

美国共益公司法之评析

朱 圆* 蔡 颖**

摘要:共益公司是美国立法者为了适应社会企业发展的需要,在传统营利企业的基础上改良而成的组织形式。相对于传统营利性企业,此类企业形式在企业设定的经营目标、董事的法律义务和信息披露制度等方面均有重要变革。鉴于社会企业的发展有助于推进社会公益事业的进步,我国应当借鉴美国共益公司法的基本立法经验,特别是其所创建的引导社会企业平衡社会公益与股东利益的法律规则,构建和完善我国的社会企业法。

关键词:共益公司 董事义务 信息披露 社会企业

引 言

随着社会的发展,公民和企业的社会责任意识不断增强,一些企业家的运营理念亦发生重要转变,他们开始追求股东利益最大化之外的社会公益目

* 福州大学法学院教授,法学博士。

** 福州大学法学院硕士研究生。

标。然而,传统以营利为单一经营目标的企业形式限制了社会企业家们追求双重目标的意愿,况且,一味强调股东利益最大化的传统企业发展模式不利于整个社会的长期健康稳定。鉴于此,综合了营利性和非营利组织特点的社会企业在世界范围应运而生。从欧洲大陆广泛存在的社会合作社形式,到2010年开始出现的英国社区利益公司(Community Interest Company),以及美国近年蓬勃发展的共益公司(Benefit Corporation)、低利润有限责任公司(Low Profit Limited Liability Corporation)、灵活目的公司(Flexible Purpose Corporation)和社会目的公司(Social Purpose Corporation),社会企业在世界范围正进入加速发展阶段,形式日益多元。这些社会企业组织形式各有特色,且均以确保企业的社会责任承诺具有法律执行力为核心目标,力求为企业社会责任承诺提供法律保障。

虽然我国尚未针对社会企业构建专门立法,滞后的立法进程在一定程度上阻碍了社会企业在我国的发展步伐。美国的共益公司是在美国最广泛使用的社会企业形式,是美国社会企业立法的典型代表,也是在世界社会企业立法界和学术界受到最广泛关注的企业形式,域外学者关于美国共益公司法律规则的研究数量繁多。^[1] 而我国学者的相关研究成果则显得单薄和稀缺,仅李艳老师公开发表一篇以探讨美国共益公司法为主题,但篇幅较短的学术论文,^[2] 国内其他研究成果均仅简单提及共益公司的若干片段。^[3] 对美国共益公司法律制度研究

[1] See Rick Alexander, *Benefit Corporation, Law and Governance, Pursuing Profit with Purpose*, Berrett - Koehler Publishers, Inc., 2018; Mark J. Loewenstein, *Benefit Corporations: A Challenge in Corporation in Corporate Governance*, Bus. Law (2016); Nancy B. Kurland, *Accountability and the Public Benefit Corporation*, Business Horizons (2017).

[2] 参见李艳:《美国共益公司法律制度及其对我国的启示》,载《北京电子科技学院学报》2018年第1期。

[3] 具体论述可参见姚瑶:《公司型社会企业的中国化:法律定位与监管逻辑》,载《河北法学》2019年第7期;郑夏蕾:《中美社会企业法律规制比较研究及对中国的启示》,载《科学·经济·社会》2015年第3期;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;余晓敏:《社会企业的治理研究:国际比较与中国模式》,载《经济社会体制比较》2012年第6期;董蕾红:《社会企业法律制度研究》,知识产权出版社2020年版;等等。

的不足显然不利于我国比较和汲取域外立法的宝贵经验。为此,本文力求较全面探索美国共益公司组织形式的核心内容、立法特色及其不足,特别是,其如何为企业寻求社会公益目标构建保驾护航的法律机制。本文还将基于对美国《示范共益公司法》和特拉华州《共益公司法》的比较分析,提出对我国借鉴美国共益公司法的若干建议。

一、社会企业的晚近勃兴

(一) 社会企业的界定

在全世界范围内,“社会企业”一词的含义尚未形成共识。传统的企业组织形式大致可以分为两类:营利性企业和非营利性企业。营利性企业以追求股东利益最大化为经营宗旨,而非营利性企业一般设立了某慈善目标作为经营目标。作为两者的综合体——社会企业,则同时设定了社会公共利益和经济利益的双重经营目标。社会企业也可以称为“营利型社会企业”“混合社会企业”“混合价值组织”“第四部门组织”^[4]等。此类企业的投资者、所有者包括创始人,可以从企业股权的转让中获得收益,也可以在企业剩余资产清算中得到收入。虽然社会各界尚未对如何精准界定社会企业达成共识,但学界普遍认为,社会企业是以营利事业为载体和支撑,致力于实现营利和社会公益双重经营目的的企业。

(二) 社会企业兴起的根源

近几十年来,社会企业之所以能在世界范围得到迅猛发展,有其社会根源。有人认为,2008年的国际金融危机、近年的自然环境恶化,以及相继出现的企业损害社会公共利益的经济丑闻,首先应归咎于传统公司过度强调股东财富的价值理念。对此,评论家指出,现在是企业家们反思传统利润至上的经营理念,并将可持续发展目标置于企业经营

[4] 将社会企业视为公共部门、营利部门、非营利部门之外的第四部门。

战略中更显要位置的时候了。^[5]

而如果立法者完全把企业未来变革的希望寄托于传统非营利企业,恐怕他们的希望将会落空。因为非营利组织在经营过程中时常面临运营资金不足而筹资渠道受限的困境,社会愿意投资于非营利组织的资金较为有限。且由于缺乏营利指标的约束,非营利组织的管理者改善企业治理的动力不足,从而致使企业管理效率低下、经营战略失误情形时有发生。此外,由于缺乏公开透明的信息披露机制,非营利组织的社会公信力不足。

