

# 管制还是自治,的确是个问题!

——对《民法总则(草案)》“法人”章的评论

张 谷\*

---

## 目次

- 一、草案中采取的法人分类标准及其成因
- 二、对营利法人的评论
- 三、对非营利法人的评论
- 四、结语

**摘要** 《民法总则(草案)》中营利法人和非营利法人的分类,并不具有草案说明中臚陈的优点,恰恰体现立法者的保守;营利法人部分的规定既无实际效用,也存在科学性方面的瑕疵;公法人与私法人不分才导致非营利法人成为一个混乱的“大杂烩”,尤其是其中的宗教活动场所法人和社会团体法人掩盖了目前特别法调整的现状。因此,民法总则立法还是应该区分公、私法人,重点规定私法人;私法人中应该以社团、财团为标准,将经济目的社团法人让诸特别私法,民法总则中重点规定非经济目的社团和财团;在规定非经济目的社团时,应该根据宪法确立更为开放的原则,以便将来对特别法加以修订,以更好地落实宪法上公民的宗教信仰自由和结社自由的基本权。

**关键词** 营利法人 非营利法人 宗教法人 社会团体法人

---

## 一、草案中采取的法人分类标准及其成因

关于“法人”的规定,可以说是这次民法总则立法中最困难的部分!

在法工委召集的会议上,笔者曾经提出两点主张:第一,“法人”部分的规定应当原则一些,力求“清通简要”;第二,应当把握几个大的分际,即公私关系、民商关系、僧俗关系、私法普通法和私法特别法的关系,以之作为起草工作的出发点。然而,从《民法总则(草案)》(以下简称“草案”)“法人”一章的内容来看,现实与理想仍有不小的距离。故不避简陋,对草案“法人”章、主要是法人的

---

\* 浙江大学法学院教授、法学博士。

分类，谈点不成熟的意见。

草案区别法人为营利法人和非营利法人。草案的说明中指出，之所以采取新的分类，主要考虑：一是营利性和非营利性能够反映法人之间的根本差异，**传承**了《民法通则》按照企业和非企业进行分类的基本思路，比较符合我国的立法习惯，**实践意义**也更为突出；二是将非营利性法人作为一类，既能**涵盖**事业单位法人、社会团体法人等传统法人形式，还能够**涵盖**基金会和社会服务机构等新法人形式，符合我国**国情**；三是适应改革社会组织管理制度、促进社会组织健康有序发展的要求，创设非营利性法人类别，有利于健全**社会组织**法人治理结构，有利于加强对这类组织的**引导和规范**，促进社会治理创新。对此，民法学界赞成者不乏其人（理由各异）<sup>〔1〕</sup>，但反对者似更众。

法人如何分类，**理论上**尽可以有不同标准，且每一种分类，各有其或多或少的实益，营利法人与非营利法人诚不失为其中的一种划分法。在**立法上**，不可能将理论上的分类囊括无遗，也无此必要。立法到底采取何种分类标准，最终应从法律调整的需要出发，以合目的性为依归。准此，法人分类的争议，与其说是“是非对错”的争论，不如说是“孰优孰劣”的争论。

营利法人、非营利法人区分的标准在于法人的目的（宗旨）。凡是“以取得利润并分配给其成员为目的”的法人，为营利法人（草案第 73 条 1 款）；此外的“为公益目的或者其他非营利目的”的法人，为非营利法人（草案第 81 条 1 款）。其实，这里所说的目的应该是法人的主要目的（Hauptzweck），指向的是法人的主要活动或基本活动（Haupt-oder Grundtaetigkeit），而不是指法人的从属目的（Nebenzweck）。因此，采取此种分类，并不禁止或排斥非营利法人与第三人从事财产法上的交易，以此为手段，去实现其公益目的或非营利目的。<sup>〔2〕</sup> 那种指责营利与非营利界限模糊、<sup>〔3〕</sup> 惟恐伤及民办教育的担心，其实是不必要的。

## 二、对营利法人的评论

草案目前对法人分类采取的立场，是一种立场，然而也只是“一种”立场而已。立法上一般将法人先区别为公法人、私法人，详于私法人，略于公法人（德国民法第 89 条只设一条准用规定）；私法人中区分内国法人和外国法人，详于前者而略于后者；内国的私法人中又区分社团法人和财团法人；社团法人中更区分经济目的法人（比营利法人范围要大一些）和非经济目的法人。在民商分立的德国，私法上具有法人资格的人的联合（Personenvereinigungen），除了民法上的社团法人（Verein des BGB）外，资合公司、登记的合作社、相互保险协会等则均属于“其他的私法上的法人”（andere juristische Personen des privat-rechten Rechts）<sup>〔4〕</sup>。我国草案采取的是**偏离传统的立场**，

〔1〕 参见梁慧星：《〈中华人民共和国民法总则（草案）〉：解读、评论和修改建议》，载《华东政法大学学报》2016 年第 5 期；尹田：《区分“营利性法人”与“非营利性法人”的意义》，载《南方都市报》2016 年 7 月 13 日，第 A15 版；王涌：《法人按照“是否营利”来区分合适吗？》，载《新京报》2016 年 7 月 1 日，第 A04 版。

〔2〕 Lehmann/Huebner, Allgemeiner Teil des Buergerlichen Gesetzbuchs, 17 Aufl., Berlin 1966, S. 445; Hans Brox, Allgemeiner Teil des BGB, 27 Aufl., 2003, Rn. 739.

〔3〕 至少营利法人和合作社不同，虽然都属于经济目的法人。故粗略说来，营利法人和企业法人可以画等号。但较真一点，又不尽然。例如福利工厂、劳改工厂或农场，特别是那些从事供水、供电、供气、公共交通运输、基础设施投资建设的公营企业，虽然也是企业，可是主要目的可能并不是为其成员谋取利润分配，反而可能得到政府的补贴。因此，营利法人似乎更侧重于带有“商事”气息的私企业法人。另外，如果公司股东在章程里约定不向股东分派利润，但若为数不多的股东均以公司机关的担当者做出高额的薪酬、福利、保险、养老等收入方面的安排，这种变相的“营利”似乎也是目前草案第 73 条 1 款所无法涵盖的。

〔4〕 Hans Brox, Allgemeiner Teil des BGB, 27 Aufl., 2003, Rn. 733.

