

# 《民法总则》的商法意义

## ——以法人类型区分及规范构造为中心

蒋大兴\*

摘要:《民法总则》对商事关系的法律调整,既有其重大贡献的一面,又有其调整不足的一面。该法首次以基本法律的形式明确了“营利-非营利”的法人区分标准,确立了商事/商法的核心范畴,这是《民法总则》对商法的最大贡献。此种分类考量了我国法人制度的现状,凸显了中国社会化转型之需求,是较“社团-财团”二分法传统模式更为科学和先进的法人分类方法。但《民法总则》欠缺关于“公法人-私法人”的元分类,也未将“营利-非营利”区分模式贯彻到底,尤其是“非法人组织”并未完全贯彻该逻辑,“特别法人”也未顺理成章地采取“中间法人”路线,仍有体系/逻辑优化之可能。在法人规范构造上,《民法总则》采取了“复印公司法”的规范构造技术。这种直接将已有规范上升为“总则”的复制术,未能充分注意到营利法人内部的多样性,以及营利法人与非营利法人之间的差异,是法律手术刀的滥用。此外,《民法总则》对商事关系调整之最大不足在于其未能通过民事法律行为效力规则、法定代表人责任及外部代理行为的有效调整,建立起科学的法人行为责任机制,不利于稳定商事交易的基本预期。

关键词:民法总则 法人 营利 商事 规范

中国正处于民法典编纂的“好时代”。作为民法典编纂第一步的《中华人民共和国民法总则》(以下简称“《民法总则》”)通过后,学界对其褒贬不一,有认其乃民法典编纂中的巨大胜利的<sup>(1)</sup>,或坚守了私法基本法定位的<sup>(2)</sup>;也有认其继承有余、创新不足的<sup>(3)</sup>;还有从不同维度解剖其具体制度得失的<sup>(4)</sup>等等。虽然,“认同”一直是人类追求真理性认识的目标,但法典编纂可能并无“终极认同”——无论立法者认为多么完美的法典,都会受到来自学界或实务界或多或少的质疑。但就民事关系的综

\* 北京大学法学院教授,法学博士。

- (1) 例如,赵旭东教授认为“民法总则是民法典编纂首期工程胜利竣工的里程碑。它是民事法律制度完备化和科学化取得突破性发展的里程碑。”参见《民法总则是对民法分则编纂的指导》,http://www.legaldaily.com.cn/fxjy/content/2017-03/22/content\_7063049.htm?node=70674,访问时间:2017年7月18日。
- (2) 例如,梅夏英教授认为“民法总则最大的成功,是坚守了它的私法基本法定位。”参见《民法总则是对民法分则编纂的指导》,http://www.legaldaily.com.cn/fxjy/content/2017-03/22/content\_7063049.htm?node=70674,访问时间:2017年7月18日。
- (3) 参见单玉晓《江平〈民法总则〉继受有余创新不足》,http://china.caixin.com/2017-03-20/101068173.html,访问时间:2017年7月18日。
- (4) 例如,刘凯湘教授认为“民事权利独立成章是中国民法思想的现代体现,也是民主创新的产物。第五章所列举的民事权利类型,在将来民法典分则的编纂上都有所对应,比如民法总则第112条对应未来分则当中的婚姻法编,第125条的股权和其他投资性权利,对应公司法、证券投资基金法等,物权对应单独的物权法,债权对应合同法。民法总则第109条规定,自然人的人身自由、人格尊严受法律保护,却没有对应的制度规定。”参见《民法总则是对民法分则编纂的指导》,http://www.legaldaily.com.cn/fxjy/content/2017-03/22/content\_7063049.htm?node=70674,访问时间:2017年7月18日。

合调整而言,也许“有可能比没有好”/“早有可能比晚有更好”。就此而言,《民法总则》的出台无疑是法学界(包括商法学界)的盛事。

在中国今日之商事社会,对商事关系、商事行为/商事主体的最佳调整模式是制定独立的商法典<sup>(5)</sup>。然这一目标今日推进确存困难,故从实用主义角度出发,借鉴民法典劝诱编纂之成功经验,商法学研究会也只是向立法机关主推《商事通则》。<sup>(6)</sup>即便如此,也并不意味着《民法总则》与商法无缘,事实上,该法典虽坚持了“民商合一”模式,却从未拒绝对商事关系之调整。<sup>(7)</sup>尤其是,《民法总则》统一了法人的分类、设立、组织机构、解散与清算的标准,以及法定代表人执行职务行为的责任归属;统一了法律行为制度及时效制度。从“民商合一”逻辑评价,其对商事关系、商事行为/商事主体的调整既有其积极贡献的一面,又有其调整不足的一面。本文主要从法人类型区分及规范构造维度,梳理、透析《民法总则》中的不太被关注的“商法性得失”。

## 一、法人类型区分:凸显商法思维的“营利-非营利”标准

《民法总则》首次明确了“营利-非营利”的法人区分标准——从而,确立了商事/商法的核心范畴——“营利”的基本概念和内涵。虽然,部分民法及商法学者对此并不认同<sup>(8)</sup>,但此乃我国第一次以“基本法律”方式对“营利”范畴进行界定,该范畴又是商法中最核心的基石概念——商法的许多内容,无论是商主体(企业),还是商行为(营业行为),都是在“营利”基础上衍生而出。因此,此种法人类型区分标准充分凸显了“商法思维”,可谓《民法总则》对商法的“最大贡献”。

法人概念究应如何构造,一直处于争论之中,包括独立责任是否应是法人的本质特征也不断有人质疑<sup>(9)</sup>。在传统上,我国《民法通则》将法人分为企业法人和机关法人、事业单位法人和社会团体法

(5) 参见蒋大兴《论民法典(民法总则)对商行为之调整——透视法观念、法技术与商行为之特殊性》,载《比较法研究》2015年第4期;民法学界对此种独立的商法调整模式(包括商法通则)反对比较强烈的意见,可以参见王利明《民商合一体例下中国民法典总则的制定》,载《法商研究》2015年第4期。

(6) 参见蒋大兴,同注5引文。

(7) 例如,王利明教授认为,民法典总则的制定本身是民商事法律体系化的根本标志。我国民法典的编纂应当坚持民商合一的体制,即从民法典总则到民法典分则,再到商事特别法,从而形成一个完整的民商合一的内在逻辑体系。按照民商合一体制构建民法总则,具体应从以下方面着手:(1)以私法自治作为统辖商事特别法的基本原则;(2)在法律渊源方面应承认商事习惯;(3)构建统一的主体制度;(4)构建统一的法律行为制度;(5)构建统一的代理制度;(6)构建统一的时效制度。参见王利明,同注5引文。

(8) 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;罗昆《我国民法典法人基本类型模式选择》,载《法学研究》2016年第4期;谭启平、黄家镇《民法总则中的法人分类》,载《法学家》2016年第5期。

(9) 例如,早在2002年讨论制订民法典的过程中,对如何规定民事主体就有不同意见:一种意见是在公民、法人之外规定第三类主体;另一种意见是修改《民法通则》中规定的法人条件,认为法人既包括承担有限责任的组织,也包括承担无限责任的组织。参见顾昂然《关于中华人民共和国民法草案的说明——2002年12月23日在第九届全国人民代表大会常务委员会第三十一次会议上》,http://wenku.baidu.com/view/1772687302768e9951e7387a.html,访问时间:2017年7月22日。学理上关于法人是否应当以独立承担责任为条件,也一直存在“肯定说”和“否定说”的争议。“肯定说”认为,独立承担责任是法人的根本性特征,能够独立承担责任的组织才成为法人,中国的法人概念无需重构。可参见梁上上《中国的法人概念无需重构》,载《现代法学》2016年第1期。“否定说”认为,“独立承担责任”是所有权利主体的属性,不是法人特有的属性;在团体人格法定原则下,团体人格取决于国家意志(法律),与其成员是否承担有限责任无关。从民法典编纂的视角看,我们无法构建一个有别于法人的“非法人团体”制度,因此有必要重构法人制度,不以“能够独立承担民事责任”为法人条件,将合伙企业等“其他组织”统一在法人范畴内,并推进企业法等相关法律的改革。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5期;类似观点还可参见高树异《法人制度对我国实现四化的现实意义》,载《法学研究》1980年第4期。

人四类,后三类又统称“非企业法人”。而西方国家传统民法典则多采“社团-财团”法人分类标准,由此,我国民法学界也多主张以该种西方经典分类作为我国民法典法人的基础分类<sup>(10)</sup>,此种观点甚至还成为学界通说进入了教材。然而,如同卢曼所言“在制造一系列教条式的基本原理或者判决规则方面,任何一种尝试与立法在同一水平上进行竞争的努力,都将是一种无益的运动。”<sup>(11)</sup>在此次《民法总则》起草、制定过程中,同样存在多种关于法人分类体系的主张,有继受理论传统,主张将法人分为社团法人与财团法人<sup>(12)</sup>;有主张尊重立法沿革,将其区分为企业法人与非企业法人<sup>(13)</sup>,或者营利法人与非营利法人<sup>(14)</sup>,或者营利法人、公益法人与中间法人的<sup>(15)</sup>;有主张从法人财产性质及责任是否独立的角度对法人类型进行区分<sup>(16)</sup>;还有主张回到公法与私法的元分类,采公法人与私法人分类的<sup>(17)</sup>,等等,不一而足。

《民法总则》最终采取了“营利-非营利”法人的分类方法,并在非营利法人之下再分事业单位法人、社会团体法人、基金会、捐助法人、社会服务机构等具体类型,将机关法人、集体经济组织、基层群众自治组织等则视为特别法人,从而,在法人分类方面倾向于“商法思维”。在“社团-财团”传统法人类型区分思维的影响下,此种“创新”被民法学界认为是不能满足“逻辑周延性、确定性和实质性区别”等法人基本类型模式选择标准<sup>(18)</sup>,或者是“看不懂”而受到批评;还有学者因营利标准自德国法以来就很难界定而反对该种分类<sup>(19)</sup>。但我们认为,“营利-非营利”法人分类模式是在延续民商合一体

