

公司法人营利性再考

陈景善*

摘要:我国《民法总则》第三章将法人分为营利法人、非营利法人以及特别法人,毋庸置疑,我国《公司法》规定的“公司”属于《民法总则》定义下的营利法人。本文从公司作为营利的商事法人的角度观察公司营利性应有的特殊性与含义,分析并梳理公司营利性所涵盖的股东盈余分配请求权及剩余财产分配请求权与其他制度之间的协调。比如:研究股东利益最大化及商法制度现代化中的营利性、种类股制度的设置是否舍弃公司营利中所含的盈余分配请求权或剩余财产分配请求权,以及弱化公司营利性是否影响股东利益最大化等问题,本文拟明晰民商合一模式下民法总则之规定在商事制度创新与移植之间游离的制度构建。

关键词:营利 股东利益最大化 章程效力 盈余分配请求权 剩余财产分配请求权

习近平总书记在《加快建设社会主义法治国家》一文中指出,学习借鉴不等于简单的拿来主义,必须坚持以我为主、为我所用,认真鉴别、合理吸收,不能搞“全盘西化”,不能搞“全面移植”,不能照搬照抄。⁽¹⁾我国2017年3月通过的《民法总则》将法人分为营利法人、非营利法人与特别法人,⁽²⁾学界评价其符合中国国情并解决了法人分类多年存在的问题。⁽³⁾我国民法典编纂采纳民商合一的模式,然而民法总则编纂中的法人分类的顶层设计,并未拷贝民商合一的典范《瑞士民法典》给出的“社团与财团”法人分类之范式,亦未沿袭《民法通则》固有的“企业法人”与“非企业法人”之模式,而是采纳了“营利法人与非营利法人”之区分,学界认为是本土创新。⁽⁴⁾但是,江平教授指出这次《民法总则》继受有余、创新不足。⁽⁵⁾因而,笔者着重分析在民商合一模式下,《民法总则》的营利性与商法的营利性是否一致以及其与公司的营利性与股东利益最大化原则之间的关系等问题。民法与商法不仅向来有“合”有“分”,而且,商法具有区别于民法而特色自赋的诸多法律规范,这些法律规范极其独特,与民法没有任何关联,如商事账簿制度。商事账簿制度属于纯粹的商法规范,仅仅适用于持续从事经营事业的法人或自然人(商人)。⁽⁶⁾本文关注的公司营利性亦有其特性,本文梳理营利性的本质以及其与股东利益最大化原则之间的相互关系,同时结合2005年修改的《日本公司法》,尝试对公司的营利性进行详细分析。在民商分立的日本,2005年修改《日本公司法》时,对《日本商法典》进行了大幅调

* 中国政法大学教授,日本早稻田大学法学博士。本文系国家自然科学基金项目“网络互助保险的法律制度研究”(项目批准号:17BFX093)的阶段性研究成果。

(1) 参见习近平《加快建设社会主义法治国家》,载《求是》2015年第1期。

(2) 参见《中华人民共和国民法总则》第三章“法人”。赵旭东《民法总则草案中法人分类体系的突破与创新》,载《中国人大》2016年第14期。

(3) 参见王涌《法人应如何分类——评〈民法总则〉的选择》,载《中外法学》2017年第3期。

(4) 参见谢鸿飞、傅穹、许德风《民法中的法人分类》,载《交大法学》2016年第4期。

(5) 参见江平《〈民法总则〉继受有余创新不足》,载财新网,http://china.caixin.com/2017-03-20/101068173.html,访问时间:2017年3月20日。

(6) 参见朱广新《民法典编纂可吸收商事一般规则》,载《检察日报》2017年2月15日。

整,甚至出现了商法典解构现象。⁽⁷⁾将原《日本商法典》第52条⁽⁸⁾以及《日本有限责任公司法》第1条⁽⁹⁾的营利性相关规定予以取消,以《日本公司法》第105条第2款⁽¹⁰⁾作为替代性规定。如此《日本公司法》对营利性的规定有所变化,甚至有“淡化”的趋向,但《日本民法典》仍将法人分为营利法人与非营利法人,与中国的分类方法相同。虽然日本与德国皆取民商分立的模式,但是商法是民法的特殊法这一定位与民商合一模式下的中国相同。在这一定位大框架下,本文为正确地界定营利性,将逐一分析在商事制度中的营利的功能、目的、营利性在商法制度中的演进等。

一、对营利功能的理解

从营利性的功能而言,营利性问题上有可能影响公司法的存在意义。

(一) 公司法的适用对象问题

如果公司必须维持营利性,则只有满足营利性要件的团体才是公司法规范的对象,不满足营利性要件的团体就不能成为公司法适用的对象。相反,如果认为公司不需维持营利性要件,则公司法也可以适用于非营利团体。概言之,对营利性的理解不仅涉及到公司法的适用对象问题,还涉及到公司法规范设计的根本问题。如果维持营利性要求并不是适用公司法的必要条件,非营利的团体如果能适用公司法,则不必专门制定“公司法”而与民法作区分。因此,对营利性的理解会影响公司法的适用范围,也会影响公司法(商法)是否有必要独立存在。某一主体是否具备营利性会直接影响公司法的适用范围;公司法独立存在的意义也在于其是专门为规范具有营利性的公司的法律行为,因此营利性判断是公司法存在的根基,也是适用公司法的前提。当然,每个国家的公司法都规定了公司的类型,明确了公司法的适用对象,其适用对象与营利性是一致的。比如,我国《公司法》第2条明确规定了有限责任公司和股份有限公司为适用对象。《日本公司法》明确规定了股份公司、资合公司、人合公司、合同公司为公司法适用的对象。⁽¹¹⁾

(二) 营利性也影响着公司的经营决策

营利性要件不仅具有规范适用对象的功能,还具有规范公司经营决策机构作出经营决定时的行动准则的功能。如果维持公司的营利性要件,公司经营决策就不得违反公司的营利性,作出违反营利性的决策意味着违反了勤勉义务以及忠实义务。⁽¹²⁾比如,对于公司营利性与后述的公司社会责任之间的关系,社会责任与公司营利性既有一致的时候,也有非一致的情形。我国《民法总则》明确规定了营利法人,对营利性作出了界定,但《民法总则》公布之前,我国《公司法》未明确公司“营利性”要素,这并非淡化公司营利性,因为在其他条文中有所体现。另外,章程的目的规定与营利性要件冲突时是否影响章程的效力、营利性中的股利分配请求权与剩余财产分配请求权应如何解释、商法体系下的营利性是否应当作特殊的解释,均殊值探讨。

