

## 序

中国法过去三十年间的发展在很大程度上是一个对外国法学习与吸收的过程。因此,本套文丛旨在以中国读者的需要为出发点,从比较法的角度探讨一些法律基本问题以及当前立法中的热点与难点。本文丛所收录的文章的内容以民商法为主,兼而涉及公法与程序法。

法律制度选择性移植的可行性,是基于不同国家在解决同样问题时采用方法的局限性与经验在某种程度上的可复制性。这种局限性体现在面对同一法律问题,即便是不同的社会、不同的法系,可供选择的解决方法实际上并不是任意多的。经验一定程度的可复制性决定了借鉴外国积累了多年的法律制度是中国法律完善的一个可选择的捷径。但是如何在面对具体问题时,确定这种可复制性却是中国立法者无法回避的一个难题。

为了确定经验的可复制性,首先必须要全面准确了解该项法律制度的具体内容和立法目的。其次,要知道该法律制度在来源国整个宏观法律体系中的作用以及与其他相关制度的衔接与配合。最后,还应当了解该项法律制度在实践中的运用与发展,而这一点对于判断法律移植可行性的作用尤为突出。因为在任何国家,立法只是社会与法律规则形成的第一步。最终为立法者所采纳而上升为法律的规定,未必就是学理上最有说服力、体系上最为契合、学者们所主张的解决问题的办法与思路。立法时所涉及利益的博弈会延续到立法之后的司法实践,真正的规则大多形成在实践中。

目前对于外国法律介绍的主要手段是对外文书籍和已发表的期刊文章进

行翻译。法律文献的翻译很难达到严复先生所提倡的信、达、雅的境界。这不仅是因为在其翻译过程中经常要为中国法律体系中所不存在的外国法概念创造新的中文名词。如何保证这些新词能为中国读者所理解实在并非易事。更重要的是翻译的原文所包涵的内容一般远远超越了字面本身所承载的信息。因为这些文章针对的是在该法律体系中受过系统法律教育的读者群体,并以他们现存知识量为前提,中国读者对于其中所提及的、设定为已知的概念却未必真正理解。此外,这些文章的重点因为语境的不同与我们的需要可能会相去甚远。我们的问题与疑虑是时常不能找到最直接的或是令人认同的解答。

为了解决这些问题,我们在翻译已发表文章的同时作了如下的尝试:一、邀请外国学者从他们的视角对中国法进行评价。虽然他们的评论因为接触第一手资料方面的原因有时难免会有失偏颇,但是因其视角的不同反而能够看到一些被我们忽略的或是不认为是问题的问题,从而可以开阔我们的思路。另外,他们的治学方法与风格对于我们也有参考价值。在对于中国读者可能存在的知识缺口处尽量添加译者的注释。此外,在翻译的文章之后,由在该领域从事研究的中国作者对外国学者评价中国法时用来作为参照的相关外国法律制度进行介绍。两者互为补充,以便读者能更深入理解所探讨的法律问题;二、翻译一些亲历性的报告。这些报告多为一些直接参与立法的学者或司法实践人员所写,因为不受学术文章体例上的拘束,内容又多是个人的直接感受,尤其适合直观生动地理解法律制度在运行中的状态;三、邀请中外法律工作者共同就某法律问题进行比较研究,借此来尽可能避免对中国法或是外国法的误读。

中国的法律虽然年轻,本身有着这样或那样有待改进的地方,但随着中国国力的增强,必将会引起越来越多国家的关注。这也就是我们能够找到对中国法感兴趣并有能力参与这样一种比较研究的外国同行的原因。相信总有一天,中国法学与国外的交流不再是单向的,其最终也能为其他国家提供可以借鉴的经验与模式。

本文丛中用来与中国法进行比较的外国法并不限于大陆法系国家的法

律,也包括英美法系国家的法律内容,重点虽为德国法与瑞士法,但也将涉及被中国法学界较少关注的其他大陆法系国家,如法国、西班牙及东欧一些国家的法律。这样的安排一方面是考虑到德国法对中国民商法长久以来的影响。另外,德国学者擅长抽象思维,治学严谨,对于概念的精确性与制度的体系化的追求和对于纯理论研究的热衷,使得德国的法学研究异常发达。这一风格也影响了德国的司法实践。德国的司法判例,无论是源于最高法院的,还是出自州一级法院,都近似学术论文,具有很高的学术价值。至于瑞士法,国内目前对于瑞士法的研究还很少,但是瑞士法因其如下两个特点颇值得中国立法者关注:一、瑞士法因为语言的关系,同时受到德国法与法国法的影响,《瑞士民法典》和《瑞士债法典》实际就是支持德国法与支持法国法论点相互交锋与妥协的结果;二、瑞士法律语言的亲民性:与德国相反,瑞士虽然工业与金融业高度发达,瑞士人却以其脚踏实地与务实的态度而著名,因此对形而上学和过度抽象化抱有与生俱来的怀疑。其在立法时强调法律的通俗易懂性,为此有时甚至不惜牺牲法律的精确性。《瑞士民法典》与《瑞士债法典》即为这方面的典范。这种与德国法完全不同的立法价值取向似乎更适合中国立法者的风格。

本辑文集内容分为三个方面:一是就一般民法的一些基本制度进行比较研究;二是就中国的最新立法进行评价,主要包括物权法、破产法、反垄断法、劳动合同法与公司法;三是就美国与德国法学研究方法方面的差异进行探究。

在一般民法方面,本文集共收录了两篇文章。一篇为本人与东亚法研究所助教韦西蒙合著的关于第三民事主体的研究。民事主体是民法的一个基本概念。尽管民法通则只规定了自然人与法人两种民事主体,但在学术界、司法解释与司法实践中早已承认了第三民事主体的存在,只是对其内涵及范围的界定还未有定论,对其称呼也不统一。民事主体直接关系到民法与民事诉讼法中的一些基本概念,如法人的定义、权利能力、行为能力、侵权能力,也涉及一些新型民事主体,如业主委员会的法律地位以及民事诉讼法中的当事人能力和强制执行方面的问题。因此,中国未来的民法典应如何处理这一问题,具

有重大意义。学术界对此也提出了不同的建议。在这一领域的相关论述中常以德国法的规定为佐证,但是德国通过立法与司法判例恰恰在自 2000 年以来的几年间对这一领域进行了重大的改革,虽然这一改革已反馈到中国国内,但尚未引起学术界足够的注意。本文试图在分析与对比中国和德国在这一方面的发展与目前规定的基础上,对中国民事主体立法提出自己的建议。另一篇为南京大学叶金强教授关于要约法律效力之基础的比较法分析。作者首先介绍了传统理论中对要约法律性质及其效力结构定位的不足,比较了英美法系、大陆法系及国际公约中对要约撤销权的规定,得出要约之法律效力乃自治原理与信赖原理互相平衡的结果,肯定了我国立法在该方面的进步。

物权法方面的第一篇文章的作者为国内读者所熟悉的弗莱堡大学霍尔夫·施蒂尔纳教授。他与鲍尔教授合著的《物权法》堪称德国物权法教科书中的经典之作,其中文译本对国内学者而言也是非常重要的参考文献。施蒂尔纳教授本身十分关注中国物权法的发展,他在文章中首先从所有权的伦理学基础出发,说明了物权法对于个人权利以及社会经济发展的重要意义,高屋建瓴地从中国物权法所确立的基本原则入手,立足于德国法,结合法国法及美国法,对于该领域的混合继受作出了中肯的评价。关于在市场经济中扮演举足轻重角色的担保物权,施蒂尔纳教授也提出了对其附随性、动产担保登记制度合理性以及担保人在担保期间对担保物处分所受限制的质疑。物权法方面的第二篇文章为康茨坦茨大学阿斯特里德·施塔德勒教授的关于物权行为无因性的论述——《德国法上的抽象原则与信贷担保》。施塔德勒教授师从施蒂尔纳教授,在弗莱堡大学完成了其取得大学教授资格的专著《通过无因性实现的构建自由和交易保护》。该书是德国晚近对于抽象原则研究的集大成之作,施塔德勒教授也是德国学界公认的研究抽象原则方面的专家。对于无因性,国内学者曾经进行过热烈的讨论,但讨论的结果似乎仍然是一个僵局。《物权法》的出台也并未为这一讨论画上一个句号。我们以往所熟知的对于抽象原则优势的强调往往局限于其对于交易安全保护的功能,对于抽象原则为交易安排所提供的更为广泛的法律空间却很少提及。相信这篇文章可促进中国读者对抽象原则产生更深层次的理解。

破产法方面的第一篇文章是海德堡大学安德里亚斯·毕肯布鲁克教授从比较法角度对中国破产法进行的评论。该文内容翔实,其分析涉及了中国破产法的整体构架以及几乎所有的重要制度。在与德国破产法的比较过程中,作者在充分肯定了中国立法者近 15 年来在破产法方面所取得进步的同时,也明确指出了中国破产法在条文上所存在的不足及其在实践中可能导致的问题,相信一定会为中国的破产法学者提供有益的新思路。该文所引资料的详尽不仅具体体现了德国法学论文严谨的学术规范,也从侧面反映了作为并非中国法专家的作者对该文写作所倾注的精力。与毕肯布鲁克教授的文章相呼应,东亚法研究所助教徐杭先生的论文力图通过对德国破产法历史渊源以及百余年来的沿革,尤其是 1999 年德国新破产法立法背景的回顾以及其具体制度的介绍,引发中国破产法学者对破产法的立法宗旨、破产程序中的债权人自治原则、破产财产扩增和担保权人在破产程序中地位等方面的进一步思考。

反垄断法方面的第一篇文章出自在德国联邦反垄断管理局就职、并以德国专家身份参与了中国反垄断法立法过程的汉斯-约根·鲁柏先生。他的文章主要指向了中国反垄断法在立法宗旨、适用范围、垄断禁止等方面所存在的待决问题。第二篇文章为瑞士律师马瑟·科西勒所写的对瑞士反垄断法发展的介绍。也许限于瑞士的国土面积,该国的反垄断法在中国反垄断法立法过程中并未引起学者与立法者的注意。但瑞士反垄断法的一些特殊性对中国反垄断文化的培养或许会带来一些启发。瑞士的反垄断法起步很晚,其第一部反垄断法在 20 世纪 90 年代中期才得以颁布,个中原因耐人寻味。在反垄断法实施前,瑞士社会的主流观点认为垄断协议在道德上无可厚非,甚至值得鼓励。因此,在反垄断法颁布后,执法机关的执行力度也非常有限。直到 2002 年反垄断法修订后,该法才获得了应有的威慑力。虽然现在在诸如平行进口的个别问题上,还存在不同的声音,但社会的主流观点也已经逐渐认识到了反垄断法的价值与意义。该文对瑞士反垄断法的立法目的,执行中存在的阻力,以及反垄断执法机构近几年的实践进行了总结。第三篇文章为南京大学方小敏教授撰写的《经营者集中控制:法律制度和实践》,内容涉及经营者集中控制

法的结构、宗旨和重要制度,并从比较法角度对中国经营者集中控制法及其实践进行了评析。其在肯定中国立法所取得成就的同时,也明确指出了现行反垄断法规定的不足及其在实践中可能导致的问题。文章结合经营者集中控制法律中诸如申报标准、实质审查标准、公共利益豁免标准、国家安全审查等疑难争议问题,立足于立法背景,阐述问题存在的深层次原因,并通过与欧共体法和德国法的比较研究,力求寻找到解决问题的方案,为完善中国反垄断法理论和顺利实施反垄断法提供有益参考。

