

【公司诉讼机制专题主持人:王建敏教授】

股东间诉讼的司法救济

王建敏,管程程

[摘要] 股东诉讼制度作为股东权益的主要救济路径,是我国公司法律制度的重要组成部分。自新公司法修订以来,我国开始涉足以股东直接诉讼和股东派生诉讼为基本内容的股东诉讼制度。在涉及公司内部纠纷的诉讼中,虽然很大部分是公司侵犯股东的合法权益或公司怠于行使权利而损害了股东的权益,但是股东之间的纠纷还是时有发生。因此,股东间诉讼问题的研究不容忽视。本文就股东间诉讼的相关问题,主要包括诉讼的类型,诉讼适用一般诉讼程序的可能性以及实践中需要注意的问题等方面进行粗浅的探讨。

[关键词] 股东间诉讼;优先认购权;控股股东;诉讼程序

.....

“救济走在权利之前,无救济即无权利”。这句古老的英国法谚告诉我们,尽管法律对公民的权利、自由规定的很完备,列举的很全面,但是如果这些权利、自由受到了侵犯,公民却无法获得有效的法律救济的话,那么,这些所谓法律上的权利、自由也将只是一纸空文。据此,作为公司成员的股东所享有的权利也要有相应的救济来保证其实现,对股东权益保护程度如何,不仅直接关系到股东自己的切身利益,也关系到公司的雇员、经营者、债权人甚至是全社会的利益。在公司制度较为发达的国家,股东权益的司法救济成为股东权的必备要件之一,股权的可诉性正是基于对股东权益的保护而产生的司法救济途径之一,其实质是司法机关对股权的公力保护。

一、股东诉讼制度的理论分析

股东诉讼是保护股东权利的一项重要制度,其对公司治理结构的完善也是至关重要的,通过赋予股东诉权,对公司董事及董事会形成一种实实在在的约束,起到对董事及董事会权力的制约作用。

公司股东诉讼包括股东直接诉讼和股东派生诉讼^[1],前者又分为股东个人诉讼和股东代表人诉讼^[2]。在英美公司法理中认为,之所以划分直接诉讼和派生诉讼的原因在于股东作为公司的一分子可以享有性质不同的两种权利,即个人成员资格权利和公司成员资格权利。当个人成员资格权利受到侵犯和产生各种争执时,股东个人可以自己的名义提起直接诉讼,此种权利不受公司大多数股东决议的影响;而当作为公司成员资格的权利受到侵犯或损失,一般情况下只允许公司提起诉讼,只有在某些例外

基金项目: 本文是教育部人文社会科学研究项目“公司诉讼机制研究”(项目编号:08JA820023)和中国法学会2008年部级法学研究课题《公司诉讼归类及程序机理研究》(项目编号:D08035)的成果之一。

作者简介: 王建敏,女,山东经济学院法学院教授,硕士生导师,法学院副院长兼法与经济·管理研究中心副主任,中国商法学会理事,研究方向:商法学。管程程,女,山东经济学院民商法学08级硕士研究生;研究方向:商法学。

[1] 股东派生诉讼(derivative action)又称股东代表诉讼、衍生诉讼、代位诉讼,是指当公司的合法利益受到他人侵害,尤其是受到大股东、董事、高级管理人员的侵害,而公司董事会、董事会成员、监事会、监事会怠于或者拒绝行使诉权时,股东以自己的名义为了公司利益提起诉讼,要求侵害公司权益者赔偿公司损失,通过司法途径保护公司权利的法律制度。

[2] 股东代表人诉讼(representative action),是指公司成员的不适行为使公司中某类性质的股东遭受损害,股东基于其个人以及和他处于同一股东地位的其他股东的权利而对公司或者第三人提起的诉讼。

的情形下允许公司的一定成员以公司的名义提起诉讼。

(一) 股东直接诉讼制度

股东直接诉讼是指,股东为保护其自身利益而基于股份所有人的地位向其他侵犯自己权益的公司、董事、监事或其他股东提起的诉讼。该诉讼是股东为了自己的利益而提起的,因而其性质是一种自益权。我国《公司法》22、34、75、144、183条规定了股东的自益权,股东可以基于该法律规定行使直接诉讼的权利,其目的在于防止公司及公司控制人滥用权力而损害中小股东的利益,弥补公司治理结构中的不足。

(二) 股东派生诉讼制度

股东派生诉讼是英美法国家创设的一种独特的责任机制,其最初是以判例法的形式出现的。讨论股东派生诉讼,不得不提起福斯诉哈博特(Foss v. Harbottle)规则^[1]。该规则明确了资本多数决规则,实际上则是否定了少数派股东有代公司之位提起诉讼的权利。审理该案的Wigram VC法官首次明确指出,如果多数派股东合法的追认了不当行为,则法院就不会加以干预。但换个角度来看,该判决意味着,如果公司会议无望采取行动,则少数派股东就能够提起诉讼,即使那些可以由多数股东在法律上追认的事项也是如此。由此可见,在英国,股东派生诉讼必须依据福斯诉哈博特规则的例外才能提起,其对股东派生诉讼的提起是持严格态度的,只有在非常例外的情形下,少数派股东才得以允许以自己的名义作为原告提起诉讼。

股东代位公司提起诉讼的权利,是何种性质,学界颇有争议,但概括来说主要有以下三种观点:

1. 自益权说(又称债权人代位权说)。持此观点的为日本学者松田二郎。他认为,股东派生诉讼的诉权在实体上表现为债权人的代位权,主张股东因持有股份并享有股利分配请求权而成为债权主体,为保全债权,代位公司行使对侵权人的损害赔偿请求权。因此认为其为自益权。

2. 他益权说。该学说认为,股东派生诉讼是以公司受到不法行为侵害为条件,以公司消极行使诉权为前提的,该诉讼完全是为了维护公司利益不受侵害而提起的诉讼。因此,是一种他益权。

3. 共益权说。其目前为日本学界的通说,所谓共益权是指股东为保护其自身权益及公司利益为目的所行使的权利。股东派生诉讼是股东监督公司控制权人不当或不法行为的一种权利,其提起诉讼并非仅仅为了自身权益,而是及于公司整体的利益。胜诉的效果直接为公司所享有,当然,作为公司的股东也会间接受益。笔者也赞同这一观点,即股东派生诉讼的提起权为共益权。

通过以上分析,笔者认为,公司少数股东要提起股东派生诉讼,必须满足以下四个要件:(1)公司利益遭受不法侵害,尤其是受到公司控制权人的侵害;(2)公司怠于起诉或拒绝追究侵权人的责任;(3)股东要以自己的名义,而非以公司名义起诉;(4)股东非为自身利益,而是为公司利益而提起诉讼。

考虑到我国众多股份公司,尤其是上市公司中国有“一股独大”和公司多被大股东控制的格局,在我国赋予股东诉权有着重要的意义。鉴于此,最高人民法院《民事案件案由规定(试行)》在第2部分“权属、侵权及不当得利、无因管理纠纷案由”中专门设有股东纠纷的案由,其中包括股票交付请求权纠纷、股权转让侵权纠纷、优先认购权纠纷以及股东会议表决权纠纷等。本文将在研究股东诉讼制度的基础上,专门探讨股东间的诉讼问题。

[1] 即公司少数股股东不得因公司出现差错便起诉,也不得就公司内部不守纪律的情形而起诉。

二、股东间诉讼的内涵与外延

何为股东间诉讼？我们可以理解为，该诉讼的双方当事人均是公司的股东，其可以是同一个公司的也可以分属于不同的公司，而且只要出席诉讼的原被告方均是股东就可，而不管是以谁的名义，代表了谁的利益，笔者将此暂定为广义上的股东间诉讼。那么何为狭义上的股东间诉讼？我们可以将之界定为，除了原被告均要是股东外，且属于同一公司，并以股东自己的名义，为保护股东的直接或间接利益提起的诉讼。本文探讨的是狭义上的股东间诉讼。鉴于此，笔者将股东间的诉讼分为两大类：其一，一般意义上股东间权益纠纷诉讼；其二，控股股东侵权的纠纷诉讼，包括中小股东的权益保护问题。

（一）一般意义上股东间权益纠纷诉讼

这类诉讼主要是基于股东权产生的，如上述最高人民法院《民事案件案由规定（试行）》第2部分规定的股东纠纷案件案由。在这里仅就实践中发生频率较高的股东新股优先认购权诉讼进行粗浅的分析。

所谓股东新股优先认购权是指股东基于其公司股东的资格和地位，在股份公司发行新股时，优先于一般人按照自己原有的持股比例认购新股的权利。一般新股的定价要低于股票市价，从而使优先购买权具有实际的价值意义。

1. 有限责任公司股东之优先认购权诉讼

我国《公司法》已明确规定有限责任公司股东的新股优先认购权，因此，根据《公司法》第35条之规定，只要没有经过全体股东的一致同意决定不按出资比例优先认缴出资，股东就当然享有按出资比例的新股认购权。如果股东会做出的增资决议，新股分配的比例不符合股东的原有出资比例，股东即可根据《公司法》第22条之规定，以股东会的决议内容违反法律、行政法规的规定为由提起诉讼，要求判决股东会决议无效。

2. 股份有限公司股东之优先认购权诉讼

相比而言，股份有限公司仅有《公司法》第134条涉及了股东的新股认购权问题，规定由公司股东大会决议是否向原有股东发行新股及发行新股的种类和数量。其为任意主义的立法态度，因此，在股东大会发行新股的决议限制或剥夺了股东的新股优先认购权时，我们可以分两种情形进行探讨：

第一，如果在公司章程中规定了股东享有新股优先认购权，那么受侵害的股东可以公司章程为依据来对抗股东大会的决议，请求行使其新股优先认购权。如果股东的请求不能得到保障，则可以依《公司法》第22条的规定，以股东大会的决议内容违反公司章程为由，向人民法院提起撤销之诉，要求股东大会重新做出决议，保护股东的新股优先认购权。

第二，如果公司章程没有具体规定股东的新股优先认购权，那只有在股东大会关于公司发行新股的决议中未明确表明“向原有股东发行新股的种类及数额”时，该决议的内容才会因违反法律规定而无效。而当股东大会在决议明确决定不向原有股东发行新股或者只向原有股东发行部分新股时，则不能认为其违反《公司法》的规定，在这种情况下，如何保护股东的新股优先认购权呢？笔者认为，如果股东大会被大股东控制，其故意不向原有股东分派新股，而向公司外有关联关系的第三人发行新股，受侵害的股东可依据《公司法》第20条的规定：“公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益。”请求侵权股东承担损害赔偿责任。这一现象实际上是公司的部分股东出于某种目的，通过利用资本多数决策原则，操纵股东大会从而损害其他股东的权益。此情形，即属于本文所称的股东间诉讼。

据此，笔者认为股东间新股优先认购权之诉的特征表现在，其一，该诉讼的前提条件是股东的优先购买权受到其他股东的侵害。其二，该诉讼的性质是给付之诉，即受侵害股东要追究侵权股东的责任，

如果受侵害股东超过 10 人以上,那么可以适用代表人诉讼。

(二) 控股股东侵权之诉

我国《公司法》第 217 第 2 项规定,控股股东是指其出资额占有限责任公司资本总额 50% 以上或者其持有的股份占股份有限公司股本总额的 50% 以上的股东;出资额或者持有股份的比例虽然不足 50%,但依其出资额或者持有股份所享有的表决权已足以对股东会、股东大会的决议产生重大影响的股东。

1. 控股股东侵权的一般概述

控股股东和公司及其他股东间的矛盾纠纷永远是公司诉讼的焦点。尤其是我国的上市公司中“一股独大”,董事会基本上是由控股股东控制的局面,这就使中小股东的利益保护处于弱势状态,这样就使得中小股东迫切需要一种救济手段,司法救济无疑是最佳的选择。

实践中控股股东侵权纠纷中常见的有:(1)滥用公司控制权;(2)侵吞公司财产;(3)溢价出让控制股份等。在公司运作过程中,由于贯彻的都是“资本多数决原则”,从某种意义上,股东股份的量决定了股东权利的“质”。因此,大股东与中小股东在对公司的控制力上,相差是相当悬殊的。

从法理的视角看,控股股东侵权纠纷一般是控股股东利用“资本多数决原则”,滥用其对公司的控制权,^[1]侵害公司利益,损害中小股东合法权益而产生的纠纷。虽然从公司的管理结构来看,大股东由于投入的比较多,因而就具有更大的权力,其与公司的利益也联系的更为紧密,享有对公司的控制权也是必要的。但是,正如波斯纳同意边沁所说的,人在各个生活领域都是自己满足度的理性最大化者。掌握了公司控制权的股东难免不会寻求私利,滥用他的控制权,从而损害中小股东的合法权益。

与大股东滥用控制权相对应的,就是禁止权利滥用。我国《公司法》第 20 条第 2 款规定,“公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的,应当依法承担赔偿责任”。第 21 条接着规定,“公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益”,“违反前款规定,给公司造成损失的,应当承担赔偿责任”。

2. 中小股东的权益保护

《公司法》第 4 条规定了股东的权利,即“公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利”。由此可以得出,中小股东的权益与大股东的权益一样是受公司法保护的,但现实中,由于控股股东的控制地位,侵害中小股东的实例时有发生。因此,中小股东迫切需要一套属于他们自己的救济措施,来保障自己的合法权益。

依据文章开始部分的论述,在股东个人诉讼,股东代表人诉讼^[2]以及股东派生诉讼三种股东诉讼形式当中,股东个人诉讼与代表人诉讼完全是为了他们自身的利益,是基于自益权而提起的。股东派生诉讼本质上不同于股东个人诉讼和代表人诉讼,一般认为股东派生诉讼在性质上属于共益权。^[3] 在此种诉讼下,公司利益得到保全的同时,公司股东也会随之间接受益。笔者认为,该利益属于股东的间接利益。据此,可以认定,股东派生诉讼也属于狭义股东间诉讼的范畴。

实践当中,中小股东在自己的合法权益受到侵害时,可以根据具体情况而提起股东个人诉讼或者代表人诉讼或者股东派生诉讼。

在此有必要论述一下股东派生诉讼中的被告问题。公司法第 152 条对股东派生诉讼的适格的被告表述为:“董事、监事、高级管理人员”和“他人”。虽然此条款对公司内部人员仅列举了三种,但公司中的控股股东和其他股东以及实际控制人等亦应解释为属于该适格的被告的范围,这些人均可包含在“他人”之中。因此,我国派生诉讼的适格的被告不仅因该包括公司的内部人员,也应包括公司之外的

[1] 参见股召良《公司控制权法律问题研究》,法律出版社 2001 版。

[2] 参见张民安《派生诉讼研究》,载《法制与社会发展》1998 年第 6 期。

[3] 参见刘俊海《论股东的代表诉讼提起权》,法律出版社 2008 版。

任意第三人,即凡是对公司实施了不正当行为而对公司负有民事责任的人,在公司怠于行使其诉权时,都可成为派生诉讼的被告。由此可以看出,派生诉讼的被告可以是公司的控股股东也可以是其其他股东。

关于派生诉讼的特点可以从三个方面理解:首先,从股东派生诉讼的定义中我们可以看出其原告一定是公司股东,而且是以股东自己的名义提起诉讼。其二,股东提起派生诉讼的前提条件是公司的合法利益受到他人侵害,而公司董事会、董事会成员、监事会、监事怠于或者拒绝行使诉权。其三,“为公司的利益”是股东提起派生诉讼的必要条件,也是该制度存在的合法性基础。这里的公司的利益首先应该体现为经济利益,而公司都是以赢利为目的的,因此,有利于公司利益的行为在经济上只能体现为收益大于成本的行为。

与股东派生诉讼不同的是,在股东直接诉讼中股东完全是为了他们自身的利益,是一种自益权的行使。在股东代表人诉讼中,如果诉讼成功,其他受到损害的当事人可以直接提起损害赔偿请求。

三、股东间侵权在司法救济中适用一般诉讼程序的可行性

一般诉讼程序指的就是民事诉讼的普通诉讼程序。股东间诉讼适用一般诉讼程序的可能性也就是指股东间诉讼的诉讼类型、案由、当事人是否都满足民事诉讼的提起条件,即如果诉讼类型正确,案由正当,当事人适格那么就可以适用民事诉讼的一般程序,反之则不能适用。

(一) 股东新股优先购买权之诉适用一般诉讼程序的可行性

1. 诉的类型

新股优先认购权之诉指的是当公司发行新股时,因拒绝给予或者未充分给予原公司股东按照公司章程或者公司法相关规定而应有的新股优先认购权,股东请求法院判决公司新股优先认购决议无效的诉讼。因此,此诉讼的类型是形成之诉。而本文中讨论的股东间优先认购权之诉,笔者认为应当属于给付之诉的范畴。

2. 案由

最高人民法院《民事案件案由规定(试行)》在第 2 部分“权属、侵权及不当得利、无因管理纠纷案由”中专门设有股东纠纷的案由中就包括优先购买权纠纷。“优先购买权”有些人认为仅仅适用于股份转让过程中,但是根据最高人民法院研究室主编的《〈民事案件案由规定(试行)〉解释》的解释,这里的“优先认购权”指的就是新股认购权而不是股份转让过程中的优先购买权^[1]。因此,笔者认为新股优先认购权纠纷可以适用“优先购买权纠纷”案由而提起诉讼。

3. 当事人

新股优先购买权之诉的侵害主体也就是原告是权利受到侵害的公司股东。被告为侵害其合法权益的股东,而且当受侵害股东人数超过 10 人的,还可以提起代表人诉讼,也以侵害股东为被告。

综上所述,除了诉讼类型是固定,各地区法院可以取得一致外,案由和当事人的认定都是有分歧的,所以这就可能造成不同的法院选择不同的诉讼程序。但是这并不排除此类诉讼适用一般诉讼程序的可能性,即只要诉讼原告是与案件直接的利害关系,被告明确,有具体的诉讼请求和事实、理由,属于法院受理范围并受法院管辖,那么就可以适用一般民事诉讼程序。

[1] 参见最高人民法院研究室编《民事案件案由规定(试行)解释》,法律出版社 2001 版,第 360 页。

(二) 控股股东侵权之诉适用一般诉讼程序的可行性(以股东派生诉讼为例)

股东派生诉讼制度起源于英美,许多大陆法系国家引入了这一制度,但是在实际操作过程中,由于没有注意整体的协调与具体操作的细化,因此在司法实践过程中遇到了许多问题。我国《公司法》在152条规定了股东派生诉讼制度,但无论是概念的解释还是有关程序的操作方面均具有较大的弹性。

1. 股东派生诉讼的“前置程序”

为防止股东滥用诉权或者其他股东重复起诉,股东派生诉讼的提起首先要满足一个“前置程序”。股东派生诉讼是股东代公司之位行使诉权,如果公司决定自己行使此诉权,那么股东应该尊重公司。也就是说,在股东代为公司提起派生诉讼之前,股东必须先行向公司董事会或者监事会提起请求,请求公司对侵害人提起诉讼,未获成功才可以以自己的名义代公司起诉。也就是《公司法》所规定的“竭尽公司内部救济”之规则。

2. 股东派生诉讼的当事人

根据我国《公司法》第152条的规定,我国股东派生诉讼的提起人可以为“有限责任公司的股东、股份有限公司连续180日以上单独或者合计持有公司1%以上股份的股东”。

股东提起股东派生诉讼一般是为了公司的利益,但是也不排除其为了自己的私利或者个人目的,为了防止股东滥用诉权,各国公司法通常都设置一些限制条件。比如,英美法通常会要求起诉股东必须满足“同时持股原则”,即从侵权行为发生时起至诉讼结束时止,股东必须持有公司的股份,防止“购买诉讼”的出现^[1]。我国《公司法》并不要求股东在侵害行为发生时具有股东身份,但是,在我国公司法修订前最高人民法院草拟的《关于审理公司纠纷案件若干问题的规定》(征求意见稿)采取的恰恰是“同时持股原则”,其第44条规定:损害公司利益行为发生时持有并且持续持有公司股份的股东可以提起股东派生诉讼。

关于股东代表诉讼的被告,《公司法》规定董事、监事、高级管理人员以及侵犯公司合法权益的其他人均可以成为股东派生诉讼的适格被告。随着理论与实践的深入,被告的范围也得到了扩展,股东、发起人等也可以作为被诉对象。日本的公司法在改革时就将发起人、清算人、以不公正价格认购新股的人、借行使股东权利之机从公司获得不正当利益的股东列入了被告的范围。^[2]

3. 案由

股东代表诉讼中当事人所主张的实体权利包括:第一,原告股东是否具有派生诉讼的提起权;第二,侵权人是否侵害了公司的合法利益。这也是法院在审理股东派生诉讼中首先要审查的。

如上所述,股东派生诉讼也是符合民事诉讼普通程序的要求的,在具备了所有起诉的请求后,笔者认为股东派生诉讼是可以适用一般诉讼程序的。

四、股东间侵权之诉在司法实践中必须注意的问题

股东诉讼是我国公司法律制度中的重要组成部分,修订后的公司法中规定了有限责任公司和股份有限公司的股东诉权。这对维护股东权益有着深远的意义,在鼓励股东积极行使诉权的同时必须注意以下问题。

[1] 参见施天涛《公司法论》,法律出版社2006版,第142页。

[2] 参见周剑龙《日本公司法制现代化中的股东代表诉讼制度》,载《南京大学学报》2006年第3期。

(一) 管辖权问题

股东间诉讼案件诉讼管辖权的确定是一个非常重要的问题。其原则上应按照《民事诉讼法》中的规定来处理,即侵权行为发生地,原告住所地均可以成为诉讼管辖地。但在具体实践中,管辖地的确定不仅要方便各方当事人参加诉讼,还应考虑到方便法院对案件的审理。特别是涉及到董事、监事、控股股东以及实际控制人的侵权行为,这些行为往往发生在公司所在地。因此,为了方便调查取证、传讯当事人、减少诉讼成本和提高诉讼效率,由公司所在地的人民法院管辖更为合理。

(二) 诉讼担保问题

现在很多国家为了防止原告滥用诉讼权利,要求原告在诉讼时提供诉讼担保。例如美国某些州的公司法规定,经被告请求,原告尤其是那些相对持股比例较低或绝对持股量不足一定份额的小股东,其应该提供数量适当的担保,以备原告败诉时用于偿还被告因该诉讼而支出的费用。根据我国的现实情况,公司法对原告持股数额做出限制后,不应再令原告提供担保,即使原告败诉并为此承担责任,其所持有的股份即可作为其责任的担保。否则很容易挫伤中、小股东提起派生诉讼的积极性。

(三) 诉讼费用及其他费用的承担

在股东派生诉讼中诉讼费用及其他费用的承担,我们应该从以下几点进行考虑。第一,在原告股东的诉讼请求成立的情况下,诉讼费用应该由被告来承担。对于原告在诉讼中的各项其他合理支出,例如误工费,律师费等,可以参照其他国家的做法,由公司来承担。因为原告是为了公司的利益而提起的诉讼,在胜诉后又不能获得直接的收益,只能间接的和其他股东一样从公司得到间接收益。第二,在原告诉讼请求不成立时,如果原告股东是善意的,那么原告的诉讼费用和其他合理支出也应由公司来承担。因为任何的诉讼都存在风险,原告是为公司的利益而提起的诉讼,诉讼的受益者是公司,如果败诉的风险却要由提起诉讼的股东来承担,这显然是不合理的。当然如果股东在提起诉讼时是出于恶意,那么诉讼费用和其他支出应由原告自行承担。公司的权益如果受到该恶意诉讼的侵害,有权向恶意股东请求赔偿。

五、小结

经以上论述,我们可以看出股东之间若出现纠纷,无不外乎是大股东侵权,中小股东的利益受到侵犯。这是因为公司的决策主要是依照资本多数决策原则作出,所以,难免会出现大股东为了自身利益而忽视或者侵犯中小股东利益的情况。因此,股东间诉讼制度的研究是十分必要的。其不仅有助于完善我国的股东诉讼制度,也有助于为股东权益的实现提供更好的司法保护,同时对公司的治理结构优化也有着深远的意义。

(责任编辑:王建敏)

股东对公司的诉讼及其程序机理探索

赵信会,张 慧

[摘要] 股东对公司的诉讼是股东纯粹为了维护自己的利益而向公司提起的诉讼。我国新《公司法》对此也做了许多相关规定,但是很多股东对公司诉讼程序方面的问题并没有做全面的规定。鉴于此,本章从股东对公司诉讼的类型和特点,以及一般诉讼制度对该诉讼的非适用性、对外国相关制度的借鉴、股东对公司诉讼的程序构建等方面对其进行探讨。

[关键词] 公司诉讼;非适用性;程序构建

.....

公司、公司内部各种利益群体或个体之间在利益面前不可避免地会产生矛盾和纠纷,这些矛盾和纠纷如果不及时解决,肯定会影响公司的发展,其中股东对公司的诉讼就是其中一种矛盾的表现形式。新《公司法》赋予了股东比以往更多的权利,使股东的权利能得到更好的保护。新《公司法》规定了中小股东的权益受到侵害时候的救济方式、不能行使知情权时候的诉讼救济及股东的退股权和请求解散公司的权利。但是对于股东对公司诉讼的程序问题并没有根据自身诉讼所具有的特点作出相应的规定。目前国内也有许多学者对公司诉讼作了相应的研究,但是并没有学者对股东对公司的诉讼专门拿出来进行研究。本章主要从股东对公司诉讼的类型及特点、一般诉讼制度对该诉讼的非适用性、国外相关制度的借鉴、股东对公司诉讼程序的构建四个方面对股东对公司的诉讼进行了研究

一、股东对公司诉讼的类型及特点

(一) 股东对公司诉讼的类型

股东对公司的诉讼是指股东为实现自己作为股份所有者而拥有的某项利益的诉讼,主要包括以下几种类型:

1. 股东(大)会或董事会决议确认无效或撤销诉讼

根据新修订的《公司法》第 22 条规定,股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或公司章程,或者决议内容违反公司章程的,股东可以自决议作出之日起 60 日内,请求人民法院撤销。股东按照前款提起诉讼的,人民法院可以应公司的请求,要求股东提供相应的担保。根据第 3 款的规定,股东可以提起确认股东会或者股东大会、董事会决议无效或可撤销的诉讼。

2. 股东要求查阅公司会计账簿之诉

新《公司法》34 条规定,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。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。

基金项目: 本文是教育部人文社会科学研究项目“公司诉讼机制研究”(项目编号:08JA820023)和中国法学会 2008 年部级法学研究课题《公司诉讼归类及程序机理研究》(项目编号:D08035)的成果之一。

作者简介: 赵信会,男,法学博士、博士后,山东经济学院法学院副院长、教授,硕士生导师,中国民事诉讼法学会理事,研究方向:民事诉讼法学、证据法学;张慧,女,山东经济学院民商法学 08 级硕士研究生,研究方向:商法学。

3. 保护股东分红权和新股认购优先权的诉讼

这一诉讼主要体现在新《公司法》第35条中,第35条规定:除特殊约定外,公司如果不按股东实缴的出资比例分取红利以及公司发行新股时不按照出资比例优先认缴出资时,利益受损的股东可以向人民法院提起诉讼。

4. 有限责任股东退出公司的诉讼

新公司法规定了异议股东股权回购权,并在新《公司法》第75条中对公司股东退出公司的情形作了规定:(一)公司连续五年不向股东分配利润,而公司连续五年盈利,并且符合本法规定的分配利润条件的;(二)公司合并、分立、转让主要财产的;(三)公司章程规定的营业期限届满或者章程规定的其他解散事由出现,股东会会议通过决议修改章程使公司存续的。有上述三种情形之一的,对股东会该项决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权。如果自股东会会议决议通过之日起60日内,股东与公司不能达成股权收购协议的,股东可以自股东会会议决议通过之日起90日内向人民法院提起诉讼。

5. 股东请求解散公司的诉讼

由法院通过司法裁判的方式解散公司是各国普遍采用的终止公司法人资格的方法。我国《公司法》183条的规定,公司经营管理发生严重困难,继续存续会使股东利益受到严重损失,通过其他途径不能解决的,持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东,可以请求人民法院解散公司。

(二) 股东对公司诉讼的特点

根据上面股东对公司诉讼类型的分析,主要从五个方面论述了股东对公司诉讼的特点:

1. 从诉讼构成要素上来看,作为原告的股东仅具有股东的身份和地位,是以自己的名义为维护自己的利益进行的诉讼,与股东为了维护公司利益而以自己的名义提起诉讼是不同的。在股东(大)会或董事会决议确认无效或撤销诉讼中,只要具有股东的身份就可以提起诉讼。但在股东为了维护公司利益而以自己的名义提起诉讼时,必须符合很多条件才能进行诉讼,例如持有一定的股份到达一定期限、诉讼前置的要求等。当然股东对公司的诉讼虽是个别或者少数股东对公司提出,但在多数情况下常常涉及其他股东的权益。这种涉及利益的扩散性表现在两个方面:一是由于其他股东与公司存在法律上的利害关系,对于这种利害关系学界有认为是社员权的,有认为是债权的,不管从哪一种角度公司在诉讼中的胜败得失都有可能对起诉股东以外的其他股东产生影响;二是股东对公司诉讼的许多类型中,诉讼标的不仅对作为原告的起诉股东和被告公司有关,而且与其他股东有关,换句话说,诉讼标的对起诉股东以及其他股东具有利益上的一体性。

2. 从诉讼的目的来看,股东对公司的诉讼是为了股东的自身利益提起的诉讼,若是胜诉,则取得的利益会完全归于股东。而在股东派生诉讼当中,若是胜诉,利益则归于公司所有。当然,起诉股东起诉的直接目的是实现自己的利益,但在客观结果上影响其他股东的权益,故可以说,股东对公司提出的诉讼对其他股东有利益上的波及性。

3. 从股东享有的诉权来看,在股东对公司的诉讼当中,作为原告的股东,既享有程序意义上的诉权,又享有实体意义上的诉权。而在派生诉讼中,实体意义上的诉权实际上是属于公司所有,实体意义上的诉权和程序上的诉权是分离的。而股东对公司的诉讼中,实体意义上的诉权和程序意义上的诉权是统一的。

4. 从当事人的举证能力看,股东对公司提起的各种诉讼类型中,原、被告双方的举证能力不平衡,一般情况看作为原告的股东的举证能力相对于被告而言比较弱。因为诉讼中涉及到的许多可以作为证据的文件、信息大多为被告公司所控制,例如在保护股东分红权和新股认购优先权的诉讼中,是否具备分红的条件、是否有分红产生,均需查阅公司的帐簿,而公司帐簿难以为一般股东获得。这样就无法和一般的民事诉讼一样在当事人之间平衡的分配举证责任,平衡地分配提供证据的责任。

5. 从判决结果的归属上看,股东对公司的诉讼,无论是胜诉或败诉,结果均由作为原告的股东享有

或自行承担。股东以自己的名义为了自己的利益提起诉讼,当然要对自己的行为负责,并享有或承担相应的结果,这和派生诉讼又是有区别的。在派生诉讼中,虽然股东是以自己的名义提起诉讼,但目的是为了公司的利益,如果胜诉了,其也不能享有一定的利益,而是由公司享有胜诉的结果。

二、一般诉讼制度对该诉讼的非适用性

股东对公司的诉讼属于广义上的民事诉讼,并且也适用普通的民事诉讼程序,如股东因股利分配受损所提起的诉讼。这类诉讼公司法没有作出特别的规定,当权利被侵害的时候,股东则可以直接依据民事诉讼的规定提起诉讼。但是有些股东对公司的诉讼,由于其自身的特点,公司法对其作了特别的规定或者即使现在的公司法没有规定的情况下其适用也不应该直接适用通常的诉讼程序。本章主要从判决的效力、证明责任、适用民事特别程序几个方面分析了一般诉讼制度对该诉讼的非适用性。

(一) 判决的效力

1. 判决的既判力

民事诉讼中判决的既判力原则上只及于当事人之间,但由于股东对公司的诉讼,并非只有起诉者对判决有利害关系。如股东(大)会或董事会决议确认无效或撤销诉讼,没有起诉的股东对判决的结果肯定也有利害关系,因此,股东对公司的诉讼并不能单纯的适用该项原则。各国公司法对此均规定,判决撤销股东会议决议或宣告决议无效的,判决的效力具有对世性,不同于一般诉讼判决仅对当事人具有效力。

2. 判决的溯及力

关于判决的溯及力,在一般的民事诉讼中,撤销某一民事法律行为或宣告其无效的判决一经确定,该行为就会自始无效。但是,股东(大)会或董事会决议作出后,就会涉及到很多股东的利益,包括没有参加诉讼的股东或相关交易者的利益,尤其在涉及善意第三人的利益保护问题上。如果都按一般民事诉讼的规定,承认判决的溯及力,不仅会损害到他们的利益,还不利于第三人对公司的信赖以及保护交易安全。故此,有的国家如韩国,对此分不同情况进行规定,即此类判决原则上溯及力,在特定情况下无溯及力。^[1]我国学者提出,对于无效或撤销判决的溯及力,可以作如下原则的划分:凡直接依据被确认无效或被撤销的决议而取得利益的,其所得利益应当返还或同时无效,如决定董事、监事报酬的决议被取消,那么董事、监事根据此决议所得到的报酬成为不当得利,应返还给公司;如他人依决议与公司进行支付对价的交易,该交易仍有效,因为相对人所得利益并非直接依据决议,而是另外有其它协议。^[2]

(二) 证明责任

当前理论界有学者认为,股东对公司的诉讼不能完全适用普通侵权之诉或违约之诉的诉讼举证规则。这是因为在股东对公司的诉讼中,相对处于较为弱势的地位,鉴于此考虑,应该适用举证责任倒置的举证规则。

笔者也赞同此观点。因为股东之所以通过司法程序来请求对自己权利的保护,就是因为在公司里由于自己的合法权益遭到了损害,由于自己处在比较弱势的地位,不能通过与公司协商解决才诉诸法律的保护,所以股东和公司的关系显然比较紧张。这个时候如果按“谁主张,谁举证”规则,股东很明显处

[1] [韩]李哲松:《韩国公司法》,吴日焕译,中国政法大学出版社2000年版,第429页。

[2] 参见孙加瑞《股东期待权诉讼研究》,载徐学鹿《商法研究》(第二辑),第524页。

于不利的地位,有很多证据可能由于公司的原因拿不出来,如果因此承担败诉的结果,那么股东的权益就不能得到应有的保护。可见,在股东对公司的诉讼中,适用举证责任倒置才能切实的保护股东的权益。

(三)适用民事特别程序

我国民事诉讼立法对特别程序的规定体现在《民事诉讼法》第12章,就选民资格案件、认定公民无民事行为能力或限制行为能力、宣告失踪人死亡案件、宣告失踪案件,规定的范围非常有限。

特别程序案件与通常诉讼程序案件在性质上或类型方面的区别,学者进行了以下归纳:^{〔1〕}

首先,区别于通常诉讼程序案件具有双方当事人围绕相互对立的主张进行争议的性质,特别程序中利害关系人的对立却往往没有明显表现出来,有时甚至不存在对立的当事人,或者不存在明确的双方对立状态。这也是西方国家称此类案件为非诉案件的原因。

其次,与通常的诉讼程序案件要求对当事人之间的权利义务等法律关系是否存在做出判断不同,特别程序的案件往往只是要求法官根据裁量发布命令来形成某种具体的法律关系。如日本法中的婚姻费用的分担、共有物和遗产的分割等案件,这一特征就比较明显。

再者,与通常诉讼案件一般属于私人之间的纠纷,由当事人依意思自治原则予以支配不同,特别程序案件的相当一部分带有浓厚的公益色彩,其内容不能任当事人自由处分。如日本法中的监护人的选任、公司更生、公司检查人的选任等案件均是如此。

最后,与通常诉讼程序案件的处理结果强调稳定性、终局性不一样,对于特别程序案件所做出的处分,根据情况的发展变化往往还有随时予以取消或变更的必要。

股东对公司提出的诉讼实际上都是股东与公司之间发生了民事纠纷,这些民事纠纷通过其他的途径没有或者不能实现解决,而由当事人诉诸司法程序,不仅具有双方当事人,而且确实是要求法院解决其之间的民事纠纷,不是要求法院确定特定的法律状态存在与否,不属于特别程序的范畴。但是个别的股东对公司提出的诉讼,虽以解决民事纠纷为目的,但客观上需要法院就特定的法律状态存在与否作出判断。例如公司解散诉讼,和一般的公司解散不同,新修改的公司法增加了公司强制司法解散的内容。该制度具体包括公司强制解散的当事人、事由、判决的效力、判决的执行等方面,但在诉讼过程中法院必须要对公司是否具备强制解散的事由作出判断。这些事由包括三各方面:一是公司经营管理发生严重困难;二是继续存在会使股东利益受到重大损失;三是通过其他途径不能解决。前两项可以说是实体方面的事由,后一项则是程序方面的事由,可以称之为公司解散诉讼的前置程序。故此种情况下的股东对公司诉讼具有非诉的性质。

三、国外相关制度及其借鉴

(一)国外相关制度的规定

1. 英国

英国股东对公司的诉讼主要体现在对直接诉讼的规定中,而英国的直接诉讼源自于不公平妨碍诉讼(unfair prejudice)。从英国法院判例来看,以下行为可引起不公平妨碍诉讼:(1)大股东利用资本多数表决原则操纵股东大会或股东会通过不利于小股东的公司章程修改决议;(2)支付过高酬金给董事;

〔1〕 [日]上田彻一郎:《民事诉讼法》,法学书院1997年版,第17-18页;转引自王亚新《社会变革中的民事诉讼》,中国法制出版社2001年版,第244页。

(3) 支持股东不公平地将某一董事(通常是小股东)排挤出董事会;(4) 在公司进行收购与合并业务时向小股东发布诱导信息;(5) 大股东或支配董事利用控制权掠夺公司的商业机会;(6) 在公司持续亏损的情况下,大股东不理睬小股东的反对,坚持实施亏损经营方案;(7) 在公司盈利的情况下,董事会无正当理由拒绝给小股东派付红利;(8) 董事在执行职务时违反其忠诚义务或谨慎义务。^[1] 第二条、第三条、第四条、第七条是本章要探讨的股东对公司诉讼的规定。

2. 美国

作为英美法体系的代表之一,股东对公司的诉讼在美国的法律中也作了比较详细的规定,主要体现在以下几点:(1) 请求支付已合法宣布的股利或强制性胜利之诉;(2) 行使公司账簿和记录阅览权之诉;(3) 保护新股认购优先权并尽可能地对其比例利益的欺诈性解释之诉;(4) 行使股东表决权之诉;(5) 对于股东表决权受托人之诉;(6) 强制公司解散之诉

3. 日本

《日本商法典》规定,股东对公司的诉讼,主要有三种类型,包括请求撤销股东大会决议之诉、请求确认股东大会决议无效之诉与请求确认决议不存在之诉。

(1) 撤销决议之诉。《日本商法典》第 247 条规定,对决议违反召集程序、决议的方法或章程显著不公平时,股东可以请求法院撤销决议。对内容违反章程决议的,股东可以提起撤销之诉。因为有特别利害关系的股东行使表决权而使大会通过的决议不当时,其它股东可以请求法院撤销其决议,并规定应在决议作出三个月内提出。(2) 请求确认决议无效之诉与确认决议不存在之诉。《日本商法典》第 252 条规定,对内容违反法令的股东大会决议,股东可以请求法院确认无效。对一些没有通过决议却宣称作了决议以及没有召开股东大会却制定了大会会议记录并进行了登记的情况,股东可以提起诉讼请求法院确认决议不存在。

股东提起对公司的诉讼,将会对公司产生重大的影响,为了防止有关股东滥用该权利,保护公司的合法权益,《日本商法典》第 249 条规定,股东在提起撤销决议的诉讼时,法院可依公司的请求,命令股东提供相当的担保,但同时规定公司提起该请求时,必须证明提起诉讼的股东是有恶意的。^[2]

4. 其它一些国家和地区的规定

德国《股份公司法》第 243 条规定对于一项股东大会决议,可以因其违反了法律或章程而之诉。根据第 241 条规定,只有在决议程序或内容违反特定要求时,才能提起无效之诉。《法国商事公司法》第 173 条也规定了股东大会决议无效和撤销诉讼。《意大利民法典》第 2377 条规定第 2 款规定起诉期限为三个月。《德国股份有限公司法》第 246 条规定,撤销之诉的起诉期限是决议作出后一个月内,无效之诉没有特别规定。

从国外股东对公司诉讼的规定来看,各有利弊,比如英国《公司法》虽然赋予了股东在利益受损的情况下可以对公司提起诉讼,但是对于某项行为究竟是侵犯了股东利益还是公司利益经常会发生混淆,美国为概括式则不仅包括股东大会还包括董事会决议等,就比较全面地保护了股东的权利。而日本规定的股东对公司诉讼的对象仅限于股东大会决议就显得过于狭窄,不能很全面的保护股东的利益不受损害。但他们有些规定也是相同的,例如当股东的合法利益受到损害时,在当事人认定上没有个别股东、多数股东之分,从而给每个股东以合法权益受保护的平等机会。

(二) 对外国相关制度的借鉴

新《公司法》赋予了股东比以往更多的权利,使股东的权利能得到更好的保护。新《公司法》规定了中小股东的权益受到侵害时候的救济方式、不能行使知情权时候的诉讼救济及股东的退股权和请求

[1] S. H. Goo, *Minority Shareholders' Protection (A study of section 459 of the Company Act 1985)*, Caverdish Publishing Limited, London: 1994, p5.

