在所有的民事权利领域，凡是可转让、可以流通的民事权利，该权利之流通、转让，机制之完成首先一个要件是该权利本身包含有一项处分权能，这个处分权能原则上应该是在这个权利之内的，处分权能归属上属于母权利的权利人。所有权的处分权能归所有权人，债权的处分权能归债权人。处分权的功能是非常大的，由此引出了物权法中一个重要的有很大争议的问题，即物权变动中是不是有所谓的物权行为的问题。物权行为的问题为什么与处分权的问题接轨呢？物权行为是处分行为下的一个下位概念。处分行为包含了物权行为和准物权行为，处分行为是处分人行使其处分权之行为，比如所有权人转让所有权、债权人转让债权，都是处分行为。处分行为要想生效，需要处分行为人享有处分权。所以处分权原则上归处分权母权利人所享有。有没有例外呢，有没有虽非该物之所有权人，但得对该物享有处分权的例外呢。我虽然不是某物的所有权人，但是因为各种法律上的机缘巧合，可以处分该物，该物在法律上的法律命运由我决定。信托，这是其中一例；代理，这个有点儿麻烦。代理人是不是享有处分权？比如张某人要出卖一本书，自己不想出面，委托陈际把这本书出卖掉，陈际成为代理人。陈际就该书本身享有代理权，是不是同时也享有处分权。这个问题先去思考，这在民法上是法律行为的核心问题，而且代理的问题与商总的很多问题也相关。代理权和处分权这两个权利能不能够合在一起，是不是享有代理权就享有处分权，这可能是有点儿问题的。现在代理权原则上不算这种例外。但是如果另外有所有权人的授权，这就不同。享有代理权不意味着享有处分权，不过如果另外享有所有权人的授权，情况可能就不同。这就存在两种情况，第一种是代理权的权限范围不及于处分行为。张老师委托陈际把张老师这本书卖了，只是委托陈际和别人签订买卖合同，至于所有权的移转问题，并没有授权给陈际。这样代理权和处分权之间的差异就出来了。签订买卖合同是代理权的问题，买卖合同要履行，中国法上虽然立法上没有明确写出来物权行为的问题，但是很多条文可以推出来可能是需要用物权行为的。物的所有权要移转给买受人，要有一些行为，至少要交付，这个环节没有授权给陈际，授权给陈际的只是签订买卖合同的权利。签订买卖合同不是以他自己的名义，在代理中，代理人是以被代理人的名义对外签订合同，以张某人的名义签订合同。合同的成立是在张某人和这个同学之间，履行跟陈际就没有关系了，履行由张老师自己安排。这是一种交易方式。另一种交易方式是，张老师授予陈际代理权的时候，授权他签订买卖合同，并且履行该买卖合同之相应的义务，这就涉及到授予其相应的处分行为上代理权的问题。这里的处分行为的履行过程中，仍然是以张某人的名义履行买卖合同。所以特别授权的含义也要进一步界定，授予的是代理权还是处分权，这是一些细节的问题需要辨析。

这第二种情形中可以推出一个一般性的概念，处分权可以通过处分权的享有人以授予的方式授予他人享有。这是处分权的授权行为。实际上信托也是一个授权行为，在委托人跟受托人之间的关系上，受托人为什么可以处分委托人的信托物，而且处分的时候原则上是以自己的名义，唯一的架构、关键的构造就是授予处分权，只是处分权到底是约定性、意定性的还是法定性的可以探讨，这是另外的问题。至少关键是处分权的授予。假如处分权不是原权利人本身享有，而是非原权利人享有，处分权的授予可能是约定性、意定性的，也可能是法定性的，但是都要有处分权之授予。

以上都是为了理解《物权法》第106条的问题。这一条规定无处分权人处分所有物，原所有权人可以请求返还；假如满足第二句规定的善意取得要件，原权利人就不可以请求返还了，善意取得之效果发生，原权利人只能按照106条第二款之规定，向无处分权人请求损害赔偿或者其他的的不当得利之返还。

为什么存在问题呢，假如乙同学在张老师面前卖书，张老师买了一本书。但是乙同学的这本书其实并不是他自己的，而是借的甲同学的。张老师既不认识乙同学，也不认识甲同学。乙同学把书卖给张老师，按照《物权法》的规定，张老师是相信他有处分权而与他交易，还是因为乙同学在校园里卖书的行为，让张老师认为他是这本书的所有权人，所以按照法律的规则，所有权人当然地享有这本书的处分权，所以张老师信赖他有所有权，也就相信有相应的处分权，因此与其做交易，这时候按照《物权法》106条之规定，是善意，把这本书买过来，并且价格也合理，这时候善意取得才成立。换句话说，如果按照《物权法》106条第一款之规定，张老师是首先相信有

处分权。而上面的分析方式是先相信有所有权。区别在什么地方？处分权虽然在大多数情形下是归原权利人即所有权人所掌有，但是也有例外，非所有权人也可以经法律上的程序或者约定性程序而享有对他人之物的处分权。所以按照该条的表述首先判断对方享有处分权，这是不符合生活逻辑的。一般生活逻辑，看到对面一个人卖书，直接推定他有处分权，这是不对的，应该是判定其有所有权。如果说按照生活逻辑直接判定有处分权，法官就会问凭什么认为他有处分权。假如乙同学交易的时候说，这本书虽然不是他的，但是他被授予了处分权，而且确实在他占有之下，这时候法官会问是不是相信他真有处分权。法官会分析，如果相信他真有处分权，他的处分权是哪里来的。他的处分权肯定不是他自己的，因为所有权不是他自己的，处分权一定是从他人那里得过来的，得到的途径无非法定或者意定两种。这时候买受人应该追问上一家有处分权的人是谁。假如有个同学冒充张老师卖书给陈际，说他有处分权，这很容易查知，打个电话问一下张老师即可。如果乙同学卖书的时候已经说了他没有所有权，只有处分权，法官会推定应当循此途径查知授予乙同学处分权的人是谁。假如这个人甲同学，应该问甲同学是否确实授予乙同学处分权了；这还不够，还要问甲同学是否有授予乙同学处分权的资格，换句话说甲同学是不是真的是这个物的所有权人。这种情况下，如果甲同学确实能够举证自己确实是所有权人，这时候才能够相信。最后的结果就不是乙同学处分而买受人信任有处分权的问题，而是乙同学真的有处分权了。这时候就很难从106条立足了。我们可以看到处分权背后有不同的逻辑，而物权法中所表述的、所使用的处分权的概念过于泛泛，这种泛泛对于上述例子这样的普通的民事交易，基本上或者很难能够吻合。所以《物权法》106条的问题，是这一条有些泛化，泛化的原因是把商事上的规则直接挪用为民法的规则，效力射程或者要件射程上过宽、过泛，民商之间可能有所泛化。这个问题后面讲商事行为还会涉及，相关问题还可以思考。

总之，《物权法》106条第一款所使用的核心概念，即处分权或者无处分权，这个概念过于宽泛。受让人或者善意取得人所信赖的客体如果直接放在处分权之有无上面，那么信赖的内容过于宽泛，不符合一般的民事交易生活。在一般的民事交易生活中，善意取得的客体，或者说内容，主要在于无处分权人之所有权。也就是说，尤其是动产领域里面，在一般情形下，善意受让人基于出让人之占有之外表，而信赖出让人对其所占有的动产享有所有权，进而相信其享有处分权。这是一般民法上的逻辑。如果依照《物权法》106条第一款，将信赖的内容或者说客体放在处分权上，那么这个规则只能在商法领域才能解释得通。因为在商事领域里面，将要进行交易的物或者动产，在某些特殊的商事运营形态中，出让人往往并不享有对于所处分之物的所有权，而仅仅享有处分权。典型的例子比如行纪，信托中也有类似的情况。所以《物权法》106条第一款的规则，如果要提出质疑，应当从商法角度。

1.2.5 关于《物权法》186、211条

类似的，《物权法》186条、211条有什么问题。

第186条 抵押权人在债务履行期届满前，不得与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有。

第211条 质权人在债务履行期届满前，不得与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有。

这条规定，如果仅仅局限在民法领域，问题争议不是很大；但是一旦涉及到商事领域，就值得讨论。在我们国家，采取了民商合一的立法模式，这种模式不仅仅体现在民法总论、合同法，也体现在物权法之中。一旦采取了民商合一的立法体例，物权法统一适用于民事和商事两个领域，《物权法》186条和211条的规定就可能有些值得思考的地方。186条规定的是流押之禁止，或者叫流抵之禁止，211条规定的是流质之禁止。在民事角度，这两个条文可以从抵押权或者质权的实现角度来理解。抵押权或质权的实现有所谓的协议变价，也就是说，一旦被担保的债务人到期不得清偿其债务，为该债务之履行所设立的抵押权、质权，都会涉及到这两类担保物权的实现问题。一旦实现，就意味着担保物权人可以直接就该物进行处分，这是法律赋予他的基于担保物权本身的权能所享有的内容。但是法律上在物权的实现方面考虑一些其他的内容，比如实现的成本等问题，所以法律上再给双方一个协商的机会，协商就是变价。变价，有可能将担保物的所有权，不管是不动产还是动产，直接转让给抵押权人或者质权人，按照所担保的债务金额，进行找价或者再补充。这是变价的方式。变价的时候也涉及到所有权从担保人手中直接转移到被担保人、债权人手中，即所有权的移转问题。这也是当事人之间直接的流转，与186条、211条的规定差不多，只是时间点不一样。前者是抵押权或者质权实现时所达成的协议，协议变价；后者是抵押权或者质权设立时，或者扩张解释为抵押权实现之前所达成的协议，直接将物的所有权移转给担保物

权人，来作为一种担保权的实现方式。担保物权实现前所达成的所有权转让协议，虽然其的内容本身是符合担保物权本身的担保机能的，但是法律考虑抵押权的质权人在设立担保物权时可能处于弱势地位，换句话说，抵押权或者质权人为了获得对方的债务之承诺，迫于债权人、担保物权人之压力，仓促签下 186 条、211 条所称之协议，这个协议仓促之下可能考虑不周、利益衡量不足，有可能损害抵押人或者设置人之利益。法律上为了保护其利益，设立了一个禁止性规则，禁止流押（流抵）、流质。所以这两条从其本质上来看，是预防性规则，为了保护某一类特定的当事人之利益，而事先预防他们达成一个不利于其利益的约定。这两条规则主要是为了保护设质人或者设抵人之利益的，因为基于设置质权的情景，或者他们本身的经验或者其他方面的原因，法律上假定他们地位比较弱。

这个规则实际上从罗马法以来都有，但是主要适用于民事领域。一旦物权法采取民商合一的方式，让这个规则也可以适用于商人之间，那么 186 条、211 条规定的流质之禁止，就涉及其是否还有正当性的问题。换句话说，现有的 186 条、211 条在民事领域中的假定前提就是设质人、设抵人处于弱势地位，那么在商事领域这个前提是不是还存在，这个问题值得思考。基于对商人形象的假定和民事主体的假定有差异，所以 186 条、211 条在商事领域，规则应该有所修改。换句话说，流质、流抵禁止的强制性规范应该有所缓和。后面讲到商事法律行为的时候还会提到这个问题。这同样体现出商法的特殊性的问题。

1.2.6 关于《公司法》司法解释三 26 条款 1

《公司法》司法解释三条 26 款 1 又该如何理解？

名义股东将登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分，实际出资人以其对于股权享有实际权利为由，请求认定处分股权行为无效的，人民法院可以参照物权法第一百零六条的规定处理。

这是新近最高院通过司法解释，一定意义上通过法官造法方式承认了善意取得在商事领域的进一步适用。《物权法》106 条所讲的善意取得主要体现在有形物、有体物上。《〈公司法〉司法解释三》第 26 条第一款，它适用的客体主要指股权。这个股权主要是指有限责任公司的股权，现行的公司法立法里面，股份有限公司股份有股份、股票，有限责任公司主要涉及股权问题。早期的说法叫出资额，现在也有人用这个概念，这都没有太大的问题。这里讲股权，主要是指有限责任公司股权问题。这一款将善意取得客体扩展到股权之善意取得，这个规则本身，法政策取向上对不对，这个问题另说，这里关键是看这个规则成立所需要具备的核心要件和前提在现行法之下有没有满足。

仔细读这个条文，会大体发现这一条的规定如果真的要参照《物权法》106 条处理的话，会遇到所谓“参照”指什么，是动产方面还是不动产方面的问题。“名义股东将登记于其名下的股权转让、质押或以其他方式处分，实际出资人以其对于股权享有实际权利为由，请求认定处分股权行为无效的，人民法院可以参照物权法第一百零六条的规定处理”。这款司法解释条文本身也有问题，因为《物权法》106 条本身有三款，第一款解决动产善意取得以及不动产善意取得构成要件的问题，第二款解决对于丧失所有权之原所有权人的保护、救济问题，第三款涉及物权法规定的其他物权之善意取得的问题。恰恰在第三款也使用了参照，“参照前两款规定”。所以这个参照到底指什么很麻烦。参照，如果从法律规范结构上来讲，实际上是一个参引性规范，有人说引致性规范。这个参引性规范在参引的时候也分为两个部分。该司法解释 26 条第一款要参引适用其他法条，比如《物权法》106 条；但是 106 条有三款，接下来面临适用哪一款的问题；如果是适用其第一款，还要考虑，第一款规定的法律构成要件，以及法律效果问题。所以参照适用也要考虑是要件之参照还是法律效果之参照，都有不同的说法。所以这条规定文字上有些表述不是很严谨。

抛去这些细节问题，谈与本科相关的主要问题。股权善意取得，如果用这个名称的话，参照的是动产之善意取得还是不动产之善意取得呢。我们拿出这个问题展示出来，细节不再分析，只简单做一个结论。原则上参照的是不动产。不动产有登记的问题，股权也有登记的问题。这两个登记所使用的汉字都一样，但是所指不一样。不动产登记的概念指的是不动产权利之登记；而股权的登记一般讲的是商事登记，商事登记主要涉及主体之登记的问题。在商事领域，一般来讲，没有单独的跟公司无关的专门的登记。所以一般情况下股权登记都是纳入在公司的登记之下。股权哪儿来的，只有某个特定公司才享有股权的问题，那么股权登记就不妨直接便利地登记在所享有股权的公司登记簿之中。这是逻辑上基本能够成立，而在技术上、操作上也比较方便的做法。股权登记主要涉及主体之登记问题，只不过公司登记包含了一些成员享有的份额、权利的登记问题，所以也就包含有股权登记的问题。这是概念需要区分清楚的地方。

概念上区分清楚了，实际问题就来了。参照适用股权的善意取得问题，股权有登记，不动产也有登记，此登记能不能比照彼登记来进行逻辑构造。换句话说，不动产上登记簿、登记制度之构成在逻辑上跟这里将要去参照的所谓的股权登记是不是一样的问题。如果不一样，能不能通过一定的技术手段、法律上的运作使其趋于一致。这是学理上的探讨。

学理上探讨清楚之后，接下来检视现行我们国家的商事登记，尤其是跟本条本款相关的股权登记，是不是已经满足了学理上所探讨的股权登记应当充足的要件。这个例子所显示出来的是，商事登记在现行的商事体系、司法体系之下，所具有的一些特殊的逻辑问题。这个问题在这里先引出来。一般人认为商事登记跟不动产登记都是登记，而且在我们国家确实都是公权力机关做的。土地登记在国有土地管理部门，最高部门就是所谓的国土资源部；建筑物、房屋在房屋交易管理部门办理过户，实际上是各地的建委或者住房建设部门，中央机关叫住建部，实际管理的是地方的单位，登记采取就近规则、属地规则。我们国家土地国家所有，建筑、房屋可以老百姓所有，所以地跟房屋产权归属上有不一样，顺此逻辑下去，管理部门和登记部门也可以分开。土地有土地使用权，叫建设用地使用权。国务院刚刚颁布了国五条，转让自有住房要征收 20% 之个人所得税，人们关注这个政策是否真的能使房价下降，以前是每调一次涨一次。这方面也有很多问题，这里就不说了，回到主题上来，在《〈公司法〉司法解释三》26 条第一款，字面上有登记，就涉及拿股权之善意取得比照民法上不动产之登记的问题，这两个能不能比的问题，这是混乱的地方。

以上所列的六个问题，基本上揭示了现行我们国家学理上、立法上、一般民众情感上对于商，及商人、商事、商法怎么理解，其中包含的核心制度、所揭示的问题是哪些。这些问题只是从零散的层面来看的，主要揭示其中所存在的麻烦。所以如果要真正解决这些问题，后面讲的一些内容可能大体跟这些内容相关。这也印证了如上所说的，学习商法，尤其是张双根老师开的商法总论，首先要具备相应的民法基础知识，如果民法知识储备不好，听这门课会稍微有点儿费劲。换句话说，本课实际上是对民法知识的再次复习，只不过是换另外一个角度。

这些例子也是说明，在商法的有些概念问题，用的时候是很模糊的，在现行法的表现也不是很清晰，立法者没有有意识地严格区分民商的问题，导致现实的一些问题比较多。所以这门课学起来麻烦得很，如果这门课学的时候能够找到一点儿快乐的话，那真是万幸。

2. 本课学习所应注意的方法

有同学问学习商法应该修过哪些课，至少民法应该具备。亲属继承可能涉及少一些，按照五编体的民法结构，至少前三编，总则、物权、债，需要掌握，债里面尤其核心的是合同、法律行为的部分。总则内容肯定也要很好地掌握。商总问题，一定程度上是比对民法总论的结构来做的。因为没有商法典、没有有形的东西比对照，肯定要比对一个我们已经接受的系统，比对民法总论的结构。

文献与必要参考文献的使用方法，可以几个人合买一本书，分着看看交流一下就行了。只是希望针对课堂上引出来的问题，要学会找资料。指定教材是一种非常僵化的方法，关键是对提出的问题搜索、寻找资料。找资料，找的全、找得准，是慢慢来的功夫。

课前预习与课后复习的必要。预习知道下节课讲什么，不至于不知所云；课后的复习，顺着提出的问题，去查找资料，解决这些问题，基本上就是课后复习的环节。

学习本课务必要有法规法条法典。电子版的方式也不错。课堂上讲的肯定是核心条文。学习法律，在成文法的国家，有法律条文是基本的硬要求。否则总是用民法基本原则之类的来分析案件，这是拿法律基本原则逃逸，是法律方法上最为鄙视的方法，会被认为法律基本功学得不好。

3. 商法总论所应包含的内容

讲解了如上内容后，本商总的大体内容已经显示出来了。跟民总相比较，民总上的核心制度就是主体和法律行为。主体在民法总则中，一般就是讲主体的权利能力、行为能力以及责任能力。中国谈责任能力不太多，大多数责任能力直接放在行为能力下理解。比如梁慧星教授的《民法总论》也是放在行为能力下理解的。但是责任能力与行为能力在功能上、认定上可能都存在一些差异。一般性制度方面，民总上区分各种不同主体，从自然人讲起，讲个体工商户、农村合作经营户、个人合伙（两户一伙），顺带介绍法人。民总上的主体制度基本上包括这些内容。

民总上另一大块制度就是法律行为，法律行为的核心内容是构成要件，法律行为在民法体系构造、私法自治中所具有的功能，功能体现的方式，法律效果等等。顺带把与法律行为相关的、与私法自治联系最为紧密的、但是在中国法上恰恰研究比较薄弱的一块儿，就是代理制度，也放在一起。主体和法律行为是民总的核心制度，也就是与适用法律非常相关的制度。民总其他的一些基础理论，比如法律关系、法律关系的构成要素，一般民总都会讲；权利部分各种权利的分类；分论部分，各种权利架构的理解、行使要件的制约等等都是非常管用的。在民总虚的部分，法律关系，会讲这些内容。还有更虚的部分，比如民法的基本原则、民法的渊源、民法与其他法之间的关系，张老师的民法课上不会讲，因为教科书写得很清楚，讲不出什么新的花样。

商法也一样。一般的教科书都会在第一章、第二章里面，将近三分之一部分讲这些虚的内容，这些在这门课上不讲了。所以关于教材第一编的处理问题，第一编这些虚的东西，我们可以当小说看，那里面很多讲商法沿革史，教材这部分内容课上基本不讲。

民总还有其他内容，比如诉讼时效。诉讼时效是一个很重要的制度。最高院 2009 年颁布《关于诉讼时效的司法解释》，规定得很详细。诉讼时效主要适用在什么领域，是民法各编都适用么？诉讼时效主要适用在债的关系中，主要适用在债权性请求权上面。当然也不排除例外情形下若干学者主张的诉讼时效适用在物权性请求权，或者其他亲属法的一些内容上。这些我们也不否认，但是从立法性质上看可以按照中国立法者惯用的立法表达方式，参照适用。诉讼时效要定位好，教材里面除了诉讼时效之外，还会将除斥期间也放进去。这是民法总论的惯用做法，因为可以统一在民法上的期间这个标题之下，包括诉讼时效和除斥期间，有的胆子稍微大一点儿的教材还包括了取得时效。我们国家没有取得时效这个制度。为什么没有呢，好像大部分人说取得时效鼓励了不劳而获，跟社会主义公共道德不相适应云云，有很宽泛的理由，总之取得时效在我国没有放进民法中。民法总论在学理上，会包括这些期间的问题，期间主要是债的问题。在商事领域、商法总论里面，诉讼时效问题有的时候也会有，但是极其个别，不是特别多，所以也不会特殊来处理。而且从逻辑上来讲，诉讼时效可以放在债的领域，债主要体现在合同。债分为两大类，主要体现私法自治的内容主要是在合同之债，诉讼时效部分的内容可以放在合同债的内容中处理。如果民法总论里面不设置诉讼时效的话，债的领域也可以解决。对应地，在商法上，民法上讲的合同或者债务问题，在商法上主要体现在商事行为。按照这个逻辑，商法上一些特殊的诉讼时效问题也可以在商事行为理论中一并解决掉。

所以如果按照这样的方式观察，民总上核心的问题只剩下两大块，主体和法律行为。这样对应，商总也大体就这两大块，主体和行为。本课的安排也基本上是这个逻辑，分为六个主题：

1>商主体之概念、特征与构成要件。这是比较晦涩的内容，也比较难以理解的。这个主题中也有一些学习民总容易忽视的主题，个体工商户、个人独资企业、合伙企业。公司的问题有专门的公司法，所以这里面就不太多。从主体的基本概念到主体的种类，主体的种类列了一些平时学习比较少的主体；

2>商事登记。商事登记在前面所举的事例 6 里面体现出来了，登记是在现行法上、现行学理上都是非常重要的内容；

3>商号。对应在民法领域主要指什么呢。自然人没有商号，但是有名字；法人有法人的名称。所以在民法领域，有显示该民法上特定主体的外在标志的东西，也就是姓名或名称问题，对应在商法上就是所谓的商号。商事登记和商号都是商事主体为了表现其存在，外在的、容易被他人所捕捉的要素。有没有这个主体去登记机关查，可以看看有没有这个商号；

4>资产、营业及企业。外在要素之外，商事主体还需要一些核心要素，这里抽出一部分谈。商事交易领域里面，主体如果没有资产的话，别人无法相信他，做交易都是金钱之往来、财货之往来，没有资产、财产，没有责任财产，无法交易，否则一旦承担债务，无法负担民事责任。所以商事主体之存在或者程序上非常重要的体外的要素，资产、营业及企业，这些概念在这里试图讲清楚，这几个概念恰好在中国法上非常紊乱。不仅是中国法的问题，其他国家关于这几个概念也是争论得一塌糊涂；

5>商事辅助人。前面四个问题都是围绕着单个商事主体本身的要素、体现阐述的，商事辅助人，讲的是凭借一人之能力以及精力不足以达到商事活动之目的，可能要借助于他人。道理上类似于民法上的代理，民法上认为代理是被代理人手足之延展，时间和空间上的延展，扩展自己活动的范围。商事辅助人基本上也是同样的目的，只不过商事辅助人相较于民法上代理制度更为复杂，因为商事活动本身复杂。比如我们说某某公司老总，现在很多称呼都叫老总，这个老总是什么老总，跟公司法规定的公司法定代表人、公司的经理到底有什么区别。我们去找工作，这个老总说“没问题，我一句话说说了算”，他究竟是凭借他的职位说了算还是凭借其他的東西说了算，这些都是很复杂的；

6>商事法律行为。前五个问题都是围绕主体的问题，第六个是商事行为的问题。这个问题只列一个标题，因为这个问题在现行法上规定不太多，需要慢慢去摸索。

第二讲

商主体制度(一): 概述及商个人

商事主体制度，主要涉及商事主体的一些概念和要件。对于概念这部分的阐述，有些涉及后面的内容，比如行为的问题，行为的问题基本上会放在最后，讲商事行为的时候会涉及到。所以这里面的内容可以先浏览一下，大体知道这个问题跟后面的问题有牵扯。

1. 概念

1.1 商主体、商人、商事法律关系

讲商法首先都会涉及什么是商法，首先涉及商法调整对象是谁。民法上主体就是所谓的民事主体，包括自然人、法人，现在又提出的第三类主体，总之民法上的主体大体上能够成型。商法上的主体所使用的概念就比较复杂，有所谓的商主体、商人、商事法律关系等等概念，说法比较乱。这些说法在我们这里，进行简化，本课所指的商事主体就是商人。至于商事法律关系主体取其狭义，商事法律关系不要无限扩展，不要扩展到只要是商人跟人所为的行为都叫商事法律关系，这样扩展就会比较麻烦。商法上虽然也调整商事登记等部分，比如商事登记主要针对商主体到商事登记机关去办理自己的主体资格、对外公示相关的事情，即工商企业登记，但是商事登记的内容相对而言是比较独立的一块儿。法律效果是另外一方面，但是商事登记本身的程序性要件，以及内部的操作流程是相对比较独立的一块儿。所以从这个角度说，如果商事主体因为商事登记问题跟商事登记机关打交道发生的法律关系也放到商法里面来讲，就会比较麻烦。这种法律关系跟商人之间的法律关系可能不一样。

另一方面，商人可能跟非商人之间可能也会有些交易。商事上交易，传统意义上的商就是财货之流转，商品之流通，其他的东西都是围绕它建立起来的。商品流通最终流通到消费者手中，最终消费者肯定跟前手有个法律关系建构。比如我的一个杯子是从商店里买的，我作为最终消费者，杯子到我手中，也需要我和对方之间有一个合同关系的建构。至于杯子怎么样从生产厂家手中、批发商手中到个体工商户手中，都是商人之间的商事关系。如果从最终流向来看，商品最终会流到消费者手中，当事人双方一方是商人，一方是消费者，即非商人。如果从这个角度出发，商事法律关系主体都称之为商法主体的话，最终消费的不是商人的一方也会被定义进去，这样概念就过宽。所以这里还是取狭义，将商事法律关系指商人之间的法律关系，以此来建构商事主体的问题。

还有一些特殊问题，比如商人和消费者之间，以及商人和工商登记机关之间的特殊关系，会有专门的内容解决问题。比如与登记机关之间的关系主要通过登记的一章，或者那个主体专题来解决。

商行为这个环节，课件上列了一些详细的内容，辅助理解商行为的界定问题。商事行为分为单方商事行为和双方商事行为，这是德国法上的分类，在学理建构上是非常有意义的。商行为还有其他分类，比如固有商事行为、辅助商事行为等，这些分类也很有意义，这里略过以后再讲。

第一讲庾某的例子涉及到这个问题。庾买车的行为是消费行为还是商事行为，这个问题可以从这个课件里面的找到一些线索，比如可以从卡纳里斯的说法里面找到一点印证。从德国商法通说来看，庾某以个体工商户的身份购买这辆车的行为还是不作为单纯的消费性行为。

1.2 商主体制度之意义

1.2.1 与民事主体制度相同的地方

商主体制度与民事主体制度相同的地方都是解决权利义务的担当问题。至于怎么担当，下面有具体的关于商人之各种能力建构的理论。比如商人是否具有民事行为能力、权利能力，相应的商事行为能力、商事责任能力，乃至经营能力等概念，是不是通过这种工具去建构，这是另外一个问题。首先与民事主体制度的共同点，不管是民事领域还是商事领域，因法律关系所导致出来的权利和义务都应当由一定的主体来承担。

权利义务的问题一定要跟主体结合在一起才能够理解。没有孤立的权利，也没有孤立的义务，这是从权利义务相互关系角度来讲的。另外，没有孤立的权利义务这个整体概念，权利义务要理解必须跟主体联在一起。这个概念跟法律关系是联系在一起的。比如《鲁滨逊漂流记》中鲁滨逊漂流到一个孤岛上，只有他一个人是自然人，就不会产生跟其他人的法律关系的问题，这个岛上没有我们理解的法律世界，是会产生权利义务的问题。鲁滨逊在岛上照顾什么动物或者肉食什么动物，是基于自然规律，跟法律没有关系。一句话，权利义务这一对观念从来不是孤立的，必须要跟主体联系在一起。权利义务跟主体联在一起，意味着权利义务必须落实到具体的主体身上，才有意义，才能显现出来。

权利有客观和主观之区分，这个区分有人是从法的角度，区分为客观法和主观法，也有人区分为客观权利和主观权利。这是中文的区分。在英文里面，Law 这个概念，是法的意思。法的意思主要是规范人之具体关系的抽象的规范。但是这个规范是抽象的，还不落实到具体的人之间。法律规范跟具体的人没有关系。在具体的层面，一旦具体的人之间基于某一个特殊的事由，产生法律关系，落实到具体层面，抽象层面的什么样的人享有权利、负有义务的规范就会投射到具体的法律关系上，形成 Right 的问题，形成具体的权利问题，当然相关的义务、Obligation 等也会产生。总之英文里面，法和权利基本分开。中文也是这样，权利是 Right，法是 Law。拉丁语不一样，拉丁语是同一个词。拉丁语系下的德语也是一个词。这样就会区分这个词在抽象层面指什么、具体层面指什么。这个问题在一般的法理学都会提到。所以主观权利和客观权利的问题实际上是西文概念翻译到中文引致出来的问题。

抽象层面规定的各种权利、义务，是客观层面的，这种权利义务只是规范义务，如果不结合特定的法律事实，经由法律事实之运作而投射到具体的事例，将其具体化，这种权利和义务只是具有宣示性意义。换句话说，这种权利义务必须经特定的法律事实才能体现在具体的法律关系之中。这个跟商主体的问题有什么关联呢，商事法律关系的权利义务也必须落实到具体的权利主体身上去。换句话说，权利义务本身是被归属的东西，是一个客体。权利义务只要存在，马上面临谁来享有的问题，这个谁恰恰就是主体的问题。所以，主体通过主体形象之存在，表现出无数的权利义务的东西。比如张老师跟同学们是师生关系，或者朋友关系，或者跟哪些同学有亲戚关系等，或者其他民法上的关系，这些都会投射到具体的权利义务关系。权利义务关系都必须通过主题来承受，权利义务主体的概念其实是权利义务的聚散地。这在商事上、民事上都是一样的。

1.2.2 与民事主体制度相区别的地方

民事主体所能够享有或者承担的义务里面，有跟商事上有区别的地方，即人格权制度。我们知道梦桃源的例子，跟法学院应该没什么关系，至少跟张老师没关系。邹教授发布的一些言论，对北大的形象不好，对生活工作在北大的教授也不好。我们知道北大起诉了这个邹教授，这个案子具体进展不知道。那么北大有没有资格去起诉这个邹教授呢。张老师认为，首先北大不是商法的主体，北大没法做盈利，即是做盈利也是北大下面的其他的机构来做，至少现在大学、教育机构直接办公司是没法办的，现在基本上还是脱离开，因为这跟大学的本质、宗旨是相违背的，大学应该是教育学生培养下一代的，是又红又专的。所以原则上大学不是赢利性法人，或者说商人。既然大学不是商人，在我国的法人分类中，大学属于什么呢，属于事业单位。《民法通则》区分企业法人、非企业法人，非企业法人分为国家机关法人、事业单位法人、社会团体等。我们国家社会团体应该不包括大学，大学应该属于事业单位。办大学实际上走的是公法上的一些程序。大学不是谁都可以办的，即使是教育界的大牛朱校长，在深圳搞的南方科技大学，也是费了很大劲了。因为很多关节都是掌握在国家之中。一句话，大学不是

严格意义上的私法人，是公法程序设置出来的。如果讲私法的法人资格，首先也是因为它所担负的单位法人所具有的公益目的的实现所必备的私法法人资格，基本的逻辑是这样的。既然是这样，无论这个大学办得好不好，只能忍受别人批评，因为它是一个公法人。北大可以发布消息、公告说邹之说是完全不成立的云云，但是如果去起诉，就遇到法律问题。北大法人大约是没有资格去起诉的，原因有各方面。首先的一点是，原则上北大这个法人不享有这方面的人格权，北大说名誉受损害，在公法人领域基本上不能成立，这在私法领域才会有，私法领域也有通过其他途径去消解，严格意义上的法人人格权，应该是不大能同意的。

这是北大的例子。具体到一些真实商人，比如甲公司发布了一些不真实的消息，损害了乙公司的形象。可能是政治性的或者经济性的或者其他方面的形象，总之是丑闻。乙公司认为自己的名誉受到影响、人格权受到影响，要起诉甲公司停止侵害并赔偿，这可不可以。张老师认为还是不可以。第一，商事交易领域调整这样不正当竞争的东西已经有了相应的规范，可以达成这样的目的，这样的问题基本上用竞争规范可以解决。第二，商事领域的所有活动处理的主要是经济利益问题，一旦造成损害，基本上可以通过经济利益量化，这时候再说有人格损害基本上也是无法证明的。第三，最核心的理由，关于法人本身的人格权问题，人格权是建立在自然人因为肉体、情感等方面之上的，人格权的问题在商主体之上基本上没有建构的基础。法人是无法与自然人的人格权比拟的。基于这三方面的理由，张老师基本上不大认同商事领域里面商主体有人格权的问题。商主体也会有名称权，有商号的问题，有商事领域类似于自然人的隐私问题。法人确实有些东西不让公司外人知道，我们换个词说是商业秘密。商业秘密不是单独的东西，不是涉及情感问题，而是秘密的掌控对公司的经营活动有好处，一旦泄露出去，经营活动受障碍。从这个角度来讲，也不是关乎情感的，所以也可以量化为金钱的。至于跟自然人姓名相对应的商人的名号问题，字号之运营方面确实有比照的地方，但是侵害上、救济上，尤其是损害赔偿上，原则上还是可以通过量化为金钱的方式进行的，还是可以归到经济利益里面。从这个角度上来讲，顶多可以开个口子，给一个准用问题，但不主张商人享有人格权问题。

这样，商法本身一般不具有人格上架构的功能，主要是解决商事上的特殊的经济利益、财产性利益的问题。这是第二个方面的意义。

1.2.3 超越于民事主体制度的技术意义

这是现代商法发展所引发出来的意义。在民法上，主体也有也有制度建构的意义。民法上主体与行为联在一起，而且因为人格权，主体担负有有人格伦理问题，有伦理价值，当然商法上没有这方面的伦理价值。目前商法还没有完全建立起来，必须通过核心概念的建构来搭建商法体系，商事主体应该是有其核心意义的。当然这个商事主体，所谓的商人，到底指什么不好说，但是从这个角度入手，从商人的构成要件角度入手，基本上还能大体能够把握住商法大体在讲些什么。这是商事主体制度的三方面意义。

2. 具备商人之要件

《深圳经济特区商事条例》（1999年通过，2004年修改）第5条：“Ⅰ，商人是经依法登记，以营利为目的、用自己的名义从事商行为且作为经常性职业的自然人、法人和其他经济组织。Ⅱ，本条例所称商人，是指：（一）有限责任商人，包括各种有限责任公司及其分支机构、非公司企业法人及其分支机构；（二）无限责任商人，包括非法人企业及其分支机构、合伙组织及其分支机构、个体工商户和其他经济组织。Ⅲ，本条例所称商行为，是指商人从事的生产经营、商品批发及零售、科技开发和为他人提供咨询及其他服务的行为。”

我们从这个文件分析一些要件。“以盈利为目的”，这个问题在后面会提到；“以自己的名义从事商事行为”，这个也能够理解，主体既然要独立出来，必须以自己的名义。上面讲的主观层面落实到客观层面，就以主体来体现，主体就是以名义来体现的。作为经常性职业的自然人，这个就有争议了。自然人和法人或其他经济组织，这个所谓其他经济组织的用法，也不是深圳经济特区商事条例独有的，在我们国家很多地方都出现这个问题，其他经济组织到底指的是谁，什么样的组织可以称为其他经济组织，实在很麻烦。第二款，又有一些列举。其中第一项，这里所说的分支机构，是不是独立的分支机构，也存在解释的问题。比如我们说咱们课的同学，包括了在册的同学及其他，这是一种表述，是一种并列关系；再如今天晚上举行一个晚会，邀请你们及其家属，家属也是独立的。那么这个“及其分支机构”是附属的分支机构，还是跟分支机构是并列的关系，搞不清楚。因为前面用的是“包括”两个字，跟前面的“是指”还不一样。包括可能是包括在有限责任商人之中，也可能是并列，所以这

个解释是有些费劲的。“有限责任公司及其分支机构”是作为整体来看，还是作为两类主体来看，这是有疑问的地方。第二项，这里面还没有把各种主体完全列出来，只不过跟第一款相比，把自然人、法人再具体化了一点儿，具体化之后，“其他经济组织”到底指哪些，还不是很清晰。

《深圳经济特区商事登记若干规定》（2012年10月30日通过，自2013年3月1日起实施）第3条第2款：“本规定所称商事主体，是指经依法登记，以营利为目的从事经营活动的自然人、法人和其他经济组织。”

刚刚实施的《深圳经济特区商事登记若干规定》则有如上表述。比较之下会发现没有实质性突破，而且把原来的一些内容去掉了，只是突出登记的问题。

《珠海经济特区横琴新区商事登记管理办法》（2012年5月24日施行）第3条第2款：“商事主体是指公司、非公司企业法人及其分支机构。”

再看去年五月份实施的《珠海经济特区横琴新区商事登记管理办法》，也是用列举的方式。这里的商事主体的概括在列举上更为狭窄。公司在我们国家仅仅指的是法人。在我国有没有非法人型的公司，这里面涉及到主体法定原则。一个主权国家内部的法律制度，可以称为一个国家法秩序。法跟主权联系在一起，法制度、法秩序，都是连在一起的概念，一个国家的法律规范应当是基本统一的。立法权基本上是主权国家效力所及之范围内。主体法定规则就是说，在一个法秩序，也就是一个国家范围之内，所允许出现的主体，不管是民事主体还是商事主体，包括其他法律主体，其主体的种类基本上只能由立法者来规定。立法者享有赋予某一个类型的组织其具有主体之资格的权限。换句话说，普通的民众，包括私法法律关系的参与者或者建构者，基本上没有权限去创设一种为立法者所不认可的主体。比如几个人创设一种不是公司也不是合伙，叫合同的东西，说这种东西既具有公司的优点，也具有合伙企业的优点，这是不允许的。立法者会说这种东西可能对交易有影响，所以不承认它。主体法定规则逻辑上大体跟物权法上讲的物权法定规则逻辑上是相通的。物权法定规则主要是说，基于物权本身的绝对性效力，这个效力对交易生活关系影响甚巨，立法者为了保护交易安全，防止私人侵蚀私法法律关系建构所引发的危险，所以法律上规定物上所能成立的物权的种类及内容只能由立法者规定，只能从规定的物权种类序列中选，不能创设一个东西。毕业之后创业，想创设一个合同的东西，是不可以的，要么合伙，要么公司。合同的说法说不通，因为别人理解不了。主体法定规则是民法上的一个基本知识背景。

回到珠海的这个规定。商主体，主要是指公司，公司在我们国家，就是法人。在我国，只要是采取公司形式，都具有法人资格。我们国家不存在不具有法人资格的公司，或者不承认。这里面讲的商主体是公司，指的是法人。珠海的规定中的另一类主体是非公司企业法人，和公司结合在一起，都是指的是法人，一个是公司法人，一个是非公司的企业法人。前面两项合并在一起，指的就是企业法人及其分支机构。这个概念和前面的比较，所列举的范围就极其狭窄。前面还包括了个体工商户、合伙企业以及其他的一些主体，珠海的这个规定都没有包括进来。

深圳的规定中，对什么叫商事主体，稍微列了一些核心要件做标准，比如依法登记、以盈利为目的、以自己的名义，以及做经常性的活动。这些是外在的标准。另一方面，从这些列举中可以看到，在我们国家的现行法上，不仅是中央立法，还包括地方立法，对于商人及其种类的理解上也是非常偏的。这也是本课所面临的难题。

- 权利能力、行为能力以及所谓的“商事/营业能力”问题

接下来主要是从一些基本概念讲起。如上所述，民法上谈主体，主要借助的是主体的几个能力，主体的权利能力、行为能力以及责任能力，这在民法上都会涉及到，而且在自然人里面讲得非常仔细。那么在商法上呢，是不是也会有这样一个逻辑结构、理论存在？之所以要提出这个问题，是因为在现在很多通行教材动不动就会将商主体的能力问题比照民法上的能力，都提出相应的商事权利能力、商事行为能力、商事责任能力等概念。这些概念到底指什么，怎么理解，都没有进一步解释？我们要把这个问题延展一下，首先回顾一下民法总论学过的，私法上能力问题怎样理解。

1>首先，权利能力、行为能力、责任能力三能力的构造仅在自然人之中具有典型性意义。

民法上有自然人，还有法人，现在的学说还有第三类主体，商法上还有所谓商事主体。当然如果把民法上的第三类主体与商法上的商事主体合拢来观察，可能中间有很多重复计算。比如民法上的第三类主体，有个人合伙、商法上合伙、个人独资企业，有很多商法的东西。纯粹的民法上的，也就是不包括商法的狭义民法的第三类主体不太多。总之民法上主体除了自然人，还有法人，还有第三类主体，为什么三个能力构造仅仅在自然人之中有典型意义。这个命题意味着在法人、在非自然人、法人类的第三类主体中，这种三个能力构造不具有典型意义。

换句话说，三个能力中某一个要素在它们的主体构造中欠缺，或者隐而不见的问题。现在要考虑一下这三个要素哪些要素在法人中不重要，或者实际所及的问题和自然人所及的问题不一样。

权利能力

首先看权利能力，权利能力在自然人中首先解决权利义务的担当问题，其次，在民法中有所谓的人格权的问题，在非自然人主体中，人格权中是没有意义的，人格权的问题只有在自然人之中才会有其价值，才会找到落脚点。既然这样，权利能力在自然人之中，权利义务之担当以及相应的伦理价值之实现，私法上的主体制度不仅仅满足非常实在的实证法的权利义务问题，私法的目标很宏大，通过实证法上的权利义务之搭配、构建，使私法的人能够将其人格上的各种优点充分发挥出来，并且将人格上的一些弱点稍微遮蔽，使得人格完满发展。这在各国宪法往往有提到，讲本国法律之任务有助于本国公民人格之完满发展。落到实证法上，俗的层面，就是有助于各种权利之实现。那么在法人中呢，法人中，去掉人格权部分，核心意义也是在于体现权利义务之担当问题，只不过法人中的权利能力、范围，有一些细节问题，后面再说，但是大体上差不多，只不过背后的构造稍微有些差异。

行为能力

接下来，行为能力解决什么问题。什么是行为能力，行为能力跟什么制度相关？比如张老师今天从办公室拿了一些书到教室上课，一路上开车，到教室发现U盘没了，只好让助理帮助下载，这一系列行为，哪些跟行为能力相关呢。大部分行为跟这里讲的行为能力都无关。因为这里面各种行为，比如开车、拿着书、下载课件，都是事实行为。事实行为可以产生法律效力，但是必须要靠立法者确定，否则事实行为基本上不产生法律效力。行为能力跟所要为的法律行为相关。这里面有没有法律行为呢，可能有，比如停车，要放到指定停车的地方，就有可能达成一个协议。这也是可能的，现在公共停车场可能达成暂时的停车的协议，这是民法上的合意行为，是法律行为。所以一定要注意，法律行为以自己的名义，自己亲自来参与并且缔结的，以意思表示作为核心要素的民法的行为，是法律行为。既然核心要素是意思表示，这个法律行为的建构上一定要跟人的技能相关。在我们目前所观察到的世界，通常所理解，至少是法律调整的世界，人才有意思活动。某些动物可能有，但是现在的法律上不会照顾到，不想调整这些东西。意思活动主要是指人的意思活动，人的意思活动主要是跟人的身体机能相关。既然跟人的身体机能相关，那么法人有没有身体机能呢。法人肯定没有。这也涉及到法人的各种学说，比如法人到底是虚拟东西的还是实在东西的，如果是实在的，那是怎么实在等等。但是不管怎么讲，法人肯定跟有血有肉的自然生长的自然人不一样。法人跟自然人结构上不一样，法人在原则上没有能够体现出自然人生理能力体现的作为意思表示前提的与身体机能相关的东西。行为能力的前提条件在法人中不存在，但是行为能力问题又基本上在法人中都会提。行为能力解决什么问题，需要思考一下。类似的还有责任能力。责任能力主要在侵权行为中引发的侵权责任之债中适用，这个债到底由谁来承担，这些相关的问题可以思考一下。行为能力的概念如果在法人中要存在，行为能力主要要解决什么问题，责任能力也一样。

行为能力与法律行为有关，法律行为核心是意思表示，意思表示是自己将自己内在的意思表示在外部，并且立法者通过法律确认法律效果之产生的表意性行为。所以意思表示法律行为最主要的功能是产生所预期的法律效果。也恰恰是因为预期是符合自己意愿的行为，所以法律行为与私法自治，这个法律的基本原则是相接轨的。私法自治，不是法律自治，主要是讲人可以自治，人可以为自己设规则、立规范，规则规范对于与自己相联系的相对人能够产生法律上的约束力。这是一种工具，通过这种工具达到自己所希望产生达到的私法上的效果。这是私法自治与行为能力之间的关系。

行为能力是与法律行为相接轨的。行为能力本身在构成上应该具备什么样的要素？法律行为是自己所希望、所意愿的法律效果能够按自己的意愿产生，意愿的能力、希望的能力，首先内置于人身体的本身、主体的本身。换句话说，主体本身应当具备首先是思维能力，具备意思能力，能够对法律效果进行判断。意思能力实际上是一个自然人，生理意义上的人所具有的能力，而且是其独特的专门由其具有的。其他的高级动物虽然可能也具备一定的思维能力，但是无法跟人类平起平坐。从民法法律关系上来讲，其他动物还是作为客体。有一个例外，德国民法典上世纪90年代后90条A补充了一个条文，是关于动物的，动物不作为人看待，但是动物有特殊的规则。实际意义上有一定违反逻辑的。回到这个问题，行为能力应当是以人这个生物体所自然具备的意思能力、生理机能的能力作为其前提条件的。既然这样，自然能力、生理能力只能存在于自然人之中，自然人之外的其他动物不存在。自然人之外的人的聚合如何，这个问题就出现了。一些我们视为当然的法人、大学，这种人的聚合。行为能力仅仅只能存在于生理人之中，自然之外的人的聚合原则上是不具备的。这是行为能力。

责任能力

责任能力首先是跟什么制度挂钩，功能在什么地方？现代法上责任大体分为两类。现在说责任体系虽然两类不足以完全概括，但是可以大体维持，就是违约责任和侵权责任。违约责任有没有责任能力问题呢，原则上应该也有。我们国家，按照我们现在的通说、立法者意图、《合同法》关于违约的归责原则，合同当事人一般违约，对他方承担责任，主观上是不是要具备过错的要件？《合同法》107条好像没有提，后面相关条文也没有完全提。所以通说认为《合同法》上违约责任是严格责任原则，不以过错为要件。这个通说是不是可靠也可以怀疑，近期有不少学者质疑。而且《合同法》分则有若干部分不是严格责任原则。也有的不完全实施严格责任原则，有过错责任原则。

当我们提到过错，过错是什么，在什么前提条件下才能产生过错问题，或者过错问题提示出来？在违约责任体系下会有这个问题，在责任体系的另外一个分支，侵权责任呢？侵权责任很显然，一般性侵权讲过错原则，除了特殊侵权原则。在侵权法上，是过错规则。这里理解的责任把两边概括进来，都会存在过错问题，责任之成立都绕不开过错的概念。

过错是什么意思呢，这个定义也有一些理论争议，比如是不是包括客观主观、违法性要件等，《侵权责任法》通过的时候就有争议，通过后也有争议。这个问题太复杂，这里先不谈。过错最根本的还是行为人主观上的可责难性、可非难性。主观上的可非难性更进一步推论，意味着主观上的可认知性。也就是说行为人，无论是侵权人还是违约责任人，要承担违约，原则上逃不开过错问题，过错成立意味着行为人主观上对于侵害之事实具有主观上的认知能力。而认知能力只能是在自然人、生物意义上的人这种主体中才能够存在的。

这样看来，无论是行为能力还是责任能力，这种因为其功能所决定的能力之构成，背后决定的主体应该具有相应的主观上的意思能力、认知能力，都是基于人生理意义上的能力。这种生理意义上的能力只能存在于自然人之中。只有自然人有心思考、有心认知的情况下才能提到这个问题。生理意义上的人，意味着应当有思考能力，应当具备自然性机能。

所以权利能力、行为能力、责任能力三个要素，尤其是后两者，仅仅只是在自然人之中才具有典型性意义。也就是说，这种能力，这种概念的由来，是源于自然人。

我们现在所讲的主体，除了自然人之外，还有法人，所谓第三类主体这里先不谈，关于合伙的问题、个体工商户、个人独资企业的问题暂时不谈，专就自然人和法人来谈。法人有没有这个心呢，没有。法人到底是个什么东西呢？翻开任何一个教科书，都会说法人是一个主体，而且是典型性主体。自然人是无可否认的主体，自然人之外的所有主体，各个国家立法、学理解释不一样，但是有一类主体，具有一定程序要件的法人，大家都没有什么意见。法人很明显不是自然人。一般教科书上都讲法人三能力，权利能力、行为能力、责任能力。法人从法律技术角度讲是立法者比照自然人的方式来拟制出来的一个东西，拟制出来意味着这个东西在现实生活中，如果不用法律的思维，而用其他的思维，是感知不到的。用正常的感觉去看去摸，看不到也摸不着。自然人则很显然，这个人身上散发的气味跟另一个人不一样，我们就感知到了，法人则不是这样。

接下来问题就来了，法人不是自然人，而自然人三能力在法人中都认为有，逻辑上怎么解释这个问题。权利能力问题最为复杂，我们先解决行为能力和责任能力的问题，最后再谈权利能力。

关于法人的行为能力

法人的行为能力到底什么意思，有没有意义？还是先看自然人中的行为能力。自然人的行为能力主旨功能是解决私法自治，与法律行为相关。我们回到私法自治本身的原因去解释。私法自治，立法者允许私人按其个人的意愿来建构一个法律关系，作创设功能，并且该法律关系上产生的所有法律后果，应该去担当，承受其法律后果。也就是自我负责。可以自由地创设，但是相应地有自我负责，不能只享受好处不承受坏处。私法自治可以创设法律关系，但是也要承受该法律关系所延伸、产生出来的法律后果，讲私法自治，这两个方面都要看到。只要看到后面自我负责这个方面，才能真切地看到为什么要求有行为能力。

立法者允许自我创造法律关系，如果有好处，创设的人自己承受，对于立法者无所谓；但是一旦创设的法律后果超出个人创设行为时所想象、预设的后果，就产生一个风险。这个风险在创设时是不是已经预测到了？如果已经预测到了，创设的人应该承担；如果没有预测到，立法者可能要设置一些规则防范此风险出现。其中一个途径是，行为时必须有能力预测到该行为所能够产生的法律上的各种利与弊，主观上要求这个要件。客观上还有其他的一些原因、风险，这里先不谈。比如合同订立后情势变更，这也是一个风险的问题，只是调整的规则不一样。立法者允许私法自治，但是要求为法律行为时能够预测该行为法律上的利与弊的能力，这个能力也就是行为能力，意思能力。只有具备了这个行为能力、意思能力，才能够使得预期的法律效果能够产生。如果不具备这个能力，立法者要贯行所谓的家长主义，对于这种不具备行为能力、意思能力之人采取保护性措施。也就意味着这类人所

订立、创设之法律行为，原则上要截断其法律效力，阻却其效力。也就是说无行为能力所订立的合同，不考虑法定代表人不承认等情况，直接无效，《民法通则》《合同法》都是这么规定的。这个问题不需要犹豫的。如果行为入欠缺这里所讲的前提性要件，不具备为行为时所应具备的预测、预见、控制自己所为法律行为之法律效果的能力，立法者会截断该行为在通常情况下所应产生的法律效果。换成民法教科书上通行的表述，无行为能力人所订之合同肯定是无效。限制行为能力人，《民法通则》和《合同法》稍微有点儿区别，这其中有一定的交易利益的保护问题。无论如何，这只是法律效果上略有缓和，缓和仍然不破除刚才推论出的结论，一旦行为时欠缺行为能力，法律效果上肯定会受到影响。这是在行为能力制度在自然人这个主体以及与自然人这个主体相关联的私法自治的体系中，法律制度层面上设计出来的功能。

既然如此，我们比照一下，在法人中，法人如果按照教科书、一般通说，也具有行为能力，那么法人的行为能力是解决什么。换句话说，在法人中，法人有没有类似于自然人情境中所出现的问题，也就是法人在其为法律行为，或者订立合同时，是否也会出现法人自己主观上无法预测、无法预见、无法控制所订立的合同的效力的情形。不会，法人心都不存在，怎么会有主观的问题呢。自然人行为能力的功能在法人中不存在，自然人中出现这个问题的问题前提不存在。

法人的行为能力到底指什么，我们回顾民法基础知识。自然人中，就自然人之行为能力，依据其主观上认识能力之健全与否，区分为完全的民事行为能力人、限制民事行为能力人和唔民事行为能力人三类，三类对外亲自签订的合同效力也相应不一样。这个问题也移换到法人中，存不存在这个问题。能不能本法人法律代表人有精神病，或者喝醉酒了，是无行为能力人，所以法人无行为能力；或者法定代表人患病了，无法签订合同，脑部也有问题，无法履行自己的正当职责，无法签订合同。法人的法定代表人脑袋不好使了，是不是意味着法人的脑袋也不好使了呢？

法人中原则上没有行为能力三分的说法。法人中所谓的法定代表人，通常的表述是对外的意思表示之机关。意思表示机关还无法说明全部的问题。法定代表人在公司章程以及法律规定职权范围内，对外以法人行为签订合同时，是代理法人为法律行为，这是一种理论。除了这种理论，还有法定代表人制度，以及背后支撑的代表权理论，认为行为的不是法人代表自己，而直接是法人的。这个逻辑跟代理稍微有点儿区别，代理中代理人对外为法律行为，名义也是背后的被代理人的，但是在行为的机制上不一样。代理中，代理行为仍然是代理人之行为，只不过因代理权制度之运作，将代理人之法律效果直接归到被代理人。在代表中，代表的行为直接视为法人之行为，自然法律效果也就归到法人上来了。代理中，行为表面上不是，但是该行为的法律效果直接坐实到被代理人身上。实际上法律效果差异不大。这个在现行法、教科书上体现不多，在后面讲到合伙企业的时候会作为一个重要问题。

揭示出法定代表人之后，马上引出一个抽象表述的问题。法定代表人该人的行为能力发生问题了，比如得了精神病了，有可能是终生的，可能是间歇性的，被宣布为无行为能力人或限制行为能力人，该人行为能力出现问题，是不是直接视为该法定代表人背后的法人行为能力出现问题呢？这是这个问题的逻辑背景。

法人之法定代表人，或者换成教科书上的说法，法人之对外意思代表机关的机关担当者，行为能力受到影响的情况下，是否立即影响到，或者等同于机关担当者背后的法人的行为能力受到影响？应该不是这样，如果是这样，跟法人的基本理论相违背。

法人的成立有其永久性，这是一般概括性的说法。永久性表现为法人之程序不受其成员之影响，也不受其机关担当者之影响。从中国有民法以来好像都谈这个问题，法人相对于自然人有其程序上的永久性，这个永久性如何体现，这是亮点。即是担当者，说的极致一点儿，死了，没了，不意味着法人没了。这是比较极端的说法。如果该人肉体上没有灭失，只是精神上、行为能力上出了问题，法人的行为能力受不受影响？按照举重以明轻的道理，肯定不会影响。

法人之机关担当者的行为能力跟法人的行为能力不是一回事儿？教科书上提到的法人行为能力到底意义在什么地方，这个问题现在还存在，法人行为能力制度到底有没有意义？张老师认为，意义不大。法人在设立时，无论按照拟制说、实在说还是什么理论，都是立法者所许可的，都是法技术上都是拟制出来的。自然人运用法人的模式、法的技术，来拟制出一个不同于自己的，也不同于其他自然人的一个独特的、空虚的、看不见摸不着的主体之存在，这种主体只存在于思维世界、思维中的法律世界中。拟制出来这种东西有一定目的，涉及法人的目的追求；换到商法上，一般的说法是经营范围、目的事业之追求。要想追求、达到这个事业，就意味着创设法人之个人，原则上都应该具备相应的、法律上不受质疑的行为能力。只有具备这种不受质疑的行为能力，法律才认可你追求法人之目的。换句话说，法人在设立时，其成员基本上应当具备行为能力。如果创设人不具备行为能力，

马上会引发出来法人的设立瑕疵问题。

逻辑上的运作背后必然要求设立法人之人是有相应的行为能力，同时，法人在设立之时、以及之后，机关担当人只能由自然人担任，机关担当人之程序、能力与法人自身之能力、程序是隔离开的。这就意味着机关担当人在此位置上，个人之身份被隐掉了，意味着该人本身在法律上观察是不存在的。法律上观察到的是该机关本身之位置。法人只讲机关，机关背后才轮到机关担当人的问题。机关在法律上观察才有意义，机关担当人在法律上观察没有意义。机关担当人行为能力丧失与否跟机关本身无关，机关担当人行为能力丧失与否跟法人行为能力也无关。

