

经形成的事实差异,呈现出国有经济成分和非国有经济成分在市场资源配置方面的“强弱”区分,这就要求我国的法律改革应当为平等保护非国有经济的发展提供更为积极的制度工具,赋予非国有经济更广的生存和发展空间。相对于国有经济成分而言,对于非国有经济参与和分享市场资源配置的权利和利益,我国法律应当以“鼓励”、“支持”和“保护”为立足点,提供促成非国有经济的生存和发展的便利制度措施,例如灵活的企业资本制度、多样化和自主选择的企业治理结构、无歧视的融资工具、自主决定收益分配等。这些措施将有助于提升非国有经济长期以来因为制度以及经济现实所形成的弱势地位。这方面的法律改革,是完善我国市场经济法治过程中必不可少的内容,然其将促成平等对待非国有经济发展的法治环境,最终被完善的市场经济法治所吸收。

公司法的全面改革不能着眼于堵漏洞、补窟窿

王保树(清华大学法学院教授)

《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》(下称“《决定》”)对我国改革做出了全面部署,本文就公司法的改革做些讨论。

一 让市场的决定作用在公司法改革上发力

什么是全面深入改革精神?从《决定》可以理解,全面深入改革的精神是改革的深刻性和广泛性,但就经济体制改革而言,全面深入改革就是全面的市场化改革。凡是能由市场形成价格的都交给市场,政府就不能进行不当干预。市场机制能有效调节的经济活动,一律取消审批,对保留的行政审批事项要规范管理、提高效率。

发挥市场的决定作用,就公司法改革而言,不是对资源直接配置,而是弘扬公司法的自治精神,确认公司自治。面对公司自治与政府的关系,就像市场与政府的关系一样。公司自治是决定性的,政府干预仅在必要时才实行,凡是公司自治能够解决的,政府则不能进行不当干预。发挥市场在资源配置中的决定作用,还在于确认与保护公司的营业自由,公司从事营业,除法律、行政法规规定外不得限制。这就是全面深入改革精神在公司法改革上的体现。

二 突破瓶颈,还公司法改革繁重任务的真实面目

我国公司法相对后进,需要通过全面改革提高其水准,而关键又在于突破缩小公司法改革繁重任务的瓶颈。

(一)引进的制度尚未消化

无疑,后发展的公司法不可避免地要通过引进境外的先进公司法理论和先进公司法

制度才能改变局面。但先进的制度条文引入到后发展的公司法,后发展的公司法就当然提高水准吗?不能。现行公司法引进了不少好的公司法制度和公司法经验,诸如股东会决议和董事会决议的无效或可撤销,异议股份收买请求权,公司法人人格否认,累积投票,董事、监事、高管的勤勉义务,股东代表诉讼和公司僵局等。但这些制度远没有消化,因而相关制度改革并未完成。以董事、监事、高管的勤勉义务为例,何为履行了义务,尚无如美国那样的商业判断准则。由于没有划定履行义务的界限,加之消化不力,实际是引进了半个制度,甚至仅仅是一个符号。

(二)公司法规定的组织形态滞后于实践

现行公司法规定的组织形态在实践中有脱节的问题,甚至存在结构性缺陷。譬如,我国现行公司法规定了有限责任公司和股份有限公司,股份有限公司区分为发起设立公司和募集设立公司,募集设立的公司又区分为公开募集和定向募集不同的公司。值得注意的是,中国并不存在真正意义的募集设立的股份有限公司,没有一个公司是通过募集股份设立的,公司的股份都是在公司成立后募集的。既然没有募集设立,相对应的发起设立也无意义。有限责任公司区分为一般有限责任公司、一人有限责任公司和国有独资公司。外商投资企业法虽然与公司法并列,但公司法却确认外商投资的公司是公司法上的公司(包括有限责任公司和股份有限公司),二者形式上是并列关系,而实际上却是包含关系。

以上公司组织形态的区分,标准很不一致。有限责任公司和股份有限公司依人合性与资合性而区分,而实践上,中国有限责任公司的资合性也很明显。普通公司和外商投资公司依照出资主体的差别区分,但中国加入了世界贸易组织之后,需要的是国民待遇,而不是内外的差别。

公司组织形态区分标准的混乱掩盖了公司不同组织形态的本质差别,或者将本质无大差别的公司硬性区分为不同的公司。譬如,发起设立的股份有限公司和有限责任公司在本质上无大差别,适用的规则却不同,造成了适用法律的实际不平等。同时,发起设立的股份有限公司与募集设立的股份有限公司作为一种公司考虑,也忽略了他们之间的公开与封闭的差别。而封闭恰恰是有限公司与发起设立股份有限公司的共性。

(三)存在法律制度空白

当今的公司法还存在一些空白,公司的规则需求与供给仍存在差距。譬如,在公司的发展中,企业集团现象非常明显,上市公司的集团化尤为突出,但公司集团立法几乎空白。现行公司法虽在第 217 条(控股股东、实际控制人、关联关系)、第 16 条(公司对股东和实际控制人提供担保的审查程序)、第 125 条(上市公司关联关系审查)等涉及集团的规定,但何为集团?如何规制母公司侵害子公司及其中小股东权利、如何规制公司借助集团侵害债权人利益,集团如何运营,都存在缺失。

三 公司法改革的目标是什么?

