

非营利法人解释

税 兵

内容提要：营利法人与非营利法人的区分在于不同的财产权构造，股权缺失引发法人非营利性目的与法人控制者牟利冲动之间的紧张关系；社团法人和财团法人的区分在于不同的法人意思机关构造，使得非营利性社团法人为自律法人而财团法人为他律法人。非营利法人制度隐含着“经济人”和“道德人”之间的价值张力，使得现代民法既成为市场交易法，又成为市民生活法。因此，未来中国理想的非营利法人制度应该源于诱致性的法律变迁，而非始于强制性的国家管制。

关键词：非营利法人 营利法人 法人制度 民事主体理论

作为社会实体的法人，是经过法律上之价值判断而成为权利义务统一归属点的非自然人存在。归根到底，非营利法人制度与营利法人制度都是一种法技术工具。^{〔1〕}但是，晚近两百年的时间里，重商主义传统置非营利法人和营利法人于冰火两重天的境地：营利法人以其分散风险、集中资本、降低信息成本的功用，成为社会经济发展的推进器，被誉为重要性超过蒸汽机和电的当代最伟大发明；非营利法人纵然历史久远，但却因不能为社会财富的增长直接建功立业，逐渐沦为法人组织俱乐部中的边缘化角色。

法人制度功能的不均衡分布，也钳制了民事主体理论的发展。首先从词源学角度看，“非营利法人”是一个由否定判断构成的词组。排除法的语义表达，使得非营利法人就像尼斯湖水怪——人们可以肯定地说它“不是什么”，但很难说它“是什么”。再从法人制度自身的演变发展史来看，现代法人制度本身就是社会化大生产的产物，其蕴涵的规则都是与资本需求暗含在一起的，几乎全是为营利法人量身定做——营利法人和非营利法人似乎天生就有嫡庶之别、主次之分。^{〔2〕} 本篇论文

* 南京大学法学院讲师。

本文为南京大学2007年文科校级规划项目成果。作者要特别感谢参加2006年南京大学法学院“对抗的法学”学术沙龙的李友根教授、蒋大兴教授、肖冰教授、解亘副教授、熊静波博士、蔡琳博士等诸位同仁，他们对文章初稿严肃的学术批评和细致的修改意见使本人深受启发。

〔1〕 古罗马时代，作为法人制度溯源的早期团体大多具有非营利特性，它们既包括以公共利益为目的的祭祀团、承审团、士兵会，又包括以私人利益为目的的田赋征收团、丧葬互助会、联谊会。参见周枏：《罗马法原论》（上），商务印书馆1994年版，第292页。中国古代最典型的民间公益团体是“社邑”，典型的互益型民间团体是“合会”。据王宗培先生考，合会制度的起源有“庞公创始说”和“竹林七贤遗传说”两种民间传说，虽均不足采信，但合会制度得以行之久远，则为不争的事实。参见王宗培：《中国之合会》，中国合作学社1931年版，第4页。

〔2〕 百年以前，涂尔干就曾深刻地洞察到大工业对法人团体的摧毁性影响：“法人团体没有认同正在出现的新生活，所以生活就抛弃了它，它俨然变成了大革命前夜的行尸走肉，变成了苟且偷生的陌路人，难怪它最终被社会无情地弃之门外。”涂尔干所言的法人团体为同业公会，它的衰败正是当时社会生活中非营利法人境况的真实写照。参见〔法〕埃米尔·涂尔干：《社会分工论》，渠东译，三联书店2000年版，第35页。

的讨论正是在上述学术背景中展开。全文的中心命题是：如何用民事主体理论去阐释庞杂的非营利法人体系？

一、义务消失：非营利法人的财产权构造

传统民法中没有“非营利法人”概念，与之最为接近的名词应该是德国民法中的“非营利性社团”概念。但非营利法人的内涵显然比非营利性社团要宽泛得多，因为非营利法人将作为“人之集合体”的社团和作为“物之集合体”的财团一并囊括。根据两大法系普遍接受的法理，“非营利性”并非意味着禁止赚取利润，而是意味着对所赚取利润的分配限制。^{〔3〕}如美国联邦最高法院在一个判决中指出，“按照通常的理解，非营利实体与营利法人的区别在于，非营利实体不能向任何控制它的自然人，包括成员、管理人员、董事或托管人分配净收益”。^{〔4〕}根据汉斯曼教授在1980年提出的“不分配利润限制”规则，非营利法人包含两层法律涵义：首先，非营利法人是不以营利为目的的法人；其次，“不以营利为目的”体现为利润禁止在法人成员中分配。第一层涵义回答了非营利法人的基本属性，它使得非营利法人与营利法人相区隔；第二层涵义为非营利法人的基本属性提供了判断标准，它使得非营利性有了外在标尺。通过这样一个递进转换的逻辑关系，“如何定义非营利法人的问题，就演化成了如何处置其所赚取的利润的问题”。^{〔5〕}然而，非营利法人体系内之异质性极强，“不分配利润限制规则”可以判断某一具体的法人组织是否具有非营利性质，却没有揭示出形态千差万别的非营利法人体系的本质特征。