(7) 参见[日]尾崎安央《日本商法典的“解构”与日本民法的“商法化”现象》张杨译,载《中国政法大学学报》2018年第1期。

(8) 《日本商法典》第52条第1款规定“本法所称公司是以进行商行为为目的而设立的社团法人。”此处的商行为为业被解释为已含“营利性目的”,载[日]上柳克朗等编《新版注释会社法(一)》,有斐阁1985年版,第38页以下。

(9) 《日本有限责任公司法》第1条规定“商行为其他营利行为为目的。”2005年《日本公司法》修改中将有限责任公司形式取消,统一为股份有限公司,《有限责任公司法》以《有限责任特例法》的形式存在。

(10) 《日本公司法》第105条第2款规定“股东享有盈余分配请求权以及剩余财产分配请求权等权利。”参见[日]前田庸《公司法入门》(第12版),王作全译,北京大学出版社2012年版,第21页。

(11) 参见[日]川村正幸、饭屋広郷、酒井太郎《詳説会社法》,中央経済社2016年版,第9-12页。

(12) 参见王保树、朱慈蕴《寻找商法学发展的足迹——关于2007年商法学研究的研究》,载《中国法学》2008年第2期,第149页。

二、对营利目的之解析

(一) 以是否分红为标准

所谓营利,就是通过经营获取利润,以较少的经营投入获取较大的经营收益。⁽¹³⁾企业的营利性是企业的根本,任何一个公司无不以营利为目的。⁽¹⁴⁾如前所述,我国《公司法》虽然在条文中未明确规定“营利性”,但是在第4条规定了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。其中“收益权”可以解释为公司的股东不仅具有“盈余分配请求权”,还有“剩余财产分配请求权”。参与决策等权利可以解释为通过行使表决权实现。换言之,持有普通股的情况下,股东可行使自益权以及共益权,⁽¹⁵⁾其中自益权内容中自然包括了营利的功能及意义。而比较有意思的是,如前所述2005年日本修改商法时删掉了《日本商法典》第52条规定的“以营利为目的的社团法人”这一条文,立法者认为无需用“营利目的”字句,⁽¹⁶⁾《日本公司法》第105条第2款规定的“盈余分配请求权”和“剩余财产分配请求权”足以替代营利性。⁽¹⁷⁾此外,立法者解释《日本公司法》第5条⁽¹⁸⁾规定的公司的商行为性可以说明公司营利的可持续性。众所周知,商行为概念本身也涵盖营利,通常界定商行为是以营利为目的,旨在设立、变更或消灭商事法律关系的经营性行为。⁽¹⁹⁾在商行为的界定上无论是德国的主观主义、法国的客观主义,还是日本的双重标准,⁽²⁰⁾公司均是将经营中得到的利润分配给股东的法人,营利性目的是一致的。⁽²¹⁾以营利为目的的本质在于股东分红。因而,从这个意义上而言,公司营利性与股东利益是一致的。笔者认为,公司一经登记成立即取得法人格,其经营好坏暂且不论,设立初衷就注定要收益,将收益分配给股东。只要公司不被解散、清算或破产清算,公司的营利性就能通过公司的商行为反复地持续下去。如果公司解散、清算时还有剩余财产,也可以通过剩余财产来确保营利性,但股东对剩余财产的分配请求权与公司债权人的债权请求权相比应处于劣后顺位。

(二) 以经营目的⁽²²⁾中的营利性为标准

经营目的关涉到法人为什么存在,具体从事什么事业,是划定法人权利能力以及行为能力的范畴。如果不以分配为标准区分营利法人和非营利法人,而以商主体为标准解释营利性,是否行得通?如果商主体为公司,其经营目的自然与营利性相关。在公司这一商主体中,经营目的与向社员分配利润的营利性是一致的。而在公益性的非营利法人中,经营目的与营利是不一致的。相对于“公益”而

(13) 参见[日]松本蒸治《营利法人的概念》,载《私法论文集》,严松堂1926年版,第38页。转引自[日]松井英树《新公司法中的公司的营利性》,中央学院大学法学论丛2007年第21卷第1号。松本说认为:营利法人是指以各社员出资进行营利事业,将基于此得到的利益分配给社员为目的设立的社团法人。营利法人应具备五个要素,即各社员出资;进行营利事业;基于营利事业得到利益进行分配;该法人基于营利目的而设立;必须为社团法人。

(14) 赵旭东主编《公司法》,高等教育出版社2006年版,第3页。松本蒸治《营利法人的概念》,载《私法论文集》,严松堂1926年版,第38页。转引自松井英树《新公司法中的公司的营利性》,中央学院大学法学论丛2007年第21卷第1号。

(15) 刘俊海《股份有限公司股东权的保护》,法律出版社2004年版,第195-391页。

(16) [日]相泽哲《一问一答新公司法》,商事法务出版社2005年版,第25页。

(17) [日]相泽哲、岩崎友彦《新公司法的解释(3)股份》,载《商事法务》2005年1739号,第35页。

(18) 《日本公司法》第5条规定“公司(包括外国公司)为其事业的行为以及为其事业的行为是商行为。”

(19) 赵旭东主编《商法学》,高等教育出版社2017年版,第17页。

(20) 同注19引书,第19页。

(21) [日]江头宪治郎《股份公司法》(第6版),有斐阁2016年版,第21页。

(22) [日]名岛利喜《公司目的中的营利性考察——商业登记实务的角度》,载《三重大学法经济论丛》2013年3月第30卷第2号,第64页以下。

言的概念是“私益”相对于“营利”而言的概念是“非营利”,这两者应该是不同角度的分类。⁽²³⁾ 营利与否取决于利润的获取,而公益或私益是将自己的经济利益以及知识性要素由个人使用还是供社会大众使用,取决于其事业的社会性以及文化性。

