

江 平主编

《中国市场经济法律问题丛书》



建构和设计中国市场经济体制
操作性,理论性,建设性,可读性

市场交易的 第三主体

——
非法人团体研究

作者:贾桂茹 杨 丽

薛荣革

市场交易的 第三主体

——
非法人团体研究

作者：贾桂茹 杨 丽 薛荣革

(黔)新登字 01 号

责任编辑:毛希谦

装帧设计:黄筑生

市场交易的第三主体

——非法人团体研究

贾桂茹 杨 丽 薛荣革 著

贵州人民出版社出版发行

(贵阳市中华北路 289 号)

文字六〇三厂印刷 新华书店经销

850×1168 毫米 32 开本 7.375 印张 174 千字

印数:5000

1995 年 4 月第 1 版 1995 年 4 月第 1 次印刷

ISBN7-221-03584-9/D·125 定价:7.00 元

序

法律对经济调整的重要性,是在持之以恒的经济改革中逐渐显露出来的。旧有的经济体制主要依靠指令性计划来调节经济关系,其实质是一种行政手段,法律的作用则只局限于阶级专政的领域。这样,就切断了法律与经济的联系,萎缩了法的观念与法的地位。显然,旧的法律机制已不再适应于新的经济形势。市场经济体制的确立,尤其需要法律全面而深入地介入经济关系的调节之中。这不仅是因为需要以法律的名义来宣布市场的基本规则,以建立良性的市场秩序;还因为需要用法律来限制政府的权力,防止权力对市场的干预。毕竟,中国的市场经济并不是一个自发的进程,而是一场改革。无论是“破旧”还是“立新”,无不需要仰仗法律这柄现代“尚方宝剑”。从这个意义说,“市场经济就是法治经济”,决非危言耸听的妄断,而是一个科学的命题,也是一个革命性的命题。

一

然而，如同经济领域的改革一样，法律本身也面临着改革。旧有的法律机制是为着旧有的体制而建立的，无论是其所隐含的价值，还是作为其外在表现的规则体系都已无法适应新的市场经济体制的需要。平等、自由、效益、权利等市场经济法律的基本价值，无论如何都是我们固有的法律观念所不能包容的，甚至被视为“洪水猛兽”而予以拒斥。公司法、证券法、票据法、反不正当竞争法、消费者权益保护法等等市场经济的基本法律，同样难以见容于我们固有的规则体系之中。国人乃至法学家所熟知的法律，在观念上是“阶级斗争”的工具，在形式上则等同于“刑法”。因此，建立市场经济法律机制必然是一个“破旧立新”的过程。法的观念需要更新，法的体系需要重构。这自然是一个艰难的历程，不仅需要敢于反省的道德勇气，而且需要精密的理论研究。这一历史重任，理所应当落在了中国法学界的身上。

三

应当承认，对于市场经济法律机制的研究，学者们已发表了不少颇有见地的论著。但这仅仅是一个开端，尚缺乏全面、系统和细致的研究。为了从更深层次上研究并解决社会主义市场经济的法律问题，贵州人民出版社以罕有的勇气和远见，组织并出版本丛书。本丛书共包括九本专著，内容涉及了市场经济法律问题的方方面面，其中不少著作都是第一次从法律上作出比较系统的论述，如《财产权的革新——信托法论》、《于联合中求发展——企业集团的

法律透视》、《市场交易的第三主体——非法人团体研究》等。本丛书最大的特色在于：不受现行法框架的制约，完全从市场经济规律出发，以设计理想的市场经济法律制度为重心；语言和结构上也力求生动活泼。因此，本丛书不仅具有一定的理论深度，而且，具有很强的针对性，可操作性，适合社会各界人士阅读。我确信，本丛书的出版，必将推动市场经济法律机制的理论研究朝纵深方向发展，对市场经济法制建设的实践也不无启示意义。

