

文章编号: 1674 - 5205(2015)05-0095-(011)

# 法人概念的私法性申辩

屈茂辉 张 彪

(湖南大学法学院, 湖南 长沙 410082)

〔摘要〕 法人概念最初为私法中的概念,公法中的法人概念系对民法中法人概念的借用,但二者指称的意义不同。私法与公法中两个指称意义不相同的法人概念并存,导致包括法人概念本身所具有的指称价值的丧失、法人概念体系化的矛盾和困难等体系构建上的问题。坚持法人概念的私法性在现行理论和制度体系之下更具可行性、更符合法律人格的相对性理论,应坚持法人概念私法性并在此前提下实现法律主体概念的体系化。

〔关键词〕 法人; 公法; 私法; 本源; 法律概念

**Abstract:** The concept of juristic person is defined in the civil law initially. The meaning of juristic person in the public law which derived from civil law is different from its original meaning. The existing of two different concepts of juristic person in law lead to lots of problem, including the loss of referential value of juristic person, the conflicts and difficulties in the building of legal concept system, and etc. The concept of juristic person should be defined in civil law because it is more feasible, more in line with the theory of the relativity of legal personality. We should adhere to the concept of juristic person in civil law and implement the systemization of the concept of legal subjects.

**Key Words:** juristic person; public law; civil law; origin; legal concept

中图分类号: DF51 文献标识码: A

DOI:10.16290/j.cnki.1674-5205.2015.05.008

## 一、问题的提出

自法人概念产生始,法人只与私法有关系,并只和私法中的财产有关系<sup>①</sup>。但随着 19 世纪公法理论的发展,法人的概念逐渐扩张到行政法乃至宪法领域,“公法人”逐渐成为德国、法国、日本和我国台湾地区等大陆法系国家和地区公法中的重要概念,俨然成为这些国家和地区中“一个共通于所有法领域的基础概念”。<sup>②</sup>在我国大陆,自上世纪 90 年代起,也有学者主张法人不仅仅是民事权利主体的特有概念<sup>③</sup>。1998 年王名扬先生的《法国行政法》出版,公法人概念遂被行政法学界引入,并作为正式的学理概念采用。不过,作为王名扬先生在引介法国行政组织时在同等意义上使用的公法人概念<sup>④</sup>,却并未同时为行政法所接受,行政法主流理论仍拒绝采纳法人概念

分析行政主体的地位和性质,而认为法人制度乃是民法问题。<sup>⑤</sup>

然而与上述国家和地区不同的是,我国民法学界的主流学说长期以来即坚持法人概念的私法性,否认法人概念的公法意义,认为法人概念只有作为民法的概念才具有理论和实践价值。如我国较早研究法人制度的专著《法人制度论》一书即认为,国家机关只在参与民事社会活动时可以称为法人,一旦在政治国家活动中,在公法领域中,它就不是以法人身份出现。<sup>⑥</sup>不少学者亦指出,“公法人”得为法人,应指其涉及私法领域时的主体性一面,而不指其行使公权力

① 如后文将述,法人制度的最早创立者萨维尼就一直认为法人只能存在于私法的财产领域。

② 参见熊文钊《行政法人论》载《法学》1986 年第 6 期,第 11-14 页。应当指出的是,该文尽管较早在我国法学界提出法人不仅仅是民事主体概念的主张,但作者所主张的“行政法人”却泛指的是行政法关系中的当事人,既包括大陆法系国家行政法中的行政主体(公法人),也包括作为行政相对人的组织甚至个人,与大陆法系民法传统法律意义上的法人以及公法中的法人(或行政法人)意义截然不同,因而未得到学界的响应。

③ 王名扬先生所著《法国行政法》在介绍行政组织的一般概念时,使用行政主体标题的表述为“一、行政主体:公法人”。见王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社 1988 年版,第 39 页。

收稿日期:2015-01-06

作者简介:屈茂辉(1962—),男,汉族,湖南新宁人,法学博士,湖南大学法学院教授、博士生导师;

张彪(1976—),男,汉族,湖北黄陂人,湖南大学法学院博士研究生,湖南警察学院法律系讲师。

的一面,即所谓的“公法人”也是私法上的法人,将法人区分为公法人和私法人没有意义或者没有实践意义。如王利明先生等认为,公私法人的分类更多的具有理论意义,对于实践似乎无关紧要,尤其在民事活动中,无论何种法人均适用同样的法律规则,故也无需作此种划分<sup>①</sup>。

近年来,随着国内学者对行政主体理论和我国民法法人制度研究的深入,一些学者开始对我国主流民法法人理论和行政主体理论进行批判,主张法人的公法意义并采纳公法人概念。如葛云松先生提出,“主流民法学说将‘法人’仅视为民事主体、认为公法组织在进行民事活动时才构成法人,进而认为民事立法中有必要将公法人的类型予以规定,认为公法组织体要取得法人地位,必须依照民法中规定的标准来认定,这不仅仅是理论上的缺陷,也给民事立法带来了技术上的困难,民法学者认为法人仅仅是一种民事主体(民事法律关系的当事人)是一个显然的错误,无论从法律技术和理论体系完备的意义上,还是对现实中一些法律问题的解决,行政法学中采纳公法人概念都有着必要性”。因而,从现行行政主体理论的缺陷出发,应以公法人概念来改造现行的行政主体理论,并对民法上视法人仅仅是一种民事主体的法人理论进行修正,并在民事立法中规范公法人问题<sup>②</sup>。李昕先生亦认为,行政组织在进行民事活动时才有法人身份的观点忽略了法人概念独立的公法意义,以及公法人作为国家对公共事务进行组织和整合的法技术手段的价值,从而造成公法人制度的欠缺。因而应采纳公法人概念和法人概念的公法意义。<sup>(4)18</sup>高富平先生主张,法人概念是民法上的产物,但自被行政法和公法理论借鉴以后,它就不是纯粹民法上的概念,我国应当建立以地域为基础的公法人制度,作为公法人的基础类型,以在公法和私法上确立共同主体。<sup>(5)</sup>

由此可见,对于法人是否仅仅是一个民法概念,还是同时应该具有公法意义,不仅关系到法人概念及其规范意义的确定,也关系到在民法中是否确立公法人与私法人的分类和立法,以及法律主体理论和制度体系构建等重大理论和实践问题,特别是在《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确提出“编纂民法典”的目标下,我们必须对此进行深入研讨。

## 二、法人概念的私法本源及其嬗变

### (一) 法人一词初始纯为私法概念

从现有的资料来看,“法人”一词来源于德语 Juristische Person 的直译。而德语中 Juristische Person

这一概念最早由德国法学家胡果(Hugo)在他1789年的著作《作为实定法哲学的自然法》中提出,后由海尔塞(Heise)在著作《基本民事权利体系概论》中引入民法学的,<sup>(6)106</sup>萨维尼(Savigny)在《现代罗马法体系》第二卷(1840年)中将之指称为了达到特定的目的而被视为法律上存在的“人”,从而使 Juristische Person 具有了确定的意义。<sup>(7)21-23</sup>

