

## 论 法 人

史际春 胡丽文

---

**摘 要** 法人制度的价值在于解决非自然人参加法律关系时的人格和能力问题，目的是适应社会经济政治发展的需要，使越来越多以非自然人名义从事活动的主体合法化，达到“铁打的军营流水的兵”之效果，从而突破自然人的局限。法人制度都是具体的，依任何法律或法律部门成立的法人，当然可以依法参加各法律部门的法律关系。不同法律部门对法人的关注和调整各有侧重，法人制度无须“顶层”的框架或规则，不必在部门法中规定法人的条件和一般规则。法人是否营利主要为税法所关注，而与法人的事业及其经营性、公益性无必然联系，不应将其作为法人之法律调整基准。

**关键词** 法人 人格 法人分类 营利性 非营利性

作者史际春，法学博士，中国人民大学法学院教授、安徽大学法学院讲席教授、安徽师范大学法治中国建设研究院特聘教授；胡丽文，中国人民大学法学院博士研究生。

---

DOI:10.16094/j.cnki.1005-0221.2018.03.005

### 一、问题的提出

在我国，关于法人的一般规定仅见于民法。1986年《民法通则》规定了法人的一般条件和基本规则，并根据我国实际，将得参加民事关系的法人分为企业法人、机关法人、事业单位法人和社会团体法人。2017年《民法总则》关于法人的一般规定没有实质变化，但在分类上，改按“营利”标准将法人分为营利法人和非营利法人，再将机关法人、农村集体经济组织法人、城镇农村的合作经济组织法人和基层群众性自治组织法人等列为特别法人。由此引出的问题是，不是根据民法成立的法人参加民事关系时也要符合民法规定的法人条件吗？法律或民法中有无必要集中规定法人的一般规则？法人制度的目的和价值究竟何在？法人之营利、非营利是否应当或必须由民商法规定及调整？能否及应否将依宪法、行政法成立的公法人视为特殊的私法人？还有一个次要问题就是，“法人以其全部财产独立承担民事责任”应否为法人的必要条件之一？这些都是我国法律、法学上迄今尚未解决的问题。

所谓法人，是由特定法律赋予法律人格，可以依法享有权利、承担义务的人或物的组织体。<sup>①</sup>法人的出现，缘于为完成自然人所不能或者难以完成的任务，实现某种特定目的，其价值在于解决非自然人参加法律关系时的人格和能力问题，以维护某个得永续存在、区别于其成员、能以自身名义从事活动，享有权利和承担义务的机构或组织体。<sup>②</sup>

法人制度涵摄于整个法律体系，在各个法律部门中，都可见法人身影，但并非每个法律部门都有法人制度。法人是法律上的人，一个组织或机构一旦依任何法律部门的法人制度取得法律人格，就当然可以参加该法律部门及任何其他法律部门的法律关系，所以法人不仅仅是民商法或私法中的人，对法人和法人制度的探讨不能局限于某部门法，否则难以窥其全貌及准确把握。因此，并非必须由民法来承担为法人作一般规定的任务，《法国民法典》中甚至没有法人的规定。民法充其量可以规定私法人的一般条件和规则，然而细究之下，也无这样做的必要和实益。比如《民法通则》和《民法总则》关于法人的一般规定，在有关法人资格认定、法人的能力、运行和责任方面，就既不能取代更不能否定《公司法》《中国人民银行法》《国务院组织法》《地方人民代表大会和地方人民政府组织法》《人民法院组织法》《人民检察院组织法》等的规定，也不能单独适用于任何法人。何况《民法通则》和《民法总则》关于法人责任承担的规定，只限于有限责任法人，并不涉及依民商法以外其他部门法设立及成立的法人，也不适用于参加民事关系的各种法人，比如国家机关法人和某些公司法人。<sup>③</sup>

法人制度非民商法或私法所能概括。<sup>④</sup>过往习惯于将整体法人制度置于特定部门法内进行研究，不啻为理论上之偏狭和自我束缚，不利于把握法人及其制度的价值、本质、特征和相应的法律调整。法人究其实质是为了解决非自然人参加法律关系所遇困境而生，具有工具性和具体性，希冀在某个部门法中对其作一般规定，适用于各种法人和参加各法律部门法律关系时的法人，实为教科书式思维，并不符合立法、司法和社会生活实际。

有鉴于此，本文超越部门法以及公法和私法，对法人和法人制度作一整体探讨，以期阐明其原理，廓清相关疑点和问题，也可供民法典编纂参考。

## 二、法人的制度价值及其功用

法人的客观要求是法人制度得以产生、存续并发挥作用的基础，内在于其本质而外在于其特征，也是法律认可非自然人具有人格的原因所在。

法人制度萌芽于罗马法时代，其时虽未有“法人”的名称和关于法人的连贯理论，<sup>⑤</sup>但是罗马法对团体人格与其成员人格的区分，为近现代法人制度的建立和发展奠定了基础。法人一词，是注释法学派在总结概括罗马法的基础上，将其作为自然人的对称而提出来的。<sup>⑥</sup>“法人”出现在法律

① “Juristic person”，参见薛波主编《元照英美法词典》，北京大学出版社2014年版，第757页。《德国民法典》官方英文版则为 legal person，与 natural person 相对应，See German Civil Code，available at the website of Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz，[http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.pdf](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.pdf)，p. 3，2017年8月11日访问。

② 参见李昕《作为组织手段的公法人制度研究》，中国政法大学出版社2009年版，第4页。

③ 比如依外国法成立、在我国境内从事活动的无限公司，发起人依监管要求承担一定经营风险和清偿责任的银行公司，等等。

④ 参见李昕“法人概念的公法意义”，《浙江学刊》2008年第1期，第19页。

⑤ 参见〔意〕巴里·尼古拉斯《罗马法概论》，黄风译，法律出版社2010年版，第55页。

⑥ 参见周相《罗马法原论》（上册），商务印书馆2014年版，第305页。

中，则公认是《德国民法典》首开先河。

法人与自然人一样是法律上的“人”，如凯尔森所言，两者都是法律构造的产物。在人类历史上，自然的人未必能取得法律人格而成为法律上的人：自然“人”（person）不同于“man”，就此而言，“自然”人也是一种“法”人。<sup>⑦</sup> 在古罗马，奴隶虽为自然的人，但并不具有法律人格，不是法律上的人，因而也不是法律上的权利义务主体，只能成为法律的客体或者权利标的——买卖或使役的对象。虽然“人格”是古罗马将人分为三六九等的工具，起初带有浓厚的压迫与不平等色彩，但是自然的人与“人格”可以分离，以及团体人格与其成员人格的区分，是罗马法留给后世的一笔重要财富。法人制度于近代法肇始时，就运用了罗马法学家有关社团、自治市、基金会等团体的法律分析。<sup>⑧</sup> 罗马法学家阿尔芬举例道，即便很多士兵死亡并补充新的兵员，军团仍被视为同一军团；国家也仍与百年前的国家相同，即便当时的市民已无人存活；同样，如果一条船经常修补，以至所有的船板都是新的，它还是被看作同一条船。<sup>⑨</sup> 五大法学家之一的乌尔比安也认为，“如果什么东西应当付给团体，则不应将其付给团体所属的个人，个人也不应当偿还团体所欠之债”，<sup>⑩</sup> 这正是法人作为非自然人人格的本质和理念，以及法人人格与其成员人格相分离之法人基本特征。因此，说法人起源于罗马法，是能够成立的。就实证法而言，早期罗马法中的宗教团体、军队和丧葬团体并不具有“人格”，但也都是以团体的形式、名义出现的；到共和国末期，国家和地方政府开始有了自身人格，并与其成员相分离。之后罗马法还承认神庙享有财产权，可以自己的名义订立契约，取得债权，承担债务，其构成的基础是财产而非人，此即财团的萌芽了。当然财产的主体仍是人。可见，尽管罗马的私法最发达，但是“法人”并非出自私法，而首先是在社会政治领域产生的。<sup>⑪</sup>

