

# 论非法人组织的泛主体化及其 教义学回正

## 兼论合手原理的引入与限度

唐 勇\*

**摘 要** 非法人组织内涵的高度空心化,不可避免地引起主体泛化。权利能力与行为能力制度同样适用于第三民事主体,但应当予以必要的重述。权利能力并非概念空壳,权利能力与主体也并非同义反复。权利能力的内涵是意志,行为能力的内涵是理性,理性是意志的特别法。自然人成为主体的要义在于独立意志,组织成为主体的关键在于意志独立,而意志独立已经进入理性范畴,故而对于组织而言,权利能力与行为能力重叠。非法人组织区隔于法人的内在结构同一性,在于意志独立方式不同。德国法上的合手原理,去掉日耳曼法元素后,可兹借鉴。不仅不应当将合伙从非法人组织排除,相反,恰恰应当以合伙作为非法人组织的一般法,横向上与法人相区隔,纵向上以之为元规则渐次衍生、型塑甚至类推适用于各类其他非法人组织。以合伙为内涵的非法人组织,给实践中的疑难主体问题提供了更开放的解释空间,教义学上回正主体泛化趋势的同时,也使主体法上的双重二元结构得以证立。

**关键词** 权利能力 意志独立 合手原理 合伙 二元结构

### 一、导论:问题与进路

《民法总则》创设了非法人组织概念及其规范群(第102条至第108条),突破了《民法通

\* 中央民族大学法学院副教授。

则》的二元主体结构,《民法典》对此照单全收,非法人组织作为第三民事主体正式且全面进入法教义学的视野。相较于自然人(第13条至第56条)、法人(第57条至第101条)的法条规模,配置给非法人组织的法条仅寥寥七条。当然,条文数量不决定立法质量,核心仍在此七条是否足以支撑非法人组织规范的理性架构。其中,首要、也最值得重视的是第102条,该条给出了非法人组织的内涵和外延,却均属不明就里:就内涵而言,该条第1款采用的是“‘甲或非甲’之套套逻辑”,〔1〕即以排中律定义“非为法人者,为非法人组织”,回避了精准定义的困难,却未给出任何助于识别其内部结构的有效信息,至于“能够依法以自己的名义从事民事活动”一项,也逃不出循环定义的影子;就外延而言,该条第2款采用非穷尽式列举,列举了“个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构”三类组织、最后以“等”字兜底,既未交待三类组织的共通性,更无从确立其他非法人组织之类型或特征。

内涵不清、外延不明,第三民事主体不可避免地走向主体泛化,表现为:①“法人”与“非法人组织”系属概念周延,这是否意味只要不构成法人的其他一切组织均构成非法人组织,诸如老乡会、合唱队、工会,甚至夫妻?②与此同时,三种法定的非法人组织类型也已面临质疑,例如有学者在详细分析民事合伙不具有组织性之后,即指出“将合伙企业纳入非法人组织的范畴是错误的”;〔2〕合伙企业若被排除,则非法人组织其余两种法定类型的共性又所剩何几。③复次,以理论实践中争议较大的业主团体为例,一方面,有学者认为业主委员会是非法人组织,且其“在实然层面上可以没有自己的独立财产”;〔3〕另一方面,实践操作中,比如根据《深圳经济特区物业管理条例》第24条第2款,业主委员会的上位主体“业主大会”得向区住房和城乡建设部门申请备案并取得统一社会信用代码证书,则该上位主体又究竟为法人还是非法人组织;主体资格属性之交又纠缠,可见一斑。

自《民法总则》创设非法人组织制度以来,对其一般规则及类型化研究,颇呈井喷之势。就一般规则而言,既有研究聚焦于民事权利能力制度对于非法人组织是否以及如何适用,进而旁及争论德国法上的权利能力相对性理论是否值得借鉴;〔4〕就类型化而言,既有研究集中于非法人组织具体类型的梳理,亦即非法人组织具体应当包括哪些子类型,〔5〕此外,最新尚有专

〔1〕 王文宇:“揭开法人的神秘面纱——兼论民事主体的法典化”,《清华法学》2016年第5期,第116页。

〔2〕 李永军:“民事合伙的组织性质疑——兼评《民法总则》及《民法典各分编(草案)相关规定》”,《法商研究》2019年第2期,第134页。

〔3〕 张新宝、汪榆森:“《民法总则》规定的‘非法人组织’基本问题探讨”,《比较法研究》2018年第3期,第76页。

〔4〕 参见杨立新:“《民法总则》中部分民事权利能力的概念界定及理论基础”,《法学》2017年第5期,第50—59页;张其鉴:“民法总则中非法人组织权利能力之证成”,《法学研究》2018年第2期,第97—115页;郑晓剑:“权利能力相对性理论之质疑”,《法学家》2019年第6期,第60—73页。

〔5〕 张新宝等,见前注〔3〕,第65—82页;环建芬:“《民法总则》中非法人组织具体类型探析”,《时代法学》2019年第1期,第43—52页;李永军,见前注〔2〕,第123—134页。

文辨析非法人组织与其他组织之界分者。<sup>〔6〕</sup>然则,既有研究并不能解决上述主体泛化趋势。一方面,肯定非法人组织具有民事权利能力,至多申明非法人组织具备与法人同等的法典地位,并无从廓清非法人组织与法人的界分,法律适用上则容易比照法人将非法人组织视为法人的次品,从而不能取得法典意义上的制度增量,且极易与特别法人混淆,同时,权利能力相对性理论之引介与否,均不过是在次品法人框架下的进退而已,非法人组织法难有其独立的规范价值;另一方面,对于非法人组织各子类型进行列举式的梳理,乃至各自为政的辨析,无法供给非法人组织各类型的公因式,亦即无法以统一标尺统摄潜在的其他第三民事主体,主体泛化仍旧难免。有鉴于此,笔者不揣浅陋,拟在既有研究基础上,探寻非法人组织内部结构同一性之所在,以从教义学角度回正上述泛主体化趋势。

就具体进路而言,与既有研究相同,本文亦认可权利能力与行为能力制度同样适用于第三民事主体,但认为应当予以必要的重述,以为非法人组织提供与自然人、法人同等的教义学基础;与既有研究不同的是,本文认为相较于德国法上的权利能力相对性理论,去掉日耳曼法因素之后的合手原理更值镜鉴,尤其后者曾给出法人之外组织形式清晰的内部结构;而前述自然法进路与比较法进路,又因法律实证主义得以并轨,整个主体法将贯穿一种纯粹的意志主义,非法人组织意志得以系统性地区隔于自然人、法人,从而使得非法人组织法具备供给制度增量的可能。以下行文,即循此路径。

## 二、权利能力制度重述:组织区隔于自然人

国内对于权利能力概念的文献处理,已然蔚为大观,不为赘述。其中,一个基本的倾向是将其与主体概念(或抽象的主体资格)等同。就最新文献而言,有学者通过考证,指出德国民法创制“权利能力”的根本目的在于使团体取得民事主体资格,“如此一来……团体与自然人便在‘权利能力’即‘民事主体资格’的屋檐下找到了共同栖身、和谐相处的家园”。<sup>〔7〕</sup>同时,有学者通过论证,针对性指出前述考证是“错误的、缺乏考据的”,“权利能力的抽象技术本是为了解决有、无理性的两种生物人平等成为主体的问题,但也恰好满足了嫁接给法人以使其成为主体的需要……德国民法典将权利能力严格限缩在抽象意义上,将人的各种属性从中剥离,使其成为仅仅表意主体资格的空壳”。<sup>〔8〕</sup>笔者认为,上述两种观点看似对立,却仅属语词之争,其共

〔6〕 参见谭启平:“非法人组织与其他组织的关系困局及其破解”,《法学研究》2020年第6期,第3—21页。此外,除了传统法教义学,基于财产独立与资产分割(asset partitioning)的经济分析框架,研究法人与非法人组织界分者,参见张永健:“资产分割理论下的法人与非法人组织——《民法总则》欠缺的视角”,《中外法学》2018年第1期,第59—83页;同样尝试使用资产分割理论及经济分析方法,探究共有、公司、企业等组织机制之可通约性者,参见唐勇:《论共有:按份共有、共同共有及其类型序列》,北京大学出版社2019年版,第112—118页。

