

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

张永健*

摘要 本文先以《公司法》《信托法》《合伙企业法》等特别法为例,说明财产独立与资产分割的概念和理论;再检讨《民法总则》应规范而未规范财产独立与资产分割处。具体而言,非法人组织定位为民事主体,但其拥有财产的权利能力并不明确——独资企业被清楚归类为非法人组织,就没有独立于自然人之财产。非法人组织与其成员之各自债权人,能否向彼此之特别财产求偿,是否有优先受偿权,均未见规范。本文主张,法人应三分为社会团体法人、营利法人、捐助法人,因其资产分割方式有异。法人成立要件应该大幅放松,使非法人组织和其他团体以行动或宣示就可取得法人格。立法重点不是形式区别法人或非法人,而是设计多种财产独立与资产分割架构不同的组织型态。

关键词 独立财产 捐助法人 社会团体 农村承包经营户 个体工商户

* 我国台湾地区“中央”研究院法律所研究员。作者感谢刘静莹、朱一宸、戴旻谚的研究协助。本文初稿发表于2017年9月15日、16日于我国台湾地区大学举办之“中国大陆民法总则的理论与实务”研讨会,2017年11月11日苏州大学王健法学院“漫修东吴”学术论坛,2017年11月19日北京航空航天大学法学院第七届两岸民商法前沿论坛,2017年11月20日人民大学法学院讲座,承蒙王涌、金锦萍、许可、汪洋、李昊、苏永钦、王文宇、陈聪富、孙森焱、方新军、娄爱华、熊丙万、章程教授提出修正建议。本文之初步想法在2017年3月发表于中国人民大学的民商法前沿论坛,感谢赵廉慧、冉昊、许可非常深入的点评。感谢林郁馨的宝贵意见。赖建桦阅读初稿,给予非常深刻的批评意见,并提出图5的概念,在此深深感谢。

一、导论：财产独立与资产分割的分析架构

《民法总则》于2017年3月通过，其划时代意义不言可喻。然而，即令有数十年的比较法积累和本土法治资源在后撑腰，由于中文（甚至外文）文献都没有清楚的财产独立与资产分割的分析架构，《民法总则》虽然承认了数种具体的“独立财产”（separate patrimony）类型，但却没有直接标志“概括财产”（patrimony）作为民法体系的上位概念。此外，也因为缺乏完整的资产分割理论意识，《民法总则》的法人章和非法人组织章，常见立法挂一漏万，将不同的组织型态混为一谈。

简言之，概括财产是一个人私法与公法上的权利和义务的总汇。一个人出生时，除非刚好获得遗产，否则只有一个概括财产。但随着权利、义务的增长与多样化，随着“资产分割”（asset partitioning），^{〔1〕}一个人会拥有复数的概括财产。例如：委托人设立信托（一种资产分割方式）^{〔2〕}后，依据《信托法》第15条，“信托财产与委托人未设立信托的其他财产相区别”，也就是委托人变成有至少两个概括财产，一个是原本个人的主财产，一个是信托财产。^{〔3〕}诸如信托财产这种在主财产以外的概括财产，笔者跟随王泽鉴老师的用词，称之为“特别财产”（Sondervermögen）。^{〔4〕}参见图1。

〔1〕 本文关于资产分割理论与其类型谱，是受到以下英文文献启发：Henry Hansmann & Reinier Kraakman, “The Essential Role of Organizational Law”, *Yale Law Journal*, Vol.110, 2000, p.387 (hereinafter “Essential Role”); Henry Hansmann & Reinier Kraakman, “Organizational Law as Asset Partitioning”, *European Economic Review*, Vol.44, 2000, p.807; Henry Hansmann et al., “Law and the Rise of the Firm”, *Harvard Law Review*, Vol.119, 2006, p.1333; Kenneth Ayotte & Henry Hansmann, “Legal Entities as Transferable Bundles of Contracts”, *Michigan Law Review*, Vol.111, 2012, p.715; Richard Squire, “The Case for Symmetry in Creditors’ Rights”, *Yale Law Journal*, Vol.118, 2009, p.806. 但笔者前文在其基础上，又多作阐释并扩展其类型，参见张永健：“财产独立与资产分割之理论架构”，《月旦民商法杂志》2015年第50期，第87—103页。本文又进一步拓展了理论架构。但2015年的文章详细讨论了“资产分割法定原则”，从信息成本视角，讨论此原则与“物权法定原则”之关连，请读者参照。类似见解，参见许德风：“法人的虚与实”，《交大法学》2016年第4期，第52页。本脚注和脚注5构筑了本文奠基的两块文献，但因为两块文献原本是在平行时空上发展，所以采用不同的英文名词，导致本文使用各自翻译的中文名词。如果本文可以重写整串文献，不会使用 asset partitioning（资产分割），而会使用 patrimony partitioning（概括财产分割）。

〔2〕 值得特别强调者，资产分割不一定是以部份资产之所有权划归特别财产之方式为之。设定抵押权、质权也是一种资产分割。虽然目标物所有权并未变动，但抵押权人与质权人相对于（主财产之）普通债权人，可以从抵押物这块特别财产优先受偿。所以，抵押、质是近似典型弱型特别财产防御的一个例子。抵押、质（至少在我国台湾地区）接近弱型而非强型特别财产防御，是因为一般债权人仍可以在强制执行程序中查封抵押目标，而依据我国台湾地区“强制执行法”第34条第2项，抵押权人不论债权是否已届清偿期，只能参与分配，并优先受偿，但无法阻止抵押物进入查封拍卖程序。抵押和质并非本文图6之典型弱型特别财产防御，是因为主财产的一般债权人，并不需要先以抵押物或质物以外的财产（即主财产）求偿未果，才能要求拍卖抵押物或质物。

〔3〕 关于信托财产之独立性，参见赵廉慧：《信托法解释论》，中国法制出版社2015年版，第217—243页。

〔4〕 王泽鉴：《民法总则》，台湾自行出版2014年版，第258页。

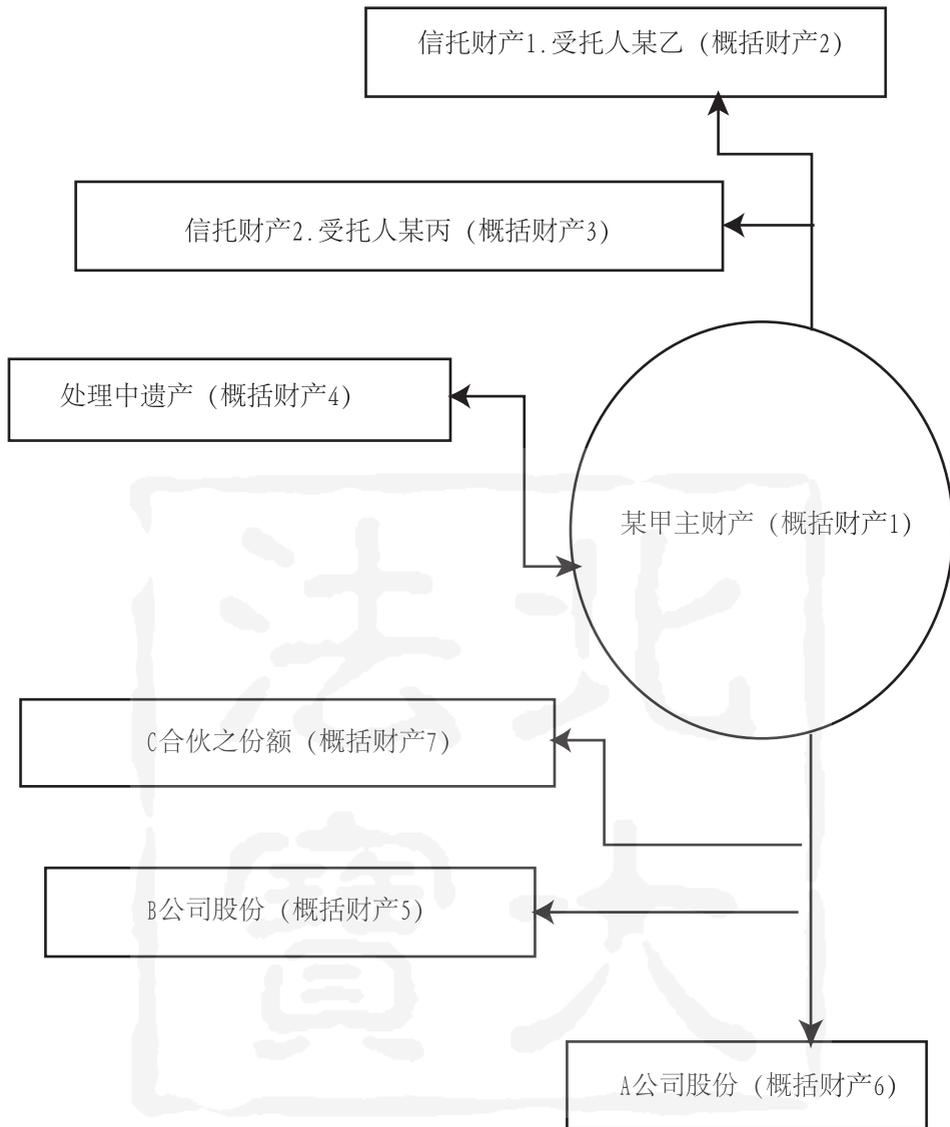


图1 概括财产示意图

说明：圆形代表某甲主财产，长方形代表某甲之6个特别财产。每一条直线和箭头，代表主动的资产分割；以两端菱形连结的概括财产，表示其关系乃被动产生，非由某甲主动。本图预设了在《信托法》下，信托财产属于委托人之见解；此乃为说明方便，并非因为本文赞成此种解释论与立法论之立场。

数据源：本文绘制。

(一)财产独立的四种类型

一个自然人拥有复数的概括财产是常见的财产独立(separate patrimony)^[5]类型,但不是唯一的类型。另一种财产独立类型是“财产没有所有人(可能有管理人)”,在采用“承认继承制”的国家,如奥地利(民法第797、810、819条)、法国(民法第772、780条)、意大利(民法第459、460条),遗产构成独立财产,直到继承人接受了遗产上的权利、义务。在等待承认期间,遗产没有所有人。此外,加拿大魁北克省的信托规定(魁北克民法第1261条),^[6]融合法国法^[7]与英美法,将信托财产设计为没有所有人,只有管理人之