法人之客观要求，是随着社会发展，人的活动越来越需要超越自然人的身体、能力和品格，在群体乃至社会的基础上以某种共同意志开展行动，获得稳定性、延续性，进而为法律所认可。这就是军队、各种自治团体，以及代表一定范围的社会并以其意志自居开展活动的政府或国家。法人的滥觞，业已揭示出法人的原因，指明了法人的本质——非自然人之法律人格。

“法人避免了自然人的不稳定性，其存续不受自然死亡的限制。”<sup>⑫</sup> 不仅于此，自然人在存活状态下也具有极大的个体差别，其生理素质和能力各异，将众多个体聚集在一个名义下也能发挥其分工合作的作用，凝聚成个体所无法企及的合力，成为社会的基本组织工具。这在古罗马社会中已经显现，“同一个有组织的、人员熟习的团体打交道，比起同一群漫无组织的陌生者打交道要容易得多；而帝国行政当局如果没有这种组织的帮助就根本无法解决运输大量笨重物资这一极端棘手的问题。”<sup>⑬</sup> 因此，法人和法人制度是为了使越来越多以非自然人名义从事活动的主体合法化，从而突破自然人的局限而产生和存在的。此既解决了人的社会性、结社性的自我需求，满足法律对人的本性所作的基本预设，<sup>⑭</sup> 也构成对人的社会性这一命题所内含的国家组织、公共管理、自治和结社等基本要求的满足。正如马克思所言，“人的本质不是单个人所固有的抽象物，在其现实性上，它是一

⑦ 他还说，man 和自然人（person）的关系，并不比 man 同技术意义上的法人之间的关系更密切。参见【奥】凯尔森《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，商务印书馆 2013 年版，第 155-156 页。

⑧ 参见【意】桑德罗·斯奇巴尼选编《民法大全选译·人法》，黄风译，中国政法大学出版社 1995 年版，“前言”，第 3 页。

⑨ 参见注⑧，第 97 页。

⑩ 同注⑧，第 103 页。

⑪ 参见注⑥，第 306 页。

⑫ 【法】让·里韦罗、让·瓦利纳《法国行政法》，鲁仁译，商务印书馆 2008 年版，第 57 页。

⑬ 【美】M. 罗斯托夫采夫《罗马帝国社会经济史》（上册），马雍、厉以宁译，商务印书馆 2009 年版，第 233 页。

⑭ 参见胡玉鸿“个人社会性的法理分析”，《法制与社会发展》2008 年第 1 期，第 73 页。

切社会关系的总和。”<sup>⑮</sup>

此外,法人制度也是对商品交换、团体责任等社会发展趋势的回应。即当生产经营的主体从个人发展到无限公司、两合公司、合股公司等,成为经济上的必需,则免不了要在法律上将这些自治性组织视为权利义务的载体。<sup>⑯</sup>这个过程,从11世纪地中海沿岸商业和手工业兴起,出现现代商事企业的雏形,到17世纪法国正式认可无限责任的公司,以及西欧各国纷纷成立皇家特许的殖民公司比如东印度公司,商事组织的人格不断强化并得以确立。<sup>⑰</sup>因为以团体方式从事市场活动时,必须对团体及其成员作一定程度的区分、隔离,否则交易主体是谁及伴随而生的责任承担问题都将成为交易的障碍。法人的基本特征之一,便是它自身作为一个法律实体与其作为其他法律实体的成员或者承担职能的个人相分离。亦如韦伯所言,将所谓团体的法人格的观念最理性地实现出来的办法,是将成员的法律领域与完全和特别建构出来的团体的法律领域分隔开来。<sup>⑱</sup>这种区分、隔离出“双主体”的做法,为法人作为组织、机构能够享有人格,行使权利和承担义务奠定了基础。随着商品交易暨市场经济的发展,区分法人及其成员,并一般地赋予商事法人以有限责任的做法,也是客观必要,以利市场主体之风险预期和把控。

近现代法人的理念和实践,也首先出现在公法部门中。在私人和私权与国家政权、政府相比微不足道的时代,承认私法“法人”的难度远高于对政府、自治市等人格的承认,统治者存在着对私的组织、团体借权利来对抗权力的担忧。德国直到19世纪中叶,有关社团的立法仍深深地带有对社会中各种团体不信任的烙印,将其视为对国家权力的潜在威胁。<sup>⑲</sup>国家之所以认可商业社团的法人地位——一种以团体名义受领、行使和持有行业垄断权的资格,也是为了将商业社团改造成推行公共政策的工具。<sup>⑳</sup>到19世纪末,《德国民法典》才通过“权利能力”的逻辑推演,为团体赋予类似罗马法“人格”的“权利能力”,在私法上确立法人的概念和地位。“权利能力”从技术上解决了自然人与法人在同一民事主体概念下共存的问题,从而避开了主体的“伦理性”困扰。<sup>㉑</sup>德国人的逻辑性和逻辑整合能力,对法人制度的确立作出了贡献,解决了并无伦理性的法人似乎不能获得法律人格的问题。但这只是头脑中制造出来的问题,法人从来都不是由逻辑派生的,而根源于社会及其实践,《德国民法典》如此一来,关于法人的理论也被人为地复杂化,模糊了法人的本质及其在法律体系中的地位。换言之,法人制度不过是通过法律技术来适应社会发展的需要,使以非自然人名义从事活动的主体合法化,弥补自然人之不足,在社会生活各领域追求法人固有的“铁打的军营流水的兵”之效果,德国人的逻辑严谨暨《德国民法典》却使得法人作为法律人格的本质被淡化;对法人的概括首次在私法中完成,也产生出一种假象,即:法人作为制度是私法的,法人制度的顶层在私法中。受此影响,我国立法者也下意识地认为,应当在《民法总则》中对法人作周延分类,使之包容现存的各种形式的法人。<sup>㉒</sup>

然而,作为法律工具和工具性法律制度,在一国法律体系中,并不存在顶层的、一般的法人制度。包括民商法在内的一些部门法中存在法人制度,但都是具体的,比如《公司法》《国务院组织

⑮ 《马克思恩格斯选集》(第1卷),人民出版社2012年版,第139页。

⑯ 参见[德]马克斯·韦伯《经济与社会》(第2卷上册),阎克文译,上海人民出版社2010年版,第847页。

⑰ 参见史际春《企业和公司法》,中国人民大学出版社2014年版,第23-26页。

⑱ 参见[德]马克斯·韦伯《法律社会学·非正当性的支配》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2011年版,第105页。

⑲ 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,第27页。

⑳ 参见方流芳“中西公司法律地位历史考察”,《中国社会科学》1992年第4期,第157页。

㉑ 参见李永军《民法总论》(第三版),中国政法大学出版社2015年版,第63页。

㉒ 参见《民法总则立法背景与观点全集》编写组《民法总则立法背景与观点全集》,法律出版社2017年版,第507-508页。

法》《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》，等等。法人的活动并不局限于某法人所由成立的特定部门法范围，如上所述，法人的本质和特征乃是法律赋予某机构或组织以不同于其职责承担者或组织成员的人格从事活动，其活动范围涵盖整个法律领域。法人和法人制度非民商法独有，也难谓其主要价值只存在于民商法领域，民商法只是我国社会主义法律体系的部门之一。