〔7〕 尹田:《民法典总则之理论与立法研究》(第2版),法律出版社2018年版,第172页。

〔8〕 张其鉴,见前注〔4〕,第100—101页。

同点是最终都将“权利能力”等同于“主体”，两个法定概念变成了某种意义上的同义反复，不能提供学理增量；并且，很容易自相矛盾：比如，一方面主张权利能力是剥夺理性之后的抽象主体资格，并认可德国“民法典起草人在预案理由中明确表示权利能力与意志能力无关”，而另一方面，为论证“非以独立财产责任为中心的法人本质学说”，又宣称“透过法人本质学说的讨论，意思能力才是团体能否取得权利能力成为实在主体的关键……团体的权利能力主要与其意思能力相关联”。〔9〕

概念生成的考据是必要的，但不是概念正当性之全部。相反，概念的生命在于识别，概念应当在使用中活化、生长，尤其应当与邻近概念比照、协同，方能提高概念尤其是法律概念的规范效力。“权利能力”概念的考证，多少已经有些莫衷一是，且不能排除即便德国法学理上也存在倒因为果现象的可能性。而对“非法人组织是否具有权利能力”的命题而言，既有考证的弊端又在于将权利能力与主体、主体资格、人格等概念抽象地划上了等号，如此，相关论证不仅容易同义反复（比如，因为民法典规定非法人组织具有主体资格，所以非法人组织具有权利能力），〔10〕而且很容易会将非法人组织主体资格的识别一般性地推给国家行为。〔11〕进而，我们却在从概念到概念的过程中，无从得知如何确认一项组织为非法人组织、而不是法人。换言之，剥离“理性”的同时，也剥离了“内涵”。

拙见以为，权利能力概念可以不是空壳。〔12〕亦即，权利能力可以区别于主体和行为能力，且介于二者中间，并从概念到内涵均为沟通后两者的桥梁。

### （一）权利能力重述：意志作为理性的一般法

中文词汇原无“自然人”之说，人就是自然区别于动物、植物乃至人造物等“物”的存在，无需另加修饰。换言之，“人”与“物”的对称，才是中外古今的通识，也是康德哲学一再重申的：人是主体，物是客体；人是目的，物是手段；人是自由的，物是不自由的；人因无价而有尊严，物因可估价而具替代性。〔13〕人天然为主体，这一命题本身蕴含：人作为主体，不接受任何前提、修饰、限定。当然，这只是概念天国式的理想状态。实际上，人作为主体只要进入法律评价领域，

〔9〕 同上注，第100—101、109页。从法人的权利能力角度，实质性地对上述“权利能力与意志能力无关”之观点予以纠偏的最新文献，参见冯珏：“自然人与法人的权利能力——对于法人本质特征的追问”，《中外法学》2021年第2期，第347、355页。

〔10〕 循其路径，莫如更简洁地论证：《民法总则》已经确立非法人组织的民事主体地位，则具备权利能力即属无疑，即便第102条没有规定其具备权利能力，也能根据第108条从而适用第57条得出结论。

〔11〕 参见张其鉴，见前注〔4〕，第111页。

〔12〕 权利能力概念空心化，也意味着行为能力概念空心化；亦即，倘若权利能力是个“空壳”的话（不表彰理性或意志），那么，何以又能将行为能力以“认知能力”或“判断能力”的方式，加给法人或非法人组织。

〔13〕 康德（《道德形而上学》第2章）说道：“没有理性的东西只具有一种相对的价值，只能作为手段，因此叫做物；而有理性的生灵叫做‘人’，因为人依其本质即为目的本身，而不能仅仅作为手段来使用”；《道德形而上学》第2章第37节中又写道：“一样有价格的东西，可以用另外一个等价物来替代它；而超越所有价格，亦即不可能有等价物的东西，才有它的尊严”。转引自（德）卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔等译，法律出版社2013年版，第46页。

都是有限主体。<sup>[14]</sup> 康德哲学中定义“人为主体”(“物”为客体),要义在于人是无限自由的,是不受“物”所限的“理性”(意志);及至黑格尔,扬弃了“人格的纯粹主观性”,强调“人之作为理念而存在,必须给它的自由以外部的领域,因为人在这种最初还是完全抽象的规定中是绝对无限的意志,所有这个有别于意志的东西,即可以构成它的自由的领域的那个东西,也同样被规定为与意志直接不同而可以与它分离的东西”,进而“人唯有在所有权中才是作为理性而存在的”。<sup>[15]</sup>

暂不论黑格尔对康德权利分类的批评,<sup>[16]</sup>也不论黑格尔对所有权与人格之关系的理解,拙见以为,从康德到黑格尔,主体观念最大的变化是“理性”的内涵已然不同,康德主张的是无限理性(意志),黑格尔主张的是有限理性(受物所限、并能自觉);至今,德国民事主体法的哲学基础,未超出康德和黑格尔定义的主体范畴。<sup>[17]</sup> 而我们从中可以得到的洞见是:“权利能力”和“行为能力”等概念,系由“主体”概念“析出”,同时必然是对“主体”概念的某种限制,否则无意义。黑格尔从主体中析出了“理性”,不正对应“行为能力”? 康德从主体中析出的“绝对无限的意志”,不正对应“权利能力”? 换言之,就法哲学基础而言,根本没有必要剥离人的全部“主观性”,以获得主体资格。恰恰,康德析出“纯粹主观性”(无限自由的意志),论证了人作为主体的“先在”和“自在”(an sich)的正当性,使得主体概念从自明之理变得可证;主体和权利能力并非同义反复,权利能力就是意志能力。黑格尔又从“绝对无限的意志”中析出受“物”(客体)所限的“理性”,实现了对主体“纯粹主观性”的扬弃,也就提供了以行为能力(理性)为契机规制主体的全部基础;行为能力就是理性能力。<sup>[18]</sup> 用简单的文字公式表示,即:“主体→权利能力→行为能力”=“存在→意志→理性”;进而,“权利能力”正是“主体”与“行为能力”的媒介。故此,权利能力剔除了理性,并未剔除意志;它不是空壳,它的内涵正是意志。

权利能力的内涵正是意志,舍此,我们无法在主体法领域贯穿私法自治。此一点,还可从以下两方面进一步补证:①与以理性程度区分为行为能力契合。根据常识,我们也只能认定一个精神病人不理性,但不能认定其没有意志。只要有生命(活着),就有理性? 不能成立;只要有

[14] 对此,康德也区分“道德的人格”和“心理的人格”,即:“人,是主体,他有能力承担加于他的行为……道德的人格不同于作为心理上的自由……结论是,人最适合于服从他给自己规定的法律”。(德)康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译、林荣远校,商务印书馆2012年版,第30页。

[15] (德)黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第57、59页。

[16] 康德主张将权利分为物权、人格权以及物权性质的人格权,而不同于传统罗马法的人格权、物权和诉权之分类;参见(德)康德:《道德形而上学》,张荣、李秋零译注,中国人民大学出版社2013年版,第67—77页。

[17] 参见拉伦茨,见前注[13],第46—49页。

[18] 据考证,权利能力制度19世纪初由蒂堡最早提出时,意志和理性是其必须具备的条件,后经萨维尼改造,将理性因素从权利能力概念中分离,另行构建为行为能力制度,进而为“并不具有完满理性和意志的人也拥有权利能力提供了可能”。参见刘召成:“部分权利能力制度的构建”,《法学研究》2012年第5期,第128—129页;沈建峰:“权利能力概念的形成和变迁”,《北方法学》2011年第3期,第59—66页。

生命(活着),就有意识(意志),成立。<sup>[19]</sup> 故而,未成年人和精神病人,行为能力有限,但其权利能力不受限。②《民法典》未对“权利能力”“行为能力”作出定义,但却可从体系解释中得出二者的区分及关联。从第 21 条和第 24 条的文义可知,行为能力所包括的“辨认”能力,即属理性的范畴;而第 14 条规定“自然人的民事权利能力一律平等”,这意味着权利能力的内涵不包括理性,因为理性有程度高低,主体主观性中无差别平等者,唯有意志,因均为“绝对无限”而平等;权利能力规定先于行为能力,形式上构成行为能力的前提,正如理性的前提是意志。

此外,《民法典》未规定“人格”“责任能力”“财产能力”“意思能力”“认知能力”“判断能力”等,故而,实定法上只以“权利能力”与“行为能力”为主体(主观性)的析出概念,权利能力等于意志(能力),行为能力等于理性(能力),进而可依次梳理:具备权利能力取得“人格”,权利能力为行为能力的前提;“认知能力”“判断能力”“意思能力”以理性为基础,为行为能力所涵盖;而“责任能力”“财产能力”既涉及行为又涉及效果,可从属于行为能力,也可划归法律效果。

加之,法人和非法人组织,均应适用权利能力和行为能力制度,但作为组织体,其不同于自然人意志(意识)的先在性,应当对其是否具备权利能力和行为能力,进行论证。换言之,非法人组织的意志内涵,是需要论证的。此即下文的核心工作。

