

公司社会责任的内化:制度困境及其解决

——以公司慈善捐赠为视角

侯怀霞¹ 钟瑞栋²

(1. 上海政法学院, 上海 201701; 2. 厦门大学 法学院, 厦门 361005)

摘 要:公司的社会责任是公司法上的一般条款,属于法内漏洞;公司捐赠虽可归属于社会责任的范畴,但这种社会责任并不是法律责任,不具有法律强制力。公司是否为公益目的实施捐赠、捐赠的对象为何以及捐赠的数额多寡,都属于公司的内部事务,任何人无权干涉。判断公司的捐赠行为是否越权,应以公司的章程规定或股东大会的决议作为标准。董事会所作出的捐赠决定若超越公司章程所规定的权限,给股东造成直接或者间接的损失,就应当引入股东代表诉讼制度和股东直接诉讼制度作为对股东的救济。

关键词:公司法;社会责任;慈善捐赠

中图分类号: D923.99

文献标识码: A

文章编号: 1001 - 8204(2010)01 - 0029 - 04

国内外关于公司社会责任的理论研究可谓汗牛充栋,将公司慈善捐赠视为公司践行社会责任的一种行为,也已成为学术界的主流观点,我国现行公司法更是将社会责任作为公司运营的一般原则明确确立下来。然而,公司的社会责任在法律上是一个弹性极大的概念,如何确定公司所应承担的社会责任的应有范围,一直是一个见仁见智的问题。在我们看来,公司的社会责任问题的关键之点应当是如何将这个具有很强道德意蕴的概念内化于具体的制度设计上,方能使公司的社会责任不再仅仅是一句口号,而成为一项实实在在的、能实现公司、股东与社会公众之间的利益平衡的制度安排。

一、公司社会责任的确立及存在的主要问题

公司社会责任,是指公司不能仅仅以最大限度地股东们营利或赚钱作为自己的唯一存在目的,而应当最大限度地增进股东利益之外的其他所有社会利益。这种社会利益包括雇员(职工)利益、消费者利益、债权人利益、中小竞争者利益、当地社区利益、环境利益、社会弱者利益及整个社会公共利益等内容,既包括自然人的人权尤其是《经济、社会和文化权利国际公约》中规定的社会、经济、文化权利,也包括自然人之外的法人和非法人组织的权利和利益^[1](P7)。传统的公司法理论认为,营利是公司存在的主要目的甚至唯一目的。这一理论隐含的逻辑前提是,最大限度地股东营利不仅能满足股东的私人利益,而且能极大地增进社会公共利益。亚当·斯密的经典论述可以为

证:“确实,他通常既不打算促进公共的利益,也不知道他自己是在什么程度上促进那种利益。由于宁愿投资支持国内产业而不支持国外产业,他只是盘算他自己的安全;由于他管理产业的方式目的在于使其市场的价值能达到最大程度,他所盘算的也只是他自己的利益。在这场合,像在其他许多场合一样,他受着一只看不见的手的指导,去尽力达到一个并非他本意想要达到的目的。也并不因为事非出于本意,就对社会有害。他追求自己的利益,往往使他能比真正出于本意的情况下更有效地促进社会的利益。”^[2](P27)

哈耶克也认为,公司的首要职责是提高效率、赚取利润。公司以最低廉的价格提供最大量的商品,就是在履行其社会职责。赚钱与社会责任之间没有任何冲突。他认为,如果不是这样的话,就会损害公司、股东和全社会的利益^[3](P75)。

上述理论是以市场没有缺陷、具有完全竞争性为假定前提的。然而,这一假设前提已被大量的理论和实践证明是不能成立的。市场失灵和竞争的不完全性反而是公司运行现实的常态。在许多情况下,股东利益与社会公共利益是水火不容、针锋相对的^[1](P22)。有些公司坐视身边的诸多社会问题而不顾,甚至以牺牲社会公共利益为代价来满足公司(股东)利益。正是在这种背景下,公司社会责任理论应运而生。许多国家甚至将这一理论运用到立法和司法实践中。我国现行公司法也引入了公司“社会责任”条款,其第5条规定:“公司从事经营活动,必须遵守法律、行政法规,遵

收稿日期:2009 - 10 - 10

作者简介:1. 侯怀霞(1964 -),女,山西绛县人,上海政法学院教授,法学博士,主要研究经济法、民商法;2. 钟瑞栋(1968 -),江西瑞金人,厦门大学法学院副教授,法学博士,主要研究民商法。