为修正传统公司以股东利益最大化为经营终极目标的实践,强化企业的社会责任担当,20世纪90年代以来,美国三十多个州在其公司法中制定了“利益相关者条款”,该条款允许董事在决策过程中考虑公司利益相关者的利益。然而,美国公司法中的利益相关者条款并无强制约束力,董事在决策过程中是否以及在多大程度上考虑公司利益相关者的利益均在其自由裁量范围。换言之,公司的社会责任能否得以履行并无法律强制约束力作为保障机制。^[6]为此,立法者试图推进公司法条款的进一步社会化,从而努力为公司更实质性承担社会责任提供制度支持。

二、美国社会企业运作的组织形式

社会企业并不依赖于任何特定的组织形式,任何组织形式均可以作为企业家运作社会企业的组织形式支撑。另外,为社会企业量身定作专门的企业组织形式,有助于为企业的运作助力。就美国而言,除共益公司外,以下均为新近十多年间出现的专门为社会企业发展而设计的组织形式:经非政府组织认证成为B型企业(保留企业传统组织形式)、低利润有限责任公司、灵活目的公司、社会目的公司等。值得注

[5] See Joseph W. Yockey, *Does Social Enterprise Law Matter*, University of Iowa Legal Studies Research Paper Series, 2014, p. 771.

[6] 朱圆:《美国公司法中的社会责任条款探析》,载《山东科技大学学报》(社会科学版)2008年第5期。

意的是,这几种组织形式一方面经历了从公司法中的软条款到非独立法律组织类型,再到独立的组织类型的变迁过程;另一方面,这几种组织形式正同时并存于美国当代的公司实践中。

(一) 共益公司

共益公司是本文的研究重点,其最初诞生于2010年4月的马里兰州,截至2020年10月,美国共有37个州和哥伦比亚特区通过相关法规,另有4个州正在开展立法工作。^[7]和所有的社会企业一样,共益公司致力于通过市场力量来解决社会和环境问题,实现公共利益,被认为是最具有发展前景的实体形式,但这一形式也随着许多争议,后文将会对此进行说明。

(二) 经认证的B型公司

2006年,位于宾夕法尼亚州的B Lab^[8]构建了一种认证体系,授予符合条件的公司以B型公司(B Corporation)的“认证标识”。成为B型公司需要通过三个环节:第一,通过B影响力评估(BIA)^[9]测试,此类评估不仅评估公司所提供的产品和服务质量,而且评估公司在社会责任、雇员、消费者、社区和环境等方面的整体影响力。由于B影响力评估是针对过去一年内公司各方面绩效表现进行评估,因此,只有成立一年以上的公司才有资格申请认证。第二,形式要求,通过B影响力评估后,B Lab会根据公司的组织形式给予公司一定的宽限期,在这个期限内,公司需要根据B Lab的要求修改章程,将服务利益相关者利益和社会福利作为长期目标,与公司经营活动紧密联系起来。第三,核查,公司需要在B Lab安排的评估审查之前提交相关的资料 and 文件以证明在B影响力评估中一些调查的真实性,目前验证通过的周期一般是6~9个月。被授予认证的公司可以在日常经营活动中使用B型公

[7] 参见 <https://benefitcorp.net/policymakers/state-by-state-status>,2020年10月31日访问。

[8] B Lab 是非营利性组织,致力于将商业组织作为推动社会发展的积极力量,其工作主要包括B型公司的认证、B影响力评估标准的管理以及类似于共益公司等公司管理结构的倡导工作。

[9] B影响力评估是一个免费的评估平台,根据公司的规模及市场方向提供一份约有200个问题的调查问卷,申请认证的公司在评估中获得80分以上并经过B Lab验证后即为通过。

司的标志,获得 B Lab 的服务和支持,但同时也要接受 B Lab 的监督管理:除了需要在 B Lab 网站上公开 B 影响力报告外,B Lab 每年会随机选择 10% 的 B 型公司进行现场检查。不仅如此,B Lab 每三年会对被评估企业重新评估,以考察是否维持 B 型公司的认证。^[10] B 型公司实际上是对已有的营利性公司在社会绩效方面的认可,它并不是一种新的实体形式。B 型公司在被认证后是否能维持其对社会和环境的贡献,很大程度上取决于 B Lab 的监管能力和 B 型公司的自我约束力。

(三) 低利润有限责任公司

2008 年美国佛蒙特州通过相关法案,率先从法律上认可了低利润有限责任公司(low profit limited liability company, L3C)的特殊主体地位。此后美国多个州也认可了低利润有限责任公司的法律地位。低利润有限责任公司实质上是有限责任公司^[11]的一种特殊形式,运营具有很大的灵活性。低利润有限责任公司的设立旨在鼓励投资者投资于一个或多个致力于实现慈善目标的投资基金,并按投资者对投资风险偏好和对社会公益要求的不同,将投资者划分为低级、中级和高级三种类型,通过投资组合安排以吸引到尽可能多的资金。低利润有限责任公司在一定程度上满足了企业家们对于社会企业形式的需求。

美国《国内税收法》规定了私人基金会^[12]如欲享受免税待遇,每年需要为慈善活动贡献的最低出资额度。^[13] 大多数私人基金会倾向于选择向慈善机构投资,但非营利组织无法向投资者分配利润,而低利润有限责任公司则不同,低利润有限责任公司有明确的慈善或教育目标,并且可以向投资者分配一定的利润,所以,私人基金会希望可以通过参与“与项目相关的投资”(project related investments, PRIs)向低利润有限责任公司投资,以此来满足法律的最低额度要求,同时能够获得投资利润。

[10] 参见 <https://bcorporation.net/certification/meet-the-requirements>, 2020 年 10 月 31 日访问。

[11] 在美国,有限责任公司(limited liability company)是兼具投资者的有限责任与合伙组织形式特征的企业形式,政府仅对此类企业的投资者收取所得税,而企业本身免缴所得税。此类企业具有经营灵活的优势,投资者可以根据自己的需要设置章程条款和企业运行机制。