在劳动法方面,2007年是中国劳动立法发生巨大变化的一年。《劳动合同法》可以说是中国近年来最有争议的一部法律。如何实现劳资平衡是摆在每个国家立法者面前的一个难题。劳动法所承载的不仅仅是法律中的公平理念,体现得更多的是一种国家干预和各种政治力量的较量与平衡。西欧大多数国家劳动法的保护水平都很高。在全球化的大背景下,随着本国企业向低劳动成本国家的迁移而导致的失业率上升,迫使立法者必须对现有劳动法的保护水平进行调整。弗莱堡大学塞巴斯蒂安·克莱勃教授所著的《劳动成本竞争中的劳动关系终止保护机制》,就此对于近年来德国、法国、意大利和西班牙在这方面根据其各自劳动市场所存在的不同问题所作改革的论述对于中国劳动法的发展不乏借鉴意义。该文的最后同样对中国《劳动合同法》作出了简短的评价。第二篇文章为东亚法研究所助教安瀚思与弗莱堡大学法学硕士生阮青结合新颁布的《劳动合同法》就中德行业性集体合同效力进行的比较法分析,从德国《劳资合同法》的角度探讨中国目前立法已有的思路与可能的问题。

公司法方面收录的第一篇文章为德国著名公司法学者马尔库斯·卢特教授从当年立法参与者的角度对德国公司法半个世纪以来发展历程的回顾。其中作为德国特色的公司治理双轨制中监事会的作用和针对企业集团的专门立法,以及德国资本市场法产生过程的介绍,对于我国公司法的研究应有所启发。在第二篇文章中,香港大学博士生金靖对美国公司法的核心概念——股东至上原则(shareholder primacy norm)的发展历程进行了梳理,并从这一角度对中国的公司治理进行了评析。文章从实证、规范以及比较

的视角去理解和分析美国法中的股东至上原则作为一个公司目标和权利配置解决方案的作用和局限性,以期对中国公司治理体制的理论阐释和实践完善有所助益。

德国学者的文章常常给人晦涩无趣、难以接近的感觉,不像美国学者的文章那样娓娓道来,通俗易懂。德国法学也很少有跨学科的研究。在德国,法学家的任务被认为是就法条研究法学本身的概念与体系问题。德国法学研究的精髓就在于法教义学(Dogmatik)。与之相反,美国法学家认为研究法律必须超越法条,以经济分析或社会学视野调查等其他学科的方法考察法律对于社会的影响。而这一点又被以德国法学为代表的欧陆法学认为是不务正业,抹杀了法学作为一种独立学科的价值。为什么会存在这种学术风格上的巨大差异?是因为美国的法学教育更能够保证法学院的毕业生具有跨学科的背景,或是美国的法学学术期刊主要由学生审稿,因此更为开放?如果认为这种区别是因为大陆法系是成文法而英美法系是判例法,那么为什么同属判例法的英国直到今天在法学研究方面仍然属于欧陆式的呢?而美国的法学研究在20世纪初期之前也是欧陆式?译文《法律思维的差异演变》对一百年来欧陆以及北美法哲学不同流派的发展进行了梳理,从法哲学发展的角度探讨了德国法学与美国法学在学术方法上走上截然不同道路的原因。

本辑文集的出版仅仅是一个开始,是一些支持我们这样一种尝试的同行与好友和东亚法研究所成员的努力的结晶。在此特别感谢同济大学高旭军教授、社科院法学所冉昊副研究员、清华大学王洪亮副教授、北京大学郭雳副教授在本书出版方面所提供的帮助,上海人民出版社,特别是曹培雷女士对我们的大力支持与高效的工作,方小敏副教授、王洪亮副教授、叶金强教授、徐杭先生、赵阳先生、李光博士、马丁先生、阮青女士、Marcel Küchler 先生、Simon Werthwein(韦西蒙)先生和 Johannes Allmendinger(安瀚思)先生提供的文章与翻译,以及弗莱堡大学东亚法研究所工作人员杨亦莹女士、Björn Münchberg、Hye-Kyong Lee 在文章校对、编辑以及排版等方面的支持。如果没有他们付出的时间与倾注的心血,所有的想法直至今天也只能停留在纸面上。我们希望能够通过本文丛为中国的法制建设尽一点微薄之力。与此同

时,我还要感谢我的丈夫史仲阳先生和我的父母对我在精神上和专业上的长久支持。本书德文稿件来源于2007年10月在德国举办的第一届弗莱堡大学中国法论坛,该会议的举办与本文集的出版得到巴斯夫集团(BASF)、杜拉维特洁具有限公司(Duravit)、德国科学基金会(Deutsche Forschungsgemeinschaft)、巴登符腾堡州中国协会(Baden-Württembergische Chinggesellschaft)、弗莱堡大学(Albert-Ludwigs-Universität Freiburg)以及巴登符腾堡州科技部(Wissenschaftsministerium Baden-Württemberg)的资助,在此一并表示感谢!

卜元石

2009年11月于德国弗莱堡



# 目 录

1 序 .....	卜元石
-----------	-----

## 基础研究

3 [一般民商法]	
3 中德第三民事主体的比较研究 .....	卜元石、韦西蒙 著
33 要约法律效力之基础及其展开	
——以自治原理与信赖原理之竞争为主线 .....	叶金强 著

## 最新立法评价

53 [物权法]	
53 德国视角下的中国新物权法 .....	霍尔夫·施蒂尔纳 著 王洪亮 译
69 德国法上的抽象原则与信贷担保 .....	阿斯特里德·施塔德勒 著 马 丁 译
89 [破产法]	
89 对中国破产法的比较法分析 .....	安德里亚斯·毕肯布鲁克 著 徐 杭、赵 阳 译
123 德国破产法之沿革 .....	徐 杭 著

154 [反垄断法]

154 中国反垄断法之竞争政策取向与待决问题 ..... 汉斯-约根·鲁柏 著  
徐 杭 译

161 瑞士反垄断法的发展 ..... 马瑟·科西勒 著  
徐 杭 译

175 经营者集中控制:法律制度和实践 ..... 方小敏 著

203 [劳动法]

203 劳动成本竞争中的劳动关系终止保护机制  
..... 塞巴斯蒂安·克莱勃 著  
李 光 译

220 论行业性集体合同之效力——中德劳动法比较 ..... 安瀚思、阮 青 著

234 德国劳资合同法 ..... 阮 青 译

239 [公司法]

239 企业法五十年 ..... 马尔库斯·卢特 著  
赵 阳 译

250 股东至上原则及其局限——从美国公司法的视角 ..... 金 靖 著

大陆法与英美法

277 法律思维的差异演变  
——美国的法律经济分析与德国的法教义学之辩  
..... 克里斯多夫·格里琴里希、马丁·盖特 著  
徐 杭 译



# 基础 研究

---

## 中德第三民事主体的比较研究

卜元石\*、韦西蒙\*\* 著

### 一、问题的提出

民事主体是民法的一个基本概念。尽管《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)只规定了自然人与法人两种民事主体,但在中国学术界、司法解释与司法实践中早已承认了第三民事主体的存在,只是对其内涵及范围的界定还未有定论,对此的称呼也不统一。民事主体直接关系到民法与程序法中的一些基本概念,如法人的定义、权利能力、行为能力、责任能力以及诉讼法中的当事人能力和强制执行方面的问题。因此,中国未来的民法典如何处理这一问题显得意义重大。学术界对此也提出了不同的建议。在这一领域相关论述中常佐证德国法的规定,但是德国通过立法与司法判例恰恰在2000年以来的几年间对这一领域进行了重大的改革,虽然已反馈到中国国内,但未引起学术界足够的注意。本文试图对在分析与对比中国和德国在这一方面的发展与目前规定的基础上对中国民事主体立法方面提出自己的建议。

### 二、中国当前法律对民事主体的规定

#### (一) 其他组织的概念

中国在1986年颁布实施的《民法通则》只规定了两种民事主体,即自然人

---

\* 德国弗莱堡大学法学教授、东亚法研究所所长。

\*\* Simon Werthwein, 德国帕绍大学法学博士、弗莱堡大学东亚法研究所助教。

与法人。法人有自己的名称、财产与经营场所,具有对外独立承担民事责任的能力。至于现实生活中存在的各种各样的团体,不论它们是否具有一定的组织性,是否对外以自己的名义从事民事活动或者取得财产,只要不能满足独立承担民事责任的前提,它们就不能成为法人,也就不是独立的民事主体。没有民事主体地位也就没有民事权利能力与行为能力,由此推论,这些团体根据《民法通则》中民事主体两分法理论,无法以自己的名义签订合同。同理可以认定,在有字号的个人合伙中,某一合伙人以合伙名义签订合同实际上是一种无权代理行为。因为合伙本身既然没有权利能力,也就不能成为被代理人。所以,合同真正的当事人不是该个人合伙,而是实际订立合同的合伙人,或是全体合伙人,如果订立合伙的合伙人事先得到其他合伙人的授权或之后取得其他合伙人的认可。如果合同按照约定履行,对于该交易的另一方而言,谁是合同的当事人似乎并不重要。而一旦发生纠纷并诉诸法院时,问题就会凸显出来。因为这时法官在解决实体法上的权利义务关系之前,必须解决谁是适格的当事人的问题。如果认定个人合伙没有民事行为能力,而行为能力是诉讼能力的前提,那么是否可以认为个人合伙不是适格的当事人呢?如果真是如此,不论实体法上的权利义务关系如何,可以确定的是个人合伙都不具有以自己名义独立参与民事诉讼的能力。由此推断,这可能就是在《民法通则》颁布后最早对于民事主体规定的解释针对的不是实体法,而是程序法上问题的原因。

在1988年最高人民法院颁布的《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民法通则意见》)第45条规定了“起字号的个人合伙,在民事诉讼中,应当以依法核准登记的字号为诉讼当事人,并由合伙负责人为诉讼代表人。合伙负责人的诉讼行为,对全体合伙人发生法律效力。未起字号的个人合伙,合伙人在民事诉讼中为共同诉讼人。合伙人人数众多的,可以推举诉讼代表人参加诉讼,诉讼代表人的诉讼行为,对全体合伙人发生法律效力”。这一解释实际上承认了有字号的个人合伙的诉讼能力。在1991年通过的《中华人民共和国民事诉讼法》第49条更是明确了除公民、法人外的其他组织可以作为民事诉讼的当事人。此后,“其他组织”便成了自然人与法人之间团体的代名词。

最高人民法院在 1992 年公布的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(以下简称《民诉意见》),却又推翻《民法通则意见》第 45 条的规定,否定了个人合伙的当事人能力。根据该司法解释第 70 条,“在个人合伙参与的诉讼中,全体合伙人在诉讼中为共同诉讼人。个人合伙有依法核准登记的字号的,应在法律文书中注明登记的字号。全体合伙人可以推选代表人”。个人合伙显然被排除在具有诉讼能力的其他组织之外。根据《民诉意见》第 40 条,其他组织是指“合法成立、有一定的组织机构和财产,但又不具备法人资格的组织,包括:(1)依法登记领取营业执照的私营独资企业、合伙组织;(2)依法登记领取营业执照的合伙型联营企业;(3)依法登记领取我国营业执照的中外合作经营企业、外资企业;(4)经民政部门核准登记领取社会团体登记证的社会团体;(5)法人依法设立并领取营业执照的分支机构;(6)中国人民银行、各专业银行设在各地的分支机构;(7)中国人民保险公司设在各地的分支机构;(8)经核准登记领取营业执照的乡镇、街道、村办企业;(9)符合本条规定条件的其他组织”。对比《民诉意见》第 70 条的规定可以看出,之所以将个人合伙排除在其他组织外,可能是因为在起草该司法解释时,个人合伙被认为不具备第 70 条所要求的其他组织在财产和组织机构方面的前提条件。不可否认的是,在个人合伙中的确有一部分不能满足该条要求。比如说所谓的简单合伙,多数只是为了实现某一特定目的而进行的一次性合作,合伙的形成与存在具有临时性,既没有自己的字号也不形成合伙财产。这样的合伙确实不符合其他组织的定义。但是个人合伙中还存在着有字号、有财产、有代表人的合伙,完全满足其他组织的前提条件,把这些合伙一概排除在其他组织之外进而否定其诉讼能力,无法从学理上进行解释。

