

上海市律师协会主办



SHANGHAI
LAWYER

2011
总第688期

10

聚 焦 · 思 辨 · 感 悟 · 互 动



第九届华东律师论坛 在江西南昌隆重召开



中华全国律师协会于宁会长在论坛上发言



上海律协陈乃蔚副会长在论坛中点评江西凯震所刘根律师的一等奖论文



2011年9月17日,第九届华东律师论坛在江西南昌隆重召开



上海律协盛雷鸣会长为优秀论文获得者颁发证书



季诺律师代表上海律协大会交流发言



上海律协共派出 11 名撰写论文的律师作为代表出席了此次论坛



上海律师201110

SHANGHAI LAWYER

总第688期

目录

第九届华东律师论坛论文专辑

《上海律师》杂志(月刊)

主 办:上海市律师协会
编 辑:《上海律师》编辑部

编辑委员会主任:盛雷鸣

副 主 任:陈乃蔚 邵曙范 黄 绮 钱翎樑
周天平 管建军 厉 明 万恩标

委 员:(排名不分先后)

朱剑华 刘小禾 光 韬 李海歌
张 方 岳雪飞 洪 亮 贾明军
黄荣楠 谭 芳 葛珊南 孙彬彬
计时俊 吕 琰 张 毅 陈 凯
顾跃进 蒋信伟

主 编:黄 绮
副 主 编:刘小禾 庄 燕
责任编辑:杨培君
摄影记者:曹申星
美术编辑:大 愚
编 务:薛 侃

本刊特约撰稿人:

王俊民 汤啸天 陈 默
李颂联 王凤梅 彭念元
游 伟

编辑部地址:

上海市肇嘉浜路789号均瑶国际广场33楼
电 话:021-64030000
传 真:021-64185837
投稿邮箱:E-mail:tougao@lawyers.org.cn

上海市律师协会网址(东方律师网)
www.lawyers.org.cn

上海市连续性内部资料准印证(K第272号)

2·加强区域合作 加快创新发展

——第九届华东律师论坛在南昌召开 / 吕 贤

3·浅析房地产新政与房地产法律的整合

——兼论保障性住房的法律保障 / 季 诺 陈 周

8·国资委对央企境外投资的新规范 / 洪 亮

11·离婚时公司股权分割的若干问题探讨

——从一则案例看公司大家和婚姻小家的博弈 / 谭 芳 赵予慈

16·论我国刑事非法言词证据的范围和效力 / 刘英明

22·房地产合作开发过程中的模式选择及权益保障

——限购令等环境下资金紧张房企的又一选择 / 周月萍 王秀明

29·劳动合同解除若干问题探讨 / 朱 慧 陈慧颖

32·为政府工程签订合同过程中解决中标单位投标

瑕疵的建议 / 曹 珊

37·有限合伙型房地产私募股权投资基金在我国的

发展及相关法律实务 / 姜斐弘 李剑伟

41·参与社会管理 走入政治生活 / 张鹏峰

44·行政合同的特点与纠纷处理的法律适用

/ 郑绍平 江 烨

51·立足实践重构我国的劳动普通共同诉讼制度

/ 徐吉平 左亚洛

55·“微博”的兴起对传统民事诉讼制度的启示

/ 刘培灼

58·被告人“认罪”案件若干问题研究

——以刑法的修改为视角 / 马 朗

61·利益平衡视角下的公司减资 / 刘大力 周 辉



第九届华东律师论坛

律师业发展与创新



加强区域合作 加快创新发展

——第九届华东律师论坛在南昌召开

文 / 吕贤

出席华东律师论坛的上海代表团部分成员合影

2011年9月17日,由华东六省一市(江西、上海、安徽、山东、江苏、福建和浙江)律师协会共同主办、江西省律师协会承办的第九届华东律师论坛在南昌召开。华东六省一市的律师齐聚一堂,围绕着“律师业发展与创新”这一主题开展交流与研讨,以期加强区域间律师业务交流与合作,提高华东地区律师理论与实务水平。

江西省司法厅党组成员、副厅长、省律协党委书记吴志坚主持开幕式并讲话。开幕式上,司法部律师公证工作指导司副司长达瓦做了重要发言,江西省律师协会会长方世扬致辞。北京大学法学院博导、教授陈瑞华作了题为“刑事诉讼法修订与律师执业环境改善”的演讲。

此次论坛持续两天,在主论坛外又分设:“新形势下如何发展与创新律师业管理”,“律师如何在‘环境污染、征地拆迁、劳资关系、物价稳定’等关乎群众利益问题的领域履行职责、发挥作用”,“新形势下如何发展与创新律师业务”,“民事诉讼法、刑事诉讼法的修改”四个分论坛。

中华全国律师协会会长于宁,北京大学法学院博导、教授陈瑞华,中国法学会《民主与法制》杂志社总编刘桂明,山东省律师协会会长苏波,江西省律师协会副会长程新太,安徽省律师协会副会长音邦定,福建省律师协会副会长徐军,江苏省律师协会副会长孙文俊,浙江省律师协会副会长郑金都以及华东六省一市律师代表、论文作者一百余人参加了本次论坛。

上海市律师协会由副会长陈乃蔚带队。秘书长万恩标、副秘书长刘小禾、业务部副主任潘瑜以及11名撰写论文的律师参加了本次论坛。上海市律师协会会长盛雷鸣在最后一天从北京的首届全国公诉人与律师电视论辩大赛现场赶到华东律师论坛会场,参加了闭幕式,并从江西省律师协会会长方世扬的手中接过了印着华东律师论坛会标的海蓝色会旗。2012年的华东律师论坛将在上海举行。盛雷鸣会长在闭幕式上代表上海律协向华东六省一市的律师们发出诚挚邀请,热切盼望六省一市的律师们能在明年聚会黄浦江畔,分享律师的经验和智慧。

受组委会邀请,上海律协陈乃蔚副会长在大会交流中点评了江西凯震所刘根律师的一等奖论文。他将刘根律师的论文总结为“三个优点、两项不足、一点希望”,激情洋溢又细致详实的点评赢得了到场律师的阵阵掌声。

上海律协参会论文在东方律师网上公开征集,共收到报名论文57篇。经上海律协推荐,并经大会组委会最终评选审定,共有18名上海律师的12篇论文分获一、二、三等奖。其中,上海市方达律师事务所季诺律师与陈周律师合著的《浅析房地产新政与房地产法律的整合》获优秀论文一等奖。季诺律师还代表上海律协在会上作了大会交流发言,并和与会者进行了互动问答交流。

上海律协国资国企业务研究委员会主任、上海市光大律师事务所洪亮及嘉华律师事务所、上海华夏汇鸿律师事务所、上海市协力律师事务所的6名律师的4篇文章获优秀论文二等奖。

上海通乾律师事务所朱慧、陈慧颖及上海市建纬律师事务所、上海中夏旭波律师事务所、上海恒建律师事务所、北京尚公(上海)律师事务所、上海维度律师事务所、上海市通力律师事务所的10名律师的7篇文章获优秀论文三等奖。

上海律协业务部副主任潘瑜主持了“新形势下如何发展与创新律师业管理”分论坛。上海的其他参会律师也在各自的分论坛上交流了自己的论文。

中国法学会《民主与法制》杂志社刘桂明总编在闭幕式上作论坛综述,就“论坛与论点、发展与拓展、共享与分享、定位与地位、当事人与法律人、律师与为师、自律与自治、追求与要求、信念与信仰”九个问题做了概括。上海律协刘培灼律师关于微博的论文还得到了刘桂明“创新论文、非常有研究”的高度评价。



季 诺：上海市方达律师事务所合伙人，上海市律师协会房地产业务研究委员会主任。曾发表学术论文多篇并参与多项全国人大、国家教委、上海高院等委托的课题研究。



陈 周：上海市方达律师事务所律师，上海市律师协会公司解散与破产清算业务研究委员会委员。主要业务方向为公司治理与破产清算、房地产、劳动等。

●文/季诺 陈周（方达律师事务所）

浅析房地产新政与房地产法律的整合

——兼论保障性住房的法律保障

【摘要】2010年至今，我国政府推出一系列严厉的房地产调控“新政”。本轮房地产调控有其存在的社会根源和必要性。但从调控的方式和切入点考虑，房地产新政在法律上和制度上仍有值得商榷之处。一方面，房地产新政在法律和制度层面需进一步整合，应充分利用现有法律资源已经赋予政府的调控手段，协调好法律和政策的关系。另一方面，应在住房制度、土地制度和地方财政制度三方面进行法律制度创新，从根本上创造房地产市场良性发展的法律。

【关键词】房地产新政 法律和政策整合 现有法律资源 法律制度创新

一、引言

作为对于国计民生有重要影响的行业，中国的房地产行业长期处于中央政府的宏观调控之下。自本世纪初以来，中央每年都会出台侧重有别的调控政策，房地产市场在不断调控中稳步发展。2009年，中央政府为应对全球金融危机推行宽松的货币政策和财政政策，由此房地产业在4万亿元投资计划的推动下迅速复苏，开始新一轮的猛烈上涨，引起社会各界的普遍关注。

为应对这一状况，国务院终于在2010年初“重拳出击”，拉开被媒体称为“史上最严厉调控”的序幕。从去年至今，“国十一条”、“新国四条”、“新国十条”、七部委楼市调控新政、加大经济适用房建设力度、沪渝房产税试点、“新国八条”、央行连续加息……这一系列从上至下的调控政策构成了我们所谓的房地产“新政”。显而易见，从2010年开始的这一波房地产调控的广度、深度和力度是都空前的。

本届政府在任期接近过半之际推出的房地产“新政”总体而言是明智及时之举。如果没有国家、各地方的大力度调控，任由房地产市场过热的局面继续发展下去，结果是难以想象的。一则我国近年来的房地产市场整体上确实存在投机之风过盛的问题，如任由商品住宅价格继续大幅上涨将导致居民的正常消费需求无法得到满足，影响民生。二则房地产价格

持续畸高，将影响因为发放贷款而与房地产业“一损俱损，一荣俱荣”的银行业，使银行的经营风险大幅上升，导致金融风险持续积累。三则房地产事实上已成为我国国民经济的支柱产业，有色金属产业、建材产业、水泥产业、玻璃产业、家具产业等都由房地产业带动并与其保持后向关联。如果房地产业出现大起大落，将直接影响多个产业的发展，进而影响国民经济发展大局，不利于国民经济的健康均衡发展。

二、房地产新政在法律和制度层面需进一步整合

如上所述，房地产调控有其存在的社会根源和必要性，政府有权力、也有责任对房地产经济进行行政调控。但笔者认为，从房地产调控的方式和切入点考虑，房地产新政在法律上和制度上仍有值得商榷之处。

（一）临时性政策偏重，制度性建设偏弱

目前出台的房产新政文件级别最高的是国务院发布的三个通知，即“国十一条”、“新国十条”和“新国八条”。三个通知并不属于《立法法》意义上的行政法规。同样的，国务院各部委、各级地方政府发布的新政相关文件几乎也都是“通知”、“意见”等，不属于部委规章或地方政府规章的范畴。概言之，目前出台的新政文件都具有明显的政策性，在法律上的效力级别偏低。而相比之下，相关立法并没有同时跟进和出台，新政的法律基础显得颇为薄弱，法律在新政中起到的作用较小。

过分倚重政策的结果是新政偏于短期性行为，长期性措施相对缺乏，如此不利于市场和制度的长远发展。

从房地产新政下普遍使用的调控措施来看，多从抑制需求方面入手，主要体现为限制新购商品住宅数量和限制多套住房贷款。笔者认为，抑制需求的新政措施过于严厉，试图立竿见影的意图明显，但在遏制投机性购房、抑制不合理住房需求的同时，也“误伤”到普通购房者、改善性住房购房者，使普通居民合理的购房需求得不到满足。这些限购令、限贷令作为一剂猛药在短期上当然可以起到平抑房价的作用。但也可以

想见,在将来调控指导思想发生变化时,这些临时性措施难免会被废弛,不可能被长期实行。因为这些措施违背市场运行的规律,也不符合房地产市场的供需现状。各地陆续出台的新政文件也明显地体现出这一点。以上海市《关于进一步加强本市房地产市场调控加快推进住房保障工作的若干意见》为例,《意见》第3条规定“暂停对购买非改善型第二套住房家庭的住房公积金贷款”,第4条规定“本市暂时实行限定居民家庭购房套数的政策,自本意见发布之日起,暂定本市及外省市居民家庭(包括夫妻双方及未成年子女)只能在本市新购一套商品住房(二手存量住房)”。

政策作为市场调控的手段,最明显的特征是其短期性和不确定性。2010年楼市在“国十条”出台5个月经历短暂下滑后,自8月中旬开始又出现复苏迹象,因此中央政府在极大的调控决心下再次出台“新国八条”,希望保持来之不易的调控成果。这一现象表明,国家调控政策虽然可以影响楼市短期走向,使多数人在形势不明朗的情况下选择观望,但对住房的刚性需求,不可能被临时性的调控政策消灭,反而会在政策出尽后“报复性”涌出,使房价触底反弹。之所以会出现上述现象,根源在于调控政策只针对现象,而无法从本质上作出改变。中央政府希望防止房地产市场出现暴涨暴跌的愿望是良好的,但从其偏重政策的调控思路看,似乎又是与其良好愿望不相符合的。

以上种种都表明立法部门和行政部门在房地产市场管理方面存在一定的缺位现象,在法律制度设计上没有完全跟上市场的发展。这也直接导致房地产新政现实存在的超前于法律、与现有法律相冲突和不协调的现象。因此,完善房地产市场管理的法律体制,加强土地、住房保障、财政、税收等法律制度建设,才是对于稳定房价具有根本性的长远意义的举措。

三、新政与老法

笔者注意到,国家发改委前不久出台了一部《商品房销售明码标价规定》(发改价格[2011]548号)。与其他新政文件相同,《规定》开宗明义是为落实“国十一条”、“新国十条”和“新国八条”的精神。但值得注意的是,《规定》是新政文件中少见的真正意义上的行政规范性文件。《规定》依据《价格法》赋予物价管理部门的执法权力,将打击房地产企业利用价格欺诈捂盘惜售、囤积居奇的行为纳入物价管理的法治渠道。这一利用现有法律赋予的权力制定部门规章进行“依法调控”的思路一直是笔者所赞成的。但总体而言,为达到调控目的,政府在轮番推出新政的同时,挖掘老法资源的努力显得有些

些不足。

事实上,在房地产法的诸多领域,我们并没有很好地让现有的法律真正发挥作用。其一,我们没有充分利用好现有的法律解决问题。以土地闲置问题为例,《土地管理法》、《房地产管理法》等都规定满一年未动工开发的土地应收取闲置费,连续两年未使用的土地无偿收回,但同时又规定因不可抗力或者政府、政府有关部门的行为或者动工开发必需的前期工作造成的动工开发延迟除外。这个规定弹性过大,留下不确定的操作空间。一些地方政府出于土地财政考虑,担心打击囤地后导致地价、房价下降,因此在有效利用土地方面态度暧昧,甚至默许房地产开发商的囤地行为,对闲置土地的重视程度不够,查处力度不够大。事实上,如果从严执行法律关于查处土地囤积的规定,严格认定土地囤积的标准并严肃查处,土地闲置问题完全可以在现有法律框架下得到遏制,无需“劳驾”新政。从这个角度看,新政其实不新。

其二,没有在现有的法律框架内解决问题,会导致调控措施缺乏法律基础。以各地新政最突出的“限购令”政策为例。《合同法》规定的“合同自由原则”,^①任何单位和个人不得非法干预。《物权法》明确规定私人的物权受法律保护,任何单位和个人不得侵犯;并且规定,国家对不动产实行统一登记制度,相关办法由“法律、行政法规”规定。^②因此,规定一个家庭只能购买一套房,有侵犯合同自由之嫌;规定违规购房房地产登记机构不予登记亦与法定的统一房地产登记制度相抵牾。

有论者认为,房地产市场的宏观调控是在特殊情况下采取的权宜之计,可以抛开法律框框实施“法外”措施,这一论调是很危险的。有关部门刚刚重申“警惕以创新为名突破法律禁区”,^③这意味着改革创新不能突破法律。房地产调控应当首先加强现有法律的执法力度,而不是将现有法律规定置之

一旁。诚然,我国的房地产立法确实存在不完善的情况,但我们也要看到,立法不足只是造成房地产市场诸多问题的一个方面。就我国目前的情况来看,还应该有一个同样重要的问题,即法律适用问题。从“有法必依、执法必严”的角度看,新政老法确实不可偏废。

四、房地产新政中若干重要问题的法制建设

关于我国房地产市场的根本问题,实务界和学术界的评论都多有述及。简言之,问题有三:一是住房制度问题:保障性住房、经济适用房、廉租住房建设严重不足,绝大部分住房需求都要依靠商品住房市场解决,违背1998年房改针对住房制

度安排的初衷。二是土地制度问题:土地供给严重不足,进而导致住房总量不足,不能满足居住总需求。三是财政制度问题,1994年开始实行的分税制使得地方财政收入锐减,只能依靠土地财政维持政府收入,进而推高土地价格,在楼面价居高不下的情况下房价很难真正降低。笔者认为,制度性问题最终还是要从制度层面解决,在上述制度问题没有得到根本解决的情况下,对于制度的“小修小补”并不能真正稳定和发展我国的房地产市场。

(一)保障性住房问题

与以往的调控政策不同,本轮调控新政颇有新意之处在于保障性住房体系的建设被提高到前所未有的高度。笔者认为,中央政府的这一举措可谓切中要害。

美国、英国、德国、法国等西方国家,以及香港地区、新加坡、日本等房地产市场比较成熟的亚洲国家和地区,历来奉行由市场决定商品房价格,政府只是通过利率、税收等市场化手段对房地产市场进行管理。在市场经济条件下,尊重市场规律、维护(一定的)自由市场经济,是有限政府作为“市场经济守夜人”的最基本职责。

而在市场经济条件下,保障公民的基本生活需求(基本人权),如住房、教育、医疗、养老等,也是政府的另一项重要职责。住房是民生的基础,政府必须严格履行保障公民居住职责,而不是用市场中的低房价来保障民生。从某种意义上讲,市场经济中商品房的房价与居住权利的保障没有直接联系。解决中低收入群体的住房问题更多的应当依靠政府建立和完善由经济适用房、限价房、廉租房、平租房、公租房等组成的保障性住房体系。

从观念上我们应当明确,商品房市场和保障性住房是两个不同的概念:前者是市场化的、商品化的、可以自由买卖交易的,是市场问题;而后者是政策性的、保障住房权利的,是民生问题。两者不能混为一谈,更不能以此代彼,用前者去解决后者的问题,用抑制商品房价格去替代政府保障民生的责任。政府应按照居民收入,分成低收入、中等收入和高收入三类人群,针对这三类人的住房供给应该是不同的:为低收入者提供廉租房,为中等收入者提供平租房或经济适用房,为高收入者提供商品房。针对前两者,政府应当承担住房保障的职责;针对后者,完全由市场决定。在很多发达国家和地区(如香港),政府供应房的比例超过市场存量房总量的50%。而我们国家的问题正在于廉租房和经济适用房建设严重不足、比例太低,不能满足中低收入家庭的住房需求。

事实上,中央政府在1998年住房制度改革之初就已经意识到这一点。当时的《国务院关于进一步深化城镇住房制度改

革加快住房建设的通知》(国发[1998]23号)即提出建立和完善以经济适用住房为主的住房供应体系:一是对不同收入家庭实行不同的住房供应政策。最低收入家庭租赁由政府或单位提供的廉租住房,中低收入家庭购买经济适用住房,其他收入高的家庭购买、租赁市场价商品住房;二是调整住房投资结构,重点发展经济适用住房,加快解决城镇住房困难居民的住房问题。新建的经济适用住房销售价格实行政府指导价,按保本微利原则确定。

但上述房改精神并没有被真正落实。房改10余年以来,商品化、社会化的住房供应体系逐步建立起来,但经济适用房、廉租房等保障体系的建立却长期被忽视。直到2007年保障性住房体系才正式以国务院文件和部委文件的形式下达,开始重新重视合理的住房结构问题。而“新国十条”等在保障性住房建设问题上开始真正回归到1998年的《决定》。

房地产新政,表面上是针对房价,本质上是针对住房保障,更深层次是针对民生。政策之所以难以落实,很大程度上是立法层面的不明确。我国还没有一部《住房保障法》来保障公民的居住权,明晰政府的住房保障职责。我国在住房保障方面只有住房与城乡建设部下发的相关文件,既没有相关法律依据,也没有政府实施条例。因此,中央文件下发后,很多地方政府经常会以资金问题、土地问题等理由执行不力。^④

另一方面,各地保障性住房的申请都是由地方政府制定标准并进行核查。近年来出现很多开名车申请经济适用房等人为诟病的现象。因此,从法律上讲,没有统一的法律进行规范,也不利于保障性住房体系的健康发展。

目前,《住房保障法》已经被列入十一届全国人大常委会五年立法规划,住房和城乡建设部住房保障司负责该法的起草工作。据参与立法人员介绍,《住房保障法》的草案明确公民居住权,以及政府在保障人人有其住所方面承担的责任,还将通过法律对保障性住房的资金来源给予保证,并且已经明确将经济适用房、廉租房等纳入其中。^⑤

当然,在着力建设保障房的同时,也应避免另一种倾向,即矫枉过正,在市场化方向上背离1998年房改的初衷。其一,住房的保障民生和提供投资需求的功能两者不可偏废。住房既是投资品,又是消费品,居民为自住而购房,或为投资获利而购房都是合理的。如果为抑制房价上涨而否定房屋的投资功能,甚至把居民购买一套住房也算作投资行为予以约束与限制,这既不符合房屋的经济属性,也与我们鼓励居民获得更多的财产性收入提高生活水平的愿望相违背。^⑥其二,保障性住房体系的建设也要依靠市场化手段。应当积极吸收民间资本参与保障性住房的建设,探索合理的商业模式推动保障性

住房体系的建立。政府在此过程中并不需要作为“运动员”直接参与甚至主导建设,而是通过制定合理的规则充分调动企业家的积极性,引导房地产企业在保障性住房的建设中获取合理的利润。应极力避免政府过度干预房地产市场导致出现美国“两房”危机的情况。其三,保障性住房建设目前主要的资金筹措渠道还是政府的土地出让收入和房地产税费收入,而房地产企业出资成立公租房、保障房基金也是引人注目的市场热点。如果我们不能形成一个健康的、市场化的、法制化的房地产市场,那无论是政府还是房地产企业都不可能持续稳定地向保障性住房的建设提供资金支持。因此保障房建设和商品房市场并不是互相排斥的,相反是互相依存、互相扶持、缺一不可的。

(二) 土地制度问题

配合“国十一条”、“新国十条”等调控政策,相关部门陆续出台多份土地调控文件,针对土地闲置、囤地炒地行为规定相应的调控措施,力图在紧缩银根之外收缩地根。该等措施集中在限制房地产开发企业囤积土地的经营行为和获利方式,进而控制抬高土地价格,达到遏制房价过快上涨的政策目的。但笔者认为,土地新政短期内可能会使房地产价格小幅下调;但长期来看,以此来抑制土地价格、房价的过快上涨,并不符合现实。可以说上述土地调控措施并没有触及我国土地问题的根源,即土地资源短缺。我国连续多年土地供给总量持续下降,土地价格当然会持续上涨,这是人力无法改变的经济规律。而土地资源短缺的根源则在于我国的土地出让制度。

土地出让制度的根本问题有三个,国有土地的70年出让年限乃其一。其二是土地出让的招拍挂制度。政府在招拍挂制度中充当垄断的土地供应者的角色,不允许其他土地所有权主体参与土地转让交易,这是形式上的市场化,而非实质上的市场化:土地出让完全由政府垄断,土地的供需平衡没有市场化保障。于是,原来由开发商分别与地方政府谈判,找地开发的多头模式,变成现在地方政府一家找地、一家供地的垄断局面。土地供应被牢牢控制,开发商为维持经营,于是想方设法多拿地、多储地、多囤地,这必然造成土地交易过热。其三在于建立在招拍挂制度之上的土地财政制度。这是一直以来使土地调控、房价调控难以真正落实的重要原因。源于对土地财政的依赖,地方政府必然希望土地收入越高越好;甚至很多地方的土地储备中心,也存在囤地的现象。把土地储备起来,人为造成供地短缺,从而导致地价上涨,然后高价卖出,使开发商变成地方政府的融资平台,为地方政府提供大量的财政支撑。在巨大的利益面前,地方政府主动增加供给、压低地价的动力明显不足,甚至会想方设法规避国家的调控政策。

因此,相对于土地出让制度和土地财政问题而言,土地闲置、囤地炒地等都是副产品,其本身是现象而非本质,采取“头痛医头,脚痛医脚”的办法不能从根本上解决问题。不改变垄断性供地和竞争性买地的结构,再加上招拍挂制度“价高者得”的交易方式,降低房价将很难实现。

因此,根本解决土地问题必须从立法和制度层面着手。一方面应当从立法上明确土地使用权到期后的处理方式;^⑦另一方面要在制度上建立多头的土地供应市场,允许有多个土地供应方,政府通过征收土地增值税对土地市场进行调控。

(三) 房产税(物业税)问题

始于2003年的新一轮税制改革,其中的重要一项,便是对现有房地产税费进行整合,出台物业税或不动产税。2009年5月,国务院批转国家发改委《关于2009年深化经济体制改革工作意见的通知》,首次将物业税改革提到政府的议事日程。此后在新一轮调控风波中,市场普遍期待政府能够将物业税作为调控楼市的利器祭出。终于,在本年最近的一轮调控政策中,上海市政府和重庆市政府在中央政府的支持下以房产税的名义试点推出两个各有特色的物业税版本,可谓“千呼万唤始出来”。

进一步完善目前的房产税试点尚有若干技术层面的难题需要在实践中解决,如土地出让金是否纳入物业税、多套住房的物业税如何计算、物业税的征收标准、房屋价值的评估办法和评估机构等等。笔者在此希望和技术层面之外,探讨物业税(房产税)的法律基础。简言之,笔者认为目前上海市和重庆市开征房产税的法律论证并不太充分。

从法治(宪政)精神看,税收法定主义是税法宪政的基本原则。税收法定主义是指税法主体的权利义务、税法的各类构成要素和征纳主体的职权只能由法律予以规定。税收法定主义起源于欧洲中世纪时期的英国。1215年,与议会的斗争中处于弱势的英国国王被迫签署《大宪章》,对国王征税问题作出明确的限制,而《大宪章》正是法治国家的滥觞。

从现行立法看,《立法法》明确规定:基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度必须制定法律,而国家立法权只有全国人大和全国人大常委会才能行使。此前国务院颁布的税收行政法规,都是依据1984年全国人大发布的《关于授权国务院改革工商税制发布有关税收条例草案实行的决定》。且不论该《决定》在《立法法》颁布之后的效力如何,该《决定》只授权国务院在实施国营企业利改税和改革工商税制的过程中有权拟定有关税收条例。很明显,《决定》涉及的税种是有特指的,并不包括房产税或物业税这一类财产税。

有论者认为房产税或物业税是地方税,地方人大或政府拥有立法权。诚然,房产税的确属于地方税种,但地方税只是属于地方固定财政收入、由地方管理和使用的税种,其设立的权限却不在地方政府。《立法法》第64条也规定,省、自治区、直辖市和较大的市根据本地方的具体情况和实际需要,可以先制定地方性法规,但其前提是针对“除本法第八条规定的事项外,其他事项国家尚未制定法律或者行政法规的”,不包括税收法规。

如上所述,我国地方财政在实行分税制以后普遍存在财政紧张的状况,因此只有依靠土地财政维持地方政府的开支。从这个角度上看,开征房产税是有积极意义的。我国的政府部门有颇为常见的“部门立法”的习性。通常认为,我管理这个领域,那么就有权立这个领域的法。而有没有法律授权、是不是符合法律规定,都没有得到足够的重视。因此,全面推行物业税首先要解决的是立法权限的问题,在目前的法律体系下由行政部门开征物业税的合法性尚有待商榷。

五、结语

综上所述,笔者认为:一方面,房地产新政的出台是应形势之需,对于保障居民基本住房需求、稳定房地产价格是必要的;但另一方面,由于政策本身具有行政性、短期性和不稳定性等特点,很难给市场提供长期和稳定的预期。因而从长远来看,将不利于房地产市场规范秩序的建立和平稳、健康发展,达不到本来的行政目的。因此一方面,我们应当展开各项法律调研工作,借我国社会主义法律体系形成和进一步完善之机,让我国的房地产制度进一步跟上社会主义市场经济发展的节奏;另一方面,在法律未有根本改变之前,也应充分调动现有老法的资源,做到有法必依、执法必严。总而言之,本文的愿望

是希望新政能够有更强的法律基础,和现有法律体系更和谐。

我们坚信,在中央政府的努力下,我国的房地产市场一定会走上健康、稳定依法发展的轨道。作为法律人,我们愿意为此付出自己的一份努力。●

注释:

①《合同法》第4条规定“当事人依法享有自愿订立合同的权利,任何单位和个人不得非法干预。”

②《物权法》第4条规定“国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律保护,任何单位和个人不得侵犯。”第6条规定“不动产物权的设立、变更、转让和消灭,应当依照法律规定登记。”第9条规定“不动产物权的设立、变更、转让和消灭,经依法登记,发生法律效力;未经登记,不发生法律效力,但法律另有规定的除外。”第10条规定“国家对不动产实行统一登记制度。统一登记的范围、登记机构和登记办法,由法律、行政法规规定。”

③见国务院法制办副主任郜风涛2010年9月27日至28日在“转变经济发展方式的法治保障”研讨会上的讲话。

④伴随着“新国八条”要求各地“加大保障性安居工程建设力度”,住建部在今年初再次代表保障性安居工程协调小组与各地政府签订目标任务责任书,要求保证年内开工1000万套保障房的建设,并在年内完成500万套保障房。此类行政动员是否有助于加快保障性住房的建设尚有待观察。

⑤住房保障司司长冯俊本年3月9日接受媒体采访时表示,《住房保障法》已初步形成初稿。但是什么时候能够出台,现在很难给出一个时间表。

⑥张鑫,《让住房真正回归民生性或消费品功能》,《上海证券报》2010年4月30日第八版。

⑦《物权法》第一百四十九条仅仅规定“住宅建设用地使用权期间届满的,自动续期”,并未明确续期的具体方式,是否需要缴纳费用。不明确的法律预期也在一定程度上造成市场主体对于土地使用权届满后的无偿续期有过高的预期。近日青岛经济技术开发区黄岛区阿里山小区20年国有土地使用权出让期限撞“限”和上海市在土地拍卖的《出让预审须知》中可“由出让人收回并补偿相应残余价值”的表述再一次引起市场对于使用期限届满后处理方式的关注和争议。

(本文获第九届华东律师论坛优秀论文一等奖)



英国伦敦律师协会图书室 摄影:黄绮 律师



光大律师事务所管理合伙人，
留美硕士。目前担任中华全国律师
协会经济委员会委员、上海市律师
协会国资国企业务研究委员会主任、
虹口区青联副主席等职。

●文/洪亮(上海光大律师事务所)

国资委对央企境外投资的新规范

【摘要】《中央企业境外国有资产监督管理暂行办法》(下称《境外资产监管办法》)和《中央企业境外国有产权管理暂行办法》(下称《境外产权管理办法》)是国务院国资委依其职权,结合中央企业境外国有资产、产权管理的实际需要和有关制度建设经验,对中央企业境外国有资产、产权管理做出的较为具体的规范要求,是监管企业境外国有资产、产权方面的重要探索和制度创新。尽管这两部规章刚刚出台,但却已跟不上时代的步伐。频频的撤资也许暂时缓解了我国央企长期境外投资的亏损的程度,但是这并没有影响到境外投资亏损的本质,央企需要的是夯实基础管理,让企业走上沉稳有序轨道,因此管理者不但应充分重视对企业的管理,而且更要注重企业的运营。

【关键词】国资委 国有资产 境外投资 监管

《境外资产监管办法》和《境外产权管理办法》真可谓是一千呼万唤始出来,终于在2011年6月14日公布,于2011年7月1日开始实施。这两部重要规章的出台,是加强国务院国资委依法履行其出资人职责,完善并加强国有资产保值增值责任,加强境外国有资产监管和防止国有资产在境外流失的一项重要举措,同时对于推动中央企业真正做到具有领先地位、培养出具有国际竞争力的世界一流企业的目标要求,加快实施国际化经营战略的进程,合理利用国有资产具有深远的影响。

一、新规章有关央企境外投资的内容

随着我国经济实力的逐渐增强,央企在境外投资的规模逐渐扩大,尤其是近几年来,央企在境外投资的比重迅速增加,境外投资的经营方式和组织管理趋于壮大和复杂,使我国境外投资经营的领域不断向外拓展,将中国中央企业推出亚洲,推向世界。当然,在日趋复杂的境外投资环境下,许多中央企业在“走出去”的投资经营过程中,注重境外投资的发展战略,加强对境外国有资产的监控和管理,在总结一些经验的同时也为我们留下了很多先进的方法去效仿,这显然是成功的。

然而,在我们看到境外国有资产投资带来的丰硕的收益外,我们更要清醒地认识到央企对境外国有资产的监控和管理是存在问题的。

中央企业境外国有资产投资过程中对国有资产的监管存在的薄弱环节让我们不得不面对央企对外投资过程中产生的种种弊端。一些企业对境外国有资产的管理制度还很单一,管理责任制度不完善,导致国有资产的大量流失;一些企业的投资盈利意识不强,只注重眼前利益,而忽略长期的收益,影响国有资产本该有的盈利,影响其应达到的效应;一些企业只注重投资,忽略了风险投资带来的危险,这将有可能影响央企在境外国有资产的安全与稳定。这一系列问题的出现,影响了央企境外国有资产投资的效果,同时也反映出我国经济在发展过程中表现出来的种种隐患。国有资产的安全受到威胁后向我们频频发出红色警示信号,国务院国资委依据《中华人民共和国企业国有资产法》和《企业国有资产监督管理暂行条例》等法律、行政法规,在认真总结中央企业境外国有资产监管经验的基础上,制定了《境外资产监管办法》和《境外产权管理办法》。这两部规章的出现,为我国进一步建立完善的境外国有资产监管的制度规范奠定了基础,在切实加强中央企业对境外国有资产和产权的监督管理、维护境外国有资产的权益上表现出了更强的生命力。

其中,《境外资产监管办法》坚持“落实管理责任、严控重大事项、规范特殊业务”的标准,既对中央企业境外国有资产监管制度作出较为具体的规定,又对境外经营中普遍存在且容易引发国有资产流失的个人代持股权、离岸公司监管、外派人员薪酬等特殊业务进行了具体的制度规范。《境外产权管理办法》则将履行国有资产出资人职责作为基本出发点,强调产权归属原则与注册地适用原则相结合,明确表明中央企业是其境外国有产权管理的责任主体,并且对其责任要求予以具体规定。这是央企对境外国有资产进行问责制管理的第一步。

《境外资产监管办法》共七章四十条,主要是对境外国有资产的管理与监控。主要包括:明确了国资委、中央企业对境外国有资产的监督管理职责;提出了中央企业境外投资

及后续管理过程中各个环节的管理要求；明确了境外企业生产经营活动中各项基础管理工作的原则性要求；规定了境外企业重要经营管理事项的报告程序、内容和时限；从企业内部管理和外部监督两个层面提出了境外国有资产监管工作内容和要求。^①

《境外产权管理办法》共二十条，主要包括：规范了境外国有产权登记和评估项目管理，对境外企业产权转让等国有产权变动事项的审核权限、基本程序、转让价格、转让方式、对价支付等做出了具体规定，明确了上市公司国有股权管理的基本原则，规范了个人代持境外国有产权、设立离岸公司等事项。《境外产权管理办法》要求中央企业落实境外国有产权管理工作责任，及时将本企业境外国有产权管理制度、负责机构等相关情况书面报告国资委。中央企业应当每年对子企业执行该办法情况进行监督检查。国资委将对境外国有产权管理情况进行抽查。^②

二、新规章对央企境外投资规定的闪光点

（一）央企的境外资产管理进一步公开透明

《境外资产监管办法》的一个突出特点就是对中央企业所有的境外资产实行了全面的监管，通过报批、报备等方式让原来主要由央企操作的境外资产全面列入到系统监控之中。《境外资产监管办法》规定，国资委依法监督管理中央企业境外投资、境外国有资产管理重大事项，组织协调处理境外企业重大突发事件。其中，中央企业及其重要子企业收购、兼并境外上市公司以及重大境外出资行为应当依照法定程序报国资委备案或者核准。以非货币资产向境外出资的，应当依法进行资产评估并按照有关规定备案或者核准。这让央企的境外资产管理进一步公开透明。^③

（二）加强对境外金融风险的管控

对于此前出现较大漏洞的金融风险管控，此次文件规定，中央企业应当加强境外金融衍生业务的统一管理，明确决策程序、授权权限和操作流程，规定年度交易量、交易权限和交易流程等重要事项，并按照相关规定报国资委备案或者核准。从事境外期货、期权、远期、掉期等金融衍生业务应当严守套期保值原则，完善风险管理规定，禁止投机行为，以加强央企境外国有资产管理，规范境外企业经营行为，维护境外国有资产权益，防止国有资产流失。^④

（三）防止国有资产外流或丧失控股地位

为防止央企经营资产在境外流失，或者在境外经营中国国有资产丧失控股地位，国资委在这两份文件中强化了监督。中

央企业重要子企业由国有独资转为绝对控股、绝对控股转为相对控股或者失去控股地位的，应当报国资委审核同意。^⑤

（四）增加问责制：追究相关责任人的责任

最值得关注的是，在《境外资产监管办法》和《境外产权管理办法》中均明确了中央企业是其境外国有资产管理的责任主体，其中对于境外企业管理失控、越权投资、内部控制和风险防范存在严重缺陷、未建立境外企业国有资产和产权监管制度，并造成国有资产损失的情况，国资委将按照法律、行政法规以及国有资产监督管理有关规定，追究相关责任人的责任。“央企集团成为责任主体，就意味着今后负责人必须要对海外投资失误“买单”。在很多业内人士看来，这两份酝酿已久的文件出台，犹如一把利剑直击热情高涨的央企海外投资“软肋”。^⑥

（五）首次明确要求对离岸公司的管理

离岸公司一直是央企监管的灰色地带，这次的规章对此有了明确的规定。《境外资产监管办法》规范离岸公司设立程序，加强离岸公司资金管理。^⑦

（六）境外央企不得开设个人账户

规章明确规定了资金使用管理权限，强调严格执行企业主要负责人与财务负责人联签制度，大额资金支出和调度应当符合中央企业规定的审批程序和权限。规章称，境外企业应当选择信誉良好并具有相应资质的银行作为开户行，不得以个人名义开设账户，但所在国（地区）法律另有规定的除外。境外企业账户不得转借个人或者其他机构使用。

三、对央企境外投资的规定仍需进一步完善

法律作为规范人民生活、具有普遍约束力的社会规则往往具有滞后性，即使是最新出台的《境外资产监管办法》和《境外产权管理办法》也只是将已经发生的问题做出相应调整，以保证央企境外投资的顺利进行。但是万物不是一成不变的，当规章出台的那一瞬间又产生了很多新的问题等待我们去解决。《境外资产监管办法》和《境外产权管理办法》对我国来说是一个巨大的进步，它将进一步规范我国的境外投资市场，但是国资委出台这两个规章是否真的能够达到它欲达到的本意？

曾有人揣测国资委出台这两个规章的意图，认为央企放弃在国外的投资是个明智的举动，因为从全球经济趋势的判断上来看，中国企业也许已经意识到全球经济可能会再次陷入经济危机，而收回投资或放弃海外投资而持有现金去等待比2008年经济危机更好的并购时机显然是有先见之明的。可

是大家似乎忘记了中国政府的财政是很雄厚的,就从中央政府下拨四万亿元救世金来恢复经济生产这一个方面来看,中国恢复经济最主要的方式就是政府推进型,中国政府是不会太在乎境外投资的那部分资金的。此外,从近几年普发性自然灾害来看,当世界各国纷纷陷入资金、资源短缺时,中国永远是冲到前线帮助其恢复生产的,源源不断的货物、资金都向世人昭示了中国是个富庶的国家,而海外的投资对我们国家来说简直就是九牛一毛。最应该让我们注意的是我们国家现在通货膨胀,物价飞涨,而大量的资金从海外收回,则无异于增加了我国流通货币的数量,那么可能加剧通货膨胀的程度,物价可能会一直飙升。所以无论是从国家的角度出发,还是对于普通人民大众来说,这都是直接威胁到我们的日常生活的隐患,最终将影响社会的稳定。我们不能为了贪图收购别国企业这样的蝇头小利而将自己的百姓推向水深火热之中吧?