我们认为，非营利法人体系的基本特征在于其独特的法人财产权构造，这也是非营利法人与营利法人的重大区别。让我们首先分析营利法人的内部财产权构造。以有限责任公司为例，任何一个有限责任公司都对外享有独立的法人财产权，但有限责任公司作为人的集合体，其财产来自股东的出资行为。换言之，出资人通过转让出资财产权而换得股权。因此，营利法人是双向性的财产权构造：在外部层面，作为法技术拟制物的法人享有完全的独立财产权；在内部层面，作为自然人真实存在的股东享有股权。与之相反，非营利法人的法人财产来自无偿的捐赠，捐赠人不能通过转让财产所有权来换取股权。因此，非营利法人是一种单向性的财产权构造：法人对外享有法人财产权，但在法人内部却无任何可以享有股权的自然人存在。质言之，可以用“股权缺失”来概括非营利法人的财产权构造特征。

股权缺失不只是简化了非营利法人的财产权构造，它还会对非营利法人制度产生根本性影响。法律承认自然人享有独立人格和赋予法人以独立人格，体现了完全不同的立法思想，前者是基于人类尊严的伦理道德要求，后者是“一种法律技术机制，是一种模式，一种方式，藉此开展各种法律关系，以达到某一集体目的”。^{〔6〕}股权缺失意味着股东缺位，股东缺位意味着股东利益消失，股东利益消失意味着自然人之间的法律关系静止化。具体而言，捐助行为是一个单方法律行为，一个捐助人向一个非营利法人实践性完成捐助行为之后，他与该法人之间的法律关系就被切断。在非营利法人没有将法人财产所有权转移出去之前，捐助财产从此与有生命的自然人失去关联，它完全地、彻底地、不可逆转地属于作为法技术拟制物的法人。最关键的问题在于，对比营利法人，此时的非营利法人显然只有权利没有义务——股东在出资财产的所有权转移给营利法人后享有利润分配请求权，但没有任何人在非营利法人内部享有任何财产请求权。因此，在权利义务配置上，营利法人在

〔3〕 See Lester M. Salamon & Helmut K. Anheier, *Defining the Nonprofit Sector: A Cross-national Analysis*, Manchester University Press, 1997, pp. 9-28.

〔4〕 Henry Hansmann, *The Role of Nonprofit Enterprise*, 89 Yale L. J., 1980, p. 835.

〔5〕 Bruce R. Hopkins, *The Law of Tax-Exempt Organizations*, John Wiley & Sons, 1998, p. 4.

〔6〕 [葡] Carlos Alerreto da Mota pinto: 《民法总论》，林炳辉等译，澳门法律翻译办公室1999年版，第100页。

内部财产权构造上既有权利又有义务,而非营利法人在内部财产权构造上却只有权利没有义务。

如果我们继续沿着非营利法人财产权构造的分析路径,就会发现当下法经济学者关于非营利法人的经典学说存在缺陷。韦斯布罗德教授最早从公共产品的角度来阐释非营利法人的产生原因。他认为,非营利部门的产生源于政府部门不能提供有效的公共产品服务,有利他主义精神的捐助者通过自己的捐助行为来弥补这一缺陷。^[7]但这种阐释并非无懈可击:因为在庞大的非营利部门里,既有从事疾病防治、艺术创作、道德教化等公共产品的非营利法人,又有从事医疗服务、教育服务、养老服务等非公共产品的非营利法人。简言之,不是所有的非营利法人都与公共产品有关联。所以,“政府失灵说”将非营利法人的存在价值完全限定于专为特定人群提供特定公共产品,并不具有充分的说服力。^[8]汉斯曼教授把非营利法人制度的成因归于捐赠人与受益人之间的信息不对称。他将营利法人和非营利法人在三种情形下进行了对比:第三方支付、公共产品以及复杂的个人服务,认为在这些情形中,服务提供者和费用支付者之间无法通过一个完备的合同来约束服务者的行为、监督服务效果,即谓合同失灵。信息不对称导致的合同失灵表明,只有消费者对生产者有信任感,通过信任来消除合同失灵,市场才得以形成。非营利法人由于要受到不能分配利润的限制,没有逐利动机,就容易令人产生信任感,从而弥补了市场机制下由于合同失灵带来的信息不对称问题。^[9]换言之,在信息不对称的情形下,非营利法人是一种更值得公众信任的组织形式,这就是被法经济学者奉为圭臬的“合同失灵说”。^[10]

