

本期特稿

论“为其他非营利目的”成立的法人

张新宝* 汪榆森**

内容摘要:以利益的归属方为标准,可以将非营利目的划分为公益、互益与自益。公益性法人的利益主要是非经济福利,其归属于第三方,体现高度利他性。互益性法人的利益归属于成员自身,其利益属性可以包括经济利益,其类型包括经济类公共交易平台与非公益性社会团体。自益性法人的利益归属于法人自身,主要是指宗教活动场所。互益性法人与宗教活动场所法人原则上都不得从事经营活动。互益性法人终止时出资人只能有限分配剩余财产。

关键词:其他非营利目的 互益性法人 自益性法人 经营活动 有限分配

DOI:10.13415/j.cnki.fxpl.2018.04.001

引言

《民法总则》依循“功能主义”的法人分类方法,将法人划分为营利法人与非营利法人两大类型。^①虽然《民法总则》对于非营利法人进行了多维度的类型划分,但是依据法人成立目的所划分的公益性法人与非公益性非营利法人无疑是最为重要的一个考察维度。^②

相较于营利法人和公益性法人而言,非公益性非营利法人多少显得有些陌生。面对这一陌生的法人类型,我们自然而然地提出了一系列的问题:何为“其他非营利目的”,其与公益目的有何区别,应当以何标准划分非营利目的的类型;“其他非营利目的”是否就是“互益目的”,是否还存在第三种非营利目的;为其他非营利目的成立的法人有哪些具体类型;其是否可以从事经营活动;其终止时剩余财产又应当如何处置。这些问题都是本文所尝试予以回答的。

本文以《民法总则》的相关规定为研究的基础和出发点,立足于我国非营利法人的现实状况,既关注非营利法人特别法的现行规定,也注重构建非公益性非营利法人的理论体系。同时,对于域外立法例也给予了适当的关注。以期为非公益性非营利法人的基础研究工作添砖加瓦。

一、基于利益归属方的“非营利目的”类型划分

(一)非营利法人的类型划分——以成立目的为标准

1.非营利法人的多维度类型划分

《民法总则》在法人的分类上采取了单一标准的划分方式,即将所有法人划分为营利法人、非营利法人与特别法人三大类。这种划分方式是周延的,任何一个法人在民法上都可以划归到其中的一种类型中。但是

* 中国人民大学法学院教授。

** 中国人民大学法学院博士研究生。

① 参见张新宝:《从〈民法通则〉到〈民法总则〉:基于功能主义的法人分类》,载《比较法研究》2017年第4期。

② 为行文方便,本文将为公益目的成立的法人称为“公益性法人”,将为其他非营利目的成立的法人称为“非公益性非营利法人”。随着下文的展开,本文将为互益目的成立的非营利法人称为“互益性法人”,将为自益目的成立的非营利法人称为“自益性法人”。严格来说,在营利法人中也会有互益性营利法人,但考虑到本文讨论范围仅限于非营利法人,将“互益性非营利法人”简称为“互益性法人”并不会引发歧义,为行文简便,直接以“互益性法人”表述。

在对于非营利法人的“再分类”中,《民法总则》采取了多标准的类型划分方式。^③ 具体而言,以成立目的为标准,分为为公益目的成立的非营利法人(公益性法人)与为其他非营利目的成立的非营利法人(非公益性非营利法人);以组织形态为标准,分为事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构等;以资金来源为标准,分为捐助法人与非捐助非营利法人。

这种类型划分模式既具有一定的优点,也具有一定的缺点。优点在于这些不同标准的类型划分都是从非营利法人某一维度的性质出发,对于不同类型的非营利法人予以区别规制,这可以使得非营利法人得到更好的治理。缺点则在于法律适用上的复杂。对于一个具体的非营利法人而言,其要受到基于设立目的、组织结构、资金来源等方面的不同法律规范的规制。例如对于一个基金会法人而言,其既是为公益目的成立的法人,也是捐助法人。这就意味着其既要受到《基金会管理条例》的规制,也要受到法律关于公益性法人之规定以及相关法理的规制,还要受到法律关于捐助法人之规定以及相关法理的规制。^④

2.以利益归属方为标准——三种非营利目的

《民法总则》将“非营利目的”划分为公益目的与其他非营利目的。通说认为,其他非营利目的就是“互益目的”。^⑤ 笔者则认为,从利益的归属方进行考察,在公益目的与互益目的之外,还存在一种非营利目的,即“自益目的”。对于这三种类型非营利目的的具体内涵留待下文详述。此处笔者仅对其进行粗线条的勾勒。

设立一个非营利法人以及该非营利法人设立之后所从事的民事活动,归根结底是为了实现利益的再分配。围绕这一利益存在着三方主体,即非营利法人本身、利益付出方与利益接收方。非营利法人的设立人、出资人或者成员是当然的利益付出方,因为在设立法人的过程中或者在法人后续的运用中,其都要或付出资金或付出时间精力。在利益付出方已经确定的情况下,利益接收方只能有三种情形:利益接收方与利益付出方相同;利益接收方是非营利法人自身;利益接收方是法人以及利益付出方以外的第三方。本文所论述的公益目的、互益目的、自益目的之划分大体上就是依循这一思路展开的。

第一,公益性法人的利益接收方是法人及其设立人、出资人或者成员之外的第三方。其利益接收方与利益付出方是不同的。而且公益性法人自身并不是利益的接收方,即公益性法人自身没有独立的利益。

第二,互益性法人是为了成员间的共同利益所成立,因此其利益接收方与利益付出方是相同的,都是互益性法人的设立人、出资人或者成员。此外,互益性法人自身也不是利益的接收方,法人自身没有独立的利益。

第三,自益性法人主要是为了法人自身利益(存续利益)而设立。其利益接收方是自益性法人自己。自益性法人与公益性法人的相同点是其中的利益付出方与利益接收方都存在分离的现象。二者的不同点则在于公益性法人不存在自己独立的利益,而自益性法人则具有自己独立的利益。

需要说明的是,以上关于非营利法人设立目的的划分,都是从总体层面进行分析,抓住的是各类非营利法人的“主要设立目的”。从细节层面或从较长期间来看,基于不同目的成立的非营利法人实际上都会促进公益、互益与自益目的的发展。

下表简要描述了上述三种基于不同目的设立的非营利法人在各方面的法律属性。

^③ 实际上对于非营利法人也不存在统一的类型划分标准。See James J. Fishman, *The Development of Nonprofit Corporation Law and an Agenda for Reform*, 34 *Emory L. J.* 657(1985).

^④ 毋庸讳言,我国目前对于非营利法人的法律规范仍然是较不完善的,这就意味着在法律的明确规定之外,极有可能需要依据法学理论予以某种程度的补充规制。

^⑤ 参见沈德咏主编:《〈中华人民共和国民法总则〉条文理解与适用(上)》,人民法院出版社2017年版,第618页;王利明主编:《中华人民共和国民法总则详解》(上册),中国法制出版社2017年版,第363页;陈甦主编:《民法总则评注》(上册),法律出版社2017年版,第636页;李适时主编:《中华人民共和国民法总则释义》,法律出版社2017年版,第257—258页。

非营利法人目的类型	公益性法人	互益性法人	自益性法人
利益归属	第三方	法人成员	法人自身
主要资金来源	政府拨款、捐助	成员出资	捐助
典型形态	事业单位、公益性社会团体、基金会、社会服务机构	互益性社会团体、经济类公共交易平台	宗教活动场所
有无成员	无	有	无
非营利目的的表现	不得分配利润、不得分配剩余财产	不得分配利润、限制性分配剩余财产	不得分配利润、不得分配剩余财产
行为非营利性表现	限制为营利行为	不得为营利行为	不得为营利行为
主要法律依据	《民法总则》第95条;《基金会管理条例》第28、29条;《事业单位登记管理暂行条例》第2条;《社会团体登记管理条例》第4、26条。	《社会团体登记管理条例》第4、26条。	《宗教事务条例》第52、57、60条。

(二)“公益目的”与公益性法人

公益性法人并非本文讨论的对象,但是对于公益目的的理解直接影响到对于其他非营利目的的理解,因此仍然有必要对于公益目的以及公益性法人作一番简要地考察。

虽然“公益”的概念在某种程度上确实是模糊不清且令人困惑的。^⑥但是在《民法总则》之外,有一些法律已经对于“公益”的范围进行了规定。结合《公益事业捐赠法》第3条、^⑦《信托法》第60条^⑧的规定,应当认为我国现行法中的“公益”特指以下事项:(1)救灾扶贫;(2)扶助残疾人等困难群体或个人;(3)发展教育、科技、文化、艺术、体育、医疗事业;(4)生态环境保护;(5)社会公共设施建设;(6)其他社会公共和福利事业。

从上述6项公益事项的列举可以发现,“公益目的”具有以下几个特点。

^⑥ See Henry B. Hansmann, Reforming Nonprofit Corporation Law, 129 U. Pa. L. Rev. 536-37(1981).

