

第63卷

民商法论丛

CIVIL AND COMMERCIAL
LAW REVIEW VOL. 63

◆ 梁慧星 / 主编

本卷要目

基本理论

【仲崇玉】

法人组织体说的内涵、旨趣及其启示

【徐化耿】

信托与合同关系研究

【〔德〕马丁·阿芬那留斯 著 郝丽燕 译 蒋明磊 校】

一般解释学与法律历史学家和法学家的实践

专题研究

【韩旭至】

点击合同与浏览合同的法律问题

【王 琦】

安慰函的性质界定与效力探析

【潘诗韵】

创新型诉讼保全责任险的法律性质研究

民法典编纂

【冯 源】

论民法中的“人”与婚姻家庭法中的“人”

【〔巴西〕尼尔森·罗森瓦德 著 周奥杰 译】

侵权责任在巴西新民法典中的功能定位

【李 昊 刘京勇】

我国见义勇为民事立法的思考

判解研究

【曹 磊】

法官如何填补法律漏洞

【蔡国伟】

论抚养费请求权的权利主体

【缪因知】

论信用卡债务与银行贷款不适用利率管制规则

国际公约

【李凯莉】

从航海过失免费制度分析海上运输责任体系发展

【孙思琪】

论当代海商法国家自主性与国际统一性之关系

【戴 哲】

《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》中的追续权条款研究

体育法

【〔美〕马修·J.米顿 著 郭树理 译】

美国体育领域的反兴奋剂实践

【董金鑫 译】

《与体育相关的仲裁法典》(2016年版)

非洲法

【〔意〕丹尼尔·阿奎尔 著 毛春晓 译】

非洲的企业社会责任和人权法

域外法

【周彬彬】

美国侵权法中的市场份额责任

硕士学位论文

【王轶晗】

志愿服务使用人责任研究

资料

【朱涛 译】

瑞士债法总则修订2020年(草案)



第63卷

民商法论丛

CIVIL AND COMMERCIAL
LAW REVIEW VOL. 63

■ 梁慧星 / 主编

本卷各篇文章中的观点并不必然反映主编及出版社的立场。
任何以转载、重印、翻译等形式复制本卷所载的文章均须事先
获得主编和法律出版社的书面许可。

中文社会科学引文索引 (CSSCI) 来源集刊



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民商法论丛. 第63卷 / 梁慧星主编. —北京: 法律出版社, 2017. 5
(民商法论丛)
ISBN 978-7-5118-5504-6

I. ①民… II. ①梁… III. ①民法—研究—文集②商
法—研究—文集 IV. ①D913.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 089004 号

民商法论丛(第63卷)

MINSHANGFA LUNCONG(DI 63 JUAN)

梁慧星 主编

策划编辑 孙东育

责任编辑 李峰沅

装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任校对 晁明慧

责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社

开本 A5

印张 24

字数 500千

版本 2017年5月第1版

印次 2017年5月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

举报维权邮箱/ jhwq@lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号: ISBN 978-7-5118-5504-6

定价: 85.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

【基本理论】

- 法人组织体说的内涵、旨趣及其启示 仲崇玉(1)
- 信托与合同关系研究
- “信托合同论”的反思与信托合同的定性 徐化耿(30)
- 一般解释学与法律历史学家和法学家的实践
- [德]马丁·阿芬那留斯 著
- 郝丽燕 译 蒋明磊 校(52)

【专题研究】

- 点击合同与浏览合同的法律问题 韩旭至(97)
- 安慰函的性质界定与效力探析 王 琦(121)
- 创新型诉讼保全责任险的法律性质研究 潘诗韵(141)

【民法典编纂】

- 论民法中的“人”与婚姻家庭法中的“人”
- 以“民法典”编纂的体例结构为视角 冯 源(151)
- 侵权责任在巴西新民法典中的功能定位
- [巴西]尼尔森·罗森瓦德 著 周奥杰 译(176)
- 我国见义勇为为民事立法的思考 李 昊 刘京勇(189)

【判解研究】

- 法官如何填补法律漏洞
- 以一起身份不明的继承人权益保护案为例
- 曹 磊(215)

论抚养费请求权的权利主体

——兼评《婚姻法》第21条、第37条的规定

..... 蔡国伟(230)

