

拓维法律实务评论

Topwe Review of Legal Practice



第二辑



许永东◇主编

论非法占用已出让海域行为的私权救济和公权管控的边界 / 许永东 陈忠禹

城市地下空间利用的苏州法律实践 / 陈现安 刘宏伟

2013版《建设工程施工合同（示范文本）》解读之索赔 / 李文希

国有资产的评估问题 / 郭里铮

被派遣劳动者权利保护研究 / 刘继承

浅论专利侵权诉讼中现有技术抗辩 / 郭秀刚

火灾事故保险理赔路径图 / 拓维保险法律部



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

D920.4-53

26

V2

· 014040734

拓维法律实务评论

Topwe Review of Legal Practice



第二辑



许永东◇主编



北航

C1728185



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

D920.4-53
26
V2

图书在版编目(CIP)数据

拓维法律实务评论. 第2辑 / 许永东主编. —北京:
法律出版社, 2014. 4

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6318 - 8

I. ①拓… II. ①许… III. ①法律—案例—中国

IV. ①D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 073101 号

© 法律出版社·中国

拓维法律实务评论(第二辑)

许永东 主编

责任编辑 王旭坤

装帧设计 汪奇峰

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16

版本 2014 年 5 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印刷厂

印张 13 字数 178 千

印次 2014 年 5 月第 1 次印刷

编辑统筹 法律职业教育出版分社

经销 新华书店

责任印制 沙磊

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6318 - 8

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

拓维 TOPWE
LAW FIRM

法律实务评论

编辑委员会

主 编：许永东

副主编：苏小榕 元 武

委 员：王明辉 李文希 孙 明

编辑部

主 编：许永东

副 主 编：苏小榕 元 武

责任编辑：王明辉 陈忠禹 刘 青 刘晨璐

序

时至今日,民主法治已成为世界各国治理的共识,已成为现代文明的主旋律和趋势,中国走上民主法治之路,更是 100 多年来仁人志士寻求治国图强的最终归宿。民主之昌盛、法治之张扬,离不开一大批具有相同法律专业背景和思维方式的职业共同体,我们称之为“法律职业共同体”。自 20 世纪末我国提出“依法治国,建设社会主义法治国家”治国方略以来,法治国家的理念也日渐深入人心、公民权利意识开始勃兴,“法律职业共同体”也开始进入专业和公众的视野,国家也采取诸多措施旨在培育和打造这一类群体。正是这一类群体的发展壮大,中国的法治建设才集聚了最智慧、理性和建设性的推动力量,法治中国才有了真正的内核和驱动力。

律师无疑是这个职业共同体中的重要一部分。这一类群体,他们以往更多聚讼于个案的事实和规则,心系于个案当事人的诉求,追逐于个案的定分止争、维护当事人的合法权益、实践其中的公平与正义。然近些年来,这一类群体尤其是一些有智识的先进分子,他们不再过度沉迷于“钱袋子”、不再执着于“市场份额”,他们开始介入公众事务、关注整个法治进程和社会的公平正义,或是通过有影响力案件的诉讼开启公众的权利智慧,或是通过对系争规则的反思启动立法和司法的革新,或是积极推进律师业的内部管理创新、激发律师行业的整体进步,等等。不管如何,这一群体对中国的民主法治建设开始有所担当、有所使命感,并积极探索对法治中国的可能贡献,也逐渐赢得了社会公众的敬佩和赞赏。

在我看来,本书的主编许永东律师及其领衔的拓维律师事务所就是一例。据我所知,许永东律师是一个对专业充满热忱、对事业充满激情、并积极投身于律师行业改革的人,在他的锐意革新下,拓维

律师事务所成为福建省第一家实行公司制管理的律师事务所,通过公司化管理、一体化经营改变了传统合伙制“同在一个屋檐下,却各怀心思”的弊端,有效地发挥了律师间的规模化、团队化的优势。同时,拓维所还积极倡导专业化的理念,强调律师的专业化建设以及理论素养的提升。的确,社会关系日益复杂化,立法也在日益精细化,法律实务的专业化理应是必然趋势,律师从业者的理论素养提升更是不可或缺。

