

NW



西北民商法学术文库

Northwest Academic Library of Civil and Commercial Law

非法人团体的 事实属性与规范属性

张翔★著

★ Factual Feature and Normative Feature of Unincorporated Society ★



* 本书获司法部国家法治与法学理论研究项目（06SFB3019）资助

非法人团体的事实属性与规范属性

* Factual Feature and Normative Feature of Unincorporated Society *

张翔*著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

非法人团体的事实属性与规范属性/张翔著. —北京:法律出版社,2016.3
ISBN 978-7-5118-9223-2

I. ①非… II. ①张… III. ①法人—制度—研究
IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 048139 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧	装帧设计/凌点工作室
出版/法律出版社	编辑统筹/法律教育出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京易丰印捷科技股份有限公司	责任印制/沙 磊
开本/A5	印张/10.75 字数/290 千
版本/2016 年 3 月第 1 版	印次/2016 年 3 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)	
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 978-7-5118-9223-2	定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

西北民商法学术文库编辑委员会

编委会主任 李少伟

编委会副主任 高在敏 赵旭东

编委会执行主任 程淑娟

编委会成员(以姓氏笔画为序):

车 辉 李少伟 张 伟 张 翔
赵旭东 赵林青 高在敏 韩 松
董少谋 程淑娟

“西北民商法学术文库”总序

“西北民商法学术文库”是西北政法大学民商法学院从本院教师的学术研究成果中遴选、编辑,由法律出版社出版的学术丛书。

西北政法大学民商法学院是以从事民法学、商法学、民事诉讼法教学和科研为主要任务的二级学院,是我国民商事法律研究和教学中规模较大、学科门类齐全、民商事实体法学和程序法学相结合的专门学院。

学院目前设有一个法学(民商法学方向)本科专业,民商法学、民事诉讼法学两个硕士学位点,现有在校学生近 2000 名。学院师资力量雄厚,50 多名专任教师中三分之二以上具有高级职称,具有博士学位和在读博士的教师 20 多名,有 13 名教师分别在中国法学会各专门研究会担任副会长、常务理事、理事等学术职务。

学院所辖的民商法学科和民事诉讼法学科都是陕西省重点学科,并设有两个省级重点学科建设和陕西省妇女/性别研究与培训基地。学院设有民法学、商法学、民事诉讼法学、亲属法学等教学研究机构,设有私法文化与法典化研究所、物权与土地制度研究所、侵权法研究所、商事治理法律机制研究所、妇女与家事法律研究所、民商事判例研究所、民事权利救济机制研究所、民事司法改革研究所、公司纠纷法律对策研究所和律师制度与执业规则研究中心、仲裁制度与实务研究咨询中心等学术研究机构。

经过多年建设和发展,民商法学科在民法基础理论、商法基础理论、物权法理论、债权法理论、公司与证券法理论和婚姻家庭法理论方面,民事诉讼法学科在民事诉讼法理论、仲裁法学、公证律师法学、

多元纠纷解决机制以及民事强制执行制度等方面的研究取得了丰硕的学术成果,初步形成了私法文化与法典化、物权法与土地制度、商法基础理论与公司制度、婚姻家庭制度、侵权法律制度、多元纠纷解决机制、民事司法制度改革等领域的研究特色,在学术界具有一定影响。

目前学院承担国家社科基金研究项目9项,项目内容涉及集体所有权法律机制、民法价值、民法文化与民法法典化、婚姻家庭新问题、商法价值与商事制度构建、侵权责任法危险责任体系、商行为制度、侵权救济、保险制度等研究领域。学院还承担有省、部级研究项目30余项。

学院今后将以国家和省部级科研项目为支撑、以专门研究机构为平台、以培育和打造科研特色为目标,进一步推进学科建设和科学研究工作,为法学学术发展和国家法治建设作出积极贡献。

“西北民商法学术文库”是近期及今后一段时期我院以专著形式形成的科研成果的系列展示,内容涉及民商事实体法和程序法的理论研究和实务研究成果。所选取的成果,或为省部级及其他科研项目的结项成果,或为我院学科建设科研规划项目成果,或为我们认为具有学术价值且富有特色的研究成果。本文库编辑、出版的目的在于强化学术交流,为繁荣法学学术研究,进而推进我国民商事法律制度和法律实践的进步做出虽然绵薄但却应有的努力。

本文库的出版受到“陕西省重点学科建设专项资金”的资助,受到法律出版社的大力襄助,在此谨致谢忱!