论信用卡债务与银行贷款不适用利率管制规则 ... 缪因知(245)

论《侵权责任法》第2条的保护范围 朱晓峰(262)

互联网新型不正当竞争行为的实证分析

——以我国近15年的裁判文书为研究样本 陈耿华(277)

【国际公约】

从航海过失免责制度分析海上运输责任体系发展

..... 李凯莉(297)

论当代海商法国家自主性与国际统一性之关系 ... 孙思琪(328)

《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》中的追续权条款研究

——兼谈我国创设追续权制度的考量因素 戴 哲(440)

【体育法】

美国体育领域的反兴奋剂实践

..... [美]马修·J.米顿 著

郭树理 译(456)

《与体育相关的仲裁法典》(2016年版) 董金鑫 译(478)

【非洲法】

非洲的企业社会责任和人权法

..... [意]丹尼尔·阿奎尔 著 毛春晓 译(506)

尼日利亚企业社会责任:思考与概念重构

..... [尼]尼加姆·阿姆度 著 由 然 汪 柱 译(536)

企业社会责任、立法改革与南非采矿业

..... [南非]亨克·J.克劳坡 [南非]威廉姆因·

度·普莱塞思 著 杨馨馨 译(572)

【域外法】

美国侵权法中的市场份额责任 周彬彬(599)

日本成年监护制度及其对我国的启示 ... 李 芳 孙旂旒(631)

从《DV 防止法》修改历程管窥日本反家庭暴力之发展

..... 陈 霖(651)

【硕士学位论文】

志愿服务使用人责任研究 王轶晗(670)

【资料】

瑞士债法总则修订 2020 年(草案) 朱 涛 译(716)

基本理论

法人组织体说的内涵、旨趣及其启示*

仲崇玉

目 次

- 一、组织体说产生的法律实践及学术背景
- 二、权利及权利主体的界定
- 三、对法人本质的法社会学研究
- 四、对法人人格的法解释学研究
- 五、简评

组织体说 (Organisationstheorie) 为法国学者米休德 (Léon Michoud, 1855 - 1916) 所创, 并由萨莱耶 (Raymond Saleilles, 1855 - 1912) 和惹尼 (François Gén y, 1861 - 1959) 进一步论证和完善。其主要的思路是在坚持有机体说的政治立场和基本观点的基础上, 吸收融合耶林的受益人主体说以及管理人主体说的优点, 进而形成的一种比较综合的学说。法国的奥里乌 (Maurice Hauriou, 1856 - 1929) 、Demogue 的观点也与此类似,^①该说后来成为法国的通说。在德国, 耶利内克、

* 本文系 2015 年国家社会科学基金后期资助项目 (项目编号: 15FFX034)、司法部 2014 年度国家法治与法学理论研究项目 (项目编号: 14SFB50026)、中国法学会 2015 年度部级法学研究课题 (课题编号: CLS(2015)C066)。

① [法] 莱昂·狄骥:《拿破仑法典以来私法的普通变迁》, 徐砥平译, 中国政法大学出版社 2003 年版, 第 57 页; 史尚宽:《民法总论》, 中国政法大学出版社 2000 年版, 第 140 页。

图尔(B. v. Tuhr)的折中方向也与此接近,拉伦茨的观点也相类似;^②在意大利,费拉拉的观点与其基本相同;在英国,哈里斯(Frederick Hallis)更是毫无保留地坚持了这一学说,^③维诺格拉多夫^④、萨尔蒙德(Salmond)^⑤的学说也可以大体上划入这一学派。在美国,梅琴(Machen)、弗洛因德(Ernst Freund)、格雷的观念也与此相似。^⑥而在日本、我国大陆和台湾地区,组织体说则号称学界之通说。^⑦

虽然组织体说号称我国学界通说和立法指导学说,但笔者认为这一判断有嫌唐突。由于缺乏对组织体说的深入解读,我国学界并未认识到该说的真正意义和精神实质,在这种情况下,何来“通说”之谓?中外学术史上,有过不知其精义的“通说”吗?^⑧从立法上来说,除了《民法通则》第36条对法人所下的定义与组织体说有些字面关联之外,^⑨其他

② 分别参见[德]格奥格·耶利内克:《主观公法权利体系》,曾韬、赵天书译,中国政法大学出版社2012年版,第18页以下;Tuhr, B. v., *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Berlin, 1910. 转引自罗尔夫·克尼佩尔:《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成与变迁》,朱岩译,法律出版社2003年版,第70页;[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第180~184页。

③ Frederick Hallis, *Corporate Personality: A Study of Jurisprudence*, Aalen: Oxford University Press, 1978, p. 238.