据说来自美国！甚至有意见认为，现在的分类法是我国立法上的唯一选择！

我不同意这种夸张的说法，也不同意草案说明中臃列的理由。愚见以为，目前的法人分类方法，忽略了时空的流转，忽视了私法普通法和私法特别法的分工，混淆了民事主体、商事主体的不同意义，因循《民法通则》的陈规，其结果，破坏了私法体系内部的和谐、民法总则的内部和谐、法人章的内部和谐，有损于民法总则的科学性。

### 第一，营利法人、非营利法人的区分，是对《民法通则》改革创新精神的背离。

表面上看，营利法人、非营利法人似乎承继《民法通则》而来，大体上与其中的企业法人、非企业法人相适应。实际上，两者的精神实质迥然不同。

《民法通则》是“富强压倒启蒙”时代的产物。当时尚无公司法，《民法通则》法人一章着重规定了企业法人制度，理顺了企业与政府的关系，明确了全民所有制企业具有了独立的法人地位，不再是国家机关的附属物，明确了三资企业法人的财产所有权，这些都体现了改革开放的成果。《民法通则》中的非企业法人，实在是公法人和企业以外私法人的“大杂烩”，但即使这样，其中涉及公法人的规定，也反映了当时行政机关、国家举办的事业单位采取“预算包干”改革的现实。<sup>〔5〕</sup>这样的立法本身就是一种创新，不仅与西方国家民法不同，即便是东欧国家民法也莫之见也。

三十年后，时空流转，全民所有制企业，有的出售，有的承包经营，有的租赁经营，有的改组为公司，有的正在进一步采取公私合营办法，改为混合所有制企业。际此，民法总则法人一章是继续强调营利法人的调整，还是应该更多地顾及社会组织、社会建设、社会治理的需要，转而对非经济目的社团法人的调整三致意焉？三十年后，民法原本应回归其私法属性，借助民法法典化的契机，着力建立科学的私法人制度，将公法人交由其他相关法律去规制。但是，草案却不思进取，因循守旧，变换名称，换汤不换药，哪里还有一点《民法通则》的精气神呢？

### 第二，从草案内容看，营利法人的相关规定，毫无效用可言。

首先，草案第73条2款规定“营利性法人包括有限责任公司、股份有限公司和其他企业法人等”。如所周知，我国现行的企业组织法（撇开没有法人资格的个人独资企业、合伙企业不算），分别根据企业的法律形式、内外资、所有制等几套标准，不仅有公司法，不仅有三资企业的立法，也有全民所有制工业企业法、乡村集体所有制企业条例、私营企业暂行条例，可以说营利法人或者企业法人基本上都有相应的私法特别法可资适用。本着特别法优先适用的原则，民法总则中营利法人的规定基本上没有多少适用的空间。这种情况下，草案中专列一节营利法人，究竟有什么实益？

其次，营利法人的规定，基本上是公司法部分内容的“节录”或“翻版”，要么多余，要么矛盾，无法适用。对于作为营利法人的公司，这样的“节录”自然比不得“全本”的公司法，画蛇添足，莫此为甚。对于全民所有制工业企业，正因为不是采取公司的组织形式，而是采取厂长（经理）负责制（由企业管理委员会协助厂长决策）、职工代表大会、工会这样的组织架构，这和草案“翻版”的公司治理架构，正是方枘圆凿，扞格难入。

再次，如果结合草案第54条2款2句和第74条，也可以看到营利法人概念没有什么实际的效用。虽然“营利性法人，经依法登记成立，取得法人资格”（草案74条），但营利法人也是法人，“法人成立的具体条件和程序，依照法律的规定”（草案第54条2款2句），换言之，不是依照“本法”，而是依照前述的各种企业组织法的规定；实际上有些还只是法规，谈不上是法律。如此一来，营利法

〔5〕 参见徐开墅、成涛、吴弘：《民法通则概论》，群众出版社1988年版，第13、92、93页。

人一语不过是“用来安排体系，起着概括具体事物作用的法律概念”，“并没有需要其直接调整的具体事物”〔6〕。

第三，从草案内容看，营利法人的相关规定，缺乏科学性、严谨性。

首先，民法上的营利法人应该采取许可主义。如上所述，资合公司、合作社、各种所有制的企业法人原本是特别私法上的法人，草案中的营利法人若要具备独立的规范意义，恰恰应该在这些法人之外，找到其自身直接调整的对象——即民法上的营利法人，并且采取许可主义。这是私法普通法和私法特别法分工的必然要求。

因为依照特别法设立法人，有其具体的条件。比如设立公司，出资人应订立设立公司的协议，内中包含章程的内容，在符合公司法规定的公司设立的条件时，才可能按照准则主义原则，得到国家的认可，取得法人资格。倘若出资人视公司法为无物，仍可依照民法总则法人一章、按照准则主义设立营利法人，公司法就被虚置了。

在德国，商事公司的成立采取特别的准则主义(das System besonderer Normativbestimmungen)，而民法对经济目的社团法人，采取的则是许可主义(Konzessionssystem)。之所以这样做，为的是国家可以保留对经济目的社团法人成立上的影响力：主管机关对设立许可的申请，可以考察拟设立的社团，有无其他法律可资依凭，以取得法人资格；还可以考察拟设立社团的章程是否足以保障债权人利益和社员利益。〔7〕所以，采取许可制，不仅可以防止“规避私法特别法、逃向私法一般法”的倾向，还可以通过对章程提出要求，补救私法一般法在财产保障方面的阙如，以免贻害交易安全。准此，草案第74条不改采许可制，营利法人一节即无实效可言。

