

民办非企业法人出资权益定价机制解析

——以改制单位为主要分析对象

赵俊岭 吴建斌

内容提要 在我国医疗卫生、文化教育等领域,民办非企业法人广泛存在。该类法人本应归属财团法人之列,然因改制或其他原因,实际成为无公司之名的“公司”,非营利性的定性与出资权益实际升值之间的矛盾在成员流动、出资权益转让的情况下尤为突出,各地法院判决依据、结果也不相同,而现有理论研究尚未予以足够的关注。本文认为,政府强制与私法自治协同的定价机制具有合理性,亦有助于达成裁判逻辑的自洽。具体方式是先对民办非企业法人存续期间的相关税收优惠、土地收益金、政府补贴进行补征补缴,而后以私法自治的形式形成交易价格。

关键词 民办非企业法人 出资权益 定价机制 解决途径

赵俊岭,南京大学法学院博士生 210093

吴建斌,南京大学法学院教授 210093

近年来,政府对民间资本进入公益性领域多采鼓励性政策,加之国有企业及事业单位改制力度加大,医疗、文教等领域的民办非企业单位(下称“民非”)日益增多。因制度供给不足,加之不同渊源的规范之间存在抵牾,致使原本在大陆法系传统上应归入财团法人之列的民非法人以社团法人的形式存在,实践中却按公司法的机理运作。这是我国体制转轨过程中的独有现象,其实质是民非的制度功能定位与法律属性发生了错置。这种定位错置引发的纠纷日益增多,其中以民非法人出资转让权益定价类纠纷争议最大。在完成现行法人分类制度重构、恢复民非法人的财团属性之前,该类问题仍无法回避,亟待探寻以合理的方式消解相关讼争判决的逻辑自洽性与可接受的合理性之间的冲突。目前,学界对民非单位的研究多集中于对其法律性质的分析与制度构建的探讨^[1],对民非法人出资权益定价机制的研究尚无人涉猎。本文以改制类民非法人为主要分析对象,以法经济学为主要分析方法,对此问题进行初步探析,以期探寻合理裁判的逻辑思路与政策标准。

本文为江苏省社科基金重点项目(11FXA002)“江苏改制企业股权纠纷法律应对研究”的阶段性成果之一。

[1]参见税兵:《非营利法人解释》,〔北京〕《法学研究》2007年第5期;税兵:《民办非企业单位制度质疑》,〔石家庄〕《河北法学》2008年第10期;赵立波:《民办非企业单位:现状、问题及发展》,〔北京〕《中国行政管理》2008年第9期;金国坤:《论政府对社会组织管理的机制创新——“民办非企业单位”引发的行政法思考》,〔济南〕《法学论坛》2010年第6期;邓志红、龚春明:《民办非企业自主性的制度困境及重构路向》,〔南京〕《现代经济探讨》2014年第3期。