一定会有人对上文的说法嗤之以鼻,他们一定会反驳,美国一直是世界经济的龙头老大,可是2008年的经济危机还是给美国以重创,当然这也给了中国一个机会使其成为美国第一号大债主。而中国经济在坚持走市场经济后迅速腾飞,这样可喜的成绩让很多人不禁担心,中国会不会重蹈美国的覆辙。正因为如此,很多人极力怂恿中国政府应将资金收回自己的口袋之中以应付突发的经济危机。可是大家总是忘记这样一个事实:中国政府的资金是很充裕的,即使在自己国家发生几次地震后,仍能向其他国家伸出援助之手,让友邦知道有中国这样的外交国家,他们便可“高枕无忧”。

还有一点是不得不提的,因为这一点会对我国的外交产生极大的影响。这次出台的规章对央企在海外的投资做出了严格的规定,以避免国有资产不必要的外流。可是这样的规章一经正式实施,央企必然是将境外资产收回或者是放弃国外投资的竞标,这个举动必然会产生一个效果,即我国的资金越来越多,而外国拥有可用于本国发展的资金越来越少。那么将会产生连锁反应,本该受惠的国家可以用这笔资金用于本国经济的发展,带动国民生产总值,提高本国的就业率,但是央企将资金收回,将别国到嘴的鸭子硬生生地夺回,这对于别国来说是何等的残酷,毫无疑问此举将伤害友邦的感情,不利于国家之间的交往,在客观上阻碍了其他国家的经济发展;易让别国产生中国小气的心理,将会引起他国严重的不满之情;当然,这也会成为以美国为首等国家攻击我国的把柄。最重要的是中国素来注重与友邦之间的友好往来,而如今这样的举动将会给中国的形象减分,这不是中国政府希望看到的局面,至少现在还不希望。

与其说是防止境外国有资产流失,不如说是央企的境外

投资是赔得太多,已经资不抵债。这也许是这两个规章出台的最重要的原因。可是这种治标不治本的方法怎么会达到它想达到的效果?央企境外投资不盈利的原因只靠不投资太多就能解决的吗?其实最简单的解决方法早就摆在我们面前了,只是我们已经懒散习惯了想做个保守派,不想改革更不想夯实基础,因为这个过程是漫长且曲折的,也没人愿意尝试这改革的第一杯羹。我们都知道“走出去”是中国实力企业国际化经营的必经之路,这事关中国经济长远发展。但在中国企业“出海”的路上,必须先练好“内功”,才能“走出去”、“走得稳”、“走得好”。系统的管理是一个好方法,但这只是后续的方法,基本的方法还是在于我国央企应进行自我管理,打好基本功,将央企打造成一支优秀的团队,这样才能在波涛汹涌的世界经济丛林中博得一席之地,而不是发生状况只知道退缩。

中华民族历来就是世界上最聪明的种族之一,中国的管理人才绝不是少数,我们需要的是央企这个伯乐能够发现千里马,并将其培养成自己的座骑,在自己的疆域内任其驰骋,这样的伯乐才能“常乐”。当下施行的规章对我们国家是很有利的,我也坚信在中国不断扩大市场的过程中会不断积累经验,打造自己的民族品牌,实现盈利创收,让中国的企业稳扎世界各个角落,这是我们的目标更是我们的方向。●

注释:

①国资委颁布《境外资产监管办法》及《境外产权管理办法》,国务院国有资产监督管理委员会政策法规局, 2011-06-27. 来源:<http://www.sasac.gov.cn/n1180/n1566/n11183/n11260/13624849.html>

②国资委颁布《境外资产监管办法》及《境外产权管理办法》,国务院国有资产监督管理委员会政策法规局, 2011-06-27. 来源:<http://www.sasac.gov.cn/n1180/n1566/n11183/n11260/13624849.html>

③汪时锋:《境外国资监管办法出台 严控国资境外流失》,第一财经日报,第A4版, 2011/06/28, 来源:YNET.com 中青网,<http://dycj.yinet.com/article.jsp?id=79530329>

④汪时锋:《境外国资监管办法出台 严控国资境外流失》,第一财经日报,第A4版, 2011/06/28, 来源:YNET.com 中青网,<http://dycj.yinet.com/article.jsp?id=79530329>

⑤汪时锋:《境外国资监管办法出台 严控国资境外流失》,第一财经日报,第A4版, 2011/06/28, 来源:YNET.com 中青网,<http://dycj.yinet.com/article.jsp?id=79530329>

⑥杨桦:《国资委规定央企负责人须对海外投资失误买单》,经济参考报,第A01版;封面.北京报道,2011-06-28,来源:http://dz.jckb.cn/www/pages/webpage2009/html/2011-06/28/content_28749.htm?div=-1

⑦汪时锋:《境外国资监管办法出台 严控国资境外流失》,第一财经日报,第A4版, 2011/06/28, 来源:YNET.com 中青网,<http://dycj.yinet.com/article.jsp?id=79530329>

(本文获第九届华东律师论坛优秀论文二等奖)



谭芳:上海市第四届优秀女
律师、徐汇区三八红旗手。
上海市嘉华律师事务所高级
合伙人,兼任上海市女律师联
谊会秘书长、上海市律协民事
业务委员会主任、徐汇区律
工委副主任。



赵予慈:上海市嘉华
律师事务所律师。2008
年毕业于复旦大学法学
院,2010年开始执业。曾
获徐汇区司法行政系统
“服务保障2010年上海
世博会先进个人”。

●文/谭芳 赵予慈(上海市嘉华律师事务所)

离婚时公司股权分割的若干问题探讨

——从一则案例看公司大家和婚姻小家的博弈

【摘要】随着经济的发展,有限责任公司已经成为社会构成的重要元素之一,公司股权也成为越来越多的家庭主要的财富组成部分。近年来的离婚诉讼案件中,因股权分割引发的纠纷越来越多,股权的转让是否需要经得股东配偶的同意,股权分割协议在履行中存在哪些障碍,一系列新兴的法律问题日渐突出,并且横跨了公司法与婚姻法两大法律门类。而股东的有限责任以及股权的相对稳定又是公司正常发展的重要保障。公司权益如何在股东离婚时不受到影响,股东配偶一方的权益如何在离婚时得到保障,如何解决两种法律价值的冲突正是本文欲探寻的问题。本文试图从一则案例看公司大家与婚姻小家之间的利益如何进行博弈。

【关键词】 公司股权 公司资产 共同财产 离婚诉讼 股权转让 公司收购

一、一则案例引发的问题

笔者曾代理过一起离婚纠纷,男方(A先生)与女方(B女士)于1989年12月登记结婚,婚后育有一子。因无法忍受A先生的婚外情行为,B女士于2009年向上海市浦东新区人民法院提起离婚诉讼。夫妻共同财产中,除了位于陆家嘴上千万元一套的两套豪宅之外,A先生还曾在2008年前后到山西某地分别投资了两家煤业公司,出资共计624万元,分别享有两家公司50%、67%的股权,其余股东分别为A先生的两位朋友。

在A先生与B女士的离婚诉讼进行阶段,恰逢当地政府牵头整合中小煤矿,A先生投资的两家公司也在被整合之列。因此,A先生与公司其他股东有意将公司整体打包转让给相关企业,并签署了转让意向书。因公司拥有的采矿权对应的矿藏较为丰富,两个公司的资产总和经评估价值高达人民币2.4亿元,据此,A先生在公司收购后可得的股权转让价款高达人民币1.5亿元。

浦东新区人民法院判决A先生与B女士离婚,并在离婚判决中对除该股权之外的财产进行了处理。作为B女士的代理人,在离婚判决生效后对于上述股权究竟是提起股权转让款的分割还是直接要求分割股权曾有过反复的斟酌。如果直接要求分割

股权转让价款,则不会涉及是否需要公司其他公司股东同意的问題,但由于整个收购在离婚纠纷期间刚刚启动,根据协议的约定,A先生在诉讼结束前尚不能拿到所有转让价款,这对B女士将来执行判决极其不利。

如果以要求分割股权作为诉讼请求,那么法院究竟是否会采纳我们的意见?涉及公司其他股东的权利将如何处置?作为收购一方,是否会因我们的主张而放弃收购,导致该两家公司因此并不再具有更多的价值?这些是我们在设计诉讼方案时是无法忽视的问题。

二、离婚诉讼中分割有限公司股权

1. 现行法律规定

(1) 公司法律层面的规定

排除诸如国有企业等特殊形态公司的特定条件,对于一般情况下,转让公司股权首先要遵循《中华人民共和国公司法》(以下简称“《公司法》”)。

现行《公司法》第72条规定:有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。股东向股东以外的人转让股权,应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意,其他股东自接到书面通知之日起三十日内未答复的,视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的,不同意的股东应当购买该转让的股权;不购买的,视为同意转让。经股东同意转让的股权,在同等条件下,其他股东有优先购买权。两个以上股东主张行使优先购买权的,协商确定各自的购买比例;协商不成的,按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。公司章程对股权转让另有规定的,从其规定。

根据上述要求,股东在转让股权的过程中必须征求同意的对象是公司内部的其他股东,如果公司章程本身对于股权转让有特别约定的,则应当遵循章程的约定。

(2) 婚姻法法律层面的规定

《中华人民共和国婚姻法》(以下简称“《婚姻法》”)第17条规定:夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产,归夫妻共同

所有:(一)工资、奖金;(二)生产、经营的收益;(三)知识产权的收益;(四)继承或赠与所得的财产,但本法第十八条第三项规定的除外;(五)其他应当归共同所有的财产。夫妻对共同所有的财产,有平等的处理权。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》(以下简称“《婚姻法解释二》”)第16条规定:人民法院审理离婚案件,涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在有限责任公司的出资额,另一方不是该公司股东的,按以下情形分别处理:(一)夫妻双方协商一致将出资额部分或者全部转让给该股东的配偶,过半数股东同意、其他股东明确表示放弃优先购买权的,该股东的配偶可以成为该公司股东;(二)夫妻双方就出资额转让份额和转让价格等事项协商一致后,过半数股东不同意转让,但愿意以同等价格购买该出资额的,人民法院可以对转让出资所得财产进行分割。过半数股东不同意转让,也不愿意以同等价格购买该出资额的,视为其同意转让,该股东的配偶可以成为该公司股东。用于证明前款规定的过半数股东同意的证据,可以是股东会决议,也可以是当事人通过其他合法途径取得的股东的书面声明材料。

(3) 地方高层层面的规定

上海高院《关于审理涉及公司诉讼案件若干问题的处理意见(三)》(2004)二、处理股权因被继承、析产或者赠与而与其他股东优先购买权产生纠纷的问题。继承人、财产析得人或受赠人因继承、析产或者赠与可以获得有限责任公司的股份财产权益,但不当然获得股东身份权,除非其他股东同意其获得股东身份。未取得股东身份的继承人、财产析得人或受赠人将股份对外转让的,其他股东在同等条件下享有优先购买权。

2. 实践操作

根据笔者以往处理离婚纠纷股权分割的案件,如果是协议离婚,则夫妻双方在离婚协议中先明确约定股权的变动或分割比例,将原来一方单独持有的股权交由另一方持有或按照一定比例由双方分别持有。但是,基于公司法在股权变动中对其他股东优先购买权的保护,夫妻对股权变动或分割比例的协议虽然业已生效,但不能对抗第三人,且分得股权的一方尚不能成为真正的股东。

第二步就是需要向公司其他股东征询是否同意该股权变动的意见,是否行使优先购买权。通常通过召开股东会决议,在其他股东过半数同意,并明确表示放弃优先购买权的情况下,离婚协议中对股权变动或分割比例的协议才对公司及其他股东发生效力,才可以据此要求公司变更股东名册和工商登记。

结合前述《公司法》的规定,如果半数以上其他股东不同意股权变动,又不购买该股份,那么超过30日的答复期,即视为他

们同意股权转让,放弃优先购买权的行使,夫妻对股权变动或分割比例的协议对公司具有效力,可以据此要求公司变更股东名册和工商登记。

3. 学者的争议

(1) 不应适用优先购买权

主张在离婚时不应给予其他股东优先购买权的学者认为,现行规定没有虑及因夫妻离婚所致股权分割与一般股权转让的根本区别,损害了股东配偶对夫妻共同财产所享有的合法权益。

首先,夫妻离婚时对所持公司股权进行分割,是基于特定身份关系发生的夫妻共同财产的分割,而非向公司以外的、不特定的第三人转让股权。但在夫妻因离婚分割股权的情况下并不能当然适用。再者夫妻离婚对所持公司股权进行的分割与股东资格继承具有完全相同的法律属性。因此,应当类推《公司法》第76条规定,既然对于继承而发生的股权变动,公司股东的优先购买权居次。那么,股东离婚时对股权进行的分割,公司其他股东的优先购买权同样居次,也不应享有优先购买权,股权受让人应当取得股东资格。

其次,夫妻离婚分割股权的特殊性还在于,夫妻之间未持股的一方是另一方持股股东股权的当然出资人。一般股权对外转让中的受让人原本不具有股东资格,而夫妻离婚所致股权分割中的受让人作为股东的配偶,本就是该股权的共同共有人,其法律地位相当于合法的隐名股东。

(2) 应予适用优先购买权

反对前述观点的学者认为从法理上说,离婚分割股权本质上仍然是股权转让的多种具体形态的一种。《公司法》规定的对外转让的“外”是指股东以外人,股东配偶对股东而言虽是“内人”,对公司仍是外人,故夫妻离婚分割股权与股东向不特定第三人转让股权并无本质不同,故仍应适用有关优先购买权的规定。至于继承,实质上与离婚并不相同,继承行为导致的股权转让并非基于当事人之间的协议,而是因死亡这种特定的法律事实而发生。即股权的继承是一种依照法律规定而发生的股权流动形式,其特点在于依法发生,不以当事人的意志为转移。但离婚则截然不同。

另外,即使用于出资的财产是夫妻共同财产,但对于公司而言,夫妻共同财产一旦作为公司的出资,就成为公司的资产,不再是夫妻共同财产。由此,不能因为夫妻共同出资即认为具有所谓“隐名股东”的身份。

再者,有限公司具有的人和、资和的双重属性决定了有限公司的股权具有身份权或者说共益权(表决权、参与公司经营管理权、决定公司经营等权利)以及财产权益或者说自益权(分红权、剩余财产分配权等权利)两种。其中,关于身份方面的权利的行使往

往关系到公司能否正常或更好地经营,因此股东优先购买权应该适用。否则,丧失了股东之间信任基础,不利于公司的发展。

三、婚姻存续期间的股权变动

引例中提到了一个细节:在那份收购意向书当中,A先生将其在公司的所有股份转让给了第三方。A先生的股权属于夫妻共同财产,那么,他私自转让公司股权的行为是否有效?作为B女士的代理人,我们是否能够从确认股权转让协议无效的角度进行诉讼?

1. 相关法律规定

除了在本文第二部分提及的法律规定,根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》(以下简称“《婚姻法解释一》”)第17条第2款的规定,夫妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定,夫妻双方应当平等协商,取得一致意见。他人有理由相信夫或妻一方做出的处理为夫妻双方共同意思表示的,另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。

另据我国《婚姻法》及其两个解释的精神,在婚姻关系存续期间以夫妻共同财产获得的公司股权,即使登记在夫或妻一方名下,仍旧属于夫妻共同财产,如果需要对其做出重要处理,应当由夫妻双方协商一致。亦即,一方转让该等股权时,需要获得另一方的同意。

根据上述所列两个部门法的规定,夫妻一方将登记在自己名下的股权未经另一方同意就进行转让,最后转让股权的行为是否有效的判定,根据《公司法》和《婚姻法》,将会得出不同的结论,婚姻存续期间的股权转让究竟是否需要得到另一半的同意,必须从股权本身的性质及内容、婚姻期间夫妻双方对于财产的平等处理权以及作为受让者的第三方利益加以综合考量。

2. 股权的性质

传统的各种学说对于股权的属性有着不同的定义。几种通说有:所有权说——该种观点认为公司对公司财产享有所有权,同时公司财产归全体股东按份共有;当出资人的财产所有权转换为公司股权后,股东不再直接行使所有权的权能,所有权的权能分离出去;上述分离只是改变了股东所有权的行使方式,并未改变出资人对财产的所有权性质。

债权说——股东缴付出资后,其财产所有权即已转移给公司,股东之所以认缴出资、持有股份只是为了获取股利分配,这一点在20世纪后期西方经济发展中体现尤为明显,公司的支配权归董事会享有和行使,股东只是根据章程获取股利分配,因此股权本质上是以请求利益分配为目的的债权或附条件的债权。

社员权说——人们创办法人企业进行投资时,必须移转财产所有权,以形成独立的法人所有权。同时,根据等价有偿的交换原则,这些出资人员成为法人组织的内部成员以后,相应地取得了一定的权利便称为社员权。从权能上看,该种社员权包括共益权和自益权。

还有股东地位说、综合民事权利说、独立民事权利说、合同预期利益说等等,纷繁复杂。

3. 股权内容

根据现行《公司法》,有限责任公司的股东权利有以下几类:

(1) 查阅权:《公司法》第34条“股东有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告。股东可以要求查阅公司会计账簿。股东要求查阅公司会计账簿的,应当向公司提出书面请求,说明目的。公司有合理根据认为股东查阅会计账簿有不正当目的,可能损害公司合法权益的,可以拒绝提供查阅,并应当自股东提出书面请求之日起十五日内书面答复股东并说明理由。公司拒绝提供查阅的,股东可以请求人民法院要求公司提供查阅。”

(2) 分红权:《公司法》第35条前半句“股东按照实缴的出资比例分取红利;”

(3) 优先认购权:《公司法》第35条后半段“公司新增资本时,股东有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。但是,全体股东约定不按照出资比例分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资的除外。”

(4) 参与重大决策和选择管理者权:《公司法》第37、38条规定了公司的权力机构“股东会”是由全体股东组成,股东可以通过股东会“决定公司的经营方针和投资计划;选举和更换非由职工代表担任的董事、监事,决定有关董事、监事的报酬事项;审议批准董事会的报告;审议批准监事会或者监事的报告;审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案;审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案;对公司增加或者减少注册资本作出决议;对发行公司债券作出决议;对公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式作出决议;修改公司章程。”

(5) 表决权:《公司法》第43条“股东会会议由股东按照出资比例行使表决权;但是,公司章程另有规定的除外。”

从上述对于股权的性质及内容的阐述,不难发现,有限责任公司股权不能被简单地划分为一种财产权,有别于其他夫妻共同财产,股权的效用不仅仅体现在公司收益的分配上,在公司整个经营过程中,股东参与经营管理和表决的权利,都是基于有限公司人合性的特征而产生。如果简单地将股权作为夫妻共同财产,那么,不仅在股权转让方面,不占有股权的一方的意志将极大影响股权转让的模式,推而广之,对于一方在行使诸如表决

权、经营管理权等各方面股东权利时都将受到阻碍,乃至违反有限责任公司制度的初衷。

4. 价值的取舍

(1) 《公司法》的价值

“自由”就是股权转让的原则。尤其是新《公司法》颁布后,如果其他股东既不同意股权转让,又不能或不愿收购股权,那么股东依旧可以将自己的股权对第三方转让,用脚投票。这样的制度设计目的之一就是为了达到经济效益,让股东能够通过投资公司获得收益,也能够通过转让股权获得利益。这样的安排才会使资本有流动性的保障,使整个社会的经济基础充满了活力。同时,自由的股权转让机制能够保证公司的继续存续。股东可以不用选择清算关闭公司的方式结束自己对于公司的投资。从而保证了公司的存续以及由其衍生的诸多经济、社会问题的解决。

(2) 《婚姻法》的原则

对于《婚姻法》作为夫妻共同财产的股权应如何处理的原则,法律并未明确规定。但是从2003年12月26日《最高人民法院负责人就〈婚姻法〉司法解释(二)答记者问》关于分割公司财产坚持四个原则中可以加以借鉴——“随着社会主义市场经济体制的发展、完善,人民法院审理夫妻财产分割纠纷案件,越来越多地涉及到在有限责任公司的出资额、在合伙企业和独资企业中的财产等问题。要想妥善解决这些复杂的问题,单独依靠婚姻法是很困难的。具体来说,除了正确适用婚姻法外,还必须与公司法、合伙企业法、独资企业法等法律法规的规定和精神保持一致。按照这一要求,这次司法解释在如何分配股份有限公司、有限责任公司、合伙企业和独资企业的财产时,注意坚持以下原则:一是坚持婚姻法规定男女平等、保护子女和妇女等各项原则;二是自愿协商原则;三是维护其他股东、合伙人合法权益的原则;四是有利于生产和生活原则。我们认为,只有坚持了这些原则,才能既保护了婚姻当事人的合法权益,又保护了其他人的合法权益,使两者找到较好的平衡点。”

《公司法》从保护交易安全,维护经济秩序的大局去规范公司股东的行为;而《婚姻法》的角度是侧重于男女平等,财产均分的立法理念;“大家”和“小家”的利益都是合法权益,当两种权益相互冲突时,则需要从社会背景全盘考虑。

5. 解决的方法

目前有一种观点认为可以通过“善意取得制度”解决受让方与配偶方利益的冲突。即参照《物权法》第106条“无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的,所有权人有权追回;除法律另有规定外,符合下列情形的,受让人取得该不动产或者动产的所有权:(一)受让人受让该不动产或者动产时是善意的;(二)以合理的价格转让;(三)转让的不动产或者动产依照法

律规定应当登记的已经登记,不需要登记的已经交付给受让人。受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的,原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。当事人善意取得其它物权的,参照前两款规定。”

参照“善意取得制度”的一个逻辑问题就是善意取得的前提是处分权利者为“无处分权人”,而我们所讨论的是登记在夫妻一方名下的股权的转让的效力,作为股东,其股权已在工商登记备案,根本不存在“无权处分”的前提,无法适用“善意取得”。

从本质上分析,对于股权转让效力的分析实质是对于股权转让合同的效力的分析。而合同的有效性的标准就是《中华人民共和国合同法》(以下简称“《合同法》”)第三章“合同的效力”的规定。对于转让合同是否无效,主要就是《合同法》第五十二条“有下列情形之一的,合同无效:(一)一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益;(二)恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益;(三)以合法形式掩盖非法目的;(四)损害社会公共利益;(五)违反法律、行政法规的强制性规定。”而《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第14条“合同法第五十二条第(五)项规定的‘强制性规定’,是指效力性强制性规定。”

由此,对于夫妻一方将登记在自己名下的股权转让给第三方时,除符合《公司法》的规定外,因考虑到属于夫妻共同财产,则应根据《合同法》第五十二条第二项,结合第三方受让股权的股价,与转让方的亲疏关系,受让时是否明知出让方夫妻双方的感情等因素,在判断转让行为是否存在恶意损害转让方配偶的利益的情况下,对于股权转让合同的效力进行认定。

四、诉讼方案的确定及技巧

在确定诉讼策略的时候,作为代理律师,我们应该从最能保障当事人权益的角度出发。结合本案,可以选择的方案有三种:其一,要求分割股权转让价款;其二,要求分割股权;其三,要求确认转让合同无效。

方案一虽然不涉及其他股东优先购买权的麻烦,但转让价款的取得不是一朝一夕,如果今后B女士还要为催讨转让价款而烦心,甚至与A先生多次照面,总有藕断丝连,剪不断理还乱的困扰。

方案三能否从根本上动摇公司并购的事实仍存风险,且在当时的行业背景下,也很难影响整合收购公司的进程。更何况,公司无法顺利转让对B女士也没有任何益处,在无法被收购的情况下,B女士即使被法院判决取得公司一般股权,也得不到任何实际利益。事实上,B女士希望在不影响公司被收购的前提下

尽快获得应得的补偿,结束糟糕的婚姻生活。

选择方案二当然也存在一些风险,诉讼过程中一方面可能碰到其他股东的为难;另一方面,因为我们提前知悉A先生已经签订了转让公司的意向书,如果再以分割股权作为诉讼请求,当法院进行事实审查时,对方是否会以B女士明知股权转让意向书却没有异议的事实作为把柄,主张这是对于股权转让的默认。经过反复讨论和分析认为,虽然我们已明知公司股权在转让过程中,但除非A先生能够明确举证,证明B女士已确知,否则B女士依然可以分割股权作为诉请。

选择方案二的优势还在于,提起分割股权的诉讼请求后,一旦发生优先购买权,则可以转化为方案一,但如果直接用方案一,再转方案二时法院未必会同意变更诉讼请求。因此,经过反复讨论,这种风险相对较小,既不影响公司整体被收购的盈利,也不影响离婚后B女士个人的利益。因此,B女士在我们的分析和建议下,同意选择方案二作为诉讼请求。

我们在提起诉讼前,委托山西当地律师在工商登记部门进行了查询,虽然签署了意向书,但是股东登记未发生任何变更,因此,我们在提起诉讼的同时申请了财产保全,迅速将A先生的股权在工商登记部门进行了冻结,这样可以起到阻止其在尚未收到转让价款时就进行股权变动,从而牵制整个交易的进展,也为今后的调解增加了一些筹码。

值得注意的是,因为夫妻双方均已长期居住在上海,故管辖法院为上海的浦东新区人民法院,但公司的注册地和实际经营地却在山西。虽然我们在立案时一并提起了财产保全申请,同时支付了必要的保全费和保证金。但法院在受理批准诉讼保全申请后,到去当地冻结股权,尚需时日,难免在这段时间差中发生A先生办理股权转让的登记手续或实际转移的行为。如此,B女士则将处于不利的被动地位。

考虑到收购方为大型国有企业,在整个收购过程中必定受到有关部门的监督,款项的支付也会相对谨慎。因此我们在法院受理后就立即向A先生所持有股权的两家公司以及收购方发出律师函,告知相关股东及收购方A先生目前所涉及的诉讼,并提醒不能随意变更股权,否则可能面临撤销变更登记的风险,并告知该信件被送达后,相关股东和受让人也将可能难以成为“善意第三人”。如此,在尚不能立即得到法院救济的情况下,律师采取主动发函的方式,对当事人的利益进行充分和及时的保护,同时也对收购方进行了善意的提醒和风险的告知。

五、案件结果及启示

此案在审理过程中并不顺利,案件进展一波三折,A先生先

是一再主张其名下的股份系代为整个家族持有,且出示了有关协议书、汇款凭证等有关证据,其兄弟也要求作为第三人加入诉讼。然后是A先生扬言放弃公司收购行为,取消意向书,亦不再投入任何资金加以矿产开采,让该两家公司名存实亡,公司不但不能获利而且可能因此负债,而B女士也就不能得到任何补偿。我们在选择代理方案时预料的各种不利情形均一一出现。

此时,我们认为,对峙下去势必对B女士造成非常不利的后果,唯有主动出击,争取调解。为此,我们做通B女士的工作,放弃小部分利益,主动向法院提出了几套调解方案,并主动与收购方取得联系,征询他们的意见,得到了他们的积极响应和协助。承办法官在审理过程中感受到了我方的诚意,也积极组织多次调解,一步一步缩小差距。因为诉讼当中及时冻结了股权,对A先生合作的其他股东、收购方均造成了一定压力,加上我们的从中解释和沟通,他们帮助我们从中协调,催促A先生尽快解决家务事,以免影响正常交易,在各方压力下,最终A先生同意支付B女士价值虽不及一半,但也不菲的一笔补偿费用,案件最终以调解的方式圆满解决,目前所有的补偿款也已打入B女士的账户。

可见,离婚案件中涉及分割有限公司股权是个比较复杂的问题,我们不能像分割其他有形财产一样简单处理,而是需要全面考虑各类诉讼方案及可能因此产生的风险,并照顾到相关的权利主体的利益和法律关系的处理,以保障当事人合法权益的最大化。虽然法律并没有赋予律师强制执行权力,但律师在代理的过程中可以设计各种方案,通过各种有效途径进行沟通,以减少当事人的损失,保障其合法权益。在笔者代理的这起案件中,进行了全盘风险比较之后再确定诉讼方案,然后通过向有关股东和相关公司主动发函告知及耐心解释,必要时采取申请财产保全措施,最后取得当事人满意的结果,这些都将成为笔者宝贵的办案经验。

当然,更重要的是,在我们的司法实践中,如何通过这些个案,完善股权在婚姻法中分割的制度和原则,建立独立的股权分割体系,是值得我们继续深入探讨的一个课题。●

【参考资料】:

- 1.《公司法理论与判例研究》周友苏等著,法律出版社2008年版。
- 2.《新公司法实施以来热点问题适用研究》,王林清 顾东伟著,人民法院出版社2009年版
- 3.《论公司财产权和股东财产权的性质》,杨紫烩,载于《中国法学》1996年第2期。

(本文获第九届华东律师论坛优秀论文二等奖)



上海腾信律师事务所兼
职律师，上海政法学院法律
系诉讼法讲师。2003 年至今
主持、参与多项研究课题。

●文 / 刘英明 (上海腾信律师事务所)

论我国刑事非法言词证据的范围和效力

【摘要】2010 年 7 月 1 日开始实施的《非法证据规定》对此前刑事诉讼法规定的刑事非法言词证据排除规则进行了重大修改。在非法言词证据的范围上,由此前的一律绝对排除改为绝对排除和相对排除相结合;由此前的对被告人供述、证人证言、被害人陈述一视同仁改为明确区分。在非法言词证据的效力上,一方面,明确将排除效果提前到审查批准逮捕、审查起诉阶段;另一方面,非法言词证据的“衍生证据”、非法但真实的言词证据能否作为定案根据以及非法言词证据能否作为“弹劾证据”等重要问题,仍待明晰,值得探讨。

【关键词】非法言词证据排除 衍生证据 弹劾证据

现代刑事诉讼法禁止不择手段、不问是非及不计代价的真实发现,非法证据排除规则得以产生并逐步发展完善。1997 年修订的中国《刑事诉讼法》第 43 条及其后的司法解释^①已经初步确立了非法言词证据排除规则,但是因为这些规定过于抽象,致使司法实务中非法言词证据的运用畅通无阻,侦查人员运用暴力、威胁等非法手段取证愈演愈烈。为了遏制非法取证、保护人权,2010 年 6 月 24 日两高三部正式公布了《关于办理刑事案件排除非法证据的规定》(以下简称《非法证据规定》)。

从条文表述来看,《非法证据规则》对《刑事诉讼法》及两高此前司法解释确立的非法言词证据规则进行了调整,调整的主要内容是:限缩非法言词证据的范围、增强法院的裁量权、强化非法言词证据的排除效果。本文针对非法言词证据排除规则的上述调整,结合非法言词排除规则理解适用中的一些疑难问题,谈谈自己对我国非法言词证据排除规则的粗浅理解。

一、非法言词证据的范围

《非法证据规定》第 1 条规定:采用刑讯逼供等非法手段获得的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法

方法手段取得的证人证言、被害人陈述,属于非法言词证据。本条规定了非法言词证据的范围。

(一)对明文列举的“刑讯逼供、暴力、威胁”的理解

关于取证手段的种类,本条明文列举了“刑讯逼供”、“暴力”、“威胁”这三种,在审判过程中,只要法庭认定某犯罪嫌疑人、被告人的供述是通过刑讯逼供手段获得的,或者认定某证人证言、被害人陈述是通过暴力、威胁手段获得的,则该言词证据就应无疑义的被排除,也即被绝对排除。

这里的“刑讯逼供”和“暴力”强迫获得证词实质含义相同,仅针对不同对象区别使用。刑讯逼供和暴力手段不仅包括那些对被告人进行的实际身体虐待手段,还包括那些使被告人产生极度身体不适感觉的手段,例如针对被告人采取长时间不间断的讯问、饥饿、长期强光照射等方法。这里的“威胁”,主要指心理强迫手段。与使用暴力手段一样,心理强迫手段也可以有效的征服犯罪嫌疑人的意志。心理压力可以表现为多种形式。它可能仅仅产生于一个暗示:如果被指控者招供,其“处境就会有所好转”。它也可能是其他一些许诺或奖励,诸如,保证不会针对其配偶采取任何不利行为。或者,如果被告人招供,他们会竭尽全力为其家庭提供福利救济。精神压力还可能来源于针对被告人的家庭成员采取不利行为的威胁,诸如将带走被告人的小孩并将他们留在孤儿院,除非被告人作出招供。

根据本条,对于犯罪嫌疑人、被告人供述,仅通过刑讯逼供这一种非法手段获得应被绝对排除;对于证人证言、被害人陈述,不仅通过暴力这种非法手段获得的应被绝对排除,通过威胁这一非法手段获得的也应被绝对排除。这一“差别待遇”表明,《非法证据规定》相对于此前的《刑事诉讼法》及两高相关司法解释对证人和被害人的法益保护强度更高。换言之,相对于侦查机关非法取得证人证言、被害人陈述,司法机关对侦查机关非法取得犯罪嫌疑人、被告人供述更能容忍。之所以如此,是因为犯罪嫌疑人、被告人涉嫌犯罪并具有社会危害性,侦查机关因破案之需可以更多限制其权利。

（二）“等非法手段”该如何理解？

对于《非法证据规定》明文列举的三种绝对排除手段及其获得的言词证据，法官理解起来并不难；比较难理解的是“等非法手段”。对于这个问题，我们分两步解答：第一步，有哪些“等非法手段”？第二步，出现这些“等非法手段”取得的言词证据时怎么办？

关于第一步，有哪些“等非法手段”？参照我国现行《刑事诉讼法》第43条的规定——“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据”，《非法证据规定》第1条所规定的“等非法手段”，对犯罪嫌疑人、被告人供述的取得而言，至少有“威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法”；对证人证言、被害人陈述的取得而言，至少有“引诱、欺骗以及其他非法的方法”。在刑事司法实务中，除了暴力、威胁外的非法手段，主要是欺骗和引诱。引诱和欺骗通常体现在询问技巧中，询问技巧通常旨在攻击个人的弱点。这种技巧表现为虚假的同情、责备被害人、对涉及被告人的案件严重性程度作出欺骗性描述，或者使用软硬兼施的讯问手段。

