

公司型社会企业的中国化: 法律定位与监管逻辑

姚 瑶

(南昌工程学院 江西 南昌 330099/江西财经大学 江西 南昌 330013)

摘 要: 在中国经济社会转型的当下,公司型社会企业具有强烈的现实意义,社企型公司不能简单地被视为一种“认证标识”,但其也不足以构成全新的企业法律形态,将之作为一种具有程序法意义的新的公司登记类别较为适宜。在公司型社会企业的立法取向上,英国的社区利益公司创造了一种介于营利与非营利之间的公司形式,美国的共益公司则定位为纯粹的营利性公司,由此导致两国在监管逻辑上的差异。对于我国来说,应当根据现实国情综合考量,寻找制度功能的最大公约数,探寻一条技术与价值互构的法律移植之路。优先且明确的公益目的、合理的分红限制和资产锁定的底线要求,应作为公司型社会企业必要的资格条件。对公司型社会企业的法律许可体现了对公司自治的充分尊重,因此有效而适度的监管应主要依赖信息披露进行,并通过利益相关者的诉权配置实现公司治理维度的拓展。

关键词: 公司型社会企业;社区利益公司;共益公司;营利性;自治

中图分类号:DF411.91 文献标识码:A 文章编号:1002-3933(2019)07-0078-11

The Sincization of Corporate Social Enterprises: Legal Orientation and Regulatory Logic

YAO Yao

(Nanchang Institute of Technology, Nanchang 330099/

Jiangxi University of Finance and Economics, Nanchang 330013 China)

Abstract: At the moment of China's economic and social transformation, the social enterprises

收稿日期:2019-02-24

基金项目:南昌市社会科学规划项目《公司型社会企业的法律构造研究》(FL201802)

作者简介:姚瑶(1982-),女,江西南昌人,法学博士,南昌工程学院经济贸易学院讲师,江西财经大学应用经济学博士后流动站研究人员,研究方向:企业法。

which choose corporate forms have strong practical significance. Corporate social enterprises cannot simply be regarded as a kind of “certification mark”, but it is not enough to constitute a new legal form of enterprises. It would be more appropriate that is regarded as a new type of company registration in procedural significance. In the legislative orientation of corporate social enterprises, community interest company has created a form of company between profit and non-profit, meanwhile, benefit corporation is purely for-profit. As a result, it leads to the systematic differences in the regulatory logic for British and America. As far as China is concerned, it is necessary to consider the actual national conditions comprehensively, find the greatest common divisor of institutional functions for diversified rules, and then we should explore a legal transplant path from mutual construction of technology and value. Priority and clear public interest objectives, reasonable dividend limits and asset lock should be the necessary qualifications for social enterprises which choose corporate form. Permitted by law for corporate social enterprises reflects the full respect to corporate autonomy. Therefore, effective and appropriate supervision should mainly rely on information disclosure, in addition corporate governance dimension is expanded through the allocation of stakeholders' right to appeal.

Key words: corporate social enterprises; community interest company; benefit corporation; for-profit; autonomy

一、问题的提出

过去十年,社会企业的兴起成为世界范围内的现象与趋势。社会企业是运用商业手段实现社会目的的企业,且是将社会目的作为企业的首要或主要使命。社会企业是对“政府部门是第一部门,商业组织是第二部门,慈善组织是介于政府与企业之间第三部门”这一传统框架的突破,被视为“第四部门”^[1],其开展的往往是商业企业觉得效益低、公益组织做不好、政府又没精力做的事情,涉足领域包括就业促进、地方社区发展、公益创投、服务(产品)提供等各方面。从域外社会企业的立法实践,社会企业的组织形态主要有合作社和商事公司两种,美国、英国、比利时等国以公司制为社会企业的主要组织形式,法国、意大利则以合作社为主体。合作社是一种以服务成员为目的的自助组织,如果社会企业公益目标的受众超越了内部成员,则只能采取公司制,事实上公司也是现代社会最重要也最普遍的企业形式。因此,本文将公司以公司型社会企业^①为研究对象展开讨论。

在我国,“社会企业”这一概念也逐渐被理论界和实务界所熟悉,随着经济与社会发展阶段的进阶,社会民生事业愈益重要,越来越多的企业将成为社会企业作为自身的战略转型。2017年知名的O2O平台公司“美团点评”就宣称公司发展阶段将进阶至社会企业。然而,与社企型公司兴起相伴生的是,许多公司将“社会企业”作为一种自我标榜的名头而让人虚实难辨。例如,以便利市民“最后一公里”出行作为商业逻辑的摩拜单车就因入围“中国社会企

