

**Национальный исследовательский университет
«ВЫСШАЯ ШКОЛА ЭКОНОМИКИ»
Санкт-Петербургский филиал
Юридический факультет
Лаборатория сравнительно-правовых исследований**

**АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ
ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ
ЭКОНОМИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ
В РОССИИ И КИТАЕ**

ББК 67
А75

Актуальные проблемы правового регулирования экономической деятельности в России и Китае / Редкол.: Т.А. Алексеева (отв. ред.), А.В. Ильин. СПб.: Юридический факультет и Лаборатория сравнительно-правовых исследований НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург, 2012. — 296 с.

ISBN 978-5-7422-2845-5

© Юридический факультет НИУ ВШЭ —
Санкт-Петербург, 2012

© Лаборатория сравнительно-правовых
исследований НИУ ВШЭ —
Санкт-Петербург, 2012

© СПбГПУ, 2012

СОДЕРЖАНИЕ

ЕЛЕНА АДОЛЬФОВНА БОРИСЕНКО

Вступительное слово

7

ТАТЬЯНА АНАТОЛЬЕВНА АЛЕКСЕЕВА

Сотрудничество правоведов России и Китая:
исторические основы и перспективы

8/38

Тема 1

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО — ПРАВОВОЙ ФУНДАМЕНТ РЫНОЧНОЙ ЭКОНОМИКИ

ГАДИС АБДУЛЛАЕВИЧ ГАДЖИЕВ

Методологические проблемы совершенствования гражданского
законодательства о юридических лицах

11/39

ФЭЙ АНЛИН

Дискуссии об участнике коммерческой деятельности в римском
праве

19/39

МИХАИЛ ВАЛЕНТИНОВИЧ КРОТОВ

К понятию обязательства

20/48

ЯН ИНХУН

Обеспечение обязательств: от римского права к современному праву

23/48

ЛЕОНИД СЕРГЕЕВИЧ МИХАЛЕВИЧ

Проблема определения момента вступления в силу договоров по
гражданскому законодательству Российской Федерации

24/58

ВАН ХУНПИН

Эффективность не вступивших в силу контрактов

28/59

ЛЮ ИНЬЯН

Теоретическое исследование реляционных контрактов

29/69

ВЛАДИСЛАВ ВЛАДИМИРОВИЧ БОНДАРЕНКО

Хозяйственное партнерство и инвестиционное товарищество:
правовой статус и перспективы развития

30/76

Тема 2

СОВРЕМЕННЫЕ ПРОБЛЕМЫ КОММЕРЧЕСКОГО ПРАВА

АНДРЕЙ ЮРЬЕВИЧ БУШЕВ

Современные тенденции развития предпринимательского права по определению границ свободы принятия бизнес-решений и условий ответственности директоров коммерческих организаций: критерий «явной очевидности» 77/111

ХУ ЛИЛИН

Внешняя эффективность передачи акций акционерного общества: исследование китайского корпоративного законодательства и практики его применения 85/112

СЕРГЕЙ МИХАЙЛОВИЧ КОВАЛЕВСКИЙ

Правовые проблемы ипотечного страхования в России 86/121

БО ЕННА

Практика и законодательство, регулирующее прекращение деятельности китайских страховых компаний 91/122

ПОЛИНА ГЕННАДЬЕВНА РЯБИНЧУК

Государственное регулирование конкуренции в сфере строительной деятельности 92/131

АЛЕКСАНДР КОНСТАНТИНОВИЧ ВОЛКОВ

Правовое регулирование инвестиций в газодобывающей отрасли Российской Федерации: перспективы российско-китайского сотрудничества 101/131

Тема 3

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ГОСУДАРСТВЕННОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

ЛО ДЖИМИН

Мысли о целесообразности вмешательства государства в экономику в Китае (на примере регулирования сферы лицензирования) 132/184

СВЕТЛАНА АЛЕКСЕЕВНА ЧЕХОВСКАЯ

Реформирование корпоративного законодательства России: соотношение императивного и диспозитивного регулирования 132/191

ЛИ ХУННАНЬ

Правовые проблемы реформы государственных предприятий
в Китае и России

140/191

ЛИ ВЕНТИН

Экономический анализ лицензирования деятельности такси
в Пекине: сбой в рыночном механизме или управлении?

141/199

ВАН СИНХУН

Фидуциарная ответственность государственных предприятий:
китайский опыт, размышления и предложения

143/208

ОЛЬГА АЛЕКСАНДРОВНА МАКАРОВА

Организационно-правовые формы участия государства
в экономике России

144/217

ДЖАН ЕНЛИ

Проблемы банкротства китайских предприятий

152/217

ИЛЬЯ МИХАЙЛОВИЧ ШЕВЧЕНКО

О некоторых проблемах развития российского законодательства о
банкротстве на современном этапе

153/226

*ВЛАДИМИР АЛЕКСАНДРОВИЧ СИВИЦКИЙ,
АНТОН ОЛЕГОВИЧ ЛЕБЕДЕВ*

О некоторых конституционно-правовых аспектах государственного
регулирования экономической деятельности в России

163/227

АННА АНАТОЛЬЕВНА СМЕРНОВА

Лицензирование и иная разрешительная деятельность как методы
государственного управления

171/227

НУГЗАР АЛЕКСЕЕВИЧ ДЖОБАВА

Проблемы устойчивого развития государств

177/228

Тема 4

СОВРЕМЕННЫЕ ПРОБЛЕМЫ ФИНАНСОВОГО ПРАВА

ВАН ЮН

Теоретические проблемы введения закона о трасте в КНР

229/263

АННА МИХАЙЛОВНА ЛАПТЕВА

Актуальные проблемы развития законодательства Российской Федерации о рынке ценных бумаг

229/276

ДЗЯН УДЖИН

Законодательный опыт российской налоговой реформы и ее влияние на Китай

234/276

ИРИНА АЛЕКСАНДРОВНА МАКАРОВА

Актуальные проблемы налогового права Российской Федерации

235/281

СЮН ДЗИНГУАН

К вопросу о квалификации финансовых правонарушений, подпадающих одновременно под нормы гражданского и уголовного права (на примере строительства международного финансового центра в Шанхае)

242/282

ИВАН МИХАЙЛОВИЧ КЛЕЙМЕНОВ

Проблемы борьбы с экономической коррупцией

243/290

ВАН ДЖИХУА

Правовой статус банкирского дома в современном Китае

249/291

ДМИТРИЙ ВИКТОРОВИЧ НЕФЁДОВ

Рынок и государственное регулирование финансовой и банковской деятельности

256/291

CONTENTS

292

ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО

Важность проведения семинара «Актуальные проблемы правового регулирования экономической деятельности в России и Китае» и публикации сборника докладов и статей не вызывает сомнений в условия поступательного развития двусторонних экономических отношений, участия наших стран в международных организациях и объединениях, плодотворного международного общения в рамках БРИКС.

Сотрудничество между юристами России и Китая, бесспорно, должно развиваться, в том числе и потому что наши страны связывают разнообразные отношения, регулируемые правом, а некоторые возникающие споры подлежат рассмотрению в судах. В 2012 г. министр юстиции Китайской Народной Республики У Айин приняла участие в работе Второго Международного Санкт-Петербургского юридического форума, выступила с интересным докладом на пленарном заседании. Профессиональное общение на международном уровне — это гарантия стабильных контактов между коллегами. Мы надеемся на дальнейшее развитие отношений не только между юристами-практиками, но и между учеными-правоведами, без которых невозможна ни успешная законотворческая деятельности, ни формирование должной правоприменительной практики.

Для поддержания делового общения в правовой сфере нам необходимо как можно больше знать о правовых системах друг друга, об истории их возникновения и становления, о научных школах, юридическом образовании, развитии науки о праве. Встречи, семинары, конференции, форумы юристов должны стать постоянными формами профессионального общения для обсуждения актуальных проблем правового регулирования, анализа практики реализации права.

Работа, начатая в 2011 г. проведением на базе юридического факультета НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург Международного научного семинара по теме «Правовые аспекты БРИКС», в котором мне довелось участвовать, и семинар 2012 г. «Актуальные проблемы правового регулирования экономической деятельности в России и Китае», а также публикация их материалов, наряду с другими совместными мероприятиями, являются важными шагами на пути создания среды всестороннего юридического общения между правоведами России и Китая.

Елена Адольфовна Борисенко,
Заместитель Министра юстиции
Российской Федерации
© Е.А. Борисенко, 2012

СОТРУДНИЧЕСТВО ПРАВОВЕДОВ РОССИИ И КИТАЯ: ИСТОРИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ

Данный сборник объединяет статьи, подготовленные участниками международного научного семинара «Актуальные проблемы правового регулирования экономической деятельности в России и Китае», организованного юридическим факультетом и лабораторией сравнительно-правовых исследований Санкт-Петербургского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» и проведенного 23–24 ноября 2012 г. в Санкт-Петербурге. После международного семинара «Правовые аспекты БРИКС», в котором приняли участие коллеги из университетов стран БРИКС и Итальянской республики, состоявшегося 8–9 сентября 2011 г. в Санкт-Петербурге,¹ сотрудники юридического факультета и лаборатории сравнительно-правовых исследований задумались о проведении семинаров-диалогов, посвященных проблемам правового регулирования экономической деятельности в странах БРИКС. Тема была выбрана не случайно: она предопределена актуальностью и практической значимостью данной проблемы, а также ориентацией научных исследований и образовательного процесса НИУ ВШЭ. Неудивительно, что выбор партнера по диалогу выпал на китайских коллег — правоведов.

Географически Россия и Китай — соседи, а соседи, как в жизни отдельных людей, так и в отношениях народов и государств, играют особую роль. Их всегда связывают торговые и экономические отношения. Значение таких отношений с Китаем издавна высоко оценивалось в нашем Отечестве. Известно, что еще в 1581 г. царь Федор Иоаннович согласился «пропустить литовцев чрез свои земли» в Персию, Бухарию и «в великое Китайское государство, где родятся камни драгоценные и золото».² Именно такой богатой страной представлялся ему Китай. В XVII в. имели место первые попытки направить посольства в соседний Китай, в 1668 г. туда был отправлен и русский караван. Его глава имел указания способствовать торговым отношениям между двумя странами и собирать информацию о Китае. Получив необходимое разрешение, он продал товары, доставленные им в Пекин, а на вырученные 4500 руб., купил китайских товаров, впоследствии проданных в Москве на сумму в 18 751 руб. Таким образом, торговля с Китаем сразу же оказалась весьма успешной.

В 1675 г. из Москвы на Восток отправили два посольства: одно, возглавляемое М. Касимовым — в Индию и другое — в Китай. Последнее возглавлял Николай Гаврилович Спафария, знавший несколько языков, включая латинский, на котором и состоялся контакт с «ханом», как называли русские верховного китайского правителя. Примечательно, что первый договор, заключенный в Нерчинске в 1689 г. на русском, маньчжурском и латинском языках содержал не только положения о русско-китайском союзе и

¹ Материалы семинара представлены в издании: Правовые аспекты БРИКС. Сборник докладов и выступлений на научном семинаре 8–9 сентября 2011 года / отв. ред. Т. Алексеева, П. Каталано. СПб., 2011.

² Подробнее см.: *Трусович Х.* Посольские и торговые сношения России с Китаем (до XIX в.). М., 1882.

об урегулировании вопроса о границах, но и норму, гарантирующую ведение торговли: «Вследствие ныне заключенной дружбы и установленного вечного союза люди, какого бы то ни было положения, имеющие охранные грамоты для проезда, могут свободно следовать в земли обеих держав и повсюду продавать и покупать, как им будет необходимо для обоюдной торговли (ст. 5 Нерчинского договора).³ Российско-китайские договоры, заключенные в XIX в., как правило, содержали положения, направленные на обеспечение ведения безопасной взаимовыгодной торговли.⁴

В XX в. отношения Китая и России стали более интенсивными и многообразными, были дополнены политическим сотрудничеством, совместным участием во многих международных организациях, а также сотрудничеством в области науки, культуры, образования. Российская Федерация и Китайская Народная Республика являются участниками различных многосторонних международных соглашений, а также двусторонних договоров. Юридической основой сотрудничества, развития совместных исследований, обмена преподавателями, аспирантами и студентами, для проведения научных мероприятий стали следующие акты: Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Китайской Народной Республики о взаимном признании документов об образовании и ученых степенях от 26 июня 1995 г., Соглашение Министерства образования и науки Российской Федерации и Министерства образования Китайской Народной Республики от 9 ноября 2006 г. «О сотрудничестве в области образования» и др.

Российское и китайское научное и образовательное общение в области юриспруденции, представляется, весьма перспективным. Не только соседство и познавательный интерес являются его предпосылками, но и отдельные общие исторические характеристики правовых традиций: роль государственной власти и значение государственного интереса в формировании права, влияние идеологии на нормотворчество и правоприменение, социальное содержание законодательства. Кроме того, в России, как и в Китае, одним из истоков правовой системы является римское право, правовая традиция, сложившаяся в Риме, ее принципы, конструкции, правовые институты и явления.⁵

Сотрудничество Китая и России с 2009 г. вступило в новый этап развития в связи с появлением такого международного объединения, как БРИК (с 2012 г. — БРИКС). В Делийской декларации 2012 г. руководителей государств — членов этой организации было заявлено: «БРИКС — это платформа для диалога и сотрудничества между странами, в которых проживает 43 процента

³ Договор между Российским и Китайским Государствами, учиненный на сезде при Китайской границе в Нерчинске // Полное собрание законов Российской Империи с 1649 г. В 45 т. Т. III (1689–1699). СПб., 1830. № 1346. С. 31–32; Нерчинский договор 1689 г. (пер. с лат. яз.) // Русско-китайские отношения в XVII веке. Материалы и документы. Т. 2. 1686–1691. М., 1972 (http://ostrog.ucoz.ru/publikacii_2/4_82_5.htm (сверено 25 декабря 2012 г.)).

⁴ Подобные положения содержались в Кяхтинском договоре 1727 г., Айгунском договоре 1858 г., Тяньцзинском трактате 1858 г., Пекинском договоре 1860 г.

⁵ Xu Guodong. Diritto Romano e paesi BRICS: codificazione in Cina e India // Правовые аспекты БРИКС / отв. ред. Т. Алексеева, П. Каталано. С. 59–62.

населения земного шара, в интересах содействия миру, безопасности и развитию в условиях многополярного, взаимосвязанного и все более сложного глобализирующегося мира. Трансконтинентальное измерение нашего взаимодействия — а мы представляем Азию, Африку, Европу и Латинскую Америку — придает ему особую ценность и значимость».⁶ Участвуя в построении «полицентричного мира», Россия и Китай ориентированы на решение тех задач, которые ставятся на ежегодных встречах глав государств и правительств.

*
* *

Семинар «Актуальные проблемы правового регулирования экономической деятельности в России и Китае» задумывался как диалог о проблемах правового регулирования отдельных аспектов экономической деятельности, и их разрешении в Китайской Народной Республике и Российской Федерации. В содержательном отношении он был разделен на четыре темы: «Гражданское право — правовой фундамент рыночной экономики», «Современные проблемы коммерческого права», «Актуальные проблемы государственного регулирования экономической деятельности» и «Современные проблемы финансового права».

Доклады, сделанные на семинаре, а также вызванная ими оживленная дискуссия показали возможность, необходимость и полезность научного сотрудничества ученых-правоведов. Участники обогатили друг друга интересной и полезной информацией о правовых системах России и Китая, задумались о возможности разработки общих подходов к их разрешению и согласились, что состоявшийся диалог — первая и успешная ступень к созданию сферы профессионального общения, которое в конечном итоге может внести свой вклад в дело гармонизации правовых систем и развития сотрудничества в рамках БРИКС.

Татьяна Анатольевна Алексеева,
юридический факультет
НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург
E-mail: talexeeva@hse.spb.ru
© Т.А. Алексеева, 2012

⁶ Делийская декларация (принята по итогам IV саммита БРИКС) 29 марта 2012 г. (п. 3).

Тема 1. ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО — ПРАВОВОЙ ФУНДАМЕНТ РЫНОЧНОЙ ЭКОНОМИКИ

МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦАХ

1. В 1994 г. началась многолетняя законодательная работа по кодификации российского гражданского права. В 2008 г. вступила в действие четвертая часть ГК РФ. Не прошло и полугодия с этого момента, как был принят Указ Президента России от 18 июля 2008 г. «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации», которым было предписано Совету по кодификации гражданского законодательства разработать Концепцию совершенствования гражданского законодательства. Это обстоятельство свидетельствует о быстрых изменениях, происходящих в экономике страны, и о необходимости практически безостановочного совершенствования гражданского законодательства. В связи с этим необходимо обратить внимание на методологические проблемы, которые проявились в ходе этой деятельности. Характер и содержание споров, возникших в последние три года при обсуждении того, каким должно быть обновленное гражданское право, свидетельствует о том, что в эпицентре оказались не только сугубо юридические вопросы, но и проблемы, имеющие мировоззренческую и методологическую природу. В определенной мере можно констатировать наличие дискуссии между представителями разных поколений специалистов по гражданскому праву. Более молодое поколение юристов, ориентированное на заимствование западных правовых конструкций гражданского, и прежде всего корпоративного права убеждено, что действующий Гражданский кодекс России во многом продолжает традиции советского гражданского законодательства, поскольку несмотря на декларативное закрепление правового принципа экономической свободы, реально Кодекс основан на патерналистском подходе. Это означает, с их точки зрения, что государство не уверено в способности субъектов экономических отношений распорядиться свободой договора, свободой принятия экономических решений, а поэтому необходимо развивать позитивное законодательство и полагаться прежде всего на расширение правового регулирования экономических отношений государством.

Молодое поколение упрекает юристов *старшего* поколения в том, что те выступают за расширение роли государства, полагая, что надо, наоборот, идти по пути дерегулирования имущественных, особенно корпоративных, отношений в тех случаях, когда в основе отношений лежит соглашение либо акционеров, либо предпринимателей.

Молодые цивилисты не считают необходимым увеличивать количество детальных норм позитивного права, поскольку необходимо больше полагаться на действие общих правовых принципов и на частную инициативу субъектов гражданского права.

2. По сути дела, с методологической точки зрения это противостояние является проявлением постоянного протекающего многовекового спора двух направлений в юриспруденции — номинализма и реализма. С точки зрения реализма как течения в философии общие понятия обладают самостоятельным метафизическим бытием, отличаясь от бытия каких-то конкретных предметов. Реализм исповедует гносеологический и метафизический примат, онтологическое превосходство общего и идеального перед частным и эмпирическим. Номиналисты всегда склоняются к признанию единственной реальностью мир фактов, конкретного, эмпирического. Для реалистов право — это прежде всего самые общие правовые принципы, а для номиналистов право — это сумма конкретных юридических норм, помещенных в законы.

Номиналисты придерживаются текста, буквы закона, реалисты — его духа и его намерений. Номиналисты считают, что законодатель — это прежде всего те люди, которые голосовали за принятие закона. А поэтому понятие «воля законодателя» они отождествляют с теми подлинными намерениями, которыми руководствовались эти конкретные люди. Реалисты — это те юристы, которые верят, что есть какой-то универсальный законодатель, вечно творящий, вечно реальный и не сводящийся к конкретным людям в парламенте. С их точки зрения суды, постоянно толкующие законы, также формируют так называемую волю законодателя. Поэтому, с точки зрения реалистов, интерпретация воли законодателя должна выходить за пределы так называемого исторического толкования права.

3. Разницу между методологическими позициями этих двух направлений в юридической мысли можно показать на примере двух юридических понятий — товарищества и юридического лица как коллективных субъектов права. Римские юристы проводили различие между двумя общностями людей, а именно — товариществами (*societas*) и юридическими лицами. Первое понятие является более близким номиналистам, поскольку для них оно выражает прежде всего реальность конкретных людей. Реалисты отдают предпочтение понятию юридического лица, реальность которого отличается от реальности входящих в его состав лиц. Юридическое лицо обладает особой реальностью, особым юридическим бытием, особым имуществом, особой волей. Номиналисты решительно отказываются верить в действительную реальность юридических лиц. Для них это пустая фикция. Поэтому Иеринг писал, что не юридическое лицо как таковое, а отдельные его члены — люди являются истинными и единственно возможными субъектами права.⁷

Спор номиналистов и реалистов в области гражданского права проявился в виде дискуссии о сущности физических и юридических лиц. В то же время это и спор о том, как надо воспринимать реальность правовых явлений, т. е. что является правовой реальностью. Разрешение сугубо цивилистического спора бесперспективно, если предварительно не будет разрешена методологическая, философско-правовая проблема о сущности правовой реальности. С точки

⁷ См.: Спекторский Е.В. Номинализм и реализм в общественных науках // Юридический вестник. 1915. Кн. 9. М., 1915. С. 23.

зрения того подхода, который в философии принято называть номиналистским, складывается узкореалистический взгляд на понимание сущности субъектов права. Если же стоять на другой философско-правовой методологической позиции — позиции реализма, то складывается совершенно иное представление о сущности физических и юридических лиц. Князь Е.А. Трубецкой очень точно показал суть этой проблемы и ее философско-правовую основу. Он писал: «В большинстве юридических энциклопедий отдел о субъекте права начинается с положения, что субъектом прав является человек, физическое лицо. Положение, что люди являются субъектами прав, само собой очевидно и не нуждается в разъяснении. Но рядом с этим значительная часть юристов полагает, что субъектами права могут быть только живые, действительные люди. Положение это служит в наше время предметом спора, имеющего первостепенное значение. Утверждение, что субъектом права может быть только живой человек, тесно связано с узкореалистическим пониманием права».⁸

Узкореалистический подход к праву — это не только отрицание правовой реальности за субъектами права, не совпадающими с биологическими человеческими существами, это и негативное отношение к другим элементам юридического концепта и, в частности, к воле государства. Воля государства в юриспруденции как понятие предполагает совсем не то, что обычно понимается под волей в философии или психологии.

В этом, собственно, кроется суть онтологической ошибки, допускаемой теми учеными, которые считают это юридическое понятие метафизическим вздором. Объем юридических понятий не совпадает с аналогичными понятиями в других интеллектуальных концептах. По всей видимости, в праве выработаны защитные механизмы от угроз методологического синкретизма, а поэтому каждый из элементов сложной конструкции, именуемой юридическим концептом действительности, необходимо оберегать.

Г.Ф. Шершеневич незадолго до кончины в 1912 г. изменил взгляд на понятие субъекта права, прибегнув к конструктивной критике известной теории фикции, обнаружив принципиальное сходство между физическими и юридическими лицами: «Основная ошибка теории фикции заключается в том, что она предположила, будто человек становится субъектом права в силу своей человеческой природы; субъект права, потому что человек, или — человек, а, следовательно, субъект права... В действительности всякий субъект есть создание объективного права. Субъекты — это те центры, около которых волей закона объединяются юридические отношения, образуя обособленные комплексы. Здесь мы обнаруживаем основную ошибку теории германистов, которые во что бы то ни стало искали в субъекте реальность, тогда как субъект права есть только юридическое представление, все равно, идет ли речь о юридическом или физическом лице».⁹

⁸ Трубецкой Е.А. Лекции по энциклопедии права (доступно в СПС «Консультант Плюс»).

⁹ См.: Пятков Д.В. Физическое лицо человека // Цивилист. 2012. № 1. С. 33.

До Е.Н. Трубецкого и Г.Ф. Шершеневича сходные взгляды на субъект права в середине XIX в. высказывал немецкий ученый Отто Гирке, утверждавший, что лицо — это исключительно правовое понятие, которое получается при помощи совершаемой правосознанием абстракции, путем выделения одной части действительности. Поэтому юридический субъект невидим и неосязаем. Такой же точки зрения придерживался Ганс Кельзен, который утверждал, что лицо, как оно понимается юристами, есть понятие не фактическое, а чисто нормативное.¹⁰ Всякое лицо, считал он, как субъект права есть нечто совершенно искусственное, созданное особой юридической конструкцией. Поэтому нельзя отождествлять человека с правовым субъектом. Понятие «человек» не совпадает с понятием «личность» в юридическом смысле слова, психологическая воля человека не имеет ничего общего с его юридической волей. Человек становится лицом, когда при помощи юридической конструкции он превращается в особый «центр вменения», лежащий по ту сторону фактических отношений. Подобным центром вменения правовой концепт может считать и не только человека. Существует тождество внутренней природы государства как юридического лица с внутренним существом любого иного субъекта права — будь то человек, корпорация, общество, учреждение. По мнению Г. Кельзена, есть полное сходство между юридической волей государства и волей других лиц в юридическом смысле этого слова, поскольку волей этой является способность к юридическому вменению.¹¹

4. Говоря о субъектах гражданского права, следует затронуть проблему классификации субъектов гражданского права, принятой в ГК РФ. Это, как известно, трехчленная классификация, когда субъектами гражданского права признаются наряду с традиционными юридическими и физическими лицами еще и публично-правовые образования. Гражданское право сформировалось очень давно, и поэтому оно имеет внутреннюю выверенную логику. Одна из базовых конструкций логики — правило последовательной дихотомии, в соответствии с которым право может быть либо публичным, либо частным. Соответственно, субъекты гражданского права являются, исходя из этого правила, либо юридическими лицами, либо физическими. Почему же появились публично-правовые образования? В 1930-е годы после известного высказывания В.И. Ленина и идеологической установки о том, что ничего частного правового в нашей стране не признается, соответственно, не существовало никакого частного элемента в гражданском праве. Эта дихотомия, по сути, исчезла, и появилась трехчленная классификация субъектов гражданского права. Но насколько она оправдана? Правы те ученые, которые утверждают, что юридические лица должны быть подразделены на две категории: юридические лица публичного права и юридические лица частного права. И отечественного законодателя следует поддержать, если он предусмотрит такую классификацию субъектов.

¹⁰ Алексеев Н.Н. Основы философии права. СПб., 1998. С. 78.

¹¹ Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Сборник переводов. Вып. 2. М., 1988. С. 40.

Особенность правовой реальности такова, что в ней существуют такие субъекты, как акционерного общества одного лица. В реальной жизни слово общество обозначает множество его участников, поэтому АО одного лица может восприниматься как юридический оксюморон. Но в пространстве правовой реальности существуют странные, мифические существа. В реальности нет человека (людей) с двумя лицами. Это только в римской мифологии существует двуликий Янус. В правовой реальности у человека есть физическое лицо как его юридическая маска, которую он одевает для участия в особых отношениях — правоотношениях, причем таких юридических масок (юридических личностей) у человека может быть несколько — маска физического лица, маска индивидуального предпринимателя, маска акционерного общества (в случае создания АО одного лица).

История развития права является, по сути, историей зарождения, усложнения отображающих реальную (овеществленную) действительность юридических понятий. В сфере человеческого бытия может быть выделен особый сегмент, или сфера отношений, и это правовое бытие, или правовая действительность. Субъектами права, участниками отношений, образующих правовую действительность, являются не только люди, получающие статус физического лица, но юридические лица. Нужен ли статус юридического лица публичным образованиям?

Для ответа на этот вопрос недостаточно применить внутреннюю логику гражданского права, хотя именно цивилистика разработала такое важнейшее юридическое понятие, как юридическое лицо.

Наделение статусом юридического лица публично-правовых образований в условиях рыночной экономики, изменение формата участия государства (и муниципальных образований) в экономических отношениях является оптимальной юридической формой обеспечения экономической свободы. Конечно, может последовать вопрос: зачем публично-правовым образованиям экономическая свобода? Этот вопрос можно парировать встречным: зачем существуют государственные (и муниципальные) сектора экономики?

Бесспорно, участие публично-правовых объединений — Центрального банка, Агентств по страхованию вкладов по страхованию вкладов, Российской академии наук и т. д. — в экономических отношениях очень специфично. Их деятельность не преследует в качестве главной цели извлечение прибыли, что является сугубо частноправовой целью. Напротив, действуя зачастую в неконкурентной среде, публично-правовые образования преследуют высшие для публичного права цели — достижения общего блага. Необходимость в их достижении проистекает из того, что Российская Федерация как государство должно руководствоваться конституционными принципами правового и социального государства. Не стоит преуменьшать значение этих основополагающих юридических идей сейчас, когда разгорелась дискуссия о том, нужно ли в ГК РФ предусмотреть норму (нормы) о юридических лицах публичного права.

Казалось бы, какая может быть связь между конституционным принципом правового государства и системой юридических лиц? В

нормативное содержание принципа правового государства входит такое важное требование, адресованное всем публично-правовым образованиям, как необходимость укрепления доверия граждан ко всем публичным образованиям и институтам публичной власти. В условиях административно-командной экономики было проще: отсутствовала необходимость учитывать интересы граждан и заручаться их доверием. Достаточно было просто установить, что не может быть деления юридических лиц на юридические лица частного и публичного права. Наиболее последовательно эту концепцию отстаивал академик А.В. Венедиктов. Он писал, и это стало традицией в советском праве, что надо отказаться от применения к госорганам, которые являются субъектами административного права, термина «юридическое лицо административного права».¹² И далее: «Мы считаем нецелесообразным применение термина “юридическое лицо” в административном праве еще и потому, что это создает опасность “затемнения” самого понятия как административной, так и гражданской правоспособности».¹³ Сейчас эту концепцию отстаивает Е.А. Суханов, который считает, что отсутствует практическая потребность в признании российским гражданским правом категории «юридические лица публичного права».¹⁴

Вывод этот исходит из тех же посылок, которые использовались академиком А.В. Венедиктовым: институт юридического лица должен обслуживать только отношения, регулируемые гражданским правом, он не может быть межотраслевым институтом. Однако обратим внимание на то, что в отличие от академика А.В. Венедиктова Е.А. Суханов не отрицает необходимость включения понятия «юридические лица публичного права» в систему российского права с помощью норм не гражданского, а других отраслей права. Вот эта незначительная оговорка и разрушает все предыдущие рассуждения!

Институт юридического лица публичного права, действительно, является институтом публичного права, но само понятие «юридическое лицо» не может быть «монополизировано» гражданским правом, поскольку является межотраслевым, отражая постоянно усложняющиеся межотраслевые связи норм гражданского права. А такие юридические лица публичного права, как Центральный банк, Агентство по страхованию вкладов, Российская академия наук, муниципальные образования и т. д., должны обладать не просто статусом субъекта административного права, а статусом юридического лица публичного права в целях самостоятельного принятия решений в экономической сфере.

Нельзя проводить корректировку Гражданского кодекса, руководствуясь моноотраслевым подходом. Гражданский кодекс, действительно, является экономической Конституцией, и это не просто метафора, поскольку понятия гражданского законодательства важны для всех других отраслей

¹² Венедиктов А.В. Избранные труды по гражданскому праву. М., 2004. Т. 2.

¹³ Там же.

¹⁴ Суханов Е.А. О концепции развития законодательства о юридических лицах // Проблемы совершенствования гражданского законодательства. Материалы IV ежегодных научных чтений памяти С.Н. Братуся. М., 2010. С. 8.

законодательства. И если что-то упустить в цивилистическом алгоритме, то это упущение обязательно проявится в других сферах законодательства.

Можно лишить Российскую академию наук, Центральный банк, госкорпорации и т. д. статуса юридического лица, утверждая, что это обычные субъекты административного права, но при этом не будут учтены очень важные изменения, происходящие в административном праве. В Концепции развития административного законодательства отмечается, что «происходящая трансформация административного права и административного законодательства неразрывно связана с изменением роли государства и его органов в жизни общества. Государство должно выполнять только необходимые и полезные для общества функции, сущность и объем которых зависят от задач, стоящих перед обществом на каждом этапе его развития.

В этих условиях основными направлениями оптимизации функций государства, его роли в социальном и экономическом развитии российского общества являются:

— повышение качества и доступности государственных услуг, что требует анализа и осмысления целого ряда вопросов (это и универсальный характер таких услуг, и признаки, на основе которых те или иные социально значимые действия могут быть отнесены к категории публичных услуг, и круг субъектов, в интересах которых осуществляются указанные действия, что позволяет характеризовать услуги именно как публичные, и, безусловно, категории лиц, которые могут осуществлять деятельность по предоставлению государственных услуг);

— ограничение вмешательства государства в экономическую деятельность субъектов предпринимательства, в том числе прекращение избыточного государственного регулирования.¹⁵

Конечно, можно реорганизовать госкорпорацию «Агентство по страхованию вкладов» или даже передать функции Агентства Министерству финансов или Министерству экономического развития. При этом, видимо, надо учитывать императивы, образующие содержание принципа правового государства: подчинение праву публичных образований, ограничение вмешательства непосредственно органов государства в экономическую деятельность и вместе с тем повышение качества доступности *публичных услуг* в целях укрепления доверия к публичной власти. По сути дела, из идеи правового государства следует, что публичная власть не должна полагаться только на силовые методы и на силовые структуры (и в этом смысле не должна быть только «сильным государством»). Она должна заслужить доверие людей.

Убежден, что конструкция «юридическое лицо публичного права» необходима для участия публично-правовых образований в публичных правоотношениях. Это необходимо в тех случаях, когда участие самого государства в экономических отношениях может оказаться неуместным в силу разных причин (предубеждения со стороны инвесторов, судебный иммунитет государства и т. п.).

¹⁵ Концепции развития российского законодательства. М., 2010.

Концепция «органы государства — субъекты административного права» вызывает отторжение в тех случаях, когда различные публичные образования включаются в регулирование экономических отношений, в которых традиционно больше доверия к координационному, а не к субординационному типу правового регулирования. Вот почему нельзя передать функции, например, по страхованию вкладов, органам государственной власти или акционерным обществам.

Лучше предусмотреть в Гражданском кодексе возможность существования юридических лиц публичного права с тем, чтобы более детальное регулирование их правосубъектности осуществлялось актами публичного законодательства. Именно так поступили в Нидерландах, где в Гражданском кодексе предусмотрены юридические лица публичного права. И на этой общемировой практике строится подготовленная Минэкономразвития России Концепция развития корпоративного законодательства, которая ставит задачу «ввести в российское законодательство категорию юридического лица публичного права, существующую в большинстве развитых правовых порядков».

Итак, придание статуса юридических лиц публичного права необходимо для последовательной конституционализации текущего законодательства, это веление конституционных принципов правового государства, экономической свободы. Юридические лица публичного права должны обладать определенной мерой имущественной самостоятельности, необходимой им для самостоятельного и независимого принятия решений. Это закрепляемое за ними имущество должно рассматриваться как разновидность публичной собственности. В части 2 ст. 8 Конституции РФ в этих целях используются слова об «иных формах собственности».

И только тогда такие юридические лица публичного права, как Центральный банк, Агентство по страхованию вкладов, Российская академия наук и т. д., окажутся включенными в своеобразную систему сдержек и противовесов при принятии сложных экономических решений. Категория «юридические лица публичного права» позволяет помочь наладить функционирование этой системы, столь необходимой исходя из принципа правового государства.

Георг Еллинек в начале XX в. обращал внимание на то, что государство и публично-правовые союзы являются не только носителями публичной власти, но и субъектами, ведущими хозяйство и управляющими своими делами при помощи средств, доступных всякому лицу и не имеющих характера действия власти. Граница между действиями союза как субъекта публичной власти и как субъекта, ведущего свое хозяйство, устанавливается правовым порядком конкретного государства. Государство может, с формальной точки зрения, совершенно или в значительной мере изъять себя из действия частного права, но может, с другой стороны, подчинить себя его действию в более широких размерах, чем этого требует природа заключенных им правоотношений. Проведение этой границы, по мнению Г. Еллинека, обусловливается всей эволюцией воззрений народа на отношение государства к частному праву. Государство как субъект имущественных прав занимает различное положение в

разных правопорядках. Это положение может выяснить только учение о фиске (казне) каждого отдельного государства. Учение это, по весьма глубокой мысли автора, имеет важное значение для эволюции воззрений на взаимоотношения государства и личности.

Гадис Абдуллаевич Гаджиев,
научный руководитель
юридического факультета
НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург,
Судья Конституционного Суда
Российской Федерации
E-mail: gadg@ksrf.ru
© Г.А. Гаджиев, 2012

ДИСКУССИИ ОБ УЧАСТНИКЕ КОММЕРЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В РИМСКОМ ПРАВЕ

Аннотация

Со времен Римской империи и до современности учреждение торговых товариществ являлось одним из краеугольных камней в системе организации артелей. Историческое развитие и глобальные перемены выдвинули новые требования к эволюции данной системы. Как же эти вопросы связаны с законодательством о торговых товариществах в римском праве и современной нормативно-правовой базе КНР? В чем их сходство и различия?

В данной статье под углом сравнительного анализа римского и современного права КНР рассматриваются такие аспекты этой проблемы, как базис для учреждения торговых товариществ и ограничения для субъектов товариществ. Виды торговых товариществ и юридическая ответственность за мошенничество при их организации установлены законом КНР «О партнерстве» и другими нормативными актами, по которым можно проследить развитие современного законодательства в данной сфере экономики страны. Сравнительный анализ двух законодательных систем мог бы помочь определить перспективы дальнейшего развития ныне существующей системы организации торговых товариществ.

Фэй Анлин,
Академия гражданского, торгового
и экономического права,
Китайский университет
политологии и права (Пекин)
E-mail: anlingf@cupl.edu.cn
© Фэй Анлин, 2012

К ПОНЯТИЮ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

Понятие обязательства на протяжении долгого времени считалось устоявшимся и не подвергалось попыткам пересмотра. Научная дискуссия, как правило, велась в части уточнения отдельных критериев и о пределах распространения понятия обязательства на иные, но внешне сходные отношения. Нам памятна дискуссия о понятии хозяйственных обязательств. С принятием Гражданского кодекса РФ дискуссия о понимании обязательства возродилась с новой силой, при этом речь идет не об отдельных уточнениях доктринального или легального определения, а о собственно трактовке обязательства, прежде всего как гражданского правоотношения.

Сложившемуся представлению об обязательстве как синаллагматическому правоотношению противопоставляется представление об обязательстве как простой паре: субъективное право — обязанность.

Что же произошло за столь короткий в историческом масштабе период, когда понятие, практически дошедшее до нас со времен римского права, подвергается столь серьезной ревизии. Как это ни странно, но никаких социально-экономических причин столь серьезного пересмотра сложившихся представлений не усматривается. Обязательство не является порождением социалистического права, напротив, изменения в социально-экономической жизни России и иных бывших социалистических стран должны были способствовать возрождению устоявшихся понятий, очистке их от идеологического налета. Однако, вследствие активного прямого применения англо-американских юридических конструкций и пассивности судебной власти в начале 1990-х годов, стали формироваться новые реалии, основывающиеся на принципе «можно все, что не запрещено». Обязательственное право оказалось подверженным наиболее активному воздействию, поскольку право собственности, иные вещные права требовали государственного санкционирования, в то время как собственно обязательственные отношения вытекали из непосредственного волеизъявления сторон, что в условиях провозглашения принципа свободы договора, предоставляло сторонам практически неограниченные возможности.

В сложившихся условиях остро ощущается необходимость точного формулирования понятия обязательства. С одной стороны, традиционное для отдельных авторов, отождествление понятия обязательства и относительного гражданского отношения, приводит к тому, что понятием обязательства охватываются любые гражданские отношения, которые не являются вещными. Заметим, что относительными гражданскими отношениями являются и отношения представительства, и личные неимущественные отношения, и вещные отношения, производные от права собственности. Например, право оперативного управления реализуется в относительном гражданском отношении между собственником и оперативным управляющим, сервитут также устанавливает связь между собственником и лицом, которому предоставлено право ограниченного пользования.

Следует ли исходить из того, что любые гражданские относительные отношения суть обязательства? — Конечно, нет. Данное заблуждение своими гносеологическими корнями восходит к известной работе В.К. Райхера «Абсолютные и относительные права»,¹⁶ однако сам В.К. Райхер такого тождества не устанавливал. Он лишь утверждал, что следует заменить устаревшее, по его мнению, понятие вещных прав на понятие абсолютных прав. Других же далеко идущих выводов В.К. Райхер не предлагал, кроме того, заметим, в статье не говорится об абсолютных и относительных отношениях, ученый говорит именно об абсолютных и относительных правах.

Особо следует подчеркнуть исходное деление имущественных отношений, составляющих предмет гражданского права, на вещные и обязательственные, из которого вытекает понимание того, что обязательственное отношение есть, прежде всего, имущественное, а уж затем относительное отношение.

Понятие обязательства как имущественного отношения подвергается сомнению в контексте существования обязательств «с неимущественным содержанием». Прежде всего следует отграничить безвозмездные отношения, имеющие сходную с обязательством форму, но не обладающие имущественным содержанием, например, безвозмездное поручение. Нет оснований сомневаться в гражданско-правовой природе складывающихся отношений, однако нет и оснований рассматривать их в качестве обязательственных. В данном случае имеют место отношения представительства, но отсутствует обязательственно-правовая связь, поскольку нет товарно-денежной связи между участниками. Как уже было отмечено, данные отношения безвозмездны, а следовательно, имущественный характер может быть определен исключительно при наличии имущественного характера у встречного предоставления: посреднической услуги. Однако услуга, являясь особой формой товара, не обладает сама по себе меновой стоимостью, если за нее не предполагается оплата, что приводит к утрате имущественного содержания отношений безвозмездного представительства.

Аналогично решается и вопрос с договором дарения, поскольку реальный договор дарения не содержит никаких требований по совершению действий по принятию или передаче вещи, то отсутствует и обязательственная связь. В случае же с обещанием дарения, следует иметь в виду, что законодатель сформулировал обещание дарения как одностороннюю сделку, в которой не предусмотрено согласие одаряемого на принятие дара. Таким образом, обещание дарения представляет собой конституированную оферту, связывающую исключительно дарителя. Реализация же обещания дарения путем предъявления требования одаряемого осуществляется по правилам реального дарения.

Обречены на неудачу попытки обосновать обязательственный характер отношений, возникающих из предварительного договора. В результате

¹⁶ Райхер В.К. Абсолютные и относительные права // Известия экономического факультета Ленинградского политехнического института. Вып. 1. Л., 1928.

заключения предварительного договора стороны обязались заключить основной договор в будущем, однако никаких иных обязанностей, кроме заключения основного договора между сторонами нет, как нет и никаких имущественных требований, которые могли бы возникнуть из предварительного договора. Использование же традиционных для обязательства формул «сторона обязуется», «имеет право требовать» и т. п. создает ложное представление о наличии обязательственно-правовой связи.

Встречаются попытки квалификации в качестве обязательственных отношений таких отношений, которые в своей основе не имеют имущественного содержания, как в случае с обещанием бросить курить, учиться только на «отлично» либо не осуществлять предпринимательскую деятельность на определенной территории. При этом учитывается указание ст. 307 ГК РФ о том, что содержанием обязательства может выступать, в частности, обязанность «воздержаться от определенного действия», а кредитор вправе требовать исполнения этой обязанности. При буквальном толковании возникает иллюзия, что любое обещание и корреспондирующее ему право кредитора требовать его исполнения должно считаться обязательством. Но в таком случае любое субъективное право должно считаться обязательственным требованием, поскольку субъективное право есть парная категория, которой всегда противостоит обязанность; в этом случае ценность такого понятия, как обязательство обесценивается и мы переходим к использованию понятия «субъективное право-обязанность», которое либо совпадает с понятием правоотношения, либо является его частью. Например, требование переходить улицу на зеленый свет светофора, можно сформулировать как требование не переходить улицу на красный свет, которому корреспондирует право требовать соответствующего поведения.

Кроме того, подобные требования по воздержанию от совершения определенных действий сами по себе не имеют имущественного содержания, не обладают необходимыми характеристиками для признания их имуществом. Поэтому даже предложение платы за воздержание, встречного предоставления не сделает данное отношение имущественным. Фактически складывается отношение, в силу которого одно лицо обязано платить некую денежную сумму, но не вправе потребовать от другого лица соответствующего поведения. Данное поведение будет выступать в качестве условия платежа, а его неисполнение — основанием отказа в платеже.

В римском праве мы видели примеры, когда любое обещание можно было обратить в форму обязательства: стипуляция. В этом варианте не имеет значения, какое именно обещание дано — важно, что вследствие соблюдения определенной процедуры кредитор получает юридически гарантированное право требовать от должника соответствующего поведения. Однако от применения стипуляции юридическая наука и практика уже давно отказались.

Почему же столь значим имущественный характер отношения, именуемого обязательством. Как обращал внимание Ф. Савиньи, любое право есть ограничение личной свободы, а право требовать от другого лица соответствующего действия, безусловно, ограничивает свободу должника. При

этом данное ограничение принимается добровольно, собственным волеизъявлением. Таким образом, придание юридически признаваемого и юрисдикционно защищаемого характера отношениям кредитора и должника обусловлено именно тем, что одна сторона передает или совершает имущественное действие, а другая сторона выплачивает его имущественный эквивалент в виде денег или иного встречного имущества, что служит основанием и обоснованием ограничения свободы должника.

Таким образом, наличие встречных имущественных предоставлений является необходимым условием существования обязательства. Следовательно, синаллагматическая зависимость имманентно присуща обязательственному отношению.

Не претендуя на исчерпывающую полноту, можно было бы предложить скорректировать понятие обязательства, содержащееся в Гражданском кодексе, следующим образом: «В силу обязательства одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие, как-то: передать имущество, выполнить работу, уплатить деньги, либо совершить иное имущественное предоставление, а кредитор обязуется оплатить указанное действие и имеет право требовать от должника исполнения его обязанности».

Михаил Валентинович Кротов,
юридический факультет
НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург,
полномочный представитель
Президента
Российской Федерации
в Конституционном Суде
Российской Федерации
© М.В. Кротов, 2012

ОБЕСПЕЧЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ: ОТ РИМСКОГО ПРАВА К СОВРЕМЕННОМУ ПРАВУ

Аннотация

В современном обществе в любой стране законодательная или судебная власти придают серьезное значение проблеме деликтная ответственности хозяйствующего субъекта за бездействие. Этот вид гражданско-правовой ответственности действительно является одним из древнейших; первый регулирующий ее нормативно-правовой акт существовал еще в древнеримском праве и устанавливал деликтную ответственность судовладельцев и управляющих на постоялых дворах и в конюшнях. С одной стороны, в законодательстве новейшей эпохи на этой правовой базе развилась и сформировалась ответственность работодателя, нанимателя и пр.; с другой стороны, в наше время законодательство расширило возложенную на хозяйствующего субъекта обязанность по обеспечению безопасности его

деятельности, тем самым увеличив сферу деликтной ответственности хозяйствующего субъекта за бездействие за счет введения нового вида ответственности — пропорциональной ответственности. Китайские законодатели активно перенимали зарубежный опыт в данной сфере права и сумели выработать отвечающую потребностям китайского общества нормативно-правовую базу, регулирующую ответственность нанимателя и его обязательства по страхованию, установив дополнительную ответственность на бездействие хозяйствующего субъекта. Таким образом, в данной статье постулируется очевидность влияния в данной сфере с древних времен римского права, его развитие в новейшую эпоху и повышение законодательных техник, применяемых в КНР на современном этапе.

Ян Инхун,
Институт права Фуцзяньского
педагогического университета
E-mail: yuinhong@163.com
© Ян Инхун, 2012

ПРОБЛЕМА ОПРЕДЕЛЕНИЯ МОМЕНТА ВСТУПЛЕНИЯ В СИЛУ ДОГОВОРОВ ПО ГРАЖДАНСКОМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Определение момента вступления в силу договора в гражданском праве представляет собой исключительно важное значение, поскольку именно с этого момента возникают взаимные права и обязанности сторон договора. Не вступивший в законную силу договор не порождает обязательственных правоотношений и не влечет соответствующих правовых последствий для его участников.

Договор вступает в законную силу с момента его заключения. Согласно ст. 433 ГК РФ договор признается заключенным в момент получения лицом, направившим оферту, ее акцепта. Если в соответствии с законом для заключения договора необходима также передача имущества, договор считается заключенным с момента передачи соответствующего имущества (ст. 224). Договор, подлежащий государственной регистрации, считается заключенным с момента его регистрации, если иное не установлено законом.

При этом, в соответствии со ст. 432 ГК РФ договор считается заключенным, если между сторонами, в требуемой в подлежащих случаях форме, достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора.

Таким образом, основываясь на положениях вышеназванных норм, можно провести следующее разделение договоров в зависимости от момента их вступления в законную силу:

1) консенсуальные договоры, для признания которых заключенными достаточно достижение соглашения по всем существенным условиям (например, договор купли-продажи);

2) реальные договоры, для признания которых заключенными необходимо помимо достижения соглашения также и передача имущества (например, договор займа?);

3) договоры, для признания которых заключенными помимо достижения сторонами соглашения, необходима также государственная регистрация договора (например, договор купли-продажи жилого объекта недвижимости);

4) договоры, для признания которых заключенными необходимы соглашение сторон, государственная регистрация договора и передача имущества (аренда недвижимого имущества);

5) договоры, для заключения которых необходимы соглашение сторон, передача имущества и ее государственная регистрация (договор доверительного управления недвижимым имуществом).

Какие же последствия для сторон влекут нарушения положений вышеуказанных статей ГК РФ?

В случае отсутствия в договоре соглашения по всем существенным условиям договора (п. 1 ст. 434 ГК РФ) договор считается незаключенным.

Одновременно договор должен быть заключен в требуемой законом форме (ст. 432 ГК РФ). Именно поэтому моментом вступления договора в законную силу необходимо считать согласования волеизъявления сторон в надлежащей форме. При этом невозможно сводить договор только к форме, так называемый договор-форма. Поскольку договор — явление многогранное, то и понимать его следует как системное единство всех его компонентов, таких как правоотношения, формы и документа, тем более, что российское законодательство допускает возможность существования только «договора-правоотношения», без «договора-документа», например, при заключении договора в устной форме.

Несоблюдение формы договора — простой письменной либо письменной нотариальной — влечет различные правовые последствия. По общему правилу (ст. 162 ГК РФ) несоблюдение простой письменной формы лишает стороны возможности ссылаться на свидетельские показания, либо, в случаях прямо предусмотренных законом, влечет недействительность сделки. Тогда как последствием несоблюдения нотариальной формы сделки всегда выступает недействительность таковой сделки.

Из анализа приведенных норм следует, что законодатель разделяет правовые последствия недостижения сторонами соглашения по существенным условиям сделки — в виде признания таковой сделки незаключенной — и последствия несоблюдения сторонами формы сделки — признание ее недействительной.

Причину такого разделения этих понятий можно усмотреть в следующем. Незаключенная или несостоявшаяся сделка не является юридическим фактом и не порождает каких-либо правовых последствий для ее сторон. В несостоявшейся сделке отсутствует один из элементов сделки, тогда как в

недействительной сделки присутствуют все необходимые элементы, однако какой-либо из них является дефектным, что и приводит к признанию сделки недействительной.

Как следствие, недействительная сделка не влечет юридических последствий, за исключением тех, которые связаны с ее недействительностью, тем не менее сама сделка является состоявшейся, т. е. заключенной. Иные последствия наступают при незаключенности сделки. Поскольку сделка является несостоявшейся, то она не порождает для сторон никаких правовых последствий. Аналогичным образом субъекты гражданского оборота вправе вступать в переговоры относительно заключения сделки, но недостижение соглашения в ходе этих переговоров не приводит ни к каким последствиям для сторон этих переговоров, сделка не состоялась.

Вместе с тем на практике данный вопрос представляет известную сложность. Как быть, если одна из сторон договора приступила к исполнению сделки? Либо к исполнению договора, несмотря на несогласованность его существенных условий, приступили обе стороны, т. е. между сторонами сложились фактические отношения, вытекающие из формально незаключенного договора?

Проект изменений в ГК РФ (проект ст. 446.1 ГК РФ) предлагает считать в таком случае договор заключенным и в судебном порядке компенсировать его недостатки. Тем не менее, при логичности, на первый взгляд, такого подхода, он порождает новые проблемы. Во-первых, суду предлагается выполнять не свойственную ему функцию и способствовать возникновению правоотношений между сторонами. Во-вторых, такая конструкция может повлечь злоупотребления со стороны участников гражданского оборота, когда таким образом будут предприниматься попытки намеренно обойти требования закона.

Еще одним случаем признания договора незаключенным является ситуация с непредоставлением исполнения по реальному договору. Наиболее явно это прослеживается в ст. 812 ГК РФ, предусматривающей, что если в процессе оспаривания заемщиком договора займа по его безденежности будет установлено, что деньги или другие вещи в действительности не были получены от займодавца, договор займа считается незаключенным.

Данный пример представляет собой сравнительно простой случай, показывающий, что, несмотря на наличие соглашений, договор порождает правовые последствия только после его фактического исполнения одной стороной. Без факта исполнения договор не является обязательным для сторон и не порождает для них каких-либо последствий.

Сложнее выглядит ситуация, когда законодательство предполагает не только фактическую передачу вещи, но и государственную регистрацию договора, причем момент вступления договора в силу связывается именно с фактом государственной регистрации договора. Как не парадоксально это звучит, но законодатель требует исполнения договора до его заключения.

Например, договор ренты недвижимого имущества сконструирован законодателем как реальный договор, — по договору ренты одна сторона (получатель ренты) передает другой стороне (плательщику ренты) в

собственность имущество, а плательщик ренты обязуется в обмен на полученное имущество периодически выплачивать получателю ренту в виде определенной денежной суммы либо предоставления средств на его содержание в иной форме (ст. 583 ГК РФ). Статья 585 ГК РФ содержит положение, что договор, предусматривающий отчуждение недвижимого имущества под выплату ренты, подлежит государственной регистрации.

Возникает коллизия: с одной стороны до государственной регистрации договор, в силу положений п. 3 ст. 433 ГК РФ является незаключенным, т. е. не может порождать для сторон никаких правовых последствий, в то время как с другой стороны, конструкция договора ренты недвижимого имущества принуждает стороны исполнять условия еще незаключенного договора. Без подтвержденного факта передачи предмета договора регистрирующий орган откажет в государственной регистрации.

Однако даже необходимость регистрации договора, не осложненная требованием о передаче имущества, также порождает сложности.

Так, согласно п. 1 ст. 551 ГК РФ, переход права собственности на недвижимость по договору продажи недвижимости к покупателю подлежит государственной регистрации. Вместе с тем, ч. 2. ст. 558 ГК РФ указывает, что договор продажи жилого дома, квартиры, части жилого дома или квартиры подлежит государственной регистрации и считается заключенным с момента такой регистрации.

Таким образом, законодатель разделяет правовые последствия, вытекающие из совершения сделки с жилым и нежилым недвижимым имуществом. Если договор купли-продажи нежилого недвижимого имущества будет считаться заключенным независимо от регистрации перехода права собственности на данное имущество — в таком случае, как было разъяснено в совместном постановлении Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ №10/22 от 29 апреля 2012 г., к покупателю переходит владения недвижимым имуществом, но до государственной регистрации права собственности за продавцом сохраняется право собственности на это имущество, — то в отношении жилого недвижимого имущества договор, не прошедший государственную регистрацию, считается незаключенным. Несмотря на незаключенность такого договора до момента его регистрации, зачастую его стороны считают себя связанными определенными обязательствами (внесение денежных средств для расчетов в банк, снятие граждан с регистрационного учета и т. д.), что создает для них дополнительные трудности, в случае отказа в государственной регистрации договора, поскольку возложить какую-либо договорную ответственность на виновную сторону становится затруднительно.

По нашему мнению, такое разделение правовых последствий в зависимости от предмета договора в настоящий момент не оправдано, особенно если учитывать предложенную в проекте изменений в ГК РФ концепцию нотариального удостоверения всех сделок, совершаемых с недвижимым имуществом. Как нам кажется, в таком случае необходимо ввести единые правила, относительно регистрации именно перехода права собственности на

объект недвижимости, оставляя возможность признавать заключенный договор недействительным в тех случаях, когда имеются соответствующие обстоятельства. Однако до сего времени не предлагается внесение каких-либо изменений в соответствующие статьи ч. 2 ГК РФ.

В заключение хотелось бы отметить важность формирования единой правоприменительной практики относительно определения момента вступления договоров в законную силу, с учетом замечаний высказанных выше. Разрешение проблем незаключенности договора позволит сократить практику недобросовестного использования данного института в судах, ограничив его только теми ситуациями, когда договор отсутствует и как юридический факт, и как правоотношение.

Леонид Сергеевич Михалевич,
юридический факультет
НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург
E-mail: fiore2000@rambler.ru
© Л.С. Михалевич, 2012

ЭФФЕКТИВНОСТЬ НЕ ВСТУПИВШИХ В СИЛУ КОНТРАКТОВ

Аннотация

Под не вступившим в законную силу договором понимается состояние, когда стороны уже заключили в установленном законом порядке договор, однако условия вступления договора в силу, оговоренные сторонами или определенные нормативно-правовыми актами, еще не наступили. Этот вид договора противопоставлен договору, уже вступившему в законную силу, речь идет о периоде после заключения договора до момента начала его действия.

Существует точка зрения, согласно которой выделяется пять возможных состояний юридической силы, а именно: вступление в силу, недействительность, ничтожность, ожидание вступления в силу, невступление в силу. Подобная позиция представляется необоснованной. Вступление договора в силу относится к категории юридически значимых действий, для недействительных договоров проблемы вступления в силу не существует вовсе, поэтому невступивший в силу договор не может быть поставлен в один ряд с четырьмя другими ситуациями — вступления договора в силу, недействительности, ничтожности и ожидания вступления в силу.

Есть другая точка зрения, согласно которой заключение договора не всегда означает его обязательную юридическую силу. Прямое следствие такого понимания — тот факт, что стороны в договоре определяют и устанавливают права и обязанности друг друга, но обязательную юридическую силу договор, заключенный между ними, будет иметь только после его вступления в силу. Эта концепция, отрицающая юридический смысл заключения договора, не является правильной.

О невступившем в силу договоре можно говорить только в противопоставлении с уже вступившем в силу договором, у которого возникла полная юридическая сила, тогда как у невступившего в силу договора юридическая сила имеет неполный характер. Действие договора включает отрицательную силу и положительную силу, аналогично этому действие невступившего в силу договора также включает отрицательную силу и положительную силу. Если его отрицательная сила преимущественно реализуется в виде юридического обязательства воздержаться от совершения каких-либо действий, то его положительная сила с точки зрения юридических норм подразумевает право совершить определенные действия и извлечь при этом юридически значимую выгоду.

Ван Хунпин,
юридический институт
Яньтайского университета
(пров. Шаньдун)
E-mail: whpdr@sina.com
© Ван Хунпин, 2012

ТЕОРЕТИЧЕСКОЕ ИССЛЕДОВАНИЕ РЕЛЯЦИОННЫХ КОНТРАКТОВ

Аннотация

В ответ на «Смерть контракта» Гранта Гилмора Учида Ки написал свою знаменитую работу «Возрождение контракта». Он считал, что теория реляционных контрактов может возродить контракт от «смерти» к «новой жизни».

Согласно теории реляционных контрактов в современном обществе человечество из плоскости абстракции постепенно возвращается в плоскость реальности, субъект отношений по контракту проявляет себя как живой «социальный человек». «Социальный человек» подкорректировал полную рациональность, исключительную осведомленность и человеческие качества «экономического человека», вытащив человека из мечты, из вакуума в реальность, в социум. Метод заключения контрактов сменился от формального к материальному. Самое большое достижение в прогрессе человечества — это переход «от положения к соглашению». Все же теория классических соглашений внесла серьезный вклад в дело формальной справедливости, хотя при этом и пришлось пренебречь разницей в требованиях различных социальных групп к общественному развитию. Переход к материальному методу означал, что ответная реакция у различных субъектов должна быть неодинаковой. Сущностью соглашения оказался переход от «совместной воли» к отношению (*relation*). Доктрина реляционных соглашений характеризуется полным сосредоточением на реальности, речь идет о вполне конкретных людях, различия в экономическом потенциале детерминируют невозможность

существования всеобъемлющих контрактов. Доктрина реляционных соглашений не только сохраняет общность интересов сторон, но и встраивает поведение сторон в систему ценностей, выходящую за рамки волеизъявления отдельных участников. Ценность соглашения с «единственности» переключается на «множественность». Люди положили эту концепцию в основу классической доктрины договорного права. И все-таки особенности человеческой природы также играют определенную роль; люди временами оказываются альтруистами, к тому же эволюция социума по пути развития интересов от единственности к многосторонности проявляется и на уровне отдельных индивидумов. Доктрина реляционных соглашений предполагает, что в системе множественности интересов очень трудно дать общую положительную оценку какому-либо одному интересу, поэтому значимость множественности в договорном праве является неперенным условием развития соглашений.

Процесс развития договорного права от классической доктрины к доктрине реляционных соглашений свидетельствует, что обращение к субъекту права объясняет природу неполной рациональности человека; изменения в договорных моделях признают разницу между людьми; в результате изменений по основным параметрам было покончено с односторонностью интересов в юридических отношениях; множественность показала, что не все люди являются исключительно «злоумышленниками».

Лю Иньян,
юридическая школа
Университета Внутренней
Монголии (г. Хух-Хото)
E-mail: folyl@imu.edu.cn
© Лю Иньян, 2012

ХОЗЯЙСТВЕННОЕ ПАРТНЕРСТВО И ИНВЕСТИЦИОННОЕ ТОВАРИЩЕСТВО: ПРАВОВОЙ СТАТУС И ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ

В статье 50 ГК РФ устанавливается деление юридических лиц на коммерческие и некоммерческие. Хотя в отечественной литературе оно подвергается постоянной критике, в первую очередь, за неясность критериев, практически никогда не ставится под сомнение сама целесообразность подобного деления. В свою очередь российское право основано на разделении коммерческих юридических лиц на «объединения лиц» — хозяйственные товарищества в виде полных и коммандитных товариществ и на «объединения капиталов» — хозяйственные общества в виде обществ с ограниченной ответственностью и акционерных обществ. Помимо этого к коммерческим относятся производственные кооперативы и унитарные предприятия. Данный

перечень, в отличие от некоммерческих юридических лиц, является закрытым (*numerus clausus*).

Министерство экономического развития РФ, руководствуясь задачами улучшения «инвестиционного климата» и, в целом, создания комфортных условий для ведения бизнеса, выступило инициатором введения в российский правовой порядок, отличных от обозначенных, новых видов юридических лиц. Принципами, на которых покоится содержание этих видов юридических лиц, таковы:

- полная свобода внутренней организации (структуры управления), определяемой только волей его участников;

- основным документом, регулирующим статус юридического лица, структуру управления им и взаимоотношения его участников, становится полностью закрытое для третьих лиц — контрагентов и кредиторов, а также для органов публичной власти, подписываемое соглашение. Участниками его могут быть как члены соответствующего хозяйствующего субъекта (но не обязательно все) и само юридическое лицо в целом, так и любые третьи лица;

- отказ от принципа пропорциональности имущественных вкладов в капитал общества и участия в управлении им, а также в возможных прибылях и убытках.

Общим ориентиром при этом послужили англо-американские конструкции *limited liability partnership (LLP)* и *limited liability company (LLC)*. На указанной базе и были разработаны законопроекты «Об инвестиционном товариществе»¹⁷ и «О хозяйственном партнерстве».¹⁸

В свете этого, было бы не лишним обратиться для сравнения к основным моментам зарубежного корпоративного права.

Западноевропейские правовые порядки, как и отечественное право, основаны на разделении юридических лиц на «объединения лиц» и на «объединения капиталов», а в ряде правовых порядков — еще и «акционерной коммандиты» «коммандитного товарищества на акциях», т. е. коммандиты, остающейся для всех третьих лиц акционерным обществом).

Здесь необходимо обратить внимание на то обстоятельство, что в большинстве континентальных европейских правовых порядков, традиционно основанных на «дуализме» частного права, полные товарищества (называемые в германском праве «открытыми торговыми обществами», а во французском праве — «обществами с коллективным именем») и коммандитные товарищества рассматриваются как объединения предпринимателей, действующих под общей фирмой, и в силу этого не имеют полноценной правосубъектности, будучи юридическими лицами только торгового, но не гражданского права. Этим также объясняется включение здесь в состав юридических лиц полностью неправосубъектных «простых товариществ» (называемых обществами гражданского права).

¹⁷ Федеральный закон от 28 ноября 2011 г. № 335-ФЗ «Об инвестиционном товариществе» // СЗ РФ. 2011. № 49, ч. 1. Ст. 7013.

¹⁸ Федеральный закон от 3 декабря 2011 г. № 380-ФЗ «О хозяйственных партнерствах» // СЗ РФ. 2011. № 49, ч. 5. Ст. 7058.

В России в силу исторического отсутствия торгового права «торговые товарищества» — полные и коммандитные — традиционно признавались субъектами гражданского права — юридическими лицами.

Участники юридических лиц — «объединений лиц» (товариществ) несут неограниченную личную (и притом солидарную) ответственность по общим долгам (за исключением коммандитистов). Против неограниченного риска убытков для их участников устраняется требование формирования уставного (складочного) капитала и им предоставляется возможность свободного определения структуры управления общими делами товарищества («принцип свободы оформления»), и, что не маловажно, значительные налоговые льготы. Именно это обстоятельство, в основном, и обусловило сохранение и даже относительно широкое распространение «товариществ» в современном западноевропейском праве. Особенно это касается коммандиты, в которой теперь личная ответственность комплементария обычно нивелируется его статусом юридического лица (чаще всего — общества с ограниченной ответственностью, которое может быть и «компанией одного лица»). Исключение составляет швейцарский правопорядок, в котором, как и в российском, отсутствует торговое право. Поэтому швейцарская коммандита, подобно российскому товариществу на вере, является юридическим лицом гражданского права, однако в роли комплементария в ней может выступать только физическое лицо (ч. 1 ст. 594 Закона об обязательственном праве, являющегося Пятой частью Гражданского кодекса Швейцарии), поскольку как коммандитное, так и «коллективное» (полное) общества (товарищества) рассматриваются здесь как объединения физических лиц, созданные ими для предпринимательской деятельности. В «объединениях капиталов» (обществах) все без исключения участники корпорации не несут личной ответственности по ее долгам, однако обязаны сформировать минимальный уставный капитал и императивно predetermined законом структуру управления («принцип уставной строгости»), разумеется, не имея никаких налоговых льгот.¹⁹

Примерно так же как в континентальном и в англо-американском праве различаются «партнерства» и «компании» («корпорации»). При этом выделяются *general partnership* — «общее партнерство», практически аналогичное «открытому торговому обществу», т. е. полному товариществу европейского права, и *limited partnership* — «партнерство с ограниченной ответственностью», в котором должен быть как минимум один участник, несущий полную ответственность (*general partnez*, т. е. по сути — комплементарий), причем в этой роли может выступать и юридическое лицо — корпорация. Фактически этот вид «партнерства» представляет собой европейскую коммандиту и имеет в качестве исторического прототипа французское «простое коммандитное общество».

С начала 1990-х годов для лиц «свободных профессий» в американском праве стала использоваться новая организационно-правовая форма —

¹⁹ Суханов Е.А. Хозяйственное партнерство или инвестиционная коммандита // Развитие основных идей ГК России в современном законодательстве и судебной практике. Сборник статей, посвященный 70-летию С.А. Хохлова / отв. ред. С.С. Алексеев. М., 2011. С. 178.

«зарегистрированное партнерство с ограниченной ответственностью» (*registered limited liability partnership*), нередко называемая просто «партнерством с ограниченной ответственностью» (*limited liability partnership, LLP*). Причем законы отдельных штатов по-разному регулируют ограничение ответственности его участников. Сначала ими была исключена только ответственность партнера по требованиям третьих лиц, основанным на причинении им убытков действиями других партнеров, т. е. солидарная ответственность по долгам, вызванным деликтами других участников. Впоследствии последовало исключение ответственности партнеров по требованиям, основанным на ошибочных действиях других партнеров, а партнер, возместивший третьему лицу убытки, лишался права регресса к другим партнерам, хотя по общим обязательствам партнерства сохранялась солидарная ответственность всех участников. Наконец, партнеры были полностью освобождены от личной ответственности по долгам, возникшим из-за действий других партнеров или партнерства в целом, и остались ответственными только по долгам, вызванным их собственными действиями либо действиями лиц, находящихся под их надзором и/или контролем, что сблизило их статус со статусом участников «компании с ограниченной ответственностью» (*limited liability company*). Таким образом, американское LLP фактически представляет собой вариант европейской коммандиты, распространение которого обусловлено не столько ограничением ответственности участников (приближающихся к статусу европейских коммандитистов), сколько тем, что такие партнерства, подобно европейским товариществам, повсеместно приобретают налоговые льготы. Следует отметить, что по этим же причинам во многих современных западноевропейских правовых порядках используется аналогичная юридическая конструкция «партнерства» как формы объединения адвокатов, налоговых консультантов, врачей, архитекторов и других лиц «свободных профессий».

После принятия в США специального федерального модельного закона (*Uniform Limited Liability Company Act*) широкое распространение в большинстве американских штатов получили «компании с ограниченной ответственностью» (*limited liability company, LLC*). В отличие от «партнерства с ограниченной ответственностью» в данной компании вообще отсутствуют участники с полной ответственностью (*general partner*), иначе говоря, ответственность всех ее участников ограничена. Однако эта «компания» не становится аналогом европейского общества с ограниченной ответственностью, поскольку ее внутренняя структура строится участниками свободно, по типу «партнерства» (в частности, не требуется формирование специальных органов, хотя зачастую его участники и создают особый «совет управляющих» — *board of managers*), а главное — налоговым законодательством она рассматривается как «партнерство», также приобретающее в силу этого некоторые налоговые льготы. Такое соединение характерных черт «объединения лиц» и «объединения капиталов» с европейскими позициями является «гибридом» — «коммандитой без комплементария». Как минимум из этих соображений следует, что наиболее выгодной для предпринимателей является такая

организационно правовая форма, которая сочетает в себе ограничение ответственности участников их вкладами (при том, что и сами вклады могут носить символический характер) и присущую «личным объединениям» (товариществам) свободу внутренней структуры (а в развитых правовых порядках — еще и налоговые льготы).

Современные западноевропейские правовые порядки демонстрируют появление новых организационно-правовых форм юридических лиц, развивающихся на основе коммандиты и ее разновидностей. Наиболее простой формой здесь является германская и австрийская «публичная», или «массовая», коммандита, в которой количество коммандитистов не ограничено и может исчисляться многими тысячами граждан, не оказывающих никакого реального влияния на ее деятельность, которой руководят один или несколько комплементариев (среди них могут быть и юридические лица, в том числе созданные некоторыми из коммандитистов). В этом случае правоприменительная практика и доктрина говорят о «капиталистической коммандите», выполняющей экономические функции акционерного общества, структура которой должна поэтому сближаться со структурой «объединения капиталов». Следующим этапом стало выступление в качестве единственного комплементария коммандиты юридического лица — общества с ограниченной ответственностью, в том числе состоящего из одного участника. Такой подход, широко используемый в современном германском праве, дал юридическую конструкцию — «общество с ограниченной ответственностью и компания, коммандитное товарищество». В швейцарском праве, которое изначально запретило выступление юридических лиц в качестве комплементариев коммандиты, пришлось создать новую организационно-правовую форму «коммандитного товарищества коллективных капиталовложений», или «инвестиционной коммандиты» (*Investment KG*). «Инвестиционная коммандита» отличается от традиционной коммандиты прежде всего составом участников: комплементарием в ней должно быть не физическое лицо, а акционерное общество, а коммандитистами — указанные в законе физические и юридические лица; установлены также особые требования к договору о ее создании (который должен содержать условия о вкладах коммандитистов, составляющих «рисковый капитал», и конкретных направлениях и ограничениях его использования). Все это дает основания швейцарским юристам рассматривать такое «объединение лиц» в качестве аналога англо-американского *limited partnership*.²⁰

Учитывая вышеизложенное, обратимся непосредственно к введенным в отечественный правовой порядок конструкциям юридических лиц: «хозяйственные партнерства», «инвестиционные товарищества».

Анализ текстов двух законов, один из которых посвящен непосредственно статусу обозначенных «партнерств», а другой — вытекающим из его принятия изменениям в ГК, их основными особенностями являются следующие:

²⁰ Там же. С. 181.

1) участники «хозяйственного партнерства» не отвечают по долгам партнерства и несут только риск убытков (в том случае, если вносят имущественные вклады), причем соглашением об управлении партнерством может предусматриваться непропорциональное их вкладам участие в прибылях и убытках;

2) партнерство создается не менее чем двумя учредителями (и даже впоследствии не может стать «компанией одного лица»), а количество его участников ограничено пятьюдесятью;

3) отсутствуют какие-либо требования к размеру складочного капитала партнерства;

4) вклады в имущество партнерства могут быть произведены не только любыми видами имущества, но и любыми частями, причем в соглашении об управлении партнерством для конкретных партнеров может предусматриваться непропорциональность вкладов (долей) и прав на участие в управлении делами партнерства, а некоторые партнеры в соответствии с этим соглашением могут отстраняться от участия в управлении партнерством;

5) структура управления партнерством свободно определяется его участниками в соглашении об управлении партнерством, — требуется лишь наличие единоличного исполнительного органа, которым может быть только физическое лицо, но не обязательно — партнер;

6) права и обязанности участников, в том числе относительно возможности отчуждения принадлежащих им долей и выхода из партнерства, также определяются в соглашении об управлении партнерством; по этому соглашению некоторые участники могут быть наделены дополнительными правами, а некоторые — дополнительными обязанностями;

7) участниками соглашения об управлении партнерством могут быть не только партнеры, но и партнерство в целом, а также любые третьи лица (физические и юридические).

К сожалению, из-за неточностей формулировок закона ответы на некоторые важные вопросы остаются без ответа. В частности, неясно: могут ли отдельные партнеры по соглашению об управлении партнерством вообще быть устранены от участия в прибылях и убытках или одни — только от участия в убытках, а другие — только от участия в прибылях (во всяком случае, текст закона прямых запретов на этот счет не содержит)?

Как и другие коммерческие организации, хозяйственное партнерство предполагается наделить общей правоспособностью. Однако ему запрещено выступление в качестве учредителя других юридических лиц (кроме некоммерческих союзов и ассоциаций), следовательно, такое партнерство не сможет стать «материнской компанией», а также любые виды реорганизации (кроме преобразования в акционерное общество).

Таким образом, «хозяйственное партнерство» одновременно обладает чертами как хозяйственного общества в виде отсутствия ответственности участников по долгам самого юридического лица, так и товарищества в виде отсутствия минимального уставного капитала и свободно определяемой структуры управления. Иначе говоря, рассматриваемое партнерство, подобно

американской *LLC*, по сути тоже является «гибридной» формой — «коммандитой без комплементария». Однако оно обладает и двумя существенными отличиями от *LLC*:

- отсутствием каких-либо налоговых льгот и

- безграничными возможностями участия в управлении партнерством любых третьих лиц, не вносящих в его имущество никаких вкладов (не исключены ситуации, в которых участниками соглашения об управлении партнерством останутся только третьи лица, а не партнеры).

Поэтому главной особенностью предлагаемого «партнерства» становится появление в нем участников с различным объемом прав и обязанностей, ни в коей мере не пропорциональных их имущественным вкладам, и третьих лиц, управляющих делами партнерства. Поскольку никаких ограничений на этот счет не установлено, не исключено появление партнеров, не внесших никакого имущественного вклада, но имеющих самые широкие права при отсутствии каких бы то ни было обязанностей, а также партнеров, внесших основные по стоимости имущественные вклады и полностью отстраненных от управления партнерством, но несущих при этом серьезные имущественные обязанности.

Все эти варианты могут быть предусмотрены в упоминавшемся выше соглашении об управлении партнерством, которое становится ключевым документом, определяющим не только структуру партнерства, но и корпоративный статус его участников. При этом не исключена ситуация, когда заключение, содержание и исполнение такого соглашения могут практически полностью зависеть вообще не от партнеров, а от не участвующих в партнерстве «третьих лиц» — участников этого соглашения (в том числе и в прямо предусмотренном законом случае, когда от имени партнерства — участника соглашения будет выступать его единоличный исполнительный орган — физическое лицо, не являющееся партнером).

Соглашение об управлении партнерством должно составляться в нотариальной форме и храниться у особо доверенного нотариуса, а ознакомление с ним возможно только для участников партнерства (очевидно, не участвовавших в его заключении) и только по нотариально удостоверенному согласию единоличного исполнительного органа партнерства. Буквальный смысл положений законопроекта не исключает наличия нескольких таких соглашений, заключенных между различными (возможно, частично совпадающими) участниками партнерства и/или третьими лицами, и во всяком случае заключения такого соглашения не всеми участниками партнерства. Очевидно, что конфликты, возникающие в ходе реализации условий таких соглашений, будут весьма сложно разрешимыми, а «секретность» их содержания лишь усугубит такую непростую ситуацию.

Защита интересов «сторонних инвесторов», не говоря уже о защите интересов кредиторов и миноритариев, становится целиком зависимой от усмотрения не только учредителей (участников), но и различных третьих лиц, принимающих участие в формировании условий конкретного соглашения (соглашение об управлении партнерством). Данным соглашением может быть установлен особый (внесудебный) порядок разрешения споров между

участниками партнерства (например, исключительно в созданном при партнерстве постоянно действующем третейском суде). Более того, принцип автономии воли (ст. 1210 ГК РФ) легко позволяет полностью вывести отношения сторон соглашения об управлении партнерством, в том числе их взаимоотношения с партнерами и с партнерством в целом, из-под действия российского права и российской юрисдикции. Конфиденциальность подобных соглашений наряду с неограниченной возможностью участия в них и в партнерствах третьих лиц и партнеров с различными привилегиями, непропорциональными их имущественным вкладам, может привлечь в них инвесторов, «отмывающих» незаконно полученные доходы или занимающихся запрещенной им предпринимательской деятельностью (например, определенные категории чиновников и политиков). Как отмечено в решении Совета по кодификации, обсуждавшего этот законопроект в июне 2011 г., возможность полного вывода управления хозяйственным партнерством за его пределы путем устранения всех партнеров от управления им и сосредоточения этого управления в руках третьих лиц, не несущих никаких обязанностей ни перед партнерами, ни перед партнерством, заставляет поставить вопрос о том, в чем же состоит реальная цель введения в отечественный правовой порядок такой фиктивной корпорации? Учитывая то обстоятельство, что в Законе отсутствуют нормы о крупных сделках и сделках с заинтересованностью, правила об аффилированных лицах, об ответственности органов юридического лица за вред, причиненный им юридическому лицу, и т. п.

Особого внимания заслуживает инвестиционное товарищество, являющееся разновидностью договора простого товарищества. В таком договоре появляются две группы участников: управляющие и обычные товарищи. Первые несут неограниченную солидарную ответственность по общим долгам; им запрещаются свободный выход из договорного товарищества и передача своих прав и обязанностей другим лицам, хотя и их вклад в общее имущество может выражаться лишь управленческими и/или иными знаниями и навыками, а не реальным имуществом. Вторые же обязаны вносить денежные вклады и не могут участвовать в ведении общих дел (подобно коммандитистам), но их ответственность по общим долгам ограничивается суммой внесенных ими вкладов, что невозможно ни в каком обычном гражданско-правовом договоре (в том числе и в договоре простого товарищества). При этом они имеют возможность полной или частичной передачи другим товарищам и третьим лицам своих прав (например, уступки кому-либо своего права на получение прибыли), которая, однако, может быть ограничена преимущественным правом других товарищей на получение их доли либо необходимостью предварительного согласия управляющих и/или иных товарищей на частичную уступку прав.

Участниками инвестиционного товарищества в соответствии с Законом могут быть только индивидуальные предприниматели и/или любые, в том числе некоммерческие, юридические лица, а также иностранные организации, не являющиеся юридическими лицами по иностранному праву. Таким образом, и здесь появляются мало чем рискующие управляющие товарищи, а обычные

товарищи (например, бюджетные учреждения) могут лишиться права на получение прибыли и на свободное распоряжение своей долей.

Таким образом, оценивая данные нововведения можно сделать вывод, что пока, желание к ограничению имущественного риска учредителей (участников) и к максимально свободной организации ими своей корпоративной деятельности соответствует интересам лишь некоторой части участников гражданских правоотношений. При этом, к сожалению, не реализуется принцип защиты интересов кредиторов и третьих лиц, т. е. всех участников правоотношений. Законодатель, к сожалению не нашел разумного баланса интересов между различными участниками имущественного оборота, что, в свою очередь, наталкивает на мысль о необходимости дополнительной ревизии положений рассмотренных Законов. Поскольку введение в гражданский оборот новых видов юридических лиц, не до конца понятных отечественному правопорядку, в конечном итоге вовсе не гарантирует санации инвестиционного климата в стране.

Владислав Владимирович Бондаренко,
юридический факультет
НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург
E-mail: vladbond77@gmail.com
© В.В. Бондаренко, 2012

塔季扬娜·А. Alexeeva
俄罗斯国立高等教育研究院圣.
彼得堡分院 «高等经济学院»

研讨会开幕式上，ТА阿列克谢耶夫就俄罗斯——
中国合作在执行过程中存在的问题和发展前景发表了演讲。本次研讨会是在20
11年9月圣彼得堡举行的。研究并探讨了关于“金砖四国”出现的一些法律问题
，这次研讨会在解决双边经济活动的法律规制上作出了贡献。

首先我们与来自中国的同事共同讨论三个重要因素
。第一个问题是，由于在俄罗斯和中国的经济贸易关系之间，一直受国际双边
协议制约，该协议是在1689年签署的。

第二个问题是，在俄罗斯和中国的思想影响下同时参照罗马法律传统法
律而制定出的一种法律体系，其注重社会各层面和社会的公共利益。第三，中
国和俄罗斯在制定有关“金砖四国”的法律制度时保持统一的思想原则
，它涉及到不仅以国际法律为基础，还以国家法律为根基。此外，金砖国家有
着共同的目标，便是国家元首和政府首脑在年度会议上
，要求实施和制定符合两国实际情况的合理的法律规则。

本次研讨会被认为是以对话为形式的会议，以求解决中国和俄罗斯的经济
活动在某些方面的有效法律规制。

**Тема 1. ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО — ПРАВОВОЙ ФУНДАМЕНТ
РЫНОЧНОЙ ЭКОНОМИКИ**
主题1。民法 — 市场经济的法律基础

Hajiyev Gadis Abdullaevich
宪法法院的法官
俄罗斯国立高等教育研究学院
圣彼得堡分院 «高等经济学院»
法律部门科学主任

“改善在民事法律实体上产生的问题的合理方法”

本文着重按哲学理论和法律依据讨论关于“公务员法的法律实体的定义和分类”。笔者认为本文讨论的问题范畴是具有实际意义的。众人瞩目的主要焦点是对（“PERSONA”（拉丁）莫斯科）十月革命前的俄国法律的法学家和哲学家以及苏联的法学家和现代化的国内律师的认识。GAHajiyev分析陈述民事关系的主体，罗马律师的发展和具有影响力的意见，GFShershenevich, ENTrubetskoy,苏联时代的法律专家。笔者显示出法律概念的重要性，在进行民事法律主体的分类中，确保该类型的法律实体。本文解释并讨论发生在苏联解体后俄罗斯执法意识形态仍受到前苏联的法制体系的影响，前苏联的共产主义法律体制和思想意识至今引起法权与人权的争论。特别注意的是承认公共法则的法律实体的实际问题。

作者：费安玲Fei Anling
中国政法大学民商法学教授
法律硕士学院院长
anlingf@cupl.edu.cn

论罗马法与现代中国法比较视野下的商事合伙团体之设立

自古至今，作为团体，合伙尤其是商事合伙在社会经济生活中始终是一股相当活跃的经济力量。

中国自上个世纪改革开放初期到2007年，商事合伙企业的发展相当迅速，根据中国国家工商行政管理总局的数据统计，截止到2007年8月，全中国有商事合伙企业13.3万家，吸纳了社会就业人员188.7万人。

²¹至2012年则更是有着显著的增长。

²¹ 张菊云：《我国中小企业发展方向定位的思考》http://www.saic.gov.cn/yjzx/gzyj/gzyj_ltt/201203/t20120302_124512.html

与欧美的律师事务所的性质相同，中国全部的律师事务所都是商事合伙团体性质，无论其是否以律师个人姓名命名律师事务所。

在中国，就外商投资的商事合伙企业而言，浙江省义乌市十分引人注目。据中国国家工商行政管理总局的统计，截至2012年2月底，在义乌市登记的外商投资合伙企业有513家，涉及出资额1262.98万美元，其中外方出资额为1129.64万美元，投资来源国或地区有33个。义乌市的外资商事合伙企业数占中国该类企业总数的七成，占浙江省的九成。²²

纵观人类法律的发展史，法律对合伙的关注，始现于古巴比伦的《汉穆拉比法典》中：“某人按照合伙的方式将银子交给他人，则以后无论盈亏，他们在神面前均分。”

但是，对商事合伙团体给予较为体系化的法律规制，则应当始于罗马法。在罗马法中，有着极为详细的关于商事合伙团体的规则，但是，按照德国著名的罗马法学家蒙森的观点，罗马法中的合伙完全是作为契约中的一种而加以规范的。蒙森的观点的确有着一定的罗马法原始文献的依据，例如我们可以在公元二世纪法学家盖尤斯（Gaius, II sec. d. C）的作品中，频频寻觅到盖尤斯从契约角度对合伙的阐述。比如“在设立买卖、借贷、合伙、委托之债时，需基于缔约双方的合意。（Dig. 44.7.2 pr. Gaius 3 inst. Consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis.）”。“在设立买卖、借贷、合伙、委托契约时，双方当事人应当根据公平和善意原则相互承担责任。（Dig. 44.7.2.3 Gaius 3 inst. Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet.）”。²³

但是，盖尤斯不仅关注到合伙与契约的关系，而且同时也揭示出合伙的团体性。例如他曾经指出“不是所有的合伙、商业社团或是其他类似的团体都能取得团体资格。因为，无论是依据法律还是依据元老院决议或是皇帝的敕令，这一资格的授予都是在被限制之例。只有在极少数情况下才允许授予这一资格。例如：获准设立的为国家征收税款的合伙以及金、银、盐矿的合伙。（Dig. 3.4.1 pr. Gaius 3 ad ed. provinc. Neque societas neque collegium neque huiusmodi corpus passim omnibus habere conceditur: nam et legibus et senatus consultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur. paucis admodum in causis concessa sunt huiusmodi corpora: ut ecce vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere vel aurifodinarum vel argentifodinarum et salinarum. item collegia romae certa sunt, quorum corpus senatus consultis atque constitutionibus principalibus confirmatum est, veluti pistorum et quorundam aliorum, et naviculariorum, qui et in provinciis sunt.）”。²⁴

实际上，早在罗马社会中，诸合伙人通过契约而形成合伙团体。而合伙团体又成为罗马社会中很重要的商事主体。经过一千余年的制度演进，形成了罗

²² 来源：国家工商总局外商投资企业注册局网站http://www.saic.gov.cn/wzj/gzzt/201203/t20120301_124439.html

²³ D.44, 7, 2 pr. □盖尤斯：《法学阶梯》第3编；D.44, 7, 2, 3 □盖尤斯：《法学阶梯》第3编

²⁴ D.3, 4, 1 pr. □盖尤斯：《论行省告示》第3编；

马法中的商事团体制度并从制度理念、制度规范、制度体系等方面给了近现代商事合伙团体法律制度以诸多引领，这很值得我们对其进行分析与研究。

在现代法中，包括中国、俄罗斯在内的许多国家的成文法中都有对商事合伙团体的规则。那么，现代法中的商事合伙团体的设立与罗马法中的相关规则有着怎样的异同？其之间有着怎样的关联？我们如何来认识它们之间的关系？罗马法中有关商事合伙团体设立的规则给我们现代人以怎样的启发？这些均值得我们去进行深入的探析。笔者尝试着以罗马法和现代中国合伙企业法的比较为分析视野与背景，对商事合伙团体的设立做出分析。

一、商事合伙团体的界定

在公元前3世纪中期，地中海贸易的发展催生了为满足经营活动的合伙（societas）的产生。作为万民法上的一种制度，合伙首先体现为一种契约，即两个或两个以上的自然人，为实施经济活动，彼此之间约定将各自的财产或劳务合并在一起以获取合法利益，并依约定的比例分享赢余分担亏损。但是，由于该合伙多以自己的名称对外进行商事活动，故而形成商事合伙团体。最初有关合伙人的争议是由外事裁判官负责解决，后来便将万民法规定适用的主体扩大适用于罗马市民。²⁵

就罗马法中的societas而言，其法律特征比较明显：（1）渊源于万民法；（2）以契约为形式最终形成了一个有着自己名义的商事团体；（3）责任的最终承担者是参与合伙之人；（4）有出资或出劳务的行为；（5）对商事活动中的正利益和负利益采取共同分享与分担方式。

斗转星移。我们在中国《合伙企业法》中读到的有关合伙企业的如下解释：“本法所称合伙企业，是指自然人、法人和其他组织依照本法在中国境内设立的普通合伙企业和有限合伙企业。

普通合伙企业由普通合伙人组成，合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任。本法对普通合伙人承担责任的形式有特别规定的，从其规定。

有限合伙企业由普通合伙人和有限合伙人组成，普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任，有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。”²⁶

根据该立法的内容，从理论上，我们可以认为，所谓的商事合伙团体是指合伙人依彼此达成的协议，共同出资、共同经营、共享收益、共担风险，并对因其活动所产生的债务承担无限连带责任或者有限责任的营利性团体。在中国的社会经济活动中，以合伙形式进行活动的团体通常是商事合伙团体。

中国现代法中的商事合伙团体，亦有如下的法律特征：（1）团体形成的前提是合伙人之间的契约关系；（2）团体活动的目的具有明显的以营利为目的的特性；（3）合伙人在出资、经营、收益与风险上具有不可割裂开的共进共

²⁵ 罗马法原始文献Gai. 3, 154.

²⁶ 《中华人民共和国合伙企业法》第2条

退的特性；（4）在债务承担上的方式上分为无限连带责任和有限责任两种状态。对合伙人而言，该两种责任状态的出现取决于合伙人自己的选择。

与罗马法有着明显不同的是，罗马法对商事合伙团体没有较为精细的分类，而在中国现代立法中，则将商事合伙团体分为合伙人承担无限连带责任的普通商事合伙团体与合伙人承担有限责任的有限商事合伙团体。将商事合伙团体划分为上述两种不同类型，旨在对合伙人的法律责任作出更加清晰且符合合伙人意愿的责任状态，同时也能够实现对合伙人利益与非合伙人利益的公平救济。

二、商事合伙团体设立的基础

商事合伙团体的出现主要出于其经济上的考虑，对此，乌尔比安曾经明确给予揭示，即：“可以在财产状况不同的人之间组建合伙。因为，通常财产较少的合伙人以提供自己的劳务来弥补财产的不足。”(Dig.17.2.5.1 Ulpianus 31 ad ed. Societas autem coiri potest et valet etiam inter eos, qui non sunt aequis facultatibus, cum plerumque pauperior opera suppleat, quantum ei per comparationem patrimonii deest. donationis causa societas recte non contrahitur.)²⁷

无论是从罗马法规则中还是从现代中国《合伙企业法》的规则中，我们可以看到商事合伙团体设立的基础主要有四：

1、直接影响商事合伙团体设立的信赖利益

按照德国学者耶林的观点，利益是权利的内核，无利益即无权利。合伙关系的本质是信赖关系。信赖利益的存在是诸合伙人之间产生信赖关系的基础。乌尔比安对此很关注，其强调商事合伙团体的产生“有一个极为重要的理由，就是这种合伙是基于合伙人之间如同兄弟般的信任设立的。”(Dig.17.2.63pr. Ulpianus 31 ad ed. hoc enim summam rationem habet, cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat)²⁸。

在中国民商法学理论中，对商事合伙人之间的信赖利益是商事合伙团体产生的重要基础已经形成了共识。但是，在《合伙企业法》的立法中，并未如同罗马法规则文献那样直接揭示出信赖利益在商事合伙团体设立中的重要性。不过，在该立法中以“一致同意”的规则来强调合伙人之间的信赖关系。也就是说，“一致同意”的背后的利益就是合伙人之间的相互信赖。如果有合伙人不同意的，则在共同利益上无法体现合伙人的共同利益追求，由此可以推定出这与合伙人之间的信赖利益并未吻合。

值得注意的是，在现代社会中，商事合伙人的信赖利益不应当仅理解为完全是合伙人个人利益，它们同时也是社会利益的组成部分。19世纪末，德国著名学者耶林

²⁹强调权利所体现的利益应当包含社会利益在内，或者至少是社会利益与个人利益的结合，他主张力求平衡个人原则与功利原则。他认为权利就是法律上保

²⁷ D.17, 2, 5, 1□乌尔比安：《论告示》第31编

²⁸ D.17, 2, 63pr.□乌尔比安：《论告示》第31编

²⁹ Rudolf von Jhering, 1818-1892.

护的利益，因此，权利是作为法律的目的和根本标志。耶林的学说直接构成了利益法学的思想渊源。现代学者将其归纳为：“从概念上讲，权利是法律秩序授予个人的一种法律权能，就其目的而言，它是满足人们利益的一种手段。”³⁰耶林的权利理论得到了美国著名的法学家庞德的推崇，他认为：耶林“通过使人们注意权利背后的利益，而改变了整个权利理论”³¹。就商事合伙人而言，信赖利益不完全是个人利益的价值判断同样渊源于对个人与社会利益的考量，因为合伙人之间的信赖利益的救济直接涉及到了社会经济秩序的稳定。

2、商事合伙团体设立的合意

商事合伙是基于合意而形成的团体。因此，其主要的基础之一就是合意。这也是罗马法把合伙放在契约关系中的主要原因。盖尤斯在其《法学阶梯》中强调：“在设立买卖、借贷、合伙、委托之债时，需基于缔约双方的合意。”³²。不仅如此，“只要在合伙者之间仍然保持着合意，合伙就存续。”³³，而乌尔比安也强调：“要提起合伙之诉，首先必须有合伙的存在。因为，如果没有合伙组织，而仅仅有共同拥有物品这一事实尚不足以提起合伙之诉。因为除合伙外，还有其他许多方式可以共同拥有某一财产。例如：没有成为合伙人的愿望，但是共同接受了一件物品的遗赠。同样，不是为了成为合伙人而共同购买了一件物品或共同接受了一项遗产或赠与，或者分别购买了同一财产的部分份额。”³⁴ (Dig.17.2.31 Ulpianus 30 ad sab. Ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet: nec enim sufficit rem esse communem, nisi societas intercedit. communiter autem res agi potest etiam citra societatem, ut puta cum non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata, item si a duobus simul empta res sit, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit, aut si a duobus separatim emimus partes eorum non socii futuri.)

在中国《合伙企业法》中，合意同样被确认为商事合伙团体设立的主要基础。在该法第4条中明确规定：“合伙协议依法由全体合伙人协商一致”。这意味着合意是商事合伙团体设立的基本要素。

就商事合伙团体设立的合意而言，需要如下的基本判断：

(1) 合意是协商商事合伙团体设立事宜的最终结果。协商与合意的关系如同线与点的关系，也是过程与终点的关系。当合伙人通过反复磋商而最终达成一致意见时即形成合意。因此，在未达成一致意见之前，协商过程不能替代合意的法律效力。

(2) 合意是全体商事合伙人的一致意愿。如果合伙人之间就商事合伙团体的设立存在误解，则会直接影响到合伙的设立效力，这适用于有关契约的意思表示的判断规则。在罗马法法学家的作品中对此有着明确的阐述，“在所有

³⁰ L. Enneccerus. Allgemeiner Teil des Buergerlichen Rechts, 15. Aufl., Tubingen, 1959. 可惜，在我国法学界都在谈耶林的理论，但是除了其《为权利而斗争》一文被译成中文外，其他作品的内容均没有译成中文，人们所阐述的内容均是他人转述的内容，难以符合学术规范的要求。

³¹ [美]庞德著：《通过法律的社会控制 法律的任务》第46页，商务印书馆1984年版。

³² Dig. 44.7.2pr.; Gaius 3 inst.

