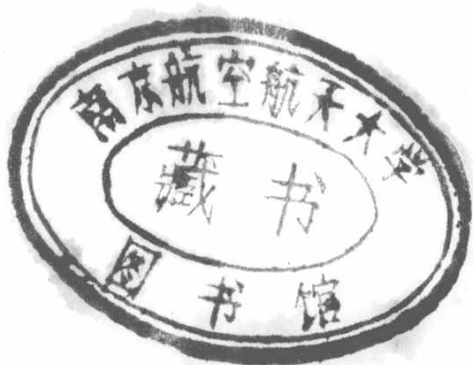


人文与社会科学学院

101 系~106 系



序号	姓名	职称	单位	论文题目	刊物、会议名称	年、卷、期	类别
1	王岩	教授	106	契约理念：历史与现实的反思	政治学	2004. 7	
2	王岩	教授	106	契约理念：历史与现实的反思	哲学研究	2004. 4	
3	王岩	教授	106	试论社会主义市场经济条件下公民民主权利的保障	政治学研究	2004. 4	
4	王岩	教授	106	当代中国市场经济条件下价值观变迁与新型集体主义建构	马克思主义与现实	2004. 3	
5	王岩	教授	106	功利原则与奉献精神--市场经济条件下集体主义的互利机制研究	马克思主义研究	2004. 1	
6	王岩	教授	106	当代中国社会转型期的价值冲突与主导价值观构建	南京航空航天大学学报	2004. 4	
7	王岩	教授	106	试论新型集体主义的基本价值规范	道德与文明	2004. 3	
8	王岩	教授	106	西方哲学视域中人与上帝的调迁--兼论西方哲学发展的时代主题	南京大学学报	2004. 4	
9	朱进东	教授	106	“他者”抑或“他人”--从莱维纳的“第一哲学”意义上看	南京社会科学	2004. 6	
10	平旭	副教授	106	让“三个代表”重要思想成为大学生的精神动力	航空教育	2004. 2	
11	平旭	副教授	106	论毛泽东法律思想及其传统文化渊源	理论新探索	2004. 5	
12	潘银良	副教授	106	新型科技人才的人文素质教育	教育部“文化素质教育课程体系及精品课建设高级研讨会” (会议)	2004	
13	张怀明	副教授	106	长三角两种模式的灰色关联分析	南京航空航天大学学报(社科版)	2004. 6. 3	
14	张怀明	副教授	106	新竹的经验及对长三角的启示	两岸三地区域经济研讨会(会议)	2004	
15	倪薇	副教授	106	党的十四大以来中国共产党利用外资的新思路	毛泽东思想研究	2004. 21. 1	
16	杨渝玲	讲师	106	自然辩证法教学中科学思维的培植	全国“人工自然与科学发展观”学术研讨会(会议)	2004	
17	杨渝玲	讲师	106	经济学假说检验的逻辑	自然辩证法研究	2004. 20. 6	
18	华丽	讲师	106	马克思主义与后现代主义	阜阳师范学院学报	2004. 3	

序号	姓名	职称	单位	论文题目	刊物、会议名称	年、卷、期	类别
19	张步仁	教授	106	论中国特色社会主义对发展危机的超越	社会主义研究	2004. 7	
20	张步仁	教授	106	马克思主义人学三论	南京航空航天大学学报（社科版）	2004. 6. 1	
21	张步仁	教授	106	论以人为本	人学与现代化	2004	
22	张步仁	教授	106	论邓小平的科学社会主义观（上）	南京航空航天大学学报（社科版）	2004. 6. 4	
23	王鲁捷	教授	106	缓释工作中的紧张情绪与压力	中国人力资源开发	2004. 4	
24	王鲁捷	教授	106	创新理论及其经济学意义	中国开发	2004. 1	
25	王鲁捷	教授	106	工商管理专业研究生教育改革目标与方法研究	中国高教研究	2004. 2	
26	王鲁捷	教授	106	国企经营者NEVA动态虚拟股票期权激励研究	东北师范大学学报（哲学社会科学版）	2004. 5	
27	王鲁捷	教授	106	12项现代管理技术在江苏大中型企业的应用调查	经济管理	2004. 11	
28	王鲁捷	教授	106	企业经营者绩效评价研究	江海学刊	2004. 4	
29	王鲁捷	教授	106	企业经营者绩效评价研究	人大复印资料（工业企业管理）	2004. 9	
30	黄亮	硕士	106	论人的全面发展与“三个代表”重要思想	西北工业大学学报（社会科学版）	2004. 24. 1	
31	黄亮	硕士	106	网络环境下高校思想政治教育工作的实效性	湘潭师范学院学报（社会科学版）	2004. 26. 3	
32	黄亮	硕士	106	新的社会阶层的出现与统一战线的科学发展	全面建设小康社会与统一战线	2004	
33	黄亮	硕士	106	论毛泽东国家学说的科学内涵与时代意义	陕西行政学院学报	2004. 5. 2	
34	施杨	硕士	106	涌现的隐喻理解及其系统思考	全国复杂性与系统科学的理论、方法及应	2004	
35	邓向辉	硕士	106	当代中国新社会阶层解读	现代教育研究	2004. 5. 6	
36	邓向辉	硕士	106	民进党“台独”历程发展演变初探	中国教育与教学杂志	2004. 3. 4	
37	钱进	硕士	106	论“三个代表”思想的哲学时空内涵	中共济南市委党校学报	2004. 3. 91	
38	冯晓燕	硕士	106	浅析3. 20大选对两岸关系的影响及对策	南京航空航天大学第六届研究生学术会议	2004	
39	王艳	硕士	106	主体选择究竟是什么：对几种相关观点的评论	中山大学学报论丛	2004. 24. 4	

序号	姓 名	职称	单位	论文题目	刊物、会议名称	年、卷、期	类别
40	王艳	硕士	106	亲子鉴定的反思	重庆邮电学院学报 (社会科学版)	2004. 3	
41	卢山	硕士	106	当前我国继续实行稳健货币政策的必要性分析	经济体制改革	2004	
42	禹国峰	硕士	106	主客体关系是哲学的基本问题吗? ——与吕国忱同志商榷	理论探讨	2004. 6	
43	管永桦	硕士	106	异质型人力资本精神激励探究	东北师大学报(社科版)特刊	2004. 4	
44	陈龙	硕士	106	学习型企业动态知识团队绩效管理研究	东北师大学报(社科版)特刊	2004. 4	
45	许凤芝	硕士	106	论劳动标准体系对企业人力资源管理的影响	企业技术开发	2004. 11	
46	高小洋	硕士	106	模糊理论在人才招聘中的应用研究	中国软科学	2004. 5	
47	许莹	硕士	106	民营企业高中级管理者绩效考评研究	人才瞭望	2004. 6	
48	侯健	硕士	106	基于国企生命周期的经营者有效薪酬模式研究	东北师大学报(社科版)特刊	2004. 7	
49	韩志成	硕士	106	再谈企业并购中心理契约的重建	东北师大学报(社科版)特刊	2004. 7	
50	吴亚洁	硕士	106	研究型企业知识型员工薪酬调查报告	中国开发	2004. 3	
51	罗锦宁	硕士	106	提升核心竞争力, 从何着手	中国开发	2004. 3	
52	张海宁	硕士	106	试论项目团队的有效组建	中国开发	2004. 12	
53	崔蕾	硕士	106	改制期国企文化建设调查与对策	东北师大学报(社科版)特刊	2004. 11	
54	侯健	硕士	106	用“NEVA记分卡”打造高绩效知识团队	现代经济探讨	2004. 10	

【法学】

论特种债权的优先权

孟繁超, 顾国平

(南京航空航天大学 人文与社会科学学院, 江苏 南京 210016)

[摘要] 文章通过学界对我国《合同法》第286条所规定权利的属性之争,提出了特种债权的优先权的概念,比较特种债权的优先权与法定留置权和法定抵押权等担保物权的区别,通过考察法国、日本两国的民法典以及我国法律中相关规定,归纳出特种债权的优先权的种类,研究其法律特征、效力和设定特种债权的优先权的基本理念和基本原则,指出我国相关规定的不足,提出了完善我国特种债权的优先权制度立法的建议。

[关键词] 特种债权; 优先权; 特种债权的优先权

[中图分类号] D 923.3

[文献标识码] A

[文章编号] 1671-6973(2004)06-0019-05

Priority of Special Creditor's Rights

MENG Fan-chao, GU Guo-ping

(College of Humanities and Social Science, Nanjing University of Aeronautics and Astronautics, Nanjing 210016, China)

Abstract: On the basis of the disputes about the nature of the right stipulated in article 286 of Law of the People's Republic of China on Contract, this paper advances the concept of the priority of special creditor's rights, and compares the differences among the priority of special creditor's rights, legal hypothecation and legal right of lien. By observing the civil codes of France and Japan and the relevant stipulations in China, the paper induces the kinds of the priority of special creditor's rights, and studies their respective legal features, effectiveness, the idea and the fundamental principle of enacting the priority of special creditor's rights. This paper then shows clearly the insufficiency of the relevant stipulations of China. In the end, the paper offers proposal about how to improve of the legislation covering the system of the priority of special creditor's rights.

