

论民法典法人性质的定位

法律历史社会学与法教义学分析

谢鸿飞^{*}

摘 要 法人性质的定位是民法典法人立法体系化的理论前提。拟制说以公司为原型，造成了法律对法人的过度控制，戕害了自然人与他人联合的天然意愿，最终反而背离了人本主义。实在说以传统共同体为原型，保障了个人结社的自治权，但逻辑上排除了国家对法人的调控，而且始终没有成功论证团体意思的存在。拟制说已不适应法人类型复杂、功能分化、作用突出的现代社会情势，实在说也需通过法人组织化、程序化的意思形成过程、内部组织设置和权力分配机制的特性来强化其合理性。我国民法典应以实在说为基础，承认法人是社会行动的基本单位，重点规范法人的团体性要件，并确认法人全面的法律能力。同时，在法人人格否认等制度设计上吸纳拟制说。

关 键 词 法人实在说 法人拟制说 法人人格权 法人侵权 公司社会责任

一、问题：法人性质理论有无意义？

罗马法的卓越贡献之一，是实现了自然人与法律人格的分离，自然人以外的多种事物，如动物、船只和组织体等，都可以享有法律人格。但是，经过自由意志哲学和人文主义观念的洗礼后，各种物不再具有人格，法律人格中最复杂的问题就成为——法人何以成为民事主体？拉德布鲁赫就指出，法人应否和自然人处于同一价值位阶，在法哲学上至今依然悬而不决。^{〔1〕}

^{*} 中国社会科学院法学研究所研究员。

〔1〕 参见(德)拉德布鲁赫：《法学导论》，米健等译，中国大百科全书出版社1997年版，页63。

哈特甚至认为,“什么是团体”这一“永远使人困惑的问题”不应讨论。^{〔2〕}

大陆法系第一个使用“法人”术语的学者是胡果,但法人性质理论源于萨维尼提出的拟制说。在德国,法人性质理论争议始于1868年,以基尔克对拟制说的批判为标志,在德国民法典制定时期达到高峰。在英美,几乎没有任何一个欧陆法学问题,像法人性质理论一般被热捧。1900年,梅特兰译了基尔克有关团体法的作品,激发了英美学者对法人性质的热议。^{〔3〕}从彼时法学家的揶揄中,可窥见其盛况之一斑:“实在说的追随者拼命夸大法人性质的重要性,以使自己像立法改革者那样担当重任,将法律世界从中世纪迷信的奴役中解放出来。”^{〔4〕}

然而,德国民法典通过后,这一争议逐渐淡出。1920年前后,这一学说在美国亦尘埃落定。^{〔5〕}德国与英美的主流学说均对法人性质存而不论,法律实践也改采实用主义态度。德国将“法人”理解为民事权利义务的归属主体,是一个纯形式的、工具性的法技术概念,^{〔6〕}法人性质理论甚至也被视为全然“无益”的。^{〔7〕}日本学者也有类似观点,认为法人性质理论只是在个人主义法制的特定历史情景中有意义,在法人如火如荼发展后,到底哪种法人性质理论正确的设问,“只会误导对法人的理解”。^{〔8〕}美国一度也不再依据公司性质说的学说来决定案件的结果,转而主张公司人格取决于个案情境,^{〔9〕}因为抽象的公司性质理论对解决具体问题毫无意义,^{〔10〕}公司性质的每种理论都可以服务于不同的、甚至是相反的宗旨。^{〔11〕}我国学界亦受“无益论”影响。^{〔12〕}凯尔森的纯粹法学甚至完全消解了法人性质的法律意义:法人与自然人人格化的基础都是法律构造,两者均系“法”人,^{〔13〕}任何有关法人的“本质承诺”都没什么价值。

“无益论”的另一个理由,是很难用单一本质阐释各种类型的法人,即使勉强提炼一种学

〔2〕 H.L.A.Hart, “Definition and Theory in Jurisprudence”, 70 *Law Quarterly Review* 37 (1954).

〔3〕 梅特兰摘译的是基尔克团体法作品中的中世纪历史部分,英文名为《中世纪的政治理论》(Otto .F. v. Gierke, *Political Theories of the Middle Age*, F.W. Maitland trans., 1900.)。在美国,弗洛伊德(Ernst Freund)1897年的《公司的法律性质》(*The Legal Nature of Corporations*, University of Chicago Press)一书揭橥了法人性质之争。

〔4〕 Jr. Arthur Machen, “Corporate Personality”, 24 *Harvard Law Review* 253 (1911).

〔5〕 Ron Harris, “Understanding Corporate Law Through History”, 63 *Washington & Lee Law Review* 1477 (2006).

〔6〕 Vgl.Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, 3 Aufl.1997, S.194; Thomas Raiser, *Der Begriff der juristischen Person; Eine Neubestimmung*, AcP, 199. Bd., H. 1/2 (1999), S.104.

〔7〕 参见(德)梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2001年版,页823。

〔8〕 (日)山本敬三:《民法讲义》,解亘译,北京大学出版社2004年版,页310。

〔9〕 Michael J. Phillips, “Reappraising the Real Entity Theory of the Corporation”, 21 *Florida State University Law Review* 1070 (1994).

〔10〕 Max Radin, “The Endless Problem of Corporate Personality”, 32 *Columbia Law Review* 643, 667 (1932).

〔11〕 John Dewey, “The Historic Background of Corporate Legal Personality”, 35 *Yale Law Journal* 655 (1926).不少公司法名家也颇赞同,如 Robert W. Hamilton, “The Corporate Entity”, 49 *Texas Law Review* 979 (1971).

〔12〕 参见江平主编:《民法学》,中国政法大学出版社2007年版,页90。

〔13〕 参见(奥)凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,页109。

说,其解释力也相当有限:“如果有人用一个统一的概念涵摄国家、自治社区(Gemeinden)、教会、资合公司、基金会、运动协会等实体,意义何在?”^[14]

但是,法人性质理论不仅关乎法教义学体系的构建,而且对法律制度和规则的设计也有重要影响。在我国制定民法典之际,法人性质理论的澄清与取舍是法人立法的前提。首先,法人性质是法人立法体系化的前提,民法典若对法人性质定位不明,就无法从各种法人形态中提取公因式,进一步作出一般规定。德国民法典没有法人制度的一般规定,缘由之一就是对法人性质没有达成共识。^[15]另有学者认为,对法人机关与法人的关系,《德国民法典》第26、27条采以拟制说为基础的“代理说”,而第31条却采以实在说为基础的“机构说”。^[16]其合理性虽可通过法人内部关系与外部关系的区隔来解释,但同一法律对法人机关与法人的关系采不同学说,毕竟有违潘德克顿法学的体系要求,这到底是别无选择还是可另辟蹊径?其次,法人性质的定位将直接影响具体制度。如法人是否享有人格权(尤其是一般人格权)和宪法基本权利、法人自身可否成为侵权主体、公司本身可否成为买卖的客体、公司承担社会责任有无法律基础等。近年来,美国法人性质理论中兴,渐有复兴实在说、抛弃合同说之势,一个重要的原因是用法人性质说为理据,认定法人有无宪法权利,^[17]以便将政治领域内的价值问题转化为相对中立的法技术问题。美国联邦最高法院也受实在说的影响,在2010年的*Citizens United v. FEC*案中,判决对公司政治自由的限制违反宪法第一修正案,因为公司也是“人”。^[18]

可见,法人性质问题在大陆法系国家虽渐成明日黄花,但它“于解决法律问题时,作为提供法理前提的解释论,仍有其重要作用”,而且是立法论的基本前提。^[19]民法典作为市民社会的组织法,必须为社会的自我组织、管理与创新提供基本法律资源,并为法人的特别立法提供制度框架。很难想象,对法人性质定位不明的民法典可堪此任。

对法人性质的既有研究路径,弊在两端:一是几乎将其封闭为法学问题,无视法人作为社会的基本单位和社会行动者,深受政治、经济、社会甚至文化因素的强烈影响。严格的专业槽不仅限制了对法人性质的深入认识,也使法人规则的正当性完全源于规则自身,形成了正当性论证的循环和悖论。二是很大程度上缺乏历史维度和时代意识。最明显的证据就是,在大陆法系国家,法人性质理论从萨维尼年代以来,一百多年来几乎没有什么明显变化。两者共同导致了法人的理论模糊和实践混乱。

为矫此弊,本文拟首先采用法律历史社会学方法。法人性质理论不可能只是纯粹逻辑推演,亦不可能脱离语境。正如霍维茨在分析美国法人制度时指出,大多数重要的抽象法律问题

[14] Werner Flume, *Die Juristische Person*, Springer Verlag, 1983, S.25.