参照规范比较周详的德国《刑事诉讼法》136a条，该条规定，“（一）对被指控人决定和确认自己意志的自由，不允许用虐待、疲劳战术、伤害身体、服用药物、折磨、欺诈或者催眠等方法予以侵犯。只允许在刑事诉讼法准许的范围内实施强制。禁止以刑事诉讼法不准许的措施相威胁，禁止以法律没有规定的利益相许诺。（二）有损被指控人记忆力、理解力的措施，禁止使用。（三）第一款、第二款的禁止规定，不顾及被指控人同意，必须适用。对违反这些禁令所获得的陈述，即使被指控人同意，也不允许使用。”本条规定的“等非法手段”，对犯罪嫌疑人、被告人供述的取得而言，至少有“虐待、疲劳战术、伤害身体、服用药物、折磨、欺诈或者催眠等方法，威胁、虚假承诺，有损被指控人记忆力、理解力的措施”；对证人证言、被害人陈述的取得而言，至少有“虐待、疲劳战术、伤害身体、服用药物、折磨、欺诈或者催眠等方法，虚假承诺，有损被指控人记忆力、理解力的措施”。

关于第二步，出现这些“等非法手段”取得的非法言词证据之后怎么办？举例来说，法庭确认某犯罪嫌疑人、被告人供述是通过“威胁”方法取得的，此时法庭究竟是不考虑该案具体情况就绝对排除，还是考虑该案各种因素后视情况裁量排除？对此，有两种针锋相对的观点。一种观点认为，此时应绝对排除；另一种观点认为，此时应综合全案情况裁量排除。

我们赞成后一种观点。理由主要有以下三点：

首先，确定为裁量排除更符合现行刑事非法言词排除规则的立法旨意。《非法证据规定》出台时并没有同时发布立法理由说明，因此，我们无法直接探查其立法旨意。但是，通过比较《非法证据规定》与此前刑事诉讼法及两高司法解释相关条文，我们可以间接探知其立法旨意。此前，《刑事诉讼法》与两高司法解释相关条文表述高度一致，即都将“刑讯逼供、威胁、引诱、欺骗”这四种方法明示列举。但是，此次的《非法证据规定》第1条规定，对犯罪嫌疑人、被告人是“刑讯逼供等非法手段”；对证人证言、被害人陈述是“暴力、威胁等非法手段”。前后比较，我们认为“等非法手段”获得的言词证据，不应与明示列举的三种非法手段获得的言词证据效力相同，而应区别相待。后者的效力应为绝对排除，前者即应为基于裁量的相对排除。

其次，确定为裁量排除更符合法制发达国家刑事非法言词证据排除规则的实践。在德国，根据前引的德国刑事诉讼法第136条a款，对于虐待、疲劳战术、伤害身体、服用药物、折磨、欺诈或者催眠等方法，有损被指控人记忆力、理解力的方法，绝对禁止。但是，对于强制措施、威胁、许诺都没有一概禁止，而采取了相对的部分禁止。在美国，美国宪法第十四条修正案，即正当程序条款的涵义之一就是可以被采纳的供述必须是自愿作出的，被迫作出的供述不得在刑事诉讼中用作反对被告的证据。关于如何检验自愿性，在克莱维斯诉得克萨斯州案（1967年）联邦最高法院指出确认自愿性，要根据某供述被提取时的“总体情况”。^②在日本，刑法学界认为，是否有虚伪自白的可能或侵害供述自由的可能，应当就各具体案件，综合讯问的时间、场所、环境、气氛、嫌疑人或被告的地位、职业、年龄、教育程度、健康状况、疲劳程度、调查官的人数、语言及态度等一切情况，具体、个别地进行判断，而不能抽象地评价。^③中国现行规定采取的这种明示非法手段获取言词证据绝对排除和非明示非法手段获取的言词证据相对排除与比较法的通行做法较为一致。

再次，确定为裁量排除符合中国刑事司法的现实状况。刑事司法既追求有效打击犯罪，又追求切实保障人权。基于我国当前社会治安整体恶化、刑事案件高发、刑侦技能和装备水平较低的现状，我国侦查工作相当长时间内还必须依赖人证，特别是被告人口供，如果对于通过刑讯逼供、威胁、引诱、欺骗获得的口供一律排除，不切合实际，其结果是高标准的规定形同虚设，潜规则横行无忌。采取现行规定，一方面将刑讯逼供获得的犯罪嫌疑人、被告人口供，暴力、威胁方式获得的证人证言、被害人陈述绝对排除，杜绝社会深恶痛绝的“刑讯逼供”、“暴力取证”等；另一方面，将“等其他非

法手段”获得的言词证据相对排除，赋予审判机关以裁量权，从而审判机关能综合个案的各种因素以及社会的相关情况进行个案裁量，这样既能保证对“其他非法手段”获取言词证据的威慑力，又能灵活适应刑事司法实际需要和国民观念的变迁。

（三）非法言词证据排除规则是否规范私人违法取证？

非法言词证据规范的是哪类取证主体非法取得言词证据？究竟是仅规范侦查机关刑事取证中的非法取得言词证据行为，如两高三部，还是也规范私人在刑事诉讼中非法取得言词证据行为？

笔者认为，应该参照德国的做法，原则上不适用于私人违法取证行为，但是当私人采用特别严重的侵害人格尊严的手段取得言词证据时，也可例外地被排除。在德国，一般认为，德国刑事诉讼法 136 条 a 款仅对侦查机关或侦查机关委托的私人取证适用，对于未受侦查机关委托的私人自行取证并不适用，因此通常私人采用前述非法手段获取的被告人供述等仍然可以作为证据使用，但是当私人采用特别严重的侵害人性尊严的手段时，如刑讯逼供、拷问等，则例外地也可被排除使用。^④此外，警察人员也不得假装成私人的身份来对被告问话，籍以规避刑事诉讼法第 136 条 a 款的告知义务。^⑤

美国法的做法与德国类似。一般认为，私人的行为不代表法律执行机构，没有对被告进行宪法权利忠告的义务，所以米兰达规则不适用于私人取证。因此，尽管事先没有米兰达仪式，向私人作出的归罪性供述仍然可以用来反对供述者自己。但是，自愿性检验仍然适用于私人获取的被告人供述，因趋于逼迫或引诱而向私人作出的供述，不能被采纳。^⑥

二、非法言词证据的效力

根据《非法证据规定》第 2 条，经依法确认的非法言词证据，应当予以排除，不能作为定案根据。《非法证据规定》第 3 条规定，人民检察院在审查批准逮捕、审查起诉中，对于非法言词证据应当依法予以排除，不能作为批准逮捕、提起公诉的依据。根据本条，非法言词证据的排除效力提前至批准逮捕、提起公诉阶段。这使得非法言词证据可能经过三重审查，大大强化了非法言词证据的排除效果。

从解释学的立场看，《非法证据规定》第 2 条——经依法确认的通过非法手段获取的言词证据应当予以排除，不能作为定案根据——表述至为明确，但本条规定，遗漏了非法言词证据效力的若干重要细节，造成了司法实务界的诸多困

扰。这些遗漏的细节，至少包括以下三个问题：首先，该不能作为定案根据的非法言词证据仅包括通过非法手段所直接获得的非法言词证据，抑或包括通过使用非法言词证据而再获得的证据？其次，如果非法言词证据被确认为确实通过非法手段取得，但是其内容经确认为真实，则该非法言词证据能否作为定案根据使用？再次，非法言词证据不能作为定案根据使用，但是能否作为弹劾证据使用或经过被取证人的同意而使用？对这些遗漏的重要问题，我们依次来考察。

（一）非法言词证据基础上获得的衍生证据能否作为定案根据？

毫无疑问，通过非法手段直接获得的言词证据不能作为定案根据，也即与非法手段具有直接因果关系的言词证据属于非法言词证据的范围，其不能作为定案根据。这种直接因果关系的判断大体上与侵权法上经常讨论的因果关系判断相类似。侵权法上，通常将因果关系的判断采取事实上的因果关系和法律上的因果关系的两分模式。在事实上的因果关系理论框架内，又有一般的必要条件理论，还区分特定情况下的其他标准；在法律上的因果关系理论框架内，又有德国“相当因果关系说”和英美“合理预见说”等的不同。^⑦原则上，侵权法上的因果关系认定理论上对证据法上非法取证手段与其取得的非法证据之间因果关系认定深具参考价值。

不过就一般证据法实务而言，因果关系判断较为容易。就非法手段与取得的言词证据之间因果关系判断而言，基于言词证据调查的迅捷性、即时性，通常认为只要侦查人员的非法手段与随后获得的言词证据之间存在时间上的紧密联系，就足以认定两者之间存在因果关系。这一认定多数情况下不会存在疑难。不过，有疑难的是不可采的言词证据与其后获取的言词证据之间的联系。最典型的是不可采供述与其之后获取的供述之间的联系。例如，犯罪嫌疑人于警察第一次讯问时因受刑讯逼供而作出了供述，警察第二次讯问时没有再进行刑讯逼供但是犯罪嫌疑人作出了第二次供述。本案中的第一次供述属于非法证据，应被排除，殆无疑义；有疑虑的是该第二次供述是否应该也被排除？

对此问题的解答，没有统一的答案，应视先前的非法手段对第二次供述是否有影响以及影响的程度而定。如果先前的非法手段对第二次供述有影响且影响力较大，则第二次供述同样是非法供述，应被排除；如果先前的非法手段对第二次供述没有影响或虽有影响但影响力较为薄弱，则应允许其被采纳。这是比较法的通行做法。美国最高法院曾几次指出，一个自愿性供述对决定在其之后由同一个嫌疑犯作出的供

述是否自愿作出时是有意义的因素。联邦法院必须调查对嫌疑犯有无逼迫以及该嫌疑犯是否恢复了自由决定作出其他供述的能力。^⑧美国 1985 年 Oregon v. Elstad 案的争点问题就是该案第二次供述能否被采纳? 对于该争点, 联邦最高法院裁示: 与此情形, 只要该第二次自白确系出于被告“深思熟虑后任意行为”, 其证据能力即不应第一次自白有瑕疵而受影响。^⑨中国台湾地区学界也认为, 对于此类情形不能一概而论, 判断的关键还是先前之不正方法对于后来自白之任意性有无影响。^⑩

接下来, 我们讨论通过使用非法言词证据进而获得的实物证据能否作为定案根据? 常见的情形是: 警察通过刑讯逼供取得犯罪嫌疑人的供述, 再按照该供述按图索骥而合法搜查取得赃物。此时, 该犯罪嫌疑人供述固然可直接依据《非法证据规定》第 1 条而被排除, 但是, 赃物证据(衍生证据) 能否采纳?

在英美法上, 这属于“毒树之果”主题的研究内容。在美国, 学者间对这个问题一直争论不休; 联邦最高法院迄今没有受理此类诉讼案, 因此无法明确宣示其见解; 但绝大多数州法院皆肯认该物证之证据能力。^⑪在德国, 法院通常认为从非法获得的信息中派生的证据是可以采纳的。因为“毒树之果”理论是建立在遏制原理基础上的, 而这一原理在德国的影响甚微。德国法院认为有争议的证据(例如在犯罪嫌疑人迫于压力作出的陈述中指明其位置后找到的杀人凶器) 本身并没有被非法取证方法所污染。^⑫在英国, 《1984 年警察与刑事证据法》第 76(4)(a) 条规定, 根据被告人供述所发现的事实具有可采性, 即使供述本身全部或部分被排除。在著名的 Warickshall 案中, 法院没有采纳基于被告人供述进而获得的赃物, 其理由表述如下: 适用于供述行为的原则不能影响到事实本身是否可采, 无论其是来源于不具有可采信性的供述还是其他渠道。事实本身是存在的, 以不变的固定形式存在着, 与发现事实的供述的真伪性无关。^⑬

对上引英国法院就 Warickshall 案所作的理由说明, 笔者深表赞同, 故主张在我国刑事诉讼中, 先前被排除的非法言词证据不影响其后据以获得的实物证据的证据能力, 后者应根据《非法证据规定》第 14 条^⑭独立进行判断。

(二) 经确认为非法但内容真实的言词证据能否作为定案根据?

应当说, 根据《非法证据规定》第 2 条的表述, 对于经确认为非法但内容真实的言词证据能否作为定案根据, 原本不应有疑问。条文表述的字面意义相当明确, 即只要经确认为第一条规定的非法手段取得的言词证据就应排除。判断标

准是单一的非法性, 不涉及真实性。

但是, 不少司法实务工作者对此有很多怀疑。在此前的刑事证据领域, 真实性的地位远比合法性地位高, 因此经常出现取证手段违法但是由于违法手段取得的证据与其他证据相印证从而采纳的情况。习惯了看重真实性、轻视合法性的司法实务工作者产生这样的疑问是正常的。对这一问题的透彻解答需要结合非法言词证据的理论基础进行。

关于为什么要否定非法言词证据、特别是非法供述的证据能力, 比较法理论界大体有四种不同的见解: 虚伪排除说、人权保护说、任意性说、违法排除说^⑮。“虚伪排除说”认为, 通过非法手段取得的供述可能是虚假的, 应当予以排除。其根据是真实主义观点。人权保障说认为, 为了保障被告人的沉默权等基本人权, 应当排除他们的供述。其与虚伪排除说的区别在于, 虚伪排除说重视供述的内容, 人权保障说重视供述的状况。任意性说以供述者的主观心理状态为判断标准, 认为凡是通过非法手段侵犯了供述者意思决定及意思活动自由从而获得的言词证据就应该被排除。违法排除说主张, 通过违法的程序获得的供述必须排除。即排除供述的标准不是供述本身, 而是获取供述的程序违法性。

就经确认为非法但内容真实的言词证据能否作为定案根据这一问题而言, 如果采用虚伪排除说, 则该言词证据不应被排除; 如果采用人权保障说, 则应就供述者的供述状况进行具体分析而后决定; 如果采用任意性说, 则应重点结合供述者时的心理状态状况进行具体分析而后决定; 如果采用违法排除说, 则该言词证据应该被排除。

这样一来, 答案的关键取决于我国《刑事证据规定》第 2 条和相关的第 1 条究竟在理论上采取了哪种学说? 由于《非法证据规定》没有公布逐条理由说明, 笔者找不到立法上的直接依据。只能谈一点个人看法。笔者认为, 从条文表述来看, 我国没有采用虚伪排除说, 因为虚伪排除说在《非法证据规定》第 1 条上找不到任何表述痕迹或解释空间; 也不可能采用人权保障说, 因为我国规定了被告的“如实陈述义务”, 没有规定沉默权等比较刑法上被告人的基本人权。我国采用的是违法排除说和任意性说相结合。对于明文列举的非法手段——“刑讯逼供”或“暴力、威胁”获取的言词证据采取违法排除说, 对于“等非法手段”获取的言词证据采取任意性说。

基于上述理解, 笔者认为, 如果我国刑事司法实务中出现经确认为非法手段获取但内容真实的言词证据, 应该仅考虑手段非法性的认定, 不考虑其内容真实与否。进一步, 对犯罪嫌疑人、被告人口供, 即使其内容查证属实, 倘若其是用刑

讯逼供手段获得的,就应根据违法排除说,当然排除;倘若是用“等非法方法”获得的,就应根据任意性说,根据其供述心理是否自由而定。与此相类,对证人证言、被害人陈述,即使其内容查证属实,倘若其是用暴力、威胁手段获得的,就应根据违法排除说,当然排除;倘若是用“等非法方法”获得的,就应根据任意性说,根据其供述心理是否自由而定。

(三) 经确证的非法言词证据能否作为弹劾证据使用或经被取证人的同意而使用呢?

如前所述,根据《非法证据规定》第2条,经依法确认的非法言词证据不能作为定案根据使用,殆无疑义。但是,经依法确认的非法言词证据能否作为弹劾证据使用呢?

欲回答上述问题,必须首先了解什么叫“弹劾证据”。根据台湾刑事诉讼法学家林永谋教授的研究,“补助证据”,与“实质证据”相对。实质证据是(substantive evidence)指为证明待证事实之存否而得用之为证据者,如目击犯行之证言;补助证据,是指为证明对实质证据证明力之程度予以影响之事实而得用之为证据者。补助证据中用于争执证人陈述之信用性、证明力的证据,特称“弹劾证据”(impeachment evidence)。对于实质证据,要求其具有法定证据能力;对于补助证据,不要求其具有法定证据能力,且后者也不能用于证明待证事实的存否,以上是英美法的概念与原理。^⑩

尽管上述三个概念起源于英美证据法,但是中国大陆刑事证据法已经在实质上接受了这些概念。《最高人民检察院关于CPS多道心理测试鉴定结论能否作为诉讼证据使用问题的批复》(1999年9月10日)写道:“CPS多道心理测试鉴定结论与刑事诉讼法规定的鉴定结论不同,不属于刑事诉讼法规定的证据种类。人民检察院办理案件,可以使用CPS多道心理测试鉴定结论帮助审查、判断证据,但不能将CPS多道心理测试鉴定结论作为证据使用。”根据该批复,测谎结论不可以作为实质证据使用,但是可以作为弹劾证据使用。^⑪

明确了“弹劾证据”的概念及其理论内涵之后,我们再看前述问题。《非法证据规定》第2条规定,经依法确认的非法言词证据应当予以排除,不能作为定案的根据。从字面含义来看,本条仅禁止经依法确认的非法言词证据作为实质证据使用,并不禁止经依法确认的非法言词证据作为补助证据或弹劾证据使用。进一步,根据英美法上补助证据无须具备法定证据能力的理论,其应可以作为补助证据或弹劾证据使用。

但是,考虑到以下两点理由,笔者认为应该对非法言词证据全面禁止使用,不仅不能作为实质证据使用,也不能作

为弹劾证据使用;进一步,即使被取证人同意,也不能被使用。其一,非法言词证据通常侵犯人格尊严这一宪法基本价值,应该赋予严厉处罚的法律效果。其二,补助证据或弹劾证据虽然通常无需具备法定证据能力,但通常应具备基本的信用性,以备补强或削弱之用。但是,衡诸常情,非法言词证据既然是通过暴力、威胁、引诱、欺骗等非法手段获得的,其基本信用性很难得到保障。

在此意义上,笔者对日本刑法学界下述观点深表赞同:对于非任意性自白,不仅不能够在严格证明中作为证据使用,也不能在自由证明中作为证据使用,还不能作为弹劾证据使用。即使有被告人的同意,也不能使用。^⑫

(四) 非法言词证据能否用作指控实施刑讯逼供等非法手段者的证据?

根据《非法证据规定》第2条,经依法确认的非法言词证据,应当予以排除,不能作为定案根据。根据本条,经依法确认的非法证据,应当予以排除,不得作为指控刑讯逼供等非法手段实施对象(通常是被拘留或逮捕的被告人)的证据。但是,经依法确认的非法证据能否作为指控实施刑讯逼供等非法手段主体(通常是侦查人员)的证据呢?

从《非法证据规定》第2条立法表述的字面意义上,我们不容易得出明确的结论。要想解答这个问题,我们得结合《非法证据规定》的出台背景和制定目的,并参照国际公约的相关规定来回答。我国《非法证据规定》出台的重要背景是赵作海案,赵作海被定罪的关键证据之一——口供正是刑讯逼供的结果。《非法证据规定》的制定目的是为了保护被告人、被害人、证人等的合法权利、保障事实的准确认定、防止冤假错案、有效遏制警察非法取得言词证据。《非法证据规定》第2条规定应当是保护被告人、被害人、证人等合法权利的武器,而非保护非法取证者免于责任追究的利器。因此,《非法证据规定》第2条并不禁止经依法确认的非法证据作为指控实施刑讯逼供等非法手段主体的证据。

从相关国际公约来看,一律都是禁止非法证据作为指控刑讯逼供等非法手段实施对象的证据,允许其作为指控实施刑讯逼供等非法手段主体的证据。《保护人人不受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚宣言》第12条规定,如经证实是因为受酷刑或其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚而作的供词,不得在任何诉讼中援引为指控有关的人或任何其他人的证据。《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第15条,每一缔约国应确保在任何诉讼程序中,不得援引任何业经确定系以酷刑取得的口供为证据,但这类口供可用作对被控施用酷刑者刑

求逼供的证据。《美洲防止和惩治酷刑公约》第10条规定,任何证实为通过酷刑获得的陈述不得在法律程序中被采纳为证据。但是这种陈述可在针对那些被指控通过酷刑获得这种陈述的人员的法律诉讼中被使用,条件是它只能被用作针对这些被指控通过酷刑获得这种陈述的人员的证据。

三、简要总结

综上,关于我国现行刑事非法言词证据的范围和效力,我们可以得出如下结论:

1、根据《非法证据规定》第一条,仅通过刑讯逼供获得的犯罪嫌疑人、被告人供述和以暴力、威胁获得的证人证言、被害人陈述绝对排除;通过“等其它非法手段”获得的犯罪嫌疑人、被告人供述、证人证言、被害人陈述则由法院根据任意性原则综合个案情况进行裁量排除。

2、《非法证据规定》第一条原则上不适用于私人违法取证行为,但是当私人采用特别严重的侵害人格尊严或违背任意性的手段取得言词证据时,也可例外地被排除。

3、根据《非法证据规定》第二条,通过非法手段直接获得的言词证据不能作为定案根据;该非法手段对于第一次言词证据之后续调查获得的第二次言词证据有无排除效果,应视作证原非法手段对第二次言词证据是否有影响以及影响的程度而定。

4、我国原则上不承认“毒树之果”排除规则,通过非法手段获得的先前应被排除的非法言词证据不影响其后据以获得的实物证据的证据能力;对于基于非法言词证据而获得的实物证据,应根据《非法证据规定》第14条独立判断其是否应被排除。

5、在我国刑事司法实务中,对犯罪嫌疑人、被告人供述,即使其内容查证属实,倘若其是用刑讯逼供手段获得的,就应根据违法排除说,当然排除;倘若是用“等非法方法”获得的,就应根据任意性说,根据其供述心理是否自由而定。与此相类,对证人证言、被害人陈述,即使其内容查证属实,倘若其是用暴力、威胁手段获得的,就应根据违法排除说,当然排除;倘若是用“等非法方法”获得的,就应根据任意性说,根据其供述心理是否自由而定。

6、应当全面禁止非法言词证据用作指控犯罪嫌疑人或被告人有罪的证据,无论其作为实质证据使用,还是作为弹劾证据使用;即使有非法言词证据作出者的同意,也不能使用。但是,非法言词证据可以用作指控实施刑讯逼供等非法

手段者的证据。●

注释:

①我国《刑事诉讼法》(1997)第43条规定:“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据”。《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(1998)第61条规定:“严禁以非法的方法收集证据。凡经查证确实属于采用刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法取得的证人证言、被害人陈述、被告人供述,不能作为定案的根据。”《人民检察院刑事诉讼规则》(1999)第265条第1款规定:“严禁以非法的方法收集证据。以刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法收集的犯罪嫌疑人供述、被害人陈述、证人证言,不能作为指控犯罪的根据。”

②美 乔恩·R·华尔兹著:《刑事证据大全》(二版),何家弘等

③日 土本武司著:《日本刑事诉讼法要义》,董璠璠、宋英辉译,五南图书出版

④赵彦清:《受基本人权影响下的证据禁止理论——德国刑事诉讼法中的发展》,载《欧洲法通讯》第5辑,第278-279页。

⑤德 克劳思·罗科信著:《刑事诉讼法》(第24版),吴丽琪译,法律出版社2003年版,第231页。

⑥同2,第351页。

⑦张新宝著:《侵权责任构成要件研究》,法律出版社2007年版,第404页以下。

⑧同2,第346-347页。

⑨林辉煌:《论证据排除——美国法之理论与实务》,北京大学出版社2006年,第84页。

⑩林钰雄:《刑事诉讼法》(上册总论编),中国人民大学出版社2005年版,第150页。

⑪同9,第86页。

⑫德 托马斯·魏根特著:《德国刑事诉讼程序》,岳礼玲、温小洁译,中国政法大学出版社2004年版,第198-199页。

⑬英 理查德·梅著:《刑事证据法》,王丽、李贵方等译,法律出版社2007年版,第302-303页。

⑭关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》第14条:物证、书证的取得明显违反法律规定,可能影响公正审判的,应当予以补正或者作出合理解释,否则,该物证、书证不能作为定案的根据。

⑮日 田口守一:《刑事诉讼法》,刘迪等译,法律出版社2001年版,第248-249页。

⑯林永谋著《刑事诉讼法释论》(中册),三民书局2007年版,第5页。

⑰用该批复仅是为了证明中国刑事证据法已经实质接受了“补强证据”和“实质证据”的概念,并不意味着笔者赞同该批复的规定内容。笔者认为美国法的做法更为妥当,即测谎结论可以作为警察侦查案件的参考,但是不得在审判程序中使用。关于测谎结论在美国和德国刑事诉讼中的采纳情况,参见林钰雄著:《刑事诉讼法》(上册总论编),中国人民大学出版社2005年版,第147-148页。

⑱同3,第331页。中国人民公安大学出版社2004年版,第334页。

(本文获第九届华东律师论坛优秀论文二等奖)



周月萍：上海市协力律师事务所高级合伙人，建筑房地产事务中心主任，上海市律协房地产业务研究会委员，首届全国建设领域百名优秀专业律师。



王秀明：上海市协力律师事务所建筑房地产事务中心律师，法学硕士，法律及英语专业双学士。

●文 / 周月萍 王秀明（上海市协力律师事务所）

房地产合作开发过程中的模式选择及权益保障

——限购令等环境下资金紧张房企的又一选择

【摘要】实践中，房地产合作开发是房地产开发的普遍形式，其合作开发的模式主要有合伙型联建、成立项目公司合作开发两种。两种合作开发模式面临共同的法律风险，包括因缺乏房地产开发企业资质导致合作合同无效的风险、未取得土地使用权证影响合作合同效力的风险、审批与登记影响合作合同效力的风险、土地使用权瑕疵风险、资金不足风险、以预售款充抵投资的风险以及合作开发的利益分配中房屋分配约定不明、提前购入风险等。房地产合作开发风险的整体预防，可从实施律师尽职调查、谨慎选择合作开发伙伴、审查资质条件、签订详细完备的合作开发合同等方面来预防。

【关键词】房地产合作开发 法律风险 权益保障

房地产开发经营具有投资数额大、周期长、资金回流慢的特点。房地产开发企业自身资金有限，而房地产持续运营需要不断地滚动投入，为了项目的正常运行，金融机构已经不再是唯一的融资渠道，更需要吸纳社会资金参与开发；另一方面，基于资本的逐利性，大量社会资金亦积极投入房地产行业。此外，政府这几年逐渐严格控制土地供应，一些开发商遭遇拿地难题甚至频发“地荒”，另外一些企业拥有待开发土地却苦于缺乏资金和资质，合作开发可以使上述企业取长补短，推动了资金和土地的有机结合，盘活了诸多房地产开发项目，促进了房地产市场的繁荣与发展。

特别是当前，在限购令等背景下，资金紧张已经成了很多房产企业的紧迫问题，甚至部分企业可能会出现资金链断裂的风险，与其苦苦煎熬到资金链断裂，不如与他人合作开发，通过借力、形成合力，来达到项目顺利开发、实现盈利的目标，不失为一个明智之举。

一、房地产合作开发模式概述

我国现行多部法律文件中都有关于房地产合作开发的概念，如《城市房地产管理法》第二十七条规定“依法取得的土地使用权，可以依照本法和有关法律、行政法规的规定，作价入股，

合资、合作开发经营房地产。”《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》（以下简称《解释》）第十四条“本解释所称的合作开发房地产合同，是指当事人订立的以提供出让土地使用权、资金等作为共同投资，共享利润、共担风险合作开发房地产为基本内容的协议。”《国务院关于进一步深化城镇住房制度改革加快住房建设的通知》第十七条规定“在符合城市总体规划和坚持节约用地的前提下，可以继续发展集资建房和合作建房，多渠道加快经济适用住房建设。”《经济适用住房管理办法》第二十九条规定“集资、合作建房是经济适用住房的组成部分，其建设标准、优惠政策、上市条件、供应对象的审核等均按照经济适用住房的有关规定，严格执行。集资、合作建房应当纳入当地经济适用住房建设计划和用地计划管理。”

综上，可以将房地产合作开发定义为：“当事人双方约定，各自分别提供土地、资金、技术等，合作开发房地产项目，并于房屋建成后按合同约定比例分取房屋和土地使用权的房地产开发形式”。^①

（一）法人型合作开发

1、项目公司

根据《中华人民共和国城市房地产管理法》第二十七条的规定：“依法取得的土地使用权，可以依照本法和有关法律、行政法规的规定，作价入股，合资、合作开发经营房地产”，从而确立了以土地使用权出资进行房地产合作开发的法律依据。

由双方出资或提供土地依法成立项目公司，以项目公司的名义进行开发，双方按照出资比例或通过合同约定承担风险、分享收益，这种以项目公司方式开发的优点显而易见：责任明确、组织机构稳定，人事安排及操作比较规范，相对而言可以减少纠纷发生的概率。但同时其不足之处也很多，譬如组建项目公司需要一定的时间，成立规范的管理机构，费用较高且容易错过商机；再譬如以土地使用权出资必须办理土地使用权转移手续，一来需要一定的周期，二则当土地使用权是划拨取得时这一手续就无法办成；更重要的是项目公司的利润只能在交纳所得税后才能上交联合开发各方，需支付较高的财务成本，对

合作者来讲这当然是不合算的。

在此类合作开发方式中,合作开发合同的设计至关重要:合作开发合同对重要事项的约定是否明确、是否具有可操作性等将直接影响到项目公司的项目操盘,因而应在开发的全过程中注重法律的规范,所有条款均应严格依据有关法律规定,并以法律文件的形式予以确定。合同中应特别注意约定:项目公司成立前后的权利义务的转移,包括项目公司成立前所发生费用的补偿、土地使用权的转移手续办理;项目合作建设的规模、速度等事项。

2、项目公司股权式合作。

投资方通过受让房地产项目公司的部分股权,以达到合作开发房地产之目的。这种合作开发方式的优点是:合作各方无须办理土地使用权转移和变更登记手续,无须进行建设开发名称变更登记,只需依股权转让协议在工商部门办理股权转让变更登记即可。手续简单,可以较快取得项目的开发建设权并进行公司的实质经营。其次,无需交纳办理土地过户契税和手续费,可以节省转让费用,进而降低投资开发成本。

其不足之处是:目标项目公司在实际的经营过程中不可避免地会产生债务以及或有债务,也可能因为违约或侵权对他人承担赔偿责任。股权受让方可能因此承担比直接项目转让更多的法律风险。如可能要承担以项目所有人名义对外提供的担保风险、股权受让前项目所有人的不明债务或违约合同赔偿风险等。

所以,此种合作方式虽然简便易行,但风险难以控制。受让方除须认真审查项目相关批准文件的真实性及合法性以外,还应该从目标公司潜在债务的处理、履约担保、转让方持有股权的性质、付款进度等方面着手防范潜在风险并作为确定转让股价的依据。受让方应委托会计事务所对目标公司进行财务尽职调查,查清目标公司的资产负债情况,委托律师事务所对目标公司进行法律尽职调查,查清目标公司因已发生或可能发生的各类诉讼引起的潜在负债,以及因违法可能受到的行政处罚及引起的潜在负债。受让方可以要求转让方对未告知受让方的债务做出独立偿还的承诺,并采取由转让方提供相应的有效担保、受让方保留部分转让金作为保证金、分期收购股权等方式以达到投资安全之目的。

(二) 非法人型合作开发

1、联合管理机构

合作双方各自派遣若干人员组成联合管理机构,实践中有的叫“联建办公室”,有的称“联合管理委员会”等,其职责是协调双方在联合开发中发生的各种关系,对合作中的重大事项做出决策,具体运作、管理开发项目。联合管理机构与项目公司的

最高区别在于它仅能作为内部管理机构,并非独立民事主体,不具有缔结合同等民事权利能力,也不能独立对外承担民事责任,联合开发双方必须对联合管理机构的法律地位有清晰的认识,并且注意避免对外使用联合管理机构的名义进行有关的民事活动。

2、不成立项目公司,也不成立联合机构,而是按照合同约定各自独立履行义务、分享收益

这种方式适用于相对简单的项目。其特点是,合作各方共同出资开发一个房地产项目,但是对外显示出来的项目主体只有一方,双方对合作开发的权利、义务,体现在双方的合作开发合同之中。未被登记为项目主体的一方,依照合作合同的约定,对合作开发项目享受利益,承担风险。不过,此种方式对出资金一方而言,风险较大,因为既无土地使用权,又无实际经营控制权,其合作利益难以得到保障。

上述两种方式统称为非法人型联营,其相对于成立项目公司的经营方式来说是一种相对松散的合作方式,因而合作双方之间容易产生纠纷,而且在实践中争议较大的一个问题是:联合开发双方是否对因项目产生的一切责任(无论是否以合作任何一方的名义直接产生)都承担连带责任?有一种观点对此持肯定态度,理由是联合开发的项目由双方共同经营、共负盈亏,本着权利义务对等的原则,作为利益共同体的双方应对任何一方因该项目产生的对外债务负连带责任,至于双方在联合开发协议中对各自责任所做的划分不能产生对外效力,只能作为内部追偿的依据。按照这种观点,法院只要能认定该欠款是因联合开发项目产生,就可以判令联合开发双方承担连带责任,而不必具体分清谁的责任或哪一方对外签字的,也不受合同中关于各自责任的划分的限制。

另有观点认为,对此问题不能一概而论。其中方式(一)从法律特征上来讲符合合伙型的联营,即“企业之间或企业和事业单位之间联营,共同经营、不具备法人条件的,由联营各方按照出资比例或者协议的约定,以各自所有的或者经营管理的财产承担民事责任。依照法律的规定或者协议的约定负连带责任的,承担连带责任。”即其责任在充分尊重当事人意思自治的基础上分为两种:如果联合开发合同明确约定了双方互负连带责任,自然应以该约定为准。如果联合开发合同没有约定双方互负连带责任,则要正确界定联合开发合同的双方当事人的真实意思和合同性质。联合开发房地产合同是一种无名合同,法律对其缺乏明确的定性和具体规则,当事人约定的内容不同,合同的性质和后果也就不同。如果合同重在双方约定出资,即一方提供土地使用权,另一方出资金,双方在项目完成后,共同出售,共担风险,共享利益的,则此类合同就是合伙合同,这种联营

则为合伙型联营,双方应对联合开发项目产生的债务互负连带责任。方式(2)则是由合作双方完全通过合同来约定彼此在联合开发中的权利义务,如果双方各自独立经营,一方明确只提供土地,另一方只是负责在该土地上完成一定的建筑任务,且建筑方在完成建筑任务后将获得一定数量的房屋作为回报的,则此类合同为加工承揽与互易的混合合同,由双方对各自的行为独立承担责任。

二、两种主要合作模式面临的风险

房地产合作开发从其开始建设到销售完毕这段时间内,存在大量的可预测和不可预测的风险,甚至会卷入诉讼或者仲裁之累;同时由于立法上的不成熟,制度上的缺陷,合同内容的不严谨,合作双方之间极易产生纠纷。作为房地产项目的合作方,必须要对其运作模式和过程中的潜在风险有清醒认识,方可保障自己的投资权益。

(一) 合同效力风险

1、缺乏房地产开发企业资质

法律对从事房地产开发的主体有着严格限制条件,从事房地产开发应具备两个条件:

首先,从事房地产开发的企业应是房地产企业,即“房地产开发企业应依法取得房地产开发的营业执照,从而获得能够从事房地产开发的身份和条件。”^②根据《城市房地产管理法》的规定,从事房地产开发经营的企业,应当经工商行政管理部门核准登记领取营业执照,并在规定的时间内到当地建设行政主管部门办理备案登记,方可从事经营活动。

其次,房地产企业应具备相应的资质条件。《房地产开发企业资质管理规定》规定,房地产开发企业应当按照规定申请核定企业资质等级,未取得房地产开发资质等级证书的企业,不得从事房地产开发经营业务。房地产开发企业按照企业条件分为一级、二级、三级、四级共四个资质等级。各个资质等级的企业应当在规定的业务范围内从事房地产开发经营业务,不得越级承担任务。

根据《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》(以下简称《解释》)第十五条:“合作开发房地产合同的当事人一方具备房地产开发经营资质的,应当认定合同有效。当事人双方均不具备房地产开发经营资质的,应当认定合同无效。但起诉前当事人一方已经取得房地产开发经营资质或者已依法合作成立具有房地产开发经营资质的房地产开发企业的,应当认定合同有效。”

《解释》没有要求合作各方均具有房地产开发经营资质,

但合作开发房地产的双方中必须至少有一方具备房地产开发资质,否则,合作开发房地产合同无效。这是实践中应当提防的一个合作开发风险。但是,需注意的是,认定合同是否有效的时间点为起诉前,而非判决做出前。

2、未取得土地使用权证

《解释》对合作开发房地产合同下了明确的定义,即“本解释所称的合作开发房地产合同,是指当事人订立的以提供出让土地使用权、资金等作为共同投资,共享利润、共担风险合作开发房地产为基本内容的协议。”房地产合作开发合同与土地使用权的转让合同有着本质区别,土地使用权转让合同如果不满足法律规定的转让条件,则合同必然无效。而房地产合作开发合同“不满足土地使用权转让的条件,合作合同并不必然无效”。^③

事实上,因为缺乏明确的法律依据,这类合同在实践中被认定为有效和无效的情形均可见,这是开发实践中需要注意的地方。一方面应尽量避免未取得土地使用权证对合作合同效力产生影响,另一方面,不可贸然对未取得土地使用权证的合作合同做出有效或无效的认定,以防止损失扩大。

3、审批、许可与登记影响合作合同效力

关于合作建房审批手续与土地使用权变更登记对合作开发房地产合同效力的影响,《解释》并没有予以规定。《中华人民共和国房地产管理法》实施以前的案件,适用最高人民法院于1995年12月27日发布的《关于审理房地产管理法施行前房地产开发经营案件若干问题的解答》的规定,该解答第十八条明确规定:“享有土地使用权的一方以土地使用权作为投资与他人合作建房,签订的合建合同是土地使用权有偿转让的一种特殊形式,除办理合建审批手续外,还应依法办理土地使用权变更登记手续。未办理土地使用权变更登记手续的,一般应当认定合建合同无效,但双方已实际履行了合同,或房屋已基本建成,又无其他违法行为的,可认定合建合同有效,并责令当事人补办土地使用权变更登记手续。”

建设项目审批通过,是合作开发房地产行为的基础。我国对房地产项目实行批准立项制度,建设项目的审批不通过,合作开发就是一纸空谈。虽然《解释》并未规定未经建设项目审批的合同为无效合同,但是,任何一个建设项目都要经历从立项、规划、用地、施工、销售直到竣工验收的审批登记程序,缺少前一个审批手续,则后续的审批手续往往就无法完成。任何一个程序的审批手续没有完成之前,当事人就进行实际的开发建设,都存在被认定为违法的可能性。“如果建筑属违法建筑,那么所签订的合作开发房地产合同在该建设项目被政府有关行政主管部门追认之前,肯定是无效的。”^④

（二）土地使用权瑕疵风险

关于房地产合作开发土地使用权瑕疵,实践中比较常见的有两种情形。第一种情形是土地实际使用面积不足,比如需预留公共绿化地、规划道路预留地等等,这就造成提供土地使用权一方投资缩水,同时还可能因为土地面积减少,导致项目开发面积缩小,利润减少。第二种情形是土地使用权的权利瑕疵,比如提供土地使用权的一方因为债务纠纷,其土地使用权被司法机关查封,或其他第三人对该宗土地享有共有权、抵押权等。

对土地使用权瑕疵风险的规避,一方面合作方在签订合作合同之前应对土地情况充分掌握,应当在开发合同签订前进行律师尽职调查,对该土地上是否存在上述两种情形一一排查,完全掌握土地情况后再签订合作合同。

（三）合作开发资金比例约定不明风险

合作开发中的资金分摊方案不明风险主要包括投资约定不明、预算不足、投资不到位等情形。例如,房地产合作开发中,有些合作合同约定的投资方式是按事项分摊。比如一方负责提供土地,另一方负责勘探、设计、建筑安装等事项,所需资金各方自行解决。合作进行到一半,发现遗漏了某些事项,比如广告宣传、项目竣工验收等,这些遗漏事项所需的费用由谁来承担?或者说双方虽然约定了按比例投资,但在合作中发现预算不足、资金短缺。如果合同约定得不清晰,可能造成互相推诿,从而对合作项目进行造成影响。

因此,合作方在对投资事项进行约定时,应充分考虑合作过程中可能出现的资金风险,并将这些风险合理分担,避免因资金不足而产生“烂尾楼”。比较科学的资金约定方式是至少约定一方对项目所需资金承担无限责任,即全额满足项目实际所需资金。当然,对资金承担无限责任的一方,需具备足够融资能力。

（四）约定房屋预售款充抵投资的风险

先看以下案例:甲公司与乙公司签订合作开发房地产合同,约定甲公司提供面积为6万平方米的出让土地使用权,乙公司在合同订立后2个月内投入资金3000万元;甲乙双方利润分配比利为55:45。合同订立后,甲公司如约履行,而在2个月内乙公司只投入了1500万元。但合作项目的预售情况非常好,短期内预售款即回笼1亿元。后来双方因利润分配产生纠纷诉讼至法院。乙公司主张预售款回笼已经足够支持项目建设,故其已经无需继续投入,因而其应按照合同约定的利润分配比例分得合作利润。

上述案例中,乙公司能否要求将房屋预售款充抵其投资,进而参与利润分配?这一问题即是房屋预售款能否充抵投资的问题。事实上对于这个问题已经没有争议,因为《解释》第二十

三条明确给出了答案“合作开发房地产合同的当事人要求将房屋预售款充抵投资参与利润分配的,不予支持”。为什么在这里将其列为房地产合作开发的风险?