## (二) 其他组织的诉讼能力与权利能力、 责任能力和侵权能力

在《民事诉讼法》之后颁布的其他程序法都赋予了其他组织以诉讼能力,比如 1989 年颁布的《行政诉讼法》第 2 条、1995 年颁布的《仲裁法》第 2 条、1995 年颁布的《国家赔偿法》第 2 条与 1999 年颁布的《行政复议法》第 2 条。但关于个人合伙的主体地位在相关的司法解释中却再也没有明确提及。《行

政诉讼法》与《国家赔偿法》的解释以及《行政复议法》的实施条例都只是肯定了合伙企业的当事人能力。至此,合伙企业具有诉讼能力似乎已经是不争的事实。而个人合伙的诉讼能力已经从相关讨论中渐渐淡出。民事诉讼的一个基本原则便是有权利能力必然有当事人能力。在除了诉讼担当的情形外,有当事人能力就有诉讼能力,反之却非亦然。即从承认其他组织具有诉讼法上当事人能力的前提出发,并不能必然推导出其他组织的具有实体法上权利能力的结论。因为理论上可以说,之所以承认其他组织的诉讼能力,是为了便于其他组织参与诉讼,而不是对其权利能力进行认可。有学者更是将这种实体权利人与诉讼当事人相分离的情况称为形式当事人<sup>①</sup>。所以实体法上的权利能力需要法律或判例的明确确认。

在这方面,《合同法》第2条明确了其他组织具有订立合同的能力。《著作权法》、《商标法》、《专利法》也都肯定了其他组织取得知识产权的能力。这些条文无疑是肯定其他组织具有权利义务主体能力的重要依据。但问题是,上述法律规定都没有明白无误地肯定其他组织的权利能力,这就导致学理对其进行其他解释的可能<sup>②</sup>。而且法律规定也不统一,比如法人依法设立并领取营业执照的分支机构根据《民诉意见》原则上具有权利能力,但最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第15条规定的“其他组织”中,不包括法人的分支机构;第17条规定企业法人的分支机构未经法人书面授权提供保证的,保证合同无效。其次,上述法律规定没有明确定义其他组织概念的具体内容。因此在哪些团体属于其他组织的问题上,还只能继续参照《民诉意见》第40条的规定。假定认为从《合同法》等实体法中的规定可得出其他组织具有权利能力的结论,那么,其他组织与法人一样,其他组织权利能力的行使是主要通过其代表人。如果没有代表人,权利的行使是通过该组织的成员,比如在有字号的个人合伙中或合伙企业中,如果合伙协议没有另外规定,每个合伙人都可以代表该合伙或该企业从事民事活动。

《合伙企业法》、《个人独资企业法》与《乡镇企业法》规定了这三种其他组

① 赵群:《非法人团体作为第三民事主体问题的研究》,《中国法学》1999年第1期。

② 比如尹田就对此提出质疑,参见《论非法人团体的法律地位》,《现代法学》2003年第10期。

织要首先以自己财产对外承担自己的债务,在不足清偿时,由其成员或所有人来承担补充责任。如果承认其他组织的权利能力,在其他组织拥有自己独立财产的问题上不存在疑问。但如果不承认其他组织的权利能力,其他组织就不能成为财产的所有权人。那么其他组织还有没有独立的财产呢?这一问题的答案在于如何定义什么是其他组织的财产。因为其他组织在其存续的过程中会形成与单独归为其他组织成员或所有成员所有的、相对独立的财产。比如说个人合伙,即便不承认其权利能力,在长期经营过程中也会取得与合伙人个人财产相独立的财产。这一财产可以称为合伙财产,因为每个单个的合伙人不能像支配自己私人财产一样来自由支配这一财产。

其他组织的责任能力不仅体现在其承担合同义务的能力,也体现在其承担法定义务的能力,比如说侵权能力。《民法通则》及《民法通则意见》对此没有作出规定。2003年最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第8条指出:“法人或者其他组织的法定代表人、负责人以及工作人员,在执行职务中致人损害的,依照《民法通则》第121条的规定,由该法人或者其他组织承担民事责任。”这一条可以解释为其他组织与法人一样,同样具有侵权能力和承担侵权责任的能力。虽然该司法解释针对的是人身损害,但是将这一原则类推适用在财产损害上并无不可。如果不承认其他组织的独立主体地位,那么其他组织为其代表人与负责人的侵权行为承担责任很难从法理上解释。因为不肯定其他组织的独立主体地位,代表人与其他组织之间只是一种合同上的代理关系。而代理关系不适用于侵权行为,所以代表人、负责人的侵权行为无法归责于其所代理的其他组织。

### 三、草案中的规定

综上所述,对中国目前法律可以作出肯定包括了合伙组织、个人独资企业以及法人的分支机构在内的其他组织的权利能力、侵权能力与诉讼能力的解释。但是这种解释不是唯一的,而且现有的法律规定比较散乱,不完整并且有彼此冲突之处。在中国未来民法典如何处理这一问题上,法工委的草案中对此没有规定。在梁慧星主持起草的草案中采取的是三分法,将非法人团体、自



然人与法人并列为第三类民事主体。根据该草案非法人团体被定义为不具有法人资格但依法能够以自己的名义参加民事活动的组织体。这种三分法并不是一种新的理论,在《民法通则》制定时就已经有人持这种观点。《民法通则》最终没有采取三分法,是因为当时所谓的其他组织还处在发展阶段<sup>③</sup>。梁慧星草案的立法理由中阐明在中国已经实行市场经济的今天,各种不具备法人资格的团体大量存在,法律对其主体地位进行调整已经非常有必要。该草案中第三类主体被称为“非法人团体”,借鉴的是日本法的规定。之所以放弃“其他组织”这一称呼,是因为其缺乏精确性不宜作为法律概念使用<sup>④</sup>。而“非法人团体”既可以体现其与自然人相区别的团体性,也可以强调其与法人的不同。根据梁慧星草案,非法人团体须具备如下要件:有自己的名称、组织机构和场所、章程,有自己享有处分权的财产或者经费,而且以登记为成立前提。没有登记的团体不可能成为民事主体。要求登记的目的是便于国家对社会各种组织体进行监督和控制<sup>⑤</sup>。但这样一来大量的组织体,比如在梁慧星草案理由中所列举的大学内部的学院、系、研究室、课题组、校友会、同乡会就会因不满足登记的前提而被排除在外。

在王利明主持起草的草案中,放弃对第三类主体进行调整。其主要理由之一是民法传统上认为非法人团体不具有独立的权利能力和责任能力,仅具有诉讼能力。对其诉讼能力的承认也只是为了其诉讼上的便利<sup>⑥</sup>。其次,这些组织体的个性大于共性,法律没有办法抽象出一个统一的概念和特征<sup>⑦</sup>。现有的合伙企业与独资企业已经基本概括现有的非法人组织的主要类型。而仅这两种类型之间的差别就很明显,更不用说这两种类型之外的其他组织体。王利明草案也从比较法的角度指出,当今很少有国家对非法人团体立法明确规定<sup>⑧</sup>。该草案只对合伙进行进一步规定,对于合伙是否为非法人团体不予明确

③ 梁慧星:《中国民法典草案建议稿附理由(总则编)》,法律出版社2005年版,第119页。

④ 同上书,第120页。

⑤ 同上书,第121页。

⑥ 王利明:《中国民法典学者建议稿及立法理由(总则编)》,法律出版社2005年版,第125页。

⑦ 同上。

⑧ 同上书,第126页。

肯定,建议将非法人团体的问题留给判例学说。

#### 四、学术界的建议

中国学术界就在未来民法典中是否对第三主体以及如何确认第三主体存在各种不同观点。其中以赞成三分法的主流。也有个别主张保留原来的二元分法,建议将一部分合伙纳入法人的范畴中<sup>⑨</sup>。在建议三分法的观点中有的主张对第三民事主体进行抽象和概括性规定,对第三民事主体涵盖的组织不作具体列举<sup>⑩</sup>。有的建议对第三民事主体进行抽象加列举的方式进行调整<sup>⑪</sup>。其他的观点一般只是建议确认第三民事主体的主体地位,并探讨了第三民事主体的特征,至于具体哪些团体属于第三民事主体则根据归纳的特征进行判断<sup>⑫</sup>。其主要的论据为民事主体是否存在取决于是否被法律授予或承认民事权利能力,即是否能以自己的名义独立地与第三人发生民事法律关系,是否有独立的财产。责任能力和诉讼能力都不是成为民事主体的决定性条件。与之相反,民事主体的诉讼能力是其实体权利能力派生出来的诉讼法后果<sup>⑬</sup>。根据这一观点,除简单合伙外的合伙就应属于第三民事主体。

另外一种观点认为,第三民事主体地位主要取决于是否存在名义独立,意志独立,财产独立,责任独立;并据此将合伙分成两类:无独立民事主体地位的合伙(非民事主体)与有独立的民事诉讼主体地位的合伙(民事主体)<sup>⑭</sup>,否定简单合伙的民事主体地位<sup>⑮</sup>。

<sup>⑨</sup> 蒋学跃、向静:《合伙作为第三种民事主体否定论大纲》,《法学论坛》2007年第11期;赵万一、乔枫:《我国民事主体结构的重构》,《法学家》2006年第2期;任尔昕:《论我国合伙企业法律人格的选择》,《法学评论》2007年第2期。

<sup>⑩</sup> 马俊驹:《法人制度的基本理论和立法问题之探讨(中)》,《法学评论》2004年第5期。

<sup>⑪</sup> 魏树发:《我国民法典设立第三类民事主体之我见》,《福建师范大学学报》2006年第4期。

<sup>⑫</sup> 同上。

<sup>⑬</sup> 蒋大兴:《关于合伙为独立民事主体观点的评价——兼谈民法主体理论的重构》,《山东法学》,1997年第6期;朱玮、何旺翔:《合伙民事主体资格再探究——从德国学界对此问题的讨论及其相关判决说起》,《学海》2006年第1期,第82页;类似观点:任尔昕:《我国法人制度之批判——从法人人格与有限责任制度的关系角度考察》,《法学评论》2004年第1期。

<sup>⑭</sup> 陈华、刘勇:《合伙可以成为独立的民事主体和民事诉讼主体》,《法商研究》1999年第5期。

<sup>⑮</sup> 江伟、王国征:《合伙不具有民事诉讼主体资格》,《法商研究》1999年第1期。

还有观点认为,将第三民事主体分为广义与狭义两类,广义为所有其他组织,狭义只包括第三类民事主体,如合伙、私营企业、集体企业、企业集团、个人独资企业和筹建中的法人<sup>⑯</sup>,或者将非法人团体分为营利性非法人团体和非营利性非法人团体<sup>⑰</sup>。前者包括非法人乡镇(村)办企业、非法人中外合作企业、非法人的私营企业、独资企业、合伙企业、设立中的法人筹备组织、行政单位或者企业开办的不具有法人资格的经营实体、领取营业执照的法人分支机构、领取营业执照的个人合伙、领取营业执照的合伙型联营与企业集团;后者包括不具有法人资格的机关、事业单位和社会团体及非法人财团,如破产法人的清算组织。