³³ Gaius, inst. 151.

³⁴ D.17, 2, 31 乌尔比安：《论萨宾》第30编

契约的缔结中，无论是否是基于善意缔结的，一旦产生误解，比如买方或借方希望得到的是某件物品，而与他们签订契约的人却以为是另一件，契约无效。这一原则亦适用于合伙的组建。当意见不一致时，比如，合伙人对合伙事务产生误解，应当基于合意产生的合伙不成立。”³⁵ (Dig.44.7.57 Pomponius 36 ad q. muc. In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet quod acti sit. et idem in societate quoque coeunda respondendum est, ut, si dissentiant aliud alio existimante, nihil valet ea societas, quae in consensu consistit.)。

在中国《合伙企业法》中，以“一致同意”来表述商事合伙之间对商事合伙团体设立的合意。所谓“一致”应当是无任何完全同意上的瑕疵。

3、商事合伙团体设立的营利目的

商事合伙团体的设立，还有一个不容忽视的目的要素即合伙人是以追求营利为目的的。因此，“允许设立以营利为目的的合伙”³⁶是法律对商事合伙团体目的要素的确认。所谓营利，按照保罗的解释，是指“来自每一个合伙人在各自职业活动中获取的利益。”³⁷。

鉴于商事合伙团体的营利目的，罗马法学家们在罗马法的规则中确立了合伙设立时的财产要件，“我们可以以向合伙交出全部财产的方式设立合伙、也可以只为某项商业活动设立合伙或为国家征收税款设立合伙。同样，我们亦可就某一物品的使用设立合伙。”³⁸。(Dig.17.2.5pr. Ulpianus 31 ad ed. Societates contrahuntur sive universorum bonorum sive negotiationis alicuius sive vectigalis sive etiam rei unius.)。为了实现合伙团体的营利目的，“在共有合伙中，合伙一经成立，合伙人的全部财产立即为全体合伙人所共有。”³⁹ (Dig.17.2.1.1 Paulus 32 ad ed. In societate omnium bonorum omnes res quae coeuntium sunt continuo communicantur)。显然，无论是合伙人的出资行为规则，还是将合伙人的出资通过规则直接变动为合伙人的共有财产，这些都是以便于商事合伙团体从事其活动的物质条件。罗马法学家们对社会经济生活的观察和规则的制定都彰显出他们的严谨和周密思维。

在中国《合伙企业法》中，针对商事合伙团体的营利性目的，在商事合伙团体设立的要件上也特别设计了对其实财产能力的要求。依该法第14条的规定，合伙人应当：（1）进行认缴或者实际缴付的出资；（2）合伙团体要有其生产经营场所；（3）合伙人的出资可以是货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利出资，也可以用劳务出资。当以实物、知识产权、土地使用

³⁵ D.44, 7, 57彭波尼：《论库尹特·穆齐》第36编

³⁶ D.17, 2, 7乌尔比安：《论萨宾》第30编

³⁷ D.17, 2, 8□保罗：《论萨宾》第6编

³⁸ D.17, 2, 5pr.□乌尔比安：《论告示》第31编

³⁹ D.17, 2, 1, 1保罗：《论告示》第32编

权或者其他财产权利出资是，需要评估作价。该评估可以由全体合伙人协商确定，也可以由全体合伙人委托法定评估机构进行评估。

上述这些要求均以确保商事合伙团体在进行营利性活动时具有相应的权利能力和行为能力。□

4、商事合伙团体的设立符合于法律规则和社会公德

无论是在罗马社会还是在近现代社会，商事合伙团体始终是社会经济生活中很活跃的一种力量，其活动的商事性固然重要，但是如果其设立之初即与法律规则和社会公德相抵触，则该商事合伙团体的设立将消失在萌芽状态。

法律规则是立法者通过特定的立法程序而颁行的人们行为的准则，是人们在社会生活、法律活动中不可逾越的底线。相比于法律规则，社会公德则是为全体民众或者最大多数的民众所共同认可的道德性规则，虽然它们并无法律规则的强制力，但是为民众所自觉认可与遵守。社会公德不是来自于个别主体的个别判断，与金钱、社会地位、权位高低均无关。

在罗马法的相关规则中，商事合伙的设立被与法律规则和社会公德紧密地联系在一起。为此，保罗曾经明确指出：“如果合伙是违法设立的或是以欺诈他人之目的设立的，那么，根据法律规定不具有任何效力。因为善意是反对违法和欺诈的。”⁴⁰ (Dig.17.2.3.3 Paulus 32 ad ed. Societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso iure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo.)。乌尔比安也强调：“彭波尼认为，在不违法及不违背社会道德的情况下，合伙才能成立。这点是不容忽视的。如果合伙是为非法目的设立的，那么，合伙不成立。因为我们总是这样说，违背公德设立的合伙无效。”⁴¹ (Dig.17.2.57 Ulpianus 30 ad sab. Nec praetermittendum esse pomponius ait ita demum hoc esse verum, si honestae et licitae rei societas coita sit: ceterum si maleficii societas coita sit, constat nullam esse societatem. generaliter enim traditur rerum inhonestarum nullam esse societatem.)。罗马法将商事合伙团体的设立与社会公德紧密相连，为我们现代立法中关注商事团体设立和运营中的社会责任奠定了理念基础。

受到罗马法和近现代企业社会责任思潮的影响，中国《合伙企业法》第7条规定：“合伙企业及其合伙人必须遵守法律、行政法规，遵守社会公德、商业道德，承担社会责任。”显然，商事合伙团体的设立、经营及团体中合伙人必须要承担具有强制性的三个法定义务：（1）遵守法律、行政法规；（2）遵守社会公德和商业道德；（3）承担社会责任。

三、商事合伙人的资格限制

商事合伙团体的设立，人是首要因素。自罗马法始到现代法，法律对成为合伙人的资格限制始终给予高度关注。

⁴⁰ D.17, 2, 3, 3保罗：《论告示》第32编

⁴¹ D.17, 2, 57乌尔比安：《论萨宾》第30编

在罗马法中，不是任何自然人都可以成为合伙人，这并非仅是在说奴隶。即使是自由人也有成为合伙人的条件限制，主要表现为：

(1) 自然人的意思表示能力限制。即无独立意思表示能力者如家子等不能成为合伙人；

(2) 身份限制，例如合伙人的继承人不能自然成为合伙人。彭波尼提出：“我们不能在合伙设立时作出继承人可以继承合伙人地位的规定。这一点对于私有合伙是确定无疑的。”⁴² (Dig.17.2.59pr. Pomponius 12 ad sab. Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres etiam succedat societati. haec ita in privatis societatibus ait)。乌尔比安也强调“任何人都不得以使其继承人成为合伙人的方式为自己及其继承人设立合伙。”⁴³ (Dig.17.2.35 Ulpianus 30 ad sab. Nemo potest societatem herede suo sic parere, ut ipse heres socius sit: in heredem autem socii proponitur actio, ut bonam fidem praestet)。因为，合伙人与其继承人并非同一主体，如果在商事合伙团体设立允许附加合伙人继承人自然成为合伙人的提交，则完全违背了商事合伙团体系合伙人之合意产生的基本规则，也会对合伙人之间的信赖关系埋下损害的祸种。

(3) 合意的限制。何人能够成为合伙设立时的合伙人，必须在合伙人之间有着明确的合意，否则不能成为该商事合伙的合伙人。对此，乌尔比安指出：“当一个人被接纳为合伙人时，他只是成为按规定接纳了他的那名合伙人的合伙人。因为，合伙是基于合意设立的，我的合伙人不能是我不愿意与之合伙的人。为此，通常我们会这样问：我的合伙人可以与另外一个人组成一个合伙吗？我们说，可以。然而，如果我的合伙人愿意与他组建合伙，那么，他也只是我的合伙人的合伙人。”⁴⁴ (Dig.17.2.19 Ulpianus 30 ad sab. Qui admittitur socius, ei tantum socius est qui admisit, et recte: cum enim societas consensu contrahatur, socius mihi esse non potest quem ego socium esse nolui. quid ergo si socius meus eum admisit? ei soli socius est.)

在中国《合伙企业法》和相关立法中，对合伙人的资格也设置了一定的限制，主要表现为：

第一，一般性资格限制。能够成为合伙人者，必须接受如下限制：(1) 行为能力的限制。即合伙人应当具备完全行为能力（第14条）；(2) 出资能力的限制。即任何合伙人均应当能够按照商事合伙团体设立的要求实施出资行为；(3) 合意的限制。即任何商事合伙团体的合伙人，均必须是合伙合意的意思表示之人。

第二，特殊性资格限制。在《合伙企业法》第3条中规定“国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为普通合伙人”。因为普通商事合伙团体的合伙人对其合伙团体的债务承担无限连带责任。

⁴² D.17, 2, 59pr.彭波尼：《论萨宾》第12编

⁴³ D.17, 2, 35乌尔比安：《论萨宾》第30编

⁴⁴ D.17, 2, 19乌尔比安：《论萨宾》第30编

如果国有独资公司、国有企业、上市公司能够成为普通商事合伙团体的合伙人，将可能因承担无限连带责任而导致国有资产的流失或损害股东的利益。如果允许公益性的事业单位、社会团体成为普通商事合伙团体的合伙人，则将会因公益性而完全无法承担合伙债务的无限连带责任。

四、商事合伙团体设立中的欺诈及其责任

商事合伙团体设立之初便存在欺诈行为，在社会经济生活中并非少见。故而，在远距我们现代生活的罗马法中，罗马法学家们便十分智慧地对这个问题作出了立法性规则的呼应。按照乌尔比安的观点，如果合伙人在设立合伙时有欺诈行为时，不仅会产生合伙不能成立或者该主体不能成为合伙人的法律后果，还可能遭到因该行为而受损失者提起的欺诈之诉并承担法律上的不利益。

45

在19世纪，德国学者耶林提出了缔约过失责任的理论，这是人类法律发展史上的一个重要理论成果。鉴于欺诈行为存在于商事合伙团体设立时，其结果会导致合伙协议的无效，因此，参与合伙设立的人无法追究欺诈行为的违约行为，也会由于举证责任过重而难以追究欺诈行为人的侵权责任。而耶林的缔约过失责任理论则解决了这一问题。中国《合同法》制度完全接受了缔约过失责任理论并在该法第42条中规定：“当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：（一）假借订立合同，恶意进行磋商；（二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；（三）有其他违背诚实信用原则的行为”。据此，参加商事合伙团体设立者因实施欺诈行为导致合伙设立无效并遭受损失者，可以要求在合伙设立中实施欺诈者承担缔约过失责任。

五、结论

综上所述，作为在社会经济生活中有其一定独立法律地位的商事合伙团体，其既不同于形成合伙的自然人，也不同于具有独立法律地位的法人。在其设立之时需要法律对其设立的条件加以规范。立法者不仅要对其参与商事合伙团体设立的主体资格、设立的意思表示能力、设立的意思表示的合意、出资能力及其出资行为、欺诈行为的制约及其法律责任等一般规则加以规范，更需要关注这些一般规则背后的信赖利益保护、设立行为与社会公德的吻合、商事合伙团体的社会责任等隐形规则的规范。罗马古人以其令人难以置信的智慧和务实精神对商事合伙团体设立的基本规则提出了相当详细的见解和规范，对近现代商事合伙团体的设立制度产生了巨大影响。虽然罗马法与中国现代法相距两千年左右，但是当我们把罗马法与中国现代合伙团体立法及其制度进行比较分析时，令我们十分清晰地看到了两者之间的历史联系之线，也令我们看到了现代法的发展与贡献。通过这样的比较分析，我们还可以看到现代法对商事合伙团体的设立制度与规范依然有相当大的发展空间，这就是我们要进一步努力的目的。

米哈伊尔·Krotov
俄罗斯联邦宪法法院

⁴⁵ D.17, 2, 45乌尔比安：《论萨宾》第30编

及俄罗斯联邦总统全权代表
俄罗斯国立高等教育研究学院
圣彼得堡分院《高等经济学院》
法律程序教授

关于“现今阶段责任”的理论

该文章是专门反映民法典中的学说与公民法律义务之间的关系。笔者关注的问题是法律义务的具体定义，其特点区别于其他民事关系。

米哈伊尔·Krotov

先生认为作为公民权利的所属对象是个人财产所属权，国家民法应着重突出地个别审查这个问题。笔者分析了个人财产所属权及其义务的特性，它应该与人的主观意识，心理状态和个人观点区分开来，在判决程序中不应涉及到这些方面。同时也需要吸取沙俄时期的，前苏联时期的和现代时期的，包括外国法律学家的经验和观点。特别须要注意的是要将俄罗斯在“债务人义务”上的传统概念与盎格鲁

撒克逊的传统概念和罗马式的传统概念相比较。文章深入探讨俄罗斯民法在共同法律义务上的问题，既合法而属实地实践精神。米哈伊尔·Krotov先生提出个人在民事立法上的建议，目的在于将本国宪法加以完善。

Yang Yinhong,
法学博士，（中国）福建师范大学法学院副教授，美国
Wake Forest大学访问学者（2011.6-2012.6）。
Email:yyinhong@163.com

经营者的不作为侵权责任：从罗马法到现代法⁴⁶

在侵权法上，经营者承担广泛的注意义务。所谓经营者包括旅店、车站、商店、餐馆、茶馆、公共浴室(包括桑拿浴)、歌舞厅；邮电、电力、通讯、公共运输部门；体育馆(场)、动物园、公园；银行、证券公司等。

⁴⁷按照行为方式的不同，可以分为作为义务和不作为义务。所谓不作为义务或者说是消极义务是指，经营者应当控制自己的积极行为，不得实施某些行为或者不得采取某些措施造成他人损害，即经营者负有不以自己的积极行为侵害他人权益的义务。负有消极的不作为的义务而造成他人损害的，即为积极的侵权行为或者说是作为的侵权行为，经营者所承担的责任即为作为的侵权责任。与之相对，所谓作为义务或者说是积极作为义务、积极义务是指经营者负有以自己的积极行为防范危险、保护他人合法权益的义务。具言之，经营者应积极从事某些行为、采取某些积极措施，保护他人利益，防范危险，避免他人遭受不

⁴⁶ 本文系福建省社科规划项目《侵权法上比例原则及其司法适用》（2012C096）的阶段成果。

⁴⁷ 参见张新宝、唐青林：《经营者对服务场所的安全保障义务》，《法学研究》2003年第3期，第79页。

合理的损害或防止损害的进一步扩大。例如，银行应配备合理的硬件设施来保障顾客的人身或财产安全，宾馆主人应配备合格的保安防止第三人侵害客人的安全。负有积极义务者未尽义务即为消极的侵权行为或者说不作为的侵权行为，经营者所承担的责任即为不作为的侵权责任。经营者的不作为侵权责任虽到近现代社会才为各国家立法或司法所重视，但它实则是一项古老的制度，罗马法中早已有其原始之规定。

一、罗马法上经营者的不作为侵权责任

船东、客栈和车马店的经营者人的责任（*receptum nautarum cauponum stabulariarum*）体现在优士丁尼《法学阶梯》I.4.5.3和《学说汇纂》D. 47, 5, 1, 3和D. 47, 5, 1, 6。

优士丁尼《法学阶梯》I.4.5.3

同样，船舶、客栈或车马店的经营人被认为就在船舶、客栈或车马店中实施的诈欺或盗窃承担因准非行的责任，只要他本人无任何非行，而是以其工作经营船舶、客栈、车马店的人有非行。事实上，也不是根据契约授予这一诉权对抗他，由于使用恶人的工作，被告有某种过错，因此，他被认为根据准非行承担责任。然而在这种情况下，发生的是基于事实之诉，它确实授予继承人，然而不可对继承人行使。⁴⁸

D. 47, 5, 1, 3 乌尔比安：《告示评注》第38卷
事实上，在客栈或船上灭失物的情况下，船舶或客栈的经营人按裁判官的告示这样地承担债：其物被盗的人享有选择权：他可以根据荣誉法对船舶经营人起诉，也可以根据市民法对窃贼起诉。⁴⁹

D. 47, 5, 1, 6 乌尔比安：《告示评注》第38卷
客栈经营人对由于经营客栈而留在那里的人的行为承担责任，也对因居住留在那里的人的行为承担责任。但对旅客的行为不承担责任，因为客栈经营人或车马店经营人，但他以某种方式为自己选择永久的住户，【既然】他未加拒绝，他【就】必须对他们的行为承担责任。在船舶之情形，【船舶经营人】不对任何乘客的行为承担责任。⁵⁰

此等文本表明罗马法要求船舶、客栈或车马店的经营人对其雇佣人在其场所的非法行为承担的准私犯责任，因为非法行为并非为经营者自己实施的。申言之，倘若船东、客栈主或车马店的经营人所雇佣的人对顾客实施了诈欺或盗窃等非法侵害行为，虽然船东、客栈主或车马店的经营人自身与该非法行为没有联系，亦会被提起针对船东、客栈主或车马店的经营人的诉讼。

⁵¹而不论这些物品是否被交给了船东、客栈主或车马店的经营人。⁵²

⁴⁸ 徐国栋：《优士丁尼〈法学阶梯〉评注》，北京大学出版社2011年版，第495页。

⁴⁹ [意]桑德罗·斯奇巴尼：《债·私犯之债（II）和犯罪》，徐国栋译，中国政法大学出版社1998年版，第72页。

⁵⁰ [意]桑德罗·斯奇巴尼：《债·私犯之债（II）和犯罪》，徐国栋译，中国政法大学出版社1998年版，第72页。

⁵¹ 参见黄风：《罗马私法导论》，中国政法大学出版社2003年版，第347页。

针对这一责任的诉权被害人可永久享有，受害人可依事实之诉请求加倍赔偿，其继承人也可提起此诉；然而，行为人的责任因其死亡而终止，其继承人不负赔偿责任。

⁵³因此此等继承人并未从经营人的准非行中承继获得利益，法律向其课加责任显失公允。

罗马法作此规定的原由可能有五：第一，对船东、客栈业主和车马店的经营人的过错采用推定的原则，正如文本中提到“由于使用恶人的工作，被告有某种过错，因此，他被认为是根据准非行承担责任”。罗马法向船舶、客栈或车马店的经营人课加的责任较为严格，从雇员的侵害行为直接推定雇主“有某种过错”，这种过错可能是一种选任上的过错，也可能是一种监管上的过错，即“他们本来应当对他们的雇员和长期居住者比较精心地加以选择”。

⁵⁴中世纪的罗马法学家们认为，对经营者来说，这也是一种过错责任，属于经营者的选人过错 (culpa in eligendo)，因为他们没有选择诚实、正直的人作为他们的下属员工。⁵⁵

第二，为保护旅途劳累的旅客的安全，课加经营者妥善保管、保护之积极义务，“以维护公共安全，避免或减少损害的发生”。

⁵⁶在古罗马，接纳旅客的场所有船舶、客栈和车马店，它们分别是罗马人的水路和陆路的运输服务设施。就水路而言，其中存在着发达的海运，此海运只包括客运，因为这里所指的船舶是一种类似于旅馆的场所，在运送过程中旅客住在船上。就陆路而言，沿途设有客栈和车马店，前者为不驾车的旅人使用，后者为驾车的旅人使用。罗马法籍此规定对公共客运提供法制保障。⁵⁷

第三，根据周枬先生的观点，其原因可能与有关准契约的规定相同，有益于保护旅客、促进运输业的兴隆和经济的发展。船舶、客栈或车马店的经营人与旅客之间的契约，以运送或提供住宿为目的，他们所携带的行李物品、马匹，即使交经营人保管，也不受法律保护。共和国末叶，为适应经济发展的需要，裁判官法规定，此类经营人负有妥善保管义务，该义务纯粹是由于携带的事实而产生，并不以交付此类经营人或其雇员保管为必要，故被列为准契约。裁判官法对此类经营人的责任规定得很严，即使失窃或损害的发生是因其他旅客或第三人造成的，经营人亦须赔偿。之所以这样规定，主要是考虑到此类经营人有拒绝收留旅客的权利，而当时旅客往往没有选择乘船、住店的余地，且旅客旅途劳困，容易疏忽，故加重此类经营人的责任，一方面保证旅客的安全

⁵² 黄风：《罗马法教科书》（2005修订版），中国政法大学出版社2005年版，第311页。

⁵³ 参见丘汉平：《罗马法》，中国方正出版社2004年版，第380页。

⁵⁴ [英]巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》，黄风译，法律出版社2010年版，第208页。

⁵⁵ 参见费安玲主编：《罗马私法学》，中国政法大学出版社2009年版，第394页。

⁵⁶ 参见周枬：《罗马法原论》（下），商务印书馆2001年版，第869页。

⁵⁷ 徐国栋：《优士丁尼<法学阶梯>评注》，北京大学出版社2011年版，第496页。

，有利于商品经济的发展；另一方面，提高旅店等服务业的信誉，增加其营业额，亦有利于经营人自身。⁵⁸

第四，信赖原则在船东、客栈业主和车马店的经营人与旅客关系中的运用。这一类型的责任其实就已经提出了为在企业中提供协助的第三人的行为承担责任的问题，虽然从事企业经营的人自己并没有过错，这主要是考虑到旅客对其所具有的信赖。

⁵⁹旅客到船舶、客栈、车马店投宿，此等经营者表示接受，则在两者之间建立了不同于一般人的密切的关系，基于此等紧密关系，在两者之间产生了信赖，即旅客可合理信赖船东、客栈业主和车马店的经营人提供了安全的暂时居住环境，使得旅客可以放心地作一定的休息。

第五，与其让疲惫不堪的旅客再费尽心思对陌生的环境采取自我保护与防范行为，不如由更易掌控周边设备与环境的经营者来实施必要的防范措施，这符合“谁能够控制、减少危险谁承担责任”的原则。船东、客栈业主和车马店的经营人对其从事经营活动所使用的场所具有他人不可比拟的控制能力。他们最可能了解整个场所的实际情况、预见可能发生的危险和损害，并且最可能采取有效的措施预防损害的发生或者减轻损害造成的后果。所以，他们理应对所使用的场所承担提供安全保障等积极义务。这种义务通常源于他们对危险源的控制能力。而且，经营者的义务程度提高了，其服务也得到相应的改善，有益于吸引更多的旅客，从而增加收益、促进商品经济的加速发展，这样的规定与当时的政治经济社会背景是分不开的。

二、近现代法上经营者的不作为侵权责任

罗马法的安排意味着经营场所的管理人要对旅客的安全承担义务的原则。现代法继承了这一原则。

⁶⁰一方面，近现代法在此基础上发展形成了雇主责任；另一方面，近现代法拓展了经营者应负有的安全保障义务的范围，从而扩大了经营者应承担的不作为侵权责任。

（一）雇主责任

近现代法承继了罗马法的做法，并发展形成了雇主责任。罗马法所指的船东、客栈主或车马店的经营人都是雇主，都是以金钱出资，购买雇员的劳动力，为其创造剩余价值。在雇员执行劳务活动的时候造成他人损害，由雇主承担责任。

⁶¹罗马法虽然有了雇主责任的雏形，但它还没有意识到雇主对他人的侵害行为承担责任是一个具有一般性质且具特别意义的法律问题。到了近代，德国的潘德克顿法学才发明了“罗马法将雇主对他人侵权行为的责任视为雇主对自己过

⁵⁸ 参见周枬：《罗马法原论》（下），商务印书馆2001年版，第868、840-841页。

⁵⁹ 参见[意]桑德罗·斯奇巴尼：《从〈阿奎利亚法〉到〈学说汇纂〉第9编：罗马法的体系与契约外责任诸问题》，薛军译，载费安玲主编：《学说汇纂》，知识产权出版社2007年版，第155页。

⁶⁰ 徐国栋：《优士丁尼〈法学阶梯〉评注》，北京大学出版社2011年版，第496页。

⁶¹ 杨立新：《侵权责任法》，法律出版社2010年版，第239页。

错的责任”的规则。

⁶²19世纪以后，雇佣关系在社会生活中日益普遍发生，雇员侵权问题的日渐突显，雇主对雇员的侵权行为承担责任才作为一个重要的法律问题被提出并引起关注。

对于雇主责任的归责原则，经历了一个从过错推定原则到无过错原则的一种转变。近代德国民法典和日本民法典的规定采过错推定责任。如《德国民法典》第831条规定：为某事务而使用他人的人，就该他人在执行事务中不法加给第三人的损害，负赔偿义务。使用人在挑选被使用人时，并且，以使用人须置办机械或器具或须指挥事务的执行为限，使用人在置办或指挥时尽了交易上必要的注意，或即使尽此注意损害也会发生的，不负赔偿义务。以合同为使用人承担第1款第2句所称事务的处理的人，负同样的责任。

⁶³德国法将雇主责任设计为过错责任，即雇主在选任、监督方面没有尽到必要注意的，则应承担损害赔偿赔偿责任。同时采取过错推定的方式，以适当加强对受害人的保护，便于受害人获得救济。日本法的做法与德国法类似。《日本民法典》第715条规定：因某事业使用他人的人，对于被使用人在其事业的执行中对第三人造成的损害，负赔偿责任。但使用人对于被使用人的选任及事业执行的监督已尽相当注意，或即便尽到相当注意，损害仍不免要发生时，不在此限。代使用人监督事业执行的人，亦负前项责任。前两项的规定，不妨碍使用人或监督人对被使用人行使求偿权。⁶⁴

当今多数国家基于深厚的社会、经济和文化背景的考虑，适用无过错责任原则，如法国、比利时、卢森堡、希腊、葡萄牙、意大利、荷兰以及英美法系国家。

⁶⁵如《法国民法典》第1384条第5款规定：“主人与雇主，对其家庭佣人与受雇人在履行他们受雇职责中造成的损害，负赔偿责任。”法国侵权法学说则采此观点，正如Lambert-

Faivre指出：“应当承认，长期以来，雇主就其雇员实施的侵权行为对他人承担的法律责任并不是建立在他们的选择或监督过错的基础上，雇主就其雇员的行为所承担的法律责任也仅仅是一种危险责任。”⁶⁶再如，在英美法上，雇主对雇员承担责任，则如同他处于雇员的位置一样。即使雇主没有过失，仍应对雇员过失行为造成的后果承担责任。无过错责任的课加，体现了现代社会对处于弱势地位的受害人的保护之加强，彰显了现代民法对实质正义价值之追求。

（二）内容更丰富的经营者不作为侵权责任

⁶² 张新宝：《侵权责任法》（第二版），中国人民大学出版社2010年版，第152页。

⁶³ 德国民法典（第2版），陈卫佐译注，法律出版社2006年版，第309页。

⁶⁴ 《新日本民法》，渠涛编译，法律出版社2006年版，第152页。

⁶⁵ 关于适用无过错责任原则的原因并非本书的论述重点，故不详细展开，可参见张新宝：《侵权责任法》（第二版），中国人民大学出版社2010年版，第153页。

⁶⁶ Yvonne Lambert-Faivre. Droit du dommage corporel. 3e éd. Dalloz, 1996. P. 475. 转引自张民安、杨彪：《侵权责任法》，高等教育出版社2011年版，第382页。

在雇主责任外，近现代许多国家因应社会经济发展对法律的要求，又发展形成了更广泛意义上的安全保障义务，即要求经营者不仅要对雇员在工作过程中对第三人造成的损害承担责任，还应对雇员、消费者的人身或财产安全承担范围更广的积极保障义务，并对违反者课加了不作为侵权责任。

德国最高法院最早涉及安全保障义务的案件是著名的亚麻毯案件。一位妇女到一家百货公司购买亚麻地毯，当售货员准备把这位妇女选中的亚麻地毯取下来时，另外两卷先前放在一旁的地毯掉了下来，砸伤了这位妇女和她的孩子。德国最高法院认为商店因其雇员的过失，没有尽到照顾保护义务，造成妇人和孩子的伤害，应承担损害赔偿责任。

⁶⁷此后，德国法通过判例发展了涵盖面较广的安全保障义务——

一般安全注意义务（Verkehrspflicht），即任何人无论其为危险的制造者还是危险状态的维持者，他都有义务采取一切必要和适当的措施防范危险的发生、保护他人的权利。其中一个重要的类型即是因从事一定的职业或者营业而承担防范危险的义务，例如百货公司应当采取必要措施防止安全门被堵塞。

⁶⁸其产生肇因于德国法以民法典第823条第1款、第2款及第826条所形成的三大“一般侵权行为法规范”过度强调对权利层面的保护，这对于近代工业社会大量使用机械器具及高科技产品所引发的不幸事故经常爱莫能助。在此情况下，为追求分配正义，法律如何以合理公平的方式保护被害人就成了人们关注的重点。除了通过各种特别法规制不幸事故外，为有效解决特别法不足或立法滞后的弊病，法官通过判例法形成了“一般安全注意义务”，以有效解决部分不幸事故的损害赔偿问题。⁶⁹

在日本，与德国法一般安全注意义务相类似的是安全关照义务。日本民法典中没有关于安全关照义务的明文规定，它亦是通过判例的发展形成相关的判断依据。日本最高法院于昭和50年2月25日（1975年2月25日）做出的判决首先使用了安全关照义务一词，并就其法理根据加以说明，安全关照义务是于特殊法律关系的当事人之间、作为法律关系的附随义务而存在的，是当事人各自对于相对人基于诚实信用原则所负的一般义务。

⁷⁰根据此判决，使用人的安全关照义务被界定为“使用人对为实施劳务设置的场所、设施或器具进行管理，或者是对劳动者按使用人或上司的指示执行的劳动进行管理时，为保护劳动者的生命及健康免受危险，而应当进行照顾的义务”。

⁷¹此后，这一判决所创设的安全关照义务理论为实务界所广泛采纳。在日本，通过判例及学者解释，使安全关照义务广泛适用于雇佣、劳动合同及承担合同

⁶⁷ 参见屈茂辉、王泽功：《经营者先合同义务与消费者权益保护》，《消费经济》1999年第4期。

⁶⁸ 参见王泽鉴：《侵权行为法》（第1册），中国政法大学出版社2001年版，第94页。

⁶⁹ 温世扬、廖焕国：《侵权法中的一般安全注意义务》，载王利明：《民法典·侵权责任法研究》，人民法院出版社2003年版，第93页。

⁷⁰ 孙莉斯：《安全保障义务研究》（硕士学位论文），中国人民大学2005年版，第7页。

⁷¹ [日]宫本健藏：《日本的安全照顾义务论的形成与展开》，金春龙译，于敏、韩世远校，载《清华法学》第4辑，清华大学出版社2004年版，第254页。

中的劳动灾害事故、学校事故、医疗事故、特别权力关系内部的故事（如公务员的劳动伤害事故、刑务所或少年院等的被收容者的事故）等。⁷²

在希腊，存在过错侵权责任的一般条款，因而希腊法院可以利用该条款的一般性和借助诚实信用原则、善良风俗等来扩大侵权法保护的范，以解决不同情形下经营者不作为侵权责任的问题。《希腊民法典》第914条的适用范围明确限于对绝对权利和受法律保护的利益之侵犯，但法院运用该一般条款赋予的权力，将它理解为还涵盖了禁止法律权利滥用的规定（《希腊民法典》第281条）和关于基于诚实信用原则的作为义务（《希腊民法典》第288条）的规定，由此法院创设了一般法定义务，于是将不作为的责任整合到了这一制度中。具言之，存在下列情形之一，不作为者应根据《希腊民法典》第914条承担责任：被告依据法律或合同负有作为的义务，或者被告违反了社会所认识的诚信的一般原则；或者被告违反了法律秩序的一般精神、违反了宪法第5（1）条衍生出的原则即要求每个人以不违反善良风俗的方式行为。

⁷³这一做法为课加经营者不作为侵权责任提供了法律与司法上的依据。在实践中，希腊法院还经常主张法律和合同外的诚实信用原则、善良风俗等也能衍生出作为义务，有关判例印证了这一观点。如希腊最高法院第1891/1984号（Areios Pagos 1891/1984）案、希腊最高法院第81/1991号案（Areios Pagos 81/1991）。

1992年1月1日施行的新荷兰民法典是一部相当先进的民法典，它代表了欧洲民法发展的一些新趋向。从侵权行为法方面来看，其第6：162条规定⁷⁴：1、对他人实施了可归责于己身的不法行为之人，应赔偿他人因其不法行为遭受的损害；2、除非有合法正当的理由，下列行为被视为是不法的：对权利的侵犯，违反成文法上的义务或不成文法上的适当社会生活规则之作为或不作为；3、如果不法行为是因行为人的过错造成的或是因根据法律或一般观念应由其负责的原因造成的，行为人应承担责任。这一宽泛的立法在对利益的保护和对注意义务的确认方面采取了更开放的方式，使作为义务的依据突破传统的法律明文规定，而延展至不成文法上的利益或者说是适当社会生活的不成文的规则，起到了与《希腊民法典》第914条的规定相同的效果。

⁷⁵它为经营者不作为侵权责任在广泛意义上的确立提供了极大便利。

⁷² [日]高橋真：《安全配慮義務の研究》，成文堂1992年版，第138页。

⁷³ Walter Van Cerven, Jeremy Lever and Pierre. Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law. Hart Publishing, 2000. P. 297/2.

⁷⁴ 《荷兰民法典》第6：162的英文是：1、A person who commits an unlawful act toward another which can be imputed to him, must repair the damage which the other person suffers as a consequence thereof. 2、Except where there is a ground of justification, the following acts are deemed to be unlawful: the violation of a right, an act or omission violating a statutory duty or a rule of unwritten law pertaining to proper social conduct. 3、An unlawful act can be imputed to its author if it results from his fault or from a cause for which he is answerable according to law or common opinion. 引自麻昌华：《侵权行为法地位研究》，中国政法大学出版社2004年版，第120页。

⁷⁵ 参见[德]克雷斯蒂安·冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》（下），张新宝译，法律出版社2001年版，第36页。

在奥地利，一般安全注意义务（Verkehrssicherungspflichten）现在在奥地利的侵权法中已经得到了普遍的承认。奥地利著名民法学者Koziol教授在其所著的ÖsterreichischesHaftpflichtrecht(《奥地利责任法》)一书中专辟一节介绍了这一概念，它实际上并不限于狭义上的交通安全义务，而是相当于德国法现在所谈论的一般安全注意义务，在奥地利法上，这一义务也在违法性、不作为责任和行为义务的具体化方面上发挥着重要的作用。

⁷⁶而且在奥地利责任法草案第1297条呈现出一种趋势，即扩张防免给他人造成危险的积极义务范畴，其规定了关于确立积极作为义务的更多的情形：“在下列情形下，每个人有义务阻止明显威胁到他人的危险：（1）如果行为人与遭受危险者之间存在特殊关系；（2）如果行为人向公众开放了一些设施，或开启或保有危险源；（3）如果产生威胁的损害与阻止该损害的负担明显不成比例。”⁷⁷可见，经营者所承担的作为义务范围呈现不断扩张的趋势。

英美普通法长期持这样一个观点，不作为不承担侵权责任。然而在人们思想观念的变化、道德对法律的冲击下，越来越多的侵权法学者对此进行了批判，法院则通过开拓出一些例外情形来蚕食无作为义务的原则。在实践中，英美法院认为特殊关系、自愿承担行为、无过失的侵害、过失地制造危险行为、制定法和合同规定均可以产生作为义务。

⁷⁸在责任承担上，它们为因应高风险社会中因果关系不明的纠纷，设计了新的责任形态即比例责任。当今社会，高科技的发展、危险行为或危险物品数量的急增、不定因素的介入，使得行为与损害结果之间的因果关系的认定越发困难。尽管已经证明在被告有侵权行为并且被告的侵权行为可能是导致原告损害结果的原因，“全有或全无”规则运用于因果关系不明情形会导致被告免于承担责任而原告无法获得赔偿之不公平的后果。于此情形下，英美法提出了比例责任概念，以缓解此等不公平。比例责任是依据被告的侵权行为可能已经造成损害，或者造成部分损害，或者在将来造成损害的可能性，对原告遭受的损害，或者部分损害，或者原告可能遭受的损害，对被告苛加的侵权责任。

⁷⁹比例责任根据侵权行为作为损害结果必要条件的可能性在 $<100\%>0\%$ 之间分配责任，其适用可以为因果关系不明性的案件的处理提供比传统方式更具优势性的解决思路，弥补在传统方式下全赔或全不赔的不足。

三、我国法上经营者的不作为侵权责任

我国立法既承认了雇主责任，又借鉴德国法上的一般安全注意义务，确立了一般意义上的经营者安全保障义务。

（一）雇主责任

⁷⁶ Helmut Koziol. Österreichisches Haftpflichtrecht. Bd. II, 2. Aufl. Manzsche Verlagsund Universitätsbuchhandlung, Vienna, 1984. S. 57ff. 转引自李昊：《交易安全义务论——德国侵权行为法结构变迁的一种解读》，北京大学出版社2008年版，第89-90页。

⁷⁷ Helmut Koziol. Liability for Omissions — Basic Questions, Journal of European Tort Law. 2011 (2). S. 6.

⁷⁸ See: Marc A. Franklin, Robert L. Rabin & Michael D. Green. Tort Law and Alternatives, cases and materials (ninth edition). Foundation Press, 2011. P. 141.

⁷⁹ 参见Michael D. Green,杨垠红：《论比例责任》（已刊用，待出版）。

《侵权责任法》在总结以往立法经验的基础上，于第34条和第35条确立了雇主责任制度。即第34条规定：“用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任。劳务派遣期间，被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由接受劳务派遣的用工单位承担侵权责任；劳务派遣单位有过错的，承担相应的补充责任。”第35条规定：“个人之间形成劳务关系，提供劳务一方因劳务造成他人损害的，由接受劳务一方承担侵权责任。提供劳务一方因劳务自己受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任。”此等规定适应了雇主责任的发展趋势，采用了严格责任的做法，雇主承担责任不以其具有过错或推定过错为要件。

然我国的立法亦有其鲜明的中国特色：一是在概念上采用了具有中国特色的用工责任的表述。这在两大法系中属于具有创造性的提法，也是结合中国实际情况的概念表述。二是区分单位用工和个人用工，分别予以规定。区分的原因在于：一方面，用人单位的用工责任是法人侵权责任和雇主责任的结合。而个人用工关系与法人侵权责任没有关联性。另一方面，用人单位的用工还涉及工伤保险制度，而个人用工并不与工伤保险结合，所以用工者对被用工者遭受损害承担的责任是不同。

⁸⁰可见，我国这一立法涵盖了法人雇主责任、私人雇主责任、劳务派遣责任和个人劳务责任四种情形，此处我们强调的是法人雇主责任与私人雇主责任。

（二）经营者安全保障义务及其违反责任

经营者违反安全保障义务的侵权纠纷的第一案是“银河宾馆案”。1998年8月23日，原告之女王某为参加药品交流会来沪，入住被告的银河宾馆。下午2时40分左右，王某经宾馆服务总台登记后，由服务员领入1911客房，下午4时40分左右在该客房被犯罪分子全瑞宝（已被判死刑并执行）杀害，随身携带的人民币2.3万余元、港币20元和价值人民币7140元的欧米茄牌手表一块被劫走。事后查明，全瑞宝于当日下午2时零2分进入宾馆伺机作案，在按1911客房门铃待王某开门后，即强行入室将其杀害并抢劫财物，下午4时52分离开宾馆。期间，银河宾馆未对其作访客登记，且对其行踪也未能引起注意。

⁸¹一审法院判令被告赔偿原告人民币8万元。二审法院认为，银河宾馆作为特殊服务性行业，应向住宅提供安全的住宿环境。王某入住该宾馆，双方即形成合同关系，安全保障是该宾馆的一项合同义务。本案罪犯7次上下宾馆电梯，宾馆却没有对这一异常举动给予密切注意，未履行对王某的安全保护义务，自应承担责任。据此维持原判，驳回上诉。这个案件，法院第一次适用了安全保障义务的概念，作出了成功的判决。随后，最高人民法院的司法解释作出了相应的规定。

⁸⁰ 王利明、周友军、高圣平：《侵权责任法疑难问题研究》，中国法制出版社2012年版，第287页。

⁸¹ 参见《中华人民共和国最高人民法院公报》2001年第2期。

⁸²《侵权责任法》在总结司法实践与司法解释经验的基础上，在其第37条中对经营者安全保障义务及其违反义务的责任作出了明确的规定。

《侵权责任法》第37条规定：“宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所的管理人或者群众性活动的组织者，未尽到安全保障义务，造成他人损害的，应当承担侵权责任。因第三人的行为造成他人损害的，由第三人承担侵权责任；管理人或者组织者未尽到安全保障义务的，承担相应的补充责任。”我国第一次从基本法的高度明确肯定了一般意义上的经营者的不作为侵权责任，即经营者违反了依照法律规定或合同约定所负有的安全保障义务的，应对由此直接或者间接造成的他人人身或财产的损失承担赔偿责任。这里的安全保障义务，是合理的安全保障义务，指一个善良、理智、谨慎之人按合理的注意标准所应采取的安全保障措施。

⁸³该规定亦融入了中国的创新元素，即在不作为侵权责任形态上增加了补充责任。就补充责任的适用而言，一方面，具体不法行为人从事了积极侵权行为，应当承担第一顺位的侵权责任，即受害人必须首先向该直接侵权人要求损害赔偿；另一方面，经营者违反了积极的安全保障义务，存在过失，如果受害人不能完全从直接加害人处获得赔偿的，可以进一步向经营者主张违反安全保障义务的责任；因此，经营者在其过错范围内必须承担“相应的补充责任”。

⁸⁴补充责任的提出是我国侵权责任承担方式设计的一大创举，创设了新的责任类型，实现了责任承担方式从二维平面到三维立体的转变。

⁸⁵这样的设计有其一定合理之处，因为在某些情形下，义务人未尽积极作为义务的不作为，其过错是较小的，它仅仅是使受害人处于一种不定的危险状态中，从而可能为直接侵害人提供了实施侵害行为的便利条件，并非为导致损害发生的重要原因。此等未尽作为义务者的过错程度较小，仅因为其较小的过失为第三人实施侵害行为提供了有利机会。退一步说，在一些情形下，即使义务人尽到了合理范围内的积极作为义务，也不必然可以阻止损害结果的发生，故积极作为义务人的不作为并非是引致损害发生的重要的、不可或缺的原因力。从直接侵害人角度看，是其积极侵害行为直接导致受害人的损失，其行为是受害人受有损失的全部原因力，故要求直接侵害人承担全部的损害赔偿责任、而由经营者承担第二顺位的补充责任这一设计有一定的合理性。

结论

行文至此，我们可以得出如下结论：现代社会中经营者不作为侵权责任的形成是经过长期的历史发展演变而来的，在罗马法中就可见其端倪，即罗马法中关于船东、客栈主或车马店的经营人的责任。该责任发展为现代法上的雇主责任。经过近现代法的发展，法律为了对处于弱者地位的消费者、受雇者提

⁸² 参见杨立新：《侵权责任法》（第二版），法律出版社2012年版，第269页。

⁸³ 参见杨垠红：《侵权法上作为义务——安全保障义务之研究》，法律出版社2008年版，第38页。

⁸⁴ 朱岩：《侵权责任法通论·总论：上册 责任成立法》，法律出版社2011年版，第344页。

⁸⁵ 参见杨立新：《中华人民共和国侵权责任法草案建议稿及说明》，法律出版社2007年版，第207页及以下。

供公平的保障，逐渐向经营者课加替代责任之外更多的积极作为义务和违反义务的不作为侵权责任。罗马法上的不作为侵权责任理论，对于德国法影响至深，并成为《德国民法典》中法律规范的基础。

⁸⁶罗马法没有随着罗马帝国的消亡而消失。在谢尔曼看来，罗马法对现代法产生了深远的影响，而且这种影响仍在继续，因为法律的去与现在不可避免地交织在一起。一般意义上的罗马法具有重大的影响，罗马的侵权法尤其亦是如此。

⁸⁷另一方面，我国立法者积极借鉴域外立法，形成了符合我国实际国情所需的用工责任和安全保障义务，并创设了不作为经营者的补充责任，从中足见我国学术理论之繁荣、司法技巧之改进与立法技术之提高。

Mikhalevich里昂.谢尔盖为其
民事诉讼法与程序法教授
圣彼得堡律师协会律师
俄罗斯国立高等教育研究学院圣.
彼得堡分院 «高等经济学院»
fiore2000@rambler.ru

本文着重分析，有关无效合同和未订合同的概念之间的关系，在俄罗斯民法的定义中还未明确制定清晰的合同生效期限的具体规则。作者得出结论，在不同的法律效力下产生不同结果，按照合同的不同期限法院可能定为有效合同可能订定为无效合同，对此提出批评并建议改进和在民法典中将其条例具体化，在每个不同情况下都能制定出单独而且符合具体情况的法律条文，好确认何为有效合同，何为无效合同，在作者看来，这样的改变也不能完全实现自己的目标 and 解决其余的有关法院裁决上的一些问题。本文作者针对民法典提供了完善的法律条例修正草案，陈述有关这些问题的诸多建议。

作者：Wang Hongping,
副教授，烟台大学法学院，
E-mail: whpdr@sina.com

论未生效合同之法律效力
王洪平
(烟台大学 法学院，山东 烟台 264005)

⁸⁶ 王利明：《中华人民共和国侵权责任法释义》，中国法制出版社2010年版，第166页。

⁸⁷ Nelson P. Miller. An Ancient Law of Care // Whittier Law Review. Fall 2004. P. 38.

关键词：合同；未生效；消极效力；积极效力

“未生效合同”概念是由最高人民法院的司法解释构造的。

⁸⁸自该概念出现以来，学者们对其赞同者有之，⁸⁹批判者亦有之，

⁹⁰对其给予的理论阐释更是五花八门、众说纷纭。

⁹¹笔者认为，对于一个制度性法律概念的理解，应包括两个不可偏废的角度：一是“概念术语”的恰当性，二是“概念功能”的允当性；从前者角度看，“未生效合同”或许不是一个被恰当构造的概念术语，但作为后者，其却未必一定有失允当。既然我们承认“已生效合同”的效力类型，为什么不可以与之对应地提出“未生效合同”的效力类型呢？所以，笔者主张，“未生效合同”应当是一个可以被接受的法律概念。有鉴于此，本文试图在界定合同“未生效”之概念内涵的基础上，就其消极效力与积极效力，谈一点个人的理解和看法，以期对学说观点与司法审判的统一能有所裨益。

一、合同“未生效”之制度涵义

合同未生效属合同效力的范畴，因此，要搞清楚合同未生效的制度含义，就必须厘清合同未生效与其他合同效力状态的关系。而有关合同效力的描述性词汇和制度，可谓林林总总，如合同生效、合同失效、合同有效、合同无效、合同成立、合同不（未）成立、合同效力开始、合同开始生效、合同未生效、效力待定、可撤销效力、法律约束力等等。

对合同效力状态的考察，必须将其置于一个完整的合同法律关系的动态发展过程之中。一个完整的合同法律关系，必然会经历一个从无到有、再从有到无的过程。从合同效力的角度考察，就是一个合同效力从产生到发展再到消亡的过程。因此，考察合同效力，须自合同订立始。

合同订立的过程是一个合同成立之前的过程，由于意欲达成的合同尚处于订立的进程之中，因而合同订立过程中的阶段性效力，可称之为“前合同效力”。前合同效力主要由要约的效力和承诺的效力构成。要约一旦发出，即具有形式拘束力，其撤回须满足法定的条件要求（《合同法》第17条）；要约一旦到达，即产生实质拘束力（《合同法》第16条），不仅其撤销须满足法定的条件要求（《合同法》第18条、第19条），而且受要约人因此而取得了承诺适

【作者简介】王洪平（1975—

）男，山东平度人，烟台大学法学院副教授，吉林大学法学院民法学博士研究生，主要研究方向为民法学。

⁸⁸ 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第9条第1款前半段规定：“依照合同法第四十四条第二款的规定，法律、行政法规规定合同应当办理批准手续，或者办理批准、登记等手续才生效，在一审法庭辩论终结前当事人仍未办理批准手续的，或者仍未办理批准、登记等手续的，人民法院应当认定该合同未生效。”该条规范确立了“合同未生效”的效力状态，据此，出现了“未生效合同”这一效力类型。

⁸⁹ 如，参见崔建远：《我国合同效力制度的演变》，《河南省政法干部管理学院学报》2007年第2期。

⁹⁰ 如，参见孙学致、韩蕊：《特约生效要件成就前合同的效力——未生效合同概念批判之一》，《当代法学》2011年第6期。

⁹¹ 如合同法学界有关未生效合同的理论学说有缔约过失责任说、效力过失责任说、合同拘束力说以及合同有效说等诸多观点。参见王利明：《合同法新问题研究》，北京：中国社会科学出版社，2003年，第145-147页。

格的法律地位。承诺的效力表现为两个方面：一是承诺的撤回须满足法定的条件要求（《合同法》第27条），二是承诺生效时合同成立（《合同法》第25条）。

⁹²因此，对于一个已成立合同的订立，可以表述为：一个有效要约的生效加上一个有效承诺的生效导致一个合同成立。根据《合同法》第二章“合同的订立”的规定，在合同订立过程中对“前合同效力”的违反将导致相应法律责任的产生，这主要体现在三个方面：一是要约的撤销将导致受要约人信赖利益损害的赔偿责任（《合同法》第19条第2款），二是要约人与承诺人的缔约过失责任（《合同法》第42条），三是要约人与承诺人的保密责任（《合同法》第43条）。“前合同效力”发生于合同成立之前，但从一个完整的合同法律关系的效力进程角度讲，“前合同效力”当然仍属于广义的合同效力的范畴，因为没有前合同效力的发生，就不可能形成一个完成的合同效力进程。

合同成立后，即进入成立后的合同效力阶段。这一效力阶段，始自合同成立，终于合同消灭。合同生效、失效、有效、无效、效力待定、可撤销、可变更、履行、转让、权利义务终止、违约责任等诸多效力，都发生于该效力阶段。因此，我国《合同法》第三章“合同的效力”部分所规定的效力内容，仅为合同成立后效力阶段的部分内容，合同成立后的效力问题并非仅限于“合同的效力”章所规定的内容，该章所规定的合同效力可称之为最狭义的合同效力。

对合同成立后之合同效力的分析，应分层次进行。首先涉及到的第一个层次是：合同有效还是合同无效。之所以将其置于第一个层次，是因为无效合同自始无效，即自合同成立之始即为无效（《合同法》第56条），因而对无效合同就不存在一个“已生效”还是“未生效”的问题，在对合同未生效之效力进行分析前，应首先将合同无效予以排除。

⁹³合同之有效与无效不是一个客观意义上的事实判断问题，而是一个规范意义上的价值判断问题。《合同法》第52条对合同无效的五种情形作了明确的列举性规定，再结合《民法通则》第58条之规定，可以认为我国现行民法已经确立起比较完善的法定无效制度。由于无效合同不存在已生效还是未生效的问题，因而“未生效合同”应当属于“有效合同”的范畴，对合同未生效之效力讨论，应置诸合同有效之范畴内。

在有效合同的范畴内，接下来应讨论的第二个层次的问题是，“合同有效”与“合同生效”是否为同一概念。有学者认为，合同有效与合同生效属同一价值判断，仅侧重点不同而已，有效与否重在对合同定性，是对处于某一状态合同

⁹² 不存在承诺撤销问题，这是要约与承诺在效力上的根本区别点之一。

⁹³ 在此意义上，也应将合同的效力待定状态先行排除。这是因为，合同的效力待定是指合同为“有效合同”还是“无效合同”的待定，而非指合同是“已生效合同”还是“未生效合同”的待定。若效力待定合同最终被确认为无效合同，也就如自始无效合同一样，不存在合同已生效还是合同未生效的问题了。但若效力待定合同最终被确认为有效合同，接下来也就会有合同是否已经生效的问题了。因此，在对合同已生效还是未生效作出判断之前，必须先确定效力待定合同的最终效力状态，在其有效还是无效未有定论之前，是不存在已生效还是未生效问题的。有学者将效力待定型合同纳入未生效合同的范围或者将未生效合同纳入效力待定型合同的范围（参见梁缘：《论未生效合同》，《行政与法》，2005年第4期），都是不准确的。

的法律性质进行评价,

即在该时点合同是否有值得法律保护的理由存在。而合同生效与否则侧重在合同某时段是否已有受法律保护的事实状态,即一方有无依合同请求对方履行义务的权利存在。因而,

生效与否应以有效与否为前提,有效要件全部具备情况下合同也即发生效力,合同有效要件未具备的合同必然未生效。进而,该持论者认为,合同生效非另须具备生效条件,合同是否生效仅须以有效条件是否全部具备为判准,所谓合同生效条件即有效条件之另一称谓而已,非有不同于有效条件的生效条件存在;进而言之,某条件为合同有效条件即同时为生效条件,如认为批准、登记手续为合同生效条件,断无否定其为合同有效条件之理由,认其非合同有效条件,意味着必然否定其为生效条件。

⁹⁴对此观点,笔者不能苟同。笔者认为,“合同有效”与“合同生效”两个概念显然不同,不容混淆。一个有效合同存在合同生效与否的问题,但绝不能说一个有效合同即为一个生效合同,合同有效与否和合同生效与否不在同一个概念层面上。一个合同“有效”,是指该合同在规范意义上被作了肯定性的价值判断。而一个合同“生效”,应是指一个有效成立合同之相关合同效力是否开始发生、何时开始发生的问题。因此,合同生效与否属合同有效范畴下的事实判断问题,二者的概念层面不同。

那么,接下来要讨论的第三个层次的问题就是,“合同开始生效”与“合同效力开始”是否为同一概念呢?笔者也认为,这二者并不相同。若从将“前合同效力”也纳入广义的合同效力的角度讲,合同效力实际上从合同订立之始(要约的发出)即已开始。即便只从合同成立后的效力阶段讲,合同效力的开始也始自合同成立之时,正如《合同法》第8条所规定的,“依法成立的合同,对当事人具有法律约束力”。在此意义上,“合同效力开始”等同于“法律约束力开始”,“合同效力”概念等同于“法律约束力”概念。而“合同开始生效”,是指合同成立后,亦即“合同效力开始”后,合同约定的特定的权利义务内容开始发生法律效力,如得履行(请求履行、应当履行)等效力开始。在此意义上,“合同开始生效”属“合同效力开始”后的一种效力状态,前者是在后者基础上的一种效力延伸,不可将二者混为同一概念。

至此,我们就可以定位合同“未生效”所处的合同效力阶段了。首先应明确的是,“合同未生效”这一概念,并非“合同效力未开始”这一概念的改写或缩写。“合同效力未开始”与上文所述之“合同效力开始”对称,撇开广义的合同效力开始于合同订立中的前合同阶段不谈,合同效力开始于合同成立之时,因而“合同效力未开始”应是指合同尚未成立而言的,尚未依法成立的合同其合同效力即未开始,而所有依法成立的合同,其合同效力即已开始。而“合同未生效”与“合同已生效”相对称,既然“合同开始生效”(“开始生效”即“已生效”之谓)

⁹⁴ 参见张家勇:《未生效合同辨析——以“合同法解释”第9条的理解为中心》,《西南民族学院学报》(哲学社会科学版),2001年第4期。

发生于“合同效力开始”（即“合同成立”）之后，那么，作为与合同已生效相对称的合同未生效，也就应该发生于合同成立之后，在合同成立之前的“前合同效力”阶段，没有合同已生效的可能，同样也就不会发生合同未生效的问题。由此，可以得出结论认为，所谓“合同未生效”的效力阶段，应是指合同成立之后至合同生效之前的这一段。⁹⁵

原则上，依法成立的合同，自成立时生效（《合同法》第44条第1款）。这即意味着，在通常情形下，“合同成立”与“合同生效”处于同一时点，二者之间并无一个时间和效力上的间隔。但这毕竟只是原则和通常情形，在例外情形下，合同成立与合同生效是可以分隔或者应当分隔的。所谓可以分隔，是指依当事人的特约可以使二者发生分离，如，附生效条件合同之成立与生效（《合同法》第45条），附生效期限合同之成立与生效（《合同法》第46条；所谓应当分隔，是指依法律的特别规定而使之分离，如法定的应当办理批准、登记手续才生效的合同的成立与生效（《合同法》第44条第2款）。因此，可以认为，合同的未生效状态是已成立之合同的特殊效力状态，构成“成立即生效”的通常效力状态的例外。

综上，我们可以作如下小结：合同未生效是指一个依法有效成立的合同⁹⁶，在其成立之后，约定的或法定的生效要件成就之前，所处的效力状态。合同未生效与合同已生效相对称，合同生效与否发生于合同效力开始（亦即合同成立）之后，在合同成立之前的合同订立阶段，不发生合同未生效的问题。有观点将合同有效、无效、可撤销、效力待定、未生效的五种效力状态并置，⁹⁷这是不准确的，合同生效与否属有效合同的范畴，无效合同根本不存在生效与否的问题。

既然未生效合同发生于合同效力开始之后，那么未生效合同当然就不是不发生任何法律效力的合同，其法律效力即体现为一定的法律约束力。立基于以上认识，本文接下来就未生效合同的消极效力与积极效力予以简略探讨。

二、未生效合同的消极效力

⁹⁵ “合同未生效”与“合同已失效”具有语义上的易混性，但切不可将二者混为一谈。所谓“合同失效”，当然发生于“合同生效”之后，只有已生效的合同才会发生合同失效的问题，在合同成立之后、生效之前，不发生合同失效问题。并且，在合同失效之后，也不会发生如合同成立之后、生效之前的合同未生效状态时的法律效果。

⁹⁶ 合同的“成立”、“依法成立”、“有效成立”在表述上不同，含义亦有区别。就“成立”而言，可能是依法成立也可能是不依法成立，依法成立会产生合同成立的效果，不依法成立不会产生合同成立的效果（无合同法律关系形成），依法成立可能为有效成立，不依法成立也就不会产生是否有效成立的问题。就“依法成立”而言，是指依照法律规定的程序和要件而成立合同（合同法律关系形成），但依法成立的合同未必是有效成立的合同，其可能为有效成立，也可能为无效成立。“有效成立”与“无效成立”相对称，有效成立是指不仅合同的成立为“依法成立”，而且依法成立的合同为“有效合同”，依法成立的合同但被宣告为无效时即为合同的“无效成立”。因而，“依法有效成立的合同”乃“有效合同”之同义语，只是为突出有效合同之“依法成立性”和“有效成立性”而作的复杂化处理而已。

⁹⁷ 参见崔建远：《我国合同效力制度的演变》，《河南省政法干部管理学院学报》，2007年第2期。还有学者提出了“契约不生效力”概念，并将无效、效力未定契约之确定不生效力、意思表示被撤销而视为无效、契约被法院撤销、停止条件未成就、始期未届至诸情形并列于这一概念的涵摄范围内（参见陈自强：《民法讲义I·契约之成立与生效》，北京：法律出版社，2002年，第279页）。

在合同法学界，有一种观点认为，合同虽然成立，但不一定有法律约束力，合同成立的直接后果是使当事人关于彼此权利和义务的约定得以确定，只有合同生效后才会使当事人之间已成立的合同具有法律约束力。

⁹⁸这一观点有待商榷。关于合同效力发生之根源，有三种主要的代表性观点，即意志效力理论、法定效力理论和信赖责任理论。

⁹⁹不论依据何种理论观点，既然未生效合同是已成立的有效合同，那么未生效合同当然就会产生一定的合同效力，不发生任何合同效力的已成立合同或者无任何法律约束力的已成立合同是不存在的。因而，认为合同成立却未必有法律约束力的观点，完全否定了合同成立的法律意义，否定了合同成立与合同生效的区别意义，是不正确的。

未生效合同是相对于已生效合同而言的，已生效合同将发生全面的合同效力，未生效合同当然只能发生部分的合同效力。合同效力包括消极效力和积极效力两类，与之对应地，未生效合同的效力也包括消极效力和积极效力两种效力类型。未生效合同的消极效力，主要体现为合同当事人基于不作为义务而承受的法律负担。未生效合同的积极效力，主要体现为合同当事人基于作为权利而享受的法律利益。当然，消极效力与积极效力是相对而言的，对于一方当事人而言为消极效力，对于相对方而言即为积极效力，反之亦然。

根据现行《合同法》的相关规定，未生效合同的消极效力主要体现为：

①当事人一方不得泄露或者不正当地使用相对方的商业秘密的义务（《合同法》第43条），②当事人不得擅自变更或者解除合同的效力（《合同法》第8条），③当事人不得不正当地促成或者阻止约定条件成就的义务（第45条第2款），④债权人无权请求债务人履行给付义务，⑤未生效合同不发生物权变动结果的效力。

《合同法》第43条规定：“当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密，无论合同是否成立，不得泄露或者不正当地使用。泄露或者不正当地使用该商业秘密给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任。”该条规定确立了合同当事人的保密义务和保密责任。如果合同未成立，保密责任的承担在性质上即转换为缔约过失责任，合同相对方可依据《合同法》第42、43条请求违反保密义务方承担损害赔偿责任。但在合同成立后，保密义务即转换为未生效合同的法定义务，保密责任的承担即体现了未生效合同的消极性效力。申言之，虽然未生效合同“尚未生效”，但不论合同是否明确约定保密义务，保密义务作为合同当事人的法定义务，不因合同是否生效而阻止其效力的发生，对当事人已经发生约束力，当事人无权排除之或阻止其效力的发生。

《合同法》第8条规定：“依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。依法成立的合同，受法律保护。”该条规定的涵摄范围为“依法成立的合同”，当然包括了

⁹⁸ 参见龙翼飞：《新编合同法》，北京：中国人民大学出版社，2001年，第50页。

⁹⁹ 参见董安生：《民事法律行为》，北京：中国人民大学出版社，2002年，第37页。

依法成立且已生效的合同和依法成立但未生效的合同。依此规定，未生效合同的当事人承担不得擅自变更或者解除合同的法定义务。易言之，未生效合同作为已成立合同，其对当事人的合同拘束力已经发生，双方当事人的合同权利义务配置已经完成，不论依据合同效力理论中的意志效力理论、法定效力理论还是信赖责任理论中的哪一种理论，合同效力都已开始，当事人中的任何一方都无权单方地擅自变更或者解除合同的内容或效力。当然，未生效合同并非不具有可变更或可解除的积极效力，关于此点，下文述及。

《合同法》第45条第2款规定：“当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。”该条规定确立了在附生效条件的合同中，对于条件成就与否将对自己产生不利益的一方当事人，不得为自己之私利而阻止或促成条件成就的合同义务。附生效条件合同在条件成就前，属典型的未生效合同。但毫无疑问的是，在附生效条件合同中，作为合同附款之附条件的条款（条件附款）本身已经生效。正是因为该条件附款已经生效，才会产生合同的附条件效力，也才会有当事人一方不得恶意阻止或促成条件成就的未生效合同之效力发生。易言之，在附生效条件的合同中，在所附条件未成就前，受制于条件成就与否的其他合同条款尚处于未生效的状态，但其作为附款的条件约定条款已经开始生效。所以，准确而言，附生效条件的合同仅属于部分条款（主要是给付义务条款）未生效的合同，若称其整个合同都未生效，就有失准确。

《民法通则》第84条第2款规定：“债权人有权要求债务人按照合同的约定或者依照法律的规定履行义务。”据此规定，债权人对债务人享有给付请求权或者履行请求权。但是，这仅是就通常情形而言的。债权人给付请求权行使的前提条件之一是合同已生效，只有已生效合同才会发生实际的给付效力或履行效力，未生效合同的主要法律效力即在于阻止（附生效条件合同）或者延缓（附始期合同）合同给付效力这一主要法律效力的即时发生。正是为此，有学者明确提出，未生效合同在生效前不具有履行效力。

¹⁰⁰但也有反对的观点认为，未生效合同所具有的法定拘束力，同样具有派生合同履行效力的性质。

¹⁰¹笔者认为，之所以会出现这样的两种观点对立，主要是因为对合同的“履行效力”的理解有关。从合同成立即发生法律效力约束力的角度讲，附生效条件、附始期的未生效合同，其“条件附款”和“始期附款”即会依约和依法发生法律效力，具备了可得履行性和应履行性，因而也可称其具备了“履行效力”。但如此理解的履行效力似过于宽泛，与学者间的通常理解不一致。因为无论是当事人的自主意思还是国家强行管制的立法意图，未生效合同所要控制以使其不生即时效力的部分都是直接决定合同目的、性质的“给付义务”，

¹⁰⁰ 参见赵旭东：《合同的法律约束力及合同成立与生效》，《中国法学》，2000年第1期。

¹⁰¹ 参见孙学致、韩蕊：《特约生效要件成就前合同的效力——未生效合同概念批判之一》，《当代法学》，2011年第6期。

¹⁰²而不包括合同附款的履行义务，因而学者们一般将合同的履行效力界定为合同给付义务的发生。所以，认为未生效合同不具有给付效力或履行效力（包括请求履行、应当履行、强制履行等效力）的观点，并无不当。

¹⁰³应注意的是，在合同实践中，若未生效合同的债务人应债权人之请求而履行了尚未生效的合同义务的，这也并不表明未生效合同具有了履行的效力，而只能解释为双方当事人经由实际行为而变更了原合同约定的合同生效或债务履行条件，此时的履行已经转换为对已生效合同的履行了。

经由合同法律行为实现物权变动乃物权变动之常态，已生效合同可能导致有效的物权变动，但未生效合同不会导致有效的物权变动。对于不动产物权变动而言，我国采用的是登记生效主义（《物权法》第9条），当事人基于已生效的物权变动合同可以依法申请物权变动登记自不待言，但未生效合同不可能据之为物权变动的登记基础，因而未生效合同在其生效前不可能引发不动产物权变动的结果。对于动产物权变动而言，我国法采用的是交付生效主义（《民法通则》第72条第2款，《物权法》第23条）。基于此，原则上，已生效的动产交易合同在动产交付前也不会发生物权变动效力，更惶论合同未生效。但在动产已交付或已移转占有的情形，未生效合同与已生效合同的物权变动效力就会有所区别：在合同已生效时，动产的交付或移转占有将导致物权变动的直接结果；但在合同未生效时，虽有动产的移转占有，也不会发生物权变动的效力，因为发生物权变动的前提条件——有效的物权变动合同之成立并生效——尚不具备。

三、未生效合同的积极效力

根据现行《合同法》的相关规定，未生效合同的积极效力主要包括：①当事人一方请求相对方履行附随义务的权利（《合同法》第60条第2款），②当事人请求补充约定的权利（《合同法》第61条），③当事人移转合同权利和义务的权利，④当事人一方请求解除合同的权利，⑤当事人一方请求相对方承担相应合同责任的权利。

《合同法》第60条第2款规定：“当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”该条规定创设的合同义务被称为合同的附随义务。例如，雇主应为受雇人加入劳工保险的照顾义务，出卖人于标的物交付前的妥善保管义务，电脑工程师不得泄露雇用人开发新产品的保密义务，医生不得泄露病患的隐私，等等。附随义务的规范基础为诚实信用原则。附随义务根据其功能的侧重点不同，可以分为三类：第一类是促进实现主给付义务，使债权人的给付利益能够获得最大满足之辅助功能的附随义务，例如，花瓶的出卖人应妥为包装，使买受人得安全携回的义务；第二类是维护他方当事人人身或财产上利益之保护功能的附随义务，例如，油漆

¹⁰² 参见李永善：《未生效合同的效力》，《延边大学学报（社会科学版）》，2010年第6期。

¹⁰³ 由未生效合同不具有履行效力或给付效力可以进一步推论，未生效合同中的债权和债务也不具有可抵销性效力。

工人应注意不要污损定作人的地毯的义务；第三类是兼具辅助功能与保护功能的附随义务，例如，蒸汽锅的出卖人应当告知买受人使用上应注意之事项，一方面使买受人给付上的利益得获满足，另一方面亦保护买受人的人身或财产权益不因其可能的爆炸而受到损害。附随义务的违反构成不完全给付，在债权人因此而受有损害时，得请求债务人承担债务不履行的损害赔偿赔偿责任。

¹⁰⁴对于未生效合同而言，所有与“未生效”这一效力阶段相关的附随义务都全部开始生效，债权人有权请求义务人通过积极的作为或不作为方式履行附随义务。对未生效合同之附随义务的违反，将导致违约责任的发生，或者导致违约责任与侵权责任的竞合发生，违反义务方都难逃其责。

《合同法》第61条规定：“合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。”该条规定确立了合同当事人对“已生效合同”的补充约定权利。那么，对于“未生效合同”，该条规定能否类推适用呢？笔者认为，回答应是肯定的。合同生效后即进入实质的履行阶段，如果合同的相关条款约定不明，将造成合同履行的实质障碍，合同当事人当然得经由补充约定而明确或完善合同的权利义务条款；同样地，在合同未生效阶段，如果当事人已前瞻性地发现了合同之漏洞或不足，为将来合同生效后之履行未雨绸缪地进行补充约定，又何乐而不为呢？因此，对于未生效合同，应类推适用《合同法》第61条规定，赋予合同当事人以补充约定的权利。

《合同法》第五章规定了合同转让。合同转让的形式有三种：债权让与（《合同法》第79条）、债务承担（《合同法》第84条）和债权债务的概括移转与承受（《合同法》第89条、第90条）。不论合同是否已生效，在合同依法成立后，合同当事人即取得了债权人和债务人地位，合同的权利义务内容即告确定，“合同债权”与“合同债务”都依约定而得以明确。因此，对于已生效合同的债权债务，合同当事人依法享有移转的权利；同样地，对于未生效合同的债权债务，合同当事人也取得了移转之权利。当然，未生效合同的债权与债务尚处于未生效状态，尚不具有可强制履行性，债权人与债务人都尚处于期待性之权利义务地位，经由债之移转，受让人取得的也只能是一种期待性合同地位；换言之，对受让人而言，其承受的仍是一个未生效合同。对于附生效条件和附始期的未生效合同而言，在合同的权利义务发生移转后，原合同所附之条件附款和始期附款，对后手仍有约束力。

《合同法》第93条、第94条分别规定了合同的约定解除制度和法定解除制度。由于我国合同法并未明确处于何种效力状态和阶段的合同可为解除之标的（对象），因而就未生效合同可否为解除标的的问题，发生了争议。如有学者认为：“尚未成立的合同，当然不发生解除的问题；已经成立尚未生效的合同，对当事人还没有发生效力，自无提出解除的必要；有效成立的合同，如果

¹⁰⁴ 参见王泽鉴：《债法原理：基本理论·债之发生》，北京：中国政法大学出版社，2001年，第39-44页。

因清偿、混同等原因已归于消灭，则没有再行解除的余地。因而，合同解除制度，实以有效成立并继续存在的合同为标的。”¹⁰⁵该观点明确排除了未生效合同的可解除性效力。另有学者主张，已经成立但未生效的合同可以作为解除的对象，其理由如下：其一，解除以有效成立的合同为对象，这是老观点了，中国现行法并未明文禁止解除已经成立但未生效的合同，因而不应固守旧论，应重新解释中国现行法上的解除对象。其二，既然已经发生法律效力合同尚且可以解除，不再受合同严守原则的束缚，那么，举重以明轻，尚未生效的合同，约束力弱，就更应当允许解除了。其三，对于尚未生效的合同，若不允许解除，该合同要么较长时间地停止在这种状态，要么发展到生效履行的阶段，而这两种结果对于无辜的当事人均为不利，如果允许当事人解除合同，则不会出现此类不适当的结果。其四，合同存在着死亡的基因，终将消灭，对于未生效合同的消灭，显然不适用无效、撤销、效力待定制度，因而适用解除制度就是明智的选择。

¹⁰⁶笔者赞同上述两种对立观点中的后者，认为未生效合同具有作为解除对象的适格地位，未生效合同的解除在我国合同法上并不存在制度障碍。由此，我们也可以引申推论，凡是“依法成立的合同”，都是可以依法解除的合同，合同的可解除性效力与合同是否开始生效无关。承认未生效合同之可解除性效力不仅已成为我国学界之有力说，而且已为我国的审判实践所接受。如在最高人民法院《关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》（法释〔2010〕9号）中，对未生效合同的可解除性即有多处明确规定。该司法解释的第5条规定：“外商投资企业股权转让合同成立后，转让方和外商投资企业不履行报批义务，经受让方催告后在合理的期限内仍未履行，受让方请求解除合同并由转让方返还其已支付的转让款、赔偿因未履行报批义务而造成的实际损失的，人民法院应予支持。”第6条规定：“外商投资企业股权转让合同成立后，转让方和外商投资企业不履行报批义务，受让方以转让方为被告、以外商投资企业为第三人提起诉讼，请求转让方与外商投资企业在一定期限内共同履行报批义务的，人民法院应予支持。受让方同时请求在转让方和外商投资企业于生效判决确定的期限内不履行报批义务时自行报批的，人民法院应予支持。转让方和外商投资企业拒不根据人民法院生效判决确定的期限履行报批义务，受让方另行起诉，请求解除合同并赔偿损失的，人民法院应予支持。赔偿损失的范围可以包括股权的差价损失、股权收益及其他合理损失。”第8条规定：“外商投资企业股权转让合同约定受让方支付转让款后转让方才办理报批手续，受让方未支付股权转让款，经转让方催告后在合理的期限内仍未履行，转让方请求解除合同并赔偿因迟延履行而造成的实际损失的，人民法院应予支持。”因此，自上述司法解释发布后，在我国的司法实践中，就未生效合同的可解除性效力问题，已经不容再行争执；同时，在理论上，再行争执该问题也就丧失了制定法基础。

¹⁰⁵ 参见韩世远：《合同法总论》，北京：法律出版社，2004年，第599-600页。

¹⁰⁶ 参见崔建远：《合同解除的疑难与解答》，《法学》，2005年第9期。

接下来要讨论的是，在合同尚未生效阶段，当事人违反了此一效力阶段的相关合同义务，将导致未生效合同之救济效力的发生。救济效力包括两个向度：一是从利益受损方角度讲，为请求救济之救济权的发生；二是从违反合同义务方角度讲，为给予采取补救措施、继续履行、损害赔偿等法律责任的承担。就未生效合同的可救济性效力问题，学说观点与司法实践都并无争执。但有争议的是，违反合同义务的一方应承担的是何种性质的合同责任。对此问题，主要产生了三种比较有代表性的观点：一是缔约过失责任说，二是效力过失责任说，三是违约责任说。缔约过失责任说认为，未生效合同在效果上等同于合同未成立，当事人违反诚信所致之损害属信赖利益损失，在后果上与缔约过失责任相同，因此可按缔约过失责任对待。

¹⁰⁷最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》即采此观点。其第8条规定：“依照法律、行政法规的规定经批准或者登记才能生效的合同成立后，有义务办理申请批准或者申请登记等手续的一方当事人未按照法律规定或者合同约定办理申请批准或者未申请登记的，属于合同法第四十二条第（三）项规定的‘其他违背诚实信用原则的行为’，人民法院可以根据案件的具体情况和相对人的请求，判决相对人自己办理有关手续；对方当事人对由此产生的费用和给相对人造成的实际损失，应当承担损害赔偿责任。”效力过失责任说认为，合同成立后至合同生效前，当事人因违反合同预备义务依法应承担的民事责任与缔约过失责任和违约责任均有差别。一方面，当事人违反合同预备义务的行为发生在合同成立之后，因此不属于缔约过失责任；另一方面，当事人违反的是先合同义务，而不是合同义务，故其违反义务的样态和后果与违约责任有相当程度的差异。因此，应将其定性为独立的责任形态，称之为效力过失责任。

¹⁰⁸笔者认为，不论是缔约过失责任说还是效力过失责任说，都值得商榷。通说认为，缔约过失责任为合同成立前的责任，换言之，在合同成立前违反约定的或法定的义务（主要为后者）所应承担的责任才是缔约过失责任，在合同成立之后违反相关合同义务的，不通过缔约过失责任制度解决。缔约过失责任说将未生效合同的效力与未成立合同的效力作等同化处理，显然是不正确的。效力过失责任说的正确性在于，其认识到了缔约过失责任说之不足，认为合同成立后的义务违反不属于缔约过失责任的范畴；但其不足在于，将未生效合同的义务定性为“先合同义务”，完全无视合同已成立的现实，这是不正确的。效力过失责任说的另一不足在于，其完全无视既定的民事责任体系，过度发挥了创造力，制造出本不存在的独立责任类型，这是不足取的。笔者赞同违约责任说。之所以这样认为，立论的根据在于，根据《合同法》第107条之规定，凡是因

¹⁰⁷ 参见王利明，崔建远：《合同法新论·总则》，北京：中国政法大学出版社，1996年，第134-135页。

¹⁰⁸ 参见姜淑明：《先合同义务违反及违反先合同义务责任形态研究》，《法商研究》，2000年第2期。

当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，都应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失的违约责任。依此规定，凡是对“合同义务”的违反，就应承担违约责任，不论是未生效阶段的合同义务还是已生效阶段的合同义务，毫无疑问都属于合同义务的范畴，对前后两个合同阶段的合同义务的违反，不应导致性质和类型不同的合同责任。因此，笔者主张，对未生效合同之合同义务的违反，应适用《合同法》第107条规定，由违约方承担违约责任。

Liu Yinliang (刘银良) 教授

内蒙古大学法学院

〒010070 内蒙古自治区呼和浩特市昭君路24号

E-mail: folyl@imu.edu.cn

关系契约理论研究

“从身份到契约”是社会发展的真实写照。梅因（Henry S. Maine）的这一论断，其初衷虽然是针对罗马法而言的，然而在近代社会中却发挥了重要作用。本质上说，“从身份到契约”的运动是一场从“生物人”到“法律人”、从他律到自律，从人治到法治的运动。因为契约，人格才得以独立；因为契约，决定才得以实现；因为契约，才能实现法律的控制。无论在财产法领域还是在人身法领域，契约发挥着重要的作用。

然而，进入二十世纪，随着社会经济交往的日益频繁，在实际交易中，由于个人的有限理性、外部世界的复杂性和不确定性、信息的不完全性、交易中无法避免的成本、以及其他合同当事人无法证实或观察的一切因素的影响，使得契约的制定和执行往往都是不完备的，因此作为对经济现实的回应，在契约法上出现了情势变更原则、契约受挫、以及以诚实信用原则为基础的附随义务等相关规定，所以仅从交易过程本身来考察，即使契约当事人之间个体无差异，仍然无法通过合意将未来发生的事情全部约定清楚，更无法通过合意使交易过程免受交易环境变化的影响。同时出于保护弱者、追求实质公平的需要，在劳动法中规定了不可规避的强制性条款，消费者保护领域出现了对格式合同的审查、强制缔约、形式主义的复兴等调控性质的法律规定，尤其在司法审判上法官根据具体案情倾向于实质公正地解释法律、适用法律，实现矫正正义。而这些新出现并且数量仍在继续增加的契约规范是古典契约意思自治理论无法涵盖和解释的，所以美国学者格兰特·吉尔莫（Grant Gilmore）悲呼“契约死亡”了。契约真的死了吗？死去的到底是什么？针对格兰特·吉尔莫《契约的死亡》，内田贵（Utida Takasi）写出了著名的《契约的再生》。内田贵认为关系契约理论可以使已经“死亡”的契约获得“重生”。

一、关系契约理论的提出

关系契约理论是美国当代契约法专家麦克尼尔 (Ian R. Macneil) 在其《新社会契约论》(The New Social Contract) 中提出的, 他运用社会学研究方法, 对现代契约关系加以解释。他认为契约服务于交易, 而任何交易都以四个核心主张为基础: 第一, 每一个交易都植根于复杂的关系中; 第二, 理解任何一个交易, 需要理解它所包含的关系的所有实质性因素; 第三, 对任何一个交易的有效分析, 需要在交易所包含的所有实质性因素中, 认识和考虑可能对交易产生重大影响的因素; 第四, 关系和交易背景分析相组合是非常高效的, 与没有对交易进行背景分析相比, 它能产生更为完全和可靠的最终分析结果。

¹⁰⁹因此必须将契约与其脱胎于其中的社会背景联系起来进行考虑才能理解契约的本来面目, 实际上, 契约的初始根源有四个: 社会、劳动的专业化和交换、选择和未来的意识, 社会为契约的产生提供可能性和基本条件, 劳动的专业化和交换为契约提供前提和基础, 选择和未来意识是契约的基本理念和制度价值。

¹¹⁰契约是使现实世界中各种事情得以完成的各种关系结构, 所谓契约, 不过是有关规划将来交换的过程的当事人之间的各种关系, 契约必然的带有展望未来的性格。¹¹¹

关系契约理论认为, 进入到现代社会, 人类逐渐从抽象层面回归到现实层面, 契约的缔约主体表现为一个活生生的“社会人”。“社会人”修正了“经济人”的完全理性、完美信息和人的同质, 将人从理想中、真空中拉回到现实中、社会中。契约的缔结方式从形式主义转向实质主义。人类社会发展的最大进步是“从身份到契约”, 然而, 古典契约理论在形式正义方面做出了很大贡献, 但却忽视了社会发展中人类不同群体的不同诉求。向实质主义的转化意味着要根据不同的主体作出不同的回应。契约的核心要素从“合意”转向“关系 (relation)”。关系契约理论具有充分的现实关注, 人在生活中是具体的, 经济实力的差异决定了契约不可能是完美的。关系契约理论既保护当事人的合意, 同时又将当事人的行为纳入当事人意志以外的评价体系。契约的价值从“唯一”转向“多元”。人是自私的这一命题奠定了古典契约理论的基础。然而, 人的本性特征又决定了人有时是利他的, 而且, 社会的发展从利益的单一到利益的多元也会体现在人的个体上, 关系契约论认为, 在多元利益体系中难以对某一利益给出一般性的肯定评价, 所以, 契约的多元价值是契约法发展的必然。

二、契约主体: 从“自私”到“自私兼顾利他”

¹⁰⁹ Ian R. Macneil. Relational Contract Theory: Challenges and Queries [J]. Northwestern University Law Review, 2000, 94: 881-882.

¹¹⁰ Lan R. 麦克尼尔. 新社会契约论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004. 第1-4页.

¹¹¹ Lan R. 麦克尼尔. 新社会契约论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004. 第4页.

契约理论的主体反映着人们对契约现象的描述以及对契约制度的理解和建构。

古典契约理论受自由放任经济学和契约自由的影响，以“理性”为媒介，将主体假设为“经济人”。

“经济人”特征表现为：①自利，即追求自身利益是人的经济行为的根本动机。②理性行为，“经济人”能够根据市场情况、自身处境和自身利益作出判断，使自身追求的利益最大化。③“经济人的灵魂”，即在良好的法律和制度保证下，经济人追求个人利益最大化的自由行动会增进社会的公共利益。

“经济人”的特征表明，首先，经济人是同质的，个体是无差异的，是剥离了制度、文化、道德和情感等因素的理性自利。其次，人的完全理性。再次，交易成本为零。

古典契约理论的经济人假设贯穿于古典契约法的理念和制度。古典契约法认为，第一，法律是科学的，是唯理主义的产物。第二，法律与道德是分离的。第三，经济人假设与契约自由可以通过“自由放任的市场经济”和“看不见的手”进行联结。第四，因为可归责性是一个不具有法律意义的道德概念，所以，当事人如果在契约中没有明确规定意外事件，契约法就将契约视为风险分配机制，由意外事件的受损方承担责任。

关系契约理论的主体假设是“社会人”（social man）。将人作为一个整体看待，社会分析的最小单位应是社会中的人（man-in-society）。

“社会人”的特征表现为：①人的有限理性（bounded rationality），也称为“有约束的理性”，即人应该受到自身认知能力限制和受到信息成本等方面的限制。②不完备知识，即由于未来的不确定性和横向的不确定性，任何人的知识在现代产品面前都非常渺小，必须依赖与他人的合作。③因为当事人的合作是现代社会的要求，只要有合作就一定会出现自我牺牲，所以，“社会人”克服了“经济人”的自利假设。④交易成本是“社会人”不可避免的成本，交易成本包括搜寻信息费用、讨价还价和决策费用、监督和执行费用，也包括建立、维持和改变政治体制中正式和非正式组织的成本。

19

世纪市场经济和自由竞争获得至高的地位，然而，契约自由使市场主体越来越少，社会财富向少数人集中，他们通过契约自由支配市场、统一市场价格、限制新的市场主体进入。于是，契约自由成了反对自由竞争的合法性工具。因此，限制契约自由的呼声越来越高。

由于市场经济的发展、知识和劳动的分工使得缔约主体显得越来越无知，同质化的“经济人”向异质化的“社会人”变换也就顺理成章。缔约主体的二元分化要求法律给予不同的对待，契约法自然也面临分化。

19

世纪的国家权力被局限在“夜警”的范围，20世纪的社会却发生了剧烈变迁。国家或政府为了维护自身的合法性而干预经济

和社会生活。国家职能还体现在基于健康、卫生等要求而限制企业与其雇员所订立的契约内容。

社会的变化促使“经济人”向“社会人”转变。这一转变将人从理想中、真空中拉回到现实中、社会中。契约法也将社会规范、非法律制裁、契约惯例等纳入自己的视野之中。

三、契约的核心：从“合意”到“关系”

由于自由主义理论的影响，由于理想政治制度的追求，由于理性主义的高涨，决定了合意成为古典契约理论的核心范畴。古典契约理论认为，契约是合意的产品，没有合意就不存在契约。根据《法律重述》（第二版）说：“所谓契约，就是一个或一组承诺，法律对于契约的不履行给与救济，或者在一定的意义上承认契约的履行为一种义务。”¹¹²麦克尼尔接着论述，“这个定义不是事实上的契约定义，而是法律上的契约的定义。根据这个定义，任何关系，不论包含了怎样多的交换，只要不具有法律给与救济或被法律承认为义务的可能性，就不是契约。”¹¹³古典契约理论以合意为核心范畴，充分体现了其即时性、主体利益的对立性、高度的确定性、利益和负担分配机制性特征。

关系契约理论在肯定合意范畴的作用和地位的基础上，认为合意范畴在契约理论中不能较全面、深刻地揭示已经发生的、正在发生和未来要发生的契约现象。

“要理解什么是契约，我们就必须摆脱自己强加的智识隔绝状态，接受一些基本的事实。没有社会创造的共同需求和爱好，契约是不可想象的；在完全孤立、追求功利最大化的个人之间的契约不是契约，而是战争；没有语言契约是不可能的；没有社会的结构和稳定，契约——仅从字面上看——也是不可思议的，就像远离社会的人不可思议一样。契约的基本根源，它的基础，是社会。没有社会，契约过去不会出现，将来也不会出现。把契约同特定的社会割裂开来，就无法理解他的功能。”¹¹⁴关系契约理论的关系范畴提出了新的观点：在理念层面，支持诚实信用原则并主张扩大该原则的适用范围。在制度层面，主张契约法应回应灵活的生产方式、具体的缔约实践，使契约实践尽量获得法律的认可和意义。主要反映在它承认第三人在契约法上的意义，尽量降低合同条款确定性的限制，在契约解释上尽量减少拟制，丰富契约解释的方法，承认契约责任的多重根据。

从合意到关系作为核心范畴的变化，促使了契约制度正当性判断基准发生变化，古典契约制度正当性的唯一基础在于当事人缔约时的合意，而关系契

¹¹² Lan R. 麦克尼尔. 新社会契约论[M]. 北京：中国政法大学出版社，2004. 第4-5页.

¹¹³ Lan R. 麦克尼尔. 新社会契约论[M]. 北京：中国政法大学出版社，2004. 第5页.

¹¹⁴ Lan R. 麦克尼尔. 新社会契约论[M]. 北京：中国政法大学出版社，2004. 第1-2页.

约理论中，当事人的合意、契约法提供的漏洞弥补规范是公法性规定，都可以成为契约正当性的基础。

关系契约理论具有充分的现实关注。契约法是从契约现象与契约实践中抽象出的。关系契约理论从人的假设出发，提出了不同的理解，生活中的人经济实力差别巨大，故契约是不完全的，契约法不可避免地需要提供大量的漏洞弥补规范。

关系契约理论重视社群观。人所处的社群影响个人选择的内容、形式和契约法对选择的效力判断。关系契约理论强调人的利己性和利他性。拟制的当事人合意以及合意背后的效率观念是法院通过漏洞弥补提供条款的根据。

关系契约理论强调人之间的关系，并赋予其间形成的契约约束力，表现在人与人之间关系形成的习惯对当事人的约束力、双方当事人所处社群习惯对当事人的约束力。

契约法既要保护当事人的合意、尊重当事人自治，体现契约法作为私法自治法的品性，又要体现契约法规制法的地位和功能。

契约法具有规制地位，无论是在契约效力规定、契约解释规则、提供条款或漏洞弥补上均可能引致某些公法性规定。关系契约理论不主张公法与私法不再有差别，不认同公法取代私法的观点，不公开批判公私法区分，但强调两者的关联性、相通性。

四、契约的价值：从“效率”到“公平”

契约理论的价值追求是不断变化的。中世纪反对暴利和公正价格理论背后的价值观念就是契约要体现实质正义。¹⁶

世纪新航线的开辟及殖民主义促进了地区性、国际市场的形成。市场以及市场主体的商人只有摆脱中世纪衡平观念的束缚才能获得发展。市场经济的发展和对自由意志的尊崇促成了合意理论诞生。

资本主义市场经济的发展必然走向垄断。生存的双方只有在妥协互利中获得发展，因此出现了主张对契约自由进行限制，尤其要限制强势谈判方利用自身优势对弱势谈判方的支配，主张法院根据不公平原理对契约进行干预。对契约公平的追求成为20世纪中后期契约法理念和制度发展的关键。

古典契约理论以经济人为主假设，效率是其唯一价值追求。经济人假设认为，人完全可以照顾自身的利益并为其自由意志下的选择——契约负责；人的行为是理性的，不受他人束缚或限制。古典经济学认为贸易使双方当事人处境变得更好，经济人追求的是瞬间利益。契约范围内的选择是合意、完全自由意义的选择，与效率紧密联系，故古典的契约理论和契约法的价值完全可以用效率来统筹。

古典契约理论的分立性效率价值是一种静态的、封闭的效率。只要在个别交易中获利，效率目标就实现了，无需考虑未来交易机会的丧失、违约带来的商誉损失及给契约链条其他人的损害。

关系契约理论所追求的价值主要有以下两点。¹¹⁵

第一，契约团结。契约团结规范可替换为契约信任和契约合作，契约团结和合作更多的是契约法的价值导向。契约团结的内部渊源是关系自身造成的复杂的相互依赖之网。现代社会关系中资源的流动与需要大多依靠契约，双方当事人有不同的需要并在相互依赖中实现各自的利益，利益将他们组成“组织体”，其内部的惯和规范意味着双方利益不能完全对立。契约团结的外部渊源是国家或其他权威机构的法律规范。财富的生产和组织依赖市场和契约，市场和契约是国家法律要保护的核心内容。国家法律、契约法要对违反契约的当事人予以制裁。关系契约理论将契约调整的视野从外部市场和干预转向契约关系自身，现代社会的不确定性需要更大的灵活性和开放性；维持灵活性所使用的最重要程序是交换程序自身。这种调整或改变的根据在于当事人之间的动态性关系。

第二，契约公平。关系契约理论认为，契约公平的实现要通过角色完整以及实体和程序来完成。

20

世纪初社会结构发生重大变化，各种人、关系之间在更多的方面产生了更高层次的依赖、角色意识增加。角色由抽象而具体，由符号化而实体化。这使缔约当事人角色分化，也对法律规则提出了适当性、特殊性需求，导致对高度一般化规范的实用性产生了怀疑。角色就是一个矛盾体，它把角色视为有独立利益的主体与契约当事人形成组织的一分子，组织利益某些场合可能高于个人利益。法律通过强制性或任意性规范，使这种利益发挥强有力的指引作用。

关系契约理论主张实现契约公平需要程序与实体并重，实践中通过程序实现公平。若只设计程序要件，遭受不利的更有可能是原本要保护的当事人。故结果不公也应是判断程序不公的重要要素。互惠性规范、契约团结规范都要求某种程度的公平。契约公平的实现必须程序和实体都公平。

关系契约理论的价值多元与其从社会视角、现实视角审视契约行为和规则有内在关联。只要称为契约，就不否定当事人自由、选择的价值。关系契约理论只是赋予效率价值以及作为其体现的契约自由以适当的位置。古典契约理论只是设定了最基础的合作义务。关系契约理论所倡导的多种价值体现了社会中的利益分化及利益冲突的事实。只有服务于现代社会的契约价值才能进入关系契约理论的框架，契约团结、关系维持、灵活性、权力的限制等共同契约规范在现实中发挥更大的功能。关系契约理论的契约规范都是要实现更为公平的理想，体现的是以抽象的一般性概念和标准，经由自由裁量权的行使，对不公平起到直接或间接的威慑作用，它追求的多元价值对历史负责，为人的尊严、财产、身份、效率承担责任。

五、关系契约的执行保障

¹¹⁵ 关系契约理论所追求的两点价值是根据吉林大学博士学位论文（孙良国，关系契约理论导论[M].长春：吉林大学.第91-100页。）整理而成。

关系契约理论尚处在不断发展之中，其理论散见于法学、经济学、管理学等学科。而古典契约理论经历代法学家的论证、完善，已经以实证法的形式固化在法律之中。请允许我借用学者的图表来说明二者的特征区别，以尝试完成“关系契约的执行保障”。

实证法与关系法的特点对照¹¹⁶

0.	实证法律体系	关系法律体系
	国家规范指向	社会规范指向
	国家机关制造法律	社会关系制造法律
	法院本位的法律施行	保证连锁等两者关系本位的法律施行
	规则的二维性（内部、外部）	规则的三维性（内部、外部、关系）
	处理纠纷的个别审判方式	处理纠纷的关系调整方式
	既有权利主张和法律政策主张的严格区别	既有权利主张和法律政策主张的圆融混和
	诉讼利用频度高	法院外解纷频度高
	合法与非法的区别很明确	合法与非法的区别较暧昧
	法的重点是禁止行为和强制行为	法的重点是授权行为和课赋行为
0	提倡对抗性权利主张	提倡共识性关系维护
1	通过立法和司法程序形成法律秩序	通过交涉和承认程序形成法律秩序
2	纵向、等级性的法律体系	横向、和谐型的法律关系

在关系契约中，双方允许契约中存在漏洞，因此关系契约的执行只能依靠法律外的保护机制。

（一）未来合作价值（value of future relationship）¹¹⁷

终止与交易对方的关系，使对方造成经济损失是关系契约执行的重要保障。由于关系契约的长期性，使得双方都具有控制对方的能力，一方对于另一方违反契约条款的办法就是终止契约，不需要政府和第三方的干预。

（二）关系性规则（relational norms）¹¹⁸

¹¹⁶ Gottlieb G. Relationism: Legal Theory for a Relational Society // The University of Chicago Law Review. Vol. 50 (1983). P. 611-612.

¹¹⁷ Klein B. and Leffler K. The role of market forces in assuring contractual performance [J] // Journal of Political Economy. 1981. (4): 615-641.

¹¹⁸ Dyer J.H. and Chu W. The role of trustworthiness in reducing transaction costs and improving performance: empirical evidence from the United States , Japan , and Korea [J] // Organization Science. 2003 (1): 57-68.