[15] 参见(德)托马斯·莱赛尔:“德国民法中的法人制度”,张双根译,《中外法学》2001年第1期。

[16] 参见龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社2001年版,页367。

[17] Margaret M. Blair, “Corporate Personhood and the Corporate Persona”, 2013 *University of Illinois Law Review* 785(2013).

[18] 130 S. Ct. 876, 900, 913 (2010). 早在1886年 *Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad Co.*, [118 U.S. 394 (1886)]案中,美国联邦最高法院为了适用宪法第四修正案,就承认公司是“人”。

[19] 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社2011年版,页120。

都源于特定的历史情境,理论选择不是随意的,而是深受历史的制约。学者不可能在真空中争论。^[20]与萨维尼和基尔克时代相比,百余年的沧海桑田,法人已经发生了深刻变化,尤其是公司力量壮大和非营利组织兴起,对国家、社会与个人三者的关系影响深远。本文将分析各种法人性质理论的法律意涵、提出和传播的时代背景,并结合我国目前的实际情况,分析未来民法典法人性质取舍应权衡的诸因素。其次,本文将运用法教义学方法,推演不同法人性质理论在法律制度和规则设计上的差异。

法人性质理论有拟制说、实在说和否认说三种。在法人与自然人并行,成为独立的法律主体之后,否认说已不具有任何法律意义,且其根本内容与拟制说并无实质差异。此外,受法经济学影响,美国公司法领域盛行“合同束说”,将公司定性为以公司活动为中心的各种法律主体之间的合同关系,系拟制说的变体。^[21]限于篇幅,本文均不单独讨论。

二、法人性质理论的历史社会学与法教义学分析

(一)拟制说

1.缘起与传播

拟制人格是很古老的法律技术,古代法普遍将动物、植物等人格化。但发达的拟制技术源于罗马法,主要是因为它第一次将组织拟制为“人”。“拟制”正式得名于13世纪。教皇英诺森四世(Pope Innocent IV)在教会法中援引罗马法时,首先提出了拟制说,理由是公司没有灵魂,没有原罪,不受惩罚也不被救赎。^[22]

通说认为,法人拟制说是萨维尼创设的。萨维尼区分了三类法人,一是“自然法人”,如国家、社区、城市、农庄等,它们源远流长,是法律上的实体。其中,国家在私法上作为国库,是最大、最重要的私法主体。二是封建行会,法律承认其习惯法上的效力。三是“人为法人”,即自然人自由联合组成的法人,是“人为的、意定的”,其成立需要国家特许,其权利也不由成员享有,而由观念中的法人享有。^[23]萨维尼的拟制说源于罗马法,与日耳曼的共同体观念迥异,很快就遭到日耳曼派法学家猛烈抨击。

在1850年之前,英美亦盛行拟制说。1840—1870年,美国各州的公司法逐渐废除对公司

[20] Morton J. Horwitz, “Santa Clara Revisited: The Development of Corporate Theory”, 88 *West Virginia Law Review* 175—176 (1985). 这种方法的详细阐述,见朱苏力:“语境论——一种法律制度研究的进路和方法”,《中外法学》2000年第1期。

[21] “合同束说”(nexus of contracts theory)系英美法上“结合说”(aggregate theory)受经济分析影响的新版。

[22] Mark H. Hager, “Bodies Politic: The Progressive History of Organizational ‘Real Entity’ Theory”, 50 *University of Pittsburgh Law Review* 587 (1989).

[23] Savigny, *System des heutigen roemischen Rechts*, Bd I, Berlin, 1840, S.242ff.弗卢梅认为,将拟制说归于萨维尼的创造是个误解,因为他并没有创设拟制说,而且他也承认很多法人类型是古已有之的实体。Vgl. Werner Flume, a.a.O., S. 3—5.

成立的特许,到1875年左右,拟制说开始衰落。^[24]但是,它至今亦有一定影响,如美国法院将其用于论证公司与个人的法律处遇不应相同,^[25]特别是在否定公司享有言论自由权时。^[26]

2. 理论内核

拟制说的理论内核可以概括为如下三个要点:

第一,法人并非实在体,而只是“想象的共同体”。在法律创设之前,法人并不存在,不过是人或物的分别聚合、或人和物的聚合。在法律承认其人格后,法人也并非实体存在,而只是观念中的整体,团体人格也并不吸收个人人格。在著名的达特茅斯案中,马歇尔法官就将公司特征归纳为“人为的,其存在是不可见的、不可感知的,只能存在于法律中”。^[27]

第二,创设法人的条件完全取决于国家。既然法人是由法律拟制的,立法者就可以依据其意志,规定法人创设的条件,并进一步调控法人的行为。如在公司出现的初期,通常只有必须取得立法机关或国王的特许,公司才能成立。

第三,法人的法律能力相当有限。首先,法人仅具有财产权利能力,不享有公法上的权利能力。其次,法人也不具有意思能力和行为能力,其行为必须由自然人代为实施。自然人的意思和行为也不能转化为团体自身的意思和行为。

3. 历史社会学分析

拟制说试图解决的问题,主要是社会工业化和商业化后公司兴起的挑战。它并非理论创造,而是对历史素材的提炼和对当时社会观念、权力实践的总结。它体现为如下两个相辅相成的方面。

(1)国家集权传统。在根源上,拟制说并不承认社会具有自我组织和自我管理的权力,而是认为社会将所有社会事务的管理权力让渡给了国家,相反,各种社会联合体和组织体必须获得国家认可,才具有合法性。依拟制说,法人制度的基础不是结社权,亦非个人自治,而系国家认可。国家可以基于自己的好恶创设法人,法人成立后也必须服从国家意志。哪些人可以设定法人、法人需要符合哪些条件、法人应遵守哪些行为规则,概由法定。更关键的是,拟制说只是将法人视为民事权利义务的承载者,且仅限于财产权利,剥夺了法人的公法权利能力。由此,拟制说维护了国家全面管控个体和社会的权力,限制甚至排除了社会组织的权力。以拟制说为基础制定的法人组织规范和行为规范,即便在民事领域,也是公法规范而非私法规范,拟制论“不是私法理论,而是伪装在私法概念下的公法理论”。^[28]因此,拟制说虽然看似关切个

[24] 参见(美)霍维茨:《美国法的变迁:1780—1860》,谢鸿飞译,中国政法大学出版社2004年版,页170以下。

[25] Darrell A.H. Miller, “Guns, Inc.; Citizens United, McDonald, and the Future of Corporate Constitutional Rights”, 86 *New York University Law Review* 920 (2011).

[26] Charles D. Watts, Jr., “Corporate Legal Theory Under the First Amendment: Bellotti and Austin”, 46 *University of Miami Law Review* 317, 377—78 (1991).

[27] *Trs. of Dartmouth Coll. v. Woodward*, 17 U.S. 518 (1819).