(三) 营利性与章程自治约定的效力

我国2017年3月15日通过的《民法总则》第76条规定“以取得利润并分配给股东等出资人为目的成立的法人,为营利法人。营利法人包括有限责任公司、股份有限公司和其他企业法人等。”⁽²⁴⁾ 但是,如前所述,我国2005年《公司法》在条文中未提及“营利”这一字词,但在《公司法》第4条以及后续股利分配请求权部分是有体现的。在民商合一模式下,我国现行法关于营利性的规定及解释当立基于《民法总则》的对应表述。在章程的绝对记载事项里也看不到营利与章程效力的关系。从法理上而言,法律强制性规定要求的章程之绝对记载事项若不记载或者记载违法,则章程无效。⁽²⁵⁾ 我国《公司法》第25条对有限责任公司,⁽²⁶⁾ 第81条对股份有限公司的章程绝对记载事项⁽²⁷⁾ 分别作出规定。笔者认为可将其中“公司经营范围”和“公司利润分配办法”理解为营利目的在章程中的体现。

关于分红的问题,无论是我国《公司法》还是《日本公司法》均将其规定为章程的意思自治范畴。比如,我国《公司法》第34条、⁽²⁸⁾ 第166条⁽²⁹⁾ 分别规定了有限责任公司以及股份有限公司的股东分红权,根据但书规定可以约定分红的比例。虽然我国2013年修改的《公司法》将实缴改为有限的认缴,但是按实缴的出资比例分红的规定未变。⁽³⁰⁾ 在实缴的情况下,只要公司有盈余,股东分红就应得到保障。但是,我国大部分有限责任公司不分红,在未规定“股利分配请求权之诉”的情况下,实务中出现了不少诉讼。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》规定了“股利分配请求权之诉”,救济并保护股东的分红权。关于不分红的情况下是否可以解散公司,确保剩余财产分配请求权的问题,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(二)》明确规定不得适用“公司解散之诉讼”。《日本公司法》第105条第2款则规定,通过章程约定将“盈余分配请求权”和“剩余财产分配请求权”同时剥夺是无效的,但是剥夺其中一项的约定是有效的。⁽³¹⁾ 如果作极端的假设,比如章程规定一律不进行盈余分配,解散、清算时在剩余财产分配上只返还股东缴纳的相当部分,其余财产捐赠给特定的公益团体等,这意味着公司从经营中得到的利益以及盈余一律不分给股东,而用于特定的公益目的。此类约定显然与通说关于公司营利性的定位相悖,笔者认为剥夺股东分红权利的章程规定应认定为无效。

(23) [日]津田利治《公司法以前》,庆应大学商法研究会编2003年版,第49页。[日]仓沢康一郎《营利社团法人的意义》,载《公司法的论理》,中央经济社1979年版,第4页。

(24) 王利明主编《中华人民共和国民法总则条文释义》,人民法院出版社2017年版,第166页。

(25) 同注19引书,第100页。

(26) 我国《公司法》第25条规定“有限责任公司章程应当载明下列事项:(一)公司名称和住所;(二)公司经营范围;(三)公司注册资本;(四)股东的姓名或者名称;(五)股东的出资方式、出资额和出资时间;(六)公司的机构及其产生办法、职权、议事规则;(七)公司法定代表人;(八)股东会会议认为需要规定的其他事项。股东应当在公司章程上签名、盖章。”

(27) 我国《公司法》第81条规定“股份有限公司章程应当载明下列事项:(一)公司名称和住所;(二)公司经营范围;(三)公司设立方式;(四)公司股份总数、每股金额和注册资本;(五)发起人的姓名或者名称、认购的股份数、出资方式和出资时间;(六)董事会的组成、职权和议事规则;(七)公司法定代表人;(八)监事会的组成、职权和议事规则;(九)公司利润分配办法;(十)公司的解散事由与清算办法;(十一)公司的通知和公告办法;(十二)股东大会会议认为需要规定的其他事项。”

(28) 我国《公司法》第34条规定“股东按照实缴的出资比例分取红利;公司新增资本时,股东有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。但是,全体股东约定不按照出资比例分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资的除外。”

(29) 我国《公司法》第166条第4款规定“公司弥补亏损和提取公积金后所余税后利润,有限责任公司依照本法第34条的规定分配;股份有限公司按照股东持有的股份比例分配,但股份有限公司章程规定不按持股比例分配的除外。”

(30) 陈景善《资本制度的现代化与理念冲突研究》,中国政法大学出版社2014年版,“序言”。

(31) [日]神作裕之《公司法总则·拟制外国公司》,载Jurist 2005年第1295号,第138页。

(四) 与非营利法人的区别

我国《民法总则》第87条规定“为公益目的或者其他非营利目的成立,不向出资人、设立人或者会员分配所取得利润的法人,为非营利法人。非营利法人包括事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构等。”我国《民法总则》在民商合一的模式下,构建了法人主体模式。营利法人是商主体,非营利法人则包括各种社会组织,与非企业法人的范围大致相当。立法机关也认为这一分类符合中国国情,因最新规定的非营利法人不仅可以涵盖事业单位法人、社会团体法人等传统法人形式,而且可以纳入基金会和社会服务机构等新法人形式。⁽³²⁾ 营利法人采取准则主义,非营利法人采取许可主义。营利法人与非营利法人的区别在于:一是是否将营利分配给成员;二是是否分配剩余财产。现实中典型的有学校、医疗机构、慈善机构等公益法人。⁽³³⁾ 此外,还有日本的中间法人⁽³⁴⁾以及我国的特殊法人,与营利法人相区分的相互保险公司、合作社组织、信用社、会员制的交易所等,这些中间法人即使是将成员的出资用于资产运用,也不允许向成员分配盈余。这些组织机构与营利法人“公司”⁽³⁵⁾是不同的。

