

## 笔谈一：《民法总则》中的法人分类制度

# 《民法总则》法人分类的 层次与标准

谢鸿飞\*

从笔者参加全国人大常委会法工委《民法总则》立法会议的情况看，法人制度是最疑难、也是争议最大的内容。原因可能是：其一，在改革开放三十多年后，中国社会阶层、功能和结构都从整体化向分殊化发展，以成员（发起人）的共同合意或单独意志成立的各种组织体蓬勃发展、方兴未艾。这些组织体的设立宗旨、目的事业、治理结构和社会意义各不相同，要从中抽象和提取出各类法人的“公因式”，难度不可小觑。二是受“总体性”国家—社会一体化观念的持久浸淫，国家对社会组织体尤其是公益类组织深怀戒心，管制过多过度——《社会团体登记管理条例》的修订议论多年，迄今亦未通过，即为明证。这就使《民法总则》如何设置法人的成立要件颇费思量。

《中华人民共和国民法总则（草案）》（以下简称《草案》）第三章采取“营利法人与非营利法人”作为法人的分类标准，并相对放松了非营利性法人的成立条件，相比以往的立法有长足进步。但在法人分类方面也存在缺失。

### 一、《民法总则（草案）》法人分类的缺失

在民法学理上，法人分类通常采取三个层次：（1）依据法人设立的法律依据是公法还是私法，将法人首先区分为公法人和私法人。（2）依据私法人成立的基础，将其区分为社团法人和财团法人。前者以社员为基础，是人的组织体，成员在社团中取得社员权；后者以特定的财产为基础，是财产的组织体，不存在成员。（3）依据社团法人成立的目的，将其进一步分为营利社团、公益社团和中间社团。营利社团即从事经济行为逐利，并将利润和剩余财产分配于社员的社团。公益社团是以不特定多数人的公益为目的的社团。中间社团指既非以公益又非以营利为目的，而是为了特定成员的共同利益成立的社团。<sup>〔1〕</sup>《民法通则》则采取了企业法人和非企业法人的分类标准。

\* 中国社会科学院法学研究所研究员、法学博士。

〔1〕 如王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 151 页以下；梁慧星：《民法总论》（第 4 版），法律出版社 2011 年版，第 121 页以下；王利明：《民法总则研究》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 385 页以下。

《草案》采取的营利法人和非营利法人的分类标准,其实和《民法通则》相当接近,因为企业法人是最为典型的、在我国现行法上甚至是唯一的营利法人,非企业法人的几种类型(如机关法人、事业单位法人和社会团体法人)都是非营利法人。然而,这种分类的层次和标准比《民法通则》存在的问题更大,以下从两个层面分析。

#### (一) 公法人和私法人

与《民法通则》一样,《草案》并没有将法人首先区分公法人与私法人,而是将所有的法人均纳入规范射程。其第 89 条—第 90 条规定了机关法人,第 82 条—第 83 条规定了事业单位法人,第 84 条—第 85 条规定了社会团体法人。可以肯定,机关法人、事业单位法人都是公法人,部分社会团体亦是公法人,其设立依据并非民法,而是公法。《草案》将其作为“非营利法人”,理由应该是它们的目的事业都不具有营利性质,而是为了公益目的。但在一般意义上,“非营利法人”通常指“非营利性组织”,即所谓的“NPO”,而 NPO 又往往与 NGO(非政府组织)混用。如此,《草案》的分类就存在较大问题:非营利法人本应指国家科层制序列以外的各种民间社会团体,是政府部门和营利组织以外的“第三部门”,而不可能是《草案》中的国家机构。可见,《草案》除了延续《民法通则》不区分公法人和私法人的弊病外,因为采取了“营利—非营利”法人的分类,还造成了“非营利法人(组织)”包括政府组织的误解。

#### (二) 营利法人与非营利法人

对私法人的分类,“营利法人—非营利法人”的分类标准相当有吸引力,亦为多个学者建议稿采用。原因可能有二:一是简单明确,比“社团—财团”的用语要通俗易懂得多。二是可以避免遗漏,按照形式逻辑,法人要么是营利的,要么是非营利的,似乎不可能出现其他种类的法人。但是,这一分类也存在如下问题:

1. 无法体现法人作为组织体的最根本特征,也将使《民法总则》无法按照不同类型的法人特征进行针对性立法。

法人之所以能成为与自然人并列的法律主体(甚至还可能享有宪法上的部分基本权利),主要因为法人是可以与其成员区隔的、独立的组织体。这种组织体的特征既可由“成员+财产”构造,也可仅仅通过特定的、独立的“财产”构造。民法典对法人的规范内容,主要应体现为法人作为组织体应如何形成、变更与消灭、内部组织结构和权力如何配置、对外如何活动。在营利法人与非营利法人的分类中,法人的组织体的特征与构造差异基本被隐没了,只剩下任何法人设立都必然具有的“目的”。但“目的”又无法体现法人作为组织体的根本特征。基于“目的”,立法者最多对非营利法人的部分活动予以限制,如禁止向成员分配利益,对营利法人则几乎无法做出任何有效的规定。法人制度内容的完整性就将大打折扣。

