

主编 胡家强

FALÜ SHIYONG DE
LILUN YU SHIJIAN

法律适用的 理论与实践



中国海洋大学出版社

法律适用的理论与实践

主 编 胡家强

副主编 阳露昭 孙明烈

中国海洋大学出版社
· 青 岛 ·

图书在版编目(CIP)数据

法律适用的理论与实践/胡家强主编. —青岛:

中国海洋大学出版社, 2011. 3

ISBN 978-7-81125-599-7

I. ①法… II. ①胡… III. ①法律适用—中国—文集

IV. ①D920.5-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 032752 号

出版发行 中国海洋大学出版社

社 址 青岛市香港东路 23 号

邮政编码 266071

出版人 杨立敏

网 址 <http://www.ouc-press.com>

电子信箱 bingyueye@tom.com

订购电话 0532-82032573(传真)

责任编辑 毕玲玲

电 话 0532-85901040

印 制 日照日报印务中心

版 次 2011 年 3 月第 1 版

印 次 2011 年 3 月第 1 次印刷

成品尺寸 185 mm×260 mm

印 张 28.125

字 数 756 千字

定 价 60.00 元

《法律适用的理论与实践》

编委会

主任 徐祥民

副主任 刘慧荣 胡家强

委员 徐祥民 刘慧荣 胡家强 王海

孙晓晶 阳露昭 孙明烈

前言

学过历史的人都知道，人类文明的每一次重大飞跃，都源于有决定意义的社会分工。作为最古老的学科之一，法学伴随着人类社会的分工而变得更加细密。尽管法学内越来越细的分工确实促成了不同圈子的法律学人之间的隔膜日渐加深，但是，细密的分工也不可避免地推动了法学日益稳健地走向繁荣——尤其是理论法学与应用法学的明确分野，初步型构了法律学人共同体内的两大基本阵营。一般而言，理论法学主要解释法现象的价值观与方法论问题，旨在探索法的真理性和规律性，以创新、发展法学理论为己任，主要包括法哲学、法社会学、法经济学以及法史学等；而应用法学主要解释具体法律部门中的法现象，旨在阐发法的应用价值，解决法在实践应用中遇到的各种问题，以提出符合实际的对策为己任，主要包括宪法学、行政法学、民商法学、刑法学、经济法学、社会法学、诉讼法学等。

理论法学研究的方法是多元的，可以采取逻辑的、历史的、比较的或者实证的任何方法，它关注的往往是法律规范、价值和理论，其研究成果往往具有普适性；而应用法学研究的方法必须是调查研究、情况总结或个案分析等实证研究方法，虽然应用法学的研究也会参考历史的或者其他国家与地区的经验，但这种方法并不是主流，而且，应用法学研究关注的往往是具体的法律规范及其价值本身，尤其关注应用法的技能、适用法律的技巧等，其研究成果往往具有很强的时间性和地域性，体现的是法学理论丰富性的一面。尽管理论法学与应用法学是人们对法学进行的一种分类，但是，两者的共同之处都是理论研究活动，都要为社会实践服务。应用法学不是一个法律部门，也不是一个法律学科。应用法学研究也不同于法律实务运作，它仍属“法学研究”的范畴，但其研究的目的是“应用”，其研究成果可以直接或间接地运用于法律实务。因此，可以说，应用法学研究应当是一种体系化的、为实务目的的研究。凡从事法律实务的人在适用法律过程中所进行的事先研究，亦应归入应用法学研究之列。

我国的法律教育是一种多元化的法律教育，这是与我国现阶段对法律人才的多层次需求相适应的。随着市场经济的发展，我国对高层次、应用型法律专业人才的需求在日益增多。由于传统的法律本科教育被定位为通才教育而非专才教育，而传统的法学研究生教育由于侧重于学术训练而非职业教育，两者均无法满足社会对大量高层次应用型法律人才的需要。法律专业硕士学位是具有特定法律职业背景的专业性学位，主要培养立法、司法、行政执法、法律服务与法律监督以及经济管理、社会管理等方面需要的高层次法律专业人才和管理人才。法律硕士教育培养的法律家，是既具有较深的法律学术功底，又具有很强的实践能力，能够以法律的头脑在法律的框架内解决大量社会问题的法律家。

本书收录的文章，基本上是中国海洋大学法律硕士研究生的学习、研究成果。这些文章虽算不上鸿篇大作，甚至还显得很不成熟，但却凝聚了学子们不断探索、潜心研究的点点滴滴，并在一定意义上反映出他们对法学理论的探索性思考和对法律实践的经验总结，其中亦有一定的亮点，不乏真知灼见，展示了中国海洋大学法律硕士研究生求真务实、奋进创新的风采。本书编辑过程中，因时间仓促，错误在所难免，敬请学界同行及各界读者批评指正。