这是因为实践中有些合作开发方会在合作合同中约定可以将房屋预售款充抵投资,从而回避了上述司法解释。从效力上讲,依据合同意思自治原则,这样的约定并无不妥。但事实上,这样的约定潜在着风险:1、如果允许将房屋预售款充抵其投资,在出资不到位的情况下,违约方仍然会受益。如果预售形势越好,预售款回笼就越充裕,违约方的获利就会越多,这样约定的结果会促使违约行为的出现,为日后纠纷产生埋下隐患。2、房地产开发的利润是通过销售收入减去开发成本得到来的,因此,在理论上,预售款是包括了开发建设成本和合作利润的。如果允许将预售款充抵投资,等于将合作利润作为投资,会让利润分配变得复杂,增加纠纷产生的可能。因此,在合作合同中约定房屋预售款充抵投资,应当慎重而行。

（五）房地产合作开发利益分配中的风险

在合作开发合同中约定以开发所得的房地产分配收益,是房地产合作开发常用的一种利益分配方式。实践中,容易产生纠纷有两种情形,第一种情形是:一般情况下,合作双方都是就某一项目达成合作意向后,然后再去开展具体工作,这样在签订合作开发合同时,房屋的设计图纸尚未出来,双方在合同中只能约定分配房屋的比例、面积及楼层,而无法进一步明确。只有等到建设工程设计图审定之后,双方才能将各自分配的建筑面积、楼层位置、地下停车场以及按比例承担公共分摊面积等具体落实。第二种情形是:建设过程发生因设计、规划等调整导致建筑面积增减,而双方对此无约定。如此一来,在进行房屋分配时,这两种情形可能就会出现无法操作的问题。

三、规避项目法律风险,保障投资权益

（一）谨慎选择合作开发伙伴,委托律师进行尽职调查

房地产合作开发的核心在于合作,合作人之间合作关系如何是合作开发是否顺利的根本。因此,选择合作伙伴成为风险整体预防的关键。

一般来讲,房地产合作开发选择合作伙伴时,至少需要从以下三个方面进行考虑。1、合作各方各自的综合实力和资源的互补。对此方面进行考虑需要对合作伙伴的信息如公司财力、运营能力、土地状况等基本信息充分掌握。2、合作伙伴之间的经营理念是否一致。经营理念决定一个公司的文化层次,决定其解决风险纠纷的出发点。考察合作伙伴的经营理念,对制订合作方案来讲必不可少。3、合作伙伴是否诚信。自然人有着可被感

知的人格,公司也同样具有可被认知人格。对公司人格的考察,需要特殊的方法,如律师尽职调查。或者从对公司创始人、股东、高管接触了解等也可以窥见一斑,因为这些人的人格会体现在公司人格之中。

对合作伙伴进行考察深入了解,律师尽职调查不失是一种很好的方法。律师尽职调查,是指“律师接受当事人的委托,对当事人指定的有业务关系的企业的规模、资产负债、信用状况、社会评价、出资人情况等进行调查并出具专业报告书的一项法律服务。”^⑤

对房地产合作开发来讲,律师尽职调查内容的主要包括三块,一是对公司的调查,二是对项目土地使用权属的调查,三是对项目建设情况的调查。

1、对公司的尽职调查

对公司尽职调查的目的在于深入了解拟合作伙伴的综合实力、运营能力等基本情况,其调查内容大致包括以下四个方面:

(1) 可持续经营能力调查。主要包括:“公司行业性质、公司主营业务情况、公司主要产品情景、公司业务发展目标、公司未来发展是否存在重大不确定性等。其调查方法包括询问管理层、查阅经审计的财务报告、听取注册会计师意见、查阅公司待履行重大业务合同、分析公司现有资金结构和融资渠道、了解公司未来资金需求及融资计划、评估融资能力对公司经营的影响等”。^⑥

(2) 公司潜在风险调查。主要包括:“调查公司对外担保形成的或有风险,调查公司未决诉讼、仲裁形成的或有风险,以及公司其他方面的或有风险,如是否有海关、税务纠纷以及产品质量保证及承诺等事项。”^⑦其调查方法主要包括查阅公司董事会和股东会关于保证、抵押、质押、担保的会议纪录,向房地产管理部门、土地管理部门、运输工具登记部门、证券登记结算机构查询抵押、出质,向公司开户银行发函询证,确认公司的商业汇票承兑贴现、抵押借款、应收账款等情况。

(3) 公司治理结构调查。主要包括查阅公司章程,了解股东会、董事会、监事会及高级管理人员的构成情况和职责;调查股东的出资是否到位,出资方式是否合法,是否存在出资不实、虚假出资、抽逃资金等情况;调查公司在业务、资产、人员、财务及机构等方面是否均与公司控股股东相互独立,公司资产是否被控股股东占用,股东与公司之间是否存在关联交易等。其调查方法主要包括查阅验资报告、到工商局调阅注册登记资料、收集公司产品、人事资料,调查分析公司业务独立性、资产独立性、人员独立性等。

(4) 公司基本情况调查,主要包括公司的设立、股权变动、

资产重组、股份转让、财产状况、债权债务等情况。其调查方法主要包括到工商管理部門调阅注册登记、年检资料。

2、对土地使用权属的调查

土地使用权属的调查的目的在于充分掌握拟开发土地的基本状况,一般适用于一方提供土地,一方提供资金,双方进行合伙型联建或新成立项目公司进行合作开发的情况,其调查内容主要包括以下两个方面:

(1) 对土地要求的相关文件,主要包括:《国有土地使用证》;政府部门对该土地利用的总体规划,包括规划用途;国有土地使用权出让合同正本及副本;国有土地使用权协议出让的批复文件或招、拍、挂取得土地使用权的文件;土地利用要求,包括“主体建筑物的性质、附属建筑物的性质及平面布局、建筑密度、容积率、建筑物层数、高度、建筑间距、停车场的大小、停车场建设要求、绿化比率、建筑体型、色彩与周围环境的协调、主体建筑的装饰要求、建筑场地平整标高、出入口方位、基础设施完成年限、建筑项目完成年限等”。^⑧

(2) 土地自身权属相关文件,主要包括:缴付土地使用权出让金的发票、凭证;土地管理部门出具的有关土地使用权出让金支付情况的证明;土地的查封情况;土地的抵押情况或其他性质的他项权益;任何第三方对该项目土地及房产的评估文件或类似成交价格文件;土地及项目现状的描述文件,包括交通、场地“三通一平”情况、上下水、污水、电、燃气、热力、电信、邮政、被拆迁人情况、环保、人防、消防、交通管理、文物、园林、安全、环卫等部门要求或审查意见,以及与市政、公用、供电、电信等部门落实的上下水、电、供热、燃气、电信源头供应等市政公用设施配套方案。

3、项目建设情况的调查

对项目建设情况的调查,适用于一方已经组建项目公司,另一方增资入股项目公司或进行在建工程收购的情况。其主要调查该项目是否取得以下文件,以及已经取得的文件是否合法、有效。将这些文件进行分类,可大致分为如下四类:

(1) 立项规划审批相关文件,主要包括:规划意见书、审定设计方案、通知书、建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、规划部门对各阶段设计的批复等。

(2) 拆迁相关文件,主要包括拆迁协议、与项目土地原使用权人的补偿协议、房屋拆迁许可证、拆迁情况及目的调查资料、缴付拆迁补偿费的发票、证明等。

(3) 工程施工相关文件,主要包括建筑工程施工许可证、工程的相关图纸,包括每层的平面图、该项目的进度报告,如监理公司或工程进度报告、对项目现在进度及情况的其他描述文件、机电工程的费用明细、未来公共区域的精装修标准及装修

费用明细、上述工程项目的抵押情况或其他性质的他项权益（包括是否欠付工程款情况）、项目在建工程的查封情况、其他从工程现状到竣工所需投入费用的明细、该项目的工程造价报告或土建工程的结算文件等。

（4）项目租售相关文件，主要包括、该项目的商品房预售许可证、项目的发展方案，包括楼层的功能定位、租售方案、地上地下车位数量等、该项目的商品房销售的情况表或销售情况说明，应至少包括“已销售的楼层、面积、销售价格、付款方式、购买的客户等，并提供销售合同有关买受人名称、销售房产坐落、单价等信息页的复印件以及一份销售合同的标准文本”^⑨等等。

（二）合作项目资金的监控

资金监管是合作中很重要的问题之一，这主要涉及如何保障投入项目中的资金真正应用到项目开发中去，而不被对方私下挪用或者用于其它目的。这是合作方最关心、也是难以控制的问题，尤其在投资方没有决策权时。一般来说，在对某项目决定进行投资时，都会要求对方提供详细的最新的且经过法定审计事务所审计过的财务报表，从而来掌握该项目的债权债务关系。但该报表只表明投资前的债权债务，而无法解决对注入资金后的资金流向监控问题。

在非法人型合作开发合同履行中，合作各方常常约定设立“共管账户”，以共同监督项目资金的使用。然而，有的合作方疏于监督管理，共管账户完全由另一方控制。为了保护合作各方的利益，需要合作各方在合同中明确约定对共管账户的使用管理办法。尤其是预留印鉴中的财务章和人名章不应由一方掌管，而应由各方分别管理，这样有利于合作各方相互制约和监督。但这也并不能从根本上解决问题。比较妥当的办法应是：审查该合作方是否存在不良记录、是否有诉讼或其他争议纠纷、投资人的为人品德、该项目的市场销售预测是否乐观等角度来分析。

（三）重视合同约定

一个成功的房地产项目合作经营，离不开一个完善的房地产合作开发合同。实践中发生的房地产合作经营纠纷，绝大部分是因为双方签订的合同草率、简单化，为今后纠纷的产生埋下了隐患。

1、合同的内容应该合法，禁止假借联合开发之名行融资之实

合作开发合同不得违反法律的禁止性规定，如上述的通过联合开发的方式进行企业间的融资，就违反了1996年由中国人民银行下发的《贷款通则》第61条的规定：“企业之间不得违反国家规定办理借贷或者变相融资业务”，从而构成合同无效，当事人希望联合开发所欲达到的盈利目的也落空。

另外，最高人民法院曾在1990年发布的《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》第四条规定：“（1）联营合同中的保底条款，通常是指联营一方虽向联营体投资，并参与共同经营，分享联营的盈利，但不承担联营的亏损责任，在联营体亏损时，仍要收回其出资和收取固定利润的条款。保底条款违背了联营合同中应当遵循的共负盈亏、共担风险的原则，损害了其他联营方和联营体的债权人的合法权益，因此应当确认无效；（2）企业法人、事业法人作为联营一方向联营体投资，但不参加共同联营，也不承担联营的风险责任，不论盈亏均按期收回本息，或者按期收取固定利润的，是为明为联营，实为借贷，违反了有关金融法规，应当确认合同无效”。司法实践中，法院大都以上述规定为由，将合同中的“共同经营”作为认定合同性质和效力的依据。

2、双方的权利、义务及违约责任应具体、明确

这类合同并无任何的示范文本，仅仅依靠当事人之间协商或谈判确定主要条款，而当事人在签订合同时往往更多的关注商业利益，而对风险预期不足，导致合同约定存在众多不明之处或漏洞，极易产生纠纷。

房地产联合开发中双方的权利义务存在着很多交错，应对之进行界定，并且在时间上应设定明确的界限，如土地使用权转让的时间，若转让方拖延造成的损失由其承担；资金及工程进度款的支付应跟上施工的进度，如果造成停工、窝工的损失应该如何计算；违约认定的情形及违约责任的承担方式等等；供地一方提供的土地上存在其他的系争权益，或权利瑕疵的，如何处理？造成的损失如何计算和承担等，也都应该在合同中充分考虑到。对双方交接中的所有细节都要做到有专人负责记载、签字确认，从而做到有章可循，有据可依，以免在问题不断累积后形成冲突，造成矛盾的激化而无法收拾。

3、收益的分享及风险和损失的分担应落实到位

在房地产合作开发中，一般都以开发的房屋作为双方分享收益的标的，但由于不同的楼层、方位、坐落及朝向，其经济价值也大相径庭，所以合作双方应在其合同中事先对房屋的分配做出详细的安排和规定，以免房子落成后双方对此争执不休。比如，楼盘经竣工验收后，根据双方投资比例按建筑面积进行分配。这里就存在许多方面的争议：建筑面积的价格因所处的层数、朝向等不同而不同，由于没有明确约定，则在实际分配时必然会引起诉争；其次，该建筑面积是以核准的规划设计面积为准，还是以实际竣工的建筑面积为准？再次，该建筑面积是只指该楼盘的销售建筑面积还是包括公摊建筑面积在内？尤其在计算商住混合楼的公摊面积时，该系数是有明显区分的。

有时候，双方按利润的一定比例分成，由于约定不明、利润

计算方法不一,最后酿成纠纷;一方违约,应承担另一方的所有经济损失,这样的约定等于没有约定,一旦出现违约,则必然会陷入到艰难的举证和漫长的诉争困境中去,无法保障自己的预期利益。另外,双方还应对一些风险和损失的承担进行事先约定。比如项目公司从申请到成立会有一个较长的周期,在此期间双方都会进行一些投入和准备,一旦项目公司没有获准成立,则如何处理这些财务账和费用的分摊往往成为双方争执的焦点。

四、小结

随着房地产行业宏观调控力度的加大,房地产开发的门槛不断提高,开发商经常处于拥有土地使用权但缺乏资金投入的窘境。市场也有持有资金、看好房地产市场,但是不具备房地产开发资质、没有开发经验的一方,于是合作开发应运而生。房地产合作开发有效地结合了土地和资金两大要素,极大地拓展了房地产开发成功的可能性。但是,资金和人合往往难以两全其美,加上房地产合作开发本身法律关系的复杂性,因此纠纷时有发生。防范房地产合作开发中的风险,预防开发中的纠纷,一方面我们必须理清纠纷背后的法律关系,从理论上探讨如何处理纠纷,这需要我们更进一步加强对房地产合作开发的基础理论研究。另一方面,必须从实践出发,研究实务中发生的各种风险和纠纷,从技术上进行风险防范和纠纷预防。

对于合作开发的任何一方而言,都应该谨记:合作开发是一件重大、长期的法律行为,说其重大,是因为合作一方投资少则几千万元、多则几亿元、上百亿元,一旦合作方挑选不当或者合同条款不严密、有漏洞,就为纠纷埋下了隐患,甚至会因纠纷导致合作项目中途夭折、面临巨额亏损。因此,合作任何一方都需要思考:究竟如何才能防范未来合作产生纠纷?

说其长期,是说从合作方开始洽谈合作到项目运营成功,少则一年左右,多则两年三年,期间很多需要合作方密切配合,而且合作方在长期的相处中,不再像恋爱那样一直看到对方的优点,相反,会不时地发现对方的缺点,因此,双方不仅需要磨合、需要忍耐,更需要与合作方之间设置一个完善的、能促进合作、化解矛盾、防范风险的好的合作制度,这么一件高度专业化的事件,绝不能靠一页纸、几个商业条款就能简单解决,那么,合作任何一方应如何预防中途生变呢?

或许,不同的项目,不同的合作者,需要关注的焦点都不尽相同。但成功的合作往往具有如下共同的地方:重大投资合作之前决策往往慎之又慎、且合作方非常善于借力。缺钱,求助于

银行、基金等传统和现代金融机构;缺财务知识,求助于会计师;缺法律知识,求助于律师。

虽然眼下房地产企业加速洗牌在即,但最先被洗掉的一定是不善借力、风险意识差的企业,而只有善于借力且风险意识强的企业,才能在这场洗牌中最终胜出,并引领市场、笑傲江湖。●

注释:

- ①杨育林主编:《房地产案件审判要旨与判案评析》,人民法院出版社2004年1月版,第429页。
- ②郭军:《房地产开发法律适用与疑难释解》,中国法制出版社2008年版,第177页。
- ③郭军:《房地产开发法律适用与疑难释解》,中国法制出版社2008年版,第178页。
- ④张庆华:《国有土地使用权合同司法解释操作指南国有土地使用权纠纷处理与预防》,法律出版社2006年版,第136页。
- ⑤中华全国律师协会主编:《律师执业基本技能》,北京大学出版社2007年版,第294页。
- ⑥周胜:《外商投资房地产法律实务》,法律出版社2009年版,第173页。
- ⑦黄乐平:《房地产开发经营全流程法律精解》,法律出版社2006年版,第8页。
- ⑧周胜:《外商投资房地产法律实务》,法律出版社2009年版,第180页。
- ⑨周胜:《外商投资房地产法律实务》,法律出版社2009年版,第189页。

【参考资料】

- 1、蔡耀忠:中国房地产法研究[M],北京,法律出版社,2003。
- 2、朱树英:房地产开发法律实务[M],北京,法律出版社,2002。
- 3、殷勇主编:商品房买卖中的法律问题与案例评析[M],北京,人民法院出版社,2003。
- 4、唐波:房地产开发与销售[M],北京,法律出版社,2004。
- 5、杨育林主编:房地产案件审判要旨与判案评[M],北京,人民法院出版社,2004。
- 6、黄松有主编:最高人民法院国有土地使用权合同纠纷司法解释的理解与适用[M],北京,人民法院出版社,2005。
- 7、王锡财主编:房地产纠纷[M],北京,中国民主法制出版社,2006。
- 8、马育红主编:房地产法学[M],兰州,兰州大学出版社,2006。
- 9、张凯军、谷绍勇:房地产新型疑难案例判解[M],北京,法律出版社,2006。
- 10、张庆华:国有土地使用权合同司法解释操作指南国有土地使用权纠纷处理与预防[M],北京,法律出版社,2006。
- 11、中华全国律师协会民事专业委员会主编:房地产建筑律师实务[M],北京:法律出版社,2007。
- 12、郭军:房地产开发法律适用与疑难释解[M],北京:中国法制出版社,2008。
- 13、周胜:外商投资房地产法律实务[M],北京:法律出版社,2009。

(本文获第九届华东律师论坛优秀论文二等奖)



朱 慧:上海通乾律师事务所合伙人。复旦大学法学院经济法专业毕业。现为中国法学会会员、上海市律师协会劳动法研究委员会委员。



陈慧颖:上海通乾律师事务所合伙人。毕业于华东政法学院国际经济法系。2009年3月被评为2007-2008年度静安区优秀专业律师。2009年4月被评为“静安之星”。中国民主建国会上海市静安区第八届委员会委员。

●文 / 朱 慧 陈慧颖(上海通乾律师事务所)

劳动合同解除若干问题探讨

【摘要】我国《劳动合同法》实施以来,劳动争议案件大幅上升。劳动合同解除争议作为劳动争议的重要组成部分,在劳动争议处理中占有重要地位,更涉及到劳动者的生存与就业和用人单位的管理与人员更新,在处理中也出现了不少难点和疑点。本文就劳动合同解除中未通知工会下之解除、无规章制度之解除、解除权的行使时间等问题做了探讨。

【关键词】劳动合同 解除 工会 规章制度

我国《劳动合同法》实施以来,劳动争议案件大幅上升,2010年全国各级人民法院审结的劳动争议案件达327407件。^①由于案件本身所牵涉利益的复杂性和劳动法规本身尚存在一些不明确之处,劳动争议案件处理的难点也不断涌现。劳动合同解除争议作为劳动争议的重要组成部分,在劳动争议处理中占有重要地位,更涉及到劳动者的生存与就业和用人单位的管理与人员更新,在处理中也出现了不少难点和疑点。下面就笔者接触到的一些难点问题与大家作一探讨。

一、用人单位单方解除劳动合同未事先通知工会是否有效

用人单位单方和劳动者解除劳动合同,在其他条件都符合的情况下,事先未通知工会,该解除是否有效?事先通知工会是不是用人单位单方解除劳动合同的必经程序?如果用人单位通知工会后,工会提出不同意见,又当如何处理?如用人单位没有建立工会又该当如何处理?

在笔者接触的一些案件中,有些法院或仲裁机构没有主动审查该程序问题,只要用人单位单方解除的事实依据充分,就支持用人单位的主张。但有些法院比较注重该程序,如某法院指出,劳动者的行为显然违反了劳动纪律,公司对其作出辞退决定本无不妥,但公司在作出辞退决定前,未将解除理由事先通知工会或者由职工代表讨论,公司的辞退不符合法定程序,应予撤销。^②

那么,对于通知工会这个程序到底应当如何理解和把握呢?未通知工会是否必然导致用人单位单方解除无效?我们认为,在其

他解除条件具备的情况下,用人单位单方解除劳动合同事先未通知工会并不当然导致劳动合同解除无效。其理由如下:

1. 我国法律并没有规定用人单位单方解除劳动合同事先未通知工会的后果

《中华人民共和国劳动法》第30条规定:用人单位解除劳动合同,工会认为不适当的,有权提出意见。如果用人单位违反法律、法规或者劳动合同,工会有权要求重新处理;劳动者申请仲裁或者提起诉讼的,工会应当依法给予支持和帮助。从该条的规定来看,其赋予工会的是对于用人单位单方解除劳动合同的监督权并强调了在仲裁或诉讼中工会应支持和帮助劳动者。

《中华人民共和国工会法》第21条规定:企业、事业单位处分职工,工会认为不适当的,有权提出意见。企业单方面解除职工劳动合同时,应当事先将理由通知工会,工会认为企业违反法律、法规和有关合同,要求重新研究处理时,企业应当研究工会的意见,并将处理结果书面通知工会。职工认为企业侵犯其劳动权益而申请劳动争议仲裁或者向人民法院提起诉讼的,工会应当给予支持和帮助。该条不仅强调了工会的监督权还强调了工会对于用人单位解除劳动合同的知情权。《中华人民共和国劳动合同法》作了和《中华人民共和国工会法》类似的规定,该法第43条规定:用人单位单方解除劳动合同,应当事先将理由通知工会。用人单位违反法律、行政法规规定或者劳动合同约定的,工会有权要求用人单位纠正。用人单位应当研究工会的意见,并将处理结果书面通知工会。

从上述法律规定我们可以看出,法律只是要求用人单位单方解除劳动合同时,事先将理由通知工会,但对于未通知工会的后果没有作出规定,因此,从现有法律规定来看并不能得出未通知工会导致用人单位单方解除劳动合同无效的结论。

2. 用人单位存在未建立工会的情形

《中华人民共和国工会法》第2条规定:工会是职工自愿结合的工人阶级的群众组织。中华全国总工会及其各工会组织代表职工的利益,依法维护职工的合法权益。第3条规定:在中国境内的企业、事业单位、机关中以工资收入为主要生活来源的体力劳动者和脑力劳动者,不分民族、种族、性别、职业、宗教信仰、教育程度,都有依法参加和组织工会的权利。任何组织和个人不得阻挠和限

制。从工会法的上述规定我们可以看出,组建工会是劳动者的权利,劳动者可以行使该权利,也可以不行使该权利。用人单位的义务是不得阻挠和限制劳动者参加和组建工会,这是一种消极的、不作为的义务。

据《解放日报》2008年4月16日的报道,上海市外资企业工会的组建率只有33%,^③可见并不是所有的企业都组建了工会。即使在发达的资本主义国家,工会的组建率也很少有超过50%的。据统计,1977年美国工人工会的参会率只有20%,^④法国在20世纪90年代初工会的组织程度也只有10%。^⑤

再者,有些用人单位规模比较小,只有五六个人或七八个人,如个体工商户、合伙企业,或一些小型的有限责任公司等。在这种情况下,劳动者也没有成立工会的必要,有问题可以直接和用人单位交涉,并不一定需要工会这样的组织。

因此,用人单位没有工会的情况也是广泛存在的,而且组建工会是劳动者的权利,用人单位并无义务也不可能由用人单位来组建工会。

在用人单位的劳动者没有组织工会的情况下,用人单位单方解除劳动合同让用人单位如何通知工会?也许有人说可以通知用人单位所在地的街道工会或其他工会啊,但这显然毫无意义。通知工会的本身,在于起到对用人单位解除劳动合同的监督作用。其前提是建立在工会对该劳动者和用人单位的情况有所了解的基础上,而非用人单位所在的工会对劳动者的情况是不可能直接了解的,更谈不上起到监督作用。在这种情况下,强调用人单位解除劳动合同必须通知工会,否则解除无效,这是没有任何实际意义的。

3. 劳动合同的主体是用人单位和劳动者并不涉及工会

用人单位和劳动者之间的劳动关系,本质上是一种合同关系,合同的主体是用人单位和劳动者,并不涉及工会。劳动合同只是在一般民事合同的基础上加强了对劳动者的倾斜保护。劳动合同的解除也只是发生在劳动者和用人单位之间,工会并不是劳动合同解除中的主体。用人单位单方解除权的行使,本质上是劳动者对劳动合同的违反或履行劳动合同基础条件的丧失,使履行劳动合同的目的没法实现。对于用人单位的单方解除主要体现在《劳动合同法》第39条和第40条之中。

《中华人民共和国劳动合同法》第39条规定:劳动者有下列情形之一的,用人单位可以解除劳动合同:(一)在试用期间被证明不符合录用条件的;(二)严重违反用人单位的规章制度的;(三)严重失职,营私舞弊,给用人单位造成重大损害的;(四)劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系,对完成本单位的工作任务造成严重影响,或者经用人单位提出,拒不改正的;(五)因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的;(六)

被依法追究刑事责任的。该条除试用期解除外,主要针对劳动者存在重大过错,劳动合同无法履行的情形。

《中华人民共和国劳动合同法》第40条规定:有下列情形之一的,用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后,可以解除劳动合同:(一)劳动者患病或者非因工负伤,在规定的医疗期满后不能从事原工作,也不能从事由用人单位另行安排的工作的;(二)劳动者不能胜任工作,经过培训或者调整工作岗位,仍不能胜任工作的;(三)劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化,致使劳动合同无法履行,经用人单位与劳动者协商,未能就变更劳动合同内容达成协议的。该条主要针对劳动者主观上并无过失,但客观上劳动合同无法履行的情形。

因此,上述情况均属于用人单位有权单方解除的情形,主要针对的是劳动者违背了订立劳动合同的目的或非劳动者个人主观原因而劳动合同的目的无法实现的情形。此种情况下的解除无须取得相对方的同意,从法律的一般原理上来讲,这种情况下用人单位的解除属于形成权,无须取得对方的同意。在劳动合同的解除中,工会并不是劳动合同的当事人而是作为劳动者权益的维护者主要是起到一种监督的作用,工会并不能决定劳动合同的解除与否。

因此,将是否通知工会作为用人单位单方解除劳动合同是否成立不符合劳动合同解除的基本原理。

二、无规章制度或规章制度不完善情况下劳动合同之解除

根据《中华人民共和国劳动合同法》第39条之规定,规章制度在劳动合同解除中起着极其重要的作用。在过失性单方解除下,严重违反规章制度成了用人单位解除劳动合同的主要途径。可在实践中,并不是所有的用人单位都制定规章制度,也并不是所有的用人单位制定的规章规定的很完全,可以涵盖所有内容。那么在没有规章制度或规章制度内容不全的情况下,用人单位是否就无法解除合同了呢?答案当然是否定的。劳动合同本质上是一种合同关系,解除权的行使在于劳动合同的目的不能实现。规章制度只是现代化大生产的情况下,用人单位通过规章制度管理劳动者的一种方式,是用人单位实现劳动合同管理的一种方式。不能说没有规章,对于劳动者的违反劳动合同目的的行为,用人单位就不能解除劳动合同。我国现有的企业也广泛存在没有规章制度,或虽有规章制度但不能涵盖全部的情况。下面我就来作一分析:

1. 无规章制度的情形

企业是国民经济的细胞,在我国的经济构成中大部分是中小企业,而且中小企业也是我国吸纳就业的主力军。一些中小企业,

特别是一些小企业,员工比较少,如一些企业只有两三个员工,或五六个员工。这种企业没有建立规章制度是广泛存在的。正因为如此,《法国劳动法典》规定,用人单位雇工达到20人以上者应当依法制定雇佣规则,《日本劳动标准法》规定用人单位雇工达10人以上者应当制订雇佣规则,我国台湾地区的《劳动基准法》规定用人单位雇工达30人以上者应当制定雇佣规则。^⑥而我国《劳动合同法》在规章制度设立方面对企业的规模的大小并没有区分不能不说是一个缺陷。

我国《劳动合同法》第四条规定:用人单位应当建立和完善劳动规章制度,保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。可见制定规章制度的目的在于保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。劳动合同的解除关键在于规章制度有没有,而在于劳动者的行为是否构成了根本违约。如果劳动者存在一般人所认为的严重违反劳动纪律的行为,用人单位就应当有权单方解除劳动合同。

2.有规章制度而无具体规定

现实是丰富多彩的,人类的各种行为不可能在制定规章制度时完全考虑到,挂一漏万的情况是一种常态。当劳动者发生一种行为,用人单位的规章制度而无具体规定时,应当如何处理?是否就因为没有规章制度的规定就无法解除劳动合同了呢?我们认为不能一概而论,关键还是要看行为的性质并结合用人单位的具体情况。如果劳动者的行为在一般人看来是对其义务的根本违反,那么,在此情况下,用人单位应当有权解除劳动合同。

因此,我们认为用人单位单方解除劳动合同的关键在于劳动者的行为是否已构成根本违约,如果劳动者的行为已经违反了作为一个劳动者应承担的最基本的义务,那么不论规章制度是有还是没有,都应当赋予用人单位解除劳动合同的权利。

三、劳动合同解除权行使的时间

劳动合同解除权的行使,是法律赋予当事人保护自己合法权益的手段,但权利的行使并不是毫无限制的,解除权的行使会引起双方合同关系的重大的变化。如果享有解除权的人长期不行使解除权,就会使双方的劳动关系处于不稳定状态,因此,解除权应当在一定期限内行使。我国《劳动合同法》对于符合法定解除条件的情形下,对用人单位或劳动者解除权的行使并没有时间的规定,这不能不说是我国劳动法的一个缺陷。劳动法的这一缺陷不仅不利于劳动者权益的保护,也不利于用人单位的日常经营管理,也不利于劳动关系的稳定。下面我们来看两则案例:

案例一,某甲在乙方公司工作,2008年5月乙公司发现某甲严重违反规章制度,乙公司并没有解除与某甲的劳动合同,也没有给某甲任何处分。某甲知道自己犯错后,工作勤勤恳恳,再也没有犯

错。2010年5月乙公司经营状况不好,于是乙公司以2008年5月某甲曾严重违纪为由解除与某甲的劳动合同。在此情况下乙公司的解除是否有效?

案例二,丁先生在丙单位工作,月工资为人民币2000元,丙单位也一直足额发放,但在2008年8月丙单位只发放了1200元,丙单位一直没补发,丁先生也一直未向丙单位提出。2010年8月丁先生以丙单位未足额支付工资为由提出解除劳动合同并按工作年限支付一年一个月的补偿金,在本案中丁先生的主张是否应得到支持呢?