^⑦ 《公益事业捐赠法》第3条规定,“本法所称公益事业是指非营利的下列事项:(一)救助灾害、救济贫困、扶助残疾人等困难的社会群体和个人的活动;(二)教育、科学、文化、卫生、体育事业;(三)环境保护、社会公共设施建设;(四)促进社会发展和进步的其他社会公共和福利事业。”结合该法第2条、第5条的规定可以推知,该法中“公益事业”与“公益目的”的具体范围应当是一致的。

^⑧ 《信托法》第60条规定,“为了下列公共利益目的之一而设立的信托,属于公益信托:(一)救济贫困;(二)救助灾民;(三)扶助残疾人;(四)发展教育、科技、文化、艺术、体育事业;(五)发展医疗卫生事业;(六)发展环境保护事业,维护生态环境;(七)发展其他社会公益事业。”

第一,具有典型的高度利他性。公益目的的利他性是指在公益事业中,投入资源的一方是以实现他人的利益为目的而投入资源。对于公益性法人而言,不论是其设立人、出资人还是向其进行捐赠的人(以下统称捐赠人),他们的目的首先都是为了促进他人的利益。只有他人的利益得以实现,捐赠人的捐赠目的才真正得以实现。

从哲学上进行考察的话,公益目的的这种高度利他性的根源可能来自于人类本能中的同情怜悯心理。诚然,自利(主要是经济上的自利)是人类行动的重要动机,但是却并非唯一动机。^⑨ 在自利之外,人类还天然地具有一定程度的利他情感。不论中外,人类对于这种同情怜悯的心理早有认识,怜悯心是人类最应具备的禀性,怜悯心之于人类是与生俱来的。^⑩

需要指出的是,公益性法人体现的是一种典型的高度利他性。诚然,利他性在所有非营利组织中都有所体现。^⑪ 甚至对于营利法人而言,也会体现出一定程度的利他性。^⑫ 但是,毫无疑问,公益目的所体现的利他性程度更高,更为典型。这也是人们在很多时候天然地将公益与慈善紧密联系起来的原因之一。^⑬

第二,公益目的的受益类型原则上限于非经济福利范畴。所谓非经济福利,笔者在此借鉴了庇古在《福利经济学》中的有关论述。庇古认为,福利是多种多样的,但是可以大致划分为经济福利与非经济福利两大类。在二者之间虽然不存在一道像“界桩或篱笆”那样清晰的界限,但是借助货币这一测量尺度却能够大致将二者划分开来。总的来说,能够直接或间接与货币这一测量尺度有关的那部分福利就是经济福利,反之则为非经济福利。^⑭ 笔者认为,公益目的所要推进的是这部分非经济福利的发展,而不是经济福利的发展。换言之,公益事业的开展并不关心经济福利的增进与否。前列教育、科技、文化、艺术、体育、医疗、生态环境等事业是否取得进步,都不是简单地能够以货币来加以衡量的。

第三,公益性法人本身并不具有独立的利益。前文已经述及,在公益目的中利益的接收方是法人本身及其出资人、设立人或成员之外的第三方。由第三方来接受利益也就意味着从本质上来看,公益性法人本身并没有独立的利益存在。换言之,公益性法人就像一座桥梁或者一个中转站一样,经由其手,将利益从一方转移到另一方。原则上利益不应当在公益性法人手中“长久停留”,除非出于某些特定的理由,例如将一部分的利益在公益性法人手中作一定时间的停留以期该利益得以扩大进而使得输出的总利益增加。

二、“其他非营利目的”之一:互益目的与互益性法人

(一)互益目的的概念内涵与利益性质

1.“互益目的”的概念——兼论“互益”之范围

“其他非营利目的”中最常见也是最典型的是“互益目的”。所谓互益目的,是指以实现特定群体的共同利益为目的,典型的如行业协会、商会等。笔者称这类非营利法人为“互益性法人”。^⑮ 互益目的与公益目的之间存在较大的差别。互益目的中的利益虽然是一种“共同利益”,但是这一“共同利益”中包括了该特定群体中每一个个体的“个人利益”。换言之,互益性法人的成员最终追求的还是自己的“个人利益”,促进“共同

^⑨ 阿马蒂亚·森一再强调,自利不是人类行为的唯一动机。参见[印度]阿马蒂亚·森:《伦理学与经济学》,王宇、王文玉译,商务印书馆2014年版,第24页以下。

^⑩ 参见《孟子》,宁镇疆注译,中州古籍出版社2007年版,第75—76页;[法]卢梭:《论人与人之间不平等的起因和基础》,李平沅译,商务印书馆2015年版,第75—76页。

^⑪ See Rob Atkinson, Altruism in Nonprofit Organizations, 31 B. C. L. Rev. 519—65(1990).

^⑫ See M. Todd Henderson and Anup Malani, Corporate Philanthropy and the Market for Altruism, 109 Colum.L.Rev. 571—627(2009).

^⑬ 慈善组织构成了非营利法人的主要组成部分。[美]玛丽恩·R. 弗莱蒙特—史密斯:《非营利组织的治理——联邦与州的法律与规制》,金锦萍译,社会科学文献出版社2016年版,第3页。

^⑭ 参见[英]A. C. 庇古:《福利经济学(上卷)》,朱泱、张胜纪、吴良健译,商务印书馆2006年版,第15—16页。

^⑮ “互益性法人”,也称为“共益性法人”、“中间法人”。参见沈德咏主编:《〈中华人民共和国民法总则〉条文理解与适用(上)》,人民法院出版社2017年版,第618页;王利明主编:《中华人民共和国民法总则详解》(上册),中国法制出版社2017年版,第363页。

利益”只是实现其“个人利益”的一种手段。在互益性法人中,个人利益无法得到满足的一方将会选择退出互益性法人。在这一意义上讲,互益性法人与营利法人之间存在一定程度的共性,即二者中的个体最终都追求自身利益的实现,二者的差异则在于前者追求的自身利益中不包括分配利润的利益,而后者追求的利益则并不禁止分配利润。

此处需要讨论的一个问题是,互益目的中的利益究竟应当严格限制在互益性法人成员的利益之内,还是可以扩展到互益性法人成员所代表的群体的利益。换言之,“互益”的范围应当如何确定。笔者认为,对于互益目的原则上应当作较为严格的解释,即限制在互益性法人的成员之间。例外情形是,当一个互益性法人的目的主要是增进直接的经济利益时,该利益可以扩展到法人成员所代表的群体的利益。主要理由如下。

第一,如果将互益目的的范围扩展到其所代表的群体的利益,则会在一定程度上模糊互益目的与公益目的的界限。因为利益超出成员利益的范围越大、程度越深,就越接近于公益性质。而界限的模糊会在实践操作中带来困惑。例如对于消费者协会等组织的成立目的就会产生激烈的争论。

第二,在一些国家的立法中(例如美国)对于互益性法人作较为宽泛的解释^⑩是因为在其非营利法人的类型划分中对于公益性法人的范围作了较为严格的限制,进而使得“互益性(mutual benefit)法人”需要作为一种兜底性的类型存在从而确保所有非营利法人都可以被划分进某一特定类型中。^⑪但是在我国法律关于非营利法人的类型划分中,并不需要互益性法人来扮演这一兜底角色。前述“公益目的”实际上是具有一定的开放性的。

第三,我国的非营利法人治理法制相对而言还十分薄弱,而公益性法人的监管通常比互益性法人要更为严格。将利益超出成员利益范围的非营利法人纳入公益法人的框架下进行监管,有利于非营利法人的有序、健康发展。

第四,对于以增进直接的经济利益为主要目的的法人而言,仍然将其划入互益性法人更为合适。因为公益目的原则上不应包括直接的经济利益。

此外,还需要注意的一点是,这里讨论的主要是非营利法人的设立目的,而不是拘泥于某个具体的非营利法人在实际运行中的某个具体行为。因此,一个互益性法人可能偶尔地帮助了一个非其成员的主体,增进了该主体的利益,但这并不改变该法人是为互益目的而成立这一性质。只有在一个互益性法人经常性地从事实质上具有“公益”性质的活动时,才有必要考虑是否应当将其纳入公益性法人的类型中。