这里面涉及一个疑问。某董事长头天应酬，灌醉了，签了一个合同。法人肯定不能说本公司的董事长昨天夜里被灌醉了，所以没有行为能力，所以本法人没有行为能力，这个路子走不通。那通过什么路子说明这个问题呢。

这个问题首先考虑该合同本身是不是在董事长惯常的按照公司章程，在代表权限范围内签订的合同。这里假定恰好都在其职权范围内，法定代表人是他独自一人，不需要内部授权、其他的程序就可以订立合同，并且该合同直接约束公司的合同。法人的行为能力缺陷、丧失行为能力肯定讲不通，这时候怎么做？比较满意的说法不太多，可以有一个思路。一定要把行为能力的丧失与意思能力的丧失区分开。意思能力是专门针对行为的人的，行为能力则不一定。我们可以从这个角度思考。

法人行为能力某些情况下有超越、违法或者其他情况，按照《合同法》50条相关规定，就跟背后的法定代表人之越权行为联系在一起了，这是制度上很容易混在一起的东西。关于这个问题，张老师更愿意放在权利能力这个主题之下来谈，而不放在行为能力。行为能力只是专门针对自然人产生的，以自然人特有的生理机能上的认知能力为前提，在法人中欠缺，所以不存在这个问题，法人当然地肯定具有行为能力。

在法人行为能力的题目下，实际上谈的是法人对外行为的行为机制如何实现的问题。也就是说，因为法人自身无法自为行为，必须通过自然人实现，必须通过机关担当人参与商事交易，接下来核心问题是在法人中，在法律行为的幌子之下，机关担当人以法人之名义对外所为之行为按照什么样的机制为法人承受，以及机关担当人为法律行为如果越权，这个法律行为效力的问题。关于这个问题在后面讲到合伙企业中，结合《合同法》50条会再谈到。

关于法人的责任能力

责任能力的逻辑基本差不多，也是自然人主观上的要素，法人中不存在。换句话说，自然人中所存在责任能力问题，是自然人自己所从事之行为、损害他人之行为，应不应该自己承担的责任问题。

自然人中应该解决的问题是归责能力。在自然人中讲责任能力，这是一个主要的功能指向。法人中，法人无法自己侵害他人，基本上通过成员、机关担当人、员工这些具体的有行为能力的人实现。法人如果谈责任，谈的是与法人有关的这些人在活动中对他人之损害，损害能不能归到自然人背后的法人承担的问题，以及责任归属的问题，是法人替他人承担责任的问题。这是法人的责任能力的核心问题点。

行为能力、责任能力恰好一正一反，行为能力在自然人中管控的是私法自治，是私法自治的发动机，鼓励去做可预测可控制的东西；责任能力是一旦无法管控，为了保护相关人的利益，要惩戒有责任的人。因此它们恰好一正一反，是自我创设、自我负责，这些都要对照起来。这是责任能力在法人中的应用，原则上也没有太大的意义。

回到第一点内容，能力三要素的构造，统括起来，仅仅在自然人之中才具有其典型性意义，法人中，行为能力和责任能力不具有典型意义，因为前提要件不存在。所以法人中如果要谈的话，核心是权利能力问题。

关于法人的权利能力

行为能力与责任能力在逻辑层面上还是稍微简单一点儿的，但是权利能力是非常头疼的问题。自然人中讲到自然人的权利能力的时候，很简单，也没有太多的质疑。自然人之活体存活的前提，有活体存在，基本上可以认为有权利能力。当然各个国家不一样，有的要求自然人出生后要具备人之形象，比如要有四肢，不能多一个；第二要存活24小时。这种情形下才能视为民法上的人，才能享有相应的权利能力。我们国家没有，这一点是非常平等的。活着的人有权利能力，这是没有太多问题的。稍微有点儿扩展的是孕育中的自然人——胎儿——的权利能力问题，以及死亡之后的自然人的人格、权利能力问题。这些问题都是对应的，胎儿权利能力面对的主要是胎儿权利能力的维护上，受到侵权的时候怎么办的问题，胎儿有没有继承权的问题，一般是涉及特留份的保留等。死后的问题，民法上主要是死者的人格问题，死者的人格保护。比如一千年前的韩愈得了某一种病，这种病后人耻为谈，后人有人谈了，韩愈的后人认为侵犯他的祖宗。这是自然人中比较特殊的问题，但是不足以破掉权利

能力出生、死亡为标准，无论出生的时候是不是体弱、不健康，甚至是植物人，但是只要有一口气在，就有权利能力。

商法上，自然人如果是商人，权利能力怎么解决，这是第一个问题；其次，自然人之外的商主体，法人、其他非法人的商人，是商人的大多数，这些的权利能力如何理解。这就回到权利能力的概念的一些基本的认定。我们先说概念，然后提出问题思考。

权利能力一般是指担当主体的资格。进一步描述，该主体能够去享受权利、担当义务的资格。这是对法律关系的进一步描述。换句话说，只要能够享受权利、承担义务，权利担当者或者义务承担人就是一个主体。这是权利能力上一般的概念、描述。

关于权利能力的原则，一般认为权利能力，无论自然人还是法人，一律平等。这意味着自然人甲与自然人乙之间，以及非自然人彼此之间，自然人与非自然人之间，权利能力原则上都是平等的。这个平等不仅仅是抽象意义上的平等，而且权利能力的范围上也是平等的。平等又引出一个原则。一般认为，如果剥夺了其中一个人，也就意味着剥夺了所有人。所以权利能力基本上不可受限制。这是权利能力的两个原则。

这两项原则实际上是一项原则，第二个原则是第一个原则推导出来的。这两个原则在自然人里，原先争议不大，现在也有一点儿争议。争议更大的地方主要是法人的权利能力问题。

一般民法教科书谈到法人权利能力时会提到法人权利能力受到三项限制。第一项是基于自身属性方面的限制，第二项是基于法律之限制，第三个是基于法人之目的之限制，这个目的在企业法人、商法人中，按照现行法的表述方法，就是经营范围之限制。换句话说，在关于法人的权利能力上，前面所讲的原则在这里好像看似不适合，法人的权利能力平等原则好像有例外。这里简单谈一下这个问题，这个问题在逻辑推论上可能有点儿问题。

首先，关于性质问题，一般表述认为，法人不得享有自然人因其自然人之生理、生物种类而享有之权利能力。比如结婚。一般来讲，原则上没有自然人基于属性而权利能力受到限制的问题。结婚的问题也并不关乎权利能力，而是跟行为能力相关。所以我们不大同意采取属性之不同而采取法人之限制。

而且这种观点就近来看，也导致了一些理论上似是而非的东西。比如近两年来基于法政策的原因，导致了一些对市场经济进行干预的措施，比如房屋限购、车辆限购。房屋限购，比如北京户口的居民原则上最多两套房，如果是非京籍的，要有其他证明。由此延伸出来很多产业链，比如办公积金证明之类，造假的很多。不仅仅在北京，在深圳等地，这种灰色的产业产额可能有上千亿。车辆限购也有这个问题，买辆车，涉及摇号之类的问题，北京人才有资格要好。怎样解决这个问题，市政府、国务院颁布了一些限制性措施，比如对购房、购车的限制，这些到底是对老百姓哪些权利进行限制，是资质性限制么。

有一派观点认为是对老百姓权利能力之限制，继而认为是违宪的。是不是违宪的问题可以再讨论，但是说权利能力之限制可能是不能同意的。因为买房的一些特殊的其他条件没有满足而不售房，是交易能力本身的限制。如果是权利能力之限制，会引发交易后果之绝对无限制。这种合同是不是完全无效处理呢，也不完全是这样的，因为政策可能引发一些不公平效果，为了缓和政策的其他一些问题，有时候考虑不作无效处理，如果不作无效处理，前面的思路，就不能落在权利能力之限制的前提上，否则救济就不好开展。

另一派观点认为这种限制是基于法律之限制，是立法者基于其立法者权限，可以对法人所为之行为设定一定的限制，这个限制是落实在法人的权利能力上。这个观点也不大同意。立法者可以对法人之行为设置一些禁止性规定，这是没问题的，这些禁止性规定原则上还是落实在具体之实施上，原则上还不是基于权利能力之限制的问题，逻辑思路跟前面还比较像。所以也不大同意落实在权利能力问题上。

第三种观点认为这种限制是基于法人之目的、商法人领域中经营范围之限制，这个观点更加有问题。换句话说，经营范围、目的宗旨，原则上是法人为了保护自身之目的的实现，而在内部的机关的权力运作上设定的程序性规则，主要的目的有两个方面，第一方面是限制以法人之名义对外签订合同之权限，另一方面是保护交易相对方的信赖问题。也有节约成本的考虑，如果经营范围的实现角度揭示，对方可以从经营范围判断所宣称、签订的合同是否有相应的资质、从业经验。主要的目的在于限制内部的机关的权限，保护交易相对人的信赖问题。

基于经营范围、目的，与权利立法上所谓的越权规则是相关的。关于这个问题，很多公司法的教科书都会提到。越权规则是法人权利能力上的基本的规则。法人的权利能力最早的是许可主义，特别的授权主义。慢慢规则本身的重点发生了变化了，不再是立法者的控制问题，变为法人的权利成员对于法人机关的行为的控制问题，变为内部问题。另外一个落脚点与上面讲的一样，是对于外部交易相对人的信赖问题。

由此发展出来的现代的效果，早期的越权规则完全无效，现在不一定了。在我们国家的，可以看几个法条：《合同法》50条关于越权规则的问题；以及最高院《合同法》司法解释一第10条。超出经营范围的行为，原

则上不因此而认定为无效。换句话说，法律效果上有多种可能性。

按照这个理论发展，经营范围、目的宗旨对于法人之权利能力之限制，所谓越权规则后来发展的法律效果，后来就无法建立在权利能力之基础上。换句话说，如果落在权利能力之限制上，后面的结果就开发不出来。所以这些应该不是对法人权利能力的限制问题，跟法人的权利能力没有关系。所以我们不大同意很多民法教科书上关于法人权利能力限制的看法。

权利能力不仅仅是自然人，法人原则上也是平等的，这是一个我们已经知道的结论。既然是平等的，任何一个法人，不管其所从事的活动是什么样的，所登记、申报的经营范围是什么样的，权利能力的范围原则上都是一样的，彼此之间没有差异。这一点跟自然人也差不多。这样的话，我们可能有些疑惑，某一个法人从事保险业、银行业，为什么它可以从事，我从事就不行？权利能力之概念本身是一个非常抽象化的意思。权利能力只是意味着你可能会享有某些民法、私法上的权利、义务，只是可能，而是否真的享有某一权利，承担某一义务，原则上必须结合该权利本身所设置的规范要件来进行判断。类似的情形比如受教育的权利，也是有一些条件的。比如不是每个人都能到北大来上学的，必须经过考试、必须优秀；大学原则上也有学费，经济上要供得起才能来。

权利能力也是这个道理，如果想实际地享有某一权利、承担某一义务，必须结合立法上就该权利本身所设置的规范。比如对他人享有债权，怎么享有，必须通过法律关系的建构，通过法律事实之引入，建构一个法律关系。而且引入事实不一样，具体的债权种类也会不一样。比如他打我，形成一个法律关系；他借我钱，是借贷关系，他有返还所借之金钱及相关的利息的义务。他打我形成的债权是100元，借我钱形成的也是100元，但是引入的事实是不一样的。在权利能力中，抽象的任何一个主体具有权利能力，都有可能享有民法上、实体法上所规定的各种权利，而是否实际享有，要看该权利所要求的要件。比如自然人可以结婚，但是不能合并。

无论是自然人还是法人，权利能力是平等的。这可以用在民法上乃至宪法、宪政上。以上是对一些教科书上似是而非的解析，教科书上简简单单几句话可能不足以解决问题。

权利能力的要素

接下来考虑，既然所谈的权利能力是一个非常抽象化的，任何人可能享有的东西，这种权利能力的享有应当具备哪些要件呢，有没有一个实质性标准判断是不是有权利能力呢。这个问题在自然人领域基本上没有问题，只要有自然人实体生命之存在，马上自动地享有权利能力。这不仅仅是法教义学的问题，也是伦理的问题，所以这个问题无法讨论，也不能讨论。这个问题主要是自然人之外的范围内，包括法人。《民法通则》上所规定的主体，具有权利能力无争议的基本是两大类，自然人和法人，那么自然人和法人之外的第三类民事主体是否具有权利能力，一直有争议。这个问题只是提出来，思考应当不应当具有权利能力应当考察的要素，这样的要素我们提出几个。

第一，该主体特定化于、区别于其他同类主体的外在标志性要素。此即特定化要素。

这方面要素有哪些？名称（姓名），住址。现代法上任何一个主体，至少在外在上都有这样的标志。名称，一个人有一个名称；住址，也是一个特定化要素，类似于坐标，固定一个点。名称的问题，在后面讲商号的时候还会谈。

这是第一个要素，它的背后复杂的问题涉及到主体之存在，应当具备哪些要素才确实具有存在的价值？可以看看《民法通则》上关于法人之规定，37条中规定法人的四项要件：依法成立、财产、组织机构、能够独立承担民事责任。

依法成立，主要关注的是程序上的问题更多一点儿，学理分析上认为立法者层面上应当具备这些东西。这也可能涉及到程序上的登记的问题，可能联系在一起。

财产之因素，37条法人财产，描述的是必要财产。怎么理解必要财产这个含义，什么叫必要的财产？从实际角度来看，所设立的法人所从事什么活动，比如从事房地产开发还是做早点、包子店，完全不一样，经营活动不一样，造导弹的和卖茶叶蛋的需要的资金不一样。所以必要财产与目的事业是相匹配的。这是投资方面的问题。

另外，更重要的一点是，现代企业的发展，投资者自己百分百投资，这种经营活动在现在好像不大流行，至少不大被欣赏，往往从别人腰包掏钱为我所用，这是比较现代化的方式，能更好地抓住机会的问题。当然融资可能有成本问题，这是另外一个问题。现在自己的资金好像不是很多，更多的是融资的。上市公司也有融资，债权人变为股东，也是一种方式。上市圈钱，圈外来的散户、投资者的钱。虽然他们是股东之地位，但是钱的使用上是受到限制，钱实际上到大股东的支配范围内。现代企业运作模式，主体自由，更多的是他人的资金，很多涉及到借别人的钱，或者说融资的方式，可能产生其他的债权人、投资人收益的回报、实现的问题，也需要相应的资产做还贷的基础。所以必要的财产，换成民法的说法，是对外承担责任的财产。责任财产意味着民事责任对

外承担其履行义务的财产的保障。这个问题还会导致后果上的强制执行问题。法人也一样，对外签订合同，需要有相应的财产作为还债之基础，这是责任财产之问题。所以必要财产可以从两层意思考虑，一层是经济意义、实际的经济运作层面上；第二层面是必要财产应当是对外偿债的基础。

但是必要财产到底是什么，财产涉及权利问题，权利涉及归属问题。财产就是权利，权利马上涉及归属问题，归属首先是归属的形态问题。民法上讲财产的概念，肯定是落实为民法上的权利。讲财产，虽然通俗语言上说这个杯子是我的财产，是讲得通的，但是较真起来，可能不大通，应该说这个杯子的所有权归我，这个所有权体现为我的财产的范畴。

财产权其实是各种财产性权利集合起来。讲物的问题，表面上是物，实际上物上建构的是权利问题。所以讲财产是讲财产上聚合在一起的各种不同形态的财产性权利。比如各种所有权，比如基于损害赔偿产生的债权，比如银行存款，所有这些都包括在财产权范畴内。

所以财产这个概念实际上所指向的肯定是财产性权利。当然财产性权利使用的语境不一样的情况下，指的具体权利不同。这是特指的情况，泛指一个人的财产是一个人名下的所有的权利，是一个集合。人一旦死亡，所有的权利不能是无主物，财产概括性地转移到继承人名下，理论上不间断，马上转到继承人名下。这在自然人概括继承中有意义，更有意义的是自然人之外的商业性的、企业组织上。

企业组织的财产不是简单地堆在一起，因为设立企业肯定是追求一个目的，为了实现该目的的手段，其中包括财产手段，原则上应该是有目的地组织在一起。如果随便堆在一起，不知道财产怎么用，效益上肯定是很低的。低成本、高产出，也是一个规则。企业里面财产是更有效率的，而且企业中财产的概括性让与也是一个很大的问题。比如企业的合并，是一个概括性的承受的问题。甲企业和乙企业合并，合并到乙企业，甲企业的权利转移到乙企业，债务也转移到乙企业。各种权利不一样，归属的状态不一样。比如房屋投到企业里面去，可以抽象地概括，笼统地说该企业对投入的这个房屋享有财产权，也能讲得通，但是仔细分析不成立，到底对房屋享有什么财产权。财产权可能非常多，房屋上的财产权的种类也非常多，权利不一样，企业对房屋的利益的实现程度也不一样。如果是所有权移转的方式投入，房屋成为企业的所有物，企业对该房屋享有所有权；也有的不是把房屋移转给企业，可能是给企业经营作，因为企业需要有经营场所，没必要非买下来，可以租。或者可能只是给企业一个债券的租赁性的使用权。表现在企业的资产的表现也完全不一样。这个是怎么的不一样，可以在会计学，总之是不一样。

这个企业、这个人要想成为具有权利能力的主体，应当有相应的财产，必要的财产到底有什么权利，必须得考虑。问题问到这一步，回过头来再看看现行法上关于法人、合伙企业、公司是怎么规定的。现行法上都认为法人对于其名下的财产，原则上概括地享有一个所有权。这个所有权的概念也有很多的问题，这个概念在理论上描述，无法跟物权法上讲的所有权对应。企业对于其名下的财产的所有权概念千万不能等同于物权法中所讲的所有权，不要等同于《物权法》39条以下所称的所有权。法人名下的财产各种形态不一样，有不动产、有动产、有债权、有知识产权，这些权利集合在一起，构成一个财产之集合，也有人说聚合，王泽鉴的教科书讲聚合之状态，也就是不孤立的，它们构成一个整体。这个整体无法等同于物权法中所使用的所有权概念。

所以在这里，无法等同于物权法的所有权概念，讲究的是财产跟主体的归属关系问题。也就是说，财产虽然形态各异，有不同表现，但是财产归属于这个主体。也是因为这个原因，上个世纪90年代《公司法》修订时有一个一直有争议的问题。公司法的公司对于公司名下财产，不提这个所有权的问题，而只是在公司法上概括为享有公司对于公司名下的财产财产性权利，还是什么。这里面讲财产，在法人里面，也只是一个归属性问题，而不能说是财产权。

虽然是归属性问题，财产的聚合要具体分析。一句话在，在法人里面，法人本身的名义，对各项财产享有单独之所有权。比如甲作为股东投入到A公司的房产，就归入到公司名A下，成为公司的财产的一项，而且该财产要办理移转变到公司之名下，A公司就是一个单独的主体，A公司直接取代了股东甲的地位，成为该房屋唯一的所有权人。类似于不动产登记簿，比如丙建造房屋取得所有权，建造房屋之后转让给丁，丁死亡，甲继承，甲把房屋投资到A公司名下；换句话说，不动产A房屋的不动产登记簿中，所有权人甲是投资人之一，投资的就是房产，这个房产就由甲单独所有变更为A公司单独所有。公司、法人可以享有单独的所有权。讲所有权归属的时候，在法人中，其名下的各种财产都是可以归到单独的所有人名下的。

接下来要思考的问题是，现行法上讲法人对其名下的具体的财产享有单独的所有权，那么合伙、个人独资企业是什么样呢，个人独资企业可能简单一点儿，我们侧重考虑一下合伙。这些问题主要是引起思考，未必是答案。民法的一些东西过于机械性，未必要认同以上的说法，只是一些概念的使用需要深究一下。

这里详细地讨论财产的问题，后面讲到个人独资企业会涉及到个人独资企业享有财产权等问题，也是这里的财产这里理解。分析财产形态，尤其是自然人之外的情况下，我们首先看法人，再看个人独资企业，再看合伙企业。

通说认为法人具有权利能力，也就意味权利能力方面着法人跟自然人一模一样，跟自然人没有差别。在实际法律规定、法教义学的构造形态上，法人名下的财产是集合的，不要用物权法中的有形物的所有权的概念来套用、描述法人对其财产的归属关系。换句话说，所有权概念在现行中国法上是一个专门的、固有的、特定化的概念，专指对于有形物上享有的全面性的物的支配性权利。所有权是最为典型的将物归属于所有权人的所有权形态，很多人为了方便，用所有权来描述，这个描述的结果可能不精确。

这里讲到责任财产，财产的名目可能很多，有动产、不动产、债、知识产权、其他权利等，假设以法人为例，每一种权利跟法人之间的归属关系上应当对应的法律名称、概念都是不一样的，物的完整的权利归属属于法人，法人完整享有所有权；债归属于法人，法人享有完整的债权。知识产权也是如此。很少有人说债权人对债权享有所有权。

单独所有权的概念有些难以理解。一个物上原则上只有一个所有权，这个物的所有权是不可分的，只能由一个归属。量上可以有几个共有人，这不是我们讨论的问题，也就是说不能从质上分割。早期中世纪的欧洲，英美法中则有这样分割的，权能进行实质性运作，逻辑跟这里不大一样。这里没有这样的，一个物上只有一个所有权，原则上只有一个所有权人。一个物归属于一个法人，法人对这个杯子享有所有权，这个所有权是单独所有权，并非跟法人之成员或者投资人共同享有该杯子的所有权。现行法上基本维持这个现状、结论，法人对于其财产享有单独所有权，跟其成员完全分开，通过这种规则实现法人之财产跟其成员是区别开的，因为区别开引发后面的责任方面的问题。讲到房地产，甲作为房子的投资人，所有权就被注销掉，变为投资后所设立的 A 公司的所有权，也就意味着该房屋现在的所有权状态，所有权人只是 A，而并非 A 和甲共同享有。

明白这个意思之后，我们看看现行法上另外的合伙的问题。《合伙企业法》19 条规定了合伙企业设立之后各合伙人和合伙企业的财产，财产归谁的问题。对法人及其成员投入的财产，原则上只归法人；但是合伙上不一样，各个合伙人及其成员也会把财产投入到合伙名下，把物、债、知识产权投到合伙名下，投到名下之后，是不是类似于法人，该各项财产归属上就只归法人了呢？这里的争议先不谈，只讲个结论，通说上一般认为合伙人为了成立合伙企业，其所投入的各项财产，不管是什么财产，投入之后，原来的投资人的财产权的形态就会发生变化，并非完全归个人合伙或者合伙企业单独享有，而是由各合伙人共同共有。这是结论，争议性问题和背景后面谈到合伙企业再说。

既然是共同共有，跟上面的法人就不一样。比如甲等 49 个人设立一个 A 合伙，甲的投资方式是一房屋，甲将其房屋投入到 A 合伙企业名下，登记簿怎么登呢？几个人一起创业，设置一个律师事务所，可以一起租一栋楼，也可以一个人买下一个写字楼，投入到合伙企业中去。律师事务所采取的就是合伙制，按照《律师法》，也是按照合伙制的方式。几个同学共同开办一个律师事务所，先将自己买的房投到该律师事务所中去，该房产该怎么登记？从实体法上来讲，各合伙企业的财产应当归合伙人共同共有，意味着应当跟甲单独享有所有权不一样。也就意味着登记簿的状态原则上应当发生变化。

怎么变化、怎么登记呢，这是现行法上也是比较头疼的问题，说是法律漏洞也可以。此前登记基本不做严格要求，现在要求原则上将单独所有的房屋换掉，换成甲、乙、丙、丁……等 49 个人的名字全部登上去，登到登记簿之中，作为该房屋的共有人。其次，不动产登记簿的设置要求是真实反映登记簿所对应的不动产的物权关系，这个物权关系是共有，还要登记出来这 49 个人为什么是共有，为什么从单独所有变为共同共有，法律关系背后的原因关系也要登记出来。按照物权法的逻辑应当是这样的。

这样引发出一个问题。比如某人婚前有一套房，结婚后，按照此前的说法，直接变为夫妻共有；现在按照最高院的《婚姻法》司法解释三，就不一定是这样，要看投资关系等等。虽然有此规定，但是和此人结婚的对象要求不按照这个规定，不管投资状态如何，变为共同共有。此人为了维持婚姻关系也同意，变为共同共有，此前单独所有变为共同共有，必须登记簿上变更。这里合伙企业的例子也一样，以前是单独所有，现在投入到合伙企业中，那所有权就会变成跟其他的剩下的合伙人共同共有，就类似于跟他们结婚了，必须在不动产登记簿上显现出来其他所有的共有人。这是不动产的法律的基本原理。

接下来引发的问题出现在商法上。商法中，法人只需要登记法人的名称就够了。此前讲单独所有，甲投入到法人 A 名下，变更登记簿的时候其他的投资人不需要显示；但是如果投入到合伙之下，合伙也有字号，合伙企业法规定合伙企业应当有名称，企业名称在不动产登记法上好像不管用。不动产登记法上看重的是背后真实的共

有的法律关系，既然共有，共有人的名字都要列清楚。如果讲到极致的例子，建筑物区分所有被认为是共有，既然是共有，房屋里面的住户可能很多，一栋楼可能几百号人，法律上说虽然几百号，但是都是一个客体，理论上登记簿上可能几百个人登记在登记簿的所有权的栏里面。这是比较可怕的状态，更可怕的是所有权可能变动，登记簿还会变动。这种操作方法比较笨，但是可能还有这样的。在欧洲有发展出来分时段享有的度假屋的情形，这在登记簿上操作起来，所有权人的栏上就比较复杂。这都是技术问题，理论上应该问题不大。

也就是说不动产登记簿上原则上要把不动产的状态一一指清楚，把每一个权利人都指出来。换句话说，商法上要求的字号问题在不动产登记簿中几乎体现不出功能。这时候怎么办呢？在法人中，法人能够以其单独的名义享有单独所有权，但是合伙中不是这样的。我们讲责任财产，在合伙中就不清楚了，这是一个疑问。

换句话说，法人中的归属，合伙中不是一个单独的归属问题，而且是不是归属到合伙的名下就不清楚，这就是一个比较头疼的问题。我们只是提出这个思考的方向，关于合伙的名义以及财产的关系的形态，现在还没有完全的答案。

个人独资企业也存在一些问题。在个体工商户中稍微有点儿不一样，个体工商户的登记的要求越来越宽松，但是个人独资企业是个企业，原则上也要考虑财产有一定的独立性的问题，也会面临归属问题。这个归属问题如何界定，至少跟法人是不一样的。法人跟成员的财产是完全切割开的，在合伙、个人独资企业里面切的不干净，就会引发责任问题。所谓的独立责任到底是怎么一回事呢？

什么叫独立责任？在自然人里，我们都能理解，自然人从来没讲过父债子还的问题，即是继承，可能还有限定继承。民法中自然人只对自己的债务负责任，当然也有例外。所有人应当以自己全部的财产对自己的债务负责人。我跟你借了5000元炒股，我的所有的财产都可以用来还债。

法人里面，独立承担责任到底是什么意思？独立承担责任在法人里面的前提是法人有独立的归属上与成员完全切割开的财产，法人的独立责任才能讲得通。就法人自己所负之债务，只能用或者原则上只能用法人名下享有的财产予以偿债，跟法人设立人之财产没有关系。也有例外，考虑到法人形式被滥用，考虑到刺破公司面纱、法人的否认等，有一些例外情形。法人制度本身可能有一些问题，这些问题也会考虑。

换句话说，法人原则上以自己名下的财产对其债务承担责任。名下是哪儿来的，第一是设立人设立的时候投入的，第二是经营过程中获得的，法人对自己的债务负责任，跟成员没有关系。一旦资不抵债，由破产制度衔接。这里各种法律的制度是相互关联的。

法人之外的合伙呢？首先在法人中由法人名义对其下对外所负之债务承担责任，在合伙中又没有这种可能性？对外负担债务需要有一个可能性资本。对于合伙以自己的名义对外所形成之债务，如何以合伙的财产偿还债务？合伙有什么样的财产？分析合伙的财产的时候，合伙自己名下的财产，应当是归到各合伙人共同共有。既然是共同共有，合伙人自己名下好像没有财产，合伙没办法以自己的名义享有一个单独的所有权，这在实体法上说不通。这就涉及掉法人以什么财产承担责任问题，就涉及到合伙的独立责任问题。

合伙的债务首先用合伙的财产承担，不足以清偿的时候，各合伙人负有无限连带责任。合伙人投入到合伙企业形成共同财产，这个财产也不同于各合伙人原来单独的财产，这就有特别财产的概念。此财产，各合伙人投入到合伙企业的财产，肯定已经区别于各合伙人投资之前的财产，也不同于法人的财产，形成一个特殊的特别财产。这样在解释《合伙企业法》39条规定的债务清偿的时候才会讲得通，各合伙人共有的财产承担债务，不足以的时候才把个人财产拉进来，形成连带责任。只有这种情况下，才能相应地说独立合同在合伙中无法体现为独立责任问题，而是合伙人连带责任问题。

所以独立责任问题在合伙里面可能也会遇到障碍，在个人独资企业里面，类似的情形一样发生，只不过人由合伙变为单个人，单个人一方面可能是非商事领域的自然人，另一方面可能是个人独资企业，纠缠在一起，法律上个人财产要对个人独资企业承担责任。

总之独立责任问题在合伙和个人独资企业里面可能就会有疑问。

接下来的一个要件，我们提出思考的，这里讨论的主要是自然人之外的其他主体的问题，尤其是商主体的问题。因为商主体是拟制出来的，是立法者通过法技术创设出来的，商主体必须积极主动参与商事交易、商事活动，既然如此，必须有一个为行为的机制。几个人设立一个律师事务所，接下来接案子、打官司、做项目，其他的商事组织也一样，一旦设立目的就是参与商事活动。既然如此，怎么参与商事活动？这个问题在法人中问题也不大，法人内部有三机关，监督机关、内部决定机关、执行机关。执行机关内外两方面，内部是管理，外部是代表。既然是参与法律关系，肯定是外部的活动。外部怎么去通过什么样的行为机制参与到交易活动？

这个问题在法人中是由表意机关，法定代表人承担。公司中法定代表人可能是董事长、总经理、执行董事担

任,这都没问题。至于法定代表人的权限到底是怎么确定的,是法律上进行规定的,还是由内部的成员来约定的,这是第一个层次的问题;第二个层次的问题,这些担任公司、法人里面的表意机关的担当者,是不是必须是公司内部之成员。换句话说,作为公司的法定代表人,是不是必须先具有成员之身份,外部的人可不可以,这个问题涉及到自己自为管理,自治还是他治的问题。这个问题在现行《公司法》完全没有提出来,但是问题不是很大,《公司法》没有完全禁止。在有些类型的企业里面,比如国有独资公司,所有人是国家充任公司的董事长,可是国家是谁呢,也要派一个人来做。在公司、法人中,行为机制基本上是可以由外部的人担当。当然外部人内部有一系列原理来约束。这个约束到合伙企业的部分中也会涉及到。合伙企业设立之后,按照合伙企业法 26 条规定,由合伙企业自行管理,每个人有一定的管理权限,或者推举出几个人来做。在合伙的意思决定事项里面,提到合伙企业可以聘任经营管理人员。法条里面本身没提经营管理人员是谁,但是上下文解释此经营管理人员原则上指的是非合伙成员,因为合伙成员问题在 26 条一下解决掉了。30 条第六项规定了经营管理人员,合伙人自己不管理,聘用特殊的人管,这种情形下,可不可以完全由被聘任的人来担任该合伙企业之对外的表意机关?该表意机关也就是聘任的这个人权限到底怎么理解,是不是跟合伙人自治之情形下范围一模一样?这些都是可以考虑的问题。这里只是提供一个引子,在很多国家,在成员承担无限责任、财产不独立的情况下,自治要突出,他治要受到一定限制

其他的要件提出思考,比如主体是不是要有外部的表现;公示的要素,是不是必须登记,如果要登记,登记到哪个地步;另外,成员本身的变动对于主体存续之影响方面,法人之成员,甲股东死了、退出了或者股权转让了,是否影响法人的存续,其他的类型又是如何。从这六个方面考虑一个主体,主要是非自然人领域,是否具有权利能力。

2>第二,商人/商主体,乃是立法者所创造的产物。而立法者的此项创造活动,乃在实现“主体法定”之意图,以保障私法生活(民商事生活)的安全。

主体法定规则,是一个逻辑上推演出来的结果。主体法定规则,也就是不能创设为其他法律同行不认识的主体。比如我们班同学有 200 人,每个人都有一个姓名。现在我突发奇想创设一个姓名,对应一个不存在的主体,这不能为人们接受。法律上观察,这也就意味着这不是一个主体。主体法定规则保障的基本功能就是这样,逻辑上跟物权法的物权法定规则大体一样。

商人的分类在现行法上包括哪些?现行立法上所能看到的,立法者不否认的主体,一是《民法通则》所认可的主体,之后还有《公司法》,以及《公司法》之外的不具有公司形态的法人,以及不具有法人形态、也不具有公司形态的其他形态。公司中的股份有限公司分为未上市和上市的,有限责任公司分为普通的有限责任公司、特殊的有限责任公司、一人独资公司等,此外的还有集体所有制法人等形态。

既不具备法人、也不采取公司形态的企业最典型的是合伙企业。2006 年修订的《合伙企业法》也规定了合伙企业的种类,普通种类的合伙企业和特殊种类的合伙企业。合伙企业之外,还有个人独资企业、个体工商户,这是目前现行法上所能见到的内资企业。涉外的有三资企业。这是企业的分类问题。

我们同学现在也可以创业,成本也不太高,可以直接从网上开店。网上开店的人的身份在哪儿,网上开店的人们在法律上怎么定位?立法者可能说网上开店税收流失比较厉害,可能涉及一些法律上的管制的东西,比如侵犯知识产权什么的等等,这些商法上怎么观察,跟实体店比较怎么分析判断?

原则上,一个实体应有自己的经营地点、注册地点,网上店可能就不是这样了。比如说北京大学,海淀区颐和园路 5 号二教 203 教室只有 500 个座位,但是注册的企业可能有五万个,这个企业如何管理?这不是不可能的,《深圳经济特区商事条例》中可以看出同一个地址可以注册多个企业,这引出的一些问题可以琢磨。

另外一个例子,跟个体工商户有关也不完全相关。街头商贩,流动商贩,这个算不算商人?在不同的国家命运不一样。在印度,商贩可以在相关法院控告对街头商贩的管制是违宪的,要求保存街头商贩的生存权,印度两三年前有这样一个案例;美国里面一个七岁的小女孩叫朱莉,在街头摆摊卖果汁,美国的城管要罚款,美国人受不了,说这明显地摧残如何如何,最后市长还亲自去道歉说鼓励你创业。

3>第三,我国商法学者所概括出的“商事/营业能力”概念,乏善可陈。

第三个问题,跟商法学科是相关的。研究商法的同行们,主要是为了提升自身的地位,提升自己的价值,搞一个卖点,说商法上也有民法一样的商事行为能力、责任能力、权利能力。似乎行为能力、责任能力之前不加商事两个字,就无法显示商法的独立性以及科学性。张老师虽然也在商法队伍里面混饭吃,但是对这些说法很不感冒。

①将权利能力与行为能力掺和在一起概括“商事/营业能力”之要件，彻底曲解了权利能力与行为能力这两个概念的不同制度价值。

这个刚才已经讲到了，行为能力和责任能力所指向的功能，以及背后的制度要件，基本上揭示出来了。法人中不存在这样其存在的前提。法人从技术层面观察，是由立法者创设出来的，用拟制的方法创设的法人。商人逻辑上也一样，如同法人，也是采取拟制之技术，是不存在的概念创设出来的。也就意味着该虚体之存在，在行为能力、责任能力方面自始不应该存在疑问，否则削减掉了创设这个制度的功能，增大制度创造之成本。所以商人概念一经提出，行为能力、责任能力问题自始已经解决，否则提商人这个概念本身就有问题。

②民法中亦存在自然人之外的主体，其典型者如法人（暂将商法人除外），其亚类型者如合伙。就此等民事主体，在学理上亦偶见“法人能力”或“合伙能力”之表述，但即便将其内容包括权利能力、行为能力与责任能力三项，其所指仍各有针对，如同描述自然人能力之思路，决无法人或合伙欲取得其主体资格须同时具备权利能力与行为能力的论断。

教科书上表述一般是法人一经成立就具有行为能力，虽然没错，但是没有意义。还没有人大胆到说行为能力和权利能力是前提要件。但是商法上讲三项能力是前提要件讲不通，民法上也没有这个概念。

③论者借“商事/营业能力”所欲表达者，究其实，不外取得商人资格或者说商人成立所应具备的要件（其最重要者，乃下述之“营业之经营”）

没有领取营业执照，不得开展经营活动，否则是无照经营，在被吊销营业执照之后，原则上也不能从事经营活动。这会产生疑问。主体存在于一个地方，该主体的权利能力是否应该不受影响？如果不受影响，那么影响的是什么呢？只能接轨到这个主体对外所为的经营活动上去，营业执照管的就是经营能力。蒋老师提出这个理论后，一些学者跟风。我们需要确实考虑这个经营能力到底指的是什么，有没有存在的必要。

在民法上也会有这个问题，法人之登记，不登记原则上是不能从事法人活动的。赢利性活动，基本上都会说是商事活动，民法中基本上没有区分。原来民法上也会说企业法人从事经营活动也要有营业执照。营业执照的由来，由主管经营活动启动开始到消灭都会产生相应的问题。现行法上大体上概括是这样的，但是从民法上讲，基本上没提出与法人的行为能力不同的专门的活动能力。

民法上大体上是在行为能力范畴下讨论这个问题的。商法上扩展了一下，谈行为能力又谈营业能力是不是有重合；其次，即使是谈营业能力，实际的指向是什么地方，是不是无照经营被处罚后的法律效果问题。蒋老师关于这个问题的一篇文章实际应对的问题是法人在没有营业执照的情况下所为之法律行为的法律效果问题，是不是无效，以及公法上是不是要处罚。

张老师的看法是，所谓营业能力跟行为能力基本上无法区分，如果强行区分，只是更抽象，说它是面对商法的特点创设的，都是面对商人的法律行为，只不过前面加了一个商事行为。实际上所谓的营业能力、行为能力，表面上看有不同，实质上差不多。换句话说，这两个东西原则上应该放在同一层面表达。

按照前面的结论，法人的行为能力本身在制度中是没有意义的，在商人制度中，原则上也没有意义。这里是原则上，也有少量例外。一般情况下，行为能力在法人中没有意义。营业能力与行为能力一样，行为能力没有意义，营业能力也没有意义。

营业能力所意图解决的问题，是超越经营范围所签订的合同，效力如何确定的问题。这个问题一方面涉及到现行《合同法》50条，另一方面涉及《合同法》司法解释一第10条。这个问题目前现行法有不同解决思路，按照张老师的理解，这个问题与代理、代表的理论是相关的，这个时候涉及到外部的行为和内部的代理权、代表权相互监控的问题。这个问题在后面谈合伙的时候再提出来。如果按照到这个思路，法人与权利能力、行为能力基本上没有关系了，基本上就会否定要面对的问题。商事营业能力提出者意图解决思路，对于要解决的问题没有实质的贡献，所以不大同意这个提法。

总之，所谓的商事行为能力、责任能力，基本上是不大赞同的。尤其是商人资格之取得，应当是以成为商人的人的行为能力责任能力作为构成要件的说法更不赞同，逻辑上完全是错误的。

4>第四，行为能力之其他意义。

居荣的法国商法提到行为能力欠缺与“商法乃强者之法”。人是理性的经济人，是能够为自己计算的。商法上讲的人不仅仅是经济的理性人，而且是精于计算的、熟悉商业技巧的、掌握商业技术的人，这样的人比普通人肯定要强。有的国家要求商人要有特殊的资质培训。培训就意味着，如果接轨到行为能力，行为能力要求就更高。这种说法，如果按照目前的做法，可能实际情况做不到，特殊的要求与职业本身的行为能力可能相关，与职业培训可能不相关。如果假定商人的能力超越于常人，在商法的立法规范方面可能有差别，比如对于交易习惯的规定，

会假定商人对交易习惯有通透的掌握。涉及交易习惯的时候，对于这个交易习惯能不能进入到交易中，可以按照这个思路解释。所以学理上职业培训对于行为能力是没有关系的事项。

第三讲

商主体制度(二): 个体工商户与个人独资企业

1. 个体工商户

关于具体的商主体制度，本课只选择了一些一般的民商法、经济法学习过程中不太重视的问题讨论。关于公司的问题，公司法有专门的课，这里不再重复。这里主要讨论个体工商户、个人独资、合伙企业，这些一般民法不太重视的问题。实践上律师对这方面的业务也一般不太有兴趣，不愿意接这样的案件，标的比较少，同样的劳动收入效益不明显，理论上对这方面也比较漠视。我们讨论这些问题，是因为平时漠视这些，也因为公司的一些问题都可以从简单化到这些问题上去演绎。不讨论这些问题的话，公司法上简单的问题搞不清楚，复杂的也摸不到门道，或者不清楚问题产生的缘由在什么地方。

这几种形式与公司也有区别。讲公司，主要是讲有限责任，作为其重要特征；这里讲的这几种形式一般是无限责任，成员对于债务基本承担无限连带责任，是人格型的企业组织，如果把个体工商户拔高作为一个企业来看待的话。这是这几个组织的一个典型特征。这种特征之所以存在，跟它的外部、内部结构有关。只有在比较的情况下才能把握几种不同的企业类型所应当具备的特征及其要件。

讨论这些问题的思路，与上述考察一个主体的权利能力所应该把握的要素、特征，视角基本一致。比如会讨论外部的名称、住址、财产、有限责任问题、外部行为机关问题等。三类主体基本上都是这个逻辑，先解决内部问题，再解决外部问题。

1.1 概述

我们先讨论有关个体工商户的问题。

1.1.1 规范依据

我们都知道个体工商户在我国新近有立法，国务院 2011 年颁行并于该年 11 月 1 日实施的《个体工商户条例》。相应的程序性规定，《个体工商户的登记管理办法》也由工商总局颁行，同一天开始实施。此前的一些相应规定被废止，这是立法的动态。

在法律规范基础上，要注意一下《民法通则》第 26、28、29 条，《最高院民通意见》第 41、44、49 条。各个不同领域种类的个体工商户，包括港澳台同胞从事经营活动，也有相应的一些规范性文件，可以关注一下。特别需要引起关注的是一些地方立法，上述珠海市人民政府去年颁布的《珠海经济特区横琴新区商事登记管理办

法》，一个亮点就是个体工商户。珠海市的这个立法特别提出来，它也可能表现出将来对我国个体工商户的立法的一些趋势。大的趋势应该是向这个方向去走，这是一个苗头。1978年以后，我们国家的新的立法，往往都是在某一个特定的地区先实行、试点，通过中央的条条框框在地方试点，摸索成功经验在全国普遍化。很多法律都有这样的试点，比如合伙，在中关村也有相应的尝试。

1.1.2 主体地位

个体工商户的主体地位问题，结合前面讲过的商人、权利能力等概念理解。学理上对于个体工商户的主体地位虽然有不同说法，但是如果从实务角度出发，个体工商户在实体法上签订合同和诉讼法上参与诉讼，基本上其主体地位都是被承认的。

《民通》条 26 规定：“个体工商户可以起字号。”

字号是主体的外在性的标志，通过该标志，此主体区别于其他主体。字号并不是强制性规定，个体工商户可以取字号，也可以不取字号，这是一个任意性规定。

《民诉法司法解释》（1992年）第 46 条：“1，在诉讼中，个体工商户以营业执照上登记的业主为当事人。有字号的，应在法律文书中注明登记的字号。”

这是个体工商户的一个特殊点，跟后面的个人独资企业和合伙企业不一样。后面这两种首先偏重的是字号，而个体工商户偏重的是业主，字号单独说明。个体工商户中可以一定程度上这么讲，字号和业主是同一的，源于个体工商户跟业主本身是同一的。个体工商户和自然人是两面，商事领域以个体工商户的面目出现，即是该字号，可以是以本身的姓名作为字号；在非商事领域，一般的私生活领域，业主以自然人面目出现，参与自然人法律关系。但这两方面的法律关系在后面的外部责任的问题上，往往难以区分，尤其在我们国家未有个人破产制度情况下，更是非常困难。

关于个体工商户的地位问题，在《个体工商户条例》中有一些要求、标准。

《个体工商户条例》第 8 条第 2 款：“个体工商户登记事项包括经营者姓名和住所、组成形式、经营范围、经营场所。个体工商户使用名称的，名称作为登记事项。”

名称的问题再次提出，个体工商户是以名称为登记事项，名称可以用来标示主体的特定性。

这是主体地位的问题，按照上面的一些法律规定，可以推断个体工商户在参与法律关系的时候，基本上可以以自己的姓名签订合同，也可以以字号签订合同。合同拘束的是个体工商户。只有在后续的对外债务不履行、资不抵债的情况下，才会及于个人之财产。

1.2 设立个体工商户之条件

关于个体工商户设立的要件，分为实质要件和程序要件。

1.2.1 实质要件

1.2.1.1 原则性规定

实质要件，主要从一些规则中推演。在原来的规定，原《城乡个体工商户管理暂行条例》中提到有经营能力，现在的规定也照样如此。在 2011 年颁布《个体工商户条例》之前，有一个草案、征求意见稿，经营能力换成了另一个词，有完全行为能力的自然人，也就是说讨论的时候有一种意见认为个体工商户应该有完全行为能力，但是这种意见没有坚持。这样我们就有一个问题，行为能力的问题应不应该要求，是不是自然人想从事个体工商户活动的要件。也就是说不具有完全行为能力的人能不能从事个体工商户的活动？

关于这个问题，现行立法的态度大部分是消极性、否定性的，基本上不大赞同不具有完全行为能力人从事商事活动。这是我们现行立法的一种做法。但是这种做法在其他国家、其他的立法例里面也许有例外。也就是说大多数国家基本上也是这么规定的，但是也会开一些口子，也就是说完全无行为能力人基本上也是不能从事商事活动，但是限制行为能力人，再加上一定年龄的限制，法律上会通过一定的途径允许进入到商事活动中。比如德国法是由其法定代理人代理，而且法定代理人进入的时候必须经过其监视法院同意。也就是说为了保护未成年人、

不具有完全行为能力人其利益，从程序上进行一些限制。这是一个例外。

这个问题也会引发出交易安全的保护问题。比如跟对方做交易，相信对方是具有完全行为能力的人，但是对方其实不具有完全行为能力。比如长得比较着急，就像张老师这样，张老师是30岁开始白头发，假如交易对方是16岁就开始长白头发，人们会以为他有60岁了，其实有16岁，这时候怎么办，这时候值不值得保护相对人的信赖问题。这也是延伸出来的问题。

《深圳经济特区商事条例》第7条 未满十六周岁的未成年人不得设立商人，不得从事商行为。未成年人以及其他不具有完全民事行为能力的人不得成为合伙人。

《深圳经济特区商事条例》把年龄放到16岁，不是18岁成年年龄。这就要考虑必须设定一定规则，对于已满16岁不满18岁的自然人参与商业活动的利益保护以及交易相对人交易安全之期待的问题。

另外，所能够从事的工商业经营活动，有一些细的规则，规定所谓的工商业经营活动到底包括哪些，可以去看文件。

现此类规定已不见于《个体工商户条例》，而《个体工商户登记管理办法》第9条仅规定：“Ⅰ，经营范围，是指个体工商户开展经营活动所属的行业类别。Ⅱ，登记机关根据申请人申请，参照《国民经济行业分类》中的类别标准，登记个体工商户的经营范围。”

注：此与其他企业登记基本相同，如《公司登记管理条例》（2005年）第15条第2款规定：“公司的经营范围用于应当参照国民经济行业分类标准。”

国民经济行业分类有代码，一方面有专门的概念表达，一方面也有代码。

1.2.1.2 自登记需提供申请材料中考察

从事申请登记为个体工商户时所需要提交的申请文件也可以探索个体工商户从业所应该具备的实质性要件。

《个体工商户条例》第8条：“Ⅰ，申请登记为个体工商户，应当向经营场所所在地登记机关申请注册登记。申请人应当提交登记申请书、身份证明和经营场所证明。Ⅱ，个体工商户登记事项包括经营者姓名和住所、组成形式、经营范围、经营场所。个体工商户使用名称的，名称作为登记事项。”第11条：“申请注册登记或者变更登记的登记事项属于依法须取得行政许可的，应当向登记机关提交许可证明。”

身份证明，就是说是不是中华人民共和国公民，如果不是，可能要考虑适用特殊规则，其他国家的、我们国家其他地区的特殊性规定。登记事项，包括姓名住所、组成形式，组成形式是指什么，看文件里面没有完全搞清楚，还可以琢磨一下。一种理解方式是以个人还是以家庭，另一种理解是雇工、雇员是否包括在其中。张老师倾向于前一种理解，是个人经营还是家庭共有财产经营。经营场所，申请登记时必须要有经营场所，个体工商户如果是摊贩、流动性的，有一些特殊管理规定；如果并不是流动性摊贩，有固定性的场所，要事先具有固定场所的有权使用证明。比如是自有房屋开店要提交不动产权属证书，如果不是自有的需要提交租赁合同。经营场所的租赁经常是一笔很大的账，经营场所是很麻烦的东西。很多个体工商户经营都不是自有房屋投入，是租赁房屋经营，这就涉及到租赁合同签订和批准的关系问题、租赁合同效力问题。经营场所的问题在今后的商事登记中是不是应该放宽，是一个值得探讨的问题。

从这些文件中的规定中可以将个体工商户的规定比照其他商主体的外部的特征性要素，名称、姓名、住址、经营场所、财产等。财产方面，在个体工商户里面，因为责任方面有特殊性，所以财产要求在个体工商户申请登记方面基本上非常宽松。

1.2.1.3 商事账簿规则之适用

账目的规则，在企业类，在个人独资企业、合伙企业、公司等大型的现代常见的企业类型中，账目也就是会计账目，必须要健全。而且要按照现代的新式会计方法健全，不能用简易方法。个体工商户中，原来的规定要求有，现在取消掉了，没有要求必须设立会计账目的问题。会计账目从管理角度，跟税务缴纳是相关的；从司法角度，跟外部交易安全是挂钩的。这个问题有兴趣可以看一看前两年关于公司概念股的新闻，涉及到财务报表的问题。财务报表有不真实的问题，引起了普遍的非议、信誉丧失等等。现在在个体工商户方面，会计账户基本没有要求，但是个体工商户纳税义务不免除。纳税将来怎么处理，税期、税率如何规定，还需要考量。不设立会计账

目，纳税的处理，可能要有个固定收益，按照固定收益征税，这可能是唯一的思路。

这是实质性要件的问题，可以跟前面的权利能力标准对照。

1.2.2 程序性要件

程序性要件主要是登记以及发照。登记发照的问题，在现行法即 2011 年的新法修订之后，这方面稍微有一点点变化。

按照此前的规定，个体工商户原则上经县级工商行政管理机关核准后方可营业。原来还有规定，未经核准擅自开业的属于非法经营。这与现在的关于非个体工商户的其他企业基本大体一致。公司要登记再对外经营，合伙企业、个人独资企业也是这样。而在新的规定里面，此类的规定没有体现，只是在《个体工商户登记管理办法》第 2 条有稍微相近的规定，但是还没有把提出的问题完全解答。

《个体工商户登记管理办法》第 2 条规定“有经营能力的公民经工商行政管理部门登记，领取个体工商户营业执照，依法开展经营活动。”

也就是说没有完全说经营活动必须领取营业执照。换句话说，没有领取执照的情况下开展经营活动的法律效果是什么样的，规定中没有看出来。这个问题与登记制度有一点儿相关，先介绍一下。关于登记的问题，在我们国家，除了个体工商户之外，其他的基本采取强制性的，未经登记不得从事商事活动。是一个很硬的规则，配有很多处罚性规则。其他国家这方面稍微宽松一点儿，登记对于商事活动的制约没有这么强烈。比如德国法上，类似于我们国家合伙企业的无限公司、普通合伙，没有从事商事登记之前，可以从事一定的经营活动，但是从事经营活动的时候，原则上不得以没有登记的字号展开。其次，没有登记之前经营活动产生的所有债务，由参与的成员承担全部的无限连带责任。这是从责任角度约束，防止由此引发的交易相对人、债权人交易风险，是防控问题。我们国家的怎么理解呢，如果按照德国人的思路的话，可以展开经营活动，原则上也不会导致刑事法的责任问题，只是开展经营活动之后，不得以尚未登记的字号展开，一旦对外签订合同产生债务，个体工商户个人应当以自己全部的财产来承担责任。只有从这种思路出发才能够两边兼顾。私法上不会导致外部交易合同无效问题。

其次，公法上的问题，先不说处罚的问题，先说税法的问题，在《个体工商户条例》第 22 条第 1 款有涉及。税法上纳税、征税，按照实际经营活动纳税，跟登记不登记也不完全相关。在登记法本身，看看《个体工商户条例》第 2 款的规定。

《个体工商户条例》第 22 条第 2 款规定“1，个体工商户登记事项变更，未办理变更登记的，由登记机关责令改正，处 1500 元以下的罚款；情节严重的，吊销营业执照。”

我们再看看怎么在逻辑上圆得通。如果一个个体工商户老老实实在按照现行法的规定登记了，有个什么事项需要变更，稍微没注意，没有办理登记，可能导致 22 条所规定的责任。但是假如一开始就有点儿偷奸耍滑，就不去登记，因为现行法没上有直接规定必须登记才能开展经营活动，第 22 条也不能完全推地出来，那么 22 条的处罚就无法启动。这会导致所有人都不愿意去登记。

这反映出这个条文两方面的问题。其一，个体工商户本身确实是不是需要登记的问题；其次，登记之后，登记事项变更没有登记，处罚措施是不是过于严重了，吓退了想去登记的人。如果因为登记，后面的变更会导致处罚，那么谁也不愿意登记。

所以就需要注意一下珠海的规定。

珠海市人民政府《珠海经济特区横琴新区商事登记管理办法》第 6 条：“横琴新区实行个体工商户豁免登记制度。自然人从事经营活动的，无需办理个体工商户登记，直接办理税务登记。涉及许可经营项目的，经许可批准后凭许可审批文件经营。”

也就是说根本不需要登记。也确实是符合法理的，而且鼓励中小企业、民间创业，制度上这是一个比较理想的正能量的制度设计。实际上，登记与否跟自己本人对外需要负的责任基本上关联不是很大。即是要登记，按照现行的登记制度，个体工商户是不需要缴纳投资的，甚至申报投资都不需要。换句话说，个体工商户以个体工商户的名义、字号对外签订合同，之后责任也会追到个体工商户自己名下的所以个人财产，相对人是没有办法从登记簿上查知名下的个人财产到底有多少，一般情况下也没有必要。这跟普通的自然人交往过程中产生的民事法律关系之后的责任归属的长期制基本上差不多。从这个角度来讲，登记本身对于个体工商户确实没有太大的必要。

但是一旦用了字号，还是应该登记，字号要登记才会有效力、对抗的问题。否则如果有一天个体经营越做越大，可能有别人事先抢注商号，这时候再想注册也会有一定的障碍。还有抢商标、抢域名的问题，也会有障碍。使用专门的字号，有别于自己的姓名的字号，或者以自己的姓名登记字号的时候，最好需要登记。

《珠海经济特区横琴新区商事登记管理办法》第6条的规定体现出了几个意思：

1>立法上一定意义上应该鼓励此类实践中的经营行为之取向，就是说登记中应当考虑成本方便效益。登记原则上不应太多收费，要迅速，几个小时可以搞定。甚至可能不需要去工商登记机关，上网、电子登记就可以。此外登记结束之后，后续的一些行为也不应该招致《个体工商户条例》22条第2款那么严重的处罚。因为商号上或者登记上引发的问题很多是交易风险问题，交易风险的问题大部分是业主自己承担相应风险。

2>规定中提到涉及许可经营项目的，从事的经营活动需要由特殊的专门的行政机关审批的，这类机关、经营活动范围怎样定，涉及法政策取舍，公共利益考量问题。比如如果涉及公益、卫生等问题，可能需要一些资格证明，事先需要获得相应审批。现在城管管卫生，那么个体工商户摆摊或者开个小吃店是不是需要城管管，也不太清楚，但是应该不会很松。这都是公益安全问题。相应主管部门审批之后，基本上可以从事相应的经营活动。没有审批擅自开展活动，应该有处罚措施。

3>关于税务登记的问题，有营业性经营收入才会被征税。税务登记，无论早登晚登，真正要从有实际经营活动开始，原则上与商事登记制度是分开的。很多人认为商事登记有一种功能，有助于国家对于商业社会上各种经营活动进行管理，其中一个角度就是税务，可以给税务机关提供相应的企业经营信息。这个角度合适不合适，至少现在从横琴新区第六条的规定中可以看出，这是可以分开的。小的领域分开，大的领域也不妨分开。商事登记跟税务领域原则上可以分开，这两者并非必然在一起的。

1.3 个体工商户之内外法律关系

内外关系就是内部管理、外部法律行为、债务承担，这在所有的商主体里面都是同样的逻辑。

1.3.1 内部管理

内部管理的问题，在这种较小的企业类型形态，如工商户、合伙中，自治的规则比较多。我们可以想象出，个体工商户每个人应该怎么管理自己企业的规范，比如自己经营小吃店，早上几点开门、晚上几点开门、中间几点休息、卖什么东西、如何聘用员工等等，很多是无法在立法上规制的，商人自己最清楚，立法者没必要指手画脚。商人自己、个体工商户自己说了算，这一块没有太多的学理性规定。