Key words: special creditor's rights; priority; priority of special creditor's rights

特种债权的优先权是民事权利体系中一个重要的组成部分。法国、日本等国家和我国台湾地区的法律均有类似规定。我国《海商法》规定的船舶优先权、《民用航空法》规定的民用航空器优先权、《企业破产法(试行)》及《民事诉讼法》关于破产债权的清偿顺序的规定等,均属于特种债权的优先权的规定,但是我国法律规定分散、凌乱,尚未形成一个完备的特种债权的优先权体系,学界对此也没有统一的认识,因而造成了实践中适用法律的困难,亟待立法的完善。

《中华人民共和国合同法》第286条规定了承包人(债权人)就工程价款对工程享有的法定优先受偿权,

[收稿日期] 2004-04-25

[作者简介] 孟繁超(1957-),男,吉林长春人,教授,主要研究方向:民商法、经济法。

即发包人未按照约定支付价款的,承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的,除依照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外,承包人可以与发包人协议将该工程折价,也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。该规定中的优先受偿权属于法定担保物权,对此已形成共识,但其究竟属于何种法定担保物权,学界有三种不同观点:(1)不动产留置权说。^{[1](P223)}但是此说已为大多数学者否定。笔者亦不赞同此说,因为传统物权法理论认为留置权仅适用于动产,我国《民法通则》和《担保法》也都明确了这一点,而承包人优先受偿权的标的物却是不动产;且留置权以债权人对标的物的占有为成立要件和存续要件,留置权因债权人丧失对标的物的占有而归于消灭。而此法定优先受偿权的标的物是不动产,且不以“占有”为成立要件,所以不成立留置权。(2)法定抵押权说。此说认为,法定抵押权是相对约定抵押权而言的,是指依法律规定而直接发生的抵押权^{[2](P329)},该优先受偿权符合法定抵押权的基本特征,其与约定抵押权的区别仅在于它的成立原因是法律的直接规定,并认为从我国《合同法》的立法背景和过程来看,在《合同法》的制订过程中一直认为是法定抵押权。^[3]笔者认为,虽然法定抵押权的基本特征与承包人的优先受偿权有许多相似之处,如均具有法定性、标的物为不动产等,但是若规定承包人对工程价款有法定抵押权,将对其他已经登记的抵押权人(如在工程建设之前已经取得登记的抵押权的贷款人)的利益产生很大的影响,且该优先受偿权与法定抵押权的受偿范围与此不同,权利存续是有期限的^①,所以法定抵押权说亦不可取;(3)优先权说。^[4]此说认为,优先权制度发端于罗马法,“优先权”这一名词亦译自外文,拉丁文为“Privilegia”,法文为“Privileges”,日本称之为“先取特权”。“优先权”专指特种债权人直接基于法律规定而对债务人的全部或特定财产享有的优先受偿的权利。从比较法的角度来看,某些特种债权的优先权得到了各国的普遍认可,如《法国民法典》规定的建筑师、承揽人以及工人的优先权和《日本民法典》规定的不动产“先取特权”。笔者认为“优先权说”有其合理性,但优先权的概念太广泛且争论较大,而很多学者在论及优先权时,实质上都是从特种债权的优先权的角度论述的,故笔者提出特种债权的优先权的概念,希望通过对特种债权的优先权的研究,对立法及实践有所裨益。

特种债权的优先权是指特种债权根据其性质及特定的立法理由,打破“债权平等”的原则,赋予特定债权的债权人在一定期限内先于一般债权人、甚至某些担保物权人从债务人的全部或特定财产中得到偿还的权利。《法国民法典》规定的优先权绝大多数可归结为特种债权的优先权,《日本民法典》规定的“先取特权”指的就是特种债权的优先权,我国的《海商法》、《民用航空法》及《企业破产法(试行)》等法律中也有属于特种债权的优先权的规定。

根据特种债权的优先权的标的物种类的不同,可以将特种债权的优先权分为动产的特种债权的优先权和不动产的特种债权的优先权,如《法国民法典》规定的旅馆主人对于旅客的供给,就旅客携带于旅馆的动产享有的优先权就是动产的特种债权的优先权,不动产出卖人对不动产价金的优先权就是不动产的特种债权的优先权;根据特种债权的优先权的标的物范围的不同,可以将特种债权的优先权分为特种债权的一般优先权和特种债权的特殊优先权,标的物的范围是债务人的全部财产,则是特种债权的一般优先权,如共益费用的优先权,标的物的范围是债务人的特定财产,则是特种债权的特殊优先权,如不动产承揽人的优先权;还可以根据特种债权的公法性和私法性的不同,将特种债权的优先权分为公法上的特种债权的优先权和私法上的特种债权的优先权,如税收优先权就是公法上的特种债权的优先权,殡葬费用的优先权就是私法上的特种债权的优先权。

对于特种债权的优先权与法定抵押权、法定留置权的关系,学界争议较大。笔者认为,三者都是根据法律的直接规定,对于依特殊原因成立的债权,于债务人的财产上有排他的优先受偿的权利。而有关特种债权的优先权的规定在各国家或地区法律中仅是称谓的不同^②,如法国称之为优先权,日本称之为先取特权,瑞士和我国台湾地区则称之为法定抵押权,但实质上都是指特种债权的优先权。与法定抵押权和法定留置权

① 最高人民法院 2002 年 6 月 11 日发布的《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第 4 条规定:“建设工程承包人行使优先权的期限为六个月,自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算。”

② 在法国和日本民法典有关特种债权的优先权的规定中,有一些实质上就属于法定留置权,如《法国民法典》第 2012 条第 3 项、第 6 项关于保存人、运送人就保存费、运输费对所保存物件和运输物品的优先权。但这主要是因为法国法中的留置权就是双务契约的同时履行抗辩权,其不认为留置权是独立的物权。而在日本,虽有留置权的规定,但是留置权仅有留置的效力,其并没有优先受偿的效力,所以尚需借助优先权制度来实现优先受偿。

相比,特种债权的优先权的标的物范围要广于法定抵押权和法定留置权,法定抵押权作为基于法律规定而生的抵押权,其标的物仅限于不动产,法定留置权的标的物仅限于动产,而特种债权的优先权的标的物要广泛的多,不仅适用于动产,而且适用于不动产;相对于约定抵押权而言,特种债权的优先权的效力往往较法定抵押权更为优先;特种债权的优先权的成立要件和存续要件均与法定留置权不同,特种债权的优先权的适用范围更广、作用更大。

特种债权的优先权的种类繁多,各国或地区的法律规定差异很大,这主要与各国家或地区的社会背景、立法政策及担保制度的不同有关。根据我们对于特种债权的优先权的界定,我们认为:《法国民法典》规定的特种债权的优先权分为动产上的特种债权的优先权,不动产上的特种债权的优先权。动产、不动产上的特种债权的优先权又分为一般优先权,特殊优先权。动产一般优先权主要有:诉讼费用和为全体债权人利益而保存或清理债务人财产而支出的费用;丧葬费用;最后一次生病的医疗费;雇佣报酬;为债务人及其家属提供的生活资料等。动产上的特殊优先权包括:房屋及土地的租金,就本年度收获的果实和出租房屋中或土地上一切设备的价金,以及用于经营农场所用的工具的价金有特殊优先权;为保存物件支出的费用,就该物件有特殊优先权;尚未付款的动产的价金,如果该动产尚在债务人占有中,不论其为期货购买或现金购买,出卖人就该动产有特殊优先权;旅馆主人对于旅客的供给,就旅客携带于旅馆的动产有特殊优先权等。不动产一般优先权包括:诉讼费用;雇工工资;不动产上的特殊优先权包括:不动产出卖人对不动产价金的优先权;贷与购买不动产资金人的优先权;建筑师、承揽人以及工人的优先权等^{[5](P55)}。《日本民法典》中规定的特种债权的优先权,分为一般先取特权,动产先取特权和不动产先取特权。一般先取特权主要有:共益费用;受雇人的报酬;丧葬费用;日用品的供给。动产先取特权主要有:不动产的租赁;旅馆的宿泊;旅客或货物的运送;动产的保存、买卖;种苗或肥料的供给等。不动产先取特权主要有:不动产的保存、工事和买卖。^{[5](P52)}我国民商事法律法规中属于特种债权的优先权的规定主要有:(1)《海商法》规定的船长、船员和在船上工作的其他在编人员根据劳动法律、行政法规或者劳动合同所产生的工资、其他劳动报酬、船员遣返费和社会保险费用的给付请求;在船舶营运中发生的人身伤亡的赔偿请求;船舶吨税、引航费、港务费和其他港口规费的缴付请求;海难救助的救助款项的给付请求;船舶在营运中因侵权行为产生的财产赔偿请求。(2)《民用航空法》规定的救助该民用航空器的报酬;保管维护该民用航空器的必要费用。(3)《企业破产法(试行)》规定的破产费用、破产企业所欠职工工资和劳动保险费用和破产企业所欠税款的优先权。(4)《合同法》第286条规定的建筑工程承包人的法定优先受偿权。(5)《担保法》规定的国有土地使用权出让金的优先权。^①(6)《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(一)》规定的在代位权诉讼中诉讼费用的优先权。^②