2. 无法反映不同法人类型的根本差异,导致法人制度无法“提取公因式”,有损民法典的体系性。

营利法人与非营利法人的分类“仅仅能够看出法人存在的目的,而不能反映出法人的其他特征”,亦无法体现提取各类法人制度规则的“公因式”〔2〕。营利法人与非营利法人的分类依据在于法人的设立宗旨和目的事业,“营利法人”的种类在我国法上相对较少,但“非营利法人”的种类甚多,很难找出不同类型的非营利法人的共同点。立法者也就只能从不同类型的非营利法人规则中提取极为有限的公因式,《草案》称得上是非营利法人共同规则的,除了定义性条款,可能只有第 81

〔2〕 参见李永军:《以“社团法人与财团法人”的基本分类构建法人制度》,载《华东政法大学学报》2016 年第 5 期,第 35 页以下。

条第2款：“非营利性法人不得向其成员或者设立人分配利润。”其他条款都是对各类非营利法人的专门规定。《草案》对营利法人提取的公因式规范，除宣示性规范之外，真正有司法适用价值的规范也不过寥寥几条。而《民法总则》要成为法人制度的基本法，就必然要将法人类型化并提取其规则的公因式，采用“营利—非营利”的标准，是无法完成民法典法人制度体系化任务的。

3. 使《民法总则》越俎代庖，判断法人的公益性质，而且可能破坏《民法总则》的稳定性。

在高度复杂和分化的现代社会中，民法典更应作为中立的技术法，不应涉及法人营利与非营利目的的判断。尽管“营利”是一个民商法上的常用术语，也因此衍生出了一系列的制度，但“非营利”目的却可能涉及社会公共利益，产生的往往是公法上的效果，民法典没必要对这些目的做出实质性判断。通常，非营利目的不是由民法典而是由公法或者民事特别法规定的；有关非营利法人的收支比例、公益目的事业费比例等事项亦同。这种立法安排有助于维持民法典的稳定性，便于立法者通过特别法的修订因时循势调适规范。如在日本，2008年民法典修改后，调整非营利法人的特别法是《一般社团·财团法》，这类法人若申请成为公益法人，以获得税收等政策优惠的，应依据《有关公益社团法人及公益财团法人的认定等法律》（2006年）规定的22项标准认定。此外，《草案》似乎受Hansmann“禁止分配盈利于成员”观念的影响，将其作为非营利法人活动的唯一禁止性规范，却没有涉及非营利法人能否分配剩余财产，规则的完整性存在问题。其考量的因素可能是：目前，我国有大量的民营医院和民办学校，若《民法总则》将其界定为非营利法人，并禁止其分配利润和剩余财产，将对这些机构产生极其重大的负面影响。更好的做法可能是，在这些机构的改革方向未明确之前，不应通过民事基本法将其简单定性为“非营利法人”，以避免影响未来的改革。

4. 并不能穷尽法人的各种形态，尤其是对农民专业合作社等特殊类型的中间法人。

乍一看，从任何一种法人形态入手，将法人分为某类法人和非某类法人，都可以穷尽所有的法人形态，如“企业法人和非企业法人”“宗教法人和非宗教法人”等。然而，在“营利法人和非营利法人”这一标准中，因为“营利”本身不是名词，词义的不确定性特征突出，完全存在同时具有两者特性的法人，这将会在实践中造成如何区隔营利—非营利的难题。如农民专业合作社法人到底是营利法人还是非营利法人？即使将非营利法人解释为包括公益法人和中间法人，《草案》的规定也很难解释何以农民专业合作社法人可以分配盈余，而且是“按成员与本社的交易量（额）比例返还”等方式分配（《农民专业合作社法》第37条第2款第1项）？另外，目前蔚为风潮的社会企业（Social Enterprises）到底应归于营利法人还是非营利法人，《草案》也未提供答案。若固守营利—非营利的疆界，这类回应社会强烈需求的企业可能在中国将丧失法律土壤。

5. 尽管通俗易懂，但容易引起公众的误解。

“营利法人和非营利法人”的标准确实明白晓畅，从法律应为普通国民理解的角度看，这是很值得肯定的。但它却存在普通理解与专业理解的差异问题：按照普通的理解，非营利法人不能从事营利活动；在法律专业中，非营利法人并非不能营利，不过不能将利润分配给成员或法人的工作人员而已。所以，“社团与财团”的分类虽然过于专业，但在通俗与专业形成鱼和熊掌的对立时，无疑应选择专业表达，以期法律更为明确。

## 二、《民法总则（草案）》法人分类的完善

培育市民社会尤其是培育国家一个人之间的中间组织，对中国的重要意义不容置疑。因此，《民法总则》法人立法的出发点应是为法人提供一般性规则，落实国民的结社权，实现国民的自由发展人格和追求幸福的权利。由此出发，《民法总则》应回归传统民法学的法人分类标准，其重点是：

首先,将法人区分为公法人与私法人。《民法总则》没必要也不可能详细规范公法人,只需阐明公法人参与民事活动时,应适用民法规范即可。为此,可在“一般规定”的平等原则或“法人”部分规定一个条款。