编者

2010年10月20日

目次

浅论有限责任公司股权转让问题·····	胡家强, 汲彤彤(1)
从个案浅议民事合同和行政合同的辨识·····	段超(5)
浅论不真正连带之债务·····	丁青霞(10)
论合同解除的标的及其溯及力·····	宗娟(16)
论电子合同的格式条款·····	谢雄心(19)
浅谈我国土地承包经营权流转制度·····	李国燕(24)
论网络时代的隐私权保护·····	于利群(28)
合同约定不可抗力赔付的法律效力研究·····	白晓光(33)
企业知识产权法律风险防范·····	王隽(36)
浅议个人合伙的相关法律问题·····	王筱梦(43)
物权法不动产登记制度新规定及实务操作研究·····	周润山, 李令昌(47)
对农村宅基地使用权流转的法律思考·····	俞琦(50)
业主自治时代的律师新业务探究·····	张莉(54)
浅谈中外合资企业僵局的预防·····	张志伟(59)
论民法对人格权的保护·····	胡晓宁(63)
代位继承与转继承比较研究·····	刁永晓(67)
物权法定主义的必要性和局限性·····	张茵(72)
《物权法》对建筑物区分所有权制度的完善·····	张毓(76)
夫妻共同债务执行中的若干问题探析·····	曹伟(79)
对《侵权责任法》医疗损害赔偿制度的解读·····	王茜(83)
论债权人的代位权·····	王欢丽(87)
论商业秘密侵权案件中商业秘密的认定标准·····	张继亮(92)
我国明星代言广告法律责任问题初探·····	张典(96)
论对隐私权的限制·····	韩冬(99)
浅析法律法规中的医疗特权——《侵权责任法》背景下的医疗特权·····	王洪靖(105)



意思自治原则在涉外合同法律中的适用与实践·····	李晋(108)
死者名誉的法律保护初探·····	林帅(112)
论住宅小区停车位权利归属·····	孔祥东(116)
浅析劳务派遣制度的不足及对策·····	王龙(121)
我国外商投资企业法与公司法的关系·····	费宣文(124)
我国股东代表诉讼制度的实施难题及立法救济·····	娄海霞(127)
浅议情势变更原则·····	徐永海(131)
试论我国商业银行破产制度的完善·····	刘洋(135)
浅析赤道原则及其对我国绿色信贷的启示·····	王汐(138)
食品安全法框架下的进出口食品安全监管·····	韩星忠(142)
药品经营电子监管的合法性探讨·····	张海军(147)
论如何完善我国的土地征收制度·····	周艳(150)
浅谈成品油销售企业的用工管理·····	董红云(154)
公司并购中的中小股东利益保护研究·····	胡家强, 高森传(158)
经济犯罪侦察工作面临的新形势及对策研究·····	王蕾(162)
利用虚假诉讼侵害国有资产情况分析·····	李力(166)
胶州湾海岸带管理法制保障问题初探·····	徐伟, 董跃(171)
生物废弃物监管初探·····	孙娜娜(175)
从生态系统完整性角度论我国自然保护区立法·····	魏文翠(178)
论我国船舶油污损害赔偿法律制度·····	董保胜(182)
环境侵权民事救济的理论与制度研究·····	张君(185)
我国推行排污权交易的障碍与对策·····	虞海升(188)
法律适用的理论与实践·····	张春霞(191)
论清末宪政改革的失败·····	管涛(195)
软法在警察行政中的适用——以巡逻盘查为例分析·····	夏杰(198)
关于地方性法规实施情况的分析思考·····	张桂芹(202)
从个案谈民警出警时处置民事纠纷的困境·····	冷斐(206)
我国公安机关反腐败现状及其法律规制研究·····	李雯雯(209)
论人民警察执法权益受侵害的现状、原因及对策·····	王佩(214)
人性与法·····	黄艳美(218)
我国地方立法存在的主要问题及对策研究·····	李珺竹(221)
浅谈教师申诉制度的完善·····	韩潇(225)
“交通事故认定书”的可诉性探讨·····	朱永光(229)

