

“民法典编纂中的证券法一般规范”专题

The General Rule of Securities Law in the Compilation of Civil Code

蒋大兴 王克玉 杨东 胡曾铮

JIANG Da-xing WANG Ke-yu YANG Dong HU Zeng-Zheng

【摘要】 《民法总则》的诸多领域都事关证券法中的组织及权利，都可能与证券/证券法密切相关。例如，法人类型标准与证券交易所之定位，民事法律行为/代理与证券交易，期限/期间效力与证券法上的多种期限等。因此，民法典编纂应当为证券资本市场的发展留足制度空间。民法典关于证券资本市场的规定越简单，对其发展创新就越有利。民法典编纂在基本原则设置、具体规则安排上，应为证券法和其他商法设置例外规定。互联网时代需要民法典，但又不同于传统意义上的民法典，我国民法典立法应当超越传统民法典的范畴，迎合人类社会的新文明，适应信息文明、数字文明。对于符合条件的非营利性法人（如相关医院和学校），建议允许举办人获取一定比例的收益（适当分红），同时按获取分红的比例征收相应的税收。

【关键词】 民法典 民法典编纂 证券法 一般规范

【中图分类号】 DF51 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206(2017)02-0031-13

Abstract: Many fields of the “General Principles of Civil Law” related to the organization and rights of securities law are closely related to securities or securities law. For example, the type of corporate standards with the positioning of the stock exchange, civil legal acts and agents with securities transactions, the term and the effect of the duration with various periods of securities law. Therefore, there should retain adequate institutional space for the development of the stock exchange, civil legal codification. The simpler the regulations of the civil code on securities capital market, the more favorable for its development and innovation. The establishment of basic principles and the regulations of specific rules of the Civil Code should set exceptions for the securities law and other commercial law. Internet era needs civil code which unlike the traditional one. The legislation of Chinese civil code should beyond the category of traditional civil code and cater to the new civilization, information civilization and digital civilization of human society. For qualified non-profit legal entities (such as the relevant hospitals and schools), the civil code is recommended to allow the holders to obtain a certain percentage of the proceeds (appropriate dividends), and at the same time levy corresponding tax according to the proportion of dividends.

Key words: Civil code Compilation of civil code Securities law General rule

【收稿日期】 2017-01-15; 2017-01-05; 2017-01-15; 2017-01-06

【作者简介】 蒋大兴，男，1971年6月生，北京大学法学院教授，研究方向为公司法与证券法、商法与经济理论；王克玉，男，1971年3月生，中央财经大学法学院教授，研究方向为国际私法、国际商法；杨东，男，1975年5月生，中国人民大学法学院教授，研究方向为证券法、金融法、互联网法律；胡曾铮，女，1976年4月生，方正证券总经理助理，研究方向为公司法律实务。

《民法总则》(草案)中的证券法空间

——关于法人类型、法律行为/代理及期限制度的检讨

蒋大兴

《民法总则》的制定是一件大事,但证券法学界似乎并不是很关心这样的事情。商法学界显得比较着急,召开了多次会议讨论民法总则/民法典中应如何嵌入商法规范的问题,经济法学界也开始组织会议讨论类似话题。这可能是因为商法与经济法都没有专门、统一的一般法典,因此,在《民法总则》中是否写入相关规范,就显得特别关键。但这样的问题,在证券法学界并不存在。《证券法》本身是独立存在的,是统一的法典,因此,在《民法总则》起草、制订过程中,是否需要特别考虑与《证券法》之间的协调,就显得不是那么迫切。事实上,证券法学界都在关心《证券法》应如何修改、何时出台,股票发行注册制如何落地这样更微观、更直接的问题,很少有人专门关心《民法总则》是否以及如何解决了证券法的什么问题。学界的此种普遍静默的现象,并不意味着《民法总则》与《证券法》没有关系。实际上,《民法总则》的诸多领域都事关证券法中的组织及权利,都可能与证券/证券法密切相关。以下选择法人制度、代理、期限等问题,简要讨论《民法总则》(草案)中的证券法空间。

一、法人类型标准与证券交易所之定位

《民法总则》(草案)中有关法人类型的划分,例如,关于营利法人和非营利法人的类型区分,与证券法中的证券交易所的定位存在密切关系。《民法总则》(草案)将法人区分为营利法人与非营利法人,尽管受到很多民法学者的批评,但笔者认为是一个巨大进步。此种分类秉持的是一种“进化主义”法人观,同时,也关照到了中国社会目前对法人“分类管理”的现实。中国目前几乎所有规范对法人类型的区分,都是按照营利及非营利进行设定。无论是主体登记、行政管理,还是税收征收、组织解散,都是按照营利与非营利标准予以区分设定的。因此,营利法人与非营利法人的类型划分,同时也符合“现实主义”逻辑。但现行立法关于营利法人、非营利法人的具体界定标准仍存在问题,不利于证券交易所之类中间性组织的发展。

《民法总则》(草案)所规定的营利法人是指“以取得利润并分配给其股东等出资人为目的成立的法人”,非营利法人指“为公益目的或者其他非营利目的成立,不向其出资人或者设立人分配所取得利润的法人”。可见,判断某个主体是否为营利法人,有两个标准:第一,营利法人必须以赚取利润为目的;第二,营利法人要把利润分配给其股东等出资人。显然,按照这样的标准,我国目前的证券交易所不属于营利法人,因为证券交易所显然不符合上述两个条件,但其也不太符合非营利法人的标准。与非营利法人不同,证券交易所所有内在的营利冲动,证券交易所的全球竞争就是受其营利性驱动的结果。若无商业考量,证券交易所就不会有全球竞争的冲动——如果证券交易所的存在仅是旨在为某一国家/地区的证券交易提供服务设施,以及进行证券发行及交易的自律监管此种非营利目的,则证券交易所就会表现为“地方性的设施/机构”,不会有今天这样的全球竞争、全球扩张、跨界并购的冲动。虽然,非营利组织也会进行跨界活动,但