在案例一中,用人单位在长达两年的时间里都没有行使解除权,而2010年3月的解除表面上是2008年5月的严重违纪行为,实则是2010年时公司的经营状况不好,2008年5月的严重违纪只是一个借口。

在案例二中,劳动者在长达两年的时间里也没有行使解除权,2010年6月的解除表面上是2008年8月的拖欠工资,实则是劳动者在2010年6月找到了更好的单位,他只是想在离职的时候再拿一笔经济补偿金,2008年8月的拖欠工资也只是一个借口。

从上述两则案例我们可以看出,劳动合同的解除权的行使应当有时间限制。劳动合同本质上是一种合同,应当可以参照《合同法》的规定。《中华人民共和国合同法》第95条规定:法律规定或者当事人约定解除权行使期限,期限届满当事人不行使的,该权利消灭。法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限,经对方催告后在合理期限内不行使的,该权利消灭。对于劳动合同解除权的时间,我们认为应当允许劳动者和用人单位在劳动合同中作出约定。在没有约定的情况下,我们认为设定一年的时间比较妥当,起算时间为从用人单位知道或应当知道该解除权存在的事实起算。

劳动合同的解除关系到劳动者和用人单位的切身利益,更是一些矛盾的集中点,直接关系到社会的和谐与稳定,处理过程中的疑点难点多,难度大,希望以上拙见能对上述问题的处理有所帮助。●

注释:

①《人民法院工作年度报告(2010)》http://www.court.gov.cn/qwfb/sfsj/201105/t20110525_100996.htm

②《新民晚报》2007年12月24日A6版。

③廖名宗《劳动规章制度研究》,法律出版社2009年版,第80页。

④[美]理查德·B·弗里曼等:《工会是做什么的?》,陈耀波译,北京大学出版社2011版,第21页。

⑤孙德强《中国现代工会法律制度构建》中国法制出版社2007年版,第57页。

⑥董保华《劳动合同法立法的争鸣与思考》,上海人民出版社2011年版,第388页。

(本文获第九届华东律师论坛优秀论文三等奖)



上海市建纬律师事务所高级合伙人，
土建高级工程师、国家注册土建造价工程
师，任中华全国律师协会民事专业委员会
委员暨建设工程论坛副主任。

曾获“首届全国建设领域百名优秀专
业律师”、“纪念改革开放三十周年建设领
域法制先锋人物”等荣誉称号。

●文/曹珊(上海市建纬律师事务所)

为政府工程签订合同过程中 解决中标单位投标瑕疵的建议

【摘要】我国现行有关工程招投标法律法规、规范性文件中并未对投标人投标文件重大缺陷之外的其他瑕疵的处理作出具体明确规定。若存在不能按废标处理的投标瑕疵，其投标文件的投标人获得中标，而在评标过程中又未做出妥善处理的，那么这些投标瑕疵很有可能将在合同签订和履行过程中引起争议和纠纷。有鉴于此，本文系统地梳理了相关法律法规、规范性文件中关于投标瑕疵和废标情形的规定，并对不平衡报价、施工组织设计和报价不匹配、报价工作内容与范围不符、实际措施项目与施工组织设计中措施项目不符等等投标瑕疵问题进行了深入、细致的分析。继而在此基础上，为政府工程中如何应对和解决中标单位投标瑕疵问题提出具体意见和建议。

【关键词】政府工程 建设单位 投标瑕疵 合同签订

近年来，政府投资虽然在全社会固定资产投资中所占比重有所下降，但绝对数额仍在不断上升。尤其在金融危机期间，中央政府决定在两年时间内追加“4万亿元”投资，作为一揽子刺激计划的重要部分。故而如何管好用好政府投资资金，成为各方面十分关注的问题。为有效遏制政府投资领域存在的一些不良现象，2010年1月7日，国务院法制办公布了《政府投资条例（征求意见稿）》，公开征求社会各界的意见和建议，旨在将政府投资管理引入法制化轨道。2010年9月14日，发展改革委监察部等部门发布《关于解决当前政府投资工程建设中带有普遍性问题的通知》（国办发〔2010〕41号），进一步提出“规范工程建设招标投标活动”，具体要求：完善招标事项核准制，规范评标专家管理；推进招标文件标准化和规范化，加快电子招投标制度建设；加大工程招标信息公开力度，建立健全诚信体系；强化对招标投标活动的行政监督等等。

而与此同时，笔者在近期与政府工程的建设单位沟通过程中，他们普遍反映在政府工程施工合同履行过程中经常会遇到因中标单位投标瑕疵问题所产生的争议和纠纷，他们在处理这些争议和纠纷时往往因为缺乏明确的规范

性规定和合同约定，而处于非常不利的境地。本文将对现行有关投标瑕疵和废标情形的规范性规定进行简单梳理和分析，并根据笔者多年参与评标和法律服务的经验对在政府工程施工合同签订过程中如何应对和解决中标单位投标瑕疵问题提出意见和建议，以期政府工程的建设单位有效防范和应对中标单位投标瑕疵问题提供参考。

一、规范性文件中关于投标瑕疵和废标情形的规定

《招标投标法》中对投标人编制投标文件的要求及投标人的禁止行为作了原则性规定，该法第二十七条规定：“投标人应当按照招标文件的要求编制投标文件。投标文件应当对招标文件提出的实质性要求和条件作出响应。”第三十二条规定：“投标人不得相互串通投标报价，不得排挤其他投标人的公平竞争，损害招标人或者其他投标人的合法权益。投标人不得与招标人串通投标，损害国家利益、社会公共利益或者他人的合法权益。禁止投标人以向招标人或者评标委员会成员行贿的手段谋取中标。”第三十三条规定：“投标人不得以低于成本的报价竞标，也不得以他人名义投标或者以其他方式弄虚作假，骗取中标。”《评标委员会和评标方法暂行规定》（下称“《暂行规定》”）第二十条、第二十一条、第二十二条、第二十三条、第二十五条中规定投标人的投标及投标文件不符合《招标投标法》上述规定的，均作废标处理或否决其投标。《暂行规定》中对投标文件中存在的投标偏差问题作了规定，第二十四条规定：“评标委员会应当根据招标文件，审查并逐项列出投标文件的全部投标偏差。投标偏差分为重大偏差和细微偏差。”第二十五条中具体列举了属于重大偏差的七种情况，并明确规定投标文件有重大偏差属于未能对招标文件作出实质性响应，应作废标处理。而细微偏差并不影响投标文件的有效性，不能作废标处理。第二十六条规定：“细微偏差是指投标文件在实质上响应招标文

件要求,但在个别地方存在漏项或者提供了不完整的技术信息和数据等情况,并且补正这些遗漏或者不完整不会对其他投标人造成不公平的结果。细微偏差不影响投标文件的有效性。评标委员会应当书面要求存在细微偏差的投标人在评标结束前予以补正。拒不补正的,在详细评审时可以对细微偏差作不利于该投标人的量化,量化标准应当在招标文件中规定。”此外,其他部委规章中也规定了应予废标的情形,如原国家计委等七部门于2003年3月8日联合发布的《工程建设项目施工招标投标办法》第五十条中明确规定了按废标处理的六种情形。国务院相关部委规章中均是规定对存在重大缺陷的投标文件作废标处理或予以否决,而对投标文件中存在重大缺陷以外的细微瑕疵的处理则规定的较为原则、简单。

各地招投标行政主管部门也制定有相应的规定和文件来规范投标文件中存在的重大缺陷问题,如江苏省建设厅于2006年5月22日发布的《关于在江苏省房屋建筑和市政基础设施工程施工招标文件中统一规定废标条款的通知》(苏建招[2006]224号)中明确要求在江苏省房屋建筑和市政基础设施工程施工招标时在招标文件中统一规定废标条款,不得另外自行规定废标条款,并具体列举了属于重大偏差的19种情况,投标文件中存在这19种情况视同未能对招标文件作出实质性响应,按废标处理。各地的相关规定基本上也只是对存在重大缺陷的投标文件按废标处理作出了明确规定,而并未对重大缺陷之外的其他瑕疵处理作出具体明确的规定。

现行有关规范性文件中仅对存在重大缺陷的投标文件按废标处理作出明确规定、而并未对重大缺陷之外的其他瑕疵的处理作出具体明确规定的状况,导致在招投标过程中,对投标文件所存在的投标瑕疵的处理缺乏具体明确的依据。按照现行有关规范性文件中的规定,投标文件中所存在的投标瑕疵并不影响投标文件的有效性,不能按废标处理,如果存在投标瑕疵的投标文件获得中标,而在评标过程中和合同签订过程中又并未对这些投标瑕疵作出妥善处理,在将来合同履行过程中将很有可能会因这些投标瑕疵产生争议和纠纷。

二、投标瑕疵及其引起争议的情况

如前所述,投标文件中存在的投标瑕疵并不影响投标文件的有效性,不能按废标处理。在实践操作中,常见的投标瑕疵有以下几种:

- (1)不平衡报价;
- (2)施工组织设计和报价不匹配;
- (3)报价工作内容与范围不符;
- (4)实际措施项目与施工组织设计中措施项目不符;
- (5)其他。

虽然根据相关规定,评标委员会应当在评标过程中对投标文件中所存在的细微偏差等投标瑕疵作出相应的处理,但由于各种主客观方面的原因,评标委员会在评标过程中往往无法发现投标文件中存在的所有瑕疵,即使发现投标文件中存在瑕疵,也不一定能够对所发现的瑕疵均作出相应的妥善处理。如果中标单位的投标文件中存在投标瑕疵,而该投标瑕疵在评标过程中又未得到妥善处理,在将来的合同履行和工程施工过程中很可能会因此而产生争议和纠纷。

此类争议和纠纷基本上都会涉及到合同价款或工程造价的增加,而政府工程在工程造价控制和审计上均有比较严格的要求,政府工程的建设单位在面对涉及合同价款或工程造价增加的此类争议和纠纷时会处于两难之地:不同意中标单位提出的增加合同价款或工程造价的要求,找不到明确的规范性文件规定或合同约定作为依据;同意中标单位提出的增加合同价款或工程造价的要求,在将来进行政府工程造价审计时又会比较麻烦。因招标单位在此类争议和纠纷产生之前往往并不会意识到投标瑕疵的存在,更不会对此有所应对和防范,在面对和处理此类争议和纠纷时会处于非常不利的境地。

三、在政府工程签订合同过程中解决投标瑕疵问题的对策

为避免出现此类争议和纠纷,政府工程的建设单位应当在中标通知书发出后,在签订合同过程中采取应有的防范措施,并在合同中设置相应的条款以防范和应对中标单位的投标瑕疵问题。

(一)关于不平衡报价的问题

所谓不平衡报价是相对通常的平衡报价(即正常报价)而言的,是指在工程项目的投标总价确定后,根据招标文件的付款条件等规定和要求,合理地调整投标文件中子项目的报价,在不抬高投标总价以免影响中标(商务得分)的前提下,实施项目时能够尽早、更多地结算工程款,并能够赢得更多利润的一种投标报价方法。不平衡报价的

前提是工程量清单报价,该报价方式强调量价分离,即工程量和单价分开,投标时承包商报的是单价而不是总价,总价等于单价乘以招标文件中的工程量(估算量,仅仅用于招标),最终结算量以实际发生量为准,也就是说,承包商所报的投标总价只是为评标委员会在比较各家标价高低时提供一个总的大致参考值,实际上中标承包商最终的总收入等于最终履行并通过验收的工程量与相应单价的乘积。由于建筑市场信息的不对称,以及建设单位和施工单位在施工能力和经验上的差距,施工单位往往会比建设单位更清楚工程量实际会发生的数量,当施工单位发现招标工程量清单中有缺项、漏项或两者之间存在较大差别时,就会采用不平衡报价法。如有经验的施工单位通过现场勘察等,就可以预计出该项目今后在某一子项目上工程量变更会比较大,施工单位就会在投标时对该子项目报一个比较高的单价。

施工单位采用不平衡报价法,虽然在部分子项目的报价上单价较高,但由于该子项目在招标工程量清单中的数量较小,而且施工单位会相应地降低其他一些不重要的子项目的投标单价,这样总体上来说,该施工单位的投标总价不仅不会增加,甚至还会比其他正常报价的施工单位的投标总价低,该施工单位的不平衡报价仍具有价格上的竞争优势。根据《招标投标法》第四十一条和《暂行规定》第二十九条的规定,评标方法主要有两种:经评审的最低投标价法和综合评估法,但仔细比较两种评标方法之后,其实两种评标方法并无实质性区别。在综合评估法当中,虽然有一部分分数打在施工组织方案和业绩等因素上,但如果投标人之间的资质基本接近,他们的施工组织设计和业绩等因素基本上也会差不多,彼此之间是无法通过施工组织方案和业绩等因素来拉开差距的。如江苏省建设厅和江苏省监察厅于2009年5月6日联合发布的《关于进一步规范政府投资房屋建筑和市政基础设施工程项目招标投标活动的若干规定》(苏建招[2009]140号)第十条第二款中规定:“工程施工招标采用综合评估法的,对于投标价格因素的评审(该因素的分值不得低于总分值的70%),应当以经评审的不低于成本的最低投标价格得最高分,并以此为基准确定其他投标人的价格得分,投标价格高于该基准价格的,每高出1%扣一定的分值(该分值最低不得少于0.3分)。”亦即采取综合评估法,其中起决定作用的因素基本上也是投标价格(占到总分值的70%以上),往往报价最低的投标人能够最终中标。也就是说,无论采用何种评标方法,投标价格都是影响能否中标的最

重要因素,只要采取不平衡报价的投标单位的投标总价低于其他投标单位的投标总价,即有可能最终中标。

现在有一些地方已经开始采用电子评标系统,目前的电子评标软件的功能包括两部分:辅助清标和评标。所谓清标就是查找投标人标书中的偏差、计算错误以及投标报价不合理的事项,给评标委员会的评判提供充分的分析资料。在用电子评标软件清标过程中可以对离散性报价进行清理,即评标委员会在评标过程中通过电子评标软件能够发现投标文件中的不平衡报价,评标委员会在发现不平衡报价之后,可以作出相应处理或提示招标人。也即投标人不平衡报价的问题本来可以在评标过程中发现并解决掉。但有些地方尚未实行电子评标,或者虽然已经实行电子评标,但评标委员会在发现不平衡报价之后,大多数情况下又没有作出相应的妥善处理,而且,因为评标委员会没有向招标人提示不平衡报价的法定义务,一般也不会对招标人作出提示。对招标人来说,如果评标委员会已经在评标报告中或通过其他方式提示中标单位的不平衡报价问题,招标人可以采取相应的措施解决该中标单位不平衡报价的问题,包括在合同中设定相应的说明条款。但更多的情形是评标委员会并未在评标报告中或通过其他方式向招标人提示中标单位是否存在不平衡报价,即招标人并不清楚该中标单位是否存在不平衡报价。为此,政府工程建设单位(也即招标人)需要在中标通知书发出后、签订合同之前就该中标单位的投标报价以做标底的规范要求自行做一次清标。具体为招标人可以按照规范编制要求做一个构成标底价的工程量清单价,并用该清单价去核中标单位的报价文件,经过核对若发现该中标单位的投标文件中存在重大的偏高偏低现象,即可认定该中标单位的投标报价中有不平衡报价问题。

无论招标人是否发现或知道中标单位的投标报价中有不平衡报价,都可以在与该中标单位签订合同时,在合同中设置相应的条款来有效规制和应对该中标单位的不平衡报价问题。对此,建议可以参考FIDIC合同文本第52.2款“工程师确定单价的权力”和第52.3款“超过百分之十五(15%)的变更”中的具体规定,以及《建设工程工程量清单计价规范》(GB50500-2008)第4.7.5条的规定:“因非承包人原因引起的工程量增减,该项工程量变化在合同约定幅度以内的,应执行原有的综合单价;该项工程在合同约定幅度以外的,其综合单价及措施项目费应予以调整。”亦即招标人可以在与中标单位签订合同时在合同中约定:与招标工程量清单相比,如果某一子项目的

实际工程量增加超过百分之几时,则结算时该子项目(包括清单内子项目的工程量和增加子项目参照清单单价的工程量)的单价要相应调整(调减),并具体约定如何调整;而如果某一子项目实际工程量减少时,则结算时该子项目的单价不予调整。如此,可以有效规制和应对中标单位的不平衡报价问题。

(二)关于施工组织设计和报价不匹配的问题

《招标投标法》第二十七条第二款规定:“招标项目属于建设施工的,投标文件的内容应当包括拟派出的项目负责人与主要技术人员的简历、业绩和拟用于完成招标项目的机械设备等。”《工程建设项目施工招标投标办法》第三十六条规定:“投标文件一般包括下列内容:(一)投标函;(二)投标报价;(三)施工组织设计;(四)商务和技术偏差表。”也即投标文件中应当包括施工组织设计和投标报价等内容。正常情况下,投标文件中的施工组织设计与报价中的内容应该相互匹配,但有时投标人因故意或疏忽造成投标文件中的施工组织设计与报价并不匹配,如施工组织设计中的机械设备计划用量说明需要进场2台塔吊,但在报价中却报了3台(即多报)或1台(即少报)塔吊的费用。因投标人在报价中多报机械设备数量,会使其投标总价变高,进而影响其投标报价在价格上的竞争优势,故在投标实践中,更多的情形是投标人在报价中少报机械设备数量和金额。此外,施工组织设计与报价不匹配的问题还体现在机械设备的型号出现差别等方面,如施工组织设计中已明确型号为塔式起重机(即塔吊),而报价中却报的是履带式起重机的价格。如果该中标单位投标文件中存在如前所述的施工组织设计和报价不匹配的投标瑕疵,该中标单位在施工过程中可能会以其是按照施工组织设计中所报数量或型号的机械设备进行施工、而其报价中仅报了部分数量或其他型号的机械设备的价格为由,要求增加价款。

评标过程中的评委分为商务标评委和技术标评委,在正常情况下,商务标评委也应看技术标,但在实际评标过程中,商务标评委和技术标评委基本上各自只管各自的部分,只有负责任的商务标评委才会翻看技术标,也才有可能发现投标文件中可能存在的施工组织设计与报价不匹配的问题。建设单位为应对并解决此类问题,应在与中标单位签订合同时在合同中约定:中标单位的报价不仅包括完成招标工作范围和工作内容所需费用,还包括完成中标单位投标时所提交的施工组织设计中的内容所需费用,中标单位承诺保证其投标文件中的施工组织设计与报价

之间不存在不一致或不匹配之处,如发生不匹配的,则不予增加工程价款和/或延长工期,中标单位也不得以此为由要求增加工程价款和/或延长工期。

(三)关于报价工作内容与范围不符的问题

所谓报价工作内容与范围不符,是指投标人报价中所涉及的工作内容与招标人招标范围中的工作内容不相符合。如某一子项目或某一道工序包括好几个步骤,而投标人在投标时只对其中部分步骤进行了报价,而未对其他步骤进行报价,但在实际施工过程中投标人未报价的步骤又属于完成招标人招标工作内容所必须进行的步骤;还有些投标人会在报价工作内容中用一个并不需要的、报价较低的步骤来替换一个必须进行的、报价较高的重要步骤,这样,该投标人的报价不仅会具有价格上的竞争优势,而且,投标人中标后还可以在实际施工过程中以其当初的报价工作内容中并未包含该必须进行的步骤的价格或者其报价工作内容中的某些步骤需要进行变更为由,要求按照其实际完成的工作内容相应增加费用或延长工期。

因为投标人报价工作内容与范围不符的问题基本上不会涉及到很明显的子项目名称的差异,评标委员会在评标时发现投标人工作内容与范围不符的可能性很小,用电子评标软件进行清标也无法发现该问题,即投标人报价工作内容与范围不符的问题很难在评标过程中发现并予以解决。为此,建设单位应在与中标单位签订合同时在合同中约定:中标单位承诺保证其报价工作内容与范围相符合,如发生不相符合的,则不予增加工程价款和/或延长工期,中标单位也不得以此为由要求增加工程价款和/或延长工期。

(四)关于实际措施项目与施工组织设计中措施项目不符的问题

所谓措施项目是指为完成工程项目施工,发生于该工程施工准备和施工过程中技术、生活、安全、环境保护等方面的非工程实体项目。通用措施项目包括安全文明施工(含环境保护、文明施工、安全施工、临时设施)、夜间施工、二次搬运、冬雨季施工、大型机械设备进出场及安拆、施工排水、施工降水、地上地下设施及建筑物的临时保护设施、已完工程及设备保护等。根据《建设工程工程量清单计价规范》第4.1.5条的规定,措施项目清单中的安全文明施工费应按照国家或省级、行业建设主管部门的规定计价,不得作为竞争性费用。在实际投标过程中,投标人往往会在施工组织设计里面将措施项目表述得非常好,但在报价中却将可竞争的措施费报得很低甚至为零,这样,该

投标人的投标报价不仅在技术部分会获得高分,而且还具有价格上的竞争优势,更容易获得中标。但投标人在中标后实际施工过程中因其对措施费的报价很低甚至为零,可能并不会按照其施工组织设计中的标准和要求落实措施项目。而对建设单位而言,即使该投标人在中标后不按施工组织设计的内容落实措施项目,建设单位在结算时也无法以投标人未落实措施项目为由要求减少工程价款或者仅能减少很小的工程价款。为解决此类问题,建设单位应在与中标单位签订合同时在合同中设定相应的违约责任条款:中标单位必须按照其施工组织设计的内容落实措施项目,如违反则应向建设单位承担违约责任,并具体约定违约金的数额或标准(违约金的数额应大于等于中标单位按施工组织设计内容落实措施项目所需费用)。

综上,因我国现行有关招投标的规范性文件均未对投标文件中存在投标瑕疵问题的处理作出具体明确的规定,导致招投标实践中经常会因投标瑕疵问题产生争议和纠纷,并且在争议和纠纷产生之后无法得到及时的妥善处理。为有效规范招投标活动,政府招投标主管部门应加强对投标人投标瑕疵行为的规制力度,尽快研究、制定解

决投标人投标瑕疵问题的规范性文件,为招投标过程中各方当事人处理和解决投标瑕疵问题提供明确的规范性依据。有关政府主管部门和行业协会在制定和完善有关建设工程施工合同的标准文本时,应在合同标准文本中增设处理投标人投标瑕疵问题的条款,为承发包双方当事人在签订施工合同时约定处理投标瑕疵问题条款提供合同标准文本上的指导和参考。而对于作为招标人的建设单位来说,首先,应在招标文件中就规范上述几个问题发生的后果做出明确说明;之后,则应要求评标专家委员会中招标人代表在评标过程中提示各评委注意上述几个问题是否存在并做出记录;最后,在与中标单位签订合同时在合同中设置处理中标单位投标瑕疵问题的条款,以避免中标单位在合同履行过程中借投标瑕疵问题提出增加工程价款和/或延长工期的要求。当然,政府工程的建设单位最好能够将防范和应对投标人投标瑕疵问题的条款放入招标文件中的合同主要条款中,以避免投标人中标后在签订合同过程中因招投标双方当事人对处理投标瑕疵问题条款无法协商达成一致而影响合同及时、顺利的签订。●

(本文获第九届华东律师论坛优秀论文三等奖)



喀纳斯湖 摄影:市律协 姚慧明



娄斐弘:毕业于复旦大学法学院,获法学学士学位。自2006年起加入通力律师事务所。现任上海市律师协会房地产业务研究委员会委员。



李剑伟:毕业于华东政法大学,获法学学士学位与法学硕士学位,2006年加入通力律师事务所。现任上海市律师协会公司解散与破产清算业务研究委员会委员。

●文 / 娄斐弘 李剑伟 (上海市通力律师事务所)

有限合伙型房地产私募基金股权投资基金在我国的发展及相关法律实务

【摘要】随着我国《合伙企业法》的修订以及中国房地产企业的私募融资渠道的拓展,有限合伙型的房地产私募股权投资基金得到了前所未有的发展。本文拟首先介绍有限合伙企业以及有限合伙型私募股权投资基金的基本情况。在此基础上,本文将进而介绍有限合伙型房地产私募股权投资基金的一些特点和种类,及其在目前的法律政策环境下运作的可行性。最后,本文将介绍外资管理的房地产私募股权投资基金的一些特点,包括其所受到的特殊法规和政策的监管。

【关键词】房地产 私募股权投资 有限合伙

前言

近年来,中国的房地产市场高速发展,与此同时,房地产企业的融资渠道也得到了前所未有的发展。除了传统的银行借款(包括开发贷款和项目抵押贷款)等形式之外,房地产信托融资、私募融资等一系列新型的投融资工具被广泛地运用到房地产领域。而随着《中华人民共和国合伙企业法》的修订以及各地关于股权投资企业的地方性政策的陆续出台和实施,房地产企业的私募融资渠道进一步拓展,以有限合伙形式设立的房地产私募股权投资基金开始涌现并逐渐扮演起市场中重要财务投资人的角色。

所谓“私募基金”,是指通过非公开方式,面向少数个人或机构投资者募集资金而设立的投资基金。关于私募基金的投资者资格,除了集合资金信托计划中对于合格投资者的资格限定外,我国法律目前尚未对私募基金的投资者资格要求作出特别的限制性规定^①。

房地产私募投资基金“一般指专注于房地产领域的私募投资基金,是一种面向房地产资产进行并购或开发的投资模式,其结合了私募投资的高收益和房地产投资回报的

低风险特点”。在我国,目前房地产私募投资基金主要有以下三种形式^②:

* 以投资公司、资产管理公司形式存在的房地产私募投资基金

* 以信托计划形式存在的房地产私募投资基金——房地产投资信托基金

* 以有限合伙企业形式存在的房地产私募股权投资基金——房地产私募股权投资基金

本文将主要集中论述上述第三种形式,即有限合伙型“房地产私募股权投资基金”。

一、有限合伙企业作为企业类型予以确定

2006年8月27日,《中华人民共和国合伙企业法》修订案(“《合伙企业法》”)获得通过,并自2007年6月1日起施行。随后,2007年5月9日,国务院也通过相关决定,相应修改了《中华人民共和国合伙企业登记管理办法》。

《合伙企业法》增加了“有限合伙企业”这种企业类型,这使得在国外广泛被用于私募股权投资基金的有限合伙制度在中国有了明确的法律依据。而《合伙企业法》所规定的有限合伙企业,其基本结构为有限合伙企业由普通合伙人和有限合伙人构成,其中普通合伙人负责合伙事务的执行,有限合伙人则主要负责对有限合伙企业投入资金,但不参与合伙事务的执行,且对外不得代表有限合伙企业。而在责任方面,原则上普通合伙人对有限合伙企业债务承担无限连带责任,有限合伙人以其认缴的出资额为限对有限合伙企业债务承担有限责任。

二、有限合伙型私募股权投资基金

虽然《合伙企业法》并未明确规定“以投资为主要业务”的合伙企业必须仅以股权投资为投资方向,但在实践中,市场上流行的“私募投资基金”大多为主要投资于非上市企业股权的“股权投资企业”。出于交易成本、税负,以及政策限制等各方面原因的考虑,一般私募投资基金较少直接投资于股权、股票等证券之外的其他资产(包括不动产)。

考虑到本文论述重点,本文所涉及的“私募股权投资基金”系指投资于非上市企业股权的私募股权投资基金^③,而不包括投资于二级市场股票的“阳光私募基金”和投资于其他资产的投资基金。

(一) 私募股权投资基金的相关法律法规

基于《合伙企业法》及其配套制度的修订以及“有限合伙企业”作为一种新的企业类型的诞生,私募股权投资基金在中国得以进一步的发展。

(1) 国家层面的规定及现状

从国家层面而言,至今没有一个法律、行政法规或部门规章效力级别的文件对私募股权投资基金作出明确和完整的规定。

2011年1月31日,国家发展与改革委员会(“国家发改委”)办公厅发布了《关于进一步规范试点地区股权投资企业发展和备案管理工作的通知》(发改办财金[2011]253号)(“253号通知”),一方面对试点地区(北京、天津、上海、江苏、浙江、湖北六地区)股权投资企业的募资和投资运作进行规范和指导,促进试点地区股权投资市场的持续健康规范发展;另一方面就满足条件的股权投资企业^④的备案管理程序作出规定,使现行备案管理工作规范化和制度化。2011年3月,国家发改委财金司在253号通知基础上公布了一批股权投资企业备案文件指引(“备案文件指引”)。

除了上述国家发改委实施的私募股权投资基金的监管外,近期,中国证券监督管理委员会(“证监会”)向各相关行业的专业机构下发了《证券投资基金法(修订草案)》征求意见稿,而此《证券投资基金法》修订的一大亮点就是将“私募股权投资基金”纳入“基金”的范畴并纳入其监管范围。

从目前监管现状来看,国家发改委对于私募股权投资基金正在行使积极主动的监管权。

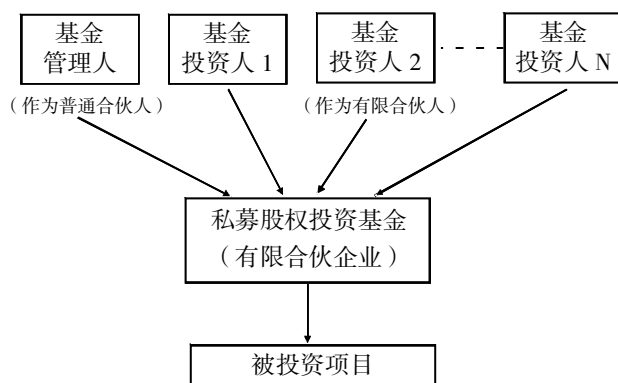
(2) 地方关于私募股权投资的相关规定及发展

相对于国家层面监管体系的错综复杂,各地方则在这几年积极的拓展各自私募股权投资基金的发展,并为此而构建了一个较为清晰的操作规范,该等规范主要包括私募股权投资基金的设立规范、运作备案规范以及地方给予的

优惠政策等,其中发展较快的包括上海、天津、北京等城市。除此之外,目前重庆市、成都市、湖北省等地也陆续发布了股权投资企业规范性文件。

(二) 基金架构及运作模式

根据有限合伙企业的法律特征,实践中有限合伙型私募股权投资基金采取的基金架构大致如下图所示:



在上述架构中,通常需明确普通合伙人为执行事务合伙人,负责有限合伙企业几乎全部的经营管理事项和相关事务的执行,有限合伙人仅作为投资人而不参与合伙事务的执行。基于私募股权投资基金的特性,该等有限合伙企业的主要经营活动就是从事相关目标企业的股权投资,对被投资项目的投资、处置、分红、退出等决策均被要求严格掌握在普通合伙人手中。普通合伙人也会基于其专业基金管理人的角色,为有限合伙企业组建专业人士组成的投资决策委员会或投资顾问委员会,对私募股权投资基金提供投资决策或顾问。此外,普通合伙人也将负责制定私募股权投资基金的整个存续期限(包括投资期和退出期)、投资领域及策略、投资组合的搭配、是否需进行杠杆融资、管理费比例、收益分配机制、后续投资、份额转让、入伙及退伙等诸多私募股权投资基金的基本制度的构建。就收益分配制度而言,虽然普通合伙人的资本性投入较少,但基于其对私募股权投资基金的管理和运作,《合伙企业法》允许在有限合伙协议中约定不同的收益分配比例,这也使得私募股权投资基金的收益分配机制能够在普通合伙人和有限合伙人之间得以平衡,体现出普通合伙人的管理才能及有限合伙人的资本优势。

针对有限合伙人,需强调《合伙企业法》七十六条关于

有限合伙人不得执行合伙事务或对外代表合伙企业从事相关事务的规定,否则将可能会被要求承担相关赔偿责任,甚至可能突破《合伙企业法》规定的有限合伙人“有限责任”的保护伞。关于有限合伙人从事哪些行为将不被认定为执行合伙事务,《合伙企业法》第六十八条也作出了明确规定,为有限合伙人适当的参与合伙企业事务划定了安全港。

三、有限合伙型房地产私募股权投资基金

(一) 房地产私募股权投资基金的特征

国家和地方并无明确的规定对“房地产私募股权投资基金”作出界定,该等概念主要源于国外的操作惯例以及业内人士在中国的一些实践经验。在中国,私募股权投资基金的一个投资热点就是中国境内的房地产开发企业,并为该等房地产开发企业在项目开发阶段提供融资资金,在项目建成销售后实现退出。随着越来越多的专业资产管理机构在中国作为普通合伙人和管理人发起设立房地产私募股权投资基金,这些基金的主要投向还包括持有型物业的项目公司。

(二) 房地产私募股权投资基金的分类

在实践中,房地产私募股权投资基金按照投资时项目公司的发展阶段分,可分为投资于房地产开发阶段的基金和投资于建成房地产的基金;按照投资标的分,可分为投资于持有型物业的基金和投资于销售型物业的基金;按照管理人身份分,可分为开发商为主导的基金和专业管理人运作的市场化基金。

这些类型的不同主要是基于房地产私募股权投资基金的基金管理人对于基金的商业目的存在差异。

以开发商主导基金为例,开发商作为普通合伙人和管理人设立和募集的基金通常会投资于开发商自己的项目,并且管理人会承诺在一定期限后以一定价格回购,既确保了有限合伙人可获得的收益,也使得开发商在市场行情高涨的阶段独享项目资产升值的高溢价。通常这类基金有限合伙人的投资回报率较低,但相应的投资风险也小,本质上系开发商的一种融资工具,此类基金需要特别关注关联交易、普通合伙人同业竞争的法律问题。而专业资产管理人运作的基金,普通合伙人和管理人为独立的资产管理运营团队,其按照市场准则挑选投资项目、开展投资并且依照市场需求实现项目退出。通常此类基金在管理人不承诺一定回报的情况下,可以达到较高的水准,但投资人也需相应地承担较大的投资风险,属于实质意义上的房地产私募股权

投资基金。

(三) 法律规范体系对房地产行业的限制

除了传统的外商投资房地产领域属于需特别审批/备案的行业,在股权投资领域中的某些性质的基金,国家有关法律法规对于投资房地产行业也进行了限制。如规范创业投资基金的《创业投资企业管理暂行办法》(由国家发改委、科技部等十部委于2005年11月15日颁布)第十三条即规定,创业投资企业不得投资自用房地产以外的房地产业务。

对于除创业投资企业之外的股权投资基金,由上海市金融服务办公室、上海市商务委员会和上海市工商行政管理局在2010年底联合制定并颁布的《关于本市开展外商投资股权投资企业试点工作的实施办法》(“《外资股权投资企业试点办法》”)第三十一条也明确规定:外商投资股权投资企业“不得直接或间接投资于非自用不动产”。

但就纯内资的有限合伙私募股权投资基金而言,目前无成文规定明确限制其投资房地产。尽管如此,由于符合一定条件的股权投资企业需要履行国家或者地方发改委的备案手续,而在国家发展改革委有关负责人就颁布实施253号通知答记者问中暗示,股权投资企业是一种主要以未上市企业股权作为投资对象、并需要为所投资企业提供管理服务的专业化股权投资企业,如其介入证券投资和房地产投资,则会存在较大潜在风险,甚至可能存在以变相贷款方式开展业务。因此,如果履行备案手续的股权投资企业开展房地产投资业务,则毫无疑问会受到监管部门的限制。

四、“外资”管理的人民币房地产基金

中国政府对于外商投资房地产行业始终采取了特别准入政策,特别是自2006年以来,中央调控和限制外商投资房地产领域的趋势加紧。除了人们熟知的外商投资的基本法律法规和政策外,较为重要的限制性规范是建设部、商务部等六部委于2006年联合发布的《关于规范房地产市场外资准入和管理的意见》(建住房[2006]171号),对外商投资房地产市场的准入、商业存在原则、外商投资房地产企业的投资总额和注册资本比例、不得在合资合同或章程中约定保证任何一方固定回报等内容作出明确规定。自此之后,有关主管部门相继颁布了诸多外商投资审批、备案、外汇等方面的规范。随着中国房地产市场的迅速发展以及国家对于房地产市场的逐步调控,2010年底商务部进一步明确要求各地商务主管部门要会同当地有关部门加

强对跨境投融资活动的监控以及对房地产市场风险的防范,抑制投机性投资。对境外资本在境内设立房地产企业,不得通过购买、出售境内已建/在建房地产物业进行套利。这些规定无疑给以投资中国房地产项目为目标的境外资本直接投资业务实质性地增加了难度。

随着中国境内有限合伙型股权投资基金的发展以及中国境内充裕的人民币资本无疑让境外基金看到了新的希望。在一种新的模式下,境外基金开始在中国设立外商投资企业的股权投资管理公司(即担任境内基金的管理人),再通过基金管理人作为普通合伙人,组建设立有限合伙型的股权投资企业并以此募集人民币资本,继而以募集取得的境内人民币资金在境内投资房地产项目。通过运作境内有限合伙型房地产股权投资基金,基金管理人同样可以获得较高的管理费收益和投资收益。

但上述这一模式并非严格意义上的外资有限合伙型房地产股权投资基金,本质上仍为人民币有限合伙型房地产股权投资基金。真正意义上的外资房地产股权投资基金在国内是否能取得实质性发展,将取决于我国对房地产市场的宏观政策、外资结汇政策以及对于外商投资房地产领域的再次放开。

总体而言,在目前阶段,无论是内资人民币房地产私募股权投资基金,还是外资作为管理人而设立的人民币私募股权房地产基金,均处在初步发展阶段,但这种发展速度随着中国整个私募股权投资基金市场的快速发展而呈现出日新月异的局面。在快速发展的同时,私募股权房地产基金

业也面临诸多发展的困惑与风险,这不仅在一定程度上与有限合伙制度本身在中国发展处在初步阶段有关,也和我 国特定的宏观调控政策的限制有关。因此,这将需要律师在 私募股权房地产基金整个交易方案的制定与实施过程中 更加勤勉尽责,并需充分认识到国家法律法规和政策要求 的变化。

注释:

①根据最新的《证券投资基金法》修订草案征求意见稿,非公开募集的基金只能向“合格投资者”进行募集,而监管部门拟设定的“合格投资者”的资格门槛为“达到规定收入水平或者资产规模,并且具备相应的风险识别能力和风险承受能力、其基金份额认购金额不低于规定限额的单位和自然人。具体标准由国务院证券监督管理机构规定。”目前该法修订案尚未正式通过。

②清科研究中心,《中国私募股权行业的崭新领域—私募股权房地产投资基金》,2009,第2-3页

③目前正在修订过程中的《证券投资基金法》拟将投资于二级市场证券市场的阳光私募基金、投资于非上市企业即一级市场的私募股权投资基金等全部纳入“私募投资基金”的监管范畴。由于《证券投资基金法》修订稿尚未正式出台,因此本文所论述的“私募投资基金”的概念和范畴可能与未来《证券投资基金法》有所区别。

④253号通知第五条规定:除下列情形外,均应当按照本通知要求,申请到国家发展改革委备案并接受备案管理:(1)已经按照《创业投资企业管理暂行办法》备案为创业投资企业。(2)资本规模(含投资者已实际出资及虽未实际出资但已承诺出资的资本规模)不足5亿元人民币或者等值外币。(3)由单个机构或者单个自然人全额出资设立,或者虽然由两个及以上投资者出资设立,但这些投资者均系某一个机构的全资子机构。

(本文获第九届华东律师论坛优秀论文三等奖)



英国皇家高等法院 摄影:市司法局 黄立群



上海中夏旭波律师事务所主任。曾获得司法部 2010 年上海世博会安保工作先进个人、上海市优秀律师、上海市司法行政系统先进个人、闵行区十大优秀律师等荣誉称号。

●文 / 张鹏峰 (上海中夏旭波律师事务所)

参与社会管理 走入政治生活

【摘要】律师本应是一个离政治最近的行业,但当前中国律师却似乎被政治所边缘化,这种状况意味着在目前中国政治生态下律师政治地位的相对偏低,因而许多具有行业使命感的律师以进入人大、政协的参政议政方式来提高律师行业地位,但效果尚不明显。鉴于当前维稳形势严峻,中央已将社会管理作为一项战略性决策,并邀请社会组织协同参与。社会管理的难点在于社会矛盾的处置,而这正是律师之专长,因此律师应当抓住这一历史契机,走入政治生活,进而实现律师参与政治生活的制度化。