综上,笔者认为,特种债权的优先权的法律特征有:(1)特种债权的优先权是一种法定的具有担保物权性质的权利。特种债权的优先权赋予特种债权人优先于一般债权人甚至于某些担保物权的债权人受偿的权利,它能有条件地对抗第三人。故这种特种债权的优先权的设定,不能由当事人约定,必须由法律规定,这也是物权法定原则的要求。特种债权的优先权是为了保证特种债权的优先实现而由法律规定的一种权利,具有物权性、价值性和担保性,具有担保物权的性质。(2)特种债权的优先权是一种相对独立的民事权利。因为特种债权的优先权是基于国家利益、公共利益和一定社会政策的需要,由法律直接规定的,具有法定性,它与其担保的特种债权是两种不同的权利,特种债权是债权,不具有物权性、价值性和担保性,如果仅仅将特种债权的优先权视为特种债权的效力,就不能发挥其应有的作用;特种债权的优先权具有独立于其担保的特种债权的效力,特种债权的优先权人可以占有、支配该权利所指向的标的物,有对抗非善意第三人的效力;特种债权的优先权仅因特种债权的存在而存在,其存续不因其指向的标的物的变化而变化,例如民用航空器优先权不因民用航空器所有权的转让而消灭(《民用航空法》第25条第2款);特种债权的优先权又有其独立的消灭原因,例如船舶优先权因自产生之日起满一年不行使而消灭(见《海商法》第29条第1款第(一)项)。这些

^① 《担保法》第56条:“拍卖划拨的国有土地使用权所得的价款,在依法缴纳相当于应缴纳的土地使用权出让金的款额后,抵押权人有优先受偿权。”

^② 《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(一)》第19条:“在代位权诉讼中,债权人胜诉的,诉讼费由次债务人负担,从实现的债权中优先支付。”且2004年5月25日最高人民法院起草的《关于人民法院查封、扣押、冻结财产若干问题的规定(征求意见稿)》第5条规定:“被执行人的下列财产不得查封、扣押、冻结:……(十)基于扶养关系、抚养关系、赡养关系产生的给付请求权。”这体现了对属于保障基本人权的特种债权的优先保护的基本理念。

都不是特种债权的效力所能涵盖的,所以特种债权的优先权是一种相对独立的民事权利。(3)特种债权的优先权一般是不需以交付或者登记公示的权利。物权公示原则是物权法的一个基本原则,但是,特种债权的优先权作为一种特殊的具有担保物权性质的权利,由法律直接规定优先受偿,一般情况下,不需要进行公示。因为其本身的特殊性且法律规定本身已经具有很强的公示性,无需交付或者登记公示。(4)特种债权的优先权的行使有一定的期限。因为特种债权的优先权没有像抵押权、质权或留置权等担保物权的公示性,所以在其行使时必须加以一定的期限限制,一方面可以促使债权人积极行使自己的权利,保护债权人的利益;另一方面,可以维护交易的正常秩序和交易的安全,发挥物尽其用的效果。

二

特种债权的优先权的效力,是指特种债权的优先权人对优先权所指向的标的物优先于其他人实现的权利。特种债权的优先权的中心效力,就是对标的物的优先受偿的效力。主要涉及:(1)特种债权的优先权人与其他债权人的关系,特种债权的优先权的效力比其他权利,包括抵押权、质权和留置权,都有优先的效力。特种债权的优先权人,就其债务人的财产的优先受偿性,债务人的一般债权人和某些担保物权人均不得与之对抗。^①但是,由于特种债权的优先权一般没有采取公示原则,所以对其他债权人势必会造成损害,因此,一些国家往往对特种债权的优先权作一些限制。如根据《法国民法典》的规定,特种债权的优先权应就债务人的动产价金受偿,如动产价金不足受偿,不足部分才得就债务人的不动产受偿,《日本民法典》也有类似的规定。笔者认为,我国民商法应当明确规定特种债权的优先权的效力先于其他担保物权,以保护特种债权的优先权人的利益,实现社会公平、正义。并借鉴法、日两国的做法,对其做出一定的限制,以弥补特种债权的优先权“非公示性”的缺陷。(2)特种债权的优先权人与取得标的物的第三人的关系,即特种债权的优先权有无追及力的问题。如果第三人取得标的物为动产时,且第三人是善意的、有偿取得的,则特种债权的优先权人不得对抗此第三人,如《日本民法典》规定:先取特权,于债务人将其动产交付于第三人之后,不得就动产行使;如果第三人取得的标的物为不动产,特种债权的优先权人有无追及力,对此各国立法均无明文规定,我国最高人民法院2002年6月11日发布的《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第2条规定:“消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后,承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人。”笔者对此持不同意见,若第三人对该不动产没有进行登记公示,依法该第三人不能取得该不动产的所有权,不能享受物权保护,只能享有债权,此时特种债权的优先权具有追及力,可以对抗该第三人。

特种债权的优先权旨在破除债权平等原则,赋予特殊债权人以优先于其他债权人、甚至于抵押权人而受偿的权利,以保护这些特殊的债权人。在原本平等的债权中设定了一些“特权”,势必会打破原来法律调整的社会关系的平衡,造成权利之间的张力。所以,为了保持权利之间的平衡,设定特种债权的优先权必须遵循一定的基本理念和基本原则。笔者认为,应遵循的基本理念和基本原则主要有:(1)公平正义的理念。在设定特种债权的优先权时,首先应当追求公平正义的理念。虽然从表面上看,特种债权的优先权的设立是破除债权的平等原则,似乎造成了“不平等”、“不公平”,但实质上,设定特种债权的优先权是从保护特种债权人出发,追求公平正义的理念的必然要求。(2)尊重和保护债务人生存权等基本人权的理念。例如,人民法院不得查封、扣押、冻结被执行人基于扶养关系、抚养关系、赡养关系产生的给付请求权^②;设定最后一次生病的医疗费优先权,是为了保证其能够得到迅速、及时的治疗;设定丧葬费用优先权的目的是为了使债务人能够及时筹款,迅速安葬,保障其基本人权。(3)基于保护国家利益和公共利益的原则。例如,设立司法费用优先权、税收优先权是为了保障国家司法活动和行政管理活动正常运转。(4)基于一定的社会政策的要求。例如,设定劳动工资优先权的目的在于推行保护劳工这一社会政策。工资为劳工之报酬,为劳工生活之所依赖,不容任意剥夺,工资具有绝对神圣性,必须特予保护,始足实现社会正义。保护劳工系现代社会法治国家之基本任务^{[6](P497-502)}; (5)基于“质权”的观念。因为不动产之上所附的动产,可以视为当事人以默视方式用于担保不动产之债权人的债权而设定的质权。例如,不动产承租人置于其所承租之不动产上的物品,可以推

^① 最高人民法院2002年6月11日发布的《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第1条规定:“人民法院在审理房地产纠纷案件和办理执行案件中,应当依照《中华人民共和国合同法》第二百八十六条的规定,认定建筑工程的承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。”

^② 参见2004年5月25日最高人民法院起草的《关于人民法院查封、扣押、冻结财产若干问题的规定(征求意见稿)》第5条第(十)项。

定为承租人就租赁之债对不动产出租人所设定的质押,所以就债权,不动产出租人对置于其不动产之上的物品,有优先于其他债权人受偿的权利;旅店客人将其携带的行李或其他物品带入旅店,可推定其就住宿之债对旅店主人所设定的质押,旅店主人就其所携入的物品有优先受偿的权利。这样不仅可以保护这些特殊的债权人,而且也有利于促进此类行业的健康发展。

特种债权的优先权是一项极具社会使命和人文关怀的法律制度。设定特种债权的优先权时必须进行价值衡量、全面研究其立法的必要性和可行性,只有符合设定特种债权的优先权基本理念和基本原则的特种债权,法律才能设定特种债权的优先权,这也是物权法定原则的基本要求。从立法技术和法的开放性的角度看,随着社会的发展变化,实践中若出现了新的社会关系需要法律调整时,立法者可以在基本理念和基本原则的指导下,设定新的法律制度(这里主要指将来设定新的特种债权的优先权)以适应社会实践发展变化的需要,这样不但节约立法成本,还体现了法的开放性、前瞻性的一面。