守社会公德、商业道德,诚实守信,接受政府和社会公众的监督,承担社会责任。’国资委于 2007 年颁布的《关于中央企业履行社会责任的指导意见》第 15 条规定:“参与社会公益事业。积极参与社区建设,鼓励职工志愿服务社会。热心参与慈善、捐助等社会公益事业,关心支持教育、文化、卫生等公共福利事业。在发生重大自然灾害和突发事件的情况下,积极提供财力、物力和人力等方面的支持和援助。”

从法律的角度来看,以下三个方面的制度困境成为问题的关键所在:其一,我国公司法第 5 条所规定的“社会责任”应如何界定?公司捐赠是否为“社会责任”的题中应有之义?其二,公司作出的捐赠行为以及捐赠的数额是否存在“越权”,董事会所作出的捐赠决定是否违反董事的信义义务;其三,当公司的捐赠行为不当时,股东作为公司的投资者和受益人,是否有权以及如何如何在法律上寻求救济。

二、公司捐赠的制度困境之一:法定责任还是劝导性责任?

公司社会责任理论起源于美国。美国是判例法国家,对社会责任一词的界定可以根据个案的具体情况而为判断。但我国属于成文法国家,社会责任既已成为法律的明文规定,就应当利用法律解释的方法,对这一概念的性质和范围作出界定。

我们认为,社会责任在法律上是一个一般条款,无论是在立法中,还是在理论研究中,社会责任的具体内容是无法也不应该事先确定的。社会责任是一种发展中的概念。如果在立法中确定社会责任的具体内容,将有违法律确立社会责任的初衷。即使在理论研究中,研究者也只能为社会责任内容的确定提供方法论上的指导,以为法官在个案中参考。事实上,社会责任既然是一种开放性的概念,具有一般条款的性质,对于社会责任的内容的确定,就属于一项补充法律漏洞的作业。台湾学者黄茂荣先生认为:“由开放性概念引起的不圆满状态,亦属法律漏洞。这种漏洞被称为“法内漏洞”或“授权补充的漏洞”[4](P301)。

所谓法内漏洞,是指须评价地予以补充的法律概念,包括类型式概念及一般条款。法律概念以是否确定为标准,可分为确定的法律概念和不确定的法律概念。根据不确定性的程度的不同,不确定的法律概念又可分为两种:一种是内涵是不确定的,但外延是封闭的,又称为封闭的不确定概念,如危险、物、违法性等;二是内涵是不确定的,而外延是开放的,又称为开放的确定概念,如重大事由、合理、显失公平等。所谓开放的不确定概念,包括类型式概念和一般条款,是必须经评价地加以补充,才能被适用于具体案件的概念,其特征就在于开放性,即其可能的文义不足以确定其外延[5](P251)。这种法律漏洞存在上的必要,“是因人类在规范的设计上有力不从心之处。他们尚不能完全知道:哪些是应加规范的,以及对已认为应加规范者,应如何才能清楚地加以规范?于是乃乞灵于开放性的概念,期能弹性地、演变地对生活事实加以规范,而不至

于挂一漏万。”[4](P301)

如前所述,社会责任具有发展性、开放性和不确定性的特点,随着人类文化及社会经济的发展,社会责任的范围不断扩大,内容亦愈丰富。何种行为违背社会责任、是否以及如何对之提供救济皆由法官根据个案进行判断。即使法律明确规定了“社会责任”,也仅仅是搭起了一个“框架”,其具体内容须待生活现实填充,而由法官根据具体个案情况进行自由裁量。由此可见,社会责任的内涵具有不确定性的特点,而其外延又具有开放性。因此,我们认为,社会责任属于“开放的不确定概念”,而且兼具类型式概念和一般条款的性质,应属于法内漏洞之列。

由于“法内漏洞”属于“授权补充的漏洞”,即立法者已授权法官在个案中依价值判断将类型式概念和一般条款具体化[4](P301),因此,法内漏洞的补充,被称为价值补充,在性质上属于漏洞补充[5](P297)。法官在根据个案的具体情况对社会责任进行漏洞补充时,必须做到如下三点:首先,法官在对社会责任进行价值判断时,应依据客观标准,即须依据存在于社会上可以认识的伦理、价值、规范及公平正义观念,切忌依个人主观感情以为判断。其次,法官在价值判断时,应负充分说理的义务。因为社会责任属于开放性概念,对开放性概念的价值补充,是针对各具体案件,依照法律精神、立法目的,斟酌社会情事和需要,予以具体化,以求个案的实质公平和妥当性。因此,法官在将社会责任具体化时,应将理由详细说明,且不得直接引用其他判例作为判断标准[6](P136)。最后,法官在价值判断时,应注意社会一般观念及伦理标准的变迁。开放性概念的主要功能之一,在于能够适应社会经济发展及伦理道德价值观念之变迁而适用法律,以使法律能够与时俱进,实践其规范功能。因此,在社会经济的发展促成社会一般观念及伦理道德观念发生变更之后,不可拘泥于过时的陈旧观念和道德标准[5](P298)。