其次,通过社团法人和财团法人对法人进行类型化。社团和财团是从法人构成的技术特征所作的法人分类,适用于任何形态的法人。从构成特征入手区分法人,裨益立法者针对两类法人的不同组织特征,制定一般性法人规范,并为法人特别法提供基本法的制度支援。虽然这种分类也有灰色地带,实践中可能出现既有社团特征也有财团特征的法人(如某些宗教法人),但是,其包容性较“营利—非营利性”稍强。若采用“社团—财团”的法人类型,我国《民法总则》有必要做一个重大变革:无需将社团法人限于只能从事公益的法人——这不仅是因为民法典不适宜判断法人的目的,更是因为民商实践对成立营利性财团法人的强旺需求,如为某个家族设定的基金、为设立资产证券化过程中的特殊目的公司、信托集合投资计划、证券投资基金……

最后,《民法总则》没有必要将社团法人和财团法人进一步区分为营利法人和非营利法人,民法典应避免对法人成立的目的进行监管,而只应从技术角度对法人予以规定。在条件成熟时,可就某些特殊法人(如宗教法人、学校法人甚至行政法人)进行单独立法。

(责任编辑:李迎捷)

## 法人概念的固守与 法人分类的传承

傅 穹\*

当下我国正处于民法典编纂时刻,恰逢工商业强劲促成民商组织多元勃兴,民法思维与商法思维交错对话的互动时代。2016年6月,我国《民法总则(草案)》建议稿提交全国人大常委会审议,草案中将民事主体依其性质分为自然人、法人与非法人组织三元结构,法人类型采营利性与非营利性的设计思路。上述民法草案关于民事主体类型与法人分类这一思路建议,引发了学术纷呈的理论争辩:法人的概念应重构抑或固守?法人分类,是沿袭《民法通则》的企业法人与非企业法人的本土特色,还是开创营利性与非营利性法人的法典化先河,抑或传承大陆法系成熟的社团与财团法人两分模式?法人概念的重构或固守,取决于民法世界中的主流认知的广泛认同,兼顾立法改革成本的高低。法人类型的创新或传承,传递的是一国立法者对变化万端的民商组

\* 吉林大学法学院教授、法学博士。

织的涵盖能力,彰显的是团体与成员之间关系结构与意思表示的立法水准,影响的是法人制度的实现程度。围绕民商事主体的顶层架构的上述基础性问题,必须在民法典的编纂过程中,经由来自不同声音的争辩,进而寻求学界(尤其是民商法领域之间)的最广泛的理论共识。

## 一、“法人”的概念之争:重构抑或固守

法人,作为“人”的概念的法律拟制扩张,归功于德国民法理论的权利能力的法律工具。就民法世界中的团体组织的立法架构与法律技术而言,《德国民法典》的贡献胜于《法国民法典》,《法国民法典》至今仍以伦理人为原型,“人法”章节仅仅规范自然人,截至1968年1月3日《法国民法典》第496(2)条规定“对成年人的监护可以委托给某一个法人”,才首次适用法人的概念。<sup>〔1〕</sup>当代意义的“法人”概念,由德国法学家海泽在1807年的《供学说编纂讲授之用的普通民法体系纲要》所创建,<sup>〔2〕</sup>历经三个世纪的民法法典化的历史长河,成为大陆法系民法理论与立法的通行表达。

我国1981年《经济合同法》首次引入“法人”术语,并在1986年《民法通则》第36条第1款明确将“独立承担民事责任”作为法人的核心特征,并以此概念为主轴形成了庞大的法律规范体系。我国民法典编纂的过程中,关于“法人制度重构”的理论呼吁出现一种强音,与之相应,我国民商合一法典体例下的主体类型化路径改革呈现三种方案:1. 法人重构说支撑下的“自然人+法人”二元构造;2. 增设“组织”上位概念模式下的“自然人+法人”变通二元构造;3. 法人概念固守下的“自然人+法人+非法人团体”的三元构造。上述三种方案谁能胜出,恐怕决胜中枢在于立法者对“法人”概念的变革与否,即法人究竟是具有权利能力的组织,抑或法人是具有独立承担责任的组织。立法者是否变革“法人”概念待定之中,不妨从学理层面对法人概念重构与否的优劣进行一番比对思考,从而清晰化这一迥异的分歧。

我国《民法通则》的“责任独立”的法人概念需要重构吗?“法人重构说”或“法人范畴扩张说”<sup>〔3〕</sup>持肯定态度,主张从源头将法人范畴的界定与责任承担剥离,回归大陆法系诸国民法典“依法设立的组织,即取得法人资格”的通说,将合伙企业、个人独资企业等独立性的其他组织<sup>〔4〕</sup>纳入法人的范畴,以解决他们民事主体地位问题。笔者认为,无论从务实主义的实证观察,还是从功能主义的比较观察,“责任独立”的法人概念的固守或许比法人概念的重构更为可取。从务实主义的实证观察,1986年《民法通则》界定法人概念之后的三十年,中国特色的法律体系形成,无论是民事主体的类型划分(法人组织与非法人组织),还是商事组织的形态变迁(公司法人与合伙非法人组织),还是金融机构的理财产品(非法人投资产品),抑或多层次资本市场建设的大量公司证券监管法规(合格投资者的界定),或者刑法罪刑法定(单位行贿罪、职务侵占罪),乃至2016年9月1日施行的《中华人民共和国慈善法》,均以“独立承担责任”为表征的法人概念为标杆或术语,形成我国既有的浩瀚复杂、触及各个领域的民商事主体法律规则体系。这一庞大的以法人独立承担民事责任为预设前提的观念,已经覆盖了商业社会生活的各个领域,深入到教科书、民众、商人、官员、监