一、民办非企业法人出资定价的规制困境

我国《民法通则》未循大陆法系传统将法人分为公法人与私法人,再将私法人分为社团法人与财团法人的做法,而是将法人分为企业法人、机关法人、事业单位法人和社会团体法人四类。《民法通则》创制于公有制占绝对主导地位的计划经济时代,法人制度的规制对象是公有制法人。随着体制改革的推进与社会经济的发展,原来只存在公有制事业单位的公益性领域逐渐出现了私人或社会资本出资设立的主体,被称为民办事业单位。1998年,《民办非企业单位登记管理暂行条例》(下称《条例》)正式实施,该类组织被称为民办非企业单位,具体包括个体、合伙、法人三种类型。对照我国《民法通则》关于法人的分类,可以发现民非法人不属于其所规定的四类法人中的任何一种,在民事主体基本的法律架构中,并无民非法人的位置,显然《条例》是对《民法通则》的突破。根据《条例》的规定,民非法人属非营利法人。非营利法人不以营利为目的,须遵循利润不得在法人成员中分配的“禁止分配原则”^[1]。关于民非法人的法律属性,学界主流观点认为应是财团而非社团^[2];私立学校、医院、寺庙、教堂、慈善机构等皆是以财团法人的形式存在^[3]。财团法人具有设立目的之非营利性、设立行为之捐助性与组织基础之无成员性的基本特征。从《条例》第十条关于民非单位章程应规定事项的内容以及民政部门要求适用的民非单位章程示范文本来看,并未涉及社员权利义务方面的内容,民非法人不存在由社员组成的法人意思机关。因此,所谓举办者(或谓出资者)退出之说即不存在,更无需论及权益定价机制。然而,现实中的大量民非法人已经冲破上述藩篱,甚至还有“后法”规定作为依据。例如,《民办教育促进法》关于出资人可以从办学结余中取得合理回报的规定即突破了“禁止分配原则”。此外,有的地方政府制定的改制政策更是彻底打破了营利与非营利的制度分野,直接按公司法人的运作机理规范民非法人^[4]。还有的地方政府规定民非法人可从结余中提取一定的比例奖励出资人,且在经过一定年限后,出资人的产权份额可以转让、继承与赠与^[5]。就笔者收集到的司法案例来看,尚未见到禁止民非法人出资转让、继承、赠与的判例^[6]。由此可见,我国规范民非法人的基本民事规范缺失,不同位阶的规范之间存在严重的冲突,《条例》确立民非法人无社员特征与非营利性的规范已被虚置,这是造成民非法人规制困境的根源所在。

近年来政府推行事业单位转企改革及国企改制,目标模式是市场化,实现路径是产权的私有化和产权主体的多元化。主要操作方式是通过身份置换、产权转让等途径将传统的公有制企业改制为民营或民资控股的公司制企业。但政府基于防范道德风险的考量,设计具体改制政策时,对医院、学校等单位在体制转换的模式选择上却以非营利性的非企业法人为原则,以营利性的公司为例外。如此即导致很多改制医院、幼儿园等具有公益性功能的单位难以准确定位,其举办者多参照《公司法》组建社团法人,并按其运作机理运营,但却登记注册为民非法人。在这些实系公司、名为民非法人的单位运营过程中,随着出资人主体变更,回购、转让出资的情形时常出现。在出资回购或转让时,尤其是回

[1]参见金锦萍:《中国非营利组织法前沿问题》,〔北京〕社会科学文献出版社2014年版,第77-78页。

[2]参见税兵:《非营利法人解释——民事主体理论的视角》,〔北京〕法律出版社2010年版,第177页。

[3]参见梁慧星:《民法总论》,〔北京〕法律出版社1996年版,第121页。

[4]例如,《宿迁市非公办医疗卫生机构和民办学校国有资产管理暂行办法》(宿政发[2010]33号)中,直接使用股权、股东会、股权证明、分红等概念,完全将其视为公司。

[5]例如,《浙江省人民政府关于发展民办养老产业的若干意见》(浙政发[2014]16号)中即有此类规定。

[6]参见(2015)沪一中民四(商)终字第300号、(2015)湘高法民二终字第65号、(2013)盐商终字第0502号、(2014)榕民终字第2612号民事判决书以及下文涉及到的判决书。笔者在对审判过此类案件的法官进行访谈得知,涉案的以社团形式存在的民非法人基本上都是国有单位改制而成,出资人的出资或者是以失去全民身所得补偿补助置换而成,或者是以现金认购而形成,都是基于改制政策而形成的投资行为,如果按财团法人机理将之认定为捐赠,不仅显失公平,而且将导致相关改革难以推进。

购时价格如何确定,常约定不明。因规范缺失,各地改制单位发生了一系列纠纷,因有关法院对改制政策与民非法人概念的理解不一,导致对该类单位因出资的转让、回购定价等纠纷案件中同案不同判的现象始终存在。以原中石化下属两家改制医院为例,茂名石化医院某职工离职,要求医院按离职时净资产折算回购,享受资产增值带来的收益,医院则坚持按出资原价回购,随后诉至法院,一二两审法院均判决离职出资人有权享受增值收益^[1]。南京某石化改制医院也发生了同样的诉讼。南京市栖霞区人民法院却基于改制医院的非营利性定位,判决离职出资人的出资回购价只能依原价计算,不能享受增值收益^[2]。又如江苏泗洪县人民法院审理的朱某诉改制民营非营利性双沟集团医院及吴某等出资人出资转让纠纷案^[3]、海安市人民法院审理的肖某诉姜某关于海安某改制民营非营利性医院出资转让纠纷案^[4]、宿迁市中院审理的张某诉周某与改制沭阳县人民医院股东出资纠纷案^[5],在法律适用上,皆参照了《公司法》的规定,其必然的逻辑结论就是出资人可以享受增值收益。