依循上述原理,我们认为,在填补“社会责任”这一法内漏洞时,美国公司法理论与实务中的做法可以作为我国参照和借鉴的对象。

公司所应承担的社会责任的程度和范围依不同学说有较大差别,根据美国法学研究院 1984 年制定的“公司治理原则:分析与建议”第 2.01 条的规定,公司社会责任的范畴按强制性的强弱分为三个层次:(1)强制性责任。公司同自然人一样,必须遵守法律,在法律允许的范围内活动。(2)道义性责任。可以适当考虑与公司经营中执行社会责任相符的伦理因素。(3)劝导性责任。可以基于公共福利、人道主义、教育和慈善目的,从事合理数额的捐赠。公司捐赠行为属于社会责任中的第三个层次,是一种劝导性责任,即通常只能通过一些制度性的安排给予一定的鼓励,从而公司捐赠行为也是公司社会责任中效力最弱的一层。值得注意的是,“责任”一词意义丰富,学界对“责任是违反法律义务而引起的一种国家强制拘束力”这一点上基本能够达成共识,但所谓的“公司的社会责任”,在特定层

面上仅具有一种道义上义务的特性,与责任的强制力并不相符。而在公司捐赠这一层面上,公司社会责任只表现为制度上的激励而没有拘束力[7]。

综上所述,公司捐赠虽可归属于社会责任的范畴,但这种社会责任并不是法律责任,不具有法律强制力。公司是否为公益目的实施捐赠、捐赠的对象为何以及捐赠的数额多寡,都属于公司的内部事务,任何人无权干涉。

三、公司捐赠的制度困境之二:正当行为还是越权行为?

公司利益和股东利益至上的观念决定了传统公司法上的一系列制度安排倾向于保护股东利益,而不利于强化公司的社会责任。

就公司的权利能力而言,传统公司法除了确认公司财产独立于股东和其他公司的财产,在资本形成和维持两个方面确保公司的股权资本外,还从积极和消极两方面确认了股东与公司之间的关系,前者包括股东的一系列权利和利益(如股利分取权、投票权、知情权、股份转让权),后者主要指股东的有限责任。至于公司债权人,传统公司法除了就公司债的持有人的权利及公司清算、破产时债权人的受偿权的内容及其特殊性之外,一般未作特殊规定,而是委由一般债权法(包括合同法和侵权法)去保护。至于雇员、消费者,当地社区的利益与公司的关系更不是传统公司法的规制对象[1](P81)。

就公司的行为能力而言,传统公司法确认了一套自治性的组织结构,设计了体现股东中心主义、至少享有结构性决策权的股东大会,就日常经营事务享有临时处置权的董事会,就公司的经营管理予以监督的机制,并规定了诸机关的活动原则:就一般原则来说,这些机关要以增进公司利益即股东利益为最高标准;就特殊原则来说,股东大会要贯彻多数决定原则等,违反职责的董事要承担一定的民事责任和刑事责任[1](P81)。

如前所述,公司捐赠属于公司的内部事务,是否实施捐赠、捐赠的对象以及捐赠的数额都属于公司自治的范畴。但在公司内部,围绕公司捐赠问题也会产生诸多利益冲突。其中,最为突出的就是股东利益与受捐者(社会福利)之间的利益冲突。在公司捐赠中,社会福利的增进与公司利益不具有直接的相关性,股东的利益在短期内无法体现,所以在实现公司捐赠中的社会责任同时,对公司捐赠中的制度安排需要更加严密,以防止股东利益受到侵害。因为任何一种利益的增进,如无正当理由都不应以损害其他既存的法定利益为基础,即使得以增进的是社会利益也不应例外[8]。权利能力制度与行为能力制度的设立就是解决这一问题的重要一环,公司的行为是否“越权”则是这一制度的核心。

公司捐赠行为是否属于公司越权行为,理论界存在两种截然不同的看法。一种观点认为,公司是企业法人,以营利为其根本目的,而捐赠行为与此目的背

离,因而是一种越权行为。另一种观点认为,捐赠行为表面上是无偿的,但实质上捐赠者也能获得无形利益(间接的、长远的利益),因而可认定为是公司正常的经营事务[9](P250)。