(10) 类似此种主张的文献不少,例如,李永军,同注8引文;罗昆,同注8引文;谭启平、黄家镇,同注8引文。

(11) 参见卢曼《法律自我复制及其限制》,韩旭译,载《北大法律评论》1999年第2期。

(12) 例如,徐国栋教授主持起草的《绿色民法典草案》,建议将私法人分为社团法人与财团法人。例如,该草案第8条规定“私法人可以分为社团法人和财团法人、企业法人和事业单位法人。”此条虽将社团法人和财团法人的分类与企业法人和事业单位法人的分类并列,但第10条则将企业法人和事业单位法人的分类确定为社团法人和财团法人的分类的下位分类,因此,企业法人和事业单位法人的分类即使在该草案也不具有分类模式的意义。参见徐国栋主编《绿色民法典草案》,社会科学文献出版社2004年版,第113-114页。再如,中国法学会的《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿(提交稿)》以及中国社会科学院民法典立法研究课题组的《民法总则(建议稿)》也都采用了社团法人与财团法人的二分模式。参见谭启平、黄家镇,同注8引文。再如,蔡立东教授将《民法通则》关于法人的分类理解为职能主义分类模式,而将社团-财团法人分类理解为结构主义模式,批评历史上中国所采取的职能主义法人分类模式,而主张结构主义分类模式。参见蔡立东《法人分类模式的立法选择》,载《法律科学》2012年第1期。此外,李永军、罗昆教授也坚持这一主张。参见李永军,同注8引文;罗昆,同注8引文。

(13) 例如,王利明教授主持起草的“民法典学者建议稿”主张沿用企业法人与非企业法人的分类模式。参见中国人民大学民商事法律科学研究中心《中国民法典学者建议稿及立法理由(总则编)》,法律出版社2005年版,第121页。

(14) 例如,梁慧星教授主持的课题组完成的“民法典草案建议稿”则主张采取营利法人与非营利法人的分类模式。参见中国民法典立法研究课题组《中国民法典草案建议稿附理由:总则编》,法律出版社2004年版,第99-104页。

(15) 参见赵旭东《民法总则草案中法人分类体系的突破与创新》,载《中国人大》2016年第14期。

(16) 例如,有人主张从法人的财产性质与对外责任角度将法人分为责任独立型、责任半独立型和责任非独立型三种类型。参见李静传、张云《法人类型的立法模式研究与借鉴——以“财产性质”和“对外责任”为基础》,载《学术探索》2002年第6期。

(17) 参见赵旭东《民法总则草案中法人分类体系的突破与创新》,载《中国人大》2016年第14期。

(18) 参见罗昆,同注8引文。谢鸿飞教授也反对该种分类,并提出以下几点反对理由:“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;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;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;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;5.尽管通俗易懂,但容易引起公众的误解。”参见谢鸿飞《〈民法总则〉法人分类的层次与标准》,载《交大法学》2016年第4期。

(19) 例如,谭启平教授等认为“鉴于营利法人和非营利法人区分标准的困难,这一分类不适宜作为私法人的基本分类……非营利法人与营利法人的区分标准至今依然极具争议,缺乏确定性。有鉴于此,不少学者明确反对以这一分类作为民法典法人的基本分类。”参见谭启平、黄家镇,同注8引文。再如,王文宇教授认为:将法人区分为营利法人与非营利法人,乍看之下符合形式逻辑,然从实质面观之,却存在“价值理念的失衡”、“营利认定的困难”、“管制分类的混淆”等三项缺点,可谓独创而不高明。参见王文宇《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。此外,类似的批评观点,还可参见罗昆,同注8引文。

制下,《民法总则》对商法作出的最大贡献,此种分类明晰了商法中的基石概念,延续了我国关于法人分类的传统,关照了现行法人登记管理体制,也捕捉到了全球法人分类立法演进的另一面,是一种非常务实的分类。

### (一) 明晰了商法的基石概念

商法是调整商事关系或商事行为的法律。而商事关系或商事行为多与营利目的相关,但在学理上对“何谓营利”存在不同认识。有偏重“目的营利性”的界定——“主观营利说”;有偏重“行为营利性”的界定——“客观营利说”;还有结合二者进行的界定——“主客观统一说”。例如,王保树教授主张将营利性区分为三层含义:一是它追求私益,非同公益和慈善事业;二是行为的有偿性,以此区别私法上虽为私益但属无偿的行为(如互助行为);三是追求资本不断增值和经济收益最大化。其强调商人获利及将利益分配给投资者,追求投资者利益最大化。<sup>(20)</sup>梁慧星教授将“营利法人”界定为“以营利为目的的法人”。<sup>(21)</sup>并认为所谓“营利”,非指法人本身之“营利”,而指法人成员设立法人或加入法人之目的为获得投资利益即“营利”。<sup>(22)</sup>在比较法上,关于何谓营利也未达成有说服力的定义,在存在商法典的国家,多用“商行为”表彰营利之内涵。也有一些国家试图通过描述“非营利”的概念,从反面证成营利之内涵。例如,在《德国民法典》起草过程中,立法者意识到营利界定之困难,故以否定性和描述性方式解决该问题,立法理由书如此写道“以公共利用、慈善、社交、学术或其他非以经济性营业活动为目的的社团是非经济型社团。”<sup>(23)</sup>《瑞士民法典》也采类似间接界定的方式,即“以政治、宗教、学术、艺术、慈善、社交或其他非经济任务为目的的社团是理想型社团(非营利性社团)”<sup>(24)</sup>。这种否定性描述虽未真正解决问题,但确为营利性标准之界定留下了空间。<sup>(25)</sup>尽管在理论上众说纷纭,且营利乃商法之基石概念,但除一些行政性法规或规章有零星提及外<sup>(26)</sup>,我国商事法律从未对营利之内涵及外延进行过专门界定。即便是最典型的商事主体法——《公司法》,也只是在界定公司概念时,简单套用了“公司是企业”的定义模式,从而间接表明公司是“以营利为目的”的,但对何种组织可以“以营利为目的”进而成为“企业”?以及如何理解“营利”、“企业”的内涵与外延,仍无法律上的明确依据。

商法以集中处理营利事务为己任。但商法规范未明确“营利”这一基石概念的内涵和外延,可能使社会组织界限不清、行为混乱,由此带来一系列严重的国家或社会问题:首先,在组织法上,我们无法准确界分商主体(营利组织)和非商主体(非营利组织)的界限。这导致在社会实践中,营利组织和非营利组织经常交叉活动,相互权利、义务、责任边界不清。例如,各种社会团体、事业单位(包括学校)、部队,甚至政府部门经常牵涉营利/营业行为,直接经商或设立平台公司/投资公司参与商事融资等等,此种行为究应如何规范,缺乏明确依据;其次,在行为法上,我们难以准确区分生活性消费与经

(20) 参见王保树《商法总论》,清华大学出版社2007年版,第232页。

(21) 参见梁慧星《民法总论》,法律出版社2011年版,第123页。

(22) 参见梁慧星《中国民法典草案建议稿附理由:总则编》,法律出版社2004年版,第151页。

(23) Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Zweiter Teil, Berlin: Springer-Verlag, 1983, S. 104; 转引自谭启平、黄家镇,同注8引文。

(24) Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Zweiter Teil, Berlin: Springer-Verlag, 1983, S. 104; 转引自谭启平、黄家镇,同注8引文。

(25) 参见谭启平、黄家镇,同注8引文。

(26) 例如,《营利性民办学校监督管理实施细则》(教发〔2016〕20号)凡50条,共67处使用了“营利”一词,却没有解释何谓“营利”。

营性消费之不同。长期以来,对“知假买假”是否构成消费,以及“打假”本身能否成为营业、进而适用消费者权益保护法,以及究应如何设定消费者和经营者之界限?实践中一直存在争议。理论界通常习惯从主观上界定生活性消费与经营性消费的差别,侧重考察购买者购买商品或接受服务是否旨在满足个人消费需求,如此,“知假买假”经常不被视为消费者。如此理解二者之差别,显然未能顾及该交易链条之客观环节,不能全面厘定二者之边界。生活性消费与经营性消费在交易链条客观环节上最大的差别还在于:其所购买的产品或服务是否已到达“供应链终端”。生活性消费所购的产品或服务已达“供应链终端”,购买者不会再将其投入生产或经营以谋求利润;相反,经营性消费所购买的产品或服务尚未到达“供应链终端”,该产品或服务只是用于生产、经营以谋求利润的原材料。就此而言,“知假买假”的产品或服务,若非用于生产、经营领域,仍应扩张解释为“消费行为”而受消法保护。可见,不明确“营利”之概念,就无法确定因持续营利行为而构成的“营业”之内涵,也就难以最终“从行为界定主体”——无法判断企业是如何构成的,也无法明晰企业与非企业的界限。

《民法总则》第76条规定“以取得利润并分配给股东等出资人为目的成立的法人,为营利法人。营利法人包括有限责任公司、股份有限公司和其他企业法人等。”第87条规定“为公益目的或者其他非营利目的成立,不向出资人、设立人或者会员分配所取得利润的法人,为非营利法人。非营利法人包括事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构等。”由此,将组织法上的“营利”界定为两个层次——目的营利性(主观)和行为营利性(客观/手段)。所谓“目的营利性”又可从两方面理解:首先,乃指法人之成立目的而言,因法人为设立人所设,故“目的营利性”与否在主体面应表现为“设立人之目的”,此为营利与否在设立人处之反射;其次,“目的营利性”还指法人之存续目的而言,即法人之运营,是否以获取利润为目的,以此界分营利法人与非营利法人。如此,也就不难理解,为何法律将连续六个月不营业之状态设定为公司关闭的理由——因其违反了持续营利之本质。所谓“行为营利性”,同样可从两方面理解:首先,乃指法人之日常行为而言,法人是否惯常从事营利行为——是否持续实施获取利润之行为。例如,从事低买高卖的转售行为、从事谋取利益的建设行为、借贷获利及投资获利,等等;其次,还指法人是否将其经营成果向投资人进行分配,即法人之设立人能否从法人处分享营业成果。例如,从法人处分配利润、分配剩余财产,等等(参见表1)。《民法总则》通过对“营利-非营利”法人之界定,从正反两面厘清了二者的内涵和外延,也就因此界定了“营利”的范围,解决了商法长期未能解决的“核心范畴模糊”的问题——这是本次《民法总则》之制定对商法的最大意义。

表1 《民法总则》中营利的双重构造

营利性的 双重构造	营利性在法人及其成员中的反射	
	设立人	法人
目的营利性 (主观)	设立人是否以营利为目的成立法人 (设立人章程中的目的条款)	法人之运营是否旨在获取利润 (法人的日常决策目的)
行为营利性 (客观)	设立人可否分享法人营业成果 (法人是否分配利润/设立人可否分享利润)	法人日常是否从事获取利润之行为 (是否以营业方式活动)