## (二)何以区隔:独立意志与意志独立

两个以上自然人的意志联合,并不能自然产生新的意志。<sup>[20]</sup> 承上所述,权利能力的内涵在于意志。单个生物人(Mensch)具有“绝对无限的意志”,因此平等,因此具备权利能力,也因此私法上“一律平等”(《民法典》第 14 条)。亦即,生物人“自然”是私法上的人,是之谓“自然人”,以区别于“不自然”的其他私法上的人。自然人的第二重自然属性在于,自然人除了天然具有绝对无限的意志之外(自明之理),此自然人的意志也天然地区别于彼自然人,即不仅天然有意志、且每一生物人的天然意志又天然独立,彼此区隔(亦为自明)。然而,自然人的上述两重自然属性,对于组织体而言却均是“不自然”的,换言之,后者需要论证:其一,有无意志;其二,有无独立意志。法政策也因此得以广泛介入。

法政策上,不可能认为任何两个以上自然人意志的联合都构成主体。一切组织,均是人的行为(意志),不管私法是否承认其主体资格。但是,不因设立组织的单个或数个自然人有意志,所以组织就有意志。而只能认为,因为设立组织的单个或数个自然人有意志,所以组织才因此有了具备意志的基础或可能。那种自然的、先在的意志,对于组织而言,是不可及的。组织的意志,是一种特别法,是在不断塑形中形成的。进而,所谓组织有意志,指的是以自然人意志为基础的意志可能。组织具有意志可能,其规范价值仍然微乎其微,正如自然人意志漫无边

[19] 类似论述,比如:“在法理上,人之权利能力就是一口气,其实就是人之生命……生命人成为完全主体无须任何条件,规定生命人成为完全主体之任何条件均违背现代法理”。李锡鹤:《民法原理论稿》(第二稿),法律出版社 2012 年版,第 662 页。

[20] 即便是婚姻也不例外,而只是可能因生育而产生新的主体。

际一样,数个自然人意志的相遇、交叉、叠合,同样漫无边际,法政策上一概予以承认、识别,是不可想象的。这意味着,对于组织意志而言,自然人的第二重自然属性才是关键,即如何将组织的意志与自然人的意志区别开来;〔21〕换言之,对于自然人而言,独立意志是自明之理,而对于组织而言,意志独立(于自然人)才是要义。唯有证成意志独立,才能使得组织体与自然人(设立者或其成员)互为他者,继而才有主体法上的规范价值。

基于以上判断,我们不妨首先审视既有法人本质学说的弊端。沃尔夫的法人否定说,不只是“对立法者具备的可能性估计过低,并且对现实需要重视过少”;〔22〕对于我国《民法典》而言,否定说无从解释比如第57条规定之法人主体性、权利能力及行为能力的内涵外延。萨维尼的法人拟制说,将法人仅仅视为某自然人的拟制,〔23〕其出发点是“法人在其本来意义上仅仅是(自然)人的一种表现”,〔24〕换言之,法人不过是作为自然人的一种工具;故而,虽然拟制说表彰的正是个人主义、意思主义,但仅将法人作为自然人拟制的工具,则并未说明,比如因何法人所表彰的意志联合就能形成主体、而同样作为自然人工具的合同不可以。基尔克的法人实在说,〔25〕理念源自其倡导的“人之所以为人,在于有人的结合”,〔26〕直接从社会学意义上认定组织体如同自然人一样也是客观存在。但正如拉伦茨所批评的,其“避而不谈作为自然界生命体的和在伦理意义上的(自然)人与那些由法律所规范的社会实践的产物之间所存在的差别”;〔27〕更进一步的是,对于我国《民法典》而言,非法人组织也完全可以套用实在说,进而也无法用于与法人的界分。〔28〕

关于法人本质的传统学说争论,对于证成组织区别于其成员的意志独立,并未展现出其便捷性。在德国法上,关于法人本质19世纪时虽曾有“激烈的争论”,但是“今天的人们大多认为,这一争论是无益之争”。〔29〕然而,即便搁置拟制说与实在说的争论,〔30〕学理上也没有更

〔21〕 比如拉伦茨在论及法人本质时,即强调“法人本身的基本特征是它自身作为一个法律实体与其作为法律实体的成员或者职能机关的个人相分离”。拉伦茨,见前注〔13〕,第180—181页。

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

〔23〕 同上注,第823页。

〔24〕 拉伦茨,见前注〔13〕,第180页。

〔25〕 梅迪库斯,见前注〔22〕,第823页。

〔26〕 Otto von Gierke, *Community in Historical Perspective*, Antony Black (ed.), Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 2. 另参见古振晖:《共有所有之比较研究》,台湾财产法暨经济法研究协会2006年版,第356页。

〔27〕 拉伦茨,见前注〔13〕,第180页。

〔28〕 实际上,基尔克的实在说并不仅仅针对法人,而是针对一切团体。参见(德)格尔德·克莱因海尔、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152—154页。

〔29〕 梅迪库斯,见前注〔22〕,第823—824页。

〔30〕 相关评述,参见尹田,见前注〔7〕,第323—326页;朱庆育:《民法总论》(第二版),北京大学出版社2016年版,第449页。

好的替代。<sup>〔31〕</sup>以至于,人们几乎等于放弃了团体人格与自然人人格的共通性。<sup>〔32〕</sup>团体人格与自然人人格“各自为政”,结果是权利能力、行为能力甚至人格权等概念工具顾此失彼、甚至无所适从。这多少有些“倒洗澡水倒掉孩子”的意味,而这个被倒掉的“孩子”,正是上文反复阐释的“意志”。

承上所述,任何组织均是人的行为,故而,组织建基于其设立人或成员的意志,当属无疑。但是,漫无边际的意志基础,亦即单个或数个自然人意志“无意识”的、偶然的相遇或交叉,对于组织作为主体而言,是无意义的,其并不能使得组织生成区别于该单个或数个自然人意志的意志。而要使得自然人意志之外生成区隔的新意志,必然且只能是自然人“有意识”为之。换言之,组织的意志要独立,前提是自然人需要限制自身绝对无限的意志,或“放弃”漫无边际的绝对自由状态,接受其他意志以及客体对其的限制。“意志”一旦转向“有意识”、自觉,就不再仅仅是意志,而是已经跨入“理性”(黑格尔)的王国。

所有法律概念,均是对人的限制。意志如是,理性亦如是。康德的意志观念,将人作为主体的自明之理,变得可证,也意味着是对人的限制:有意志才是人。黑格尔的理性观念,又是对绝对无限之意志的限制:人应当理性。结社是一种自由,但同时是对意志的限制;组织的意志,是对意志的组织,同时是对意志的限制,进而,是理性,而不可能再停留在漫无边际的意志领地。申而言之:其一,自然人天然有意志,组织天然表彰自然人的意志;其二,自然人天然有独立意志而为主体,组织唯有意志独立(于自然人)而为主体;其三,组织的意志独立,是且只能是自然人有意为之,故而其起点即是理性(意志独立=理性)。由此,我们可以重新审视主体、权利能力和行为能力制度:①主体概念是对人的限制(比如罗马法上的人格),权利能力是对主体的限制(通过意志),行为能力又是对权利能力的限制(通过理性)。②权利能力的内涵是意志,便如既有考证所确定的,为了不剥夺儿童、精神病人等的主体资格,将理性剥离;但理性剥离,并不意味着意志也被剥离,理性只不过是意志的“特别法”。③自然人经由权利能力和行为能力制度,建构成“意志/理性”二元结构,是对主体限制的“一般法”;及至团体人格,权利能力的起点即是理性(否则无法形成组织),故而,组织法上权利能力与行为能力“汇流”。

作为附带,以上论断(尤其第三点),对如下常见的学理困惑具解释力:①法人完人假设的存在合理性。法人完人假设,是为了符合理性标准;意志无限、理性有限,上文述及,漫无边际的意志交叉,对于组织作为主体无意义;意志绝对、理性却相对,且不同时代、不同国家的理性标准是不一样的,故而,对于法人的完人化假设,其实质是假设组织的理性

〔31〕 即便拉伦茨主张组织可以形成“总意志”,甚至也认可这种意志“倒也也成为社会活动领域和社会现实中一种真实的要素”,但仍然强调它“不是生理学上的意志,而是一个依整体程序依法讨论的结果”。拉伦茨,见前注〔13〕,第183页。

〔32〕 “就现代意义而言,‘团体人格’与自然人的‘人格’除了‘民事主体资格’(更为准确地说是‘财产主体资格’)这一点相同之外,两者之间毫无共通之处”。尹田,见前注〔7〕,第325页。