对第三民事主体的称呼在学界并不统一,除了通用的其他组织,其也被称为非法人团体、其他经济组织、非法人单位、非法人组织、中间法人<sup>⑱</sup>等等。

## 五、德国法

### (一) 德国法中的民事主体

《德国民法典》制定之初确认自然人与法人为民事主体,只有这两者才有权利能力。法人被分为社团法人与财团法人。社团法人又可分为已登记的社团、有限责任公司、股份有限公司。法人之外的团体理论上都不具有权利能力。这样的团体包括无权利能力社团和无限公司、两合公司、民法合伙,其中后三者又被统称为人合公司。

在 20 世纪 50 年代末 60 年代初,由弗卢梅为代表人物提出的团体理论(Gruppentheorie)就已经对这种二元论划分提出质疑。团体理论认为,在人合公司中,每个公司股东就公司财产上所有的份额失去了支配权,主要表现在每个单个股东无法单独支配公司财产。因此公司的股东不是公司财产的权利主体,必须要承认公司本身的权利能力。但弗卢梅并不认为有必要承认人合公司作为第三种民事主体。所以团体理论在推动民事主体发展过程中虽然起到

<sup>⑯</sup> 张胜先:《第三民事主体——非法人组织的立法思考》,《求索》2002 年第 4 期。

<sup>⑰</sup> 伍治良:《我国民事主体制度的现代化趋势》,《探索与争鸣》2005 年第 3 期。

<sup>⑱</sup> 马俊驹:《法人制度的基本理论和立法问题之探讨(上)》,《法学评论》2004 年第 4 期。

了理论铺垫的作用,但是其本身并没有突破二元论的架构。在这种二元论中,无限公司与两合公司是处于有权利能力的团体和无权利能力的团体的一个中间状态。他们不是法人,虽然可以以自己的名义从事交易,但是法律不承认其有权利能力。因此,无限公司与两合公司即便可以使用自己的商号进行交易,其取得的财产不为公司所有,而为公司的股东共同共有<sup>①9</sup>。赋予其一定的权利能力不是为了承认其为民事主体地位,而是为了满足经济往来上的需要。

对德国民法主体的规定进行突破性的变革是2000年修订的《德国民法典》中增加的第14条。这就意味着中国国内翻译的在此之前出版的德国民法著述,在这一点上已经不能反映现在的法律状况。根据《德国民法典》第14条,修订后的德国民法典中民法主体不再只局限于自然人和法人,还包括有权利能力的人合公司。据此可以认为,德国民法自此在实在法的层面上正式完成了从二元论到三元论的过渡。在这种三分法中,法人包括已登记的非营利性社团、有限责任公司、股份有限公司、欧洲经济利益联合体等。有权利能力的人合公司包括无限公司和两合公司。至于民法合伙是否具有完全的主体地位当时还没有定论,因为司法实践只是逐步承认了民法合伙的诸项权能:参股能力、出具支票、出具汇票与当事人能力。直到2001年1月29日,德国联邦最高法院才通过判例明确承认了民法合伙在满足一定条件时具有完全权利能力<sup>②0</sup>。在这一判例作出后,可以认为有权利能力的人合公司也包括民法合伙。2001年2月24日,德国联邦最高法院通过另外一项判决,明确肯定了民法合伙的侵权能力。

## (二) 德国民法的“第三民事主体”

德国民法中有权利能力的人合公司即为除了自然人与法人外的“第三民事主体”,只是德国学界并不这样称呼而已。如前所述,有权利能力的人合公司包括民法合伙、无限公司与两合公司。下文将对这几种类型进行逐一阐述。

<sup>①9</sup> Beuthien: Zur Grundlagenungewissheit des deutschen Gesellschaftsrechts (《论德国公司法基础的不确定性》),载 NJW (《新法学周报》),2005,第855—856页。

<sup>②0</sup> 关于该判决的具体介绍,参见朱玮、何旺翔(前引<sup>①3</sup>),第82页。

## 1. 民法合伙

民法合伙(Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 简称 GbR), 中国国内也将其翻译成民事合伙, 是德国所有人合公司的母类型, 在德国应用极为广泛。德国商法上无限公司与两合公司的规定都是参照适用《德国民法典》关于民法合伙的条文。原因很简单, 一个民法合伙一旦开始进行商事经营(Handelsgewerbe)它就不再是民法合伙了, 而自动成为《德国商法典》中的无限公司<sup>①</sup>。尽管无限公司理论上要在登记机关登记, 但是不登记不意味着无限公司还没有设立<sup>②</sup>。登记机关对应该登记而没有登记的行为可以处以行政处罚<sup>③</sup>, 但是没有登记的无限公司仍然适用的是《德国商法典》。因此, 德国法上的民法合伙大致相当于中国的个人合伙, 与之不同的是民法合伙不能在公司登记机关登记。但是德国民法合伙不能进行商事经营<sup>④</sup>。所谓商事经营是在市场中有计划的、长期合法、以营利为目的的经营活动, 但不包括自由职业者职业活动在内<sup>⑤</sup>, 如果只是偶尔从事经营活动不认为是经营活动。这也就是德国几个建筑公司组建成合伙共同参与招标是很常见的事, 这种合伙就被视为民法合伙。

在《德国民法典》制定之初, 民法合伙被认为不可能获得权利能力。德国联邦最高法院 2001 年 1 月 29 日作出的判例彻底改变了这一观点。现在一般认为民法合伙可以具有权利能力。民法合伙在德国法中被分为对内合伙(Innen-GbR)与对外合伙(Außen-GbR)<sup>⑥</sup>。有权利能力的只是满足一定前提条件的对外合伙。这些前提条件包括名义独立, 行为独立, 承担责任的基础独立(财产的相对独立)<sup>⑦</sup>。根据这几个标准, 交易相对人可用来判断该民法合伙是否有独立的权利能力。至于对内合伙, 虽然形成了合伙关系, 但这种关系对外界来讲无法识别。这种对内合伙没有权利能力。关于如何来区别一个民法合伙是对内合

① 《德国商法典》第 105 条第 1 款。

② Schmidt: Gesellschaftsrecht (《公司法》), 2002, 第 4 版, 第 1370—1371 页。

③ 《德国商法典》第 14 条。

④ 《德国商法典》第 105 条第 1 款。

⑤ Brox/Henssler: Handelsrecht (《商法》), 2007, 第 19 版, 第 16 页及以下, 边号 25 - 31, 其中援引《德国联邦法院判例集》第 63 卷, 第 32—33 页。

⑥ Schmidt (前引②), 第 1288—1291, 1695—1697 页。

⑦ Ulmer: Die höchstrichterlich „enträtselte“ Gesellschaft bürgerlichen Rechts (《最高法院“解谜”民法合伙》), ZIP (《经济法杂志》), 2001, 第 594 页。

伙还是对外合伙的观点并不统一,有的强调主要取决于合伙的目的是否是对外从事交易<sup>⑳</sup>,有的强调交易相对人是否从合伙的行为可以识别合伙关系<sup>㉑</sup>。

在有权利能力的民法合伙是否与法人与自然人一样可以从事各种民事活动,取得各项权利的能力的问题上,不明确的地方目前也都基本解决了<sup>㉒</sup>。

一是民法合伙在进行不动产交易中的登记问题。虽然民法合伙具有取得与转让不动产上权利的能力,但是在进行登记时,仅仅登记民法合伙作为权利人本身是不够的,登记机关要求将全体的合伙人都登记在土地登记簿中。如果一个民法合伙有成百上千个合伙人,难免会导致其他登记的延误<sup>㉓</sup>,而且在合伙人发生任何变动时,都必须对土地登记簿进行修改。但是考虑到土地登记簿的公信力问题,如果只是登记民法合伙为权利人,就可能造成权利状态的不确定性。因为民法合伙不像其他人合公司一样可以在商事登记簿上登记,由此导致民法合伙的存在缺乏公示性。交易相对人无法通过查阅商事登记簿来确定某个民法合伙是否存在。如果允许将这样的一种民事主体登记在土地登记簿中,就有可能造成登记的不准确<sup>㉔</sup>。所以在土地登记簿公信力的绝对保护与合伙经营便利之间的取舍,立法者和司法实践选择了前者。

二是合伙取得商标的权利。与土地登记簿的情形一样,民法合伙可以成为商标权人,但是在商标登记时,必须将合伙直接登记于商标登记簿<sup>㉕</sup>。

<sup>⑳</sup> Hadding: Zur Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit der (Außen-) Gesellschaft bürgerlichen Rechts sowie zur Haftung ihrer Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten (《论对外民法合伙的权利能力与当事人能力及其合伙人对合伙债务的承担》), ZGR (《公司法杂志》), 2001, 第 714 页。

<sup>㉑</sup> Grunewald: Gesellschaftsrecht (《公司法》), 2008, 第 7 版, 第 57 页边号 1 A 106。

<sup>㉒</sup> 除了下文提及的两点之外司法判决还承认了民法合伙如下能力: 民法合伙是税收主体, 可以成为法人的股东(或协会成员), 机动车辆的担保人和占有人, 可以成为雇主, 可以开具支票与汇票, 具有继承能力, 具体参见 Timm/Schöne in Bamberger/Roth: Kommentar zum BGB (《德国民法典》评注), 2008, 第 11 版, 第 705 条边号 142。

<sup>㉓</sup> Ulmer(前引<sup>⑳</sup>), 第 595 页。

<sup>㉔</sup> Schmidt(前引<sup>㉑</sup>), 第 796 页。

<sup>㉕</sup> 联邦最高法院在 2000 年 2 月 24 日的判决中否定了民法合伙的商标能力, NJW-RR(《新法学周报判例导报》), 2001, 第 114 页。该判例已被联邦最高法院在 2001 年 1 月 29 日(前引<sup>㉑</sup>)所作出的判决推翻, 参见 Schmidt: Die BGB-Außengesellschaft: rechts- und parteifähig(《对外民法合伙: 权利能力及当事人能力》), NJW (《新法学周报》), 2001, 第 1003 页。德国就民法合伙是否可以以自己的名义在商标登记簿登记为商标权人的问题曾经争议很久。德国联邦专利法院在 2004 年 9 月 20 日的裁定中就这一问题作出了肯定性回答, 载 GRUR (《工业产权保护与著作权法杂志》), 2004, 第 1031 页。

## 2. 无限公司、两合公司

德国法虽然遵循的是民商分立的体例,无限公司与两合公司不仅仅是商事主体,同时也为民事主体。因为民法与商法一样同属于私法的一部分,民法是私法的一般法,商法是私法的特别法<sup>④</sup>。如前所述,无限公司与两合公司的民事主体地位,不论是出于哪种考虑,至少在《德国民法典》2000年修订后,基本已成定论。德国的无限公司相当于中国法上的普通合伙企业,但其成立不以登记为前提。德国法上的两合公司相当于中国法上的有限合伙。中国法中所谓的特别的普通合伙对应的是德国《合伙法》中的合伙。德国《合伙法》所调整的合伙只包括从事特定自由职业合伙。之所以将这种合伙独立出来,一是因为其从事的活动不是一般商业活动<sup>⑤</sup>,另外也是出于对合伙人民事责任进行不同规定的需要<sup>⑥</sup>。