2.“互益目的”的利益性质

(1)利益类型的广泛性——兼论各类利益“不得分配利润”的原因

“互益目的”中的利益类型,既有可能是经济类利益,也有可能是非经济类利益。^⑫前文已经述及,公益通常是指向非经济福利,直接的经济福利通常不属于公益的范畴。但是“互益”中的利益则往往无此限制。行业协会、商会等就是为了实现经济类利益而成立的互益性法人;而马术俱乐部、摄影协会等就是为了实现非经济类利益而成立的互益性法人。虽然这两类互益性法人都要受到非营利的的基本规则即“不得分配利润”的约束,但是背后的原因则具有较大差异。对于非经济类互益性法人而言,其接受非营利法人“不得分配利润”规则约束的原因很容易理解。因为这类法人所意欲增进的利益本身就不是经济性的。向法人的出资人、设立人或者成员分配金钱(利润)并不会增进出资人、设立人或者成员的这一非经济利益。在人的全面发展中,经济状况的改善只是其中的一部分。非经济类互益性法人所要追求的就是人的全面发展中非经济福利的那些部分。

但是对于经济类互益性法人而言,其为何选择成为非营利法人(接受“不得分配利润”规则)或者说法律

^⑩ 例如,在美国法上,就有学者认为“mutual benefit”既包括成员的利益,也包括成员所代表的人们的利益。See Brent R. Walters, Nonprofits Are Corporations Too; Now It's Time for Iowa to Treat Them That Way, 28J. Corp. L. 188-89 (2002).

^⑪ See Brent R. Walters, Nonprofits Are Corporations Too; Now It's Time for Iowa to Treat Them That Way, 28J. Corp. L. 189(2002).

^⑫ 美国学者也有此种认识。See Kenneth B. Orenbach, A New Twist to an On-going Debate About Securities Self-regulation: It's Time to End FINRA's Federal Income Tax Exemption, 31 Va. Tax Rev. 139(2011).

为何要求一些特定类型的经济类互益性法人不以营利为目的(不得分配利润),就是一个值得深入探讨的问题。从经济类互益性法人的出资人、设立人或者成员的角度来看,既然他们谋求的是经济利益,为何又选择不得分配利润的非营利法人这一组织形式呢?如果分配利润也是他们意欲取得的经济利益之一,而仅仅因为国家的法律强制非营利法人不得分配利润,那么在营利法人制度如此宽松的现行法下,他们为何不直接选择采取营利法人的组织形式呢?笔者认为,可能的原因有以下几点。

首先,如果他们追求的并不是单纯的利润而是其他具有不可分割性的经济利益,那么采用非营利法人的组织形式就是可以理解的。经济利益既包括真金白银的利润分配,但也可以指向其他方面,例如与外国同业相比行业竞争性的提高,更加公平、良性的竞争环境,经济资讯的共享,更加透明的交易环境等等。这些经济利益对于互益性法人的成员等而言,是共同享有的,在彼此之间不能进行再次分配。这一点类似于经济学中公共产品的概念。

其次,如果在同一个组织中,“追求利润的取得与分配”这一经济目标会阻碍其他目标(通常是更主要的目标)的实现,那么该组织(及其成员)就很可能放弃利润目标并转而专注于其他特定目标的实现。在这种情形下,采取非营利法人的组织形式来实现他们的特定经济目标,也是可以理解的。例如,对于行业协会而言,其通常施行自律管理,实际上行业协会的决策层或管理层对于该行业的相关企业具有一定的优势地位,如果允许行业协会本身也可以直接从事该行业的业务经营而参与到该行业的竞争中,那么难免会出现不公平竞争的情况。因为行业协会此时既是运动员,又是裁判员。此时,让行业协会本身放弃经营行为与营利目的,转而专注于行业自律、服务企业等其他经济目标的实现,就是一个对各方都公平而有利的明智选择。

由上述分析,我们大致可以得出一个结论:如果出资人、设立人或者会员追求的就是利润的取得及分配而不是其他具有不可分割性的经济利益,或者利润目标与其他经济目标的实现是可以兼而得之的;那么他们就不会选择非营利法人这一组织形式,因为此时选择非营利法人的组织形式并不是实现他们经济利益最大化的最佳途径。由此,我们又可以逆向反推出以下结论:既然作为理性的民事主体的他们已经在慎重思考的前提下,选择了非营利法人这一组织形式,那么就应当认为他们已经放弃了取得利润并分配的这一经济目标。而且,需要特别注意,此处他们放弃的经济目标不仅包括利润的分配,也包括利润的取得。原因在于,如前文所述,互益性法人中利益的付出方与利益的接收方是相同的主体,而且互益性法人自身没有独立利益。因此经济类互益性法人如果不能分配利润,那么其就没有也不应当有取得利润的激励。与此不同的是,公益性法人之所以在不得分配利润的前提下仍然可能具有取得利润的动力,是因为其以促进公益事业为目的,而利润的获得可以增加服务公益事业的资金,通常来讲更多的资金投入对于公益事业的发展而言是有利的。在这一机理中,利润的取得可以更好地实现公益目的。换言之,对于公益性法人而言,其取得利润之后仍然有一个分配的过程,只不过不是分配给出资人、设立人或者会员,而是分配给公益事业的受众。但是互益性法人本身就不具有服务公益的目的,其服务的对象是特定的部分人,如果利润无法进行分配,那么取得再多的利润对他们而言也是“经济上无实益”的。因此,利益群体的特定性就决定了对于互益性法人而言,利润的取得与利润的分配是一体而不可分的。这也就意味着对于互益性法人分配利润的禁止同时宣告了对于其取得利润的禁止。此点在下文还有更进一步的阐述。

(2)通常不具有利他性

不具有利他性或者说仅具有十分低程度的利他性,这是互益性法人与公益性法人的最核心区别之一。对于互益性法人而言,并不以实现他人的利益为首要或主要的目标。不论是经济类还是非经济类的互益性法人,其出资人、设立人或者会员成立法人、加入法人或者参与法人的活动,其主要的目的都是为了自己在某方面福利的增进。对于其他人的福利是否也得到了发展,他们并不关心。对公益性法人而言,法人组织就像一座桥梁一样,在公益资源投入者与公益事业的受众之间建立起一个纽带的作用。利益从投入者一方经由公益性法人之手,转移到受众一方。但是对于互益性法人而言,这样一种“传输”的作用方式并不存在,与此相对的是一种“回转”的作用方式。即出资人、设立人或者会员向互益性法人投入资源之后,资源在互益性法人这一组织体处形成了集聚,而且藉由法人组织的运作,使得利益不断变大,但是这一利益并不转移到法人及其成员之外,也不永远停留在法人组织本身,而是会再次回转到资源投入一方中。从后果评价的角度看,互益性法人的出资人、设立人或者成员如果最终并未从成立或参与该法人的这一行为中获得利益,那么通常

可以评价为这一成立或参与该法人的行为是“不成功的”,或者说“不明智的”。但是对于公益性法人则不会是这样的评价标准。只有在公益事业的受众的福利并未得到增长的情况下,我们才会评价公益事业投入资源的行为是“不成功的”。只要公益事业得以推进,公益事业受众的福利得以增长,我们就会评价该公益行为是成功的、有效的;此时公益资源投入者的境况是否也得以改善在所不问。

(二)互益性法人的具体类型

1.经济类公共交易平台

(1)证券交易所

在1996年、1997年颁布的《证券交易所管理办法》(均已失效)中,都将证券交易所界定为“会员制事业法人”。但是,2001年颁布的《证券交易所管理办法》(已失效)中摒弃了这一表述,其第3条规定,“本办法所称证券交易所是指依本办法规定条件设立的,不以营利为目的,为证券的集中和有组织的交易提供场所、设施,履行国家有关法律、法规、规章、政策规定的职责,实行自律性管理的法人”。目前有效的2017年《证券交易所管理办法》则又放弃了对于证券交易所法律性质的界定,而仅在第6条规定,“证券交易所组织和监督证券交易,实施自律管理,应当遵循社会公共利益优先原则,维护市场的公平、有序、透明”。