三

民事权利是一个严谨的体系,具有内在的逻辑性和统一性,各种权利组成一个“权利束”,而特种债权的优先权作为“权利束”中的一种法定的担保物权,具有利益平衡的作用,而且还架起了公法之债和私法之债沟通的“桥梁”,因此特种债权的优先权是民事权利体系中一个重要的组成部分。但是目前理论界对特种债权的优先权研究不多、不够深入,造成了实践中适用法律的困难,需要立法做出统一的规定。

从法社会学的角度看,特种债权的优先权制度是社会发展的需要,具有很强的社会意义。国家和社会公共利益的维护,公民基本人权和基本生活权益的保障,决定着我国设定特种债权的优先权制度有着坚实的社会基础。但是,特种债权的优先权制度在我国民法中还没有统一的规定。例如我国《民事诉讼法》和《企业破产法(试行)》对破产费用、职工工资和劳动保险费用、税款优先于破产债权受清偿的规定,仅仅是一种分配顺序,没有担保物权的效力,更没有成为一项相对独立的权利。目前我国特种债权的优先权的标的物仅限于船舶、民用航空器和不动产等特殊财产,使得其他应受法律保护、作为特种债权的优先权制度调整的社会关系游离于法律之外,形成法律漏洞,而法律漏洞的填补,按照物权法定主义,也只能通过立法来解决和完善。在我国市场经济不断发展和完善的今天,通过立法赋予这些特种债权的优先权具有物权效力,且明确规定效力优于抵押权等担保物权,从而使工资、税款等特种债权优先受偿,是法律急需解决的问题。

从立法的角度看,为与现行法律协调,特种债权的优先权制度宜统一规定于《物权法》中。笔者建议,在《物权法》的“担保物权”部分,规定抵押权、留置权、质权和民事优先权四类担保物权,分别设为一节,特种债权的优先权作为民事优先权的一种,在“民事优先权”一节中规定,具体规定设定特种债权的优先权的基本理念和基本原则,特种债权的优先权的概念,特种债权的优先权的种类和适用范围以及特种债权的优先权的效力、顺位等。这样,在《物权法》的统率下,《担保法》、《企业破产法(试行)》等法律再作修改,特别规定特种债权的优先权,《海商法》、《民用航空法》中原有的船舶优先权和民用航空器优先权的规定继续保留,使得特种债权的优先权制度成为一个完备的体系。

[参 考 文 献]

- [1] 江平. 中华人民共和国合同法精解[M]. 北京:中国政法大学出版社,1999.
- [2] 申卫星,傅穹,李建华. 物权法[M]. 长春:吉林大学出版社,1999.
- [3] 张学文. 建设工程承包人优先受偿权若干问题探讨[J]. 法商研究,2000,(3).
- [4] 申卫星. 我国优先权制度立法研究[J]. 法学评论,1997,(6).
- [5] 蔡福华. 民事优先权新论[M]. 北京:人民法院出版社,2002.
- [6] 王泽鉴. 民法学说与判例研究(第一册)[M]. 北京:中国政法大学出版社,1998.

(责任编辑:谢光前)

市、量贩店、便利店,以及带有“扎堆效应”的综合市场、“销品茂(Shopping mall)”等均具有强大的生命力。从服务形式的创新上看,这是最具有挑战性和创造性的一个方面。因为,在科学技术快速进步与普及的今天,企业之间的竞争差异更多的表现在这一方面(有人称其为产品的第二次竞争)。而服务方式的创新体现的是人文营销的理念和思想,表现在零售企业经营的方方面面。在这方面,笔者认为至少要做好如下几项工作:首先,要想顾客之所想,最大限度地方便顾客。在实践中有很多企业的做法值得借鉴。比如武汉崇光庄胜(SOGO)在武汉商界就创下了许多个领风气之先的“第一”:第一个关爱残疾人的专用卫生间;第一个女性独立的五星级化妆间;第一个舒解年轻妈妈哺乳尴尬的育婴室;第一个将员工洗手间与顾客分开;第一间提供免费咖啡、书报和电视的贵宾室。此外,国外有的零售企业为了更好地方便顾客购买,稳住家庭主妇,特地为顾客准备“托儿所”(有专人照看小孩,提供儿童娱乐设施)、“托夫所”(提供报刊杂志、球类、棋类娱乐工具,电脑网上娱乐等设施),从而很好地留住了购买的生力军。其次,要尽量排除购物干扰。有些企业曲解了为顾客提供“贴心服务”、“贴身服务”、“零距离服务”等新的举措,不分青红皂白地紧跟顾客(有顾客戏称象个“跟班的”,或象个“尾巴”),这就走入了营销服

务的误区。那些被喻为服务新举措的“贴心”也好,“贴身”也好,甚至“零距离”也好,它并非仅仅指营销人员与顾客之间的空间距离,而是主要指双方的心理距离。在这个问题上,笔者赞成“无打扰购物”的做法。即当顾客不需要你时,应尽量避免打扰,站在适当的位置等候,并留心观察;当顾客有了需要的表示或发出需要帮助的信号(一般表现为语言和态势语言)时,再即时跟上提供服务。第三,要将服务当作商品来运营,综合地、全方位地考虑企业应该提供的各项服务,建立一套完整的服务系统工程。第四,淡化卖场的交易意识,倡导与顾客之间的有效配合,将交易看作是满足消费者需求的一种沟通行为。此外,有如购物车、休息茶座、试衣间、试鞋台凳、人性化的浏览通道的配置与设计等等,亦应加以考虑。

参考文献

- ①黄金火.人文营销方式探讨,《湖北商业高等专科学校学报》[J].2001,(1)
- ②黄金火.人文营销的基础及组合方式探讨,《决策借鉴》[J].2001,(3)
- ③[美]斯蒂文·阿布里奇.服务·服务·服务—企业成长的秘密武器[M].吉林人民出版社,1998,6

反担保抵押权人初探

孟繁超 索 婷

【文献标识码】FC 【文章编号】1812-5182(2004)12-0039-01

【摘要】在反担保抵押中,本担保担保人是抵押权人,有权接受主债务人向其提供的反担保。本担保人与主债务人之间存在着一种附条件的债权,本担保人所享有的抵押权产生于债权转让的过程,本担保人成为反担保抵押权人完全符合担保法的精神。

【关键词】反担保 反担保抵押 本担保人 抵押权人

【Abstract】In the counter-guarantee mortgage, the primary guarantor is the mortgagee and he has the right to accept the counter-guarantee offered by the debtor. It is not contradict to the fact stated in the law that the mortgagee is the creditor. There is a conditional creditor's right between the primary guarantor and the debtor. The primary guarantor's mortgage is the result from the right transferred by creditor, by which the creditor can claim the debtor to offer a mortgage. Therefore, it is completely coincides the law's essence that the primary guarantor become the right man of the counter-guarantee mortgage.

【Key words】counter-guarantee; counter-guarantee mortgage; primary guarantor; mortgagee

反担保,是指本担保的担保人(本担保人)为债务人(主债务人)向债权人(主债权人)提供担保时,债务人应其要求为之提供的担保。就债务人与担保人的关系来说,反担保与本担保并不存在质的差异。因此,我国《担保法》第4条第2款规定:“反担保适用本法担保的规定。”这一规定为解决实践中的反担保法律适用问题提供了依据。但《担保法》中关于反担保的规定十分笼统,没有具体考虑反担保的特殊性,从而引发了诸多实践中的困扰和理论上的思考。如本担保人在为主债务人向主债权人提供担保时,作为本担保的担保人依法可以要求主债务人以其自身财产提供反担保抵押,以保障将来

追偿权的实现。但在办理抵押登记时,却遇到如下困境:依《担保法》第33条第2款规定,当债务人或者第三人为抵押人时,债权人为抵押权人,换言之,抵押是债务人或者第三人向债权人提供的财产担保,抵押权由债权人享有。于是有人认为在反担保抵押关系中,本担保人不是债权人,无权要求主债务人向其提供财产抵押,不能接受主债务人提供的抵押,故“依法”应不予办理登记。此即涉及到反担保抵押权人的命题,然目前学界少有探讨¹,因而更具深入研究的意义。笔者认为,在反担保抵押中,本担保人就是抵押权人,享有抵押权,依法应予办理反担保抵押登记手续。

作者单位:南京航空航天大学

本担保人与主债务人之间存在一种附条件的债权(追偿权),本担保人有权接受抵押。担保存在的目的甚为单纯——确保债权实现和债务偿付。²所以它必然以主债权债务关系的存在为前提。在此意义上,我们才把担保合同称为主合同的从合同。在本担保合同中,权利人是主债权人,这样使主债权人在保障债权实现的问题上占据主导地位,一旦主债务人未履行债务,主债权人便可以行使本担保合同中规定的权利,以实现其债权。《担保法》中规定债权人为抵押权人的原因概由于此。