依“政府失灵说”与“合同失灵说”,“非营利”三个字几乎就是“信得过”的同义词,但此结论显然忽略了财产权构造对非营利法人组织的重大影响。与营利法人迥异的财产权构造意味着,非营利法人组织形式好似一把双刃剑,它在弥补政府失灵和市场失灵的同时,又会制造出新的“组织失灵”。根本原因在于,股东权益的缺失,必然会导致非营利法人的内部权利结构失衡。从法经济学的角度分析,以公司形态为典型样式的营利法人制度,其功能在于,通过一种合约安排,使每个成员都尽可能地各司其职。按照经济学上的委托-代理理论,营利法人中从事经营活动的成员应该被指定为委托人并有权索取剩余收入,这不仅因为他是风险制造者,更主要的是因为他的行为最难监督。^[11]所以,营利法人财产所有权-股权的结构具有两方面意义:在外部意义上,股东放弃出资财产所有权(或其它可作为出资财产的权利)而享有股权,就能为法人独立人格的塑造提供物质基础;在内部意义上,股东享有利润分配请求权、剩余利润索取权以及其它的股东权益,就能对法人内部的经营者形成制衡,防止经营者的自利行为。与之相反,由于非营利法人财产权结构中股权的缺失,使得董事会成员、管理人员、雇员等法人实际控制者能躲避制衡,在没有利润指标等绩效考核要求和有效问责机制的情况下,非营利法人易于沦为实际控制者的自利工具。在营利法人语境中,法人有清晰的所有者(股东)、清晰的目标(利润)、明确的投票权(所有者可藉此撤换管理

[7] Burton Weisbrod, *Toward a Theory of the Voluntary Nonprofit Sector in a Three-Sector Economy*, in E. Phelps (ed.), *Altruism Morality and Economic Theory*, Russel Sage, New York, 1975, p. 171.

[8] See Bruce R. Kingma, *Public Good Theories of The Nonprofit Sector*, in Helmut K. Anheier (ed.), *The Study of the Nonprofit Enterprise*, Klumer Academic/Plenum Publishers, New York, 2003, p. 54.

[9] See Herry Hannsman, *Reforming Nonprofit Corporation Law*, 129 U. Pa. L. Rev., 1981, pp. 497-509.

[10] 汉斯曼教授的“合同失灵说”诞生之后,也曾受到一些学者的质疑。例如,布罗迪教授认为,非营利法人组织形式并不能产生市场消费者的信任。参见 Evelyn Brody, *Agents Without Principals: the Economic Convergence of the Nonprofit and For-profit Organizational Forms*, 40 N. Y. L. Sch. L. Rev., 1996, pp. 463-465。在最近的研究中,一些持怀疑态度的学者对此问题作了专门的实证调查,结果表明,父母在不同性质的托儿所中进行选择时,很少考虑托儿所是否具有非营利性质。参见 Andreas Ortmann & Mark Schlesinger, *Trust, Repute, and the Role of Nonprofit Enterprise*, in Helmut K. Anheier (ed.), *The Study of The Nonprofit Enterprise*, Klumer Academic/Plenum Publishers, New York, 2003, p. 100.

[11] 参见张维迎:《企业的企业家-契约理论》,上海三联书店、上海人民出版社1995年版,第4页。

者)和明确的绩效信号(利润和股票价格);^[12]而在非营利法人语境中,很难有清晰的外在信号让公众审查内部控制人的信义义务。正因为公众始终处于明显的信息劣势者地位,才会导致非营利法人内部控制人懈怠和渎职行为的频发——更为糟糕的是,这些行为即使发生也难以公众所知。

总之,非营利法人的财产权构造特征产生出如下张力:法人恒定的非营利目的与法人控制者可能的谋利冲动之间的紧张关系。在缺乏股东利益约束机制的条件下,这对紧张关系的存在既可以使非营利法人成为天下之公器,也可能使非营利法人成为藏私之利器。由此观之,财产权构造特征的不同,正是营利法人与非营利法人的重大区别。

二、主体的退隐:非营利法人的意思机关构造

从形态上划分,普通法系的非营利法人包括公益型法人和互益型法人;大陆法系的非营利法人包括非营利性社团法人和财团法人。^[13]依传统民法理论,社团法人和财团法人的区别在于成立基础不同:前者是人的集合物,成立基础在于人;后者是物的集合物,成立基础在于财产。^[14]那么,此划分到底有何实益?一般认为,两者基础既不相同,则设立之程序,及其社会作用即因之而异。例如,社团法人因其组织目的可随时变更而富有弹性,故较适合于经营非公益事业;而财团法人因其组织目的不得任意变更,故较适合于经营公益事业。^[15]但是,社团法人和财团法人的差异性远不仅限于成立基础。恰恰相反,人的集合与财产的集合之区别标准,在法人实践活动中体现得并不明显。例如,商业公司是社团法人的重要类型,但我们很难辨清其成立基础到底是人(股东)还是物(资本)?事实上,不管是有限责任公司还是股份有限公司,均被称作资合公司而非人合公司,即表明资本是商业公司重要的成立基础。此外,既然社团是人的集合,社团成员当然应为复数,那么如何解释一人公司的成立基础呢?^[16]