论高校法治教育的改善——由在校大学生犯罪现状引发的思考·····	唐华(233)
潍坊市相对集中行政处罚权向镇街区延伸情况的调研报告·····	王化杰(237)
法律思维研究综述·····	张冰杰(242)
裁判公信力：司法改革之基石·····	纪峻(246)
行政自由裁量权的存在必要与合理控制——以海关行政为例·····	张胜(253)
浅论当事人选择法官的可行性·····	苗迎春(258)
论行政法信赖保护原则及其应用·····	李宝琳(262)
关于出入境管理工作中国籍冲突问题的思考·····	吕秀泓(266)
《鹿特丹规则》下海运履约方责任问题研究·····	李静(269)
浅析 BOT 特许协议的法律性质·····	贾超(272)
中国与欧盟原产地规则比较·····	金涛(276)
美、德、法违宪审查制度的比较研究·····	谢媛(280)
美国的公司所得税制度及税收政策·····	张峰(284)
提单的合同属性探究·····	窦晓青(289)
浅析我国民事执行检察监督机制·····	肖克娟(295)
浅析彩礼返还的相关问题·····	胡光旭(298)
浅析代位权诉讼的条件和管辖·····	张景盛(303)
特殊案外人在再审案件中的诉讼地位研究·····	刘娟(307)
对法院调解热的冷思考·····	邓焕礼(310)
民事执行监督工作实践探索·····	李殿民(315)
浅议设立医疗纠纷诉讼前调解程序的必要性·····	李青华(319)
完善管辖权异议审查程序之思考·····	孙锴(323)
浅论民事诉讼中的第三人如何参加诉讼·····	陈敏(328)
略论“一事不再理”原则及其价值取向的演进·····	谭洪军(332)
想象竞合犯理论探析·····	马永明(336)
论刑法的谦抑性·····	郑邦明(340)
我国经济犯罪废除死刑的思考·····	常辉(343)
刑法典的变与不变——孙伟铭以危险方法危害公共安全案引出的思考·····	孟福成(346)
试析贪污贿赂案件赃款去向的举证责任·····	陈新(351)
关于构建我国非法证据排除规则的思考·····	王春燕(355)
检察权配置的立法完善·····	周武君(359)
公诉案件侦查人员出庭作证问题研究·····	王冰(363)



论不起诉裁量权的缺陷及完善·····	迟东军(367)
从犯罪构成角度浅析“携带凶器抢夺”的定性问题·····	张建(371)
浅议经济犯罪的刑罚配置·····	褚淼(374)
浅析证据开示制度的建构·····	邢华东(383)
论抢劫罪的若干问题·····	徐西华(387)
论当前银行卡犯罪的成因及应对措施·····	牛建伟(394)
新时期农村基层组织成员职务犯罪的若干法律适用·····	孙振强(397)
浅谈检察环节刑事被害人国家救助制度·····	胡晓莲(401)
浅谈我国刑法的第八次修改·····	王蕾(405)
论撤案监督工作在法律适用中的理论与实践·····	宋榛(409)
程序正义视角下的定罪与量刑程序之分离探析·····	黄妍(413)
浅议我国取保候审和监视居住制度·····	赵培霞(418)
论走私、贩卖易制毒化学品案件的特点及成因·····	陈珊珊(422)
完善我国未成年人刑事诉讼制度的几点思考·····	周正达(426)
论犯罪对象和犯罪对象性·····	石岩(430)
青岛市预防问题青少年违法犯罪调研报告·····	曲科世(433)
刑事和解现状及路径探究——以检查机关工作为视角·····	薛丽(437)

浅论有限责任公司股权转让问题

胡家强, 汲彤彤*

(中国海洋大学法律硕士教育中心, 山东青岛 266100)

摘要: 有限责任公司是人们在经济活动中普遍采用的一种组织形式, 其兼具资合与人合性; 其人合性的特点决定了对股东转让出资应进行限制, 这是保障公司股东的稳定性和公司健康运行所不可缺少的。对此, 本文的观点是, 股权是一种独立的权利, 而不是债权或者物权。转让的类型分为对内转让和对外转让, 应分别遵循不同的法律规定。股权的转让有不同的效力层次。在股权对外转让中, 还涉及未经过半数股东同意而擅自将股份转让给股东以外的第三人这一行为的效力问题。对此, 本文的观点是, 将这一行为理解为效力待定的民事行为比较好。

关键词: 有限责任公司 股权 转让

一、有限责任公司股权转让的分类

(一) 股权的对内转让

股权的对内转让就是股权持有人将其所持有的股权转让给本公司的其他股东。这既不会影响公司的资合性质, 也不会造成人合的矛盾, 因此《公司法》对此并无限制, 只要转让方和受让方就转让的比例、价格、时间等事项达成协议即可, 其他股东无权干涉。我国原《公司法》第三十五条规定“股东之间可以相互转让其全部出资”。但 2005 年新修订的《公司法》第七十二条将该部分改为“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。公司章程对股权转让另有规定的, 从其规定”。可见, 我国《公司法》原来采用的是股东之间可以自由转让其股权的全部或部分, 无须经股东会同意, 而修改后的《公司法》采用的是原则上股东之间可以自由转让其股权的全部或部分, 但公司章程可以对股东之间转让股权附加其他条件。那么, 修改后的《公司法》为什么要对此设置限制呢? 这种限制的意义又在什么地方呢? 笔者认为, 欲理解这个问题, 还需要从有限责任公司的人合性质上去理解。所谓的人合性质就是人与人之间相互信任的关系, 有限责任公司的运作离不开其成员之间的信任, 在彼此信任基础上所达成的协议其实就是公司的章程。因此, 法律赋予公司章程限制股权转让, 是为了维护公司内部关系的稳定, 避免人员流动性过强而造成公司内部关系的不稳定, 这种限制是必要的。