作为法人理论的完整创立者,萨维尼的法人概念仅限定在私法的范围。“既然我们通常只在私法领域处理法律问题,为此一个法人的人为拟制的能力也仅仅指向这一范围。”<sup>(8)176</sup>萨维尼极力反对将公法领域中的职位如君主或法官整体看作法人,因为他们与私法没有关系,他们缺乏法人所必需的一般要素。萨维尼不仅坚持法人概念只和私法有关系,而且还主张法人概念只和私法中的财产有关系,<sup>(6)106</sup>即法人就是一个人拟制具有财产能力的主体,法人的本质存在于财产能力的属性之中,所以即使不能断言财产能力是法人被发现具有的唯一属性,但是至少可以说是法人非常重要的属性。<sup>(8)179</sup>因此,法人的涵义就是民事权利或者私权的归属者,并主要是作为财产权利的归属者。

法人概念初始为私法概念是历史的产物。其原因在于,从法律的发展来看,系先有完备的私法,而后方有公法。虽然公法与私法概念之发端,肇始于罗马法学家乌尔比安,但自古罗马时代至19世纪这一漫长的时期,并没有法律二分法的划分,公法、采邑法、刑法、教会法以及私法形成了一个整体,只是为了传授和系统研究目的才对它进行划分。直到18世纪,人们开始承认法的领域应该扩张到统治者与被统治

① 见王利明等《民法新论》,中国政法大学出版社1988年版,第234页。尹田先生认为,法人制度的根本价值,在于确定经济活动中团体之作为交易主体的法律地位,解决财产权利之归属与财产义务之负担(尹田《民事主体理论与立法研究》,法律出版社2003年版,第173页)。龙卫球先生认为,严格来说,私法人是最纯粹的民法上的法人。公法人得为法人,应指其涉及私法领域时的主体性一面,而不指其行使公权力的一面(龙卫球《民法总论》,中国法制出版社2002年版,第335页)。其他很多学者对于这个问题虽然没有提出类似的明确观点,但是仅将法人作为“民事主体”的一类,而对于法人承担公法上权利义务的资格不作任何说明,可以认为其中隐含的意思与上述学者基本是一致的。参见葛云松《法人与行政主体理论的再探讨——以公法人概念为重点》,载《中国法学》2007年第3期,第77-99页。只有个别学者有不同的见解,认为同时也是行政法、刑法等非私法领域中的法律关系主体(见刘心稳《中国民法学研究述评》,中国政法大学出版社1996年版,第134页)。

② 参见葛云松《法人与行政主体理论的再探讨——以公法人概念为重点》,载《中国法学》2007年第3期,第77-99页。当然亦有行政法学者在批判我国行政主体理论、主张引入西方行政主体理论的同时,采纳了公法人的概念,但并未论及公法人概念与民法上法人概念的关系。参见应松年、薛刚凌《行政组织法》,法律出版社2002年版,第130-131页。

者、政府机关与个人之间的关系上,公法才正式登堂入室。此时,把法律划分成市民之间关系的法律(私法)和涉及国家以及国家与被统治者之间关系的法律(公法),才是一个国家法律内部的有效划分。<sup>(6)20</sup>换言之,只有统治者也有义务服从法律这一观念被实际接受后,公法才有可能作为现实而不仅仅是理想,从而公法与私法的区分才真正具有了实际意义,其作为一项法律原则才开始“成为我们理解法律的基础”。客观情况是,在法人概念提出之时,完整的公法学体系尚未构建,法人这一概念顺理成章就限定于指称私法领域中权利义务的归属主体。特别要指出的是,公法长期以来没有法律主体的概念,正如德国公法学者维尔纳·蒂梅(Werner Thieme)所言“在国家作为法人被‘发现’之前德国公法是没有(主体)的概念的。”<sup>(9)22</sup>因而在公法中引入法人概念的较长时期里,法学界对主体的讨论限定在私法领域。

## (二) 国家法人地位的确立导致法人概念扩张至公法领域

学术史表明,法人概念由私法概念扩张至公法领域并进而产生公法人概念,始于公法理论上赋予国家公法上法人地位。而在公法上国家的法人地位确立之前,由于没有独立的公法,对于国家的法律只限于民法,为了维系万能国家的观念,同时以法律的形式来规范国家和臣民之间的关系,国库概念与制度应运而生。国库概念的基础肇始于罗马法。在罗马共和时期中,国库首先是独立于皇帝之外的一个法人,它拥有服务于国家目的的财政权并有特别的收入,国库在民法和诉讼中具有独立地位。<sup>(10)205</sup>德国法在继受罗马法国库这个概念时进一步明确:国库的权力是决定金钱处罚和债务的放弃、拥有新发现的财产等等;国库是管理这些财产的机构,拥有服务于国家目的的财政权。国库与邦君主以及施行公权力的行政机关相并列,在所有民事财产法律关系中代表邦君主一方。<sup>(11)51-52</sup>国库从其性质而言是通常的私法人,它在处理其财产时适用民法规范,并受民事法院管辖。当国家损及人民既得权时,由国库负损害赔偿赔偿责任。<sup>(12)308-309</sup>这样,通过将并存于国家之中的、次要的法人——国库独立出来,使国家这个政治实体作为普通私人参与法律关系以及民法对国家的适用和法院对国家的民事审判,变得合乎逻辑。<sup>(11)53</sup>易言之,在行政法与民法分离之前的警察国时期,国家并非民法上的法人,国家活动的法律调整通过从国家分离出的国库法人来实现,法人概念亦严格限定于私法领域。

直至19世纪40年代,为了解决在绝对主义的君主主权和民主的人民主权之间主权归属的两难,哥廷

根大学教授阿尔布雷希特(Wilhelm Eduard Albrecht)在1837年撰写的一篇“不引人注意的评论”中率先提出国家法人的概念,从而使法人概念首次出现于公法之中<sup>①</sup>。通过将国家确立为法人,君主、部长和官吏因此与地方等级议会或国家资政院一样成为这个法人的机构,这样就实现了“排除掉父权国家因素,并赋予君主以机构品质,在法律上使其融入国家结构和宪法秩序中”的目的。法人概念的使用“从主权在君与主权在民的相互对峙中找到的巧妙的教义出路——国家主权”。<sup>(6)560</sup>

因而,法人概念出现于公法,实为公法学运用私法学方法对国家进行法学分析的结果。将国家确立为法人,其目的显然并不是将国家确立为民法上的主体,而是公法上主权的归属主体。公法上借用民法上的法人概念,并非引入民法上法人的内涵,而是通过引入民法上法人的机理,将民法中的法人与其机关的相互关系的构造引入公法领域<sup>②</sup>,并通过引入法人的归责机理,将法人机构的责任归属于法人。而这显然是在公法中实行了法人的有机体理论(在法人与机关的关系上的机构说)来描述国家的公法地位<sup>③</sup>。就这样,国家在公法上法人地位的确立,导致了国家的两个不同的法律主体身份:一个是以国库为替代者的“营业实体”或私法人;另一个是实际的国家,即作为公法人的国家。这种区分并不仅仅是在名义上,它们各有其代理机构来处理不同的事务<sup>④</sup>。从此也可以看出,国家是公法上的法人,并不是民法上的法人(私法上的法人为国库)。

其后,随着三权分立思想的扩散和依法行政之法治国家思想的兴起,国家与国库双重人格的理论基础逐渐丧失,自公法上国家法人说影响日益扩大与人民主权得以承认,国家受自身制定的法律拘束的观念亦得以确立,国库作为国家之外的法人在理论上已无必要,国库与国家两个不同法人实现了人格上的同一。

① 其后由格贝尔(Carl Friedrich Wilhelm von Gerber)、拉邦德(Paul Laband)、耶利内克(Georg Jellinek)等人的努力,国家法人学说进一步得到完善。详见(德)米歇尔·施托莱斯《德国公法史》,雷勇译,法律出版社2007年版,第107页、第437-441页、第614-617页。

② 德国法学家拉邦德和耶利内克等人将民法中的法人与其机关的相互关系的构造引入公法领域。Laband, Staatsrecht des deutschen Reichs, 1985, T. 1; Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1982.