关系性规则包括社会过程和社会规则，与正式的制度安排共同保证关系契约的履行。

（三）声誉（reputation）

关系契约实施过程中，签约双方基于自己的声誉不仅要考虑当前，还要考虑未来；不仅要考虑缔约方的利益，还要考虑未来可能对自己产生影响的交易对手的态度。

弗拉季斯拉夫·邦达连科
法律系民事诉讼法与程序法副教授
俄罗斯国立高等教育研究学院圣.
彼得堡分院 «高等经济学院»
电子邮箱：vladbond77@gmail.com

本文章专门讨论在俄罗斯法律制度管理下分析创新企业的实际情况。宪法提供了通过双方成员在各方意愿的基础上达成共同协议而签订无限合同使用权，它含带任何一方都能从自己的利益角度出发决定接受与拒决对方条件的权力，从而又依仗法律获得财务保障，这种无限合同对合同签署双方带来很多自由，但从另一角度看合同本身却不能完全给予签订双方的任何一方有效保障，从中这种合同的效应也涉及到企业部门的第三者（员工）的利弊。

担任美国公司的合作伙伴后通常参考与该公司又关的设计：limited liability partnership (LLP) и limited liability company (LLC), 联系到本国的实际，在“关系到人”和“关系到资本”这些方面，在民法上具有“混合”的现象。

这些情况提示，作者建议需要进一步修订法律条文中规定，引入外来通行的一些新的法则，但在多方面却没有很好的结合上国内法律实质，因此最终不能保证国家的良好稳定的投资环境。

Тема 2. СОВРЕМЕННЫЕ ПРОБЛЕМЫ КОММЕРЧЕСКОГО ПРАВА

СОВРЕМЕННЫЕ ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО ПРАВА ПО ОПРЕДЕЛЕНИЮ ГРАНИЦ СВОБОДЫ ПРИНЯТИЯ БИЗНЕС-РЕШЕНИЙ И УСЛОВИЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ДИРЕКТОРОВ КОММЕРЧЕСКИХ ОРГАНИЗАЦИЙ: КРИТЕРИЙ «ЯВНОЙ ОЧЕВИДНОСТИ»

Основной интерес предпринимателя — систематическое извлечение прибыли удовлетворяется в условиях значительно большей неопределенности результата, чем удовлетворение интереса, связанного с бытовыми личными потребностями. На степень предсказуемости результата, его рискованности влияет вид предпринимательской деятельности, а также множество иных факторов, в том числе находящихся вне сферы контроля лица ее осуществляющего. Еще большей неопределенностью отличается деятельность по принятию управленческих решений в хозяйственных обществах, в отношении имущества которых существуют несовпадающие интересы множества лиц.

Множественность лиц и интересов, рисковый характер предпринимательской деятельности объясняют отчасти и широкую вариативность возможных управленческих решений.

Между тем и в России, и за рубежом неоднократно предпринимались попытки установить общие правовые критерии оценки эффективности управленческих решений. Далее дается краткая характеристика намеченной в российском праве по данному вопросу тенденции, предлагается дополнительный критерий оценки. И публичному, и частному праву известны случаи, когда в интересах публичного порядка необходимо, с одной стороны, предоставить принимающему решение лицу широкую свободу усмотрения, а, с другой стороны, во избежание злоупотреблений обеспечить судебный контроль над обоснованностью такого решения. Для сочетания этих целей в сфере предпринимательства предлагается (в качестве дополнительного критерия оценки решений судом) применять по аналогии признак очевидности, «явности» неразумности принимаемого решения — критерий «явной очевидности».

Развитие рассматриваемых критериев в условиях административно-командной системы управления экономикой происходило под влиянием публичного права. С переходом к рыночной экономике значительно усилилась роль частного права, во многом заменившего ранее принятую методику. Советский правопорядок, относительно четко сформулировав (преимущественно в нормах уголовного права) признаки недопустимого поведения, устанавливал в тоже время для большинства хозяйственных ситуаций алгоритм ожидаемого («правильного») управленческого поведения. В связи с этим степень определенности и надлежащего процесса, и ожидаемого результата при оценке управленческих решений была достаточно высокой.

Становление рыночной экономики, основанной во многом на конкуренции решений и идей, немыслимо без предоставления хозяйствующим субъектам широкой свободы усмотрения, самостоятельности, права на риск, на ошибку. Сложившаяся ранее практика доминирования публично-правовых методов была перенесена и на новые рыночные условия хозяйствования. Мостик между строгой регламентацией управленческих решений и признанием за руководителем свободы усмотрения был вымощен налоговым правом.

Налоговые органы в целях удовлетворения имущественного интереса публичной власти — увеличения налоговых платежей — приступили к самостоятельной оценке экономической эффективности управленческих решений частных лиц. Так, оспаривалась целесообразность затрат (понижавших налогооблагаемую базу), если по мнению публичной власти в лице налоговых органов таких затрат можно было бы избежать. Например, зачем осуществлять затраты на привлечение специалистов юридической фирмы при наличии юристов в штате организации? Оправданы ли высокие маркетинговые расходы, если востребованность производимого компанией продукта и без этого высока? Бремя доказывания обоснованности затрат возлагалось на налогоплательщика. Государство подвергало сомнению как отдельные предпринимательские решения, так и их совокупность, если результатом бизнес-конструкций (совокупности операций) становилось снижение налоговых выплат.¹¹⁹

Рассмотрение судами публично-правовых споров позволило выявить критерий, разграничивающий допустимые и недопустимые решения, принимавшиеся частными лицами при совершении гражданско-правовых сделок. Снижение налогового бремени признавалось оптимизацией налоговых платежей, а не уклонением от налогов при наличии соответствующей деловой цели (например, организация реально действующего представительства на другой территории).¹²⁰ При наличии такой экономической задачи коммерческое решение отвечало признаку разумности, даже если по мнению контролирующих органов аналогичный хозяйственный результат мог быть получен иным, более эффективным способом. Кроме того обильная судебная практика по спорам с государством способствовала развитию и критерия добросовестности при принятии управленческих решений частными лицами.¹²¹

Тем временем и судебному, и доктринальному осмыслению была подвергнута и частноправовая норма п. 3 ст. 53 ГК РФ, принятая в начальный период формирования правовых основ рыночной экономики и установившая следующее общее требование: «Лицо, которое в силу закона или учредительных документов юридического лица выступает от его имени, должно действовать в интересах представляемого им юридического лица

¹¹⁹ Фатхутдинов Р.С. Существо и форма в налоговых отношениях // Вестник ВАС РФ. 2012. № 9.

¹²⁰ Постановление Конституционного Суда РФ (далее также: Конституционный Суд или КС РФ) от 27 мая 2003 г. № 9-П. Постановление Пленума ВАС РФ от 12 октября 2006 г. № 53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды». — Тексты упоминаемых в статье законов, судебных и иных актов, принятых публично-правовыми образованиями, доступны в СПС «Гарант».

¹²¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 12 октября 1998 г. № 24-П, определение Конституционного Суда РФ от 25 июля 2001 г. № 138-О. и др.

добросовестно и разумно. Оно обязано по требованию учредителей (участников) юридического лица, если иное не предусмотрено законом или договором, возместить убытки, причиненные им юридическому лицу».¹²² Прочтение данной нормы вместе с положениями п. 3 ст. 10 ГК РФ о презумпции добросовестности и разумности участников гражданских правоотношений, п. 2 ст. 401 ГК РФ о презумпции вины правонарушителя и др. приводило к различным выводам о содержании и соотношении данных понятий, о распределении бремени доказывания. В отношении управленческой деятельности руководителей хозяйственных обществ общие положения п. 3 ст. 53 ГК РФ были уточнены в специальных законах — ст. 71 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах», ст. 44 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью». Специальные нормы установили, что руководители хозяйственных обществ «должны действовать в интересах общества, осуществлять свои права и исполнять обязанности в отношении общества добросовестно и разумно... Они несут ответственность перед обществом за убытки, причиненные обществу их виновными действиями (бездействием), если иные основания ответственности не установлены федеральными законами ... при определении оснований и размера ответственности должны быть приняты во внимание обычные условия делового оборота и иные обстоятельства, имеющие значение для дела».

Установление законодателем критериев, позволяющих отграничить должное поведение управленца при принятии решения от недолжного, укрепляет определенность такой деятельности, служит цели снижения риска злоупотребления и иного произвола, и поэтому, на первый взгляд, поиск и закрепление в законе новых критериев необходимо поддержать. Вместе с тем недопустима и излишняя детализация, поскольку рисковый и самостоятельный характер предпринимательства диктует необходимость предоставления органам управления коммерческого объединения широкого усмотрения в выборе способов организации своей деятельности. Законодатель «нового времени» отказался от конкретизации условий принятия управленческих решений и обратился к оценочным понятиям (добросовестность, разумность, осмотрительность, заботливость и др.).

Однако в процессе судебного толкования указанные общие понятия, и ранее отличавшиеся противоречивостью, стали еще более запутанными как в публичном, так и в гражданском праве.¹²³ Например, добросовестность была отнесена и к субъективной, и к объективной стороне правонарушения (элемент обязанности, добросовестность как тщательность, осмотрительность, принятие необходимых мер, скрупулезность и т. п.).

¹²² Заметим, что условия привлечения к материальной ответственности руководителя организации регулируется и положениями ст. 277 Трудового кодекса РФ.

¹²³ Жукова Ю.Д. Распределение бремени доказывания добросовестности и разумности поведения руководителя общества при разрешении споров о привлечении его к ответственности // Право и экономика. 2012. № 2.

Маятник критериев для оценки управленческих решений устремился к противоположному значению: от детальной регламентации и относительно высокой предсказуемости оценки к общим формулировкам, противоречивости понятий и непредсказуемости оценки. Обе крайности неприемлемы. Одна подрывает фундамент предпринимательства — свободу и самостоятельность, другая — стимулирует злоупотребления и безответственность.

Следует заметить, что некоторые признаки рассматриваемых критериев «лежат на поверхности», они очевидны для любого, поскольку основаны на здравом смысле. Не нужно быть профессионалом, чтобы понимать, что принятие решения должно во всех случаях быть основано на информации. Чем более важным для дела является принимаемое решение, чем большее количество интересов различных лиц оно затрагивает, тем более достоверной, полной и своевременной должна быть соответствующая информация (постановка диагноза в медицине, разведка при ведении боевых действий, изучение предшествующих работ в научной деятельности и т. д.). Иной подход является явно неразумным.¹²⁴ Не случайно, многочисленные документы отечественных и международных публично-правовых организаций, предлагающие рекомендации относительно набора рассматриваемых критериев и их содержания, исходят из информированности руководителя как одного из основных критериев для признания его деятельности надлежащей.¹²⁵

В праве экономически развитых государств доминирующее влияние в данной сфере имеет сформулированное американской судебной практикой «правило делового суждения» (*business judgment rule*).¹²⁶ Презюмируется, что руководитель (директор) надлежаще выполняет свои обязанности (*duty of care*, *duty of loyalty* и др.), если не будет установлено наличие одного из критериев, свидетельствующих об обратном. Получение необходимой информации и ее активный анализ — один из таких критериев.

Американские суды, по сути, исходят из того, что в случае соблюдения определенных процедурных требований (во многом основанных на здравом смысле среднего предпринимателя и поэтому являющихся предсказуемыми, очевидными), оптимальность выбранной альтернативы, эффективность решения являются более высокими. К таким процедурным требованиям относятся, например, заблаговременное получение и изучение информации, активное истребование дополнительной информации при возникновении сомнений в достоверности или неясности изначально представленной информации, привлечение экспертов для дачи пояснений, заявление о

¹²⁴ О межотраслевых правовых принципах процедуры принятия управленческого решения, направленных на снижение рисков ошибки и злоупотребления, подробнее см.: Бушев А.Ю. 1) Публичный порядок в сфере международного торгового оборота // Международное торговое право / под ред. В.Ф. Попондопуло. М., 2005; 2) Основы управления рисками в праве // Арбитражные споры. 2008. № 3 (43).

¹²⁵ Распоряжение ФКЦБ от 4 апреля 2002 г. № 421/р «О рекомендациях к применению Кодекса корпоративного поведения»; Рекомендация Базельского комитета по банковскому надзору «Совершенствование корпоративного управления в кредитных организациях» (Базель, сентябрь 1999 г.); Доклад ОЭСР «Корпоративное управление и финансовый кризис. Выводы и новые «наилучшие практики» для содействия внедрению Принципов», 24 февраля 2010 г.

¹²⁶ High Court Case Summaries. Corporations. Keyed to Eisenberg's Casebook on Corporations. 9th ed. USA. Thomson/West. 2006.

возможном конфликте интересов и т. д. Многие из этих положений трансплантируются в отечественное право.

Еще одно усилие отечественного законодателя по поиску критериев оценки решений руководителей коммерческой организации предпринято в связи с разработкой изменений в ГК РФ (в дальнейшем — Проект изменений в ГК или Проект),¹²⁷ а также специального закона, предметом которого является уточнение условий привлечения к ответственности членов органов управления хозяйственных обществ (в дальнейшем — Законопроект).¹²⁸ Норма ст. 53.1 Проекта формулирует правило, в соответствии с которым управленец обязан «возместить убытки, причиненные по его вине юридическому лицу. Он отвечает, если будет доказано, что при осуществлении своих прав и исполнении обязанностей ... действовал[о] недобросовестно или неразумно, в том числе, если его действия (бездействие) не соответствовали обычным условиям гражданского оборота или обычному предпринимательскому риску». Как видно из данного положения, Проект в целом сохраняет избранный ранее в ГК подход, укрепляя его большей ясностью.

Законопроект вносит существенные уточнения в упомянутые выше действующие нормы законов об акционерных обществах и об обществах с ограниченной ответственностью, конкретизируя права и обязанности управленцев, содержание понятий разумность и добросовестность, распределяет бремя доказывания и т. д. В частности, «Предполагается, что руководитель общества действовал неразумно, если: 1) он принял решение без учета имеющейся у него и/или представленной ему информации; 2) до принятия решения он не предпринял действий, направленных на получение необходимой для принятия решения информации, которые обычно предпринимаются при сходных обстоятельствах». Своевременное получение полной и достоверной информации рассматривается как ключевой элемент разумности при принятии управленческих решений.

Кроме того, формулируются четыре признака недобросовестности, объединившие в одном определении ее субъективный и объективный элементы. Бремя доказывания отсутствия указанных обстоятельств возлагается на руководителей общества. «При отсутствии указанных обстоятельств действия руководителей общества признаются разумными и добросовестными, если не доказано иное».¹²⁹

Неоспоримым преимуществом Проекта ГК и Законопроекта является дальнейшее раскрытие рассматриваемых критериев. В тоже время, усмотрение суда по-прежнему остается излишне широким. Думается, что в отношении критерия разумности, понимаемого как рациональность, взвешенность, а также связанных с ним критериев осмотрительности и заботливости необходимо использовать еще одно уточнение. Оно, полагаю, должно применяться в рамках

¹²⁷ Проект Федерального закона от 3 апреля 2012 г. № 47538-6.

¹²⁸ Постановление Государственной Думы РФ от 5 октября 2010 г. № 4183-5 ГД.

¹²⁹ См.: *Бойко Т.С., Буркатовский А.А.* Критерии ответственности членов органов управления хозяйственных обществ в свете готовящихся изменений в корпоративное законодательство и зарубежного опыта // Закон. 2011. № 5.

как действующего законодательства, так и обновленного (в случае принятия указанных законопроектов).

Праву известны иные ситуации, в которых конкурируют две указанные выше задачи: независимого контроля и предоставления широкого усмотрения лицу, принимающему решение. Совпадающий подход, выработанный как в публичном, так и в частном праве, может быть применен по аналогии в рассматриваемой ситуации. Так, Европейский Суд по правам человека (ЕСПЧ) при оценке деятельности публичной власти по защите прав и основных свобод человека признает широту усмотрения государства в выборе тех или иных средств защиты, оставляя за собой право сверять контролируемое решение с выработанными ЕСПЧ стандартами. В вертикальных отношениях, например, в налоговых, ЕСПЧ исходит из непропорциональности избранного средства (т. е. констатирует правонарушение) в тех случаях, когда оно является явно, очевидно неразумным.¹³⁰ При этом само по себе наличие альтернатив решения государством того или вопроса по защите соответствующих прав и свобод, возможно и более эффективных альтернатив, не влечет признания нарушения государством требований Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. (в дальнейшем — Конвенция). Показательным является и толкование уточняющего оценочного критерия — «необходимый в демократическом обществе». ЕСПЧ, признавая широту усмотрения государства в выборе средств по ограничению свободы слова, по сути, вновь использует критерий «явной очевидности».¹³¹ Согласно сложившемуся стандарту (критерию) ограничение данной свободы должно быть очевидно «необходимым», т. е. должна существовать «настоятельная социальная потребность» по насущным, актуальным общественным нуждам. Необходимость ограничения должна быть убедительно доказана с учетом всех фактических особенностей соответствующей ситуации. Поэтому одних лишь ссылок государства на необходимость ограничения свободы с целью защиты того или иного публичного интереса явно недостаточно.¹³²

Примечательна и практика ЕСПЧ по применению ст. 18 Конвенции («Пределы использования ограничений в отношении прав»), которая гласит: «Ограничения, допускаемые в настоящей Конвенции в отношении указанных прав и свобод, не должны применяться для иных целей, нежели те, для которых они были предусмотрены». Согласно стандарту оценки ЕСПЧ для вывода о применении «для иных целей» и признания государства, вышедшим за пределы предоставленного ему широкого усмотрения, нарушение должно быть доказано со всей убедительностью, необходимо представить прямые и неопровержимые

¹³⁰ Постановление ЕСПЧ от 23 февраля 1995 г. по делу «Общество с ограниченной ответственностью “Гасус Досьер- унд Фордетекник” против Нидерландов».

¹³¹ Постановление ЕСПЧ по делу Кудешкина против России, жалоба № 29492/05.

¹³² Human rights files, No. 18. Freedom of expression in Europe. Case-law concerning Article 10 of the European Convention on Human Rights. Updated edition 2007. — Постановления и решения ЕСПЧ, обзоры практики находятся в свободном доступе в Интернете: <http://hudoc.echr.coe.int/> (HUDOC).

доказательства так, чтобы все возможные домыслы и сомнения были устранены.¹³³

И для вертикальных отношений (между публичной властью и частным лицом), и для горизонтальных отношений (между частными лицами) важно чтобы избранный вариант имел понятные разумные основания (объяснения).¹³⁴

По мнению ЕСПЧ, орган управления государства, решения которого контролируются, находится в гуще событий и более осведомлен о различных сопутствующих решению обстоятельствах, поэтому для учета этих обстоятельств и выбора одной из альтернатив решения он имеет более выгодное положение, чем судья международного суда. Границы усмотрения публичной власти могут раздвигаться в зависимости от контекста, характера права, а также иных обстоятельств, выявленных практикой ЕСПЧ.¹³⁵ Одним из таких факторов, предоставляющих государству еще большее усмотрение, является отсутствие консенсуса среди государств — участников Конвенции, т. е. при наличии вариативности решений, когда государства используют разные способы реагирования при схожих фактических обстоятельствах.¹³⁶

Нетрудно провести параллель между, с одной стороны, оценкой деятельности государства, осуществляемой судьями международного органа — ЕСПЧ, часто не являющимися экспертами в национальном праве, находящимися «вдали» от экономической, политической и иной специфики применения права в том или ином обществе, и, с другой стороны, оценкой рассматриваемых управленческих решений. В последнем случае судья не является профессионалом в сфере бизнес-процессов, он далек от реальных условий предпринимательства, хотя, разумеется, может иметь свое мнение и даже сомнение относительно целесообразности выбора той или иной альтернативы деловой цели и способов ее достижения.

Возможное ущемление интересов третьих лиц без их непосредственного согласия, в условиях большой вариативности решений, высокой неопределенности, и в тоже время при необходимости поощрения для принятия решения возникает и в ситуациях правомерного причинения вреда (ст. 37–42 УК РФ). Признак явной очевидности, заведомого знания, крайней необходимости и т. п. выступает условием, учитываемым при оценке поведения лица, принявшего соответствующее решение.

Аналогичная логика публичного права («явная очевидность») может быть применена и при оценке судом управленческих решений, принимаемых коммерческой организацией.

В частном праве примером использования критерия явной очевидности в условиях конкуренции задач по независимому контролю и признанию широты

¹³³ Ковлер А.И. Статья 18 Европейской конвенции по правам человека: есть ли пределы ее толкования? // Права человека. Практика ЕСПЧ. № 5 (74). Май 2012.

¹³⁴ См., напр.: Котов против России, постановление БП ЕСПЧ от 3 апреля 2012 г. № 54522/00.

¹³⁵ Постановление ЕСПЧ от 25 сентября 1996 г. по делу «Бабли против Соединенного Королевства», § 74.

¹³⁶ Постановление ЕСПЧ от 16 декабря 1999 г. по делу «Т. против Соединенного Королевства», § 71–72; Шильман Д. Сыграть на свободе усмотрения государства. Европейский Суд по правам человека и теория национальной сферы усмотрения: отказ от европейского контроля или его субсидиарность // Права человека. Практика Европейского Суда по правам человека. № 6 (63). Июнь 2011.

усмотрения лица, принимающего решение, являются нормы ст. 333 ГК РФ (договорная «неустойка явно несоразмерна»), ст. 428 ГК РФ (договорное условие «явно обременительно») и др. Так, согласование сторонами договора условия о неустойке основано на принципе свободы договора (ст. 421 ГК РФ), на предоставленном собственнику широком усмотрении совершать в отношении принадлежащего ему имущества любые действия, не противоречащие закону и иным правовым актам и не нарушающие права и охраняемые интересы других лиц (п. 2 ст. 209 ГК РФ), на самостоятельности предпринимательской деятельности (ст. 2 ГК РФ). Как неоднократно отмечал КС РФ, судебный контроль не призван проверять экономическую целесообразность решений, принимаемых субъектами предпринимательской деятельности, которые в сфере бизнеса обладают самостоятельностью и широкой дискрецией.¹³⁷ В тоже время предоставленная суду «возможность снижать размер неустойки в случае ее чрезмерности по сравнению с последствиями нарушения обязательств является одним из правовых способов, предусмотренных в законе, которые направлены против злоупотребления правом свободного определения размера неустойки...».¹³⁸

В заключение вновь отметим, что рисковый характер предпринимательской деятельности, самостоятельность ее осуществления предопределяют необходимость признания за предпринимателем широкого усмотрения по принятию управленческих решений. Учитывая многообразие предпринимательской деятельности, детальная регламентация в законе процедуры принятия решений «на все случаи жизни» едва ли возможна, более того, она может быть и вредоносна. Российское право отказалось от практики детальной регламентации условий принятия решения и, следуя опыту многих стран, развивается по пути установления общих критериев для оценки судом любых управленческих решений (разумность, добросовестность, заботливость, осмотрительность и др.). Понимание этих критериев в российской юриспруденции остается по-прежнему крайне противоречивым. Учитывая многочисленные дефекты отечественной правовой инфраструктуры, регулирование рассматриваемой деятельности посредством общих критериев (принципов), предоставление теперь уже судам широкого усмотрения в понимании этих принципов также, но уже с другой стороны, может пагубно сказаться на предпринимательстве. Представляется, что использование критерия «явной очевидности» должно способствовать установлению искомого баланса.

Андрей Юрьевич Бушев,
юридический факультет
Санкт-Петербургского
государственного университета
E-mail: commlaw@jurfak.spb.ru
© А.Ю. Бушев, 2012

¹³⁷ Постановление Конституционного Суда РФ от 24 февраля 2004 г. № 3-П, определения Конституционного Суда РФ от 4 июля 2007 г. № 366-О-П, от 19 октября 2010 г. № 1422-О-О.

¹³⁸ Определение Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2000 г. № 263-О.

ВНЕШНЯЯ ЭФФЕКТИВНОСТЬ ПЕРЕДАЧИ АКЦИЙ АКЦИОНЕРНОГО ОБЩЕСТВА: ИССЛЕДОВАНИЕ КИТАЙСКОГО КОРПОРАТИВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И ПРАКТИКИ ЕГО ПРИМЕНЕНИЯ

Аннотация

Ситуация, когда лица, входящие в управленческий аппарат компании, имеют заинтересованность в результатах сделки, относится к неизбежным явлениям в хозяйственной деятельности. При этом вместе с возможностью сэкономить на операционных издержках, получить прямую выгоду для соответствующей стороны и т.п. они несут потенциальную опасность для миноритарных акционеров и кредиторов компании. Именно поэтому все страны в той или иной степени пытаются различными юридическими мерами и правовыми механизмами регулировать возможность заключения несправедливых сделок с заинтересованностью.

В зависимости от юридического статуса лица, заинтересованного в результатах сделки, выделяют сделки, совершенные членами совета директоров компании в своих интересах, и сделки, ограничивающие акционеров в их правах. Поскольку за рубежом акции (паи) могут быть довольно рассеянными, сделки с заинтересованностью зачастую заключаются преимущественно между компанией и членами совета директоров (правления) лицами, которые занимают высокие должности в органах управления юридического лица, поэтому приоритет в правовом регулировании отдан сделкам с участием членов совета директоров (правления). Однако в нынешней ситуации в нормативно-правовой базе КНР следует сместить акцент на сделки, ущемляющие интересы акционеров.

В статье предлагается выделять следующие механизмы решения проблем, возникающих при заключении сделок с заинтересованностью, ущемляющих права акционеров: меры превентивного характера и меры восстановительного характера. Превентивный правоохранный механизм включает жесткий контроль за добросовестностью акционеров и безвозмездностью их деятельности, одобрение крупных сделок общим собранием акционеров, исключение права решающего голоса акционера при заключении сделок с заинтересованностью и систему независимого управляющего (директора). Восстановительный механизм включает право подачи иска акционером, право оспаривания правомочности решения, а также доктрину *Deep Rock*. Превентивный и восстановительный механизмы каждый с различной стороны, но вместе и по совокупности ограничивают возможности для заключения акционером сделок с заинтересованностью. Если пренебречь предварительными мерами предосторожности, а лишь пассивно восстанавливать статус-кво уже после того, как был нанесен ущерб, то нарушается не только принцип справедливости, но и общая эффективность деятельности компании. И как бы тщательно и всесторонне не проводились мероприятия по предотвращению злоупотреблений, они все равно не смогут полностью исключить возможность заключения сделок с заинтересованностью в результате. «Сначала защита, потом права». Только при условии

одновременного применения восстановительных и превентивных мер можно добиться справедливости и эффективности.

Ху Лилин,
Китайский университет
политологии и права (Пекин)
E-mail: lilinh@cupl.edu.cn
© Ху Лилин, 2012

ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ИПОТЕЧНОГО СТРАХОВАНИЯ В РОССИИ

На современном этапе одним из стратегических направлений развития жилищной политики в Российской Федерации является ипотечное кредитование. В частности, по итогам первых трех месяцев 2012 г. в России было выдано 1800 ипотечных кредитов с низким первоначальным взносом (менее 12 % годовых), что более чем в три раза превысило аналогичный показатель предыдущего года и составило ипотечных кредитов.

Банки, выдающие ипотечные кредиты по стандартам АИЖК, в 2,2 раза увеличили количество застрахованных кредитов по сравнению с соответствующим кварталом прошлого года, а банки, работающие по собственным стандартам — более чем в 3,5 раза. В июле 2010 г. Правительство РФ разработало Стратегию ипотечного жилищного кредитования в Российской Федерации до 2030 г. Предполагается, что ипотечный кредит станет основным механизмом приобретения жилья в собственность (около 60 % населения смогут приобретать жилье с помощью ипотеки), а развитие рынка ипотеки будет сопровождаться повышением качества услуг и повлечет за собой распространение иных механизмов жилищного кредитования под залог недвижимости: кредитование застройщиков (юридических лиц), жилищных некоммерческих объединений граждан, физических лиц для индивидуального жилищного строительства и оплаты пая в кооперативах, а также кредитование физических и юридических лиц на приобретение(строительство) жилья для дальнейшей сдачи внаем. В связи с этим, растущий объем выдаваемых ипотечных кредитов влечет необходимость обеспечения более надежной защиты интересов как банков, так и заемщиков кредитов и членов их семей. Все это делает правовые вопросы ипотечного страхования несомненно актуальными.

Само прилагательное «ипотечный» происходит от слова «ипотека», что в переводе с древнегреческого языка означает «залог», «подклад», означая залог вообще. Однако в современном российском законодательстве термины «ипотека» и «ипотечный» применяются исключительно к залому недвижимого имущества.

Основой для осуществления ипотечного страхования в Российской Федерации являются нормы ст. 334 и 343 ГК РФ, а также ст. 31 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимого имущества)».

Современное ипотечное страхование в России осуществляется на основании комплексного договора страхования, сочетающего в себе как имущественные, так и личные виды страхования. Договор ипотечного страхования предусматривает следующие виды страхования:

1. Страхование имущества, являющегося предметом ипотеки (*Property insurance*). На данный момент банки, предоставляющие ипотеку, значительно ограничили перечень имущества, рассматриваемого в качестве залога. В большей степени подвержены материальному ущербу дома из бруса, квартиры с деревянными перекрытиями в домах, построенных до 1917 г., квартиры в малоэтажных жилых домах. Следовательно, данное жилье банки предпочитают не брать в ипотеку. Застраховать данное жилье также крайне проблематично ввиду высокой степени вероятности страхового риска (при том, что в силу п. 1 ст. 9 Закона РФ «Об организации в страховом деле в РФ» застраховать можно только на случай наступления события, имеющего среднюю степень вероятности). Квартиры в панельном или кирпичном доме меньше подвержены ущербу, поэтому их кредитуют охотнее, в отличие от деревянных строений они, как правило, не требуют обязательного проведения предстрахового осмотра. В основном заключаются договоры ипотечного страхования на случай пожара, потопы и обрушения стен, внутренняя отделка по таким договорам, как правило, не страхуется.

2. Страхование титула, т. е. риска утраты права собственности на имущество, являющееся предметом ипотеки (*Title Insurance*). Целью данного страхования является защита прав добросовестного приобретателя от финансовых потерь, связанных с требованиями третьих лиц, в случае наличия дефектов в правовом титуле. В зависимости от того, чей интерес подлежит страхованию, принято выделять два подвида страхования титула: страхование правового титула собственника (*Owners Title Insurance*) и страхование правового титула кредитора (*Lenders Title insurance*).

3. Личное страхование заемщика (*Mortgage Life Insurance*). В первую очередь банки акцентируют внимание на страховании жизни и здоровья самого заемщика, особенно от болезней, так как согласно статистике именно заемщики более подвержены риску, нежели имущество, являющееся предметом залога. Таким образом, банк уберегает себя от предполагаемых убытков из-за смерти заемщика, полной или частичной утраты трудоспособности, длительной болезни.¹³⁹ Препятствием к этому желанию банка, однако служит установленный п. 2 ст. 16 закона РФ «О защите прав потребителей» запрет обуславливать приобретение одних услуг обязательным приобретением иных услуг. Однако некоторые авторы все же полагают, что условие о страховании жизни и здоровья заемщика не будет считаться навязанным и противоречить законодательству о защите прав потребителей, если банк имеет возможность предложить гражданину-заемщику альтернативный вариант, который не предполагает обязательного страхования жизни и здоровья заемщика, хотя бы

¹³⁹ Трифонова Ю.Г. Анализ факторов риска ипотечного страхования // Банковский ритейл. № 3. III квартал 2010 г.

при этом кредит выдавался под более высокую процентную ставку. Главное, чтобы разница в процентных ставках не носила дискриминационного характера.¹⁴⁰ Считаем невозможным согласиться с данной точкой зрения, поскольку на практике банки такой альтернативы даже не предлагают. Большинство заемщиков не спешат выделять денежные средства на страховку, считая, что это абсолютно ненужное мероприятие, цель которого — истребовать от заемщика лишние деньги. Однако подобное мнение ошибочно, поскольку они и их родственники рискуют утратить единственное жилье. А, как правило, подобные ситуации характерны, прежде всего, для семей, состоящих из работающего отца, являющегося единственным кормильцем семьи, двоих несовершеннолетних детей и ухаживающей за ними и потому, как правило, не работающей (или занимающей низкооплачиваемую должность) его супруги. Вместе с тем, данный вид страхования не покрывает убытки, связанные с наступлением иных социальных рисков в жизни заемщика кредита, не имеющих физико-биологический характер, например, потерю работы. Вместе с тем, этот вид страхования в части страхования от болезней невыгоден для страховщика ввиду как отсутствия в российском законодательстве положений, позволяющих устанавливать в договоре дополнительные основания для отказа в выплате страхового возмещения помимо установленных действующим законодательством, так и необходимости проводить углубленное предстраховое обследование застрахованного лица, а также значительным увеличением в последнее время количества случаев смерти застрахованных лиц от злоупотребления алкоголем и обострения хронических заболеваний (об этих фактах, при заключении договора страховщику зачастую не было известно).

4. Страхование ответственности заемщика за непогашение кредита (*Private Mortgage Insurance — PMI*). Целью данного вида страхования, с одной стороны, является защита прав кредитора в случае заключения договора ипотеки с недобросовестными должниками, которые не способны ежемесячно осуществлять платежи по ипотечному кредиту (в случае ненадлежащего исполнения своих обязательств заемщик (страхователь) обращается в страховую компанию для выплаты остаточной задолженности по кредиту). С другой — защита интересов заемщика: благодаря появлению данного страхового продукта стала возможной практика выдачи ипотечных кредитов при наличии у заемщика малого первоначального взноса, ведь главным условием существования полиса *PMI* в кредитных отношениях с конкретным заемщиком служит то обстоятельство, что первоначальный взнос, уплачиваемый по кредиту, составляет менее 20 % от стоимости недвижимости, приобретаемой по договору ипотеки.

С принятием части второй ГК РФ в 1996 г. была полностью прекращена практика заключения договоров страхования ответственности заемщиков за непогашение банковских кредитов, а интересы банков-займодавцев (ранее защищавшиеся с помощью договора страхования риска непогашения кредитов)

¹⁴⁰ Сперанский А. Особенности обращения взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке // Бухгалтерия и банки. 2011. № 9.

могли обеспечиваться путем страхования ими своего предпринимательского риска.¹⁴¹ Однако в связи с экономическим кризисом 2007–2010 гг. в Федеральный закон «Об ипотеке (залоге недвижимого имущества)» были внесены изменения, позволяющие заключать договоры страхования ответственности заемщиков за невозврат ипотечных кредитов.

Следует, однако, отметить, что требование о страховой выплате по данному виду страхования реализуется лишь после продажи имущества, являющегося предметом ипотеки, с публичных торгов. Поэтому, с точки зрения российского законодательства, этот вид страхования банкам невыгоден ввиду необходимости значительного приложения сил и затрат для продажи ипотечного имущества подобным способом.

Ипотечное страхование, несмотря на слаженность схемы, продолжает оставаться очень индивидуальным в том смысле, что страховые компании при организации бизнес-процессов с конкретным банком по данному виду «настраивают» свой продукт (банки внимательно относятся к покрываемым страховой защитой рискам, условиям договора страхования и пр.). Однако постепенно происходит частичная стандартизация ипотечного страхования в случае значительных объемов относительно идентичных договоров или в рамках взаимодействия с одним или несколькими банками. Как правило, она касается упрощенной системы андеррайтинга по договорам страхования на относительно небольшие суммы (по разным компаниям разброс в диапазоне \$100–300 тыс.) и при определенном «портрете» потенциального заемщика.

Кроме того, эксперты страхового рынка обращают внимание на наличие пробелов в законодательстве, относящихся к ипотечному страхованию¹⁴². В частности, в законодательстве нигде не обозначено, какая страховая защита требуется при залоге земли. Не лучше обстоит дело и с «традиционными компонентами» ипотечного страхования. Например, между положениями законодательства и правоприменительной практикой существуют расхождения при толковании норм, регламентирующих предстраховой осмотр застрахованного имущества и предстраховое обследование застрахованного лица — ст. 945 ГК РФ говорит о праве страховщика на оценку страхового риска, а судебная практика фактически подразумевает обязанность страховщика на проведение предстрахового осмотра и предстраховой оценки, возлагая риск негативных последствий их неосуществления на страховщика.¹⁴³ В то же время страховщики, даже имеющие собственные службы безопасности, не могут реализовать в полном объеме весь комплекс мероприятий, направленных на оценку страхового риска, поскольку действующее законодательство не наделяет их правом осуществлять оперативно-розыскную деятельность.

¹⁴¹ Алейникова В.В. Страхование ответственности заемщика за нарушение условий договора ипотечного жилищного кредитования // Законодательство. 2012. № 4.

¹⁴² Смирнов И.Е. Банки и страховые компании: на главных направлениях сотрудничества // Организация продаж страховых продуктов. № 5, сентябрь-октябрь 2008 г.

¹⁴³ См. напр., постановление ФАС Поволжского округа от 25 августа 2009 г. по делу № А55-3946/2008, определение Санкт-Петербургского городского суда от 21 мая 2012 г. № 33-6533 (доступно в СПС «КонсультантПлюс»).

Такие новые для российского рынка ипотечного страхования виды, как бриджстрахование при рефинансировании ипотечных кредитов (страхование временного лага, при котором объект снимается с залога одного банка и передается другому) и страхование первоначального взноса (при рассрочке взноса), массового спроса на сегодня не формируют. Следовательно, страховщики, заинтересованные в стабильности канала продаж и увеличении объемов взносов по нему, в большинстве случаев не делают акцента на этих видах, не считают их приоритетными. Такие проекты скорее «пробуются» игроками, так как с их помощью можно открыть новые рыночные ниши, причем банки также проявляют в них заинтересованность.

Учитывая изложенное, сделаем следующие выводы:

1) В настоящее время в России ипотечное страхование является комплексным и состоит из 4 подвидов: страхование имущества, являющегося предметом ипотеки, страхования риска утраты права собственности на предмет ипотеки, страхования заемщика кредита от несчастных случаев и болезней, страхование ответственности заемщика за невозврат кредита. Следует, однако, отметить, что существующее законодательство не предусматривает страхования заемщика кредита на случай потери им работы по независящим от него причинам, которые не связаны с утратой им здоровья, в связи с чем введение данного подвида ипотечного страхования в условиях глобального экономического кризиса представляется актуальным.

2) Во многих договорах ипотеки имеются условия, обязывающие залогодателя (заемщика кредита) страховать не только имущество, но и риск утраты права собственности на предмет ипотеки, а также страховать себя от несчастных случаев и болезней в пользу залогодержателя (банка). Это не соответствует ч. 2 ст. 16 Закона РФ от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей», которое не допускает навязывания потребителю товаров (работ, услуг). В правоприменительной практике сформировалась позиция, согласно которой при определенных условиях требование о страховании, содержащееся в кредитном договоре, может быть квалифицировано как навязывание страховой услуги. Таким образом, задачей законодателей, по мнению инициаторов законопроекта, могло бы стать разрешение указанного противоречия, а именно указание условий допустимости (недопустимости) страхования или иных услуг (по оценке имущества, открытию и ведению банковского счета и т. п.).

3) В первую очередь банки акцентируют внимание на страховании жизни и здоровья самого заемщика, так как согласно статистике именно заемщики более подвержены риску, нежели объект — залогового имущества. Таким образом, банк уберегает себя от предполагаемых убытков из-за смерти заемщика, полной или частичной утраты трудоспособности, длительной болезни. Вместе с тем это одновременно означает риски для страховых компаний, поскольку уже имели место неоднократные случаи смерти заемщиков от тяжелых заболеваний спустя несколько недель после заключения договора страхования, обусловленных длительным употреблением алкоголя или хроническим их течением. В качестве выхода из сложившейся ситуации

предлагается внести дополнения в ст. 964 ГК РФ, установив такие основания освобождения страховщика от выплаты страхового возмещения как смерть или тяжкий вред здоровью, наступившие в результате злоупотребления застрахованного лица алкоголем, или в результате хронического заболевания, о котором не было заявлено страховщику при заключении договора страхования.

4) В настоящее время страхование предмета ипотеки, а также жизни и здоровья залогодержателя является фактически единственным действенным механизмом защиты интересов как залогодержателя, так и самого залогодателя, а также членов его семьи. Вместе с тем, механизм принятия на страхование ипотечных рисков четко не регламентирован. В связи с этим предлагается закрепить в ст. 945 ГК РФ обязанность страховщика осуществлять оценку страховых рисков при страховании риска утраты права собственности на предмет ипотеки, а также заемщика кредита от болезней.

Сергей Михайлович Ковалевский,
юридический факультет
НИУ-ВШЭ — Санкт-Петербург
E-mail: trudovik@mail.ru
© С.М. Ковалевский, 2012

ПРАКТИКА И ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО, РЕГУЛИРУЮЩЕЕ ПРЕКРАЩЕНИЕ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ КИТАЙСКИХ СТРАХОВЫХ КОМПАНИЙ

Аннотация

За тридцать с лишним лет реализации политики реформ и открытости в КНР в сфере страхования были достигнуты значительные успехи. При этом серьезный подъем в этой сфере экономики выявил целый ряд вопросов — таких, как сложность и многообразие финансовых ситуаций на мировой арене, важные изменения в экономике Китая. Стремительное развитие страхования в КНР сопровождается постоянным ростом скрытых рисков для страховых компаний, функционирующих на этом рынке. Проблема минимизации этих рисков и построения механизма управления (регулирования) этих рисков страховых компаний стала делом первостепенной важности для органов государственного страхового надзора страны. Исследование правовой базы и практики применения существующих методов регулирования скрытых рисков страховых компаний показало, что в этой сфере экономики фундамент в виде нормативно-правовых актов, отраслевых положений и регламентов в принципе уже заложен. В соответствии с законом КНР «О страховании» государственный страховой надзор для решения различных проблем, связанных с возникновением рисков страховых компаний, может применять целый комплекс мер по минимизации рисков, включающий шесть видов мероприятий: режим ограничения (режим вменения или мероприятия ограничительного характера), режим срочного исправления (наладка), режим упорядочения,

внешнее управление, отзыв (лицензии), ходатайство о реорганизации или банкротстве (ликвидации). В настоящее время для обеспечения стабильности в соответствующем сегменте экономики при возникновении серьезных проблем в хозяйственной деятельности страховой компании органы государственного страхового надзора КНР обычно применяют все возможные меры по реанимированию компании, а не объявляют ее сразу банкротом. Причины такой политики властей довольно очевидны, ведь банкротство страховых компаний затрагивает финансовую безопасность и социальную стабильность в стране в целом. Закон КНР о страховании и Китайская комиссия по регулированию страхования всегда занимали очень осторожную позицию по отношению к процедуре банкротства страховых компаний. Именно поэтому улучшение системы регулирования и минимизации рисков страховщиков является важнейшей составляющей работы по контролю и надзору в сфере страхования, которая включает: расширение и совершенствование комплекса мер по регулированию рисков страховых компаний; тщательный отбор условий, пригодных для реализации соответствующих мероприятий по минимизации рисков страховых компаний; установление баланса полномочий и контролирующие механизмы в регулировании рисков страховых компаний; в зависимости от ситуации определение требований к публичности, открытости информации о соответствующих рисках; расширение источников финансирования фонда страховой ответственности компаний и пр.

Бо Енна,
институт сравнительного
правоведения, Китайский
университет политологии и
права (Пекин)
E-mail: yanna38@163.com
© Бо Енна, 2012

ГОСУДАРСТВЕННОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ КОНКУРЕНЦИИ В СФЕРЕ СТРОИТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Одной из важнейших задач государственного регулирования строительной деятельности в Российской Федерации является обеспечение развития конкуренции на строительном рынке.

Правовые и организационные основы государственного регулирования конкуренции определяются Федеральным законом от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»¹⁴⁴ (далее: Закон о защите конкуренции) и получают свое развитие в нормативных правовых актах, регулирующих отношения в отдельных сферах — строительстве, электроэнергетике, теплоснабжении и пр. Однако современное антимонопольное законодательство,

¹⁴⁴ СЗ РФ. 2006. № 31, ч. 1. Ст. 3434.

устанавливая меры по защите, пресечению и предупреждению антиконкурентного поведения, в большей степени направлено на устранение правонарушений, а не на развитие конкуренции.

В целях улучшения конкурентной среды, повышения эффективности защиты конкуренции и реализации мер развития конкуренции в отдельных отраслях распоряжением Правительства Российской Федерации от 19 мая 2009 г. № 691-р утверждена Программа развития конкуренции в Российской Федерации¹⁴⁵ (далее: Программа). Программа, являясь основой для реализации конкурентной политики, определяет ее приоритеты и основные направления на период до 2015 г.

В соответствии с Программой органам исполнительной власти субъектов Российской Федерации следует разработать и принять региональные программы развития конкуренции. Так, постановлением Правительства Санкт-Петербурга от 7 декабря 2010 г. № 1615 утверждена Программа развития конкуренции в Санкт-Петербурге на 2011–2015 гг.¹⁴⁶

Кроме того, одним из эффективных инструментов конкурентной политики, согласно Программе, могут стать программы и планы развития отдельных отраслей и сфер экономической деятельности. В целях исполнения указанной рекомендации Министерством регионального развития Российской Федерации разработаны Методические рекомендации по разработке региональной программы стимулирования развития жилищного строительства.¹⁴⁷ Методические рекомендации содержат перечень основных мероприятий и положений для включения их в региональные программы развития жилищного строительства, принятие и реализация которых является условием участия субъекта Российской Федерации в федеральной целевой программе «Жилище» на 2011–2015 гг., утвержденной постановлением Правительства Российской Федерации от 17 декабря 2010 г. № 1050 «О федеральной целевой программе “Жилище” на 2011–2015 годы».¹⁴⁸

В целях создания в Санкт-Петербурге условий для развития жилищного строительства, повышения уровня обеспеченности населения жильем путем увеличения объемов жилищного строительства Постановлением Правительства Санкт-Петербурга от 24 мая 2011 г. № 624 одобрена Региональная программа «Стимулирование развития жилищного строительства в Санкт-Петербурге» на 2011–2015 гг.¹⁴⁹

Уполномоченным федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по контролю за соблюдением антимонопольного законодательства является Федеральная антимонопольная служба Российской

¹⁴⁵ СЗ РФ. 2009. № 22. Ст. 2736.

¹⁴⁶ Вестник Администрации Санкт-Петербурга. 2011. № 1.

¹⁴⁷ Приказ Министерства регионального развития РФ от 28 декабря 2010 г. № 802 «Об утверждении Методических рекомендаций по разработке региональных программ развития жилищного строительства» // Нормирование в строительстве и ЖКХ. 2011. № 2.

¹⁴⁸ СЗ РФ. 2011. № 5. Ст. 739.

¹⁴⁹ Вестник Администрации Санкт-Петербурга. 2011. № 6.

Федерации¹⁵⁰ (далее: ФАС России). При ФАС России действует экспертный совет по развитию конкуренции в сфере строительства и промышленности строительных материалов,¹⁵¹ задачей которого является участие в разработке и экспертизе проектов нормативных правовых актов, касающихся антимонопольного регулирования в сфере строительства и промышленности строительных материалов, подготовка предложений по совершенствованию государственного контроля и надзора в указанной сфере, оценка состояния конкурентной среды и выработка предложений по развитию конкуренции на рынках строительства и промышленности строительных материалов.

Согласно легальному определению, конкуренция представляет собой «соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке» (п. 7 ст. 4 Закона о защите конкуренции).

Состояние конкуренции на отдельных рынках обусловлено совокупностью факторов, определяющих условия доступа на рынок и осуществления хозяйствующими субъектами предпринимательской деятельности в соответствующей сфере. Конкурентная среда на строительном рынке характеризуется, в частности, наличием барьеров входа на рассматриваемый рынок, т. е. наличием определенных обстоятельств или действий, препятствующих или затрудняющих и ограничивающих хозяйствующим субъектам начало деятельности на товарном рынке.¹⁵²

Одним из факторов, определяющих условия доступа на строительный рынок, является уровень административных барьеров. Наличие административных барьеров на данном рынке выражаются в высоких временных затратах на получение необходимых согласований строительных проектов, возложении органами государственной власти и местного самоуправления на предпринимателей обязанностей, не предусмотренных законом. Негативное воздействие на конкурентную среду на рынке строительства оказывают действия региональных властей, предоставляющих преференции отдельным застройщикам.

Установление органами государственной власти, органами местного самоуправления, организациями, участвующими в предоставлении государственных или муниципальных услуг, при участии в предоставлении таких услуг требований к товарам или к хозяйствующим субъектам, не предусмотренных законодательством Российской Федерации, согласно п. 17 ст. 4 Закона о защите прав потребителей является признаком ограничения конкуренции.

¹⁵⁰ Постановление Правительства РФ от 30 июня 2004 г. № 331 «Об утверждении Положения о Федеральной антимонопольной службе» // СЗ РФ. 2004. № 31. Ст. 3259.

¹⁵¹ Приказ Федеральной антимонопольной службы от 17 апреля 2007 г. № 114 (доступен в СПС «Гарант»).

¹⁵² Приказ Федеральной антимонопольной службы от 28 апреля 2010 г. № 220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2010. № 34.

В целях недопущения ограничения конкуренции в действующий Градостроительный кодекс РФ¹⁵³ (далее: ГрК РФ) введена глава «Архитектурно-строительное проектирование, строительство, реконструкция объектов капитального строительства», в которой детально урегулирован весь процесс строительства, реконструкции, капитального ремонта зданий, строений, сооружений, начиная с этапа выполнения инженерных изысканий для подготовки проектной документации и заканчивая выдачей разрешения на ввод объекта в эксплуатацию.

Градостроительный кодекс РФ 1998 г.¹⁵⁴ содержал понятие градостроительной деятельности, проектирования, строительства и реконструкции объектов недвижимости, однако практически не регулировал порядок осуществления указанных видов деятельности. Правовое регулирование осуществлялось многочисленными подзаконными нормативными правовыми актами, в том числе нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации. Установление особенностей осуществления строительной деятельности на территории соответствующего субъекта затрудняло доступ новых компаний на строительный рынок в различных регионах и, соответственно, препятствовало развитию конкуренции в области строительства.

Действующий ГрК РФ и иные акты, регулирующие строительную деятельность, содержат положения, которые запрещают соответствующим органам государственной власти и местного самоуправления требовать от лиц, обращающихся в указанные органы для выполнения ими государственной функции, документы, не предусмотренные действующим законодательством. Так, согласно п. 16 ст. 48 ГрК РФ не допускается требовать согласование проектной документации, заключение на проектную документацию и иные документы, не предусмотренные ГрК РФ. В соответствии с ч. 10 ст. 51 ГрК РФ не допускается требовать для получения разрешения на строительство документы, не предусмотренные ст. 51 ГрК РФ. Постановлением Правительства РФ от 5 марта 2007 г. № 145 «О порядке организации и проведения государственной экспертизы проектной документации и результатов инженерных изысканий»¹⁵⁵ определен перечень документов, которые подлежат представлению для проведения государственной экспертизы проектной документации и результатов инженерных изысканий, выполненных для подготовки такой проектной документации. Пункт 17 указанного Постановления Правительства РФ устанавливает запрет на истребование от заявителей сведений и документов, которые не предусмотрены постановлением Правительства РФ.

Однако указанное регулирование не позволяет в полной мере устранить сложившиеся административные барьеры, которые касаются целого ряда существенных процедур в области строительства, затрагивающих интересы субъектов малого и среднего предпринимательства. При этом действующая

¹⁵³ Градостроительный кодекс РФ от 29 декабря 2004 г. № 190-ФЗ // СЗ РФ. 2005. № 1, ч.1. Ст. 16.

¹⁵⁴ Градостроительный кодекс РФ от 7 мая 1998 г. № 73-ФЗ // СЗ РФ. 1998. № 19. Ст. 2069.

¹⁵⁵ СЗ РФ. 2007. № 11. Ст. 1336.

редакция Кодекса об административных правонарушениях РФ¹⁵⁶ (далее: КоАП РФ) не содержит норм об ответственности должностных лиц за нарушение порядка выдачи разрешения на строительство; отсутствует также и норма об ответственности должностных лиц за неправомерный отказ в выдаче разрешения на ввод объекта в эксплуатацию (до 2007 г. п. 3 ст. 9.5 КоАП РФ предусматривал ответственность должностных лиц за нарушение порядка выдачи разрешений на строительство в виде штрафа).

Начальник Управления контроля жилищно-коммунального хозяйства, строительства и природных ресурсов ФАС России В. В. Соловьев отмечает, что в настоящее время в Правительстве РФ рассматривается вопрос о введении семидневной административной процедуры обжалования действий (бездействий) должностных лиц, влекущих задержку выдачи каких-либо документов, обуславливающих ведение строительной деятельности и привлечения к административной ответственности при наличии вины должностного лица.¹⁵⁷

Решение проблем, связанных с наличием административных барьеров и признаков ограничения конкуренции на строительном рынке, авторы Программы¹⁵⁸ видят в оптимизации последовательности соответствующих процедур, предоставлении инвесторам и застройщикам возможности параллельно согласовывать проектную документацию в тех инстанциях, которые рассматривают разные аспекты представленных документов, устранении дублирования функций различных ведомств, внедрении принципа одного окна.

Инфраструктурные ограничения также негативно влияют на развитие конкуренции в строительной сфере и препятствуют входу на строительный рынок субъектов малого и среднего предпринимательства. Данные ограничения выражаются в необеспеченности земельных участков, предоставляемых для строительства, инженерной инфраструктурой, в высокой стоимости и сроках подключения объектов строительства к инженерным сетям, значительной стоимости получения земельных участков под застройку. В данных условиях Программой предусмотрена необходимость введения требований к прозрачности и информационной открытости при формировании инвестиционных программ субъектов естественных монополий, в том числе в отношении имеющих свободных мощностей для присоединения; обеспечения согласованности планов (инвестиционных программ) строительства объектов энергетики, тепло-, водо-, газоснабжения планам развития объектов потребления по срокам, направлениям, техническим решениям и стоимости.

Еще одним препятствием для развития конкуренции на строительном рынке служит значительное изменение затрат на строительство в период его осуществления, которое не покрывается начальной сметной стоимостью строительства объектов. Причиной этого заключается в низком качестве

¹⁵⁶ СЗ РФ. 2002. № 1, ч. 1. Ст. 1.

¹⁵⁷ <http://top.rbc.ru/pressconf/18/10/2012/674502.shtml> (последнее обращение: 25 ноября 2012 г.).

¹⁵⁸ СЗ РФ. 2009. № 22. Ст. 2736.

утверждаемой на ранней стадии проектной документации, по которой формируются начальные цены для проведения торгов, в то время как застройка осуществляется согласно «рабочей документации», которая значительно отличается от утвержденного на ранней стадии проекта, по которому ведется финансирование. Решение данной проблемы может быть достигнуто путем совершенствования сметного ценообразования в Российской Федерации, обеспечивающего достоверность расчетов стоимости строительной продукции на ранних стадиях строительного процесса, а также путем организации надлежащей экспертизы качества проектной документации объектов капитального строительства.

Проблемой развития конкуренции в сфере строительно-монтажных работ в настоящее время также является замена лицензирования деятельностью саморегулируемых организаций.

Напомним, что институт саморегулирования в области инженерных изысканий, архитектурно-строительного проектирования, строительства, реконструкции, капитального ремонта объектов капитального строительства введен Федеральным законом от 22 июля 2008 г. № 148-ФЗ «О внесении изменений в Градостроительный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации».¹⁵⁹ Согласно этому Закону с 1 января 2010 г. полностью прекратил свое существование институт лицензирования. Работы, которые оказывают влияние на безопасность объектов капитального строительства, могут выполнять только лица, получившие допуск саморегулируемой организации на проведение таких работ.

Целью перехода от лицензирования к обязательному саморегулированию в такой области, как строительная, является получение качественного результата работ, а также создание более совершенной системы управления строительным комплексом. Но этот переход вызывает неоднозначную оценку в части обязательного участия в саморегулируемых организациях (что предполагает не только допуск на рынок, но и реализацию права на осуществление соответствующей деятельности), так и чрезмерно завышенных финансовых обязательств членов саморегулируемой организации. Саморегулирование зачастую не только приводит к скрытым формам недобросовестной конкуренции, что причиняет ущерб интересам субъектов предпринимательской деятельности и нарушает положения Закона о защите конкуренции, но и усугубляет развитие коррупционных связей в иных трансформированных формах.¹⁶⁰ Так, М.Л. Шаккум, Председатель Комитета Государственной Думы РФ по строительству и земельным отношениям, в одном из интервью в 2010 г. указал, что «...ряд СРО был образован просто в меркантильных целях. Это СРО фиктивные, чем-то напоминающие фиктивный брак: вроде бы на бумаге он есть, а плодов от него нет. То же самое происходит

¹⁵⁹ СЗ РФ. 2008. № 30, ч. 1. Ст. 3604.

¹⁶⁰ Спектор Е.И. Государственное регулирование и саморегулирование в экономико-социальной сфере // Журнал российского права. 2011. № 12.

и сегодня: некоторые СРО созданы с одной целью — торговать допусками».¹⁶¹ Выход из указанной ситуации депутат усматривал в предоставлении национальному объединению больших полномочий в области контроля за соблюдением саморегулируемыми организациями законодательства, в первую очередь при выдаче допусков к работам, оказывающим влияние на безопасность объектов капитального строительства.

Специалисты также отмечают,¹⁶² что замена лицензирования саморегулированием вытесняет со строительного рынка большую часть представителей малого бизнеса, так как вступление в СРО — дорогостоящее мероприятие исходя из размера взноса только в компенсационный фонд.

В соответствии со ст. 55.4 ГрК РФ для приобретения статуса саморегулируемой организации некоммерческая организация должна сформировать компенсационный фонд. Юридические лица и индивидуальные предприниматели — члены некоммерческой организации должны оплатить взнос в компенсационный фонд, который составляет не менее 500 тыс. руб. для лиц, выполняющих инженерные изыскания или проектирование, а для лиц, осуществляющих строительство, не менее 1 млн руб. В случае если некоммерческой организацией установлено требование к страхованию ее членами гражданской ответственности, размер компенсационного фонда на каждого члена организации устанавливается не менее 150 и 300 тыс. руб. соответственно. Размер взноса в компенсационный фонд устанавливается каждой саморегулируемой организацией самостоятельно. При этом предельный уровень взносов в компенсационный фонд ГрК РФ не определен.

Минимальные размеры взносов в компенсационный фонд установлены ГрК РФ для юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, выполняющих инженерные изыскания, проектирование и строительство, вне зависимости от категории хозяйствующего субъекта (малый, средний или крупный бизнес). Вместе с тем для категории субъектов малого предпринимательства установленный ГрК РФ минимальный размер взносов в компенсационный фонд несоразмерен с уровнем доходов малого бизнеса в сфере строительства. Так, в ряде субъектов Российской Федерации средняя годовая чистая прибыль на одну организацию категории малого бизнеса не превышает 400 тыс. руб.¹⁶³ Кроме того, следует иметь в виду существенные различия по уровню объемов работ, уровню рисков и, значит, уровню доходов малого и крупного бизнеса. Предусмотренные ГрК РФ минимальные размеры взносов в компенсационный фонд саморегулируемой организации и увязанный с ними механизм солидарной ответственности членов саморегулируемой организации в ряде случаев могут привести к банкротству малых предприятий.

В связи с изложенным группа депутатов — членов Комитета по строительству и земельным отношениям, в Государственную Думу внесла

¹⁶¹ Некоторые СРО созданы с одной целью — торговать допусками [Интервью с М. Шакумом] // Жилищное право. 2010. № 5.

¹⁶² Бекренева т. д. О саморегулируемых организациях в строительстве // Жилищное право. 2011. № 8.

¹⁶³ Пояснительная записка к проекту федерального закона «О внесении изменений в Градостроительный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» № 167901-5 (доступна в СПС «Гарант»).

проект федерального закона № 167901-5 «О внесении изменений в Градостроительный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации», предусматривавший уменьшение размера взноса в компенсационный фонд для субъектов малого предпринимательства. В законопроекте предлагалось сократить минимальные размеры взносов в компенсационный фонд саморегулируемой организации для ее членов, являющихся субъектами малого предпринимательства, что позволило бы обеспечить не только сохранение малого предпринимательства в сфере строительства, но и дальнейшее развитие малого бизнеса в этой области. К сожалению, законопроект был отозван субъектом права законодательной инициативы.

Помимо уменьшения размера взноса в компенсационный фонд целесообразно рассмотреть вопрос о повышении размера взносов в отношении генеральных проектировщиков и генеральных подрядчиков, так как именно они должны нести основную ответственность за безопасность объектов капитального строительства.

Необходимость участия в саморегулируемых организациях стала новым экономическим барьером, ведущим к сокращению числа участников рынка и снижению конкуренции. Необходим комплекс мер для уменьшения этого препятствия, а также предотвращения использования участниками рынка саморегулирования в антиконкурентных целях.

Одним из принципов государственного регулирования конкуренции в сфере строительной деятельности является выбор подрядных организаций для строительства объектов капитального строительства на конкурсной основе. С учетом больших объемов государственных заказов на строительно-монтажные работы важным элементом государственного регулирования рынка становится правовая регламентация и практика контроля за применяемыми процедурами размещения данных заказов. В Программе специально выделены положения по развитию системы государственных и муниципальных закупок и определены меры по совершенствованию правил о размещении государственных и муниципальных заказов.

Основным нормативным актом в сфере размещения заказов, устанавливающим единую процедуру размещения заказов для государственных нужд, является Федеральный закон от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд».¹⁶⁴ Федеральный закон от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц»¹⁶⁵ регулирует особенности размещения заказов государственными корпорациями и компаниями, субъектами естественных монополий, организациями, осуществляющими регулируемые виды деятельности в сфере электро-, газо-, тепло-, водоснабжения, водоотведения, утилизации (захоронения) твердых бытовых отходов. Данный закон

¹⁶⁴ СЗ РФ. 2005. № 30, ч. 1. Ст. 3105.

¹⁶⁵ СЗ РФ. 2011. № 30, ч. 1. Ст. 4571.

распространяет свое действие на унитарные предприятия, автономные учреждения, хозяйственные общества с долей государственного (муниципального) участия более 50 %, на дочерние предприятия указанных юридических лиц.

В Послании Федеральному Собранию РФ 2011 г. Президент РФ Д.А. Медведев поставил задачу принять в первой половине 2012 г. закон, предусматривающий создание федеральной контрактной системы. В законе должны быть установлены новые процедуры государственных и муниципальных закупок, которые позволят «обеспечить высокое качество исполнения государственного заказа и воспрепятствовать формированию монополю высокими цен и многомиллиардных коррупционных схем».¹⁶⁶

20 июня 2012 г. Государственной Думой в первом чтении принят Проект федерального закона «О федеральной контрактной системе в сфере закупок товаров, работ и услуг». Законопроект учитывает имеющийся опыт осуществления государственных и муниципальных закупок, а также международную практику, в том числе основные положения модельного законодательства Комиссии ООН по праву международной торговли.

Целями законопроекта являются существенное повышение качества обеспечения государственных (муниципальных) нужд за счет реализации системного подхода к формированию, размещению и исполнению государственных (муниципальных) контрактов, обеспечение прозрачности всего цикла закупок от планирования до приемки и анализа контрактных результатов, предотвращение коррупции и других злоупотреблений в сфере обеспечения государственных и муниципальных нужд. Законопроект регулирует отношения, связанные с прогнозированием и планированием обеспечения государственных и муниципальных нужд в товарах, работах и услугах, осуществлением закупок товаров, работ и услуг для государственных и муниципальных нужд, мониторингом, контролем и аудитом за соблюдением требований, предусмотренных законопроектом.

В формировании конкурентных отношений крайне важной является роль субъектов малого и среднего предпринимательства, которые могут составлять конкуренцию крупным субъектам, стимулировать их эффективность. Деятельность небольших компаний оказывается существенным фактором повышения конкурентоспособности на рынке, но в то же время вступает в борьбу с факторами, затрудняющими и ограничивающими возможность осуществления деятельности хозяйствующими субъектами. В сложившихся условиях государственное регулирование в значительной степени должно быть направлено на реализацию мер стимулирующего характера: развитие инфраструктуры, ликвидация необоснованных внутренних и внешних барьеров, совершенствование системы государственных и муниципальных закупок, поддержка малого и среднего предпринимательства и пр.

¹⁶⁶ См. Послание Президента Федеральному Собранию от 22 декабря 2011 г. на официальном сайте Президента России (<http://xn--d1abbgf6aiiy.xn--plai/news/14088>).

Состояния конкурентной среды в строительной отрасли требует разработки специальных мер по развитию конкуренции, создающих возможность для осуществления предпринимательской деятельности и формирующих у субъектов предпринимательской деятельности заинтересованность в соблюдении правил конкуренции и побуждающих к соперничеству на рынке строительной деятельности.

Полина Геннадьевна Рябинчук,
юридический факультет
НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург
E-mail: rpg83@yandex.ru
© П.Г. Рябинчук, 2012

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЙ В ГАЗОДОБЫВАЮЩЕЙ ОТРАСЛИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ: ПЕРСПЕКТИВЫ РОССИЙСКО-КИТАЙСКОГО СОТРУДНИЧЕСТВА

Россия располагает крупнейшими месторождениями природного газа. Неудивительно, что газодобывающая промышленность является одной из основных отраслей экономики, и ее доходы формируют значительную часть бюджета. Однако в соответствии с обзором Международного энергетического агентства 2011 г. «Российская Федерация (РФ) вскоре будет не в состоянии удовлетворить спрос на природный газ как отечественных, так и иностранных потребителей, если не будут осуществлены значительные инвестиции...».¹⁶⁷ Одним из важнейших факторов, обуславливающих привлекательность инвестиционного климата, является качество инвестиционного права в данной сфере.

Источники инвестиционного права в газодобывающей отрасли РФ.

Основным источником инвестиционного права России является Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1993 г.¹⁶⁸ В ее тексте фиксируются фундаментальные принципы: единства экономического пространства, свободного перемещения товаров, услуг и финансовых средств, поддержки конкуренции, свободы экономической деятельности, имеющие существенное значение для осуществления инвестиционной деятельности в России (ст. 8). В соответствии со ст. 9 Основного закона закрепляется принцип плюрализма форм собственности на землю и другие природные ресурсы (они могут находиться в частной, государственной, муниципальной и иных формах собственности). Однако в специальном законодательстве, например, в ст. 2

¹⁶⁷ World Energy Outlook 2011 // <http://www.scribd.com/doc/72512781/World-Energy-Outlook-2011> (дата обращения: 20 июня 2012 г.).

¹⁶⁸ Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1993 г. с учетом поправок, внесенных законами Российской Федерации о поправках к Конституции Российской Федерации от 30 декабря 2008 г. № 6-ФКЗ и № 7-ФКЗ (СЗ РФ. 2009. № 4. Ст. 445).

Федерального закона «О недрах»,¹⁶⁹ устанавливается, что недра в границах территории Российской Федерации, включая подземное пространство и содержащиеся в недрах полезные ископаемые, энергетические и иные ресурсы, являются государственной собственностью.

В соответствии с п. 4 ст. 15 Конституции РФ общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры России являются составной частью ее правовой системы. Таким образом, система двусторонних инвестиционных договоров (ДИД), также называемых соглашениями о поощрении и взаимной защите капиталовложений, и договоров об избежании двойного налогообложения (ДИДН) имеет существенное значение в качестве гарантии иностранных инвестиций. Кроме того, необходимо упомянуть и договоры о сотрудничестве в отраслях топливно-энергетического комплекса, предусматривающие кооперацию в области разведки, добычи, транспортировки, переработки, очистки, хранения, продажи, и использования природного газа, заключенные с Венесуэлой, Грецией, Украиной, Саудовской Аравией, Турцией, Туркменистаном, Швецией и другими странами.

Международно-правовое регулирование инвестиций осуществляется и многосторонними договорами. Россия подписала (но не ратифицировала) Вашингтонскую конвенцию «О порядке разрешения инвестиционных споров» 1965 г., а также стала участницей Сеульской конвенции 1985 г. «Об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций» (МИГА).

В августе 2012 г. РФ вступила во Всемирную торговую организацию (ВТО), что может значительно повлиять на инвестиционный климат страны. В результате того, что в рамках ВТО государствам не удалось в полной мере урегулировать инвестиционные отношения в сфере энергетики, данные попытки были предприняты на региональном уровне, а также путем заключения отраслевого международного многостороннего инвестиционного акта. Таковым стал Договор к Европейской энергетической хартии¹⁷⁰ (ДЭХ), подписанный 17 декабря 1994 г. в Лиссабоне, вступивший в силу в апреле 1998 г. Данный акт некоторые ученые оценивают как наиболее значимый международный договор по защите инвестиции в области энергетики.¹⁷¹ По мнению профессора Т. Вальде, защита, представляемая ДЭХ, является самой широкой по сравнению с ДИД и даже нормами главы XI НАФТА.¹⁷²

К сегодняшнему дню ДЭХ подписали 51 государство Европы и Азии,¹⁷³ а также ЕС и Евратом, 46 из которых ратифицировали Договор, включая все государства ЕС. Из пяти государств, подписавших, но не ратифицировавших акт (Австралия, Беларусь, Исландия, Норвегия, Россия), Россия применяла его

¹⁶⁹ Федеральный закон от 21 февраля 1992 г. № 2395-1 «О недрах» // СЗ РФ. 1995. № 10. Ст. 823 (в ред. ФЗ от 14 июня 2012 г. № 74-ФЗ). — Далее: Закон «О недрах».

¹⁷⁰ Договор к Европейской энергетической хартии от 17 декабря 1994 г. // http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/RU.pdf (дата обращения: 22 июня 2012 г.).

¹⁷¹ *Blyschak P.M.* Yukos Universal v. Russia: Shell Companies and Treaty Shopping in International Energy Disputes // *Richmond Journal of Global Law & Business*. Vol. 10. 2011. P. 209.

¹⁷² *Walde T.W., Hober K.* The First Energy Charter Treaty Award // *Le contentieux arbitral transnational relative l'investissement*. Paris, 2006. P. 309.

¹⁷³ Таким образом, договор, несмотря на название, перестал быть региональным и является универсальным.

на временной основе до октября 2009 г.¹⁷⁴ Следует иметь в виду, что стороны, выходящие из договора, обязуются осуществлять защиту действующих инвесторов в течение 20 лет на тех же условиях, как если бы принимающее государство по-прежнему являлось стороной ДЭХ (п/п. в п. 3 ст. 45).

Помимо международного права и Конституции источником инвестиционного права является специальное законодательство РФ, отличительной чертой которого является то, что законы, как правило, вступают в силу с момента их опубликования, а юридические нормы часто имеют обратную силу. Однако отметим, что в значительной степени данный факт объясняется тем, что Россия находится в стадии непрерывного реформирования.¹⁷⁵

Доступ иностранных инвестиций и правовые формы их осуществления в газодобывающей отрасли. В РФ действует национальный режим, согласно которому предварительного разрешения для допуска не требуется. Однако в силу Федерального закона от 29 апреля 2008 г. «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» и Закона от 29 апреля 2008 г. «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона “О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства”» были установлены существенные ограничения в данной сфере.

К хозяйственным обществам, имеющим стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства, относятся общества, осуществляющие геологическое изучение недр и/или разведку и добычу полезных ископаемых на участках недр федерального значения.¹⁷⁶ Отныне иностранные инвесторы не вправе совершать сделки, влекущие за собой установление контроля над подобными обществами (п. 2 ст. 2 ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности

¹⁷⁴ Выход обоснован неэффективностью ДЭХ. В частности, в ходе российско-украинского газового кризиса в январе 2009 г. не было адекватной оценки нарушений Украиной транзитных положений ДЭХ со стороны ЕС и входящих в его состав государств; кроме того руководство Секретариата Энергетической хартии бездействовало до и в ходе газового конфликта. Однако, возможно, были и другие причины выхода РФ, например, рассмотрение дел в отношении активов ОАО «Юкос» в международных арбитражах.

¹⁷⁵ Modalités juridiques et fiscales des investissements français en fédération de Russie // Petites affiches. 25.08.2010. N 169. P. 6.

¹⁷⁶ Участки недр федерального значения выделяются в целях обеспечения обороны страны и безопасности государства. К участкам недр федерального значения относятся участки недр, содержащие месторождения стратегических видов полезных ископаемых (месторождения и проявления урана, алмазов и др.), а также месторождения, расположенные на территории субъекта РФ или территориях субъектов РФ и содержащие на основании сведений Государственного баланса запасов полезных ископаемых начиная с 1 января 2006 г. извлекаемые запасы нефти от 70 млн т, запасы газа от 50 млрд м³ и др. Также к участкам недр федерального значения отнесены участки недр внутренних морских вод, территориального моря, континентального шельфа РФ и участки недр, при пользовании которыми необходимо использование земельных участков из состава земель обороны, безопасности (ст. 2 ФЗ от 29 апреля 2008 г. № 58-ФЗ).

государства»). Кроме того, недоступными являются участки, пользование которыми ограничено или запрещено в целях обеспечения национальной безопасности и охраны окружающей среды, а также участки на территориях населенных пунктов, загородных зон, объектов промышленности, транспорта и связи, если пользование ими может создать угрозу жизни и здоровью людей или может нанести ущерб хозяйственным объектам или окружающей природной среде (ст. 8 ФЗ «О недрах»).

Еще одно ограничение связано с тем, что отныне пользователями недр на участках недр федерального значения по общему правилу могут быть юридические лица, созданные в соответствии с законодательством Российской Федерации. Пользователями же недр на участках недр федерального значения континентального шельфа России могут быть лишь юридические лица, которые созданы в соответствии с законодательством РФ, имеющие опыт освоения участков недр континентального шельфа России не менее пяти лет, в которых доля (вклад) РФ в уставном капитале составляет более 50 %. В целях обеспечения в перспективе потребностей российского государства в стратегических и дефицитных видах полезных ископаемых из непредоставленных в пользование участков недр формируется федеральный фонд резервных участков недр. Участки недр, включенные в федеральный фонд резервных участков недр, не предоставляются в пользование до принятия решения об исключении их из федерального фонда резервных участков недр (ст. 2.2 ФЗ «О недрах»).

Основными правовыми формами реализации взаимоотношений собственника недр и инвестора являются лицензия и соглашение о разделе продукции. На практике используется лишь лицензионный порядок. Хотя соглашения о разделе продукции позволили привлечь иностранные инвестиции и современные технологии в РФ, в настоящее время участки недр по соглашению о разделе продукции не предоставляются.

Основные правовые гарантии иностранных инвестиций

Защитная оговорка. Одной из основных гарантий иностранных инвестиций является принцип обязательности выполнения принятых на себя обязательств, или защитная оговорка (*umbrella clause*). В Соглашении между Правительством РФ и Правительством Китая «О поощрении и взаимной защите капиталовложений» от 9 ноября 2006 г. оговорка звучит как обязанность государств обеспечивать в соответствии с законами и иными нормативными правовыми актами полную защиту на своей территории капиталовложений инвесторов другой оговаривающейся Стороны (п. 2 ст. 2). Нарушение РФ обязательств дает право инвестору на обращение в международный арбитраж и влечет международно-правовую ответственность.¹⁷⁷ Тем самым защитная оговорка помещает обязательства перед иностранными инвесторами под зонтик (*umbrella*) международно-правовых средств защиты.

¹⁷⁷ Следует отметить, что государства ответственны в том числе за деятельность частных компаний, контролируемых им (ст. 22 ДЭХ). Подробнее см. дело *Nykomb* против Латвии (ARB/03/24).

Гарантия от неблагоприятного изменения законодательства. Важной составляющей благоприятного инвестиционного климата является стабильность правового регулирования, что предполагает установление определенного срока, в течение которого действует запрет на законодательное изменение условий инвестирования (стабилизационная оговорка, или «дедушкина оговорка»). В Федеральном законе от 9 июля 1999 г. «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» стабилизационный период устанавливается на срок окупаемости инвестиционного проекта, но не более семи лет со дня начала финансирования указанного проекта за счет иностранных инвестиций. В исключительных случаях, когда суммарный объем иностранных инвестиций составляет не менее 1 млрд руб., Правительство РФ может продлить этот срок (ст. 9). Однако гарантии от неблагоприятного изменения законодательства не касаются случаев вступления в силу нормативных актов, изменяющих размер таможенных пошлин, вызванных применением мер по защите экономических интересов РФ. Кроме того, стабилизационная оговорка касается лишь изменения федерального законодательства.

Гарантии компенсации при национализации имущества инвестора. В Федеральном законе «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» предусматривается, что «имущество иностранного инвестора или коммерческой организации с иностранными инвестициями не подлежит принудительному изъятию, в том числе национализации, реквизиции, за исключением случаев и по основаниям, которые установлены федеральным законом или международным договором РФ (ст. 8). К сожалению, законодатель так и не указал, какие это случаи и основания.

Наибольшее споры, как правило, вызывает вопрос об объеме компенсации. В российском законодательстве устанавливается, что при национализации иностранному инвестору или коммерческой организации с иностранными инвестициями возмещаются стоимость национализируемого имущества и другие убытки (ст. 8 ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации»). Таким образом, в действующем Законе не упоминается, что компенсация, выплачиваемая иностранному инвестору, должна соответствовать реальной стоимости принудительно отчуждаемых инвестиций. Не устанавливается, что компенсация должна выплачиваться без необоснованной задержки в той валюте, в которой первоначально были осуществлены инвестиции, или в любой другой иностранной валюте, приемлемой для иностранного инвестора. В связи с тем, что национальное законодательство недостаточно детализировано в отношении вопросов компенсации, в ДИД включаются чисто коммерческие условия: определяются сроки (продолжительность, начало течения), последствия неисполнения обязательства по выплате, фиксируется объем компенсации.

Гарантия перевода платежей, связанных с иностранной инвестиционной деятельностью. В большинстве ДИДН РФ устанавливается, что регулирование перевода платежей осуществляется в соответствии с действующим валютным законодательством той Договаривающейся Стороны, на территории которой

капиталовложения осуществлены. В соответствии с Федеральным законом от 9 июля 1999 г. «Об иностранных инвестициях в РФ» подтверждается гарантия перевода за пределы РФ доходов, прибыли и других правомерно полученных денежных сумм в иностранной валюте (ст. 11). В последнее время происходит значительное развитие российского законодательства в данной сфере. Согласно требованиям Федерального закона от 10 декабря 2003 г. «О валютном регулировании и валютном контроле» не допускается установление органами валютного регулирования требования о получении резидентами и нерезидентами индивидуальных разрешений (п. 3 ст. 5). В 2007 г. было отменено правило об обязательном резервировании (ст. 16), продаже части валютной выручки резидентов в размере 30 % суммы валютной выручки (ст. 21).¹⁷⁸

Страхование иностранных инвестиций. В случае экспроприации, введения ограничений на вывод капиталов одной из гарантий компенсации убытков является механизм страхования некоммерческих рисков. Страхование могут осуществлять частные, государственные (Российское агентство по страхованию экспортных кредитов и инвестиций, экспортное страховое агентство) и межгосударственные региональные и универсальные организации (Многостороннее агентство по гарантиям инвестиций¹⁷⁹). В случае наступления страхового события спор о компенсации страховщику за счет государства, ответственного за причинение ущерба, переходит из частноправовой плоскости в международно-правовую. Другими словами, участниками инвестиционного спора становятся сами субъекты международного права: государство-экспортер капитала, под эгидой которого действовала организация по страхованию инвестиций за рубежом, или международная межправительственная организация и государство — реципиент капитала. Нормы о переходе прав и обязанностей к другому лицу устанавливаются как в национальном законодательстве стран, так и в ДИД.

Гарантия обеспечения надлежащего разрешения спора, возникшего в связи с осуществлением инвестиций на территории РФ. В российском законодательстве, в частности, в Федеральных законах «Об иностранных инвестициях в российской федерации» (ст. 10), «О соглашениях о разделе продукции» (ст. 22), предусматривается, что споры с участием иностранного инвестора разрешаются в соответствии с международными договорами и федеральными законами в суде или арбитражном суде либо в международном арбитраже (третейском суде). Неудивительно, что в СРП «Сахалин-1», «Сахалин-2» и «Харьяга» указано, что спор передается на разрешение в арбитраж в Стокгольме. Вместе с тем, в Федеральном законе от 30 ноября 1995 г. «О континентальном шельфе Российской Федерации» указывается, что споры между физическими лицами, юридическими лицами, физическими и юридическими лицами по поводу реализации их прав и обязанностей на

¹⁷⁸ Следует отметить, в соответствии с данными МВФ обязательное условие о репатриации валютной выручки зафиксировано в правовых актах около 50 государств, в том числе таких, как Китай, Кипр, Чехия (Артемов Н.М. Валютные ограничения. М., 2001. С. 15).

¹⁷⁹ Россия и Китай подписали Сеульскую конвенцию и являются ее полноправными участниками.

континентальном шельфе разрешаются в административном порядке или в судах Российской Федерации (ст. 47). Таким образом, применительно к отношениям, связанным с разрешением возможных споров в этой сфере, установлена юрисдикция российского государства и его суда, что не может не вводить в заблуждение иностранного инвестора, учитывая указанное законодательство.

В договорах об иностранных инвестициях России устанавливаются более определенные гарантии: спор может быть передан на рассмотрение третейского арбитражного суда на основании Арбитражного регламента Комиссии ООН по праву международной торговли 1976 г., ЮНСИТРАЛ (положение большинства ДИД РФ), третейского суда в соответствии с Регламентом Арбитражного института Стокгольмской торговой палаты. В редких случаях предусматривается разрешение споров в Международном центре по урегулированию инвестиционных споров — ИКСИД (ст. 8 Соглашения РФ со Словакией).

Прочие гарантии. Приведенные выше основные гарантии правовой защиты деятельности иностранных инвесторов на территории не являются единственными. В Федеральном законе «Об иностранных инвестициях» упоминаются принцип невмешательства в ее осуществление, предоставления правовой защиты, использования различных форм осуществления инвестиций на территории РФ, гарантия перехода прав и обязанностей иностранного инвестора к другому лицу, права на приобретение ценных бумаг, права участия в приватизации государственной и муниципальной собственности, гарантии предоставления иностранному инвестору права на земельные участки, другие природные ресурсы, здания, сооружения и иное недвижимо имущество и пр.

Другие факторы, влияющие на инвестиционный климат в газодобывающей отрасли. Правовое регулирование не существует независимо от политических, экономических, административных условий деятельности иностранного инвестора, в совокупности формирующих инвестиционный климат.¹⁸⁰

Притоку в сферу добычи природного газа иностранного капитала в России препятствует политическая неопределенность вследствие противоречия между необходимостью привлечения капиталовложений и желанием Правительства контролировать энергетическую промышленность, рассматриваемую в качестве стратегической. Кроме того, российское государство также испытывает проблемы, связанные с бюрократией и коррупцией. Неудивительно, что Transparency international по фактору коррумпированности отводит РФ 143 место из 183 государств.¹⁸¹ Зачастую исполнительные органы не следуют законам и международным договорам, заключенным Российской Федерацией, особенно это происходит тогда, когда

¹⁸⁰ Инвестиционный климат — совокупность политических, экономических, правовых, административных условий деятельности иностранного инвестора, существующих в конкретной стране, включая меры, принимаемые в целях привлечения иностранного капитала (Вознесенская Н. Иностранные инвестиции: Россия и мировой опыт. М., 2002. С. 77).

¹⁸¹ Corruption by country. Russia // <http://www.transparency.org/country#RUS> (дата обращения: 22 августа 2012 г.).

предметом этих нормативных актов является предоставление льгот иностранным инвесторам.¹⁸² К тому же, суды не гарантируют справедливого рассмотрения дел.¹⁸³

Экономисты оценивают инвестиционный климат как соотношение доходности и рисков. Система налогообложения может как стимулировать какую-либо деятельность (обеспечив прибыльность), так и оказать противоположное влияние. В РФ налоговая нагрузка достаточно высока и составляет 30–38 % от суммы продаж, а по некоторым месторождения еще выше. Налоговые ставки по сравнению с другими государствами достаточно высоки.¹⁸⁴ Установление плоской шкалы налога на добычу полезных ископаемых¹⁸⁵ имело результатом сдерживание инвестиции в низкодходные месторождения. Снижается полнота и комплексность извлечения полезных ископаемых из недр. Напротив, в США стимулирование добычи происходит за счет уплаты налога с учетом стоимости запасов полезных ископаемых. В таких условиях компании «не придерживаются» месторождения, а разрабатывают их. Кроме того, с целью стимулирования инновационного воспроизводства представляется целесообразным ввести дополнительную льготу на прирост капитальных вложений и снизить налог на прибыль в соответствии с достигнутым предприятием уровнем инновационной деятельности: чем выше уровень, тем больше налоговых льгот получает предприятие. Возможно предоставление налоговых льгот инвесторам, осуществляющим долгосрочные инвестиции с тем, чтобы компенсировать им убытки от замедленного оборота капитала.¹⁸⁶

Однако основная проблема состоит все же в неясности (нехватке четких, точных норм), изменчивости налогового законодательства и соответственно невозможности просчитать доходность того или иного проекта.

Иностранные компании не инвестируют капиталы в добычу природного газа в России не только по причине недостатка инвестиционных гарантий, экономической, политической неопределенности, а главным образом из-за ограничений на осуществление смежных видов деятельности в газовом секторе. Так, в силу Федерального закона от 17 августа 1995 г. «О естественных монополиях» к сферам естественных монополий относится транспортировка газа по трубопроводам, соответственно единая система газоснабжения Российской Федерации принадлежит ОАО «Газпром». В Федеральном законе от 31 марта 1999 г. «О газоснабжении в Российской Федерации»¹⁸⁷ устанавливаются некоторые гарантии недискриминационного доступа к сети

¹⁸² Землячева З.А. Государственно-правовое регулирование инвестиционной деятельности в топливно-энергетическом комплексе Российской Федерации. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 16.

¹⁸³ *Cunningham Jr. R.P.* Corporate Governance and Foreign Investment Nightmares in Russia: A Case Study of Unified Energy Systems // *Virginia. Journal of International Law*. Vol. 42. 2001–2002. P. 917.

¹⁸⁴ Курбанов Р.А. Правовое регулирование иностранных инвестиций в нефтяной и газовой промышленности. Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2005. С. 169.

¹⁸⁵ Недифференцируемый налоговый режим в зависимости от объема добычи, доходности иных факторов.

¹⁸⁶ Землячева З.А. Государственно-правовое регулирование... С. 9.

¹⁸⁷ Федеральный закон РФ от 31 марта 1999 г. № 69-ФЗ «О газоснабжении в Российской Федерации» // СЗ РФ. 1999. № 14. Ст. 1667 (в ред. ФЗ от 7 ноября 2011 г. № 303-ФЗ).

любых предприятий (ст. 27). Однако в то же время данные положения не являются достаточными для иностранных компаний, так как всегда оказывается возможным ограничение доступа, например, на основании технической невозможности.

В соответствии со ст. 3 Федерального закона от 18 июля 2006 г. «Об экспорте газа» исключительное право на экспорт газа предоставляется организации — собственнику единой системы газоснабжения или ее дочернему обществу, в уставном капитале которого доля участия организации — собственника единой системы газоснабжения составляет 100 % (ООО «Газпром экспорт»). Исключительное право распространяется как на трубопроводный, так и на сжиженный газ. Под действие данного права не подпадает лишь газ, произведенный в соответствии с соглашениями о разделе продукции, заключенными до вступления закона в силу. Но даже в последнем случае, ОАО «Газпром» удалось «убедить» *ExxonMobil* уступить эксклюзивное право на экспорт природного газа, добываемого в рамках проекта «Сахалин-1». Таким образом, иностранные компании не имеют возможности экспортировать природный газ или вынуждены это делать, продавая добытый газ ОАО «Газпром». Подобную ситуацию вряд ли можно назвать благоприятной для привлечения иностранных компаний. Объясняется же данная мера необходимостью обеспечения национальной энергетической безопасности, необходимостью предотвращения истощения невозполнимых природных ресурсов, исполнения международных обязательств, поддержания топливно-энергетического баланса России.

Оценивая качество инвестиционного законодательства в РФ, бывший комиссар ЕС по энергетике А. Пиебалгс утверждает, что Россия нуждается в более надежных, предсказуемых инвестиционных условиях.¹⁸⁸ На это же в докладе 2008 г. указывает Организация экономического сотрудничества и развития,¹⁸⁹ проблему признает и российское Правительство в Распоряжении «Об энергетической стратегии России на период до 2030 г.».

Таким образом, назрела необходимость реформирования инвестиционного законодательства в соответствии с международными стандартами. При последующем внесении изменений в инвестиционное право, законодатель мог бы учитывать положения ДЭХ.

Перспективы сотрудничества России и Китая в газодобывающей отрасли. Отношения между Россией и КНР в газовой сфере только складываются. Природный газ планируется поставлять начиная с 2015 г. по газопроводу «Алтай» из Западной Сибири через западный участок российско-китайской границы, а также позднее и по восточному маршруту (с месторождений Якутии и острова Сахалин) в объеме 38 млрд м³. Данная модель отношений по поставке газа между ОАО «Газпром» и *CNPC*,

¹⁸⁸ *Piebalgs A.* EU and Russian Energy Strategies, Speech 06/653 delivered at the EU-Russia Energy Dialogue Conference of 30 October 2006 in Moscow // http://data.ellispub.com/pdf/EN/2006/Rapid/SPEECH-06-653_EN.pdf (дата обращения: 20 июля 2012 г.).

¹⁸⁹ OECD Investment Policy Review of the Russian Federation: Russia's Energy Investment Policy // <http://www.oecd.org/dataoecd/45/52/40311537.pdf> (дата обращения: 20 июля 2012 г.).

кажущаяся наиболее отвечающей интересам России, так как в таком случае помимо налогов в бюджет поступает часть прибыли российской компании, в связи с тем, что государство является основным владельцем акций, на самом деле не является таковой. Монополизация, особенно в условиях неразвитости политических институтов, ведет не только к утрате эффективности деятельности ОАО «Газпром», но и российской экономики в целом,¹⁹⁰ и может стать для нее «газовым проклятием».¹⁹¹ Она приведет лишь к цементированию уже сложившейся ситуации, в которой утрачиваются стимулы для предпринимательства и все ресурсы концентрируются в рамках одной отрасли.¹⁹² Кроме того, монополистическая модель ведет к сдерживанию инвестиций в отрасль и объемов реализации газа, что в свою очередь означает и сокращение налоговых поступлений.

В связи с тем, что отношения между РФ и КНР в газовом секторе все еще находятся в стадии становления не поздно выступить с предложениями. Возможно, следует создать реальные условия для привлечения китайских инвестиций непосредственно в добычу природного газа. Экономической моделью подобных отношений мог бы стать общий рынок природного газа, что сделает ОАО «Газпром» и другие российские компании более конкурентоспособными на мировом рынке (который рано или поздно возникнет), будет гарантировать российской стороне доступ к рынку дистрибуции Китая, а иностранным инвесторам — к газовым месторождениям России. Многие экономисты при рассмотрении данной модели отмечают затруднительность осуществления долгосрочных и дорогостоящих инвестиций, а также риски, связанные с обеспечением энергетической безопасности РФ. Учитывая вышеупомянутые трудности на пути создания свободного рынка, следует сделать вывод, что на данном этапе интересам России в большой степени отвечает обеспечение свободного доступа к природному газу и его экспорту в пределах квот.

Применительно к инвестициям построение такого рынка означает установление их гарантий в соответствии с международными стандартами, а также создание благоприятного инвестиционного климата: максимально возможное отделение политики от экономики, разрешение проблем, связанных с коррупцией, бюрократией, а главное — ликвидацию ограничений в смежных по отношению к добыче природного газа отраслях. В области транспортировки газа возможны следующие варианты разрешения обеспечения свободы доступа к газопроводам. Первый, более «мягкий»: обязать «Газпром» передать данные активы в управление другой компании и путем осуществления государственного контроля, обеспечивать ее независимую деятельность от материнской организации. Второй вариант, более предпочтительный,

¹⁹⁰ Подробнее о проблемах монополизма в нефтегазовом секторе экономики см.: Нефть, газ, модернизация общества / под общей ред. Н.А. Добронравина, О.Л. Маргания. СПб., 2008.

¹⁹¹ Подробнее см.: *Mehlum H., Moene K.O., Torvik R. Parasites // Bowles S. and Hoff K. (eds.). Poverty Traps. Princeton, 2006. P. 79–94.*

¹⁹² Подобная ситуация сложилась в финансовом секторе: основные банки, контролируются государством, и Правительство Российской Федерации разрешило допуск иностранных банков в целях обеспечения развития системы, поддержания конкурентоспособности банков.

предполагает продажу газопроводов акционерным обществам, участниками которых были бы инвесторы и сами компании, добывающие газ, в том числе ОАО «Газпром» (в определенных пределах, не позволяющих последнему осуществлять монопольный контроль). Кроме того, подобный подход позволит ОАО «Газпром» за счет продажи «доли своего участия» в том или ином газопроводе привлечь денежные средства для развития газотранспортной системы России и полностью не утратить контроль над ней. В сфере регулирования экспорта природного газа, полагаем, что для достижения целей обеспечения национальной энергетической безопасности, поддержания топливно-энергетического баланса России и гарантирования интересов инвесторов было бы достаточно установить квоты на экспорт для китайских компаний. Для российских же компаний в случае необходимости можно было бы предусмотреть осуществление экспорта на основании лицензии.

Уступки в либерализации правового регулирования добычи, транспортировки, экспорта российского природного газа будут компенсированы возможностью для российских компаний, включая ОАО «Газпром», иметь доступ к рынку дистрибуции Китая и тем самым получать доход уже на этом рынке, доступа к которому ранее у российских компаний не было. Последним также потребуются гарантии для работы в данном секторе рынка, например, запрет количественных и таможенных ограничений на импорт, обеспечение доступа к газовым сетям и хранилищам, предоставление крупным потребителям права выбора поставщика и т. д. При определении данных гарантий можно также воспользоваться опытом ЕС и ВТО.