其次，营利(社团)法人和非营利社团法人，其设立登记应具有不同的意义。这两种法人资格的取得，都不能缺少国家的承认，不过承认采取的形式不同。草案规定，非营利的社会团体法人，除依法无须登记者外，“设立的社会团体，经依法登记成立，取得社会团体法人资格”(第84条)，可见，采取的是准则主义。因此，非营利社团法人的设立登记具有创设/设权效力(konstitutive/rechts-begründende Bedeutung)。而根据上述，如果营利法人改采许可主义，其仍需登记，不过国家对其权利能力的承认并不是来自登记，而是来自主管机关的授予(staatliche Verleihung)，营利法人的设立登记只具有宣告/确定效力(deklaratorische/feststellende Bedeutung)〔8〕。遗憾的是，这一点也为立法者所疏忽了。

再次，关于营利法人、非营利社团法人登记对第三人的效力，规定失当。草案第62条规定：“法人的实际情况与其登记的事项不一致的，不得对抗信赖登记的善意第三人。”作为法人的一般规定，该条当然也适用于营利法人和非营利社团法人。法人登记倘若不具有一定的约束力，那么其保护功能即无以满足。

在诸种登记中，像不动产登记簿那样被提高的信赖保护水平，乃是社团法人登记簿、商事登记簿都无法企及的。〔9〕而在信赖保护方面，商事登记簿又高于社团法人登记簿。营利法人，如果按照草案对它的定位，应该属于商事主体，其登记也就属于商事登记。商事登记的效力有三：(1) 必登记事项应登记而未登记的，除非第三人明知，否则不得以该事项对抗第三人，换言之，第三人对登记簿的“沉默”产生的信赖，应予保护，此谓之消极的周知(negative Publizität)；(2) 必登记事项

〔6〕 语出“1981年《民法草案》座谈会材料之二 芮沐教授关于民法体系和总则编安排的意见”。

〔7〕 Hans Brox, Allgemeiner Teil des BGB, 27 Aufl., 2003, Rn. 738.

〔8〕 Hans Brox, Allgemeiner Teil des BGB, 27 Aufl., 2003, Rn. 739.

〔9〕 Klunzinger, Grundzüge des Handelsrechts, 13 Aufl., 2006, S. 165 ff.

已经登记的,则应推定第三人知道,不过,第三人倘能证明,其法律行为系在公告之日起15日内为之,且此期间内对登记事项不知道也不应当知道的,则可以推翻上述推定;(3)必登记事项被错误公告的,除非第三人知道公告不正确,否则,第三人得援引该公告,此谓之积极的周知(positive Publizitaet)<sup>〔10〕</sup>。

营利法人——如果不是指称特别私法上的资合公司,而是像上文建议的那样,被改造为私法一般法(民法)上的法人——和非营利社团法人,在社团法人登记簿上的登记事项变更后,其未为变更登记的,或者已为变更登记的,效力与商事登记中的第(1)、第(2)两种效力相当;但如果为不正确的变更登记的,第三人不得援引该错误的登记,其对不正确登记的信赖不受保护。也就是说,社团法人登记簿上的登记,只有消极的周知作用,而无积极的周知作用的。可见,社团法人登记簿的效力弱于商事登记簿。

草案有关法人的一般规定,能否笼统规定法人登记的效力,本身就颇有疑问。<sup>〔11〕</sup>第62条原本是为定位为营利法人的资合公司(商事组织)而设,其中所谓的“不一致”情形,字面上当然包括因未登记或者因登记不正确而产生的不一致。但由于该条处在法人章“一般规定”的位置,如此一来,非营利社团法人的登记簿也被“过度商化”,被赋予了积极的周知效力。这样的立法,政策上难称妥当。

#### 第四,有限责任公司应该目的多元,不必然是营利法人。

有限责任公司肇端于德国,查德国1892年有限责任公司法,第一条即开宗明义规定:有限责任公司可依照本法之规定,为任何法律所允许的目的(zu jedem gesetzlich zulaessigen Zweck)而设立之。所以,德国学理上概括有限责任公司的本质特征有三:法人资格、目的多元(Zweckvielfalt)、商事公司。关于目的多元,Klunzinger教授指出,有限责任公司一般以经营商事营业为目的,但实际上不限于此,其以慈善、科学、艺术、运动、文化目的作为事业的客体,亦无不可。有限责任公司的形式常被选择用于公益目的,以确保财产得到商人式的管理,确保不同的承担者(负责机构)既可以广泛深入地参与公益,又可以风险降到最低。<sup>〔12〕</sup>如在北京设有办事处的德国技术合作有限责任公司(Gtz),即为著例。关于商事公司,指有限责任公司视作商法典意义上的商事公司(德国有限责任公司法第13条3款);又依照德国商法典第6条,有限责任公司是法律意义上的商人。这意味着,即使有限责任公司不为商事营业之经营,因它的形式而成为形式商人,同样受制于商法的规定。

的确,在我国现行公司法上,有限责任公司被定位为企业法人。但这并不值得引以为傲,更不足引以为据。其实,我国也存在不以营利为目的的公司,于公于私,各有所需。于私,社会力量举办公益事业,可有更多选择形式,例如职业培训公司;于公,有的是出于行业管理的需要,有的是出于公共服务提供的需要,有的是出于国家对经济干预的需要,也可以选择有限责任公司,如为了扩大内需提振经济,浙江省政府出资100亿作为浙江省基础设施投资基金,专门成立浙江省基础设施投资基金有限责任公司。在新公共管理运动影响下,公私共同治理方兴未艾,有限责任公司形式,除了服务于商事领域,在其他领域里也可一显身手,立法上应顺势而为,切不可逆潮流而动。

附带指出,商人或者商事主体并不是与民事主体相对的概念。无论是商事个人、商事合伙抑或是商事公司,都不是民事主体之外的对应物,仍然是民法上的自然人、非法人组织或者法人。之所以用商人或者商事主体加以概括,无非是借此确立作为私法特别法的商事规范适用上的联结点

〔10〕 Vgl. HGB § 15.

