

文章编号: 1674 - 5205(2016)04-0077-(011)

论契约团体事实属性与规范属性间的断裂与弥补

张翔

(西北政法大学民商法学院 陕西 西安 710063)

〔摘要〕 契约团体首先是一种事实上的存在,其自然地呈现出“对外单一、对内复多”的事实属性。法律规范对于契约团体事实属性的作用,表现为从“干预”到“重构”的历史进程。其中,“干预”是指法律规范对于团体事实属性逐项环节的人为确认或者阻却,“重构”则是指法律规范在以“权利能力”概念为基础的团体法技术框架之下,对团体事实属性的重新组合。相应的,法律规范对于契约团体与个人的类比思维,也便历经了从“比喻为人”到“拟制为人”两个阶段。以“法人拟制”与“权利能力”为起点的“重构”,导致了契约团体的事实属性与规范属性的断裂。因此,法学在关注团体法律规范的同时,更需要关注团体的自然状态与运作机理。

〔关键词〕 团体; 法人; 事实; 规范; 人格

Abstract: Being a factual existence, the contract organization manifests such factual characters as “unitary in external relationship and multivariate in internal relationship”. That legal norm influences on the factual characters of contract organization can be summarized such a historical course as from “intervention” to “reconstruction”. Among which, “intervention” means that the links of the factual characters of contract organization are affirmed or denied by legal norm subjectively; while “reconstruction” means that the links of the factual characters of contract organization are recombined by legal technique founded on the concept of “capacity of civil right”. Consequently, the legal thought about analogy between organization and human also experiences two phases “comparing to a person” and “creating a person”. The latter triggers a rupture between the factual and normative characters of contract organization. When we research on the legal norm of organization, we should pay more attention on organization’s natural state and its operating mechanism.

Key Words: organization; legal person; fact; norm; personality

中图分类号: DF51 文献标识码: A

DOI:10.16290/j.cnki.1674-5205.2016.04.007

一、契约团体的客观性及其自然状态

团体作为一种“成员之联合”,不仅要求两个或者以上的成员数量,而且要求一个可以将各个成员连接在一起的团体纽带。不同类型的团体,因成员联合的原因、方式不同,团体纽带也有所不同。按照韦伯关于团体的分类,基于“感情”或者“传统”,建立在成员所感受到的“相互隶属性”基础之上的团体,为“共同体(Vergemeinschaftung)”,如家庭、宗族;而基于“理性利益动机”,建立在成员的寻求“利益平衡”或“利益结合”基础之上的团体,则为“结合体(Vergesellschaftung)”。⁽¹⁾⁵⁴对于“结合体”而言,其将各个成员组织起来的团体纽带,即“理性利益动机”之载体的典型表现形式,就是结社契约。相应的,“结合体”

的典型表现形式,即为契约团体。因此,我们可以将契约团体的概念界定为:成员以利益结合为目的,通过结社契约所形成的成员联合体。

根据上述概念,一个契约团体之存在所需要具备的要件,即契约团体要素,包括如下三个方面:

首先,契约团体以结社契约为团体纽带。结社契约作为成员结社合意的结果,意味着契约团体成员之间具有互不隶属的关系。契约团体滥觞于罗马法,其“共产合伙(societas omnium bonorum)”作为罗马法上最早出现的契约团体形式,即诠释了成员之间互不隶属关系的起源。按照周相先生的阐释,罗马法中的共产合伙是若干家庭家产的联合,其发端于家父死亡后,家子基于维持统一家产之需要所达成的联合契约。⁽²⁾⁷⁸⁸在罗马法上,随着家父的死亡,家子即取得自权人的法律地位,成为新的家庭中的家父。新的家父为维持家产统一现状所达成的合意,其本质上即为若干家庭的契约联合:原先统一的家庭,遂演变为家庭之间的共产合伙。这种家庭联合体中的互不隶属关

收稿日期: 2015 - 12 - 02

作者简介: 张翔(1969—),男,陕西省西安市人,法学博士,西北政法大学教授。

系,被朱塞佩·格罗索称为“无统一首脑的聚合形式”。⁽³⁾¹⁵

其次,契约团体以结社目的为驱动力。契约纽带之于契约团体形成的意义,仅仅在于使成员之联合在技术上成为可能,而真正促使成员联合起来的内在动因,则在于结社目的,即韦伯所称的寻求“利益平衡”或“利益结合”的需要。例如,在罗马法上,除过前述以追求家产之维持为目的的“共产合伙”之外,“特业合伙(societas alicujus negotiationis)”与“单业合伙(societas unius rei)”是合伙人为了持续性或者一次性地从事商事经营活动而组建的合伙形式。“所得合伙(societas quaestus)”的起源,则在于奴隶刚获得解放时,因生活困难而彼此联合起来,约定将劳动收入作为合伙财产,以保障基本生活的互助性目的。⁽²⁾⁷⁸⁹契约团体的结社目的要素表明,契约团体不过是成员追求特定共同目的的手段。

最后,契约团体是成员的联合体。在结社目的驱动下,基于契约纽带所实现的成员联合的结果,就是“联合体”的产生。在何谓“联合体”的问题上,奥地利社会法学家尤根·埃利希提出了一种“广义联合体”的观点。“私法中的法人、非法人社团、合伙关系、其他共同体以及家庭显然都可以被看作是联合体。但是,事实上整个私法都是联合体的法律。”⁽⁴⁾⁸⁹因为,“如果人们考虑的不仅仅是签订契约的双方……而是考虑到通过基于契约安排经常性地交换货物而互相建立起关系的整群人的话,那么所有这些契约的组织力就会立刻显现出来”。⁽⁴⁾⁹⁵由此可见,尤根·埃利希眼中的“联合体”,包括家庭关系、服务契约、工资契约,以及工厂中、车间里、商业机构和银行中的雇用契约,以及其他各种契约。因为它们达到的结果与团体章程所达到的结果完全相同,即均是带来了存在于这些经济联合体之中的人类群体的内部秩序。显然,上述观点是将“联合体”理解为“法律秩序对于人与人之间相互关系组织与安排的结果”,即将“联合体”等同于“法律关系”。

上述“广义联合体说”所引发的问题在于:第一,团体作为成员的“联合体”,必然意味着团体内部存在着成员间的“关系”。那么,这种“关系”与非团体情况下的人与人之间的“关系”有何不同?第二,“团体”或者“团体关系”,是不是只有在“法律规范”的基础上,才有存在的可能?