而即使这些特殊法人是为了进行对外收益活动而设立的,成员所能获得的也只是因团体内部活动所享有的直接性权利。比如,农村合作社是为了提高农业生产力以及农民的经济地位而组织设立。合作社为合作社成员的最大利益而服务,不以营利为目的进行活动。⁽³⁶⁾ 实际上,无论是公益法人还是特殊法人均可以从事营利活动,进行营利活动并不是公司这一法人特有的性质。但是,如前所述,公司因为需要向成员股东分红,必须要从事营利活动。在这一点上公司与公益法人和特殊法人是有明显区别的。⁽³⁷⁾ 尤其是在大型公开股份公司中,在所有权与经营权分离的模式下为实现股东利益的最大化而将经营事项委托给董事或高管,因而还涉及到董事的勤勉义务以及忠实义务。⁽³⁸⁾ 基于以上分析,本文为了明晰营利性解释是创新还是移植,参考了擅于移植国外制度的日本学界的解释。

三、日本学界对营利性的解释与实践演进

从比较法视野来看,社员营利目的系德国、法国、意大利、英国等欧美国家之通例。其共同点在于,就营利社团而言,社员的经济利益与社团的利益分配二者缺一不可。社员营利目的这一特征除了有比较法上的佐证之外,还有实质性理由作为支撑。倘将社员的营利分配解读为营利法人的要件,那么公益法人就需要得到登记机构的设立许可方才符合法律精神。如果只是以进行营利事业作为营利法人的要件,公益法人也自然会成为营利法人,根据公司法的准则主义就可以自由成立了。众所周知,为防止滥用进行营利事业的公益法人而设立了许可制度。因而如果一半公益,一半营利就不具有公益性。日本学者松本蒸治在对上述国家立法的比较研究中指出,营利法人是以各个社员出资进行营利事业,并以将基于此得到的利益分配给社员为目的而设立的社团法人。从日本学说的梳理中可以辨析概念所含的内容,由此分析得出公司的营利性与商人概念中的营利性一般不同。公司的营利

(32) 谢鸿飞《民法总则制定中的最大争议点》,载中国法学会网 <http://www.iolaw.org.cn/showArticle.aspx?id=5126>,访问时间:2017年3月28日。

(33) 同注19引书,第54页。

(34) 日本2008年6月2日公布了《一般社团法人以及一般财团法人相关法律(一般社团、财团法人法)》,于2008年12月1日起实施,同时废止了《中间法人法》。

(35) 我国《公司法》第2条、第3条对公司概念作出了界定。在我国境内成立的有限责任公司与股份有限公司,具有独立的法人财产,享有法人财产权,公司法也明确规定了有限责任公司和股份有限公司的股东为有限责任。

(36) 王玉梅《农村社区股份合作社的商主体构建》,载《中国政法大学学报》2016年第2期。

(37) 张启瑞主编《中国法人百科全书》,中国物价出版社1999年版,第7页。

(38) 李建伟《公司法》,中国人民大学出版社2014年版,第337-344页。

性是以对外进行经营活动得到利润后,将利润直接分配给成员。而商人概念中的营利目的含有对外进行交易的意思,但是并无分配利润之必然。⁽³⁹⁾

(一) 日本传统学者的观点

1. 松本蒸治博士的见解

关于营利法人,松本博士在《法学协会》撰专文两篇进行了探讨。第一篇是1904年的《公益法人、营利法人的类别》,⁽⁴⁰⁾第二篇为1910年的《营利法人的观念》。⁽⁴¹⁾这两篇论文的主要内容如下:民法所称“营利为目的的社团”的意义在于是以社员的营利为目的的社团,也就是应理解为将营利事业中得到的利润分配给社团的社员还是以社团为目的进行营利事业的问题。鉴于此,进行营利事业得到利润进行慈善、学术及其他公益事业的社团是公益法人还是营利法人的问题就出来了。如果民法所称“营利为目的的社团”是以社员的营利为目的,那么就是公益法人。因为利润用于慈善、学术及其他公益事业,对社员没有任何分配。营利法人包括五个要件:(1)各个社员必须出资。(2)进行营利事业,以营利为目的。该营利事业与营业不同,无须以可持续性的营业为目的,只要有一个营利性足矣。(3)在营利事业中得到的利益分配给社员,但并非必须要把得到的利益全部分配给社员,将其中一部分捐给公益事业也是可以的。这里所称“利益分配”不得与公司的利润分配相混淆。社员以持有股份的增加或公司清算后的剩余财产分配额的增加为目的,也有可能不分红,但是即使这样也是有利益分配的。(4)该法人以营利为目的设立。进行营利事业的社团法人并不一定均为营利法人。因为,公法人、公益法人为了达到其目的也有可能进行营利事业。公益法人进行营利事业,但是得到的利益不得分配给社员。(5)必须为社团法人。松本博士的见解按照文字意思,进行营利事业的社团作为主体,可以解释为不是以社团而是以社员的营利为目的。这些解释只是为了防止滥用进行营利事业的公益法人制度,为了许可主义的政策性立法的目的。为了实现该目的,将在营利事业中得到的利益分配给社员是营利社团法人的本质。

2. 仓泽康一郎博士的见解

仓泽博士从比较法的角度提出的见解主要是继受于法国法的理解。前述松本博士的观点作为学界的通说被广泛接受,但是仓泽康一郎在1971年发表的《营利社团法人的意义》正面反驳了松本的观点。该文主要是对实质性理由的批判。仓泽博士对《日本民法》第35条的“营利为目的的社团”进行解释。仓泽博士1971年发表《营利社团法人的意义》,⁽⁴²⁾基于法国法对松本博士的实质性理由进行了批判。松本博士解释《日本民法》第35条“以营利为目的的社团”,将其理解为以对社员分配利益为目的的社团。

仓泽博士站在比较衡量论的角度进行分析。仓泽博士认为,将“营利为目的的社团”这一句解读为以私益为目的的社团,是把营利公益社团从准则主义转为许可主义的实质性理由。即使营利、公益社团存在法人格滥用的可能性,但是否非要由行政主管部门许可、监督,仍值得商榷。仓泽博士认为需要在行政机构的监督与商法规制之间进行衡量,以确定哪个更适合防止弊端。