[12] 美国 Internal Revenue Code § 501(c)(3)规定的免税主体。

[13] 美国 Internal Revenue Code § 4249(c)。

(四) 灵活目的公司和社会目的公司

灵活目的公司与社会目的公司均是美国个别州使用的社会企业形式。

2011年10月9日,加利福尼亚州通过法案,确立了一种新的公司实体形式——灵活目的公司(flexible purpose corporation, FPC),该法要求灵活目的公司必须是为了慈善目标或是基于一个或多个特定的对雇员、供应商、消费者、债权人、社会和社区以及环境产生积极影响的目标而成立。与低利润有限责任公司不同,灵活目的公司并不受“低利润”的限制,即公司不必将慈善或社会公益目标置于获取利润目标之上,这对于投资者而言更具有吸引力。作为追求公共利益的企业形式,灵活目的公司同样负有提供相关资产运营报告、披露相关信息的义务,但是这一组织形式的名称所显示的“灵活性”,其作为企业的核心特征,既是这种组织形式的特有优势,但同时也带来了一些问题:相关立法对于灵活目的公司的信息披露义务和信息透明度没有设立严格要求,这使灵活目的公司更容易出现“漂绿”(green washing)^[14]问题,从而破坏了构建该实体形式的立法目的。

2012年3月,华盛顿特区通过法案,认可了另一实体的法律地位——社会目的公司(social purpose corporation, SPC)。社会目的公司与灵活目的公司很相似,有权将一个或多个特定的社会目标作为公司发展的宗旨。但是,同样地,法规对于社会目的公司提供的信息披露要求没有特别的限制,投资者们只能依赖企业所提供的自愿、无明确标准、不受监管的信息披露报告来了解公司从事社会公益事业的情况,这一现实让社会目的公司和灵活目的公司不能有效地实现公司的混合价值目标。

三、美国共益公司法的核心规则

共益公司是美国立法者在传统营利公司法基础上,为应对社会企

[14] 《牛津英语词典》对“漂绿”的解释是机构为展示对环境负责的公共形象而宣传虚假信息。

业发展而加以改良创建的公司形式,是美国社会企业的主要法律形式。共益公司的概念几近等同于社会企业的概念。以特拉华州《普通公司法》为例,该法将共益公司界定为“旨在创造一种或多种公共利益,以负责任和可持续方式运作的营利企业”。^[15] 其实,无论从企业运行变化角度抑或企业目的变化角度,我们都可以看出,共益公司既不是非营利性企业,也不同于传统的营利企业,作为一种新型的组织形式,其具有追求公共利益的使命要求,并且在决策的过程中将社会公共利益纳入考虑范围,其实质是旨在为对社会和环境创造积极影响的营利性公司。

尽管美国已通过共益公司法的各州对于共益公司的法律要求并不完全一致,但相关立法均包括以下核心规则。

(一) 要求公司担负营利与服务社会的双重使命

一直以来,股东利益至上的原则束缚着营利企业追求社会福利的目标,而共益公司法明确规定了共益公司追求双重使命的性质。例如,《示范共益公司法》规定,“除一般公司法中公司营利目的规定之外,共益公司的目的是创造公共利益”。^[16] 除了实现一般公共利益的法定义务外,共益公司还可以在章程中表明其所追求的某一项或某几项具体公共利益目标。作为社会企业的形式之一,追求双重使命是共益公司区别于其他营利性企业的最显著特征。

此外,各州公司法还规定,一般公司法律规则同样适用于共益公司,如特拉华州^[17]、马里兰州^[18]等。换言之,在法律适用上,除共益公司法另有规定外,共益公司的经营行为受一般公司法律规则的调整。

(二) 董事承担信义义务对象的扩张

由于共益公司将追求社会公共利益作为经营主要目的,这就要求董事在决策过程中将实现公共利益作为重要考虑,董事的决策不能仅考虑股东的经济利益,还需要考虑更广泛的利益主体的利益。

[15] Delaware General Corporation Law § 362(a).

[16] Model Benefit Corporation Legislation § 201(a).

[17] Delaware General Corporation Law § 368.

[18] Maryland Corporations and Associations § 5-6C-02.

(三) 强化信息披露要求

随着社会责任、环保等理念在市场中愈加流行,越来越多的公司用“绿色”“低碳”“公益”“可持续”等词汇为自己包装,这其中不乏夸大甚至伪造自己的社会或环境绩效的“漂绿”型公司。共益公司法需要对社会企业设定高于一般企业的透明度要求,这既便于消费者和投资者识别共益公司,也为共益公司持续坚守双重使命,尤其是坚持追求公共利益提供保障。另外,由于共益公司管理层不以营利最大化作为考核其业绩的指标,对管理层履职的监管在更大程度上依赖于信息披露制度。这就要求共益公司履行更细致的信息披露义务。

四、美国《示范共益公司法》的主要内容

目前美国各州共益公司法内容不尽相同,但大多数州通过的法案都以《示范共益公司法》(以下简称《示范法》)作为范本,在示范法的基础上起草相关规则。《示范法》的制定对于引领美国共益公司法的发展起着十分重要的作用。具体而言,《示范法》主要包括6项内容。

(一) 将寻求公共利益纳入公司经营目标

作为社会企业的一种形式,共益公司区别于传统公司形式最核心的特征就是为实现一般公共利益而设立,而所谓“一般公共利益”,是指能对社会和环境产生重大、积极影响的事项。^[19]并且,示范法规定应当由第三方设定标准,用以初步认定共益公司所追求的目标是否为公共利益目标,并由第三方对公司的社会和环境绩效进行界定、报告和评估。另外,法律鼓励共益公司追求更多的“具体公共利益”,包括:(1)为低收入的个人及社区提供福利产品或服务;(2)除在正常的业务过程中为个人或社区创造就业机会外,更要提供经济机会;(3)保护或恢复环境;(4)改善人类健康;(5)促进艺术、科技或知识的进步;(6)为造福社会或环境的实体增加资金流;(7)为社会或环境提供其他特殊

[19] Model Benefit Corporation Legislation § 102.