^① 下文所称“社企型公司”与“公司型社会企业”可以同义互换。

业奖”一事颇受争议,我们不禁产生这样的疑问:到底怎样的企业目标属于社会目的,达到何种程度才认定为社会属性更强?而且,一些公司在发展初始阶段利用“社会企业”的帽子来赢得声誉(或政府补贴和金融优惠),在进入成熟的盈利阶段后又想摆脱“社会企业”的帽子,以便于从事分红等行为^①。有关公司型社会企业的种种含混模糊情状都指向下列根本性问题:社企型公司与普通商事公司的实质性区别是什么,社企型公司到底是一种突破原有组织法规范的新公司类型抑或仅仅是附着于原有公司法律框架之上的认证标识?对这一问题的回答,决定了公司型社会企业制度设计的基本导向,直接关系到社企型公司在控制机制、利益分配等治理机制上是否需要以及如何区别于普通商事公司。

目前我国法学界对社会企业的研究还只是刚刚开始,专注于公司型社会企业的研究则更少^②,并且仍主要停留在外国法引介的层面,未能结合中国的国情考量深入研究法律移植的可行性和可选路径。本文在借鉴域外立法经验以及考量我国国情的基础上,试图对公司型社会企业的认定标准与监管规则提出建议。

二、两种不同的制度展开模式:基于英美的比较法考察

公司型社会企业在域外法上或已有较成熟的立法实践或正处于立法进程中,这其中尤以英国和美国为代表。英国模式和美国模式分别导向两条差异较大的路径,两种模式各有其优劣。

(一) 以英国“社区利益公司”为代表的强管制模式

英国于《2004年公司(审计、调查和社区企业)法案》首提社区利益公司(Community Interest Company,以下简称CIC)之创制,并通过《2005年社区利益公司条例》(S.I. 2005/1788,以下简称“2005年CIC条例”)正式确立了CIC这一新型企业形式。采取股份有限公司形式的社区利益公司还可以是公众公司(Public Company,大致对应于我国法上的上市公司),其名称中需标明“community interest public limited company”或“community interest plc”;其他的社区利益公司名称中只需标明“community interest company”或“CIC”。截止到2016年1月,英国已注册登记了超过11,000家CIC^③。2013年英国还成立了全球首家服务于社会企业的社会证券交易所(Social Stock Exchange)。英国模式表现出较强的管制色彩,表现在以下方面:

一是准入监管。英国针对CIC创设了由国务大臣任命的独立的专门监管机构——社区

^① 例如,残友集团“似乎想摆脱社会企业这个身份”,参见邹雨茉、周棋彬《创业为赚钱,还是为解决社会问题——“社会企业”AB面》,载《南方周末》2017年4月27日。

^② 国内长期以来只有少数学者进行社会企业法律制度的研究,2015年之后研究才逐渐增多。如王世强对英国与美国公司型社会企业立法的介绍,参见王世强《美国社会企业法律形式的设立与启示》,载《太原理工大学学报(社会科学版)》2013年第1期;郑夏蕾对美国共益公司的立法评介;王波系列研究的对象皆为美国低收益有限责任公司或英国社区利益公司。近年来我国台湾地区正在考虑通过“公司法”“修法”引入社企型公司,也形成了一些学术成果,整体讨论维度仍偏向对域外法的引介,如郭大维:《从企业社会责任到社会企业——论英国公司型态社会企业法制对我国之启示》,载《月旦法学杂志》2016年第11期;陈盈如《社会企业立法模式——以美国社会企业立法为中心》,载《中正财经法学》2017年第1期。

^③ Available at <http://www.cicassociation.org.uk/about/what-is-a-cic> 2016-03-18.

利益公司监管人(the Regulator of Community Interest Company) 。要设立一个 CIC 必须通过社区利益公司监管人的社区利益测试(Community Interest Company Test) 。社区利益测试考察的内容主要着眼于三个方面: 公司目的、透明度以及业务范围。CIC 的主要目的是对“社区”提供福利(但不可以服务于政治性活动) ,不过“社区”这个概念并非通常意义上的居住社区——如果具有共同的可以与其他社区成员相区别的特点,且符合一个正常合理的人的认知,任何个人组成的群体可以构成一个社区。CIC 也不可以服务于某一特定实体的成员或特定雇主的雇员,这就使其与合作社区别开来。公司进行的活动是否是为了社区利益应以一个理性人的正常认知来评判。