在第三人为主债务人向主债权人提供担保(保证、抵押、质押)的场合,第三人作为本担保人(保证人、抵押人、出质人),与主债务人之间存在着一个内部的委托担保合同,主债务人应本担保人要求提供反担保的债权(即本担保人向主债务人追偿)尚未现实发生。在本担保人与主债权人间的本担保合同生效后,当出现主债务人未按期履行债务,本担保人作为保证人或物保人(抵押人、出质人)以其全部财产或特定财产(抵押物、质物)承担保证责任或清偿债务时,本担保人则因承担担保责任而取得对主债务人的债权(追偿权),从而使本担保人与主债务人之间的债权债务关系现实化。由此可见,在本担保人为主合同提供担保后,本担保人与主债务人之间便形成了一种附条件的债权(这种附条件的债权从时间维度讲是一种将来的债权,从反担保抵押权的设定来讲又是一种期待的债权),所附“条件”就是主债务人未按期履行债务而由本担保人承担责任或代为清偿。主债务履行期限届满以前,本担保人既有不承担担保责任的可能,也有承担担保责任的可能,本担保人与主债务人之间的债权债务关系具有或然性。在条件成就与否未确定前,本担保人应当有因所附“条件”成就发生现实的法律关系而能够取得相应的权利或利益的期望,不排除这种权利或利益包括对期待的债权(追偿权)的保障或救济,一旦主债务人未按期履行债务而由本担保人承担担保责任时,所附“条件”成就,潜在的可能性转化为现实的债权。因而对于这一将来可能发生的债权(追偿权),如果事先没有为之设定担保,其实现便没有保障,担保人很可能因此受到损失。

就债的内容看,由于主债务人未履行主债务而引发的本担保人对主债务人的债权,相对于主债而言,内容完全相同,只是主体上存在差异,即债权人发生了变化。原因就在于同一债务由本担保人在本担保合同约定的范围内代替了主债务人清偿或者承担责任。根据我国《民法通则》和《担保法》的规定,本担保人代为清偿或者承担责任后,取得债权人的地位,有权向主债务人进行追偿。这一债权人发生变化的过程类似于债权让与的过程,本担保人享有的所谓追偿权,正是让与后的债权(原债权的全部或部分)。可见,本担保人对主债务人的债权(可称为后债)与主债权人对主债务人的债权(可称为前债)在本质上是同一种债。既然前债的债权人能够通过设立担保(如由第三人提供保证、抵押或者质押)确保其债权的实现,依法理后债的债权人自然也应当有权要求主债务人提供担保(如抵押),否则便造成差别对待,违反了债权平等的原则,出现后债不受担保保护的不公正结果。因此,后债中的债权人(前债的担保人)有权要求主债务人向其提供反担保抵押成为反担保抵押权人。

二

反担保抵押合同能够并且应在其所担保的债权债务关系发生之前订立——虽然在主合同及其担保合同签订后实际担保责任承担前,本担保人与主债务人尚未发生主债务人拟为之提供反担保的债权债务关系,本担保人尚不具有现实的债权人身份。

首先,反担保抵押合同能够在本担保人对主债务人的债权发生之前订立。抵押权设定于从合同(抵押合同)中,具有从属性,即抵押权须附随主债权存在,但不意味着设定抵押权时须主债权已经存在、不能对可能的将来之债设定抵押权。最高额抵押就是为可能的将来之债设定抵押的典型例证,“一般的抵押权具有典型的从属性,一般先有债权存在才设定抵押权,主债权消灭,抵押权也消灭。而最高额抵押却具有典型的相对独立性,其设立不以主债权的存在为前提,也不能随某一债权的消灭而消灭。在最高额抵押设立时,主债权完全可以是未发生的,而且将来是否发生都不必确定。”³“为将来债权作担保的抵押权有两种情况:一是为将来生效的特定的债权作担保,例如,为担保附停止条件的债权而设定的抵押权;一是为将来发生的不确定的债权作担保。”⁴所以“事实上,对附条件的债权在条件成就前设定抵押权,已为理论界和立法所承认。”⁵学者们主张“现代的抵押制度并不要求抵押权在成立上须有从属性,当事人完全可以为未来的债权先设定抵押权。”⁶其所主张的抵押权的从属性,仅在于抵押权无主债权存在而不能独立存在,且须与主债权同命运,但该债权既可以是现实的债权也可以是将来发生的债权,不以抵押权设立时主债权的现实存在为必要。虽主债权发生的法律事实(如本担保人代替主债务人清偿债务或承担责任)尚未发生,但有能引起此事实发生的客观事实(如有效的担保合同)存在,而使债权(如本担保人的追偿权)于日后可能发生时,应允许为之设定抵押权。不仅学说如此,许多国家的立法亦对之予以肯定。如《德国民法典》第1113条第2款规定:“抵押权也可得为将来的或附条件的债权而设定。”此外,有效成立的本担保合同是主债权实现的一种预设保障,使主债权人在其债权不能从主债务人处得到实现时可以向本担保人寻求有效救济,主债权人是抵押权人;反担保抵押合同亦是如此,反担保抵押权从属于本担保人的追偿权,是为该追偿权的实现提供的一种预设保障,只是这种内含从属关系的预设保障机制还存在着一个它实际发挥作用的条件——本担保人需取得追偿权,该条件对反担保抵押权的从属性没有任何影响,二者分属不同层面。再者,抵押权作为一种担保物权,从属性并非其本质属性,只是其债权保全功能所延伸出的特征。担保制度随着市场经济的高速发展,其目的、功能也正在发生着与时俱进的变化,鲜明地反映着经济发展对法律制度的要求。担保制度尤其是抵押制度,从最初商品经济不是太发达时的债权保全目的到高度发展的市场经济因对资金融通、商品流通之本质需求而引发的对抵押权融资流通功能的需要,抵押权的从属性已不再具有绝对的意义,它正呈现出缓和和弱化的趋势。与此同时,抵押权由于其价值权的本质内容,其独立性日渐为人们所认识、认同。⁷反担保抵押权已为立法所确定和正式承认,从发展的角度并结合抵押权的本质属性来看,为将来的债权设定抵押权符合合法性、合理性原则,体现了担保制度的内在要求。因此,在本担保人与主债务人发生债的关系前,双方能够为保障本担保人将来追偿权的实现订立反担保抵押合同,本担保人亦因之享有抵押权。

其次,反担保抵押合同应在本担保人对主债务人的债权发生之前订立。本担保人与主债务人之间债权的发生虽是主债权转让的结果,但前债与后债的当事人在对债发生的主观态度上存在着很大差异。前债(主合同)是主债权人与主债务人为了特定的目的共同协商促成的结果,双方都期盼着它的发生;而后债的发生是一方当事人即本担保人主观上所不希望出现的结果(但本担保人无力防止主债务人不履行债务的情形发生)。本担保人一般不从担保关系中获益,在此情况下本担保人当然

不希望自己承担责任或者代为清偿,亦即不希望债权转让的结果发生,而使之面临债权难以实现的风险。所以,在这种心理状态的支配下,本担保人提前防备,要求主债务人向主债权人提供反担保已属必然。如等到后债现实发生后本担保人再向主债权人要求提供反担保,则极有可能为时已晚。主债务人未清偿债务的原因大致有两种情况:一种是由于其自身丧失清偿能力,此时主债务人一般不会有可供抵押的财产向本担保人提供反担保抵押(否则不至于无力清偿),而寻求第三人为已丧失清偿能力的主债务人向本担保人提供反担保,可能性亦不大;另一种是由于其他原因(如主债务人故意不履行债务),而不是因为清偿能力,在这种情况下,后债的发生往往与主债务人的信用不好有关,此时本担保人事后向主债权人要求提供反担保,则完全取决于主债务人的主观意愿,本担保人陷于被动地位。因此,为了预先保护本担保人的利益,使本担保人减少后顾之忧,同时也为了从根本上解决主债务人寻保难的问题,反担保抵押合同应在本担保人对主债务人的债权现实发生之前订立,本担保人亦因此而成为反担保抵押权人。

三

本担保人享有的抵押权产生于债权转让的过程。主合同订立时,主债权人在可以要求主债务人提供“物保”、“人保”或者同时提供“物保”与“人保”的情况下,而仅要求有良好信誉的本担保人为主债务人履行债务提供担保。这是主债权人衡量保障其债权实现的可靠程度,避免债权实现的额外费用、简化债权实现程序、减少纠纷而作出的选择,一方面确保了主债权人债权的实现,另一方面主债权人将对自己意义不大、却为本担保人所需要的要求主债务人为其债权提供更为可靠保障的机会留给了本担保人,使之在为主债务人向主债权人提供本担保的同时,可以要求主债务人提供反担保抵押,从而更有利于推动主债权人、主债务人、本担保人之间三方关系(即主合同、本担保合同、反担保合同)的建立,对三方当事人均有利——主债权人的债权实现得到了充分保障,本担保人对将来追偿权的实现减少了后顾之忧,主债务人也因此解决了寻保难的问题,使主合同得以顺利签订。