③ 阿尔布雷希特在1837年撰写的反对父权制国家观念的新文章中表达了宪政思想,因此也比较迅速地获得大多数人的认可。60、70年代(19世纪)许多具有宪政思想的学者利用这个有机体比喻来描述国家内容,同时把法人作为形式外壳来加以接受。(德)米歇尔·施托莱斯《德国公法史》,雷勇译,法律出版社2007年版,第493页。

④ 在警察国时期,这既不是对基于不同法律主体之间不同关系的区分,也不仅仅是对国家的两种不同功能的区分。

即从国家被设定为财产占有与获得者的角度来看,国库就是国家的代表,是国家财产的主体;当国家作为财产主体参与民事经济事务并因而受私法调整时,国库就是国家的私法主体,或民法观念上的国家。<sup>(11)123-125</sup>到了20世纪,尤其自魏玛以降,通说上已认为,公权力主体之国家与私法主体之国家并非二个相互独立的法律人格,而是具有同一性,实为单一法律人格体。纵使国家以私法主体的姿态出现,其国家本质同样没有变化。<sup>(13)12</sup>可见,国家与国库人格的同一,实质上是作为公权力主体的国家与作为私权利主体的国库合二为一,国家同时成为“公法上的法人”和“私法上的法人”(国库则成为指称国家在从事民事活动时的身份概念,并非不同于国家的另一主体)。但是,国库与国家人格的同一,不仅并没有改变公法上法人概念和私法上法人概念的不同内涵(二者分别指称的是公法上与私法上的权利主体地位)。相反,随着政治民主、分权与公法的发展,国家通过设立或承认其他组织的公法人地位,在公法中最初用以指称国家的公法主体地位的法人(公法人)概念,逐渐发展出不同于私法的多元化的公法人理论和制度,公法人遂成为公法中指称组织公法主体地位的重要概念。

纵观大陆法系国家公法人理论与制度的发展,可以发现,从国家确立公法人之外,公法法人在外延上呈现扩张趋势。基于分权自治和间接国家行政之要求<sup>①</sup>地方行政区域(地方自治团体)以及其他公法上的组织亦被普遍赋予公法人地位。如德国公法人除了国家之外,尚包括地方自治团体、公立大学、职业公会、联邦银行、图书馆、监狱等等。<sup>(14)</sup>法国法上,除国家和各级地方自治团体外,如医院、大学、商会等等公立公益机构被确立为特别公法人。<sup>(15)63</sup>二战以后,日本为推动政府行政改革,以英国政署制度为蓝本并借鉴德国的公法人制度,导入了独立行政法人制度。将大量原属于国家机关序列的大学、研究机构、文化机构等机构独立出来而设立行政法人。<sup>(16)</sup>我国台湾地区在经过参酌各国法律制度之后,也选用了行政法人化作为行政改革的举措。<sup>(17)1-3</sup>同时,从类型的划分上,尽管公法法人的分类亦深受民法法人分类的影响,诸如民法关于社团、财团的划分就成为公法人的划分标准。但随着公法理论的发展,公法中已经发展不同于民法的体系,如前述德国公法中由奥托·迈耶在公法社团、公法财团之外提出的公营造物,法国公法中一般公法人和特别公法人的区分,以及日本和我国台湾地区公法中的行政法人等等,均是公法中特有的法人类型。但是,尽管与最初确立国家为公法人相

比,公法人理论和制度经历了很大的发展,公法人仍系指称公法上之法人,即公法上权利义务归属之主体及其在公法中的独立地位,而并非其民事上的主体地位。换言之,公法上的法人概念仍然不同于民法上的法人概念。

### 三、法人概念的公法扩张存在严重的体系性问题

法人概念的公法扩张导致了公法中法人概念(即公法中的公法人或公法法人概念)的确立,从而分别在公私法中存在两个指称意义不相同的法人概念。在公私法二元体系下,随着公法理论的逐步发展,此种状态已经导致了法律主体概念体系和制度构建上的诸多问题。

#### (一) 导致法人制度本身所具有的指称价值的丧失

法人作为一个法律概念,已经不同于作为客观世界的社会团体的概念,而是包含法律效果和评价的权利和义务关系。法律概念“不是设计出来描写事实”的,其本质在于“规范其所存在之社会的行为,而不在于描写其所存在之社会”。<sup>(18)66-67</sup>法律“概念化”只是一种规范手段,其本身是法律对社会生活进行调整的价值载体。<sup>(18)52</sup>从所指称的制度规范的内容上来理解,“法人的概念本质就是一种指代功能,指代一组权利义务的关系群,使得法律推理简明而形象,就如表达式 $Y = A + B + C$ 中的Y的指代功能一样”。<sup>(19)37</sup>因此,对于法人制度,应从纯形式的工具性——法技术的角度进行理解,从法人所指称的制度规范的内容上来理解,德国法学界就越来越满足于对法人概念从法技术的角度进行理解,他们在法人概念中所看到的甚至只是“一个纯想象的虚构”与一个法技术的人为概念,一个仅是法律制度的现象与产物,其作用则是用来标志规范体系内权利义务的主体。<sup>(20)</sup>

而从法人概念的指称来看,其产生之时,限定于指称私法领域中除自然人之外那些被视为法律上的“人”的私法上的主体,其内涵为私权特别是财产权的归属者。但是,随着公法中法人概念的产生,它到底是私法中作为民事权利义务归属主体的法人,还是公法中那些公权力归属的主体,其指称便成了问题。正因为其内涵不同,关于公法人是否必然如私法人一样具备私法上的权利能力,在德国学界成为一个有争议的问题。<sup>(14)47-48</sup>在法国法上,公立或公益机构的管

<sup>①</sup> 国家之行政任务,有国家本身所属,不具权利能力之行政机关自为执行者,为直接之国家行政。反之,国家之行政任务,由另一具有权利能力之行政主体执行者,为间接之国家行政。陈敏《行政法总论》2007年自版,第903页。

理自主性与其是否具有法人资格也不存在必然的联系。<sup>(15)63</sup>而日本,则直接在1999年7月16日颁布《独立行政法人通则法》第6条中规定,“独立行政法人为法人”。同时,公私法中法人内涵不同亦直接导致其外延不同。在法人概念被引入公法的最初,仅仅国家被同时确立为公法上和私法上的法人。从公法的角度来看,私法中的法人除了国家外都不是公法中的法人,但从私法的角度来看,至少公法上的法人(国家)也是私法中的法人。而随着公法理论的进一步发展,公法人种类的进一步扩展,公法上的法人早已不再限定于同时具备私法主体地位的组织。例如,在大陆法系的德国和台湾地区等,国会和法院作为主权的归属主体,属于公法上的法人,但是却没有私权能力,就是说不是私法上的法人。公法中的法人和私法中的法人在外延上处于一种交叉的状态。<sup>(21)</sup>