对于第一个问题的回答是,作为团体的“联合体”,其并不仅仅是一种“关系”,而且是一种“组织”。在韦伯看来,判断组织是否存在的重要标志,在于组织秩序的贯彻。“对组织的概念而言……一个‘领

袖’的存在,如一家之主、协会的董事会、经理、君主、总统和主教等,他们的行动是关切组织秩序的贯彻,这样便足够了:因为这类特殊的行动不仅指向特定的秩序,而且还有强制成员服从的意思。”⁽¹⁾⁶⁵以此作为进路,我们认为,“联合体”要素不同于一般法律关系的独特性在于两个方面:一是团体规则与共同进退的行为模式。团体之存在,意味着成员在团体中不可能采取“我行我素”的行为模式,而须受到团体规则的约束,形成“共同进退”的团体秩序。二是团体机关。由团体规则所界定的成员“共同进退”行为模式,需要一个统一的管理机制加以维持,即团体机关的存在。

上述“广义联合体”观点所引出的第二个问题,本质上就是对于上述团体要素的性质评判问题。因此该问题又可表述为,前述团体要素,即“结社契约纽带”、“结社目的”与“联合体”,究竟是事实上的存在,还是法律规范上的存在?本文的回答在于前者,其理由在于:

第一,“结社契约纽带”是一种客观存在,其来自于成员“理性利益动机”的驱动,而并不以相关结社契约法(如社团法、合伙法、公司法)的存在为条件。因此我们不能将相关法律规范的存在作为“结合体”存在的前提,犹如我们不能在“契约法”产生之前否认“契约”的存在一样。

第二,“结社目的”也是一种客观存在。因为驱动人之个体彼此联合,形成团体的目的或者需要,只能来自于社会生活,而非法律规范。人之所以在作为社会关系基本单位的个人之外,另行以契约方式缔结团体,其间必有客观的社会生活需要在发挥作用。

第三,构成“联合体”的团体规则、成员行为模式和团体机关三项基本要素,同样为客观之存在。团体规则是结社契约的产物,依据结社契约的客观性,团体规则的客观性即可得到论证;团体成员“共同进退”的行为模式以及团体机关的存在,则植根于团体生活实践的需要,是成员以团体之力量实现自身个体目的所必须。因此,无论是被纳入民法视野的法人、合伙、其他组织,还是游离于民法规范之外的球队、班组、旅行团,有“联合体”的存在,就会有团体规则、成员行为模式和团体机关之存在。

综上,既然构成契约团体的各个要素,均为不以法律规范为转移的客观存在,那么契约团体也就是一种不以法律规范为条件的客观存在。这一判断,进而使我们获得了这样一种研究视角,就是将一切立法者施加于契约团体的“规范性”要素,从研究的视线中剥离出去,并以一种观察客观物体的目光来审视契约

团体,从而考察客观存在的契约团体所具有的特征,即契约团体意志、财产与责任的“事实属性”。

首先,契约团体意志的形成与行为的实施。契约团体不仅是一个“联合体”,而且是一个“社会关系参与者”。其参与社会关系的条件,可以划分为“团体意志的形成”与“团体行为的实施”两个环节。就前者而言,根据前述契约团体“互不隶属”的成员间关系,契约团体意志的形成,只能是在团体规则之下,团体成员“共同意志”的表现;就后者而言,团体成员共同意志得以外在化的途径,则计有两条,即“共同行为制”与“代表制”。罗马法上的合伙行为模式的演变,已经将上述两条途径揭示得至为清晰。起初,“合伙人中的一人或数人与第三人订约,只在参加订约的合伙人与第三人之间生效,其他没有参加订约的合伙人则不与第三人发生直接关系”。⁽²⁾793-794 随着简单商品经济的发达以及合伙规模的扩大,合伙团体有效的交易、经营活动,受到了“共同行为制”的严重阻碍,由此导致了“代表制”的广泛运用。(团体)章程决定成员的接纳和除名、社会资助、理事会或全体大会的权限……当不是主管本人以其名义处理事务时,则委托奴隶或受托人担任代理人(actores)或诉讼律师(syndici),在法律行为中表达团体的意思。⁽⁵⁾53 由此可以看出,“团体成员能够共同进行民事活动”与“代表人能够以团体名义进行民事活动”,其均为事实之判断,而非规范之判断。其根源于团体生活的客观规律,而并非法律规范主观设计的结果。

其次,团体财产的归属与支配。团体财产是实现成员共同结社目的的物质基础,故团体财产自然由全体成员共同支配,其属于全体成员。结合上述“团体意志与行为实施”的结论,我们可以得到如下认识:第一,属于全体成员的团体财产,系依据全体成员的共同意志来加以支配;第二,团体财产支配行为的实施方式,既可以采取全体成员共同支配的方式(即“共同行为制”),也可以采取团体机关在团体名义下进行支配的方式(即“代表制”)。由此可以看出,“团体财产归属于团体成员”与“团体机关能够以团体名义支配团体财产”这两个判断,在团体的事实属性层面上,可以并行不悖。且“团体机关能够以团体名义支配团体财产”之判断中的“能够”二字,本质为契约团体的所具有的事实属性,而非法律规范授权的结果。“从技术性的法律观点看,当某个组织没有任何以其名义可签订契约的财产,法人的概念就没有必要。”⁽⁶⁾138

最后,契约团体的责任结构正是其财产支配结构的自然延伸。既然团体财产归属于团体成员,那么

“共享财产”与“共担责任”便均为成员承受交易后果的应有之义,即契约团体的责任,为成员的共同责任。就交易的相对人而言,其与团体所订立的契约,无论对方的缔约行为是成员共同实施,还是代表人实施,相对人交易的对象必然是团体的所有成员。相应的,由团体成员共同承担由此所产生的责任,乃是“自己行为、自己责任”的交易公理。由此可以看出,在事实层面上,交易中的“团体责任”与“成员责任”其实是一个问题的两个方面:一方面,“共同行为制”或“代表制”的缔约方式,决定了交易的一方为团体,故团体应当对交易的结果负责;另一方面,“团体由成员所组成”的事实,又决定了成员是团体交易后果的最终承担者。成员要为团体负债承担“无限制”的个人责任,不过是“自己责任”的商品交易规则的一般性表现而已^①。

综上所述,在契约团体中,团体的意志、行为、财产、责任,在事实层面均表现出一种与团体成员的共同意志、共同行为、共同财产、共同责任紧密融合的特性。这一特征源自于契约团体“成员之联合”与“联合体”一币两面的关系。正如李宜琛先生所指出的,“团体云者,仅于对外的形式上为权利主体,于其内部实质上,则仍为其成员等为权利之主体也。是即基尔克所谓对外为单一性(Einheit)而对内则为复多性(Vieheit)者也。”⁽⁷⁾35 契约团体所具有的“对外单一、对内复多”的特征,以及由“对外单一”特征所衍生出的代表制、团体名称、团体机关对于团体财产的支配与处分,连同由“对内复多”特征所衍生出的团体意志为成员的共同意志、团体财产归属于全体成员、团体责任由全体成员承担,均非由法律规范所塑造,而是契约团体的事实属性,为契约团体的“自然”状态。

二、“比喻为人”的法人观念:法律规范对于契约团体事实属性的阻却与认可

在国家中,由于团体天然具有隔绝成员与国家、与国家分割治权的政治色彩,以及团体在政治、经济领域具有个人无法比拟的重要作用,故而国家极为注重对于团体的掌控。由此所导致的结果,在法律层