Александр Константинович Волков,
юридический факультет
НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург
E-mail: akvolkov@hotmail.com
© А.К. Волков, 2012

Тема 2. СОВРЕМЕННЫЕ ПРОБЛЕМЫ КОММЕРЧЕСКОГО ПРАВА

主题2。现代的商业法律问题

Bushev安德烈
圣彼得堡国立大学
商法系博士，副教授

在依法经营的现代趋势问题上，

商业机构的各项负责人的有限权力范围及法律责任：《**明确标志**》的条文。

文章涉及的法律标准评估商业组织管理的行政及经济计划从苏联时期向现代市场经济过渡时期的动态。俄罗斯法律规定，**参照**许多国家的经验后，俄

罗斯弃绝了传统式的烦琐的文件处理方式，采取较为系统化简易化的受理方式在法律部门的辅助下建立统一的标准管理决策和给于多方面的发展方向，他们都具备（明智，诚信，关注，审慎，等）特质。在了解这些准则的基础上仍能看出俄罗斯法律仍然具有以往的与实际相矛盾的性质。在涉及到公家和私人利益的情况下，必须注意到社会治安的利益，一方面，执法者提供广泛的宽松的灵活政策，而在另一方面，却需防止滥用司法监督决定权。基于类似的情况分析，证明有必要使用这部辅助资料《明确标志》中的见解。

胡利玲 (Hu Liling)

教授

中国政法大学

E-mail: lilinh@cupl.edu.cn

对控制股东关联交易的公司法规制

Hu Liling* Shen Ning**

一、关联交易的界定

关联交易，是指公司与其关联方之间的交易。中国最早对关联交易进行明确定义的是财政部颁布的规范性文件《企业会计准则—

关联方关系及其交易的披露》（1997），其第8条规定：关联交易是指在关联方之间转移资源或义务的事项，而不论是否收取价款。在此基础上，《深圳证券交易所股票上市规则》对上市公司关联交易进行了定义，其第10.1.1条规定：上市公司的关联交易，是指上市公司或其控股子公司与上市公司关联人之间发生的转移资源或义务的事项，包括：（1）9.1条规定的交易事项¹⁹³；（2）购买原材料、燃料、动力；（3）销售产品、商品；（4）提供或接受劳务；（5）委托或受托销售；（6）关联双方共同投资；（7）其他通过约定可能造成资源或义务转移的事项。但是迄今为止，《公司法》却没有对关联交易的概念及其确切的法律内涵给出明确的表述，而只是规定了“关联关系”。

由于关联交易是发生在公司与其关联方之间的交易，因此存在关联方是发生关联交易的前提，一项交易是否属于关联交易，首先应界定交易主体之间是否为关联方。对于关联方的界定，中国立法采取了概括式规定。首先，《公司法》通过关联关系来界定关联方，其第217条规定：“关联关系，是指公司控

* 胡利玲，法学博士，中国政法大学民商经济法学院教授，商法研究所副所长。工作地点：中国北京海淀区西土城路25号。Email: lilinh@cupl.edu.cn.

** 申宁，中国证券监督管理委员会天津监管局，研究人员。工作地址：天津市和平区大理道98号。

¹⁹³ 《深圳证券交易所股票上市规则》第9.1条：本章所称“交易”包括下列事项：（一）购买或出售资产；（二）对外投资（含委托理财、委托贷款、对子公司投资等）；（三）提供财务资助；（四）提供担保；（五）租入或租出资产；（六）签订管理方面的合同（含委托经营、受托经营等）；（七）赠与或受赠资产；（八）债权或债务重组；（九）研究与开发项目的转移；（十）签订许可协议；（十一）本规则所认定的其他交易。

股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或者间接控制的企业之间的关系，以及可能导致公司利益转移的其他关系。但是，国家控股的企业之间不仅因为同受国家控股而具有关联关系。”**依此，关联方被界定为控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员以及其他可能导致公司利益转移的关系人。**除《公司法》外，其他法规、规章和证券交易所的上市规则也有关于关联方的界定。其中《税收征收管理办法》规定，关联企业“**指的是具有下列关系的企业、公司和相关经济组织：（1）直接或间接地被第三方控制或者拥有；（2）在经营、销售、资金等方面存在直接或间接的控制或者拥有关系；（3）在利益关系上具有相关联的其他关系**”。按照《企业会计准则——关联方关系及其交易的披露》界定，“**在公司的经营决策和财务决策中，如果其中一方能够直接地或者间接地对另一方控制或产生重大影响，则视其为关联方；若多方共同受一方的实际控制，也视为关联方。**”

二、控制股东关联交易的普遍性及规制的必要性

关联交易是中国企业在经营中普遍存在的现象，并大量地发生在上市公司中。截至2010年4月，在上海、深圳证券交易所A股上市公司达1699家，其中在上海证券交易所A股上市公司为863家，据统计，从2000年至2008年，沪市A股上市公司关联交易发生频率分别为473次、1582次、2190次、1602次、1151次、1104次、1066次、1105次、761次和664次；关联交易公司占上市公司的比例依次为26.20 %、55.10 %、57.4 %、49.2 %、43.9 %、37.8 %、38.7 %、37.7 %、38.64 %，交易额则分别为538.92亿元、1517.71亿元、1658.6亿元、1317.46亿元、738.51亿元、1079.75亿元、1745.72亿元、3600.87亿元、1968.5亿元和3165.46亿元人民币。

¹⁹⁴由此可见，上市公司对其关联方存在很大的依赖性。从2008年上市公司的年报来看，关联交易已经成为绩优股业绩增长的主要源泉，扮演着日益显著的角色。

上市公司的关联交易大量地发生在公司与其控制股东

¹⁹⁵之间。据统计，2000年，中国发生关联交易的949家上市公司中，有47 %的关联销售是发生在上市公司与其控股股东之间。由于控制股东是对公司事务可以行使事实上控制权的股东，他们有权决定一个公司的财务和经营政策，并能据以从该公司的经营活动中获取利益，因此控制股东与公司之间的关联交易往往呈现出非公允性。事实上，非公允性关联交易已经成为上市公司中控制股东从上市公司攫取财富的主要手段。其中控制股东通过关联交易占用上市公司的资金或者上市公司为其控制股东提供担保现象严重。

¹⁹⁴ 数据来源：万得咨询（Wind咨询）。

¹⁹⁵ 关于对“控制”的详细界定，见《〈企业会计准则——关联方关系及其交易的披露〉指南》第2条。

¹⁹⁶这严重地削弱了上市公司的独立性和资产质量，也直接损害了中小股东的利益。

可见，关联交易是一把双刃剑。一方面，由于交易双方特定的关联性，关联交易节约了交易成本，提高了交易的效率，并可运用关联性保证交易的安全和优先执行。另一方面，大量的非公允性关联交易不仅不利于实现上市公司资源的优化配置，而且因为关联方利用非公允关联交易转移利益，严重侵害了上市公司的利益相关者，特别是中小投资者的合法利益，同时破坏了市场公平交易的基础和整个资本市场的诚信建设，危害了上市公司以及整个证券市场持续、有效和健康的发展。

因此，有必要研究如何建立适当的法律机制来规制控制股东滥用关联交易的行为以保证关联交易的公平性，并对因关联交易而受到损害的主体提供有效的救济手段，而规制的重点对象是控制股东与公司之间的关联交易。

三、中国规范控制股东关联交易的法律现状及问题所在

目前，中国规范关联交易的法律制度体系已逐步确立，可分为四个层次，分别是法律、行政法规、部门规章或规范性文件以及自律性规则。法律层面以《公司法》为核心；行政法规主要是指《税收征收管理法实施细则》；部门规章或规范性文件，主要是指证监会制定的适用于上市公司监管的制度规范和财政部制定的约束上市公司会计行为的制度规范；自律性规则，则主要是指沪、深两个证券交易所制定的《股票上市规则》。

（一）《公司法》的相关规定

《公司法》对关联交易作出了基本规范。这些规范可分为三类：对关联交易的共通规定、对董事自我交易的规定和对控制股东关联交易的规定。其中，对关联交易的共通规定体现在第217和第21条。第217条是对控股股东、实际控制人、关联关系等概念的界定；第21条第1款则规定：“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”。对控制股东关联交易的规定则体现在第16条。该条规定：“公司为公司股东或实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议。前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东，不得参加前款规定的事项的表决。该项表决权由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。”

除上述直接规制关联交易的条款外，公司法中还有许多规则，虽然其本身并不专门为规制关联交易而设定，而是出于保护中小股东权益或其他目的，但这些规则对关联交易也能起到很好的规制作用。如公司人格否认原则（第20条）和独立董事制度（第123条）

的规定。这些制度与有关控制股东关联交易的专门规定结合，共同构成了我国公司法的控制股东关联交易规制体系。

¹⁹⁶ 根据深圳证券交易所截止2001年6月30日的统计，在深圳证券交易所516家上市公司中，有95家存在资金被大股东及其关联企业占用的情况，平均占用金额1.6亿元，其中32家被占用资金在1亿元以上。参见陈洁：《论关联交易效力确定中的司法审查》，载《人民司法》2003年6月刊。

（二）其他法规、部门规章、自律性规则等的相关规定

其他有关控制股东关联交易的规定基本上都指向上市公司的控制股东，这些规定散见于《上市公司章程指引》、《上市公司治理准则》、《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》、《企业会计准则第36号—

关联方披露》以及沪、深证券交易所的上市规则等。其中《企业会计准则第36号—

关联方披露》从财务信息披露方面，规定了关联方的概念和范围、关联交易的概念和范围以及关联交易信息披露的内容范围，并规定企业只有在提供确凿证据的情况下，才能披露关联交易是公平交易；

¹⁹⁷ 《上市公司章程指引》明确规定了控股股东对公司其他股东的诚信义务

¹⁹⁸、关联股东表决权回避制度；

¹⁹⁹ 《上市公司治理准则》规定上市公司与关联人之间的关联交易应签订书面协议；而沪、深证券交易所发布的《股票上市规则》就关联交易定义、交易具体事项、关联方范围、关联交易披露标准、关联交易提交股东大会审议标准作出了明确界定。2011年上海证券交易所发布《上市公司关联交易实施指引》，更是通过对现行规则中涉及关联交易规定的汇总，细化了上市公司关联交易决策和披露的流程，在局部放松管制的同时，全面强化了对上市公司关联交易的监管，为我国上市公司关联交易的监管确立了较为全面的机制。

（三）问题所在

虽然公司法确立了规制关联交易的法律规范框架，但仍有许多地方存在缺陷。例如：公司法对关联方和关联交易等基本概念未作规定，导致实践中对关联方和关联交易缺乏基本的判断；法律缺乏对控股股东诚信义务的规定，法律责任规定模糊，因而缺乏可操作性；欠缺违法行为的判断标准，对于如何证实违法关联交易，如何判断关联交易的公平性缺乏统一和具体操作性的标准；有利害关系股东的表决权排除制度的适用情形也非常有限，仅限于“**公司为公司股东或者实际控制人提供担保**”，而实践中与股东有利害关系的事项不仅仅限于担保，还有对外投资、收购出售资产等等。此外，关联交易的事后救济措施也不完善。

尽管规范性文件和证券交易所的上市规则在实践中发挥了重要的功能和作用，对控制股东关联交易的规制也比较完整、细致，一定程度上弥补了立法的缺陷。但是，由于这些规范性文件和自律规则位阶不高，致使其发生效力的范围受到限制。特别是沪、深两市上市规则仅是上市公司在交易所挂牌交易时的业务规则，不属于法的渊源，不能作为法院判案和证监会进行监管时的依据。因此，近年来对控制股东关联交易的规制效果并不理想。

有鉴于此，需要在反思现行法律制度的基础上，结合中国的实际，并在参考其他国家经验的基础上，构建完善、体系化并更加有效的规制措施。这些

¹⁹⁷ 《企业会计准则第36号—关联方披露》第4、10条。

¹⁹⁸ 《上市公司章程指引》第39条。

¹⁹⁹ 《上市公司章程指引》第79条。

措施应当包括事先的预防机制和事后的救济机制，两种机制相互配合、共同作用，以最终达成规制的目标。

四、对控制股东关联交易的事前预防机制

（一）确立控制股东的诚信义务

传统公司法理论认为，股东不必对公司和其他股东负担特殊义务。但是随着公司控制权被滥用、控制股东损害公司和少数股东权益的情况不断发生，控制股东的诚信义务逐渐被接受。但控制股东应对谁应负有诚信义务却一直有争议。本文认为，控制股东不仅应当对公司负有诚信义务，而且应当将该义务扩大到中小股东。当控制股东违反这一义务时，不仅公司可以进行直接诉讼，少数股东也可以通过直接诉讼进行救济。通过对控制股东诚信义务的规定，进而实现对控制股东关联交易的规制。

控制股东的诚信义务由忠实义务和注意义务两部分组成。相对于注意义务而言，忠实义务是控制股东诚信义务的核心。就关联交易而言，控制股东的忠实义务，就是要求控制股东不得滥用控制权进行不当关联交易，以谋求个人私利而损害公司的利益。控制股东在与公司进行交易时必须负有善意和本着公平的义务，控制股东和公司间的交易应对所有的**利害关系人**公平。如果控制股东从事非公允关联交易，则违反了其忠实义务。

目前，《公司法》中并没有确立控制股东的诚信义务，对控制股东诚信义务的明文规定仅体现在证监会的相关规范性文件中，包括《上市公司章程指引》、《上市公司治理准则》以及《上市公司收购管理办法》。例如《上市公司章程指引》第39条规定：公司控股股东及实际控制人对公司和公司社会公众股股东负有诚信义务。控股股东应严格依法行使出资人的权利，控股股东不得利用利润分配、资产重组、对外投资、资金占用、借款担保等方式损害公司和社会公众股股东的合法权益，不得利用其**控制地位**损害公司和社会公众股股东的利益。但是这些规定效力层次较低，且只限于上市公司；同时，也未能清楚地界定控制股东诚信义务的范围以及违反该义务而产生的后果。

因此，建议在《公司法》中明确规定控制股东的诚信义务。并参照《公司法》有关董事诚信义务的规定，将控制股东的诚信义务从正反两个方面加以规定，正面规定其注意义务，同时以禁止的方式规定违反忠实义务的表现形式。并且将该义务与股东诉权相结合。当控制股东违反诚信义务进行不公平关联交易时，公司及其他少数股东即可通过诉讼请求停止损害并要求损害赔偿。

（二）重大关联交易股东会批准制度

股东会批准制度是指某些特定决议应当经股东会表决通过。从规制控制股东关联交易出发，将股东会批准作为重大关联交易生效的前提条件，是防范股东非公允关联交易的重要措施。其规制主要体现在：第一，籍此将这些关联交易的信息公开，确保从属公司其他股东和外部利害关系人知悉有关关联交易的情况，以便进行有效的监督。第二，将这项制度与股东表决权排除制度相结合，使其他股东享有否决一些重大的不公允关联交易的权利。²⁰⁰

²⁰⁰ 李高中：“论关联交易与我国公司法完善”，载《华东政法学院学报》，1998年创刊号，第75页。

中国《公司法》除在第16条规定“公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议”外，没有对控制股东的其他关联交易批准作出明文规定，但相关条款的规定为这一制度预留了空间。在《公司法》关于公司股东会、董事会职权的规定中并没有明确指出控制股东关联交易的批准机关。因此，完全可以通过公司章程规定建立控制股东重大关联交易的股东会批准制度。同时，为免增加公司的交易成本，又不使公司错失商业机会。有必要在章程中明确规定，应由股东会批准的重大关联交易的具体范围。

（三）关联股东表决权排除制度

关联股东表决权排除制度，是指当某一股东与股东会的决议事项有特别利害关系、有损害公司利益的可能性时，该股东与其代理人均不得就其持有的股份行使表决权。股东表决权排除制度的价值是多重的，因此各国对这一制度的适用范围规定也不尽相同。但是表决权排除制度可以适用于控制股东利用公司机会、关联交易等是许多国家公司立法的选择。出于人性自私方面的考虑，控制股东很可能会滥用其表决权迫使股东会通过不公平关联交易，从而造成公司、中小股东甚至债权人利益损害。为防范表决权滥用的可能，应通过法律强制排除该控制股东在相关事项上的表决权。

目前中国《公司法》中关于关联股东表决权排除的规定只有一条，而且规定简单。其第16条规定：“公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议。前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东，不得参加前款规定事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。”可见，对于关联股东表决权的排除仅限于关联担保，没有包括其它类型的关联交易。但关联交易并非只有担保这一种形式，而是包括购买或销售商品等资产、提供或接受劳务、代理、租赁、提供资金、担保和抵押、管理合同等，这些交易均可能引发控制股东和中小股东、公司的利益冲突。

鉴于关联股东表决权排除制度是对非公平关联交易进行事先规制的最重要的法律措施，对减少关联交易的发生至关重要。所以建议：首先，《公司法》应将关联股东表决权排除制度的适用范围扩大到“控制股东关联交易”。其次，立法应同时规定关联表决权排除的豁免制度。即在公司非关联方股东全体或多数同意的情况下，控制股东可以参与表决。这样也可以缓解关联股东表决权排除制度过于绝对所生的弊端。

（四）独立董事制度

独立董事制度作为重要手段，对关联交易能够起到很好的监督作用在英国家已经获得了实证证明。Weisbach (1988)通过对美国367家上市公司研究后发现，独立董事占董事会比例大于60 %的公司，独立董事在监管经营者业绩和大股东的关联交易上不遗余力；Peasnell

(2000)则发现英国上市公司董事会中独立董事的比例越高，公司利润操纵的可能性越小。²⁰¹

目前，中国独立董事对关联交易的监督职能突出反映在证监会《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》中，其第5条规定，重大关联交易²⁰²应由独立董事认可后，提交董事会讨论；独立董事作出判断前，可以聘请中介机构出具独立财务顾问报告，作为其判断的依据。独立董事行使上述职权应当取得全体独立董事的二分之一以上同意。但是该《指导意见》关于独立董事在关联交易方面的职权规定不足，表现在：第一，独立董事对重大关联交易没有决定性的否决权，只有前置认可权。而许多国家在关联交易方面赋予独立董事决定性的否决权。因此，在中国，独立董事在防止不正当关联交易方面的作用是有限的。第二，独立董事对重大资金、借款的关联交易没有前置认可权，而只有独立发表意见的权利。众所周知，我国上市公司中控制股东利用其控制地位进行资金、借款方面的关联交易相当普遍和严重。《指导意见》却偏偏规定对于重大资金、借款的关联交易独立董事只能发表意见，无疑弱化了独立董事的对关联交易监督和制约的功能。

五、控制股东关联交易的事后救济机制

在控制股东关联交易中，如果控制股东无视法律赋予它们的强制性义务，肆意通过非公允性关联交易损害公司、中小股东乃至债权人的利益，而事前预防机制又未能对其进行有效的防范，那么此时事后的救济机制就具有了极为重要的意义。由于控制股东关联交易可能损害公司、股东和债权人的利益。事后救济措施应针对不同的利害人加以设计。其中股东诉权是基于股东立场为股东提供的救济措施，而公司法人格否认制度和深石原则是基于债权人立场为债权人提供的救济措施。

（一）股东诉权

1. 股东会和董事会决议的撤销、无效之诉

股东会、董事会决议是公司意志的体现，对公司及公司的股东、董事、经理、监事的行为均有约束力。只要股东会、董事会决议是合法有效的，任何人都要执行，包括对决议持反对意见的人。但是，在特定情况下，股东会、董事会决议可以被法院宣告无效和撤销。中国《公司法》第22条也规定了这一制度，即：公司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、行政法规或者公司章程，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六十日内，请求人民法院撤销。股东依照前款规定提起诉讼的，人民法院可以应公司的请求，要求股东提供相应担保。

2. 股东派生诉讼。股东派生诉讼，是指当公司怠于通过诉讼追究机关成员责任或实现其它权利时，具备法定资格的股东可以为了公司的利益代公司提

²⁰¹ 参见封思贤：“独立董事制度对关联交易影响的实证研究”，载《商业经济与管理》，2005年第3期。

²⁰² 指上市公司拟与关联人达成的总额高于300万元或高于上市公司最近经审计净资产值的5%的关联交易。

起诉讼。中国《公司法》规定了股东派生诉讼制度，第152条规定：“董事、高级管理人员有本法第一百五十一条规定情形的

²⁰³，有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，可以书面请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事向人民法院提起诉讼；监事有本法第一百五十一条规定的情形的，前述股东可以书面请求董事会或者不设董事会的有限责任公司的执行董事向人民法院提起诉讼。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，前款规定的股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。他人侵犯公司合法权益，给公司造成损失的，本条第一款规定的股东可以依照前两款的规定向人民法院提起诉讼。”该条中的“他人”应该主要指控制股东，以及与控制股东、董事、监事、高级管理人员存在利害关系的人。

3、**股东诉权对控制股东关联交易的规制**。股东会、董事会决议的撤销、无效之诉对因不公平关联交易而利益受损的股东提供了很好的救济途径。无效、可撤销的股东会决议、董事会决议通常是在控制股东控制下做出的，很可能损害公司少数股东的利益。当发生不公平关联交易后，利益受到侵害的股东可以据此向法院提起诉讼，要求确认股东会、董事会批准不当关联交易的决议无效或要求撤销该决议，然后向相关人请求损害赔偿，如此利益受到侵害的股东的合法权益得以维护。

从规制控制股东关联交易的角度来分析，当有控制地位的**股东**迫使公司进行不公平关联交易行为，以致公司利益受损时，由于公司机关常常是控制股东在公司的代言人，所以公司机关常急于向侵权人追诉以追回公司的损失。在这种情形下，由于公司的利益是股东利益的根本所在，少数股东的利益间接受损。股东派生诉讼制度则让少数股东能够代表公司向控制股东提起诉讼以挽回公司的损失。故而，当控制股东不公平关联交易发生后，股东诉权对利益受到损害的股东而言是一种补救措施，能够纠正因不公平关联交易而导致的不利后果。

（二）公司法人格否认制度

公司法人格否认制度，是指为阻止公司独立人格滥用，就具体法律关系中的特定事实，否认公司独立人格及股东有限责任，责令公司股东对公司债权人直接负责的制度。在英美国家，公司法人格否认是一种处理关联交易的重要法律手段。

²⁰⁴在**控制股东**关联交易泛滥的情况下，从属公司进行的各项交易活动完全听从控制股东的支配，控制股东将自己的意思强加于从属公司，将从属公司视为自

²⁰³ 《公司法》第50条：董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。

²⁰⁴ 赵旭东主编：《新公司法制度设计》，法律出版社2006年版，第420页。

已牟取利益的工具，从属公司的意思完全为控制股东的意思所取代，从而丧失了独立的为意思表示的能力。因此，可以说，控制股东关联交易泛滥是从属公司法人人格形骸化的一种典型表现形式。在此情况下，公司外部债权人就可以借助公司法人人格否认理论，**要求公司的控制股东承担相应的责任。**

中国《公司法》已经确立了该项制度。其第20条规定，“**公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。**”并对一人公司的人格否认作了特殊要求，第64条规定，“**一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。**”。但是，显然关于公司法人人格否认的规定过于原则和抽象，作为司法裁判依据的可适用性不强。各地法院在裁判案件时难以有统一的适用范围和适用标准。因此，亟待最高人民法院通过司法解释或者典型案例来指导司法适用。

（三）深石原则

深石原则（Deep Rock Doctrine），又称为“从属求偿原则”，是由美国判例法所确立的一项原则，其提供的是控制股东可否向从属公司主张债权，以及是否应劣后于从属公司其他债权人或优先股东受偿的一般原则。对于何种情况下可以适用深石原则？学者虽有不同主张，但不可否认的是，深石原则的适用前提是控制股东对从属公司存在不正当行为，而控制股东与公司之间的非公允关联交易正是控制股东对从属公司不正当行为的一种。

深石原则能够用于对控制股东关联交易进行规制。首先，深石原则能够为债权人提供因控制股东非公允关联交易受到损失后的救济。当控制股东和从属公司间发生大量非公允关联交易，致使从属公司破产时，深石原则可以为从属公司的一般债权人提供救济，即从属公司的一般债权可以优先于控制股东得到清偿。其次，深石原则对控制股东进行非公允关联交易是一种警醒。所以，深石原则的适用，能有助于防止控制股东滥用控制权进行不公平关联交易，也能对控制股东不公平关联交易造成的危害进行一定程度上的补救。

目前，中国无论在《公司法》还是《破产法》中都没有规定深石原则。有关深石原则的规定仅出现在深圳特区人大常委会在1999年5月6日通过的《深圳经济特区国有独资有限公司条例》。其第16条规定：“**股东对国有独资有限公司享有的债权，不得优先于其他债权人受偿。**”。但该《条例》效力层级太低。

建议在立法中引入深石原则。首先，立法应明确适用深石原则的条件，即控制股东对从属公司实施了不正当行为，同时明确判断何种具体行为可以被认定为不正当行为的标准。其次，应确立深石原则适用举证责任倒置规则。因为控制股东和债权人信息存在严重的不对称，债权人很难获得控制股东对从属公司进行不正当行为的证据。即便要获得，也会耗费大量的时间和精力。

结论

关联交易是不可避免的经济现象，其出现和存续有其合理性，它可以节约交易费用、减少交易风险，从而为相关方带来直接利益，但同时，不公允的关联交易也会给公司、中小股东甚至债权人利益带来现实损害和潜在危险。因此一直以来都是各国公司法面临的重大问题。在中国，由于多数公司特别是上市公司具有股权高度集中的特点，使控制股东与公司之间的关联交易成为普遍现象，而且控制股东往往利用不公平的关联交易谋取私利，损害公司、中小股东的正当利益，因此法律规制的重点对象是控制股东的关联交易。

中国目前虽然已经确立并初步形成了规制关联交易的基本法律框架，但是还远未形成系统、有效的规制体系。因此需要在中国现行法律的基础上，结合公司发展的实践，分析、构建并完善控制股东关联交易的规制机制。

对控制股东关联交易的规制措施可以分为事前预防机制和事后救济机制。事前预防的机制包括：控制股东诚信义务、股东（大）会批准制度、股东表决权排除制度、股东知情权和质询权、独立董事制度。事后救济的机制包括：股东诉权、公司法人格否认制度、深石原则。这些制度分别从不同的角度共同对规制控制股东的不公平的关联交易发挥作用。

Kovalevsky S.M.
法律系金融法律助理教授
俄罗斯国立高等教育研究院圣.
彼得堡分院 «高等经济学院»
电子邮件：trudovik@mail.ru

俄罗斯法律有关抵押贷款的保险问题

1) 本文主要讨论“俄罗斯法律有关抵押贷款的保险问题”，抵押财产的保险问题，获得担当亏损风险的保险的所有权，以及借款人生命和健康的保险问题；

2) 作者的结论是：

—
消除俄罗斯联邦民事法则与俄罗斯联邦消费者权益保护法之间的矛盾性，对借款人或贷款人的提供义务上的保证，不仅对民众的财务上给予保障，还在担当亏损风险以及生命和健康各方面予以保障；

—
俄罗斯联邦民法典的改进方式，免除上保险的人所支付的保险费用，并在这个基础上对酗酒者和慢性病患者给与一定的帮助；

进一步巩固对抵押财务及贷款而面临的损失的保险业务，同样应该保障因疾病而贷款的人的福利，和保障失业人士贷款的利益。

中国保险监管中保险公司风险处置的立法与实践

一、中国保险监管的沿革及法律框架概述

(一)中国保险监管的形成与发展

1. 保险市场的垄断与金融业统一监管（建国后~1993年）

1949年中华人民共和国成立后中央人民政府开始正式管理中国的保险事业。1949年10月20日，中国首家国有保险公司——

中国人民保险公司在北京成立。之后，

1958年至1978年间受大跃进、文化大革命影响，保险业务基本停滞、保险业的发展严重受挫。1979年3月，中国人民银行开始恢复中央银行的职能。随之，保险业务也开始恢复

²⁰⁵。至1980年底，中国人民保险公司各地的分支机构基本恢复

²⁰⁶，接受中国人民保险公司和中国人民银行的双重领导

²⁰⁷。1983年9月17日，国务院做出《关于中国人民银行专门行使中央银行职能的决定》，中国人民银行成为专门行使中央银行职能，从事金融管理、制定和实施货币政策的政府机构。中国人民保险公司是国务院直属的局级经济实体。1984年，中国人民保险公司各地的分支机构均脱离中国人民银行归总公司统一领导。

1982年，香港民安保险公司经中国人民银行许可在深圳开设分公司。之后，平安、太平洋等一批股份制保险公司相继成立，打破了传统的保险市场垄断经营的格局，保险经营主体趋向多元化。1985年3月3日，国务院发布《保险企业管理暂行条例》规定中国人民银行是国家保险管理机关。1993年，国务院发布《关于金融体制改革的决定》确立保险业、银行业、证券业、信托业实行分业经营的原则。1994年中国人民银行为加强对金融业的分业管理，其金融管理部门按行业分解为银行业、信托业、保险业等，内设保险司实施保险监管。

²⁰⁸

因这一时期中国保险市场中保险公司少，缺乏自由竞争，保险监管主要通过提高保险市场的准入门槛、设定保险条款及费率的审批要求，确保中国人

²⁰⁵ 1979年4月，中国人民银行发布《关于恢复国内保险业务和加强保险机构的通知》，具体部署了恢复国内保险业务和设置保险机构的工作安排。

²⁰⁶ 1980年末，中国人民保险公司开始在除西藏、台湾以外的28个省、自治区、直辖市设立保险公司分支机构。陈恳著：《迷失的盛宴——中国保险产业1919-2009》，浙江大学出版社2009年版，第21页。

²⁰⁷ 王瑞田著：“论中国保险监管法律制度的变迁与发展”，载《理论研究》2010年12月，第52页。

²⁰⁸ 参见《中国人民银行和国家外汇管理局职能配置内设机构和人员编制方案》（国办发〔1994〕32号）。

民保险公司在市场中的垄断地位，并逐步建立统一开放、有序竞争、严格管理的保险市场。

2. 保险市场的发展与金融业的分业监管（1994年~1998年）

1992年始建设有中国特色社会主义市场经济推动了保险业的进一步发展。同年9月美国AIG集团旗下的子公司友邦保险、日本东京海上日动火灾保险公司分别在上海设立分公司。至此，外资保险公司渐次进入中国保险市场推动了中国保险业的快速成长。随着保险市场主体的增加，进行保险监管法制建设的要求更为迫切，应运而生的《中华人民共和国保险法》(以下简称《保险法》)于1995年6月30日颁布。保险法采用保险合同法与保险业法两法合一的立法体例，内容上参照了英、美、德、日等16国的保险法律法规²⁰⁹。

1998年，中国保险监督管理委员会(以下简称保监会)成立。自此，保监会代替中国人民银行成为专门的保险监管机构，根据国务院的授权依法对全国保险市场实行集中统一的监督管理

²¹⁰。在这个时期，中国保险监管机构开始了对保险公司偿付能力监管的探索。

3. 保险市场的开放与保险监管法律体系的基本建立（1999年~2005年）

在此阶段，保险市场主体逐年增加，由于市场的自律性不够，不恰当的竞争行为与违法行为时有发生。针对于此，保监会制定了一系列的监管规则，通过审批保险公司的设立、变更、解散，审核或备案保险条款和费率等方式，强化对保险公司市场行为的监督，以保护消费者的利益和维持保险市场的秩序。至此，对保险业的监管开始转向以保险公司的市场行为与偿付能力为主要内容的监管模式。

2001年中国加入世贸组织，保险市场也在逐渐放开

²¹¹，保险监管呈现出缓和之势。

²¹²为履行我国加入世贸组织承诺对保险业的要求，2002年10月28日全国人大常务委员会通过了《保险法》的修订。此次修订重在保险业法部分，进一步完善了国家保险监管制度的主体框架。

2005年10月，国际保险监管官协会(IAIS)在维也纳举行会议，国际上开始主张建立对保险公司的市场行为、偿付能力、治理结构三个主要方面进行监管的现代保险监督体系

²¹³。中国立足于保险业快速发展的现实并借鉴国际经验，初步建立起以公司治理和内控监管为基础，以偿付能力监管为核心，以市场行为监管为重要内容的“三支柱”的现代保险监管体系。

4. 保险市场的规范与保险监管法制建设的完善（2006年~现在）

²⁰⁹ 杨敏著：“首部保险法制定回顾：投保人等权益保护条款被变更”《中国新闻周刊》2011年8月16日。

²¹⁰ 参见《中国保险监督管理委员会职能配置内设机构和人员编制规定的通知》。

²¹¹ 马卫华著：《WTO与中国金融监管法律制度研究》，中国人民大学出版社2002年版。

²¹² 周道许著：《中国保险业和保险监管》，中国金融出版社2010年6月第1版。

²¹³ 王瑞田著：“论中国保险监管法律制度的变迁与发展”，载《理论研究》2010年12月，第52页。

2006年是中国保险业改革发展至关重要的一年，国务院出台的《关于保险业改革发展的若干意见》对保险业改革发展做出全面规划，进一步明确了保险市场改革发展的指导思想、总体目标和主要任务

²¹⁴，为保险业的改革发展指明了方向，保险业改革发展进入了一个全新的历史时期。伴随保险业的发展，中国保险市场涌现出了新的问题；2008年金融危机中美国最大的保险公司AIG集团濒临破产。面临国内外复杂的金融形势，修改完善《保险法》被提上日程，2009年2月28日通过修订的《保险法》扩大了保险公司经营业务的范围，拓展了保险公司资金运用渠道，明确了保险监管的原则和职责，增加了保险监管的手段与措施。2012年1月全国保险工作会议上，中国保监会主席项俊波提出建立健全保险市场退出机制。国际货币基金组织和世界银行对中国进行的金融稳定评估(FSAP)认为，保监会应该完善保险市场退出机制。建立健全市场准入机制是当前保险监管一项重要和紧迫的工作。

(二)中国保险监管体系的法律框架

1. 中国现代保险监管体系框架的建构

中国保险监管法律法规伴随着保险市场的发展也在逐渐的完善和进步：监管内容由单纯地对保险公司市场行为的监管发展为以市场行为、偿付能力、治理结构为三大支柱的监管体系；监管手段也由直接干预保险公司的经营转变为间接监管的方式。一方面，保险公司市场准入的门槛在逐渐降低，介入保险公司自主经营的保险监管也在逐渐地放松。另一方面，为防范化解风险强化了保险公司的分类监管，保险监管机构有权采取监管谈话、调查取证、查封涉案财产、行使检查权等措施；对于陷入经营困境的保险公司派遣工作组，或对保险公司进行接管；有权宣布出现经营危机的保险公司破产并要求破产保险公司的保险合同进行强制转移；此外，还健全了偿付能力监管，完善了公司治理监管。

2. 保险监管所需适用的法律规范

(1)作为保险监管重要依据的法律

《保险法》是保险监管法律制度的主要载体，其第六章“保险业监督管理”确立了保险监管的基本内容：第一，对保险业务和市场行为的监管，包括机构准入、经营与退出；第二，对偿付能力的监管；第三，对资金运用业务的监管；第四，对法人治理的监管。

(2)保险监管中行政执法应遵循的法律

保险监管尤其是保险公司风险处置的本质是具体行政行为，因此，保险公司风险处置的主体及其职权以及有关具体风险处置措施的制度安排应符合行政法的基本原理和原则。因保险监管可能会涉及到有关行政处罚措施的制定及行使、行政救助、行政强制执行以及行政相对人的救济等问题，保险监管中行政执法应遵循《行政处罚法》、《行政强制法》、《行政复议法》、《行政诉讼法》等行政法律法规的规定以及行政程序法的基本原则。

²¹⁴ 吴定富主编：《中华人民共和国保险法释义》，中国财政经济出版社2009年版，第2页。

(3)需要相互协调的金融监管法制

因为保险业属于金融业范畴，保险监管也归为金融监管的框架之下，所以保险监管中对保险公司的风险处置还应考虑与商业银行、证券公司等金融机构的风险处置制度相协调。完善保险监管中保险公司风险处置措施还需参照《商业银行法》、《银行业监督管理法》、《金融机构撤销条例》、《证券公司监督管理条例》、《证券公司风险处置条例》等法律法规。

(4)集中保险监管措施的行政法规或部门规章

保险监管中保险公司风险处置可能涉及保险公司偿付能力、公司治理、市场行为等方面的风险问题，也可能涉及保险保障基金的运用问题。因此，依法进行保险监管还有赖于有关法规及中国保监会制定的规章²¹⁵。

二、中国保险公司风险处置措施的立法与实践

(一)中国现行法中保险公司风险处置的措施

保险公司风险处置是保险监管的措施之一，考察中国保险公司风险处置制度的法律框架以及执法实践后可见，中国保险公司风险处置制度在法律、法规以及部门规章的构架下基本成型，为构建多层次的保险公司风险处置机制，规定于法规和部门规章中的保险监管措施不可谓不丰富：建立了以偿付能力为重大风险核心判定标准的风险处置行为启动机制，针对保险公司不同的风险性质和程度设置了渐进性的系列风险处置措施(《保险法》第101、139条)；有谈话、提供有关信息和资料、法定情形下保险公司股东强制转让股权等监管手段(《保险法》第151-153条)；不缺乏责令限期整改、整顿、接管、撤销等市场退出的前置措施(《保险法》第140-150条)；还有更多的措施散见于大量的部门规章中。

依据中国《保险法》的规定，保险监管机构针对不同的风险情况，可以采取的风险处置措施主要有六种：限制令（责令或限制性措施）、责令限期改正（整改）、整顿、接管、撤销、申请重整或者破产清算。

1. 对偿付能力不足的保险公司的限制性措施

保险公司应当具有与其业务规模和风险程度相适应的最低偿付能力。保险公司认可资产减去认可负债的差额不得低于国务院保险监督管理机构规定的数额；低于规定数额的，应当按照国务院保险监督管理机构的要求采取相应措施达到规定的数额。（《保险法》第101条）

对偿付能力不足的保险公司，国务院保险监督管理机构应当将其列为重点监管对象，并可以根据具体情况采取下列措施：（1）责令增加资本金、办理再保险；（2）限制业务范围；（3）限制向股东分红；（4）限制固定资产购置或者经营费用规模；（5）限制资金运用的形式、比例；（6）限制增设分支机构；（7）责令拍卖不良资产、转让保险业务；（8）限制董事、监事、高

²¹⁵ 这些法规和规章大致包括《保险公司偿付能力管理规定》（2008）、《保险保障基金管理办法》（2008）、《中国保险监督管理委员会政府信息公开办法》（2008）、《保险公司管理规定》（2009）、《保险公司董事、监事和高级管理人员任职资格管理规定》（2009）、《保险公司内部控制基本准则》（2010）、《保险公司股权管理办法》（2010）、《保险资金运用管理暂行办法》（2010）等。

级管理人员的薪酬水平；（9）**限制商业性广告**；（10）责令停止接受新业务。（《保险法》第139条）

2. 责令限期改正

保险公司未依法提取或者结转各项责任准备金，或者未依照本法规定办理再保险，或者严重违反本法关于资金运用的规定的，由保险监督管理机构责令限期改正，并可以责令**调整**负责人及有关管理人员。（《保险法》第140条）

3. 整顿

保险监督管理机构依法作出责令限期改正的决定后，**保险公司**逾期未改正的，国务院保险监督管理机构可以决定选派保险专业人员和指定该保险公司的有关人员组成整顿组，对公司进行整顿。整顿决定应当载明被整顿公司的名称、整顿理由、整顿组成员和整顿期限，并予以公告。整顿组有权监督被整顿保险公司的日常业务。被整顿公司的负责人及有关管理人员应当在整顿组的监督下行使职权。整顿过程中，被整顿保险公司的原有业务继续进行。但是，国务院保险监督管理机构可以责令被整顿公司停止部分原有业务、停止接受新业务，调整资金运用。被整顿**保险公司**经整顿已纠正其违反本法规定的行为，恢复正常经营状况的，由整顿组提出报告，经国务院保险监督管理机构批准，结束整顿，并由国务院保险监督管理机构予以公告。（《保险法》第141-144条）

4. 接管

保险公司的偿付能力严重不足的或违反保险法的规定、损害社会公共利益、可能严重危及或者已经严重危及公司的偿付能力的，国务院保险监督管理机构可以对其实行接管。被接管的**保险公司**的债权债务关系不因接管而变化。接管组的组成和接管的实施办法，由国务院保险监督管理机构决定，并予以公告。**接管期限**届满，国务院保险监督管理机构可以决定延长接管期限，但接管期限最长不得超过二年。接管期限届满，被接管的**保险公司**已恢复正常经营能力的，由国务院保险监督管理机构决定终止接管，并予以公告。（《保险法》第145-148条）

5. 撤销

保险公司因违法经营被依法吊销经营保险业务许可证的，或者偿付能力低于国务院保险监督管理机构规定标准，不予撤销将严重危害保险市场秩序、损害公共利益的，由国务院保险监督管理机构予以撤销并公告，依法及时组织清算组进行清算。（《保险法》第150条）

6. 申请破产

被整顿、**被接管**的**保险公司**有《中华人民共和国企业破产法》第2条规定情形的，国务院保险监督管理机构可以依法向人民法院申请对该**保险公司**进行重整或者破产清算。（《保险法》第149条）

（二）中国**保险公司**风险处置的典型个案

有关中国保险公司风险处置的典型个案主要有²¹⁶：

1. 永安财产保险公司事件(1997.12)

(1)出现的问题有：①**出资不到位**，资本金不足。永安财险公司的注册资本为6.

8亿元人民币，而该公司十余家股东实缴货币资本不足1亿元。②**存在违规异地展业问题**。作为区域性的保险公司，永安财险公司的营业区域为**西北五省及山西省、四川省和重庆市**，虽应该只在该区域内开展业务，但该公司却存在异地展业的行为。

(2)采取的处理措施有：①**1997年12月1日**，中国人民银行陕西省分行发布公告对永安保险公司进行接管。②**1998年2月**，完成问题查清并理顺资金、财务关系。③**在随后的半年时间里(包括接管延长的三个月)**，永安财险公司完成了资本金重组和内控机制建设的任务。④**1998年9月1日**，中国人民银行陕西省分行发布公告，结束对永安财险公司的接管。

2. 新华人寿保险公司事件(2007.5)

(1)出现的问题有：①**时任董事长关国亮**历年**擅用新华人寿资金**累计约130亿元，这些资金或被拆借给利益伙伴入股及控制新华人寿，或用于违规投资。

②**违规投资**。1999、2000年度，新华人寿曾经与多家券商签订有委托投资理财协议，因而受到保监会处罚。③**治理结构问题**。早在2006年，新华人寿股东之间矛盾激化，分为“**倒关阵营**”（宝钢、苏黎世等）和“**挺关阵营**”（关国亮关联公司）。2006年12月关国亮被免职，由于关国亮案未结不能召开股东大会，董事会、监事会已逾期近两年未改选；公司法人治理结构不健全，董事会缺位。

(2)采取的处理措施有：①**2007年5月24日**，**保监会宣布由保险保障基金**以市场价收购新华人寿问题股东所持的股权，保险保障基金成为新华人寿第一大股东。②**2008年9月**在**保险保障基金**的基础上成立了**保险保障基金公司**。在保监会的主导下，保险保障基金公司配合有关部门，妥善处理了股东间分歧，支持管理层稳步开展公司经营，处理偿付能力不足问题，参与处理遗留法律纠纷，并以大股东身份加强公司治理，促进了新华人寿的稳步发展。③**2009年12月**，**保险保障基金公司**董事会决议按协议转让方式，将公司所持有的新华保险股份一次性整体转让给中央汇金公司。

3. 中华联合财产保险公司事件(2009.3)

(1)出现的问题有：①**业务扩张速度过快**导致**亏损严重**，偿付能力不足。该公司2002年经营区域扩展至全国后，机构、业务规模迅速扩大，分支机构从2002年的186个发展到2007年末的2092个，**保费从2002年的5亿元发展到2007年的183亿元**。追求规模导致了大量的承保业务亏损和偿付能力不足。②**业务质**

²¹⁶ 参考姚琼巍著：“对永安保险公司被接管的若干思考”，载《上海保险》1998年第2期；林宝清著：《保险法原理与案例》，清华大学出版社2006年版；刘俊著：《各国问题金融机构处理的比较法研究》，上海人民出版社2008年版；黄炯祥等著：“保险市场退出机制的设置探讨”，载《金融经济》2010年第20期；张领伟著：《保险公司风险处置研究》，南开大学博士学位论文2010年；第一财经日报、保监会官网、证券之星网站等网上资料收集整理做成。

量低下。在车险领域，高佣金和低手续费是中华联合得以短时间内业务量暴涨的杀手锏。因为急切的快速扩展，没有控制好赔付率和成本费用，必须用高比例的增长来维持赔付。**③公司治理落后。**作为中华联合的主要出资人，**兵团建制有其特殊性**，对中华联合管理层的监督和制约不够到位，管理粗放导致经营亏损严重。

(2)采取的处理措施有：**①2007年以来，中国保监会对中华联合监管逐渐加强**，通过督促整改、严控规模、停批机构、监控资金、监测舆情等方式控制中华联合风险。**②2009年3月，中国保监会派出中华联合内控工作组进驻中华联合**，直接加强对中华联合业务、财务、管理全方位的管控。与此同时，加快与战略投资者谈判进程。

4. 瑞福德健康保险公司(2010.1)

(1)出现的问题有：**①在现有的医疗卫生体制下，国内健康险公司生存境遇日益维艰。**作为国内**第一家全国性专业健康险公司**，自**2006年成立以来**发展缓慢，业务动荡。**2009年初基本停售所有保险产品。****②公司违规经营问题屡现。****2008年由于违反保险公司业务范围的规定超出保监会核准经营范围的“福满堂”计划等问题**受到保监会处罚。**③少提、漏提准备金。**

(2)采取的处理措施有：**①2009年初因产品销售违规、少提漏提准备金等问题，受到保监会处罚。****②2010年1月安邦财产保险公司受让瑞福德健康保险公司99 %股权获中国保监会批准。****③2010年2月26保监会批准安邦财险公司对瑞福德进行重组。**

综上所述，在现有中国保险公司风险处置的个案中，保险监管机构协同保险行业协会、保险保障基金通过行政重组、导入战略投资者、动用保险保障基金等方式，结合行政手段与市场手段的运用对保险公司进行了拯救的努力。在实践中当保险公司经营出现严重问题时，监管机构往往对其采取责令限期改正、整顿或接管等一系列法律措施，其根本目的在于“治病救人”而不是马上宣告其破产，这是由于保险公司的破产关乎国家金融安全、社会稳定之大局，《保险法》和保监会对于保险公司的破产一直采取非常谨慎的态度。鉴于此，完善保险监管中的保险公司风险处置制度是至关重要的。

三、完善中国保险公司风险处置制度的反思

(一)丰富与完善保险公司风险处置各项措施

在确立保险公司风险性质的判断标准和监管机构采取处置措施的基础上，有必要建立起多层次的保险公司风险处置机制。

中国已有针对保险公司偿付能力不足在其业务、财务、公司治理结构、资金运用等方面采取限制性的处理措施以及责令限期整改等矫正性措施。在此基础上，可强化谈话、建议、要求提交报告与商业计划等措施，密切跟进指令的执行情况，不断敦促保险公司改正不良经营状况。保险公司风险处置中的意见交换制度、听证制度是重要的程序建设，在做出处置措施决定前所进行的听证以及意见交换是切实保护行政相对人合法权益的有效手段，同时可以防止行政行为不当、符合行政合理性原则。

在中国整顿与接管的监管实践中，对保险公司采取整顿、接管这些滞后的、外部的、救济性的措施，无法具体地监管到保险公司的整个运行状态，况且整顿、接管时保险公司原有业务将被限制或停止，接管组甚至完全取代了保险公司进行业务经营。在此方面，美国保险监督程序的制度设计值得参鉴。美国《行政监督示范法》

²¹⁷虽不直接对保险公司的行为进行限制，但将保险公司置于其监督之下，未经保险监管官或其指定人员的事先批准，保险公司不得实施特定行为。美国的行政监督程序既有效地控制了保险公司恣意妄为从而避免风险扩大，又可使保险监管机构摆脱干预保险公司经营管理之嫌，为中国的制度构建提供了一种全新的选择模式。另外，还可以考虑在制度构建中增加行政重组措施，比照《证券公司风险处置条例》，采取注资、股权重组、资产重组、合并或其他方式救助保险公司。

（二）细化保险公司风险处置措施的适用条件

由于我国保险业尚处于初级阶段，保险公司违规违法情形比较复杂，因此主张适用风险处置措施的条件应该更加宽泛，例如公司治理、不正当业务行为、财务困境以及保险条款和费率等方面，均应包括在风险处置措施适用条件之内。美国保险监管官协会示范法对适用保险监管各措施及程序的条件做出了列举性的规定；同为大陆法系国家的日本在其工作指导性文件《面向保险公司等的监管指针》中详尽地规范了每一项监管措施，包含了保险监督相关的基本思想、监督项目、评价标准、事务处理上的注意点等内容。在现阶段法律法规对于风险处置措施的适用条件可以规定得宽泛原则一些，赋予监管机构较大的自由裁量权，以后随着监管实践的丰富和经验的积累，再逐步细化不同处置行为的适用条件。

（三）建立保险公司风险处置中的权力制衡与监督机制

对保险公司风险处置适用条件做出原则性的规定，虽可应对复杂的风险问题，但宽泛的自由裁量权过于依赖执法人员的个人素质和能力，容易引发行政不当行为。因此，保险公司风险处置中的权力制衡和监督不容忽视。

从美国的保险公司监管体制来看，虽然立法赋予了保险监管官很大的自由裁量权，但受宪政分权制衡理论的影响，美国的立法、行政、司法三权独立且有力，相互之间形成了有效的牵制，司法最终审查对监管官自由裁量权的行使给予一定的约束。另外，通过高效率的立法制定庞杂细致的规则体系来指导监管官。美国保险公司风险处置中监管官的自由裁量权并非行政强权，行政监管干预性的措施与技术性的公司指标挂钩，将监管举措与监管标准相对应，法律制度构建本身为监管官自由裁量权的合理限制提供了很好的解决方案。中国的司法体制不同于美国，因此，可以考虑在监管机构内部建立权力制衡和监督机制。

日本的保险监管体系通过“现场监管”与“非现场监管”两种监管方式的合理配置来实现更高效监管的目的。从行政组织上看，检查部门、监督部门分别负

²¹⁷ 《美国保险监管官协会示范法》558-1《行政监督示范法》。

责“现场监管”与“非现场监管”，两部门之间需进行合理协作，使其各自的效用切实得到发挥。为了推进金融监管的高效且切实有效地实施，两部门之间在综合考虑检查及监督工作状况的基础上召开检查监督协作会议。中国的保险监管也有相类似的职能分工，但究其职能运作就不得而知了。

(四) 分情形而置保险公司风险处置中的信息公开要求

中国《保险法》规定当保险监督管理机构在决定对保险公司采取整顿或者接管措施时，整顿、接管决定应当予以公告。此法律规定使保险监管陷入困境，因为将保险公司风险处置信息依法公开，一定程度上意味着向社会公布了该被处置保险公司是出现重大经营风险的公司，该信息会严重影响被处置公司业务地开展，在实务上加大了拯救问题保险公司的难度。

美国NAIC示范法为保护被拯救的公司而规定了不少保密条款

²¹⁸，对保密的对象、范围、时间做出了详致的规定，同时也允许法定情形下的信息公开，并将披露或其他监管机构或保证协会分享的条件及适用范围予以明确。这种区分情形的信息公开要求既顾及了被处置保险公司的“声誉”，也尽可能做到了信息披露所要求的保险公司风险处置过程的公开与透明。

依据中国《保险法》和《行政处罚法》（第4条）的规定，保险公司风险处置是需要公开的。从理论上讲，信息公开对于风险处置目标的实现未必有害，但对于确需拯救的保险公司，就另当别论了。在此情形下为满足于中国保险监管的需要，认可风险处置信息公开的合理性，并区分情形而设置信息公开的要求是制度设计的次优选择。

(五) 拓展保险保障基金的资金来源

保险保障基金来源于保险公司，当保险公司被撤销或者依法实施破产，或者保险监管机构经商有关部门认定保险公司存在重大风险，可能严重危及社会公共利益和金融稳定的，动用保险保障基金进行行业自救无可厚非，但是，一旦需要连续动用基金时，基金是否可充足地用于救助就值得商榷了。在日本，因投保人保护基金在日产生命保险相互公司的破产处理中提供了1990亿日元的资金援助而使其资金枯竭；即使在1998年成立了投保人保护机构，动用3600亿日元的资金对东邦生命相互保险公司进行资金救助后，投保人保护资金仍陷入紧张状态。根据日本保险公司市场退出时投保人保护机构进行资金救助的实践可见，丰富保险保障基金的资金来源非常重要。日本也为此做出了保险公司破产处理的改革。

《日本保险业法》第265条之33规定保险公司必须在每一个财务年度向投保人保护机构缴纳负担金；此外，机构在判断有必要进行资金援助等业务时，在一定范围内，在取得保险监管当局批准的情况下，可以从保险公司或银行以及其他金融机构借款（《日本保险业法》第265条之42）。针对上述的机构借款，在得到国会审议通过的范围内，日本政府可以对机构的该项借款提供担保（《日本保险业法》第265条之42之2）。该制度在适用之初是作为临时性制度被制

²¹⁸ 《风险资本示范法》312-1第8条A款、《行政监督示范法》558-1第4条A款、《保险公司破产管理示范法》555-1第206条A款。

定的，因为日本保险界发生了前述的寿险公司接连破产的情况，因此，在特定适用于寿险投保人保护机构的前提下，该制度已作为长期性制度得以保留。再者，针对寿险投保人保护机构，日本作为特别措施还设定了政府补助制度。该制度经过多次修改，目前其主要内容被确定为针对机构提供的资金援助，机构的借款额度超过4600亿日元时将由日本政府提供补助。该特别措施的实施期限被设定为至2012年3月止，其后是否延长从目前阶段而言还是雾里看花。

²¹⁹日本的相关规定为我们拓展保险保障基金的来源提供了一种可以参鉴的思路。

Ryabinchuk宝莲

俄罗斯国立高等教育研究院圣.彼得堡分院
《高等经济学院》教授，
圣彼得堡金融法法律部主管

国家对建筑竞争活动的调整

本文是关于在俄罗斯联邦建筑市场竞争的特殊状态

。笔者认为，业务实体的状况是确定业务能力的重要因素，包括在建筑市场的行政壁垒，基础设施的限度

，特别是定价问题，自我监管组织在更换许可证方面的活动能力，等等

亚历山大·沃尔科夫博士

俄罗斯国立高等教育研究院圣.彼得堡分院
“高等经济学院科学与国际事务”及研究员实验室法律学院副院长

©AK沃尔科夫，2012年

E-mail: akvolkov@hotmail.com

这篇文章是献给俄罗斯在天然气领域的外国投资机构的作法律规制研究。查靠投资的来源，这方面是影响投资气候因素的基本保障点，本文提供了相关行业的法规比如交通运输和天然气出口方面。虽然不否认在法律上需要改革，但是按照国际指标，笔者的结论是，政治上的不稳定是一大障碍，以投资为例。由于俄罗斯和中国之间的特殊关系，包括金砖国家BRICS的合作前景在内，研究人员提出了在天然气市场的基础上建立合作关系。在目前这个阶段上实现这种目标，事很有积极意义的。提供的项目有出口配额和市场分配，以此减少承包商的风险，因此在未来，为这些部门的自由化创造了前提条件。

²¹⁹ 稻田行祐著：“日本保险公司市场退出机制系列报道之四：投保人保护机构如何运作的”，马强译，载《中国保险报》2011年5月9日，第6版。

Тема 3. АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ГОСУДАРСТВЕННОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

МЫСЛИ О ЦЕЛЕСООБРАЗНОСТИ ВМЕШАТЕЛЬСТВА ГОСУДАРСТВА В ЭКОНОМИКУ В КИТАЕ

(на примере регулирования сферы лицензирования)

Аннотация

Среди видов возможного вмешательства исполнительных властей в экономические процессы особо выделяется административное лицензирование. Административные санкции — это мера, необходимая для поддержания общественного порядка, определение сферы их действия тесно связано с соответствующими отношениями с властями и рынком. Вступление в силу и начало применения закона КНР «Об административных санкциях», с одной стороны, показало специфику процесса правового воздействия и вмешательства властей КНР в экономику страны, с другой стороны обнажили недостатки и недочеты существующей нормативно-правовой базы, указав на необходимость дальнейшего совершенствования законодательных актов и усиления юридических оснований для вмешательства властей в экономические процессы.

Ло Джимин,
институт сравнительного
правоведения Китайского
университета политологии и
права (Пекин)
E-mail: Luozhimin12@126.com
© Ло Джимин, 2012

РЕФОРМИРОВАНИЕ КОРПОРАТИВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РОССИИ: СООТНОШЕНИЕ ИМПЕРАТИВНОГО И ДИСПОЗИТИВНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Вводные положения. Вопрос о соотношении диспозитивных и императивных норм в корпоративном законодательстве²²⁰ встает особенно остро на современном этапе. В свое время²²¹ в рамках Европейского Союза проблема поиска баланса между императивным и диспозитивным

²²⁰ Будем исходить из того, что в соответствии с Распоряжением ФКЦБ РФ от 4 апреля 2002 г. № 421/р «О рекомендации к применению Кодекса корпоративного поведения» корпоративное поведение — это понятие, охватывающее разнообразные действия, связанные с управлением хозяйственными обществами. Поэтому в корпоративное законодательство входят законы о хозяйственных обществах.

²²¹ Пять лет назад дискуссии о том, в какой мере корпоративное право ЕС и его членов должно быть диспозитивным, были достаточно серьезными (Hertig G, McCahery J.A. Optional rather than Mandatory EU Company Law Framework and Specific. Proposals. 2007 // http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=958247).

регулированием при формировании корпоративного права ЕС также стояла довольно остро. С одной стороны, наблюдается схожесть задач, решаемых государствами в данной сфере. И это хорошо подтверждается словами, высказанными еще в 1999 г. видными американскими специалистами в области корпоративного права Бернардом Блэком и Рейниром Крэкманом. В Комментарий Федерального закона об акционерных обществах²²² они, в частности, говорят, что Закон об акционерных обществах для экономически развитых государств и для государств с развивающейся экономикой должен решать одну и ту же принципиальную задачу: в лаконичных формулировках устанавливать совокупность норм, позволяющих максимально повысить заинтересованность инвесторов в предпринимательской деятельности.

Общая закономерная потребность инвесторов (и в целом бизнеса) снижать свои затраты, в том числе и регуляторные, существенно повлияла на развитие корпоративного права и законодательства. Вместе с тем Россия, несомненно, имеет свои особенности, которые проявляются в собственных уровнях развития национальной правовой системы, рыночной инфраструктуры и прежде всего финансового рынка. Хотя, как утверждают Блэк и Крэкман,²²³ Россия далеко не одинока в распространенности контролируемых «инсайдерами»²²⁴ акционерных обществ, наличии недостаточно эффективных судов, слабых органов государственного управления, регулирующих отношения в сфере рынка ценных бумаг, при слабом развитии рынка капиталов. И в связи с этим использование, «где это только возможно, четко и ясно сформулированных правил»²²⁵ или, иначе говоря, императивных правил поведения, имеет больше шансов для исполнения закона в российских условиях. Императивность регулирования, изначально заложенная в Федеральном законе «Об акционерных обществах», выполняла свою функцию в создании самодостаточной модели закона, которая предполагала, что четкое следование предписанному правилу не создаст необходимости обращаться в суд или орган государственного контроля.

В странах с развитой экономикой, правовой системой в целом, и судебной системой, в частности, предполагается, что диспозитивное регулирование менее затратно для бизнеса,²²⁶ т. е. у него всегда есть выбор процедур, которые требуют наименьших расходов при таком типе регулирования. Понятно стремление бизнеса найти самые удобные и экономичные формы ведения предпринимательской деятельности, но при этом существует вероятность того, что большая свобода усмотрения создаст риски для контрагентов.

²²² Блэк Б., Крэкман Р., Тарасова А. Комментарий Федерального закона об акционерных обществах / под общ. ред. А.С. Тарасовой. М., 1999. С. 20

²²³ Там же. С. 23.

²²⁴ Под инсайдерами авторы Комментария понимают членов совета директоров акционерного общества, членов коллегиального исполнительного органа общества, лицо, осуществляющее функции единоличного исполнительного органа общества, и крупных акционеров, которые имеют возможность определять решения, принимаемые обществом.

²²⁵ Там же. С. 25.

²²⁶ Hertig G, McCahery J.A. Optional rather than Mandatory EU Company Law Framework and Specific.

В России также есть понимание того, что важнейшей задачей настоящего этапа развития корпоративного законодательства является повышение конкурентоспособности российской модели управления в хозяйственных обществах. Эта задача может решаться, главным образом, за счет расширения диспозитивного регулирования. Установление более гибкого законодательного регулирования будет означать перенесение регулирования в сферу так называемого частного регулирования,²²⁷ которое осуществляется посредством устава и внутренних документов, корпоративных актов и договоров.

Трудно говорить об определенном этапе реформирования корпоративного законодательства в настоящий момент. Слово «реформа» обычно употребляется для того, чтобы отразить позитивное, существенное развитие, в частности, права, а не любые его изменения.²²⁸ Охват происходящих изменений в правовом полотно правил, упорядочивающих корпоративные отношения, позволяет нам размышлять о существенности предлагаемых изменений, а значит можно говорить и реформировании в этой сфере. Другое дело, как оценить серьезность и существенность происходящих или готовящихся перемен.

В связи с вышеизложенным поиск баланса между диспозитивным и императивным регулированием, а также установление сути императивности в современный период являются главными целями исследования.

Происходящие изменения в упорядочивании корпоративных отношений. В современный период появилось много факторов, так или иначе влияющих на состояние корпоративного законодательства России. Речь идет о следующих задачах, которые стоят сейчас перед Россией:

- модернизация ГК РФ как системное обновление, создание норм, наиболее соответствующих современному развитию России;
- антикризисные меры;
- создание Международного финансового центра в Москве;
- инновационное развитие страны.

В настоящее время одновременно осуществляются формально не скоординированные и разноуровневые следующие преобразовательные процессы:

— принят Федеральный закон от 3 декабря 2011 г. № 380-ФЗ «О хозяйственных партнерствах», который действует с 1 июля 2012 г.²²⁹ Согласно данным ЕГРЮЛ на 12 декабря 2012 г.²³⁰ в России зарегистрированы четыре хозяйственных партнерства. В соответствии со ст. 2 указанного закона хозяйственным партнерством признается созданная двумя или более лицами коммерческая организация, в управлении деятельностью которой в соответствии с настоящим Федеральным законом принимают участие

²²⁷ Вопросам негосударственного регулирования сейчас уделяется много внимания. Обсуждаются даже проблемы частного процессуального права (см., напр.: Курочкин С.А. Дискуссия о частном процессуальном праве // Арбитражный и гражданский процесс. 2011. № 1. С. 38–43).

²²⁸ Vergier J., du. Instruments of Law Reform: The Supreme Court and the Law Commissions of the United Kingdom // Cambridge Journal of International and Comparative Law. 2012. Vol. 1, issue 2. P. 47.

²²⁹ Все упоминаемые в статье правовые акты доступны в СПС «КонсультантПлюс».

²³⁰ <http://egrul.nalog.ru/#>

участники партнерства, а также иные лица в пределах и объеме, которые предусмотрены соглашением об управлении партнерством. Как мы видим, данная организационно-правовая форма представляет собой наиболее гибкую с точки зрения корпоративного управления разновидность юридических лиц. Основные вопросы, связанные с управлением партнерством и его деятельностью, уже не закрепляются в уставе, доступ к которому у нас не может быть ограничен,²³¹ а решаются в рамках соглашения об управлении хозяйственным партнерством, доступ к которому участники могут ограничить. Сторонами такого соглашения могут быть не только участники партнерства, но и иные лица, а также само партнерство. Тем самым корпоративное законодательство пополнилось Федеральным законом «О хозяйственных партнерствах», в котором предложена новая форма диспозитивности — абсолютная диспозитивность;

— ведется работа над новой редакцией ГК РФ. На основе положений Проекта Федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации», можно выявить следующие основные идеи реформирования: сохранение «двухуровневого» регулирования статуса юридических лиц (общие нормы — в ГК РФ, а специальные — в отдельных законах); закрепление понятия корпоративной организации (корпорации), в целях единообразия регулирования всех корпоративных по своей сути отношений; закрепление статуса публичного хозяйственного общества; отказ от формы «общество с дополнительной ответственностью». Предлагают также отказаться от формального деления акционерных обществ на открытые и закрытые и ввести различный правовой режим для обществ, акции которых обращаются на рынке, и для всех остальных обществ. Для акционерных обществ, акции которых публично не обращаются (непубличные общества), будет предусмотрена: возможность перераспределения прав контроля без соблюдения процедур раскрытия информации; возможность для акционеров договариваться об установлении повышенного квалифицированного большинства для принятия отдельных решений; большая свобода в распределении компетенции органов управления и иной порядок избрания членов совета директоров и т. д. Идея дифференцированного подхода к обществам давно назрела, другой вопрос, каким образом вновь найти баланс интересов и не переложить затраты хозяйственных обществ на плечи их контрагентов. Любое диспозитивное регулирование должно учитывать механизм справедливого перераспределения рисков между участниками рынка. За рубежом также активизировался процесс поиска новых форм бизнеса, центральное место здесь занимает реформа законодательства о партнерствах,²³² в ответ на потребности малого и среднего

²³¹ Пункт 1 Постановления Правительства РСФСР от 5 декабря 1991 г. № 35 «О перечне сведений, которые не могут составлять коммерческую тайну» (в ред. от 3 октября 2002 г.).

²³² Маккери Д., Вермулен Э. Исследование внекорпоративных форм ведения бизнеса / Национальный совет по корпоративному управлению. М., 2007. С. 12.

бизнеса.²³³ Достаточно остро встают вопросы, насколько соразмерно использование одинакового подхода в регулировании при установлении даже минимальных требований, допустим, к акционерным обществам? Организации, принадлежащие к малому и среднему бизнесу, несут большие расходы по соблюдению минимальных требований законодательства — даже тогда, когда они являются закрытыми формами бизнеса. Однако очевидно, что поиск «низкозатратных» новых форм ведения бизнеса должно не спровоцировать «затратность» ведения бизнеса с ними их контрагентами (неопределенность в том, как осуществляется управление, принимаются решения в организации-контрагенте, потребует специальных знаний, а значит, дополнительных расходов);

— ведется законопроектная работа по изменению федеральных законов (ФЗ) о хозяйственных обществах («Об акционерных обществах» и «Об обществах с ограниченной ответственностью»). В настоящее время продолжается работа над подготовкой изменений в ФЗ «Об акционерных обществах» по следующим направлениям: (1) в части совершенствования правового регулирования приобретения крупных пакетов акций открытых акционерных обществ; (2) в части совершенствования механизмов реализации прав участников хозяйственных обществ на информацию; (3) в части определения прав и обязанностей лиц, входящих в органы управления, усиления их ответственности; (4) в части обеспечения сбалансированного представительства мужчин и женщин в советах директоров (наблюдательных советах) акционерных обществ;²³⁴

— принято новое Положение о дополнительных требованиях к порядку подготовки, созыва и проведения общего собрания акционеров, утвержденное Приказом ФСФР России от 2 февраля 2012 г. № 12-6/пз, которое начинает действовать с 28 февраля 2013 г.;

— Московская биржа в сотрудничестве с ОЭСР приступила к разработке новой редакции Российского кодекса корпоративного поведения, рекомендованного к применению Распоряжением ФКЦБ РФ от 4 апреля 2002 г. № 421/р.

Способы диспозитивного регулирования. При выборе направлений развития корпоративного законодательства одним из главных стал вопрос о соотношении диспозитивного и императивного регулирования корпоративных отношений.

Корпоративное право, являющееся составной частью частного права, с одной стороны, должно главным образом основываться на основных принципах гражданского права, с другой стороны, судебная практика применения корпоративного законодательства часто свидетельствует, что проблемы обеспечения правовой определенности, баланса интересов, стабильности хозяйственного оборота в современный период ставят перед

²³³ Vermeulen E.P.M. The evolution of legal business forms in Europe and the United States: venture capital, joint venture and partnership structures. Kluwer Law International, 2003. P. 4.

²³⁴ Находится на рассмотрении в Государственной Думе (законопроект № 172496-6: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28SpravkaNew%29?OpenAgent&RN=172496-6&02>).

законодательством новые задачи. Вопрос о правовой определенности напрямую связан с закреплением четкого правила поведения, при этом наивысшей четкости обычно ждут от императивной нормы.

Однако часто такое стремление создать определенность оказывается иллюзией. Известны проблемы, возникающие в практике применения отдельных императивных норм ФЗ «Об акционерных обществах». В частности, в п. 1 ст. 68 указанного закона установлено, что заседания совета директоров (наблюдательного совета) созываются его председателем, при этом члены совета директоров (наблюдательного совета), ревизионная комиссия, аудитор, исполнительный орган общества и иные лица, определенные уставом общества, вправе требовать от председателя лишь созыва собрания. Акционерным обществам приходится создавать сложные правила созыва первого заседания совета директоров после избрания нового состава на годовом общем собрании акционеров, поскольку председатель совета директоров еще не избран. Во внутренних документах встречаются различные подходы к порядку созыва первого заседания совета директоров, избранного в новом составе. Например, закреплено, что такое заседание созывается одним из членов совета директоров, фамилия которого в алфавитном порядке стоит первой. В то время как в судебной практике существует неоднозначная позиция²³⁵ по поводу того, имеет ли право член совета директоров созывать заседание совета директоров.

Диспозитивные нормы по критерию свободы усмотрения мы можем разделить, на два вида:

— альтернативно диспозитивные, когда законом предусматривается только два варианта поведения: следовать закону или *иное* закрепить в уставе; часто и «иное» также ограничено законодательными рамками;

— абсолютно диспозитивные, когда субъектам предоставляется возможность самим определять способ поведения. Например, в соответствии со ст. 18 ФЗ «О хозяйственных партнерствах», система, структура и полномочия органов управления партнерства, порядок осуществления ими деятельности и прекращения деятельности определяются соглашением об управлении партнерством, императивно закрепляется только наличие единоличного исполнительного органа в структуре управления партнерством. Подобный подход используется также в ст. 85 ФЗ «Об акционерных обществах», которая предусматривает, что порядок деятельности ревизионной комиссии (ревизора) общества определяется внутренним документом общества, утверждаемым общим собранием акционеров. Иными словами, закон в полной мере позволяет по собственному усмотрению общества создать такие правила.

В корпоративном праве способы закрепления правил поведения самими хозяйствующими субъектами могут быть различны:

- в уставе,
- во внутренних документах,

²³⁵ В Постановлении ФАС Уральского округа от 16 июля 2007 г. № Ф09-5645/07-С4 по делу № А50-14689/2006-Г-15 суд исходит из того, что такого права у члена совета директоров нет; противоположная позиция — в Постановлении ФАС Дальневосточного округа от 14 марта 2011 г. № Ф03-518/2011 по делу № А04-2516/2010.

— в корпоративных договорах.

Проблема соотношения императивных и диспозитивных норм в корпоративном законодательстве. Специалистами различных отраслей частного права отмечается общая тенденция смещения акцента от императивного к диспозитивному регулированию.²³⁶ Что касается корпоративного права, то, по мнению И.С. Шиткиной, императивные нормы закона являются минимальными требованиями к защите субъектов корпоративных правоотношений, а диспозитивные открывают дополнительные возможности для более широкой реализации принципов корпоративного права.²³⁷

Создание новых правовых правил для публичных и непубличных обществ, для хозяйственных партнерств ставит много вопросов: насколько целесообразны императивные правила, когда речь идет о регулировании отношений внутреннего управления, разграничения компетенции между органами внутри организации, каковы пределы корпоративной свободы при принятии решений внутри организации, как учесть интересы всех участников рынка при предоставлении гибких условий ведения бизнеса. Интересны исследования голландских ученых *Joseph A. McCahery* и *Erik P.M. Vermeulen*,²³⁸ которые исследуют проблемы неприменимости единого подхода в регулировании для открытых и закрытых форм бизнеса, ведут поиск наиболее оптимальных минимальных требований для закрытых форм.

По мнению С. Хохлова,²³⁹ поиски способов и приемов четкого разграничения диспозитивных и императивных норм имеют значение как для выработки предложений по решению этого вопроса путем судебного толкования, так и для подготовки на перспективу предложений по внесению изменений в ГК.

При решении вопроса о соотношении императивных и диспозитивных норм в законодательном регулировании необходимо иметь в виду один немаловажный практический аспект. В случаях, когда несоблюдение императивных норм не имеет неблагоприятных последствий либо эти последствия оцениваются бизнесом как несущественные, такие правила *de facto* становятся диспозитивными. В данном случае речь не идет о какой-то российской специфике, в зарубежной литературе также обсуждаются подобные современные правовые явления.²⁴⁰

²³⁶ В частности, новеллой Трудового кодекса РФ считают именно эту его черту: Головина С.Ю. Кодификация трудового законодательства России // Кодификация российского частного права / под ред. Д.А. Медведева. М., 2008. С. 259.

²³⁷ Корпоративное право / под ред. И.С. Шиткиной. М., 2007. С. 31.

²³⁸ *Vermeulen E.P.M.* The evolution of legal business forms in Europe and the United States: venture capital, joint venture and partnership structures; *McCahery J.A., Vermeulen E.P.M.* Corporate Governance of Non-Listed Companies. Oxford University Press, 2010.

²³⁹ Концептуальная основа части второй Гражданского кодекса // Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая: текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель / ред.: О.М. Козырь, А.Л. Маковский, С.А. Хохлов. М., 1996. С. 236.

²⁴⁰ *Papadopoulos Th.* The mandatory provisions of the EU Takeover Bid Directive and their deficiencies // Law and Financial Market Review. 2007. N 6. P. 525–533.

Общими целями императивного регулирования, как правило, являются: создание правовой определенности; четкое закрепление наиболее важных для отрасли правил поведения или запретов,²⁴¹ позволяющих обеспечить правовую защиту (но, как было показано выше, это не всегда оправдывается).

Определение важности четкого законодательного закрепления будет зависеть от конкретного периода времени социального и экономического развития государства, с одной стороны, и главных целей регулирования конкретными законодательными актами, с другой. Также императивность регулирования должна различаться в зависимости от режима регулирования той или иной формы корпоративной организации.²⁴² Подтверждено опытом регулирования в развитых странах установление различий в правовых режимах субъектов, акции которых свободно обращаются на организованных торгах, т. е. публичных и непубличных обществ. Основной ценностью корпоративного законодательства является обеспечение защиты прав лиц, которые готовы стать участниками корпоративных форм ведения бизнеса. Предполагается, что ясное закрепление в законодательстве таких прав будет способствовать наиболее адекватной их защите. Отсутствие такого прямо установленного права может создать практику непредоставления защиты заинтересованному лицу. Примером может служить позиция судов о том, что акционер не вправе обжаловать заключение ревизионного органа акционерного общества.²⁴³ Доводы судов основываются на формальном прочтении ст. 49, 68 и 70 ФЗ «Об акционерных обществах», которые предусматривают право акционера обжаловать в суде решения органов управления акционерного общества. Суды считают, что ревизионная комиссия не является органом управления, в законе отсутствует правовая возможность обжалования решений данного органа и тем самым лишают акционера восстановить свое нарушенное право. Тем самым в тех случаях, когда охранительная функция оперативности выполняется при защите других прав акционера, выявленные судебной практикой проблемы должны стать сигналом для внесения соответствующих изменений в нормативные акты на современном этапе регулирования. Иначе императивность регулирования становится ограничительным фактором защиты, т. е. все, что не поименовано, не подлежит защите, поскольку не может опираться на расширительное толкование целей регулирования судом.

Сделаем краткие **выводы**. Развитие рыночной структуры российской экономики перешло на следующий этап своего развития. Такое поступательное движение ставит новые задачи перед законодательством, в том числе о юридических лицах:

— Происходит расширение сферы регулирования корпоративного законодательства за счет появления новых организационно-правовых форм.

²⁴¹ Дудина А.Н. Императивные нормы как разновидность гражданско-правовых норм // Норма права: проблемы теории и практики: Материалы межвузовского круглого стола, проводимого в рамках 69-й конференции преподавателей и докторантов БГУЭП. Иркутск. 25 марта 2010 г. Иркутск, 2010. С. 82–87.

²⁴² Armour J., Hansmann H., Kraakman R. The Essential Elements of Corporate Law: What is Corporate Law? (2009) // http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Kraakman_643.pdf

²⁴³ Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 29 сентября 2004 г. № А33-5583/04-С1-Ф02-3980/04-С2; Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 26 мая 2011 г. по делу № А32-21924/2010.

— Для развития корпоративного законодательства, наиболее эффективно устанавливать гибкие правила в рамках существующих форм юридических лиц для непубличных хозяйственных обществ. Диспозитивные нормы позволяют участникам рынка выбрать наименее затратный способ упорядочения корпоративных отношений. Однако поиск и закрепление в законодательстве наименее экономически затратных моделей поведения должно быть сбалансировано защитой интересов всех участников рынка, и невозможностью необоснованного «переноса» рисков с одних субъектов на другие.

— Эффективность абсолютно диспозитивного регулирования наиболее ожидаема в условиях регулирования, основанного на принципе обеспечения правомерных разумных ожиданий, иными словами, все участники оборота готовы действовать добросовестно и разумно при условии взаимности, т. е. в ожидании такого же поведения от остальных.

— Императивность в сфере частного регулирования должна быть обусловлена только выполнением главных целей регулирования в конкретный экономико-социальный этап общественного развития. В корпоративном законодательстве императивность может быть оправдана только выполнением охранительной функции такого типа регулирования.

Светлана Алексеевна Чеховская,
факультет права
НИУ ВШЭ (Москва)
E-mail: schekhovskaya@hse.ru
© С.А. Чеховская, 2012

ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ РЕФОРМЫ ГОСУДАРСТВЕННЫХ ПРЕДПРИЯТИЙ В КИТАЕ И РОССИИ

Аннотация

За последние 30 лет реформа государственной собственности в КНР добилась выдающихся результатов, однако в процессе ее реализации на современном этапе возник целый ряд вопросов и проблем. Причина этого заключается в конфликте между принципами рыночной экономики и нормативно-правовой базой, регулирующей зафиксированный в Конституции КНР режим функционирования общественной собственности в экономике страны, в результате чего государственные предприятия оказались в сложной ситуации коммерциализации (маркетизации): нацеленные на маркетизацию государственные предприятия должны руководствоваться принципами рыночной экономики, при этом они могут утратить свое ведущее положение в системе общественной собственности. Однако если все-таки сохранить их лидирующее положение, то функционирование предприятий государственной собственности, возможно, будет нарушать принципы хозяйственной деятельности, характерные для компаний в рыночной экономике. Эти трудности привели к тому, что государственные компании в процессе своего

функционирования создали значительную угрозу для всей народной экономики страны в целом. Однако у этого положения есть еще одна неочевидная, т. е. не лежащая на поверхности, скрытая причина, суть которой заключается в определенной несовместимости подходов к маркетизации предприятий государственной собственности в стране и обязательными признаками этого вида собственности. Двойная задача, которая поставлена перед предприятиями государственной собственности, оказывается просто не под силу этим предприятиям, находящимся в процессе маркетизации своей хозяйственной деятельности.

Выводы: трудности предприятий государственной собственности, возникающие в процессе их маркетизации, заключаются в игнорировании общественного характера собственности и соответствующих функций, в результате чего предприятия государственной собственности одновременно обладают и рентабельностью, и общественной полезностью, но по своей сути эти две характеристики до определенной степени оказываются противоположно направленными.

Постулаты: в условиях возникновения коллизии между нормативно-правовыми актами выдвигается факт возникновения трудностей при маркетизации предприятий госсобственности, кроме того были освещены реальные угрозы, возникающие при коммерциализации. В статье представлен анализ истории развития и реформ предприятий государственной собственности, выяснено, что источник сложностей, возникающих при маркетизации предприятий госсобственности, состоит в их неспособности реализовать возлагаемые на них общественные функции.

Ли Хуннань,
юридическая школа
Финансово-экономического
университета (пров. Цзянси)
E-mail: leekey@163.com
© Ли Хуннань, 2012

ЭКОНОМИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ ЛИЦЕНЗИРОВАНИЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ТАКСИ В ПЕКИНЕ: СБОЙ В РЫНОЧНОМ МЕХАНИЗМЕ ИЛИ УПРАВЛЕНИИ?

Аннотация

В Пекине в сфере таксомоторного транспорта проводится строгое разрешительное регулирование методом лицензирования и жесткого количественного ограничения (*regulation of entry*). Однако подобная практика привела к тому, что, с одной стороны, повсеместное распространение получило нелицензированное (черное) такси, что не могло не усугубить проблему снижения качества обслуживания в сфере такси, т. е. лицензирование не смогло решить проблему сбоев в рыночном механизме в целом (*market failure*), а также

улучшения общего уровня обслуживания в данной сфере. С другой стороны, такая политика надзорных органов страны привела к заоблачным ценам на лицензию, в результате чего лицензирование превратилось в инструмент извлечения личной выгоды для небольшой группы заинтересованных лиц и, деформировав рыночный механизм, привело к утрате эффективности контролирующей деятельности органов власти. Как показывают теоретические исследования в области права и экономики, лицензирование может разрешить проблему сбоев в рыночном механизме и повысить общественное благосостояние, но в большинстве случаев правительство не в состоянии справиться с этой проблемой и даже, наоборот, такая лицензионная политика становится способом извлечения выгоды для заинтересованных лиц. Как показал практический опыт других стран, например США, где начиная с 1970-х годов началось движение за отмену лицензирования (*deregulation*), именно в сфере таксомоторов степень эффективности лицензирования в больших мегаполисах и маленьких и средних городах совершенно различна. Глубина рыночного «сбоя» и степень доступности информации в различных регионах не совсем одинаковы, и если отмена лицензирования в мелких и средних городах имела положительный эффект, то в крупных городах отмены не было, но все-таки были усовершенствованы механизмы лицензирования, что и повысило прозрачность системы контроля и надзора в данной сфере экономики.

В данной статье сделаны следующие выводы: 1) разрешительное регулирование таксомоторного транспорта в Пекине не решило проблему сбоев на рынке и даже, наоборот, привело к утрате рычагов контроля со стороны властей; 2) необходимо совершенствовать методы лицензирования, используя дифференцированный подход к сельским и городским районам; 3) регулирование не должно сводиться исключительно к лицензированию, необходимо уделять внимание и повышению качества обслуживания, обеспечению безопасности, а также стимулировать надзор со стороны пассажиров. Согласно результатам исследования работы такси в Пекине, государственное регулирование в этой отрасли народного хозяйства должно опираться на недорогое или даже бесплатное лицензирование прав на управление таксомоторным транспортом и учитывать практический опыт и теоретические наработки в регулировании хозяйственной деятельности такси американских коллег.

Ли Вентин,
исследовательский центр
права и экономики,
Китайский университет
политологии и права
(Пекин)
E-mail: toplwj@gmail.com
© Ли Вентин, 2012

ФИДУЦИАРНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ГОСУДАРСТВЕННЫХ ПРЕДПРИЯТИЙ: КИТАЙСКИЙ ОПЫТ, РАЗМЫШЛЕНИЯ И ПРЕДЛОЖЕНИЯ

Аннотация

Разделение права собственности является характерной особенностью современной системы ведения предпринимательской деятельности, при этом возникает проблема ответственности доверительного управляющего и возникновения ущерба, причиненного нарушением этических норм особого доверия. При эксплуатации общественной собственности в процессе предпринимательской деятельности по управлению чужим имуществом ответственность перед собственником преобразуется в ответственность доверительного управляющего перед выгодоприобретателем и обществом, возникающие при этом у доверительного управляющего права постоянно расширяются, а его ответственность, наоборот, становится все более размытой. Механизм обеспечения безопасности доверительного управления на современном предприятии включает два аспекта — внутренний и внешний контроль, но в условиях общественной собственности механизмы как внешнего, так и внутреннего контроля оказываются в равной степени малоэффективными. Риски причинения ущерба в результате действий доверительного управляющего увеличиваются, и особенно ярко это проявляется при финансовом кризисе. Китай довольно значительно преуспел в минимизации подобных рисков со стороны доверительных управляющих. Был выявлен целый ряд факторов, этому способствующих: (1) единоличное участие государства в праве собственности гарантирует совпадение интересов собственника с интересами лица, контролирующего предпринимательскую деятельность (выбранного доверительным управляющим), что способствует ограничению рисков причинения ущерба недобросовестными действиями доверительного управляющего; (2) создание специальных органов и структур, реализующих и контролирующих процесс государственного финансирования на предприятиях, в некоторой степени решает проблему отсутствия персонифицированного собственника имущества; (3) подотчетные партии управляющие на предприятиях государственного финансирования осуществляют управление переданным им имуществом под жестким контролем со стороны всей партийной системы, в результате чего наиболее успешные из них могут добиться повышения, что также положительно сказывается на уровне профессиональной подготовки доверительных управляющих на предприятиях; (4) аудиторский надзор со стороны государства за предприятиями с государственным финансированием повышает эффективность контроля за хозяйственной деятельностью доверительных управляющих, а также имеет первостепенное значение для предотвращения возникновения преступного сговора между управляющим и негосударственными аудиторскими службами в целях фальсификации результатов проверки их хозяйственной деятельности. Кроме того, к факторам, гарантирующим

добросовестность доверительных управляющих, относится серьезная уголовная ответственность за подобные правонарушения с их стороны.

Ван Синхун,
институт права Фуцзянского
педагогического университета
E-mail: 13905919548@139.com
© Ван Синхун, 2012

ОРГАНИЗАЦИОННО-ПРАВОВЫЕ ФОРМЫ УЧАСТИЯ ГОСУДАРСТВА В ЭКОНОМИКЕ РОССИИ

В конце прошлого века в России шел активный процесс приватизации государственного имущества. Результатом такого процесса стало резкое сокращение количества государственных предприятий и появление организаций, являющихся собственниками своего имущества, а именно: АО, ООО и производственных кооперативов. Если в 1990-е годы мы имели океан государственных предприятий и «островок» частного сектора, то на сегодняшний день имеется обратная ситуация: океан частного сектора и маленький островок государственного сектора. Вместе с тем государство остается участником как коммерческих организаций, так и учредителем некоммерческих организаций, через которые осуществляет свои функции и выполняет социальные и экономические задачи.

На 1 октября 2012 г. в ЕГРЮЛ зарегистрировано 11 390 унитарных предприятий, 173 234 АО (включая открытые и закрытые).²⁴⁴ Российская Федерация является собственником имущества 3 517 федеральных государственных унитарных предприятий, акционером 2 950 акционерных обществ.²⁴⁵ Несмотря на незначительное количество таких АО, это акционерные общества, являющиеся стратегическими, государствообразующими обществами, представляющими особую значимость для решения социально-экономических, научно-технических задач государства.

Государство как публичное образование участвует и в коммерческих, и в некоммерческих организациях различных организационно-правовых форм. Кроме акционерных обществ, государство является учредителем унитарных предприятий как коммерческих организаций, а также государственных корпораций, компаний и учреждений как некоммерческих организаций. В чем различия перечисленных организационно-правовых форм и их особенности?

Правовое положение *унитарных предприятий*, основанных на праве хозяйственного ведения (государственных и муниципальных предприятий), и унитарных предприятий, основанных на праве оперативного управления

²⁴⁴ <http://www.nalog.ru>

²⁴⁵ Об утверждении прогнозного плана (программы) приватизации федерального имущества и основных направлений приватизации федерального имущества на 2011–2013 гг. Распоряжение Правительства РФ от 27 ноября 2010 г. № 2102-р (<http://www.rg.ru/printable/2011/01/11/privatizacia-dok.html>).

(казенных предприятий), определено ГК РФ и ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» от 14 ноября 2002 г. № 161-ФЗ.²⁴⁶

Особенности унитарных предприятий заключаются в следующем. Во-первых, это коммерческие организации, не являющиеся собственниками своего имущества. Имущество закреплено за таким предприятием на праве хозяйственного ведения. Как ограниченное вещное право хозяйственное ведение означает, что предприятие владеет, пользуется и распоряжается имуществом только в порядке, предусмотренном законом. Так, собственник имеет право на получение части прибыли, получаемой от использования имущества предприятием. Предприятие не может без согласия собственника распоряжаться недвижимым имуществом. Движимым имуществом государственное предприятие распоряжается только в пределах, не лишаящих его возможности осуществлять деятельность, цели, предмет, виды которой определены уставом такого предприятия.

Во-вторых, управление унитарным предприятием осуществляется собственником — публичным образованием — опосредовано, через назначаемого им и подотчетного ему руководителя унитарного предприятия (директора, генерального директора). Руководитель является единоличным исполнительным органом унитарного предприятия и организует выполнение решений собственника имущества унитарного предприятия.

Руководитель унитарного предприятия при осуществлении своих прав и исполнении обязанностей должен действовать в интересах унитарного предприятия добросовестно и разумно. Он несет в установленном законом порядке ответственность за убытки, причиненные унитарному предприятию его виновными действиями (бездействием), в том числе в случае утраты имущества унитарного предприятия.

От имени государства (публичного образования) права собственника имущества унитарного предприятия осуществляют органы государственной власти РФ или органы государственной власти субъекта РФ в рамках их компетенции, установленной актами, определяющими статус этих органов.

От имени РФ права собственника имущества федерального государственного предприятия может осуществлять Государственная корпорация по атомной энергии «Росатом» в порядке, установленном Федеральным законом от 1 декабря 2007 г. № 317-ФЗ «О Государственной корпорации по атомной энергии “Росатом”».²⁴⁷

Собственник осуществляет контроль за использованием по назначению и сохранностью принадлежащего унитарному предприятию имущества; утверждает показатели экономической эффективности деятельности унитарного предприятия и контролирует их выполнение; дает согласие на создание филиалов и открытие представительств унитарного предприятия; дает согласие на участие унитарного предприятия в иных юридических лицах; дает согласие в случаях, предусмотренных Федеральным законом, на совершение

²⁴⁶ СЗ РФ. 2002. № 48. Ст. 4746.

²⁴⁷ СЗ РФ. 2007. № 49. Ст. 6078.

крупных сделок, сделок, в совершении которых имеется заинтересованность, и иных сделок.

Правовое положение *АО с участием государства* определяется федеральными законами «Об акционерных обществах», «О приватизации государственного и муниципального имущества» 2002 г., а также целым рядом Постановлений Правительства РФ.

В отличие от унитарных предприятий акционерные общества с участием государства — собственники своего имущества; государство является в таком акционерном обществе акционером и получает весь объем прав, удостоверенных акциями. Прежде всего, это право на получение дивидендов, право на управление (участие в общем собрании, через представителей в совете директоров и ревизионной комиссии). Собственник-акционер получает прибыль в виде дивидендов и поэтому он непосредственно заинтересован в эффективности АО.

Другое дело, что участие в советах директоров АО с государственным акционером представителей государства ставит другие вопросы, в частности, кто именно должен представлять интересы государства? Если это государственные чиновники, то они не заинтересованы в эффективности управления АО, поскольку не получают вознаграждение. Если это независимые директора или профессиональные управляющие, то размер их вознаграждения зависит от результатов деятельности АО и они заинтересованы в повышении его экономической результативности.

Управление АО строится по совершенно иной модели, нежели управление унитарным предприятием. Собственник-акционер самостоятельно формирует органы управления: либо сам осуществляет управление и заинтересован в его эффективности, так как от этого зависят его дивиденды, либо передает управление наемному менеджменту, который также заинтересован в эффективности управления, поскольку от этого зависит его вознаграждение. Отсюда, к слову, конфликт интересов между акционером (акционерами) и наемным менеджментом.

Государство как акционер в АО со 100 % или преобладающем своим участием формирует органы управления, выражающие волю и интересы именно государства. Другое дело, что интересы государственных служащих в органах управления таких АО не всегда совпадают с интересами государства как акционера. Отсюда проблема замены государственных чиновников профессиональными управляющими и независимыми директорами, получающими вознаграждение и заинтересованными в эффективности управления АО.

В современной ситуации необходимо четко определиться, где и в каких сферах деятельности целесообразно сохранение унитарных предприятий, а где целесообразно функционирование акционерных обществ с участием государства. В Прогнозном плане (программе) приватизации федерального имущества и основных направлениях приватизации федерального имущества на 2011–2013 гг., утвержденном Распоряжением Правительства РФ от 27 ноября 2010 г. № 2102-р сказано следующее: «На современном этапе

приватизация федерального имущества является одним из инструментов достижения целей перехода к инновационному социально ориентированному развитию экономики». В 2013–2014 гг. государство планирует продажу акций, принадлежащих государству в АО. Среди АО, акции которых планируются к продаже, АО энергетического комплекса, промышленности, банковского сектора. При этом государство оставляет за собой контрольный пакет акций (50 % + 1 акция) либо вводит специальное право управления — «золотую акцию».

Кроме участия в коммерческих организациях (унитарных предприятиях, акционерных обществах), государство участвует и в некоммерческих организациях. Речь идет, прежде всего, о государственных учреждениях, государственных корпорациях и государственной компании.

Говоря о правовом положении *государственных учреждений*, следует обратить внимание на следующее. Учреждение, являясь некоммерческой организацией, создается собственником (в том числе и публичным) для осуществления управленческих, социально-культурных или иных функций некоммерческого характера. Поэтому государственные учреждения (бюджетные и автономные) не являются теми организациями, через которые государство решает свои коммерческие цели — получение прибыли.

Другой формой некоммерческой организации, учреждаемой государством, являются государственные корпорации.

Легальное определение *государственной корпорации* появилось в Федеральном законе «О некоммерческих организациях» с 14 июля 1999 г. на основании Федерального закона от 8 июля 1999 г. № 140-ФЗ.²⁴⁸ В соответствии с ним «государственной корпорацией признается не имеющая членства некоммерческая организация, учрежденная Российской Федерацией на основе имущественного вноса и созданная для осуществления социальных, управленческих или иных общественно полезных функций.²⁴⁹ Государственная корпорация создается на основании федерального закона».

В настоящее время имеется шесть государственных корпораций.²⁵⁰ «Банк развития и внешнеэкономической деятельности (Внешэкономбанк)»; «Агентство по страхованию вкладов»; «Фонд содействия реформированию жилищно-коммунального хозяйства»; Госкорпорация (ГК) по содействию разработке, производству и экспорту высокотехнологичной промышленной продукции («Ростехнологии»); ГК по атомной энергии («Росатом»); ГК по строительству олимпийских объектов и развитию города Сочи как горноклиматического курорта («Олимпстрой»)).²⁵¹

²⁴⁸ СЗ РФ. 1999. № 28. Ст. 3473.

²⁴⁹ Это определение почти дословно соответствует определению учреждения в п. 1 ст. 120 ГК, согласно которому учреждением признается некоммерческая организация, созданная собственником для осуществления управленческих, социально-культурных или иных функций некоммерческого характера.

²⁵⁰ Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 211-ФЗ «О реорганизации Российской корпорации нанотехнологий» корпорация «Роснанотех» преобразована в ОАО со стопроцентным участием государства.

²⁵¹ См., соответственно, федеральные законы от 17 мая 2007 г. № 82-ФЗ «О Банке развития»; от 23 декабря 2003 г. № 177-ФЗ «О страховании вкладов физических лиц в банках Российской Федерации»; от 19 июля 2007 г. № 139-ФЗ «О российской корпорации нанотехнологий»; от 21 июля 2007 г. № 185-ФЗ «О фонде содействия реформированию жилищно-коммунального хозяйства»; от 23 ноября 2007 г. № 270-ФЗ

Имущество, переданное государственной корпорации Российской Федерацией, является собственностью государственной корпорации. Каких-либо прав (обязательственных, вещных) в отношении государственной корпорации Российская Федерация не имеет.

Источниками формирования имущества госкорпорации могут являться также и регулярные и/или единовременные поступления (взносы) от юридических лиц, для которых обязанность осуществлять эти взносы определена федеральным законом. В случаях и порядке, которые установлены федеральным законом, предусматривающим создание госкорпорации, за счет части ее имущества может быть сформирован уставный капитал, который определяет минимальный размер имущества госкорпорации, гарантирующего интересы ее кредиторов.

Главную особенность статуса этих юридических лиц составляет то обстоятельство, что каждая госкорпорация создается на основании специального федерального закона, а потому в отличие от всех других юридических лиц не имеет учредительных документов.

