

公共利益与法人自治的平衡

——中国慈善法人制度变革的进路选择

李德健

(山东大学法学院, 山东济南 250100)

摘要: 慈善法人在实质上是以慈善目的/公共利益为导向建构出来的私法人形式,这就决定了慈善法人的法律规制应当在慈善目的/公共利益与法人自治之间保持平衡关系,既确保慈善法人的慈善目的与公共利益的有效实现,同时也要维护慈善法人领域中的私法自治。中国慈善法人制度改革就应当循此逻辑,在实现慈善法人的民间性转型的基础上,从特别法规制、成员权利义务配置以及法人财产属性等方面建构起真正适合慈善法人发展的应然制度。通过比较法的考察与经济学的分析,我们可以探寻出诸多可供我国慈善法人制度改革的必要经验。

关键词: 慈善法人; 比较法; 经济学; 慈善目的; 公共利益; 私法自治

中图分类号: D923

文献标志码: A

文章编号: 1009-8003(2016)01-0054-10

一、问题的提出

根据大陆法系传统民法的理论,根据是否具有营利性,私法人可以划分为营利法人与非营利法人,或者营利法人、慈善(公益)法人^①与中间法人。^②不过,在我国民事立法中,这种划分的理论意义与实践影响却并没有得到应有的重视,以至于现阶段关于慈善法人的理论与制度十分落后。^③这导致的直接后果是未来慈善法人理论与制度的发展可能不得不依托于营利法人,尤其是营利性公司模式进行建构。而这种进路固然有其合理性(所有法人在法人独立人格、有限责任以及内部治理架构与外部活动等方面均存在相同或相似之处),但是并没有深刻把握住慈善法人的慈善目的导向与公共利益属性,因此,在很多方面存在着理论缺乏协调性、制度有失针对性的现实问题。因此,有必要系统探讨慈善法人应然的改革进路,为完善我国未来的慈善法人制度提供理论依据与逻辑支撑。

在这方面,传统的大陆法系理论无疑是相对滞后的。例如,在慈善法人治理方面,德国、法国这两个传统的大陆法系理论集大成者甚至尚未真正开始。因此,我们需要同时关注在慈善法制发展方面更为先进的英美法系,来探寻慈善法人的理论根基与制度设计问题。其中,英国的经验具有特别的借鉴价值。作为慈善法制的起源地,英国至今在慈善法制发展方面还在很大程度上引领着世界慈善法制发展的潮流。对于很多慈善组织而言,因为存在复杂的社会经济关系,以及法人本身有限责任的特点连同较

收稿日期: 2015-10-29

基金项目: 本文系2014年度国家社科基金一般项目《孔子学院立法问题研究》(14BFX011)的阶段性成果。

作者简介: 李德健(1987-),男,山东潍坊人,山东大学法学院博士研究生,英国利物浦大学法学院博士候选人,研究方向:民法、慈善法、信托法、公司治理。

①关于慈善与公益的关系,在普通法系国家与东亚国家和地区多有不同。参见李德健、陈保君《慈善法视野下的公益信托论》,载梁慧星主编《民商法论丛(第51卷)》,法律出版社2012年版,第179-219页。为保持全文论述的统一性,本文中慈善法人与公益法人等同视之。

②参见王泽鉴《民法概要》,中国政法大学出版社2003年版,第58页。

③我国目前尚未有统一的慈善法或者慈善法人法,而且现行的《民法通则》也没有对慈善法人制度作出规制。

为完善的治理结构与问责机制,所以,其一般都会选择慈善公司或者新近出现的法人型慈善组织的形式来更好地从事慈善活动,发展慈善目的。在此背景下,即便是在慈善信托发展最为繁荣的英国,慈善法人日益强大的地位与作用也是无法回避的。在此背景下,英国法较早地接触到慈善法人制度发展中所面临的一些特殊问题,并通过理论创新与制度变革予以解决。

因此,本文以平衡公共利益与法人自治的关系为主线,通过比较法、经济分析等研究方法,着重分析慈善法人的立法取向、成员权利义务与组织财产属性等相关制度变革,以理顺慈善法人制度发展的应然进路,并解决国内学者在研究慈善法制,尤其是慈善法人制度方面的诸多误区,从而为我国慈善法人制度的完善提供有益经验。当然,在严格意义上,在大陆法系以及英美法系的很多国家中并不存在“慈善法人”(incorporated charities)这一法律概念。因此,本文所探讨的“慈善法人”,是指具有独立法人资格的慈善组织(公益组织)。

二、慈善法人的理论辨明

(一) 慈善法人: 法律资格? 抑或法律结构形式?

正如英国前首相托尼·布莱尔所言,“在当代社会,想要在没有一个充满活力的志愿部门的情况下拥有一个充满活力的社会与经济殆无可能”。^①作为志愿部门最为重要的组成部分,慈善组织在一国社会发展中往往发挥着举足轻重的作用,并且往往在一国慈善法制中属于一个重要的法律概念。例如,在英国法^②上,慈善组织(charity)是指,仅为慈善目的而创设,并在高等法院行使与慈善组织相关的管辖权时予以控制的机构。^③