【关键词】律师 社会管理 政治参与

中国律师是否走向政治,以及如何走向政治,近十年来有识之士多有探讨,主流观点认为中国律师不应逃避政治,而应主动有所作为。我本人对此亦持赞同意见,认为有作为才会有地位。同时也积极投身实践,参与处置了上海“倒楼事件”、“倒钩(钓鱼式执法)事件”、“虹桥机场噪声群体性事件”、“吴泾动迁群体性事件”等多个重大公共突发事件或群体性事件,处置过程中我也做了一些关于中国律师参与政治生活的本土适应性的思考。今年 2 月 19 日,胡锦涛总书记在省部级主要领导干部社会管理及其创新专题研讨班上发表重要讲话,对当前严峻的社会形势作出了清醒判断,特别提出希望社会组织协同参与党和政府的社会管理。随后“加强和创新社会管理”便成了中央的战略决策和时下的社会热点。我认为,在当前的社会形势与政治生态之下,以参与社会管理的方式而走向政治,进而提高自身政治地位和社会影响力,是中国律师的一个历史性机遇。现将相关思考与同行,以期抛砖引玉。

一、律师是一个与政治最近的行业,其职业特点决定了律师在社会管理尤其在社会矛盾的处置中能够有所作为

联合国《关于律师作用的基本原则》就规定律师的一个主要作用是“向一切需要他们的人提供法律服务,以及与其他机构合作进一步推进正义和公共利益的目标”。同许多西方国家的情况一样,美国律师是一个离政治最近的行业,其

本身不仅仅是作为企业或公民的律师存在,其用武之地绝非仅限于司法领域,在很多时候还是政府的律师。他们或成为政府法律顾问,或成为政府任命的行政事务管理官员。作为法律顾问的律师们存在于包括总统府、国务院、五角大楼、司法部等在内的所有政府部门中,各州政府部门则更为多见。他们的主要工作除常见的法律咨询解答、应诉之外,还参与行政立法和政府决策,代替政府出面处理法律纠纷等。

反观中国,当前律师现状却是一个与政治较远的行业,甚至是一个被政治所边缘化的行业,这种边缘化发生于当前一党执政和强势政府的政治生态之下,必然会导致中国律师政治地位相对低下的结果。而长期处于政治地位不高的环境之中,也让许多律师缺乏问政热情,甚至乐于被当下的商业化大潮所席卷,以至于法学泰斗江平先生在 2000 年就大声呼吁中国律师不要自甘沉沦,“中国律师走向新世纪,被赋予一个新的历史使命,就是要走向政治。”^①

虽然说中国的文化、政治体制、法治环境等均有异于美国,我们也就不能简单地对比或复制美国律师的政治作用,但这并不妨碍我们从中寻求共性方面的灵感和启示,进而做出中国律师走向政治之路的本土适应性的思考和探索。事实上,当前党和政府社会管理的各项工作中,难度最大的当属社会矛盾的处置,而律师的职业特征,却恰恰在社会矛盾的处置中具有先天的优势。首先是律师的专业性,现代社会中最根本的规则就是法律,社会矛盾的处置依据也主要是法律,这在逐步走向法治社会的中国亦概莫能外,而律师正是法律规则的掌握者。马克斯·韦伯就曾认为“如今的政治,很大程度上是在公众之中利用言辩和文字来操作的,增强文字的效果,恰恰是适合律师来做的工作,而不完全适合于文官的工作”。^②其次是律师执业活动的广泛性,律师本来就是社会三教九流的接触者,本来就是各种矛盾和纠纷化解的职业者,这种草根性和职业性,使得律师对社会各阶层的利益诉求有着更为深刻的理解,协调各方诉求的能力是其基本职业素养,因此其参与政府社会管理尤其社会矛盾的处置时就能够挥洒自如、游刃有余。再次是律师职业的相对中立性,这种“第三方”角色,既使得律师参与社会矛盾处置时更能够兼顾各方利益,更易寻求到妥协的解决方案,也比较容易获得利益争执各方的信任。律师的

这些化解矛盾和纠纷所具有的比较优势,决定了律师必然会在社会管理中大有可为,必然会成为有效的社会管理资源。在精明的政治家眼里,通过律师的上述功能消解社会矛盾,使社会矛盾在法律框架内得以解决,以避免社会动荡以致引起社会革命,必然会成为其选项之一。中共中央政治局委员、上海市委书记俞正声就认为律师参与社会矛盾的处置是上海新时期做群众工作的创新制度,并曾在不同场合公开表示“尤其要发挥律师作为第三方的作用,促进矛盾纠纷在法治框架内妥善解决”。^③“对这种疑难老案要靠第三方的律师去做评估。……这是做群众工作一个很好的方式”。“对群众矛盾的调解,我们在市里文件写上了,要利用社会的力量做群众的工作。”^④俞正书记能有此感触,与上海律师在许多令党委和政府头疼的社会矛盾的化解中展现出令其刮目相看的独特作用有着重要关系。

二、当前的社会形势,为中国律师深度参与社会管理、走入政治生活提供了前所未有的历史机遇

(一)、宪法确立了“依法治国”的政治制度,为中国律师参与政治生活奠定了基础。

世纪之交,我国宪法作出了重大修改,明确写入了“实行依法治国,建立社会主义法治国家”。于无声处听惊雷,1993年的宪法修改并确立了新的经济制度——“国家实行社会主义市场经济”,中国的经济得到了前所未有的迅猛发展;1999年我国宪法又再次修改并确立了新的政治制度,希冀“中国从此永远改变几千年来的人治历史,从理念上和制度上逐步过渡到法治社会。伟大的策划者们的刻意低调,其他专业的人士对此也许意识不强,但律师们对此应有充分认识并积极投入。”^⑤

(二)、党和政府邀请社会组织参与社会管理,为中国律师走入政治提供了历史契机。

“十二五”规划纲要提出,坚持多方参与、共同治理、统筹兼顾、动态协调的原则,完善社会管理格局,创新社会管理体制,形成社会管理和服务合力。按照健全“党委领导、政府负责、社会协同、公众参与”的社会管理格局的要求,加强社会管理法律、体制、能力建设。^⑥其中的加强“社会协同”即充分发挥社会组织作为社会协同主体在社会管理中的积极作用。实际上就是要创造一个重要的中间层和缓冲地带,改变传统意义上“全能政府”的不能承受之重。党和政府这一战略决策的提出,明显是针对当下严峻的社会形势所作出的研判和应对措施。党的十六大、十七大都强调指出,当前我国已经进入社

会矛盾的高发期和凸显期。2011年2月19日,胡锦涛总书记又再次强调指出“当前我国既处于发展的重要战略机遇期,又处于社会矛盾凸显期”,进而要求各级领导干部务必要“加强和创新社会管理”,尤其要“引导各类社会组织加强自身建设,增强服务社会能力,支持人民团体参与社会管理和公共服务,发挥群众参与社会管理的基础作用。”因此,我党已深感当前维稳形势的严峻,难以再对社会管理大包大揽,从而希望社会组织能够协同其做社会管理工作。执政党这一新思路的形成,必将会给各类社会组织参与社会管理、走进政治生活提供了前所未有的历史契机。而对于社会管理中最令党和政府头疼的社会矛盾的处置,试问还有哪个社会组织更比律师胜任?换言之,中国社会的当前形势,为中国律师大展身手、参与政治生活提供了一个难得的历史机遇。

(三)、政治领导者中法律人的逐渐增多,亦为律师更多参与政治生活提供了便利。

现代社会以法治为纲领,社会事务的处理和社会成员的流动都必须服从于法律的权威与规则的整合性治理,法律学识的价值因此得以肯定,社会管理也就需要大量受过法律训练的人才,因而更多法律人成为各级党委、政府的领导者乃大势所趋。虽然当前中国律师因体制原因很难从律师职业自由流动到官僚阶层(需要律师集体努力打破这层樊篱),但当前官员阶层中其他法律人已逐渐增多则是不争的事实,也即所谓中国将从曾经的“革命家治国”、“工程师治国”,逐渐转入“法律人治国”的时代。与政治领导者共同的法律背景,这种“血缘”与亲近感,必然会使更多律师解决社会矛盾的专业才能被熟知,也必然会使更多律师参与到党和政府的社会管理中去。我本人所在的上海闵行区的区委书记与区长皆为法学出身,而闵行区律师不但参与了诸多社会矛盾的化解,成为党委和政府领导的重要智囊,参与程度甚至已深入到了区委、区政府和下属职能部门、镇、街道的一些重大决策层面。这其中的主要原因,除了有闵行律师自身的主动努力并凸显出了在社会管理方面的独特作用的因素之外,也与区委、区政府主要领导的法学背景有着重要关系。

三、上海律师以参与社会管理方式走入政治生活,已取得初步成效

中国律师制度已恢复三十多年,但中国律师在政治生活中几无影响力,这种不正常的现象,令中国律师中一些有识之士颇为心焦。在因体制原因而无法直接进入官僚体系时,许多律师便纷纷辗转进入人大、政协等参政议政机构,试图以此方式

提高本行业的政治地位。先行者的这种行业使命感和积极探索,理应得到律师行业的集体致敬。但十余年来,效果似乎尚不明显。律师行业对此亦有所反思,但反思中对于当前中国政治生态中人大、政协本身作用和影响力等因素似乎并未虑及。

如今,部分上海律师初试啼声,尝试另行开辟一条走向政治的途径——为党委、政府排忧解难之路,也即以参与社会管理,为党委、政府专业化解解决令其头疼的社会矛盾的方式,参与到政治生活之中去,这种尝试目前已经取得一定效果。例如在上海市委、市政府主要领导的支持之下,参与了各区县信访疑难历史积案的化解,参与了“倒楼事件”、“倒钩事件”、“11·15大火事件”等公共突发事件及诸多群体性事件的处置,参与了部分重大项目的法律风险评估,参与了全市十九个区县法律顾问工作等等。上海律师参与社会管理的突出表现,得到了上海市委、市政府和各区县党委、政府领导的高度评价。2010年,上海市委、市政府办公厅专门印发《关于进一步发挥律师在法治政府、法治社会建设中重要作用的若干意见》(沪委发[2010]16号),肯定了近年来上海各级党委、政府在接受上海律师的法律服务过程中,提升了自身法治理念,实现了政府职能转变,促进了政府管理方式的转变,上海律师在加强社会建设特别是社会管理中取得了积极成效,并进一步希望上海律师能在法治政府、法治社会建设中发挥重要作用,要在上海“四个中心”建设、政府法律顧問工作、重大事项社会稳定风险评估、突发事件处置、信访工作、动迁等具体社会管理工作发挥独特作用。^⑦上海市委也在其《关于贯彻〈中共中央关于加强和改进新形势下党的建设若干重大问题的决定〉的实施意见》中特别强调了“充分发挥新社会组织在党的群众工作中的作用。”^⑧

需求决定供给,供给彰显作用,作用提高地位。律师在社会矛盾凸显之际的勇于担当,这种危难之处出手相助的参与方式,无疑对律师政治地位的提高有着明显作用。另外,律师在协同党委、政府社会管理的一路同行中,自然会对官员的法治理念产生潜移默化的影响,这种润物细无声式的影响,其效果也许比站在对面“鞭策”更为有效,从而对依法行政产生积极的促进作用,推动了法治的进步。这种在野法曹亦能参与庙堂之事,既能体现位卑未敢忘忧国的律师情怀,也能显示律师对社会公共事务和公共利益的珍重和关怀。同时,律师经办这一类型案件,因涉及成千上万的群众利益,其社会影响力远非律师原执业范围之案件所能比拟,其社会价值亦远非律师原所经办的其他案件所能比肩。换言之,律师参与党委、政府的社会管理工作,对于商业气息渐浓的律师业来说也将发挥某种伦理救赎与角色重塑的作用。

当然,以律师特长参与社会管理,只是中国律师参与政治生活、取得话语权的第一步,中国律师不应止步于此,届时应更上层楼,会同其他方式诸如进入人大、政协参政议政等,多管齐下,运用已取得的政治影响力,再争取参与到政治体制改革之中去,谋求完善律师制度,使得中国律师参与政治能够制度化,从而为中国律师进入政治生活彻底铺平道路。

四、律师参与社会管理,也对律师素质提出更高的要求

按说化解矛盾是律师的专业特长,律师们应当能够胜任,但因党委、政府所处置的社会矛盾例如群体性事件、公共突发事件等通常具有面广、重大、敏感和“只许成功不许失败”的特点,故其处置难度要明显高于律师通常经手的一般矛盾和纠纷,因而对参与这类案件的律师也就提出了更高要求。因此,律师除要具备解决一般矛盾所应具备的精通法律、发现问题的能力、解决问题的能力等三大素质外,还需要具备一定的政治素养,以及养成平时就注重对社会热点问题的关注和研究的习惯。我们应当清楚,政治也是一个行业,作为政治领导者的优秀顾问,如不具备较高的政治素养,将难于发挥出卓有成效的智囊作用,这就如同房地产律师需要掌握房地产行业的基本业态一样,参与社会管理的律师也必须对中国政治生态有着清醒的认识。另外,参与解决社会矛盾,也需要参与律师平素要多“关心国家现在存在的问题,从法律上来加以研究,提出解决办法。”^⑨江平先生11年前的这句话,让我至今受益匪浅,今日重提愿与同行共勉。●

注释:

①江平:《中国律师》2001年第1期,第18页。

②马克思?韦伯:《学术与政治》,冯克利译,北京三联书店1999年版,第75-76页。

③俞正声,2010年12月29日,《上海市政法工作会议上的讲话》。

④俞正声,2009年11月17日,《就上海党建工作接受媒体联合专访》:“着力于制度创新,做好新时期群众工作”。

⑤张勇:《远见》,机械工业出版社2004年2月第一版,第15页。

⑥国务院,《中国国民经济和社会发展第十二个五年(2011-2015年)规划纲要》第37章“创新社会管理体制”。

⑦上海市委、市政府办公厅,《关于进一步发挥律师在法治政府、法治社会建设中重要作用的若干意见》(沪委发[2010]16号)。

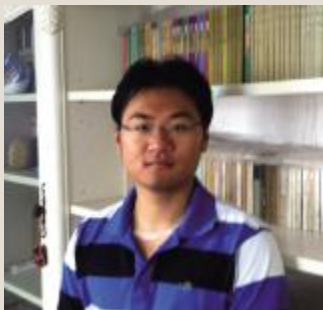
⑧中共上海市委,《关于贯彻〈中共中央关于加强和改进新形势下党的建设若干重大问题的决定〉的实施意见》:“十三、切实做好党的群众工作,保持与人民群众血肉联系”。

⑨江平:《中国律师》2001年第1期,第20页。

(本文获第九届华东律师论坛优秀论文三等奖)



郑绍平：以民事、商事法律业务为主要业务，连续几届被上海仲裁委员会聘为仲裁员。曾当选为第4届至第8届上海市律师代表大会代表、第7届、第8届上海市律师协会监事。



江 烨：2009年毕业于复旦大学太平洋金融学院，经济学学士；现就读于上海社会科学院民商法学专业硕士研究生；上海恒建律师事务所实习生。

●文/郑绍平（上海恒建律师事务所） 江 烨（上海社会科学院）

行政合同的特点 与纠纷处理的法律适用

【摘要】 本文将针对行政合同这一新兴的政府管理方式的概念和性质入手，探讨我国行政合同相对人需要法律救济之必要性，并从实体法比较分析行政合同与《合同法》之差异，以及结合我国现有的行政诉讼与民事诉讼分界与融合点，分析在目前法律体系下不易将行政合同整体纳入到行政诉讼程序之理由，最后根据行政合同之属性以及国外司法实践，提出我国处理行政合同纠纷模式的设想。

【关键词】 行政合同 行政优益权 当事人诉讼 行政合同双轨制 行政附带民事诉讼 行政诉讼法的重构

一、行政合同的定义与特点

行政合同也叫“行政契约”或“公法契约”，是指行政机关为达到维护与增进公共利益，实现行政管理之目标，与行政相对人协商一致达成的协议。在合同的缔约和履行过程中，作为行政机关的一方，往往有着超越合同相对人的单方面强制性的权利（行政优益权）：如“出于公共利益的需要，单方面解除合同；在合同缔约阶段选择特定的相对人，相对人无权拒绝；以及在合同履行过程中对合同相对人进行指挥、监督的权利等等”。

由此我们可以看出，行政合同有如下特点：

（1）行政合同的主体一方必须为行政机关。

（2）合同的订立是以公共利益或者行政机关执行行政权力（行政管理）为目的，签订的合同。

（3）作为一方的行政主体与合同相对人的权利义务是不对等的，行政合同中往往体现了行政机关的公权力，即行政优益权。

（4）行政合同的订立需要行政机关与行政相对人意思表示一致，有着合同的属性。

二、行政合同产生的背景及合理性

行政合同可以追溯到罗马法时代的公法合同，而其现代意义上的起源则是二战以后的欧洲，经过不断地发展和完善，在以英国为代表的普通法系国家和以法、德为代表的大陆法系国家，都各自形成了一套完整的行政合同制度。行政合同产生的背景是与行政权力，或者说政府的职能定位分不开的，纵观国家权力的演变过程，基本上是随着生产力的进步和经济的发展，由专制到自由法治国，社会法治国（福利政府）的一种演变过程。抛开专制时代的行政法，自由法制国和社会法治国可以被称为近代行政法和现代行政法，^①其所处的经济社会环境决定了其职能的和目标的不同：自由资本主义时代，是遵循亚当斯密“看不见的手”主张自由经济，行政机关充当的是一种守夜人的角色，在社会无法进行自我调节的领域或者关键时刻才介入，所以在近代行政法，行政行为往往表现为一种体现政府权威的、带有强制性的管理行为，相应的，行政诉讼往往也是作为行政相对人质问式的权力救济手段（行政诉讼举证责任倒置）。

而随着经济的发展以及民主思想的普及，传统政府的管理职能，已经无法满足社会日益增长的公共福利以及利益协调的财富二次分配的需要，人们需要的是一个能够更为广泛的参与社会生活，协调各方利益，以及维护公共利益最大化的服务型政府。因此，行政合同，才伴随着现代行政法的需求而产生，它将公法权利因素和民事契约因素相结合，在执行行政职能的时候，给予行政相对人以充分协商的机会，并基于双方的合意产生法律效果，有效地淡化了行政行为的高压强制性，^②缓解了社会矛盾，也在行使公权力维护社会公共利益的同时，兼顾到了个人利益。从政府职能角度上来说，其精力也是有限的，通过行政合同，可以将某些公益性职能或者经营性活动授权委托给具有专业知识的相对人进行专业化的管理，但保留传统的行政管理职能，有助于效率最大化和节约纳税人成本，这也是经济学上的“比较优势”理论对于政府职能分工上的启迪。

在我国,行政合同作为一种公共管理的手段被采用的时间虽然不长,但正是因为其所独有的契约自由的属性,是传统的行政行为所不具备的,所以才有助于缓解群众对于行政机关的抵触情绪,化解社会矛盾。以往我国行政机关囿于有限的行政管理手段和传统的行政理念,过多的关注于结果的合法而忽略了手段的选择,所以才导致了公众的不理解,甚至是群体事件的发生。而行政合同则不然,在贯彻公权行政的同时,更加强调双方经过协商基础上的意思表示一致,这就在行政管理的过程中兼顾了行政相对人的利益,并且将他们的这种民事权利纳入到考量范围,将一种和谐的理念贯彻在行政管理活动的整个过程。

“良药苦口利于病”,但是如果“良药”采用一种较为甜美缓和的口感,岂不是更容易被“病人”所接受?行政合同,发挥的正是这一剂良药的作用。

三、行政合同相对人的界定

行政合同相对人,即与行政机关签订合同的另一当事人,根据对行政合同定义的不同,有着广义和狭义之分,广义的行政合同相对人,包括国家机关和公民、法人及其他组织。而狭义的行政合同相对人,则将国家机关排除在外。

目前,我国常见的行政合同有《国有土地使用权出让合同》;《全民所有制企业工业承包合同》;《公用征收补偿合同》;《国家科研合同》;《国家订购合同》;《公共工程承包合同》;等等。例如,2011年1月21日国务院颁布实施的《国有土地上房屋征收与补偿条例》中规定有“补偿协议”。由此,我们可以看到,在实践中,行政合同相对人往往是“公民、法人及其他组织”,所以,从司法实践出发,本文采用狭义的理解将行政合同相对人限定为非行政主体,更有研究价值,因为行政主体之间签订的行政合同往往体现的是一种行政机构之间的协调与分工合作,即便是产生了争议,通常是协商或者通过共同的上级主管部门定夺,几乎不会诉诸于司法救济。

四、行政合同相对人需要法律救济

通过上述行政合同的定义我们可以发现,虽然合同需要经过协商,双方意思表示一致,有着私法上契约自由的属性,但是行政合同追根溯源,是一种行政机关出于行

政管理的需要,行使公权力的手段,所以行政合同始终无法摆脱公法的属性,也不能过分强调意思自治就将其行政性的本质忽略。也正因为如此,行政合同中非行政主体一方(行政合同相对人)自合同缔约伊始,就处于一种不对等的地位,其不但要承担合同义务,更有随时受行政优益权侵害之虞。换言之,行政合同相对人所需要的救济不仅仅是民事上的定纷止争,更需要一种行政诉讼法上的异议途径和救济机制。

因此,应当赋予合同非行政主体一方必要且充分的法律救济手段(这种救济途径应当是能够兼顾民法与行政法的双重属性),否则,非行政主体的利益将得不到保障,其遭受的侵害也是双重的,行政合同因此也就沦为行政机关借公共利益之名对行政合同相对人滥用权力的工具。

五、行政合同不能简单的适用《合同法》

行政合同有着私法契约的精神,这点不再赘述。但是在司法实践中,却不能因为其合同属性,就简单地适用合同法的相关规定,我们可以通过对民事合同与行政合同的法律关系比较来分析其中的原委:

(一)合同主体地位的不同

根据《合同法》第二条:“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。”以及第三条:“合同当事人的法律地位平等,一方不得将自己的意志强加给另一方。”而行政合同的一方,则是拥有公权力的行政机关,其在合同里保留了公权力主体的身份,可以单方面行使某些特权,使得行政合同双方并非处于平等的地位。因此,行政契约并非属于《合同法》的调整对象。

(二)合同订立的目的不同

民事合同是基于私法自治的精神而订立的,其目的是追求个体利益的最大化,也就是俗称的私权利;而行政合同中,虽然非行政主体订立合同的目的不排除为了个人利益,但是对行政机关来说,必须是为了社会公共利益,且该利益是占主导地位的。所以,合同订立的价值取向的差异,导致所要保护之法益不同,因此,将行政合同简单地适用《合同法》进行调整,所带来的法益冲突是在所难免的。根据《合同法》第七条:“当事人订立、履行合同,应当遵守法律、行政法规,尊重社会公德,不得扰乱社会经济秩序,损害社会公共利益。”我们可以看到,一旦利

益发生冲突,只要行政机关以社会公共利益为借口,在简单适用《合同法》的情况下,法院的裁判将是唯一的,非行政主体的权益根本得不到救济。

(三)《合同法》无法规制行政合同的行政优越性

行政优越性,即行政优益权,它的存在,使得作为合同主体的行政机关一方享有超越民事合同的权利、并强加给合同相对人更多的义务;并且在合同的缔约和履行过程中,兼具合同当事人和管理者的双重职能。而《合同法》是典型的私法,强调平等和自愿原则,此种权利之存在与之格格不入,但从公法角度来看,这种权利之存续,又是行政权出于公共利益价值之考量所必须赋予的。换言之,行政主体基于行政优益权引发合同纠纷,更倾向于公法上的行政行为,应当首先适用行政法进行合法性审查,而不是简单的去探究合同法的条文。

综上,行政优先权的存在,已经超越了《合同法》所能调整的范围。

六、行政合同不能整体进入行政诉讼

在我国法学界,对行政合同的认识大相径庭:以王利明,梁慧星教授为首的民法学者们,是否认行政合同在私法领域的存在的;而在行政法学界,则完全接受并认可行政合同在私法领域的存在。然而,一旦行政合同纠纷需要司法救济,无论如何不能将行政合同整体纳入到行政诉讼法调整的范围中。因为行政合同与通常意义上的行政行为是有很大区别的,并且由于其还兼顾了双方意思表示一致的私法契约属性,所以不能够整体适用行政诉讼程序法。

首先,从《行政诉讼法》第二条:“公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益,有权依照本法向人民法院提起诉讼。”可以看出,行政诉讼法的目的,是为了给处于弱势地位的行政相对人提供一种对于行政违法行为的问纠式的救济途径。而行政合同,其本质是一种在行政管理或者监督之下的契约关系,针对某些合同本身的问题,比如合同的条款解释、违约金数额、以及合同的解除等,是无法给予裁判依据的。因为结合《行政诉讼法》第五条“合法性审查原则”,行政法庭一般只审查行政行为是否合法,重点不是对合理性进行判断,而合理性恰恰是行政合同救济必然要重点解决的问题。

其次,就是对于行政合同是否能够进入行政诉讼程

序,我国在行政立法和司法体系上,是存在很大矛盾的。根据《行政诉讼法》第二条,我们可以发现,其受案范围限于“具体行政行为”,其性质是一种单方的行政职权行为,而行政合同是一种双方的法律行为,如果依照该条,除非具体的部门法律有关于提起行政诉讼的特别规定,则行政合同根本无法进入诉讼程序。但是,在随后的最高人民法院于2000年颁布的司法解释中,取消了“具体行政行为”这一说法,而用行政行为代之,行政合同似乎有了受理的依据。但是,在《最高人民法院关于规范行政案件案由的通知》(法发2004第2号)中,又大量地使用了“具体行政行为”这一概念。其中,将行政诉讼案由分为四类:作为类案件、不作为类案件、行政赔偿类案件,以及难以确定案由类案件。行政合同被排除在“诉作为的行政案件”和“难以确定案由情况的处理”这两类行政诉讼的受理门槛之外,只在“不作为类”行政诉讼起诉案由中列举到“行政主体不履行行政合同义务”。

由此我们可见,行政司法和立法体系及概念在有关行政合同方面的混乱,导致了在司法实践中,非行政主体唯有在行政机关不履行合同义务以及基于合同提出行政赔偿之时,才可以启动行政诉讼程序,倘若行政机关采取积极的作为方式(基于行政优先权单方面解除合同)或者对合同条款解释产生争议等,则由于受案范围的限制,合同相对人的权利将得不到充分救济。

第三,从行政合同当事人的利益进行考量,非行政主体所追求的往往是自己的民事权益,并且这种权利的救济是处于首要位置的,而行政诉讼法的刚性,往往使得当事人这种诉求无法得到满足,比如除赔偿之外的行政调解为法律所不允许。再如民事合同中最常见的一般给付之诉判决,确认合同效力判决,都不适用于行政诉讼法。由此可见,裁判手段的缺乏使得行政庭的法官无法根据当事人的诉讼请求做出判决,非行政主体的民事权利也将得不到有效保障。

最后,如果行政合同的主体之一行政机关需要依法提起对行政合同相对人的诉讼,更是无法依据行政诉讼法进行。

七、行政合同纠纷处理的法律适用

行政合同,正因为其民法与行政法的双重属性,所以一旦产生纠纷,在法律适用上就会面临很大的困难。在司法实践中处理该类案件的核心就在于:程序法与实体法

的分别适用,即在现行法律框架下,在程序法上适用于民事诉讼法,在实体法上将民事法律规范和行政法律法规作为审理案件的共同依据,但不能简单适用《合同法》。之所以采用这种“分割”的原则,就是考虑到行政合同的公法与私法的双重属性以及有利于合同当事人的权利救济。

行政合同纠纷在程序法上之所以选择民事诉讼法,因为行政诉讼法有着单向性,自成一套完整的体系,所以才有举证责任倒置,行政机关不得成为原告这类规定,这样一来,一旦将行政合同整体适用行政诉讼法,就没有适用民法对合同的涉及当事人民事权益的部分进行裁判的余地。《行政诉讼法解释》第九十七条虽然规定“人民法院审理行政案件,除依照行政诉讼法和本解释外,可以参照民事诉讼的有关规定。”但这种参照毕竟不能游离于行政诉讼法的框架体系之外;对规定的适用也不能够违背行政诉讼法的基本原则,且“可以”与“参照”这两个用词,表明了民事诉讼规则在行政诉讼中,法律适用位阶是较低的,法官在审理过程中可以适用,也可以不适用,这种自由量裁权的存在,为非行政主体的民事权利救济增添了很大的不确定性。倘若勉强适用于行政合同案件,很有可能导致“重行政而轻民事”的审判结果,且有将当事人契约自由之权利,沦为行政附带民事诉讼附属品之虞。况且这种有主次之分的法律适用,本身就与行政合同公法与私法并重的特殊属性相违背。

而民事诉讼则不然,在民事诉讼法中并没有规定诉讼程序不能适用行政当事人,并且相比行政诉讼法有限的四种判决形式,民事诉讼法的裁判手段,更能够满足行政合同当事人的诉求。与其为了适应行政合同的特殊性而修改行政诉讼法,毋宁将其直接纳入到民事诉讼程序更为合适。但是在此需要特别指出的是,笔者所说适用民事诉讼程序是指诉讼形态上,并非是指将行政合同必然排除在行政诉讼受案范围之外,即行政合同可以由行政庭受理,但是适用民事诉讼法的规则进行审理。

然后,从实体法角度来看,行政合同是伴随着行政管理的创新和政府职能观念的转变而产生的,法律的滞后性使得我国目前很难形成一部统一的规制该类合同的法律,对其的调整通常散见于各种法律法规之中,因此在对行政合同纠纷法律适用时,首先应当抛开民事或者行政之分,有特别规定的适用特别规定(特别法优于一般法),在没有规定的情况下,根据合同争议的核心法律关系或当事人的诉求,分别适用民事或行政法律法规。同样

需要说明的是,虽然在本文第三小节中说过行政合同不能简单地适用《合同法》,但是并非表示《合同法》是完全被排除在准据法之外的,其原则及一些规定仍然可以作为法院裁判的参照。

行政合同的实体法律适用,其法的价值取向应该是在代表公共利益的行政机关以及为了自己合法权益的非行政主体之间寻求一种平衡,如果出于一方利益的考量必须损害另一方利益时,该损害也应当是在一种合理的限度之内。因此,一定要明确给行政合同界定适用哪一部法律或者划分到公法或者私法的调整范围之内,有失偏颇。

八、从行政合同角度看行政、民事诉讼的分界和融合

行政诉讼和民事诉讼,两者虽然都是作为权利的救济手段,但是侧重点并不完全相同:传统的行政诉讼法旨在为认为自己权利遭受侵犯的行政相对人提供一个申诉的渠道,并通过法院对行政行为是否违法的判断,达到自身权利的救济;而民事诉讼法则是通过争议双方当事人的抗辩,由法官在查明事实的基础上,直接通过判决的方式维护当事人的利益。因此行政诉讼与民事诉讼一个主要的分界就在于权利救济的方式是直接的抑或是间接的:行政诉讼的裁判依据必须严格按照行政法律法规,注重对行政行为的合法性做出判断,对权利人的救济往往需要在行政判决的基础上启动其他程序(国家赔偿程序),或者通过行政机关的自我纠正以达到。简而言之,即行政诉讼中,法院很少会以判决的形式,代替行政机关直接对行政相对人的权利不圆满状态做出恢复;而民事诉讼则不然,法官通常按照当事人的各种诉讼请求,依据法律法规直接做出判断,即便是法律没有明确规定,依然可以根据法律的原则和自由裁量来解决案件争议,所以,民事诉讼中对当事人的权利救济通常都是直接的。之所以司法权对行政权利的干涉深度不及民事权利,首先与两者的职能划分有关:行政权是基于法律授权之下对社会的管理,是一种动态且必须主动行使的权利,因此行政机关是法律的执行者;而司法权之于行政诉讼领域,是在法律的范围内对行政权合法与否的监督,因此法官是法律静态的裁判者。两者在法的运行过程中所扮演的角色是不同的,一旦赋予法官在行政案件中拥有对行政行为的“完全司法变更权”(改判权)^③,那么行政权的稳定性和

权威性也就荡然无存,这不但妨碍了行政机关的有效行政管理,也不利于行政相对人对行政行为的服从。况且行政机关被赋予的是特定法律领域的管理权利,需要专业的知识和技术能力,如果法院在缺乏专业行政管理知识条件下径行裁判,其合理性依旧有待商榷。其次,行政命令和决定往往都有行政法律法规明确授权,只有法律规定的部门才有权做出,《行政诉讼法》只赋予司法机关有限领域(如行政处罚)的自由裁量权,司法权如果越俎代庖,过分的干涉行政权,其判决本身的合法性也存在争议。从政治体制上来看,我国虽然没有采取三权分立的模式,但是也强调司法权和行政权的相对独立,因为“绝对的权利导致绝对的腐化”,权利如果没有一种制约的话,后果是不堪设想的,因此司法机关才独立于行政系统并被赋予监督职能,司法权也因此被称为“权利最后的庇护所”。相对的,司法权也不能是无限的,它也不能逾越权利的界限,取代行政权之存在,表现在行政诉讼中,即法官对行政权的干涉止步于“合法性审查”,不会再僭越对行政行为的内容进行改判。

其次,两者另一个重要的分界点就在于对公权力与私权利的裁判上:民事诉讼所要解决的是平等主体之间的纠纷,即私法领域的问题。而行政诉讼必然涉及到国家行政行为,即公权力的问题。这一点,是导致兼具公法与私法属性的行政合同在司法实践中难以界定的主要原因之一。

第三个分界点,就是两种诉讼中当事人的地位不同,或者说诉讼的权利义务并不对等:民事诉讼中强调法官主导之下的当事人诉讼地位平等,而行政诉讼则强调一种问纠式的对行政机关的非难,此时,法官扮演的更像是一个监督者的角色,通过对行政机关责问式的审查、要求其承担举证责任来判断行政行为的合法性,因此行政诉讼中行政机关承担更大的义务和证明责任。

但是,行政诉讼与民事诉讼并非完全独立的,通过对《行政诉讼法》与《民事诉讼法》的总则相比较我们可以发现,它们所保护的法益,都是当事人的合法权益,因此在法的价值追求上。两者是不矛盾的,只不过行政诉讼还被赋予了监督行政机关依法行使职权的任务。所以,对于行政合同来说,在对合同公法上的合法性做出裁判之后,不论适用行政诉讼还是民事诉讼,法官都应当负有继续对合同民事部分进行裁判的义务。就像判例法系的英国,对于行政合同,并没有严格的区分公法或者私法,行政救济手段和民事救济手段都可以在同一诉讼中并行不悖或

交替适用。

另外,行政合同产生是社会法治国家和政府行政理念由管理型向服务型转变过程中的产物,代表了一种现代的行政诉讼法趋势:由传统的由单向性的异议申诉和权利救济,转而向更为平等的,兼顾行政行为 and 民法契约的“当事人诉讼”^④,日本的《行政事件诉讼法》就将行政合同之诉讼归入到“实质的当事人诉讼”之中,原则上准用民事诉讼法之规定。^⑤由此我们可以发现,在现代行政诉讼理念之下,民事诉讼和行政诉讼的界限正趋于模糊。

最后,上文中已经反复阐述过,对于行政合同的裁判方式,如果单纯的采用行政诉讼法的判决类型,能够解决的只是合同合法性的问题,而对于合约性部分,则束手无策,此时,唯有引入民事诉讼的判决类型,如,一般给付之判决,合同无效之判决以及撤销合同判决等,才能够给予非行政主体以充分的救济。因此,针对行政合同的裁判类型上,两者也有互相融合之可能。

九、我国行政合同纠纷处理模式的探索

本文第七节提出的对于行政合同在程序法上适用民事诉讼程序,在实体法上适用民事法律规范和行政法律规范的法律适用模式,只是在现有的法律体系对于行政合同没有明确规定,司法受案范围不清的窘境下的权宜之计,要想真正对行政合同纠纷处理做到“有法可依,司法有据”,还是必须通过立法层面的完善以及审判模式的创新,以及司法实践中不断地探索。

(一)对行政合同案件的双轨制审判模式的确立^⑥

大陆法系国家对公法与私法的划分,是导致行政和民事审判模式大相径庭的最主要原因。而对于行政性和契约性兼具的行政合同,只有在审判模式上兼顾行政合法性与合同合约性,才能够完整、全面的处理纠纷。这就对法院的审理提出了新的要求,既不能完全依照行政诉讼法,也不能完全归入民事诉讼法。根据上文阐述的理由,笔者认为,在管辖权这一问题上,行政合同是可以纳入到行政庭受案范围之内的,但是在审判模式上却不能等同于传统行政诉讼,应当作为一种特殊情况处理,将公法与私法相结合。

因此,双轨制的引入是一种恰当的选择。即,在法院受理了行政合同诉讼案件之后,一般先采用行政诉讼程序法以及行政法律法规,对行政权的合法性进行审查,因为我国的立法本位是公共利益优先;随后,在解决行政合

法的基础上再适用民事诉讼法与相关法律规范,对合同事实部分进行裁判。公权力合法性的判断,是解决合同和约性的前提,而民事纠纷的判决,又是行政合同效力的延续。

这种双轨制的审判模式看上去类似于理论界的“行政附带民事”诉讼,但两者还是有区别的。行政附带民事诉讼,行政第一性,民事第二性,两者有明显主次之分,而双轨制的审判模式,根据各国立法本位的不同(法国与德国),很难给予明确界定,有时甚至处于同等重要地位(英国)。^⑦其次,行政附带民事,两种诉讼之间的因果关系并非存在必然性,往往行政行为只是民事纠纷引发的结果,公法上权责的确定与私法上权利的救济并没有太大牵连,两者往往可以拆分为独立的诉讼。而行政合同则不然,有时候行政行为与合同权利义务相互渗透,很难拆分开来,比如:“行政机关滥用行政优益权,对合同条款做出不利于相对人的解释,那么,在行政审理部分,就必须运用民事法律或原则对合同条款进行辨析,并判断解释是否显失公平,而在民事审理部分,虽然可以对合同条款进行辨析,但是行政机关的行政优益权合法性问题,又要等待行政部分的审理结果,由此就进入了一个循环往复的矛盾状态。

(二)专门构建行政合同诉讼制度之不必要性

对于行政合同,理论界有一种观点,认为应当在行政诉讼法中单列一章行政合同,与具体行政行为相对应,共同构建起我国的行政诉讼制度,或者区别制定审查规则,笔者不甚赞同这种观点。理由如下。

首先,对一部行政基本法的重构不是一蹴而就的,特别是像行政诉讼法这样的行政基本法律,需要考虑诸多因素,其中首先涉及到的就是行政理念的问题,行政合同从产生到逐渐被接受最后到广泛适用,是需要一个循序渐进的过程的,在我国现行的政治体制和官本位制的传统观念影响下,远远没有达到适合行政合同蓬勃发展的社会法制国家,并且我国的行政诉讼法由于参照的是前苏联模式,仍然属于传统的行政诉讼法范畴。

其次,程序法的重构必须和实体法相协调,程序法是实体法的保障;实体法是程序法的目标,而我国行政合同纠纷繁杂,令出多门,根本没有统一的界定,在司法实践中,甚至有些行政合同被当成民事案件来审理,试想一下,就连行政合同到底该归于公法抑或是私法都没有明确的情况下,就要在程序法上进行构建,岂非无本之木,无源之水?