其内涵的公益性目的与交易所的营利驱动有本质区别——若证券交易所只是地方性设施，仅服务于特定国家与地区，就没有必要进行跨界活动。证券交易所的营利性，还可从某些证券交易所的“公司化改制”并上市中可窥得一斑。在我国，证券交易所也曾有公司化/强化营利的冲动，上交所曾设计过改制方案。

《证券法》在发展过程中，也对证券交易所的地位做过修正。例如，1998年《证券法》强调证券交易所的非营利性。该法第95条规定：“证券交易所是提供证券集中竞价交易场所的不以营利为目的的法人。”同时，该法明确禁止证券交易所进行利润分配。例如，第98条规定：“证券交易所可以自行支配的各项费用收入，应当首先用于保证其证券交易场所和设施的正常运行并逐步改善。证券交易所的积累归会员所有，其权益由会员共同享有，在其存续期间，不得将其积累分配给会员。”而2005年《证券法》则专门淡化了非营利色彩。该法第102条规定：“证券交易所是为证券集中交易提供场所和设施，组织和监督证券交易，实行自律管理的法人。”该条并未凸显“非营利”目的。但该法仍在其他条款中，维持了对证券交易所向其成员分配利润的禁止规则。即，其第105条规定：“证券交易所可以自行支配的各项费用收入，应当首先用于保证其证券交易场所和设施的正常运行并逐步改善。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。”其后的《证券法》延续了上述规定，这实际上是为证券交易所的营利性留下了空间，但仍未认可交易所在存续期间“可分配利润”的权利。

从其活动性质来看，证券交易所实际上介于营利法人与非营利法人之间，很难完全否定其实质上所具有的双重特质——“营利”及“公共”的一面。一则，证券交易所因要承担证券监管等公共职能，其非普通的营利法人；二则，证券交易所并非仅有公益目的，亦并非仅靠捐赠财产设立，其每天都在实施商行为，证券交易所也非普通的非营利组织。因此，就证券交易所的本质而言，有些类似于“公共商事企业”。但在中国立法上，并未独立认可此种企业类型。鉴于《证券法》已部分认可了证券交易所的营利性，但该营利性局限在营利行为——实施赚钱的行为上，作为营利性的证券交易所，却不能向其成员分配利润（财产积累），此种中间状态的法人组织的形式，在《民法总则》（草案）中尚缺乏对应类型。美国、英国、比利时等国家最近流行的兼有营利及非营利目的的社会企业，其实很符合证券交易所的应然定位。因此，虽然证券交易所可以选择采取营利法人或者非营利法人的形式，但《民法总则》（草案）应对此类中间状态的法人形态予以明确确认，以给证券交易所法律地位的确定预留空间。按照美国、英国及比利时的做法，社会企业虽定位为基于“非营利”目的而设立，但其并非不可从事赚取利润的行为，甚至，并非完全不可以分配利润——只是其所从事营利性活动赚取的利润仅可分配一部分给投资者。若《民法总则》（草案）确认了兼有营利及公益目的的中间状态的法人主体，还可顺带解决诸如民办医院、民办学校等社会性主体对投资者进行营利分配的问题。从而可以解决实践中普遍存在的“虽法律禁止，但投资者仍变相分配利润”的问题。当然，在“有限解禁”的情况下，对民办医院及民办学校的利润分配，仍应有一定的比例限制。

由此，考虑到中间状态证券交易所调整的需求，《民法总则》（草案）关于“营利”的界定还需调整，不应将是否进行利润分配作为营利与否的判断标准，营利法人应当就是以赚取利润为目的的法人，至于其是否对其投资人分配利润，则属公司章程规定事

项，不分配利润，也不否定其作为营利法人的地位，由此，可将目前的营利法人两特征压缩为一特征，从而，至少能涵括证券交易所这种处于中间状态的组织——实施营利行为但限制其对会员/成员进行利润分配。

认可营利法人、非营利法人的类型区分，同时，承认中间状态的法人形态，是现实主义逻辑使然——两者最大的区别在于管理制度的差异。中国目前对社会组织行政管理体系基本都是此种区分逻辑——从法人设立到运营（税收管理）、解散规则的确定，都是遵守“营利—非营利”的区分规则。因此，认可此种现实分类，同时，在民法总则中增加关于中间状态法人的规定，比如跨越两个领域的法人组织，其税收问题如何处理，需要在《民法总则》（草案）中做原则性规定，在美国，当非营利的基金会从事商业活动时，是否仍适用免税规则也引发了税法上的较大争议。这可能还涉及经济法上的规制问题，民法总则并没有太多关注到对组织的规制，需要以规制的立场，适当考虑此种法人的中间行为，以利于规制证券交易所此类中间机构。当然，法典采取何种立场，与我们对非营利组织的发展理念存在紧密关联。

此外，《民法总则》（草案）关于法人部分的内容，存在大量复制《公司法》的现象，这导致了《民法总则》（草案）“法人章”成了“小公司法”，是否有此必要？总则应当具有概括性、抽象性，法人部分未能处理好总则与分则的关系，其中很多内容涉及分则或者其他法律规范的问题，其实，大部分条款应予以取消。