^① 需要说明的是,尽管由学者基于“如果什么东西应给付团体,它不应给付团体所属的个人,个人也不应偿还团体所欠之债”的罗马法法谚,认为罗马时代即已出现法人责任之独立甚至成员的有限责任,但更多的学者对此表示反对,因为在“诸多中世纪早期以罗马法为蓝本的法律制度体系中,法人成员直接以及非直接的责任仍是普遍的现象”。Phillip L. Blumberg: LIMITED LIABILITY AND CORPORATE GROUPS, journal of corporation law, summer, 1986, p. 578. 转引自虞政平《法人独立责任质疑》,《中国法学》2001年第1期,第126-139页。

面就是团体秩序在因法律规范的介入而富于技术性和体系性的同时,契约团体的意志、行为、财产和责任等事实属性,也被打上了强烈的人为干预的规范烙印。

首先,如前所述,契约团体的意志与行为,无论是“共同行为制”还是“代表制”,其均为实现团体成员共同意志的途径。代表人能够以团体名义对外活动,本来是客观存在的契约团体所固有的事实属性。然而,随着法律规范的介入,契约团体“能不能”通过代表行为进行活动,遂由事实判断转变为规范判断,即“能够”以团体名义,通过代表人对外活动,成为国家法律“赋予”团体的一项特权。盖尤斯在《论行省告示》中指出“不是所有的合伙、商业社团或是其他类似的团体都能取得法人资格。因为,无论是依据法律还是依据元老院决议或是皇帝的敕令,这一资格的授予都是在被限制之列。只有在极少数情况下才允许授予这一资格。”⁽⁸⁾²²⁵在这里,“法人资格”的一项重要内容,就是团体行为中代表制度之适用。在西欧中世纪以及集权民族国家时期,基于政治领域对于领主权、君主权的强调,以及经济领域重商主义政策之盛行,商业行会、合股公司乃至自治城市等团体,不仅在设立上采取特许主义模式,而且团体的经营范围、代表制度之适用以及团体名义之使用,亦由“特许状”作出明确的授权——“城市也好,行会也好,都是一些按法人组织起来的用于特定目的的国家强制机构,它们拥有一些在业务上不得逾越在特权里所提到的限制的权利……任何违背这些限制都会被利用作为理由,在‘责问令状’的诉讼中取消特权”。⁽⁹⁾⁶⁷⁶

其次,如前所述,契约团体财产归属于全体成员,并可通过“共同行为制”由全体成员共同享有,或通过“代表制”由代表人以团体名义享有。就此而论,契约团体的财产对内而言属于成员,对外而言属于团体,这本是契约团体“对外单一、对内复多”的特征所导致的结果,本属于团体的事实属性。然而,在法律规范的干预之下,“团体财产归属于成员”与“团体以自己名义享有财产”的互为表里的自然关系被截断,并嵌入了“规范授权”的条件。在罗马法上,与采取“代表制”的方式实施团体行为需要得到国家的特许相联系,“团体可得以自己名义享有财产”,也需要以国家的授权作为条件。“在罗马法上,仅有人或财产的集合,仍不能成为权利义务的主体,该集合体欲具有独立的人格,还须经国家的承认……奥古斯都于执政后即制定《由利亚结社法》(Lex Julia de collegiis),规定除宗教团体外,设立其他团体,须经皇帝或元老院的批准。”⁽²⁾²⁹⁵需要指出的是,最初的“团体以自己

名义享有、支配财产须获得国家授权”的规范性约束,并不排斥“团体财产对内归属于团体成员”的事实性判断。布雷克顿在谈到英国“城市法人”的财产时,曾经指出“城市中的物不属于个人而属于城市团体(universitas)。剧场、体育场诸如此类,如果存在这样的物,那么它们就是市民集体(citizenry)的共同财产。”^①即便是在中世纪的特许合股公司中,“此时的公司财产实质上(仍然是)股东的共有财产”。⁽¹⁰⁾²¹⁵事实上,在法律规范的干预点,仅局限于“团体以自己名义享有财产并加以支配”这一环节的前提下,一经加入团体即丧失原有财产所有权的观念,无论如何是不能被接受的。

最后,如前所述,在团体契约责任与团体成员的共同责任,也如币之两面,其均源自于契约团体“对外单一、对内复多”的特征,是契约团体事实属性之一。据此,在团体财产不足以承担责任时,成员因其责任无法解脱,故需要以个人财产继续承担“无限制”的责任。然而,在特许主义盛行的时期,基于国家特许而成立的契约团体,其可在特许状规定的范围内,通过代表人的行为参与商事活动,并以“团体”的名义享有权利、义务、参与诉讼,而且契约团体成员的责任范围,也不妨由特许状作出规定。在美国,“至18世纪末至19世纪初时,股东直接责任仍是普遍现象;如马萨诸塞州,几乎一半的特许状明令股东对公司债务承担完全的个人责任,而其他的特许状则对此表示沉默……但不久,各州法院案例法的发展,逐渐承认这样一条原则:股东原则上为股东有限责任,除非其公司特许状明确对此予以排除”。⁽¹¹⁾⁸⁸正是由于契约团体成员责任范围的界定,成为了一个由特许者主观判断的问题,故而其责任范围所应受限制的程度,自然也未必表现为“以出资为限”。例如在英国,随着1825年泡沫废止法案出台,它首先明确以法律的方式,授权国王根据适当的原则来限定投资者的责任范围。随之,几家银行股东的责任被限定在其持有股份价额的双倍以内,人们常称之为股东双重责任(double liability)。⁽¹²⁾可见,原初的“有限责任”,其含义不过是“范围受到限制的成员责任”。

由此可以看出,尽管契约团体是客观存在的,且基于其存在的客观性,又会衍生出一系列事实属性,但是在规范层面,立法者对此却有“认可”或者“否认”的主观选择余地。这种规范性干预所导致的结

① (英)乔治·E·伍德拜因《布雷克顿英国法律与习惯》(第2卷)哈佛大学出版社1968版,第40页。转引自张乃和《近代英国法人观念的起源》,《世界历史》2005年第5期,第45-56页。

果就是将事实上并无差别的契约团体,根据“是否获得特许”,在规范层面上被区别看待:对于未获得特许的契约团体而言,其作为“成员之联合体”,“成员”成为法律规范所界定的重心,而“联合体”的事实属性则被法律规范所淹没。这种“只见树木不见森林”的规范视角,不仅使团体的对外活动被限定为“成员的共同行为”,其财产也直接被视为“成员的共同财产”。相应的,团体的行为模式与财产权利模式,只能采取“成员共同行为制”和“成员共有制”,“代表制”以及由其派生的“团体以自己名义享有财产”的事实属性则被否定。对于获得特许的契约团体而言,团体的事实属性在法律规范的领域得以继续存在,“成员”与“联合体”两个方面均受到法律规范的认可,“代表制”以及“团体以自己名义享有、支配财产”被允许适用的同时,“成员”与“联合体”之间的关系,则通过“内外有别”的方式来加以处理:在外部关系之中,团体通过其代表人(而不是各个成员的共同行为)对外活动,其亦得以自己的名义(而不是各个成员的共同名义)作为权利的享有者;而就内部关系而言,团体行为及其名下的权利,仍不妨被视为成员共同的行为与权利。在这里,获得特许的契约团体“对外单一、对内复多”的事实属性获得了法律规范的确证。