总之,法人概念在公法与私法之中的内涵和外延上均不相同,对于某一“法人”,如不言明其领域,无法确定其为私法上的权利主体还是公法上的权力主体,法人概念已经不具备法律概念所要求的同一性和准确性,必然丧失其作为概念的指称功能和价值。

#### (二) 导致法人概念体系化的矛盾和困难

法人在公法与私法中的内涵和外延不同,其结果必然导致法人概念体系化的矛盾。

从民法学来看,这种概念体系化的矛盾首先体现在“法人”概念的不确定性所导致的法人类型划分的矛盾上。尽管有的学者对公私法人的区分意义持否定或怀疑态度,但是大家一般均从民法民事主体的角度将法人划分为公法人和私法人,即以法人概念的私法性为前提将法人区分为公法人和私法人,但是在以私法性为前提的分类中,学者们对公法人的论述和界定中又往往脱离法人的私法性,而在公法主体意义上论述公法人问题,从而导致民法法人分类中的逻辑矛盾。如有学者在将法人区分为公法人与私法人的基础上,又论及公法人作为私法上交易主体及其民法上的权利能力问题,认为公法人未必具有私法上权利能力。<sup>(21)</sup>从而出现作为法人具体类型的公法人并不一定是法人的逻辑上的矛盾。

其次,法人的概念不一亦同时导致民法对“公法人”的意义界定不一以及公法人和私法人划分标准上的困难。从上述法人概念的流变可以看出,公法人概念源于法人概念扩张至公法领域,是“公法中的法人”或“公法法人”的简称,完全是公法中的概念,与民法中的法人概念的内涵和外延都不相同<sup>①</sup>。尽管《德国民法典》对公法上的法人类型予以确认并规定了公法上的法人准用该法第31条和第42条第2款

规定的条款,但是,从该公法上的法人的表述和准用规定可以看出,民法典中所采的法人概念为私法上的主体概念,公法人并非民法上的法人类型,而系公法中的概念。因此,将法人区分为公法人和私法人并非私法上对法人的分类,而只可能是在泛化法人概念(即法人可以脱离其私法意义,而抽象泛化为作为法律主体的组织体)的基础上对法人在不同法律领域中主体地位的区分,因而公私法人的划分标准在于其不同法律领域中的主体地位,而其地位的不同在于其是否享有公权力。然而从民法学者对公私法人区分的标准来看,尽管尚无一致的标准<sup>②</sup>,但是占主导地位的是按照法人设立依据不同而进行区分,即依据私法上的设立行为而产生的为私法人,依据国家公权力行为设立的为公法人。<sup>(22)179</sup>显然,此种区分的标准所预设的前提已经脱离了公法人为公法上的法人的意义,而转变为依据公法设立的法人或者具有公法因素的法人。更由于我国法学界往往使用“公法人”而鲜用“公法法人”的表述,因而导致学者甚至从词义上忽视此处“公”原本的“公法”意义,不仅从民事主体的意义上理解“公法人”,甚至将“公法人”中的“公”误解为“公共利益”或“公共福利”,将公法人理解为以公共利益为目的而设立的法人,进而将我国《民法通则》所规定的机关法人简单地等同于大陆法系的公法人,从而脱离了公法人的本来意义<sup>③</sup>。

而从公法学来看,公法中引入民法中的法人概念,在于借用法人概念和其机理,着眼于权利与义务的承载能力及其终局归属,以权利能力为核心要素,以权利能力——公法人——行政主体作为认定脉络来认定组织的公法人地位,其目的在于利用民法法人概念的归属意义,来指称国家以及基于行政分权化而设立的其他主体分别在直接的国家行政和间接的

① 《德国民法典》中关于公法人的概念用语为 Juristische Personen des öffentlichen Rechts,其意义为“公法上的法人”或者“公法中的法人”。

② 关于公私法人的划分标准,我国民法学者胡长清作了较好的归纳。参见胡长清《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第100-101页。

③ 如江平先生主编《法人制度论》一书就认为,“公法人是指以公共利益为目的,即以提高政府效能、满足公众需要和改善公共福利为目的而设立的法人。如国家、国家机关、行政区域单位以及一些国家的国有企业事业单位等。私法人是指以私人利益为目的,即以其成员的财产利益或其他利益为目的而设立的法人。”该书并认为,“我国虽然没有公法人与私法人的划分,但类似于公法人的社会组织及其法律制度却是实际存在的,这就是我国的机关法人制度”(参见江平主编《法人制度论》,中国政法大学出版社1994年版,第41页、第64页)。应当指出的是,机关法人作为我国民法继受苏联民法的这一不同于传统大陆法系国家的法人制度,实质上系高度计划经济和私法公法化条件下的产物,并不能简单地等同于大陆法系国家中的公法人制度。对此问题,笔者将另撰专文进行论述。

国家行政中的行政权力归属者的地位,并进而通过公法人制度的构建,推行分权与自治的目标。国家及地方自治团体公法人地位的认定即是适例。但是由于公法中行政组织的权力来源于法律的授权,除国家和地方自治团体权力基于人民主权和自治享有概括的任务权限外,由法治原则(法无明文规定即无权力)所决定,其他行政组织之任务范围皆依特定行政功能而受相当限制,<sup>(23)320</sup>只能依据特定的法律局部授予其在权限范围内享有公法上之权力义务,因而其权利能力始终只是一种相对的概念,自公法的观点观之,仅具有部分权利能力<sup>①</sup>。而在国家和地方自治团体等公法人与其内部各机关,各机关相互之间的关系在一定条件下亦纳入行政法调整而成为行政法律关系时,各机关和其他行政内部组织亦成为行政法律关系之主体。由于各机关和内部组织并不是公法上权力(利)的最终归属主体,按照前述认定脉络,更难以纳入到公法人的范畴。因而,借用民法中的法人概念及其机理已难以说明包括行政机关和仅具部分权利能力行政组织的主体地位,并应用行政行为理论实现其与人民之间及其相互间行为的法律调整,显现出在理论上构建公法上的主体体系的困难。正因为如此,在公法学者对公法人概念作进一步演绎与分类之时,不得不突破公法人的归属意义,而逐渐侧重于组织制度的功能,把所有相关组织(不问有无权利能力)悉数纳入公法人的范畴,从而导致公法人概念和类型不一的悖论。<sup>(14)55</sup>其典型表现在德国法中将公法社团、公法营造物和公法财团确立为公法人的类型,但是,在具体的类型分析之中,又将无权利能力的公法社团<sup>②</sup>、无权利能力的公法营造物归入到公法人类型之中<sup>③</sup>。

因此,公法对法人概念的借用,不仅导致在公法和私法中的两种不同意义,亦难以将行政法律关系主体的权力行使纳入到行政行为体系之中,因而导致公法法律主体体系化构建和行政行为体系构建的困难。