## 3. 无权利能力社团

首先必须说明的是,无权利能力社团并不是本文所要讨论的第三民事主体,尽管中文文献经常将无权利能力社团与中国法律中的“其他组织”进行比照。《德国民法典》第54条所规定的无权利能力社团是一个非常容易引起歧义的概念。根据立法者本来的设想,非经济性社团应该登记以便于对其进行监管,登记以后该社团就会被赋予权利能力。作为对不履行登记要求社团的惩罚,法律便不承认其权利能力,同时要求其成员按照人合公司的有关规定对社团的债务承担无限责任。这也就是《德国民法典》第54条的由来。《德国民法典》第54条虽然没有被删除,实践中早就不存在无权利能力的“无权利能力社团”。非经济性社团,无论登记与否都有权利能力<sup>⑦</sup>。换言之,非经济性社团只有登记与未登记的区别,而没有有无权利能力的区别。对于无权利能力社团的正确称呼应为未登记的非经济性社团。经济性社团不可能成为无权利能力社团。但是屈于习惯,德国法仍然保留了无权利能力社团的概念。无权利能力社团的成员对社团的债务并不承担无限责任,所以从权利能力和责任

<sup>④</sup> Heinrichs: Palandt (《帕兰特民法典评注》),2009,第68版,导言边号1。

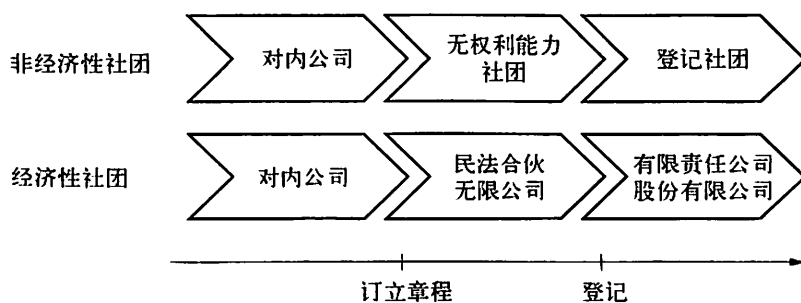
<sup>⑤</sup> 参见前引<sup>④</sup>。

<sup>⑥</sup> 《合伙公司法》第8条第1、2款。

<sup>⑦</sup> Schmidt(前引<sup>④</sup>),第736页。

承担上来看无权利能力社团实际上是一种法人。但法人设立的前提是登记,而无权利能力社团又没有进行登记。无权利能力社团同样也不是人合公司,因为人合公司的股东对公司的债务要承担无限责任。从这一角度来看,无权利能力社团是一个四不像。无权利能力社团的保留实际上造成了德国民事主体分类上的混乱。甚至因此似乎将德国民事主体进行四分法才最为准确。

与非经济性社团相反,经济性社团——主要是股份有限公司和有限责任公司,登记是其成立的前提。这种社团如果没有登记,但是已经订立了章程,则它处于前社团阶段,如果其从事的是商事活动,则该社团视为无限公司;如果其从事的是民事活动,则该社团视为一种民法合伙。登记与否对社团的权利能力没有重大影响,但是对于社团的成员来讲却有根本性的区别。没有登记的经济性社团,其成员对社团的债务承担无限责任;已登记的经济性社团,其成员对社团的债务承担有限责任。当然,非经济性社团也是有筹备阶段的。但是非经济性社团一旦订立章程,就直接获得权利能力,其成员就脱离了无限责任<sup>⑳</sup>,登记并不是权利能力取得的时间上的分水岭。也就是说,对于经济性社团而言,承担无限责任是原则,有限责任是例外。要适用这一例外,必须要进行登记,以使参与交易的相对人可以通过查阅公开的登记簿了解责任的承担情况<sup>㉑</sup>。所以就经济性社团与非经济性社团在各阶段的责任承担可以以下图表示:



卜元石、韦西蒙绘制

德国法在就民事主体的讨论中基本从未提及分支机构与个人独资企业这种组织形态。原因有如下两个:一、德国法中的分支机构虽然可以登记商号,但是没有

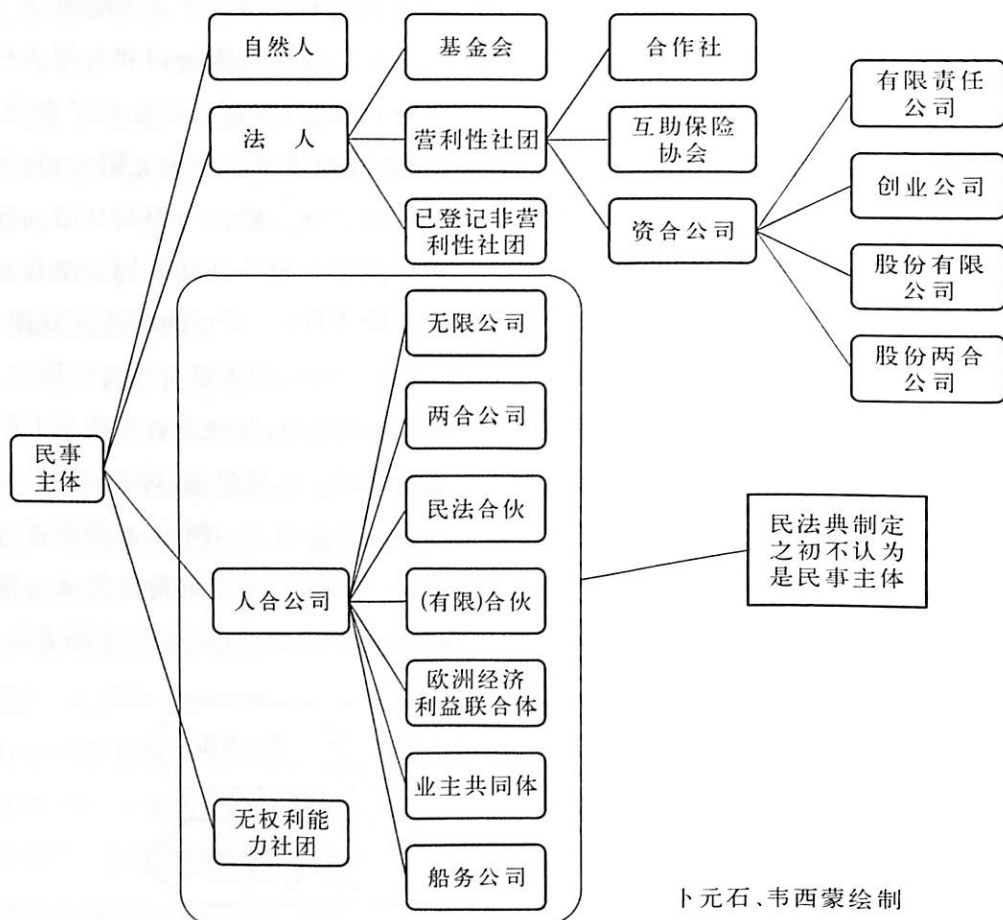
<sup>⑳</sup> Schmidt(前引<sup>②</sup>),第 747、732 页。

<sup>㉑</sup> Eisenhardt: Gesellschaftsrecht 《公司法》,2007,第 13 版,第 110 页边号 172。



自己的财产,不具有订立合同的能力。在涉及分支机构的诉讼中,一般将其开办机构作为当事人。至于个人独资企业在德国法中是不存在的。自然人如果想从事经营活动,可以登记为商人。在商人的个人财产之外不存在所谓的企业财产。

就德国民事主体的分类,可以参见下面的图表:



**欧洲经济利益联合体:**由两个以上成员组成,至少有两个成员的主要管理中心或主要活动在欧盟不同的国家。应用在律师事务所、研发、服务与销售方面的合作。具体法规:《欧共体关于引入欧洲经济利益联合体的条例》。

**船务公司:**至少由两个合伙人组成,为了营利目的共同经营航运购买一条船只而成立的人合公司。因为限于一条船只,所以并不被立法者认为有推广意义,20世纪70年代后因税务原因才重新获得实用价值。具体法规:《商法典》第489条第1款。

**互助保险协会:**由其成员共同承担保险责任的协会。具体法规:《保险监管法》第15条。

**创业公司(Unternehmergeellschaft):**一种新型的、在2008年11月1日引入的特殊的有限责任公司。注册资本可以为一欧元。但在公司的名称中必须明确是创业公司。创业公司可以单向变更为有限责任公司,即有限责任公司不能变更为创业公司。具体法规:《有限责任公司法》第5a条。

### (三) 概念之争与改革建议

与中国类似,在民事主体的称呼上德国学术界也有各种概念。其中最重要的两个是组织体(Körperschaft)和共同共有<sup>⑩</sup>(Gesamthand)。组织体是与人合公司相对的一个概念。凡是与其成员独立的人的团体都是组织体。在人合公司中,其成员与公司不是彼此独立,因此人合公司不是组织体。所有的社团都是组织体,其中主要包括法人,但也包括无权利能力社团。所以组织体是法人的上位概念<sup>⑪</sup>。组织体适用社团法,人合公司适用人合公司法。没有登记的社团,只要订立了章程,从而实现了与其成员间存在的相对独立性,就是组织体。值得提及的是,在深受德国法影响、同样使用德语的瑞士,组织体(Körperschaft)恰恰是法人的下位概念。在瑞士法中法人包括社团法人和财团法人,而组织体是社团法人的代名词。德国在承认人合公司前这种看法也占主流<sup>⑫</sup>。

德国民法中的共同共有最初来源于日耳曼法的一个物权法上的概念,用于形容继承人在被继承人财产上所形成的关系,在13世纪便已经被使用<sup>⑬</sup>。一般认为在罗马法中只存在按份共有的概念,而没有共同共有的概念。因此,在直接继受罗马法的国家如法国、西班牙、意大利都没有共同共有的概念<sup>⑭</sup>。但在德国将共同共有用在民事主体上,却是始于冯·吉尔克。他将共同共有<sup>⑮</sup>一词用于指代共同共有中所有成员的集合。但冯·吉尔克还是认为,共同共有与法人的区别是:法人是一个与其成员独立的统一体,而共同共有是一个没有与成员脱离的共同体。到了弗卢梅的时代,团体学说认为,共同共有联合体不是全体成员的简单相加,而是摆脱了单个成员独立存在的概念,可以作为

<sup>⑩</sup> 也有将这一概念翻译成共同共有体的,以突出其身份法上的特征;参见胡晓静翻译的乌尔里西·瓦克尔巴特著:《以汇票义务为例论民事合伙人的法律表象责任》,《中德私法研究》2006年第2卷,第112页。

<sup>⑪</sup> Schmidt(前引<sup>⑩</sup>),第656页。

<sup>⑫</sup> 卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》上,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第179页。

<sup>⑬</sup> Nitschke: Das Recht der Personengesellschaften in Deutschland und Frankreich(《德国与法国的人合公司法》),2001,第89页。

<sup>⑭</sup> Nitschke(同上),第88页。

独立的权利义务主体<sup>④5</sup>。共同共有联合体就此被用来表述这一独立存在的全体成员的集合<sup>④6</sup>。共同共有联合体所拥有的财产在物权法上无一例外总是共同共用的关系。

以弗卢梅为代表的团体理论在很长一段时间都被视为一种非主流学说,比如拉伦茨就对此持有异议<sup>④7</sup>。所谓财产学说就否定了人合公司具有独立权利能力。但是,《德国民法典》2000年的修改与此2001年的判例证明了团体学说在与财产学说的争论中最终还是取得了胜利。尽管德国民法典承认了第三民事主体,德国学术界对此还是有不同看法。有观点认为为了区别法人与人合公司责任承担上的不同,应当将人合公司的权利能力称为共同权利能力(Gesamtrechtsfähigkeit)以示区别法人和自然人具有的单独的权利能力<sup>④8</sup>。也有观点认为应扩大法人范围,将人合公司也纳入到法人概念中<sup>④9</sup>。这一观点指出,同是大陆法系的法国就是将包括无限公司与两合公司的所有公司类型都纳入了法人概念之中。也就是说,在法国法中独立承担民事责任并不是法人的特征。公司获得法人资格的前提是在商事登记簿上登记。如果不登记就会影响到法人成员的责任性质。