[2] 参见周倩《论股东诉讼制度与我国公司治理结构之完善》,江西财经大学 2004 年硕士学位论文。

解散公司的权利。但和国外的一些相关制度还是存在一定差距的,笔者认为可以从以下三个方面进行借鉴:

1. 股东对公司的诉讼规定更加细化。比如英国的规定,支持股东不公平地将某一董事(通常是小股东)排挤出董事会或在公司进行收购与合并业务时向小股东发布诱导信息,股东都可以对公司提起诉讼,这在很大程度上扩展了股东的权利。中国公司在股权结构方面不是体现为股权分散的特点,而是表现为股权集中以及相当数量情况下的一股独大,司法保护中小股东合法权益的任务更加艰巨。我们更应该制定详细的法律保护股东的合法权益。凡公司法中已有或应有民事责任的规定,只要行为结果与股东利益有关,就应该允许股东提起对公司的诉讼,这种诉讼既可是确认之诉、侵权之诉,亦可是赔偿之诉。通过股东诉权的行使,来强化公司的管理。

2. 对公司要求股东提供担保的条件作出明确规定。《日本商法典》规定,股东在提起撤销决议的诉讼时,法院可依公司的请求,命令股东提供相当的担保,但同时规定公司提起该请求时,必须证明提起诉讼的股东是有恶意的。也就是说如果公司提不出证据证明提起该诉讼的股东是恶意的,该股东就不用提供相应的担保,这样股东就不用有任何的负担,从而能更好的行使自己的权利。中国虽然也规定了法院可以依公司的请求要求股东提供相应的担保,但并没有明确规定公司须证明该股东是恶意,这就为股东行使讼权增加了难度。鉴于此,我国也应该明确规定公司提出让股东提供担保的要求时,也应该证明该股东存在恶意,否则不应当让提起诉讼的股东提供担保。

3. 起诉期限的规定

《意大利民法典》规定的起诉期限是三个月,《德国股份有限公司法》规定撤销之诉的起诉期限是决议作出后一个月内,我国新《公司法》对无效决议的起诉期限没有规定,对撤销之诉的规定是自决议作出之日起 60 日内,是不是也对无效决议的起诉期限进行明确的规定,还有待进一步的探讨,因为如果一直使股东保持对无效决议的起诉权利,是不是就能更好的实现保护股东的权利了呢?因为公司是一个经济实体,它每天的经营状况都是不断变化的,如果股东(大)会或董事会作出错误决议后一直持续很长时间才提起确认其无效的诉讼,那么在公司经营状况不断恶化的情况下,股东就算取得了程序上的胜利,其实体权利恐怕也很难受到保护。再者就是,对撤销决议的起诉期限 60 日是否更合适?还是借鉴德国对其规定的一个月,因为在商业领域内,多出一部分时间就会发生让人难以预料的事情。时间长或许会对起诉的股东有利,但从保护交易的目的来看,全社会的利益得到最大化才符合我国长期发展的目标。

四、股东对公司诉讼的程序构建

(一) 诉讼当事人

1. 原告范围

从新《公司法》的规定看,股东对公司的诉讼,除了在对公司提起解散诉讼的情况下,要求持有公司全部股东表决权百分之十的股东才可以提起诉讼外,法律并没有对其它提起诉讼的股东作出任何限制性的条件,也就是只要是这个公司的股东都可以提起对公司的诉讼。对此必须注意的问题有两个:

一是公司法虽然一般地没有限制股东对公司诉讼的原告资格,这是否意味着所有的股东均具有原告资格,或者说股东在任何情况下都可以对公司提出诉讼呢?笔者对此的答案是否定的:一方面实践中有相当数量的股东不是为了投资,而是以恶意为目的持有公司股份,并恶意对公司提出诉讼。如果认可这些股东的诉权,则既意味着默认了滥用诉权的行为,也与大陆法系国家和地区不承认诉讼信托的立法和理论相冲突;另一方面有些股东购买公司的股票并不是基于对公司的发展的关心,而是在股市中炒股获利,不参与公司的决策与管理。在公司存在不当决策时,他们更可能采取的手段是处理手中的股份,

而不是要求改变或者撤销公司的决策;此外如果对股东提起的诉讼的时间或者程序加以限制,即许可其可以非常方便的提出诉讼,往往会造成对公司正常经营管理的不当干扰。针对这些问题各国的限制方法分别是:(1)限制股东持股的时间;(2)限制股东持股的比例;(3)要求股东必须以向公司提出自助解决为诉讼的前置程序。我们认为在以后的公司立法的过程中可以借鉴这一先进经验,综合采取多种措施,限制股东滥用诉权的行为,保障公司的正常经营。

二是出资有瑕疵的股东可不可以作为提起诉讼的主体?我国学者对此也有不同的观点。有学者认为:“对于瑕疵出资者是否具备股东资格问题,应区分其是一般瑕疵还是重大瑕疵来确定是否取得公司股东资格。如果是重大瑕疵,即根本未出资,则按照上述分析认定瑕疵出资者不具备股东出资资格;如出资未全部到位,则因其已经履行了部分出资义务,顾其股东资格应该是具备的,除因其出资严重不足导致公司根本未成立。对瑕疵出资者取得公司资格的,其享有的股权是有瑕疵的,其一方面构成了对公司和公司其它股东的违约责任,另一方面也形成了对公司法人财产权利的侵犯。同时该股东的权利是受到限制的。”^{〔1〕}笔者也同意此观点,但对出资有瑕疵的股东应责令他们提供担保,因为由于他们的瑕疵出资就已经使公司的法人财产权利受到了侵犯,如果再由于他们的恶意诉讼,公司岂不要承受双重侵犯。

2. 被告的范围

股东对公司的诉讼虽然有些是因为公司的机关错误行为导致的,但是这些机关所代表的毕竟是公司的利益,所以股东对公司的诉讼被告范围毋庸置疑就是公司。在被告确定或者当事人确定的同时,必须解决的另外一个问题其他股东要否参与诉讼?如果参与诉讼,其在诉讼中的地位如何确定?由于股东对公司提出的诉讼不可避免地涉及其他股东的利益,诉讼中不可回避的问题就是如何实现对起诉股东以外的其他股东的合法权益的保护问题。当然按照民事诉讼法的规定,凡是涉及第三人合法权益的事实都应当限制辩论主义、处分权主义的适用,并采取职权探知主义和国家干预主义。该思路虽有实现第三人合法权益的保护职能,但该第三人的程序参与权却无法实现,而程序参与权是现代社会中的人们非常重视的权利,有的学者甚至称其为基本人权。基于以上考虑,我们认为应当许可其他股东参与到诉讼中来,起诉股东在具体诉讼中的诉讼地位应当视不同类型而定。如果公司对股东权益的损害是个别股东操纵而产生,则操纵公司的股东应当和被告公司一起作为共同被告;如果其他股东的合法权益也和起诉股东一样遭到侵害,则其他股东与起诉股东有利益上的相关性,理性按照民事诉讼法规定的追加共同原告的方式予以追加。笔者不同意以其他股东为无独立请求权第三人的观点,因为未起诉的股东并不是与案件的处理结果有法律上的利害关系,而是在争议的诉讼标中有利害关系,而直接利害关系是确定当事人的基本标准。

(二) 举证责任的负担问题

股东对公司的诉讼不应当适用一般的“谁主张,谁举证”的举证规则,而应该采取举证责任倒置的规则,前面在说一般诉讼制度对该诉讼的非实用性当中已经提到了原因,除了上面所讲到的股东处于较为弱势的地位,笔者还想补充一点。那就是虽然本人比较赞成在该诉讼中采用举证责任倒置规则,但并不代表提起诉讼的股东就一点证明责任都没有,作为原告的股东应该就存在损害的事实、侵害行为负有举证责任。就像《民事诉讼法》中规定的,因医疗行为引起的侵权诉讼,由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。这也是采用的举证责任倒置的举证规则,但原告还是得就自己遭受损害事实以及在这家医院就医提供证据。

〔1〕 刘敏:《股东资格的取得》,载《人民法院报》2003年10月15日。

(三) 诉讼费用担保制度

股东对公司的诉讼制度是为了维护股东的利益而创设的制度,但在实践过程中也可能会出现股东滥用权利的情形。虽然各国的民事诉讼法都规定,作为原告的股东如果败诉的话,就要对公司负损害赔偿责任。这种事后的救济制度,虽然在一定程度上防止了股东恶意提起诉讼对公司的运作造成妨碍的情形。但是,仅仅依靠这种事后的制度是远远不够的。因此各国的公司法制度中都规定了诉讼费用担保制度。我国也在新《公司法》第22条中规定了诉讼费用担保制度。根据该条第3款的规定:“股东依照前款提起诉讼的,人民法院可以应公司的要求,要求股东提供相应的担保。”在“具体操作时,如果被告能够举证证明原告股东提起的撤销之诉具有恶意,或者诉请缺乏使其能够举证证明原告股东提起的撤销之诉具有恶意,或者明显没有价值的情形等,人民法院可以要求原告交存保证金或提供相应的担保。”〔1〕

在诉讼费用担保制度中存在的另一个问题就是,担保的数额是多少?如果担保费用设置的不当,会极大地降低该制度的功效。如果担保费用过低则不足以防止股东滥用诉权的情况,如果担保费用过高又会给股东行使权利造成障碍,最终不能起到保护股东权益的作用。从当前的司法实践来看,相关费用的数额应该结合地方经济水平、当事人承担能力、案件内容等综合因素来考虑。最高人民法院可以在相关的经验基础上给出指导意见,保证诉讼担保制度能够发挥其作用。

(四) 民事责任的形式

除了传统的法律责任形式外,有的学者还对股东对公司诉讼中的特有责任进行了分析。〔2〕比如(1)强制收购。一般情况下,根据公司资本维持原则,公司不得收购本公司的股份,但在公司僵局的特殊情形下,法律授权小股东请求公司收购其股份以摆脱“折磨”。在正常情况下,在股东大会持异议的股东完全可以通过“用脚表决”的方式脱离公司。但在现实生活中,或者由于有限公司的“人和性”,排斥异己,或者由于公司亏损,难以吸引新的投资,或者小股东对公司已经非常失望又无可奈何,不能“用手表决”的小股东也无法“用脚表决”。我国新《公司法》第75条对此创设了多数股股东的强制收购责任。符合本法规定的情形,反对股东就可以请求公司按照合理的价格收购其股权。(2)强制解散公司。根据新《公司法》第183条,股东通过“有约束力的决议”——公司章程协调行动,追求集体利益最大化,通过合作博弈以求共赢。如果其目的不能实现,公司因经营管理发生困难,继续存续会使股东遭受重大损失,通过其他途径不能解决的,持有公司全部股东表决权10%以上的股东可以请求法院解散公司。

(五) 判决效力

在一般诉讼制度对该诉讼的非适用性中也提到了判决的效力问题,在这里又重提一遍是因为其在股东对公司诉讼的程序构建当中是不可或缺的一方面,因为只有明确了判决的效力问题才能更好的保护其他未参加诉讼的案外人的利益。笔者认为应该对股东对公司诉讼的判决效力问题进行明确的规定,根据不同的情况对判决的既判力和溯及力进行不同的规定,从而使判决不发生歧义,能更好的保护案外人的利益及判决的执行。在理解判决效力时注意的另一问题是股东起诉以后对争议的公司行为的效力问题,即股东起诉与法院的受理是否当然地带来争议的公司行为的中止。笔者认为按照民事诉讼法的规定,原告起诉以及法院受理除带来诉讼时效的中断外,一般不会有其他的法律后果产生。但对于

〔1〕 李国光、王闯:《审理公司诉讼案件的若干问题(中)——贯彻实施修订后的公司法的司法思考》,载《人民法院报》2005年12月6日。

〔2〕 梁庆宾:《论我国股东诉讼制度的构建》,河北大学2006年硕士学位论文,第13-14页。

某些特定的股东对公司诉讼不赋予其一定的诉讼效力不仅会产生理论上的困惑,而且与其他的法律出现冲突。例如股东提出的公司强制解散诉讼,其适用的实体条件是:“公司经营管理发生严重困难,继续存续会使股东利益受到重大损失”。这样的立法和破产法规定的破产条件有极大的相似性,区别仅在于它们保护的主体不同。如果此时不限制公司对财产的处分权,将有可能加剧对股东利益的侵害,为此应当规定因法院的受理产生禁止公司处分财产的效力。其他情况下起诉股东如果认为不立即采取措施,有可能使自己的权益得到难以弥补的损失,可以采取民事诉讼法规定的财产保全和先予执行措施。当然,现行民事诉讼法规定的财产保全制度在适用范围方面对于股东、公司之间的诉讼还缺乏因应性,解决问题的方法不是限制此种情况下的制度适用,而是进一步完善民事诉讼中的财产保全制度。

(五)执行中存在的问题

对于存在瑕疵而又尚未执行的决议来说,如果有股东对其提起股东会、董事会决议瑕疵之诉,决议还应否继续执行呢?因为决议在法院审理期间,其效力是处于不确定的状态。处于保护股东利益的前提下,应当暂时停止决议的执行,除非执行人能够证明如不执行其决议造成的损失远远超出撤销已履行决议的行为带来的损失,直到法院作出终审判决。当具有起诉权的股东提起诉讼后,应当允许其申请保全措施。目前我国民事诉讼法中,只规定了财产保全和证据保全两种,而对决议的保全措施这两种情况都不属于。所以,今后应当在民事诉讼制度中对这种保全措施进行规定,以此更好的保护股东的利益。

(责任编辑:王建敏)

设立中公司诉讼相关问题探索

赵 静, 刘 杰

[摘要] 设立中公司是公司依法成立前存在的特殊组织体,具有相对独立的法律人格和诉讼主体资格。在公司设立过程中发起人需要实施各种设立行为,可能引发多种公司设立纠纷,由此产生的诉讼称为公司设立诉讼。这种诉讼具有与一般公司诉讼不同的特点。对此类诉讼进行深入探索,构建公司设立阶段的诉讼制度,对于保护公司、发起人和债权人的合法权益无疑具有重要的价值。

[关键词] 设立中公司;公司设立诉讼;可诉性;诉讼类型

.....

在现代市场经济社会中,公司作为一种现代化的企业形式,因其具有合理的财产构成机制、法人运行机制、内部管理机制和权利制衡机制,更加之股东责任的有限性,使其在鼓励投资、化解风险和促进交易方面具有其它企业形式不可比拟的独特优势,成为当前市场经济中最活跃、最重要的主体元素。但众所周知,公司的成立需要经历一个漫长而复杂的准备过程,这一过程“从经济角度观察是发起人组织人、财、物形成一个具有一定生产经营能力的实体的过程;从法律角度看则是发起人依照法律的规定,组建一个具有独立人格的法律主体的过程。”^[1]在这一设立过程中,发起人需要实施诸如订立发起人协议与章程、招股认股、订立民事合同等一系列行为,这其中不可避免的会发生各种民事纠纷并引发诉讼。司法实践证明,公司设立诉讼具有与一般公司诉讼不同的特点,因此必须加强对公司设立诉讼的探索和研究。

一、设立中公司与公司设立纠纷

公司的设立是一个由多种行为组成的复杂过程。研究公司在设立阶段发生的各种诉讼,解决各类纠纷的法律责任承担问题,首先必须了解设立中公司的法律属性。

(一) 设立中公司概述

1. 设立中公司的概念

根据我国《公司法》规定,公司是一种法人型企业,其设立程序自然遵循法人设立的一般规则。在现代公司法理论中,公司设立是指按照法律规定的条件和程序,发起人为组建公司,使其取得法律人格必须采取和完成的一系列法律行为的总称。公司的设立跨越了公法和私法两大领域,融合了实体法和程序法,是一个以创设法人人格为最终目的的完整、复杂的过程。在公司设立登记前存在的特殊组织体在理论上称为设立中公司。

对于设立中公司,我国现行《公司法》及相关司法解释中都未明确规定,因此其概念仍局限于学术

基金项目: 本文是教育部人文社会科学研究项目“公司诉讼机制研究”(项目编号:08JA820023)和中国法学会2008年部级法学研究课题《公司诉讼归类及程序机理研究》(项目编号:D08035)的成果之一。

作者简介: 赵静,女,山东经济学院法学院高级工程师,研究方向:公司法;刘杰,女,山东经济学院民商法学硕士研究生,研究方向:商法学。

[1] 曹顺明:《设立中公司法律问题研究》,载《政法论坛》2001年第5期。

理论领域的探讨。基于对设立中公司成立基础的认识不同,关于其概念主要存在两种认识:发起人协议基础说和公司章程基础说。目前的通说是公司章程基础说,按照这种理论,“设立中公司是以发起人订立的公司章程为基础,并在此基础上建立机关,认缴出资,从而建立未来公司的雏形,所以设立中公司系指自订立章程起至设立登记完成前尚未取得法人资格的公司而言。”^{〔1〕}考虑到公司章程在公司设立中的核心价值,笔者亦赞同这种观点。

2. 设立中公司的特点

在法律关系中,一个事物的法律特征往往决定了其是否具有实质条件成为法律关系的主体,从而具有一定的法律地位。设立中公司主要具有以下法律特征:

第一,设立中公司具有明显的过渡性。设立中的公司是一个处于发起人合伙与法人公司之间的过渡性组织体。当公司获得登记时,设立中公司自然被成立后的公司所包容;当公司未获登记时,设立中公司将重新回溯至发起人合伙。

第二,设立中公司具有团体性。公司的发起人通过共同制定章程把各发起人以成立后公司股东的身份结合在一起;发起人通过认缴出资,把原属于各个股东的财产以公司财产的名义结合在一起;发起人通过对股东出资形成的财产的有效支配,又把公司的成员和财产结合在一起。人的结合、财产的结合以及人和财产的结合,使设立中公司具有了一定的团体性。

第三,设立中公司具有明确的目的性。设立中公司实施各类法律行为的目的都是要促使公司成立并获得法人资格。“在这个意义上,公司成立是公司设立活动结束的标志,也是其目的所在。”^{〔2〕}

第四,设立中公司具有非法人性。设立中公司虽然已经具备未来公司的雏形,形式已经相当完备,但是我国对法人设立采取登记要件主义,设立中公司未获登记,因此不具有法人资格。

3. 设立中公司的法律性质界定

从对设立中公司特征的考察中可以发现,设立中公司虽然不是一个完全的法人组织体,但是其已经具备法人组织成立所必须具备的一定的人、财产和行为要件,取得了有限人格,是一个客观存在的组织体。而且,公司设立阶段发生的各类交易行为有一部分就是以设立中公司的名义实施的,在公司设立纠纷的解决中也必将涉及到设立中公司。然而,我国现行《公司法》^{〔3〕}和相关司法解释对设立中公司并未做出明确规定,这种立法的缺失导致理论界对设立中公司的法律性质争论不休,形成了多种不同观点,比较有代表性的有无权利能力社团说、修正的同一体说、合伙说和有自身特点的非法人团体说等。应该看到,对设立中公司法律性质的合理界定,直接关系到设立中公司这一组织体在公司设立诉讼中的诉讼地位问题,关系到在部分诉讼中的责任承担问题,其价值是不言而喻的。

综合目前的各种观点,笔者认为具有自身特点的非法人团体说是比较合理的理论。在民法理论中,行为者能否成为民事主体,能否获得权利能力不取决于自然状态,而是取决于法律的态度,取决于法律是否赋予某种组织或个人权利能力。从社会团体取得权利能力的基本理论看,赋予设立中公司一定民事主体资格不仅必须而且可行。从对设立中公司特征的分析可以看出,一方面,设立中公司不是完全独立的主体,它超越了公司发起人的个人人格,但未履行法人登记,因此不享有法人人格。另一方面,设立中公司具有相对独立性,具有有限的人格,可以自己名义从事设立公司的活动,在设立公司的过程中享有权利,能够在一定范围内承担法律责任。

(二) 公司设立纠纷及其解决机制

1. 公司设立纠纷的概念

根据最高人民法院《关于审理公司纠纷案件若干问题的规定(一)征求意见稿》的规定,所谓公司纠

〔1〕 范健:《设立中公司及其法律研究》,载王保树主编《商事法论集(第2卷)》,法律出版社1997年版,第150页。

〔2〕 叶林:《中国公司法》,审计出版社1997年版,第78页。

〔3〕 即《中华人民共和国公司法》,后文都简称《公司法》。

纷是指,因公司设立过程中产生的民事责任、股权确认、股东权益保护、股东对公司债务的直接责任等公司法律关系产生的纠纷。有学者认为,在现代公司制度下,“公司纠纷的引发之源在于公司法上的权利义务。”〔1〕因此公司纠纷不同于一般的民事纠纷,具有自身的特殊性,并因此将公司纠纷定义为“公司及公司相关主体之间发生的,以公司法规定的权利义务为内容的民事纠纷。”〔2〕依据不同的标准,可以将公司纠纷划分为多种类别,公司设立纠纷是其中的一种。

公司设立纠纷,即公司在设立过程中以及公司设立成功后或设立失败时,因公司设立过程中所形成的权利义务争议而产生的纠纷。〔3〕该类纠纷出现在公司设立阶段,基于公司的设立行为而产生,具有自己的特点。

2. 公司设立纠纷的特点

第一,纠纷主体的复杂性。普通民事纠纷的特点是一个民事行为产生一种民事法律关系,构造出两级相对的权利义务主体。而公司设立纠纷的显著特点则是多个利益主体之间同时存在多重利益冲突。在公司设立阶段,利益主体主要包括设立中公司、公司发起人、认股人、债权人和第三人等。“从经济学的角度来分析,公司设立诉讼的根源就在于公司设立是多元利益主体实施共向性和竞争性法律行为的过程。”〔4〕公司的发起人为成立公司,需要实施诸如订立发起人协议与章程、招股认股、订立民事合同等一系列行为,一旦产生纠纷,必然导致多元利益主体的权利冲突与失衡。

第二,利益冲突的多样性。在公司的设立行为中,每个利益主体往往都具有独立的法律地位,有自己的利益追求,这种利益主体的多元化必然导致各主体之间利益冲突的多样性。根据公司发起人实施的设立行为的不同以及设立结果的差异,这些利益冲突可能表现为发起人之间的利益冲突、发起人与参股人之间的利益冲突、发起人与设立中公司的利益冲突以及债权人与设立中公司、发起人之间的利益冲突。司法实践已经表明,利益冲突的多样性必然导致公司设立纠纷的解决更加困难,诉讼程序更加复杂,利益平衡难度更大。

第三,当事人诉权的易失性。在公司的设立阶段,发起人需要实施诸多法律行为,由此产生多种不同属性的法律关系,更加之设立中公司的过渡性,如果允许各利益主体在较长时间后仍能行使诉权,将会导致许多因设立行为产生的法律关系长期处于不稳定状态,以致严重影响社会经济关系的稳定和交易的安全。为此,我国《公司法》为当事人的诉权设定了较短的期限限制,这使得公司设立诉讼当事人的诉权具有易失性。〔5〕

3. 公司设立纠纷的解决机制

现代法律体系的发达使得民事纠纷的解决机制更加完备和高效,公司设立纠纷作为一种特殊的民事纠纷,其解决机制也是具有多样性的。各利益主体为了更好的解决纠纷,可以选择和解、调解、仲裁等多种方式,而民事诉讼无疑也是重要的解决方式。而且,公司设立纠纷的特点决定了这类纠纷解决难度更大,加之《公司法》对此阶段的法律适用未作出明确规定,这决定了此类纠纷更需要通过诉讼的方式解决,更需要完备的诉讼程序保障。

二、公司设立纠纷的可诉性

〔1〕 蒋建湘:《公司诉讼研究》,法律出版社2008年版,第11页。

〔2〕 蒋建湘:《公司诉讼研究》,法律出版社2008年版,第11页。

〔3〕 参见褚红军、俞宏雷《公司诉讼原理与实务》,人民法院出版社2007年版,第111页。

〔4〕 乔欣:《公司纠纷的司法救济》,法律出版社2007年版,第2页。

〔5〕 山东省高级人民法院民二庭《公司诉讼——在价值博弈中寻求平衡与和谐》,载《山东审判》2007年第1期。

(一) 公司设立纠纷可诉性的含义

可诉性(justifiability),是指权利纠纷可以诉诸司法解决的属性。所谓公司设立纠纷的可诉性,是指公司设立纠纷发生后,纠纷主体可以将纠纷诉诸司法从而得到司法最终解决的属性。理解这一概念需注意几个问题:

1. 公司设立纠纷的可诉性取决于公司法的可诉性

法的可诉性是“法所必备的为了判断社会纠纷的是非而使纠纷主体可诉求于法律公设的判断主体的属性,是法的必备属性。”〔1〕公司法作为可操作性较强的法律,其重要的核心就是要求具备可诉性。这意味着公司法所确认的权利义务关系发生纠纷时可以诉诸司法途径加以解决,纠纷主体的权利可以通过诉讼程序予以确认和保护。尤其对于公司设立纠纷而言,由于此时公司法人尚处于设立阶段,其间发生的纠纷更加复杂,其结果更加不可预测,更需要《公司法》及其司法解释就其可诉性作出明确规定。

2. 公司设立纠纷的可诉性表明这类纠纷可以通过诉讼方式解决

如前所述,在现代法治状态下,公司纠纷的解决方式主要包括纠纷当事人自行和解、第三人居中调解、仲裁机构仲裁和人民法院诉讼四种方式。公司设立纠纷的可诉性预示着这种纠纷虽然复杂多样,但是完全可以通过法院诉讼方式解决,而完备严谨的诉讼程序也完全可以保障纠纷当事人的实体权利与程序权利。

3. 公司设立纠纷可诉性的实践形态表现为当事人的诉讼行为和法院的司法审判行为

公司设立纠纷如果不起诉到法院,或者法院不予受理,那么这种可诉性就只能停留在理论意义上,而不能真正起到定纷止争的目的。显然,这种可诉性的实现必然依托于当事人的诉讼行为和法院的司法审判活动。

(二) 影响公司设立纠纷可诉性的因素

根据我国目前的公司立法和司法实践,影响公司设立纠纷可诉性的因素主要有:

1. 受到公司法可诉性程度的直接影响

公司设立纠纷的可诉性与公司法的可诉性密切相关,公司法对于公司设立行为及法律后果的规定是否完备,对因公司设立行为导致的法律责任的规定是否全面,对公司设立诉讼程序的规定是否具体明确,都直接影响到公司设立纠纷的可诉性及其程度。我国修改后的《公司法》虽然对公司纠纷可诉性有所关注,但是仍存在明确的不足。“司法救济条款的缺席或暧昧使利益主体的权益依然得不到及时有效的司法保护”〔2〕

2. 公司设立纠纷的可诉性受到法院受案范围的影响

在我国的司法实践中,哪些纠纷可以通过法院诉讼解决,很大程度上取决于最高人民法院有关司法解释的规定。在新《公司法》颁布实施以前,最高人民法院为更好适用诉讼程序解决公司纠纷,曾于2001年颁布了《民事案件案由规定(试行)》,其中规定了16种公司权益纠纷,这成为各地法院受理公司诉讼的立案范围。但是,司法实践中公司纠纷错综复杂,公司立法不可能穷尽所有可能发生的公司纠纷,再加上公司诉讼案件司法接人点难以确定、法律条文难以援引等,这必然导致纠纷当事人诉讼愿望和法院受案范围的冲突,直接影响到公司设立纠纷的可诉性。

3. 公司设立诉讼受到民事诉讼程序完备程度的影响

我国当前的民事诉讼程序主要是针对侵权、合同等传统民商事纠纷所作出的制度设计,对于公司诉讼纠纷这样一种新型案件如何适用存在诸多空白,许多案件的诉讼主体难以确定,部分案件难以进入司

〔1〕 谢晖:《独立的司法与可诉的法》,载《法律科学》1999年第1期。

〔2〕 蒋建湘:《公司诉讼研究》,法律出版社2008年版,第18页。

法程序。有学者指出,民事诉讼程序是否明确了公司设立纠纷诉讼的管辖原则、是否明确了当事人适格的判断规则、是否诉讼结果的执行提供了完备的程序保障等都直接影响这类纠纷的可诉性。^{〔1〕}

(三)公司设立纠纷可诉性的意义

1. 在现代法治社会中,公司纠纷的可诉性,直接关系到各利益主体的权益是否能够获得国家公权力的确认和保护,是法治经济的应有之意。

2. 公司设立纠纷的可诉性是公司法规定的权利义务得以实现的内在要求,是公司法可诉性的必然体现。

3. 公司设立纠纷的可诉性是实现纠纷最终解决,实现公司设立阶段定纷止争目的的根本保证。

三、设立中公司诉讼的类型

不同类型的公司诉讼解决的公司纠纷不同,追求的利益价值各异,在诉讼程序上也需要区别对待。通过对公司诉讼的类型化研究,可以为不同的公司纠纷设定最适合的诉讼程序,这对于纠纷的解决无疑是具有重要价值的。

首先,根据公司设立纠纷产生阶段的不同,可以将公司设立诉讼分为:公司设立过程中的诉讼、公司设立成功后因设立行为产生的诉讼、公司设立不能之诉和公司设立无效之诉等。其中公司设立过程中的诉讼是指公司尚处于设立阶段,并且不能预期设立行为可能产生的结果,因发起人的设立行为引发的诉讼;公司设立成功后因设立行为产生的诉讼是指公司已经有效设立,但因公司设立纠纷引发的诉讼;公司设立不能之诉和公司设立无效之诉通常被合称为公司设立失败之诉,是指公司设立不能或设立无效,因公司设立纠纷引发的诉讼。

其次,根据纠纷涉及利益主体的不同,可以将公司设立诉讼划分为:公司设立内部纠纷诉讼和公司设立外部纠纷诉讼。其中公司设立内部纠纷诉讼是指公司发起人在设立公司过程中因为权利义务纠纷引发的诉讼;所谓公司设立外部纠纷诉讼是指因公司设立过程中发起人或者设立中公司与第三人之间的权利义务纠纷引发的诉讼。^{〔2〕}

通过比较可以发现,按照纠纷利益主体不同对诉讼的分类非常概括,不利于分析诉讼中当事人的主体资格和诉讼责任的承担。因此,本文将以纠纷产生阶段的不同为标准,对各公司设立个阶段发生的诉讼程序进行分析和研究。

四、设立中公司诉讼的基本程序

(一)公司设立过程中的诉讼

公司设立过程中的诉讼是指公司发起人订立公司章程后,公司正处于设立过程,还未获得设立登记,并且不能确定公司是否必然能够设立或不能成立,因实施设立行为引发的诉讼。

1. 诉讼当事人的确定

从诉讼的角度看,公司设立诉讼中正当当事人资格的认定是一个非常复杂的问题,不同的设立阶段

〔1〕 蒋建湘:《公司诉讼研究》,法律出版社2008年版,第18页。

〔2〕 参见褚红军、俞宏雷《公司诉讼原理与实务》,人民法院出版社2007年版,第111页。

和诉讼种类中当事人的情况都不相同。在公司设立过程中,正当的原告一般为债权人,即与设立中公司或者发起人订立各类民事合同的自然人或法人,这是比较明确的。但是,这类诉讼中正当被告资格的确认则比较复杂。首先,发起人在诉讼中具有特殊的地位,通常会成为诉讼的被告。根据目前的公司法理论,公司的发起人是以前设立公司为目的结合在一起的,他们为设立公司订立发起人协议并共同制定公司章程。因此,通常认为发起人之间是一种合伙关系,在发起人与设立中公司的关系中,每个发起人都是设立中公司的原始组成人员,他们都是设立中公司的执行机关,对外代表设立中的公司,对内履行设立义务。在公司的设立过程中,其行为直接关系到债权人、认股人以及将来成立的公司的利益,关系到交易的安全和经济秩序的稳定。所以,发起人作为诉讼的被告是符合法理的,也得到了相关法律的确认。

此外,还必须考虑设立中公司的当事人资格问题。在公司设立阶段,发起人有时会以前设立中公司的名义对外实施设立行为,由此产生的诉讼中,如果债权人以前设立中公司为被告,则必然要涉及到设立中公司的诉讼主体地位问题,这也是理论上研究设立中公司法律性质的重要原因。设立中公司虽然不具有独立的法律人格,《公司法》中也未对其作明确规定,但是公司法理论上是肯定这一特殊组织体的客观实在性的,最高人民法院《关于审理公司纠纷案件若干问题的规定(一)》(征求意见稿2)中也基本承认设立中公司的法律地位。^[1]如前所述,由于笔者认为应当肯定设立中公司法律地位的相对独立性,认为它属于“有自身特点的非法人团体”,所以在相关诉讼中也应当肯定设立中公司具有独立的诉讼主体资格,可以成为诉讼中的被告人。

2. 诉讼法律责任的承担

首先,在公司设立阶段,如果发起人以自己的名义与第三人订立合同导致纠纷,应当由发起人作为被告应诉并承担连带法律责任。^[2]这既是合同相对性的要求,也体现了权责一致的法制精神,有利于交易的稳定,有利于防范发起人滥用权利侵害成立后公司的利益。此时,债权人只能起诉与其订立合同的发起人,不能起诉设立中公司,否则法院应以被告不适格不予受理。

其次,如果发起人是以前设立中公司名义或以拟成立公司的名义与第三人订立合同导致纠纷,则由发起人和设立中公司担任被告,共同承担连带责任。鉴于设立中公司属于有自身特点的非法人团体,具有相对独立的法律地位,具备承担责任的相对独立的财产,发起人只是设立中公司的机关,所以在责任承担的顺序上设立中公司应承担第一顺位责任,发起人承担第二顺位责任,即承担补充责任。这既能保护债权人的合法权益,又能使公司设立阶段的责任承担更加合理与明晰。

(二)公司设立成功后因设立行为产生的诉讼

这类诉讼发生于公司依法成立之后,但是其纠纷源起于公司设立行为,其责任的承担也会因具体情况有所差别。

1. 因实施必要设立行为引发的诉讼

在公司设立成功的情况下,会有两个主体存在,即成立后的公司和发起人股东,此时的诉讼当事人主要在成立后公司和发起人股东之间产生,法律责任也应由成立后公司或发起人股东承担。

第一,如果发起人以前设立中公司名义或者成立后公司名义实施必要设立行为,由此引发的诉讼应当以前设立后的公司为适格被告,并由成立后公司承担法律责任,债权人以前设立或者设立中公司为被告的均不适格。因为此时设立中公司因公司的有效成立而消灭,不再具备承担法律责任的主体资格;而发起人是以前设立公司为目的实施必要设立行为,其行为利益由成立后公司承继,如果要求发起人承担法律责任是显示公平的。对此,有关司法解释也规定,出资人或发起人在公司设立过程中以“公司”、“公司筹备组”等名义与他人签订合同的,公司成立后即应承继合同的权利义务,债权人提起诉讼主张全体出资

[1] 参见褚红军、俞宏雷《公司诉讼原理与实务》,人民法院出版社2007年版,第118页。

[2] 最高人民法院《关于审理公司纠纷案件若干问题的规定(一)》(征求意见稿2)第3条规定,设立公司行为所产生的债务,在公司成立之前,债权人提起诉讼主张全体出资人或发起人承担连带清偿责任的,人民法院应予支持。

人或发起人连带承担合同责任的,人民法院不予支持。^[1]

第二,如果发起人以自己的名义实施必要设立行为引发诉讼的,应以发起人和成立后公司为共同被告,由其承担连带责任,至于司法实践中具体由发起人还是成立后公司作为被告,应该由债权人自愿选择。对此,司法解释规定,公司成立后对发起人订立的合同进行了确认,或者已经实际享有了合同权利,合同相对人请求人民法院判令公司和该出资人或者发起人共同承担合同责任的,人民法院应当支持;但合同相对人与公司重新约定解除出资人或发起人合同责任的,从其约定。

2. 因实施非必要设立行为引发的诉讼

第一,发起人以设立中公司名义或者成立后公司名义实施行为构成诉讼的,不能一概以成立后公司作为诉讼被告。此时发起人实施的民事行为处于效力待定状态,如果成立后公司予以追认的,债权人可以以成立后的公司为被告,要求公司承担法律责任;如果成立后公司不予追认的,债权人只能以发起人为被告,要求其承担民事责任。

第二,发起人以自己名义实施民事行为构成诉讼的,应该由发起人作为诉讼被告,承担法律责任。毕竟在这种情况下,要求债权人判断发起人的行为是否代表成立后公司的利益,这是强人所难,债权人以发起人为被告当属必然。

(三)公司设立不能之诉

公司设立不能是指在公司设立过程中,因特定情形的出现,导致公司不能成立,是公司设立失败的一种表现形式。由于发起人已经为公司设立实施了一系列设立行为,形成了一定的债权债务,一旦公司不能成立,责任的承担必将导致诉讼的出现。

1. 诉讼当事人的确定

在此种情况下,大陆法系和英美法系的传统观点都认为,设立中公司不具有独立的法律人格,并因公司设立不能而自然消亡,不能承担作为诉讼被告承担责任。此时的法律责任,应根据合伙原则由发起人承担责任。而且,为了保护认股人的合法权益,认股人居于与设立中公司债权人相同的法律地位,可以向发起人请求返还其所认缴的股款,自然不能担任被告人。^[2]

2. 诉讼责任的归责原则

在公司设立过程中,一般认为发起人之间属于民事合伙关系,该合伙自发起人订立发起人协议之日即告成立,到公司成立时终止。因此按照民法上对合伙人责任的要求,公司发起人因实施设立行为产生的债务,应由全体发起人承担连带责任。此外,这一责任的承担不以发起人有故意或者过失为要件,属于无过错责任。^[3]采取这种归责原则对于保护债权人和认股人的利益最为有利。

3. 法律责任的承担范围

在公司设立不能时,由设立行为产生的法律责任包括两个方面:

第一,公司设立不能,公司发起人对公司发起和设立的必要费用承担连带法律责任。

第二,公司设立不能,公司发起人应当就认股人和债权人的损害承担法律责任。

对此,我国《公司法》第97条明确规定:“股份有限公司的发起人应当承担下列责任:(一)公司不能成立时,对设立行为所产生的债务和费用负连带责任;(二)公司不能成立时,对认股人已缴纳的股款,负返还股款并加算银行同期存款利息的连带责任。”公司法虽然未对有限责任公司的类似情形做出规定,但是一般认为可以参照该条规定处理。

4. 诉讼法律责任的承担

[1] 最高人民法院《关于审理公司纠纷案件若干问题的规定(一)》(征求意见稿2)第3条规定,设立公司行为所产生的债务,在公司成立之前,债权人提起诉讼主张全体出资人或发起人承担连带清偿责任的,人民法院应予支持。

[2] 参见何芳枝《公司法论》,中国政法大学出版社2004年版,第20页。

[3] 参见褚红军、俞宏雷《公司诉讼原理与实务》,人民法院出版社2007年版,第121页。

当公司设立不能时,发起人因实施公司设立行为与第三人订立的合同,如果是以设立中公司名义实施必要设立行为的,则由全体发起人承担连带责任;如果是以发起人自己的名义实施必要设立行为的,原则上由行为人本人承担责任,其他发起人追认该行为的,其他发起人承担连带责任;发起人以设立中公司名义实施非必要设立行为的,原则上自己承担责任,其他发起人追认的,承担连带责任;发起人以自己名义实施非必要设立行为的,由发起人自己承担法律责任。

对发起人实施设立行为产生的债务和必要费用,由发起人连带承担责任;发起人对认股人已缴纳的股款,负返还股款并且加算银行同期存款利息的连带责任。

(四)公司设立无效之诉

所谓公司设立无效诉讼,是指当公司的设立行为出现设立的严重瑕疵时,有关利害关系人可以通过诉讼的方式请求法院宣告公司的设立无效。^[1] 在国外的公司法上,对公司设立无效都是通过专门的公司无效制度处理的。我国公司法没有公司设立无效的规定,仅有公司设立撤销的内容。司法实践中,公司设立撤销制度发挥着其他国家公司设立无效制度的功能。^[2] 这显然是不能满足实践需要的,因此有必要对我国的公司设立无效诉讼制度进行探讨。

1. 公司设立无效之诉的当事人

在公司设立无效之诉中,原告应是与公司设立存在利害关系的当事人,但并非所有的利害关系人都可以成为该类诉讼的原告,多数国家将原告限定在股东、董事、监事和债权人的范围内。例如德国《股份公司法》第275条第(1)款规定,每一名股东及监事会、董事会的每一名成员都可以就公司被宣告无效提起诉讼;日本《公司法典》第828条第2款规定,提起公司设立无效之诉的权利人必须是设立股份有限公司的股东或设立份额公司的社员等。^[3] 我国也应当以此为借鉴做出相应规定。

关于公司设立无效之诉的被告多数国家未作明确规定,一般认为应以公司作为被告。对此,德国法律规定最为详细,除规定以公司为被告外,还规定在诉讼中由董事会或者监事会代表公司诉讼。并且,为确保公司利益不受非法侵害,当董事会成员起诉时,应由监事会代表公司诉讼;当监事会成员起诉时,由董事会代表公司诉讼。

2. 公司设立无效之诉的起诉条件

从大陆法系各国的公司立法来看,对于提起公司设立无效之诉的条件规定比较严格,一般都设定了瑕疵更正的前置程序。德国公司法明确规定必须在起诉前进行瑕疵更正,否则不能提起诉讼。法律实际上为当事人设定了必须补救的程序性义务,唯有其私力救济——补救请求权用尽,才能寻求公力救济——提起瑕疵诉讼。这种规定是为了在否定公司效力之前,尽量采取措施促成公司的成立,以维护交易秩序的稳定,我国将来的公司诉讼立法应当借鉴。

3. 公司设立无效之诉的性质

大陆法系各国一般都认为,公司设立无效之诉在性质上属于形成之诉,应适用形成之诉的程序规定。

4. 公告程序的建立

由于公司设立无效之诉涉及公司的民事主体资格,涉及众多利害关系人如股东、董事、监事、债权人等的切身利益,因此,许多国家都规定在案件被法院受理之后必须进行公告,通过公告程序保护利害关系人的利益。我国也应当参照有关国家的规定,规定诉讼之前的公告程序。

5. 公司设立无效之诉判决的法律效力

第一,公司设立无效诉讼裁判的效力不仅及于原告及被诉之公司,还应当当然及于其他利害关系人,

[1] 参见乔欣《公司纠纷的司法救济》,法律出版社2007年版,第130页。

[2] 参见任秀芳、曹建波《公司设立无效诉讼问题思考》,载《浙江万里学院学报》2007年第4期。

[3] 参见乔欣《公司纠纷的司法救济》,法律出版社2007年版,第133-134页。

任何人不得再提起公司设立无效之诉。

第二,裁判不具有溯及力。各国公司法一般都规定,公司设立无效之诉的判决不具有溯及力,公司在成立后至被宣告设立无效期间所进行的民事法律行为仍然有效。这样规定主要是出于维护交易稳定的考虑。如果认定判决具有溯及力,那么公司成立之后所进行的任何民事行为均为无效行为,极有可能出现公司逃避债务、债权人利益受损的情形,这不但不利于交易的安全,也会产生诸如不当得利返还请求等极为复杂的问题。^[1]

第三,判决应当公示。否定公司设立效力将会导致公司法人资格的灭失,以公司为主体成立的各种民事法律关系都将受到直接影响,因此该判决的重大意义,必须进行公示,以保护第三人的合法权利。此外,公示必须是独立和及时的,以防止不知情者继续与被判决无效的公司发生新的交易或者形成其他法律关系。^[2]

第四,公司必须进行清算并办理注销登记。公司设立无效的判决生效后,公司就处于即将结算的状态,依照规定必须成立清算组实施清算行为。清算结束后,应当及时办理注销登记。

6. 法律责任的承担

在公司被确认无效后,对导致公司设立无效有过错的发起人或者股东,依据合同法的缔约过失责任制度,应对无过错的公司股东和发起人的经济损失承担赔偿责任。对公司设立无效前所生之债,公司债权人可以依法向清算组申报债权并请求赔偿,公司财产不够清偿的,由股东承担连带清偿责任。有限公司的股东和股份公司的董事,如果实施擅自分配、隐匿、转移或故意低价转让公司财产的行为,则构成公司人格滥用,因此侵害债权人利益的,应对债权人承担连带赔偿责任。

五、结语

从以上对设立中公司诉讼的分析可以发现,这类诉讼大多产生于公司设立过程中,源起于公司发起人实施的必要设立行为和非必要设立行为,诉讼涉及的利益主体呈现多样性,诉讼结果影响的范围较大,这都体现了与一般公司诉讼的区别。我国虽然新修订了公司法,但是其中仍然缺乏对公司诉讼的完整规定,对公司设立诉讼更是鲜有提及,这必然造成了司法实践中法院在处理此类纠纷时难以准确适用法律,难以全面保护各诉讼当事人的合法权益。因此,加强对公司设立诉讼的理论研究,对于完善我国公司诉讼制度具有重要的价值。

论文的创新之处:

第一,针对公司在设立阶段出现的特殊组织体,明确其名称为“设立中公司”,认为其性质为“有自身特点的非法人组织”。这对于解决公司设立诉讼中当事人资格的确定和法律责任的承担具有决定意义。

第二,对公司设立阶段可能出现的诉讼进行了分类研究,尤其是对公司设立无效诉讼制度进行了初步探索,结合有关国家的立法例提出了自己的立法建议。

论文的不足之处:

由于我国公司法对公司设立阶段的纠纷解决规定甚少,司法解释对此问题也基本没有涉及,所以对公司设立阶段诉讼的研究主要还是局限于理论探讨,缺乏立法支撑。最终制度的建立还有待于立法的完善和司法经验的积累。

(责任编辑:王建敏)

[1] 参见任秀芳、曹建波《公司设立无效诉讼问题思考》,载《浙江万里学院学报》2007年第4期。

[2] 参见任秀芳、曹建波《公司设立无效诉讼问题思考》,载《浙江万里学院学报》2007年第4期。

公司员工派生诉讼制度的构建

邸天利,袁 锦

[摘要] 公司员工在给公司提供人力资本的同时,他们也要求获得相应的工资报酬、安全福利保障以及其他涉及人身自由权利等。一方面,员工个体的人力资本是企业财富创造过程和客观需要;另一方面,员工也会追求其自身的利益。这两方面决定了公司要对员工提供激励和监督的必要性,员工也就自然地参与到公司治理当中,基于此,他们应该拥有公司所拥有的针对一切侵权者的包括基于物权的和基于债权的全部内容的诉讼请求权,从而成为公司派生诉讼的主体之一。但是,我们在构建公司员工派生诉讼制度时,要充分考虑到员工的特殊主体地位和其弱势性,因此,在原告资格、起诉条件、前置程序、证明责任和诉讼费用方面,要有别于公司股东的派生诉讼,从而使员工派生诉讼制度得以真正建立,更好的保护公司员工的切身利益。

[关键词] 公司员工;治理结构;派生诉讼;制度构建

公司员工诉讼,是以公司员工为主体而提起的诉讼,这里的员工是指公司一般劳动力资源。本文所称员工是指除股东、管理人员之外的劳动力资源提供者。公司员工诉讼可分为员工基于自益权而对公司提起的诉讼和员工基于共益权获得的公司所拥有的针对一切侵权者的派生诉讼权。由于公司员工为维护自己劳动权等个人权利而与公司之间发生的关于劳动合同等纠纷是由我国的劳动法和劳动合同法来规范的,并且在这两部法规中,对劳动争议解决的相关问题都做了相对完善的规定,因而在此我们就不再论述。本文主要关注的是当公司的权利受到侵犯时,为了维护公司和其他员工的利益,员工是否可以提起派生诉讼?

本文对此做出了肯定性的回答:基于公司员工身为公司特定利益相关者的地位、强烈的现实需要、充分的理论基础以及一定的法律依据,有必要将他们的法律地位从原来的普通劳动法中的地位提升到公司法的利益主体的地位上来。立法应尽快赋予他们和股东同样的派生诉讼权,并在一般性规则基础上,做出针对公司员工诉讼制度的特殊制度安排。

一、公司员工派生诉讼权概述

(一)理论和现实依据

从利用派生诉讼制度加强对公司监督的角度讲,将派生诉权扩大到员工,无论是理论上还是现实中,都是充分必要的。并且,赋予公司员工以派生诉讼权有着充分的理论及现实依据:

公司员工派生诉权的第一个来源是基于管理权。员工对公司的管理权形成于两个方面:一是宪法和法律的直接规定;二是作为人力资本所有者的管理权。首先,公司员工理论的一个重要观点是:公司员工向企业投入了大量的专用性人力资本,这种专用性将员工个人的命运与公司的命运紧密联系起来。为了保护其专用性投资不受损害,他们应参与企业治理,一旦公司利益受损,他们应当有派生诉权来救

基金项目: 本文是教育部人文社会科学研究项目“公司诉讼机制研究”(项目编号:08JA820023)和中国法学会2008年部级法学研究课题《公司诉讼归类及程序机理研究》(项目编号:D08035)的成果之一。

作者简介: 邸天利,男,北京航空航天大学法律科学与管理专业博士研究生,山东省高级人民法院民二庭审判长,研究方向:商法学;袁锦,女,山东肥城人,山东省肥城市农村信用合作联社,研究方向:商法学。

济。其次,现代企业之间的竞争最终是人力资源的竞争,拥有知识和技能的员工是公司竞争致胜的决定性因素。从这个角度出发,也应该让员工拥有管理权。再次,公司员工的知识和技能只是一种潜在的生产力,要将这种潜力发挥出来,必须给予一定的诱导和刺激,创造适宜的环境和条件。否则会影响公司的利润流量,甚至会使公司陷入深渊。赋予员工以管理权则是一种较好的激励方式。最后,随着科学技术的进步和知识经济的发展,将会涌现出越来越多的知识型公司,在这些公司中,员工不仅成为人力资产的所有者,而且成为物质资产的所有者,即公司的所有者。在新古典经济学看来,“人力资本与其所有者具有不可分离性”是人力资本的产权特征。故公司员工作为公司重要的资源和人力资产的所有者,应享有公司人力资产和物质资产所有权^[1]。

第二个来源是基于劳动权的共益权。广义的劳动权分为自益权与共益权。自益权是劳动者仅为自己利益而行使的权利,而共益权是劳动者为自己利益的同时、兼为其他劳动者利益而行使的权利。公司员工行使派生诉权,直接目的是为了企业免受损失,间接的结果则是全体公司员工利益得到保护,这正是行使共益权的突出体现。

(二)请求权基础

公司员工对公司的管理权有宪法和法律的明确规定。《中华人民共和国宪法》第16条第2款明确规定“国有企业依照法律规定,通过公司员工代表大会和其他形式,实行民主管理。”这就意味着,公司员工有权对国有企业通过职工代表大会或其他形式进行民主管理。《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)第18条规定,公司依照宪法和有关法律的规定,通过公司职工代表大会或者其他形式,实行民主管理。这里的“其他形式”当然可以包括诉讼的方式。在修订公司法时,有学者主张,^[2]应把保护公司员工的利益作为公司法的立法宗旨之一,建议修改原《公司法》第1条和第15条,将第15条第1款的第1句“公司必须保护公司员工的合法权益”移入总则部分(第一条),将公司法第一条的立法宗旨之一由“保护公司、股东、债权人的合法权益”修正为“保护公司、股东、公司员工和债权人的合法权益”。^[3]如果如此修订,则公司员工派生诉权的实体法基础将更加扎实。遗憾的是2005年《公司法》修订中并没有作此修改。尽管新的《公司法》没有做此修订,但无论是理论还是现实,都已为赋予公司员工派生诉讼权做好了充分准备。

二、公司员工派生诉讼制度构建中的特殊规定

(一)原告资格和起诉条件

我们主张公司员工有权提起派生诉讼,但是为了避免可能的滥诉和不必要的重复诉讼,原告资格及起诉条件应当有所限定。那是否应像股东派生诉讼的“双重股份持有原则”和“持股期限原则”以及“持股比例”一样对身份、期间及数量有严格的要求?^[4]

就“身份及期限”问题,是否要求公司员工提起诉讼时要像股东起诉一样遵循“当时所有权规则”的

[1] 参见 Alchain, Armen A. and H. Demsetz, “Production, Information Costs and Economic Organization”, American Economic Review, 2004, p62.

