



民商法学术著作丛书

总主编：蒋月

民商事组织形态 法律制度的研究

薛夷风 著

*On the Legal System of Forms of Civil
and Commercial Organizations*



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



民商法学术著作丛书

总主编：蒋月

民商事组织形态 法律制度的研究

薛夷风 著

*On the Legal System of Forms of Civil
and Commercial Organizations*



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民商事组织形态法律制度的研究 / 薛夷风著. —北京: 法律出版社, 2011. 5

(民商法学术著作丛书)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0799 - 1

I. ①民… II. ①薛… III. ①民法—研究—中国 ②商法—研究—中国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 088188 号

民商事组织形态法律制度的研究

薛夷风 著

责任编辑 卫蓓蓓

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 9.5 字数 230 千

版本 2011 年 5 月第 1 版

印次 2011 年 5 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 吕亚莉

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 0799 - 1

定价: 23.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

事莫难于谋始，功莫大于奠基。新中国成立六十余年来，特别是改革开放三十年余来，中国大陆地区民商法的教学与研究快速进步，民商事立法、司法、仲裁、律师实务取得重大进展，有目共睹。厦门大学法学院民商法学科，着力培养民商法学各个领域高层次专门人才，以为民商事法立法提供学术参考，切实支持民商事司法水平提升，服务于民商法律实践，促进中国民商事法制进步为己任。本学科师资力量雄厚，民商法各专业领域人才集中。2003 年经国务院学科评议审核获准设立专业学位博士点，是中国内地重要的民商法学教学、研究和人才培养基地。本学科点以民商法理论为基础，跟踪社会实践，研究涵盖民商法主要领域，各研究领域特色鲜明，培养了一大批民商事法律专业人才，取得了诸多重要的研究成果，特别是在民法典及民法基础理论、罗马法、婚姻家庭法、商事法、知识产权法等方面的研究，享有重大学术影响和社会声誉。本学科教师先后承担国家级、省部级课题 30 余项；出版专著 50 余部，译著 10 部；在《中国社会科学》、《法学研究》、《中国法学》等有较大学术影响的专业核心刊物上发表学术论文 200 余篇。

厦门大学民商法学科的教学与研究已有 80 余年的积累。厦门大

学于1926年设法科之初,民法学就显示了强劲的教学和科研力量,聚集了陈朝璧教授、柯凌汉教授、周栢教授、李景禧教授等学贯中西的法学大家。30年代,李景禧教授将日文版罗马《十二表法》译成中文介绍给中国;陈朝璧先生所著《罗马法原理》(1937)被当时国内各大学采用作教科书。陈朝璧教授著《中比通婚中的国际私法问题》(1933)、《英美法原理》(1948),李景禧教授著《法学通论》(1935)、《法学教程》(1940)、《国家与法权基础理论》(1956)等著作在近代民法发展史上产生了重大影响。1979年,厦门大学恢复设立法律系,设立民法教研室,民商法学获得重新发展的生机,并快速成长为国内民商法学教学和研究的重要基地之一。以李景禧先生、薛景元先生为主的民法教学科研团队开设《民法》(上)、《民法》(下)课程。1982年,获准设立民法专业硕士点,成为全国最早设立民法专业法学硕士点的院校之一。1999年,民商法学被评为福建省重点学科。2002年,本学科设立民商法研究所、罗马法研究所等研究机构,出版《罗马法与现代民法》等书刊,社会影响力日益增强。近年来,厦门大学法学院民商法学科队伍不断壮大,在承担着繁重教学任务的同时,学术研究日益精深,取得了丰富成果。

经过较长时间准备,本学科决定推出“民商法学术著作丛书”。本丛书关注民商事法律领域的重大基础性和热点难点问题。每个论题的选择注重其理论和实践双重价值,既重视基础性,又强调新颖性。部分论题直接挑战传统的法律价值或基本规则,多数论题是国内民商法学界少有研究。研究每个论题,总是细心分析,探微事理,发现规律和效用;注重对论题研究的原创性。研究一个问题,总是辨明类别,明确其内在体系;阐明主张旁征博引,论据翔实,绝不肤浅和盲从,剖析问题层层深入,见解力求精辟,殚精竭思;质疑他人观点或现行规则,究其因果,察其关联,有理有节,严谨平和;提出对策建议,力求比较各种可能方案,既眼观世界各地法律进步,又顾及中国国情,择其最适当者为要,与时俱进。所有著作均为民商法学者同仁呕心沥血