〔11〕 法人的一般规定到底应该抽象到什么程度,到底应该纳入些什么内容,值得研究。

〔12〕 Klunzinger, Grundzuege des Gesellschaftsrechts, 7 Aufl. 1991, S. 208.

而已。前提是一国的法律体系中，必须存在区别于民事规范的特别的商事规则（包括组织和交易两方面），否则，谈论商人或者商主体，无异于缘木求鱼。

追本溯源也好，反观现实也罢，都不应忽视有限责任公司目的的多样性，而用营利目的去限定有限责任公司，到头来只会削弱它的功能和作用。

### 三、对非营利法人的评论

愚见以为，草案关于营利法人的概念、规定，缺乏实用性，甚至有不小的瑕疵，如果酌情补救，倒也不至于酿成大的祸端，但是，非营利法人一节，尽力维持既有的调整格局，看似平淡无奇，实则神秘莫测，玄机重重，甚至暗藏立法者某种“不足以向外人道”的图谋。因为非营利法人一节无异于一个“大杂烩”，性质各异的法人类型杂处其间，像一首诗里说的“北方的雪很厚，能埋掉许多东西”，那么，究竟掩盖了什么呢？不仅遮蔽了公私法人的分野、忽视了僧俗两界的共同诉求，而且遮蔽了对民法调整真正有意义的分类标准；不仅模糊了总则法人立法的焦点，而且割断了宪法和民法之间的脐带，无法充分落实宪法规定的公民宗教信仰自由、结社自由，无法回应现实社会和未来社会的需要，有碍私人自治的实现。

第一，草案非营利法人一节，实为公法法人和私法法人的“大杂烩”。

草案非营利法人一节包括了机关法人、事业单位法人、捐助法人、社会团体法人四大类。其中特别值得注意的是，草案没有提及民办非企业法人单位，因此，有理由认为，草案上“事业单位”，包括了公办事业单位和民办事业单位（即民办非企业单位），故较之《事业单位登记管理暂行条例》第2条意义上的事业单位，外延更广。这样一来，除了机关法人外，其他三类都同时包括了公法法人、私法法人。

公法和私法的区分本就聚讼纷纭，连带着公法法人和私法法人的区分标准也莫衷一是。按照较为普遍接受的看法，公法法人要么是作为国家职能的承担者，而直接以法律或行政行为设立，要么它们只是因为致力于完成这样的国家职能，嗣后以法律或国家主管机关的行政行为而得到承认。关键是要有不管何种国家职能被自上而下地授予。<sup>〔13〕</sup>也就是说，公法法人承担部分的国家职能，因而它可能拥有具有国家权力性质的强制手段，但不是必须拥有。<sup>〔14〕</sup>对私法法人来说，其产生、其任务则取决于设立人的自由意志。

公法法人和私法法人区别的实益主要体现在两个方面：1. 设立上不同：私法法人基于私法上的设立行为 Gruendungsakt（包括设立契约或捐助行为，Gruendungsvertrag oder Stiftungsgeschaef），公法法人（国家除外）则基于国家的主权行为（staatliche Hoheitsakt），特别是基于法律或行政行为。<sup>〔15〕</sup>如果立法上不区分公法法人和私法法人，那么这样的差异便被漠视，人们会误以为所有的事业单位法人、捐助法人、社会团体法人在设立上都一个样。然而，作为事业单位的中国人民大学，其成立的基础，绝不是什么私人的自由意志，而是1949年12月16日原中央人民政府政务院第十一次政务会议做出的“关于成立中国人民大学的决定”；作为社会团体法人的中国红十字会、海协会，其成立的基础则分别是《中国红十字会法》（1993年）和《海峡两岸关系协会组织章程》（1991年）。2. 法人承担侵权责任方面不同：德国民法上，对于私法法人，区别法人机关和辅助人，这与侵权责

〔13〕 Lehmann/Huebner, Allgemeiner Teil des Buergerlichen Gesetzbuchs, 17. Aufl., Berlin 1966, S. 438.

〔14〕 Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Buergerlichen Rechts, 10. Aufl., Muenchen, 2012, § 16 Rn. 21.

〔15〕 Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Buergerlichen Rechts, 10. Aufl., Muenchen, 2012, § 16 Rn. 21.

任的承担,从而与对法人财产执行的可能性直接有关。机关(Organ)基于章程而直接拥有法定代理权,而辅助人(Hilfsperson)与法人之间的关系则非通过法人机关,无由产生。机关因执行职务致人损害的,法人依照德国民法第31条承担责任;而辅助人致人损害的,法人则依照第831条负责。当公法法人在国库范围内为私法上行为时,亦适用上述私法法人的规定。但是,当公法法人在主权范围内行使国家权力时,则无须再区分公务人员是机关还是辅助人,概由法人负责。<sup>[16]</sup>在我国,依《民法通则》第121条,只要是国家机关工作人员,也不区分其为机关或辅助人,基于主权之行使,致第三人损害时,国家机关对此负责。但是公法法人从事私法上行为,致人损害时,是否应区分机关和辅助人?还值得进一步研究。这与《民法通则》第43条以及《民法通则意见》第58条的解释有关,也和侵权责任法第34条的解释有关。