[5] 本文使用之独立财产概念,受到以下英文文献启发:George L. Gretton, “Trusts without Equity”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.49, 2000, p.599; Reid Hastie et al., “Juror Judgments in Civil Cases: Effects of Plaintiff's Requests and Plaintiff's Identity on Punitive Damage Awards”, *Law and Human Behavior*, Vol.23, 1999, p.445; Kenneth Reid, “Conceptualizing the Chinese Trust”, in Lei Chen & C. H. van Rhee (eds.), *Towards a Chinese Civil Code: Comparative and Historical Perspectives*, Boston: Martinus Nijhoff, 2012, p.209. “独立财产”一词乃“独立概括财产”之简称。同样的概念家族,因为中文词性不同,也会倒装为“财产独立(性)”。

[6] 楼建波教授引用魁北克民法第1260条(“A trust results from an act whereby a person, the settlor, transfers property from his patrimony to another patrimony constituted by him which he appropriates to a particular purpose and which a trustee undertakes, by his acceptance, to hold and administer.”)与第1261条(“The trust patrimony, consisting of the property transferred in trust, constitutes a patrimony by appropriation, autonomous and distinct from that of the settlor, trustee or beneficiary and in which none of them has any real right.”)与第1278条(“A trustee has the control and the exclusive administration of the trust patrimony, and the titles relating to the property of which it is composed are drawn up in his name; he has the exercise of all the rights pertaining to the patrimony and may take any proper measure to secure its appropriation. A trustee acts as the administrator of the property of others charged with full administration.”),主张信托本身是一个法人,与本文见解不同。参见楼建波:“信托财产的独立性与信托财产归属的关系——兼论中国信托法第2条之解释与应用”,《广东社会科学》2012年第2期,第244页。本文认为,这三条都没有明白规定信托是法人,第1278条给予受托人的“权力”,和英美信托法传统下的受托人权力并无不同。如果信托财产在魁北克法下要成为法人,必须遵照民法第289条以下对法人(legal person)的规定。而法人必须有director,信托却没有。

[7] 有法国学者认为,法国民法仍以一主体(人)—patrimoine为原则。STRICKLER (Y.), *Les Biens*, PUF, 2006, pp. 188-198. (笔者感谢吴宗谋教授赐告此法国法上之发展。)并参见法国民法第2284条。但也有法国学者认为,一人—patrimoine已经被其他法制打破,法国法上类似信托的fiducie制度仅是另一个例外。See Michael Grimaldi & François Barrière, “Trust and Fiducie”, in Arthur S. Hartkamp & Ewoud H. Hondius (eds.), *Towards A European Civil Code*, The Netherlands: Kluwer Law International, 2010, pp.1085, 1095 - 1096; Laurent Aynès, “Property Law”, in George A. Bermann & Etienne Picard (eds.), *Introduction to French Law*, The Netherlands: Kluwer Law International, 2008, pp. 147, 151-153(2007年承认信托所有权[fiduciary ownership]后,就和一人—patrimoine原则分离;再者,共同基金并不归属于“人”,是一“人”—patrimoine的例外)。但在法国民法正式承认fiducie前,魁北克民法典就已经处理信托问题。或许是为了(至少在表面上)维持一人—patrimoine的原则,魁北克民法典才将信托财产设计为没有所有人之财产。

财产。^{〔8〕}捷克 2012 年新民法典(2014 年 1 月 1 日实施),也在第 1448 条以下规定信托,并采取魁北克省的信托设计,使信托财产有管理人(即受托人)但无所有权人。^{〔9〕}以上两种类型,不是本文探讨的重点。

第三种财产独立性的类型是:一名或多名自然人掏腰包汇聚而成的财产,经法人立案程序后具有法人格,可以自己拥有财产。《民法总则》第 58 条“法人应当有自己的……财产或者经费”,是人尽皆知的例子。但本文第二部分详论,社会团体法人、捐助法人、营利法人因为其特别财产防御方式不同,应作为法人概念下的三种主要子类型。现行学说与实定法分类,未注意两种非营利法人在资产分割方式之巨大不同,而有牛骥同一皂之举。

最后一种类型是“非法人团体之财产”,这是大杂烩,没有明确的财产归属设计,但现实上经常存在。本文第二部分以《民法总则》规范之非法人组织为例,进一步探讨此种类型之不当处。本文归结:民法应该大幅放宽法人成立条件,让非法人组织、其他团体都能纳入其麾下。《民法总则》真正应该制订的规范,是超广义法人的预设财产独立性与预设资产分割方式,并且提供部分(但非全部)具体类型法人的骨干规定,例如其财产独立性与资产分割方式。第四种财产独立类型因而可以被扫入历史的垃圾堆。

(二)主财产防御

运用资产分割,使一个人的概括财产一分为多后,紧接着要考虑各概括财产是否、在何种情形下,须用以支付其他概括财产所负之债务或损害赔偿责任或其他义务。以《公司法》为例,第 3 条第 1 款规定“公司是企业法人,有独立的法人财产,享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任”。从法人的观点,公司财产属于法人;但从股东概括财产的角度,股东的股份(公司财产的一定比率)是自然人的特别财产(每一家公

〔8〕 See Lusina Ho & Rebecca Lee, *Trust Law In Asian Civil Law Jurisdictions: A Comparative Analysis*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp.262-263; George L. Gretton, “Trusts without Equity”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.49, 2000, pp.599, 616; M.W. Lau, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford: Oxford University Press, 2011, p.77; Rainer Kulms, “Trusts”, in Jürgen Basedow et al. (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012, pp.1697, 1700. 中文文献,参见王文宇:《民商法理论与经济分析(二)》,台湾元照出版公司 2003 年版,第 124 页。

〔9〕 See Janis Grasis, “Trust Regulation in the Czech Republic: The Model Law for Introduction of the Trust Instrument in the Republic of Latvia”, in *European Integration—Realities and Perspectives. Proceedings, the 11th Edition of the International Conference*, 2016, pp.46, 47 - 49; Sebastian Kortmann et al., “Introduction”, in Sebastian Kortmann et al. (eds.), *Towards an EU Directive on Protected Funds*, Deventer: Kluwer Legal Publishers, 2009, p.1.

司的股份就是一个独立的特别财产),而与自然人股东之主财产区隔。^[10] 所有股东的股份(特别财产)加总后范围等于法人的主财产。公司财产的双重性质,以及与股东主财产之关连,可由图2示意:虚线方框标出了公司主财产。九个实线方框则是九个股东的财产;在虚线框以外者为股东的主财产,虚线框以内者为股东之股份;可能有人将身家全部投进公司中,穷得只剩下股份。

个人主财产与分割出来的特别财产之日后互动关系,可用“主财产防御”(owner shielding)与“特别财产防御”^[11](entity shielding)^[12]分别类型化,参见图3。

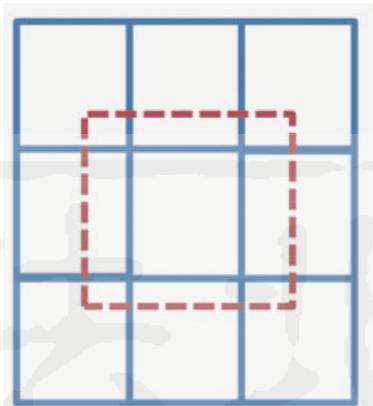


图2 公司财产的双重性质

数据源:本文绘制。

[10] 股份的性质是争论已久的老话题,无法在本文尽书。股东的股份以及所带来的投票权和其他股东权益(但有股份不一定有投票权;股东权益也不当然按照股份比率决定),是特别财产,而非主财产,有下列原因:(一)如果股份是股东的主财产,不容易概念清楚一贯地解释:在有限责任公司或股份有限公司,为何股东仅就主财产的其中一部份负责?在德国和我国台湾地区的无限公司,为何股东就一部份主财产可以行使先诉抗辩权,使公司之债权人优先就另一部分主财产(无限公司股份)求偿?(二)股东有二人以上的公司,将股份定性为股东之特别财产,使同公司之股东藉由特别财产之接口互动,比较容易理解。(三)当某股东与公司同时破产、清算时,论其实际是公司之债权人优先获得清偿。股东之债权人固然可以在强制执行程序中同时拍卖或变卖股东之股份,但有意购买者通常会知道公司正在清算中,而股份所表彰之价值乃清算完毕后所能获得之剩余财产;故股份之价格受到公司本身债务多寡之影响——换言之,实际情况是公司之债权人等于有优先受偿权,公司了结债务后尚有剩余之价值,才能透过股东债权人的股份变价或直接扣押公司清算完毕发还之现金,使股东债权人获得清偿。若公司没有剩余价值,股东债权人就无法从股份获得任何赔偿。如果股份是主财产,就必须创造非主财产债权人(即公司债权人)优先于主财产本身债权人(即股东债权人)受偿的类型。理论上固无当然不可之理,但使得整个资产分割理论更为复杂,其经济理由更不容易厘清。

[11] 邓峰译为“资产屏蔽”。参见邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社2009年版,第195页。笔者之前译为“资产防御”,参见张永健,见前注[1],第98页。

[12] 此两名词在Hansmann & Kraakman最早的文章中分别称为“防卫型资产分割”(defensive asset partitioning)与“积极型资产分割”(affirmative asset partitioning)。See Hansmann & Kraakman, “Essential Role”, supra note 1, pp.394-396. 但两位教授后来与人合写的文章中(Hansmann et al., supra note 1)改用本文之名词,更容易望文生义,本文因而采之。本文将以“资产分割”描述将主财产分出一部份为特别财产之行为,并以“资产分割理论”统称主财产防御与特别财产防御之设计、分析架构、实然理论、应然理论。