笔者认为,证券交易所属于非营利法人中的互益性法人,对此说明如下。

第一,证券交易所不是营利法人。对于证券交易所是否可以或是否应当以营利为目的,我国学者间有不同的意见。^①笔者认为,从目前我国实体法的规定来看,证券交易所仍然不是以营利为目的的法人。虽然2017年《证券交易所管理办法》删除了2001年《证券交易所管理办法》第3条中“不以营利为目的”的表述,但从以下两方面来看,将证券交易所界定为非营利法人仍更为妥当。一方面,《证券法》第105条第2款仍然规定“实行会员制的证券交易所的财产积累归会员所有,其权益由会员共同享有,在其存续期间,不得将其财产积累分配给会员”。存续期间不得向会员分配任何财产,这符合非营利法人的根本特征。另一方面,证券交易所的主要目的是组织和监督证券交易,维护市场的公平、有序、透明。这与单纯的营利目的存在较大差别。虽然证券交易所同样收取费用、获得收入,但是这些费用的收取并非由市场调节,也并非为了利润最大化。否则在我国证券交易所几乎不存在“市场竞争”的现状下,证券交易所尽可以收取“天价费用”。^②因此,证券交易所从事民事活动的主要目的并不是为了获取利润。基于以上两方面的考虑,笔者认为目前将证券交易所认定为非营利法人是较为妥当的。

第二,证券交易所并非为公益目的成立。虽然2017年《证券交易所管理办法》第6条中强调证券交易所应当“遵循社会公共利益优先原则”,但是并不能据此认定证券交易所属于为公益目的设立的非营利法人。理由在于,不能简单地将“公益”与“社会公共利益”划等号。如前文所述,“公益”的基本特点在于目的上的高度利他性和范畴上的非经济福利性。证券交易所并不符合这两个基本特点。人们设立证券交易所是为了更好地交易,各自获取更大的经济利益。可以说,围绕着证券交易所,大家都是“皆为利来、皆为利往”。围绕着证券交易发生的几乎所有事情都完全可以货币来作衡量。因此,证券交易所并非为公益目的而设立。

第三,证券交易所的目的是为了特定部分人的利益。证券交易所的主要功能在于组织和监督证券交易。从根本上说是为了维护公平、有序、透明的证券市场。由证券市场直接获益的是参与证券交易的人,这一群体是特定的。虽然这一群体的数量可能十分庞大,但是一个不参与证券交易的人就无法从中直接获取利益。因此,从本质上说,设立证券交易所的目的,主要还是为了促进特定部分人——参与证券交易的群体——的利益,而且是经济利益。

实际上,经济类公共交易平台大多都具有与证券交易所相似的性质和特点。它们都不是为了单纯的营

^① 参见彭冰、曹里加:《证券交易所监管功能研究——从企业组织的视角》,载《中国法学》2005年第1期;方流芳:《证券交易所的法律地位——反思“与国际惯例接轨”》,载《政法论坛》2007年第1期;朱慈蕴:《论证券交易所与会员公司的法律关系——两者关系法律构造的问题点》,载《法商研究》2001年第3期;郑彧:《我国证券交易所法律性质之重塑——兼论证券交易所互助化与非互助化的取舍》,载《法商研究》2008年第6期。

^② 有关我国证券交易所特殊性的论述,可参见方流芳:《证券交易所的法律地位——反思“与国际惯例接轨”》,载《政法论坛》2007年第1期。

利目的而设立,其作用主要都是维持一个良好的交易市场,主要的功能也都是促进交易群体的经济利益。因此,它们都属于互益性法人。除证券交易所外,经济类公共交易平台主要还有以下几类。

(2) 期货交易所

依据2017年修订的《期货交易管理条例》第7条的规定,“期货交易所不以营利为目的,按照其章程的规定实行自律管理”。因此,期货交易所具有非营利性,是非营利法人。2002年发布的《期货交易所管理办法》(已失效)中对于期货交易所只提供了会员制这一种组织形式。但是,2017年发布的《期货交易所管理办法》第4条规定,期货交易所可以采取会员制或者公司制的组织形式;公司制期货交易所采取股份有限公司的组织形式。如何理解公司制期货交易所的非营利法人属性,是一个值得讨论的问题。

笔者认为,首先,作为行政法规级别的《期货交易管理条例》已经明确期货交易所的非营利性,因此按照《民法总则》对于非营利的规定,不论期货交易所具体采取何种组织形态,都不得向出资人、设立人或者会员分配其所取得的利润。

其次,公司制期货交易所采取股份有限公司的组织形式,仅仅意味着其采用了股份有限公司的组织形式,而不能当然地理解为公司制期货交易所在法律形态上与股份有限公司等同。^①因此,公司制期货交易所并不能当然地适用《公司法》关于股份有限公司的规定。对于《公司法》中股份有限公司的规定,应当一分为二区别判断:其中与非营利性不相冲突的规定、制度可以予以适用;其中与非营利性直接冲突的规定、制度等则不得予以适用,例如股东分红的权利等。

最后,之所以非营利的期货交易所可以采用股份有限公司的组织形式,原因在于股份有限公司作为公司(民事主体)的一种具体类型,其提供了一整套的主体制度规定,在这套制度中,既包括营利属性较强的部分,即获取并分配利润的制度规则;同时也包括了许多与营利性并无多少关系的部分,例如公司内部的治理结构等。公司制度中与营利性并不直接关联的部分,由于发展的历史较为悠久,制度建构较为完善,其对于完善组织体的治理具有积极意义。这部分制度内容可以为其他类型的民事主体所借鉴。公司制期货交易所就是在这—意义上既采公司治理结构之长,又坚持自身的非营利属性。当然,关于企业与非企业是否就必然对应着营利与非营利,是否存在非营利的企业等问题,^②都是目前研究中十分前沿的理论问题,还有待进一步的研究、讨论以达成各方的更大共识。

(3) 证券登记结算机构

根据《证券法》第155条第1款的规定,“证券登记结算机构是为证券交易提供集中登记、存管与结算服务,不以营利为目的的法人。”

(4) 招标投标交易场所

根据《招标投标法实施条例》第5条的规定,“设区的市级以上地方人民政府可以根据实际需要,建立统一规范的招标投标交易场所,为招标投标活动提供服务。招标投标交易场所不得与行政监督部门存在隶属关系,不得以营利为目的。”

2. 非公益性的社会团体

根据《民法总则》第90条的规定,社会团体既可以为公益目的也可以为会员共同利益等非营利目的设立。2016年修订的《社会团体登记管理条例》第2条第1款规定,“本条例所称社会团体,是指中国公民自愿组成,为实现会员共同意愿,按照其章程开展活动的非营利性社会组织”。虽然该条规定中强调了“为实现会员共同意愿”,但是不能据此认为社会团体都属于互益性法人。会员的共同意愿既有可能是为增进会员自身的共同利益,也有可能是为增进公益事业。《公益事业捐赠法》也区分了公益性社会团体与非公益性社会团体。^③因此,为公益目的设立的社会团体属于公益性法人。为其他非营利目的设立的社会团体属于互益性

^① 《民法总则》第76条已经明确规定股份有限公司属于营利法人。

^② 参见史际春、张扬:《非营利组织的法学概念与法治化规范》,载《学术月刊》2006年第9期。

^③ 《公益事业捐赠法》第10条第2款规定,“本法所称公益性社会团体是指依法成立的,以发展公益事业为宗旨的基金会、慈善组织等社会团体。”虽然该条法律条文对于基金会、慈善组织、社会团体的表述在法律逻辑上并不自治,但是该条规定揭示出了公益性社会团体以发展公益事业为宗旨这一本质特征。

法人。

非公益性社会团体既有可能是经济类互益性法人,也有可能是非经济类互益性法人。行业协会与商会是典型的经济类互益性法人。2007年发布的《国务院办公厅关于加快推进行业协会商会改革和发展的若干意见》(以下简称《意见》)是我国行业协会、商会改革与制度设计的重要政策文件。《意见》指出行业协会、商会具有在政府与企业间搭建桥梁和纽带、加强行业自律、服务企业、积极帮助企业开拓国际市场等四大职能。这四项职能都与该行业、该行业中的企业利益密切相关。“行业协会(商会)代表本行业企业的利益,必须切实为企业服务”。此外,著作权集体管理组织也是一类带有经济色彩的互益性法人。^④

非公益性社会团体中还包括那一些仅仅为了成员共同的非经济利益而成立的社会团体。它们也是互益性法人。需要注意的是,对于非经济类互益性法人而言,如果其意欲促进的利益已经扩展到以其成员为代表的某个群体的利益时,则应当将其纳入公益性法人的范畴中。此点已如上述。

三、“其他非营利目的”之二:自益目的与自益性法人

(一)不同于公益目的、互益目的的“自益目的”