从公司法的角度而言自然会涉及保护社员、公司债权人的强制性法规,这部分是在私法领域中通过立法进行国家干预比较多的一个领域。田中耕太郎在《组织法的商法与行为法的商法》⁽⁴³⁾一文中指出,公司法作为商组织法与一般私法相比而言具有强烈的严格主义以及干涉主义。

(39) [日]铃木竹雄、竹内昭夫《会社法》(第三版),有斐阁1994年版,第15页;转引自江头宪治郎花甲论文集,第11页。

(40) [日]松本蒸治《公益法人、营利法人的类别》,载《法学协会》1904年第22卷1号,第55页。

(41) [日]松本蒸治《营利法人的观念》,载《法学协会》1910年第28卷3号,第351页以下。

(42) [日]仓泽康一郎《营利社团法人的意义》,载《庆应大学法学研究》1971年44卷3号,第207页以下。

(43) 田中的组织法与行为法的分类现在基本没有人支持。

再者,即使滥用公益法人,对因公益而受益的受益者而言,并不存在积极的弊端,问题是借着公益的名义,因法人内部的违规以及混乱,而导致出资人以及债权人利益受损的弊端。为了防止这些弊端,需要在公司法的介入与行政权(监管)的介入之间进行衡量,仓泽博士认为公司法规范是更恰当的。“将社团的营利目的与社员的私益视为同类,将不以分红为目的的营利目的社团归类到公益法人规范中,实质上缺乏依据。”

3. 对于松本、仓泽见解的评析

关于民法的公益法人和营利法人,上述学说基本围绕公益或利益分配展开,但是可以看出学界意见并非统一。⁽⁴⁴⁾

松本认为,营利法人是以营利为目的,即以各个社员的出资进行营利事业,将其利益分配给社员为目的。而仓泽认为松本博士并未着眼于其团体本身的目的,着眼于团体社员目的(私益)的营利法人的营利性与《日本民法》第35条的文理是相悖的,因而其实质性支持理由并不妥当。如果社团进行营利事业,即使在不分配利益的情形下,根据《日本民法》第35条也应理解为营利法人。对此,松本博士也认为营利事业超越手段成为目的时,也就是向社员分配利益的情形下,该事业本身即使属于公益事业,也应称为营利法人。关于这一点仓泽博士也认同,在这种情形下,两者的见解是一致的。两者对立的是,进行营利事业但从事业中得到的利益不分给社员,而是用于公益事业的法人应如何对待的问题。

营利法人的营利目的是着眼于社团,进行营利事业时以营利为目的,还是着眼于社员,只要有利益分配就认为有营利目的,上述问题在法律条文中的字词和社团的概念上均没有结论,最终是由支持各个见解的实质论的优劣来决定。他们的观点有必要在民法以及公司法规制的范围内探讨。

(二) 2005年日本新公司法制定后的学界见解

在法律规定上删除关于营利性的相关规定之后,学界出现了以下典型的观点。

1. 学界观点

山下友信教授认为,删除营利性的法律修改并未涉及公司法是否规范营利法人的问题。⁽⁴⁵⁾ 神田秀树教授在其专著中对营利目的的解释与传统学说是一致的,并提到公司法修改中删掉营利性,认为公司是营利法人。⁽⁴⁶⁾ 神作裕之教授在对营利性的意义进行分析的同时,指出在未否定公司利益分配请求权和剩余财产分配请求权这两项权利的前提下,营利性依然是股份公司的本质。⁽⁴⁷⁾ 弥永真生教授引用《日本公司法》第5条,认为公司作为其事业所为的行为以及为事业而行为是商行为,是公司为营利目的而进行的对外活动,这是常态。⁽⁴⁸⁾

综上所述,山下教授、神田教授、神作教授认为公司法维持了营利性要件,弥永教授认为如果公司处于非常态的情况下,也就是说在公司不以营利为目的的情形下,公司法将公司作为其规范对象并不明确,但是依然需要营利性要件。⁽⁴⁹⁾ 落合教授认为,在进行营利事业并将从中得到的利益分配给社员这个意义上,公司法关于公司的营利性依然需要维持。

2. 法人设立制度: 准则主义与许可主义的存废

我国《民法总则》在法人设立方面原则上未舍弃许可主义,其对非营利法人实施的是许可主义。

(44) 参见[日]能见善久《公益团体中的公益性与非营利性》,载《Jurist》,1994年11月1055号,第50页以下。

(45) [日]山下友信《新公司法的意义》,载《法学教室》2006年304号,第7页。

(46) [日]神田秀树《公司法》(第8版),弘文堂2006年版,第5页。

(47) [日]神作裕之《公司法总则·拟制外国公司》,载《Jurist》2005年1295号,第138页。

(48) [日]弥永真生:《リーガルマインド会社法》(第10版),有斐阁2006年版,第7页。

(49) [日]落合诚一:《公司的营利性》,载江头宪治郎花甲论文集《企业法的理论》(上卷),商事法务出版社2007年版,第20页以下。

关于非营利法人,无论其是否经营公益性,制度设计或许可考虑按照准则主义简化设立程序。⁽⁵⁰⁾ 如果实施准则主义,对公益性的认定与法人设立中的许可问题就能得到解决。而且,因为将团体分为营利与非营利,所以既不是公益也不是营利的中间团体在民法上能否得到法人格的问题也随即得到解决,进而强化这些非营利法人的治理结构,也可以实现商法制度现代化。尤其是在商法制度现代化的过程中,对旧制度的重构、修改理念、创新与移植之间的均衡至关重要。其次,创设公益性法人认定制度。《日本公益社团法人及公益财团法人认定相关法律》⁽⁵¹⁾第2条第4款规定,“公益目的事业”是指学术、技艺、慈善及其他公益相关表格所列各类的事业,其增进不特定多数人的利益。对其进行监督的是内阁总理大臣或都道府县知事。关于公益的认定,内阁总理大臣或都道府县知事会向基本公益认定等委员会咨询,以此确保公益认定的恰当性以及统一性,在得到认定后,根据种类可分为公益社团法人、公益财团法人,进而完善了日本公益法人等新制度的过渡措施、中间法人法的取消、民法及其他相关法律规定。对此,我国可以进行有舍弃地借鉴。