[2] 参见杨玉荣《公企业治理中多元诉讼机制研究》,中南大学博士学位论文,2007年,第118页。

[3] 转引自公司法研究中心,《公司法》修改专家意见综述(一),<http://www.Economiclaw.com.cn>。

[4] 根据我国《公司法》第152条的相关规定,如果是股份有限公司,那么有权提起诉讼的股东必须满足以下条件:(1)最低限度的持有股份的期限:180天;(2)持股比例:持有1%以上。(单独或合计)

精神,在其所提起诉讼的侵害行为发生时即为此身份,并且自此以后一直是此身份?同时,要像大陆法系股东派生诉讼的“持股期限原则”精神,要求诉讼主体作为此身份达到一定期限?对股东身份要求的目的,主要是为了保证起诉的股东与公司确实利益相关。公司员工在提起诉讼时必须身份确定这毫无疑问,但是否要求公司员工在侵害行为发生时即为此身份?公司员工不必是同时身份。这主要是因为公司员工与公司的关系指向未来,即使在发生侵权行为时不是公司员工,但在起诉时已是公司员工的身份以及将来都可能继续作为公司员工而存在并受企业影响时,这种利益关系就已经密不可分。

至于“期间”问题,对股东持股期间的限制主要是为了防止股东为滥用派生诉讼制度而临时购买或受让股份。在公司员工身份问题上这一顾虑并不存在,公司员工拥有公司员工身份并不像持股一样简单易得,能否成为公司员工并不能由自身单方决定;而一旦成为了公司员工,其利益与企业利益就已休戚相关了。因此公司员工大可不必受在公司工作时间或年限的限制,只要他在起诉时拥有公司员工身份即可。

至于“数量”问题,股东派生诉讼对股东持股数量的要求主要是保证起诉者具有代表性。公司员工提起诉讼时如何体现一定的代表性?我们认为,要保证起诉意见代表大多数人的合法权益,有必要做一定的数量方面的限制。当提起诉讼的公司员工为公司员工时,可以要求原告达到一定的公司员工人数。既可以做一个固定人数的要求,也可以做原告公司员工占总公司员工人数比例的要求。人数的规定不宜太少,可规定1%左右为宜,这是为了避免公司员工内部的意见分歧或公司员工局部利益与企业整体利益的矛盾,也避免可能造成的无谓的讼累。^[1]

在诉讼过程中,如果在起诉时具备资格的公司员工丧失了原告资格,法院一般应裁定终结案件诉讼,因为原告资格一经丧失,即无从保证该原告在诉讼结果与其没有利害关系的情况下会为了公司的利益而代其正确行使其诉权。但是基于公平原则,对于那些被控股公司的董事或者其他人为一己私利而滥用职权、恶意促使该起诉主体丧失原有资格的除外。比如公司员工,一经起诉,如被恶意解除合同,则法院有权保证其原告资格不丧失。

另外,鉴于对员工派生诉讼中原告的资格和起诉条件的论述,如果公司中设立了工会组织,那么,员工派生诉讼的原告资格可以赋予工会。因为工会作为工人自治性组织,其职能是维护公司员工的切身利益,而员工提起派生诉讼维护公司利益的根本目的是为了维护自己的利益。因此,在目的上,工会以公司员工的名义提起员工派生诉讼是可行的。此外,就员工派生诉讼的身份、期间等问题,作为工人自治性组织,工会完全可以提起员工派生诉讼,并且公司可以集合公司员工内部意见,避免分歧,提高诉讼效率,节约诉讼成本,更好的维护公司员工的利益。

(二)前置程序—一般规定与例外的价值选择

所谓前置程序,也称穷尽公司内部救济原则,是指在提起诉讼前,相关主体必须曾向公司董事会、监事会或监察人提出要求对违法当事人进行追究。只有当董事会、监事会或监察人接到该请求后,经过一定期间不提起诉讼或对此不作答复,才有权以自己的名义提起诉讼。

有关前置程序的规定在各国关于股东派生诉讼规定中既有一般规定又有例外规定,还有绝对规定。一般规定是指提起派生诉讼必须要履行前置程序。因为诉讼的原因在于公司的利益因不法行为人的行为受损,公司应为真正的原告,只是由于代表公司的董事会、监事会拒绝起诉或怠于起诉,股东为维护自己的利益起诉才是必要的。作为一般规定,前置程序设置因其合理性而在很多国家法律中有所规定。^[2]我国新修订的《公司法》中对股东派生诉讼也设立了前置程序。规定原告在提起诉讼之前,必须书面请求公司监事会或董事会对其欲起诉的被告提起诉讼或采取其他补救措施,监事会或董事会经过

[1] 参见杨玉荣《公企业治理中多元诉讼机制研究》,中南大学博士学位论文,2007年,第120页。

[2] 英美国家没有监事会,立法一般要求原告在起诉之前须向董事会提出追究被告责任的诉讼,必要时还须向股东大会提出此种请求。

审查后决定由公司自己来提起诉讼或采取其他补救措施时,股东就不能提起派生诉讼。如果监事会或董事会不起诉或不采取补救措施或在法定期限内未予答复或该请求遭到拒绝,或情况紧急时,股东才可提起派生诉讼。这个程序设计反映了公司法的一个基本原理,即在公司里对公司事务作出决定的是董事会而不是股东。^[1]一般来说,董事会相对股东来讲,有获取相关信息的便利,它会从因诉讼带来的不可避免的资金及人力资源的损耗等方面综合考虑提起该诉讼是否对公司有价值。同时,诉前请求程序也可能令纠纷在公司内部得到解决,这也节省了司法资源。

在做出一般规定的同时,各国派生诉讼制度又纷纷做出了例外规定,即在一定条件下,原告可以不必经过前置程序而直接提起派生诉讼。如美国大多数州的请求程序要求在请求是“徒劳”的情况下。我国新《公司法》152条也做了例外规定:监事会、不设监事会的有限责任公司的监事,或者董事会、执行董事收到前款规定的股东书面请求后拒绝提起诉讼,或者自收到请求之日起三十日内未提起诉讼,或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的,总体来说具备以下理由可适用例外规定:(1)要求原告履行前置程序有给公司造成不可恢复损害的;(2)接受请求机关丧失了独立性而导致原告的请求成为徒劳时,原告可以直接以自己的名义提起派生诉讼。

绝对规定则是指相关立法没有关于例外情形的规定。如美国有些州的司法施行“统一请求规则”,即要求在任何情况下,股东在提起派生诉讼前必须向公司的董事会提起请求。施以这种规定的并不多。

面对一般性前置程序规定和例外规定,公司员工诉讼制度如何选择?我们知道,设置前置程序的立法目的主要是为了防止滥诉和诉讼欺诈,但当制度意图阻却的因素不存在时,其消极影响几乎可以完全消化积极作用。^[2]

在公司员工诉讼中,既存在着前置程序意图阻却因素不足的情况,又存在着前述的适用例外规定的两条基本理由。一是在我国公司的大环境下,地位相差的悬殊使公司员工本来就存在诉讼动力不足问题,因而恶性诉讼的情况几乎可以忽略;二是诉前公司员工的要求必然在管理者层面上有所反映或无法反映,三是穷尽内部救济无益在公司中几乎就是必然。公司一旦出现公司员工需要提起诉讼的情况,最有可能的情形是:(1)董事、监事、经理人的不法行为。由于董事会和监事会丧失了其应有的公正性、独立性的立场,会导致公司员工的请求上陈无益,比如,董事会、监事会成员是派生诉讼的被告,董事会、监事会、甚至大股东已结成利益集团,或董事会、监事会成员在派生诉讼被告的实际控制之下等;(2)大股东的行为。这种情况下,公司董事会、监事会出于种种自身利益的考虑,也很难启动诉讼程序。因此,在公司员工诉讼制度中,前置程序的设置无疑是对时间和效率的消减。也因此,我们主张,立法不必苛求原告履行诉前请求程序,应当赋予他们直接诉诸法律的权利。

(三)特别证明责任制度的确立

民事举证责任分配的一般原则是“谁主张,谁举证”。公司保护的特殊的法律关系以及出于对公司员工保护的实际需要,有必要在适用一般举证责任制度的同时,采用特殊的举证责任制度——举证责任倒置,和创设新的举证责任制度——第三方举证责任制度。所谓第三方举证责任制度,是指在特定的民事诉讼中,在原、被告都不能或不宜举证的情况下,通过一定的程序要求,在法院的主持下,由特定的第三方承担举证责任的相关制度。^[3]

第三方举证制度是为涉及社会公共利益所创设的一项举证制度,它并不具有普适性,而是对现有举证责任分配制度的一种配合和补充。适用举证责任倒置与第三方举证责任制度具有理论及现实依据。

1. 理论依据

证据的理论基础与法律所追求的利益平衡为特殊举证责任制度提供了理论依据。证据的理论基础

[1] 参见雷兴虎《商事主体法基本问题研究》,中国检察出版社2007年版,第172页。

[2] 参见张建伟《证据法学的理论基础》,载《现代法学》2002年第2期。

[3] 参见李语湘《民事诉讼第三方举证制度研究》,载《湖南公安高等专科学校学报》2008年第3期。

之一是认识论。诉讼活动的主要构成部分是认识活动,对于认识活动,认识论无疑具有理论支持和指导作用。^{〔1〕} 理论基础之二是法律价值及平衡。“诉讼和仲裁所蕴涵的认识活动即使不能最终完成,或者并无任何明确的结果,裁判者也必须作出旨在解决争端的法律裁判结论”。可以说,利益争端的解决,诉讼和仲裁目的完成,有时与事实真相是否得到查明毫不相干,而直接体现出裁判者对法律的理解和法律价值的选择。^{〔2〕} 在公司的多元诉讼中,证据制度的理论基础应该是辩证唯物主义认识论和程序正义论二者的有机结合。这种有机结合,不是要将认识论与程序正义论进行简单的折中、调和,而是要互为补充和相互协同。不仅仅要完成查明案件事实追求“真”的过程,同时也要实现正当的价值判断的“善”的过程。^{〔3〕} 这就要求法庭对举证提出新的要求,即要求举证从简单的证明事实,发展到同时必须要体现判断价值,以实现利益平衡。法律所主张的利益与个体利益的差异性,使诉讼主体会极尽证据选用之能事。侵权者会尽可能地将对己有利的证据加以张扬,而将不利证据加以否认、隐藏,乃至事先加以毁灭,以免落入对方当事人或法官之手,借以实现规避制裁或个人利益“最大化”的目的。^{〔4〕} 而对公共利益如公司损害的有关证据又极可能不为起诉者完全把握,特别是对是否构成了对公司利益的侵害的判定,往往不是普通诉讼者所能够准确界定的,甚至也不是法官所能容易界定的。因此,创设特殊的举证制度在由公司治理与监督引发的诉讼活动中尤显重要。

2. 现实依据

如果按照我国民法“谁主张、谁举证”的基本原则,在公司员工诉讼中,公司员工是应负有举证责任的。但现实状况是公司员工了解企业情况的途径极其有限,极大地影响了其在诉讼过程中与侵权者的博弈。扩大和切实履行查阅权是获取诉讼证据的一个重要手段。可以说,查阅权及其行使条件和权利范围,与能否成功地起诉董事和高级职员有着至关重要的作用。

我国立法现有的信息披露制度或查阅权制度是不完善的。虽新修订《公司法》有所改善,但仍然有限。新《公司法》第34条规定了股东的查阅权: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。并新增了“股东可以要求查阅公司会计账簿”的规定。第97条规定:股份有限公司应当将公司章程、股东名册、公司债券存根、股东大会会议记录、董事会会议记录、监事会会议记录、财务会计报告置备于本公司。第98条,股东有权查阅公司章程、股东名册、公司债券存根、股东大会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议、财务会计报告,对公司的经营提出建议或者质询。关于上市公司信息披露规定于第146条:上市公司必须依照法律、行政法规的规定,公开其财务状况、经营情况及重大诉讼,在每会计年度内,半年公布一次财务会计报告。

从以上规定中我们看到,我国《公司法》对股东规定了一些查阅权,但仍是部份查阅权。其他信息如董事会会议记录、作为财务会计报告制作来源的原始资料等仍为少数人控制。并且能否查阅到真实反映公司的财产与经济状况也不得而知。而对公司员工来说,了解企业经营状况的可能性就更小,仅公司法第18条第三款规定:公司研究决定改制以及经营方面的重大问题、制定重要的规章制度时,应当听取公司工会的意见,并通过公司员工代表大会或者其他形式听取公司员工的意见和建议。再无其他信息途径。广大公司员工与公司在信息资料上的不对称,缺乏收集证据的人力、财力,加之在收集证据时又极可能得不到公司的配合甚至公司会隐瞒或隐藏证据等等的现实情况,以及缺乏必要的专门知识和分析能力,导致了公司员工在举证中处于完全的弱势地位。如果仍规定由派生诉讼之原告负举证责任,显然对公司员工是不公平的。因此我们主张派生诉讼应采取特殊的举证责任制度。

3. 举证责任倒置和第三方举证

举证责任倒置是将举证责任由原告方转移给被告方。在公司员工诉讼中,由于被告方最有可能的是国有资产管理机构、公有控股公司、内部控制人,故可以将举证责任归于以上主体。由被告负举证责

〔1〕 参见张建伟《证据法学的理论基础》,载《现代法学》2002年第2期。

〔2〕 陈瑞华:《从认识论走向价值论——证据法学理论基础的反思与重构》,载《法学》2001年第1期。

〔3〕 参见张建伟《证据法学的理论基础》,载《现代法学》2002年第2期。

〔4〕 参见张建伟《证据法学的理论基础》,载《现代法学》2002年第2期。

任,当然也要赋予其免责抗辩权,如果被告不能有效证明其没有责任,将承担不利的后果。

“第三方举证”制度,作为对现有举证责任分配制度的一种补充和配合,并非运用于所有的公司员工派生诉讼中。一般情况,我们将其主要适用于影响区域社会经济发展的重大民事诉讼案件中,特殊情况的适用也不排除法院通过自由裁量权来认定。特定情况一般是指,原告不可能掌握的某些社会信息资源,被告有理由不提供这方面的信息,而这些社会信息资源对于证据的最终形成起决定作用。^{〔1〕}作为第三方举证的主体可以规定为:国家机关、行业协会、国有资产监督管理机构。他们有义务应法院的要求作为第三方证人进行举证活动。上述主体在作为第三方承担举证责任时,基于对信息资源的掌握和承担的法律、社会责任及本身的公信力,以自己为主体,以待证明的事实为对象,通过理性分析做出一种价值判断,最终形成法官做出裁判的证据。

(四) 诉讼成本降低模式

公司员工派生诉讼能否有效提起,取决于胜诉概率临界点的高低,只有胜诉概率临界点低才能鼓励人们进行诉讼活动。而胜诉概率临界点的降低则取决于降低诉讼成本和加大惩罚力度。^{〔2〕}因此,降低诉讼成本是制度设计的一个重要要求。在具体制度建设中的成本降低模式,主要通过降低诉讼费用、放宽担保条件及减化诉讼程序来实现。

1. 降低诉讼费用

诉讼费用是影响公司员工诉讼动力的直接因素。因此,在构建公司员工派生诉讼制度中,我们应设计有关诉讼费用补偿的制度规定。即如果原告胜诉,诉讼费用由公司承担。但案件受理费的多少,仍会直接影响起诉的发动。有关公司的诉讼可能标的额很大,正常按照财产请求权案件,那么派生诉讼的高标的额将使相关者承担巨额的诉讼费用。尽管将来会得到一定的补偿,但毕竟需要原告先行支付,这无疑会加大起诉者的经济负担,而且考虑未来的不可预知性又会使起诉者顾虑重重,直接影响其起诉的动力。因此,应该将派生诉讼案件规定为非财产请求权案件,规定收取较低的受理费。^{〔3〕}

我国可参照日本立法例的相关规定,将派生诉讼作为非财产诉讼案件,考虑不同规模、不同主体的派生诉讼请求的状况,按件收取确定的、低数额的诉讼费。就目前而言,可以适用最高院审判委员会第411次会议通过的《民事诉讼收费办法》关于非财产案件规定,每件派生诉讼案件受理费为10—50元。

2. 诉讼费用担保

是指法院在受理案件之前或诉讼过程中应被告的请求要求原告提供一笔资金或财产,以对其败诉的情况下因诉讼产生的费用及可能给被告造成的损害进行担保的制度。但是,从该制度诞生时起,就有不同的声音,并出现了相反的结果。许多国家法律要求派生诉讼中的原告提供诉讼担保,目的是防止滥诉、恶诉的现象。但实践中发现,诉讼费用担保制度并未充分地阻止那些无价值的诉讼,反而危害了那些有价值的派生诉讼,使得那些没有财力的小股东根本无力提起诉讼。

对于广大公司员工来说,其处于弱势地位,对巨额的诉讼费用担保,必然会力不从心。同时,公司员工滥诉的可能性并不大。公司员工与公司的生存发展依赖关系很强,其投入的所谓人力专用性资本对公司的专属性很强,^{〔4〕}一旦下定决心对股东、经营管理者提起诉讼,势必就站在了公司的对立面,如果不是有正当的、足够的理由,相关者是不会冒此风险的,这就是公司员工不会滥诉的内在原因。因此,我们主张,可将此纳入法官自由裁量范围。法官在判断究竟是否由原告提供担保时,可以参考日本的立

〔1〕 参见李语湘《民事诉讼第三方举证制度研究》,载《湖南公安高等专科学校学报》2008年第3期。

〔2〕 参见[美]波斯纳《法律的经济分析(下册)》,苏力译,中国百科全书出版社1997年版,第398页。

〔3〕 日本在这方面的经验教训值得我们吸取。日本自1948年导入派生诉讼制度之后至1993年长达四十余年的时间内,该制度都未能得到很好的运用,其中一个重要原因就是高额的案件受理费使广大股东望而却步。1993年日本修改商法典时,对派生诉讼的收费规定做了修改,不再视派生诉讼案件为财产请求权案件而视其为非财产请求权的案件。

〔4〕 参见雷兴虎《商事主体法基本问题研究》,中国检察出版社2007年版,第173页。

法例,日本商法第267条规定:派生诉讼的被告提出请求并证明原告存在恶意时,法院得依被告之请求命令原告提供相当之担保。^[1]这里所谓的恶意指原告明知道所提起的诉讼会侵害被告还提起诉讼。只有在该种情况下,法院可命令原告提供相当的担保。面对我国厌讼的传统,派生诉讼制度刚刚建立且并不完善的情况下,制度设计在鼓励诉讼与防止滥诉之间更应该鼓励诉讼。

3. 简化诉讼程序

简化诉讼程序与诉讼费用的高低直接相关。诉讼程序越是繁琐,诉讼费用就越高,诉讼周期也越长。反之,诉讼程序的简化则必然带来诉讼成本的降低和诉讼周期的缩短。^[2]程序的繁杂并不代表诉讼结果的公正。自近代以来,各国对诉讼程序都进行了改革,程序的总体变化趋势是“由仪式化、教条化、武断性向实用、有效、民主方向发展”^[3]。我们从制度设计的总体目的出发,也会在具体程序制度设计时尽量简化程序性规定。比如取消了公司员工派生诉讼的“前置程序”,规定既判力等等,在前文中我们已经详述。

三、结论

本文主要对公司员工派生诉讼制度进行了构建。重点解决了赋予公司中公司员工派生诉权的理论基础、现实依据及请求权基础等问题。同时,对公司员工诉讼制度中的特别制度进行了设计和规定。我们认为,公司员工派生诉权的依据主要是基于公司员工理论主张的作为人力资本所有者的管理权,劳动者的共益权,对公司的财产所有权,以及宪法和法律对公民作为国有资产所有者的直接规定。

本文还对公司员工诉讼的特别程序进行了规定。除了要遵循诉讼体系的一般性规定外,公司员工诉讼程序还有一些针对自身特点的特殊规定。其一是原告资格与起诉条件:公司员工作为原告,不必要求其在所诉侵害行为发生时即为此身份,也不对其为此身份的时间做限制;在人数规定上,公司员工提起诉讼时,为取得较好的代表性,可以对人数做一个绝对数要求或比例数要求;其二是前置程序的设置,是按股东派生诉讼的一般规定设置前置程序,还是采直接提起诉讼的例外规定?本文主张对公司员工可采例外规定,即可不设前置程序;关于举证责任制度,公司员工与侵权者地位的极不平等性,他们信息获得的极其有限性决定了应该采用并创设特殊的举证责任制度—举证责任倒置和第三方举证制度。所谓第三方举证责任制度是由法院要求特定的国家机关、行业协会和国有资产管理机构提供相关证据并对相关事实做出价值判断。

同时,本文还对降低诉讼成本问题进行了讨论,提出了为减轻公司员工的负担和激励他们提起诉讼,可按照非财产类案件收取诉讼费用。同时,对他们提起诉讼时,主张由法院酌情决定是否需要提供担保,而基本依据是看其是否存在恶意。减化诉讼程序也是降低诉讼成本的重要途径。从这三个方面入手降低诉讼成本,可以降低胜诉临界点,从而激励更多的公司员工提起诉讼,从而达到公司员工提出派生诉讼制度的目的,即维护公司以及员工的切身利益。

(责任编辑:王建敏)

[1] 参见《日本商法》,王叔江、殷建平译,中国法制出版社2000年版,第72页。

[2] 参见樊崇义《诉讼原理》,法律出版社2003年版第197页。

[3] 顾培东:《诉讼制度的哲学思考》,载柴发邦《体制改革与完善诉讼制度》,中国人民公安大学1991年版,第32页。

【社会法研究主持人：黄娟教授】

志愿服务立法若干问题的思考

肖金明

【摘要】志愿服务法的定位、志愿服务的基本原则、志愿服务的范围与类型、志愿服务关系,是志愿服务立法必须解决的基本理论问题。从不同角度可将志愿服务法定位为社会法、促进法、权责法、政策法,由此选定了志愿服务法的立法宗旨与法律品格;明确合法、平等、自愿、无偿、信用等志愿服务基本原则,可以为志愿服务规范设计建立前提和基础;确定志愿服务范围与类型,有助于明确志愿服务法的适用对象和调整范围;志愿服务关系法律化是志愿服务立法需要面对的重大现实课题。

【关键词】志愿服务法;志愿服务原则;志愿服务关系

.....

一、志愿服务立法定位

关于志愿服务法的立法定位,可以从四个方面来考虑,一是志愿服务法在整个法律体系中的位置,二是志愿服务立法的功能,三是志愿服务法的基本内涵,四是志愿服务法的规制模式。据此,可以将志愿服务法定义为社会法、促进法、权责法和政策法。

(一) 志愿服务法在整个法律体系所处位置

从志愿服务法在整个法律体系所处位置看,志愿服务法属于社会法范畴。在我国,不断完善的法律体系由宪法及宪法相关法、民法商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法构成。在我国初步形成的法律体系中,志愿服务法属于社会法范畴。对于社会法的部门法属性,学界还有争论,社会法有“大社会法说”、“中社会法说”和“小社会法说”等不同的内涵界定;也有学者认为社会法属于“第三法域”,还有学者认为社会法只是一种立法技术,被称作“专题式立法”。尽管争论不尽,但学界对社会法调整对象与价值追求大致上存在着共识,社会法被视为保障公民社会权利之法,社会权是社会法的逻辑起点和核心范畴。一般说来,社会权应当具有两个层面的含义,一个层面是社会整体利益基础上的集体权利,以社会公益为表现形态;另一个层面是社会成员所享有的一些基本权利,以弱势群体权益为其主要表现形态。从第二个层面上来讲,社会权是那些维持人们生存和发展、保障人们人格尊严的权利,是一种最低限度的权利。根据《经济、社会和文化权利国际公约》的规定,社会权主要包括工作权、获得公正和良好工作条件的权利、组织工会权、相当的生活水准权、社会保障权、获得社会救济权等。志愿服务包含社会公益志愿服务和社会保障志愿服务两种基本类型,前者主要是针对大型公益活动或公益领域,如奥运会、世博会、环境保护等提供志愿服务,公益性色彩较浓;后者主要针对弱势群体提供志愿服务,个体辅助性色彩较浓。两者共同构成了现代志愿服务的基本内容,分别追求社会公益和弱势群体权益保障,与社会权两个层面的内涵相契合。从这一角度而言,志愿服务法具有明显的社会法性质。

作者简介:肖金明,男,山东大学法学院教授,博士生导师,研究方向:宪法学与行政法学。

将志愿服务法定位为社会法,学界和立法界并没有太多的分歧,问题是将志愿服务法定位为社会法的意义何在。不同的法律部门有其共同的法学原理,所有的部门法的建设和发展都会有共性规律,但是不同部门法所调整的对象不同,必然会有不同的具体原理和规律需要认真对待。将志愿服务法定位为社会法,就是要强调志愿服务立法要遵循社会法原理和社会法建设与发展的规律。研究和阐释社会法原理在志愿服务立法中的应用,分析和概括社会法建设和发展的规律对志愿服务立法的作用,是志愿服务立法的基础性工作。

(二) 志愿服务法的功能作用

从志愿服务法的功能作用角度看,志愿服务法具有促进法的特征。志愿服务立法的主要目的在于拓展一项正在起步的事业,促进一种新兴事物,保障志愿服务的健康发展,探索社会建设的新途径。志愿服务法中的“保障”不仅是指权益保障,更是一项事业顺利发展的保障;不仅是指法律保障,还包括政策措施保障,比如经费支持、政策扶持、条件保障、制度保障等,以此促进志愿服务事业的发展。正是在这样的意义上,我们倾向于将志愿服务立法的名称确定为志愿服务促进法。志愿服务促进法的名称不影响其发挥规范作用。每一部法律都具有或强或弱的规范作用。相对来说,关于自由权立法的规范性比关于社会权立法的规范性要强一些。志愿服务法的规范作用不仅仅针对志愿者、志愿服务组织,还要面向政府及其部门、人民团体等,约束他们履行相应的职能和责任。从这样的意义上讲,规范与促进是统一的,规范是为了志愿服务事业更加健康、更为有效地发展;志愿者权益保护是志愿服务的出发点之一,保障志愿者权益有利于保持志愿者从事志愿服务的热情、信念和动力,保证志愿服务事业的持续发展。从这样的意义上讲,权益保障就是一种促进,志愿者权益保障与促进志愿服务事业发展是统一的。以立法的形式促进志愿服务事业的发展,应当遵循志愿服务事业发展的内在规律,强调志愿服务的自发性,避免公权力对志愿服务做过多的干预和强制,更不能在政策和法律上设置不合理的限制。有学者认为志愿服务事业应当实行柔性管理,不通过外在强制,而是通过一系列非强制的手段,激发被管理者的潜力、引导被管理者发展。在行政方式上,多用行政奖励、指导、行政合同、补贴的方式对志愿服务进行促进和指引。在法律规范的表达上,适当运用义务性规范,多采用任意性规范,避免对志愿者、志愿服务组织的行为设定不合理的、过多的禁止性和命令性规定。在现有地方性志愿服务立法中,明确政府责任的条文多次使用了支持、引导、鼓励、促进等词语,在一定程度上也反映了志愿服务法的促进法色彩。

(三) 志愿服务法的基本内涵

从志愿服务法的基本内涵上看,志愿服务法是权责法。任何法律都会涉及权利义务,有学者将志愿服务法定位为权利法,我们更希望它成为一部权益法和责任法,是一部权益与责任统一的法。将志愿服务法制定成为一部权益与责任统一的法,是志愿服务立法的目标。对于权益和责任都需要从两个方面来注解。这里的权益不仅仅是指志愿者的权益,还包括志愿服务对象的权益,当然也包括由公益活动产生或形成的公共利益;这里的权益不仅仅表现为基于志愿服务法律关系上的具体权益,还意味着决定志愿服务立法出发点的抽象权益,也即一种人权要求,这种抽象的人权要求就是面向困难人员和人群的社会权利。“社会权利—政府责任”的逻辑关系构成社会法的基础原理和一般规律,将志愿服务立法与公民社会权利联系起来,将确定志愿服务领域的政府责任。公民社会权利是生存权和发展权的法律表达,政府为此负有道义责任、政治责任和法律责任,政府履责方式是多样的,其中包括促进志愿服务事业的发展,通过与公民个体或群体合作的方式解决社会问题,应对贫困,满足弱者和弱势群体的基本生存需求。志愿服务法是权责法,这里的责任包括了政府在志愿服务领域的责任;义务不是志愿服务的起点,却是志愿服务的内容,志愿者、志愿服务组织、志愿服务对象等不仅享有权利,也负有相应的义务,不履行义务或者构成侵权,将产生相应的法律责任。志愿服务法是权责法,这里的责任当然包括志愿服务主体的法律责任。建立和完善法律责任体系,是志愿服务立法的目标之一。

(四) 志愿服务法采用的规制模式

从志愿服务法采用的规制模式看,志愿服务法是政策法。政策法介于政策与法律之间,是一种特殊的政策法律现象,较为普遍地存在于社会法领域。社会法本身带有很强的政策性,社会法所应对的是变化的社会风险,法律宜粗不宜细,不同的时期,内容可能差别比较大,需要综合考虑社会的经济、政治背景来调整,具有灵活性特征。从这一角度而言,志愿服务的内容涉及到促进与保障措施的,基本上都是政策性规定。比如,在政府支持方面,规定国家和地方各级政府应当将志愿服务事业纳入国民经济和社会发展规划,制定鼓励政策,提供必要的资金扶持,引导和促进志愿服务事业发展。在鼓励公民捐赠方面,鼓励自然人、法人和其他组织对志愿服务组织和志愿服务活动进行各种形式的捐赠,其捐赠行为可以依法享受税收方面的优惠。在志愿服务优先录用方面,鼓励机关、企事业单位在录取公务员、招聘、招生中,同等条件下优先录用、录取优秀志愿者。此外,还有鼓励公共设施对志愿者实施优惠措施。这些法律条文因其政策性特征,并没有规定相应的法律责任,仅仅是一种倡导性的内容,同时给予各个地方留足了空间。甚至我们在讨论志愿服务管理(协调)体制时,也强调地域的重要性,允许不同的地方因地制宜设定不同的志愿服务管理(协调)机制、管理(协调)机构。志愿服务法的政策法定位决定了志愿服务法的法律品格。

二、志愿服务基本原则

志愿服务基本原则是志愿服务法在总则中确立的重要内容,它是展开具体规范设计的前提和基础。志愿服务基本原则是指导志愿者、志愿服务组织开展志愿服务活动和调整志愿服务法律关系的根本准则,应当体现志愿服务的基本特征,反映志愿服务活动的一般规律。志愿服务应当遵循合法原则、自愿原则、无偿原则、平等原则和信用原则。

(一) 合法原则

志愿服务应当遵循合法原则。合法原则要求志愿服务应当依法开展,遵守志愿服务法的原则和规范,以及相关法律、法规。尽管志愿服务法具有明显的促进法、政策法特征,法律规范多为任意性法律规范,但不可或缺的命令性规范则是志愿服务活动顺利开展的重要保证,合法原则主要内涵就是对志愿服务法命令性规范的遵守。志愿服务合法原则强调志愿服务组织的成立、运作,志愿服务活动的开展必须遵守法律规定,在法定范围内、按照法定程序实施志愿服务行为,不得超越法定范围或者以违法形式实施志愿服务。志愿服务组织应合法设立、具备法人身份,不以营利为目的且在志愿服务范围内活动。任何社会团体或组织的成立都以合法性为其基本要件,志愿服务组织作为向社会提供志愿服务的社会团体,只有在合法成立的前提下才能开展自己的活动。具备法人身份、不以营利为目的并在志愿服务范围内活动是志愿服务组织作为社会团体的应有之意,也是其独立承担法律责任的基础。志愿服务法以志愿服务运作机制为载体设计的制度规范,诸如安全保障制度、信息保护制度、责任制度,必须获得志愿者、志愿服务组织的遵守。志愿服务作为非营利性的公益行为,志愿服务组织与志愿者名义的使用必须合乎志愿服务活动的性质以及相关法律规定,禁止不具备志愿服务组织或者志愿者使用条件的组织或个人随意使用志愿服务组织或者志愿者身份,特别是通过欺诈使用志愿者开展营利性活动,否则即属于非法活动,应当被依法追究法律责任。

(二) 自愿原则

志愿服务应当遵循自愿原则。自愿性是志愿服务的根本特征,是志愿服务得以开展和实施的前提。自愿原则主要包含三个方面的内涵:首先,志愿服务组织招募志愿者,组织志愿者参加志愿服务活动,必须尊重志愿者本人意愿,不得强迫其参加志愿服务组织或者参与志愿服务活动。特别是政府机关、企事业单位、社会团体等,不得利用或者变相利用组织地位强迫成员必须参加志愿服务组织或者参与志愿服务活动;其次,应当尊重志愿者加入和退出志愿服务组织的自由。志愿服务组织必须尊重志愿者退出志愿服务组织的自由,志愿者在未承担志愿服务任务或者退出志愿服务组织不会导致志愿服务对象造成直接、明显的损失时,可以自由退出志愿服务组织。另外,应当尊重一些自发开展助他性或公益性活动的个人和组织不加入志愿服务组织的自由,不得强迫或变相强迫他们加入志愿服务组织;再次,志愿服务对象必须自愿接受志愿服务,志愿者、志愿服务组织不得违背当事人意愿单方面提供志愿服务,如果志愿服务对象明确拒绝志愿者、志愿服务组织提供志愿服务活动,志愿者、志愿服务组织仍自行主张提供志愿服务,则针对其在志愿服务过程中所遭受的损失,志愿服务对象不承担任何责任。

(三) 无偿原则

志愿服务应当遵循无偿原则。无偿性同样是志愿服务的根本特征,是志愿服务区别于市场服务与政府服务的重要标志。无偿原则坚持志愿服务行为非营利性,禁止志愿者或志愿服务组织向服务对象索取或者变相索取报酬。当然,无偿原则并不禁止志愿服务组织或志愿服务对象向志愿者提供必要的交通、餐饮补贴,在某些情况下这些是志愿服务活动顺利开展的必要保证。志愿服务无偿原则并不排斥来自政府或民间的精神奖励,官方和社会可以给予志愿者与志愿服务组织精神方面的奖励,以此激发志愿者、志愿服务组织开展志愿服务活动的热情。国家应当建立志愿服务行为的表彰制度,对表现突出的志愿服务组织和志愿者,以及其他对志愿服务有突出贡献的组织和个人给予表彰和奖励。志愿者基于社会责任感,自愿、无偿开展公益活动、提供志愿服务,应当为国家和社会所认可。国家机关、社会团体、企事业单位应当鼓励和支持志愿服务行为,社会应当尊重志愿者和志愿服务组织的劳动。国际上通行的志愿服务激励措施主要有三类:一类是通过立法规定志愿者有困难时优先获得志愿服务组织和其他志愿者提供服务的权利;一类是鼓励政府机关、企业、学校等在录取公务员、招聘、招生中,同等条件下优先录用、录取优秀志愿者;一类是鼓励公共设施对志愿者实施优惠措施。志愿服务表彰和激励措施并不针对个体志愿者的回报,而是为了引导更多的民众参与、支持志愿服务,进而更好地促进志愿服务事业发展,使得弱势群体权益和社会公益能够因此而获得更多的志愿服务。

(四) 平等原则

志愿服务应当遵循平等原则。平等原则是民法领域的基础性原则,是民事主体进行民事活动的行为准则。在民事法律关系中,当事人法律地位相同,人格完全平等。志愿服务遵循平等原则,其一,尽管志愿服务行为具有无偿性,是志愿者所为单纯的付出行为,但是志愿者、志愿服务组织与志愿服务对象之间法律地位平等,人格相互独立且平等,志愿服务关系可以视为一种因单方允诺而形成的特殊民事法律关系,志愿服务关系各方主体具有独立的主体地位,平等地参与志愿服务法律关系。志愿者、志愿服务组织不能将其志愿服务行为视为恩赐或施舍,不能因为无报酬而丧失对志愿服务对象应有的尊重;其二,志愿者、志愿服务组织与志愿服务对象之间应当平等协商相互之间的权利义务,达成志愿服务协议,任何主体均不能以自行决定的方式形成志愿服务协议而忽视其他主体的意愿。志愿服务平等原则要求志愿服务领域反对歧视,其一,在社会保障志愿服务中,志愿者、志愿服务组织对志愿服务对象不能有不合理的差别对待,特别是在志愿服务对象拒绝志愿服务或者对志愿服务提出要求时,志愿者、志愿服务

组织尊重当事人的自由选择,合理提供志愿服务;其二,在社会公益志愿服务中,志愿服务运用单位应当平等对待所有志愿者,避免将志愿者的正当要求或者拒绝超出约定范围提供志愿服务视为没有公益心;其三,尊重自发开展助他性或公益性活动的个人和草根组织,尊重他们的志愿精神和主体地位,尊重他们的存在和发展形态,防止在法律之外对他们施予歧视性对待。

志愿服务应当遵循信用原则。诚实信用原则被视为私法领域的“天条”和民法上的“帝王条款”,要求民事法律关系当事人应诚实相待、遵守信用,根据法律规定和彼此约定履行义务、承兑现言,并要求民事主体按照权利的目的善意地主张权利,禁止权利滥用,不得基于私利主张和行使权利而损害他人和社会利益。公共服务体系包含市场服务、政府服务和社会志愿服务三个层次,其中市场交易依托诚实信用原则而实现,市场服务机制循此构建;政府服务则因诚信政府建设而将诚实信用原则作为运作指南;社会志愿服务亦应遵循诚实信用原则,以此实现志愿服务事业良性发展。在志愿服务过程中,志愿者、志愿服务组织必须信守承诺,按照自我允诺或者与服务对象约定的内容提供志愿服务,不得因自愿、无偿而降低服务质量、擅自更改服务内容或者终止志愿服务协议;志愿服务对象必须提供志愿服务所需要的真实信息,禁止提供虚假或误导性信息,要充分尊重志愿服务组织、志愿者,不能滥用志愿服务,比如将志愿者视为廉价劳动力,或者在志愿服务禁止范围内运用志愿服务。志愿服务协议是落实信用原则的重要载体,在志愿服务过程中,志愿服务组织、志愿者与志愿服务对象之间通常需要签订三方志愿服务协议。三方协议有利于明确志愿服务组织、志愿者和志愿服务对象之间的权利义务关系,以及相关法律责任,形成志愿服务关系各方的自我约束和彼此制约,也便于志愿服务过程中所遇到纠纷的解决,避免责任主体规避相关责任,在激发志愿者奉献精神的同时,提高其责任意识。

三、志愿服务范围和类型

志愿服务的范围与类型决定了志愿服务法的调整范围与规制对象。从志愿服务的实践来看,志愿服务的范围,可区分为社会公益服务、社区发展服务、弱势群体关爱服务、青少年成长辅导服务、环境保护服务、扶贫开发服务、应急救援服务、国际志愿服务等领域。具体而言,社会公益服务包含大型社会公益活动服务、社会秩序服务(交通、城管、治安)、法制宣传与法律援助服务、公益机构服务;社区发展服务包括社区生活服务、社区文化服务、社区建设服务;弱势群体关爱服务包括孤寡老幼人员的服务、病残人员的服务、失业下岗人员及城乡困难家庭的服务、对农村留守儿童的服务、外来流动人员的服务;青少年成长辅导服务包括青少年学习成长服务、边缘青少年教育服务、青少年综合素质教育服务;环境保护服务包括环保宣传、城市美化、资源循环利用;扶贫开发服务包含文化支援、科技支援、医疗卫生扶持;应急服务包括抢险救灾、紧急状态下维护社会秩序;国际志愿服务包括跨国救援、文化推广、医疗援助等。目前地方性立法中对志愿服务范围的规定相对较为零散,多采用列举具体项目的形式。全国性志愿服务立法规定的志愿服务范围,应当充分考虑分类标准与国际志愿服务分类衔接,强调服务范围的开放性,随时吸收新型志愿服务项目。

志愿服务法的立法宗旨是促进志愿服务事业健康发展,促进发展是主题,但志愿服务不是一个孤立的现象,任何事物的发展都有一个度的问题。志愿服务活动可能要受限于几个方面的因素,比如,志愿者的热情转化为行为受制于志愿者的能力,还受制于志愿服务对象的客观需要和主观需求。再比如,对志愿服务的政策支持和资金扶持涉及公共资源的配置,需要与其他领域的公共资源配置保持协调。又比如,志愿服务的范围应当有一定的限制,宏观上来讲,志愿服务不能取代政府的基本职能,应当避免政府懒政;不能涉足明显、确定的高危和风险领域,那需要很强的专业性;不能介入等价交换领域,那里是人们就业的空间。志愿服务主要与公共服务相关联,也不排除社会管理领域,但政府执法领域应当排除在外,志愿服务即使涉足社会管理领域,也仅限于一些协助、辅助性事务,不应涉及执法职能和权限。由此,公权力执法领域,具有高危风险或纯粹以营利为目的的活动禁止运用志愿服务。

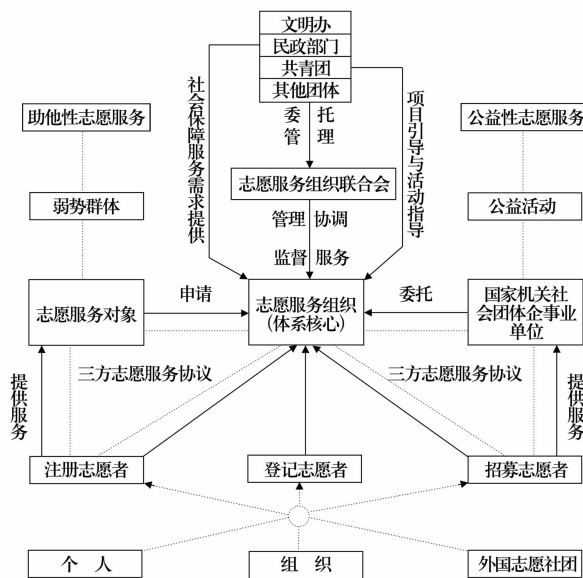
根据志愿服务对象的不同,志愿服务通常区分为针对个体的志愿服务和针对社会公益的志愿服务。

前者主要是针对残疾人、老年人、优抚对象等困难人员和困难群体展开的志愿服务,后者主要是针对义务教育、环境保护、大型赛会等社会公益活动展开的志愿服务。同时,根据服务内容与服务情景的差异,志愿服务又可以区分为一般志愿服务、专业志愿服务、应急志愿服务、国际志愿服务等类型。一般志愿服务较为容易理解,普通的民众通过简单的培训就可以从事,并不需要特殊的服务机能,通常以体能性志愿服务为主。专业志愿服务是由具备心理、医疗、消防、法律、科技等专业技能的志愿者所提供的志愿服务。与一般志愿服务相比较,专业志愿服务需要具备较高的职业技能,相对而言对志愿服务对象或者社会公益活动所起到的作用或影响更大。因而,一方面应鼓励具备专业技能的志愿者积极从事志愿服务,面向志愿服务对象直接提供服务,或者对普通志愿者给予专业技能培训;另一方面志愿者从事专业志愿服务必须设定更为严格的条件,避免不具备专业技能的志愿者从事专业志愿服务所带来的消极影响。应急志愿服务一般是指在发生自然灾害、事故灾难、公共卫生和社会安全事件后,政府机关、非营利性事业单位或社会团体委托志愿服务组织通过临时招募组成志愿服务队伍而提供的抢险救援、卫生防疫、群众安置、设施抢修、秩序维护等志愿服务。应急志愿服务的招募具有临时性,适用于突发性公共安全事件领域;提供应急志愿服务的志愿者并不一定是在志愿服务组织注册的志愿者,具备相应技能的个人或团体通过招募,即可临时具备志愿者身份参与应急志愿服务活动。志愿服务事业是一项国际性事业。伴随着改革开放持续深入,中国志愿服务事业发展迅速^[1],全球国际化趋势更为明显,更多的中国志愿者走出国门、服务世界;更多的外国志愿者进入中国、服务国人。国家应当欢迎和支持外国志愿服务组织、外国志愿者在遵守中国法律的前提下从事志愿服务,为中国民众提供志愿服务的同时为中国志愿服务组织运作树立标本,发挥示范作用,引导中国志愿服务组织健康发展;同时,国家应当提倡和支持具备志愿服务条件的中国志愿服务组织、志愿者赴国外特别是发展中国家和地区从事文化传播、基础教育、医疗卫生、灾害救助等志愿服务,以此体现中国公民的全球意识和国际责任感。

四、志愿服务关系网络

志愿服务立法应当面对志愿服务领域的各种关系,志愿服务关系网络看似很复杂,但可以将其中的复杂关系作简化和解析,突出重要关系和基本关系(参见志愿服务关系网络图示)。其中各机关和团体的相互关系、志愿服务联合会和志愿服务组织的关系、志愿服务组织与志愿者的关系等涉及志愿服务的管理、指导和协调,属于志愿服务关系网络中的重要关系;志愿者、志愿服务对象、志愿服务组织之间的关系,以及志愿者、志愿服务运用单位、志愿服务组织之间的关系,是志愿服务关系网络中的基本关系。

文明办、共青团组织、民政部门等机关和团体之间在志愿服务领域的相互关系是志愿服务关系网络中最受关注的关系。志愿服务管理、指导、协调职能在不同机关和团体之间存在重叠,相关权限存在争执,被人们疑为部门利益之争。建议相关机关和团体建立联席会议制度,加强分工与合作,各地方可以根据情况确定牵头单位。联席会议可以采取志愿服务工作指导委员会模式存在,共同负责志愿服务政



志愿服务关系网络图

[1] 谭建光、周宏峰:《中国志愿者:从青年到全民——改革开放30年志愿服务发展分析》,载《中国青年研究》2009年第1期。

策的制定和志愿服务中长期规划,委托志愿服务组织联合会加强对志愿服务组织的管理、协调和指导。各机关和团体可以加强志愿服务项目规划,引导志愿服务组织参加有计划的志愿服务活动,指导志愿服务组织实施志愿服务项目,有关部门如民政部门按照社团管理法规依法对志愿服务组织实施管理。

志愿服务组织联合会是志愿服务组织的组织,属于一个半官方机构,接受各政府机关和团体的指导,受委托对志愿服务组织进行协调、服务、管理、监督,并成为志愿服务的信息中心和协调中心,同时负责对志愿服务组织的评估和考核等。志愿服务组织联合会还具有一定的自治功能,体现志愿服务事业的社会化管理。^{〔1〕}把实践中政府引导志愿服务事业发展的思路与志愿者协会的专业社团指导职能有机结合,有利于逐步推进志愿服务事业的规范化和社会化发展,充分发挥社会力量的优势,整合社会资源支持志愿服务事业发展。

志愿服务组织是志愿服务的核心与平台,它是志愿服务关系网络中的枢纽,志愿服务组织接受来自各机关与团体和志愿服务组织联合会的管理、指导和协调,并通过注册、招募、登记与志愿者构成多样性关系,对志愿者实施管理,为志愿者提供服务。志愿服务组织的职责是其开展志愿服务活动的依据,对其进行法定化,有利于督促志愿服务组织更好地进行志愿服务,承担相应责任。志愿服务组织的职责应当包括志愿者管理、志愿服务组织、志愿服务评估证明、志愿服务理念倡导、志愿服务保障、志愿服务交流、志愿者利益保护等方面,在全国性立法中以专条列举的方式对志愿服务组织职责进行归纳有提纲挈领的作用,可以保证志愿服务组织的职责的全面性,为志愿服务活动的开展提供充分的法律保证。

志愿者、志愿服务对象、志愿服务组织之间的关系,以及志愿者、志愿服务运用单位、志愿服务组织之间的关系,是志愿服务关系网络中最基本的关系。为规范志愿服务关系,志愿者、志愿服务组织、志愿服务对象可以签订志愿服务协议,在特定情形下,应当签订志愿服务协议,志愿服务协议应当是三方协议,包括协议主体、志愿服务内容及实现方式、协议各方的权利义务、相关法律责任及志愿服务争议解决途径等。国家机关、人民团体、社会公益组织因为重大公益活动或者公共服务项目需要志愿服务时,应当通过志愿服务组织招募志愿者,并签订志愿服务运用单位、志愿者、志愿服务组织三方协议,包括协议主体、公益活动或公共服务项目内容、志愿服务方式、协议各方权利义务、相关法律责任及志愿服务争议解决方式等。志愿服务三方协议有利于明确志愿服务法律关系,特别是志愿者、志愿服务组织、志愿服务对象或志愿服务运用单位的权利义务,有利于保护志愿者的权益。

(责任编辑:黄娟)

〔1〕 莫于川:《中国志愿服务立法的新探索》,法律出版社2009年版,第65页。

完善我国劳动基准实施机制的探讨

黄娟

[摘要]在我国当前形势下,为保证劳动基准的有效遵守,需要克服工会的不完全独立性,增强工会代表职工与企业进行协商谈判的能力;强化劳动保障监察职能,完善劳动基准实施的监察保障机制;增强企业的社会责任意识,健全企业实施劳动标准状况的评价机制。