二是监管机构对公司治理的深度介入。除了准入时的社区利益测试,监管人还广泛地介入 CIC 公司治理的各个方面,这表现在以下方面: 第一,CIC 性质的改变(公司目的的改变) 需得到监管人的同意; 第二,监管人对董事报酬和公司资产的非市场化交易有调查和审计权; 第三,当“不履行条件”^①出现时,监管人可以径直任命或罢免董事、任免经理以及托管公司资产; 第四,CIC 应当按监管人提供的模板报送年度报告^②,监管人对年度报告进行实质审查,从而判断该公司是否持续性地符合社区利益测试标准,年度报告也要向公众公开; 第五,当 CIC 的股东、董事怠于行使诉权维护公司利益时,监管人有权以该公司的名义提起派生诉讼,例如起诉违反信义义务的董事; 第六,监管人可以为 CIC 的注销或破产清算向法院提出申请,监管人也有权向法院申请 CIC 的解散无效。

三是确立了资产锁定(Asset Lock) 规则和股利上限(Dividend Cap) 规则。这也是英国社会企业立法的一个特别之处,其目的在于防止 CIC 的股东以决议方式移除企业资产,保证 CIC 以充分的资产和利润投向社区。关于资产锁定有两方面的要求: 一是除非满足资产转给其他的资产锁定机构等例外条件,否则 CIC 不可以不充分的市场价格转让资产^③; 二是禁止分配资产的规定,CIC 在清算时资产不能分给股东,除非该股东也是一个资产锁定机构。股利上限其实也可看作一种广义的“资产锁定”。按 CIC 条例的要求,必须保证 65% 的可分配利润仍然再投资于该公司或用于该公司所服务的社区利益。也就是说,股东可分配股利的累积总额最大只能达到总利润的 35%。CIC 还有剩余红利结转年限最长不超过 5 年的限制。此外,由于 CIC 受到资产锁定和分红上限的限制,使得董事报酬成为公司向投资者转移利益的重要的可能途径。在 CIC 中董事报酬的确定常常需要让关键的利益相关者的表达意见并决议同意,如果未得到利益相关者的支持,则需要得到监管人的批准。

① 不履行条件包括以下情形: 存在不当管理行为; 有保护公司财产或财产的合理使用之必要; 公司未满足社区利益测试; 公司未开展任何活动去实现目标。

② 年度报告应当包括以下内容: 公司的活动和给社区带来的福利; 利益相关者所采取的磋商程序和结果; 付给董事的酬劳; 资产转移情况; 股利分配以及业绩相关的利息分配。

③ 这些例外条件包括: (1) 资产应转移到公司章程规定的另一特定的资产锁定机构,包括 CIC、慈善组织、已登记的社团或英国以外的同等机构; (2) 在得到社区利益公司监管人批准的情况下,将资产应转移到另一资产锁定机构; (3) 资产转让是为了社区的利益。

(二) 以美国“共益公司”为代表的自治型模式

在美国,先后出现了低收益有限责任公司(Low-Profit Limited Liability Company,简称L3C)、共益公司(Benefit Corporation,以下简称BC)^①、弹性目的公司(Flexible Purpose Corporation,简称FPC)、社会目的公司(Social Purpose Corporation,简称SPC)等形式的社会企业。L3C依托于LLC的法律架构而生,虽然LLC在中文中也译为“有限责任公司”,但其与我国法上有限责任公司截然不同,是一种结合了股份公司及合伙元素的混合型商业实体,属于非公司型企业。从我国法律语境的“公司”去理解,较之于L3C等企业形式,BC与我国公司制度也更具类同性,而且BC目前在美国也是为最多州所采用的,而FPC仅加利福尼亚州一地有创设,SPC仅为华盛顿州独有,且二者都是由BC发展而来。自2010年4月马里兰州成为美国第一个通过BC立法的州以来,截至2016年3月,美国已有30个州以及华盛顿哥伦比亚特区通过了BC立法,还有5个州正在立法过程进行当中。因此,本文对美国公司型社会企业的讨论将以BC为中心。美式社企型公司更接近于一种法律标识,相关立法在整体导向上是鼓励民间自主发展,突显了私人秩序(private ordering)在公司立法中的映射。

1. 准入时的注册制。在美国,对BC的准入采取注册制,其只要求选择共益公司这一类别进行注册,并在公司注册登记的文件中说明经营目标时确定公司将要推动的一项或多项特定的公共利益。关于公益目的的设立和变更都是由股东自决,只不过相比于一般事项(包括传统公司法上的特别多数决事项)需要“绝对”多数股东同意而已^②。在美国各州BC立法中,对于公益目的的界定有的较为宽松,可以仅为一般性的公益目的,例如在加利福尼亚州公益目的既可以是“对社会和环境有整体的实质性正面性影响”,也可以是特定化的公益目的^③;有的要严格一些,要求“特定化”,例如特拉华州的规定就是“对一类或几类人、实体、社区或利益(但股东以其股东身份的除外获取的利益除外)带来的积极影响(或降低消极影响)”^④。