早期的英美公司法认为,公司捐赠是否合法有三种检验标准:其一,捐赠行为是否有利于公司;其二,捐赠行为同公司的商事行为是否有合理的附属关系;其三,捐赠行为是否是为了公司的利益而善意地作出。我们认为,判断公司的捐赠行为是否越权,应以公司的章程规定或股东大会的决议作为标准。公司可经由股东大会在公司章程中对捐赠行为做出规定:

首先,章程应规定公司捐赠的目的和对象。尽管社会中需要捐赠的方面多种多样,都渴望企业能够伸出援助之手,但是一个公司捐赠不可能面面俱到,公司股东因个人成长经历和感受的不同,往往对某方面的捐赠情有独钟。通过在公司章程中规定捐赠的目的和对象,股东可以实现捐赠方面的最基本的自治权,可约束董事在做出捐赠决策时的恣意。很多公司股东会在制定这方面章程的时候,会把捐赠同公司的长远利益结合起来,把捐赠的对象和方式同公司经营的产品性质结合起来。虽然我们希望在捐赠的时候更多地考虑救助对象的实际需要和自身的捐赠能力,提倡非功利的捐赠,但是,只要公司做出了捐赠行为,无论是否最终着力于自身的长远利益,在客观上都带来了社会福利的增加,促进了整个社会慈善情怀的觉醒和提升,是应当大加鼓励的[7]。

其次,章程应规定公司捐赠数额的确定标准或方法。可在公司章程中规定捐赠数额的上限或确定一定的比例,以防止董事会做出不合理的过多的捐赠致使公司经营陷入困境。例如可规定年捐赠数额不得超过100万或年度捐赠数额不得超过上一年利润的5%。公司章程对公司捐赠数额的规定将成为判定公司捐赠合理性的主要依据,也是判定董事是否履行其注意义务的重要标准,如有董事越权捐赠的情况发生,可依章程追究董事的责任[7]。

最后,章程应规定公司捐赠的程序。公司捐赠是公司处分财产的民事行为,事关股东的财产利益,因此只有严格规范捐赠程序,才能够保障公司做出理性的捐赠决策,保护各利益相关人的权利。我们认为,关于捐赠的程序,公司章程至少应就以下内容作出明确规定:其一,章程应明确规定公司捐赠的决策机构。一般来说,股份公司的捐赠决定由董事会做出,有限公司的捐赠决定由股东会做出。其二,对于由董事会决定捐赠的公司,对于公司捐赠的具体程序、数额及总高额度等都应有公司章程加以确定,对于每次的捐赠都应在股东会上公示和通报。其三,公司的捐赠决定要做出书面的报告,注明捐赠的方向、善款的来源,如果是互利型捐赠,还应有后续效果的报告[10]。

四、公司捐赠困境的解决:股东诉讼

公司捐赠一般由董事会做出决定,但董事会所做出的捐赠决定有可能超越公司章程所规定的权限,并

进而可能会给股东造成直接或者间接的损失,引入股东代表诉讼制度和股东直接诉讼制度作为对股东的救济,就显得十分必要。

股东派生诉讼是指当公司的正当权益遭受他人侵害,特别受到有控股权的股东或实际控制人、董事和其他管理人员的侵害时,如果公司怠于采取行动或提起诉讼,符合法定条件的股东以自己的名义,为公司的利益对侵害人提起诉讼,追究其法律责任的诉讼制度。所谓股东直接诉讼是指股东纯为维护自己的利益而基于其股份所有人的地位而向公司或者其他人员(包括董事、经理和监事等)提起的诉讼。它是与股东派生诉讼相对立的概念。所谓“直接”,指的是股东提起有关诉讼时以自己的名义、主张的是自己的权利、诉讼的结果也是使股东受侵害的权益得到责任人的直接弥补。

对于股东代表诉讼制度,我国公司法第 152 条作出了明确规定。股东代表诉讼制度在公司捐赠中主要表现为,当公司所实施的慈善捐赠损害公司利益,而公司怠于或不能提起诉讼时,由股东代表公司诉讼,所获赔偿归于公司的制度^[11],主要是针对董事、监事和其他高级管理人员违反对公司的忠实和勤勉义务,给公司造成损害的行为提起的诉讼。这一制度的引入有利于公司股东对经营管理层在慈善捐赠问题上的监督,对危害公司利益的情形付诸法律途径予以解决,保障了公司章程中股东对捐赠行为所作出的规定得以贯彻和实现。