摆在面前的《拓维法律实务评论(第二辑)》无疑是其专业化和理论化的一个积极尝试。本辑以专题化研讨形式,选取“依法行政推进和法治政府建设”、“建设工程与房地产法律实务”、“公司法律实务”、“劳动法律实务”、“投融资法律实务”、“保险与海商法律实务”、“电子商务与知识产权法律实务”七大专题,所选文章侧重于呈现相关律师在处理疑难案件过程中的所思所想,有对法律适用问题的研判,也有对司法判决的评判,还有对现有立法规则的考量,甚至有对基本法理理论的再思考,主题多元、不一而足。

从本书所筛选的文章内容看,其中不乏提出了一些有价值的问题和真知灼见。如“论非法占用已出让海域行为的私权救济和公权管控的边界”一文,作者通过对非法占用已出让海域行为的法律适用争议,重新审视了私权救济与公权管控的界限,理论和实践价值明显。如“论未来《税收征收管理法》的修订方向”一文,作者反思了我国税收征管法律制度的根本问题——过于强调国家征税权而忽视纳税人的权利,并提出我国税收征管法修改应更新传统理念、树立纳税人权利本位的观念,并以此重构具体实体和程序制度,颇具有启发价值。再如“违约金过高的司法调整”一文,针对理论和实践中关于违约金的性质、判断违约金过高的标准以及如何进行违约金调整等争议问题,作者梳理了我国相关法律法规及最高人民法院公报的案例,明晰了司法实践应确立的思路和方法,作者的研究方法规范、严谨,值得参考借鉴。如“网络经济中新型不正当竞争行为的法律规制研究”一文,作者的问题意识明显、专业洞察力较强,其根据网络经济这一大背景,结合竞争法理论,提出网络经济下新型不正当竞争这一新

问题,无疑将会激起立法者和法律实施者对于这一问题的关注。

鉴于我的专业能力所限,不能对文章一一点评。但毋庸置疑的是,每一篇文章都代表着作者的独立思考,都有一定的实践和理论价值。更值得称赞的是,通过办案加撰文研讨的方式,是律师从业者自我总结办案经验的过程,也达到了提升其职业技能,培育其理论素养的效果。同时,通过连续滚动出版这一套丛书,拓维所也有效的集聚和传承了智慧。可以说,本书是拓维所推动专业化和理论化的重要载体。

值得一提的是,厦门大学国际税法与比较税制研究中心与拓维律师事务所已建立了长期战略合作伙伴关系。未来几年,双方将在财税法理论与实务研究、课程建设和研究生培养等方面开展全面深入的合作,我和我的团队也愿意在财税法律服务市场开拓、疑难案例的分析研判和财税法理论与实务课题研究等方面,为拓维所提供力所能及的智识和帮助。希望双方的这种合作可以嫁接一条理论与实践互动的桥梁,为各自的发展注入新鲜血液,达成共赢的合作效果。

值此《拓维法律实务评论(第二辑)》即将付梓出版之际,许永东主任律师诚邀我为本辑做序,作为拓维律师事务所的合作伙伴和许永东主任的朋友,也作为“法律职业共同体”的一分子,我欣然应允,略陈上述数言,一则赞赏于许永东律师及其领衔的团队对律师行业革新的大力贡献;二则期待于律师行业对未来整个中国法治进程的担当和助益。

是为序!