按前述参照《公司法》规范所作出的判决,维持出资人合意所定以净资产折算定价的机制,民非法人出资者可以享有投资收益。此种做法直接将民非法人等同于公司这一营利性主体,是定位失当。正如前文所述,民非法人最主要的属性是其非营利性。从经济学角度而言,因为非营利性单位的行为具有正外部性,所以政府会以税收减免等方式予以补贴。外部性是行为对旁观者福利的影响;如果影响是有利的,即为“正外部性”^[6]。教育和医疗不仅有利于接受对象个体理性程度与健康水平的提高,亦有利于社会整体文明程度与人口素质的改善,因而具有正外部性。根据福利经济学的观点,对具有正外部性的行为,政府应予补贴,以使外部性内在化。我国政府现在对非营利性组织在税收减免、土地使用权取得等方面给予优惠政策^[7]。由此可见,民非法人净资产的相当一部分系因政府税收减免等而形成,此类资产依法应用于特定的经营活动,不能由成员以投资收益形式予以分配。民非法人的章程虽系举办者之间的合约选择,然其不能忽视法律规定的非营利性这一主要约束条件。如果法院无视此一约束条件,直接将非营利性组织错置为营利性组织,进而根据举办者合意结果判决以净资产定价的做法殊为不当。

第二种以原始出资价额定价的做法亦不尽合理。在事业单位改革与国企改制过程中,政府一方面强制推行产权私有化与经营市场化的政策,另一方面又限制参加改制人员选择营利性组织的模式。若改制成财团法人,则参加改制人员基于身份置换而形成的出资即成为捐赠,他们不会同意,改制也无法推行。改成社团法人后,若完全禁止享有任何投资回报,最多只能按原始价格退出,则相较于公司体制,改制人员仅能获得基于出资形成的残缺产权,与改制政策设计的初衷亦相违背。体制改革及国企改制政策设计不合理,产权改革不到位,导致改制出现路径扭曲,政府预期与改制职工的预期错位,政府规制失灵。

原本应定位为财团法人或营利性社团法人的组织,因强制性制度变迁而采非营利性社团法人的模式,此系最大的定位错置。此一错置,直接导致出现了不应成为问题的问题:民非法人出资权益的定价机制。现在问题既然出现,我们必须面对,努力在已被扭曲的路径上探究尽可能合乎逻辑的应对机制。

[1]参见广东省茂名市茂南区人民法院(2007)茂南法民初字第390号、广东省茂名市中级人民法院(2007)茂中法民三终字第95号民事判决书

[2]参见南京市栖霞区人民法院(2007)栖民二初字第438号民事判决书。

[3]参见崔永峰:《民非单位出资纠纷案评析》,〔北京〕《人民司法》2005年第11期。

[4]参见张绍华:《民非单位出资转让问题亟待立法和规范》,〔北京〕《社团管理研究》2009年第3期。

[5]参见(2014)宿中商终字第11354号民事判决书。

[6]参见〔美〕曼昆:《经济学原理》(上册),梁小民译,〔北京〕三联书店、北京大学出版社1999年版,第208页。

[7]民非法人在所得税、营业税、增值税、关税等税种上享有减免待遇,具体规定见各税种相关法律、法规。另根据《划拨用地目录》规定,非营利性医疗、教育机构可以划拨使用国有土地。