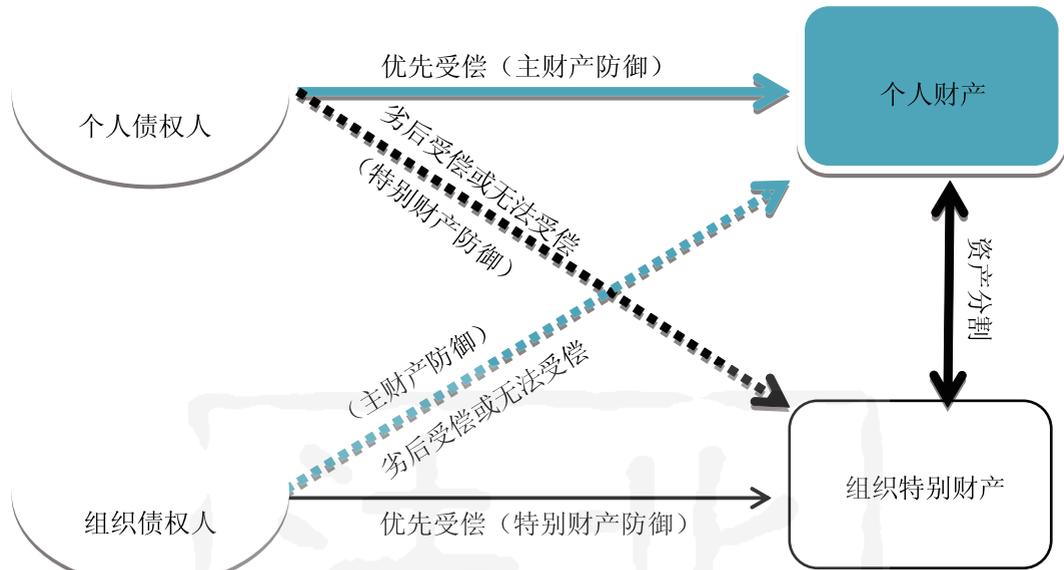


图3 主财产与特别财产防御示意图

数据来源：本文绘制；改绘自笔者前注1文。

“主财产防御”要处理的问题是：以营利组织为例，当公司财产不足以清偿组织债务时，债权人是否可以由股东个人身家取偿？当股东个人主财产不足清偿所有债务时，公司债权人与股东个人债权人是平等受偿还是有优先级？“主财产防御”至少有五种；谱系参见图4。须强调者，本文列出之类型，是以 Hansmann & Kraakman 文章之分类为基准，再加以扩展而成。本文并未变更其专有名词与分类，以免参照原始文献者混淆。本文的分类并未穷尽所有可能性，主财产拥有人是否对特别财产之债权人先诉抗辩权，与主财产之债权人是否相对于特别财产之债权人优先自主财产受偿，是两个独立的设计，并不当然要捆绑在一起。立法者在思考主财产防御时，应该区分三个步骤：①特别财产债权人是否可以主财产取偿？若否，即为采取完全主财产防御；若是，再问②主财产拥有人是否有先诉抗辩权？亦即，特别财产债权人是否应先穷尽对特别财产之追索，才能以主财产取偿？无论答案是肯定或否定，③主财产债权人是优先于特别财产债权人受偿，还是两者平等受偿？参考图5。

以我国大陆法律为例说明主财产防御：

《公司法》第3条第2款的股东有限责任，是一种“完全”(complete)主财产防御：公司债权人无法向股东个人主财产求偿。

《合伙企业法》第38、39条之规定，使合伙企业之债权人先以合伙企业财产取偿，再向合伙

人个人主财产取偿。^[13] 若实务上认为(法律似无规定)合伙人个人主财产也不足以清偿所有债务时,其个人债权人得以优先受偿,则合伙企业采用了“弱型”(weak-form)主财产防御。

《公司法》第20条第3款的“刺破公司面纱”原则,^[14]则是在股东滥用主财产防御时,将原本的完全主财产防御转为“虚无”或“弱型”——条文规范并不够清楚。《公司法》第63条规定“一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的,应当对公司债务承担连带责任”,至少股东缺少先诉抗辩权这点,比较接近虚无主财产防御。但股东个人主财产之债权人是否可以在股东资力不足时,优先于其一人公司的债权人优先受偿,并不清楚。

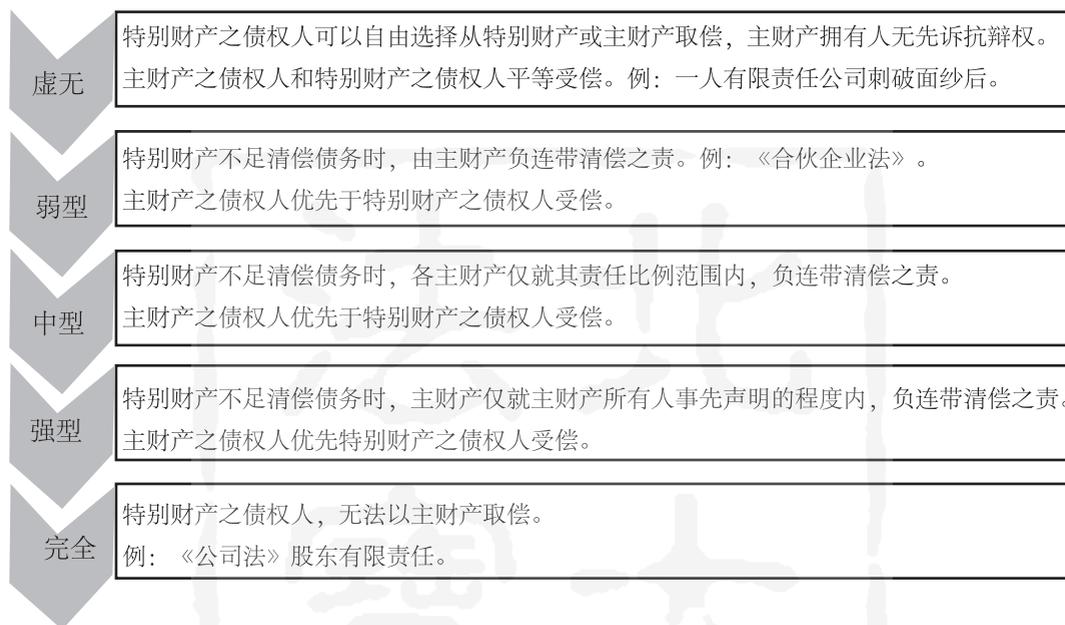


图4 主财产防御类型与定义

说明:本文由 Hansmann & Kraakman^[15] 见解上发展而成之谱系。

数据源:本文绘制。

[13] 我国台湾地区的无限公司在“公司资产不足清偿债务时,由股东负连带清偿之责”——股份作为特别财产和全体股东的主财产,都是清偿债务的担保财产——也是同样的设计。参照我国台湾地区“公司法”第60条。

[14] 邓峰,见前注[11],第198页;Ruoying Chen,“Evolution of Corporate Law in China: Mission Possible to Reform SOEs?”,in Yun-chien Chang et al. (eds.),*Private Law in China and Taiwan*, Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pp.245, 255.

[15] See Hansmann & Kraakman,“Essential Role”,supra note 1, pp.395-96. 中型和强型是本文命名,但其类型说明,以及在商业组织中之运用,参见 ibid., at 396.

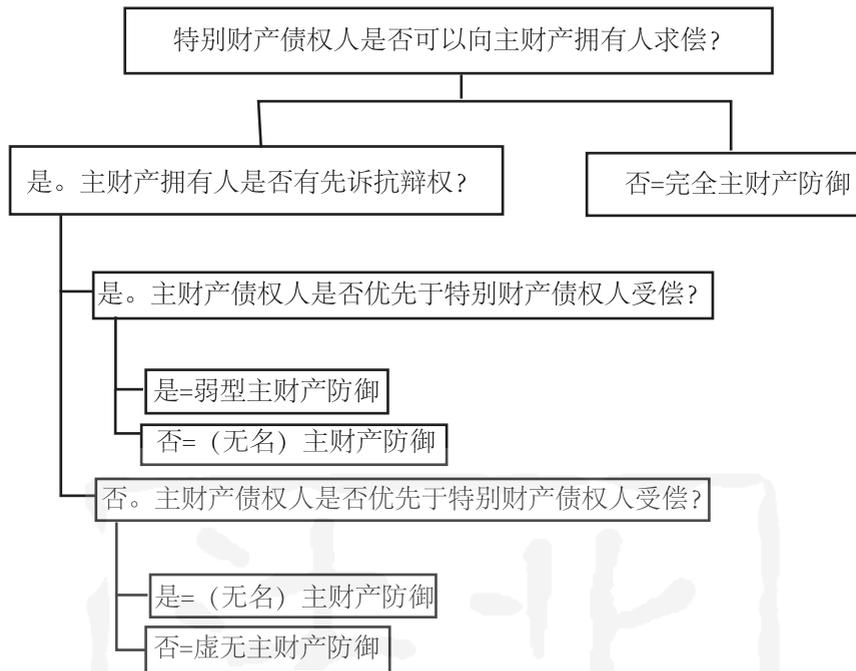


图 5 主财产防御之思考步骤

数据来源：本文绘制。

(三)特别财产防御

和“主财产防御”相对的是“特别财产防御”，处理个人主财产的债权人，何时可以把手伸进特别财产(谱系参见图 6)。特别财产防御是法律的核心功能，因为特别财产防御的制度安排几乎不可能透过合同完成。换言之，如果法律没有规定具体的特别财产防御方式，交易者无法自行安排；而同时若《民法总则》或其他法律没有规定预设的特别财产防御方式，则法院只能以“盲人骑瞎马”的方式个案面对。缺乏一槌定音的法律预设或强制规定，又没有清楚的法院判决先例，市场就容易因为缺乏预测可能性而产生无效率(像是交易无法发生，或者增加了交易成本却仍然挂一漏万)。〔16〕

特别财产防御依其保护程度不同，可以分为数种。同样须强调者，本文明确列出之类型，仍未穷尽。先诉抗辩权与优先受偿权不当然要搭配。立法者仍应以图 5 的步骤，思考特别财产防御的内容。而图 5 也只是列出比较单纯的选项而已。图 6 列出的数种特别财产防御设计，详言之：

第一，虚无特别财产防御：使用夫妻共同财产制者，在婚姻期间，若夫或妻个人就婚姻以外事宜所生债务之债权人，可以自由选择就夫妻共同财产或举债方之个人财产取偿，则为虚无特别财产防御(夫妻共同财产是此处之特别财产)。对此问题，《婚姻法》和

〔16〕 关于效率的定义，参见张永健：《物权法之经济分析——所有权》，台湾元照出版公司 2015 年版，第 38—54 页。

最高人民法院的司法解释,均无明确规定;〔17〕但学说和部分案例则体现了此种虚无特别财产防御。〔18〕

第二,弱型特别财产防御,是指特别财产之债权人,优先于主财产之债权人,对特别财产求偿;主财产之债权人可以要求“清算”(liquidate)主财产所有者之特别财产(出资换得之份额)。《合伙企业法》第41、42、74条对有限合伙和有限合伙就采取弱型特别财产防御:合伙人个人财产是主财产,合伙人之合伙份额是特别财产;合伙人个人的债主,可以强迫清算合伙人的份额、迫使他退伙,但不能硬要合伙全部清算结束,使其他合伙人都无法继续做生意——因为欠债合伙人之外的其他合伙人之份额,不属于欠债合伙人之特别财产。