〔1〕 参见张民安:《法国民法》,清华大学出版社2015年版,第179页。

〔2〕 参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2015年版,第406页。

〔3〕 参见柳经纬:《民法典编纂中的法人制度重构——以法人责任为核心》,载《法学》2015年第8期;范健:《中国需要一部什么样的民法典》,载《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2016年第1期,第48~49页。任尔昕:《论我国合伙企业法律人格的选择》,载《法学评论》2007年第2期。

〔4〕 关于“其他组织”法律文本的立法变迁与实证研究,详见柳经纬:《“其他组织”及其主体地位问题——以民法总则的制定为视角》,载《法制与社会发展》2016年第4期。

管部门,无论从有纸化的文件到数字化的登记系统,无论从法律的文本到司法的裁判文书,独立责任的法人观念至今在中国畅行无阻,重构法人概念不仅会引发人们固有观念的思维转换的负担,更徒增不必要的立法改革成本。从功能主义的比较观察,我国大陆地区与台湾地区学者均注意到,英美法虽无类似大陆法系的法人概念,但公司企业与合伙企业的通行分类,仍以成员与企业的责任承担与否为标尺,思维路径异曲同工。大陆法系代表之一《韩国民法典》也承认法人与非法人两种主体。<sup>〔5〕</sup>尤须注意的是,2006年6月27日德国民法典修改后,关于民事主体的类型划分与内涵界定出现一个兼容民法思维与商法思维的变化,表现为:1. 增设“消费者与经营者”概念,与自然人并列为第一节的标题,凸显商业生活世界中的主体变化;2. 第13条与第14条采纳“主要以营利活动为目的或主要以其独立的职业活动为目的”的商法层面的营利思维为标尺,区分消费者与经营者;3. 经营者则分为三类,即自然人、法人或有权利能力的合伙,有权利能力的合伙与自然人、法人一样,均作为权利主体从而享有权利并承担义务。<sup>〔6〕</sup>可见,“独立责任”的法人概念在世界主要国家民法典或英美商业立法之中,也具有强劲的概念支持者与先例示范者。

我国《民法通则》中的“法人”概念,可以为“组织”概念取代吗?“自然+组织”的变通二元主体结构说的逻辑主张:既然认识到法人重构说变革的成本过于高昂,不妨考虑在“法人”概念之上增设“组织”范畴,组织之下分为法人组织与非法人组织,从而既不必颠覆“责任独立”的法人概念,又实现“纳商入民”的民事主体包容开放。<sup>〔7〕</sup>笔者看来,就“组织”的界定而言,是一个与“法人”概念界定伯仲之间的难题,界定“组织”之难度或许比“法人”概念更歧义纷呈。就既定法律文本的表达观察,查北大法宝输入“组织”关键词,关于“组织”为核心词的法律多达123项,行政法规82项,司法解释43项,部门规章1940项,若采纳“组织”作为与自然人并存的上位概念,恐怕梳理整合以“组织”为核心的立法就绝不逊于重构法人制度的成本。就域外立法例的民商事主体的术语表达比较而言,无论采纳民商合一的《瑞士民法典》,抑或作为民商分立的大陆法系范本的《德国民法典》,还是追随其后的体现最新改革倾向的东南亚的《韩国民法典》与《日本民法典》,均无“自然+组织”的既定立法例或成熟经验予以借鉴,更无从谈起法律层面关于组织理论的积淀与论证。因此,这一建议思路虽然独具学理启发性,但或许难以进入立法机关予以考虑的方案之中。

可见,民法总则编纂中的“法人”概念的重构与否,与民事法律行为的概念选择类似,是一个民法中的解释选择问题,哪一个概念更符合大多数人分享的前见,则哪一个概念更可取。<sup>〔8〕</sup>法人概念无论重构与否,均应致力于减轻法律概念的思维重负而非适得其反。法人概念的内涵扩张与否,难分理论高下的前提下,不妨考虑符合大多数人的分享前见为妥。民法总则编的最优策略不如固守具有成功先例的“法人”概念,重塑并完善法人之外的“非法人团体”,或许是一个更为务实且符合21世纪民法典改革趋势的选择。

## 二、法人分类的标尺之辩：创新抑或传承

法人分类的模式选择,映射的是一个国家对自然人结社自由的关怀程度、团体组织意思表示

〔5〕 参见梁上上:《中国的法人概念无须重构》,载《现代法学》2016年第1期;王文字:《揭开法人的神秘面纱——简论民事主体的法典化》,载《清华法学》2016年第5期。