二、产权界定、制度成本与定价机制

根据科斯理论,界定产权是市场机制得以运行的前提条件,法律体系的目标之一就是建立清晰的权利界限,使权利能在此基础上通过市场进行转移与重新组合^[1]。如前文所述,调整民非法人规则严重缺失,此即意味着与之相关的产权未得到清晰界定,因此在确定民非法人出资权益的价格时,市场机制难以发挥作用。因产权不清,在改制类民非法人出资转让过程中,交易双方可能面临三种情形:第一,若政府将之界定为财团法人,在注册时对出资人及出资状况未予登记,则出资人所谓出资仅能认定为捐助,其对出资并不享有产权。因此,双方的交易即无从谈起。第二,注册登记部门对出资人及出资状况虽未予登记,然而根据政府改制政策的相关规定,其对出资的产权能获得民非法人本身及其他出资人的确认。但受制于非营利性的限制,其不能获得投资收益,转让价格受限。此种情形下,产权残缺,价格机制无法充分发挥作用,类似于价格管制,必然导致租值消散,制度成本高昂。第三,交易双方完全不顾及民非法人的非营利特征,将出资按照公司股权转让的规则进行交易。此种做法于交易双方而言,可以消除租值消散,但也彻底突破了营利与非营利的制度分野,扰乱基本规则,导致与其他同一行业的营利性主体处于不公平竞争的境地,损坏了市场机制的基础,将产生更为巨大的社会成本。

科斯认为,在一个正交易成本的世界,合法权利的初始界定会对经济制度的运行效率产生影响。在其法律经济学奠基之作《社会成本问题》一文中,科斯认为市场机制之外,对权利的界定与配置应该包括法律(规则)制定、政府管制、司法裁判三种方式^[2],这三种方式与立法、行政、司法相对应,可统一以公权力称之。在市场机制因产权不清等原因而致交易成本过高、无法运行之际,公权力对产权的界定即可发生,界定产权即是配置权利。科斯认为,最好将这些权利配置给能最有效地利用权利的人,并且有激励机制引导他们这样做。为了发现和维持这样的权利配置,交易费用应当足够低,且应当通过法律中明确相应的要求,以减少转让中的麻烦^[3]。能最有效地利用权利即能实现资源使用效率的最大化,这正是市场经济最根本的制度目标。由此可见,在科斯看来,公权力对权利的界定与配置不应是对市场机制的否定与替代,而应是为市场机制能够发挥作用创造条件,助力市场机制的运转。科斯在《联邦通讯委员会》中对此有更明确的阐述,“……(烟尘污染)在转向特别管制之前,人们应该默认一个功能比其他场合差的市场。这不意味着不应有这种管制,也不应认为由于管制决定了某些权利就不能有可由契约修改的其他权利……商人们往往发现他们既受管制的制约,但也能行使权利,而这种权利是可以通过与他人的契约进行转移或修改的。”^[4]在科斯的眼中,公权力对经济行为的介入应该保持谦抑,尽最大可能为行为主体留下自由选择的空间,以便市场机制发挥作用。民非法人出资退出问题因规则缺失、产权界定不清而面临困境,治本之道,当属立规。然制定规则的立法活动仍需时日,在此之前应充分发挥政府规制与法院裁判的调整功能,妥善化解矛盾。为了降低制度成本,处理改制类民非法人出资退出问题时,还是应该尽量为市场机制发挥作用创造条件。首先,必须明确改制职工对民非法人出资的性质。根据政府改制政策的规定,改制职工对其在民非法人的出资应属基于政策强制而形成的投资行为,因此解决问题的路径应取向创造条件赋予其出资与股权相若的权能,消除产权残缺,降低租值消散。其次,须维护市场机制发挥作用的基础,亦即市场主体间平等的自由竞

[1][4]R.H.Coase, "The Federal Communications Commission", *Journal of Law and Economics*, Vol.2(Oct., 1959), pp.1-40, pp.1-40.

[2]参见[美]罗纳德·哈里·科斯:《社会成本问题》,载罗纳德·哈里·科斯:《企业、市场与法律》,盛洪、陈郁译校,〔上海〕格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社2009年版,第96页以下。

[3]R.H.Coase, "The Institutional Structure Of Production", *The American Economic Review*, Volume 82, Issue4(Sep., 1992), pp.713-719.