利益。^[20] 共益公司所担负的使命要求共益公司的运营必须从整体上对社会和环境产生实质性的积极影响。但事实是,大部分公司都无法避免对环境产生或多或少的负面影响,而且,多数情况下,对环境有利的举措可能对社会有害。例如,如果关闭由不可再生燃料驱动的工厂,工厂关闭将引发失业,进而对家庭、当地社区和其他企业产生负面影响,因此,实现一般公共利益实际上是一个不现实且相互矛盾的义务。

另外,《示范法》鼓励共益公司设定并寻求具体公共利益目标,在一些学者看来,这样的规定实质上是教条主义的表现。^[21] 学者主张,如果一家公司仅为了某一具体公共利益而设立,那么其不应获得共益公司身份,因为实现一般公共利益目标是所有社会企业都应承担的基本义务。对于《示范法》所凸显的一般公共利益和具体公共利益目标的冲突,许多学者持相同观点,认为这是《示范法》观念僵化的副产品。^[22]

此外,如果共益公司希望在其经营目标中取消、修改或是增加一项具体公共利益,可以通过修改公司章程以实现这一目的,但必须由持有2/3以上表决权的股东赞成该决策。这在一定程度上保证了公益目标的稳定性,使公司难以随意修改或放弃公共利益目标。

(二) 确保公共利益得以强制实施的诉讼机制

作为一种新型的公司形式,共益公司有其特有的公司目标,董事、高管的义务也与一般营利性公司有所不同,因此,股东在此类公司可以使用的救济方式除了传统的股东直接和派生诉讼外,《示范法》还规定了一种特殊的诉讼形式——利益执行程序(benefit enforcement proceeding),即当公司、董事或高管未对实现公共利益目标付诸应有努力,或存在其他违反《示范法》相关规定的行为时,公司可以自行提起诉讼或由董事、持有或实际持有共益公司已发行股份2%以上的股东个人或团体、持有或实际持有共益公司的母公司已发行股份5%以上的股东个人或

[20] Model Benefit Corporation Legislation § 102.

[21] Mark J. Loewenstein, *Benefit Corporation Law*, U. Cin. L. Rev., 2016, p. 381.

[22] Mark J. Loewenstein, *Benefit Corporations: A Challenge in corporation in Corporate Governance*, Bus. Law., 2016, p. 1007.

团体提起诉讼。^[23] 由此可以看出,利益执行程序是共益公司所特有的,由公司以直接诉讼的形式或由董事、股东以派生诉讼的形式,针对公司、董事以及高管未积极创造或实现一般或具体公共利益而提起诉讼的一项诉讼机制,本质上是为了保障共益公司形式的“共益性”而设置的一种问责机制。

从追求集体性利益角度来看,利益执行程序可以看作派生诉讼的一种类型,但两者并不完全相同。首先,利益执行程序的原告无法通过提起诉讼要求公司给予经济赔偿,^[24] 这也就意味着利益执行程序的主要作用是通过诉讼的方式强制公司、董事、高管积极作为或是不作为。其次,《示范法》并未规定提起利益执行程序的前置程序,减少了派生诉讼固有的、烦琐的程序限制。最后,《示范法》扩大了有权提起利益执行程序的原告范围,将原告范围从普通派生诉讼的股东扩展至董事以及持有母公司 5% 以上股份的股东。尽管如此,利益执行程序仍坚持了派生诉讼的重要特点——对原告资格的限制,这在一定程度上减轻了企业对于成为共益公司而需要面对大量未知诉讼的担忧。

(三) 对董事施加寻求公益目标的法律义务

《示范法》要求董事在为股东谋利的同时,还必须承担另一项义务,即考虑决策对公司章程所设定的公益目标,特别是对其他利益相关者的影响。^[25] 很明显,这项规定使《示范法》比美国传统公司法中的利

[23] Model Benefit Corporation Legislation § 305 (a): “一般规则。除利益执行程序外,任何人不得就公司及其董事、高管存在以下行为提起诉讼或主张索赔:(1) 未能追求或创造其公司章程中声明的一般公共利益或具体公共利益;或者(2) 违反本章规定的义务,职责或行为标准。” Model Benefit Corporation Legislation § 305 (c): “原告资格。利益执行程序只能通过以下途径提起:(1) 共益公司直接提起诉讼;(2) 依照《公司法》的相关规定提起派生诉讼:(i) 在所诉的作为或不作为行为发生时,至少持有或实际持有已发行股份 2% 的个人或团体;(ii) 董事;(iii) 在所诉的作为或不作为发生时,至少持有或实际持有共益公司的母公司已发行股票 5% 的个人或团体”。

[24] Model Benefit Corporation Legislation § 305 (b): “公司责任限制。共益公司不因未追求或实现一般公共利益或具体公共利益而承担经济赔偿责任。”

[25] 《示范共益公司法》§ 301 (a) 规定董事应考虑的因素包括:(1) 员工、子公司及供应商;(2) 作为一般公共利益或具体公共利益的受益人的消费者;(3) 共益公司及其子公司、供应商所处的社区;(4) 当地和全球环境;(5) 共益公司的短期和长期利益,包括共益公司从长期计划中可能累积的利益以及利用这些利益维持共益公司独立性的可能性;(6) 共益公司实现一般公共利益和具体公共利益的能力。

益相关者条款更能为公司追求公共利益提供有力的法律保障。但需要注意的是,虽然共益公司董事所承担的信义义务对象扩大到公司的利益相关者,但并没有涵盖更大范围的公共利益的受益人,这也是公共利益的受益人无权就企业共益公司无法实现公共利益而提起利益执行诉讼的原因之一。

从《示范法》的条款来看,其在明确董事须考虑多元利益相关者利益的同时,既取消了传统公司法中股东利益优先的规定,也没有设定董事在决策过程中需要优先考虑的利益主体。换言之,该法条要求共益公司董事力求平衡多个主体的利益。示范法中董事信义义务的这一规定似存在过于笼统的弊病。