第三,强型特别财产防御,则是弱型特别财产防御,加上组织之清算保护。公司股东之债权人可以强迫股东出让、变现其股份,但不能强迫公司清算,是常见的例子。弱型和强型的差别在于:在弱型,清算后组织财产(如合伙财产)会变少,挖掉退伙合伙人的那一份特别财产。在强型,清算后组织财产(如公司财产)并不会变少,差别只在于股东换人做,而主财产之债权人可以由债务人之特别财产(股份)本身之价值取偿。清算保护的重点就在于众人特别财产集合而成之组织财产不会因为股东债权人强制执行股份而减少。

第四,超强特别财产防御,是指除非特别财产主动清算,否则主财产之债权人无法由特别财产取偿。特别财产本身因为没有市场价值,所以毋须使主财产之债权人强迫债务人出让、变现其特别财产。如下文所详论,作为社会团体法人之成员,虽可出席社会团体的活动,甚至可能有一年一顿免费吃喝,法人解散后也有可能获得剩余财产之分派,但因为价值甚低、机率甚微,未闻有在市场上有价转让社会团体法人之成员份额(即特别财产)者。

第五,完全特别财产防御,可以信托为例:委托人个人主财产之债权人,不得以信托财产取偿。超强特别财产防御和完全特别财产防御之差别在于:完全特别财产防御下,特别财产清算后,余额不会回到主财产所有者身上。按照《信托法》第54条规定“信托终止的,信托财产归属于信托文件规定的人;信托文件未规定的,按下列顺序确定归属:(一)受益人或者其继承人;(二)委托人或者其继承人”,因此,只要信托终止后的信托财产不是归属于委托人,信托就是采用完全特别财产防御。但若信托文件规定委托人一个人可以取回信托终止后的信托财产,则此信托乃适用超强特别财产防御。

〔17〕 对夫妻离婚时相关债务处理之学说探讨,参见王雷:“《婚姻法》中的夫妻共同债务推定规范”,《法律适用》2017年第3期,第100—106页。对夫妻离婚前相关债务处理之学说探讨,参见张驰、翟冠慧:“我国夫妻共同债务的界定与清偿论”,《政治与法律》2012年第6期,第79—87页。

〔18〕 参见贺剑:“论婚姻法回归民法的基本思路:以法定夫妻财产制为重点”,《中外法学》2014年第6期,第1518—1520页(指出此种法院采取之立场,但批判此种见解);何丽新:“论非举债方以夫妻共同财产为限清偿夫妻共同债务——从(2014)苏民再提字第0057号民事判决书说起”,《政法论丛》2017年第6期,第110—116页。

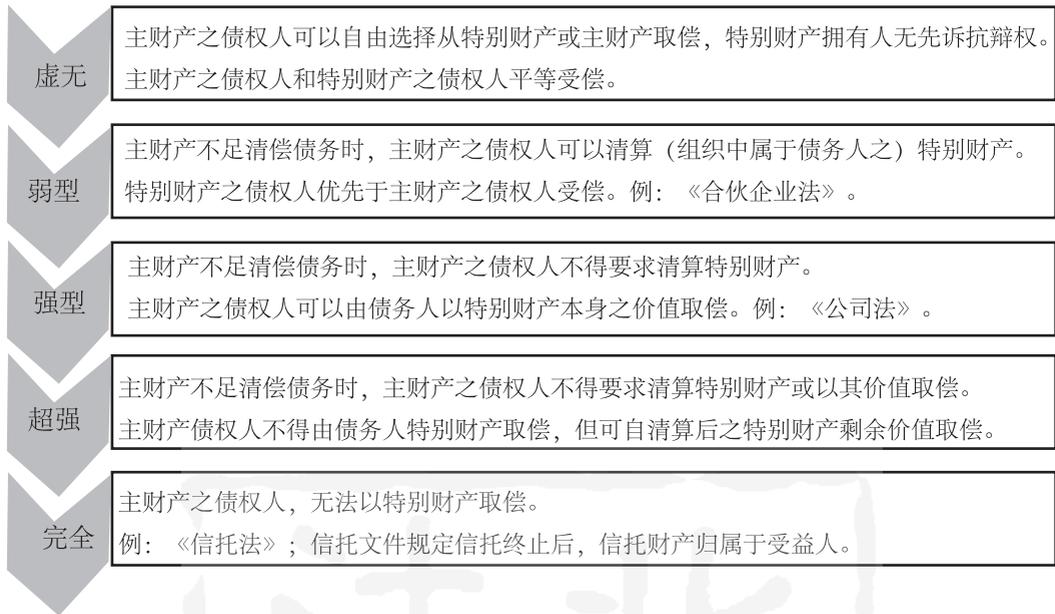


图 6 特别财产防御类型与定义

说明：本文由 Hansmann & Kraakman^[19] 见解上发展而成之谱系。

数据源：本文绘制。

(四) 本文核心主张

以上所举，应该都是人尽皆知的实际应用。然而，缺乏明确的上位概念，就不容易统整看起来凌乱、实际上原理完全相通的各种下位概念。没有从概括财产与资产分割的理论角度设计法律，就容易出现疏漏，例如有明确规范主财产防御，却漏未处理特别财产防御。不幸的是，《民法总则》就有这样的疏漏。以下本文第二部分以《民法总则》关于法人、非法人组织之规范为例，具体说明。

本文的解释论主张是，在《民法总则》与相关法规下，若依据资产分割理论作为准绳，则法人的分类应该是“三分天下”：社会团体法人、捐助法人、企业法人在第一层次上直接分为三类，因为其特别财产防御之机制各自不同。资产分割理论没有触及到组织型态法（organizational law）之全部面向，例如法人内部治理就不属于资产分割理论之范畴。因此，三分天下之说，是提出新的、以资产为中心的视角。其利弊必然要与其他视角之利弊彼此权衡。但如果资产分割架构至少是“提取公因式”中其中一因，又要如何证立把其中两种法人硬归成社团法人或非营利法人？而无论是传统学说见解中的社团法人或《民法总则》下的非营利法人，难道其下的所有法人，内部治理机制都有足够的共通之处？社会团体法人的内部治理重心放在掌握主导权的成员；企业法人的内部治理往往是关注成千上万不是股东成员的经理人和职员；捐助法人则是决策机构、监督机构、章程之间的角力，此外并无成员，往往没有确切的受益人有资格

[19] See Hansmann & Kraakman, “Essential Role”, supra note 1, pp.394—395.

影响决策。简言之,《民法总则》与日后各编的总则,都必须关注提取出的公因式,是否是关键之因。提取不重要的公因式,反让法律人见树不见林。

本文的立法论主张是,若汇编为民法典时仍有修改机会,应该将非法人组织、无法列入非法人组织之团体,一律并入法人,使所有人民团体均能成为法人,有完全的民事权利能力,是民事主体。笔者近年的论述非常强调“概念经济性”(economy of concept)。〔20〕法律人固然抽象思维能力超越一般人,但在法学理论建构上往往滥用了其驾驭“原则—例外—例外之例外……”概念体系之能力,疏于思考应用其抽象思维能力于建立一以贯之的理论。以过去海峡两岸的主流文献为例,之所以没有人提倡过让法人“一统天下”,是因为法律人愿意在实体法上认定某些团体没有权利能力,而在程序法上赋予其诉讼能力。但若愿意让团体有诉讼能力,何以不给予其权利能力?何以能不赋予其权利能力?两者的背离其实是对(实体法)理论的合理性最大的批判。〔21〕本文以法人统包所有团体的见解,除了概念十分经济,只有原则没有例外,能够贯穿实体法与程序法,同时也兼顾了现行运作中的经济效率。如后文详论,只要最“阳春”的法人类型,采取“双重虚无”的资产分割类型,就没有任何人能利用法人地位遂行脱产。

二、《民法总则》缺漏处的财产独立与资产分割设计

本部分的核心观察是:《民法总则》缺乏资产分割的理论框架,故对于下列问题往往漏未规范:〔22〕主财产与特别财产之债权人,是否可以另一块概括财产求偿;该概括财产所有者是否有先诉抗辩权;债权人相较于彼此是否有优先权。而漏未规范使得立法者未察觉自己为不同组织设计了迥异的资产分割方式,也导致于学界对于法人分类的争论仍在两种二分法间打转。从资产分割的角度,法人应该分为三大类。再者,没有通透地思考各种不具法人格的组织的资产分割设计,使得《民法总则》不但将三种资产分割方式不同的组织冶于一炉,称之为非法人组织,更将其他虽经登记但仍姿态各异的团体搜罗到非法人组织的大帽子下。这些非典型非法人组织的资产分割类型,必然会成为日后学说实务争论焦点。斧底抽薪的办法是:让法人吞食天地。不但非法人组织无立足之地,现行法下被晾在一旁的“非非法人组织之组织”也成

〔20〕 英文文献参见 Henry E. Smith, “On the Economy of Concepts in Property”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol.160, 2012, p.2097. 中文论述参见:张永健:“占有规范之法理分析”,《台湾大学法学论丛》(第42卷),2013年版,第851—852页。关于用法律概念减轻思维的工作负担,黄茂荣教授在其巨作《法学方法与现代民法》中也早有阐释。参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》(第6版),台湾自行出版社2009年版,第61—62页。

〔21〕 台湾实务作法,甚至容许实体法和诉讼法概念一致,但与强制执行法概念断裂。参见笔者对于占有(辅助)人与强制执行对象不一致的批判:张永健,见前注〔20〕,第875—876页。

〔22〕 有学者向笔者指出:《民法总则》不能被看作是漏未规范,因为只要没写,就是预设为完全特别财产防御。本文则认为,此种见解没有法律规范为基础,也不当然有学理说服力。以社会团体法人为例,当其成员欠债,而社会团体法人正好解散,将部分资产退还给每位成员;是否应认为此退回资产无庸用以清偿成员之债务?若认为应用以清偿,则不应采取完全特别财产防御。而众多不同类型的非法人组织,如果因为法制未备就享有完全特别财产防御,则许多心存侥幸者,就会把资产投入其控制的非法人组织,而以自己固有主财产从事冒险投机——赚了钱自己收下,赔了钱不用偿还,因为钱都在非法人组织名下。

为法人。自然人之外,就是法人,没有例外。

以下开展核心论点,分别详细说明非法人组织、法人的相关问题:

(一) 妾身仍未明的非法人组织

笔者在 2015 年写作财产独立与资产分割理论时,^[23]提出的第四种财产独立类型(非法人团体拥有财产),是用作剩余类型。我国台湾地区的实际运作中,有许多不具备法人地位的团体,以团体的名义购置财产,但就法论法却无法真的由缺乏权利能力的团体担当所有权人。^[24]笔者当时的呼吁是,此种非法人团体的存在,理论上混淆,实务上难处理,立法者应该正视此问题,并以前三种财产独立类型为模板,使非法人团体的财产归属更明确。