(三) 导致我国实践中法律主体地位认定上的混乱

与其他法制完备、私法发达的大陆法系国家不同,我国在建国后的相当长时期内,处于高度集中的计划经济体制之下,同时在法学理论和制度上受苏联的影响,不承认私法的地位和公法私法的划分<sup>④</sup>,民事立法在法律概念的使用、基本原则和具体法律制度的设计以及法律规范的配置等方面,都体现了较强的公法性。在法律主体概念上表现为:以公法上的权利义务主体的“公民”概念取代私法上“自然人”概念,将国家组织法范畴内具有法律关系主体地位的国家

机关确立为民法上的机关法人。随着我国社会主义市场经济体制的逐步建立,民法的私法地位得到普遍认同,私法基本原则得到重新确立的情形下,私法的基础地位和公法私法区分的价值被重新认识,对机关、事业单位、社会团体等组织的法人地位均需要在私法原则和体系下予以重新认识和构建,而法人概念私法意义和公法意义的双重性无疑不利于此一进程。同时,由于受长期以来法律观念上公私法不分的影响,导致实践部门对相关组织在不同法律领域法律地位的混淆。而法人概念的双重意义无疑也是造成此种状态的原因。如我国法律实践中对机关法人地位的确定上,国家机关地位以质量技术监督部门颁发法人组织机构代码证的方式予以明确,并作为机关具有法人地位的证明。但质量技术监督管理部门确立国家机关是否具有法人地位,依据的却是国家机关在行政管理体系中的独立性这一公法中的地位,直接的结果是导致了国家机关公私法中法律地位的混乱<sup>⑤</sup>。又如在我国目前的事业单位改革过程中,对事业单位主体地位定位和制度构建上困难凸显。如目前公立大学改革中,对公立大学章程的制定,以及其治理机构是否应当按照公司法人的构造来建立相应的治理结构等问题产生很大分歧,个别高校甚至为此发生了激烈的论争致使章程草案迟迟不能出台,究其原因,就与理论上对事业单位在公法与私法中不同地位存在混淆认识,以及现行立法普遍赋予事业单位法人地

① 权利能力作为技术性之法律制度,因公法与私法性质不同,行政法之权利能力亦与私法之权利能力不同。在私法上,具有权利能力者,通常得为一切法律所设定之权利及义务之主体,亦即以具有完全权利能力为常态。陈敏《行政法总论》2007年自版,第900-901页。

② 如在德国法上无权利能力的公法社团包括联邦众议院(Bundestag)、联邦参议院(Bundesrat)、乡镇代表大会(Gemeinderat)、大学的院系等。BGB-RGRK/Steffen, Vorbemerkungen 6 Vor § 89. 转引自周友军《德国民法上的公法人制度研究》,载《法学家》2007年第4期,第140-147页。

③ 公营造物是一种非社团组织型态的行政主体,其设立旨在持续地达到特定行政目的。参见李建良《论公法人在行政组织建制上的地位与功能——以方国公法人概念与法制为借镜》,载《月旦法学》2002年第5期,第43-59页。

④ 列宁对此有清楚的阐述“我们不承认任何‘私法’,在我们看来,经济领域中的一切都属于公法范围,而不属于私法范围”《列宁全集》第36卷,人民出版社1959年版,第587页。

⑤ 从实践中的做法来看,质量技术监督部门判定机关法人地位的依据为2001年第二次全国基本单位普查领导小组审议通过的《第二次全国基本单位普查办法》以及《第二次全国基本单位普查法人单位及产业活动单位划分规定》,其中“机关法人是指各级政党机关和国家机关。机关法人包括:(一)县级以上各级中国共产党委员会及其所属各工作部门;(二)县级以上各级人民代表大会机关;(三)县级以上各级人民政府及其所属各工作部门;(四)县级以上各级政治协商会议机关;(五)县级以上各级人民法院、检察院机关;(六)县级以上各民主党派机关;(七)乡、镇中国共产党委员会和人民政府,以及街道办事处。”

位有关。

另外,由于公法上的法人与法人的公法意义的主张实质上已经使法人与公法人均已经偏离原有的民法上的意义,这就直接导致在理论研究上对民法上的公法人研究的缺失。一方面,公法学者在权力归属的意义上研究公法人的行政独立性问题,而基本无视其民事主体地位问题。另一方面,民法学者又将公法人视为公法问题而不予关注。特别在我国,由于行政法发展尚不完备,私法上又向无公私法人之划分,如果将公法人概念作为公法上权力的归属主体上使用,必然造成对国家及其相关机构民事活动法律规制上的缺失。

#### 四、法人概念私法性的重申

公法对法人概念的借用,导致了在现代法上法人具有两种含义,一为公法上的权力归属者,二为民法上的权利归属者。厘清上述差异和问题只是第一步,问题关键是如何在准确界定法人概念的基础上,构建法人乃至法主体的概念体系。依我们之见,要消除法人概念使用上的双重意义所导致的法人概念体系上的矛盾和概念体系构建上的问题,我们在构建法人概念体系上面临两种选择:一是进一步抽象法人概念,舍弃其私法性,使法人抽象为目前公私法中法人概念的上位概念,即用于指称除个人之外的在法律上视为权利(力)归属者地位的法律主体,在此基础上将法人区分为公法中的法人和私法中的法人。二是坚持法人概念的私法性,即坚持法人概念除自然人外被视作法人的民事权利义务归属主体的指称意义,同时抛弃公法中的法人概念,并在公法和私法中确立不同的法律主体及其概念体系。从主体概念体系构建的可行性和合理性来考量,我们认为,应该在坚持法人概念的私法性的基础上构建法律主体体系。

(一) 坚持法人概念的私法性在现行理论和制度体系之下更具可行性

从法人概念使用和流变轨迹可以看出,法人概念最先在民法中使用并确定其指称民事权利义务归属者的法律主体地位,此种法人概念已经成为整个民法主体理论和制度构建的基础。若舍弃法人概念的私法性,就意味着法人概念将丧失在现行民法理论和制度中被视为法人的这些组织或目的财产的民事主体地位的指称作用,在不言明所在的法律领域为公法或私法的情况下,我们就无法判定该组织或目的财产在私法中的主体地位,从而使现行民法法人理论和制度赖以建立其上的理论和制度体系面临动摇的危险而不得不进行重新构建,这必然将耗费巨大的理论构建

成本或立法成本。

诚然,公法中法人概念只是对民法概念的借用,尽管其在公法中占有重要的地位,但是,舍弃法人概念并不会危及公法学理论和制度构建。原因在于,在公法学中,从指称公法中权力之归属者的意义上,“行政主体”这个概念完全能够很好地担当目前公法中的公法人所指称的意义而无需公法人概念。从概念体系的取舍和构造上看,坚持法人的民法性更符合“用较少的东西,同样可以做好的事情”原理<sup>①</sup>。