## (二) 延续了法人分类的传统

有人认为,“营利-非营利”法人分类标准,是《民法总则》的一种“割裂历史”的创新,因而批评该种分类模式未能顾及传统,这一理解是错误的。恰好相反,《民法总则》采纳“营利-非营利”法人分

类标准,是继承了我国《民法通则》的传统立场,此种立法安排与其说是割裂了传统,不如说是继承和发扬了传统。如前所述,《民法通则》本身早已采纳/蕴含了“营利-非营利”的法人分类标准,《民法总则》的创新只是将有关“营利”的学理认识法典化,进一步明确了企业/营利法人的内涵和外延。其本身并未引入新概念,更不会造成民法本身的体系性混乱。

相反,在当代中国的立法传统中,没有社团法人、财团法人的分类。<sup>(27)</sup>若真如一些学者希冀的那样,引入“社团-财团”作为法人的一级分类,反而会带来新的混乱和法律适用问题。因为,我国目前有关“社团-财团”法人主要是一种理论认识,一般社会公众并未完全接受此种概念,而“营利-非营利”范畴虽在法律上欠缺明确界定,但随着市场经济的发展、商人社会的形成,早已是被普通民众接受的生活概念。采此区分标准,后续的法律普及/法律适用成本最低。

### (三) 关照了现行法人登记管理体制

“营利-非营利”法人分类模式之所以有重要意义,还在于其关照了我国现行法人登记管理体制。法律源自生活<sup>(28)</sup>,立法应尽可能尊重已形成的生活认知,以免增加“制度接受成本”。因此,“法律在中国不仅不能无视生活,反而需要处处以生活为本,时时考虑生活之需”<sup>(29)</sup>。我国对法人的登记及行政管理一直采取“营利-非营利”的区分方式,《民法总则》所采法人分类标准,考量了这一法人登记管理体制现状——不至因法人分类标准的过度调整,而使社会管理成本剧增。现行“营利-非营利”法人分类管理模式,主要体现在以下诸方面:

其一,法人设立登记程序按照“营利-非营利”方式设定。我国现行法人设立程序、登记主管机关均按“营利-非营利”标准区分设定。例如,营利法人的登记机关为工商行政管理局,采“企业法人/公司登记程序”办理,核发企业法人营业执照;而非营利法人的登记机关为民政部门、教育部门等,采“社会团体/其他组织登记程序”办理,核发社会团体法人营业执照、事业单位法人登记证明等。现行法人登记法规也基本贯彻了此种分类管理思维。

其二,一些法人运营事务也按“营利-非营利”标准区分管理。例如,首先,法人的资金筹集规则因法人是否具有营利目的而有差异。营利法人可通过股票市场融资,而非营利法人暂不可发行非营利股票;其次,法人内部组织机构设置因营利与非营利法人而有别。营利法人通常按股东会/董事会和监事会分权模式设立;而非营利法人则按会员大会/理事会之结构组设(财团法人无会员大会)。虽然,法人内部治理结构是否有必要因法人设立宗旨/目的之不同而有所区分仍可商榷,但该种区分管理确为我国现行规范之实况;再次,法人外部营运/交易活动也按“营利-非营利”标准区分管理。法律对公司和社会团体外部交易行为之管制,无论在交易行为之类型、交易行为之行政许可,还是交易行为之内控程序等方面均有差别。此种差别,主要来自法人设立宗旨/目的之不同以及因此而产生的社会组织的“分工差异”。例如,营利法人贯彻“鼓励交易”原则,以促使其通过冒险性交易提升资产总额,实现营利目的;而非营利法人则贯彻“限制交易”原则,以避免其从事或限制其过多从事冒险性交易,损害其资产总量,影响非营利目的之实现。可以说,对营利法人的财产管理是一种“动态财产观”,法律重点保护其交易增值;而对非营利法人的财产管理则更多倾向于一种“静态财产观”,法律重

(27) 参见王涌《解读〈民法总则〉中的“非营利法人”》,http://www.sohu.com/a/156174252\_481285?\_f=index\_societynews\_4,访问时间:2017年7月19日。

(28) 参见韩伟《生活是法律之源》,载《人民法院报》2014年9月5日,第7版。

(29) 参见韩伟,同注28引文。

点保护其累积的资产不被损耗(公共企业法人则是介于两者之间)。

其三,法人财产分配按照营利/非营利法人区分管理。营利法人一般允许向投资者分配经营利润,而非营利法人即使从事营利性活动,多限制其向投资者分配经营利润。例如,政府和其他社会力量对非营利性科研机构拨入和捐赠的资产不得抽回。任何机构和个人不得以任何方式从非营利性科研机构获取投资回报。非营利性科研机构向社会提供有偿服务的收入按国家规定留给单位的部分,全部用于自身发展。<sup>(30)</sup>再如,营利性民办学校按照《公司法》的规定处理,适用营利法人分配规则<sup>(31)</sup>;即便如此,民办学校的财产分配也受到明令限制,只能获取合理回报。例如,《民办教育促进法》第51条规定“民办学校在扣除办学成本、预留发展基金以及按照国家有关规定提取其他的必需的费用后,出资人可以从办学结余中取得合理回报。取得合理回报的具体办法由国务院规定。”

其四,实行差异性会计管理和税收管理。首先,非营利法人实行不同于营利法人的会计制度。例如,非营利性科研机构暂按科学事业单位的财务会计制度执行。其年度预算经主管部门审核汇总,报财政部门核定<sup>(32)</sup>。其次,非营利法人实行更加优惠的税收政策,存在多项税收减免和抵扣优惠。例如,非营利性科研机构从事技术开发、技术转让业务和与之相关的技术咨询、技术服务所得的收入,按有关规定免征营业税和企业所得税。非营利性科研机构从事与其科研业务无关的其他服务所取得的收入,如租赁收入、财产转让收入、对外投资收入等,应当按规定征收各项税收;非营利性科研机构从事上述非主营业务收入用于改善研究开发条件的投资部分,经税务部门审核批准可抵扣其应纳税所得额。非营利性科研机构自用的房产、土地,免征房产税、城镇土地使用税。社会力量对非营利性科研机构的新产品、新技术、新工艺所发生的研究开发经费资助,可依照税收法律、法规规定,允许在当年度应纳税所得额中扣除。<sup>(33)</sup>

值得注意的是,另一种主张认为,对法人的管理/管制是“公法”问题,而《民法总则》关于法人类型的设计是“私法”问题,二者应当保持适当距离。因此,主张将区分法人是否有营利职能等这些“对法人行为加以管制的功能从民法中剥离”,认为“对法人行为的管制只能通过单行法实现,不能通过民法设定法人的职能予以达成”,法人职能上的分别“无法、也不应该通过民法实现”<sup>(34)</sup>。按照这一逻辑,婚姻登记、物权登记恐怕也都应从民法中去除,这显然难以令人认同——首先,民法区分法人职能予以规制是客观存在的,这是社会分工的必然。姑且不论“营利-非营利”法人的区分,即便“社团-财团”法人的分类,也隐含了职能区分的因素;其次,法人类型区分是法人管制的基础,为减少法律操作的成本,法律体系中的基础范畴应当尽量保持一致。因此,似无必要在私法体系外,另创一套法人类型区分基准,以便利法人管制。如同自然人、故意/过失、违法行为、责任能力、私人财产/公共

(30) 参见科技部、中编办、财政部、税务总局《关于非营利性科研机构管理的若干意见(试行)》(2000年7月5日)第5条。

(31) 例如,《营利性民办学校监督管理实施细则》(教发〔2016〕20号)第26条规定“营利性民办学校执行《中华人民共和国公司法》及有关法律规定的财务会计制度。学校应当独立设置财务管理机构,统一学校财务核算,不得账外核算。”

(32) 参见科技部、中编办、财政部、税务总局《关于非营利性科研机构管理的若干意见(试行)》(2000年7月5日)第8条。

(33) 参见科技部、中编办、财政部、税务总局《关于非营利性科研机构管理的若干意见(试行)》(2000年7月5日)第9条。

(34) 参见蔡立东,同注12引文。再如,还有学者认为“如果不能准确把握国家作为公法人的属性,会在民事法律的理论和实务上造成诸多混乱。基于国家和国家机关作为公法人及其机构的应有定位,国家和国家机关从事私法行为,也首先涉及是否(和如何)通过公法来规范和约束该行为的问题。这一问题从立法技术上讲,首先要由公法明确规定国家机关的权限和行为准则;从法律适用的角度讲,也首先要到公法规范中去‘找法’。所以,即便从法律技术上讲,民法对该问题也基本上没有用武之地。这样,我国未来民法典就不应将国家和国家机关界定为私法人的主要类型。”参见崔拴林《论我国私法人分类理念的缺陷与修正——以公法人理论为主要视角》,载《法律科学》2011年第4期。

财产、权利、公司、董事等这些法律领域中的基础范畴,无论其是在公法领域还是私法领域适用,若能保持概念/解释上的一致性,则对法治只会有利无害。中国现在的问题恰好是法律范畴撕裂——在私法和公法领域适用不同的概念范畴,这导致公法欠缺私法的基础,公法学者与私法学者甚至无法对话。例如,民法和刑法对公共财产的不同理解,可能直接影响到有关公共财产犯罪的认定,此种不同法域的范畴相异现象,是否有必要恪守?确实值得研究。

#### (四) 存在比较法上的依据

因为法律的地方性,无论两大法系如何融合,比较法向来也是多元纷呈、统一与差异性共存——同样,关于法人类型的比较法,也并非仅有一种模式。有学者统计认为,在比较法上,法人类型模式的运用至少存在三种立法例:一为德国模式,其民法典明确规定采用社团法人与财团法人的基本类型模式,类似立法例为葡萄牙民法典、巴西民法典;二为俄罗斯模式,其民法典列举了商合伙与商业公司、生产合作社、国有和自治地方所有的单一制企业、非商业组织四大类法人,类似立法例为埃及民法典;三为日本旧民法模式,2006年改革之前的日本民法典法人制度下没有以法人基本类型划分章节,而是依次以“法人的设立、法人的管理、法人的解散、补则、罚则”划分章节,同时在某些具体制度中时而区分公益法人与营利法人、时而区分社团法人与财团法人而进行规定。<sup>(35)</sup>

可见,虽然“社团-财团”法人分类在大陆法系一些国家流行,但比较法上并非只有此种法人分类。除此以外,还存在类似于按所有制进行分类、按照法人的活动范围进行分类等多种区分标准。“营利-非营利”即属按照法人活动领域进行分类的模式。