“西北民商法学术文库”编辑委员会
2010年9月

目 录

1. 引论	(1)
1.1 前言	(1)
1.2 研究动态与资料综述	(4)
1.2.1 关于法人的本质	(4)
1.2.2 关于团体法律人格与有限责任	(5)
1.2.3 法人权利能力的限制	(7)
1.3 相关概念的界定与说明	(9)
1.3.1 “团体”与“社会团体”、“法律关系”	(9)
1.3.2 “团体事实性”与“团体规范性”	(12)
1.3.3 “法人团体”与“非法人团体”	(16)
1.3.4 “成员独立”与“团体独立”	(18)
1.4 本书的研究方法	(20)
2. 团体事实属性的原初形态	(23)
2.1 前言	(23)
2.2 原初团体的血缘基础及其自然属性	(23)
2.3 血缘团体的事实属性	(28)
2.3.1 团体规则与团体成员的权利、义务	(29)
2.3.2 团体机关与代表制度	(30)

2 目 录

2.3.3 团体成员的身份属性	(34)
2.3.4 团体成员的共同目的	(38)
2.3.5 团体对于财产的维持	(40)
2.4 血缘团体事实属性的扩展:“家国同构”	(46)
2.5 小结	(52)
3. 团体财产之事实结构的历史考察	(54)
3.1 前言	(54)
3.2 大家族与小家庭:团体财产结构之主体性分析	(55)
3.2.1 小家庭团体的产生	(56)
3.2.2 大家族与小家庭	(59)
3.3 物之支配与归属:团体财产结构的技术性分析	(70)
3.3.1 以“支配正当性”来确定“物之归属”的团体财 产权利观念	(71)
3.3.2 以“主权”来界定“物之归属”的团体财产权利 观念	(77)
3.3.3 财产之团体归属之“人格化身”技术	(87)
3.4 小节	(95)
4. 团体责任之事实结构的历史考察	(97)
4.1 前言	(97)
4.2 血缘团体的责任承担与成员间的连带关系	(97)
4.2.1 成员的致害与团体的侵权责任	(97)
4.2.2 成员的负债与团体的契约责任	(104)
4.3 契约团体的结构、团体属性与责任承担	(110)
4.3.1 契约团体的次生性与多元权力结构	(110)
4.3.2 契约团体的团体属性与责任承担方式	(112)
4.4 小节	(116)

5. 西欧中世纪非法人团体概念的基础性分析	(118)
5.1 前言	(118)
5.2 中世纪法人概念的意识形态基础:“团体独立性” 观念	(118)
5.2.1 罗马法上的契约团体与团体独立性观念	(118)
5.2.2 日耳曼法上的“团体实在性”观念及其与罗马 法的比较	(124)
5.2.3 教会法上的“团体实在性”观念及其成因分析	(127)
5.3 中世纪法人概念的社会经济基础:中世纪的商事团 体	(134)
5.3.1 行会的团体结构特征	(134)
5.3.2 康孟达委托经营的团体结构特征	(137)
5.3.3 中世纪商业合伙的团体结构特征	(139)
5.3.4 特许公司的团体结构特征	(140)
5.4 中世纪法人概念的政治基础:公共权力的特许	(143)
5.4.1 “团体实在性”判断与公共权力	(143)
5.4.2 法人创制特许主义的政治体制根源	(147)
5.5 中世纪非法人团体的结构分析	(154)
5.5.1 事实属性分析	(154)
5.5.2 中世纪非法人团体的规范属性分析	(161)
5.5.3 中世纪非法人团体的责任分析	(165)
5.6 小节	(180)
6. 个人伦理人格:近代非法人团体法律制度的哲学基础	(182)
6.1 前言	(182)
6.2 个人伦理法律人格的建立	(182)
6.2.1 伦理哲学关于人的理性属性的认识	(183)