[28] 仲崇玉:“论萨维尼法人拟制说的政治旨趣”,《华东政法大学学报》2011年第6期。

人理性至高无上的地位,但其践行结果,却不仅忽视了个人联合他人的天然意愿和自由,而且导致了国家高度集权。

学界多将拟制说归于人本主义思潮与尊重自然人理性的康德主义。^[29]确实,拟制说主张只有自然人才拥有自由意志,才是社会的行为者,团体成员的意志在团体中依然是自由的、独立的,不受团体支配。这似乎就尊重了自然人的理性自主自决,但它恰好忽视了自然人结社的自由,不仅并未尊重人本主义,反而还背离了人本主义的要求。因为承认“人作为人”、“人是目的”的康德律令,就不应只尊重个人的个体性(个体理性),也要充分尊重其社会性(集体理性),即与他人联合的权利。此外,若纯粹从理论推演,拟制说的优势就在于它避免了团体决议过程中的“多数人暴政”,因为各成员的意志独立自主,任何法人成员的意志都不可能凌驾于其他人。然而,这仅仅是理论逻辑。所有的自由都永远存在“我想做”和“我能做”的张力,在一个团体中,不可能所有人的意志都自由,法人要形成意志,唯有遵守“少数服从多数”规则。就此而言,拟制说和实在说并没有什么区别。

(2)国家对法人的怵惕。拟制说保留了国家对法人全方位的控制权,这源于国家对社会各类组织由来已久的恐惧与怵惕。原因有二:一是公司和非营利组织的规模都没有法定上限,其经济力量和社会动员能力可能相当强大,将对国家的控制能力提出挑战。二是在现代社会,法人的管理人并非民选,若法人深度介入政治,可能损害民主制度。^[30]

法律史也印证了国家对法人的怵惕之心。近代以前的法制,均以国家和个人为中心,并没有社会组织作为缓冲地带,因为赋予团体以人格,“不免有妨害国家目的及拘束个人自由之虞”。^[31]1804年法国民法典未对法人制度作任何规定,表面原因是一切中间社会团体都被视为特殊利益的代表,在人与人之间形成了等级、产生了隔阂,与大革命的自由、平等精神格格不入,必须全盘消灭。深层原因在于“公意政治文化”的长期存在与影响,它反对国家与个人之间存在任何形式的中间团体,以建立大一统的国家政权。^[32]德国民法典之所以不对法人作“一般规定”,根子上也是因为国家不信任各种大型的人的结合体,视之为对自己权力的潜在威胁者。在国家已不能对法人采取简单的禁止或粗暴的镇压手段时,就只能通过国家许可和监管管制法人。^[33]

4.法教义学分析

依据拟制说进行法人重要制度与规则的教义学建构,可以得出如下基本结论:

(1)法律对法人成立与存续的调控强度。由于没有任何一种拟制说提出了拟制法人的条件,而只是确认了国家承认法人设立的权力,对立法者来说,拟制说最大的优点是可以依循其

[29] 参见马俊驹:“法人制度的基本理论和立法问题探讨”(上),《法学评论》2004年第4期。

[30] John C. Coates IV, “State Takeover Statutes and Corporate Theory: The Revival of an Old Debate”, 64 *New York University Law Review* 812(1989).

[31] 郑玉波:《民法总论》,中国政法大学出版社2003年版,页174。

[32] 参见(法)皮埃尔罗·桑瓦龙:《法兰西政治模式》,高振华译,三联书店2012年版,页3以下;乐启良:“法国大革命与结社自由的遗产”,《史学理论研究》2007年第1期。

[33] 参见莱赛尔,见前注[15]。

意图塑造法人,根据社会情势对法人进行或宽或严的调控。其中,最强的管控为特许主义,即将国家特许作为法人的终极依据,国家有创设、改变法人的绝对权力。而且,法律授权设立也意味着保留了未来撤销的权力,法人存在是因为授予了特许,消灭是因为撤销了特许。近代普通法对公司采取特许制,公司准入门槛过高,这也是英美信托业发达的因素之一。按这种模式,法人甚至无法通过自愿注销而归于消灭。最宽松的拟制说采“准则主义+法人登记”主义。按照这一模式,法人的设立、注销、破产与实在说在法律实践中并没有本质区别。尽管在拟制说框架下,法人设立门槛高低或有不同,但法人人格都是由公法创设的。最后,法人人格均系法律赋予,事实法人和外国法人并不当然具有法律人格。

当股东滥用公司人格时,美国法院多诉诸拟制说寻求刺破公司面纱规则的依据。^[34] 因为股东的人格在法人中并不消灭,滥用行为又系股东的行为,故股东应对其承担责任。此外,依拟制说,法人实际上是不可能从事违法行为的,法人人格被滥用的行为,其效果就无法归属于法人。

拟制说难容公司并购交易,尤其是恶意并购。因为拟制说下的特许,暗含了这样的要求:法人在存续期间,不得变更特许的前提,如法人成员、业务范围等。股权并购将改变公司的大股东或实际控制人,资产并购将使公司的核心资产和业务移转他人,都会侵蚀公司被授权时的重要条件。相应地,法律也就应许可公司采取反并购措施,以维持公司现状。

在拟制说框架下,法人的内部结构、权力配置及其相互关系均由法律规定,它们都是强行法,甚至可能作为特许的前提,法人当然不能通过章程变更或排除其适用。

(2)法人的能力和责任。拟制说将法人视为国家对自然人的馈赠,而非对现实组织体的确认,因此,法人只享有法人成立文件或法律明定的权利能力,适用“法无授权即无权”的公法授权原则,排斥“法无禁止即自由”的私法行为规则。普通法早期盛行公司越权(*ultra vires*)行为违法、不能强制履行的规则,公司对越权行为的相对人不承担责任,而由行为人承担责任。^[35] 换句话说,越权行为无效是因为法人不具有相应的权利能力。

按照拟制说,法人并不具有团体意思,也不具有行为能力,法人实现其目的需实施的行为,均由自然人代理或代表。这些行为均系个人行为。^[36] 在法人中,法人成员的人格并没有被法人吸收,法人的各种行为由自然人完成,这些行为是自然人的行为,不过行为效果通过代表制度和代理制度归属于法人。

在合同法领域内,拟制说与实在说框架下的法人行为能力不会产生法律效果上的实际差异。法人有无侵权能力与刑事责任能力,是区分两种学说的试金石。“团体无过错”(Universitas non delinquit)^[37]的法谚,体现的正是拟制说的真谛。萨维尼就已指出,法人不具有侵

[34] Mark H. Hager, *Supra* note 22, at 579.

[35] Morton J. Horwitz, *Supra* note 20, at 187.

[36] 参见史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,页158;郑玉波,见前注[31],页184。

[37] Vinogradoff, "Juridical Persons", 24 *Columbia Law Review* 594, 602-03 (1924).

权能力。^{〔38〕}无论法人的代表人还是雇员对外造成的侵权损害,都非法人的侵权行为,而系自然人的侵权行为。法人承担的责任是转承责任或雇主责任,系为第三人行为承担的侵权责任,其责任基础是利益衡量,责任与行为之间并无法律关联。同理,依拟制说构造的法人因为没有犯意,不可能构成犯罪并承担刑事责任。^{〔39〕}早期普通法就持这种立场。^{〔40〕}我国至今亦有学者坚持法人犯罪实为自然人犯罪,法人犯罪和刑事责任是自然人犯罪和刑事责任对法人的归属,是一种拟制犯罪和拟制刑罚。^{〔41〕}换言之,以拟制说为基础的法人犯罪与刑事责任,与法人侵权行为和责任一样,都是立法政策的产物,而非法教义学的结论。

在法人的能力和责任方面,拟制说最大的问题在于利益衡平失当。法人虽无行为能力,但因承受了代表人和代理人行为的法律效果,就不仅享有基于行为产生的权利,也要承担相应的义务,还可能承担违约责任。然而,法人却不承担同样是代表人和代理人的侵权行为的法律后果。这样割裂违约责任与侵权责任并区别对待,利益衡量显然不妥,如同我国法上限制行为能力人具有相应行为能力,可享有合同权利,承担合同义务,但却不承担侵权责任一样。

(3)法人成员与法人的关系。本文开篇关于德国法的讨论表明,法人成员(同时也可能是法人的法定机关)与法人的关系,是法人性质理论和实务上有名的疑难问题,长期以来也被视为区分拟制说与实在说的关键标准。按拟制说,在法人内部,法人成员组成了法人(财团法人除外),成员是法人团体性的要素之一,若没有这一要素,拟制的根基都荡然无存,何来拟制?但是,在外部,法人成员与法人委托的其他代理人一样,其实施的代理行为是代理人的行为,而并非法人(被代理人)的行为。因此,内外之别其实是拟制说的必然逻辑,而并非内部采实在说,外部采拟制说。唯一例外的是代表人。代表人是任何法人必设的机构,也是法人团体性的要素之一,代表人代表法人从事的活动中,其个人人格被法人吸收,成为法人的化身,其行为就是法人的行为。代表人与代理人的区分,由法律或法人章程决定。

(4)法人的独立责任。拟制说并不必然要求法人独立承担责任。拟制说下的法人只具有手段性功效,法人人格是立法者出于完成公共事务、便利交易、提升效率而作的权宜性安排,立法者拟制人格的空间相当宽裕,既可以拟制公司的法律人格,也可以拟制合伙的独立人格,且并不豁免合伙人对合伙债务的责任。当然,即使法律没有规定法人的独立责任,公司也可以通过合同安排,在具体债权关系中创造有限责任。^{〔42〕}但立法者可能倾向于赋予法人以有限责任的特权,以区分它与非法人团体,从而吸引后者主动申请国家认可,国家借此将其纳入管控范围。

(5)公司的社会责任。公司的社会责任难与拟制说兼容。因为公司不通过法律的拟制,本身没有自由意志和行动能力,只能通过其成员实施行为,而社会责任或道德义务只能由行动者

〔38〕 Savigny, *System des heutigen roemischen Rechts*, Bd II, Berlin, 1840, S.316.