④ Paul Vinogradoff, “Juridical Persons”, *Columbia Law Review*, Vol. 24, No. 6, 1924.

⑤ P. W. Duff, *Personality in Roman Private Law*, London: Cambridge University Press, 1938, p. 219.

⑥ 分别参见Arthur W. Machen, Jr., “Corporate Personality”, *Harvard Law Review*, Vol. 24, No. 4, 1911, p. 267; Ernst Freund, *The Legal Nature of Corporations*, Chicago: The University of Chicago Press, 1897. 约翰·齐普曼·格雷:《论法律主体》,龙卫球译,载《清华法学》(第2辑),清华大学出版社2002年版。

⑦ 胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第100页;郑玉波:《民法总论》,中国政法大学出版社2003年版,第173页;施启扬:《民法总论》,台北,自刊1995年版,第116页;梁慧星:《民法总论》,法律出版社2001年版,第143页;王利明:《论法人的本质和能力》,载王利明:《民商法研究》(第3辑),法律出版社2001年版,第33页;朱慈蕴:《公司法人格否认法理研究》,法律出版社1998年版,第27页。

⑧ 组织体说号称通说而学界不知其精义,也许是我国民法学术的一大“中国特色”吧。

⑨ 《中华人民共和国民法通则》第36条规定:“法人是具有民事权利能力和民事行为能力,依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。”

规定与组织体说可以说貌合神离,根本谈不上什么“指导思想”,只能说技术性的私法规则如法人的行为能力、责任能力等大都与组织体说相兼容而已。^⑩而具有公法意义的实质性规则则往往与组织体说格格不入,立法者对社会中间组织,特别是非营利组织和非政府组织极端不信任,因而我国法人人格制度和权利能力制度采取的更是拟制说或特许说的管制思路,与组织体说的自由精神恰恰相反。^⑪因此,在本文中,笔者首先希望通过纯粹的学说批评剖析该说的法律内涵和政治意蕴,揭示其精神实质,其次为超越传统法人理论,独立构建面向我国的法人理论打下基础。

一、组织体说产生的法律实践及学术背景

组织体说的产生与法国大革命以来国家集权化、神圣化,而各种自愿社会团体受到敌视、钳制的法律实践是分不开的,在很大程度上,甚至整个法国法人问题大讨论都是在对法国大革命及其后政治信条的反思这一大背景中进行的。托克维尔的《旧制度与大革命》揭示,法国大革命并不是在所有方面都是一场“革命”,而如何对待社会中间组织的问题恰恰就是如此。实际上,早在革命之前的王政时代,就禁止设立未经国王许可的非营利法人,而当时的知识阶层也大都倾向于敌视各类社会中间组织;重农学派因行会妨碍其所推行的改革计划而对行会大加批判;法学界也支持对社会中间组织的扼制政策;^⑫主权论者,如对于法国资产阶级革命产生重大影响的霍布斯对于社会中间团体没有好感,认为自治市类似于自然人肠道中的虫子一样,不断骚扰国家;^⑬而