正是由于主债权人放弃了要求主债务人向其提供抵押担保的利益,才减少了本担保人要求主债务人向其提供反担保抵押以保障追偿权的障碍。该过程类似于发生了要求主债务人提供抵押担保的权利从主债权人向本担保人转移的情形。至于将来本担保人是否要求主债务人提供反担保抵押,则由其自己的意志决定。从这一过程可以推论出:主债权人有权接受主债务人提供抵押而成为抵押权人,那么从主债权人那里受让债权的本担保人自然也应有接受主债务人提供的抵押而成为反担保抵押权人。因为“保证或便利债权之实现之从属权利,原则上随同移转于受让人。”⁷所以从权利转让角度而言,原则上主权利转让从权利附随转让(法律禁止的除外),基于主权利的利益也应当一并转让,应避免同一权利内容因主体不同产生的区别对待,否则有违公平原则。

四

我国《担保法》在世界民事立法史上首次以成文法的形式规定了反担保制度,本担保人成为反担保抵押权人,完全符合担保法的精神。反担保的概念,无论是罗马法还是近现代大陆法系或英美法系的担保立法制度均未见记载。⁸我国理论界对反担保抵押权人身份的不同理解乃至实践中的争议,均源自于《担保法》相关条文的模糊规定。首先,对法律的理解既应从文义上给予准确的解释,更不能忽视结合法的精神、宗旨和价值取向加以把握。仅从字面上理解,凡是《担保法》中关于担保的规定,均应适用于反担保,但事实上并非如此。反担保制度的适用范围不如普通担保广泛,反担保只适用于本担保的担保方式为保证、抵押或

者质押的情形而将留置和定金排除在外;同时反担保的担保方式也是有限制的,《担保法》颁行之初曾经在学界掀起过关于反担保的担保方式可否包括定金和留置的激烈论辩,然2000年12月8日《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》的第二条明确排除了留置、定金作为反担保的担保方式。其次,作为一种具有首创性的法律制度,其疏漏模糊在所难免。但反担保制度(尤其本文着重论及的反担保抵押权人问题),不能仅限于被动地依靠法律解释来指导实践。考察国内外的反担保抵押实践,19世纪中叶始于美国的备用信用证制度中开证银行特定条件下享有占有单据和货物的权利,该权利就具有明显的反担保性质,实际上就是申请人向保证人(开证银行)提供的一种反担保。国际商会制定的《跟单信用证统一惯例(1983年修订本)》对具有反担保性质的备用信用证制度也作了比较准确的规定。备用信用证最初只是在美国、日本等一些禁止银行担保的国家使用,目前,欧洲对备用信用证的使用也在日益增加。⁹反担保在我国对外贸易实践中也广泛存在。中国人民银行早在1987年2月20日发布的《境内机构提供外汇担保的暂行办法》的第13条就规定:“根据担保的实际风险,担保人有权利要求债务人提供相应的抵押物并收取一定的担保费。”1991年9月26日国家外汇管理局又重新公布了《境内机构对外提供外汇担保管理办法》,第9条规定:“担保人有权利要求债务人落实反担保措施或提供相应的抵押物并收取一定的担保费”;第14条规定:“本办法也适用对外反担保”。此外我国各外汇指定银行制定的规章制度对反担保也做出了明确的规定。如1989年7月6日中国工商银行公布的《中国工商银行外汇担保暂行办法》第2条就对反担保提出了具体的要求。以上均反映了反担保抵押在实践中的客观存在,并且在相关领域业已形成了较通行的行业规范,本担保人作为反担保抵押权人已是不争的事实,且已被相关规范性文件所承认。本文虽源于反担保抵押权人的研究,然不止于此。通过对国内外反担保抵押权制度的考察研究,我国立法更应当积极地体现法律制度的主动性和预见性,应当在吸收借鉴国内外通行惯例的基础上不断完善、发展我国的反担保法律制度,澄清问题、弥补疏漏、确立符合法理适应实践发展需要的科学的制度体系,此更具有现实意义。

参考文献

- ① 目前笔者掌握的资料仅有张国峰的《反担保中的抵押问题研究》 www.hnlawyer.org update: 2004-9-27-46:09 PM
- ② 王家福 梁慧星《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,第91页
- ③ 屈茂辉 肖军拥《担保法实例说》,湖南人民出版社1999年版,第130页
- ④ 高圣平《担保法新问题与判解研究》,人民法院出版社2001年版,第366页
- ⑤ 房绍坤 郭明瑞 唐广良《民商法原理(二)》,中国人民大学出版社1999年版,第236页
- ⑥ 参见刘得宽《民法诸问题与新展望》,中国政法大学出版社2002年版,第385页
- ⑦ 史尚宽《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第720页
- ⑧ 陈小君 樊梵《论反担保——〈担保法〉第四条质疑》载《法商研究》1997年第1期
- ⑨ 陈本寒《担保法通论》,武汉大学出版社1999年版,转引自罗建 陈红莹《反担保制度研究》载《西南民族学院学报》2002年第12期

民办学校运行与制衡机制的理想构建

孟繁超, 胡慧萍

(南京航空航天大学 法律系, 江苏 南京 210016)

摘要:完善民办学校法人机关运行机制和外部监管与制衡机制是保障民办学校的公益属性、促进教育目标实现及确保学校产权机制良好运行的重要保障。应重点构建和完善学校法人机关三权分立模式下的董事会治理体制, 寻求确保学校经营权、教育行政权和监督权相互沟通与制约的良好机制, 实现学校法人的有效治理。积极转变政府职能和行政理念, 增强服务意识, 构建高效的外部宏观监管和制衡机制, 并逐步实现由政府公共行政管理为主向社会中介组织服务管理为主的转变, 促进我国民办教育事业的健康发展。

关键词:民办学校; 运行机制; 制衡机制

中图分类号: DF36

文献标识码: A

文章编号: 1002-3933(2004)09-0089-04

Ideal Construction of Private School's Working and Balance System

MENG Fan-chao, HU Hui-ping

(Law Department, Nanjing University of Aeronautics and Astronautics, Nanjing 210016 China)

Abstract: Bringing the working system of private school's law organization and external supervision-restriction system to completion is the important measure for guaranting the public welfare character of education, helping to realize the education object and ensuring property rights system to work well. The board of directors which is under the system of checks and balance model of private school legal organ should be constructed and completed to achieve the efficient management of private school, looking for good system in which power of school operation, power of education administration and power of supervision can communicated and restricted mutually. The idea of government public administration should be changed positively to enhance the service consciousness. At the same time, the outer macro-supervision and macro-restriction system should be constructed, and the transform from government public administration to social intermediary organ service management will be realized to accelerate the development of private education undertakings in our country.

Key words: private school; working system; supervision-restriction system

民办教育事业作为一项社会公益事业,其持续、健康、协调发展,在很大程度上依托于民办学校产权制度的完善,而民办学校产权运行的良好秩序取决于学校法人内部是否能够建立起一套完整、高效的组织机构,并在此基础上形成良好的内部管理和来自学校外部的宏观管理与制衡。

目前,我国民办学校管理层面存在以下问题:首先是学

校内部没有建立起科学完善的管理制度或者是组织机构形同虚设;学校董事会为家族所垄断,人事、财务不公开,教育投机的短期行为严重,事实上陷入了“家族化经营”;这种管理制度下无法形成科学的决策机制,缺乏有效的监督,权力失去制衡,投资者和校长矛盾尖锐。其次是学校外部缺乏健全的管理机构和高效的管理手段,主要是以政府的行政

收稿日期:2004-05-17

作者简介:孟繁超(1957-),男,吉林长春人,南京航空航天大学法律系教授,硕士生导师,研究方向:经济法学、民商法学;

胡慧萍(1980-),女,江苏常熟人,南京航空航天大学硕士研究生,研究方向:经济法学。

管理为主,又多表现为“行政越位”或“行政缺位”,并且以行政手段为主的管理方式效率不高,服务型公共行政尚未真正建立,教育中介服务管理严重缺乏。为适应对教育不断增长的需求和回应现代学校管理制度科学性、高效性和自律性的要求,以及保障教育的公益属性和社会公共利益,构建和完善我国民办学校的内外管理制度实属紧迫和必要,这将促进教学目标的实现和教育的可持续发展。