四

当然，市场经济法制建设是一项跨世纪的宏伟工程，决非是一朝一夕所能完成之事。市场经济法律机制的理论研究，也需在实践中不断丰富和发展。因此，本丛书不可能一劳永逸地解决所有的问题。况且，由于时间有限，著者的水平也有待于提高，因此，缺点乃至错误在所难免，希望读者提出宝贵意见，以期共同推进市场经济的法制建设。诚如是，则本丛书的出版也就达到其目的了。

是为序！

江 平

1994年8月7日

前 言

党的十四大已经明确提出,我国经济体制改革的目标是建立社会主义市场经济体制。此后,许多人提出“社会主义市场经济是法治经济”,强调社会主义市场经济应该是实行法治的经济。而要在市场经济发展中实行法治,就必须有完备的市场经济法律体系,以便为市场经济的运行提供充分的规则。适应这一要求,建立健全我国的各项法律制度,解决实践中层出不穷的理论问题,就成为法学界的当务之急。

市场主体法,是社会主义市场经济法律体系的重要组成部分。所谓市场主体法,就是关于市场主体组织形态和地位的法律规范,在直接反映商品经济要求的民法体系中,体现为民事主体制度。民事主体制度是民法的基本制度之一。在传统民法中,人、物、债三大部分构成民法的核心。从我国现行的民法体系看,具有中国特色的债法最早被人们所认识,以《经济合同法》为主体的具有中国特色的规范商品交换关系的法律体系正在逐步健全。具有中国特色的物法,伴随着改革的不断展开与深入,在土地和其他主要生产资料

公有制基础上建立的与所有权相分离的经营权、承包权、使用权等物权制度,也越来越被人们所普遍接受。而具有中国特色的人法,则还没有真正建立起来,对主体制度(即人法)的研究,似乎也还处于起步阶段。《中共中央关于经济体制改革的决定》指出:“坚持多种经济形式和经营方式的共同发展,是我们的长期方针,是社会主义建设的需要。”对于多种经济形式和经营方式的共同发展,经济学家有这样的描述:“从主体来说,我国社会主义公有制既不是马克思所说的全社会公有制,也已经不是长期以来公认的界限分明的全民(国家)所有制和集体所有制,而是从中央、地方(省、市、县)到乡镇,有许多层次并有多多种经营管理形式的社会主义公有制。再加上个体经济和公私合营、国家和集体联营、国家和集体同个人联营、中外合资经营、合作经营等其他形式,形成了有中国特色的社会主义经济结构。”^①但上述多种经济关系的现实参加者,在相应的民事立法和民事主体制度的研究中,均没有得到必要的反映和足够的重视。

我国目前对民事主体的基本认定是随着《民法通则》的颁布和实施而形成的。不可否认,以《民法通则》为核心的现行民事立法所确立的民事主体制度,借鉴了古今中外有关民事主体制度的成功立法经验,结合我国国情特别是改革开放的实际情况进行了消化吸收,具有鲜明的中国特色,与传统的立法相比,表现出一定的独创性和进步性。但是,由于我国的民事主体制度是在改革初期经济体制发生深刻变革、经济关系复杂多变的情况下建立的,立法机关对于一些问题在当时情况下还看得不很清楚^②,现行的民事主体制度难免有不完善之处,其中一个重要方面,就是覆盖性与超前性

① 薛暮桥:《社会主义生产关系应能促进生产力的发展》,载《红旗》1985年第18期(总第478期)

② 参见王汉斌:《关于〈中华人民共和国民法通则〉(草案)的说明》,《人民日报》1986年4月17日第3版。

不足。具体讲,《民法通则》所确定的主体范围已显示出不能覆盖现实生活中实际参与经济法律关系的主体范围,在诸多方面表现出立法明显滞后于现实,不能发挥立法促进和保障以公有制为主体的多种经济形式和经营方式共同发展的作用。

