

财团法人的设立原则探析

罗 昆

[摘 要] 历史上法人和财团法人的设立原则有多种,分别代表了一定时期国家和社会对设立法人或者财团法人的鼓励或者限制的态度,而各种鼓励或者限制的态度背后存在着复杂的原因。民法典中应该针对不同类型的财团法人规定不同的设立原则而非笼统地就法人或者财团法人规定某一项设立原则。

[关键词] 法人;财团法人;设立原则

[中图分类号] DF913 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2008)05-0722-04

一、财团法人设立原则的实证考察

财团法人的设立原则是指在设立法人时,是否需要履行特定的手续以及履行何种手续。从历史上来看,大致有自由设立主义、特许设立主义、许可设立主义、准则主义、强制设立主义等设立原则^[1](第 120 页)。在不同历史时期、不同的国家或地区,针对不同的财团法人,设立原则各不相同。

目前,《德国民法典》就设立财团法人采用的原则是认可主义,即由财团所在地的州主管机关“承认”以取得权利能力。这一原则的要点在于只要符合了法律的规定,州主管机关不得任意拒绝承认财团法人的法人资格。

依据《瑞士民法典》第 52 条和第 82 条的规定可知,瑞士民法将财团分为三种:一般的财团与从事经济事业的社团一样,需要办理登记手续,系采取准则主义或者说严格准则主义;家庭财团、宗教财团与非营利的社团一样,采取放任主义,国家和法律不加干预;而对于职工救济财团,则采取强制设立主义。

1942 年的《意大利民法典》第 12 条规定:“社团、财团以及其它具有私法特征的机构、经共和国总统令批准取得法人资格。”显然系采取特许主义。但这一规定被意大利 2000 年通过的《社会关爱改革法(Social Care Reform Act 2000)》废除了。目前,意大利设立财团法人仅仅需要以公证或者遗嘱的方式进行。也就是说,在意大利设立财团法人,2000 年前后有着几乎完全相反的变化——从特许主义转向既不需要许可又不需要登记的放任主义。

《日本民法典》第 34 条规定:“有关祭祀、宗教、慈善、学术、技艺及其他公益的社团或财团且不以营利为目的者,经主管官署许可,可以成为法人。”这显然是采法人设立的许可主义。除此之外,日本还有许多公法财团和特殊法人。公法财团例如日本银行、住宅都市整备公团、国民金融公库等,都是依据特别的国家法令设立,即采用特许设立主义^[2](第 97 页)。特殊法人例如学校法人、医疗法人、社会福祉法人、地缘团体法人、宗教法人等的设立不是采许可主义,而是采认可主义^[3](第 300 页)。

从以上关于相关国家设立财团法人的原则来看,几乎涉及了前面提到的历史上所有的法人设立原则。有的国家或地区没有区分不同的财团分别规定不同的设立原则,有的国家则分得很细;有的国家或地区沿用了相关的规定很长时间一直未加以更改,有的国家在近期已经做出了相应的修改。

二、各设立原则的立法动机及其原因分析

(一)问题的出发点：鼓励还是限制

国家通过行政主管部门对财团的设立进行干预，主要的办法就是以接受行政主管部门的干预（许可、认可、登记等）以完成设立，取得法人的地位。财团的设立人为了获得有限责任的利益，才会申请主管机关的许可、办理登记等手续。为了使接受国家的干预显得更加有吸引力，许多立法例对于公益性财团法人又加上了获得税收上的优待这一条件。不同的设立原则标志着获得这两项优待的难易程度不同，所以也就暗示着国家对财团法人的鼓励或者限制的态度。

(二)各设立原则的立法动机

从前面关于财团法人的立法例的考察，财团法人的设立原则目前有多种形式，各设立原则背后的立法动机不同。

自由设立主义，由于国家和法律对财团法人的设立完全不干预，因此又被称为“放任主义”，显示了立法者对财团或者说组织体的或者淡漠或者充分地信任和鼓励的态度。

特许主义、许可主义在本质上是一样的，因为这两种主义都是对财团的设立实行许可制度，只是许可的机构、程序不一样而已。许可意味着作为一般原则，法人的设立是不自由的或者受限制的，没有国家或者主管机关的许可法人不能设立。主管机关或国家对于财团的设立申请享有是否许可的自由裁量权。这样，法律就为各种合理的甚至是不合理的不允许法人设立的原因留下了一个缺口。