本来,契约团体“对外单一”的事实属性,就能够提供一种将团体与“人”进行类比的思辨空间。尽管契约团体的意志、财产为成员的共同意志、共同财产,但是就每一位成员而言,其在团体中意志实现与财产支配,均受到其他成员牵制。用罗马法的格言来表述,即“两人或数人不可能分别拥有完整的权利(duorum vel plurium in solidum dominium esse non posse)”⁽⁵⁾²³¹。于是,“团体财产归属于每一个成员”的判断,便可以用“团体财产并不完整地属于任何一个成员”的判断来置换。在成员之间相互的牵制之下,成员与团体之间的“距离”随之产生。于是,一个类似于“人”的团体形象便会从“成员之全体”中脱颖而出:如果我们一定要为成员的共同意志、共同财产寻找到一个单一性的载体的话,这个载体只能由“团体”来担任。在此基础上,法律规范对于团体事实属性的干预,则进而使上述思辨的空间为法律规范所填补并加以固定,由此所形成的规范思维就是:只有经过国家的特许,个人的契约联合方能够成为一种“类似于人”的存在。由此可见,“法人”概念的原初形态,正是指这种“获得特许的团体”——“法人是指国王或君主把从事某种贸易、行业或职业的团体视为一个实体的单位,它有权制定有关该贸易、行业或职业

的法律和规章,其中的每个成员必须服从”^①。如果说“法人”这一概念蕴含着团体与人之间的某种类比的话,那么在原初的“法人”观念中,这种“类比”是一种将团体“比喻为人”的规范思维。

将团体“比喻为人”的规范性思维由来已久。早在罗马共和末年,法学家阿尔费努斯·瓦鲁斯(Alfenus Varus)便以船舶、军团来比喻团体与成员的关系:“船舶的船员经常更换,有时甚至全部船员都换了,但船舶则依然存在。军团也是如此,其成员走了一批,又来了一批,但军团依旧存在。”⁽²⁾²⁹¹至11世纪中后期,随着罗马教皇权力的崛起,基督教会首次被明确地视为一个“人”。圣保罗曾说“就如身子是一个,却有许多肢体;而且肢体虽多,仍是一个身子。基督也是这样。我们不拘是犹太人,是希利尼人,是为奴的,是自主的,都从一位圣灵受洗,成了一个身体,饮于一位圣灵。”⁽¹³⁾第12章第12—13节。在圣保罗训诫的启发下,基督教会被视为“基督的神妙身体”(the mystical body of Christ):教会法人不仅像自然人一样有头脑和四肢,其内部具有严格的等级秩序,而且它被等同于基督,从而获得了永恒存在的合法性。⁽¹⁴⁾此外,国家也往往被当成一个“人”来加以认识。例如,在英国都铎王朝前期,整个国家开始被视为像自然人一样,它具有肉体 and 灵魂。它的肉体是指政治上的身体即政治体(politic body),“这个身体不是别的,就是各种各样的民众,即无论城市还是乡村的每个共同体(commonalty)的公民成员。类似于灵魂之物则是国家的秩序和睿智的法律”,“其心脏是国家的君主、国王和统治者,无论它是一个还是多个,依据共同体和政治国家的统治方式而定。因为有的是由一个国王来统治,有的是由一些贤明者组成的议会来统治,有的则是由全体民众共同统治。”^②到了都铎王朝后期,法人观念向经济领域渗透,出现了公司法人观念。当时的法人被划分为三类:公共法人(societies and bodies publique),指政治性的组织机构;普通法人(universal corporations),指市镇的自治组织;私人法人(private societies and companies),指工商业贸易领域的经济组织^③。当时私法团体的法人观念,乃是以教会、国家等宗教、公法上的法人观念为蓝本而一脉相

① (英)J.伊特韦尔、M. (美)米尔盖特、〔美〕P.纽曼编《新帕格雷夫经济学辞典》第1卷,麦克米兰出版公司1987年版,第676页。转引自张乃和《近代英国法人观念的起源》,《世界历史》2005年第5期,第45—56页。

② 转引自张乃和《近代英国法人观念的起源》,《世界历史》2005年第5期,第45—56页。

③ 转引自张乃和《近代英国法人观念的起源》,《世界历史》2005年第5期,第45—56页。

承的。质言之,将团体“比喻为人”,本质是法律规范对“团体实在性”的一种肯定与总结,即以具有实在性的事物(如船舶、基督或个人)来“比喻”团体的实在性。

原初的“法人”概念所蕴含的将团体“比喻为人”的思维,其法律技术的要义在于法律规范对团体事实属性各个环节的阻却或者认可,从而达到一个规范效果,即只有经过特许,成员之联合才能够像“人”一样具有实在性。与此同时,我们还可以看出,这种“比喻为人”的思维并没有试图创制一个与个人人格相对立的团体人格。团体与其成员之间的关系,依然是“整体与部分”的关系,而并非“两个人”之间的关系。因为,在这种思维之下,团体与人除过其均具有“实在性”之外,我们不能发现其他任何的同质性要素。正如伯尔曼所言,“在涉及社团的事务中,‘集团’被作为如同它是‘一个人’一样对待,并不是说社团作为一种独立于它的成员的抽象实体而存在,也不是说社团的‘本质’存在于集团之中,而‘偶性’存在于单个成员之中。”⁽¹⁵⁾⁷²⁹因此,在这种“比喻为人”的思维中,“团体的意志、财产与责任”在内部仍为“成员的共同意志、共同财产与共同责任”,团体“外部单一、内部复多”的事实属性,仅仅是被阻却或认可,而并没有被加以重构。

三、“拟制为人”:法律规范对于契约团体事实属性的重构与颠覆

最终使“团体”与“成员”在人格上对立起来,并以法律规范彻底重构团体事实属性的,是将团体“拟制为人”的思维。“当人们将胚胎和未成年人视为主观权利和义务的载体、而视一个奴隶不是主观权利和义务的载体的时候,二者只是达到既定效果的法律技术手段。在此种意义上,法律人格总是拟制的。”⁽¹⁶⁾⁶⁹“拟制为人”的规范思维,是一种立法者人为、主动地操纵人格的范围与形态的法律实证主义思维方式。这种思维的基点,在于将人的“事实属性”与“规范属性”截然区分,进而认为“法律人格”系源自于法律的赋予(拟制)——“团体人格”与“个人人格”均是如此。对于这种观念,凯尔森的表述可谓入木三分:“所谓自然‘人’(person)的概念不过是法学上的构造,并且它本身完全不同于‘man’的概念,所以,所谓‘自然’人其实就是一种‘法’人。……在界说自然人是man,而法人则是非人类的人(non-man)时,传统法学模糊了这两者实质上的相似性。man和自然人(person)之间的关系并不比man和技术意义上的法人之间的关系来的更密切。”⁽¹⁷⁾¹⁰⁹