改革的不断发展和深入,造就了一大批新型的商品经济法律关系的参加者,例如,私营独资企业、私营合伙企业、非法人的乡镇集体企业、企业集团、非法人的中外合作企业和外资企业,以及一些非法人事业单位和特殊组织(如债权人会议、清算组织等)。这一类社会组织既不同于自然人,又不具备法人条件;既广泛地参与社会的经济生活,又往往因没有独立的财产或经费而不能独立地对外承担民事责任。学者将其称为“非法人团体”或“非法人组织”,或“准法人”等。这类经济关系的参加者显然已经超出了《民法通则》所规定的民事主体的范围,承担“将经济关系直接翻译成法律原则”的民法,对其主体资格、权利能力和责任能力等法律属性没有系统明确的规定,民法学理论研究也未给予应有的重视。这种立法上的空白和理论上的盲区,造成了实践中民事主体法律归属上的混乱,既破坏了法律的权威性,也严重影响了这些在商品经济关系中扮演重要角色的经营主体的规范发展。继《民法通则》之后,立法和司法部门又颁布了一系列单行法律法规和司法解释,但由于其中关于民事主体的规定缺乏一致性和连贯性,反而加大了司法实践中的困惑和主体理论上的矛盾。这些矛盾主要体现在两个方面:

1. 关于民事主体的类型。民事主体的类型如何划分,这是目前争议的一个焦点。传统理论认为民事主体包括自然人和法人,其他的民事主体都是这两者的分支或特殊形式,此即二分法的主体理论。在这种主体划分中,非法人团体不是民事主体的一种类型。1896年《德国民法典》第54条规定:“(1)对无权利能力的社团适用关于合伙的规定。(2)以这种社团的名义对第三人所为的法律行

为,由行为人个人负责;如行为人有数人时,全体行为人视为连带债务人。”^①这里所说的“无权利能力的社团”,即指非法人团体。《德国民法典》的这一规定,肇开了非法人团体没有权利能力、不是独立的民事主体的立法主义先河,其后,许多大陆法系国家的立法纷纷效仿。尽管近年来许多大陆法系民法学者对这种二分法的民事主体理论提出质疑,并从多方面加以论证,使非法人团体不是独立的民事主体的传统观念面临时代的挑战,但到目前为止,二分法的主体理论仍然是民法理论的通说。

我国《民法通则》在制定过程中,立法机关曾经讨论过是否在自然人和法人之外规定一种第三民事主体,将合伙等非法人组织包括进去,但最终还是沿袭了大陆法系二分法的立法体例,将民事主体分为自然人和法人;但同时,又按照我国经济生活中客观存在的情况,采取了变通的做法,即在民事主体部分规定了“两户一伙”和“合伙型联营”这类特殊的民事主体。从形式上看,《民法通则》对于合伙等非法人团体能否成为一类独立的民事主体未置可否。这种做法一方面使《民法通则》在突破传统二分法的主体立法体例方面迈出了可喜的一步,具有一定的创造性和进步性;另一方面又使《民法通则》关于民事主体的划分具有抽象性和模糊性,在实践中不便操作。

2. 关于确立民事主体的标准。社会组织具有团体人格,其本质要件是在于它们作为民事法律关系的参加者具有独立的意思能力,还是在于它们拥有完整的财产能力和责任能力,这是判断社会组织是否是民事主体的标准问题。由于现行法律没有确切的解释,理论界对此颇有争议。以完整的财产能力和责任能力作为核心要件来确立民事主体的地位,这是大部分学者的主张,这一主张可以

^① 《德意志联邦共和国民法典》,上海社会科学院法学研究所译,法律出版社,1984年12月版。

从传统民法理论和立法例中得到充分的论证。按此主张,具有独立的财产和完整的责任能力者,始为独立的民事主体。以有限责任公司为例。在有限责任公司中,公司的财产与出资人的个人财产在法律上分立;公司的存在与其成员的存在在法律上分立;公司的财产责任与其成员的财产责任在法律上分立。因此,有限责任公司拥有独立的财产和完整的责任能力,从而是不折不扣的民事主体。与此相反,不具有完整的财产能力和责任能力者,其主体地位则无从谈起。非法人团体因其不具有属于自己的独立财产和完整的责任能力,因此不能成为民事主体的一种。