### 三、不同法律部门对法人的关注和调整各有侧重

法人是共通于所有法律部门的基础概念，只是不同法律部门对于法人的关注和调整各有侧重而已。法人不仅是拟制的产物，也是权利义务、职权职责的载体和承担者，在各部门法的法律关系中，法人的特殊性主要不在于创造一个新主体，而是基于特定部门法的调整任务、调整对象的特殊性，从不同层面赋予既定的法人以某种权利义务、职权职责，从而对其形成一种不同于其他部门法的关注和调整。<sup>②③</sup> 具体来说，法人可依不同的部门法而成立，私法人侧重于其交易地位的承认及财产责任如何承担，公法人则强调法人以特定人格完成法律所赋予的公共管理职责和任务，<sup>②④</sup> 无论依何部门法成立，一个组织或机构一旦取得法律人格，即可据此参加各个法律部门的法律关系。比如公司是依公司法暨民商法成立的，国家机关法人是依宪法、行政法成立的，但其成立之后，都既可参加民事法律关系，也可依法参加其他法律部门的法律关系，如公司和政府机构都可从事交易；公司依法纳税并接受政府的市场和金融等监督管理；中国人民银行发行货币及进行外汇管理；劳动部门开展劳动监察；法院、检察院参加诉讼法律关系；外交部、商务部等代表国家参加国际法律关系，等等。

法人的目的框定其能力，也即法人行为的范围，因此，法人必然是合法组织，以法人的名义为法人目的所不允许的危害社会的活动，如海关、使馆走私，以公司的名义受雇行凶，此时海关、使馆、公司作为行为主体就不再是法人或法律主体，而只是团伙或某种客观存在的组织。所以，团伙、组织、机构、公司、单位等是可以犯罪的，法人是不能犯罪的，这是一种客观社会存在与法律上层建筑的关系，法律不允许任何人以法人的名义为犯罪行为。同时，法人在其目的范围内从事的活动未必都是合法的，为追求目的也可能因过错或滥权等构成违法，此时法人应当就其行为承担相应的法律责任。因而法人可能违法，但不能犯罪。

依特定法成立的法人依法参加任何法律部门的法律关系，其既定的法律人格无须由所参加法律关系之相应法律部门再行确认或认可。因此，在某个具体法律或部门法中一般地规定法人的条件，是不必要的。倘如此，也只应在宪法中增设法人一般规定，然而并无任何国家这么做，均不影响其根据实际需要设立法人从事相关活动。为何如此？理解其原因的关键词就是“人格”，而且法人制度都是具体的。一国法律体系是一个整体，法律部门划分是相对的、概念或观念上的，一个组织或机构只要依特定法律或法律部门取得法律人格，就获得了法律主体地位，即可在该法律体系之下或范围内依法从事活动。按照全国人大常委会的官方解释，我国社会主义法律体系由宪法及相关法、行政法、民商法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法等 7 个部门构成，法人制度和法人在其中的地位和作用各不相同。

<sup>②③</sup> 参见李友根 “论经济法主体”，《当代法学》2004 年第 1 期，第 70 页。

<sup>②④</sup> 参见注②，第 5 页。

就渊源位阶和在法律体系中的地位而言,在法人及国家、社会中居于主导地位的是依宪法、行政法成立的国家机构法人,如全国人民代表大会及其常务委员会、国家主席、国务院、中央军事委员会、地方各级人民代表大会及其常委会、地方各级人民政府、民族自治地方自治机关、人民法院、人民检察院、中国人民政治协商会议全国委员会及各地方委员会、新近设立的国家 and 地方各级监察委员会,等等。这类法人的意义,在于以其自身名义承担宪法和法律赋予的职责,从事立法、监察、行政、司法、外交、军事等等活动。法人有层次,国家是由万千国家机构组成的一个体系,宪法、法律规定的国家机构多有下属的分支机构,比如国务院和各地方政府有发展和改革、公安、市场监管、商务等组成部门。那么,在宪法、法律明确规定的国家机构法人之下,哪一层级的分支机构才是法人?对此是无法用法条具体划分或界定的,判断标准仍要回到“人格”上来。依法人的本质,法人必须有自己的人格,判断的一般原则为某机构能否以自己的名义单独或面向公众履行职责,肯定的就是法人,反之则否。公安局、公安分局都可以是法人,刑侦大队则未必;检察院、检察分院是法人,其公诉处则不是。无论是国家机关法人或其分支机构履行职责,均无须考虑能否独立承担自己行为的法律后果。因为国家机关及其工作人员行使职权原则上无须对外承担责任,对偷盗猖獗、市场监管不力,警察部门和证券、银行等监管机构并不必对受损害的个人和法人承担责任,各国皆然;即使承担法律责任,则多为国家政权体系内部的责任,对外也未必由以该人格从事活动的机构自身担责,而可能是由上级法人承担责任,甚至由国家承担责任即国家的赔偿和补偿。

依宪法、行政法成立的法人不限于国家机关,还包括居民委员会、村民委员会、政府设立的事业单位、政府性基金等。

就宪法、行政法而言,其对法人的关注重点不同于民商法。《民法通则》第50条规定“有独立经费的机关从成立之日起,具有法人资格”,《民法总则》第97条规定“有独立经费的机关和承担行政职能的法定机构从成立之日起,具有机关法人资格”,这种确认国家机关法人地位的规定,既不是《德国民法典》关于特定公法人之特定事项准用条款,<sup>⑤</sup>也与具体的公法人制度有别。事实上,国家机关是否具有法人资格,与其有没有独立经费无关,因为国家机关的分支机构也可能是法人,以其自身名义履行职责。而且,国家机关都不是独立的,而依法处于一定的权力支配体系中,据以行为的人格与承担责任的主体未必吻合,其活动经费或使用的财产并不足以或者法律不准许用以对其行为造成的后果承担全部民事责任。应该讲,依宪法、行政法成立的法人或曰公法人,自有其设立宗旨和目的,就其履行某种公共管理职能的价值而言,远超其偶尔、附带地参加民事关系,成为民事法律关系的主体,鉴于其在宪法、行政法领域及整个法律体系中的主导作用和独立价值,不应在民法中被规定为特别的私法人。这是有意无意要将民法作为法人之顶层法律部门,需在民法中对各种法人作一般规定的观念在作祟。公法人依法成立后,就是社会中的一种合法、实然的存在,其能否参加民事关系及如何承担民事责任,依其成立所适用的法律部门即可,民商法对此无从调整,做任何规定都没有意义,此时民商法只需被动地承认公法人具有合法的私法地位。<sup>⑥</sup>像《德国民法典》第89条那样的公法人准用条款,也是不必要的,因为公法优于私法,有关公法人违约、不能清偿时如何处理,肯定不能由私法或民法说了算,地方政府甚至国家能否破产根本不是民法问

<sup>⑤</sup> German Civil Code Book 1 “General Part” Division 1 “Persons” Subtitle 3 “Legal persons under public law” Section 89 “Liability for organs; insolvency”: (1) The provision of section 31 applies with the necessary modifications to the treasury and to corporations, foundations and institutions under public law. (2) The same applies, to the extent that insolvency proceedings are admissible with regard to corporations, foundations and institutions under public law, to the provision of section 42 (2). 参见注①,《德国民法典》英文版,第15页。

<sup>⑥</sup> 参见注②,第100页。

题。比如乡镇财权与事权不匹配导致负债，许多城市为发展大兴土木、大量借债濒临违约，它们的上级、中央和人民都不可能允许其破产免责，事实上，中央一个政策，就能把这个多年形成的问题很好地解决。总之，宪法、行政法与民商法在宗旨、性质上的区别，导致两者有关法人旨趣大相径庭，民商法侧重的是法人的交易人格及其责任承担（未必是法人自身承担责任），而宪法、行政法上的法人作为国家或者政权组织、行使权力的载体形式，侧重的是通过各种具体法人组织形式去完成政权所需的立法、监察、行政、司法等公共管理任务。以行政组织法为例，其所致力的是法律上如何形塑、支撑乃至影响行政组织的内外规制结构，借此运用组织手段来实现行政任务。<sup>②7</sup>