最后,从法律体系结构上来看,即便是建立了行政合同的审查制度,其规则条文,也只不过是上文中已经阐述过的,将行政诉讼法与民事诉讼法的相互融合,其判决形式的增补,也不可能超越民事诉讼法的判决形式,即便是引入广受行政法学界争议的行政合同调解。而这种花费大量的篇幅去重复民事诉讼法的规则,实属立法资源的浪费,也破坏了法的结构之美。再从内容上来看,这种规则增补很难保证不会导致与现有的条文之间的冲突,毕竟行政合同诉讼相对于一般的行政诉讼而言是一种特殊情况,其审理模式与具体行政行为之诉不相契合。比如《行政诉讼法》第二十四条规定:“依照本法提起诉讼的公民、法人或者其他组织是原告。”该条文即行政机关恒为被告原则的体现,也就是俗称的“民告官”。但是对于行政合同而言,则可能出现“官告民”的情况,因为针对合同当事人之间不涉及行政权利的,单纯因合同缔结或履行而产生的民事纠纷,是一种合同主体处于平等地位的当事人诉讼,如果不赋予合同一方的行政机关诉权,这显然是不公平的。如果行政合同的争议未涉及法律赋予行政机关申请法院或者自行依职权强制执行,行政主体有时候也需要法律的救济。由上,我们可以看出,不论从形式上还是内容上,行政合同之于行政诉讼法的重构,还存在许多需要解决的问题,并有待进一步琢磨。

综上,与其用繁琐的条文去堆砌起一座看似协调华丽的行政诉讼法堡垒,不如采用从简原则,用行政诉讼法解释,简单地增补一条:“行政合同,属于行政诉讼法受案范围,对于合同合约性引发的民事争议,适用民事诉讼法有关规定”。

(三)根据原告的诉讼请求适用民事或行政诉讼程序

鉴于行政诉讼和民事诉讼在解决行政合同纠纷案件中的融合之可能性,行政庭法官既然可以适用民事诉讼法直接对非行政主体权利进行救济,那么是否也可以打破传统的行政诉讼案件诉由模式,允许当事人直接按照民事诉讼的确认、给付、变更三大诉讼类型进行起诉?

笔者认为这种审判模式的创新,有助于解决行政合同纠纷,并节约司法资源。因为如果按照传统的行政诉讼的模式,非行政主体的诉讼请求只能启动公法上的合法性审查程序,判决结果无法直接恢复私权利的圆满状态。这一点在行政合同中体现的尤为明显。因此,允许行政相对人采用民事诉讼请求,首先就是考虑到了满足当事人私权利救济的诉求,而不仅仅是名义上“讨个说

法”。传统的行政诉讼模式之所以限制当事人的诉讼请求,原因就在于行政诉讼法的立法本位更倾向于公权力的监督,无法做出满足当事人诉求的判决,因此才常常导致“官了民不了”的尴尬结果^⑧,但是在行政合同中,既然可以适用民事诉讼法,权利救济已经有了切实的依据,非行政主体又何尝不可提起一般给付之诉,或者确认之诉呢?

其次,行政合同的契约部分是双方协商一致的产物,合同相对人在法律允许的范围内有完全的处分权,其在诉讼请求中是否提出完全有自主决定权,法院无需干涉,这也遵循了民事诉讼不告不理的原则,节约了司法资源,避免法官在合同事实部分也被拖入无谓的全面审查中。

最后,根据当事人的诉讼请求来审理案件,有助于法官将注意力集中在合同争议的焦点,并且正确的选择法律适用(包括程序与实体法)。

结语

随着我国政府执政理念的不断创新,行政法制的不断完善,行政合同的应用也将会越来越广泛的应用到行政管理和司法实践中,因此,只有不断的与时俱进,完善行政法律体系和对行政合同进行规范的界定,并且通过审判模式的改革和不断探索,把握住行政合同之特性,能够在法律层面上为行政合同纠纷提供切实的救济手段。●

注释:

①赵清林 刘奕淇:行政合同诉讼研究——兼论我国行政诉讼的现代转型,诉讼法论丛,2005,(00),577

②赵清林 刘奕淇:行政合同诉讼研究——兼论我国行政诉讼的现代转型,诉讼法论丛,2005,(00),584

③过洋:论司法权与行政权的冲突与交融——从有限司法变更权谈起,法制与社会,2009,(20),236

④赵清林 刘奕淇:行政合同诉讼研究——兼论我国行政诉讼的现代

转型,诉讼法论丛,2005,(00),583

⑤杨欣:行政合同诉讼比较研究,湖北警官学院学报,2004,(02),70

⑥乐宇歆:对行政合同诉讼的探讨,人民司法,2009,(21),99

⑦易君:行政契约的渊源及法律适用,长沙铁道学院学报 2010,(03),2--3

⑧李媛媛:行政诉讼与民事诉讼的冲突与协调,贵州民族学院学报(哲学社会科学版),2006,(05),57

参考文献:

【1】赵清林 刘奕淇:行政合同诉讼研究——兼论我国行政诉讼的现代转型,诉讼法论丛,2005,(00)

【2】过洋:论司法权与行政权的冲突与交融——从有限司法变更权起,法制与社会,2009,(20)

【3】杨欣:行政合同诉讼比较研究,湖北警官学院学报,2004,(02)

【4】乐宇歆:对行政合同诉讼的探讨,人民司法,2009,(21)

【5】易君:行政契约的渊源及法律适用,长沙铁道学院学报(社会科学版),2010,(03)

【6】陈瑾 李媛媛:论行政诉讼与民事诉讼的冲突与协调,贵州民族学院学报(哲学社会科学版),2006,(05)

【7】钱静:行政合同本质的行政法理分析,甘肃行政学院学报,2003,(03)

【8】周振鹏:行政合同诉讼若干问题研究,山西省政法管理干部学院学报,2006,(03)

【9】杭仁春:行政契约的结构分析——与民事契约相对照,江苏社会科学,2009,(01)

【10】刘辉:论行政契约中的行政优益权,长春:长春理工大学,2010

【11】叶星:浅析行政合同救济法律制度,商业文化(下半月),2011,(01)

【12】孙新科:论我国行政合同诉讼制度的构建,青岛:青岛大学,2010

【13】余凌云:《行政契约论》,中国人民大学出版社,2000

【14】许建兵:行政合同浅探,行政法学研究,1993,(03)

【15】王喜萍:对行政合同性质的认识,社科纵横(新理论版),2010,(01)

(本文获第九届华东律师论坛优秀论文三等奖)



英伦小镇 摄影:许强 律师



徐吉平:复旦大学法学硕士,2000年起从事律师工作,同时兼任上海市律师协会行政法业务研究委员会委员、上海市侨法讲师团东方讲坛讲师、上海市政法综治网上调解室嘉宾律师。



左亚洛:复旦大学法学博士生,主要研究方向为民事诉讼法和证据法,2007年起从事律师工作,擅长处理知识产权和劳动争议案件。

●文/徐吉平 左亚洛 (北京尚公(上海)律师事务所)

立足实践重构我国的劳动普通共同诉讼制度

【摘要】我国对于普通共同诉讼制度的研究目前还处于较为初级的阶段,至于劳动普通共同诉讼,则更是鲜有系统性的研究和探讨。这给我国的劳动司法实践提出了极为严峻的挑战。我国当前宜从群体性劳动纠纷解决的具体实践出发,依据普通共同诉讼的一般原理,对我国现行群体性劳动纠纷的仲裁及诉讼解决机制进行重新梳理与改造,重构我国的劳动普通共同诉讼制度。具体言之,该种改造将涉及案件的管辖、立案、审理程序、主张及证据的共通性规则、裁判方式等诸多方面。

【关键词】群体性劳动纠纷 普通共同诉讼 劳动普通共同诉讼重构

近年来,劳动纠纷从数量上讲处于急剧攀升的态势,如何稳妥高效地解决劳动纠纷成为我国民事司法实践急需破解的难题。普通共同诉讼作为一种节约司法资源、有效提高诉讼效率的诉讼制度,已经为包括我国在内的许多大陆法系国家所接受,在解决涉及多名当事人的民事纠纷中发挥了非常积极的作用,但在群体性劳动纠纷的解决方面,却表现出明显的不足,有结合实践加强理论探讨的必要。

一、劳动普通共同诉讼概述

(一)普通共同诉讼概述

所谓普通共同诉讼,也称非必要的或者一般的共同诉讼,是指民事诉讼当事人一方或者双方的人数为二人以上,所需解决的法律问题相同并且所涉及的诉讼标的类似,而将本来可以分别进行的诉讼合并在一个诉讼程序中统一进行的诉讼模式。其中,一方当事人的复数性和程序的统一性是共同诉讼的基础,而诉讼标的“相似而非同一”的特性则是普通共同诉讼区别于必要共同诉讼^①的关键。需要强调的是,诉讼主体的复数性仅是案件适用普通共同诉讼程序的前提,真正能起决定作用的还是案件的关联性、合并审理的可能性以及合并审理的必要性三个要素。我们认为,也正是这三个

要素的结合方使得相关案件得以脱离单独诉讼的轨道,转而步入一种全新的诉讼程序。换句话说,相关案件之所以得以合并审理,并非完全出于偶然,而是确有其合并的内在基础,是立法和司法部门共同对实践中案件审理的具体需要的一种积极回应。

普通共同诉讼最基本的特征在于被合并案件实体上的共通性以及程序操作上的便捷性。所谓实体上的共通性是指,作为一种合并审理的案件,共同诉讼人的主张和证据在一定程度上是相通的,彼此不仅会相互影响,而且还很有可能被相互引用。所谓程序上的便捷性,则是指普通共同诉讼的审理程序并不是原先单个诉讼程序的简单重复或叠加,而应该是一种突破传统诉讼模式的有所创新的程序,这种程序与单独诉讼相比,应该更加简捷且富有效率。

普通共同诉讼程序目前多适用于合同(如物业管理)和侵权(如某一行为同时致多人受损)纠纷领域。至于劳动争议,由于该领域的相对特殊性^②,目前该程序的运用还很不普遍,仅见于偶尔的司法实践,理论上的系统论证和探讨则几乎没有。这也是本文写作的现实基础。

(二)劳动普通共同诉讼概述

1. 涵义及其特征

本文将适用于劳动争议领域的普通共同诉讼称之为劳动普通共同诉讼,该类诉讼其实是普通共同诉讼的一种特殊形式^③。惟需说明的是,由于我国劳动争议解决机制的特殊性,本文将把劳动普通共同诉讼中的“诉讼”一词扩张解释为既包括“(狭义)劳动诉讼”也包括“劳动仲裁”。

从总体上来说,劳动普通共同诉讼主要有以下几个特征:首先,劳动普通共同诉讼一般都是基于用人单位用工的事实而产生,涉诉的主体类型较为单一,而且适用的法律也主要是劳动法律法规和部门规章,这就决定了这类诉讼所要解决的问题类型相对集中,有利于仲裁机构和人民法院在总结经验的基础上加以定型化处理;其次,相对于其他类型的民事诉讼会强调原被告双方的平等对抗而言,劳动仲裁也好,劳动诉讼也罢,立法上都极力强调对于劳动者权益的保

护。因此,在劳动普通共同诉讼中,无论程序设计还是实体安排,都会体现出劳动法对于劳动者的特殊保护;^④第三,在劳动普通共同诉讼中,将会特别注意劳动仲裁与劳动诉讼两阶段的对接,在程序安排上既要能体现出人民法院对于仲裁过程及结果的审查,又要能防止案件在审理上的无谓重复,为案件的迅速解决铺平道路;第四,在劳动普通共同诉讼进行过程中,基于劳动者一方人数众多但在能力上又处于相对弱势的现实,无论劳动仲裁还是劳动诉讼阶段,都将会特别注意对劳动者提供的所有证据进行统一的评价,而不是简单地拘泥于“谁主张,谁举证”的古老原则,对于可能对劳动者一方全体有利的证据,将在认证过程完成以后,通过一定的程序适用于全体劳动者。此外,在审理的程序上,也会采用比简单地重复单独诉讼或者简单合并同类项更合理简便的处理方式,以确保迅速地救济权利受到损害或者威胁的劳动者。

2. 主要类型

实践中,我国的劳动普通共同诉讼主要有两大类:第一类是同一用人单位工作的多名劳动者针对该同一用人单位提起的索要工资、加班费或者要求单位承担不依法签订劳动合同或者非法解除劳动关系责任的诉讼。此类诉讼在实践中占有群体性劳动纠纷的绝大部分。这类诉讼的特点是诉讼的一方为同一用人单位,诉讼的基础是双方的劳动关系。由于一般而言同一用人单位都会采用同样的格式合同用工,即便是在事实劳动关系的情况下,同一单位的用工制度一般也是统一的,因此,这类普通共同诉讼一般都是依据同样或者类似的事实而提起,其诉讼标的虽然不同,但是原告一方在诉讼的主张和证据的使用方面有着诸多的相似性,因此在此类案件中,证据和主张的共通性原理经常被使用。也正因为上述原因,案件裁判的统一性也就显得极为重要,如果针对此类显属同类的案件做出不同的裁判,不仅会破坏司法的权威,也会对社会和谐、稳定以及可持续发展带来不利的影响。

第二类是由同一用人单位针对多名员工提起的诉讼。实践中,这种类型的诉讼往往和这些员工违反了保密协议或者竞业禁止协议有关,或者是因为这些员工的渎职行为给单位带来了重大的损失。这类诉讼不同于第一类诉讼,如果说第一类诉讼的共同原告一般都会“同仇敌忾”地对待用人单位,要求获得统一的胜诉判决的话,第二类诉讼的共同被告则极有可能会各自为战,互相推诿。因此,在这类案件中运用证据和主张的共通性原则要注意适用范围,以防带来过多的负面效果。

二、我国劳动普通共同诉讼制度的运行情况及主要不足

(一) 劳动仲裁或诉讼并未成为我国群体性劳动纠纷解决机制的首选

我国目前解决群体性劳动纠纷的可选途径有三:一是劳动监察部门的行政协调,二是劳动仲裁和劳动诉讼,三是向相关主管部门进行信访,祈求政府出面解决。其中,劳动监察是一种行政性质的措施,劳动者可以通过举报以求得劳动监察部门介入群体性劳动纠纷。但是这种介入的随意性较大,最终结果也往往只是用人单位因为违法用工而被处以行政罚款,至于劳动者自身的权利则一般很难得到充分救济。因此,除非是抱着“鱼死网破”的想法,否则一般劳动者很少会选择这种救济途径,至少不会将之作为首选的途径。当然,这种救济途径也有它的比较优势,即通常效率很高,劳动者能较为迅速地获得结果。劳动仲裁和诉讼是准司法与司法途径的救济,一旦劳动者获得了胜诉的裁定或者判决,其救济程度一般会比较充分,但是这种救济方式耗时费力,在群体性劳动纠纷的解决方面尤其如此。因此这种途径也不是劳动者解决群体性纠纷的首选。第三种途径是信访。毋庸置疑,从法律意义上来说,劳动纠纷并不属于许多行政机关的业务管辖范围,但颇有趣味的是,不管出发点怎样,一旦有关行政机关主动或被动出面向用人单位施压,绝大多数用人单位都会选择妥协。也正因为此,许多群体性劳动纠纷都是以信访(乃至“闹事”)而不是仲裁或诉讼的方式解决的。

(二) 我国群体性劳动纠纷仲裁及诉讼解决机制的主要不足

1. 关于管辖

目前,我国的劳动纠纷诉讼解决机制包含劳动仲裁和诉讼两个阶段。一般的数额较小的案件采用“一裁终局”的方式解决,仅有少数案件由于法律适用或者程序上的瑕疵,会进入旨在撤销仲裁裁定的诉讼程序。但从严格意义上来说,这种纯粹法律上的审查与其说是一种纠纷解决程序,不如说是一种司法审查与纠错的机制,因此并非本文所要关注的重点。另一种是标的额较大的劳动纠纷,这类纠纷在劳动仲裁裁定做出后,还可以经过诉讼阶段,如果当事人不服一审裁判还可以接着上诉。

这样设计劳动争议解决机制的初衷是一方面希望让劳动仲裁机构发挥更大的作用,把他们从纯粹的走过场式的“鸡肋”,变成可以切实节约司法资源的有效手段,另一方面

使得基层法院从繁重的简单案件审理的泥潭中抽身出来,集中解决重大的案件。该出发点不可谓不好,但问题是立法者在设计该制度时基本上是秉承单独诉讼的传统思维模式进行的,其对于群体性劳动纠纷的出现和发展完全缺乏合理的预见与反应。比如说,在决定仲裁后案件是否可以进入劳动诉讼的入口时,立法者只考虑到了案件标的额的大小,并没有将案件的复杂程度也考虑进去。由于我国的劳动仲裁与诉讼基本不收费,且费用的收取又和案件标的额的大小完全脱钩,立案阶段又不对请求数额进行实质审核,由此造成许多劳动者在起诉用人单位时,都会尽可能地提高诉讼请求的数额,以求在仲裁庭做出不利的裁决时可以有更多一次的救济机会。此外,在处理群体性劳动纠纷时,仲裁庭一般采用分开立案的方式,这样即使案件涉及人数众多,同时请求额之和也超过了法律规定可以一裁终局的上限,但也因此不能进入法院审理的程序。这种规定实际上与我国现行的一般民事诉讼的审级制度是矛盾的。依据我国的民事诉讼法,决定案件审级的因素除了案件本身的标的额大小以外,还有案件影响的大小和复杂程度。群体性劳动纠纷无论从案件影响的大小还是复杂程度来看,都是单独的劳动纠纷所不能比拟的。它没有理由适用一裁终局的程序,应该重新被纳入法院审理的范围。

2. 关于立案方式

这里的立案不仅包括法院阶段的立案,还包括仲裁阶段的立案,但由于二者在实际上差别并不大,因此本文并不做详细区分。

目前我国劳动案件的立案一般都是采用分别立案、分别编制案号的做法,即使是多名劳动者一起到仲裁机构或者法院的立案庭办理立案手续,希望仲裁机构或者法院一并解决相关纠纷,也不能改变这一惯例。这样的立案方式,实际上是对案件共同原告诉讼选择权的侵犯乃至剥夺。虽然在许多情况下,案件实际审理过程中仲裁员或者是法官往往会把相关的案件合并审理,但是这种没有制度加以保障的临时性措施,极易沦为裁判者恣意的对象,相应地,法律对于当事人应有的程序保障也就荡然无存。

3. 关于审理方式

无论是《民事诉讼法》还是《劳动争议调解仲裁法》,其对于劳动普通共同诉讼的审理程序均没有过多的提及,这给我国今天劳动司法的混乱埋下了伏笔。从我们的亲身实践来看,无论仲裁庭还是法院,其对于群体性劳动纠纷的审理方法一般都是把单独案件的审理程序进行简单叠加。比如,先让案件的共同当事人分别宣读申诉书或起诉状,再逐一核对

案件的基本事实,仲裁员或者法官顶多在具体询问的过程中强调一句“和前面一样的内容就不要重复了”。案件的举证质证环节也是分别进行,既没有当事人之间对于相关证据和主张的援用程序,也没有能够排除带有共性的某些证据和主张对于裁判者自由心证的干扰。最后,在案件事实的认定上,虽然裁判者也会试图保持对于案件事实评价的统一性,但是裁判出现矛盾的情况也时有发生。

这种裁判者随心所欲的审理方式,不仅破坏了程序法定的原则,也在事实上侵害了共同诉讼人的合法权益,使得诉讼程序变得更复杂和更不透明,削弱了审理结果的公信力,不利于社会的和谐稳定与可持续发展。

三、重构我国的劳动普通共同诉讼制度

鉴于我国群体性劳动纠纷仲裁及诉讼解决机制的现状,我们以为,有必要立足实践,对我国现实的劳动普通共同诉讼制度进行重新梳理,以确保该制度具备足够的科学性与合理性。同时,在新制度框架下我国群体性劳动纠纷能够得到较为迅速和公正的解决。具体来说,该种改进应该体现在以下几个方面:

(一) 关于案件的管辖

群体性劳动纠纷由于牵涉的当事人较多,案件事实也比单个劳动者的劳动争议案件要复杂,所以应该全部纳入法院的审查范围。具体来说,在仲裁机构对案件做出裁决以后,应该允许所有案件的当事人向法院提起诉讼,而不是以单个案件的诉讼标的额大小来决定案件是否可以一裁终局。这样做的理由主要有三点:首先,此类案件涉及众多的当事人,往往有着较为重大的社会影响,如果仅仅以准司法程序的劳动仲裁作为当事人的唯一救济途径不仅略显草率,也不利于案件的最终解决。多提供一些救济途径不仅可以留出更多空间让当事人选择,也会客观上增加案件和解的可能性,有利于化解社会矛盾。其次,一般来说,法院的公信力高于劳动仲裁机构,将此类纠纷完全纳入法院审查的范围有利于建立一种更加公正的外观,也让双方多一次对自己的诉请进行审视的机会,对纠纷在心理层面的解决比较有利。第三,客观地说,我国法院对于法律的把握一般要强于仲裁机构,法院的把关对于提高此类案件的办理质量也有重要的意义。

(二) 关于案件的立案

我国《劳动争议调解仲裁法》目前并没有对劳动仲裁案件的合并问题做出规定,这给我国当前的群体性劳动纠纷仲裁实践带来巨大难题。我们以为,在法无明文的情况下,至

少,仲裁机构应当在案件的立案程序中本着便利的原则,将相关的申诉书一并交给被申诉方,以便于其对整个案件做出全面的评估和答辩。至于诉讼阶段,则应该将案件合并与否的选择权交给原告,当原告申请将案件统一立案时,应当予以准许,反之则应该分别立案。

(三)关于证据与主张的共通性规则

依据普通共同诉讼的一般原理,对体现案件共性的主张应该适用主张的共通性规则,即只要提起共同诉讼,就应该视为对案件的共同问题提出主张。我们以为,在劳动普通共同诉讼中,同样应该坚持主张和证据的共通性。比如,在追索劳动报酬的案件中,用人单位未合法支付劳动报酬就是一个共同的问题,凡是进入该诉讼的原告,无论事实上是否明确提出过该主张,它都应该成为法院裁判的基础。换句话说,在该主张上,所有的原告都是共通的。同样,正如前面已经提到的,在劳动普通共同诉讼中,劳动者所提出的许多证据实际上也是可以相互印证的,而且,由于劳动者法律意识和取证能力的不同,一些基本证据可能并不是所有的劳动者都能够提出,因此,在此类案件中,建立一种证据共通性规则就显得尤为重要。具体来说,对于反映案件普遍性事实^⑤的证据一般都应允许所有当事人加以援用,以帮助其完成举证,未经援用的证据则一般不能直接作为裁定或判决的依据。当然,为了使该规则能切实帮助案件的当事人,仲裁员或者法官应该在审理案件时对该规则进行释明。

(四)关于审理程序与裁判方式

无论是劳动仲裁还是诉讼一般都包含事实调查、举证质证、辩论以及最终陈述的阶段。在劳动普通共同诉讼中,我们以为,无论仲裁员还是法官都应该对案件的基础事实进行调查。在这个过程中,应该先对共通的事实进行确认,再依据案件的情况对重要的个别事实^⑥进行核实。这样既能够分清主次,又可以节约时间。在举证和质证阶段,则应该充分利用证据共通性规则,最大限度地利用手上的证据,实事求是地将案件事实还原。辩论阶段中对于事实问题的辩论则可以与举

质证阶段合并,以节约诉讼时间。如果双方对法律适用有争议,则可以在辩论环节解决,我们认为,可以采用由某一代表先发言其他被代表者再做补充的方式进行,以避免不必要的重复。最后陈述则可以比照单独诉讼进行。此外,由于群体性劳动纠纷的特殊性,我们认为,在经过共同诉讼人同意的前提下,可以做出统一的合并裁判,在判决中先写明共通主张的处理结果,然后再对个别问题逐一进行回应,这样不仅可以减少送达的麻烦,更可以在用人单位拒绝履行的情况下尽快启动执行程序,把被颠倒了劳动关系重新颠倒回来。^⑦

注释:

①所谓必要共同诉讼,也称不可分之诉,是指当事人一方或者双方为二人以上,其诉讼标的是共同的,人民法院必须合并审理并做出同一判决的诉讼。

②从现实来看,由于我国劳动争议案件实行仲裁前置原则,使得绝大多数群体性劳动纠纷案件都止步于仲裁阶段,进入不了诉讼程序。此外,从立法规定来看,一方面,我国目前尚无《劳动(普通共同)诉讼法》,另一方面,《劳动争议调解仲裁法》也仅在第一章第七条稍微提到了代表人仲裁和诉讼制度,至于作为该制度基础的普通共同诉讼制度,则尚不可见。

③在劳动普通共同诉讼中,案件的关联性主要体现为作为劳动关系基础的劳动合同和劳动用工方式的统一性。一般来说,同一用人单位会采用统一的格式合同作为调整本单位劳动关系的基础。即使在事实劳动关系的纠纷中,用人单位也会有比较统一的做法。这些事实的一致性,从客观上提出了一种对相关纠纷作出统一的法律和事实判断的要求,这种客观的要求,就是劳动普通共同诉讼合并的关联性基础。此外,由于此类案件的用人单位的同一,案件的合并审理不存在管辖权上的障碍,将该类案件合并就是一种在法律上可行的诉讼方式。至于案件合并的必要性,则体现在无论是仲裁机关还是人民法院的劳动庭都应该以尽可能便捷有效的方式尽快解决劳动纠纷,以恢复企业劳动关系乃至社会的和谐,为国家与社会的可持续发展贡献力量。

④比如,在劳动普通共同诉讼的程序设置上,将更加体现该程序的便利性,以有效防止因案件久拖不决而可能给劳动者造成的二次伤害。

⑤指用来证明案件共通主张的事实,即非反映当事人个别情况的事实。

⑥指反映当事人个别情况的事实。

⑦在劳动者同意的前提下,可以由其指定代表人签收判决,启动执行程序,避免不合理的拖延。

(本文获第九届华东律师论坛优秀论文三等奖)



著名英国皇家半月宫建筑 摄影:市司法局 黄立群



上海维度律师事务所律师, 中国法学会会员, 现为上海市律师协会会展业务研究委员会委员。曾先后获得“迎世博贡献奖”、“中国2010年上海世博会优秀志愿者”等荣誉称号。

●文 / 刘培灼(上海维度律师事务所)

“微博”的兴起对传统民事诉讼制度的启示

【摘要】作者通过对“微博”这一新兴媒体形式的介绍, 结合其区别于以往媒体的特点, 分析了微博已经或正在对现行民事诉讼制度的一些规则产生的影响。同时, 就现行民事诉讼制度的改革问题, 作者也提出了自己的看法。

【关键词】微博 诉讼

微博是近年来兴起的一种网络媒体形式, 自出现以来, 得到了众多网民的支持。目前, 微博正在改变人们传统的社会生活, 其对人类社会进步的影响也正在显现。微博在信息传递上所具备的优势已经对传统的民事诉讼制度发生影响, 这些影响是我们进行民事诉讼制度改革必须面对的现实因素。对于这一问题的思考, 可以从微博的历史与特点开始, 结合目前民事诉讼制度中存在的问题进行分析。

一、“微博”的定义、发展历史与特点

微博, 是国内对“微型博客”的简称。根据百度百科对“微博”的定义, “微博”是微博客(MicroBlog)的简称, 是一个基于用户关系的信息分享、传播以及获取平台, 用户可以通过WEB、WAP以及各种客户端组件个人社区, 以140字左右的文字更新信息, 并实现即时分享。^①

“微博”属于网络技术发展到新阶段的产物, 是与传统的BBS(论坛)、IM(即时通讯)、SNS(社交平台)、BLOG(博客)具有一定联系但在功能上又有显著区别的新型网络媒体形式。世界上最知名的微博网站是“推特”(Twitter.com), Twitter由斯通、威廉姆斯和杰克·多尔西(Jack Dorsey)共同创建, 威廉姆斯同时也是blogger.com网站的创始人。“Twitter”, 是因为网站的创始人认为网站具有短、频、快的特征非常像鸟的叫声, 因此选择了Twitter作为网站名称。“推特”网站创立后, 迅速得到网民的欢迎, 目前拥有约1.75亿元注册用户(截止至2011年4月2日00:00)。^②中国内地的第一家微博网站叫“饭

否”, 由自校内网起家的王兴在2007年创办, 后来因故关闭。国内的其他微博类网站如“嘀咕”、“做啥”、“叽歪”等也相继建立。目前国内影响力最大的微博网站是新浪、腾讯、搜狐、网易等主流门户网站提供支持的微博网站。2011年上半年, 我国微博用户数量从6331万增至1.95亿, 半年增幅高达208.9%。微博在网民中的普及率从13.8%增至40.2%。由此可见, 微博如今已成为能够与传统媒体相抗衡的一类新兴网络媒体形式, 并且在社会生活中发挥越来越大的作用。

微博在使用中需要先进行注册, 注册成为微博用户后, 注册用户会拥有一个自己的发布页面, 可以撰写或转发其他用户的微博到这个页面, 发布微博的容量以140个字符为限, 也有一些微博网站不作限制, 如搜狐。同时, 注册用户可以去选择关注与自己使用同一微博平台的用户, 一旦选择关注, 那么该用户发布或转发的微博会即时出现在注册用户的微博页面上。以新浪微博为例, 每一个微博的注册用户都可去关注自己感兴趣的人, 在这样情况下, 关注者被称为被关注者的“粉丝”, 一旦双方互相关注, 则双方均成为对方的“粉丝”, 越是知名的公众人士, 粉丝数量会越多。互为粉丝时, 双方可以利用微博的私信功能进行交流。在腾讯微博中, “粉丝”一词被“听众”代替。

与其他媒体形式相比, 微博具有下列独一无二的特点:

第一, 信息传递的迅速与快捷。作为一种信息交互平台, 微博相对于电子邮件、论坛、博客等在信息传播上具有迅速与快速的特点。大多数微博网站将用户发送的内容限制在140个字符以内, 相当于70个汉字的容量。而电脑、手机等客户端的应用, 使微博的内容发布速度更迅速, 更方便。信息发布的地点已不局限在电脑旁, 而是通过手机客户端的应用可以在任何时间、任何地点完成信息的发布, 从而使信息能够更及时地到达受众, 如江西宜黄强拆自焚事件、“7·23”温州动车追尾事件等重大事件

都是通过微博获得了社会公众的广泛关注；

第二，信息传递主体与受众的广泛性。相对于传统的博客平台，微博平台的使用者涵盖的范围更为广泛与庞大。从联合国到城市的某个白领职员都成为了微博的使用者，政府、企事业单位、娱乐明星等公众人物、社会事件的当事人及普通人都成为微博上信息的发布者与接受者。在这种情况下，微博的在一定程度上成为联系社会不同阶层、不同主体的纽带，突破了传统媒体的局限，改变了人们传统的社交习惯；

第三，信息传递的个性化增强。微博的应用使更多的普通公民能够利用网络表达自己的意见，不同个性、不同文化背景下的人能够通过微博发表自己的声音，在微博所拥有庞大受众群体的影响下，微博内容风格的多样性与个性化都超过传统的媒体。

二、“微博”对诉讼制度的影响

微博类新媒体的诞生，不仅改变了传统媒体的信息传播方式，也改变了人们的社会生活。随着微博使用者数量的不断增加，微博影响力的不断增大，人们传统的交往模式与社交习惯将产生变革。可以说，微博正逐渐改变着我们的生活，而传统的民事诉讼制度作为人类上层建筑的重要组成部分，作为与每个公民息息相关的国家法治建设的重要内容也必然会因此受到影响。结合我国民事诉讼制度的实践与微博类新媒体发展的现状，微博对传统民事诉讼制度的影响可以总结为以下几点：

（一）对管辖制度的影响

微博在应用中，由于各种原因，会产生侵权行为的纠纷。例如利用微博恶意传播有损他人名誉、荣誉、肖像、隐私或商誉等行为，均会因信息的传播给他人造成一定的伤害。根据我国民事诉讼法第二十九条的规定，因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。而在微博的应用中，一条微博在由第一个人发布后，可能会遭遇更多人的转发传播。而转发微博的人可能会成千上万，分布在不同的地区甚至国外。很多人在转发的同时会加上自己的评论。有的微博在最初时并不构成侵权，但在转发过程中由于评论的加入与渲染，将会构成侵权行为，在这样情况下，是追究微博最初原创人的责任还是追究转发人的责任？如果是一条被转发上万次的微博，如何去界定侵权行为？这是确定侵权责任时必须考虑的事情。

此外，在确定侵权责任之后，很可能会发生侵权责任人分布在不同的地区，而且其发布或转发微博的地方未必在其住所地或居住地，在此情况下，现行有关侵权行为管辖的规定可能面临困境。因此，可以考虑允许原告的住所地或经常居住地的法院行使管辖权。

（二）对回避制度的影响

根据现行民事诉讼法中有关回避制度的规定，审判人员、书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人（以下简称：审判等相关人员）等如果是本案当事人或者当事人、诉讼代理人的近亲属、与本案有利害关系或与本案当事人有其他关系，可能影响对案件公正审理的情况下，当事人有权申请回避。在微博兴起后，产生这样两个问题：

第一，审判等相关人员与案件的当事人可能在日常生活中都使用一个微博服务运营商提供的平台，在平台上，可能审判人员与当事人中的一方互相关注，互为粉丝，在此种情况下，就需要考虑，如果审判等相关人员与案件的当事人一方在微博上存在互相关注的情形，那么，这一情形是否属于“与本案当事人有其他关系，可能影响对案件公正审理”。目前，除了个人用户外，微博上有很多企业用户，随着微博用户的不断增多，这一情形将可能越来越多地出现在以后的审判中；

第二，作为审判人员的微博用户，如果以往在微博中曾发布一些就某些事件或某些法律条文的看法，那么，在具体案件中，当事人是否可以以此为理由，认为该名审判人员会对案件进行预判，从而影响自己的合法权益。这也需要我们考虑，审判等相关人员发布的微博内容是否可以作为要求其回避的依据。

（三）对公开审判制度的影响

我国在民事诉讼中实行公开审判的制度。微博作为公开的、即时的信息发布平台，如何与公开审判制度相结合是我们需要考虑的另一重要问题。根据《人民法院法庭规则》第八条的规定，公开审理的案件，公民可以旁听，并且在第九条第（一）款中规定，旁听人员不得录音、录像和摄影。目前，随着新媒体、新技术的发展，一台智能手机已经具有了录音、录像与摄影的功能，同时，很多智能手机也可以利用第三方软件随时发送微博。在这种情况下，如果旁听人员在庭审过程中用自己的手机发微博，对庭审情况进行发布，该行为是应该禁止还是鼓励？如果允许微博的发布，那么不同的微博作者可能以自己的视角对庭审进行描述，很可能同一次庭审会在微博上的表述会出现差异甚至互相冲突。因此，要么选择将发送微博作为

新的禁止事项补充到规则当中,要么选择不禁止微博发布。当然,最好的办法是,人民法院自己以官方微博的方式对重要庭审进行发布,以纠正其他第三方对庭审的描述。

目前,一些公检法机构也成为微博用户,如在上海本地的微博平台“上海滩”上面,上海的一些法院与公安局都是微博用户,这是一个不错的开始,虽然目前尚未出现用微博直播庭审的情形,但难说这不会是将来的一个趋势。

(四)对诉讼参加人地位的影响

在微博平台上,有实名注册的微博用户,也有匿名注册的微博用户。有的微博运营服务提供商在自己的微博平台上,对公众人物采取了认证的方式,如新浪微博,一旦获得认证,则在用户名旁边会加上“V”,个人用户为黄色,机构用户为蓝色。在前不久发生的郭美美炫富事件中,用户名为“郭美美 Baby”的微博用户申请进行了认证,并将认证说明改为:中国红十字会商业总经理,这一称谓在社会上引起了轩然大波。这一事件给我们带来的一个启示是,如果微博平台上的用户因微博上的行为卷入纠纷时,加V与不加V的用户是否会有所区别?