以意思能力作为确立民事主体的标准,这又是一种主张。按此主张,民事主体的核心要件是意思能力。意思能力包含两方面的含义:其一,有自己的独立意思,其二,有表达自己意志的能力。非法人团体是具有团体性特征的社会组织,有其形成和表达团体意志的机关(如代表人或管理人),因此,可以作为民事主体的一种与自然人和法人并列。

可以看出,上述的矛盾和争议均是围绕和针对非法人团体这类特殊组织而展开的。之所以出现这样的情况,究其原因,有以下几种:第一,现行立法关于主体规定的模糊,影响到民事主体的法律界定,法规之间立法意识的冲突又加大了矛盾的范围。第二,经济体制改革的发展,使许多经济组织在内部和外部关系上发生很大变化,造成其中某些组织主体归属上的困难。第三,主体理论研究落后于司法实践,传统民法的观念正受到新形势的冲击,目前还没有找到较好的协调途径。第四,民事主体理论的体系化、制度化的研究仍着重于对某一主体及有关某一主体的实际问题的处理。由于民事主体理论尚未系统化,难免会在接受实践检验的过程中,出现捉襟见肘、难以自圆其说的局面。

对于非法人团体的诸多法律问题,在国外(尤其是在德国和日本学界)屡被讨论而且极受重视,而在我国法学领域则是一块未被

开垦的处女地。这种状况与非法人团体已经大量存在并且深入到社会经济生活的许多方面、广泛地参加了商品经济活动的现实极不相符。加强这方面的理论研究已经成为法学工作者不可推卸的责任。但同时还应看到,确立非法人团体的法律地位,只是完善我国民事主体制度的一个方面。至于如何界定非法人团体的法律涵义,如何使其与自然人、法人之间的关系得到圆满的处理,使它们有机组合而共同构筑整个民事主体制度的框架,这不仅需要对非法人团体、自然人和法人进行个案的探讨,而且需要作系统化的研究。这是一项宏伟的工程,需要许许多多的人作出不懈的努力。

本书仅根据我们三位同窗的一些共同思考,就非法人团体的一般法律问题发表一管之见,权作引玉之砖,尚请前辈和同仁不吝赐教。

本书写作的具体分工如下:贾桂茹 第一章至第五章;薛荣革 第六章、第九章、第十章、第十二章;杨丽 第七章、第八章、第十一章、第十四章。

目 录

序	(1)
前 言	(1)
第一章 基本理论	(1)
一、概说	(1)
二、法律特征	(6)
第二章 权利能力	(22)
一、诉讼能力与权利能力	(22)
二、法人登记与权利能力	(29)
第三章 类型化研究	(35)
一、非法人企业	(35)
二、其他非法人经营单位	(41)
第四章 非法人经营体	(51)
一、权利能力和行为能力	(51)
二、责任能力	(55)
三、连带责任的性质	(64)
四、经营体债务与其成员债务的关系	(67)

五、财产的内部形态	(69)
第五章 法律地位	(77)
第六章 合伙概述	(86)
一、合伙的意义	(86)
二、合伙的概念	(92)
三、合伙的法律地位	(95)
第七章 合伙的成立	(124)
一、合伙协议	(124)
二、合伙经营体的注册登记	(134)
第八章 合伙的经营管理	(136)
一、合伙经营事务的决策	(137)
二、合伙经营事务的执行	(138)
三、合伙经营事务执行的监督	(141)
四、合伙负责人与其他合伙人的关系	(141)
第九章 合伙的财产关系	(143)
一、合伙财产的法律性质	(143)
二、合伙债务与合伙人的责任	(154)
三、合伙的损益分配	(161)
第十章 合伙的解散与清算	(164)
一、合伙的解散	(164)
二、合伙的清算	(165)
第十一章 隐名合伙	(168)
一、隐名合伙的意义	(168)
二、隐名合伙的特征	(170)
三、隐名合伙的效力	(174)