⑩ 实际上这些兼容的地方是立法者有意接受组织体说的“指导”的结果,还是法律实践“倒逼”的结果,都很难说。

⑪ 关于这个问题的初步分析,参见仲崇玉:《从他治到自治:论我国法人人格制度的改革》,载《法学论坛》2011年第3期,第151~153页。

⑫ 吴宗谋:《再访法人论争——一个概念的考掘》,台湾大学法学研究所2004年硕士学位论文,第21页。

⑬ [英]霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1985年版,第259页。

法国革命的精神导师卢梭对于社会团体更是深恶痛绝,因为其有损公意。^⑭ 法国大革命利用对封建团体的憎恨,以近乎狂热的行动将上述观念付诸实施。对此,法国实证哲学创始人孔德曾有如下描述:“在1791年到1794年,整个法国是一幅对各种团体组织进行可怕的打击的景象,行会、宗教团体、金融团体、学术和文化社团全部遭到立法者的取缔,他们认为‘歼灭所有类型的市民团体才是法国宪法的唯一基础’,‘一个真正的自由国家不能容忍在其内部存在任何社团组织,即使是致力于公众教育的团体,也应是如此下场。’”^⑮在革命中首当其冲的就是教会组织,法国国民议会1789年11月2日的法令宣布将宗教界的财产收归国有,其法律理论依据就是团体和修道院纯粹是法律的创造物,法律可以创之,亦可毁之。决议草案的报告人杜雷说:“在这一点上,个人和团体在这方面的权利是有区别的。个人是存在于法律之前的,他们天赋的、不因时效而消灭的权利,财产所有权就是这样。相反地,团体仅因法律而存在,团体所有的权利是依存于法律的,法律可以把它改变,也可以把它消除。”^⑯这种论调实际上就是半个世纪以后的萨维尼拟制说的先声,而不久前,8月26日的《人权宣言》还庄严宣布“财产权是不可侵犯的、神圣的权利。”以后类似禁令接连不断,如1791年6月14日至17日发布的工人及手工业者同业集会政令禁止所有被解散的行会重新成立;1791年6月27日的“Le Chapelier”法禁止职业团体,该法一直到1884年才被废止;1791年9月27日至10月16日政令解散法国境内的所有商会;1792年8月4日的关于教会的禁令、同月7日关于世俗宗教性社团与各种会所的政令以及1794年7月1日立法禁止各种疗养院、救济院、济贫院等机构进行全国性的资产及负

^⑭ [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1980年版,第40页;[英]罗素:《西方哲学史》(下卷),马元德译,商务印书馆1976年版,第241页;朱学勤:《道德理想国的覆灭》,上海三联书店2003年版,第208~209页。

^⑮ John Henry Cully III, “People’s Capitalism and Corporate Democracy: an Intellectual History of the Corporation”, Article for Ph. Doctor, Santa Barbara: University of California, 1986, pp. 23-24.

^⑯ [法]莱昂·狄骥:《宪法论》,钱克新译,商务印书馆1959年版,第363页。

债合并。^{①7} 自雅各宾派上台后,特别是拿破仑称帝后,法国终于实现了其历代国王可望而不可即的中央集权,与国王分庭抗礼的贵族阶层受到毁灭性打击,自治市镇等地方上的自治权力一笔勾销,^{①8}地方各级行政区的官吏统统由中央“空降”而至,各类社会中间组织横遭取缔,韦伯所说的现代官僚国家吞噬了整个社会,国家垄断了一切社会资源和权力,形成了一个极端超重心的现代集权结构。在狂热的现代集权主义者看来,法国真可谓“一片白茫茫大地真干净”。

大约半个世纪以后,法国自由主义经济学家巴斯夏批评法国表面上争取政治权利的斗争走在欧洲的前列,但这并“没有阻止法国人成为欧洲受统治最严密,受管制最多、受强制最严重、受束缚最紧、受剥削最深重的民族。”^{①9}同时代的托克维尔也反思道:“当法国人重新激起对政治自由的热爱时,他们在政府问题上已经具有相当多的概念,它们不仅与自由制度的存在完全不符,而且几乎与之对立……国民作为整体拥有一切主权权利,每个公民作为个人却被禁锢在最狭隘的依附地位中;对前者,要求具有自由人民的阅历和品德,对后者,则要求具有忠顺仆役的品质。”^{②0}在大革命已过百年之后,法国社会心理学家古斯塔夫·勒庞一针见血地批评法国的现代国家集权主义:“在拉丁民族看来,‘民主’更多的是指个人意志和自主权要服从于国家所代表的社会的意志和自主权。国家在日甚一日地支配着一切,集权、垄断并制造一

①7 关于法国实定法及判例的演变细节,可参见 L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1924, Vol. I, pp. 406 - 506。