1.3.2 外部为法律行为之机制

主要问题是外部，个体工商户成立之后，不会为了成立而成立，成立后要参与商事经营活动，参与到商事大流之中。这就必须有一个名义，以个体工商户之面目出现。这个时候应当以个体工商户之字号，对外签订合同，这是原则性要求。在现在和将来，是不是必须要有字号，这个要求可能放松，可能以业主自己名字签订合同也问题不大。这是一个趋势。不管怎么讲，对外签订的合同直接约束的是个体工商户、业主自身。这基本上是自己对外签订合同的问题。这是个体工商户常态情形下自己出面签订合同。

在非常态情况下，个体工商户也可以聘用他人为代理人，这时适用的规则基本上是民法上的代理。聘不聘用他人，决定权在于个体工商户业主自己。这一点跟后面所讲的个人独资企业不同。个人独资企业这方面的问题，原则上跟商法上经理制度相关。这个经理并不完全等同于公司法里所规定的经理制度。在非常态情形下，个体工商户可以通过代理签订合同，完全走民法上的代理。个体工商户的对外行为，原则上自己签订，例外情形下委托或者聘任第三人，此第三人也就是这个代理人。该代理人也可以是个工商户自身的一个员工，也可以是因为某个特别事项临时委托的。无论如何，只要代理人签订合同时以个体工商户之字号或者业主签订合同，合同效力都及于背后的个体工商户。这种代理人跟后面所讲的经理制度有区别，那个经理可以说是法律上的固定的职位，这种经理职位在个体工商户这里不明显。在个人独资企业或者合伙企业中，稍微显著一些。

代理制度，在民法上比较清楚。比如甲将其所生产的手工艺品出卖给相对人乙，甲签订合同时找了代理人丙，按照代理规则，丙与乙签订合同，合同效力直接约束甲和乙。至于合同履行，如果丙直接将物品交付乙履行，付款也直接付给丙，这个时候丙的地位，能不能算作代理，也需要思考一下。该项合同在签订的时候肯定是代理，适用代理的一些规则，比如代理权的权限范围必须存在等，这些自不必说。履行环节，如果代理人代为履行，代理人代为交付收钱，这个在民法上怎么解释，算不算代理？

首先要看一看代理的客体是什么。代理的客体在现行法上,仅限于意思表示。意思表示可以成为代理之客体,非意思表示原则上不能作为代理的客体。比如张老师想把杯子出卖给陈际,请一个同学把这个意思告诉陈际,这看样子好像是代理,其实只是传达意思内容,不构成代理。代理要可以对意思表示的核心内容自我决定。代理的核心点,客体仅限于意思表示。意思表示涵盖的范围比法律行为稍微广一点儿。代理从严格的定义来看,是以被代理人名义发出意思表示,或者以被代理人名义对外受理意思表示。甲委托丙作为代理人,履行环节算不算代理,要紧扣哪些是法律行为,只有法律行为才能讲代理,不是法律行为不能讲代理。丙以甲的名义把他的手工艺品交给相对人乙,这个交付行为算不算代理;对方收钱算不算代理?这个问题这里只是讲一个结论,原则上不算代理。交付只是一个事实行为,接收钱本身也是一个事实行为,不算代理。如果说是法律行为的话,要有其他法律行为的要素支撑这个交付行为或者收钱的行为。这是一个买卖合同,涉及到所有权的移转问题。所有权移转问题,有是不是有物权行为问题,这是一个方面;其次,交付的问题原则上是由甲自己完成,甲不能亲自完成的情况下,这个时候运用代理的一些理论,直接占有、间接占有。甲是这个手工艺品直接占有人,甲委托丙,甲是间接占有人;丙秉承甲的指示把这个东西交付给乙,指示也可以说是一个事实行为,因为要和背后的履行效果相挂钩,所以有的人解释为含有法律行为的意思表示的特殊的东西,这是理解上不同的问题。丙秉承甲的指示,将这个物品交付给对方,意味着丙自己的直接占有丧失,也就意味着甲寄托在丙的直接占有之上的间接占有也就不存在了,交易相对人获得直接占有。这时候交付物的本身就完成了,达到了物权法上所称的个体工商户完成了基于买卖合同必须履行的所有权移转之义务也就是。当然这里面还要考虑交付之后,交付是不是跟买卖合同连接,要回到前面的甲的指示意思上去。

在履行环节,原则上没有代理,必须运用占有上的制度建构。这是一个比较怪的东西。罗马法上,在某一部分情形,占有是可以进行代理的。这也是比较怪的,最初罗马法上代理是不被承认的,所有的意思必须本人发出,后来发现这个规则过于僵硬,无法满足现实生活之需求,其中有一个方面就是交付,人们常常不自己去交,叫奴隶、下属等去交付。当时原有的占有制度还没有发达,于是考虑适用代理的效果,代理的观念发展出来。那个时候占有、交付,可以用后来称为代理的制度。19世纪初开始发展到德国潘德克顿学派,觉得代理最好还是限定在意思表示里面,非意思表示领域不适用代理。不适用代理,罗马法的规则就没法适用,就考虑占有中发展出另外一个规则,占有的层级性,直接占有、间接占有,自主占有、他主占有,发展出一些这样的小规则。上面的例子就是这样的。当然现在支付货款的方式方面,现金支付的方式似乎越来越少,非现金支付方式,基本上不需要丙受理,卡上的钱转移到甲的名下就可以了。这时候产生新的问题,这种付款行为,乙把钱付到甲的名下,必须通过银行或者其他的一些支付平台,关系越来越复杂。还要注意付款行为还要与前面的买卖合同联系在一起。技术发达后,引发的法律问题也越来越复杂。这就超出本课了。

1.3.3 对外债务之承担

债务问题此前好像很清楚,也就是两户一伙中的两户,个人经营的以个人财产承担责任,家庭经营的以家庭财产承担责任。什么是个人财产什么是家庭财产划分上稍微有一点点麻烦。现在《个体工商户条例》第2条第2款仅规定,个体工商户可以个人经营,可以家庭经营,但是没有提以什么财产承担责任的问题。是不是出现个人经营情况下也会动用家庭财产,家庭经营情况下也会动用个人财产这种极端的情况?原则上应该不大会。如果真的用家庭财产经营,至少看《民法通则》的规则看,受益的是家庭财产,承担责任上仍然可以动用家庭财产对外承担责任。受益跟风险应该是匹配的,是公平规则。

《条例》第10条:“ I, 个体工商户登记事项变更的,应当向登记机关申请办理变更登记。II, 个体工商户变更经营者的,应当在办理注销登记后,由新的经营者重新申请办理注册登记。家庭经营的个体工商户在家庭成员间变更经营者的,依照前款规定办理变更手续。”

这一条应该怎么理解?家庭经营,应该是家庭成员共同经营。共同经营,是不是分主次,此前立法好像没看出来。家庭经营中,主次分的也不是那么清楚,比如夫妻两个人,可能夫主外,妻主内,妻不掺和外面的经营活动,夫以个人名义进行经营活动,也有可能夫妻两个人共同经营。共同经营是不是分主次,比如妻作为主要经营者,夫作为次要经营者,此前没有这么区分,因为意义不大。道理也很简单,不管怎么分,都是及于共同财产,共同财产是一样的。只不过稍微有一个问题,如果家庭中除了家庭共有财产之外,还有很大份额的个人财产,可能会有问题。这个问题以前也没有提出来,现在这个问题越来越多,比如涉及房产的问题。如夫妻共有存款200万,小汽车两部,虽然登记名义是一人一部,但是商量好是共有财产,这没问题;但是夫妻各有自己的小金库,

当然这是合法的，不是纪检部门查的单位私设小金库，夫妻私设小金库问题不大，比如夫受馈赠五十万，妻受继承一百万，两个人不一样。但是从事个体工商户经营的时候是以共有财产经营的，只是动用了共有的存款、房子、车子等，个人财产没有进入。这时候对外债务怎么承担，一旦对外经营失败，出现亏损，银行欠贷，银行追偿，如果只追夫妻共有的部分，是不是不大合适。这方面此前的规则没有完全导入，现在的规则也没有完全导入。张老师认为这一块儿原则上个人资产可能刨掉，虽然是共同经营，但是一旦共同经营失败了，先承担责任的财产是夫妻共有财产；夫妻共同财产如果不足以还贷，要动用夫或者妻的个人财产偿还。这是张老师个人的理解，应该更加公平一点，当然强制执行个人财产的时候，应该保留个人生活所必须的基本的财产。比如如果要执行张老师的财产，不能把张老师的书拍卖，张老师的书拍卖的话真能卖点儿钱，有很多原版的书，虽然孤版、善版的不多；但是不能卖了，他的正当职业就是教书，虽然花了 90% 的精力在非正常职业炒股上。

2. 农村承包经营户

关于农村合作经营，写了几句话，问题不大。

3. 个人独资企业

3.1 概述

3.1.1 规范依据

个人独资企业有一些规范的依据，有 1988 年、1989 年规定，专门的立法有 2000 年的《个人独资企业管理办法》，《个人独资企业法》等。只要有实体法，国家工商总局马上会出台一个该企业的管理办法。登记也是这样，后面讲登记的时候会看到，我们国家工商登记制度基本上是分散的，依主体之类别而有特别之立法，避免不了规定中有很多重复的地方。

3.1.2 概念

概念：《个人独资企业法》第 2 条：“本法所称个人独资企业，是指依照本法在中国境内设立，由一个自然人投资，财产为投资人个人所有，投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任的经营实体。”

法人没有办法设立一个个人独资企业，当然它可以设立独资企业比较好，设立它的全资的子公司。财产，由投资人个人所有，投资人以个人财产，也就是说不以投资为限，对企业债务承担无限责任的经营主体。从无限责任可以看出这就是一个人，对个人独资企业承担无限责任问题，不像别的一些商主体的责任类型。如果讲连带，一般的主体有两个。如果只有一个主体，非多数主体，就是讲无限。讲物的责任的时候，也会有有限无限问题，也会有连带问题，主要是在担保方面的问题。

3.1.3 特征

1>个人独资企业具有企业性质，必须有企业名称、住所、必要的资金、从业人员等，跟个体工商户有区别。

2>个人独资企业投资人可以自行管理企业事务，也可以委托或者聘请其他具有民事行为能力的人负责企业的实务管理。这里涉及一个问题，受托人的行为能力是不是作为一个特殊的要件看待？比如委托某人为我看房，是不是要看看他身份证是不是 18 岁，是不是被法院宣布为限制行为能力人、无行为能力人？好像没有必要。这里面的规定要求有行为能力，这个规则缘由在什么地方，是不是多此一举，可以考虑。

此前，个人独资企业还有一些雇工上的要求，如应在 8 人以上等。

3>个人独资企业可以设立分支机构，个体工商户那里没有。分支机构有一些特殊要求，如应由个人独资企业投资人或其委托的代理人，向分支机构所在地的登记机关申请登记，并领取营业执照等。这在个体工商户中没有，没有说在北大东门口摆个摊，在西门开个分店的情况。

4>个人独资企业需要有会计制度、商事账目要求。此前我们国家是双重征税，个人和企业都要交税，现在基本上是交一次税，企业所得税基本不收了。

5>企业和个人一样，有生有死，生需要登记，死需要解散、清算，这在个人独资企业中有，个体工商户没有。个体工商户没有是不是一个缺陷？可能也是，比如如果个体工商户做的比较大，但是没有登记为更大的企业形式的情况。实际上其情形与公司之形态没有区别，是不是也要清算？现行法上没有完全之规定。表面上个体工商户好像可以随时可以停业不干了，但是好像也不是那么随便，债权人也不会放过。

3.2 成立要件

成立要件，包括实质性要件和程序性要件，这里不重点讲，结合法条，关于权利能力的一些依据去把握。

3.3 个人独资企业之内外法律关系

这里侧重于内外关系问题。相对于个体工商户，个人独资企业内外关系稍稍复杂了。个人独资企业业主只有一个，合伙企业业主、合伙人有数个，它的内部管理、外部行为机制也比个体工商户复杂。合伙企业一定程度上跟有限责任公司比较接近。企业形式有点儿像社会进化，从奴隶社会、封建社会、资本主义社会到共产主义社会，个人独资企业类似于初级阶段之类的。初级阶段，很多事情立法者没必要进行很多的干预。

3.3.1 内部管理

3.3.1.1 基本原则：投资人自行管理

个人独资企业在内部管理上，也有一个基本原则，个人独资企业投资人，也就是业主，是自行管理作为其原则。具体表现，首先自行管理安排原材料、经营主业等，是卖包子，还是卖坦克、卖飞机。讲自行决定里面，经营的目的事业、经营事项之确定、经营方式、经营时间，等等都应该由自行确定，跟个体工商户差不多。比如个体工商户应该八点赶到，但是去晚了或者不去也没关系。出租车司机也是，每天挣个份子钱。个人独资企业类似于这种形式。

具体表现：

1>内部职工之地位。内部职工招聘方面，《个人独资企业法》专门有规定，个人独资企业应该依法招用职工。依法，依哪个法，只要规规矩矩保全其利益就是依法。可以说清楚依哪个法，也可以不说。22条规定应当与职工签订劳动合同，保证按时足额发放职工工资，不发放，职工会告你的。立法者会不会规定行政责任之类？法条中好像看不出来。这么规定也是废话，只不过现在欠民工工资那么多。这是一个问题，但是上升到法律角度，用这种方法体现还是有点儿不恰当。这主要还是体系上、市场机制上出了问题。22条即使不规定，难道职工就没有办法主张权利么。22条不构成独立的请求权规范基础。

招用职工时签订劳动合同，有两类合同，一类是单个的劳动合同，另一类是集体合同。个人独资企业从事的业务，还是服务类的、低端的比较多，技术含量不是很高的。这个合同也就意味着职工的流动性比较大。比如个人独资企业设立一个保安公司，流动性就比较大。流动性较大的情况下，要保障其利益，原则上每个雇工都应该签合同。实际生活中，个人独资企业签合同真不太多。这就引发出劳动合同法的一个有争议的概念，事实劳动合同，有没有这个说法成为一个问题。即使没有书面的劳务合同，但是有事实上的劳动关系，这应当怎么保护呢。有学者建议是不是动用另一个思路，就是集体合同。只要从事个体工商户或其他经营性行为，强制性规定与本市、本辖区的工会组织签订一个集体性合同，规定用工条件、待遇、生活保障等，雇工的时候即使雇工文化程度不高、法律意识不足，没有签单项的劳动合同，仍然可以保障利益。这是一种说法，也有其意义。是劳动合同法的内容。

2>企业财产之归属方面，对企业财产之支配，17条有规定。根据规定，个人独资企业，企业财产都是归业主、老板。

3>经营范围或目的事业之确定或决定。

4>经营政策与方针，类似于公司法上的一些问题。什么叫政策、方针、决策？不同层面好像还不一样，董事会决定的和总经理决定的可能还真不一样，这个问题可以思考。

关于内部管理，在用工时间上，提醒一个现象。欧洲很多国家商场开业时间是受限制的。比如周末不开，周五晚上只能开到八点，除非餐馆、超市等个别的可以开，这主要是保障劳工的基本工作时间。这方面规定我们国家不存在，中国人工作时间基本上是弹性的，海绵性的，使劲挤，榨干了。

3.3.1.2 例外：委托或聘用他人管理

个人独资企业例外是委托或聘用他人进行管理。这里主要讨论的是内部问题。

《个人独资企业法》第19条：“Ⅰ，…，也可以委托或者聘用其他具有民事行为能力的人负责企业的事务管理。Ⅱ，投资人委托或者聘用他人管理个人独资企业事务，应当与受托人或者被聘用的人签订书面合同，明确委托的具体内容和授予的权利范围。Ⅲ，受托人或者被聘用的人员应当履行诚信、勤勉义务，按照与投资人签订的合同负责个人独资企业的事务管理。Ⅳ，投资人对受托人或者被聘用的人员职权的限制，不得对抗善意第三人。”

第二款中所说的书面合同，这个合同到底是个什么合同，性质上需要考虑。个人独资企业和代理人之间内部有合同，外部通过什么显示呢。乙跟甲的个人独资企业签订合同，甲自己不出面，让管理人丙出面，乙关心丙怎么以甲的名义出现，丙会说是他的受托人，乙会说要拿出个证据来，这个证据是哪方面的证据最有力，这是外部关系问题，下面再说。

诚信勤勉义务，是法定的，这里不规定也可以从别的地方解释出来，这里规定出来也可以界定一下法定义务的范畴。关于第四款，和外部相关，在法条中放在这里了。

投资人与管理人之间内部关系

1>基础关系之种类/性质

投资人和管理人之间的内部关系，签订的合同，在形式上是书面的，它的名称应该怎么取。签订的是什么目的的合同？委托合同、聘任合同行不行呢？也可以，合同形式法律上还真没有完全规定。

接下来的问题是，这两个合同怎么理解。合同中的条款，假如双方当事人履行出现了问题，出现违约责任问题，就与合同的性质，是委托合同还是聘任合同有关。张老师与北大也是聘任合同，每三年审查一次，学校要看看三年老师都做什么了，张老师每次面临解聘之危险，即是解聘了确实也是很无所谓的。前两年，市场上有一个现象，飞行员跳槽，往往会导致高额的违约金索赔。背后经常引用的合同文本就是聘任合同。如果说飞行员的合同是聘任合同，这稍微有点儿让人怀疑。至少一定意义上，它是典型的劳动合同。飞行员提出辞职、解聘，可能合同的名称叫聘任合同，这是当事人用词不规范的问题，不影响当事人法律关系。

普通的雇员、雇工，是劳动合同；经理、聘任管理人，就不是劳动合同了么？这里面还是有一个劳动合同问题，应当视为劳动合同，否则一些劳动法的规则没法用，无法救济。但是这里面也不完全是劳动合同，因为规定的一些具体的权利义务内容是超出劳动合同范畴的。其次，经营管理人应当也是个商主体。比如上述例子中个人独资企业企业主甲肯定是商人，受聘于甲的管理人丙，管理个人独资企业，丙的市场从商的经验、能力原则上应该比甲强，否则甲不会把自己开的店给丙管理。所以这个角度上来讲丙，原则上也应该是个商人。既然两方都是商人，这个合同可能就超出普通一般的劳动合同了。劳动合同法上提出的某些救济问题可能不适用于聘用合同。比如劳动法上规定解聘，涉及合同是无固定期限还是有固定期限，解雇期限有特殊规定。委托合同则不是这样。比如丙聘任之后，开始干得不错，后来发现发现懈怠，或者跑了，或者中饱私囊、贪污受贿，本质发生了变化了，这时候怎么办？如果按照委托合同，解聘经营管理人，一旦发现品行不好，有危害个人独资企业之发展的时候，马上生效了，否则掌握权限期间可能做出更麻烦的事情。所以，这个甲要想解聘丙，是不是继续受劳动合同法的解聘期限的规定也值得考量。如果仍旧受其限制，可能出现问题，给个人独资企业业主自己带来风险。当然解聘的时候一方面要考虑它的利益，另一方面也要考虑交易相对人的利益保全的问题。

2>个人独资企业投资人基于基础关系享有哪些权利？

核心问题比如是否投资人基于所有人地位所享有的权利要受到相应限制。更具体地说，就是同一个经营事项，投资人和管理人意见相左的情况下，投资人能否享有最后的决定权。个人独资企业和合伙企业都会遇到这个问题，公司法讲公司治理结构也会遇到类似的问题，虽然没有这里这么突出。公司法条文中有这样的规定，公司聘用经理应该是必设的，经理的权限与董事会权限怎么切割，是公司法上的一个问题。个人独资企业也有类似的问题。企业组织类型里面都会涉及到治理结构的核心问题。经济学也容易探讨使权力配置更优化、效益化的问题，这门课程不涉及，只是从法律角度探讨。探讨的时候肯定要考虑公司跟合伙企业、个人独资企业在企业类型上有本质性的差异。本质性差异，表面看来，是成员的责任是构成有限责任还是无限责任问题。由表面现象也会引发其他问题，比如财产的投资义务履行与否，以及财产权利归属等，在权利能力的构成要素中也涉及了。因为这种差异，学理上一般将有限责任公司、股份公司称为资合性企业。相对应的是人合性企业。人合性企业在我国

是合伙、个人独资企业比较典型。在学习公司法的时候会发现，公司法中普通公司、有限责任公司的股权、股份转让时规则不一样。有限责任股份转让的时候，72条以下有特殊规定，包括内部转让是不是其他股东同意，同意是一致决还是半数通过，其他股东有没有优先购买权等。合伙企业也有类似的规定，比有限责任公司更为严格一点儿，在《合伙企业法》21条以下可以看出。

这样比较可以发现有限责任公司中股权转让的规则要兼顾其他股东之利益。有限责任公司也含有一定的人合性因素。当然这也会引发这么做是不是合理的问题，但是现行法上兼顾了其中的人合性因素。按照学理，股东、成员之间结合程度不同，企业分为资合性企业和人合性企业两大类。一般来讲，在资合性公司中，它的机关，主要是执行机关和代表机关，担当者并不一定同时具备资合性公司企业成员的身份。比如说，有限责任公司中有董事会、经理，现行法上没有明确规定成为董事会董事的前提必须是股东。董事长是不是股东，也没有严格规定，至少现行法上没有看出来，当然大部分情况下董事长一般还是有股东身份的。反之，在人合性企业中，比如个人独资、合伙企业，首先贯行的是自治，原则上是人合性企业合伙人自己来担任执行管理的任务，作为对外的代表。

以上基本可以概括为资合性企业机关可以是他治型，人合性企业机关一般是自治型。人合性企业一般很少提机关，但是类比一下，基本形态也是存在的，功能也是存在的，只不过很少用机关的概念来说。

19条第1款贯彻个人独资企业原则上自行管理，例外的情况下可以设置管理人的原则。合伙企业也一样，《合伙企业法》31条第六项也有类似的规定，经营管理人可以由合伙企业经营管理人自行设置。

《合伙企业法》第31条 除合伙协议另有约定外，合伙企业的下列事项应当经全体合伙人一致同意：
……（六）聘任合伙人以外的人担任合伙企业的经营管理人员。

无论是个人独资企业还是合伙企业，原则上是自己执行，外人不得参与；如果外人参与，经过特别程序，可以自行决定。引进后马上面临的问题是这个人的地位是什么。反过来对比，在资合性企业中，公司、股份有限公司的机关的类型基本上都是法定化的，比如说有限责任公司股东会是必设的，有限责任公司依公司的规模、大小，有时候不需要设置董事会，有时候设置一个执行董事就可以了。有限责任公司里面经理可以设置也可以不设置。需要有一个执行机构，公司的成员原则上有多个，多个成员内部的意思需要形成一个意思对外表达出来。公司对外签订合同，不能每个股东都去和相对人签订合同，是内部先形成一个决议，讨论这个合同值不值得签等，然后内部决定，授予公司某一个人，通常情况下是董事长去签合同。内部形成意见，通过董事长的嘴向外表达。公司中，这个机构是必设的。反过来，在人合性企业里面，不是必设的。在合伙中，《合伙企业法》第26条第1、2款也有对外的执行、意思表示问题，没有像公司这样的专门的董事机构、董事会、执行董事存在，还是放权在合伙企业的自治来控制。个人独资企业中，这个管理人只是个人独资企业企业主为了自己经营之方便将其引入本企业来。引入之后，这个人在内部管理事项上原则上是自己的手足之延伸，跟民法上的代理是一样的，只不过这个代理是用在特殊的情形中，是在内部管理的情形中。当然一些事项也远远超过代理的范围。

企业主和管理人两个人的权限怎么处理，就要返回到民法上的代理的问题。比如张老师授予某一个自然人将他的杯子出卖给A，此人到市场上说我以张老师的名义出卖，这是一个代理人。跟别人签订代理合同，授予其代理权，是不是本人对外签合同的权限就没了呢？张老师授予这个自然人代理权处理的事项是这个杯子，是不是意味着本人对这个事项就不能再为重复性行为呢。原来民法上没有这样的规定，意定性代理权之授予原则上是不能禁止本人就代理事项相应的权限，也就是不剥夺被代理人代理事项上相应的权限。但是这个杯子、物不是一个么，签订两个怎么办。这是自己的问题了，只能对其中一个履行，对另一个承担违约责任。代理人和被代理人签订的代理合同仍然约束被代理人，仍需要对其履行，但是合同只能承担一个，对另一个合同就要按照《合同法》107条之规定承担违约责任。

个人独资企业中，类似的问题也存在。个人独资企业主引了一个人担任管理人，个人企业主本身具有的权限原则上不因此而丧失。不因此而丧失有两面的含义，对内和对外。这就会涉及到内外切割的问题。

这里看内部，内部的其实很少涉及代理权问题。原则上管理人跟投资人意见相左的情况下，投资人可以否定管理人的意见。一般情形下聘用一个人，要尊重被聘用的人的意见，他的决定跟自己的价值判断根本利益有根本冲突才会否决。否决的程序，单个事项以单个事项否决，……可能涉及影响基础关系问题。

3> 管理人所负有的义务

第一，约定性义务。个人独资企业主跟管理人自己签订的义务不言自明。管理人是个人独资企业主引入的，原则上应当以个人独资企业主的利益、意愿来作出决定，一般情况下只要依据合同关系履行义务，不会有太大的冲突。

第二，19条第3款规定的诚信和勤勉义务。这是现在的企业组织里面，管理人都会负有的义务，公司法上甚至把这个义务扩展到董监高（董事、监事、高管）。这是一个非常概括性的原则。

第三，20条列的法定禁止性义务。这是立法上直接规定的义务。20条列了十项禁止事项：

- ①利用职务上的便利，索取或者收受贿赂。不知道这个规定有没有意义；
- ②利用职务、工作上的便利侵占企业财产。民法上的效果是违约或者违反义务的侵权问题；
- ③挪用企业的资金归个人使用或者借贷给他人。挪用是以谁的名义，自己直接挪动还是以个人独资企业主的名义挪用，都是要考量的，对外代理权限也涉及这个问题；
- ④擅自将企业资金以个人名义或者以他人名义开立帐户储存。这一般是不符合企业财政纪律；
- ⑤擅自以企业财产提供担保。擅自担保也是两类，擅自是没获得授权，这个授权是处分权的授权还是代理权的授权，这个问题下面也会涉及到；
- ⑥未经投资人同意，从事与本企业相竞争的业务。这是竞业禁止问题；
- ⑦未经投资人同意，同本企业订立合同或者进行交易；
- ⑧未经投资人同意，擅自将企业商标或者其他知识产权转让给他人使用；
- ⑨泄露本企业的商业秘密；
- ⑩法律、行政法规禁止的其他行为。

所列的禁止性事项，哪些仅仅属于内部管理方面的？企业本身的内部管理，制定规章制度，怎么用人、怎么安排材料、怎么安排渠道等，都是内部事项，不涉及与外部签合同的事项基本都属于内部事项，可能会涉及代理也可能不涉及代理。涉及代理的，比如企业要招工，老板聘用的管理人，就以个人独资企业的名义招几个员工，涉及到代理问题。签订合同可能也是以个人独资企业的名义，这就可能涉及到外部事项，这与通常讲的交易有所区别，是解决企业本身人员、材料必须具备的东西而不得不为之行为。比如人员招工的问题可能涉及到劳动法的相关问题。除此之外，进原材料等事务，的大部分都是外部事项。我们要考虑这十个事项哪些是外部、哪些是内部。

第四，责任承担。

《个人独资企业法》第38条：“投资人委托或者聘用的人员管理个人独资企业事务时违反双方订立的合同，给投资人造成损害的，承担民事赔偿责任。”第40条：“投资人委托或者聘用的人员违反本法第二十条规定，侵犯个人独资企业财产权益的，责令退还侵占的财产；给企业造成损失的，依法承担赔偿责任；有违法所得的，没收违法所得；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”

企业立法里面经常会碰见这样的法条，这些法条到底什么用？假如《个人独资企业法》没有规定这两条，会影响该条所规定的各方当事人的利益么？比如38条，违反合同，给投资人造成损害的承担民事赔偿责任，这个规定有没有用，关键看该规定能不能提供独立的请求权基础，是不是跟其他法，其他的一般法或者特别法的规定相重，如果相重可能就不需要用它。违约的问题还是回到《合同法》总则里面，换句话说，38条规定本身没有太大意义。38条的违约责任，有没有超出一般性违约责任的规定要件，要看要件是不是有特殊化，法律效果有没有特殊化，如果没有这两个特殊化，这个规定就没有意义。

至于40条的规定有没有意义，首先要看它列的义务本身是不是构成民法上、私法上的义务；其次违反这些义务的时候，救济形态是按照侵权法的方式还是其他法的方式。还要看40条规定的违反形态是不是按照违约的方式进行。除了约定性义务，一些长期性雇佣都会含有一些法定性义务。如果违约，在请求权基础的序列中，是需要先解决的，侵权放在后面。合同解决特定的关系问题，通过契约方式强化这种关系。另一方面，40条规定的责任方式中，责令退还侵占的财产，“退还”到底是怎么退还，要考虑违反义务的形态是怎样的，这时候才会涉及到具体的责任承担方式。《侵权责任法》第15条规定了八种承担方式，有的内容上是有重复的，学理上还需要仔细探讨这八种承担方式怎样考量。退还涉及到返还责任问题，在民法上返还是个十分头疼的问题，返还的基础有好几重。《物权法》有规定，在33、34条规定了物的返还问题，基于物权性请求权，跟《民法通则》92条不当得利的返还不一样。《民法通则》关于合同无效有规定，《合同法》上相关的也有规定，在合同无效中也有返还。返还到底是属于哪个序列里面的，真正的请求权基础、架构是什么地方的，比较复杂。这一条规定的责令返还，可能涉及到很多相重的法律规范，侵权法都有可能涉及，这样笼统的规定实际效果没有多大。

这一条还规定有没收违法所得，这句话针对的条款是20条。没收是归国家，20条规定的十项义务里面，哪些情形的违法所得必须归国家？我们读下来可能只有第一项，受贿。其他的是不能没收的。这其中的定义，也

要考虑违法所得范围不能随便扩展。

以上是对这个条文稍微进行的解析，这个条文在学理上是非常麻烦的，意义也很小。要规范一个具体的违法行为、侵权行为，要套到具体的合同、法律规定作为基础，而这样一个规定实际的效果、实际对于法律学习的意义不是很大。但这是目前法律适用中的常态，常常引用的恰恰是这些条款。这个情形有点儿类似于讲民法基本原则的时候有一种倾向，向基本原则逃逸，这是法学上被指责的行为，认为这是缺乏法学基本素养的做法。将来随着立法技术、学理的推进，这些条款应该越来越少。

3.3.2 外部为法律行为之机制

如前所述，个人独资企业中，引进管理人之后，授予代理权原则上不能够剥夺自己所享有的管理权，这是基本的规则。人合性企业、合伙企业、个人独资企业贯行的是成员自治规则，尤其是外部行为，管理人只是通过意定的方式，即委托、聘任的方式使其进入到合伙企业来管理，所享有的权限是受制于成员的。反过来，在资合性企业中，各种代理权原则上是法定化的，比如董事会的外部权限、股东会享有的内部的管理事项等。外部的代表权限一般情形下是法定化的，公司原则上是不能通过内部之意思，比如章程、股东之决议加以变更，但是这个一般情形有时候会开例外。能否开例外要看这个事项对于公司外部相对人的影响有多大，也就是说如果不涉及交易安全，可以开例外。可见管理人的内部事项，实际上指向的重点还是在外部行为的效力上。4.3.1中所涉及的管理的问题、各项规定，最终的指向还是在外部。

外部的问题是任何一个组织类型中都会存在的，只不过表现形式稍微有所差异。为什么会引发外部性问题，我们讲的商人，并不是立法者从自己的公民中说一些人是商人，能否成为商人、怎样成为商人的规则基本上也是自治的。商人自身应当具备一些前提性要素。现代法上的主体类型中，自然人是天生的，自然人之外的情形，要通过设立行为才能成立。当然这在民法的某些领域可能会有例外，比如物权法中的建筑物区分所有权。城市里存在居住的普遍化现象，不可能大部分人各自拥有一个别墅，而是居民在楼房里拥有某一间、某一套。楼房里面这种结构，体现在现代法上，就是建筑物区分所有。这方面在现行法包括国外立法上最大的争议，除了产权的争议，最大的就是管理上。管理上的争议就是住宅所有人、建筑物区分所有人，如果具备一个主体地位的话，落脚点在什么地方。比如一个小区有1000套房子，就有1000个业主、1000个所有权，还有一些共有的东西。这些不是简单地堆放在一起，它涉及小区质量、生活之维持，要引入物业管理的问题。这就带来一个问题，是一起引进来还是各自分别地引进来。拥有建筑物区分所有权的业主在这个小区里，如果跟公司签合同，是何人以何身份签订，是以建筑物区分所有权的共同体，还是以建筑物区分所有权的业主大会，还是以业主委员会？这就至少有三种可能性，我们的立法更倾向的是业主大会，小区里面业主大会也是作为独立的法律主体来看的。

这种思路在社团法的构造方面可能讲不通，认为这是一个会议机制，不能作为一个主体。这些人集体不是主体，而开会的时候是主体，这没有道理。建筑物区分所有权里面，有一个理论认为这个主体应该是建筑物区分所有权的共同体。不是由建筑物区分所有权人按照一定的设立行为，签订一个设立协议来设立这个共同体，而是由于入住这个小区之后，因为具备了小区的业主身份，而自动构成了一个共同体。换句话说，共同体的成立是法律上立法者直接认可的，没有设立人的设立行为作为构造。在现代法上，这是一个比较奇怪的例外。

与这里相关的是，除了这些例外任何一个主体都有一个自己的设立行为。对这个设立行为，任何一个主体在设立行为中蕴含有其目的。也就是说，在设立行为中，就会将所将要成立这个团体的目的设定好，比如商人的将公司成立的目的先规定好。这是一个主观上的愿望。目的换成现行法的表达，就是所谓经营范围。目的决定商人不是为了设立而设立，而是为了实现其目的而设立，就肯定要参与法律关系之网。这是一个网，是此前已经存在的，这个网中每一个节点都是一个主体。实际上设立是新设的商人充当或者创造一个新的节点的问题。这个节点在这个网中被创造之后，跟其他节点发生关系，这个关系就是所谓的法律关系，由这些法律关系连接一个网。商人成立之后必须要跟外部打交道，必须要跟交易相对人打交道。跟交易相对人打交道，交易这个词儿就出现了。我们平时讲交易，在法律角度进行观察，交易的另外一个表达实际上就是法律行为，讲交易就是讲法律行为。比如通过事实观察，动产的交付行为的目的是什么，为什么交付给他，法律上的可能太多了。可能是他借的，可能是他想看一眼，可能是买的，可能是借的他的东西还给他，可能是他的丢了我捡到还给他等等。这背后有一个法律关系问题，一旦落在这个交易的网上，这个交易必须通过法律行为来建构才具有意义。比如说，刚才所举的例子中，因为借的东西还给他，或者是他买走的，在法律上的意义就完全不一样。前者是借用，履行完毕后返还；后者是依据买卖合同所规定的出卖人所负的义务，将物交付并且移转所有权给他。这个单纯的交易行为只有结合背后的法律行为，结合主观上当事人意思表示表示出的意思，切实的交付行为才能落在法律之网中的具体含义。

所以，讲交易的时候，交易可能是动态的，也可能是法律行为，这个行为肯定是指法律行为。比如某个人看到别人看的书很好玩，跟他要过来看看写的是什么东西，这样的行为在法律上没有什么意义，这是日常生活中不入立法者眼界的行为，这种行为发生太多了，每次调整很麻烦，就不管了。虽然这个物是在一方的意思之下交给另一方，但是两人之间也确实没有发生立法者所调整的意愿，也就不称之为一个交易。所以交易在民法、私法上进行观察，就是法律行为。

回到这个问题中，商人通过设立行为，目的是与相对人建立交易，交易要符合法律行为的机制。也就是说，商人本身是法律上拟制出来的，不像自然人。既然是拟制出来的，它怎样为行为，需要进一步的法律技术手段对为行为的机制进行完善。从外部上看都是法律行为的问题。这个方面的问题，现行法的规定是极其欠缺的，无论是《个人独资企业法》《合伙企业法》还是《公司法》，都是欠缺的。现行法上，组织怎么对外签订合同，相对的合同法的效果怎么样，公司如何承受等等问题，现行法没有作为重点进行规制；另外学理上如何从法律行为构造出发，来解释组织对外交易、为法律行为的一些机制，也比较欠缺。邓峰教授可能是个例外，他写的《普通公司法》讲机关的时候讲到机关对外为意思表示，核心点就是谈这个问题，可以看看上面讲的公司怎样为意思表示的问题，思路跟这里讲的有所不同。

外部行为的问题，不仅在个人独资企业存在，合伙企业、公司都存在。基本逻辑是一样的，任何一个商人类型，首先都会面临外部为法律行为的问题。如果讲商法的结构，也可以看出现在的商法教科书里面，很少把企业组织类型单拿出来研究，主要是讲主体资格本身的一些要件问题，另外就是商人对外为法律行为的问题，也就是商行为的部分。换句话说，商组织法体系上虽然是商法的内容，但是绝对不应该是商总的内容，这是商组织法的内容。所以可以看出来，在商总上关注的是应该是交易行为的问题。内部如何组织，内部管理、自治、治理机构等问题，应该是商组织法的内容。商总把一些商组织法的内容拉进来了。原则上在商总里面组织法的内容拉进来了。商法上关注外部行为。我们现行的各种企业立法、公司立法，在这一块儿稍微欠缺。

3.3.2.1 投资人自行行为行为之效力

个人独资企业自行行为行为是原则。这就有一些要求。比如在对外部签约的时候，必须使用企业的名称而不是商人的姓名，有企业名称的使用义务等等。此外还有营业义务，要开展活动，这是公法上规制的。这是原则，基本上跟民法上讲的代理没什么太大的区别。

3.3.2.2 委托或聘用他人管理之情形

例外的委托或聘用他人管理的情形，规定在 19 条第 1 款后半句以下到第 4 款。通过委托或者聘任方式，将与个人独资企业无关的某个人聘用进来担任管理人，该管理人是不是可以对外部签合同，关键的原理还在于代理。个人独资下位的管理人，也可以参与交易里面，参与的方式就是代理权，这个代理权并非法定，只能是意定，是意定性代理权。代理权分类分为法定和意定两类，指定原则上是一个错误的分类方法，制定应该属于法定。委托或聘用他人管理是意定的情形，接下就可以解释一些问题。

问题点

1>代理人以何种名义对外为法律行为

代理人是以个人独资企业的名义、名称签订合同。

2>该法律行为之法律效果有谁承受

该法律行为的法律效果由个人独资企业来承受，就是按照代理的规则。

3>第 19 条第 4 款“投资人对受托人或者被聘用的人员职权的限制，不得对抗善意第三人”之规定如何理解

这个规则也涉及内部的问题，放在外部行为来讲。企业可能对管理人员设定一些限制，比如企业聘用了一个管理人员，内部职权规定他只能在一楼里办公，二楼三楼不能去，有活动限制，当然这个限制有点儿扯。这种活动限制跟外部人没有关系，是内部的问题，内部关系自治，跟外部无关，外部的人也不感兴趣。这种职权的限制肯定是跟交易相关。换句话说，善意第三人，也就是这里讲的交易相对人，跟个人独资企业发生联系肯定是通过交易的方式。交易中涉及对方对管理人员的限制的情况应当如何处理，有一些相关的问题。

民法上某一个人（自然人或法人）可以以他人之名义对外为法律行为，进行交易，并且该交易的法律行为归属于名义人，民法上这种机制有几个，民法上通过什么制度可以实现这种设计效果？在总则中，一个人以另一个人的名义为法律行为，肯定跟法律行为相关。民法通则规定法律行为，只规定了行为人自己的问题，所以相关的

部分，接下来的一节规定了另外的部分，就是代理。民法总则中只有代理做得到。另外我们国家的法人制度中，用了一个词叫法定代表人。这是我国所使用的一个概念，主要限定在法人里面。也就是说法人中能够以法人的名义，使用法人名称，对外签订合同的人，在法人治理结构中主要是法定代表人。法定代表人所享有的权限，外部方面可以以背后的公司的名义签订合同，与代理是一样的。但是代理背后的权限是代理权，法律效果的归属是代理权制度进行作用；法人中，用的是法定代表人，支撑法定代表人所为之行为之效果能够由背后的法人来承担的制度就是代表权。

代表权法律效果归属上与代理权近似，都归背后的名义人。它们归类方法有什么不一样呢，确实很难说。一般认为，代理人还是独立主体，但是法定代表人的主体资格基本上完全遮蔽掉了，只是作为法人的机关。“机关”一词取自人的机关、人的器官这个词，法人学说最初的拟人说有这个含义。那么法定代表人就是表意器官。在代理中，代理人原则上还是一个独立的人，而且讲代理的时候，认为代理中有三方关系，代理人与被代理人是内部关系，代理人与相对人是代理行为关系，相对人与被代理人是代理行为效果归属关系。是这样一个三方结构，可以看出其中还有一个代理行为关系的结构，这个结构是省不掉的。这涉及到代理行为中出现瑕疵的时候，代理人的瑕疵怎么定位。比如意思的内容有意思、欺诈合同等，这个责任是归于代理人，还是归于代理人背后的被代理人。反过来，在代表中，基本上代表人就是法定代表人机关，代表人出问题就是法人出问题，两个合二为一，没有三方结构，就是一个双方结构，出了问题就是法人自己的问题。

学理上有这样的说法，这种说法有什么实际效果？在法律行为方面，如果出现意思表示瑕疵之类的问题，最后的效果上大体差不多；侵权方面，作为法定代表人履行职务过程中，侵犯他人权益，《民法通则》有规定，侵权责任法，最高院最早的司法解释也涉及这个问题了，这个问题上差异不是特别大，侵权的关键问题点是职务行为，职务行为也可以延伸到43条。这个职务行为背后，法人工作人员，包括法定代表人和其他获得特别授权的代理人的职务行为，都会归到法人的身上。为职务行为的行为表现，成为法人基于工作人员的侵权的归责上的规则。所以基本上差异不是很大。

中国采取的法定代表人的思路并非唯一，有些学者就考虑这种模式是不是最佳的，好像也不一定是最佳的。其他国家立法上，法人对外为意思表示法律行为的机关，不一定走代表权之诉，也可以走法定代理之诉。法定代理，是说表意机关担当人的权限是法定的。担当人进入法人，走的不是法定的思路，是意定的思路。公司的董事由谁来担任，内部有选举、委任的方法，但是一旦某一个自然人，担任这个表意机关，表意机关的权限是法定化的。表意机关的法定，首先这个机关要依法设立，其次这个机关所能为之代理权权限范围法定化。法人内部的意思机关、权力机关，原则上是不能够随意更改表意机关对外的代理权限。这主要为了交易相对方的考虑。比如法人北达饮品公司，下设不同机关，其中有表意机关，表意机关有一个担当人，这个担当人永远是自然人，不是法人作为担当人，因为它要为意思表示，要签字，法人没法签字的。代理人的权限有多大，原则上跟公司的目的相对应，但是也不完全是这样。在某些事项上，可能要求内部有专门的决议程序，这个时候，解释上要绕点儿弯子。但是一般情形下，公司对外所签订的合同，都是由这个机关来做的。机关里面这个人加进去，由他参与，换句话说说他要出名，自己签字盖戳。

由权限范围法定化推导出来19条第四款的问题。投资人对受托人或者被聘用的人员职权的限制，不得对抗善意第三人。权限一旦法定化，接下来的问题是，法人内部能不能对其进行变更。这个问题在一般的情形下，是不允许的。比如北达饮品公司与交易相对人签合同，相对人应该大体知道该公司的经营范围，由本身的经营范围大体能够推出来这个表意机关的代理权限到底多大。跟对方做交易的时候，肯定由它通常情形下的经营范围推出来表意机关的权限到底多大。表意机关是法定的，只要有这个法人存在，就必须有这个表意机关存在；既然有表意机关就必须有担当人，代表的是法人，就知道背后的经营范围。有了这个制度前提，交易相对人以正常的经验判断，能够知道该公司的经营范围。假如内部对表意机关权限有限制，交易向对方怎样得知这种限制呢。比如某食品公司限制董事长法定代理人张某，对外签合同标的额不得超出50万；或者签合同的时候，不能就某一项产品、某一项原材料比如白菜签合同。恰好交易相对人李某跟他签订的合同超出50万，或者卖的就是白菜，怎么知道其内部有限制呢？唯一的途径就是查登记。但是实际交易行为中，李某是不是每一次与张某代表的北达公司做交易的过程中都要查登记呢，实际情况不太多。涉及到登记的问题，这里先提出来，接着可以思考。

这个原理跟不动产登记逻辑恰恰不一样。试想一下，A同学要把房子卖给某人，从买受人的角度讲，要查A同学是不是房屋所有权人，这个房屋是不是干净利索，权属状态是不是清晰；要考虑是否符合买受人的预期，比如买这个房子是不是有抵押，有可能即使有抵押也愿意买，也有可能买受人只愿意买没有抵押的，没有任何权利负担的房屋。不仅仅是没有物权的负担，租赁也是考虑的一个方面。这个信息哪儿来的呢？A某说他的房子很干

净, 房产证很干净, 买受人都看了, 是不是就行了呢, 还不行, 还要到登记机关看登记簿。不动产都有登记簿, 原则上登记簿会提供该不动产的所有信息。换句话说, 买房子的时候不仅仅要实地去看, 还要到登记机关查看登记簿, 如果不查, 就得自己承担风险。

反过来, 商人之间做交易的时候, 比如上述例子中, 是不是期待李某人每次做交易都到登记机关查查登记簿上交易对象的名称北达公司、它的经营范围如何、表意机关是谁、表意机关的权限多大、是不是有违法记录、资金多少等等呢? 不是这样的, 也不是很理性的。这也太谨慎了一点儿, 交易市场上也不是这么谨慎的, 大家都会冒险。这样, 立法者就会考虑不能够把登记簿太当真。期待交易相对人每次都去查看商事登记簿是不现实的, 也浪费精力、成本。所以可能规定管理人的法定权限原则上是不能变更的, 不能更改, 主要是不能加以限制。如果限制, 就会影响交易相对方的利益。如果要限制, 立法者会在法定权限设置的环节上做一些规定。比如《公司法》中有这样的规定, 处置公司的某个资产, 达到公司总资产一定百分比的时候, 或者处置不动产、提供担保之类, 必须经过公司的权力机关、意思机关过半数或三分之二多数决。换句话说, 立法者在赋予法定性的表意机关权限的时候, 对某些影响企业的存续, 或者影响法人成员之根本利益的那些权限会单列。单列的意思, 要么是剥夺掉表意机关担当人单独享有的权限, 要么规定必须经过内部的授权程序。比如这个公司要想转让资产, 或者转投资, 必须要经过一定的程序, 进行决议。只有表意人比如张某人, 想把不动产核心资产转让给相对人李某, 这个核心资产占公司总资产的比例很高, 达到 30%, 张某不能仅仅依据其为该表意机关担当人即董事长的地位就直接把房屋出卖给李某。立法者授予张某表意机关的权限的时候就规定了, 该项权限不在于个人, 而要经过内部成员的另外决议程序。这是一个立法性规则, 李某在于北达公司就这项不动产进行交易的时候, 李某有期待, 应该知悉该权限立法上的限制。也就意味着对这项不动产进行交易的时候, 李某有义务向张某索取其获得的公司内部的授权。这是一般性框架, 这个框架在个人独资企业中会用到, 在后面讲的合伙企业也会用到。

这样一些问题就容易解决了。

①此“职权”, 应对应于民法中的哪个概念?

19 条第四款讲的职权, 在现行法上, 只有法人中有代表权规则。除此之外, 非法人类的企业只能是走代理的思路。如刚才所述, 民法上、私法上所能提供的, 一人以他人之名义为法律行为, 这种法律技术的构造只能是代理和代表人, 代表不适用, 剩下的只能是代理, 所以是代理权。

②此“职权”或“代理权”之范围, 应该如何确定?

或者说, 除投资人与管理人基础合同关系对此可予以规定外, 立法者在立法上能否划定一个一般性的范围标准, 以便与个人独资企业进行交易之第三人, 自管理人所具有的“管理人”身份, 即可判断其所拥有的代理权范围, 从而降低或减少为调查管理人代理权而支出的成本? 此问题即引发出后述“经理人制度”, 这跟公司法讲的经理还不太一样。公司法讲的经理实际上有点儿变异, 这里面讲的经理人制度是传统商法的思想, 发展的原点还是由小商人、人合性企业引发出来的。这个问题类似于法人中法定代表人的权限能不能法定化的问题。

③本款所称“对职权的限制”, 如何理解?

这涉及一些具体的细节。首先, 如果投资人在依基础合同关系授予管理人代理权时, 仅是有限的代理权, 算不算“对职权的限制”? 理解这个问题的前提还是回到经理人, 经理人有第二商人之称谓。既然是第二商人, 所以享有的权限大体上跟商人自己差不多, 是非常广的。既然非常广, 商人如果授予这个人代理权, 如果不是立法上这么广的代理权, 只是有限的, 这就是提出限制。我们国家现在经理人制度还不是很成型, 这个问题原则上还不构成实质性限制问题。

其次, 投资人依基础合同关系授予管理人代理权后, 嗣后单方面予以限制, 是否属于“对职权的限制”? 这种限制从民事代理上是没问题的, 单方面予以限制, 这个限制从民事角度其实是代理权之撤回。关于代理权之撤回以及这里的所谓限制, 有兴趣参考台湾学者陈自强所著《代理权与经理权之间: 民商合一与民商分立》, 读起来不太好理解, 张老师读了两遍才大体上理解它的意思。涉及一些台湾法、德国法的内容, 台湾立法的时候有一些问题出现了差错。这本书中的一个校正点也涉及到嗣后之撤回算不算限制的问题。

接下来, 如果按照上述经理人的思路, 立法者事先于立法中划定管理人代理权之范围标准, 那么在具体的个案中, 投资人能否对该“标准范围”在基础合同关系进行变更。原理上又回到后面涉及到的经理人权限问题。如果已经定了经理人制度, 原则上确实不能之后再行限制。如果投资人要使得该限制发生“对抗善意第三人”之效力, 可以通过何种技术手段实现。任何私法上主观善意的保护都会涉及类似的问题。既然是不得对抗善意第三人, 要实现这一点就让其主观上不具备善意, 是恶意。善意恶意的标准不是道德标准, 是指主观认知。恶意通过什么手段达到呢, 现行法上有特别性通知、登记击破第三人主观善意。特别性通知要注意保存相应的证据。登记能不

能做不到,涉及到登记制度问题,另外也涉及到经理人制度本身在我们国家到底怎么走的问题。这个问题先留下,可以再考虑。

4>在个人独资企业内部关系问题中提到的第20条规定了一些禁止性行为。从外部的代理权角度再思考,这些禁止性行为哪些属于对代理权的限制。张老师认为有几项,可以思考是不是正确。

… (三) … 借贷给他人; (四) 擅自将企业资金以个人名义或者以他人名义开立帐户储存; (五) 擅自以企业财产提供担保; … (七) 未经投资人同意,同本企业订立合同或者进行交易; (八) 未经投资人同意,擅自将企业商标或者其他知识产权转让给他人使用。

要注意,这里面几项不仅仅涉及到代理权限问题,而且还涉及到处分权的限制问题。讲到“擅自”两个字,极易引起误解。擅自的是代理权还是处分权,无权代理和无权处分容易混。这在法院判决中也是经常会出现的。比如张一和张二,张一冒充张二,通过某种手段把张二的身份证件等等全部拿到手,冒充张二到登记机关,把张二的房子出售给李一。这种情形算什么,无权代理,还是无权处分?张二不知道,张一把他的房子卖了,肯定是擅自的,擅自就是没权,没什么权,可以探讨一下这个问题。

3.3.2.3: 设立分支机构之情形

分支机构的地位基本上等同于前面所讲的个人独资企业管理人的地位。分支机构设立以后跟总部不在一起,换个地方,才叫分支机构,才有经营上的实际意义存在。分支机构从事交易活动的时候,是以总部的名义签的。既然是以总部的名义来签,法律上的问题就很显然,该分支机构负责人凭什么可以以总部名义签。这个问题与前面的管理人的问题一样,只能走代理权的思路。代理权是意定性的代理权,但是这个代理权权限范围是不是跟管理人一样,值得考虑。这个情形,分支机构的权限范围如果有营业执照的情况下,基本上跟分支机构营业执照的规定的范围差不多。此外的思路基本上跟管理人差不多。

3.3.3 转让与集成

财产的问题是任何一个企业都规避不了的,也是一个重要的课题。关于财产的问题,着重点在转让和继承,也就是动态的方面。静态的方面,是首先进行的前提的介绍,涉及到个人独资企业财产的构成以及归属问题。

3.3.3.1 个人独资企业财产之构成及其归属

3.3.3.1.1 规范依据

规范的依据在现行法17、18条。

《个人独资企业法》第17条:“个人独资企业投资人对本企业的财产依法享有所有权,其有关权利可以依法进行转让或继承。”第18条:“个人独资企业投资人在申请企业设立登记时明确以其家庭共有财产作为个人出资的,应当依法以家庭共有财产对企业债务承担无限责任。”

这两个规则可以对照个体工商户类似的规则,个体工商户比个人独资企业在责任承担方面,特别是其家庭成员,要重一点儿。个人独资企业规定以家庭共有财产作为个人出资的,登记必须要明确,个体工商户不是这个归责方法。

3.3.3.1.2 企业财产构成

所有企业都会涉及企业财产构成的。财产分两方面,积极财产和消极财产,积极财产也分两部分,第一,投资人之投资,包括初始投资与嗣后的追加投资;第二,个人独资企业存续期间因经营活动所得。消极财产,凡是个人独资企业之名义对外所负的债务,包括在设立期间,都应当构成个人独资企业的消极财产。债务发生之原因包括常态,也包括侵权、不当得利等其他法定债务。无因管理在企业的形态不太多,但是也不排除。积极和消极不仅仅在实体法谈,程序法上也会有积极和消极的问题。程序法上讲当事人原告起诉的资格、当事人能力的时候,学理上也称为积极当事人资格;被告的称为消极当事人资格。实体法上谈积极财产和消极财产,有点儿像正和负的关系,也就是财产和负债。这反映在会计方面非常明显。资产就是积极财产,负债就是消极财产。

3.3.3.1.3 企业财产之归属

如果以个人独资企业为主体来观察,个人独资企业对名下的所有的财产,都享有所谓的“所有权”。这个所有权原则上是个整体,这个财产服务于个人独资企业设立时规定的个人独资企业的经营目的、事业追求。换句话

说，在这个目的和追求之下，财产是有机地结合在一起的。中国法上，立法中用的“财产”这个概念是一个非常混乱的词。《民法通则》上用的“财产”有时候指的是主体全部的财产，有时候指的是单项的财产。《民法通则》关于财产所有权的一章，很大程度上指的是单项特定的财产。财产在正态、积极的情况下主要是指权利，在负态情况下主要是义务。企业濒临破产、资不抵债的情况下，义务的意义就特别明显，那时候马上会出现切割的问题。

财产的含义，先不论自然人之外的拟制类的法律技术创设出来的主体，如个人独资企业、合伙企业等，只论自然人。比如张某人名下有一些财产，有房子、车子、零零碎碎的书、存款等，还有零零碎碎的讲稿什么的，张老师好像没有给别人借过钱，所以没有债权，有一些所负的债务，比如要还房贷。这些都是个人财产。个人财产名目非常多，平时可能不太清楚，但是一到关键的时候，比如人死了的时候，财产的问题就很明显。人死了以后财产要继承，马上要搞清楚财产包含哪些。假如人活得好好的，名下多少财产也不去计较，虽然有一定的数目，但是也不去计较；但是如果死了，有法定继承人，他们就考虑财产到底包括哪些。比如张老师办公室摆的书，表面上看都是我的，但也不一定，可能是图书馆借过来的，或者别的地方借来的，也不能放在财产范围内。要分清哪些是属于自己的，哪些不是。自然人死亡时，名下的财产每一项要列明。

谈自然人及其财产的概念，自然人财产的目的性不像非自然人财产的目的性那么明显。这些财产是干什么的，私法怎么解释这个问题？有的说法说是为了本人人格之完满发展，这是一个抽象的说法，换句话说就是让人活得很舒服，想干什么就干什么。专业的说法就是为了自然人人格完满之发展。但是这个话太抽象了，完满发展有各种方面。而非自然人类的创设出来的主体，它的财产都是有其目的性的。创设一个主体，是赋予这个主体承载一些目的，这在公司法、商法上比较明显，一般情况下可以概括为此类主体具有一个经营性目的，有的从事商业，有的从事制造业，匹配的财产类型也不一样。非自然人类的主体，财产目的性很强，财产的构成、多少都是为了实现非自然人之主体当初设立时设立人赋予的、寄托的目的性追求，目的决定了非自然人主体，包括个人独资、法人等，财产的构成形态、构成规模等。需要强调的是目的能够决定这一点，这是决定关系。