四、营利性 with 股东利益最大化

公司以营利为目的而在对外经营中实现“股东利益最大化”,围绕着这一原则调整相关利益关系。⁽⁵²⁾ 但在协调公司与债权人、公司与股东之间的关系时,股东利益最大化是受限制的。⁽⁵³⁾ 当然,违反股东利益最大化的股东会决议是无效的;董事、高管的勤勉义务以及忠实义务就是为股东利益最大化而设的。⁽⁵⁴⁾ 前述是基于股东决定主义的大陆法系国家的观点而作的解释,以下笔者拟尝试基于法和经济学所倡导的合同集束理论与股东利益最大化来分析营利。

(一) “合同集束理论”与营利(股东利益最大化)

合同集束(nexus of contracts)理论认为企业是合同的集合。⁽⁵⁵⁾ 围绕着“人”“物”和“金钱”产生各种各样的生产要素的提供者、公司创造出的财富、对消费者的服务,围绕着公司签订出资合同、雇用合同、买卖合同、债务合同等。也就是说,合同的集束理论将所有关系解释为合同。而且进一步解释为公司基于合同应实现股东利益的最大化,而股东利益的最大化应体现为分红、确保剩余财产的分配。其理论基础如前所述,在于“剩余财产分配请求权”。对债权人承诺还本付息、与供应商的合同、雇佣合同等都可以事前基于合同约定支付义务。因而,股东利益的最大化是在履行支付义务后还有剩余的情况下才能实现的。该理论解释剩余财产分配请求权的基础在于股东对风险的承担程度。也就是说,剩余财产分配请求权的实现基于不确定的公司利益的变动,股东是该风险的承担者。当然,制度设计上股东可以通过有限责任与转让股权(股份)分散风险来保护自己。股东是剩余财产分配请求权的行使者,因而自然要赋予股东监督权,监督权通过表决权等控制权来实现。但是,事前的合同必然是不完善的。在交易的过程中,事前合同中未记载的事项事后有可能发生。而剩余财产控制权被称为可以弥补事前合同未能涉及到而可能出现的合同漏洞,剩余财产控制权体现在股东对公司资本变动进行决议时的表决权。比如,公司筹集资金的方式有发行股份,发行股份需要股东大会的决议,股东行使表决权。公司发行债券时,购买债券者为债权人,如果公司不履行债务则债权人介入经营。如

(50) 张舫《公司法的制度解析》,重庆大学出版社2012年版,第9页。

(51) 《日本公益社团法人及公益财团法人认定相关法律》2008年作了根本性的修改。

(52) 参见朱慈蕴《公司的社会责任:游走于法律责任与道德准则之间》,载《中外法学》2008年第1期,第29-35页。

(53) 参见[日]川口恭弘《有关股份公司的营利性与公益的考察》,载《同志社法学》2004年第55卷7号,第121页。

(54) 参见姜雪莲《忠实义务的功能》,载《中国政法大学学报》2016年第4期。

(55) 王军《中国公司法》,高等教育出版社2015年版,第20页。

此设计就使得公司选择最适合的资金筹集方式。⁽⁵⁶⁾

(二) 其他利害关系人与股东利益最大化的冲突

1. 冲突根源在于剩余财产分配请求权?

股东利益最大化原则可否排除其他相关利益?对此,传统学说(二元论)认为,因股东具有“剩余财产分配请求权”,公司债权人在公司中与股东相比而言具有优先分配一定金额的请求权,所以股东利益最大化应该与全体利害关系人的总价值最大化是同样的意思,终究要实现社会整体财富的最大化。⁽⁵⁷⁾但是,公司的利益相关者范围广,不仅包括债权人,还有将来要与公司进行交易的承包商或供应商,把一辈子献给公司进行特殊技术工作的员工,以及与维持地区环境相关的利害关系人,这些利害关系人实际上是和股东利益最大化不一致的。⁽⁵⁸⁾理论上,若这些利益相关人提前考虑到有可能发生的一切事项并与公司签订合同,则一切问题将迎刃而解,但在现实中是不可能的。我们无法全面信赖所谓的补充“合同的不完整性”、“市场失败”的公法的规制。因此,公司利益关系调整原则,尤其是对于大规模公开股份公司,不仅关乎股东利益,还要考虑债权人、员工、消费者、地区居民的利益诉求。这就是典型的“企业社会责任”论者的主张。这部分学者的主张可以引申到外部董事,不仅是股东,而且还要考虑到代表各种社会关系的外部董事的选任。⁽⁵⁹⁾但是,基于这些主张会出现,例如有没有可能影响公司的经济效率性进而减少社会财富,或赋予经营者很大的裁量权而事实上经营者处于没有被监管的状态。⁽⁶⁰⁾因而,公司董事、高管是否履行勤勉义务、忠实义务的判断标准原则上采用的是“股东利益最大化”标准;股东以外的利益相关者则通过《劳动法》《反垄断法》《消费者权益保护法》《环境法》等其他领域的法律来予以保护,同时与《公司法》统一协调规范。原本“股东利益最大化”并不是理想化的利害关系调整原则,在现实中仅是作为“次善的对策”。⁽⁶¹⁾

2. 公司的社会责任与股东利益均衡

在公司的社会责任与股东利益均衡方面,公司的目标应当是为股东谋取最大利益的双重论和公共利益与私人利益在终极目标上一致的一元论。⁽⁶²⁾关于企业的社会责任,由于社会需求越来越大,所以董事、高管在这方面的裁量范围也越来越广。例如,股份公司的捐赠是社会对公司的一种期待和要求,而且公司的规模、经营实绩等也会影响公司捐赠金额的多少。尽社会责任并不发生董事、高管违反义务而被追究责任的情形。也就是说,董事、高管也有可能进行与追求股东利益最大化无关的捐赠。

在授权资本制下,所有权与经营权高度分离,董事、高管不论是在敌对性企业收购还是日常的经营判断中都享有非常大的自由裁量权。比如,董事以实现股东“长期利益”最大化为目标,实施最优先维持员工雇佣关系的业务执行行为,在这种情形下股东无法追究董事违反勤勉义务的责任。