之作,视野开阔,观点鲜明,论证精要,结论可期,质量上乘。

本丛书为开放式系列。以厦门大学民商法学科的教师、博士后研究人员的著作及博士学位论文为主,同时竭诚欢迎海内外同行加盟,将乐意精心收录各方英才的民商法大作。每册原则上在40万字以下。视民商法学同仁的研究成效,每年推出著作若干本,陆续出版。本丛书的读者对象,以从事民商法的立法、司法、教学、研究和律师实务等专业工作者为主,也可供经济、社会决策者参考。

厦门大学法学院民商法学科同仁多年来孜孜不倦地努力和付出,为共同的学术理想和事业尽力工作,卓有成效,令人敬重。相信本丛书系列著作的出版,将为民商事法学教学提供深度资讯参照,推进民商法学的研究,为民商法制建设发挥积极作用。

此为对本丛书及论题的简要说明,是为序。

蒋 月

2010年1月12日

目 录

导 论 /1

第一章 民商事组织形态的私法规制 /13

第一节 民商事组织法的基本构造 /13

一、民商事组织法的适用范围 /13

二、作为民商事组织法的合伙制度 /23

三、作为民商事组织法的法人制度 /32

四、商业信托制度的探讨 /36

五、现行的民商事组织形态 /45

六、民商事组织形态发展的新动向 /87

第二节 现行法人制度的再探讨 /115

一、法人法定主义的意义 /115

二、无权利能力社团理论 /119

三、取得法人格的意义 /126

四、法人目的的再探讨 /128

第二章 民商事组织法的意义与功能 /140

第一节 民商事组织法与民商事组织外部的法律关系 /140

一、在民商事组织与外部关系中民商事组织法的作用 /140

二、有限责任制度的意义与功能 /144

三、保护债权人规则的应有方式 /169

第二节 民商事组织法与民商事组织内部的法律关系 /205

一、在民商事组织形态内部法律关系中民商事组织法的作用 /205

二、民商事组织法对民商事组织的介入 /209

第三节 民商事组织法存在的意义 /221

一、民商事组织法的本质性功能 /221

二、民商事组织法的标准契约功能 /224

第三章 民商事组织法律规范的整合 /227

第一节 设计民商事组织形态的基本态度 /227

一、多种民商事组织形态存在的理由 /227

二、组织形态多样化的必要性 /229

三、对传统根据目的划分组织形态观点的修正 /230

四、创设新型民商事组织形态的理论依据 /236

第二节 我国民商事组织形态法律制度的展望 /237

一、我国民商事组织形态多样化的新趋势 /237

二、创设中国型 LLC 民商事组织形态的提案 /238

三、股份有限公司制度向非营利事业的渗透 /253

第四章 税制对民商事组织形态的影响 /262

第一节 民商事组织征税的规则 /262

一、税制的中立性 /262

二、传统的区分征税规则与美国式的选择制征税规则 /263

第二节 我国所得税制的现状 /266

一、企业所得税的现状 /266

二、我国非营利组织的税收制度 /268

三、我国合伙征税以及信托征税 /269

四、导管税制的意义 /272
五、组织形态与税制的关系 /273
结 论 /276
参考文献 /278

导 论

一、选题的依据与实践意义

本书是在笔者 2008 年通过答辩的博士论文的基础上修订而成。在此前选择博士论文的时候,笔者遵循了“选大”的原则。^{〔1〕}

之所以“选大”,主要由于在目前我国整个组织形态法制框架与现实组织形态存在着差距的情况下,如果选择视角比较小的题目,会出现难以顾及其存在背景的问题,难免落入只见树木而不见森林的就事论事的俗套,这样的选题也就没有太大的现实意义和理论意义。例如,仅就组织形态中的某一具体组织形态——公司或者合伙的具体法律制度进行纵向分析(目前我国有关组织形态的论著大多采用这种分析方式),这样的分析往往只是对组织形态的表象的解释,而没有从理论的高度解释民商事组织法对民商事组织形态的作用,这样的研究估计不会有什么重大的学术突破和良好的影响效果。在目前我国整个民商事组织法理论框架还没有完全成熟和成型的情况下,选题视角应该要相对宽广些,在这样比较大的框架之下,对论文写作而言,具有巨大的创作空间。在上述写作原则的指导下,笔者最终选择了《民商事组织形态法律制度的研究》作为博士

〔1〕 梁慧星:“论学位论文写作方法”,载易继明主编:《私法》(第5辑第1卷),北京大学出版社2005年版,第409页。

论文的题目。

本书将考察的视角立足于满足企业活动与开展其他共同事业顺利进行的基础上,思考以下两个问题。首先,为了促进企业活动以及其他开展共同事业的顺利发展,应该怎样设计调整民商事组织形态的法律制度?其次,进行有关民商事组织形态的立法活动时,应该如何整合相关的理论与政策?对上述两个问题的思考,促使笔者试图从民商事组织法对民商事组织形态的发展起着什么作用入手,阐明在现代社会经济活动中,作为开展共同事业的组织载体的民商事组织形态的多样化与流动化的必要性,并提出应该如何设计我国民商事组织法律制度的基本方案。