非营利法人中的**机关法人**颇为特殊。特殊之处在于机关法人不以国家机关为限止。这表现在两个方面:一方面,执政党的党务机关也是机关法人。草案中的机关法人,首先指的是《民法通则》意义上的机关法人。而《民法通则》意义上的**机关法人**,首先指宪法规定的各种国家机关(宪法机关)<sup>[17]</sup>,此外,还包括了作为执政党的党务机关。<sup>[18]</sup>执政党的党务机关虽然不是国家机关,但却超越于国家机关之上;虽非宪法机关,却有着独特的宪法上的地位。因为中共作为执政党,(1)它是公民和国家机关间的桥梁;(2)它是政治共同体的火车头;(3)执政党是国家权力的轴心。<sup>[19]</sup>所以,八二宪法序言中强调的坚持“中国共产党的领导”是整部宪法的核心和灵魂。而各民主党派虽然也是政党,<sup>[20]</sup>也有其宪法上的地位(即爱国统一战线的组成部分),但因为要接受执政党的领导,要与执政党合作,因此,其重要性与执政党不可同日而语。参政党和执政党的政治地位不同,由此也决定了在民法上,各民主党的党务机关虽然也有民事主体地位,但类别迥异:执政党为机关法人,民主党派为免登记的社会团体法人。

另一方面,**法定机构**(半官方机构)也是机关法人。草案中的机关法人,除了《民法通则》意义上的机关法人外,还包括了承担行政职能的法定机构。这样的定位是否妥当,值得研究。

法定机构是我国在行政和事业单位改革过程中出现的新生事物。近年来,我国进行事业单位分类改革,将主要承担行政职能的,逐步转为行政机构或将行政职能划归行政机构;主要从事生产经营活动的,逐步转为企业;主要从事公益服务的,强化公益属性,整合资源,完善法人治理结构,加强政府监管。<sup>[21]</sup>在中共中央国务院关于分类推进事业单位改革的指导意见(中发〔2011〕5号)<sup>[22]</sup>的基础上,中央编办《关于事业单位分类的意见》指出:对于主要承担行政职能的事业单位,即承担行政决策、行政执行、行政监督等职能的事业单位,逐步将行政职能划归行政机构,或转为

[16] Ernst Hirsch, Einführung in das bürgerliche Vermögenrecht, 1956, S. 22.

[17] 宪法第93条的中华人民共和国中央军事委员会是国家机关,国家的军事机关,因此也属于国家机关法人。绝不能因为军队应绝对听从党的领导,而以之与中共中央军事委员会相混淆。

[18] 江平先生曾经指出:《民法通则》中的“非企业法人里面包括这么几种,第一个是机关,原来写的是国家机关,这次把国家两字划掉了,划掉国家两个字很有意义。这个机关包括三种机关,一是国家机关……。二是指军事机关。三是党的机关……。”(《民法通则讲座》,最高人民法院《民法通则》培训班讲义,1986年,第120页)。

[19] 参见龚祥瑞:《比较宪法与行政法》,法律出版社1985年版,第298、299页。

[20] 《大英百科全书》(第十五版)称:“政党是在某种政治制度内通过民主选举或革命手段,以取得和行使政权为目的而建立的组织。”《美国百科全书》(1980年版)也有类似的定义(参见前注[19],龚祥瑞书,第288~289页)。我国的各民主党派则不以取得和行使政权为目的。从这个意义上说,各民主党派并不是西方政治学意义上的政党。

[21] 参见2008年中共中央《关于深化行政管理体制改革的意见》。

[22] 参见《中共中央国务院关于分类推进事业单位改革的指导意见》(中发〔2011〕5号)的第6、10、11点意见。

行政机构。今后，不再批准设立承担行政职能的事业单位。

与此同时，为了填补事业单位改革后的“真空”，满足社会公共服务的需要，广东省<sup>[23]</sup>内的广州、深圳、珠海、顺德等地则在先行先试，“探索开展法定机构试点”。深圳的试点表明，法定机构具有几个特点：机构法定、运作独立、治理规范、权责相应。<sup>[24]</sup>根据国家确定的事业单位改革目标来看，承担行政职能、生产职能的法定机构，似乎并没有太多的生存空间；否则法定机构很可能成为变相的行政性、生产性事业单位。但是，现代社会，行政组织资源、公共财政资源有限，而政府职能不断扩张、政府超负荷运转。在此背景下，为了提高行政效率，将政府的“掌舵”与“划桨”的职能分离，并各有侧重，恐怕不得不更多地依靠法定机构来协力。因为法定机构毕竟不是“二政府”，也不是“政府的企业”，只要不占行政编制，人员不属于公务员，不需要国家拨付行政事业经费，又能够吸收社会精英或利益集团参与，发挥更加高效专业的服务，甚至还可以为政府“顶包”“背黑锅”。因此，法定机构未来如何发展，尚有待观察。

法定机构在英国、新加坡和我国香港地区已经有多年的发展。据介绍，在香港，法定机构是指按照法定程序设立，承担具体的公共事务管理职能或者公共服务职能，具有独立法人地位，运作比较灵活自主，不在政府机构序列内的公共机构。按照组织形态，分为“非政府部门公共机构”“国营公司”和“规管组织”三类；根据职能性质的不同，分为经营性法定机构和监管性法定机构两类；按财务安排的不同，可分为“受政府经常性资助”的法定机构和“按商业原则运作”的法定机构两类。<sup>[25]</sup>

无论从目前广东的试点情况看，还是从外部经验看，法定机构都有法人资格以保证其独立运作，但究竟归属何种法人，则应根据作为其设立基础的法律法规及其采取的法律形式加以判断，不宜一律归入机关法人。即便是承担行政职能的法定机构亦然。如果法定机构采用有限责任公司形式，则无论如何不能归入机关法人。