二、民事法律行为/代理与证券交易

在《民法总则》（草案）中，民事权利部分包括了“投资性权利”（第126条规定：“民事主体依法享有股权和其他投资性权利”），可以涵括证券法的许多问题，尤其是为《证券法》中证券的定义奠定了民法基础，此种表述是有进步性的，值得肯定，在此不再更多讨论，下文专门讨论有关法律行为效力及代理部分与证券交易的关联。

（一）法律行为的效力规则的改进

《民法总则》（草案）中有关民事法律行为部分与《证券法》的关系可能比较密切。因为，当前《民法总则》（草案）第六章，尤其是第六章第三节“民事法律行为的效力”部分，所设定的法律行为效力规则比较严格。例如，第149条规定：“一方以欺诈手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”内幕交易可能涉及此种情形，按照上述逻辑，其交易行为效力可能会被否定，这对第三人的利益保护不利，还可能会与《证券法》的相关规范发生冲突。例如，《证券法》第120条规定：“按照依法制定的交易规则进行的交易，不得改变其交易结果。对交易中违规交易者应负的民事责任不得免除；在违规交易中所获利益，依照有关规定处理。”这被称为证券交易/效力恒定规则，《民法总则》（草案）在法律行为效力部分未能充分考虑《证券法》等其他法律的此种特殊安排，没有对动态的、涉他的商事交易行为效力予以充分注意、给以足够的特别对待，严格适用，可能会损害商事交易秩序。

虽然《民法总则》（草案）第10条规定：“其他法律对民事关系另有特别规定的，依照其规定”，这在一定程度上缓和了上述问题，但因违规活动形式变化多端，证券领域中的交易行为规范体系层级通常较低，很多并非通过法律，而是通过法规、规章甚至

交易所的自治规则确定，仍会在一定程度上影响到证券监管行为的效力判定。这最终可能还需要通过两个方式完善：其一，是否有必要将《民法总则》（草案）第10条中所谓“法律”做扩张解释，但这是否有违民事权利的法律保留原则值得讨论；其二，最终依托《证券法》上的授权规则，囊括各种低层级规范，确认证券交易所各种自治监管规则的法律效力。

（二）代理规则的改进

《民法总则》（草案）代理部分对《证券法》的影响应当是最大的，因为，现行代理规则主要是按照普通、传统的民事代理逻辑设计的，未能充分凸显商事代理的需求，而证券交易中的代理行为，基本都是商事代理行为。就此而言，这是《民法总则》（草案）非常致命的失败。可以说，《民法总则》（草案）代理部分完全未能关注到商事代理的发展，仍然停留在古老的或者近代的代理法时代。

与普通民事代理的个别性、一次性代理交易不同，商事代理不是“个别性”的交易代理行为，而是“集团性”、“持续性”、“反复性”的代理行为，商事代理在近现代已发展成为一种“持续的营业行为”，最典型的表现就是“代理商”的出现。商事代理的另一种表现形式是组织机构内部的代理（也包括代表），个人认为，这种组织机构内部的代表，用代理来解释更合适。这两类商事代理行为，一类是组织性的外部代理（代理商），《证券法》中会涉及此种代理行为；一类是交易性的内部代理（法定代表、法定代理），《公司法》大多会规范此种代理行为。非常遗憾的是，《民法总则》（草案）有关代理部分的规范构造，完全忽略了商法上的上述代理法的构造逻辑。对于商法上的组织性、集团性、持续性、营业性代理行为，《民法总则》（草案）基本未考虑到，还是基于个别的、单一的法律行为代理制度去建立代理法的规则，这显然不符合商事代理的要求。虽然，这或许不会影响证券交易，因为，《证券法》已经专门规范了这样的问题，但从法律逻辑精美的角度而言，这样的《民法总则》（草案）是缺乏美感的，法律逻辑不周延，不利于其他商事交易的发展——并非所有商事交易行为都像证券交易一样，有一个专门的法典可以帮助《民法总则》查漏补缺。

三、期限/期间效力与证券法上的多种期限

《证券法》上的大量法律行为都跟时间有关，可是，这些期限如果被违反了，是否会导致相关交易行为的效力受到影响？还是仅仅适用《证券法》第120条有关交易行为恒定有效的规则，区分当事人行为是否合规，进而分别确定其效力，进行解释？这在《证券法》上并无其他专门规定。《民法总则》（草案）只对时效的法律效果，以及撤销权、解除权等权利的存续期间的法律效果进行了规定，但未对各种义务的履行期间的法律效果进行规定，由此，违反各种期限义务，会导致何种法效果，在法律上并不是非常明确，例如，违反各种信息披露义务期间而实施的证券法上的行为，其法效果如何，就会产生各种争议，上海新梅职业违规收购案就是显例。因此，是否应当在《民法总则》（草案）上规定各种民事义务履行期间被违反之后的法效果，而非仅仅从权利角度考虑时效、期间的法效果问题，以为《证券法》上各种行为的违规履行的效力判断提供依据？

四、结论

中国目前《民法总则》(草案)的制定,引发了一场“立法饥渴症”似的讨论,无论是公法还是私法学界,民法、商法、经济法、证券法、环境法甚至宪法等诸多法学领域都在讨论《民法总则》与自己所在学科的关系。这不仅意味着《民法总则》的起草是何等重要,还意味着目前的《民法总则》(草案)需要逐渐成熟——以法律行为效力节为例,该部分甚至充满语法矛盾。因此,如同2016年12月中山大学会议上部分学者主张的一样,笔者同样认为,《民法总则》(草案)的匆忙审议应当缓行。尽管立法机关在《民法总则》(草案)的起草、制订过程中进行了大量的讨论和调研,但目前立法文本的科学性和严谨性还有待进一步完善。立法完善不仅仅是一项政治任务,更是一项法律科学的试验,中国法学界以及中国人民需要一部更加科学、严谨、完整的民法典——而这一切都取决于草案形成过程能否充分讨论、精细雕琢,取决于法律学者对最终文本参与的广度和深度。唯此,我们才能贡献一部相对科学的《民法典》。