从学理上讲,行政主体是公共行政的权利主体,系依公法而设立,得以作为权限、权利、义务及责任之独立主体来履行行政任务。<sup>(24)516</sup>与法人概念系继受民法而来不同,行政主体乃大陆法系行政法中特有的概念。构成行政主体须具备权利能力,但与大部分德国学者认为公法人需具备完全权利能力不同,德国学者认为具有部分权利能力的公法社团、公营造物、公法财团不属于公法人,但在其权利能力范围内被视为行政主体。如德国之联邦邮政、联邦铁路,其在所辖的任务范围内,得为权利义务之主体以对抗第三人,但却不可以对抗设立它的公法人或主管机关。一般而言,德国学者并不认为这些组织体为公法人,但却视其为行政主体。同时,是否为行政主体,其判断的依据并非在于组织而在于作用,凡是以自己名义行使权利,负担义务来自公权力的都是行政主体。<sup>(25)268</sup>在行政主体的类型上,狭义上的行政主体包括国家、具有无完全或部分权利能力的公法团体、公营造物和公法财团,而由国家授权独立地以主权方式实行特定行政任务的私人作为被授权组织也被视为广义上的行政主体。<sup>(26)500-503</sup>因而,与公法人概念相比,行政主体概念对从事公共行政的组织的涵盖性比公法人更为广泛。同时,行政主体概念还脱离了民法法人机理中法人必须具备完全权利能力的桎梏,其以作用为判定主体的标准能更好地将公权力主体的权力行使纳入到行政行为体系之中,有着比公法人更为科学的优越性。也许正因为如此,越来越多的学者主张,在德国行政法关于行政组织法的结构体系中,可以完全不需

<sup>①</sup> 此一原理又被称为奥卡姆剃刀原理(Occam's Razor, Ockham's Razor),又称“奥坎的剃刀”,是由14世纪逻辑学家、圣方济各会修士奥卡姆的威廉(William of Occam,约1285年至1349年)提出。他在《箴言书注》2卷15题说“切勿浪费较多东西,去做‘用较少的东西,同样可以做好的事情’”。

要公法人的概念<sup>①</sup>。

(二) 坚持法人概念的私法性更符合法律人格的相对性理论

所谓法律人格的相对性,系指法律上的人格,在各个法律领域是相对的存在,在某一个法律领域中具有人格的,在其他领域中则未必承认<sup>②</sup>。法律人格之所以具有相对性,其原因有二:一是法律学科和领域的划分;二是各领域法律构造不同导致赋予法律上的主体资格的对象不同。从法律领域的划分来看,法律首先区分为公法和私法,而公法和私法又可作进一步的细分。从法律发展的实践观察,因法律构造不同,各领域呈现出法律主体资格上的多样性。除了本文前述在公法中具有部分权利能力的行政主体不具有私法上的法人地位外<sup>③</sup>,如私法上不具有权利能力之独资企业和合伙,亦得为税法所规定的营利事业,而为所得税的纳税主体;在私法上不具有权利能力的行政机关或非法人团体,在德国行政程序法和我国台湾地区行政程序法、行政诉讼法中均具有当事人的能力与资格。甚至同为私法的民法和商法,其对人格的判定亦不相同,如在日本法中,组合(即合伙)系依特别法及商法而为法人,而在民法中则为非法人。<sup>(27)199</sup>在我国,民事诉讼法亦规定在民法中不具备法人地位的其他组织具有当事人地位等等<sup>④</sup>。“有些情况,从法律的角度看,并不存在法人资格,但税法却承认其中存在法人资格。例如,运用合并征税技术,可以将公司集团作为一个单一的公司来征税,然而,从严格的法律意义上看,公司集团并不具有法人资格。”<sup>(28)138</sup>

应该指出的是,在私法上具有权利能力的,通常得为一切法律所设定的权利义务主体,亦即以具有完全权利能力为常态。而在公法上,公法上的主体因具体法规范目的不同,一个法律主体的权利能力可能并非全面,作为公法上的主体,依公法取得权利能力,但仅仅在其权限范围内享有公法上的权利义务,此种权利义务亦可能不包括私法上的财产权利,此时该主体就不是私法上的主体。也就是说,从法律的具体领域看,其主体范围一般并不具有必然的相同性。当然,在某一法律领域具有人格的具体主体,亦可能同时作为其他法律领域的主体,但在不同法律领域中对主体应有着不同的概念指称。如同样作为个人,在私法中指称其私法地位的概念是“自然人”,而在宪法中则为“公民”<sup>⑤</sup>,在诉讼法中则可能是“当事人”。也就是说,在多个法律领域中具有主体地位的组织或个体是同一的,但这并不能成为在多个法律领域中均使用同一个概念的理由,也不能成为将某一法律领域中的概念称谓扩张至其他法律领域的理由。相反,在多

个法律领域中,为了清晰地表征主体的法律地位,应根据各不同法律领域中主体概念的分别性,将某一领域主体概念限定在该特定的法律领域之中,如此才符合法律概念的唯一性和精确性的要求,进而实现其概念的指称价值。

总之,坚持法人概念的私法性正是法律领域相对性所导致的法律主体人格相对化条件下对法律概念唯一性和精确性的要求。而从前述我国主张法人概念公法意义的学者的论证来看,其之所以得出法人概念的公法意义的结论,其中非常明显的逻辑错误就在于混淆了法律概念和概念指称的对象,其实质是以概念指称对象的同一性来主张不同法律领域中法律概念的同一性,其观点至少在逻辑上是站不住脚的。如葛云松先生在主张法人概念也应当适用于公法领域时说“切不可因此而认为构成民事主体的自然人和法人仅仅是民事关系的主体,而不能是其他法律关系的主体。打个比方,‘教师’概念是指一个职业,说张

<sup>①</sup> 参见(德)哈特穆特·毛雷尔《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第498-523页。值得指出的是,王名扬先生《法国行政法》一书在论述法国行政法中的行政组织理论和制度时,使用的也是行政主体概念,从其行政主体法律意义的论述来看,其认为就法律意义而言,行政主体是实施行政职能的组织,即享有实施行政职务的权利,并负担由于实施行政职能而产生的权利、义务和责任的主体。行政主体只能是公法人(参见王名扬《法国行政法》,北京大学出版社2007年版,第40-41页)。因而,其是在公法人与行政主体完全相同意义上使用二者的。笔者认为,如果行政法中公法人与行政主体完全在概念上相同,舍弃公法人概念更加不会对公法行政组织的理论体系造成影响。需要指出的是,根据三权分立原则,从消极意义上界定行政的界限,行政是指立法与司法之外的国家活动。因而,行政法上的行政主体概念仅涉及到除立法机关和司法机关之外的享有国家权力的组织。因而,行政主体概念并不包括立法机关、司法机关等公法上的组织。由于这些组织所享有的权力系基于宪法上的三权分立原则而享有相应的立法权和司法权,在以行政主体概念取代公法人概念之后,根据后文所述的法律人格的相对性理论,在表征这些组织的宪法地位时,可以“宪法主体”这一概念,而不宜使用(公)法人这一概念。当然,当这些立法机关和司法机关以行政的方式进行活动时(包括立法机关在进行议会行政、预算事务、计划行为或司法机关进行司法行政、非讼案件主管权等活(参见(德)哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,第4页)则是作为行政主体而活动。

<sup>②</sup> 法人格相对性为德国学者理查德·托马所主张〔日〕杉村章三郎《行政机关的人格性》,陈汝德译,载铃木义男等《行政法学方法论之变迁》,陈汝德等译,中国政法大学出版社2004年版,第92页。

<sup>③</sup> 根据德国现行法律,联邦众议院、联邦参议院、乡镇代表大会、大学的院系等均为公法社团,但是,却并不具有民法上的法人地位,为无权利能力的公法社团,但是上述主体都是公法上的主体。BGB RGRK/Steffen, Vorbemerkungen 6 Vor § 89. 周友军《德国民法上的公法人制度研究》,载《法学家》2007年第4期,第140-147页。