4 目 录

6.2.2 近代自然法思想下的国家学说:一个团体观念的政治学视角	(190)
6.3 个人伦理人格对于团体的戒备与重构	(196)
6.3.1 《法国民法典》与团体的法律地位界定	(196)
6.3.2 近代家庭法:个人伦理人格在团体中的崛起	(198)
6.3.3 共同共有:个人人格之崛起的团体财产法诠释	(205)
6.3.4 商法领域的人格伦理法律人格与营业自由原则	(214)
6.4 小节	(243)
7. 权利能力:近代非法人团体法律制度的技术基础	(245)
7.1 前言	(245)
7.2 权利能力概念与法律实证主义思维	(245)
7.2.1 权利能力概念的方法论基础	(245)
7.2.2 “权利能力”概念与法人本质	(253)
7.3 团体的事实属性与规范属性的断裂	(261)
7.3.1 断裂例证之一:一人公司的法律人格	(262)
7.3.2 断裂例证之二:股权性质	(268)
8. 非法人团体的主体地位与法典化模式	(276)
8.1 前言	(276)
8.2 团体规范对于团体事实属性的重构与非法人团体的规范属性	(277)
8.2.1 非法人团体的意志与行为模式	(277)
8.2.2 非法人团体的财产权利结构	(278)
8.2.3 非法人团体的责任结构	(280)
8.3 德国法上非法人团体的事实属性与规范属性之间断裂的弥补	(282)
8.3.1 《德国民法典》第54条的法律技术逻辑分析	(282)

8.3.2 《德国民法典》第54条之修正	(284)
8.4 我国非法人团体主体地位理论之审视	(291)
8.4.1 我国关于非法人团体的法学理论	(291)
8.4.2 我国非法人团体理论的事实性与规范性审视	(295)
8.5 非法人团体在我国民法典中的法典化构建	(299)
8.5.1 非法人团体规则之法典化考察	(299)
8.5.2 非法人团体立法体系与结构之法典化考察	(306)
8.6 小结	(319)
9. 结论	(322)
参考文献	(326)

1. 引 论

1.1 前言

较之于近代社会个人本位意识形态、个体法律人格制度所导致的“原子式”的、以个人为社会关系的基本参与单位的“个体生活”而言,以团体为社会关系的基本参与单位、个人被湮没于团体之下的“团体生活”具有更为久远的历史。甚至在人类社会产生之初,人类自发选择的社会形态,便是以一种“团体生活”模式而构建的。团体所固有的“合个体之力,以成就共同生活目的”的特性,在赋予了团体以经久不衰的生命力的同时,也使得团体具有了天然的政治性色彩,并且与国家、公共权力发生了千丝万缕的联系。及至在个人主义思想的引导下,社会意识形态的观念发生了由团体本位向个人本位之转变的近、现代社会,个人作为最为基本的人格体的事实,也丝毫不能损害团体本身在社会生活中举足轻重的作用和意义,而且国家、公共权力也一如既往地表现出对于团体的高度关注。在这里,团体所具有的重要作用、意义以及所受到的关注的法律上的实证,就是团体法律制度——其核心包括团体的组织制度、财产制度和责任制度,在今日之社会,依然构成一个国家民商事法律体系当中极为重要的一个环节。

在新中国成立以来的民商事立法中,随着“权利能力”这一概念在《民法通则》中的确立,以往关于团体的那些笼而统之的“单位”、“组织”的表述,开始为“法人团体”、“非法人团体”等法学概念所取代;《公司法》、《合伙企业法》等商事组织法的颁布与修订,则进一步

强化了团体法律制度在我国民商事法律体系中的核心性地位。然而,与此同时,法学关于团体之构建与法律确认上的争鸣也就随之而来。例如,由法人的本质问题所蔓延出来的团体人格的基础究竟在于团体的客观实体,还是在于法律的拟制技术,进而,由这一问题判断所引发的其他一系列问题,诸如一人公司的法律人格基础、合伙的本质在于团体还是契约、无权利能力社团的法律地位等,都是亟待法学予以回答的。此外,在财产法领域,诸如共有、团体财产权利制度,对其概念、构造、机制的精确把握,也离不开团体主体法律制度的阐释。

在团体法律理论中,较之于法人团体,非法人团体具有更多的理论争议。例如,不具有法人资格的合伙、无权利能力社团的法律地位与主体资格问题,核心在于上述非法人组织体应当在何种情况下,受到等同于法人的对待,以及导致这种对待的成因究竟是什么。