争。公权力在界定产权时,必须矫正将营利性主体与非营利性主体等而视之的做法,应将改制类民非法人的市场竞争基础还原为营利性的状态。最后,必须给价格机制发挥作用创造空间。在自由平等竞争这一价格机制发挥作用的基础条件构筑完成后,即应充分发挥价格机制的作用,亦即在出资定价的问题上给私法自治以空间。

根据规制理论,规制分为社会性规制与经济性规制,其中社会性规制用于解决因信息不对称与负外部性产生的市场失灵问题,具有公益正当性,而经济性规制主要适用于具有垄断倾向的产业^[1]。笔者认为,从降低交易成本与解决经济行为的外部性角度而言,所谓规制,尤其是社会性规制也就是公权力对权利的界定与配置,与法律经济学异曲而同工。医院、学校等组织之所以定位为非营利性的民非组织,主要就是基于解决信息不对称与外部性问题的考量,因此对其规制应属社会性规制之列。我国的社会性规制选择了行政规制与司法控制的合作规制模式^[2],对民非法人出资权益定价问题的规制亦可走合作规制之路。

三、强制与自治协同的定价机制

1. 行政规制的调整

现实中国非单位非营利的根基已经发生动摇^[3]。因民非单位可以享受税收、土地使用以及政府补贴等方面的优惠政策,加之财团法人制度尚付阙如,致使外部监管不到位。民非法人几乎沦为了避税与圈地的工具,其制度功能已被极大异化。商界人物和演艺界明星以公益、慈善之名行避税之实,或托之公益取得政府划拨土地伺机转变用途,此等套路,几成常态。这种状况不仅导致税收与土地收益的流失,且对同行业内的营利性商事主体构成不公平竞争,不利于正常市场秩序的形成或构建。

基于以上认识,笔者认为,从宏观管理角度而言,对民非法人的管理,应当改变以往认识,一方面赋予出资人制度选择的自由,另一方面,在行政规制中加强对其约束和管理。具体而言:

首先,放松民非法人原则上不得转为营利性机构的政策限制,允许其自由选择存续的法律形态。传统上,出于抑制道德风险及维护公益性的考量,政府对一些领域内开办商事主体多持限制态度^[4],此种思路,值得商榷。在美国,哈佛大学研究人员的实证研究结果表明,非营利性医疗、教育等机构转变为营利性机构后,无论在机构质量还是社会服务质量方面,都没有负面影响^[5]。在我国,那些大量因改制政策的强制而形成的民非法人属于无公司之名的“公司”,放松政策强制,只是矫正原本为政策扭曲的改制路径,让其回归本应归属的“公司”之列。转为公司体制之后,出资变为股权,其出资人即变为股东,原本因限制投资收益而导致的产权残缺、出资权益难以定价等问题亦随之化解。

其次,对于选择继续保持民非法人形式的机构,应加强管制,严守其财团法人属性。我国目前医疗、教育等领域存在的基金会法人、法人型民非组织都是实质上的财团法人^[6],其出资应严格定义为捐助行为,不得有任何形式的投资收益,相关法律、政策如有与此冲突之处,皆应修改。在传统民法中,社团法人因其有社员和意思机关,故为自律法人;而财团法人因其组织基础的无成员性,所以称其为他律法人^[7]。他律,依笔者之见,除法院对其干预外,政府亦得依据相关立法对其进行监管,防止出现