我们认为,社团法人和财团法人类型划分之实益在于,它不仅勾画出了两种非营利法人成立基础的差异,还以此为逻辑起点,隐而不彰地揭示出两种非营利法人意思机关构造的差异。法人不同于自然人,团体人格的存续需要以独立意思的存在为前提,而法人的意思表示只能通过意思机关来完成。有学者认为,财团法人设立人的设立行为不仅设立了一个团体人格,而且也包括设立一个管理机构来管理团体财产,此管理机构便是团体的意思机关。^[17]毋庸置疑,非营利性社团法人和财团法人都具有意思机关,但是二者意思机关的构造区别颇大。从功能上划分,法人意思机关可以划分为意思形成机关和意思表示机关。意思形成机关是能产生、决定、变更法人之团体意思的机构,如股东大会、社员大会;意思表示机关是执行、实施法人之团体意思的机构,如董事会、理事会。社团法人和财团法人在意思机关构造上的区别集中体现为社团法人兼有意思形成机关和意思表示机关,而财团法人仅有意思表示机关却无意思形成机关。意思机关构造的差异是两种法人类型成立基

[12] See Geoffrey A. Manne, *Agency Costs and the Oversight of Charitable Organizations*, 1999 Wis. L. Rev., p. 227.

[13] 大陆法系国家非营利法人形态较为独特的是日本。日本现行民法将法人分为营利法人和公益法人两种类型,为解决日本民法典第34条关于公益法人条款逻辑不周延的问题,日本于2001年公布并从2002年4月起开始施行《中间法人法》,将以谋求社团共同利益为目的,而且不向社员分配所得剩余利益的社团确定为中间法人(学说上又称共益法人)通过这一立法改革,日本的非营利法人现今包括两种类型:公益法人和中间法人。

[14] 我国传统民法上“社团”与“社团法人”、“财团”与“财团法人”通用。如刘春堂先生所言,“社团法人、财团法人,我国民法简称为社团、财团,……为条文意义之明瞭醒豁起见,故省去法人二字也”。参见刘春堂:《判解民法总则》,三民书局1978年版,第38页。但因为大陆法系国家仍然存在无权利能力财团和非法人团体,为保证讨论的严谨性,本文均采社团法人和财团法人的称谓。

[15] 参见郑玉波:《民法总则》,中国政法大学出版社2003年版,第165页。

[16] 尤值关注的是,2005年10月27日新修订的《中华人民共和国公司法》正式规定了一人有限责任公司制度。

[17] 参见江平:《法人制度论》,中国政法大学出版社1994年版,第32页。

础不同的必然逻辑延伸,它进而决定了非营利性社团法人和财团法人的诸多界分。

(一) 非营利性社团法人能实现动态的意思自治,应为自律法人

非营利性社团法人与财团法人虽同为遵循意思自治原则的私法主体,但非营利性社团法人有意思形成机关,可以随时产生团体意思,可以任意修正“总的意思”,体现为法人章程的可变更性。非营利性社团法人内部结构中虽然没有股权,但可凭借法人成员对社员权的行使来统合凝聚团体意思,选任考核董事会成员,担当着监督意思表示机关行为的职责,进而形成一定的自律机制,使非营利性社团法人成为自律法人。因此,非营利性社团法人可以因应情势的发展,适时校正法人目的,所以其意思自治是动态自治。

正因为社团法人可以实现动态的意思自治,非营利性社团是否申请法人资格应完全取决于自身选择判断,法律只是通过税收优惠和责任限制等利益机制引导社团成为非营利法人,但同时也允许社团以非法人团体的形式存在。譬如依德国民法典第22条和第54条,未在社团登记簿上登记的社团不具有法律人格,只能适用债法中关于合伙的规定。但在德国司法判例中早已经由法官造法活动废除了对未登记社团的歧视,承认这类社团的权利能力,并认为它们只以社团财产对社团所负的义务承担责任,未登记社团所欠缺的仅是在诉讼程序中的积极当事人资格。^[18]1912年起施行的瑞士民法典第60条甚至规定社团获取法人资格实行自由设立主义,非营利性社团自表示成立意思的章程完成时,即取得法人资格。在普通法系国家,非营利法人资格与营利法人资格一样,历史上都视为国家授予的特权。^[19]但到了20世纪60年代中期,“特权说”被完全颠覆,设立非营利法人不再被看作一种政府授予的特权,而是一种法律赋予的权利。在美国各州,只要从事法律列举的各种类别的活动、符合不分配利润规则的社团都能获得法人资格。^[20]反观我国,非营利性社团如不能成为享有法人资格的独立主体,就意味着其完全丧失可以存续的合法性基础。^[21]法人资格不再是公民可以自由选择法律技术机制,而骤然成为登记管理机关可以随意挥舞的生杀大棒。由于我国现行社团管理制度剥夺了非营利性社团法人的动态自治,民众被压抑的结社需求惟有在法律框架之外寻求释放,从而极易出现秩序的紊乱和规范的缺失。^[22]