民法典编纂应当为证券资本市场的发展留足制度空间

王克玉

一、为证券市场的创新和商事习惯预留空间

商法的起源最初表现为货物贸易,但是近年来,金融法以及金融工具、票据等越来越成为商法的一部分,并且成为推动商法发展的一个重要方面。从域外主要国家的立法看,商法主要包括两部分内容,一是交易法,二是金融法。当然,综合起来看,民法法系国家与普通法法系国家在商法的范围上不尽一致。在后者看来,商法传统上源于货物贸易规则,发展至与此相关的运输、保险、支付、贸易术语,以及提单、汇票、证券、衍生品交易等领域,涵盖了所有的交易方面的合同权利和财产性的权利。而在民法法系国家,商法的范围则呈现出“宽”、“窄”不同的维度,有些国家包括了公司法、破产法以及金融法等领域,也有一些国家将诸如财产类权利等内容排除在外。

在借鉴民法法系国家编纂法典的立法模式过程中,我们也应当关注普通法上的一些做法,例如后者就没有被体系化的立法思维所垄断,而是遵循“结果导向”或“问题导向”的模式,尽可能为其他部门法和商事领域的实践创新预留空间。尤其在交易习惯商业行为和商业模式的取舍方面,既尊重商人创新,注重行业惯例、业内习惯以及参与方之间彼此认可的秩序准则的适用,同时又严格界定相对方之间的权利义务,保护市场秩序的正常运转。

从这个角度,笔者很赞成草案第9条关于处理民事关系,法律法规没有规定的,可以适用习惯的规定。这里的习惯当然包括商业习惯和商事惯例。事实上,在金融、资本市场等领域,许多情况下是先有习惯,后有法律的跟进。例如独立保函的非从属性问题,最先是业内交易习惯的方式出现,法律和制度事后就需要认可这一交易习惯的约

束力；再如金融交易合同中的“交叉违约”责任设计，这个商事习惯顾及金融交易的特殊性和系统性风险的现实，尽管法律对之没有规定，但不意味着这个交易习惯没有约束力。所以，既然设定了法律没有规定的适用习惯的机制，民法典关于证券资本市场的规定越简单，则对其发展创新就越有利。

二、为特殊的商事部门法律制度设定例外

传统上，民法法系国家惯于法典化，重视法律和制度的体系化建设，承认特定私法领域中的“分区模式”，更注重法律的本地化、体系化、法典化的建设，即使在涉外或者跨境商事交易中，也试图通过国内化的冲突法规则为本地法的适用寻找依据，其思维方式的外化特征便是“规则导向”。在这种模式下，商法被纳入法典体系并成为体系化下一部分，商法规则必须适用并依附于这个规则性的逻辑建构。既然如此，与法典体系无法协调的部分，就以例外的方式予以规定。

当下我国编纂民法典，必须在动态和发展的视角下审视制度设计，尤其是在事关证券资本市场方面的规则设定上，毕竟我们与传统上民法典的编纂时代大有迥异。在信息数据化、财产资本化、资本证券化乃至货币数字化的时代，商事交易的很多内容变成了数字交易，商事制度的特殊性无法回避。在这种背景下，试图构建封闭的、过分追求逻辑体系的法典，将无法应对所有的商事活动和未知的商事交易，特别是在资本市场这个领域。另外，互联网的学习方式、生活方式、交易方式以及社会管理方式，直接影响到了人们的思维方式。在互联网业态下，有许多商事创新我们现在可能想象不到，即使想象到了，现实中可能已经出现了类似的实践活动。所以民法典编纂在基本原则设置、具体规则安排上，应该为证券法和其他商法设置例外规定。

例如，草案中有关代理规则、无效代理的认定等，对于程式化和规范化的证券交易无从适用。证券市场的交易规则更侧重对于第三人和不特定市场参与者的利益影响，更注重交易的市场秩序的整体性，因此，无权代理、越权代理、无效的代理交易等不宜轻易认定。商事代理关系的规制主要是代理的外部关系这个维度，在这方面，不妨借鉴英美等国家的做法，基于代理权的产生划分代理情形。但考虑到商事代理的特殊性，以及特殊代理层出不尽的现实，建议在代理部分，直接增加“其他法律有特殊规定从其特殊规定”，以适应金融市场的特殊代理。

再如，关于证券市场主体的责任承担方式，不排除在将来的民事裁判中，采用限制当事人资格、判定市场禁入或剥夺某种投资机会的方式来承担相应的民事责任，尽管这些责任方式目前仅被适用于行政责任领域。在这方面，既有的停止侵权、排除妨害的责任方式不够周延，建议在草案第183条承担民事责任的方式中，增加“其他法律另有规定的，依其规定”。

三、基本原则的设定上为市场行为提供指引

在证券市场上，交易主体之间关系的不同，导致对其适用的法律和规则的侧重点有所区分。例如同为具有专业能力和专业属性的券商之间的交易，可遵循证券市场的一般性交易原则，但是对于中小投资者和金融消费者而言，则应本着保护后者的原则，在权

利义务的设定上，有其调整的重点。从这个角度出发，草案第4条：“民事主体从事民事活动，应当遵循自愿原则，按照自己的意思设立、变更和终止民事法律关系”，从制度的体系化建设看具有进步的一面，但是对于证券市场的特定参与主体的保护事宜上，却不够严谨，适当的措辞是：按照自己的意思，“依法”设立、变更和终止民事法律关系。