程度应当达到完全民事行为能力人的标准,这属于法政策判断。这也解释了为什么法律并没有规定“限制民事行为能力法人”或“无民事行为能力法人”,继而,所谓“打破”法人完人假设,无非是要降低法人的理性标准,这仍属于法政策判断;更为内在的动因还在于,自然人的理性标准共识程度较高,而组织的理性标准较为多元、且往往仰赖外物(比如财产、机构等),故而立法保守时,对于后者塑型倾向于谦抑。<sup>②</sup>实定法上,缘何法人的权利能力与行为能力看似“并无差别”。《民法典》第18条至第22条通过年龄、能否以及能否完全“辨认自己行为”(乃至第22条的“智力、精神健康状况”),将自然人三分为完全、限制和无民事行为能力人,但是第59条却对法人的权利能力和行为能力作了无差别规定,即“法人的民事权利能力和民事行为能力,从法人成立时产生,到法人终止时消灭”,且其后也未对二者作出任何其他限制性规定。究其原因,正如上文所强调者,就团体人格而言,权利能力的起点即是理性(否则无法形成组织),故而,组织法上权利能力与行为能力“汇流”。作为比较法上的印证,瑞士法理上也阐释“由于法律只是对特定的人的联合和目的财产(社团性法人和机构性法人)承认了其权利能力,从而也就在很大程度上丧失了对权利能力和行为能力进行区分的必要。换句话说,如果承认某构造具有权利能力,那么它一定也具有行为能力”。<sup>[33]</sup>③部分权利能力、权利能力相对性和广义行为能力理论的存在合理性。法布里秋斯所倡导的权利能力相对性理论,<sup>[34]</sup>并不是那么无稽,也不是理性剥离后权利能力就只存在有无之说、即可简单驳斥的。<sup>[35]</sup>如上文所述,理性是意志的“特别法”,对于权利能力而言,剥离理性并不剥离意志(保持了同质性);对于组织而言,其意志起点即是“特别法”(理性),进而其权利能力(判断)与行为能力(判断)重叠,这也无怪乎法布里秋斯等从“权利能力”一端出发(部分权利能力、权利能力相对性)或从“行为能力”一端出发(广义行为能力出发),均不至于产生荒谬的逻辑背反。

行文至此,可得出如下中间结论:自然人主体性的要义在于独立意志、组织主体性的要义在于意志独立,权利能力作为法律概念是对自然人的限制、行为能力作为法律概念又是对权利能力的限制,权利能力的内涵在于意志、行为能力的内涵在于理性,理性是意志的特别法,这保持了主体、人格、权利能力、行为能力的同质性;就组织意志而言,其权利能力的起点即是理性,这一方面使得组织未脱离意志领地,另一方面使得团体人格之权利能力与行为能力汇流,也正因为组织法上权利能力、行为能力的内涵均提升为(完全)理性,法政策才得以广泛介入,部分权利能力、权利能力相对性、广义行为能力理论才得以出场。

然而,同样,单纯的理性概念(或意志独立),仍不能进一步区隔法人意志与非法人组织意

[33] (瑞)贝蒂娜·许莉蔓·高朴、耶尔格·施密特:《瑞士民法:基本原则与人法》(第二版),纪海龙译,中国政法大学出版社2015年版,第382页。

[34] Fritz Fabricius, *Relativität der Rechtsfähigkeit*, München, 1963.

[35] 比如张其鉴,见前注[4],第104页。

志,亦即,就逻辑而言,需进一步追问:除了法人意志独立的方式之外,是否存在组织意志的其他形式。

### 三、非法人组织区隔于法人:合手原理及其本土化

承接上文,通过对权利能力的制度重述,仅能区隔组织与自然人,无法区隔此组织与彼组织。后者不能单纯在权利能力或行为能力制度概念循环中解决,这也是目前引入法布里秋斯权利能力相对性理论解决非法人组织难题不易成功的症结所在。区隔非法人组织与法人的关键,在于从历史、结构机理到社会真实角度,探寻与法人制度构造等量齐观的另一种组织形式。此际,德国法上作为第三民事主体人合组织理论基础的合手原理,更值镜鉴。

就渊源而言,普鲁士法学家贝塞勒被认为是德国法上合手原理的奠基者,其学生基尔克则为集大成者。<sup>[36]</sup> 贝塞勒/基尔克系从研究古日耳曼村落共同体及中世纪农业合作社出发,倡导存在一种或数种区别于(罗马法)法人的日耳曼团体。贝塞勒首次提出确切的合作社概念,认为“堤坝—防护堤协会、宗教教派、矿业公司以及宗教、学术、艺术社团、船舶公司、股票和保险公司,甚至在某种意义上的乡镇和德意志联邦都是‘合作社’”,他从社会学角度认为这是德国人的“缔和精神”,他试图“在罗马法中‘universitas’(指纯粹的法人)与‘societas’,或被称为‘commonio’(指没有自己权利能力的纯粹人合体)这两者之间,从教义学的角度赋予了‘合作社’这种制度一个中间的位置”;基尔克则发展了贝塞勒的合作社概念,并“认识到德意志法律生活的一种核心现象,一切均形成了团体,从家庭到现代国家”。<sup>[37]</sup>

就字义而言,“合手”之用词,应系来自于“合手采邑”,<sup>[38]</sup>即一种“手手叠加”<sup>[39]</sup>的仪式,封建领主通过该种仪式将封地封给受封的家臣们,这些受封的家臣就该封地而言,表现为一个“同一(体)”,即仅表现为“一个受封者”;<sup>[40]</sup>由此,从内部关系而言,受封家臣便成为永久的生活共同体和权利共同体,一直到分割封地,“合手”破裂;任一合手人未经其他人同意不得处分封地,如其中一个合手人死亡且无继承人时,则封地由其余生者保有,而无须新的受封。

基尔克总结的合手原理要义,在于“单一与复多并非对立的而具有特殊的结合、交错运作的状态,故不是抽象的单一性,而是形成复多的单一性,简言之,就是将复数人提升至人的单一体的原理,而且以这样之人的结合形态,影响人们相互间的财产共同关系”;<sup>[41]</sup>基尔克还进一

[36] Vgl. Gerhard Buchda, *Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandlehre*, Marburg, 1936, S. 166.

[37] 克莱因海尔等:见前注[28],第58、154页。

[38] Buchda (Fn. 36), S. 28 ff.

[39] Carl Gustav Homeyer, *Darstellung, Sachsenspiegel II. Teil*, Bd. 5, 1844, S. 327; Buchda (Fn. 36), S. 28.

[40] Sächsisches Lehnrecht Art. 8 § 2.

[41] 古振晖,见前注[26],第356页。

步区分“组织体式的联合”和“合伙式的联合”，认为前者是人类对于法律上承认的独立之“组织人”的肯认，后者相反，则是一种否定；〔42〕基于此，基尔克区分出“组织人”和“人法上的共同体”，〔43〕进而指出前者系法律主体，而后者不过是一种法律关系；而合手共同体，因其人的单一性，所以是有权利能力的，〔44〕也是有（广义）行为能力的；〔45〕“合手共同体可以在其联合范围内以同一性的方式构建和宣布其共同体意志，该意志甚至并非由单个意志相互交换的共同意志，而就是一个独立的单一意志”，〔46〕因此，当这种单一意志不纯粹时，合手（团体）可以增加或者减少成员，以净化该意志“同一性”。〔47〕

合手原理在主体法领域并未被广泛承认，〔48〕但是弗卢梅却继承了基尔克的衣钵。弗卢梅还发扬了基尔克的区分，强调法人和合手的区别，指出前者系“联合体人”，是一个超越个人的组织及其行为的统一体；后者系“人之联合”，也是一种独立的团体。〔49〕合手团体并不是全体人员的简单相加，而是摆脱了单个成员独立存在的概念，可以作为独立的权利义务主体。〔50〕尽管弗卢梅的团体理论在很长一段时间都未成为有力说，但是2000年《德国民法典》的修改和2001年1月29日联邦法院判例，似乎又证明了弗卢梅学说的胜利。〔51〕合手原理，携带着其与生俱来的日耳曼法基因，构成德国法上包括民事合伙、无限公司、两合公司在内的第三民事主体人合组织（不同于法人）的法理基础。

#### （一）镜鉴：组织体意志的二元结构论

相较而言，截至目前我国法上的非法人组织，不论从法律继受角度，还是从“法是民族精神”角度，均属“无所归依”。

贝塞勒和基尔克（弗卢梅除外）在建构合手原理时，均注重调查实证，进而强调日耳曼团体形式甚至名称上的特殊性，更为基础的是二人均认为日耳曼团体具有精神上的特殊性；贝塞勒强调日耳曼民族特有的“缔和精神”，基尔克则提炼出“德意志法律生活的一种核心现象，一切

〔42〕 Vgl. Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht, I. Bd. (Allgemeiner Teil und Personenrecht), Leipzig 1895, S. 481.