对于股东直接诉讼制度,我国公司法第 153 条规定:“董事、高级管理人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定,损害股东利益的,股东可以向人民法院提起诉讼。”以被告对象为标准,股东直接诉讼主要分为股东针对公司提起的诉讼和股东针对董事及控制股东提起的诉讼。公司中,有些权利遭损害,股东直接按照民事诉讼法的规定起诉即可,即股东的实体权利通过民事诉讼程序给予保护而已,但是,有些权利遭侵害,公司法所做出的特别规定则非常突出,股东提起诉讼,

不但要遵循民事诉讼的一般规则,也要遵循公司法的特殊规定,如股东大会决议无效或撤销之诉、董事会决议停止之诉、公司解散诉讼等。有学者认为,公司捐赠所涉及的直接诉讼应分两种情况分别对待:

其一,若被捐赠者为恶意,不管捐赠对象是否具有救灾、扶贫等社会公益和道德义务性质,知道或者应当知道决策者违反权限捐赠或超过合理数额捐赠的,在交付前,公司或股东可以公司名义行使赠与撤销权,交付捐赠后,则应赋予公司或股东返还请求权。这是与个人捐赠的不同之处,因为当被捐赠者为恶意时,这时被捐赠者的利益不仅不代表社会利益,而且违背了社会利益,而公司的财产又是来源于股东的个人财产,因此自无保护的必要和理由^[12]。

其二,若被捐赠者为善意,捐赠前仍可以撤销;即使经过公证的,也应赋予其撤销权,因为这毕竟与自然人的捐赠不同,公司的财产毕竟来源于股东,应兼顾股东利益的保护。但具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的除外,这是因为一方面此时被捐赠对象代表着社会利益,在两者难以兼顾时,股东的利益应让位于社会利益;另一方面是因为股东负有监督公司的权利和义务,董事和经理们违规捐赠,从一定程度上也表明了股东具有监督不足的过错。交付捐赠后,应维护被捐赠者的信赖利益,公司由此遭到的损失,应由决策者负赔偿责任。这是因为被捐赠者收到捐赠后很有可能很快就使用资金,特别是急需资金的公益组织用于公益事业,使用后让其返还很不现实^[12]。

我们认为,以被捐赠者的主观意志(善意或恶意)为标准,试图实现股东、公司、董事等高级管理人员以及被捐赠者之间的利益平衡,至少从方法论的角度来看是不太现实的。作为慈善捐赠,被捐赠者的主观意志很难以善意或者恶意来评价,而要股东证明被捐赠者在主观上存在恶意,是非常困难的。因此,我们认为,只要董事、高级管理人员在捐赠时,违背公司章程,造成股东权益的重大损失,股东即可提起直接诉讼。

参 考 文 献

- [1] 刘俊海. 公司的社会责任 [M]. 北京:法律出版社, 1999.
- [2] [英] 亚当·斯密. 国民财富的性质和原因的研究(下) [M]. 郭大力, 王亚南译. 北京:商务印书馆, 1974.
- [3] F. A. Hayek, The Corporation in a Dynamic Society, in M. A. Shen & Gbach (eds) Management and Corporations (1960) [A]. 刘俊海. 公司的社会责任 [C]. 北京:法律出版社, 1999.
- [4] 黄茂荣. 法学方法与现代民法 [M]. 北京:中国政法大学出版社, 2001.
- [5] 梁慧星. 民法解释学 [M]. 北京:中国政法大学出版社, 1995.
- [6] 杨仁寿. 法学方法论 [M]. 北京:中国政法大学出版社, 1999.
- [7] 沈俊丽. 公司捐赠中的社会责任 [J]. 经济师. 2006, (11).
- [8] 孙鹏程, 沈华勤. 论公司捐赠中的社会责任——以现行法为基础的制度设计 [EB/OL]. <http://vip.chinalawinfo.com/Newlaw2002/SLC/slc.asp?db=art&gid=335589434>, 2009-6-9.
- [9] 张民安. 现代英美董事法律地位研究 [M]. 北京:法律出版社, 2000.
- [10] 董琳. 公司社会责任之公司捐赠制度. [EB/OL]. <http://www.chinacapitallaw.com/article/default.asp?id=2269>, 2009-1-3.
- [11] 高中央. 公司慈善捐赠法律激励机制之探讨 [D]. 厦门大学硕士论文, 2009.
- [12] 李领臣. 公司慈善捐赠的利益平衡 [J]. 法学. 2007, (11).

(责任编辑 朱春玉)