公司法需要的是全面改革,而不仅仅是对《决定》提出的个别问题的回答。

(一) 完善引进的公司制度

法律移植理论告诉我们,“已拥有正规法律秩序的国家接受法律制度移植后,是否使移植进来的法律制度适应了本国国情?另外,引进的法律制度的基本原则是否是该国已经‘适应’了的东西?如果满足了这些条件,移植进来的法律体系就会发挥效用。”^[5]这意味着法律移植要产生效果必须具备两个条件:一是移植的法律适应引进国的国情,二是引进国适应引进的法律。如何才能具备这两个条件?一是和引进国的执法、守法互动,在互动中提高并建立适应公司发展的制度;二是将引进的法律进行可行性再造,细化引进的制度。显然,再造的任务同样是改革的任务。必须结合中国实践,在公司法改革中将引进的制度具体化。

(二) 科学区分公司组织形态

基于区分公司标准存在的混乱,应该革新公司组织形态的分类。一种观点是,直接采用公开公司与封闭公司的区分。另一种观点是,应该以新的标准区分和看待有限公司和股份有限公司,对它们分别赋予不同的内涵。将现有的有限责任公司和发起设立的股份有限公司统统归入有限责任公司,使有限责任公司成为封闭公司的名称。而上市公司和公开发行非上市公司统称为股份有限公司。既保留原来公司法上公司组织形态的名称,也突出了封闭与公开的本质差别。后者不仅符合人们的认知习惯,而且也容易行得通。

同时,考虑到公司法上的公司和外商投资企业的共性,应实现人们多年倡导的公司法律制度一元化。至于外商投资的监管、优惠、引导,可以另立外商投资法。

(三) 缩短规则供求差距,弥补规则空白

基于实践,公司法暴露出一定的规则空白,这恰恰是公司法深入改革需要着力之处。公司法适用八年来,规则与实践的供求差距已暴露得非常明显。如在公司法人格认定中,如何判断构成了滥用公司法人独立地位和股东有限责任;两个滥用是要同时具备,还是仅具备其中之一即可。

对于股东会决议、董事会决议瑕疵,现行法只规定了无效与可撤销两种情形,没有规定股东会决议、董事会决议不存在的法律后果。后者,境外有两种做法:一是单独作为决议瑕疵的一种;一是归于上述决议瑕疵的一种,如决议的可撤销。公司法改革也应是选择决议不存在瑕疵种类的过程。

股东代表诉讼的实践也显示了公司法文本的缺陷,现行公司法虽然引进了股东代表诉讼,但是,有诸多问题没有在立法中解决。譬如公司在诉讼中的地位,从诉益归属来看,公司是原告,但从股东已由公司法确定为原告而言,公司似乎不可能是诉讼中的原告。其次,公司法实施以来,有限责任公司案件较多,而股份有限公司特别是上市公司的案件较少,这表明,应明显降低股份有限公司特别是上市公司股东代表诉讼的门槛。再次,公司法应健全相关规则并规定防止滥用股东代表诉讼的措施,如法定情形下董事可以请求原

[5] 鹤光太郎:《用“内生性法律理论”研究法律制度与经济体系》,《日本经济评论》2003年3月,参见日本经济产业研究所(RIETI)工作论文中文版。<http://www.rieti.go.jp/users/tsuru-kotaro/cn/c030311.html>,访问时间2013年12月25日。

告提供担保等。

前已述及,公司法中的企业集团规则严重短缺,不适应公司发展需要,急需加强企业集团立法,或单独制订企业集团法,或在公司法中专列一编,针对企业集团作出规定。但结合我国实际,应优先考虑采用第二种模式,以保证公司法规范的体系化。

税收法治当以“法定”为先

张守文(北京大学法学院教授)

财政乃庶政之母,亦为现代国家治理之基础。自古及今,作为财政支柱的税收,始终是国家与国民关系的焦点。自英国《大宪章》以降,各国不断强化对征税权的限制,不仅推动了立法权与行政权的分离,以及国家财政权与国民财产权的分立,也促进了民主与法治的发展。

税收法治对政治安定、经济繁荣、社会团结影响甚巨,对整体法治建设尤其有标志性意义。在推进法治中国建设的进程中,须解决影响税收法治的各类突出问题,其中最为急迫和首要的,是真正落实税收法定原则。^[1]

一 为什么要强调“法定”为先

影响中国税收法治的因素虽然纷繁复杂,但首先应当解决税收“法定”方面的缺失,以“法定”作为推进税收法治的先导。从“法定”二字来看,无“法”则征税无据,纳税无凭,权义皆无依归,根本谈不上法治;无“定”则无法“定分”,极易人为恣意定税,导致税收“不确定”,人民无法预期,自然与法治要求相去甚远。因此,唯有经由正当程序,将各类课税要素在法律中明确规定,所有主体皆需依法奉行,才可能形成良好的税收法治。

强调“法定”为先,还因为现实的税收立法相当滞后。立法是实现法治的重要基础,我国的立法体系虽已告形成,但许多重要的税收立法却尚付阙如。税收法定原则要求“一税一法”,而我国多数税种却尚无法律相应,^[2]不仅有悖于严格的“法定”要求,亦有违《立法法》的明确规定。^[3]

上述立法问题虽然是多因之果,但改革初期的“授权立法”无疑是其要因。^[4]当时的

[1] 对于税收法定原则,我国学者已有很多研究,较早的如谢怀栻:《西方国家税法中的几个基本原理》,载刘隆亨主编:《以法治税简论》,北京大学出版社1989年版;张守文:《论税收法定主义》,《法学研究》1996年第6期等等。在20世纪90年代中期以后,我国应实行税收法定原则已成为各界的共识。

[2] 目前仅企业所得税、个人所得税、车船税三个税种制定了法律,其他十几个税种主要都是依据行政法规征收。

[3] 我国《立法法》第八条特别规定:“基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度”只能制定法律。

[4] 影响最大的是1984年和1985年的两次授权决定。尽管1984年的授权决定已经废止,但1985年的授权更为宽泛,因而要求全国人大收回授权的呼声日益高涨。