1.“自益目的”的概念与“自益性法人”的特点

除了公益性法人与互益性法人之外,是否还有为其他非营利目的而设立的非营利法人,是一个值得讨论的问题。目前,主流观点认为“其他非营利目的”就是指互益目的,已如前述。笔者认为,在非营利目的中,除了公益目的与互益目的,还存在一种目的类型,即自益目的。所谓“自益目的”,是指为了该非营利法人自身利益(存续利益)的目的。此处的“自益”是指法人自身的利益,而不是指设立人或出资人的利益。自益目的不同于公益目的,后者是为了第三方的利益而不是为了法人自身的利益。例如,一个基金会的工作人员努力工作主要是为了更好地增进他人(第三方)的利益,而不是为了基金会自身的利益。但是一个自益性法人(例如一座寺庙)的工作人员则主要不是为了增进他人的利益而工作,他们努力工作的首要目的就在于维持法人自身的存续。

自益目的的上述特点使得自益性法人必须是“耗费型”的。因为对于自益性法人而言,“使第三方受益”并不是必须的。^⑤因此,对于自益性法人而言,如果法人自身的存续并不需要耗费相当的财产(资金),那么就没有设立该法人的必要。这种“耗费型”特征通常的体现就是自益性法人通常是物理地存在的,即其需要占据一定的地理空间,需要资金进行修缮,需要可观的日常开支等。^⑥

2.不同于公益性法人、互益性法人的“宗教法人”——来自美国法的启示

美国法对于非营利法人的类型划分曾经有过很多不同的做法。^⑦在修改《美国非营利法人示范法》的过程中,围绕着是否应当将宗教法人规定为公益性法人与互益性法人之外的第三类法人这一问题,产生了激烈的争论。持反对观点的人认为宗教法人根据其具体情况完全可以分别纳入公益性法人或者互益性法人中。^⑧但是,最终的《美国非营利法人示范法(1987年)》仍然将非营利法人划分为公益法人、互益法人和宗教法人三类。^⑨这主要是采纳了加利福尼亚州的立法模式。

美国法将宗教法人规定为与公益性法人、互益性法人并列的第三类非营利法人,主要的考量在于以下两

^④ 根据《著作权法》第8条第2款的规定,“著作权集体管理组织是非营利性组织,其设立方式、权利义务、著作权许可使用费的收取和分配,以及对其监督和管理等由国务院另行规定。”

^⑤ 当然,法律并不禁止自益性法人通过捐助等行为使第三方受益,但是同样也不要求其必须采取行动使第三方受益。与此不同的是,对于公益性法人而言,“使第三方受益”就是必须的。

^⑥ 不具有物理属性的法人,其存续通常不需要资金或仅需要很少的资金。其存续的基础主要是人们观念的集合。

^⑦ See James J. Fishman, *The Development of Nonprofit Organization Law and an Agenda for Reform*, 34 *Emory L. J.* 617-83(1985); Henry B. Hansmann, *Reforming Nonprofit Corporation Law*, 129 *U. Pa. L. Rev.* 527-39(1981).

^⑧ See Elizabeth A. Moody, *The Who, What, and How of the Revised Model Nonprofit Corporation Law*, 16 *N. Ky. L. Rev.* 259-65(1989).

^⑨ 《美国非营利法人示范法(1987年)》第2.02条。金锦萍、葛云松主编:《外国非营利组织法译汇》,北京大学出版社2006年版,第10页。

点。一是如果将宗教法人纳入公益性法人进行管理可能有违反美国宪法第一修正案之虞；二是对于以世俗法律来管理宗教神圣事务是否合适的担心。^⑨美国宪法第一修正案规定，“国会不得制定关于下列事项之法律：建立宗教或者禁止宗教信仰自由；剥夺人民言论自由或出版自由；剥夺人民和平集会及向政府申冤请愿之权利。”^⑩

美国法将宗教法人单独划分的做法虽然带给我们一些启示，但我们并不能对此照抄照搬。一方面，上述对于是否违宪的担忧在我国并不成立。另一方面，美国法上所划分的宗教法人是指任何与宗教目的有关的非营利法人，然而笔者所谓自益性法人的范围则与此不同。

笔者认为，自益性法人主要是指宗教活动场所法人，而不包括宗教协会、宗教院校等。对于自益性法人与宗教活动场所法人紧密联系的问题，可以从以下两个方面进行理解。

一种理解是，如果说公益性法人体现的主要是对他人的关爱的话，那么自益性法人体现的实际上是一种对“物”的关爱，即对于自益性法人自身这一“物”的关爱。^⑪通常来说，人们总是从“物”上获得利益，而不会给予“物”以利益。使人们产生对“物”之爱的主要原因是物的神圣化，这一神圣化的过程就是由宗教来完成的。在宗教之外，我们很难找到另外一种因素能够使得人们产生对“物”之爱。

对于宗教活动场所法人的自益性质，我们还可以作下述理解。在宗教神圣化的作用下，宗教活动场所成为沟通此岸之人与彼岸之神的地方。人们通过礼拜和捐赠来表达宗教感情。从此岸之人的主观角度考察，他是希望他的礼拜和捐赠能够“真的”到达彼岸之神的手里。如果此岸之人能够做到这一点的话，财富确实不会也不应当留在仅仅作为沟通之所的宗教活动场所法人中，而应该留在彼岸之神的手中。但是，彼岸之神却是无法触及的，因此，依照此岸之人的意愿本应当前往彼岸之神处的财富“被迫”留在了半途——宗教活动场所法人之处。

（二）宗教活动场所法人与捐助法人

《民法总则》第92条第1款规定了捐助法人，第92条第2款对宗教活动场所做出了原则性规定。对于宗教活动场所法人与捐助法人的关系问题，笔者作如下说明。

第一，目前宗教活动场所既可以具有法人资格，也可以不具有法人资格。对于宗教活动场所，《民法总则》的相关表述是，“依法设立的宗教活动场所，具备法人条件的，可以申请法人登记，取得捐助法人资格”。由此可知，《民法总则》赋予了宗教活动场所一定的选择权，其既可以申请法人登记，也可以不进行法人登记。此外，2017年修订的《宗教事务条例》还对于宗教活动场所取得法人资格作了其他限制，该条例第23条规定，“宗教活动场所符合法人条件的，经所在地宗教团体同意，并报县级人民政府宗教事务部门审查同意后，可以到民政部门办理法人登记。”因此，宗教团体同意与宗教事务部门审查就构成了宗教活动场所取得法人资格的两个前置程序。不具有法人资格的宗教活动场所，应当取得非法人组织这一民事主体资格。^⑫

第二，具有法人资格的宗教活动场所属于捐助法人。捐助法人与非捐助法人是从法人资金来源的角度对法人所作的分类。《民法总则》并没有对于“捐助法人”本身从立法层面进行定义。从一般的理解看，捐助法人应当是指非营利法人中其资金（财产）主要来源于他人捐赠的那一类。需要注意，捐助法人并不要求其所有财产都来自于他人捐赠。只要其财产主要是来自于他人的捐赠，在某些特殊情形下甚至是只要其财产最初来自于他人的捐赠，即可认定为是捐助法人。^⑬当然，捐助法人的概念并不像其字面意思所表现地那样

^⑨ See Warren J. Abbott and Carole Ritts Kornblum, *The Jurisdiction of the Attorney General Over Corporate Fiduciaries Under the New California Nonprofit Corporation Law*, 13U. S. F. L. Rev. 789-90(1979).

^⑩ 《美国宪法及其修正案》，朱曾汶译，商务印书馆2014年版，第14页。

^⑪ 这里并不是要否认自益性法人的人格，而是强调自益性法人本身通常就表现为一定的财产这一“物”的形态。

^⑫ 依据《宗教事务条例》第22条的规定，宗教活动场所不论是否具有法人资格，都要进行登记，登记后取得《宗教活动场所登记证》。因此，依法设立的不具法人资格的宗教活动场所符合非法人组织的构成要件：有特别法对于组织类型的规定；依法登记；不具法人资格；具有组织性；具有主体独立性。

^⑬ 有许多实际案例证明，某些非营利法人可以运用最初获得的捐赠财产进而创造出远超初始财产的财富。对于这类法人，笔者认为仍然应当属于捐助法人范畴。相关真实案例可参见[美]玛丽恩·R. 弗莱蒙特·史密斯：《非营利组织的治理——联邦与州的法律与规制》，金锦萍译，社会科学文献出版社2016年版，第173-174页。