(二) 股权的对外转让

股权的对外转让就是股权人将其股权的一部分或者全部转让给本公司股东以外的其他

* 作者简介: 胡家强(1963—), 男, 中国海洋大学政法学院教授; 汲彤彤(1986—), 女, 汉族, 山东临沂人, 中国海洋大学 2008 级法律硕士研究生, 主要从事民商法研究。



人。将股权转让给非股东方,这虽然不会影响公司的资本总额,但是不能保证原股东会欣然接受新股东的加入,股东间的高度信赖关系不一定存在,可能会影响公司的正常运营,所以公司法对对外转让进行了较多的规范和制约。我国原《公司法》第三十五条对有限公司股东向非股东转让股权规定了限制条件,即“一是股东向股东以外的人转让其出资时,必须经全体股东过半数同意;二是不同意转让的股东应当购买该转让的出资,如果不购买该转让的出资,视为同意转让”。新修订的《公司法》第七十二条规定“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满三十日未答复的,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”。

可见,在对外转让这个问题上,我国新旧《公司法》在立法模式上没有什么变化,只是新《公司法》对原《公司法》的相关规定作了细化,规定得更为详细。但是,我国《公司法》在股权对外转让的规定中仍然存在一些问题,如欠缺公司或股东共同指定第三人购买的条款及购买价格的确定等相关规定。无论是原《公司法》,还是新修订的《公司法》,都没有规定其他股东可以共同指定第三人购买欲转让的股份,也没有规定当股东不同意转让行使先买条款时先买先卖的价格如何确定等问题。这两项条款的缺失可能导致在实践中反对转让股权的股东因无力购买而不得不放弃优先购买权,或者由于欲转让股权的股东和第三人恶意抬高转让价格而使其他不同意转让的股东无力购买只能放弃,从而无法抵御恶意第三人进入公司,影响公司经营的稳定。^[1]

二、有限责任公司股权转让的效力

(一)股权转让协议的效力

股权转让这一行为属于合同行为,转让双方须达成合意才可以转让股权。股权转让协议的效力表现为:转让方与受让方双方当事人之间产生股权转让效力。当事人双方签订协议并交付股权后,如果未经公司登记、工商登记等,则该股权转让仅对双方当事人产生效力,对公司、第三人不产生法律约束力,双方当事人均不能以已经签订协议并交付股权为由,向公司、第三人进行对抗。

(二)股权转让记载于公司登记名册的效力

股权转让后,公司将股东变更记载于股东名册,表明公司认可当事人双方的股权转让;即使未进行工商登记,在双方当事人、公司之间也可以产生股权转让效力。这里的效力在于约束双方当事人、公司。如果未经工商登记等,则该股权转让仅对双方当事人、公司产生效力,对第三人不产生法律约束力,双方当事人、公司均不能以已经公司登记为由,向第三人进行对抗。由此可见,经过公司股东名册登记后,股权转让的效力层次更深入了一步,即对公司也形成了一定的制约。

(三)变更工商登记对股权转让的效力

工商行政管理机关作为登记主管机关,依法对股东变更申请进行审查批准并予以登记,实质上是在公司外部产生的一种行政法律关系,体现出行为的客观性、公正性和权威性,具有一定的公信力和公示力,可以起到保障交易安全的作用。笔者认为,股权转让的工商登记,是对股权转让效力的进一步确认和加固,补充和增强了股权转让的效力同时也是对股权转让效力的进一步扩展和延伸,使其产生对抗公司外部第三人的效力。股东在工商管理部门进行变更登记的性质为宣示性登记。

三、几种特殊情形股权转让的法律分析

(一)因继承、遗赠、共同财产分割而产生的股权转让问题

股东因其出资而对公司享有股权,股权由自益权和共益权组成。所谓自益权即股东专为自己的利益而行使的权利,主要包括投资收益权、剩余财产分配权等。共益权是指股东在为自己利益的同时兼为公司的利益而行使的权利,主要包括提案权、表决权等。自益权的获得是股东的终极目的,是共益权的价值基础;共益权的行使是自益权顺利实现的手段,是自益权的实现保障,两者有机结合形成完整、和谐的股权。^[2]集合着自益权和共益权的股权作为一个有机整体,是股东基于出资丧失其对出资物的所有权而享有的参与公司管理并取得相应收益的权利。^[3]股东的股权虽为其个人合法财产,受让人却不能因其受让当然享有原股东对公司享有的股权。因为有限责任公司在一定程度上为人合公司,股东间有高度的信赖关系,受让人可以享有单纯的财产权即自益权;如果股权的继承人、受遗赠人想参与公司的经营、管理、决策等共益权,必须经过其他股东的同意,否则有违有限责任公司股东之间以自愿和信赖为基础的原则。^[4]笔者认为,股权作为一个不可分割的整体,为保护其他股东的权益和不影响公司的发展,应及时对因继承、遗赠、共同财产分割而产生的股权转让的效力进行认定。即继承人或受遗赠人的股权取得须经全体股东同意;如不同意,应购买其股份;若既不同意又不购买,则可视为受让人自动取得原股东的地位,可自由支配其股权;若受让人不愿取得股东地位,则可进入普通股权转让程序,原股东享有优先购买权。