既然草案所谓的“非营利法人”包罗甚广，既有私法人，又有公法人，既有人的集合，又有财产的集合，那么能否以“非营利法人”加以概括呢？其实，非营利法人原本只是私法上社团法人的下位概念——非营利社团法人，与营利社团法人<sup>[26]</sup>相对称。因为社团由社员组成，社员之所以组织社团，目的各异，公益、私益（经济的、非经济的）均可追求，故社团法人中方有区分营利、非营利之必要。而财团因无成员，应该以利他为其目的，绝无此种区分之可言。至于财团的利他目的，要么是公益目的（*gemeinnuetziger Zweck*），要么是非公益目的（*nichtgemeinnuetziger Zweck*），例如捐助人为了特定财产得以超越世代地积存，以沾溉其家庭成员或子孙后代，便可设立家族财团（*Familienstiftung*），以亲属作为受益人（*Destinataere*）<sup>[27]</sup>。现在草案将“非营利法人”概念扩张到极致，不仅以之涵盖非营利社团法人，还涵盖财团性质的捐助法人；不仅用来整合私法人，连公法人也整合进去。如此一来，“非营利法人”一语，外延上涵盖面广则广矣，但内涵上发生了根本性的改变。这样使用概念，纯从语法上讲，并无不可，不过，“非营利法人”一词，在内涵上也因此稀薄得只剩下语法上的意义了。衡之以民法原来，这种用法则并不科学。因为，公法人（公法上的社团、

[23] 参见《广东省事业单位分类改革的意见》。

[24] 参见2007年深圳市《关于推行法定机构试点的意见》。

[25] 参见汪永成：《香港特区法定机构发展的历程、动因与启示》，载《湖南社会科学》2012年第5期，第46页以下。

[26] 草案第73条1款在定义营利法人时，明确提到“股东或其他出资人等成员”，可见营利法人必然是营利社团法人。

[27] 财团可否成为企业的负载者，固有争论，因为有关财团的立法常常缺乏保护债权人的规定。但在财团持有资合公司的股份时，自然无此顾虑。Vgl. *Helmut Koehler*, *BGB Allgemeiner Teil*, 25. Aufl., S. 323.



财团、机构)以及私法上的财团(捐助法人),依其性质,本身就注定不可能以营利为目的,立法者压根儿就没有必要用“非营利”来概括;加上限定语,反而易滋疑窦,就好比把“男人”称为“不是女人的男人”一样!这是正确的废话!

第二,草案非营利法人一节,对宗教法人的规定,不利于进一步落实宪法确立的公民宗教信仰自由的基本权。

我国的宗教法大别为两个部分,一为国家宗教法(Staatskirchenrecht),即国家制定的关于宗教与国家、社会和公民之间存在的社会公共事务(宗教事务)的法律规范的总和,例如宗教事务条例、中华人民共和国境内外国人宗教活动管理规定及其实施细则、宗教活动场所设立审批和登记办法等即是。一为宗教法(Kirchenrecht),即宗教团体基于自决或自治(kraft der Selbstbestimmung)而制定的关于教规、教内事务的法规范的总和,例如《中国佛教协会章程》、《全国汉传佛教寺院管理办法》、《寺院共住规约通则》、《传授三坛大戒管理办法》以及《主持任职退职的规定》,等等。

宗教法的规定决定着宗教法人的种类。依照现行法,与宗教有关的法人组织大体可分为几个类型:宗教社团(如中国佛教协会)、宗教财团(如寺观教堂)、宗教院校(如中国佛学院、华东神学院)和其他的宗教公益事业单位(如中国佛教研究所、法音出版社、金陵刻经处),至于宗教生产自养事业单位(如寺办农业、林业、手工业等事业和法物流通、素斋、客舍等自养事业)是否具有法人资格,并不确定。

其中,宗教社团在其他宗教组织的设立、宗教教职人员管理、境内外国人的宗教活动和对外宗教交往等方面居于举足轻重的地位:1. 在其他宗教组织设立方面,只有全国性或者省级宗教社团才能申请设立宗教院校;筹备设立宗教活动场所的,必须依照场所的分类由宗教团体申请;宗教场所内大型露天宗教造像的修建,也须由省级宗教团体提出申请。2. 在宗教教职人员管理方面,宗教教职人员未经宗教团体认定的,不得从事宗教教务活动;宗教教职人员担任或者离任宗教活动场所主要教职的,须经本宗教团体同意。3. 在境内外国人的宗教活动和对外宗教交往方面,无论以宗教教职人员身份来访的外国人,或者以其他身份入境的外国宗教教职人员,都须得到省级以上宗教团体邀请,方能在依法登记的宗教活动场所讲经、讲道;外国人同中国宗教界的友好往来或文化学术交流活动,应通过省级以上宗教团体进行;外国人携带用于宗教文化学术交流的宗教用品入境,须经全国性或省级有关宗教团体的同意;为培养宗教教职人员的出国留学人员由中国全国性宗教团体选派;控制是由党和政府通过宗教团体加以实现的。

宗教团体在法律上的组织形式和它具有的重要地位非常不相称。立法上虽然界定其为社会团体法人,要求按照《社会团体登记管理条例》的规定办理登记,但是,像中国佛教协会除了有20余位发起人外,自始即不采取会员制,<sup>[28]</sup>而且地方各级佛教协会也不设会员制。由于没有采取会员制,这就决定了佛教团体的管理层并不是由佛教教职人员、也不是由佛教信众推选产生,只能是由有关方面提名产生;而且管理层一旦形成,因为没有会员,也不可能像真正的社团那样由社员自我管理,章程至少不可能基于社员的动议而加以修改。如此一来,像佛教协会这样的宗教团体非但无法成为“自律”组织,反而会成为“他律”组织,或者至少有这样一种倾向。

民法总则的立法者可能认为各类宗教组织的法律地位已经明晰,只有宗教活动场所的地位需要明确,因此在草案第86条第2款规定:“依法设立的宗教活动场所,具备法人条件的,可以申请法

[28] 赵朴初居士在《关于中国佛教协会发起经过和筹备工作的报告》中解释了不设会员制的原因:“中国佛教协会所联系的既是全国各地佛教徒,它在佛教寺众中所起的作用应当是全面的、普遍的,而不应当对佛教寺众在名义上、权利上或义务上加以区别。因此,章程草案中没有会员制的规定。”