①8 法国大革命初期,法国立宪会议曾经倾向于地方的自治权力,特别是市镇的自治权力,强调市镇的权力并不源于国家,相反,国家权力却源于市镇。但拿破仑的《雨月法》最终剥夺了市镇这一权力,各级行政区皆由中央任命的官员管理,市镇完全沦为国家机器的组成部分。参见格奥格·耶利内克:《主观公法权利体系》,曾韬、赵天书译,中国政法大学出版社2012年版,第246~247页。

①9 [法]弗雷德里克·巴斯夏:《财产、法律与政府》,秋风译,贵州人民出版社2003年版,第119~120页。

②0 [法]托克维尔:《旧制度与大革命》,冯棠译,商务印书馆第1992年版,第201~202页。

切。不管是激进派、社会主义者还是保皇派,一切党派一概求助于国家。”^{②①}同时代的法国法学家狄骥则痛心疾首地批判法国大革命取缔组合团体的行径,使“没有组织的个人群众在极端强大的国家面前被解除了武装,”“国家便毫无限制地统治着一群独立而无能的个人,统治着像一盘散沙的人们,”^{②②}自由、正义、人权、平等仅仅成了空洞的口号。作为局外人的韦伯则是冷静而深入地揭示了法国大革命这种极端做法的动机:“这主要出自于对任何激进的民主都很典型的原因,其次出于一些自然法上的教条观念,最后部分地出自于资产阶级的、受到经济制约的、在其肆无忌惮上同样受到教条影响的动机。”^{②③}

尽管受到诸多批评,法国自法国大革命以来一直到1901年,法国立法对于社团的限制向来比德国立法严酷。^{②④}《拿破仑法典》就有意的没有规定社团自由,也没有规定社会团体的法律人格,大革命时期钳制社会中间组织的各种法律也大都继续有效。在法学界,萨维尼的法人学说迅速地被引入法国并长期被奉为圭臬,为上述法律提供了理论辩护,致使迟迟未能进行变革。但是严酷的法律规制并没有遏制社团的发展,法国自19世纪中叶以来,特别是20世纪初以来,社团运动日趋活跃,到了20年代,“法国的全部领土已布满了社团网,如工会、各种职业团体,甚至还有公务员的团体、互助会、慈善会,以及科学、语言学、艺术的社团。”^{②⑤}教会的力量也有所复苏,并强烈要求实行政教分离,谋求教会独立于国家政权组织之外的实体地位。社团实践的现实迫使立法者不得不承认这种既成事实,1884年3月21日《瓦尔德克-卢梭法》承认了劳资双方各自有权组织行业协会,无需政府批准,但是政治俱乐

②① [法]古斯塔夫·勒庞:《乌合之众:大众心理研究》,冯克利译,中央编译出版社2000年版,第89页。

②② [法]莱昂·狄骥:《宪法论》,钱克新译,商务印书馆1959年版,第473~474页。

②③ [德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(下卷),林荣远译,商务印书馆1997年版,第83页。

②④ [法]莱昂·狄骥:《〈拿破仑法典〉以来私法的普通变迁》,徐砥平译,中国政法大学出版社2003年版,第64页。

②⑤ 同上注,第63页。

部与宗教团体仍然受到限制,^{②6}1888年立法承认了业主工会,1898年才承认了互助社团,直到1901年《结社法》才承认一般的社团自由权利。^{②7}但是此法通过以后,许多团体还是要求更进一步的自由。

“春江水暖鸭先知”,在自由结运动的影响下,首先是法国知识界观念发生了深刻变革,他们热情支持自由社团的发展,强烈批评当时的扼制政策。作为长期的高压政策和反弹,这一思潮观点异常激进。撇开政治、哲学领域的学说不谈,^{②8}在法学领域,首先对法国长期以来盛行的拟制说构成反动的是由耶林开其端绪的法人否认说,该说虽然创立于德国,但却主要盛行于法国,自从法国学者普兰涅尔(Planial)首先引介并发展耶林学说之后,该国从之者甚众,如贝尔特勒米(Berthélemy)、万·德·霍卫尔(Van den Heuvel)、瓦莱依-苏米埃尔(Marquis de Vareilles-Sommières)^{②9},其他著名学者——狄骥(Léon Duguit)——虽然自己认为不属此派,但其法人人格学说与之也有亲缘关系,并且也应归入耶林开创的这一阵营,^{③0}故而有人将这些学者总称为法人人格理论的法国学派。^{③1}该学派以极端化的个人主义姿态出