〔43〕 Gierke, (Fn. 42), S. 456 ff., S. 660 ff.

〔44〕 Gierke, (Fn. 42), S. 682.

〔45〕 Buchda (Fn. 36), S. 179.

〔46〕 Gierke, (Fn. 42), S. 684.

〔47〕 Gierke, (Fn. 42), S. 691.

〔48〕 拉伦茨即既反对合手共有，也反对合手团体主体化。参见拉伦茨，见前注〔13〕，第193—194页。

〔49〕 Vgl. Werner Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, I/1 (Die Personengesellschaft), Berlin 1977, S. 50 ff; Ders., Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, I/2 (Die juristische Person), Berlin 1983, S.1 ff.

〔50〕 Vgl. Hartmut Nitschke, Das Recht der Personengesellschaft in Deutschland und Frankreich, 2001, S. 96, 97.

〔51〕 卜元石、韦西蒙：“中德第三民事主体的比较研究”，载卜元石主编：《域外中国法评论》第一辑，上海人民出版社2009年版，第18页。

均形成了团体”，看似玄秘，但无非都是在强调日耳曼民族有着更强的团体主义精神。附带的效果是，基于欧洲社会由自由资本主义向垄断资本主义阶段的转变，基尔克的团体主义思想也就“恰巧”显现出较强的前瞻性，也因此，其实在说在法人领域渐次赢得了通说地位。但就广义的个人主义或者团体主义而言，自非一国一民族所独享，否则，我们很容易得出比如社会主义只适合或更适合德国人的结论。诚然，合手之名称甚至具象规则等形式上的特殊性过于具体、而所谓日耳曼团体精神又过于抽象，其共通性均属于于日耳曼化，应予摒弃。本文认为，合手原理中最有价值者，实为剥离日耳曼元素之后的、对罗马法规则的求同部分，且正可用来型构本文论题的核心：对法人之外组织意志独立方式的探寻。

除了日耳曼元素之外，合手团体相较于法人，有无本质性的差异？莱赛尔认为没有，故而其主张将合手团体并入法人。<sup>[52]</sup> 承上所述，基尔克和弗卢梅显然认为是有的。结合基尔克对“组织体式的联合”与“合伙式的联合”的区分、弗卢梅对“联合体人”与“人之联合”的区分、以及基尔克对合手团体意志的解释，可知二人均致力于对不同于法人意志之合手团体意志的型构。上文强调，非法人组织不同于法人者，不在于有无意志，也不在于独立意志，而在于意志独立（以区别于其成员）的方式不同。基尔克/弗卢梅合手原理区分两类组织成员间不同的联合方式，也启示甚至直接给出了二者意志独立方式的不同（“组合式”VS“排列式”），亦即：法人是通过其成员以组合方式，催生了独立于其成员的团体意志；合手是通过成员以排列方式，抽离出独立于其成员的团体意志。合手过于日耳曼法，下文以更普适的合伙代替（也符合德国现代法），<sup>[53]</sup> 尝试借用合手原理内核，探寻法人/非法人组织之团体意志二元结构。

### 1. 法人：组合式意志联合

“德国重要学者奥托·冯·基尔克甚至开玩笑说，除了婚姻大事，多数决原则没有什么领域不可应用的。”<sup>[54]</sup> 成员的多数决，构成法人的意志；仅在例外情形下，为一人决（一人公司）或一致决。多数决使得法人意志独立于成员，原因如下：其一，采取多数决，意味着决议意志与部分成员（少数派）意志不同，进而独立；其二，少数决不可以实现前述意志独立，少数决会形成多个决议、且互相矛盾；其三，凡事一致决不现实，且无法与成员意志区别。亦即，法人组织意志的多数决，正是法人的理性所在。参照“法人有机体说”，决议机构是法人的“大脑”。自然人也不能仅依靠大脑实现意志，而是需要四肢、身躯等其他组织，故而，法人除了决议机构，还需要通过执行机构、监督机构等实现完整的功能。至于法人的完人假设，正是对类似自然人身体

[52] Vgl. Thomas Raiser, *Gesamthand und juristische Person im Licht des neuen Umwandlungsrechts*, AcP 194, 1994, S. 511. 类似观点，比如认为我国《民法总则》规定的非法人组织，“名为‘非法人’，实质具有法人的全部性质”；参见王涌：“法人应如何分类——评《民法总则》的选择”，《中外法学》2017年第3期，第638页。

[53] 德国现代法上，在合作社法人化之后，合伙便成了合手原理涵摄的核心。就此，尤其可以关注弗卢梅关于应当“以合伙作为合手的原型”的论证。Flume, *Gesellschaft und Gesamthand*, ZHR 136(1972), S. 177.

[54] (美)约翰·吉尔伯特·海因伯格：“多数决原则的历史”，张卓明译，载中国法律史学会主编《法史学刊》（第二卷），社会科学文献出版社2008年版，第527页。

结构般功能完整的一种乡愿,名称、住所、财产等亦复如是。不同时代对法人完人假设标准的渐次降低,比如对于注册资本的放松,不过是从功能必要性角度体现的社会进步。取譬而言,法人之为人,系大脑、四肢、身躯乃至五脏六腑等“拼接”而成的人,即“组合人”;其意志系由成员多数决型构而成,故而,其意志不同于其成员、从而独立;表现之一,再如,法人的“法定代表人”本质不是代表,而是代理,因为其系执行机构,他/她(作为自然人)不同于法人的意志,其仅仅是在执行法人的意志。最后,正因为法人意志与成员意志各自独立,所以成员原则上不为法人行为承担责任,即有限责任。

## 2. 合伙:排列式意志联合

合伙采成员无限责任,故而相较于法人明显风险更大,也因此而不具制度优势;然而,吊诡的是,合伙这一制度不仅没有消灭,在各国现代法上仍然展现出旺盛的生命力,并时有创新。贝塞勒和基尔克在凝练合手原理的过程中,很明显较为重视同业团体,比如二人提炼的核心团体概念“合作社”。而有趣的是,现代法上对合伙的创新也几乎集中在同业团体,比如特殊普通合伙(律师事务所、会计师事务所等);创新意味制度需求、制度需求反证合伙甚至无限责任的合理内核。这其中蕴含一个结构性的假设,即:合伙之所以区别于法人,基础即在于其成员的同质性;而基于成员的同质性,在合伙事务上合伙意志与成员意志高度一致,进而成员基于理性与合伙承担连带责任。虽为假设,但却可断言的是,除此之外,目前理论实践中尚不存在其他类型之团体意志的“集成”可能。

取譬而言,法人意志独立方式是大脑、四肢等拼接而成(“组合人”),而合伙更像是人的队列(“排列人”),因其成员同质、行动整齐划一,而看起来“就像一个人”一样;换言之,高度一致的合伙人意志“集成”为独立的合伙意志。我们可以想象,走队列的士兵,他平时并不需要踢正步,他仍然是独立的自然人;与此同时,单个士兵不成队列;而一群人行走整齐得像一个人一样,正是对该队列最高的评价;这正是合伙意志虽为集成、但仍有别于其成员的要旨,恐怕也正是基尔克基于复多(Vielheit)形成单一体(Einheit)的精髓。更形象些,组合人看似“有手有脚”,排列人则似“同手同脚”。

就治理结构而言:其一,基于成员同质,与法人相反,合伙(或合手)以一致决为原则、多数决为例外。其二,合伙(或合手)的每个成员都是完整的“人”,理论上都能独立处理合伙事务,故而无需额外的“手脚”,即合伙(或合手)不需要复杂的机构设置,合伙的组织性因无必要、较法人为弱。其三,进而,执行事务合伙人与法定代表人不同,前者是代表(基尔克所言的“以部分代表整体”),后者则是代理(上已述及)。〔55〕其四,为保持成员就合伙事务之意志的高度一致性,正如基尔克所倡导的(上已述及),合伙可以“开除”个别成员以纯化其意志。〔56〕其五,

〔55〕 笔者以为,文义上,代理与代表是可区分的,代表是人在其中(代表本身就是被代表群体之一员)、部分对整体,代理则人在其外,代理人与被代理人需得互为他者、整体之甲代理整体之乙。