[关键词]劳动基准;集体谈判;劳动保障监察

劳动基准作为保障劳动者基本权益的法定最低标准,从理论上来说,其实施具有强制性,即用人单位必须遵循而不得与劳动者约定降低标准或约定排除适用。然而,在实践中,我国劳动基准的实施却出现了与立法要求严重脱节的情况。如用工单位不按最低工资标准支付劳动者报酬;劳动者违规加班加点的现象普遍存在;重大恶性工伤事故频频发生;职业病人数居高不下等等,所有这些严重侵害了劳动者的合法权益,直接影响了当前劳动关系的和谐发展。造成这种状况的原因是多方面的,既有劳动基准立法的科学性问题,又有制度实施环境的适应性问题。但其根本原因在于我国劳动基准制度实施的博弈机制和保障机制存在缺陷。在我国当前形势下,为保证劳动基准的有效遵守,必须对其进行改进和完善,使制度的运行机制形成良性互动,从而切实保障劳动者的基本权益。

一、博弈机制:集体谈判缺失

集体谈判,我国称之为集体协商,是指工人通过自己的组织或代表与相应的雇主或雇主组织,为签订集体合同进行谈判的行为^{〔1〕}。集体谈判不仅确立集体劳动关系调整的正式规则,而且本身也是解决劳资冲突、增进劳资合作的一种重要机制。在集体谈判中,劳动者权益要想得到有效维护取决于劳动者有组织的博弈能力,因为集体谈判是劳资双方讨价还价、求同存异、逐步达成共识、解决矛盾的博弈行为。在我国,现行法律制度虽然建立了劳资双方的协商机制,但集体谈判的功能尚未得到充分发挥,劳动者组织对资方的博弈能力也未得到进一步的提升。

首先,在立法上,基于对劳资关系非对抗性的认识,我国建立了非谈判型的集体协商、集体合同制度。《工会法》第6条规定:“工会通过平等协商和集体合同制度,协调劳动关系,维护企业职工的权利。”第20条规定“工会代表职工与企业以及实行企业化管理的事业单位进行平等协商,签订集体合同”。这种劳资关系的协商机制,在集体合同签订上表现为形式主义严重。在现实中,企业签订集体合同不是基于协调劳动关系的需求,而是为完成上级的指标和任务。一般而言,公有制企业在程序上尚能根据本单位实际开展平等协商,但涉及职工集体劳动条件和劳动标准等实质性利益问题,平等协商的余地比较小;而大多数非公有制企业则根本忽视平等协商这一环节,在实行集体合同制度的企业,集体合同的签订一般是企业一方事先拟定好合同文本,说服工会或职工代表签约,工人的工资和劳动条件基本上是由企业单方决定,工人只有消极的接受,很少有参与决定的机会。因此,企业职工对于合同签约、合同效果的认可程度较低,据全国总工会问卷调查,职工不知道“本人所在单位是否签订了集体合同”的比例高达46.85%;认为建立工会“可有可无”和“无必要”的职工比例达到32.26%;在已签订集体合同

作者简介:黄娟,女,山东经济学院法学院教授,硕士生导师,研究方向:经济法、婚姻法。

〔1〕常凯:《劳动关系学》,中国劳动和社会保障出版社2004年版。

的企业中,“不了解”本企业集体合同内容的职工比例达到51.64%，“完全了解”的只有8.56%。^{〔1〕}

其次,作为劳动者权益代言人的工会在代表性和独立性方面的缺陷,削弱了劳动者与雇主之间的博弈能力。工会组织是劳动者为了维护自身的合法权利而自愿组织起来的团体。在集体谈判以及集体合同的签订过程中,工会的作用举足轻重。因为工会最基本的使命是强化工人在谈判中的地位,以团体力量的优势来获得与雇主方地位的相对平衡,工会肩负着代表广大劳动者与雇主方抗衡的重任。^{〔2〕}英国韦伯夫妇在《产业民主》一书中指出:“在无工会组织的行业,……,为了出卖劳动力,劳动者个人不得不与雇主进行艰难的个人交涉,但如果工人们团结起来,推选代表以整个团体的名义与雇主谈判,其弱势地位将会立刻得到改变。”^{〔3〕}然而,集体谈判中,工会作用的有效发挥,端赖于工会的代表性和独立性。工会的代表性要求工会能够真正代表和维护职工的利益,工会的独立性强调工会必须具有独立于企业的身份和地位。从一定意义上说,二者具有密切联系,工会的独立性是工会代表性的保障,如果工会不能独立,依附于或受制于其他外来力量,在集体谈判中,就不会有坚定的立场与本已强大的雇主博弈,就不可能签订出真正代表劳动者利益的集体合同。我国的劳动立法确认了工会组织在集体合同制度中对企业职工的代表地位。《劳动法》第33条和《劳动合同法》第51条第2款分别规定“集体合同由工会代表职工一方与用人单位订立”。但是,一直以来,我国工会是具有半官方性质的特殊社会团体,兼有管理和维权双重职能。我国《工会法》第6条规定,工会要“代表和维护职工的合法权益。”另一方面,第7条又规定工会要“动员和组织职工积极参加经济建设,努力完成生产任务和工作任务。”实践中,工会则较多地介入企业管理机构内部,协调劳动者与管理方的利益分歧,而不是代表工会成员与管理方谈判。另外,我国法律虽然明确赋予工会组织扮演劳动者利益代言人的角色,但由于我国工会组织的建立依赖于企业,工会主席的产生依赖于企业,工会干部的劳动关系依赖于企业,工会经费的拨缴依赖于企业,致使工会组织在实际运行中,成为了企业管理的一个科室和部门。^{〔4〕}企业工会的这些特点,削弱了其代表会员权益的能力,导致了劳资关系中劳动者力量的虚位。

劳动基准和集体谈判是实现劳动法公平的两种重要手段,它们以不同的方式解决劳资关系的不平等问题。劳动基准主要通过倾斜立法对工资、工时、休息等劳动条件做出明确规定,为劳工权益划定一条底线,以限制劳动关系双方的契约自由,来保障劳动者的基本生存权益,维持社会的稳定。集体谈判是劳资双方为追求各自效用最大化而进行博弈。劳资双方通过集体谈判所确定劳动条件要高于国家劳动基准并与企业经济效益相一致;而且,经谈判而签订的集体合同是劳资双方经充分协商后的结果,它能够及时解决现实中出现的问题,更符合劳资双方的利益要求,也会使签订合同的双方更自觉去遵守。因此,集体谈判是劳动基准实施不可或缺的基础,也是劳动基准实施的第一道最积极的保护性屏障。但是,由于我国集体谈判流于形式,劳动关系利益博弈机制缺失,使得劳动关系调整的重任主要落在了劳动基准法上;而大多数的劳动者又无法通过单个个体与雇主协商出较好的劳动条件,使劳动者签订的劳动条件与国家劳动标准法所规定的最低劳动条件一致,因此,国家劳动基准法所规定的最低限度的劳动条件和待遇成为劳动力市场普遍适用的标准。为了保障普通劳动者的生存利益,国家不得不不断地提高劳动基准;而劳动基准的提高,使得企业的劳动成本增大,又增加了企业违法行为可能性的发生。^{〔5〕}最终是劳动者权益受到损害。

二、保障机制:劳动监察缺位

劳动监察,国外又称劳工监察,是指法定的专门机关按照法律赋予的权限对用人单位执行劳动和社

〔1〕 徐小洪:《冲突与协调—当代中国私营企业的劳资关系研究》,中国劳动社会出版社2004版。

〔2〕 高凌霄:《建立适应集体合同制度的工会独立性保障机制》,载《东北农业大学学报》2008年第8期。

〔3〕 程延园:《集体谈判制度研究》,人民出版社2004年版。

〔4〕 姜颖:《对集体合同形式化的反思》,载《北京工会论坛文集》2004年第6期;转引李培志《我国劳动基准实施中存在的问题及对策探析》,载《河北法学》2007年第3期。

〔5〕 沈同仙:《我国劳动基准实施的现状与对策》,载《当代法学》2007年第4期。

会保障法律、法规的情况进行的检查、纠举、处罚等一系列监督活动。它作为一种国家干预责任,是维护广大劳动者权益的重要的强制手段。^{〔1〕}近几年来,我国不断强化劳动保障监察措施,提高劳动保障监察的执法水平,但是,由于诸多方面的原因,我国劳动监察仍存在许多问题。“劳动保障监察部门力量不足,手段软弱,对违法行为查处不力,许多地方仅能对投诉举报的案件进行查处,没有建立有效的防范机制;对已经查处的案件惩处力度不够,达不到震慑违法用人单位的目的。”^{〔2〕}由于劳动监察的现实缺位,影响了劳动标准作用的发挥,使通过国家力量的介入保障劳动者权益的目标难以实现,主要表现在以下几个方面:

(一) 劳动监察执法缺乏应有的强制性措施

根据《劳动保障执法条例》的规定,劳动保障监察机构的主要职能宣传劳动保障法律、法规和规章,督促用人单位贯彻执行;检查用人单位遵守劳动保障法律、法规和规章的情况;受理对违反劳动保障法律、法规或者规章的行为的举报、投诉;依法纠正和查处违反劳动保障法律、法规或者规章的行为。这些职能的有效发挥,需以规范的行政强制措施为基本条件。在劳动监察执法过程中,一些违法用人单位及其负责人员常常采取逃匿,毁坏名册、账簿、凭证,变卖或者转移财产等方法逃避监督检查。由于劳动保障监察机构没有应有的对用人单位的财产进行查封、扣押、冻结等行政强制手段,使得劳动监察执法处于被动的地位,劳动者的合法权益得不到有效保护,这既损害了监察的公信力,也影响到社会的和谐稳定。

(二) 对违法用人单位的处罚缺乏威慑力

我国《劳动保障监察条例》中规定的对企业的处罚措施,主要有责令限期改正、罚款、支付赔偿金等。如第25条规定:“用人单位违反劳动保障法律、法规或者规章延长劳动者工作时间的,由劳动保障行政部门给予警告,责令限期改正,并可以按照受侵害的劳动者每人100元以上500元以下的标准计算,处以罚款。”第26条规定,支付劳动者的工资低于当地最低工资标准的,在用人单位拒不改正或逾期不支付时,才责令其按照应付金额50%以上1倍以下的标准计算,向劳动者加付赔偿金。对无理抗拒阻挠监察或者拒不履行监察处理决定的行为,劳动保障监察机构只能责令改正,并处以2千元以上2万元以下的罚款。这样处罚的措施,对于用人单位来说违法成本是非常低的,显然不足以震慑严重违法的用人单位。

(三) 劳动监察执法力量明显不足

目前,我国的劳动监察由于受编制、经费等因素的限制,普遍存在机构建设不健全、监察队伍建设滞后等问题,不能很好地适应劳动保障监察任务的需要。根据人力资源社会保障部和国家统计局2008年的统计公报,至2008年底,全国就业人员77480万人,而劳动保障监察机构3291个,各级劳动保障部门配备劳动保障专职监察员2.3万人。^{〔3〕}即每名监察专职人员需管辖3万多名职工,远低于1:8000的国际标准和规划要求。由于我国劳动监察执法力量的不足,一方面,监察人员疲于应付突发事件和投诉举报案件,无力开展日常巡查,劳动监察的预防性功能无法得到充分发挥;另一方面,劳动监察多采取突击整治和事后处理的方式,使执法力度受到影响。另外,劳动监察是一项具有政策性、法律性和专业性的执法工作,对劳动保障监察人员的职业道德素质、文化素质、业务素质普遍要求较高。但目前我国劳

〔1〕 王全兴:《劳动法》,法律出版社2004年版。

〔2〕 《劳动法实施存在五大问题 何鲁丽痛斥劳动合同现状》,载《中国青年报》2005年12月28日;〔DB/OL〕<http://www.fjlss.gov.cn/showinfo.asp?infoid=4403> 访问时间:2009年12月4日。

〔3〕 人力资源和社会保障部《2008年度劳动和社会保障事业发展统计公报》(2009-05-20)人力资源和社会保障部网〔DB/OL〕http://www.sn.xinhuanet.com/misc/2009-05/20/content_16580221.htm 访问时间:2009年12月4日。

动监察执法人员素质参差不齐,部分专职监察员和兼职监察员的专业知识和业务水平尚显不足,不具备及时科学规范地处理各种问题的能力,极大地影响了劳动监察执法工作的开展和监察目标的实现。

(四) 地方政府干扰监察的问题依然存在

根据我国现行的行政机构设置,各级人力资源和社会保障行政部门隶属于各级人民政府,受其领导。因此,在劳动保障监察中,各级地方政府拥有主导权。现实中,某些地方政府存有不正确的发展理念和政绩意识,片面追求经济的快速增长。将发展经济与对劳动者权益保护、劳动保障监察与改善投资环境的关系对立起来,错误地认为劳动保障行政部门依法对违法企业进行行政处理或行政处罚会阻碍当地经济的快速发展。并以不同的方式对劳动保障监察机构开展正常的劳动保障监察活动进行干预和影响。如有的地方政府设立投资保护区或对企业实行挂牌保护,明令禁止对挂牌企业实施劳动保障监察等等,所有这些严重阻碍了劳动保障监察功能的顺利实现。

劳动基准和劳动监察是国家权力介入劳动关系的两种基本方式,它们从不同的层面弥补市场机制的缺陷,维护劳动秩序和劳动力市场秩序。就二者的关系而言,劳动基准是法定的最低限度的劳动标准,是劳动者权益保护的底线;劳动监察,通过履行其职能,对违反劳动基准的行为进行查实和惩处,以此来督促用人单位遵守劳动法律规范。因此,劳动监察是劳动基准实施的重要保障,也是劳动者权益保护的最后防线。“劳动保障监察在劳动关系中为劳动者建立了一道国家力量的保障机制,充当着保护劳动者的“社会警察”^{〔1〕}。然而,由于我国劳动监察执法的现实缺位,未能为劳动标准的实施发挥保驾护航的作用,客观上纵容了用人单位的违法行为。

三、劳动基准实施机制的完善

集体谈判、劳动基准和劳动监察是劳动法实现劳动者权益保护的三种基本制度。其目标明确,功能相辅相成、相得益彰,三者如果运用得当,非常有利于缓和劳资矛盾、减少劳资纠纷,保障和谐劳动关系的形成。因此,在我国当前经济转型,劳动关系日益复杂多样的情形下,必须对劳动基准的实施机制予以完善。

(一) 完善劳动关系的协商谈判机制

集体谈判是市场经济国家调整劳资关系的重要手段,其结果反映了劳资双方的力量对比关系,良性的协商谈判机制会使劳资双方在博弈中,自动达成内在基本均衡,对劳动关系的协调具有重要的意义。从我国实际情况看,完善劳动关系的协商谈判机制,其根本之策在于克服工会的不完全独立性,增强工会代表职工与企业进行协商谈判的能力。其一,改革工会的经费制度,实现工会经济地位的独立。从工会的经费来源看,我国工会的大部分会费来源于企业的拨付,即按职工工资总额的2%所拨付的经费,从而使工会在经济上对企业的过度依赖而不能保持独立性,这已成为学界的共识。因此,借鉴日本、法国等国家的做法,对于工会经费的来源,一般规定为会员缴纳的会费,还可以包括工会举办的企事业收入、捐款或国家财政补贴等。使工会在经济上摆脱对企业的依赖,保持经济上的独立,进而发挥在集体谈判中的维权作用。其二,发挥工人组建工会的自主性,实现工会组织的独立性。实践中,我国普遍存在着工会由企业组建的做法,工会干部的选任也体现了企业的意图。在这种情况下,企业组建的工会难以真正代表工人利益去与企业进行平等谈判。工会是劳动者自己的组织,因此,工会应当在上级工会的帮助和指导下,由劳动者自主组建,排除企业行政和其他外部力量对工会的控制影响。另外,普遍推行

〔1〕 黎建飞:《强化劳动监察的意识与职能》,载《中国劳动保障》2005年第12期。

基层工会主席由职工群众民主选举制度,改变工会主席兼职的状况,实现工会干部从职务向职业的回归,由此来保证工会的代表性和组织的独立性。其三,改变工会的双重职能,强化工会维权职能的单一性。如上所述,我国工会的职能一直兼有管理和维权的双重性,这已不适应现代社会化大生产条件下,日益复杂的现代经济关系的要求。因此,在集体谈判中,工会应强化其维权的单一职能,并通过维权赢得工人的信任和委托,从而实现市场经济体制下工会制度设计的价值内涵,即在最大限度维护劳动者利益的同时,确立工会正当的法律地位和充分的独立自治权,以保证集体协商机制能兼顾公正和效率,得以不断地发展和完善。^{〔1〕}

(二)健全劳动基准实施的监察保障机制

鉴于我国劳动监察制度和劳动监察执法存在的问题,为了充分发挥劳动监察对劳动基准实施的保驾护航作用,需要完善劳动监督监察制度,强化劳动保障监察职能。第一,适度赋予劳动保障监察机构行政强制权,强化劳动监察执法权力。如赋予劳动保障监察机构对故意拖欠劳动者工资和社会保险费且有逃匿可能的行为,有查封、扣押资产、冻结帐户的权力。劳动监察机构根据相关证据对违法用人单位采取查封扣押其财产或申请法院采取保全等措施,可以防止用人单位转移资产逃避执行,提高劳动者权益保护的时效性。第二,充实劳动监察的力量。由于我国劳动保障监察队伍建设滞后,限制了劳动监察功能的发挥。因此,加强劳动保障监察,需要充实劳动保障监察队伍,不仅要增加人力、物力的投入,而且通过系统培训提高监察人员专业性和规范性的执法能力,建立与当前劳动形势相适应的劳动监察执法体系。第三,加大对违反劳动标准行为的处罚力度,加强劳动监察的执法权威。目前,我国对违反劳动标准的违法者处罚太轻,不足以树立劳动监察的执法权威。加大对严重侵犯劳动者权益行为的处罚力度是遏制违法性的根本之策。如对劳动条件恶劣、超时加班严重、拖欠工资屡禁不止的用人单位,增加责令停产停业和提请吊销营业执照的行政处罚,并对情节严重者予以刑事处罚,才能对违法者有足够的威慑力。

(三)增强企业的社会责任意识,建立健全企业实施劳动标准状况的评价机制

不可否认,企业的社会责任意识淡薄也是劳动基准实施不力,劳动者权益屡受侵害的原因之一。企业以营利为目的,这是所有企业所共有的属性。这种趋利属性使得企业在生产经营中,总是寻求各种方法和途径降低成本特别是用工成本。其中,有些企业以不惜违反劳动基准,降低劳动者的劳动条件来达到此目的。但是,在当前社会中,企业的经营发展必然与其所处的社会环境息息相关,企业不仅是一个追求自身利益最大化的“经济人”,也是需要履行社会责任的“社会人”。可以说,遵守国家规定的劳动基准,不仅是一个企业应尽的法定义务,也是一个企业应有的社会道德和应尽的社会责任。因此,在我国当前的社会环境中,劳动标准的有效实施还需加强对企业社会责任意识的培养和培育,其基本要求是企业必须以合乎道德的行动来关注员工权益、提供健康与安全的工作环境;其基本途径是通过建立健全企业实施劳动标准状况的评价机制,即“社会责任标准”认证运动,使企业实施劳动基准内化为企业的一种自觉行动。“社会责任标准”认证,作为企业实施劳动基准、履行社会责任的一种评价机制,通过中介机构的“验厂”和“企业生产订单”相结合的手段,将企业对劳动者权益的保护与企业的信誉和利益联系起来,对企业自觉地实施劳动基准,具有更为明显的效果。

(责任编辑:黄娟)

〔1〕 吴红列:《集体协商机制中工会法律地位的再思考》,载《山东行政学院学报》2008年第8期。

完善我国养老保险基金管理的立法思考

张晓霞

[摘要]我国养老保险基金管理由于立法滞后、基金所有权权属不清、基金私权法律主体缺位、基金监督管理不严等一系列原因造成养老保险基金短缺、挤占和挪用问题不断出现并屡禁不止。本文从法律制度的层面,分析了问题形成的深层原因,并提出了基金管理的法律适用及立法设计。

[关键词]养老保险基金管理;法律适用;立法设计

目前我国养老保险基金管理立法滞后、基金所有权权属不清、基金私权法律主体缺位、基金监督管理不力等一系列原因造成养老保险基金短缺、挤占和挪用问题不断出现并屡禁不止。造成这些问题的原因除了我国社会保障制度本身处在完善中,我国的国力不够强大等外部因素外,立法的缺位是更深层次的原因。本文在揭示深层原因的同时提出了基金管理的法律适用及立法设计。

一、我国养老保险基金管理的突出问题及深层原因

(一) 养老保险基金管理中的突出问题

1. 养老保险基金收支严重不平衡

养老保险基金短缺是我国社会保障制度遭遇的最为尖锐的问题。由于在1997年养老保险体制转轨过程中产生了数亿元巨额的隐性债务没有得到有效的解决,此后养老保险基金运转一直呈现收支严重不平衡的状态。征缴的养老金收不抵支,每年大约有四五百亿的缺口,一直由中央财政在拨付;个人账户被挪用于统筹,个人账户长期“空账”运作,截至2007年底,全国个人账户空账规模已经达到了9000亿之巨。^[1]而这个养老金空账缺口正以每年1000多亿元的规模迅速递增。^[2]

2. 企业缴费热情不高,职工提前退休现象严重

我国企业的各项社会保险缴费率平均在30%左右。在世界上,这个负担比例已经相对高了。如此之高的缴费比例使得企业的缴费热情受到了严重影响,大量企业利用各种手段逃避缴费义务,出现了缴费工资低于统计工资,统计工资普遍低于实发工资的局面。同时出现的还有大量职工提前退休,提前领取养老金的局面。逐年下降的社会保险基金收缴率与日趋严重的职工提前退休浪潮,使养老保险基金的缺口进一步扩大,加重了养老保险基金的负担。

3. 基金保值增值困难,面临贬值风险

养老保险基金的安全和保值、增值问题关系到养老保险制度能否良好运行。

但是根据我国目前的社会保险法规,地方政府掌控的社会保险基金,统筹账户除预留两个月的用以支付养老金外,剩余资金和个人账号的资金只能购买政府债券或存入银行。这种规定使我国的养老保险基金增值可能性小。在高速增长的经济和通货膨胀情况下,社会保障基金面临贬值危险。通货膨胀

作者简介:张晓霞,女,山东经济学院法学院讲师,研究方向:劳动与社会保障法。

[1] 胡金华:《养老金空账9000亿,投资管理办法有望出台》,新浪网站 <http://www.sina.com.cn>,2008年9月13日。

[2] 本文中的养老保险基金仅指基本养老保险基金,不包括企业年金。基本养老保险基金包括统筹账户基金和个人账户基金两部分。

率对社会保障基金和投资运营具有十分关键的制约作用,高通货膨胀率会引起基金的贬值。从2003年至2008年,我国养老保险基金名义投资收益率为2.18%,而同期加权通胀率为2.2%^[1],因此,养老基金的实际收益率是在贬值缩水。

4. 基金监管不力,挤占、挪用基金问题严重

2007年上海社保案曝光后,再次引起了人们对社保基金安全性的质疑。调查结果显示,我国在基金管理方面存在监督不力的问题,挪用、挤占基金以及违规投资的现象时有发生。根据国家审计署2006年公布的审计结果,各地社保违规问题金额高达71.35亿元。这些被挪用的基金大都被用来投资、购建办公用房及弥补行政经费等^[2]。

(二) 问题形成的深层法律原因

造成上述问题存在的原因,除社会保障制度本身不够完善外,以下法律问题的长期存在是更深层的原因。

1. 基金性质和所有权权属界定不清

现行的社会保险法律制度对于养老保险基金体系下的社会统筹基金和个人账户基金的性质和所有权界定不清。尤其是个人账户基金,很多学者认为个人账户基金归国家所有,不属于个人,这造成了个人账户被挪用和挤占,而立法对个人账户受益人的保护处于空白。客观上造成了司法实践中基金私权主体缺位、基金监管制度不完善的现象。

2. 私权主体缺位,基金监管制度不完善

我国养老保险基金多年来被挤占、挪用的问题屡屡发生却又屡禁不止,一个最为重要的原因就是私权主体的缺位。虽然我国政府不断完善着养老保险基金的财政监管、行政监管和社会监管等一系列措施,但这些手段都属于外部监管,无法从根本上抑制侵占养老保险基金的案件发生。而最能够起到监管作用的是内部监管,也就是作为养老保险基金的受益主体的广大参保者的监管,但参保者却扮演着被动的旁观者的角色。私权主体的缺位是监管制度中的一个内在的天然缺陷。如果不从立法上真正确定不同性质基金的参保人的权利主体地位,规定基金管理人的受托人地位及受托人责任和义务,赋予基金受益人应有的权利,养老保险基金的监管将永远存在治标不治本的问题。

3. 参保人权利救济法律渠道缺乏

按照现有的法律制度,参保劳动者在社会保障权益受损时的唯一民事救济法律依据为《劳动法》和《企业劳动争议处理条例》。另外一种法律救济手段为行政诉讼,依据2001年5月劳动和社会保障部发布的《社会保险行政争议处理办法》。上述法规仅赋予了参保者如下权利:在企业拒绝缴纳养老保险统筹费用时的缴付请求权,在社会保险经办机构登记、审核、记录、发放养老保险费用等环节侵犯其权益的具体行政行为的纠正请求权。也就是说,参保者的民事请求权基于劳动者与企业劳动关系,而参保者与社会保险基金管理机构的关系是基于行政管理与被管理,而非民事委托或信托关系。在现行法律框架内,如果发生对养老保险基金的被非法挪用、侵占、挥霍的情况,无论从民事救济手段还是从行政救济手段角度,养老保险基金的受益人均无法通过司法救济手段,追究违法犯罪行为,只能眼睁睁地看着自己的养命钱被任意挤占、挪用。

4. 法律位阶较低,缺乏系统的法律体系

目前,我国还没有一部关于社会保险基金管理的统一立法,同时也未形成社会保险基金管理的法律体系。各种以国务院令发布的行政法规和规范性文件也大多为“暂行办法”、“决定”、“通知”的形式,这种立法形式过于灵活,缺乏严肃性,没有稳定性,不同时期发布的条文内容繁杂,效力混乱,这样一

[1] 王杰:《社保基金面临的贬值风险》,载《证券时报》2007年9月13日。

[2] 国家审计署:《关于2006年度中央预算执行和其他财政收支的审计工作报告》,见国家审计署网站:<http://www.audit.gov.cn/n1057/n1072/n1162/32989.html>,访问日期:2007年11月25日。

种立法现状是无法满足我国日益壮大的养老保险基金规模及管理对于立法的要求。

二、养老保险基金管理的法律适用

从世界范围看,大多数国家都将养老保险基金交付信托管理,笔者认为信托法律制度同样适用于我国养老保险基金管理,理由如下:

(一)信托的基本法律特征能有效保证基金的安全性和保值增值

信托财产的独立性是信托法律制度的最基本法律特征。这一特征适用在养老基金管理领域,就会产生养老基金一经交付给受托人,就完全独立于委托人(国家政府、社保机构、雇主)、受托人(基金管理机构或组织)、受益人(养老保险权利主体)自有财产的法律效果。首先,无论上述主体出现破产、关闭或其他支付不能的情况,均不会影响养老保险基金的安全性能。其次,信托财产的独立性原则也能从根本上控制了各级政府职能部门出于地方利益或机构利益对社保基金的非法行政命令,进而从法律制度的高度保证基金的安全性。最后,信托财产独立性原则又能够使上述三方当事人的债权人对上述信托财产的强制执行受到法律的限制,也在最大限度内保障了社保基金的安全性。

保证信托财产的保值增值已经成为现代信托制度的最基本功能。我国养老保险基金交付信托管理后,可以解决目前养老保险基金严重贬值缩水的问题,实现基金的增值。

信托还具有高度弹性功能,只要信托的目的不违反法律强制性规定或公共利益,委托人就可以按照完全自由的意愿设立内容不同种类的信托;信托一旦设立,委托人交付的信托财产在信托存续期间可以依信托目的为任意形式存在。

(二)信托的监督机制可以解决基金监管不严问题

信托的内部和外部监督机制,是信托制度区别于其他财产管理制度的另一大亮点。在解决长期困扰我国政府的养老保险基金监管问题上,信托制度可以说是最佳制度设计。按照信托法律的设计,为防止持有信托财产的受托人违反委托人的意愿或信托目的管理和处分信托财产,委托人和受益人均享有对受托人的监督权。而且信托法规定了谨慎投资人原则,限制了受托人的责任免除条款,保证受托人为受益人的利益谨慎、勤奋、忠实地履行受托人责任,实现受益人利益的最大化。信托有着比其他监督制度更完善的外部监管机制,法院可以作为信托的外部监督机构,行使对信托事务的检查权;对受托人不当行为的撤销权;对受托人、信托监察人辞任的许可权及解任权选任权;对受托人、信托监察人报酬的变更权;对信托管理方法的变更权等。除法院的监督权之外,还有信托行业主管部门的监督和管理,可以对以营利为目的的信托机构行使行业准入、业务检查和责令关闭等职权,确保信托业依法经营,维护受益人的利益。因此,在信托法律关系中,既有多方法律关系人基于信托而形成的内部制衡监督机制,又有法院、行业主管机关、和目的事业主管机关的外部监管机制。信托制度的这种有效监督机制如果运用到社保基金管理领域,能够有效解决目前我国养老保险基金被挤占和挪用的状况。

(三)信托多方关系人可以解决基金管理权利主体缺位问题

“所谓信托关系人,系指就信托直接有利害关系或权利义务关系者而言。在其信托法下,包括有委托人、受托人、受益人及信托监察人等四者”^{〔1〕}这种在一个法律关系中,设置多方当事人权利义务的法

〔1〕 赖源河、王志诚:《现代信托法论》,中国政法大学出版社2002年版,第54页。

律架构的设计,是其他基于合同关系成立的委托等传统法律制度所不具备的制度优势。在这种制度架构下,作为社会保障基金缴费义务人的企业和劳动者为委托人,作为养老保险基金管理一方的机构或组织为受托人,作为养老保险基金领取主体的退休劳动者为受益人,均可以在这一法律架构内找到其在基金管理的法律架构中的法律主体地位。同时,信托监察人的制度设置又为社会保障基金管理的监管制度,提供了一条制度设计管道和途径。采用信托这种制度设计,就可以充分解决我国目前社会保障基金管理过程中,私权法律主体缺位,权利主体司法救济依据和救济渠道缺乏的问题。

(四) 信托受益人的权利保护机制能解决参保者司法救济缺失问题

信托法律关系中的受益人,比较其他法律关系中的受益主体而言,享有更多的权利保障,这些保障主要体现在,法律不仅免除受益人财产管理责任,同时还免除了因信托财产管理中所生风险负担的财产责任,即因受托人管理财产而产生的对第三人的责任,皆由受托人负责,该第三人充其量只能追及到信托财产本身而不能对受益人个人财产主张任何权利,受益人原则上不以个人财产负任何责任;更体现在法律对受益人追及权或撤销权的保护上,即在受托人违反信托目的或受托人责任,处分信托财产的情况下,信托法不仅赋予受益人从取得信托财产的第三人处追回信托财产的追及权或撤销权^[1]。同时还赋予了受益人对受托人的赔偿责任请求权。采用信托法律制度,通过信托法律对于受益人上述权利的保护规定,就可以从根本上解决我国目前养老基金管理过程中参保劳动者个人私权救济法律依据缺乏,以及救济渠道缺乏的问题。从制度上解决养老金的真正权利受益主体的法律权利保障问题。

三、我国养老保险基金管理的立法设计

(一) 统筹账户基金管理的立法设计

我国目前实行的是统账结合的基本养老保险制度,基本养老保险基金由社会统筹基金和个人账户基金组成。社会统筹基金是由纳入基本养老保险范围的企业,按照国家规定的缴费基数和缴费比例,为其现有在职职工,向社会保险经办机构缴纳社会保险费用。主要用于职工当期养老金支出。按照现有的法律制度,统筹账户基金管理所涉及的法律主体包括参保企业、社会保险经办机构,参保员工,上述各方法律主体,围绕着统筹账户基金的管理,形成了一种类似行政管理的法律关系。依据现行制度的运行状态分析,投保企业和参保员工与社会保险经办机构基本形成了一种行政管理的关系。这种行政管理关系所确认的各个主体的法律地位也就形成了一种行政上的管理与被管理的关系,一旦出现社会保险经办机构违法挤占、挪用基金的情况,参保企业和参保劳动者个人依现行制度往往难以保障自身的权利和基金的安全。所以在统筹账户基金的管理运营问题上,笔者认为应当重新通过立法正确确认各法律关系主体的法律地位。

1. 委托人

参保企业作为社会基本养老保险制度中的一个重要参与主体,但被单纯将其理解为接受劳动行政部门监督,履行缴费义务的对象,是对其主体身份的一种错误认识。而这种错误认识的存在,不利于我国养老保险基金管理法律体系的正确建立。笔者认为,投保企业的缴费行为,从法律角度说,这部分缴费经由参保企业交付给社会保险经办机构,委托社会保险经办机构为了其在职职工的养老利益进行管理,在参保企业的在职职工达到法定退休年龄时,由社会保险经办机构履行发放养老金的义务。故笔者认为,参保企业在统筹账户基金管理的法律关系中,应当作为统筹账户基金的委托人,更加符合其真正

[1] 俞金红:《浅析入世背景下我国养老基金个人账户的运营》,载《江苏统计》2002年第2期。

的身份和法律地位。

2. 受托人

各统筹区域的社会保险事业管理局目前作为政府委托的社会保险经办机构,承担着社会保险基金的登记、征缴、管理、发放等一系列职责。在现行的制度模式中,社会保险事业管理局作为劳动和社会保障行政部门的附属事业单位,无论在社会公众的印象和概念里,还是在实践操作中,都延伸行使着一种类行政管理权限,并没有真正符合国家关于社保基金行政管理与基金管理分离的政策要求。

笔者认为,在基金权属具有参保劳动者共有的私有权利性质的统筹账户管理过程中,应当不断弱化其管理过程中的政府职能,强化并恢复其社会保险服务机构的法律地位和社会职能。在基金管理的内部法律关系中,作为接受政府的委托,管理社会保障基金的专门机构,其法律地位的正确定位应为:按照法律的规定和参保企业的委托,接受参保企业为其在职员工缴纳的统筹账户基金,仅为参保劳动者的利益履行管理职责,并为达到法定退休年龄的参保劳动者发放养老金。

3. 受益人

参保劳动者作为统筹账户基金的受益主体,在达到法定退休年龄时,享有领取养老金的权利,是养老保险制度设立的最终目的所在,所以我国现行的养老保险制度对于参保劳动者领取养老金的权利是肯定的。但对参保劳动者领取养老金权利的肯定,更多地体现为“劳动者在社会保险关系中,只是享受国家社会保障制度安排的受益者,并不是社会保险关系的权利主体”这样一种态度和观点。^①劳动者只有被动领取养老金的权利,而没有监督养老金的运行,在发生争议时通过司法救济手段维护自身权益的权利。这种对劳动者社会保险权利的漠视,必然造成制度设计的缺失,导致我国养老保险基金管理的一系列严重问题无法解决。所以笔者认为,应当通过立法确立参保劳动者的信托法律关系受益人的法律主体地位,从法律制度的最深层次,保证参保劳动者对社会统筹基金的支付请求权、对统筹账户基金经营管理状况的知情权、对受托人的监督权,以及权利被侵害时的诉讼主体法律地位。只有如此,能从制度上保障劳动者社会保险权利的最终实现。

在社会基本养老保险统筹账户基金的管理问题上,我个人认为应当依法建立由参保企业、社会保险经办机构和参保劳动者所构成的信托法律关系。即参保企业作为委托人,将社会保险统筹基金交付给作为受托人的社会保险经办机构,由社会保险经办机构统一登记、为全体参保员工的利益管理处分基金,并依法将养老保险基金发放给符合法定养老金领取条件的最终的受益人——参保者。

下图1反映了各方当事人之间法律关系在基金管理框架中的关系

4. 各方法律主体之间的权利义务

第一,委托人的权利和义务。企业作为统筹账户基金管理过程中的委托人,其地位与普通信托关系中的委托人相比,其权利、义务呈现以下特点:①委托人是依据国家法律的强制性规定而缴纳社会保险费的,其缴费基数和比例也是由法律明确规定的。②委托人缴纳社会保险费后,即与基金本身之间切断了法律关系,对基金不享有任何权利,不得保留撤销信托的权利。③所以在统筹账户基金管理的法律关系中,比较普通信托关系而言,委托人对受托人的选任权、解任权,对受益人的变更权,以及变更信托财产管理方法的权利受到了严格的限制。

第二,受托人的权利和义务。作为统筹账户基金的受托人的社会保险经办机构对信托财产管理的自由裁量受到了严格的控制。必须按照法律的规定,对于保留两个月支付额度外的当期盈余资金,只能用于银行存款或购买国债,不得用于任何其他方式的投资。受托人必须保障统筹账户基金的独立性,杜绝任何组织和机构,包括统筹地方政府、行政主管部门等对基金的违法挤占和挪用。

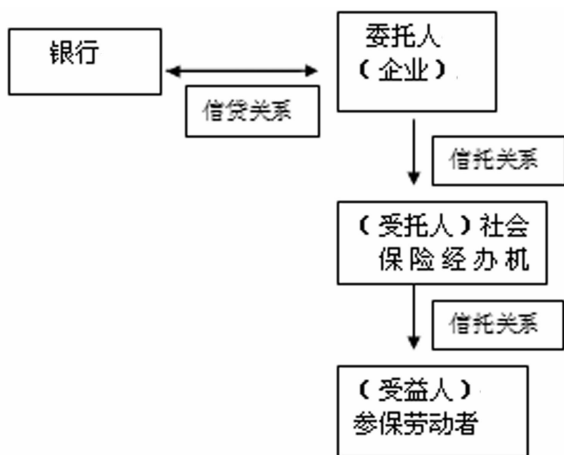


图1 养老保险统筹账户基金管理的立法设计

第三,受益人的权利义务。统筹账户基金的受益人,享有信托财产利益的请求权、知情权、对受托人违反信托时的救济请求权等法律赋予受益人的各种权利。受益人对受托人的选任权、解任权,以及变更信托财产管理方法的权利也应当受到严格的限制。

(二)个人账户基金管理的立法设计

由于我国对个人账户基金的私权属性长期以来未形成统一认识,更未通过立法予以认可,因此个人账户基金的管理是立法最为薄弱的环节。对于个人账户基金管理的立法设计为:

1. 委托人

根据国务院2000年12月发布的《完善城镇社会保障体系试点方案》,个人账户缴费率为本人工资的8%,完全由个人缴纳。因此以参加基本养老保险并缴纳个人账户基金的劳动者作为委托人。

2. 受托人

由于个人账户基金实行的是完全积累模式,如果不进行有效的投资管理,势必会面临基金贬值的风险,基金贬值势必影响到劳动者退休时保障其基本生活水平。笔者建议将这部分私有权属鲜明的个人账户基金,委托给富有基金管理经验的信托公司或基金管理公司作为受托人,由其按照市场规律投入资本市场,获得基金的保值增值。

3. 受益人

参保人退休后的养老金由两部分组成,一个是基础养老金,另一部分是个人账户养老金。因此个人账户基金的受益人,应当是依法参加了基金养老保险,履行了足额、足期缴纳个人账户基金的劳动者个人。下图2是各方当事人法律关系在基金管理框架中的关系。



图2 养老保险个人账户基金管理的立法设计

4. 各方法律主体的权利与义务关系

虽然在上面法律架构图表中体现出了委托人、受托人和受益人三方法律主体,实质法律主体只有两个。

第一,委托人(受益人)。个人账户基金管理法律关系中的委托人的权利与义务有两点:一是委托人即参保劳动者个人是基于国家社会保险法的规定而缴纳个人账户基金,交付受托人进行管理的,即其资金交付具有强制性。二是委托人不得随时终止信托关系的权利。建立在委托人和受托人之间的法律关系,只能在委托人(受益人)死亡或受托人全部支付信托利益后才能终止。个人账户基金管理法律关系中的委托人,享有对受托人的监督权、诉讼权利,以及对信托财产管理的知情权等一切委托人的权利。

第二,受托人。作为参与国家基本养老保险制度个人账户基金管理的受托人,并非所有获得行业准入的商业性基金管理公司均可作为受托人,只有那些同时获得目的事业主管部门(劳动和社会保障部)审批授权的基金管理公司,才有资格作为受托人参与基金管理。另外,保障委托人基金的安全性是受托人的重要职责。

(责任编辑:黄娟)

【欧盟法研究主持人:王春婕教授】

欧盟环保指令的最新发展及我国的因应策略

王春婕

【摘要】自 2003 年起欧盟陆续公布了 WEEE、RoHS、EuP、ErP 等一系列全球最严苛的环保指令,而环保指令的频繁修改亦不断带来新的变数。作为欧盟的重要贸易伙伴,指令将对我国贸易产生深刻并持久的影响,本文将介绍欧盟环保指令的核心内容及最新进展,梳理其立法及实施特点,在此基础上分析欧盟环保指令对我国对欧贸易的影响,并从政府和企业层面提出因应策略。

【关键词】WEEE 指令;RoHS 指令;ErP 指令;因应策略

随着全球环境恶化和能源短缺问题的日益突显,欧盟率先在环境贸易领域实行系统而苛刻的立法。自 1972 年欧共体召开巴黎峰会提出在欧共体内部建立统一的环境政策计划时起,便开始了其以详细行动内容来处理环境污染问题的计划。1992 年欧盟提出“整合性产品政策”,以延长生产者责任为原则,通过产品生命周期提高产品环境绩效,发展环保绿色产品。在“整合性产品政策”纲领下,欧盟自 2003 年起陆续公布了 WEEE、RoHS、EuP、ErP 等一系列环保指令。作为欧盟的重要贸易伙伴,欧盟环保指令将对我国贸易产生深刻并持久的影响,因此我国政府与企业界反映强烈并积极探求因应策略。

一、欧盟环保指令的核心内容及最新进展

(一) 核心内容

1. WEEE 指令^[1]

欧盟于 2003 年 1 月 27 日通过了“关于报废电子电气设备的指令”(简称 WEEE 指令),并于 2003 年 2 月 13 日在官方公报上发布。指令要求欧盟成员国必须在该法令官方公报颁布后 18 个月将其转化为国内法律,截至日期为 2004 年 8 月 13 日。WEEE 指令规定:自 2005 年 8 月 13 日(后延迟为 2006 年 1 月 1 日)起,欧盟市场上流通的电子电气设备的生产商(包括其进口商和经销商),必须在法律意义上按其产品所占市场份额的比例,承担支付自己报废产品回收费用的责任,并对今后投放欧盟市场的电子电气产品加贴回收标识。该指令涉及的电子电气产品包括:大型家用器具、小型家用器具、信息技术和远程通讯设备、民用设备、照明设备、电气和电子工具(需安装的大型产业工具除外)、玩具、休闲和运动设备、医用设备、检测和控制器械、自动售货机等。WEEE 指令的主要目的在于治理电子电气废弃物,实现这些废弃物回收和再利用,以减少废弃物对环境的污染。

2. RoHS 指令^[2]

欧盟于 2003 年 2 月 13 日在官方公报上发布了“电子电气设备中限制使用某些有害物质指令”(简

作者简介:王春婕,女,山东经济学院法学院副院长,教授,硕士生导师,研究方向:国际商法。

[1] 欧盟第 2002/96/EC 号指令,全称 Waste Electrical and Electronic Equipment Directive

[2] 欧盟第 2002/95/EC 号指令,全称 The Restriction of the use of certain Hazardous substances in Electrical and Electronic Equipmen.

称 RoHS 指令)。RoHS 指令要求:2006 年 7 月 1 日以后投放于欧盟市场的电子电气产品不得含有铅、汞、镉、六价铬、多溴联苯和多溴联苯醚等六种有害物质,并对每种物质最高浓度做了详细的规定,指令涵盖的产品包括大、小型家电、IT 及通讯仪器、照明器具等 10 大类近 20 万种。该指令是与 WEEE 指令并行的,其目的在于使欧盟各成员国在电子电气设备中限制使用有害物质的法律趋于一致,有助于保护人类的健康,便于报废电子电气设备合乎环境要求的回收和处理。

3. EuP 指令^[1]

EuP 指令是继 WEEE 和 RoHS 两大绿色指令后,欧盟提出的关于耗能产品环境化设计的指令提案,全称为“欧洲议会理事会关于建立指定耗能产品环境化设计要求及修改欧洲理事会 92/42/EEC 号指令”。其目的是通过强化环境化设计改善产品的环保性能,提高能源利用率,最大限度地减少对环境的负面影响。该指令的精神可以简要归纳为:“欧盟地区的耗能产品必须符合生态化设计规范,符合规范的产品可加贴 CE 标志,并可在欧盟市场自由流通。”欧盟用能产品指令首次将生命周期理念引入产品设计环节中,旨在从源头入手,在产品的设计、制造、使用、维护、回收、后期处理这一周期内,对用能产品提出环保要求,全方位监控产品对环境的影响,减少对环境的破坏。改变了欧盟环境保护政策从原来单一和孤立的管理目标,转向全面减少产品整个生命周期各个阶段的负面环境影响的做法,以促进生产商采用先进的环境化设计技术来生产耗能的产品。

(二)最新进展

1. WEEE 指令的修订

2009 年 2 月 9 日欧盟发布关于废弃电子电气设备(WEEE)指令的改写提案。提案加强了某些现行要求并且提出了在国家层面减少不必要的行政负担或促进指令执行的措施。提案的主要变化如下:(1) 最低收集目标改变(上市前 2 年平均 65%);(2) 生产者注册和报告责任协调一致,国内生产者注册必须能够互用;(3) 指令的范围和定义得到澄清;(4) 提出了循环利用和再利用综合目标;(5) 医疗设备被包括在回收和循环利用/再利用目标中;(6) 对成员国提出了最低检查要求以加强指令的执行;(7) 如适当,成员国应鼓励生产者负担全部单独收集费用;(8) 允许生产者在出售新产品时向购买者显示以环保方式收集、处理和处置产品所需的费用。

2. RoHS 指令的修订

2009 年 9 月 3 日,欧盟发布了第二版的 WEEE/RoHS 指令修订草案,并引入了 REACH 法规的评估流程。该指令修订,进一步提高了各类电子电气产品的循环利用和再利用综合指标要求,这意味着企业在提高零部件回收利用比率和产品可回收设计等方面将增加更多的成本。此外还提出了统一欧盟境内生产者的注册和报告程序的规划,可能免去企业出口到欧盟不同国家需分别注册、报告的不便。RoHS 指令的修订,对我国出口最大的影响在于要求产品符合指令要求并加贴 CE 标志方能投放市场,制造商需进行严格的内部过程控制,并出具自我符合性声明。

3. EuP^[2] 指令被 ErP 指令取代

2009 年 10 月 31 日,欧盟委员会在其官方公报上公布了 EuP 指令(2005/32/EC)的改写指令:《确立能源相关产品生态设计要求的框架》(简称 ErP),并在公布之日起 20 日生效。ErP 指令与 EuP 相比,最鲜明的变化就是将原 EuP 指令中的耗能产品扩展为能源相关产品(Energy-related Products)。就内容而言,ErP 指令并不是针对产品要求的指令,而只是一个框架指令。欧盟按照这一指令中的相关规

[1] 欧盟 2005/32/EC 号指令,全称 Directive 2005/32/EC of the european parliament and of the council of 6 July 2005 establishing a framework for the setting of ecodesign requirements for energy-using products.