国家机关法人及其他依宪法、行政法成立的法人履行职责或开展活动，不仅形成并参加宪法、行政法领域的法律关系，必要时可参加民事法律关系，更要依托其职能，参加经济法、社会法、刑法、诉讼和非讼程序法等法律部门的关系，比如反垄断调查处理、与企业发生劳动监察关系、与劳动者发生社会保险关系、刑事案件侦查、公诉和审判，等等。

民商法中的法人制度，实际上只有公司，换言之，依我国民商法成立的法人只有公司——有限责任公司和股份有限公司。<sup>②8</sup> 其他如非公司国有企业法人、事业单位法人、社会团体法人、农村集体经济组织法人、基层群众性自治组织法人等，都不是根据民商法成立的，而是依宪法、行政法、经济法、社会法等其他部门法成立之后参加民事关系而已。

根据经济法上的主体制度成立的法人，除了合作社暨农村集体经济组织外，主要是独立监管机构和国有企业法人。在我国法律上，没有明确的法定机构（statutory organisations）概念，如美国的联邦贸易委员会、美联储等，都是依专门的法律设立运作的法定机构，而我国的证监会、银保监会等专业监管机构在法律性质上是承担政府职能的事业单位。中央银行在国外都是经济法性质的法定机构，我国由于有《中国人民银行法》这一专门立法，所以，中国人民银行也是法定机构，但与国外不同的是，中国人民银行在我国属于中央政府组成部门。

国外的国有企业传统上多为法定机构，如英国电信公司有《英国电信法》（British Telecommunications Act）、日本国铁有《日本国有铁道法》，但上世纪80年代以来基本上都私有化为普通企业或者政府控制的商事公司，作为国有企业法人的法定机构寥寥无几了。至于国有企业法，可谓地道的经济法上的法人制度或主体制度，因为国企是政府代表国家出资并予控制或施加重大影响的企业，其资本关系和治理必然要与政权体系相衔接，公私融合的性质和特征尤为显著。在我国，相应的法律规范主要是《全民所有制工业企业法》《企业国有资产法》，《公司法》中有关国有独资公司的特别规定，以及适用于国有的有限公司或股份公司时的《公司法》《证券法》等，由此构成国有企业法人制度。

经济法和社会法同属“第三法域”，介乎于公法和私法，亦公亦私、非公非私。由于在市场和政权之间，各种社会性活动越来越多，人的社会性联系愈益紧密，与其他部门法相比，根据社会法成立的法人种类是最多的，在我国包括社会团体、工会、仲裁委员会、民办事业单位、基金会、非市场性非政府性基金等。这些社会法上的法人，性质上与我国事业单位主要作为承担政府的职能和

<sup>②7</sup> 参见注②，第4页。

<sup>②8</sup> 在西方国家，民众自治的意识和能力较强，合作社完全是在社会自治的基础上成立和运作的，因而合作社法属于私法或民商法。而在我国，乃至东亚国家和地区，合作社的产生和存续有赖于政府的倡导和扶持，甚至合作社之合作性质也须由政府刻意维持，所以合作社法在我国属于经济法范畴。参见史际春主编《经济法》，中国人民大学出版社2015年版，第81页；注①7，第13页。

任务的非政府机构不同,<sup>②</sup>属于承担非政府职能的非政府机构;适用的法律法规主要有《社会团体登记管理条例》《工会法》《仲裁法》《民办非企业单位登记管理暂行条例》《基金会管理条例》《公益事业捐赠法》《中国宋庆龄基金会基金管理办法》,等等。

刑法、诉讼和非讼程序法本身都没有法人制度。参加刑事法律关系、诉讼和非讼程序法律关系的法人,主要是公检法机关法人、仲裁委员会和各种企事业单位法人。

## 四、民商法中为何及应当如何规定法人

民商法中关于法人的规定,应仅适用于民商法法人制度范畴的法人,而《民法通则》《民法总则》关于法人的一般规定,即依法成立、有必要的财产或者经费、有自己的名称和组织机构、住所或场所、能够独立承担民事责任,<sup>③</sup>大有适用于各种法人之意,涵盖参加民事关系但并非根据民商法成立的各种法人,比如国家机关、事业单位、社会团体、群众自治性组织等。<sup>④</sup>而其他国家和地区的民法中但凡对法人有所规定的,比如《德国民法典》《日本民法典》及我国台湾地区“民法”,都没有这样关于法人条件的一般规定。究其原因,一方面没有必要,法人各有其具体适用的法律,法人的成立无法适用该等一般规定,也不能根据这样的规定来认定某机构或组织是否为法人;另一方面,不同法律部门对法人的关注重点或法人条件并不相同,这些一般规定不可能适用于任何参加民事关系的法人,比如“独立承担民事责任”对国家机关和多数事业单位就不适用,甚至对根据民商法成立的法人也不完全适用。而且,此处例举的三个民法典中有关法人的规定,十分明确只适用于私法人,《德国民法典》第89条规定公法人,也不是公法人全面准用民法典,而只是特定公法人涉及清偿不能时准用民法的规定。<sup>⑤</sup>

民商法中规定法人,只在于明确某组织、机构能否以其自身名义参加民事关系,也即是否具有参加某民事关系的人格或合法主体资格,比如某大学肯定可以,但某大学某学院能否以学院的名义购车、买房?一般的大学学院可能不行,独立学院大概可以,这事实上要根据教育法、社团和民办非企业单位登记条例等社会法,以及学校的章程加以确定,民商法对此是无能为力的。如果能,则要确定该行为之民事责任最终如何承担,是学院以其握有的全部财产承担有限责任,还是要由学校承担责任,甚至学校的举办者也要承担补充或连带的责任?

由此引申出法人责任的问题。从理论和逻辑上说,民商法关注和调整法人,只是要解决组织、机构参加民事关系时的人格问题,而与以该人格参加民事法律关系的主体是否只承担有限责任没有必然联系。众所周知,除我国外,大陆法系国家和地区的公司法都规定或认可无限公司(普通商事合伙)、两合公司(有限合伙)是法人,但这两种公司都要由全部或部分股东承担无限责任,公司不得以其经营管理的全部或部分财产承担有限责任。参加民事法律关系时的国家机关法人都不可能

<sup>②</sup> 我国的事业单位主要是由政府设立的,在改革中,非必须由政府举办、也不必给予财政保障或财政托底保障的事业单位逐渐市场化,改制为企业或公司,如一般的报纸、出版社、演艺团体等;依其发展趋势,事业单位终将凸显承担政府职能或任务的非政府机构之本质,比如承担政府监管和统筹职能的证监会、银保监会、全国社保基金理事会等,鉴于事业涉及公共秩序和公共安全而必须由国家从事或承担职责的气象局、地震局等,党政机关报如人民日报、人民政协报、人民法院报等,承担政府技术性服务性工作的国家信息中心、疾病预防控制中心、特种设备检验检测所等,因社会事业必须由政府起引领、主导、示范等作用而设立的新华社、中央广播电视总台、中国科学院、中国社会科学院、公立大学、公立医院、国家博物馆,等等。

<sup>③</sup> 参见《民法通则》第37条和《民法总则》第58、60条。

<sup>④</sup> 参见注②。

<sup>⑤</sup> 参见注①,该条官方英译本。

只承担有限责任。况且，即使是依民商法也即公司法成立的法人，是否承担有限责任也不由民法中的法人规定说了算，而要根据公司法、证券法、经济法和有关法院判决等来确定，包括但不限于“刺破公司面纱”、公司与股东财产混同、控股股东、实际控制人、实质受益人（或“穿透式监管”）、一致行动人、同一经济实体、合并财务报表、银行公司发起人自担剩余风险安排（也即“生前遗嘱”）等，兹不赘述。比如子公司和一人公司，形式上具有完全人格，实际上其活动要遵从控制公司或股东的意志，因此往往要受“经济实体”、财产或人格混同、一致行动人、股东或实际控制人负责等法律原则或规则的制约，由集团或股东承担责任，或者股东、实际控制人承担补充责任或者连带责任，这不仅仅是例外的“刺破法人面纱”。所以，就法人对其行为承担责任而言，关键是能追责、有人该当责，而非必须由该法人自身担责，更不必或不允许以其管辖、掌控的全部财产为限承担责任，有限责任不是法人的本质要求和必要条件之一。