〔6〕 参见《德国民法典》(第4版),陈卫佐译注,法律出版社2015年版,第5~29页。

〔7〕 参见汪青松:《主体制度民商合一的中国路径》,载《法学研究》2016年第2期。

〔8〕 参见王轶:《民法总则法律行为效力制度立法建议》,载《比较法研究》2016年第2期。

的技术水平、组织管制强弱的立法能力,拷问的是我国民法典关于法人组织的分类编纂,能否基于后发优势博采众长,能否兼顾商法世界中的组织多元生长的开放需求,引领 21 世纪全球化背景下的团体组织分类的潮流。

我国民法典编纂采纳民商合一的模式,然而民法总则编纂中的法人分类的顶层设计,并未沿着民商合一的典范《瑞士民法典》给出的“社团与财团”法人分类范式予以拷贝,或是主张沿袭《民法通则》的既定“企业法人”与“非企业法人”的模式,或建议采纳“营利法人与非营利法人”本土创新。企业法人”与“非企业法人的分类,是源于前苏联计划经济的以职能分类为出发点的立法传统,笔者赞同绝大多数理论的反对意见,这一分类既不能解决法人制度面对的团体与成员关系乃至意思表示规则设计,也不足以作为法人制度所覆盖的各类组织提供清晰的分类支架,而且混淆了公法人与私法人的区分意义,导致事业单位法人化的历史误读,引发公法人与私法人的管制错位,与主要国家民法典中的法人分类模式背道而驰。<sup>[9]</sup>

商法,不仅是契约自由的民法领路人,更是团体组织创新的民法急先锋。商事团体组织的类型化划分的涵盖程度与团体内部的结构安排乃至意思表示,成败端在法人分类的科学与否。法人分类的学说之一是采纳“营利法人与非营利法人”的分类模式,核心理由归结如下: 1. 《民法通则》没有采纳财团法人的概念,我国三十年的实践已经形成独特的非营利法人的类型; 2. 大陆法系的财团法人与社团法人在实践中的差别越来越小; 3. 民法典界定营利性法人,将使“营业”概念界定在民法典中有了落脚点。<sup>[10]</sup> 然而,营利法人与非营利法人的分类方案面临如下挑战: 一则, 21 世纪的新公益寓“公益”于营利,营利法人与非营利法人的区分边界模糊且区分价值充满了水分。值得注意的一个现象是英美公司法对新公益的回应: 2008 年美国一些州先后在商业公司法法律框架中为“社会企业”设立了“低利润有限责任公司”、“共益公司”(Benefit Corporation, 简称 BCorp.)、“弹性目标公司”(Flexible Purpose Corporation, 简称 FPC)、“社会目的公司”(Social Purpose Corporation, 简称 SPC)四种法律组织形式,其特点是取消了董事必须为股东利润最大化目标服务的限定。<sup>[11]</sup> 英国商事公司立法更宣称公司章程可以明确规定从事非营利活动,只要章程中写入规定,且专门为从事非营利活动的公司提供一种“保证有限公司”形态。<sup>[12]</sup> 二则,我国民法典体例与未来《商事通则》之间的衔接的挑战。民法典模式无论如何设计,诸多饱含商事思维的范畴与规则,例如营业、营利、企业资产、账簿、团体决议等,纳入《商事通则》统一规范或许效果更佳。三则,立法改革变迁的挑战。1987 年《美国非营利法人示范法》与 1996 年《美国统一非法人非营利社团法》的出台,表明非营利组织的规则可以单独立法解决,若非营利法人全部纳入民法总则之中,此将造成民法典的负担。<sup>[13]</sup>

我国民法典编纂中的法人分类模式的选择,本应基于立法后发优势,博采众长为我所用。无论采纳民商合一的《瑞士民法典》,还是采纳民商分立的《德国民法典》为代表,社团法人与财团法

[9] 参见方流芳:《从法律视角看中国事业单位改革》,载《比较法研究》2007年第3期;蔡立东:《法人分类模式的立法选择》,载《法律科学》2012年第1期,第108页;范健:《对〈民法总则〉法人制度立法的几点思考与建议》,载《中国商法年刊》(2015年)。