这也就意味着财产在构成形态上原则上是有机性的，这个财产匹配在一起，经过上面的人之运作，恰好实现非自然人主体设立时候所追求的目的。开餐馆，当然要有场地，不能只开个网店，要有与经营目的匹配的东西，如经营场所、配方等，要以这些吸引顾客，实现自己的经营目的。这些财产是有机的整体结合在一起，也就意味着这个财产本身的处置，本身的继承或者转让等方面不像自然人。自然人处置一个财产，可能完全取决于个人自身之需求，财产意义可能不太大，比如举家移民美国，可能是因为北京空气太差了，活不下去云云，要把在北京的财产变卖，变成货币，因为到另外一个地方只需要货币进行重新购置就可以了。但如果是企业，企业把原来名下的所有财产转让掉，只是手头拿一些金钱、货币，没有经营场所、员工等，这个企业到底是做什么呢，还能做什么呢，这就有怀疑，企业法上就会面临这个问题。当然自然人也会有一定的限制，一个自然人如果以法律行为的方式将其自身名下所有的财产一体性处置而不求任何东西，没有对价，这个处置是不是有效？它面临一个问题，这个人怎么生活，这是民法上要谈到的问题。这里强调的意思是，企业，无论是个人独资企业等形式，甚至是个体工商户这样的类似形式，都暗含着某种程度的经营财产整体性，财产都会强调其整体性、有机性之存在。所以财产本身观察的时候最好不要单项观察，而是将该财产放在整个企业起的作用下观察。

也正是这个原因，衍生了其他的一些概念。公司法中公司上市的时候处置重大资产，重大资产是什么意思呢，也必须从整个财产的有机性出发，从公司法人财产实现的目的解释。转让重大资产之后，上市公司原来的经营范围记载的经营目的可能难以达成，影响企业的经营决策、经营方向，经营方向改变，可能改变上市公司小股东的利益问题，可能需要特殊的规则。

企业财产的归属，涉及《个人独资企业法》17条的解释问题。17条所称的所有权不但不能跟《物权法》上的国家所有权、集体所有权等同，也不能跟《物权法》的其他的所有权概念等同。《物权法》上所讲的所有权，除了国家所有权、集体所有权之外，主要是第2条规定的特定化的有体物之上所成立的所有权。那个所有权的概念跟17条所称的个人独资企业业主对其企业名下财产的所有权是两个不同的概念。在个人独资企业中，其财产的构成形态包括种类，包括有体物，也包括无体物。有体物包括动产和不动产，无体物包括的概念也比较麻烦，姑且说包括各种权利，知识产权、债权等等，也就是有体形态和物体形态的都会包括，还包括债务。所以说是所有权的概念不好讲。怎么理解这个所有权，就回到此前所讲过的意思，所有权应该变化为所有。这个所有的核心是解决归属的问题，或者是归属关系。也就是说，个人独资企业名下的财产作为一个整体形态，归属于个人独资企业的业主，但是这个归属只是个描述化的说法。换句话说，怎么归属，还要看财产形态下各种不同的表现。比如有体物形态下，物权归属表现为所有权；非有体物的情况下，比如债权，直接称个人独资企业为其债权人，知识产权是知识产权人，也就是无法用统一的所有权概念进行概括。

如果有兴趣，这个问题可以扩展一点儿，不仅仅个人独资企业是这样，合伙企业也是一样，尤其是我国争论比较激烈的全民所有制企业以及集体所有制企业。现在还有人认为全民所有制企业归属于全民，全体中国籍的公民，此前政治意识形态上可能还不是公民，还要是人民，现在这种说法比较少一点儿了，大家都是人民，是人民内部矛盾不是敌我矛盾。张老师小的时候人们喜欢开这样玩笑，说某某死了以后是人民的好儿子，按照三段论的推论，我是人民，所以也是我的好儿子。大家都觉得不对，那个时候这种表述是非常多的，所以喜欢开这样的玩笑，现在看来这个逻辑是错误的。在国有企业也有一样的问题，国有企业所有权是描述性的，这个所有权归谁？全民，全民是谁看不出来。虽然有人提出全民都有份额，但是这个份额怎么算，是拿 13 亿多做分母来除么，这么除小数点后有多少个零，都说不清楚。不管怎么讲，这个观念会引发一些法律上无法操作的东西。比如近期还有人提出所谓全民福利券，国有企业应该服务人民，向全民发福利券。发福利券的做法很多国家改革、提高福利待遇、资源再分配的时候，但是这种措施一般比较少。这里只谈法律问题，全民所有制企业所有权到底怎么理解、国家所有权到底怎么理解？《读书》2013 年第四期上有一个名叫雷颐的作者写了一篇文章，题目叫《“国有”与“全民所有”之辨--改革初期南共思想的影响》。这个文献谈了一点儿，全民所有制所有权概念怎么从前苏联斯大林时期到现在，他不是个法学家，文献中用了一些法律的东西。那篇文章看得懂的话，比照现行法上关于全民所有制国家所有权应该有帮助。这是关于所有权的概念。

第 17 条前半句，旨在解决个人独资企业与其投资人间的归属关系，即企业之整体，归属投资人所有。此时投资人，即为个人独资企业之企业主/担当者 (Unternehmer/Unternehmenstr?ger)。这是一个德国法的概念。第 17 条在文义上，仅概括积极财产。实际上如前所述，财产作为一个整体来看，应该还包括消极财产，所以原则上应该也将消极财产包括进来。也就是债务人地位是不能否认的。18 条也涉及一些问题，可以思考。

3.3.3.2: 个人独资企业之转让

转让问题稍微有点儿麻烦，首先取决于转让概念怎么理解。如上所述，中国法上使用的比较混乱的概念，转让当属其中之一。《城市房地产管理法》讲房地产交易的时候，就规定城市房地产权利可以通过买卖、赠与、互易的方式进行转让，转让就与背后的原因行为挂钩。这个问题涉及到《物权法》上比较麻烦的问题，所谓物权行为的问题。《民法总则》上法律行为分类的时候，财产性法律行为分为处分行为和负担性行为，转让原则上属于其中的处分行为。

3.3.3.2.1 企业整体之转让

1>第 17 条后半句之规定，能否作为个人独资企业整体转让之规范依据？

17 条后半句所谓有关权利可以转让，“有关权利”怎么理解？首先一种可能性是仅仅为企业中的单项权利，某一项权利。权利可能很多，可能就是抽出其中的，比如房屋来进行转让，个人独资企业主就该企业名下所有权该房屋所有权进行转让。这种规则不需要《个人独资企业法》本身来规定，因为房屋归于它名下，房屋所有权自然可以进行处分。当然处分的时候必须符合目的性。比如个人独资企业不是搞房地产开发的，只是其他的餐馆经营等用途，如果今天买一套房子、明天买一套房子，后天再转出去，可能就会涉及到经营范围是不是有许可性问题，批准的问题。这种情形下，其处分行为在私法上仍然是可以构成的，法律效力在公法的评价上还要考虑。这种情形下如果将有关权利解释为单项权利的话，17 条后半句没有太大意义。如果将“有关权利”解释为财产性整体，这个整体作为一个概括性的。如果是概括性的，这一条规定本身能不能直接作为规范依据来调整个人独资企业企业主来处分其概括性财产。这时候涉及到这条规范到底足不足，是不是构成所谓的完全性法律规范，有其要件和法律效果，这一条是没有。所以这一条只是许可了个人独资企业主可以就其财产进行概括性处分的可能性，至于处分的构造，该条没有提供答案。那么可以设想一下怎么理解这个问题。

2>企业财产转让应逐项履行

转让必定属于行为，而且是法律行为。至于该法律行为之性质，从其字面来看，应是“处分行为”；但因企业是由各单项财产所构成之集合体，在该集合体之上无法成立一项独立的可转让的权利，从而不能成为处分行为之客体，而只能成为买卖、赠与或租赁等债权行为或负担行为之标的（就此可参见王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社 2001 年增订版，第 235 页）；因此，虽然通常有“企业转让”之表达，但自法律关系构造之角度看，转让人与受让人间以企业为标的所能成立之合同行为，仅只能是买卖合同或其他债权合同，然后就该债权合同之履行，须就构成所转让企业之各项财产，逐项依各自所应适用之法律规范，完成其转让行为。

以上表述几个层次。首先什么叫处分行为，处分行为是遵循什么规则。通常来讲，买卖之类行为是附带行为，

附带行为会要求客体必须要确定, 或者至少可得确定, 如果是客体不能确定的, 会面临无法履行的问题。早期立法中, 客体不确定或者内容不确定的法律行为往往作为无效处理, 后来发现无效处理的规则会引发出来适用缔约方的相关规则。这是与债的规则相接轨的地方。后来发现如果适用缔约方过失, 处分效果与承认该合同作为有效处理, 进而按照违约规则, 即债务不履行的处理效果大体差不多。所以后来标的的不确定的法律行为, 仍然是作为有效行为来处理。遇到不履行的情况, 按照债务不履行的规则, 也就是有过错承担违约责任, 如果没有过错不能追究责任问题。这个问题如果感兴趣, 可以看看德国法, 之前是 305 条, 后来德国债法修订之后把这条改掉了, 作为类似的债务不履行规则处理。

与此比较, 处分行为有个特性、规则, 即处分行为的客体必须要针对特定之权利。在债法上, 处分行为要具有可确定性, 特定跟确定是两个概念。比如讲买卖合同, 这是债法的行为。比如小张看到陈际手中的电脑不错, 想买他的, 又不想与陈际直接交易, 就找到张老师这里说想买他的电脑, 张老师说可以啊, 这个电脑 2000 元, 张老师可能要价 20000 元, 然后张老师想办法把电脑从陈际手中拿到手卖给小张, 这是这个交易的基本思路。也就是小张不想直接交易, 通过张老师进行交易, 张老师从交易的结构上, 与小张签订了买卖合同, 作为出卖人, 将陈际手中的电脑出卖给小张。如果严格按照现行《合同法》规定的话, 出卖人对于所出卖的标的物有个要求, 应当有处分权, 也就是说应当对于这个电脑有处分权。后来发现这个逻辑行不通。有处分权的前提要么是所有权人, 要么是所有权人赋予的处分权。后来所有权人赋予处分权的路径衍生出来了另外的路径, 不是通过自主的法律行为的方式处理, 而是通过立法的方式赋予处分权。在破产中, 具有管理权限的破产管理人对于破产人之财产具有处分权, 这个处分权及其地位是自动依法获得的。上述例子中, 标的物是陈际的电脑, 张老师与小张的合同订立时, 老张手中没有这个电脑。按照《合同法》的规定, 原则上合同订立时张老师对于此电脑是没有所有权的, 也就是没有处分权, 不符合这一条规定。如果严格按照这条规定, 这个买卖合同的效力存疑。后来大家发现这是一个问题, 因为如果都严格按照这条规定的话交易很难做。交易常态情形下, 由很多连环交易组成, 连环交易有很多倒手买卖。比如某人从批发商处批了一批货物, 还没有交到自己手中的情况下就转手卖给第三人, 第三人再在没有货的情况下转卖给第四人、第五人, 连环下去, 可以到第一百零一人, 最后货物在批发商的仓库里面没有动的情况下, 已经转手很多次了。等到第一百零一个人的时候不转手了, 自己用, 这个交易就会终止, 然后就面临履行问题。履行就很复杂, 前面有一百个合同都是买卖, 出卖人从第二个人开始, 手上都没有拿到该货物的所有权, 但是都在这个情况下建立了买卖合同。如果严格按照《合同法》的规定, 后面的合同效力都存在疑问。所以在这种连环交易中, 不可能满足《合同法》的那么多规定方法, 《合同法》的规定方法是有问题的。这是一个极致的例子。

另外一个极致的例子。现在商品房新楼盘开发可能稍微缓一点, 二手房交易比较多。早一点儿商品房开发比较热的时候, 开发商手头的开发资金不足, 一般会搞商品房预售, 关于预售, 政府的规则是, 预售可以, 但是要达到一定的规模, 比如自己投入达到多少、同时取得商品房预售许可证, 这一般是建筑管理部门颁发的, 达到了这些规则可以进行商品房预售。预售的时候, 房子还没建好呢。客户买房的时候, 一般到售楼处, 售楼处一般跟开发的楼盘比较远, 比如说看楼的地方在大兴, 售楼的地方在北京大学东门, 那怎么看呢, 看沙盘, 或者有的条件不好的用图纸看。所以买卖的时候, 买卖是将来要建成的房, 也就是这个房还不存在。开发商跟购房人签订的买卖合同标的物是什么, 是房; 但是房还没有建成, 开发商对这个房有处分权么, 没有。所有权只能建立在物已经存在的情况下。还没有建成, 所以没有所有权, 没有所有权就没有处分权。

这个例子与《合同法》的规定也有冲突。所以可以很显然地看到, 处分行为应该基本上脱开《合同法》的规则来看。也就是说, 其实没有处分权, 甚至不是所有权人, 买卖合同之效力, 即使我们国家不采取《物权法》, 也不存在影响。王泽鉴教授的“天龙八部”《民法学说与判例研究》中, 第四本就讨论了出卖处分他人之物与无权处分买卖合同规则, 其中就认为, 这种情况下出卖人与买受人签订的买卖合同仍然是有效的, 因为虽然是处分的将来的物, 但是合同的标的是可确定的。可确定也就意味着通过将来某种法律事实、要素的出现, 合同内容就确定了。比如出卖他人之物, 有可能将来买卖物确实能够通过某种方式到了买受人手中, 出卖人再为履行, 没有太大问题。再如商品房预售, 将来房子会建好, 一旦建好, 履行也没有太大问题。反过来也是一样的, 即使是没建好, 没有标的物, 但是合同仍然可以根据违约的方式进行救济, 因为买卖合同是作为债法上的合同来讲的, 解决的只是信用问题, 信用在没有得到满足的情况下, 可以通过责任方式给予回旋、救济。这是可确定的问题。反过来, 在处分行为的环节上, 客体首先必须是确定, 也就是说强度可能远远大于可确定, 肯定已经是已经确定了, 而且客体必须是特定的。换句话说, 出卖这个杯子是可确定, 但是一旦到了合同履行阶段, 电脑所有权应当是合同中所规定的, 并且是买受人所预期、所设想的所有权。也就是说这个所有权应当落实在特定物之上。特定化,

意味着此物在世界上独一无二，除此之外没有，所以有特定化的问题。这是处分行为客体特定化规则；从物权法体系往上接，实际上就到了物权客体特定化规则，这两个是相结合的。处分行为客体特定化规则之上的大规则是物权客体特定化规则，而物权客体特定化规则最重要的表现实际上就在该物权在变动时，尤其是处分行为的方式变动时，处分行为客体规则。这是处分行为的规则。

接下来就引入很自然地引入到我们提出的问题，转让行为属于处分行为，而处分行为原则上特定化，这中间思路的如何衔接。

总结一下，在买卖合同所谓的负担性行为行为的情形，该行为在成立乃至生效时，其内容或客体不必特定化，只要满足可确定化就够了。既然是可确定话，买卖合同为代表的负担行为，其义务之成立和履行，内容的实现有时间差，在义务确定时，内容已确定，基本上就可以满足买卖合同债的层面上双方当事人的利益愿望、利益计划。其次，在买卖合同履行时要求确定，买卖合同履行时，以出卖人一方来看的话，它要履行其作为出卖人所负有的移转标的物的所有权，并且交付该标的物。既然交付该标的物，交付行为肯定指向特定的东西。相应的，移转标的物的所有权也必须特定标的物上所有权，不能移转标的物的所有权是“某一个”电脑的所有权。履行时，出卖人所负有的移转标的物所有权的义务恰恰就是这个所谓的处分行为，移转标的物所有权，就是把自己手中的所有权完全处理掉，移转给对方。从这里进一步推论出来，处分行为和处分行为的客体必须落在特定的客体上。处分的客体很多，可能是所有权、他物权、债权、知识产权，这个客体不管是在物权法领域还是在其他领域，都必须特定化。如果再仔细观察，实际上处分行为的客体就是权利。物权法中，处分所有权转让，处分的就是所有权本身。所以处分行为的客体就是所有权。

回到主要的问题，一个企业之中，企业财产是很概括的。企业可以签订一个买卖合同，比如老张作为个人独资企业业主，把名下的个人独资企业全部财产转让给小张，比如这个企业是一个餐馆，企业财产就包括场地、桌椅、灶具、餐具等等。员工无法转，员工的法律关系可以转让。这些作为一个整体转让。大街上经济形势不好的时候，比如现在中央严厉打击腐败，禁止公款吃喝，大街上餐馆转让的就比较多。人们说把店“盘出去”“盘进来”，盘就是签订一个买卖合同，不可能就店里的每项财产都签订合同，只要签订一个买卖合同就够了。从买卖的层面上讲得通。但是这个买卖合同要履行，在履行环节上，有很多实务操作。清单上有本店有若干财产，到约好的一天需要清点一下，看看是不是一样的。清点、点交，就涉及物的每一项财产的单独的转让行为的履行问题，具体的处分行为问题。处分行为可以看出来，在有体物的情况下，按照物权法的规则，动产交付，不动产登记。假如不仅仅涉及到物权，转让的客体包括了其他的无形的东西，也要按照相应的方法转让。比如老张的店是个老字号，有商标、招牌，有以老张的名义登记，盘出去的时候也包括在其中。这种情况下小张想获得，要按照商标法上关于商标转让的规则进行商标转让事项的履行。债权、其他的知识产权也是一样。

所以，一句话，处分行为上客体表现不一样，处分行为所要满足的规则也不一样。买卖层面上可以打包，一个买卖合同包揽所有东西；但是买卖合同履行的时候，必须要单项履行，无法一揽子履行，因为各个财产转让要件、生效要件不一样。

3>企业整体转让后，是否导致原企业之主体资格或地位消灭？

这个问题可能涉及后面关于商号的问题，转让的时候商号也转让了，什么都没有，可能得解散；如果不是这样，也涉及企业是不是转型、经营范围是不是变更等等问题。

4>关于债务之移转问题

企业之整体转让，也包含了债务问题，是不是要经过企业债权人之同意。因为整体转让之后，企业背后的经营人就发生了变化了。债权人可能考虑原来跟个人独资企业签订合同，对个人独资企业享有的债务虽然一方面是以个人独资企业名下的积极财产作为履行该债务之担保、责任财产，但是按照《个人独资企业法》之规定，业主对此债务负无限连带责任。如果业主本身发生变化，就会影响到债权人利益实现的问题，所以这时候需不需要债权人同意，就成为一个问题。张老师原则上是持肯定意见的，实际中如何实现，可能需要就单项债务一项一项谈。

3.3.3.2.2 企业部分之转让

1>如何划清企业部分转让与企业单项财产转让之界线？

部分转让首先涉及如何划清部分转让和单项财产转让的界限。在个人独资企业中，这个问题不太明显；一旦涉及到成员多一点儿的企业，合伙企业或公司，就比较明显。单项财产就要判断是不是构成本企业的重大财产，只有构成重大财产的情形下才不仅仅是企业的执行人员的职权范围，必须得到背后的股东会、董事会的同意。合伙中也是这个问题。但是部分财产转让之情形，财产作为一个整体转让的情况下，一般都要求经过内部成员集体决议。这个事项肯定不能单项落到外部执行人手中。这个时候，单项财产在企业中所起到的功能、价值之比例等

等作为标准判断。这个问题在合伙企业，以及我们国家全民所有制企业改造过程中也会涉及到。

2>企业部分转让，如何区别于企业将部分财产投入另一企业的投资行为？

投资行为跟转让行为有什么区别？部分财产投资到另外一个企业，成立一个下属的企业，这种区分形态上都是财产不归原来的企业，但是对价不一样。转让情形下一般价格是固定化的，可能一次性支付也可能分期支付，价格是固定的；投资行为，则有新的成员权的问题，对价是成员权中的财产权利。这种情形类似于公司的转投资。

3>关于部分转让的债务问题

第三个问题跟前面债务问题接轨，部分转让的情形下如何解决企业所负债务问题。企业部分转让是否需要其全部或部分的债权人同意，债权人如果向转让人或受让人主张连带清偿责任的问题。部分转让的情形下，手头还留一点，再转让给别人。债权人债权之实现是盯的企业名下的资产，现在把资产转让出去了，求偿的基础可能受影响。虽然转让出去会获得受到价金，但是这个对价可能是低估的。这样会影响债权人利益的实现，这种情形下应该怎么处理，有没有必要为债权人设立一个保护性措施，比如同意或者相应的担保等。个人独资企业中这个问题还不是那么严重，债权人虽然追的是企业名下之资产，但是按照《个人独资企业法》之规定，债权人可以追到个人独资企业业主之个人资产，由其承担连带责任。所以它的责任不完全限定在自己名下的财产。反过来如果是有限责任公司，公司将其资产低价转让，导致公司进账低于实际的价格。比如国有企业改造中，经常发生腐败案件，某一个煤矿价值两个亿，两百万就转让出去。类似这种情形，公司债权人利益明显受到损害，公司在有限责任的屏障之下无法追到股东，除非满足公司法的例外，所谓刺破公司面纱的情形，公司这方面的问题更强烈一些。后面涉及这个专题问题的时候再谈这个问题。

3.3.3.3 个人独资企业之继承

如果把转让讲清楚，继承就比较简单。只是逻辑形态中怎样演绎的问题。如果继承人只有一个人，或者只有一个人愿意继承，这种情况下要考虑个人独资企业的继续存在。这时候也会引发一个问题，个人独资企业的名字。比如老张登记老张私家菜参商，现在老张死了，小张继承了。原来是老张作为该企业之商号，小张继承之后，这个商号的名字，跟实际业主之间发生不真实的状态。该企业商号登记是不是继续有效，换句话说继承人是不是必须改变原来的商号的问题，这是另外一个规则，涉及到商号的规则。

如果数个人继承，个人独资企业也可能变成合伙企业、有限责任公司等。继承的问题，没什么技术含量。

3.3.4 企业解散与债务清偿

3.3.4.1 解散

解散这个问题比较简单，只需注意导致解散的一些原因。

3.3.2.2 清算

解散后涉及清算问题，清算有偿还相应的债权债务等问题。

3.3.3.3 债务清偿

债务清偿上有一点要关注的问题。

第 28 条：“个人独资企业解散后，原投资人对个人独资企业存续期间的债务仍应承担偿还责任，但债权人在五年内未向债务人提出偿债请求的，该责任消灭。”

这涉及到民法上的期间制度，这五年到底怎么理解。现行法上关于期间的问题也是很模糊。这个五年期间到底指什么，是诉讼时效么？如果是诉讼时效，2008 年《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》的司法解释规定了诉讼时效所达到的法律效果。甲对乙负债，甲是债务人乙是债权人，乙作为债权人在两年期间怠于向甲请求偿还之债务，两年之后乙向甲提出起诉，要求甲偿还债务，就要分清一个情形：甲在法庭上没有想起两年的问题，没有人告诉他两年的诉讼时效，所以老老实实还债了，这时候法院发现了两年的问题，是主动说还是不说？是不是要在判决书中主动援引两年的问题作为判决之理由。这个时候，会引发出诉讼时效的效力的理解。按照最高院的司法解释，现在的通说，认为诉讼时效的法律效果，在于赋予利于消灭时效者（债务人）以抗辩权。既然是抗辩权，就意味着如果债务人在庭审过程中没有主动提出抗辩，法院不得依职权主动援引该诉讼时效之实施，这时候仍然可以判债权人胜诉。如果一旦债务人提出抗辩，原告就败诉了。败诉不是否定了债权存在，而是请求权遇到抗辩，所以请求力不能生效。这是诉讼时效的问题，基本上是逻辑规则。

28 条规定的解散五年之内，这个债务本身履行期之届至是解散之前到的还是之后到的，这里面没提。不管

是解散之前已经处理的债务，还是解散之后新出现的债务，也就是成立原因可能在解散之前，但是债务之到期在解散之后；或者成立在解散之前，到期也在解散之前，但是在解散清算过程中债权人没有去申报。无论怎么讲只要能拿出有利之证据证明该债权合法存在，债权人可以向个人独资企业企业主请求偿还，在解散之后的五年之内。所谓解散之后，从工商注销登记之后的五年。

五年之后，某一个债权人突然想起当年老张开业的时候欠的二十万还没还呢。为什么过了五年呢，可能债权人这五年都在国外，五年之后回国回来发现老张不开店了，而且这个店都没了。过了五年去要，给还是不给？按照《个人独资企业法》的说法，五年没有提出请求的，该“责任”消灭。这是什么意思，如果把五年放在诉讼时效理解，应该不是债务之消灭的问题。责任如果不理解成债务，有可能前面五年的东西是放在诉讼时效的序列里面。如果直接理解成责任，后面有“消灭”两个字，责任之消灭又要考虑如果按照诉讼时效之规则，必须要当事人、债务人自己提出来，否则不发生抗辩之效力，这时候责任仍然是存在的。从这一点上，诉讼时效也不太对。而如果认为立法者用错了，把责任理解成债务的话，债务之消灭放在实体法上规定，跟除斥期间的效果有点儿像了。所以这个 28 条到底怎么理解是一个疑问。

张老师个人之倾向，如果理解为除斥期间，对于债权人有点儿过分，虽然急于行使，但是个人独资企业的业主也就是债务人仍然存在，他的债务是实体法上实实在在的债务，所以如果是除斥期间，相比于同等情形下其他的债权人利益保护，有厚彼薄此之嫌疑。所以还是解释为诉讼时效，这是一点。另外从比较法的角度，其他国家的如德国法的规定，也多是走诉讼时效，诉讼时效的方式解决也更合理一点儿。

3.3.4.3 可否参照适用《企业破产法》的程序

去年年底（2012 年 12 月 10 日），最高院发布了《最高人民法院关于个人独资企业清算是否可以参照适用企业破产法规定的破产清算程序的批复》。批复有两方面的内容，全文及注释如下。

第一，根据《中华人民共和国企业破产法》第 135 条的规定（即：“其他法律规定企业法人以外的组织的清算，属于破产清算的，参照适用本法规定的程序。”），在个人独资企业不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的情况下，可以参照适用企业破产法规定的破产清算程序进行清算。

第二，根据《中华人民共和国个人独资企业法》第 31 条的规定（即：“个人独资企业财产不足以清偿债务的，投资人应当以其个人的其他财产予以清偿。”），人民法院参照适用破产清算程序裁定终结个人独资企业的清算程序后，个人独资企业的债权人仍然可以就其未获清偿的部分向投资人主张权利。

从这一条的规定前面，《个人独资企业法》31 条，“个人独资企业财产不足以清偿债务的，投资人应当以其个人的其他财产予以清偿”。这里提一个问题，我国法律禁止不禁止自然人开设数个个人独资企业。比如我在北京开一个个人独资企业经营餐馆，后来发现上海房地产中介业务不错，到上海又开设一个个人独资企业。至少在现行法上没有完全禁止。假设有数个个人独资企业的情形下，某一个个人独资企业解散清算，不足以清偿债务的时候，应当以其个人其他财产，除了毫无疑问的其他个人名下的私人存款、私人用房等，其名下的个人独资企业放不放进来，值得考虑。

这里的核心问题是，个人独资企业的债权人如何求偿。老张的个人独资企业负债很多，负的资产强过正的资产，老刘老马老齐等债权人，要求偿还债务，现在资不抵债，是不是可以直接因为这句话就要求法院强制执行其名下的个人财产？或者说他们直接求偿到老张的个人财产的时候，老张能不能说个人独资企业的财产还没有执行完呢，不能直接动私人财产。也就是这个求偿是不是有一个顺序的问题，先就一个财产求偿，这个财产不足以达其目的的时候才追到个人独资企业背后的个人资产。合伙企业也有类似之问题，合伙企业按照《合伙企业法》39 条之规定，“合伙企业不能清偿到期债务的，合伙人承担无限连带责任”，债务人如何求偿，是一下可以追到合伙人，还是法律规定要先到合伙企业捞一捞，捞不出干货再去找合伙人，这个要考虑一下。债权人怎么规定它的顺序，债权人的债权实现的成本上稍微有区别。不仅仅有金钱和财产的成本，还有时间的成本，接下来还有风险的问题。假如法律规定，个人独资企业的债权人必须先就个人独资企业的财产求偿，不足以的情况下才允许动用背后的个人财产，这样法律必须规定什么叫不足以清偿。债权人向债务人求偿，债务人赖着不给，算不算不足以清偿；或者债权人听信传言，说债务人的企业名下没有什么东西了，或者确实调查一下个人独资企业财务账簿上没有什么东西了，店里也什么都没有了，算不算已经不足以清偿。也就是说这个不足以清偿到底什么标准。还是先强制执行，强制执行也比较麻烦，按照《强制执行法》的规定，执行申请人要提供出来它的财产有哪些，否则法院不愿意去执行。乱差债务人财产的话，涉及到职权的风险的问题。这一块的司法主动介入现在倾向于缓一点儿，这也是一个问题。如果执行还不够的话，最后途径直接宣告债务人资不抵债宣告破产。为什么 2012 年底

有这样一个规定出来，可能也有这样一个原因，就是执行过程中到底什么叫资不抵债成为疑难的问题。资不抵债到底是债权人说了算还是债务人说了算，还是二者都不算，要第三方中介说了算？通过一定的法律程序仍然不足以满足债权人利益的情况下，这个时候才动用个人独资企业业主背后的个人财产，是不是有一个特别的强制执行之程序？强制执行广义理解包括特定化的和概括性的，破产程序一定意义上是概括性的强制执行的问题。法律介入之后，对被执行人名下所有财产进行执行。执行申请人不仅仅是一个，而是大多数的债权人或者全体债权人，执行财产客体也不仅仅是单项财产，而是被执行人的全体财产。现在破产法不仅仅是这一块，还有破产中有重整，重整的问题加入，让原来破产法很多新的规则有了新的发展。不管怎么讲，怎么去界定个人独资企业财产不足以清偿，证据证明要达到什么程度，这是个实务上非常头疼的问题。《合伙企业法》中这个问题也一样存在。

所以如果现行法没有规定的情况下，比较保守的措施、理解只能是通过强制执行的方法。强制执行的时候，上面讲的一些规则就必须要有条文有所改变，强制执行的程度，达到执行无果之程度，法院执行这一方通过公权力之介入而达不到债权人所预期之结果，执行无结果的情况下，再到个人独资企业的背后，也就是投资人头上去。如果严格按照这个规则来走，31条严格解释，就要这样解释。这样的规则对于债权人肯定要有风险，有可能导致业主个人可能转移、挥霍、浪费等其他情形，把自己的财产高的越少越好，越少债权人获得满足的希望就越小。加之我们目前还没有个人破产制度，追到背后，业主本身一分钱没有，债权人也是毫无希望。这个问题最终解决，可能还需要整体的一些措施来配合。这是关于个人独资企业的债务清偿问题。

第四讲

商主体制度(三): 合伙企业

合伙的问题是一个大问题。上面已经将个人独资企业的构造的基本的点都详细阐述过，合伙企业就稍微简单一点儿。合伙企业的思路大体跟前面一样，先简单谈谈概念、设立要件问题，接下来内外关系问题，内外关系是核心，是合伙企业里面最重要的。

1. 概述

这里的合伙企业也主要是涉及普通合伙企业。特殊的普通合伙企业以及有限合伙，限于时间不讲，讲课内容只是限于普通合伙里面。这些概念性的东西会比较简略。合伙的成立要件等，都在在法条里面。

2. 成立要件

程序性要件，在登记程序中，合伙企业协议之生效点不以登记作为其规则。这是要注意的，与前面的相关的个人独资企业的登记程序之类的大体差不多。

合伙企业内外关系，先讲内部。合伙企业成员增加了，个人独资企业成员只有一个，虽然有特殊性，但是仍然作为一个人对待；合伙企业成员增加。合伙企业成员在我们国家有没有上限限制？也就是说合伙企业的合伙人能不能无限扩展，扩展到两万人？公司中，有限责任公司是有限制，最高不能超过 50 个人。所以国有企业改造的时候，职工放进来作为小股东就很麻烦，所以职工股绑在一起作为一个股，以满足不超过 50 人的限制。合伙企业有么有这个上限限制，如果有，有什么理由？张老师倾向于没有这个限制，没有必要这么限制。

内部管理贯彻的原则是自治。自治最重要的问题就是决议规则，决议规则列了几项，有一致决，有多数决。表决方法不明的情况下，就要考虑怎么解释四个事项是多数决还是一致决的问题。

3. 合伙企业之内外法律关系

内外关系是合伙企业的核心问题。内外关系上有很多琐碎的规定，所以举个例子，从例子中慢慢延伸展开，按照内部管理、执行、外部为法律行为的顺序一步一步往下走。

典型例子：

合伙企业有合伙人甲、乙、丙、丁、戊，该合伙企业商号叫北达，从事的事业是计算机软件开发，形式是普通合伙，因此它的名称就是北京北达软件开发（普通）合伙。这个合伙企业合伙人有五个，按照《合伙企业

法》31条第六项之规定，该合伙企业聘用了一个经营管理人员。下面还员工，庚、辛。合伙企业达成协议，签订后生效，之后到工商机关申请登记，取得商号，成立该企业。企业成立的日期为营业执照签发日期。于是它以合伙企业的面目出现了。

3.1 内部管理

3.1.1 内部治理自治

合伙出现之后，就涉及到内外关系问题。合伙企业在存续过程中涉及到各种不同的事项，要经营管理、对外发展，要获取盈利，要内部管理拓展到外部。虽然内外关系分开谈，但是内部管理和外部代表权，很多时候是没法区分的。换句话说，内部的决定事项往往会落实到外部的代理权上。反过来，外部的代理权也需要内部的协议的依据、内部的授权。内外很多时候是不好分的。但是也有纯内部的经营管理事项。合伙企业中内部的用工制度、开业时间等都是企业内部管理事项。企业内部决定的经营政策、以及一些决策决策，比如生产如何进行，生产时间计划等，也属于内部的管理事项。

3.1.2 合伙人决议

《合伙企业法》规定了合伙企业存续过程中的决议事项。有些事项是要求一致决的，有些事项是要求简单多数决，还有关于表决方法不明的事项的规定。可以对应公司法的规定。公司法中内部治理结构的问题，主要涉及到公司的各个机关的权限划分、权责划分的问题。比如公司的股东会对哪些事项有决定权，董事会对哪些事项有决定权，公司的法定代表人、公司聘任的经理有那些权限，这都是公司法中体现出来的。合伙企业立法对这种结构的规定体现得不是很明显，但是道理是一样的。也就是说，合伙企业中相当于公司中的股东大会的，就是所有合伙人的会议，二者都有会议的决议。合伙企业与公司稍微有点儿区别，合伙协议在其中自始至终起有非常重要的作用；而公司中稍微有所不同，公司设立时，设立人彼此之间有一个协议，设立协议最终转化为公司的章程。按照公司法，公司设立必须有章程，章程是公司设立时必须提交的文件。设立的文件转化为章程，是公司内部的自治性宪法文件。当然这样也会引发公司一个有意思的问题，即公司成立之后肯定有章程，但是能不能同时并行一个公司内部协议。如果有的话，效力怎么样。这在现行公司法中没有完全提到，实务中有这样的问题。

合伙企业的各种决议事项，涉及到合伙企业内部管理的权责划分的问题。《合伙企业法》中里面关于合伙企业所规定的一些决议事项分为三大类。

3.1.2.1 一致决事项

《合伙企业法》有11个条文涉及一致决事项。可以思考一下为什么这些事项合伙企业法要求全体合伙人一致决。实务中经常出现这些事项没有经过一致决，这种情况下它们的效力问题，尤其是外部效力。例如按照31条第三项所列，处分不动产，应该要求一致决。合伙企业处分不动产时，将合伙企业所有的不动产抵押给银行，这是外部行为，它需要内部依据，按照《合伙企业法》内部应当一致决，假如没有做一致决，该怎么处理。这些是实务中经常出现的。

首先看一下第31条的规定。

《合伙企业法》第31条：“除合伙协议另有约定外，合伙企业的下列事项应当经全体合伙人一致同意：（一）改变合伙企业的名称；（二）改变合伙企业的经营范围、主要经营场所的地点；（三）处分合伙企业的不动产；（四）转让或者处分合伙企业的知识产权和其他财产权利；（五）以合伙企业名义为他人提供担保；（六）聘任合伙人以外的人担任合伙企业的经营管理人员。”

第31条列有六项。其中第四项“其他财产权利”的“其他”类似于兜底，怎么解释有疑问。

我们分别来看为什么这些事项需要一致决。第一项改变合伙企业名称以及第二项，改变主营范围和主营场所，为什么需要合伙企业一致决？这两个事项涉及到合伙企业本身生命存在的根本性要素，如果改变，可能它的生命就不存在了或者发生重大变化。如果不一致决，可能导致最后的决议与最初参与设立的部分合伙人的愿望相抵触，所以要求一致决，充分体现全体合伙人的意志。在设立时一致决，变更也应该一致决，这个问题不大。

第三项处分合伙企业的不动产。学理上、法政策上一般认为，不动产对于合伙企业来讲，应该是起重大作用

的财产，具有重大性。这是泛泛而言的。通常来讲一个合伙企业处分不动产，往往也会涉及到该合伙企业本身的生存问题。比如以这里的北达软件开发合伙为例，如果处分合伙企业不动产，涉及到其自身的经营场所、办公地点。不动产一般肯定是属于该合伙企业，如果处分该不动产，处分其办公地点或者厂房，一方面可能会涉及到前面第二项可能涉及到的问题，即改变经营场所地点，可能涉及到；另一方面企业存在肯定需要有一个固定的空间、场所，一旦处分掉，也会影响企业自身的正常发展。重大性也可以从数量上判断。现在房价很高，无论是住宅用的还是商用的，不动产处置对于企业的资产构成上而言也是重大事项，数量上的比例也比较大。

所以一般认为，只要合伙企业在经营事项方面，非以不动产作为其主营业务，那么处置不动产肯定会影响企业正常的存续问题。这时候处置不动产体现为非日常性经营活动，一般都要要求进行限制。假如合伙企业是以处置不动产，以房地产开发和经营作为主营业务，这种情况在现行法上应该是不存在的。现行法中房地产开发和经营必须要以公司形式，要求有特殊资质，所以在当前的房地产政策背景下，基本上不允许合伙企业的形式进入到房地产市场，所以问题也不大。

此外第三项使用的词叫“处分”，本条下面几项也有提到处分，有一些是相关的，哪一些是相关的，需要具体分析：

第四项转让或者处分合伙企业的知识产权和其他财产权利，既然是其他，不动产应该不包括在其中，第三项所提到的“处分”跟这一项没有关系；

第五项以合伙企业名义为他人提供担保，担保与第三项的“处分”关系，“处分”与第五项原则上有点儿重合。这体现在合伙企业以不动产做担保的情况，原则上第五项要限缩，限缩到人保的方式。那么动产的方式设定担保属不属于这一项提到的内容？现行法中动产担保方式有几种可能性。比如质押，动产的担保一般是质押；还有可能有抵押的，我们国家抵押不仅包括不动产抵押，还包括动产抵押。《物权法》180条第一款所列的各项可为抵押的财产，涉及了一些动产，例如机动车、机器设备，还可能涉及181条规定的浮动抵押，产品、半成品、材料、原材料，也是所有权担保方式。动产担保在一般情形下，对于企业本身来讲不会构成重大财产的处置，当然从担保事项本身来看，这是非正常性事项。北达软件开发合伙的担保事务，就是与主营业务是不相适应的，随意把其财产提供给他人作担保，肯定跟该企业最终的目标不相符。但是从事担保的行为往往不是单独的、孤立的。北达之所以以其动产为第三人A向债权人B提供担保，往往与经营活动是有关系的。北达合伙与第三人肯定不是陌生的，背后肯定有利益衡量的问题，有的是直接的利益衡量，比如A曾经是北达的债权人，北达要求A提供担保，这些都是经济上的相互合作；即使不存在经济性目的，有可能A和北达的某个人存在某种社会关系，与经营活动也不是完全脱离开的，这方面法律没有太大的禁止必要。此担保事项在设立时，原则上应当在全体成员进行内部决议的基础上做出来的。只要担保的提供是基于内部的决议做出来的，体现了内部人对于此项事项各种法律关系、法律风险、经济利益的衡量，原则上一般来讲也不应该禁止。

既然企业提供动产担保不应当禁止，怎样将动产担保的情形概括进第五项？如上所述，第五项规定的以合伙企业的名义提供担保，主要在于人保；如果是动产性担保，涉及到财产的处分问题。这个时候可以转到第四项。第四项规定的是转让或处分合伙企业知识产权或者其他财产权，知识产权先抛开不谈，提供动产性担保也算是一种处分。所以动产担保可以放在第四项，而对它的衡量，它之所以要求一致决，其愿意与第三项也不一样。第三项不动产由于价值的重大性、对于合伙企业存续的重大性，原则上要求一致决。但是动产的名目太多，种类太多，并不是每一项动产对于合伙企业的存续都有类似于不动产那样重大的意义。所以对于动产的处分，是否类似于不动产那样也要求一致决，是存在疑问的。如果按照上述的方法，把第五项限制在人保，不动产担保放在第三项，动产担保放在第四项的话，第四项就要考虑处分动产的时候，可能要增加其他的要素。也就是说在不动产中隐而不现的动产性标准，在第四项中要凸现出来，第四项的规定可能是不完全的。这个问题涉及到很多物权法、合伙企业法方面的问题。类似的条文在公司法中也有。上市公司处置其重大资产的时候，要求董事会或者股东会批准，这一条也有类似的情形。这一条解释上引发出来的问题，思路上也可以参照上述解释的方法。

如果将第五项限定在人保，人保一致决的理由肯定跟前面的事项不太一样。合伙企业以自身之名义为他人提供保证，为什么保证需要一致决，这个时候涉及到怎样解释第五项的问题。保证主要指的是什么，保证就是一个人，比如北达保证人，以其信用，就他人之债务向债权人做出承诺，这个承诺是法律上有拘束力的承诺，承诺在现行法上需要通过签订保证合同，就债务与债权人B签订保证合同，约定在债务人不履行合同时，保证人有还贷义务，需要约定是一般保证还是连带保证。没有约定的情况下，现行法上是作为连带保证。这个时候，对A对B所负的债务，北达以其全部资产对此项债务向B进行偿还。

既然涉及到全部财产，就涉及到整个企业，让这个企业在一种风险之下，涉及到整个合伙企业、进而每个合

伙人的利益，这个时候对于合伙企业的存续或者正常经营而言也是一个风险。因此要求全部一致决的程序，让每个人对是否要对该项债务应该进行担保进行决议，共同衡量被担保人本身的信用、名下的财产、偿还能力、偿还可能性等等，做好事先预防性措施。

保证因为有连带责任的问题，在合伙企业上实际上是两层的保证。合伙企业本身被保证限定进去，合伙企业财产不足以清偿债务的话，每个合伙人又被连带进去，两层递进，风险对每个合伙人而言是显而易见的。

第六项，聘任合伙人以外的人担任合伙企业的经营管理人员。这个问题在后面合伙企业外部代表人的问题中再详细讲，这里简单概括。一般聘用经营管理人员，所涉及的事项不仅仅限于内部问题，不仅仅是内部用工、工作流程安排、内部事项的执行问题，还可能是对外的。经营管理人员以北达合伙企业的名义对外签订合同，一旦签订合同，合同债务及于合伙企业，需要合伙企业承担。经营管理人员并不是合伙企业的成员，但是他签订的合同会涉及整个合伙企业以及每个合伙人。所以为法律行为的行为人，跟这个行为的债务责任人是分离的。己是签订合同的人，就法律行为导致的债务，己不承担任何法律责任，这对于合伙企业的存续是有风险的。为了控制这种风险，在这种义务与责任分离的情况下，就要求北达合伙企业聘用己作为经营管理人员的时候，要评估这个人可靠不可靠，有没有能力，品质怎么样，是否在其履职过程中会引发出不可估量、无法控制的风险，这个时候要求一致决。

以上这些事项，哪些会涉及到处分权，哪些事项会涉及到外部的代理权？31条所列的这六项内容，都是内部的问题。就31条所列的事项，合伙企业内部甲、乙、丙、丁、戊五个人，必须内部形成一个决议。例如合伙企业名称，北达两个字好不好，他们要做出决议。做出决议后，才由合伙企业专门的执行人、负责人，将按照合伙企业内部做出的决议执行。例如决议要改变合伙企业名称，需要到工商机关申请做变更登记。执行人的情况就涉及到代理权。合伙企业的名称的问题，可以解释为后面会讲到的商号，这样它就是一个处分权的问题。

上述六个事项，有一些涉及到处分权。第一项涉及到处分权；第二项，改变企业经营范围、经营场所，这纯粹是法律事实的问题，不涉及处分权；第三项、第四项都涉及到处分权问题；第五项，如果限缩解释放在人保上，这时候不涉及处分权问题，涉及到对外签订人保合同、保证合同本身的效力问题，这时候可能涉及到外部代理权问题；第六项聘用合同，聘用合同在现行《合同法》中没有，参照类似的委任合同，委任合同本身只是个代理结构，不会涉及到处分权问题。这样总结下来，在31条所列的六项中，涉及到处分权的有以下几项：第一项，前提是名称解释为商号权；第三、四项；不涉及处分权，只是涉及到代理问题的，是第五、六项，其中第五项要进行解释。换句话说，第五、六项跟处分权没有关系，只是涉及此事项对外的签约权的问题。合伙企业如果真的要为债务人A向债权人B提供担保，需要内部做出决议，执行人甲乙两个人共同以合伙企业北达的名义，就A、B之间的事项与B签订合同，这个决议就可以作为依据。

要注意的是，前面所列的第一、三、四项讲到的处分权，最终在外部还是会涉及到代理权的问题。第一、三、四项，内部处分是一方面，是内部必须要达成决议的事项，但是在外部还是涉及到代理的问题。所以这样来讲，第一、三、四、五、六项涉及到代理权。第二项只是一个事实事项。事实事项在一定程度上也可以放在代理中来讲，有准用的意思。换句话说，31条所列的一到六的事项，除了第二项是准用，其他的五项在内部的决议上，决议的内容由处分和代理的限制问题，但是在外部都是代理问题。也就是这些事项合伙企业来做的话，都要求该合伙企业执行人必须以合伙企业北达的名义对外作出意思、意思表示。比如北达替对债务人A对债权人B的债务提供担保，不管是物的担保，即第三、四项，还是人的担保，都要求该合伙企业的执行人甲和乙以北达的名义与B签订保证合同。既然是以北达的名义，就都是代理的问题。这时候需要考察的就是甲和乙以北达的行为所为的行为，是不是落在内部的决议的范围内。内部的决议可以是代理的事项，也可以是决议的事项，但是落在外部的时候，都是体现为代理的问题。为什么是这样呢，核心点在哪里呢，因为都是以北达名义。前面个人独资企业也讲到，一个人能够以他人的名义对外签订合同、为法律行为、发出或受理意思表示，在现行法中所能提供的制度的工具就是代理。另外在法人情形下，适用代表人制度。一个人以他人名义对外签订合同，制度的工具就是代理；在法人情形下，以法定代表人的身份出现的话，那么就是代表人。

这个问题跟公司里的治理问题也是一样。这又涉及到无权代理、无权处分的问题，这两个一定要分开。无权代理，必须首先满足代理之外形。所谓代理的外形，必须有名义要求，即以被代理人的名义，才能构成代理的外形。然后判断为什么要以他人的名义签订合同，比如代理人接受了或者法律上赋予了代理权限，有权代理。如果没有这种权限，代理权就有欠缺，构成无权代理。而无权处分，核心点是这个处分行为是以自己的名义。以自己的名义，就意味着自己会直接成为外部所签订的合同的当事人，自己会直接进入外部合同规定的法律关系。比如说，北达合伙企业的事务执行人甲和乙两人在其他合伙人不知的情形下，擅自以其自己之名义将合伙企业的某

一项重要的资产，比如程序、机器等，处分、转卖给相对方 B，构成一个无权处分。反过来，在这个合伙企业中，甲和乙作为合伙企业的执行人，擅自以合伙企业的名义，将该合伙企业的某一不动产转让给 B，这时候构成无权代理。这时候甲和乙是以北达的名义和 B 签订合同的，但是这个合同没有内部的授权，因为按照《合伙企业法》31 条第三项之规定，处分不动产必须有内部之决议，所以这是无权代理，之后就涉及到无权代理的处理的问题。

以上是以一致决事项的 11 个条文中的第 31 条为例进行了详细的分析，提出了一些思路。其他的 10 个条文（第 19 条第 2 款、第 22 条第 1 款、第 25 条、第 32 条第 2 款、第 43 条第 1 款、第 45 条第 2 项、第 48 条第 2 款、第 49 条第 1 款、第 50 条、第 82 条）基本可以按照这个思路分析，也就是内部是决议，外部是代理；执行人擅自处理合伙企业财产，如果是以合伙企业名义则构成无权代理，如果不以合伙企业名义构成无权处分。这 10 个条文都会涉及到内部的决议的问题，可以逐一分析哪些决议涉及到内部的财产的处分问题，哪些涉及到外部合同的签订问题，也就是代理权的授予问题，哪些是纯粹是事务性问题，这些就不详细分析了。

- 3.1.2.2 多数决事项

多数决，就是简单多数。按照 30 条的规定，多数决是个兜底条款，是排除了上面十一项之外，作为兜底性的、一般的原则性的表决规则，实行一票一决、简单多数。

- 3.1.2.3 表决方法不明者

这里列的这些表决方法不明的事项，此前讲课的时候斤斤计较，讲得比较多，这里觉得没必要讲那么多。既然 30 条已经被规定为一个一般性的原则来做，这个一般性原则可以用在表决方法四个事项里面。在解释原则上，首先看是不是能适用 30 条第一款之规定。如果发现简单多数可能引发问题的时候，再仔细分析。按照这个原则，表决方法不明所列的四个事项仔细看一看。

1>《合伙企业法》第 26 条第 2 款：“按照合伙协议的约定或者经全体合伙人决定，可以委托一个或者数个合伙人对外代表合伙企业，执行合伙事务。”

张老师倾向于简单多数。理由主要是便于合伙企业开展正常的经营活动。如果事项久拖不决，可能影响合伙企业本身的经营目的的事项。所以倾向于简单多数。按照合伙企业协议的规定，针对全体合伙人之决定，可能是简单多数决。如果简单多数决有不同意的，内部还有一些其他的跟执行相对抗的权限，比如监督、疑议等，这也是一种救济方法。后面所讲的合伙事项执行的问题也会涉及到这个问题。

2>第 34 条：“合伙人按照合伙协议的约定或者经全体合伙人决定，可以增加或者减少对合伙企业的出资。”

增资减资问题，张老师也倾向于多数决。增资减资的问题，最重要的问题是它触动到债权人利益。但是合伙企业中，贯彻的是全体合伙人承担无限连带责任。如果影响到债权人利益的话，主要是在减资的情况下。减资的情形下，因为有背后的无限连带责任的运作，对债权人的影响也不是特别大，如果说影响的话，主要涉及到 39 条所讲的合伙财产不足以清偿的认定的问题，程序上如何简化这种情况的规定的规定的问题。所以这个事项也是倾向于认为是简单多数决。

3>第 85 条第 3 项：“合伙企业有下列情形之一的，应当解散：(三)全体合伙人决定解散；”

解散的时候，应当解散，是全体合伙人决定解散，到底是简单多数还是一致决？张老师倾向于这个应该是一致决。在退伙的情形下，都是要求不是简单的一个人说了算的，需要满足一定的事由。如果采取多数决，可能影响企业的存续，也会影响到部分合伙人利益的问题。当意见发生分歧的时候，可以通过其他途径，比如想解散的人可以通过退伙的方式，申请退伙、满足退伙的要件，来解决问题、缓解分歧。

4>第 29 条第 2 款“受委托执行合伙事务的合伙人不按照合伙协议或者全体合伙人的决定执行事务的，其他合伙人可以决定撤销该委托。”中之撤销决定

29 讲到的撤销该委托决定，张老师倾向于多数决。主要是便利及时地防止合伙企业中执行合伙事务人如果有悖行行为、不当行为，所造成的危害的扩散、增加，多数决程序上方便简洁，可以使其不利的及时得到制止。

以上是表决方法的问题。其他具体的没有涉及到的问题，哪些应当是一致决、哪些是多数决，还可以琢磨。需要强调的是，这些决议是内部事项，内部的决议果只是停留在内部，永远不会跟外部产生关系。只是形成内部决议，跟外部没有关系，就属于企业自己的内部自治问题，自治还没有拖出合伙企业这个框框。如果要拖出这个

框框，跟外部产生法律关系，在现在所讲的体系之下，主要是通过法律行为的方式。在企业的形态中也就是签约权，或者说就是代理权限的问题。

3.1.3 合伙内部事务之执行

有了决议，决议要落实，就涉及到执行。党中央开十八大，决议也要执行。

决议每个合伙人都要参与，执行是不是每个合伙人都要参与呢。这个问题在《合伙企业法》有不同的规定。执行在《合伙企业法》中的核心点是 26 条第一款、第二款。

《合伙企业法》第 26 条：Ⅰ. 合伙人对执行合伙事务享有同等的权利。Ⅱ. 按照合伙协议的约定或者经全体合伙人决定，可以委托一个或者数个合伙人对外代表合伙企业，执行合伙事务。Ⅲ. 作为合伙人的法人、其他组织执行合伙事务的，由其委派的代表执行。

3.1.3.1 各合伙人同等执行权

第一款赋予了每个合伙人同等的执行权。同等的执行权意味着对于内部所形成的决议，以及合伙协议所约定的内容，每一个合伙人都有执行的权利。该决议或协议事项可能涉及到外部签约的事项，包括与员工签订的合同。比如合伙企业五个合伙人都是老板，不好指使，不妨再招两个人指使，类似于教授招聘助教一样，就招庚和辛为员工，签订雇佣合同、劳务合同，按照《合伙企业法》的说法是劳动合同。劳动合同的签订，在前面讲到决议事项的时候都没提，就是合伙企业内部可以决定的事项。所列的《合伙企业法》中已经规定的内部各种决定问题并不是涵盖合伙企业经营过程中所有的事项，没有规定的事项合伙企业内部自治，员工雇佣也是自治事项。庚和辛跟合伙企业发生关系之前，是独立的当事人。通过劳动合同之签订，进入到合伙企业内部，只不过他的等级是最低的，处于被指使、被发号施令的地位。其劳动关系是隶属性的，雇佣者、老板可以对他们发号施令，如果违背会扣除薪酬。他们签订合同之前是独立的，一旦签订合同就进入到企业内部，成为员工，如果运作过程中，发生外部侵权，这个侵权又是员工所发生，这时候就会发生侵权责任法中的归责的问题，这是另外一个问题，不是与这里的主题相关的。但是员工签订合同，通过这个合同进入企业之前，也是一个独立的当事人，所以也就意味着庚和辛与企业签订的合同也应当放在企业为外部法律行为的范畴中，法律行为原则上也应该受制于内部决议事项的制约。只不过由于当今劳动法之发达，成为独立的部门，劳动合同不但受到内部的规制，还要涉及到劳动法、公法的问题。后面要讲的商事辅助人也涉及这个问题，比如北达软件开发公司，开发出来的软件产品租个柜台拿到市场上卖，站台的是员工庚和辛。庚和辛替北达卖开发的产品，以谁的名义卖呢，肯定是以北达公司的名义来卖。接下来的问题就是庚和辛因在公司履职过程中，有可能产生必要的外部的代理权。这个代理权一般情况下是内部的授权。法定授权的方式不太多，所能见到的理论说都不说法定授权，都是意定的授权。这种职务行为，解释为背后的北达公司授权。

回到 26 条的问题。合伙人对于执行合伙事务享有同等的权利，同等的权利落实在外部签约的问题上，与代理是相关的。比如北达合伙内部一致决，将其名下的一栋房屋处分掉。按照 31 条所列的六项必须一致决的事项，需要内部一致决。决议形成之后，谁执行？从法条来看没有找到，相关的条文就是 26 条第一款、第二款。第二款规定有约定的约定优先，假如没有约定，就只有 26 条第一款的情形，这时候甲、乙、丙、丁、戊五个人就该处分不动产的事项，每个人都有权利。每个人都有权利是否意味着每个人都可以对外以北达公司的名义把房子卖掉？都这么做不太现实，每个人都可以去卖，至少从经济效益、内部程序来讲，是不效率的。在一般的情形下，上述事项如果有特别的决议程序，一般都会指定决议事项由谁执行。即使北达合伙企业事先没有指定由谁执行，26 条第一款每个人都有执行权的规则用在具体事项执行的时候也不大可能都去执行。理性的企业不大可能这么做，否则这五个人每个人都认为自己有权利，每个人都跟外面签订合同，一共就有五个合同。五个合同签订以后，在内部程序上没有问题，因为都通过内部决议了，内部没有规定谁执行。这样倒霉的是北达公司，一物五卖，只能履行其中之一次。所以一般内部决议特殊事项的同时会指定相应的执行人。执行人是针对的 26 条第一款，26 条第一款的情形下每个人都有执行权，这也不意味着所有的事项上每个人都有同等的执行权，而要看内部的指令。

3.1.3.2 委托一个或数个合伙人执行合伙事务

26 条第二款的情形下可能导致部分合伙人没有执行权。还是上面的例子，如果内部一致决要将不动产处分，而内部的合伙协议规定只是甲有执行权，甲依据 26 条第二款规定，与外部第三人签合同，依据 26 条第二款和 31 条第三项，这个合同才会有效。