一、民办学校内部组织机构运行机制的理想模式

民办学校作为独立的法人实体,尽管对其所有的财产依法享有法人财产权,但其本身不能独立行使财产权利,而必须依靠其法人组织机构来行使对学校法人财产的经营管理职能。法人组织机构又称法人机关,它是由法律、章程或条例规定的不需要特别委托而能够以法人的名义进行民事活动的集体或个人,法人机关不是独立的权利主体,而是法人的有机组成部分^[1]。法人组织机构的设置必须符合下列条件:必须具有完整地反映法人组织机能要求的组织形式;法人组织各个机构之间相互作用,各自承受特定的任务和具有明确分工;法人组织机构作为一个整体,必须具有同一目的,各局部机构的目的不同,也只是为了实现整体的统一目的而进行的合理分解;法人组织机构的设置,必须符合法律规范性^[2]。国外私立学校法人组织机构的设置一般采取的是董事会制或理事会制,依靠经营权、教育行政权、监督权三权分立与制衡实现学校法人的治理。我国国内现有民办学校组织机构的设置模式较多,据不完全统计有如下几种:

1. 双法人制:此以浙江书生教育集团为典型,即设立以办学为目的的股份公司法人,再由股份公司法人投资设立学校法人,学校法人内部亦借鉴现代公司化治理。

2. 股份合作制:即以劳动合作为基础、资本集合为辅,结合了股份制和合作制两种经济形态的特点,教职员员工全员持股,职工股东会作为最高权力机构,董事会对职工股东会负责。

3. 校长负责制:即由校长全权负责学校的经营管理和教育教学,校长拥有极大的权力,但对校长的监督明显缺位。

4. 董事会制或理事会制:基本上和国外私立学校三权分立式的组织结构类似,其中学校资产划分份额,并借鉴有限责任公司治理形式的一般采董事会制,而理事会制则一般适用于非公司化形式治理的学校。

笔者以为,三权分立模式下的董事会制是现代学校法人治理结构的理想模式;通过董事会、校务委员会、监事会三个机构各司其职、相互制约来实现学校经营权、教育行政权、监督权的良好运行和彼此制衡,有利于学校内部决策及管理的科学化、系统化,是现代学校制度的典型特征之一。

董事会领导下的校长负责制是民办学校法人治理结构的核心内容,也是当前国际私立教育机构普遍采用的管理制度。我国《民办教育促进法》第19条规定:“民办学校应当设立学校理事会、董事会或者其他形式的决策机构。”校长则“依法独立行使教育教学和行政管理职权”,并且“民办学校内部组织机构的设置方案由校长提出,报理事会、董事会或者其他形式决策机构批准”^①。即由董事会聘任校长,

以校长为首组成校务委员会,执行董事会决策,全面负责教育教学和行政管理,但董事会不得干预校长依法行使教育行政权。《民办教育促进法》第21条规定了董事会的职权,包括校长任免权、章程制定权、重大规划和经费筹措、使用等的审核批准权以及其他重大事项的决定权。但是《民办教育促进法》及其实施条例对董事会成员的具体产生办法、成员构成比例、董事会议事方式和表决程序等则没有规定。笔者认为,学校董事会的组成应具有开放性和严格的公益性职务特点,可以借鉴美国私立学校董事由外部选举产生的制度,董事会成员除最初创办人担任当然董事外,应废除自我孳生繁殖式的内部选举方式,而采外部推荐或选举方式,从根本上防止民办学校家族化、财团化和私产化的产生^[3]。董事不一定是出资者,但应由出资者代表、教职工代表及教育、经济、法律、管理等方面的专家学者等社会贤达人士担任。同时对董事的资质应严格限定,《民办教育促进法》规定董事会由五人以上组成,其中1/3以上的董事应具有五年以上教育教学经验,《实施条例》规定:“民办学校理事会、董事会或者其他形式决策机构的负责人应当品行良好,具有政治权利和完全民事行为能力。国家机关工作人员不得担任民办学校理事会、董事会或者其他形式决策机构的成员。”可见,现有立法仅规定了董事任职资格的积极要件而没有规定消极要件,这显然是不完整的。笔者认为,鉴于教育事业是教书育人的千秋伟业,故对学校董事应有更严格的品质和资质要求,民办教育立法应借鉴我国《公司法》第57条关于董事人选的禁止性规定,明确规定不得担任董事的若干具体情形,排除曾因经济犯罪、渎职等受到刑事处罚或撤职处分和个人负债较大到期未清偿者;同时为避免民办学校家族化经营的弊害,还应禁止相互间有配偶及三亲等以内血亲、姻亲关系者同时担任学校董事。另外,立法还应明确董事的产生方式、董事会议事规则等程序性事项,以便具有可操作性。此外,为确保教育的公益性,各国一般都明确学校董事为无给职(即视为完全为社会公益从事的职务,故不给予任何报酬),有些国家或地区规定可酌支董事出席费及交通费。笔者认为,为形成激励机制,对董事给予适当奖励和报酬未为不可,但应规定适当比例或上限,这比以随意高额发放出席费、交通费而变相分配学校资产更为科学和公平公正。

尤为关键的是董事会和校长的关系问题。校长可否同时为董事,对此现存有完全相反的立法例。如日本《私立学校法》第38条规定理事可担任“该学校法人所设置的私立学校的校长”,有学者认为该模式更尊重私立学校的自主性,更能体现学校作为教育机构的特点,有利于确保私立学校公益性的实现^[4]。而我国台湾地区私立学校制度在设计上则将体现将代表经营权之董事会与代表教学权之学校行政体系分离的思想,董事不得兼任校长^[4]。笔者认为,尽管从理论上说,民办学校的经营权与教学权应严格分离,但实践中,教学权的行使离不开对学校财产的支配使用。此外,董事会和校长之间类似于“委托代理”的关系,同时由于其信息不对称,极易引发“代理人机会主义”,造成诸多矛盾纠

纷,导致办学的高度不稳定性。因为行业隔阂和专业知识本身不平衡等因素,校长更易充分掌握学校信息,更密切参与学校的日常管理,就有可能利用信息不对称采取机会主义行为,谋求私利、逃避责任,并将可能会在学校经费使用、成本控制、人事安排等方面引发“道德风险”。这必将进一步引起委托者的焦虑,遂可能会对校长处处设防,限制其权力,使校长的教育理想无法实现,导致二者矛盾加剧^[5]。我国《民办教育促进法》采日本式立法例,即校长可同时为董事,亦可不为董事,笔者认为该制度设计是较妥适的。因为当投资者或其代表与校长同为董事会成员时,二者的交流显然更为平等和直接,比校长仅作为投资者监督对象时的交流更具价值,彼此的沟通和信息互换能够缓解信息不对称状况、彼此间更能理解对方的立场和决策依据。这样将使投资者更加熟悉学校管理与教学管理,能够帮助缓解由于信息不对称而带来的投资者的焦虑,让投资者更加理性地安排对校长的监督和评价,达到投资者与校长之间信息的逐步均衡。校长也难以利用信息不对称实施利己行为,从而减少校长“代理人机会主义”行为的发生;同时,校长作为决策机关的董事会之一员,能够直接促使董事会在学校真实状况基础上的科学决策,并尽量使决策与学校的实际情况相符,提高了决策效率和可行性。校长自己赞同决策时将有利于决策在学校的更顺利执行,校长不赞同决策时也可以了解董事会的真实意图和决策理由,有利于校长对决策的正确理解和执行,这必将使得校长争取学校长远发展成为可能^[5]。同时,作为校长的董事,在辞去或被解聘校长职务时,应当当然失去董事职位。此外,《民办教育促进法》第22条规定:“民办学校的法定代表人由理事长、董事长或者校长担任。”笔者以为,由校长担任民办学校法定代表人似有不妥,因校长乃受聘于董事会,对董事会负责并受其监督,校长不能履行职责时有被解聘之虞,而学校法人代表则是学校的法人代表机关,对外代表法人意思并全权代表法人行使职权,须有相当之稳定性,故民办学校的法定代表人由董事长担任更为妥适,国外发展成熟的私立学校亦采该法。

民办学校的内部监督职权由监事会行使。监事的人选应由投资者代表、教职工代表以及适当比例的外部监事等组成。监事会作为学校法人监督机关,应负责监督、稽核学校法人的财产运行状况和董事的职务执行情况,对董事会形成有力的监督与制衡,并应有权代表学校法人对严重违背民办学校章程的董事提起诉讼,追究其法律责任。学校监事会与企业监事会重在保障投资者权益具有显著不同的是,其设立目标在更大程度上是为了保障学校的权益和受教育者的权益不受侵犯,即重在社会职能的实现。此外,除设置监事会外,日本《私立学校法》第41至44条还规定了私立学校法人设评议会作为咨询审议机构的制度,即在涉及私立学校法人关于预算、借款及重要资产处理,捐赠行为的变更,学校合并、解散,以收益为目的的事业的重要事项及其他重大事项时,理事长事先必须听取评议会意见,评议会可就学校法人的业务或财产状况或负责人的业务执行情况,向负责人陈述意见或回答其咨询,或者要求负责人提出