这里我们首先需要明确的一点是,慈善组织是一种法律地位或法律资格(legal status),而非法律结构形式(legal form),因为慈善组织本身可以采用各种可供利用的法律结构形式。例如,在英国法上,慈善组织可以是慈善信托、慈善公司、慈善性非法人社团等。换言之,慈善组织并非特定的法律结构形式。某组织不管采取何种法律结构形式,只要符合慈善组织的成立条件,都可以注册为慈善组织,或者被法律认定为慈善组织。并且,不管是在英美法系还是大陆法系,但凡获得此资格者,往往会享有财政税收(获得相应的税收减免待遇,并且在政府财政支持中往往获得优先资助、合作的地位)以及法律制度方面的特殊利益(例如,相较于私益信托,慈善信托可以永续存在),当然也会受到相应的慈善组织监管者的专门监管。^④

在此背景下,我们就需要明确如下两点问题。第一,慈善组织并不等同于慈善法人。慈善组织既可以采用法人形式,也可以采用非法人形式。以英国为例,总的来说,英国的慈善组织可以分为两大类,一类是具有独立法人格的慈善组织,一类是不具有独立法人格的慈善组织。前者包括慈善公司、法人型慈善组织等,后者包括慈善信托与非法人社团这两种组织形式。^⑤

第二,与第一点相关,在慈善监管机关登记注册为慈善组织或者被法律认定为慈善组织,并不意味着该慈善组织自动获得法人资格。两者之间不存在必然关系。还是以英国法为例。在英国法上,在监管机关注册为慈善组织并不意味着该组织获得法人资格,而只是意味着该组织获得了慈善资格,成为了慈善组织。诸如非法人社团或者慈善信托,在满足相应条件时,也应当在慈善委员会或其他监管机关进行注册。但该注册行为或者法律认定行为本身并未使其成为法人。这是我国学者在研究慈善法时需要特别注意的问题。

(二) 慈善目的/公共利益与法人自治

事实上,不论是在英美法系还是在大陆法系,慈善组织既有别于营利性企业,又不同于其他非营利

^①Cabinet Office Strategy Unit, Private Action, Public Benefit: A Review of Charities and the Wider Not-for-profit Sector, Cabinet Office, 2002, p. 5.

^②为保证文章论证的严谨性,除非特别说明,这里的英国仅限于英格兰地区,英国法仅限于英格兰地区的法律制度。

^③参见 Charities Act 2011, s 1.

^④在英格兰与威尔士地区,其慈善组织的独立监管者是慈善委员会(the Charity Commission)。

^⑤参见 Charity Commission, The Essential Trustee: What You Need To Know (CC3), Charity Commission, 2012, p. 6.

组织。慈善组织不同于营利性企业的一个首要标志是,慈善组织坚持非营利分配原则,组织所得收益不得在成员以及控制人之间进行分配。慈善组织不同于其他非营利组织的一个首要标志就在于,慈善组织必须具有慈善目的,必须遵循公共利益原则。^①

在此基础上,不管是在英美法系还是大陆法系,慈善法人在实质上是以慈善目的/公共利益为导向建构出来的私法人形式。这就决定了慈善法人在法律结构形式、成员权利义务以及组织财产属性等方面存在诸多不同于传统的以营利性公司为模式建构出来的营利性私法人制度。而且,不管是大陆法系国家与地区民法总则中对慈善法人的特别规定还是制定慈善法人特别法,抑或英美国家与地区通过制定非营利公司法或者在慈善法中创设新型的法人制度,其背后的政策考量正是在明确慈善法人作为私法人这一法律结构形式的基础上,更有针对性地保障慈善组织的慈善目的与公共利益。据此,在笔者看来,慈善法人制度设计的优劣就在于是否在慈善目的/公共利益维护以及法人私法自治之间维持了动态的平衡关系。

下面,笔者通过对两大法系,尤其是大陆法系中的中国^②与普通法系中的英国的相关慈善法人制度的梳理,围绕慈善法人的立法取向、成员权利义务以及法人财产属性这三个相互之间既有内在逻辑关联、同时又各有侧重的理论与实践问题,对慈善法人制度进行进一步的深入探讨。这些探讨有助于明确慈善法人制度与营利法人制度的理论界分,并在此基础上,提供慈善法人领域中平衡慈善目的/公共利益与私法自治之间关系的应然法制路径。

三、实现立法取向的慈善法转型:基于“利他性”的制度设计

(一) 不同于营利法人的立法取向

但凡规制营利法人的法律制度,均理所当然的以传统经济学上的利己性的理性经济人为模型进行制度设计。但是,在慈善法人领域,则应当是基于利他性进行制度设计。不管是慈善法人的治理机关成员,还是慈善法人成立目的抑或开展活动,并非为实现个人私利,而是为实现慈善法人特定或一般的慈善目的,服务于社会公共利益。因此,在慈善法人的立法取向上,应当在整体上贯彻利他主义的价值取向,确保慈善法人的制度设计能够最大限度地保障慈善资源被应用于法人所宣称的慈善目的之中。

(二) 大陆法系的选择

在大陆法系,法人是最为抽象的概念。在法人之下,可分为公法人与私法人。私法人又可以分为社团法人与财团法人。财团法人一般是慈善(公益)性的。而社团法人依其目的,又可以划分为营利法人与非营利法人,或营利法人、慈善(公益)法人与中间法人。对于营利性社团法人而言,最为典型的的就是公司。因为民法总则的存在,所以,除了特别规定之外或者在没有特别规定的情况下,慈善性社团法人以及非慈善性的非营利性社团法人(中间法人或者互益法人)适用民法总则中关于社团法人或法人的一般规定。但是,适用民法总则中的一般规定往往无法贯彻利他主义与慈善公益的价值取向。因此,对于慈善法人而言,大陆法系的私法规制进路往往是适用民法中法人制度的一般规定以及针对慈善法人的特别规定;^③或者是制定单独的慈善法人特别法予以规制。^④