第二款中说可以由数个合伙人执行。假如合伙协议中规定合伙企业事务执行由甲和乙承担，那么甲和乙是单独地每个人都有执行权，还是数个人共同来行使执行权，这里没有提。这个问题表面上看来没有意义，26条第一款说每个人都有执行权，似乎数个执行人的情况下应该按照这一款来做。其实这不一样。26条第一款的规定下每个人都有权限，也就意味着每个人机会风险都是差不多的。也就是说，合伙企业设立时，大家都认可自己的风险。所有的合伙人可能觉得本企业每个合伙人能力都很强，互不相让，所以每个人都有执行权限，风险应当是每个人都有份。但是26条第二款已经选择了另外一个模式，对合伙企业合伙事务执行的不是全体合伙人，而是部分合伙人。比如在这个例子中，丙、丁、戊是不参与的，原则上丙、丁、戊在决策阶段是没有权限的。既然没有权限，合伙企业事务执行过程中的风险就不是丙、丁、戊所引发的。甲、乙两个人所做的决策如何，他们的判断能力、经验等等，可能引发丙、丁、戊的风险，因为丙、丁、戊都是要承担无限连带责任。换句话说，无论按照26条以下所规定的合伙事务的执行中，合伙人是否执行合伙事务，均不影响每个合伙人对外要承担无限连带责任的规则，这是这个问题的核心点。既然是这样，假如甲和乙两个人每个人都可以去做的话，例如就该房屋出卖事项，甲乙两人都可以做，有可能签订出两个合同。依据的同样是26条第一款和31条第三款的规定。房屋出卖事项虽然内部甲、乙、丙、丁、戊每个人都进行了投票，经过决议一致决，决定可以卖；至于卖给谁，按照内部协议和26条第二款，甲和乙是作为执行人。因为规定语焉不详，甲和乙各自理解执行权限上，可能理解为各自都有单独权限，就甲可能以企业名义签订合同，乙也以企业名义签订合同。签订了两个合同，风险就类似于上面的五角合同，只有一个合同能履行，另一个合同合伙企业无法履行，承担违约责任。无端地增加这个风险，肯定影响丙、丁、戊这些没有参与这个事项执行的合伙人的利益。

再来比较一下。在26条第一款之情形下，每个人都有，每个人都让出去；而26条第二款，是因为有人事先不参与执行，选了两个人执行，这两个人应当照顾背后的丙、丁、戊利益之计算。这个道理与公司股东信义义务等原理差不多。甲和乙按照26条第二款作为执行人，原则上应当为丙、丁、戊的利益着想。甲和乙这种情况下到底应该怎么签合同？

第一条可能的路径，假如两个人都认为自己有单独有执行权的话，最好的办法是两个人协商一下，有一个人出面。这取决于两个人合作的情形下，两个人之间没有诸如一个看另一个能力比较强而嫉妒对方不肯合作的情形。然而如果真的出现两个人不肯合作的情形下，真有可能导致两个合同出现。

那么换一种思路，另一种路径是在26条第二款中第二种情形，即数个合伙人作为执行合伙人的情形下，法律上规定数个合伙人必须作为共同执行人。如果这样解释，肯定对于其他合伙人之利益有所兼顾，至少不会出现刚才这种情形。

这就涉及到怎么理解共同执行人的概念。共同执行人就执行之事项，也就是决议所形成之事项，都不能单独以合伙之名义对外签订合同。上述例子中，甲和乙都不能单独对外签合同，而必须两个人以北达的名义对外签合同，必须由两个人联名。换句话说，甲和乙任何一人单独以北达合伙企业的名义对外签订的合同，这时候签订合同的权限不是完全充分的，这两个合同的效力就有问题。因为甲和乙本身的代理权限是不完全的，就会构成无权代理的问题。按照26条第二款第二种情形，这两个人必须联名之后对外签订的合同才会对本企业有效，单独任何一人签订的合同都是效力待定的。至于联名是怎样联名，是同时在场还是一个人签另一个人补签，这都是具体的方式问题，但是要甲和乙都签字，对于北达合伙企业才生效，北达合伙企业才产生债务。

以上两种模式有两种可能性，一种模式仍然认为甲和乙可以单独对外签订合同，这种模式有风险，要预防这种风险必须两个人配合好；另一种可能性在现行法上没有依据，26条第二款没有明确说共同签订合同的意思，虽然学理上确实应该这么解释，对其他合伙人之利益保护才能更为周全。

从比较法角度来看，也会发现很少有我国这样的例子，大部分立法例中，都规定在成员无限责任的企业里面，有担当执行人的话，大部分是落在共同执行。这是为了防止执行人滥用其权利导致其他的未参与执行活动的合伙人利益受到损害。以上是关于26条第一款、第二款的规定。

3.1.4 其他合伙人对事务执行的监督与异议

接下来看27条以下的问题。甲、乙执行的时候，其他人怎么办？从上面讲的共同执行也可延伸出来，其他合伙人有监督的权限，这也是对执行人的一种制约；27条也有相应的规定。既然由甲、乙两人执行，丙、丁、戊就不再享有执行权限，有权监督执行合伙人的执行情况。

28条涉及到执行人的权利义务，29条第一款涉及执行异议，第二款涉及执行权限的撤销问题。从这些规则中仔细分析会发现，有些权限的配置不一定完全到位。比如29条所讲的异议权。

《合伙企业法》第29条第1款：“合伙人分别执行合伙事务的，执行事务合伙人可以对其他合伙人执行的事务提出异议。提出异议时，应当暂停该项事务的执行。如果发生争议，依照本法第30条规定作出决定。”

该规则涉及到各个执行人之间的关系，甲和乙如果认为《合伙企业法》在第26条第二款第二种情形，即数个执行人的情形下，彼此之间是独立的，29条的说法可以成为他们的一个论据。但是这种方法总觉得预防性不足。29条第一款提到合伙人分别执行，包括了26条第一款以及26条第二款的第二种情形。关于这个条款遗漏、疑问在什么地方呢，没有执行权的丙、丁、戊，对于甲、乙的执行事务有没有异议权的问题，这是一个疑问，可以琢磨一下相关法条来看。但是29条第二款，“受委托执行合伙事务的合伙人不按照合伙协议或者全体合伙人的决定执行事务的，其他合伙人可以决定撤销该委托”，撤销该委托的时候，即是没有参与执行义务，非执行合伙人也可以通过决议的方式，撤销该委托。异议本身效力，在内部来讲，比如合伙企业内部决议决定要出售房屋，执行合伙人甲决定依据31条第三项与某个第三人签订出卖房屋合同，这时候合伙人乙认为该第三人作为买受人好像没多少钱，担心付不了款，就有异议的问题。如果提出异议的时候决议仅仅在内部，还没有形成法律行为，这种情况下异议效力如何？如果甲已经与第三人签订了此项买卖合同，第三人并没有多少财力付款，这时候乙提出异议，在外部会导致什么效果呢？异议的情况下这个合同还执行不执行，可能会存在问题。原则上异议的效力仅仅在内部，不及于外部。虽然提出了异议，但是已经执行生效的事项仍然约束合伙企业，合伙企业必须按照合同将房屋移转给第三人，并要求第三人履行其义务。至于义务能否履行，要由合伙企业承担风险。由此可能引发29条第二款规定的问题，但是已经发生、执行的特定事项，外部效力已经产生，异议原则上不能产生外部效力。

讲内部执行的问题，基本上都是以外部代理事项作为例证的，后面讲的外部代理基本上涵盖其中。

3.2 外部为法律行为之机制

3.2.1 代理权制度之适用

讨论了合伙企业内部机制之后，需要讨论的是内部形成决议后外部如何行为的问题。内部已经形成了统一的意思，这个统一的意思要表达于外部，北达合伙企业的这五个人没办法每个人都说一句，必须通过一个特定的表意机关。所以就延伸出来一个表意机关的问题，这个表意机关与相对人打交道，将内部的决议表达于外部。

表意机关将内部的决议表达于外部，进行法律行为，签订合同，这个合同是有法律效力的。这样建构一个法律关系，就意味着北达合伙企业要受制于这个法律关系。换句话说，合伙企业积极方面可以因为这个法律关系享有权利；消极方面说，因该法律关系承担义务、履行义务。从企业本身风险来讲，侧重点在于其义务方面，也就是说因该法律关系所成立的义务怎样拘束该北达合伙企业及其下的合伙人。因此表意机关、谁来表达就是核心问题。

对外表达需要有依据。对外表达，表达的内容是不是符合内部的共同的意思，必须谈其依据，也就是内部的决议加上立法所直接规定，以及合伙协议所规定的。谁来表达，就会涉及到代理权的问题，涉及代理人的确定；表达依据就是代理权，代理权的范围等等都是由内部的决议进行限定的。

合伙企业的内部决议与外部行为是两个方面的，把这两方面连贯起来看，尤其是该事项涉及到法律行为的时候，两方面是不可分的。一个合伙企业通过其代理人，比如执行合伙人甲对外为行为，签订合同的时候，首先该合伙人要有授权，才能对外签订合同。在时间上内部的决议先行，假如欠缺了内部先行的依据，可能构成无权代理。从生活经验上看，假如合伙企业内部决议投资，而没有实施投资行为，对外不产生任何实际效果。既然内部作出决议、经营策略、方针，要想对外产生效力，接下来肯定要对外实施，主要的法律工具就是法律行为、合同，一旦涉及到法律行为、合同，就涉及到怎样为法律行为或者签订合同。这又要通过代理，因为组织自己没有办法自己签订合同，必须通过一个表意机关。不但合伙企业是这样，法人更是这样，法人表意机关法定性的程度比合伙企业更为明显。比如《公司法》明确规定，公司法人有法定代表人制度，表意机关就是法定代表人。法定代表人是不是任何情况下都可以以法人、公司的名义对外签订合同，以及合同是不是都对公司有法律上的约束力呢，要看法定代表人授权的范围。超出授权范围签订合同，合同效力就存在疑问。这是公司中的制度。上面提到，我国关于公司对外机制采取的是代表说，而在合伙中，代表说讲不通，因为合伙不是法人，而代表说只能适用于法人机构。在合伙中，一个合伙人以合伙企业的名义为法律行为既然不能适用代表，唯一的法律路径的选择只能是代理。这是法人与合伙企业在构造上的一些区别。以上是对内部决议和外部行为之间的关联又做了一些阐释，希望

使得问题更加清楚、更加简化一些。

接下来集中谈一下谁来代表，代表依据的问题，依据的问题集中体现在代理权的限制及其效力问题。前面讲的决议，或者是法律直接规定，或者是合伙协议所规定的，实际上都是赋予表意机关具体表达的代理权。现在的问题更进一步，讨论这个代理权权利范围多大。

3.2.2 代理人之确定

缕清这个思路之后，我们来讨论合伙企业为外部行为的时候代理权怎样确立。按照先意定再法定的思路推演；此外法律关系有一些特殊情形、特殊事项。

- 3.2.2.1 各合伙人同等享有代理权之情形

26 条第一款规定“合伙人对执行合伙事务享有同等的权利”。

- 3.2.2.2 委托一个或数个合伙人为代理之情形

第二款规定但书优先，“按照合伙协议的约定或者经全体合伙人决定，可以委托一个或者数个合伙人对外代表合伙企业……”。从这两款中可以看出这里所称的代理人、执行人仅限于合伙人，也就是具有合伙人身份的人才可以担任。换句话说，假如合伙协议没有约定或指定某一个合伙人担任本合伙企业的执行人，直接适用 26 条第一款，每一个合伙人都有对外代表合伙企业的权限。但是这个权限又要考虑限制问题，也就是哪些事项可以代表。合伙企业就某一个具体事项，比如合伙企业为另一个企业提供担保，涉及这样的事项的时候谁可以代表？比如北达合伙企业想为达北餐馆提供担保，由谁来代表呢。这种情况下要看此事项本身在内部决议程序上是怎样规定的。按照《合伙企业法》31 条第五项，提供担保需要全体一致决。既然是一致决，如上所述，决议的时候会指定某一个人代表合伙企业。内部决议没有指定的情况下，每个人都可能去签，就会引发问题。北达合伙企业内部决定对达北餐馆对外的债务提供保证，顺理成章地就会指定甲，或者乙，或者甲和乙共同以北达软件公司的名义为达北提供保证合同。所以在 26 条第一款、第二款的情况下，在涉及外部代理权的时候，要考虑每一个代理权都有其限制问题，也就涉及到法定限制和意定限制的问题。合伙人在合伙企业治理结构中的代表权，一般常态情形的就是 26 条第一款和第二款规定的两种。

- 3.2.2.3 聘任他人为经营管理人并授予代理权之情形

比如北达公司决定聘用己作为该合伙企业的经营管理人，专就这个聘任事项而言，需要按照 31 条第六项之规定，内部形成一致决。

该经营管理人所享有的权限多大？权限也分为内外两部分。内部的管理，比如本合伙企业的工作时间、日常性经营管理事项，包括内部的卫生清洁等等。另外，该经营管理人既然是为了某个合伙企业打理该企业，肯定会产生外部关系，可能会参与到外部交易活动中去。这个时候这个己是不是享有代理权，以及享有有什么样的代理权，是一个非常疑问的问题¹，现行法没有直接的规定。己的问题会涉及到后面讲的经理人制度，经理人制度存在于在中小型的商人、非法人类型的商人类型中，传统商法上是比较重要的，现代商法重视不够。

己被聘用为该合伙企业的经营管理人，意味着因为这个职位可以获得相应的直接对外以这个合伙企业，即北达软件开发合伙企业的名义签订合同的权限。但是这个权限的范围有几个方面的限制，使其缩小。己所享有的签约权的范围原则上是不会大于在 26 条第一款和第二款的情形下，合伙人所享有的权限。26 条第一款、第二款规定合伙人能够充当管理人，自己管理，逻辑上权限自然应当大于聘用外人管理企业的权限。否则道理也讲不通，自己管理权限还没有聘用的人的权限，这是不可能的；如果真有这样的，法律也是禁止的，如果他人能够决定你不能决定的事项，意味着你的法律的风险由他人决定，这时候法律上为了预防你处于一个无尽的可能无法弥补的风险，会禁止这种制度产生。所以从逻辑上推，己的权限小于 26 条第一款、第二款的情形下，合伙人自己担任执行人的时候所享有的经营权的范围。这是首先的一个限制。

其次，上面所列的法律直接规定的一致决的事项，经营管理人原则上都无法直接享有，也就是无法因其职位直接享有。这个道理与前面也差不多。比如前面举到的对外担保的情形，最后到底谁有签约权取决于对外担保决议事项指定谁，既然合伙人为对外担保事项都要受制于决议的指定，那么作为外人的经营管理人，己也要受到它的限制。逻辑上也是这样的。

另外，在现行法上没有完全规定，但是理论上可能会考虑某些事项。比如现行法 31 条规定的一致决事项中，

1 窃以为很多问题在张老师这儿都比较有疑问。

第三项只是说处分不动产，理论上这个处分不动产的概念的解释可能向外扩展。不仅仅是处分行为，一些原因行为也可能会包括在其中。我们上面解释过处分不动产的意思，学理上处分不动产包括转让、设定物上负担等，有没有其他的处分行为，存有疑问。转让的情形下又细分，转让背后的原因行为有哪些，典型的有买卖、赠与、互易、投资，还有其他的情形；设定负担，实务中现行法上常见的是两项，第一是用益物权之设定，第二是担保物权之设定。用益物权之设定在现行法上比较少，地役权在现行法上用的情形就比较少。当然这种情形也不排除，地役权在现行法上可能在某些情形下使用。比如北达和达北两个合伙企业同在一座大楼，达北合伙企业要想所坐落的位置离开这座大楼，没有其他的路，只能经过北达合伙的区域，法律上的解决方式就是地役权的设定，这个时候北达合伙企业是供役地人，是负担人；达北合伙企业是需役地人，是权利人。这也是处分，在自己的房屋之上，为他人设定一个通行之权利。这种情况比较少见，地役权用的不太多。在其他的情形，比如建筑用地使用权、农村的土地承包经营权、宅基地使用权，在合伙企业的不动产中也不多。所以一般来讲，用益物权基本上是可以抹掉，重点是担保物权，担保物权的核心点就是抵押权。设定物上负担的时候，北达为什么要替达北设立担保物权，也有一个原因行为，也就是有基础关系之存在。这些情况稍微复杂了，它们问题解决的路径和不动产处分基本是一样的，所以集中解决不动产处分的问题。31条第三项规定，处分该合伙企业不动产的时候需经全体合伙人一致决。换句话说，处分、转让本合伙企业的一处房产，转让的原因可能是买卖、赠与、互易，赠与的情形在商业中不太多，一般商法讲有偿性，企业通常不会把自己重要的不动产无偿地赠与他人。还有投资的情况，合伙企业将不动产投资于其他的有限责任公司，作为其股东、出资人，也是可以的，至少现行法上没有完全的禁止。不管是买卖、互易、赠与、投资，无论是什么原因，最终导致所有权直接变动。换句话说，31条第三项直接禁止一致决的规定所防止的事项是，假如不经过一致决，将导致该合伙企业本身所享有的不动产所有权归他人，从结果上是防止这个所有权被转让。

假如北达合伙企业的合伙人甲，未经内部一致决之同意，以北达合伙企业的名义与第三人就该合伙企业的房屋签订了买卖合同，将房屋出卖给第三人，合同签订日期是13年3月13日，该买卖合同的效力如何？甲是以北达合伙企业的名义签订的，假设合同的效力内容不违法，行为能力方面的问题也不存在，甲是成年人，是完全行为能力人，也没有精神发狂，于是核心点就是以北达合伙企业的名义，以北达名义就涉及到代理权。甲以北达合伙企业的名义签订合同将北达合伙企业名下的不动产出卖，他有没有代理权？如果说没有代理权的话，是哪个法规规定他没有代理权？有几种可能，需要假定前提：合伙协议对此事项没有规定，就要看法律的直接规定。因此就涉及到31条第三项，但是第三项只是说处分，没有禁止处分行为之基础行为、原因行为。换句话说，甲以北达合伙企业的名义与第三人签订买卖合同，这是买卖合同，并不立即导致该房屋所有权转变。31条第三项所禁止的法律效果，在签订买卖合同时没有立即出现。所以31条第三项所预防的结果，在买卖合同签订时没有体现，至少不是直接针对的。所以如果说甲没有代理权，依据在什么地方？合伙协议没有约定，《合伙企业法》也没有规定。

如果像上面这样分析，结论是代理权是存在的话，也就意味着该买卖合同对北达合伙企业是具有法律上的拘束力的。逻辑上确实是这样的。但是推到这里就有问题了，既然甲以北达合伙企业的名义与第三人签订的买卖合同是约束北达的，北达在这个合同中的法律地位是出卖人。《合同法》买卖合同一章中133条以下，出卖人所负有的义务，核心点有两项，移转所出卖的标的物所有权；交付该物。这两项是分开的，只不过在动产中，因为交付往往直接导致动产所有权变动，所以看起来是一项，但是学理上还是两项，因为交付中会有不同变态出现。回到这个问题，按照《合同法》133条以下的规定，北达合伙企业负有交付房屋，移转标的物所有权的义务。移转标的物所有权，这个问题就会出现。北达合伙企业移转房屋所有权的时候，必须经过内部一致决。这个时候，因为履行会扩及到《合伙企业法》31条第三项。换句话说，这个时候合伙企业内部怎样做出决议就变成一个矛盾。一方面，买卖合同是对该合伙企业是有约束力的，是实实在在的法律义务，必须履行。也就意味着其他合伙人不管同意不同意，这个房子都要处分出去；另一方面，31条又规定，要处分的话，必须经过内部一致决，一致决好像是可以否定这个事项的。

这样就有冲突。而且要注意，31条第三项实实在在是个强行法，之所以这么规定，肯定是保护合伙企业全体合伙人的根本利益。这个时候就意味着，如果真的认为甲这个时候有代理权，进而使这个合伙企业约束北达合伙企业，进而导致直接履行，结果跟31条第三项冲突。所以这个时候回到我们所讲的问题，也就是一个扩展解释。31条所列的各种处分的事项，原则上也要及于处分背后的原因行为。

所以这样解释的话，上述例子中甲表面上看起来有代理权，但是经过解释之后——这个解释是必须的，不是法律直接推导出来的——甲没有代理权。因为代理权代理的事项、处分行为，本身是法律上的直接限制的行为，

所以背后的原因行为的代理权，也可以视为法律上的直接限制，也就是法定性限制。

这些是有处分事项延伸出来的细节问题。法条规定的有些术语表面表达得不够精到，但是一定要注意逻辑推演得出的背后的问题。这个时候可以通过法律解释的方法来进行弥补。

3.2.2.4 其他人担任代理人之情形

代理中还有其他人担任代理人的情形。这个代理人一般情况下是专项代理。上面所讲的合伙人按照 26 条第一款或第二款，因其合伙人之身份而直接作为代理人，或者按照 31 条第六项之规定，因被聘为某一个合伙企业的经营管理人，担任这个职位、具有这种身份，这种代理权是可以是因身份所享有的。在现行法规定上，聘任经营管理人的身份，是基于经理人的制度，这个问题比较复杂；但是合伙人的身份的时候，代理权之事项以及限制，在《合伙企业法》中已经有一些提示。

而其他人担任代理事项，实际上是专项委托，特定委任。换句话说，前面的合伙人直接作为代理人以及聘用经营管理人，是合伙企业内部治理的问题；而其他人担任代理事项的问题，是治理中手足不足的时候，比如原来的代理人在具体事项上能力不足、时间有限的情况下，运用民法的代理制度。这实际上是纯民法的问题。换句话说，在民法上讲代理的时候，讲的是我委托你以我的名义跟他人签订买卖合同，把我的书、电脑等卖掉，大体上都是这样的问题。企业中这种情形也一样会发生，比如出卖一个软件、跟另一个企业签订某个合同，但是由于本企业谈判能力不足，就聘用一个专门的人跟对方签合同。这个时候，此民法上的代理人之地位，不纳入到合伙企业内部治理结构上讨论。这种情况不仅仅在合伙企业中存在，在所有的企业形式包括公司中都存在。公司法不会禁止这种情况，不会要求公司所有合同都是由法定代表人签订的。公司可能专门授权，设立一个员工或者董事长的亲戚具有专门代理权，签订合同的时候只要把专门的授权书出示，合同照样可以约束公司。这是民法上的代理权的运用。

员工问题，比如北达公司软件柜台的员工因其职位出卖产品，这原则上还是放在特别委托里面，而不放在治理结构里面。因为员工签订的劳动合同里一般情况下就会有这样的规定，即是没有明文规定，也可以通过解释的方法解释出来。

3.2.2.5 设立分支机构之情形

另一个扩展的情形，合伙企业可以设立分支机构；既然可以设立分支机构，那么分支机构到底以谁的名义签订合同？谈这个问题之前，先要明了一下，具有法人资格之公司的分支机构是否具有独立的实体法的地位。公司的分公司具不具备实体法的地位，也就是具不具备权利能力？比如北达有限责任公司，是一个法人，它在南非投资，设立一个分公司，这个分公司是否具有独立的地位。抛开国际法或者其他限制，原则上分公司是不具有独立主体资格的。在现行中国法的背景下，具有独立主体资格的只有子公司。分公司是不具有的。

那么合伙企业呢，合伙企业有没有可能有子合伙企业？现行《合同法》《合伙企业法》只是规定分支机构，子合伙企业没有规定。我们可以就合伙企业分支机构对外签订合同的基本的规则以及签订合同后该合同的约束力进行探讨。比如北达合伙企业在海南的分支机构签订了一个合同，原则上以总部名义签，意味着实体法上该合同当事人就是北达公司，海南的分支机构不是当事人。程序法上关于合伙企业的分支机构没有具体规定，但是银行、公司的分支机构还是有规定的，可以作为诉讼当事人。这是比较有意思的问题。换句话说，合伙企业分支机构对外签订合同以本部的名义，最后的责任承担、债务履行、权利的享有都是由合伙企业本部承担。也就意味着义务及于全体合伙人，这是由合伙企业本身的属性规定的，无限连带责任在分支机构的情形下不会被破坏的。这种情况下我们再考虑，如果真有所谓的子合伙企业，它的结构应该怎样考虑，与《合伙企业法》本身规定的合伙企业的治理结构，以及对外债务承担、债务履行各个方面是不是有矛盾。如果有矛盾，这个命题可能就是一个伪命题。

3.2.3 代理权之范围

上述各种代理权，均属于意定性代理权，故而各代理权之范围，原则上依照代理权授予行为来决定。申言之：

(1) 合伙协议约定，或者全体合伙人嗣后决定委托执行事务合伙人者，执行事务合伙人所享有之代理权及其范围，由构成代理权授予行为之该项约定条款或合伙人决议来决定。

(2) 若合伙协议未约定或者全体合伙人未决定委托执行事务合伙人者，全体合伙人均得享有同等权限之代理权；其代理权范围，为合伙企业日常经营活动范围内所必要的事项。

- (3) 合伙企业经营管理人之代理权及其范围，由聘任合同及相应授权行为定之。
- (4) 其他人担任代理人者，其代理权范围，由特定的委托合同及代理权授予行为决之。
- (5) 分支机构负责人之代理权及其权限，由设立分支机构之合伙人决议或嗣后之合伙人特别决议定之。

3.2.4 代理权之限制及其效力

3.2.4.1 代理权之限制

合伙企业对外签订合同时，哪些人可以作为代理人，这个问题基本说清楚了；关于代理权的限制问题，也大体说清楚了。这里再总结一下。通说认为，代理权的限制源于两个方面，法定限制和意定限制。实际上现有制度应该是法定限制，意定限制大体可以视为撤回的问题。

3.2.4.1.1 代理权之法定限制

法定限制就是立法上直接规定的限制，这些事项有详细的列举。现行法上所规定的各种法定限制的条文，首先 31 条是首当其冲的。此外还有其他的一些条文，比如 22 条，规定“除合伙协议另有约定外，合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的全部或者部分财产份额时，须经其他合伙人一致同意”。这些条文需要仔细阅读，并对应前面讲到的内部决议事项执行的问题。我们会发现两者有关系。也就是说内部决议事项、执行事项在外部很多情况下是相连的，尤其是在外部行为的时候。也就是说所涉事项一旦是外部签约，或者说是为法律行为，这时候两者是不可分的。

3.2.4.1.2 代理权之意定限制

意定限制，实际上就是先授予代理权，后面再发一个意思表示进行限制，这实际上就是撤回的问题。关于这个问题，有兴趣可以看台大的陈自强的专著《代理权与经理权之间》，北大出版社已经出版了，这本书专门研究了这个问题（这是张老师第二次提到陈教授的这本书了）。陈自强教授中文法律受教于王泽鉴教授，在德国受教于卡纳里斯，即《德国商法》的作者，他在德国应该是公认的 20 世纪后半叶最有成就的私法学者。卡纳里斯是拉伦茨的学生，王泽鉴也是拉伦茨的学生，学术脉络这样的一系一系也是比较好玩。这本书大概 20 万字左右。

代理权的意定限制与撤回相关，撤回涉及是全部撤回还是部分撤。A 授予 B 一个代理权，规定 B 可以代理 A 本人所能为的所有事项，这种代理权也是可以禁止的。民法上代理权授予之后原则上不禁止本人继续为同类事项，不剥夺本人为此事项之权利。但是一旦授予他人代理权的范围过于宽泛，而且完全笼统，这样对于被代理人的风险过大，法律上也是禁止的。既然禁止，也就意味着授予他人代理权，肯定只是就专项、某一类具体的事项，本身是有限的。既然是这样，就意味着代理权不可能自始是完全的、永久是完全的。一旦授予他人代理权之后，事后发现这个代理权授予得不太合适，比如该人不是那么值得信任，或者该人能力不足，或者找到了更好的代理人，这时候将原来授予的代理权缩减一些，也就意味着此前授予的相应的部分撤回了。所以表面上的用语好像是事后之限制，实际上真正的含义、效果是撤回。这样再学理的阐释上就会发生不一样的效果。

3.2.4.2 代理权限制之效力

3.2.4.2.1 法定限制情形

限制的效果，原则上也是很简单，法定限制的效果是对抗所有人，也就是具有对世效力。这个道理也简单。比如按照《合伙企业法》31 条第五项之规定，对外提供担保需要全体合伙人一致决。某一个相对人跟北达软件开发合伙企业签订一个保证合同，这个相对人应该知道立法已经就专门事项有限制的规定，应当知道《合伙企业法》31 条第五项的规定，即此保证合同的生效必须经过内部所有合伙人之一致决。签订合同的时候是甲作为执行合伙人出现，或者甲乙丙丁四个人作为合伙人共同出现，这个时候相对人应当循此法律规定的提示，去查一查剩下人——即使只有一个人——是不是同意。如果不同意，就是无权代理的问题。这是立法规定的限制，推定这是交易的相对人应该知道的事情，这是禁止性规定推定的效力。这个推定的效力是个事实推定，推定当事人主观上应该知道，也就是主观上是恶意的。背后的逻辑就涉及到法律规范本身的效力问题。

3.2.4.2.2 代理权（部分）撤回情形

在意定限制问题上，涉及到 37 条解释的问题。

《合伙企业法》第 37 条：“合伙企业对合伙人执行合伙事务以及对外代表合伙企业权利的限制，不得对抗

善意第三人。”

对这个法条需要解释一下。

1>这个代表不能等同于公司法人中的代表权，它是一个代理。

2>本条仅规定“合伙人”的对外代理权限，而合伙人得成为合伙企业代理人的各种情形是否均不得对抗善意第三人？

前面已经分析了有几种情形可以成为合伙企业的代理人。首先按照现行《合伙企业法》本身的逻辑，如果是执行合伙人，当然地享有对外代理合伙企业之权限，因为现行法上所使用的执行是内外连在一起、不区分的。所以首先要看甲成为执行合伙人的机会，这规定在《合伙企业法》26条第一款、第二款，这是前两种情形，是由执行人而成为代理人。第三种情形，是专门事项、特别事项之委托。第四种情形，是分支机构。如果企业设立分支机构，分支机构因为其引发出来的债务由本部来承担，风险很大，所以很多情况下分支机构的负责人的地位非常类似于合伙企业经营管理人之地位。而且从实务的操作经验来看，合伙企业为了控制风险，很多时候也是由合伙人来担任某个分支机构的负责人。现在因为合伙企业经营的业务越来越多，不仅仅从事实际的实业操作，而且还从事的投资等非实务性操作，这种情况下，各合伙人不一定对于所从事的行业有丰富的从业经验，可能聘用外部的管理人，这种情形也会延伸到分支机构里面去，分支机构的负责人也可能由非合伙人来担任。

总之能够成为合伙企业代理人之情形，除了26条第一款、第二款以及专项委托之外，还包括合伙人因担任分支机构的负责人而享有的代理权的情形。既然有这些情形，就比较麻烦。因为这里讲的代表解释为代理，第37条规定的权限限制能不能作为一体解释，解释就会产生疑问。因为前面两种情形，26条第一款、第二款的规定，直接因法定的方式获得代理权，适用这个限制；而后面的两种情况中，特定事项的委托是因委托而产生的，能否适用这一条规定，就会存在疑问。

后面两种事项适用的是民法上的代理问题，所以这时候原则上也依据民法上的撤回规则进行处理，这时候走的是表见代理的思路。假如合伙企业撤回代理权的授予，而对方处于不知的情况下，就会动用《合同法》49条的相关规定，通过表见代理解决。

3>如果合伙企业要想使该限制发生“对抗善意第三人”之效力，可以通过何种法律上的技术手段？

这样的问题私法体系中很常见的问题。例如《物权法》24条涉及到的特殊不动产，机动车、航空器、船舶，如果不进行经营登记，原则上不对抗善意第三人；农村的土地承包经营权，在设立、转让、地役权的设立上，也涉及到如果不满足登记要件，不能对抗善意第三人；在担保物权的抵押权中，浮动抵押也涉及到不登记不能对抗善意第三人的规则，有很多这方面的规定。这个结构就是必须要满足一定的要件才能达到对抗善意第三人的效力，如果欠缺这个要件就不能对抗。这时候就要考虑，如果要破除这种限制，产生对抗善意第三人的效力，路径有哪些。

着眼点其实是在“善意”两个字上，“善意”是一个主观的状态，交易相对人对于该事项主观上知与不知的状态。知与不知是客观判断，有时候在不同的事项中要加入一些义务。比如动产中的善意取得，现行法的一般逻辑认为动产中的善意取得人，主观上应当加上一个无过失的不知的要求，也就是非基于重大过失的不知，这种不知不是基于重大过失，这是一个要求。

善意应当怎样破除呢，要走向相对面，既然法律上要求“不知”是保护的，那么“知”就不受保护，因此就是怎样使得“知”，怎样击破不知的状态的问题。击破不知的状态，就像捅破窗户纸一样，告诉一下就知道了。怎样告诉，这是个路径、途径的选择问题，可以直接面对面地告诉，也可以专门通知或者通过其他方式。这样做起来有一定的麻烦，实务操作中要保存证据等，可能引发一些纠纷。比如我通知你某个时间来开会，开会的时候你没来，你说没人告诉你，我说我通知你了，这种情况下我无法举证证明。这里也是类似于这种情形。

为了避免这种纠纷，立法上会提供一个比较合适的、统一的、大家对此手段途径不会有争议的方式，就是登记。后面讲登记制度的时候会专门谈这个问题，会谈商事登记之效力。这是一个很重要的制度，现行法上关注不太多，十八大之后最高层领导可能也意识到了，商品经济健全需要一些辅助性的技术性的手段的具备，现在商事登记手段不足可能是一个问题。有兴趣可以跟上立法潮流研究这个问题。

4>其他的人能够成为合伙企业之代理人的，如上所述，有不同的情形。而该法条只是规定了合伙人，那么合伙人之外的其他代理人的代理权，怎样发生对抗善意第三人的效力，这也是一个有意思的逻辑。其中专门特定事项的特定委托，完全走的是民法的思路。也就是区分对方知与不知，如果没有采取相应的手段，使得对方处于善意的状态，就走民法上的表见代理的制度。而非特定委托的事项，按照《合伙企业法》31条第六项之规定，涉

及到经营管理人、经理人制度，这个问题有点儿复杂¹，在后面讲到经理人制度的时候专门再提²。

这是合伙企业内外事项，其中有些细节问题确实比较复杂。

4. 合伙企业之财产、债务及责任承担

4.1 合伙企业财产之构成及其基础

合伙企业财产结构问题，在合伙企业中也是一个比较头疼的问题³，现行法规定好像不太多。

关于财产的概念，前面已经谈到过。合伙人控制合伙企业的财产，比如北京北达软件开发合伙企业，有五个合伙人，合伙人的财产基础就是合伙财产。合伙财产中包括一些具体项，比如房屋、机器设备、车辆、其他动产、知产、债务等等，这是一个整体。这个财产归谁？根据现行《合伙企业法》，归合伙企业企业，合伙企业可以通过其商号、名称拥有这些财产。换句话说，这些财产作为整体，归属于北京北达软件开发合伙企业。以合伙企业名称进行归属还是有意义的，这个意义下面再提。

这个归属跟公司对其财产的归属是不是一样，这是一个比较有趣的问题。比如北达不是一个合伙企业，而是一个公司，也有甲、乙、丙、丁、戊五个股东，公司也有公司财产。公司的财产也包括两个部分，投资时设立时获得一部分，经营过程中得到一部分，既有积极财产又有消极财产，既有权利又有债务。公司与其财产的关系也是透过公司的名称进行，通过名称指向其财产。个人也一样，比如一本书是单项财产，透过张双根这个名字归张老师：书——张双根——背后的人。公司也是这样，只不过如上所述，公司财产是一堆，是整合在一起的，是具有特定目的的。这种归属原则上没有办法用所有权概念，会和物权法的所有权的概念冲突。所以这里面最好用所有的概念。所有，也就意味着财产归属原则上必须用单项分析，其中的不动产的时候可以称所有权，动产可以称所有权，讲债权的时候没法称所有权，知识产权也无法称所有权，彼此处于不同的领域，所使用的概念也不一样。但是在公司中，即使是分析到财产构成的特别项目，公司确实对于其下的动产或不动产享有单独的所有权，也就是直接归北达软件开发有限公司享有单独所有权。单独所有权有什么好处呢，首先，可以以公司的名字直接处分该不动产或者动产；其次，在不动产中涉及登记，公司的所有权可以直接以公司之名称登入登记簿，公司的股东等不需要在登记簿中体现。比如说北大是个法人，是非营利性的，此外和公司的道理是一样的；北大名下的不动产直接用北京大学登记。公司中也是的道理，不需要指出来投资人是谁、股东是谁，在登记簿中不需要指出来。查阅不动产登记簿，只是看到不动产所属的公司的名称，看不到股东的名称。

再看看合伙企业。合伙企业可以通过其合伙企业的名称来对于其下的财产建立归属关系，但是这个归属关系，如果仔细分析，恰恰与公司中公司可以以其名义单独所有不一样。这就是合伙企业中共同共有的问题。换句话说，在合伙企业中，虽然可以说财产是以其合伙企业的名义，归属于合伙企业，但是真正的形态只是归各合伙人共同共有。走到这一步的时候，也就意味着，财产中某项单项的财产，比如房屋，表面上属于该北达软件开发合伙企业，但是不动产登记的时候也是这么登么，就会有些疑问。因为物权法上要求，是单独所有的时候就登为单独所有，假如是共同共有，就必须指出共有人。按份共有也一样。而且不仅仅要指出共有人，还要指出其共有之份额。共有之份额在按份共有的时候是没有太大问题的，这是它的特色，但是共同共有的时候就涉及到。

合伙企业财产归属是不是共同共有，争议很大。张老师倾向于共同共有，否则合伙企业法的很多设计，比如份额之转让等等，就失去其意义。如果不承认其份额，这个制度就会面临问题，所以倾向于解释成共同共有。这是属性方面的问题。

共同共有就意味着这些财产虽然落在合伙企业名下，但是登记时的要求，除了登记企业的名称，还要附注各合伙人之姓名、名称及其关系，也就是与合伙企业的关系。不动产登记簿理论上应该是这样去做的，如果不这么做会有一些问题。我们可以举出一种情况。合伙企业名称是可以某个合伙人的姓名登记的，商号法里会讲到字号可以用某个合伙人之姓名。比如北达合伙企业是用其合伙人陈北达的名字登记的。但是这个人后来退股了，或者将其份额转让给他人。这又涉及到商号法，此人的名字用在合伙企业里作为企业名称，其退股或份额转让出去后，合伙企业能不能继续用这两个字作为合伙企业名称，就存在疑问。现行法上一般认为不影响，继续可以用。

1 窃以为很多问题在张老师这儿都比较复杂。

2 窃以为很多问题张老师都说后面专门再提。

3 窃以为很多问题在张老师这儿都比较头疼。

但是很显然，陈北达确实已经退出去了，就不是合伙人了。陈北达可能以合伙企业的名义处分该不动产，这时候到底是无权处分还是无权代理？更深层次的问题是陈北达退出这个合伙之后，如果不动产登记簿上没有记载这样的事项。企业的名称所针对企业的状态，也就是说不动产的物权归属关系是不是真实的，马上就涉及到《物权法》19条讲的不动产登记错误的概念怎样确定。这样是一个非常复杂的问题，涉及到不动产登记错误的存在，以及如果陈北达事后冒名以合伙企业名义进行处分的时候，能不能适用《物权法》之106条规定，使得相对方善意取得的问题。有这一系列的问题存在，这里只是提出来这些问题，现行法上这方面规定不太多。

4.2 合伙企业财产之相关问题

4.2.1 合伙企业对合伙财产之实体

具体细节问题，既然是共同共有，也就意味着对于合伙人有两方面的限制。比如该房屋是乙投进来的，是以单独所有权投入到合伙企业中之后，也就意味着房屋的所有权状态发生变更，变为共同共有，也就意味着原来的乙对房屋享有的权利都会受到一些限制。限制有两方面。

第一，合伙企业解散、清算前，合伙人不得分割合伙企业的财产。清算是因为解散，解散意味着合伙企业主体资格没有了。清算前，或者说合伙企业存续期间，任何一个合伙人不得主张分割合伙企业中财产构成中的某一项或者几项。如果请求分割，会破掉合伙企业存续之基础，也就意味着他们之间共同共有关系不存在了。共同共有基础关系就是合伙协议，也有人表达为合伙关系，大体上一样。直接请求分割是不可以的，如果要进行分割，要采取其他变更的方法，比如减资的情形。减资是全体合伙人一致决的情形，而分割是单个人请求权的问题，这两个要严格区分。

第二，由单独所有变为共同共有，处分权会有变化，合伙人基本上丧失了单独处分权。上例中，房屋变成了合伙企业的财产，实质是全体合伙人共同共有的财产，所以不动产房屋之处分也要遵循《合伙企业法》31条第三项之规定，全体合伙人一致决。

- 某一合伙人擅自处理合伙企业财产的效力

这是合伙企业对于实体财产的处分问题。实体财产的处分会引发一些问题，就是擅自处理合伙企业财产的问题。比如乙擅自处分合伙企业的某一项实体财产，其法律效果如何。“擅自”两个字，要考虑是擅自以自己的名义还是合伙企业的名义。前者是无权处分，后者是无权代理。之所以要区分，因为法律效果不一样，善意保护方面不一样。无权处分的情形的善意保护是善意取得，无权代理的情形善意保护是表见代理。这二者要件、法律效果都不一样。无权处分的情形只是解决处分行为、财产性行为，无权代理的情形，代理的客体是法律行为，法律行为包括了负担性和非负担性行为。这就意味着善意保护要区分来看。而且还要结合一个问题来看，处分的到底是什么财产。比如说处分的是不动产、房屋，按照应然的状态，如果该房屋由乙投到该合伙企业，由乙出资的话，该房产原则上要变更登记，变更为该合伙企业的名义加全体合伙人的姓名，也就意味着房屋的所有权状态就变为共有制，而且是共同共有。这种情形下，乙擅自处分该房屋可能么，不大可能。因为登记簿上记载了房屋是甲、乙、丙、丁、戊共同共有，乙一个人要处分该房屋，登记机关不受理的，而且交易相对人也没那么傻，五分之一的合伙人要处分属于全部的不动产，这讲不通。而如果其擅自的名义，不是自己的名义，而是以北达合伙企业的名义，相对人又要回到前面所讲的31条第三项的规定，看内部的决议所产生的代理权到底存在不存在。所以擅自处分的时候，也要看所处分的客体到底是什么。客体不一样，善意保护、交易的效果都不一样。相对于不动产，动产中更有可能发生善意取得。

4.2.2 各合伙人对其财产份额

所以讲合伙企业财产份额，分两个层面，一个实体层面，合伙企业财产到底是怎样构成的；另一个是虚体层面，每个合伙人对于合伙财产整体拥有的份额。不同的合伙人有不同的财产份额，比如有的人是20%，有的人25%。换句话说¹，原则上²就具体的财产本身，很难划分财产份额比例。按份共有就不是这样，其基本的成立逻辑是只对特定的客体来观察共有人之间的关系。比如两个人都想买一个杯子，但是杯子只有一个，就一起买下来然后区分一下，每个人用一天之类的，这是简单的按份共有，以分割为基础。而共同共有必须有内部的基础关系。

1 窃以为，张老师第二喜欢用的词就是“换句话说”。

2 窃以为，张老师第三喜欢用的词就是“原则上”。

合伙企业中的共同共有的基础关系就是这个合伙企业、合伙协议。换句话说，合伙企业除了有杯子、有车子之外，还有各种财产，这些财产不是简单地结合在一起，而是为了实现合伙企业的经营目的。从这个角度完全可以推出来，原则上每个人所拥有的合伙财产的份额不是直接针对某一个特定财产的，而是针对财产整体。也只有从这个角度，才可以进一步推论出，处分，尤其是转让合伙财产的份额的时候，会引发出来退伙的效力，以及受让人入伙的效力。如果只是针对特定财产的份额，份额的转让不会引发这个结果。所以合伙人的份额是针对整体的，至少在现行法上，这是目前的逻辑。财产整体中所有的财产，都被笼罩、囊括在财产份额这个概念中，是一个整体，不是某一项单独财产。

既然是个整体，也就意味着财产份额跟合伙人的身份密不可分。财产份额之变动也会引发对于合伙人身份之影响。把合伙份额转让出去，就会引发退伙的效果。也恰恰是因为份额与合伙人的身份连在一起，而这个身份又是合伙企业合伙关系存续之基础，因为彼此之间相互承担无限连带责任，人身权的属性是非常重的，彼此之间的信任、了解关系非常重，所以法律上对于财产份额的处分设置了一些特别的规则。从这个角度就可以理解转让份额的时候有一些特别的规定。我们可以看看《合伙企业法》本身的规定。

《合伙企业法》第 22 条 I. 除合伙协议另有约定外，合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的全部或者部分财产份额时，须经其他合伙人一致同意。II. 合伙人之间转让在合伙企业中的全部或者部分财产份额时，应当通知其他合伙人。

全部，我们理解；为什么部分也要这样呢，这是一样道理，因为份额就意味着身份，即是只是部分，即是只有 0.1% 的份额，购买份额的人都可以进入合伙企业，这就意味着合伙企业才成员就会多一个。成员多一个，原来的合伙企业、合伙关系就会发生变化。立法逻辑上来说，既然原有的关系因为份额转让受到破坏，就赋予这样一个规则。

《合伙企业法》第 23 条 合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的财产份额的，在同等条件下，其他合伙人有优先购买权；但是，合伙协议另有约定的除外。

第 24 条 合伙人以外的人依法受让合伙人在合伙企业中的财产份额的，经修改合伙协议即成为合伙企业的合伙人，依照本法和修改后的合伙协议享有权利，履行义务。

第 25 条 合伙人以其在合伙企业中的财产份额出质的，须经其他合伙人一致同意；未经其他合伙人一致同意，其行为无效，由此给善意第三人造成损失的，由行为人依法承担赔偿责任。

在转让份额的时候对其他合伙人的保护，除了 22 条第一款所规定的其他合伙人的同意权之外，还继续在 23 条规定了优先购买权。

24 条转让之后的效果，我们可以看到受让人成为新的合伙人。25 条讲质权，质权设定的时候也需要一致同意，未经一致同意的无效，相比于 22 条我们发现，22 条都没有规定效力的问题。

由此我们思考可以几个方面的问题：第一，对照《公司法》72 条以下对于公司股权转让的规定，《公司法》中没有提到股权质押的问题，股权质押的问题在《公司法》中没有完全规定，而是规定在《物权法》之中；第二，《合伙企业法》本身的规定，股权设定和转让为什么不一样；第三，对照公司法司法解释三即《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）》，第 26、28 条涉及到的股权转让的相关事项、股权善意取得的问题。

合伙财产份额的意义，实际上跟合伙人之身份紧密相连。有合伙人之身份、资格，必定背后有合伙财产的份额；反之，有合伙财产的份额，也应当有合伙人之资格。这两个基本上是等同的，至少在现行法推定之下，应当是这样的。

合伙份额怎样确定？关于这个问题，在《物权法》中也有所涉及。《物权法》规定共有的时候，无论是按份共有还是共同共有，也都规定其份额，或者至少提到份额的概念。按照上面界定的，合伙企业中，合伙企业的财产在法律归属形态上应当是共同共有。按照目前的很多说法，认为共同共有有一个特点，相比于按份共有，共同共有中不存在份额。这个观点有问题，共同共有中也应当有份额，只不过份额的作用、表现的方式，跟按份共有不一样。实际上，想象一下各种共同共有的情形，没有份额是不可能存在的。共同共有在现行法中虽然规定在《物权法》中，但是其具体的表现并不仅仅在物权法领域，而是更着重地体现在其他的法律领域中。共同共有有一个规则，共同共有类型法定化。其含义和解释的思路，近于私法上的主体法定化的概念。私人不可能创造出来一种为立法者，或者说实证法所不认可的一种交易主体。在共同共有中也是这样的。因为共同共有的出现必须有一个

背后的所谓的¹基础关系进行支撑。基础关系在物权法中，本身原则上不体现。比如说，共同共有的类型中，夫妻共有、家庭共有，规定在家庭法之中。另外，各继承人对于所继承的财产在遗产分割之前，原则上也是共同共有关系，背后的基础关系就是所谓的共同继承关系。这是两种比较典型的，另一种比较典型的就是合伙，包括《民法通则》中的合伙。

从这三种比较典型的共同共有关系来看，每一种共同共有关系，其中的共有人都有份额的问题。比如夫妻共有，只不过是份额不显现，但是一旦在夫妻财产进行分割的时候，比如说离婚分割财产，财产的份额就体现出来了。继承中也一样。合伙中，这种依契约、约定而产生的共同共有关系，份额就更为显著，所以份额肯定是很重要的。但是要注意，这个份额指向的是整个共同共有财产。换句话说，不是及于共同共有财产所包括的单项财产。比如说，前面的例子中也讲到，合伙共同共有的财产，包括的内容、具体的财产的表现是不一样的。比如因合伙企业经营目的的不同，所购置的应当具备的财产的种类、类型也不一样。从事餐饮业的和从事服装业的，财产种类肯定不一样。合伙企业中，单项财产之上原则上不存在份额的问题，这与按份共有严格区分。所以，在合伙企业中，对于纳入到合伙企业的一项财产，比如一栋房屋，各合伙人不能如此表述、主张：本人对于该房屋依据合伙协议中的份额即40%，享有40%的份额。这话讲不通，在合伙企业中，原则上合伙人对于构成合伙企业财产整体有其份额的问题，对于合伙财产的处分的时候，依据共同共有的规则进行表决、决议。

这个问题延伸出来另外一个关于合伙企业财产归属的相关问题。合伙企业财产归属上属于共同共有，共同共有也就意味着在其下包括了各财产子项，也就是各种动产、不动产、债权债务等等。这些财产子项集合起来之后，成为一个整体，集合的作用是纳入到一个共同经营目的之下，在一个主体之下笼罩。如上所述，在集合财产的整体之上，原则上不可能成立一个单独的所有权，哪怕这个所有权换一种表述方法。比如合伙企业字号叫“北达”，宣称北达对于该整体性财产享有100%的份额，这话讲不通。但是在合伙企业中，各合伙人对于该整体有一个分割出来的比例份额，而合伙人享有的比例加总就是100%的。也就是说在100%的情景下，不能宣称北达对于合伙企业财产享有100%的所有权，但是分割开来，现行法上都认可每个合伙人对于合伙财产享有一个份额。也就是说，这个表述在现行法上是通的，在理论上也是通的。

这么提有什么意义呢，不能宣称北达对于合伙企业财产享有100%的所有权，它也就没办法对于这100%的财产进行处分。这是核心问题。也就是北达这个合伙企业要想将自己的所有财产子项加总起来进行处分的话，只能在债法的层面上签订一个买卖合同，把企业的财产处分掉、出卖掉，但是这个买卖合同的履行，各个单项的处分，必须依据各个财产的种类、属性进行。比如财产子项中的动产按照动产交付；不动产按照不动产登记；知识产权按照知识产权的方法，比如合意、知识产权某一个特殊事项的登记等等；债权让与，按照《合同法》78条以下的规定进行。也就是单项财产的处分，必须按照各财产自己所属的规范体系来进行操作。

因此，虽然北达的所有财产子项加起来是100%，但是无法进行100%的处分，顶多只能签订买卖合同，依据买卖合同负有将合同笼罩的子项进行处分，处分结构上不一样。反过来，假如不是从北达的角度，而是从各合伙人的角度，现行法以及理论上都认可各合伙人对于这个财产整体有一个份额、比例，而且比例关系在表述上也是一种归属。这种归属非常像所有权的归属关系，只不过客体是抽象的份额。

这样的效果就是，各合伙人不仅可以就这个抽象的份额在债法的层面上为买卖，而且也可以进一步为了履行该债法上的买卖合同，直接处分该份额。换句话说，各合伙人可以按照《合伙企业法》22条的规定，将其手中所拥有的份额或者比例直接转让给他人，或者按照《合伙企业法》25条之规定，设置质权给他人。也就是说《合伙企业法》22条、25条背后的法理，应当是这样的说明方法。集合性财产无法成立一个所有权，无法成立一个100%的份额，而在单项中可以，这是一个比较特殊的问题。这其中的逻辑关系，怎样解释这个问题，张老师目前也没有完全想清楚，但是确实是这样的。分开之后可以分别进行处分，但是加总为100%的时候不可以，这是法律构造上一个非常奇特的现象。

讲以上理论的落脚点在于，每一个单个的合伙人，对于其财产份额，可以进行直接处分。如何处分呢，有一些法条的规定，也涉及到一些问题，也就是《合伙企业法》22条-25条所涉及的问题。

- 22-25条所涉及的问题

1>获得其他合伙人一致同意之合伙财产份额之转让，何时发生转让之效力？

比如合伙人甲欲将其在北达合伙中的份额即三分之一，转让给丁，按照《合伙企业法》之要求，必须得到其他合伙人全部同意，获得一致决。份额转让之生效在什么时间点？这可能有一些不可判断的现象、因素。比如甲

¹ 窃以为，张老师最喜欢用的词就是“所谓的”。

和丁之间初步达成了一个买卖合同，之所以说买卖合同，是因为份额转让按照现行法的表述方法，差不多就等同于权利之买卖。现行《合同法》中所讲的买卖合同主要针对的是物的买卖，也就是有形物的买卖，而这里面是一个无形的权利的买卖，这个买卖合同达成、签订的目的、宗旨在于出卖人负有将其手中所拥有的份额，这种权利，让与给受让人丁。这种权利买卖在法律没有特别规定的一般情形下，所准用的规则就是合同法中的债权让与规则。也就是先签订一个买卖合同，买卖合同签订之后，双方要履行，甲负有义务将权利让与给丁，丁再依据买卖合同将对价支付给甲，与买卖合同中买卖双方所负有的义务一模一样，只不过客体不一样。

这里主要探讨的是权利如何转让的问题，所以在履行阶段，甲要将权利让与给丁。如何让与呢，准用合同法中的债权让与规则，也就是双方合意达成之后，债权让与即发生效力。至于《合同法》上所规定的通知债务人对债务人生效，这是一个比较错误的规则。合意达成，双方之间就生效，这是第一层要注意的地方。所以什么时候开始生效的问题，实际上双方让与合意一达成，就直接生效。

接下来需要解决的问题是，买卖合同与权利履行中的权利让与的合意严格分得开么，实际上很多情况下分不开，基本上在买卖合同达成并生效时，其中就暗含有权利让与的意思，这是通常的情形。在例外的情形，比如权利让与附加条件的情形，区别得就比较明显，买卖合同是买卖合同，让与是让与，让与中附条件。附条件买卖，比如分期付款、所有权保留等，条件不是附在买卖合同中，而是附在所有权让与的环节上。这是第一个要解释的问题。

这个环节中还有没有其他的问题，有通知的问题，其他合伙人之同意的的问题，合伙协议的修订的问题，登记的问题等等，都有这些因素。通知其他合伙人，其他合伙人表示同意，原则上在两人之间就产生效力。但是产生效力可以参照《公司法》72条第二款、第三款关于有限责任公司股权对外转让的问题。

《公司法》第72条 有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。

股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求意见，其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权；不购买的，视为同意转让。

经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。两个以上股东主张行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。

公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。

通说的逻辑是，有限责任公司中股权对外转让的时候，转让股东和受让股东之间股权转让协议一旦达成就产生效力，但是此股权转让对于公司的效力必须记载于公司的股东名册之中。此外，如果此项股权转让要对抗公司之外的外部第三人，还必须到工商机关登记。这是目前大体的关于股权转让的通说。这个思路基本上可以用在《合伙企业法》22条中关于合伙份额转让的问题。内部效力生效于协议达成时，但是达成之后，丁要想对乙、丙主张其合伙人地位，进行干预，要修订合伙协议。丁通过购买份额的方式直接进入合伙企业里面来。如果要对抗外部第三人，必须通过登记的方式显现，按照《合伙企业登记管理条例》的规定进行登记。对于外部第三人来讲，以登记作为判断的标准。这个问题在后面讲到登记的时候再会提到。目前的现行法，《合伙企业法》《公司法》中大体上按照相同的逻辑进行构造。

2>合伙人擅自处分其份额者，有无善意取得制度适用之余地？如果没有，那么第25条后半句（“合伙人在其在合伙企业中的财产份额出质的，须经其他合伙人一致同意；未经其他合伙人一致同意，其行为无效，由此给善意第三人造成损失的，由行为人依法承担赔偿责任。”）之规定，有无实益？

擅自处分，主要是指不符合《合伙企业法》22条之规定，未经其他合伙人之同意。未经其他合伙人同意的这个擅自是不是构成处分权之限制，也是一个有疑问的地方。

甲、乙、丙三个人签订合伙协议，组成北达合伙企业。甲对于自己在该合伙企业中所享有的三分之一的份额、地位，可以用所有权人的利益来进行说明；换句话讲，原则上他对于自己的份额享有完全的“所有权”。既然是完全所有权，比对一下《物权法》39条以及《民法通则》之规定，所有权人的权能包括占有、使用、收益、处分，其中处分作为核心。甲对于其手中所拥有的份额是可以进行完全的处分的。这个处分，假如不考虑合伙企业是一个因其背后的组织关系而组成的组织，退回到一个按份共有中，查查《物权法》就会发现，按份共有中，共有人就其对于按份共有物的份额的处分是完全自由的。唯一的限制是，其他共有人有优先购买权。换句话说，按份共有是完全自由的，但是按份共有不构成一个组织，只是单纯的权利的归属问题。但是合伙企业中，各合伙人享有财产也是共有，它的目的在于把财产经营起来，所以会形成一个组织。之所以在商主体部分讲合伙，也是因

为形成一个组织之后，就成为一个私法上的主体。既然是一个组织，每一个合伙人在处分其财产份额时，不可能再像按份共有中，按份共有人那样完全自由，必须顾及组织中的其他成员的利益。这时候法律上就会设置限制，22条规定必须经过其他合伙人之同意。这个思路同样见于《公司法》72条第二款之中，只不过同意的比例、同意的要求的程度不一样，《公司法》的要求是过半数，《合伙企业法》要求一致同意。合伙企业是一个组织，有限责任公司也是一个组织，但是合伙企业的组织中的人合性要远远强于有限责任公司所体现出来的人合性。人合性是跟资合性相对应的概念，资格性最典型的是股份公司，股份公司股东对于其股权可以完全自由地进行处分、进行流通，人合性因素几乎见不到，尤其是上市公司。这是二者之间的差别。