厦门大学法学院教授、博士生导师

厦门大学国际税法与比较税制研究中心主任

廖益新

2014年4月9日

目 录

主题探讨:依法行政推进和法治政府建设

论非法占用已出让海域行为的私权救济和公权管控的边界

——兼论《海域使用管理法》第 42 条和第 44 条的适用情形…………… 许永东 陈忠禹(1)

初论投资管理程序与国有土地上房屋征收程序的衔接…………… 黄 磊(10)

从洋奶粉遭受反垄断调查说起

——纵向垄断协议的若干问题分析…………… 张军激(15)

论未来《税收征收管理法》的修订方向

——兼评《税收征收管理法修正案(征求意见稿)》…………… 刘晨璐(24)

浅论海运提单在出口退税过程中的地位…………… 徐远丰(32)

房地产与建设工程法律实务研究

城市地下空间利用的苏州法律实践…………… 陈现安 刘宏伟(43)

2013 版《建设工程施工合同(示范文本)》解读之索赔…………… 李文希(49)

2013 版《建设工程施工合同(示范文本)》解读之双向履约

保证制度…………… 林 斌(55)

全装修商品房相关问题探讨…………… 邱小红(61)

公司法律实务研究

- 国有资产的评估问题..... 郭里铮(70)
- 论公司僵局及其救济途径之完善..... 丁文辉(77)
- 违约金过高的司法调整..... 郭里铮(86)

劳动法律实务研究

- 被派遣劳动者权利保护研究..... 刘继承(93)
- 浅谈竞业限制
- 企业如何用竞业限制保障自身利益..... 薛巧鸾(101)
- 用人单位单方解除竞业限制协议问题研究
- 曾跃 高鹏飞(106)

投融资法律实务研究

- VIE架构下境外募集资金回流的法律规定与实践操作
- 郭里铮(111)
- 私募股权投资基金行业监管问题探讨..... 郭卫锋(119)
- 中小企业私募债法律问题探析..... 唐入川(126)
- 股权收购中隐形债务之可控性
- 未披露的潜在保证..... 梁轶(133)

保险与海商法律实务研究

- 论财产保险中保险价值的确定方式..... 肖明敏(141)
- 从《鹿特丹规则》看我国《海商法》的完善..... 林敏(147)

电子商务与知识产权法律实务研究

- 试论我国孤儿作品的著作权法律保护····· 刘 宁(155)
- 浅论专利侵权诉讼中现有技术抗辩····· 郭秀刚(169)
- 网络经济中新型不正当竞争行为的法律规制研究····· 齐小奇(176)

拓维法律服务产品介绍

- 拓维财产保险法律服务产品说明书····· 拓维保险法律部(187)
- 火灾事故保险理赔路径图····· 拓维保险法律部(196)

论非法占用已出让海域行为的 私权救济和公权管控的边界

——兼论《海域使用管理法》第42条和第44条的适用情形

许永东* 陈忠禹**

内容提要:为了维护海域使用的秩序和保障海域使用权人的合法权益,行政法规对非法占用海域行为规定了相应的行政处罚措施。但是,由于行政法规未明确区分非法占用海域行政处罚条件,导致执法机关在适用《海域使用管理法》第42条与第44条时出现了一些困惑或争议。笔者结合一个非法占用已设置海域使用权的案例,深入分析非法占用已出让海域行为的私权救济和公权管控的边界以及《海域使用管理法》第42条和第45条的适用范围。

关键词:海域使用权 用益物权 行政法益 行政处罚

一、问题的提出

2006年,福建某市政府批准该市土地开发总公司使用某海域,用海类型为路桥建设,并给土地开发总公司颁发了海域使用证。但由于该工程项目量大及工程资金问题,土地开发总公司尚未实际开发

* 许永东,福建拓维律师事务所首席合伙人,福建省政协委员,全国优秀律师,主要业务领域:行政法律事务、投融资法律事务。

** 陈忠禹,拓维律师事务所行政法律部律师,法学博士,主要业务领域:行政法律事务。

利用至该片海域。2012年6月初,该市村民高某与海域所在村委会私下签订承包合同,并开始在该海域运沙填海拟办育苗场。2012年6月13日,经周边群众举报,某市海洋综合执法支队经现场调查核实确认高某非法占用海域系2006年市政府审批给土地开发总公司用于路桥建设的海域,并且海域使用金已经全部缴交。对此,某市海洋综合执法支队依法当即向其下达了《责令停止违法行为通知书》,要求高某立即停止卸沙行为并自行整改恢复海域原状。并且,海洋综合执法支队将该情况告知了土地开发总公司,土地开发总公司至今没有向海洋执法机关申请排除妨碍。事后,由于高某没有整改反而继续运沙填海,某市海洋执法支队拟对其进行行政处罚。