在一般性原则方面，包括证券资本市场领域，法律并不能穷尽相关的商事活动和交易行为，但是不论何种商事活动和交易行为，作为参与者一方或双方，只要是在法律规定的范围内，或者不违反法律法规和公共利益的，都应当拥有某种正当期望或者基于对方承诺或行为的预期信赖，这种正当期望和信赖利益应当得到保护，以鼓励创业和创新的实践。

在这方面，诚实信用原则未及于此。因为诚实信用根本上是一种对行为的规范性要求，更强调的是义务。权利本位的现代民法，应当将一方的义务内容通过相对方的权利框架予以框定。对于以创新为特征的资本市场主体，更应该强调以正当期望的利益和信赖利益作为交易和纠纷解决的一般原则。由此，保护正当期望和信赖利益，应当与意思自治、诚实信用一样，并列成为现代民商法的基本原则。而且，从权利和权益的角度而言，正当期望和合理信赖本身就是民事主体的一项权利和权益，对于证券资本市场而言，即使法律没有明确的规定，但只要秉持这一原则，便可以为市场主体从事创新、分配权利、承担责任乃至解决纠纷提供依据。

四、关于股权与“投资性权利”的界定

与资本市场和证券交易主体最具联系性的民事权利是股权以及证券权利和权益。从域外发达国家的证券资本市场的发展看，对于证券的界定、金融衍生品的形式以及交易的对象和内容等，各国公司法、证券法、商法等均有不同的规定。但是，无论以何种形式存在，无论是否称之为证券，其所代表的权利或权益既有债权的内容，又有财产权的内容，同时还有社员权、股份权的内容。但多数情况下，其权利属性和内容则是债权、物权、股权所不能兼容。

无论如何界定，股权或证券类权利的核心，无非是身份方面的权利和财产方面的权利。对此，美国商法典为证券持有者、尤其是间接持有者专门设定了一种“Securities Entitlement”（权译作证券权）。这种专门设定的权利，不同于传统的股权，在持有、转让、登记、担保、清算乃至破产处理中有其特定的规则，持有人针对不同的相对人以及在不同时期享有的权能是不同的，这种权利也很难简单地被称为一种“投资性权利”。所以，现行草案第126条规定的“民事主体依法享有股权和其他投资性权利”，对于何谓“投资性的权利”，“投资性的权利”是否包括商事交往中的其他所有应受法律保护的权利，值得斟酌。

其实，在证券市场和相关商事领域，参与者、交易者的权利有时未必就是股权或者投资性权利，因为并不是所有的交易主体都是以投资者身份出现的。“投资”本身是一种“以钱生钱”的商事活动，与投资并列的有买卖、交易、消费等。而且，现实中对于长期贷款等债权，国际商事条约和惯例亦将之作为投资处理。所以，投资性权利无法对应证券交易主体的全部权利事项，也不足以涵盖证券市场上的全部权利内

容。在资本市场上，我们同样需要关注和保护那些不具有投资性的权利，例如交易主体可能以消费者的身份出现，或者以投机者的身份博取某种利益，或者博取某种机会或可能性，这些内容就不宜视作“投资性权利”。在民法典编撰过程中如果尚不能在内涵和外延上准确辨析和定位“投资性权利”，不如将“投资性权利”修改为“其他权利或权益”，或者“法律规定的其他权利”，再由证券法或相关部门法设定相应的权利内容。

《民法总则》应植入“互联网”基因

杨 东

毋庸置疑，当今时代是一个伟大的时代，是一个大变革的时代，《民法总则》的诞生和发展应当适应大时代的需要。互联网时代需要民法典，但又不同于传统意义上的民法典，我国民法典立法应当超越传统民法典的范畴，应当迎合人类社会的新文明，适应信息文明、数字文明。因此，当代的民法学者包括证券法学者，有义务帮助我国民法典成为世界级的、人类新文明时代的民法典。这不仅是对中国和中华民族的贡献，也是对全世界、全人类的重要贡献。因此，我国民法典立法应当全面，但也应有所保留，要为证券法、金融法的创新留足空间。

与历史相比，当今时代相当于工业革命初期，一方面，信息文明、大数据、区块链等新兴技术对人类生产生活全方位的构建性影响正初步显现，这是世界级的民法典创新的大时代背景；另一方面，新的创新措施应吸收到民法总则中。对创新的理解应尽可能正确，如果因理解不到位而将错误概念、规则纳入到民法典中，反而会束缚创新，因为民法典是基本法，基本法的定位有偏差将导致证券法、商法中很多创新受到束缚。以数字信息这个概念为例，全国人民代表大会财经委员会《电子商务法》的草案中也吸收和确立了一些原则和规则，其中包括数据信息。然而，草案中的数据信息的概念将旧时代的信息概念和新时代的数据概念简单地合并，并不妥当。事实上大数据时代的数据权利和旧时代的信息保护的背景完全不同，应当使用不同的管理体系。从数据时代到信息时代是质的飞跃，把它们放到一起是严重的错误，是不可饶恕的作为。这样的错误定位将束缚大数据时代的数据权利的发展，包括数字经济发展等。因此，目前旧制度和大变革正在发生冲突，需要新的共治，以重构新秩序、新制度的一个伟大时代，对此民法典应当采取开放和包容的态度。