首先,从比较法的角度来看,英美法系国家多未采“社团-财团”法人分类标准。例如,英国主要以《公司法》统一调整“营利-非营利”法人问题,“社区利益公司”作为混合法人,亦属其《公司法》调整范畴。在美国法上,“营利-非营利”法人分类标准运用非常普遍,其各州公司法可能有“营利公司法”(Business Corporation Act)和“非营利公司法”(Nonprofit Corporation Act)之分,按照这两个体系规制法人设立及其行为。例如,加州、纽约州等均是如此。除此以外,美国各州还存在大量的混合了营利-非营利目的公司规范,例如,社会企业、福利公司、公共利益公司,等等。美国示范公司法也是采取两者并存的体系,同时存在《示范营利法人法》(Model Business Corporation Act,即《公司法》)和《示范非营利法人法》(Model Nonprofit Corporation Act),用以解决法人的基本分类。<sup>(36)</sup>

其次,在大陆法系国家,例如俄罗斯,传统民法上坚持所有制的法人分类标准,但后来此种标准淡化,也开始采取“营利-非营利”的区分标准。<sup>(37)</sup>例如,1991年《苏联民事立法纲要》“首次规定了拥有自己独立财产的民事主体——法人,根据活动目的,法人分为商业组织和非商业组织”<sup>(38)</sup>。《俄罗斯联邦民法典》基本继受了该《民事立法纲要》对法人的分类,即根据法人的活动性质,将其分为商业组织和非商业组织。如《俄罗斯联邦民法典》第50条第1款规定“法人可以是以获取利润为其活动基本宗旨的组织(商业组织),或者是不以营利为基本目的,也不在其参加者中分配所获利润的组织(非商业组织)。”<sup>(39)</sup>而根据其第2款和第3款的规定,以营利为目的的商业组织包括商合伙和商业公司、生产

(35) 以上整理参见罗昆,同注8引文。

(36) 参见同注27引文。

(37) 参见王春梅《俄罗斯法人分类所有制基础隐退对我国的启示》,载《法学论坛》2016年第6期。

(38) 王志华《俄罗斯公司立法综论——兼与中国公司立法比较》,载《北方法学》2008年第6期。

(39) 《俄罗斯联邦民法典》,黄道秀译,北京大学出版社2007年版,第53页。



合作社、国有和自治地方所有的单一制企业、非商业组织则包括消费合作社、社会团体和宗教团体(联合组织)、由财产所有权人拨款的机构、慈善基金会和其他基金会。<sup>(40)</sup>

再次,从比较法来看,不少立法例明确规定法人因目的不同而适用不同的设立程序。例如,德国民法典第21条和第22条、瑞士民法典第52条、日本旧民法第34条和第35条以及我国台湾地区“民法”第45条和第46条,均依法人目的不同规定了不同的设立程序。<sup>(41)</sup>

综上,“营利-非营利”法人类型区分模式,表面上看来偏离了此前大陆法系国家关于法人分类的传统模式,也超越了《民法通则》所设定的法人类型结构,似乎是一种凸显商法思维的全新设计,其实仍在中国关于法人拟制的传统逻辑中行动。此种分类标准考量到了我国现行立法关于法人的区分管理现状,凸显了中国社会的市场化转型需求,亦有比较法上的支持依据,是一种较“社团-财团”二分法模式更为科学务实的法人区分模式。所以,“营利-非营利”法人的分类是有其合理性的。<sup>(42)</sup>

#### (五) “营利-非营利”法人区分模式的优化

尽管相较“社团-财团”法人分类模式而言,“营利-非营利”法人分类模式是一种更“现代化”的分类方式,但该种分类方法也还存在以下分类不彻底的问题:

其一,中间法人/特别法人类型设计存在逻辑缺陷。按照形式逻辑规则,“营利-非营利”法人之间应还存在“中间法人”状态,以此调整营利法人从事非营利活动以及非营利法人从事营利活动的问题。因此,《民法总则》有关“特别法人”的安排应主要用于容留居于营利和非营利之间的中间法人,由此形成“营利法人-中间法人-非营利法人”的三分法周延结构。可遗憾的是,该法关于特别法人的设计,并未完全坚持此种“交错于其间的中间法人”路线。其所谓特别法人,乃指“机关法人、农村集体经济组织法人、城镇农村的合作经济组织法人、基层群众性自治组织法人”<sup>(43)</sup>,这些特别法人要么是纯粹的公法人,要么是介于公法人与私法人之间的组织,要么是营利性组织——并非仅指在成立目的上介于营利法人与非营利法人之间的主体。显然,《民法总则》关于特别法人的设计逻辑走的是“另外的道路”,并未坚持完美的形式逻辑规则设计——这也昭示其关于法人的分类标准,还存在完善空间。

鉴于法律行为的“私法-公法”二元区分传统,组织法也应反射此种逻辑。因此,最完备的法人“元分类”应按照“私法人-公法人”维度展开。《民法总则》若不得不调整公法人之私法行为,就不应如一些学者所主张的那样——应将公法人交由行政组织法调整,反对《民法总则》介入公法人领域。<sup>(44)</sup> 这样的观念忽略了社会主体/行为本身的复杂交错性,不同法律部门基于其分工与侧重之差异而对同一社会现象进行交叉调整,乃生活中常见之事。例如,公务员法调整公务员的行政行为,并不排斥刑法调整其犯罪行为——同理,若公法人从事民事活动不可避免,且行政组织法又未对其如何设立及如何参与民事活动进行系统调整,则在《民法总则》等私法中“一般性地规范公法人”(即认可

(40) 同注39引书,第53页。

(41) 参见罗昆,同注8引文。

(42) 参见同注27引文。

(43) 参见《民法总则》第96条。

(44) 例如,屈茂辉教授、张彪等旗帜鲜明地主张“坚持法人概念的私法性”(参见屈茂辉、张彪《法人概念的私法性申辩》,载《法律科学》2015年第5期)。再如,蔡立东教授认为,应当“将公法人制度从民法上的法人制度中剥离。……公法人之法人人格的取得从民法中剥离,通过行政法或组织法加以解决,民法中的法人制度单纯地解决私人主体联合所面对的问题。”参见蔡立东,同注12引文。

公法人的类型、一般性地宣示其成立程序、规范其参与民事活动的地位等)就成为必要<sup>(45)</sup>。由此,法人的“元分类”应是“公法人与私法人”,其下再区分“营利-非营利”法人,后二者之下还可再根据区分及调整之可能性,细分为“社团-财团”法人<sup>(46)</sup>。可见,只要解决了法人的“元分类”,其后一级及次级分类究系“营利-非营利”标准优先,抑或“社团-财团”标准优先<sup>(47)</sup>,差别并无坊间想象那般大<sup>(48)</sup>——此两种分类的不同主要是谁在“优先级”而已。换言之,无论法人的一级分类如何安排,均不妨碍在其下进行其他次级分类。当然,不同的优先级安排,可能会影响中间法人(仅指除去公法人与私法人交错的中间法人)的位置,即中间法人是居于第一级,还是第二级可能有差异——这是因为社团和财团之间很难产生混合了两种形态的中间法人,但营利和非营利法人之间却极易产生混合了两种目的的中间法人。因此,将何者置于法人分类中优先级,就直接决定了中间法人的位置(参见下图)。

表2 优先“营利-非营利”的法人类型构造

法人分级	法人分类		
元分类	公法人	中间法人	私法人
一级分类	营利-非营利法人	中间法人	营利-非营利法人
二级分类	社团-财团法人	无	社团-财团法人

表3 优先“社团-财团”的法人类型构造

法人分级	法人分类		
元分类	公法人	中间法人	私法人
一级分类	社团-财团法人	无	社团-财团法人
二级分类	营利-非营利法人	中间法人	营利-非营利法人

其二,“营利-非营利”法人分类标准的另一缺陷是,立法者未将此种分类方法贯彻到非法人组织中,《民法总则》第四章“非法人组织”没有按照“营利-非营利”逻辑作二次分类。事实上,我国现行立法对非法人组织的管理,也是采取“营利-非营利”的区分标准的。例如,对独资企业/合伙企业等营利性非法人组织与民办非企业单位等非营利性的非法人组织,在设立登记机关、登记程序、税收管

(45) 例如,谭启平教授等认为“从整个法人制度体系的科学完备和法律适用角度考虑,无论民法典采用何种法人基本类型模式,在民法典中都应当适当创制关于公法人的法律规定,实现对公法人的‘接应’。当然,这并不需要成章成节、连篇累牍的规定,相反,仅需少数几个条文明确公法人在什么条件下可以参照使用私法人的规则即可,因为只有当公法法人以私法形式出现时,才能适用民法典的规定。”参见谭启平、黄家镇,同注8引文。

(46) 理论上观点认为,“财团法人只能是公益法人,社团法人既可以是公益法人又可以是营利法人”。参见魏振瀛《民法》,北京大学出版社、高等教育出版社2013年版,第81页。学者认为这可能存在误解,本文认同财团法人可为营利法人的观点。例如,股东全体死亡而无继承人情形,公司在管理层管理下继续存在,此种无成员之公司,即类似于营利的财团法人。有关财团法人不应仅限于公益法人的详细论述,可以参见罗昆,同注8引文;谭启平、黄家镇,同注8引文。

(47) 傅穹教授坚持“社团-财团”标准优先,他认为“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。”参见傅穹《法人概念的固守与法人分类的传承》,载《交大法学》2016年第4期。

(48) 例如,谭启平教授等主张“社团-财团”法人分类标准应优先于“营利-非营利”法人分类标准予以罗列,即“我国民法典的法人制度应由一般规定(包含公法人制度)、社团法人、捐助法人三部分构成,在社团法人之下再区分营利性法人、非营利性法人,形成理念融贯、逻辑周延的法人分类序列”。参见谭启平、黄家镇,同注8引文。

理等方面也都存在类似“营利-非营利”法人的区分管理,尤其在非法人组织大量存在且逐年增加之情形,《民法总则》的此种立法安排表明我们对“营利-非营利”组织的分类标准贯彻不彻底。例如,截至2015年底,全国共有社会组织66.2万个,比上年增长9.2%;吸纳社会各类人员就业734.8万人,比上年增长7.7%;全年累计收入2929亿元,支出2383.8亿元,形成固定资产2311.1亿元。接收各类社会捐赠610.3亿元。其中,全国共有社会团体32.9万个,比上年增长6.1%;全国共有各类基金会4784个,比上年增加667个,增长16.2%。公募基金会和非公募基金会共接收社会各界捐赠439.3亿元;全国共有民办非企业单位32.9万个,比上年增长12.7%<sup>(49)</sup>(参加下图1、表4)。非营利社会组织如此迅速地发展,恰好意味着将“营利-非营利”分类标准运用于非法人组织是有紧迫性的。