[2] 欧盟 2009/125/EC 号指令,全称 Directive 2009/125/EC of the european parliament and of the council of 21 October 2009 establishing a framework for the setting of ecodesign requirements for energy-related products.

定,制定进一步的有关某类耗能产品需要符合的生态设计要求的指令,称作“实施措施(implementing measures)”。根据指令要求,欧盟优先考虑销售或贸易数量巨大、对环境有重大影响、具高成本效益改善潜力的产品,为制定和执行具体实施措施。截止2009年年底,欧盟先后出台了12项有关ErP指令实施措施的TBT通报,除了关于洗衣机生态要求的实施措施仍处于草案阶段外,其余实施措施都已经以欧盟委员会法规的形式正式发布。同时未来三年近20余项实施也将陆续发布。

二、欧盟环保指令的立法及实施特点

(一) 连贯性

从WEEE与RoHS双绿指令到ErP指令,我们不仅可以清晰地观察到欧盟环保立法的演变轨迹与发展趋势,也可以透视其内在的关联。在“整合性产品政策”纲领下,欧盟陆续公布环保指令,可以说它们理念相同,目标一致,脉络相连、内容相通。比如欧盟WEEE指令与EuP指令范围之内一些产品(电气和电子设备)的废弃物的管理有关,WEEE指令提出了废弃物收集、回收和利用的相关指标,也规定了生产商处理废弃物的财务职责。EuP指令则通过在设计的早期阶段引入相关因素并提供具体的进展监测指标,进一步提高产品设计,促进废弃物的再生和重新使用。作为一种框架性指令,EuP指令的目的在于通过制定一个具有连贯性的综合法律框架来规定耗能产品的环保设计要求,以便达到下述目的:确保耗能产品在欧盟范围之内自由流通;提高这些产品的总体环境绩效,并据此保护环境;保证能源供应安全并提高欧盟经济的竞争力;维护行业和消费者的利益。

(二) 广泛性

欧盟环保指令在适用范围上非常广泛,而且呈现不断扩大的趋势,继今年初欧盟通过立法草案将WEEE指令适用范围扩大至所有电气设备、大型工业设施的固定电器及光能电池之后,欧盟拟继续修订RoHS指令,将RoHS指令适用范围从现行指令主要针对十大类电器及电子设备改为采用开放式监管范围,不设置详细的产品清单,以上重大修订将使得几乎所有电子电气设备均纳入欧盟环保双指令的监管范围。特别是在ErP指令的框架下,欧盟委员会可以随时出台针对某一产品的实施措施,这种灵活性的安排将使欧盟环保指令的范围一直处于变动之中。

(三) 差异性

根据欧共同体条约规定,每个欧盟各成员国内必须将指令转化成国内法律,与此同时,欧共同体条约对各成员国将欧盟指令转化成国内法律给予了相当大的自由度,换言之,各项指令仅规定了“最低协调”的措施,各成员国可以制定更加严格的措施以达到它们期望的目的。因此,在欧盟各成员国之间,不仅对指令转换和实施的进度不一,具体内容也有所差异,包括各自的国内立法和实际上所采取的管理措

施、国内法律架构对制造商、政府当局、经销商等规定的权利和义务等。^[1]

(四) 严苛性

在欧盟各成员国内对违反环保指令都规定了多元责任,执法范围涵盖民事、行政及刑事法,例如在西班牙违规者将受刑事及行政制裁,包括严重违规者罚款高至120.2万欧元;撤销进行废料管理活动的资格,为期长至10年;临时或永久关闭整所或部分废料管理设施或厂房;撤销授权,为期长至10年。在希腊,对违反希腊WEEE及RoHS规定者实施刑事、民事及行政三种惩罚;在英国,任何人违反有关英国法令,在市场上销售含有有毒物质的新电器与电子设备,或未按规定提供及保存技术文件,均属犯罪,较轻的可处以5000英镑以下罚款,严重的可处以巨额罚款不等。

(五) 双重性

欧盟“绿色指令”的诞生与实施是新贸易保护主义和环保运动结合的产物,因此欧盟环保法令本身就是一把“双刃剑”,具有双重性质,一方面它可能构成保护人类、动植物的生命或健康之必要措施,另一方面亦可能导致“手段”与“合法目标”之间的比例关系失衡,从而构成贸易壁垒。在1999年3月的TBT委员会会议上,美国代表表示支持欧盟减少废弃电子电器设备对环境影响的努力,但是对欧盟法规草案中要求回收这些设备的规定表示关注,该措施将对贸易产生负面影响。2000年5月的TBT委员会会议上,加拿大代表再次强调这些指令与《TBT协定》的规定是背道而驰的,澳大利亚代表对加拿大的观点表示赞同,认为草案中对某些金属所做的限制性规定可能会对贸易产生潜在影响,而且这样的规定缺乏科学的合理性。

三、欧盟环保指令对我国贸易的影响

中国目前已成为世界上最大的家电出口市场,而欧盟市场在我国家电行业出口中的位置也越来越重要。据中国家用电器协会统计,中国出口欧盟的家电产品占我国家电出口总量的32%。而欧盟目前出台的WEEE指令和ROHS指令涵盖了我国200多个海关税号下的产品,且其中的绝大多数是我国强势出口的电子电气产品,如彩电、DVDs、空调器等。虽然欧盟这两项环保新指令的颁布并不是针对中国企业,但是,与欧美国家的企业相比,长期以来中国产品一直都是在价格方面占据绝对优势,而在环保方面则尚有欠缺。据有关专家分析,该两项环保指令实施后,我国受其直接影响的电器产品出口额将达317亿美元,占我国出口欧盟机电产品总值71%。具体而言,影响主要体现在以下几个方面:

[1]在完成立法转化的成员国中,有11个选择将WEEE指令和RoHS指令的基本要求通过同一部国内法律体现。对于具有明显地方分权特征的成员国,立法转化的情况也不尽相同:葡萄牙的做法是将WEEE指令转化成国家层面的统一法律,而对于实施条件和注册机构等细节规定则交由各地区政府决定;在比利时,WEEE指令未被转化成联邦层面的统一法律,而是被佛兰德地区、瓦隆地区和布鲁塞尔首都地区分别转化为各地区的法规。在对产品“投放市场(place on the market)”这一概念的理解上,多数成员国均倾向于市场即为成员国领土范围。然而,比利时、爱沙尼亚、爱尔兰和荷兰的法律将市场的范围扩大至整个欧盟地区。另外,WEEE指令要求所有指令适用范围内的电子电气产品均应加贴分类回收标志(带叉的垃圾桶)。但是,德国、西班牙和法国对用于工业和商业等专业领域的电子电气设备(Professional EEE)给予了标识要求方面的豁免。另外,欧盟各成员国均建立了报废电子电气设备回收责任相关方的注册制度以保证法规实施的有效性。多数成员国不允许向其出口电子电气设备的海外制造商直接注册,取而代之的是设备进口商应承担这一责任,如果未指定进口商,则海外制造商应在成员国内成立具备独立法人资格的分支机构来履行注册。但是,德国、匈牙利、拉脱维亚、波兰和捷克共和国的法律允许海外制造商直接注册。

（一）生产成本剧增，价格优势丧失

根据 WEEE 指令规定，生产商须承担废弃电子电气产品的回收费用。对于 WEEE 指令生效前的来自家庭的“历史垃圾”，其费用由生产者按产品的市场占有率承担。而对于 WEEE 指令生效以后投放市场的产品，生产商则需支付所有自己产品的回收和处理费用。在 WEEE 指令实施模式下，生产商须承担电子电气设备垃圾在运输、处理、焚烧三个环节中的费用，而家电垃圾的回收处理费用相当高昂，荷兰某回收公司开出的收费标准为：冰箱 17 欧元/件、大件电器废弃物 5 欧元/件。

根据 ROHS 指令，生产商要确保对构成产品的所有的原材料和零部件中铅、汞、镉等 6 种有害物质的含量不超过规定的限制，一旦被查出其中某种物质含量超标，就会被处以巨额的罚款并会被列入黑名单，通报全欧盟不得进口和销售该企业的产品。同时，要确定产品是否符合要求还需要进行严格的检测，而这些都需要生产商支付高额的检测费用，而对于我国一些中小型的机电企业而言，该笔检测费用就是一笔巨额的支出。

按照 ErP 指令的要求，企业在设计产品时不仅要考虑功能、性能、材料、结构等因素，还要考虑产品整个生命周期对能源、环境、自然的影响程度，对我国广大企业而言，在前期获取信息阶段、设计阶段、制造阶段以及后期认证阶段都要承担不少的额外费用，ErP 的实施将使企业出口成本增加 5 - 10%。^{〔1〕}

（二）产品的市场占有率降低

欧盟是我国机电产品出口的重要对象，据中国家用电器协会统计，中国出口欧盟的家电产品占我国国家电出口总量的 32%。而欧盟目前出台的 WEEE 指令和 RoHS 指令涵盖了我国 200 多个海关税号下的产品，且其中的绝大多数是我国强势出口的电子电气产品，如彩电、DVDs、空调器等。由于欧盟环保指令对于产品的原材料、零部件的有害物质含量及可回收、再循环设计和工艺都提出了极其苛刻的环保标准，对于整机厂商、零部件产商和原材料供应商都带来了巨大的技术改造压力。目前我国机电产业中绝大部分的中小企业不但研发资金匮乏而且研发能力也相当的弱，根本不可能进行设备的更新和技术改造，因此，不少达不到 WEEE、RoHS 及 ErP 指令要求的产品将被排斥出欧盟市场，特别是一些设计能力差、技术落后、规模小的企业将失去欧盟市场。这在客观上已经形成了绿色贸易壁垒，构成了对我国产品市场准入的限制。^{〔2〕}

（三）整个产业链的震荡及重新整合

WEEE、RoHS 及 ErP 指令的实施对整个产业链条也产生了深远的影响，将引起整个产业链的重新整合^{〔3〕}。比如 RoHS 指令对有害物质的限量不仅指整机，也包括其全部部件和材料，因此全面影响电子电气产品制造业本身及其供应链上的所有上游企业，机电产业中的某些产品如电源线等，即使不直接出口，但作为出口电子电气产品的部件，也难免 RoHS 指令影响，并将经受下游整机商对上游供应商“洗牌”的考验。

〔1〕 陈晓丽、洪亮：《欧盟 ErP 指令对中国能耗产品出口影响及应对》，载《标准科学》2010 年第 4 期。

〔2〕 高永富：《试论欧盟环保新指令对我国出口贸易的影响》，载《外贸经济、国际贸易》2007 年第 4 期。

〔3〕 陈小怡、李世建、何建敏：《WEEE 和 RoHS：欧盟“双绿”指令下我国相关产业的困境与对策》，载《国际贸易问题》2007 年第 1 期。

四、我国的因应策略

由于受到欧盟环保指令的影响,我国贸易出口量呈下降的态势。但另一方面欧盟环保新指令却有利于推动中国制造业技术进步和产业的转型升级,欧盟的“绿色”指令对中国企业而言未必不是一个新的契机,因此,企业与政府必须联手采取切实有力的措施,探讨因应策略,变被动为主动,化“绿色壁垒”为“绿色通途”。

(一) 政府层面

1. 建立有效评价机制

根据 GATT 第 20 条“一般例外”授权,欧盟有权采取“为保护人类、动植物的生命或健康所必需”的单边环境措施,但是,无论从理论层面分析还是从实践角度观察,单边环境措施往往具有双重特性,它即可能成为保护人类生存环境的“盾牌”,也可能成为一国实施贸易保护“非关税壁垒”。因此,对于欧盟颁行的环保指令我们不能被动的照单全收,而要认真甄别,比如在欧盟环境两指令所采取的“手段”与其追求的“合法目标”之间是否构成适度的比例关系?贸易造成的限制是否超出了其达到正当目标的必要程度?对于以环境保护为名、行贸易保护主义之实的规则与保准应当依法进行抵制,特别是在 WTO 框架下,充分利用磋商程序来保障我国的权益,使欧盟环保指令对我国的负面影响降到最低。

2. 建立双边互认机制

相互承认彼此的认证是消除由认证带来的绿色壁垒的可行做法。如我国的认证机构可通过政府间、认证机构间相互承认合格评定的协议获得欧盟授予的“被指定机构”的资格,从而使自己的产品在国内获得认证后,即可顺利进入欧洲统一市场。因此,我国政府应通过与发达国家间签订双边或多边协议,积极创建能够和国际及国外权威认证机构相互认可的机构,相互承认对方政府机构或其授权的民间机构的测试结果、检验报告和合格证书、制定的标准,提高产品声誉,节省产品在重复认证中的巨额费用,同时政府还应该帮助企业了解认证的益处,建立获取信息的渠道,引导企业申请认证,为其申请认证工作创造良好的政策环境,并可以和企业按一定比例承担认证工作的咨询费用等。

3. 完善绿色扶持政策

我国外贸企业的经营主体大多是中小型的集体私营企业,它们规模小,资金少,在面对发达国家各种多变的贸易壁垒政策时,缺乏及时了解和积极应对的能力,为促进企业积极应对国外技术性贸易措施,减轻国外技术性贸易壁垒对我市产品出口的影响,应统筹安排技术性贸易壁垒技术攻关专项资金,重点支持开展关键技术研发、替代材料攻关、生产工艺创新、专用装备开发及检测手段提升,以促进企业自主创新产业和技术水平的提高。

4. 完善预警机制

为全面及时掌握欧盟环保指令对我国产品的影响,帮助出口企业及时了解指令的最新进展及实施情况,构建完善的贸易壁垒预警机制成为防范和减少贸易摩擦的有效途径。通过建立由政府部门、专业机构、行业协会和企业共同参与的预警机制,适时发布预警信息和警度级别,使企业及时了解欧盟环保指令的信息,尽早制定应对策略。

(二) 企业层面

1. 及时跟踪最新信息。为避免因信息不对称而造成的负面影响,企业应即时掌握哪些产品将纳入管制、时间要求、实施细则的规范要求等。至于现在实施细则还没公布的 EuP 产品,建议企业可先行参考 IEC 标准、欧盟各国、日本、美国等相关环保标准的要求。

2. 积极参与标准制定。当今世界谁掌握了标准的制定权,谁的技术成为标准,谁就掌握了市场的主动权。因此,从某种意义上说,得标准者得天下。通常情况下,专利影响的只是一个或若干企业,标准影响的却是一个产业,甚至是一个国家的竞争力。在欧盟制定产品的环境化设计标准时,我国产业界如果能积极参与绿色规范的制定,必将为我国产业争取有利的条件。

3. 引入生态化设计程序。在企业内引入生态化设计程序,逐步建立企业产品所需的相关技术工具,例如:材料资料库、各工艺流程、零部件的投入产出资料库、管理系统逐步调整建立应变机制等,为提高绿色竞争力做准备。

4. 强化绿色供应链。如果企业以正面的角度来看待这一波绿色浪潮,可以发现:虽然供方企业为了应付 RoHS 指令和 EuP 指令等日趋复杂的要求,将增加较多成本。同时,客户端需要进行的各类管理、审查、验证及分析等费用也会随着上升,这将使转换合作伙伴将必须重新投入所有的费用,使得上下游合同关系变得比以往更稳固。因此,企业在强化绿色供应链管理系统时,可从企业内部管理和程序的改善、绿色供应商管理、电子工具的应用等三个方面一起抓,以面对欧盟环保指令产生的影响,并借机建立与下游客户更稳固和可信赖的关系从而长期合作,这将可能是提升产业“绿色竞争力”的一个新契机。

5. 树立绿色创新设计理念。企业开发绿色产品时,应引入生态化设计方法,与生态效益、延长生产者责任和绿色供应链管理等国际环保趋势完成初步整合,努力朝“节能减排、无毒化、易拆解、易回收”四大范畴方向迈进,并在这个过程中累积绿色创新的经验。

6. 建立生命周期管理制度。由于“整合性产品政策”可能成为全球关于环保指令的“指导纲要”,企业有必要引入并建立“生命周期管理制度(LCM)”。所谓的生命周期管理制度就是将现有的环保与安全卫生管理系统进行整合,有效针对产品各成分特性的要求和不同的环保要求,借助综合性的信息和技术平台来实施将各种应对措施予以合理化落实,从而适应全球不断提出的对“绿色产品”的新要求。

五、结语

欧盟环保指令对我国电子和电器产品贸易产生的影响是深刻并持久的,而环保指令的频繁修改亦对我国贸易不断带来新的变数,因此我国政府及企业应及时跟踪欧盟环保指令及其实施措施的最新动态,准确把握其特点及走向,采取有效的因应策略,化危机为契机,降低指令对我国对欧贸易的冲击,促使产业链并带动整个制造业向环保、健康、可持续发展的方向发展。

(责任编辑:王春婕)

欧盟单一法律人格的发展与争论述评

吴燕妮

[摘要]在《里斯本条约》之前,作为区域性国际组织,欧盟的国际法律人格问题一直是广有争议的国际法课题,欧盟国际法主体的地位并未得到明确的界定。而后又经历了宪法条约的失败,直到《里斯本条约》的生效,欧盟的国际法律人格才被最终正式确定。尽管《里斯本条约》赋予了欧盟单一的法律人格,但从欧盟现有的实践来看,这仅仅只是巩固欧盟身份的开端。本文通过对欧共同体至欧盟发展过程中的法律人格问题进行分析,从而总结欧盟人格的发展特点,并得出结论,刚刚建立起的欧盟法律人格在实践中仍然需要进一步发展和巩固。

[关键词] 欧盟;国际法律人格;宪法条约;里斯本条约

上世纪90年代初,伴随着《马斯特里赫特条约》的正式生效,欧盟诞生。然而就国际法层面而言,成立后的欧盟在很长的一段时期内是一个矛盾的综合体。在宪法条约和《里斯本条约》之前,作为区域性国际组织,欧盟的国际法律人格问题一直是广有争议的复杂国际法课题。^[1]一方面,欧盟作为一个区域性国际组织,其合法性来源于主权国家之间签订的条约,然而正是因为基本条约欠缺对欧盟基本人格的认可,使得欧盟国际法主体的地位都一直未得到明确的界定,“从严格法律意义上来讲,尽管欧盟在组织机构上实现了一体化,原来的三个共同体各自仍然是独立的法律人格者,而欧盟不具有法律人格”。^[2]另一方面,事实上欧盟的各种机构确实在履行着一定的立法职能与执法职能,对内制定法律并约束所有成员国,对外以自己的名义参加国际交往,在这个意义上欧盟又确实需要独立的国际法律人格承认。

欧洲三大共同体经历了半个多世纪的发展才演变成今天的欧盟,作为具有国际法律主体资格的欧共同体,在欧盟建立伊始成为欧盟整体的第一支柱,和共同外交和安全政策(Common Foreign and Security Policy, 第二支柱)以及刑事领域的警务与司法合作(Police and Judicial Co-operation in Criminal Matters, 第三支柱)一样适用欧盟条约中的共同条款和最后条款,^[3]这样的三大支柱机制一直延续存在,使得国际法律人格越来越成为欧盟在国际舞台上独立活动的障碍。直到2004年10月29日,各成员国代表齐聚罗马共同签署了宪法条约,明确将欧盟的宪政秩序和法律人格统一于条约之下,从而取代早期的

作者简介:吴燕妮,女,澳门大学政法学与公法学博士研究生。

[1] 尽管在传统国际法上关于国际组织的人格问题尚无广为接受的定义,但自1949“为联合国服务人员损害赔偿案”(Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations)以来,国际组织作为普遍接受的国际法主体的国际法律人格这个概念的一些基本要素却是十分清楚的。与一般国内法上的法律人格者相比,国际组织之国际法律人格特征较为有限,而且国际法学者也普遍认为,其作为构成国际组织的基本构成因素源自于各自的基本文件的授权(constitutive instruments or basic instruments)。但是一直以来,欧共同体条约仅仅赋予了欧共同体以国际法律人格,因此严格而言欧盟在《里斯本条约》之前并不具有国际法人格属性。但也有学者认为,条约的未作规定,并不应当视为欧盟没有国际法上人格的障碍。See Jo Shaw, *Law of the European Union*, 3rd edn., Palgrave Macmillan 2000, at p. 175; and R. Wessel, *Revisiting the International Status of the European Union*, 5 E. A. REV. 507, 511 (2000); and Ioannis Papatathanasiou, *The European Union's Identity As A Subject of the International Legal Order: Evolutions Under the Treaty of Lisbon*, 5 CAMBRIDGE STUDENT L. REV. 22 2009. 另参见盛红生《从诉讼角度考察国际组织的法律人格》,载《法学评论》2010年第1期;雷益丹《论欧洲联盟的法律人格》,载《法学评论》2006年第3期。

[2] 曾令良:《欧共同体及其成员国在WTO中的双重法律地位及其对中国的影响》,载《法学评论》1999年第2期。

[3] 雷益丹:《论欧洲联盟的法律人格》,载《法学评论》2006年第3期。

欧共体条约,^[1]建立起一个高度一体化的欧洲。但宪法条约并没有获得通过,^[2]直到2009年12月1日《里斯本条约》的生效,欧洲一体化史上这一重要机构与机制改革终于尘埃落定之后,欧盟三大支柱的架构才彻底成为历史,欧盟的国际法律人格才得以最终正式确定。^[3]然而从本质上而言,《里斯本条约》仍然是各成员国妥协的产物,在某种程度上也仍然是过渡性质的修正条约,因此欧盟的国际法律人格问题在《里斯本条约》之下也仍然无法称为最终的完美解决方案。

一、欧盟法律人格问题的提出

从《马斯特里赫特条约》的谈判历史记录来看,尽管议会和委员会均呼吁应当授予欧洲联盟独立的国际法律人格,但成员国却并不完全赞同:荷兰作为当时的主席国明确表示欧洲联盟将不具有国际法律人格,英国对此也持同一态度。^[4]根据《马斯特里赫特条约》的具体规定,属于共同体专属权能内的事项,由各共同体与第三国或国际组织缔结条约来完成,第二、三支柱中所涉及的国际协定则由成员国缔结,而欧盟机构仅负责协调共同立场、采取联合行动或发表宣言。其它属于欧盟和成员国共享权能领域的事项,则由共同体和成员国一起缔结混合协定。按照国际法的一般原则,缔结条约是国际法主体进行国际交往最基本的方式,是国际组织法律人格最直接的体现,只有被明示授予国际法律人格的国际组织才有权与第三国或国际组织缔结国际协定,因此欧盟作为三大支柱的统一体,并没有缔约权。

国际实践的发展表明,在《马斯特里赫特条约》生效不久,欧盟需要在第二、三支柱中拥有缔约权的紧迫性就已经日渐突出。1994年7月,欧盟即将接手前南斯拉夫莫斯塔尔(Mostar)城的管理权,并订立了《关于欧盟管理莫斯塔尔城的谅解备忘录》规定对该城的管理规则。^[5]但是这份备忘录的特别之处在于,一方面,备忘录的缔结以“在欧盟框架下行动,并且与欧洲委员会有完全联系关系(in full association)的欧盟成员国”为一方,另一方面又以“西欧联盟成员国”(the Member States of the Western European Union)为另一方,在此西欧联盟被要求协助管理方欧盟以恢复莫斯塔尔城的公共秩序与安全。但正是由于欧盟缺乏明确的国际法律人格,这份具有国际协定性质的备忘录只能由代表成员国的理事会主席签署,^[6]从而凸显出欧盟独立(sui generis)实施其对外政策时国际法依据上的不足。也就是说,《里斯本条约》之前的欧盟在外交政策领域能够决策但却并没有缔约权。^[7]由此,在《阿姆斯特丹条约》的谈判过程中,是否应当赋予欧盟以独立的国际法律人格就成为了各成员国关注的焦点。尽管最后《阿

[1] Article 111 - 437 TC.

[2] Ioannis Papatasiou, The European Union's Identity As A Subject of the International Legal Order: Evolutions Under the Treaty of Lisbon, 5 CAMBRIDGE STUDENT L. REV. 34 2009.

[3] 参见程卫东《〈里斯本条约〉:欧盟改革与宪政化》,载于中国社会科学院网站,http://ies.cass.cn/Article/cbw/zdkycg/201007/2717.asp, 访问日期:2010年8月19日。

[4] See M. R. Eaton, Common Foreign and Security Policy, in D. O'Keefe and P. M. Twomey, ed., Legal Issues of the Maastricht Treaty, London: Wiley Chancery, 1994, p. 224; Ramses A. Wessel, The International Legal Status of the European Union, 2 EUR. FOREIGN AFF. REV. 109 (1997); and Elizabeth Shaver Duquette, The European Union's Common Foreign and Security Policy: Emerging from the U. S. Shadow? 7 U. C. DAVIS J. INTL L. & POLY 169 Spring, 2001.

[5] Memorandum of Understanding on the European Union Administration of Mostar, 5 July 1994, Genève, available at http://www.minbuza.nl/en/Key_Topics/Treaties/Search_the_Treaty_Database? isn = 005453, 访问日期:2010年8月24日。

[6] See Council Decision Concerning the Joint Action on Support for the Convoying of Humanitarian aid in Bosnia and Herzegovina, Council Decision 93/603/CFSP of 8 November 1993, 1993 O. J. L 286; adapted by Council Decision 94/308/CFSP of 16 May 1994, 1994 O. J. L 134, and supplemented by Council Decision 94/510/CFSP of 27 July 1994, 1994 O. J. L 205.

[7] Marise Cremona, The European Union as an International Actor: the Issues of Flexibility and Linkage, 3 EUR. FOREIGN AFF. REV. 67 (1998).

姆斯特丹条约》并没有采纳荷兰和爱尔兰的提案赋予欧盟国际法人格,^[1]但采取了折衷的方案,仅仅赋权使得欧盟的缔约能力得以实现。因此欧盟这一原创性的特殊做法,尽管曾被证明是欧盟独有的贡献,但在此后的巴尔干危机中,也仅仅能够作为一项临时(ad hoc)法律措施而采用。此后,1995年9月28日缔结的以色列和巴勒斯坦关于在西岸、加沙地带选举问题的临时协议中,尽管欧盟并不是协议的主体,却最后以欧盟的名义在协议上署名。协议第4条第2款第3项规定国际观察员的安全问题应在以、巴、欧盟三方论坛的框架内解决,第5条第4款规定在通讯和后勤问题上,“欧盟作为观察代表团行动的协调者而积极行动”,还有附录2(8)到附录II 2(8)中规定欧盟财政负担的责任。^[2]尽管这些规定并不意味着创造了欧盟的国际法律人格,但确实反映出欧盟作为独立的法人所具有的对外形象。

在这种背景下,在1996年至1997年召开的都灵政府间会议上,是否应当赋予欧盟以国际法律人格的问题再次被提出。爱尔兰和荷兰等国建议在新修订的欧盟条约(阿姆斯特丹条约)中明示承认欧盟具有类似于三个共同体的缔结国际协议的正式法律人格。虽然《阿姆斯特丹条约》最终没有采纳赋予欧盟法律人格的提案,但却通过新引进的第24条使欧盟的缔约权成为可能。^[3]尽管这样的条文所引发的学者争议远远大于该条文本身,^[4]但该条还是规定,在CFSP项下欧盟理事会可以授权轮值主席在委员会的适当协助下展开谈判,并提出建议,随后这些协定应当由理事会根据轮值主席的推荐而缔结。^[5]

综上所述,欧盟是否应该具有法律人格已经不是在纯粹的技术性法律问题,而是被成员国高度谨慎对待的问题。^[6]这个问题已经在缔结1992年《马斯特里赫特条约》和1997年《阿姆斯特丹条约》两次政府间会议上被认真考虑,但最终都没有获得明确支持,其中一个重要因素就是成员国担心欧盟的影响进一步扩大会对国家主权带来更多的限制。因此在《里斯本条约》生效之前,法律上而言,欧盟仍是由具有不同法律人格的各共同体和一套政府间的合作机制组成。^[7]

二、宪法条约的改革

(一)对欧盟“法律人格”改革的分歧

1. 明确规定与默示隐含的分歧

毫无疑问,《阿姆斯特丹条约》中引入的第24条对欧盟人格的规定并不是完全明确的。一方面,它

[1] See Alan Dashwood, External Relations Provisions of the Amsterdam Treaty, in David O'Keefe and Patrick Twomey eds., *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, at p. 218-221.

[2] Esa Paasivirta, European Union: From an Aggregate of States to a Legal Person, 2 HOFSTRA L. & POL'Y SYMP. 37 (1997).

[3] Presidency: Outline for a Draft Revision of the Treaties - 5/12/1996 CONF 2500/96 (Adapted from Europa Site Wordperfect File).

[4] See Panos Koutrakos, Constitutional Idiosyncrasies and Political Realities: The Emerging Security and Defense Policy of the Europe Union, 10 COLUM. J. EUR. L. 84 2003-2004.

[5] See Jaap W. de Zwaan, The Legal Personality of the European Communities and the European Union, NETH. Y. B. OF INT'L L. 75 (1999); and Rames A. Wessel, The European Union's Foreign and Security Policy - A Legal Institutional Perspective, 1999; and see also, Nanette Neuwahl, A Partner with a Troubled Personality: EU Treaty - Making in Matters of CFSP and JHA after Amsterdam, 2 EUR. FOREIGN AFF. REV. 177 (1998).

[6] 该条文经过其后《尼斯条约》的修正,其表述为:“为执行本标题(即CFSP——笔者注)的需要而应当与一个或多个国家或国际组织缔结协定时,理事会可以授权轮值主席,在委员会的适当协助下展开谈判。所涉协定应当由理事会根据轮值主席的推荐而缔结。”See Article 24, TEU.

[7] K. Lenaerts and D. Gerard, The Structure Of The Union According To The Constitution For Europe: The Emperor Is Getting Dressed, 29 EUR. LAW REV. 289 (2004).

仅仅是授权欧盟成员国将欧盟工具化,从而将欧盟机构转变成为了其在国际舞台上的代理机构,^[1]因此也就使得欧盟无法独立承担国际法上的责任。^[2]另一方面,也有学者认为既然已经赋予了欧盟与其他国家缔结国际条约或协定关系的权利,那么也就意味着隐含对欧盟国际法律人格的承认。^[3]事实上,虽然欧盟法律人格的宪法问题在当时并没有得到最终的解决,但具体缔结条约的权能在实践中得到了变通的承认。2003年,在欧盟与前南马其顿共和国关于欧盟所驻武装部队的理事会决议之中,即授予理事会主席以“任命具有缔约权的代表”的权力。^[4]而这也是加强欧盟作为统一体在国际舞台上活动能力的程序性手段。^[5]而在此基础之上欧盟曾也与前南斯拉夫^[6]波黑地区^[7]波兰^[8]马其顿共和国等许多国家和地区缔结了相当数量的国际条约或者协定,甚至也与北大西洋公约组织(NATO)缔结过关于安全方面的协定。^[9]

不过,对于欧盟当时成员国以及其国内司法机构而言,默示的人格却并不能成立。例如德国宪法法院认为,在没有明确条约规定的情况下,一方面欧盟并不具备独立于各个成员国的属性,另一方面成员国对欧盟的狭窄授权也使得即使欧盟需要独立履行其职权,也不必定需要单一的国际法律人格。因此德国宪法法院拒绝承认欧盟在基本条约项下享有决定司法管辖冲突的权利。^[10]该法院还由此认定,“根据联邦政府的解释,欧盟不论是在与各共同体之间的关系上,还是在与各成员国之间的关系上,都不具有独立的(distinct)法律人格。”^[11]由此可见,在欧盟的法律人格明示规定还是默示隐含问题上,需要明示作出规定的观点占据了上风,这也为其后宪法条约的改革奠定了实践基础。

2. 多重人格与单一人格的分歧

[1] See Eileen Denza, *The Intergovernmental Pillars of the European Union*, 2002, at 174 - 177.

[2] See Article 24 (5) TEU.

[3] Alan Dashwood, *Issues of Decision Making in the European Union after Nice*, in Anthony and Daniel Wincott eds., *Accountability and Legitimacy in the European Union*, 2002, at p. 13; and See also, Stephan Marquardt, *The Conclusion of International Agreements under Article 24 of the Treaty on European Union*, in Vincent Kronenberger ed., *The European Union and the International Legal Order: Discord or Harmony?*, at p. 333.

[4] See Council Decision 2003/222/CFSP on the Conclusion of the Agreement between the EU and Former Yugoslav Republic of Macedonia (FYROM) on the Status of the European Union - led Forces in FYROM, Article 2, the President of the Council “to designate the person empowered to sign the Agreement in order to bind the European Union”.

[5] See Editorial Comments, *the European Union - A New International Actor*, 38 COMMON MKT. L. REV. 825 (2001).

Council Decision 2001/352/CFSP of 9 April 2001, 2001 O. J. (L 125) 1 (concerning the conclusion of the Agreement between the European Union and the Federal Republic of Yugoslavia on the activities of the European Union Monitoring Mission in the FRY).

[6] Council Decision 2002/845/CFSP of 30 September 2002, 2002 O. J. (L 293) 1 (concerning the conclusion of the Agreement between the European Union and Bosnia and Herzegovina (BiH) on the activities of the European Union Police Mission (EUPM) in BiH).

[7] Council Decision 2003/157/CFSP of 19 December 2002, 2003 O. J. (L 64) 37 (on the participation of Poland to the European Union Mission in Bosnia and Herzegovina). This was adopted in order to implement Joint Action 20021210/CFSP of 11 March 2002, 2002 O. J. (L 70) 1 (on the European Union Police Mission) which made reference, in art. 8(3) to the eventual adoption of detailed arrangements for the participation of third States. In addition, agreements were concluded between the European Union and Bulgaria, Cyprus, the Czech Republic, Estonia, Hungary, Iceland, Latvia, Lithuania, Romania, the Slovak Republic, Slovenia, Switzerland, Turkey, and Ukraine pursuant to Council Decision 2003/663/CFSP of 10 December 2002, 2003 OJ (L 239) 1.

[8] Agreement between the European Union and the North Atlantic Treaty Organization on the Security of Information, 2003 O. J. (L 080) 36 (adopted pursuant to 2003/211 /CFSP of 24 February 2003, 2003 O. J. (L 080) 35).

[9] German Federal Constitutional Court Judgment of the Maastricht Treaty of October 12, 1993.

[10] German Federal Constitutional Court Judgment of the Maastricht Treaty of October 12, 1993.

[11] See Esa Paasivirta, *The European Union: From an Aggregate of States to a Legal Person?*, 2 HOFSTRA L. & POL'Y SYMP. 54 1997.

在讨论欧盟法律人格的规定过程中,有学者认为,可以仅对欧盟的法律人格问题作出规定,保留传统的欧共体三大支柱体系,而仅单纯添加条款赋予欧盟以独立的法律人格,即令其人格与其他欧共体的法律人格同时存在。^{〔1〕} 这种方案的优点和缺点同样明显,一方面能够以对当时欧盟法体系改动最小的方式获得欧盟的独立法律人格,从而在各成员国之中也能以最便捷的方式就修改的基本条约获得通过或批准;但另一方面也存在致命的缺点,那就是通过这样的手段建立起来的欧盟法律人格所带来的麻烦必将远远超过其所带来的欧盟独立的优势。

很显然,改动的方式虽然简单化了,但由此所带来的法律后果却更加复杂:对内而言,同时均具有独立法律人格的欧盟和各共同体,其条例和决定的优先效力必然将会存在冲突,从而使得各成员国在适用欧盟层面的法律时面对重重阻碍,不利于欧盟统一政策的实施;对外而言,将会使欧盟的对外关系的处理更为繁琐,尤其是面对跨支柱(cross-pillar)的混合国际协定之时(即国际协定分别触及 TEU 第五与第六标题项下分属共同体和欧盟的权能领域),按照这种方案,则必须有共同体和欧盟共同缔结,简单的问题被大大复杂化了。^{〔2〕}

因此,更多的成员国和学者则认为,有必要对欧盟实行单一法律人格制度(Single European Personality),即在赋予欧盟以独立法律人格的同时,将其他共同体的国际法律人格予以终止,仅由唯一的欧盟作为国际法律主体进入国际法活动领域。事实上,在随后欧盟的制宪委员会法律人格问题研究小组讨论中,这种赋予欧盟单一法律人格的观点占据了绝大多数,并且也随着《里斯本条约》的继承而成为当前欧盟的正式规定。

(二)解决分歧的欧盟制宪

2001年12月5日,欧盟在比利时莱肯宫举行欧盟首脑会议,会后欧洲理事会发表了《莱肯宣言》,指出欧洲联合的道路已经走过了50年,现已到达一个“十字路口”,并且随着当时欧盟东扩在即,欧盟需要重新“界定”,对其未来走向作出抉择。为应对欧盟所面对的三大挑战,需要“更新和改革”,必须对下述一系列问题做出回答和选择:欧盟权限的分工和定义;欧盟组织机构和运作程序的简化;欧盟如何成为更加民主、透明和高效率的整体。^{〔3〕} 宣言特别指出:对于各项条约的简化和重新组织,是不是可以制定一部宪法性文本预作准备。制宪会议的讨论最终倾向于起草一部欧洲宪法的条约草案,该草案在2003年6月13日的全体会议上得到了一致同意。^{〔4〕}

为了更好地讨论有关欧洲未来的问题以及为下一轮政府间会议做准备,根据《莱肯宣言》的要求,欧盟成立了关于欧盟未来的大会(Convention on the Future of Europe),即通常所称的欧盟制宪委员会,讨论在宪法中规定欧盟单一法律人格的可能。至2004年10月29日签署的《建立欧洲宪法的条约》第1-7条规定:“欧盟具有法律人格。”同时,又规定新的欧盟将取代之前所有的共同体,成为唯一的国际法律人格者。这也是欧盟成立十年以来第一次明确规定欧盟的国际法律人格地位,因此具有重要的开创性意义。

宪法条约的签订,从形式意义而言,它为欧盟宪政秩序奠定了坚实的基础,使得欧盟国际法律人格确立,宪法的轮廓基本形成;从实质意义上讲,它表明了欧盟各国、欧盟各机构之间,就欧盟的国际法律

〔1〕 See Report from Chairman of Working Group III on Legal Personality to Members of the Convention. Subject: Final report on Working Group III on Legal Personality, CONV 305/02, WG III 16. Brussels: Secretariat of the European Convention, 02. 10. 2002. p. 18.

〔2〕 Laeken Declaration On The Future Of The European Union, part I.

〔3〕 Preamble, Constitutional Treaty.

〔4〕 JM Thorn, European Union in Crisis after Rejection of Constitution, 28th June 2005; See also, Poll indicates French may vote no to EU constitution, 17/03/2005, <http://www.eubusiness.com/afp/050317191815.5atxumk7/view?searchterm=french%20poll>, EU Constitution Newsletter June 2005, visited on 23/09/2010; and Claes H De Vreese, Minda de Gunzburg, Why European Citizens Will Reject the EU Constitution, Center for European Studies Working Paper No. 16, 2005.

人格问题已经达成了初步的共识。不过,尽管成员国和欧盟之间就欧盟的单一人格问题(Single Personality)有着上述的共识,但对更深层次的人格问题,尤其是一体化的发展方向上,事实上表现出成员国之间与各机构之间意见并不统一,因此在2003年10月的政府间首脑会议并没有如期就宪法文本达成一致,直到2004年6月18日,当时的欧盟25国首脑在各种矛盾与妥协中通过了欧盟宪法文本,这个问题也在法国和荷兰2005年公投反对批准宪法条约之后显得更为突出。

根据宪法条约的规定,依此成立的联盟应当是“根据欧洲联盟条约建立的欧洲联盟和欧洲共同体的继任者”。^[1]由此,宪法条约所试图建立的是一个全新的国际实体以替代欧洲联盟和欧洲共同体,^[2]这个新的联盟将被赋予完全的国际法律人格,^[3]并可以在其职权范围之内独立参与国际法律关系,享有权利和承担义务。宪法条约的起草者意图构架一个全新的欧洲,而其宪法条约则成为欧洲法律唯一的宪政渊源,由此欧洲联盟和欧共体都将被新的联盟所取代。^[4]

三、《里斯本条约》与欧盟法律人格的最终确立

(一) 宪法条约的危机

宪法条约签署后,欧盟原计划用二年左右的时间由成员国履行批准程序,并拟于2006年11月完成。但由于2005年5月29日法国公投与6月1日荷兰公投都反对批准宪法条约,宪法条约的批准与生效自此蒙上了失败的阴影。实际上,法国与荷兰公投的结果不仅对宪法条约批准程序与生效产生了直接的影响,而且还揭示了欧洲各国及各阶层、各团体、各群体对欧洲一体化现状及发展方向的分歧,并引起了欧洲范围内就欧洲一体化诸多深层次的问题的广泛争论与思考。卢森堡首相容克更是认为,“欧洲不是处于一种危机状态,而是处于一种深刻的危机状态”。^[5]

如前所述,欧盟是否应该具有法律人格在历史上一直没有获得明确支持的其中一个重要因素就是:成员国担心欧盟单一法律人格所带来的影响力进一步扩大会对国家主权带来更多的限制。一方面,宪法条约激进的改革策略以及建立新的独立人格欧盟取代原有“欧盟和欧洲共同体”举措,不但没有发挥出国际法律主体地位所应有的作用,相反却大大增加了成员国和其国民对欧盟的距离感和恐惧感。在这种情况下,国际法律人格则已经不再是欧盟地位的促进手段,而在各成员国和其国民眼中变成了可能走向欧洲专制的工具。另一方面,扩大化的欧盟单一法律人格无疑大大加强了欧盟在对外事务中的发言权,而这包括加强欧盟在共同外交与安全政策领域的合作,因此,对于有着许多中立国家的欧洲而言,欧盟在这方面权力的加强必然将增加这些成员国在军事上的义务,从而影响其对外事务上的中立性。更重要的是,欧盟无论其发展为何,其本质上始终是一个区域性的国际组织,欧盟的合法性来自于成员国国家通过条约让渡的部分主权,而在这个意义上,宪法条约的属性已经超越了其作为一个国际组织的人

[1] Article IV - 438(1) TC.

[2] A. v. Bogdandy, *The Prospect of a European Republic: What European Citizens Are Voting On*, 42 C. M. L. REV. 913, 919 (2005); See also J. Kokkot and A. R uth, *The European Convention and its Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe: Appropriate Answers to the Laeken Questions?* 40 C. M. L. REV. 1323 (2003).

[3] Article I - 7 TC.

[4] Ioannis Papathanasiou, *The European Union's Identity As A Subject of the International Legal Order: Evolutions Under the Treaty of Lisbon*, 5 CAMBRIDGE STUDENT L. REV. 34 2009.

[5] JM Thorn, *European Union in Crisis after Rejection of Constitution*, 28th June 2005; See also, *Poll indicates French may vote no to EU constitution*, 17/03/2005, <http://www.eubusiness.com/afp/050317191815.5atxumk7/view?searchterm=french%20poll>, EU Constitution Newsletter June 2005, visited on 23/09/2010; and Claes H De Vreese, *Minda de Gunzburg, Why European Citizens Will Reject the EU Constitution*, Center for European Studies Working Paper No. 16, 2005.

格主体范围,因此带来成员国的忧虑是必然的。

此外,宪法条约庞大的改革力度和范围远远超过了其简化条约和提高效率的初衷。宪法条约正文长达448条,欧盟公布的条约英文本正文则达到了485页,^[1]已经与其建立新人格和简化基本条约的设计背道而驰。

(二)《里斯本条约》对欧盟法律人格的确立与反思

2007年6月22日,在宪法条约停滞两年之后,欧盟领导人终于在峰会上确定了解决宪法批准危机的方案,即召开新一轮政府间会议,起草一个修改现行诸条约的“改革条约”(Reform Treaty),以之代替宪法条约,以加强扩大后联盟的效率与民主以及对外行动中的一致性。2007年10月18日,在里斯本召开的非正式欧盟理事会会议上,欧盟各成员国国家或政府领导人就“改革条约”的文本达成一致,《里斯本条约》形成。到2009年《里斯本条约》生效,至此关于欧盟法律人格的问题方得以最终确定。

1. 对宪法条约中法律人格的反思。与激进的宪法条约不同,《里斯本条约》作为一个妥协性的条约,其本身即具有缓和成员国之间矛盾的作用,因此其条文和设计不仅没有延续宪法条约的新欧盟策略,而且特别强调仅仅是对欧盟的原有基本条约进行修正,也并不意图取代欧洲联盟和欧共体的基本条约,由此也避免了这些基本文件需要重新批准的尴尬。^[2]在这个基础之上,由《马斯特里赫特条约》所建立的欧盟得以存续,从而取代欧共体获得国际法律人格。^[3]经过《里斯本条约》的改革,欧盟三个支柱在名义上不复存在,欧共体为欧盟所替代而统一使用“欧盟”的称谓,不再使用共同体这一术语。进而《欧洲共同体条约》也更名为《欧盟运行条约》(Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU),简化了欧洲一体化的组织结构,也相应地简化了欧盟的决策程序与运行机制。^[4]

2. 较宪法条约更为完整的CFSP规定。尽管在宪法条约和《里斯本条约》项下均对欧盟的对外行动作出了详细的规定,但相对于宪法条约的条文,《里斯本条约》不仅仅增加了有关保护欧洲公民的长远目标,^[5]而且在人格方面的规定更为完整。宪法条约将CFSP的所有规定均放置在同一章节(即第五标题第二章)之下,但经《里斯本条约》则在此分成了两个部分,第一个部分包含欧盟对外行动的基本原则以及目标条款,第二部分则作出具体的规定,而将其他对外行动的规定放置在欧盟运行条约的第五部分中作出规定。同时,与宪法条约不同的是,《里斯本条约》所修正的CFSP政策也并没有取代欧盟运行条约中的相关条款,^[6]也就意味着对外政策的特殊性在《里斯本条约》中得到加强,从而从一定程度上有助于加强欧盟在国际舞台上的力量和声音。

3. 更为广泛和完整的欧盟缔约权。宪法条约对欧盟的缔约权规定了两种不同的程序:第三部分第315条对共同商业政策领域缔结国际协定的程序作出了规定,第325条则对共同商业政策领域之外的

[1] See Treaty Establishing A Constitution For Europe, available at <http://europa.eu.int/constitution>, visited on 20 Sep. 2010.

[2] 2007年10月18日,在里斯本召开的非正式欧盟理事会会议上,欧盟各成员国国家或政府领导人就“改革条约”的文本达成一致,该条约也因此被称为《里斯本条约》;2007年12月13日,各国领导人在布鲁塞尔签署了里约,并呼吁各国尽快完成条约在国内的批准程序,以期条约能够在2009年1月1日生效。同时,各国领导人之间对于里约在成员国批准问题也达成了默示的协议,除爱尔兰因宪法上的规定必须进行公投以外,其他成员国将不举行公投。

[3] Article 1(2)(b), Treaty of Lisbon.

[4] 参见程卫东《〈里斯本条约〉:欧盟改革与宪政化》,载中国社会科学院网站,<http://ies.cass.cn/Article/cbw/zd-kygc/201007/2717.asp>, 访问日期:2010年8月19日。

[5] 在宪法条约第1-3(4)的规定中,“在与世界的关系中,联盟应坚持和推进自己的价值和利益。它应致力于世界的和平、安全和可持续发展,致力于各民族间的团结和相互尊重,致力于自由而公平的贸易,致力于消除贫困,保护人权、尤其是未成年人的权利,同时也应严格遵守和发展国际法,包括遵守《联合国宪章》的原则。”但与《里斯本条约》略有不同的是增加了对欧洲公民进行保护的长远目标。

[6] Ioannis Papathanasiou, The European Union's Identity As A Subject of the International Legal Order: Evolutions Under the Treaty of Lisbon, 5 CAMBRIDGE STUDENT L. REV. 35 2009.