22条中讲需经其他合伙人之一致同意，一致同意对于甲对自己份额享有的处分权，是否构成处分权限制？这稍微有一些争议。提出这个问题是因为，如果构成处分权限制的话，未经其他合伙人之同意，自己处分自己的份额，就会构成无权处分。既然构成无权处分，处分行为的效力就存疑，就回到《合同法》第51条所讲无权处分问题。假如不构成无权处分，只构成要件之类的问题，可能只是导致要件未满足，导致处分行为无效。判断的起点不一样，会导致解决的路径也不一样。

大部分人认为，22条所规定的一致同意，具有处分权限制的性质，该条构成合伙人对于其合伙财产处分的限制。按照这个思路，既然构成限制，不满足22条规定的要件，就构成无权处分，也就意味着处分行为的效力取决于这个限制中所保护的其他合伙人之一起。其他合伙人如果认为符合自己的利益，则事后进行追认；认为不符合自己的利益，时候进行否认、拒绝。效力就走向了两种可能性，一种在追认的情况下，无权处分行为有效；另一种在拒绝的情形下，无权处分无效。

25条解释质权的问题，22条解释转让，转让是最典型的一种处分；质权、担保物权之设定，是另外一种典型的处分行为。25条后半句中有对善意第三人的保护问题。

第25条 合伙人以其在合伙企业中的财产份额出质的，须经其他合伙人一致同意；未经其他合伙人一致同意，其行为无效，由此给善意第三人造成损失的，由行为人依法承担赔偿责任。”

前半句所讲的须经其他合伙人一致同意，与22条基本一样；未经同意的行为无效，是不是绝对无效，是存疑的。处分权限制的行为，该行为事后还有补正的可能性，补正是一个民法上的概念。补正的意思就是为行为时效力要件欠缺，但是并不是不可补救、终局的，而是在某些特殊情形下，可以借助一定的要件的补充，使其效力得到补充。在无权处分、无权代理，都涉及到事后的有权人或被代理人的追认。还有一种补正涉及到法律行为的形式问题。《合同法》36条以下的规定中，合同没有满足法律之形式的，如何处理。《合同法》中规定，如果双方当事人已经履行合同中规定的主要义务的情况下，通过履行来补正《合同法》中所规定的法律形式之欠缺。这是一个思路。这些相关联的现象可以联系起来。

25条规定的未经其他人同意，其行为无效的表述有些过于严厉，不严谨。如果要走的是限制的思路，其他合伙人是可以通过追认的方式，使其变为有效。但是后面一句比较麻烦，“由此给善意第三人造成损失的，由行为人依法承担赔偿责任”，这是比较麻烦的问题。什么叫“善意第三人”，要解决这个问题，要先回到25条后半句，为什么出质的时候也要求其他合伙人一致同意。如果是转让，甲将其合伙企业中的份额转让给外部第三人丁，使得甲手中的份额丧失掉，该让与行为一旦生效，甲的份额就丧失掉。份额的定性中讲到，份额与合伙人身份是联系在一起的，份额一旦丧失掉，身份也就跟着丧失掉。也就是说合伙企业中合伙人的结构就会发生变化。所以，鉴于转让的效力构成，法律上就规定必须经过其他合伙人之同意，立即可以实现转让之效力，转让人手中的份额就没有了。而设质，《合伙企业法》是2006年修订的，在设质相关的一系列程序上还要参照《物权法》相关的条文，在援引法条的时候还要指出《物权法》中关于质权设定的相关条文。《物权法》中质权分为两个部分，动产质权和权利质权，这里所涉及的应当是权利质权部分。现行《物权法》中关于合伙企业财产份额的设置没有提。

《物权法》中规定的出质只涉及到股权、股份、基金份额等，没有提合伙企业财产份额的问题。

无论如何，按照25条之以及《物权法》相关规定的参照，甲将其份额设定质权给丁，质权行为有效之后，甲是不是立即丧失手中所持的份额？物权法大家到了三年级下学期都学过了¹，质权设定之后，是不是会导致质人手中的质物或权利立即丧失？这绝对不会的。讲担保，担保的无论是人还是抵押权，都不影响权利本身的变动。在房屋上设定一个抵押权，抵押人是这个房屋的所有权人，设置抵押权后，房屋所有权并不发生变化。质权，比如在电脑上设置一个质权，虽然按照法律规定要求，必须对电脑移转交付，但是设质人仍然是电脑的所有权，

¹窃以为，张老师这样四渡赤水、绕来绕去，学过的也变成没学过了。

对方只是该电脑的质权人。同样的逻辑也适用在权利质权上。虽然《物权法》没有规定，但是按照《合伙企业法》25条之规定，甲将其份额设置质权给丁之后，并不意味着甲对于其份额的权利丧失了，类似于所有权人所有权地位并不因为抵押而丧失掉。甲仍然是该合伙企业份额的持有人，换句话说，甲仍然是该合伙企业的合伙人。

既然是这样，22条规定的逻辑是，转让由其后果和效力直接导致份额转让，所以法律上规定其他合伙人要同意，那么在25条质权设定中，并不立即导致丧失份额，为什么也要求一致决呢？这涉及到整个担保物权的本质问题。无论动产质权还是权利质权，整个担保物权的核心点在于赋予担保物权人享有对于担保客体，对于作为担保客体的权利的处分权。说清楚这个问题，担保法、物权法的很多问题都可以得到解释。比如说，《物权法》191条规定抵押设定期间，抵押人对于抵押物的处分受到限制，这个规定不合理，通过以上的解释就可以得到理解；再如抵押期间抵押权人的保全措施也可以这样得到理解。

这里的问题也是这样。在设质中，甲并未丧失对于其份额的类似所有权的地位，但是丁取得了对于该份额的处分权。丁有了处分权，意味着丁可以在质权实现的要件满足时，直接因自己的意志来就这个份额进行处分。这个处分就会回到22条。丁在处分的时候，实际上就是担保物权之实现。担保物权的实现积极意义上就是变现，比如银行拿到房屋作为抵押，但是银行法上有规定银行不得持有营业网点等经营性资产之外的不动产，所以银行必须拍卖、变现，变成货币实现债权。丁按照25条之规定，以及《物权法》中关于权利质押的相关规定，丁因该质权的设定，享有对甲拥有的份额的处分权。一旦甲到期不履行被担保之债务的情况下，丁可以直接处分、变现，变现就意味着把这个份额再转让给他人，因此就回到了22条的逻辑。22条讲的是份额转让给他人，在质权变现的情况下，不是合伙人主动出让，而是丁因行使质权，使其不得不转让。在质权实现的逻辑上，法律上赋予丁直接将份额出让的权限，丁也可以申请强制执行。

既然如此，质权设定最后的逻辑仍然要回到22条的结构。也就是说，虽然在质权设定时，甲并不立即遭受丧失手中份额的危险，但是，在远期会有这种危险。所以法律上就会规定，防止将来乙、丙受到一个不特定危险，虽然就按照22条之逻辑，规定在质权设定时，就必须经过其他合伙人同意。因为如果不经过其他合伙人同意，丁就可能按照25条以及《物权法》中质权的实现逻辑，直接变现。这种情况下乙、丙再想回旋，就来不及了。所以法律上为了保护乙、丙之利益，预先将时间前置到质权设立时，就要求其他合伙人同意。基本的解释逻辑就是这样的。

25条后半句中规定的情形是，丁有可能是善意的，甲未经内部其他人之同意，直接将份额设定质权给丁。如果甲符合22条以及25条其他要件，甲有权处分，相对方也有权取得。既然是有权取得，主观上是善意恶意不重要，所以在善意的情况下，在这个特定的交易结构情形中，仅限于甲是无权处分之情形，也就是说甲将质权设定给丁，它在内部程序上欠缺要件。既然甲内部程序上欠缺要件，就产生问题，怎样对待丁。25条后半句提出，丁如果是善意的，可以进行救济，行为人甲要承担赔偿责任。这个救济的逻辑在什么地方？核心点在于丁的善意怎么构成，有没有可能这些逻辑，份额转让以及设质的交易结构的逻辑，作为外部第三人的丁，主观上有没有可能是善意的。丁的善意在什么情形下才能构成。

善意的内容应该比较清楚，也就是甲无权处分其份额，将份额设定质权给丁。但是是不是真的会构成善意、真的不知呢，丁真的会不知么？善意是一种主观状态，是对于某一法律事实不知。前面讲到过，破其善意使其知，也就是主观状态上给他一点知的线索，顺此线索能够进一步知道，对方是否达成交易的要求。这样主观上就明知，就不能构成善意。在上述交易情形中，法律上是不是已经给了丁一个线索，告诉丁应当查一查甲手中份额的处分权可能是不完全的。也就是22条规定的其他股东一致同意的问题。有没有这样的线索呢？我们设身处地地将自己作为丁假想一下：在三个合伙人组成的合伙中，有一个合伙人想退出，转让给你，你作为受让人，想进入该合伙企业，通常做事的方式是什么样的？首先会去了解甲是不是真的合伙人，手中握有的份额是不是真的，当然还有甲是不是具有行为能力、交易意思表示是不是真是等等一般法律行为的判断要件；接下来还要看，因为所受让的份额是一个合伙企业中的财产份额，而这个份额会导致你进入合伙企业，而22条、25条已经规定了，要想进入合伙企业，应当、必须得到其他合伙人的一致同意。既然法律上有这个规定，也就意味着法律上会推定丁在为此项交易时，是知道这个法律规定的。这就引出一个规则，任何人不得以法律规定之不知来主张自己是善意，这个规则我们都理解。

有了22条、25条规定，就会推定丁应当知道，应当尽到这个义务。既然应当知道，也就意味着丁应当知道要取得乙、丙另外两个合伙人的同意。还会有什么样的情形，丁确实相信了甲有处分权，而自己确实比较冤枉，确实没有义务再去进一步查询？换句话说，依据法律本身之规定，法律上已经推定丁主观上应当知道自己要获得乙、丙之一致同意。此交易应当获得乙、丙已同意的证据。有没有可能丁没有直接找乙、丙，而是甲对丁说，其

他两个合伙人已经同意签字，设定质权给丁，丁是不是就此可以相信呢。也就是一旦甲确实出示了乙、丙的同意签字，25条所称之善意在此种情况下是否满足。如果签字是真实的，一切都没有问题；一旦签字是假的，乙、丙两个人的同意是伪造的，或者通过其他方式获取的，是不真实的，丁能不能仍然相信甲单方面所出示的此项伪造的证明，丁能不能仍然构成25条所称的善意。

这种情况仍然不符合。换句话说，一旦甲所出示的乙、丙同意的证明是伪造的，这时候法律上仍然不去保护丁的善意。逻辑很简单，因为比较成本，法律上考虑到保护乙、丙的利益重于丁调查付出的成本。丁要进入合伙企业，显然必须要知道将来进入合伙企业合作的合伙人是谁，所以事先会做调查。既然有时间做调查，那么甲即使拿出单方面的证明，丁仍然要亲自向乙、丙本人询问一下。这样丁才能获得真相。

除此之外，还有没有别的可能呢。这种情形在所有的企业买卖中都会涉及到。甲如果为了节省丁的成本，在质权设定条款中有保证，担保自己所为的份额设质行为是绝对获得乙、丙同意，是没有权利瑕疵的。在此项保证的情况下，这个问题可能会引发出权利让与中权利瑕疵担保问题。

这样推理出来，25条后半句所存在的情形仅限在甲有特别明示担保，担保自己所为此项质权设置之行为确实已经获得乙、丙之同意，或者自己有能力获得乙、丙同意的情形下，才有可能使丁构成善意。但是这个善意也并不立即导致丁可以依据2011年颁布的《公司法》司法解释三26条以及28条规定的参照《物权法》106条的规定适用。

《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）》

第26条 名义股东将登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分，实际出资人以其对于股权享有实际权利为由，请求认定处分股权行为无效的，人民法院可以参照物权法第一百零六条的规定处理。

名义股东处分股权造成实际出资人损失，实际出资人请求名义股东承担赔偿责任的，人民法院应予支持。

第28条 股权转让后尚未向公司登记机关办理变更登记，原股东将仍登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分，受让股东以其对于股权享有实际权利为由，请求认定处分股权行为无效的，人民法院可以参照物权法第一百零六条的规定处理。

原股东处分股权造成受让股东损失，受让股东请求原股东承担赔偿责任、对于未及时办理变更登记有过错的董事、高级管理人员或者实际控制人承担相应责任的，人民法院应予支持；受让股东对于未及时办理变更登记也有过错的，可以适当减轻上述董事、高级管理人员或者实际控制人的责任。

《物权法》

第106条 无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：

（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；

（二）以合理的价格转让；

（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。

受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。

当事人善意取得其他物权的，参照前两款规定。

也就是说这个时候丁不能主张物权法上的善意取得。在丁构成质权设定权利瑕疵担保的情形下，顶多丁可以向甲主张权利瑕疵担保责任，而权利瑕疵担保责任在现行《合同法》中，基本上放在违约责任的路径下解决。换句话说，在我们国家，关于权利瑕疵的问题，救济上基本上与违约责任类似。这个时候丁所获得的救济就是违约的损害赔偿。这样理解的话，25条后半句所讲的，“由此给善意第三人造成损失的”，由行为人依据违约责任（权利瑕疵担保）来承担赔偿责任。其要件，只有甲有明定的情况下才可以。

以上讲的所有份额的问题，关系、买卖、处分，都是在抽象的份额层面。上面的例子中，每个人的份额都是三分之一，合伙的财产的具体的实物形态，不受影响。所有的变动都在抽象的份额，与实务形态，比如合伙企业名下拥有的房屋、机器设备、债权债务，原则上都无关，只是抽象的份额在运作。原则上无关，但是也有例外，例外是非常头疼的问题。按照22条，甲转给丁的份额，与实物形态无关；按照25条，甲设定质权给丁，跟实物形态也没有关系。份额的抽象形态，等同于合伙人身份；既然等同于合伙人之身份，一旦份额因为22条之处分或者25条之设置发生变动，都会影响甲能不能继续呆在这个合伙企业。他自己可能无所谓，关键会影响到乙和丙。他们可能希望继续经营下去，打造一个世界品牌，但是甲跑掉了，进来一个陌生的丁，这个丁是个什么人，是不是来捣乱的，就可能产生担心，合伙企业可能不好运作。在按份共有中，两个人看到书不错，但是只有一本

书了,两个人协商一下,各自出一半的钱按份共有,除了拥有共有关系之外,两个人在法律上没有其他关系。无论他们是同学、兄弟、父子、同志、夫妇,与这里判断按份共有没有一点影响。这本书各有50%的份额,可能每个人看一天,一旦两个人关系处不好了,或者因为其他原因,这种关系无法处下去了,比如一个人要出国,按份共有就解散掉,有按份共有的分割方法。这个分割只是物本身,除此之外,两个人其他的关系不影响。这也可以发现为什么在按份共有中,可以随时请求分割,而且分割请求权理论上一般认为是形成权,形成权的形式效力一经形成权人行使,意思表示到达对方,该形成权之效力马上发生,形成之效果也立即产生。按份共有中一方提出分割共有,按份共有就要结束了,接下来就是怎么分割的问题。共同共有中,背后有基础关系,合伙中这个基础关系形成一个组织。既然是组织,就要有稳定性,要维稳,也就意味着成员之间彼此信赖是很重要的。所以22条、25条关于份额的所有规定的目的就在于维持合伙组织体的稳定性,使得经营可以一贯持续下去。这是两方面的平衡,一方面要兼顾到每个合伙人有自由处分其份额之权利;另一方面要兼顾到组织体的稳定性。两方面平衡后,就形成了必须经过其他合伙人同意的要件。所以,所有的运作的基础,都在于抽象份额的操作。所有的作业都是在这三分之一的份额上施展的,不及于合伙企业名下的具体的实物形态的财产。这是原则。当然也有例外,例外是比较麻烦的,而且现行法也没有完全规定出来。比如实物形态其中包括了房屋。房屋是典型的不动产,需要有登记簿的设置。登记簿的意思是,房屋上的权利状态,主要是物权关系,一定要一一、全面、准确、精确地记载在不动产登记簿之中,不能有遗漏。这是不动产登记的基本规则,因为不动产登记簿的基本功能在于全面地、毫无遗漏地体现、反映该不动产上的物权关系,以便利于与该不动产进行交易的交易相对人可以判断出来该不动产的权属情况,进而做出交易判断。所以不动产登记簿实际上是一个信息提供的平台。

为什么扯到这里来了呢,合伙人甲、乙、丙设立的北达合伙下面的财产包括了一个房屋,房屋属于三人共同共有。整体形态是共同共有,那么落实到具体的特定的物的形态的时候,共同共有关系也要反映出来,尤其在不动产中。假如不反映出来,比如登记簿上只登记北达合伙企业,交易相对方无法通过登记簿看到不动产的归属,因为北达合伙企业无法就房屋享有一个单独的所有权,只能是共同共有。换句话说,北达只是合伙企业的一个符号、名称,由这个名称体现共同共有问题。该房屋所有权不是归北达单独所有,而应该是北达背后实质的甲、乙、丙的问题,他们在不动产登记簿中是共同共有人。按照《物权法》规定,如果一个物上有共有关系的话,必须指出其份额,不管是按份共有还是共同共有。但是在合伙企业中,是不好指出其份额的,份额在不动产登记簿中不需要体现,而只需要记载合伙人之姓名就够了。因为份额问题在单项不动产中,其功能是无法体现的,其功能只是体现在总体上。单纯的北达无法登记在登记簿中,还需要指明各合伙人之姓名。既然要指明合伙人之姓名,也就意味着如果前面的份额要出让或者设质,最终的结果肯定会影响到单项中的不动产的共有人的地位。这个问题现行法上没有太多详细的规定,理论推演上应当如此解释。值得庆幸的是,现在的工商登记机关、不动产登记机关在涉及到合伙类型的共有的时候,是要求登记合伙人的具体姓名的,要指明各合伙人的身份、信息。也就是说,一旦他们之间发生变动,会影响具体构成项目中的不动产的权利归属。这是一个间接的影响。

3>第23条所规定之其他合伙人优先购买权,如何行使?且其行使后的法律效果又如何?

优先购买权是一个非常复杂的问题。可以参照《公司法》的规定。《公司法》72条第二款规定的两个通知。优先购买权有法定的,有约定的。在我国现行的法律规定中,没有约定型的优先购买权,只有法定型的。优先购买权的种类很多,列举几个:《合同法》230条关于承租人的优先购买权,对于这一条我们比较清楚,最高人民法院也有关于承租人的司法解释;刚才所提到的《物权法》101条其他按份共有人的优先购买权;另外就是《公司法》72条所规定的股权对外转让时,其他股东的优先购买权;合伙财产份额对外转让时也有优先购买权的问题。一些公法上也有优先购买权。大概一年前,有一个关于文物古籍拍卖的案子(过云楼藏书争夺案),江苏的一个企业通过拍卖准备将文物古籍收回江苏,后来北京大学称按照北京市的一项规定,文物的问题由科研、收藏机构享有优先购买权,这是公法层面的优先购买权问题。后来江苏企业通过证明其企业有国有背景等解决这个问题。公法上的优先购买权还有其他的例子,房地产法中也会涉及到,在一些情况下政府有优先购买权。优先购买权所适用的情况比较多,如果关注新闻的话,前一段时间有关上海地王潘石屹的一个案子(“上海外滩地王案”),情形很复杂,其中一个争议点就涉及到优先购买权的问题。前一段时间刚刚在法院审理,此案争议更早一些。优先购买权所出现的范围非常广,但是每个优先购买权背后所体现的制度功能各有差异,不是很一样。先不谈公法上的优先购买权,优先购买权在构成上很多方面是一样的,尤其在逻辑上大体是一样的。

第23条规定的优先购买权,不妨对照《公司法》规定的股权对外转让的优先购买权。可以发现,优先购买权都有一个要件,即同等条件下。因此可以从同等条件出发,谈优先购买权的形式要件和构成问题。比如上面的情形,即甲、乙、丙三人开办一家合伙企业,丙想把他的份额转让出去给丁,按照23条之规定,先买权归甲、

乙两人。先买权的要件，就是同等条件。同等条件的核心要件是价格要件。丙打算把他的份额 3 个亿出让给丁，其他两个人想形式优先购买权，也要照着三个亿来出。

价格要件要落实下来的话，在法律上怎么判断？也就是法律上怎么判断丙确实是以 3 亿的出让对价，将其份额出让给丁？我们讨论几种可能的情形：①丙对外宣称打算把份额以 3 个亿的价格出卖给丁，询问甲、乙两个人是否要形式优先购买权；②丙、丁两人通过讨价还价，草签一个意向书，这里也涉及到合同意向书的效力问题，这里先不谈，总之这个意向书确实把核心价款定下来，但是条款还不一定具有完全的拘束力；③丙、丁不仅有意向书，而且正式地签了合同。丙不仅仅口头宣称一下，而且已经经过多次磋商会谈，定下这个价格，落实在白纸上，可能还拿到权威机构认证了，总之这个合同条款不能再更改了。

现在三种可能的情形，价格条款应该指的是哪种情形？换句话说，在何种情形下甲和乙可以要求行使优先购买权。一旦行使优先购买权，马上会引发效力问题，所以先讲明优先购买权的效力。行使优先购买权之后，比如甲依据 23 条之规定，行使了对于丙所出让的份额的优先购买权，法律效果上就会导致甲与丙之间立即成立一个丙与外部受让人所达成的买卖合同一模一样的合同。这是优先购买权法律上的效力结构，这在《合同法》230 条的情形也一样。房屋出租人要把房屋出卖给第三人达成买卖合同，承租人听说后，愿意以同样的价格购买，在这种情形下，按照该条文规定，出租人即房屋出卖人与承租人马上成立一个与出卖人跟外部第三人所达成的买卖合同在内容上，尤其是在价格条款上一模一样的买卖合同。这是优先购买权的效力，优先购买权是一个形成权，形成权人单方的意思表示一经行使，就可以直接导致法律关系生成。之所以有可能，恰恰是因为前面有一个模本在，所以可以单方导致法律关系形成；如果前面没有模本，合同是不可能做的。如果有兴趣也可以思考，我国讲合同解除权的时候，往往捎带着讲变更；讲撤销权的时候往往也捎带着变更，这是一个很头疼的问题。因为合同是双方当事人定的，解除可以，撤销也可以，但是要是替两个当事人订立合同，订一个两个人事先没有商量的合同，这就有一点家长作风了，说得不好听一点就是司法干预。单方意思不可能在自己和另一个人之间形成一个买卖合同关系，这违反合同订立的基本规则；但是一旦两人要订立一个买卖合同关系，这个买卖合同关系和另外一个合同一模一样，这就有可能。因为有一个特殊的关系构造，为了保护一方的利益，可以构造这样的合同。前提要件就是价格要确定下来。

这样我们把优先购买权的基本制度摸清楚了，那么回到上面的问题。仅仅应当是在丙和丁之间已经达成了一个具有拘束力的买卖合同的时候，同等条件才能显现出来。这个拘束力意味着，丙和丁任何一方再也不能依据单方的意思将这个买卖合同直接解除掉、撤销掉。这也涉及到合同法上的合同拘束力到底如何理解的问题，这里先不提。总之丙和丁之间应当达成一个具有拘束力的合同，具有拘束力与完全生效还是不能对等。完全生效的话，马上会产生履约义务问题，这个时候丙可以要求丁支付价款，丁可以要求丙交付所出卖的标的物。拘束力解决的是合同在它们之间产生约束力，任何一方不能再行单方解除的问题，将解除权抹掉了。要完全生效，还要取决于另外两人放弃行使优先购买权。

所以可以说，丙和丁之间的买卖合同一旦达成，且具有拘束力之后，该合同还并不立即就可以主张履行，还必须等到甲和乙放弃行使优先购买权。优先购买权的实现对买卖合同的制约，买卖合同拘束力仍然是有效的，但是不等于完全生效，也就是说履行力上欠缺。一旦甲或乙，或者两个人，主张行使优先购买权，制约丙和丁之间的合同的效力障碍就实现了，丙和丁的合同就无法继续下去了，他们之间的交易安排就无法获得成功。他们之间有内部清算的问题，这是另外的层面。甲和乙行使优先购买权的同等条件应当是丙和丁签订好具有拘束力的合同。这个合同是丙和丁之间的事情，那么他们之间的合同，甲和乙是怎么知道的？这就涉及到他们要通知甲和乙的问题。接下来可以反思一下这些问题：

①《公司法》中所规定的通知到底有几层；《合伙企业法》中关于通知几乎没有怎么规定，可以比较一下哪个更合理。通知到底有几次通知，丙和丁要达成这个股权转让，通知甲和乙到底要通知几次，一次行不行，还是必须要通知两次；

②第二个问题是关于实务问题，合伙企业的份额转让在实务中可能会有，但是实际案例不太多。实际案例很多集中在股权的操作上。大部分案例都是在律师的参与下。因为股权转让涉及到企业并购的大问题，所以基本上都是在律师的参与下完成此项交易。丙将股权转让给丁，双方都会有律师，那么首先，在交易之前就会取得其他的股东的书面的承诺，首先同意丙、丁之间进行交易，满足《公司法》72 条第二款第一句的规定；第二，股东用书面的方式承诺放弃行使优先购买权，满足《公司法》72 条第三款的规定。实务操作是这样的，会减少在交易中的一些障碍和成本。假如按照《公司法》这样严格操作，跟每一个股东折腾会很烦，而且没谱，所以律师帮忙之后会比较靠谱一点。但是这么操作也会引发一个问题，实现放弃行使优先购买权的书面承诺的法律效力是不

是不受质疑。换句话说，假如事后某一个人反悔应当如何处理。

合伙企业中的其他问题，就不再讲了。因为张老师把问题搞复杂了。后面的一些细节的问题，比如关于入伙、退伙、解散等问题，跟这里的主题，即主体，关联也不是特别大。再这么讲，商总就讲成合伙企业法了。

第五讲

商事登记制度

商事登记制度有三方面的核心问题。

1>企业登记、商事登记的事项的范围如何界定。要说明它背后的原理是什么，这是讲商事登记的重点。

2>登记之取得方面，在现行立法的背景下，关于商事登记的规定很多，商登记的流程笼统算起来有六七个制度。哪些流程、环节对商主体效力之取得具有核心作用，现行法规定不明确，需要进行探讨。

3>商事登记的效力问题。商主体登记之后，功能和效力体现在什么地方，这在现行法上规定得也不是很完善。在中央立法层面，国务院、全国人大的法律法规，登记的效力主要是使企业取得可以从事活动的资格。但是商事登记中，登记事项、范围是很广的，每个事项发挥的效力、功能不太一样。法定代表人的权限等问题，现行法没有完全规定，因此就要追问具体的登记事项效力的发生，登记所起的作用如何，不登记的结果是怎样。地方性立法上，可以关注 2004 年修订的《深圳经济特区商事条例》，有部分内容涉及到这个问题，不是很完善；新近的地方性立法《深圳经济特区商事登记若干规定》，以及《珠海经济特区横琴新区商事登记管理办法》，过去对它们充满了很高的期待，希望能看到关于商事登记之效力方面的富有拓展性的规定，很遗憾没有看到，换句话说这两个规定还主要是规定登记之取得的问题，具体登记事项的效力问题在其中很难看到。这是一个很遗憾的事情。

1. 商事登记制度概述

1.1 商事登记之概念问题

谈三大核心问题之前，先梳理一些基本的概念。涉及两个方面的问题。

第一方面，什么叫商事登记。商事登记在中央立法层面没有统一的概念，地方立法有的规定了概念。

- 商事登记与不动产登记比较

谈这个问题的时候，不妨采取比较的方法，与不动产登记制度进行比较。现行法上关于不动产登记问题，在 2007 年《物权法》修订之前，土地和房屋是分开登记的。2007 年《物权法》本来规定统一登记，但是因为各种原因，统一登记一直没有实现。2008 年住建部新颁布了《房屋登记办法》；管土地的国土资源部也出台了《土地登记办法》。2008 年之后，虽然《物权法》有规定、要求，但是分开登记的局面仍然没有改变。十八大的立法任务中，要求明年中旬出台统一的不动产登记法律法规，哪个机构来出还不好说，可能是国务院出。明年能不能实现也说不清楚，要看现行政府的执行力度。这里不多谈不动产登记的问题，可以用立法比较不动产登记和商事登记。不动产登记的法规可以只取一个，以 2008 年住建部的《房屋登记办法》进行比较。比较涉及的问题点，也涉及上述三方面的问题，尤其在现行法、中国法上的问题。

首先，讲不动产登记，要界定好、明确好不动产登记簿中所应当或者必须记载的事项到底有哪些。这必须明确，就像期末考试要划定一个范围，不能什么都考，到时候也会划定一个范围，减轻大家负担。类似的要求，不动产登记、商事登记也一样，要搞清楚登记簿应当怎么记载，记载哪些内容。只有明确之后，对于登记的申请人来说，才能依据事项清单进行材料的准备；要查阅登记簿，对登记的不动产感兴趣的交易相对方也知道按照哪些名目查阅、查询不动产上体现的权利状态。企业登记中也有这个问题。

第二，不动产登记也存在一个流程，也采取申请规则。不动产按照《物权法》《宪法》的规定，体现的权利是私的权利，涉及私法构造的权利问题。既然是私权利，公权力不得随便干预，包括登记措施。换句话说，登记虽然是立法上规定的强制性措施，但是如何登记，原则上由登记主体自己决定，公权力不得干预。这是一个原则，也有例外。企业中也是这样。个体工商户、个人独资企业、合伙企业原则上采取申请规则。既然是申请规则，就要申请、受理、审查、登簿，只不过这个簿过去是纸质版的，现在电子版就够了。当然电子版一旦毁了的话可能就没有了，而纸质版还有留存，除非发生地震之类的。当然这两种手段在安全上都有风险。不动产登记簿上登记之后还有发照，不动产中叫发证，也类似于照。现在人们结婚也要领证，也是类似的规则，就是一个资格的问题。按照《物权法》16、17条规定，不动产发给权属证书，它有很大的作用。不动产进行交易的时候，到登记机关去办理相应的权属变动的时候，首先提交的就是原始的不动产权属证书，否则无法启动登记程序。不动产公告的环节体现得不太多，只是特别登记程序里面才有，比如总登记中。不动产登记中也涉及各种登记流程之间的效力关系，哪些对于登记效力的取得具有实质性作用，哪些没有。比如根据《物权法》规定，不动产登记簿是最终的依据，权属证书只有证明功能。实际中不动产登记簿也具有证明功能。这个角度上，两者证明功能没有多少区别，只不过证明效力有强弱的问题。只有不动产登记簿和权属证书两个证据的情况下，以不动产登记簿为准。

第三，不动产登记簿登记之后产生哪些效力，《物权法》有一些规定。不动产登记作为生效要件的不动产权属变动中，都以登记作为实质性要件，或者说生效要件。反之，以登记作为对抗要件的，比如农村土地承包经营权的设定、转让，地役权的设定、抵押等，都以登记作为对抗要件。这是从正面进行规定。反面，假如登记有错误，会涉及到《物权法》106条之规定，迁移到善意取得的问题上。所以不动产登记也有以上类似的三个核心问题。

现行法上，专司登记之职的，无论是不动产登记还是企业登记，在我们国家都是行政机关。不动产登记，是各地的建委部门；企业登记就是各地的工商登记机关。原来《担保法》涉及一个问题，工商登记机关是不是也插手物权方面的一些登记，比如企业的动产登记会涉及到，现在的《物权法》也有这个问题，这时候两个登记本身有纠缠的地方，这是细节，略过不谈。现行法上，无论是不动产登记还是企业登记，都是由国家一个专门的行政机关来担当，担任登记之职责。

既然是行政机关行使公权力，就引发出一个核心问题，登记行为之性质。登记在我们国家都是由登记机关担当，有一种观点认为登记行为是一个公法行为，关于这种观点下面再谈。不动产登记和企业登记都是由公权力来做，救济方面也有类似的逻辑。登记错误引发的国家赔偿的问题，《物权法》第22条有规定。企业登记也有类似的问题。这是企业登记与不动产登记共同的方面。

不动产登记和企业登记、商事登记不同的地方在哪儿？如果都一样，一个机关登记就算了，何必分为两个。区别在于，不动产登记是以客体、权利登记作为重心；企业、商事登记以主体作为登记的重心。不动产登记中，以权利作为登记的起点、原发点，不动产登记簿外在表征的所有内容都应当围绕不动产的权利建构、展开；而反过来，企业登记、商事登记，主要是针对商主体来进行构造的。主体跟权利这两个方面，如果初步观察，权利方面相对单纯一点儿。不动产登记只限于以不动产上的物权作为登记的事项范围，债权是无法登记的，这是一个基本结论。物权贯彻的是物权法定规则，既然物权法定，登记簿上所能记载的物权的种类是可以数清楚的，数目是有限的。不动产登记内容也是法定的。所以不动产登记中，登记的内容、权利的内容基本固定化。因此不动产登记不是特别复杂，需要的就是真实地再现实体法上实际的权利状况、物权状况。这样来对比企业登记、商事登记，它的主体要素比较多，主体的种类也比较多，每一种主体的要素比较复杂。所以商事登记对比于不动产登记，构成要复杂一点儿。比如涉及到主体本身的成员是谁，财产是什么，组织形式是什么，是公司、合伙还是何种形式，财产到位情况如何等等。企业是一个静止的抽象的东西，它进入交易生活需要一个代理人、代表人，这个代理人是谁，权限在什么地方，如果要想让第三方知道，登记也是一个好的办法，在这里也有体现。总之商事登记包括的要素比较复杂。

以上是浅显的观察，这种观察的意义在现行法上体现不是很明显。但是可以进一步迁移观察。比如老张和小张进行交易，交易一栋房屋。老张作为出卖人，小张作为买受人，老张想把房屋出卖给小张。老张要把房屋所有

权让渡给小张，拿到对价；小张拿到产权，履行对价支付义务。这个交易的完成，按照现行法规定，首先要有买卖合同签订，《合同法》规定在 130 条以下；另外，买卖合同还必须满足形式要件，比如满足城市商品房交易规定等规定，要去查这些规定，满足其形式要件，因为现行《合同法》对买卖合同没有完全规定。《合同法》总则部分只有一个基本的规定，还要查询专门针对房屋买卖的法规形式寻找其要件。这是买卖合同。

合同签订后，按照 130 条以下规定，老张有转移所有权并交付房屋的义务。要移转房屋所有权给小张，并且交付房屋，上面已经讲到，这是两个层面的问题。而小张负有支付价金之义务。换句话说，按照现行《合同法》之规定，合法有效符合形式的买卖合同签订后，并不立即导致房屋所有权直接移转到小张手里，这我们都能理解，而且《物权法》第 6、9、14、15 条以下都有规定，要求不动产买卖，法律没有特别规定的话，必须以登过户登记手续作为房屋所有权移转的生效要件。既然是这样，小张要拿到房屋所有权，接下来必须办理登记。《物权法》第 6、9、14 条，以及关于商品房的条例都有规定。现行法上能不能再接上一个物权行为问题？张老师认为需要，也有人认为不要。这个问题先不论，总之只有老张履行出卖人义务，办理登记，小张才能拿到产权。这是不动产交易的基本构造。

从这个构造中我们可以发现，所有行动都是围绕房屋上的权利，这是核心点。老张要出卖房屋给小张，小张是想获得物上的所有权。小张要想拿到房屋的所有权，预期首先是一个无负担的所有权。怎么去判断该房屋上所有权是无负担的呢。只是听老张说一说房屋是干净的，看到房本上也没有记载其他的权利问题，再实地看一看房屋的情况如何，这样就足够了么？实地去看一看有一定的好处。从物的本身角度讲，买房子的时候，一般也要去实地看看，也要看看房子是不是空的，是不是老张自己住的；如果发现有个承租人住，这时候要小心点。按照现行《合同法》229 条规定，承租人住的情况下有买卖不破租赁的规定，承租人还可以主张优先购买权，这样可能把交易取消掉，所以必须实地看一看去，看房屋有没有承租人。关于租赁关系，现行法上房屋租赁备案制度不是很严格，虽然规定要登记备案，但是一般懒得去登记备案，这个登记是一个很别扭的东西。即是登记备案，这个登记备案是什么效力，现行法也没有规定。所以租赁的问题只有实地看看。

然而看房子只能看到租赁关系，看房本，现行法的规定下房本的信赖是不是受保护？按照《物权法》106 条之规定，以登记簿上所记载的内容为准，房本是有伪造的可能的，甚至房屋已经被注销挂失了，房本还在，所以房本在现行法上是不可信的。

所以要想真正看房屋上的物权状态，必须看登记簿，其他的在现行法上不受保护。换句话说，不动产交易的内容都是围绕该房屋上的物权关系展开的，手中拿到的物权必须跟其他房屋上存在的物权没有法律的纠葛。为了避免这种纠葛，必须去查登记簿。不动产交易中，作为善意的、明白事理的交易人，必须查登记簿，这是避免风险唯一的法律上的保障。这是推演出来的结论。而且立法者规定不动产登记制度，以及将不动产登记作为不动产交易中的一个实质性要件的规定，也是期待交易人去查一查，查的成本也不是很高。生活中事例也是这样，买房子不去看一下登记簿的状态，就贸然买下来了，除了大富豪估计都不会这样做。这是不动产的情况，是围绕权利的，只要围绕不动产客体进行交易，查阅不动产上的所有权利状况是必须要做的事情，否则自己承担风险。

反过来比较一下商事交易。比如老张企业与小张企业，两个企业进行房屋买卖交易。关于房屋的问题，老张小张是企业与老张小张是自然人的情况中流程上一模一样，要查不动产本身的登记，是不是在老张名下，并且没有任何权利负担。当然老张如果是个企业的话，就无法自己跑出来做交易，需要有个法定代表人。老张这个房地产公司肯定需要一个外部的人作为代表，外部的行为人就是此前讲过的表意机关。这个机关代表是 A，以老张企业的名义进行交易。这个人要么有代理权，要么有代表权。交易房屋的时候还要查老张这个公司是不是真的有资质，这个房屋是不是其资质范围内的，要把握好资质+经营范围。房地产尤其涉及到许可性经营，如果不查阅好有可能有麻烦。此外还要看代表人的权限是怎样产生的，是内部产生的还是有特殊的授权。反过来小张企业这里也是一样，由 B 代表进行交易，老张企业也要查阅 B 的代表人权限是什么。还要查小张企业有没有钱付款，其经营状况如何等。所以，在不动产交易情形，所有的交易行为都会提示，当事人必须围绕房屋的权属状态进行，进而每次交易的时候查看不动产登记簿是必要的事情。如果有这些要素进行考察，老张企业把房屋出卖给小张企业，两边都有一些需要掂量因素。其次，如果老张跟小张之间经常进行交易，每次交易的内容不一样，是不是每次交易的时候双方都会探知对方的这些信息，是不是每次这些信息都要查阅，也是一个问题，可以思考一下。

常规性交易的时候，要求交易相对方每一次都查阅是否在交易范围之内等，肯定会增加交易成本，也会影响效率。所以商事的立法者只是在特殊情形下、例外情形下期待交易相对方查阅，而在一般的情形下无法期待。这样引发的后果，首先就是各种登记程序之间的法律关系问题。在商事交易中，这些能够使外部交易第三方获取或探知相关的主体信息的渠道比较多，小张要想探知老张的经营范围、法定代表人是谁、资金多少等有很多渠道。

比如营业执照、卫生许可证明之类的执照会挂在大厅里。执照是一个渠道，但是这个渠道不能完全可信，到网上查一查商事登记的状态，或者到登记机关去查，则是必要的。如果公告制度比较健全，也可以去寻找公告的材料查一查，这在我们国家比较麻烦。总之，在商事登记中，立法者提供了多种渠道去查询。但是这多种渠道最终肯定要定下来。如果营业执照的记载、实体的记载与登记簿的记载不一致，或者公告的资料与登记簿的资料不一样的，就会出问题，就要选择一个适用。这个时候解决问题的思路，不一定真的是跟不动产登记一样的。在不动产登记中，登记机关虽然按照现行法律规定发个权属证书，但是这个证只有证明作用，是不是可信的。学法律的人不能看到这个证就放心了，这样可能放错心，必须要到登记机关查一查。而在企业交易里面，小张企业要查看老张企业的经营范围、注册资本、成员有谁、代理人是谁等等要素，这几种渠道都可能出现，这时候小张到底应该信什么，是信营业执照、登记簿，还是信公告？这个时候可能有争议。无论单纯信哪一个，都会引发交易相对方的行为导向问题，也就是会使它查询的重点不一样，不会把精力投在法律上没有规定其效力或者规定其效力比较弱的途径上，只会把精力投在比较重要的地方。如果规定要看商事登记簿，每次都看可能很麻烦，尤其在此前没有电子的情况下，每次都要跑到老张所在地，查一查老张的登记簿，会耗费很多成本。现在还可以考虑一个因素，随着登记技术越来越发达，电子技术越来越发达，无纸化的、联网的即时的查询越来越发达，可能让营业执照、登记簿、公告等各种渠道归一。例如统一的政务平台，《深圳经济特区商事登记若干规定》第23条规定“推行营业执照、组织机构代码证和税务登记三证合一的登记制度”，可以使出错误的概率降低。营业执照是可以电子化的，使得信息流通比较快、及时，而且尽量做到真实。营业执照、组织机构代码证和税务登记是三个不同的东西，税务登记主要是税务机关的，组织机构代码在民政部门，我们办理出国、到外国使馆办签证，都会要求单位的组织机构代码。事业单位、企业单位都可能涉及这个东西。营业执照则基本上都是商事登记方面的。

总之商事登记与不动产登记在这个问题上的思路稍微有点儿差异，引发出来的效力结构也会有点儿差异。这里面总结一句话，在商事登记的技术手段还没有完全发达之前，立法者无法期待交易相对人每次交易，尤其是不同的交易的时候，都查阅登记簿，这样交易成本太高。这时候也会引发出风险，对方假如每次都这样，不管交易性质、交易内容，都放任的话，这时候会引发风险。如果是购买房屋、机器或者标的数额比较大的时候，如果仍然采取这种方式，不去查阅，就会有风险。也就是说法律上认为这时候因为没有尽到谨慎的查阅义务而放任错误的信息，这时候依据错误信息所建立起来的信赖是不受法律保护，就会导致风险。这个风险后面谈到效力的时候再谈。

这是从大的方面对不动产登记和商事登记进行的比较，基本的逻辑是这样的。

关于商事登记的概念问题，现行教科书上所讲的概念有偏。乃至上面所提示的两个法规，也有所偏差。《深圳经济特区商事登记若干规定》第三条规定“本规定所称商事登记，是指申请人向商事登记机关提出申请，由商事登记机关将商事主体的设立、变更或者注销事项登记于商事登记簿予以公示的行为”。这个“予以公示的行为”大体讲得通，但是登记事项绝对不限于只是主体资格的设立、变更和注销。登记事项的范围是非常难定的事情，范围很多，而且主体资格也不能这样抽象地说，它必须借助具体事项才能定的下来。所以讲商事登记，主体资格的变动是一方面，另一方面与主体相关的，尤其是交易上很重要的信息，外部的行为机关及其行为权限，也是很重要的东西。这些方面如果通过登记定下来，交易的相对方肯定感兴趣，而这跟主体资格是不直接相关的。换句话说，商事登记的概念这样概括偏了点儿。类似的问题也出现在《珠海经济特区横琴新区商事登记管理办法》中，它只是提到设立、变更、终止的问题，没有提到其他的方面。

1.2 商事登记之特征

1.2.1 关于“创设、变更或终止商主体的资格和能力”

这个问题在1.1中已经提到了。

1.2.2 关于“公法行为”

关于商事登记特征中的公法行为问题，还可以统一概括一下。不动产登记与商事登记共同的特征，都是行政机关担当登记职责。既然是行政机关，肯定是公权力行为，主权性行为，或者很多说法所称的高权行为（gerichtesfreier Hoheitsakt）。这与跟私法上的行为肯定是完全不同的。但是我们一定要把握住，公法行为与私法行为是两个不同层面的东西，不能混在一起。一个私人，一个自然人或者法人，要想成为一个商主体，要去登记机关，按照申请原则递交申请，通过申请行为来启动登记程序。换句话说，没有申请启动不了。所以这个

过程是一个整体，但是这个整体只能讲是登记之整体，如果按行为性质判断，只能分开判断。也就是分开两截。在前一截，申请人提出申请是单方行为，因为是私人，所以一些私法的规则会适用。一旦提出申请，启动登记机关的登记，登记机关按照职权，开启登记程序，受理、初步审查、进一步审查、核准、作出决定、登记、发照、公告，这一系列的行为，都是由登记机关来做的，而且登记机关单独做的，私人是没办法介入。当然前提是登记机关应该是在申请范围之内进行登记，这是一个原则性约束，不能说申请的是有限责任公司，登记的时候登记成合伙。登记机关是独立地行使职权，权限范围受制于申请之内容。不动产也是一样，申请的是抵押权，不能登记的时候直接转让。既然是这样，登记机关整个的行为是单方行为，不受私人的干预，这个行为是公法行为讲得通。这个行为是公法机关的具体行政行为，没有什么争议。可以争议的是此公法行为如何产生私法的法律效果。只有登记之后，才能取得登记资格，公司才能成为公司，这个效果都是私法的效果。如果需要解释，恰恰是这个环节需要解释，为什么公法的行为会产生私法的效果。这个问题需要理论上解释的，此外没有太多的问题。

仔细考察一下，我们国家的商事登记机关是行政机关，别的国家不一定是这样。我们国家的不动产登记机关是行政机关，别的国家也不一定是这样。比如在德国、日本等很多国家有的是法院来做的。当然这里法院所承担的并非审判功能，而是司法行政功能。有的国家更绝，不需要国家来做，让私人自治的组织，比如商会、保险机构，可能更流畅一点。商事登记也一样。我们国家登记机关是公权力机关，行为就没办法定为一个纯粹的私法的行为。申请行为定性为一个单方行为，以登记机关作为受理人的，而且是必须满足法律所规定的形式要件的单方行为；其次，这个行为在性质上，因为对方是公法机关，行为内容引发登记程序了，原则上可以作为一个程序性行为，此程序并非程序法上讲的程序，诉讼法的程序是解决纠纷的程序，这个程序是为了实现实体法的制度的登记，包括不动产登记、婚姻登记也是这样。第三方面，这种程序行为虽然含有公法机关作为意思表示受理人，但是私法中的一些相应的制度还是可以准用在该申请行为中。比如可以适用代理的问题，意定代理、法定代理，都可以有；意思表示内容有瑕疵的情况，也许可以进行救济。救济的时候，可能会考虑到申请登记机关为登记的时候，登记申请是不是随时撤回的问题。

总之，讲登记行为之判断的时候，不能把两个东西合在一起判断，只能分开判断，每个阶段所涉及的要件、规则都不一样。其次，后一个阶段理论问题的核心点，是登记机关依职权的登记行为为什么能有私法的效力，这是一个主要的理论问题，涉及到公法和私法的关系。

2. 商事登记之事项范围

登记事项的范围是一个核心点问题。讲这个问题还是对比不动产登记。

- 与不动产登记之对比

不动产登记的时候，不动产登记簿上所需要涉及的事项应当包括哪些？张某有一个宅子，这个时候就会对应一个不动产登记簿。这个不动产登记簿与客体之间的关系，是一一对应。这一定要把握好，这是一个基本规则，如果一个不动产出现两个登记簿会有麻烦。这种麻烦体现在现在分开登记的情形，土地归土地登记，房屋归房屋登记，我们也知道这个事实。房屋跟土地是什么关系，房屋能凭空飘下来么，技术上好像也做不到。房屋得落在地上，跟土地肯定要有关系，这是地球上的基本规律，现在的登记机关没有顾及到。买房子的时候，土地的登记机关不在房屋的登记机关，还要到另外的登记机关，在另外一个登记机关可能有另外的问题。总之任何一个不动产作为客体出现，必须对应一个不动产登记簿，对应的只能是一项不动产，不能是两个。

有了这个道理，张某作为不动产所有权人，从他的角度出发，在与该不动产一一对应的不动产登记簿之中，应该记载哪些信息？从登记机关角度，又应该登记哪些信息？从第三个角度，潜在的想买房屋的小张的角度，应该关注哪些信息？登记簿上所记载的内容会涉及到一些概念，这些概念就是登记能力问题。不动产中，除了不动产本身的属性，比如坐落、面积、位置、年代等这些自然信息、自然状态之外，还有所有权人本身的一些基本信息，比如所有权人性别、婚否、年龄、身份证号码、住址等。一旦不动产登记簿统一登记，按照个人身份信息就可以检索到全国各地拥有的不动产数量，这样如果拥有 700 套房的话肯定会要被查出来。另外，权利本身是一个所有权，就涉及到该所有权取得方式，以及该所有权现有的状态。是单独所有还是共同所有，它是通过买卖还是继承等方式取得的，原因要搞清楚，这样才能形成比较严密的所有权变动链条。这个链条很重要，如果断裂一个环节，后面的环节都会不牢靠，都可能会引发相对的小张对于张某的权利状态产生不信任。同时，从登记机关的角度观察，除了要关心所有权之外，还要关心有没有其他的负担，这个其他负担是物权性负担，即有是否有抵

押权、地役权，有没有可能设立有建设用地使用权、农村承包经营权。这两种当然不太可能，从逻辑上讲不通。另外有关的特殊的登记程序也要注意，比如预告登记、异议登记。最麻烦的是按照现行法的规定，租赁在登记簿中无法体现，因为租赁不是物权。现行法的学说都认可承租人某些方面的物权性效力可以对抗出卖人和买受人，但是租赁是一个债权，这就成为一个有疑问的地方。总之，不动产登记簿中，应当记载的除了这些权利客体的自然状态以及权利人的自然状态之外，能够进入登记簿的权利仅限于物权；其次，还包括物权法所规定的某些特殊种类的登记，这些登记主要是为了保全物权方面的考虑，比如异议登记、预告登记等。

之后来看商事登记。一个公司对应一个登记，讲商号的时候我们也知道一个企业只能有一个商号，就像人的法定姓名只有一个，不能今天叫张双根，明天叫张三根，后天叫张四根。企业也是一样，登记簿与企业也是一一对应的，与名称也是一一对应的。这时候，企业登记簿中所记载的该某某公司，应当记载的信息包括哪些？换句话说，如果张某拥有一个公司，张某自己应该把公司的哪些信息登记到登记簿中是合适的，如何不暴露一些个人不想暴露的隐私问题，同时相对方通过信息的查阅能够判断出内部的组织结构，以及代表该公司签订合同的人手中的权限？通过登记簿，可以告诉相对方该公司的代表能够做的是哪些事情，能提供的产品服务是哪些，代表不能承担责任的是哪些方面。同时还不至于过分地把隐私暴露出来，比如不能要求提供该公司的商业秘密，不能让可口可乐公司登记的时候把秘方交出来，这是从企业本身出发。

从工商登记机关从机关的角度观察，它希望从登记制度获取企业的哪些信息呢，这也是需要考量的问题。交易的相对方，希望获取什么信息呢？相对方做交易的时候，如何通过查阅登记簿获取自己想知道或者应当知道的信息？张某的公司跟小张某的公司做交易，小张某不但查阅代表的权限多大，同时也希望看到对方营业资本多大，实际资产多大，经营情况如何，这些能不能通过登记簿查阅出来？进行交易，把货物出售，要担心货款能不能回收，要看对方的支付能力，看对方实际资产状况，因此要考虑这些能不能从登记簿中查阅出来。从目前的登记簿的角度看好像比较困难。《珠海经济特区横琴新区商事登记管理办法》中取消了年检制度，但是实行年度报告制度，过去年检是登记机关主动出手，现在登记机关不干预了，改为自己提交，提交一个自己认为合适的、可信赖的、可取信于市场第三方的经营状况报告。一旦连续两年没有提交报告，登记机关可以将其从商事登记簿中除名，直接从登记簿的名册中去掉，就不是商人了。换句话说，被除名的人要想在珠海横琴新区以商人资格从事活动，本地区不欢迎。深圳的规定在第31条规定了一个类似于黑名单的制度，将其拉黑，并且建立了信息平台，做交易的时候其他交易主体马上可以从交易平台上获知相关的信息。这是一些现行的新的措施，这些措施是不是过了，可能有疑问。这些制度可以净化市场，少一些诈骗、欺行霸市等，应该会有一些作用，但是作用有多大搞不清楚。总之，如果小张某希望通过企业登记簿的状态了解企业的资金状况等情况，可能无法通过登记簿获知。即使可以登记提交这些状况，但是提交也有结算日，过了这个时间点情况可能发生变化。这方面登记簿即使能够体现一定的东西，但也未必十分有用。如果登记机关要求提供实际资产的状况，该公司现有资金、存款多少，银行负债多少，到了第二天企业可能就把财产转移出去，实际的资产的状况这是没办法做到随时的汇报的。

另外，如果相对方把货物卖出去，担心货款收不回来，现行法有其他的办法，完全靠登记簿是不够的。比如特别的担保制度，可以找第三人做担保，或者拿该企业的不动产、厂房、机器设备做抵押，用这种特殊的担保方式进行具体交易的保障。

一 现行法规定之总结

总之，如何界定商事登记簿登记事项的范围，在现行法上概括得不是很充分。国外有一些立法例，我国也有一些立法例，内容琐碎。例如我国的《个人独资企业登记管理办法》《合伙企业登记管理办法》，都会涉及到登记事项的规定。

1>各立法例规定的一些共同点

虽然立法例多而复杂，不过从各立法例中可以总结出一些共同点。例如有一些事项在各立法例中都是要求登记的：

- ①企业法人的名称是一定要登记；
- ②住所都需要登记；
- ③经营范围也是需要登记。

关于超出经营范围的事项，现行法司法运作和学理上一般认为原则上不应直接认定超出经营范围的经营活动无效。但是经营范围的限制性作用越来越小，并不意味着经营范围的事项对于界定公司之存在以及对于交易相对方的意义就没有了。它还是有意义的，道理也也很简单。跟对方签订合同的时候，起码要知道对方是专门做这个生意的。比如对方是经营农村承包经营户，专门经营农副产品，他说有电脑要卖给你，你怎么相信他呢，农副产

品和电子产品差得很远。两个都非常有技术含量，只不过技术含量的领域不一样。判断的时候还是要从它自己标注的做的东西判断。律师也要告诉他的主业是什么，要他说什么都能做，就千万别找他。经营范围也是一样道理，自己公示出来主业是什么，取信于别人，也是让对方知道。这是一般的交易经验。那怎样解释超出经营范围的活动仍然有效？因为超出经营范围的活动一般情况下不违反国家的法律，不侵犯第三人利益，只涉及到交易双方彼此之间的特别的交易。超出经营范围的效力问题放宽，不意味着经营范围的事项没有意义，它仍然有意义，从经验、从效力的角度都是很必要的。

④注册资金在各种立法例中一般也是要登记的。

⑤组织形式、负责人需要登记。

负责人指的是公司里的法定代表人，非公司制的法人企业里是讲负责人。

2>我国有特色的登记事项

与其他立法例相比，我们国家有特色地方是经营场所、经济性质、经营期限、从业人数、隶属关系。这些是不是都是必要的？上面讲了要从企业本身、交易相对方、管理方三方来判断，共同界定登记簿到底记载哪些内容。可能从管理方角度而言，经济性质之类的登记是有必要的，但是从相对方的角度来讲，都是商主体，登记这些有意义么，就有疑问。

3>我国欠缺的登记事项

更重要的是我国欠缺的登记事项。我国欠缺的包括登记事项包括董事会成员及其代理权限。董事会成员与现行制度有关，因为我国采取独任制。另一个欠缺的是公司或企业事务执行人员及其代理权限。我国法律对公司的董事长、经理的对外权限，没有仔细规定。合伙企业中也没有完全说清对外代理权限到底怎样。虽然 37 条规定内部限制不得对抗外部第三人，但是内部限制到底怎么限制？有限制首先要有前提，有一个范围，才会涉及限制问题。如果前提没有，这个限制怎么解释，存在疑问。

3. 商事登记之程序

3.1 概述

商事登记的程序问题比较简单，有比较齐全的法律法规，因此不太着重讲。

3.1.1 登记机关之权限

我们国家商事登记、企业登记实行的是分级登记管理原则。不同级别的登记机关的权限范围、登记对象各不一样，国家工商总局的登记的企业、法人的范围，与省级、县级工商管理机构的登记范围，都不一样。若干法条中有规定。这个原则及其法律效果，在后面商号的问题中也会体现出来。商号的效力范围在地域角度观察，只限于商号所登记的登记机关所管辖的行政区域范围内。商标与之不同，商标的效力范围是全国范围内的，在国家工商总局商标局进行登记。

3.1.2 登记之种类

按照现行法规定，登记分为开业登记、变更登记、注销登记，这种登记分类方法也比较常见，按照企业主体本身从产生、变动到消亡的过程进行区分。

3.2 公司设立登记之程序

3.2.1 商主体设立之基本问题

谈公司设立登记程序之前，有两个问题需要明确。第一是经营范围的登记问题，第二是公司章程的登记问题。公司章程是不是登记事项，首先来看今年生效的新近立法《深圳经济特区商事登记若干规定》。

《深圳经济特区商事登记若干规定》第 6 条 商事登记机关应当设置商事登记簿作为法定载体，记载商事主体登记事项和备案事项，供社会公众查阅、复制。

也就是说，商事登记的事项包括两种，登记事项和备案事项。主体登记事项包括哪些，在第7条规定有七项。

《深圳经济特区商事登记若干规定》第7条 商事主体登记事项包括：（一）名称；（二）住所或者经营场所；（三）类型；（四）负责人；（五）出资总额；（六）营业期限；（七）投资人姓名或者名称及其出资额。商事登记机关应当根据前款规定，按照商事主体类型，分别规定商事主体登记事项的具体内容。

