

《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作为目的成立的法人”,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，至少能函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制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”），可以函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