〔39〕 V.S. Khanna, "Is the Notion of Corporate Fault a Faulty Notion? The Case of Corporate Mens Rea", 79 *Boston University Law Review* 355, 356 (1999).

〔40〕 Mark H. Hager, *supra* note 22, at 587.

〔41〕 参见张克文:“拟制犯罪和拟制刑事责任——法人犯罪否定论之回归”,《法学研究》2009年第3期。

〔42〕 Easterbrook & Fischel, "Limited Liability and the Corporation", 52 *University of Chicago Law Review* 89(1985).

承担,不可能由无生命的客体承担。^[43]此外,在拟制说框架下,公司的行为均可还原为个人的行为,而个人并不承担法定社会责任,相应地,公司也不可能承担这种责任。

(二)实在说

1.缘起与传播

实在说的揭橥者是德国日耳曼派法学家贝斯勒。他从人的社会性出发,推导出了法人的实在性,他还第一次将“团体(Genossenschaft)”概念引入民法学。^[44]受其影响,基尔克提出了影响深远的实在说,在欧陆颇受重视,一度成为通说。

随着梅特兰等学者将基尔克的法人理论引入普通法世界,实体说在1920年左右逐渐成为英美主流学说。^[45]但之后就丧失了优势地位,^[46]依据个案取舍法人性质的实用主义路径渐为主流。

2.理论内核

法人实在说分为有机体说和组织体说,两者并无根本区别。无非前者强调法人意志的独立性,侧重将法人与自然人的肌体类比,后者突出法人作为组织体,并侧重从法人的社会功能阐明法人的主体性。实在说的理论内核可概括为如下三个要点:

第一,法人和自然人一样,是真实存在的社会生活单元。法人虽然没有自然肌体,但与自然人一样具有符合法律主体要求的实在性。

第二,法律的作用并非创设法人,而是发现或确认法人。法人人格的正当性在于它的事实存在,正如拉斯基所说,公司存在于法律之外,它是独立存在的,并不依附法律。^[47]因此,法人是先于法律存在的(pre-legal),若团体符合法人条件,法律就不得拒绝承认。

第三,法人具有全面的法律能力。首先,法人享有不以自然人特性为前提的一切自然人的权利能力,包括公法上的权利能力。其次,法人有自己的意思和能力。法人作为社会生活的行动者,具有行为能力和侵权能力。法人机关类似自然人的大脑,它为法人形成意思、实施行为;法人与其成员的意思和行为彼此独立。基尔克甚至借用柏拉图把国家类比为自然人的思想、中世纪“基督血肉共同体”的观念,也将法人比附生物有机体,认为法人机关与血肉之躯相同,^[48]这固然使法人的人格更为充实丰满,但也因其神秘主义饱受诟病,亦使实在说难以解

[43] Daniel R. Fischel, “The Corporate Governance Movement”, 35 *Vanderbilt Law Review* 1273 (1982).

[44] Georg Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, Weibmann'sche Buchhandlung, 1843, S.161ff. 在1847年的《日耳曼私法体系》一书中,他从海泽(Heisse)等潘德克顿法学家,使用了“法人”概念。Georg Beseler, *System des gemeinen deutschen Privatrechts* Band 1, Leipzig 1847, S.349ff.

[45] Gregory A. Mark, “The Personification of the Business Corporation in American Law”, 54 *University of Chicago Law Review* (1987); Harris, *Supra* note 5, at 1432.

[46] Michael J. Phillips, *Supra* note 9, at 1062.

[47] Harold Laski, “The Personality of Associations”, 29 *Harvard Law Review* 413 (1916).

[48] Vgl. Otto F. v. Gierke, *Das Wesen der menschlichen Verbände*, Berlin, 1902, S.14.

释基金法人和一人公司,因此备受后世批评。^[49]

3. 历史社会学分析

法人实在说的提出及其被广为接受的理由并不完全一致。前者与历史上日耳曼团体的特性、德国历史法学中的日耳曼派法思想紧密勾连;后者则仰赖 20 世纪初期以来法人的社会变迁。实在说的思想脉络与社会背景可概括为如下两方面。

(1) 历史上的共同体。实在说源于德国日耳曼法学家,其预设的法人原型并非现代法人性质理论聚焦的公司,而是以血缘和地缘为纽带的家庭合作社、部落与自治团体,它们是非营利的,以集体荣誉、合作和团结、公共利益为基调。用社会学术语说,它不是以理性、契约和利益为基础的社会(Gesellschaft),而是充满友爱、满足个体归属感和塑造人格的共同体(Gemeinschaft)。

法人实在说的集大成者是基尔克,其团体理论既有连贯的理论脉络,也有对时代变迁的体察。它首先是践行历史法学宗旨的结果,即发掘历史和现实中日耳曼团体的德国“民族精神”,如团结、荣誉、集体意识等,据此论证法人的实在性。其次,试图通过培养共同体进而培养社会连带关系,消解社会契约论引发的个人原子主义的危险。^[50]最后是强烈的现实意识:现代民族国家的兴起摧毁了中世纪的各种社会中间团体,政治自由的中心从集体转向了个人,导致个人直接面对国家,国家越发强大而个人日渐弱小,无力抵抗国家权力的侵袭。1932 年,基尔克校长任职演说《人类团体的本质》中的一段话激情四溢,足以体现其终极关切:

“爱你的邻居”。补充这一信仰的是“爱上帝胜过一切”。尘世中没有天国,但是,对尘世的团体,也要有这种信仰——热爱整体,胜过爱你自己!(Liebe das Ganze mehr als dich selbst!)只有当整体比个体之和更高远,更富有价值,只有当整体的本质远远超越实现个体目的的手段,只有当人们不为虚名而生和死,而是为人民和国家的荣誉和福祉、自由和权利而斗争时,这句话才有意义。^[51]

(2) 公司的强盛和非营利组织的兴起。在基尔克生活的年代,公司等商业组织在社会中的作用和地位远不如今天,但资本主义发展过程中工具理性与价值理性的对立、“异化”(马克思)、“铁笼”(韦伯)和“恶之花”(波德莱尔)的苗头也已显现。基尔克深深体察到资本主义的重要载体——公司对个人生态的影响。他主张建立兼具共同体(Genossenschaften)特征和法人治理结构(Herrschaften)的新组织。在其中,成员不会像在资本主义公司中那样,感觉自己是没有意志的工具;成员不仅可以获得物资,还可以借此形成完善的人格。^[52]这是集浪漫主义和日耳曼共同体精神于一身的友爱共同体,同时兼容了资本主义的经济理性。彼时,在资本主义浪潮的裹挟中,这种论点几近精神思乡,然而,它恰好构成现代公司法发展的一个面向,公司

[49] Gunther Teubner, “Enterprise Corporatism: New Industrial Policy and the ‘Essence’ of the Legal Person”, 36 *American Journal of Comparative Law* 134(1988).

[50] 基尔克对社会契约论的批评,参见谢鸿飞:《法律与历史——体系化法史学与法律历史社会学》,北京大学出版社 2012 年版,页 67 以下。

[51] Gierke, a.a.O.Fn.48, S.32.

[52] Vgl.Otto .F. v. Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd.1, Berlin, 1868, S.654ff.