《民法总则》第 104 条规定“非法人组织的财产不足以清偿债务的,其出资人或者设立人承担无限责任。法律另有规定的,依照其规定”,好似在呼应笔者的呼吁,规定不具备法人地位的团体之财产归属。问题是:不具备完全权利能力的非法人组织,哪里来的财产呢?《民法总则》第 102 条第 1 款规定“非法人组织是不具有法人资格,但是能够依法以自己的名义从事民事活动的组织。”第 1 款规定似乎暗示着,《民法总则》承认非法人组织“至少”具备“部分权利能力”。^[25]但第 102 条不足以直接推出非法人组织可以自行拥有财产,第 104 条也无法确定是用外行人观点还是法律人观点写下“非法人组织的财产”。再者,就算这两条的意思是,非法人组织可以自行拥有财产,非法人组织之财产与其成员之主财产,关系为何,仍未见规范。以下进一步梳理《民法总则》触及资产分割的相关规范:

1. 三种例示的非法人组织,规范不同

《民法总则》不单是抽象规范非法人组织,第 102 条第 2 款也举例说明,“非法人组织包括个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构等”。要厘清《民法总则》下非法人组织的资产分割理论,或许可以使用法学上的(小范围)归纳法;^[26]也就是分别探究三种具体类型的资产分割设计,归纳出其共通点,作为所有非法人组织资产分割设计。^[27]独资企业和合伙企业另外有专法规范;不具有法人资格的专业服务机构,主要指律师事务所、会计师事务所等提供专业服务的企业,则是《合伙企业法》中的“特殊的普通合伙企业”。^[28]以下逐一检视其资产分割理论:

第一,个人独资企业:依据《独资企业法》第 2 条“本法所称个人独资企业,是指依照本法在中国境内设立,由一个自然人投资,财产为投资人个人所有,投资人以其个人财产对企业债

[23] 张永健,见前注[1],第 87—103 页。

[24] 相关探讨,参见陈聪富:《民法总则》,台湾元照出版公司 2014 年版,第 95—96 页。

[25] 参见朱庆育:《民法总论》(第 2 版),北京大学出版社 2016 年版,第 482—483 页。

[26] 此种归纳法与逻辑学上所称之归纳法不同,参见王鹏翔、张永健:《被误解的恋情——经济分析与法学方法》,经济分析与法学方法研讨会,台湾台北。

[27] 学者认为,《民法总则》第 102 条第 2 款的“等”字,表示尚有其他非法人组织,不属于该款例示的三种之一。参见杨立新:“《民法总则》规定的非法人组织的主体地位与规则”,《求是学刊》2017 年第 3 期,第 70 页;张新宝:《〈中华人民共和国民法总则〉释义》,中国人民大学出版社 2017 年版,第 202 页;谭启平:“论民事主体意义上‘非法人组织’与‘其他组织’的同质关系”,《四川大学学报(哲学社会科学版)》2017 年第 211 期,第 81 页。

[28] 参见杨立新,同上注,第 70 页。

务承担无限责任的经营实体”，该条把个人独资企业的财产归属（投资人个人），以及虚无主财产防御都规范清楚（另参见该法第31条，同意旨），但漏未规范关键的特别财产防御类型。^{〔29〕}

第二，合伙企业：依据《合伙企业法》第20条，“合伙人的出资、以合伙企业名义取得的收益和依法取得的其他财产，均为合伙企业的财产”。本条和《民法总则》第104条一样，没有明确界定“合伙企业的财产”。有学说认为，中国合伙企业的财产由合伙人共同共有，^{〔30〕}但此种观点的教义学基础并不雄厚。^{〔31〕}如果用最素朴的文义解释，看待《合伙企业法》第20条，则合伙会被认定为自己拥有财产。^{〔32〕}从合伙人资产分割的角度，合伙人之份额为其特别财产，其余财产则属于主财产。而如本文第一部分导论所言，合伙企业在特别财产和主财产防御都采取弱型。^{〔33〕}

第三，特殊的普通合伙企业，规定在《合伙企业法》第55条以下。《合伙企业法》第57条设计了特殊的主财产防御：如果部分合伙人“在执业活动中因故意或重大过失造成合伙企业债务”，“应该承担无限责任或者无限连带责任”；^{〔34〕}重点是“其他合伙人以其在合伙企业中的财产份额为限承担责任”。以内部人的归责事由，决定其他内部人对外的清偿责任，是很新奇的设计。特殊的普通合伙企业，还必须拥有一个“单独立户管理”的“执业风险基金”（《合伙企业法》第59条），这是此种不具有法人资格的专业服务机构的特别财产。

分析至此，归纳法撞墙了。个人独资企业与合伙企业在财产独立性、主财产防御、特别财产防御，设计全部不同。除了两者均非法人、均从事商业活动外，关键的组织特征大异其趣。即使是特殊的普通合伙企业，资产分割方式也与普通合伙企业不完全相同。换言之，归纳法的结果是：三种《民法总则》明确承认的非法人组织，没有任何共通的财产独立性设计。如此，其他非法人组织到底能否拥有财产？

三种例示以外的非法人组织，又是采用何种主财产防御？若由《民法总则》第104条第1款第1句的文字读出独立财产，^{〔35〕}并以该条第二句“法律另有规定的，依照其规定”解释了个人独

〔29〕 也就是，若投资人在企业经营之外的私生活负债，无力偿还，其债权人是否能由独资企业财产中取偿。由于独资企业财产与个人主财产的界线很模糊，如果不允许债权人由前者取偿，可能导致经营独资企业者轻易脱产。比较合理的政策决定是：采用虚无特别财产防御。

〔30〕 请比较：朱庆育，见前注〔25〕，第492页，引用《合伙企业法》第21条第1款（“合伙人在合伙企业清算前，不得请求分割合伙企业的财产；但是，本法另有规定的除外”），认为合伙财产为全体合伙人共同共有。

〔31〕 《民法通则》第32条第2款明确规定“合伙经营积累的财产，归合伙人共有”。不过，《民法通则》在民法典通过后是否会废止，尚未可知。民法典的合同篇是否及如何规范合伙合同，也尚未可知。而民法典合伙合同与《合伙企业法》的各自适用范围，也在未定之天。

〔32〕 有学者认为，合伙企业作为非法人组织具有完全民事权利能力。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”，《法学研究》2017年第5期，第55页。依此论点推衍，应会认为合伙企业可以自行拥有财产。

〔33〕 对此，有称之为“双重优先原则”，参见王利明：《中华人民共和国民法总则详解（下册）》，中国法制出版社2017年版，第427页。

〔34〕 本文不理解：《合伙企业法》第57条的“或者”是什么含意？无限连带责任与无限责任在该法中有什么区别？

〔35〕 认为非法人组织可以拥有自己财产的学说见解，参见杨立新，见前注〔27〕，第72页。

资企业、特殊的普通合伙企业的“其他合伙人”不采取第104条弱型主财产防御^[36]的依据,^[37]可进而推论其他未例示的非法人组织,也采取弱型主财产防御。不过,主财产的无限责任是多么大的负担,其承担者却是不明不白的“出资人或者设立人”。独资个人企业和合伙企业,固然还可以依据各自法律规范、登记程序,找出独资者或合伙人作为承担无限责任之主体,但其他非法人组织该如何认定出资人或者设立人?这必须仰赖其他法律在依据《民法总则》第103条第1款制订登记规则时,明确要求登记者必须指定出资人或设立人。

《民法总则》没有规定特定的特别财产防御,例示的非法人组织的相关规范又不同,法院又能如何处理其他未例示非法人组织的特别财产防御问题?或许可以主张因为无规定,所以认定为虚无特别财产防御。或许可以主张类推适用合伙企业之规定,使用弱型特别财产防御。两者都没有坚强的教义学基础。后文会论证:当没有明确规范时,应该预设为虚无特别财产防御。

2. 没有定义的民事主体

上文由具体到抽象归纳不出非法人组织的财产独立性与资产分割方式。本小节由抽象到具体,使用体系解释,但也终究无法得到较确定的答案。

《民法总则》从第3条开始提到“民事主体”一词,但却没有定义之。^[38]从第2条提到自然人、法人、非法人组织,之后的第2、3、4章又依序规范自然人、法人、非法人组织,或许可以初步推知《民法总则》的立法者应该是认为民事主体有三种,就是自然人、法人、非法人组织。^[39]

但若非法人组织是民事主体,则依据《民法总则》第113、114条,非法人组织的财产权利受法律平等保护,且“依法”享有物权。固然,独资企业“依法”没有自己的物权,而(特殊的)普通合伙企业“依法”有自己的企业财产;但其他非法人组织,没有法律明确规范时,是否因此不能(“依法”)享有物权?^[40]还是依据第104条而当然可以拥有财产?

总之,《民法总则》中,非法人组织的财产独立与资产分割设计,模糊、不一、难以解释适用。

3. 农村承包经营户和个体工商户定位不明

在《民法总则》中,个体工商户和农村承包经营户被放在第2章第4节,也就是以自然人方式规范。^[41]但农村承包经营户无论从基础理论和一般通念,都不是人,应该比较适合认定为非法人组织。^[42]再者,《民法总则》第56条第2款界定“农户财产”,显然是超越个人的财产,或许也

[36] 第104条采弱型主财产防御,参见杨立新,见前注[27],第73页;张新宝,见前注[27],第203页。主张不应该一律要求出资者或设立人承担无限责任,参见龙卫球、刘保玉:《中华人民共和国民法总则释义与适用指导》,中国法制出版社2017年版,第374—375页。

[37] 有学者认为,《民法总则》第104条第2句的其他法律规定,是指成员承担有限责任情形。参见龙卫球等,同上注,第374页。但应注意者,该但书同时也可以指涉主财产的先诉抗辩权。

[38] 在《民法总则》第6章以后经常出现的“行为人”,与“民事主体”是否永远同义,也没有界定。

[39] 关于民事主体与列举自然人、法人、非法人组织三种类型的立法技术质疑,参见石佳友:“民法典的立法技术:关于《民法总则》的批判性解读”,《比较法研究》2017年第4期,第130页。

[40] 有学者认为《民法总则》的“非法人组织”就是以前法律惯用的“其他组织”,而依据《民事诉讼法司法解释》第52条,“其他组织……有一定的……财产”。参见谭启平,见前注[27],第81页。