Законы о государственных корпорациях определяют цели деятельности и функции государственной корпорации. Цели связаны с обеспечением интересов государства. Например, целью деятельности Государственной корпорации «Ростехнологии» «является содействие разработке, производству и экспорту высокотехнологичной промышленной продукции путем обеспечения поддержки на внутреннем и внешнем рынках российских организаций — разработчиков и производителей высокотехнологичной промышленной продукции, привлечения инвестиций в организации различных отраслей промышленности, включая оборонно-промышленный комплекс» (ст. 3 Закона).

В соответствии с Федеральным законом «О государственной корпорации «Росатом»» «корпорация создается и действует в целях проведения государственной политики, осуществления нормативно-правового регулирования, оказания государственных услуг и управления государственным имуществом в области использования атомной энергии, развития и безопасного функционирования организаций атомного энергопромышленного и ядерного оружейного комплексов Российской Федерации, обеспечения ядерной и радиационной безопасности, нераспространения ядерных материалов и технологий, развития атомной науки, техники и профессионального образования, осуществления международного сотрудничества в этой области» (ст. 4 Закона).

Государственные корпорации вправе осуществлять предпринимательскую деятельность лишь постольку, поскольку это служит достижению целей деятельности, установленных в законе, и соответствует этим целям. Прибыль государственной корпорации, полученная по результатам ее деятельности, подлежит направлению исключительно на достижение целей, установленных законом. При этом государство, передав имущество в

«О государственной корпорации «Ростехнологии»; от 1 декабря 2007 г. № 317-ФЗ «О государственной корпорации по атомной энергии «Росатом»; от 30 октября 2007 г. № 238-ФЗ «О государственной корпорации по строительству олимпийских объектов и развитию города Сочи как горноклиматического курорта».

собственность государственной корпорации, не имеет права на получение прибыли.

Органами управления государственной корпорации являются наблюдательный совет, правление и генеральный директор. Органом внутреннего финансового контроля госкорпорации является ревизионная комиссия.

Наблюдательный совет — высший орган управления государственной корпорации. Члены наблюдательного совета назначаются Президентом РФ или Правительством РФ на срок не более пяти лет. Например, в соответствии с Федеральным законом «О государственной корпорации «Ростехнологии»» в состав наблюдательного совета Государственной корпорации «Ростехнологии» входят девять членов: четыре представителя Президента Российской Федерации, четыре представителя Правительства Российской Федерации, генеральный директор Государственной корпорации «Ростехнологии», являющийся членом наблюдательного совета по должности.

Председатель наблюдательного совета Государственной корпорации «Ростехнологии» назначается Президентом Российской Федерации из числа членов наблюдательного совета Государственной корпорации «Ростехнологии» одновременно с назначением членов наблюдательного совета Государственной корпорации «Ростехнологии».

Члены наблюдательного совета Государственной корпорации «Ростехнологии», за исключением генерального директора Государственной корпорации «Ростехнологии», работают в Государственной корпорации «Ростехнологии» не на постоянной основе и вправе совмещать свое членство в наблюдательном совете Государственной корпорации «Ростехнологии» с замещением государственной должности или должности федеральной государственной службы.

Полномочия председателя и иных членов наблюдательного совета Государственной корпорации «Ростехнологии» прекращаются Президентом Российской Федерации.

Правление государственной корпорации — коллегиальный исполнительный орган. Решение о назначении на должность и об освобождении от должности членов Правления государственной корпорации принимаются наблюдательным советом по представлению генерального директора.

Так, по Закону о госкорпорации «Ростехнологии», в состав правления Государственной корпорации «Ростехнологии» входят одиннадцать членов. Генеральный директор Государственной корпорации «Ростехнологии» и заместители генерального директора Государственной корпорации «Ростехнологии» являются членами правления по должности. Деятельностью правления Государственной корпорации «Ростехнологии» руководит генеральный директор Государственной корпорации «Ростехнологии».

Решения о назначении на должность и об освобождении от должности членов правления Государственной корпорации «Ростехнологии» принимаются наблюдательным советом Государственной корпорации «Ростехнологии» по

представлению генерального директора Государственной корпорации «Ростехнологии».

На должность члена правления Государственной корпорации «Ростехнологии» могут назначаться работники Государственной корпорации «Ростехнологии», представители организаций, акции которых находятся в собственности Государственной корпорации «Ростехнологии» либо в отношении которых она является аффилированным лицом. Указанные представители вправе совмещать свое членство в правлении с замещением должностей в этих организациях.

Генеральный директор государственной корпорации является единоличным исполнительным органом государственной корпорации и осуществляет руководство ее текущей деятельностью. Генеральный директор Государственной корпорации «Ростехнологии» назначается на должность и освобождается от должности Президентом Российской Федерации. Генеральный директор Государственной корпорации «Ростехнологии» не может являться председателем наблюдательного совета Государственной корпорации «Ростехнологии».

Аналогичные положения содержатся и в других законах о государственных корпорациях.

Законы о государственных корпорациях, таким образом, устанавливают следующую *структуру управления*: наблюдательный совет — высший орган управления, коллегиальный исполнительный орган — правление, единоличный исполнительный орган — генеральный директор.

Первым шагом по преобразованию государственных корпораций в ОАО со стопроцентным участием государства явился Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 211-ФЗ «О реорганизации Российской корпорации нанотехнологий».²⁵² В соответствии с ним реорганизация Корпорации осуществляется в форме преобразования в открытое акционерное общество. Формирование уставного капитала ОАО осуществляется за счет имущества Корпорации. 100 % акций ОАО поступает в собственность Российской Федерации. Последующее распоряжение РФ акциями ОАО осуществляется в соответствии с законодательством РФ.

Пока решается вопрос о дальнейшей судьбе государственных корпораций, появляется еще одна организационно-правовая форма некоммерческой организации, учреждаемой РФ, а именно, *государственная компания*. Федеральный закон от 17 июля 2009 г. № 145-ФЗ «О некоммерческих организациях»²⁵³ был дополнен ст. 7-2, определяющей статус государственной компании. В соответствии с ней «Государственной компанией признается некоммерческая организация, не имеющая членства и созданная Российской Федерацией на основе имущественных взносов для оказания государственных услуг и выполнения иных функций с использованием

²⁵² <http://rg.ru/printable/2010/07/30/nanotech-dok.html>

²⁵³ Федеральный закон «О Государственной компании “Российские автомобильные дороги” и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (СЗ РФ. 2009. № 29. Ст. 3582).

государственного имущества на основе доверительного управления. Государственная компания создается на основании федерального закона».

Федеральным законом, предусматривающим создание государственной компании, должны быть определены цели ее создания, а также виды имущества, в отношении которых государственная компания может осуществлять доверительное управление.

Имущество, переданное государственной компании Российской Федерацией в качестве имущественных взносов, а также имущество, созданное или приобретенное государственной компанией в результате собственной деятельности государственной компании, за исключением имущества, созданного за счет доходов, полученных от осуществления деятельности по доверительному управлению, является собственностью государственной компании, если иное не установлено федеральным законом.

Государственная компания использует имущество для целей, определенных федеральным законом, предусматривающим создание государственной компании. Государственная компания может осуществлять предпринимательскую деятельность лишь постольку, поскольку это служит достижению целей, ради которых она создана, и соответствует таким целям.

Государственная компания обязана публиковать отчеты о своей деятельности в порядке, установленном федеральным законом, предусматривающим создание государственной компании. Годовой отчет компании размещается на официальном сайте компании в сети Интернет с учетом требований законодательства РФ о государственной тайне, коммерческой тайне.²⁵⁴

Так же, как и государственная корпорация, государственная компания является собственником своего имущества, переданного за счет имущественных взносов РФ, но в отличие от госкорпорации госкомпания использует государственное имущество еще и на основе доверительного управления.

Ольга Александровна Макарова,
юридический факультет
Санкт-Петербургского
государственного университета
E-mail: moamoa@mail.ru
© О.А. Макарова, 2012

²⁵⁴ Последнее положение включено в ст. 7-2 ФЗ от 29 декабря 2010 г. № 437 «О некоммерческих организациях». Следует сказать, что требования законодательства о коммерческой тайне касаются всех коммерческих и некоммерческих организаций, а не только государственных корпораций и государственных компаний.

ПРОБЛЕМЫ БАНКРОТСТВА КИТАЙСКИХ ПРЕДПРИЯТИЙ

Аннотация

Закон КНР «О банкротстве» является одним из важнейших нормативно-правовых актов, отвечающих необходимости экономического развития международного рынка и внутреннего рынка страны. Особое внимание законодателей, судебных властей и теоретиков права этот закон получил в части правового регулирования процедуры реорганизации предприятий. Однако за пять лет применения Закона КНР «О банкротстве» на практике нормативно-правовая база реорганизации компаний эффективной реализации не получила. Многие предприятия, попавшие в результате своей деятельности в кризисную ситуацию, процедуру реорганизации так и не начали и были вынуждены уйти с рынка.

В данной статье анализируются основные причины неэффективности существующего законодательства КНР о реорганизации предприятий, среди которых можно назвать: 1) недостаточное осознание необходимости выработки законодательной базы и процедуры реализации на практике реорганизации предприятий, невозможность достоверно оценить реальную «стоимость хозяйственной деятельности» предприятия; 2) отсутствие профессиональных объединений юристов, занимающихся реорганизацией предприятий; 3) невысокая активность и безынициативность кредиторов и дебиторов, ходатайствующих о введении процедуры банкротства и реорганизации компаний; 4) излишняя универсальность и упрощение конкретных положений о банкротстве и реорганизации предприятий, определенные трудности в толковании и реализации юридической практики по данному вопросу; 5) необходимость повышения степени участия властей в применении нормативно-правовой базы о реорганизации предприятий, его адаптация к местной специфике регионов. Учитывая все эти факторы и причины, для эффективного применения законодательства о реорганизации предприятий в КНР требуется решение следующих вопросов: 1) выяснить стоимость введения процедуры реорганизации предприятия и степень реализации целей этой процедуры; 2) сузить сферу применения нормативно-правовых актов, регулирующих реорганизацию предприятий, тем самым предотвратив злоупотребления полученными при этом правами; 3) улучшить законодательную базу стимулирующих факторов для реорганизации, с целью избежать ликвидации отдельных предприятий и эффективной реализации общественных интересов; 4) детально разработать процессуальное законодательство для применения судами соответствующих дел; 5) повысить уровень арбитражных управляющих, вводимых на предприятия при реорганизационных процессах, повысить эффективность введения соответствующих процедур; 6) уделить серьезное внимание планированию и конечной реализации на практике планов по реорганизации компаний,

препятствовать мошенничеству со стороны дебиторов при введении процедур реорганизации.

Джан Енли,
институт права Пекинского
технологического
университета
© Джан Енли, 2012

О НЕКОТОРЫХ ПРОБЛЕМАХ РАЗВИТИЯ РОССИЙСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О БАНКРОТСТВЕ НА СОВРЕМЕННОМ ЭТАПЕ

Законодательство о несостоятельности (банкротстве) является сравнительно новым институтом отечественного права. Его современная история насчитывает не более 20 лет. Правовое регулирование несостоятельности существовало и до революции 1917 г., но опыт его применения не был учтен при создании современного законодательства.

История зарубежного права показывает, что иностранные государства с наиболее развитым законодательством в данной области прошли многовековой путь поиска оптимальной системы законодательства о банкротстве. Этот путь — непрерывный поиск способов борьбы со злоупотреблениями со стороны недобросовестных должников и «дружественных» им кредиторов, как-то: фальсификация требований кредиторов, продажа имущества по заниженной цене, изменение должником своего места нахождения и т. д.²⁵⁵

За прошедшие 20 лет отечественное законодательство о банкротстве многократно реформировалось. Действующий Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее: Закон о банкротстве) является уже третьим по счету законодательным актом в этой области, однако и он подвергался существенным изменениям. Наиболее важные из них введены Федеральным законом от 30 декабря 2008 г. № 296-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О несостоятельности (банкротстве)”» (далее: Закон № 296-ФЗ) и Федеральным законом от 28 апреля 2009 г. № 73-ФЗ «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» (далее: Закон № 73-ФЗ).

Рассмотрим подробнее эти изменения и возникшие в связи с ними проблемы правоприменения.

Текущие платежи. Статьей 5 Закона о банкротстве в редакции Закона № 296-ФЗ предусмотрено, что под текущими платежами понимаются денежные обязательства и обязательные платежи, возникшие после даты принятия заявления о признании должника банкротом, если иное не установлено Федеральным законом. Возникшие после возбуждения производства по делу о

²⁵⁵ См.: Мальшиев К. Исторический очерк конкурсного процесса. Б.м., 1871. С. 3–454.

банкротстве требования кредиторов об оплате поставленных товаров, оказанных услуг и выполненных работ являются текущими.

До принятия Закона № 296-ФЗ текущие платежи делились на абсолютные и относительные. Под абсолютными текущими платежами понимались денежные обязательства и обязательные платежи, возникшие после принятия заявления о признании должника банкротом, а под относительными — денежные обязательства и обязательные платежи, возникшие до принятия заявления о признании должника банкротом, но срок исполнения которых наступил после введения соответствующей процедуры банкротства.²⁵⁶ Последние являлись текущими платежами только в той процедуре, в которой наступал срок исполнения обязательства. При смене процедуры банкротства эти требования становились реестровыми (п. 3 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 15 декабря 2004 г. № 29 «О некоторых вопросах практики применения Федерального закона “О несостоятельности (банкротстве)”»). Но вскоре судебная-арбитражная практика пришла к выводу о том, что подобная «трансформация» текущих платежей несправедлива по отношению к кредиторам.²⁵⁷

В связи с изменением редакции ст. 5 Закона о банкротстве Пленум ВАС РФ в п. 2 постановления от 23 июля 2009 г. № 63 «О текущих платежах по денежным обязательствам в деле о банкротстве» (далее: Постановление № 63) разъяснил, что текущими являются любые требования об оплате товаров, работ и услуг, поставленных, выполненных и оказанных после возбуждения дела о банкротстве, в том числе во исполнение договоров, заключенных до даты принятия заявления о признании должника банкротом.

В отношении договоров займа и кредита применяется другой подход. Согласно п. 3 Постановления № 63 обязательство возвратить денежную сумму, предоставленную по договору займа (ст. 810 ГК РФ) или кредитному договору (ст. 819 ГК РФ), возникает с момента предоставления денежных средств заемщику.

Возникает вопрос о том, насколько верна такая дифференциация с точки зрения положений гражданского права. Вызывает некоторые сомнения положение п. 3 Постановления № 63 о том, что обязательство возвратить денежную сумму, предоставленную по договору займа или кредитному договору, возникает с момента передачи денежных средств.

Последнее утверждение является справедливым по отношению к договору займа, который считается заключенным с момента передачи денег или иных вещей, определенных родовыми признаками (п. 1 ст. 807 ГК РФ). Кредитный договор, в отличие от договора займа, не является реальным, и считается заключенным в момент достижения сторонами соглашения по всем его существенным условиям. Тем не менее, в п. 1 ст. 819 ГК РФ указано, что

²⁵⁶ *Новак Д.В.* Текущие платежи по денежным обязательствам в деле о банкротстве // Несостоятельность (банкротство). Научно-практический комментарий новелл законодательства и практики его применения / под ред. В.В. Витрянского. М., 2012. С. 9.

²⁵⁷ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 5 декабря 2007 г. № 9658/07.

заемщик обязан возвратить кредитору полученную денежную сумму. Заемщик не лишен возможности, возражая против возможного иска кредитора о взыскании денежных средств, заявить о том, что кредит не был предоставлен.²⁵⁸

По всей видимости, для решения проблемы необходимо ответить на вопрос о том, когда возникает гражданско-правовое обязательство: с момента заключения договора или с момента наступления срока его исполнения. Необходимо ли в связи с этим учитывать исполнение встречного обязательства по двустороннему договору?

При решении вопроса об отнесении к текущим платежам задолженности по оплате товаров, работ и услуг Пленум ВАС РФ придает решающее значение сроку исполнения встречного обязательства, а применительно к договору займа — моменту заключения договора. Получается, что в одном и том же постановлении отражены различные концепции возникновения гражданско-правового обязательства.

Представляется, что такое различие может быть объяснено следующим образом.

Категория текущих платежей введена в отечественное законодательство для того, чтобы способствовать заключению участниками гражданского оборота договоров с банкротящимся должником.²⁵⁹ В силу п. 1 ст. 134 Закона о банкротстве текущие требования удовлетворяются преимущественно перед требованиями, включенными в реестр требований кредиторов.

Лица, заключившие с должником договоры на поставку товаров, выполнение работ или оказания услуг, едва ли будут исполнять договоры, заключенные до возбуждения дела о банкротстве, если их требования будут приравнены к требованиям, включенным в реестр. Они будут вправе приостановить исполнение встречных обязательств на основании п. 2 ст. 328 ГК РФ.

Кредиторы по договорам кредита и займа находятся в другом положении, поскольку они уже предоставили должнику денежные средства, следовательно, создавать условия для исполнения ими своих обязательств не требуется.

Таким образом, различия в подходах обусловлены, скорее, соображениями целесообразности, а не теоретическими основаниями.

Весьма интересные выводы содержатся в п. 4 Постановления № 63, согласно которому проценты, подлежащие уплате на сумму займа (кредита) соответственно на дату подачи в суд заявления о признании должника банкротом или на дату введения процедуры банкротства, присоединяются к сумме займа (кредита). В реестр требований кредиторов подлежит включению требование об уплате получившейся денежной суммы, размер которой впоследствии не изменяется.

В данном случае речь идет о принципе неизменности требования.

²⁵⁸ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая (постатейный). 2-е изд., перераб. и доп. / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 2006. С. 564–565.

²⁵⁹ Новак Д.В. Текущие платежи по денежным обязательствам в деле о банкротстве. С. 7–8.

Может возникнуть вполне обоснованное возражение о том, что кредитор не может быть лишен своего права на получение процентов, которые предусмотрены договором.

Однако положение о приостановлении течения процентов при возбуждении процедуры банкротства не ново для отечественного законодательства.

Так, комментируя действовавшее на тот момент законодательство, Г.Ф. Шершеневич указывал, что допущение течения процентов в продолжении всего производства было бы несправедливым обогащением одних кредиторов за счет других, поскольку кредиторы, выговорившие себе заранее проценты, получили бы сравнительно большее удовлетворение, нежели верители, не условившиеся относительно процентов.²⁶⁰

Следует отметить, что нормами Закона о банкротстве, регулирующими последствия введения его отдельных процедур, предусмотрено начисление процентов по требованиям кредиторов в размере ставки рефинансирования Центрального Банка Российской Федерации (п. 2 ст. 81, п. 2 ст. 95 и п. 2.1 ст. 126 Закона о банкротстве). Поскольку одинаковые проценты начисляются по требованиям всех кредиторов, соблюдается равенство требований.

Еще одним аргументом в пользу приостановления течения процентов после возбуждения дела о банкротстве является то, что едва ли можно предположить полное удовлетворение требований всех кредиторов в ходе процедуры банкротства. Следовательно, важна не сама сумма требования того или иного кредитора, а его доля в общей сумме требований.

Если дело о банкротстве будет прекращено, кредитор вправе требовать от должника уплаты процентов за пользование денежными средствами в полном объеме (в том числе начисленных за период осуществления процедуры банкротства).²⁶¹

Право кредиторов заявлять возражения относительно требований других кредиторов, подтвержденных судебными актами. Пунктом 2 ст. 71 и п. 3 ст. 100 Закона о банкротстве предусмотрено право кредиторов заявлять возражения против включения в реестр требований других кредиторов.

В ситуации, когда требование кредитора подтверждается вступившим в законную силу судебным актом, реализация права на возражения существенным образом затруднена. Согласно п. 10 ст. 16 Закона о банкротстве разногласия по требованиям кредиторов или уполномоченных органов, подтвержденным вступившим в законную силу решением суда в части их состава и размера, не подлежат рассмотрению арбитражным судом за исключением разногласий, связанных с исполнением судебных актов или их пересмотром.

Это положение применяется недобросовестными кредиторами (как правило, аффилированными с должником) с целью последующего контроля над процедурой банкротства. За некоторое время до возбуждения дела о

²⁶⁰ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. IV. Торговый процесс. Конкурсный процесс. М., 2003. С. 281–282.

²⁶¹ Новак Д.В. Текущие платежи по денежным обязательствам в деле о банкротстве. С. 19.

банкротстве такой кредитор обращается в суд с иском о взыскании денежных средств. Документы, на которых основан иск, могут быть сфальсифицированными. При отсутствии возражений стороны должника суду, рассматривающему дело о взыскании, весьма сложно установить недобросовестность действий истца и ответчика. В то же время добросовестные кредиторы узнают об этом судебном решении только после возбуждения дела о банкротстве.

Единственным способом защиты для них является обжалование судебного решения на основании ст. 42 АПК РФ, согласно которой лицо, не участвующее в деле, вправе обжаловать судебный акт, принятый о правах и обязанностях такого лица.

Задумаемся над тем, что означает «судебный акт, принятый о правах и обязанностях лица, не участвующего в деле».

Если суд взыскал с лица В денежные средства в пользу лица А, каким образом решение влияет на права и обязанности лица С? Ответ очевиден: не влияет. В данном случае могут быть затронуты только законные интересы лица С.

Под законными интересами мы понимаем стремления участников правоотношений, вытекающие из дозволений, очерченных нормами права, которым не противостоит юридическая обязанность конкретного субъекта.²⁶²

Решение о взыскании денежных средств с кредитора затрагивает законный интерес другого кредитора, поскольку препятствует ему заявлять возражений относительно включения требования в реестр.

До 2010 г. практика не признавала за кредиторами по делу о банкротстве права оспаривать судебные акты о взыскании с должника денежных средств в пользу других кредиторов,²⁶³ однако принятие постановления Президиума ВАС РФ от 8 июня 2010 г. № 2751/10 изменило существующий подход.²⁶⁴

В настоящее время право кредиторов по делу о банкротстве обжаловать судебные акты о взыскании с должника денежных средств установлено п. 24 постановления Пленума ВАС РФ от 22 июня 2012 г. № 35 «О некоторых процессуальных вопросах, связанных с рассмотрением дел о банкротстве».

Примечательно, что дореволюционное законодательство предусматривало право кредиторов по делу о банкротстве вступать в дела об имуществе несостоятельного и приносить жалобы на судебные решения.²⁶⁵

По нашему мнению, необходимо закрепить в Законе о банкротстве право кредиторов обжаловать принятые в исковом порядке судебные решения о взыскании с должника денежных средств.

Оспаривание сделок должника. Законом о банкротстве в редакции Закона № 73-ФЗ предусмотрено оспаривание сделок, которые являются подозрительными либо влекут оказание предпочтения одному из кредиторов

²⁶² Малько А.В., Субочев В.В. Законный интерес как правовая категория. СПб., 2004. С. 98.

²⁶³ См., напр., определение Федерального арбитражного суда Московского округа от 7 июля 2008 г. по делу № А40-33650/06-50-264.

²⁶⁴ Постановление Президиума ВАС РФ от 8 июня 2010 г. № 2751/10.

²⁶⁵ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. IV. С. 315.

перед другими кредиторами (ст. 61.2 и 61.3 Закона). К подозрительным сделкам относятся сделки, совершенные на условиях неравноценного встречного исполнения (п. 1 ст. 61.2), а также направленные на причинение вреда имущественным правам кредиторов (п. 2 той же статьи).

Для применения п. 1 ст. 61.2 Закона достаточно установить, что сделка совершена на условиях, существенно отличающихся от тех, на которых заключаются аналогичные сделки должником или другими участниками гражданского оборота.

Для признания сделки недействительной по п. 2 ст. 61.2 Закона необходимо установить наличие у должника цели причинения вреда имущественным правам кредиторов, реальное причинение этого вреда и осведомленность другой стороны по сделке о цели ее совершения.

По пункту 1 ст. 61.2 Закона могут оспариваться сделки, совершенные после возбуждения дела о банкротстве и в течение года до этой даты, а по п. 2 той же статьи — сделки, совершенные после возбуждения дела о банкротстве и за три года до этой даты.

Важные разъяснения относительно оспаривания подозрительных сделок содержатся в постановлении Пленума ВАС РФ от 23 декабря 2010 г. № 63 «О некоторых вопросах, связанных с применением главы III.1 Федерального закона “О несостоятельности (банкротстве)”» (далее: Постановление от 23 декабря 2010 г. № 63). Вместе с тем вызывает ряд вопросов абз. 4 п. 9 указанного постановления, согласно которому при оспаривании подозрительной сделки суд проверяет наличие обоих оснований, установленных как п. 1, так и п. 2 ст. 61.2 Закона о банкротстве.

Представим себе ситуацию, когда сделка, совершенная на условиях неравноценного встречного исполнения в течение года до возбуждения дела о банкротстве, оспаривается на основании п. 1 ст. 61.2 Закона. Заявитель представил доказательства только тех обстоятельств, которые указаны в п. 1, что является достаточным. Но если суд обязан исследовать и наличие признаков, указанных в п. 2, то на кого возлагается бремя доказывания соответствующих обстоятельств? Суд не вправе собирать доказательства недействительности сделки по собственной инициативе в силу ст. 9 АПК РФ. Он может предложить заявителю представить эти доказательства. Но если они представлены не будут, едва ли суд вправе отказать в удовлетворении заявления, поскольку имеются доказательства недействительности сделки по п. 1. Таким образом, возложение на заявителя бремя доказывания обстоятельств, указанных в п. 2, лишено всякого смысла.

Представляется, что абз. 4 п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 декабря 2010 г. № 63 следует понимать следующим образом. Если заявитель предоставил доказательства того, что сделка нарушает п. 1 ст. 61.2 Закона, суд признает ее недействительной. Если заявитель представил доказательства наличия у сделки признаков, предусмотренных как п. 1, так и п. 2 ст. 61.2 Закона, то, удовлетворяя заявление, суд вправе сослаться на оба пункта.

Весьма сложные вопросы возникают в связи с изменением порядка оспаривания сделок по основаниям, предусмотренным Законом о банкротстве.

Согласно ст. 61.9 в действующей редакции Закона заявление об оспаривании сделки может быть подано в арбитражный суд внешним или конкурсным управляющим от имени должника по своей инициативе либо по решению собрания или комитета кредиторов.

Статья 103 Закона о банкротстве в редакции, действовавшей до 5 июня 2009 г., допускала оспаривание кредиторами сделок с предпочтением, в то время как заявление о признании недействительной сделки, направленной на причинение вреда кредиторам, могло быть подано только внешним или конкурсным управляющим. Между тем судебной-арбитражной практикой допускалось оспаривание кредиторами сделок, совершенных на условиях неравноценного встречного исполнения, на основании ст. 10 и 168 ГК РФ. Соответствующие разъяснения содержатся в п. 10 постановления Пленума ВАС РФ от 30 апреля 2009 г. № 32 «О некоторых вопросах, связанных с оспариванием сделок по основаниям, предусмотренным Федеральным законом “О несостоятельности (банкротстве)”» (далее: Постановление № 32).

Возникает вопрос о том, применимы ли они к новой редакции Закона о банкротстве?

Если п. 10 Постановления № 32 распространяется на новую редакцию Закона о банкротстве, то положение ст. 61.9 Закона утрачивает свое назначение, поскольку сделка может быть оспорена любым заинтересованным лицом. Если п. 10 применим только к старой редакции закона, это означает, что Закон № 73-ФЗ существенно ухудшил правовое положение кредиторов по делу о банкротстве.

Допустимо ли такое ухудшение правового положения кредиторов?

С одной стороны, установление оснований оспоримости сделок и круга субъектов, полномочных заявлять соответствующие иски, является прерогативой законодателя, и его усмотрение в этом вопросе ничем не ограничено.

С другой стороны, Конституционный Суд Российской Федерации неоднократно указывал в своих постановлениях на недопустимость принятия законодателем произвольных мер, влекущих понижение степени гарантированности конституционного права на судебную защиту.²⁶⁶ По нашему мнению, имеются основания для проверки конституционности ст. 61.9 Закона о банкротстве.

В этом контексте весьма интересен вопрос о соотношении специальных оснований оспаривания сделок, предусмотренных Законом о банкротстве, и ст. 10 ГК РФ. Если в п. 10 Постановления № 32 Пленум ВАС РФ указал на возможность признания недействительными по ст. 10 ГК РФ сделок, совершенных на условиях неравноценного встречного обеспечения,

²⁶⁶ См., напр., постановление Конституционного Суда РФ от 26 мая 2011 г. № 10-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 11 Гражданского кодекса Российской Федерации, пункта 2 статьи 1 Федерального закона “О третейских судах в Российской Федерации”, статьи 28 Федерального закона “О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним”, пункта 1 статьи 33 и статьи 51 Федерального закона “Об ипотеке (залоге недвижимости)” в связи с запросом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации».

получается, что совершение такой сделки представляет собой частный случай злоупотребления правом. Но так ли это?

В правовой литературе под злоупотреблением правом понимается особое гражданское правонарушение, совершенное лицом при осуществлении принадлежащего ему субъективного права и заключающееся в использовании конкретной формы осуществления права, противоречащей его социальному назначению и направленное на причинение вреда другому лицу.²⁶⁷

По нашему мнению, сущность данной категории состоит в следующем. Недобросовестными участниками гражданского оборота нередко совершаются действия, которые не нарушают какую-либо конкретную норму закона, но противоречат общим началам гражданского права (ст. 1 ГК РФ) и приводят к отрицательным последствиям для участников гражданского оборота, причем не только в форме убытков. При совершении сделок на заведомо невыгодных условиях наносится вред имущественным правам кредиторов (ст. 2 Закона о банкротстве).

Заключая договор на заведомо невыгодных условиях, должник реализует предоставленную ему свободу договора (ст. 421 ГК РФ), но последствия этих действий являются неправомерными, поскольку причиняют вред имущественным правам кредиторов. С этой точки зрения заключение сделок, отвечающих признакам, установленным ст. 61.2 и 61.3 Закона о банкротстве, представляет собой злоупотребление правом.

Но этот вывод порождает целый ряд проблем. Сделка, совершенная с нарушением ст. 10 ГК РФ ничтожна (ст. 168 ГК РФ), а сделка, противоречащая ст. 61.2 и 61.3 Закона о банкротстве, оспорима. Получается, что частный случай недействительности сделки влечет ее оспоримость, а общее правило — ничтожность. Срок давности по иску о применении последствий недействительности ничтожной сделки составляет три года с момента начала исполнения сделки (п. 1 ст. 181 ГК РФ), а по заявлению об оспаривании сделки по ст. 61.2 и 61.3 Закона — год с момента, когда о наличии соответствующих обстоятельств узнал арбитражный управляющий. В такой ситуации ст. 61.9 Закона становится лишней в системе правового регулирования, поскольку ее действие может быть нивелировано. Но лишних положений в законе быть не может, следовательно, наш исходный тезис оказался ошибочным.

Проблема адекватной защиты прав кредиторов остается неразрешенной. Нельзя исключить ситуации уклонения арбитражного управляющего от оспаривания сделок, если основания для этого, тем не менее, имеются. Согласно п. 31 Постановления от 23 декабря 2010 г. № 63, если собрание кредиторов принимает решение об оспаривании сделки либо отдельный кредитор обращается с соответствующим предложением к арбитражному управляющему, а последний не принимает мер по оспариванию сделки, действия управляющего могут быть обжалованы.

²⁶⁷ См.: Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. М., 2000. С. 20–103; Гражданское право. В 4 т. Т. 1. Общая часть. 3-е изд., перераб. и доп. / под ред. Е.А. Суханова. М., 2006. С. 537; Гражданское право. В 3 т. Т. 1. 6-е изд., перераб. и доп. / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 2007. С. 320–321.

Но рассмотрение жалобы на действия управляющего — отдельный судебный процесс, который может длиться достаточно долго. Это, в свою очередь, приведет к истечению сроков давности, а также может повлечь совершение недобросовестными лицами действий, направленных, например, на многократную перепродажу имущества и т. д. Следовательно, такой порядок защиты прав кредиторов не может быть признан эффективным.

По нашему мнению, кредиторам следует предоставить право самостоятельно оспаривать сделки должника на основании ст. 61.2 и 61.3 Закона о банкротстве. Для предотвращения чрезмерного затягивания производства по делу можно ограничить период реализации данного права, например, до окончания процедуры наблюдения.

Субсидиарная ответственность. Субсидиарная ответственность, предусмотренная Законом о банкротстве, существенным образом отличается от одноименного института гражданского права. В силу п. 1 ст. 399 ГК РФ субсидиарная ответственность наступает при нарушении основным должником конкретного, заранее определенного обязательства.

При банкротстве субсидиарная ответственность выражается в денежной сумме, исчисленной за определенный период (например, как разница между размером требований кредиторов на момент закрытия реестра, и размером удовлетворенных требований кредиторов на момент приостановления расчетов с ними).

Субсидиарная ответственность по ГК РФ наступает в случае нарушения своего обязательства основным должником, в то время как для наступления субсидиарной ответственности по Закону о банкротстве необходимо установить противоправность действий субсидиарного должника (например, нарушение руководителем правил ведения бухгалтерского учета).

Мы приходим к выводу, что одним и тем же термином обозначают разные правовые явления.

В судебно-арбитражной практике последних лет вопрос о привлечении контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности наиболее часто возникал при рассмотрении дел о банкротстве муниципальных унитарных предприятий, оказывающих коммунальные услуги. В условиях неблагоприятного климата и низкой платежеспособности населения в отдаленных северных регионах России их деятельность убыточна. Стремясь избавиться от излишней долговой нагрузки, органы муниципальной власти изымают у предприятия имущество, используемое в его деятельности (нежилые помещения, автомобили, котельные, коммунальную инфраструктуру), и передают его вновь созданным организациям. Задолженность предприятия новой организации не передается. При последующем банкротстве конкурсная масса у предприятия практически отсутствует, а требования кредиторов остаются без удовлетворения.

До ноября 2008 г. суды признавали такие действия муниципальных властей правомерными.²⁶⁸ Однако практика рассмотрения этих споров существенным образом изменилась после принятия постановления Президиума ВАС РФ от 18 ноября 2008 г. № 10984/08. В данном постановлении надзорный суд подчеркнул, что ни ГК РФ, ни Федеральный закон от 14 ноября 2002 г. № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» не предоставляют собственнику имущества унитарного предприятия права изымать у него имущество. Добровольный отказ предприятия от имущества не допускается, поскольку лишает его возможности осуществлять уставную деятельность. Следовательно, сделка по прекращению права хозяйственного ведения предприятия имуществом, является ничтожной.²⁶⁹

Признание незаконными действий по изъятию имущества у муниципальных унитарных предприятий повлекло и изменение практики привлечения собственников имущества предприятий к субсидиарной ответственности.²⁷⁰ Если ранее суды отказывали в привлечении к субсидиарной ответственности собственников имущества унитарных предприятий, то в настоящее время соответствующие заявления удовлетворяются.

Такую практику следует признать правомерной. В ситуации, когда у предприятия, оказывающего коммунальные услуги, изымается имущество, необходимое для оказания этих услуг, причинно-следственная связь между действиями по изъятию имущества и наступлением неплатежеспособности очевидна.

В силу п. 3 ст. 56 ГК РФ, если выполнение юридическим лицом указаний собственника его имущества повлекло банкротство этого юридического лица, на собственника может быть возложена субсидиарная ответственность по обязательствам организации. В п. 4 ст. 10 Закона о банкротстве в редакции, действовавшей до 5 июня 2009 г., содержалась аналогичная норма, однако ныне данный пункт сформулирован иным образом.

По нашему мнению, п. 3 ст. 56 ГК РФ является самостоятельным основанием для привлечения контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности, и устанавливать наличие конкретных оснований, предусмотренных Законом о банкротстве, в каждом случае не требуется.

Подводя *итог*, отметим, что любые изменения законодательства дестабилизируют судебную практику на два-три года. В настоящее время суды выработали единые подходы по применению Закона о банкротстве с учетом изменений, внесенных Законами № 296-ФЗ и № 73-ФЗ. Но законодательная деятельность на этом не остановилась. С уверенностью сказать только одно:

²⁶⁸ Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 26 марта 2008 г. по делу № А05-7741/2007.

²⁶⁹ Постановление Президиума ВАС РФ от 18 ноября 2008 г. № 10984/08.

²⁷⁰ Постановление Президиума ВАС РФ от 12 октября 2010 г. № 4838/10

изречение Гераклита «все течет, все меняется» как нельзя лучше характеризует современное состояние законодательства о банкротстве.

Илья Михайлович Шевченко,
юридический факультет
НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург
E-mail: i.shevchenco@mail.ru
© И.М. Шевченко, 2012

О НЕКОТОРЫХ КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВЫХ АСПЕКТАХ ГОСУДАРСТВЕННОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В РОССИИ

Согласно ст. 34 Конституции Российской Федерации каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности. Согласно ст. 8 Конституции Российской Федерации в Российской Федерации гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности. Таким образом, экономическая деятельность характеризуется в Российской Федерации термином «свобода».

В связи с этим любое государственное воздействие на экономическую сферу так или иначе является регулированием пределов экономической свободы. Даже косвенно воздействуя на экономические отношения, государство «разворачивает» их под определенным, нужным ему углом (при этом существует презумпция, что нарушить общую логику экономических отношений кардинально государство не может). Так, предоставляя субъектам рынка определенные блага, государство включает и определенный регулятивный механизм, поскольку предоставление соответствующей государственной помощи обычно сопровождается некоторыми условиями и в любом случае ограничивает права других участников рынка, ставя их в объективно неравные условия хотя бы по факту отсутствия такой помощи.

Согласно ч. 3 ст. 55 Конституции России права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Конечно, не все формы государственного воздействия на экономическую сферу являются ограничениями прав в смысле ст. 55 (ч. 3) Конституции РФ: таковое можно сказать только о самых очевидных случаях, когда ограничительный характер выражен наиболее выпукло. В этом случае можно говорить об условиях реализации свободы экономической деятельности. Однако в любом случае,

отталкиваясь от понимания правореализации в сфере экономики как проявления свободы, при регулировании экономической деятельности нужно исходить из баланса конституционных ценностей. Конституционный Суд России, исходя из собственной практики и учитывая практику Европейского Суда по правам человека, конституционных судов Европы, выработал ряд правовых позиций, касающихся допустимого ограничения прав и свобод человека и гражданина:

— ограничения конституционных прав должны быть необходимыми и соразмерными конституционно признаваемым целям таких ограничений;

— в тех случаях, когда конституционные нормы позволяют законодателю установить ограничения закрепляемых ими прав, он не может осуществлять такое регулирование, которое посягало бы на само существо того или иного права и приводило бы к утрате его реального содержания;

— при допустимости ограничения того или иного права в соответствии с конституционно одобряемыми целями государство, обеспечивая баланс конституционно защищаемых ценностей и интересов, должно использовать не чрезмерные, а только необходимые и строго обусловленные этими целями меры;

— норма Конституции о возможности ограничения прав и свобод, при определенных условиях, не может служить оправданием ущемления прав и свобод человека и гражданина в зависимости от национальной принадлежности или иного обстоятельства;

— публичные интересы, перечисленные в ст. 55 (ч. 3) Конституции Российской Федерации, могут оправдать правовые ограничения прав и свобод, только если такие ограничения отвечают требованиям справедливости, являются адекватными, пропорциональными, соразмерными и необходимыми для защиты конституционно значимых ценностей, в том числе прав и законных интересов других лиц, не имеют обратной силы и не затрагивают само существо конституционного права, т. е. не ограничивают пределы и применение основного содержания соответствующих конституционных норм;

— чтобы исключить возможность несоразмерного ограничения прав и свобод человека и гражданина в конкретной правоприменительной ситуации, норма должна быть формально определенной, точной, четкой и ясной, не допускающей расширительного толкования установленных ограничений и, следовательно, произвольного их применения.²⁷¹

Рассмотрим теперь типологию (классификацию) ограничений или условий реализации свободы экономической деятельности.

Первое основание — по цели ограничения или установления условия деятельности. Здесь можно условно разграничить на ограничение в широко понимаемых публичных интересах (например, предварительное согласование сделок, влекущих за собой установление контроля иностранного инвестора или группы лиц над хозяйственными обществами, имеющими стратегическое значение) и в интересах других лиц, которых можно определить.

²⁷¹ Зорькин В.Д. Конституция и права человека в XXI веке. М., 2008. С. 85–87.

Второе основание — по циклу экономической деятельности, на который приходится ограничение или которого касается условие: создания субъекта предпринимательской деятельности; допуск субъекта предпринимательской деятельности на рынок (в том числе степень гарантированности конкурентной среды); реализация разрешительных процедур в ходе деятельности на рынке; осуществление контрольных и надзорных процедур в отношении субъекта предпринимательства; самоорганизация (саморегулирование) субъектов предпринимательской деятельности; обеспечение интересов потребителей (в том числе в части безопасности процесса и результата деятельности субъектов предпринимательской деятельности); обеспечение интересов работников субъектов предпринимательской деятельности (социальные гарантии работников).

Третье основание — является ли это ограничение или условие «чистым» ограничением, не связанным с предоставлением соответствующему лицу какого-либо блага, либо ограничение выступает условием предоставления блага (например, государственной поддержки).

Четвертое основание — является ли данное ограничение или условие ситуативным, связанным с конкретным правоотношением (например, квотирование при экспорте конкретного вида товара) или является обуславливающим всю деятельность (например, запреты для субъекта предпринимательской деятельности, занимающего доминирующее положение на рынке).

Безусловно, применительно к конкретному носителю юридических прав в экономической деятельности и конкретным правоотношениям с его участием применимы все эти основания классификации ограничения или условий реализации права. Отметим, что ограничение экономической свободы, всегда создавая препятствия для неограниченной правореализации (реализации экономической свободы) хотя бы одной из сторон правоотношений, может оказывать позитивное влияние на экономику в целом, тем самым улучшая не правовые, а экономические условия правореализации. Именно таковыми могут быть применяемые государством механизмы преодоления экономических кризисов (можно вспомнить «новый экономический курс» Ф. Рузвельта, установление многими странами дополнительных условий банковской деятельности в ходе последнего экономического кризиса). Иными словами, иногда ухудшение возможностей для правореализации в экономике для определенных категорий субъектов экономической деятельности стимулирует улучшение экономики как таковой.

Можно выделить, в принципиальном плане, две возможных модели роли органов публичной власти в экономике: формы, в которых органы публичной власти могут непосредственно осуществлять правореализацию в экономике, и формы, в которых органы публичной власти могут влиять на правореализацию в экономике. В первом случае они участвуют в правоотношении с конкретными участниками экономической деятельности, во втором — либо совсем не участвуют в правоотношениях, либо участвуют в правоотношениях общего характера (с неопределенным числом участников), как, например, управляя

государственной собственностью. Рассмотрим подробнее непосредственную правореализацию государственных органов в экономике.

Непосредственная правореализация в экономике в качестве правоприменителя — это «классическое» применение права — когда орган публичной власти принимает то или иное императивное решение в экономической сфере, изменяющее систему общественных отношений. В данном случае он выступает как в определенном смысле внешний субъект применительно к экономическим отношениям, влияя на эти отношения, прежде всего, через воздействие на непосредственного их участника. Здесь правоприменение нужно будет также разделить на осуществляемое непосредственно в экономической сфере и на осуществляемое формально не в экономической сфере, но воздействующее на экономическую сферу (например, привлечение к уголовной ответственности руководителя хозяйствующего субъекта формально не за экономическое преступление). Такое правоприменение может быть как судебным, так и внесудебным (из внесудебного наиболее показательно правоприменение Федеральной антимонопольной службы и ее территориальных органов).

Участие органов публичной власти в гражданско-правовых отношениях, напротив, является «нетипичной» для публичной власти формой непосредственной правореализации в экономике: это те случаи, когда публичная власть (ее органы) выступают как обычный субъект соответствующих отношений, т. е. участвует в сделках и так далее.

При этом определенный интерес представляет такая категория как «стимулирующее применение права». Стимулирующее применение права имеет место, когда орган публичной власти действует в экономической сфере (вступая в конкретные правоотношения) с определенной целью, в которой отсутствует его непосредственный экономический интерес, но не путем непосредственного императивного воздействия на экономическую сферу, а путем стимулирования (создания условий) для экономической деятельности конкретных субъектов предпринимательства. Примером, особенно актуальным в условиях финансового кризиса, является государственная финансовая поддержка. Есть также модели целевой узкоспециальной правореализации, связанной с осуществлением публичных функций в экономике (например, приватизация государственного имущества, концессия, участие органов публичной власти в соглашениях о разделе продукции).

Роль органов публичной власти в правореализации в экономике во многом обусловлена принадлежностью этих органов к одному из уровней публичной власти — федеральному, региональному (субъектов Российской Федерации) и местному. Необходимо обратиться к положениям ст. 71 и 72 Конституции Российской Федерации. Так, к предметам ведения Российской Федерации (ст. 71 Конституции РФ) относятся, применительно к той сфере, которая традиционно понимается как экономическая и финансовая: федеральная государственная собственность и управление ею (п. «д»), установление основ федеральной политики и федеральные программы в области экономического развития Российской Федерации (п. «е»),

установление правовых основ единого рынка; финансовое, валютное, кредитное, таможенное регулирование, денежная эмиссия, основы ценовой политики; федеральные экономические службы, включая федеральные банки (п. «ж»), федеральный бюджет; федеральные налоги и сборы; федеральные фонды регионального развития (п. «з»), федеральные энергетические системы, ядерная энергетика, расщепляющиеся материалы; федеральные транспорт, пути сообщения, информация и связь; деятельность в космосе (п. «и»), внешнеэкономические отношения Российской Федерации (п. «л»), оборонное производство (п. «м»), официальный статистический и бухгалтерский учет (п. «р»). Кроме того, регулирование и защита прав и свобод человека и гражданина (п. «в»), в том числе экономических, является предметом ведения Российской Федерации.

Если мы обратимся к полномочиям органов государственной власти субъектов Российской Федерации согласно ст. 26.3 Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации», а также к вопросам местного значения согласно ст. 14–16 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», то мы увидим, что если там и присутствует компетенция, связанная с экономической сферой, она скорее носит хозяйственный, а не экономический характер.

Одним из распространенных принципов разграничения полномочий по вертикали, как известно, является принцип субсидиарности, состоящий в том, чтобы вопросы, которые можно решать на более низком уровне публичной власти, не передавались на более высокий. Именно на таких подходах базируется настоящее местное самоуправление и полноценный федерализм. В целом российское законодательство воспринимает соответствующий подход. Но с возложением на нижестоящие уровни власти полномочий в экономической сфере ситуация несколько иная. Эти полномочия смещены, по сравнению с полномочиями в других сферах, в сторону компетенции более высокого уровня публичной власти (прежде всего федерального центра).

Какие соображения имеются в пользу того, чтобы фактически целенаправленно отступить применительно к этим полномочиям от принципа субсидиарности? В связи с этим рассмотрим более пристально полномочия по контролю и надзору за экономической деятельностью, понимаемые широко — включая разрешительные (лицензирование, квотирование и так далее) инструменты. Контроль и надзор является сферой, непосредственно затрагивающей права гражданина и организации. Поэтому при разграничении полномочий по контролю и надзору не может не учитываться необходимость использования тех механизмов и организационных решений, которые будут направлены на защиту прав организаций и граждан при осуществлении контроля.

Во-первых, при «настройке» механизмов осуществления контроля на защиту прав и законных интересов контролируемых лиц необходимо, в частности, осуществление организационно-методических действий,

направленных на повышение качества соответствующей деятельности. Чем больше степень централизованности таких действий, тем больше, по крайней мере в российских условиях, полезный эффект.

Во-вторых, теоретически, если нормативное регулирование контрольной деятельности в определенной сфере осуществляется на более высоком уровне, можно было бы допустить осуществление контроля на нижестоящем уровне публичной власти (имея в виду, прежде всего, контроль как специальную функцию власти, направленную «вовне»). Однако в данном случае осуществление регулирования и контроля именно на одном уровне публичной власти способствует скорейшей имплементации нормативно-установленных механизмов, направленных на защиту прав контролируемых лиц, в практическую деятельность.

Кроме того, если контролируемая деятельность осуществляется с определенным участием органов публичной власти нижестоящего уровня или организуется ими, то с точки зрения разделения функций исполнения и контроля контроль должен быть тем более «приподнят» на более высокий уровень публичной власти.

В-третьих, бесспорно наличие на более высоком уровне публичной власти возможности привлекать более квалифицированные кадры. В этом смысле очень показательны положения Федерального закона «О муниципальной службе в Российской Федерации», который применительно к муниципальной службе устанавливает более мягкие требования, чем установленные Федеральным законом «О государственной гражданской службе Российской Федерации» к государственной службе. Кадровая ситуация в территориальных органах федеральных органов исполнительной власти, скорее всего, не в такой степени принципиально выигрышна в сопоставлении с органами региональными, однако потенциал роста уровня кадрового обеспечения, безусловно, выше, чем в субъектах Российской Федерации, особенно дотационных.

В-четвертых, возможности осуществления механизмов территориальной ротации служащих (перевода чиновника на аналогичную работу на другую территорию) несоизмеримо выше в рамках системы федеральных органов исполнительной власти по сравнению с региональными и местными органами. Такая ротация является одним из серьезных факторов уменьшения рисков выстраивания неофициальных отношений между контролером и контролируемым. Другое дело, что возможности ротации используются федеральными органами недостаточно, однако потенциальная возможность для этого имеется.

Наконец, практика показывает, что на более высоком уровне публичной власти с большей смелостью отходят от системы исполнения полномочий «как есть» к системе исполнения «как эффективно и результативно», что

выражается, в том числе, в освобождении от избыточных функций (отметим также, что и правовые возможности для таких подходов вышестоящего уровня власти более очевидны). В этих условиях отнесение полномочия на более высокий уровень публичной власти, в частности, увеличивает шансы того, что соответствующее полномочие будет признано избыточным и отменено, что снизит давление публичной власти на экономику.

Итак, в рамках разграничения полномочий представляется необходимым принципиально переносить большую часть полномочий в экономической сфере на наиболее высокий уровень публичной власти, если из совокупности факторов, из характера общественных отношений, из других причин не вытекает необходимость его переноса на более низкий уровень публичной власти.

Если же в ряде случаев полномочия по контролю может быть целесообразно в качестве права или обязанности переложить на нижестоящий уровень власти, то для этого есть достаточные законодательные инструменты. Наиболее адекватной формой вовлечения субъектов Российской Федерации, муниципальных образований в осуществление контрольных полномочий является модель допускаемого федеральным законом участия органов государственной власти субъектов Российской Федерации в осуществлении федерального полномочия (предусмотрена ст. 26.3.1 Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»), участия органов местного самоуправления в осуществлении государственного полномочия (ч. 4 и 5 ст. 20 Федерального закона от 6 октября 2003 г. «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»). Она, при грамотном регулировании в законе, допускающем такое участие, позволяет, во-первых, обеспечить индивидуализированный подход к участию в осуществлении данного полномочия (в зависимости от ресурсов), во-вторых, сохранить возможности вышестоящих органов контролировать весь процесс осуществления данных полномочий и определять сферу их непосредственного осуществления.

Также отчасти решает проблему, являясь при этом даже более жесткой для нижестоящего уровня власти, система «делегирования» полномочий по контролю с субвенциями, с правом регулировать и контролировать процесс их осуществления (предусмотрена п. 7 ст. 26.3 Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации», ст. 19 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»). Она позволяет частично уменьшить негативные факторы при осуществлении полномочий в экономической сфере на нижестоящем уровне власти.

В заключение необходимо отметить следующее. Влияние публичной власти на правореализацию в экономике является в любом случае необходимым. Однако задача состоит в том, чтобы избежать его избыточности, так как оно в любом случае носит ограничительный характер, и сохранить его только в том случае, если оно обеспечивает «позитивный баланс» интересов.

Одним из развивающихся инструментов обеспечения качества правового регулирования, позволяющим оценить такой баланс, является введение оценки регулирующего воздействия. Приказом Минэкономразвития России от 31 августа 2010 г. № 398 утверждено Положение о порядке подготовки заключений об оценке регулирующего воздействия. Согласно нему Минэкономразвития России готовит заключения об оценке регулирующего воздействия на поступившие на такие заключения проекты федеральных законов, проекты указов Президента Российской Федерации, проекты постановлений Правительства Российской Федерации, вносимые в Правительство Российской Федерации федеральными органами исполнительной власти, проекты нормативных правовых актов и нормативных документов федеральных органов исполнительной власти, регулирующих отношения в области: организации и осуществления государственного контроля (надзора); установления, применения и исполнения обязательных требований к продукции или связанным с ними процессам проектирования (включая изыскания), производства, строительства, монтажа, наладки, эксплуатации, хранения, перевозки, реализации и утилизации; оценки соответствия; безопасности процессов производства.

Оценка регулирующего воздействия проводится в соответствии с утверждаемой Минэкономразвития России методикой оценки регулирующего воздействия в целях выявления в проекте акта положений, которые вводят избыточные административные и иные ограничения и обязанности для субъектов предпринимательской и иной деятельности или способствуют их введению, способствуют возникновению необоснованных расходов субъектов предпринимательской и иной деятельности, способствуют возникновению необоснованных расходов бюджетов всех уровней бюджетной системы Российской Федерации. Для этих целей в Минэкономразвития создан отдельный Департамент.

В принципе, это правильный инструмент, достойный позитивной оценки. Однако его ожидает такая же системная проблема, как проявившаяся в сфере конституционного нормоконтроля: можно ли в рамках предварительного анализа правового текста, пока он не стал действующим, понять все его возможные дефекты, в том числе с точки зрения критериев оценки регулирующего воздействия. Между тем, предмет такой оценки в принципе близок к конституционному нормоконтролю, так как любое несоразмерное ограничение прав и законных интересов бизнеса фактически можно

рассматривать в терминах ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, устанавливающей конституционные пределы ограничения прав. Поэтому необходимо, не ставя под сомнение «предварительную» (до вступления документа в силу) оценку регулирующего воздействия, допустить ее по инициативе четко указанных субъектов (в том числе объединений предпринимателей и потребителей) и в ходе реализации соответствующих норм.²⁷²

Владимир Александрович Сивицкий,
юридический факультет
НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург
E-mail: vasivickiy@mail.ru

Антон Олегович Лебедев,
факультет права
НИУ ВШЭ (Москва)

© В.А. Сивицкий, А.О. Лебедев, 2012

ЛИЦЕНЗИРОВАНИЕ И ИНАЯ РАЗРЕШИТЕЛЬНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ КАК МЕТОДЫ ГОСУДАРСТВЕННОГО УПРАВЛЕНИЯ

В России в соответствии с ч. 1 ст. 8 Конституции Российской Федерации провозглашена свобода экономической деятельности. Также, в России признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права (ч. 1 ст. 17 Конституции Российской Федерации). В целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства права и свободы человека и гражданина, свобода экономической деятельности могут быть ограничены федеральным законом (ч. 3 ст. 55 Конституции Российской Федерации).

Лицензирование, выдача разрешений, квот, сертификатов и т. п. ограничивают свободу предпринимательской деятельности, права и свободы человека и гражданина, и являются административными мерами, которые имеют профилактическую направленность и применяются для предотвращения возможных негативных последствий от деятельности либо отдельных действий граждан и создаваемых ими организаций. Лицензирование и иные разрешительные процедуры по своей юридической сути являются принудительными методами государственного управления. Специфика таких

²⁷² Шаги в этом направлении осуществлены Приказом Минэкономразвития России от 9 ноября 2011 г. № 634, утвердившим порядок проведения оценки регулирующего воздействия в отношении действующих нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти (так называемая ретроспективная оценка регулирующего воздействия).

методов государственного управления заключается в их властном характере и неравенстве сторон.

Властность разрешительных процедур выражается в том, что властная деятельность осуществляется органами государственного управления в отношении организационно не подчиненных им субъектов. Невластная сторона разрешительных отношений не просто должна получить разрешение по собственной воле, а обязана это сделать по требованию государства, закрепленного в правовых нормах. Субъекты не вправе осуществлять деятельность или совершать закрепленные правовыми актами действия (строительство, охоту, добычу природных ресурсов, въезжать или выезжать с территории государства и т. п.) без соответствующей санкции государства в виде лицензии или иного разрешения.

Неравенство сторон в разрешительных отношениях заключается в том, что с одной стороны выступает государство, которое обязывает субъектов получать лицензии и иные разрешения, если они планируют осуществлять определенную деятельность. С другой стороны выступают юридические и физические лица, обязанные подчиниться требованиям органов государственного управления и получить лицензию, иное разрешение, если они намереваются вести соответствующую деятельность и совершать предусмотренные законодательством действия. При этом, получив лицензию или разрешение, физические и юридические лица должны осуществлять свою деятельность в соответствии с условиями, предусмотренными лицензией, разрешением и действующим законодательством. За ведение деятельности без необходимых на то лицензии, разрешения либо с нарушением лицензионных требований, разрешения и действующего законодательства, государством предусматриваются соответствующая юридическая ответственность для правонарушителя.

Между тем, особенностью отечественного правового регулирования разрешительной деятельности органов государственного управления является неупорядоченность законодательства, отсутствие общего подхода к используемой в нем терминологии и к порядку выдачи разрешений. Избрание конкретных форм разрешительной деятельности (лицензирование, разрешение, сертификация, аттестация т. п.), замена одного вида разрешения другим осуществляется хаотично.²⁷³

Например, до принятия Федерального закона от 24 июля 2009 г. № 209-ФЗ «Об охоте и сохранении охотничьих ресурсов и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» охотникам выдавали именную разовую или долгосрочную лицензии на добычу объектов животного мира (ст. 1, 33, 34, 35 и другие положения Федерального закона «О животном мире» в редакции от 14 марта 2009 г. № 32-ФЗ). Однако после принятия Закона об охоте лицензия на добычу объектов животного мира была заменена разрешением. В то время как предназначение разрешения на охоту по

²⁷³ Субанова Н.В. Разрешительные полномочия органов исполнительной власти в Российской Федерации. М., 2012. С. 44

сравнению с лицензией на добычу объектов животного мира не изменилось. Без разрешения на охоту так же, как ранее и без лицензии на добычу объектов животного мира, охотнику охотиться запрещено (п. 3 ст. 8 Закона об охоте, ст. 35 Закона о животном мире в редакции от 14 марта 2009 г.).

Нередко один и тот же термин, применяемый в законодательстве о разрешительной деятельности и имеющий в нем определенное значение, используется при регулировании иных отношений, и в него закладывается совершенно другой смысл, что невольно актуализирует вопрос о правовой сущности соответствующего явления, обозначаемого этим термином.

Так, сертификат, представляемый органами государственного управления либо уполномоченными ими лицами, и сертификат, выдаваемый банками и иными негосударственными организациями, имеют разное назначение.

Статьи 2, 25, 26 Федерального закона «О техническом регулировании» предусматривают обязательную сертификацию продукции, выпускаемой для реализации на территории России. Сертификат соответствия — это документ, удостоверяющий соответствие объекта требованиям технических регламентов, положениям стандартов, сводов правил или условиям договоров. Сертификатом соответствия подтверждается соответствие продукции требованиям технических регламентов.²⁷⁴

В соответствии с п. 1 ст. 8 Воздушного кодекса Российской Федерации обязательной сертификации подлежат юридические лица — разработчики и изготовители воздушных судов и другой авиационной техники; физические лица, юридические лица, осуществляющие и/или обеспечивающие коммерческие воздушные перевозки, выполнение авиационных работ; юридические лица, осуществляющие техническое обслуживание и ремонт авиационной техники; аэродромы, аэропорты; образовательные учреждения и образовательные подразделения организаций, осуществляющие подготовку специалистов соответствующего уровня согласно перечням специалистов авиационного персонала; воздушные суда, авиационные двигатели, воздушные винты, бортовое и наземное авиационное оборудование и другие объекты, а также юридические лица, деятельность которых непосредственно связана с обеспечением безопасности полетов воздушных судов или авиационной безопасности.²⁷⁵ Без сертификата юридические, физические лица не вправе осуществлять соответствующую деятельность, а соответствующая техника не может быть выпущена в эксплуатацию.

За нарушение требований и правил сертификации Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях предусматривается административная ответственность (ст. 13.6, 13.12, 14.44, 14.47 и другие положения).

Таким образом, под сертификатами при осуществлении разрешительных процедур понимаются документы, предоставляющие субъектам право на определенную деятельность, выпуск продукции и т. п.

²⁷⁴ СЗ РФ. 1997. № 12. Ст. 1383.

²⁷⁵ СЗ РФ. 2002. № 52, ч. 1. Ст. 5140.

В то время как в ГК РФ, Федеральном законе «Об ипотечных ценных бумагах» дается совершенно иное определение сертификатов. В соответствии с данными законами, сертификат является документ, выдаваемый определенными в законе юридическими лицами, удостоверяющий либо сумму вклада, внесенного в банк (ст. 844 ГК РФ), либо право на возникновение право собственности (ст. 17 Федерального закона «Об ипотечных ценных бумагах»²⁷⁶). Таким образом, в гражданском праве под сертификатом подразумевается документ, подтверждающий определенное вещное право, что значительно отличается от значения сертификата в административных правоотношениях.

Кроме того, российское законодательство по-разному определяет лицензию и разрешение, а также основания и порядок предоставления этих документов. Однако этимологически слова «лицензия» и «разрешение» имеют схожее значение. «Лицензия» происходит от латинского слова «*licentia*» — вольность, свобода делать что угодно. В русском языке «разрешение» — это право на совершение чего-нибудь, а также документ, удостоверяющий такое право.²⁷⁷

Единое для российского законодательства определение лицензии закреплено в Федеральном законе от 4 мая 2011 г. № 99-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» — это специальное разрешение на право осуществления юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем конкретного вида деятельности (выполнения работ, оказания услуг, составляющих лицензируемый вид деятельности), которое подтверждается документом, выданным лицензирующим органом на бумажном носителе или в форме электронного документа, подписанного электронной подписью, в случае, если в заявлении о предоставлении лицензии указывалось на необходимость выдачи такого документа в форме электронного документа (п. 2 ст. 3).²⁷⁸

Законом о лицензировании также устанавливаются единые цели и задачи, основные принципы лицензирования перечень видов деятельности, подлежащих лицензированию, порядок выдачи лицензий, круг лиц, которые вправе осуществлять лицензируемый вид деятельности, сроки действия лицензии и т. п.

В отличие от лицензирования, в области иной разрешительной деятельности отсутствует единый закон. Законодательство предусматривает огромное количество разрешений, выдаваемых органами государственного управления в различных сферах: разрешение на строительство (ст. 8 Градостроительного кодекса Российской Федерации),²⁷⁹ разрешения (открытые листы) на проведение работ по выявлению и изучению объектов археологического наследия (п. 8 ст. 48 Федерального закона «Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов Российской

²⁷⁶ СЗ РФ. 2003. № 46, ч. 2. Ст. 4448.

²⁷⁷ Ожегов С.И. Словарь русского языка. М., 2008.

²⁷⁸ СЗ РФ. 2011. № 19. Ст. 2716.

²⁷⁹ СЗ РФ. 2005. № 1, ч. 1. Ст. 16.

Федерации»),²⁸⁰ разрешение на работу, выдаваемое иностранным гражданам (п. 1 ст. 2 Федерального закона «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации»)²⁸¹ и другие. При этом не существует ни единого определения «разрешения», ни унифицированного порядка их выдачи. Не смотря на то, что они все, по существу, являются документами, подтверждающими право лица на осуществление определенной деятельности либо отдельных действий.

Так, разрешение на строительство представляет собой документ, подтверждающий соответствие проектной документации требованиям градостроительного плана земельного участка или проекту планировки территории и проекту межевания территории (в случае строительства, реконструкции линейных объектов) и дающий застройщику право осуществлять строительство, реконструкцию объектов капитального строительства, за исключением случаев, предусмотренных Градостроительным кодексом Российской Федерации (п. 1 ст. 51).

Разрешение на работу, выдаваемое иностранному гражданину — это документ, подтверждающий право иностранного работника на временное осуществление на территории Российской Федерации трудовой деятельности или право иностранного гражданина, зарегистрированного в Российской Федерации в качестве индивидуального предпринимателя, на осуществление предпринимательской деятельности (п. 1 ст. 2 Закона о правовом положении иностранных граждан).

Разрешениями по своей природе также являются квоты, сертификаты, свидетельства, предоставление допуска, аттестация, аккредитация, патенты, визы, так как только после их получения государство фактически разрешает субъектам осуществлять определенную деятельность или действия.²⁸² Однако и в данной области отсутствует единый подход к определению этих правовых явлений и порядку предоставления такого рода разрешений.

Например, квотирование предусматривается Федеральными законами «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации», «Об объектах животного мира», «Об охоте и сохранении охотничьих ресурсов и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», «О наркотических средствах и психотропных веществах», другими законами.

При этом названными законами «квота» определяется по-разному, в зависимости от предмета правового регулирования не смотря на то, что, фактически, квотами органы государственного управления устанавливают некоторый лимит выдачи, изъятия, производства, хранения, ввоза (вывоза), приема чего-либо или кого-либо: на изъятие объектов животного мира, на

²⁸⁰ СЗ РФ. 2002. № 26. Ст. 2519.

²⁸¹ СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3032.

²⁸² Подробнее см.: *Субанова Н.В.* Разрешительные полномочия органов исполнительной власти в Российской Федерации. С. 44–45; *Спектор Е.И.* Соотношение понятий «лицензия» и «специальное разрешение» в контексте статьи 171 УК РФ и статьи 14.1 КоАП РФ // Адвокат. 2006. № 11.

выдачу каких-либо разрешений, на производство наркотических средств, на прием на работу определенных категорий граждан и т. п.

Скажем, в соответствии с Федеральным законом «Об охоте и сохранении охотничьих ресурсов и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» квота добычи охотничьих ресурсов — часть лимита добычи охотничьих ресурсов, которая определяется в отношении каждого охотничьего угодья (п. 14 ст. 1).²⁸³

В то время как Закон о правовом положении иностранных граждан предусматривает несколько видов квот, но не закрепляет их определения: квоты на выдачу иностранным гражданам разрешений на временное проживание (ст. 6), квоты на выдачу иностранным гражданам разрешений на работу (ст. 13.1), квоты на выдачу иностранным гражданам приглашений на въезд в Российскую Федерацию в целях осуществления трудовой деятельности (ст. 13.2).

В юридической науке уже неоднократно обращалось внимание на необходимость упорядочения действующего законодательства в области выдачи лицензий и иных разрешений.²⁸⁴ В отношении лицензирования были сделаны определенные сдвиги путем принятия в 2011 г. Закона о лицензировании и иных, изданных в соответствии с ним нормативных правовых актов, практически исключивших бессистемное использование лицензии в российской правовой системе. Существует много обоснованных нареканий к этому закону, но нельзя отрицать, что он сыграл определенную позитивную роль в систематизации лицензионного законодательства. Однако, как уже говорилось выше, в отношении иных видов разрешений систематизации нет.

Аргументом в пользу необходимости унификации разрешительного законодательства также является и то, что в отношении применения иных административных методов систематически проводится кодификация и систематизация законодательства. В области административной ответственности действует Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях. Применение государственного поощрения регулируется Указом Президента Российской Федерации от 7 сентября 2010 г. № 1099 «О мерах по совершенствованию государственной наградной системы Российской Федерации».²⁸⁵ Таким образом, нельзя не видеть, что на сегодняшний день разрешительная деятельность государства имеет значительные масштабы. Единое определение всех видов разрешений, закрепление их понятий, основных свойств, целей, принципов и порядка применения поспособствует устранению коллизий в действующем

²⁸³ СЗ РФ. 2009. № 30. Ст. 3735.

²⁸⁴ См. указ. соч. Спектор Е.И. и Субановой Н.В.

²⁸⁵ СЗ РФ. 2010. № 37. Ст. 4643.

законодательстве, повышению эффективности государственного управления и исполнению законов, а также установит понятные правила для всех граждан и субъектов предпринимательской деятельности.

Анна Анатольевна Смирнова,
юридический факультет
НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург
E-mail: jaify@yandex.ru
© А.А. Смирнова, 2012

ПРОБЛЕМЫ УСТОЙЧИВОГО РАЗВИТИЯ ГОСУДАРСТВ

Учитывая то, какое значение сейчас придается концепции и политике устойчивого развития, необходимо обратить внимание на возможные варианты восприятия и реализации данной программы. Эти варианты связаны с психологией общества потребления и влиянием современных международных факторов.

Этап развития, на котором находится сейчас человеческая цивилизация, определяется как глобализация мирохозяйственных связей и взаимозависимость всех международных факторов. Это, как известно, порождает, большие преимущества для развития и улучшения качества жизни человека, но также и большие проблемы. К сожалению, преимущества и проблемы распределены неравномерно между населением различных стран мира. Конечно, неравенство и социальные диспропорции существовали практически с самого начала развития цивилизации, однако их нынешний глобальный уровень представляет реальную угрозу сохранению мира и человеческого вида. Отчетливое осознание этой угрозы и своевременность предпринимаемых мер — вот реальное поле для дискуссий и применения новых политических стратегий.

Практически все глобальные проблемы можно отнести к сфере развития, точнее, к выбору стратегий развития. Примерно до 1970-х годов практически единственной была стратегия, ориентированная на экономический рост, повышение эффективности производства, получение прибыли, разнообразие потребления. После известных докладов Римского клуба, деятельности Комиссии Г.Х. Брундтланд и Стокгольмской конференции ООН по окружающей среде 1972 г. понимание опасности и «тупиковости» данного пути стало постепенно внедряться в общественное сознание. Появились альтернативные концепции, наиболее разработанной из которых стала концепция устойчивого развития (КУР).

Традиционное определение КУР, ставшее почти девизом экологов и антиглобалистов, звучит примерно так: «Удовлетворять текущие потребности, не подрывая возможности грядущих поколений к удовлетворению своих потребностей». К началу 1990-х насчитывалось около 30 вариантов

определения устойчивого развития, а теперь их количество перевалило за сотню.

Нам представляется наиболее емким подход, при котором устойчивое развитие разделяется на три составляющие:

1. *Устойчивое социальное развитие*. При таком развитии использование ресурсов должно быть направлено на цели обеспечения равноправия людей и социальной справедливости. Достижение устойчивого социального развития возможно только в условиях социального партнерства. Наиболее важными формами социального капитала должны считаться социальное благополучие, развитие культуры, дисциплина, честность и т. д. Этот социальный капитал должен возобновляться и служить культурным наследием.

2. *Экономически устойчивое развитие* — поддержание созданного человеком капитала (материального), человеческого капитала, в том числе информационного и культурного, и природного капитала.

3. *Экологически устойчивое развитие* — развитие, при котором благополучие людей обеспечивается сохранением источников сырья и окружающей среды как места стока загрязнений. Уровень выбросов не должен превышать ассимиляционную способность природы, а скорость использования невозобновимых ресурсов должна соответствовать их возмещению за счет замены возобновляемыми компонентами.

Однако, несмотря на теоретическую отчетливость, разработанность терминологии и понимание сути необходимых перемен, для реализации концепции устойчивого развития необходимо новое мировоззрение. Современное же мировоззрение, на основе которого общество достигло как высот технологического развития и комфорта, так и вызывающих размеров нищеты, базируется на уверенности в том, что технический прогресс и экономический рост автоматически способствует прогрессу социальному. И это мировоззрение поменять довольно сложно, так как оно сформировано благодаря постоянному поддерживанию и культивированию человеческих потребностей и желаний. Можно сказать, что современное мировоззрение для многих представляется системой запросов к миру и удовлетворения этих запросов. От этой простой схемы трудно отказаться, во-первых, потому что она проста, во-вторых, потому что успешно работала на протяжении тысячелетий.

Как же сочетается это мировоззрение с пониманием глобальных угроз и необходимостью принятия стратегии устойчивого развития? — Современные исследователи отмечают многоликость отношения к устойчивому развитию, разнообразные аспекты и оттенки. Определенная часть мирового сообщества видит в устойчивом развитии цель и руководство к действию, другие следуют политической моде, третьи, число которых невелико, открыто отрицают КУР. Большая же часть, на наш взгляд, считает, что устойчивое развитие — это не более чем политический лозунг, в рамках которого можно, в лучшем случае, попытаться что-то улучшить в локальном масштабе. Такое понимание опять же связано с традиционной стратегией общества потребления, при которой любые новые модели развития подстраиваются под запросы потребителей.

Почему же современные государства и другие акторы международных отношений не откажутся от использования концепции устойчивого развития? Как они адаптируют данную концепцию к стратегии экономического роста? И можно ли совместить стереотипы сознания общества потребления с воплощением реальных целей устойчивого развития?

Для государств и международных организаций концепция устойчивого развития, несмотря на всю трудность реализации, является очень привлекательной программой, одной из программ-«марок». Концепция устойчивого развития затрагивает глобальную проблему выживаемости, значимую для всего человечества и — в своих исходных посылах — идеологически нейтральную, ведь приоритеты экономического роста и потребления сформировались во всех государствах, независимо от идеологии, социального строя и типа хозяйствования. А это означает, что включение ее принципов в политические стратегии развития государств позволяет как бы «встать над» традиционными проблемами и противоречиями, озаботиться общим будущим, обозначая тем самым современный уровень политического сознания и гуманизма. Учитывая тот факт, что КУР включает в себя аспекты устойчивого экономического и социального развития, она используется странами также как новая система показателей успешности экономики и модель для демонстрации конкурентных преимуществ. Иными словами, КУР работает на формирование позитивного имиджа государства, хотя основное ее требование — изменение стандартов потребления и, соответственно, характера производства — остается в тени.

Кроме того, сотрудничество в рамках КУР является достойной альтернативой имеющимся концепциям мирового устройства — имперским моделям и моделям би- и мультиполярности. Это, конечно, не означает, что данное сотрудничество исключает альянсы, но они в идеале должны создаваться не как отношения зависимости, а с учетом разных возможностей и интересов сторон, что само по себе очень привлекательно, так как для «устойчивости» важным является каждый, даже самый малый элемент мировой структуры.

Обращенность идеологии устойчивого развития в будущее позволяет крупнейшим международным организациям разрабатывать на ее основе новые программы действий, концентрировать ресурсы, создавать новые структуры и придавать смысл существованию старым. Наличие этой новой мировой тенденции — перехода к устойчивому развитию — как бы балансирует со старыми, неразрешенными и нерешаемыми, политическими проблемами. Многие из этих «старых» проблем (особенно экологические проблемы и глобальные диспропорции «Севера» и «Юга») и не могут быть решены в рамках существующей экономической парадигмы, однако сама возможность выхода из тупика в виде реализации модели устойчивого развития вселяет некоторую надежду и хотя бы немного снижает напряженность в сознании среднестатистического обывателя.

Все вышеперечисленные моменты являются рыночными преимуществами КУР, определяющими во многом ее использование странами,

международными организациями и политическими лидерами. Но то, что реальный переход к устойчивому развитию возможен только всеми одновременно, в глобальном масштабе (или хотя бы с максимальным количеством акторов), с учетом изменений экономических приоритетов и потребительских ожиданий — это остается проблемой, о которой говорят только экологи и представители научного сообщества.

Итак, главная цель нынешних усилий мирового сообщества — это «увязать элементы международной экономической системы и потребности человечества в обеспечении безопасных и стабильных природных условий». Иными словами, суть задачи заключается в том, чтобы, при той же нацеленности на экономический рост и те же (если не более высокие) стандарты потребления — все же не исчерпать природные ресурсы, а каким-то чудесным образом их сохранить, увеличивая платежи за загрязнения и изъятия, организуя национальные парки, помогая беднейшим странам. Это — очень правильная рыночная стратегия, которая реально может только приостановить экологический кризис, но не создать возможности устойчивого развития. Хотя далее в этом документе и указывается, по сути, самое главное, на чем настаивают экологи, — необходимость изменения структур потребления.

В своих усилиях по решению проблем потребления и образа жизни в контексте охраны окружающей среды и развития странам, в принципе, следует ориентироваться на следующие основные цели:

а) всем странам следует предпринимать усилия по формированию рациональных структур потребления;

б) промышленно развитым странам следует взять на себя роль лидера в формировании рациональных структур потребления;

с) в процессе своего развития развивающимся странам следует стремиться к формированию рациональных структур потребления, обеспечивая удовлетворение основных потребностей неимущих слоев населения и избегая в процессе своего развития таких нерациональных структур, в частности в промышленно развитых странах, которые, согласно общепризнанному мнению, создают чрезмерную угрозу для окружающей среды, не эффективны и расточительны. Это требует расширения технической и иной помощи со стороны промышленно развитых стран.

Можно ли сформировать новые «рациональные» структуры потребления в развитых и развивающихся странах, когда отставание между Севером и Югом признается глобальным и несократимым при жизни многих последующих поколений даже при той помощи и периодическом «списании» долгов, которые сейчас существуют? Возможно ли это, когда жизнь в богатстве и бедности и мышление в категориях богатства и бедности являются единственным и хорошо знакомым способом существования? И с этим способом существования предлагается бороться теми же методами, с помощью которых он в значительной мере и утвердился.

Представляется, что стратегия устойчивого развития в рамках нынешней мировой экономической системы может ставить перед собой только одну цель:

не установить новые отношения с окружающей средой, а не обнищать, как можно дольше.

Этой задаче подчинены и национальные стратегии государств. Соединенные Штаты — мировой лидер по потреблению ресурсов и производству отходов (24 % потребления общемировой энергии и 30 % потребления сырьевых ресурсов). Стратегия УР там была разработана в 1996 г. специально созданным при президенте США Советом по устойчивому развитию. Страна из другого лагеря, с которой сейчас принято сравнивать темпы роста и развития США, да и других стран — это Китай. И там также в 1994–1997 гг. был создан документ «Китайская повестка дня на XXI век — Белая книга о населении, окружающей среде и развитии Китая в XXI веке». И в этом варианте устойчивого развития провозглашается тот же самый выбор — экономический рост. «Китай — страна с большим населением и слабой инфраструктурой. Только поддержанием относительно быстрого экономического роста можно искоренить бедность, повысить уровень жизни и достигнуть длительного мира и стабильности». Конечно, у Китая есть специфические проблемы — перенаселение, опустынивание территорий, защита атмосферы от загрязнений, проблема твердых отходов и т. д. И этим вопросам посвящены соответствующие разделы документа. Однако при всем учете местных особенностей, Китай стремится повторить путь Соединенных Штатов в этом вопросе и выбирает также стратегию экономического роста.

Наиболее продвинутыми в понимании сущности устойчивого развития и необходимости трансформации общества в этом русле считаются Япония и некоторые страны Европы — Германия, Франция, скандинавские государства. Там одной из целей устойчивого развития названо сохранение экологического баланса. Но основные меры по реализации этой цели сводятся к платежам и штрафам. Да вряд ли и возможно что-либо другое для стран с таким высоким уровнем экономического развития и столь вовлеченным в мировую торгово-экономическую систему. В Норвегии, Франции и Японии постепенно вводится система учета экологических издержек, которая позволяет сравнивать экономический рост за текущий год с издержками по непредотвращенным экологическим нарушениям. Однако эти расчеты не влияют на базовые макроэкономические показатели.

Что касается скандинавских стран, то помимо большого внимания, уделяемого экологическим программам, государственная политика и общественные тенденции направлены на пропаганду здорового образа жизни в единении с природой, в поощрении простых радостей и скромных потребностей. Стремление к роскоши там, конечно, не является преступлением, но уж точно не поддерживается в качестве модного тренда. Это маленький шаг в сторону более адекватного понимания стратегии устойчивого развития, который, однако, никак не может считаться глобальной тенденцией.

Какие же, исходя из всего этого, выявляются перспективы у концепции устойчивого развития и у мира в целом? Перспективы в большей степени печальные, в меньшей — оптимистические. Пессимизм заключается в тотальной невозможности изменения нашей цивилизационной парадигмы, т. е.

общества потребления. Пока мы находимся внутри этого глобального потребительского процесса, только угроза тотального и немедленного уничтожения может заставить задуматься об иных ценностях и образе жизни. Однако когда такой момент наступит, то, скорее всего, уже поздно будет принимать какие-то решения. В этом смысле библейский Апокалипсис и Второе пришествие представляются более реальным выходом из глобального кризиса, нежели смутная надежда на успех реализации концепции устойчивого развития.

Однако небольшая доля оптимизма все же возможна. Она связана с двумя моментами — развитием экологического образования и политическим пиаром самой концепции устойчивого развития, поскольку она так органично вписывается в модернизационные стратегии государств. Во всех национальных стратегиях устойчивого развития есть обязательные разделы о необходимости формирования экологического сознания, системы экологического образования и просвещения. Выделяются средства на соответствующие программы, курсы, пиар-кампании. Проводятся фестивали, конкурсы, Дни Земли, Воды, Леса и т. п. В рамках борьбы за вечную молодость и процветание большой популярностью, несмотря на высокую цену, пользуются экологически чистые продукты — без нитратов, консервантов и ГМО. Жизнь за городом, отказ от курения, занятия спортом — вот те раскрученные брэнды, которые идут в русле с целями устойчивого развития. Иными словами, используются рыночные механизмы для формирования новых потребительских ожиданий и поддержания потребительского спроса. Это то, что создает общий фон для развития и востребованности экологического образования.

Между двумя саммитами по устойчивому развитию в Рио-де-Жанейро и Йоханнесбурге совместно с Программой ООН по окружающей среде (ЮНЕП) было принято решение совершенствовать систему образования и разработку программ обучения по устойчивому развитию. Генеральная Ассамблея ООН в 2002 г. объявила с 2005 г. десятилетие образования для устойчивого развития и поручило ЮНЕСКО быть ведущим агенством по подготовке и проведению этого десятилетия. Европейская экономическая комиссия ООН в 2004 г. разработала Стратегию образования для устойчивого развития (ОУР). Целью этой стратегии является развитие ОУР и его включение в систему формального и неформального образования и просвещения для вооружения людей знаниями и навыками устойчивого развития. В эту программу входят вопросы методического обеспечения курсов и профессиональной подготовке преподавателей, а также о доступности преподавания, учебных пособиях, обмене опытом. Эта стратегия внедряется во всех странах мира.

Примером международного сотрудничества в области ОУР является международная программа «Лидеры в области охраны окружающей среды и развития». Она действует уже в течение 20 лет и тысячи ее выпускников работают в 90 странах мира. В эту международную программу входят 13 национальных и региональных (объединяющих несколько стран) программ, в том числе: Бразилия, Европа, Индия, Индонезия, Канада, Китай, Мексика, Нигерия, Пакистан, СНГ, США, программа для франкоговорящих стран

Африки, Южная Африка. Суть программы заключается в том, что в разных странах или регионах отбирается по 15 человек в возрасте от 25 до 40 лет, обладающих лидерскими качествами и работающих в сфере, связанной с развитием и охраной окружающей среды. Часть времени участники программы продолжают работать в своих организациях на местах, но периодически собираются на учебные сессии. Эти сессии проходят в виде лекций, деловых игр, встреч с политиками и представителями НПО и гражданского общества. Таким образом, формируются навыки международного делового сотрудничества и стратегии принятия решений. Среди выпускников этой школы есть уже депутаты, министры и бизнесмены.

Кроме того, ООН разрабатывает индикаторы развития образования в области устойчивого развития. Определение таких индикаторов позволило бы, по мнению авторов, создать единые требования и единую систему оценок этой деятельности. Критерии охватывают количественные и качественные показатели: от того, как поддерживается это образование политически и организационно, до количества адекватных учебных материалов. Однако и этот процесс вызывает у специалистов критических замечаний. Так, «ряд предложенных показателей отражает не собственно развитие, а усилия по обеспечению развития. Другая проблема заключается в том, что ряд изменений может быть интерпретирован и как положительный и как отрицательный в зависимости от конкретных условий». И даже эти сюжеты еще раз напоминают, сколь велики диспропорции в глобальном мире и что любая гуманитарная деятельность в рамках этого непропорционального развития практически не может оцениваться однозначно и адекватно.

Итак, приходим к выводам, которые могут не совпадать с официально принятой точкой зрения. Концепция устойчивого развития имеет теоретическую и идеологическую стороны. Теоретически — это модель учета глобальных рисков и разработки количественных индикаторов развития. Идеологически — это политический брэнд, использование которого поддерживает существующую мировую политическую и экономическую систему. Реализация ее в одном государстве или группе государств сродни идее построению коммунизма в одной отдельно взятой стране. Единственным, но серьезным, положительным моментом является возможность постепенного формирования человека с новыми ценностями и экологическим сознанием. Однако процесс этот очень долг, и хватит ли на это ресурсов Земли — покажет время.