需要指出的是,共益公司法中的董事条款只是要求董事考虑广泛的利益相关者利益,却未对董事决策的结果做出特别规定,即未对董事决策的内容做特别要求。^[26] 特别是根据《示范法》,董事不因未追求或未实现一般公共利益或具体公共利益而承担个人责任。^[27] 就这点来看,《示范法》参考了传统公司法的立法精神:法庭对董事和股东利益的保护方式不以董事决策的实质内容为出发点,而是力求确保董事在决策过程中遵循其信义义务,以经营判断规则作为董事决策的司法审查标准。^[28] 这是非常重要的一点,它为董事的决策提供了有力的法律保护。

(四) 年度信息披露报告中的公共利益内容

营利性企业一般通过发布财务报告,以向社会公众披露企业的营利状况,但对于包括共益公司在内的社会企业,外界无法通过财务报告了解企业在实现社会公益目标方面所做出的努力。因此,《示范法》对公司设定了提供社会公共利益报告的义务,以便社会公众借此了解公司以及董事在实现社会公益目标方面所付诸的努力。

[26] See William H. Clark, Jr. and Larry Vranka, *The Need and Rationale for the Benefit Corporation: Why It is the Legal form That Best Addresses the Needs of Social Entrepreneurs, Investors and, Ultimately the Public*, Version of January, 2013, p. 24.

[27] Model Benefit Corporation Legislation § 305(c).

[28] See Rick Alexander, *Benefit Corporation Law and Governance, Pursuing Profit with Purpose*, Berrett - Koehler Publishers, Inc., 2018, p. 71.

《示范法》对于公司公开信息披露的要求高于其他商事组织法,以期能达到监督公司双重使命的执行,防止“漂绿”现象出现的目的。其实,很多企业组织形式都有信息披露的相关规定,但《示范法》中年度公共利益报告的规定更加严格。比如,在美国,非营利性企业一般应向州检察官提交关于慈善活动的标准化年度报告,而免税企业则需要将年度纳税申报表递交国税局并向公众公开,而共益公司须在报告中说明公司在追求公共利益的过程中采取的方式、遭受的阻碍以及当前目标的实现情况等具体细节。^[29]再如,《示范法》规定社会企业必须向国务卿提交年度公共利益报告,^[30]同时向股东提供年度公共利益报告并在公司网站上公开该报告。^[31]虽然有限责任公司也需要将年度报告提交国家机关,可是有限责任公司所提交的报告并不需要披露公司的社会目标,以及在寻求社会目标的过程中取得的成效等相关内容。因此,共益公司的披露制度相比较营利性或非营利性实体的披露制度,更加严苛。^[32]此外,《示范法》还设置了共益董事来监督公共利益报告的编制,并要求运用第三方设置的标准对共益目标的实现情况进行全面评估。

(五) 共益董事与共益高管

《示范法》规定共益公司可以自主决定在董事会中任命一名独立的共益董事。一般来说,共益董事享有和普通董事同等的权利,承担同等义务,并受同样免责事由的保护,适用相同的选举和罢免程序。^[33]与一般董事不同之处在于,共益董事的免责范围更大,无论公司章程是否另有规定,共益董事仅就其作为或不作为构成自我交易,或有违反法定义务的其他情形时,承担个人责任,^[34]共益董事的首要职责是负责公司年度公益报告的编制,针对共益公司在运营过程中是否在重大事

[29] Model Benefit Corporation Legislation § 401 (a).

[30] Model Benefit Corporation Legislation § 402 (d).

[31] Model Benefit Corporation Legislation § 401 (b).

[32] See Dana Brakman Reiser, *Benefit Corporations—A Sustainable Form of Organization?* Wake Forest Law Review, 2011, p. 601.

[33] Model Benefit Corporation Legislation § 302 (a) (b).

[34] Model Benefit Corporation Legislation § 302 (e).

项上按照公司所宣告的一般公共目的和具体公共目的行事,以及董事和高管是否履行义务等情况,在年度共益报告中做出声明。若共益公司没有做到上述任何一个方面,则必须在公共利益报告中说明具体理由。^[35]

此外,《示范法》还允许社会企业自主决定是否设置“共益高管”职位。《示范法》对于共益高管的规定相较于共益董事而言较少。社会企业可以依照《示范法》以及董事会决议,允许共益高管行使与实现公司公共利益目标相关的权力,以及负责共益报告编制的相关工作。^[36]

(六) 评估公益目标实现情况的第三方标准

为确保公司所发布的社会公共利益报告和实现社会公共利益目标的真实性,《示范法》规定公司必须适用第三方标准评估公司追求的公益目标的实现情况,考察公司决策对于利益相关者的影响程度,以及衡量公司的社会和环境绩效。第三方标准是指由第三方发布的,用于确定、报告、评估企业社会和环境绩效的标准。^[37] 值得注意的是,《示范法》并没有制定或指定一个明确的第三方标准,以此为市场中的共益公司提供客观和明确的参照依据;相反,《示范法》允许共益公司自由选择适用某一满足法定要求的第三方标准。所谓的法定要求,指的是该标准必须由独立的实体制定,并且该实体应具有评估公司社会和环境绩效的专业水平和能力,能够以致力于平衡多个利益相关方利益的理念来制定标准。^[38] 此外,《示范法》还要求第三方公开披露衡量公司绩效水平所适用的标准,各个指标在最终评判结果的相对权重、制定和控制标准修订的人员身份、修订标准的过程等信息。^[39]

《示范法》所规定的第三方评估标准,是与利益执行程序相对应的外部监督机制的体现。虽然 B Lab 创造了这一示范法文本,规定公共利益报告必须采纳第三方评估标准,而制定示范法的 B Lab 本身也有

[35] Model Benefit Corporation Legislation § 302(c).

[36] Model Benefit Corporation Legislation § 304(b).

[37] Model Benefit Corporation Legislation § 102.

[38] Model Benefit Corporation Legislation § 102(2).

[39] Model Benefit Corporation Legislation § 102(2)(3)(4).