有观点以“合伙财产的独立性”作为合伙的主体资格的基础。“合伙企业的财产独立性是法律赋予合伙企业民事权利能力的主要事实基础和前提,合伙企业的权利义务独立性是合伙企业具有民事权利能力的法律依据,合伙企业法律责任的相对独立性是合伙企业具有民事权利能力的合理延伸及实现方式。”^{〔1〕}此外,还有观点将上述成因的基础进一步加以扩展,从而与合伙的一系列特性相联系——“合伙的民事主体资格的依据:1. 合伙的名义独立。2. 合伙的意志独立。(1)合伙因合伙协议而成立;(2)在合伙协定没有约定的情况下,合伙的经营管理决策必须坚持共同决定的原则。3. 合伙的财产独立。合伙财产是指经营合伙事务所集合的各种财产的总称,包括全体合伙人的出资财产及合伙在经营过程中取得的各种收益。合伙财产为全体合伙人所共同共有。4. 合伙的责任独立。就穷尽自己所有的财产以清偿债务而言……合伙自身仍具有独立承担责

〔1〕 李明华:“论合伙企业的民事权利能力”,载《四川师范大学学报》2000年第2期。

任的能力。只不过它与法人相比,法人承担的是一种彻底、排他的独立责任,而合伙承担的是相对的独立责任”〔2〕

与上述观点相反,有学者明确否认合伙等非法人团体的法律主体地位。“非法人团体绝对不可能当然具备法人人格,甚至不可能被‘视为’具备法律人格……首先,非法人团体尽管拥有一定财产,但其不能成为财产的所有人。其次,非法人团体能以自己的名义实施法律行为,但不能承受法律行为的后果(法律行为所创设的权利义务并不归属于非法人团体),因此,其不具有真正意义上的行为能力。最后,从表面看来,非法人团体的财产得被强制执行,而且对其设立的债务,应首先用其财产予以清偿。但是,由于非法人团体本身并不享有财产所有权,故与其说非法人团体是用‘自己’的财产清偿债务,不如说是以‘他人’(法人、合伙人、开办人或社团成员)的财产清偿‘他人’的债务。”〔3〕

上述第一种观点直接将团体的事实属性理解为法律性,从而必然得出非法人社团具有权利能力的结论,进而无法厘清非法人社团与法人之间在法律技术层面的本质差异。第二种观点虽未曾以权利能力来总结非法人社团的实在性,但是却仍然以法律技术的观念来对其加以诠释,从而无法辨别“成员共同意志——团体意志”、“成员共同财产——团体财产”之间的差异所在。最后一种观点立足于法律技术层面,对于非法人社团作出了准确的界定,但是却忽略了作为事实层面的社团的客观规律对于法律既有技术的挑战。可以看出,在非法人社团的主体资格讨论中,团体的事实性与人格的法律技术性之间的二元性及其对立昭然若揭。

有鉴于此,本书拟以揭示“非法人团体”的事实属性与规范属性并对其加以区分为进路,尝试通过对“非法人团体”法律构造机理的

〔2〕 陈华、刘勇:“合伙可以成为独立的民事主体和民事诉讼主体”,载《法商研究》1999年第5期。

〔3〕 尹田:“论非法人团体的法律地位”,载《现代法学》2003年第5期。

研究,映衬、折射出“法人团体”乃至“团体”的法律构造机理。希望这一研究,对于我国《民法典》之制定的理论准备,能够有所裨益。

1.2 研究动态与资料综述

1.2.1 关于法人的本质

有关法人本质问题,在德国民法理论所作阐释的基础上,在我国民法学界,集中体现为如何看待法人拟制说与法人实在说之间的差异,以及如何将其二者予以沟通,从而较为完整地显现“法人”这一现象的原貌。

由此出发,有学者指出,“也许将拟制说和实在说结合起来更有助于我们对法人本质的认识。拟制说正确地认识到了自然人和法人是两类不同的民事主体,强调所有社会组织的内部规范结构,进而承认各种社会组织在法律上的可塑性,为建立一个开放型的民事主体体系奠定了理论基础。但它仅是从存在价值和作用方面而不是从事物本体方面来认识法人,并否认法人团体的行为与团体成员的行为相互独立,试图仅用拟制为自然人的法技术来解释独特的法人现象,难免不能从根本上阐述法人的本质。实在说正确地认识到了团体是社会生活中与个人相区别、相独立的活动单元,有自己独立生存的价值和作用,法律不应该将团体拟制为自然人,而应该将其确认为与自然人并列的民事主体,法律在此的作用仅是‘发现’而不是‘创造’。但它过于注重团体的现实存在和自治行为的意义,低估了团体内部法律规范结构的作用,以及国家对其进行限制和引导的功能。必须承认,无论是团体还是个人的主体资格都是法律赋予的结果。所以,我们只有既强调团体的社会存在,又强调法律在赋予团体法人资格中的作用,才可能会对法人本质有一个较为全面的理解”。〔4〕