人登记，取得捐助法人资格。”所谓宗教活动场所，指开展宗教活动的寺院、宫观、清真寺、教堂（简称寺观教堂）和其他固定宗教活动处所。<sup>〔29〕</sup>在我国，宗教活动场所并非宗教团体的权利客体，而是自身作为权利主体出现。之所以如此，可能的原因是和西方的天主教、基督教传教方式不同，天主教、基督教一般都有所谓的教区（kirchengemeinde），而佛教、道教、伊斯兰教多是以寺观清真寺作为主要的宗教活动场所，加之中国的天主教、基督教虽然传自国外，但建国后都和国外宗教组织脱离关系，独立自主、自办教会。当然，更重要的原因在于我国对集体宗教活动的管制，信教公民的集体宗教活动，一般应当在经登记的宗教活动场所内举行（《宗教事务条例》第12条），大型的宗教活动尚需要由主办的宗教团体提前申请，获得批准，方可举办。因此，从管制的需要出发，有必要以宗教活动场所作为主体加以规定。这样做有利于对其合法使用的土地，合法所有或使用的房屋、构筑物、设施，以及其他合法财产、收益的管理和保护，有利于对其销售宗教用品、宗教艺术品和宗教书刊的经营行为加强管理，也有利于对其接受信众自愿捐献的布施、奉献和乜贴以及境外宗教组织和个人的捐赠予以管制。

**宗教活动场所主体地位的立法尚未最终完成。**1994年4月13日国务院宗教事务局依据国务院《宗教活动场所管理条例》，颁发了《宗教活动场所登记办法》。《办法》第9条规定：“依法登记的宗教活动场所，根据《民法通则》的规定具备法人条件的，同时办理法人登记，并发给法人登记证书。宗教活动场所法人依法独立享有民事权利和承担民事义务。”然而，上述《办法》据以制定的《宗教活动场所管理条例》业已于2005年3月1日起被废止。而取代它的《宗教事务条例》只允许宗教团体可以依照《社会团体登记管理条例》，取得法人资格，并未认可宗教活动场所可以享有同样的待遇。近年来，经过有关人士呼吁，引起全社会关注。<sup>〔30〕</sup>今年9月的《宗教事务条例修订草案》（送审稿）第23条规定：“宗教活动场所符合法人条件的，经宗教团体同意，报县级以上人民政府宗教事务部门审核同意后，可以办理法人登记。”民法总则草案第86条第2款显然希望和最新宗教立法保持一致。可以预见，即使宗教活动场所将来可以取得捐助法人资格，也必须以宗教团体的同意为前提条件。

我国宗教事务管理体制中，国家宗教事务部门和信教公民分别处于管理和被管理的两端，中间是宗教团体和宗教活动场所。宗教团体并无自己的成员，主要在宗教事务部门和宗教活动场所之间，起到承上启下的作用。而宗教活动场所联系着、同时也限制着信教公民的宗教活动。由于宗教团体的层级划分，很多权力集中在全国性或省级宗教团体手中；同时，宗教活动场所依附于宗教团体，也因此被网格化切割成许多细小单元，彼此间的联系也被割断。因此，我国的宗教信仰自由还是一种受到严格“监护”下的有限的信仰自由。从某种意义上说，民法上对于宗教法人的形式规定不过是一层面纱，如果不贯注以新的改革的精神，宪法第36条公民的宗教信仰自由恐怕也无法充分地落实。

**第三，草案非营利法人一节，对社会团体法人的规定，不利于进一步落实宪法确立的公民结社自由的基本权。**

---

〔29〕 参见国务院1994年1月31日《宗教活动场所管理条例》第2条第1款和国家宗教事务局2005年4月21日发布的《宗教活动场所设立审批和登记办法》第2条。

〔30〕 2013年两会上，全国政协委员、中国佛教协会原会长传印长老指出，佛教、道教名山“被承包、被上市”现象已引起国家层面关注；但如果不能妥善解决寺院法人地位问题，则寺院仍无力维护自身权益。提案一出，佛教寺院至今无民事“法人”资格的尴尬境遇再次引起教内反响，并受到全社会瞩目，至今仍成为中国佛教界僧俗弟子不断呼吁落实的重要大事。

宪法第35条的结社自由,一般是指以非营利目的结社,结社分为政治性结社(如组织政党、政治团体)和非政治性结社(宗教、学术、文化、艺术、体育、公益等社会团体)<sup>[31]</sup>。洛克指出,结社自由对阻止集权、保护自由十分重要。现代社会中,结社是思想市场竞争和人民管理政府的重要手段,也是人的全面自由发展的需要。<sup>[32]</sup>

我国没有结社法。<sup>[33]</sup> 1989年的《社会团体登记管理条例》由国务院于1998年修订,修订的背景之一,是因为“有些社会团体接受国外别有用心组织的捐赠和资助,而成为敌对势力在政治上的代言人,打着合法组织的旗号进行危害民主法制建设的活动,有的甚至丧失国格,危害国家利益,成为敌对势力进行反华破坏的工具”。因此,修订后的条例采取“堵”的方法,对成立社团有较为严格的限制:(1)成立社团必须要有业务主管单位或挂靠单位(双重管理体制中的一重),仅仅公民个人自愿是不行的;(2)会员数量提高,个人会员不少于50个,单位会员不少于30个,个人和单位混合会员不少于50个;(3)增加了申请筹备审批程序和实质条件及不予批准筹备的内容;(4)增加了社会团体设立分支机构、代表机构的登记;(5)对接受和使用捐赠、资助加强规范,捐助的资金来源要合法,使用情况需要报告和公开,等等。<sup>[34]</sup> 根据草案第54条2款2句的规定,这样的做法,即使在民法总则出台后,也将继续实行下去。

在任何国家,结社自由都是有限制的。我国的条例,一方面似乎重点放在政治性结社的规制上,虽然这是宪法“坚持党的领导”的必然要求,但对公民结社还是有些不必要的过分担心。另一方面,将非政治性结社主要以“免登记”为诱因,使其采取局限于在机关、团体、企事业单位内部活动的社团(内部社团)形式,既可以责成单位负责人予以管束,也可以防止社团越出单位,互相联通,尾大不掉。