一套科学的共益公司影响评价标准,但是《示范法》并没有强制要求所有共益公司采用 B Lab 标准,而是推荐了一些 B Lab 认为可信赖的其他评估标准体系,如全球报告倡议(global reporting initiative, GRI)^[40] 美国保险商实验室(underwriter laboratories Inc., UL)^[41] ISO2600^[42]等。尽管如此,立法是否有必要强制共益公司采纳第三方评估标准,仍遭到许多学者的质疑,有些学者认为这是不必要的,有些认为是不明智的,以至于在《示范法》基础上作修订的特拉华州法就取消了第三方标准评估的强制模式,允许公司自愿选择适用的评估标准。

五、特拉华州《普通公司法》中的公共共益公司条款

2010 年至今,美国共益公司法历经了十年的发展历程,美国大部分州已经出台了共益公司法,并且已经有上千家共益公司基于这些法律条款得以成立。大部分州的共益公司立法基本采纳了《示范法》的条款,但同样也有一些州,如特拉华州、科罗拉多州,修改了其中一些条款,为社会企业家们创造了更加灵活的法律。

特拉华州多年来引领美国其他州公司法的发展,在公司法领域具有鲜明的传统优势。2013 年 7 月,特拉华州参考《示范法》,在该州《普

[40] 全球报告倡议是由美国非政府组织对环境负责经济体联盟(CERES)和联合国环境规划署联合倡议,于 1997 年成立,其目的在于提高可持续发展报告的质量、严谨度和实用性,提高全球范围内可持续发展报告的可比性和可信度,并希望获得全球认同和采用。该报告编制的业绩指标包括经济业绩指标、环境业绩指标、社会业绩指标。

[41] 美国保险商实验室是美国最有权威的,也是世界上从事安全试验和鉴定的较大的、独立的、非营利的、为公共安全做试验的专业民间机构。它采用科学的测试方法来研究确定各种材料、装置、产品、设备、建筑等对生命、财产有无危害和危害的程度;确定、编写、发行相应的标准和有助于减少及防止造成生命财产受到损失的资料,同时开展实情调研业务。

[42] ISO 26000 社会责任标准是国际标准化组织自 2005 年开始起草的第一个国际社会责任标准,标准包括社会责任的 7 个方面内容:组织治理、人权、劳工权益保护、环境保护、公平经营、消费者权益保护以及参与社区发展。同时,标准强调任何组织都应通过加强与利益相关方的沟通和交流,全面履行社会责任。

通公司法》中增补了有关共益公司的条款,根据该法设定的公司即为“公共共益公司”(public benefit corporation)。特拉华州制定共益公司法的宗旨是促进以一种或多种公共利益为目标,并以负责任和可持续方式运作的营利型社会企业的创建。^[43]《示范法》之所以能够吸引企业家们,是因为它鼓励公司将社会责任和可持续性发展的公司经营实践相结合、提高针对所有利益相关者的信息披露的透明度,以及提供了即便公司的管理和控制权发生变化,也不影响公司追求公共利益宗旨的法律保障。特拉华州普通公司法中的公共共益公司条款(以下简称特拉华州《共益公司法》)同样希望能够实现这些目标。^[44]自特拉华州《共益公司法》出台以来,已经有 739 家公共共益公司依据和基于该法而创设。^[45]

特拉华州《共益公司法》对于共益公司的规定与《示范法》主要存在以下几点差别:第一,公共利益目标的认定;第二,对公共利益报告的要求;第三,董事义务和问责制度;第四,是否强制要求设置共益董事。

首先,特拉华州《共益公司法》与《示范法》对于公司所寻求公共利益目标的要求不同。特拉华州《共益公司法》对“公共利益”的定义是:“对一个或多个类别的人、实体、社区或利益团体的积极影响,包括但不限于对艺术、慈善、文化、经济、教育、环境文学、医学、宗教、科技或技术的本质的影响。”^[46]根据这一条款,公共共益公司可以根据自身特点,确定公司所要追求的一种或多种具体利益,而不强制要求这种利益对社会或环境产生“重大、积极”影响。而《示范法》所规定的公共利益是指能对社会和环境产生重大、积极影响的事项。此外,有学者认为《示范法》对“公共利益”的规定过于模糊,难以界定,在一定程度上成为一些“漂绿”公司的“保护伞”,而特拉华州的相关规定更加具体,更具操作性和辨识度。

其次,特拉华州《共益公司法》虽然同样有要求公司披露年度公共

[43] Delaware General Corporation Law § 362(a).

[44] See Rick Alexander, *Benefit Corporation, Law and Governance, Pursuing Profit with Purpose*, Berrett - Koehler Publishers, Inc., 2018, p. 125.

[45] See Benjamin Means, Joseph W. Yockey, *Cambridge Handbook of Social Enterprise Law*, Cambridge University Press, 2019, p. 703.

[46] Delaware General Corporation Law § 362(b).

利益报告的规定,但它的要求更加灵活。主要体现在两个方面:第一,公司每两年应向股东提交一次报告(而《示范法》要求公司每年提交一次报告),因为没有第三方标准可以作为参照,特拉华州《共益公司法》要求公司报告的内容必须包括:(1)董事会为促进利益相关者的最大利益和公司执照中写明的公共利益而制定的具体经营目标;(2)董事会衡量公司是否实际促进公共利益和福利的进程中所采用的标准;(3)基于这些标准的客观、真实的信息;(4)评估公司是否成功实现这些目标的方式。^[47] 第二,没有强制要求公司公开公共利益报告的内容,也没有要求公司使用第三方标准对是否实现公共利益目标进行衡量。有些学者认为,特拉华州《共益公司法》在制定过程中,没有效仿《示范法》,要求公司必须采用第三方标准,这是因为立法者认为,强制性的第三方审查会加重共益公司的经济负担,使共益公司处于竞争劣势,尤其是加重那些已经承担公开信息披露义务的上市公司的负担。

再次,特拉华州《共益公司法》与《示范法》对于董事义务和问责制度的规定也存在很大差异。《示范法》规定董事在决策过程中需要考虑除股东之外其他利益相关者的利益,而特拉华州《共益公司法》则规定了董事的三方利益平衡义务,即平衡股东的经济利益、显著受企业行为影响的利益相关者的最佳利益以及章程中载明的具体公共利益之间的关系。^[48] 除此之外,在问责方面,特拉华州《共益公司法》未制定《示范法》中的利益执行程序。换句话说,股东无法以公司未能实现公共利益作为诉讼理由提起诉讼,但当董事违背其三方利益平衡义务时,法规赋予了单独或共同持有企业 2% 以上股份的股东(如果企业在国家级的证券交易所上市交易的,那么,单独或共同持有企业 2% 以上股份或持有的股份市值在 200 万美元以上)在满足本章 § 327^[49] 以及其

[47] Delaware General Corporation Law § 366(b).