(二)因法院强制执行原股东的财产而发生的股权转让问题

当被执行股东自身财产尚不足以清偿其债务时,为保障债权人的利益,法院可以对该股东的出资进行强制执行,如取消公司设立、强制转让出资、强制抽回出资及解散公司。但笔者认为,部分方法违犯了《公司法》的原则或者不利于公司的发展,较为可行的方法是对其出资即享有的股权进行强制转让,通过股权转让的方式取得其财产权来偿付所欠债务。但是,应该给公司一个合理处理问题的时限,应给其他股东一个合理的考虑期限,以体现公平原则。例如,我国台湾地区《公司法》第一百一十一条规定:“法院依据强制执行程序,将股东出资转让于他人时,应通知公司其他股东于20日内,依出资转让的规定指定受让人,逾期未指定或指定之受让人不依同一条件受让时,视为同意转让。”这样的规定就使得债权人利益保护和公司股东利益保护得以平衡。

(三)董事、监事等的股权转让问题

我国《公司法》规定,有限责任公司的董事、监事、经理均可能由股东出任。那么,担任此职位的股东将会比普通股东享有更多的权利,他们的行为也将对公司产生更大的影响。根据权利、义务相一致的原则,也为了有力地促使和制约公司董事忠实履行职务,应对其股权转让进行限制。我国《公司法》虽就此对股份公司做了限制性规定,但在有限责任公司中并无规定。为了维护普通股东的权利及公司内部的协调稳定发展,应对这些特殊身份的股东股权转让另行规定。例如,我国台湾地区实行“双轨制”的规定,即不担任董事的股东转让出资时,须经全体股东过半数同意;而公司的董事转让出资时,则必须经过全体股东同意。对此规定可进行借鉴,即担任上述职位的股东欲转让股权的应提前辞去其职位;若在职期间擅自转让其股权对公司及其他股东造成损害的,应承担赔偿责任。

(四)对未经半数股东同意而向非股东转让股权的效力认定

原《公司法》第三十五条虽规定了股东转让出资的条件,但在实践中经常发生未经多数



股东同意便向非股东转让股权的情况。对这种股权转让的效力如何认定,学术界有无效论、可撤销论和效力待定论三种观点。笔者认为,除了一种情况外,应按可撤销行为处理,即在其他股东已经明确表示反对转让并提出购买其不同意转让的股权,或者虽同意转让股权但明确表示行使优先购买权的情况下,仍不顾其他股东的反对,强行将股权转让非股东的行为,应定性为无效行为。除此情况外,未经半数股东同意而向非股东转让股权的行为属可撤销行为,理由如下:①从立法目的看,规定股权转让是为了保障股权转让的顺利进行,而不是为了限制转让,因此原《公司法》第三十五条的设计主要体现了程序性的规定。②违反该程序性规定,未必影响当事人的实体权利。因为未征求其同意的这些股东可能同意股权转让或放弃优先购买权,并通过明示或默示的方式作出。明示方式如声明同意转让并放弃优先购买权,默示方式如明知股权转让发生不表示反对或同意变更股东名称登记等,而且同意股权转让,即可在股权转让之前表态,也可事后进行追认。③仅因程序缺陷便认定股权转让为无效行为,既不符合经济与效率原则,又不利于优化社会资源的配置。未经其他股东同意的股权转让行为可能损害反对者购买该股权的权利,但通过设立撤销权的方式,可以对各方当事人的利益予以公平的维护。但是,对撤销权的行使主体和行使期限应有限制。在股权转让关系中,没有对股权转让表示同意或放弃优先购买权的其他股东享有撤销权;转让方因明知违反法律规定,不应享有撤销权;受让方明知或应知股权转让未经其他股东同意并放弃优先购买权的,不能行使撤销权。当事人行使撤销权必须在法定期间内,即自知道或者应当知道撤销事由之日起一年之内。

(五)对当事人限制股权转让其他约定的效力认定

股权转让除前面提到的情形外,股东之间还可能约定向非股东转让股权的其他限制条件,如股权转让应经某大股东同意或董事长、董事会同意,股权转让时其他股东均须无条件同意,等等。这些约定一般比法律规定严格。正确判断这些约定的效力,对法官在当前情况下灵活办案非常必要。笔者认为,除了参照股权转让克服章程限制的办法之外,应将当事人的约定与股权转让行为分开分析。首先,应当认可股东约定股权转让限制条件在股东间的有效性。虽然这些约定与法律规定的股权转让限制条件不同,但法律不禁止自行约定股权转让限制条件,有时在实践中有这种需要。当事人约定的限制条件只在参与约定的当事人间有效,股权转让行为的有效性不影响当事人约定的有效性,两者的效力范围不同。其次,违反法定和约定都要承担法律责任,受到法律制裁。根据以上分析,不难得出以下结论:①当事人违反其特别约定向非股东转让股权的行为应认定为有效。由于限制股权转让约定的相对性,其效力不及于未参与约定的第三人,所以受让人受让股权仅受法律规定条件的限制,不受他人约定的限制。②转让人因其违反特别约定,应承担违约责任,赔偿参与约定的其他股东因此受到的损失。^[5]