《德国民法典》中权利能力的概念,恰恰为这种“拟制为人”的思维提供了法律技术上的条件。权利能力作为一项“法律人格”的实证法“命令”,其法律实证主义的色彩,表现为这样一个人格技术逻辑,即法律人格并不是能够当然存在的,只有具有权利能力者,方才能成为法律人格——自然人之所以具有“自然人格”,原因在于该自然人具有权利能力,法人之所以具有“团体人格”,原因同样如此。至于一个客观存在的实体是否具有权利能力,则纯然是“法律规定”的结果。“《德国民法典》中使用的‘人’,是一个形式上的概念……这个形式上的‘人’的内涵,没有它的基础——伦理学上的‘人’那样丰富。在伦理学上的‘人’所具有的所有特征中,他只有唯一的一个:权利能力。”⁽¹⁸⁾⁵⁷这样一来,在统一、法定的权利能力概念之上,个人与团体获得了共同的基础。前述“比喻为人”中“团体在实在性上与个人等同”的观念,被“拟制为人”的思维中“均为权利能力者”所取代。由此,“法人”的概念,由原初的“获得特许、具有实在性的团体”演变为“权利能力团体”,即“团体人格”。

自然人与法人在权利能力基础上的同质性的取得,使得这种法律人格的二元对峙不仅存在于团体的外部,而且也蔓延到了团体的内部。具体来讲:

第一,作为一个“权利能力团体”,法人获得了超越其成员的独立人格。对于成员之个体而言,法人团体人格的独立性,不仅相对于团体外部的人而存在,而且对于成员之个体也是如此。由此导致了“团体人格”与“成员人格”的分立,即法人与成员真正成为了“两个人”。对于成员之团体而言,其则被视为“法人机关”,如股东会,由此导致了法人“团体”与“人格”的分立,即当成员团体本身已不再被视为法人的实体,而是被降格为法人的组成部分的时候,法人资格就可以超越于成员之个体,甚至超越于成员之团体而抽象地存在。于是,“比喻为人”的法人概念下团体与成员之间“外部单一”与“内部复多”的有机统一,被加以重构。

第二,作为一个“权利能力团体”,法人行为的实施自然可以采用“代表制”的方式。根据团体人格与成员人格的分立,代表人实施代表行为时,被代表人乃是法人,而不再是法人的成员。相应的,代表行为所体现的意志,也不再被视为全体员工的共同意志,而是法人的单一意志。于是,在“比喻为人”的法人概念下,团体意志即为团体员工的共同意志,代表人所代表的是全体员工,“代表制”不过是“共同行为制”的另一种实现方式等一系列观念,也被加以重构。

第三,作为一个“权利能力团体”,法人成为了团体财产的所有者。根据团体人格与成员人格的分立,团体财产既然是“法人的”,那么其不再属于团体的成员。“法律赋予团体以人格的目的,是使其成为民法上权利义务的独立载体即交易主体。而团体之是否适于成为交易主体,又取决于其是否拥有‘实体性’的财产亦即独立的财产。……该财产必须与团体发生归属上的关系,亦即财产必须脱离一个‘实体’(个人人格或者其他人格)而归属于作为另一个‘实体’的团体。”⁽¹⁹⁾于是在“比喻为人”的法人概念中,团体财产在“外部”归属于团体、“内部”则归属于成员,判断,则被彻底颠覆。

第四,作为一个“权利能力团体”,法人成为了团体债务、责任的承担者。根据团体人格与成员人格的分立,法人因交易行为所产生的债务,债务人即为法人自己,而非法人成员。相应的,该项“法人的债务”自应由“法人的财产”予以偿还,“法人成员的财产”则不应作为偿还该项债务的物质基础。由此所导致的结果有二:一是随着“法人独立责任”的确立,原来“比喻为人”的法人概念中团体的债务、责任“对外”属于团体、“对内”属于成员,判断,被彻底颠覆;二是“有限责任”概念被赋予了崭新的逻辑内涵,即成员出资形成“法人的财产”,法人以其财产承担“法人的债务”,成员对“法人的债务”不承担偿还责任。源自于法人设立的特许主义,以“范围受到限制的自己责任”为内含的原初的“有限责任”概念,也被彻底颠覆。

由此可见,“拟制”而成的“法人人格”,真正地获得了与“个人人格”并驾齐驱的法律地位。“团体独立人格的形成,以团体与特定财产之间建立直接的、排他的支配关系(所有权)为条件,以团体人格完全脱离其成员(股东)的人格为条件,并由此形成法人的独立财产和独立责任。”⁽¹⁹⁾在这种“拟制为人”的思维之下,法人的独立人格、独立意志、独立财产和独立责任,均是建立在权利能力这一基础之上。由于权利能力纯粹是以“法律规定”作为依据,因而“拟制为人”的团体人格就有可能产生出一种超越“团体实在性”的事实基础而抽象存在的倾向。这种倾向,是“拟制为人”的法人概念与“比喻为人”的原初法人概念本质的区别所在。如前所述,在原初法人概念中,“团体的实在性”尚需与“人的实在性”相互类比而获得证明,且“团体实在性”与“法律承认”共同构成了原初法人概念的两个必备要素。正如伯尔曼所言:“法律意义上的社团人格能够仅仅从一个集团的内部生出,这是大可怀疑的;它的存在总是要部分地取

决于其外者的承认……而在具有共同利益以及作为一个单位而行为的人的集团没有前提存在时,仅凭社会或国家的行为就能强加一种法律意义上的社团人格,这同样是值得怀疑的。”⁽¹⁵⁾²⁶⁵然而,在“拟制为人”的法人概念中,其所蕴含的法律实证主义思维,则可以完全无视团体的实在性,并将其湮没在“权利能力法律赋予”的规范观念之下。近、现代民商法中契约团体事实属性与规范属性之间的断裂,亦由此而来。

第一,“股权性质”的理论疑问。从事实层面以观,基于“出资”与“赠与”客观的相异性,契约团体财产仍归属于全体成员,并为全体成员所共同支配。又基于契约团体成员间互不隶属的关系,这种成员的共同支配同时又存在着成员的相互制约。因此,在事实层面上,股权不过是共有份额,其与合伙人的份额并无不同。然而,在“拟制为人”的思维之下,“法人人格”与“成员人格”彼此独立,且均为“权利能力者”。于是成员出资于团体的财产,根据“一物一权”原则,被界定为“法人所有”。当法学不得不在“成员一经出资即丧失所有权”的大前提下,面对“股东何以能够支配公司财产”之诘问的时候,“股权性质”才成为了一个难题。