一般来说,加V的用户是经过认证的用户,身份固定,一旦出现纠纷,其身份容易确定。但是,如果有第三人冒充他人申请加V认证,那么如果因为微博运营商的原因导致认证成立,微博运营商是否应该对第三人的侵权行为负责?微博运营商作为商业机构,其认证行为效力如何确定?显然,微博运营商不是国家的户籍机构,其认证过程不可能如户籍认定那样严谨,其效力也不具有法律意义。在此情况下,我认为,微博运营商应起到证明的作用,一旦某认证用户利用加V的优势从事侵权行为,一旦被发现认证有误,那么微博运营商是应当承担相应责任的,可能会被作为共同被告而涉诉。

(五)对送达制度的影响

我国现行的民事诉讼制度中,送达仍然是以纸质材

料的寄送与签收作为送达过程的主要承载方式。上海的个别法院目前已经开始了短信送达的尝试,并且已经有法院进行网上立案与发送文书的做法。微博作为信息发布的快捷平台,完全可以作为法院法律文书送达的一种方式。当法院注册成为微博用户,那么可以将案件当事人作为关注对象,利用私信传达相应的通知、裁定,而当事人也可以通过私信向法院告知送达结果。在公告送达中,目前还是依靠传统的纸质媒体进行公告,在微博平台应用日益广泛的情况下,将微博作为发布相应通知的辅助方法这样的制度设计是适应未来庭审制度发展要求的必然选择。

三、“微博”对民事诉讼制度改革的作用与启示

微博是网络技术发展到一定阶段产生的媒体形式,它的产生离不开网络技术行业的从业者在技术上的创新,更离不开网络用户自身的需要。而网民的需要则是整个人类社会进步需要的反映。微博的出现,不仅拉近了人们的距离,更加速了社会信息的传播,使人们交流、沟通的欲望能够得到更为及时的满足。而传统民事诉讼制度的发展必然面临网络技术应用带来的冲击与机遇,这当中,微博的作用将会越来越大。

微博将促进民事诉讼制度的进一步创新,并且,将进一步加强对诉讼程序的监督。司法机关及审判等相关人员的形象可以在微博平台上得以重新塑造,在微博的促动下,诉讼制度将会越来越方便,越来越人性化,这必将改变人们谋求正义过程的传统工作方式,进一步促进公开、公平原则的实践与发扬。

注释:

① 百度百科:<http://baike.baidu.com/view/1567099.htm>

② 百度百科:<http://baike.baidu.com/view/2399664.htm>

(本文获第九届华东律师论坛优秀论文三等奖)



上海市翟建律师事务所
专职律师。华东政法大学
2007 届刑法学硕士,上
海市优秀毕业生。上海市
社会帮教志愿者协会志愿
团成员。

●文 / 马 朗 (上海市翟建律师事务所)

被告人“认罪”案件 若干问题研究

——以刑法的修改为视角

【摘要】2003 年 3 月 14 日“两高”与司法部联合颁布了《关于适用普通程序审理“被告人认罪案件”的若干意见(试行)》,对被告人认罪案件简化审理并酌情给予被告人从宽处罚做了专门规定。但是,上述《意见》在制定理念、适用范围和适用效果等方面均存在不足。文章结合笔者近年办理刑事案件的经历,从理念和规则建构两个方面对上述《意见》予以评述并提出修改建议,以期为正在进行的刑法修改建言献策。

【关键词】案件事实 犯罪事实 认罪 无罪推定

我国现行刑法第 12 条规定,未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪。但是,据此就认为我国在立法上确立了无罪推定的原则或制度^①,为时尚早。事实上我们无论在立法理念、立法技术还是在司法操作上,都与无罪推定原则存有差距。

一、犯罪事实与案件事实的区分

现行刑法正文中“犯罪事实”这一概念共计出现 17 处,最高人民法院关于执行刑法的司法解释中,“犯罪事实”也出现了 18 处之多。^②至于什么是犯罪事实,刑法和相应的司法解释都未做出明确规定。“犯罪事实”一词中,“犯罪”显然是用来修饰或者限定“事实”范围的,因此严格意义上的犯罪事实,应当是指经法院审理查明并在生效的刑事判决书中记载的案件事实。《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》(法释〔1998〕23 号)第 52 条也认为,证据证明的对象是(广义上的)“案件事实”。刑事诉讼法理论上,刑事诉讼所要查明或证明的事实一般包括:1、案件事实(如犯罪构成要件的诸事实、影响量刑的各种情节等);2、犯罪嫌疑人、被告人的人身情况和犯罪后的表现;3、程序法上的事实(如回避、诉讼期限、强制措施等)。^③因此,从刑法使用“犯罪事实”的语境来看,它意欲表述的真实涵义是“案件事实”或者说是“与犯罪构成要件有关的事实”,而非严格意义上的犯罪事实。以第 171 条为例,该条规

定:人民法院对于自诉案件进行审查后,认为犯罪事实清楚,有足够证据的案件,应当开庭审判。但是,开庭审判的目的之一就是查明案件事实,开庭审理前就认为“犯罪事实清楚”明显有悖常理。

由此可见,刑法所规定的“犯罪事实”实属用语不当,这样的立法表述不仅逻辑混乱,也与刑法第 12 条规定的无罪推定原则格格不入,它背后所体现出的立法理念或者说给刑事司法造成的影响之一,正是有罪推定,疑罪从有。这种推论不仅仅是因为我国没有建立以沉默权规则为核心的有关无罪推定的辅助制度,更在于长期以来,我国的刑事立法并没有为无罪推定原则的司法化提供与之相适应的理念支持。无独有偶,2003 年 3 月 14 日最高人民法院、最高人民检察院与司法部联合颁布的《关于适用普通程序审理“被告人认罪案件”的若干意见(试行)》(以下简称《意见》),不仅在“犯罪事实”概念的使用上,完全继承了刑法的做法,还首创了被告人“认罪”的说法。如果说,立法语言上的瑕疵尚且可以通过法律的修改得到及时纠正的话,那么立法理念缺失造成的司法层面上的负面影响,则需要几代人的不懈努力才可能得以扭转。

接下来,笔者将结合《意见》的相关规定,具体阐述我国刑事立法和司法中无罪推定理念的缺位问题。

二、被告人认罪的前因与后果

诚如上文所述,刑法对犯罪事实概念的误用,以及紧随其后的最高法院司法解释不假思索地沿用,都不同程度地导致了刑事司法中办案理念的错乱。以《意见》为例,《意见》第一条开明宗义地指出:被告人对被指控的基本犯罪事实无异议,并自愿认罪的第一审公诉案件,一般适用本意见审理。《意见》共计 12 条的正文,“认罪”二字竟出现了 9 次之多。笔者认为,如果说刑法关于无罪推定的原则性规定尚且能留给人们一丝朦胧的希望的话,那么《意见》则把这点残存的希望彻底销蚀殆尽。理由如下:

首先,关于认罪两种涵义。实践中,认罪既可以理解为一种主动坦白的态度(即对指控的案件事实供认不讳),也可以理解为被告人对自己行为性质的法律判断。如果认罪仅限于第一种意思,那么与上文中的“犯罪事实”一样,“认罪”最多也就是立法用语技术的问题,只要对“认罪”一词进行修改或者阐明“认罪”指的是被告人主动承认指控的案件事实的一种态度,问题便迎刃而解。然而,如果我们的刑事立法和司法,都用第二种涵义去理解“认罪”的话,就不再是单纯的立法技术问题,而是立法、司法理念的严重错位。

那么《意见》中的“认罪”究竟指的是哪种涵义呢?从《意见》的第一条可以看出,被告人仅仅对被指控的基本犯罪事实无异议还谈不上“认罪”,在此基础上,还要自愿把自己的行为定性为法律上的犯罪行为,才算是认罪。否则,被告人只是对指控的案件事实没有异议,而不认为自己的行为构成犯罪,则不能适用《意见》审理。据此,《意见》中的“认罪”指的应是第二种涵义。可见《意见》对“认罪”的理解与“犯罪事实”这一概念的误用是一脉相承的,因为对“犯罪事实”没有异议本身就意味着对“事实”和“犯罪”都没有异议。

其次,认罪前的抉择。按《意见》第7条之规定,法官在核实被告人自愿认罪后,控辩双方主要围绕确定罪名、量刑及其他有争议的问题辩论。这说明,被告人“认罪”后,最多可以提出此罪或彼罪的辩解,但不得对罪与非罪的问题提出异议。法谚云:法律不强人所难。眼下,绝大多数被告人不懂法律应当是个不争的事实,尤其是在法定犯场合,罪与非罪、此罪与彼罪的问题,连专业的法律人都时常会有不同看法。那么我们有什么理由要求一个法官自愿承认自己的行为构成犯罪呢?这与让一个天生双目失明的人说自己长得很黑又有何区别?笔者注意到,《意见》第4条规定,开庭前法官应当向被告人讲明有关法律规定。这里的“法律”是否包括起诉书中附录的、与指控罪名相关的法律规定?法官对指控罪名的释明,又是否足以让被告人理解?笔者的回答是否定的。

一方面,现行法律没有赋予被告人在庭审前阅看相关证据材料的权利。如果把是否适用《意见》审理视为控方或法官与被告人的一场谈判的话,那么谈判双方所处的地位以及所掌握的信息显然完全不对称。是故,在被问及是否同意适用《意见》审理的问题时,被告人往往进退两难:坚持不认罪,意味着没有认罪悔罪态度,甚至被套上不配合司法机关办案的帽子,失去从宽处罚的可能;选择认罪,由于根本不懂法律加上大多数被告人所固有的侥幸心理,又心有不甘。《意见》第2条第5项似乎也意识到了这一问题,于是规定:被告人认罪但经审查认为可能不构成犯罪的,不适用《意见》审理。古人云,

兼听则明,偏信则暗,在被告人无法阅看全案卷宗材料、无法全面准确表达自己对案件看法的情况下,把被告人的命运押在法官会认真审案以及在此基础上查明被告人无罪上面,这本身就是个大大的问题。

另一方面,退一步讲,在有律师介入的情况下,通过律师提供的法律帮助,上述诸如被告人不懂法律、无法阅卷、无法客观判断认罪的法律后果等问题可能会得到一定程度上的缓解。但是司法实践中,适用《意见》审理的案件,被告人聘请或被指定律师帮助行使辩护权的比例又有多大呢?一份来自北京市昌平区法院的统计材料(见下表^④)所显示的情况,并不容乐观。

类别 年份	抽样 数	适用简 化审案 件数	被告 人数	有律师 初告人	比例	其中指 定辩护 人	指定辩护 占全部辩护 人比例
2003年	30	12	14	3	21.4%	1	93.3%
2004年	30	11	16	7	43.8%	0	0.0%
2005年 1-8月	30	12	12	4	33.3%	1	25%

根据上图记载的资料,北京昌平区法院适用《意见》审理的案件中,平均每年约有67%左右的被告人,在没有律师辩护的情况下,仍然适用了《意见》审理。上述约67%被告人究竟基于怎样的考虑才最终同意适用“认罪”简化审理程序,笔者不得而知。但是这样的数据已经足以说明问题的严重性。

最后,认罪后的利弊。《意见》第4条规定,法官决定适用《意见》审案前,应当告知被告人认罪可能导致的法律后果。因此,在没有律师辩护的场合,被告人之所以认罪实乃权衡利弊后作出的一种权宜之计,目的无非是想争取较轻的处罚,因此一定程度上具有交易的性质。但是,这种交易与严格意义上的辩诉交易有着本质的区别。根据笔者的办案经验,在我国控方之所以愿意建议法庭适用《意见》审理,绝大多数情况下是因为控方认为案件本身事实清楚,证据充分,足以认定指控的罪名成立。在这种情况下,无论控方还是法官,适用《意见》审理,仅仅为了减少部分庭审时间和工作量,而非基于证据瑕疵或定性有争议所作出的一种量刑让步。那么被告人的认罪态度以及给国家节约的司法资源,究竟能换来多大程度的从宽处罚呢?

《意见》第9条规定,对自愿认罪的被告人,酌情予以从轻处罚。通常情况下,检察官或者法官也会概括地告知被告人,如果同意适用《意见》审理,可以酌情从轻处罚,但是具体从轻的幅度一般不会事先告知被告人。此外,在被告人坚持不

认罪时,部分办案人员可能会旁敲侧击地向被告人阐明不认罪的严重后果。凡此种种都可能导致被告人对罪轻与罪重的理解出现偏差。按照上海市高院关于《人民法院量刑指导意见(试行)》的实施细则规定:对于当庭自愿认罪的,根据犯罪的性质、罪行的轻重、认罪程度以及悔罪表现等情况,可以减少基准刑的10%以下。显然,对被告人来说,这样的从轻幅度小到几乎可以忽略不计,这或许也是司法者不愿事先公开从宽处罚幅度的一个重要原因吧。相比之下,在英国,根据《2003年刑事审判法》第144条的要求,法院可考虑被告人作出有罪答辩时所处的诉讼阶段以及作出有罪答辩的所有情节,至多可减少20%的刑期。美国《联邦量刑指南》也允许作出有罪答辩的被告人获得量刑折扣,量刑折扣能减掉相对较轻罪行67%的刑期和严重罪行14%的刑期。在俄罗斯,被告人认罪后刑罚不得超过所实施犯罪法定最重刑种最高刑期或数额的2/3。^⑤

三、几点建议

简言之,《意见》出台的出发点无可厚非,但是自2003年实施以来,《意见》在刑事案件审理的效率和质量方面并未发挥其应有的作用。鉴于全国人大常委会再次将刑诉法修改列入今年的立法计划,笔者建议刑诉法修改时,可从以下几个方面同时对《意见》予以修改并将修改后的《意见》纳入修订后的刑诉法。

首先,厘清最高人民法院司法解释的权力范围。现行刑诉法针对刑事案件的一审程序只规定了普通程序和简易程序两种程序模式,《意见》规定的审理模式介于法定的两种程序之间,但并不属于其中任何一类。审判程序属于刑诉法最基本的内容之一,而刑诉法又属于我国最基本的法律。因此,为避免越权同时又兼顾效率与合法的原则,建议最高人民法院今后的司法解释如涉及对刑诉法基本内容的修改,应先呈请全国人大常委会同意,由最高人民法院以试点的方式先行试行。待时机成熟时,再由全国人大常委会提请全国人大修改刑诉法。

其次,为从观念上贯彻无罪推定的司法原则,刑事立法上应严格区分犯罪事实与案件事实,在刑事判决生效前的诉讼活动中,一律使用案件事实。本次刑诉法修改时,应把刑诉法条文中“犯罪事实”更改为“案件事实”或与之涵义相近的其他词语。鉴于《意见》规定的“认罪”与“犯罪事实”的概念存在同样的问题,把“犯罪事实”改为“案件事实”意味着同时要

对“认罪”一词做出相应的修改。起诉书的内容一般包括案件事实、证据材料、法律适用(包括量刑情节)三个部分。针对

起诉书的内容,可分两种情况对“认罪”一词做出修改。一是没有律师介入时,应赋予被告人阅看全案卷宗的权利,在此基础上,被告人只要对案件事实无异议,就可以适用《意见》审理。控方或法官不得建议或强迫被告人对自己的行为性质做出法律上的评价(即认为自己的行为构成犯罪),并以此作为适用《意见》审理的前提条件(鉴于简易程序中也存在同样的情况,可一并修改)。

二是有律师介入时,建立庭前证据开示制度。审判前进行证据开示后,控辩双方在案件知情权上实现了平等,并在此基础上对诉讼风险进行评估和衡量,(才可能)现实地预测法庭审判结果。^⑥在此基础上,法官除核实被告人对案件事实是否有异议外,还可询问被告人对被指控罪名的看法,以进一步节约司法资源。

最后,赋予被告人以及被告人的近亲属和辩护律师在征得被告人的同意时,向检察机关或人民法院提出适用《意见》审理的建议权。并对同意适用《意见》审理的被告人,增加从宽处罚的幅度和透明度。尤其值得注意的是,《意见》第8条规定的“做到事实清楚、证据确实充分”是对法官的要求,而非对控方的要求。在适用《意见》审理的案件中,没有必要把控方的公诉标准和法官判案标准等同起来。对控方而言,在证据有瑕疵或罪名有争议的疑难、复杂案件中,有辩护律师的被告人,如主动申明对案件事实、证据乃至至于定性都无异议,控方或辩方完全可以建议法庭适用《意见》审理。法官亦应当(而非“可以”)对此类案件的被告人适用减轻处罚。以改变目前对疑难、复杂案件久拖不决、超期羁押的局面。●

注释:

① 有关无罪推定在我国是否得以确立的论争,可参考龙宗智主编:《徘徊于传统与现实之间——中国刑事诉讼法再修改研究》,法律出版社2005年版,第二章相关内容。

② 具体参见我国现行刑诉法第2、36、60、83、84、86、90、128、129、137、141、150、171、211条;以及最高人民法院关于执行《中华人民共和国刑事诉讼法》若干问题的解释,第40、51、77、116、120、131-133、178、186、222、225、227-229、280、342条。

③ 陈一云主编:《证据学》,中国人民大学出版社2000年版,第131-140页。

④ 王微:《被告人认罪案件普通程序简化审研究》,中国政法大学硕士学位论文,中国期刊网,2006年4月,第16页。

⑤ 张吉喜:《被告人认罪案件处理程序的比较法考察》,《时代法学》2009年第3期,第29页。

⑥ 冀祥德:《被告人认罪案件程序改革的基本方向》,《人民检察》,2008年第14期,第10页。



刘大力:毕业于华东政法学院,获法学学士和法学硕士学位,为君合律师事务所上海分所合伙人。现担任中国国际贸易经济仲裁委员会仲裁员、上海市律师协会理事。



周辉:君合律师事务所合伙人。获得华东政法学院法学学士和法学硕士学位。曾在国内外法律刊物上发表多篇论文。

●文 / 刘大力 周辉(君合律师事务所上海分所)

利益平衡视角下的公司减资

引言

金融机构的资本重组是近年来市场的一个热点。中国的国有商业银行由于在信贷审核、风险管理以及内部控制上的多年陈弊,积聚了巨量的不良资产,虽然经历了两次行政主导下的大规模不良贷款剥离,各大主要商业银行的不良贷款在信贷资产中所占的比例仍然以惊人的速度上升。为了避免国有银行破产将会带来的系统性金融风险,国家一方面动用外汇储备进行注资,另一方面引进境外金融机构的战略性投资,以对国有商业银行进行资本重组。^①一百余家证券公司于多年的问题经营之后,也是积重难返,纷纷面临关闭或被接管的处境。以建银和汇金为主体的政府资金也开始了对问题券商的资本重组。^②

长久以来,一般认为重组或投资一家面临严重亏损或财务困难的金融机构,为了保护投资人的利益,只需根据公司的净资产状况,压低每股股份的购买价格即可。但是,在中国公司法规定的股票的发行价格不得低于股票票面金额的基本原则下,当一个公司的净资产已经低于其股份面额的总和时,仅仅降低每股的发行购买价格但又不突破股份面值的下限,已经不足以保护投资人的利益。公司尚需减少其股本总额以使得公司的股本总额能够反映公司净资产的真实状况,从而使得投资人能够在反映真实股本的净资产状况的基础上投资入股。

因此,在上述金融机构的资本重组中面临的一个普遍性问题是,在国家注资或引进境外战略投资之前,无论是代表国家财政的出资人还是境外的金融机构,都需要目标公司向它们呈现一个反映公司净资产真实状况的资本基础,否则将无法向纳税人或是自己的股东交待。也就是其资本应当同步减少以反映净资产的损失状况,否则在一个虚高的资本基础上进行投资,新投资人的权益会被老股东稀释。

笔者目前参与的一个私人股本基金(Private Equity Fund)重组一家问题保险公司的项目中,投资人即提出了这一要求。但是笔者发现,经过修改之后的新公司法下的减资制度仍然过于简单,在适用于具体的资本重组案例时,不仅因为规则粗陋而缺乏可操作性,而且对于复杂经济活动中不同主体互相冲突的利益也缺乏平衡和妥协机制,这不能不说是一种缺憾。

公司的资本是公司运营和作为独立法人承担民事责任的基础之一,因此其增加或减少必然会涉及到公司各个相关利益主体的利益。这不仅是立法者需要考虑的问题,参与有关项目的律师更是需要考虑各利益主体的利益平衡以及以此为基础的减资的实质公正和程序合法,从而确保交易的顺利完成。

一、股东的利益

公司减资有实质减资和形式减资之分。所谓实质减资是指伴随着资本的减少,公司的资产也同步减少,即公司会将减少的资产返还给股东。所谓形式减资是指公司仅仅减少资本,而不减少资产,主要适用于公司经营发生亏损而资产已经少于资本,为使资本反映资产状况而进行的减资。

公司减资,往往伴随股权结构的变动和股东利益的调整。在实质性减资的情形下,减资实际上相当于公司资产的分配。如果减资是按照所有股东的持股比例同比例进行的,则所有的股东都得到了平等的资产分配和退出机会,应该来说其利益冲突并不明显。而在公司不依据股东持股比例减资的情况下(比如定向回购股份),公司的减资将直接引发公司股东之间的利益冲突。无论是实质性的减资还是形式性的减资,减资通常偏向于控股股东的利益,少数股东的利益会受到不同程度的侵害。

中国证券市场的首例回购案——云天化回购案可

谓是一个定向回购的典型案例。1999年4月1日,云南云天化股份有限公司(“云天化”)发布公告,宣布控股股东云天化集团有限责任公司将协议回购其所持有的云天化国有法人股中的2亿股,协议回购价按1998年每股净资产2.01元计(若回购成功,云天化的总股本将由56818.18万股下降为36818.18万股,云天化集团持股比例将从82.39%降至72.84%,社会公众股比例则从17.61%上升为27.16%)。

该案的一个焦点是回购的价格。云天化与其集团公司草签的回购协议以1998年底的每股净资产值为回购价格,这符合国有资产管理方面的有关规定。^③一种市场观点认为,云天化1998年底2.01元的每股净资产中包含了其1997年发行上市时的溢价收入形成的每股资本公积金0.89元,而国有法人股东是以每股1元的面值认购其股份的,以每股净资产值回购国有法人股,有侵犯社会公众股东利益之嫌。针对这种看法,另一种观点认为,根据资本溢价原理,应充分认识到,企业在原创阶段的资本投入比其正常生产经营时期的资本投入风险高,而利润率相对要低。因此,当企业向社会募集股份成立股份公司时,对新投资者的溢价发行可以理解为对原投资者的补偿。因此,以净资产值作为回购价格是相对合理而能为各方面接受的。

可见在定向回购的情形下,由于并非所有的股东都有平等的退出权,回购的条件就成为股东利益冲突的焦点。这里要使得股东能够得到平等对待,对相关的公司法规则就需要作精心设计。按照中国新公司法的规定,无论是有限责任公司还是股份有限公司,股东会三分之二以上的表决票即可通过减资决议。考虑到中国许多公司的股权(国有股权往往占到绝对控制地位)都相当集中,这样一个简单的资本多数表决很有可能使许多小股东失去表达意志的机会。所谓的定向回购很可能演变成对于小股东的一场掠夺。

不同国家的立法对这一问题都有考虑。德国的公司法就是通过提高表决通过比例的方式来保护小股东权利,其规定对于正式消减资本的决议必须由代表至少3/4基本资本的股东做出决议。^④美国的公司法判例就曾赋予不同意定向回购决议的小股东要求公司以相同的价格和条件回购其股份的权利,其判决的基础就在于股东应当得到平等的对待,拥有平等的退出公司和收回投资的权利。当然,考虑到上市公司的小股东可以通过公开市场出售股份,这一判决原则一般被认为只适用于股

份缺乏流动性的有限责任公司。

定向回购在中国的法律实践中出现了颇多的应用。风险投资基金(Venture Capital Fund)和私人股本基金为了保证其退出途径,在股份缺乏流通市场的情形下,通常需要被投资公司作出回购投资人股份的承诺,即put option。银行业的境外战略投资人出于对中国银行业风险的担心,也通常要求被投资的银行授予其特定情形下的put option。对于上市公司负有巨额债务的大股东来说,以定向回购来抵销其对公司所负债务也不失为一种有效的途径。所有这些应用依然需适用中国公司法相对简单粗陋的减资规则。这一规则仍然有待于立法和司法实践的进一步完善。规则的完善过程中既需要考虑小股东意志表达的空间,也需要考虑小股东平等的退出权利。但同时,相关规则又不宜过于严苛,以致定向回购的成本过于高昂,影响到上述应用中交易安排的灵活性。

二、债权人的利益

公司的实质减资,导致公司的净资产从公司流出,使公司的偿债能力面临降低的危险。公司的形式减资,也会减少股东应当投入公司的财产数额,因此从消极的意义上说,也同样导致公司责任财产的减少。因此,这些均将影响到公司债权人的债权实现。因此,公司的减资制度应当充分照顾债权人的利益,在股东的利益与债权人的利益之间寻找恰当的平衡。

新公司法显然是考虑到了债权人利益的保护,其第一百七十八条规定如下:“公司需要减少注册资本时,必须编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出减少注册资本决议之日起十日内通知债权人,并于三十日内在报纸上公告。债权人自接到通知书之日起三十日内,未接到通知书的自公告之日起四十五日内,有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。公司减资后的注册资本不得低于法定的最低限额。”

这一语焉不详的规定给实务操作将带来极大的不确定性。

1. 债权人异议权对于减资的影响

债权人要求公司清偿债务或者提供相应的担保的权利对于减资的效力有什么样的影响,《公司法》并没有给出明确的说法。从严解释,我们可以将之理解为:如果公司未能清偿债务或者提供相应的担保,则减资不能

继续进行。从宽解释,我们可以认为公司未能清偿债务或者提供相应的担保并不影响减资的有效进行,只是这一减资将不能对抗其未能满足要求的债权人。这两种解释对于实践中的减资安排将有截然不同的影响,《公司法》实有明确的必要。参考其他国家的立法规定,或许对于立法的完善和司法的实践有所帮助。

台湾地区的公司法规定,减资的公司对于在指定期限内提出异议的债权人不为清偿或不提供相应担保者,其减资的效力不受影响,但公司不得以其对抗债权人,债权人仍能在公司原有资本范围内向公司主张债权(在此情况下,公司的股东仍有义务向公司投入额外的资本,使得公司可以用于偿债的资本恢复至原有的水平)。

法国的公司法则规定,在公司违反债权人保护程序以至于债权人有蒙受损害之虞时,债权人有权请求公司停止减资,此种请求权可以通过诉讼方式行使。^⑤

日本的商法则赋予了债权人减资无效的诉权,即债权人在减资生效之后,基于特定事由享有请求法院判定公司减资无效的权利,但这一权利应在一定的期间内行使。

综合考虑资本交易的效率 and 安全性,以及债权人的利益保护,笔者认为台湾地区的做法更为可取。这一处理路径对于金融机构的资本重组交易来说尤为适合。试想中国建设银行如果在其财务重组中实施减资,假如每一个提出偿债或担保要求的债权人均可以因为要求没有得到满足而要求停止减资,那对于这样一个拥有众多债权人的大型金融机构来说,减资根本没有完成的可能。再者,如果说债权人事后可以主张减资无效,那对于金融交易的稳定来说也是不可想象的。相反,采取上述台湾模式中的对抗主义,则既不失对债权人利益的保护,也能兼顾资本交易的效率 and 安全。

考虑到中国大量的深受不良资产困扰的问题金融机构(包括银行、证券公司和保险公司)都有资本重组和减资的需求,而这些机构通常又有众多的债权人,其资本交易对于稳定性又有极高的要求,笔者认为,采取对抗主义的台湾模式值得在司法实践中进行探讨。

2. 减资的财务标准

《公司法》规定公司减资后的注册资本不得低于法定的最低限额,从其立法意图来说是为了使得公司有足够的资本来偿还债权人的债权。但是新公司法为有限责任公司规定的注册资本最低限额是3万元人民币,为股份有限公司规定的注册资本最低限额是1000

万元人民币。笔者认为以这样的最低注册资本限额来确保公司有足够的偿债能力显然是不够的,因为公司在减资时点上所负的债务总额很可能远高于法定的最低资本限额。

对于债权人而言,其偿还债务的保证实质上在于公司的资产,而并非公司的注册资本。中国的公司法长久以来对于资本信用有盲目的迷信,对于公司资产所能带来的信用却往往忽视。一个注册资本上亿元的公司,在多年的亏损经营之后,可能真实资产早已不足千万元。一个只有百万元注册资本的小公司,如有一个很好的商业模式和一个稳定的经营团队,数年之后也可能成为资产过亿元的上市公司。公司对于债权人的信用其落脚点应在其资产而非资本之上。因此如果减资的过程将伴随净资产的流出,债权人更为关注的应该是减资后的公司总资产是否足以偿还其总负债。换言之,公司是否具有支付到期债务的能力(solvent)才应当是减资的一个重要财务标准。

加拿大商事公司法规定:“如果有合理的理由相信:(1)公司不能或在资本减少后不能支付;(2)公司资产可实现的价值将因此而低于债务总和,那么公司不得减资。”^⑥美国修订的示范公司法(RMBCA)中对于公司分配和减资主要采取“偿债能力准则模式和“资产债模式。该法6.40(C)规定了公司分配^⑦必须满足以下的前提条件:(1)通常的营业状态下,公司仍然可以清偿到期债务;或者(2)公司的总资产应当不少于总负债与优先股股本的总额。^⑧美加两国所采取的减资财务标准值得中国公司立法借鉴。

三、股东之债权人的利益

减资过程中,公司股东的利益和债权人的利益一般是关注的焦点,但无论是公司立法、学术研究还是司法实践均很少关注公司股东的债权人的利益。笔者目前参与的一个保险公司^⑨重组项目中就遇到了这一问题。该保险公司因为在控股股东的操控下将公司的资本金进行违规证券交易,使得公司的资产出现了巨额的损失。我们代表的一个境外基金意图通过增资等方式重组这一保险公司,但希望在增资之前先对公司作一个减资以使得其资本反映资产的真实状况。这时发现公司的数家股东在公司持有的股份已经或被其各自的债权人查封,或被质押给其各自的债权人。由于减资会使得股东持有

的股份数减少,进而使得债权人查封的或质押的股份数也减少,因此减资是否需要获得对股东持有的股份有质权或查封权利的债权人的同意,就成为一个值得关注的问题。中国目前的公司法和配套的法律法规对这一问题均没有涉及。

笔者认为这一问题需要区分实质性的减资和形式性的减资作不同的分析。

在形式性减资的情形下,公司仅仅减少资本而不减少资产(上述笔者参与的保险公司重组即属于此种情形),股东所持股份虽然减少,但是在同比例减持股份的情形下该等股份所对应的公司净资产实际上并无减少。所以此种减资对于股东债权人的利益并无损害,减资本身理应无需就此征得此类债权人的同意。只是实践中考虑到法院的查封,程序上也许需要法院的确认。

在实质性减资的情形下,伴随着公司资本的较少,公司的净资产也会分配给公司的股东。此时不仅股东所持的股份减少了,股份所代表的公司净资产也同步减少。在股权设质的情形下,减资之后返还给股东的财产是否属于质物的一部分继续作为债权的担保在中国担保法下并不明确。在股份查封的情形下,减资之后返还给股东的财产是否成为查封财产的一部分法律也无明确规定。因此在实质性减资的情形下,就对涉及股份拥有质权或查封权益的债权人而言,其利益是可能受到实质性影响的。

虽然如此,如果规定对涉及股份拥有质权或查封权益的债权人可以对实质性的减资提出异议,似乎为公司的正常减资增加了不必要的成本和不确定性。笔者以为可以考虑规定,实质性减资中返还给股东的财产应当作为质押财产或者查封财产的一部分,以求得对相关股东债权人的利益的适当保护。

四、结语

篇幅所限,本文未能对减资过程所可能涉及的其他利益主体的利益进行讨论。但是从以上关于减资的讨论中,我们可以发现公司作为现代商业社会的一个基本商事主体,其行为过程将牵涉到各种利益主体之间复杂的博弈与利益平衡。公司法作为规范公司行为的一个基本规则,其制度设计必须面对这复杂的利益格局,需要在各种互相冲突的利益中寻求一个精巧的平衡。中国公司法经重新修订之后,已经在对现实经济生活的适应性上取得了长足的进步。但是从减资制度这一视角来看,公司立法和司法的实践仍有许多问题需要继续探索。●

注释:

① 中国银行、中国建设银行和交通银行的资本重组均包括了国家注资和引进战略投资。

② 建银联合 USB 进行的北京证券重组是一代表性案例。

③ 国有资产管理部认为,净资产值是国有法人股东应享的股东权益。国家国有资产监督管理局 1997 年颁布的 32 号文对此有明确的规定,即国有股权的转让价格不能低于其净资产值。可以说,净资产值是企业回购国有股的最低价格,这是保全国有资产的重要条件。

④ 赵旭东等著,《公司资本制度改革研究》,法律出版社,2004 年 12 月第 1 版,第 247 页。

⑤ 法国商法第 216 条第 3 款和第 4 款规定:“在提起异议期限内以及如有异议在对该异议作出裁决之前,均不得开始减资,如减资程序已经开始的,则应立即中止,直至建立了足够的担保或对债权进行了补偿。”

⑥ 参见《加拿大公司法》第 38 条规定。

⑦ 美国公司法下减资被视为公司分配的一种

⑧ 参见 Revised Model Business Corporation Act, 6.40 Distributions to Shareholders.

⑨ 该公司是一个股份有限公司。



天山大峡谷风景 摄影:市律协 姚慧明



中国国际经济贸易 仲裁委员会上海分会

China International Economic and Trade
Arbitration Commission Shanghai Sub-Commission

中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会成立于1990年3月15日,为中国国际经济贸易仲裁委员会的组成部分之一。

仲裁示范条款:

“凡因本合同引起的或本合同有关的任何争议,均应提交中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会,按照申请仲裁时该会现行有效的仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的,对双方均有约束力。”

MODEL ARBITRATION CLAUSE

"Any dispute arising from or in connection with this Contract shall be submitted to China International Economic and Trade Arbitration Commission Shanghai Sub-Commission for arbitration which shall be conducted in accordance with the Commission's arbitration rules in effect at the time of applying for arbitration. The arbitral award is final and binding upon both parties"

地址: 中国上海市金陵西路28号
金陵大厦七层

邮编: 200021

电话: 86 21 6387 5588

传真: 86 21 6387 7070

网址: www.cietac-sh.org



新法速递

《律师业务资料》目录

2011年第9期

上海篇

- 1、上海市人民政府:上海市固定资产投资项目节能评估和审查暂行办法
- 2、上海市工商行政管理局:工商行政管理执法证管理办法实施细则
- 3、上海市卫生局等:上海市学校结核病防控工作规范(试行)
- 4、上海市教育委员会:关于进一步加强本市国际教育展览管理的若干意见
- 5、上海市人力资源和社会保障局等:关于将本市大学生纳入本市城镇居民基本医疗保险的通知
- 6、上海市住房保障和房屋管理局:上海市动迁安置房管理办法
- 7、上海市发展和改革委员会(物价局):上海市药品价格管理办法(试行)
- 8、上海市发展和改革委员会(物价局):上海市医疗机构药品集中招标采购价格管理办法(试行)
- 9、上海市公安局:关于常住户口“公共户”设立与日常管理工作通知
- 10、上海市公安局:上海市居民身份证办证工作规定
- 11、上海市公安局:关于贯彻执行《上海市门弄号管理办法》的实施意见
- 12、上海市高级人民法院:关于审理保险代位求偿权纠纷案件若干问题的解答(一)
- 13、上海市高级人民法院:关于审理保险代位求偿权纠纷案件若干问题的解答(二)

全国篇

一、综合

- 1、国务院令:电力安全事故应急处置和调查处理条例
- 2、国务院令:烈士褒扬条例
- 3、国务院、中央军事委员会:关于修改《军人抚恤优待条例》的决定

二、诉讼法及相关文件

- 1、最高人民法院:关于人民法院办理海峡两岸送达文书和调查取证司法协助案件的规定
- 2、最高人民法院、最高人民检察院:关于办理妨害武装部队制式服装、车辆号牌管理秩序等刑事案件具体应用法律若干问题的解释
- 3、最高人民法院:关于审理政府信息公开行政案件若干问题的规定
- 4、最高人民法院:关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释(三)
- 5、最高人民法院等《关于对判处管制、宣告缓刑的犯罪分子适用禁止令有关问题的规定(试行)》的理解与适用

三、工商、价格、质监

国家质量监督检验检疫总局:认证机构管理办法

律师会员登录东方律师网—下载中心,下载新版《律师业务资料》电子版,也可直接访问:<http://family.lawyers.org.cn/cn/>。



摄影：祝小东 律师