但是,具体到我国,只有《民法通则》中对于法人制度进行了一般规定。至于慈善法人,在《民法通则》中并没有关于慈善法人的特别规定,亦缺乏关于慈善法人的特别立法。而现阶段可以为慈善组织利用的主要法人形式包括社会团体法人(规定在《社会团体管理条例》)、基金会法人(规定在《基金会

①本文并不认同将慈善组织(公益组织)与非营利组织等同视之的观点。

②尽管中国接受了很多英美法上的理念与制度,但是其基本的制度架构还是继受的大陆法系。因此,本文中中国作为大陆法系国家来对待。

③例如,我国台湾地区“民法典”的法人部分中,对于慈善法人(公益法人)多有特别规定:例如,“以公益为目的之社团,于登记前,应得主管机关之许可”(第46条);“受设立许可之社团,变更章程时,并应得主管机关之许可”(第53条)。参见台湾地区“民法”第一编第二章第二节(法人)。

④例如,日本的《关于公益社团法人及公益财团法人的认定等的法律》(『公益社团法人及び公益財団法人の認定等に関する法律』(平成十八年六月二日法律第四十九号))。另外,各国税法在规制慈善法人的性质与行为方面也发挥着一定的作用。

管理条例》)以及民办非企业单位(法人)(规定在《民办非企业单位管理暂行条例》),无一在现行法中得以体现,而是规定在相应的政府条例之中。另外,除了基金会法人之外,社会团体法人与民办非企业单位(法人)并未区分慈善法人与互益法人,而是不加区别地适用相同的规则,没有很好地体现慈善法人立法的利他性取向。

(三) 英美法系的选择

在英美法系,固然法律有时也会提到法人(legal person, corporation, incorporated body)这一称谓,但是,并不存在规制关于法人的一般制度。根据笔者的考察,更多时候在其法律文本中强调的是公司的概念。因为在宏观意义上不存在关于法人的一般规定,所以在建构慈善法人制度时,英美法系的传统做法往往是直接采用或者类比适用公司法的相关规定对慈善法人进行规制。在这层意义上,在英美法系,公司既可以是营利性公司,也可以是慈善公司以及其他非营利公司。^①

但是,英美法系国家通过公司法来规制慈善法人也存在内在价值理念与具体制度协调上的冲突问题。以英国的慈善公司为例。慈善公司一方面在法律结构形式上是以营利性为导向所建构出来的公司,另一方面其本身是以慈善目的/公共利益为导向所建构出来的慈善组织。两者之间存在一定的紧张关系(慈善资格与公司架构)。在英国,慈善公司受到公司法与慈善法的双重规制,其必须注册为慈善组织,同时还需要注册为公司,并在其章程中陈述其慈善目的。慈善公司同其他营利性公司一样,其内部管理被授权给董事处理。而且,慈善公司的董事,除了要符合慈善法规定的义务之外,还需要同时符合公司法的相关义务要求。而公司法与慈善法规定的义务标准或者相关程序规则多有不同,因此在法律适用上过于繁琐。例如,公司账目准备、审计以及检查等,在公司法与慈善法中,其具体内容、标准、流程等往往多有不同。对于慈善公司而言,这种公司法与慈善法双重规制,公司监管机关与慈善监管机关双重监管的模式不仅可能因为两个部门法之间因为理念与具体制度操作上的不协调而导致诸多实践问题,而且无形中给慈善公司平添了很多额外的监管负担。很多本应该直接用于慈善目的,服务于公共利益的慈善资源就这样花费在不必要的运行监管费用上。针对这些问题,英国法一方面对慈善公司进行了制度完善,同时在慈善法中创设出了同样具有法人性质但却完全不受公司法规制的法人型慈善组织(charitable incorporated organisation, 简称为“CIO”)这一专门适用于慈善组织的法人类型,以构建现代化的慈善法人制度。

法人型慈善组织^②是《2006年慈善法》在慈善组织法律结构形式方面的创新产物。它是专门适用于慈善组织的法人类型,这在英国历史上尚属首次。政府通过慈善法创设这种新型的法律结构形式的原因是多方面的,包括减少托管人的个人责任、简化政府监管负担、推动治理结构的现代化以及有效实现慈善目的。法人型慈善组织与慈善公司均为法人实体。但是,法人型慈善组织只需根据慈善法进行规制,避免了慈善公司受到慈善法与公司法的双重规制,同时也相应地减少了监管负担以及两种不同法律之间可能存在的适用冲突。^③这种进路就类似于大陆法系的国家专门设定了针对慈善法人的一般规定或者制定了慈善法人特别法。^④

(四) 小结: 实现基于“利他性”的特别法规制

在慈善法人制度方面,大陆法系因为抽象出了法人制度的一般理论,因此,在没有相关规定时,可以直接适用关于法人的一般制度予以规制;而英美法系因为缺乏关于法人的一般理论,所以往往类推适用甚至是直接适用公司法对慈善法人进行规制。而且,在英美法系国家,传统的公司法制度实际上是以营

①这在我国《公司法》中是不被接受的。根据我国《公司法》的规定,“公司是企业法人”(第3条);“公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利”(第4条)。

②关于苏格兰地区法人型慈善组织的分析,参见 Stuart Cross, “A New Legal Form for Charities: the Scottish Charitable Incorporated Organisation”, Scots Law Times, no. 39 (2007), pp. 281–284.