考察对这一问题见仁见智的学说,我们不难看出法学在“公司”这一契约团体的事实性与规范性之间的纠结。“共有权说”或“双重所有权说”试图以确立股东的所有者的地位来明确股东对于公司财产的支配基础,但却难以逾越“公司权利能力”与“股东权利能力”在规范上的两立所导致的“一物一权”障碍;“债权说”试图将股东对于公司财产的支配,设定在对公司的请求权基础之上,但是却无法忽视公司行为的理性基础,归根到底乃是股东的共同意志。“社员权说”或者“股东地位说”另辟蹊径,以“因为股东是公司成员,所以股东可以支配公司财产”的逻辑来回答股权的性质,却小心翼翼地回避了“成员何以能够支配公司财产”的问题核心。其中,作为“社员权”内容的“共益权”与“自益权”,不过是股东对公司财产“支配方式”的总结。若以此作为“支配理由”则不免陷入同义反复。进而,如果考察股东对其财产在出资前、出资后(公司存续期间)与公司消灭后三个阶段的权利性质,我们可以发现,由此呈现的“所有权——股权——所有权”序列,清晰地表明“股权”正是股东在公司中对于其出资财产的“所有权”在公司事实属性与规范属性的断裂带上的“变形”。这种“变形”圆满诠释的困难,恰恰反映出“拟制为人”的法律实证主义思维面对契约团体“对外单一、对内复多”的事实属性的尴尬。

第二,一人公司与公司人格否认。如前文所述,在事实层面,成员与团体之间的“距离”,是“实在团体”得以存在的基础,而这种“距离”则又根因于共同目标下复数成员间互不隶属的关系。然而,在“拟制为人”的观念之下,由于法人人格可以超越成员之团体而抽象存在,故对于不具有团体性的客观存在,法律仍不妨基于“权利能力法律赋予”的实证主义规范思维,使之成为法人,这便是一人公司法人资格的由来。一人公司法人资格的确立,意味着在规范层面,一人公司被界定为一人股东人格之外的“第二个人”。但是在事实层面,股东唯一性所导致的成员与公司之间的“零距离”,又使得一人公司的法律人格难以超越股东人格而独立存在。“一人股东通常都身兼数职,作为公司的董事、经理,他以公司的名义从事活动,谋求公司的利益,由此而生的权利、义务归公司享有或承担;作为公司的唯一股东,他仍拥有公司股东大会的所有权力,可以作出符合他自身利益最大化的各种决定。”⁽²⁰⁾一人公司阙如的团体性向其法律人格发出的挑战,其所折射出的正是一人公司法人资格中团体事实属性与规范属性的断裂。

相应的,各国公司法对一人公司的特别规制,如强化资本充实制度,严格资本充实规则、加大公司登记规则的密度,强化公示主义与要式主义的适用、无限责任重新在法定的有限范围内适用于股东,⁽²⁰⁾表面上是服务于一人公司债权人的保护,而上述措施的本质,乃在于团体事实属性与规范属性断裂的弥补。推而广之,贯穿于整个商事公司法律制度的“公司人格否认”规则,也具有相同的功能。因为该规则所应对的公司人格滥用、公司资产严重不足、股东与公司人格混同等“公司人格的异化”,亦是来自于公司规范层面上“权利能力”的具备与事实层面上“团体实在性”的缺陷之间的断裂。

第三,非法人团体的权利、义务模式。在事实层面,法人团体与非法人团体的共性,在于其均为团体。如前所述,由团体的事实属性出发,团体权利、义务的享有与承担,可以采用全体成员的名义,也就可以采用团体的名义。在这里,成员共同名义与团体名义,不过是一个问题的内、外两个方面,是契约团体“对外单一、对内复多”的事实属性的表现而已。然而,根据“拟制为人”的规范思维,当权利能力成为“法人”概念的基础之后,因“法人权利能力”与“成员权利能力”的严格区分,“法人的权利、义务”与“成员的权利、义务”也变得泾渭分明。由此导致的结果就是,“以自己的名义享有权利、承担义务”被等同于“以自己的权利能力享有权利、承担义务”。对于“非

法人团体”而言,因其不具有权利能力,故团体的权利与义务,只能由成员的权利能力来承载。“‘无权利能力社团’的财产不属于该社团所有,因为作为权利载体的社团并不存在;财产属于社团成员共同共有。”⁽²¹⁾⁸⁵⁷由此可见,“拟制为人”的规范思维,在将法人团体的事实属性予以颠覆或重构的同时,其对于非法人团体的影响,在于将团体“还原为”各个成员,导致了对非法人团体“团体性”的否定。《德国民法典》第54条规定“无权利能力社团适用关于合伙的规定;以无权利能力社团的名义相对于第三人所做出的法律行为,由行为人个人承担责任。”《德国不动产登记簿条例》第47条也规定“每一个共同权利人都必须进行登记。”于是,“团体以自己名义享有权利、承担义务”遂由事实层面“能不能”的问题,演变为规范层面“许不许”的问题。当基于事实属性“能够”以自己名义享有权利、承担义务的团体,因不具有权利能力而被法律规范“禁止”如此行事之时,团体的事实属性与规范属性便又一次发生断裂。

法学理论对于《德国民法典》第54条将“合伙”规定的批评,也正是根因于此。“对无权利能力社团的亏待(Benachteiligung)很快被司法判例和法学界认为是不适当的。这主要是因为认为合伙规定对于团体性质的结构体极不合适的观点得到了普遍接受。”⁽²²⁾¹¹⁰针对无权利能力社团事实上的“团体性”与规范上的“非法律人格”之间的冲突,《德国政党法》、《德国劳动诉讼法》以及联邦最高法院(BGH)积极扩张政党、工会、雇主联合会及其协会等无权利能力团体的当事人能力,使之由《德国民事诉讼法》第50条“无权利能力社团具有消极的当事人能力”的规定基础上,进一步拓展;⁽²¹⁾⁸⁵³⁻⁸⁵⁶关于无权利能力社团的“权利享有”,为了规避前述《德国民法典》第54条以及《德国不动产登记簿条例》第47条关于“共同行为制”的规定所带来的不便,实践中允许无权利能力团体通过设立“子公司”或者委托“受托人”来实现团体财产权利之享有。⁽²¹⁾⁸⁵⁷⁻⁸⁵⁸上述途径,作为无权利能力社团之财产权利享有的“变通”方法,在实践中被广泛采用。在德国,“各个工会都设有一个‘财产载体股份公司’。如设在法兰克福的‘公益经济参股股份公司’。”⁽²¹⁾⁸⁵⁸显然,上述做法的旨趣,仍然在于弥补团体事实属性与规范属性之间的断裂,使得非法人团体完全被“权利能力”技术规范所湮没的团体事实属性,在现行法的框架内,重新在规范层面获得彰显。

实践证明,脱离了事实基础的规范构建,无论其法律技术逻辑的设计是多么天衣无缝,终究不能有效地发挥应有的社会关系调整功能。对脱离事实基础

的规范进行修正,使之尽可能靠近、反映事实,这是必然的事情。法律对于一人公司的严格规制以及在一定范围内确定非法人团体的团体性地位的立法与实践,均表明团体的事实属性对于其规范属性强烈的制约作用,同时亦表明使团体的规范属性向其事实属性靠拢,乃是弥补这种团体的事实性与规范性之断裂的根本方法。