四、隐名合伙与借贷关系、两合公司的异同	
.....	(177)
五、隐名合伙关系的终止	(178)
第十二章 完善我国合伙法律制度的几点	
建议	(182)
第十三章 企业法人分支机构的法律地位	
.....	(184)
一、企业法人分支机构的非法人地位	(184)
二、企业法人分支机构的民事主体地位	
.....	(191)
三、企业法人分支机构的诉讼主体地位	
.....	(210)
四、专业银行、保险公司等特殊法人分支机构的法律地位	(212)

DA139/06

第一章

基本理论

一、概 说

非法人团体的踪迹遍及世界各大法系。在英美法系各国,非法人团体是指为了某种合法目的而联合为一体的、非按法人设立规则设立的人的集合体,它可以享有权利和承担义务,其财产受法律保护,并在财产范围内对外承担民事责任。可见,英美法中的非法人团体是一种具有权利能力和行为能力的、非法人化的组织体。在大陆法系的德国和日本的立法例中,“无权利能力之社团或财团”,是指未经法人登记的社团或财团,故又称“非法人社团或财团”。其中,非法人社团是指为实现某种目的而集合多数社员组成的无权利能力的团体;非法人财团是指以一定的财产为基础并供某种目的之用而组成的团体。各国不仅在法律上确立了非法人团体的法律地位,而且一般还明确了非法人团体的法律适用问题。但由于英美法没有法典式的民事主体制度,因此,对于非法人团体的法律适用规定得极为灵活,没有固定的模式。在大陆法系的民法理论中,对于非法人团体的法律适用的理论则有一个不断发展变化的过程。在近代社会初期,人们出于从封建制度的桎梏中寻求个人解放

的目的,反团体思想极为强烈。反映在法律上,即以个人为本位,自然人是唯一的法律主体。在近代第一部资产阶级民法——1804年《法国民法典》中,就只有关于自然人的规定,没有关于法人或其他民事主体的规定。^①到近代后期,随着社会经济的发展,法人制度的诞生成为不可抵挡的趋势,当时对于法人是将其拟制为自然人而承认其有法律人格;与此同时对于当时社会上存在的无数不具有法人资格的团体即非法人团体,均以仅具有个人契约关系的合伙处理,在法律上适用合伙的规定。随着资本主义经济的不断发展,资本团体公司的设立自由又成为人们的迫切需要。因而法人设立的自由度也随之扩大,关于法人本质的学说也由“拟制说”发展到“实在说”,非法人的社团也被认为是与仅具契约关系的合伙相互区别、与法人实体相近似的团体。尽管如此,非法人社团在法律形式上还是停留在准用合伙的规定上。1896年《德国民法典》第54条规定:“对无权利能力的社团适用关于合伙的规定。”瑞士民法第62条也有相同规定。通过对立法背景的考察得知,这种立法例的宗旨,在于防止非法人社团的滥设,同时,对其适用合伙的规定,可以科社团成员以无限连带责任,从而更好地保护社团的债权人。在同一时期的日本,民法学界出于同样目的也主张无权利能力的社团适用关于合伙的规定。

时至现代,无论是德国还是日本,也包括我国的台湾,民法理论界对于非法人社团的法律又提出了进一步的见解,认为非法人社团与合伙有本质的差异,二者不能适用相同的法律规定。我国台湾学者并且明确提出了社团与合伙的区分标准:(1)决定构成分子相互间关系的内部规则,是采取特定人员之间的契约形式,而且成员的加入或退出手续一般没有预先约定的,便为合伙;内部规则是采取不特定的人员之间的一般规范(例如章程或规程)形式,对人

① 参见《法国民法典》,马育民译,北京大学出版社1982年6月版。