与上述观点相似,有学者指出,“对于人类社会的团体现象,哲

〔4〕 马骏驹:“法人制度的基本理论和立法问题之探讨(上)”,载《法学评论》2004年第4期。

学家和社会学家作了深刻的研究,显示出家庭、国家、教会组织、公司等,明显是具有与个人成员不同功能的实在单位,是实在的不可避免的社会现象;但法人并不是团体在法律上的自动反映,团体现象的事实很大程度上只是法律考虑赋予团体以法人资格的思维原材料,在从团体到法人的过程中,正是法律思维发挥作用的领域,正是由于法律的确认和构造,团体才能转化为作为民事主体的法人”。〔5〕

上述观点一方面承认社会组织具有不以人的意志为转移的实在性,在此基础上,法律技术与思维,对于团体人格的构建,又有着决定性的意义。上述观点对于我们全面地理解法人的本质,领会拟制说与实在说各自的立场以及立场的协调,具有启迪意义。与此同时,上述观点为下面一个问题的讨论,拓展了空间,那就是“个人—团体—法人”三个阶段各自的递进性,表现在哪里?总的来看,“个人—团体”之间的关联,应当属于事实层面的问题,起决定作用的,是社会经济因素,而“团体—法人”的关系,则是属于法律层面的问题,法律技术、法律价值在此发挥着重要的作用。

1.2.2 关于团体法律人格与有限责任

民商法理论对于团体法律人格与有限责任的研究,重心在于辨析其两者之间的关系,即“团体法律人格”是否必然导向“有限责任”?

有观点认为,尽管上述两个范畴之间具有联系,但是这种联系却并不是必然的。“严格意义上讲,法人独立责任是法人具有独立人格的逻辑结果,但它并不当然决定着法人创办者和法人成员的责任状态,法人独立责任并不否认法人成员与法人共同对法人债务承担责任……从法制史的角度考察,法人人格的独立并不必然与法人成员有限责任相联系……世界大部分国家的立法或司法判例承认法人可以包括无限公司和两合公司,其独立责任并非法人承担责任的唯

〔5〕 江平、龙卫球:“法人本质及其基本构造研究”,载《中国法学》1998年第3期。

一形式,法人成员的有限责任也非法人的共同特征,法人涉及社会组织的形式和范围在多样化、扩大化,这是法人制度一个重要的发展态势。”〔6〕

还有观点认为,有限责任来自于法律的规定,而并非来自于由法律人格所导向的法人的独立责任。“一种组织,能否独立承担民事责任,主要看该组织有无可供其以自身名义支配的财产,即‘独立责任的前提是独立财产’。在这里‘独立责任’意指对自己行为所产生的后果(债务)能够用自有财产承担责任;如果该组织具有以自身名义支配的财产,就意味着其可以独立承担民事责任了。但这种‘以自有财产承担责任’却并不能被理解为他人(包括法人成员)对法人债务不能承担共同连带责任;相应地,法人和他人(包括法人成员)就法人债务承担连带责任,也并不意味着法人承担的就不是独立责任了。从语义上讲,‘独立责任’中的‘独立’是指不依靠他人,独立责任应理解为不依靠他人承担责任。但不依靠他人无论如何都不能理解为‘排除’他人。因此,无论从理论上还是语义上,法人‘能够独立承担责任’都不能必然意味着排除了法人成员和法人就其债务承担除出资以外责任的可能性,除非法律有明确的规定。”〔7〕

此外,还有学者认为,法人人格不等于法人责任的必然独立;法人责任的独立渊源于股东有限责任的形成。〔8〕

上述三种观点,涉及以下三个层面的关系:“团体法律人格—法人的独立责任—法人成员的有限责任。”在这个关系当中,前两种观点认为“法人—法人独立责任”之间具有因果联系,而其与“法人成员的有限责任”之间,则不存在因果联系。其中,前者从法人历史与

〔6〕 马骏驹:“法人制度的基本理论和立法问题之探讨(中)”,载《法学评论》2004年第5期。

〔7〕 任尔昕、王肃元:“我国法人民事责任制度之检讨”,载《政法论坛》2002年第2期。

〔8〕 参见虞政平:“法人独立责任质疑”,载《中国法学》2001年第1期。