社会责任多少就是它的现代回音。

在英美,基尔克之所以受欢迎,不是因为他的观点新颖,而是被认为进步和科学。他首先指出了以个人主义为基本预设的法学之弊,其次接受了1920年左右兴起的法社会学思潮,强调团体行为、意志和目的的实在性。^[53]

霍维茨认为,美国19世纪末接受实体说的根本原因,是它使商业组织合法了。^[54]拟制说的衰落的真正原因并非是它的理论缺陷,而是时代发生了变化。^[55]实在说要求法律放松对公司的监管,强调公司自治,鼓励了私人兴业,释放了社会能量,满足了社会创新的需求。现代社会之所以普遍接受实在说,也是因为它符合现代法人发展的现实。现代社会法人的两个最大变化是:其一,公司尤其大公司不再是单纯的商业机构,也是一个社会和政治组织。^[56]公司逐渐取得了经济利益以外的社会权力,地位已经无可撼动。二是非营利法人的兴起。它在媒介和组织社会资源、增强社会组织和动员能力、提供公共产品、沟通国家与社会等方面的重要意义已无法替代。这是现代法人实在说最重要的社会基础。

从社会契约论角度分析,与拟制说相反,实在说主张社会并没有将全部权力让渡于国家,社会依然保留了自我组织和自我管理的权力,其前提当然是不得侵蚀通过社会契约让渡于国家的权力。这毋宁是对现代法人发展状况的承认。

4. 法教义学分析

依据实在说进行法人重要制度与规则的教义学建构,可以得出如下基本结论:

(1)法律对法人成立与存续的调控强度。实在说认为,法人并非由法律创设,相反,法律应尊重和承认法人的存在。因此,法人的成立不以登记为前提,法人和自然人同样都以其客观存在为取得主体资格的依据。在法律人格上,两者唯一的差别在于:自然人以其肉身的存在就足以证明其主体资格,身份证和户口簿不过是行政管理和监控的手段;法人则必须证明其团体性,才能成为主体,登记并非对主体资格的确认,最多只能在民事权利义务领域作为对抗第三人的要件。相应地,团体人格的变更和消灭也取决于社会事实,法人决定不再存续,或已丧失法人的团体性特征时,法人就归于消灭。此外,法人人格既非法律赋予,事实法人和外国法人当然具有法律人格。总之,法律最多能设置法人的行为规范,而不能遏制其创设。

在股东滥用公司人格时,实在说很难为股东直接承担责任提供依据。因为实在说下的法人具有违法行为能力,法人股东操控法人的行为,本身也是法人的行为,法人自然应承担责任。要刺破公司面纱,直接追索股东的责任,只有在个案中否认法人人格,这与法人的独立人格难以兼容。

依实在说,法人成员、组织形态的变更并不影响法人的实体存在,因而公司并购并不存在

[53] Mark H. Hager, *Supra* note 22, at 582.

[54] Morton J. Horwitz, *Supra* note 20, at 221.

[55] Gregory A. Mark, *Supra* note 45, at 1470.

[56] A. Berle & G. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, rev. ed. Harcourt, Brace & World, Inc. 1968, 299ff.

理论障碍。^{〔57〕}

如果法人在法律承认之前就已经存在,法律对其内部结构的设置和权力分配的规定,也就很难解释为强行法,应认定为任意性规定。与“法不入家门”一样,国家权力原则不干预法人的内部事务,除非在穷尽了法人内部的救济手段之后,成员之间涉及权益的纠纷依然无法解决。

(2)法人的能力和责任。实在说将法人与自然人并列为两大法律主体,意味着两者权利能力平等,法人可享有非以自然人特性为要件的一切权利能力(如《瑞士民法典》第53条)。法人权利能力不受其目的范围的限制,自然也就不适用越权规则。如美国20世纪30年代盛行“公司组织是一个规范的、自然的商业活动组织”的观念,据此,法律废除了越权规则,法人的越权行为不再仅仅因超出权利能力范围而无效。^{〔58〕}

除民事权利外,实在说甚至还支持法人与自然人同样享有宪法权利,如美国联邦最高法院以实在说为基础,认可法人享有言论自由、获得平等保护、正当程序和征收补偿等宪法权利。^{〔59〕}1978年的 *First National Bank v. Bellotti* 案甚至判决,禁止公司资助税收争议的州法违宪。

实在说主张法人具有完全行为能力,法人通过其内部组织程序形成团体意思,法人机关形成的意思就是法人的意思。实在说还可以为法人的侵权责任和刑事责任提供理论基础,这是它被广为接受的理由之一。法人作为独立主体,对其成员的侵权行为承担责任,并非对他人的行为承担责任,而是对自己行为的责任,^{〔60〕}法人成员则不承担侵权责任。法律规定法人与成员承担连带责任,完全是为保护第三人的利益而设的特别规定。^{〔61〕}同理,实在说也能为法人犯罪与刑事责任提供理论支持。综上,法人的适法行为和违法行为,都可以独立成为法律评价的对象。

(3)法人成员与法人的关系。按实在说,法人成员与法人的关系是部分与整体的关系。在法人中,法人成员的人格被法人所吸收,因此法人成员并非法人的代理人,而只能是代表人,其从事的行为都应视为法人的行为。某个公司经理在合同上签字,并加盖公司公章,就表明其并非法人的代理人,而是代表人。当然,每个法人成员都只是法人的一部分,不可能代表法人,就像每个人都无法代表“人民”,又都是“人民”的一部分。但同时,“人民”需要代表,法人也需要代表,代表人只能由法律和章程确定。

(4)法人的独立责任。与拟制说一样,实在说也并不必然得出法人应承担独立责任的结论,因为实在说判断法人人格的唯一标准是团体性,独立责任并非团体性必不可少的要素。此外,法人人格也不以取得国家认可或登记为区分标准,现代民法上按照登记和独立责任来区分法人和非法人团体的做法,在实在说下是行不通的。但是,立法者可能也倾向于法人承担有限

〔57〕 John C. Coates IV, *Supra* note 30, at 873.

〔58〕 Morton J. Horwitz, *Supra* note 20, at 186.

〔59〕 John C. Coates IV, *Supra* note 30, at 819.

〔60〕 参见(德)冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法(下卷)》,焦美华译,法律出版社2001年版,页256。

〔61〕 参见史尚宽,前注〔36〕,页162。

责任,因为依实在说构造的法人人格与个人人格完全分离,法人与其成员的财产、行为、意思和责任亦分离,按照自己责任的逻辑,法人就必然独立承担责任。^{〔62〕}在历史上,实在说也强化了公司法人承担独立责任的正当性。^{〔63〕}

(5)公司的社会责任。实在说将法人视为与自然人完全独立的法律主体,法人是一个独立的社会行动主体,自然也是一个独立的道德主体,^{〔64〕}法律也就可以要求法人尤其是公司承担一定强度的社会责任。而且,法人人格独立于自然人,自然人不承担社会责任并不影响法人承担社会责任,法律完全可以对两者的权利义务作不同规定。公司承担自然人不承担的法律义务,反过来强化了公司人格的独立性和公司存在的客观性。

(三)小结:拟制说与实在说的差异

拟制说与实在说最根本的共同点是均要求法人必须具有团体性特征,满足社会对团体的认知要件。两者的理念差异在于:国家是否容许社会有自我组织和自我管理的权力,拟制说赋予国家承认法人的权力,法律可以对法人尤其是非营利法人设定相当高的准入条件;实在说则基本排斥了国家在法人设立方面的权力,法人只要具有团体特征且目的不违法,国家就有义务认可。

在法技术上,两者的根本差异在于认定团体的行为和意志能否还原为个人的行为和意志。拟制说认定法人只是个“名”,并非独立的社会行动主体。法人的行为最终都是个人行为,个人设立法人、依法人的名义对外交往,完全是出于效率的考量。在政治领域,“国家”必然存在,但在社会领域,即使法人不存在,个人也可以通过合同、信托等其他合作方式,实现同样的目的。实在说却认为,法人对应于人性的两重构造——个体性与社会性,前者体现为“私人存在”或“自然”人,后者体现为“社会存在”或社会人。人的社会性使其有天然的结社愿望,实现其多重目的。团体意识并非个人意志的算术加总,而是超越个人的,不能还原为个人意志,故团体是自然人以外的独立行动主体。从这个意义上说,拟制说与实在说的对立也是“个人主义—共同体主义”的对立。两者在法技术上的具体差异,可见下表:

	法人拟制说	法人实在说
学说渊源	罗马法	日耳曼法
法人成立是否应由国家许可或登记	是	否
事实法人、外国法人是否当然具有法人资格	否	是
法人成员对外活动时的身份	代表人或代理人	代表人
法人可否并购和自愿注销	不可	可
是否承认刺破法人面纱规则	是	否

〔62〕 参见黄忠:“法人本质理论及其制度构建的关联分析”,《甘肃政法学院学报》2009年第3期。

〔63〕 Max Radin, *Supra* note 10, at 659.