法人的效用，更多地表现于其外部，<sup>③</sup> 法人的内部关系或者说法人治理包括法人意思的形成，必须适用各该法人成立所依据的具体法人制度。为解决民法所关注的人格和责任问题，就法人的规定而言，民法真正应该专注的是法人意思的表达（代表和代理）、法人与其代表人或代理人在责任承担上的关系，以此为社会成员或市场主体利用法人之法律形式开展活动提供指引，为法官和仲裁员裁判因利用法人制度而发生的纠纷提供准则。<sup>④</sup> 除此之外，不应作过多的限制性规定，而应由具体的组织法规范加以明确。<sup>⑤</sup> 因此，民法范畴内的法人制度只需区分法人和非法人组织；在法人部分，区分形式和实质上均具有完全人格并得独立承担责任的法人，以及形式上具有人格、实质上不能独立承担责任的法人。对于非依民商法成立的法人，民法如欲规定，也只要规定“国家机关、人民团体、事业单位、社会团体、其他企业和非企业法人参加民事法律关系的，与其他主体的地位平等；其主体资格和民事责任承担，依其成立所适用的法律”即可。将教科书的内容和语言搬到法律和法条中，至多好看但并没有什么用处。

因此，如果不能解决法人人格及其责任由谁承担这两个关键问题，民法中关于法人的规定都只有纸面的意义，而无实际价值。甚至民法对法人不作规定也无妨，因为法人依任何法一旦成立，也就取得了法律人格，当然可以参加民事关系，比如国家机关、事业单位参加民事关系的，其人格并不需要主管部门比如政府市场监督管理局再依民法事先认定。

总之，我国民法对法人“咸吃萝卜淡操心”，规定了过多无关或无意义的内容，既浪费立法资源，还无端造成理论的困惑和实践困扰。各国民法中均无关于法人条件的一般规定，许多国家的民法中对法人不作规定，都不存在任何问题。民法如要表达各种法人都可参加民事关系，则像《民法通则》那样概括列举我国的各种法人，也不失为一种简明易行的做法。

## 五、法人是否具有营利性主要为税法所关注

法人作为得参加各部门法律关系的一类主体，理论和法律对其有着多维的关注面向，是否营利或者是否具有营利性就是维度之一。所谓营利或营利性，是指经营性主体的出资者或者股东为了获

<sup>③</sup> 参见 [法] 莫里斯·奥里乌 《行政法与公法精要》（上册），龚觅等译，郑戈校，辽海出版社、春风文艺出版社 1999 年版，第 145 页。

<sup>④</sup> 参见蔡立东 “法人分类模式的立法选择”，《法律科学（西北政法学报）》2012 年第 1 期，第 112 页。

<sup>⑤</sup> 参见许德风 “法人的虚与实”，《交大法学》2016 年第 4 期，第 50 页。

取利润而投资经营,依法得从所投资的主体获取资本的收益。法律上的营利或营利性,简而言之,是就组织的举办者或投资者能否从该组织分配盈余和财产而言的,而与该组织事实上能否赚钱、是否获得利润而盈利并无关系,对主体采取何种法律形式及其内部治理也在所不问。<sup>③⑥</sup>

营利非营利主要是税法所关注和规制的,民事法律毋需且无从关注。例如,一个营利性公司法人与一个非营利的学校、医院参加同一民事法律关系,或者实践中常见的基层政府与私人企业、个人开展交易,双方法律地位平等,不因营利非营利而有任何分别,无论是否营利,都要依法、依约履行民事义务,承担相应的民事责任。而且法人是否营利,与特定的组织形式无必然联系,比如非营利组织也可采取有限责任公司、股份有限公司形式。以典型的大陆法系国家德国为例,其非营利组织的法律形式可以包括有限公司、股份公司和基金会,每一种社会组织比如学校、医院等都可以是公益的,也可以是营利的;可否享受税收优惠也与主体的组织形式无关,营利或非营利的公司都可能享受税收优惠,公益组织不但要为赢利或营利行为缴税,<sup>③⑦</sup>还可能受主管部门和税务部门的处罚。

大陆法系民法区分社团法人和财团法人,着眼于法人是否有组织、有成员,及相应的其参加民事法律关系的不同特点,而非关注其营利与非营利。就法人制度而言,法人是否营利、如何营利是其自己及法人成员考虑的问题,民事法律作为中立的技术法,就该制度作整体规定时不应涉及法人营利与非营利的目的判断,<sup>③⑧</sup>当然,关键是是否营利与民法对法人的调整没有任何关系。亦即法人的营利性问题的存在,仅存在于法人与其成员之间,就私法自治而言,法人营利或非营利均无不可;营利性涉及的是法人的盈余和财产可否向成员分配,非营利法人是否依法或违法分配,也与民法无涉,并非由民商法所调整。

是否依民商法中的法人制度成立的法人主要是营利公司、公司主要是营利法人的组织形式,民法就该以营利为标准对法人作分类呢?答案是否定的,因为社会成员举办营利公司是其权利而非义务,设立与否悉听尊便,不是必须营利,而且公司也可作为非营利组织的法律形式。事实上,立法者也不是这个意思,《民法总则》区分营利非营利法人,目的是使法人分类尽可能周延,涵盖尽可能多的法人种类。<sup>③⑨</sup>然而,除了企图在民法中对法人作一般规定、将民法作为法人制度的顶层法律部门并不妥当外,立法者将事业单位法人与社会团体法人归作一类,并认为在民法中规定非营利组织有利于健全社会组织法人治理结构,<sup>④⑩</sup>在理论上和实践中也都是不通的。因为如前所述,事业单位本质上承担的是政府职能或政府交予的任务,属于准政府机构,<sup>④⑪</sup>这也是事业单位的改革方向;<sup>④⑫</sup>社会组织的法人治理,则不属于民商法调整的范畴。

营利公司依股东会或董事会决议不分配利润也是完全合法的。要求营利法人必须分配利润,或

<sup>③⑥</sup> 参见史际春“论营利性”,《法学家》2013年第3期,第2页。

<sup>③⑦</sup> 参见李勇“德国非营利组织可选择的法律形式”,载上海审计网 <http://sjj.sh.gov.cn/sj2014/ztzl/node289/node305/ula5554.html>, 2017年8月12日访问。

<sup>③⑧</sup> 参见谢鸿飞“《民法总则》法人分类的层次与标准”,《交大法学》2016年第4期,第44页。

<sup>③⑨</sup> 参见注②,第17-18页。

<sup>④⑩</sup> 参见注②,第17-18页。

<sup>④⑪</sup> 类似于日本的行政法人或独立行政法人。鉴于许多应由政府承担职责来兴办或从事的事业不适合以政府组织形式运营,又因涉及公共利益或国家利益,不宜采取非政府组织也即社会团体的形式,这类法人制度在日本应运而生,相关法人为中国人所熟悉的有日本国际协力机构(JICA)、日本贸易振兴机构(JETRO)等;广义上,日本的大学法人也属行政法人。