③Cabinet Office Strategy Unit, Private Action, Public Benefit: A Review of Charities and the Wider Not-for-profit Sector, Cabinet Office, 2002, p. 57. 关于法人型慈善组织与慈善公司的基本异同点,参见 Gareth G. Morgan, Charitable Incorporated Organisations, Directory of Social Change, 2013, pp. 62–63.

④事实上法人型慈善组织制度也只规定在英国的慈善法中,与公司法再无关联。

利性公司为模式建构出来的。

但是,对于规制慈善法人而言,无论是适用民法总则中关于法人的一般制度,还是(类推或直接)适用公司法制度,都没有真正考虑慈善法人旨在实现慈善目的与公共利益这一特定的价值诉求。因此,其相应的法律规则固然可以对慈善法人进行规制,但是往往缺乏针对性。具体到英国公司法,其内在的营利性理念甚至直接与慈善法人利他性理念之间多有抵牾。通过考察英国法上的慈善公司制度,以及英国法上为应对慈善公司的问题而新创设的法人型慈善组织制度,我们可以十分清晰地观察到这一点。而且,这也直接回应了本文伊始对我国慈善法人理论与制度依托营利性公司模式进行建构的这种可能性的隐忧。

因此,在完善慈善法人制度时,我们首先就应当将慈善法人背后旨在实现慈善目的与公共利益的这一理念追求予以明确,以利他性(在法律原则上就表述为非营利分配原则、慈善目的原则、公共利益原则等慈善法基本原则)为基础设计整个慈善法人制度。在此基础上,在慈善法人内部治理结构与外部行为规范设计时,摆脱传统的营利性法人(或公司)架构(及其背后以追逐个人利益为核心价值诉求)的束缚,真正建立适合慈善法人的特别法予以规制。而且,这种建构并不因未来制定了慈善法或者慈善法人法之后就万事大吉。只有对慈善法人制度的每一个方面进行结合慈善目的与公共利益要求的改造,并进而制定平衡慈善公益理念与法人自治理念关系的法律规则,才能真正为规制慈善法人奠定坚实的法制基础。这其中,就涉及到下文所探讨的慈善法人制度中的成员权利义务问题。

四、实现成员角色的慈善法改造:没有“所有人”的利益考量

(一) 不同于营利性公司股东的成员角色

根据传统民法的法人理论,在社团法人中,成员(社员;会员)大会是法人的意思机关或者说权力机关。根据这种理论逻辑,不论是营利法人还是慈善法人,其成员都在法人内部决策方面享有至高无上的权利。这种理解固然有其合理性,而且对于营利法人还有中间法人(英国往往将“中间”这一术语表述为“互益”)而言尤其适用。但是,在慈善法人领域,慈善目的/公共利益的要求与成员地位之间存在潜在的冲突:受到慈善目的与公共利益原则的制约,成员大会即便是作为法人的权力机关,也并不享有营利法人甚至是中间法人中成员所享有的权利,并且,很多围绕慈善法人成员所设计的制度也与营利法人大异其趣。

另外,在本文中所分析的成员,均是指享有投票权的成员。对于虽名为“成员”,但是实际上对于法人内部决策或者选举慈善组织托管人^①并无任何投票权者,不在这里的讨论范畴之中。当然,在大陆法系与英美法系,因为法人的理论分类有别,所以具体探讨的成员问题也有所差异。例如,在大陆法系,私法人可以划分为社团法人与财团法人。其中,社团法人以成员为成立的基础;而财团法人则并未存在关于成员方面的要求。因此,在大陆法系中探讨慈善法人的成员问题,实际上就是探讨慈善性社团法人中成员权利义务问题。

与之相对,在英美慈善法人制度中,并不严格区分社团与财团的理论划分。当然,在英美法系,可能会存在有成员的慈善组织(membership charities)与无成员的慈善组织之别。^②具体到慈善法人(具有独立法人格的慈善组织),以美国《2008年非营利公司法》的划分标准,可以根据其是否具有成员,将非营利公司划分为有成员的公司(membership corporation,类似于大陆法系的非营利社团法人)以及无成员的公司(nonmembership corporation,类似于大陆法系的非营利财团法人)。^③在英国法上,对于没有成员或者成员与慈善组织托管人完全一致的慈善组织(这种组织在美国一般称之为“基金会”,而基金会的

^①在英国法上,慈善组织托管人(charity trustees)是个特定的法律概念,是指“对慈善组织的运行进行全面控制与管理之人”。参见 Charities Act 2011, s 177。实际上是指慈善组织的治理机关成员,在慈善公司中,慈善组织托管人是公司董事;在慈善信托中,慈善组织托管人是慈善受托人。关于慈善组织托管人制度的理论探讨,参见李德健《慈善组织托管人:慈善组织治理的英国进路》,载梁慧星主编《民商法论丛(第57卷)》,法律出版社2015年版,第612-625页。

^②参见 Charity Commission, Membership Charities (RS7), Charity Commission, 2004。

^③参见 Model Nonprofit Corporation Act 2008 § 1.40. (39) and (41)。

这一称谓在英国并不流行^①)而言,往往可以采用慈善信托的形式(在此情况下,该慈善组织并非法人)或者采用法人型慈善组织的形式(在此情况下,该慈善组织是法人)。而这种法人型慈善组织,根据慈善法的灵活规定,在实践中既可以是社团性质的法人,也可以是财团性质的法人。^②但是,就本文的论述范围而言,在成员与慈善组织托管人完全一致的情况下,基本上没有探讨成员地位问题的必要。因此,即便是探讨英国慈善法人的成员资格问题,也仅限于成员与慈善组织托管人不一致或者不完全一致的情形。