认可主义与许可主义、特许主义的不同在于前者主管机关没有自由裁量权，法律预先规定了法人的成立要件，其中并不包括获得主管机关的许可。设立法人只需要达到法律规定的各项要件，例如合法的目的、独立的财产、健全的组织机构等，有关机关就应该主动承认法人的成立或者基于设立人的申请而承认法人的成立。认可主义排除了主管机关对法人设立的肆意干预，从这一点来看，标志着国家和法律对设立财团的态度在一定程度上的放开。

强制设立主义是一种完全排除个人意志的设立主义。但是，由于强制设立主义只是针对某些个别的情形，因此不能反映国家和法律对于财团的态度。无论是鼓励 and 信任的政策，还是限制和怀疑的政策，都不妨采用强制设立主义作为其他设立原则的补充。

准则主义使法人的设立与主管机关脱离关系，法人的设立只需要符合法律规定的要件，而这些要件中不包括与主管机关有关的许可，只需再到登记机关办理设立登记，法人资格就取得了。这是一种相当宽松的法人设立原则。

(三)怀疑和限制的原因

1. 一般的原因

政府对财团法人进行监管具有悠久的历史传统。这种监管包括财团设立时的监管和设立后财团的运作的监管。早在教会法时期，教会就对慈善机构的设立进行监管。后来，随着资产阶级政府的建立和宗教改革运动，虽然设立教会财团之外的财团法人已经无需教会的批准，但还是要取得政府的批准。对财团法人的设立进行监管的最初意图不是为了确保捐助人意思的实现和财团法人的存在不会危害社会公共利益，而是受当时的法学理论的影响——即对任何个人和国家之间的媒介都抱着敌意的法学理论。这一理论在法国民法典中有着最鲜明的表现——1804年法国民法典没有规定法人制度——这已经超出了怀疑和限制的范围，而是禁止法人的设立。该理论虽然并没有对德国19世纪的社会概念发挥现实的影响，但也并非完全不受重视。国家至上的观念导致的结果是，纯粹个人领域之外的几乎任何形式都必须得到国家的批准，本来还曾计划不仅要对基金会，而且要对社团和商业公司也采取许可制度。后来之所以对社团法人和财团法人采取不同的态度，主要原因在于19世纪争取公民权利的斗争把结社权写进了宪法，而结社权显然并不包括设立财团法人的权利。

这种一般的怀疑在法国民法中迄今还留下了深深的痕迹。虽然法国在其民法典颁行100多年后的

上个世纪下半叶通过一系列的法令来发展非政府组织,包括让民法上的社团、基金会等取得法人格,但《法国民法典》第 1838 条仍然规定:公司之存续期限不得超过 99 年。这种人为限制民事公司存续期限的原因在于:源于法国民法典制定之初的对法人不信任的思想仍然在一定程度上影响着法国法律现在对待法人的态度。迫于社会环境的变化,民法典必须承认某些组织的法律人格,但立法者不打算完全放弃施加控制的机会,包括要求法人每一百年重新进行审核登记,以重新评价法人的存在是否仍然符合法律的规定。

2. 对公益法人的特殊态度

许多国家的法人制度都区分公益法人与营利法人,对公益法人进行严格的控制和监督,这样做的理由总是显得很充分——公益法人所从事的事业关系到公共利益。在这样的口号指引下,政府对公益法人从设立到运作、到消灭都进行严格的干预。但是,仔细推敲就会发现这个理由明显过于勉强。涉及社会公共利益的事业政府确实应该干预,但这种干预应该以不限制公益事业的发展为前提,政府的干预应该是确保公益目的的实现,而不是阻碍公益目的的实现。

3. 政府权力的滥用——对主管机关的怀疑

一直到 2002 年德国《财团法现代化法》获得通过之前,德国对于设立财团法人还是坚持许可主义,政府对设立财团法人的申请经过审查可以做出许可也可以拒绝做出许可。但在现实中,更多的情形不是批准设立也不是驳回设立申请,而是主管机关或者审查机关会要求设立人详细澄清财团章程中每一个词语特别是有关财团目的的精确含义。这一点本来无可厚非,因为财团的目的本就应该明确而没有歧义;但是,审查机关往往会利用自己的审查权限以及新的申请人对财团以及财团法规的无知而影响申请人的意见,并且据此建议或者要求修改财团的章程。于是,审查机关职员的个人意志或者机关的意志甚至是国家的意志就有可能不知不觉的被掺杂进入财团的章程成为财团的意志,这也意味着对于原来设立人的意志的干预和偏离。这种情况的存在严重地危及了财团法人的制度价值——确保捐助人意愿的长久实现。

2002 年德国《财团法现代化法》的一个重要指导思想就是对财团的设立放松限制。这一原则被具体表述为:原来德国民法典凡是涉及财团的设立的“批准”一词被“承认”所代替,“被批准”一词被“被承认为有权利能力”代替,“取得批准”由“为了得到承认而将此事通知有管辖权的机关”代替,“请求”一词由“申请”一词代替。这表明德国民法典规定财团法人的设立从许可主义向认可主义转变。