明了。在捐助法人与非捐助法人之间存在很大的模糊空间,^⑤考虑到本文的篇幅,对此不再详细展开。不过,具有法人资格的宗教活动场所一定属于捐助法人。一方面,宗教活动场所的初始资金来源于捐赠财产。^⑥另一方面,宗教活动场所运营过程中,其主要财产来源应当也是宗教捐赠。^⑦需要注意,《民法总则》规定的宗教活动场所“可以取得捐助法人资格”,不是指其既可以取得捐助法人资格,也可以取得非捐助法人资格;而是指如果宗教活动场所取得法人资格,就一定是捐助法人。

第三,未来应当推动宗教活动场所法人化。宗教活动场所如果不具有法人资格,在《民法总则》的框架下其应当取得非法人组织的民事主体资格。考虑到宗教活动场所的非营利性,而非法人组织的出资人或设立人对于非法人组织的债务需要承担无限责任。因此可能引发对于权利义务过度不对等的担忧。而且相较于非法人组织,法人的治理结构相对更为完善。因此,笔者主张在应当推动宗教活动场所的法人化。^⑧

四、非公益性非营利法人的治理框架

笔者认为,对于非公益性非营利法人的治理,总体上应当遵循以下思路:在非营利法人共性治理的基础上,根据非营利法人的不同类型分别予以规制。一方面,非公益性非营利法人同样是非营利法人,对于非营利法人的基本规则应当一体遵循。另一方面,互益性法人与宗教活动场所法人与公益性法人存在较大差异,互益性法人与宗教活动场所之间也具有显著不同,应当根据其各自的特点分别治理。当然,非营利法人治理问题是一个极其复杂的问题,以下只能就其中的几个框架问题予以阐述。

(一)严格执行“不得分配利润”规则

“不得分配利润”规则是非营利法人的基础规则,不论以何目的成立的非营利法人都不得向其出资人、设立人或者成员分配其所取得的利润。《民法总则》第87条对此进行了明确。通常认为,非营利法人不得分配的利润是指不得分配“净利润(净收入)”。非营利法人仍然可以有一些其他的合理对价支出,例如向包括管理者在内的为法人提供服务(劳务)的人员支付工资等劳务报酬,向对于法人提供资本支持^⑨的民事主体支付利息等合理对价。^⑩在实践中,需要特别注意“变相分配”的问题,即非营利法人的控制者们很有可能通过高额薪资等各种方式来规避“不得分配利润”规则。^⑪《基金会管理条例》对此已经做出了较为明确的规定。^⑫《事业单位人事管理条例》、《社会团体登记管理条例》对于工资福利问题也作出了原则性的规定。^⑬笔者认

^⑤ 例如,Hansmann教授对于非营利法人资金来源所作的捐助型/商业型划分,就存在很大的模糊地带。Hansmann教授认为捐助型与商业型仅仅是理想的类型划分,在实践中有许多非法人组织的资金来源方式是介于二者之间。See Henry B. Hansmann, The Role of Nonprofit Enterprise, 89 Yale L. J. 840-41(1980).

^⑥ 《宗教事务条例》第53条规定,“任何组织或者个人捐资修建宗教活动场所,不享有该宗教活动场所的所有权、使用权,不得从该宗教活动场所获得经济收益。”

^⑦ 虽然宗教活动场所也会经常举办各类宗教活动,并收取相应费用。但是其主要的财产来源应当还是宗教捐赠。

^⑧ 从比较法上看,也有立法例特别作出例外规定:不具有法人资格的慈善组织的成员也仅对组织的债务承担有限责任。参见[美]玛丽恩·R.弗莱蒙特-史密斯:《非营利组织的治理——联邦与州的法律与规制》,金锦萍译,社会科学文献出版社2016年版,第111页。

^⑨ 此处需要说明的是,此处所称的“向非营利法人提供资本(capital)支持的民事主体”与非营利法人的出资人、设立人或者会员并不相同。对于非营利法人的出资人、设立人或者会员而言,其设立非营利法人的目的就包含了不获得该法人的利润这一要素。因此对于出资人、设立人或者会员向非营利法人提供的资金等资本,非营利法人无需支付对价。但是,在非营利法人的运营过程中,其可能还需要其他的资本支持,此时向其提供资本的民事主体就并不负有不获取任何对价的义务。这就意味着非营利法人需要按照市场规则支付相应的对价。例如,作为公益性法人的公立大学为发展需要,向银行取得贷款,其就需要向银行支付相应的利息并偿还本金。

^⑩ See Henry B. Hansmann, Reforming Nonprofit Corporation Law, 129 U. Pa. L. Rev. 501(1981).

^⑪ See Henry B. Hansmann, The Role of Nonprofit Enterprise, 89 Y.L.J. 875-76(1980).

^⑫ 《基金会管理条例》第29条第2款规定,“基金会工作人员工资福利和行政办公支出不得超过当年总支出的10%。”

^⑬ 《事业单位人事管理条例》第7章“工资福利和社会保险”明确了要建立“激励与约束相结合的事业单位工资制度”;《社会团体登记管理条例》第26条第3款规定,“社会团体专职工作人员的工资和保险福利待遇,参照国家对事业单位的有关规定执行”。

为,将来在非营利法人的层面立法也应当对此作出统一的原则性规定。^④

(二)完善非营利法人特别法的立法

《民法总则》对于非营利法人的制度仅作了原则性规定。但是非营利法人的治理是一个复杂的系统工程,有必要构建完善的非营利法人特别法体系。从我国目前关于非营利法人特别法的立法现况来看,在未来完善相关立法时应当着重注意以下方面。

第一,对于目前尚无特别法规范的非营利法人类型应当立法加以规范。例如,《民法总则》列举了社会服务机构作为一类非营利法人,但是目前尚无特别法对于社会服务机构进行规范。在未来应当推进此类立法,例如起草《社会服务机构管理条例》等。

第二,应当推进非营利法人层面的统一立法。目前我国尚未在法律层面就非营利法人进行统一立法,未来在条件成熟时可以考虑起草颁布统一的《非营利法人法》,就各类非营利法人类型共通的问题进行系统规定。这一方面可以节约立法成本,使得相同的问题不必在各个具体的特别法中再悉数予以规定;另一方面也可以避免各个具体特别法挂一漏万的可能性,提高非营利法人立法及法律适用的严密性。

第三,应当更加注重非营利法人在民事(法人治理)方面的立法。现行的非营利法人特别法中,对于法人行政管理方面的立法规制较为完善,但是对于民事方面(如法人治理)的立法规制则较为薄弱。除《基金会管理条例》在第三章、第四章分别就“组织机构”、“财产的管理和使用”进行了较为详细的规定外,事业单位、社会团体、社会服务机构等都尚未有特别法就这些问题进行系统规定。^⑤未来在相关特别法中应当对这些法人治理方面的问题予以完善。

(三)加强非公益性非营利法人章程的建设

相比较于公益性法人,通常认为非公益性法人受到更少的法律规制。对于互益性法人而言,由于其追求的主要是成员间的共同利益,成员有相当的激励来监督互益性法人的运作,因此互益性法人更多的是体现为自律法人。^⑥对于宗教活动场所而言,出于对于宗教信仰自由的尊重以及宗教事务迥异于世俗事务的这一现实,一般也认为应当更多地由其自主管理。^⑦因此,非公益性法人相较于公益性法人应当更侧重于如何有效实现自律管理。笔者认为,实现有效的自律管理的重要途径之一是加强法人章程的建设。

《民法总则》在第三章“法人”第一节“一般规定”中并没有规定所有类型的法人都应当制定法人章程。但是在第二节“营利法人”第79条规定,“设立营利法人应当依法制定法人章程”。在第三节“非营利法人”中,虽然也没有统一规定非营利法人应当制定章程,但是第91条、第93条明确规定社会团体法人和捐助法人应当制定法人章程。笔者认为,对于非营利法人而言,除事业单位法人外,其他非营利法人都应当制定法人章程,并且严格按照章程的规定运行。^⑧

(四)严格限制非公益性非营利法人从事经营活动以获取利润

对于非营利法人之“非营利”的理解,两大法系普遍接受的观点认为“非营利”并不意味着禁止赚取利润,而是意味着限制分配所赚取的利润。^⑨我国学者也普遍接受这一观点。^⑩也有学者呼吁赋予非营利法人以

^④ 因为仍然有许多类型的非营利法人在这方面没有进行规定,例如《宗教事务条例》对于教职人员的薪酬问题就没有规定。

^⑤ 《社会团体登记管理条例》、《事业单位登记管理暂行条例》着重的都是法人登记等行政管理方面的问题,《事业单位人事管理条例》则系统规定了事业单位人事管理方面的法律制度。《宗教事务条例》侧重的也是对于宗教事务行政管理的规定。

^⑥ See James J. Fishman, *The Development of Nonprofit Corporation Law and an Agenda for Reform*, 34 *Emory L. J.* 665(1985). 我国学者也有类似观点,其认为由于意思机关构造的不同,使得非营利社团法人在性质上应当属于自律法人。参见税兵:《非营利法人解释》,载《法学研究》2007年第5期。

^⑦ See Warren J. Abbott and Carole Ritts Kornblum, *The Jurisdiction of the Attorney General Over Corporate Fiduciaries Under the New California Nonprofit Corporation Law*, 13 *U. S. F. L. Rev.* 789-90(1979).