(二) 慈善法人中成员角色的经济学透析

众所周知,对于营利性公司而言,股东作为其成员,其内在动机与目的就是为了最大化个人利益,以私利为正当,因此其在通过投票等方式行使股东权利之时,无须考虑公司利益。但是,对于慈善组织而言,因为其特定的慈善目的,并且以公共利益为导向,所以在英国,不管是在学界、还是实务界,都有人主张其成员在行使成员权力时需要承担相应的信义义务(fiduciary duties),以维护慈善组织的利益,而非成员之个人利益。^③

同时,如果根据经济学的基本理论来分析慈善法人中成员的权利与义务的话,我们可以更为深刻地发现在具有成员的慈善法人中成员所扮演的“尴尬”角色。在经济学意义上,所有权是指对组织有权予以控制同时有权获得组织扣除必要开支之后的营利所得。而根据这种界定,慈善组织与其他非营利组织一样(甚至较其他非营利组织而言更为突出),不存在“所有人”。^④

而且,这种不存在所有人的制度构造恰恰是慈善组织存在的经济学依据。根据亨利·汉斯曼的合同失灵理论^⑤或者企业所有权理论,^⑥慈善组织与其他非营利组织一样,在现代市场经济背景下,其存在的制度优势就在于,与营利性企业相比,在提供的产品或服务存在严重信息不对称的情况下,与慈善组织进行交易的成本更低:因为慈善组织受到非营利分配原则、慈善目的原则以及公共利益原则等制度的制约,与营利性企业相比,慈善组织更不容易利用信息不对称欺骗消费者、慈善捐款者、志愿者等,因此更为值得信任。在此背景下,在经济学意义上,慈善组织不存在所有人恰恰是其存在的逻辑依据。

据此,在经济学意义上,慈善法人没有所有人。在此背景下,即便是具有成员的慈善法人,其成员也不享有营利性企业中的所有人的地位,而且需要受到慈善目的与公共利益原则的制约。其相应的权利义务的设计与营利性企业(在经济学意义上具有所有人)也应当大异其趣。因此,对于拥有成员的慈善组织而言,这些成员的地位颇为尴尬。一方面,不像营利性企业中的所有入一样,在经济学意义上,这些成员对慈善组织财产并不享有所有权,因此一般而言,他们既没有如同营利性公司中的股东权利也没有动力去控制监督慈善组织托管人。同时,即便一些成员因为某种特定原因(例如,一些成员可能本身就是慈善组织的慈善目的的潜在受益人;抑或一些成员试图与慈善组织进行商品或服务的交易;又或者一些成员确实具有很强的利他精神,十分关心慈善组织运行的好坏),对慈善组织托管人进行有力控制,也可能产生监督决策成本太高、成员本身利益与慈善组织的慈善目的不符而存在道德风险、影响慈善组织托管人^⑦的合理决策与管理等不良效果。

因此,如何定位慈善组织中成员的角色,在慈善组织治理中颇为棘手。例如,成员享有何种权利,负有何种义务?成员是否可以对董事发起派生诉讼,以维护慈善法人的正当利益?根据笔者的观察,传统英国慈善法制中并没有很好的应对方案。在传统的英国法上,因为相应判例的缺乏,关于慈善组织成员

①关于英国国内基金会治理的现存问题及对策,参见 Alison Dunn, "The Governance of Philanthropy and the Burden of Regulating Charitable Foundations", *Conveyancer and Property Lawyer*, vol. 76, no. 2 (2012), pp. 114-128.

②参见 Charities Act 2011, s 206.

③参见 Charity Commission, *Membership Charities* (RS7), Charity Commission, 2004, pp. 33-34.

④但是,对于互益型的非营利组织而言,固然在经济学意义上也不存在所有人,但是互益在本质上依然是私益的一种延伸,其成员依然可以基于其成员资格与利己动机来对非营利组织进行有效的控制。因此,在没有所有人这一点上,与互益组织相比,慈善组织更为彻底。

⑤参见 Henry Hansmann, "The Role of Nonprofit Enterprise", *Yale Law Journal*, vol. 89, no. 5 (1980), p. 835.

⑥参见 Henry Hansmann, *The Ownership of Enterprise*, Harvard University Press, 1996.

⑦相较于成员,慈善组织托管人多为慈善组织治理方面的专业人才或具有一定的治理能力与管理经验。

法律义务的规则十分不明确。^①而在我国,因为现行慈善组织多为官办形式,即便是存在成员,其在慈善组织治理中的作用也是微乎其微。在此背景下,国内学界并未将慈善组织与营利性企业以及其他非营利组织中成员的不同定位进行深入探讨,而只是援用大陆法系传统的社团(法人)制度来解释具有成员的慈善法人(公益法人)中成员的权利义务,这对于我国慈善组织法制的完善助益不大。

(三) 英国法上成员权利义务的制度突破

在这个方面,大陆法系除了对慈善法人本身的强行法规制之外,并未见有专门针对成员地位与权利义务的详尽规定。与之相对,近来英国法对于该问题给予了一定的重视。并且,对于法人型慈善组织而言,其成员的义务尤其特别,在笔者看来,甚至可能是英美慈善法法制发展的一个崭新方向,需要我们特别注意。根据《2011 年慈善法》的规定,法人型慈善组织的成员“必须在行使其成员权力时以该成员善意决定的最可能实现该法人型慈善组织目的的方式进行”。^②在制定法人型慈善组织之前,虽然判例法对一些慈善组织的成员在特定情况下也可能施加类似要求,但是并没有统一规定。^③而《2011 年慈善法》的这条规定,是对成员该义务的明文规定。在笔者看来,不管其未来发展如何,这条规定都具有开创性的历史意义。当然,具体应当如何适用该规定,取决于慈善委员会的相关指导意见以及未来判例法的发展情况。^④