Нугзар Алексеевич Джобава,
юридический факультет
НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург
E-mail: expert758@inbox.ru
© Н.А. Джобава, 2012

Тема 3. СОВРЕМЕННЫЕ ПРОБЛЕМЫ КОРПОРАТИВНОГО ПРАВА

主题3。现代的商业法律问题

罗智敏

Luo Zhimin

副教授

中国政法大学比较法学研究院

北京

E-mail: Luo Zhimin12@126.com

中国政府干预经济的法治化进程 ——以行政许可的设定范围为例

内容摘要

一、《行政许可法》对中国政府任意干预经济的制约

行政许可是一项重要的行政权力，它涉及政府与市场、政府与社会、国家行政权力与相对人的权利关系。在《行政许可法》出台之前，中国各地政府各种形式的许可制度造成地区保护主义、地区封锁，行政许可设置过多过滥，这不仅表现在程序繁琐，效率低下，还表现在许可条件不公开、不公正，利用行政许可进行权力“寻租”，贪污腐败严重，因此，“在现实生活中，一讲到行政管理，就要审批。于是，什么事情都可以设定行政许可”²⁸⁶例如，2004年，重庆万州区龙宝、五桥移民开发区党工委、管委会办公室曾经先后下发文件，把“雄鹰”牌矿泉水列为辖区指定饮用水，要求辖区各乡镇、街道必须统一饮用²⁸⁷且不说开发区党工委、管委会办公室有无权力做出此决定，单看该“红头文件”的内容本身，一方面把本来属于消费者自由选择的事项纳入行政机关的控制之内干涉了消费者的自由权，另一方面也排斥了没有受到“指定”的企业的产品，政府的这种行为实际上破坏了市场经济公平竞争的原则和市场的正常秩序，市场机制配置资源的效果没法得到有效实现，这样的例子在中国比比皆是。

2003年8月颁布并于2004年7月1日实施的《行政许可法》对政府管理社会和经济生活的范围作了限制，通过对行政许可实施主体，行政许可权的设定、行政许可程序的规范以及行政机关的义务及责任的确认，强调了合法、信赖保护、公正、公开、效率、便民、救济等原则，加强了对行政行为的规范，使得中国从“万能政府”逐渐走向“有限政府”。其中，对行政许可范围的规范在一定程度上改变了以前政府任意设置行政许可的行为。《行政许可法》明确规定行政许可设定的原则以及行政许可的设定范围，尤其是关于许可范围的设定给政

²⁸⁶ 杨景宇代表国务院在第九届全国人大第二十九次会议上对《行政许可法》（草案）所作的说明，载《全国人大常委会公报》，2003年第3期。

²⁸⁷ 李永文：《时评：政府文件凭什么指定饮用水》，<http://news.qq.com/a/20040603/000494.htm>

府治理社会和市场划定一个权力的边界，政府干预应以不损害市场机制正常运行基础为极限。²⁸⁸

1、行政许可设定的原则

《行政许可法》第11条规定：“设定行政许可，应当遵循经济和社会发展规划，有利于发挥公民、法人或者其他组织的积极性、主动性，维护公共利益和社会秩序，促进经济、社会和生态环境协调发展。”**中国政府已经认识到行政许可的设定与经济社会发展程度直接相关，对行政许可管理手段的运用，要符合经济社会发展规律。**以前由于缺乏统一的法律规定，许可设置过多过滥，程序繁琐，严重地阻碍了经济发展，并且损害了公民的权利，限制了公民的自由。因此，在以后设定行政许可时，行政机关首要需要考虑的就是遵循经济与社会的发展规律，并且要正确对待公民的权利和自由，要有利于发挥公民、法人或者其他组织的积极性、主动性，同时，考虑到在保障个人自由的同时，维护公共利益和社会秩序，兼顾经济、社会和生态环境的协调发展。

2、行政许可设定范围

行政许可的设定范围就是指哪些事项可以设定行政许可，哪些事项不能设定行政许可、由市场调节或者由公民自主决定。实际上行政许可的设定范围涉及政府管理与公民、法人自主决定的关系，涉及政府管理与市场竞争机制的关系，政府管理与社会自律的关系。单从政府对经济的调节方式来看，主要存在两种方式，第一就是计划调节，第二就是市场调节。前者主要靠政府的行政手段，而后者则依靠市场竞争。众所周知，市场竞争可以不断激发市场主体的各种主动性和积极性，推动经济发展和社会进步，如果仅仅依靠行政管理手段，过多的采用行政许可方式，导致的结果则是抑制市场活力，限制创新空间，阻碍社会经济的发展。从世界各国经验来看，上世纪三十年代**以前**，资本主义国家实行自由主义市场经济，政府与市场作为“**守夜人**”，**不实行积极干预与严格管理**，因此行政许可较少。然而，上世纪三十年代以后的经济危机导致的**市场失灵**使得人们重新对自由放任的市场经济进行反思，以凯恩斯主义为代表的国家干预政策兴起，政府放弃了以前“**无为放任**”的做法，**加强了对市场的干预**，表现在行政行为上就是出现了大量行政许可制度。这种干预一方面的确起到了缓解经济危机的作用，但是同时又暴露出一系列新的问题，如行政人员激增，行政机构日益膨胀，办事效率低下以及人、财、物的大量浪费。自上世纪七十年代以来，在英、**美等国家又开始了以放松规制为目的行政改革运动**。以美国的管制改革为例，美国行政法在以下三个方面进行了新变革：将公共职能授予私部门。一个途径是将通常认为是公的权力和职能授予私部门；在没有全面授权时，通常地把这些职能的重要部分用分合形式授予私部门。另一个途径是不仅将私部门包括在这种新的伙伴关系中，还谋求州和地方政府的合作和参与。

²⁸⁸ 李曙光：行政许可、政府干预与政府转型，载<http://www.china.com.cn/chinese/OP-c/698107.htm>

²⁸⁹在这场改革过程中，行政权力受到世界通行规则的限制、权利意识和权利主张盛行，放松管制作作为政府的一种治理方式渐渐获得更多国家和地区的认同。

在我国《行政许可法》制定过程中，针对行政许可的设定范围问题也曾经有过很多争论，国务院提请审议的行政许可法草案对设定范围的规定，采取的是“先总说、后分说、再排除”的模式，首先列举可以设定行政许可的事项范围，然后将行政许可分为普通许可、特许、认可、核准、登记五类，对适用各类行政许可的事项再作出列举，并相应地规定特许、认可、核准、登记四类行政许可的特别程序，最后列举出不得设定行政许可的事项。在审议和征求意见过程中，很多人对这一方案提出了不少修改建议，如只总说，不分说；或者只分说，不总说；或者只列举不得设定的范围等。二次审议稿曾采取只分说不总说的办法，因为分类列举的范围与总的列举的范围是重复的，立法上没有必要重复。在最后的立法决策上，是采取正面规定与排除相结合的办法解决设定范围问题。

²⁹⁰中国的立法者在解释这个决定时指出，中国由计划经济转向市场经济，也就是由政府什么都管转到有选择性的管，这就需要回答该管什么，不该管什么的问题，对这个问题的回答实际是对社会主义市场经济规律的探索。资本主义社会的发展是从自由资本主义到垄断资本主义，从不干预到干预社会和经济生活，因而它可以根据发生的社会问题来逐个解决，这就形成他们在行政许可制度上的立法特点。第二，我国的立法主体比较多，在中央有**全国人大及其常委会、国务院**；在地方有三十一个省、自治区、直辖市，需要统一行政许可的立法标准和范围。第三，在现实生活中存在一种倾向，一讲行政管理，就要审批。于是什么事情都要设定行政许可，导致行政许可过多过滥。这就需要通过设定范围来减少行政许可，实现政府职能的转变。考虑到目前行政审批制度改革尚在进行之中，对行政许可的类别和适用范围还有不同意见，确定科学分类的客观条件还不够成熟。因此将各类的适用范围合并，形成了现在的行政许可的设定范围。

根据以上的立法精神，最终《行政许可法》规定了行政许可范围分为两类：

第一，可以设定行政许可范围

根据行政许可法第十二条“下列事项可以设定行政许可：（1）**直接涉及**国家安全、公共安全、经济宏观调控、生态环境保护以及直接关系人身健康、生命财产安全等特定活动，需要按照法定条件予以批准的事项；（2）**有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入**等，需要赋予特定权利的事项；（3）**提供公众服务并且直接关系公共利益的**职业、行业，需要确定具备特殊信誉、特殊条件或者特殊技能等资格、资质的

²⁸⁹ 参见王周户

李大勇：《行政许可与政事分开》，载法治政府网；吴鹏、范学臣：《公共管理与行政法的变革》，载《行政管理》2003年第12期。

²⁹⁰ 参见《法律问答与释义》，中国人大网。

事项；（4）**直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全的重要设备、设施、产品、物品**，需要**按照技术标准、技术规范**，通过检验、检测、检疫等方式进行审定的事项；（5）**企业或者其他组织的设立等**，需要确定主体资格的事项；（6）**法律、行政法规规定可以设定行政许可的其他事项**。

第二，可以不设定的行政许可范围

行政许可法第十三条规定：“

本法第十二条所列事项，通过下列方式能够予以规范的，可以不设行政许可：

（1）**公民、法人或者其他组织能够自主决定的**；（2）**市场竞争机制能够有效调节的**；（3）**行业组织或者中介机构能够自律管理的**；（4）**行政机关采用事后监督等其他行政管理方式能够解决的**。”

一般而言，从行政许可的功能出发，可设定行政许可的事项主要有二：

一是可能对公共利益产生重大影响的事项；二是对自然人生命、人身、财产可能产生严重危害的活动。

²⁹¹行政许可法规定可以设定的范围也体现了这两点，针对可能发生的问题提前设防需要许可，如危险物品的生产经营运储、交通设施运行、矿山开采安全、高危设施装备的防范控制，并且在一定程度上解决了配置资源活动的效率和公平问题，如土地资源、矿产资源、水资源等自然资源以及城市道路、无线电频道以及其他种种有限的公共社会资源等等的配置需要许可，通过颁布各种资格、资质、核验、检测的许可证件，确立相对人的特定资格或身份，使相对人获得合法从事涉及公共关系的经济、社会活动的某种能力，证明某种产品、物品装备的技术标准认定，质量信誉确认等，这些都为调动经济发展提供了积极因素。《行政许可法》所规定的可以不设定行政许可的范围在一定程度上也体现了私法自治优先原则、市场机制优先原则、社会自律优先原则，尤其是在排除歧视性待遇，限制外地产品或者服务进入本地市场的地方保护主义等方面起到了一定的遏制作用，在一定程序上促进了经济的发展。

二、行政许可范围设定存在的问题

《行政许可法》对行政许可范围的设定虽然在一定程度上限制了政府任意干预经济的行为，但是其规定仍然存在许多问题，法律规定的某些缺陷导致事实中政府对经济的变相干预：

1、立法规定不严谨导致行政机关的自由裁量权增加

首先，行政许可法第十二条是规定“**可以设**”行政许可的事项，第十三条规定“**可以不设**”行政许可的事项。从汉语的理解来讲，“**可以设**”代表可设、也可不设许可，“**可以不设**”则暗含着可以设许可、也可以不设许可。因此，行政许可法实际上并没有肯定究竟哪些行政许可必须不能设立，《行政许可法》对行政许可设置的监督程序规定也不完善，导致行政机关的自由裁量权增大。

²⁹¹ 张兴祥：《中国行政许可法的理论和实务》，北京大学出版社2003年版，第130—132页

其次，在第十二条“可以设定的行政许可”中也同样存在一些模糊字眼，比如该条中规定的“直接涉及国家安全、公共安全、经济宏观调控、生态环境保护以及直接关系人身健康、生命财产安全等特定活动，需要按照法定条件予以批准的事项”、“直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全的重要设备、设施、产品、物品，需要按照技术标准、技术规范，通过检验、检测、检疫等方式进行审定的事项”等，这些条款中所提到的“直接关系”

、“直接涉及”由哪些主体来界定？法律没有明确，那么一般情况下就由行政机关自己来决定，而且所谓的“国家安全”、“公共安全”也没有明确的法律界定，因此一般也由行政机关自己来确定，这同样导致行政机关享有过多的自由裁量权。比如本条中规定，涉及公共利益、公共安全的行业市场准入可以设定行政许可，虽然行政机关本身不能随便设立行政许可，因为《行政许可法》明确地规定了许可权的设定主体，

²⁹²但是，在中国的实践中，一般涉及许可的法律法规草案都是行政机关提出再由立法机关来通过的，而立法程序中又缺少必要有效的正当程序，因此行政机关完全可以以涉及公共健康安全为由创造一种新许可。

2、行政许可与行政审批的概念不清导致非行政许可的审批增多

行政许可与行政审批在中国行政法的语境中一直属于模糊的术语，两者之间到底是一种什么关系并没有明确界定，无论是理论界还是实务界都各言其说，且众说纷纭。在学理范畴，存在以下几种主要观点：

²⁹³第一种观点认为行政审批仅为行政行为中的一个环节，即审查、批准，既用于外部行为，也可用于内部行为，并且只指行政机关作出的特定行为，而行政许可只用于指代行政机关对外作出的具体行政行为。第二种观点认为行政审批与行政许可之间应该是内部行政行为与外部行政行为的区别，即凡行政机关对外实施许可的行政行为就是行政许可，凡行政机关内部程序就是行政批准或审批。第三种观点认为行政审批是行政许可的一部分。广义的行政许可包括了行政机关的各项批准、核准等行为，而行政审批仅仅属于其中一种。第四种观点

292

《行政许可法》第十四、十五条将行政许可的设定权进行了严格的限制。第十四条“本法第十二条所列事项，法律可以设定行政许可。尚未制定法律的，行政法规可以设定行政许可。

必要时，国务院可以采用发布决定的方式设定行政许可。实施后，除临时性行政许可事项外，国务院应当及时提请全国人民代表大会及其常务委员会制定法律，或者自行制定行政法规。”第十五条“

本法第十二条所列事项，尚未制定法律、行政法规的，地方性法规可以设定行政许可；尚未制定法律、行政法规和地方性法规的，因行政管理的需要，确需立即实施行政许可的，省、自治区、直辖市人民政府规章可以设定临时性的行政许可。临时性的行政许可实施满一年需要继续实施的，应当提请本级人民代表大会及其常务委员会制定地方性法规。地方性法规和省、自治区、直辖市人民政府规章，不得设定应当由国家统一确定的公民、法人或者其他组织的资格、资质的行政许可；不得设定企业或者其他组织的设立登记及其前置性行政许可。其设定的行政许可，不得限制其他地区的个人或者企业到本地区从事生产经营和提供服务，不得限制其他地区的商品进入本地区市场。”

²⁹³ 参见王克稳：《我国行政审批与行政许可关系的重新梳理与规范》，载《中国法学》2007年第4期。

与第三种观点相反，认为行政许可是行政审批的一部分，行政审批含义更广，形式多样、名称不一，有审批、核准、批准、审核、同意、注册、许可、认证、登记、鉴证等。第五种观点认为两者之间相互交叉。行政审批，是指政府行政系统在特定当事人的请求下对法律禁止的状态或法律不予许可的状态赋予其是否在广延范围内取得权利或利益的行政行为，在行政许可中也有行政审批行为，但这种审批基本上是对具体权利的审批，是**附着于个人**对某种单一事项提出请求的审批，而行政审批中的权益是存在于广延领域内的事项，其涉及的权利内容和影响的强度都要大得多。第六种观点则将两者等同，认为行政审批就是行政许可。

在实践中，存在着各种形式的许可制度，所用的术语也不一，如核准、批准、审核、同意、注册、许可、认证、登记、鉴证等。在国务院向全国人大常委会提交的行政许可法（草案）说明中曾指出：“**行政许可**（也就是通常所说的“**行政审批**”），**是行政机关依法对社会、经济事务实行事前监督管理的一种重要手段**”，这一说明似乎把行政许可等同于行政审批。《行政许可法》**第三条**规定：“**有关行政机关**对其他机关或者对其直接管理的事业单位的人事、财务、外事等事项的审批，不适用于本法”。对此又有了两种理解，一是上述事项的审批不属于行政许可，因此行政许可的范围小于行政审批；二是上述事项的审批仍然是行政许可，只是不适用于行政许可法的规定，因此行政许可就是行政审批。

可以说，行政许可与行政审批这两个概念究竟有何区别并没有在《行政许可法》中明确规定，因而《行政许可法》的实施和执行中，出现了所谓的“**不属于行政许可的行政审批**”、“**不作为行政许可的行政审批**”等等一系列本应属于行政许可范畴但是却作为与行政许可并列的非许可的行政审批的概念，而这个概念第一次恰恰出现在国务院的有关文件中。2004年8月6日，国务院办公厅正式发布《关于保留部分非行政许可审批项目的通知》（国办发[2004]62号），该《通知》保留了211项行政审批项目，并称“这些项目，主要是政府的内部管理事项，不属于行政许可”。国务院“审改办”以**通报**的形式向各部、委、办通报所谓法律、行政法规设定的非行政许可审批事项目录，国务院部委也在对涉及本部委的行政审批事项中的行政许可与非许可的行政审批的范围进行划分和规定，地方各级人民政府也在纷纷通过**行政**规定的形式对所有的行政审批事项进行许可与非许可的划分。有学者认为，国务院“**如此**规定是否是为了保留那些不符合《行政许可法》的规定又由于各种原因没有被废止的行政许可项目呢？**不管**国务院有关部门主观上是如何考虑的，但客观上创设“**非行政许可的行政审批**”**确实**起到了保留不符合《行政许可法》规定的行政许可项目的作用。”²⁹⁴2012年10月10日，中央政府颁布了《国务院关于第六批取消和调整行政审批项目的决定》，《决定》下附一份列有314项行政审批项目的目录，其中171项行政审批将被取消，其余143项也将会被调整。恰恰在这将被**取消**的项目中，就

²⁹⁴ 王克稳：《我国行政审批与行政许可关系的重新梳理与规范》，载《中国法学》2007年第4期。

存在一些本属于《行政许可法》中可以不设行政许可的项目。比如，此次取消的行政审批项目中涉及到证监会或其派出机构的有19项，其中原来需要由证监会审批的上市公司回购股份核准被取消；教育部取消了“**高等学校设立、撤销、调整研究生院审批**”、“**中小学国家课程教材编写核准**”，卫生部取消了“**公园、体育场馆、公共交通工具卫生许可**”，新闻出版总署取消了“**期刊出版增刊审批**”。然而，至今为止，中央政府层面的审批项目还有1000多项，而地方政府层面的审批项目则多达1.7万项。尤其是一些所谓的非行政许可的审批在实践中仍然大量存在，一些部门和地区利用“红头文件”、规章等，以登记、备案、年检、监制、认定、审定以及准销证、准运证等形式，变相设置审批事项，“包罗万象的行政审批项目就像一张大网，把整个经济社会活动一下框住了”。

295

在这种现状下，审批权在地方的各个部门之间常常互有交叉，常有摩擦，导致政府部门之间“**有利益抢着上，没利益躲着走**”，这不仅直接导致《行政许可法》所调整的行政许可范围极大缩小，而且使得各地政府在利用行政审批干预经济，脱离法治的缰绳。

三、对中国政府干预经济法治化进程的反思与建议

中国从1949年以来实施的计划经济体制，窒息了是社会发展的活力，国民经济发展极为缓慢甚至倒退。1993年11月在中国共产党的决议上明确写上了“**我国经济改革的目标是建立社会主义市场经济体制**，十二大提出“**计划经济为主，市场调节为辅**”，十三大确定“**国家调节市场，市场引导企业**”，十四大明确提出“**建立社会主义市场经济体制**”，至今已经认为初步建成了社会主义市场经济。然而，正如有学者所言，“**建立市场经济并不是像一个民族国家独立那样凭借政府宣布主权就标志完成了。**”²⁹⁶市场经济作为一种生产方式，不仅需要社会生产力发展到一定水平，还要求由完善的法律制度能够加以保障，市场经济是法治经济，不仅要求自然人与法人守法，更主要的是政府守法，尤其是政府代表国家干预市场经济的行为要得到规制，政府干预市场经济必须走向法治化，行政机关的一切行政行为都应该纳入法治化轨道。《行政许可法》的出台使我国行政许可制度在行政法治化道路上大大前进了一步，有人称这是中国政府的一场“**自我革命**”，然而，这部法律并非完美，在行政许可权的设定、范围、监督及程序方面仍存在诸多不足，在法律的实施过程中，应该认识到一些行政机关仍有抵触，执法不严的情况屡有发生，任何增加行政审批并非是偶然现象，这都表明了中国政府对经济干预的法治化进程仍然处于初始阶段，政府行为的法治化仍然任重而道远。

如果从行政许可法设定范围的角度出发，中国对经济的任意干预仍然存在，要想进一步实现法治治理模式，必须以明确的法律规定来确定行政机

²⁹⁵ 林衍：《行政审批改革：改皮毛更要改骨头》，载《中国青年报》，2012年10月17日 09 版。

²⁹⁶ 梁中堂：《中国实行市场经济不过是江河奔大海》，<http://finance.sina.com.cn>

关不能以许可的方式进行干预的事项，消除法律所规定的模糊术语，明确行政许可与行政审批的关系，加强对行政机关许可行为本身的监督，并且明确行政机关的责任，只有这样，才能减少政府对经济的变相干预，使得市场主体真正有自主决定的能力，中介组织有自律管理的能力，市场竞争有自我调节的能力，从而有效的发挥市场的活力，促进**中国**经济的发展。

切赫斯韦特兰娜

商业法副教授

俄罗斯国立高等教育研究学院

圣彼得堡分院《高等经济学院》

schekhovskaya@hse.ru

公司改革法中的强制性和非强制性监管的比率

这篇文章涉及的问题是关于现代时期的俄罗斯企业立法。这项研究的主要目的之一是寻找到一个在强制性和非强制性监管之间的平衡点。笔者认为，作为公司法应该只起到保护企业各项利益的功能，这种类型的调节是合理的。

李翎楠

讲师

江西财经大学法学院

leekey@163.com

宪法视角下国有企业市场化困境分析

一、国有企业的市场化困境提出

中国的国有企业改革一直是近年来的热门话题，我国的国有企业改革从1978年就已经开始了，到今天为止已经经过了30余年的时间，可以说，国有企业改革并不是一个十分新颖的话题。但这并不足以降低众多学者对于国有企业研究的热度。因为，30余年的国有企业改革历程，解决原有的一些问题，却也衍生出了许多新问题，所以，国有企业改革直到今天依然是一个非常值得深入研究的问题。从以往的研究成果来看，关于国有企业改革的研究大都侧重于对公司治理结构的构建和国有企业的监管模式创新的探讨，缺少从宪法层面上，关注国有企业的应然性质，以及如何处理国有企业在市场经济制度下运行的问题。宪法作为国家的根本大法，直接涉及一个国家的经济制度和产权结构安排等基本问题，而我国国有企业目前存在的问题，很大程度上是因为宪法当中，有关公有制经济的规定和市场经济制度的规定存在着一定的冲突，这种冲突导致国有企业陷入了一种市场化困境。

中国现行宪法当中，第6条规定：“中华人民共和国的社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制，即全民所有制和劳动群众集体所有制。”第7条规定：“国有经济，即社会主义全民所有制经济，是国民经济中的主导力量。国家保障国有经济的巩固和发展。”这两条规定赋予了作为公有制主要表现形式的国有企业的宪法正当性，并且，从立法的层面上，确立了国有企业在整个国民经济当中所应当具有的基础和主导地位。而宪法第15条规定，“国家实行的是社会主义市场经济。”该条确立了我国的基本经济制度，即社会主义市场经济制度。市场经济的本质在于竞争，它要求市场参与者应当在统一、开放的市场中，展开平等公平的竞争。那么，作为市场参与者的国有企业和民营企业并不应该存在区别，都应当遵循市场制度所要求的平等、公平竞争。

如果比较第6条、第7条和第15条之间的规定，可以发现，其内容存在一定的冲突。一方面，作为经济体制转轨重要组成部分的国有企业改革，其立场和我国建立和维护市场经济制度的立场是一致的，国家也一直强调国有企业的市场竞争。但市场竞争，其实是一个优胜劣汰的过程，国有企业改革的历史已经证明了，在完全开放的市场中，国有企业的竞争力并不当然的强于其他市场主体，在市场的大浪淘沙之下，能够存活的必然是市场中的佼佼者，但并不一定是国有企业，我国能够维持较强竞争力和盈利能力的国有企业大都是垄断性的国有企业。所以，如果要求国有企业完全按照市场经济制度的要求，放弃垄断经营，进行平等竞争，并不能够保证所有的国有企业在市场竞争中胜出，从而可能使国有企业在总体上丧失在国民经济的主导地位。而另一方面，在国有企业的市场化定位的前提下，强调国有企业的主导地位，本身就具有强烈的行政色彩，且与市场经济所内涵的平等、公平价值相悖。国企的市场化经营并不足以保障其主导地位，如果要保障国企的主导地位，利用更为直接、便利的行政权力对市场进行干预，显然更加有效，这样也使得国有企业成为国家意志的体现，政府权力的二次延伸，也直接违背宪法所确立的市场经济制度。

通过比较宪法的上述条款，可以发现，宪法当中的冲突性条款使国有企业陷入了一种市场化困境：定位于市场化的国有企业，应当遵循市场经济制度，但也可能因此丧失公有制经济主导地位。而如果要保证公有制经济的主导地位，也可能使国有企业的运行违背市场经济制度。

二、国有企业市场化困境的危害

宪法的冲突性规定所造成的国有企业市场化困境是危害显著的，这使已经确立好的国有企业市场化改革路线难以得到彻底的贯彻实施，正如前文所述，国有企业如果完全进行市场化经营，有可能丧失公有制经济的主导地位。所以，国有企业在经营过程中，表现出市场与非市场的双重特性，这种双重特性给整个国民经济的健康有序发展带来了现实的障碍和潜在的威胁。

1. 阻碍了民营经济的发展壮大

在我国经济体制转轨的过程中，民营经济所做出的贡献是巨大的。我国对于民营经济的重视程度，也是伴随着对经济体制改革不断深化认识而加重的，国家意识到，民营经济对推动国民经济的快速稳定增长具有重要且深远的作用。

用，国家必须通过法律、政策的手段，确立民营经济的地位，引导鼓励民营经济的不断健康发展。民营经济的法律地位是由我国宪法直接规定的，从我国宪法制度的变迁上，也可以看出在我国民营经济的发展过程中，民营经济的地位与作用在改革的过程中得到不断的加强，呈现出一种适应市场经济发展要求的逐步完善态势。1988年宪法初步确认了民营经济的生存权，私营经济有了较快地发展；1999年宪法确认了民营经济与公有制经济的平等法律地位，促进了多种经济成分在社会主义市场经济条件下共同发展，民营经济的投资和资本积累已成为我国经济快速增长的重要力量；2004年3月的宪法修正案，从公民私有财产保护角度加强了民营企业生存权的保障。从而使得民营经济从没有地位到有一定地位，从有政策地位到有法律地位，从有不完整的法律地位到有完整的法律地位，最终成为社会主义市场经济体制的重要组成部分，为促进我国经济增长、产业结构的提升、扩大就业、推动和促进工业化、促进市场发育、完善市场体系、维护社会稳定等作出了重要贡献。

²⁹⁷目前，我国非国有经济的工业产值占工业总产值的1/2以上，所创造的国民生产总值占整个国民生产总值的70%以上。民营经济用1/3的资源，为国家整体经济增长提供了63%的贡献，民营经济已成为当今我国经济增长的基础，社会建设中的一支重要生力军。

在社会主义市场经济体系下，民营经济本应当与国有经济一样，健康稳定发展，支撑整个社会经济的稳定运行。但在民营经济不断发展壮大的今天，国有企业改革进程也已进入深水区，如何协调国有经济与民营经济关系是一个值得思考的问题。目前民营经济的地位与作用并未得到法律的有效保护，民营经济发展面临着巨大的困境，且很大程度上来源于与国有企业的的不平等竞争的压力。宪法中关于公有制经济的主导地位在现实中正被过度放大解释，这也使得民营企业和国有企业相比，在立法层面上就处于一种有悖于市场经济价值取向的不平等地位。翻看近年来国家的各种法律法规、官方性文件，可以看出在经济体制转轨与构建市场经济秩序的过程中，国家从未忽视过强调国有经济的重要地位，国有企业在改革过程中，虽然从数量以及占国名经济比重上来看，是在做减法，但从国有企业的规模和质量上看，却在做加法。党的十五大报告就曾指出：“要从战略上调整国有经济布局。对关系国民经济命脉的重要行业和关键领域，国有经济必须占支配地位。而根据十五大报告的精神，1999年召开的十五届四中全会更是明确了：国有经济的转型应当着重于控制“关系国民经济命脉的重要行业和关键领域”，这些领域主要包括：涉及国家安全的行业；自然垄断行业；提供公共产品和服务的行业；支柱产业和高新技术产业中的重要骨干企业。由此，也使得国有企业在经过改革后集中于电力、通讯、石油、矿产、铁路运输、金融等行业，这些行业由于其特性，都具有较高的利润水平，且在国家的法律政策支持下，都为国有企业垄断或集中程度较高的行业，民营企业长期只能在低附加值的餐饮服务、初级产品加工制造行业苦苦挣扎，

²⁹⁷ 吴暄、蒋进：《民营经济宪法地位的法理分析》，福建政法管理干部学院学报，2006年04期，第52页。

虽然国家曾出台过《国务院关于鼓励支持和引导个体私营等非公有制经济发展的若干意见》（非公经济36条）等法律政策，鼓励民营企业、民营资本进入垄断领域，民营企业也曾经做过努力的尝试，进军石油、铁路、航空等行业。但由于我国民营经济发展比较晚，资本积累程度与国有企业难以相比，竞争上天然具有劣势，而行业主管部门和国有企业为了追求自身利益，总是人为地为民营企业设置各种“玻璃门”、“弹簧门”，使得民营企业在这些行业最终都以退出市场或者被国有企业兼并收购的方式黯然下台。国有企业依靠垄断赚取了丰厚的利润，但国有企业也并不甘此，其依靠主营垄断性业务的赚取的丰厚利润，进一步在非垄断领域扩张，也进一步挤占民营企业本就狭小的空间。近年来，国有企业大举进军房地产业，联手挤压民企推高房价这一事实就是最好的佐证。房地产行业是中国目前利润水平和开放程度较高的行业，从市场的角度看，企业和资本天生具有逐利性，国有企业与国有资本也无例外，既然国有企业的定位是自负盈亏的市场经营主体，并没有任何理由指责国有企业进军房地产业的行为。但众所周知，房地产行业的两大关键因素——

土地和融资成本，国有企业比民营企业享受着绝对的优势，因为政府与国企之间依然存在实质性的紧密联系，这使得政府在制定政策时，往往会本能的倾向国企。而当国有企业需要承担市场风险时，比如说出现巨额亏损，又可以依靠非市场的力量（政府、银行为债务买单）转危为安。长此以往，国有企业定将破坏我国已经建立的社会主义市场经济制度，蚕食经济体制改革的成果。

2.加剧了社会收入分配差距

我国的改革开放号召“先富带动后富”，这是由计划经济时代，经济总量低下，平均主义倾向严重的严峻现实决定的。但随着经济体制改革的深化，国民经济总量呈现几何式增长，时至今日，我国GDP总量已跃居世界第二，国民经济这块“大蛋糕”已经做的足够大，但接踵而至的是如何“分蛋糕”的问题，改革开放造就了一批先富起来的人或群体，但却鲜见先富带动后富，而更为严重的是，“先富”不但没有带动“后富”，反而是富人越富，穷人越穷的尴尬现实。GDP的数字无法全面体现一个国家的真实状况，总财富的全面增长无法掩盖收入分配上的巨大差距，是否有合理的收入分配才是衡量一个国家经济健康有序的重要标志。国有企业在国家的保护下逐渐转型成长，但现实体制下的国有企业的强势表现并不是一件值得大唱赞歌的事情，因为从收入水平上看，其已经成分加剧收入差距的重要原因之一。

无论从国有企业与其他经济组织的收入水平进行比较，还是从行业间收入水平比较，国有企业的薪酬水平都远高于社会平均水平，极大的拉高了社会收入差距。从国有企业与其他经济组织和社会平均水平比较，根据2010年中国统计年鉴，2005年，国有及国有控股企业的工资首次超出了其他单位的收入水平，此后，两者之间的差距逐年扩大。2008年，国有企业人员平均工资非国企单位（加权平均）高17%。2009年，国有单位职工工资比城镇集体单位高65.62%，比其他单位高8.87%。

²⁹⁸而从不同国民经济行业中来看，职工工资收入差距也呈拉大趋势。相关数据显示：1990~2002年，平均货币工资收入最高最低行业的收入之比由1.76：1扩大到2.99：1。2002年以后，受行业门类划分的影响，平均货币工资收入最高与最低行业的收入之比进一步扩大到2003、2004和2005年的4.63：1、4.60：1和4.88：1。如果进一步考虑到高收入行业集中的垄断行业的工资外收入和员工福利大量存在的现状，差距将会更大。

²⁹⁹据人力资源和社会保障部统计，目前，电力、电信、金融、保险、烟草等行业职工的平均工资是其他行业职工平均工资的2~3倍，如果再加上工资外收入和职工福利待遇上的差异，实际收入差距可能在5~10倍之间。

³⁰⁰无怪乎网络上流传着一句顺口溜：“银行加证保（证券、保险），两电（电力、电信）加一草（烟草），石油加石化，看门的也拿不少。”

人们在评价收入差距状况时经常会使用基尼系数这个指标，基尼系数通过一个简单的数字综合了各个收入组的信息，可以比较好地反映收入差距的大小。国际上公认的标准是基尼系数若低于0.2表示收入绝对平均；0.2~0.3表示比较平均；0.3~0.4表示相对合理；0.4~0.5表示收入差距较大；0.6以上表示收入差距悬殊。这些判断都是基于收入差距大小得出的，对此国内外学者都是认同的。如果基尼系数处于0.4~0.5之间，它所代表的收入差距就是过大了，这是毫无争议的。

³⁰¹而事实上，我国基尼系数已从改革开放初的0.28上升到2007年的0.48，近两年不断上升，实际已超过了0.5，这是十分严重的信号。³⁰²

3.企业利润被利益集团瓜分

国有企业享受了显然有违市场规律的不合理高额收益，加剧了社会分配不公，而这部分高收益在国企内部分配时，其分配差额更大，大部分国有企业的收益都由企业的领导者分享，而企业的员工能够得到的收益，虽然比其他行业的非国企劳动者高，但与国企高管相比却显得很寒酸。根据统计数字显示，对214家垄断行业国企上市公司的1512个样本2003~2008年进行分析发现，高管们年薪平均是员工的17.95倍，而保险行业高管收入竟是职工收入的257.29倍。³⁰³

国企与非国企的收入差距以及国企内部高管与普通员工的收入差距如此巨大，实际上使得国有企业成为少数利益集体瓜分社会财富的合法工具。在我国，政府官员的薪酬受到严格的限制，而国有企业却不同，在市场定位之下，自定薪酬是国有企业经营自主权的一部分，只要企业效益好，管理者自然能够享受高额的薪酬。而市场化的国有企业在高管选任机制上未采取市场竞争选拔制，而是采取行政命令式，使得对国有企业享有人事任免权的政府领导与国有

²⁹⁸ 参见天则经济研究所研究报告：《国有企业的性质、表现与改革》，第32页。

²⁹⁹ 发改委：《我国工资的基本分配情况和主要问题》，来自搜狐网财经频道，2007年2月1日。

³⁰⁰ 袁朝辉：《建立我国职工工资正常增长机制初探》，工人日报，2010年4月6日。

³⁰¹ 谭伟：《中国收入差距——增长“奇迹”背后的利益分享》，中国发展出版社，2009年版，第39页。

³⁰² 新华社研究员：《中国基尼系数实已超0.5财富两极分化》，经济参考报，2010年5月21日。

³⁰³ 孟盛：《“关键词，天价高薪”》，廉政瞭望，2010年11期，第15页。

企业领导结成利益团体，政府可以利用手中的人事任免权进行“寻租”活动，高官可以被委任成为高管，光明正大的享受企业的高额薪酬，这也使得近年来，国有企业逐渐成为政府官员的“养老院”，高级政府官员在临近退休时，可以被委派至国有企业担任副职或虚职，获取远高于其在行政机关任职期间享有的薪酬。相反，在现有国企公司治理结构的漏洞下，国企高管可以通过对企业的绝对控制权和企业的自有资源，为行政官员提供诸多便利，无论是于公于私，以便于谋求自身的政治资源。

在现实的制度安排下，国有企业的高管与行政机构的高官形成了紧密的利益集团，也使得国有企业的薪酬制度安排失去了其应有的作用，薪酬与绩效的关联性难以体现。因为行政任命模式选拔出来的高管可能具备较高的政治觉悟和行政事务能力，却并不一定具备良好的企业管理能力，他们担任企业的领导者，并不一定能够提高企业的经营能力，但事实上，这也并不妨碍其担任国企领导。据统计，国企高管年薪高低与企业绩效的相关系数仅为0.4。相当多的国有上市公司高管薪酬与经营绩效无关，甚至在公司利润下降时高管薪酬还在上升。2007年，安徽省能源集团控股企业安庆皖江发电有限责任公司总经理彭炜，在公司亏损1亿多元的情况下，仍有113余万元的各项奖金和福利。中国平安股价从2007年10月的149元跌至2008年3月的不到50元，流通股股东损失惨重，股民资产蒸发殆尽，而其董事长马明哲却拿着6616.1万元年薪。

³⁰⁴在2008年全球金融危机的大背景之下，尽管证券业全面退守、千万股民深度被套，国内最大券商国泰君安去年的薪酬福利支出却比年初预算猛增了57%，**“超额完成发钱任务”12亿元**，人均薪酬高达**100万元**。但遗憾的是，国泰君安去年主要业务均未完成年初预算，投资部亏损1.44亿元，完成率竟为-9%。

³⁰⁵而在同样的时间与背景下，国外大型企业却频繁出现因企业利润下滑而大幅裁员、高管因经营不善而黯然下台的景象。国企高管的非市场化行政任命模式，使得国企高管成为低风险，高收益的职业，国有企业的非市场经营很容易获得高额利润，而即便是企业出现巨额亏损时，国企高管也可以稳坐其位，享受巨额的高薪。鲜有听闻国企老总因企业经营不善而引咎辞职的消息，无非是为了平息社会舆论而调离岗位，国企高管下马多是因为个人经济问题。

三、国有企业的市场化困境成因分析

可以看出，宪法所造就的国有企业市场化困境，使得国有企业的现实运行对国民经济生活造成了显著的危害。但这种局面的深层次原因，与我国国有企业改革的历史沿革和国家所赋予国有企业的使命有重要的关系。所以，探究国有企业市场化困境的成因，有必要回顾国有企业改革的历史，以及在应然与市场层面上，考察国有企业的性质、作用。

1. 市场化改革曾是国有企业的必然出路

³⁰⁴ 叶青林、冷崇总：《国企高管薪酬失控及其治理》，价格月刊，2009年05期，第44页。

³⁰⁵ 徐峰：《谁踩着股民钱包进行薪酬狂欢》，广州日报，2009年2月5日。

在我国进行国有企业改革之前，国有企业（当时称为国营企业）只是国家行政机关的附庸，是完成国家经济计划的单位，并不属于现代意义上的公司法人，国有企业缺少必要的经营自主权和足够的经营动力，企业效益极为低下，常年成为国家财政的负担。由于当时的国家财政已经无力像以前一样，为国有企业提供发展所需要的全部资金，并且国家也寄希望于通过“放水养鱼”来搞活微观经济，从而增加税基，以缓解当时国家财政吃紧的客观状况。在这种大背景之下，从1978年开始，以“放权让利”为主要理念的国有企业改革就此展开，但由于国有企业改革的初衷是以应燃眉之急，客观情况的紧迫性使得国企改革缺少充足的理论准备和周延的实施计划，只能是摸着石头过河，这也决定了我国国企改革之路并不能够一帆风顺。

在上个世纪80年代的国企改革过程中，国有企业曾尝试“扩大企业经营自主权”、“利改税”、“承包制”等多种模式，但囿于社会主义国家意识形态的束缚，80年代的国有企业改革并未触及产权改革这一国企改革的核心问题，国有企业改革依然徘徊在对行政控制模式的修补微调阶段，并未从根本上改变国有企业是政府行政部门从属物的事实。直到90年代初期，才进入国企30余年改革的“分水岭”阶段。一方面，国家意识到，只有从国有企业的产权管理模式入手，对国有企业进行深层次的改革，才能真正转换企业的经营机制。另一方面，1992年中共十四大对建立社会主义市场经济体制目标的提出，改变了国企面临的历史任务和约束条件，迫使国企按照市场经济要求进行改造。1993年底中共十四届三中全会明确提出“建立现代企业制度是国有企业改革的方向”，并把现代企业制度概括为适应市场经济和社会化大生产要求的“产权明晰、权责明确、政企分开、管理科学”的企业制度，要求通过建立现代企业制度，使企业成为自主经营、自负盈亏、自我发展、自我约束的法人实体和市场竞争主体。³⁰⁶至此，在新的历史条件下，国有企业确立了“市场化”改革的方向，由原来的非产权改革阶段进入了制度创新、配套改革的产权改革阶段，这一改革一直延续至今，也取得了斐然的成就。

1998~2003年期间，国有企业运营情况良好。2003年全国国有企业实现利润总额达到4951.2亿元，实现利润年增长递增44.2%。2003年全国国有企业国有资产总量共计70452.2亿元，实现年均递增8%。

³⁰⁷在2004~2006年度中，中央企业主营业务收入增长78.8%；上缴税金增长96.5%，年均递增25.2%；国有资产保值增值率达到144.4%，净资产收益率达到10%，提高5个百分点。三年来，中央企业资产总额和销售收入年均增加1.1万亿元，实现利润年均增长1000多亿元，上缴税金年均增长1000亿元。

³⁰⁸根据财政部公布的公开信息，2007年国有企业的利润更是达到了创记录的1.6

³⁰⁶ 徐传谔、孟繁颖：《30年国企改革与中国崛起》，长白学刊，2009年02期，第92页。

³⁰⁷ 数据来源，童平：《国有经济结构调整成效初显，国有企业经济效益大幅增长》，来自人民网，2004年11月15日。

³⁰⁸ 国资委：《中央企业改革与发展和国有资产管理体制改革进展情况》，来自国资委官网，2006年12月19日。

2万亿元，上缴税金1.57万亿元，双双创历史新高。同时，国有企业运行质量不断改善，盈利水平继续提高。即便是在2008年全球性金融危机爆发导致国际经济形势持续数年疲软的背景下，国有企业从总体上看依然保持良好的走势。

2. 市场化定位的国企不足以承受双重特性

站在“效率”这一角度考虑，国有企业的市场化改革，也即产权化改革无疑是成功正确的，因为国有企业改革至今取得了极大的成就，已经基本摆脱计划经济时代，亏损严重、经营效率低下的状况。但国有企业的市场化改革并没有清晰的回答，国有企业的应然性质和目的。

从立法层面上进行回顾，可以看出，为了使国有企业能够顺利的完成市场化改革这一历史重任，国家所做出了努力。在国企改革的过程中，国家颁布了诸多法律法规，例如《全面所有制工业企业法》、《公司法》中关于国有公司的规定，以及《企业国有资产法》。总结这些法律的共通性，可以发现，这些法律透露出的一种浓厚的商法味道。这与在上个世纪90年代的国企改革阶段中，主流观点由经济自由主义学派学者把持不无关系，他们曾为国有企业改革做出了诸多贡献，为了克服国有企业效率低下问题，希望能够通过借鉴西方经济学的既有研究成果，把现代企业制度和理论成功嫁接于我国国有企业之上，认为国有企业和私有企业并不本质上的区别，同样可以通过构建的清晰的产权制度和委托代理关系，来提高企业的经营效率。

³⁰⁹正因如此，国家在对国有企业改革的制度安排，实际上把国有企业和私有企业类同化，对于公有制产权制度的安排，其实是在模仿私有制企业的产权结构。国有企业可以模拟投资者的委托代理模式，可以商业化，可以像私有企业一样，建立公司治理结构，可以进行产权结构的优化调整，成为一个具有效率的经营实体。但这样的改革，也使国有企业与私营企业一样，把利润最大化作为主要目标。那么，以市场利润最大化为目标的国有企业是否存在的必要呢？国家设立国有企业的目的又何在呢？国有企业的经济功能完全能够被私营企业所替代，国家只需要不断建立健全市场机制，并且把属于国有企业的市场让渡给私营企业，反而更有利于国家和社会整体利益，因为理论与实践已经证明了，市场是资源配置的最佳方案。

实际上，国有企业的应然目的和功能并不能够等同于私营企业，仿照私有企业公司制的产权机构，也就是定位于市场化的改革，并不能够磨灭国有企业的公共属性。在制度安排上，虽然国有企业普遍建立的公司法人制度，但实际运行中，国有企业却并不完全等同于私人公司，国有企业除了要承担市场任务，即国有资产的保值，增值还需要承担许多非市场的任务。例如：国有企业在政府的要求下，经常被要求完成一些很难有回报的投资项目；在金融危机的时候，民营企业可以通过裁员缩减成本，但国有企业却要承担维护社会稳定、

³⁰⁹ 在当时，无论是法学家还是经济学家都普遍认为：国有企业和私有企业并无本质差别，国有企业可以通过借鉴私有企业的产权结构与公司治理结构，以提高企业效率，并且，这也是国有企业改革的最佳出路。参见：林毅夫、蔡防、李周：“国有企业改革的核心是创造竞争的环境”，《改革》1995年第3期；简新华：“代理成本与公司治理结构”，载中国改革发展研究院编《中国公司治理结构》，外文出版社1999年版，第220页。

保证失业的率任务，而不被允许裁员。这些非盈利性的任务，体现出国家的一种公共职能，国有企业这个层面上，实际上被当做国家政府调节社会经济生活的工具，国有企业不再体现其市场性，而是体现其公共属性。国有企业的公共属性与公共职能也是私营企业所不能替代的。

国家推行国有企业的市场化改革，确实提高了企业的效率，但也弱化了国有企业公共属性的本质。而且，使国家在国有企业改革中出现了一种矛盾，作为国有企业投资者的国家，也就是国有企业的股东，追求国有企业的利润最大化；而作为公共秩序的维护者和宏观经济的调控者，国家又必须平衡各种利益主体。这就使得国家在市场经济中**扮演者参与者和裁判者的双重身份**。导致国家对于国有企业的偏袒变成一种本能，国家、政府与国有企业之间很难斩断联系，这种制度安排造成了巨大的寻租风险，目前我国国有企业的实际状况也证明了这点。

结论：

市场化定位的国有企业改革确实取得了巨大的成就，但国有企业并不需要以市场盈利主体的身份存在，而且，以市场盈利主体身份存在的国有企业因为不可能撇清与国家公权力的伴随关系，反而容易违背市场经济秩序。所以，国有企业未来的改革应当从新认识国有企业的性质，应当重申国有企业的公共属性，这需要对宪法当中有关公有制经济的规定进行解释。**定位于公益性、社会性的国有企业**，这也是国有企业存在的最正当理由。公益性国有企业的定位是由国家的社会经济调节职能决定的，国有企业可以作为国家干预市场经济的一种方式存在，从而克服市场自身无法解决的“**市场失灵**”问题。而国有企业的公益性定位本身也可以体现公有制经济的主导地位，因为公有制的主导地位，并不需要通过国有企业的数量和规模来体现，而是体现出国有企业经济调节功能的不可替代性，其所承担公益性任务是其他盈利性市场主体不能完成的。

Li Wenjing

讲师，博士

中国政法大学法和经济学研究中心

北京出租车管制的经济分析：市场失灵还是政府失灵？

导论

1. 北京出租车的数量管制

北京，作为中国的首都，是一个拥有1961万常住人口，面积达到16808平方公里，机动车总数超过500万的超大城市。

³¹⁰公共交通运输量很大：从2002年至今的十年中，公交客运量增加40.17%，公

³¹⁰ 数据来源，《北京市2011年度统计年鉴》，2011，北京

交路线增加36.58 %。

³¹¹但是令人惊讶的是北京市的出租车总数相比十年之前却下降了，从2002年的66760辆下降到2012年的66600辆。实际上，北京市出租车的数量自从1990s以来基本维持在6万辆左右。因为自1996以来，北京的出租车市场一直受到严格的数量管制。而根据北京市（交通委以及发改委）的“十二五”时期交通发展规划，在“十二五”期间，即截止到2015年之前，北京市将继续维持这种数量管制的局面。³¹²

而从法律渊源的角度来看，北京市政府对于出租车行业进行严格的数量管制的法律基础主要是作为法律的《行政许可法》，作为地方性行政规章的《北京市城市基础设施特许经营条例》、《北京市人民政府关于加强出租汽车行业管理的意见

》等。根据《北京市城市基础设施特许经营条例》的第一条，该条例制定的目的是“为了规范本市城市基础设施特许经营活动，扩大融资渠道，保障社会公共利益和公共安全，保证公共产品和服务的质量，保护特许经营者的合法权益”。由此可见，“公共利益”是政府管制获得合法性的关键原因。

2.管制的效果

在政府部门看来，北京的出租车数量似乎太多了，但是现实的情况却不尽然。空驶率显然和出租车需求的时间性以及波动的特点有关，从根本而言这和供求双方的信息不对称，基础设施的条件制约等因素都有关系，可以通过克服这些市场失灵以及加强基础设施的适用效率来解决这一问题。任何在北京生活过的人，都体会过北京上下班高峰以及天气状况恶劣时的一车难求。不仅如此，在北京的郊区，几乎很难找到具有合法营运资格的出租车，反倒是许多没有取得合法运营资格的出租（俗称“黑车”）大量出现，调研统计，2006年北京郊区的黑车数量已经超过7万两，远远超过了合法的出租车，虽然这些“黑车”客观上可以部分缓解市民，尤其是郊区市民对于出租车的需求，但是这些出租车的服务水平以及安全状况难以令人满意。

³¹³不仅“黑车”的服务水平让人难以满意，合法出租车的行业服务水准也差强人意，主要体现在出租车以各种理由（如交班）拒载的现象时有发生，

³¹⁴以及在恶劣天气条件下，大量出租车拒绝继续服务或者趁机加价。特别是今年北京7.21大暴雨当天，由于天气恶劣，首都机场大量旅客滞留，但是却少有

³¹¹ 数据来源，《北京市2012年度统计年鉴》，2012，北京，《北京市2002年度统计年鉴》，2002，北京

³¹² “继续实施出租汽车总量调控政策，出租汽车总量保持66600辆；推进新能源车在出租汽车行业的示范应用，运营车辆全部达到国IV标准及以上；全市具备调车功能的出租汽车数量达到75 %以上，车辆空驶率（unloaded ratio）降低到35 %以下；完善管理机制，依法维护乘客、驾驶员和企业的权益，保持行业安全稳定。”（北京市“十二五”时期交通发展规划）

³¹³ 根据CCTV在2006年4月23日的报导，2006年北京市黑车数量已经达到了7.2万辆。

³¹⁴ 有些出租车公司将一辆出租车交由两名司机承租，这样两名司机需要在双方约定的时间换班，在出租车司机换班时一般都不再继续向乘客提供服务。

出租车冒雨前去载客，更令监管者难堪的是，当晚在首都机场的正规出租车司机也完全无视政府管制的要求，漫天要价，对价格不满即拒载。

³¹⁵以上事实表明目前以数量管制为主的市场管制，并没有有效的解决市场失灵的问题，政府的管制并没有有效的减低司机和乘客的信息成本，也没有有效的制约出租车司机的机会主义倾向。一车难求和暴雨中司机的坐地起价显然说明了管制并没有有效的解决市场失灵。

3.数量管制与租金

数量管制不仅没有能很好的解决出租车的市场失灵，反而引发了政府的失灵，因为政府的监管者通过这种管制创造了大量的租金，并且扭曲了市场配置资源的效率。

自1996年政府管制出租车市场以来，绝大多数的出租车的营运资格集中在几大公司，而这些公司多有政府投资背景，政府当时无偿或者以极低的价格的将经营权交给了这些公司。

³¹⁶由于出租车公司在现行的制度安排下享有垄断的经营权，因此在和司机的谈判中极为强势，并尽可能的榨取司机应该获得剩余，稳定地获得高额的垄断租金（rent）。这不仅影响了对出租车司机的有效激励，也减少了乘客的选择，影响了乘客的福利。

根据调研，平均每辆出租车的驾驶员一年需要交给有经营权的公司“份子钱”6万元左右。

³¹⁷由于北京市目前并未对出租车运营资格进行过拍卖，但是我们可以估算一下：除去正常的运营成本和平均利润，经营权带来的垄断租金大概有5万元，而目前100万的一年存款利息将近5万，可以说经营权的贴现价值超过百万。而且类比同期，浙江等地出租车经营权拍卖的结果看，经营权的价值超过百万并不少见。因此可以估算出北京市66

600个出租车经营权的总价值在600亿左右，而这些由于管制所创造的天价租金并没有通过拍卖的方式流入北京市财政，大部分无偿或者廉价的被分配给了出租车公司。

本部分是导论的内容，接下来第一部分将对管制以及市场失灵的有关理论进行综述作为本文分析的理论框架，第二部分将对美国出租车从管制，解管制以及更优管制的经验进行比较分析，第三部分将对北京市出租车市场的更优管制提出建议，最后为结论。

I.理论框架：市场失灵、管制和解管制

从古罗马市民法开始的“私人自治”的传统，一直到霍布斯（Hobbes）、洛克(Locke)等人对国家权力的担忧，以及亚当斯密（Adam Smith）

³¹⁵ 2012年7月21日，北京遭遇了61年以来最大一次暴雨，暴雨导致了77人死亡，多处交通受阻，当晚首都机场有近8万名旅客滞留。当晚在首都机场的出租车纷纷要价数百元才载客进城，甚至和附近赶来义务载客的市民发生冲突，指责志愿者“抢生意”。

³¹⁶ 汪丁丁，《剥夺出租车业的“剥夺者”》，《IT经理世界》，2004.12.5

³¹⁷ 张树义，《出租车行业何以走向垄断》，China Reform, Vol 6, 2006

要求国家克制干预经济的欲望，从哲学、法学和经济学等领域，许多传统和理论都对国家干预经济持有审慎的态度。因此，管制一直以来就是一个饱受争议的话题。

市场失灵

从法和经济学的角度，管制合法化的一个基础在于市场失灵的存在。由于经济学上定义的完全竞争市场（perfect competitive market）在现实中往往难以满足，加上市场参与者的不完全信息（incomplete information）以及其行为的外部性（externality）等原因，市场失灵常常会出现。

³¹⁸以出租车市场而言，

因为供求双方的信息极为分散，所以出租车的司机和乘客均不可能掌握完全的信息，某位司机不可能知道下一秒钟在哪里会有乘客需要出租车，而同样某一位需要乘坐出租车的乘客也不可能知道下一秒钟他会去哪里找到出租车，由于信息的分散，所以供求双方需要耗费很大的精力去搜集这些信息，导致了交易成本很高。因此这是一个典型的不完全竞争市场，而且行业的进入也受到管制，所以会存在市场失灵的情况。

根据行为经济学的理论（Gary Becker, 1978），任何人的行为都具有以下的特点：1. 以实现效用的最大化为目标；2. 在各自确定的偏好中选择；3. 积累最优的信息以及其他投入。

³¹⁹而且现实中的人由于具有有限的理性（bounded rationality），有限的意志（bounded willpower），以及有限的自利（bounded self-interest）。³²⁰因此在个人总存在机会主义的倾向，并且会因为这种倾向进一步恶化市场失灵带来的问题。

管制的基本理论

从庇古和凯恩斯等的福利经济学派提出在市场失灵的基础上通过管制可以增进社会的福利，因此主张政府的管制。但是这一观点其后也饱受争议，从科斯（R.Coase）到斯蒂格勒（G.

Stigler），许多经济学家提出了质疑：首先是管制是否能够有效解决的市场失灵；并提出了监管者可能会被捕获从而沦为利益集团攫取利益的同谋。这些理论的发展也导致了英美等国家的监管实践从管制（regulation）→解管制（deregulation）→更优管制（reregulation）的变化。具体而言，关于管制的观点分为两派：

a.“公共利益”监管理论。以庇古（Pigou）和萨缪尔森（Samuelson）的福利经济学为代表认为监管可以防范市场失灵从而增进社会的福利。

³²¹根据这一理论，政府的作用建立在市场失灵的假设之上，根据目前学界对于交易成本特别是信息不完备的研究，许多市场的信息不对称、逆向选择（adverse

³¹⁸ Paul A. Samuelson & William D. Nordhaus. Economics. 17th ed. The MacGraw-Hill Companies, 2001.

³¹⁹ Gary S Becker. The Economic Approach to Human Behavior. University Of Chicago Press, 1978.

³²⁰ Christine Jolls, Cass Sustein & Richard Thaler. A Behavior Approach to Law and Economics. Stanford Law Review, Vol. 50. 1997-1998.

³²¹ Alfred C. Pigou. The Economics of Welfare. Vol. 1. Cosimo Classics, 2006.

selection)与道德风险

(moral

hazard)

普遍存在，而“危机常常被认为是信息不完全和外部性共同作用的结果”。

而且该理论还有三个前提：一是认为监管者是为公共利益服务的；二是认为监管者无所不知（拥有完全信息）；三是认为监管者具有完全的信誉（公信力）。因此这种公共利益是建立在市场失灵以及政府有动机和能力去克服市场失灵的基础上。显然，这三个前提并不容易满足，尤其是政府是否能够拥有克服市场失灵的充分信息，以及如何保证其行为完全为了公共利益的目的。而且在大多数情形下，一个严重失灵的市场并不容易出现，所以通常一个消极的政府更符合公共利益。

b.“利益集团”监管理论，该理论在

“监管捕获理论”的基础上发展而来。“捕获”（capture）理论认为监管者会被监管对象所捕获并由此而为受监管的企业或者产业的排他性利益而作为。

³²²类似的情形在中国很容易发现，例如中国牛奶标准的制定中，作为监管者的行业协会罔顾消费者的利益，在行业巨头的压力下通过了比原有标准更低的新的标准，沦为了行业巨头利益的代言人。³²³

Stigler（1974）发展了捕获理论，他指出运用公共权力或资源能够提升某些经济集团(例如产业组织或行业协会)的经济地位，这正是政府监管的需求来源，而政府也能够通过政治过程赋予利益集团相关的监管政策，

这就是政府监管的供给过程。Peltzman在对Stigler和Posner观点的总结基础上，提出监管者总是在谋求政治支持机制的最大化。而被监管者之所以要俘获监管者，根源在于监管者拥有如何分配垄断利润的权力，因此相关的利益集团具有巨大的利益动机去影响垄断利润的分配，此外作为监管者的政府也可以通过各种形式参与这个分配过程。对社会而言，大部分监管收益被分散化了，但是对某个行业而言，监管收益则较为集中，因此监管对于行业的影响要比对一般公众的影响大。少数人的利益都会被置于公共利益至上，所以称为“私人利益”理论。

³²⁴从中国牛奶标准的制定中不难发现，公众利益由于过于分散而被漠视，反倒是利益集团由于从监管中获利直接，因此极力游说，最终导致了监管者沦为了利益集团的代言。

c.准入管制（Regulation of Entry）

准入管制是管制的一种重要方式，尤其是在中国，政府对经济的管制往往通过设置准入的限制而实现，而相比较其他事后（post-ante）的管制方式，这种事前(ex-ante)的管制授予行政机关的权力更大，而且实施的成本较低，但是往往会因为僵化的实施方式而损害市场的效率，而且会导致寻租的空间增大。

³²² George J. Stigler. The Theory of Economic Regulation // The Bell Journal of Economics and Management Science. Vol. 2, No. 1 (Spring, 1971). P. 3-21.

³²³ 《奶业标准幕后的利益较量》，东方早报，A19, 2012.05.19

³²⁴ Sam Peltzman, Toward a More General Theory on Regulation // Journal of Law and Economics. Vol. 19. No. 2, (Aug., 1976). P. 211-240.

同样关于准入管制的理论中, Pigou (1938) 公共利益学派, 认为在没有管制的情形下会存在市场失灵(例如垄断与外部性), 政府通过管制来克服失灵并保护公共福利。因此可以通过准入限制, 可以防止不合格的经营者进入市场, 防止低劣的产品与污染等外部性, 确保新进入者符合最低的要求, 并提供合格的产品与服务。因此严格的市场管制可以带来更好的效果。³²⁵

与此同时, 基于公共选择理论的学者则对政府的善良程度持更现实的看法, 并认为准入管制会影响效率, 而且常常是为了利益集团的利益监管 (Stigler 1974, Peltzman 1976)。或者根据Tollbooth观点, 认为准入的管制是为了政治家和官僚集团的利益 (De Soto 1990, Djankov, Shleifer&Vishny 1998), 政客不仅通过管制创造租金, 而且通过政治现金、投票或者贿赂的形式榨取这些租金。³²⁶

在中国, 市场准入已经成为了政府管制市场, 制造垄断租金的最重要的途径, 因此中国的市场准入管制十分严重, 通过设立公司需要的手续多少、时间长短、成本高低等因素评估了85个国家对于市场进入的限制, 而在这个指标体系中, 中国排在第79位。

³²⁷因此出租车市场的准入其实只是中国市场准入管制体系中的冰山一角, 在其他更为重要的要素市场, 例如土地和资本的市场, 准入管制更为严重, 造成的福利损失和垄断租金也更多。

解管制Derregulation

在英美等国家, 不仅理论界对于管制提出了越来越强烈的质疑, 而且在1970s后期解管制过程中的大量实证数据也表明, 管制会造成社会整体的福利损失、效率损失并影响创新, 根据学者 Christainsen (1981) 的实证研究, 发现1973—1977美国劳动生产率下降的12 %-21 % 归因于联邦的管制。³²⁸

1970s后期, 美国开始全国范围内解除管制, 1977年完全管制的行业占17 % GNP, 而在1988年这一比例下降到 6.6 % GNP, (Clifford Winston, 1993), 在这一过程中, 解管制有明显的财富效用, 即厂商和消费者的福利水平都得到了提高³²⁹。例如, Jayaratne & Strahan (1998) 通过对商业银行准入限制解除的研究, 发现在解管制之后, 银行的绩效有着显著的提高。

³²⁵ 同注12

³²⁶ Simeon Djankov, Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer. The Regulation of Entry // The Quarterly Journal of Economics. Vol. 117. No. 1 (Feb., 2002). P. 1-37.

³²⁷ 同上注

³²⁸ Gregory B. Christainsen & Robert H. Haveman. Public Regulations and the Slowdown in Productivity Growth // The American Economic Review. Vol. 71. No. 2 (May, 1981). P. 320-325.

³²⁹ Clifford Winston. Economic Deregulation: Days of Reckoning for Microeconomists // Journal of Economic Literature. Vol. 31. No. 3 (Sep., 1993). P. 1263-1289.

³³⁰当然在解管制过程中，由于政府为了减少财政负担，对于公共部门的补贴减少，也会导致一些服务的价格上涨，例如Nash (1993)

通过对英国公交车解管制的研究，发现解管制造成了运营成本下降，补贴减少，政府收益，乘客受损，而原来受到补贴较多的乡镇公交运营商受损。

³³¹而且解管制之后市场秩序的重组也会随之而来，例如Alfred E. Kahn (1988) 考察了美国民航业的解管制，他发现行业的重组与动荡也会伴随着解管制而来。³³²

通过对管制理论的综述我们可以发现，一方面管制是否能够有效的克服市场失灵存在不确定性，而另一方面，管制有沦为利益集团攫取利益的工具之危险。解管制在美国整体上促进了社会的整体福利，但是在一些行业，政府完全抽身而退会导致整个市场的动荡与重组。接下来的第二部分，作者将以美国的管制的变迁，尤其是出租车市场解管制的影响来做比较分析。

II.管制的比较分析：以出租车市场为例

以出租车市场为例，也在美国许多州经历了从无管制到管制，解管制而后寻求更优管制的过程。1920s之前，美国的出租车市场大半不受管制，而1920s一些州开始出现了价格管制，在大萧条之后许多州开始了准入限制（Viscusi）

³³³直至今天，美国多数州政府对于出租车均实行管制，具体而言，管制的方式包括：1.市场进入的管制；2.费率的管制；3.服务标准的管制；4.强制的保险即赔偿标准。

³³⁴而值得注意的是，相对于市场的准入管制，美国各州更加注重的是服务标准的管制，而且准入是以“public convenience and necessity”（方便公众且必要）为条件，市政部门在决定出租车准入时，需要举行hearing(听证)以保证决策过程的透明以及公众的参与。³³⁵

New York的出租车管制

在美国，纽约是对出租车管制最为严厉的地区之一，由于纽约市采取严格的数量控制和市场准入，向市场拍卖特许经营权，而拍卖的价格也屡创新高，2008年的数据显示，个人出租车牌照平均价值为\$550,000，而公司牌照的价格则为\$747,000，较2007年度分别增加了28 %和25 %。³³⁶

³³⁰ Jith Jayaratne and Philip E. Strahan, Entry Restrictions, Industry Evolution, and Dynamic Efficiency: Evidence from Commercial Banking // Journal of Law and Economics. Vol. 41, No. 1 (April 1998). P. 239-274.

³³¹ C.A. Nash. British Bus Deregulation // The Economic Journal. Vol. 103, No. 419 (Jul., 1993). P. 1042-1049.

³³² Alfred E. Kahn. Surprises of Airline Deregulation // The American Economic Review. Vol. 78, No. 2 (May, 1988). P. 316-322.

³³³ W. Kip Viscusi, Joseph E. Harrington, Jr., John M. Vernon. Economics of Regulation and Antitrust. 4th ed. MIT Press, 2005.

³³⁴ Paul Dempsey. Taxi Industry Regulation, Deregulation & Reregulation: A Paradox of Market Failure // Transportation Law Journal. Vol. 24. 1996. P. 74-120.

³³⁵ 同上注

³³⁶ 2008 Annual Report to the New York City Council, , Taxi & Limousine Commission of New York City.

而由于2008年度纽约的市政府许可的出租车牌数为13237个，因此可以估算出纽约出租车牌的总价值超过70亿美金。³³⁷

显而易见，纽约的出租车管制给监管者和行业带来了数十亿美元的巨大的利益，而这种管制也产生了其他的影响：首先是在数量控制之下出租车数量下降；其次是出租车价格因为**管制上升了约25 %**。³³⁸

纽约的出租车监管政策收到许多学者的批评，而且不容忽视的一点是，许多私人的无牌照的出租车也在纽约大量出现，这也对纽约市政府的准入限制提出了挑战。

出租车行业的解管制

出租车行业在1970s也受到了解管制的思潮的影响，导致了许多城市完全放弃了对于出租车行业的准入限制，而更多的城市也放弃了直接数量管制。而一些大城市，尤其是拥有机场等人流密集场所的城市。完全解管制造成了市场失灵更加凸显：首先是信息不对称严重，例如会有过多的出租车投入运营，从而导致过度竞争，引起行业秩序的混乱；其次是会引起较多的**机会主义行为**，例如多数的出租车纷纷涌向机场、火车站等人流密集的场所，导致这些地区的出租车供过于求，其他的地区出租车供应不足。因此，在许多大城市，尤其是有机场的大城市，重新采取了管制的措施，以克服市场失灵的问题。不过在一些人流量稳定的中小城市，由于信息不对称以及交易成本较小，市场失灵的程度较低，解管制有积极的成果。而在这些小城市通过维护行业服务标准等方式，来确保出租车的服务质量。³³⁹

III.北京出租车管制的建议

通过北京对出租车市场管制的分析，我们发现准入管制并没有有效的克服市场失灵反而创造了天价的租金，以及**享受这些租金的利益集团**。与纽约相似的是，北京的出租车准入的管制造成了行业巨大的垄断租金，但与之不同的是租金的分配并不是通过市场拍卖的方式，而且所得并未纳入财政。

不仅如此，北京的出租车市场可以区分为城区和郊区，合法的出租车大多集中于人流密集，客流量较大的城区，而郊区一车难求，这也反映了政府管制在克服信息不对称和市场主体投机主义行为方面的效果并不好，这也导致了非正规出租车在郊区占据主导地位。

根据美国许多州的经验，出租车行业的管制中，对公众利益保护更有作用的是通过政府提供公众信息以克服市场失灵，政府通过**费率管制、服务标准的管制**、以及对出租车的保险支持等来维护行业的秩序，保护公众的利益。我们应该思考什么是“**更好的管制（better regulation）**”，对出租车市场管制的手段既包括市场准入的管制，更强调为了克服市场失灵而

³³⁷ 同上注

³³⁸ W. Kip Viscusi, Joseph E. Harrington, Jr., John M. Vernon. Economics of Regulation and Antitrust. 4th ed. MIT Press, 2005.

³³⁹ 同注25

提供的公共服务，例如为克服出租车司机与乘客的信息不对称而提供的公共信息与引导，行业的扶持与人员培训。

因此我认为问题的解决之道在于寻求“最优监管”并放松不必要的数量管制：

首先应该区别北京的不同的出租车市场，对于市区（五环以内）由于人流密集而且人流波动较大，因此市场的信息不对称等问题比较严重，**事后（post-**

ante）管制难度较大，可以通过准入的方式防止过度竞争并确保服务质量，但是准入的数量需要通过评估或者听证的方式确定，特许经营权也应当以公开拍卖的方式出售。这样经营能力好、市场竞争力强的企业能以更具竞争力的报价获得经营资格。实践中，杭州等地尝试通过市场的方式来配置出租车运营资格，允许私人参与出租车牌照的拍卖，从实际效果看，这种作法提高了当地出租车服务的水平和质量。另一方面需要加强公共服务信息的提供，例如通过收音机（radio-

dispatch）或者其他技术手段通知出租车司机客流以及交通的信息，确保供求关系能更好得到匹配。此外还需要以提供行业支持以及培训为主，加强服务质量的监督。确保出租车在收费合理的前提下，拥有较高的安全水平并提供较好的服务。

对于远郊区县（五环外），由于合法出租车稀缺以及人流波动较小，市场的信息不对称程度较小，而且便于**事后（post-ante）管制**，**因此可以放开数量限制**，让符合行业标准、安全水平的非正规出租车合法化，可以在本地市场运营。并以服务监督和市场秩序维护为主，确保乘客的利益。

结论

通过北京对出租车市场管制的分析，我们发现严格的准入管制并没有有效的克服市场失灵，**7.21暴雨**时首都机场出租车一车难求与坐地起价，说明了缺少对于服务质量和行业标准的监管，准入管制无法克服市场失灵与机会主义。而管制在另一方面创造了天价的租金以及得益于这些租金的利益集团。

通过借鉴国际经验，笔者建议对北京市的出租车行业管制可以区分市区和郊区的市场采取区别化的管制措施。而且管制不应该仅仅强调准入的管制，也应该重视对于行业服务质量、安全状况的管制准入管制，加强行业几率和服务质量的监管。此外，对于准入管制所产生的租金，应该纳入财政统一支配，因此应当尝试以拍卖的方式出让出租车的经营权。

政府部门自身的管制和监督只是一个方面，还应当鼓励和支持乘客通过诉讼和投诉的方式来监督出租车公司的经营，并且加大处罚的力度，这种多元的监督架构才能使得出租车市场的管制走向一个更优的监管。

中国政法大学青年教师学术创新团队资助项目

论现代企业管理者的信托责任

关键词：国家出资企业 管理者 信托责任

一、现代企业管理者信托责任的产生和发展

(一) 现代企业管理者信托责任的产生

在古典企业形态中，管理者和所有者是重合的。企业主或者合伙人自主经营、自负盈亏，不存在管理者和所有者的利益不一致的问题。但这种状况延续到股份有限公司的出现时就发生了根本的变化。股份制企业区分古典企业，被称之为现代企业。现代企业的典型特征是两权分离：所有权与控制权的分离。股东是公司财产的终极所有者，但公司的控制权却掌握在管理者的手中。“对于股份有限公司而言，公司所有和公司经营相分离表现得最为明显，尤其是在大、中型公司中。公司的投资者一般不参与公司的日常经营管理，公司的经营管理者可以不是公司的股东，尤其是一些大公司，往往聘请各种有关的专家来对改善进行经营管理。”³⁴⁰当然，管理者可以是股东、股东的代表，但这并不影响两分离的客观实际，因为不是所有的股东成为管理者。在公司治理的历史发展中，公司控制权经历了从股东会中心主义到董事会中心主义再到内部人控制的演变，从总体上说，是股东对公司的控制不断弱化、管理者对公司的控制不断加强的一个过程。

在现代企业治理结构中，存在股东通过股东（大）会与由董事组成的董事会之间形成的委托-代理关系和董事会通过聘任经理与经理之间形成的委托-代理关系。董事会是现代企业的业务执行机构，经理是现代企业的辅助业务执行机构，不过，在公司管理日趋专业化的过程中，经理喧宾夺主成为事实上的主要业务执行机关乃至决策机构的情况也并不鲜见。公司经理的管理权来源于董事会的授予，而董事会的权利又来源于股东，因此，经理的职权也来源于股东。管理者是对现代企业行使实际控制权的人，由于董事和经理共同担负公司的实际控制权，因此，管理者也就包括董事和经理。

在两权分离的情况下，管理者得到股东的信任、接受股东的委托管理公司，由此产生了管理者对股东的信托责任，应当忠于股东的利益，追求股东利益的最大化。在现代企业中，股东的利益体现为公司的利润，追求股东利益的最大化，也就体现为追求公司利润的最大化。

(二) 管理者信托责任的发展

传统公司理论认为，公司是股东的公司，因此，管理者的信托责任是对股东的信托责任。但是，这种观念在19世纪末社会化的思潮下受到了冲击，公司仅仅被视为股东营利的工具的观念开始受到质疑和批判。20世纪初出现的利

³⁴⁰ 高程德主编：《现代公司理论》，北京大学出版社2000年版，第28页。

益相关者理论和公司社会责任理论就是这种质疑和批判的成果。随着利益相关者理论和公司社会责任理论逐渐被社会所接受，现代企业管理者的信托责任也随之发生了重要的变化。

1. **利益相关者理论**。该理论的基本观点是：公司不仅是股东的公司，而且也是经理、员工、债权人、社区乃至国家等利益相关者的公司，因为他们也对公司有“**特殊投资**”，如职工专为适用公司需要所作的自我培训，都享有公司的“**份额**”，**并可以基于该份额对公司主张权利**。既然公司属于股东和其他利益相关人，董事会及经理就不能把股东财富最大化作为惟一目标。“**公司管理者应该把相关利益者的利益看成是具有内在价值、且应该追求各类相关利益者的利益。**”³⁴¹**公司不仅仅是股东的公司，而是包括股东、债权人、职工等多方利益主体的一个利益共同体。公司管理者不再是追求股东利益的最大化——公司利润的最大化，而是要追求凝聚各方利益的公司价值的最大化。**与此相应，公司治理也就不能单独围绕董事会及经理对股东的信托义务进行。管理者的信托责任不仅是对股东的信托责任，还包括对公司债权人、公司职工等其他利益相关者的信托责任。

2. **公司社会责任理论**。该理论与利益相关者理论具有一定的关联性，但走得更远。该理论认为，公司是**企业公民**，应当承担社会责任。虽然对于公司的**社会责任具体包括那些内容**颇有争议，但一般认为公司的社会责任包括保护环境、保护消费者、技术进步、社会捐赠等，这些既超出了股东的利益，也超出了其他利益相关者的利益。就管理者的信托责任来说，公司社会责任理论不仅仅是拓宽了管理者的委托人范围——

由利益相关者扩展到了社会，更重要的是授权。公司的权能限于其目的事业范围，管理者本没有权利在公司的目的事业范围之外从事活动。以捐赠为例，公司作为营利性主体，没有捐赠的权能（不包括基于商业目的的捐赠），因此，公司的管理者也就无权做出捐赠公司财产的决定，除非其能够说明该捐赠实际上是一种商业运作，公司将会从捐赠中获益。但有了公司的社会责任理论之后，情况就发生了根本的变化。公司捐赠是公司履行社会责任，公司有这个权能，管理者自然也就有了相应的决策权。显而易见，公司社会责任理论使管理者的信托责任变得模糊起来，这种模糊加大了管理者背弃信托责任的道德风险。

二、现代企业管理者信托责任的保障机制及其失效的原因

（一）现代企业管理者信托责任的保障机制

股份制数百年的发展，不断完善各种机制，其中管理者信托责任的保障机制始终是其核心内容。各国公司立法和公司治理实践尽管各有特色和重点，但总体说来，管理者信托责任的**保障机制无非两个方面：**

1. 内部保障机制

这主要是通过完善公司内部治理机制来保障管理者承担信托责任。这又包括两种方式：一是监督与惩戒，通过股东和股东会、监事会（或者董事会中

³⁴¹ [美]唐纳森：《回复：让相关利益者理论成为一体》，《管理学会评论》1999年第24期。转引自沈艺峰、沈洪涛：《相关利益者理论研究传统之探讨》，《中国经济问题》2003年第3期。

的审计委员会)对董事会(董事)、经理的监督制约,对于违背信托责任、造成公司损失的,要求其承担赔偿责任。二是激励,由于管理者的工作的努力程度和忠诚程度难以有效地发现和判断,为了在信息不对称的情况下,促使管理者积极承担信托责任,给予管理者激励便成为重要的手段。于是,管理者年薪制、授予管理者股票期权等被广泛采用。

2. 外部保障机制

要使管理者履行信托责任,单靠公司内部治理机制是远远不够的,还必须借助外部的力量。外部保障机制也包括两个方面:(1) **国家干预**,股份制企业管理者的信托责任不仅仅是公司的私事,不能仅仅由公司依照私法自治的原理解决,需要国家干预。国家的干预方式是:制定管理者信托责任的强行规则,对违反强行规则的给予制裁。(2) **市场调节**,通过证券市场、产品市场、经理市场的竞争形成的压力促使管理者履行信托责任;通过会计事务所、审计事务所的审计服务对管理者是否履行信托责任进行监督。

(二) 现代企业管理者信托责任保障机制失效的原因

当金融危机袭来的时候,许多大型公司倒闭了,作为主要利益相关者的职工、债权人和股东遭受重大损失,但公司管理者却早已赚得盆满钵满,一些面临破产的公司还要为将公司带入破产境地的管理者支付高额的退休金、离职金。由此看来,原以为设计完好的管理者信托责任保障机制,竟是如此的漏洞百出,被管理者视若无物。是什么原因导致了管理者信托责任的缺失呢?尽管由于各国制度环境不同,企业的产权结构、组织形式不同等,导致不同国家、不同企业管理者信托责任缺失的具体原因存在差异,但从总体上说,导致管理者信托责任缺失的根本原因是基本相同的,主要表现在以下诸方面:

1. 现代企业制度的固有缺陷

两权分离是现代企业制度的固有特征,在两权分离的情况下,始终存在委托-

代理问题,道德风险在所难免。这可以说是现代企业制度的固有缺陷。为了解决这一固有缺陷,各国理论界和实务界殚精竭虑,建立了各具特色、但日渐趋同的现代公司治理制度。在股份制发展的几百年间,管理者道德风险的表现形式不断翻新,治理管理者道德风险的制度也不断发展。道高一尺,魔高一丈,此消彼长,循环往复。在**20世纪**末,人类进入电子信息时代。电子信息技术的广泛应用引发了新一轮的道德风险和反道德风险的斗争。从金融危机暴露出来的问题看,各国尚未找到反道德风险的**有效治理方法**。

2. 内部保障机制的失效

虽然利益相关者理论为股东以外的利益相关者监督、制约管理者提供了理论依据,但由于只有极为有限的制度安排(如设置职工董事、监事;独立董事),股东以外的利益相关者通过公司内部治理机制制约管理者的能力几乎微不足道。股份制的内部治理机制尽管各有千秋,但其核心,都是代表所有者的股东对管理者的监督。所有者对管理者的监督有效必须具备两个前提条件:其一,所有者在位,也就是说,所有者有足够的动力去监督管理者;其二,所有

者有足够的信息和能力实施监督。二者缺一不可。而现代股份制企业的特点恰恰是这两个条件均不具备。

(1) **所有者缺位**。现代股份制企业股权越来越分散，以至于只要持有公司较少的股份就能控制公司。控制公司的股东派出代表经营管理公司，其他千千万万的投资者不再关心企业的内部治理，他们选择“**用脚投票**”。

伯利和明斯指出：“事实上，从所有权中分离出来的经济权力的集中，已创造出许多经济帝国，并将这些帝国送到新式的专制主义者手中，而将所有者贬到单纯出资人的地位。”³⁴²当控股股东持有的股份足够多时，作为股东的利益就与公司的利益趋于一致，否则，两者利益的差异就会很大。当控股股东也只持有公司较少股份时，他们名义上是所有者，而实际上他们只是关注由控制权所带来的利益，成为纯粹的管理者。在这种情况下，所有者缺位了，来自所有者的监督消失于无形。

(2) **信息不对称**。现代企业经营越来越成为一种专业化的活动，这种专业化使得不具有专门知识的股东难以判断管理者的行为是否违背了信托义务，这是其一；其二，现代企业经营管理活动产生的大量信息，股东难以知晓，各国法律关于信息公开的规定并不足以保障股东获得及时、有效、完整和可理解的信息。总之，管理者和股东之间存在严重的信息不对称，这种“**不对称性**”阻碍着股东对管理者的有效监督；即使假定某个投资者可以对管理者进行最有效的监督，其成本也十分昂贵，而且还存在其他投资者“**搭便车**”的可能，导致这种监督实际上无法进行。³⁴³

3. 外部保障机制的失效

(1) **国家干预的问题**。生产社会化以来，国家不断加强对私人领域的干预。体现在法律上，就是私法公法化倾向。就管理者的信托责任来说，现代公司法用强行法的方式规定了管理者的两大义务：忠实义务和勤勉义务，并对管理者违背这两大义务规定了相应的法律责任。但是，其一，公司法毕竟是私法，不可能对股份公司的方方面面都使用强行性规范，因为那样将会妨碍企业运营的自主性和灵活性，不利于企业在现代社会的发展。如：2001年、2002年安然公司、世通公司相继破产之后，美国国会迅速做出反应，于2002年7月制定了极其严厉的公众公司审计法案——《萨班斯-奥克斯法案》。该法案实施后，加大了公众公司的运营成本，影响了资本市场的健康发展。美国商会强烈反对该法案，美国学术界也对该法案基本持否定态度，呼吁修改该法案。

³⁴⁴³⁴⁵其二，在强行法之外，公司仍然有巨大的自主行动的空间。这种自主行动的权力掌握在企业管理者的手中，管理者完全可以利用这种自主行动的权力为

³⁴² Berle A.A. and Means G.C. The Modern Corporation and Private Property. Revised edition. New York, 1967. P. 207.

³⁴³ 高程德主编：《现代公司理论》，北京大学出版社2000年版，第103页。

³⁴⁴ See: Ehud Kamar, Pinar Karaca-Mandic & Eric Tally. Going-Private Decisions and the Sarbanes-Oxley Act of 2002: A Cross-Country Analysis. // Rand Working Paper No. WR-300-2-EMKF, 2008.

³⁴⁵ See: James S. Linck, Jeffrey M. Netter & Tina Yang. The Effects and Unintended Consequences of the Sarbanes-Oxley Act, and Its Era, on the Supply and Demand for Directors, Rev. Fin. Stud. 2009.

自己谋利益，这种道德风险很难受到国家强行法的约束，如管理者**操纵**董事会为自己确定巨额薪酬就是典型的例证。其三，尽管法律对管理者违背信托责任规定了严厉的法律责任，但是由于信息不对称，执法者难以发现管理者违背信托责任的行为。以商业贿赂为例，虽然刑法规定了严厉的刑罚，但商业贿赂仍然是司空见惯的事。其四，现代企业管理者成为一类独立的社会阶层，是独立的利益集团，他们有自己的独立利益诉求，由于他们手中握有大量的社会资源，他们通过自身及其代言人的鼓与呼，不断将其利益诉求体现在国家的法律和政策中。使国家干预在某些时候成为他们违背信托责任的保护工具。例如，商业判断规则就是管理者背离**信托责任**的一块“**免死金牌**”。

(2) **市场调节的问题**。对管理者信托责任形成制约的市场机制包括经理市场、证券市场、产品市场以及中介服务市场等的制约机制。其基本原理是：由于经理市场的存在，潜在竞争者随时可以取代现任经理人，现任经理人要想保住职位，必须恪尽职守、忠诚、勤勉；证券市场投资者“**用脚投票**”评价管理者的业绩，公司经营业绩不好的管理者将被投资者所抛弃，管理者为了保持良好业绩，必须兢兢业业；产品市场是顾客评价管理者经营业绩的场所，优质产品受到顾客的追捧，管理者的经营业绩就会好，劣质产品被顾客抛弃，管理者的经营业绩**就差**；**中介服务市场**主要是指注册会计师对企业的审计服务，他们被誉为社会的经济警察，他们通过向企业和社会提供真实可信的审计报告赢得客户，如果他们提供的审计报告不真实可信，他们就会失去客户，依据这种机制制约注册会计师，并通过注册会计师提供的真实可信的审计报告真实反映管理者的经营状况及其信托责任的履行情况。由于有了这种制约，管理者不敢违背信托责任。以上制约机制在很长时期内很好地发挥了作用，但到**20世纪末**，他们都开始出现严重问题，逐渐失效。由于科学技术的发展，现代企业提供的产品品质很难在短期内被顾客甄别，提供劣质产品的**企业**并不会马上被淘汰，产品市场机制不仅在短期内失效，还出现了劣币驱逐良币的现象；由于金融衍生产品的泛滥，投资者对金融工具缺乏深入的理解，加之信息不对称，证券市场投资者的“**用脚投票**”在**短期内非常盲目**，也失去了甄别经营业绩的功能；由于经理经营业绩难以判断，经理市场的制约机制也随之失效。注册会计师制度对企业管理者的制约机制一直被视为天才的设计。但安然公司、世通公司倒闭时暴露出的注册会计师造假丑闻彻底打碎了人们对这一制度的迷信。尽管从长期来说，产品市场必将淘汰劣质的产品、证券市场必将淘汰没有业绩支撑的垃圾证券、**经理市场**必将淘汰无能和贪婪的经理，造假的注册会计师也终将被发现。但是，只要短期内这些机制失效，管理者就可以通过违背信托业务获取巨额的利益，他们无需期待长期。借用凯恩斯的话来说，“长期来说我们都死了”。

三、保障国家出资企业管理者承担信托责任的“中国经验”

在全球金融危机中独放异彩的是中国，中国经济受金融危机的影响相对较小。美国《新闻周刊》等媒体认为，中国是“**惟一一个没有出现信贷危机或信任危机的大国**”。

³⁴⁶这使全世界的目光都转而关注“中国经验”。在这种背景下，保障管理者承担信托责任方面的“中国经验”也应当受到关注。中国实行以公有制为主体、多种经济成分并存的基本经济制度，其中，国有经济是国民经济的主导力量，而国家出资企业是国有经济的微观载体。中国自中共十四大以来，国家出资企业改革的目标就是建立现代企业制度。根据《中华人民共和国企业国有资产法》的规定，国家出资企业包括国家出资的国有独资企业、国有独资公司，以及国有资本控股公司、国有资本参股公司，除国有独资企业外，都采用了现代企业的组织形式，因此，本文选择以国家出资企业为样本总结保障管理者承担信托责任方面的“中国经验”。

（一）国有股“一股独大”

“一股独大”，是对股份公司一种特殊股权结构的形象描述，它是指股份公司的某一个股东占有最大的比例（一般在50%以上），而其他股东全部都是很小的比例。国有股“一股独大”是公有制为主体的经济制度在股权结构上的反映。《宪法》第6条、第7条分别规定：“中华人民共和国的社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制，即全民所有制和劳动群众集体所有制。……国家在社会主义初级阶段，坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度，……。”“国有经济，即社会主义全民所有制经济，是国民经济中的主导力量。国家保障国有经济的巩固和发展。”国有经济作为国民经济的主导力量是通过国有企业这种微观经济组织来体现的。新中国成立后，我国长期实行国有国营的国有企业运营模式，上世纪80年代初开始实行国有企业改革，先是扩大国有企业经营自主权，继而提出“两权分离”；上世纪80年代末开始尝试国有企业股份制改造。1992年党的12大提出建立社会主义市场经济体制之后，加快了股份制的步伐。1997年党的15大提出股份制是公有制的实现形式；1999年党的十五届四中全会提出对国有大中型企业，尤其是优势企业，宜于实行股份制的要改为股份制企业；2002年党的十六大要求积极推行股份制，发展混合所有制经济；2003年党的十六届三中全会进一步明确股份制应成为公有制经济的主要实现形式。当股份制成为公有制的主要实行形式之后，国有企业逐渐完成了股份制改造。由于：其一，股份制作为企业组织形式，本身无所谓公有或私有，它既可以作为公有制的实现形式，也可以作为私有制的实现形式。这当中起决定作用的控股权是掌握在公有股东手中还是掌握在私有股东手中。“股份制虽然实现了多数人共同所有，可以作为公有制的实现形式，但不能与公有制划等号。股份制的本质是‘资本制’：实行资本民主和按资分配。股份掌握在国家、集体手中，其性质是公有制，这毋庸置疑；对于股份集中在个别私人手中，则公司的决策权和受益权仍然是掌握在少数人的手中，少数人仍然可以通过占有资本去剥削和奴役他人，其性质无疑仍是私有制。”³⁴⁷因此，国有企业股份制改造必须保持国家的控股地位，以体现公有制性质。其二，民

³⁴⁶ 陈俊侠：《应对金融危机世界需要中国经验》，《经济参考报》，2009年3月9日。

³⁴⁷ 王新红：《从生产关系变革的角度透视国有企业股份制改造》，《广西经济管理干部学院学报》2009年第3期。

间缺乏足够的能力接纳国有资本的转出。我国自改革开放以来，民营经济得到了迅猛发展，但由于积累的时间较短，积聚的资本不足以大量购买国有资本。这样，股份制改造后，国有股“一股独大”成为中国股份制企业的一大特色。

国有股“一股独大”不仅是社会主义公有制为主体的经济制度在股权结构上的微观表现，而且是保障管理者履行信托责任的重要制度基础。前文的分析已经证明：管理者的信托责任及与之伴随的管理者的道德风险问题是随着两权分离产生的，随着股份的分散化，来自所有人的控制被弱化；而股权分散带来的控股股东持股数减少，使控股股东更关心控制本身（作为管理者）的利益而不是股东的利益，管理者道德风险加剧。也就是说，在其他条件相同的情况下，股权的分散程度与管理者的道德风险正相关，股权越分散，产生管理者道德风险的可能性越大。而在“一股独大”的股权结构下，控股股东的利益和公司的利益具有高度的一致性，其自身担任管理者的话，道德风险的诱因小；其委托他人担任管理者的，会在管理者的选任、监督方面做积极的努力，最大限度地防止管理者的道德风险。当股东持有100%的股份时，来自股东本身的道德风险不复存在；其委托代理人经营的，股东也会尽100%的努力防止管理者的道德风险。当然，国有股的股权行使主体并不是真正的所有者，也是代理人，本身也存在代理风险问题。但这属于另一个层次的问题，这里暂不考虑，下文将进一步展开讨论。

（二）试错与创新

1. 试错

试错是“中国经验”的重要内容。“‘中国经验’表现出来与两大‘共识’不同的，是中国人民的改革开放哲学，中庸圆融，摸索渐进，尝试于先而普及于后，不拘泥于某种理性构造制度和政策的‘完美结构’，大大地减少了变革中的曲折，节约了变革的成本，反而赢得了改革开放的高效和最佳成果。”³⁴⁸上世纪80年代初开始的国有企业改革，并无现成的经验可循，从一开始就是一个“试错”的过程。中国改革开放的总设计师邓小平提出的“猫论”、“摸论”、“冒论”等，为大胆试错提供了政策理论指导。从扩大企业经营自主权、厂长经理负责制、承包租赁制、到两权分离、股份制，不断试错，不断总结经验和教训。试错当然也是有代价的：如曾经走不出“一统就死、一放就乱”的怪圈；出现过“庙穷方丈富”的怪相；经历过国有资产大量流失的惨痛；更有甚者，伴随企业职工的下岗分流的辛酸和血泪的是，出现过严重的企业国有资产向管理者转移的“权贵私有化”现象。但通过试错，找到了正确的道路。

国有企业，无论采取哪种经营方式、哪种企业组织形式，始终存在委托代理问题。即便是所谓的国营企业，也不可能是国家直接经营的，而是委托代表来经营管理的。而且，国家作为委托人，由于事实上不可能由全体国民来履行委托能力，所以缺乏人格化、具体化的初始委托人，而国有资产经营管理的委托代理关系还具有代理层次多、链条长的特点，初始委托人缺乏能力，就使

³⁴⁸ 陈彩虹：《从“共识”到“中国经验”》，《读书》2010年第8期。

得在后续的多级委托代理关系中，委托人对代理人的行为约束逐次弱化。无论是约束代理人的内部机制，还是外部机制，最终都得依靠委托人或其代表来执行对代理人的考核，企业国有资产初始委托人的缺位，使得这种考核难以得到彻底的贯彻，因为考核的人本身也是代理人，也存在道德风险。

³⁴⁹**国有企业**改革试错过程中暴露出来的问题中，管理者的道德风险问题始终是核心问题。为此，国有企业改革中，也始终把管理者的选任和控制管理者的道德风险问题作为重点。早在1998年，李鹏总理在政府工作报告中就明确指出：“许多企业办得不好，主要是领导班子有问题。要完善对管理者的选聘、监督、考核和奖惩办法。办得好的企业，领导班子要保持稳定，办得不好的要及时调整。”

2. 创新

股份制经过几百年的发展，形成了多种各具特色但逐渐趋同的公司治理模式，中国在股份制改革的过程中，吸收一切优秀的人类文明成果，结合中国国情大胆创新，凸显后发优势，形成具有中国特色的公司治理模式。例如，为了应对公司内部监督不力的问题，在“二元制”治理结构下引入“一元制”的**独立董事制度**，尽管有人对之戏称为“两只猫逮一只老鼠”³⁵⁰；也有人质疑其有效性，称独立董事为“花瓶董事”。

³⁵¹**但是**，这种不受传统模式局限，一切以实用为准绳的创新精神和开阔视野是值得肯定的。尽管独立董事制度在设立之初饱受诟病，但经过几年的实践检验，证明还是颇有价值的，2005年《公司法》修订时正式写入了《公司法》。为了既实行政资分开又解决国有股权行使主体缺位的问题，2003年国务院进行机构改革，设立履行国家出资企业出资人职责的特设机构——

国有资产监督管理机构，并制定了《企业国有资产监督管理暂行条例》，加强了对国家出资企业管理者选任、考核和监督；2008年全国人大常委会通过了《企业国有资产法》。制定专门的企业国有资产法、设立专门的履行国家出资企业出资人职责的机构，这都是中国企业治理制度的创新。

（三）政府主导

中国的经济体制改革是在政府的主导下自上而下的推行的，改革的各个方面都带有明显的政府主导的色彩。由于中国长期实行计划经济，计划经济时期，国家直接干预企业。中国实行社会主义市场经济体制后，计划经济时期国家干预企业的行为，并未随之嘎然而止，一些干预行为以各种方式残留了下来。这一方面是由于权力运行的惯性，另一方面，也是由于刚刚走上市场的企业需要继续得到**政府的支持和呵护**。这种政府的干预行为具有二重性：在某些时候会妨碍企业的经营自主权，但某些干预行为的保留对于保障企业的健康发展，尤其是制约管理者的道德风险有积极意义。另外，同样是由于长期干预的惯性，中国的企业和社会对政府干预有更大的包容度和认可度，这使得在西方国

³⁴⁹ 王新红：《论企业国有资产的诉讼保护》，《中南大学学报（社会科学版）》2006年第1期。

³⁵⁰ 罗培新：《“冷眼”看独立董事》，《金融法苑》2000年第12期。

³⁵¹ 谭郑霄：《我国上市公司独立董事制度批判》，《时代法学》2005年第6期。

家不可能采取的政府干预措施，在中国可以采取，这无疑增加了政府干预的空间。中国政府主导的抑制管理者道德风险的制度和措施主要包括：

1. 严厉的刑事责任

《刑法》对控制管理者的道德风险设置了刑事责任。其中，对国有公司、企业的管理者和国有公司、企业委派到非国有公司、企业担任管理者职务的，以国家工作人员论，对其职务犯罪规定了较之非国有公司、企业管理者的职务犯罪更严厉的刑事责任。

2. 党管国家出资企业管理者

“党管干部”是由我国的国情决定的。并且，我党在长期的干部管理中积累了丰富的经验。在国有企业股份制改造后，依照《公司法》，董事由股东（大）会任免（不包括职工董事）、经理由董事会任免。党组织不是公司的意思机构，不能直接任免和管理管理者，但通过适当的形式和程序，党组织在实质上行使国有企业管理者的任免权和管理权。党组织从德、能、勤、绩等多个方面对管理者进行考核，决定其任免和升迁。由于对国有企业管理者是纳入到整个干部体系进行管理，表现优秀的管理者可以得到升迁，如调动至更大的企业担任管理者、调动至政府部门担任领导干部

³⁵²，这对企业管理者能产生极大的激励作用。

3. 政府审计监督

审计制度是现代企业制度的组成部分之一。在两权分离的情况下，为了监督、考评管理者，也为了企业能赢得公众投资者、债权人的信任，企业可以或者必须委托独立的社会审计机构出具审计报告。中国和世界其他国家一样，存在这样的审计制度。但除此之外，中国对国有企业还存在一套政府审计制度。根据《审计法》和《审计法实施条例》的规定，审计机关对企业及企业管理者的审计监督包括：（1）对国有金融机构的资产、负债、损益，进行审计监督；（2）对国有企业的资产、负债、损益，进行审计监督；（3）对国有资本占控股地位或者主导地位的企业、金融机构进行审计监督；（4）对上述审计监督对象的主要负责人，在任职期间对本单位的财政收支、财务收支以及有关经济活动应负经济责任的履行情况，进行审计监督。另外，《审计法》和《审计法实施条例》还规定，上述企业接受社会审计的，审计机关按照国务院的规定，有权对社会审计机构出具的相关审计报告进行核查，核查中发现社会审计机构存在违反法律、法规或者执业准则等情况的，移送有关主管机关依法追究。通过以上规定，政府加强了对国有企业管理者的监督，并对企业管理者与社会审计机构通谋制造虚假审计报告起到了有效的遏制作用，可防止类似安然公司审计造假丑闻的出现。

³⁵² 例如，原中国石油化工集团公司总经理苏树林同志于2011年5月调任福建省委副书记、代省长，同年7月当选福建省省长。

奥尔加
商业法副教授
圣彼得堡国立大学法律系博士
moamoa@mail.ru

俄罗斯国家经济组织和法律形式

本文讨论了俄罗斯经济的法律形式的国家的参与。国家在商业和非营利组织的参与，包括商业机构，国有企业，国有单一制企业和国有企业。此外，在某些公司国家经济部门的参与对该公司起着具体的作用。除了参与活动，还建立国家的非营利组织，公共机构和国有企业。本文讨论的目的是强调这些机构的法律地位，并得出结论，就是每一种形式都具备优越面和欠缺性。

张艳丽 Zhang Yanli
北京理工大学
法学院副院长/教授
Email:zhangyanli@263.net
zhyl@bit.edu.cn

中国企业重整法律适用问题分析

一、问题的提出

中国《企业破产法》自从2007年6月1日实施，为了配合破产法的实施，最高人民法院陆续出台《最高人民法院关于〈中华人民共和国企业破产法〉施行时尚未审结的企业破产案件适用法律若干问题的规定》、《最高人民法院关于审理企业破产案件指定管理人的规定》、《最高人民法院关于审理企业破产案件确定管理人报酬的规定》、《最高人民法院关于债权人对人员下落不明或者财产状况不清的债务人申请破产清算的案件如何处理的批复》、《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》等。目前，最高人民法院正在起草一部《企业破产法》司法解释。

结合中国经济转型时期的市场经济发展，借鉴美国、英国、德国、日本、俄罗斯以及《联合国跨国破产示范法》，中国《企业破产法》从立法体例、结构到内容，都堪称一部充分反映当代破产法最新理念、为市场经济量身定做的《破产法》。但是这样一部反映先进市场经济理念的《破产法》，在我国由计划经济向市场经济转型时期背景下适用效果如何？尤其是企业重整制度立法预期与司法运行效果是否吻合？回答是：中国《企业破产法》中重整的立法精神、制度设计、实践操作当中存在的一些有待于分析和解决的问题。

五年的破产重整实践证明，破产重整制度没有得到有效运行，中国最高法院副院长奚晓明 (Xi xiaoming)

大法官在北京2012年11月召开的“第五届中国破产法论坛”中指出：中国破产程序启动难，很多资不抵债企业没有经过司法程序退出市场。中国破产法学者李曙光(Li

shuguang)教授指出：《企业破产法》引进了先进的市场导向的破产模式，但是却没有带来预期中的破产案件的增加。我国法院每年受理的破产案件数量没有上升反而下降了。从2005年到2009年我国每年从市场上退出的企业数量基本徘徊在80万件左右。实践中相当一部分企业为了逃避债务，不经过清算程序就退出市场。2008年我国市场上退出的企业达到最高峰，但破产案件数量却在原本极低的基数基础上又下降了。可以假定，有相当一部分企业本应该适用《破产法》退出市场，却选择了逃避：不经破产清算就直接注销，或者甚至被吊销后不经注销就退出市场。

³⁵³ 尽管破产清算案例整体上不多，我们倒是发现了许多重整案例。尤其是一些大的上市公司，纷纷申请适用重整程序作为实现企业转机的工具。2012年我国上市公司的重整案件36起，非上市公司重整大概接近200起。

³⁵⁴ 然而，市场经济“优胜劣汰”是正常规律，针对中国众多应当退出市场企业来讲，如此数量的重整案件也是不多的，而且，进行重整的企业多数为上市和非上市公司、国有大中型企业，这些企业的重整又存在很多政治和行政干预，很多的重整案件由地方政府直接在操纵。本来应该法律化、市场化和公共利益化的重整制度，被中国目前市场经济的环境所利用和破坏。

本文认为中国企业重整法律制度没有有效适用主要原因是：第一，对企业重整的立法目的和价值取向理解不够，不能正确认识重整制度的个体拯救利益和整体的公共利益关系，不能正确理解企业真正的“运营价值”；第二，企业重整的法律职业团体没有形成，由于中国企业破产法律制度历史较短，破产法官、破产管理人缺乏处理破产重整案件素质和经验，同时法律对他们职责规定和法律地位也模糊不清，以至于破产重整程序效率不高；第三，破产债权人、破产债务人申请破产重整的积极性和主动性不高，债务人希望不通过破产重整程序继续逃债，并且不受到公司法、破产法的“过急破产罪”的追究，债权人个人更希望通过个体索赔获诉讼获得个体利益，缺乏全体债权人对“公共鱼塘”公平受偿的理念；第四，具体破产重整制度规定过于原则和简单，在司法实务理解和操作上存在困难，致使重整案件受理难、程序启动难、重整计划制定、执行难。第五，企业重整法律适用行政化、地方化。地方行政部门对于企业重整案件干预过多，政府出于地方保护主义，宁愿让没有“运营价值”的企业保留其“外壳”运行，法院由于没有完全的司法独立权，在重整程序中的司法行为又受到政府部门的干预，致使现代重整制度“旧体穿新衣”。针对中国企业重整立法、理论与司法实践现状，至少有以下法律适用问题需要分析。

二、进一步明确企业重整运营价值

³⁵³ 李曙光，《中国〈破产法〉实施三年的实证分析》，载《中国政法大学学报》2011年第2期。

³⁵⁴ 中国经营网，时间：2012-02-08。

在现代社会中，债务清偿关系有时可能影响到他人利益乃至社会整体利益，尤其是涉及到公共事业的企业、金融企业、超大型企业的破产，会影响到社会公众的利益，产生严重失业等社会问题。故当代各国**在法律上都十分重视**如何对陷入困境的大型企业的挽救，以避免因破产可能产生的社会负面作用，正是在这种背景下，一种新的具备积极挽救功能的制度——

破产重整于二十世纪初应运而生。作为现代破产制度的最新组成部分，破产重整制度在促使困境企业重建和复兴方面发挥着越来越重要的作用。重整制度目标就是实现企业复兴的运营价值。所谓运营价值，就是企业作为营运实体的财产价值，或者说企业在持续经营状态下的价值。在许多情况下，企业的运营价值高于它的清算价值。在传统的破产制度下，运营价值所包含的资本组合的成本（例如，成立企业的各种费用、员工**培训**费用、保险费等）以及企业的无形资产和利益（例如，商业信誉、供应渠道、客户网络等），在企业资产清算变卖的情况下，会全部或大部分丧失。况且，企业资产在清算变卖中通常还存在着价值损耗。企业作为一个有机整体被消灭，而集合在企业名下的社会财富又是国民财富的一部分，所以，企业运营价值的流失，自然也是社会资源的浪费。³⁵⁵**因此，困境企业的重整要有运营价值。**

中国证券市场上有许多在困境中挣扎的**ST上市公司**。由于中国证券市场的上市成本很高，使得

ST公司仍然具有“壳价值”。《企业破产法》引进重整制度，为证券市场上的**ST公司提供了新的低成本保牌方法**，也为投资者提供新的曲线上市路径。我国《企业破产法》规定重整制度的首要立法预期是拯救运营价值，这是重整制度的基本价值目标。但是，由于破产法实行的是债务人管理制度，即所谓的“**DIP**”制度，由控制财产债务人负责企业在进入重整程序之后企业的经营管理。中国《企业破产法》的第**73条也按照意思自治的原则**，由债务人去自行管理。债务人的管理层具有选择重整的激励，他们保留的仅仅是“壳价值”，对于是否能够继续有“运营价值”没有过多地考虑。即使困境公司具有运营价值，由于运营价值是一个复杂的概念，表现为不同的形态，不同利益关系人对运营价值的态度也可能不一样。《企业破产法》第**81条以强制性规定的方式**，为重整计划的内容列出一份清单包括8项，其中第一项就是债务人的经营方案。另外，《破产法》第**87条规定法院批准重整计划必须遵循的标准**，其中第6项规定“债务人的经营方案必须具有可行性。”**可是**这两项规定在实践中，尤其是上市公司重整实践中，基本不被遵守。由于企业重整被政治化和地方化，很多案件是由地方政府直接在操纵，违背立法强制性规定的重整计划几乎毫无阻力地被法官批准执行，使得许多没有运营价值的企业进入重整，保留的只是对债务人**有利的“壳价值”**。

由此，我们必须重新考虑重整程序中的利益平衡和运营价值。具体到重整法律制度，由于重整程序中参与主体非常广泛，需要对多元的利益进行保护

³⁵⁵ 王卫国，《论重整制度》，载《法学研究》，1996第一期，第91-92页。

与关注，重整法律制度在这样的背景下就是一个充满矛盾和斗争的过程，每个利益主体都希望尽量扩大自己权利空间以实现自己的利益最大化，不仅个人利益如此，社会利益也概莫能外。在重整程序中，利益平衡不仅是非常必要的，也是有可能的，市场经济活动的主体之间既存在相互竞争的一面，同时也存在一种合作倾向。

³⁵⁶这种合作倾向在重整程序中的多方参与主体之间也是存在的，即相互妥协、相互让步、最终使各自利益都能得以满足。一方面，重整法律制度以促进债务人复兴为最基本目标，这就为多方参与主体提供了一个多赢的结果预期。如果债务人重整成功，债权人的债权就可以得到比破产清算比例更高的清偿，股东可以保住其投资使其不至于付之东流，雇员保留职位和工作机会、债务人避免清算解体的命运。只有这样美好的前景使得多方参与主体有可能同舟共济、共同致力于债务人的复兴。因此，在重整程序中必须设立一种机制来协调和整合他们之间相互冲突的利益，只有存在运营价值的企业才能实现共赢机制。

三、缩小企业重整适用范围规定

如果企业重整制度的适用范围过大，将不具备资质的主体囊括其中易造成社会资源的浪费，不利于重整目标的达成、实现企业的重生；倘若范围过小，将符合条件的主体排除在外易造成重整制度实施效果大打折扣，部分具备资质的主体不能利用重整程序所带来的种种便利、获得挽救，是社会正义缺失的表现。适用范围比较宽泛的如法国，该国法律规定，重整程序适用于所有商人、手工业者、农业经营者及所有私法人。私法人主要是指商事公司，包括无限公司、两合公司、有限责任公司和股份有限公司，当然也包括非从事商业行为的私法人。

³⁵⁷又如美国《联邦破产法》第109条（b）款规定，“可以提出第七章救济的债务人必须是符合第十一章规定的同一类主体

³⁵⁸”，而第101条规定的适用主体包括个人、合伙和公司，不包括个人独资企业。由此可见，个人、合伙和公司等均是符合第十一章规定的适用主体。美国联邦最高法院指出：在我们看来，破产法典以它显而易见的语言为我们解决了这个问题。法典并未将“运营中的企业”规定为适用第十一章重整程序的必备条件。

³⁵⁹大陆法系对企业重整制度的适用对象规定一般比较严格，适用范围相对较窄，如日本的《公司更生法》第一条规定该法的适用对象是股份有限公司，因为同其他形式的公司和企业相比，股份有限公司的规模一般都比较大，债权债务关系比较复杂，一旦破产，影响面较大，给社会经济带来的震荡和负作用也比较强。³⁶⁰

³⁵⁶ 鲁鹏，《利益冲突与制度调节》，载《中共济南市委党校学报》，1999年第三期，第32页。

³⁵⁷ 安建，《中华人民共和国企业破产法释义》，法律出版社，2006年版，第412页。

³⁵⁸ 美国《联邦破产法》第七章是关于破产清算救济的规定，第十一章是关于重整救济的规定。

³⁵⁹ [美]大卫·爱泼斯坦，史蒂夫·H.尼克勒斯，詹姆斯·J.怀特·《美国破产法》，韩长印等译，中国政法大学出版社，2003年版，第19页。

³⁶⁰ 靳宝兰，张舒英，《浅析日本的公司更生法》，载《中国法学》，1997年第一期，第109页。

我国《企业破产法》第二条将破产程序的适用对象规定为企业法人，即适用于所有的企业法人，包括全民所有制企业法人型的三资企业、私营企业，有限责任公司和股份有限公司，上市公司和非上市公司等。第一百三十四条对金融机构破产作出了特别规定，“**商业银行、证券公司、保险公司等金融机构有本法第二条规定情形的，国务院金融监督管理机构可以向人民法院提出对该金融机构进行重整或者破产清算的申请。**”**除此两条，再无其他关于重整程序适用对象的规定。**由此可见，我国企业重整范围是比较广泛的。

但是，鉴于中国目前司法实际，为了防止重整人滥用重整程序逃避债务，损害债务人利益，同时，由于重整工作非常复杂，社会成本很高，破产管理人和法官审理破产案件经验缺乏，本文建议缩小重整的适用范围，在有关司法解释中规定：“**本章规定仅适用于向社会公开发行股票或者债券、资产规模达到一亿元人民币或者职工人数一千人以上的企业法人。**”³⁶¹**大中型企业**由于符合企业重整制度的价值追求，具有适用该制度的优越性。其主要原因在于：第一，大中型企业对社会经济发展的影响。根据中国证券监督管理委员会公布的最新数据，截止2010年4月，我国境内上市公司数（A、B股）共1837家，股票总发行股本26994.82亿股，股票市价总值227905.5亿元。³⁶²

而根据国家统计局发布的数据来看，2009年中国国内生产总值为335353亿元，³⁶³可见我国股票市价总值已经相当于国内生产总值的68%，此比例在2002年时还只是50%，可以说股票市场和上市公司在我国国民经济中已经起到了举足轻重的作用。第二，大中型企业适用企业重整法律制度的优越性。大中型企业不仅是企业重整法律制度的适格主体之一，在实践中，更是企业重整法律制度最主要的适用主体。大中型企业能负担沉重的重整成本，同时，大中型企业的规范性使重整程序操作便利。一般情况下，大中型企业都建立了完善的公司治理结构，有着严格的财会审计制度，各项资料数据公开透明，各种关系矛盾容易理顺，对后期的重整程序操作提供了极大的便利，因此也容易吸引外部重组方的加入，从实际案例反映的情况来看也是如此。据统计，美国1987年依据联邦破产法第十一章申请重整的公司中，有41%的公司其年度纳税额达到了2500万美元，这些公司有30%获得了重整成功；有7%的公司其年度纳税额达到了1亿美元，这些公司有69%获得了重整成功。

³⁶⁴**第三，中国地方政府的支持使大中型企业重整如虎添翼，**往往会对大中型企业重整给予支持，提供一系列优惠措施，甚至主动帮助困境企业联系重组方和战略投资者，成为大中型企业重整的主要推动者。

³⁶¹ 全国人民代表大会法制工作委员会，《地方和中央有关部门对企业破产法（草案）的意见》，见：安建，《中华人民共和国企业破产法释义》，北京：法律出版社，2006版，第351页。

³⁶² 中国证券监督管理委员会2010年4月统计数据[EB/OL]. (2010-05-20)[2010-05-21]
http://www.csrc.gov.cn/pub/zjhpublic/G00306204/zqscyb/201005/t20100520_180738.htm.