[10] 参见王涌:《中国需要一部商法品格的民法典》,载《中国法律评论》2015年第4期。

[11] 参见资中筠:《财富的责任与资本主义演变:美国百年公益发展的启示》,上海三联书店2015年版,第463~464页。

[12] 参见[英]保罗·戴维斯、莎拉·沃辛顿:《现代公司法原理》(第九版),罗培新等译,法律出版社2016年版,第4~13页。

[13] 参见王文字:《揭开法人的神秘面纱——兼论民事主体的法典化》,载《清华法学》2016年第5期。

人的分类安排成为主要国家民法典的不二选择，且在社团法人之下分设营利法人与非营利法人的两分安排。《瑞士民法典》首开“民商合一”体例的先河，并成为俄罗斯民法典、泰国民法典、我国台湾地区“民法典”的追随范本。《瑞士民法典》第二章法人，采纳一般规定、社团与财团的体系架构，尤其就社团与财团的设立、章程与法律的关系、组织机构的决议意思表示、社员的进出、团体组织的解散给出了井然清晰的示范性安排，辅之以公法的监管，堪称法人设计的立法最新成就。就德意志法系与拉丁法系融合的一次大胆尝试的1966年颁布并实施至今的《葡萄牙民法典》，在“人”编目之下，采纳自然人、法人与无法律人格的社团及特别委员会的三分模式，在第二章“法人”之下，分设一般规定、社团与财团的安排。<sup>〔14〕</sup>《意大利民法典》关于民事主体的分类，类似于葡萄牙民法典的分类，同样采纳自然人、法人与未被认可的社团及委员会的三分模式，法人采纳社团法人与财团法人的分类。<sup>〔15〕</sup>可见，传统大陆法系以“团体与成员之间的关系变化形态”为线索，<sup>〔16〕</sup>采纳以“人”或“财产”为基础的社团与财团法人分类的成熟模式，远比企业法人分类说或营利法人与非营利法人分类说，更能清晰地揭示自然人结社自由的目的所在、团体与成员之间的各自角色、意思表示、动态变化、监管强弱的立法态度。

总之，以法人为基石的团体组织的法律安排，在任何一个国家已经发达的法律体系中都是不可或缺的。法人问题，是一个“拟制编纂”问题，更是一种“思想手术”的问题（凯尔森语）。法人概念的固守胜于法人概念的重构，社团法人与财团法人的传统分类不妨传承光大。我国民法典编纂致力于引领21世纪民法典的潮头，那么民商合一的《瑞士民法典》与民商分立的《德国民法典》的法人分类经验，或许是我们最好的指引，彼岸民法典的成熟经验更值得我们倾听与学习。

（责任编辑：庄加园）

## 法人的虚与实

许德风\*

法人制度的原型是自然人制度。法律对法人做出规定，目的是希望借用有关自然人的法律规则，使法人像自然人一样参与生产和交易。但究竟何为法人，如何用法律搭建“法人”这一虚构事物的架构，须仔细思考和斟酌。的确如基尔克所言，作为“社会化”“团体化”的生活方式的体现，团

〔14〕 《葡萄牙民法典》，唐晓晴等译，北京大学出版社2009年版，第17~37页。

〔15〕 《意大利民法典》，陈国柱译，中国人民大学出版社2010年版，第6~12页。

〔16〕 江平主编：《法人制度论》，中国政法大学出版社1994年版，第7~13页。

\* 北京大学法学院副教授、法学博士。



体是不可回避的真实的社会存在。在法律上对此加以承认,也恰恰反映了法律与社会生活的积极互动。但是,需要认识到的是,即便各类团体都是社会生活中人(此处为自然人)所创造的实在事物,本不是拟制的产物,但这些存在本身并不是将它们承认为法人的必然要求。<sup>〔1〕</sup>换言之,从团体到法人,其拟制的本质是无法回避的。

本文认为,从立法的角度看,法律规定法人的主要目的在于确立法人制度的基本架构,明确法人财产独立与法人成员的有限责任,明确法人治理的基本框架,在此以外,不宜作过多地限定,而应由具体的组织法规范加以明确。以下结合我国《民法通则》特别强调的法人须具备的条件(第37条)(依法成立,有必要的财产或者经费,有自己的名称、组织机构和场所,能够独立承担民事责任),探讨法人的本质及立法的可为与应为。

## 一、法人人格

法人是一个历史性概念,是“法律赋予权利能力的、由人与财产以法律所规定的方式组成的组织”。<sup>〔2〕</sup>法人制度是“经济生活的客观现实与法律技术运用相结合的产物”。<sup>〔3〕</sup>以重要的法人类型——公司为例,在公司法发展的历史上,公司被法律所承认即公司客观上成为法人的过程(包括并允许公司持有其他公司的股票,放宽公司目的的管制,放松公司资本的上限管制等),是一个逐渐去“怪物”化的过程,即从将公司视为社会经济之威胁,转变为逐渐承认,并用于服务社会经济发展。<sup>〔4〕</sup>但就像自然人的权利能力一样,一旦法律成功贯彻了“人人平等”的理念,将权利能力一般性地赋予法人,法律在这一领域的重要使命便完成了,诸如“法人是具有民事权利能力和民事行为能力”的规定(我国《民法通则》第36条),其功能主要在于固定历史演进的成果。

## 二、法人的财产独立与有限责任

无论是《民法通则》还是《民法总则(草案)》,都规定了法人的财产与责任问题,前者(第37条)的表述是“有必要的财产和经费”(第2项)、“能够独立承担民事责任”(第3项),后者则表述为“法人以其全部财产独立承担民事责任”(第56条)。比较而言,前者的表述更全面一些,当然,二者都可以结合理论上的进展进一步完善。

法人之财产独立与有限责任的本质都是确保权利人对特定财产的优先权,包含两个方面:

财产区隔(asset partitioning)与明确优先权人。<sup>〔5〕</sup>作为财产区隔的形式之一,企业财产独立确认企业的债权人享有“附清算保护的优先权”(priority with liquidation protection),即一方面可就企业的财产受偿,另一方面在企业所有者破产时,企业所有者个人的债权人最多只能取得所有

〔1〕 参见龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社2001年版,第213页。

〔2〕 Raiser, Der Begriff der juristischen Person, AcP 199, 104, 105.