此外,英国现行法也对具有成员的慈善组织的决策行为进行了进一步的程序限定与内容限定。例如,对于法人型慈善组织而言,在成员决策方面,现行法规定,法人型慈善组织可以根据其成员决议修改其章程(并且单项决议可以进行多个修改)。该决议必须经成员大会 75% 以上投票者(包括委托投票或邮寄投票,如果该方式被允许);或者成员大会之外由成员一致同意通过。但是,法人型慈善组织修改其章程的权力不得以任何将导致其终止成为慈善组织的方式行使。^⑤同时,与慈善公司类似,^⑥如果决议涉及如下事项的变更,除非获得慈善委员会事先的书面同意,否则将被视为无效:变更目的,变更指令解散时财产适用的任何章程规定,以及在变更将授权慈善托管人或成员或相关人获得利益的情况下,变更章程的任何规定。^⑦同时,法人型慈善组织还必须按照法律要求向慈善委员会提交其修正章程的决议副本,修正章程的副本,以及慈善委员会要求的此类其他文件与信息。对章程的修改只有在注册时方发生效力。慈善委员会在符合法律规定的情况下,可以拒绝注册请求。^⑧

从中我们不难看出,英国慈善法对于法人型慈善组织的成员决策行为从义务限定到程序限定与内容限定,均体现了对于慈善组织的慈善目的/公共利益这一基本价值诉求与应然理念的充分尊重与切实保障。

(四) 小结:确立非“所有人”的成员信义义务

在经济学意义上,对于不存在所有人的慈善法人(以及其他慈善组织)而言,成员的角色是多方面的。一方面,很多成员纯粹是因为支持某一慈善法人的特定慈善目的才加入进来,因此,他们是沟通慈善法人与外部环境的重要渠道,可以成为监督慈善组织托管人的治理机制的重要组成部分。另一方面,他们的权利也应当受到一定的制约:因为他们可能会在一些事关慈善法人重大利益的事项方面享有决定权,而且这些决定并不必然有利于慈善组织的最优利益;如果成员人数众多,观点或利益分歧严重,可能导致决策迟延或决定错误;一些成员可能仅仅为了追逐个人私利而行使决策权或监督权;等等。

①参见 Con Alexander and Jos Moule, *Charity Governance*, Bristol: Jordans, 2007, p. 55.

②Charities Act 2011, s 220.

③关于成员作为对董事进行问责的一种机制的分析,参见 Jean Warburton, “Charities, Members, Accountability and Control”, vol. 61 (1997), p. 106; Jean Warburton, “Charity Members: Duties and Responsibilities”, vol. 70, no. 3 (2006), p. 330; Re Holders Investment Trust [1971] 1 W. L. R. 583, 586.

④针对该问题,有学者认为,尽管法律尚未规定违反该义务的法律后果,但是违反该义务极有可能导致法院根据相关的诉讼请求而采取相应的命令予以应对。参见 Con Alexander and Jos Moule, *Charity Governance*, Jordans, 2007, p. 55.

⑤参见 Charities Act 2011, s 225.

⑥参见下文对慈善公司财产属性问题的探讨。

⑦参见 Charities Act 2011, s 226.

⑧参见 Charities Act 2011, s 227.

因此,法律在确定慈善法人中的成员权利与义务关系时,应当对上述问题予以考虑,既要保障成员基本的知情权、决定权,同时也需要成员在进行决策或监督时履行相应的义务,从而保障成员决策的合理性与有效性,同时防止成员本身异化为妨碍慈善法人的慈善目的与公共利益实现的绊脚石。在此意义上,在未来中国慈善法人立法过程中,对于涉及到慈善性社团法人成员地位的法律规则,英国法的做法殊值借鉴。未来立法尤其可以考虑将成员所承担的义务定性为信义义务(fiduciary duties),并通过细化义务规定,为成员进行决策、履行治理功能提供法律指导与规制。

五、实现法人财产的慈善法规制: 根据“公益性”的财产配置

(一) 不同于营利性公司财产的财产属性

作为法人形式,根据传统的民法理论,只需以私法自治,决定组织财产的使用与分配即可。但是,这种理论在慈善领域同样需要受到慈善目的与公共利益原则的制约。并且在经济学意义上,慈善法人的财产属于没有任何所有人的财产。因此,不论对于何种慈善法人(大陆法系的慈善性社团法人、慈善性财团法人;英国法上的慈善公司、法人型慈善组织等),如何在进行慈善财产的管理、使用与处分时既保障私法自治又维护慈善法人特定的慈善目的与公共利益,就成为一个十分重要的理论命题与实践问题。

(二) 英国的多元进路: 绝对所有? 信托占有? “折中道路”?