此外,本论题的研究还具有重要的现实意义。因为在传统重型工业中,最新锐的大规模的物的资产是竞争力的源泉,从多数的投资者处筹集大量的资金上存在优势的公开股份公司成为经济主角。并且,在安定的股东结构下,经营者与从业人员主体上擅长操纵大规模的物的资产形成组织固有的技能,增强了企业实力。但是,金融行业、信息产业、法务、会计、税务、医疗、教育等所谓高度服务产业,可以预见它们将是今后成长的产业群,对于这些事业而言,巩固高度的组织特殊性的人的资产,将是其竞争力的源泉。因此,传统的公开的股份公司这种组织形态,明显不太适合作为开展这些高新事业的组织载体。为了满足这种共同事业的发展需求,就必须创设一种新型的组织形态。因此,本书力图从理论高度阐释设计民商事组织形态法律制度的应有方式及其与相关法律制度的整合,为创设新型民商事组织形态提供理论上的根据。在这一点上,我以为拙著是具有一定的现实指导意义。

二、本书中的基本概念

首先,是有关本书研究对象的民商事组织概念的说明。目前,法学界对作为开展共同事业为目的的载体的各种民商事组织形态的

称呼,归纳起来主要有“组织”、“团体”、“企业”等用语。由于存在诸多用语,造成了调整规范组织形态的私法上的规则也相应地出现了“组织法”、^[1]“团体法”、^[2]“企业法”^[3]等各种各样的名称。但作为本书研究对象的“民商事组织”是指包括企业在内的,在私法自治领域内以开展某一共同事业为目的而形成的一个团体^[4](或者称为共同事业体),它是以经济性活动为其主要业务内容的共同事业体。其既可以是以营利为目的,也可以是不以或者不主要以营利为目的。换言之,本书所称的“民商事组织”是指基于法律上的根据所形成的经济组织形态,并且该形态还必须是达到具有相对明确边界、规范的规则和一定连续性的集合体。也就是说,本书的研究对象不仅限于以营利为目的的企业,还包括非以营利为目的的与以公益为目的的法人,以及除了法人形态之外的合伙形态与信托形态。至于会员制组织(会员制高尔夫俱乐部等),虽然它们可以说也是以共同事业为目的的集合体的一种“组织”,但是,由于法律没有预备

[1] 在美国,对于组织法采取广义的“成为各种的法主体(legal entities)的设立的根据,并适用于其的法”的定义——organizational law。参见 Henry Hansmann, Reinier Kraakman, *The Essential Role of Organizational Law*, *The Yale Law Journal*, 110, 2000, p. 808。虽然日本的神田秀树教授认为,在私法根据其功能整理为“个别交易法”、“市场法”、“组织法”3种类型时的“组织法”是为支持组织性交易的法律规范,组织法中心课题是通过减轻代理(agency)问题,以便于组织性交易的成立。参见[日]神田秀树:《市场与企业法》,岩波书店1993年版,第175~181页。但是,本书所采纳的组织法是指作为私法上规则的组织法。

[2] 日本的我妻荣教授认为:关于团体的法制,作为广义的“团体法”的处理是合适的。参见[日]我妻荣:《新订民法总则》(民法讲义I),有斐阁1965年版,第116页。作为本书研究对象的“组织法”相当于这个层次意义上的“团体法”。

[3] 目前的通说一般认为,企业法是指为了调整围绕企业的组织与活动的私的利益的法。参见[日]神田秀树:《市场与企业法》,岩波书店1993年版,第172页。

[4] 所谓“团体”,是指为了达成共同的目的的人的结合体或者该联合体。参见[日]内閣法制局法令用语研究会编:《法律用语词典》,有斐阁1994年版,第893页。团体的特征可以概括为两点:一是人的联合;二是需要制定一个章程。详见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔等译,法律出版社2002年版,第199~201页。

定型性的格局,因此不属于本书设定的研究对象。

其次,有关企业的概念。在我国,一般称以营利为目的的组织为“企业”。而对于那些不是以营利为目的的组织,在我国一般不能被称为企业,而是称之为“事业单位”或者实行“企业化”经营管理的事业单位。我国农村社区经济组织或者各种农业专业合作社,由于不以营利为目的,因此一般也不被视为企业。只是,由于企业与非企业组织除了经济性活动内容之外,它们在内部管理、对外关系,以及国家对它们的管理等方面,都有相同或者相似之处。所以,本书把企业与非企业组织一起纳入研究对象的范围。