[41] 关于个体工商户不属于企业,参见朱庆育,见前注[25],第477页。

[42] 关于农户成员“整有”(tenancy by the entirety)土地承包经营权的分析,参见张永健:“中国农村土地的产权结构——成员权、三权分置、双层经营体制的法经济学解释”,《工作论文》2018年。

可以看成非法人组织之财产。不过,该条之农户财产,由该条第2款后段文义(“该部分成员的财产”),也可能不是特别财产,而是所有农户成员的主财产之集合。若是如此,则农村承包经营户没有资产分割,所以没有独立财产。准此,农村承包经营户放在自然人章,也无不可。《民法总则》第56条第1款的“家庭财产”,看起来也是家庭成员主财产的集合。

然而,有学者认为,家庭财产是指“家庭共有的财产,受全体家庭成员支配和使用”。^[43]而且,家庭经营的个体工商户以“家庭共同共有的财产作为唯一的经营基础……产生的债务由家庭共有财产清偿”。^[44]若是如此,则家庭应该是一种非法人组织,^[45]而非自然人,因为家庭财产是独立财产,而且个人似乎不用以家庭共有财产以外的个人主财产清偿个体工商户的债务(即完全的主财产防御)。这样慷慨的资产分割方式,在政策面有待检讨(债权人如何知道哪些财产是家庭财产,哪些是个人主财产?此种政策会增加债权人信息成本)。有学者认为,^[46]此处之家庭财产包括“参与经营的家庭成员的个人财产和他们的共同财产”,与本文见解相同。

4. 其他非法人团体

最后,《民法总则》第103条规定“非法人组织应当依照法律的规定登记。设立非法人组织,法律、行政法规规定须经有关机关批准的,依照其规定”,意思就是,现实上存在,但没有登记的其他非法人团体,并不适用《民法总则》关于非法人组织的规定。此种团体依据俗民观念上存在的团体财产,究竟在法律上要如何定性归属,仍然悬而未解。本部分第三节,将提出一劳永逸的解决方案。

(二) 法人:三分天下

《民法总则》在法人概念下,先以营利、非营利区分,而不以社团、财团,或其他方式区分,引起不少争论。^[47]从财产独立与资产分割的理论视角,本文则主张法人可以采用三分法:社会团体法人(人的组合,或许伴随资产的组合)、捐助法人(纯资产的组合)、营利法人(企业)。

1. 人的组合,或许伴随资产的组合

所谓“人的组合,或许伴随资产的结合”,典型的例子是非公司的社团,像是同乡会、宗亲

[43] 参见张新宝,见前注[27],第104页。

[44] 参见张新宝,见前注[27],第105页。杨立新教授似乎也认为家庭财产是家庭共有财产。参见杨立新:《中华人民共和国民法总则要义与案例解读》,中国法制出版社2017年版,第207页。

[45] 人大法工委主任李适时认为,《民法总则》第56条语境下,农户是民事主体。参见李适时:《中华人民共和国民法总则释义》,法律出版社2017年版,第152页。但农户既非自然人也非法人,在不承认第四种民事主体的前提下,农户只能是非法人组织。在《民法总则》第56条语境下,农户和家庭的主体地位相同,因此家庭也只能是非法人组织。

[46] 参见龙卫球等,见前注[36],第191—192页;王利明,见前注[33],第239页。

[47] 参见王文宇:“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107—116页;苏永钦:“体系为纲,总分相宜——从民法典理论看大陆新制订的《民法总则》”,《中国法律评论》2017年第15期,第83—84页。对《民法总则》以营利、非营利区分的辩论,参见张新宝:“从《民法通则》到《民法总则》:基于功能主义的法人分类”,《比较法研究》2017年第4期,第20—33页;金锦萍:“为什么‘营利法人’与‘非营利法人’的分类不是最优选择?”,<http://www.inews.com/zh-tw/612223/>,最后访问日期:2017年12月31日。

会、民法学会。此种人的组合不当然需要伴随资产的组合。如果主事者急公好义、仗义疏财，则社团名下即使没有自己的财产，只有一群志同道合的人，也可以靠主事者出钱出力而永续发展。或者，社团成员可以每次聚会都各自出钱或轮流作东，使社团财务无虞，但又不曾拥有财产。此种人的组合，即便没有独立拥有财产的需求，往往需要有法人格以方便行事。而许多社会团体法人，没有前述的大金主或风气，故以捐献或缴纳会费而积累之社团财产支应日常开支；此时，赋予法人格使社团得以独立拥有财产并承担民事责任、进行民事行为，可以简化法律关系——人的组合不会恒常不变，成员可能来来去去，时间经过有世代交替。社会团体若拥有法人格，在单一名义、共同目标底下，可以有“铁打的营盘”（稳定的法人财产），“流水的兵”（成员）。反之，若社会团体没有法人格，没有起字号，则甚至内部人连指称人的组合都有困难。

此种社会团体法人若有财产，其成员之出资脱离成员之主财产。但其出资是该看成是成员的特别财产，或者仅是社会团体法人自身之主财产，则要看其资产分割如何设计。如果主财产、特别财产防御皆采取完全型，成员之债权人不能以社会团体法人之任何财产取偿（例如要求拿回成员当初之出资或捐献），社会团体法人之债权人也不能向成员之主财产讨债，社会团体法人解散清算后之剩余财产也不会分派给原始或现存成员，则将成员之出资或捐献看作其特别财产，即无意义。试想：A 赠与一把小提琴给 B 后，并不应把小提琴视为 A 之特别财产。

然而，《民法总则》下的社会团体法人，并没有采取双重完全的资产分割设计。主财产防御的设计，《民法总则》第 60 条可以解释为完全主财产防御。只要社会团体法人有严谨的记账方式并搭配适当公示，此种选择应属恰当——至少这可以作为原则，而在例外时允许法院刺破社会团体法人的面纱。

至于特别财产防御，首先，社会团体法人的成员资格“通常”没有市场价格（虽然不排除某些社会团体的成员资格有价格），无从在强制执行程序中拍卖作价。再者，政策上不应容许社会团体法人成员之债权人清算整个社会团体。复次，《民法总则》第 72 条第 2 款规定，除非法律另有规定，法人清算后的剩余财产，要依据章程规定或法人权力机构之决议处理。如果章程规定或决议是捐给某个民法研究基金会，则成员之债权人无论如何都不可能从社团法人取偿；这就是完全特别财产防御。如果章程规定或决议是若有余款按某种方式分配给成员，则幸运的成员债权人还有机会获得补偿；这是超强特别财产防御（图 6）。但是，章程可以修改，决议更是符合章程规范就随时可以作出。这实际上等于是《民法总则》授权社会团体法人自行决定（还可以反悔）采用超强或完全特别财产防御。因为社会团体法人永远有换轨到超强特别财产防御之可能，社会团体法人成员之出资，需要视作成员之特别财产。

然而，如果社会团体法人在成员欠债不还后，因为其他事由而清算，并有剩余财产分配给成员，则此种剩余财产自然应该用于返还债务。所需考虑的反而是个案正义：除非另有法律规定，《民法总则》第 72 条第 2 款给予社会团体法人很大的弹性决定剩余财产归属，如果团体够小、感情够好，或许法人会决议将剩余财产分配给每个成员的子女，从而使成员的债权人无法从剩余财产取偿。但此种情形留待法院使用民法的帝王条款（《民法总则》第 6 条到第 9 条）处理更为恰当。

在表 2 中，本文暂将社会团体法人归类为超强特别财产防御。这是基于笔者个人对为数不多的社会团体运作现实的观察。更精确的说法，应该是社会团体法人的特别财产防御方式

是浮动的——不但法人个个可能不同,同一法人也可能藉由决议而变化其特别财产防御方式。本文的法人三分天下之说,在社会团体法人这一处,会认为此种法人独树一帜,不是因为它一定采取某种特别财产防御,而是因为它不像其他两种法人,被规定一定要采取某一种特别财产防御设计。

2. 资产的组合

与第一种类型强烈不同的,是《民法总则》所称之“捐助法人”,包括:基金会、社会服务机构、宗教活动场所(第92条)。先以捐助法人中最典型的基金会为例。资产是基金会成立的必要条件,甚至是充分条件。《民法总则》第93条虽要求捐助法人成立理事会、监事会,但如果捐助法人章程写得够苛刻(“唯一目的是给予每年高考各省状元10万元人民币为奖励”),正常情况下,谁来当理事、监事都一样。不可或缺者是资产,不是人,捐助法人活动的重点是依据捐助目的使用资产。

捐助法人的财产只需要看成法人本身之主财产,不用同时看成捐助者之特别财产。原因是:第一,《民法总则》第95条^[48]明确规定,不同于前述人的组合,剩余财产不得分配给出资人、设立人、会员。第二,《民法总则》第60条“独立承担”应该可以解释为完全的主财产防御。第三,捐助法人的特别财产防御并无明确规定;但若将来有明确规定,应该不可能允许捐助入、理事、监事的债权人向基金会要求连带清偿前述人士之个人负债;即采用完全特别财产防御。因此,基金会之财产不必是任何自然人或其他法人的特别财产,只是基金会自己的主财产。此与社会团体法人大大不同。

3. 企业

在我国台湾地区、德国,公司和一般社团都被归类为社团法人,但本文认为两者关键特征不同。在《民法总则》第76条中的“营利法人”,就是本文所称之“企业”。所以,在我国民法语境下,本文区分企业和非营利法人之见解,应该相当符合实定法。

企业和社会团体法人要分开的论理是:

首先,社会团体应该有两人以上,而一人公司与国有独资公司两种营利法人,可以只有一个成员。一人组织在企业或许应该容许,但在社会团体不具有实益。

再者,如果将公司这种企业看作社会团体法人,按照民法理论与《民法总则》的规范,社会团体的成员自治。但公司的成员就是股东,股东以及其所组成之股东大会,固然多数情形下在商事法的任意规定中是公司的意思决定机关;但实际上,真正重要的决策者往往是董事会,而独立董事不一定持有股份,作为法人代表的董事个人也不一定持有股份。换言之,许多公司的

[48] 《民法总则》第95条:“为公益目的成立的非营利法人终止时,不得向出资人、设立人或者会员分配剩余财产。剩余财产应当按照法人章程的规定或者权力机构的决议用于公益目的;无法按照法人章程的规定或者权力机构的决议处理的,由主管机关主持转给宗旨相同或者相近的法人,并向社会公告。”本条的另一个重点是“公益目的”。《民法总则》第87条定义非营利法人时,使用“为公益目的或者其他非营利目的……”。非营利目的可以是非常狭隘的私益(《民法总则》第90条所称之“会员共同利益”),不一定是公益,例如张氏宗亲会不在乎其他姓氏者的死活。从《民法总则》第88、90、92条条文中来看,只有社会团体可以不依据公益目的而成立,基金会和社会服务机构必须具备公益目的。这是另一个应该区分非营利法人为捐助法人和社会团体法人之原因。