2. 自我信息披露和第三方证明。因为财务报表无法表达公益绩效,所以美国各州立法都明文要求BC必须定期披露公益报告。美国还在BC的外部监督上引入了第三方标准(the third-party standard)来评估公司的公益绩效。例如非营利组织B-Lab建立的B公司认证制

① 关于Benefit Corporation的汉译,有译为“共益公司”,参见王世强《美国社会企业法律形式的设立与启示》,载《太原理工大学学报(社会科学版)》2013年第1期;还有译作“公益公司”,参见周振锋《谈美国社会企业立法——以公益公司为中心》,载《中正大学法学集刊》2015年第1期;亦有译作“福祉型公司”,参见易明秋《公司社会责任的实验品——美国社会型企业制度》,载《成大法学》第26期。本文采“共益公司”之译法,一是为了不至于与作为上位概念的公益型公司混淆,二是此种公司兼顾投资者利益和社会利益两方面,以“共益”概括更为恰当。

② 例如特拉华州要求得到每一类别已发行在外股份90%持有人(不管是否享有表决权)的批准,反对的股东对公司享有股份收购请求权与股份评估补偿权。这是因为从私益公司转成BC(包括通过修改章程以及合并转换成BC)会对股东利益造成重大变更,所以必须符合苛刻的通过要求;但对于从BC转成私益公司,则可以遵循更低的表决标准(例如代表2/3以上表决权的股东批准)。

③ CAL. CORP. CODE § 14601(c).

④ DGCL § 362(b).

度(Certified B Corps)。这套评估体系通过严谨的社会、环境、社会责任和企业透明度指标以衡量企业的表现,经认证后的公司成为B公司。尽管B-Lab对于晚近的社会企业运动有着巨大的影响力,甚至B-Lab也积极地参与到包括特拉华州在内的各州共益公司立法中,但B公司仍是一种非官方的认证标准,其也非唯一建立客观第三方标准的机构,而BC是一种法定的公司类别,这是两者的根本区别^①。公益报告和第三方证明文件往往不是同时需要而是可以相互替代的。特拉华州在提供定期声明文件和第三方证明文件之间,采用的就是二选一的做法。

3. 公益履行诉讼的创设。美国在BC的立法实践中普遍创设了公益履行诉讼(benefit enforcement proceedings),以按公司章程的要求履行公益职责。公益履行诉讼的对象是BC的董事、高管,但是对其提起主体各州立法存在较大差异。例如作为美国公司立法标杆的特拉华州,只赋予了股东(截至诉讼提起之日,单独或联合持有共益公司已发行在外股份至少2%的股东,或者如果该公司在全国性证券交易所上市交易、持股市值至少达到两百万美元的股东,以少者为准)对董事提起派生诉讼以保证公司目的的执行的权利^②;但是弗吉尼亚的规定是既可以由BC对怠于履行公益的董事或高管提起直接诉讼,也可以由股东、董事、拥有母公司10%以上股份者以及公司章程规定的其他人员提起派生诉讼^③。允许公司章程规定的其他人员提起公益履行诉讼,事实上是创设了一条利益相关者参与公司治理的管道,但对此管道用与不用、如何用,仍是交由公司章程去自治。董事对公益目的的追求是按照公司章程进行的,因此此类行为只要有理有据、客观公正,任何正常的、判断能力健全的人都会予以认同,就视为董事尽到了信义义务。马塞诸塞州、新泽西、夏威夷与伊利诺伊等州法还对BC有公益董事(benefit director)及公益经理(benefit officer)的要求。公益董事不得在公司同时担任包括雇员在内的其他职位,也就是说,该公益董事必须是独立于公司之外的,该董事与公益及其附属机构没有实质性的联系,例如3年内自己及直系亲属非该公司的雇员、持有该公司股份不超过5%等^④。公益董事可以同时担任公益经理。美国模式在整体导向上是倡导私人秩序(private ordering),除了必要的信息披露外基本归于公司自治,就连公益履行诉讼这一诉讼倒逼机制,也仍是在传统公司治理框架下遵循着“董事执行——股东监督”的路径(即使是允许“公司章程规定的其他人员”作为诉讼启动者,也有赖于股东在公司章程中对其赋权)。不过,由于BC并没有资产锁定、红利上限的限制,而且股东的欲望还可能会随着时间而改变初衷,因此将监督公益履行的权利完全配置给股东未必是有效率的,特别是在股东和董事高度重合的场合,故公益履行诉讼的实际效果是存疑的。

① 例如,众筹平台Kickstarter在决定成为BC之前,它就已经是一家B公司了,但Kickstarter仍需在三州进行注册才能成为共益公司。

② DGCL § 367.