最后,关于民商事组织法的概念。适用于“民商事组织”的私法上的规范为本书所称的“民商事组织法”,故本书中所谓的“民商事组织法”,是调整和规范企业和非企业的经济组织(如合作社)的各种法律规范的总和。例如,《公司法》、《合伙企业法》、《农民专业合作社法》、《证券法》、《银行法》等都是民商事组织法的重要组成部分。

三、本书的研究方法

科学的理论应该是建立在科学的研究方法之上。本书采用的研究方法主要包括历史分析方法、比较研究方法、规范分析方法、经济学的分析方法以及归纳和演绎等方法。

(一)历史分析法

从历史的角度研究组织形态,从中既可以总结出一些必然的发展规律,也可以吸取一些制度建设方面的经验教训。本书在对不同组织形态的发展历程的回顾中,侧重于法律对不同类型组织形态确认的演变过程,从中提炼出发展规律,并用其推论组织形态的未来发展方向。当代社会由于高科技的迅猛发展,尤其是电子信息时代的到来,以及市场不断的全球化等因素的影响,现实经济活动要求对现行组织形态制度进行改革、创新的呼声也越来越迫切。为此,

完全可以预测未来的组织形态会朝着更加灵活多样的方向发展,并且这种变化并不影响交易安全 and 经济秩序的维持。因为曾被认为是最好的企业组织形态的股份有限公司,目前也受到不少学者的质疑。例如,日本的奥村宏教授就认为,股份公司时代将走向终结。^{〔1〕}为此,如何正确判断不同组织形态的优劣,必须用历史的分析方法进行客观全面的分析,从总体上把握住其规律性,才不会出现以偏概全的不确之论。

(二) 比较研究法

法学研究中的比较方法,大致可分为两类:一类是对具体法律制度的纵向发展进行对比,以考察不同社会制度、经济制度下具体的法律制度及其运行之间的差异。另一类是对不同类型的法律制度进行横向比较,从更广阔的视域比较研究具体法律制度的特征、差异及形成的原因。

比较是人类思维的基本特征,比较研究从来都是一种重要的研究方法,也是笔者在本书中采取的最为主要的研究方法之一。它不仅可以了解不同事物物质的规定性,而且由于共性寓于个性之中,它还能够从更广阔的视域探索事物发展的规律性。比较研究法一般分为三个步骤:(1)找出同类现象或事物;(2)按照比较的目的将同类现象或事物编组作表;(3)根据比较结果作进一步分析。比较研究方法有助于我们深化对各种类型组织形态异同的认识,加深对不同类型组织形态起源和发展的普遍性、特殊性的理解,更易于发现本国法律机制中的一些缺陷和弱点。但是,比较研究方法也存在着不足之处。例如,该研究方法总体上着眼于宏观的鸟瞰,在微观上有待于细化,故容易将各种组织形态的要素与整个组织体分割开(组织要素属于组织体,也只有在整个组织体中才有意义),并多少

〔1〕〔日〕奥村宏:“股份公司时代的结束”,载《经济学人》(周刊)2000年9月8日。

有点牵强附会,把一些表面相像,但发生背景截然不同的构成要素放在一起。因此,它必须结合其他研究方法来探讨分析不同类型组织形态的法律制度。

(三)规范分析法

规范分析法是从价值判断(什么是理想的或什么是应当做的)出发,分析事物之“应然”,旨在寻求应当实现什么样的方案。本书在规范分析方面,主要是在分析民商事组织法对民商事组织的作用与意义,民商事组织法介入民商事组织的依据,并在此基础上,阐明应该设立怎样的私法规则才能符合共通事业发展的需要等问题。

(四)经济学的分析方法

对法学来说,经济分析方法的“侵略”或“加盟”,意味着一种思想的革命,一种研究方法的革新。这样的断言毫不夸张。过去的研究深受褊狭和教条之害。经济学家发现了一个以往法学家尚未涉足的缺乏数量推理的领域。法学的传统是一个与数量分析不同的发展方向。经济学让我们以一种新的方式体会法律体系,这种新的方式对于法学家或者任何一位对公共政策问题抱有兴趣的人都颇有裨益。传统法学由于缺乏统计学、经济学方面的训练,只能用语言而不能用详尽的实际统计资料来讨论法律效果问题,从而使法律效果这个在法学中处于十分重要地位的法律分析常常误入歧途。经济概念对法律概念的替换,使得法学研究面貌焕然一新。经济学和法学的交叉研究,使得法学研究从此多拥有了一种方法和角度,并且必将长期得益于交叉研究所带来的好处。相比之下,传统的研究方法显得单薄和教条。效率已成为法律价值的组成部分,成为法律分析和解释法律的目的或意图,而效率、成本的解释必须依赖于经济分析。正是在这个基础上,经济分析方法在法律分析中的作用不可低估。法律的经济分析已成了传统规则分析的有机补充,离开了经济分析,现代法律的规则分析是不完全的。法律的规范性经济分析和实证经济分析即定性定量分析相结合,两者相得益彰,已