^⑧ 当然,加强法人章程建设并不意味着排斥外部监管。实际上,不论是公益性法人还是互益性法人、自益性法人,都需要内部监管与外部监管的有效结合。只是针对不同的非营利法人类型,侧重点可能有所不同。

^⑨ See Lester M. Salamon & Helmut K. Anheier, *Defining the Nonprofit Sector: A Cross-national Analysis*, Manchester University Press, 1977, pp. 9-28. 转引自前注^④,税兵文。

^⑩ 参见陈甦主编:《民法总则评注(上册)》,法律出版社2017年版,第636-637页。

从事经营活动(获取利益的活动)的权利。^① 笔者在此无意于否定通说的观点,但是需要提出一个问题,即对于非营利法人而言,在法理上以及法政策上究竟是以允许经营获取利润为原则,以禁止经营获取利润为例外;还是以禁止经营获取利润为原则,以允许经营获取利润为例外?此处需要说明一点,这里所称的“经营活动”特指以获取利润为目的的经营活动。

笔者认为,非营利法人原则上应当禁止从事意在获取利润的经营活动,除非存在特别的理由证明其从事经营活动以获取利润的合理性。而对于非公益性非营利法人而言,相应的理由并不足够。因此应当严格限制其从事经营活动以获取利润。对此说明如下。

1. 非营利法人不应当以“获取利润”为目的或主要目的

由于“营利”在《民法总则》中似乎已经有了特定的指向,即获取利润并分配给出资人等特定人群。因此,为避免混淆,笔者在这里使用“获取利润”这一表述,以示区别。获取利润指的是以利润最大化为目标,至于对利润如何使用则在所不问。企业是典型的以获取利润为主要目的的民事主体。^② 但是非营利法人成立的目的不是为了获取利润,而是为了或公益、或互益、或宗教的非营利目的;非营利法人存续期间的主要目的也不是为了利润最大化。^③ 之所以强调非营利法人与营利法人各自不同的目的,是因为获取利润的目的与公益目的或者其他非营利目的往往不能兼容。例如,以基金会为例,如果基金会以获取利润为目的,那么为了达到利润最大化的目标,其最可取的做法是将基金会资金的增值部分继续投入投资经营,这样基金会投资的资本额就越大,所获得的利润也越大。这就意味着从利润最大化的较大来看,不进行公益事业才是基金会最好的选择,而这明显与基金会的公益目的相违背。^④ 事业单位等也是如此,正是基于这样的考虑,现有的事业单位中从事生产经营的那一部分才需要在改革中将从事业单位中区分出去,而转制为企业或予以撤销。^⑤

2. 非营利法人从事经营活动的两个担忧

原则上禁止其经营活动的理由主要来自于两个方面的考虑。一是对于不公平竞争的担忧。这种担忧来源于不同方向。对于行业组织等非营利法人而言,由于其对于竞争对手(该行业里的各个企业)往往具有优势地位,因此二者之间可能产生不公平的竞争,此点已如前文所述。而对于不公平竞争的担忧更多的还是来自于以下情形。对于非营利法人而言,其资金在很多情况下是捐助获得的。这意味着其可以以远低于营利法人的成本获得资本。一家获得公众捐赠的基金会的获取资金的成本远低于一家生产工业产品的企业获得资金的成本。如果任由非营利法人从事经营活动,极有可能出现不公平竞争的情形。而不公平的竞争并非为市场经济所乐见。^⑥

二是对于过度非理性经营的担忧。相较于营利法人而言,非营利法人的管理层在经营行为上既可能过于冒险,也可能过于消极。原因在于:首先,非营利法人的管理层受到的内部监督更少。在营利法人治理中承担监督功能的“所有者”(如股东)在非营利法人中或多或少地缺位了。其次,非营利法人的制度中缺乏对于管理层“理性谨慎经营”的有效激励。营利法人可能通过与业绩挂钩的奖惩机制来约束管理层的行为。但是对于非营利法人而言,类似的奖惩机制与“不得分配利润”规则之间可能存在着紧张的关系。对管理层的奖励措施可能引发对于变相分配利润的担忧。

3. 部分公益性非营利法人从事经营活动的理由

^① 参见金锦萍:《论非营利法人从事商事活动的现实及其特殊规则》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2007年第5期。

^② 凡勃仑在其经典著作《企业论》中指出,“企业的动机是金钱上的利益,它的方法是买和卖,它的目的和通常的结果是财富的积累。”[美]凡勃仑:《企业论》,蔡受百译,商务印书馆2012年版,第16页。

^③ 有关营利法人与非营利法人在法人目的上的差别,可参见蒋大兴:《〈民法总则〉的商法意义——以法人类型区分及规范构造为中心》,载《比较法研究》2017年第4期。

^④ 基于此,《基金会管理条例》第28条、第29条分别对于基金会的保值、增值以及基金会每年用于公益事业支出的最低比例作了明确规定。

^⑤ 参见《中共中央、国务院关于分类推进事业单位改革的指导意见》(中发[2011]5号)、《国务院办公厅关于印发分类推进事业单位改革配套文件的通知》(国办发[2011]37号)。

^⑥ “经济学中最深刻的结论之一,就是资源在完全竞争市场中的配置是有效率的。”[美]保罗·萨缪尔森、[美]威廉·诺德豪斯:《经济学(第十九版)》(上册),萧琛等译,商务出版社2011年版,第256页。

对于特定的部分非营利法人而言,存在一些足够的理由来支持其从事一定的营利活动。例如,对于基金会法人而言,为了使得更多的财产可以被运用于公益事业,允许其从事经营活动获得利润以扩大基金财产,同时配套以“枯竭规则”来激励管理层勤勉谨慎履职。所谓枯竭规则即要求基金会的财产在一定的年限内分配出去。在这样的制度设计下,如果基金会的管理层不勤勉履职的话,向这个不景气的基金会捐款的人可能就会越来越少了。^⑦因此,允许获取利润与枯竭规则的配合,对于基金会法人而言就是一种良好的制度设计。

此外,对于一些非营利法人而言,从事经营是其日常运作的必要活动。例如对于医院这样的非营利法人而言,提供医疗服务等就是其主要的活动。但是需要注意,这些活动在本质上并不属于此处所称的“经营活动”,因为医院的诊疗活动等虽然也收取对价,但却不是为了利润的最大化,而仅仅是为了覆盖其诊疗成本。这些经营与以获取利润为目的的经营活动(例如投资以获取利润)在性质上有很大的不同。

4.非公益性非营利法人原则上禁止从事经营活动

对于互益性法人与自益性法人而言,并不存在足够的理由来支持其从事营利活动以获取利润。相反,除了上述不公平竞争与非理性经营的忧虑外,还存在着一些理由反对它们获取利润。对于互益性法人而言,在本文的第二部分已作相关阐述。也有一些规范性文件已经对此作出了规定。^⑧以下即仅再对自益性法人稍作进一步分析。

一方面,对于自益性法人(宗教活动场所法人)而言,其目的中并不包含促进第三方福利的内容。因此,基金会法人从事经营活动以获取利润的理由——扩大对公益事业的资金投入——对于宗教活动场所法人而言就不再成立了。相应的,宗教活动场所法人也不会受到枯竭规则的限制。另一方面,宗教活动场所法人本身不需要扩大其财产的价值,也不应当追求财富的扩大,因为宗教活动场所法人作为连接此岸之人与彼岸之神之居所,其实质上是“代”彼岸之神来接受捐赠的财产,其本身也并需要通过“更多的施舍”^⑨等行为与彼岸之神取得联系,对其而言,只要获得的捐助能够保障宗教活动场所法人的存续即为已足。

(五)互益性法人与自益性法人终止时的财产处置

《民法总则》第95条规定公益性法人终止时,不得向出资人、设立人或者会员分配剩余财产。而对于非公益性非营利法人终止时是否能够分配剩余财产则没有作出规定。笔者认为,这并不意味着互益性法人与自益性法人终止时其出资人、设立人或者成员就可以分配法人的剩余财产。以下即对于这两种法人分别予以论述。