③ VA. CODE ANN. § 13.1 - 792.

④ Illinois Senate Bill 2897 (Public Act NO. 097 - 0885) § Section 1. 10.

三、我国公司型社会企业的法律定位: 程序法意义上的新公司登记类别

对于社企型公司的法律定位有两种不同的观点。一派观点认为社会企业原有的营利或非营利的组织属性不会因为社会企业的标识而改变,其组织本身的法律地位不会因成为社会企业而受到影响(这类观点甚至把非营利组织也作为社会企业的一种)^[2];另一派观点认为社企型公司是现有法定企业形态之外的一种新型企业形态^[3]。从英美的立法经验来看,无论是 CIC 还是 BC,其共性在于二者皆不仅仅只是在原有公司组织形式上附加一种公益认证,而是对企业组织制度中部分元素的创新。社企型公司是以公益为首要或主要目的,其对企业目标的变化属于本质性的改变,而传统的商事公司终究是以私益为目的、公益仅为手段——即使是承担社会责任,也往往是出于树立形象和声誉的功利需要,由此社企型公司作为一种修正工具而被实践所需要,才需要在已被实然法认可的“公司社会责任”之外生造出社企型公司这样的概念与制度。当然,CIC 与 BC 对企业法律形态创新的程度是不同的。CIC 并不能认为完全遵照了营利性公司^①的法律框架,但 CIC 也不是严格的非营利组织——其对出资人给予一定的利润分配。CIC 的股东一定程度上有点像债权人,其不获得资本增长的利益,只获得收益^[4]。如果将当前各类组织实体依序排列,可以将纯粹的非营利组织(NPO)和营利组织(传统的商事公司)作为这条光谱的两端,CIC 显然是置于两端中间的位置;美国的 BC 立法既没有股东利润分配的限额,也未限制清算时股东对公司资产的分配权,BC 并没有创造出一种介于营利与非营利之间的公司形式,其在组织光谱中仍然位于营利性组织这一端点。

关于社企型公司的法律定位,将之视作一项认证标识是一种思路。这条思路之下,马上就涉及到以下问题:由谁来对商事公司进行是否是“社会企业”的认证,认证的标准又是如何?与英美等发达国家相比,我国缺少成熟的公益文化,与此同时,中介服务市场不发达,商业性中介机构大量出现“看门人”失灵的现象,而公益性认证组织发展更是落后。从我国目前公民社会发展的现实水平来看,还未达到能够大量孕育且充分依靠类似 B-Lab 这样成熟的社会认证机构进行社会监督的程度。如果无法依赖发达的“第三部门”通过社会自治来实现,那么就需要强力的行政监管来进行政府认证。然而政府的监管资源和监管能力都是有限的,而且关于认证标准的问题也不宜依靠行政审批进行主观判断——如果仅仅从公司目的在多大程度上服务社会进行判断,很难在普通商事公司与社企型公司之间形成一道清晰的界限,无论是“美团点评”宣称自己为社会企业还是残友集团否认自己是社会企业,症结都在于此。可以说,企业目的是否算“公益目的”,需要条分缕析地建立可以量化的指标——就如 CIC 的资产锁定规则和股利上限规则,而不能以见仁见智的“公共利益”作为“口袋”笼统而泛化。而资产锁定规则和股利上限规则就涉及到企业组织制度元素的创新了,如果能在法律类别上对社企型公司进行区分,将比标识认证的效果更好。因此,仅仅以标识认证来确

① “营利性”是一个法律概念而非日常用语。营利不等于盈利;后者是指收支相减之后的利润,是从会计学的角度来看的。营利和非营利是从是否向出资人分配的角度做的划分,企业营利性的标志是投资者暨股东依法得获取资本的收益。