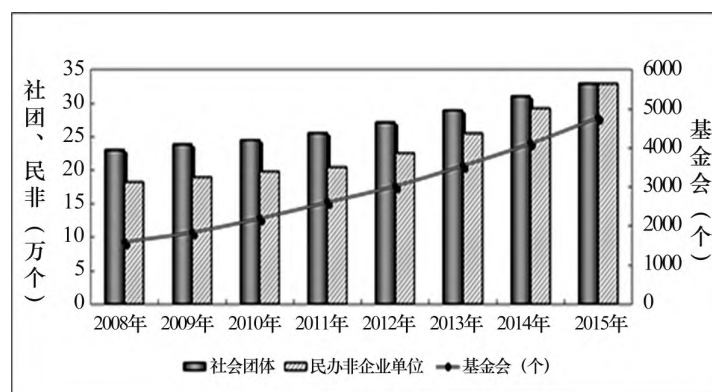


图1 社会组织数量增长情况图(2008-2015年)<sup>(50)</sup>

表4 社会组织数量增长情况表(2008-2015年)<sup>(51)</sup>

单位: 万个

指标	2008年	2009年	2010年	2011年	2012年	2013年	2014年	2015年
社会团体	23	23.9	24.5	25.5	27.1	28.9	31	32.9
基金会(个)	1597	1843	2200	2614	3029	3549	4117	4784
民办非企业	18.2	19	19.8	20.4	22.5	25.5	29.2	32.9

其三,欠缺法人组织与非法人组织之间的转换规则。目前,我国立法仅认可营利性法人相互之间的转换,例如,有限公司和股份公司相互之间可以进行类型变更<sup>(52)</sup>。但对法人组织与非法人组织之间的转换,则欠缺明确规范。即便营利性法人组织与营利性非法人组织之间的转换也还存在困难。例如,分公司(非法人组织)向公司(法人组织)转换,不能通过变更登记程序完成,只能通过“注销+

(49) 参见国家统计局《2015年社会服务发展统计公报》,http://www.mca.gov.cn/article/sj/tjgb/201607/20160700001136.shtml,访问时间:2017年7月22日。

(50) 参见国家统计局《2015年社会服务发展统计公报》,http://www.mca.gov.cn/article/sj/tjgb/201607/20160700001136.shtml,访问时间:2017年7月22日。

(51) 参见国家统计局《2015年社会服务发展统计公报》,http://www.mca.gov.cn/article/sj/tjgb/201607/20160700001136.shtml,访问时间:2017年7月22日。

(52) 例如,《公司法》第9条规定“有限责任公司变更为股份有限公司,应当符合本法规定的股份有限公司的条件。股份有限公司变更为有限责任公司,应当符合本法规定的有限责任公司的条件。有限责任公司变更为股份有限公司的,或者股份有限公司变更为有限责任公司的,公司变更前的债权、债务由变更后的公司承继。”

新设”的方式进行,这导致企业运行十分不便。若某分公司有特许经营牌照,则在组织扩张过程中,其无法通过“注销+新设”的方式保留该特许经营牌照,只能通过由非法人组织变更为法人组织的方式完成牌照保留,可这在目前立法上却无依据,《公司法》未提供转换渠道。实务中,工商行政管理机关也不认同此种转换,这直接降低了企业组织变更的效率。更为困难的是营利性组织与非营利性组织之间的相互转换,法律亦未设计转换通道,这会直接影响到“商事-非商事”组织之间的转换。遗憾的是,《民法总则》对此也未进行超前规制。

## 二、法人规范的构造技术“复制公司法”的逻辑

就立法技术而言,《民法总则》关于法人部分的条文设计,存在明显的“复印公司法”之问题。此种法人规范构造逻辑,可能不当地扩张了非营利法人的责任,也未能针对营利法人和非营利法人进行“差异性构造”。

### (一) 作为“小公司法再版”的法人规则

立法,在某种意义上就是对既有规则的复制/修正。这种复制可能表现为对外国法的移植,也可能表现为对国内法的吸收。《公司法》作为商事主体法的核心文本,因其相对完备性,极易成为《民法总则》构造法人制度时的复制对象。事实上,《民法总则》有关法人规则的条文构造——无论是关于法人的“一般规定”,还是分节规定,基本都是“小公司法的再版”,尤其是营利法人部分,几乎全是《公司法》“核心规则”的复制。

首先,在法人的“一般规定”部分,存在大量的复制自《公司法》相关条文的规定。例如,有关法人合并分立的第67条是《公司法》第174条、176条的复制;有关法人解散情形的第69条是《公司法》第180条的复制;有关法人清算组组成、清算义务人责任的第70条是《公司法》第183条的复制;有关法人清算程序、职权、终止程序的第71条、72条是《公司法》第186条、188条的复制;有关法人分支机构的设立和责任归属的第74条是《公司法》第14条的复制;有关设立人责任的第75条是《公司法》第94条以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》(以下简称“《公司法解释三》”)第2条的复制。

其次,在法人分则部分,尤其是“营利法人”一节中更是存在大量直接复制《公司法》的条文。例如,有关法人成立规则的第78条是《公司法》第7条的复制;有关法人人格否认的第83条是《公司法》第20条的复制;有关关联关系规制的第84条是《公司法》第21条的复制;有关决议效力的第85条是《公司法》第22条的复制和改造;有关营利法人社会责任的第86条是《公司法》第5条的复制(参见下表5);等等。

表5 《民法总则》对《公司法》的条文复制表现

规范事项	《民法总则》条文	《公司法》条文
法人合并 分立	第67条 法人合并的,其权利和义务由合并后的法人享有和承担。 法人分立的,其权利和义务由分立后的法人享有连带债权,承担连带债务,但是债权人和债务人另有约定的除外。	第174条 公司合并时,合并各方的债权、债务,应当由合并后存续的公司或者新设的公司承继。 第176条 公司分立前的债务由分立后的公司承担连带责任。但是,公司在分立前与债权人就债务清偿达成的书面协议另有约定的除外。

续表 5

法人解散情形	第 69 条 有下列情形之一的,法人解散:(一)法人章程规定的存续期间届满或者法人章程规定的其他解散事由出现;(二)法人的权力机构决议解散;(三)因法人合并或者分立需要解散;(四)法人依法被吊销营业执照、登记证书,被责令关闭或者被撤销;(五)法律规定的其他情形。	第 180 条 公司因下列原因解散:(一)公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现;(二)股东会或者股东大会决议解散;(三)因公司合并或者分立需要解散;(四)依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销;(五)人民法院依照本法第一百八十二条的规定予以解散。
法人清算组组成、清算义务人责任	第 70 条 法人解散的,除合并或者分立的情形外,清算义务人应当及时组成清算组进行清算。 法人的董事、理事等执行机构或者决策机构的成员为清算义务人。法律、行政法规另有规定的,依照其规定。 清算义务人未及时履行清算义务,造成损害的,应当承担民事责任;主管机关或者利害关系人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。	第 183 条 公司因本法第一百八十条第(一)项、第(二)项、第(四)项、第(五)项规定而解散的,应当在解散事由出现之日起十五日内成立清算组,开始清算。有限责任公司的清算组由股东组成,股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。逾期不成立清算组进行清算的,债权人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。人民法院应当受理该申请,并及时组织清算组进行清算。
法人清算程序、职权、终止程序	第 71 条 法人的清算程序和清算组职权,依照有关法律的规定;没有规定的,参照适用公司法的有关规定。 第 72 条 清算期间法人存续,但是不得从事与清算无关的活动。 法人清算后的剩余财产,根据法人章程的规定或者法人权力机构的决议处理。法律另有规定的,依照其规定。 清算结束并完成法人注销登记时,法人终止;依法不需要办理法人登记的,清算结束时,法人终止。	第 186 条 清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后,应当制定清算方案,并报股东会、股东大会或者人民法院确认。 ……清算期间,公司存续,但不得开展与清算无关的经营活动。公司财产在未依照前款规定清偿前,不得分配给股东。 第 188 条 公司清算结束后,清算组应当制作清算报告,报股东会、股东大会或者人民法院确认,并报送公司登记机关,申请注销公司登记,公告公司终止。
法人分支机构的设立和责任归属	第 74 条 法人可以依法设立分支机构。法律、行政法规规定分支机构应当登记的,依照其规定。 分支机构以自己的名义从事民事活动,产生的民事责任由法人承担;也可以先以该分支机构管理的财产承担,不足以承担的,由法人承担。	第 14 条 公司可以设立分公司。设立分公司,应当向公司登记机关申请登记,领取营业执照。分公司不具有法人资格,其民事责任由公司承担。
设立人责任	第 75 条 设立人为设立法人从事的民事活动,其法律后果由法人承受;法人未成立的,其法律后果由设立人承受,设立人为二人以上的,享有连带债权,承担连带债务。 设立人为设立法人以自己的名义从事民事活动产生的民事责任,第三人有权选择请求法人或者设立人承担。	第 94 条 股份有限公司的发起人应当承担下列责任:(一)公司不能成立时,对设立行为所产生的债务和费用负连带责任;…… 第 2 条 发起人为设立公司以自己名义对外签订合同,合同相对人请求该发起人承担合同责任的,人民法院应予支持。公司成立后对前款规定的合同予以确认,或者已经实际享有合同权利或者履行合同义务,合同相对人请求公司承担合同责任的,人民法院应予支持。(《公司法解释三》)