②6 郭华榕:《法国政治制度史》,人民出版社2005年版,第442页。

②7 [法]莱昂·狄骥:《拿破仑法典》以来私法的普通变迁,徐砥平译,中国政法大学出版社2003年版,第63页;[法]莱昂·狄骥:《宪法学教程》,王文利等译,辽海出版社、春风文艺出版社1999年版,第229页。

②8 参见巴斯夏、托克维尔、孔德、勒庞、涂尔干等人的前述著作。

②9 [法]莱昂·狄骥:《宪法论》,钱克新译,商务印书馆1959年版,第359~360页;参见Martin Wolff,“On the Nature of Legal Persons”,*Law Quarterly Review*, Vol. 54, 1938, p. 497。

③0 [法]莱昂·狄骥:《宪法论》,钱克新译,商务印书馆1959年版;[法]莱昂·狄骥:《宪法学教程》,王文利等译,辽海出版社、春风文艺出版社1999年版。

③1 这是狭义上的法国学派,仅限于法国学者,还有广义上的法国学派,不限于法国学者,还包括耶林、汉斯·J. 沃尔夫、凯尔森等国学者。按照这一归纳,萨维尼的拟制说被称为罗马学派(当然这个罗马学派主要不是指古罗马的学说,而指德国历史学派中的罗马学派,后面的日耳曼学派也是此意。)或威权主义学派(Authoritarian School),而基尔克的实在说则称为日耳曼学派或集体主义学派(Collectivism School),而法国学派就是个人主义学派(Individualist School)。这些称谓并非仅为方便而已,也在相当程度上揭示出了各说的精神倾向。参见John Henry Cully III,“People’s Capitalism and Corporate Democracy: an Intellectual History of the Corporation”, Article for Ph. Doctor, Santa Barbara: University of California, 1986, pp. 18, 24。

现,强烈批评国家对法人团体的扼制政策,声势浩大,基尔克甚至称其为法国大革命之威权主义的报应。^{③②}例如,狄骥声称在所有的法人人格学说中,只有他自己和基尔克的学说不求助于立法者权力干预,而其他的学说则一概或多或少承认国家的权力干涉,显示出完全排斥国家权力的目的。^{③③}从实定法上来说,狄骥攻击的矛头直指1901年《结社法》,认为该法仍有扼制法人团体发展的倾向。^{③④}

在组织体说的代表人物看来,这种完全排斥国家权威地位的自由主义必然会导致无所作为主义和社团无政府主义,不可避免地导致社会秩序的失控,因为毕竟国家是整个社会利益的代表,而社会团体不过是社会局部利益的代表,所以国家在一般意义上应高于其他法人团体。如果在后者之间出现争执之时,没有一个掌握最后发言权的权威,那么社会就会陷入混乱之中。^{③⑤}从实定法角度来说,组织体说主张者认为1901年《结社法》已经意味着法人人格实在说的初步胜利,所以应当予以维护。^{③⑥}当然,组织体说又坚决反对打压扼制社会中间组织,这不仅是当时的法学通识,而且也与组织体说代表人物的个人体验密切相关。如萨莱耶是一位虔诚的天主教徒,又是法史学家,他对法国大革命以来在教会问题上的倒行逆施必会感同身受。因此,从政治立场上来说,组织体说的主要论敌并不是法国学派,而是拟制说。他们认为:“拟制说

^{③②} John Henry Cully III, "People's Capitalism and Corporate Democracy: an Intellectual History of the Corporation", Article for Ph. Doctor, Santa Barbara: University of California, 1986, p. 19.