(二) 财团法人不能实现动态的意思自治,应为他律法人

财团法人的成立来自于捐助人的意思表示,一旦捐助行为完成后,捐助意思就被凝固下来,体现为法人章程的不可变更性。即使捐助入同时成为财团法人董事会成员,在法人活动之中,他也不能以设立人身份来解释、调整法人章程所载明的法人目的,更无法借助意思机关来改变法人章程,所以财团法人无法实现动态的意思自治。

财团法人内部结构中既无股权又无社员权,其董事会对内享有事务决定权,对外享有法人代表权,那么,谁来监督财团法人董事会呢?显然,如果让财团法人实行完全的自律,无疑等同于让董事会自己监督自己,将极易导致董事会权限的滥用。例如,我国《基金会管理条例》第43条规定了基金会理事对基金会的损害赔偿责任。但由谁向理事会成员提出损害赔偿请求?首先分析,行政机关显然不行。这是因为损害赔偿是民事责任,不管是登记管理机关还是业务主管机关,都不是侵

[18] 参见[德]托马斯·莱塞尔:《德国民法中的法人制度》,张双根译,《中外法学》2001年第1期。

[19] See Susan Pace Hamill, *From Special Privileges to General Utility*, 49 Am. U. L. Rev., 1999, pp. 83-85.

[20] See Norman I. Silber, *A Corporate Form of Freedom: The Emergence of the Modern Nonprofit Sector*, Westview Press, Colorado, 2001, pp. 84-89.

[21] 民政部2000年4月10日公布的《取缔民间组织管理暂行办法》第2条规定,未经批准擅自开展社会团体筹备活动、未经登记擅自以社会团体或者民办非企业单位名义进行活动的,都属于非法民间组织;第3条规定,社会团体和民办非企业单位登记管理机关对非法民间组织将做出取缔决定,没收其非法财产。

[22] 在我国实际社会生活中,一茬茬缺乏政府资源的民间组织只能游离于法律秩序之外,自生自灭难以壮大。有学者调查发现,经过登记的社团法人只占社会团体实际数量的1/12-1/20。参见谢海定:《中国民间组织的合法性困境》,《法学研究》2004年第2期。

害对象，不能成为请求权人。接着分析，基金会自身也不行。这是因为基金会虽然是侵害对象，可以成为适格的原告，但谁代表理事会呢？理事会就是基金会的意思表示机关，岂能自己诉自己？理事会提起诉讼，只有一种可能性，即理事会成员若个人怠于行使决策职责，理事会追偿其损害责任。但是，理事会成员的决策行为不是个人行为，而是理事会的集体行为，“决策不当”的理事会向参与决策的理事会成员追偿责任，显然在逻辑上讲不通。究其原因在于，基金会是财产的集合体，无法建立类似股东派生诉讼的机制。^[23]正因为财团法人没有催生意思自治的物质载体，各国财团法人立法例都既兼顾私法自治又强调必要的公共干预，建立了以法国为代表的行政监督模式、以德国及美国为代表的法律监督模式、以英国为代表的独立监督模式和以荷兰为代表的事后监督模式。^[24]对财团法人而言，更为稳妥的制度安排是通过公权力的必要介入，依靠禁止个人利益、限制商业活动、强化信息披露、厘清董事责任等一系列的规则束来约束董事会行为。

（三）非营利性社团法人制度保障社员利益，财团法人制度保障捐助入利益

前面的讨论又引发出另外一个问题：为什么财团法人目的不允许被任意变更呢？我们认为，问题答案在于法律对捐助入目的利益的保护。所谓目的利益，是指财团法人之捐助入所享有的、应受法律保护的利益，它体现为法人章程所载明的法人目的。^[25]股东利益体现为财产性质的股权，社员利益体现为精神性质的社员权，而目的利益虽不能体现为任何法定权利，可仍应受法律保护。庞德曾将法律保护的利益划分为个人利益、公共利益和社会利益三种类型。^[26]财团法人捐助入之目的利益则兼有个人利益、公共利益和社会利益三重属性：当财团法人成立时，目的利益只是发起人享有的个体利益；当国家赋予它法人资格并同时赋予税收优惠时，目的利益转化成公共利益；当社会公众信赖法人目的而从事捐赠活动和志愿行为时，目的利益转化成社会利益。因此，财团法人固然为财产的集合体，但法律对财团法人目的利益的保护，已经远远超出了保护捐助财产本身的意义，它担当着保护社会公共利益的责任。简言之，法律之所以保护非营利社团成员的社员权，是因为它是公民结社自由的权利外化；法律之所以保护财团捐助入的目的利益，则因为它是社会公共利益的外在表现。^[27]