再如，互联网时代下主体方面也有所变化，新的权利、客体产生的同时也诞生新的主体，典型的平台作为主体单独出现，这也是《电子商务法》规制的主要对象。例如阿里巴巴、京东等，实际上是一个电子商务平台，与传统的民商事主体不同，它们是为其他的主体提供信息、撮合服务的新主体，此类主体的民事活动可能并不在传统的民商法的规制范畴内。电商平台主要是为电子商务活动经营者提供服务的平台，这在《电子商务法》中有详细的规定。同时，电子商务平台与传统线下交易场所也有本质区别。线下交易场所虽然有数据，但是相较于线上平台其获得大数据的能力很弱，也不能如线上平台那样通过对数据的整合形成大数据经济，并以此作为商事交易和决策的依据，这是电子商务平台和线下交易场所的本质区别。《电子商务法》认可了这一主体，平台主

体属于民事主体范畴，并且对社会日常生活具有举足轻重的影响。权利主体和客体以及相应的民事行为发生了较大的变化。以代理为例，互联网金融中的P2P行业本质上就是一个金融代理服务行业，而对P2P的监管明确P2P平台提供的主要是信息中介服务。因此，P2P平台和阿里巴巴电子商务平台又有所区别，此类平台本质是提供金融信息服务的平台，其承担的责任和义务又与传统机构有所区别。按照传统的监管理论，仅提供信息的平台无需专门机构对其进行监管，也不需要专门的牌照，但现在P2P平台已经有牌照，也需要政府以备案的形式进行监管。因此，平台这个民事主体正在进行多层次、多样化、不停演变的形态变异，同时会形成民事代理关系。在互联网时代以前，线下撮合和民间借贷本质是理财代理关系或中介撮合关系，其民事关系较为简单。然而在互联网平台时代，不同于传统上的撮合和代理关系，平台不仅需承担信息撮合、信息交互的责任，还要承担借款人和投资人差异化分类评估、开展投资者教育以及其他各种义务，这些义务证明平台及其民事活动已经超出了传统民法的规制范畴。

综上所述，互联网时代下客体、主体、代理关系等传统民法概念范畴正在产生革命性的变化，催生了新的主体、新的客体、新的法律关系的出现，例如新的代理关系、平台主体等，也会出现数据信息的垄断等新问题，这涉及传统民法的平等原则等。具体而言，互联网时代下平台会产生强烈的垄断效应，随着数据集中、交易集中，平台的地位越加强势，并呈现垄断趋势。例如，阿里巴巴集团的利润已超过一些小国家，依据马云所言阿里巴巴集团已经是第五大经济体，是未来的第五种经济类型。虽然这有些言过其实，但以阿里巴巴为代表的新经济模式，至少在法律关系等方面对传统民法有着显著的影响。因此，在民法典总则立法时应当考虑这些显著的变化，将平台经济、新的商业模式、普惠金融、组织形式创新等纳入到民法总则的立法中。

试论民法典关于非营利性法人的规定与社会现状 冲突的原因及解决建议

——以非营利性医院的设立及经营现状为例的分析

胡曾锋

一、民法典关于非营利性法人的规定及引发的讨论

《民法典总则》第三次审议稿第86、87条规定：为公益目的或者其他非营利目的成立的法人，为非营利性法人。非营利性法人不得向其成员或者设立人分配利润。为公益目的成立的非营利性法人终止时，不得向其成员或者设立人分配剩余财产；其剩余财产应当按照章程的规定或者权力机构的决议用于公益目的；不能按照法人章程规定或者权力机构的决议处理的，由主管机关主持转给宗旨相同或者相近的以公益为目的的法人，并向社会公告。

本条引发了许多讨论，在全国人大常委会分组审议时，不少委员也就此条提出了异议。如有的委员提出，非营利法人大多数涉及民生领域，比如学校、医疗、养老等，这些实体很大程度上可以缓解政府的供给不足。但是，本条很容易给人一种错觉，即只要

进入为公益目的的实体，出资人或者设立人的资产就不再属于自己，而是属于全社会的。假如这种错觉在实际操作中加以兑现，就有可能阻碍许多希望借助自己的资产进入社会公益行业以求发展的人士。基于上述意见，有的委员建议想办法对非营利法人的积极性给予保护，有的委员建议明确保护出资人举办公益事业的原本属于个人的财产，还有的委员建议，将此类资产划分为两类，出资人或设立者投入的资产和该资产在经营过程中累积的资产，法律中明确后一类资产不得向出资人或设立人分配，但前一类资产在法人注销时可以收回。

二、法律规定与社会现状存在的冲突及原因

笔者认为，之所以出现诸多争论，其根本原因在于：立法本意强调的是非营利性机构的公益性及伴随而来的非营利性（即股东不能取得分红），但由于国家对相关领域改革的滞后性，法律及政策对部分行业的限制性规定，加之对非营利法人的各种政策优惠（特别是税收优惠），导致出现了一些并非出于公益目的而设立的非营利法人，进而导致法律规定与社会现状存在重大冲突和背离。这其中最为突出的是民办非营利性医院和学校，笔者下文以民办非营利医院为例来进行详细分析。

（一）非营利性医院管理制度的历史变迁

在社会主义市场经济确立之前，所有的国计民生行业均属于国营，包括基础设施、新闻出版、医疗卫生、教育等行业，完全没有其他行业的“个体户”现象；而在开展社会主义市场经济建设之后，其他行业逐渐改革，而医疗和教育行业，由于涉及人民基本保障，改革进度明显落后。基于上述原因，长期以来，医院基本都是国家财政拨款设立的公立医院，或国有企事业单位设立的职工医院，极少数是社会组织捐赠举办的非营利性医院；即使后来放开允许个人或民营企业申请设立医院，国家法律及卫生部门也只允许设立非营利性医院。相关制度明确规定：医院只能是非营利性的，即医院的收入只能用于医院发展，不允许也不需要向举办人进行分红；同时，国家配套了相关的优惠政策及收费限制，如税收优惠、财政补贴、医保报销、药品及治疗费用限制等等。