〔56〕 相较而言,公司“开除”股东,则趋向于否定或更为严苛,其体系底蕴亦当迥异。

高度同质性及意志一致性,是成员对合伙事务承担无限责任的基础,但这并不意味着合伙意志不独立,也并不意味着合伙意志与成员意志混同,相反,合伙意志独立、成员无限责任也可调整(特殊普通合伙即为典型)。

准此,基于成员同质性,合伙蕴藏与法人完全不同的意志独立方式。并且,不论罗马法还是日耳曼法,甚或古今中外,均认可合伙作为一种基本的组织形态。换言之,合伙构成法人之外团体意志型塑的可能性,且可从罗马法、日耳曼法乃至我国社会真实中提取“公因式”。

## (二)法人之外:非法人组织法的教义学回正

据此,理论、历史、比较法乃至社会实践中,的确存在另一种有别于法人的团体意志独立方式,即合伙(合手)。《民法典》承认非法人组织,非为叠床架屋,但相关概念、规则乃至规范群的高度空心化,必然导致极其昂贵的理论澄清成本、甚至聚讼纷纭,法律适用更将无所适从,就立法俭省的初衷而言极为不经济。此际,从理论上尝试给漫无边际的非法人组织概念“填充”以区别于法人的允当内涵,有助于回正非法人组织法的泛主体化趋势。而从内涵(意志)角度,能与法人界分者,唯有合伙(“组合人”VS“排列人”)。也因此,本文不仅不赞同将合伙从非法人组织类型中排除,相反,恰恰认为应当以合伙作为非法人组织的一般法,横向上与法人相区隔、纵向上以之为“元规则”渐次衍生、形成、型塑甚至类推各类其他非法人组织。以合伙作为非法人组织的一般法,既具有历时性、也具有共时性,既能表彰实证主义的演化,又能附和纯粹的自然法进路。就此,进一步的构建如下:

### 1. 非法人组织的内部结构

非法人组织作为民事主体,与法人构成团体法上的二元结构。二者区隔在于意志独立方式不同,法人为成员意志组合式独立、非法人组织为成员意志排列式独立。法人意志独立于其成员,重在意志组合(各司其职),故而法人更注重成员及利益相关者的多元性,进而,也更强调科层制机构设置;与之相对,非法人组织意志独立于成员,重在意志排列(同手同脚),故而非法人组织倾向于成员同质,进而,其组织性较法人弱而更倾向于扁平化治理。法人组合式意志独立,以多数决为原则,一致决为例外;而非法人组织排列式意志独立,以一致决为原则,多数决为例外。

### 2. 非法人组织的外部结构

与法人相同,意志独立也是非法人组织成为民事主体的要旨,至于名称、住所、财产、机构设置等,只不过是对于非法人组织意志独立的推定。合伙协议(对内)、章程(对外)、登记(公示)等,才是非法人组织意志独立的表示。当然,登记只是公示方法,不能舍本逐末地认为民事主体资格系由公权力赋予或简单理解成与公权力的某种交易;<sup>[57]</sup>盖因合伙情形下,即便不登记,也不影响数个合伙人从决议到行为、责任始终保持一致(不考虑“一致行动人”成本昂贵的话);更有甚者,自然人既有出生登记、也有死亡登记,民法上似乎不能认为自然人的主体资格

[57] 相反的观点,比如张其鉴,见前注[4],第111页。

系由登记或登记机关赋予。最后,非法人组织意志独立于其成员,故而其财产独立、责任独立,此一点与法人并无差别;至于实定法上规定非法人组织成员的无限责任,或可理解为成员对团体行为概括的连带保证(合伙企业情形似一般保证,民事合伙情形似连带责任保证),并且该无限责任可调整(上有述及)。

### 3. 对自然人意志的可回溯

与法人相同,非法人组织作为团体的意志,可向其成员意志回溯。一方面,组织意志是对自然人意志的集成,故而,二者具有同质性,也使得法人得借助自然人(比如法定代表人)为法律行为、合伙得借助执行事务合伙人为法律行为;<sup>[58]</sup>另一方面,人格否认是对组织意志的否定,其依据是组织意志独立不能,亦即,当组织意志实质上并未独立或者沦为自然人意志的工具时,也应当对非法人组织进行人格否认。

### 4. 对权利能力制度的反馈

权利能力概念并非空壳,也不是对主体主观性的彻底剥离。权利能力的要义在于意志能力,权利能力与主体并非同义反复,而是以有无意志、意志是否独立为标准对主体进行价值判断,法政策据此介入,以避免主体泛化或无所适从。不论有无理性,自然人的意志具有先在性,故而,法律对精神病人、儿童与正常成年人一体性认可具备权利能力;组织体以自然人意志为基础,但任何组织的意志或意志的组合,均已超出抽象意志,而进入理性范畴;组织意志能力的关键在于其意志是否及如何独立于其成员,故而,自然人独立意志是先存的,组织意志独立则是需要后天判断的,也因此,法律往往对后者设置控制条款;组织体权利能力的起点即是特殊意志(理性),故而,不仅是对法人,对非法人组织也一样,权利能力与行为能力彼此重叠(上有述及)。进而,德国法上“有权利能力的人合组织”概念可以不是同义反复,而是表彰《德国民法典》认为有部分人合组织不具备理性能力;也因此,我国《民法典》未规定非法人组织的权利能力、行为能力,一定程度上构成法律漏洞。

## 四、效用:两种不同的解释路径

从形式上看,虽然《民法典》沿袭《民法总则》确立了非法人组织的民事主体地位,但第102条第1款却未给出非法人组织区别于法人的内涵、第2款就其外延也未采类型闭锁,加之,第108条又规定了非法人组织对法人规则的参照适用,这使得从体系解释角度,很容易倾向于非法人组织是法人的特别法;而结合我国法上法人完人假设突破的学理积累,更容易顺理成章地认定非法人组织的本质不过是完备程度不足的法人;进而,非法人组织的权利能力、行为能力、财产独立性、责任独立性等,均低于法人。而此种法解释路径或倾向,最直接的问题在于与法

[58] 以合伙企业为例,对非法人组织与商事合伙二者事务执行的质疑和相关疑惑,参见李永军,见前注[2],第126页。

人章“第四节 特别法人”的体系冲突：既然非法人组织是完备程度较低的特殊法人，缘何不直接将其规定为特别法人之一种，却颇费周折地另设新章；更为根本的问题在于，就组织体的各项要件而言，究竟需要多完备方可成为法人，相应地，究竟能多不完备而成其为非法人组织；即便按照法律实证主义者主张的依赖国家登记来确立非法人组织的权利能力，<sup>[59]</sup>得为登记的标准又是什么；凡此种种，很容易走向恣意，要么失之过宽，要么失之过紧，非法人组织法或将因利用成本过高而成为一纸空文，更何谈制度优选。

### （一）重申：另一种解释路径

与上述“不完备法人”解释路径相竞争，本文主张给高度空心化的非法人组织概念填充以合伙（合手）的内涵，以合伙作为非法人组织的一般法。就《民法典》非法人组织规范群（第102条至第108条）的法律适用而言，后者也完全可以提供另外一种解释可能性：

#### 1. 非法人组织的内涵

第102条第1款仅仅排除了非法人组织的法人内涵，但并未给出非法人组织的构成要件，填充以合伙内涵并不违背宽泛的“不具有法人资格，但是能够依法以自己的名义从事民事活动的组织”定义。合伙作为组织体本身，在我国实定法已经与法人两立（商事领域最重要的组织法即一为《公司法》，一为《合伙企业法》），《民法通则》还规定了民事合伙，《民法典》更新增了合伙合同，其应当在民事主体法上具有相应的“原型”（Figur）地位。就法律关系而言，根据“人的结合”强度合伙依次递增为“合伙合同（债法）——共同共有（物权）——民事合伙/合伙企业（主体）”。<sup>[60]</sup> 据此，某一组织是否成为主体，还是仅仅停留在债法或物权法，其核心仍在于当事人意愿（私法自治）：是否有明确的意愿（理性）要将组织的意志与其成员的意志区别开来；换言之，数个合伙人完全可以满足于合伙关系及共同共有效果而不去塑型区别于各自意志的组织意志；对此，法律应当予以识别，而登记不过是一项现代识别工具，其本身不提供任何区别于法人的非法人组织标准，更不能本质性地决定非法人组织意志是否独立（权利能力）。