另外,股份公司处于资不抵债的情况或接近这种状态时,董事、高管进行各种投机性经营时应考虑股东的剩余财产分配请求权以及有限责任来确保股东利益的最大化,但是这有可能扩大损害公司债权人的利益,所以届时会产生董事、高管因懈怠任务而要向第三人公司债权人负责任的问题。《日本

(56) [日]伊藤秀史《现代经济学中的股东利益最大化原则》,载《商事法务》1999年8月25日第1535号。

(57) [日]得津晶《两个剩余财产权概念的相克》,载岩原伸作等编《公司、金融、法》(上卷),商事法务出版社2013年版,第111页;

[日]野口明宏《股东利益的最大化与利害关系人的利益》,载《法学新报》2008年第114卷第11/12号,第527页以下。

(58) 宁金成主编《公司法》,郑州大学出版社2009年版,第55页。

(59) [日]森田章《董事会制度与企业的社会责任》,载《商事法务》1979年第851号,第23页。

(60) [日]竹内昭夫《有关企业社会责任的一般规定的是非》,载《公司法理论一》,有斐阁1984年版,第127页。

(61) [日]江头宪治郎《股份公司法》(第6版),有斐阁2016年版,第25页。

(62) 施天涛《公司法论》,法律出版社2010年版,第57页。

公司法》第 429 条⁽⁶³⁾ 董事第三人责任)⁽⁶⁴⁾ 也就是说,牺牲债权人利益的“股东利益最大化”,在特定情况下有可能违法。另外,违反以公共利益为目的的规定(《刑法》《反垄断法》等)而追求“股东利益最大化”亦有可能产生追究董事勤勉义务责任的情形。⁽⁶⁵⁾

(三) 种类股是否“淡化”股东利益最大化

种类股从根本上打破了经济利益与投票权等比例的公司结构与激励基础,赋予了股东平等原则新内涵。⁽⁶⁶⁾ 如前所述,营利的内涵既包括公司在对外经营中获得收益,也包括股东的“盈余分配请求权”和“剩余财产分配请求权”。如果公司设计了优先分配盈余的优先股,实际上是剥夺了股东剩余财产分配请求权,则该种类股的优先性应该并未弱化公司营利性。而对于享有优先分配剩余财产请求权的种类股,在公司解散、清算、破产的时候则会面临对该优先性如何理解的问题。当然由于此时债权人权利应优先于优先分配剩余财产的股,所以该股的优先性体现在其与普通股相比较时。⁽⁶⁷⁾ 优先分配剩余财产的股虽然在公司解散、清算、破产的时段出现,但是依然含有营利性,如果公司营利性得不到保障,则解散、清算时剩余财产分配请求权是实现不了的,更无需谈论其优先性。实际上到了破产的境地,营利性基本无法得到保障。那么,根据目前我国《公司法》的规定可否设计分离“盈余分配请求权”和“剩余财产分配请求权”的股呢?按照目前公司法的规定是不可以的,但是,《公司法》第 131 条规定“国务院可以对公司发行公司法以外的其他种类股份,另行作出规定。”我国允许通过行政法规规定种类股。⁽⁶⁸⁾ 比如 2006 年发改委颁布的《创投企业暂行管理办法》以及 2014 年新出台的《优先股试点管理办法》等。《优先股试点管理办法》第 2 条规定“本办法所称优先股是指依照《公司法》在一般规定的普通种类股份之外,另外规定的其他种类股份,其股份持有人优先于普通股股东分配公司利润和剩余财产,但参与公司决策管理等权利受到限制。”从该规定看优先股是相对于普通股而言的,优先股在股东权利上有一定特殊性,体现在利益分配和表决权方面。进一步解释就是“优先”包括两种方面的优先:第一是分红优先,即在不受公司业绩影响下优先股股东能够首先得到约定的股息,只要公司在缴税后仍有盈余,就得分配给优先股股东;第二是剩余财产分配优先,即当公司进入破产清算程序时,优先股股东能够获得公司剩余可分配财产中其应得的那部分股份利益,其清偿顺序是排在普通股股东之前的。根据上述规定,实际上,目前我国股份有限公司可以设计分离“盈余分配请求权”和“剩余财产分配请求权”的股。分离的情况下,其营利性应该通过“优先性”得到保障。

(四) 章程约定与效力

1. 章程约定的情形

在章程上可否规定与“股东利益最大化”冲突的规定。如《日本公司法》规定,股东无法分得盈余分配请求权以及剩余财产分配请求权的章程一律无效(《日本公司法》第 105 条第 2 项)。比如,实质性地将一部分盈余按比例分给股东以外的人的章程当然无效。实际上,将盈余分配给股东以外的其他人的比例如果非常高,这与公司的“营利目的”相冲突,章程应解释为无效。接下来就存在章程有效、无效的界限。当然,这里涉及到该章程是原始章程还是经由全体股东同意的变更之后的章程、公

(63) 《日本公司法》第 429 条规定“公司董事等就执行其职务有恶意或重大过失时,承担由此给第三人造成损害的责任。”王保树主编《最新日本公司法》,于敏、杨东译,法律出版社 2006 年版,第 244 - 245 页。

(64) 关于董事第三人责任的认定,可以参见陈景善《董事对第三人责任的认定——以日本公司法第 429 条为中心》,载《比较法研究》2013 年第 5 期。

(65) 《日本公司法》第 355 条规定“董事具有在遵守法令的情况下遵守职务的义务。”其中,“法令”的内容包括:为保护公司、股东利益为目的的具体规定;为保护公益为目的的具体规定。

(66) 朱慈蕴、沈朝晖《类别股与中国公司法的演进》,载《中国社会科学》2013 年第 9 期。

(67) 王欣新、魏现州《在我国公司法中设置优先股制度初探》,载《法律适用》2010 年第 10 期。

(68) 参见任尔昕《关于我国设置公司种类股的思考》,载《中国法学》2010 年第 6 期。

司是否是公开公司等,基于这些要素,章程的有效、无效界限会不同。

2. 章程未约定的情形

在章程未约定的情形下,全体股东(有关人员)以事实上一致同意的方式,有可能进行违反股东利益最大化原则的公司运营。比如,在地方公共团体与民间企业出资的“第三领域”(比如:PPP项目⁽⁶⁹⁾)的股份公司中,地方公共团体只关心达到行政目的,而民间企业关心的并不是盈余分配而是从地区经济的振兴中所产生的经济利益。这种运营模式是与前述的“营利”模式相违背的,但是并不会成为当事人之间的约定无效或成为股份公司解散的事由。⁽⁷⁰⁾