经并将更好地促进法学研究的发展。可以说,任何藐视或蔑视法律的经济分析方法的观点都是十分幼稚和愚蠢的。利用经济学的分析工具分析法律的规则是一种趋势。因此,本书充分利用经济学的分析方法,阐明民商事组织法的基本功能及其意义,为合理设计有关组织形态法律制度提供应有的思路与理论支持和现实依据。

四、民商事组织形态法律制度的现状

(一) 私法对民商事组织形态的规范

当今的经济活动、社会活动多数是以共同事业的形态开展的,在私法自治的范围内,人们为了共同事业结成各种各样的组织或者团体(共同事业集合体)。作为调整和规范私的利益法律关系的法律规范的私法,设置了作为开展共同事业组织载体的各种的民商事组织形态。例如,作为私法的基本法的民法规定了合伙和法人,作为商事单行法的公司法规定了有限责任公司与股份有限公司,此外,各种不同的民商事特别法还设置了合作社、相互公司等各种法人以及其他非法人的组织形态。

这些组织形态中,除了有可以为绝大多数类型的共同事业广泛利用的一般目的的组织形态,如股份有限公司等之外,还存在着不仅为特定的共同事业而设置的特定目的的组织形态,例如,相互公司等。目前,我国在一般情况下,法律是根据“营利”与“公益”的目的,设定不同的法人组织形态。

原则上,法律允许人们自由选择某种组织形态作为开展共同事业的组织载体。但对于某些特定的行业,法律只允许其选择特定的组织形态,或者对其选择在一定范围内予以限制。例如,以实施医疗行为为目的的事业共同体(组织),必须设立为医疗法人,实施社会慈善福利事业活动的组织必须设立公益法人,作为证券交易平台的证券交易所,在我国只能设立证券会员制法人,等等,这些情况都是属于法律只允许上述特定事业选择特定法人形态作为组织载体

的表现。而对于保险事业等某类共同事业,则表现了法律对其选择组织形态的态度,不是采取指定式的,而是采取限定其选择范围的方式,如保险公司等可以在股份有限公司与相互公司之间选择其一作为其开展事业的组织载体。

(二)民商事组织的税制现状对民商事组织形态的影响

国家的税收制度对民商事组织的经济活动与社会活动有着深刻的影响。由于可以根据与民商事组织形态相对应采用不同的税收规则,所以在开展某项共同事业而选择组织形态时,该组织形态的事业体适用何种税收规则,对设立者最终的决定具有重要影响力。目前世界各国对组织所得税的课征,在税制选型上大致可分为两种类型。第一种类型为独立课税制,根据法人实体说理论,认为公司等具有法人格的民商事组织是作为一个有独立纳税能力的纳税主体,对组织征收所得税。只是如果采用这种课税规则,就会出现当公司缴纳了其所得税之后,如果还有盈余利润,则可以将这一部分盈余分配给股东,而该公司股东获得该盈余分配之后,还必须再缴纳其个人所得税。这样就会出现双重纳税的情况,即对公司等具有法人格组织盈利需要征收公司所得税与股东个人所得税两种税,这两种所得税是分别独立并无关联的。在国际税收实践中,具有法人格实体作为独立于其成员的纳税主体是一种传统的观点,因此其被称为“古典制”。另一种类型为合并课税制,这种税收制度以欧洲国家为代表,其理论根据是所谓的法人虚拟说理论,根据该理论,公司法人被认为是一种法律的虚拟体,并无独立纳税能力,其作用仅为将盈余传送至股东的导管(conduit)。换言之,组织产生的损益都归属于其成员,作为成员损益,公司阶段的所得与股东阶段的股利,仅课征一次所得税,故这一类型的征税制度被称为导管税收制度。前者的典型事例是所谓的法人税(我国为企业所得税),后者的典型事例是合伙企业的个人所得税。人们在开展共同事业时,都是希望能够降低经营成本,由于税收规则可以因民商事组织形态(法人或者