五、结语

“拟制为人”的法人观念所导致的契约团体事实属性与规范属性的断裂,归根到底根源于《德国民法典》所确立的,以权利能力作为人格条件的法律实证主义思维方式。

从“权利能力”这一概念产生的历史来看,作为《德国民法典》理论支柱的潘德克顿法学,与此前萨维尼所倡导的历史法学派一脉相承,均是强调“法的技术性”原则。萨维尼指出,罗马法学的全部要义就在于“技术性”上面,即“事实”与“权利”之间的结构以及各个结构之间的犹如数学般的确定性。⁽²³⁾²³由历史法学派发展出的潘德克顿法学,沿袭萨维尼的研究方法,继续致力于罗马法历史素材的“教条式”的整理和归纳,最终建立起了一套以概念逻辑为内容的潘德克顿体系。根据这一体系对于“技术性”的强调,一项法律上的判断,其依据必须来自于制定法本身,而不能是制定法之外的其他因素。例如,“尽管社会交往的需要仍如此迫切地要求一项请求权不经债务人的同意就转让……但是倘若这样一种法律关系不能按现行法律的规定构成,那么它们‘在逻辑上就是不可能的’”。⁽²⁴⁾²⁶¹同样,在“人之所以为人”的判断依据上,一个客观的事实存在,如生物人、团体,要在法律上具备“人”的资格,仍旧离不开“制定法的依据”。“在关于人类本质的现代哲学沉思中……一个法律命令是必要的。”⁽¹⁶⁾⁶⁰这个“法律命令”,就是《德国民法典》中的“权利能力”的概念。

由此可见,在《德国民法典》所塑造的人格法律逻辑机构中,“权利能力”具有法律人格的实在法基础的意义,使得团体人格能够建立在与自然人格相同的法律基础之上,从而获得与自然人格相同的性质,即均为“权利能力者”。然而,“权利能力”的意义也仅仅在于概念的创造者追求“技术性”的旨趣,其是对社会关系的一种法律表达方式,而非社会关系本身。因此,由《德国民法典》所确立的这种以“权利能力”作为人格基础的立法模式,并未构成后世民法典立法的标准范本。《意大利民法典》在“自然人”一章,规定“人的权利能力始于出生”(第1条),即与

《德国民法典》的立法方式相同,将自然人格界定在权利能力的基础之上。然而,在“法人”一章,关于“社团”与“财团”的设立,该法典直接规定“社团和财团必须以公证的方式设立。财团也可通过遗嘱的方式设立。”该项规定中并没有使用“权利能力”的概念。比较而言,《阿根廷民法典》则全面放弃了《德国民法典》以“权利能力”为基础的人格立法逻辑。在《阿根廷民法典》中,自然人被界定为“实际存在的人”——“一切具有人类特有标志的实体,不区分其质量和偶数,都是实际存在的人”(第51条)。在此基础上,该法典“实际存在的人具有取得权利或承担义务的能力”(第52条)的规定,其所塑造的“具有人类特有标志的实体——人——能够取得权利、承担义务”的自然人人格结构,全面背离了《德国民法典》“出生——权利能力——人”的结构。相应的,《阿根廷民法典》将“法人”界定为“观念上存在的人”。法人的设立,被称为“法人生存的开始”,其方法是“具有法人资格的团体、社团和机构,自法律或政府予以核准、章程获得通过、宗教方的高级神职人员进行认可之日开始生存。”(第45条)即直接将“核准等相关手续”导向“法人生存”,而并未以“权利能力”作为“核准等相关手续”与“法人生存”之间的中介。

既然以“权利能力”为基础的人格塑造模式,不过是民法典中“人法”的立法技术对于其所调整的社会关系的一种表述方式,那么以“权利能力”为核心的团体规范属性所彰显的法律逻辑结构就不应成为我们审视团体问题的唯一角度,由“权利能力”所表述的团体社会关系本身的自然状态及其运作机理,同样应当受到法学的关注。从前文的论述中,我们可以得到的结论是:

第一,契约团体是成员间的契约联合。团体是否具有“法人”资格,虽不影响这一判断本身的成立,但是却导致这一判断在规范层面具有不同的表达方式。对于“非法人”团体而言,由于未受到“团体权利能力”的规范重构,所以其保留着完好的团体事实属性的面貌:基于契约所形成的成员联合体本身,在规范层面即被视为团体,如合伙体。对于“法人”团体而言,因“团体权利能力”概念的介入,抽象的团体人格在规范层面被界定为“团体权利能力”的载体,而成员间契约联合的事实属性则被掩盖于“团体权利能力”的概念之下,表现为“法人团体的意思机关”,如股东会。因此,无论是“法人团体”还是“非法人团体”,成员的地位及其运作均遵循着相同的机理,股东之于公司的地位与合伙人之于合伙体,本质上并无差别。

第二,契约团体财产归属于成员。契约团体财产源自于成员的个人财产,是成员联合为团体以追求共同缔约目的的物质基础,成员对团体财产享有“所有者权益”,并共同支配团体财产,这是不争之事实。至于成员在团体财产的共同支配过程中所表现出来的一系列不同于个体支配的特征,如必须按照成员共同意志进行支配、不得擅自处分财产、不得擅自抽回出资等,其不过是各个成员的支配权利相互制约的结果,是物权法共有制度在团体法当中的表现。因此,就事实层面以观,股东会对于公司事务的最高决定权,与合伙人对于合伙事务的决定权本质上并无区别,其均为所有权支配权能的表现。相应的,“股权”本质上也与合伙人的“出资份额”、共有人的“应有份额”一样,为共有财产中个人权益的表现,而非股东让渡出资财产所有权所取得的对价。

第三,契约团体的责任归属于成员。契约团体既然是成员用以追求共同缔约目的的手段,那么契约团体的责任也由成员承担。因此,“有限责任”与“无限责任”概念上的区分标准,在事实层面就是这种成员的责任在范围上是否存在限制。进而,成员的责任在范围上是否应当受到限制,与其说取决于契约团体是否具有“法人”资格,不如说取决于“外部公示”与“内部对价”的结合。具体来讲,债务人应当以自己的全部财产承担债务,这是市民社会关系的一般准则,因此成员债务的承担,系以“无限责任”为原则,相应的,“有限责任”则成为了一种例外性的优惠。这种优惠的条件就包括“外部公示”与“内部对价”两个方面:就“外部公示”而言,债权人对于有限责任的债务人财产的追索权所受到的限制,应当以该债务人的有限责任,事先通过团体登记而被公之于众(“有限责任公示”)为条件。就“内部对价”而言,契约团体成员如欲获得这种优惠,那么其所需付出的对价,就是接受有限责任团体法律规范的相对严格的要求,如较多强制性规范的资本金制度、团体治理结构、成员决策的限制等。事实上,只有将“外部公示”与“内部对价”作为厘定“有限责任”与“无限责任”的尺度,我们才有可能对公司人格否认情况下股东的无限责任、一人公司股东的无限责任、特殊的普通合伙及有限合伙中合伙人的有限责任加以诠释,并且为“无限公司”、“两合公司”等新的团体形态的生长开辟空间。