1.互益性法人终止时剩余财产的处置——“有限分配”的规则

由于互益性法人的目的主要在于增进成员的共同利益,因此相较于公益性法人而言,互益性法人终止时剩余财产的处置问题看起来就不是那样“理所当然”。有学者认为,基于私人财产权的保护,应当允许互益性法人的成员取回法人的剩余财产。^⑩从比较法上看,在不同时期确实也存在过不同的做法,或允许成员分配

^⑦ 参见[美]理查德·波斯纳:《法律的经济分析(中文第2版)》,蒋兆康译,法律出版社2012年版,第585—586、753—754页。

^⑧ 例如,2016年修订的《社会团体登记管理条例》第4条第2款就明确规定,“社会团体不得从事营利性经营活动”。需要注意,此处的“营利性经营活动”中的“营利性”与《民法总则》中营利法人、非营利法人中的“营利”并不完全等同。前者仅意指“获取利润”,后者则指“获取利润并分配给出资人等特定人群”。此外,2007年发布的《国务院办公厅关于加快推进行业协会商会改革和发展的若干意见》即明确要求,“行业协会(商会)不得从事以营利为目的的经营活动,依法所得不得在会员中分配、不得投入会员企业进行营利”。

^⑨ 对于信教群众而言,是存在获取更多的财富进而进行更多的宗教捐赠来获得更大的宗教满足的激励的。因为通常的认识是,捐给神越多,得到神的庇佑也越多。但是对于宗教活动场所法人而言,类似的激励是不需要也不应当存在的,它不需要通过积累更多的财富并以此来获得神明更大的庇护。如果说宗教活动场所存在通过经营活动获取利润的动机,那么可以确定,这一动机不是法人的动机,而是法人管理层(例如寺庙的主持)的动机。而管理层的这一动机,总是私人利益导向的,不论该动机的属性是世俗的(管理层获得经济利益),还是宗教的(管理层借由法人的资金完成自己的宗教目的,例如主持以寺庙的资金新建佛殿以完成自己的宗教夙愿)。而这样的动机通常来说是不适当的,也是引人忧虑的。

^⑩ 王利明主编:《中华人民共和国民法总则详解》(上册),中国法制出版社2017年版,第390页。

该剩余财产,或要求该剩余财产转归其他目的相似的非营利法人。^① 笔者认为,互益性法人的成员只能在其曾经投入财产的范围内取回其曾经的出资,互益性法人的溢出财产^②应当转归其他目的相似的非营利法人。对此,说明如下。

第一,互益性法人的成员仅具有有限的财产分配权。成员从法人剩余财产中取回的财产价值不应当超过其曾经投入的财产价值,这是非营利法人“不得分配利润”这一基本规则的必然要求。“利润”的一个重要来源就是“作为资本的隐含收益”。^③ 如果允许互益性法人的成员在法人终止时可以不负任何限制地分配剩余财产,那么在相当程度上就意味着互益性法人并非是“禁止”分配利润,而仅仅是“推迟”分配利润的时间。粗略地讲,利润就是剩余财产中超出所投入的财产的那部分财产。^④ 如果将互益性法人成员得以分配的范围限制在其所投入的财产范围之内,就不会引发关于违反“不得分配利润”规则的担忧。

第二,将互益性法人的溢出财产转归其他类似法人具有合理性。一方面,互益性法人的财产可能有以下几个来源:成员的财产投入、财产各种形式的增值、他人的捐赠。其中后两个财产来源属于溢出财产。就他人的捐赠而言,一般认为在特定的捐赠目的之上还存在着一个概括的捐赠目的,即法律默认一个愿意捐给互益性法人 A 的甲,也会愿意将这一财产捐赠给与 A 目的相同或相似的 B。^⑤ 就互益性法人财产增值的部分而言,归根结底其总是来源于某项社会制度的安排。既然其来源于社会,再回馈予社会也是理所当然。而由目的相似的非营利法人首先接收该回馈同样具有一定的理由,因为通过限制回馈对象可以在一定程度上降低关于“决策者”(例如法官)道德风险的担忧。^⑥ 而且将溢出财产转归相似法人在一定程度上也更符合该终止的互益性法人本身的意愿。因为相较于其他方面的目的,其显然更关心自己曾经追求促进的目的。另一方面,如前文所述,虽然互益性法人意欲促进的主要是成员的共同利益,但是这一促进过程是通过“利益投入—利益扩大—利益再分配”的途径实现的。在这一过程中,有可能产生利益外溢的现象,即扩大的利益惠及了成员之外的主体。例如,交易环境的改善可能并不仅仅使成员获益,而是同时也使得成员之外的参与该交易市场的主体获益。因此,将溢出财产转归相似法人对于原成员来讲,在一定程度上也是有益的。

第三,仅赋予成员以有限分配权有利于限制互益性法人从事经营活动。前文已经阐明互益性法人原则上不得从事经营活动以获取利润。而限制成员分配剩余财产的权利则有利于这一目的的达成。因为这一限制将大大降低互益性法人管理层获取利润的激励。

2. 自益性法人终止时剩余财产的处置——“不得分配”的规则

相较于互益性法人,这一问题较为简单,即其终止时剩余财产不得进行分配。《宗教事务条例》已经对此作出了明确规定。^⑦ 原因在于,宗教活动场所法人在性质上属于捐助法人,其财产主要来源于信徒的捐赠,基于前文所述“概括的捐赠目的”的考量,其剩余财产不得用于分配而应当转归其他相似法人。

五、结论

本文以围绕非营利法人产生的利益之归属方为标准,将非营利目的划分为公益目的、互益目的与自益目的三类。公益目的意在增进法人及其设立人(出资人)以外的第三方,体现高度利他性,其利益性质主要是非经济福利。

^① 参见[美]玛丽恩·R.弗莱蒙特—史密斯:《非营利组织的治理——联邦与州的法律与规制》,金锦萍译,社会科学文献出版社2016年版,第174—176页。

^② 笔者此处所称的“溢出财产”是指互益性法人终止时剩余财产中超过成员投入财产的那部分财产。

^③ 萨缪尔森指出利润的三个来源是作为资本的隐含收益、作为承担风险的回报、作为创新和发明的回报。参见[美]保罗·萨缪尔森、[美]威廉·诺德豪斯:《经济学(第十九版)》(上册),萧琛等译,商务出版社2011年版,第499—501页。

^④ 关于“利润”在会计学上和在经济学上的详细定义,可参见[美]保罗·萨缪尔森、[美]威廉·诺德豪斯:《经济学(第十九版)》(上册),萧琛等译,商务出版社2011年版,第498页。

^⑤ 同前注^①,[美]玛丽恩·R.弗莱蒙特—史密斯书,第163页以下。

^⑥ 显然,如果不对回馈对象作任何限制,将更有可能发生以权谋私、利益输送等腐败情形的可能性。

^⑦ 《宗教事务条例》第60条规定,“宗教团体、宗教院校、宗教活动场所注销或者终止的,应当进行财产清算,清算后的剩余财产应当用于与其宗旨相符的事业。”

互益目的的利益归属于成员自身,基本不体现或很少体现利他性,其利益性质既可以是非经济福利,也可以是直接的经济利益。互益性法人主要包括经济类公共交易平台和非公益性社会团体。自益目的的利益归属于法人本身。自益性法人主要是指宗教活动场所法人。

对于互益性法人和自益性法人的制度以及学理的建构,应当围绕着互益目的与自益目的的基本属性展开。本文以此思路尝试探讨论证了应当严格限制非公益性非营利法人从事经营活动,也分析了其终止时的财产处置问题。在以后的研究中,也可以以这一思路继续对于非营利法人治理的其他问题展开深入研究。

Abstract: In terms of the party the benefits are designed to provide for, non-profit purposes can be divided into three types: public benefit, mutual benefit and self-benefit. Non-profit public benefit corporations usually provide non-economic benefits for a broad good and is thus highly altruistic. Non-profit mutual benefit corporations are formed or operated to benefit their members. They could be designed to provide economic benefits. They include public trading platforms and non-benefit public social groups. Non-profit self-benefit corporations, which mainly refers to the venues for holding religious activities, provide benefits for itself. The non-profit mutual benefit or self-benefit corporations shall not perform business activities. Upon dissolution a non-profit mutual benefit corporation could only distribute residual property to its investors limitedly.

Key Words: Any Other Nonprofit Purpose; the Nonprofit Mutual Benefit Corporations; the Nonprofit Self-benefit Corporations; Business Activities; Limited Distribution

(责任编辑:张素华)