总之，非营利性社团法人和财团法人意思机关构造存在重大差异。非营利性社团法人内部没有财产权利性质的股权，但有精神权利性质的社员权，意思形成机关可以扮演董事会监督者的角色。财团法人则不同，捐助行为犹如“第一推动力”，财团法人设立者在完成捐助行为之后，完全退隐到法人组织体之外，既非社员更非股东。因此，就财团法人而言，徒法人组织体本身不足以自律，需适当借助公权力的介入，方可保障法人目的之实现。

三、诱致性变迁：中国非营利法人制度思考

学者们目前的研究已经表明，我国的现行非营利法人制度是一种“控制型管理模式”。^[28]控制

[23] 参见我国2004年颁布的《基金会管理条例》第43条。

[24] See Tymen J. Van Der Ploeg, *A Comparative Legal Analysis of Foundations*, in Helmut K. Anheier & Stefan Toepler (eds.), *Private Funds, Public Purpose: Philanthropic Foundations in International Perspective*, Kluwer Academic/Plenum Publishers, New York, 1999, pp. 66-67.

[25] 本文之所以将财团法人捐助入（设立人）在法人中享有的法益称为“目的利益”而非“信赖利益”，是因为传统民法上的信赖利益有严格的界定，仅限交易相对人享有，而目的利益内涵十分明确，它就是法人章程所载明的法人目的。

[26] 参见[美]罗斯科·庞德：《法律史解释》，邓正来译，中国法制出版社2002年版，第33页。

[27] 受2000年浮现的“安然公司案”等一系列商业公司董事巧诈舞弊丑闻的余波震荡，美国晚近正在进行一系列立法改革，基本思路是对非营利法人实施强制性审计，并要求非营利法人董事对其签署的信息披露报告的真实性承担个人责任。参见Dana Brakman Reiser, *Who Guards the Guardians? Monitoring and Enforcement of Charity Governance: There Ought to be a Law*, 80 Chi.-Kent. L. Rev. .2005, pp. 568-579.

[28] 参见前引[22]，谢海定文。

型管理模式具有强烈的国家法团主义色彩,体现了国家对市民社会高度防范的取向。^[29]但问题在于,对控制型管理模式的彻底摒弃是有条件的,是需要社会环境和制度支持的。市民社会的虚无、慈善传统的缺失、信用体系的乏力、中产阶级的单薄,都是远比控制型管理模式更掣肘非营利法人发展的内在因素。因此,一个理性的批判者需要深切思考的是,在上述内在性因素尚不具备或不充分具备的约束条件下,我们怎样为非营利法人的可持续发展提供外在性制度保障?

从民事主体理论的视角考察可以发现,中国非营利性组织管理难以摆脱“一抓就死、一放就乱”的恶性循环,症结就在于没有从理论上厘清非营利法人体系内外的结构性特征,无法为庞杂的非营利法人提供一系列既自律又他律的制度安排,进而导致从政府到公众均对非营利法人的公信力保持或多或少的不信任,而控制型管理模式无疑正是这种不信任感的外化表现。换言之,如果把研究非营利法人制度当作一个病理学诊断的话,将其问题症结完全归咎于现行管理体制的僵化,显然是一种头痛医头、脚痛医脚的作法。^[30]与之相反,对待非营利法人发展的上医之策应是淳化公民社会法治环境,通过一系列诱致性的制度安排为非营利法人的健康发展固本培根。其中,一个既有别于商业组织制度又有别于控制型管理模式、既保护行善者的崇高行为又遏制行善者的谋利冲动、既强调私法自治又强调国家管制合理介入的规则体系,就是非营利法人真正得以可持续发展的命脉之所在。

(一) 法人分类

关于我国民法典法人的分类,是分为社团法人与财团法人,或者营利法人与非营利法人,或者沿用企业法人与非企业法人的分类,这成为争议颇大的问题。^[31]我们认为,企业并不是一个严格意义的法律概念,而只是一个边界不清的经济活动名词,缺乏内容上独特的区分性;民法通则“企业法人-非企业法人”的二分法看似逻辑周延,实则缺乏科学性,应该予以舍弃。“营利法人-非营利法人”的分类法并不排斥传统民法上“社团法人-财团法人”的类型区分,它以法人利润归属的不同作为逻辑划分的起点,围绕二者与社会公共利益的不同关联度,进而衍生出两类法人不同的价值理念和规则要求,此定义的严谨程度和区分的法技术价值都是“企业法人-非企业法人”分类法远不能及的。例如,就法律意义而言,一个营利性的学校或医院与一个生产性企业并无本质的区分,但在规则适用上,一个营利性的医院或学校与一个非营利性的医院或学校则会有很大的差异。因此,民法通则关于法人制度的架构性规定应予以调整。