<sup>④⑫</sup> 所以事业单位与政府一样,本质上不存在营利非营利问题,无法纳入以营利非营利为标准的法人分类。《民法总则》立法者也意识到不能把政府归入非营利法人,却因对事业单位的性质和国外准政府组织法人的认识不到位,而对事业单位的定位发生错误。当然,事业单位法人制度不属于民法范畴、不是民商法的主体制度,事业单位参加民事关系时的人格、能力及其法人治理也不由民商法调整,所以该立法或法律文本错误尚不至对实际生活造成影响。

者非营利法人违法分配利润应受处罚,则超出民商法范畴,属于政府规制或税法的范畴了。至于营利非营利法人的成员与法人或其相互之间因利润分配发生民事纠纷,则在营利非营利的既定选择下,具体依公司法、股东协议和公司章程等处理即可。“是否分配和如何分配公司利润,原则上属于商业判断和公司自治的范畴”,如有大股东或控制股东“滥用权利,导致公司不分配利润给其他股东造成损失的”,则可通过民事诉讼加以解决。<sup>④③</sup>正如其他大陆法系国家的公司法只强调公司是法人而不介意公司的营利性和有限责任,这并不涉及营利非营利的抽象标准及概括或顶层的规定,也与民法是否以营利为标准对法人进行分类无关。

营利性与经营性是不同的概念。所谓经营性,是指基于一定的目的进行筹划运作,计较投入产出,进行经济核算,借以参与社会的经济、文化等活动,通常是商事或商业性经营,也可以是不直接面向市场的非商事非商业性经营。经营所获盈余或经济利益,如向投资者或股东分配就是营利性,不分配则属非营利性。经营性既可以是营利性经营,如一般的公司、企业;也可以是政策性经营或公益性经营,如政策性银行是政策性经营,社会企业以及邮政、电信、电力等普遍服务则属于公益性经营。甚至政府提供服务也要经营,以取悦于公众及消费者,不能不计得失以行政手段为之,要以经营手段提升政府的执政能力和工作水平,如经营政府或城市经营。<sup>④④</sup>政策性、公益性经营所追求的,不是为投资者或股东赚取利润,未必追求在每一项具体的经营或交易活动中获利,而是追求社会效益或超越企业的更大范围、更高程度上的一定经济目的。营利也不能和盈利或赢利画等号。因为营利法人可能因市场行情不佳、决策失误、经营管理不善等原因而不盈利或者说亏损,非营利法人(如政策性企业、将盈余用于公益活动的社会企业)甚至政府在市场经济条件下也往往需要尽可能赢利,不能亏损或必需维持一定的盈余。<sup>④⑤</sup>

既然营利非营利与民法无关,各国民法对其都不作规定,更不以此为标准对法人进行分类,那《民法总则》何以将法人分为营利法人和非营利法人?究其原因,是立法者的认识受了某些《德国民法典》中译本将其第21、22条译为“非营利社团”和“营利社团”的误导。<sup>④⑥</sup>而该二条分别是商事社团和非商事社团,商事社团是指“以商事经营为目的的社团”,非商事社团是指“不以商事经营为目的的社团”。<sup>④⑦</sup>商事经营或商业化经营,大致就是经营,但更侧重于商业性筹划、营销和赢利,非营利法人也不妨商业化经营,比如合作社、社会企业、政策性银行与普通的企业一样要面对市场竞争,必须商业化运作,博物馆可以生产销售纪念品和礼品等、慈善机构按国际惯例也可通过商业活动比如开商店获取自身所需经费,等等。相应的,营利法人也可能不需要商业化经营,比如专门提供政府购买服务的营利性公司就不一定需要商业化运作,只要政府足够青睐和信任;为军工或大企业等做专业配套的企业法人也不需商业化,只要“埋头干活”做好专业即可。西文中的营利(profit)非营利(nonprofit),与经营(business operation or business)非经营(non-business operation

<sup>④③</sup> 参见《最高法: 股东滥用权利致公司不分配利润 司法可干预》,载法制网 [http://www.legaldaily.com.cn/index/content/2017-08/28/content\\_7296424.htm?node=20908](http://www.legaldaily.com.cn/index/content/2017-08/28/content_7296424.htm?node=20908), 2017年8月30日访问。

<sup>④④</sup> 参见冯仕文“经营政府——用营销理念提高政府工作水平”,《理论与当代》2002年第2期,第4页;并可参见专门的“中国城市经营网”<http://www.211d.cn/>。

<sup>④⑤</sup> 参见注①⑦,第2页。

<sup>④⑥</sup> 参见《德意志联邦共和国民法典》,上海社会科学院法学研究所译,法律出版社1984年版,第3-4页。《德国民法典》,陈卫佐译注,法律出版社2015年版,第7-10页。

<sup>④⑦</sup> German Civil Code Book 1 “General Part” Division 1 “Persons” Title 2 “Legal persons” Subtitle 1 “Associations” Chapter 1 “General provisions” Section 21 “Non-commercial association”, Section 22 “Commercial association”. Non-commercial association is an association whose object is not commercial business operations; commercial association is an association whose object is commercial business operations. 参见注①,《德国民法典》英译本,第3页。

or non-business) 是不同的,之所以将其混淆,把《德国民法典》第 21、22 条译为非营利社团和营利社团,唯一的原因只能是不理解营利非营利、商事 (commercial business or business) 非商事 (non-commercial business or non-business) 和经营非经营之关系所致。相比之下,另一些《德国民法典》中译本将其分别译为“非经营性社团”和“经营性社团”,则大体是准确和正确的。<sup>④⑧</sup> 总之经营既可以是营利性经营,也可以是非营利性经营。

还需指出的是,《德国民法典》首开将社团法人划分为商事社团和非商事社团,实为时代产物,具有明显的历史局限性。19 世纪中期以后,大陆法系国家的自由市场和私法编纂进入巅峰,公法私法两分的观念深入人心,法典意将公法以外的法人都囊括在内。然而,至 19 世纪末 20 世纪初,第三法域急速扩张,非商事社团和财团法人制度在当代已脱离民法范畴,主要成为社会法上的主体制度,其民法调整已力所不逮。比如财团法人法通则和分则愈益由专法规定,民法中关于财团法人的规定被架空而不再具有实际意义。另一方面,《德国民法典》制订时,除商品生产经营外,教科文卫体等社会事业都采非商事方式经营,相关主体为非商事社团法人,而随着社会化、市场化的发展,出现了“泛商化”趋势,各种社会事业乃至政府举办公用事业、提供公共服务,都要披上商事经营的外衣。在此条件下,以商事非商事来划分非公法法人也失去其意义,原本的非商事社团如今主要活跃在社会法、经济法领域,相关法人制度不得不从民法部门中分离出来。国有企业等新兴的商事社团也日益普遍化,尤其在在我国,成为经济生活中的一支重要力量,商事社团不再局限于依私法或民法的法人制度成立的法人。<sup>④⑨</sup> 所以说,大陆法系在公私法分野基础上对私法的法人制度作商事非商事、经营非经营的分类,也已过时,不再值得我国法学和法律体系跟风追随。将此理解为营利非营利,则更是有误、不搭界了。各种具体的社会法、经济法法人制度,都无须在民法中作不必要的概括。当逻辑不再符合实际,回归简朴就好。

因此,民法从营利与否的角度对法人进行分类,以此为基准对法人进行民事法律调整,是不能准确理解和把握经营与商事、营利非营利、营利性经营、商事或商业性经营、政策性经营、公益性经营等相互关系之故,是一种“失焦”。法人是否营利或者具有营利性,主要是税法所关注和规制的。