<sup>④</sup> 参见《中华人民共和国民事诉讼法》第48条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第40条。

<sup>⑤</sup> 在民法中对参与民事关系的个人使用公民概念,是苏联民法的首创,其本身是苏联民法公法化,拒绝使用私法上的自然人概念的结果,我国《民法通则》对公民概念的使用是在相同法制背景下对苏联民法的继受。在我国民法中应不再使用公民的概念,而只应使用指称私法地位的自然人概念,已成共识。



三是一位教师是要说明这个人的职业类型,这个论断并不排斥张三仍然要扮演的其他角色:他同时是一位父亲、丈夫、业余歌唱家、慢性鼻炎患者……”<sup>[2]</sup>实际上,葛云松先生的上述逻辑正好论证了法人应当作为一个指称民法主体地位的概念,而不是同时为公法概念。在此类推推论中,张三在不同的生活领域中具有不同的角色并具有相应指称其角色的概念如教师、父亲、丈夫、业余歌唱家、慢性鼻炎患者等,正如某组织在不同的法律领域中具有不同的地位并具有相应指称其地位的概念如法人、行政主体、当事人、纳税义务人等一样,尽管张三为同一人,但由于生活领域的不同,指称其地位的概念各不相同。法人最初作为私法概念,指称的是组织体在私法中的地位,正如以教师指称的为张三的职业角色。主流民法要坚持的是将法人概念限定在私法领域,并非否定作为法人的组织体同时可以作为公法上的主体。也就是说,并非否定张三也同时会扮演其他角色,而是主张在某一领域指称其角色的概念如教师,不能用于指称其在家庭中的地位。可见,葛云松先生前述主张的逻辑错误,就在于混淆了法律概念和法律概念所指称的组织体,因而其对民法主流坚持法人概念为私法概念的主张并未进行实质上批判,其所批判的“认为法人仅仅是一种民事主体(民事法律关系的当事人)”的主张,只是其自己树立的假想标靶,而非民法主流观点<sup>①</sup>。

所以,基于公私法的区分和法律主体地位的相对性,我们必须坚守法人概念的私法性。

(三) 坚持法人概念的私法性于我国推行法治目标下有着十分积极的意义

前已述及,受计划经济体制和前苏联法制的影响,我国长期以来没有公私法区分的理念,特别是长期以来未能确立私法的应有地位。现行《民法通则》关于法人制度立法亦基本上参照前苏俄民法典的相关规定,系在高度计划经济和私法高度公法化这样相似的经济和法制背景下对前苏俄民法的继受<sup>②</sup>。在这样的背景下,我国民事立法亦体现了较强的公法性,其表现为不仅将具有较强公法性的计划执行等内容规定在民法典中,而且在法人制度上,赋予执行国家任务和有权支配国有财产的包括国家机关和事业单位等在内的国家组织以法人地位。在当今我国实行市场经济和重新确立私法的地位的条件下,上述国家组织对国家任务的执行和国有财产的支配等显然不再是行使民事上的权利,而是公法上的权力。实践表明,国家机关和事业单位等组织法人地位的泛化已经带来了一系列严重的问题<sup>③</sup>。如目前现实中地方政府和公立大学等对外大举违规借债,不仅致使财政

金融风险不当增大,损害了国民经济持续健康发展,而且导致法律实践中对地方政府和公立大学等在不能偿还债务时,债权人可以执行这些机构的哪些财产以满足其债权、上级政府或公立大学的设立机构是否承担补偿责任等一系列问题,这些问题的存在无疑将严重损害债权人利益并进而损害正常的私法秩序。这些问题的产生无疑与现行立法赋予这些组织以机关法人地位或事业单位法人地位有关,而其认识上的根源恐怕就在于对国家机关和公立大学这些机关和事业单位在行政法和民法中主体地位的混淆认识。因而,上述组织是否具有民法中的法人地位就需要予以重新审视,而重新审视的实质就是要区分公法与私法的不同法域,来分别考察上述组织在不同法域中的主体地位。因而,明确法人概念的私法性,对于明确和区分公权力主体(包括国家)的民事和公法主体地位,对重新审视我国民法中的现有法人类型,具有重要意义<sup>④</sup>。

总之,通过区分法律概念的公私法属性,我们就能从概念上明确组织体在公私法中的不同地位,从而树立公私法区分的理念和认识,以构建公私法不同的主体制度体系。另外,我国公法学中长期以来并无法人概念,对大陆法系公法中的(公)法人概念尚处于引介阶段,与在公法理论中早已采纳法人概念的其他大陆法系国家和地区相比,舍弃法人概念的公法意义、坚持法人概念的私法性,只是现有的公法体系构建中的选择问题,并不会对公法主体理论的构建造成较大的影响。我们在概念的厘定和体系的选择上,完全可以根据科学构建的需要进行重新的构建,而不拘泥于已有的制度和理论。

① 之所以说葛云松先生所批判的对象是假想的,在于我国民法学主流观点并非否认作为法人的组织体可同时参与民事关系。从有关民法学者的论述中不难看出这一点,如在江平先生主编《法人制度论》中的表述就是“也只有在这里(即参与民事法律关系时,笔者注)国家机关称为法人,一旦在政治国家活动中,在公法领域中,它就不是以法人身份出现了。”参见江平主编《法人制度论》,中国政法大学出版社1997年版,第22页。可见,民法主流观点主张的只是国家机关在私法中主体地位的概念(称谓)问题,而非否认国家机关同时可为公法关系中的法律主体。

② 此种继受关系,从1964年《苏俄民法典》和我国历次民法典草案以及《民法通则》关于法人制度的条文内容对比中便可窥见一斑。对我国法人制度与苏俄民法的继受关系,笔者将另撰文探讨。关于我国民法典草案《民法通则》颁布前的条文,可详见何勤华、李秀清、陈颐编《新中国民法典草案总览》,法律出版社2003年版。

③ 其最典型的问题是导致机关法人认定上的混乱和困难,机关滥用法人地位损害正常的私法秩序等等。

④ 关于国家机关(包括立法机关和司法机关)和事业单位等的法律地位是否仅仅体现在公法(行政法)上,而不应该具有私法上的主体地位,便是需要探讨或检讨的问题。对此,笔者将另撰文探讨。

### 五、法人概念私法性前提下的法律主体体系化图景

从概念的体系化来看,坚持法人概念的私法性显然只是整个法律主体概念体系化中的一环而已。本文的论述实质上已经揭示出在法律主体概念体系化构造时应秉持的原则,那就是:法律主体概念的价值在于指称某对象在特定法律领域中的主体地位,概念不能等同于其指称的对象本身;在公民法乃至具体法部门区分的法律体系之下,法律主体具有相对性,应根据具体的法领域和法部门的不同构造和要求来构建法律主体概念体系<sup>①</sup>。实现法主体体系的科学化,实质上就是在坚持法律概念特定指称功能的基础上,实现法律概念的明确性、准确性。在坚持法人概念私法性前提下,对于法律主体概念的体系化,我们提出如下初步构想:

第一,在法律主体概念体系上,首先根据公法与私法的划分,将法律主体区分为公法主体与私法主体(民事主体)两大类型,然后分别在公法和私法中以及公法主体和私法主体之下构造不同的公民法主体概念体系和主体类型。