(二) 法域归属

非营利法人兼具“公”与“私”的双重性格,而股东利益约束机制的缺失,使其易由天下之公器沦为藏私之利器,因此非营利法人制度就需要跨越民法、税法、行政法等法域,构建一系列的规则束。从发生学的路径考察非营利法人制度,大陆法系主要国家是先有民法典后有行政管制,例如,就德国财团法人制度而言,德国民法典提供了一般性的私法架构,各州的财团法提供了具体性的公法架构,次序清楚,体系严谨。但由于民法典的缺失,我国非营利法人制度只能依靠大量的特别法来满足急速膨胀的立法需求,以致出现“礼失求诸野”的立法混乱状况,使本应属于私法场域的制度规范,却无法寻到可以搭建规则的制度平台,只好寄居于公法场域,靠低位阶的行政法规来

[29] 参见顾昕:《从国家主义到法团主义》,《社会学研究》2005年第2期。

[30] 2005年的一项研究表明,中国人均捐款只有0.92元人民币,大约占当年国内生产总值的万分之一。和美国相比,2003年美国人均捐款828.7美元,占当年国内生产总值的2.19%。中美人均慈善捐款相差了7300多倍。笔者认为,唤起公众对慈善机构的信任心和唤起公众的慈善心同等重要的事情。参见 <http://www.china.com.cn/chinese/news/1036995.htm>, 新华网2005年11月25日报道。

[31] 参见梁慧星:《中国民法典编纂的进程与争论点》,载渠涛主编:《中日民商法研究》(第二卷),法律出版社2004年版,第6页。

制定高位阶的民事规范。^[32]我国非营利法人制度的理想图景是，未来的民法典应增加法人名称、法人财产、法人责任、法人机构等民事规范内容，为非营利法人制度提供一般性原则和法源依据，并通过民法典的“转介条款”实现私法规范和公法规范的对接，以此彻底解决我国非营利法人制度的法域归属问题，最终建立我国私法主导型的非营利法人制度体系。

（三）制度整合

中国现行法中的非营利法人范畴包括社团、民办非企业单位和基金会三种类型。其中，所谓个体型和合伙型民办非企业单位应予废除，民办非企业单位名称应变更为民办非企业法人。^[33]如果我国未来的民法典遵循大陆法系的财团法人—社团法人的类型区分，民办非企业法人和基金会法人共同构成财团法人形态，民办非企业法人即相当于大陆法系国家运作型财团法人，基金会法人则等同于大陆法系国家捐赠型财团法人；如果我国未来民法典采纳普通法系公益法人—互益法人的类型区分，民办非企业法人、基金会法人和部分具有公益性质的社团法人将一起组成公益法人，民办非企业法人的制度功能类似于普通法国家中的公共慈善机构。此外，事业单位徒具民事主体之形，实为行政机关之延伸，不应成为非营利法人。这是因为如果将事业单位归入非营利法人范畴，就会减弱公法的拘束力，使事业单位在拥有私法自治利益的同时，又能坐享国家的财政支持，显然有失公允。^[34]作为一种过渡性质的法人类型，事业单位需被消解分化：或成为公法人（如证券监管机构、质量监管机构、党校、行政学院等）；或成为营利法人（如工程勘察设计单位、后勤服务单位、中介机构等）；其余的可以塑造成为非营利法人（如学校、医院、行业协会等）。

（四）立法政策

在私法自治的光谱上，非营利性社团法人、财团法人是一个由强到弱的递嬗过程。这不仅因为非营利性社团是互益法人，财团法人是公益法人，^[35]而且因为财团法人内部既无社员权，又无股东权，社会公众与财团法人内部控制者之间的信息不对称问题难以消弭。因此，财团法人内部控制者的信义义务标准应高于非营利社团法人，财团法人内部控制者须承担比非营利性社团法人更严格的信息披露义务，以此建立有效的问责机制。但需强调的是，对于非营利性社团法人抑或财团法人，过度的公共干预均不能形成有效的他律，反倒会产生出“虚应故事者多，积极自律者少”的情形。根本原因在于，非营利性社团法人和财团法人终究都是私法主体，其“私法自治包括其自我设立规范的能力必须获得充分的尊重及保障”。^[36]公法之所以介入到非营利法人制度之中，是基于提高社会效率、改善社会福利的法政策判断，公法渗透可充分借助税收减免和财政支持等利益机制，以引导非营利法人主动接受公法监督。当然，作为制度改革的第一步，政府部门不应既为规则制定