参 考 文 献

- [1] 屠美莉.公司法研究——两人公司股东出资流转问题的探究[J].上海市政法管理干部学院学报, 2006,(5):23.
- [2] 朱凌琳.股东权可以继承吗?[N].人民法院报, 2003-4-9:(2).
- [3] 王立新.有限公司股权转让中对公司章程限制的克服[N].人民法院报, 2003-5-7:(3).
- [4] 邹海林.股东向股东以外的人转让出资行为辨析[N].人民法院报, 2003-6-20:(3).
- [5] 甘培忠.论有限责任公司股东的退股权[J].学术探索, 2002,(5):15.

从个案浅议民事合同和行政合同的辨识

段 超*

(中国海洋大学法律硕士教育中心, 山东青岛 266100)

摘要: 合同在公共行政领域日益得到广泛应用, 因此产生的纠纷也日益增多, 而且针对一个具体的合同, 常常会出现是民事合同还是行政合同的认识争议, 并因此影响到这类案件的正常审理。由于我国目前尚没有法定的判断标准, 审判实务中基本上依赖于对这方面的理论研究成果, 而这些理论研究成果提供的标准, 对一个已经产生纠纷并诉诸法院的合同而言, 适用起来则凸显不足, 因此很有必要从实务角度进行进一步探讨。

关键词: 民事合同 行政合同 辨识标准

伴随着现代服务行政的发展以及经营城市理念的一度盛行, 合同化行政已然成为新时代公共行政的一大特色, 由此引发的合同纠纷也日益增多。由于这些合同的当事人一方系政府或者其职能部门而具有一定特殊性, 若处理不慎, 不仅关乎政府在民众中的公信力, 还会滋生不安定因素, 因此应当给予必要的重视。这类合同产生的纠纷的难点是多方面的, 其中对于合同性质的认定即系民事合同还是行政合同显然是首要的方面。笔者结合去年代理的一起个案, 尝试从实务层面对此进行粗浅探究。

一、案情概况

为响应地方政府号召, 1999年7月, 某市政工程养护管理处与自然人程某签订协议, 名称为《某立交桥一、二、三号地下人行通道经营权转让协议书》(以下简称“《协议书》”)。总括起来内容为: 某市政工程养护管理处将该立交桥一、二、三号地下人行通道的经营权有偿转让给程某, 期限30年, 转让费于协议签订后5日内一次性付清; 在不影响规划、通道安全情况下, 由程某自行办理有关手续, 依法经营; 在协议有效期内, 除遇城市规划建设和国家政策及政府指令等不可抗拒因素外, 不得随意解除协议等。

协议签订后, 程某一次性交纳了30年的转让费。随后, 程某对于三个地下人行通道进行装修改造, 开设了商场、旅馆等进行经营, 但是仅办理了门头改造、装修的规划审批手续。2005年7月, 根据市政府的统一安排, 某市政工程养护管理处将包括协议项下地下人行通道在内的市政设施, 移交所在区政府城建局管理。2007年, 市政府下文开展“城市管理年”活动, 其中就包括对协议项下地下人行通道的清理工作。据此, 某区政府清理违法建筑办公室

* 作者简介: 段超(1969—), 男, 山东青岛市人, 中国海洋大学2008级法律硕士研究生, 工作单位为山东万桥律师事务所, 主要从事民法研究。



在限期程某自行拆除未果情况下,强行拆除了其在通道内搭建的所有建筑物和构筑物。随后,某市政工程养护管理处和某区政府城建局联合向程某发出终止协议的通知。

程某认为强行拆除行为和终止协议通知均不对,开始多处上访,后于2008年3月经中级人民法院指定,分别起诉至某区人民法院,其中对终止协议通知所立案案由为“行政合同”。笔者受托代理被告,提出涉案协议应为民事合同而非行政合同的抗辩主张,请求驳回程某的诉讼请求。涉案协议的性质直接决定本次受理是否正确,对此可谓争议很大。一审法院经反复、慎重研究,支持了笔者的意见。

二、理论层面上对民事合同和行政合同辨识的观点

对民事合同和行政合同的辨识,从理论层面上讲,其目的就是从宏观上解决两类合同有何区别的问题,进一步讲,就是通过找出它们之间的区别来树立辨识的标准。众所周知,关于判断标准,我国目前尚没有相应的法律规定,也只能从两类合同的法律特征以及它们之间的区别处着手处理。

笔者注意到,关于两类合同的法律特征和区别,理论界争议还是颇多的,在此不再一一列举,只将通说总括如下:

(1) 合同主体方面。行政合同的当事人必然有一方是行政机关,民事合同的当事人并非如此;当然,有时也有当事人一方是行政机关的情况。

(2) 合同目的方面。行政合同的目的是实现行政管理职能和目标,维护和增进公共利益。行政合同是行政机关实施行政管理即执行公务以实现前述目的的方式。民事合同的目的是实现当事人各自的私法意义上的经济利益。民事合同是当事人双方遵循市场规律进行交易的方式,而非一方执行公务的方式或者结果。

(3) 对合同履行的决定权方面。行政合同中作为当事人一方的行政机关,对行政合同的履行享有行政优益权,即享有单方变更合同内容和解除合同的权利,且对该等权利的享有不以合同中是否有约定为前提。民事合同中的任何当事人一方,均不享有该等权利,除非合同明确有约定或者符合《合同法》规定的法定情形;否则,均不得单方变更或者解除合同。

(4) 合同的救济途径方面。行政合同产生纠纷,其救济途径是行政复议或者行政诉讼,适用的是行政法律法规。民事合同产生纠纷,其救济途径则是民事诉讼,适用的是民事法律法规。

三、在诉讼已发生情况下对理论层面辨识观点的审视

如前所述,由于我国目前尚没有关于如何区别民事合同和行政合同的法定标准,审判实务中主要依赖于理论研究的成果,即以前述通说所总括的四个方面作为辨识两类合同的标准。对此,笔者通过代理前述案件切身感觉到,在诉讼已经发生情况下,毕竟这只是理论层面上的宏观抽象标准,学术意义大于对审判实践的指导作用,适用中应当有所取舍。

首先,对于第一个标准即“合同主体方面”,按照通说,两类合同的区别在于,行政合同的一方当事人必然是行政机关,而民事合同并非如此。一般地,在衡量一份具体的合同性质的时候,审查合同当事人一方或者双方的主体属性到底是不是行政机关,确实是首先要关注的方面。但是,正像通说也认可的,行政机关有时也可以作为民事合同当事人的一方,这就表明合同当事人一方是行政机关不是辨识一份具体的合同是民事合同还是行政合同的排他的和当然的标准。像笔者代理的本案一样,纠纷已经发生且已经先行被作为行政诉讼受理,而当事人一方就是作为行政机关的某市政工程养护管理处和某区城建局,在此情况下,很显然

该“合同主体方面”的标准不再有任何适用意义。

其次,对于第四个标准即“合同的救济途径方面”,按照通说,两类合同的区别在于,行政合同产生纠纷后的救济途径是行政复议或者行政诉讼,适用的是行政法律法规,而民事合同产生纠纷后的救济途径则是民事诉讼,适用的是民事法律法规。笔者认为,从通说的表述本身就可看出,这是在已经辨识清楚一份具体的合同是民事合同还是行政合同的基础上,就其纠纷解决途径和适用法律之如何正确选择所做的结论,也就是说,这是确定适用何种正确程序和法律的标准,而非合同性质辨识的标准。若结合笔者代理的本案就更加一目了然了。诚如前述,本案先行已经按照行政诉讼受理并进入审理程序,所诉争的就是根据涉案合同的性质评判该已经进入的程序是否正确,因此该先行程序是被评判的对象,且要以涉案合同的性质作为评判标准,显然,对涉案合同的性质的辨识在前、对先行程序的辨识在后。扩而言之就是,对一个已经发生纠纷并已经诉诸法院的具体合同而言,无论法院是按照行政还是民事受理的,均不能以立案初始预定的程序作为确定涉案合同性质的依据,因此该“合同的救济途径方面”的标准也不再有任何适用意义。

排除了通说中的第一个和第四个辨识标准,剩下的就只能从第二个“合同目的”和第三个“对合同履行的决定权”两个方面来衡量了。笔者代理的本案的一审结果表明,该两个标准确实堪当此任。

四、“合同目的”和“对合同履行的决定权”两个辨识标准在个案中的具体应用

众所周知,相对于个案而言,理论总是过于原则和概念化,而个案则是具体的,因此仅仅了解了“合同目的”和“对合同履行的决定权”两个辨识标准的理论内涵尚不够,还要注意它们在各案中的具体应用。

(1) 将作为当事人一方的行政机关的行政管理职能与合同内容相对比,区分该行政机关行政管理之目的与涉案合同的“合同目的”之异同,继而正确辨识涉案合同的性质。

按照通说,两类合同在合同目的方面的区别标准在于:行政合同的目的是实现行政管理职能和目标,行政合同是行政机关实施行政管理以实现前述目的的方式;民事合同的目的则是实现当事人各自的私法意义上的经济利益,而非一方执行公务的方式或者结果。

根据以上表述可以看出,在使用“合同目的”的标准辨识一份具体的合同是否构成行政合同时,首先就要准确把握作为当事人一方的行政机关的行政管理职能。只有如此,才能弄清其职责所赋予其要实现的目标即公共利益是什么,对比其在所签合同中要实现的利益到底是公共利益还是私法意义上的经济利益,以及与其本有职责所赋予实现的公共利益是否一致,在此基础上才能进一步确定其所签合同之行为是否是实施行政管理即执行公务的方式,以及所签合同是否是行政合同。