〔64〕 Peter A. French, “The Corporation as a Moral Person”, 16 *American Philosophical Quarterly* 215 (1979).

是否适用越权行为无效规则	适用	不适用
法人是否享有宪法权利	通常不享有	通常享有
法人自身有无行为能力	无	有
法人自身有无侵权能力	无	有
法人是否承担刑事责任	否	是
法人是否必然独立承担民事责任	否	否
法人可否承担社会责任	不可	可
法人组织规范的性质	强行性	任意性

对上述区别,需要说明如下两点:一是拟制说与实在说是针对私法人而言的,不能适用于公法人。尽管政治神学中存在国王有“两个身体”之类的人格拟制,^[65]但它与私法人拟制的逻辑全然不同,服务的目的更相去甚远。二是从上表可以看出,在实践中,各国法人制度基本都坚持实用主义,兼采实在说和拟制说,但以何种学说为主设计法人制度,各国的法律差异也不容忽视。

三、中国民法典法人性质的定位

(一)现行立法与学说中的法人性质定位

《民法通则》对法人本质系采何种学说,无立法理由可据,学界多将其解释为采实在说中的组织体说。^[66]《民法通则》支持实在说的条文主要是:其一,第36条认可法人具有民事权利能力和民事行为能力;其二,第27条明确规定法人依法独立承担责任;其三,第43条、第49条分别确认了法人的侵权能力和刑事责任能力。现行法采法人实在说的两个佐证制度尤值一提。

一是法人侵权。传统上,法人侵权制度被一分为二:法定代表人等法人机关的侵权行为构成法人侵权,法人直接承担责任,系法人对自己行为的责任,遵循自己责任的法理;法人的雇员、代理人的侵权行为,是个人侵权行为,法人承担替代责任,背离自己责任的法理。但《民法通则》第43条并没有继受这种二分法,而是统一规定企业法人对其“法定代表人和其他工作人员”的经营活动,承担民事责任”。《关于审判人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第8条进一步将“其他工作人员”改为“工作人员”,“经营活动”扩大为“执行职务”。《侵权责任法》第34条规定“用人单位”应承担其“工作人员”因执行工作任务造成他人损害的赔偿责任,在致损原因方面,亦不区分法人机关成员与一般雇佣人。上述规则不仅确认了法人具有侵权能力,而且将法人成员扩大到法人机关成员以外的其他成员,是采法人实在说的有力例证。

[65] Kantorowicz, *The King's Two Bodies: A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton University Press, 1997.

[66] 参见梁慧星,见前注[19],页120;王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2003年版,页382。

二是越权无效。《民法通则》第42条要求法人应在“核准登记的经营范围”内从事经营，体现了拟制说的特征。但《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第10条和《公司法》第12条基本废除了这一规则，改采实在说，不再将经营范围视为法人权利能力范围。越权行为违反公法禁令的，适用违法无效规则；不违反的，适用表见代理（代表）规则。

但是，现行法对非营利法人性质的定位却具有浓厚的拟制说色彩。对民办非企业、基金会等法人，《社会团体登记管理条例》、《基金会管理条例》、《民办非企业单位登记管理暂行条例》规定了双重许可制，即分别获得业务机关和主管机关的许可，甚至还限制它们设立分支机构，显然是拟制说的思维。

（二）中国民法典法人性质的定位

我国民法典法人立法应采实在说，但法人人格否认等制度设计，可采拟制说。其理由首先在于，法人已成为与自然人相同的社会活动单元，系不争之实。其次，实在说对法人设立的宽容和对社会权力的容让，契合我国社会转型的现实和未来发展的需要。在我国，采实在说还需要解决两个问题：一是实在说遗留下来的法人客观性问题；二是实在说的价值取向问题。

1. 事实层面：法人客观性问题

法人到底是不是独立于自然人的真实存在，至今还是法人性质理论的硬核。反对意见主要可以概括为：

其一，法人不具有自然人的表意肌体，无法形成自己的意思。

这是否认法人实在说最实质的理由。“实在意思，必有其能为意思原因之物质，团体意思云云，不过个人意思之集合，尚难谓其独立实在者乎？”^{〔67〕}其实质是将团体意志的根基追溯至个人意志，坚守个人意志的优越地位。

按照这种观点，所有的团体都没有意志，这就不只否认了私法人的独立意志，也否认了国家等公法人的意志。问题在于，国家若无独立意志，则国将不国。按社会契约论，国家是依靠“公意”来实现全民意志统一的。“公意”和“众意”不同，前者是单一的、主权者的意志，而后者是个别意志的加总。在“公意”中，“每个个人都将消失在共同的、普遍的意志中。”^{〔68〕}如果一方面承认团体的独立人格，一方面又断然否认其独立意志，而将团体意志还原为个人意志，就必然造成一个悖论：在团体成员意志不一致时，法人为何还能形成意思？比如，某个官员代表所在单位发言，和其本人的发言，内容可能截然相反，所以才经常有“我不代表单位发言，只说明我自己的观点”的说法。而且，法人成员即使对法人的决议有异议，经常也无法抗命不服从，这也是法人自身承担侵权责任或刑罚的重要原因。惩罚法人，是因为法人实现的是多个自然人的目的，其行为不可还原为法人成员或发起人的行为；惩罚自然人，是要遏制个人通过法人形式，借助自然人与团体人格的分离而逃避责任。

法人独立意志否定论还忽视了法人意志的独特形成机制。任何法人组织都依据章程设定的决议机关（如社员大会、理事会），按照既定的议事规则和程序形成其团体意思，在法律上，这

〔67〕 胡长清：《中国民法总论》，中国政法大学出版社1997年版，页99。

〔68〕 （法）涂尔干：《孟德斯鸠与卢梭》，李鲁宁、赵立玮、付德根译，上海人民出版社2003年版，页89。

一意思体现为决议。在成员无法达成一致意见时,法人适用人头多数决或资本多数决的民主逻辑决定并形成团体意志。故,团体意志的形成也以自然人的知情意这种生理机能为基础,它与自然人意志形成的差异只是在于运用了既定的程序和规则,对多个自然人的意志进行了协调、权衡和统一。自然人的意志是法人意志的原动力,但在自然人意志彼此冲突或不统一时,法人最终将依据章程形成自己的意志。凯尔森在批判法人独立意志说时指出,它会将立法者引向章程,^[69]章程对立法者的制约难为纯粹法学接纳,却构成法人意志形成的基础。

法人与合同这两种社会合作方式的差异,也可说明法人存在独立意志。合同当事人是平等主体,各方意志彼此独立,合同设定任何权利义务,都必须双方达成合意。但在法人中,法人成员存在意志隶属关系,其基础是少数服从多数的多数决。在事务执行方面,法人内部实行类似于韦伯所说的科层制、官僚制的管理体系,通过职务等级,形成序列明确的权力金字塔。^[70]合同与公司的这一差异,是合同与公司成为两种独立的社会合作方式的根本原因。可见,任何法人内部都存在的权力分配、意志形成机制决定了法人存在独立意志。

其二,法人没有形体,只能在观念中存在。

法人是否具有客观实在性,涉及哲学、社会学上的社会唯名论与唯实论之争。拟制说的社会基础是,法人的组成部分(成员、场所等)可以被感知,但其整体无法被感知,因此不具有实在性,仅存在于观念中。

法人的实在性首先可以通过法人的社会互动行为来证明,法人作为“社会经验实体,存在于团体成员或参与者的集体自觉和集体行为的特质中”,^[71]“团体本身就是思想和语言实践的产物,正是在这些实践中团体得以形成”。^[72]法人成员在法人内部能感知组织的存在,对外以法人名义实施行为时,同样也能感知。相对人通过法人的外部标识,确信其是与法人而不是法人成员交往,此时,法人成员甚至完全可以匿名的。事实上,所有社会事实的客观性都是通过内心确信建构起来的,如国家无形体,但国民都确信国家的存在。

其三,公司可以作为客体转让。

公司让与是法人性质理论的一个难题:“公司是股东的财产,还是一个独立的实体?这几乎是公司法规则的不同选择、公司理论争论的全部。”^[73]因为如果公司可以让与,那么公司就纯粹是一种机能性、组织性的财产集合体,毫无主体性可言。

总结公司让与的实践形态,公司作为人格主体让与的情形其实并不存在:公司合并的实质是公司人格的变更或消灭;公司股权并购并不影响公司的存续,不过控股股东或实际控制人发

[69] 参见凯尔森,见前注[13],页122。

[70] 参见(德)马克斯·韦伯:《经济与社会(上)》,林荣远译,商务印书馆1998年版,页246以下。

[71] Wieacker, Zur Theorie der juristischen Person des Privatrechts, in: Festschrift zur E.R. Huber, Mohr Siebeck, 2006, S.367.