[1][英]安东尼·奥格斯:《规制:法律形式与经济学理论》,骆梅英译,〔北京〕中国人民大学出版社2008年版,第5页。

[2]参见宋亚辉:《论公共规制中的路径选择》,〔武汉〕《法商研究》2012年第3期。

[3]参见赵青航:《现状与规制:民非单位非营利性研究——以民办养老机构为考察对象》,〔北京〕《社团管理研究》2011年第4期。

[4]国务院2010年11月下发的《关于进一步鼓励和引导社会资本举办医疗机构的意见》第16条规定,社会资本举办的非营利性医疗机构原则上不得转变为营利性医疗机构。

[5][美]理查德·鲁克:《高等教育公司:营利性大学的崛起》,于培文译,北京大学出版社2006年版,第7-8页。

[6]参见夏利民:《财团法人的制度价值及其影响》,《重庆社会科学》2008年第8期。

[7]王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2008年版,第126页。

有违其自身法律属性的行为发生。监管主要应来自三类政府部门,一是行业管理部门,比如卫生、教育等部门,重点监管其业务行为是否符合强制性规范;二是注册登记管理部门,主要是民政部门,重点监管其法人治理结构的运作是否合法;三是税收、土地等相关管理部门,重点监管其是否存在违规私分法人资产、偷逃税款、擅自改变土地用途等行为。这些监管行为的加强,可以防止民非法人制度功能的异化,同时也有利于形成良好的市场秩序,避免市场的无序与混乱。

2. 定价:强制与自治的协同

若能实现前述行政规制的调整,那么在该种状态下,出资权益变动的定价机制即不成其为问题。若民非法人选择转变为公司形态,则在公司法的框架内,开放性的股份公司按二级市场价格定价,闭锁性的股份公司和有限公司按照章程确定的机制定价。若选择民非法人的形态,则应严守财团法人的属性,将出资行为的性质界定为捐助,所谓出资退出定价机制问题即不存在。然而如前所述,法律及政策的转变首先需要凝聚共识,而后再循立法或政策制定的程序渐进而为。但现实中以社团法人形式存在的民办非营利性机构大量存在,尤其是改制类民非法人出资退出纠纷经常发生并诉至法院,我们应该在现实的各项约束条件之下探究合理的解决路径,优化司法控制。

对以社团法人形式存在的民非经营性机构出资权益变动定价机制的确定,应综合考虑法律属性、政策背景、制度供给等多种因素,以公权力的强制与私法自治的协同来解决问题。前文所列两个案例的判决都难谓妥适。笔者以为在确定其定价机制时,应先行扣除税收优惠、土地收益金及政府补贴,由政府补征补缴。政府强制补征补缴金额=(出资存续期间主营业务已减免税款+划拨土地使用权出租形成的土地收益金+政府补贴)×出资比例;出资对应净资产(净资产总额×出资比例)扣除政府强制补征补缴金额后,其结果有正、负、零三种可能。在为正、为零的情况下,政府按前述公式全额扣减;若为负,则以净资产为限扣减,完成扣减后,其退出价格由转让方与受让方议定,遵从私法自治。当然,也可考虑计收减免优惠部分的同期银行贷款利息。此定价机制要求改变目前以机构整体划分非营利性和营利性的做法^[1],转为以行为来作为区分的标准,将其行为分为营利性行为和非营利性行为,分别适用不同的税收政策。强制扣除相关税收优惠、土地收益金、政府补贴,系因民非法人净资产中包含这几部分,而若其为营利性组织,则其净资产中必不可能含有该部分。出资者既然欲退出出资,则其出资行为即具有投资性质,尤其是改制类民非法人的出资者,更是基于政策强制而为之投资行为,因此自其进入之时起即视为营利性组织,将其模拟置于营利性的组织场域之中,适用营利性的政策规范。政府强制补征补缴后,价格如何确定,应由当事方自由议定,“一切交给私法自治”^[2]。私法自治在经济学上意味着由市场形成价格,而市价是唯一不会导致租值消散的竞争准则^[3],有利于节省制度成本。这种政府强制与私法自治协同的定价机制具有合理性,亦有助于达成裁判逻辑的自治,但因补征补缴属行政行为,故此种定价机制有赖于行政规制与司法控制的合作。

[责任编辑:钱继秋]

[1]比如,《关于城镇医疗机构分类管理的实施意见》(国办发〔2000〕16号)规定,非营利性和营利性医疗机构按机构整体划分。

[2]蒋大兴:《公司法的观念与解释 II——裁判思维&解释伦理》,〔北京〕法律出版社2009年版,第246页。

[3]张五常:《经济解释》(二零一四合订本),〔北京〕中信出版社2014年版,第791页。