该条第二款的规定，具体到什么程度没有提。比如负责人要具体到什么程度，是不是性别、年龄、长相都包括进去？这些未必是商法上关心的问题，商法上要关心的还是负责人代表的权限是什么，这个没有提。另外投资人的权限，股权能不能转让、成员权能不能转让等，以及公司中关心的隐名股东、除名股东等方面的问题，涉及成员内部的投资关系，需要详细记载，也没有完全提。商事登记机关到底应该怎么规定，也没有一个门道。

我们着重关注一下第八条，商事主体的备案事项。列有五項。

《深圳经济特区商事登记若干规定》第7条 商事主体备案事项包括：（一）章程或者协议；（二）经营范围；（三）董事、监事、高级管理人员姓名；（四）清算组成员及负责人；（五）商事主体特区外子公司或者分支机构登记情况。

第一，章程、协议。这里是既需要登记章程、又需要登记协议的意思么？这里的章程和协议是分别针对不同的商事组织类型讲的。公司主要是章程，合伙等形式主要是协议。公司法、企业法、商事组织法中有一个相关的问题，公司存续期间，股东内部达成一个不同于或者并行于公司章程的合同、协议，它有什么效力，可不可以申请到登记机关进行登记？这是一个理论问题，可以探讨。

第二，经营范围，也是作为备案事项来做的。规定中与其他地方做法有所不同，在其他地方，经营范围直接作为登记事项。经营范围作为备案事项来做的，如果要达到商事主体相对的一方，即交易第三方能够很快地知道该主体的经营范围的效果，登记机关所备案的经营范围应当向社会公示。换句话讲，社会上任何一个第三方原则上都有权利查阅或复制。至于查阅复制是否有什么危害，以及受不受到一些限制，在程序问题最后再提到。

第三，董监高的姓名。

第四，清算组织成员及其负责人。这是公司进行清算、解散的时候才会出现的备案事项。

第五，商事主体特区外子公司或者分支机构登记情况。子公司主要涉及到内部有投资关系的情况，上市公司可能涉及到关联交易方面的问题。关于分支机构，前面在讲合伙企业的时候谈过，合伙企业内外部法律关系的问题尤其涉及到分支机构的权限，涉及到分支机构以总部之名义对外签订合同怎么签的问题。分支机构原则上享有的是代理权，分支机构负责人的地位跟传统商法的经理人的地位基本上一致。经理人与公司法的经理要区分开。

关于经营范围，现在分为两大类，第一类是许可经营范围，第二类是一般经营范围。非许可的都是一般经营范围。根据国民经济分类标准，有一个行业代码，需要登记到登记簿里面去，或者按照深圳的做法登记到备案资料中去。关于超越经营范围的行为，按照实体法上，总的趋势是超越经营范围的行为不应导致无效。但是这个结论不能推导出公司完全不必进行经营范围登记。经营范围主要是企业自身的宣传问题、取信的问题，通过经营范围取信于交易渠道，还是需要的。

公司登记的程序问题有两个方面，设立人的登记申请和登记机关的登记活动。

3.2.2 公司设立登记之申请

登记申请本身还是一个准程序性行为，可以准用法律行为中的一些相关规定，比如代理、意思表示错误等。

申请材料的提交，有详细的规定。比如2005年《公司登记管理条例》第20条规定了有限责任公司包括哪些需要提交的材料，21条规定了股份有限公司。可以对照一下，申请提交的材料与最终登记机关登入到登记簿中的事项稍微有些不大一样，提交材料的范围原则上广于登记的范围。在深圳新近的规定中，提交的材料范围也是广于登记、备案的范围。基本上备案的材料都是当事人自己提交的一些比较必要、比较齐全的材料。

现行法上有一个没有完全规定的问题。登记公司设立登记的时候，以及公司成立之后存续期间变更登记、注销登记的时候，公司的哪些机关有权利以公司名义向登记机关提交登记申请。这个问题在前面举到的一些例子里面也涉及到了。比如按照现行法规定，原则上只有法定代表人才有权利提交登记申请，但是如果法定代表人董事长退出去了，需要一些解决方法。这个问题在现行法的规定下，解决方法不太多，源于现行公司法上所规定的公司负责人、法定代表人独任制所引发的问题。

3.2.3 公司设立登记机关之登记活动

公司设立登记机关的活动，比较简单，分为受理、审查与核准、发照与公告三个阶段。

- 3.2.3.1 受理

受理方面规定得比较多，有一些关于程序时间的规定。

- 3.2.3.2 审查与核准/决定

3.2.3.2.1 审查

审查方面有一个重点问题。我们国家还是有实质审查的问题。

2004年《企业登记程序规定》条11：“企业登记机关认为需要对申请材料的实质内容进行核实的，应当派两名以上工作人员，对申请材料予以核实。”

既然是核实，肯定要到当事人现场，当事人的住所、经营地核查，这里面已经涉及到实质审查，不仅仅就当事人所提交的书面材料是否符合形式要件进行形式审查。实质审查和形式审查的区别，在法律效果上会引发出登记机关所附的责任的不同，实质审查责任重，形式审查责任轻。如果要求实质审查，一旦实质审查义务没有尽到，导致登记有错误，就会导致登记机关应当承担相应的责任，我们国家主要是国家赔偿责任。

3.2.3.2.2 核准/决定

核准的程序，是登记机关审查后做出登或不登的决定，有详细的规定。

- 3.2.3.3 发照与公告

3.2.3.3.1 发照

我国现行法规定，任何一个公司要取得公司的主体资格，尤其是与公司相匹配的法人资格，必须拿到工商登记机关所核发的营业执照。没有营业执照，即是能登记，仍然视为没有取得实体资格。如果没有持照从事相应的活动，即使经营活动已经在登记机关所登记的经营范围之内，仍然可以被视为是无照经营，就非法合同进行取缔。

这是现行法的强行规定，这个规定肯定会引发出一些问题。它对工商业、经营活动有一些过度的管制。这方面在最近部分地方立法有所松动，尤其是珠海新区规定，个体工商户不需要进行登记，经营范围、营业执照就没有了，因此引发了松动。另一方面，学理上也开始讨论营业执照的属性、效力问题。

现行法上规定的影响公司主体资格的问题，至少两个方面。不仅限于公司，在其他非公司的企业也包括。比如合伙企业、个人独资企业。一方面在正面角度，没有在工商登记机关取得通过合伙程序的登记流程，取得营业执照，不能从事经营活动；另一方面，公司存续期间因为有法律规定的违法的情节、违法性经营活动，会导致登记机关具体的行政处罚措施，即吊销营业执照。

关于吊销营业执照的问题，大概在2000年以前，最高院为代表的司法实践所引发的对营业执照的属性、效力的认定是极富争议的问题。现在基本上归于统一。争议在于，有人认为吊销营业执照直接导致主体资格丧失。这一派观点将营业执照与主体资格紧密相连，不持有营业执照、营业执照被吊销，意味着主体资格被取消掉；另一派观点认为吊销之后并不立即导致主体资格消灭。营业执照被吊销之后的内部程序是清算，按照非吊销执照类的组织的清算的认定，公司清算期间，原则上主体资格不消灭，这是通说、主流思路。这与第一派观点就有严重的矛盾性，在实务上也有问题。所以营业执照被吊销并不导致法人主体资格立即消灭，只是导致经营资格被取消掉。也就是这一派的观点认为，公司本身拥有营业执照，后来因为有长期不参加年检等其他违法情节，被登记机关吊销营业执照，经营资格取消了，按照现行法的规定就要进行清算。清算期间，主体资格并非立即不存在，必须通过注销登记的程序，法人资格才能最终在法律上被取消而最终消灭。

后一派的观点最终成为通说，最高院的意见也确立了这种思路。但是张老师有一点儿反对。关于经营资格问题，在前面探讨商主体能力的时候曾涉及到。前面谈到商主体和商人能力的时候，有学者提出几项能力，商事权利能力、行为能力、责任能力。按照张老师看法，这几项能力原则上都不应当成立。有学者说行为能力可以换一种说法，经营能力，或者叫营业能力。这种理论认为，公司只有经过登记之后，才能够具有能力和资格从事合法的、被立法者和主管机关认可的经营行为，而所谓经营资格、经营能力、营业能力的标志，就是营业执照。也就是说，取得营业执照并持有就表示就有营业能力。这个说法张老师有些反对，反对的理由举一例稍作解释。首先

我们提出一个问题：营业执照本身是否具有有外部人看来，使该主体陷入司法的效果的功能。也就是说，公司本身持有有一个营业执照，对方如果单纯看营业执照，能否引发对营业执照记载事项的信赖，而且这个信赖在立法、法律上是否是值得保护的。营业执照本身是一个类似证据性的东西，类似的问题，在不动产登记也一样。在不动产登记中，不仅要登入登记机关制定的登记簿，登记机关还发放证书，现在发放的是不动产所有权所有证书以及他项权利证书，过去的有的还有共有证书，现在是这两种。这个证书基本上只是证据效应，而且这个证据效应不是最终的证据效应。它记载的内容与登记簿的记载相冲突的时候，以登记簿为准。按照《物权法》106条第一款规定，也不能将信赖的基础投放到证书上。

同样的逻辑在商事证书中也存在。比如你与交易向对方做生意，对方与你没有长期交往关系，第一次做生意要了解一下，要看一看营业执照。但是，对这个执照是否完全信赖，存在疑问。至少现行法上没有直接的或明确的或隐含的意思说交易向对方对营业执照的信赖是值得保护的。所以它可能仅仅是一个证据，只有证据性功能，而非交易信赖之基础。既然仅仅具有证据性功能，可能没必要那么正式，可以简化一下，比如可以把登记簿的东西复印一份就够了么；或者登记机关加盖个公章，这也不浪费人力。同样的逻辑也可以推到不动产权属证书。房本在法律上么有太大意义，既然只是一个证据，完全可以通过其他更简便、更低成本的方式替代。这是第一个理由。

其次，从比较法的角度看，可以比较和我们同文化、语言的台湾地区。台湾地区在2000年《公司法》修订之前，也是认为公司设立登记之后，原则上要取得公司执照，与大陆现在的规定一样。他们叫公司执照，是专门针对公司的。但是2000年以后，这个规定被废掉了，因为这个规定就是个鸡肋，没有用。而且更麻烦的地方在于，对登记机关的登记进行伪造不是很多，但是营业执照伪造的几率更高。所以为了杜绝、避免公司执照引发出来的市场交易的混乱，干脆不发公司执照了。而且随着现在电子化登记技术的发展，如果要想对于一个商事主体信息了解，可以上网查询一下就轻松地知道了。现在要获取资讯，一个手机可以差不多可以把世界上的事情了解得差不多，这在过去是无法想象的。现在还有网络是不是很流畅的问题，比如北大上一些网站不方便，如果这个解决掉了，营业执照的纸版确实没有什么用。甚至随着电子登记技术之后，公告几乎也没有什么太大用了。

换句话说，营业执照对于公司本身几乎没什么用。这是在私法上没有什么用，接下来看公法上的情况。因为按照一般说法，要从事经营活动，必须要在登记机关进行登记，登记之后登记机关发一个营业执照，才能够从事活动。换句话说，背后的逻辑是登记机关是作为行政机关进行管制的。这跟法人设立的规则主义、准则主义相冲突。虽然登记是一个环节，但是在准则中它只是一个程序的事项，原则上没有管制的功能。如果要管制，也是在营业范围超出了一般的营业范围，也就是进入了必须通过特许的领域的情况，这时候有不同于登记机关的其他机关来管制。比如公司想从事导弹、国防领域，会被查出。最近有一个案子，有一个大夫用祖上配方，自治私家药品治癌症，治了不少人，把自己的癌症也治好了。但是因为制造药品的资格，以非法制造假药的罪名被抓起来，判了十来年。总之这种情况下有另外一个不同于登记机关的机关进行管制，这在现行法上没有问题。单纯登记机关自身原则上没有管制的问题。既然如此，用公法的管制论证营业执照赋予经营资格的观点逻辑上有问题。从这个角度出发，登记机关发放营业执照是赋予对方经营资格、经营能力的说法，逻辑上不能自治。

关于吊销营业执照的问题，我们关注一下深圳和珠海新的立法。《珠海经济特区横琴新区商事登记管理办法》从头到尾没有吊销营业执照的问题。珠海自己规定了一个商主体的年度报告制度，以及公告的平台。本地区的商人、商人种类有一个名录。按照规定，如果商主体连续两年没有提交年度报告，商事登记机关有权将其从名录中除名——就像从同学们的花名册上除名，考试无法参加，成绩无法登入——挤出游戏圈子，计入到商事主体除名名录。这是26条的规定。这样可能过于僵化，所以27条规定还可以恢复。而“吊销”两个字在这个规定中基本没有出现。换句话说它可能也觉得吊销理论上有问题。这是一个新的动态。

总之，营业执照将来可能慢慢走向消亡。说营业执照是鸡肋还是客气的说法，鸡肋有时候还有味道，营业执照可能就没有味道。

3.2.3.3.2 公告

我们国家自始就没有完全建立起完善的公告的制度。1990年有个《企业法人登记公告管理办法》，但是规定极不完全，尤其关于公告的法律效力没有体现出来。所以公告的问题基本无法谈，很多地方都不清楚，前些年这些问题更加不清楚。首先不知道在哪里公告，不知道是纸质版的还是电子版的；其二谁应当去公告，是商事主体自身还是登记机关进行公告，没说清楚；第三，公告有误、公告有缺陷的法律效果是什么，也没有规定；第四，公告本身与登记簿的本身状态是不是有冲突，也没有规定。这个问题几乎没法谈，所以略过去。将来电子技术发达以后，纸质版的公告几乎没有太大必要。

关于纸质版的公告，可以举个例子，在德国，联邦的公告事项有专门报纸一样的东西。只要涉及到本公司设立、公司法定代表人或负责人发生变化、股东退出等事项，涉及到自身和交易相对方的重要的事项，商事主体就要到指定的联邦的专门的报纸上进行公告，纸质版就是这样的情况。现在这种纸质版还在，但是人们发现太麻烦了，现在主要是电子版的，查询也方便。张老师刚到德国的时候，中国的报纸多的也就8版，而德国的报纸何止是8版啊，有36版。人们在上面进行公告、查阅登记事项，只有感兴趣的才会查，而且三十多张报纸，要想查询到所需要的信息很费劲。立法者不可能期待市场的参与主体，每时每刻查阅对方的情况，这个成本太高了，时间成本、精力成本，还有报纸寄发成本都存在，报纸可能不会当天到。所以在原来的情况下，期待公告的效力可能就有问题。

这个问题在谈到登记的效力的时候，有一个问题会涉及到。某些事项被错误登记与公告时的效力问题(4.2.2)，某事项已正确办理登记(并公告)时之效力(4.2.1)，与这里的公告问题相关。已经登记了并且公告，第二天与其做交易的情况下，可以期待对方马上查阅报纸知道它的法定代表人变化了么，这就有疑问，可能是是无法期待的。所以理解《德国商法典》15条的相关规定的时候就会发现，这里面可能是有生活逻辑的。

《德国商法典》第15条：“I. 只要必须在商事登记簿上登记的事项还未履行登记，或还未予以公告，任何该必须登记事项的参与人都不可用该事项来对抗第三人。除非第三人已经了解该事项的这一真实情况。II. 如果应登记事项已经登记并已经公布，该事项则对第三人生效。但是，如果在登记事项公布之后15天内，他既不知道，也无责任必须知道该登记事项，那么，该登记事项对其法律行为不生效力。”

换句话说，如果传统的纸质版的公告方式被电子化的取代，而且电子化覆盖的范围是全区域性的，比如在北京所有的范围，任何一个角落都可以通过上网查阅，这种情况下，公告的效力是不是像刚才所涉的例子，15天之后才有对抗力，就不一定。讲商法，商法非常有技术化。谈商法总论，一般会说商法是技术性的，是商人之间赚钱用的，外人看不懂。这个技术性有的时候是交易结构设计上的技术性，有时候是因为科技发展，交易的手段工具上的技术性。这个技术性也会影响到商法上有些规则效力的变化。这是我们需要看到的问题。

讲公告，我们只能预测，将来随着电子化普及率越来越高，公告的效力可能就会提到大家讨论的范围。在深圳珠海两个地方的立法中，本来期待这两个立法中能够看到一些登记效力方面的规定，可惜令人失望的是没有看到。本来应该是可以看到的，可能还是管制的思想稍微重了一点儿。期待将来哪年出一个新的立法能谈到这个问题，比如希望将来北京海淀区或者什么新区出一个立法。

4. 商事登记之效力

商事登记的效力是商事登记问题的重点，但是恰恰又是现行法没有规定的东西。谈效力问题，首先也与不动产登记进行比较。不动产登记是权利登记，商事登记是主体登记。如前所述，权利登记因为交易的客体就是具体的权利，所以立法者、交易者都应当能期待交易的相对方对于某具体交易进行查阅，相对方的查阅、调查义务是可被期待的；而在主体登记中，原则上无法期待相对方每次进行交易的时候都花时间、精力查询交易相对方是什么样的人、法定代表人是谁等问题。这也会引发登记效力构造上不一样。

不动产登记中，因为登记的是权利，所以登记效力是登记本身对权利取得及变动之效力问题。效力在现行法上分为两种，创设性效力与宣示性效力。宣示性效力即不登记也可以交易，但是非经登记不得对抗善意第三人。这是就物权变动本身来说的，没有规定其他的问题。由此推出不动产登记簿的推定效力，不动产登记簿登记的内容推定为正确，没有记载的内容推定为不存在。如果登记簿中，除了房屋所有权之外，没有任何他项权利，比如银行的他物权、地役权等，就推定所有其他权利都不存在。这是不动产推定的问题，不动产推定跟《物权法》106条第一款有一定关系，但是并非其构成要件，只是推定前提。也就是基于登记簿的推定是善意取得的前提，但并非善意取得本身之构成要件。

商事登记有没有这样的推定效力？比如北达制造有限公司登记的法定代表人是张某，能否推定这是正确的？现行法似乎没有规定，这好像与民诉法、证据法也有些关系，也可能没有关系，张老师也没研究透。

4.1 创设效力与宣示效力问题

4.1.1 对主体资格取得之效力

创设性效力中，对主体资格取得之效力，在现行法中，中央立法层面有相关规定，登记之完成，是各类市场主体取得其资格的实质性要件。这是创设性效力，不仅仅体现在登记簿，而且如上所述，还要领取营业执照，这是比较麻烦的。

地方立法方面，上述珠海的规定开了小例外，个体工商户不用登记。

相对地，各类主体无论是在珠海还是在其他地方，一旦在工商登记机关登记之后，不想再干了，想从市场中退出来，必须到登记机关注销，才能彻底消灭。注销登记是现行法上任何主体资格消灭最终也是唯一的途径。其他的原因，比如破产、被吊销营业执照，原则上都不会引发登记注销的问题，只不过是法律上限制其活动。比如营业执照被吊销，不能再从事经营活动，这里指的只是这样一种禁止性规定，与经营能力没有关系，从事某些活动不是因为缺乏能力，而是因为被法律禁止。比如某人有三套房了，还想在北京买套房，这样就不符合北京的买房资格，但是不是说没有这个能力。只能从违反禁止性规定角度解释具体的交易行为之效力。既然是禁止性规定而不是缺乏能力，就可能有回旋的余地。比如某人买了三套房，还想在北京再买一套房，表面上看是不行的，但是如果签订合同之后中央发文件，规定任何地方不能对房地产进行这种调控，这个法规被取消掉了，这个合同就自然生效了。如果走能力的思路，这就比较麻烦，如果说前面没能力而后面有能力，这就讲不通。商事注销也是这个道理。

4.1.2 登记对各登记事项之效力

不动产登记中，登记本身对于不动产权利的变动具有创设性效力、宣示性效力。公司登记中也有类似的说法。要注意的是具有宣示性效力的两项。其一是董事会成员及其代理权限。我国法人制度中，董事并不当然具有对外代表之权限，能够代表公司或者法人的只有董事长或者执行董事，一般的董事原则上不具有。这里讲的董事会成员及其代理权限的问题涉及到意定代理的问题。这里也主要取自比较法的思路，其他国家有集体代表制度。台湾的立法中也有些相关的问题，比如实际控制人、或者所谓影子董事的问题。

2011年《公司法》司法解释涉及到股权转让、主要是涉及到隐名股东。隐名股东就是，自己不出名，不在公司的股东名册挂号，也不在公司登记簿出现，按照深圳的制度就是不在公司的登记档案资料、备案资料中出现。比如老张以小张名义出名，背后可能有合作关系，出名的是小张。这种情况下到底谁是股东，谁享有股权，就会引发一些问题。在《公司法》司法解释三 25、26 条涉及到。（法条参见合伙 4.1.2.2）

名义投资人未经实际投资人的同意转让转让，这种情形如何认定？这个问题往往扩展到《公司法》33 条一些相关的规定，关于股权取得要件、内部效力与外部效力的规定；取得公司的股权资格应当具备哪些要件，才能够成为该公司实际的受保护的股东；与其他股东之间的关系上，应当以什么为准，以表明可以作为股东向其他股东主张权利，如投票权、被选举权、分红的权利、股息派发的权利等；外部的债权人，在本人具备什么样的条件下才可以将其作为本公司的股东以主张该公司所负责任、履行义务；义务没有履行或者不完全时，什么情况下可以主张义务。换句话说，公司内部关系上，以及公司对外关系上，对外关系涉及各种要素，按照现行法规定有不同的内容。

有限责任公司投资、出资义务完成后，首先公司会发放出资证明书；其次公司也应当记载在股东名册中去；第三公司章程中也可能记载，公司章程制定的时候要签字，必须要全面通过；第四方面是公司内部之外的登记资料。以上哪些要素对于股东资格取得上有影响，是疑问的。登记对股东资格、股东权利的影响到底存在于在什么角度以及程度上？

张老师初步的看法是，登记原则上只限于公司对外关系。也就是说公司与外部有关联的时候，登记才会起作用。换句话说，外部债权人如果想撕破公司面纱，追到背后的股东的话，看公司经营状态，要经过登记；外部债权人按照《公司法》司法解释三的规定，向公司主张继续履行出资义务，比如公司出资义务 300 万，实际履行只有 30 万，还欠缺 270 万，外部债权人可以就登记资料请求履行公司义务。外部登记材料在内部的问题上原则上不应认为重要。按照公司法、现行法的规定，股东向公司主张权利的时候以股东名册的记载为准，章程的规定未必重要。当然原则上这些应当是一致的，但是程序上有可能有先有后。比如已经记载了，但是公司章程还没来得及修订；或者已经修订，还没来得及提交到公司登记机关重新立案，都有可能。股东向公司主张权利的时候，或者是公司对股东履行其义务的时候，也应当以股东名册为准。这是张老师的看法，与别的同行的看法可能不一样。

变更登记、注销登记的效力问题比较简单，略过不谈。

4.2 商事登记之善意保护效力

商事登记效力的核心点是商事登记的对外公信力，即善意保护效力。

《深圳经济特区商事条例》的规定

中央层面的立法找不到，所以就谈一谈 2004 年《深圳经济特区商事条例》20 条的规定，这是张老师商法课上十分重要的条文。

2004 年《深圳经济特区商事条例》第 20 条规定：“I，自设立、变更和注销登记申请被核准之日起三十日内，有限责任商人和合伙组织应公告其被核准的登记事项。公告的事项应当与登记事项一致。II，违反前款规定的，登记机关责令其限期改正；逾期不改正的，处以五千元罚款。III，登记事项未公告的，不能以此对抗他人。IV，与登记事项不一致的公告事项，不能对抗他人；因过错造成公告错误，造成善意第三人损失的，应对善意第三人承担相应的民事责任。”

第一款谈到公告，但是在哪里公告、具体公告的形式等等，这里也不是完全可以看得出来，所以我们也不是很清楚。

公告的事项应当与登记事项一致，一致首先是不能出错，其次范围应该是一致的。营业执照上记载的内容比较简单，有企业名称、法定代表人、营业场所、住址、企业性质、经营范围等，另外也可能有注册资金等，也可能不提。此外还有签发认证期以及机关，所以比较简单。这样它与背后的登记簿相比，只是一个简单的概括，印在一个纸上，让大家能够方便地去看。但是要想查询全部的信息，营业执照是做不到的，从这个角度上讲营业执照也没有太大的必要。

登记机关核准后的公布的关于被登记的主体的三种等级手段，包括登记簿、营业执照、公告，原则上应当都一致。如果不去管营业执照的问题，登记簿与公告原则上都是一致的。也就意味着范围都一致，范围都一致就有一些问题。比如公司章程，应当公告到什么程度，确实也有疑问。好在各地的登记机关各自制定了公司章程范本，范本制定之后填充具体内容即可。张三、李四、王五要成立一个有限责任公司，A、B、C、D、E 也要成立一个有限责任公司，他们目的、设定内容、经营分为等可能都不一样，但是章程大体上一样的，只不过是按照范本像填空一样填一下。如果登记机关提供的公司章程与公司的有些有些事项不相符的话，要更改，各地的登记机关做法不太一样。有些地方的登记机关是不让改的，否则登记机关不接受。这里面就总有一些比较怪怪的东西。向登记机关提交章程，按照登记机关提供的范本，这个章程差不多就是《公司法》。《公司法》200 多条，这些章程也差不多有这么多，有的甚至更细，纸质版可能很长。好在现在电子化，成本不太高，这是一个好处的地方。总之，一致到什么程度，得看可行性。

第三款的规定是核心。登记和公告以哪个为准？至少按照第三款规定，登记和公告之间效力上以公告为准。即使登记，但是没有对外部公告，登记事项不能对抗第三人，好像落脚点落在公告的效力上，以公告制衡登记。

但是根据第四款第一分句，与登记事项不一致的公告事项不能对抗第三人，落脚点好像又落在登记上了。这是一个有疑问的地方。这个到底怎么做，解读起来很费劲。这个规定是 2004 年颁布的，已经过去了好几年，那个时候电子方面还没有现在这么发达，现在应该已经能够相信对方能够做到克服很多东西。

4.2.1 某些登记事项已正确办理登记（并公告）之效力

举一个例子，这个例子涉及到公告所有的流程已经办理完毕的情形下，可能会出现一种的交易的常态，可能觉得没有必要查询登记簿、公告的问题。

典型案例

甲乙丙三人设立一合伙企业，在合伙协议中，未约定三人中某人为合伙事务执行人；一年后，三人形成决议，委托甲为执行合伙人，并办理登记。翌日，对此不知情之长期交易相对人 A，仍与自称代表合伙企业之乙签订合同。问：此时之合同，对合伙企业是否具有约束力？若在登记后一个月时签订此项合同者，又该如何？

这里以合伙企业为例讨论这个问题。“未约定三人中某人为合伙事务执行人”，这是《合伙企业法》26 条第一款，未约定的情况下每个人都有平等的合伙事务执行权。“一年后……委托甲为执行合伙人”，用到 26 条第二款，委托其中的某一个人或者数人作为合伙事务执行人有两个依据，合伙协议之约定，或合伙企业成立后在合伙企业存续期间合伙人形成决议；“办理登记”，这里是办理了登记，成为本案的一个前提。依据《合伙企业法》中

关于登记事项的规定，合伙企业法登记事项，是可以登记执行事务合伙人。合伙事务执行人，执行事务合伙人，这两个说法不一样，有可能涉及到 31 条第六项中所提到的经营管理人。

首先来看案例中的第一个问题，此时合同对合伙企业有没有拘束力，也就是能不能产生效力。期末考试就是案例分析，开卷，可以准备材料、书、法规。比如以这个案例为例，怎么分析？A 能否向 B 合伙企业主张合同履行，也就是合同效力有没有拘束力，这是这里的问题。A 能不能向 B 主张合同履行，也就意味着问题点转换为 B 是否为该合同之当事人，也就是看合同怎么签的。

签合同进行时，是乙以 B 之名义，同 A 签订这个合同。换句话说，问题就马上转换为乙有无代理权。也就是说，乙以 B 的名义与 A 签订了一个合同，这个合同要想拘束 B 的话，现行法上目前唯一的路径是代理，因为 B 是非法人，不能叫代表，只能是代理。所以就考虑乙手中是否持有或享有以 B 的名义对外签订合同的权限、代理权。这时候就要检索乙享有代理权的可能性。

回到案情里面。乙原来是有 26 条第一款规定的代理权，但是现在已经失效，转到 26 条第二款，现在只能是甲有代理权，原则上乙是没有代理权的。没有代理权，乙以 B 的名义与 A 对外签订合同，原则上是无权代理。接下来就要问无权代理能不能在一些情形下作为有权代理处理，于是问题就转化为能否作有权处理。无权代理作为有权代理处理，合同法上是表见代理，在现行《合同法》的哪一条？49 条。所以问题就成为 49 条能否直接适用，是直接适用还是准用。或者，因为 49 条是表见代理的一般性规则，所以还得再看有无更具体的特别规范。如果有更具体的特别规范的话，49 条也不必要用。

特别规范需要我们假定。我们只能假定，因为现行法上对商事登记本身效力方面的规定欠缺，商事登记本身效力的思路原则上与表见代理是大体吻合的，都是涉及到善意的保护问题，只不过在表见代理中，只着重代理权本身的问题，而商事登记所涵盖的善意保护的不仅仅限于代理权，还包括其他的问题，比如登记事项中合伙人身份问题、成员身份问题、资金数额问题，都有可能涉及到。

无权代理能否作为有权代理的问题中，因本题涉及企业组织，所以要得看《企业组织法》本身之规定，涉及到《企业组织法》本身之特别法。而这个特别法主要体现在商事登记方面，所以到商事登记中去找。现行法上这方面的规定没有，现行法欠缺，这是没办法的事情。讲到这个地方时就要讲到学理上，换句话说，如果现行法有这个规则就可以用，如果没有这个规则，就必须到前面，动用 49 条的一般性规则。答题可以是这种思路。可以是正的思路，也可以是反的思路。很多同学上过葛老师的课，知道按照时间流程，走证据思路，这是一条思路，另一条思路是按照请求权本身的要件来进行检索。但是不管怎么检索，一定要抓住法条，没有法条，空口无凭。法条有问题的时候再说。

现在法条有问题了，没有这方面的规定。首先，合伙企业中，登记簿上，合伙人是要进行登记的；其次，按照现行《合伙企业法》本身之规定，执行事务的合伙人也是要进行登记的。一年之后三人形成决议，委托甲作为执行合伙人并且办理登记。就意味着乙没有代理权。这个时候要加个法条，27 条。也就是说，选了其中一个或者数个合伙人作为执行合伙人，其他人就没有权限了。

乙本身没有代理权，这时候交易相对人 A 基于此前之信赖、经验，说乙此前长期代表 B 合伙企业签订合同，一直没出问题，到了这一天出问题了，这时候值不值得保护的问题。我们可以看到所有的变更事项已经完全进行登记并且进行已经公告了，所以接下来的问题是公告本身对抗效力的产生时间问题。这个问题，有兴趣的话可以翻一翻《德国商法典》15 条。15 条的基本原则跟欧盟法基本相关的，有中译本，是杜景林、卢谔翻译的。

《德国商法典》第 15 条

..... (2) 1. 已经对此种事实进行登记和公告的，第三人必须承受事实的效力。2. 对于在公告后 15 日之内实施的法律行为，以此第三人证明其既不知也不应知此种事实为限，不适用此种规定。

《德国商法典》15 条第二款分为两项。按照第一项的规定，合伙企业 B 内部执行事项发生变化，执行事务完全由甲承担的话，外部第三人原则上应当承受此效力，因为已经办理公告；但是第二项又有另外的规定。这里第三人是 A；既不明知也不应知，不明知是没有故意，不应知是非基于重大过失而不知。为限而不适用此种规定。按照这一项规定，交易相对人此前一直是与合伙企业 B 进行交易，交易的方式都是乙出面，现在前一天根据内部决议，已经变化了，乙不再执行合伙事务，第二天乙仍然继续执行合伙事务。在这种没有其他事由的情况下，可以期待 A 查阅它么。该合伙企业与交易伙伴 A 此前的交易都是由乙出面的，现在根据内部决议，乙已经不再享有代理权，为了防止这样的交易结果出现，B 企业或者其他合伙人应当及时通知 A。换句话说，没有办法期待 A 主动地查询知悉 B 内部的事项，即是该事项已经登记并且公告。法律上为了保护这种确实成为无辜的 A，仍

然适用善意保护，适用 B 没有丧失代理权之前，三个人都有代理权的状态。

这个规则如果存在，是“+”，推出的结果就是乙被视为有代理权，作为有代理权处理，这个交易就能做成，A 可以依据此作为有权代理的合同向 B 合伙企业请求该合同之履行。

第二个问题，若在登记后一个月时签订此项合同者，又该如何？这是提醒大家《德国商法典》15 条第二款。如上所述，不动产交易与商事交易主要逻辑不太一样。在不动产交易中，交易的客体、内容是不动产权利，不动产权利必须记载在不动产登记簿中，所以立法者或者说交易习惯期待交易相对方查阅不动产登记簿是合理的，而且成本也不高；而在商事交易中，没有办法期待此例中的 A 天天关注 B 每天家里发生什么事儿、做什么好吃的。所以期待他查阅不大容易做得到，这时候给 A 以相应的保护也不过分。只不过这个期限是一个星期、十天、半个月还是一个半月，这是另外的立法考量问题。

其次要考量的是，假如这个地方交易习惯已经完全电子化、网络化；其次这个地方交易之前无论双方多么亲密，都有查阅对方登记交易习惯，这样按照当地交易习惯模式来做。对于相对方 A，假如没有按照交易习惯来做，这时候不提供保护，也没有太大关系。这个前提是当地所有人的交易模式已经非常成熟化、规范化，否则无法这么做了。以上是第一个例子。

4.2.2 某事项应办理登记，却未为登记时之效力

- 4.2.2.1 例 1

甲乙丙丁四人设立一普通合伙企业，合伙协议约定甲为合伙事务执行人，且就其对外代理权限，未予限制。1 年后，其余合伙人鉴于甲之能力及品行，遂决议将甲之对外代理权，限定在交易额为 50 万元以下之合同签订权。但该内部限制之决议，未办理登记与公告。后甲以合伙企业之名义，与交易相对人 A 签订购买原材料合同，金额为 120 万元。问：该买卖合同之效力如何处理？

前面提到《合伙企业法登记管理条例》中，只是说登记事项里面包括执行事务合伙人，没有提执行权限到底如何。所以这里面，只说有代理权限，没有进行限制。关于这个案例在本课 07 级的考试中考过，当年考试的答案应该也放到网上了，可以找一下，这个问题就略过去，比较简单，分析思路大体不会超出原来的问题。

接下来的问题比较麻烦。

- 4.2.2.2 例 2

甲乙丙丁四人设立一普通合伙企业，合伙协议约定甲、乙共同为合伙事务执行人，且要求甲、乙对外为合伙企业签订合同时，须共同为之。后甲退出合伙（退出事由及依据为《合伙企业法》第 48 条第 1 款第 2 项：“合伙人有下列情形之一的，当然退伙：…（二）个人丧失偿债能力；…”），但其退出事项未在合伙企业登记簿中办理登记，亦未公告。现乙以合伙企业名义，与 A 签订一项金额为 50 万元的买卖合同。问：A 就该买卖合同之价金请求权，能否向已退出之合伙人甲主张？

这个问题非常麻烦。可以思考一下。这里涉及几个大体的思路。A 就买卖合同的价金请求权，向退出的合伙人甲来主张，甲承担合同价金履行义务的话，甲应当具有什么样的身份？甲应当具有合伙人身份，是该合伙企业合伙人。因为这个合同是以合伙企业名义签的，根据《合伙企业法》38、39 条规定，价金首先找合伙企业，合伙企业可能不足，可以追到背后的合伙人。如果要求甲追偿，甲应当是合伙人，但是甲实际上已经退出去了。按照《合伙企业法》专门规定，退出之前的仍然负责任。所以首先确定甲是不是合伙人，其次考虑该合同本身能不能拘束合伙企业。这时候要考察，因为该合同是由乙单独签的，合伙企业登记簿上记载了本合伙企业对外签订合同的权限应当是甲和乙两个人签的。这时候只是一个人签，不符合登记簿上的状态，单独签订的合同？能不能拘束合伙企业。这时候涉及到单独担任代理的时候，能不能签订拘束合伙企业合同的效力。这是一个核心点，这涉及到登记簿上的状态和实际状态不一样；其次，解析中会发现这个问题的设问与例 1 的设问也会不一样，推理逻辑上还可能涉及到一些矛盾。这时候涉及到登记簿本身的公信力以及事实主张的效力问题。可以看看 Canaris《德国商法总论》的一个比较有名的争议，叫做葡萄干理论。

《物权法》106 条第一款讲善意取得，善意取得受让人之保护。这个善意保护的条款，是强行法还是任意法？如果是强行法，假如受让人满足 106 条第一款所称之三项要件，在背后的所有权人没有追认有效的情况下，不能够以转让人欠缺无处分权来主张该行为无效，这是强行法的逻辑。如果 106 条第一款是个任意法，受让人

可以根据自己的利益选择。买卖合同达成当时主观上不知道出让人、转让人没有处分权，但是交易完成之后知道了，这时候受让人就考虑是要物的所有权，还是求其真实的法律关系，转让人没有处分权，就主张无权处分之违约责任。这在什么情况下有可能呢，比如买卖标的物买卖时价格很高，后来价格跌下来了，不想再买了，就可能主张无处分权。

丙是笔记本的所有权人，甲并不享有所有权，丙将其笔记本委托甲保管。甲在保管期间，以自己的名义，将该笔记本处分给乙，比如处分价格 1000 元。也就是说这里面的交易关系，先有买卖合同，而后物权移转，有物权变动要件。我们国家不讨论物权行为的问题，但至少要有交付，也就是乙必须取得现实的占有，这是《物权法》106 条第一款之要求。交易达成时间是 2013 年 5 月 1 日，到了 2013 年 5 月 28 日，乙知悉甲并没有所有权，只是保管权人。乙发现笔记本不怎么好用，1000 元买比较贵。乙能否主张甲之行为为无权处分？丙并未追认，乙能否主张这个合同解除，说不能自己给所有权，合同进而解除；或者直接主张违约，说对方是无权处分，不能将所有权给自己。违约是有点儿疑问，假如丙背后有其他因素的话，比如丙找不到甲，没有人找乙主张，按照 106 条第二款之规定，向乙主张返还，以及按照《物权法》33 条之规定，这时候可能违约就是有可能的。

先不考虑违约，来看解除。这是一个有意思的问题。乙在此时已经成立了善意取得，也就是应当取得所有权，但是他事后知道了甲没有处分权，乙能否以当时真实的法律关系，即甲无处分权来主张解除。这是一个有意思的问题，在现行法上讨论的不太多，很多国家基本上认可物权法规定的善意取得之保护是一个任意法规范，是在于保护受让人之利益。既然是保护受让人之利益，法律上没有道理、没有逻辑强迫受让人必须接受这个保护。换句话说，要保护我，要看我同不同意。有点儿类似于赠与合同，以前认为赠与是一个单方面行为，觉得是赠与何乐而不为，为什么反对呢，现实中恰恰就有人反对，不想要这个东西。所以法律上认为赠与作为一个单方行为可能不大合适，应当作为一个合同，合同也就意味着有赠与的意思表示，有要约，还必须经过承诺才可以，也就是给受让人意思决定的权利，尊重其意志的发挥。学理上基本认同了这一点。善意保护也是这样，基本上是任意法规范。如果有兴趣的话可以研究一下这个问题，民法上任意法规范不仅仅在善意取得上有体现，还有很多规范可以作为任意法规范考虑，比如表见代理等。受保护的善意人可以放弃该保护，选择背后真实的法律关系。

回到案例 2。案例中合伙协议约定由甲和乙按照《合伙企业法》26 条第二款之规定，作为本合伙企业的事务执行人，执行合伙人，这里要假定前提，这项约定已经登记，已登入到合伙企业登记簿之中。如果出案例题的话，这些假定前提会给出，否则无法分析。现行法上表现不太多，所以可能找一些地方性法规，比如《深圳经济特区商事登记若干规定》中登记簿分为两个事项，登记事项和备案事项，登记事项有七项，还规定登记机关就登记事项的具体登记内容制定规则。比如登记事项涉及到合伙人、成员、股东等事项，它们具体事项包括哪些，有可能负责人的具体事项就不仅仅包括负责人年龄、性别等等，还包括它的权限，以及权限的任期等等，这些具体规定都会放在案例的题目中。

怎么分析这个问题，还是按照上面的思路。A 与甲之间，有无直接的法律关系？案件事实交代的是没有。依据《合伙企业法》39 条，合伙企业对外不能偿还债务时，合伙人应当负有无限连带责任。A 如果要依据这一条向甲主张价金，首先确定前提。前提一：在签订合同时，甲需为合伙人，具有合伙人身份；前提二：该合同之当事人需为达北合伙企业。只有是合伙企业，债务才能是合伙企业的债务，进而甲才是合伙企业债务人。

首先从这个角度开始进行分析，这个债务是不是合伙企业债务，也就是合同当事人是不是达北合伙企业。合伙企业是不是合同当事人，看合同怎么签订。合同签订时，乙是以达北的名义，与 A 签订合同，因此问题就是乙有无代理权。

乙有无代理权的问题，合伙企业之外的民法上的特别授权案情中没有，就看乙是不是合伙事务执行人，尤其是可单独签约之执行人。乙是不是可以对外单独签约的执行人呢。这就涉及到这个事实如何解释。合伙协议中约定本合伙企业合伙事务执行人为甲和乙两个人，并且约定甲和乙为共同事务执行人。甲当然退出，当然退出意味着不需要其他合伙人同意当然退出，现在只剩下乙一个人，这个约定是否还继续生效，就需要解释。

第一种思路是，如果约定不继续生效，这个条款没有效力，就意味着需要适用《合伙企业法》26 条第一款之规定，因为第二款不生效了，也就意味着每个合伙人都有单独事务执行权。

第二种思路是，既然合伙协议约定甲和乙为合伙事务执行人，现在甲退出了，那么此前的意思解释的思路，这个条款继续生效，只不过共同执行权、代理权现在变为剩下的一个合伙人享有，也就是单独的事务执行权。

这是两种解释的思路。这两种解释思路都会引发出来，无论怎么解释，都会导致在真实法律关系上，乙可以单独以合伙企业的名义对外签订合同，也就是有此合同签约之代理权，即一种可能性是回到 26 条第一款具有代理权，另一种可能性是 26 条第二款继续有效，但是变为单独的事务执行权。

既然有签约代理权，也就意味着这个合同本身就应该有效，该合同应该可以约束达北，换句话说是有权代理，也就达北应当是该合同的当事人。

以上只是第一步，证明了该债务是合伙的债务，该合同是合伙的合同，债务可以归于合伙人。所以，A 是可以依据 39 条规定向该合伙名下的合伙人求偿。但是现在问题是，在签约时，甲是不是还是合伙人？看上面的时间，签约的时间应该是 2012 年 3 月 1 日，甲退出的时间是 2012 年 1 月 1 日。按照《合伙企业法》中退伙之法律规定，即 53 条，“退伙人对基于其退伙前的原因发生的合伙企业债务，承担无限连带责任”。

换句话说，问题是甲是否为签约时的合伙人。①从事实关系中出发，甲已退伙，可以主张《合伙企业法》53 条规定，对 A 的主张提出抗辩。但是问题是，②有没有可能存在对 A 的信赖保护可能性。换句话说，2012 年 3 月 1 日，A 与合伙企业签合同，甲仍然是在该登记簿上登记，所以就涉及到对于前面所讲的这项事实如何处理的问题。这个合同能否主张前面提到的，某事项应办理登记，却未为登记之效力。也就是 A 能否基于登记簿中记载的事项，相信甲仍然为合伙人，也就是登记效力的善意保护问题。

如果按照这个思路的话，那就有意思了。如果肯定了 A 的善意，也就是 A 考虑到登记簿记载合伙企业为这四个合伙人，每个合伙人都具有真实的身份，所有认为合伙人有相关还贷能力，基于对合伙人身份的信赖签订了这个合同。这个时候按照第二条的效力，既然是善意，登记簿上应该登记而未登记，当事人难以查知，所以应当给予保护。学理上认为是可以保护的。

既然是可以保护，也就意味着合同签订时的信赖可以保护，换句话说，甲抗辩不成立，甲被认可为合同签约时的合伙人。也就意味着前面的前提也得到满足。所以，甲依据前面的两个结论，即该合同是达北合伙企业所签订的合同、该合同所偿还的债务应当是合伙企业之债务；A 在签约时甲是合伙企业登记簿上记载的合伙人，A 相信他是合伙人，信赖值得保护，这个时候仍然把甲视为合伙人。也就意味着 A 可以依据《合伙企业法》39 条之规定，向甲请求该合同债务之清偿。这是这个关于葡萄干理论的案例。

这个过程中有什么不适当的地方？合同是否有效，A 为什么不主张登记簿上记载的东西，虽然登记簿上仍然记载甲和乙为本合伙企业的共同事务执行人，换句话说代理权是甲和乙共同代理，但是登记簿上记载的主旨是保护交易的相对人的。既然是保护交易相对人，交易相对人可以放弃这个保护。《物权法》106 条第一款，善意受让人的保护可以放弃，既然这样可以放弃这个保护，求背后的真实法律关系。求真实法律关系的话，无论哪一条思路，都会走向剩下的乙有代理权。这都没问题，可是到了第三步的时候，又返回去，真实法律关系不要了，又取登记簿，把甲拉过来仍然作为合伙企业合伙人。换句话说，善意主要指的是签约时，签约时确实不知道；善意的保护，在物权变动完成时¹。在不动产交易中，善意的时点要求保持到提交登记申请时就够了。登记完成过程中，原则上不要求善意。

前一个推理的路径，恰好把善意保护的思路放弃了，求背后的实质关系；而在第三步的时候，又把甲拉进来作为合伙人，求登记簿的关系。所以这个推理是不是有点儿太过分了，什么好处都想占。葡萄干理论大概就是这个意思。很早期的时候，欧洲人烤糕点，撒一点儿干果、葡萄干等，这个东西好吃，好吃的人就把这个东西揪掉，面包一上来就把它拿来吃，意思是只取对自己有好处的东西、感兴趣的東西。德国联邦最高法院确实这么做了，做完之后受到一些批评，这个判例后来没有再出现。这个判例后来学理上有部分人认同，虽然大家认为这里面有点儿莫名其妙，有点儿不公。²

考试应该不会考这个东西，它有点儿过于繁琐，关键是掌握这个推理的过程。掌握登记的效力，合同债务如何产生等等，掌握援引法条的方法，考试的时候能用上的法条尽量用。

最后需要提醒的是，善意保护的行为只限于交易行为，基于合同债务的行为。非合同债务原则上不进行保护。

1 这个地方我有点儿疑问。如果合伙协议中规定甲、乙对外执行合伙事务需共同为之的话，那签约时 A 的善意何在呢。善意可能基于登记簿的记载，也可能是基于长期交易之习惯，然而本案例中似乎都不具备。乙如果单独与 A 签订合同的话，这两种善意似乎都谈不上。我认为上述葡萄干理论纠结的地方在于，A 在订立合同的过程中是有问题、有过错的，至少是没有查明对方的代表权限。但是他的这种过错到了后面的论证中没有体现，A 并未为自己的这种过错付出相应的代价。

2 我的理解是，前面在论述乙有单独事务执行权因而该合同对合伙企业有拘束力的时候，逻辑的前提是甲已经当然退出合伙企业这一事实；然而后面在论证甲基于这一事实提出的抗辩不成立的时候，又不承认甲已经退出这一事实，转而强调登记簿了。换言之，这个合同之所以成立，是因为甲事实上当然退出合伙企业；然而在论证了合同成立之后，又以甲在登记簿上仍然存在为由，要求其承担无限连带责任。从 A 的角度换言之，“善意”有两个来源，其一是登记簿之记载，其二是而这两个来源是矛盾的。如果按照 A 后来表现出来的善意，那这个合同不该成立的，因为如果一开始就按照登记簿的规定，乙不能单独行使代理权的。

比如仍旧是前面的案例，其他条件都一样，但债务发生的原因不同。A 到达北合伙企业买东西，进门的时候恰好下雨，不小心摔了一下，摔倒骨折了，按照侵权法规定，这是缔约过失或者安全保障义务的问题，不管怎么分析，都可以成立一个债务，A 可以向达北合伙企业主张侵权责任。向合伙企业主张侵权责任，合伙企业不能偿债时，按照《合伙企业法》之规定，合伙人承担无限连带责任。登记簿记载甲、乙、丙、丁四个合伙人，实际上有三个，这个时候 A 能否向登记簿上记载但是实际中已经退出的甲主张赔偿责任？A 的这个善意受不受保护？原则上不受保护。因为这个债务非基于交易行为。法律上对于信赖的保护，基本上都是以法律行为作为基础的，而侵权行为不涉及到信赖的问题。可能有一种对侵权人本身的安全保障义务、注意义务的信赖，但是这个信赖是非常广泛的，和具体的登记簿上的信赖是两回事儿。换句话说，侵权责任之债的产生并不是因为相信甲是该合伙的合伙人所导致的。不可能因为相信甲是合伙人所以到这个合伙企业故意摔一跤，没有这样的道理。不仅仅是侵权责任之债，其他的法定之债也不适用。当然，不当得利里面的返还，如果返还是基于前面的交易行为导致的，这个返还原则上是可以使用的，看前面的交易行为。

第六讲

商号

1. 概述

商号的问题琐碎的问题比较多。所谓商号，是指各种商事主体从事商事活动时所使用的名称。与企业名称、商业名称、商事名称、厂商名称等概念的区分，我们现在的做法不是很统一。但是我们都明白，讲一个企业，或者个体工商户的字号的时候，有时候指的是企业名称，有的时候指的是企业名称中核心的组成部分。区分企业名称和字号的意义不是很大。企业名称的组成，一般是四个部分，行政区划+字号+行业+组织形式。除了字号之外，其他的三个部分，大部分情况都可能与其他相同。比如北京达北餐饮合伙企业，北京两个字没法换，搞餐饮的合伙也多了，合伙企业也很多，所以核心点就是字号。也就是意味着字号和企业名称虽然有时候有不同用法，但是对于企业来说最关键的还是企业名称中的核心点，例如达北两个字。它是创意，表示与其他商主体有区别的地方。

2. 商号选用与存续上所应遵循的规则

2.1 商号之选用

2.1.1 我国法商号之结构

2.1.1.1 构成与顺序

相关的法律法规关于商号的构成和顺序方面，有比较详细的规定。对一些例外情形也有规定。以后创业的时候或者提供法律咨询意见的时候，可能就有选用什么商号。

2.1.1.2 特殊字词之选用

特殊字词的选用方面也有特殊的规定，例如合伙企业能够叫中国、中华、国际之类的名称，还包括一些不得使用名字，例如《关于企业名称使用有关问题的答复》中规定：“企业在自己的名称中使用与党和国家领导人、老一辈革命家以及名人相同姓氏作为字号的”如何处理。比如有个人没想到预测到莫言会获奖，某日他喝酒喝醉了，随口做了个打油诗，写道莫言醉如何如何，就作为注册商标。再如之前习酒也火了一阵子。张老师在深圳讲课的时候，周围有毛氏红烧肉，众所周知，某位国家领导人喜欢吃红烧肉，他姓毛，但是这个店主是不是跟他有关就不得而知了。这些都有具体的规定。

2.1.2 是否须用业主或投资人之姓名

很多律师事务所都会涉及到用自己的合伙人的名字。北京最早的个人所是在 1992 年左右，有个姓张的开的，张老师一个师兄开所的时候跑去实习。另外一个谢朝华律师事务所，也比较有名。能不能用投资人姓名，现行法中有规定说私营企业可以使用投资人姓名作字号，只是私人企业指什么，也不太清楚。可能除了国有企业之外都可以称为私营企业。现在更多的是从企业组织形式上来对企业进行分类。

2.1.3 是否标示商人之营业种类

另外，企业名称是否应当标示商人、营业主的行业，《企业名称登记管理实施办法》第 29 条规定，企业被撤销有关业务经营权，而其名称又表明了该项业务时，企业应当在被撤销该项业务经营权之日起 1 个月内，向登记机关申请变更企业名称等登记事项。大概即是说名和实得相符。

2.1.4 是否必须标示商人之法律形式

是否必须标示商人之法律形式的问题，这些比较简单，法条里都有。公司必须标明类型，是股份公司还是有限公司。必须标明。个体工商户有规定，“个体工商户名称组织形式可以选用‘厂’、‘店’、‘馆’、‘部’、‘行’、‘中心’等字样，但不得使用‘企业’、‘公司’和‘农民专业合作社’字样”。不能够标出字眼来混淆企业形式，因为企业形式与成员的责任是联系在一起的。这样规定能够降低交易相对人对企业形式检索的成本。整个商事交易中，无论是企业名称、营业执照，还是公告，都是商主体对外宣示、告知自己主体的相关信息的手段或者途径。这些手段途径在现行法的构造上最终能够值得信赖，受到现行法的保护，只有登记，其他的都是登记延伸出来的，加总之后才能获得确切的保护。

2.1.5 商号如何标示特定之商人

商号怎样标示特定的企业，有一些规定。首先是选个适用的标示手段、文字。商号里不能用符号，只能用文字。商标可不可以用符号？商标不仅仅有文字符号，还有更奇怪的，比如气味商标。商标保护范围越来越广。其次，商号表示特定之商人（区分力），区分必须跟其他的商事组织区分开，不能具有混淆意义。第三，必须与现有的商号相区分。当然前提是商号只在商号登记辖区内有效力，超出这个辖区，原则上不具有登记效力。既然这样就意味着不能与本辖区内已经登记的企业名称或者商号相同或相似，这是一个禁止性规定，否则容易引起混淆。这里面有一些详细的规定。

2.2 商号同一性/统一性原则

商号接下的一个问题是商号的同一性原则。也就是商号原则上只能用一个商号，不像自然人。自然人当然法定姓名就一个，不能法定姓名有两个，但是填某些表的时候可以不同，比如法定姓名张双根之外，可能还有其他姓名。当然张老师自称的别号还不太多。原来上学的时候，张老师的老家是黄庭坚当过知府的地方，黄庭坚号称山谷，所以张老师也附庸风雅自取了个小名字叫山谷人。这是中学的时候，现在基本不用了。张老师那地方很有名的，天柱山，在古南岳。汉武帝封的南岳就是天柱山，因为那时候长江以南还没开发出来，还是蛮荒之地。隋炀帝把疆土扩张，把南岳废掉了，搬到湖南衡山为南岳，所以叫古南岳。自然风光非常不错，俗话说“黄山归来不看岳”，张老师家乡那儿就续了一句，“天柱归来不看黄”。总之自然人可以有别号、笔名等，企业商人只能有一个，不能有别的。

但是《企业名称登记管理规定》第 20 条稍微有点儿变通。

《企业名称登记管理规定》第 20 条：“企业的印章、银行帐户、牌匾、信笺所使用的名称应当与登记注册的企业名称相同。从事商业、公共饮食、服务等行业的企业名称牌匾可适当简化，但应当报登记主管机关备案。”

用英文名称，比如 17miles，算不算合法合规的企业名称？按照我们国家的说法，原则上应当是中文的，至少知名的应当是中文的，外文比较少见。

2.3 商号稳定性/持续性原则

商人取得商号后常发生如下情事，从而引起商号法上相应的规则。大部分都是因为商号采取了人名商号，人名商号就是采取了商组织中成员或者投资人的姓名。

1>商人成员虽无变化，但为商号提供姓名之业主或投资人/股东变更其姓名，从而使原商号不能反映现商人之现实，不再符合“商号真实主义”。

比如以前张达北开了个达北餐饮合伙，后来改名字叫张双根，需不需要更改商号名称呢，原则上不需要。

2>企业通过法律行为（如买卖）或其他方式（如因破产等）而转让，而企业商号中含有原业主之姓名，则受让人能否不加限制地继续使用原商号？

这方面现行法没有太多，把德国法的一些要件拿过来供大家思考。要件包括：①原业主之同意；②方式上，是否附注标示继受/任关系之附属部分，为其自由。附加的问题，在中文里面比较麻烦。中文中比如《中华人民共和国民事诉讼法》可以简称《民通》，但是这个说法在业内可以得到多大的公认度，是有疑问的。现在有的教科书有的也搞法条缩略语，这在2000年之前很少见，之前张老师只见过一本，就是政法大学张俊浩教授主编的《民法学原理》稍微做了一些这方面的工作。后来这样做的就越来越多。西文的缩略众所周知一般是用几个首字母加在一起，邓峰教授的公司法教科书也采用了缩略语，比如用简称C.A.，乍看下去好像是中国国航呢。可以查一查。附注在中文里面不大好弄，这该怎么规制，是不是把文字也变掉，从西文？好像五四运动的时候有人提出过这样的事情。

3>企业主因死亡发生继承，原有的商号可能包含有原业主的姓名，也会涉及到能不能继续使用的问题。这个基本上大多数多用，否则老字号就出不来了。

4>企业因业主死亡而发生继承人继承含有原业主姓名之企业商号，之后继承人将其转让，则受让人能否不加限制地继续使用原商号？基本结果同上述2。

5>企业因承包、租赁给他人，而企业商号中含有发包人、出租人之姓名，则承包人、承租人能否不加限制地继续使用原商号？承包租赁在我们国家企业的经营形态中也会发生。公司搞承包经营，在有限责任公司大概问题不大，讲公司自治能讲得通，在股份公司不大容易做。聘任经理人是没有问题的，但是搞承包的方式不大容易。在有限责任公司，以及其他非公司的企业，尤其中小型的国有企业、全民所有制企业、集体所有制企业上世纪80年代中期改制的时候，经常会搞承包和租赁的方式。如果比较的话，会发现其他国家也会有这种方式，我们国家承包和其他国家不大一样。我们国家承包人和承租人会发生自己个人责任问题，这是比较有意思的问题。