直到2000年，国务院《关于城镇医药卫生体制改革的指导意见》才明确规定，建立新的医疗机构分类管理制度；将医疗机构分为非营利性和营利性两类进行管理；国家根据医疗机构的性质、社会功能及其承担的任务，制定并实施不同的财税、价格政策。同年，民政部、卫生部制定并颁布了《关于城镇非营利性医疗机构进行民办非企业单位登记有关问题的通知》，规定“为做好城镇非营利性医疗机构的登记管理工作，根据《民办非企业单位登记管理暂行条例》和《医疗机构管理条例》，各类城镇非营利性医疗机构（政府举办的非营利性医疗机构除外）在取得《医疗机构执业许可证》后，应当依法到民政部门进行民办非企业单位登记”。

（二）非营利性医院的举办、收购及获益现状

随着经济的发展，医疗行业呈现出人民需求旺盛、需求结构分层明确、现金收入稳定且国家投入不足等特点。由于供需双热，即人民群众需要更多且类型多样的医院，个人及企业也有强烈的投资及获取收益的需求，医院投资和相关的资本运作成为社会热点。但是，基于以下两种原因，部分投资人抱着投资获取收益的目的，却选择举办了非

营利性医院：一是当初的法律或政策不允许设立营利性医院，营利性医院在卫生部门无法获得核准，工商部门也无法注册，投资人无奈选择举办非营利性医院；二是在政策和法律允许注册营利性医院后，投资人由于税收优惠和医保报销资质等原因，仍然选择举办非营利性医院。

在民政部门进行民办非企业医院登记时，填写的申请表格中明确要求：投入的财产及其孳息不用于分配；组织注销后的剩余财产用于公益性或者非营利性目的，或者由登记管理机关转赠给与该组织性质、宗旨相同的组织；投入人对投入该组织的财产不保留或者享有任何财产权利。上述要求与前述民法典的规定是一脉相承的，即举办非营利性医院，就应当出于公益性或非营利性目的，投入的财产视为对社会的捐赠；相应地，国家也给予非营利性医院大量的优惠政策。

但是，上述举办人本身就是抱着投资获取收益的目的而举办医院，在实际经营中亦将医院完全视为自己的财产，采用药品采购、资产租赁、管理及服务收费等各种方式将医院的利润套出用于分配，从而既享受了税收等优惠，又实际获取了投资的收益。特别是近几年，医疗投资成为社会热点，复星、华润、凤凰等各类医疗集团在市场上争相收购医院，大量非营利性医院的举办权以高价卖出，原举办人获利丰厚。

据不完全统计，收购非营利医院的方式有如下几种：1. 收购非营利性医院的举办权。直接收购后进行财务并表，如果以上市公司的名义收购，比较规范的做法是在年报中披露无法分红的风险。这类的典型案例如益佰制药收购灌南县人民医院、通策医疗收购沧州口腔医院等。但也有部分上市公司并没有持续履行信息披露义务，如诚志股份收购丹东市第一人民医院等案例，实际操作中各上市公司的财务处理并不十分规范。2. 收购医院管理公司的股权。先设立医院管理公司，将非营利医院的土地及相关资产转移至医院管理公司名下，医院管理公司以土地及设备租赁+管理服务的方式收费，再统一控制药品及设备采购转移利润；再收购医院管理公司的股份，将管理公司并表或装入上市公司。具体操作中有各种变化，在此不再详细分析。这类的典型案例有复星医疗收购安徽济民肿瘤医院等。3. 托管非营利性医院，以服务费的方式获取收益。形式上签订托管协议或服务协议收取服务费，或收购非营利性医院的收益权。如恒康医疗收购四川省红十字肿瘤医院肿瘤诊疗中心15年85%的收益权，恒康医疗受让辽渔医院举办权再进行托管等。第三种模式存在较大争议，实践中关于利益输送、资质借用的质疑不绝于耳。

实际操作中，上述方式通常是叠加使用，并出现各种变化。从收益角度分析，投资人获得收益的方式也主要有三种：1. 获得医院举办权或医院管理公司股权，并因此取得投资收益：如上市、合并报表、相关收益等，投资者收益=医院资产+医院利润的整体。2. 获得医院的完整管理权，取得医院全部利润：通过收取管理费+租赁+供应链+其他，使医院在不亏损的前提下将利润转移，投资者的收入=医院利润。3. 获得医院的部分管理权，取得医院部分利润：只收取上述费用中的一项或几项，医院仍可保留一定利润，更类似于科室承包或部分合作。科室承包由于历来被卫计委所禁止，近年来该种模式已鲜见，但整体收购非营利性医院举办权后签署托管协议的模式仍有实例。

（三）非营利性医院现状与法律的冲突及相关风险

从法律角度而言，上述投资是存在巨大风险的：首先如选择收购举办权，举办人无权从医院获得利润；其次，一般情况下，非营利性医院无法直接与收购主体进行并表，

无法直接开展融资、上市等资本运作；再次，医院结束时，相应的资产应转赠其他非营利组织，举办人无权收回或处理；最后，即使通过收取管理费、租赁费等各种变通方式取得收益，其中仍然存在大量法律风险。

各大主体不顾风险而争相收购，收购价格一路走高的根本原因在于，原举办人和收购人都认为：医院就是原举办人的资产，国家迟早会承认其所有权；或者，国家会出台政策，允许非营利性医院转变为营利性医院；再或者，有足够且安全的方法，可以将医院的利润套出，进行分红或进行相应的资本运作，投资不会有损失。