续表 5

法人成立规则	第 78 条 依法设立的营利法人,由登记机关发给营利法人营业执照。营业执照签发日期为营利法人的成立日期。	第 7 条 依法设立的公司,由公司登记机关发给公司营业执照。公司营业执照签发日期为公司成立日期。
法人人格否认	第 83 条 营利法人的出资人不得滥用出资人权利损害法人或者其他出资人的利益。滥用出资人权利给法人或者其他出资人造成损失的,应当依法承担民事责任。 营利法人的出资人不得滥用法人独立地位和出资人有限责任损害法人的债权人利益。滥用法人独立地位和出资人有限责任,逃避债务,严重损害法人的债权人利益的,应当对法人债务承担连带责任。	第 20 条 公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程,依法行使股东权利,不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益;不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。 公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的,应当依法承担赔偿责任。 公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任,逃避债务,严重损害公司债权人利益的,应当对公司债务承担连带责任。
关联关系规制	第 84 条 营利法人的控股出资人、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害法人的利益。利用关联关系给法人造成损失的,应当承担赔偿责任。	第 21 条 公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。 违反前款规定,给公司造成损失的,应当承担赔偿责任。
决议效力	第 85 条 营利法人的权力机构、执行机构作出决议的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规、法人章程,或者决议内容违反法人章程的,营利法人的出资人可以请求人民法院撤销该决议,但是营利法人依据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。 第 94 条 捐助法人的决策机构、执行机构或者法定代表人作出决定的程序违反法律、行政法规、法人章程,或者决定内容违反法人章程的,捐助人等利害关系人或者主管机关可以请求人民法院撤销该决定,但是捐助法人依据该决定与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。	第 22 条 股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。 股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程,或者决议内容违反公司章程的,股东可以自决议作出之日起六十日内,请求人民法院撤销。 股东依照前款规定提起诉讼的,人民法院可以应公司的请求,要求股东提供相应担保。
营利法人的社会责任	第 86 条 营利法人从事经营活动,应当遵守商业道德,维护交易安全,接受政府和社会的监督,承担社会责任。	第 5 条 公司从事经营活动,必须遵守法律、行政法规,遵守社会公德、商业道德,诚实守信,接受政府和社会公众的监督,承担社会责任。

## (二) 法律复印技术的弊病

这种直接将已有具体规范上升为“总则”的复制技术,未能充分注意到营利法人与非营利法人的差异,也未能注意到营利法人内部的差异性/多样性,甚至可能会与《公司法》等已有规范发生冲突。

### 1. 滥用法律复印术可能导致规范冲突

因《民法总则》滥用法律复印术而导致法律冲突的现象是明显存在的。例如,《民法总则》第 80

条、第 81 条规定,营利法人“应当”设权力机构、执行机构,执行机构行使召集权力机构会议的职权<sup>(53)</sup>,这就意味着营利法人的权力机构须以会议方式活动。可一人公司只有一个股东,不设股东会,自然也无法召开股东会,按此逻辑,该公司是否属于无权力机构?如此,是否意味着其违反了《民法总则》?或者,是否意味着一人公司也应在董事会之外设一个“会议体的权力机构”?而这显然无法实现。一人公司若在董事会之外存在权力机构,它也只是一种个体性而非会议体的权力机构,故其无法也无需召开会议进行决议。因此,《公司法》第 61 条才规定“一人有限责任公司不设股东会。股东作出本法第 37 条第 1 款所列决定时,应当采用书面形式,并由股东签名后置备于公司。”这实际上是承认了一人公司可由股东个体而非会议体行使权力机构的职能。《民法总则》的上述规定,因未虑及营利法人的内部差异性,就与《公司法》上的特别安排直接发生了冲突。虽在解释论上仍可用“特别法优先于一般法”的原则,使《公司法》的相应规定得以优先适用,但法典文本上的上述冲突确是客观存在的。

### 2. 滥用法律复印术可能影响制度创新

《民法总则》中这些复制自《公司法》的详细规范,因其总则之地位,会成为将来《公司法》修改的一般原则,从而可能对《公司法》的发展形成某种制约,这种制约甚至可能成为《公司法》上制度创新的障碍。

例如,《民法总则》第 80 条规定,营利法人的权力机构,行使修改法人章程、负责选举或者更换执行机构的成员。同样作为营利法人的国有企业就未必如此运作,如此强制安排,为未来公司法改革尤其是国企改革选择德国的“强监事会模式”、将执行机构更换权转移到监督机构设置了障碍。

再如,《民法总则》第 63 条规定“法人以其主要办事机构所在地为住所。依法需要办理法人登记的,应当将主要办事机构所在地登记为住所。”这一规定沿袭了此前《民法通则》第 39 条“法人以它的主要办事机构所在地为住所”的规定,未能充分考虑到营利法人住所制度改革之可能。法人住所主要有确定司法及行政管辖权、明确设立时的登记机关及发生纠纷时的受理法院、传递有关法律文书的功能,尤其在非电子化时代,以主要办事机构为特征的“法人的物理住所”承担了法律文件传送和司法管辖的功能。可在电子化时代,物理住所的意义已大打折扣,电子邮箱等现代通讯工具基本能够实现物理化住所的上述功能,法律完全可能用“电子化住所+协议管辖”方式解决法人住所及司法/行政管辖的问题。因此,以“主要办事机构所在地”为住所之安排,已显落后而不能完全适应现代社会淡化物理住所功能之趋势。<sup>(54)</sup>可见,《民法总则》对营利法人住所的上述欠缺远见的安排,有可能影响《公司法》未来有关电子住所制度的创新。

### 3. 滥用法律复印术可能导致规范过度

因营利法人内部存在多样性,特别是营利法人与非营利法人之间更是存在本质差异,这就决定了对营利法人与非营利法人的法律规制应有所区分,即便在营利法人内部也存在规制环节/重心之不同。因此,《民法总则》关于法人规范的构造要尽量简略,要尊重法人家族的内部差异性,给营利法人及非营利法人单行法留下足够的空间。一味地复印《公司法》,简单地将适用于部分营利法人的规则

(53) 例如,《民法总则》第 80 条规定“营利法人应当设权力机构。权力机构行使修改法人章程、选举或者更换执行机构、监督机构成员,以及法人章程规定的其他职权。”第 81 条规定“营利法人应当设执行机构。执行机构行使召集权力机构会议,决定法人的经营计划和投资方案,决定法人内部管理机构的设置,以及法人章程规定的其他职权。……”

(54) 参见蒋大兴《徒增的商事成本——法律及管制如何影响企业设立(行为)?》,载《法学家》2016 年第 1 期。

一体适用于全部营利法人,甚至将适用于营利法人的规则扩张适用于非营利法人,可能导致“规范过度”的现象发生。《民法总则》关于法人构造的此种“规范过度”问题,主要体现在以下两方面:

其一,营利法人内部的规制过度。中国目前的营利法人至少存在公司制营利法人和非公司制营利法人,对非公司制企业尤其是国企而言,法人的独立性在法律上存在差异。已改制为公司的国企,法人独立性贯彻较好;未改制为公司的国企,还保留了诸多行政控制。例如,国有资产行政划转——国家经常在关联或者非关联的国企之间,进行不顾及法人独立性的资产划转,这虽不合法人理论,却有中国特色。因此,为避免此种划转导致的法律追诉,《公司法》在规定不得利用关联关系损害公司利益的同时,明确限制了对国企的适用。该法规定,“关联关系,是指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或者间接控制的企业之间的关系,以及可能导致公司利益转移的其他关系。但是,国家控股的企业之间不仅因为同受国家控股而具有关联关系。”可是,《民法总则》在规制法人关联关系问题时,却采取了不加区分的规制方法,例如,《民法总则》第84条规定“营利法人的控股出资人、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害法人的利益。利用关联关系给法人造成损失的,应当承担赔偿责任。”此处未对国企之间的此种关联划转予以特别考虑,未能充分注意到营利法人内部这种“公共商事企业”的特殊性,如此,可能对国企关联关系之规制有过度之嫌。

其二,对非营利法人的规制过度。此种规制过度首先体现在对法人的章程要求上,《民法总则》未如对营利法人的要求一样统一要求非营利法人都要制定章程,而是采取分散规制的方法,在各种类型非营利法人部分分别提及应当制订章程,或提及章程的适用问题,这导致“总则不总”、且“规范零散、浪费”。例如,《民法总则》第91条、第93条分别规定“设立社会团体法人应当依法制定法人章程”、“设立捐助法人应当依法制定法人章程”,同时,也在其第89条规定“事业单位法人的法定代表人依照法律、行政法规或者法人章程的规定产生”,从而表明事业单位也应制定法人章程。既然这些法人组织均需制定章程,不如在一般规定部分统一要求,目前此种分散规制的方式,将本可集约规定的内容,分拆为若干条文进行规定,立法极不节约/经济。

再如,《民法总则》设计了捐助型非营利法人决议撤销的规则,即“捐助法人的决策机构、执行机构或者法定代表人作出决定的程序违反法律、行政法规、法人章程,或者决定内容违反法人章程的,捐助人等利害关系人或者主管机关可以请求人民法院撤销该决定,但是捐助法人依据该决定与善意相对人形成的民事法律关系不受影响”。该规定直接复制《公司法》的决议撤销制度,将捐助人等利害关系人作为提诉权人,未注意到公司股东与捐助人之间的不同。在捐助法人情形,捐助人有可能是匿名的,未必存在类似股东名册的登记安排,且在捐助法人情形,利害关系人极为广泛,仿袭《公司法》关于营利法人决议撤销的安排设计提诉主体,可能导致捐助法人的决策极不稳定,似有规制过度之嫌。另一方面,对其他非营利法人,是否也可适用该种决议撤销制度?在法理上有值得肯定的空间,但如此仅针对捐助法人进行单独安排,又显得对其他法人决议撤销制度规制不足,若属法人共性制度,则应调整至“一般规定”部分。

可见,上述有关非营利法人章程制订及决议撤销制度,本属多数法人可能均需面对的问题(机关法人等不适用该类制度的,完全可以用除外条款解决),应进入《民法总则》法人的一般规定,因此也就节约了法条,不会在该部分出现大量重复规定,很遗憾《民法总则》的起草者未能以“最集约的方式”完成这部可能要传世的法律作品。

总之,《民法总则》法人章部分采取“复印公司法”的规范构造技术,导致对法人制度的安排过于



细致、零碎,而且,未能充分关注到不同类型法人的差异,分散立法亦不集约,既存在对部分法人规制不足的问题,也存在对部分法人规制过度的现象。因此,《民法总则》法人部分在法技术上未能妥善处理好两大关系:其一,未能妥善处理好《民法总则》与法人单行法的关系。简单的复制技术降低了总则的弹性和包容度,也压缩了法人单行法的创新空间;其二,未能妥善处理好《民法总则》法人章中的“一般规定”与“分节规定”之间的关系。一些本可作一般规定的内容,被分散到具体各节/各条之中,导致立法零散、重复、欠缺集约。