即便在承认了人合公司的权利能力后,主流学说仍然认为其不具有独立的法律人格(Rechtspersönlichkeit)。根据德国民法的传统理论,在自然人外只有法人才有独立的法律人格。如果承认了人合公司有独立的法律人格,那么不仅无法对人合公司和法人加以区别,进一步推下去甚至会得出结论,将人合公司并入法人的概念之中也顺理成章,那么一百年来的法人的成员承担有限责任的理论就将被彻底颠覆。因此在德国虽然有学者提出扩大法人外延将人合公司并入法人概念之中,但是响应者寥寥无几。当然,对于权利能力和法律人格是否是一个问题的两种表述的争议对于司法实践而言没有什么意义。

<sup>④5</sup> Nitschke(前引④3),第96、97页。

<sup>④6</sup> 参见拉伦茨(前引④2),第194页。

<sup>④7</sup> 拉伦茨(前引④2),第194页。

<sup>④8</sup> Beuthien(前引④9),第859页。

<sup>④9</sup> Raiser: Gesamthand und juristische Person im Licht des neuen Umwandlungsrechts (《新〈重组法〉视线下的共同共有与法人》),载AcP《民法时评》,1994,第511页。

## 六、结 论

从上文的论述中可以看出,中国对于第三民事主体的权利能力、责任能力与诉讼能力虽然都已规定,在承认现有的规定可以解决大部分问题的前提下,难免有人怀疑对第三民事主体讨论的意义,甚至可能认为相关的研究不过是学者的自娱自乐与哗众取宠。制定民法典的一个重要目的就是対现有概念与制度的体系化。就民事主体而言,中国现有规定还是比较零散,不完整,且有彼此冲突的地方,而且有些规定,即便可以解决问题,但其合理性也存有疑问。因此,即便不对现有规定作彻底改变,仅仅对其进行系统化整合,也可对法学理论的发展和为法律实践提供明晰的规则作出贡献。这也就是在同是大陆法系其他国家的学者及司法实践至今还在这方面进行探索的原因。而且逐渐有更多的国家倾向于从理论与立法承认非法人团体的权利能力。但如何来整合第三民事主体当然是一个异常复杂的问题,其涉及是否应对整个民事主体的结构进行根本性调整。因此本文的论述只局限在不对法人及自然人概念进行改动的基础上,提出在第三民事主体立法上应该考虑的问题。

### (一) 应该规定哪些组织为第三民事主体

#### 1. 第三民事主体的特征

在对第三民事主体进行整合时,首先要解决的问题是是否对其进行概括性定义并明确其特点。正如王利明草案说明所指出的,现有法律规定中的其他组织的表现形态多种多样,很难归纳出其共性。所以在梁慧星草案中只概括出第三民事主体的一个特征为独立性,即能以其自己的名义参加民事活动。除此之外,第三民事主体是否就没有任何其他共同特征了呢?比如说,其团体性<sup>⑤</sup>,或是独立财产,或是有一定组织机构,还是独立意志<sup>⑥</sup>?就这一问题我们

<sup>⑤</sup> 王保树:《合伙企业团体能力的思考大纲》,《中国商法年刊》2006年,第12页。

<sup>⑥</sup> 唐伟元:《论民事主体的判断标准》,《科技创新导报》2008年第18期,第126页。

如果以《民诉意见》第40条的规定的其他组织,可以认定团体性不是其中所列的组织共同特征。合伙总是由两个或两个以上合伙人组成,在分支机构和个人独资企业中所有人只有一个。

那么独立财产是不是其他组织的一个共性特征呢?《民诉意见》第40条归纳出的共性就包括合法成立、有一定的组织机构和财产。从上文的论述我们已经得出合伙企业和简单合伙之外的合伙具有独立财产的结论。在承认合伙的独立民事主体地位后,这种财产所有权从物权法的角度来看与自然人或法人的所有权并无差异<sup>②</sup>。但在个人独资企业中是否形成独立于投资人的财产的企业财产的问题上学术界早就提出过疑问<sup>③</sup>。我们认为,在个人独资企业中同样有独立财产存在。首先,根据《个人独资企业法》第8条的规定,投资人要申报出资。至于这种出资是否要将财产所有权转移给该独资企业,法律没有明确规定。但从第8条的用词“申报出资”而不是用的“实际出资”,可以认为转移财产所有权不是必须的,但也不是不可能的。其次,《个人独资企业法》第24条则规定个人独资企业可以依法申请贷款、取得土地使用权,并享有法律、法规规定的其他权利。虽然根据《个人独资企业法》第17条,企业财产的所有权归投资人所有,但是投资人并不能像处分其他私人财产一样来任意处分企业财产。以企业名义获得的贷款,投资人也不能用于其他个人用途。再次,债权人要求清偿债务时,也必须要先就企业财产主张权利,只有在企业财产不足以清偿债务时,投资人才承担补充责任。在个人独资企业解散时,企业要进行清算,投资人不能简单地收回投资。《个人独资企业法》第30条明确禁止投资人在清算完成之前转移与隐匿财产。所有这些规定表明企业财产虽然间接属于投资人所有,但是与个人财产并不是混同的。

对于分支机构的规定散落在《公司法》、《合伙企业法》、《基金会管理条例》、《社会团体登记管理条例》、《商业银行法》、《保险法》等众多法律中。除了银行,分支机构的登记成立并不以投入一定财产为前提。虽然分支机构一般有运营资金,但该财产通常被认为为开办机构所有。而且不像合伙企业或是

<sup>②</sup> 参见王肃元、任尔昕:《我国合伙法律制度的现状及检讨》,《中国法学》2003年第1期,第85页对此提出的质疑。

<sup>③</sup> 赵群(前引①),第97页。

个人独资企业,分支机构对财产的处分法律没有明确规定,因此分支机构与其开办机构财产混同应该是一种合法的常态。最高人民法院 1991 年 4 月 2 日所作出的《关于企业法人无力偿还债务时可否执行其分支机构财产问题的复函》也肯定了这种理解。所以分支机构原则上不能作为民事主体<sup>④</sup>。那么银行的分行是否是一个特例呢? 商业银行分支机构在设立时根据《商业银行法》第 19 条规定,应由其总行拨给一定运营资金,但这种转移是一种“拨付”,并不发生所有权移转,因此商业银行分支机构的注册资本均为零。所以银行的分行在民事主体方面并不是特例。

有一定组织机构可以认为是其他组织的一个共性,但这一特征的实际用来区分某一组织是否具有民事能力的功能有限。独立意志可以看成一项单独特征,也可以看成是另外一项特征——独立财产延伸的结果。就责任能力上来看,第 40 条中规定的合伙(包括个人合伙,合伙企业,各种性质的合伙型联营,中外合作企业,合伙型民办非企业与各类分支机构,个人独资企业与乡镇、街道、村办企业在内的其他组织),其出资人就该组织债务承担的都是连带责任。所以其他组织的成员或所有人在其以自己财产就该组织债务承担补充责任似乎是其他组织另外一项特征。

## 2. 《民诉意见》中的其他组织

值得注意的是,第 40 条中所列有些类型实际上已经不属于其他组织,有些类型还没有被归纳进去。不属于其他组织的一个是外资企业,另外一个社会团体。外资企业的概念本身不是很明确。它既被用作外商独资企业的简称,也被用作所有外商参与投资的企业企业的总称。无论《民诉意见》第 40 条使用的是哪一含义,根据目前法律规定不具有法人资格的外资企业只有不具备法人资格的中外合作企业,而中外合作企业在第 40 条已经有明确规定。再看社会团体,根据《社会团体登记管理条例》第 10 条成立社会团体的前提之一是具有独立承担民事责任的能力。由此推导,在《社会团体登记管理条例》颁布后成立的社会团体都应有法人资格。而且《民法通则》也将社会团体规定为法人的一种。那么中国有没有没有法人资格的社会团体呢? 答案是肯定的。所谓

<sup>④</sup> 同样观点: 谢晓斌:《论法人分支机构在民法上的地位》,《法制与经济》2008 年第 18 期。

的非法人社团,即那些未经批准,擅自开展社会团体筹备活动的民间组织,或未登记的或者被撤销登记的社团就是非法人社团<sup>55</sup>。在涉及这些社团的诉讼中,该社团没有诉讼能力,由直接负责人为当事人<sup>56</sup>。根据《社会团体登记管理条例》第3条第(3)项的规定,机关、团体、企业事业单位内部经本单位批准成立、在本单位内部活动的团体,不属于登记范围,因此也不能成为社会团体。

### 3. 民办非企业

没有在《民诉意见》中得以体现的其他组织类型主要为民办非企业。根据1998年颁布的《民办非企业单位登记管理暂行条例》第12条,民办非企业可以是法人、合伙或者个人。民办非企业实际上类似于基金会,均不以营利为目的。民办非企业的非营利性体现在所谓的“不分配限制”,即在经营过程中不以利润最大化为目标,在存续期间不进行利润分配,至于在解散时可否分配清算后的剩余财产,目前法律还没有明确规定。与之相比,《基金会管理条例》第33条明确指出基金会清算后剩余财产也不可以分配给举办者,而必须用于章程规定的公益目的或是捐赠给其他类似目的的社会公益组织。非法人型民办非企业在民事责任承担上或是与独资企业相同,或是与合伙相同。因此,非法人的民办非企业也可以划归为其他组织的一种。解决对于非营利性的质疑<sup>57</sup>也应该通过承认相对独立的民事主体资格来实现。

### 4. 业主委员会

在合伙企业外新近讨论比较多的是建筑物区分所有权中业主委员会的诉讼地位。这一问题产生的原因是《民事诉讼法》第108条要求起诉被受理的一个前提就是原告与被告明确。因此,在涉及建筑物区分所有权的诉讼中简单地将“某小区的全体业主”或“某栋楼的全体业主”列为原告或被告是不满足当事人明确性这一要求的。起诉书中必须准确列举每个业主的姓名,而这对于欲起诉全体业主的原告而言显然是一个很大的负担。而在全体业主作为原告时,比如起诉开发商侵害业主权利,虽然列举业主姓名相对容易,但并不是每个业主都有时间与精力真正参与诉讼,所以赋予业主委员会这样一个常设机

<sup>55</sup> 《社会团体登记管理条例》第35条。

<sup>56</sup> 《民诉意见》第49条。

<sup>57</sup> 邵斌华:《民办非企业单位的民事主体特性分析》,《山东司法》2007年第5期。

构以诉讼能力来实现业主的诉讼权利就成了一种必然的考虑。而这一考虑在全体业主作为被告的情形中,从减轻原告的诉讼负担角度出发,显得更加迫切。

在《物权法》草案中对业主委员会的诉讼能力曾经予以肯定,但相关规定在颁布的版本中最终被删除,理由是业主委员会一般没有独立的经费,不能独立承担责任<sup>⑤</sup>。尽管最高人民法院在2003年的一项批复肯定了业委会作为原告的资格<sup>⑥</sup>,但在《物权法》颁布前最高人民法院在相关案件的裁定中却以缺乏财产的理由否定了业委会的当事人能力<sup>⑦</sup>。无论是否赋予业委会权利能力,必须分清业委会的权利能力与业委会是否可以以自己名义就主张全体业主的权利提起诉讼是完全不同的两个问题。因为赋予业委会当事人能力也不等于承认业委会具有权利能力,而可能是为了便于诉讼作出的一种安排。即便承认业委会有权利能力也不意味着业委会是全体业主所享有权利的主体,因为业委会以自己的名义代表全体业主进行诉讼时也可能是所谓的任意诉讼担当,即以自己的名义在诉讼中主张他人的权利<sup>⑧</sup>。