以合伙为非法人组织的内涵，客观上限缩了非法人组织的范围，可以对非法人组织引起的主体泛化予以收敛，更为基本的考量在于整个非法人组织法应当提供立法增量，而不是模棱两可的规范兜底甚或立法逃逸。就法律效果而言，以合伙作为非法人组织的内涵，当事人意愿始终是核心：第一层意愿在于横向上对法人还是合伙的选择，合伙区隔于法人，除了特定的类型强制之外，成员可以基于理性选择其中之一（选择自由）；第二层意愿在于纵向上对合伙人之间结合程度的选择，结合越低者（合伙合同）越为一般法，依次增强，故而，民事合伙视其意愿（而

[59] 参见张其鉴，见前注[4]，第111页。

[60] 作为对照，《德国民法典》债编除了在第705条规定了合伙合同（Gesellschaft），在第741条还规定了按份共同（Gemeinschaft nach Bruchteilen），前者的物权法效果是合手共有（Gesamthandseigentum），后者的物权法效果是按份共有（Miteigentum）。从“人的结合”程度角度，后者同样并不难看出“按份共同（债法）——按份共有（物权）——法人（主体）”的隐藏序列。



非仅仅依靠登记),也可能具备权利能力、成为民事主体。<sup>[61]</sup>

## 2. 非法人组织的外延

第102条第2款规定了非法人组织的三种法定类型(个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构),文义上合伙仅涉及其中一类(合伙企业),似乎难以统摄其他两类,实则不然。不具有法人资格的专业服务机构,目前认识并不统一,有认为指的是“会计事务所、律师事务所、审计师事务所、医疗诊所等”,<sup>[62]</sup>有认为仅指“会计事务所和律师事务所”;<sup>[63]</sup>认识较为一致的是,“这些组织多采用合伙制”;<sup>[64]</sup>明显错误的看法是“《合伙企业法》没有将其纳入调整范围,主要是由于这类组织同一般的合伙企业不同,具有一定的特殊性”,<sup>[65]</sup>实际上《合伙企业法》第55条以下明确规定有“特殊的普通合伙企业”,针对的正是“以专业知识和专门技能为客户提供有偿服务的专业服务机构”;这不正是基于成员同质性而形成的“同业团体”?故而,完全在合伙的射程范围内。

至于个人独资企业,在“不完备法人”解释路径下,可以认为其是一人公司的不完备形态(特别法),但是在合伙解释路径下,其自然也可以认为其属于特殊的合伙企业(一如一人公司属于特殊的有限责任公司);当然,个人独资企业相较于一人公司,其财产区隔效果及意义较为有限,由于无限责任,其财产整理效果大于实际财产区隔效果,但其仍然不同于一人公司,个人独资企业主要是设立人亲力亲为、而一人公司再简化也有科层制;故而,可以认为个人独资企业是只有一个合伙人的合伙企业(不完全是同义反复:比如特定年龄以上的单身人士可以构成独立家庭,或者丧偶家庭仍为一个家庭等),而作为“不具有法人资格的专业服务机构”的律师事务所不也允许设立一人律师事务所,后者也不同于一人公司,而是一人合伙。我们国家有专门的《个人独资企业法》,正如也有专门的《注册会计师法》《律师法》甚至《律师事务所管理办法》,在组织法意义上均可视为合伙的特别法。准此,非法人组织的三种法定类型,均在合伙射程范围内。<sup>[66]</sup>

## 3. 非法人组织的存续

第103条并非规定非法人组织的设立以登记为要件,仅仅规定应当依法登记或取得

[61] 李永军教授则指出,不仅民事合伙不具有组织性,《民法总则》也不应当将合伙企业纳入非法人组织。参见李永军,见前注[2],第134页。

[62] 陈甦主编,谢鸿飞、朱广新副主编:《民法总则评注》(上册),法律出版社2017年版,第718页。

[63] 王利明:《中华人民共和国民法总则详解》(上册),中国法制出版社2017年版,第415页。

[64] 陈甦主编,见前注[62],第718页;王利明,见前注[63],第415页。

[65] 陈甦主编,见前注[62],第718页。

[66] 《民法总则》乃至《民法典》起草过程中,主体法领域一直有一个难点,即“两户一伙”如何归类的问题。所谓“两户一伙”指的是《民法通则》中规定的个体工商户、农村承包经营户和个人合伙。结果,“两户”被放在了第二章“自然人”项下,与民事权利能力、监护、宣告失踪等三节并列,个人合伙则不知所踪,而民法典合同编中合伙合同的适用范围是否仅限于个人合伙,也存在争议。这些都没有得到较为前后逻辑一致的允当解释。值得注意的是,已有最新研究提出民法典合同编合伙合同当以“未形成组织的合伙为预设对象”。参见朱虎:“《民法典》合伙合同规范的体系基点”,《法学》2020年第8期,第20页。

批准,故而,不能仅依据登记或批准确定其权利能力;操作上,倘若不提供区别于法人的内涵标准,非法人组织的登记要么将因过于恣意而无所适从,要么将因过度依赖各单行法各自为政而不当限制私法自治。第104条既涉及非法人组织的财产归属又涉及其责任承担,根据本文的系统论证,凡意志独立者人格独立、财产独立、责任亦独立,故而该条“非法人组织的财产”应当解释为非法人组织财产独立;非法人组织的责任同样独立,至于其成员所承担的无限责任,系以非法人组织的独立责任为前提(“非法人组织的财产不足以清偿债务”时),正如上文所述,此时可以解释成概括的人保结构(民事合伙形成组织情形,更接近于一般保证);对于该无限责任,也如上文已提及的,是可调整的,比如在特殊普通合伙企业情形,仅在特定债务范围内承担无限责任。第105条是唯一涉及非法人组织“机构”的规定,而其所采纳的正是合伙式“部分代表整体”的代表制度(即:非法人组织可以确定一人或者数人代表该组织从事民事活动)。第106条和第107条涉及非法人组织不能永久存续,其最终会向其成员自然人的意志回归,故而识别团体意志的消灭,并涉及财产归属主体的变更即债权债务等清算事项。

#### 4. 类推法人的再解释

第108条确立了法人法一般规定对非法人组织的类推,这是对“不完备法人”解释路径最好的支撑。然而,确立合伙作为非法人组织的一般法,意味着非法人组织不能简单认定为法人的“残次品”,而是与法人二元对立的另一种组织形式,故而,该种类推应当理解成就诸多共同性的组织原理(比如权利能力制度等),法人法因为其在现代法上“先发优势”积累了更多成熟的规则,可兹借用。至于更深层面上,二元对立的两种组织制度,本质上究竟何者更为一般法,可依据不同时期的法政策予以甄别。此外,第108条建立的类推机制,拙见以为还提供了两个解释空间:其一,法人与合伙,正如罗马法上已经存立的,二者存在共通性的因素,这意味着一方面二者均可向自然人意志回溯,另一方面意味着二者可以转化(比如法人内部:有限责任公司通过改制可以变更为股份有限公司),即两种组织形式基于当事人意愿的选择自由而允许变更。其二,更为有趣的是,设立中的法人如最终未设立的,根据第75条应当由设立人承担连带责任,这似乎更契合第104条,何者更为一般法,便有两说。

#### 5. 法典俭省与制度优选

综上,以合伙为内涵的非法人组织,完全可以形成彼此不相矛盾的规范性体系解释,且因其从“事物的本质”角度区隔于法人,有利于法典俭省和提供制度优选;不仅如此,以意志独立为中心,举凡自然人/法人既有的相关制度,人格、自治、权利能力、行为能力、财产独立、责任独立等,无不获得不相矛盾的教义学解释,进而均得以承继承载、甚或延展续造。

#### (二) 检验:以业主团体为例

以合伙作为非法人组织的一般法,可以同一性地解释第102条第2款列举的非法人组织三种子类型,但该第2款采取的列举方式非为类型闭锁,而是以类型开放的“等”字结尾,这意味着就体系解释完整性而言,还有必要测度合伙路径的解释张力,亦即:其是否提供了一个清

晰的教义标尺,用于吸收或拒斥新型非法人组织类型。对此,不妨以文章开头提及的业主大会及业主委员会为具象,加以检验。

业主的建筑物区分所有权规定在物权编,但对于业主自治组织的定性,历来聚讼纷纭。日本法上,承认业主全体的团体地位;<sup>[67]</sup>德国法上,则“承认住宅所有权共同体的部分权利能力”。<sup>[68]</sup>上文已述及,我国法上渐次增多的观点认为“业主委员会属于非法人组织的表现形式”;<sup>[69]</sup>而地方实践操作中,业主委员会的上位“组织”业主大会又得向住房和城乡建设部门申请备案并取得统一社会信用代码证书,但究竟此时业主大会又成了另一种非法人组织抑或法人,争议颇大,而此一点对于整体物业的运行管理(诸如物业公司聘请、大修基金使用等),影响甚巨;同时,也细致体现了登记及登记机构在确立组织基本类型标准上的进退失据。