三、各类财团法人的设立原则

(一) 公益财团

公益财团法人的设立对于国家和社会的发展具有重要意义,作为大陆法系国家非营利组织的重要组织形式,财团法人在许多领域发挥着重要的作用。总的来说,随着非营利组织作为第三部门在社会发展中的作用日益突出,财团法人因为具有其它非营利组织所不可替代的重要制度价值而越来越受到重视。目前,社会生活实践对于财团法人制度的要求是进一步放松限制,也就是采取更加鼓励的态度。除了税收制度方面的刺激外,还包括在设立程序上的放松限制。因此,公益财团的设立不宜采用特许主义或者许可主义。

自由设立主义对于法人的设立是很方便简单的,但是由于对法人的设立流于放任,因此产生不少弊病;而且法人的设立不需经过许可或登记,导致法人与合伙难以区分^[4](第 178 页)。因此,即使政府的态度是鼓励财团的设立,仍然不宜采用自由设立主义。

(二) 家庭财团

家庭财团不属于公益财团,其设立与主管机关的审批更加无关,因此家庭财团的设立也以准则主义为宜。但是,家庭财团的问题不在于法律是采用鼓励的态度还是限制的态度,而是是否应该允许这种财团法人类型存在的问题。这在欧洲大陆法系根本就不是一个问题,家庭财团在许多国家都客观存在而

且具有悠久的历史。现在我国的法学理论中之所以成为一个问题,主要是因为日本在借鉴欧洲法制时没有吸收这个制度,我国台湾地区的学者对是否应该允许家庭财团的存在争议很大。笔者认为,撇开原来利用家庭财团避税的动机不谈,家庭财团在赡养家族方面确实具有其他制度所不及的功能——防止家族财产被他人侵占以及防止家族后代继承人在短时间内挥霍家产,这样的动机没有理由不予保护。民法典应该为家庭财团的存在留下空间,至于家庭财团的弊端可以通过税收制度来调整。

(三)社区财团

社区财团是为社区居民服务的,也应该属于公益财团,虽然社区财团的资金来源包括地方政府和社区居民,但社区财团与一般的公法财团不同,也可以实行准则主义。

(四)公法财团

公法财团一般是由政府出资设立。之所以被称为公法财团是因为此种财团的设立一般都依据特定的某一项法令,专为满足特定的目的。因此,公法财团的设立原则应该采特许主义。

(五)企业财团

日本法上对于企业财团的理解过于宽泛。我们还是把企业财团限定在德国法上的两种形态——企业载体财团和参股财团。由于财团本身属于一种消极的财产管理手段,因此并不适合经营营利企业。法律对于企业财团应该采取限制的态度,应该采用许可主义甚至特许主义。

(六)教会财团

欧洲大陆法系国家普遍存在的教会财团源远流长,而且在社会中发挥着十分重要的作用。在欧洲,教会财团与其他世俗的财团分属两个不同的体系,教会财团不受世俗政权的监督,而是根据教会法(Canon Law)设立和运作。但是,在亚洲和其他一些地区,基督教和其它宗教的影响有大有小,教会或宗教财团不一定都能完全独立于世俗财团,根据《日本民法典》第34条的规定,宗教目的属于公益目的。日本还专门制定了宗教法人法,对宗教财团采用了比民法典的许可主义更加开放的认可主义。

综上所述,不同类型的财团法人应该适用不同的设立原则。一般公益财团、社区财团、寺庙宫观、家庭财团应采用准则主义,公法财团和企业财团应采用特许主义。

[参 考 文 献]

- [1] 马俊驹、余延满:《民法原论》,北京:法律出版社2005年版。
- [2] [日]四宫和夫:《日本民法总则》,唐晖、钱孟珊译,台北:五南图书出版公司1995年版。
- [3] [日]山本敬三:《民法讲义》(1),解亘译,北京:北京大学出版社2004年版。
- [4] 郑玉波:《民法总则》,北京:中国政法大学出版社2003年版。

(责任编辑 车 英)

Establishment Principles of Foundations

Luo Kun

(Law School, Renmin University of China, Beijing 100872, China)

Abstract: In a historically view, there were many establishment principles for different kinds of foundations, which represented the attitudes of government towards foundations——encouragement or depress, and the reason was complex. Certain principle should apply to one or some kinds of foundations, but should not apply to all kinds of foundations or incorporated corporation.

Key words: incorporated corporation; foundation; establishment principle