第四,契约团体的意志是成员的共同意志。既然团体的行动要求全体成员共同进退,那么团体意志必然就是成员的共同意志。在以“团体权利能力”为基础的“法人”与“非法人”的团体规范分类之下,团体意志被区分为“法人团体独立意志”与“非法人团体

成员共同意志”。对于相同的事实问题的不同规范界定所导致的结果,就是理论上的疑问丛生。例如,合伙人以外的经营管理人员的法律地位及其义务性质的问题,鲜有学者问及,而公司董事的地位及其义务的性质,却成为了学理上的热点。究其原因,无非是由于“公司人格”概念的存在,导致事实上的“成员共同意志”与规范上的“法人独立意志”关系纠缠不清,进而导致董事究竟是“公司聘任的经营者”还是“股东聘任的经营者”难以界定,最终导致董事地位与其义务性质难以厘清。然而,就事实层面以观:(一)成员作为团体财产的共有人,均需要按照团体规则形成共同意志,并以此作为团体财产支配的前提。因此,合伙人根据合伙合同以及合伙企业法的规定形成的意志,与股东根据公司章程以及公司法的规定形成的意志,本质上并无差别,即均为成员共同意志。(二)成员作为团体财产的共有人,有权在共同意志的基础上亲自支配团体财产,也有权委托他人行使这一权利。因此,合伙人可以选任经营管理人员经营合伙企业,股东也可以选任董事经营公司企业。因此,董事的“股东受托人”法律地位与合伙企业经营管理人员的“合伙人受托人”法律地位,本质亦无不同。(三)在成员委托他人经营企业的情况下,受托人经营管理权的取得,同时必然伴随其忠实、勤勉义务以及委托人监督、罢免权的产生。因此,董事的义务内容及其界定方式,也便与合伙企业经营管理人员的义务内容与界定方式具有同质性。

综上所述,法律仅仅是社会关系的调节器,而不是创造者。社会关系是社会生活实践的产物,其所固有的“自然”属性,是先于法律而客观存在的事实。契约团体作为一个成员的契约联合体,同时却具有超越个体成员而得以独立存在的事实属性,导致了自我被纳入法律的调整范围之初,将“契约团体”与“人”进行类比,便成为了法学孜孜不倦的追求目标。相应的,根据所奉行的法律政策对契约团体作“人”或“非人”的划分,并对其区别对待,也便成为法律调整契约团体的核心性技术手段。由此所导致的法律对契约团体事实属性的认可或阻却,标志着契约团体事实属性与规范属性的“分立”。随着以“权利能力”为基础的团体人格概念的确立,团体的规范属性已经完全无视其事实属性,成为纯然的法律逻辑推演的结果,上述“分立”终于发展到了“断裂”的极致。我国民法典的制定,应当以借鉴国外成熟的立法成果,并对其不足部分予以完善、发展为原则,自不待言。在民事主体制度的法典化过程中,是因循德国法系民法以“权利能力”作为人格基础的模式,将这一梅迪库斯

所称的“未完成的作品”⁽²¹⁾⁷⁷⁸移植于我国民法典,在我国 21 世纪的民法典中继续上演这种契约团体事实属性与规范属性的断裂,继续陷入由此所引发的一系列理论与实践的困境,还是准确把握团体社会实践的客观需要,立足于团体的事实属性进行制度规范的设计,

并将其与民法固有的理论逻辑体系相贯通,从而实现考夫曼所言的“法律是应然与实然的相当”,⁽²⁵⁾¹⁷⁰这是我国民法典民事主体制度立法需要认真对待的问题。

参 考 文 献

- (1)〔德〕马克斯·韦伯. 韦伯作品集(VII): 社会学的基本概念(M). 顾忠华, 译. 桂林: 广西师范大学出版社, 2005.
- (2)周相. 罗马法原论(M). 北京: 商务印书馆, 1994.
- (3)〔意〕朱塞佩·格罗索. 罗马法史(M). 黄风, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1994.
- (4)〔奥〕尤根·埃利希. 法律社会学基本原理(一)(M). 叶名怡, 等译. 北京: 九州出版社, 2007.
- (5)〔意〕彼德罗·彭梵得. 罗马法教科书(M). 黄风, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1992.
- (6)〔德〕马克斯·韦伯. 论经济与社会中的法律(M). 张乃根, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1998.
- (7)李宜琛. 日耳曼法概说(M). 北京: 中国政法大学出版社, 2003.
- (8)〔意〕桑德罗·斯契巴尼. 契约之债与准契约之债(M). 丁玫, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1998.
- (9)〔德〕马克斯·韦伯. 经济与社会(下卷)(M). 林荣远, 译. 北京: 商务印书馆, 1997.
- (10)江平. 法人制度论(M). 北京: 中国政法大学出版社, 1994.
- (11)虞政平. 股东有限责任: 现代公司法律之基石(M). 北京: 法律出版社, 2001.
- (12)虞政平. 论早期特许公司——现代股份公司之渊源(J). 政法论坛, 2000 (5): 52 - 67.
- (13)圣经(M).
- (14)张乃和. 近代英国法人观念的起源(J). 世界历史, 2005 (5): 45 - 56.
- (15)〔美〕哈罗德·J·伯尔曼. 法律与革命——西方法律传统的形成(M). 贺卫方, 等译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1993.
- (16)〔德〕罗尔夫·克尼佩尔. 法律与历史——论《德国民法典》的形成与变迁(M). 朱岩, 译. 北京: 法律出版社, 2003.
- (17)〔奥〕凯尔森. 法与国家的一般原理(M). 沈宗灵, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1996.
- (18)〔德〕卡尔·拉伦茨. 德国民法通论(M). 王晓晔, 等译. 北京: 法律出版社, 2003.
- (19)尹田. 论一物一权原则及其与“双重所有权”理论的冲突(J). 中国法学, 2002 (3): 73 - 85.
- (20)朱慈蕴. 一人公司对传统公司法的冲击(J). 中国法学, 2002 (1): 103 - 113.
- (21)〔德〕迪特尔·梅迪库斯. 德国民法总论(M). 邵建东, 译. 北京: 法律出版社, 2000.
- (22)〔德〕迪特尔·施瓦布. 民法导论(M). 郑冲, 译. 北京: 法律出版社, 2006.
- (23)〔德〕弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼. 论立法与法学的当代使命(M). 许章润, 译. 北京: 中国法制出版社, 2001.
- (24)〔德〕K·茨威格特, H·克茨. 比较法总论(M). 潘汉典, 等译. 贵阳: 贵州人民出版社, 1992.
- (25)〔德〕考夫曼. 法律哲学(M). 刘幸义, 等译. 北京: 法律出版社, 2004.

(本文责任编辑 焦和平)