五、结语

综上所述,我国《民法总则》将法人主要分为营利法人与非营利法人的做法,如前所述,有学者认为是对传统社团与财团理论的突破,有学者认为创新少,继受多,对此争论颇多。笔者认为,我国《民法总则》中法人的这一分类实际上既考虑了中国特色,又移植了国外分类模式,可以评价为移植中微小的创新,但从商法的角度更需分析营利法人的界定和商法现代化过程中与其他制度的协调问题,尤其是在法人制度的完善方面,需要从法政策性的角度考虑如何协调营利性内涵。除了《民法总则》的概括性规定以外,从立法完善的角度并基于商法的特殊性,应当分别制定不同法律予以规范,尤其是在民商合一的模式下,不能忽视公司法中的营利性所具有的特殊性。

第一,应以法政策论为基础。法政策性的出发点在于公司是给社会创造财富的团体,对社会而言是有益的存在。⁽⁷¹⁾如果不创造新的财富,社会就会贫穷,因而要确保团体充分活跃的法律环境。这就是从法政策论而言的重要问题。当然,创造财富的团体有各种各样的种类,在此指的对象是在对外营利事业活动中以获得利益为目的的团体,与团体内部的活动直接给团体成员带来利益的团体性质是不同的。以在对外营利事业活动中以获得利益为目的的团体是给社会创造财富的。当然以在对外活动中以获得利益为目的进行营业活动,也要区分向社员分红为目的的团体和不分红的团体。从法政策性的角度而言,存在两种观点:一是无论其是否向成员分红将其规则统一化的观点;二是根据是否分红区分立法的观点。本文所举的松本博士的观点是区分立法,仓泽博士的观点是统一规则。目前的通说认为,是否向成员分红会直接影响到成员的行动,因而,分红的情况和不分红的情况实际上直接影响团体的性质。比如,分红的情况下,成员的投资直接关系到利益的回报,成员会期待团体在对外活动中得到进一步的发展以获得更多的利益。但是,另一方面,在将获得的利益全部捐献给慈善事业的情况下,这种团体与向成员分红的团体是完全不同的,这些成员得到的更多是精神的满足。因而,对于成员利害关系如此不同的团体,适用统一规则是不恰当的。是否以营利性为目的的团体成员的聚集以及行动目的具有很大区分,事业目的直接影响团体的利害关系人,尤其是成员的行动标准,因此,团体规则应针对不同类型分别制定。因而,对营利法人而言,对成员的投资利益的回报是其本质,公司的营利性自然还应包括剩余财产的分配。⁽⁷²⁾

(69) PPP项目(Public-Private Partnership,公私合伙或合营,又称公私协力)一词最早由英国政府于1982年提出,是指政府与私营商签订长期协议,授权私营商代替政府建设、运营或管理公共基础设施并向公众提供公共服务。

(70) [日]稻庭恒一:《关于公司的营利性——第三领域公司为中心》,菅原菊志教授古稀论文集《现代企业法的理论》,信山社1989年版,第134页。

(71) 刘俊海:《强化公司社会责任的法理思考与立法建议》,http://www.iolaw.org.cn/showArticle.asp?id=70,访问时间:2017年5月7日。

(72) 落合诚一:《新公司法讲义第一回》,载《法学教室》2006年第307号,第69页。

第二,应考虑关于公司的营利性含义的特殊性问题。关于公益法人法的完善,在日本是成为法人制度完善的重要内容,我国目前大部分学者也呼吁单独立法。⁽⁷³⁾ 日本公益法人相关法律明确规定,成员是否具有盈余分配请求权以及剩余财产分配请求权是区分法人的营利性与非营利性的标准,我国亦相同。但是,我国《民法总则》在营利法人的界定上规定了向成员分红,未提剩余财产请求权问题,在非营利法人界定上却提到剩余财产请求权,这种规定是出于何种考虑,有待进一步探讨。

第三,应考虑公司这一商主体在对外活动中筹集资金的功能。公司治理结构的完善,营利性的界定直接影响与股份的种类的协调,在我国公司法的规定中没有关于营利性表述的情况下,以公司的特征中营利性特点、我国《公司法》第34条有限责任公司的分红规则、第166条股份有限公司的分红规则、第4条关于股东权利的概括性规定以及股东会职权中批准、公司利润分配方案等为理由是否足以涵盖营利性,这些条文是否可替代营利性,因而无须在法律条文中再明确规定营利性,在立法技术上应综合考虑。

A Further Study on the For-Profit Nature of Legal Person

Chen Jingshan

Abstract: In the mode of civil and commercial law integration, China's General Provisions of the Civil Law were formally adopted in March 2017. In Chapter 3, legal persons are classified as for-profit legal persons, non-profit legal persons and special legal persons. There is no doubt that the "company" stipulated in the Company Law of the People's Republic of China should be regarded as for-profit legal person under the definition of General Provisions of Civil Law. This paper will observe the particularity and meaning of the for-profit nature of the company from the perspective of a profit-oriented commercial legal person, as well as analyzing and sorting out the coordination between the shareholders' rights to the distribution of dividends and remaining property covered by the for-profit nature and other relevant legal systems. The focuses of this paper are as follow: the for-profit nature in the maximization of shareholders' interests and the modernization of the commercial legal system; whether the establishment of the classes shares system discards the shareholder's right to the distribution of dividends or remaining property and at the same time weakens the for-profit nature of the company, or influences the maximization of shareholders' interests; other relevant issues. This paper is aimed at clarifying the construction of commercial legal systems that has been selecting between innovation and transplantation.

Keywords: for-profit; the maximization of shareholders' interest; the effect of the bylaw; the right to the distribution of dividends; the right to the distribution of remaining property

(责任编辑:倪鑫煜)

⁽⁷³⁾ 同注3引文。