随着我国经济社会的发展,国民的温饱不再成为问题,仓廩实而知礼节,越来越多的人希望在个人兴趣方面有所发展,与志同道合者结成社团,如骑行俱乐部、驴友协会、业余歌唱团、同学会、校友会等,共同交流,切磋琢磨。这些非政治的社团,不仅可以促进教育、科学、文化、体育、娱乐、慈善等社会公益事业的发展,而且也是人的自由全面发展不可或缺的组织形式。我们有坚强的党的领导,有绝对服从党指挥的人民军队和各种强力手段,本应该增强自信,根本没有必要动不动风声鹤唳,草木皆兵,至少应该在人民的非政治性结社的自由方面,进一步放松管制。民法总则立法,应该全面检视现有的对社团的规制,针对一些可能与“结社自由”违和的落后做法,放眼未来,从民事基本法角度,确立原则,做放松管制的促进派,而不应该像目前这样,瞻前顾后,畏缩不前!否则,希望借由民法典编纂来实现国家治理体系和治理能力现代化,来维护最广大人民根本利益,这样的立法目的势必会大打折扣。

## 四、结 语

综上所述,笔者关于法人立法的两点主张——“清通简要”、把握四点区分(公私关系、民商关系、僧俗关系、私法普通法和私法特别法的关系)——实际上包含着不同于《民法通则》法人分类的

[31] 德国基本法第9条 Vereinigungs-Koalitionsfreiheit,不仅包括结成一般社团的自由,还包括结成劳动者社团的自由。就后者来说,我国有工会,而无农会。工会的作用还有待于强化,否则,在集体协议的贯彻落实过程中,工人缺乏有力的制衡手段。

[32] 参见蔡定剑:《宪法精解》,法律出版社2006年版,第253页。

[33] 国家民政部1987年12月成立了《结社法》起草小组,并草拟过《结社法》草稿,因种种原因一直没有出台。

[34] 参见《社会团体、民办非企业单位登记管理指南》,法律出版社1999年版。

新的精神，还是可以而且应当坚持的。此外，我们也可以得出一些进一步的结论：

第一，营利法人和非营利法人的分类，并不是民法总则中法人立法的唯一道路，也不一定是最优的选择。

第二，草案说明中关于区分“营利法人和非营利法人”的三点理由，均难以成立。目前的做法，不能满足民法对法人调整的实际需要，而且在科学性方面也存在重大缺陷。要摆脱目前的窘境，只有两条道路可以选择：要么是理想的、根本性的修改方案，即摒弃现有的分类，改弦更张，重新回到原来 2015 年 8 月法工委民法室的室内稿，采取社团、财团的分类；要么是现实的、补救性的修改方案，即维持既有的分类，但是在内容上进行调整补充，结构上分成四节，即法人的一般规定、社团和财团的一般规定、社团的特别规定、财团的特别规定。<sup>〔35〕</sup>

第三，法人一定要先分成私法人和公法人，主要规定私法人，公法人可以只设一条准用规定（参考德国民法第 89 条）。私法法人分类标准应该照顾到社团、财团（如果不能作为基本标准，也应该在营利、非营利之下，作为次级标准）。区分社团和财团有其重大的实益，两类法人在组织基础（即有无成员）、设立行为（即设立契约还是生前的或死因的捐助行为）、体现在章程中的意志能否嗣后自主地改变等方面，差异巨大；由于社团由成员组成，因此社团中尚需规定社员总会、社员权的取得和丧失等内容。公法法人也有社团、财团或机构之分，因此，只有区分社团、财团，才能为公法人准用私法人的规定，建立基础。

第四，社团分为营利/经济目的、非营利/非经济目的社团，应该重点规定非营利/非经济目的社团，而将有限责任公司、股份有限公司、合作社等营利/经济目的社团，留给特别法调整。

第五，在非营利/非经济目的社团中，应该重点规定非政治性的社团。在制度设计上，应当秉承宪法宣示的公民基本权利，从提高国家、社会治理水平出发，大力放松对宗教团体、宗教活动场所、非政治性社会团体的管制。

在《为亚洲而战》一书中，埃德加·斯诺曾经指出国民党的一党政治、钳制民众组织，造成了抗战时期东部沦陷区的政治空隙：

“一般说来”，一个极尖锐的中国评论家写道：“国民党里的人总有点以为打败日本帝国主义‘不难’，但是控制中国愈益抬头的民主势力却非易事。”……国民党官僚政治不要“民众运动”，除非是它自己独力把持的；而因为没有真正的民众组织可以是一个并无民众基础的狭隘政党的把持物，这种态度只是成为妨碍而已。但是国民党控制着现行的行政机构，能够而且确乎坚持任何不在党的控制之下的战时组织都是不合法的。自发的和独立的团体被封闭。工人、农民和学生即使是地方规模的联合会也都不可组织，当然也不准其他政党来组织他们。“动员委员会”由豪绅组成，他们平常除了自己的佣兵——当地的民团——以外，是动员不起谁来的。<sup>〔36〕</sup>

国民党对于民众组织的态度是要么独立把持，要么赶尽杀绝。错误的态度影响着人心向背，这是国民党失去抗战的主导权乃至失去在大陆的政权的重要原因之一。

以史为鉴，可以知兴替。世界潮流，浩浩荡荡，顺之者昌，逆之者亡。法人立法，绝非儿戏。自治还是管制，的确是个大大的问题！立法者当妥为决定。

（责任编辑：庄加园）

〔35〕 具体做法可以借鉴土库曼斯坦民法典，中译本见《土库曼斯坦民法典》，魏磊杰、朱森、杨秋颜译，厦门大学出版社 2016 年版，第 15～21 页。

〔36〕 《斯诺文集》第三卷，新华出版社 1984 年 8 月第一版，第 163 页。