国际协议的缔结程序作出规定。但与欧盟条约相比,第315条规定的共同商业政策领域协定缔结,除了对理事会应适用一致同意程序缔结协定的情形加以列举外,并没有其它变化。

与之前欧盟条约和宪法条约都不同,《里斯本条约》对欧盟缔约权的发展具有相当重要的意义,在这一层面上,欧盟的对外缔约权利得到了毋庸置疑的确定,这无疑对于欧盟国际法律人格的完善起到了关键性的作用。此外,《里斯本条约》还承认第三方缔结条约将欧盟作为条约当事方的实践效力。针对这个问题,欧盟运行条约第188M条专门对欧盟与国际组织和第三国缔结“建立与相对方互惠权利与承担义务,共同行动以及特别程序关系”的权能。^[1]更为重要的是,运行条约188L条所赋予欧盟的缔约权并不仅仅限于《里斯本条约》和欧盟运行条约所明确规定的事项,而赋予欧盟可以基于达成其职能目的缔结条约和国际协定(即隐含的缔约权利),从而与上文所述的欧盟隐含缔约权相一致。^[2]

4. 大大增强的欧盟国际平台代表权。《马斯特里赫特条约》所确立的欧洲理事会主席对外代表欧盟的机制在宪法条约和《里斯本条约》之下有了较大的发展和改变。宪法条约第1-27条规定,欧盟理事会依合格多数原则,在得到委员会主席同意后,任命联盟外交部长。联盟外交部长有权实施联盟共同外交与安全防务政策,并应部长理事会之令就共同外交与安全防务政策提出建议;外长同时兼任欧盟委员会副主席,负责处理欧盟对外关系以及协调欧盟对外行动的其他方面。该职位实际上将欧盟共同外交与安全防务高级代表与欧盟委员会外交委员这两个职务合二为一,统一负责欧盟的对外关系。但在《里斯本条约》之中,欧盟的对外代表权则由欧洲理事会主席以“国家元首级别”(Heads of State Level)的程度行使,^[3]这也就意味着欧盟对外一体化的人格得到大大的加强。但与一般国家的元首级别不同,^[4]由于缔结批准国际协定的权能已经由运行条约第188N(2)条赋予了欧洲理事会,因此欧洲理事会主席并没有代表欧盟批准通过国际协定从而约束欧盟的权力。

正是基于同样的授权条款,理事会主席行使对外代表欧盟的权能,将受到一定的限制,即不得妨碍欧盟外交事务及安全政策高级代表的职权(即宪法条约项下的欧盟外交部长)。^[5]在这个意义上,《里斯本条约》对CFSP的另外一项革新就是该外交与安全政策高级代表的设立。虽然沿用了高级代表的称呼,但是新职位的名称不再是CFSP高级代表,而是范畴更为广泛的欧盟外交与安全政策代表,一定程度上可以管辖原属于委员会职能的对外关系事务。与原高级代表辅助性作用相比,条约赋予欧盟外交与安全政策高级代表以核心角色。该职位能够在超国家层面巩固欧盟外交政策权能,从而提高欧盟外交政策的一致性以及欧盟在国际舞台上的形象。高级代表的双重身份在一定程度上能够克服欧盟内部固有的超国家和政府间力量之间的冲突问题,为综合利用欧盟外交政策工具,实现外交政策目标提供制度保证。^[6]

(三)并不完美的结局

从《里斯本条约》对欧盟法律人格规定的内容来看,欧盟的本轮改革基本实现了《莱肯宣言》所提出的目标,不仅解决了宪法条约所带来的激进法律人格的问题,同时在机制上也加强了欧盟应对全球化挑战的行动能力,从而部分解决了困扰欧洲一体化多年的问题,如明确界定欧盟的权能、简化欧盟的结构、加强欧盟层面的民主化建设等。毫无疑问,《里斯本条约》所确定的欧盟单一法律人格将使欧盟的国际法活动更加透明,更加高效,更加民主化。在这个意义上,《里斯本条约》所确定的欧盟单一法律人格也

[1] “Establishing an association involving reciprocal rights and obligations, common action and special procedure”. This provision is already found in the TEC as Article 310.

[2] P. Craig and G. De Búrca, *EU Law, Text, Cases and Materials*, 4th ed. (Oxford 2007), p. 227.

[3] Article 9B (5-6) TEU (AA).

[4] I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed. (Oxford 2003), p. 581.

[5] See J. Kokkot and A. Rùth, *The European Convention and its Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe: Appropriate Answers to the Laeken Questions?* 40 C. M. L. REV. 1323 (2003).

[6] 金玲:《〈里斯本条约〉与欧盟共同外交与安全政策》,载《欧洲研究》2008年第2期。

为欧盟在可预见的将来提供了稳定的机构与机制框架,无疑将会促进欧洲一体化的进一步发展。

但是,从宪法条约到《里斯本条约》,从本质上而言毕竟《里斯本条约》是为解决欧盟宪法危机而产生的妥协方案,也不可能是最佳的欧盟法律人格问题解决方案,而只能是“最能为欧盟成员国和欧盟公民所接受”的方案。因此有学者认为,欧盟制宪委员会曾试图为欧盟确立一个宪法,引导欧盟这个国际组织向更具“国家层面”(state level)意义的方向上发展,但这种努力最终未获成功,关于国际法律人格的宪法性激进措施,在《里斯本条约》中均回归保守。^{〔1〕}从这个角度而言,《里斯本条约》尽管已经完善了对欧盟国际法律人格的规定,但也仅仅是一个开端,并无法代表欧盟单一法律人格最终的发展与进步,主要表现在以下几个方面:

首先,从规定欧盟法律人格的条约形式上而言,宪法条约是以全新的条约代替欧盟现有的基础条约,而里斯本则采取的是欧盟传统的修订条约的方式,以修订的方式更改了欧洲联盟条约与欧洲共同体条约。尽管已经声明了欧盟单一法律人格的基本条约地位,但宪法条约中曾规定的欧盟法最高效力原则在《里斯本条约》中却不再出现,而是以一个政府间会议声明的形式回顾(recalling)欧盟法院的判例法。从国际法的角度而论,这样的修订所带来的欧盟国际法律人格,其稳定性仍然相对较弱;

其次,事实上即使是在法律人格上回归保守的《里斯本条约》,其通过过程也不是一帆风顺的,在2008年6月12日,爱尔兰公投曾以53.4%的反对票否决了《里斯本条约》。^{〔2〕}不难发现,与其说是爱尔兰人反对《里斯本条约》,不如说是爱尔兰人对欧盟以及其单一法律人格定位的方向与未来存在着疑虑。因此,欧盟的单一人格发展在其成员国的接受仍然有很长的道路要走;

最后,所有这些变化均表明,在欧盟内部,对于欧盟单一法律人格以及由此带来的一体化后果和未来发展终极目标,还存在着非常大的分歧,从这个意义上来讲,无论《里斯本条约》对欧盟单一法律人格的规定为何,其始终是过渡性的,改革必然将会继续,但发展方向却仍然是一个未知数。

四、结语

欧洲联盟条约第2条规定,欧盟的主要目标是在“国际舞台上主张自己的身份”。而在国际法领域内,要成为国际法律秩序的主体,它自身必须要能够在国际舞台上彰显(manifest)自己与其他国际法主体独立交往的能力,这也是该主体具有独立法律人格的最集中的表现。^{〔3〕}但对于欧盟而言,从《马斯特里赫特条约》建立联盟的三个支柱(Three Pillars)开始,其不具备独立的国际法主体资格这一观点就为学者们广泛接受。欧盟条约第1(3)条即规定:“欧盟以欧洲共同体为基础,以条约建立的其他政策和各种形式的合作为补充”,这样的表述勾勒出欧盟是包含着传统三大支柱的特殊结构体。同时,其中的欧共体和欧洲原子能共同体(Euratom)都是具有与联盟相分离的独立的国际法律人格。^{〔4〕}由此看来,正如一些学者所表述的那样,欧盟兼具超国家主义(supra-nationalism)和政府间主义(intergovernmentalism)的双重特性,这就使它成为一个具有史无前例特殊(sui generis)性质的国际组织。^{〔5〕}而《里斯本条约》的通过和生效,则推动欧盟从一个主权国家联合体向更高宪政一体化的方向迈进了一大步,将有力加强欧盟在国际格局中的作用和影响,引起了世界的普遍关注。从《里斯本条约》对欧盟国际法律人格的规定上来看,其不仅更为审慎,而且更基于此将欧盟的法治和宪政化以更加智慧和高效的方式推向了一个新的高度,也为欧盟在国际舞台上发挥更大的作用奠定了国际法基础。但同时也需要注意的是,尽

〔1〕 参见程卫东《〈里斯本条约〉:欧盟改革与宪政化》,载中国社会科学院网站, <http://ies.cass.cn/Article/cbw/zd-kygc/201007/2717.asp>, 访问日期:2010年8月19日。

〔2〕 Ireland's EU Lisbon Treaty Referendum: Irish Vote "No", available at <http://news.sky.com/skynews/Home/Sky-News-Archive/Article/20080641318932>, visited on 20 Sep. 2010.

〔3〕 R. Wessel, Revisiting the International Status of the European Union, (2000) 5 E. A. REV. 507, 511.

〔4〕 Leal-Arcas, EU Legal Personality in Foreign Policy? Bepress Legal Series 2006, Paper 1754, pp. 9-10.

〔5〕 P Magonette, What is the European Union? Nature and Prospects (New York 2005), pp. 191-192.

管《里斯本条约》赋予了欧盟单一的法律人格,但从欧盟现有的实践来看,这并不意味着对欧盟法律人格问题的盖棺定论,这仅仅是巩固欧盟身份的开端。欧共体的法律人格经过半个多世纪的发展,已经在相当广泛的领域内得到了实现,如缔约权、参加国际组织、与成员国相互之间的使节权、与第三国相互之间的使节权〔1〕与国际组织之间的使节权〔2〕承担国际责任的能力。〔3〕相比之下,刚刚建立欧盟的法律人格在实践中仍然需要进一步发展和巩固。本文对欧共体至欧盟发展过程中的法律人格问题进行分析,总结欧盟法律人格的发展特点,并就《里斯本条约》生效之后的欧盟国际法律人格进行评述。

(责任编辑:王春婕)

〔1〕事实上,该项使节权并不是完整意义上的使节权利,而仅仅是委员会作为欧共体的一个机构派出的使节,而不是欧共体派出的。

〔2〕事实上,欧共体在许多不以国家为参与单位的国际组织中都派驻代表团代表共同体行事,其在这些组织中通常也有一定的会员权利,例如在 WTO 中欧共体曾作为独立的成员方与其成员国共同存在,但在联合国之中则仅具有观察员地位。

〔3〕尤其表现在 WTO 的争端解决机制中,欧共体作为正式成员方,承担着履行 DSB 裁决的义务。

【法学教育研究主持人:邵文涛副教授】

法学本科教育面临的问题与应对

——以省属普通财经类高校法学院为视角

梁如霞

法学教育经过30年的恢复、重建、改革和发展,已经摆脱发展初期职业培训、学历教育齐上,职高、成教、专科、本科、研究生不同学历层次共生的混乱局面,逐步形成了一个以法学学士、硕士、博士教育为主体,法学专业教育与法律职业教育相结合的法学教育体系,基本适应了国家社会主义现代化建设对法律人才量的需求,^[1]随着国家市场经济体制的建立和民主法治的完善,法学教育质量和法律人才的素质水平越来越成为法学教育发展的关键问题。如何提高法学教育质量,进行什么样的法学本科教育是关键。

一、法学本科教育面临的问题

(一)招生规模不断扩大,法科学生就业压力不断加大

自2000年始,我国法学教育规模急剧扩大,根据教育部统计数据显示,2005年全国设有法学专业本、专科的普通高等学校(含独立学院及分校点)892个,2006年则增加了32个,达到924个。^[2]据2009年教育部的统计,当年的法学本科毕业生为116100人,在校本科生为457098人。除此之外,有法学硕士学位授予权的高等院校和科研机构近400所,2009年在校研究生91324人。^[3]而每年能够从高校毕业生中进入法、检、律部门的人员,不超过10万人,而且门槛越来越高,法学本科生直接进入法律职业体需通过国家司法考试,大多数的岗位还要通过公务员考试,难度越来越大。上述情况导致:

1. 法科学生生源水平参差不齐。法学本科毕业生就业难,自2004年以来一直是社会话题,几乎所有的社会有关机构提供的数据,都将法学列为毕业生最难就业的专业之一。这成为高考学生和学生家长弃选法学专业的重要原因。高考状元及各层次优秀毕业生首选法学专业的比例低。还有一些其他原因导致法科学生水平参差不齐。一是目前我国关于法学教育没有国家统一标准,也没有层级分类标准,虽然设置了法学本科教学核心课程的要求,但没有质量控制机制,法学本科在不同的层级类型学校中同时招生,进入法科学习的学生高考分数从400多分到600多分不等;二是我国各地区基础教育水平发展不均衡,造成同一高校在全国各省区录取的学生的学习和综合素质水平差别较大;三是各学校法科学生招生,基本存在一志愿上线率不足的问题,调剂志愿学生进入法科学习,其学习动力和兴趣不足,出现入

作者简介:梁如霞,女,山东经济学院法学院院长,教授,研究方向:行政法学、法学教育。

[1] 参见国务院新闻办公室2008年发布的《中国的法治建设》。

[2] 徐显明:《中国法学教育状况》,中国政法大学出版社2006年版,第29页。

[3] <http://www.moe.edu.cn/edoas/website18/level2.jsp?offset=1&tablename=1261364343113580>

学时高分但不是勤奋学习的好学生的问题。

2. 法学素质教育难于推行。法学教育的培养目标和法科学生从业的社会公共事务性质要求法科学生必须具备高素质。与其他专业相比法学教育除了传授专业知识之外需要具备,如社会责任;社会主体意识;社会忧患意识;对国情民俗的了解;宽容大度的人生态度;理性精神及法律职业所必备的其他素质。这需要付出更多的养成时间和学习锻炼培养机会。但在目前就业压力下,存在的问题是:一是法学院要考虑学生毕业出口的问题,培养体制和课程设置不得不尽量涵盖学生可能的需求,要完成国家规定的50多个学分的大学生基础课,还需要完成本学科的16门核心课、本校本专业的特色课、法科学生的素质课等等,造成的问题是法科学生的学分课时普遍较大较紧,完成教学任务需要更多的课堂教学时间;二是学生学习以课堂教学为主,考试以背书的闭卷考试为主,衡量学生优劣以考试成绩为主,学生普遍“两耳不闻窗外事,一心只读圣贤书”,社会主体意识培养不足,从事法律职业能力不足;三是学生为就业需要学习,准备英语四六级考试、计算机等级考试、司法考试、公务员考试以及各种证书考试,四年学习时间基本上在应付各种考试中度过。“知止而后有定,定而后能静,静而后能安,安而后能虑,虑而后能得”〔1〕高就业压力下,在校内遑论读书“定、静、安、虑、得”五境,即便是为知识学养的静心读书都做不到,更谈不上有目的的了解国情民俗和社会,因此,学生不足以形成宽容大度的人生态度,往往个人意识过于浓烈,也易形成看问题偏激的性格特征;四是社会没有为培养高素质的法律职业人提供必备的支持条件。职业素质的养成需要有现职人员的榜样,需要在法律实践中了解法律的运行,培养职业行为能力,但目前为法科学生提供实践能力培养的机构和单位不多,学生成建制的进入法、检等部门学习的机会不大,随机的、个人行为的实习,其时间、地点、及与教育教学的结合度等质量因素不能保障,缺乏适时的指导、讲评,造成学生的实习价值水平不高。

(二) 法学教育师资队伍建设时间短,结构比例不尽合适,教师科研压力大

新中国的法律教育起始于1952年的院系调整后的3院10系〔2〕经过十年文革法律教育的空白,1978年西南政法学院和中国人民大学法律系恢复招生,以后各政法学院和综合性大学法律系陆续重建、重建,首先碰到的问题是法律师资极度缺乏,首批重建、重建的30余所法律院系师资主要靠文革前老教师的归队、毕业生优先补充等政策,特别是“全国法律专业师资进修班”的快速培养,据统计1980—1990年司法部举办20多期师资培训班,培训上岗师资8000多人。1990年以后,大批的法学本科生和研究生进入师资队伍,通过短期培训培养法学师资的情况才结束。1992年邓小平南巡讲话后,党的十四大、十五大提出了建立社会主义市场经济体制的奋斗目标,提出依法治国,建设法治国家的治国方略,政府明确提出市场经济需要30万律师的人力资源任务,法学教育进入快速发展时期。2000年全国具有法律院系的普通高校已有287所,2010年更是发展到600多所,从开始6、7个人就可以办个法律系,到现在大多数法学院法学学科各科门类齐全,师资队伍配备整齐,法学师资队伍发展可谓极速。但这样快速发展起来的法学教育的师资队伍其存在的问题也是明显的。

1. 法学专业师资队伍建设时间短,缺乏经验和文化传承。

1996年—2004年前后建设成立的法学院系,占到目前法学院校的大多数,这些院系又以省属院校和农、医、理工、经济等单科型专业性院校为主。这些法学院系一般没有法学教育的传承,也没有法学师资的储备,成立法学院系之初或是在某门法律课程的基础上,或是完全新立,成立之初的师资一般是两部分:一是政治、哲学、历史、中文等文科师资经过培训或进修转为法学师资;二是其他法学院系刚毕业的法科学生。2003年前,以本科生为主,以后逐步以研究生为主,2007年后基本是博士研究生。这样的师资队伍不乏热情,不乏干劲,也不缺乏创新精神,但这一代的法学教师是开拓者,缺乏的主要是法学教

〔1〕《大学》(经文章),山西古籍出版社2007年版,第172页。

〔2〕霍宪丹:《从法学教育到法律人才培养——改革开放三十年中国法学教育的回顾与展望》载,《全球化背景下的法律人才培养:挑战与发展趋势》论文集,第17页。

育的经验,法学教育的文化传承。

首先,法学教育无经验可循。从教育目标、教育手段、教育方式和方法几乎所有的教育要素都是借鉴、争论、探讨、摸着石头过河的产物,有一些教育要素,即便今天依然是争议讨论的对象。借鉴是法学教育起步时最常用的方法,借助于出国考察学习,留学进修;外国法学教育者的传输;文字资料及其道听途说,英美法系、大陆法系教育的内容、手段、方法几乎是不加选择的学习使用,这种做法成功的方面是:使我们仅有十几年或几十年的法学教育与已经有了上百年几百或的西方法学教育有了直接对话的机会和可能,不利的地方是:毕竟国情不同,即便是借鉴的比较成功的内容、形式、方法也总有水土不服的感觉,例如:法律诊所教育,因为代理案件的学生身份不能确定,当事人的拒绝和办理案件中的各种风险,使得法律诊所从让学生办理法律案件,在实务中学习的一种实训方式,慢慢变成了一种在教室里,在假设环境中的一种模拟课程。目前,法学教育最大的一个问题,法学理论与法律实践、法律人才培养与法律职业人要求两层皮。

其次,法学教育缺乏文化传承。西方的法学教育经过几百年的发展,已经从社会的法治实践形成经验,从经验上升提炼为规律和理论,规律和理论通过法学教育的教学传授传承运用到法律实践,形成了法学教育和法律实践融为一体的职业共同体,实践产生理论,理论指导实践,法学教授对于社会的规则传承了然于心,在此基础上产生的理论对于社会的法律实践具有直接的指导意义,而法律职业体内的人一般都是经过法学院的培养,是受教育者,他们一代代传承下来,形成法学教育自己独特的思维方法、语言和行为规则,形成了自己的文化传承。而中国的法治实践和法学教育至今有所承续的仅几十年,中国的社会主义法治还在实践中运行,缺乏理论的总结和归纳;文革后第一代法律职业工作者,大多数不是出自法学院。第一代法学教师大多是改行而来,或者从刚刚复建和新建的法学院系来,他们一般没有机会进入法律职业体,对中国的法治现状很难说已经有了自成体系的理论认识,从某种意义上说,甚至并不十分了然中国的法治现实,这导致了法学教育的不自信,学校里教师主要用西方的成熟的规则、理论、案例教育学生,而学生学了这样的知识走出校门去运用,面对的却是完全没有西方想法的中国民众和完全不同于西方国家的国情,因此,学用脱节成了法学教育最大的诟病。

2. 法学专业教师的专业分工结构比例不尽合适。

首先是从事理论教学的教师多,能够进行职业能力指导的教师少。法学院的培养目标说到底,是培养高素质的法律职业人。在这个职业体的圈子里,可以有不同的分工,如理论与实务、执法与司法等等,如果培养目标仅仅定位在培养具有较高法律素养的普通公民,对我们目前还是发展中国的教育来说是太奢侈了。但培养法律职业人,除了法律知识、法律素养,还得有法律职业能力的培养,目前职业能力的培养,从内容到方法手段,还没有十分成熟的东西。在教育体制上,我国的法学教育与其他各学科的教育体制相同,没有专门的法律职业能力培养环节,以及相应的实验或实习、实训课程;在教学内容上,无论是课程设置还是教材建设、教学方式、方法和内容都没有职业能力培养的专门内容。因此,相对于法学理论教学学生职业能力的培养,困难更大,需要教师对法律职业有更多的了解,有更多的投入,需要专职化。但目前法学教育职业能力培养专职教师少,现有的部分职业训练课程,如法律诊所、模拟法庭等课程大多由理论教学教师兼任,职业能力培养教育难以保证。

其次是理论课教学专业方向也不均衡,一方面因为受司法考试和就业压力影响,学生以“好用”为标准,司法考试考点多、使用率比较高的专业方向,选课的学生多,选课相对集中,开课门数和开课率较高,师资配备人数多,教学和科研梯队设置比较完善。另一方面法学院系从自身的学科发展考虑,在师资力量不充分的情况下,集中力量发展骨干学科,一般重应用,轻基础理论,各学科间的师资配备不均衡,法学基础性学科如法理、法史、职业伦理等受重视程度不够,师资力量相对薄弱,这样的师资配备,造成法学基础理论教研不足,法科学生对理论素养的学习和训练不够,容易形成法学教育的庸俗化。

3. 法学学科建设任务重,教师压力大,对教学的投入相对不足。法学学科相对建立的比较晚,特别是成立于2000年前后的法学院系,相比于学校其他设立时间长的优势学科而言,师资力量薄弱,学科建设基础差,教师的整体科研能力水平起步较低。而目前无论是职称评聘还是科研教学的课题申报、评优、评奖,在公平的大前提下,各学科基本是一个标准,因此,相比其他学科,较大的科研压力对法科教师

来讲就显得尤为沉重。同时各法学院系的学科建设上水平、上层次是发展的关键,其各项建设指标又以科研水平为主要评价标准,法学院系开展工作的出发点和落脚点不自觉的倾向于科研,倾向于学术研究,因此,对法学教育的研究创新也不自觉中放在了第二位。科研上急功近利,力求快、省,法学院缺乏淡定从容,自信自诩的对教学全心全意投入的教师,更多的是在科研压力之下,焦虑、惶惑,对自己并不满意的疲于应付的教师。

(三)法学教育经费投入不够,影响法学高质量素质教育推行。

因为国情我国的高等教育总体看都存在经费投入不足的问题,普通高校中各学科都存在经费紧张的状况,除一般因素外,法学教育经费投入低的原因还有:一是法学本科在各类学校中按文科招生,在观念上似乎有一种偏见,认为法学是纯文科,不需要实验设施,教室、课本、教师三项即可满足法学教学的需要,很少考虑法学教育法律职业培养的特殊性,在实验室建设、实践教学支出等方面与理工科有很大的差距。经费投入较少,法学教学中必要的实验、实训、实习课程不能开设,或开设得不到质量保证,影响到法科学生职业能力的养成。二是法学教育作为精英教育,教育资源如师资、图书资料电子图书、培养场所等要非常充足,除了学校自身具备的之外,还需要社会甚至国际社会的支持,如师资的交流、资料的交换、社会实习、实训场所的建立等,学生的社会实习等也都需要更多经费的支持。经费不足导致将学生封闭在课堂上,教科书里,而这样简陋的教育要培养社会精英是困难的。

二、解决问题的思路和办法

(一)法学教育要坚守理想,明确目标

1. 树立入主流的思想。首先必须明确法学教育不同于其他任何学科的教育,其终极目标是为国家培养治国理政和从事法律职业的精英人才,肩负的是为国家的法治化建设培养、储备人才的重任,法学教育培养的不是通常意义的普通劳动者。因此法学教育不管在哪个办学层次上,也不管在什么层次、类型的学校里,首先必须坚定“入主流”的思想,即要入法学教育的主流,要按法学教育的规律、要求进行教学活动,以培养社会精英的标准开展工作,这一点对于身处单科类大学中的法学院尤为重要。

法学教育不可能忽视当下对教育具有直接干涉的招生、就业等市场因素,但法学院如果仅简单的服从这些市场因素,因教育成本低廉,就盲目扩大招生,因就业市场需要就让法科的学生学更多的经济、医学、理工类知识等等,使法律仅仅成为学生的求生技能之一,法学教育成为其他学科教育的噱头,这样做的结果最终会使法学教育失去自我,法学院失去存在的价值。

2. 树立培养社会精英的教育理念。法学教育是培养社会精英的教育,这首先是以法学教育的培养目标、培养对象所决定的。法学教育的培养目标是培养能够从事法律职业的工作者,而法律职业者无论是行使公权力的司法者、执法者还是公民权利的保护者,其职业特点都具备社会公共事务性,他们是社会的管理者、权利的平衡者、公平正义的守护者,他们是而且必须是社会精英。其次是法学教育的目的所决定的,法学教育的目的是为国家的法治建设培养合用的人才。好的教育应该是合目的性的教育,同时能够为自己的培养对象提供较高的成才率和事业成功率,如果一个法学院培养的人才绝大多数不能从事法律职业,或从事法律职业后的淘汰率极高,那么这个法学院的的存在价值也会受到质疑。法律职业者是社会精英,法学教育必须是精英教育,即把最优秀的青年学子吸引进法学院,把进入法学院的学子培养成精英,使他们具备能力参与国家的法治建设,成为社会法治建设的中坚,这就是法学教育的价值意义所在,因此,法学院的培养原则应该是少而精。

(二) 打造各有专长的师资队伍,培养自信敬业的法学教师

法学教育培养对象是学生,培养主体是教师。没有高水准的教师进行精英教育是空谈,没有崇尚法律、热爱法学教育的教师培养法律职业人目标也是空谈。所以,从某种意义上来说,法学院的发展是教师的发展,法学院最主要的工作任务就是为每位教师的发展提供平台。

1. 建立自信的受人尊重的法学教师队伍。教师的自信基石是学识和能力,是学生的认可和尊重。必须正视目前师资队伍存在的学术基础较差的问题,积极创造条件给教师提供进修学习的机会,即便是学术能力较强的教师也应该给他们专门的学习研究的时间。应该建立学术年假制度,“既让马儿跑得好,又让马儿不吃草”把教师看成简单的劳动力,不利于法学教育出名师和大师,也不利于教师的成长和发展。同时,要尊重教师的特长和学术兴趣,让每位法学教师术业有专攻,根据自己的兴趣特长形成自己的专业特长,成为某个法学学科专业学术领域或职业能力培养领域的专家,获得在该领域的话语权。让有学识、有学术自信、有能力的教师站上讲台,成为学生名副其实的老师 and 指导者,获得学生的尊敬和爱戴,使他们成为自信和幸福的教师,这是法学院师资队伍建设的根本任务。

2. 建立合适的法学教师评价体系。首先,要明确法学教育不仅仅是学术理论教育,法学教学也不仅仅是课堂教学。目前的法学教育体系是学术型教育管理体系,法学院的发展从本科教育到争取硕士点再争取博士点,崇尚的是学术研究能力,对教师的绩效评价也侧重于或完全看其科研能力。但作为省属的一所普通院校的法学院培养的学生成为法律理论工作者的人数不可能多,绝大多数的学生会从事法律实务工作。同时,教师从事高水准的学术研究也有诸多社会因素和条件的限制,因此,这种把法学院的师生全部纳入学术体制进行的绩效考核制度,极易使法科的师生们产生挫败感。法学院应该明确法学教育和教学的内涵,建立相适应的绩效考核评价体系,应根据培养对象和培养目标的需要,按教师的特长兴趣进行分工,使法学教育中的学术理论教育和职业能力培养同时成为绩效考核的内容,使教师的特长得到充分发挥。

(三) 明确法学在学校学科群中的地位,建立法学教育特色发展的方向感

随着国家和社会法制建设的发展法学教育所涉及的内容越来越多,触及的范围越来越广,同时法学教育规模不断扩大,不同的院校都在开办法学专业,虽然,法学教育一直在强调法律职业体的共同性,但实际上法学教育的多样性和多元化实际已经形成。

1. 不同院校的法学教育因不同学科群的涵养形成各自的特色。首先,各法学专业为了增强法科学生适应社会的能力,结合社会上法律实践的不断变化开设相应的综合知识课程和跨学科课程,一般会将本学校的特色专业课程作为法科学生选修的专业基础课,并为学有余力的学生开设第二专业课程,为学生将来胜任工作和进一步深造提供必要的知识储备。例如,财经类大学的法学院开设金融、会计、公司并购上市等方面的选修课程,为法科学生将来从事公司并购、上市,解决金融纠纷,及从事银行法务工作提供很好的工作基础,解决了从事相关法务工作看不懂财务报表,分析不出财务报表中隐藏的经济迹象问题的制约,可以比较早的胜任工作。其次,法学教学会依托学校的重点学科,在相关的商法、经济法、国际经济法学方面加强教学,使法学专业课与学校的其他强势学科互为支撑,形成专业特色。第三,在不同的学校中不同专业学生共同选课,共同开展各类社团、群体活动,相互影响,思维定势可以有所变化,相互启发共同发展提高。例如学生在参与大学生挑战杯的活动中与社会学的学生合作进行科研,学习的是他们实证式的研究方法,与经济学管理学的学生合作学习考虑的是投入产出和绩效问题的评估考核,工作中对法学的规则感的要求,使他们对法学的理解更为深刻。因此,经济类学校的法学院系对经济问题有更深刻的了解,可以形成自己培养学生的特色。

2. 不同学校的不同教育方式可以形成特色。综合性的大学和专门的法律类大学,有哲学、社会学的理论基础,有几十年的法学理论深入的研究滋养,法学理论的教学和研究可以很深。而对于新办的法学

院系,尤其是开在农学、医学、经济等各类学校中的法学,法学的理论基础相对薄弱,法学理论人才相对缺乏。但学校的其他学科基础相对雄厚,法学与其他学科结合,培养复合性人才,应用性人才,只要做得专,依然可以做出特色。总之,我们是法学院,是有独特品格的法学院,是发展的,不可替代的法学院,这就是我们存在的意义和价值。

(四)抓住机遇,走国际化的道路

我们目前的办学是建立在一个假设上面,招收以山东为主的学生,然后培养他们,他们毕业之后会留在山东的某个基层法院或者国家机关或者公司工作,我们不必或者不用考虑国际化的问题,但是这个假设是正确的吗?其实,加入 WTO 之后,教育就不仅仅是我们国家自己的事情,我们的毕业生不是不考虑进入国际化大公司工作,或者不是不想从事国际法律实务工作以及其他各种收益更好的职位工作,更大的可能是我们的教育不足,学生不具备进入这些工作的实力。目前,国家有实力的法学院都在考虑国际化的问题,中国人民大学法学院首先提出,他们将与哈佛等等国际著名法学院相同,他们的学生将进入国际社会,更多的进入国际组织工作,他们在努力。我们的学生也需要在国际化的平台上竞争。作为一所正在建设高水平财经大学中的法学院,如果我们要成为一流的有特色的法学院,就要使我们的学生能够进入国际化的市场竞争。我们就必须开始走国际化的道路,从引进教师,走出去学习开始,从以国际化的眼光培养学生开始。我们必须努力!

(责任编辑:邵文涛)

论法律思维能力的培养

徐凤真

[摘要] 法律实用能力是法学理论素养、法律思维能力和法律操作技能的有机融合和统一,法律思维能力的培养,是法学教育的核心目标之一。我国法学教育的主要缺陷在于过分重视法律知识的传授和职业操作技能的训练,却严重忽视法律思维能力的培养。因此有必要通过教育理念的科学确立、课程体系的合理设置、教学内容的精心设计和安排、考试方式和内容的创新等全方位促进法科学生法律思维能力的培养。

[关键词] 法律思维能力;法学理论素养;法律操作技能

法律思维^[1]是法律人从法律的立场出发,运用各种法律方法、法律推理和论证等认定事实、阐释法理和适用法律的过程。法律思维是一种专业性思维,法律思维的主体是经过法律专业训练的人,法律思维的核心是法律适用,法律思维的过程是“在规范与事实之间目光往返流转”的过程。法律思维能力则是法律主体确定案件性质、认定案件事实、正确阐释法理和适用法律的能力。

一、法律思维能力的培养:法学教育的重要任务之一

关于法学教育的目标虽然学界存在认识上的分歧,但笔者认为培养一个合格的法律人应为法学教育的基本目标之一当无疑问。从培养一个合格的法律人的立场出发,法学教育的基本内容应当包括三个方面:一是向学生传授系统的法律专业知识;二是培养学生的法律思维能力;三是训练学生的法律职业操作技能。遗憾的是,长期以来我们的法学教育过分注重了对学生进行法律知识的传授,而有意无意的忽略了对学生法律思维能力和职业技能的培养。近年来,虽有愈来愈多的学校开始重视学生实践能力的培养,开设了诸如“法律诊所”、“模拟法庭”等法律实践性课程,有些学校甚至建立起了较为完善的实践课程体系,但对法律思维能力培养的却依然视而不见。法律知识的传授加上实践课的训练就可以培养出合格的法律人,成为时下比较流行的法学教育理念。但笔者认为法学教育的真谛不仅在于向学生传授知识和培养技能,更在于训练学生的法律思维。法学教育与其他专业教育的最大不同就在于法律思维的培养,“法学教育的个性正在于引导学生形成法律思维,因为学生对法学专业知识的理解与把握,对各种涉法性社会纷争予以解决的实践性能力的培养,均离不开法律思维。”^[2]美国法学家庞德曾指出,法学教育不是教授法学知识,而是涵养法律思维,无论教授了多少实定法的知识,也无法追赶上法律的制定、修改和废除的速度。

法律思维是法律职业者最核心的职业素养,法律思维能力是法律职业者最不可或缺的能力,是一个合格法律人所必不可少的基本功。瑞士学者菲利普·马斯托拉蒂指出:“仅仅靠没有受过专业训练的法律意识只能偶尔发现有关法律问题的部分解决办法,只有法理和方法论思维才能使表面的判断精确化和条理化。”^[3]法律思维能力的有无和高低是法律职业者区别于其他行业人员的根本所在。法律思

作者简介:徐凤真,女,山东经济学院法学院教授,硕士生导师,不动产法研究中心主任,研究方向:民法学。

[1] 法律思维有广义和狭义之分,本文所指法律思维仅限于狭义的法律思维。

[2] 吴俊明:《型塑法律思维是法学专业人才培养的重要目标》,载《佳木斯大学社会科学学报》第28卷第2期(2010年4月)。

[3] [瑞士]菲利普·马斯托拉蒂:《法律思维》,高家伟译,载《法哲学与法社会学论丛》(6),中国政法大学出版社2003年版。

维能力的形成意味着一个法科学生具有了稳定的与其他人不同的知识结构、思考问题和解决问题的方式。从更长远的角度来看,法律思维能力的培养要比法律知识和职业操作技巧的掌握要更有意义。一是法律思维能力有助于法科学生真正深化对法学理论的理解,也有助于他们更妥当地运用法律技能;二是法律思维有助于形成并进一步保证法律职业共同体的稳定性。法律职业共同体是以法官、检察官、律师、法学家为核心的法律职业人员所组成的特殊的社会群体,维系法律职业共同体的关键不是地缘关系,而是共同体成员的同质性。同质性主要包含以下几个方面:统一的法律知识体系、相同的法律职业思维、共通的专业语境和价值理念等,而其中法律思维方式是形成法律职业共同体的根本条件。随着社会不断复杂,对法律知识上的要求不断提高和分化,能够保持法律职业群体特性就应当是法律思维。^[1]三是法律思维有助于保证法律适用的统一性。在司法过程中,只有依照严格的法律思维,才能排除个人偏见,避免随意性,才能形成并推导出解决法律问题的正确结论,法律适用的统一性才会得以实现,司法也才有可能真正成为一个技术性的过程。在此基础上法律的权威才有可能真正建立起来,甚而言之,法治也才有望更顺利地实现。总之,法学教育必须承担起引导学生形成法律思维方式、提升法律思维能力的功能。

二、法律思维能力培养的欠缺:现行法学教育的主要缺陷

如上所述,法律思维能力是法律人最不可或缺的基本功,但遗憾的是长期以来,我国法学教育却一直缺少对学生法律思维能力的自觉培育。法律思维能力培养的欠缺成为法学教育存在的最主要问题,这种欠缺几乎体现在法学教育的所有方面。

首先在课程设置方面,一是课程体系的整体安排和设计不尽合理,很长一段时期理论类课程都占据了绝对主导地位,实践类课程种类单一且所占比重明显偏低;二是近年来实践类课程虽然开始引起普遍重视,种类和课时都明显增多,但实践类课程的种类依然有限,而且就多数法律类院校而言,实践类课程的设置尚未形成一个有机的体系,教学目的、内容等都不是很明确;三是在理论类课程的设置上,欠缺与培养法律思维能力密切相关的法学方法论或法解释学课程等;四是较有利于训练学生法律思维能力的案例评析类课程的开设明显不足。

其次在教学内容方面,一是从理论课教学来看,理论课教学主要以概念的解释、条文的注释、理论的阐释等法学知识的传授为主,法律思维训练的内容基本上被完全忽略。尽管很多教师在讲授基本知识的同时,会同时穿插一些经过精心挑选的案例,但这些案例的讲授主要被用来对法律规定或法学基本理论作进一步的阐释,使学生对基本理论有一个形象的了解,即案例分析更多是知识灌输的一种辅助手段,一种课堂教学的点缀。案例分析几乎从未被作为法律思维训练的手段,学生只是掌握了知识,思维能力却依然如故。这种教育非常接近保罗·弗莱雷所谓“银行储蓄”式的教育,“这种教育是一种‘储蓄’行为,学生就像是银行里开的‘户头’,教师则是‘储户’。教师进行讲授,进行存款,而学生则被动地听讲、接受、记忆和重述,进行储存”^[2]。二是从实践课教学来看,本来实践课应该成为训练学生法律思维能力的最好的形式,但在笔者看来实际上目前多数法律院校的实践教学从效果上看主要训练了学生的法律操作技能。以“模拟法庭”为例,本来“模拟法庭”采用的事实材料应当以当事人向律师提供的素材和诉讼请求为主要形式,当学生接触案件时,他们需要首先像律师那样对这些事实材料进行分析,区分什么是事实问题,什么是法律问题,找出有关的法律要点,寻找适用的法律规范,然后形成自己的辩护或代理意见,起草有关法律文书,参与法庭辩护或辩论等。但事实上,多数法学院(系)开设的“模拟法庭”并没有为学生提供真实或比较真实的案件材料,往往是选择一个业已经过审判的案件,在现成的判决书、辩护词等的基础上,稍加改造,然后再根据诉讼法规定的庭审程序和规则要求进行庭审过程的演

[1] 孙光宁:《法律思维模式及其选择》,载《长白学刊》2008年第2期。

[2] 参见 Freire, Paulo. (1970). *Pedagogy of the Oppressed*. New York. New York: Seabury Press. 转引自黄志成、王俊:《弗莱雷的“对话式教学”述评》,载《全球教育展望》2001年第6期。

练。这样的“模拟法庭”更象是穿上制服跑跑龙套。在这个过程中,学生可以学到一些司法知识,也接受一些技巧方面的初步训练,但却很难受到法律思维的充分训练;再以法律实习为例,实习是最传统也是被最普遍采用的一种实践课形式,几乎所有高校的法学院(系)都安排了学生的实习期,包括鼓励学生假期参加社会实践,以及毕业前的专门实习等。实习也确实给每个学生都提供了一个锻炼的机会。然而由于法科学生人数的日益增多及管理制度的欠缺等诸多方面的原因,实习却越来越流入形式,成为一种制度摆设,其对学生法律思维能力和职业操作技能的锻炼效果多数情况下形同虚设。如复旦大学学生在一份关于中国实习法律教育的报告中所指出的,“传统的实习期制度在为学生提供一种有价值的实践经验方面是不成功的。以往学生由学校安排去法院、检察院或律师事务所实习,学校负责监督管理学生的实习工作。随着法学院学生人数的增加,公、检、法等部门难以安排更多的实习学生,为此,学校鼓励学生自己寻找实习单位,允许学生去国内任何一家事务所去实习。受就业压力的驱动,许多学生将实习看作求职的机会,合作制、合伙制律师事务所成为倍受学生青睐的实习场所,越来越多的学生涌入全国各地的律师事务所,使学校失去了监管能力,而多数律师事务所因业务压力及对学生缺乏实际工作能力的不满,对学生实习缺乏热情,疏于督导。这样不少学生在没有实际工作的情况下获得了实习期间的学分,削弱了实习的教育意义。”〔1〕与“模拟法庭”和“实习”相比,“法律诊所课”给学生提供的训练机会更多一些,训练内容也更为全面,但“法律诊所”课对学生法律思维能力的训练依然无法令人满意。一是能接受法律诊所课训练的学生十分有限,受制于师资力量欠缺,加之“法律诊所”课多采用小班教学方式(如果班级人数过多就很难组织教学也难以保证每位同学都有充分的受锻炼机会),因此多数同学实际上没有机会接受诊所课的训练;二是诊所课的课时非常有限,多数法学院系“法律诊所”课的开设时间仅为一个学期,在如此短的时间里,期望学生既能受到多方面的训练,各方面的技能又能有一个大的提高,显然是不现实的;三最主要的是法律诊所课的训练内容中虽包含了对学生法律思维能力的训练,但其却并非诊所课训练的重点。而只是诊所课训练的一部分,甚至是很小的一部分,诊所课更多进行的是对学生如何会见当事人、如何进行法律咨询、调解和谈判的技巧等等这样一些操作技能的训练。即目前的诊所式法学教育更多的情况下是给学生提供了一种提前积累实践经验的机会,对学生法律思维水平的提高作用同样有限。总之,目前的法律实践课教学主要以训练学生的法律操作技能为主,其效果是,通过参加法律实践课的训练,学生可以了解司法运作的程序和每个环节的具体规则,初步掌握法律操作的规则,掌握与当事人沟通的技巧,以及谈判和辩论的技能等,甚或还可以初步学会如何检索法律资料、如何调查取证、如何制作规范的法律文件,这些法律操作基本技能的训练和培养,能有效缩短学生毕业后熟悉法律实务的过程,使其可以较快适应实务部门的工作需要。但对学生法律思维能力的训练则明显欠缺。

再次,从现有的考试制度和方式来看,目前高校现行的考试制度和方式有这样几个特点:一是以书面考试为主;二是考试内容注重知识点的考察;三是考题形式和答案强调标准化和统一化。这种方式一方面无法反映学生的法律思维水平,难以锻炼学生的法律思维能力,另一方面也对教学工作和学生的日常学习形成了一种不尽合理的导向。〔2〕而从历年来的司法考试来看,其在题型设计上存在的问题同样有二:一是客观选择题所占比重偏高;二是即使是主观题中的案例分析题,其形式一般是每一案例都分若干小问,以引导考生的思维,且一般都有“标准答案”因而实际上是变相的客观题。上述题型比较适合于用来测试考生的法律知识体系,同样难以全面反映考生的法律思维能力。〔3〕

〔1〕 Titu M Liu:《亟待完善的中国法律教育》,中国民商法律网,2004年1月29日。

〔2〕 陈骏业:《法律思维能力在法律高等教育中的核心定位及培养——一个比较视角的研究》,载《河北法学》2008年第2期。

〔3〕 石旭斋:《法律思维是法律人应有的基本品格》,载《政法论坛》2007年第4期。

三、法律思维能力培养的路径:构建科学合理的教学范式

法律思维的养成非一日一夕之功,法律思维能力的训练是一项长期而系统的工程。长期的法律实践锻炼固然有助于法律思维的养成,在法学教育中循序渐进且持续不断地引导学生按照法律的思维规则、推理技术来观察、思考并解决问题等专业的训练则更有助于法律思维的自觉形成。具体而言,笔者认为本科阶段的法学教育对学生法律思维能力的培养可从如下一些方面着手。

首先,科学确立教育理念。在教育理念上,要将法律思维能力的训练也作为法学教育的重要任务之一。法学教育的目的不仅仅是传授法律知识,训练操作技能,更要培养法律思维能力,要三者兼重。

其次,精心设计课程体系,课程的设置是对培养目标的具体落实。在课程设置上,一是要进一步加大实践课所占的比重,使理论课和实践课的课时比例更为合理;二是在理论类课程中,增设法学方法论或法解释学方面的课程。法学方法论或法解释学可以教会学生法律解释、法律推理和法律论证等各种理解、说明和运用法律的具体方法,掌握这些方法对学生法律思维的养成十分关键;三是在实践类课程的设置上,在现有的“法律诊所”、“模拟法庭”等课程的基础上,根据实务需要继续增加该类课程的门数,如审判证据实务、律师实务、民事刑事程序精华等,对学生进行全方位的训练;四是对每一部门法都配置相应的以法律方法训练为主的案例分析课。

再次,合理安排教学内容。无论是理论课、案例评析课还是纯实践类课程等等,教学内容的安排和教学方式方法的采用都要考虑尽量使学生的法律思维得到充分训练。以实体法的教学为例,笔者认为,实体法的教学安排应特别注重两个方面,一是要特别注重在教学过程中对学生进行严格的法学理论训练(不是单纯的知识传授),只有在理论训练的基础上才有真正的法律思维可言。法律思维是按照法律的逻辑(包括法律规范、原则和精神)观察、分析和解决问题的思维方式,深厚的理论素养构成法律思维所必需的“前见”,是法律思维顺利进行的基础。因为“任何法律的实践问题都不是孤立的,而是同整个法律制度和社会实践连在一起的,需要根据法学理论来把握和解决,这样才能平衡相互对立的利益,实现各种价值的合成,避免形式主义地对待法律问题,处理具体案件。同时,具体案例的解决固然依据具体的法律法规,需要从具体的法律规定中找答案,但是,要真正找到正确的答案,特别是在疑难案件中做出正确裁决,则取决于对法律精神、法律原则、法律价值、法律系统的深刻理解。”^[1]因此,我们不仅要传授给学生有关的法律知识,教给学生有关的法律规范,而且更要让学生理解这些法律规范是怎样成为这样的法律规范以及为什么是这样的法律规范,向他们揭示法律规则背后的精神原理。帮助他们掌握解释和运用法律规范时应坚持的价值标准。二是在在教学过程中应有意识地始终贯穿对学生进行法律方法的训练。通过具体实例的分析,形象展示法律思维的过程,教会学生解释和运用法律规范的技术,引导学生逐步掌握正确适用法律规范解决个案的能力。至于专门的案例评析课,就更应该重点围绕法律方法的训练展开。从借助案例说明法律原理和规范转为提高学生解决实际问题的能力,“目前我国有各种各样的案例分析,每一个都是按照自己的学术背景、思维模式去进行分析,欠缺一种规范的分析方法”,^[2]笔者认为案例分析不能局限于让学生进一步加深对法条的理解等,而真正使案例分析课发挥其应有的作用,就必须以统一、规范的法律方法的训练为主,如民方案例评析课就可以请求权基础规范分析方法的训练为中心。使学生在案件与法律之间来回穿梭,多次“纠缠”于事实与法律规则之间^[3],才能够逐渐养成绩密、深刻的法律思维方式,学生的法律思维能力也才能得到全方位的锻炼和提高;而实践类课程,无论是“模拟法庭”,还是“法律诊所课”、“律师实务”等更要将法律思维训练设定为基本的目标。如模拟法庭,就可以先由指导老师给定一份真实的案例材料,然后完全让学生自己对案件进行分