目前，有部分非营利医院在争取改制为营利性医院，但目前的法律、法规对此有诸多限制。如发改委、卫生部等《关于进一步鼓励和引导社会资本举办医疗机构的意见》规定：社会资本举办的非营利性医疗机构原则上不得转变为营利性医疗机构，确需转变的，需经原审批部门批准并依法办理相关手续。《北京市人民政府办公厅印发关于进一步鼓励和引导社会资本举办医疗机构若干政策的通知》[京政办发（2012）35号]规定：原则上不允许非营利性医疗机构转变为营利性医疗机构；确需转变的，须经原审批部门批准。社会办非营利性医疗机构在机构注销时，其清算资产不得私分，土地由政府收回。市场上虽然出现了一些非营利转营利成功的案例，但并无明确的制度规定及程序指导，必须与各地卫生部门及民政部门进行专项沟通。

也有部分地区在尝试允许非营利医院的举办人适当分红，如温州曾出台过政策允许非营利性医院及学校进行适当分红，但上述政策与民法典的规定和立法精神是相冲突的，且不规范、不透明的操作，既让相关主体无所适从，也蕴含着巨大的职务犯罪漏洞。

三、相关建议

由于历史及法律滞后等原因，部分非营利性医院的举办人并没有捐赠的意愿，且事实上采取各种方式在获取收益（套取利润）；部分非营利性医院已变更举办人，新举办人为此支付了巨额成本；部分非营利性医院事实上已进入上市公司体系，关系到不特定多数人的利益。目前民法典关于非营利法人的规定，与这类主体的实际运行模式是完全相悖的。如按照部分专家的建议，直接对民法典进行修改，同意这类主体能够获得相应分红，既不严肃也不公平；但维持民法典的规定并要求严格适用，又可能对鼓励社会办医及部分上市公司带来一定冲击。

2016年11月7日通过的《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国民办教育促进法〉的决定》，规定：

“非营利性民办学校的举办者不得取得办学收益，学校的办学结余全部用于办学。营利性民办学校的举办者可以取得办学收益，学校的办学结余依照公司法等有关法律、行政法规的规定处理。民办学校享受国家规定的税收优惠政策；其中，非营利性民办学校享受与公办学校同等的税收优惠政策。

本决定公布前设立的民办学校，选择登记为非营利性民办学校的，根据依照本决定修改后的学校章程继续办学，终止时，民办学校的财产依照本法规定进行清偿后有剩余的，根据出资者的申请，综合考虑在本决定施行前的出资、取得合理回报的情况以及办学效益等因素，给予出资者相应的补偿或者奖励，其余财产继续用于其他非营利性学校

(下转第105页)

参考文献

- [1] 包艳萍, 孟友瑞. 国际工程分包合同中“Pay-if-paid”和“Pay-when-paid”条款辨析 [J]. 国际经济合作, 2014 (11).
- [2] 崔建远. 论法律行为或其条款附条件 [J]. 法商研究, 2015 (4).
- [3] 韩世远. 合同法总论 [M]. 第3版. 北京: 法律出版社, 2011.
- [4] 朱树英. 工程合同实务问答 [M]. 北京: 法律出版社, 2011.
- [5] 中华人民共和国最高人民法院民事判决书, (2013)民一终字第93号 [A].
- [6] 浙江省高级人民法院民事判决书, (2008)浙民一终字第192号 [A].
- [7] 四川省高级人民法院民事判决书, (2015)川民终字第18号 [A].
- [8] 河南省三门峡市中级人民法院民事判决书, (2014)三民终字第199号 [A].

(责任编辑: 朱晓峰 赵建蕊)

(上接第43页)

办学; 选择登记为营利性民办学校的, 应当进行财务清算, 依法明确财产权属, 并缴纳相关税费, 重新登记, 继续办学。”

上述决定强调的基本原则是: 非营利性学校应强调其公益性和非营利性, 不得取得办学收益, 举办者可享受与公办学校同等的税收优惠; 营利性学校可取得办学收益, 办学结余依照公司法等有关法律规定办理; 在本决定公布之前设立的民办学校, 可自主选择登记为非营利性或营利性学校, 选择完成后严格依照法律关于营利或非营利性法人的规定执行。

《中华人民共和国民办教育促进法》的修订, 反映了民法典关于营利性法人、非营利性法人的划分标准, 体现了法律之间的协调和统一, 对一直以来关于“民办非营利性学校是否应该允许其取得分红(或部分分红), 投资人并非出于捐赠目的而举办的非营利性学校该何去何从”的争议给予了明确的指引。但民办医院尚未出台类似规定, 而民办医院的市场投资活跃度及社会影响面较民办教育更大。

结合上述规定, 个人建议, 应全面调研非营利性医院和学校的现状, 跟进《中华人民共和国民办教育促进法》修订后的执行情况, 组织法律专家和卫生教育部门进行专项研究, 对民法典关于非营利性法人的规定、配套法律及税收等优惠制度进行全面梳理: 或严格要求非营利性法人必须遵守民法典的相关规定, 不允许举办人采用任何变通方式获取收益, 使其回归非营利性法人的本质; 或对非营利性法人进行分类, 对符合条件的非营利性法人(如相关医院和学校), 允许举办人获取一定比例的收益(适当分红), 同时按获取分红的比例征收相应的税收; 同时, 下发通知要求非营业性法人在指定时间内主动选择是否变更法人性质, 对于要求变更为营利性法人的主体, 经审查符合条件的, 允许按照相应程序变更, 并对所享受的税收等优惠进行适当追缴。从而既保障民办医疗和教育的快速发展, 为人民群众带来更多选择和有益补充, 又保证民办医疗和教育的有序发展, 避免各类风险发生。

(责任编辑: 邢会强 赵建蕊)