³⁶³ 罗宇凡，《2009年中国经济“保八”目标完成 结构调整任重道远》[EB/OL]. (2010-01-21)[2010-05-21]
http://news.xinhuanet.com/fortune/2010-01/21/content_12848413.htm.

³⁶⁴ [美]大卫·爱泼斯坦，史蒂夫·H.尼克勒斯，詹姆斯·J.怀特.《美国破产法》韩长印等译，北京：中国政法大学出版社，2003版，第732-733页。

四、增加企业重整积极原因的规定

我国《企业破产法》关于重整原因的规定都属于消极原因，通过分析可以提炼出三大要素，即“**不能清偿到期债务**”、“**资产不足以清偿全部债务**”和“**缺乏/丧失清偿能力**”。我们发现“**缺乏/丧失清偿能力**”的规定使得我国《企业破产法》关于重整原因的规定扭曲，造成逻辑混乱。对比大陆法系关于重整原因概括主义规定中的“**不能清偿**”、“**资不抵债**”、“**停止支付**”标准

³⁶⁵，“**停止支付**”是主观标准，只要看债务人的主观意思表示，债务人明示或默示停止支付即可。“**停止支付**”要素容易认定，解决了债权人举证困难的尴尬，便于迅速启动重整程序。同时，我国《企业破产法》重整积极原因缺位，所谓积极原因是指企业具有通过重整程序获得重生的可能，也就是企业的重整能力。由于重整程序的本质在于挽救企业，若债务人无挽救希望而开始重整程序，或者不将债务人的重整能力作为重整程序开始原因或考虑因素，在实践中至少存在如下弊端：一是增加了滥用重整程序的机会。如果债务人已经具有破产清算原因但是不申请破产，却可以申请重整，一方面拖延偿还债权人债务，另一方面一旦重整失败将造成债权人更大损失。正如美国著名经济法学家波斯纳所言：在重整程序启动时设置“**有再建的希望**”这一条件，可以防止董事、小债权人和股东恶意损害其他债权人利益而使清算不适当地延期。二是增加了重整程序的预期风险。重整程序的结果本来就具有不确定性，如果在程序启动时对重整能力不予考虑，或明知没有再建希望还要进入重整程序，无疑将导致程序的浪费和对债权人及社会不利结果的出现。三是使得程序缺乏效率性。对于一个没有**再建希望的企业**开始重整程序，最终也要转入破产程序，也就使得重整程序的开始徒劳无益。因此，我国《企业破产法》对于企业重整的积极原因要做出规定。

五、详细企业重整法院受理规定

对重整申请的受理程序，是指人民法院审查重整申请是否符合立案条件，从而决定是否立案审理重整案件的程序。由于中国没有专门的破产法院，重整申请受理后将产生一系列强大的法律效力，对重整案件的立案受理规定得比较原则，导致实践中存在理解上的困惑和操作困难，因此，要详细重整案件管辖有关规定：第一，我国《企业破产法》关于重整案件管辖的规定只有一个法律条文，即**第二条**：“**破产案件由债务人住所地人民法院管辖。**”如此粗略的规定必然导致实践中的诸多问题，如重整案件应按债务人登记注册地，还是按主要办事机构或者主要财产所在地确定管辖权？由基层法院还是中级法院管辖？等等。因为立法规定不明，各地法院往往自行比照民商事案件解决重整案件的管辖问题，而司法实践中做法也不统一。这种现象阻碍了重整程序顺利进行，影响了广大债权人的清偿利益。因此我们将从地域管辖和级别管辖两个角度分析重整案件管辖权的认定标准问题。

³⁶⁵ 英美法系采用列举主义，结合判例法认定是否具有重整原因，与我国的立法体例可比性不强。

依据法条，破产案件由债务人住所地人民法院管辖，因此确定重整案件的地域管辖，必须先确定债务人的住所地。对于“住所地”的界定，最高人民法院《关于审理企业破产案件若干问题的规定》（以下简称《规定》）第一条规定：“企业破产案件由债务人住所地人民法院管辖。债务人住所地指债务人的主要办事机构所在地。债务人无办事机构的，由其注册地人民法院管辖。”**其实依据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第四条关于“住所地”的界定，法人的住所地是法人的主要营业地或者主要办事机构所在地。**《规定》二选一，排除主要营业地的适用，客观上确保了重整案件管辖的唯一性，避免了管辖冲突，但我们认为，按照债务人主要办事机构所在地或者注册地确定管辖法院并不妥当。因为重整程序主要是围绕债务人的财产进行的，所以重整案件由债务人的主要财产所在地或者说利益中心所在地的法院管辖最为合理。这也符合国际通行做法，多数国家的破产法规定，破产案件专属于破产财团所在地法院管辖。³⁶⁶

我国《企业破产法》对重整案件的级别管辖没有任何规定。《规定》第二条规定：“**基层人民法院一般管辖县、县级市或者区的工商行政管理机关核准登记企业的破产案件；中级人民法院一般管辖地区、地级市（含本级）以上的工商行政管理机关核准登记企业的破产案件；纳入国家计划调整的企业破产案件，由中级人民法院管辖。**”我们认为重整案件由基础法院或中级法院管辖的总体思路是正确的，但依照债务人核准登记的工商行政管理机关的级别确定重整案件的管辖并不合理。第一，由于重整案件地域性很强，基层法院受理较为合适，而且随着我国法官整体素质的提高，不存在不同级别法院专业知识能力差异问题。第二，由较低级别法院管辖重整案件有利于保护当事人的诉讼权利，同时也相应减轻了较高级别法院的办案压力，可充分发挥其制定司法政策、指导审判的主要功能。第三，债务人核准登记的工商行政管理机关的级别并不能如实地反映该企业的资产数量和债权债务状况。因为在现实中，由基层人民法院管辖的县、县级市或者区的工商行政管理机关核准登记企业的破产案件中，存在有的企业注册资本金大、财产多、社会影响较大；而由中级人民法院管辖的在地区、地级市（含本级）以上的工商行政管理机关核准登记企业的破产案件中，存在有的企业注册资本金小、财产少、社会影响较小，这样也就不能体现案件审理的难易程度。所以我们建议重整案件应该根据案件的复杂程度确定管辖权，而非机械地按工商登记级别确定管辖。

六、完善企业重整管理人制度

破产管理人是破产程序中核心人物，承担着清算和重整的重要职责，关系到企业重整能否顺利进行。各国破产法对此都作了详细规定。我国破产法也借鉴其他国家经验确立了中介组织作为破产管理人。但是，由于中国破产立法和司法历史较短，破产管理人素质、经验都很缺乏，同时存在职责不明和与破产法官分工不当等问题。所以，中国急需完善重整管理人制度。重整程序中的

³⁶⁶ 钱晓晨，刘子平，《破产案件管辖权与管辖权异议研究》见：王欣新，尹正友主编，《破产法论坛（第三辑）》北京：法律出版社，2009版，第4页。

管理人同普通破产程序中的管理人一样，负责债务人财产的管理，需要具有独立性，同时，需要具备更高的专业性。本文认为重整管理人是一种以提供特定专业服务，即从事重整事务的职业群体，其所使用的专业技能涉及法律、会计、金融等各方面，**因此，重整管理人必须是取得相应资格的专业人士**。从这个意义上讲，重整管理人既是一种资格，也是一种职业或行业。重整管理人不具专业性，就可能失之效率。因此，我国急需建立全国性的破产管理任委员会，统一加强对破产管理人进行组织、资格、业务等管理。

中国《企业破产法》在引入通行世界的管理人制度的同时，部分保留了清算组制度。该法第二十四条规定：“**管理人可以由有关部门、机构的人员组成的清算组或者依法设立的律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等社会中介机构担任。**”此外，该法关于重整程序中的管理人没有专门规定，可见我国法律规定中，重整管理人可以由三类机构或个人组成，即清算组、专业社会中介机构和个人管理人。根据重整管理人制度的专业化、市场化和社会化价值取向，专业社会中介机构应该是管理人制度的真正组成类型。而清算组作为管理人的一种形态是我国《企业破产法》的特例，又是特定历史的产物，保留清算组可以说是《企业破产法》针对转型时期的社会现状作出的一种妥协和让步，但从长远利益来说清算组应该彻底剔除。

七、重视企业重整计划的实现

1、重整计划草案制作主体讨论

中国《企业破产法》第七十九条和第八十条规定了重整计划草案的制定事项，基本上坚持了“谁管理财产和营业事务谁制定重整计划”的原则，即债务人自行管理财产和营业事务的，由债务人制作重整计划草案。管理人负责管理财产和营业事务的，由管理人制作重整计划草案。如此规定缺陷在于因为债务人单独制作重整计划草案，虽然对自身情况了解全面透彻，却很难走出自己的利益怪圈并制作出专业合理，能同时满足债权人和出资人利益的重整计划草案。

纵观世界各国企业重整制度中重整计划草案制作主体的规定，在实践中能发挥良好作用的是以债务人或管理人制作为原则，其他人制作为例外的模式。具体来说，美国是以债务人制作为原则，其他人制作为例外。依照美国《联邦破产法》第1121条规定，在破产申请提出或批准的120天内，债务人享有提出重整计划的专有权利。但在以下情况下，其他有利害关系的当事人也可以提出重整计划：①已经任命了托管人；②债务人在120天内没有提出重整计划并且120天的期间也没有获得延长；③债务人提出的重整计划在他提出申请后的180天内没有获得各类别受到削弱的债权人的接受。其他有利害关系的当事人包括债权人、股权持有人、受托管理人等。日本是以管理人制作为原则，其他人制作为例外。建议我国重整计划草案制作主体可以以管理人制作为原则，其他人制作为例外。具体而言，我国重整计划草案的制作主体应该是管理人，当管理人在法定期间内无法提出重整计划，或者其他利害关系人认为该计划不合法、不合理而不接受时，允许债务人、债权人和出资人等利害关系人制作并提交

重整计划。这样不但能够保证重整计划草案的中立性，而且能够充分调动债权人、债务人和出资人等利害关系人参与重整的积极性，有利于重整计划草案的通过和重整程序的顺利进行。

2、限制法院强制批准重整计划草案权力

重整程序较之任何破产程序都更多地贯彻国家干预主义的原则，体现了法院的职权，强制批准制度就是最典型的代表。中国《企业破产法》也规定了强制批准制度，未通过重整计划草案的表决组拒绝再次表决或再次表决仍未通过重整计划草案，但重整计划草案符合第八十七条第二款第一至六项规定的条件的，债务人或者管理人可以申请人民法院批准重整计划草案。人民法院经审查认为重整计划草案符合这些条件的，应当自收到申请之日起三十日内裁定批准，终止重整程序，并予以公告。但毕竟人民**法院**对重整计划草案的强制批准有违当事人的意思自治原则，同时，由于法院司法独立权力受到地方行政干预，其强制批准适用应当格外谨慎。

本文认为，为了防止债务人利用重整逃避债务，防止地方行政干预，最终保护普通债权人利益，法院强制批准权应当受到限制。因为，按照重整计划草案，普通债权所获得的清偿比例，不低于其在重整计划草案被提请批准时依照破产清算程序所能获得的清偿比例，但在实务中由于并没有进行实际分配，对重整中的清偿比例只能模拟计算。由于人民法院缺乏金融、财会及证券方面的专业知识，对企业的经营、财务、债权债务等实际问题**也缺乏**实务经验，难以准确界定该项条件是否真正符合，本文建议此时引入王欣新（Wang xinxin）**教授提出的异议**关系人听证制度，即在人民法院裁定强制批准重整计划前，未通过重整计划的表决组以及反对重整计划的债权人或出资人等利害关系人对破产清算率是否公平、重整清偿率是否实质上高于破产清算率以及对出资人的权益调整是否公平、公正等问题以书面形式提出异议的，人民法院应当组织债务人、债权人及利害关系人进行听证。³⁶⁷

3、建立多元化企业重整模式

企业重整计划能否最终实现，关键要有一个可行的经营方案以及方案中的重整模式。由于中国破产法实行的是债务人制定经营方案，所以，在重整实践中很难形成一个合理有效的重整模式，以至于重整计划难以顺利完成。甚至重整债务人为了达到欺诈债权人目的，制定的是只保留“**外壳**”而**没有**实际运营价值的经营方案。另外，长期以来在理论和实践中对重整模式有一个认识误区，认为重整就必须要保持债务人企业的继续存续，如果债务人企业被注销就不是重整，而是清算。但是，所谓挽救企业进行重整，并不局限于使债务人企业继续存续一种方式，更不是一定要保留其外壳。我们要考虑建立除了保存企业外壳之外的多元化重整经营模式。重整的实质作用，是**要挽救**债务人所经营的事业，而不是形式主义地维持债务人企业本身的继续存续。

³⁶⁷ 王欣新，《上市公司重整事务问题研究》，载人民法院报，2008，5（8）：6.

就目前学者研究和司法实践中而言，中国台湾学者许士宦（Xushihuan）教授认为重整模式包括：“其一是企业存续型，由债务人与债权人等协议减免或犹豫债务之额度或期限，以谋求企业之重建；其二是企业清算型，将债务人之财产个别变价，而以所得对价（清算价值）分配于诸债权人等；其三是营业让与型，将债务人营业之全部或主要部分让与他人，而以所得对价（继续企业价值）分配于诸债权人”。³⁶⁸中国大陆学者王欣新（Wangxinxin）教授认为：

³⁶⁹事业让与型重整，又称出售式重整，是将债务人具有活力的营业事业之全部或主要部分出售让与他人，使之在新的企业中得以继续经营存续，而以转让所得对价即继续企业价值，以及企业未转让遗留财产（如有）的清算所得即清算价值，清偿债权人。其标志性的特点，是不保留原债务人企业的存续，在事业转让之后将债务人企业清算注销，事业的重整是以在原企业之外继续经营的方式进行。并认为出售式重整具有重要社会功能与设置必要。出售式重整可以化解企业存续型重整中遇到的很多难题，并解决一些立法上的不足；有利于制定合理、可行的重整计划草案。本人认为：改变单一传统存续型重整，建立有效的多元化重整模式，不仅可以使重整计划有效落实，更为重要的是防止了债务人为了挽救个体利益，破坏了社会总体利益的实现，防止了重整欺诈，实现了重整的社会运营价值。

舍甫琴科.弗兰克博士
民法和程序法学院高级讲师
俄罗斯国立高等教育研究学院圣.
彼得堡分院 «高等经济学院»
i.shevchenko @ mail.ru

俄罗斯破产法的发展在现阶段存在的一些问题

本文考察了俄罗斯破产法的实际应用，主要论述目前的经济发展阶段中出现的
问题，以及如何解决这些问题。作者指出，宪法制定时过于频繁变动，此举不利于司法实践中的稳定性。关于债权人和破产的债务人责任问题，对法院是否能行使公正判决表示质疑，对于债权人来说辅助债务人的经济得以资助是有利的，因债权人在债务人破产时有权向法院提出赔偿起诉。与此同时，债权人却无意对债务人担负一定责任，有关宪法认为应制定有关债权人的法律责任。在2009年关于“破产法”进行了具有挑战性的争论。但笔者认为也不可剥夺债权人向法院提交诉讼的权利，2002年10月26日联邦法律规定了“破产法”№127-FZ的特殊条件

³⁶⁸ 许士宦：《债务清理法之基本构造》，115页，台北市，元照出版公司，2009年初版第2版。

³⁶⁹ 参见中国第五届破产法论坛发言稿。

.讨论俄罗斯联邦破产法的特别规则,民法制定的规定是为了决定怎样调节和控制债权人与债务人之间的各自应负的法律责任。

弗拉基米尔·Siwicki 博士
法律系宪法学与行政法学教授
俄罗斯国立高等教育研究院圣彼得堡分院 «经济高校»
vasivickiy@mail.ru

安东·列别杰夫
宪法和市委政法大学法律系
莫斯科国立高等教育研究院»高等经济学院»研究生

俄罗斯国家调控经济活动中的宪法与法律

作者确认,任何国家的法律体制对于这个国家的经济领域及对外经济的发展自由性都具影响力

:一些国家的法律权利对其经济发展起到一定的限制作用,在某些情况下,我们可以谈论有关经济活动自由的行使条例,但在任何情况下,对经济活动的监管都要避免不必要的限制,需要保持宪法是实施时的平衡性,包括在俄罗斯联邦宪法法院所制定的法律中也不可忽略到这一部分。本文通过参考类型学解决对经济活动自由的不必要的限制,并建议国家公共部门在经济管制中直接推行权力实现的经济操作形式,而公共当局又能影响到权力实现在经济领域中的正常操作。作者得出的结论是,根据权力的行使范围来划分一定的界限是必要的,根据一般规则,大部分的公共管理部门在经济领域中施行程度过高的压制政策。

斯米尔诺娃.安娜
法律系宪法学与行政法学副教授
俄罗斯国立高等教育研究院圣.
彼得堡分院 «高等经济学院»
jaify@yandex.ru

许可权及其他许可条例作为政府的重要管理手段

本文旨在分析现行法例和现有的判例,在这个问题上分析许可和其他许可活动的不同点。结论是许可活动是公共管理的方法之一,具有预防各种经济活动及人为因素所造成的一些不良影响和后果。笔者注意到宪法并无秩序,在监管许可活动及批发文件中,缺乏一些统一的方针和标准术语而产生障碍。关于选定具体的许可权形势,从一种类型的许可权更换到另一种时,政府部门之间缺乏

具体审理形式和协调性。为了提高政府的效率,务必建立和加强宪法对于受理许可条例的系统化和统一性,从而与于公民享有一定的权利和自由。在发放各

种许可证的工作上建立一个统一的立法管理体系和运用浅显易懂的通用术语，将其建基于共同的基础和原则之上。

Jobava
努格扎尔

俄罗斯国立高等教育研究学院圣.
彼得堡分院 «高等经济学院»
E-mail: expert758@inbox.ru

国家持续稳定发展的各项问题

本篇文章着重致力于讲解国家持续稳定发展的问题。在此推广在处理重要项目时解决因国际经济发展中产生的问题的一些具体方案。首先必须着眼于自然环境的合理应用，调整国家经济发展状态，改善社会环境与福利问题。

上述三项全球性问题都直接涉及到经济发展的情况。社会持续稳定发展的宗旨是满足人民的各项需求，但是又不损害后代的生存环境，在未来同样能满足他们的生命**所需**。

作者在文章中着重显明三个有关持续稳定发展的重要环节：持续稳定的社会发展，持续稳定的经济发展和正确合理使用自然资源。全球性持续稳定发展的这个概念能影响到全人类的生存条件。

作者向读者阐明一个主要结论，**就是**持续稳定发展这个概念是理论与意识形态的组成部分。单从理论上着手不结合与实际，这种发展模式在全球各处都具风险性及造成不良发展倾向。而意识形态是一种政治体系，**它**负责控制现存的世界体系。但从积极的角度上看，随着时间的推移，人能在理念上逐渐产生新的环保意识。

Тема 4. СОВРЕМЕННЫЕ ПРОБЛЕМЫ ФИНАНСОВОГО ПРАВА

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ВВЕДЕНИЯ ЗАКОНА О ТРАСТЕ В КНР

Аннотация

Китай, как и другие страны континентальной правовой системы, с введением закона о трасте столкнулся с рядом важных проблем теоретического характера, суть которых заключается в разграничении доверительного управления и права собственности в данной юридической системе: исключает ли понятие права собственности юридическую концепцию траста? Подрывает ли трастовое законодательство положения о праве собственности в системе гражданского права в целом? В данной статье утверждается, что принцип абсолютности права собственности не может считаться убедительным, коллизии между трастовым законодательством и концепцией права собственности не существует, введение закона о трасте не повлечет за собой разрушительных последствий для общей логики юридической нормы и ныне существующей правовой системы Китая. На современном этапе наиболее насущной задачей в юридической теории и системе права является определение области доверительного управления.

Ван Юн,
НИИ торгового права,
Университет политологии
и права Китая
E-mail: yongw@cupl.edu.cn
© Ван Юн, 2012

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ РАЗВИТИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЫНКЕ ЦЕННЫХ БУМАГ

Одним из признаков (свойств) ценной бумаги является ее оборотоспособность. Как правило, в юридической литературе оборотоспособность объектов гражданских прав определяется как допустимость совершения сделок и иных действий, направленных на их передачу. Однако оборотоспособность ценных бумаг является не только их естественным свойством, но и важнейшим качеством. Они являются одним из наиболее оборотоспособных видов имущества, а все закрепляемые ими права обладают свойством передаваемости.

Отмеченное в полной мере согласуется с появлением ценных бумаг в экономическом обороте, в частности, с их помощью ускоряется оборот товаров, аккумулируются крупные финансовые ресурсы, осуществляется перелив капиталов и т. д. В связи с этим любые сложности в обращении ценных бумаг

снижают их рыночную привлекательность для инвестора и эмитента и влекут за собой увеличение стоимости привлекаемого капитала, поскольку они предполагают достаточно частую смену их владельцев. Как следствие, защита добросовестного приобретателя ценных бумаг должна иметь свою специфику.

В основе защиты добросовестного приобретателя ценных бумаг лежит презумпция добросовестности. Действие данной презумпции характерно для вещных и обязательственных правоотношений. Применительно к вещным правоотношениям можно выделить презумпцию добросовестности приобретателя, что касается обязательственных правоотношений, то в основе предположения добросовестного образа действий лежит идея о том, что в обязательственных правоотношениях присутствует определенный элемент доверия: лицо, которое с достаточными основаниями положилось на слово, данное другим лицом, т. е. на его порядочность, не должно быть обмануто в своих ожиданиях.³⁷⁰

Следовательно, значение добросовестности для обращения хозяйственных благ заключается в облегчении и ускорении движения полезностей и ценностей.³⁷¹

Между тем обеспеченность оборота нельзя рассматривать изолированно от обеспеченности права. Как отмечал Б.Б. Черпахин, сегодняшний обладатель права, быть может, завтра будет заинтересован в облегчении отчуждения своего права собственности.³⁷² Таким образом, необходимо создать правовой механизм сбалансированной защиты интересов добросовестного приобретателя и собственника, учитывающий специфику ценной бумаги как объекта, обладающего повышенной оборотоспособностью, поскольку в действительности не всегда целесообразно предоставлять собственнику усиленную защиту даже в случаях выбытия его имущества помимо его воли, потому что права собственника могут быть эффективным образом защищены посредством иных форм (например, возмещения убытков в денежной форме).

В нормативных правовых актах содержится ряд положений, касающихся добросовестного приобретателя ценных бумаг. Статья 302 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее: ГК РФ)³⁷³ содержит правило об ограничении виндикации ценных бумаг на предъявителя, устанавливая, что такие бумаги не могут быть истребованы от добросовестного приобретателя.³⁷⁴

³⁷⁰ Астемирова Л.А. К вопросу о материально-правовых презумпциях // Российская юстиция. 2008. № 7. С. 10.

³⁷¹ Петражицкий Л.И. Права добросовестного владельца на доходы. 2-е изд. СПб., 1909. С. 306–307.

³⁷² Черпахин Б.Б. Юридическая природа и обоснование приобретения права собственности от неуправомоченного отчуждателя // Труды по гражданскому праву. М., 2001 / Классика российского права [Электронный ресурс]: Проект компании «Консультант Плюс» при поддержке издательства «Статут» и Юрид. науч. биб-ки изд-ва «Спарк» (http://civil.consultant.ru/elib/books/22/page_27.html#30)

³⁷³ Гражданский кодекс Российской Федерации от 21 октября 1994 г. № 51-ФЗ // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

³⁷⁴ В юридической литературе данное положение объясняется, во-первых, практическими сложностями теоретически возможного доказывания их индивидуальной определенности, во-вторых, возможностью получения однородной по характеру (денежной) компенсации от непосредственного причинителя имущественного вреда (Гражданское право / под ред. Е.А. Суханова. М., 2004. Т. 1. С. 617).

В статье 16 Положения о переводном и простом векселе, утвержденного Постановлением ЦИК СССР и СНК СССР от 7 августа 1937 г. № 104/1341,³⁷⁵ указано, что если кто-либо лишился владения векселем в силу какого бы то ни было события, то лицо, у которого вексель находится и которое обосновывает свое право порядком, указанным в предыдущем абзаце, обязано отдать вексель лишь в том случае, если оно приобрело его недобросовестно или же, приобретая его, совершило грубую неосторожность.³⁷⁶

В статье 2 Федерального закона от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» под добросовестным приобретателем подразумевается лицо, которое приобрело ценные бумаги, произвело их оплату и в момент их приобретения не знало и не могло знать о правах третьих лиц на эти бумаги, если не доказано иное, т. е. оплата приобретения отнесена законом к характеристике добросовестного приобретателя.

Вместе с тем наличие в законодательстве указанных положения не решает возникающих в практической деятельности проблем, поскольку, с одной стороны, данная правовая регламентация носит фрагментарный характер. Так, в законодательстве не нашли отражения положения, касающиеся оборота ордерных и именных ценных бумаг, приобретенных на организованном рынке. Между тем в Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации, одобренной решением Совета при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 г.,³⁷⁷ отмечается, что презумпция добросовестного приобретателя должна быть дифференцирована в зависимости от того, обращаются ли данные бумаги на организованном рынке. В частности, в случае возможности приобретения аналогичных бумаг на бирже истребование похищенных бумаг у добросовестного приобретателя нецелесообразно, поскольку возможно эффективное восстановление прав первоначального владельца с использованием иных средств защиты.

С другой стороны, возникают сложности, вызванные процессом «дематериализации» ценных бумаг, так как остается открытым вопрос о правовой природе таких объектов, наделяющих обладателя правами, аналогичными правам владельца классической ценной бумаги, но не закрепленными в документе, имеющем материальную форму.

Специфика бездокументарной ценной бумаги заключается в отсутствии обособленных документов, находящихся на руках у кредиторов и удостоверяющих их права. Эти права удостоверяются записями, производимыми третьим лицом (регистратором) в рамках единого для всех кредиторов документа (обычного или компьютеризированного реестра). А это означает, что средством легитимации лица в качестве субъекта выраженных в

³⁷⁵ Свод законов СССР. Т. 5. С. 586.

³⁷⁶ СЗ РФ. 1996. № 17. Ст. 1918. — Таким образом, в отношении векселя установлено, что таковой может быть истребован, по общему правилу, только от недобросовестного приобретателя. Добросовестный же приобретатель обязан отдать вексель только при грубой неосторожности со своей стороны (*Белов В.А. Защита интересов добросовестного приобретателя ценной бумаги // Законодательство. 1997. № 6. С. 33*).

³⁷⁷ Вестник ВАС РФ. 2009. № 11.

реестре прав является обращение к регистратору и предъявление документов, удостоверяющих личность (полномочность).³⁷⁸

Применительно к теме исследования вопрос заключается в возможности использования виндикационного иска (в рамках его исследуется вопрос о добросовестности) в отношении имущества, не являющегося вещью.

Содержание виндикации составляет требование о восстановлении владения вещью, а не о замене ее другой вещью того же рода и качества, поэтому виндикационный иск нельзя предъявлять относительно вещей, определенных только родовыми признаками³⁷⁹ либо не сохранившихся в натуре. Если предмет виндикации отсутствует, то можно предъявить только обязательственно-правовое требование о возмещении убытков. Следовательно, объектом виндикации является индивидуально-определенная вещь, сохранившаяся в натуре.

В узком смысле слова под вещами в цивилистике понимают предметы внешнего материального мира, как созданные трудом человека, так и находящиеся в естественном состоянии.³⁸⁰ Если исходить из указанного определения, то вряд ли оно может охватить собой понятие «бездокументарные бумаги», поскольку, очевидно, что они тяготеют больше к имущественным правам.³⁸¹ Кроме того, существуют еще препятствия, не позволяющие виндцировать бездокументарные ценные бумаги. Во-первых, неприменимость категория владения, значит, владение бездокументарной бумагой не может быть ни приобретено, ни утрачено. Во-вторых, они не могут быть объектом вещных прав, следовательно, права на них не могут защищаться вещно-правовыми способами. В-третьих, как указал В.А. Белов,³⁸² виндикационный иск защищает не столько принадлежность права, сколько возможное его осуществление управомоченным лицом. Иск же о «виндикации» бездокументарных ценных бумаг, по мнению В.А. Белова, представлял бы собой требование лица о предоставлении ему определенных имущественных прав, т. е. требование лица неуправомоченного.

Однако судебная практика исходит из обратного. Так, в п. 7 Обзора практики разрешения споров по сделкам, связанным с размещением и обращением акций, утвержденного информационным письмом Президиума ВАС РФ от 21 апреля 1998 г. № 33 «Обзор практики разрешения споров по

³⁷⁸ Белов В.А. Защита интересов добросовестного приобретателя ценной бумаги. С. 36–37.

³⁷⁹ В юридической литературе также высказаны доводы о возможности виндикации вещей, определенных родовыми признаками. Б.Б. Черепахин отмечал, что нет никаких оснований для недопущения виндикации родовых вещей, точнее, вещей, определенных родовыми признаками. Необходимо только, чтобы спорная вещь могла быть так или иначе индивидуализирована и идентифицирована (*Черепахин Б.Б. Виндикационные иски в советском праве // Труды по гражданскому праву. Классика российской цивилистики. М., 2001. С. 177–178*). Однако большинство цивилистов все же считают недопустимым применение виндикационных исков для защиты прав владельцев бездокументарных ценных бумаг.

³⁸⁰ Щенникова Л.В. Вещные права в гражданском праве России. М., 1996. С. 3.

³⁸¹ В юридической литературе существует и противоположенная позиция: *Мурзин Д.В. Ценные бумаги как юридические конструкции гражданского права. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2001. С. 10; Крылова М. Ценная бумага — вещь, документ или совокупность прав // Рынок ценных бумаг. 1997. № 5. С. 31.*

³⁸² Белов В.А. К вопросу о так называемой виндикации бездокументарных ценных бумаг // Закон. 2006. № 7. С. 86–93.

сделкам, связанным с размещением и обращением акций»,³⁸³ дано следующее разъяснение: требование собственника (органа, уполномоченного собственником) о возврате имущества, находящегося у лица, приобретшего его по договору с третьим лицом, носит виндикационный характер и подлежит рассмотрению в соответствии со ст. 302 ГК РФ, которая распространяется на истребование из чужого владения именных ценных бумаг, в том числе акций. Как следствие, сложилась обширная практика, признающая бездокументарные ценные бумаги объектом виндикационного требования.³⁸⁴

Необходимо отметить, в юридической литературе существуют и сторонники виндикации бездокументарных ценных бумаг. Например, Г.Н. Шевченко, отмечает, что отсутствие более эффективного способа защиты прав владельцев бездокументарных ценных бумаг, способного обеспечить их права, чем виндикация. Обязательственно-правовые способы защиты менее эффективны для защиты прав владельцев бездокументарных ценных бумаг, незаконно списанных с их счетов. Признание первоначальной сделки недействительной еще не означает, что ущемленные права владельца ценных бумаг будут восстановлены, поскольку не означает недействительности всех последующих сделок.³⁸⁵

Между тем применение традиционных «вещных» способов защиты прав владельца, утратившего права на ценные бумаги также наталкивается на определенные препятствия, и как следствие, это оказывается безрезультатным.

Так, Е.А. Суханов пишет, что акции, даже если рассматривать их в качестве «бестелесных вещей», не будучи индивидуально-определенными объектами, смешиваются на счете приобретателя с другими аналогичными акциями того же эмитента, в силу чего исключается возможность их последующего истребования первоначальным владельцем (собственником), поскольку новый приобретатель всегда может утверждать, что речь идет о других акциях, вполне законно приобретенных им у другого отчуждателя.³⁸⁶

В.А. Белов указывает, что отсутствие обособленных документов делает невозможным саму процедуру истребования бездокументарных бумаг из чужого незаконного владения (виндикации).³⁸⁷

По мнению А. Шаталова, право собственности на бездокументарные ценные бумаги приобретается с момента выполнения приходной записи по счету депо или в реестре. Следовательно, добившись любым способом, в том числе и мошенническим, от реестродержателя внесения такой записи по счету в реестр, вы приобретаете право собственности на бездокументарные ценные бумаги.³⁸⁸

³⁸³ Вестник ВАС РФ. 1998. № 6.

³⁸⁴ Данная дискуссия продолжается уже более 10 лет — после оглашения позиции ВАС РФ, содержащейся в п. 7 Обзора практики разрешения споров по сделкам, связанных с размещением и обращением акций, утвержденного информационным письмом Президиума ВАС РФ от 21 апреля 1998 г. № 33.

³⁸⁵ Шевченко Г.Н. Вещно-правовые способы защиты прав владельцев эмиссионных ценных бумаг // Законодательство и экономика. 2005. № 11.

³⁸⁶ Суханов Е.А. К понятию вещного права // Правовые вопросы недвижимости. 2005. № 1. С. 35.

³⁸⁷ Белов В.А. Защита интересов добросовестного приобретателя ценной бумаги. С. 36-37.

³⁸⁸ Шаталов А. Как защитить права на бездокументарные ценные бумаги // Рынок ценных бумаг. 1996. № 20 С. 66.

Поэтому представляется, что для подобных ситуаций должны быть определены как специальные способы защиты прав истца, так и пределы их осуществления, учитывающие специфику данных объектов. Например, в проекте изменений ГК РФ³⁸⁹ предлагается следующим образом решить указанную проблему.

В соответствии с ст. 149.3 данного проекта правообладатель, со счета которого были неправомерно списаны бездокументарные ценные бумаги, вправе требовать от лица, на счете которого они находятся, возврата таких же бумаг. При этом отмечается, что бумаги, приобретенные на организованном рынке, независимо от вида удостоверяемого права, не могут быть истребованы от добросовестного приобретателя. Но если бездокументарные ценные бумаги были безвозмездно приобретены от лица, которое не имело право их отчуждать, правообладатель вправе истребовать такие ценные бумаги во всех случаях.

Анна Михайловна Лаптева,
юридический факультет
НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург
E-mail: laptevaann@rambler.ru
© А.М. Лаптева, 2012

ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЙ ОПЫТ РОССИЙСКОЙ НАЛОГОВОЙ РЕФОРМЫ И ЕЕ ВЛИЯНИЕ НА КИТАЙ

Аннотация

После объявления независимости России в стране продолжала применяться существовавшая ранее старая система распределения налоговых поступлений, сложившаяся как централизованная налоговая система образования государственных финансов еще со времен Советского Союза, когда существовала плановая экономика страны, и включавшая небольшое количество видов налогов; при этом установлением и сбором налоговых отчислений занимались исключительно центральные власти страны, когда государственный бюджет существовал по принципу: сколько собрали, столько израсходовали. Такая система оказалась малоэффективной в повышении активности местных властей по сбору налогов и не отвечала требованиям развития рыночной экономики в России. Для преодоления высокой степени централизации власти в бывшем СССР после объявления независимости Россия ввела систему раздельного налогообложения в стране, постепенно сформировав и постоянно улучшая соответствующую законодательную базу, уравнивающую

³⁸⁹ Проект федерального закона «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации» (разрабатывается Советом при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства во исполнение Указа Президента Российской Федерации от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании гражданского законодательства»). — Доступно в СПС «КонсультантПлюс».

в налоговых правах центр и регионы. При этом в ситуации вынужденного реагирования на финансовый кризис система раздельного налогообложения выявила свою чрезвычайную оперативность и функциональность. Обе страны — и Китай, и Россия — находятся сейчас на переходном этапе, российский законодательный опыт раздельного налогообложения имеет первостепенное значение для освоения и дальнейшей работы по улучшению нормативно-правовой базы системы раздельного налогообложения КНР, реализации налоговой политики государства в сфере распределения поступлений от налоговых отчислений, содействия развитию экономики регионов и многих других аспектов.

Выводы: Хотя Китай начал вводить систему раздельного налогообложения с 1994 г., однако соответствующая законодательная база еще пока далека от совершенства. Россия как типичный образец государства, перестраивающего свою экономику на новые рельсы, заслуживает особого внимания со стороны Китая в связи с возможностью заимствования ее законодательного опыта в сфере внедрения системы раздельного налогообложения.

Постулаты: И Китай, и Россия как государства, находящиеся в стадии трансформации, для удовлетворения потребности в государственных финансах в соответствии с ситуацией в каждой из стран стали проводить реформу системы налогообложения и налогораспределения, внедряя раздельную фискальную систему. Россия законодательно уравнила центральные и местные власти в налоговых правах и целым рядом законодательных мер обеспечила практическую реализацию реформы налогообложения. В сравнении с Россией китайская законодательная база по этому вопросу далека от совершенства, и российский опыт подготовки соответствующей нормативно-правовой базы раздельной налоговой системы стоит учесть и взять на вооружение.

Дзян Уджин,
институт права Финансово-
экономического университета
пров. Цзянси
E-mail: jiangwuzhen@163.com
© Дзян Уджин, 2012

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ НАЛОГОВОГО ПРАВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Налоговая система является одним из наиболее действенных инструментов экономической политики государства. С одной стороны, она обеспечивает формирование доходных источников бюджетов всех уровней. С другой стороны, изменяя объемы изъятий финансовых ресурсов хозяйствующих субъектов, государство влияет на экономическое поведение налогоплательщиков, реализуя тем самым регулирующую функцию налогов.

Налоговое законодательство РФ находится в постоянном движении, оно подвержено частым изменениям для лучшего обеспечения экономического роста, развития предпринимательской активности, ликвидации теневой экономики, привлечения в Россию полномасштабных иностранных инвестиций.

На сегодняшний день НК РФ — один из самых нестабильных кодексов. Несоввершенство налогового законодательства отнюдь не сопутствует эффективному экономическому развитию. К сожалению, многие недостатки налогового законодательства обусловлены тем, что при разработке концепции налоговой системы не был в полной мере обеспечен комплексный подход и не были учтены сложные взаимосвязи всех участников общественных отношений, складывающихся в процессе установления и взимания налогов. Отсутствие комплексного подхода при формировании налоговой системы РФ приводит к обострению экономических и социальных противоречий, бегству капитала за рубеж, развитию теневой экономики.

Цель изменений, внесенных за последние годы в часть первую НК РФ, заключается в совершенствовании налогового контроля, упорядочении налоговых проверок и документооборота в налоговой сфере, улучшении условий для самостоятельного и добросовестного исполнения налогоплательщиками конституционной обязанности по уплате законно установленных налогов и сборов, расширении гарантий соблюдения прав и законных интересов налогоплательщиков, четкой правовой регламентации конкретных процедур налогового администрирования и создании предпосылок для недопущения какого бы то ни было налогового «террора».

Многие нормы НК РФ уточняются с учетом практики их применения, дополняются, конкретизируются, и это снимает вопросы, связанные с различной трактовкой одних и тех же положений.

Основные изменения налогового законодательства имеют социальный характер, а также предусматривают стимулирование инновационной деятельности и модернизацию производства. Большой блок вопросов касается совершенствования механизмов администрирования налогоплательщиков, в том числе налогового контроля как главной его составляющей. Государство, устанавливая налоги, имеет право строго требовать, чтобы эти налоги уплачивались полностью и своевременно. При этом налогоплательщики должны быть уверены в объективном и беспристрастном отношении со стороны налоговых органов, обеспеченном как четкостью правил налогообложения, так и соблюдением установленных законом процедур. Это базовые принципы налогового администрирования, которые должны быть четко отображены в законодательстве во избежание конфликтных ситуаций между налогоплательщиками и налоговыми органами.

В качестве направлений налоговой политики государства можно выделить нововведения, касающиеся инновационного вектора развития экономики и ее модернизации. Ускоренное технологическое развитие мирового сообщества предъявляет новые требования к порядку учета и амортизации активов, особенно таких нематериальных активов, как исключительные права

на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, селекционные достижения, топологии интегральных микросхем, программы для ЭВМ, базы данных, а также секреты производства (ноу-хау).

Действующим налоговым законодательством предусмотрено сокращение срока амортизации нематериальных активов с 10 до 2 лет. Законы, внесшие изменения в НК РФ, направлены на формирование благоприятных налоговых условий для инновационной деятельности, уточняют порядок учета расходов на научные исследования и/или опытно-конструкторские разработки (НИОКР) при определении налоговой базы по налогу на прибыль организаций.

Расходы на НИОКР равномерно включаются налогоплательщиком в состав прочих расходов в течение одного года с 1-го числа месяца, следующего за месяцем, в который завершены такие исследования или разработки (отдельные этапы работ). Но, к сожалению, до сих пор НК РФ не предусмотрен перечень расходов, относимых к расходам на НИОКР.

Для создания механизма администрирования налоговыми органами расходов на НИОКР по перечню, установленному Правительством РФ, учитываемых в размере фактических затрат с коэффициентом 1,5, предусмотрено, что налогоплательщики, использующие указанный механизм, должны представлять в налоговый орган по месту своего учета отчет о выполненных НИОКР, оформленный в соответствии с требованиями, установленными национальным стандартом (п. 8 ст. 262 НК РФ).

В целях равномерного учета расходов на НИОКР налогоплательщику предоставлено право формировать в налоговом учете резерв предстоящих расходов на НИОКР. При этом предусмотрено, что налогоплательщик на основании разработанных и утвержденных им программ самостоятельно принимает решение о создании резерва, отражая соответствующее решение в учетной политике для целей налогообложения. Расходы налогоплательщика, осуществляемые им при реализации указанных программ, производятся за счет такого резерва.

Кроме того, не так давно были приняты изменения в НК РФ, в соответствии с которыми предложили освободить от налога на прибыль организаций и налога на доходы физических лиц доходы, полученные при реализации акций российских организаций, не обращающихся на организованном рынке ценных бумаг, а также ценных бумаг, обращающихся на организованном рынке ценных бумаг в секторах инновационных отраслей экономики. Все это при условии, что на дату реализации или иного выбытия, в том числе их погашения, они непрерывно находились в собственности налогоплательщика более 5 лет.

В рамках развития инвестиционных проектов по реконструкции, модернизации и строительству отдельных видов основных средств внесены поправки в НК РФ, предусматривающие освобождение на 15 лет от уплаты налога на имущество организаций в части увеличения их балансовой стоимости за счет выделенных капитальных вложений на строительство, реконструкцию и модернизацию судоходных гидротехнических сооружений, расположенных на

внутренних водных путях Российской Федерации, портовых гидротехнических сооружений, а также сооружений воздушного транспорта (ст. 375 НК РФ).

Актуальной темой на сегодняшний день является вопрос о возможном установлении в России прогрессивной шкалы ставок по налогу на доходы физических лиц (НДФЛ). Ставка НДФЛ привлекательна тем, что с введением единой ставки 13 % значительно упростился механизм уплаты налога и снизились затраты на его взимание.

Налог на доходы физических лиц регулируется главой 23 НК РФ. Данный налог введен в Российской Федерации в 2001 г. Он заменил собой действовавший раньше подоходный налог с физических лиц, носивший прогрессивный характер.

Однако не только сумма налога, но и налоговая ставка возрастали по мере роста доходов налогоплательщика. Именно прогрессивный подоходный налог действует в большинстве развитых стран. НДФЛ является одним из важнейших федеральных налогов, это регулируемый прямой налог, который полностью поступает в бюджеты субъектов, а с точки зрения формирования доходной части бюджета данный налог занимает третье место после НДС и налога на прибыль организаций.

Вопрос об установлении в России прогрессивной шкалы ставок по налогу на доходы физических лиц является темой для постоянных сегодня политических, экономических и социальных дискуссий с того самого момента, как в 2001 г. вступила в силу глава 23 НК РФ, в которой была установлена так называемая плоская ставка налога. Снижение ставки НДФЛ (с 30 до 13 %) и установление ее единого значения (13 %) стало очень важным, если не сказать революционным, решением. Результатом такого достаточно неоднозначного шага стал резкий рост собираемости этого налога.

Сегодня многие говорят о том, что это не очень справедливо, поскольку те, кто получает большую зарплату, платят 13 %, как и те, у кого маленький доход. Но к чему это приведет? В России уже была дифференцированная ставка, применение которой привело к тому, что очень многие платили налог с минимальной заработной платы, а разницу получали в конвертах.

Возврат к дифференцированной ставке нежелателен в силу того, что отсутствует возможность его полноценного администрирования; не будет никакой социальной справедливости, так как те, кто получал меньшую заработную плату, будут и получать, и платить минимальную ставку. Соответственно, возникнут проблемы с выплатой трудовых пенсий.

Будущее конструирование прогрессивной системы НДФЛ в России должно опираться на комбинирование трех базовых принципов:

- 1) разные доходы — разные подходы;
- 2) есть «доходы», а есть «сверхдоходы»;
- 3) шаг прогрессии (шедула) должен быть минимальным.

Трудовые доходы (активные доходы) — это доходы, источником которых является труд, предпринимательство, самозанятость, творчество или иная личная активность налогоплательщика (доходы от трудовой и предпринимательской деятельности, доходы по договорам подряда, авторские

гонорары, патентные отчисления и т. п.). В качестве одной из основных целей налоговой реформы в Израиле в начале 2000-х годов выдвигалось непосредственное сокращение налогообложения результатов трудовой деятельности, предполагавшее придание дополнительного импульса экономической активности в стране.

Нетрудовые (пассивные) доходы — это доходы, получаемые не в результате личной активности налогоплательщика (дивиденды, проценты по вкладам, сдача в аренду недвижимости, подарки, доходы от продажи бизнеса и дорогостоящих объектов, выигрыши в лотерею, имущество, полученное в порядке наследования, расходы, не покрываемые доходами, и т. п.).

Если же переход к прогрессивной системе НДФЛ в будущем неизбежен, то на первый план выходит важнейший вопрос о том, какой должна быть эта система.

Как известно, при определении налоговой базы по НДФЛ учитываются все доходы налогоплательщика, полученные им как в денежной, так и в натуральной формах, а также доходы в виде материальной выгоды. Поэтому устанавливать прогрессивную шкалу по НДФЛ необходимо только на пассивные доходы с определением «шага прогрессии» в зависимости от полученного дохода (подарка, антиквариата, имущества, транспортных средств), а на активные доходы оставить ставку 13 %. Например, если предусмотреть обычную ставку НДФЛ в размере 13 %, то «пошаговая» ставка может составлять 15, 17, 19, 20 % и максимальная (для сверхвысоких доходов) 25–30 %.

Сверхдоходы — это доходы, которые по своему размеру никоим образом не могут быть соотнесены или сопоставлены с обычными доходами. Причем размер этих сверхдоходов должен быть действительно чрезмерным, экстраординарным. Представляется целесообразным и сверхдоходы дифференцировать на определенные шедулы по сверхдоходам от 12 до 120 млн руб. в год, от 120 до 360, а также свыше 360 млн руб. в год.

Сегодня ставка налога на доходы физических лиц для практики привлекательна тем, что с введением единой ставки 13 % значительно упростился механизм уплаты налога и снизились затраты на его взимание.

Много спорных вопросов на практике возникает в связи применением налоговыми органами обеспечительных мер. Для приостановления операций по счетам налогоплательщиков в банках (блокировка счетов) в настоящее время предусмотрены три самостоятельных основания (ст. 76 НК РФ):

- неисполнение налогоплательщиком требования об уплате налога;
- непредставление налогоплательщиком-организацией налоговой декларации в налоговый орган в течение десяти рабочих дней по истечении установленного срока представления декларации;
- наличие у руководителя налогового органа достаточных оснований полагать, что непринятие обеспечительных мер может затруднить или сделать невозможным в дальнейшем взыскание недоимки, пеней и штрафов, указанных в решении о привлечении к ответственности по итогам налоговой проверки, в

случае, если арестованного имущества недостаточно для взыскания начисленных сумм.

На практике блокировка счетов, неисполнение требования об уплате налога используется не как обеспечительная мера, призванная создать гарантии взыскания доначисленных сумм, а как своеобразный способ принуждения к уплате взыскиваемых сумм. В то же время требуемые суммы, как правило, оспариваются в суде. В результате налогоплательщиков понуждают к уплате спорных, а часто и незаконно начисленных сумм. Блокировка счетов в связи с непредставлением декларации неэффективна в отношении фирм-однодневок, представляющих формальные декларации, но из-за нее страдают работающие и уплачивающие налоги компании, когда, например, декларация не доставлена вовремя из-за изъядов в работе почты или технических сложностей при передаче декларации в электронном виде по телекоммуникационным каналам связи.

В свете изменений, внесенных в НК РФ с 2007 г., основания для блокировки, предусмотренные ст. 76 НК РФ, стали совершенно излишними.

Основания и порядок принятия обеспечительных мер, предусмотренные ст. 101 НК РФ, во-первых, соответствуют назначению обеспечительных мер, во-вторых, более гуманны по отношению к налогоплательщику, поскольку предусматривают в первую очередь запрет на отчуждение или передачу в залог имущества налогоплательщика без согласия налогового органа и лишь при отсутствии достаточного имущества — приостановление операций по счетам. Такой порядок не создает значительных препятствий хозяйственной деятельности.

Кроме того, налогоплательщик вправе рассчитывать на отмену обеспечительных мер в случае предоставления встречных обеспечительных мер — банковской гарантии, залога ценных бумаг, поручительства третьего лица.

Следует отметить, что арест имущества имеет ту же обеспечительную природу, что и приостановление операций по счетам, допускается только при наличии у налоговых органов достаточных оснований полагать, что организация предпримет меры, чтобы скрыться либо скрыть свое имущество.

Очевидно, что необходимы следующие изменения:

- отменить блокировку счетов в связи с неисполнением налогоплательщиком требования об уплате налога, поскольку в обеспечительных целях уже достаточно предусмотрено полномочий;

- установить, что счет блокируется не в случае непредставления декларации в установленный срок, а в случае непредставления декларации по истечении десяти рабочих дней после вручения налогоплательщику уведомления о неполучении декларации;

- ввести дополнительное условие для приостановления операций по счетам — наличие санкции прокурора, суда, поскольку наличие у налогового органа достаточных оснований полагать возможность сокрытия имущества от взыскания налогов — это оценочная категория, неочевидная и, следовательно, подлежащая предварительной проверке;

— установить в НК РФ примерный перечень достаточных оснований и обязанность налогового органа указывать в решении о приостановлении операций по счетам, в чем заключаются такие основания, на какой информации базируются выводы налогового органа и источники такой информации.

Актуальным является вопрос о привлечении к уголовной ответственности за налоговые преступления. Многие изменения, вносимые в последние годы в УК РФ, недостаточны для нормализации ситуации в сфере уголовного преследования.

В 2009 г. был увеличен размер налога, неуплата которого при наличии других обстоятельств, считается уклонением в крупном и особо крупном размере. Как следует из соответствующих нормативных актов Федеральной налоговой службы (ФНС России) и МВД России, крупный размер уклонения служит формальным основанием для возбуждения уголовного дела.

В связи с внесенными изменениями возникает ситуация, когда, к примеру, небольшая организация может вообще не уплачивать налоги и не вести отчетность, и уголовное преследование в принципе невозможно, так как размер неуплаченного налога не превысит 6 млн руб.

Такую ситуацию можно считать формой поддержки малого бизнеса, но на самом деле малый бизнес приучается тем самым не платить налоги, поскольку серьезных санкций законодательство для него не предусматривает. Это опасный способ поддержки малого бизнеса, так как малый бизнес постепенно вырастает в средний, а, как известно, от сформировавшейся привычки не платить налоги отказаться очень трудно.

Вместе с тем совершенно не учитывается масштаб бизнеса и количество уплачиваемых организацией налогов. В результате крупное предприятие оказывается перед угрозой возбуждения уголовного дела всего за 6 млн руб. Необходимо установить, что размер крупного уклонения определяется не в твердой сумме, а в процентах от ранее уплаченных налогов: 10 % от сумм налогов, поступивших от налогоплательщика в бюджеты в течение трех лет, предшествовавших выявлению крупной недоимки.

Разъяснения налогового законодательства требуют ясности. Так, налогоплательщикам и налоговым органам не ясен статус письменных разъяснений Министерства финансов РФ (Минфина России), которое в своем письме сообщает, что «опубликованные письменные разъяснения, предоставленные Минфином России, должны восприниматься субъектами налоговых правоотношений наряду с иными публикациями специалистов в этой области».³⁹⁰ Положение НК РФ о том, что налоговые органы обязаны руководствоваться письменными разъяснениями Минфина России, обязывает налоговые органы руководствоваться только разъяснениями Минфина России, адресованными непосредственно ФНС России. В результате налоговые органы игнорируют «неудобные» для них разъяснения Минфина России.

³⁹⁰ Письмо Минфина РФ от 7 августа 2007 г. № 03-02-07/2-138 «О порядке применения письменных разъяснений Минфина России по вопросам применения законодательства РФ о налогах и сборах, предоставляемых в соответствии со ст. 34.2 НК РФ» // Нормативные акты для бухгалтера. 2007. № 18.

Предложенный Минфином России подход противоречит и конституционному принципу равенства всех перед законом. Поэтому в НК РФ необходимо установить, что письменные разъяснения Минфина России издаются в виде писем, не подлежат регистрации в Минюсте России, но подлежат опубликованию на официальном сайте Минфина России. Запросы по вопросам применения налогового законодательства не подлежат переадресации Минфином России в другие государственные органы без согласия лица, обратившегося с запросом. Необходимо установить, что налоговые органы обязаны руководствоваться письменными разъяснениями Минфина России, опубликованными на его официальном сайте, и что отказ налогового органа руководствоваться разъяснениями Минфина России, на которые указывает налогоплательщик, должен быть письменным и мотивированным.

Подводя итог, необходимо еще раз отметить: налоговое законодательство в России находится в постоянном движении, оно подвержено многочисленным изменениям. Законодатель устанавливает новые порядки, вводит не использовавшиеся ранее конструкции, постоянно совершенствуя существующую налоговую систему. Таким образом, изменение налогового законодательства в Российской Федерации предполагает решение ряда как теоретических, так и кардинальных практических проблем, связанных с эффективностью налоговой системы, созданием целостного механизма правового регулирования налоговых отношений.

Ирина Александровна Макарова,
юридический факультет
НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург
E-mail: irina.a.makarova@gmail.com
© И.А. Макарова, 2012

**К ВОПРОСУ О КВАЛИФИКАЦИИ ФИНАНСОВЫХ
ПРАВОНАРУШЕНИЙ, ПОДПАДАЮЩИХ ОДНОВРЕМЕННО
ПОД НОРМЫ ГРАЖДАНСКОГО И УГОЛОВНОГО ПРАВА
(на примере строительства международного финансового центра в Шанхае)**
Аннотация

Правонарушения, в квалификации которых пересекаются нормы уголовного и гражданского права, в основном сосредоточены в сфере экономики и финансов. Метод разрешения коллизий между уголовным и гражданским правом — «сначала уголовное, затем гражданское» — носит резко обвинительный характер. Такие характерные особенности сферы финансов, как свобода, новаторство и ее обслуживающий характер, определяют, что для правонарушений в финансовой сфере возможен только некоторый приоритет уголовного права над гражданским. В сфере финансов в случае возникновения разногласий и затруднении в их квалификации по нормам гражданского и уголовного права, следует сначала выделить

юридические факты, касающиеся уголовной ответственности за совершенное правонарушение, затем на основании квалификации этих юридических фактов придерживаться принципа «уголовной скромности», т. е. нераздувания ответственности по уголовному законодательству: если правонарушение может быть квалифицировано как достаточное для гражданского иска, то оно по возможности должно максимально квалифицироваться как таковое, в итоге в соответствии с этими тщательно отобранными и осторожно квалифицированными юридическими фактами в установленном законом порядке и согласно нормам справедливости производить дальнейшую квалификацию состава преступления и затем определить наказание, соответствующее данному виду правонарушений. В сфере финансовых преступлений, когда уголовная ответственность переплетается с гражданской, должен соблюдаться принцип вторичной оценки уголовной ответственности. Только если то или иное поведение серьезно нарушает общественный порядок и не подпадает под действие каких-либо других правовых норм, только тогда применяются нормы уголовного права.

При строительстве и обслуживании Международного финансового центра в Шанхае в силу специфичности такой сферы, как финансовый рынок, случаи правонарушений, в которых ответственность по гражданскому законодательству тесно переплетается с уголовной ответственностью, должны быть всесторонне взвешены и очень четко квалифицированы. Если существующие нормы уголовного права не в состоянии удовлетворить требования стремительно развивающейся сферы финансов, то резкое и чрезмерное вменение вины может, наоборот, задушить только-только взошедшие на ниве финансового рынка ростки новых явлений, что нанесет еще один губительный удар по жизнеспособности и инновациям в области финансовой деятельности в целом.

Сюн Дзингуан,
институт права Университета
экономики и финансов
(пров. Цзянси)
E-mail: xiongjinguang@hotmail.com
© Сюн Дзингуан, 2012

ПРОБЛЕМЫ БОРЬБЫ С ЭКОНОМИЧЕСКОЙ КОРРУПЦИЕЙ

Экономическая коррупция понимается как общественно опасное противоправное участие в экономической деятельности, целью которого является незаконное получение прибыли³⁹¹. Учитывая, что термин коррупция как международными правовыми актами (например, Конвенция ООН против

³⁹¹ См.: *Фадеев А.В.* Антикоррупционное законодательство России и зарубежных стран: криминологическое исследование. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2012. С. 10.

коррупции), так и российским законодательством (Федеральный закон 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции») связывается с должностным положением преступника, логично понятие экономической коррупции также связать с криминальным участием в экономической деятельности должностного лица. С учетом сказанного к экономическим коррупционным преступлениям можно отнести незаконное участие в предпринимательской деятельности (ст. 289 УК РФ), мошенничество, совершенное лицом с использованием своего служебного положения, а равно в крупном и особо крупном размере (части третья и четвертая ст. 159), присвоение или растрату совершенные лицом с использованием своего служебного положения, а равно в крупном и особо крупном размере (части третья и четвертая ст. 160), легализация (отмывание) денежных средств или иного имущества, приобретенных другими лицами преступным путем (ст. 174), легализация (отмывание) денежных средств или иного имущества, приобретенных лицом в результате совершения им преступления (ст. 174.1) применительно к должностным лицам.

Общественная опасность экономической коррупции чрезвычайно высока. Экономическая коррупция рассматривает власть как бизнес, дискредитируя тем самым власть, как таковую. При такой ситуации решения должностного лица будут приниматься исключительно с позиции личной выгоды. Такой подход, угрожая отдельным сегментам государственного организма (например, исключая саму возможность функционирования свободного рынка), в итоге ставит под угрозу существование государства как такового. Как справедливо говорил Мэн-цзы, обращаясь к правителю удела Лян: «Зачем обязательно говорить о выгодах? Есть ведь также нелицеприятность и справедливость, вот и все. Если вы, ван, будете спрашивать: “Чем принесешь выгоды моему владению?” — за вами сановники-дафу будут спрашивать: “Чем принесешь выгоды нашим семьям?” — служилые люди-ши и простой народ тоже будут спрашивать: “Чем принесешь выгоды нам лично?” Верхи и низы станут нападать друг на друга в погоне за выгодой, и владение ваше окажется в опасности! Тогда во владениях, располагающих десятью тысячами боевых колесниц, убийцами своих правителей обязательно будут семьи, имеющие по одной тысяче колесниц; во владениях, располагающих тысячей колесниц, убийцами своих правителей будут семьи, имеющие по одной сотне колесниц. Не делающих так будет не много, беря тысячу из десяти тысяч и сотню из тысячи. Если действовать так, чтобы ставить справедливость напоследок, а в первую очередь ставить выгоды, то пресыщения не наступит, пока все не будет отнято».³⁹² Как видим, с древних времен известно, что личная выгода правителей поглощает государство как орудие справедливости.

В последнее время в выступлениях высших должностных лиц слышатся резкие высказывания против слияния бизнеса и чиновничьего аппарата. В то же время резкие карьерные успехи детей высокопоставленных чиновников

³⁹² Мэн-цзы // [www.http://religa.narod.ru/men/men01.htm](http://religa.narod.ru/men/men01.htm)

обращают на себя внимание прессы и общественности.³⁹³ Покровительство близким родственникам в осуществлении предпринимательской деятельности со стороны государственных служащих является скорее правилом, а не исключением, оно превратилось в систему и поэтому требует системного противодействия, в котором определенная роль будет отведена и средствам уголовно-правового воздействия.

Между тем чрезвычайно высокая общественная опасность экономической коррупции российским законодателем игнорируется. В частности, согласно действующей редакции ст. 289 УК РФ само по себе участие должностного лица, вопреки запрету, установленному законом, в предпринимательской деятельности уголовно ненаказуемо. Для того, чтобы привлечь должностное лицо к уголовной ответственности по данной статье необходимо, во-первых, установить, что это лицо либо учредило организацию, осуществляющую предпринимательскую деятельность, либо участвует в управлении этой организацией. Во-вторых, необходимо доказать, что такие деяния связаны с предоставлением организации льгот и преимуществ или с покровительством в иной форме.

Соответственно, если должностное лицо, не являясь учредителем организации и не принимая участия в ее управлении, оказывает ей покровительство, предоставляет льготы и преимущества, оно не может быть привлечено к ответственности по данной статье. Иначе говоря, законодательная формулировка рассматриваемой нормы позволяет должностному лицу оказывать всяческую поддержку коммерческим организациям своих супругов и детей, без какого-либо риска быть привлеченным к уголовной ответственности. В итоге, бизнес такого лица успешно развивается, деньги приходят в семью, а должностное лицо, по логике ст. 289 УК РФ, не принимает участия в предпринимательской деятельности. Так, через несколько месяцев после отставки мэра Москвы Ю.М. Лужкова газета «Ведомости» писала: «Благодаря знаменитой супружеской паре Юрий Лужков — Елена Батурина у нас появился шанс оценить реальный вклад административного ресурса в стоимость отечественного бизнеса. В смысле оценить совершенно буквально — в рублях или, точнее говоря, долларах. Достаточно лишь сравнить, в какую сумму оценивался бизнес Елены Батуриной до отставки ее мужа с поста мэра Москвы и после нее».³⁹⁴ При этом приводилась ссылка на журнал «Финанс», который, выпустив вскоре после отставки мэра ежегодный список российских миллиардеров, переместил Елену Батурину с 47-го места сразу на 94-е, отметив потерю ей после отставки уже половины своего богатства: если год назад эксперты журнала оценивали состояние Батуриной в \$2,2 млрд, то теперь ее активы стоят не больше \$1,1 млрд. Кроме того, тот же журнал понизил Батурину еще и в списке «Самые влиятельные деловые женщины России»: с бессменного первого места она разжалована до 41-й позиции.³⁹⁵

³⁹³ См.: Большие детки и золотые клетки // Компромат.ru

³⁹⁴ Сколько стоит мэр // Ведомости. 2011. 1 марта.

³⁹⁵ Там же.

Вызывает недоумение и санкция 289 УК РФ. Самое строгое наказание за незаконное участие в предпринимательской деятельности это лишение свободы на срок до двух лет. Таким образом, предусмотренное ст. 289 УК РФ деяние относится законодателем к категории преступлений небольшой тяжести. Учитывая, что данная категория преступлений предполагает определенные привилегии при привлечении лица к уголовной ответственности, в частности, в силу положений части первой ст. 56 УК РФ наказание в виде лишения свободы может быть назначено осужденному, совершившему впервые преступление небольшой тяжести, только при наличии отягчающих обстоятельств, предусмотренных ст. 63 данного Кодекса, или только если соответствующей статьей его Особенной части лишение свободы предусмотрено как единственный вид наказания. А ст. 289 УК РФ устанавливает значительное количество альтернативных видов наказания, сама возможность назначение наказания в виде лишения свободы является минимальной. Применение же такого наказания как штраф в размере до трехсот тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до двух лет вряд ли может рассматриваться как справедливое наказание за данное преступление. Кроме того, выгода от незаконного участия в предпринимательской деятельности, очевидно, будет превышать лишения, предусмотренные санкцией данной статьи. Таким образом, превентивное значение данной нормы также является ничтожным.

Как следствие, данная статья на практике не применяется. В частности, в 2011 г. зарегистрировано всего 26 случаев совершения преступлений, предусмотренных ст. 289 УК РФ, в 2010 г. — 19, а в 2009 — 29. Таким образом, можно говорить о единичных случаях ее применения.

Подобная ситуация складывается также применительно к легализации доходов, полученных преступным путем. Хотя в действующем УК РФ имеются ст. 174 «Легализация (отмывание) денежных средств или иного имущества, приобретенных другими лицами преступным путем» и ст. 174.1 «Легализация (отмывание) денежных средств или иного имущества, приобретенных лицом в результате совершения им преступления», ситуация в данной сфере остается весьма сложной и запутанной. На протяжении длительного времени продолжается отток капитала из страны. По оценкам специалистов с 1992 г. по настоящее время из России вывезено \$3,17 трлн (около 10 годовых бюджетов страны).³⁹⁶ Однако указанные нормы уголовного закона применяются крайне редко: в 2011 г. выявлено всего 254 случая совершения преступления, предусмотренного статьей 174, и 450 — статьей 174.1.

Применительно к экономической коррупции нас интересует, прежде всего, отмывание преступных доходов должностными лицами. Между тем в России стране в последние два десятилетия государство мало интересовалось источником происхождения доходов должностных лиц. Соответственно, должностное лицо, получившее денежные средства или иное имущество преступным путем, далеко не всегда стремилось придать им правомерный вид.

³⁹⁶ Кулыгина О. Нить Ариадны // <http://www.hrazvedka.ru/guru/nit-ariadny.html>

Правда, 3 декабря 2012 г. был принят Федеральный закон № 230-ФЗ «О контроле за соответствием расходов лиц, замещающих государственные должности, и иных лиц их доходам», согласно положениям ст. 3 которого лицо, замещающее (занимающее) одну из должностей, указанную в данном Законе, обязано представлять сведения о своих расходах, а также о расходах своих супруги (супруга) и несовершеннолетних детей по каждой сделке по приобретению земельного участка, другого объекта недвижимости, транспортного средства, ценных бумаг, акций (долей участия, паев в уставных (складочных) капиталах организаций), если сумма сделки превышает общий доход данного лица и его супруги (супруга) за три последних года, предшествующих совершению сделки, и об источниках получения средств, за счет которых совершена сделка. Данный Закон наделяет Генерального прокурора Российской Федерации или подчиненных ему прокуроров при получении материалов, в установленных Законом случаях обращаются в суд с заявлением об обращении в доход Российской Федерации земельных участков, других объектов недвижимости, транспортных средств, ценных бумаг, акций (долей участия, паев в уставных (складочных) капиталах организаций), в отношении которых лицом, замещающим (занимающим) одну из должностей не представлено сведений, подтверждающих их приобретение на законные доходы. Принятие указанного Федерального закона давно ожидалось и приветствуется гражданским обществом России. Однако нельзя не отметить, что без введения в УК РФ статьи, предусматривающей уголовную ответственность должностного лица за незаконное обогащение (в соответствии со ст. 20 Конвенции ООН против коррупции), такие меры борьбы с коррупцией являются половинчатыми. Это указывает на продолжение противодействия коррупции в рамках исключительно гуманистической стратегии, от реализации которой вряд ли можно ожидать ощутимых позитивных результатов.

Следует также обратить внимание на существование правоприменительных проблемы борьбы с экономической коррупцией. В первую очередь это проблема правильной квалификации совершенного деяния.

До недавнего времени распространенной была практика применение ст. 174.1 УК РФ к лицам, сбывавшим наркотические средства, а затем приобретающим на полученные деньги какой-либо товар. Так приговором суда С. был привлечен к уголовной ответственности по части первой, п. «б» части второй ст. 228.1, части первой ст. 174.1 УК РФ. После сбыта наркотического вещества С. в торговом киоске купил карту оплаты сотового телефона стоимостью 160 руб., при этом расплатился купюрой, полученной в результате совершения преступления.³⁹⁷ Безусловно, что подобная квалификация не имеет под собой никакого основания. Более того, такая практика опасна не только в том смысле, что лицу вменяется совершение преступления, при отсутствии в его действиях признака этого преступления, но потому что создает иллюзию борьбы с легализацией преступных доходов при фактическом отсутствии таковой.

³⁹⁷ См.: Надзорное определение Верховного Суда РФ от 15 марта 2007 г. № 83-Д0620.

Другой пример: бывший министр здравоохранения Омской области Ю. Ерофеев в 2009 и 2010 гг. способствовал приобретению компьютерного и магнитно-резонансного томографов марок *Brilliance CT Big Bore* и *Achieva* для онкодиспансера и областной клинической больницы по ценам значительно превышающим рыночные. Ущерб от действий министра, по оценке следствия, превысил 138 млн руб.³⁹⁸ При этом следствием было установлено, что региональный Минздрав установил заведомо завышенную начальную цену на томограф, который приобретался для нужд областной клинической больницы. Более того, путем ненадлежащего составления технической документации министерство создало исключительные условия для победы в конкурсе конкретного производителя, в результате чего при фактической стоимости магнитно-резонансного томографа в 56 млн руб. Омская область заплатила за него 136,5 млн руб.³⁹⁹ Действия экс-министра были квалифицированы по части первой ст. 293 «Халатность» УК РФ, при этом дело в отношении него было прекращено в связи с истечением сроков давности уголовного преследования. Следует сказать, что при ссылаках на «заведомо завышенную цену», «создание исключительных условий для победы производителя» квалификация таких действий как неисполнение или ненадлежащее исполнение должностным лицом своих обязанностей вследствие недобросовестного или небрежного отношения к службе, представляется крайне сомнительной.

Такие примеры резонансных уголовных дел, заканчивающихся в прямом смысле ничем, безусловно, будут создавать ощущение полного отсутствия борьбы с коррупцией. В связи с этим характерно, что расследование скандального дела Оборонсервиса, по мнению аналитиков, вряд ли приведет к обвинению А. Сердюкова в экономической коррупции,⁴⁰⁰ без чего объявленная война коррупции может считаться проигранной с самого начала.

В результате сращивания экономических интересов субъектов хозяйствования (бизнеса) и бюрократии приводит к элиминированию государства, как аппарата власти и управления. На его месте возникает новый тип власти и управления, связанный с повсеместной коррупцией.⁴⁰¹ Это чрезвычайно тревожный симптом, который означает повышение вероятности нового типа государства — государства — корпорократии.

«Корпорация-государство (далее: КГ), — пишет А. Фурсов, — есть такая форма государственного устройства, цели функционирования которой имеют прежде всего экономический характер, т. е. направлены на снижение издержек, а следовательно, требуют сведения к минимуму политических и социальных издержек по обеспечению “территории прописки” — от сведения к минимуму социальных обязательств, характерных для государства, до избавления от экономически лишнего, нерентабельного с экономической (корпоративно-государственной) точки зрения населения (от отсека от “общественного

³⁹⁸ Митьковская А. Томографы отключили от процесса. У дела экс-министра здравоохранения истек срок давности // Коммерсантъ (Новосибирск). 2012. 5 октября.

³⁹⁹ Ерофеева начинают судить за «золотые томографы» // http://www.med-omsk.ru/_102002_505/

⁴⁰⁰ Делягин М. Коллективный Сердюков неподсуден // Московский Комсомолец. 2012. 28 ноября.

⁴⁰¹ Альпидовская М.Л. Указ. соч. С. 36.

пирога” до фактического исключения из реальной жизни). КГ есть десоциализированное (в “идеале” — вплоть до асоциальности) и денационализированное (приватизированное) рыночно-репрессивное государство, которое при дальнейшей эволюции через несколько десятков лет неизбежно должно будет полностью сбросить государственные характеристики, в результате чего перестанет быть государством и превратится в жестко иерархизированную патримонию на клановой основе. Внутренний принцип организации корпорации-государства — клан. Именно клан, а не физический индивид, как в нации-государстве, есть базовая социальная единица корпорации-государства: индивиды “здесь не ходят”».⁴⁰²

Модель КГ создана интеллектуалами США, она апробирована во многих странах, которые стали жертвами экономических убийц. Экономические убийцы — это высокооплачиваемые профессионалы, которые выманивают у разных государств по всему миру триллионы долларов. Деньги, полученные этими странами от Всемирного банка, Агентства США по международному развитию и других оказывающих «помощь» зарубежных организаций, они перекачивают в сейфы крупнейших корпораций и карманы нескольких богатейших семей, контролирующих мировые природные ресурсы. Они используют такие средства, как мошеннические манипуляции с финансовой отчетностью, подтасовка при выборах, взятки, вымогательство, секс и убийства. Они играют в старую как мир игру, приобретающую угрожающие размеры сейчас, во времена глобализации.⁴⁰³

Иван Михайлович Клейменов,
юридический факультет
НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург
E-mail: trudovik@mail.ru
© И.М. Клейменов, 2012

ПРАВОВОЙ СТАТУС БАНКИРСКОГО ДОМА В СОВРЕМЕННОМ КИТАЕ

1. Истоки и понятие банкирских домов. Банкирские дома в Китае, ранее называемые «меняльными лавками», или по-китайски «Чэнджон», впервые появились в эпоху династии Сун (960–1279). Их главная функция заключалась в удовлетворении спроса на обмен серебряных слитков и медных денег в коммерческих сделках и повседневной жизни. Наиболее стремительное развитие меняльные лавки получили в конце XIX в. после открытия китайских торговых портов, а в начале XX в. появилась тенденция их выхода на равное положение с банками.

⁴⁰² Фурсов А. Мир, который мы покидаем, мир в который мы вступаем и мир между ними // www.nigru.ru/docs/recl/1429

⁴⁰³ Перкинс Д. Исповедь экономического убийцы. М., 2005. С. 5.

По сравнению с традиционными меняльными лавками современные банкирские дома в Китае проводят самые различные операции, включая прием депозитов, выдачу кредитов и обмен валюты. Поскольку государственная финансовая монополия не позволяет частному капиталу вмешиваться в финансовую отрасль, а также имеет место факт совершения преступлений, включая отмывание денег, через банкирские дома, что отрицательно воздействует на их социально-экономическую эффективность, закон активно борется и накладывает различные ограничения на банкирские дома, и именно поэтому их зачастую называют «подпольными (нелегальными) денежными домами» (по-китайски «Ди ша чэн джон»).

В настоящее время в китайской науке еще нет четкого определения понятия «банкирский дом» или «подпольный банкирский дом». Хотя по поводу «подпольных банкирских домов» имеется много теорий, понимание его сути едино: ученые единогласно считают, что это нелегальная финансовая структура, или незаконная экономическая организация,⁴⁰⁴ т. е. в банкирских домах с которыми по китайским законам необходимо бороться, проводят операции с крупным частным капиталом вне рамок официальной финансовой системы на базе личного доверия.

Представляется, что определяя понятие банкирских домов, нельзя ограничиваться современной правовой системой Китая. Здесь необходимо учитывать тот факт, что на операции, проводимые в подпольных банкирских домах, существует спрос, поэтому подход к ним должен быть дифференцирован. С одной стороны, необходимо бороться со спекулятивным переводом, отмыванием денег и другими финансовыми преступлениями, а с другой стороны, нужно лояльно относиться к такой функции банкирского дома как кредитование, спрос на которое государственные финансовые структуры полностью удовлетворить не в состоянии.

2. Актуальность банкирских домов. На протяжении долгого времени в Китае идут споры по поводу легальности и актуальности банкирских домов. Несмотря на целенаправленную борьбу банкирских дома продолжают существовать, и это заставляет нас задуматься об их актуальности для реального сектора экономики. В действительности банкирские дома, будучи продуктом дисбаланса спроса и предложения финансового рынка Китая, способствуют развитию частной экономики и обладают большой актуальностью.

1) *Валютный контроль — причина неудовлетворения спроса на валюту.* С точки зрения предложения в Китае в настоящее время проводится политика валютного контроля: хотя, как правило, юань можно свободно обменять на капитальные счета, по-прежнему действует валютный контроль, т. е. существуют строгие ограничения экспорта и импорта инвестиционного капитала, а также спроса физических лиц, малых и средних предприятий, индивидуальных предпринимателей на валюту. С точки зрения спроса по

⁴⁰⁴ Жуань Сюэмэй. Правовые вопросы «подпольных обменников» // Экономика предприятий. 2008.

китайским законам и нормам в области управления валютой перевод денежных средств за границу, а также пересечение границы с валютой имеет четкое ограничение по сумме.

Однако из-за участвовавших контактов с иностранными государствами в связи с производственными потребностями, обучением за границей, покупкой недвижимости и т. д. резко возрос спрос на перевод больших сумм денег за рубеж. Следовательно, реальный спрос на обмен валюты гораздо выше ограниченного законами, поэтому возникает потребность в подпольных обменниках.

Кроме того, дисбаланс и многоплановость экономического развития привели к смещению спроса на движение капитала и предложения легальных финансовых организаций. Поэтому можно сказать, что у подпольных банкирских домов, изначально возникавших ради прибыли и работающих нелегально, появилось рациональное обоснование к существованию.⁴⁰⁵

2) *Ограничения инвестиционных каналов — причина застоя частного капитала.* Быстрое и продолжительное развитие китайской экономики, с одной стороны, способствовало большому росту доходов населения, а с другой стороны, в экономической области началось хаотичное развитие, усилилось макрорегулирование со стороны правительства, сузились возможности получения выгоды в высокоприбыльных отраслях (например недвижимость), что стало препятствием естественного стремления капитала к максимизации выгоды. Более того, такие факторы, как очень низкие процентные ставки вкладов, непонятная система рынка акций, сложная структура финансовой продукции и большие риски, сильно ограничивают инвестиционное пространство частного капитала. Если высококонкурентная область производства не допускает свободный частный капитал, он, соответственно, не может добиться высокой прибыли, а это в свою очередь приводит к тому, что стремление частного капитала к долгосрочным стабильным инвестициям перерастает в требование высокой краткосрочной прибыли. Это еще одна из причин прочности позиций банкирских домов.

3) *Высокая прибыль привлекает инвестиции производственного капитала в частный кредитный рынок.* Именно высокая прибыль привлекает частный капитал непрерывно двигаться в область частного кредитного рынка. Поэтому кредитная ставка в банкирских домах зачастую устанавливается в соответствии с требованиями маркетизации и, как правило, бывает намного выше банковских ставок, что приводит к тому, что прибыль обычно держится на уровне 120 %. Хорошим примером развития частного капитала служит город Вэньчжоу (провинция Чжэцзян). Процветание краткосрочного кредитования частного капитала и объективная выгода очень быстро привлекли внимание производственного капитала г. Вэньчжоу, многие предприятия которого быстро отказались от реального сектора экономики и начали принимать участие в так называемых играх «деньги рождаются от денег». Ведь частное кредитование, по сути, подобно черной дыре, которая постоянно вытягивает средства из

⁴⁰⁵ <http://www.law628.com/ShowArticle.shtml?ID=200911201924792663.htm>

реальной экономики, большая часть из которых — это средства на развитие предприятий и даже банковские кредиты. Такая выгода и определяет движение капитала. Отсюда еще один фактор востребованности банкирских домов.

4) *Малые и средние предприятия используют однообразный путь для аккумуляции средств.* Малые и средние предприятия могут привлекать многочисленную рабочую силу и, таким образом, облегчать давление безработицы в стране. Они также являются остоном научно-технического развития и потенциальным участником рыночной конкуренции, который способствует трансформации способа экономического развития в Китае и стимулирует развитие народного хозяйства. Однако в связи с системой финансового распределения в Китае ресурсы, необходимые для развития таких предприятий, не имеют необходимого предложения. Тогда как прямое и косвенное аккумуляция средств является главным путем приобретения предприятием средств на развитие, малые и средние предприятия сталкиваются с большими препятствиями в получении средств таким путем.

С одной стороны, на биржевом рынке Китая субъекты, которые осуществляют прямое аккумуляция средств, — это в основном государственные и крупные частные предприятия. С другой стороны, в области косвенного аккумуляция средств только малые и средние предприятия с высокими экономическими показателями и хорошей перспективой развития могут получить в банках и других официальных финансовых структурах средства на самостоятельное развитие. Как правило, большинство таких предприятий имеют обычные показатели, и им сложно аккумуляция средств на кредитном рынке. По причине с указанными ограничениями возникает необходимость в банкирских домах.

3. Малые кредитные компании — путь легализации банкирских домов? Когда в 2005 г. по всему Китаю начали проводить эксперимент по введению малых кредитных компаний, появилась распространенная точка зрения, что это путь легализации подпольных денежных домов. Однако необходимо отметить, что хотя малые кредитные компании и банкирские дома имеют сходные функции расширения каналов частного инвестирования и предоставления кредитов для малых и средних предприятий, это не значит, что они являются, по сути, сходными организациями. Создание малокредитных компаний не является попыткой легализовать банкирские дома, в первую очередь, потому что причина их существования — это не только распределение свободных частных средств. Кроме того, с точки зрения реального развития по сравнению с банкирскими домами на них наложены многочисленные ограничения, они подвержены таким же высоким рискам и их «прибыльное пространство» крайне узкое. Поэтому, хотя в нынешних условиях малые кредитные компании, возможно, актуальны, они в корне отличаются от банкирских домов и не могут заменить их в выполнении ряда функций.

1) *Порог учреждения малокредитных компаний крайне высокий.* Малые кредитные компании в первую очередь существуют как компании, а затем они занимаются финансовыми операциями по выдаче кредитов. Поэтому государство наложило на них различные ограничения в области

корпоративного права и финансового контроля. Главным образом, это касается ценза учредителя и размеров регистрационного капитала. 4 мая 2008 г. Комиссия по регулированию банковской деятельности Китая и Народный банк Китая (Центральный банк Китая) совместно издали «Инструкция к эксперименту малокредитных компаний», во второй части которой — «О создании малокредитных компаний» — указано, что количество акционеров малокредитных компаний должно соответствовать числу, установленному законом. Это не отличается от Закона КНР «О компаниях», в соответствии с которым общество с ограниченной ответственностью должно учреждаться 50 и менее участниками, а акционерную компанию с ограниченной ответственностью должны создавать от 2 до 200 учредителей. Однако далее в Инструкции указано, что уставной капитал малокредитной компании должен быть не менее 5 млн юаней, при этом уставной капитал акционерного общества должен составлять не менее 10 млн юаней. Кроме того, весь уставной капитал должен состоять из денежного капитала из реальных поступлений и быть выплачен сразу и полностью.⁴⁰⁶ Отсюда видно, что по сравнению с корпоративным правом, в законах о малокредитных компаниях установлены строгие ограничения в отношении учредителей и уставного капитала.

Причина наложенных в законодательстве ограничений заключается в стремлении предотвратить риски, которые кроются в особенности малокредитных компаний — выдавать кредиты, но не принимать депозиты. В связи со строгим контролем в финансовой сфере Китая и государственной финансовой монополией, а также в целях регулирования финансовых рисков малые кредитные компании могут лишь осуществлять микрокредитование, а депозиты физических лиц принимать нельзя. Это означает, что для таких компаний перекрывается возможность посредством приема депозитов получать необходимые для выдачи кредитов средства, а для обеспечения стабильной деятельности и восполнения дефицита средств в процессе движения капитала приходится опираться на большой уставной капитал и мощь учредителей и будущих акционеров.

Безусловно, установление стандартов для регулирования рисков имеет свое рациональное зерно, но в сущности строгие ограничения не снижают риски, поскольку каким бы высоким ни был уставной капитал, его эффективность крайне ограничена, и только лишь хороший механизм движения капитала способен повысить его эффективность. Даже если у малокредитной компании с самого начала имеется большой капитал, при дальнейшем недостатке средств может возникнуть кризис, и это станет препятствием развития компании. Поэтому решение проблемы приумножения средств и является ключом к успеху малокредитной компании. В этом также заключается способ снижения рисков. Повышение же порога учредителей и уставного капитала только лишь отдалает решение реальной проблемы.

⁴⁰⁶ Инструкция к эксперименту малокредитных компаний, изданные Комиссией по регулированию банковской деятельности Китая и Народным банком Китая от 4 мая 2008 г.

Как видно, по сравнению с полным отсутствием каких-либо стандартов в отношении банковских домов, строгие условия учреждения малокредитных компаний препятствуют их развитию — в отличие от банковских домов, которые в случае отсутствия необходимых средств выбирают другие пути решения проблем. В действительности тот факт, что в обороте банковских домов вне закона находится крупный частный капитал, говорит о том, что в Китае существует большое пространство для проведения финансовой деятельности, и лишний раз доказывает, что малые кредитные компании не могут заменить банковские дома и привести к их исчезновению.

2) *Кредитная ставка малокредитных компаний не имеет рыночный характер.* В соответствии с китайскими законами кредитная ставка малокредитных компаний не должна превышать процентную ставку банковского кредита в четыре раза на тот же период. Кредитная ставка малокредитных компаний неизбежно выше банковской, что является результатом процесса маркетизации. Как показывает международная практика, коммерчески реализуемая процентная маржа кредита малокредитной компании должна составлять сумму, покрывающую себестоимость и риски.⁴⁰⁷ Поскольку себестоимость управления малыми кредитами выше себестоимости больших кредитов, процентная ставка малых кредитов обычно выше коммерческой кредитной ставки официальных финансовых структур, при этом организациям малых кредитов разрешено покрывать себестоимость и другие затраты в соответствии с себестоимостью кредита.⁴⁰⁸

Ограниченная кредитная ставка малокредитных компаний препятствует маркетизации стандартов процентной ставки. С законодательной точки зрения это происходит по двум причинам: с одной стороны, законодатели обеспокоены тем, что объект кредитования из-за недостатка средств не сможет выплатить кредит, а если процентная ставка слишком высокая, это пойдет вразрез с изначальными целями развития малокредитной компании; с другой стороны, если процентная ставка приобретет рыночный характер, и не будут установлены максимальные пределы, малые кредитные компании могут ввести слишком высокие процентные ставки с целью получения прибыли и реализации продолжительного развития. Представляется, что это чрезмерное беспокойство, в основе которого лежит желание посредством создания идеального законодательства охватить все возможные рыночные риски, является проявлением отсутствия уверенности в отношении национальной экономики и рынка.

В то время как у кредитной ставки малокредитных компаний национальными законами установлен верхний предел, кредитная ставка у банковских домов колеблется в зависимости от рынка и верхнего предела у нее не существует. Как показывают практические данные, кредитная ставка банковских домов гораздо выше, чем у малокредитных компаний. Несомненно,

⁴⁰⁷ Ван Е. Анализ успешных случаев коммерциализации микрокредитования в Китае и за рубежом. Дипломная работа / Университет внешней экономики и торговли. 2007.

⁴⁰⁸ Инструкция к эксперименту малокредитных компаний, изданная Комиссией по регулированию банковской деятельности Китая и Народным банком Китая от 4 мая 2008 г.

в случае одинакового кредитного риска и разной выгоды рациональный человек в условиях рыночной экономики выберет наиболее выгодный для себя способ кредитования. Поэтому совершенно разное прибыльное пространство малокредитных компаний и банкирских домов определило то, что первое не может заменить второе.

3) *Источники средств малокредитных компаний крайне ограничены.* В соответствии с Инструкцией у малокредитной компании есть два источника средств: уставной капитал и дополнительно внесенный капитал; средства, полученные из банковско-финансовых структур и не превышающие 50 % чистого капитала. Поскольку данный вид компаний не относится к финансовым структурам, в целях предотвращения рисков ограничение депозитных операций является рациональным. Однако кредитование без депозитов приводит к ограничению средств компании и в дальнейшем препятствует кредитованию, приводит к снижению эффективности деятельности компании и, таким образом, отрицательно сказывается на стабильном развитии.

На практике после учреждения малокредитных компаний можно принимать новых акционеров и повышать уставной капитал за счет дополнительных взносов, но это может лишь временно разрешить вопрос недостатка средств. Проблемы же продолжительного аккумулирования средств, роста масштабов кредитования и прибыли остаются нерешенными. По мнению китайских ученых, если опираться только лишь на ограниченные средства учредителей, такие компании навсегда так и останутся на уровне эксперимента.⁴⁰⁹ Хотя помимо своих средств, потребительская финансовая компания может брать кредиты в двух местных банках, как показала повсеместная практика проблему аккумулирования средств это и не решает.

Следовательно, в соответствии с современными китайскими законами источники средств малокредитных компаний крайне ограничены, что препятствует их развитию. Тем временем банкирские банки имеют возможность получать необходимые для развития кредитования средства посредством привлечения депозитов физических лиц, тем самым обеспечивая себе продолжительное развитие. Это свидетельствует о том, что малые кредитные компании не могут выступить в качестве полноценной замены банкирские дома.