在案件办理过程中,对于高某的上述行为到底是适用《海域使用管理法》第42条还是第44条的问题,海洋执法部门内部形成两种对立的观点:第一种观点认为,高某违法占用的海域已经设置海域使用权,该海域使用权归土地开发总公司,海洋执法机构应按照《海域使用管理法》第44条的规定,依海域使用权人的请求排除妨害,而不宜按照《海域使用管理法》第42条的规定径直作出行政处罚;第二种观点认为,高某的上述行为既侵犯了海域使用权人的合法权益,同时,也侵犯正常的用海秩序,海洋执法机构应按照《海域使用管理法》第42条作出行政处罚。某市海洋执法机构对于该案件是否可以进行行政处罚以及如何适用法律问题存在较大争议,并未作出行政处罚。

2012年12月22日,某市人民检察院向该市海洋综合执法支队发出《检察建议书》,认为高某的行为不仅侵犯了海域使用权人的权益而且属于行政违法行为,认为海洋执法支队对高某非法占用海域行为不立案处理的行为属于行政不作为。此后,某市海洋执法机构高度重视此事,特向福建省海洋渔业厅请示。此案具有一定的典型性和代表性,并且实践中对适用法律问题争议很大,其正确适用法律对今后此类案件的处理有着指导意义。

因此,本文以上述发生案例为背景,讨论非法占用已经设置海域使用权行为的法律适用问题。在明确本案法律适用问题时应着重探讨以下三个问题:第一,海域使用权出让后,如何界定公权保护与私

权保护的边界?第二,依据《海域使用管理法》第42条作出行政处罚的条件?第三,《海域使用管理法》第42条与第44条是否存在责任竞合问题。

二、非法占用已出让的海域直接侵害的是海域使用权人的海域物权

(一)海域使用权属于《物权法》规定的用益物权

在我国市场经济发展初期,海域的不动产意义或价值并未引起国家以及社会各界的重视。以前民事立法观点往往仅将海域看作是一种自然资源,并没有将其作为一种不动产。但随着我国经济的高速发展和战略重点的调整,海域越来越被视为“蓝色国土”,并且逐渐成为一种不可或缺的不动产资源。这与加强海洋经济发展的趋势相呼应。我国《海域使用管理法》和《物权法》均明确规定海域属于国家所有。尤其《物权法》更明确规定了依法取得的海域使用权属于用益物权,受法律保护。

(二)在已经设置海域使用权的情况下,第三人非法占用海域,应由海域使用权人主张权益

从法理上分析,物权的属性至少包括两层含义:第一,物权是权利人对特定物的支配权,权利人无须借助他人的力量,便可以凭借自己的意思和能力实施对特定物的占用、使用、收益和处分,从而实现物的价值和效益,满足权利人对物效益价值的需求。用益物权是物权的一种类型。用益物权人对特定物享有占有、使用以及收益的权能。第二,物权是对世权,具有排他性,权利人之外的任何人都是物权的义务人,除物权人之外其他人不得妨碍权利人享有和行使物权,更不得侵犯物权。海域使用权作为一种用益物权,在国家将海域使用权出让后,若第三人未经审批或未经权利人同意占用海域,此时应由海域使用权人来主张权益。

(三)《海域使用管理法》第44条的规定实质上保护的是海域使用权人的物上请求权

基于海域使用权的物权属性,海域使用权人享有对海域的占用、

使用、收益的排他、优先和追及权能,以及物权受到侵害时的物上请求权。同时,法律赋予海域使用权人请求确认权属、恢复原状、排除妨碍、消除危险、损害赔偿等物权保护方式。显然,上述权利保护方式均属于民法上的私权保护范畴,针对侵权人强调的是承担民事侵权责任,这也是海域使用权人取得海域使用权后的物权属性所决定的。