[32] 例如，《基金会管理条例》为行政管理法规，但其第三章“组织机构”和第四章“财产的管理和使用”填充了大量本应属于当事人意思自治的内容，几乎全是具有民事实体法性质的规则。

[33] 民办非企业单位只能是法人而不能成为非法人组织，是由其作为非营利性财产集合体的法律性质决定的。在合伙型和个体型民办非企业单位制度架构中，出资人需为自己的捐助行为承担无限连带责任，显然违背了权责一致性原理。

[34] 统计数据表明，中国全部事业单位约130多万个，其中独立核算事业单位95.2万个。纳入政府事业单位编制的人员近3000万，各项事业经费支出占国家财政支出的30%以上。参见范恒山：《事业单位改革：国际经验与中国探索》，中国财政经济出版社2004年版，第15页。

[35] 财团为公益法人，为绝大多数学者认同，史尚宽先生则持疑问，“然是否以公益财团为限，抑于公益财团之外，尚承认中间财团之存在，不无疑问”。参见史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第230页。笔者以为，胡长清先生的见解颇值赞同，“财团无可受益之社员，财团必为公益法人，实属无疑”。参见胡长清：《中国民法总论》，中国政法大学出版社1997年版，第103页。

[36] 陈惠馨：《财团法人监督问题之探讨》，台湾地区“行政院”研究发展考核委员会1995年编印，第210页。

者又为规则受益者,否则以维护社会秩序之名、行强化部门权力之实的法律规则将难以消除。〔37〕

四、结 论

民事主体制度的每一次历史变革都是以“人”的概念为核心的法律变迁。随着近代社会中“人”的普遍商化,为人们的逐利行为提供制度安排似乎成了民法追求的惟一目标,民法的交易法功能日趋强势,而民法的生活法功能却不断萎缩。在不知不觉之中,人们的利他主义行为、人们满足纯粹精神需求的活动,悄然退隐于立法者视野之外。

二十世纪以降,非营利法人的再次勃兴,让立法者重新认识到,“市民社会的核心机制是由非国家和非经济组织在自愿基础上组成的”。〔38〕非营利法人制度开始走出逼仄的市场领域,它焕发了民法之生活法功能,修正了现代民法中“人”的形象摹本:一方面充分激励着人们的利他行为;另一方面又始终防范着法人内部控制者的自利行为。非营利法人制度蕴涵着“经济人”和“道德人”之间的价值紧张,与其说正是人性二元论事实的本真反映,毋宁说揭示了一个深刻的现代性问题:在市场经济条件下,是否能够或是否应当将民法中“人”的利他行为与其利己行为完全分离开来?

因此,未来中国理想的非营利法人制度应该源于回应型的法律变迁,而非简单诉诸国家的严厉管制;它应体现为这样一种利益机制,即非营利法人通过主动接受法律的、行政的或者独立机构的监督,获得政府的税收优惠、财政资助、合作契约等特别利益;政府通过实施富有效率的监督手段,可以维护社会公共利益,培育公众对非营利法人的制度信任,最终实现国家与社会的良性互动。

Abstract: The structural characteristic of nonprofit corporation's property right lies in the absence of stockholders' equity, which results in the tension between the nonprofit purpose of juristic person and the profit-seeking impulse of their controlling individuals. The dividing line between association and foundation lies in the structural differences of their will-forming-and-expressing organ. Consequently, association is self-regulated whereas foundation is other-regulated. The system of nonprofit corporation implies the value tension between "reasonable person" and "moral person", and helps establish modern civil law as both market rules and livelihood rules. The ideal Chinese nonprofit corporation system in the future should originate from oriented legal vicissitudes, not from obligatory national regulation.

Keywords: nonprofit corporation, for-profit corporation, the system of juristic person, theory on the subject of civil law

〔37〕以被学者们所诟病的双重负责制为例。1998年《社会团体登记管理条例》所确立的社团双重负责制,其实暗含着一种风险规避或责任分摊的功效,即一旦社团活动出了“纰漏”,不管是登记管理机关还是业务主管单位,都可以借此推诿:我不是惟一的监管机关、为什么责任只由我来承担?在这种既要强化本部门权力又要规避本部门风险的潜规则意识下,制度设计者已经不会真正关切双重负责制给社团准入带来的巨大成本,也不会真正关切双重负责制对相对人合理预期的破坏,也不会真正关切双重负责制对社会资源的浪费和对公民结社自由权的限制。

〔38〕邓正来、〔英〕J. C. 亚历山大:《国家与市民社会》,中央编译出版社2002年版,第38页。