在英美法上,慈善法人的财产属性主要表现为慈善公司财产的法律性质问题。换言之,慈善公司的财产究竟是由慈善公司绝对所有,还是由慈善公司以信托方式占有。这一技术性问题在没有继受信托法理的大陆法系国家并不存在,但是,在笔者看来,其旨在解决的现实问题却是在任何国家都存在,即如何保障慈善财产用于慈善目的,服务于社会公共利益,而非用于私人目的,或被滥用。^①因此,通过探讨英美国家在应对该问题上的思路,对于我国慈善法人财产的保护也有积极意义。这一问题主要表现在近似原则适用上。所谓近似原则,简言之,是指在慈善目的确定不能实现或者不具有实现可能性时,将剩余慈善财产转移给与原来慈善目的最相类似的慈善目的的慈善组织。^②在传统英国法上,近似原则仅仅适用于慈善信托。但是,随着慈善公司在慈善事业中的应用愈加广泛,学界与实务界对慈善公司财产是否也适用近似原则展开了讨论。^③

在司法判例方面,法院的衡平法庭往往根据近似原则来变更慈善公司目的。但是,在传统意义上,衡平法庭的固有管辖权仅限于信托,近似原则也仅适用于慈善信托。因此,相应的司法判例基于不同的价值取向或案件事实,对该问题给予了不同的回应。

例如,在传统意义上,公司是其财产的所有权人,对公司财产享有不受限制的绝对权利。因此,从公司法的进路来看,慈善公司作为公司,自然也应当对其财产享有不受限制的绝对权利。但是,在一些情况下,法院又可能会假定存在信托,并适用近似原则。

作为对上述两种进路的调和,法院在近似原则适用问题上又发展出了“准信托”(quasi-trust)理论。典型判例是利物浦及地区心脏病医院诉首席检察官案。本案法官的基本观点是,该社团财产并非由其以严格意义上的信托方式占有。但是,根据其章程条款规定,其一直受到一项具有法律约束力的义务限制,该义务要求其财产专门用于慈善目的。因此,可以说该社团就其财产所具有的法律地位一直类似于受托人就慈善目的所具有的法律地位,而这足以使法院获得命令适用近似原则方案的管辖权。

根据《2011年慈善法》规定,在公司解散时不得将其财产用于非慈善目的。并且,慈善公司所为如下变更均需要获得慈善委员会事先的书面同意,否则无效:添加、移除或更改公司目标陈述的公司章程的修正;指导公司解散时财产适用的公司章程规定的变更;在其变更将授权公司董事或成员或者相关者获得任何利益的情况下,公司章程规定的变更。因此,在这层意义上,可能所有的慈善公司都以准信托

^①我国国内学者提出的“公益产权”的概念在一定程度上就是对这个问题的回应。参见王名、贾西津《试论基金会的产权与治理结构》,载《公共管理评论》2004年第1期。

^②在英国法上,该制度在很大程度上实现了成文法化的改造。参见 Charities Act 2011, ss 61-67。

^③《2011年慈善法》第198条的规定实际上就是近似原则的替代规定。

的方式占有财产。但是,这一规定直接赋予了慈善委员会同意或拒绝目标变更的权力,但至于慈善委员会应当如何行使该权力,法律并没有明文规定。而慈善委员会在其《治理文件变更操作指南:慈善公司》中所表达的观点是,托管人、成员、董事通常是决定对其组织有利事项的最佳人员,慈善委员会将在一般意义上在被要求变更时支持他们的选择。其中,列举了三项批准变更的宽泛标准。其一,新目的必须具有专属慈善性。其二,根据慈善组织所处的环境,托管人进行修改变更的决议是理性的选择。其三,新目的不得破坏或与之之前的目的相抵触。无论如何,在英国法上,对于该问题还是需要未来立法与判例做出进一步的澄清。

(三) 中国的理论创新 “公益产权”^①

在慈善组织的财产属性与制度安排方面,国内立法也有一定的规定。最为突出的是《公益事业捐赠法》所做出的规定。根据《公益事业捐赠法》的规定,“捐赠财产的使用应当尊重捐赠人的意愿,符合公益目的,不得将捐赠财产挪作他用”;^②“公益性社会团体受赠的财产及其增值为社会公共财产,受国家法律保护,任何单位和个人不得擅自、挪用和损毁”;^③“公益性社会团体应当将受赠财产用于资助符合其宗旨的活动和事业。对于接受的救助灾害的捐赠财产,应当及时用于救助活动”。^④

同时,学术界也看到了慈善法人财产的特殊性,并进行了相应的探讨。例如,有学者基于慈善法人财产在管理与使用上的特殊性,提出了“公益产权”的概念。该概念的核心内容为“所有者缺位”、“使用权受限”以及“受益主体虚拟化”。^⑤但是,这一概念也同样存在诸多问题。第一,产权是经济学而非法学概念。第二,“公益产权”并不符合慈善法人的基本的法人特征。在法律意义上,法人自身具有独立的人格,对其财产也根据其财产的具体类型享有相应的权利(如果财产权本身是所有权,法人即享有财产权;如果财产权本身是债权,则法人享有债权),并不存在一个单独的“公益财产权”类型。^⑥

(四) 小结:建构基于“公益性”理念的法人所有权

通过对慈善法人财产属性的探讨,我们不难发现,法律不得不在法人章程自治与慈善组织慈善目的与公共利益保护之间进行价值平衡,以一方面发挥法人制度在处理慈善财产方面的灵活性的机制优势,另一方面防止这种灵活性异化为侵蚀慈善法人终极价值诉求的工具。在这方面,英国无论是在慈善立法,还是相关的行政文件抑或司法判例中,都积累了十分丰富的实践经验,而且不同的理论在不同的判例中均有体现,其所侧重维护价值也在其中得以彰显出来。尤其是信托理论与准信托理论,就在很大程度上看到了慈善法人的公益属性,以及据此而来的公共利益之维持。而中国的“公益产权”理论的提出,尽管在法律意义上存在诸多问题,但是在承认慈善法人的财产应当最大限度上用于慈善目的,服务于公共利益的思路,则与英国法没有实质性的不同。