税法关注和规制营利非营利,是因为这与税法上的可税性相关。一般而言,就某一行为应否征税,考虑的因素主要是收益性、公益性和营利性。<sup>⑤⑩</sup> 其中,法人的营利性,是辨别其是否为所得税纳税主体的考量因素,要根据法人是否具有营利性为标准,来判断该法人应否缴纳所得税。换言之,就所得税而言,营利法人必须就其收益缴纳所得税,非营利法人的收益依法无须缴纳所得税。而且,这种营利性判断是动态的,不是静止的,非营利法人违法分配违背非营利要求的,就不仅要由税务部门对其收益或盈利征收所得税,还要由民政、教育、卫生等主管部门就其擅自分配的违法行为依法给予处罚。税法暨经济法、社会法以此作为引导、调控经济活动和社会事业发展的一种手段。不仅我国如此,以营利非营利为标准来认定法人应否缴纳所得税也是各国通行的做法。<sup>⑤⑪</sup>

就流转税而言,是以商品或服务的销售额、营业额为课税对象,则不考虑主体之营利非营利,

<sup>④⑧</sup> 比如《德国民法典》,郑冲、贾红梅译,法律出版社 1999 年版,第 2 页。

<sup>④⑨</sup> 参见史际春、陈岳琴“论商法”,《中国法学》2001 年第 4 期,第 99 页;史际春、姚海放“再论商法”,《首都师范大学学报(社会科学版)》2003 年第 1 期,第 49 页。

<sup>⑤⑩</sup> 参见张守文“收益的可税性”,《法学评论》2001 年第 6 期,第 19 页。

<sup>⑤⑪</sup> 例如可参见美国联邦国内税收法典 (Internal Revenue Code) 对法人免征所得税之主体判断标准,即其著名的第 501 (c) (3) 条, available at the website of IRS, <https://www.irs.gov/charities-non-profits/charitable-organizations/exemption-requirements-section-501c3-organizations>, 2017 年 8 月 23 日访问。

而是就每次交易所涉商品和服务的种类、性质和特点,来确定是否减免税。也即对营利性主体的公益行为和非营利主体的营利活动区别对待,只考虑行为而与主体是否营利无关。<sup>⑤②</sup>以流转税中最重要且具指标意义的增值税为例,任何营利非营利法人,包括企业、行政单位、事业单位、军事单位、社会团体及其他单位,凡销售货物或者提供加工、修理修配劳务以及进口货物的,都是增值税纳税人。<sup>⑤③</sup>但对于经营古旧图书、进口直接用于科研和教学的仪器设备、外国政府或国际组织无偿援助的物资和设备、残疾人组织直接进口供残疾人专用的物品等,免征增值税;对销售或进口粮食、自来水、暖气、天然气、图书、报纸、杂志等涉及民生和文化的货物,实行优惠税率。<sup>⑤④</sup>可见,流转税是否减免,是以交易客体为标准,而不考虑主体性质,尚未改制为企业的报社、出版社等事业法人,乃至政府、部队等国家机关法人,一般也是要缴纳增值税的,特殊情形下则与企业等营利法人平等地享受税收减免待遇。无论如何,营利非营利之法人分类与民商法无关,其意义主要在于税法中的所得税,与其他类型的税如流转税、财产税、行为税的关系也不大。正因为如此,任何国家和地区只在税收征收管理或税务操作中有此分类,甚至不见诸法律之明文。

在国际上,还出现了营利法人和非营利法人混合的现象,这是经济社会发达的要求和结果,在我国也是一种趋势。比如非营利组织举办企业,国际上典型的是社会企业,在我国典型的是高等学校及其院系设立营利性企业,又如宗教团体拥有众多商事企业和商业地产;以及营利性组织举办非营利组织,常见的是企业集团举办非营利的学校、医院等。<sup>⑤⑤</sup>由此,非营利组织与营利性企业相兼容,二者的界限也变得模糊了。

那么,能否说营利非营利的分类对于社会法的法人是有价值的,应当在社会法中作此分类规定呢?答案也是否定的。因为从实务和操作的角度,除了以接受捐赠为主要收入来源的组织不宜设立为营利法人外,原则上不必以所从事的事业性质来限定该组织是否营利,诸如学校、医院、博物馆、出版和传播、文艺、体育组织等,均可依举办者的意愿设立为非营利或营利组织,不必强制,只要以税法作利益引导即可。“如此可使营利和非营利各得其所,仅以税收区别对待之,既尊重了社会成员的自由意愿、促进社会事业发展,又可使得对非营利组织的法律规制简明有效,而不必计较某机构采取何种法律组织形式及从事何种事业”。<sup>⑤⑥</sup>再从立法上说,社会法的法人制度分散在教育、医疗卫生、体育、工会、仲裁等不同的法律中,社会法没有也不需要总则,在某个具体社会法规中对法人进行分类既不必要更不适当。因此,社会法的法人制度对营利非营利可在所不问,只需由相应领域如教科文卫体等的法作具体规定即可。

在经济法中,还存在刻意淡化主体营利非营利的情形。因为市场经济最讲究公平竞争,在市场中损害公平竞争、扭曲或破坏市场机制的,可以是包括营利非营利、经营非经营以及国家机关在内的各种主体或法人。所以,在竞争法暨经济法中,形成了“经营者”概念。营利与否可以用作判断某主体是否经营者的标准之一,但不是主要及重要的标准。垄断和不正当竞争属于市场范畴,能以自己的行为影响市场竞争,从而构成垄断和不正当竞争行为的,比如老板的配偶、政府部门等,却未必是市场主体。当代竞争法具有行为法的品性,在乎行为方式不扭曲市场机制的正当性,而不在意行为主体的身份如何。<sup>⑤⑦</sup>行业协会是典型的非营利组织,可是我国《反垄断法》却专设一条,规

<sup>⑤②</sup> 参见注⑤①,第19页。

<sup>⑤③</sup> 参见《增值税暂行条例》第1条、《增值税暂行条例实施细则》第9条。

<sup>⑤④</sup> 参见《增值税暂行条例》第2条、第15条。

<sup>⑤⑤</sup> 参见注⑤①,第10页。

<sup>⑤⑥</sup> 同注⑤①,第11页。

<sup>⑤⑦</sup> 参见谢晓尧《在经验与制度之间:不正当竞争司法案例类型化研究》,法律出版社2010年版,第31页。

定行业协会不得组织其成员从事该法禁止的垄断行为。<sup>⑤③</sup> 近年司法实践也在判决中逐渐确认非营利性主体得构成经营者,其中包括高等院校,<sup>⑤④</sup> 行业协会,<sup>⑤⑤</sup> 甚至作家,<sup>⑤⑥</sup> 等等。在发达国家,比如德国,政府的非主权行为扭曲或可能扭曲竞争时,都可能成为竞争法上的“企业”(undertaking,相当于我国的“经营者”),<sup>⑤⑦</sup> 德国联邦劳动总局从事职业介绍活动即被欧洲法院判定为“企业”而适用竞争法。<sup>⑤⑧</sup> 我国竞争法虽未将政府暨国家机关规定为经营者,但在《反不正当竞争法》和《反垄断法》中,都明确政府不当限制、扭曲竞争是违法的,<sup>⑤⑨</sup> 事实上也出现了众多这方面的案例。

由此说明,营利非营利只是税法所关注的一个方面,在社会法和社会管理中也有一定的价值,但法律在多数情况下并不在意这种划分,在民商法中更无任何意义,在法律体系的顶层对法人作此分类也是没有必要的。

## 六、结语

法人的概念、价值、本质等应为法学理论所整体关注,法人制度都是具体的,并无将其普通化、一般化的客观必要。法人和法人制度的本质和根本作用,在于赋予一定的组织、机构以不同于其成员或职责担当者的人格,如某公司法人、某地方政府、国务院、国家主席、女王等,以方便其从事各种活动,参加各类法律关系,充当管理者或者被管理者以及参加诉讼等,以免其成员或角色扮演者以自身的名义从事活动而造成人格、主体混乱和行动不便,目的在于适应社会发展的需要,使越来越多以非自然人名义从事活动的主体合法化,完成自然人难以或者不可能完成的任务。就此而言,法人制度非任何一个部门法所能涵盖,其价值与功用也不局限于某一部门法范畴,不同法律部门对法人的调整各有侧重。营利非营利主要为税法所关注,无涉民商法调整,在法人制度中也不具有一般意义。