就业委会当事人能力的问题,目前学术界的多数观点倾向于一种肯定性的态度<sup>⑨</sup>。根据《物权法》第83条第2款规定,业主大会和业主委员会可以要求损害业主利益的行为人停止侵害、消除危险、排除妨害、赔偿损失。最高人民法院在《关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释(征求意见稿)》中赋予了业主委员会通过诉讼行使这一请求权的主体地位。该解释第13条规定,“业主共同权益受到侵害、妨害或者可能受到妨害的,原告可以为业主委员会,在没有选举出业主委员会或者业主委员会怠于行使权

<sup>⑤</sup> 胡康生主编:《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社2007年版,对于第82条的解释。

<sup>⑥</sup> 最高人民法院在2003年8月20日发布一项司法解释,即《关于金湖新村业委会是否具备民事诉讼主体资格请示一案的复函》肯定了当事人能力。

<sup>⑦</sup> 参见最高人民法院(2005)民一终字第12号民事裁定。

<sup>⑧</sup> 王德良、尤月成:《业主委员会的民事诉讼主体资格探讨》,《天津市政法管理干部学院学报》2007年第4期,第42页。

<sup>⑨</sup> 田梦海、吴恩玉:《论业主委员会的原告地位——以〈浙江省物业管理条例〉和〈物权法〉为背景展开》,《法治研究》2008年第8期;梅伟、张旭东:《论我国业主团体的法律地位》,《江西社会科学》2008年第4期,第191页;翟业虎:《城市社区业委会法律地位研究》,《湖北社会科学》2008年第8期。



利的情况下,为业主大会或者业主。有关业主共同权益的生效裁判,对全体业主具有约束力。其诉讼利益归属于全体业主。”那么在这一规定中,最高人民法院赋予业主委员会是一种什么诉讼地位呢?因为诉讼利益归属于全体业主所有,但业主委员会却又以自己名义进行诉讼,该问题可能的答案只有一个:业主委员会是以诉讼担当的身份为全体业主的利益参加诉讼。

就业委会作为独立民事主体的问题,目前讨论并不是很多。《物业管理条例》第16条规定,业主委员会应当自选举产生之日起30日内,向物业所在地的区、县人民政府房地产行政主管部门登记备案。但这种登记备案并不是社会团体的登记备案,只是其取得合法资格的要件<sup>③</sup>。如果根据上文归纳出三个特征判断业主委员会可以成为民事主体,一是看其是否能够以自己名义参与交易。根据《物业管理条例》第15条业主委员会可以代表全体业主签订物业管理合同。在这里合同的双方当事人应该是全体业主与物业公司,而不是业主委员会。《物业管理条例》第15条中“代表”应该理解为一种代理关系。业主作为合同一方直接向物业公司履行缴纳物业管理费的义务,享有要求物业公司履行提供物业服务的权利。既然业主委员会能够以自己名义、以代理人的身份签订合同,那么可以推导出其具有相应的民事行为能力,所以就应当承认其民事主体地位。二是其是否有独立财产,这是目前学术讨论的一个中心问题<sup>④</sup>。具体而言,争议的焦点集中在物业的共用部分的收益和维修基金的所有权人是全体业主还是业主委员会或业主大会<sup>⑤</sup>。《物权法》第79条明确规定,建筑物及其附属设施的维修资金,属于业主共有。根据第73条可以推定共有部分的收益也同属于业主共有。所以,根据目前法律规定,业主委员会虽然有财产,但其财产只包括其办公活动经费。三是看业主委员会成员是否为业主委员会的债务承担补充责任。这一点也应予以肯定。即业主委员会的民事责任最终需要由全体业主共同承担,比如如果业主委员会在与物业公司的诉讼中需要承担诉讼费用,超出其办公活动经费部分由业主承担。

德国新修订的《住房所有权法》于2007年7月1日生效,其中一项重要的

<sup>③</sup> 吴国平:《业主委员会法律地位的新思考》,《福建政法管理干部学院学报》2008年第3期。

<sup>④</sup> 翟业虎(前引<sup>②</sup>),第148页。

<sup>⑤</sup> 梅伟、张旭东(前引<sup>②</sup>)。

改动就是针对由全部业主构成的业主共同体的权利能力进行的。在法律修订前,学术界通说认为,建筑物区分所有权根据所有权的领域可分为两个部分:一是就包括土地在内的共有部分<sup>⑥</sup>的共同所有权,该所有权属于全体业主按份共有;二是用于管理建筑物全部的资产与负债,包括维修基金、管理费用分摊、出租共有部分获得的收益,就侵害共有部分所获得的损害赔偿等等,根据修改后第10条第6款为业主共同体单独所有<sup>⑦</sup>,业主对此不享有所有权。业主共同体虽然由全体业主组成,但并不是全体业主简单相加构成的集合,而是区别于全体业主独立存在的,有权利能力的民事主体。业主共同体的独立性体现在它不因其成员的变动而发生变动,管理建筑物的经费与财产上的所有权也不因成员的变动而发生变动。业主在转让房屋时也不能就此进行处分<sup>⑧</sup>。业主共同体权利能力的范围包括对于建筑物共有部分进行管理<sup>⑨</sup>时以自己名义订立合同,取得相关动产(比如割草机、取暖用油)上的所有权,委托专业人士进行维修工作、聘用管理人。在同样的范围内,业主共同体具有诉讼能力。

德国法学界认为承认业主共同体作为独立民事主体有如下优势:(1)无论是因合同或是拍卖发生业主更替时,业主共同体作为独立民事主体所有的财产不受影响;(2)业主共同体的债权人可以直接起诉业主共同体,而无须调查每个业主的姓名<sup>⑩</sup>,比如说为业主共同体服务的保洁公司在起诉书中可以将“某大街某号的全体业主”直接列为被告,而无须像以前一样指出每个单个业主的姓名;(3)业主共同体可以直接向单个业主主张债权,比如要求缴纳管理

<sup>⑥</sup> 《住房所有权法》第1条第5款。

<sup>⑦</sup> Wenzel; 载 Bärmann WEG-Kommentar (《贝尔曼住房所有权法评注》), 2008, 第10版, 边号285及以下; Stefan Hügel: Das neue Wohnungseigentumsrecht (《新住房所有权法》), DnotZ (《德国公证员杂志》), 2007, 第328页。

<sup>⑧</sup> Hügel (前引<sup>⑦</sup>), 第331页。

<sup>⑨</sup> 亦有翻译为对“共有所有物”进行管理的范围有权利能力,参见白江:《德国住宅楼管理制度之研究及启示》,《中外法学》2008年第2期,第193页脚注7。那么这里的“共有所有物”(Gemeinschaftliches Eigentum)究竟指代的是什么呢?《住房所有权法》第1条第5款对此给出了定义:共有所有物包括建筑物占用的土地及建筑物中不属于某个业主或第三人所有的部分、设备和设施。所以“共有所有物”实际上就是中国建筑物区分所有权中的共有部分。

<sup>⑩</sup> 联邦最高法院2005年6月2日裁定,载 NJW (《新法学周报》), 2005, 第2064页。

费用。而之前必须通过管理人作为诉讼担当人或是通过信托的方式来主张债权<sup>⑦</sup>。

德国的这一规定效果与中国有一些类似。因为业主共同体作为民事主体,其机关为业主大会和管理人,或是管理参议会。而管理人的职能与中国法中的业主委员会相近。而且在责任承担方面,德国的规定在我们看来比较令人费解。根据《住房所有权法》第10条第8款,业主共同体的债权人原则上可以直接起诉业主共同体,或者单个业主,或者同时起诉两者<sup>⑧</sup>。考虑到业主共同体的债权人的债权如果是基于合同的话,那么合同的另一方当事人应该是业主共同体,业主交纳的管理维修费用也为业主共同体所有,在这种情形下,债权人可以摈弃业主共同体,直接起诉并不是合同当事人的单个业主。

### 5. 清算组织

根据《公司法》第185条以及自2008年5月19日起施行的最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定(二)第10条清算组在清算期间并不是以自己名义,而是以公司名义代表公司参与民事诉讼活动。清算组织的身份不是诉讼担当,而是公司的代表机构。

### (二) 是否以登记作为获得第三民事主体的前提

在整合民事主体时必须解决的还有是否要求第三民事主体进行登记的问题。德国法上民法合伙和无权利能力社团不以登记为获得权利能力的前提。这样规定更便于处理某一团体在还没有登记成法人前其本身与其成员对外的法律关系。也就是说,不会导致没有登记的法人在适用法律方面是一片空白。但是不以登记为要件也有弊端,主要是公示性的缺乏不利于交易安全。这也就是德国法虽然承认民法合伙(和无权利能力社团)无需登记也可以取得权利能力,但是在土地登记方面进行了限制,要求必须将其成员同时登记在册的原因。

中国目前的法律基本上遵循登记原则。登记原则的优点在于公示性,这

<sup>⑦</sup> 联邦最高法院裁定(前引<sup>⑦</sup>),第2066页。

<sup>⑧</sup> Wenzel(前引<sup>⑦</sup>),边号302及以下。

一点在以营利为目的的商事活动中显得尤为重要。因此要求从事商事活动的主体进行登记是必要的。中国法如果坚持以登记和取得营业执照作为取得权利主体地位的前提,作为完备的法律,必须要解决没有登记,比如说成立中公司或者营业执照被吊销<sup>⑦</sup>的情形。目前中国法律在这方面主要靠学说和司法解释来处理。理论上比较理想的解决方法是设置一个不以登记为成立前提的用于兜底的基本团体类型。这一团体类型尽可能要中性,没有任何成立形式上的需求,应以任意性规定为主<sup>⑧</sup>。在规定了兜底类型后必须要解决这种类型不被滥用的问题。通过要求其成员承担无限责任就是一种可以考虑的方法。因此德国法中这一兜底类型为民法合伙,在瑞士法中这一兜底类型为简易公司(Einfache Gesellschaft),实际上也是一种不登记的合伙。在这两种基本类型中,自然人与法人都可以成为合伙人,组织的目的可以是营利性的也可以是非营利性的,成员彼此之间的关系可松可紧,完全取决于合同的安排。德国法解决这一问题的方法是允许民法合伙作为兜底类型自动过渡需要登记的无限公司。瑞士法解决方法类似,也是允许自然人为股东的简易公司一旦从事商事经营就自动变更为与中国普通合伙企业类似的集体公司(Kollektivgesellschaft)<sup>⑨</sup>。也就是说,登记对于从事商事经营的无限公司与集体公司而言都只有宣示性效力,没有设权性效力。如果合伙人不从事商事经营,但是打算设立无限公司或是集体公司,就必须要登记,在此时登记则具有设权性效力。在中国可以考虑将合伙改造成为这样的一种基础组织类型,整合现有的个人合伙与联营的规定,创设一个新的合伙概念,不以登记为前提,合伙人可以是法人也可以是自然人。

在以公益为目的团体中,社团是比较合适的一种组织形式。考虑到社团的公益性,可以适当放宽登记上的要求。这也就是德国法最终放弃了无权利

<sup>⑦</sup> 学界对此问题存在完全不同的看法:杜万华、王艳彬:《公司被吊销营业执照后的法人主体资格——兼论公司被吊销营业执照后的民事主体和诉讼主体资格》,《人民司法》2000年第7期,第21页,认为公司法人资格消失于注销登记之时,而非吊销营业执照之时;而陈敏:《企业法人被吊销营业执照后的主体资格和民事责任承担问题浅探》,《福建政法管理干部学院学报》2004年第10期,第36页观点与之正好相反。