[72] (美)德沃金:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,页154。

[73] 邓峰:“作为社团的法人:重构公司理论的一个框架”,《中外法学》2004年第6期,页747。

生变更而已;资产并购只是导致目标公司的核心资产和业务的移转;〔74〕营业转让则可分解为股权并购或资产并购。〔75〕

2. 价值考量:法人与自由

(1)法人会不会戕害自由?拟制说坚持唯有个人才能成为法律主体,被视为珍惜个人自由的主体理论。相反,实在说将自然人与法人一视同仁,饱受戕害个人自由之讥。尤其是二战期间德国、日本国家主义膨胀对个人自由的戕害,使这些国家在战后“不得不为缩减控制性团体人格而奋斗”。甚至公司主体性的强化,也使“个人主义在这一领域受到巨大挤压,甚至出现了个人主义危机”。〔76〕伯林专门指出个人有求助于各种组织体,以获得安全、团结和高贵生活的要求,进而追求“成为什么样的人”的“积极自由”,但“这种自由是那些没有良心、自我欺骗的个人主义者叫卖的,他们以某种没有血肉的知识教条的名义,或者借与人类生活无关的理想的高贵热情之名……就如瞎子领着瞎子那样,抢掠人们最珍贵的资源,把他们重新暴露在生活的‘孤独、穷困、污秽、野蛮且短命的’危险之中”。〔77〕这就从社会心理学阐释了人逃避自由从而走向被奴役或限于其他窘境的过程。

但必须承认的是,法人戕害个人自由的极端例子仅见于特殊历史事件,即法西斯滥用“国家”这一人格主体,要求个人无条件服从、忠实于国家。私法人领域实际上并不存在这一问题:任何私法人都是自由人的自由联合,组建或加入法人是个人的权利而非义务;法人组织内部的意志服从关系,根本上是成员自由选择的结果;非营利法人的成员原则上可自由退出法人,营利法人的股东也可以通过股权或股份转让退出公司,还可依法通过公司回购的方式退出。

实在说否认团体成员在团体中的独立人格,不利于妥善处理法人人格背后的实质利益冲突,可能出现多数派对少数派的压制等现实问题。〔78〕如前所述,这一问题在拟制说中同样存在。实际上,即使甲乙是两个路人,人格完全独立,甲欺凌乙的情形也每天都在发生。可见,这并非是实在说独有的问题,也不是法人制度特有的问题。更何况,法人成员之间的压制问题还可以通过诸如临时成员会议、确认决议无效或可撤销之诉等法律方式予以救济。

(2)法人如何根本捍卫自由。实在说不仅不会戕害个人自由,反而会实质性地促进个人自由,并为自由的实现提供组织基础和能力保障。这主要体现在它从两个方面扩张了自由的质量:

一是确认了个人选择身份的自由。通过结社,个人可以选择自己的身份,甚至是多种身份,既包括经济领域中的身份,也包括其他社会领域中的身份。这种身份不是世袭的、破坏平等的身份,也比出卖人、承揽人、委托人等交易角色更为稳固和持久,更能促进个体的自我认

〔74〕 商务部等六部委的《外国投资者并购境内企业暂行规定》(2006年10号文)第2条确认了实践中的股权并购与资产并购。

〔75〕 我国法律并没有规定营业转让。我国和日本均有学者认为,营业转让系机能性的整体财产的转让,而非作为主体的公司转让。如王保树:《商法总论》,清华大学出版社2007年版,页185;(日)前田庸:《公司法入门》,王作全译,北京大学出版社2012年版,页584。

〔76〕 龙卫球,见前注〔16〕,页373。

〔77〕 (英)伯林:《自由论》,胡传胜,译林出版社2002年版,页68。

〔78〕 参见蔡立东:“论法人行为能力制度的更生”,《中外法学》2014年第6期。

同。今天,我们每个人都生活在一个或几个团体中,成为“组织人”(organization men),这是个人原子主义的悖论之一,同时也是“从身份到契约”的一个逆转。可以说,个人创设和脱离团体“身份”的自由,是自由在现代社会的新发展。这意味着,我们都可以基于自己的意志和选择,获得更多身份。这种新类型的身份自由对个人生态有着重要影响,甚至将重构国家、社会与个人的关系。正如梅特兰在评价法人性质理论时所说:“有许多人告诉我们,进步的路线不再是从身份到契约,而是从身份到契约不能解释的东西,我们能给这种东西的最佳称呼(尽管还不够好),是有组织社群的人格。”^[79]

二是满足了个体的精神需求,使个体追求卓越成为可能。古代城邦作为自由人的联合体,其目的之一满足公民对“卓越”(arete/virtus)的追求,人真正的个性,也只能在城邦的公共生活中充分展现。在现代社会中,法人可谓“自由人联合体”(马克思语)的形态,个人在一个相对集中而稳定的群体中显示自己的卓尔不群、无私、友爱、奉献等德性。唯有在公共生活中,个人才能“秀异”(virtuosity),^[80]最终,个人自由也从“摆脱束缚,获得自由”的初级阶段,上升到“自由发展”的新境界。用弗洛姆的话说,如果说每个人身上都“具有着人的全部潜能,人类的使命就是去实现这些潜能”,在法人中,全体成员得到了最大限度的发展,人也因此成为一个“完整的人”(the whole man),^[81]个性也将臻于完善。在实践中,众多非营利法人不依赖国家权力,而是由自然人合力完成社会事务,创造了强大的社会关系网络和“社会资本”,积累了社会动员能力,使社会合作得以向纵深扩展。众多研究也表明,个人在法人中将会学习民主技能,培养容让、克制、奉献等公民美德。^[82]

(三)法人实在说与中国民法典法人立法

法人性质采实在说将对我国未来民法典的诸多制度产生影响,这里择要述之。

1. 法人资格的取得条件

按照法人实在说,法人并不需要国家承认,连最简单的登记也并非其成立条件,可见它最契合结社自由的要求。然而,没有任何一个国家彻底采取这种学说,法人“类型法定”是各国几乎都承认的原则,甚至法人团体性(如协会的成员必须超过7人、基金法人的规模必须达到多少)也概由法定。因此,法人实在说最突出的意义,也只是在于要求民法典法人立法放宽法人设立的条件,对营利法人和非营利法人、社会法人和财团法人均以准则主义为原则,许可主义为例外。

目前,我国对非营利法人管制严苛,最有代表性的是《社会团体登记管理条例》,它对各类社会组织的管制呈现出强烈的国家法团主义色彩,如确认社会团体的单一性和垄断地位、等级化结构等。为矫此弊,有学者建议将法人登记行为定性为行政确认行为,是对法人事实人格的

[79] F.W. Maitland, “Moral Personality and Legal Personality”, in: 3 *The Collected Papers*, H. A. L. Fisher ed. 1911, p.315.

[80] 参见(美)阿伦特:《现在与未来之间》,王寅丽、张立立译,译林出版社2011年版,页145以下。

[81] 参见(美)弗洛姆:《为自己的人》,孙依依译,三联书店1988年版,页54、220。

[82] Jason Mazzone, “Freedom’s Associations”, 77 *Washington Law Review* 694 (2002); James D. Nelson, “The Freedom of Business Association”, 115 *Columbia Law Review* 492 (2015).