就此,本文认为,为了保护慈善法人的慈善目的与公共利益,并没有必要创设一个独立的“公益产权”或“公益财产权”类型;而是应当基于“公益性”理念对慈善法人财产在占有、使用、收益、处分等方面进行相应制度上的强行法限制。^⑦总的来说,在未来中国慈善立法中,可以借鉴英国法的经验,在涉及到慈善目的之变动,抑或慈善法人解散时剩余财产的分配,以及法人治理机关成员可能获得相应利益的情况下,其治理机关成员固然享有一定的自由决定权,但是前提是在原则上符合近似原则、公共利益等

①参见王名、贾西津《试论基金会的产权与治理结构》,载《公共管理评论》2004年第1期;金锦萍《寻求特权还是平等:非营利组织财产权利的法律保障——兼论“公益产权”概念的意义和局限性》,载《中国非营利评论》2008年第1期。

②《公益事业捐赠法》第5条。

③《公益事业捐赠法》第7条。

④《公益事业捐赠法》第17条。

⑤例见王名、贾西津《试论基金会的产权与治理结构》,载《公共管理评论》2004年第1期。类似的观点在国外也存在。例如,有国外学者指出,慈善组织的财产一方面缺乏享有利益的所有权,另一方面又具有准公共性的特点。参见Stephen Swann, “Justifying the Ban on Politics in Charity”, in Alison Dunn (ed.), *The Voluntary Sector, the State and the Law*, Hart Publishing, 2000, pp. 165-166.

⑥关于对“公益产权”提法的批判,可参见金锦萍《寻求特权还是平等:非营利组织财产权利的法律保障——兼论“公益产权”概念的意义和局限性》,载《中国非营利评论》2008年第1期。

⑦在笔者看来,这种强行法限制属于民法中“权利的内容限制”的范畴。参见[德]迪特尔·梅迪库斯《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第106-120页。

基本的制度要求,并且得到相应的慈善监管机关的许可,以保证慈善法人制度设计的慈善利他、公益性的基本理念。除此之外,对于慈善法人旨在实现的慈善目的与公共利益影响不大的财产管理、使用与处分问题,可以由其治理机关成员在符合相应法律、法规规定的基础上,予以合理决定,以贯彻私法自治的内在理念。

结语

在传统民法理论中,固然存在营利法人、中间法人与慈善法人(公益法人)的概念界分。但是,其背后的法理基础以及相应的制度实践区别往往为学界所忽视。本文的创作旨在正面回应这一重大的理论问题。其中,本文的基本观点是,慈善法人在实质上是以慈善目的/公共利益为导向建构出来的私法人形式,这就决定了慈善法人的法律规制,应当在慈善目的/公共利益与法人自治之间保持平衡关系,既确保慈善法人的慈善目的与公共利益的有效实现,同时也要维护慈善法人领域中的私法自治。中国慈善法人制度改革就应当循此逻辑,在实现慈善法人的民间性转型的基础上,从特别法规制、成员权利义务配置以及法人财产属性等方面建构起真正适合慈善法人发展的应然制度。

在这些方面,通过比较法与经济学的考察与分析,我们可以得出很多有益的经验,殊值未来的中国慈善法人制度变革所借鉴。例如,在立法取向方面,应当摆脱营利法人制度中营利性与利己性的价值取向,建立以利他性为基础,专门适用于规制慈善法人以及慈善性非法人组织(如慈善信托、慈善性非法人社团)的慈善法制。在成员角色方面,我国未来立法也应当明确区分营利性公司中股东与慈善法人成员的不同定位,并且充分意识到成员决策可能给慈善组织的慈善目的与公共利益实现造成消极影响,因此需要从实体义务到程序限定等方面对慈善组织成员的决策行为进行规制,以维护慈善组织及其受益人的合法权益,保障慈善目的与公共利益的有效实现。在慈善法人的财产属性方面,我国也可以借鉴英国近来在立法、司法判例以及慈善委员会指导意见等多方面的努力,在保障慈善法人的私法自治的同时,基于公益性理念对慈善法人的所有权进行限定,尤其对事关慈善法人性质的重大事项予以法定限制,以切实维护慈善组织慈善目的与公共利益的实现。

Subject: Balancing Public Benefit and Autonomy of Legal Persons—the Options of the Approaches Reforming the System Governing Incorporated Charities in China

Author & unit: LI Dejian (Law School , Shandong University , Jinan Shandong 250100 , China)

Abstract: In essence , incorporated charities are private legal persons which are established on the basis of the charitable purposes/public benefit , which determines that the legal rules governing incorporated charities should strike a balance between the charitable purpose/public benefit and the autonomy of incorporated charities , to ensure the sufficient realization of the charitable purpose and public benefit of incorporated charities on the one hand , and maintain their autonomy on the other hand. Reform of the system governing incorporated charities should comply with this thought , transforming current charities into independent organisations , and further establishing the normal system suitable for the development of incorporated charities in terms of regulation by the special law , the distribution of rights and duties of members , and the nature of property of legal persons , etc. We can find out a host of necessary experience available for the reform of the system of incorporated charities in China , from comparative and economic perspectives.

Key words: incorporated charities; comparative law; economics; charitable purpose; public benefit; autonomy of private law

[责任编辑: 王德福]