决策者不一定是法人的成员,因此以社会团体法人概括公司,并不周全。

再次,公司作为经济组织,聘用成千上万名每日辛勤工作,但往往不是股东的经理人、中低阶职员。他们的诱因结构、雇佣与委任关系都是企业法制的重要课题。在社会团体法人视角下,此等人士却“妾身未明”。21世纪的私法理论应该正视企业的特殊性,更不用说应该重视企业的重要性。因此,《民法总则》将企业作为第一层次的法人类型(营利法人),是更进步的立法。

在独立财产与资产分割的理论架构下,营利法人更与前两种法人不同。有《公司法》在前,《民法总则》并未着墨于公司的独立财产与资产分割。然而,依据《公司法》和其他法律,营利法人的资产除了是企业的主财产,其资产分为股份则在概念上也是股东的特别财产。营利法人的资产应该看成股东财产的原因是:①公司清算时,剩余财产必须依照出资、股份比率分派给股东(《公司法》第186条第2款);②股东之债权人可以变卖股东之股份以清偿其主财产所负之债务(《公司法》第72条、《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定》第54条);③股东之股份可以继承与转让。^[49]

营利法人的资产分为股份后,应该看成股东的特别财产,而与捐助法人的设计不同。由前文论述可知,《公司法》下的两种公司,采取完全主财产防御和强型特别财产防御。此种资产分割方式和社会团体法人与财团法人都不相同(参见表1和表2)。因此,营利法人和社会团体法人一定要分别看待。

4. 特别法人

《民法总则》第96条规定的机关法人、农村集体经济组织法人,以及《民法总则》第89条的事业单位法人,是不同形式的公法人;^[50]因为其行政职能和公法任务,公法人自然难以纳入纯私法观点下的法人类型谱。光是此种公法人几乎不可能解散清算,其财产可能来自拨用或由税收购得,就使独立财产与资产分割的理论架构难以直接套用。《民法总则》第97条给予行政机关与机构“机关法人”资格,使其“可以从事履行职能所需要的民事活动”,是很大进步。我国台湾地区的法律就正好欠缺这样的一般性规定,因此机关理论上不具有任何权利能力,造成实务说理困难。^[51]

《民法总则》第101条的居民委员会,作为“基层群众性自治组织法人”,目前是用在市或市辖区的层级(《中华人民共和国城市居民委员会组织法》第2条)。但如果民法总则的居民委

[49] 《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第3条规定“公民可继承的其他合法财产包括有价证券和履行目标为财物的债权等”,所以股份应属继承目标。关于我国法中遗产范围之探讨,参见张永健:“继承目标之一般理论——中国民法总则第124条未回答的问题”,《清华法律评论》2018年(此文指出:《民法总则》第124条与之前所有的法律与司法解释,从未明确规定遗产之所有权归属)。遗产的独立财产类型定位,参见张永健、黄诗淳:“遗产作为独立财产之性质初探——法定限定继承修法后的解释难题与修法建议”,《中研院法律所研讨会论文集》2016年。继承目标之完整理论探讨,参见张永健、黄诗淳:“保证契约继承性之实务反省与理论建构”,《工作论文》2017年版。

[50] 参见苏永钦,见前注[47],第84页;朱庆育,见前注[25],第422、427、433页。

[51] 参见张永健:“动产时效取得——从国家时效取得私有动产案件,到制度兴革建议”,《月旦法学杂志》2016年第255期,第135—136页。

员会,能够脱离《中华人民共和国城市居民委员会组织法》的定义的牵绊,而用于组织小区的业主大会^[52](《物权法》第70、75条),可以有效解决业主大会的民事主体定位与维修资金的资产分割设计问题。《民法总则》通过前,学说并不认为居民委员会可以取代业主大会,^[53]但也多认为现行法对业主大会的定位不明。^[54]《民法总则》通过后,也有学者认为对业主团体定位不明,是《民法总则》的一项缺失。^[55]

有趣的是,我国台湾地区的区分所有权人会议(相当于业主大会的概念),同样也是没有法人资格的非法人团体。但我国台湾地区的“公寓大厦管理条例”因此对公共基金的归属三缄其口,^[56]《物权法》第79条却有明白规定:“建筑物及其附属设施的维修资金,属于业主共有。”如果业主大会日后可以设立为“基层群众性自治组织法人”,维修资金可以改设计为法人财产。但无论维持业主共有或法人拥有,立法者都必须进一步考虑维修资金的主财产、特别财产防御问题。杨立新教授认为,维修资金“属于全体业主共有,其他人不得主张权利”,^[57]这是指完全的特别财产防御。本文同意此种定位,但期待此种学说见解能在民法中明文化。但如果维修资金不足,负责维修的债权人,是否可以按照业主专有部分的建筑面积比例,要求以业主主财产取偿?此亦未有明文规定,本文认为,或以中型主财产防御为当(参见图4)。准此,必须要维修资金已经赔偿或支付到一毛不剩,才能要求以业主主财产承担民事责任,而各业主以其专有部分比率为限,负补充的连带清偿责任。当然,中型主财产防御在债务源自于小区和第三人的合同关系时,较为有说服力,因为第三人有机会事先探知小区维修资金的数额,并控制其风险。但若债务源自于侵权行为(维修设施设置不妥,造成维修人员伤亡),则要求侵权行为被害人承担向各业主请求之成本,也未尽公允。理论上,在侵权责任采取弱型主财产防御,则合同责任采取中型主财产防御,并无不可。^[58]

最后,农村集体经济组织可以取得法人资格(《民法总则》第99条),村民委员会的基层群众

[52] 另外有学者认为,作为业主大会执行机构的业主委员会,是非法人组织。参见王利明,见前注[33],第418页。本文认为业主委员会是意思机关,以意思机关作为民事主体在概念上不妥当,而且也难以解释业主大会的法律地位。

[53] 参见崔建远:《物权:规范与学说——以中国物权的解释论为中心(上册)》,清华大学出版社2011年版,第433页;黄松有:《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2007年版,第243页。

[54] 参见陈华彬:《民法物权》,经济科学出版社2016年版,第231页;尹田:《物权法》,北京大学出版社2013年版,第357页;梁慧星、陈华彬:《物权法》(第5版),法律出版社2010年版,第192页;参见崔建远,同上注,第434页,则认为业主大会是独立的民事主体,虽无独立财产,但可由业主共有财产解决相关义务与责任承受问题。从本文理论架构来看,崔教授的见解可行,但会创造出非常特殊的财产独立与资产分割类型——即一方面没有特别财产,但业主大会的债务、责任又可以连结到业主的主财产,以虚无资产分割方式负连带责任。

[55] 参见王利明、周友军:“我国《民法总则》的成功与不足”,《比较法研究》2017年第4期,第12页。

[56] 在台湾,公寓大厦的公共基金归属仍然是未解之谜,参见张永健:“大家的钱是谁的钱?——公寓大厦组织形态与公共基金所有权归属之立法论”,《月旦法学杂志》2017年第269期,第106—108页。

[57] 参见杨立新:《物权法》,法律出版社2013年版,第219页。

[58] 更进一步讨论,参见张永健,见前注[56],第106—108页。

性自治组织也可以取得法人资格(《民法总则》第101条),^[59]是否还要坚持以“集体所有”方式安排农村的土地所有权归属?^[60]是否可能改以前述两种法人之一拥有农村土地?若是,立法论上较合理的组织结构是由农村集体经济组织此种(公)法人拥有农村土地,村民委员会是农村集体经济组织的意思机关,由村民选举出村委。而立法上自然可以限制农村集体经济组织不得转让农村土地所有权,维持土地公有制。这只是概念简化,不是政策转向。^[61]

(三)法人一统江湖:并吞非法人组织与其他团体

《民法总则》愿意突破传统的法学理论,赋予现实中常见的非法人组织一定程度的权利能力,应给予肯定。吾人不妨再更大胆一点,思考下列可能性:任何人只要愿意成立法人,就可以透过文字纪录(如:立生死契)或具体行动(如:歃血为盟、以团体名义订酒店宴席等)设立法人,不用登记、不用审批、不用立案。目前的非法人组织,或者构不上非法人组织的团体,都可以成为法人。^[62]凡是私法人,就有完全的权利能力。民法的基础理论,可以回归到两种民事主体——自然人和法人。没有中间类型,也没有部分权利能力。

交易秩序会大乱吗?不会!^[63]关键就在于,成立法人本身不当然能使设立者逃避任何责任。法人固然可以自己拥有财产,但不表示法人成员就不用负责任,或者法人成员的债权人就不能要求法人连带负赔偿责任。只有弱型以上的主财产防御、特别财产防御,才会削弱相关债权人取偿的能力。若《民法总则》这样的基础法律,能广开大门,使任何人都可以成立法人,但强制此种“一般法人”采取虚无主财产防御与虚无特别财产防御,则债权人之保障如一,民法理论说理简单一贯,也没有其他流弊。

进一步言之,当“一般法人”成员仅有一人,而既采虚无主财产防御,也采虚无特别财产防御,则主财产与特别财产的界分,仅有概念意义,没有实际效果,因为实际上就是唯一的“一般法人”成员的所有主财产(以及其他没有受到完全特别财产防御保护的特别财产),以及概念上可以划分出来的“一般法人”财产,要负全部的民事责任。不过,当“一般法人”成员有数人时,虽然主财产、特别财产防御两无,特别财产的概念较有实益,因为在此“一般法人”的主财产,是所有成员各自的特别财产之总合,并以此为界面,黏着了所有成员的主财产,使这些成员之主财产和特别财产负连带责任。

与此同时,既有的三种法人类型(即捐助法人、社会团体法人、营利法人)、合伙类型等等,

[59] 关于两者功能之不同,参见张新宝,见前注[27],第199页。但同一地理区域,同样的成员,设立两种法人,是否过度迁就路径相依,而未能简化农村地区的组织架构?