6>新成员加入的情况下商号会不会有变化。比如原来是个人独资企业，后来变成合伙企业了，名称能不能继续使用，这首先涉及到企业组织形式之变化，其次才涉及到名字的问题。原则上问题不大。

7>企业商号中包含一股东或合伙人之姓名，后该股东或合伙人退出该企业，则该企业是否无限制地继续使用该商号？这个稍微多说一点儿，德国法规定极其详细。

这涉及到民法上姓名权的保护问题。比如张达北把名字给北京达北餐饮合伙企业用，后来他退出了这个合伙企业，因为个人丧失偿债能力等原因，当然退伙，事实发生之时就发生退伙效力，而且这个退伙效力仅仅发生在合伙企业之内部，外部一定要登记。也就意味着退伙事实发生之后，退伙人要继续办理变更登记，否则会引发上面讲到的外部第三人因信赖所引发的债务承担问题，这是风险。张达北从合伙企业退出来了，跟合伙企业就没关系了，除了《合伙企业法》规定的退伙人对退货前发生的债务之外，与合伙企业没关系了，能不能把合伙企业名字的两个字抹掉呢。

按照德国人的思路，区分两类，人合性企业和资合性企业。人合性企业的基本表现是成员承担无限责任，资合性企业基本表现是承担有限责任。在人合性企业，原则上侧重于前者侧重于自然人姓名权保护，在资合性企业，原则上认为姓名放进去了，就脱离原来的人了，而且脱离对于个人也没有太多的责任承担上的风险，所以认可继续使用。

但是这里有一个问题，可以思考。比如原来张达北在北京达北餐饮有限公司，后来张达北退出了这个公司，后来张达北成了一个名人，比如某个机关领导。公司发现此人此前在本公司干过，就做了一些不利于张达北个人形象的事情，这时候个人能不能就该公司主张侵犯姓名权，或者采取一定措施制止这种行为。这个争议学理上有一些探讨，一般认为这时候姓名权的保护原则上不大被认可的。

8>一企业由原有形式转换为另一形式，则能否无限制地继续使用该商号？个人独资转变为合伙，合伙转变为有限责任公司，有限责任公司专为古人有限公司等，都有这个问题，跟前面探讨的某些现象大体类似。

3. 商号之转让及其相关问题

3.1 商号之转让

3.1.1 规范基础

商号转让在现行法上做法是不一样的。中央立法，规定原则上商号不能转让。比如不能合伙企业只把达北两个字转让出去，其他的都不转让。现行法上规定商号转让要与企业名称之下标示的企业的全部或一部分转让。换句话说，企业资产转让的时候，可以包含企业名称，也可以不保护企业名称。如果企业资产全部转让，不包含名称，这也是比较怪的。比如达北餐饮（普通）合伙企业，将其转出去，只获得了一个对价，要换个名字，实际上是盘店。接下来的问题是工商登记机关那里这个企业还存在不存在。企业肯定就比较麻烦，虽然登记有企业名称，但是没有营业活动了，只有这个对价，所以就面临着是不是注销，或者更换经营范围、重新执业的问题。这也是可以思考的小问题。

基本的原则上，在中央立法层面企业名称不能单独转让。但是在《深圳经济特区商事条例》31条中可以单独转让。单独转让有一个条件，与注册商标不同的可以转让，但是只能转让给一个受让人。把商号转让出去作为企业名称，并不意味着这两个字只能后者写、后者读。老师叫张双根，不意味着别人不能叫。商号单独转让之后，原则上意味着专门使用权利的转让。商号企业的效力，也包含有一项。企业成立之后，马上享有基于自己注册使用的名称的专用权。其他商主体不能就该主体名称作为企业名称进行使用。

《深圳经济特区商事条例》第31条：“Ⅰ，与注册商标不同的字号或不含注册商标的名称可以单独转让，但只能转让给一个受让人。Ⅱ，在单独转让字号或名称时，转让人在登记机关同一管辖区内不得继续使用被转让的字号或名称。Ⅲ，转让字号或名称未经登记的，不得以此对抗他人，转让人和受让人应当对与第三人所发生的债务负连带清偿责任。Ⅳ，违反本条第一、二、三款规定的，登记机关责令其限期改正，逾期不改正的，处五千元罚款。”

这里所说的问题主要是两方面问题。

3.1.2 转让行为之法律构造

企业买卖的时候，应当分两个层面。一个层面是企业本身作为一个债法上的统一客体，作为买卖合同的标的物。比如企业买卖合同，这一个合同是可以讲得通的。但是企业买卖合同是不是意味着企业的“所有权”立刻转移到买受人手中呢，不是这样的，接下来是履行层面。履行层面也是单项的。前面的义务性行为、基础性行为可以整体来做，但是后面的履行行为必须按照客体的内容不同进行。

企业包含的内容，有不动产、动产、债权、债务、其他无体财产权等等。甲将企业转让给乙，除了有形无形财产权交给之外，还要乙实际接管，要实际控制或者管理。乙买了企业，也涉及到乙怎样实际接管这些有形无形的东西。这是义务履行的很重要的方面，跟一般的有形物的买卖不太一样。股权转让也会涉及到这个问题，尤其是控制性股权。比如买了51%的股权意味着要介入该公司真正的管理，要进入到这个公司中去，包括人、财、物、事。商号转让的时候，按照中央立法层面的立法，商号必须与企业的全部或者一部分共同转让。商号买卖中也会涉及上述两个层面。

商号买卖的时候，原来商号所有人甲将其商号处分给乙，乙获得该商号的专用或者独用的权利，这个权利的获得是一个永久性的让渡，甲就没有权利看，这个情形与前面讲过的出租、承包、借用是有区别的。

3.1.3 商号转让之法律后果

1>受让人之商号取得，为继受取得。

法效力上，商号取得是继受取得。继受取得有什么效力呢，前面讲与现有商号区别的时候，以登记主机关注册在先的原则进行处理。回到商号转让的问题，甲将其达北作为商号的企业转让给乙，甲的商号注册在2010年1月1日，转让是在2012年1月1日。丙也以达北两个字注册一个人独资，是在2011年12月5日注册的，早于乙取得商号的事件。这时候登记机关怎么判断，商号属于谁呢。丙会说取得商号的时间即登记时间是

2011年12月5日，而乙是2012年1月1日才取得的，所以应该在他的后面。这个主张不大合理，虽然乙手中拿到商号是2012年1月1日，但是此商号以前已经存在，他是通过买卖、继受取得得到的。继受取得也就意味着此前该权利已经存在，此前权利上的对抗性效力一并既受。换句话说，商号的存续时间，把前一手的一并计算在内，这样就肯定优于丙。

2>具有绝对性的效力，可对抗任何人，包括原商号所有人。

3>就受让前商号名义下之债务之处理。

商号名下债务处理问题，涉及到《深圳经济特区商事条例》第34条。

《深圳经济特区商事条例》第34条：“营业转让的转让人与受让人应当以合同的形式，确定在营业转让前转让人所负债务的承担方式。”

有同学提到2003年企业改制司法解释《关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定》引发出来的债随物走，物随债走概念。一个企业要转让出去，客体层面包括营业、企业、资产、有可能的债务，主体层面就是这个商号体现的主体本身。主体层面可以操作的东西，比如这个主体分立、合并，以及兼并。一个企业如果要想它的组织形式，或者企业存续上发生变化，可能在主体层面操作，也可能客体层面操作。出去做律师的时候就会涉及到这样的问题。比如一个公司希望取得某土地使用权，让直接让对方把土地所有权出让给自己，可能税费比较多，就可以收购对方股权。在客体层面操作有困难、成本高的时候从主体层面操作。税法上就有这样的问题。有时候主体层面的操作是为了取得特殊资质，很多房地产企业会这样做。比如房地产开发企业要收购采矿权，但是由于公司权限的限制，把采矿权买下来比较困难，可能直接收购公司的股权。有时候股权分散，不一定达到51%，达到二三十可能就可以实现。

在客体层面操作的时候，权利义务要分开。一旦涉及到债务，必须经过债权人同意。债权求偿的责任财产及于企业全部，如果企业转让了，债权实现可能性会降低，会侵犯债权人利益。但是主体层面操作往往会规避这些。公司法上规定的分立跟合并，在通知债权人同意的规则上与前面所讲的稍微有些不一样。合并恰恰需要债权人同意，分立则不需要。合并财产和债务一并接收，可能合并的恰好是一个劣质企业，背后带来很多债务问题。这样劣质企业的债权人求偿可以及于优质企业的财产，求偿的机会就摊薄了。分立恰好相反，无论怎么分，债务总数不变。1变成0.5，或者四个四分之一，总数上还是1，只不过求偿程序上比较费劲。

4. 商号之保护

4.1 规范依据

商号的保护问题上，《侵权责任法》没有特别规定，没有涉及到商号或者企业名称权，姓名、商誉的问题都没有规定。《民通意见200条》《企业名称登记管理规定》《反不正当竞争法》《产品质量法》《最高人民法院关于审理涉及权利冲突的知识产权纠纷案件若干问题的指导意见（试行）》（2004年）等对这个问题有相关的规定。

4.2 私法救济

救济有两方面，首先是私法救济。

4.2.1 停止侵害请求权或不作为请求权

侵犯他人商号权的时候，首先按照绝对权的基本逻辑，涉及停止侵害请求权或者不作为请求权。物权法上有妨害排除请求权，还有妨害预防请求权，这些都是绝对性请求权引发的返还性权利，权利的产生不以侵害人主观上过错作为要件。商号的名称也是一样。

4.2.2 损害赔偿请求权

损害赔偿请求权主要是侵权法的问题。违约也可能引发损害赔偿请求权，比如许可使用期间违反合同约定，也可能引发违约上的损害赔偿请求权。在保护角度讲，损害赔偿请求权最主要是问题是损害之计算的问题。

《反不正当竞争法》第20条第1款“1, 经营者违反本法规定, 给被侵害的经营者造成损害的, 应当承担损害赔偿责任, 被侵害的经营者的损失难以计算的, 赔偿额为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润……”

《侵权责任法》也有类似的规定, 侵犯人身或财产权利的, 受损害的权利难以计算的情况下, 直接等同于受害人因侵害行为所获得的利润。这应该怎么解释? 本质上讲这不是损害。比如侵害名称、商号, 怎么举证呢。比如调查发现侵害商号导致市场销售额的下降, 下降得比较低, 但是可以证明出来对方恶意利用自己的商号所获得的飞速提升的盈利, 损害是不是等同于提升盈利呢, 原则上不是这个道理。损害赔偿讲损害必须确实发生, 能够举证证明, 否则损害赔偿不成立, 对方因侵害行为所获的盈利, 应当是《民通》92条讲的不当得利, 属于侵害型不当得利。不当得利有给付型和侵害型两大类。侵害型不当得利也就意味着利用了手中没有的权利, 也就是他人之权利所获得的利益, 原则上归属应当归背后真正的权利人, 所以应当把所获的利益返还给背后的真正权利人, 也就是说破坏了归属关系。侵害商号权也一样。侵害商号获得的利益是因为侵害商号所引发的, 应当归属到背后的真正商号权人, 所以这是破坏了真正的归属关系的回复的问题, 是不当得利的回复关系。现代法上比较简单了, 直接认为这是侵权损害的问题, 其实不应该这么算的。

4.2.3 销毁请求权

销毁请求权, 带有一点儿预防性, 有点儿像物权法的危险防止请求权。

第七讲

商事辅助人制度

我们对商事辅助人这个制度比较陌生。这个制度在现行法上体现不太多，理论概括上也不完善。商事辅助人制度的种类是很多的，鉴于这种状况，我们只谈商事组织中经常涉及到的，即经理人。

经理人制度的研究可以参考一些论文。但是需要谨慎注意的是，现在介绍经理人制度的时候，往往拿中文的概念直接比对，也就是有点儿求名的意思，但是不求实，这是比较危险的。这里尽力把商事辅助人制度的基本结构进行介绍，其中经理人制度简单归纳，如果我国有类似的现象的话应当怎样理解，以及现行法有什么缺陷和有待补充的地方。

1. 概述

商事辅助人制度的分类比较简单，划分为三类：

- 1>非独立之商事辅助人，成为商人组织的一部分、一份子；
- 2>独立之商事辅助人；
- 3>与商人有交易往来之交易伙伴。

通说认为非独立的商事辅助人效果的发挥是基于内部的劳务关系。这个问题也可以讨论。此类商事辅助人规制的重点，在于其代理关系。是民法中的代理在商事领域的运用。

独立于商人之外的，有自己独立身份的商事辅助人，在传统大陆法系商法中，是代理商、居间商、行记商、交易伙伴等。商人之间不存在附属关系，仅仅存在交易中的往来关系。

我们讲商人，这里说的主要是非公司类的人合企业为主。公司类的比较麻烦，公司中有经理制度，这个经理算不算传统商法上的经理人，还有疑问。

1.1 非独立商事辅助人

比如北京北达服装合伙企业。合伙在我们国家可不可以单独一个人？公司可以单独一个人，合伙可不可以呢。公司有独立人格，可以由一个人借助公司的形式，与投资人分离。但是在合伙中，既然是合伙，数人以上才是合伙。所以在我们国家合伙肯定是两个人以上，要想一个人可以选择个人独资企业的形式。这里甲、乙、丙三个人合伙的合伙企业。合伙企业在市场上从事服装贸易，最终有一个终端客户，卖给最终的消费者、最终使用产品的人，有个终端客户。普通情形下，几个人自己亲自经营，聘任外部人经营的情况不太多。现在讲的商事辅助人恰恰是这个例外情形，自己不经营，找个外部人经营，在法律上也不禁止。在通常情形下，合伙企业与客户甲签合同，甲购买产品或服务，按照《合伙企业法》26条第一款，由甲或者乙或者丙，以北达合伙企业的名义签合同，可以是甲，或者乙，或者丙。或者甲乙等等组合。

这是一般的思路。现在要讨论合伙企业的情况不走这个思路，而走《合伙企业法》31条第六项的思路，聘任合伙人以外的人作为合伙企业经营管理的人。也就是在合伙企业中划分一个成员区，一个非成员区。非成员区中聘用合伙人以外的人作为经营管理人，可能有几种情况。

1.1.1 经营管理人

在非成员区中聘任丁作为该合伙企业经营管理人。聘任之后如果只是做内部管理，也没必要，所以聘任之后，丁可以以北达企业之名义对外签合同。这就涉及到代理权的运用问题。36条本身是不是赋予了丁一个代理权，这是一个疑问；假如没有赋予的话，可能涉及到《民法通则》62条以下代理制度的规定。《民通》62条及以下规定的除了规定法定代理，还有意定代理。

由甲、乙、丙作为合伙企业的全体成员，以合伙企业的名义赋予代理权，这种制度如果按照《民通》关于代理权的规定，《民通》里讲代理权是按照代理事项来授予。换句话说，丁如果以北达的名义与外部客户A、B、C签订合同，按照民通的思路，都有一个授权。

那么可不可以概括授权？《民通》里有两种授权，一种特别的，一种是概括的。有了概括授权，商法中就考虑，丁根据《合伙企业法》31条第六项规定，由合伙企业全体合伙人一致同意聘用为本合伙企业经营管理人员，是打算给予一个概括授权，为了避免交易的相对方每次都查询丁的代理权限到底多大的成本、费用，所以立法中考虑概括授权。那么商法中干脆把这个上升为法定性的东西。丁是本合伙企业的经营管理人员，一旦处于这个职位，就可以对外签单。合伙企业自身的执行人也是这样，按照26条第一款，合伙企业执行人，甲、乙、丙单独每人执行合伙事务，都是有概括性授权。甲、乙、丙本身是合伙企业内部成员，而丁并非是成员，只是通过特别的方式，即31条第六项规定聘用过来的，也赋予他一个代理权，概括性的代理权。这是经营管理人的基本逻辑构成。

31条所经营管理人是不是所谓的经理人，可以探讨。这里只是把31条第六项的规定按照经理人的思路盘活。从深圳等地的地方性立法中可以看到，基本上走的是经理人制度。

基础关系，现行法讲聘任，这是一种情形。在这种情形下，经理人实际上相当于商人、合伙企业第二个“我”。甲、乙、丙自身按照31条第一款规定自行执行合伙事务，就是自治问题。而按照31条第六项，是他治，由外部的人管理企业并且对外执行事务。在这种情形下，丁实际上是在企业的内部，作为企业内部的一份子，已经纳入到企业组织之内部。丁通过聘任进入企业内部，和我们到公司找工作，做法务，成了公司的员工，是一样的道理。做法务只不过没有经理牛而已，法务就是提提意见，经理人可以对外签约。通过聘任成了内部一份子，但不是成员区的一部分，是非成员区。

1.1.2 代办人

还有一个比较麻烦的概念，代办人。这个现行法没有，只是学理上的概念。代办人是翻译过来的说法。代办人现在的翻译，主要是从德国法过来的，这个词在德语就是代理权的意思，只不过在前面加了一点点前缀，就是商事代理权。翻译成中文，商事代理权可能跟独立的代理商搞混了，所以就翻译成代办权。代办代办，有点儿类似与早期洋行洋买办的意思。如果真地去分析早期的买办，地位上确实类似于经理、代办权。这种代理权是商事另外一种代理权。

回到民法上分析这个制度。代办权授予的基础是民法上背后专门的授权行为。代办权本身的权限范围可以是特别事项，也可以是概括事项。德国商法传统里经理人是要在合伙企业登记簿进行登记的，代办人不需要登记，也不能登记。

比方说，北达合伙企业的代办人是戊，戊以北达合伙企业之名义跟外部的客户A、B、C等签合同，外部的客户就要遵循民法上的思路。他们不是经理人，A、B、C在与戊以北达合伙企业的名义签合同的时候，必须查授权书，查其背后的代理权的问题。否则有可能是有权代理，也可能是无权代理，无权代理要想让所签的合同有效，只能走《合同法》49条的思路，主张表见代理，否则没有别的思路可走。

代办人在内部关系上跟经理人差不多，准用前面的思路。也就是说，这个企业经理人有一个就够了，业务发展需要，又聘用另外一个人戊，也有薪酬、拿业绩，都是可以的，也就是随着业务需要设置或者不设置代办人。这也是放在内部来做，戊进入企业可以是雇佣合同，可以是聘用合同，可以是基于简单的劳动关系。这是第二种。

1.1.3 雇员

非成员区中还可能有第三种，我们也可以想象出来。第三种就是雇员本身基于其工作职务的需要而享有代理权。比如卖服装的企业中，老板只说话不做事，雇员卖东西，跟雇员砍价的时候他会告诉你，先森不能砍价这么多啊，没那么大权限，老板给的权限只有八折啊，当然是不是真的就搞不清楚，我们知道的是雇员肯定是替老板签合同，合同签订后约束合伙企业和买衣服的人。我们去商店买衣服的时候，也知道商店的衣服不属于雇员，我们会不会问他“你有没有代理权呢？”这么问肯定被赶出来，说学法律学疯了。基于生活的常规，肯定有代理权。如果有这种生活情境，即是不是雇员，可能也有代理权。比如小 A 是销售服装的企业的雇员，B 是 A 的朋友，来拜访他，A 有点儿急事，让 B 替他一下，刚好这期间老板也不在，没有查岗，所以 B 就站在那儿了。C 来买衣服，B 可能擅做主张，衣服五折就卖了。可能店主觉得这个价格太低，或者衣服可能有瑕疵，C 要退货，考虑衣服是从 B 手中卖出去的，B 有没有代理权呢。从本店的角度讲，授予代理权的只是员工 A，没有授予 B 代理权。虽然如此，但是 C 有善意信赖之保护的问题，交易仍然是可以成立的。因为基于店面以及人员外在的情况的判断，C 只能相信他有代理权。这种情况仍然可以按照特定交易情境来判断 B 仍然具有代理权的。除非交易中 A 回来了，说不能这么打折，这样交易就没做成。如果交易做成了，钱已经付了，就不行了。这是雇员基于其职位，要与外部交易相对方打交道，自动获得代理权以及相应的权限的问题。代理权仅限于职位之需要，超出职位需要，比如卖衣服的雇员擅做主张进货五千套，就是超出职位需要了。

以上这些人员，经营管理人、代办人、雇员，基本上都是企业内部的，是非成员区的组成。

1.2 独立商事辅助人

以上谈的企业内部的代理权问题，基本上是针对直接终端客户，在讲合伙企业的时候都谈过。接下来扩展来看，看一看独立类的商事辅助人。

比如北达合伙企业做服装不想做零售，而是从国外大批量进口或者大规模出口，不直接针对终端的客户。既然不直接针对终端客户，与客户之间没有太多直接的关联，就必须借助于第三方来连接。可以想见这个第三方的表现方式，就是专门的代理商。专门代理商这是商法的说法，经济学、营销业谈的是经销商、包销等。经销的情况下，大部分情况都是以背后商人的名义，而包销不一定。如果以背后的企业名义，合同关系当事人仍然是北达和终端客户，中间的人仍然是作为专门的代理人，相当于民法上的代理权。这时候的代理权相当于民法上的代理权，只不过民法上的代理权在商事领域因为经营需要可能有分化，比如是专项代理人、独家代理人，或者某一个区域的专项代理人，或者某一个时间的代理人。

合同法上，居间商、行记商等等，也有自身独立的主体地位，与北达之间通过合同关系联系，通过合同关系获得相应的授权、委托。商法上要管什么呢，可能代理商、经销商专门做一家的生意，如果要把委托取消掉、中断掉，可能危及其存续的问题。商法上必须出一些特别的规范，解除关系的时候，有期限的限制；其次，它也是独立主体，如果取消了这个主营业务就没法活下去了，也要考虑相应的补偿问题，尤其是员工的补偿问题。员工在地位上、保护上，与企业内部的员工的保护可能一样，有准用的味道。这都是非常具体的规则。

现在特许经营比较多，还有连锁。现代的商事法对连锁的调整是极不完善的，几乎不成体系，现行立法差不多是实践中出现了问题仓促立法，头痛医头脚痛医脚，搞出一些概念，变得很麻烦。比如有《经纪人管理办法》，经纪人也是市场的中介，这个经纪人包括哪些呢。合同法上有居间、代理、行记，这些人人都可以做，因为涉及到他们的业务。但是商法上看，它们的名称、法律关系、基础都不一样。再如房地产中介，房地产中介，有的是介绍出租业务的，有的是介绍买卖业务的，两者资质上是不是稍微有点儿区别，这些都没有完全解决。说实话现在房地产中介的含金量与自己获得的报酬不太成比例。市场好的时候做房地产中介，三个月可能挣几百万，要是出去做律师真不一定。有人高中毕业以后，发现春节前保姆供不应求，就去做中介，介绍老乡来做保姆，过了半年挣了几十万。我们现在对于中介市场服务的监管，有些资质性的特殊的要求。比如房地产中介，首先要有房地产的信息，其次要懂得很多环节，给委托人提供相当优的投资方案，需要相当专业的知识，可能刚高中毕业的人就做不了。

这是第三方有独立资格的商事辅助人。

两类商事辅助人，非独立的和独立的，最终的目的是跟客户终端打交道，交易往来之客户。客户就各种合同关系，是供货还是取货，供货的是商品还是服务，最终就是按照各种具体合同来做。比如买卖合同，是供货；租赁，是提供使用权或者产品服务。也就是说最终终端客户大部分是民法上合同问题。

只不过要稍微提一下的一点点例外是，终端客户假如也具有商人资格的话，这就涉及商行为理论问题，商行

为的特殊规则。买卖双方都是商人，买卖合同中在商法上有一些专门调整的规范。比如买卖合同买受人拿到出卖人交付的标的物之后，买受人应该负有检查的义务，检查是否符合合同中约定的东西，质量上合不合格，法律语言说来就是合同上涉及的品质问题。《合同法》上关于民事的合同，一般消费者的合同，会规定如果有异议，需要在一定时期内提出来，可能是两个星期，或者一个月，或者直接规定合理的期限内，看瑕疵、质量问题是隐蔽性瑕疵还是非隐蔽性瑕疵。隐蔽性瑕疵意味着必须经使用才能发现，这时候可能考虑时间更放宽一点。如果过了法定上规定的期限才提出物的质量有问题，民法上的一般规则是保护买受人，一般的要照顾到普通的买受人的知识经验以及能力。商法上不一样，商人跟对方签订合同，商人必须立即检查，货物到了手中，有立即检查之义务，所以义务稍微有些不一样。此外还有些形式问题。这是基本的规则。独立类的商事辅助人大部分也是商人，代理商、居间商、行记商等跟北达一样，都是商人，他们的协议基本也是商人之间的法律行为，也同样适用商法上关于商行为的特殊规则，行为形式要求等等。

关于什么叫做商事辅助人，按照张老师自身的理解，大概是这些内容。接下来只谈其中的丁。丁是最重要的，研究清楚以后其他的基本上也能明白。按照 31 条第六项，丁立法上的名称叫经营管理人，简称叫经管人，接下来探讨一下它怎么介入、权限如何、受到哪些限制的问题。

2. 经理人 - 非独立性商事辅助人之典型

2.1 规范基础检索

谈上述问题之前，此前先把现行法上的法律法规检索一下。

2004 年《深圳经济特区商事条例》其第六章名称就叫商业雇员，它所涉及的问题核心点经理人。

《深圳经济特区商事条例》第 45 条：“商人可依章程或合伙协议选任经理从事具体的营业。”

第 46 条：“Ⅰ，商人可以聘任若干经理（包括副经理）共同行使代理权。Ⅱ，其中任意一名代理人根据商人的委托所从事的商行为，对商人有效。”

《合伙企业法》26 条提到过共同代理权、共同执行权的问题。在这里规定了共同代理权，并在 46 条中第二款作为一个原则来规定了。第二款的规则恰恰跟经理人制度是相违背的，这个权限太大了。很多情况下它采取的是共同代理，而不是单独代理。

《深圳经济特区商事条例》第 47 条：“Ⅰ，经理有权在其授权范围内代理商人处理各种营业。Ⅱ，经理有权提名副经理和财务负责人，并提请商人聘任或解聘。Ⅲ，经理可以选任和解聘副经理以下的雇员。”、第 48 条：“对经理代理权的限制不能对抗善意第三人，但经理未经商人授权为他人提供担保或处分商人的不动产者除外。”、第 49 条：“Ⅰ，经理应当履行《中华人民共和国公司法》规定的竞业禁止的义务，不得从事与聘任自己的商人相同的业务。Ⅱ，商人有权将违反该义务的经理的交易视为自己的交易，并因此取得其收入。Ⅲ，商人从知道经理有违反该义务时起经过三个月或从经理进行交易时起经过一年不行使前款规定的权利，该权利即丧失。”、第 50 条：“有限责任商人分支机构的负责人，其职责类似于经理职责的人，其权限视为与经理的权限相同，但不得代理商人进行诉讼方面的行为。”

2.2 分析思路

2.2.1: 经理人进入公司或合伙之基础关系

选任、聘任、解聘等术语如何理解？

非成员区的人进入了企业，路径肯定是合同。合同有不同层次，最低层次的有劳动合同，按照现在说，进入企业给企业干活，一般情况都会纳入到劳动合同，尤其我们国家，还有事实劳动合同，合同没签，但是有实施的劳动关系存在，形成事实劳动合同，有最低薪酬、工伤事务等保障，保障其作为一个人最低的保障条件。劳动合

同可能是强制规定的，可以更改的不太多。

另外可能还有一些雇佣合同，在《合同法》中没有规定雇佣合同的问题。在司法解释中，2003年最高法院关于人身损害赔偿的司法解释有雇佣的问题，雇佣原则上是民法的问题。换句话说，最早劳资双方的合同，民法上都是雇佣合同。只是到后来，涉及到劳工运动的问题，很多纳入到劳动法中去，但是这个合同在民法上仍然还有效力，至少在一些短期的合同中。这种雇佣合同确实现行法上不太多，现行法处理很多时候是按照雇员、劳动者的思路来处理，除非能举出反证证明一次性付酬。在我国现行法中，这种区分在雇员、经理人、代办人的情形下不太多，但是在别的国家，雇佣合同和劳动合同的分支区分还是比较常见的。

除了劳动合同、雇佣合同，合同的层次上还有委托聘任。委托聘任在我们国家民法上消解不了。委托或者聘任一般情形下只是针对高管。这里是宽泛意义的高管，包括经理人、代办人之类。其他的雇员走的劳动合同。

经理权的产生，劳动关系肯定不能产生经理权的问题。经理权本身只能从委任合同、聘任合同产生出来。

2.2.2 经理权之权限范围

经理权的权限以及属性问题，这方面提了三个问题。

1>是否属于代理权之一种？

只能是代理权，否则没有别的思路解释。

2>其范围应如何确定？是法定，还是意定？

前面讲过经理权权限范围是法定化的。关于法定化，如果有兴趣的话，可以思考一下德国商法的一些问题。

《德国商法典》第49条 经理权包括了（1）商事营业之经营所应具备之所有种类的诉讼上以及诉讼外之法律行为，与其他法律上行为之授权。

诉讼上就是诉讼上的代理，也就是说以商人的名义到法院起诉或应诉《深圳经济特区商事条例》第50条但书也规定了这方面的问题。这种是诉讼上行为。如果到法院打官司，会问诉讼代理人的授权是什么授权，是概括性授权还是什么授权。德国法上经理人在诉讼上的权限基本上是概括性的。

另外诉讼外，在法庭之外普通的、交易上的事项，与第三方谈合同、签合同的问题。诉讼外的法律行为和法律上行为，法律行为我们都知道是什么，法律上行为是什么？德国法上法律上行为是法律行为的上位概念。讲代理，德国法上的核心点就是意思表示、法律行为。法律上行为主要指的是准法律行为。比如一些通知、催告的事项。准法律行为有时候含意思表示，有时候不一定含意思表示，但是其法律效果不是当事人说了算的，因为只要做出意思表示，马上产生立法上直接规定的法律效果。法律行为自身的法律效果原则上应当是人自己去谋划、预期、计划的，立法者从程序上看没有问题，实质上不违法，就承认这个效果。所以法律上行为指的是法律行为之外的准法律行为。这是概括性的。在消极方面，德国法上会涉及一些限制问题。

经理权的权限范围是法定化还是一定花？权限是法定化，但是权限的产生、代理权的产生是意定化。代理权产生意定，因为要通过委托或聘任才能产生；但是权限范围上法定化。这是结构上稍微复杂。法定化的原因是保护交易安全，避免丁以北达的名义与他人做交易的时候，对方要查阅其权限等问题的麻烦，查阅之后还不一定可信，还不如立法者说了算，事先设定好只要是经理人，这些权限就是这些，直接保护，也可以保障交易安全。这是一个比较特殊的结论，产生上是意定化，权限范围是法定化。

这个法定化，原则上是概括的。“我”能做的，“我的影子”也能做，除非以下事项：

①不动产上的一些特殊交易条款。主要涉及到《德国商法典》49条第二款，就土地之出让和设立负担，只有在向经理人特别授予此种权限时，经理人才有实施此种行为的权利。也就是说，北达企业名下的不动产、房屋，丁作为企业的经营管理人，要想把这个房屋随便地卖掉，法律上是不允许的。可能影响北达企业的存续问题。这主要是考虑到不动产对企业经营之重要性，但是是不是所有行业中都一样，那不一定。比如专门做房地产销售的，专门是做这个的，当然就不属于这种情况。专门从事不动产销售，每次都要经过特别授权，会很麻烦。从假定的、经验的角度看，不动产对于企业及其商人极其重要的情况下，经理人不能来处置不动产。

处分主要是转让、设立负担，负担包括担保物权等。可以比较一下《合伙企业法》31条也有类似的规定。处分合伙企业不动产是一致决的事项，这也是一样的道理。

假如把经营管理人比作经理人，进而比作“第二个我”的话，我自己单独一个人都不能做的事情，“第二个我”更不能做。甲一个人想处置本合伙企业的不动产，按照31条第四项的规定，需要其他合伙人一致同意。现在只是经营管理人，要想处置不动产，更应该得到全体合伙人的一致决。换句话说，对于不动产的处分，不管是

转让还是负担，都应该得到全体合伙人按照 31 条第四项规定的专门的一致决，形成一致决之后再授权给外部的经营管理人。意味着不是他手中的经理权权限问题，而是民法中的特别的授权。经理权权限法定化之后，这个事项是除外的。如果要补回来，要借助民法总则的特别代理权。表面看是处分的问题，出卖也一样，负担性行为也包括在其中。

这里可以思考一个问题。法律上禁止的是把土地出卖，现在合伙经营人丁不是把土地出卖，而是买。在房地产市场低估的时候购进房地产，算不算被禁止的；土地的承租或者出租算不算被禁止的。丁以北达的名义，从对方购进一块土地的情况下，假定是得到了背后的合伙人全体一致同意；购进之后，合伙企业必须付款，需要付 500 万，现金只能付 200 万，欠 300 万，就在此房屋之上设立抵押权作为担保。现在买房，房贷基本上也是这个思路，没有现金可以这样做出担保，商贷和公积金贷基本上都是可以。丁买进房屋经过了背后的合伙人同意；在抵押的情况下，没有经过其他合伙人的同意，直接在这个房屋上设立一个担保，担保的恰好是购进这项不动产的价款支付义务，可不可以。这是比较有意思的问题，可以思考一下。

②还有一些限制，虽然法律上没有明确提，但是法律上可以推出来。合伙企业的名称，经营管理人能不能改一下？比如觉得北达不好，改成华清；经营场所可不可以更改？比如中关村 5 号不好，改成 6 号。另外，上述深圳的规定中提到，“经理人有提名副经理和财务负责人，并且提请商人聘任或解聘”，经理人有提名权，最终是否聘任由商人自己决定。假如现行法没有这个规定，经理有没有自己直接的权限聘任另外一个经理人？

德国商法还有一些强制性的限制。比如企业年终结算，报表负责人要签字，这个签字的权限，原则上经理人没有，必须要合伙企业的业主来签。这是一些限制，都是法定化限制。也就是说一方面权限法定化，另一方面排除一些东西，也是法定化。既然是法定化，意味着不需要到登记簿登记了。甲、乙、丙的合伙企业聘任了丁，不需要到登记簿去登记这些限制，换句话说，这些法定化的限制是可以直接对抗外部第三人的。法定性的限制的效力实际上是对世性、绝对性的，不是给一两个人看的，是给市场上所有交易人看的，任何人都应当了解。

3>对其之限制不得对抗（善意）第三人之法理基础何在？如何适用所谓“表见代理”之规则？是否有特别的“表见经理人”制度？

接下来，对其之限制不得对抗善意第三人之法理。这个规则很多地方采用，德国、法国、日本，包括深圳的规定中也采用。不过张老师一直有点儿怀疑。这样的规定与登记效力之间怎么配合、勾连，一直有可怀疑的地方。经理权的范围是法定化的，没有问题，为什么就不能通过登记的方式限制呢？张老师目前倾向理解，是可以限制。这个限制有两方面理由：

一方面，经理权因为不得限制的规则容易导致滥用，这是很多国家已经看到的苗头。既然是滥用，也就意味着这个东西太宽了。既然容易滥用、太宽了，立法上就要考虑限制。这个限制的思路是通过表见代理的思路来限制，也就是说，如果经理人滥用手中的权限，所为的事项虽然符合法定上所规定的经理权权限，但可能有滥用。在滥用的情形下，看交易的相对方主观上的状态。交易相对方明知丁手中有经理权，经理权在内部其他的成员是可以限制，只不过内部限制不得对抗。交易相对人明火执仗，仗着它不得对抗，就在明知的情形下仍然与其做交易，做的交易恰恰是内部限制排除的限制，比如买进不动产。这种情形下，这个交易相对人也太恶了吧，干脆就不保护。不构成表见代理，意味着是恶意，意味着交易相对人如果主张交易行为有效的話，北达可以提出一个恶意抗辩，这是在德国法学法理，包括欧洲法理上很有名的制度，是从罗马法引进来的。这是个独立的制度，这个独立的制度在现行立法中没有完全规定，学理包括实践中都用，它的效力是阻却。恶意抗辩涵盖的范围不仅仅是这个地方，只是一个理论的运用，恶意抗辩在罗马法上有很多分支。

另一方面，既然可以限制，不妨法律上可以开口子，如果限制的话，通过登记的方式，登记在登记簿之中。只不过有一个登记的对抗效力并不是立即发生的问题。前面讲登记效力，也并不是一登记就马上产生效力，而是给一个相对期、缓冲期。

总之，对经理权不得限制，或者对经理权的限制不得对抗外部第三人，思路稍微有点儿过于僵化。

2.2.3：经理人与其他职位担当人之区别

1>与法定代表人肯定有区别，法定代表人在我们国家主要指的是法人类的公司，《公司法》13 条也有规定。法定代表人涉及到代理权的问题。

《合同法》条 50：“法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。”

《合同法》50条涉及到的问题不仅仅经营范围，还有自身的代理权、代表权限问题。

2>与其他职位担当者，如副董事长、执行董事、董事、副经理、财务负责人，以及与实务中常存在的董事长助理、襄理、公司总裁、财务主管、会计主管、分支机构主管/负责人等职位的区别。实质性标准就是一个，看外部有没有代理权，而且是一种权限法定化的代理权。现行法中，除了执行董事之外——执行董事在我们国家与法定代表人无异——其他的这些人原则上都没有因其职位而专门地享有当然而然的专门代理权，要想外部签约的话必须专门授权。

3>经理人有数人时之关系：是共同经理，还是分别经理？何者应为解释上的一般规则？

原则上应该是共同经理。它是一个他治的机构，其他几个人时刻在担风险，因为权限太大了，是“第二个我”。其中限制丁的权限的一个思路是多派几个人，有点儿坐山观虎斗的意思。对外签约必须三个人一同签。第一，三个人之间有没有什么利益关系不好说，但是可以降低欺骗背后的人的概率。第二，三个人每个人都是有报酬的，法律也给每个人赋予了义务，所以每个人肯定会相互监督、相互提醒。所以一是排除侵害背后的人的主观的恶意，二是降低正常的经营过程中的经营风险。

赋予一个人代理权的风险比较大，如果赋予三个人每个人一个单独的代理权，权利越搞越大，越来越危险，是很麻烦的事情；但是《合伙企业法》26条第一款为什么可以呢，因为那是在自治的机制下。既然是自治，其中一个合伙人有代理权，但是也脱不了干系了，对外签约冒冒失失不经过慎重，按照《合伙企业法》38、39条之规定，也要承担无限连带责任。所以自治的情况下，自身有利害关系，法律上推理肯定应当比较谨慎，所以与他治有不同。

- 关于有限合伙

这里提出一个问题。有限合伙我们没有直接讲，在有限合伙中，有限合伙人按照现行法的规定，不能做合伙事务执行人，只是等着拿预期的利益、分红，不能参与公司经营。如果合伙企业绕开其规定，任命有限合伙人作为本有限合伙企业的经营管理人，可不可以呢。如果觉得有疑问的话看一下条文。

《合伙企业法》第60条 有限合伙企业及其合伙人适用本章规定；本章未作规定的，适用本法第二章第一节至第五节关于普通合伙企业及其合伙人的规定。

第67条 有限合伙企业由普通合伙人执行合伙事务。执行事务合伙人可以要求在合伙协议中确定执行事务的报酬及报酬提取方式。

第68条 有限合伙人不执行合伙事务，不得对外代表有限合伙企业。……

60条中有适用前提，没有规定的适用普通合伙的规定。这里没有规定，但是在合伙协议中规定，某有限合伙人张三作为北达有限合伙的合伙事务执行人，条文依据是60条+31条第六项，这可不可以？31条第六项规定的是“聘任合伙人以外的人担任合伙企业的经营管理人员”，这里可以解释，既然合伙企业的人以外的都能聘用的话，举重以明轻，举轻以明重，内部的人为什么不可以呢。这是一种情形。

另外一种情形，在普通合伙中，按照26条第二款之规定，聘任甲来担任本合伙企业的合伙事务执行人，按照27条规定，其他人不再享有合伙企业的执行权限。现在合伙企业甲、乙、丙按照31条之规定作出决议，聘任本合伙企业中具有合伙人身份，但是并非本合伙企业的合伙事务执行人的乙来作本合伙企业的经营管理人，也同样涉及到这个问题，这可不可以呢。这些是比较有意思的问题，法条没有完全规定，但是实务中会出现。张老师的倾向是原则上问题不大，外部人都可以，何况内部人。外部人没有关系的话，内部人至少有利害关系，更应该敬业、谨慎。只不过内部人的情况下，薪酬等方面怎样考虑，可能涉及到另外的合同安排。

关于经理权的消灭问题，这里不一一讲了，可以看一下《民法通则》中关于代理权消灭的问题，尤其是第二项，代理在民法总则中，用的是委托代理、意定代理，在委托关系或其他基础关系不存在的情况下，是不是当然意味着代理权的终止或消灭问题。

第八讲

商行为制度概述

这里对商行为制度进行简单的讲解，商行为制度涉及的内容比较多，但是现行法规定不完善。商行为原则上不谈法律行为之外的东西，理论构架上只谈法律行为。

1. 商行为概述

首先，商法上有没有特殊的商事侵权的问题？《侵权责任法》有没有专门谈专门的商事侵权的问题？侵权法本身的构架上没有说因为民商分立，所以专门设计出商事侵权的构建。某些特殊侵权可能只是出现在商事环节，要结合侵权行为自己来谈，跟商主体本身挂钩不太多。比如环境侵权，一般老百姓、小市民环境侵权不大容易，都是一些排污企业才会涉及；再如安全保障义务，自然人、非商人不太多，主要出现在商人里面。这并不是在于商人身份问题，而在于经营地点具有危险性、开放性，引发出来业主、经营者对于进入经营范围的潜在的被害人安全保障义务，没有做到就发生这种侵权。有损害和过错的问题才有体系划分，商法领域原则上没有。有学者提出商事领域特殊侵权，商事领域侵权应该加重等等，这些是比较鬼扯的话，不要信。

第二，讲事实行为。法律行为之外有非法律行为，主要事实行为。事实行为在商法上也没有特殊性的表现。此前提到，商法上的规矩的内在逻辑，是两方面，主体和行为。行为主要是谈交易。交易这个概念，只是或者只能是法律行为，事实行为原则上没有交易一说。而且民法上也知道事实行为不好谈，因为事实行为种类过于零散，法律效力上也是依据各个立法本身而界定事实行为之效力。

简单举个例子，占有、交付行为，依照通说上是事实行为，占有说是状态也可以，都是事实行为介入的。它的效力问题在各个领域是不一样的。占有以及交付在物权变动领域，是物权公示问题；在非物权变动领域，比如租赁、借用，是合同履行环节问题。比方说租赁中，合同法里面承租人特殊的保护，优先购买权或者买卖不破租赁，都卡在占有上。换句话说，《合同法》229条规定的租赁合同期间，这是租赁人已经拿到租赁物的占有问题。租赁的法律效力没有一般性的规则，不像法律行为，只能结合具体的法律规范对事实行为赋予效力。法的技术角度没办法赋予效力。

继续推理发现事实行为实际上是法定之规则，与法律行为不同。也就是说各种事实行为之所以能够产生法律上的效力，必须由实证法进行规定；相反，法律行为中立法者只规定框架，法律行为本身构成要件、法律效果的产生大部分由行为人自己左右、决定。所以法律行为角度讲私法自治是这个意思，通过这个工具达到这个目的，也就是结果上能够自治。事实行为这一块原则上必须经由立法本身。所以商事行为调整的内容排除事实行为。

接下来商行为就只能是法律行为，法律行为最主要的表现只能是合同。商事行为最核心的是合同，但是不限于合同，意思表示也包括在其中。甚至某些特殊的情况下，合同两方面要素，要约和承诺，商法只是规制其中的一个要素。例如商人作为保证人的时候，跟民法的规矩稍微有点儿不一样。这是学理上的看法，我们国家没有这

个规定。商人作为保证人，有一个形式性规定，也就是书面化。商法的规制并不在于整个保证合同，而在于其中的保证的承诺。这一点在《德国民法典》有相应规范。以上是关于商行为本身在商事领域的理解问题。

关于商行为本身的具体规则，建议还是看看德国法上所列的条文，德国法 343 条、344 条所涉及到的。

德商条 343：“Ⅰ，商行为者，乃商人所实施的属于商事营业经营之所有行为。Ⅱ，（废止）”就此立法定义，依其学者之概括，有如下要点：

第一，其实施主体须为“商人”，且该商人之属性须在为该法律行为时存在。

第二，须为“行为（Geschäfte）”，亦即旨在表达产生某一经济结果（wirtschaftlicher Erfolg）之意思的任何行为活动，从而不仅包括合同，亦包括单方法律行为以及诸如信息告知、推荐、警告/催告、终止、代理权授予、瑕疵异议、通知等准法律行为（rechtsgeschäftsähnliche Handlungen）。其例如借贷以及其他信贷合同；汇票行为；保险合同；雇佣合同；债务承认；担保物权之设定行为以及其他担保行为；债权让与、债务承担等。

第三，该法律行为须在“商事营业”中为之。

第四，一般性推定规则（allgemeine Vermutung）：何谓“属于商事营业经营之行为”，不免有歧义产生；为避免此歧义，德商条 344 款 1 规定：“由商人所为之法律行为，在有疑义时，均视为属于商事营业经营之行为”，从而设立一项（可推翻性）推定规则，使对其提出异议者负举证负担。是故，显属于私人领域之行为，如狩猎房屋警报系统安装之委托、亲属法与继承法上的法律行为、死因赠与、为保护近亲属免受刑事追究而对受害人承担过错等；反之，属于商事营业经营之行为者，如商人之火灾险、运输险以及责任险等保险合同之缔结等。再予注意者，德商条 344 款 1 所规定之推定，乃“为任何人[之利益]并针对任何人”；换言之，该推定之效果，不仅可针对商人而对其不利，亦可为其利益进行推定，从而在该法律行为对其有利益时，商人自己亦得主张该行为乃“属于商事营业经营之行为”。

第五，不可推翻的推定（unwiderlegliche Vermutung）：德商条 344 款 2 规定：“商人所签署之债务证书/债务，若自证书不能得出相反结论，则视为在其商事营业经营中所签署。”除该款所规定之例外情形外，该推定乃不可推翻的推定。此中所谓“债务证书”，乃所有包含承认义务之内容的各类证书；至于该证书是否说明债务发生之原因，是在创设一项债务原因抑或仅为证据证书，均非所问；所要求者仅在于，该证书单独，或与其他证书一起，能证明义务之主要内容即可。其例如债务承认；票据义务；承担义务之契据；承担保证之表示；仓单与货单；借贷文书；结账证明等。

这里所说的为任何人之利益并针对任何人，我们可以两个相关的例子，即不动产登记和占有登记。这是物权法的相关内容了。不动产登记簿上讲推定，一般的规则是不动产登记簿上所记载权利为正确，不动产登记簿上未记载的事项推定不存在。比如某一个房屋，记载的所有权人是北大，就推定北大是所有权人；上面说没有登记北大对外贷款以这个房屋设定抵押权，就推定该抵押权不存在。关键是推定的效力、功能指向。首先，比如清华说北大这个房子不是属于北大，是属于清华。清华需指出证据证明自己是所有权人或者北大不是所有权人，因为不是登记簿上记载的，北大则不用多说话，只需说看不动产登记簿就够了。也就是功能指向有利于北大、有利于登记簿中所记载的登记人。反过来，前几天下雨，房子某一块东西掉下来了，砸到北大游玩的某个游客，之后怎么负责。不考虑其他的诸如管理之类的问题，就是北大自己对房屋的维护没有尽到责任，就是侵权责任法的相关问题。这时候如果找清华索赔，清华就会说房屋不是它的，登记簿上登记不是它的，它管不着；游客只能找所有权人，按照登记簿上记载的，记载的是北大，就直接找北大。受害人可以从登记簿上推定，推定它就是侵权人。所以登记簿也有不利于登记簿上记载的人的。还有其他不利于的登记簿上记载的权利人的，比如要征税，按照登记簿上记载的所有权人和其他物权人征税，税费可能很高。私法上不利于推定，公法上征税问题等也有不利于推定。这句话能够理解的，所谓为任何人之利益并针对任何人，就是说有利于登记簿上所记载的反过来不利于相对人，不利于登记簿之外的其他任何人；不利于登记簿上所记载的有利于相对人，登记簿之外的其他任何人。商事也是一样的逻辑。只要是商行为，不管对商主体有利的还是不利的，都可以进行推定。

占有的推定问题不一样，只对占有人有利的推定，不利的不推定。这是不一样的地方。换句话说，这个物是谁的，推定是我的，物致人损害的情况下，则不能这么推定。占有推定只能推定对占有人有利的地方。

关于商行为的分类，很多在立法中慢慢取消掉了，有些也过时了。学理研究上可以，但它比较繁琐，法律适用很难把握，立法上不大可取。

2. 突出商行为给特点之具体表现

2.1 有偿性之表现

这里举些例子，基本都是以《德国商法典》作为辅助性材料，可以查询中国法相关的规定。

第一，德商条 354 款 1：“因经营商事营业而为他人料理业务或提供服务者，即使未有约定，亦得主张佣金请求权，并且在涉及保管事务时，得根据当地通行标准请求仓库保管费。”

第二，德商条 354 款 2：“就借贷、预先支付、垫款以及其他费用之支出，该商人得自支付之日起[主张]计算利息。”

第三，德商条 353 句 1：“基于双方商行为所产生的债权，自其到期之日起，商人彼此间均有权主张利息。”（句 2：“但基于该条规定不得主张复利。”）

第四，较高的利率：德商条 352 之 5%，而德民仅 4%。

第五，商人性的商事辅助人亦得主张行为之有偿性，德商条 87、99。

第六，委托的无偿性是区别于雇佣的有偿性的重要原则，若欲兼顾商事委托，只要规定可以依交易习惯或当事人约定，得为有偿委托即可。但我国《合同法》第 405 条却规定，受托人完成委托事务的，委托人应当向其支付报酬；当事人另有约定的，按照其约定。这可能会成为民事受托人滥用诉权的诱因。

2.2 放弃民法中保护性规定之表现

传统民法上的保护性规定主要是针对某些特殊类型的交易，为了保护特殊交易行动的弱者，制定一些预防性规定，保护交易某一方。这些规定一旦用到商人的时候，跟民法上的背景、情景、假定有些区别，商法上做出一些例外。

第一，过高违约金比例，不必如德民条 343 而为减少之规定，详德商条 348：“商人在其商事经营中所约定之违约金，不得基于德民条 343 之规定而请求减少。”

第二，法定形式之放弃，即德商条 350：“就保证、债务承诺或债务承认，若此等行为对保证人、承诺人或承认人来说构成商行为者，则德民条 766 句 1、条 780 以及条 781 句 1 之形式规定，无适用之余地。”

第三，作为商人之保证人不享有德民条 771 之先诉抗辩权。

第四，消费者保护规定之不适用。

第五，管辖协议之有效性，即可突破原告就被告之法定管辖原则，参见德民诉法条 38 款 1、条 29 款 2 之规定。

第六，一般交易条款法之适用。

第七，行纪人与第三人订立合同的，于第三人不履行义务致委托人受到损害的，行纪人应当承担损害赔偿赔偿责任，但另有约定的除外（第 421 条）。此乃所谓保付责任。

第八，流质契约禁止之松动。

关于消费者的问题，这里延伸一点。商法上可以通过一定的规定、规制、技术手段判断某一个人是商人，那么消费者能不能这么规定呢，或者关于消费者怎么界定，能不能说具备某一个特殊身份的人是消费者。比如说消费者的年龄、性别、职业，有没有这样的划定方法？换句话说，消费者的概念是按照什么样的路径确定的。近期消费者立法比较火么，为了保障消费者权益，基本上也是符合大的思路的。消费者进行规制的时候，消费者概念怎么定，怎么规制？消费是基于消费品、消费行为，是基于客体本身引发出来。换句话说，提供的商品或服务是消费品，或者说最终的商品，是终端服务的接受者、最终的买受人，买受人首先不再专卖盈利赚取差价，而是自己使用，其次仅仅用于自己私人生活中。这样界定，消费者只能是自然人，一般说购买消费品、服务是为了私人生活。

消费者保护法的路径和商人法不一样，是从特殊的交易、交易模式出发的。比如消费者权益保护法中有上门交易、推销的问题，上门交易之所以特殊，我们可以想见。一个人坐在家里面，突然被人打扰，思考上容易短路，不容易货比三家，这是心理学的一些认识，所以进行特殊保护。另外消费者对于某些交易关系可能欠缺专业知识、经验，比如金融品、某些特殊产品，包括远程交易，即不是当地而是通过网络交易，网购、邮购等。另外消费者容易出现的一个现象是团购，不但是我国有团购，其他国家也有，也会引发相应的消费者保护问题。消费者和商

人保护路径不一样，肯定有区别。

2.3 若干法律制度之类型化

类型化是一个法律方法，立法上运用比较多。法解释学上，尤其是造法上，这个方法用的比较多。类型化，是因为某一个事项、某一类事项出现比较多，司法中慢慢归纳出一般共同性要件，立法上提升为一般性规则。类型化可以节省具体的交易情境中当事人的交易成本，并且提供更多的优势。类型化的具体体现：

1>代理关系之标准化。如所谓经理人制度、商事代办权制度。

2>间接代理关系。与民法相反，民法上一般不用间接代理。《合同法》402、403 算不算间接代理？张老师持反对意见。这两条是跟外贸代理有关的，有立法史的问题，这两个条文是异类，基本不应该放在这里。

2.4 商人组织行为之公开性

表现为商事登记行为之建立以及商事登记之公示效力，都是民法上不常见的。

2.5 在处分行为中对信赖保护之扩展

商人对自己所拥有的物不一定有所有权，只是有处分权，例如行记商。所以扩展其适用范围。

2.6 若干边界交易进行之制度

还有一些为了交易更加方便进行产生的制度。

第一，双方均为商人的买卖合同中，买受人应不迟延地主张瑕疵异议。瑕疵疑议、瑕疵担保问题，基本是指质量问题。

第二，定期商行为之特点：买受人不必为催告期限，从而即可进行损害计算与变价。期限到后给对方一个催告，催告后考虑有没有损害赔偿问题。

第三，受领迟延时出卖人得自为提存，甚至可提请拍卖。

第四，关于商人留置权，可以参考物权法新规（《物权法》230、231 条）。

第五，商人之缄默问题，沉默问题，要把握适用要件，商人之间有长期业务往来关系才能做得到，否则不能随便推定。

以上所讲的是商行为的一些制度，从一般性的概括到具体的要点。

关于考试

期末考试总共 70 分，是在一个基础事实之上进行变化，跟以前考试模型差不多，07 级的考试也是一个基础事实。上次考的《围城》，这次考中国合伙人，考俞敏洪他们，当然名字等改了一下。

考试所涉及的一些法条，《合伙企业法》肯定要带，因为讨论的是合伙人；《公司法》也要带。

1>第一道题大体是组织内部决议、内部行为效力的问题。看看法条，基本都能理解。内部决议行为符合程序与否，以及依据内部决议，行为对外所为的行为的效力。举个例子，比如内部任命俞敏洪为本公司的董事长之后，界定了他的权限，比如对外签单每单不能超过 500 万；俞敏洪签订了一笔 499 万的，以及 501 万的，这种行为的效力问题。这些问题需要分析，课上也涉及过这方面的讨论，需要依据法条一项一项分析。

外部行为，案例中所举的事实并不完全，可能需要自己假设，然后进一步分析。

2>第二道题考的考点前面已经分析过了。即所谓的商事登记之效力，只及于交易行为、合同行为，只对交易的相对方适用。假如相对方进入这个企业不是一个交易的方式，而是其他的方式，引发出的一些法律关系，法定性的法律关系可能不适用。第二道题考点是这个，要带的法条有《侵权责任法》《合伙企业法》。另外关于商事登记的登记效力问题，可以引用 2004 年深圳的规定，以及国内没有法条的情况下，我们给出过的《德国商法典》15 条。国内立法不完善的情况下问题可能会指向这里，作为域外立法、学理的依据进行探讨，纳入到论述过程中。

3>第三道题，就变化情形，涉及到有限合伙问题，此前没有完全讲有限合伙，但是因为学了普通合伙，有限合伙应该看得懂的。这涉及到有限合伙身份转换等，进而涉及到有限合伙中身份转让、份额转让对外部的效力的问题。考察的范围也主要是在《合伙企业法》里。另外因为涉及到执行问题，所以《民事诉讼法》相关条款可能应该拿进来，《民事诉讼法》12 年刚刚修订过的。民诉法主要涉及的是执行这一块。

这是关于考试的范围大体这些。大体考点是这些。

怎么去答，因为事先张老师自己演示了一下，两个小时时间不一定够。但是已经说好了，题目不能删减了，所以答的时候要答要点。

1>所引用的条文不需要抄下来。比如要引用《合伙企业法》第 5846 条，不需要把这一条具体什么东西写出来，写出条文名称就够了。但是一定要注意，不但写第几条，还写上第几款第几句。比如某某条第 1 款第 1 句第 1 分句。或者是条文规定的三种情形是第一种还是第二种，或者是但书的情形。条文引用的时候必须精确化。

2>要点答的时候不能太简单了。上下两个要点之间逻辑推理转化看不懂也不行。还是要求能够看得出来整个的思路。第一个要点到第二个要点、第二个要点到第三个要点，中间的思路、结论可以看出来。如果过于简化，看不出之间的逻辑关联、推理的过程，还是不可以的。所以第一简化，第二话还是要说清楚的。按照现在的做法，包括题目四页纸应该差不多。

3>既然是要点，最好写好序号。不大欣赏一段话下来没有什么标点符号，这么看起来很费劲的。中间每个部分有要点、每个要点有转换，转换的时候有可能进一步、有可能退一步，有可能限缩、有可能扩张，要能看出这些。