^{③③} [法]莱昂·狄骥:《宪法论》,钱克新译,商务印书馆1959年版,第364页。不过还不能就此认为狄骥就是社团无政府主义者,因为狄骥在否认立法者的权力时,将某种程度上的仲裁权交给了法院,这一点是非常值得我们重视的。参见莱昂·狄骥:《宪法论》,钱克新译,商务印书馆1959年版,第362页。

^{③④} [法]莱昂·狄骥:《〈拿破仑法典〉以来私法的普通变迁》,徐砥平译,中国政法大学出版社2003年版,第76~77页;莱昂·狄骥:《宪法学教程》,王文利等译,辽海出版社、春风文艺出版社1999年版,第230~236页。

^{③⑤} Frederick Hallis, *Corporate Personality: A Study of Jurisprudence*, Aalen: Oxford University Press, 1978, p. 244.

^{③⑥} 吴宗谋:《再访法人论争——一个概念的发掘》,台湾大学法学研究所2004年硕士学位论文,第62页。

赋予国家以错误的权力,所以将其他所有的法人都置于不能实施的,并且实践上仅是一场闹剧的法律统治之下。因为国家的职能不可界定为行使无限权力,而是为了秩序与正义而监督其他人。”^{③⑦}在他们看来,实在意味着关于国家的新观念,法人的权力既不是国家特许的,也不是派生的,而是因其在整个政治共同体内占有的地位、其所行使的社会职能而固有的。“赋予了法人人格的社团不再为了取得对于其履行其承担的信托所必不可少的权利,而需要国家的恩赐式特许,而是将根据其作为可敬的和负责任的公民所固有的性质而享有权利。”^{③⑧}因此,组织体说的政治立场与有机体说基本上是一致的,实际上,在许多理论和技术方面,组织体说也主要是受到了有机体说的启发,特别是萨莱耶本身又是德国法比较法研究专家,对有机体说有着深刻的理解和把握。他之所以另立组织体说,一方面是由于有机体说过于先验化、过于意识形态化,另一方面则是由于第一次世界大战前后法德民族的紧张关系,而不得不运用一些法国人也可以接受的材料——罗马法和法国学派——来淡化并引介有机体说这个带有强烈民族主义色彩的德国学说。

从时代背景上来说,组织体说完善于20世纪初,大体上与管理者主体说处于同一时代,这使该说可以跟踪团体法律实践上的重大变迁。一方面,包括公司在内的许多社会组织朝向大型化、全国化甚至跨国化方向发展;另一方面,规模庞大的社会组织需要由专门的职业管理者进行管理,大型公司普遍出现伯利和米恩斯所揭示的两权分离的情形,社会团体普遍出现了职业管理者掌控团体事务的局面。从这背景来理解,基尔克所极力维护的团体合法地位更多的是一种理论表象,维护团体机关的合法地位才是这一主张的实质。^{③⑨}而到管理者主体说那里,则直截了当、旗帜鲜明地提出赋予管理者合法地位的主张。^{④①}按照管

^{③⑦} Frederick Hallis, *Corporate Personality: A Study of Jurisprudence*, Aalen: Oxford University Press, 1978, p. 243.

^{③⑧} Ibid., pp. 243 - 244.

^{③⑨} 关于有机体说的精神实质和政治意蕴,请参见仲崇玉:《论基尔克法人有机体说的法理内涵和政治旨趣》,载《现代法学》2013年第2期。

^{④①} 参见[德]莱恩荷德·齐佩利乌斯:《法学导论》,金振豹译,中国政法大学出版社2007年版,第82~83页。

理者主体说,真正合法化的不是所谓的由众多个人构成的集合体,而是团体内部管理者的权力,说到底,就是管理者以集合体的名义而为的行为是否能够归属于集合体名下,从而对于相关的自然人具有拘束力。因此,在米休德与萨莱耶构建组织体说时,就不仅要面对这一变化了的法律实践,而且还要正视吸收已有的理论成果。当然,吸收的同时还包括鉴别和批判,在这方面,受耶林影响而发展起来的“法国学派”就是著例,在组织体说看来,该说的个人主义进路不能提供一个合理的解释,因为它忽略管理者的地位和作用,实际上同时也就放弃了法律对于管理者的规制。另外,在组织体说眼中,基尔克虽然也主张国家可以限制团体的权利能力,但其有机体说没有区分好对于社会现象的社会学描述与法律学构建的关系,他没有理解好,或者至少他明显没有尊重法律与道德、法理学与社会哲学的区别,^①更为重要的是基氏的学说赋予了国家以神圣的外衣,这也是组织体说不愿接受的。在这种情况下,组织体说虽然也不忽视法人人格在伦理和政治上的证成意义和象征意义,但实际上更强调法人人格的规制意义,因此,他们的进路与上述思路都有所不同。