《海域使用管理法》第44条设定的法律责任也正是基于上述海域使用权的属性而作出的规定。从立法本意来看,《海域使用管理法》为第44条的规定适用设置了一个前提条件:发生违反该法第二十三条规定的行为,即海域使用权人依法使用海域并获得收益的权利受法律保护,任何单位和个人不得侵犯。如果发生违反第23条规定的情形,阻挠、妨害海域使用权人依法使用海域的,海域使用权人可以行使的权利依然是物上请求权,即海域使用权人依据《海域使用管理法》第44条的规定请求海洋行政主管部门排除妨碍,也可以依法向人民法院提起诉讼;若造成损失的,可以依法请求侵权人赔偿损失。

三、《海域使用管理法》第42条规定的行政处罚适用前提是针对非法占用未出让海域使用权的情形

(一)“未经批准非法占用海域”的立法本意

《海域使用管理法》第42条规定:未经批准或者骗取批准,非法占用海域的,责令退还非法占用的海域,恢复海域原状,没收违法所得,并处非法占用海域期间内该海域面积应缴纳的海域使用金五倍以上十五倍以下的罚款;对未经批准或者骗取批准,进行围海、填海活动的,并处非法占用海域期间内该海域面积应缴纳的海域使用金十倍以上二十倍以下的罚款。

上述《海域使用管理法》第42条适用的前提是需要存在“未经批准非法占用海域”的行为。这一个行为由两个部分构成:一是占用海域的行为。这是一个事实上使用海域的行为,无须着重分析。二是该占用海域的行为未经有权机关的批准。对于“未经批准”的含义理

解存在分歧。

为了明确“未经批准”的含义需要追溯该法条的立法本意。参与《海域使用管理法》立法的专家曾对“未经批准”作出学理上的解释:“其认为所谓的‘未经批准’包括三种情形:一是有关单位和个人未向县级以上海洋行政主管部门提交海域使用申请材料即擅自使用海域的行为;二是当事人向县级以上海洋行政主管部门申请使用海域,在海洋行政主管部门正在审核过程中,擅自使用海域的行为;三是当事人向县级以上海洋行政主管部门申请使用海域,经海洋行政主管部门审核后未获批准,仍然擅自使用海域的行为。”究其实质,以上专家所述的三种情形均属于“海域国家所有、未经依法确权登记、无具体用益物权人”的情形,并没有包括已设置海域使用权的情形。

(二)《海域使用管理法》第42条规定的行政处罚适用的前提是针对国家未出让海域使用权的情形

从上述法条立法本意来看,《海域使用管理法》第42条是针对国家并未出让海域使用权的情形,此时海域所有权和海域使用权均属于国家,并未发生海域所有权与海域使用权的分离,即从《物权法》的角度来说,该条适用于海域尚未设定用益物权或用益物权被非法设定的情形。根据《宪法》和《物权法》的规定,海域属于国家所有,国家可以将海域使用权依法出让;海洋行政主管部门作为海域所有权人——国家的代表,根据法律授权可以针对未经合法批准非法占用海域或非法围填海行为进行行政处罚,这也是行政处罚法定原则的体现。

(三)《海域使用管理法》第42条的行政处罚措施仍应遵循处罚法定原则

处罚法定原则是行政处罚行为应遵循的基本原则,即如同罪行法定主义一般,对于违反行政者之处罚,必须在行为时法律有明文规定方可启动处罚权限,这和我们通常所理解的依法行政原则一脉相承。《行政处罚法》第3条直接明确规定了处罚法定原则,即“公民、法人或者其他组织违反行政管理秩序的行为,应当给予行政处罚的,依照本法由法律、法规或者规章规定,并由行政机关依照本法规定的