第二,坚持法人概念的私法性,舍弃公法主体为法人的学说和观念,采用行政主体概念指称公法上履行行政任务的公法上权利义务的归属者。在行政主体概念之下,可再根据不同的标准划分其类型。如可参照德国行政法,根据直接行政和间接行政的不同将行政主体区分为具有原始统治权的国家和地方团体,具有权利能力的公法社团(除国家和地方团体外)、公法财团、公共营造物、被授权行使行政任务的被授权人等类型。

第三,在私法中,采用民事主体概念指称民事权利义务的归属者,包括法人和自然人两大基本类型。而在法人的分类上,由于法律赋予民法上法人地位的行使公共权力的行政组织与其他法人在法人地位的取得、设立法人所依据的法律属性、法人的治理结构、法人财产的执行、是否实行破产制度等方面存在差异,因而,我们认为从法律上区分二者具有实际意义。

但那些依公法成立的法人,其首先是具有民事权利能力的民法法人。至于对这些依公法设立的法人,在民法中采用何种概念来指称,在我们看来,既可在坚持法人概念私法性的前提下继续采取“公法法人”或“公法人”的称谓,也可采取“公权法人”或“公务法人”的概念,以避免与公法上的公法人概念的混淆<sup>②</sup>。而在“公法人”和“私法人”概念之下,可依照现行公私法理论传统,分别进一步区分为公法社团法人、公法财团法人、公营造物法人,以及私社团法人、私财团法人。

第四,对我国现行的法人制度类型,应在坚持法人概念的私法性的基础上,对其是否应具有法人地位予以考察。我们认为,首先对我国现行立法普遍赋予国家机关法人地位的做法,应依据是否需要赋予其私法上的财产权归属者地位予以重新考察,对仅执行国家公法任务(包括立法、行政、司法等任务)而不需要或不宜赋予其以法人名义从事民事活动的,就不应认定为法人,尽管该机关可能独立享有公法上的权力。而对事业单位来说,则应结合《中共中央、国务院关于分类推进事业单位改革的指导意见》(2011年3月23日)中对事业单位分类改革中对事业单位的划分,根据其社会功能以及职责任务、服务对象和资源配置方式,来具体判定立法上赋予事业单位以法人名义从事民事活动的需要。

第五,对于某些具体的法律部门,如刑法、诉讼法等领域的主体概念,可根据该法律领域的特殊构造和需要进行具体的构建<sup>③</sup>。

<sup>①</sup> 正如有学者指出的,除法人概念外,“民法学最初为财产流转而制订的许多范畴和概念后来在民法学的对象之外得到使用——这是早已为人所共知的现象,它一般只能证明相关知识领域发展的不足,可惜并不能说明民法本身的任何问题”。E. A. 苏哈诺夫主编《俄罗斯民法(第1册)》,黄道秀译,中国政法大学出版社2011年版,第149页。

<sup>②</sup> 当然,对具体概念的取舍,尚需在坚持法人概念私法性的前提下进一步商榷。

<sup>③</sup> 因其涉及部门法特定的主体概念和制度,在此笔者不予展开。

### 参 考 文 献

- (1) [日]盐野宏.行政法学上法人论的变迁(C)//肖军.中国法学会行政法学研究会2010年会论文集.泰安,2010.
- (2) 葛云松.法人与行政主体理论的再探讨——以公法人概念为重点(J).中国法学,2007(3):77-99.
- (3) 江平,赵旭东.法人制度论(M).北京:中国政法大学出版社,1994.
- (4) 李昕.作为组织手段的公法人制度研究(M).北京:中国政法大学出版,2009.

- (5) 高富平. 确立公法人, 完善民事主体制度——我国机关法人概念之反思 (C) // 中国法学会民法学研究会 2008 年年会暨纪念改革开放 30 年民法学学术研究会论文集(下册). 上海: 2008: 162 - 165.
- (6) [德] 施托莱斯. 德国公法史: 国家法学说和行政学(1800 - 1914) (M). 雷勇, 译. 北京: 法律出版社, 2007.
- (7) 蒋学跃. 法人制度法理研究 (M). 北京: 中国人民大学, 2004.
- (8) Friedrich Carl von Savigny, Jural relations or the Roman law of persons as subject of jural relations: being a translation of the second book of Savigny's system of modern roman law translated by William Henry Rattigan, London, 1884. p176.
- (9) Werner Thieme, Das Deutsche Personenrecht, Duncker & Humblot, Berlin, 2002. Verl. S. 22.
- (10) M. Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt S. 205.
- (11) [德] 奥托·迈耶. 德国行政法 (M). 北京: 刘正, 译. 商务印书馆, 2002.
- (12) 涂朝兴. 行政私法之研究 (M). 台北: 台湾政治大学法律研究所, 1990.
- (13) 许宗力. 法与国家权力 (M). 台北: 月旦出版社股份有限公司, 1993.
- (14) 李建良. 论公法人在行政组织建制上的地位与功能——以德国公法人概念与法制为借镜 (J). 月旦法学, 2002 (5): 43 - 59.
- (15) [法] 让里韦罗 让瓦利纳. 法国行政法 (M). 鲁仁, 译. 北京: 商务印书馆, 2008.
- (16) 邱惠美. 日本独立行政法人制度初探——兼论日本国立大学法人化问题 (J). 政大法律评论, 2006 (9): 171 - 223.
- (17) 刘坤亿. 台湾推动行政法人化之经验分析 (M). 台北: 晶典文化事业出版社, 2005.
- (18) 黄茂荣. 法学方法与现代民法 (M). 北京: 中国政法大学出版社, 2001.
- (19) H. L. A. Hart, Definition and Theory in Jurisprudence (1954) L. Q. R. 37.
- (20) [德] 托马斯·莱赛尔. 德国民法中的法人制度 (J). 张双根, 译. 中外法学, 2001 (1): 30 - 35.
- (21) 黄越钦. 公法人与私法人 (J). 政大法学评论, 1980 (22): 1 - 24.
- (22) [德] 卡尔·拉伦茨. 德国民法通论 (M). 王晓晔, 译. 北京: 法律出版社, 2003.
- (23) 李建良, 刘淑范. 公法人基本权利能力之问题初探——试解基本权利本质之一道难题 (M) // 汤德宗. 宪法解释之理论与实务(第四辑). 台北: 台湾“中央”研究院法律学研究所筹备处专书(1), 2005.
- (24) Mayer/Kopp, Allgemeines Verwaltungsrecht 5. Aufl. 1985, § 60 S. 516.
- (25) 蔡震荣. 公法人概念的探讨 (M) // 当代公法理论——翁岳生教授祝寿论文集. 台北: 台湾月旦出版公司, 1993.
- (26) [德] 哈特穆特·毛雷尔. 行政法学总论 (M). 高家伟, 译. 北京: 法律出版社, 2000.
- (27) [日] 杉村章三郎. 行政机关的人格性 (M) // 陈汝德, 译. 铃木义男. 行政法学方法论之变迁. 北京: 中国政法大学出版社, 2004.
- (28) [法] 伊夫·居荣. 法国商法 (M). 罗结珍, 赵海峰, 译. 北京: 法律出版社, 2004.

( 本文责任编辑 焦和平)