[48] Delaware General Corporation Law § 365(a).

[49] Delaware General Corporation Law § 327: "In any derivative suit instituted by a stockholder of a corporation, it shall be averred in the complaint that the plaintiff was a stockholder of the corporation at the time of the transaction of which such stockholder complains or that such stockholder's stock thereafter devolved upon such stockholder by operation of law."

他关于诉讼的条款的同时,享有提起派生诉讼的权利。^[50]需要注意的是,特拉华州《共益公司法》还规定当董事的决策是基于充分了解情况的基础上作出,且董事是善意的,在交易中不享有个人利益,那么,法院会支持董事作出的决策。^[51]由此看来,在共益公司法律环境下,经营判断规则同样适用。

最后,特拉华州《共益公司法》没有要求公共共益公司设置共益董事。是否有必要在共益公司中设置共益董事或是共益高管,一直存在诸多争议,很多学者认为这项规定是毫无必要的。首先,学者们怀疑共益董事是否有能力判断“公司在所有重大方面是否按照其一般公共目的和具体公共目的行事”;其次,共益董事是否有能力对其他董事、高管的行为进行评估,以对其作出“违背或遵守”的评价?共益董事是否真的可以完全独立于董事会而存在?最后,聘请共益董事的额外开销对公司是否值得?特拉华州也许是考虑到了共益董事制度可能引发的诸般不利后果而没有将其写入法律之中。

综上所述,特拉华州《共益公司法》基于《示范法》,构建了公共共益公司这一新的公司类型,但特拉华州《共益公司法》把它所认为《示范法》中那些增加公司的经济负担以及过于宽泛、难以实施的条款予以剔除,形成了一部更加灵活、更加适合于共益公司形式发展的法律。无论是从“公共利益”含义,还是取消第三方标准、利益执行程序、共益董事的规定又或是放宽了年度报告的要求,与《示范法》相比,特拉华州《共益公司法》更为具体、明确且具有更强的可操作性,但特拉华州《共益公司法》在减轻公司负担的同时也降低了创设共益公司的门槛,这可能偏离了共益公司形式设置的最初目的之一——作为真正的社会型企业的一项可靠指标。^[52]

[50] Delaware General Corporation Law § 367.

[51] Delaware General Corporation Law § 365(b).

[52] Ellen Berrey, *Social Enterprise Law in Action: Organizational Characteristics of U. S. Benefit Corporations*, Transactions, Tennessee Journal of Business Law, 2018, p. 25.

六、美国共益公司法的不足

正如上文所述,在传统公司法框架下,营利公司董事在决策过程中必须奉行股东利益最大化原则,尽管公司可以参与一些服务社会的活动,但其前提是不能对股东利益造成消极影响,因此,营利性公司只能承担有限的社会责任,这使那些具有社会使命和社会意识的企业在寻求服务社会的过程中受到制度限制,而共益公司形式解决了传统公司法中存在的许多问题。共益公司法授权董事在决策过程中考虑更广泛的利益相关者,以及公司所服务的社会公益目的的利益,这为董事决策留下了更多的自主裁量空间。市场调研表明,那些致力于追求公共福利的公司可以得到消费者更多的青睐。^[53] 共益公司身份似乎就是一张免费且有价值的“宣传名片”,使公司在市场竞争中更具优势。共益公司之所以能维持良好的社会形象,在很大程度上得益于共益公司法试图解决实践中存在的“漂绿”问题。

然而,作为社会企业发展运动的最新成果,美国共益公司法的发展还处在不断探索和尝试的阶段,学者们认为这种组织形式还有很大的改善空间,特别是如何确保共益公司能持续有效为社会公益做出贡献,而不成为试图“漂绿”自己的公司的伪装。学者们提出,当前共益公司立法主要存在如下问题。

(一)董事义务的法律规定尚待精细化

共益公司法要求共益公司寻求社会公共利益。然而,不同类型的公共利益可能存在冲突。比如,对环境有利的行为不一定有利于社会发展,对社会发展有利的行为不一定对环境有利。考虑到“一般公共利益”的宽泛性,我们应如何判断公司是否满足共益公司法的要求和标准,是否创造了一般公共利益呢?如果只是对共益公司设定宽泛的公共利益要求,可能阻碍公司构建适合自身业务和文化的特定利益。

[53] 参见 <http://www.conecomm.com/research-blog/2010-cause-evolution-study>, 2020年2月6日访问。

共益公司法为董事设置的平衡股东利益与企业所寻求的公共利益的义务,在实施过程中同样面临适用困境。多元利益平衡义务操作的困难性同样使共益公司容易陷入零和博弈局面,^[54]董事如何真正实现其所承担的各方义务之间的“平衡”,还有待进一步探索。

(二) 信息披露制度难以发挥实际效用

《示范法》要求共益公司公布年度报告,以便市场了解公司的社会和环境绩效,并且由公司自行选择适用某一独立的第三方所制定的标准对年度报告进行评估。对一些小型公司而言,适用第三方标准存在最直接的问题是,雇用第三方认证机构进行评估的成本过高,加重企业经济负担。另外,有学者对信息披露制度的有效性也提出了质疑,指出:“信息披露并不必然促使公司对其社会公益目标的执行情况自我反省或者内部变革,相反,证据表明,当公司承担的信息披露义务与面临的市场压力或经济制裁相关联时,信息披露负担可能阻碍公司的创新力和适应力,并且很难与社会公益的监管目标相适应。”^[55]