[1] 曾宪义、张文显:《法学本科教育属于素质教育》,中国民商法律网,2004年6月29日。

[2] 王利明:《民方案例分析的基本方法探讨》,载《政法论坛》2004年第2期。

[3] 高晋康:《培养学生法律思维方式是法学教育的基础》,载《财经科学》2008年第10期。

析,认定事实,书写起诉状,形成辩护意见、进行法庭陈述和辩论、起草判决书等,在这个过程中,指导老师重点引导学生如何在事实与法律之间不断“穿梭”,如此方能对学生法律思维的训练起到一种真正的实效。

最后,创新考试方式和内容。一是将期末考试和平时测验有机结合,提高平时成绩所占比重,在平时测验中,重点考核学生的法律思维能力和职业操作技能;二是在期末考试中,增加主观题的内容,降低客观题所占比重。^{〔1〕}在此基础上逐渐建立起一种和法学教育特点和法律职业要求相适应的更切实有效的评价机制,以此为教师的平时教学和学生的日常学习提供一个正确的导向。

需要指出的是,笔者认为,一个法科学生的法律实用能力由以下三部分组成:深厚的法学理论素养、法律思维能力和娴熟的法律操作技能,是上述三者的有机融合和统一。其中理论素养是基础、法律思维能力是核心、法律操作技能则是实用能力的外在表现。故真正的实用能力其实建立在对法律乃至社会深入而透彻的理解基础上,建立在掌握了分析和解决法律问题的方法基础上,“不打理论基础,实用训练就建立在空虚上,不进行方法训练,不将实用能力转化为运用方法的能力,法律实用能力就会成为无枝可栖的鸟”。^{〔2〕}因此我们不能把目光更多的放在外在的法律操作技能上,而应致力于在提高理论素养尤其是法律适用方法的意义上去追求更深刻的法律实用。

(责任编辑:邵文涛)

〔1〕 陈骏业:《法律思维能力在法律高等教育中的核心定位及培养——一个比较视角的研究》,载《河北法学》2008年第2期。

〔2〕 龙卫球:《美国实用法律教育的基础》,载《北大法律评论》2001年第1期。

关于山东省法学实践教学中 开展模拟法庭竞赛的几点设想

邵文涛

模拟法庭是一种在法学教育中经常采用的形式,学生通过对案件的重演,熟悉司法审判的实际过程,熟悉与案件相关的实体法和程序法,培养和锻炼发现问题、分析问题和解决问题的能力,是检验学生学习效果,检验教师教学效果的一种教学模式。在模拟法庭教学过程中学生面对实际环境,处理法律问题,形成法律意见,进行法庭陈述和辩论,不仅需要诉讼、证据和相关实体法知识,还必须了解当事人心理、案件发生的社会背景,特别是诉讼涉及到的行业知识,是锻炼形成法科学生职业素质的极好方式。同时作为一种系统的、全过程训练,模拟法庭衔接了传统教学的几个过程,将课堂教学,案例教学,法庭旁听和总结讲授贯穿一体,使学、思、看、行有机地融于一体,具备了其他教学方式不具备的形式优势,越来越成为我国法学教育的有机组成部分。

目前,我国普通高校的法学院都在不同形式上开展了模拟法庭,有的作为实践课程列入教学计划,有的作为教学方法应用于具体课程的教学,有的作为推动教学改革活跃校园文化的学生活动。在国际上一些著名法学院同样非常重视,如哈佛、耶鲁等模拟法庭已经开展了多年,不仅是法学院学生的必修课,更是法学教育中培养高层次法律人才所不可缺少的环节。

由于模拟法庭提供的训练更贴近实践、更系统和全面,能够把经院式无生气的法学教育变成能动式生动活泼的形式,许多国际、国内组织也致力于定期举行模拟法庭比赛推动实践教学工作的开展,以弥补传统法学教育中的不足。目前国际国内比较有影响力的大赛有:Jessup(杰赛普)国际法模拟法庭竞赛、“理律杯”模拟法庭竞赛、世界法律大会模拟法庭“庭审”活动、红十字“国际人道法”模拟法庭竞赛、曼弗雷德·拉克斯国际空间法模拟法庭竞赛、国际刑事法院模拟法庭、WTO争端解决机制模拟法庭、“亚洲杯”国际法模拟法庭、北京市大学生模拟法庭竞赛、西北政法大学“天伦杯”模拟法庭比赛、长春四大高校法学专业模拟法庭赛、在昆高校模拟法庭比赛等。

一、模拟法庭竞赛的意义

(一)有助于提升法学学子的法律实践能力、业务能力和综合素质

实践性教学把学生放在首要地位,学生将理论知识转化为实际知识,将所学理论知识熟练地用于实际工作,能够培养和提高学生运用知识的能力,促进法科学生法律思维和法律人综合素质的培养。

(二)有助于推动高校法学实践教学地开展

实践是深化理论知识的途径,近年来法学实践教学引起了各法学院的普遍重视,诊所法律课程、案

基金项目:本文系山东省教育科学“十一五”规划课题“法学本科教育中实践教学体系的构建与运行”(编号:2010GG236)的阶段性成果。

作者简介:邵文涛,山东经济学院法学院党总支副书记,副教授,研究方向:法学教育,实践教学。

例教学、模拟法庭等相继开展,模拟法庭竞赛能够推动相关法学实践教学课程的开设和发展,有利于相互探讨法学实践教学开展中遇到的相关问题。

(三)有助于加强高校法学院系的交流和沟通

每个法学院系都有自己的优势和特色,加强山东省各高校法学院系之间的沟通,增强院校交流与合作,相互学习取长补短,有利于各高校法学院的发展。

(四)提供展示平台,共同探讨法律问题

模拟法庭竞赛给法学院提供了展示法学教学成果的平台,同时为相关开设实践课程的教师提供了相互学习相互切磋的机会,推动模拟法庭活动的研究和探讨。

二、山东省开展模拟法庭竞赛的可行性

我省现在有法律院系近40所,形成了专科、本科、研究生不同层次的培养体系,在法学教学中各校普遍开设了法学实践课程,法学实践教学在法学教学中的地位和培养法科学生素质的重要意义,得到普遍认同。

首先,在硬件建设上,各高校非常重视法学教学实验室的建设,都具有设施齐全、功能多样、环境真实的模拟法庭实验室,具备了开展模拟法庭大赛的硬件条件。

其次,各高校法学院普遍开展模拟法庭教学活动,专业课教师也在自己的授课过程中采用模拟法庭教学方法,专业教师积累了大量的模拟法庭组织、协调、评分、讲评的经验,具备了开展模拟法庭大赛的师资条件。

最后,我省法科学生通过选拔比赛,可以加深对理论知识的理解和应用,可以走出校门,与其他院校的学生相互交流,相互切磋,共同进步,提高法科学生的职业素质,是一件学生乐于参与的事情。

三、山东省高校法学院模拟法庭竞赛类型的选择

综合国内外模拟法庭竞赛,基本可以分为以下几种:

(一)表演型模拟法庭比赛

各高校自己组队、自己准备案例、自己分配角色,由评委进行评分,表演性较强,考核的是程序的准确和表演的到位,更多的意义在于普法宣传和参赛队伍对于程序的演练和理解。

(二)教学型模拟法庭比赛

按照刑事案件、民事案件和行政案件三大类建立案例库,案件分为当事人双方资料、审判组资料。参赛队抽签决定角色,不同角色掌握自己的资料,严格按照法庭规定从庭前、开庭、休庭、宣判、上诉等环节走程序。评委对各队进行评分,总分高者获胜。特点是更接近于实际庭审,有利于学生能力的提高。

(三) 庭审型模拟法庭竞赛

统一发布案例,参赛队伍抽签决定角色方,分为审判组、双方当事人组,分别扮演法官、书记员、法警、双方当事人、代理人等,评审委员会分别对法官组、双方当事人组的参赛队员评分,总分高者获胜。特点是真实模拟庭审过程,参赛队员和听众能够感受到真实的氛围。如“首都高校联合模拟法庭”竞赛,青岛高校模拟法庭比赛等采用了此种类型。

(四) 仲裁型的模拟法庭竞赛

统一发布案例,参赛队伍扮演争议双方,抽签决定角色方,审判组的部分或全部职能由评审委员会或评审委员会和主持人担当,根据公布的案例及证据材料,按照基本的庭审程序,双方当事人在规定时间内进行陈述、质证、辩论和总结,评委对双方提问,根据全场的表现打分,总分高者获胜。特点是充分展示了庭审中最精彩的环节,是参赛队员陈述、质证、辩论和总结能力的突出表现,对评委素质要求较高。如红十字国际人道法模拟法庭竞赛, Jessup(杰赛普)国际法模拟法庭竞赛、亚洲杯国际法模拟法庭、理律杯模拟法庭竞赛、西北政法大学天伦杯模拟法庭比赛等都采取此类型。

根据我省条件,初次进行模拟法庭竞赛,笔者认为应该选择能够展现各高校法学教学成果、组织程序相对简洁,能够在相对较短时间内充分展示学生素质、得到公正结果,同时主办方投入时间、精力、财务相对较少的竞赛类型。

比较以上四种模拟法庭竞赛,在目前以庭审型和仲裁型模拟法庭竞赛居多,主要在于能得出比较公正的竞赛结果。比较这两种竞赛,庭审型模拟法庭竞赛真实模拟庭审过程,但是由抽签决定的审判组和当事人组的考核分量不同,无法准确反映各队的实力,如果每队每种角色都扮演一次,又加多了比赛的场次;同时由于审判组的加入,相关的书记员法警的模拟就要加入,势必使整个程序时间加长,使竞赛规程不紧凑。

而仲裁型模拟法庭竞赛,代表双方当事人的参赛队按照基本的庭审程序,在规定时间内进行陈述、质证、辩论和总结,充分展示了庭审中最精彩的环节,突出表现了参赛队员运用法学原理分析案情、正确理解法律规定、运用现有证据、制作法律文书、法庭辩论及应变等法律应用能力,能够在较少的场次和时间内,得出比较公正的裁判。

综合以上分析,笔者建议采用仲裁型的模拟法庭竞赛类型。

(责任编辑:邵文涛)

论明确办学理念对法学教育的重要性

——以澳门法学教育为样本

刘佳音

[摘要] 很多法学院校忽视了办学理念在法学教育中的地位和作用,本文以澳门的法学教育为样本,考察了澳门两所主要大学法学院的差异,并分析出差异之存在恰是因为两所法学院的办学理念不同,从而得出办学理念对法学教育各方面起着决定性作用和明确办学理念对法学教育极为重要的结论。

[关键词] 法学院校;法学教育;办学理念;澳门

办学理念是对教育定位,教育目标思考所形成的价值判断和基本看法。简单说是对“办什么样的学校、学院”和“怎样办好学校、学院”这两个根本性问题的全面、准确、深刻的把握和认识。

国内外著名大学法学院校都有各自独特的办学理念,办学理念对学校、学院的发展至关重要,它既是对历史传统和办学经验的科学总结,也是对学校定位和办学思路的集中概括。因此,办学理念是一个具有根本性、全局性的问题。对各个法学院校来说,法学教育应如何定位,法学教育的目标是什么,法学教育该如何培养高素质的法律人才以适应地区政治、经济及社会发展的需要,这一切都取决于在法学教育中树立一个什么样的办学理念。

然而,部分法学院校忽视了明确办学理念对法学教育的重要性,轻视了办学理念对于法学教育各方面所起的决定性作用,从未针对本院校的历史传统、经验、现状以及法学教育发展的情况认真思考应该树立什么样的办学理念以统筹全局指导法学教育,甚者只将办学理念当做口号一样,抄袭他人、拿来主义,最终流于形式。这种现象并没有引起人们足够的重视,很多法学院校致力于教学改革和创新,其实只是热衷于照搬其他国家、地区和院校的课程、教材、授课方式等细枝末节,却从没有考量过这些教育成果所反映出的办学理念。

也许,有人会说,办学理念是很抽象的东西,对具体的法学教育指导作用不大,或者认为,同一个国家、地区所采用的法律相同,那么该国家、地区的法学教育也应相同,有没有各自独特办学理念意义不大。其实,有这种想法还是说明没有对办学理念的的决定性作用有足够的认识。本文即以澳门的法学教育为例论述明确办学理念对法学教育的重要性。

一、澳门法律的特点

澳门各高校法学专业教育的情况与澳门的法律制度密切相关,欲了解法学教育的情况就要从澳门法律的特点入手。

“葡萄牙化”是澳门法律的主要特点。而“葡萄牙化澳门法的形成当然必须追溯到葡萄牙对澳门实施的非法统治”。^[1]葡萄牙人于1555-1557年踞居澳门期间,自发成立了内部自治组织议事会,管理葡人社群的各项事务。居澳葡人议事会成立后,依葡萄牙的法律和风俗习惯进行内部自治,维护葡人社群的利益,同时居澳葡人亦遵守中国法律。葡萄牙于1822年在已颁布的第一部宪法中单方面将澳门作为

作者简介:刘佳音,女,山东经济学院法学院讲师,澳门科技大学博士研究生。

[1] 参见谢耿亮《澳门法困局与出路:葡萄牙化或本地化》,载《“一国两制”研究》2009年第2期。

海外属地列入其领土范围,鸦片战争后欲仿效香港模式改变澳门的政治法律地位,但澳门亚马留总督的殖民行动遭到华人的强烈反对,居澳葡人也不予支持。^[1]虽然澳门一直是中国的固有领土,在国际法上不属于“殖民地”,但是葡萄牙从1849-1976年间却对澳门实行事实上的“殖民统治”。^[2]这种事实上的“殖民统治”体现在澳门的法律及司法体系上即:澳门法律体系基本上是由葡萄牙的几部重要大法学典组成的,即葡萄牙宪法典、民法典、刑法典、民事诉讼法典、刑事诉讼法典、商法典六大法学典,其次,葡萄牙也专为澳门制定了一些法律,如1975年的《澳门保安部队组织法》,1991年的《澳门司法组织纲要》等。再次,澳门立法会也在其设立之后制定了越来越多的各种法律和法规。最后,澳门总督也通过法令、训令及批示等形式制定了大量的法律,所有这些法律构成了澳门现行法律的基本渊源;如同葡萄牙法没有经过任何的转化程序而被直接强制置入澳门一样,澳门司法体系中的关键——法律人才也是由葡萄牙政府从葡国输入的,葡国政府直接从葡国向澳门输入葡国法官、检察官及律师等;澳门只使用葡文作为官方语言,法律法令均以葡文创制,澳葡政府及其法院当然也都以葡文作为唯一工作语言。从以上几点可以看出,在葡萄牙统治澳门期间,澳门的法律及司法被打上了深深的“葡萄牙化”的烙印。

澳门法律的另一显著特点是正在向“本地化”发展。“澳门法本地化”是1987《中葡联合声明》签署后提出“澳门过渡时期三化”问题之一,具体包括“‘司法制度的本地化’、‘法律条文的本地化’、‘法律语文的本地化’、‘司法官员的本地化’和‘法律在本地民间社会的普及化’等”。^[3]至今,“本地化”进程已取得一定成果,如组建了三级法院体系并且本地的终审法院享有终审权、中文被确定为官方语言、原有的适用于澳门的主要葡文法律文本被翻译成中文等;但是,“澳门法本地化”仍然面临许多困难、进展缓慢。^[4]

另外,澳门法律先天就与内地、香港及台湾的法律关系密切。首先,“从整体上看,无论是大陆还是台湾及澳门(当然也包括香港),都是中国人或以中国人为主的社会,故理论上讲,这几个地区的法律制度当然都应以中华民族的历史文化为背景”。^[5]其次,澳门特殊的政治、经济条件及现代社会生产与生活活动的特点,决定了它不可避免地要受所处区域内其他地区的政治、经济和法律影响。毫无疑问,澳门与内地、香港、台湾现在和将来都必然会休戚相关,互相影响。法制方面尤其突出,就长久以来的事实看,香港法律实务对澳门法律实务的影响极为广泛。此外,在家庭、婚姻及继承等领域,澳门在相当时期里是以台湾民法典的有关规定为参照。不过,自1979年中葡建交以后,尤其是《中葡联合声明》发表以来,澳门已转为以中国内地的法律为参照。

可见,澳门的法律因其主权和治权变动等原因,呈现出“葡萄牙化”、“本地化”及受内地等地区法律影响等特点。

二、澳门高校法学专业教育的历史与现状

澳门高校法学教育历史有两个重要的年份,分别是1988年和1999年。1988年以前,澳葡当局未在澳门设立专门的法律教育机构,人才培养主要依赖于葡萄牙等国的大学教育。1988年下半年,东亚大学(即澳门大学的前身)开设了法律课程,自此,澳门终于有了自己的法律人才培养机构。1999年澳门回归大陆后,澳门法科院系增多,教育结构发生重大变化,澳门科技大学、亚洲(澳门)国际公开大学也开设了法律专业。总体看来,澳门回归至今,虽只逾十年,但法学教育事业迅速发展,从澳门高校毕业的法学人才数目逐年递增,学历层次日益提高。

[1] 参见张波《港澳法律制度比较:回顾与展望》,载《徐州师范大学学报》(哲学社会科学版)1999年第2期。

[2] 参见米健等《澳门法律》,澳门基金会1994年版,第1-4页。

[3] 参见《澳门过渡后期的法律本地化》,载《行政》,第八卷第2期(总第28期)。

[4] 参见谢耿亮《澳门法困局与出路:葡萄牙化或本地化》,载《“一国两制”研究》2009年第2期。

[5] 参见米健《论大陆法传统——及其与大陆、台湾和澳门法制的关系》,载《行政》,第八卷第28期。

目前,澳门两所主要的培养法律人才的高校法学院——澳门大学(以下简称澳大)法学院和澳门科技大学(以下简称澳科大)法学院在学制、课程安排、专业设置、师资、培养目标、生源、授课语言、考试制度等各方面,有相似之处,但不同者居多^[1]。总得来说澳大法学院主要提供的是以澳门法律制度为主的课程,辅以少量中国法课程;澳科大主要提供的是以中国法律制度为主的课程,辅以部分澳门法课程。

(一) 澳大法学院概况

如前所述,由于历史上的原因,澳门长期在葡萄牙的管治之下。1974年之前历届葡国政府都将澳门视为其殖民地或海外省。葡国的法律基本上都适用于澳门,澳门的法官检察官都是由葡国委派的,律师也都是葡国人,因此,那时葡国政府并不感到有在澳门建立高等法律院校的必要。1974年葡国国内发生民主革命,此后的葡国政府对外采取非殖民地化政策。在澳门问题上,承认澳门是中国领土,暂时由葡国管治,即主权归中国,治权归澳门。1987年中葡两国政府签署关于澳门问题的联合声明,《中葡联合声明》规定中国于1999年12月20日恢复对澳门行使主权,在回归后50年内澳门原有的法律制度基本保持不变。为了培养澳门本地法律人才,使法律制度和运作机制平稳过渡,澳葡政府于1988年在澳门创建高等法学教育,即在当年被澳门政府收购的澳门东亚大学内设立法律课程——葡文教学的法学士课程。1991年澳门政府将东亚大学更名为澳门大学,原来的法律课程也改为澳门大学法学院。

澳大法学院葡文法学士课程教学体制和课程设置基本上是参照葡国大学法学院模式设立的。教员都是葡国人,教材采用葡国法学教科书和资料,主要是葡国科英布拉大学的教材,教学语言为葡文。学生包括懂葡语的华人居民、在澳门生活或工作的葡国人和葡裔居民以及少数来自非洲葡语国家和东帝汶的学生。

葡文法学士学制为5年。课程设置的科目都是必修课,无选修课。除经济学、公共经济学和语言科目外,其余有25门法律科目。像欧洲大陆国家的法律院校一样,非常重视民法的教学。民法细分为民法总论、物权法、债法、继承和亲属法各学年和学期科目。根据澳门社会的实际情况,葡文法学士课程学生还需修读中文和中国法。授课以教员讲授为主,在课堂上系统讲授法学理论和概念,分析条文和案例。考试包括笔试和口试,偏重考察学生用理论和法律条文解决问题的能力。澳大法学院葡文法学士课程文凭得到葡萄牙的承认,继而也得到欧盟的承认。

澳大葡文法学士的毕业生,特别是懂中葡双语的华人毕业生很多都已经成为了澳门各级法官和检察官、澳门公共行政机关的主管和领导以及法律顾问、华人律师等。从这个角度讲,澳大法学院为澳门主权与治权的平稳过渡做出了重要贡献。

为回应澳门社会的呼声,给华人居民开启高等法学教育大门,澳大法学院于1996年开设了中文法学士夜间课程,2000年又开设了中文法学士日间课程。澳门居民中华人占总人口的95%,而澳门的华人居民绝大多数都完全不懂葡语,中文法学士课程的开设,为不懂葡语的华人居民提供了学习澳门法律的机会,打破了只有懂葡语才能学习澳门法律的局面。中文法学士课程教学制度和课程设置以及授课内容基本上是与葡文法学士课程相同。基本教材是葡文法学士课程所用教材和讲义的中译本。即中文法学士仍提供的是以澳门法律制度为主的课程,这与葡文法学士相同,只是授课与学习语言为中文。

总之,澳门大学法学院的学士学位教育采用的是葡萄牙制,学制、课程安排、专业设置、考试制度等沿袭了葡国法学教育的传统,生源主要是澳门本地学生,培养目标是澳门培养熟悉澳门法律的法律人才。

[1] 澳大与澳科大是澳门两所规模较大的高校,其法学教育极具代表性,因此本文仅介绍这两所高校的法学学士学位教育。

（二）澳科大法学院的概况

澳门科技大学法学院的成立较晚,澳科大法学院建院于2000年,但发展较快,建院十年已具备学士、硕士及博士授权资格。澳科大法学院的教育制度与澳大法学院明显不同:其学士学位课程的安排是参照北京大学法学院的教学计划订制而成,法学专业课程中内地法律课程的比重较大,除此之外亦包括澳门法律、葡国法律及当今世界主要法治国家的法律和法学理论,授课方式、考试方式与内地各大高校近似,生源主要是内地学生及部分澳门本地学生,培养目标是于内地、澳门均可从业的法律人才。

从以上内容可以看出澳门高校法学院专业教育的特点是差异性较大,即同一个地区最具代表性的两所大学的法学院在学制、课程安排、专业设置、师资、培养目标、生源、授课语言、考试制度等各方面存在巨大差异,这是在其他国家和地区都罕见的情况。

造成这种差异的原因,笔者认为在于开头部分分析的澳门法律的特点,即“葡萄牙化”与“本地化”及受内地等地区法律影响等并存的情况。显然澳大法学院的办学理念受澳门法律“葡萄牙化”的影响较重,这与其发展历史有关,澳大法学院建于葡萄牙管治时期,其培养目标是为澳门培养熟悉澳门法律的法律人才,而澳门法律基本照搬葡国法律,带有浓郁的“葡萄牙化”色彩,因此澳大的法学教育也沿袭了葡国大学的法学教育传统。而澳科大法学院建于澳门回归之后,其第一任院长是曾担任港澳基本法起草委员会委员的萧蔚云教授,可以说澳科大法学院坚持澳门法律应“本地化”的观点,持澳门的法学教育应“本地化”及加强与内地联系的办学理念,与内地的法学院联系较密切,采用内地法学的教育模式,同时兼顾澳门本地需要,更关注澳门法律的发展趋势和发展方向。

三、结论

通过以上对澳门大学法学院和澳门科技大学法学院办学差异的介绍及成因的简单分析,可以得出结论,一所法学院校的办学理念对其办学的各个方面起着决定性的作用。办学理念虽是一个很抽象的概念,却不是个空泛的名词,办学理念的差异甚至可以使同一个地区的法学院采取几乎完全不同的教育模式。可见发展法学教育,必须有明确的办学理念,要根据本院校的传统与现实,结合社会政治经济的发展和法学学科的发展认真思考院校的定位、培养目标、培养方式等诸多方面的问题。只有树立起统筹全局的办学理念,才能有清晰的办学思路,进而安排好法学教育的各个方面。可以说办学理念是法学教育的灵魂。

(责任编辑:邵文涛)

【域外法治】

成熟原则与穷尽原则、原告资格、最终性原则的关系

祁菲

【摘要】成熟原则与穷尽原则、原告资格、最终性原则都是美国法院在判定法院管辖权问题时所考虑的原则。诸原则之间有密切的联系。成熟原则与穷尽原则都是表征案件适合司法审查性的原则,二者所促进的价值或作用相同。与此同时,二者也存在一定区别。如二者关注的侧重点不同,在某些情形下,穷尽救济原则是成熟原则的判断条件之一。就成熟原则与原告资格而言,成熟原则理论在困难标准和适合司法审查标准两方面与原告资格理论都有相似之处,二者不同之处在于关注点不同。就成熟原则与最终性原则而言,二者关系略显复杂。最终性本为独立的原则,最高法院在1967年艾博特案中将最终性并入成熟原则中考虑,使得最终性成为成熟性的判断因素之一,但是由于最终性在成熟原则的关键地位,法院有时将二原则混用。

【关键词】成熟原则;穷尽原则;最终性原则;原告资格

成熟原则与穷尽原则、原告资格、最终性原则都是美国法院在判定法院管辖权问题时所考虑的原则。目前国内学者对诸原则之间的关系虽有关注,但极为有限。本文立足于英文资料,对诸原则之间的关系进行了更为详尽的初步解释。

一、成熟原则与穷尽原则(exhaustion)

(一) 穷尽原则含义新解

国内学者所熟知的穷尽原则全称为穷尽行政救济原则(exhaustion of administrative remedies)。关于穷尽原则的含义,我国学者的理解与美国学者和法院的理解似有差异。王名扬老师指出,“穷尽救济原则是指当事人没有利用一切可能的行政救济前,不能申请法院裁决对他不利的行政决定。”^[1]汪栋、王本利认为,该原则其含义为:“相对人对其所受到的损害,在没有利用一切可能的行政救济措施以前,不能申请法院审查。”^[2]由此可见,我国学者认为穷尽原则所指的之“穷尽”,其客体仅为行政系统内部的救济方式(administrative remedy)。但事实恐非如此。在美国法上,在未利用行政系统内部救济方式情形下运用穷尽行政救济原则确实是该原则运用的情形之一。如鲍恩诉纽约市案(Bowen v. City of New York,^[3]安瑞德诉劳拉案^[4](Andrade v. Lauer)等。但这并非是穷尽原则适用的所有情形。道格拉斯法官曾指出:“穷尽行政救济原则有多种颜色。”^[5]学者鲍威尔(Power)指出,试图阻止正在进行的行政

作者简介:祁菲,女,就职于国家检察官学院科研处,山东大学法学硕士,研究方向:宪法学与行政法学。

[1] 王名扬:《美国行政法》,中国法制出版社1995年版,第651页。

[2] 汪栋、王本利:《行政案件司法审查适时性研究》,载《烟台大学学报》2005年第1期。

[3] Bowen v. City of New York, 106 S. Ct. 2022, 2031 (1986).

[4] Andrade v. Lauer, 729 F. 2d 1475, 1484-86 (D. C. Cir. 1984).

[5] Renegotiation Bd. v. Bannerkraft Clothing Co., 415 U.S. 1, 30 (1974). (Douglas, J., dissenting). 转引自 Robert C. Power,

Help Is Sometimes Close At Hand: The Exhaustion Problem And The Ripeness Solution, U. Ill. L. Rev. 547, 552 (1987).

程序,在司法程序中提出在行政程序中未提出的诉讼理由,试图对须有行政机关首先进行复查的行为提起司法审查等都是穷尽行政救济原则适用的情形。^{〔1〕} 根据鲍威尔的观点,穷尽行政救济的适用情形有三种:一是行政程序正在进行,二是在司法程序中提出在行政程序中尚未提出的诉讼理由,三是对须由行政机关首先进行复查的行为提起司法审查。而我国学者目前所理解的穷尽行政救济的含义仅是第三种,不包括第一、第二种。

美国学者在论及穷尽原则之“穷尽”客体时多使用行政程序(administrative proceedings)一词,而此处的“行政程序”非我国学者通常所理解的“行政程序”。学者鲍威尔指出“该原则表明的是相关行政程序(administrative proceedings)——可以是关于救济的,也可以是非关于救济的,尚未用尽或者结束前,司法审查是否适当。”福克斯教授认为:“穷尽救济原则所指向的是在行政系统内,可以采取的正确的步骤,不论是预防性(preventive)的或者救济性的(remedial)”^{〔2〕} 因此,美国学者所言之“行政程序”并不仅限于行政行为作出过程,而亦包括我国学者通常所理解的行政复议等行政救济方式。美国学者所言之穷尽原则也并不包括穷尽行政救济方式,而更包括行政程序的进行完毕。这是为我国学者以前所忽视的地方。

威廉姆·爱德华·伯格哈特迪布瓦俱乐部诉克拉克案(W. E. B. DuBois Clubs of America et al. v. Clark)是当事人在行政程序正在进行时提起诉讼,而被法院明确以尚未穷尽行政救济为理由驳回的案例。由于原告在被颠覆活动管理控制委员会(SACB)举行关于其是否为共产党外围组织(Communist - front organization)的听证前向地区法院提起诉讼,法院以未满足穷尽行政救济原则为由驳回起诉。^{〔3〕}

(二)穷尽原则与成熟原则异同

1. 二者相同点

第一,穷尽原则与成熟原则同为司法审查适时性原则。首先,穷尽原则属于司法审查适时性的原则为学界认同。王名扬老师将穷尽救济原则在“司法审查受理条件”中的“提起诉讼的时间”一节中论述,^{〔4〕}恩斯特·盖尔霍恩、罗纳德·M·莱文将穷尽救济原则直接作为司法审查适时性的三原则之一论述,^{〔5〕}利兹教授则直接界定该原则为影响司法审查的时间的原则。^{〔6〕} 其次,穷尽原则属于司法审查适时性原则亦得到法院认可。在穆罕默德诉哈尔森(Muhamad v. Carlson)一案中,法院称“穷尽行政救济原则只是推迟了法院司法裁判的时间”;^{〔7〕}在塔其罗斯公司诉证监会(Touche Ross & Co. v. SEC)一案中,法院称:“穷尽行政救济原则主要和司法审查的适时性有关。”^{〔8〕}在巴恩斯诉查斯顿案(Barnes v.

〔1〕 Robert C. Power, Help Is Sometimes Close At Hand: The Exhaustion Problem And The Ripeness Solution, U. Ill. L. Rev. 547, 552 (1987).

〔2〕 Fuchs Ralph F, Prerequisites to Judicial Review of Administrative Agency Action, 51 Ind. L. J. 817, 859. 转引自 Robert C. Power, Help Is Sometimes Close at Hand: the Exhaustion Problem and the Ripeness Solution, U. Ill. L. Rev. 547, 551 (1987).

〔3〕 W. E. B. DuBois Clubs of America et al. v. Clark, 389 U.S. 309 - 10 (1967).

〔4〕 王名扬:《美国行政法》,中国法制出版社1995年版,第651页。

〔5〕 [美]恩斯特·盖尔霍恩、罗纳德·M·莱文:《行政法》,法律出版社2001年版,第371页。

〔6〕 Leedes, Understanding Judicial Review of Federal Agency Action: Kafkaesque and Langdellian, 12 U. Rich. L. Rev. 469, 491 (1978). 转引自 Robert C. Power, Help Is Sometimes Close at Hand: the Exhaustion Problem and the Ripeness Solution, U. Ill. L. Rev. 547, 551 (1987).

〔7〕 Muhamad v. Carlson, 739 F.2d 122, 124 (3d Cir. 1984). 转引自 Robert C. Power, Help Is Sometimes Close at Hand: the Exhaustion Problem and The Ripeness Solution, U. Ill. L. Rev. 547, 553 (1987).

〔8〕 Touche Ross & Co. v. SEC, 609 F.2d 570, 574 (2d Cir. 1979). 转引自 Robert C. Power, Help Is Sometimes Close at Hand: the Exhaustion Problem and the Ripeness Solution, U. Ill. L. Rev. 547, 553 (1987).

Chatterton)中,法院称:“对穷尽行政救济的要求只影响司法审查的时间,而不是司法审查的效力。”〔1〕在美国乳业诉波格兰(American Dairy, Inc. v. Bergland)案中,法院指出,“两个原则都是为了避免对行政行为成熟前的干预(premature disruption of agency proceedings)。”〔2〕

第二,穷尽原则与成熟原则所促进的价值或者目标相同。在安瑞德诉劳拉(Andrade v. Lauer)案件中,最高法院详尽地阐述了穷尽行政救济原则所促进的价值:首先,通过阻止会鼓励人们忽视行政程序的经常和随意的对行政过程的轻视,该原则实现了国会的意图。其次,通过允许行政机关在在第一时间运用自己的专业知识,行使被授予的裁量权,更正自己的错误,该原则保护了行政机关的自主权力。再次,通过促进行政机关和相对人(及相关人)在行政程序中进一步的发展事实和案件,该原则帮助了司法机关。最后,通过避免不必要的行政和司法事实重复,以及通过当事人可以在行政系统内解决诉求,该原则促进了司法经济性。〔3〕很明显,可以看出,前两个价值是之于对行政系统的保护,后两个价值是之于司法系统的保护,穷尽救济原则在较深层面其实反映了行政机关权力与法院权力的分配。

在艾博特案中,法院详尽阐述了成熟原则的作用。法院表示,成熟性要求“避免法院过早的裁判陷入抽象的行政政策的争论,同时保护行政机关在最后决定作出前及行政行为对当事人发生影响前,不受法院的干涉。”〔4〕在大陆航空公司诉民用航空委员会案中(Continental Air Lines v. Civil Aeronautics Bd.),法院的表述更为明确:“成熟原则通过推迟司法审查直到问题以更加具体和最终形式出现时以保护行政机关和法院的利益。”〔5〕由此,我们可以看出,成熟原则一方面在保护法院,另一方面在保护行政机关。在表征司法审查适时性的含义背后,成熟原则亦蕴含着对行政机关与法院之间权力分配的考虑。在罗森塔尔公司诉商品期货交易委员会案(Rosenthal & Co. v. Commodity Futures Trading Comm'n)中,法院指出“两个原则潜在的考虑是相同的。”〔6〕

2. 二者区别点

恩斯特·盖尔霍恩、罗纳德·M·莱文在《行政法》中对成熟原则和穷尽原则的区别进行了分析:穷尽原则所强调的是寻求司法救济的当事方的地位(position),从实质意义上说,该原则所关注的是该诉请是否绕开了行政程序以及当事方在通过该程序寻求救济时是否足够的勤奋(diligent)。而成熟原则首先与法院和行政机关的关系有关,以及法院在行政机关尚未对相关事实进行具体化时,法院是否有能力解决争议有关。〔7〕

此外,穷尽原则可能会作为成熟原则的一个判断条件。根据前文穷尽原则的含义,我们可以知道,适用穷尽原则是在这样的一种情形下,当行政程序正在进行或尚未发生时——该行政程序可能是行政决策程序,也可能是行政救济程序,法院是否可以司法审查。而成熟原则所关注的是案件是否已经成熟,其判断标准不以行政程序是否已经进行完毕为限。因此,存在法院以穷尽原则未满足为由认定案件不成熟的情形。如威廉森区域规划委员会诉汉密尔顿银行案(Williamson County Regional Planning Commission v. Hamilton Bank of Johnson City)中,最高法院以行政机关并没有拒绝原告对其财产利用的所

〔1〕 Barnes v. Chatterton, 515 F. 2d 916, 921 (3d Cir. 1975). 转引自 Robert C. Power, Help Is Sometimes Close at Hand: the Exhaustion Problem And the Ripeness Solution, U. Ill. L. Rev. 547, 553 (1987).

〔2〕 American Dairy, Inc. v. Bergland, 627 F. 2d 1252, 1260-61 (D. C. Cir. 1980). 转引自 Robert C. Power, Help Is Sometimes Close At Hand: The Exhaustion Problem And The Ripeness Solution, U. Ill. L. Rev. 547, 612 (1987).

〔3〕 Andrade v. Lauer, 729 F. 2d 1475, 1484 (D. C. Cir. 1984). 转引自 Robert C. Power, Help Is Sometimes Close at Hand: the Exhaustion Problem and the Ripeness Solution”, U. Ill. L. Rev. 547, 554 (1987).

〔4〕 Abbott Lab. v. Gardner, 387 U. S. 136, 148-149 (1967).

〔5〕 Continental Air Lines v. Civil Aeronautics Bd., 522 F. 2d 107, 125 (D. C. Cir. 1974). 转引自 Robert C. Power, Help Is Sometimes Close at Hand: the Exhaustion Problem and the Ripeness Solution, U. Ill. L. Rev. 547, 612 (1987).

〔6〕 Rosenthal & Co. v. Commodity Futures Trading Comm'n, 614 F. 2d 1121, 1128 (7th Cir. 1980). 转引自 Robert C. Power, Help Is Sometimes Close At Hand: The Exhaustion Problem And The Ripeness Solution, U. Ill. L. Rev. 547, 612 (1987).

〔7〕 [美]恩斯特·盖尔霍恩、罗纳德·M·莱文:《行政法》,法律出版社2001年版,第371页。

有方式,而且原告并未通过州的程序来寻求赔偿为由认定该案件是不成熟的。^[1]再如肖温格特诉通用动力公司案(Schowengerdt v. General Dynamics Corp)中,法院援引穆罕默德诉陆军部长案,在承认法院对士兵解职有管辖权的同时,指出,当事人在寻求法院救济前应穷尽行政救济方式。继而,法院表明,由于政府在口头辩论中承认原告已经穷尽行政救济,如果这是真的,该案件即已成熟,可以为地区法院进行司法审查。^[2]此案同凯伊希安诉评议委员会(Keyishian v. Board of Regents)一案相同,都是通过穷尽行政救济来判断案件是否成熟。^[3]

二、成熟原则与原告资格

原告资格即起诉资格,“司法审查中的起诉资格是指什么人可以对行政决定提出申诉,以请求法院审查行政行为的合法性并给予补救,这是诉讼程序方面的问题”。^[4]美国有关起诉资格的法律渊源为宪法、成文法和判例。根据美国宪法第三条第二款的规定,法院只能对构成“案件或争议”(case or controversy)的问题行使司法权,这是原告资格的宪法起源。美国成文法对于原告资格的规定源于两部分:成文法对特定行政事项的起诉资格的规定和《行政程序法》对原告资格的普遍规定。在《行政程序法》第10节(a)款规定:“任何人由于行政行为而受到不法的侵害,或者在某一有关法律意义内的不利影响或损害,有权对该行为请求司法审查。”^[5]但该规定关于起诉资格的意义不是十分明确。^[6]由于宪法的“案件或争端”要求过于抽象,而《行政程序法》在解释上存在重大分歧,法院在审判过程中发展原告资格的判例法成为必要。此处之所以将原告资格与成熟原则的关系作为议题讨论,正是因为成熟原则与判例法中的原告资格理论同为当事人在寻求司法救济时必须跨越的关卡(judicial barriers),均属于可诉性原则(principles of justiciability),亦称司法审查的门槛(threshold of judicial review)。

(一)成熟原则和原告资格的相似性

1. 判断标准的相近——“推迟司法审查对当事人造成的困难”标准与“事实上的损害”标准

美国诉讼法上的原告资格理论几经变迁,其中1970年的数据联合会诉坎普案(Association of Data v. Camp)确立的原告资格标准影响最为深远。该案确立了“事实上的损害”和“受法律保护的利益范围”标准两层标准,其中“事实上的损害”是最主要的起诉资格标准,任何法院、任何行政法学者都承认这个标准的重要性。^[7]

1967年艾博特案将成熟原则的判断标准归为“案件适合司法审查性”及“推迟司法审查对当事人造成的困难”。单纯从字面表述,就可以看出成熟原则的第二个标准“推迟司法审查对当事人造成的困难”和原告资格的“事实上的损害标准”是类似的。王名扬老师认为“推迟司法审查对当事人造成的困难”标准是指,“是从实际情况出发,认为司法审查在当时情况下确有需要而产生。因此这种困难必须是直接的、即时的、影响当事人生活的困难,而不是遥远的、将来的困难。”^[8]王名扬老师在书中直接表明了“推迟司法审查对当事人造成的困难”标准和原告资格的关系,他指出“当事人困难作为成熟原则

[1] Robert C. Power, Help Is Sometimes Close at Hand: The Exhaustion Problem and the Ripeness Solution, U. Ill. L. Rev., 547, 613 (1987).

[2] Schowengerdt v. General Dynamics Corp., 823 F.2d 1328, 1341 (9th Cir. 1987).

[3] Keyishian v. Board of Regents, 385 U.S. 589 (1967).

[4] 王名扬:《美国行政法》,中国法制出版社1995年版,第617页。

[5] 王名扬:《美国行政法》,中国法制出版社1995年版,第623页。

[6] 王名扬:《美国行政法》,中国法制出版社1995年版,第618页。

[7] 王名扬:《美国行政法》,中国法制出版社1995年版,第630页。

[8] 王名扬:《美国行政法》,中国法制出版社1995年版,第650页。

的一个标准,是因为当事人事实上受到损害。如果当事人事实上没有受到不利影响,当然不具备起诉资格。”〔1〕

由于两个原则在损害要求方面的考虑几乎相同,因此对损害的考虑往往可以同时引起原告资格和成熟原则。如在谢拉尔俱乐部诉玛里塔案(Sierra Club v. Marita)中,法院明确表示“我们必须判断谢拉尔俱乐部是否已经提出了一个可审判的诉求。谢拉尔俱乐部质疑的是森林管理计划而非森林管理局直接影响森林的行为。该种广泛的质疑同时引起原告资格和成熟原则的问题。”〔2〕在沃恩诉赛尔丁案(Warth v. Seldin)中,法院注意到“原告资格问题与成熟原则问题关系密切——因为二者都与所主张的损害是否足够成熟以确保司法介入有关。”〔3〕尼克尔(Nichol)教授同样指出,最高法院在涉及“实际发生的或者有发生威胁的损害”(threatened or actual injury)的原告资格案件和关注焦点是直接和立即损害(direct and immediate injury)的成熟原则案件之间并没有划定清晰的界限”〔4〕

2. 成熟原则之“适合司法审查性”与原告资格宪法上的要求

Nichol(尼克尔)教授在《原告资格再思考》一文中指出,原告资格既具有宪法上的要求(constitutional concerns),又具有司法谨慎裁量的要求(prudential concerns)。所谓宪法性要求是从原告资格和宪法第三条的关系而言的。原告资格宪法上的要求(constitutional concerns)有三方面:第一,当事人必须要表明他自身已经承受了某些已经发生的或者有发生威胁的损害。第二,该损害与被认为违法的行为有因果关系。第三,法院可以为该损害提供有效救济。原告资格之司法谨慎性要求(prudential concerns)同样表现在三方面:第一,起诉者主张的必须是自己的权利而不是第三方的权利。第二,法院不审判具有“广泛公共意义的抽象问题”或“仅仅是共有损害”。第三,起诉者所主张的利益是法律或宪法所保护的利益范围内。〔5〕

其中原告资格宪法性要求可简称为特定损害(particular injury)、因果关系(causation)、可救济性(redressability)〔6〕尼克尔(Nichol)教授是根据案例得出这三个结论的。“特定损害”要求源于1982年的福吉谷基督学院诉全美政教分离联合会案,〔7〕因果关系要求源于1977年的阿灵顿高地村诉都市房屋开发公司案(Village of Arlington Heights v. Metropolitan Hous. Dev. Corp)〔8〕及1976年的西蒙诉东肯塔基福利权利组织案(Simon v. Eastern Ky. Welfare Rights Org)〔9〕,可救济性源于西蒙诉东肯塔基福利权利组织案(Simon v. Eastern Ky. Welfare Rights Org)〔10〕1975年的沃斯诉赛尔丁案(Warth v. Seldin)〔11〕1982年的布鲁姆诉耶尔斯克案(Blum v. Yaretsky)〔12〕及拉森诉瓦伦特案(Larson v. Valente)〔13〕尼克尔教授的论断与1992年的卢扬诉野生动物协会案(Lujan v. National Wildlife Federation)〔14〕中法院的观点达成一致。在该案中,法院明确表述了原告资格的宪法要求:(1)原告必须遭受事实上的损害(injury in fact)——是对法律保护的利益的侵害。而且该侵害必须是具体的、特定的、现

〔1〕 王名扬:《美国行政法》,中国法制出版社1995年版,第650页。

〔2〕 Sierra Club v. Marita, 46 F.3d 606, 614 (7th Cir. 1995). 转引自 Garrahan Paul A, Failing to See the Forest for the trees: Standing to Challenge National Forest Management Plans, 16 Va. Envtl. L. J. 145, 167 (1996-1997) (note).

〔3〕 Warth v. Seldin, 422 U.S. 490, 499 n. 10, 95 S.Ct. 2197, 2205 n. 10, 45 L.Ed.2d 343 (1975)

〔4〕 Gene R. Nichol, Jr., Ripeness and the Constitution, 54 U. Chi. L. Rev. 153, 172-73 (1987).

〔5〕 Nichol, Gene R. Jr, Rethinking Standing, 72 Cal. L. Rev. 68, 71 (1984).

〔6〕 王名扬教授在《美国行政法》一书中并没有提及可救济性这一要件。

〔7〕 Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church & State, Inc., 454 U.S. 464, 472 (1982).

〔8〕 Simon v. Eastern Ky. Welfare Rights Org., 426 U.S. 26, 41-42 (1976).

〔9〕 Simon v. Eastern Ky. Welfare Rights Org., 426 U.S. 26, 38 (1976).

〔10〕 Warth v. Seldin, 422 U.S. 490, 508 (1975).

〔11〕 Blum v. Yaretsky, 457 U.S. 991 (1982).

〔12〕 Larson v. Valente, 456 U.S. 228, 242-43 & n. 15 (1982).

〔13〕 504 U.S. 555 (1992).

〔14〕 504 U.S. 555, 559 (1992).