就法学方法而言,组织体说虽然也采取了与有机体说相近的进路,但在很大程度上又吸收了耶林的受益人主体说的观点,将法人人格的社会方面和法律方面相结合。虽然米休德、萨莱耶和惹尼研究领域并不相同,但总体上来说,都是倾向于法社会学的学者。其中米休德大体上仍然属于法国传统意义上的注释法学派,在其两卷本的《道德人格理论及其对法国法的适用》中,他对各种法人人格理论的学说以及法国司法实践进行了系统研究,他是从主观权利问题出发对自己所提出的组织体说展开论证的。按照英国组织体说的追随者哈里斯的话来说,米休德的著作是社会学式的、辩证式的。^②而萨莱耶虽然也是出身于注释法学派,但已经在一定程度上有所超越,他又是科学法学派的创

^① Frederick Hallis, *Corporate Personality: A Study of Jurisprudence*, Aalen: Oxford University Press, 1978, p. 155.

^② Frederick Hallis, *Corporate Personality: A Study of Jurisprudence*, Aalen: Oxford University Press, 1978, p. 233.

始人,并直接影响了惹尼。^{④③}同时,他也是一位伟大的法律史学家,萨氏本人也乐于称自己是一位历史思想家,^{④④}他对法人人格问题主要进行了法史学上的考察,讨论了从古罗马时代一直到当时的法人人格思想之流变,其范围涵盖罗马法、中世纪教会法、复兴后的罗马法、日耳曼法以及法国法,在这一考察过程中,他认为学者过于夸大了各种学说之间的分歧,^{④⑤}因此,萨氏力图缩小各派的理论分歧,并论证关于法人人格的各种争论本身没有什么重要意义。^{④⑥}不过总的来说,米氏与萨氏还有较强的自然法意味和概念法学倾向。^{④⑦}惹尼则完全摆脱了注释法学的影响,成为法国科学法学派的主要代表人物,他提出应按照“自由的科学的法之发现”超越并彻底更新传统的解释方法,使其成为具有世界影响的法学大家,并对德国的自由法学运动、早期利益法学运动都产生了巨大影响。^{④⑧}因此,惹尼对于组织体说的论证是从法学方法上进行的,较少触及历史的制度层面。

从所使用的概念工具上来说,组织体说也呈现出折中的特征。有机体说与拟制说共同的一个结果就是使法律人格成了一个超乎实证的先验实体,而且,按照这种观念,国家的法律人格当然也是一个先验的真实存在。作为这种观念的反动,耶林的受益人主体说则拉开了法律

④③ 何勤华:《西方法学史》,中国政法大学出版社1999年版,第142~143页。

④④ Frederick Hallis, *Corporate Personality: A Study of Jurisprudence*, Aalen: Oxford University Press, 1978, p. 238. 另可参 Thaller, Gény and others, *L'oeuvre juridique de R. Saleille*, 转引自 Sir Paul Vinogradoff, *Introduction To Historical Jurisprudence*, Oxford: Oxford University Press, 1920, p. 121.

④⑤ 证明之一就是萨莱耶认为许多学者夸大了萨维尼的拟制说,他认为萨维尼的学术思路并没有完全贯彻拟制说。参见吴宗谋:《再访法人论争——一个概念的考掘》,台湾大学法学研究所2004年硕士学位论文,第28页。

④⑥ [法]莱昂·狄骥:《拿破仑法典》以来私法的普通变迁,徐砥平译,中国政法大学出版社2003年版,第67页。

④⑦ 例如,萨氏接受了施塔姆勒关于自然法具有可变内容的观念。参见 Stammler, *Das richtige Recht*. 转引自 Sir Paul Vinogradoff, *Introduction To Historical Jurisprudence*, Oxford: Oxford University Press, 1920, p. 120.

④⑧ [德]格尔德·克萊因海尔、扬·施罗德主编:《九百年来德意志及欧洲法学家》,许兰译,法律出版社2005年版,第149~150页。