根据本文所主张的进路和核心观点,对业主自治组织的定性分析如下:①业主自治组织是基于建筑物区分所有权而形成地缘共同体,既符合资合特征、又符合人合性,故而,业主可以选择设立法人或非法人组织,亦即不必法定其一,而端赖其选择。②业主符合成员同质性特征,其所设立的自治组织,可以型构为排列式意志独立的合伙,但不排斥其也可以型构为组合式意志独立的法人。③业主的建筑物区分所有权在我国法上存在争议,应当认定为特殊的按份共有,<sup>[70]</sup>在“共有一合伙—法人”的罗马法序列射程范围内,教义学意义在于,不宜强制业主成立团体,在事务有限的情况下,业主们可以选择共有规则治理。④业主自治组织的类型基于成员意志联合程度,自债法上的分管协议、至财产法上的共有再至主体法渐次增强,均应当由明确的意思表示确立,共有规则之后分叉为法人式组织意志和合伙式组织意志。⑤业主委员会是“内设机构”,在非法人组织情形下至多属于第105条规定的“数人代表”,不宜独立为主体;业主大会在法人情形趋近股东会、在非法人组织情形趋近合伙人会议,独立其为主体,不合逻辑;故而,应当邀请类似“业主团体”的上位概念出场。⑥引入业主团体概念的情况下,本文认为业主团体更适合以同业团体的方式治理,从制度优选角度,基于业主的同质性和平权性及事务的单一性,以一致决(或四分之三多数决)为原则、多数决为例外更为妥当;当然,也有必要进一步区分商业型物业与居住型物业,前者更注重高效统一,也可以适当出资,故而,前者可以选择设立法人型业主团体。

## 五、结论:主体法之双重二元结构

制度增量从何而来,这是《民法典》前四章全面引入非法人组织为第三民事主体制度后,应

[67] 比较法上,日本民法承认业主全体的团体性,见《日本建筑物区分所有权法》第3条。

[68] 参见(德)霍尔夫·施蒂尔纳:“德国视角下的中国物权法”,王洪亮译,载卜元石主编:《域外中国法评论》第一辑,上海人民出版社2009年版,第60页注25。

[69] 王利明,见前注[63],第418页;张新宝等,见前注[3],第71页。

[70] 唐勇:“论按份共有的三层次私法构造——兼评《中华人民共和国物权法》的按份共有规则体系”,《法商研究》2014年第5期,第103页。

当反复叩问的。寥寥七条(第102条至第108条)的非法人组织规范群,内涵不清、外延不明,对统一适用于自然人、法人的权利能力、行为能力等制度也是闪烁其词、模棱两可,相关理解也是进退失据、无所归依。非法人组织内涵的高度空心化,不可避免地引起主体泛化;而非法人组织外延的模糊性,又将不可避免地导致法律适用上的聚讼纷纭、无所适从。一揽子解决如数问题的关键,在于探寻非法人组织内在结构的同一性。

不可否认,非法人组织法典化的初衷是对法人完人假设的突破,但这并不意味着就概览性而言只需将非法人组织简单认定为法人的残次品即可。相反,既已法定为主体,非法人组织就应当被认真对待;换言之,倘若不给予妥当的学理规整,非法人组织法不仅不能提供制度增量,其本身却很大概率会成为诉争之源。

就概念论概念,“非法人组织”概念不仅可疑、甚或可言失败,其从字面对“人”进行了双重驱逐,不着边际、无从收敛,却还践行了类型闭锁,使得第四或第五民事主体无从发生。“自然人”与“法人”的概念,虽同样可疑,但此二者毕竟将主体从文义上均限定在了人的范畴,而非法人组织虽则顺应人格范畴扩张之趋势,但其概念法定之初,即深度挤压了其拟制为人的空间。“非法人组织”概念对“人”的否定,使得统一适用于“人”(自然“人”与法“人”)的人格、权利能力、行为能力等制度积累,面临一体适用上的犹疑甚至落空。解决“非法人组织”概念空心化的关键,在于填充以允当的教义内涵。

主体何以成为主体,这一追问对第三民事主体同样适用。既有理论倾向于将权利能力与主体、主体资格、人格等概念抽象地划上等号,甚至认为权利能力就是剥离理性后对自然人、法人一体适用的概念空壳,进而,是主体就有权利能力、有权利能力就是主体。但实际上,权利能力概念并非空壳,主体和权利能力也并非同义反复。权利能力就是意志能力,行为能力即是理性能力,行为能力是对权利能力的限制,理性是对意志的限制,理性是意志的特别法。自然人的意志具有先在性,但组织体的意志却是需要论证的。任何组织均是人的行为,组织必然建基于设立人或成员的意志,但漫无边际的意志基础对于组织作为主体是无意义的,其并不能使得组织生成区别于自然人意志的独立意志;组织的意志要独立,前提是自然人需要限制自身绝对无限的意志,而该意识自觉便不再仅仅是意志、而是已经构成理性,换言之,组织意志的起点即是理性,从而其权利能力与行为能力相重叠。组织体同样适用“有意志才是人”与“人应当理性”这两条铁律,自然人成为主体的要义在于独立意志,而组织成为主体的关键在于意志独立;进而,权利能力与行为能力等制度,同样适用于非法人组织,而使得非法人组织区隔于法人的关键,只可能在于同样作为组织,两者意志独立的方式不同。

而在理论、历史、比较法乃至社会实践中,的确存在另一种有别于法人的组织意志独立方式,即合伙(合手)。德国法上的合手原理过于地方性知识,但去掉其日耳曼法元素之后,仍具有方法论上的借鉴意义。从意志内涵角度,能与法人界分者,唯有合伙;法人是通过其成员以组合方式,催生了独立于其成员的团体意志;合伙是通过成员以排列方式,抽离出独立于其成员的团体意志;而合伙所彰显的成员同质性与一致决原则,在体系价值上也能与法人旗鼓相

当。故而,不仅不应将合伙从非法人组织类型中排除,相反,恰恰应当以合伙作为非法人组织的一般法,横向上与法人相区隔、纵向上以之为元规则渐次衍生、型塑甚至类推适用于各类其他非法人组织。以合伙作为非法人组织的一般法,既具有历时性、也具有共时性,既能表彰实证主义的演化,又能附和纯粹的自然法进路。

同时,以合伙为内涵的非法人组织,完全可以形成彼此不相矛盾的规范性体系解释,且因其从“事物的本质”角度区隔于法人,而不必将主体资格的认定一般性地推给国家行为,有利于法典俭省和提供制度优选;不仅如此,以意志独立为中心,举凡自然人、法人既有的相关制度,人格、自治、权利能力、行为能力、财产独立、责任独立等,无不获得不相矛盾的教义学解释,进而均得以承继承载、甚或延展续造;并且,对于实践操作中疑难的主体问题,例如业主大会、业主委员会等,也能呈现出更开放的解释空间。

解释是建构,建构亦解释。以合伙为内涵的非法人组织,限缩了非法人组织的外延,从教义学上回正主体泛化趋势的同时,迥异于平面化的三元主体结构,主体法上的双重二元结构也因此得以证立,亦即:自然人与组织人的主体法二元结构、法人(组合人)与非法人组织(排列人)的组织法二元结构。

---

**Abstract:** The hollowing out of the connotation of the unincorporated organization inevitably leads to the over-generalization of these organizations. The system of capacity of right and capacity of conduct is also applicable to the third civil subject, but it should be restated as necessary. Right capacity is not an empty shell of concept, nor is it tautology with subject. The connotation of the right capacity is the will, the connotation of the behavior capacity is the reason, and the reason is the special law of the will. The essence of natural person becoming the subject lies in independent will, and the key of organization becoming the subject lies in independent will, which has already entered the rational category. Therefore, for organizations, right ability and behavior ability overlap. The internal structural identity between the unincorporated organization and the legal person lies in the different ways of independent will. After removing the Germanic elements, we can draw lessons from the Germanic principle. On the contrary, the general law of partnership as an unincorporated organization should be adopted, which is separated from the legal person horizontally and derived, formed, molded and even analogized to other kinds of unincorporated organizations vertically. The unincorporated organization with partnership as its connotation provides a more open space for interpretation of the problematic subject in practice, which not only reverses the general trend of the subject in the doctrine, but also justifies the dual structure of the subject law.

**Key Words:** Right Capacity;Independent Will;Conjunction Principle;Partnership;Dual Structure

---

(责任编辑:贺 剑)