报告。可见,日本的学校评议会事实上具有对其理事会的监督、制衡职能。笔者认为,日本的私立学校内部评议会监督制度值得我们学习借鉴。

二、民办学校外部监管与制衡机制的理想构建

教育是一国的社会公益事业,尤其是社会主义国家的教育事业更应始终坚持公益方向。所以政府对民办学校的法律调控、制度规范以及直接或间接的监管是不可或缺的,作为来自民办学校外部的监管与制衡,其引导和规范功能对于学校的健康、持续发展具有特殊意义。国务院日前批转的教育部2004年2月10日《2003—2007年教育振兴行动计划》第31条明确指出:要“切实转变政府职能,强化依法行政,促进决策与管理的科学化和民主化。贯彻《行政许可法》,加快政府职能转变,改革教育行政审批制度,清理教育行政许可项目,建设相关配套制度,建立公共教育管理与服务体系。规范教育行政部门在政策制定、宏观调控和监督指导方面的职能,依法保障地方教育行政部门的教育统筹权和学校办学自主权。”可见,现今政府依法治教、改善教育公共服务职能的意识和决心是坚定的,这也为民办学校的发展创造了很好的外部环境。当前建立和完善对民办学校的监管与制衡机制,形成有效的外部监督亟须解决以下问题。

首先是教育行政许可制度,目前我国民办学校的设立采取的是双重登记管理体制。按照有关法律规定,民办学校举办者须首先经过享有审批权的教育行政主管部门的审批,在取得其颁发的办学许可证后,还须依照《民办非企业单位登记管理暂行条例》的规定,到相应的民政部门进行登记,方可进行教育教学活动。有学者称其为“双重许可主义”^[6]。这种登记管理制度不利于民办学校的设立,它不仅使私立学校的设立程序更加繁琐,而且由于业务主管部门和登记机关的自由裁量权很大,在具体问题上易发生分歧,两个部门都可做实质性审查,但是审查标准可能存在差异,给民办学校的设立带来诸多不便^[4]。我国民办学校属于社会公益事业范畴,因此,完全可以借鉴国外财团法人登记制度,采“行政许可主义”,通过主管行政机关实质性审查和批准后即可成立,这样可以避免双重许可带来的行政机关之间的冲突,最重要的是简化了学校设立程序,降低了风险和成本,符合现代行政法精神。

其次是政府对民办学校的日常行政管理制度。政府作为社会利益和受教育者利益的代表,应有权对民办学校进行行政管理。但政府的行政管理与民办学校办学自主权之间存在矛盾:一方面,资本的寻利本性必然要求行政规制,以保障教育的公益方向;另一方面,民办学校和公办学校毕竟有很大不同,政府对民办学校的管理、监督权限过大易造成学校和政府尖锐矛盾,影响民办学校的独立性及其自主性的发挥,不利于鼓励民间资本投资兴教,将妨碍教育融资渠道的拓宽。现在政府对民办教育的管理基本上采取的是行政手段,但其监管效果和效率普遍偏低,没有达到理想的目标,部分民办学校不正规的办学行为也依旧存在,外部管理监督不力不失为其重要原因之一,所以我国必须改革政

府对民办教育的宏观管理,既要尊重民办学校的办学自主权,又要建立高效的监管与制衡机制,使民办学校符合发展公共利益的要求。笔者认为,政府要更新观念,确立正确的服务型行政理念,通过采取立法、规范中介组织、政策引导、提供资助、鉴定、督导和信息服务等间接手段,对民办学校进行宏观管理。政府对民办学校的行政管理权限应集中在以下几个方面:

1. 制定教育行政法规和规章:国务院、教育部和各省、自治区、直辖市政府应有权制定不同层级的教育法规和行政规章,作为对民办教育的制度规范用法律的形式明确规定下来,并保持相当的稳定性。民办学校必须遵守国家的教育法规和规章,受国家法律的管辖和保护,并在法律允许的范围内活动。

2. 审批学校的相关办学活动:政府应确立民办学校的办学基准、具体设立条件、软硬件设置标准,并由政府各职能部门对民办学校相应活动事项进行审批,如公安部门应负责学校印章的刻制;物价部门应规范对民办学校的收费;审批其收费项目和具体标准;工商行政管理部门应负责审批学校的招生简章和广告;教育行政主管部门应负责对课程标准的制定、文凭证书等的签发和认定等。

3. 进行教育行政监督:政府对民办学校应强化监督,包括人事监督、财务监督和办学质量及方向等的监督。尤其应强化对其财务的监管力度,这是监督的核心内容。我国《民办教育促进法》第38条规定:“民办学校资产的使用和财务管理受审批机关和其他有关部门的监督。民办学校应当在每个会计年度结束时制定财务会计报告,委托会计师事务所依法进行审计,并公布审计结果。”笔者以为,由民办学校自行委托会计师事务所进行审计,其审计鉴证不具有受托行使公权力的性质,难以避免其和民办学校之间的灰色交易;审计公信力不高。因此,我国可以考虑借鉴美国的经验,即由政府审计部门派员审计或由审计部门委托的审计事务所代行政府职权,直接审查学校的财务状况和经费收支项目,对其财务进行政府审计监督^[3];或者也可以将学校审计监督委托教育社会中介管理服务组织进行,审计结果上报政府,并向社会公开,接受社会监督,使民办学校的公益性和对学生权益的保障更受社会信赖。

4. 处理办学混乱行为和裁决教育纠纷:政府对民办学校虚假招生、非法颁发或伪造学历文凭、不依法办学、管理

混乱导致恶劣社会影响、恶意终止办学、抽逃资金等行为,有权采取责令限期改正、警告、没收违法所得、责令停止办学、吊销办学许可证等行动。此外,对民办学校办学中产生的纠纷有权进行调解和裁决,但不应具有终局性,当事人对裁决结果不服的,可以寻求司法救济。

再次是对民办学校的社会监督与制衡机制。应构建和完善教育中介服务组织,逐步实现由政府公共行政管理为主向社会中介组织管理为主模式的转变。当前教育行政部门在推行教育管理体制改革的进程中进行了组建教育中介机构参与教育事务决策与管理的尝试,积累了一些经验,但也存在不少问题。教育中介组织体系尚不健全,发展不平衡,覆盖面不广,并且存在条块分割和部门垄断现象,一些中介组织定位不准或目标错位,行政化倾向严重,有些甚至定位于主要追求经济效益上,背离了中立性和服务教育的宗旨^[7]。笔者认为,教育中介组织应保持独立性和公正性,其机构设置和组织形式不应带有行政化的色彩;同时要避免管理体制上的条块分割、地区垄断和职能上的彼此交叉和重叠,节约社会资源和成本。其监管与制衡应突出社会化的特点,不以营利为目的;主要通过社会化的管理方式,提供技术性而非行政性的管理与服务。教育中介组织本身的活动亦应透明化和公开化,接受政府和全社会的监督。当前最迫切需要建立的是对民办学校的社会评估制度。美国在这方面有比较成熟的经验值得我们学习。长期以来,美国形成了依靠自发的民间组织解决社会矛盾的传统。19世纪以来,从私立学校开始,为维护教育消费者的合法权益,各地自发地组成了一些区域性的学校认可协会,开展对私立学校办学质量的检查监督,发展至今,已形成了覆盖全美并颇具权威的六大区域性认可协会。此外,还有专业性、行业性教育认可组织一百多个,为各专业或行业领域中的全国性教育认可组织。学校申请认可均为自愿,被认可后将获认可证书,私立学校也只有在被正式认可后才有资格得到政府的资助和申请学位授予权^[3]。我国可以考虑借鉴美国的教育认可制度,逐步建立我国的民办学校评估制度,评估机构的建立须经教育行政主管部门的审核认定,并由评估机构根据国家的政策和法律,制定、完善评估内容、评估标准、评估办法和具体的评估程序,独立、公开、公平地开展对民办学校教育教学的评估,促进民办学校努力改善办学,保障民办教育事业的健康持续发展。

注释:

①参见国务院《民办教育促进法实施条例》第21条。

参考文献:

- [1]余能斌,马俊驹.现代民法学[M].武汉大学出版社,1999.129.
- [2]江平.法人制度论[M].中国政法大学出版社,1994.287-288.
- [3]邵金荣.中国民办教育立法研究[M].人民教育出版社,2001.98,94-101,122-123.
- [4]劳凯声.变革社会中的教育权与受教育权:教育法学基本问题研究[M].教育科学出版社,2003.359-360,360,370.
- [5]柴纯青.如何解决民办学校投资者与校长的矛盾[J].北京教育,2003.(6).
- [6]苏力,等.规制与发展——第三部门的法律环境[M].浙江人民出版社,1999.179.
- [7]胡卫,丁笑炯.聚焦民办教育立法[M].教育科学出版社,2001.268-275.