当前,美国共益公司法中的信息披露制度呈现不规则、粗略化的特点,各州共益公司法在信息披露应否包含财务报告、年度公共利益报告披露信息的范围、是否公开年度报告、是否要求第三方标准评估以及选择何种标准等问题上,规定都不一致,而完善的信息披露执行制度的缺失进一步加剧了这种“凌乱”的局面。从统一的证券法信息披露制度上来看,这一制度仅适应了上市公司的信息披露,而绝大多数共益公司属于非上市、小型公司,显然无法受证券法的约束。不统一、不规范的信息披露制度使得投资者无法通过对比甚至无法通过信息披露规则获得社会企业有关的信息资料,以作为投资的依据,这使得大量社会资本处于观望状态。戴维·博恩斯坦(David Bornstein)认为,社会企业形式获得成功面临的障碍之一是投资者的不确定性,这是缺乏“简单

[54] See Haskell Murray, *Improving Benefit Corporation Law*(2013), <http://clsbluesky.law.columbia.edu/2013/07/30/improving-benefit-corporation-law/>, 2020年2月6日访问。

[55] Nancy B. Kurland, *Accountability and the Public Benefit Corporation*, *Business Horizons*, 2017, p. 523.

可靠的绩效比较机制”导致的。^[56] 因此,不完善的信息披露机制使得共益公司形式无法发挥应有的优势。

(三)有效问责制度的缺失

如何为共益公司构建有效的问责制度,这一直是学界关于共益公司立法讨论最多的问题。共益公司法扩大了对公司及董事的要求,但各州立法却未就如何确保公司或董事履行其义务与职责设置充分有效的问责制度。以《示范法》为例,利益执行程序其中特别设置问责制度,但一些学者对于利益执行程序的有效性持怀疑态度。公司可以基于什么样的动机向董事或高管提起直接诉讼?这种非经济赔偿的救济又会带来怎样的实效?而最有可能提起诉讼的群体——公司追求的具体公共利益的受益人,却被排除在利益执行程度的范围之外。即使公司章程赋予这个群体以诉权,他们也无法获得经济赔偿,更何况,公司几乎不可能设置这样的权利。^[57] 特拉华州《共益公司法》虽然没有规定利益执行程序,但公司、股东有权自主提起直接诉讼和派生诉讼,而股东之外的主体同样不享有对董事的诉权。此外,共益公司法对“公共利益目标”的界定非常宽泛,这使共益公司董事在公司运营过程中拥有极大的自由决策权,如果这种“自由”不加以限制可能导致董事滥用职权、侵害公司或股东、其他利益相关者的权益,使得利益相关者的利益难以得到实质性的法律保障。况且,各州共益公司法关于董事义务的规定并不一致,同时缺少指导性判例,这使董事义务可参照的法律规则不充分,从而进一步加剧问责缺失状况。另外,值得我们考虑的是,在股东利益与公共利益相冲突的情况下,股东是否还能够代表其他利益相关者要求公司继续实现公共利益?即便股东同样关心公共利益,由于共益公司法所设定的诉讼并未允诺给起诉股东以经济补偿,股东提起诉讼的积极性无疑将受影响。

社会企业家创建社会企业所面临的一个重要挑战是如何为这一类型的企业选择最佳的法律结构。近来,一项调查报告显示,71%的社会

[56] See Brent J. Horton, *Rising to Their Full Potential: How A Uniform Disclosure Regime Will Empower Benefit Corporations*, Harv. Bus. Rev. 101 (2019), p. 226

[57] See Thomas J. White III, *Benefit Corporations: Increased Oversight through Creation of the Benefit Corporation Commission*, 41 J. Legis. 329 (2015).

企业家认为如何选择法律结构是他们面临的最大挑战。^[58] 虽然共益公司法对于将营利与寻求公共利益的双重目的进行合并的企业具有一定价值,但现行立法却未能对社会企业股东提供充分的法律保障,使其免受企业内部机会主义行为的侵害。一方面,相较于传统的营利性企业,运用混合企业形式来寻求公益目的,投资者将失去利润指标这一曾经最有效的监控工具。当公司纯粹以营利为经营目的时,投资者可以通过将管理层的利益与公司利益直接挂钩的方式对管理层进行激励,如向管理层提供股票期权。另外,投资者可以借助公司经营所创造的经济效益来衡量管理层的经营实效。而就共益公司来说,实现社会公益也是公司的经营目标之一,但这一目标很难量化和衡量,因此,无法对管理层管理公司的实际效益进行监测。另一方面,相较于非营利实体,共益公司存在更大的为内部人员所控制和谋利的空间。非营利实体禁止分配利润,而共益公司可以向内部人分配利润,这在一定程度上加大了内部管理人员谋取私利的可能性。因此,加强公司内部治理是共益公司立法,也是所有类型社会企业立法努力的方向和难点之所在。

结 语

我国为社会企业专门制定的组织法可以综合考虑借鉴各国不同类型的社会企业法的制度特色。美国共益公司法的主要优势体现在为社会企业构建了较为宽松的生存环境,共益公司法未对社会企业的盈余分配、剩余资产分配、资产处置设定限制性额度,亦未对社会企业的创设门槛设定明确要求,而是通过要求社会企业披露其在社会公益方面所做出贡献的信息披露制度,对社会企业进行综合调控,给社会企业较大的自由运作空间,这有利于共益公司吸收公众投资者的资金。

社会企业的经营者具有良好的服务社会公共利益的初衷,但因需要支付投资于社会公益的经营成本,比传统营利企业经营者面临更大

[58] See Brian D. Galle, *Social Enterprise, Who Needs It*, 54 Boston College Law Review 2025 (2013).

的竞争压力,考虑到此类企业对于社会整体公益事业的积极促进作用,立法应积极致力于减轻此类企业的经营成本,同时也要充分考虑一些企业只是打着社会企业的旗号而未对社会福利事业做出实质性贡献的可能。此外,立法还有必要创设有效机制,以避免企业因经营者更替而改变服务社会公益的初衷。美国共益公司法在督促及服务社会企业立法需求所构建的法律制度,值得我国借鉴。

(编辑:邹莹)