<sup>⑧</sup> Meier-Hayoz/Forstmoser: Schweizerisches Gesellschaftsrecht (《瑞士公司法》),2008,第10版,第12章边号4-5。

<sup>⑨</sup> Meier-Hayoz/Forstmoser(同上),第4章边号51。

能力社团的概念,转而承认所有已订立章程的非经济社团不论登记与否都有权利能力。《瑞士民法典》第 61 条要求社团不可以营利为目的,但是可以从事营业活动。出于公示性的考虑,从事经营活动的社团原则上要登记,登记具有宣示性效力。登记的社团在会计方面也要符合商事主体的要求。未登记社团只要简单记录收支即可<sup>⑥</sup>。如果对非营利性团体进行细分,可以分为纯粹公益性和共益性团体。共益性团体包括一些俱乐部,团体的活动的目的不是为了社会全体,而只是为了其成员受益,瑞士法为实现这一目的提供了合作社这样一种比较合适的组织类型,但实践中一些共益性团体比如个别城市的律师协会仍然采取的是社团方式。如果这些团体从事的不是商法意义上的经营活动,其营利不是社团的主要目的,司法实践一般是允许的<sup>⑦</sup>。

中国法中将非营利性组织分为社会团体与民办非企业两种类型。这两者之间的区别在于社会团体不从事经营活动,而民办非企业可以从事经营活动,只是其经营活动不以营利为目的,而且两者都以登记为成立前提。对于不从事经营活动的社会团体而言,登记作为设立前提的要求比上述国家都要严格。

### (三) 如何来规定第三民事主体的权利能力、诉讼能力与侵权责任

是否承认第三民事主体的概念与其权利能力,可以考虑的因素包括学理上和体系上的协调性,交易安全、交易便利,还有司法实践已经形成的规则。就最后一点而言,目前从学术界的态度和法律规定可以看出肯定其他组织的权利能力的倾向。

从学理的角度,正如德国联邦最高法院在 2001 年的判例中所指出的,承认包括合伙在内的人合公司的权利能力更容易理解与之相关的一些法律规定。该判例的一些理由的阐述在中国法的语境中同样适用。因此本文这里对该判决的基本理由加以概括<sup>⑧</sup>。2001 年判例认为《德国民法典》实际上肯定了

<sup>⑥</sup> Meier-Hayoz/Forstmoser(前引<sup>⑦</sup>),第 20 章边号 18。

<sup>⑦</sup> Meier-Hayoz/Forstmoser(前引<sup>⑦</sup>),第 20 章边号 23。

<sup>⑧</sup> 基金会虽然也不能以营利为目的,但基金会以投入特定目的的财产而设立方式,本身不是人的联合体。

有独立存在的、与合伙人的私人财产相分离的合伙财产。其次,承认民法合伙的独立主体性能够使得合伙的存续不因合伙人的变更而受影响。否则,很难解释为什么合伙人变更后所有以前签订的合同无须进行变更。因为如果认为不是合伙,而是全体合伙人是合同的当事人,那么某个合伙人在退伙或入伙时必须对所有涉及的合伙合同进行变更。再次,也只有在承认民法合伙是独立存在的民事权利与义务的主体,才能解释为什么民法合伙一旦从事商事活动就自动成为具有民事权利能力的无限公司。承认民法合伙的权利能力后承认其诉讼能力也就是理所应当的事。

如果不承认民法合伙的诉讼能力,在民法合伙参与的诉讼中就会遇到很大障碍。因为在这种诉讼中,所有合伙人构成德国民事诉讼上的必要共同诉讼人。与中国法不同,根据《德国民事诉讼法》第 61、62 条,在必要共同诉讼中的共同原告或共同被告不需要彼此协商即可以进行独立的诉讼行为。这就导致在民法合伙参与的诉讼中实体权利与诉讼权利的分离。因为实体法上合伙人的处分权是根据合伙合同的约定。如果约定某一合伙人为合伙的代表人,在实体法上只有该代表人才有权代理合伙。其他合伙人无权代理合伙。但是诉讼法上的权利能力的行使依据的是诉讼法关于必要的共同诉讼的一般规定,不受实体法上的限制。如果不承认合伙本身的诉讼能力,诉讼还是必须以全体合伙人为当事人,这时即便在合伙合同中约定了合伙代表人,也不能以此约定禁止其他合伙人参加诉讼,因为合伙本身并不是当事人。当事人是每个合伙人,合伙合同无法剥夺他们享有的诉讼权利。所以为了避免因共同诉讼带来的种种不便,在没有承认民法合伙诉讼能力之前,司法实践就已经在一定程度上将民法合伙作为独立诉讼主体来处理了。

从交易安全的角度来看,承认第三民事主体会使得交易关系变得更为明晰。从交易便利的角度,承认第三民事主体便于第三民事主体以自己名义参与民事活动。正如有学者指出,承认其他组织有经营权利,同时又否认其作为交易主体的地位,对其开展经营活动非常不利<sup>⑨</sup>。在承认第三民事主体后推导出其诉讼能力是顺理成章的事。第三民事主体可以以自己名义起诉与应诉。

<sup>⑨</sup> 尹田(前引②),第 15 页。

但是在第三民事主体财产不足清偿债务时,其成员或所有人毕竟还是要以自己的财产承担连带责任,所以在承认其他组织的当事人能力后仍然还有这样一个问题,即其他组织的交易相对人是应以第三民事主体为单独被告还是以第三民事主体及其成员或所有人作为共同被告来提起诉讼呢?理论上这两种做法应该都是可以的。如果只以其他组织为单独被告,在判决生效后的执行过程中发现其他组织的财产不足以清偿其债务,中国法律规定债权人无须对其成员另行提起诉讼,可以直接变更和追加被执行主体。1998年最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定》第76条至第78条就个人独资企业、合伙组织与合伙型联营以及法人的分支机构在这一点上已有明确规定。同时,因为其他组织成员和所有人对其他组织的债务承担的是连带责任,在满足相关前提时也可以将两者作为简单的共同被告提起诉讼。

根据德国法,如果只起诉人合公司或民法合伙,那么在判决执行时发现公司或合伙财产不足以清偿债务,法院不能直接追加公司股东或合伙人为被执行对象。为了执行公司股东或合伙人个人的财产以清偿公司债务,公司债权人必须另行起诉公司股东中的一人或多人。但是法院允许公司债权人同时起诉公司和个别公司股东,因为两者之间是连带债务关系,他们可以构成诉讼法的简单共同诉讼。<sup>④</sup>

根据瑞士法,集体公司与两合公司虽然有当事人能力,但没有权利能力。之所以承认无限公司与两合公司的当事人能力是便于其参与诉讼。因为如果否认集体公司与两合公司的当事人能力,在债权人对其进行起诉时,势必要将其所有股东作为必要共同诉讼的被告。如果股东人数众多,必然造成债权人诉讼的不便。首先债权人必须确定该公司有哪些股东以及这些股东的住所。仅这一项就会耗费债务人很大精力。如果遗漏了某个股东,诉讼将会因被告不适格而被驳回。正是出于这一原因,司法实践与学说承认了集体公司和两合公司的当事人能力。但是债权人因此获得的诉讼上便利在另一方面又为一项不便所限制。根据《瑞士债法》第568条和第604条,集体公司和两合公司

<sup>④</sup> Bruckmann: Die Praxis der Zwangsvollstreckung(《强制执行法实务》),2002,第4版,第53页及以下。

债权人不能同时将公司与公司股东作为共同被告来起诉。债权人必须先起诉公司,只有不能完全执行判决时,债权人才可以另行起诉股东。

对比这三种做法,可以看出中国法律规定明显偏向债权人的保护,德国法律的规定虽然也偏向债权人保护,但是在公司股东保护方面显然比中国法要强一些,瑞士法律对债权人和债务人各有利有弊,对公司股东的保护则为最强。在中国整合第三民事主体的规定时,在程序法方面当然可以延续现有规定。但是不经过审判程序直接在执行程序中追加被执行对象的规定在学理上并不是没有问题。因为被追加的被执行对象尽管可以提出案外人异议,但是这与审判程序中当事人所享有的权利相比毕竟还是有限的。中国学术界对于这种以执行权代替审判权的做法也不乏批判<sup>①</sup>,也有建议通过完善被追加的被执行对象的救济制度来保障其诉讼权利<sup>②</sup>。不经过审判程序直接执行在判决中没有判定承担义务人的财产实际上是一种侵犯该被执行人诉讼权利的行为。这也就是德国法和瑞士法没有追加被执行对象制度的原因。

关于第三民事主体的侵权责任,可以比照法人明确规定。在德国法中法人与其他第三民事主体的侵权责任根据《德国民法典》第 31 条确定。在《中华人民共和国侵权责任法草案建议稿(第二稿)》中第 78 条【法人或其他组织的工作人员以及雇员致人损害】规定“法人或者其他组织的法定代表人、负责人以及实习生等工作人员,在执行职务中致人损害的,由该法人或者其他组织承担替代责任。雇员在执行雇佣活动中致人损害的,雇主应当承担替代责任”。根据第 79 条【追偿权】“法人、其他组织或者雇主在承担了侵权责任之后,对在执行职务活动或者雇佣活动中有过错的工作人员或者雇工有权进行追偿”。

在《德国民法典》中对法人的侵权责任与法人工作人员的侵权责任是分开立法的。第三民事主体的侵权责任是与法人相同的。法人的侵权责任就是法人为其机关的侵权行为对外承担的责任<sup>③</sup>。法人机关的过错直接被认定为法

<sup>①</sup> 山民、陈永星:《审判与执行中变更、追加责任主体之区别》,《人民司法》2002 年第 3 期,第 16—17 页。

<sup>②</sup> 江苏省扬州市中级人民法院课题组:《变更和追加执行主体问题研究》,《法律适用》2008 年第 10 期。

<sup>③</sup> 《德国民法典》第 31 条。



人的过错。而在法人工作人员的侵权责任方面,情况就复杂得多。首先工作人员的过错与法人的过错是分开的。如果工作人员行为本身有过错,该工作人员原则上根据《德国民法典》第 823 条直接对外承担责任。其次,如果该工作人员与法人之间存在劳动关系,则工作人员如果只存在轻微过失时,对内可以要求法人承担完全责任,对于工作人员的故意侵权行为,法人不承担任何责任。在轻微过失与故意之间的行为,按照行为过错的程度,来确定法人承担责任的范围<sup>④</sup>。最后,如果工作人员实施的侵权行为是因为法人自己在挑选和监督员工以及企业组织安排方面的过错造成的,法人也要对受害人承担单独责任<sup>⑤</sup>。

#### (四) 整合的方法

承认第三民事主体就必须放弃民事主体责任的非独立性。就第三民事主体,可以采取抽象加列举的规定方法,即抽象定义中概括第三民事主体的共性,具体列举合伙企业、分支机构和个人独资企业等符合这一定义目前已经出现的组织类型。此外,可以考虑重构合伙概念,使其变成一种基本的、多用途的组织类型。对于第三民事主体的侵权责任与承担其他法定责任的能力也应比照法人加以明确。对于强制执行方面的规定也可以考虑修改。

---

<sup>④</sup> Hromadka/Maschmann: Arbeitsrecht (《劳动法》)第 1 卷,2008,第 4 版,第 341 和 333—334 页。

<sup>⑤</sup> 《德国民法典》第 831 条;Sprau: 载 Palandt (《帕兰特民法典评注》),2009,第 68 版,第 823 条,边号 50。