〔3〕 参见尹田:《论自然人的法律人格与权利能力》,载《法制与社会发展》2002年第1期,第123页。

〔4〕 “In one form this attack expressed fear that corporate organization would dilute the sense of personal moral and legal responsibility among those directing business enterprises and so encourage them in antisocial action. This was the most specific and objective meaning of warning that corporations were ‘soulless’.” Hurst, *The Legitimacy of the Business Corporation in the Law of the United States* (The University Press of Virginia, 1970), pp. 44 ff.

〔5〕 企业财产独立制度使企业的债权人取得了“带有清算保护的优先权”(priority with liquidation protection)。Hansmann et al., “The Essential Role of Organizational Law”, 110 Yale L. J. 387, 394 (2000).

者在企业中的股份(在破产中,股权的实现顺序排在普通债权人之后),而无权通过清算企业来满足自己的债权(即企业不对所有者的个人债务负无限连带责任)。<sup>〔6〕</sup>在这方面,股东、法人、法人债权人的关系和债务人、普通债权人、担保权人的关系类似。<sup>〔7〕</sup>图1描述的是公司中的财产归属状况:债权人1(公司债权人)与债务人A(股东)所拥有的公司有法律上的债权债务关系,其对公司财产享有优先受偿权;债权人2的受偿范围则是债务人A的全部个人财产。债权人1与债务人A之间的虚线表明二者并无法律意义上的债权债务关系,而只是经济上或者伦理上的关联。可以看出,从财产/责任的角度来看,公司财产制度的本质,就是确立公司债权人对公司财产优先受偿的地位。在图2所示的担保制度中,所谓“物的担保”,无非就是债权人1(担保权人)和债务人A有(法律意义上的)债权债务关系,债务人A将不动产1抵押给债权人1。债权人在债务人不能履行义务的时候可以就该不动产清偿,债权人2与债务人A之间亦有债权债务关系,但其仅以债务人A之其他(除不动产之外的)个人财产(乃担保物清偿后的剩余部分)受偿,对担保物无优先受偿权。因此,抵押权制度、公司制度乃至信托制度在财产区隔的意义上,没有区别——都是把一部分财产单独拿出来,作为清偿债权人的基础。<sup>〔8〕</sup>从一般意义上说,所谓的财产独立,就是有关财产有名义上(即伦理上或经济上)的所有人,但又不直接受其控制。在这个意义下,狭义的、物权法下的所有物属于绝对不独立的财产,而从共有到合伙到信托与公司,都具有(部分乃至完全之)独立性。

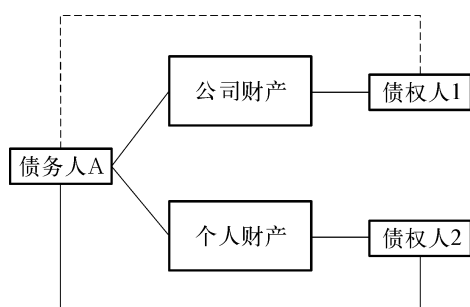


图1

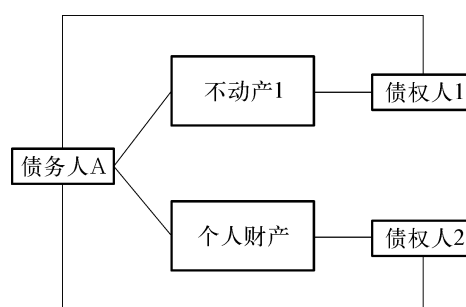


图2

与法人财产独立相比,有限责任则指法人的所有者可因法律的规定防止法人债权人攫取自己的个人财产,进而保护其个人的债权人对其个人财产的优先权。有限责任与法人财产独立都是立于公司/公司债权人与公司股东/股东债权人之间的“隔离”或“防御”,但二者防御的方向是不同的:有限责任是(公司股东)面向公司债权人的防御,即防止公司尤其是公司债权人追夺股东的财产,进而也保护其个人的债权人对其个人财产的优先权;而法人财产独立则是(公司)面向股东的防御,即防止股东及股东的债权人攫夺公司的财产。二者都是需要以立法加以明确的基础性事项。

〔6〕 Hansmann et al., supra note [5].

〔7〕 Squire, “The Case for Symmetry in Creditors’ Rights”, 118 Yale L.J. 806, 810 (2009).