### 三、法人外部行为的责任归属:稳定商事预期的良性规制

人是理性的动物,精明的商人尤其如此。商法对商人的假定是,商人都是能自己判断自己行为后果的聪明的生意人。法律只是建立起公开的“生意规则”。由此,法律对商人、商事关系以及商行为进行调整的最大意义,在于能给商人提供明确的交易预期,以便其能准确预测交易行为的法律结果、自我进行法律评价,据此理性决策与设计交易结构。由于商人的交易是“集团化交易”,为实现营利目标,商人必须大规模、反复、持续进行某类交易<sup>(55)</sup>,一旦交易行为不慎、交易结构设计失误,则可能导致同类交易遭受巨大损失。因此,交易预期、合规判断对商人而言意义重大,甚至可能成为其进行商业判断的基础。由此,法律的预测功能对商人所具有的意义,可能远甚于其对普通民众的意义。就此而言,《民法总则》对商事关系调整的最大不足,在于其未能通过民事法律行为效力安排、法定代表人自己责任以及外部代理行为的有效调整,建立起科学的法人外部行为责任归属,从而不利于稳定商事交易的基本预期。以下分别述之。

#### (一) 模糊的民事法律行为效力规则:影响商事交易预期

在民商合一的国家(地区),商行为属民事法律行为之一种。鉴于商行为所具有的各种特殊性,德国、西班牙<sup>(56)</sup>、日本<sup>(57)</sup>、韩国<sup>(58)</sup>、我国澳门<sup>(59)</sup>等传统大陆法系国家和地区,通常在其民法典之外,单独以商法典形式对商行为予以特别安排。意大利等国家虽采民商合一主义,也在其民法典中特别考量了商行为之特殊性。<sup>(60)</sup>从理论上而言,如果不能单独编纂商法典或商法通则,无论采取何种方式将商行为融入民法之中,都有必要在《民法典》(《民法总则》)编纂时适当加入关于商行为或商事关系的一般

(55) 参见[法]伊夫·居荣《法国商法》(第1卷),罗结珍等译,法律出版社2004年版,第11页。

(56) 参见《西班牙商法典》第一章“商人及商行为”(第1-15条)。该法第2条规定,该法典认定的商人或其他人从事商业活动,应遵循该法典。符合该法典和其他商事法律规定的,均应推定为商事行为。第3条规定,一经利用函件、报刊、海报、广告栏或使用其他形式向公众发布具有商业目的的公告,即被依法推定为该个人或组织在从事商业活动。参见《西班牙商法典》,潘灯、高远译,中国政法大学出版社2009年版,第3页。

(57) 参见《日本商法》第三编。参见[日]松波仁一郎《日本商法论》,秦瑞玠等译,中国政法大学出版社2005年版,第236-237页。

(58) 参见《韩国商法典》第二编“商行为”(第46-168条)。按照该法第46条之规定,将以营业为目的而进行的法定行为,称为商行为。但是,纯粹是以领取工资为目的制造产品或者从事劳务者的行为除外。按照该法第47条之规定,商人为营业而进行的行为,视为商行为;同时,将商人的行为,推定为是为了营业而进行的行为。该法采取集中定义与列举的方式,将21种行为界定为商行为。参见《韩国商法》,吴日焕译,中国政法大学出版社1999年版,第12-13页。

(59) 参见《澳门商法典》第一编“商业企业主、商业企业及商行为”,其第3条规定“一、商行为系指: a) 法律根据商业企业之需要而特别规范之行为,尤其本法典所规范之行为,以及类似行为; b) 因经营商业企业而作出之行为。二、商业企业主所作之行为,视为因经营企业而作出之行为,但该等行为及作出行为之情况显示出有关行为并非因经营企业而作出者除外。”参见赵志志主编:《澳门商法典》,中国人民大学出版社1999年版,第15-16页。

(60) 例如《意大利民法典》中有关各类契约(第1470-1986条)/有价证券(第1992-2027条)及公司(第2247-2510条)的规定,等等。参见《意大利民法典》(2004年),费安玲等译,中国政法大学出版社2004年版,第356-466、468-474、525-658页。

法律原则的规定,以便司法实务应对日新月异的商事交易的法律调整需求。<sup>(61)</sup>遗憾的是,《民法总则》的规范设计无助于实现上述理想。《民法总则》有关民事法律行为的效力规则之所以影响商事交易预期,主要是因为民事法律行为部分未能建立“营利行为”(商行为)的一般条款。商法对营利行为的调整可适用两个逻辑。其一,“主体规制”的思路,即设定营利主体(商人)的基本规则,通过规制主体达到规制主体的行为。例如,规定营利法人等营利组织的有关事项,对营利法人的决议行为进行控制。其二,“行为规制”的思路,即设定营利行为的基本规则,规范民事主体的外部营利行为,通过对商行为的规制,实现对主体的控制。以上两种规制路径各有其优劣,因而形成商法中“主观主义”和“客观主义”商行为调整模式的分野。因此,若采民商合一体制,则需对上述主体规制和行为规制事项进行周延的调整,从而在内部组织治理和外部交易行为两方面,实现对商事关系的良性规制。《民法总则》通过设立“营利法人”这一范畴,初步解决了第一个问题,但却未能就第二个问题制定一般条款。这对统摄商行为的法律调整明显不足。

《民法总则》设计的民事法律行为效力条款未能为商事交易提供充分预期。例如,《民法总则》第153条规定“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效,但是该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。”这一规定将《合同法》第52条评价合同无效的相应内容予以扩张,用以评价所有民事法律行为的效力。可是,对于何为强制性规定,现行立法并无明确界定,实务中尽管最高人民法院多次予以解释,但迄今仍无法作出明确的界定。可以说,“强制性规定的识别”,已然成为民商法领域中的“哥德巴赫猜想”。可是,按照原来《合同法》的规定,法院只需识别何为“强制性规定”,但按照现行《民法总则》的规定,法院需进行两次识别——不仅需要识别“何为强制性规定”,还需要再次识别“何为强制性规定不导致该民事法律行为无效”的情形,这看似压缩了“强制性规定”对法律行为效力的影响,使法律行为的效力约束得以进一步释放,似乎是鼓励了交易,但无疑进一步增加了法院的识别难度。尤其是,这种“绕口令式”的法律行文,让商事行为的可预期性大大降低,必然影响商事交易的确定性和效力,也会在一定程度上降低强制性规定的规整效力,使得强制性规定的权威大打折扣。

## (二) 法定代表人/职务代理人自己责任归属:不利于谨慎交易

市场交易风险无处不在,因此,营利法人在从事商事活动时,须谨慎处理各种交易风险,以从风险交易中获利,实现法人的营利目标。可是,各类组织乃系由自然人所创立,因此必定是人造的、拟制的,然而透过法律的规范和作用,其于我们日常的社会生活中,乃成为一真实的、有机的存在。<sup>(62)</sup>正是因为法人为拟制的组织体,因此,法人之行为多通过其法定代表人或者代理人实施。商业组织的代理关系可以区分为内部代理关系及外部代理关系。内部代理关系指承认组织负责人以及各种代理能够在组织的法律架构下行事,例如组织负责人、组织的管理机构(例如董事会的董事)、CEO、所有的经理人以及员工;外部代理关系指受到组织的指定而有代理权限之外部的服务提供商,例如专门处理诉讼的外聘律师、无雇佣关系的外包关系。<sup>(63)</sup>能否控制法人交易的风险,主要就集中在能否控制其法定代表人或者形形色色代理人的履职风险。遗憾的是,《民法总则》关于法定代表人或代理人的风险

(61) 参见蒋大兴,同注5引文。

(62) Eric W. Orts, *Shirking and Sharking: A Legal Theory of the Firm*, 16 *Yale Law and Policy Review* 265 (1998). 转引自王文宇《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。

(63) 参见王文宇《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。

行为控制规范,不利于促使法定代表人或代理人谨慎交易,从而达到控制法人交易风险的目的。

### 1. 法定代表人责任归属设计不当

在实务中,法人组织风险控制最大的难题,是如何控制法定代表人的行为风险。在英美法中,通过创造“商业判断规则”(business judgment rules)来解决法定代表人与公司组织之间的责任分配,但此种责任分配仍是组织与个人之间的内部责任分配,并未真正/直接解决组织/个人与外部当事人之间的责任归属。大陆法系国家通过代表说或者代理说,来解决法人及法定代表人的外部责任归属。若采代表说,则法定代表人的行为视为法人的行为,直接由法人承担责任;若采代理说,则需区分代理权的有无、第三人的善意与否等来判断法定代表人的代理行为后果最终能否归属于法人组织。但在具体厘定责任之实践场合,代表说和代理说往往又相互混淆,并无清晰的边界。<sup>(64)</sup>在民事法律(例如,《民法通则》与《合同法》)构造中,也存在代表与代理交错混同。例如,法定代表人的越权代表规则,与普通代理的表见代理规则并非相互排斥。因此,理清法定代表人的责任,尤其是越权代表的责任,对控制法定代表人的越权行为,进而控制法人组织的风险,就显得尤其重要。而法定代表人的职权又通常根据法律及章程设计,因此,《民法总则》必须直接回答法定代表人超越法律或者章程行使职权时的行为效果,方能给各方当事人准确的预期,从而有助于妥善设计交易结构,理性控制各自的行为边界。遗憾的是,《民法总则》关于法定代表人的责任构造并未能充分满足此种期待,对交易预期的保护、理性行为的控制并不是十分有力。

《民法总则》关于法定代表人责任归属的安排主要体现在该法第61、62条之中。其中,第61条规定“依照法律或者法人章程的规定,代表法人从事民事活动的负责人,为法人的法定代表人。法定代表人以法人名义从事的民事活动,其法律后果由法人承受。法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制,不得对抗善意相对人。”第62条规定“法定代表人因执行职务造成他人损害的,由法人承担民事责任。法人承担民事责任后,依照法律或者法人章程的规定,可以向有过错的法定代表人追偿。”这种“组织责任先行、个人追偿劣后”的规则,可能有助于保护外部第三人利益,但却不利于形成法人组织的法定代表人的理性行为。例如,法定代表人因违法执行职务造成他人损害时,若也先由法人组织承担责任,这可能十分不妥。可是,按照现有规定,很难判断法定代表人违法执行职务时的责任,是否也采取组织先行承担的规则。因为,《民法总则》第61条规定,法定代表人是依照法律或者法人章程代表法人从事民事活动,在此前提下,法定代表人以法人名义从事的民事活动,其法律后果才由法人承受。而且,该条规定,法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制,不得对抗善意相对人,并没有说法律对法定代表人代表权的限制,不得对抗善意相对人。由此,似乎排除了法定代表人违法越权代表法人从事民事活动该法律后果也由法人承担的空间。因此,从体系解释的角度,《民法总则》第62条所谓“法定代表人因执行职务造成他人损害的,由法人承担民事责任”,其中所谓“执行职务”似应解释为“不包括违法执行职务”,也即,不意味着任何法定代表人执行职务的行为(包括合法执行职务及违法执行职务)造成他人损害的,都由法人先承担民事责任,再向有过错的法定代表人追偿。由此,第62条后面似还应增加一款规定“法定代表人违法执行职务时造成他人损害的,由其自行承担民事责任。”如此,也符合对善意第三人的保护,因法律之规定,乃推定为所有人均知晓,第三人对此也有注意义务,当法定代表人行为违法时,第三人通常不应构成善意第三人,除非法定