具体到笔者代理的本案,正是按照前述方式将“合同目的”标准进行适用并达到辨认的目的,具体为:

首先,根据有关法律法规的规定,锁定某市政工程养护管理处的法定职责。这些规定有:国务院颁布的《城市道路管理条例》第二条和第六条;《×市市政设施管理办法》第三条、第四条、第九条和第二十七条等。综合前述规定,笔者指出,涉案的三个地下人行通道属于市政设施,某市政工程养护管理处是法定的政府主管部门,其法定职能是监督管理、养护、维修,目标是保持市政设施完好状态,而没有处分和经营的职能。

其次,展示涉案协议本身的约定情况,即三份协议的名称均为“地下人行通道经营权转让协议书”,均约定了30年转让期限且一次性收取一定数额的转让费,约定的均是同意程某



在通道内开设商场以及三份协议均出现了“租用期间”的表述等。

再次,将两者进行对比分析。由于先行锁定的某市政工程养护管理处对市政工程设施的职能中,并没有处分和经营职能,而所展示的涉案三份协议的相关约定都是以转让和经营为内容的,因此通过对比足以得出以下结论,即涉案协议不是该管理处为了实现自身的行政管理职能而签订的。在此基础上,再联系地下人行通道的固有用途就是满足人行需要这一常识,进一步指出该管理处通过涉案协议同意程某在通道内开设商场经营,也不是为了实现其法定的保持市政工程设施完好状态的目标,而是通过将该通道有偿交付给程某经营而达到响应上级号召盘活国有资产的目标。据此可以看出,涉案协议的目的与某市政工程养护管理处基于法定职责所赋予的目的和目标明显不同,协议体现的是私法意义上的经济利益,某市政工程养护管理处的签约行为完全是自己职能外的民事处分和经营行为,显然不是其实施行政管理以实现自身管理职能和目标的方式。

最后,为了强化前述观点,笔者还进一步指出了涉案协议真正的属性,即名为经营权转让实为地下人行通道空间的租赁。由于涉案通道并非可以经营的场所,在与程某签约前,某市政工程养护管理处在此也没有建设可供经营的设施,而通过协议就是要将空置的通道有偿交付给程某自办手续、自添设施开办商场用于商业经营,因此协议虽然冠以“经营权转让”的名义,实际无经营权可供转让即该标的物根本就不存在,真正存在的就是通道本身即协议标的物为通道的空间。据此,双方之间通过协议建立的关系的实质是将通道空间30年的使用权出租给程某用于经营的租赁合同法律关系。这一法律关系,显然是民事而非行政合同的范畴。

(2)从涉案合同关于对合同履行决定权的条款约定以及履约过程中作为当事人一方的行政机关的行为表现方面衡量该行政机关是否享有行政优益权,从而正确辨识涉案合同的性质。

按照通说,两类合同在对合同履行决定权方面的区别标准在于:作为当事人一方的行政机关,对合同的履行是否享有行政优益权,即是否享有单方变更合同内容和解除合同的权利,且该等权利的享有不以合同中是否有约定为前提。

根据以上表述可以看出,在适用“对合同履行的决定权”的标准辨识一份具体的合同是否构成行政合同时,尽管有不受合同是否有约定为前提的说法,但是合同是如何约定的,仍然应是首先要关注的方面。至于不受合同是否有约定为前提的问题,笔者认为最重要的就是要看合同履行过程中,作为当事人一方的行政机关是如何作为的,具体而言,就是其是按照合同作为的还是撇开合同依职权作为的。笔者代理的本案对该辨识标准的适用情况如下:

首先,从涉案协议本身的约定入手,认定某市政工程养护管理处不享有行政优益权。涉案三份协议在此方面的约定均是一致的,即第三条“甲方(即某市政工程养护管理处)责任”中的约定为“在协议有效期内,除遇城市规划建设和国家政策及政府指令等不可抗拒因素外,不得随意解除协议”,第四条的约定为“甲、乙(即程某)双方均不得随意提前解除合同,任何一方违约,应承担由此给双方造成的直接经济损失”。根据前述约定,非但某市政工程养护管理处不享有单方解除合同的权利,相反,还对其解除权进行了严格的限制,即除明确约定的城市规划建设和国家政策及政府指令等不可抗拒的因素外,其“不得随意”解除。基于这样的约定,在对协议履行的决定权方面,非但其不享有行政优益权,甚至其在这方面的权利还低于程某。

其次,从涉案协议履行的过程看,认定某市政工程养护管理处也未行使过行政优益权。庭审查证的事实显示,涉案三份协议签订后,某市政工程养护管理处从未依职权单方提出过变更、废止协议的主张,亦未发生过依职权干预协议履行的其他情况。至于2007年其与接手管理的某区城建局联合向程某发出的终止协议通知,根据该通知的内容,是以政府清理之指