### 【主要参考文献】

1. 李昕 《作为组织手段的公法人制度研究》,中国政法大学出版社2009年版。
2. 史际春 “论营利性”,《法学家》2013年第3期。
3. 周枬 《罗马法原论》,商务印书馆2014年版。
4. 谢鸿飞 “《民法总则》法人分类的层次与标准”,《交大法学》2016年第4期。

(责任编辑:高圣平)

<sup>⑤③</sup> 参见《反垄断法》第16条。

<sup>⑤④</sup> 参见江苏省南京市中级人民法院(2004)宁民三初字第219号民事判决书。

<sup>⑤⑤</sup> 参见北京市海淀区人民法院(2005)海民初字第16146号民事判决书。

<sup>⑤⑥</sup> 参见湖南省长沙市中级人民法院(2004)长中民三初字第221号民事判决书。

<sup>⑤⑦</sup> 参见王晓晔 “反垄断法中的政府行为”,载中国法学网 <http://www.iolaw.org.cn/showArticle.aspx?id=1936>,2017年8月15日访问。欧盟委员会还裁决,爱尔兰、荷兰、卢森堡分别与美国的苹果、星巴克公司和意大利的菲亚特公司签订的税收优惠协议违反欧盟竞争法,三国政府应分别向这三家公司追缴税款,苹果应补缴的金额高达130亿欧元。参见毛晓飞 “苹果‘罚单’或将改变欧盟投资环境”,载新华网 [http://news.xinhuanet.com/tech/2016-09/13/c\\_1119555234.htm](http://news.xinhuanet.com/tech/2016-09/13/c_1119555234.htm),2017年8月15日访问。

<sup>⑤⑧</sup> See Klaus Höfner and Fritz Elser v. Macrotron GmbH, available at the website of EUR-Lex, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/SUM/?uri=CELEX:61990CJ0041>,2017年8月15日访问。

<sup>⑤⑨</sup> 参见《反不正当竞争法》第5条、《反垄断法》第8条和第5章。

***The Empirical Study of Application Effect of “Beyond a Reasonable Doubt”***

——***Based on 40 Cases Before and After the Amendment of Criminal Procedure Law***

ZONG Bo • 30 •

Through comparative analysis of 40 cases before and after the amendment of Criminal Procedure Law , we can find that the standard of beyond a reasonable doubt bring some positive change to proof standard , which makes judge’s subjective analysis and judgement openable ,and be in more favor of prevent misjudged cases. However ,this standard still has some practical problems ,that is ,some judges misunderstand the exact meaning of it ,and it’s application breadth and depth is insufficient ,or even has some arbitrariness. To improve the application effect of it ,some measures should be taken from the perspective of procedural and evidence law. First ,the exact meaning of beyond a reasonable doubt should be explained through rechtsdogmatik to make it easy for judicial officials. Second ,the ability of reasoning bared on evidence should be enhanced. At last ,the reform of substantial trial should be pushed forward.

**Key Words** Beyond a Reasonable Doubt; Proof Standard; Empirical Study

Zong Bo ,Ph. D. in Law ,Associate Professor of Law School of Anhui University of Finance and Economics.

***The Polemic of Jurisprudence’s Renaissance between Construction and Deconstruction:***

***From the Perspective of Study of the Innerius’ Question***

GAO Yangguang • 48 •

The origin of modern law is the core issue in western legal history ,which experiences continuous academic debate during hundreds of years. With the discussion of the Innerius’ Question ,two kinds of contradictory narrative paradigm between Construction and Deconstruction emerged ,which made legal history get its character with the contradictions. By combing the study of Innerius’ Question ,the article aims to reveal the significant contrast of Innerius between the objective and subjective history ,in further ,to correct the deviation in general understanding in Chinese textbook of legal history.

**Key Words** Jurisprudence’s Renaissance; Innerius; Glossator; Ius Commune; Savigny

Gao Yangguang ,Ph. D. in Law ,Associate Professor of Renmin University of China Law School.

***On Juristic Person***

SHI Jichun and HU Liwen • 63 •

The value of the juristic person system lies in solving the problem of personality and ability when the non-natural person participates in legal relation. The purpose of the system is to meet the need of the development of society ,economy and politics ,so more and more subjects in the name of non-natural person will be legalized ,then it can achieve the respected effect of “fixed military camp but floating soldiers” ,and break the limitation of natural person. The juristic person system is specific ,established under any law or division of law ,meaning it can participate in the legal relation among any division of law ,but different division of law focus and adjust in different emphasis and level about juristic persons. So there is no need for top frame or rules for the system ,and the condition or general rule in any division of law is unnecessary. The question whether a juristic person profits or not is mainly concerned by the tax law ,and it has nothing to do with the business of a juristic person and its operation or public benefit ,so a juristic person is profit able or nonprofit

able should not the baseline in its adjustment of law.

**Key Words** Juristic Person; Personality; The Classification of Legal Person; Profitability; Non-profitability

Shi Jichun ,Ph. D. in Law ,Professor of Renmin University of China Law School ,Chair Professor of Anhui University Law School and Distinguished Professor of China Rule of Law Research Institute of Anhui Normal University; Hu Liwen ,Ph. D. Candidate in Law of Renmin University of China Law School.

### ***The Legal Protection of Economic Interests in Personality Right:***

#### ***Centered on the Interpretation of Article 20 of Tort Liability Law***

YUE Yepeng • 77 •

The relief of the economic interests in personality right faces the triad of difficulties: theory ,practice and morality. Based on dual legislative purpose of compensation and prevention ,Article 20 of *Tort Liability Law* ,which adopted the normative model of Monism in German ,establishes comprehensive measures of damages including actual losses ,disgorgement of profits and discretionary compensation. The provisions mainly apply to property losses by infringement of non-material personality interests ,especially personality identification that can be commercially exploited. The rule of disgorgement of profits lies in the theory of quasi spontaneous agency. The infringed should provide the preliminary evidence of the total amount of the infringer's income ,and it is the infringer's burden to prove any proportion of its total incomes ,which were not due to the use of the infringing personality identification ,and the allowability of deductible costs. The discretionary compensation ,which differs from discretion of mental damages ,can be measured in specific case with the marketplace value as the baseline. The infringer should have the right to choose the way to calculate the damage which is the most beneficial to the relief of rights.

**Key Words** The Economic Interests in Personality Right; Article 20 of *Tort Liability Law*; Pecuniary Damage; Disgorgement of Profits; Discretionary Compensation

Yue Yepeng ,Ph. D. in law ,Associate Professor of School of Literature and Law of Beijing University of Chemical Technology.

### ***The New Development of The Environmental Constitution and Its Normative Interpretation***

ZHANG Xiang • 90 •

Through the amendment of the constitution in 2018 ,the normative system of our country's environmental constitution has been further enriched. Adding the "ecological civilization" to the constitution embodies the "constitutionality of department law" and also responds the value appeal of the environmental law. China's environmental constitution adopts the "national goal" rather than the "right of environment" ,but it satisfies the functional expectation of "the right of environment" by giving different levels of obligation to state power. The existing national environmental protection clause system in constitution has been strengthened by principles of "new development concept" , "ecological civilization" , "harmony and beauty" and so on , which are added in the seventh paragraph of the preamble in constitution. The implementation of environmental protection should also be balanced and coordinated with other national goals in the preamble. Taking the "ecological civilization construction" as the State Council's power shows that ecological environmental protection is not strictly legal reservation matters ,but practice still needs to properly handle the allocation of re-