(64) 参见蒋大兴、王首杰《论民法总则对商事代理的调整——比较法与规范分析的逻辑》,载《广东社会科学》2016年第1期。

代表人故意隐瞒了该行为的违法性,假造了合法的外衣。

虽然在解释论上,借助体系解释规则,我们应对《民法总则》第62条所谓“执行职务”在语义上作限缩解释,但《民法总则》上述规定之模糊,无疑影响了商事交易预期之确定,不利于控制法定代表人的恣意行为。可是,不控制个人就无法控制组织——“组织责任先行、个人追偿劣后”的安排,最终极易异化为“组织责任先行、个人责任豁免”,因为法定代表人通常事实上能控制法人的事后追偿程序,股东代表诉讼虽能在一定程度上遏制此种滥权行为,但目前仅公司法人能适用此种代表诉讼制度,且其运作效果不佳,其他营利法人以及非营利法人尚无类似股东代表诉讼的制度安排足以制约法定代表人的滥权行为。因此,《民法总则》对法定代表人责任归属安排之不足,及其对商事交易预期的不当影响,是十分显明的。

## 2. 职务代理人责任归属设计不当

职务代理人是指除法定代表人之外,在职权范围内代表/代理法人从事有关民事活动的人。职务代理人同样有越权代理民事责任之承担问题,而且,同样存在违法越权的责任归属问题。《民法总则》第187条规范了此种责任归属,即“执行法人或者非法人组织工作任务的人员,就其职权范围内的事项,以法人或者非法人组织的名义实施民事法律行为,对法人或者非法人组织发生效力。法人或者非法人组织对执行其工作任务的人员职权范围的限制,不得对抗善意相对人”。

《民法总则》对职务代理人行为的上述规制,使用了“职权范围内”的限制语词,即职务代理人在“职权范围内”以法人组织名义实施的行为对法人组织发生效力。可是,未能明确该所谓“职权范围内”,是否包括“违法行使职权”的问题,由此,同样会产生以法人名义“违法行使职权”之行为是否对法人及交易相对人产生效力的问题?虽然按照前述法人越权代理的解释逻辑,似可类推出该种行为不应由法人承担责任,因交易相对人此时并非善意,法律对职务代理人职权之限制可以对抗相对人,但《民法总则》的上述安排,其模糊之处是明显的,其对交易预期确定之不利,亦是客观存在的。而且,此种职务代理行为与普通代理行为在代理规则/越权责任上存在何种差异?职务代理是否更容易形成表见代理?《民法总则》似无更多具体的安排,没有充分考量职务代理作为商事代理之一种(组织性代理),其不同于独立的外部性代理,应设计更多的特殊规则予以处理<sup>(65)</sup>,以便利商事交易,控制职务代理人的恣意行为。

只有对法定代表人的恣意决策行为与职务代理人的恣意执行行为实行严格的双重控制,法人的组织安全与外部相对人/第三人的交易安全才能得以周延保护。很显然,《民法总则》在代理规则设计方面,因为缺乏足够的商事维度的考量,致使上述规则体系虽在促进交易安全名义下设计,但对商事交易预期性之确定仍有诸多不利,只能在法律执行过程中以解释技术予以解决。

### (三) 外部代理行为规制欠缺: 损害商事交易的确定性

就代理规制而言,《民法总则》除了在代理人-主体规制上存在不足,在代理人-行为规制上也存在明显的局限。例如,《民法总则》有关代理行为的规制,未能充分注意到外部集团代理行为的调整——对代理商的规范明显欠缺。这直接损害了商事交易的扩张性和确定性。

商事代理与民事代理不同,商事代理是职业性的/持续性的营业行为,不同于普通民事代理的“个

(65) 参见蒋大兴,同注5引文;蒋大兴、王首杰,同注64引文。

别性代理”特征。<sup>(66)</sup> 《民法总则》第七章有关代理的规定,主要旨在调整单一性代理(一次性代理行为),而商事代理通常是持续性的“营业性代理”,多表现为代理商的持续、反复的经营行为。且该种代理多以代理人名义直接进行,体现为间接代理特征,在代理费用支付、代理关系解除、代理关系表彰方式等方面都有其特殊性。目前,《民法总则》的代理规范未能考虑到商事代理的特殊性,未对经销商、代理商的“持续性、组织性商事代理行为”予以一般规范,以填补民事代理片面关注个别性代理之缺陷,回应商事代理法律调整之需求。<sup>(67)</sup>

此种立法逻辑明显不利于经销商、代理商之类特别商事代理行为效力的维持。因而,在实践中常常产生某种民事行为/民事关系究竟是代理、行纪、抑或信托的争议?这可能与我国民法规范在传统上主要关注相对静态的个别性代理行为之调整,独立的商事代理制度不发达的状况有关。因此,在全球统一市场的环境下,代理是商人的手臂,是商人跨市场/跨地域经营的催化剂,《民法总则》关于商事代理规范的模糊与不足,会影响到商人对代理工具的使用,影响到商事交易预期的确定,从而,直接制约商事交易全球扩张的速度和范围。

#### 四、结论

立足于民商合一的商法思维,我们发现《民法总则》统一了法人分类、法人设立、法人解散与清算的标准,以及法定代表人执行职务行为的责任归属。其对商事关系的法律调整,既有重大贡献的一面,又有调整不足的一面。

首先,《民法总则》首次明确了营利法人与非营利法人的区分标准——从而,建立了商事/商法的核心范畴——“营利”的基本概念和内容,这是我国第一次以“基本法律”方式对“营利”的范畴进行界定——商法中的许多内容[商主体(企业)/商行为(营业行为)]都是在“营利”基础上衍生而出。因此,此种法人类型的区分充分凸显了“商法思维”,是《民法总则》对商法的最大贡献所在。此种区分模式,表面上看来偏离了大陆法系国家关于法人分类的传统模式,其实仍在中国关于法人拟制的传统逻辑中行动。此种分类标准考量到了我国现行立法关于法人的区分管理现状,又凸显了中国社会的市场化转型需求,是一种相较于“社团-财团”二分法模式更为科学和先进的法人类型区分模式。遗憾的是,《民法总则》欠缺关于公法人、私法人的“元分类”,也未将“营利-非营利”组织类型区分模式贯彻到底,尤其是“非法人组织”并未贯彻“营利-非营利”的区分逻辑,“特别法人”也未采取“中间法人”路线,存在明显的优化空间。

其次,在法人规范构造上,《民法总则》采取了“复印公司法”的立法技术。这种直接将已有具体规范上升为“总则”的复印术,未能充分注意到营利法人与非营利法人的差异,也未能注意到营利法人内部的差异性/多样性,是一种体系内法律移植的滥用——滥用法律复印术,可能导致《民法总则》与部分法律规范冲突,也可能导致《民法总则》对部分法人规制过度,还可能影响未来法人制度的创新。由此,有必要反思《民法总则》在立法技术上的问题,避免总则规范过于细致、零碎,以更好地处理总则中的“一般规定”与“分节规定”之间的关系。之所以会形成上述局面,是因为总则在某些方面规范不

(66) 参见蒋大兴,同注5引文。

(67) 参见蒋大兴,同注5引文。

够,而在其他一些方面又过于细致。尤其是后者,使其未能体现出足够弹性、包容性,导致分支立法的空间大大缩小。

再次,《民法总则》对商事关系调整的最大不足,在于其未能通过民事法律行为效力安排、法定代表人自己责任以及外部代理行为的有效调整,建立起科学的法人外部行为责任归属,从而不利于稳定商事交易的基本预期。对商事关系调整的不足,也可能为未来商行为的重新/再次法典化留下空间<sup>(68)</sup>,当然,因商事行为大量体现为合同行为,也可能在设计合同法分则时,通过完善商事合同的规制,得到一定弥补。

## The Significance to Commercial Law of the General Provisions of the Civil Law of the PRC: Focusing on Legal Person Type Differentiation and Normative Construction

Jiang Daxing

**Abstract:** The regulation on business relationship by the General Provisions of the Civil Law of the PRC has its contribution and deficiency. The greatest contribution lies on the law made the classification of for-profit legal person and not-for-profit legal person formally for the first time and established the core category of commercial/commercial law. This classification considered the economical and social reality and fit the needs of market transformation which is superior to the old one. But the General Provisions of the Civil Law of the PRC is lack of the consideration of the distinguish between public and private and failed to implement the for-profit and not-for-profit classification thoroughly. This classification is still not apply to the unincorporated organization. The middle legal person is not a dependent classification of special legal person. So there is still a system/logic optimization. On the structure of norms, the General Provisions of the Civil Law of the PRC photocopied corporation law. There are some adverse consequences of this copying abuse just like ignoring the difference between the for-profit and not-for-profit legal person and ignoring the diversity of for-profit legal person. In addition, the largest flaw of regulating commercial relationship is General Provisions of the Civil Law of the PRC failed to establish scientific corporate behavior responsibility mechanism and the basic expectations of business transactions through the effectiveness of civil acts, the legal representative responsibility and effective adjustment of external agent behavior.

**Keywords:** General Provisions of the Civil Law of the PRC; legal person; for-profit; commercial; specification

(责任编辑:丁洁琳)

(68) 例如,赵旭东教授认为“民法总则对商法不作规定或者少作规定,就是最好的规定;不作设计,就是最好的统筹、最理性的安排,它给下一步商事立法留出了足够的机会和空间,由此也期待民法总则颁布后,商事立法也能够进入立法机关的立法日程。”参见《民法总则是对民法分则编纂的指导》,http://www.legaldaily.com.cn/fxjy/content/2017-03/22/content\_7063049.htm?node=70674,访问时间:2017年7月18日。