立社企型公司在我国目前的发展阶段仍有较大难度,无论是民间认证还是官方认证。

不过,社企型公司只是实现了企业组织形态中部分要素的创新(如利润分配),但企业形态还有更丰富的构成要素如股东责任、组织结构等,因此社企型公司对传统商事公司的背反至多只是某些组织制度元素的创新而不足以构成全新的企业法律形态。通常认为,企业法律形态的构成要素包括成员的数量多寡、成员的责任大小以及企业是否具有独立的法律人格^[5]。从这三个要素来看,社企型公司并没有对既有的公司分类带来任何“破坏性”的挑战。美国各州在 BC 的立法上普遍是将其纳入普通公司法中^①。除对其的特殊规制外,BC 也适用普通公司法的一般性规定。英国的社企型公司虽然采取原有公司法之外的单行立法模式,但并未改变 CIC 所依附的担保有限公司或股份有限公司法律框架。虽然英美两国都将社企型公司作为独立的登记类型,但是登记时的独立类型并不等同于独立的公司类型。社企型公司在风险承担、融资途径、税负成本上与普通商事公司并无本质区别,虽然在内部治理方面表现出不同于传统商事公司的要求——对董事信义义务的判断标准不以经济利益最大化为唯一标准,但这也是以公司章程为据,可以以股东意思自治去解释。

综上所述,笔者认为社企型公司还不能成为与有限责任公司、股份有限公司相并列的第三种公司形态,故建议对社企型公司仍套用有限公司或股份公司的基本组织架构^②,只是在注册登记时将社企型公司增设为一个新的类型,作为“公司”下属的一个特殊类别以区别于一般的公司制企业。

以上讨论都建立在一个前提之下——对“公司”一词法律内涵的重新理解。我国现行立法对“公司”这一法律词语的现有理解和使用完全是私益导向的^③,社企型公司的引入首先带来的是理念上的突破,公司不再意味着对股东利益的绝对追求,而是实现某项事业的工具,对“公司”内涵的理解应从私益导向走向中立的工具价值,从而允许股东自由地使用“公司”这一中立性的工具在灵活的法律框架内实现各式社会目的。增加社企型公司这一制度供给可以增加社会企业家构建企业的选择权,从而更充分地调动利他资本去谋求社会福利。

四、我国公司型社会企业的监管逻辑:实体法意义上的规则构建

社企型公司直接是以一个实体面目出现专司解决资本逐利性和社会公益之间的冲突,然其功能尚不能通过直接套用现有的公司法规则而得到,也无法为现有的其他组织形式完全包容社会企业,将其作为新的公司登记类别只是法律认可的初阶阶段,还需要通过监管边

① 如作为美国公司立法领导地位的特拉华州,其共益公司立法模式亦具有代表性,其是置于《特拉华州普通公司法》(Delaware General Corporation Law,以下简称 DGCL)中以单独一章呈现(第 15 章)。在已经制定共益公司法的美国各州中,加利福尼亚是最大的州,其也是将有关共益公司的法律条款放在该州公司法典中。

② 尽管目前实践中还没有出现社企型公司在传统的证券市场上市这种情况,但理论上来说社企型公司是上市公司也并无不可,其股份也仍然可以保持极强的流动性,因为购买该公司股票者可视为对公司公益目的的认同;由于公司也营利,所以也可以分红,股票也可能升值。

③ “corporation”一词在中文中译作“公司”,但其还有“团体”之意,并非如我国法律语境中都是指向营利的。在美国既有非营利公司(non-profit corporation)。

界的设定对其基本法律架构进行固定。

(一) 对必要资格条件的强制性规定

支持社企型公司作为独立公司类型的依据,应当是其区别于普通商事公司的必要资格条件,笔者认为至少应当包括如下两点: 优先且明确的公益目的,以及分红限制和资产锁定的底线要求。

第一,公益目的与私益目的之间的平衡是社企型公司生命力的关键,应以强行性法律规范确立公益目的在多元公司目的中的优先地位,并对公益目的采“特定化”的要求。所谓特定化,不能仅仅是“教育”、“艺术”等泛泛目标,而要有一个最主要的利益相关者群体能够从公司的活动中受益,且该群体的形成不是遵循指向特定人的标准。特别是在由社企型公司自主决定公益与自益如何分配的情况下,如果社企型公司仍将股东经济利益排序于所有分项目标之首,则似乎与“企业社会责任”区别不大,这也是美国 BC 立法存在的一个重要缺陷。对于此种特定化的公益目的,需要在登记时于公司章程中通过对利益相关者的明确界定进行列示。对于公司章程所载之公益目的应在工商行政管理机关进行设立登记或变更登记。工商行政管理机关对公司目的是否确实切合公共利益以及该目的的可行性不需要进行实质审查。目前的《民法总则》将法人按事业目的(主观要求)及是否向成员(或出资人)分配利润区分(客观的行为标准)为营利法人和非营利法人。对于只允许部分利润分配且有资产锁定要求的商事组织,在营利法人和非营利法人这一二分法下会遭遇到归类的障碍。在短期内不会再修法的前提下,立足于法律解释学,只能是将资产锁定与部分分红的公司型社会企业认定为兼具公益色彩的营利法人。其实,即使从大陆法系法人分类的理论来看,“公益法人与营利法人的划分实际上并未包容一切社团法人,因为还有中间法人”^[6]。蒋大兴教授也认为应以“中间法人”来解决营利法人从事非营利活动以及非营利法人从事营利活动的问题^[7]。