实的、立即的,非推测的、假想的。(2)损害和被诉行为之间有因果联系——损害可以溯及被告的受诉行为,而不是由并未进入法院的第三方造成。(3)与仅仅是推测相反,该损害可通过对原告为有利的判决所救济。这三点与尼克尔教授所总结的原告资格的三方面的宪法要求是一致的。

定型于1967年的成熟原则的判断标准在日后的法院审判中亦有长远发展。下级法院将“适合司法审查性”的判断标准时发展出三个判断因素:(1)争议必须是明确、具体的,而不是假想的,或抽象的。^{〔1〕}(2)当事方必须是敌对的。(3)事实依据必须足够充分以使对问题有意义的司法解决是可能的。^{〔2〕}由此观之,原告资格的宪法上要求和成熟原则之适合司法审查性的三个判断因素存在很大的相似性。

第一,二者都包含“具体”性要求。成熟原则要求一个具体的争议,而原告资格要求具体的(concret)、即将发生(imminent)的损害。虽然与成熟原则相比,原告资格多了“即将发生的”要求。但是这个要求是内含于“具体”要求之中的,而且也是内含与成熟原则之中的。这是因为成熟原则所解决的是事实是否已经发生或者可能会发生,致使对一个案件的司法解决是有意义的——他们是否会立即发生。第二,成熟原则要求有对立双方,而原告资格要求有可追溯性(即因果关系)。这两个因素也可以看成是相同的,因为二者都是为了确保双方间确实存在争议。被告的行为是否确实对原告造成了损害?如果确实如此,则损害是有可追溯性的,而此时双方是对立的。第三,有意义的司法解决的可能性和原告资格的可救济性,在功能上是一致的,二者都是为了保护法院在争议解决中免于浪费人力、物力。就成熟原则的第三个要求而言,只有事实充分前提下,法院才能够提供有意义的司法解决;就原告资格而言,只有法院可以提供救济的前提下,法院投入精力来审判某案件才是有价值的。^{〔3〕}

(二)成熟原则和原告资格的相异之处

成熟原则和原告资格同为司法审查的受理条件,是当事人在提起诉讼时必须满足的条件,虽然二者的功能相同,但是二者的关注点却不同。我国学者石佑启教授认为,成熟原则和原告资格的侧重点不同:原告资格侧重于案件与相对人之间的关系;而成熟原则侧重于行政决定程序是否发展到适宜于法院审查的程度。^{〔4〕}

石佑启教授的观点与美国学者的观点是一致的。尼克尔(Nichol)教授援引学者柯尔的观点指出,原告资格所关注的是谁是起诉的合适主体,而成熟原则关注的是一个合适的起诉主体何时提起诉讼。^{〔5〕}学者的观点与法院的观点达成了一致,在保护自然资源协会诉阿尔科克案中(Wilderness Soc'y v. Alcock),法院指出两个原则的区别在于原告资格所确定的是起诉者是否是提起诉讼的合适的当事人,所以关注的是损害是否足够多(the qualitative sufficiency of the injury)、起诉者是否自身经受了损害。而法院运用成熟原则时所判断的是何时是提起诉讼的合适的时间。^{〔6〕}

〔1〕 Hallendale Fire Fighters Local 2238, 922 F.2d, 760. 转引自 Garrahan Paul A, Failing to see the forest for the trees: Standing to Challenge National Forest Management Plans, 16 Va. Envtl. L. J. 145, 166 (1996-1997) (note).

〔2〕 Riva v. Commonwealth of Massachusetts, 61 F.3d 1003, 1009-1010. 转引自 Garrahan Paul A, Failing to see the forest for the trees: Standing to Challenge National Forest Management Plans, 16 Va. Envtl. L. J. 145, 167 (1996-1997) (note).

〔3〕 Garrahan Paul A, Failing to see the forest for the trees: Standing to Challenge National Forest Management Plans, 16 Va. Envtl. L. J. 145, 167 (1996-1997) (note).

〔4〕 石佑启:《在我国行政诉讼中确立“成熟原则”的思考》,载《行政法研究》2004年第1期。原文将法院具体到人民法院,考虑到作者的用意,笔者此处认为理解为法院并非与作者原意相悖。

〔5〕 Gene R. Nichol, Jr., Ripeness and the Constitution, 54 U. Chi. L. Rev. 153, 175 (1987).

〔6〕 Wilderness Soc'y v. Alcock, 83 F.3d 386, 390 (11th Cir. 1996).

三、最终性原则与成熟原则

最终性作为司法审查适时性要求并没有引起我国学者应有的注意。王名扬在《美国行政法》书中,将最终性作为成熟原则的判断因素之一来介绍,是源于最高法院在艾博特案中^[1]将最终性作为成熟性的判断因素之一。但事实上,最终性在美国诉讼法上的运用远比此要广泛。与成熟原则不同,美国法律有关于最终性的明确规定,最终性是源于法律的(statutory based)原则。美国法律对最终性的规定源于两部分。一部分是明确规定司法审查的法律,该类法律多要求可进行司法审查的行政行为必须是行政机关的最终命令(final order)。另一部分是《联邦行政程序法》,该法第704节规定“法律规定可以进行司法审查的行政行为和没有其他足够救济方式的最终行政行为可以由法院进行司法审查。”根据该法规定,在法律直接规定的可进行司法审查的行政行为之外,能进行司法审查的行政行为必须具备最终性。

(一) 作为独立原则的最终性原则

最高法院在1967年的艾博特案件中,将最终性作为成熟原则之“案件适合司法审查性”判断因素之一。但最终性并非依附于成熟原则,由于该原则为美国法律明确规定,我们可以推知其本身即为独立的原则。美国学者在讨论司法审查的守门原则(gatekeeping doctrines)^[1]时,也多将最终性列为与原告资格、成熟原则并列的原则。在恩斯特·盖尔霍恩,罗纳德·M·莱文《行政法》中,作者明确将最终性与穷尽原则、成熟原则同列为司法审查适时性要求下的原则,其与成熟原则是并列的关系。^[2]再如怀特(Wright)教授在《对行政决定司法审查的适时性:重叠的原则之运用和滥用》一文中,指出:“本文主张司法审查的守门原则,比如穷尽行政救济原则、成熟原则、最终性原则,与通常理解相比其实更强烈地蕴含了宪法性考虑(constitutional considerations)。”^[3]在审判实践中,有的法院也将最终性和成熟性看作两个完全不同的原则。

在1967年最高院完整阐述成熟原则的判断标准之前,最终性已经在单独地判断案件是否可诉,是否在法院的管辖范围之内。^[4]哥伦比亚广播公司诉美国案中(Columbia Broadcasting System v. United States),^[5]哥伦比亚广播公司对联邦通信委员会发布的一部规章提出质疑。该部规章要求委员会对与广播电台无线电组织签订某些合同的广播站不予发放许可证。法院认为虽然在该部规章仅声明了行政机关意图,尚未出现许可证申请被拒绝的事件,但是这种规章在其惩罚实施前后都具有同样效力。虽然该规章尚未在某具体申请案中适用,但是该规章可以被作为最终的行政决定接受司法审查。由此认定案件是在法院的管辖范围之内。^[6]再如,冷冻食品速运公司诉美国案中(Frozen Food Express v. United

[1] 与前文提及的司法审查的门槛(judicial threshold),司法审查的关卡(judicial barriers)含义相同。

[2] 参见[美]恩斯特·盖尔霍恩、罗纳德·M·莱文《行政法》,法律出版社2001年版,第370-382页。亦见Wright, R. George, Timing of Judicial Review of Administrative Decisions: The Use and Abuse of Overlapping Doctrines, 11 Am. J. Trial Advoc. 83, 83 (1987-1988).

[3] Wright, R. George, Timing of Judicial Review of Administrative Decisions: The Use and Abuse of Overlapping Doctrines, 11 Am. J. Trial Advoc. 83, 83 (1987-1988).

[4] 在三个案例的判决原文也提及案件的成熟性问题,美国学者在评论这三个案件时,也使用了ripe for review这样的词语,但如前所述,笔者认为在1967年前的成熟原则并不能称为原则,彼时的成熟原则能说是—种判断性的、总结性的词语,甚至可以认为是可诉性的同义词。此处与最终性的比较是基于此前提。

[5] Columbia Broadcasting System v. United States, 316 U.S. 407 (1942).

[6] 此处译文参见Reyna, Kristin N., Ohio Forestry Association v. Sierra Club: The United States Supreme Court Reexamines Ripeness in the Context of Judicial Review of Agency Action, 12 Tul. Envtl. L.J., 249, 253 (1998-1999).

States)^{〔1〕}法院认为州际贸易委员会发布的免除运输某些货物的许可要求的命令是《联邦行政程序法》下的具备最终性的行政行为,因而是可诉的。^{〔2〕}再如美国诉史托勒广播公司案中,法院认定拒绝对某些申请者授予电视营业许可证的规章是具备最终性的行政行为,因而是可诉的,是在法院管辖权范围内的。^{〔3〕}

(二) 最终性是成熟性的判断标准之一

在1967年的艾博特诉加德纳案件中,最高法院将最终性作为适合司法审查性的判断因素之一,从而将最终性并入了成熟性判断,即最终性成为成熟性的判断因素之一。艾博特案后,法院运用成熟原则判定案件的成熟性,使最终性作为成熟性判断要素的特征更为明显。比如在联邦贸易委员会诉加利福尼亚标准石油公司案(Federal Trade Comm'n v. Standard Oil Co. of Cal)中,联邦贸易委员会发布了一项complaint^{〔4〕}认定若干个石油公司违反了《联邦贸易委员会法案》。在行政裁决尚未结束时,若干个公司提起诉讼,请求法院认定该complaint是违法的。法院认为该complaint并非《联邦行政程序法》规定的最终性的行政行为,因此,该纷争并不具有成熟性,法院不能进行司法审查。^{〔5〕}再如在卢扬诉国家野生动物协会案(Lujan v. National Wildlife Federation)中,野生动物协会根据《联邦行政程序法》的司法审查条款质疑土地管理局的土地管理计划。法院认为由于土地管理计划并非是可认定的具备最终性的行政行为,因而该计划并不具有能被司法审查的成熟性。^{〔6〕}

最终性不仅仅是成熟原则的判断因素之一,而且是关键因素。^{〔7〕}在美得泰克斯电力公司诉联邦能源委员会案中,法院指出,适合司法审查性的要求本质上是最终性的要求。事实上,法院已经悄悄地将成熟原则中困难标准融入(tuck away)适合司法审查标准。比如哥伦比亚巡回法院在法律倾向于对施行前行为进行司法审查(pre-enforcement review)的情形下,往往不再要求原告举证满足困难标准,而只要求满足适合司法审查标准。^{〔8〕}而考虑到最终性因素在适合司法审查判断中的关键地位,该种情形下,最终性几乎成为成熟性的唯一判断标准。最终性作为成熟性的重要判断标准也为学者所认同。在《帮助有时近在手边:穷尽行政救济原则及成熟原则问题的解决之道》一文中,鲍威尔(Power)教授指出:“成熟性在很大程度上依赖于行政行为最终性的判断。”^{〔9〕}而且有的学者在讨论案件成熟性的判断标准时,往往将关注点都放在最终性的判断上。^{〔10〕}

虽然最终性是成熟性的关键判断因素,但最终性也毕竟仅为判断因素之一而已。因此,具备最终性的行政行为并不一定肯定会被认定为已经成熟到可以进行司法审查。在国营农场汽车保险公司诉多尔案(State Farm Mut. Auto Ins. Co v. Dole)中,法院明确表示:“即便行政行为是具备最终性的,并且争议事项是纯法律争议,法院仍然可能非常合理地认定一个事项是不适合司法审查的,如果推迟司法审查将

〔1〕 Frozen Food Express v. United States 351 U.S. 40, 44-45 (1956).

〔2〕 此处译文参见 Reyna, Kristin N. Ohio Forestry Association v. Sierra Club; The United States Supreme Court Reexamines Ripeness in the Context of Judicial Review of Agency Action, 12 Tul. Envtl. L. J. 249, 253 (1998-1999).

〔3〕 United States v. Storer Broadcasting Co., 351 U.S. 192, 198 (1956).

〔4〕 未找到合适的翻译。笔者认为应是类似于事实认定(findings)之类的声明。

〔5〕 Federal Trade Comm'n v. Standard Oil Co. of Cal., 232, 238-246 (1980).

〔6〕 Lujan v. National Wildlife Federation, 497 U.S. 871, 875, 891 (1990).

〔7〕 Wright, R. George, Timing of Judicial Review of Administrative Decisions; The Use and Abuse of Overlapping Doctrines, 11 Am. J. Trial Advoc. 83, 87 (1987-1988).

〔8〕 David Floren, Pre-enforcement Ripeness Doctrine: The Fitness of Harship, 80 Or. L. Rev. 1107, 1125.

〔9〕 Robert C. Power, Help Is Sometimes Close at Hand: The Exhaustion Problem and the Ripeness Solution, U. Ill. L. Rev. 547, 618 (1987).

〔10〕 Lyman R. Jeffrey, Finality Ripeness in Federal Land Use Cases from Hamilton Bank to Lucas, 9 J. Land Use & Envtl. L. 101. (1993-1994)

会使法院更高效地审查和处理问题。”〔1〕

（三）最终性原则与成熟原则的重合现象

由于最终性在成熟原则判断中的关键作用,有的法院认为最终性原则与成熟原则的含义相同。在谢拉尔俱乐部诉戈萨奇案(Sierra Club v. Gorsuch)中,哥伦比亚巡回法院指出:“最终性原则的要求本质上是成熟原则——其关注焦点是案件是否适合司法审查的。法院在判断案件的最终性时采用实质性判断方法(in a pragmatic way),考虑案件适合司法审查性与如果法院不审查对当事人造成的困难。”〔2〕该院对最终性的表述和最高法院在艾博特案中成熟原则的表述基本一致。

最终性原则与成熟原则的重合并非仅是巡回法院的个别情况。在1997年的贝奈特诉斯拜尔案(Bennett v. Spear)中,最高法院阐述了最终性的判断标准,该标准的出现更加模糊了成熟原则和最终性原则的界限。在该案中最高法院指出,判定案件具备最终性,法院必须要求:(1)该行政机关的行政行为实际上已经完成的事实(a finding that the agency had reached a point where its action was, for all practical purposes, complete)。(2)出现有关争议的性质和行政行为影响的判断(a judgement regarding the quality and the nature of the issue and impact of the agency action)〔3〕其中第一个要求指的是行政机关的决策程序(decisionmaking process)已经完成,第二个要求指的是“权利义务已经决定,或者据此,将出现法律后果。”〔4〕而第二个要求和成熟原则之“推迟司法审查对当事人造成的困难”其实是一个问题。因为法院在分析推迟司法审查对当事人造成的困难要件时是通过审查如果法院不审查某案件,原告是否会受到不利的法律影响来进行的。〔5〕由此在贝奈特诉斯拜尔案后,当事人根本就不能预测法院会运用最终性原则抑或成熟原则来判断案件是否可诉。〔6〕这也给判例法造成了一定的混乱。

其实,最终性原则不仅与成熟原则有千丝万缕的联系,与穷尽原则也有密切的关联。〔7〕法院在运用三者过程中,也存在相当程度的混乱。泰克所有权保险公司诉联邦贸易委员会案(Ticor Title Insurance Co. v. F. T. C.)非常显著地表现了法院在这三个原则运用上的混乱情况。虽然参与该案的法官得出一致结论认为不应受理此案,但是每个法官所依据的原则是不同的。爱德华(Edward)法官依据的是穷尽行政救济原则,〔8〕威廉姆斯(Williams)法官依据的是最终性原则,格林(Green)法官则认为成熟原则是结论最合理的基础。〔9〕虽然存在这样的混乱,但法院似乎对区分三者并没有多大热情。戴维斯

〔1〕 Wright R. George, Timing of Judicial Review of Administrative Decisions: The Use and Abuse of Overlapping Doctrines, 11 Am. J. Trial Advoc. 83, 87 (1987-1988).

〔2〕 Sierra Club v. Gorsuch, 715 F.2d 653 (D. C. Cir 1983).

〔3〕 Bennett v. Spear, 520 U. S. 154, 177-78 (1997).

〔4〕 520 U. S. 154, 177-78 (1997).

〔5〕 McKee Gwendolyn, Judicial Review of Agency Guidance Documents: Rethinking the Finality Doctrine, 60 Admin. L. Rev. 371, 406 (2008).

〔6〕 McKee Gwendolyn, Judicial Review of Agency Guidance Documents: Rethinking the Finality Doctrine, 60 Admin. L. Rev. 371, 406 (2008). 我们所需注意的是关于艾博特所提出的成熟原则判断的两个标准,案件适合司法审查性和推迟司法审查对当事人造成的困难,这两个标准是同时用,还是仅用适用其中某个即可,法院的理解并不一致。在实践中,有法院认为二者缺一不可,有的法院则认为可仅以一个标准来判断。

〔7〕 Robert C. Power, Help Is Sometimes Close At Hand: The Exhaustion Problem And the Ripeness Solution, U. Ill. L. Rev. 547, 611 (1987).

〔8〕 Ticor Title Insurance Co. v. F. T. C., 814 f.2d 731, 736 (D. C. Cir. 1987). 转引自 Wright R. George, Timing of Judicial Review of Administrative Decisions: The Use and Abuse of Overlapping Doctrines, 11 Am. J. Trial Advoc. 83, 98 (1987-1988).

〔9〕 Ticor Title Insurance Co. v. F. T. C., 814 f2d 731, 746, 750 (D. C. Cir. 1987). 转引自 Wright R. George, Timing of Judicial Review of Administrative Decisions: The Use and Abuse of Overlapping Doctrines, 11 Am. J. Trial Advoc. 83, 98-99 (1987-1988).

(Davis)教授曾指出“最终性的问题存在于与成熟原则的有关判例法和与穷尽救济原则的有关判例法重合的部分。最终性可能是穷尽行政救济原则的一部分,也可以使成熟原则的一部分,或者作为独立的原则出现;法院并不区分三者,因为法院认为不需要。”〔1〕

四、结语

成熟原则、穷尽原则、原告资格、最终性原则由于功能的近似性,存在千丝万缕的联系。而国内学者对这部分内容关注并不多。本文基于英文文献,对成熟原则与诸原则之间的关系进行了初步分析。就成熟原则与穷尽原则的关系而言,二者同为表征案件适合司法审查性的原则,二者所促进的价值或作用相同,皆体现了行政机关与法院权力分配。与此同时,二者也存在一定区别。成熟原则偏重于对行政机关和法院关系的考虑,而穷尽原则偏重于对行政程序的考虑。此外,在某些情形下,穷尽救济原则是成熟原则的判断条件之一。就成熟原则与原告资格的关系而言,成熟原则理论在困难标准和适合司法审查标准两方面与原告资格理论都有相似之处,二者不同之处在于关注点不同。就成熟原则与最终性原则而言,二者关系略显复杂。其一最终性是源于法律的原则,本身具备独立性,并不依附于成熟原则。在最高法院于艾博特案件中详尽阐述成熟原则之前,即以作为独立的原则判定法院的管辖范围。其二最高院在1967年艾博特案中将最终性并入成熟原则中考虑,使得最终性成为成熟性的判断因素之一,并且是关键因素。其三正是由于最终性在成熟原则的关键地位,法院有时将二原则混用,给判例法带来一定程度的混乱。

(责任编辑:刘奇耀)

〔1〕 Tior Title Insurance Co. v. F. T. C., 814 f2d 731,750 (D. C. Cir. 1987). 转引自 Wright R. George, Timing of Judicial Review of Administrative Decisions: The Use and Abuse of Overlapping Doctrines, 11 Am. J. Trial Advoc. 83, 99 (1987-1988).

盘点 2010 年·法学院

2010 年，是法学院建设的第 10 个年头。回顾 10 年历程，山经法学建设者们艰苦创业，风雨兼程，倾注心力，创特色，入主流，追求卓越，使得山经法学教育抓住了一个快速发展的机遇期。10 年累积，山经法学学科逐渐成为学校高水平财经大学学科建设的支柱学科，法学一级硕士点申报成功也为未来发展奠定了坚实基础。

盘点 2010 年，我们可以看到，在学科建设方面，学院由 2006 年申报成功民商法学二级学科硕士点到 2010 年申报成功法学硕士一级学科点，使得学院在全国、全省法学教育的位次前移。“法律与经济·管理”校级研究机构的建立为学院学科建设打开了更加广阔的发展空间。在学术科研方面，2010 年学院获一项国家级课题立项，五项省部级课题立项，一项成果获得省级以上奖励。在学术交流方面，学院承办 2010 年《法学论坛》新春恳谈会、2010 山东省法学教育年会，2010 年来访学者 12 人，举办学术讲座 18 场，学院教师外访和参加学术会议 51 人次。在人才培养方面，2010 年本科专业教育和实践教学力度不断加大，与众成仁和律师集团全面合作正式启动；研究生、本科生专业实习全面展开；2010 年司法考试通过率达 37.83%（70 人通过，2011 届毕业生 185 人），就参加考试人数来说，已经连续四年通过率超过 60%；与教师教学科研紧密结合的社会实践活动持续开展并荣获校级优秀组织单位；学生积极参与挑战杯创业计划竞赛并荣获校级优胜杯，多名教师被授予优秀指导教师，多名学生被授予大学生科技创新活动先进个人，学生荣获挑战杯创业计划竞赛全国金奖 1 项、省级二等奖 1 项；学生工作队伍理论研究成果显著，所参与的团中央工作研究课题荣获全国优秀成果奖；2010 年派出 8 名本科生到山东大学法学院访学。在社会服务方面，学院积极参与山东省便民法律咨询服务活动、法律援助服务和优秀大学生暑期挂职服务活动。在硬件建设方面，学院不断改善教学科研设施。

这不仅仅是一些事实性的陈述，通过这些数字能够描述山东经济学院在高水平财经大学建设中一份事业的发展与进步。我们深知，展开这些指标数字就是我们亲身经历的过程和场面，里面有那么多激动人心的时刻和生动感人的故事，合成了我们勤奋执著艰苦创业的 2010。其实也反映着 2000—2010，我们信守道义恪守职责极尽本分，有多少人专心管理与服务加班加点，有多少人忘我奔波苦心劳作为大家谋取福利不计个人得失，有多少人用足心情教书育人专注三尺讲台兢兢业业疲惫着身心，有多少人潜心学术牵领学科专注于学问精进和创新不惜心力，有多少人通过各种方式关心和帮助我们发展学术、建设学科、培养人才、扩大国际视野、改善教研设施。

2010 岁末，我们感谢所有为此努力付出的人，感谢每一个关心、关注、关怀法学院成长发展的领导、老师、朋友和同学！

盘点 2010，我们将展开更宽的视野、投入更大的努力，用思想、忠诚和行动为山经法学教育的发展继续累积，为学校内涵发展新跨越与高水平财经大学建设继续奋斗！

让我们一起回顾 2010 年法学院重点记录

1 月 30 日，学院承办《法学论坛》新春恳谈会。山东政法学院院长李玉福、中国海洋大学政法学院院长徐祥民、山东大学威海分校副校长、法学院院长陈金钊等全省法学院系、科研机构和实务部门专家学者 30 人出席会议。山东社会科学院法学所所长于向阳主持。法学院院长梁如霞致辞并介绍山经法学教育发展情况。山东省法学会副会长兼秘书长、《法学论坛》主编陈泽沅介绍《法学论坛》2009 年主要工作：再次入选中文社会科学引文索引（CSSCI）来源期刊，并再次被新闻出版部门评为华东地区优秀期刊和山东省优秀期刊，对今后发展提出更高要求并高度肯定我校法学院取得的成绩。法学院学术杂志《法学空间》获得与会专家高度赞誉。

3 月 15 日，在 3·15 国际消费者权益日，法学院联合山东大学、山东政法学院在济南洪楼广场开展“消费与服务”主题的消费者维权系列活动。

3 月 18 日，法学院举办司法考试经验交流会。邀请了司法考试中取得优异成绩的同学介绍学习经验。

3 月 25 日，对寒假期间开展“读一本好书”大型读书活动进行交流和总结表彰，推动学生做读书笔记和养成多读书、读好书的良好习惯。

3 月 30 日，法学院举行第 5 期青年博士论坛。校团委副书记、山东大学法学院宪法与行政法博士研究生刘奇耀应邀主讲宪法保护公民合法财产权报告。

4 月 21 日，法学院主办第 3 期“大学，大学堂”创新创业论坛。论坛邀请山东仕达思生物产业有限公司董事长兼总经理、山东仕达思科技有限公司董事长谢晓鸿主讲投资家关注的创业计划书内容。

4 月 26 日，世界知识产权日，知识产权协会开展了“经济与法”为主题的宣传活动和相关案例的讨论学习活动。

4 月 30 日，法学院在 2010 年春季运动会上取得教工综合成绩第七名，优秀组织奖等荣誉。

5 月 12 日 13 日，法学院举行了 2010 届优秀毕业生交流会和考研经验交流会。法学院院长梁如霞、校团委副书记刘奇耀出席了此次会议。

5 月 14 日，法学院“追忆峥嵘岁月，奏响青春乐章——纪念五四爱国运动系列教育活动”在明水校区举行，系列活动共由五部分组成分别是：“追忆峥嵘岁月，奏响青春乐章”、“青春 奋斗”主题征文活动、高扬青春的火炬——“五四”精神主题朗诵比赛、“追寻党的步伐 回顾英雄火热的青春”、新世纪大学生素养教育等。

5 月 20 日，法学院主办第 3 期“大学，大学堂”青年博士论坛。法学院李震博士主讲“中外刑

事法律制度比较”，此前李震博士已受聘山东经济学院“大学，大学堂”系列学习讲座青年教师指导委员会委员。

6 月 3 日，以弘扬法律精神、创新学术氛围为主题的山东经济学院第八届法学文化节举行闭幕式，文化节相继开展了“知识产权杯”法律知识竞赛、法律大讲堂、“法学杯”辩论赛、模拟庭审、你身边的法律、榕园说法等活动。

7 月 1 日，法学院全面启动 2010 年暑期社会实践。学院继续深化学生暑期社会实践与教师教学科研相结合的实践模式，经过前期学院教师与学生个人项目征集、学生自由选择报名、重点课题立项、组队等环节，筛选出 12 支调查团队参与 2010 年法学院暑期社会实践。

7 月 3 日，王建敏教授、王仰光博士参加中国法学会商法学研究会 2010 年年会并提交学术论文和发言。本届年会由中国法学会商法学研究会主办、大连海事大学承办。中国法学会商法学研究会名誉会长、著名法学家江平教授、中国法学会副会长李清林先生、最高人民法院副院长奚晓明、大连市政法委书记张中先生、中国法学会商法学研究会会长王保树教授等 300 名商法学专家学者参加会议。

7 月 9 日，法学院与众成仁和律师集团全面合作启动。校党委书记张体勤、院长郝书辰、党委副书记牟思伦；济南市司法局副局长栗端常、律师管理处处长张玉亮；众成仁和律师事务所主任王广仁、副主任周新；我校教务处、学生处、法学院负责人，部分教师、学生及众成仁和律师事务所部分律师出席合作签约暨教学实践基地揭牌仪式。法学院院长梁如霞与众成仁和律师事务所主任王广仁签署合作协议，同时教学实践基地、奖学金、财政金融法学应用研究中心、聘任兼职教授、高级顾问等项目正式启动。

7 月 12 日，法学院 2010 年暑期专业实习全面启动。12 日，法学院济南市检察院实习团队 16 人在市检察院的公诉处、民行处，历下区检察院、历城区检察院正式开始实习活动。13 日，法学院济南市中级人民法院实习团队 14 人正式开始实习活动。14 日，法学院济南市历下区人民法院实习团队 17 人正式开始实习活动。

7 月 12 日，法学院 2009 级本科生赵衍杰入选山东经济学院 2010 暑期创新创业精英培训营计划，在 7 天半时间内，完成了挑战杯创业计划竞赛专题讲座与交流、团队能力专题培训、大学生职业规划指导、大学创业就业现状分析、校园创业就业实践指导、联通未来青春创业社首席导师主题演讲及企业一日观察与见习、无领导小组讨论、素质拓展、企业一日观察与见习等训练，促进了创新人才培养。

7 月 16 日，2008 级民商法学专业 7 名研究生结束山东省检察院为期 2 个月的实习活动。圆满结束。省检察院举行实习活动总结会议，省检察院党组成员、专职委员会委员于晓晴以及相关处室负责人参加会议。我校法律事务室主任、法学院副院长宋焱应邀出席。会议总结 7 名实习研究生两个月的实习工作，给予高度评价，并期待有更多、更广泛的合作和交流。

7 月 16 日，章彦英副教授参加中国法学会比较法学研究会 2010 年年会。本届年会由广东肇庆学

院和广东涉外投资法律学会承办。

7 月 19 日,何翠凤教授参加中国法学会行政法学研究会 2010 年年会。本次年会由中国法学会行政法学研究会主办,山东省人民政府法制办公室承办。年会主题为“社会管理创新与行政法”。

7 月 23 日,我校优秀大学生暑期挂职锻炼项目正式启动。法学院 2009 级本科生李志玉与会计学院吴春磊、财政金融学院房金龙等入选首批 3 名挂职名单。李志玉在章丘市明水街道办信访办开展了为期 1 个月的挂职锻炼。

8 月 4 日,法学院党总支书记冀怀栋、院长梁如霞、副书记邵文涛、办公室主任于忠翔访问山东省公安厅刑侦局,考察刑侦实验室,并就有关合作事宜进行了座谈。此次访问是为了在大学生法律援助中心、模拟法庭、模拟律师事务所、法律诊所等实验室建设基础上,积极论证筹备建立刑侦实验室。

8 月 10 日,法学院教师承担出版“农家书屋”工程书系《不打官司的智慧》。受山东人民出版社委托,由我校法学院党总支书记冀怀栋同志主编、法学院教师编著的“农家书屋”工程书系《不打官司的智慧》目前已由山东人民出版社出版。该书是国家新闻出版总署新闻出版工作的“一号”工程、重点图书“农家书屋”系列,是山东省承担的百种之一,是山东人民出版社承担的十种之一。冀怀栋同志主持设计了本书的编写思路、结构和最终统稿。刘奇耀、李震协助主编进行了统稿工作。冀怀栋、刘奇耀、李震、石岩、赵静、曹枫等教师分工编写了相关章节。本书从构思立意到写作,原创性较强。作为社会主义新农村建设农家书屋书系,在编写风格上遵循贴近农民、服务农民的原则,努力做到农民看得懂,用得上,留得住。在引导农民朋友增强法律意识的同时,建议采用多元化的纠纷解决方式,提供了发生在农村地区的一些通过非法律途径顺利解决的案例,提供了现实性、好操作的救济方式。

8 月 18 日,经共青团中央课题规划办公室和课题评审办公室组织专家评议,揭晓了共青团中央 2008-2009 年度青少年和青少年工作研究课题优秀成果奖。我校团委副书记刘奇耀、法学院党总支书记邵文涛等同志参与的团中央规划课题《基于与政府管理分离、衔接和良性互动的共青团职能履行研究》(2008GH183)顺利结题并荣获优秀成果奖。

9 月 6 日,法学院 2008 级本科生刘静领队的创业计划书《Hi 贝尼斯儿童生态营有限公司》在“挑战杯”山东省大学生创业计划竞赛中喜获二等奖。

9 月 10 日,刘奇耀讲师参加“法律人的本分与坚守”学术座谈会。座谈会由山东大学法律职业伦理课程改革课题组倡议,山东省人民检察院研究室、山东政法学院法学院等参与主办。

9 月 24 日,侯圣和讲师参加中国科学技术法学会第六届会员代表大会暨 2010 年学术年会。大会由中国科学技术法学会主办,上海交通大学、上海政法学院、华东政法大学承办。年会主题为“创新国策与法制建设”。与会代表就“创新政策与科技法制”、“产学研合作法制研究”、“知识产权战略”、“知识产权法学研究”、“新时期科技法学学科建设”等展开讨论。侯圣和讲师做了题为《高新

技术企业知识产权保护存在的问题与对策》的专题报告，并当选为中国科学技术法学会理事。

9 月 29 日，学校发布我校新增 3 个硕士学位授权一级学科点，法学院获得法学一级学科硕士点，实现了学院发展重大突破。

9 月 29 日，我院学生罗鹏喜获第七届“挑战杯”中国大学生创业计划竞赛金奖。由共青团中央、中国科协、教育部和全国学联共同主办，吉林大学和长春市人民政府联合承办的第七届“挑战杯”一汽大众中国大学生创业计划竞赛中，我校《山东润禾科技有限责任公司》创业团队喜摘全国金奖，实现了我校学生挑战杯竞赛的历史性突破。我院 2007 级本科生罗鹏作为团队成员，担任法律主管角色。

10 月 2 日，法学院院长梁如霞教授应邀参加教育部高校法学学科教学指导委员会中国法学教育研究会 2010 年年会暨第二届 21 世纪世界百所著名大学法学院院长论坛。出席本届年会和论坛的有全国 300 多所法律院系的代表和世界 200 多所法学院校的专家学者。年会和论坛以“全球化背景下的法律人才培养：挑战与发展趋势”为主题，围绕“全球化与法律人才培养的目标与体制”“全球化与法学课程体系改革”“《国家中长期教育改革发展规划纲要》与法律人才培养模式改革”等专题展开热烈讨论。梁如霞教授参加了相关论坛的讨论，并参加了中国人民大学法学院 60 年院庆的系列活动。

10 月 9 日，学校党委按照中央和省委的指示精神召开建立健全以“承诺、践诺、评诺”为主要内容的创先争优活动推进机制部署会，会后，法学院党总支全面部署学院师生“承诺、践诺、评诺”活动。法学院党总支承诺，突出法学学科特色优势，加强法学一级学科硕士学位点相关专业建设，使经、管、法学科在更深层次上融合并相互支撑。各学生党支部展开讨论，从思想、学习、工作、生活各方面发表自己作为学生党员承诺、践诺的内容。

10 月 9 日，徐凤真教授参加中国法学会民法学研究会 2010 年年会暨学术研讨会。会议由中国法学会民法学研究会主办、中国政法大学民商经济法学院承办。中国法学会副会长林中梁、最高人民检察院副检察长姜建初、中国政法大学终生教授江平、中国法学会民法学研究会会长王利民等 200 余名专家学者参加会议。

10 月 15 日，山东省法学教育研究会会长、烟台大学校长、博士生导师房绍坤教授应邀做客法学院成蹊讲坛第 15 期，举办“关于侵权责任法适用的几个问题”的学术讲座。

10 月 16 日，由学院承办的山东省法学会法学教育研究会 2010 年会暨山东法学教育发展论坛召开。山东省法学会副会长陈泽沅，山东省法学会法学教育研究会会长、烟台大学校长房绍坤，秘书长、烟台大学法学院院长金福海，台湾世新大学法学院院长段重民，山东大学法学院院长齐延平等全省 26 所法学院系的院长、主任、法学专家出席会议。我校院长郝书辰参加会议并致欢迎词，法学院院长梁如霞主持开幕式。陈泽沅副会长讲话，房绍坤教授致开幕词。郝书辰院长致欢迎词，介绍了我校历史发展及山东财经大学的筹备现状，着重介绍了法学院的学科建设、师资力量、发展方向等办学

情况，表示要坚持“高标准、入主流、创特色”的理念，将我校法学学科建设成支柱学科。与会代表就“法学教育的国际化问题”、“法学教育如何应对司法考试的挑战”、“如何提高法科学家的职业能力”、“全省法学院系学生模拟法庭、法律辩论赛的组织与实施方案”、“有关法学教育的重要论题”等五个主题展开讨论，学院章彦英副教授、赵信会教授、徐凤真教授、邵文涛副教授分别作交流发言。

10 月 22 日，2009 年山东经济学院优秀科研成果奖揭晓。法学院王春婕教授的《北美自由贸易区模式的创新价值探析》、赵信会教授的《对交通事故认定书证据属性的质疑》、杨静毅博士的《论法律属性与法律思维的关系》、李震博士的《刑法解释规制论》荣获三等奖。

10 月 22 日，王春婕教授参加中国欧洲学会欧洲法律研究会 2010 年年会。本次会议由中国欧洲学会欧洲法律研究会主办、上海外国语大学法学院承办，中心议题为“《里斯本条约》与欧盟法的发展”。来自全国二十余所大学或研究机构法律研究专家参加年会，王春婕教授当选中国欧洲学会欧洲法律研究会理事。

10 月 27 日，王维芳教授参加第五届“环渤海区域法治论坛”。本届论坛由中国法学会指导，京、津、冀、鲁、晋、辽、内蒙古七省（自治区、直辖市）法学会共同主办。中国法学会党组书记、常务副会长刘飏，辽宁省省委常委、省总工会主席赵国红、大连市领导里景瑞、张中参加论坛。论坛以“环渤海区域海洋经济现状与发展的法律问题研究”为主题，重点围绕如何适应即将实施的新海洋运输法国际公约——《鹿特丹规则》，加快发展环渤海区域航运、贸易等法治问题进行研讨。王维芳教授提交论文《浅析新运输法公约对环渤海区域对外贸易的影响》，提出了有针对性的工作对策和建议，获得大会优秀论文二等奖。

10 月 28 日，“众成仁和奖学金”颁奖仪式举行。校党委副书记牟思伦出席颁奖仪式并讲话。众成仁和律师事务所主任王广仁、副主任周新、高级合伙人唐向东、办公室主任田文华、我校教务处、学生处、法学院负责同志和学院 160 多名师生出席颁奖活动。

10 月 28 日，赵信会教授参加中国民事诉讼法学研究会 2010 年年会。本届年会由中国法学会主办、浙江省人民检察院承办、湖州市人民检察院协办。最高人民检察院副检察长姜建初、中国法学会副会长周成奎、全国人大法工委民法室副主任扈纪华以及来自全国高校、科研院所、检察院、法院系统 300 多名专家学者、司法实务工作者参加大会。赵信会教授提交“论检察机关参与人事诉讼”、“论检察机关民事执行检察监督中的证据调查”、“系统论视角下的民事执行检察监督”三篇论文，参与大会讨论，担任大会评议。

10 月 30 日，大学生法律援助中心志愿者参与“山东省便民法律咨询服务活动”。由山东省委政法委、省司法厅、中央电视台“有法大家帮”栏目主办的“山东省便民法律咨询服务活动”在泉城广场举行。我校法学院党总支副书记邵文涛、团总支书记刘思锋、大学生法律援助中心 60 名大学生志愿者参加服务活动。

10 月 30 日，吕欣博士参加由中国政法大学特聘教授何秉松先生发起并组织的第二届全球化时代犯罪与刑法国际论坛，会议主题是“全球化时代犯罪的主要趋势与传统刑罚理论及刑罚制度的反思与超越”。国际刑法学会副主席 Luis Arroyo 先生、法国驻华大使代表 Christine Da Luz 女士、联合国毒品犯罪办事处干事 Dolgor Solongo 女士、中国最高人民检察院副检察长孙谦大检察官、原最高人民法院副院长刘家琛大法官、中国政法大学终身教授陈光中先生、台湾中央警察大学余振华教授、中国政法大学副校长张保生教授以及来自俄罗斯、法国、意大利、德国、加拿大、西班牙、韩国、我国台湾地区、中国大陆的 160 多位专家学者参加了本次论坛。吕欣博士提交了题为“环境犯罪刑罚结构的完善”的中、英文论文，并与中外学者就相关刑法问题进行了探讨和交流。

10 月 30 日，黄娟教授、于朝印博士参加中国法学会经济法学研究会 2010 年年会暨第十八届全国经济法理论研讨会，会议主题为“经济法与我国民主法治建设”。本次学术年会由中国法学会经济法学研究会主办，中南大学法学院承办。中国法学会副会长周成奎，中国经济法学研究会会长、北京大学常务副校长吴志攀教授，中国经济法学研究会顾问杨紫烜教授、李昌麒教授、张士元教授及中国法学会经济法学研究会的各位副会长、常务理事、理事、代表 300 多人出席会议。黄娟教授当选为中国法学会经济法学研究会理事。于朝印博士提交了题为“金融安全视阈下的资产证券化监管法律制度研究”的论文并进行大会交流。

11 月 2 日，法学院王建敏教授的《民事诉讼改革中的辩论主义》获得山东省第二十四次社会科学优秀成果奖二等奖。

11 月 5 日，我校聘任北京大学法学院博士生导师、法学博士、全国十大中青年法学家、长江学者陈瑞华教授为我校客座教授。聘任仪式由法学院院长梁如霞主持，我校副院长崔友平为陈瑞华教授颁发了客座教授聘书。仪式后，陈瑞华教授做客法学院成蹊讲坛学术讲演第 17 期，为学院师生作了“刑事司法改革的动向”的学术报告。

11 月 9 日，荷兰海牙 T. M. C ASSER 研究所国际体育法研究中心主任，国际体育法杂志（IS-LJ）和 ASSER 国际体育法系列图书出版总编辑 Robert Siekmann 教授应学院之邀，为法学院师生举办“体育法与欧盟体育政策”专题讲座。

11 月 16 日，台湾世新大学法学院院长、美国加州大学赫斯汀法学院法学博士段重民教授应邀做客法学院成蹊讲坛学术演讲第 16 期，举办了“网络色情的刑事责任—从台湾与美国的法律谈起”的学术讲座。法学院副院长赵信会主持讲座，学院师生百余人参加讲座。

11 月 20 日，山东省高级人民法院刑四庭副庭长吴靖法官做客法学院法律家论坛第 9 期，主讲“刑事审判量刑规范及律师辩护业务”，济南市刑辩律师及法学院师生六百人参加讲座。

11 月 23 日，法学院 2010 年司法考试再创佳绩。法学院 2011 届毕业生共 185 人，在 2010 年司考中，70 人顺利通过，其中包括 C 证 4 人，通过率为 37. 83%。较 2009 年司考通过率 32. 94%，提高 4. 89%。仅就参加考试人数来说，已经连续四年通过率超过 60%。

11 月 24 日, 美国巴尔的摩大学法律图书馆助理馆长刘朱胜应学院邀请举办“美国巴尔的摩大学法学硕士(LL. M.) 项目”专题讲座, 法学院院长梁如霞、副院长王建敏、校团委副书记刘奇耀及法学院部分学生听取讲座。

11 月 25 日, 济南市政协人口资源环境委员会主任、济南诗词学会秘书长孔翔宇应邀来学院开展“济南建设区域中心城市的条件与面临的现实问题”的专题讲座。该讲座由法学院、经济与城市管理学院、科研处共同主办。法学院院长梁如霞、副院长王建敏, 经济与城市管理学院党总支书记吕秀美、院长董长瑞及两个学院师生听取了此次讲座。

11 月 25 日, 由法学院、体育学院、社会发展学院联合主办的“歌舞青春”2010 级迎新晚会在明水校区体育馆举行。校党委副书记牟思伦, 学生处、明水校区管委会、校团委、燕山学院和法学院、体育学院、社会发展学院的负责人与明水校区同学一起观看了演出。

11 月 27 日, 王仰光博士应邀参加法学院法学沙龙第 21 期, 就“城管在规划中的合理性”话题与 2009 级、2010 级学生展开研讨。

12 月 2 日, 赵信会教授、李震博士参加山东省诉讼法学会 2010 年年会。本届年会由山东省法学会主办、德衡律师事务所承办。司法实务部门和高校专家学者 80 多人参会。增补我院赵信会教授为山东省诉讼法学会理事, 并做题为“关于司法能动性的一点看法”的学术报告。李震博士针对会议“非法证据排除规则问题”做了精彩发言。

12 月 3 日, 成蹊讲坛第十八期在我校三号报告厅举行, 上海大学法学院院长、对外经济贸易大学法学院教授、博士生导师沈四宝教授主讲“法律人才的素质培养”讲座, 与在座的师生进行了交流。

12 月 3 日至 12 月 5 日, 我校周植赟和邵文涛两位教师赴清华大学观摩第八届“理律杯”全国高校模拟法庭竞赛, 本届理律杯有中国人民大学、北京大学、清华大学等 27 支高校代表队 100 多名队员参加, 通过观摩为模拟法庭教学工作和明年山东省模拟法庭比赛积累了经验。

12 月 4 日和 5 日, 围绕着全国第十次 12·4 普法宣传日和 12·5 国际志愿者日, 围绕“弘扬法治精神, 创建和谐社会”的主题, 我校大学生法律援助中心在校园、火车站农民工维权点、章丘旭升村、佛山苑小区等社会实践服务基地开展了系列普法活动。

12 月 4 日, 上海大学法学院院长、对外经贸大学法学院教授、博士生导师沈四宝教授应邀做客法学院法律家论坛第 10 期, 作题为“中国仲裁制度与律师实务”的学术报告。济南仲裁委员会副主任刘昌国出席报告会并致辞。济南市各律师事务所律师及学院师生 600 多人聆听报告。

12 月 4 日至 6 日, 章彦英副教授作为获奖作者参加了山东省社会科学界 2010 年学术年会, 所提交的“论土地征收救济机制之构建”获得优秀论文二等奖。本次会议围绕“经济文化强省建设: 发展与转型”这一主题, 采取专家主题讲座、分组讨论、大会交流发言、专家点评的方式, 对新形势下如何对经济文化强省建设进行总体布局, 如何加快我省经济社会发展的转型升级等重大现实性、

理论性问题进行了深入的探讨和交流。

12 月 9 日，校团委、法学院主办的“大学，大学堂”优秀校友报告会第 2 期暨青年博士论坛第 7 期举行。我校法学院 2007 届法学本科毕业生、山东大学法学院宪法学与行政法学博士研究生相焕伟受邀进行了学术报告和学业交流。校团委副书记刘奇耀、法学院党总支副书记邵文涛与法学院 2009 级、2010 级学生近 200 人参加报告会。相焕伟博士以“依政策行政与依法律行政的矛盾与消解”为主题进行学术报告，结合自己在学院求学的四年本科时光、在中国海洋大学法政学院三年研究生经历以及在山东大学法学院的博士生求学感受，总结归纳了一些法科学生学业引导的经验与教训，从学习、实践、人际关系、工作（公务员）、考研（司法考试）和法律思维培养等六个方面提出了建议，推荐了大学法科学习的相关书籍资料、网站资源以及法律电影。

12 月 13 日开始，法学院开展课前演讲活动，学生在每天早晨上课前半小时进行有主题轮流演讲。

12 月 16 日，法学院举行大学生人生规划职业规划答辩会。校学生处、校团委和法学院的 15 名教师担任评委，2010 级学生 98 人参加答辩。答辩活动分五组，每组 20 人左右，历时 4 小时，每个学生阐述了自己的人生规划和职业规划，对大学四年的学习和锻炼计划作了论证。评委老师认真听取学生规划内容，在肯定学生理性思维和规划的基础上，针对学生答辩内容中不完善、不合理的地方作了指导与评价。这是学院自 2008 年以来对法学人才培养和就业提升行动方案的积极探索

12 月 16 日，法学院学术杂志《法学空间》被山东省新闻出版局评为优秀等级。山东省新闻出版局从 11 月 5 日开始组织开展了全省第三届连续性内部资料出版物出版质量综合评估工作，聘请专家对全省 2008 年至 2009 年出版的 350 种连续性内部资料出版物，从政治、业务、编辑和出版标准等方面进行了综合评估，共评出优秀级连续性内部资料出版物 119 种，良好级 121 种，合格级 107 种，不合格级连续性内部资料出版物 3 种。《法学空间》是我校法学院主办的法学学术刊物，是经山东省新闻出版局批准的省级连续性内部刊物。学校党委书记张体勤、院长郝书辰亲自题写创刊致辞，自 2006 年创刊以来，《法学空间》已连续刊出四期。学院坚持办刊方向，充分聚焦社会热点问题，竭力开创学术论坛，相继刊出了有特色的法学专题研究和法学各科研究，并结合我校学科特色，加大法经经济学研究、开设经济学家看“法”等栏目，努力形成经、管、法学科交叉研究的学术交流氛围。开设研究生论坛，促进我校法学研究生教育培养。搭起了法学院与全国、全省法学院校、法律实务部门的交流平台，其办刊质量获得了同行们的广泛赞誉。

展望 2011 年，我们即将踏上新的征程，在师生的共同努力下，法学院必定会谱写新的华章，开创辉煌的明天。