程序实施,没有法定依据或者不遵守法定程序的,行政处罚无效”。该规定明示了,行政机关进行行政处罚时必须有明确的法律依据。具体到《海域使用管理法》第42条的规定,该法条并没有规定对于非法占用已设置海域使用权的行为应进行行政处罚。故,遵循处罚法定原则,就不应对非法占用已设置海域使用权的行为进行行政处罚。

四、《海域使用管理法》第44条与第42条之间的适用范围是立法者遵循私权救济和公权管控的界限

公权力是管理社会和维护秩序的需要,其核心是强制力,私权利是个人或法人权益的载体和表现,其核心是利益。从国家层面来讲,私权利是公权力的基石,而公权力是私权利的保障。但是,权力与权利之间又是不可偏废的,两者之间存在着边界。而《海域使用管理法》也是遵循私权与公权之间界限来设置相关条款的。具体分析如下:

(一) 物权受到侵害时应分清权利救济和公权管控之间的边界问题

公权管控的边界越宽,私权延伸的空间就越小。当公权力管控的边界无限延展,私权利的空间就会无限缩小,那么社会自治的空间和资源或物权的效益和空间就很容易被挤压;倘若权利的空间越大,权力的空间就会缩小,当权力空间过小时,整个社会就很容易处于一种无序的状态。因此,法律法规在设置权利救济和公权力管控的条款时首先需要科学合理地划分好两者的边界,做到既能使社会秩序得到良好的治理,又能使民众能够享有充分的自由和权利背后的利益。因此,权力管控与权利之间的划分有一个度的把握的问题,法治建设的程度和市场经济成熟度往往对这个度起到矫正作用。法治社会发展的越快、资源配置的市场化程度越高,公权力管控的边界越趋小;反之,法治社会发展的越慢、资源配置的市场化程度越低,权利的边界越趋大。具体到物权受到侵害时如何进行救济问题,我们认为,法律已经赋予物权相应救济途径和权利,在未违反国家资源管理秩序的情况下,应优先遵循物权私权救济原则,而不应该让公权力

直接介入私权领域。这既是国家法律设置权利救济途径应遵循的原则,同时也是公权力与私权利之间的边界问题。

(二)《海域使用管理法》第42条与第44条遵循的私权救济和公权管控边界的原则,并不存在民事侵权与行政违法竞合问题

有种观点认为,不论第三人占用的海域是否已经出让、是否经依法确权登记,都是一种未经批准的占用行为,都是破坏《海域使用管理法》维护的海域管理秩序;若第三人占用的是已经设置海域使用权的情形,既构成对他人海域使用权的侵害又构成对海域行政管理秩序的违反,应构成民事侵权责任与行政违法行为的竞合。笔者认为,这种观点有失偏颇,也不符合《海域使用管理法》的立法本意,《海域使用管理法》第42条与第44条并不存在法条竞合问题,因为该两条针对的是不同的适用前提,即是否设定了用益物权的前提。质言之,《海域使用管理法》第42条规定的“未经批准或骗取批准,非法占用海域”,针对的是非法占用国家所有、未经依法确权登记的、无具体用益物权所有人的海域;《海域使用管理法》第44条针对的是非法占用已设置海域使用权海域的行为,重在保护海域使用权人的物上请求权。

五、前述案例法律适用问题

经过上述分析,我们认为应对本文开头涉及案例法律适用应作如下的分析:

(一)在本案中高某非法占用他人的海域使用权所侵犯的是民事法益

在本源上,“法益”是刑法学的重要概念。原先,“法益侵害说”是犯罪成立要件中判断违法性成立与否的标准之一,只有侵犯了法益的行为才是犯罪行为。“在行政法中,法益一直不被承认,甚至于在区分行政处罚与刑罚的标准之中,就有认为应受行政处罚行为并未侵害法益的主张。”随着现代法治理论不断发展,行政法益也不断得到学界和实务界的承认。实际上,任何法律秩序的建立标准和宗旨所在,乃在于法益的保护。民法有民事意义的法益,行政法也有行