〔8〕 我国《证券投资基金法》的规定具有代表性(第5—6条):基金财产独立于基金管理人、基金托管人的固有财产。基金管理人、基金托管人不得将基金财产归入其固有财产。基金管理人、基金托管人因基金财产的管理、运用或者其他情形而取得的财产和收益,归入基金财产。基金管理人、基金托管人因依法解散、被依法撤销或者被依法宣告破产等原因进行清算的,基金财产不属于其清算财产。基金财产的债权,不得与基金管理人、基金托管人固有财产的债务相抵销;不同基金财产的债权债务,不得相互抵销。

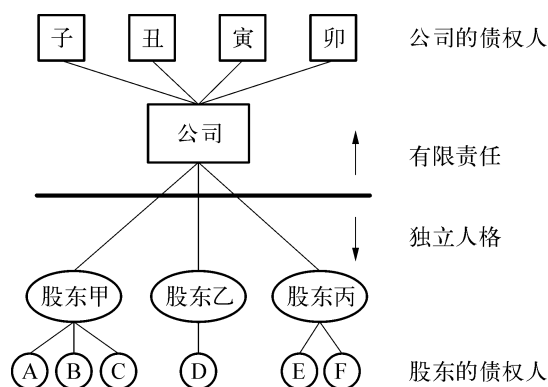


图3

### 三、法人的组织机构

自然人可以自主地行动于社会生活之中,原因在于自然人有自主的意识,尽管无法预见未来,但可以在直接面对时妥善应对。法人欲取得此种自主地位,也需要有意思机关及执行机关。从公司合同理论的角度看,法人制度可看作是一个自我执行的合同(self-enforcing contract),公司机关便是实现此种自我执行的媒介。在诸机关中,意思机关最为重要,而有关意思机关议事程序/决议效力的规则,本质上就是多个公司所有者(特殊情况下包括其他利害关系人)之间的争端解决机制(mechanisms for dispute resolution)的规则。<sup>[9]</sup>

在法人之中,除了机关之外,我们还应当看到组成机关的各个主体,包括法人的所有者(委托人)、董事(第一层受托人)、经理人(第二层受托人)以及对外履行代表职责的委托代理人或法定代表人。其中,受托人对所有者应忠实和勤勉,所有者相互之间尤其是大股东对小股东也负有信义义务,是法律应予明确的基础性事项。另外,成员平等原则,也应在社团法人中加以明确。其功能在于对法人机关(包括意思机关和执行机关)的权力进行必要限制,明确社团自治的边界。<sup>[10]</sup>

### 四、类型法定视角下的法人制度

与物权法定相近的考量,也适用于法人制度(numerus clausus der juristischen Personen)。<sup>[11]</sup>与此相关的重要问题是:我们可以或应当设置多少法人类型?不同类型的法人之间究竟有哪些区别?从适应经济与社会的需求来说,确立足够充分的法人类型以为经营、公益乃至其他用途提供支持,是必要的。当然,为了便于交易,法人的类型也不能过多,否则将增加交易当事人相互了解的成本。从目前我国的实际情况来看,虽然法人的类型繁复,但真正可用的法人类型寥寥(有限公司、股份公司、基金会),仍有必要借助立法的时机加以完善。

就不同法人之间的差异而言,规模(如一人公司与上市公司)、行业(如银行、保险与通常的

[9] Williamson, *The Mechanisms of Governance* (Oxford University Press, 1996), pp. 98 ff.

[10] Ulmer, in: MünchKomm § 705 Rn. 136 f.

[11] Raiser, *Der Begriff der juristischen Person*, AcP 199, 104, 106.

商事公司)、所有制(如全民所有制、集体所有制企业)、目的(营利、非营利)等都可以成为分类的依据。但这些分类未必均具有可承载立法的普遍性。从前述法人的本质特征来看,社团法人与财团法人是最具普遍性的分类,二者的关键区别在于治理的模式不同。前者由社团成员(如股东)治理,较少依赖外部治理;后者则由理事会治理,较多依赖外部治理,包括在无法选出理事会成员或理事会成员损害财团法人利益时,由外部机关选出或罢免,以维护相关之财团法人的利益。

## 五、法人的虚与实

所谓法人之虚像,乃是强调法人的管制框架、治理结构与各主体间的权利义务关系均由法律或合同所确定。外部的规则,也应遵循有关法人权利义务的“虚拟”设计。例如,B公司为A公司股东,曾认缴出资3000万,但到期后并未实际履行出资义务。后B公司破产,A公司资产仍大于负债。问:B公司的破产管理人可否处分A公司的股权偿债?可否同时主张其对A公司的出资义务与B公司的其他普通破产债权相同,A公司只能按比例获得清偿?答案显然是否定的。从有关公司股东资格的规定来看,欲享有完全的股东权利,首先须完全履行出资义务,该义务虽然性质上也是一种债权,但却不因股东破产而免除。事实上,如同公司一样,世界上并不实际存在“股东”这一事物:通常所谓的“股东”,也不过是法律的界定而已,故股东身份的取得、转让,首先要满足有关股东的法律规则与公司内部规定。

法人源于法律的规定,是为虚;法人又是实实在在的社会经济要素,是为实,二者之间有持续地互动。但若法律规定不彰,则社会经济的运作将因成本增加而受到负面影响。法人制度的成功运转,有赖于法律细致的规定。在这方面,民法总则虽然地位重要,但篇幅却有不足,难以胜任对法人制度做周密规定的重任。而若不着眼于法人的核心特征加以规定,将更会使有关法人制度的规定成为“注意规定”或“宣誓规定”而失去其实际价值。

(责任编辑:李迎捷)