确认,无设权效力;法人在履行公证和其他手续后,应视为自动成立,但非经登记和公示,不得对抗第三人。^[83] 这种观点虽然为比较法上的部分立法例支持,但在我国至少短期内还只是愿景。相对中庸的办法是:其一,民法典坚持法人类型法定主义,除规定法人成立的一般条件之外,专门规定非营利法人成立的一般条件,如社团成员人数和基金规模的底限、组织机构等。其二,对所有法人采登记生效主义,并通过引致性规范,规定有关法人的特别立法优先适用,外接公法对非营利法人目的合法性和行为合法性的调控。民法典若能废除非营利法人的双重管理体制,已善莫大焉。

2. 法人的权利能力

学界普遍认为,法律虽然对自然人和法人都赋予了法律人格,但赋权的根基并不相同:前者基于天赋人权的伦理要求,后者系于社会需要。^[84] 由此,法人权利能力的范围最终取决于立法者的意志和抉择。

通说衍生的最有争议的问题是法人有无人格权。我国主流学说认为,法人不是目的,而是手段,团体人格与人的尊严、自由、安全和伦理道德无关,^[85]故法人不享有人格权尤其是一般人格权。这一理由其实并不充分,兹以法人的名誉权说明。首先,法人的名誉受侵害,同样会导致其社会评价降低,何以非要将法人的名誉作财产权处理?更何况对非营利法人而言,名誉受损很难归为财产权侵害。其次,法人不享有精神损害赔偿请求权,并不能反推法人不享有人格权。法人作为组织体无法感知精神痛苦,加之法人与自然人人格分离,法人成员的精神损害不能加总为法人的精神损害,故法人不享有精神损害赔偿请求权。但是,法人不能请求精神损害赔偿,只是影响侵权责任的承担方式,并不妨碍法人享有名誉权。最后,法人是实现自然人目的的手段,但不能因此主张,法人权利必须还原为成员的权利才能受到保护,进而否认法人的人格权。营利法人、互益性法人的权利最终都可以通过剩余财产权等形式还原为成员权利,但法人的诸多权利都无法还原为个人权利,比如行业协会商会的认证权、参与国家标准和公共政策制定的权利、对成员的处罚权、成员利益的表达权等。

值得注意的是,德国法学界往往只反对法人享有一般人格权,而承认它享有具体人格权。^[86] 这种区分颇为牵强,因为法人基于其自身特性,只能享有精神性的具体人格权,其目的都是为了实现人格尊严、自我决定等价值,与一般人格权的目的并没有区别。承认法人享有人格权,自然应承认其享有一般人格权。质言之,如果承认自然人的人格权,那么,作为个人人格延伸的法人(尤其是非营利组织),自然应享有超越其成员人格的人格权。当然,人格权的构造只能以自然人中心,法人享有的人格权,最终实现的是对团体成员的特殊形态的人格利益

[83] 参见仲崇玉:“从他治到自治:论我国法人人格制度改革”,《法学论坛》2011年第3期。

[84] 参见王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,页165;Vgl. Flume, a.a.O.S. 28ff.

[85] 尹田:“论法人人格权”,《法学研究》2004年第4期;郑永宽:“法人人格权否定论”,《现代法学》2005年第3期。

[86] Vgl. Enneccerus—Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Halb.1, 15. Aufl., Paul Siebeck, 1959, S. 601—602.

的保护,^[87]即保护自然人在组建团体后的人格延伸形态。所以,对法人人格权的保护,恰好是对自然人人格保护的升华。

在我国,法人的一般人格权亦有存在的必要。如鉴于我国宪法司法适用的特殊性,一般人格权中的“人格平等”完全可以适用于法人。《德意志联邦基本法》第19条第3款明确规定:“基本权利对本国法人亦有效力,但以依其本质得适用者为限”。我国宪法规定“公民在法律面前一律平等”,并未涉及法人。在实践中,法人人格平等亦有保护必要,如政府采购设定不合理限制歧视的,侵害的其实是法人的人格平等。此外,承认法人一般人格权,未必会导致这种权利被滥用。因为一般人格权的适用诉诸个案的情景正义,法院可以通过自由裁量遏制法人一般人格权的滥用,而且在反不正当竞争法等法律有特别规定的,也应优先适用这些具体规定。

综上,民法典无需限制法人的权利能力,可规定法人享有不以自然人的特性为要件的一切权利和承担一切义务。对法人行为的调控,则可通过公法的禁令来实现。

2. 法人的行为能力与侵权能力

我国现行法确认了法人自身的侵权能力,我国民法典应予继承。传统民法承认法人的选任和监督过失,晚近比较法又发展了“组织过失”理论,主张法人为避免侵害他人权利或利益,必须完成社会生活要求的必要行为,否则应负过失责任。^[88]法人实在说和过失概念客观化,使依客观环境考察判断法人是否具有过失,并无窒碍。^[89]

在制度设计上,法人侵权不应区分法人机关成员侵权与雇员侵权,两者均构成法人侵权。一方面,这可以充分发挥侵权法的预防和震慑功能。为使法人充分考虑公共健康、安全等社会价值,充分内化其成本,法人有必要对各个阶层的员工行为承担责任。^[90]另一方面,法人作为一个组织,其成员不仅包括法人机关成员,也包括雇员。因为法人是作为组织体进行活动的,从法人代表人到最低层的员工的行为是一个整体(法人成员范围的扩大,也可以解释基金的团体性)。各个层次的行为人只要其行为客观上与法人的业务有关,均为法人自身的行为。^[91]

法人侵权责任强调的是法人作为团体的责任,因此,应排除如下三种法人承担侵权责任与刑事责任的情形,而由法人的实际控制人承担责任:一是空壳公司;二是股东滥用法人人格,达到适用刺破法人面纱规则的程度时;三是“不成熟”的公司,即团体性不足的公司。^[92]

[87] 参见薛军:“法人人格权理论的展开”,《上海财经大学学报》2011年第6期。

[88] 参见朱岩:“论企业组织责任:企业责任的一个核心类型”,《法学家》2008年第3期。

[89] 参见陈聪富:“法人团体之侵权责任”,《台大法学论丛》2008年第4期。

[90] Martin Petrin, “Reconceptualizing the Theory of the Firm — From Nature to Function”, 118 *Penn State Law Review* 52(2013).

[91] 参见卢建平、杨昕宇:“法人犯罪的刑事责任理论——英美法系与大陆法系的比较”,《浙江学刊》2004年第3期。

[92] Carlos Gomez-Jara Diez, “Corporate Criminal Liability in the Twenty—First Century: Are All Corporations Equally Capable of Wrongdoing?”, 41 *Stetson Law Review* 41(2011).

四、结 论

法人到底是拟制的还是实在的,很大程度上并非法学问题,而是社会学问题。然而,对法人性质的定位,却对诸多民法学理论和制度有深远影响。在事实层面,拟制说与实在说的根本界限在于是否承认法人在社会生活中已经成为和自然人相同的独立主体;在价值层面,则为法人是否值得与自然人受同等法律保护?两者最终都可归结为:法人到底只是一种手段(拟制说),还是同时也是一种目的(实在说)?在比较法上,各国民法理论与实践都没有采取单一的拟制说或实在说,而是以一种学说为主,兼顾另一种,既满足国家对法人成立的监控要求,也为法人的社会活动提供行为规范。鉴于我国对法人过度管制的现实,我国未来的民法典应以实在说为基础,重点规范法人的团体性要件,确认法人类型法定原则,对所有类型的法人,均采登记生效主义。但是,在法人成员对外活动的代理、法人格否认等方面,则以拟制说为基础。

Abstract: The orientation of the nature of the legal person is the precondition for the legislative system of the legal person in future Chinese civil code. The fiction theory of legal person, based on the company, results in the excessive control by law of the legal person, harms the individual's natural will of union with other people, and eventually deviates from humanism. The real entity theory, based on the community in the history, ensures the autonomy in the right of association for individuals, but it logically excludes the state's regulation and control of the legal person, and does not successfully demonstrate the existence of the general will of legal person. The theory of fiction can no longer follow the modern social trend of the development of the legal person characterized by complication of classification, diffusion of functions and prominence of social role. The real entity theory does need consolidate its rationality through the formation of will of organization and procedure, the establishment of internal organs and the mechanism of distribution of power of legal person. The civil code of our country should be based on the real entity theory, and it should recognize the legal person as the basic unit, focus on the regulation of the elements for the corporation of the legal person, and confirm the overall legal capacity of it. Moreover, the fiction theory of the legal person could be used to justify some rules such as the rule on piercing the corporate veil.

Key Words: real entity theory of legal person; fiction theory of legal person; personality rights of legal person; tort liability of legal person; corporate social responsibility

(责任编辑:薛 军)