第二,给予投资者“适当”而不是最大的回报,同时分红限制和资产锁定的标准不能过分严格。英国 CIC 的新近立法呈现出缓和营利性限制的趋向。英国模式的弊端表现为过多的限制制约了私人投资进入社会企业的热情。2014 年英国已有近千家 CIC 面临结业,有鉴于此,CIC 条例也进行了旨在使私人投资者得到更多回报的立法修正。2014 年 9 月 14 日修订、2014 年 10 月 1 日生效的《2014 年社区利益公司(修正案)条例》(以下简称《2014 年 CIC 条例》)做了以下改变:一是删除了每股红利 20% 的最大上限,但是总的股利分配限额(35%)仍旧保持;二是不限制股息在实收股本价值中的占比(原来为 20%);三是将对 CIC 贷款的绩效利息^①上限从不超过前一年公司债务平均水平的 10% 提高到 20%;四是删除了原 CIC 条例 27 条中关于 CIC 要将未使用的股利在相关报告中向公众展示的规定。可见,如何实现投资者利益与公益目的之间有张力的平衡是一个尚需不断调试的问题。

^① CIC 可以是担保有限公司或股份有限公司。担保有限公司的所有人不称之为股东而是称之为成员,包括担保人和其他根据公司章程成为成员者,成员的责任由其承诺对公司资产的贡献数量所确定。对于采取担保有限公司形式的社区利益公司而言,由于不涉及股份投资故没有分红,投资收益与绩效挂钩。

(二) 对公司运营过程的低度管制

公司型社会企业的本初意义即在于以市场化的形式来推动社会福利进步,因此我国对社企型公司制度的借鉴,应更多地依靠市场的自我发现和自我进化,这也是国家治理能力现代化的必然要求。为了防范虚假的公益宣誓,对社企型公司的准入需要设定强制性的资格条件,但在尊重公司自治的基调下,对其运营过程必然是低度管制,并且多使用激励性规则、少使用单纯的禁止型规则,对此可以参照以章程自治和信息披露为基础的美国模式。

第一,以信息披露为监管重点。证券法对上市公司有较为详尽的信息披露要求,但以中小企业为主体的有限责任公司则以信息不对称为其融资的结构特征,有鉴于此才生发出“公司法应设定有限公司债务人对债权人承担法定的信息披露义务”等主张^[8],而对于以防范滥用公益之名为制度设计重点的公司型社会企业也莫不如是。对于社企型公司的监管应以信息披露为核心,必须要求其在企业信息公示的制度框架下自行于企业年度报告中载明公益履行绩效,且立法应明确公益报告的必要记载事项,以防止公司只提供些无用信息的情况。除了载明在法定限额内该公司利润和资产分配的具体比例,对于那些涉嫌掏空公司的行为——不公允的关联交易、过高的薪酬和福利,都是需要在公益报告中披露和说明的内容。社企型公司不享有当然的免税减税资格。因为社企型公司发挥作用的领域同时也有私益公司,如果将社企型公司作为税收优惠的当然主体,则会产生二者提供同类商品与服务但享受不同税收政策的情况,很可能出现无良资本以公益之名偷税漏税^①。但是作为激励,优质的信息披露(公益报告)应当与政府采购优先相挂钩。

第二,以公益履行诉讼机制为辅助。就公司公益目的的实现路径来说,“公益董事”、“公益经理”并不是必需的制度。设置公益董事会使董事会出现两种以上利益导向的董事,加剧董事的异质化,也会带来“难道非公益董事就不需按公司章程确定的公益目的行事”的理论质疑。更经济的立法选择是从诉权进路来倒逼董事履行其义务——公益履行报告这一信息披露工具只是作为追责的事实依据,公益性质的维持与否主要可由利益相关者特别是章程中所载明的特定受益对象,在公司治理框架下加以监督,而这就需要法律赋予重要的利益相关者提起派生诉讼确保公益目的履行之权利,不仅仅是关涉董事责任的追诉甚至于提起公司形式变更之诉(即否认其社会企业资格)的权利。我国在相关诉讼机制的构造上,应赋予利益相关者一定限度的法定诉权,而不是象美式公益履行诉讼般由章程约定诉权。但需要厘清的是,某一特定类别的利益相关者并不因此而获得某种法律承认的权利(例如对某些公司事务的投票权),即使是与公司直接建立法律关系的利益相关者(如以为增进客户福利为公益目的的公司中的客户),也不能要求公司或董事直接为其个人利益而行事,因此利益相