[60] 现行法下的集体所有制,其实是双重共有。第一重是农村土地由村集体成员集体所有,并搭配物上分管约定;第二重是农户之内由农户成员“整有”(tenancy by the entirety)。但立法论上若能将农村集体转型为法人,有节省制度费用的好处。参见张永健,见前注[42]。

[61] 进一步的专文探讨,参见张永健,见前注[42]。

[62] 有学者建议,笔者应该用entity而非legal person作为一统江湖的领袖。本文认为,立法论下的广义一般法人概念,如何对应到美国法,倒是其次。重点是,本文的一般法人,无论称为什么,都是享有完全民事权利能力的主体。

[63] 有学者指出,因为政府不会轻易放弃审批团体的机会,所以本文建议在政治上不可行。本文则认为,不论“一般法人”的主张是否成为立法,不具有法人格的团体永远都大量存在。容许人民团体自由成立具有无限责任的一般法人,很难想象会因此导致人民大量成立团体,并从事政治活动。

都可以保留(或可统称为“具体类型法人”)。这些具体类型法人的法律设计,最重要的功能就是与前述一般法人不同的资产分割方式。立法者不是仅仅容许单一的一般法人,而是以立法提供多种组织形态供商业经营者选择。选择具体类型法人者,则仍须践行登记、审批、报备等既有程序要求,并向不特定人公示其法人类型。须强调者,商业经营者不得自行创设新的组织形态(笔者称之为“资产分割法定原则”),〔64〕是因为弱型以上的主财产、特别财产防御,都会伤害债权人利益;容许商业经营者不受节制地自由创设法人类型及其资产分割方式,将使法人成为脱产工具。

本文认为,过往学说不愿意承认非法人组织就是法人,一方面是囿于历来学说对法人的狭窄认定,另一方面是隐隐顾虑债权人的利益。但本文指出,只要正确认识财产独立与资产分割之理论架构,就会理解到:法人的内涵仅在于可以用自己名义交易、成为诉讼当事人、拥有财产等等,〔65〕但法人的本质不包含特定的主财产或特别财产防御态样——换言之,法人本质不包括有限责任;〔66〕主张法人必然是有限责任的论述,忽略了德国、我国台湾地区的法规范,也没有深厚理论根基。

而海纳百川的法人概念,可以吸纳信托、合伙这些“不当成民事主体其实说理困难,但在现行教义概念下不可能当成法人”的组织类型。为何不呢?尤其是各种合伙企业在我国已经享有完整的权利能力,当成法人是顺水推舟。试想:若在合伙企业法加一条“合伙企业为一种营利性法人”,需要调整任何法律中的实体规范吗?合伙企业的经营方式会改变吗?都不会。唯一会改变的是民法理论说理更清晰与思考更容易。

再者,本文倡议的大容量一般法人,最重要的配套措施是制定广泛适用的资产分割预设规定。在目前各国的法人架构下,只要出现了不合法人设立程序规定的团体,法院就缺乏明确规则定性团体与团体成员各自应该负担之责任。即使《民法总则》规定了非法人组织,还是有许多规范空白,也仍然有不合法人组织的团体,让法院不知道如何界定团体与成员的个别责任。在本文界定下,所有团体都可以解释为法人,而只要不是任何具体类型法人,就是一般法人。〔67〕既为一般法人,则一律由团体财产与所有成员财产负连带清偿责任,无论是对团体的债权人或个别成员的债权人而言。这对团体的发展自然可能不利,但这些团体永远都可以选择成为特定的具体类型法人,并践行相关审批手续。另一方面,此种预设规定让法人不会轻易地成为脱产工具,也让法院有明确的预设规定可以适用。知法的市场交易者,也可以依据明确规则,安排其商业活动。

〔64〕 参见张永健,见前注〔1〕,第90—93页。

〔65〕 参见杨立新,见前注〔27〕,第71页。

〔66〕 关于此问题之正反争论意见,参见蒋大兴:“《民法总则》的商法意义——以法人类型区分及规范构造为中心”,《比较法研究》2017年第4期,第54—55页。

〔67〕 或有认为,当所有团体都是法人,将难以用团体之名称辨识其类型,甚至确知其责任类型。本文则认为此似属多虑。即令现行法所规定之团体命名方式不变,新的一般法人只要规定其命名为“XXXX无限责任一般法人”即可。或者,规定只有经过特殊审批程序的特殊类型法人,才能使用专属于该类之特定名称。

所以,承认非法人组织为法人,^[68]只是概念上转个弯,让思考变容易而已。真正严肃重要的理论课题,是思考如何设计各种具体类型法人的主财产与特别财产防御。本文提出的各种主财产与特别财产防御,只是“分析架构”(analytical structure);其中的分类并未穷尽,立法者或法学理论家一定可以想出其他新的种类。然而,立法者必须在好的“实然理论”(positive theory)基础上,建立“应然理论”(normative theory),以此决定应该对何种组织/法人类型,采取何种资产分割方式。若设计不良,小则市场交易者不爱用,大则成为扰乱经济秩序的帮凶。若设计得宜,则降低商业经营者的“交易成本”(transaction costs),提升“效率”(efficiency)。笔者已在另文中主张:我国民法典立法时应参考经济分析理论作为实然与应然理论,^[69]在此不展开。^[70]反对经济分析之论者,有责任提出替代理论,说明如何用经济分析以外之论理,建构财产独立与资产分割的理论框架,并提出具体设计。

三、结 论

非法人没有法人格、没有权利能力,本无法拥有财产。《民法总则》突破传统学说的桎梏,正视现实上众多非法人组织的需求,值得肯定。然而,《民法总则》所举例的三种非法人组织,就有不同的财产独立类型,更有不同的资产分割方式。非法人组织不作为剩余类型,而作为独立之民事主体,恐怕留下的问题比解决的问题多。

《民法总则》突破德国传统的社团、财团分类,以营利、非营利为界,创意值得肯定。本文从财产独立与资产分割设计的异同立论,主张捐助法人、社会团体法人、企业应该鼎足而三。而将来若有机会再修正《民法总则》,应该大幅扩张法人的范畴,使之包括非法人组织与其他团体。大量赋予团体法人格并非洪水猛兽。法人格确实会因此贬值,但本来民法就没有道理要让法人格高不可攀。真正重要的工作,是设计各种具体类型法人的主财产与特别财产防御。如表1所示,包括《民法总则》在内的实定法,对许多组织型态的相关设计都还是“白茫茫一片大地真干净”。即使不采用本文兼容并蓄的一般法人主张,也仍然需要补足《民法总则》和其他特别法中的主财产与特别财产防御设计。尤其是特别财产防御不明确处,应该尽量以修法方式补正(或者以司法解释补充),因为特别财产防御难以透过当事人逐一特约达成,必须以立法制定。表2依据本文初步之理论探讨,对不明确之资产分割类型都提出明确建议方案。

主财产与特别财产之关系,由两种极端——个人独资企业和捐助法人——的探讨可知:当

[68] 同样认为《民法总则》法人篇应该收编非法人组织的论据,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634—642页。

[69] 参见张永健:“民法典立法方法论——以《物权法》第106、107条动产所有权善意取得为例”,《财经法学》2017年第4期,第50—67页。

[70] Hansmann & Kraakman 教授在商业组织法领域,已经对选择资产分割类型的考虑提出详尽的经济分析,see Hansmann & Kraakman,“Essential Role”, supra note 1, pp.398—405, 423—432.

某一个人单独拥有的一堆财产相对于该人单独拥有的另一堆财产,是采取虚无主财产防御与虚无特别财产防御,则主财产与特别财产之分,在概念上虽然能区辨,但缺乏实际意义,如同两者处于同一概括财产下。相对地,当某一堆财产相对于另一堆财产,是采取完全主财产防御与完全特别财产防御,则两者已经毫无瓜葛。两堆财产应该看成两个民事主体的主财产,而且并不同时为另一方之特别财产。但在前述两种极端的(在此没有贬义)资产分割方式之外,主财产与特别财产防御类型必须要严格、清楚地界定。本文提出了清楚的分析架构,也点出了实然理论与应然理论的重要性,且看睿智的中国民法立法者,如何应用在后续的立法中。

表 1 实定法中的资产分割方式

		特别财产防御					
		虚无	弱型	强型	超强	完全	不明确
主 财 产 防 御	虚无	个人经营的 个体工商户		一人公司的刺破公 司面纱			个人独资企业
	弱型		普通合伙	非一人公司的刺破 公司面纱			非法人组织
	中型						
	强型						
	完全		特殊的普通合 伙企业中的 “其他合伙人”	股份有限公司、有 限责任公司		信托	社会团体法 人、捐助法人
	不明确						建筑物及其附 属设施的维修 资金、夫妻共 同财产、家庭 经营的个体工 商户、农村承 包经营户

数据来源:本文制表。

〔*〕 抵押和质可以被认定为接近强型主财产防御,是因为抵押人和出质人可以额外担任保证人。如果没有额外担任保证人,或认为人保和物保属于二事,则抵押和质是使用完全主财产防御。此外,资产分割理论,顾名思义是以资产为中心的理论视角。因此,资产分割理论以及上面两表所触及的问题,不仅限于组织型态法关心的法人财产归属,还包括担保资产以及维修资金。

表 2 理论中的资产分割方式

		特别财产防御				
		虚无	弱型	强型	超强	完全
主 财 产 防 御	虚无	非法人组织、个人 独资企业、个人经 营的个体工商户		一人公司的 刺破公司面 纱		
	弱型		普通合伙、家庭经 营的个体工商户、 农村承包经营户	非一人公司 的刺破公司 面纱		
	中型				建筑物及其 附属设施的 维修资金	
	强型		抵押、质 ^(*)			
	完全		特殊的普通合伙企 业中的“其他合伙 人”	股份有限公 司、有限责 任公司	社会团体法 人	信托、捐助法 人

数据源：本文制表。

Abstract: This article first lays out the theoretical framework of asset partitioning and separate patrimony with examples from China’s Company Act, Trust Act, and Partnership Firm Act, and then uses the framework to criticize the *General Provision of the Civil Code* for failing to stipulate clear rules regarding asset partitioning. This article points out that while unincorporated organizations are considered as entities by the *General Provision of the Civil Code*, it is unclear whether they can own properties. Sole proprietorship is clearly a type of unincorporated organization, but it cannot own properties by itself. Also, whether an unincorporated organization and its members’ creditors can claim against each other’s special patrimony is unclear. This article further contends that legal persons are composed of three prototypes: associations, firms, and foundations, as they are featured with different types of asset partitioning. More radically, the requirements to set up legal persons shall be greatly relaxed, so that unincorporated organizations and any other groups of people can become legal persons by declaration or action. The key in institutional design is not formally distinguishing legal persons from non—legal persons, but providing baselines and a variety of organizational forms with different types of asset partitioning and separate patrimony.

Key Words: Separate Patrimony; Foundation; Association; Village Household; Sole Proprietorship

(责任编辑:贺 剑)