^① 美国通过 BC 立法的各州在税法上大都没有给予其财务补助或退税机制,只有宾夕法尼亚州的费城有少量税收激励措施。费城通过了一项在 2017 年生效的关于可持续商业实体的税收抵免政策:在费城的 B 公司可以被归类为可持续商业实体(Sustainable Business)从而获得 4000 美元的税收抵免,但是一年只有不超过 25 家可持续商业实体能够获得。See Robert T. Esposito, “The Social Enterprise Revolution in Corporate Law: A Primer on Emerging Corporate Entities in Europe and the United States and the Case for the Benefit Corporation” 4 Wm. & Mary Bus. L. Rev. 639, 713-714(2013).

关者提起的诉讼必须是派生诉讼,即所得诉讼利益归于公司。在具体操作上,可将现有的股东派生诉讼扩展为公益履行诉讼。除了掌握一定股份的股东外,还允许公司章程中公益目的指向的受益人以及受公司行为重大影响的相关各方(往往是公司的非自愿债权人,如公司环境侵权行为的受害者)享有公益履行之诉的诉权。不过,如果董事在被告未尽信义义务时以追求公益进行抗辩,由于不使用股东经济利益最大化这样直观、简单的衡量标准,容易在董事是否尽责问题上模糊不清,对此立法只能是设立概括性的“目标判断标准”——任何正常的、判断能力健全的人都会认同董事的行为符合公司目标,将具体操作交由司法裁量。而对于我国司法治理不平衡不充分发展带来的裁判标准差异问题,则有赖于司法大数据和法律人工智能等司法技术的进步来形成相对统一的、可类型化的司法裁判标准^[9]。

结语

长期以来,主流的企业理论是依“资本家的企业理论”而建构的,片面地认为公司就是实现“股东经济利益最大化”的工具,忽视了公司作为“企业公民”而当然负担的公共性。公司一方面围绕股东、董事、监事、高管、员工等构塑起内部治理体系,另一方面又与其他社会主体互动而一体嵌构于整个国家治理体系之中^[10]。旨在兼顾多重目标——给予投资者“适当”回报(而不是最大的)暨利用市场的创造力与效率增进公共利益——的公司型社会企业,不仅是对传统企业理论的背反,其所体现的社会治理的价值取向也是公共治理机制上的一种突破,是经济、社会发展到一定阶段而自然生发出的内在要求。由于立法的空白,公司型社会企业或是慑于法律风险被“挤出”,或是乱象丛生而“异化”,只有从法律规则上明确它的认定标准与监管要求,方能正本清源、有序发展。公司型社会企业商业上的成功有待实践去检验,立法的目的并不重在“刺激”而在于增加可选择的制度供给,正如哈耶克所指出的——“竞争首先是一种发现过程”^[11]。

参考文献:

- [1] Alissa Mickels. Beyond Corporate Social Responsibility: Reconciling the Ideals of a For-Benefit Corporation with Director Fiduciary Duties in the U.S. and Europe [J]. *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 2009 (32): 279.
- [2] 金锦萍. 社会企业的兴起及其法律规制 [J]. *经济社会体制比较* 2009 (4): 128 - 134.
- [3] 王继远. 商事主体公益性目标的实现途径及其立法规制 [J]. *法商研究* 2016 (4): 84.
- [4] Stephen Lloyd. Transcript: Creating The CIC [J]. *Vt. L. Rev.* 2010 (35): 37.
- [5] 赵旭东. 企业法律形态论 [M]. 北京: 中国方正出版社, 1996. 64 - 106.
- [6] 江平, 赵旭东. 法人制度论 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1994. 54
- [7] 蒋大兴. 《民法总则》的商法意义——以法人类型区分及规范构造为中心 [J]. *比较法研究* 2017 (4): 61.
- [8] 张凌云. 有限公司债权人知情权的法定化 [J]. *河北法学* 2015 (1): 166 - 173.
- [9] 王国龙. 司法治理的不平衡不充分发展及其对策研究 [J]. *河北法学* 2018 (4): 30 - 31.
- [10] 姚瑶. 国家治理体系下的公司治理: 从资本民主到社会民主 [J]. *理论月刊* 2015 (12): 138.
- [11] [英]哈耶克. 邓正来, 等译. 法律、立法与自由·第二、三卷 [M]. 北京: 中国大百科全书出版社, 2000. 369 - 381.

(全文共 12,755 字)