4. Вывод. Хотя в настоящее время в Китае у банкирских домов имеются такие серьезные проблемы, как увеличение бремени аккумулирования средств малыми и средними предприятиями по причине высоких кредитных ставок, большие риски для вкладчиков и т. д., их существование актуально в условиях большого рыночного спроса, и государство не в состоянии на это повлиять. Появление нелегальных банкирских домов в действительности является результатом дисбаланса рыночных механизмов. В переходный период экономического развития в Китае стремление накопить личный капитал стимулировало их развитие, и государству пришлось дорого заплатить за

⁴⁰⁹ Го Цзяньпин. Размышления о системе крестьянского микрокредитования с точки зрения банка для бедняков Юнуса // Коммерческие исследования. 2007. № 9.

нарушение правил развития рынка. Исторический опыт показывает, что на начальных этапах развития рыночной экономики такое явление неизбежно, а естественные правила рынка или правильные коммерческие обычаи будут формироваться постепенно.

Необходимо отметить, что в финансовом строе Китая банк иногда выступает в качестве средства обмена властью и не полностью работает в соответствии с правилами товарной экономики, из-за чего не может удовлетворить спрос на аккумуляцию средств. Поэтому, ограничивая подпольные банкирские дома, нужно снимать ограничения с коммерческих банков, предоставлять им самостоятельный статус, чтобы они стали отдельным объектом рыночной экономики. Но поскольку китайские коммерческие банки являются предшественниками государственных банков, говорит об их быстрой трансформации еще очень рано.

Что касается микрокредитных компаний, действующих в рамках китайских законов, из-за большой разницы с банкирскими домами они не смогут выступить в качестве их легальной замены, поэтому банкирские дома, скорее всего, еще долгое время будут пребывать в подпольном (нелегальном) положении и продолжать играть свою роль на финансовом рынке. Учитывая долгосрочную перспективу развития китайской национальной экономики, рациональным методом было бы легализовать банкирские дома, или как минимум, прекратить борьбу с ними и разрешить параллельное существование коммерческих банков, микрокредитных компаний и банкирских домов, чтобы последние продолжали занимать свою нишу в рыночной экономике с китайской спецификой.

Ван Джихуа,
институт сравнительного
правоведения, Китайский
университет политологии и
права (Пекин)
E-mail: imwang333@sina.com
© Ван Джихуа, 2012

РЫНОК И ГОСУДАРСТВЕННОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ФИНАНСОВОЙ И БАНКОВСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Понимание характера правового регулирования и, тем более, выяснение его сущности следует, прежде всего, начинать с изучения сущности тех экономических отношений, которые регулируются правом. Так, выяснение особенностей правоотношений в банковской сфере невозможно понять без выяснения их экономической природы. Эти отношения производны от финансовых отношений в целом и подчиняются им. Ранее мы традиционно исходили из того, что у государства есть естественная потребность в деньгах. Ему нужно содержать чиновников, армию; реализовывать проекты в

экономической и социальной сферах. Для решения этих задач оно мобилизует (берет) у общества, т. е. граждан, необходимые средства, формирует из них фонды — финансовые фонды государства (финансы), затем распределяя их. В ходе этих мероприятий возникают специфические отношения по формированию, распределению и использованию фондов денежных средств государства, необходимых для обеспечения его нужд, т. е. финансовые отношения.⁴¹⁰

Такие представления стали столь привычными, что мало кто задумывается о возможности другой финансовой организации. Описанная здесь модель применима к любой стране, любому историческому периоду. Везде, где есть государство, возникает необходимость формировать его финансовые фонды. Вместе с тем именно этот стандартный подход является сегодня главным препятствием в понимании сущности финансов. Экономические отношения находятся в постоянном развитии. Их изменения могут быть весьма существенными, особенно в период глубоких экономических преобразований. Тогда использование старых подходов может причинить обществу серьезный вред. Как, например, в России, где использовать сегодня старые подходы, означает свести на нет плоды десятилетних реформ.

Сущность финансовых отношений производна от сущности экономических отношений и зависит от структуры существующих отношений собственности. Если обратиться к анализу их в прошлом, особенно к советскому периоду, можно обнаружить, что это прежде всего коллективистские отношения. Их основой выступала единая общенародная собственность, что не могло не сказаться на содержании всех правовых отношений, в том числе и финансовых, банковских. Их отличало, прежде всего, единство интереса государства и его граждан. Возможно, оно во многом было формальным, и сейчас мы знаем о множестве противоречий, существовавших в тот период. Тем не менее очевидно, что эта система покоилась на единстве экономического интереса всех субъектов.

С развитием рыночной экономики, экономические отношения претерпевают изменения, в основе которых — изменение отношений собственности. Новое общество характеризуется плюрализмом собственников, существующих отдельно от государства. Часто личные интересы в экономической деятельности не только не совпадают с интересами государства, но и откровенно ему противоречат. Соответственно, отличительной чертой

⁴¹⁰ Формулировки могли быть и другими, например: «Финансы — это не все денежные отношения в обществе, а только их часть, а именно те, которые связаны “с формированием и использованием централизованных и децентрализованных фондов денежных средств в целях выполнения функций и задач государства и обеспечения условий расширенного воспроизводства”» (Финансовое право / под ред. М.В. Карасёвой. М., 2004. С. 18. — В цитате ссылка на книгу: Финансы. Денежное обращение. Кредит / под ред. Л.А. Дробозинской. М., 1997. С. 63); или: «Это экономические денежные отношения по формированию, распределению и использованию денежных средств государства, его территориальных подразделений, а также предприятий, организаций и учреждений, необходимых для обеспечения расширенного воспроизводства и социальных нужд в процессе осуществления которых происходит распределение и перераспределение общественного продукта и контроль за удовлетворением потребностей общества» (Финансовое право / отв. ред. Н.И. Химичева. М., 2004. С. 2), но суть при этом оставалась прежней: финансы служат прежде всего интересам государства.

современности выступает индивидуализм, что в экономических отношениях ведет к приоритету частного экономического интереса над государственным. В финансовой, банковской сфере также устанавливается примат частного интереса. Если раньше отношения здесь инициировались государством, то сегодня единственным их источником стал, прежде всего, сам предприниматель. Учитывая это, финансовые отношения можно определить как экономические отношения, возникающие в процессе мобилизации и использования гражданами фондов денежных средств, необходимых для решения совместных задач.

Основные черты такого подхода заключаются в следующем:

- в финансовой области необходимо преимущество частного интереса;
- финансы должны служить прежде всего гражданам;
- минимум финансовых потребностей государства определяется гражданами, а не им самим;
- финансы должны подчиняться общим принципам всех денежных отношений, прежде всего принципу рационального их использования;
- финансовые фонды формируются и принадлежат обществу, гражданам, поэтому общество должно контролировать их использование государственными чиновниками;
- регулировать финансовые отношения должно не государство, а общество за счет создания негосударственных, прежде всего частных, финансовых организаций.

Описанные здесь экономические процессы непосредственно влияют на право, поскольку законодатель реализует адекватную экономической правовую модель. Так, советское право последовательно защищало государственный интерес, а советское финансовое право имело ряд характерных черт:

- а) это была самостоятельная отрасль права с собственными принципами и структурой;
- б) отрасль имела ярко выраженный публичный характер;
- в) наука финансового права доказывала самостоятельность финансового правоотношения и даже нормы.

При этом общая теория утверждала, что отрасль права может быть самостоятельной только при наличии собственного предмета (общественные отношения) и собственного метода (юридические приемы, способы воздействия) правового регулирования.⁴¹¹ С развитием частных банковских и страховых институтов, частных инвестиций и рынка ценных бумаг в сферу традиционно публичного регулирования начали активно проникать частные отношения, что привело к полному отсутствию единого предмета этой отрасли. Так, развитие экономики объективно поменяло финансовое право, и основные взгляды на его природу в настоящее время можно разделить на три группы:

⁴¹¹ Иоффе О.С. Развитие цивилистической мысли в СССР. Ч. 1. Л., 1975. С. 84; Шаргородский М.Д., Иоффе О.С. О системе советского права // Советское государство и право. 1957. № 6.

1) часть авторов продолжают считать его самостоятельной отраслью права;⁴¹²

2) другие ученые утверждают, что предмет этой отрасли и ее метод приобрели особый комплексный характер; при этом ими не отрицается самостоятельность финансового права;⁴¹³

3) наконец, третья позиция, которой придерживаюсь я, состоит в том, что финансового права как самостоятельной отрасли права не существует.⁴¹⁴

Эта точка зрения исходит из необходимости классических критериев выделения самостоятельной отрасли: не обладая ими, финансовое право не может быть самостоятельной отраслью права. При этом отказ от самостоятельности финансового права не ведет к ослаблению или снижению качества правового регулирования. Вслед за теорией гражданского права здесь следует различать понятия «отрасль права» и «отрасль законодательства».⁴¹⁵ Нормы, регулирующие финансовую деятельность, учитывая их разную отраслевую принадлежность, представляют собой финансовое законодательство.

Каждая из этих доктрин имеет непосредственное влияние на практику. Отказ от идеи самостоятельности финансового права приводит к выводу о том, что не существует и самостоятельного финансового правоотношения и, тем более, финансово-правовой нормы. Финансовые правовые отношения — это совокупность разных — частных и публичных — отношений, возникающих в процессе правового регулирования финансовой деятельности. Для того чтобы убедиться в этом, можно рассмотреть стандартное, типичное для банковской сферы правоотношение — государственный заем. С прежней точки зрения — это единое, цельное (финансовое) правоотношение. На самом деле государственное заимствование включает три различные стадии: (1) решение законодательного органа о необходимости такого заимствования, (2) действия правительства, во исполнение такого решения — организация эмиссии государственных ценных бумаг и (3) продажа соответствующих бумаг на фондовом рынке через центральный банк. Все эти отношения с юридической точки зрения имеют разную природу. На первой и второй стадии — это публичные, императивные, а затем, на третьей стадии, возникают классические гражданские отношения. Если первые и вторые складываются на основе власти и подчинения, не ориентируясь на частный интерес, то третьи — имеют ярко выраженный диспозитивный характер и предполагают равенство, добровольность, частный интерес в своем основании. Рассматриваемые отношения, принципиально противоположны по своей юридической сути. Их

⁴¹² См., напр.: *Карасева М.В.* Финансовое право. М., 1999; Финансовое право / отв. ред. О.Н. Горбунова. М., 2006; Финансовое право / под ред. Е.Ю. Грачевой. М., 2009; Финансовое право / отв. ред. Н.И. Химичева. М., 2008.

⁴¹³ *Коровяковский Д.Г., Пономоренко В.Е.* Финансовое право / под ред. А.Ю. Ларина. М., 2008.

⁴¹⁴ *Нефёдов Д.В.* 1) Сравнительный анализ предмета финансового права // Сравнительно-правовой подход при анализе источников права. Труды Лаборатории сравнительно-правовых исследований / под ред. Т.А. Алексеевой, М.В. Антонова. СПб., 2010; 2) Система современного финансового права // Правоведение. 2011. № 4. С. 128; 3) Трансформация системы финансового права // Российский ежегодник предпринимательского (коммерческого) права. № 4. СПб., 2011.

⁴¹⁵ *Красавчиков О.А.* Система права и система законодательства // Правоведение. 1975. № 2.

не только нельзя помещать в одну группу, но и тем более ошибочно давать им общий термин — «финансово-правовое отношение».

По моему мнению, государственный заем, таким образом, не может быть единым правовым отношением, а представляет собой комплексное экономическое отношение. Его опосредуют (формализуют) в два вида различных правовых отношений: публичные, связанные с принятием государством решения о заимствовании, и гражданско-правовое — продажа государственных ценных бумаг на фондовом рынке. Как видно из этого примера, единого финансового правоотношения не существует.

Очень важным является вопрос о том, а для чего необходим этот анализ, почему так важно признать ошибочность представлений о едином финансовом правоотношении? Качественное, эффективное регулирование общественных отношений предполагает выбор адекватного юридического метода воздействия. Так, для публичных отношений оптимальным является императивный метод, а для гражданских — метод равенства сторон. Причем использование методов, не свойственных природе отношений заранее обречено на неудачу. Например, неэффективным будет использование договора в административной среде, как и, например, насильное заключение гражданского договора. Проблема прежнего подхода к финансовому правоотношению заключается в том, что оно было лишено правовой сути, что вело к невозможности выбора для него адекватного правового метода. Прежнее финансовое право предполагало, что оно обладает собственным финансово-правовым методом, но как мы видим, здесь должны использоваться разные методы. Недооценка этого правила приводила к тому, что финансовая сфера постоянно дистанцировалась от общих правовых правил, становясь сферой произвола и бесхозяйственности.

В рыночных условиях систематизация финансовых отношений может производиться по различным основаниям, но, в общем, их можно разделить на две основные группы: финансовые публичные и финансовые частные отношения. В первую группу входят отношения императивные, опосредующие участие государства в такой деятельности — это бюджетные, налоговые отношения, отношения в области государственного страхования и государственного кредита, а также отношения по публичному регулированию финансовой деятельности. В группу частных финансовых отношений входят кредитные, расчетные, страховые, инвестиционные, фондовые диспозитивные отношения. Практическое значение этого вывода заключается в том, что поскольку не существует отрасли финансового права, нет и ее собственных отраслевых принципов, и правовое регулирование в этой сфере должно подчиняться правилам основных отраслей, не должно им противоречить.

Неприменимость термина «отрасль финансового права» не исключает науки финансового права, которая ныне приобретает все большую актуальность. Традиционно, она также оправдывала, прежде всего, интерес государства. При этом предполагалось, что интерес отдельной личности не должен ему противоречить. Эта идеальная картина в настоящее время претерпела существенные изменения, что должно найти адекватное отражение в науке финансового права. Точка зрения, которую я поддерживаю, утверждает

приоритет личности. В этой системе ценностей, финансовая наука прежде всего должна служить гражданам, занимаясь разработкой эффективных частных моделей консолидации ими финансовых средств на общественные нужды.

Высказанная здесь позиция на первый взгляд может показаться необычной, поскольку (1) не соответствует исторической традиции, сложившейся в финансовой науке, прежде всего в России, и (2) не учитывает современную практику большинства экономически развитых странах, где мы наблюдаем усиливающееся влияние государства, особенно в условиях экономического кризиса. Оба эти аргумента несостоятельны. Во-первых, если в конце XIX в. в полуфеодальной России или затем в советской России этот подход был объясним, то сегодня он явно устарел. Во-вторых, современная экономическая теория находится под очевидным влиянием неокейнсианских взглядов, отстаивающих безусловную необходимость государственного регулирования экономики.⁴¹⁶ Вместе с тем это не единственное направление экономической науки. Зародившись раньше кейнсианства, ему активно противостоит так называемая австрийская экономическая школа, идеи которой позже активно развивались в Америке в рамках чикагской школы. Эта доктрина отстаивает прежде всего экономический интерес личности, а все основные экономические понятия, такие, как полезность товара, стоимость, прибыль имеют субъективный характер (субъективное экономическое направление) и могут оцениваться лишь с позиции конкретного человека. Суть взглядов субъективистов в последовательном развитии принципа *Laissez-faire*, т. е. полного невмешательства государства в экономическую сферу. Представители этого течения рассматривают экономику как важнейшее проявление человеческой деятельности и оценивают ее институты через призму индивидуальной предпринимательской активности (Людвиг фон Мизес),⁴¹⁷ анализируют важнейшие понятия стоимости и цены с точки зрения их субъективного понимания отдельным индивидуумом (Карл Менгер),⁴¹⁸ доказывают возможность частных денег (Фридрих фон Хайек),⁴¹⁹ настаивают на возможности существования современной банковской системы без центрального банка (Джордж Сельджин и Хесус Уэрта де Сото)⁴²⁰ и так далее. Таким образом, субъективный подход в экономической и правовой теории, развитие частных институтов в финансовом праве, не только не противоречат исторической традиции и современной науке о финансах, а наоборот, представляют реальную перспективу для исследований в этой области.

Объективная оценка свойств современных финансовых отношений предполагает дальнейший их анализ в банковской сфере. Банковская система является важной составной частью хозяйственного механизма и принципы, лежащие в основе всей экономической системы, обуславливают и ее черты. Основным направлением развития экономики России сегодня является

⁴¹⁶ Кейнс Дж.М. Общая теория занятости, процента и денег. М., 2012.

⁴¹⁷ Мизес Л., фон. Человеческая деятельность. Трактат по экономической теории. Челябинск, 2005.

⁴¹⁸ Менгер К. Избр. работы. М., 2005.

⁴¹⁹ Хайек Ф., фон. 1) Индивидуализм и экономический порядок. М., 2000; 2) Частные деньги. М., 1996.

⁴²⁰ Selgin G. The Theory of Free Banking: Money Supply under Competitive Note Issue. Totowa (N.J.), 1988; Уэрта де Сото Х. Деньги, банковский кредит и экономические циклы. М., 2008.

движение от плана к рынку, что требует разработки и внедрения коммерческих начал не только на уровне взаимоотношений отдельных предпринимателей, но и смены принципов управления. Здесь необходим отход от административного влияния на банки и учет их частного интереса. В юридическом смысле это означает максимальное развитие гражданско-правовых методов и сокращение административного воздействия со стороны Центрального банка РФ. Здесь следует быть последовательным, поскольку до сих пор не исчерпаны все возможности рынка, скорее наоборот, они реализуются крайне мало. Печальным итогом затянувшейся реформы банковской системы стало то, что сегодня она, являясь формально двухуровневой, на самом деле остается централизованной. Эти оценки требуют последовательной модернизации, направленной на обеспечение свободного доступа на рынок банковских услуг и сокращения здесь влияния государства.

Существенной модернизации требует сам Центральный банк РФ. Одно из серьезных заблуждений заключается в том, что его часто рассматривают отдельно от коммерческих банков, над ними. Эти взгляды основаны на представлениях о госбанке как специфическом финансовом органе государства. Сегодня ими пользоваться нельзя. В рыночной экономике центральный банк должен находиться внутри банковской системы, являться ее полноправным участником. Реализацию этой задачи следует рассматривать в качестве реальной, а не абстрактной цели. Центральный банк не должен заставлять коммерческие банки совершать те или иные действия, а наоборот, призван создать такие условия, при которых сотрудничество с ним было бы экономически интересным.

Все мероприятия по совершенствованию банковской системы, таким образом, я бы разделил на две основные группы. Это, во-первых, создание эффективной резервной системы, не обременительной, а выгодной банкам, во-вторых, предоставление банкам возможности самостоятельно выбирать формы и методы взаимодействия с центральным банком. Одной из конкретных задач здесь могло бы стать лишение Банка России его административных функций и развитие диспозитивных отношений с банками. Эти мероприятия позволят без лишнего принуждения осуществлять необходимую политику в финансовой сфере, а функционирование указанных институтов даст государству возможность воздействовать на соотношение организационных и имущественных отношений, не прибегая к неэффективному в условиях рынка административному давлению.

Дмитрий Викторович Нефёдов,
юридический факультет
НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург
E-mail: 007dnef@gmail.com
© Д.В. Нефёдов, 2012

Тема 4. СОВРЕМЕННЫЕ ПРОБЛЕМЫ ФИНАНСОВОГО ПРАВА

主题4。现代金融法律问题

作者：王涌 Wang Yong

中国 北京

中国政法大学 民商经济法学院 教授

商法研究所所长

Email: yongw@cupl.edu.cn

中国移植信托法的主要理论问题

一、 中国以及其他民法法系国家引入信托法的背景

英美法系和民法法系沿各自不同的历史路径演变至今，其基础概念与规则迥然相异。作为纯粹的英国衡平法的产物，信托法移植至民法法系，自然面临诸多的理论问题。

欧洲大陆的许多民法法系国家一直拒绝引入信托法。其中，法国不接受信托

⁴²¹，在法理上，主要有两个原因：第一、《法国民法典》遵循绝对所有权的概念，其第544条将所有权定义为“对于物有绝对无限制地使用、收益及处分的权利”。而在信托法中，受托人与受益人对于信托财产的分割所有权（split ownership）显然与此相悖。第二、信托财产独立性是信托法的基本原则，但是，《法国民法典》第2092条规定：“负担债务的人，负以现在所有或将来取得的一切动产或不动产履行其清偿的责任”。它排除了基于特定目的的财产独立性的效力。⁴²²

荷兰不接受信托法，也存在相似的原因。第一、《荷兰民法典》坚持所有权的绝对性和不可分割原则，其第5编《物权》第1章《所有权总则》第1条规定：“所有权是人对于物所能享有的最广泛的权利”⁴²³。信托法中的分割所有权违背上述原则；第二、荷兰民法坚持物权法定主义(the numerus clausus of real rights)，任何物权的创设需遵循严格的形式要件。信托法中受益人的权利具有物权性（rights in rem），但其种类和内容完全依据当事人意思自治，违背物权法定主义原则。⁴²⁴这也是欧洲其他主要国家包括德国、瑞士的学者的普遍观点。

⁴²¹ 法国于2007年2月19日颁布《关于建立信托制度的法律》，信托写入《法国民法典》，即《法国民法典》第三卷第十四编《信托》，信托成为《法国民法典》中的一种新型的有名合同。但是，它根源于罗马法信托（fiducia），而非英美法信托（trust）。

⁴²² Ph. Remy. ‘National Report for France’ // D.J.Hayton. Principles of European Trust Law. Kluwer Law International, 1999. P. 131.

⁴²³ 《荷兰民法典》，王卫国主译，中国政法大学出版社2006年，第106页

⁴²⁴ S.C.J.J. Kortmann and H.L.E. Verhagen. ‘National Report for the Netherlands’, in Heyton, 同前注，P. 195.

但是，一个国家是否引入信托法，除了法理上的因素，还有政治和政策上的因素。目前，民法法系传统的其他国家或地区之所以引入信托法，主要是基于政治和政策的因素。

⁴²⁵有的国家和地区是在英美法系国家主权的直接影响下，而接受信托法，如加拿大的魁北克州、美国的路易斯安那州等；有的国家是出于创设一种有效的金融工具，提高金融系统的效率的目的，而引进信托法，如哥伦比亚、厄瓜多尔、日本、秘鲁、俄罗斯等；

⁴²⁶有的国家是由于种族因素的影响，而引进信托法，如南非；有的国家是为吸引外资，而引进信托法，如列支旦士敦，它被称为“欧洲的特拉华”。⁴²⁷

我国在2001年颁布并实施《信托法》，其目的与日本相似，在于引入并完善一种金融工具

⁴²⁸，其最急迫的目的在于为整顿混乱的信托业提供全面系统的法律基础。立法者的本意重点在于规范和发展商事信托，但是，由于“信托公司的经营活动和其他信托活动中出现的不少问题也与缺乏信托关系的基本规范有关，因此，先行制定调整信托基本关系的法律是必要的”⁴²⁹，所以，信托作为一项基本的私法制度被“捆绑式”地引入中国，对中国的民法制度产生重要影响，所引发的问题仍在观察与反思之中。

应当说，民法法系引入信托法，既是信托法也是民法发展历史上的一项重要事件。

从信托法角度看，信托法移植至民法法系中，其本身经历重要的转型。“失去衡平法的信托法”不再是英美法系中“原汁原味”的信托法，虽然保持着衡平法的信托法的内核，但其边缘部分却发生了重要变化。一方面，民法法系国家不可能移植衡平法的信托法的全部外在配套制度，在移植中就已脱去其部分羽毛；另一方面，所移植的信托法构成民法体系中一个有机的部分，在法律适用的基本规则的影响下，如上位法与下位法规则、普通法与特别法规则，民法体系的上位法规则和普通法规则必然渗透并改造信托法。以中国为例，信托行为是民事法律行为，所以，《民法通则》关于民事法律行为的一般规定适用于信托行为；信托合同是合同，所以，《合同法》关于合同的一般规定适用于信托合同，《合同法》中合同无效制度也完全适用于信托无效，截然不同于英美法

⁴²⁵ 在民法法系中，最早引入信托法的是拉丁美洲国家。1921年，一项对拉丁美洲银行系统的研究报告（Kemmerer 报告）表明，拉丁美洲银行系统之所以缺乏效率，原因之一在于缺乏信托制度。在美国的支持下，拉丁美洲国家开始了立法改革。

⁴²⁶ Maurizio Lupoi. *Trusts: A Comparative Study*. Cambridge University Press, 2000. P. 270.

⁴²⁷ Jaro Mayda. “Trusts” and “Living Law” In Europe, 103, *University of Pennsylvania Law Review*, June 1955. P. 1052.

⁴²⁸ 《信托法》颁布前，我国信托机构的活动长期缺乏权威的基本准则，令信托业的发展陷入歧途。在1982年-1999年，我国政府对信托业进行了五次整顿。

⁴²⁹ 张绪武：《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国信托法（草案）〉审议结果的报告》（2001年4月）

系以回复信托为核心的信托无效制度。民法法系中的信托法成为一种“混血儿式”的信托制度⁴³⁰。

日本、韩国、台湾地区和中國大陸信托法均具有这样的特色。

从民法的角度看，信托法中“双重所有权”和物权性质的信托受益权可能对民法体系中所有权绝对性、物权法定主义、物权公示等基本原则产生冲击。作为民法法系的新成员，信托法是否是“木马病毒”，最终破坏整个民法体系的统一性和完整性？这是民法面临的关键问题。但是，不可否认，信托法的引入对民法学者是一个良好的机遇，可以对传统民法的基本理论进行再思考和再认识。

由于信托法在民法法系中的问题主要表现在物权法领域，本文以“信托法与物权法的关系”为题，重点阐述：

民法法系所有权概念是否排斥信托法？信托法是否颠覆民法法系物权法定主义？以及信托公示问题，对信托法在民法法系中所引发的问题作初步分析和总结。

二、民法法系所有权概念与信托财产所有权

如前所述，欧洲大陆民法法系国家拒绝引入信托法，一个重要原因就是：在信托中，存在双重所有权——

受托人所有权和受益人所有权，它与民法法系所有权概念格格不入。

⁴³¹那么，所谓信托受益人所有权是什么？所谓双重所有权真的存在吗？所有权概念的本质与功能是什么？民法法系所有权概念如何排斥信托法？这都需要深入考证与分析。

（一）信托中所谓受益人所有权的真相

在信托法中，关于受益人的权利在英语中有多种表述：beneficiary's interest, equitable title, equitable ownership, beneficial ownership, 其中equitable ownership和beneficial ownership是最极端的表述。我们首先需要在语义上检讨其真正的含义。霍菲尔德早就警告过：用于讨论信托法的语言是具有误导性的，⁴³²梅特兰也这样认为⁴³³。关于信托法的一些基本术语，如所有权（ownership）等几乎承载着意想不到的含义（unexpected meanings），远远偏离其严格的定义。

⁴³⁰ 有学者将全世界的信托法模式分为三种：传统的英国模式（the traditional English Model）、国际信托模式（the international trust model）、民法法系或混合法系的信托法模式（Trusts in civil-law or mixed legal systems），见Maurizio Lupoi, The Civil Law Trusts, Vanderbilt Journal of Transnational Law, 32, October 1999. P. 969.

⁴³¹ 另见Tony Honnor. On Fitting trusts into civil law jurisprudences (working paper).

⁴³² Wesley N. Hohfeld, 'The Relations Between Equity and Law', 9 Michigan L. Rev.537(1913); and 'The Conflict of Law and Equity', 26 Yale LJ 767(1917).

⁴³³ Frederic William Maitland, Equity: A Course of Lectures, Chaytor and Whittaker, eds., rev. Brunyate, 2nd rev. ed. Cambridge, 1936.

其实，受益人的权利作为一种所有权，即所谓衡平法所有权，它的出现是一个渐进的过程。在衡平法的历史中，受益人的权利最初只是一种要求受托人履行信托义务，赔偿因其错误而造成的损失的权利，这显然是对人权。之后，发展成一种针对任何第三人（除了善意购买者）的权利。第一步出现在15世纪，早在1466年的一个判例表明：第三人从受托人处购买土地，如明知该土地是USE⁴³⁴下的财产，第三人则受USE约束，受益人可以请求第三人返还该土地。这是受益人（cestui que）权利的对世性的最初萌芽⁴³⁵。

受益人所有权的概念在十九世纪变得日益突出和重要。在1841年Saunders v

Vautier判例中，委托人设立一信托，要求受托人在受益人25岁时，将信托财产和全部收益交付受益人。当受益人21岁时，受益人要求受托人交付信托财产和全部收益，法院支持了受益人的请求。学者们认为，该案标志：受益人的权利从单纯请求受托人履行信托的对人权，转变为处分信托财产的权力，这就是受益人所有权的重要表现。

此外，税法也使受益人所有权的概念的获得发展。1894年英国金融法案（Finance Act）推出房地产（遗产）税（estate duty），1975年该税为资本转让税（capital transfer tax）代替，1984年资本转让税被取消，房地产税在遗产税的名下复活，它们直接影响到信托受益人的利益。基于纳税的目的，受益人被视为信托财产的真正所有权人（owner），虽然受托人是信托财产法律上的所有权人。所以，受托人死亡，对信托财产不征税，而受益人死亡则征税，因为所有权发生移转。由于不动产税对家庭财产的重大影响，税法中的受益人所有权的概念对信托法理论影响日甚。

从受益人所有权概念演变的历史可见，信托受益人的权利虽具有一定的物权效力，但是，离所有权还是相去甚远。英美法系学者也意识到：所谓受益人所有权概念是不成立的，它更多的是税法等领域的一种比喻性的用法。在20世纪，慈善信托（charitable trust）、目的信托（purpose trust）、自由裁量信托（discretionary trust）大量出现，在这些类型的信托中，受益人不确定或受益人权利弱化。所以，在过去的四十年中，受益人所有权的概念开始衰弱，那些虚妄所谓受益人所有权的概念在英美法系受到清理⁴³⁶。

在当代英美法系信托法经典著作关于信托的定义以及其他论述中，受益人所有权概念并未被普遍接受。然而，时至今日，欧洲大陆民法法系学者仍然

⁴³⁴ Use是信托的早期形式。

⁴³⁵ Tony Honore. The South African Law of Trusts, Juta & Company, Limited, 1976. P. 15–16, “Development of Beneficiary’s Interest”.

⁴³⁶ 本节关于信托受益人所有权概念的演变史的论述，主要参考：Thomas Glyn Watkin. The Changing idea of beneficial ownership under the English trust // Contemporary Perspectives on Property, Equity and Trusts Law, edited Martin Dixon and Gerwyn LL H Griffiths. Oxford University Press. P. 139–161; Geraint Thomas and Alastair Hudson. The Law of Trusts. Oxford University Press, 2004. P. 173–199, “The Nature of A Beneficiary’s Interest”; Graham Moffat. Trusts Law. Fourth Edition. Cambridge University Press. P. 235–242.

强调所谓信托财产的双重所有权，以致引起英美法法学者的反感，甚至怀疑民法法系学者的研究目的仅在于将信托“异域风情化”（exoticise）。⁴³⁷

（二）财产碎片化理论与所有权概念的本质

如何理解所有权的概念？这需从价值与逻辑两个层面展开。

如果将所有权的性质界定为绝对性，这只是在价值层面上可以成立的主张。法国大革命后，《法国民法典》所宣扬的**的所有权绝对性**原则纯粹是一种价值表述，而不是法律的客观逻辑。在逻辑层面上，财产权的本质是“权利或法律关系的集束”，**可以分解至**权利或法律关系的元形式。这是以霍菲尔德为代表的现代分析法学在财产法领域所引发的理论革命，

⁴³⁸此即财产权碎片化（fragmentation of property rights）理论⁴³⁹。在它的视野中，所谓所有权绝对性是可以突破的教条。作为财产权的一种形式，所有权的权能可以分解和分离，或者说，所有者并不一定享有物的全部权利，物的某些权利可能通过法律的特别规定或合同的特别约定而属于他人。

传统民法的所有权权能理论以占有、使用、收益、处分等权能列举的方法界定所有权概念，未能揭示所有权概念的本质。在现代社会，所有权的本质不在其绝对性和完整性（unitary

ownership）。所有权概念已“沦落”为一个符号，在符号学意义上，它仅指向关于所有权人的权利的推理规则，即关于物的剩余权的确定规则。

⁴⁴⁰该规则可以表述为：除法律特别规定或合同特别约定物的某特定权利属于他人外，该物的其他权利即剩余权属于物的所有者。⁴⁴¹

从剩余权理论看，传统民法的绝对所有权概念难以成立。绝对所有权作为一种财产权结构，其存在并不能排斥其他的财产权结构的存在。绝对所有权的财产权结构可以存在，限制所有权的财产权结构也可以存在；所有权式的财产权结构可以存在，甚至无所有权式的财产权结构也可以存在。

其实，已有民法法系国家已改变传统民法绝对所有权概念，为引入信托法奠定基础。如

⁴³⁷ Commercial Trusts in European Private Law, edited Michele Graziadei, Ugo Mattei and Lionel Smith. Cambridge University Press, 2005. P. 9.

⁴³⁸ Wesley Newcomb Hohfeld. Some Fundamental Legal Concepts as Applied in Judicial Reasoning. Yale Law Journal, 23, 1913; 王涌：《寻找法律概念的最小公分母——霍菲尔德法律概念分析思想研究》，《比较法研究》第12卷第2期1998年；王涌：《权利的结构》，《法哲学与法社会学论丛》第4卷，中国政法大学出版社2001年

⁴³⁹ J.E. Penner. The “Bundle of Rights” Picture of Property, 43 UCLA L. Rev. (1996).

⁴⁴⁰ 关于所有权概念以及无所有权的财产权结构的理论分析，详见王涌：《所有权概念分析》，载《罗马法·中国法与民法法典——

物权与债权之研究》，杨振山、（意）桑德罗·斯奇巴尼主编，中国政法大学出版社，2001年11月，第一版

⁴⁴¹ 这种法学上的理论甚至与制度经济学关于企业所有权概念也有不谋而合之处。Henry Hansman教授指出：对企业剩余收益(residual earnings)的索取权是企业所有权的核心。见：亨利·汉斯曼：《企业所有权论》，于静译，中国政法大学出版社2001年，第13页

《阿根廷民法典》第七题第2661条规定了“不完全的所有权”，“不完全的所有权”成为民法典中一个基本概念，虽然在传统民法眼光中，这显然是异类。⁴⁴²在“不完全的所有权”概念的基础上，《阿根廷民法典》第2662条引入了信托。⁴⁴³

综上所述，既然英美法系中所谓信托受益人所有权并不存在，而民法法系所谓所有权绝对性原则也不成立，那么，本节标题：民法法系所有权概念排斥信托法？其结论就是否定的，因此，它就不能成为民法法系拒绝引入信托法的理由之一。

（三）信托财产所有权归属——一个怎样的问题？

信托财产所有权的归属是民法法系引入信托法后争议最大的问题之一。如果以剩余权理论考察信托财产所有权归属，问题的实质就十分清晰了。

在信托关系中，

之所以要明确信托财产的所有权人，目的在于明确信托财产上的权利和义务关系。信托财产上的权利和义务关系可分为内部关系和外部关系，内部关系是委托人、受托人和受益人之间的关系，外部关系是委托人、受托人、受益人与其以外的人的关系，如信托财产对外投资形成的股权关系、信托财产上的税法关系等。

在内部关系中，需要明确所有权人吗？如果现有规定没有穷尽信托财产上的全部权利和义务，则会产生剩余权归属问题。确定了所有权人就确定了剩余权归属，所以，通常需要确定所有权人。

只有在两种情形下，在信托内部关系中，不需要明确所有权人：第一、法律规定已经完全明确了信托财产上的权利在委托人、受托人和受益人之间的分配，不存在归属不明的剩余权；第二、存在归属不明的剩余权，但是，微乎其微，无关紧要；

“我国信托法采取了‘就事论事’的立法方式，直接明确规定了当事人各方的权利义务关系，回避了信托财产的归属之类的问题。信托实施过程中出现争议的，依照法律规定解决争议，原则上可不考虑信托财产归谁所有”。

⁴⁴³这种立法模式如果符合上述的两种例外情形，是可以接受的。

但是，在外部关系上，在确定信托财产上的对外的某特定的权利和义务的主体时，如基于信托财产投资而需要确定股东、基于信托财产的纳税义务而需要确定纳税主体，则需要通过明确信托财产所有权人而确定，特别是在有关法律明确规定财产的所有权人担当特定外部关系的权利或义务主体时，如果法律不明确信托财产所有权人，就会出现混乱，至少信托的对外关系的交易成本会大大增加。其实，明确信托受托人是信托财产的所有权人，有益无弊，我国应采此立法例。

⁴⁴² 《最新阿根廷共和国民法典》，徐涤宇译注，法律出版社2007年1月第1版，第563-564页

⁴⁴³ 何宝玉：《信托法原理研究》，中国政法大学出版社2005年，第1版，第53页

三、信托与物权法定主义

按民法法系的债权和物权的二分法，受益权是物权还是债权？半世纪前，英美法系和民法法系学者就曾激烈争论（the great debate）⁴⁴⁴，但观点不一。

争论甚至波及国际私法领域。1968年的《民商事案件管辖权和判决承认与执行布鲁塞尔公约》**第十六条第一款**规定：诉讼中所主张的权利涉及不动产，且是对物权，物的所在地法院有管辖权。当这一条款在信托诉讼中适用时，关键的问题就是信托受益人对信托财产的权利是否是对物权？1994年的Webb v Webb判例和1996年Re

Hayward判例对此作出了不同的判决。这表明在欧洲民法法系对信托受益人的权利性质作出界定还是十分困难的。

（一）信托受益权的物权性质

效力的对世性、排他性、优先性是物权的根本特征。当我们说信托法创设了新型物权，系指信托受益人的权利

⁴⁴⁵。那么，信托受益权是否是物权？下面，我们尝试做一分析。由于物权法将“物”限于有体物，而信托法中的信托财产不限于有体物，这里，将信托财产限于有体物。

信托受益人的权利主要表现在如下方面：1、信托财产独立性，受益人对信托财产的权利可以对抗受托人个人的债权人。如《信托法》第十七条规定。2、信托受益人的撤销权，如《信托法》第二十二条规定：“受托人违反信托目的处分信托财产或者因违背管理职责、处理信托事务不当致使信托财产受到损失的，委托人有权申请人民法院撤销该处分行为，并有权要求受托人恢复信托财产的原状或者予以赔偿；该信托财产的受让人明知是违反信托目的而接受该财产的，应当予以返还或者予以赔偿”。3、受益人对受托人的收益请求权。

以上第1项和第2项权利均具有对世性和排他性，具备物权的性质。德国学者·沃尔夫也认为：“虽然信托所有权法律上属于信托人，但是他的债权人不能直接执行信托财产。就这一点而言信托所有权具有物权效果，它超越了单纯债法的约束的范围”。⁴⁴⁶

欧洲大陆民法法系学者排斥信托法的第二个理由是：信托法引入新物权，必然颠覆民法法系的物权法定主义原则(Numerus Clausus⁴⁴⁷)。那么，什么是物权法定主义？物权类型的含义是什么？信托受益权是否隐含无数可能的物权的类型？还需要一一分析。

⁴⁴⁴ «The Nature of the Trust Beneficiary's Interest». (1967), 45 Canadian Bar Review 219-283.

⁴⁴⁵ 受托人所有权是一种不完整所有权，它与信托受益人的权利相辅相成。

⁴⁴⁶ 【德】曼弗雷德·沃尔夫：《物权法》，吴越 李大雪 译 法律出版社2002年 第32页

⁴⁴⁷ 拉丁文，限制数目、数目封闭的意思。也称法律限定主义，见史尚宽：《物权法论》，中国政法大学出版社2000年，第12页

（二）物权法定主义的起源

在古代罗马法，“总的讲，物权都是典型的权利，也就是说，它们本质上是由法律确定的并可归入固定的类型，当事人的意思只能在一定限度内改变这些类型。”⁴⁴⁸这是物权法定主义最初的萌芽。

在近代，物权法定主义的确立始于法国民法典。法国大革命之前，封建制度下，土地所有权上存在各种各样的权利⁴⁴⁹。在法国大革命时期，流行的观点认为：财产权的分割、土地上负载繁杂权利（the multiplication of right）是封建主义的重要特征，是财产自由流通和个人自由的障碍，是社会等级特权制度的残余，⁴⁵⁰因此，强调所有权的完整性（unitary ownership），主张控制财产权的类型数目。法国民法典第543条规定：“对于财产，得取得所有权，或取得单纯的用益权，或仅取得土地供自己役使之权”。意即：当事人能够设定的财产权利只限于该条所述的三种，该条就是关于物权法定主义的规定。

尽管物权法定主义主要是法国大革命意识形态的产物，缺乏充分的理性阐述（a well-articulated rationale），它却取得了巨大的成功。⁴⁵¹此后，民法法系国家和地区纷纷跟随，如日本民法典175条、台湾民法典757条、韩国民法典185条、泰国民法典第1298条、阿根廷民法典第2536条、路易斯安那民法典第476-8条、埃塞俄比亚民法典第1204（2）条、中国物权法第5条、甚至以色列土地法（1969年）第2-5条。

据考证，在英美法系，物权法定主义没有被明确认可，但是，法院所持的保守主义原则与其相似，是不成文的物权法定主义⁴⁵²，具有同样的效果。法院通常遵循法理，拒绝承认新的财产形式，几乎所有的财产类型的变化均是通过议会立法实现的。⁴⁵³

（三）作为物权的信托受益权：一种类型？或隐含无限可能的类型？

信托法所创设的信托受益权，如果仅是一种或多种类型，数量是固定的，则没有突破物权法定主义。它只表明：物权的类型通过信托法又增加了一种

⁴⁴⁸ 【意】彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社1992年第1版，第183页

⁴⁴⁹ Jean Brissaud. A History of French Private Law, Rothman Reprints, Inc & Augustus M. Kelley Publishers, 1968. P. 267-268.

⁴⁵⁰ M. Comporti, heading “Diritti reali” (Property rights) In Enc. Giur. Treccani. Vol. XI. Rome, 1989, 5. 转引自：Enrico Baffi. “The Anticommons and the Problem of the numerous clauses of Property Rights”. P. 2 (working paper).

⁴⁵¹ Ugo Mattei. ‘Basic Principles of Property Law’. Greenwood Press, 2000. P. 14.

⁴⁵² John Henry Merryman. Autonomy, and the Numerus Clausus in Italian and American Property Law // The American Journal of Comparative Law. Vol. 12. No. 2 (1963). 该文注3称：We have had our numerus clauses in the common law. See Co. Litt. 27, cited by Holmes in Johnson v. Whitong, 159 Mass. 424, 426, 34 N.E. 542, 543 (1893).

⁴⁵³ Thomas W. Merrill, and Henry E. Smith. Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle // 110 Yale Law Journal. October, 2000. P. 69; 另参见：Francesco Parisi, Entropy in Property // American Journal of Comparative Law. Vol. 50. No. 3. 2002. P. 14, note 27.

或数种特定类型。中国《物权法》第5条规定：“物权的种类和内容，由法律规定”。**信托法也是其中所认可的法律之一**，信托受益权是信托法规定的，它没有突破物权法定主义。只是它没有像担保物权和用益物权那样，被规定在《物权法》中，并获得一个明确的名称而已。

假设我们将现行信托法直接规定在《物权法》中，在第一编总则、第二编所有权、第三编用益物权、第四编担保物权之后，增加第五编信托物权（或信托受益权），占有和附则退列第六编和第七编。面对这样的立法例，我们会说：信托突破了物权法定主义吗？

但是，如果所谓信托受益权隐含无数可能的物权类型，物权法定主义就被突破了，因为它使得物权法定主义形同虚设。关于这一问题，有如下可能的推理：

推理一：信托主要通过意思自治如信托合同设立，意思自治的内容包含无限可能，所以，所创设的信托受益权的类型是无限的。此推理具有极大的误导性，甚至有美国学者以信托为例，论证物权法定主义在英美法系不存在，因为信托就是通过当事人的意思自治来创设财产权的

⁴⁵⁴；**甚至**荷兰学者也是以此为理由反对引入信托法的

⁴⁵⁵。**但是，他们**忽视了：虽然意思自治内容是自由的，但是，不能突破信托的基本结构，意思自治只有符合信托的法定结构，才能发生效力，正如抵押合同等其他物权合同一样。

推理二：信托财产可以是各种类型的财产，所以，一种类型财产上的信托受益权就是一种物权，**所以，所包含的物权类型**就是无数。此推理逻辑显然勉强。担保物权中的财产既包括动产，也包括不动产，甚至权利，可以按此逻辑推理吗？

推理三：受益权的内容广泛，隐含无数可能的类型。此推理仍然勉强。信托受益权的法律内容简单而明确，主要包括：基于信托财产的收益请求权、信托财产独立性和特定情形下的撤销权。如果按所有权权能理论，在所有权的四种权能占有、使用、收益和处分中，信托受益人只享有其中的收益权，而用益物权则享有占有、使用和收益三种权能，相比之下，信托受益权的内容要简单多了。

推理四：信托受益权登记复杂，登记的内容以**当事人的意思自治**为内容，其中，隐含种种类型，但是，实际上，需要登记的内容仅仅是具有物权效力的内容，主要包括：财产的信托性质、信托受托人、信托受益人等，所以，信托登记并不比担保物权和用益物权复杂。该推理仍然无法成立。

推理五：信托的目的是多样的，因此，所隐含的物权类型也是多样的。虽然信托可用于各种目的和用途，但其法律结构却是固定的单一，不因目的的变化而呈现结构和类型的变化。

⁴⁵⁴ R.A. Cunningham. The Law of Property // West Group, 711 (1984).

⁴⁵⁵ 见本文导言。

当然，作为一种物权类型，信托物权也存在特别之处。相比于担保物权，差别在于担保物权又细分为质押、抵押、留置等，但是，信托物权没有。相比于用益物权，差别在于用益物权将财产仅限于不动产，并在一定程度上限制用益的目的，如**土地承包经营权限于从事种植业、林业、畜牧业等农业生产，建设用地使用权限于建造建筑物、构筑物及其附属设施，宅基地使用权限于建造住宅及其附属设施，地役权限于利用他人的不动产**，以提高自己的不动产的效益。不过，从上述细微差别仍然看不出信托受益权蕴含着无数可能的物权类型。可以说，在我国法上，存在三种物权的基本类型：担保物权、用益物权和信托物权。

从逻辑和概念上分析，信托法并没有颠覆物权法定主义原则。在物权法定主义的问题上，只存在一个次要问题：**是否仿担保物权编和用益物权编的规定，在信托物权总类型下，创设数个次类型，对信托物权的客体或具体内容加以分类并予以限制？**前者可称总括式类型，后者可称细化式类型。

一些比较法学家，如法国Pierre Lepaulle教授、德国Hein Kotz教授，曾经研究民法法系内部与信托法相似的制度，如意大利的“fondo patrimoniale”、德国的“treuhand”。在比较法研究的基础上，Lepaulle认为，所谓信托与民法物权法定主义规则不相容的说法是站不住脚的，因为在民法法系本身，就已经存在与信托相似的制度。如果冲突，民法体系内部早就冲突了⁴⁵⁶。这一观点有一定道理，但需注意的是，意大利、德国的类似信托的制度是个别特定化的信托制度，是特定的细化式物权类型，而引进一般性的信托制度，它所创设的信托，是总括式的物权类型，有一定差异。

总之，总括式物权类型和细化式物权类型的差异应引起我们的主义，虽然在逻辑和概念上它们都与物权法定主义相容，但是，在实践效果上，到底会有怎样的出乎意料的不同？还有待观察和分析。

（四）物权法定主义的正当性：经济学的解释及其对信托的测试

其实，英美法法系学者对物权法定主义的批评一直屡屡不绝，认为这是一种过时的形式主义（outmoded formalism），其中，批判法学家的批评最为严厉

⁴⁵⁷：财产权的固定形式强化了社会关系的等级制，反映了一种封建观念，这种形式主义的盒装结构将人们塞入既定的社会关系。⁴⁵⁸

自上世纪八十年代，物权法定主义问题引起了法经济学学者的注意⁴⁵⁹，出现了一批制度经济学的论文，为物权法定主义的合理性辩解，主要理论包括：

⁴⁵⁶ Commercial Trusts in European Private Law, edited Michele Graziadei, Ugo Mattei and Lionel Smith, Cambridge University Press, 2005.

⁴⁵⁷ Thomas W. Merrill, and Henry E. Smith. Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle // 110 Yale Law Journal. October, 2000. P. 5.

⁴⁵⁸ E.g., Curtis J. Berger & Joan C. Williams, Property: Land Ownership and Use 211 (4th ed. 1997)

⁴⁵⁹ Bernard Rudden. 'Economic Theory versus Property Law: the Numerus Clausus Problem' // J.M. Eekelaar and J. Bell (eds.), Oxford Essays in Jurisprudence (3rd Series). 1987. 牛津大学Bernard

1、反公共地理论 (The Anticommons Theory)⁴⁶⁰

霍菲尔的财产权碎片化理论认为：在逻辑上可以对所有权进行无限的分割。但是，反公共地理论认为：对物的所有权进行过度的分割 (an excessive level of fragmentation of ownership)，会导致效率低下，因为恢复产权完整性的成本要比分割产权的成本要高，要使物上的多个权利人达成一致决策的交易成本很高，每个人都想获得最大利益，极易导致僵持 (Holding out)，最终将没有人拥有有效的、实质性的使用权。物权法定主义原则可以避免所有权的过分碎片化，避免低效率的反公共地悲剧的出现。⁴⁶¹

Heller教授同时也认为，信托在很大程度上可以避免反公共地的悲剧，信托通过“死手 (Dead Hand) 控制”，避免财产的跨代分割 (inter-temporal fragmentation)，避免破坏财产的生产力 (productivity-destroying effects) 的后果，保持财产结构的高效率；此外，在商事信托中，如互助基金、资产证券化、企业年金信托等，信托使分散财产聚集，并成规模，集中在受托人手中管理，消除反公共地的效应。

⁴⁶²。但是，他似乎对于民法学者所谓“信托法破坏物权法定主义原则”这一主张一无所知。

2、交流理论 (Communication Theory)⁴⁶³

该理论认为，财产权形态标准化，即物权法定主义，其正当性在于减少信息成本或审核成本 (measurement costs) 外部性的问题。当事人创设非典型的财产权，即法定物权之外的物权，是不考虑第三人了解该权利的所需付出的全部信息成本的。由于财产权是非典型的，第三人的信息成本将大大增加。此外，在关于非典型财产的交易谈判中，谈判语言和内容非标准化 (not codified) 将增加谈判成本。而在物权法定主义下，该交易成本则会降低。⁴⁶⁴

笔者认为，虽然信托物权是一种总括式物权类型，担保物权和用益物权是细化式物权类型，但这一差别并不会增加信托外部人的信息成本，因为第三人的信息成本主要针对该权利中的物权效力部分的信息，而这一部分信息是十

Rudden教授第一次从经济学角度客观理性地研究了物权法定主义，但是，他认为：物权法定主义没有令人信服的正当性。

⁴⁶⁰ 反公共地概念最早是Frank Michelman提出，见F. Michelman, *Ethics, Economics and the Law of Property*, 24 No. 3 (1982). He define the anticommons as “a type of property in which everyone always has rights respecting the objects in the regime, and no one, consequently, is ever privileged to use any of them except as particularly authorized by others”.

⁴⁶¹ Michael A. Heller. “The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets” // 111 Harvard Law Review. 1998.

⁴⁶² Michael A. Heller. “The Boundaries of Private Property” // 108 Yale Law Journal. P. 1178 (1999).

⁴⁶³ Thomas W. Merrill, and Henry E. Smith. *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle* // 110 Yale Law Journal. October, 2000.

⁴⁶⁴ 对此有学者提出质疑，如果纯为了节省交易成本，为什么法律在债权上不设置同样的限制？见：Henry Hansmann, Reinier Kraakman. “Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights” // 31 J. Legal Study. P. 380 (2002)。在该文中，作者还提出了关于物权法定主义的认证理论 (Verification Theory)，这里，不再细述。

分简明的。从登记中可以看出，信托登记与担保物权和用益物权的登记一样简明。此外，信托的结构是法定的，法律对于其中的权利义务关系内容的规定比担保物权和用益物权还要详尽，当事人的谈判交易成本，在信托中，并无高昂之处。⁴⁶⁵至于可能影响到信息成本的因素，主要在于信托公示制度。

四、结语：信义关系与信托公示

信托法并没有瓦解物权法定主义。如果说信托法对物权原则仍然存在根本冲击，可能主要表现在物权公示原则。衡平法上的信托有无**公示制度**？**公示是否是信托的必要条件**？**信托法是否突破民法法系的物权公示原则**？在何种情况下，无公示亦可产生对世性的物权效力？这些基本问题无法回避。

（一）衡平法存在信托公示制度？

由于历史的原因，登记公示不是信托的要件，因为信托属于衡平法，而登记制度属于普通法。英国1985年《公司法》第360条甚至禁止在股权登记中记载信托事项。

1984年《海牙公约》第12条将登记制度引入信托，英格兰和威尔士法学会（The Law Society of English and Wales）发表了如下异议：

“我们对第十二条十分惊诧，不理解其目的。信托是隐蔽的（veiled），这是英国法一项基本原则，**信托的存在以及受托人不是信托财产的真正所有人这一事实，与其他人无关，不须通过登记或权利文件予以公开。**信托只涉及受托人和受益人（和税务部门）。

事实上，对于受托人的交易相对人，他们不须关注财产的真正所有人是谁。举例说，一个买主不需关心受托人是否是绝对的所有权人，就可以进行交易。如果购买者需要查询真正的所有权以及受托人是否有权利出卖，那么，这就会造成很大的麻烦。这就使信托财产在市场上的可交易性低于非信托财产，从而使信托财产的价值降低。”⁴⁶⁶

民法法系学者则反驳说：这是不全面的，忽视了受托人破产的情形，信托财产被隔离在受托人个人的债权人的请求权外，享有独立性，显然与第三人有关，如何可以不公示？

这一争论充分反映了两大法系的截然不同的观念。为什么英国法不重视信托公示？为什么信托财产具有排他性和独立性却不须公示？这一问题需要从衡平法的历史和文化中作更深入的研究，但是，至少可以看出，衡平法侧重保护信义关系（fiduciary relation），**保护信托受益人，而不是所谓的交易安全。**

当然，需要注意到是，在美国法律中明显存在信托登记与公示制度，如美国《统一遗嘱法典（Uniform Probate Code）》第7-

⁴⁶⁵ 参见Henry Hansmann & Ugo Mattei, The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis, 73 N.Y.U. L. Rev. p472 (1998);

⁴⁶⁶ Maurizio Lupoi. Trusts: A Comparative Study. Cambridge University Press, 2000. P. 173.

101条规定受托人有在法院进行信托登记的义务；美国《统一信托法典（Uniform Trust Code）》第810c条规定：受托人具有标注（earmark）信托财产的义务。如果不标注，受托人将承担相关损失。

（二）民法法系中的信托公示问题

在民法理论中，公示对于物权效力的重要意义毋庸置疑，英美法系也有学者对此同样重视，Richard Epstein教授甚至认为，如果一个国家有完整的有效的权利公示制度，物权法定主义就是不需要的。⁴⁶⁷

民法法系国家在引入信托法后，按物权法的基本原则，普遍建立信托登记制度，如日本、韩国、台湾地区等，这是民法法系信托与英美法系信托明显不同之处。我国《信托法》第十条也规定：“设立信托，对于信托财产，有关法律、行政法规规定应当办理登记手续的，应当依法办理信托登记”。但是，上述国家和地区对于一般的动产（无须登记的动产）作为信托财产的公示均未作明确规定，这是空白。

我国《物权法》没有关于物权公示原则的一般性规定，总则第六条只是直接规定不动产和动产的公示方法：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，应当依照法律规定登记。动产物权的设立和转让，应当依照法律规定交付”。第二章第一节和第二节分别对“不动产登记”和“动产交付”作了具体规定。而动产交付的规定无法适用于信托公示，动产交付显然无法作为动产信托的公示方法，因为动产交付只公示受托人是信托财产的所有人，它无法显示财产的信托性质，它甚至还掩盖了财产的信托性质。《物权法》显然忽视了信托物权的公示问题。

当然，《信托法》第二十九条规定：“受托人必须将信托财产与其固有财产分别管理、分别记帐，并将不同委托人的信托财产分别管理、分别记帐”。此条也可勉强解释为隐含着信托公示制度，适用于动产，虽然依然没有明确动产公示的方法。总之，一般动产之信托公示在我国是一个问题，是完善呢？还是像衡平法那样，不强制公示？

（三）公示与排他性效力的关系：需反思的问题

其实，衡平法的信托法也促使我们反思：公示一定是一种财产权获取对世性和优先性效力的必要前提吗？是否存在高于第三人、高于交易安全的价值，它的物权效力无须以公示为前提。根据两大法系的实践，这种特殊价值是存在的，这就是信义关系（fiduciary relation）。

⁴⁶⁷ 他以地役权（servitude）为例，阐述了这个问题。R. Epstein, Notice and Freedom of Contract in the Law of Servitude, 55 S. Cal. L.Rev. 1353 (1982).

在衡平法中，信托无须公示，信义关系的价值和受益人的利益高于所谓的交易安全。当然，这种制度安排是否合理？在经济学上如何解释？背后是否存在重要的理论？很值得研究。

衡平法的信义关系优先的原则也影响到大陆法系，如瑞士债务法第401条规定：“受托人从第三人获得，以其客户的名义持有财产，该财产具有排他性，优先于其他普通债权人”。

⁴⁶⁸我国《证券法》第一百三十九条也有类似的规定：“证券公司破产或者清算时，客户的交易结算资金和证券不属于其破产财产或者清算财产”。在上述情形中，公示不是排他效力的前提，仅信义关系的存在就足以导致权利人在财产上具有排他效力。这种关于信义关系的效力的特别规则，在我国是否可以扩大其适用范围？这也是一个很有意义的问题。

安娜M.拉普捷娃
金融法法律系高级讲师
俄罗斯国立高等教育研究学院圣.
彼得堡分院 «高等经济学院»
laptevaann@rambler.ru

俄罗斯法律的局部问题 证券的市场

本文考虑的问题是保护善意购买证券的人。本文论述的“善意推定”的概念，指的是“善意购买证券的人，主要强调对善意购买证券的人的安全保护措施，以及对这方面的理论与实践中出现的问题进行分析。笔者的结论是，需要确定具体的方法，以保护证券持有人的权利，以及其实施的有限性，须考虑到一些事态发展中可能出现的特殊现象。

蒋悟真 (Jiang Wuzhen)
教授
江西财经大学法学院
jiangwuzhen@163.com

俄罗斯分税制改革的立法经验及其启示

俄罗斯独立之初，旧有税收收入分配体系是苏联计划经济时期实行的集中财税体制，不仅税种数量很少，而且税种的确定和税收的征收都由中央政府

⁴⁶⁸ Pietro Supine and Andreas C. Limburg. 'A Swiss Perspective On Trusts' // Trusts in Prime Jurisdictions, Alon Kaplan ed. Kluwer Law International, 2000. P. 384.

统管，中央财政长期采用统收统支的办法。这种制度不利于调动地方政府征税的积极性，也不符合俄罗斯经济发展的要求。因此，俄罗斯为了适应国情，满足公共财政的需要，进行了税收收入分配体制改革，并加强立法建立了“**分税制**”体制。俄罗斯作为经济转轨国家的典型代表，其分税制改革的法制经验值得借鉴。

一、俄罗斯分税制改革及其立法变迁

（一）俄罗斯分税制改革及其立法

1. 俄罗斯分税制初步确立：中央过度集权

1991年俄罗斯宣布独立几天后就颁布了一系列税收分配制度法令，开始了税法制度改革，而其中最重要的法律就是《俄罗斯联邦税收体制的基本原则法》。该法规定了税收分配体制的原则、税制结构、纳税人和税收机关的权利和义务，并明确规定了俄罗斯的税收收入分配结构分为联邦税、地区税和地方税，从而初步确立了面向市场经济的分税制度框架。虽然这部法律确定了当时俄罗斯的税收体制，并把其中规定的**39个具体税种**中的自然资源使用税、企业财产税、自然人财产税、**土地税**等划归地方所有，但是地方税收的总额不大，而且各级政府间的税收划分仍不明确，这一度引起了地方政府的强烈不满，它们要求扩大对税收的支配权。于是俄罗斯联邦政府迫于地方政府的压力，对税收收入的划分做了一点变动：将增值税收入的**20 %-**

50 %，**利润税**收入的**22 %**和**全部的自然人所得税**划给地方。同时俄联邦政府也要求地方政府在五年内须建立地方“**分税制**”体制，即为扩大地方政府的税收管理权限做了一个铺垫。

2. 俄罗斯分税制调整：地方盲目分权

1993年12月颁布的《俄罗斯联邦宪法典》明确规定了中央与地方分权原则和自治原则。分权原则即对中央和地方的人事权**划分为**三级：联邦中央专属管辖的职权；联邦中央和联邦主体共同管辖的职权；各主体在自己管辖范围内的职权。自治原则即联邦主体拥有独立管辖本地区经济和社会事务的权利。1994年初，俄罗斯总统叶利钦颁布总统令，继续深化分税制改革，宣布由联邦主体下放一定税收立法权。该法令是在《俄罗斯联邦宪法》颁布的基础上，为了调整中央和地方之间的税收收入分配关系而出台的。在此基础之上，当时的总统叶利钦签署的总统令中规定“**税收立法权集中在中央，但是地方拥有一定的税收管理权限**”，即明确了中央与地方政府在职能与税收管理权限上的划分，加强了地方政府在预算与税收方面的独立性，规定了联邦主体执法机关和代表机关有权规定纳入地方预算税种的税率，有权新设税种。这种做法虽然增加了地方收入，但也带来了一系列的消极后果，地方政府滥用税收自主权，频繁地出台税收方面的规范性文件，**随意创设税种**，使地区税费增加到**70种**，**地方税费**竟达**140种**，造成**税收秩序极度混乱**，**税收制度缺乏稳定性**。这样，纳税人往往都被迫成了不守税法的人，因为国家实际上没有实行统一的税收政策。

（二）俄罗斯分税制改革的立法完善：中央和地方之间税权平衡

1. 《俄罗斯联邦税法典》（第一部）标志着俄罗斯分税制进入完善阶段

1998年颁布的《俄罗斯联邦税法典》（第一部分）在一定程度上完善了俄罗斯的分税制。该法典延续了《俄罗斯联邦税收体制的基本原则法》将税制结构分为联邦税、地区税和地方税三级的规定，并在此基础上确立了多级税收立法体制，即联邦中央和地方有权机关在各自权限范围内都可制定相应效力等级的税收法规。该法典吸取了**1994年下放税收立法权**的教训，对地方的税收立法权限进行了一定的限制。该法典规定，地区和地方的立法机构只对本级税收享有一定的权力，权力涉及的内容包括税收优惠、税率、纳税程序和期限以及会计报表的格式，除此之外，征税的**其他条件均由《税法典》**规定，禁止规定其他地区或地方税。而且该法典大幅度地减少税种，将三级税种减少到**28个**，**并按照征收范围和立法层级的不同将增值税、企业和组织利润税、自然人所得税等16个税种**划分为联邦税；将企业和组织财产税、不动产税等**7个税种**划分为地区税；将土地税、自然人财产税、广告税等**5个税种**划分为地方税

⁴⁶⁹。这种税种的划分方式既不同于法国的主体税种都归中央所有的集权式分税制，也不同于美国的主体税种实行税源分率共享、分别征收、互不交叉的彻底分权式分税制。俄罗斯税收划分方式采取的是混合型，即以划分税种为主、辅之以对个别税种的收入实行共享的方式。这种方式把握了中央集权和地方分权的适度平衡，既避免了中央的高度集权，也避免了对地方不加限制的盲目分权。

2. 《俄罗斯联邦税法典》（第二部）进一步深化俄罗斯分税制体制

2000年8月5日俄罗斯联邦国家杜马通过了《俄罗斯联邦税法典》（第二部），此税法典是当前俄罗斯税收制度的基础性法律，与第一部构成一个有机的整体，也是**2000年以后俄罗斯**税收制度调整的基础和起点。该法典解决了纳税人、税收监管机构以及税收行政管理之间的关系问题，明确规定了相关主体的权利和义务，对履行纳税义务的过程和**税收**监管的规则作了详细的规定，确认了有关税收违法的责任；还设定了联邦、地区和地方税的清单，并对税种税率作出了详细规定。

在《俄罗斯联邦税法典》第一部和第二部相继颁布后的几年内，俄罗斯主要税种的划分及其税率分享比例处于一个相对比较稳定的时期，形成了比较完善的税收体制。不过在稳定的表层下也存在着一些问题，因为该法典大大收缩地方政府的税收权限，规定除税法典规定的税种外，不允许各级地方政府自行新增地区税或地方税并且取消**13种**地方税费，所以大大缩小了地方政府的税收收入。但是，为了解决地方收入过低的问题，普京在**2001年**总统预算咨文中提出要求，今后必须保证地方财政收入来源的稳定性，主要保障措施是将自然人收入税进款、总收入税、自然资源使用费，以及相当一部分利润税收入长期固定给地方财政。而从长远看，地方税费应当成为形成俄罗斯地方财政自有收入来源的基础，将那些能够保证地方政府有稳定地方财政收入的税收固定给地方财政，这对地方是有重要意义的。并且**2001年以后俄罗斯**就开始实施《至20

⁴⁶⁹ Шатаров В. Преимущественное направление налоговой реформы // Финансы. 2006. № 7.

05年俄罗斯联邦预算联邦制发展纲要》中对中央和地方财政关系改革的中期方向所作的规定，包括将自然人收入税、不少于俄联邦利润税收入的70 %以立法形式固定划归俄罗斯地区（含地方）预算，并在地区和地方预算之间修正分配销售税收入的比例和机制，以地方不动产税替代地区企业财产税、地方自然人财产税和土地税等等。这些规定实行后，俄罗斯的分税制改革无论从形式上还是实质上都进入了完善阶段。

二、金融危机中俄罗斯分税制立法的灵活性

俄罗斯的税收收入在2008年金融危机的影响下大幅度减少。长久以来，涉及能源的各类税收一直都是俄罗斯政府最重要的税收来源，差不多占到了整个财政收入的一半。随着石油出口收入的减少和企业利润的下降，联邦各级政府的税收收入必然减少。“在金融危机时期，有效的税收政策比任何时候都重要”⁴⁷⁰。面对严峻的现实，俄罗斯联邦政府相继推出了一系列反金融危机措施，其中，俄罗斯税收分权立法在应对金融危机中展现出了巨大的灵活性，在有效控制国际金融危机的蔓延和扩展中发挥了重要作用。

针对此次金融危机给企业带来的巨大影响，俄罗斯联邦政府采取了大规模的降低税负的措施，以期减轻企业的负担。首先，俄政府下调了海关关税、石油出口税等多种税收的税率。从2008年12月1日起，每月确定一次原油出口关税税率，以代替以前每两个月确定一次的制度。其次，2008年11月21日，国家杜马根据普京总理的提议，通过了《税法典》修正案，并于2009年1月1日开始实施。该《税法典》将企业所得税下调17 %。企业所得税是联邦和地方共享税种，修改前的税率为24 %，其中联邦占6.5 %，地方占17.5 %，修改后税率降至20 %，其中联邦降至2.5 %，地方不变。这表明税收减少的损失将完全由中央政府来承担。新税法还允许地方将所得税税率自行再下调4个百分点。这些措施留给了地方根据本地区具体情况进行实际操作的空间，表面上是扩大了地方政府的权限，但是其最终目的还是为了减轻金融危机对企业所造成的负担。再次，新税法还规定了对联邦税收给予延期缴纳的优惠措施。规定如果缴纳的联邦税的金额超过100亿卢布，财政部长有权延缓其纳税义务，最长期限为5年。通过此次税收调整，俄罗斯联邦政府向企业合计让利5000多亿卢布。

当然，从上述这些税收措施的短期效应来看，在一定程度上缓解了企业的负担，但还是不能避免俄罗斯经济在保持近十年持续增长的态势后呈显著下降的趋势。2009年4月初，俄罗斯政府正式出台了《2009年俄政府反危机措施纲要》。《纲要》强调国家在反危机条件下的作用，要从宏观方面保证经济发展平衡，设法减少国家财政赤字，调整税收政策，降低税率，突出关注民生和民众利益，明确重点扶持行业主干企业方针和对一些重要的经济部门实施特殊保护政策，以全力维护国家财政系统稳定。

三、俄罗斯分税制改革立法对我国的启示

⁴⁷⁰ Незамайкин В.Н., Юрзинова И.Л. Налоговая политика: состояние и перспективы // Финансы. 2009.

上述俄罗斯分税制的改革与其在立法上的完善以及金融危机环境下俄罗斯税收方面的反危机措施，反映了俄罗斯当今分税制改革的状况及其优势和生命力。俄罗斯分税制协调了中央和地方的关系，在一定程度上调动了地方的积极性，为俄罗斯税收制度的完善奠定了基础。相比之下，1994年我国也进行了分税制改革，但根据这些年来分税制的实行情况来看，我国目前的分税制还有许多不如人意之处，需要继续深化改革。在这方面，俄罗斯分税制改革的立法经验值得我们借鉴。

第一，应尽快制定“税收基本法”，用法律形式规范中央和地方政府的税收管理权限和税收收入分配关系，同时建立中央与地方税权划分的约束机制，确保中央和地方在行使权力时有法可依。俄罗斯的三级税收体制就是在《俄罗斯联邦税法典》中明确规定的，该法典的颁布标志着俄罗斯的税制改革进入了完善阶段。我国的税收法律制度存在税收法律偏少，税收行政法规和税收部门规章偏多的状况，并且在税收法律体系中居核心地位、而起统领作用的税收基本法之缺失，需要通过加快税收立法进程逐步予以改变。

第二，在处理中央与地方各级政府之间税权关系时，要把握好中央集权与地方分权的适度平衡。我国的地方税权高度集中在中央，大部分的规定地方税种税法、条例及实施细则都由中央制定和颁布，地方只有一些少数税种的征管权及制定一些补充措施的权力。此外，我国目前实施的分税制对地方政府的事权范围界定不明确，存在事权的错位与越位现象，并导致财政支出范围的错位与越位。1994年分税制财政体制改革以来，地方政府特别是基层政府逐步陷入了严重的财政困境。因此，我国要结合市场经济的发展要求，调整税制结构以在不同层级的政府间合理配置税权。**俄罗斯税制改革在经历过高度集权与不加限制的盲目分权后，吸取了教训，建立了多级税收立法体制，即在一定范围内赋予地方政府税收立法权限，唯有如此才能协调好中央和地方的税权关系，达到最终完善税收体制的目的。这是值得我国借鉴和学习的。**

第三，适当加快地方税制改革进程，设立适合地方政府掌握的地方主体税种。目前我国中央与地方共享的税收收入占税收收入总量的比重过大，从地方税收结构看，地方税收的主体税种不够明确。2004年《俄罗斯联邦税法典》修正案规定：俄罗斯联邦地区税包括：企业和组织财产税、博彩生意税、运输税；俄罗斯联邦地方税包括：土地税、自然人财产税。由此可以看出俄罗斯的地方主体税种是财产税和其他利于地方征收的税种。而我国地方税的主体税种现在还是共享税，原本作为地方收入的个人所得税和企业所得税，从2001年1月1日起改为收入的增量部分在中央和地方平分；政券交易印花税也由中央和地方各得50%改为中央得80%，后来又改为97%归中央。这些变化虽有利于中央集中财政收入，但却减少了地方的收入。俄罗斯在税收划分方式上采取混合式的税收划分方式，以划分税种为主，以共享个别税种的税收收入为辅，明确规定了地区税和地方税的主体税种。我国也应该根据各地经济发展水平和发展战略、税源结构、税收水平及发展趋势，因地制宜地选择主体税种并加以培育，从而促进地方经济的发展和财政收入的稳步、协调增长。

第四，完善转移支付制度。我国不仅面临着地区发展不均衡的现实问题，而且地方税收体系不健全，地方财政收入划分不规范。**1994年分税制改革只是在中央政府和省级政府之间建立了明确的收入分配机制，并没有提出一个省级以下政府的收入分配框架。**目前，地方政府的税收收入的主要来源还是靠投资形成的工业企业流转税，除此之外，均为小额税种。县、乡级财政无稳定的税收来源，财政收入不稳，于是**地方政府**为了扩大当地的财政收入，把发展的重点都集中在房地产、汽车、电力等高税行业，甚至盲目于扩大投资、办企业或者搞土地一级市场从而获取高收入的“**土地财政**”，致使**地方税种**不能适应经济形势发展需要的问题越来越突出。建立科学、规范的转移支付制度也是分税制改革的组成部分，我国要在确保中央财政财力分配主导地位 and 调控能力有效发挥的基础上，加大中央财政对中西部地区转移支付的力度和省级财政对县级财政转移支付的力度。在这方面俄罗斯有一个重要特点就是税种的划分与相应收入的划分并不完全一致。这是俄罗斯分税制的一个重要特点，一级**税收并不**相应划入一级预算，其目的也是为了保证地方财政收入来源的稳定性。

伊琳娜·马卡洛娃，
法律系金融法律助理教授
俄罗斯国立高等教育研究院圣.
彼得堡分院 «高等经济学院»
电子邮件：irina.a.makarova并@ gmail.com

俄罗斯联邦税法的实际问题

该文章是专门讨论税收立法领域存在的问题。税收制度是经济政策的最有效的手段之一。俄罗斯税务立法是在不断改动着，它是经常变动的，但它的不稳定性和不确定性并不取决于经济发展的状况。

笔者可以得出以下结论：

1. **税法的主要变化**是属社会性的，并为科技创新和现代化发展起到促进作用。而大部分的问题，在于提高纳税人的管理机制。
2. **国家的经济发展和现代化建设的创新载体**标志着税收政策的创新倾向。
3. **今天的热门话题**主要建立在俄罗斯的累进税率，个人所得税（PIT）。
4. **从应用临时措施的程序方面来看**，**税务机关**在实践有关法律法中出现的许多有争议的问题。
5. **相关的问题**是税务罪行的刑事责任。近年来在“**刑法典**”上产生的许多变化，**并没能使刑事起诉的局势正常化**。

6. 关于税务法例，需要清晰说明。
。例如，纳税人和税务机关目前还处于对俄罗斯联邦财务部的书面解释不清楚的状态。

熊进光 (Xiong Jinguang)
教授
江西财经大学法学院
xiongjinguang@hotmail.com

论金融领域刑民交叉问题的应对 ——以服务上海国际金融中心建设为背景

引言

金融经济具有虚拟性、复杂性、全球性等特点，相对宽松的金融环境有利于推动金融业的高速发展。但必须意识到这种“宽松”存在着不同层次的两种区分：较低层次的“宽松”，发生在20世纪70年代末期到中国加入世贸组织之后，这个阶段的金融法制迎合了金融业起步和金融体制改革的需要，使全国金融业焕然一新，充满活力。

较高层次的“宽松”，则是我国目前阶段亟需营造的新一轮金融法制环境。在上世纪90年代奠定的金融法律框架下，自加入世界贸易组织之后，我国陆续制定和修订了一系列的金融法律法规和部门行政规章。社会主义市场经济进入到相对成熟的阶段，在日益纷繁严密的法律规定和日益错综复杂的金融行为现实中，这种管理与创新的矛盾似乎变得尖锐起来，在此种情况下，高层次的“宽松”不再是立法和法律运用的相对缺位，恰是立法和法律运用上的审慎处理。既要加强对严重金融犯罪的打击力度，也要防范或减小刑罚之剑的误伤，充分保障适法的金融民事关系，呵护民间金融力量的发展，注重金融创新的保护。

作出了上述历史维度的金融环境全局性判断，也就为阐释金融领域刑民交叉案件处理的法制应对奠定了理解的基调。更进一步地说，拥有完善的金融争议（纠纷）解决机制，是营造国际金融中心法制环境中极为重要的一环。从某种意义上说，法制软环境能否服务好国际金融中心的建设，在很大程度上取决于对各种金融法律关系的正确理解和科学判断。⁴⁷¹

一、刑民交叉案件处理的现行基本制度及其评价

（一）现行刑民交叉案件处理的基本制度

我国目前对刑民交叉案件的处理，集中在经济领域被规定。主要依据的是《关于及时查处在经济纠纷案件中发现的经济犯罪的通知》（1985年8月19

⁴⁷¹ 杨路：《金融审判理念与价值取向》，载卓泽渊等主编：《金融法律服务与管理创新建设论坛》，中国人民公安大学出版社2012年版，第51页。

日)、《关于在审理经济纠纷案件中发现经济犯罪必须及时移送的通知》(1987年3月11日)、《最高人民法院关于审理存单纠纷案件的若干规定》(1997年12月13日)以及《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》(1998年4月21日)等规定。结合长期的司法实践,与刑民交叉案件的类型划分相对应,案件的处理也分成了三种进行:第一种是“**分别处理**”,即**同一公民、法人或其他经济组织**由于不同的法律事实,分别涉及经济民事纠纷和经济犯罪嫌疑的,民事纠纷案件和犯罪嫌疑案件应分别审理。第二种是“**受理后驳回并移送侦查机关**”,即作为经济民事纠纷被人民法院受理的刑民交叉案件,经审理后认为不属经济纠纷案件而存有经济犯罪嫌疑的,应裁定驳回起诉,并将有关材料移送刑事侦查机关。第三种是“**待刑事审判终结后再处理**”,这也是目前人民法院惯常的处理方式,即在受理后对民事案件裁定驳回起诉或中止审理,待刑事审判结束后再进行民事纠纷的审判。

正是后两种处理方式所发出的信号,在实践中使得部分司法机关对上述规范性文件进行了片面的解读,进而从中归纳出所谓“**先刑后民**”原则,并将其视作**是一项司法原则贯彻到各个司法环节**,导致诸多问题的产生,也饱受学者、法官的诟病。⁴⁷²

(二) 对现行刑民交叉案件处理制度的评价

我国正处经济体制的快速转轨时期,随着市场经济的发展与相对成熟,民众视野不断开阔,对各种问题的看法、态度都呈现出多元化、个性化的特点,对司法工作在“**合情、合理、合法**”上的要求已经提升到了新的高度。单一的刑事案件或民事案件尚且存在着“**司法个别化**”的特点,那么,作为更具丰富性和模糊性的刑民交叉案件,在专门立法、完整立法相对缺位的情况下,就更没有理由以简单孤立的审判意识、僵化机械的审判程序、先入为主的审判态度处理之。

刑事审判和民事审判作为国家并行的两种基本审判类型,其性质不同,但法理地位是等同的。如果不考虑时效因素,刑民交叉案件中民事审判的内容不但不会影响刑事审理,还会对刑事审理正确判断法律关系,认定罪责刑等提供有力的支撑,进而使刑事判决的事实和法律依据更加牢靠、判决结果更易被当事人所接受。我国历来就有“**重刑轻民**”的法制传统,封建时期的实体法律是诸法合体,刑民不分,导致诉讼与程序法律制度也都一律按照刑事诉讼模式进行,包括建立了现代法律制度的我国,迄今在刑事附带民事诉讼的认识上,依然存在着“**刑主民从**”的思维,认为是刑事程序吸收了民事程序。

⁴⁷³如果要从根本上破除这种思想残留的影响,在法律制度层面必须予以全方位的回应:首先,应尽快将刑民交叉案件的处理纳入立法轨道,建立起科学的、符合国情和经济社会发展需要的程序性制度安排,恪守刑法的最后手段性,同时先行发展民商事立法。其次,应树立起一切从实际出发,具体问题具体分析

⁴⁷² 游伟:《刑民关系与我国的刑事法实践》,载游伟主编:《华东刑事司法评论》(第8卷),法律出版社2006年版,第205页。

⁴⁷³ 王福华、李琦:《刑事附带民事诉讼制度及民事权利保护》,《中国法学》2002年第2期。

的司法态度，在刑民交叉的个案上斟酌处理模式的运用。例如知识产权的刑民交叉案件，如果“先刑后民”极有可能使得知识产权的权属长时间处于不确定的状态，不利于最终权利人实际权益的保护。再次，应注意司法实践与市场经济的紧密结合，借鉴域外发达国家和地区的相关司法经验。最后，服务国际金融中心建设背景下，在我国经济中心上海优先解决金融领域刑民交叉案件的法律应对，既有助于金融市场的规范与繁荣，取得金融法律服务的实效，而且能以此为切入点对其他领域的刑民交叉问题产生强烈的示范效应。

二、“刑法超前立法”与“民商法先行立法”之辨

（一）金融领域只能是适度的刑法超前立法

著名刑法学家马克昌先生在辞世前为博士生所作的最后一次授课中也提出，刑法分为国家刑法和自由刑法，我们国家的刑法应从国家刑法转变为市民刑法，从强调国家权威转向强调保障公民人权。而所谓市民刑法，即自由刑法，是以保卫、保障人民的自由为宗旨，限制国家的刑罚权，能不作为犯罪的就不作为犯罪，刑罚能轻的尽量轻。⁴⁷⁴

金融领域具有自由、创新与服务的本质属性，在法律调整上如果单纯依靠金融刑法冲锋在第一线，绝不是经济发达国家、国际金融中心立法框架的主流选择。从逻辑上讲，金融违法行为入罪应以有可违之法、被违之法作为前提，对“刑法超前立法”概念必须予以正确的理解与剖析而绝不能泛化到各个领域。“刑法超前立法”可以产生“超非刑事法律之前立法”和“超时间之前立法”两种理解：前者是某种行为或某类社会关系未在立法上有任何非刑事责任的规定时，刑法就直接纳入犯罪体系并规定了刑事责任；后者则是指以某种违法行为非刑事责任的被规定为前提，在尚未出现需要动用刑罚的情形而未被规定犯罪时，刑法提前规定为犯罪，供将来出现需要动用刑罚的情形出现时适用。

⁴⁷⁵显然，相较而言，后者所作解释是一种适度的刑法超前立法概念，在金融领域是更为可取的立法态度。

（二）民商法先行是金融领域立法的必然选择

在适度的“刑法超前立法”理念下，既然刑法的立法超前必须以非刑事法律规定、非刑事责任的存在为条件，那么，意味着民商法先行立法已然成为了合乎逻辑、构成前提性的必由之路。换句话说，即在金融领域只有被民商事法律占领的领域，才有刑法挺进的必要和可能性。

金融领域刑民交叉案件的处理在立法状态上就存在着民商事立法和刑事立法理念有欠协调的现实困境。从本质上讲，立法就是不同利益主体之间利益冲突、博弈及妥协的结果。刑事立法的首要价值在于打击犯罪，维护社会的稳定与秩序；而民商事立法则不仅包括稳定与秩序的价值，还有增进平等主体经济交流、创造财富与幸福等价值。当二者统一于服务上海国际金融中心的构建，刑事立法就必须坚持“无先后”的逻辑规则，毕竟在市场经济中的日常行为规范、商业活动准则都需要民商事法律去确认、建立和引导，而且金融法律未

⁴⁷⁴ 《马克昌的最后一课：如何走向市民刑法》，《南方周末》2011年9月22日A4版。

⁴⁷⁵ 胡启志等：《经济刑法立法与经济犯罪处罚》，法律出版社2010年版，第23页。

来的发展趋势应当是服务观念越来越强，越来越以金融活动目标的达成为指向。随着上海经济国际化程度的提高，市场竞争的激化，在瞬息万变的是非对错中，如果动辄以刑罚之力干涉正在形成中的新型金融关系，既违背了法律体系内部的逻辑规则，也没有尊重金融市场的特殊规律。统筹立法，尤其是金融民商事法律，形成民事、行政到刑事责任的梯队体系是较为稳妥、最为符合国际金融中心建设的选项。

三、实体法立法层面：金融领域刑民交叉问题的应对

（一）明确实体法立法理念

从立法者的视角来看，刑民交叉实际上就是一种立法上的交叉，无论违背了刑事法律、抑或是违背了民事法律，都会受到立法者的否定评价，只是否定的程度和否定的方式不同罢了。那么在金融领域，就处理刑民交叉问题的实体法立法，笔者认为：首先，应当**确保两大部门法**在协调、统一的立法理念下进行制定。制度建设须理念先行，如果制度理念没有理顺，态度未趋近一致，就纯粹的犯罪和纯粹的民事行为尚能判断，但一旦在特殊领域发生交织，仅靠程序保障是不够的，当事人会在对法律的理解上、甚至是对法律的信仰上都可能产生难以排解的困惑，最终影响到司法、执法的效果，降低法律的权威。其次，立法上应该对金融领域的规制保留必要的空间，充分配合党和国家金融政策的意图及需要。从构建国际金融中心的背景来看，无论何种实体法，其颁行、修改的速度始终是滞后于金融行为的发展变化，而金融行为天生就具有向**稀缺资源汇聚**，**钻法律漏洞、打擦边球**的逐利特性。那么，对这一领域的规制，应重点以秩序的规范为宜，既为金融行为的创新留有空间，又把专业性很强的判断与评价留给了司法部门。再次，金融违法行为入罪应当秉持行为可处理性的标准，使其符合限缩性要求。在金融创新的推动下，诸多包括金融衍生品在内的金融产品破土而出，这些金融行为与金融违法行为如何甄别，将对金融违法事实的筛选提出险峻考验。在此基础上，金融违法行为的入罪又应该采取何种态度，也是至关重要。最后，立法必须充分尊重金融市场和金融行为的内在的行业规律，把增强金融从业人员的**自律性**作为重点，逐步树立以法律之力确认和塑造符合经济社会发展需要的金融伦理秩序的立法理念，也只有法律评价与道德评价在基本面对保持契合，才能达到最佳的立法水准和立法效果。⁴⁷⁶

（二）健全民间金融规制法律

金融领域大量刑民交叉问题的出现，有相当一部分是由于客观存在的民间金融未能得到合理的法律规制所导致的。民间金融的存在是有其合理基础的，在事实上能够为我国实体经济带来积极作用，特别是对农村经济发展的功效十分突出。笔者认为，良莠不齐的民间金融应当一分为二的看待，其本身亦有合理民间金融和非法民间金融的区分，即所谓的“**灰色金融**”和“**黑色金融**”两种，**并非凡是民间金融一律应该合法化**。

⁴⁷⁷立法上应当设置必要的合法化门槛或标准，对达到标准的民间金融予以承认

⁴⁷⁶ 王曙光等：《金融伦理学》，北京大学出版社2011年版，第44—45页。

⁴⁷⁷ 高晋康：《民间金融法制化的界限与路径选择》，《中国法学》2008年第4期。

和保护，而对未达到该标准的民间金融给予规制或惩罚。这就从实体法立法规制的角度在一定程度上减少了金融领域刑民交叉案件中性质认定的困惑，最终有利于刑民交叉问题的解决。

四、程序法立法层面：金融领域刑民交叉问题的应对

（一）明确程序法立法理念

诚如有学者提出，把刑民交叉案件管辖的一些历史沉淀和实践探索的边缘性制度逐渐固定下来，从而增加现行制度的弹性和适应性。

⁴⁷⁸以这种思路打开司法入口民刑二分的单一局面，从程序法的立法上为审理刑民交叉案件提供某种更为合理、明确的制度支持，应该是可取的。刑民交叉问题一旦出现，目前的司法程序是以先刑后民为原则予以处理，在处理的过程中，“**刑法的谦抑性**”原理与“**罪刑法定**”原则时常发生冲突，这就增加了司法的不稳定性，模糊性。刑法的谦抑性是立法原理，也是指导司法人员解释刑法、适用刑法的重要准则。但在刑民交叉的个案中，当案件的具体关系一旦在遵循罪刑法定原则的前提下，严格且合理地解释了刑法规定的犯罪构成要件，对于符合犯罪构成的行为，就应当依法定罪量刑，此时如果再把刑法的谦抑性搬出来作为排除刑事责任的依据，理由显然是不够充足的，也是不现实的。笔者认为，在金融领域，当民商事纠纷与刑事犯罪交织时，应该首先提取关涉刑事犯罪构成要件的法律事实；然后在对这些事实的认定上坚持刑法的谦抑性，能认定为民事法律事实的，就尽量认定为民事法律事实；最后根据这些经过严格筛选、谨慎判别的法律事实，再依据罪刑法定原则进行犯罪构成上的解释，进而定罪量刑。

（二）对金融领域的现行刑事附带民事诉讼模式进行改造

在金融领域的刑事犯罪与民事纠纷发生交叉时，私权利的维护与公权力的保护几乎成为价值位阶平行并列的关系。反映到诉讼程序上，刑事附带民事诉讼可能也应作出相应的调整。目前，刑事附带民事诉讼程序尚存在独立性不足的缺陷，所谓的刑事附带民事只是照旧使用民事诉讼程序进行，而没有在立法上保障和体现附带民事诉讼的独立性。应从立法上赋予刑事附带民事诉讼程序以独立性，使之不同于纯粹的刑事诉讼或者民事诉讼，甚至可以把刑事附带民事诉讼的地位提高到单独立法的高度，用于专门处理刑民交叉案件。对现行刑事附带民事诉讼模式进行改造，可以赋予当事人以选择权，使其拥有更充分的实体民事权利和程序权利，实现自身利益的最大化。

（三）建议程序立法上对非司法部门处理的前置性予以确认

金融领域具有专业性极强、技术手段更新极快，还有跨地区、跨国作案的特点，金融领域刑民交叉案件的处理还可以参考劳动争议案件设置了劳动仲裁前置的做法，在立法上可以考虑使金融监管部门承担部分前置司法认定职能。其理由是：首先，金融监管部门本身是政府行使监管金融秩序的法定业务部门，在专业人员配备、技术设备、身份识别、数据监控、财力物力、网络联结等方面都具有领先于金融市场主体的优势；其次，金融监管部门长期处在最新

⁴⁷⁸ 李兰英、陆而后：《从技术到情感：刑民交叉案件管辖》，《法律科学》2008年第1期。

政策指令的响应与执行第一线，比法院熟悉业务来得更加迅速，并且法院作为审判机关在没有诉请的情况下，不具有主动出击的依据，而金融监管部门在日常职能的行使中，显然对本地区金融活动更为了解、有利于对金融犯罪的预防和纠纷争议的化解；再次，金融监管部门集行政管理与初次司法认定职能于一体，能够节约有限的司法资源、提升司法效率、降低权利人维权成本，更好、更快捷地锁定和识别刑事犯罪事实与民商事纠纷事实，从而为法院审理程序创造了良好开端。

另外，从程序法立法的角度，行业自律组织也有其发挥作用的空间与必要。例如金融领域的刑民交叉案件中，经法院审理，最终该行为没有达到立罪标准，仅以民商事纠纷处置判决。此时相关权利人可能获得了足够的经济物质赔偿，但是精神、情感等方面的缺憾未能充分填补，此时可以从程序立法上赋予金融行业协会依法对被告人予以降低信用评级、会员除名等商誉制裁。

五、司法层面：金融领域刑民交叉问题的处理

（一）对金融领域不适用或慎用“先刑后民”原则的分析

刑民调整之争其实是公权力与私权利之争。过分强调中止民商事纠纷等待刑事案审判结果，实际上可能会导致当事人的民事权利无限期的搁置。对犯罪的打击有轻重缓急之分，金融领域不同于自然犯暴力犯罪，对被告人、犯罪嫌疑人动辄以刑事手段予以制裁，可能并不能有效制止损害结果的延续，而被害人、权利受损者除了在报复心理上获得了部分满足或者安慰，其实他们更为关心的应该是自己的权利是否能得到及时、充分的弥补，财产损失不再扩大，有无填补的可能。

“先刑后民”原则在金融领域如果依然主导司法诉讼程序的进行，可能在普通民事纠纷中，发生被告通过其他手段人为制造存在经济犯罪嫌疑的假相，然后利用该原则拖延民事案件的审理，从而为其赢得推卸、规避民事责任的时间，最终使原告的合法权益短时间内无法恢复并可能损失进一步扩大。

（二）域外模式经验及其对我国的启示

在英美法系国家，主要采用的是将民事诉讼与刑事诉讼完全分离的平行诉讼模式，遇到刑民交叉问题，民事问题交由民事诉讼解决，由犯罪行为引起的民事赔偿在民事诉讼程序作出处理。民事诉讼和刑事诉讼并不存在司法上的依附性，彼此独立，而被害人刑事案件审结后才能提起民事诉讼这一刑事优先性是基于刑民分立基础上的时间优先。但在金融领域，英美等国都拥有相对完备的金融刑法，其金融案件的司法中更为常用的法律手段是借助其金融领域业内的行政处罚和民事赔偿达到恢复金融秩序、维护被害人权益的目的。

大陆法系国家在刑民交叉案件中的诉讼处理模式，主要是附带诉讼模式。即解决由犯罪行为引起的民事损害赔偿的问题上，赋予被害人以选择权，既可以选择刑事附带民事，也可以提起单独的民事诉讼方式进行。我国台湾地区2002年“刑事诉讼法”第496、504条也针对刑民交叉案件在刑事优先性和民事权利保护上的平衡作出了规定，即“附带民事诉讼之审理，应于审理刑事诉讼后行之。但审判长如认为适当者，亦得同时调查。”“法院认附带民事诉讼确系繁

杂，非经长久时日不能终结其审判者，得以合议裁定移送该法院之民事庭”，并且台湾“刑事诉讼法”不允许检察官参与到附带民事诉讼。可见，刑事优先原则虽然是以相对的时间优先原则在予以贯彻，但又不仅仅通过时间维度来体现，往往兼顾到民事部分的公平处理。在德国，因为存在完善的金融违法行为民事赔偿和行政处罚制度，在处理操纵证券、期货价格和内幕交易等案件的司法上具有更多的责任方式选择，尤其是对于法人的金融违法行为，是彻底的行政处罚与民事赔偿，而没有刑事责任。

可见，对待金融领域中的违法犯罪行为，我们应当在科学发展观的指导下，科学设计和运用法律工具，并纳入整个金融规制监管体系之中。严密的立法可以做到“法网恢恢疏而不漏”，但司法中更应当处理好“网面”和“网眼”的关系，并非将所有的金融违法行为都捕捉进刑法的罪网之中，甚至不排除将部分金融犯罪行为从立法上转化为“非犯罪”行为的可能性。结合域外经验，可以把犯罪本身转化为违反秩序的行为处以罚金；可以采取诉讼便宜主义的诉讼解决方式，在检察院正式起诉之前就结束案件；还可以在法院判定有罪之后，缓期执行判决内容。

（三）金融领域刑民交叉案件应当秉持的处理原则

（1）坚持刑法的二次评价性原则。

刑法具有剥夺他人生命、自由的严厉性，更加强调形式的理性，注重规范的精准、具体、明确，力图给予国民一种清晰、权威、稳定的理性预期，关注全部社会整体的正义底线。与之相对应，民法则更加强调平等主体之间财产流转、人格身份变迁而发生的各种纠纷的具体解决与排遣，关注具体案件实际利益的功利性分配，对被损害的具体权利义务关系予以修复和矫正；刑法以道义性惩罚为基本调整手段，把公正作为首要价值，强调刑法干涉的“最后手段性”与“谦抑性”，而民法则以功利性补偿为主要调控方式，讲究社会关系的恢复与平衡。⁴⁷⁹

在金融民事法律规范和金融刑事法律规范对某一行为的规定发生冲突，而导致对行为性质认定冲突的情况下，对该行为究竟是应当适用刑法还是适用民法进行调整，这反映着司法的价值取向问题。规范一旦相互冲突，在适用上一定会发生适用位阶的问题。此时我们除了从效益性原则来予以考虑以外，更应该树立刑法的“最后手段性”、“迫不得已性”，保持刑法立罪到定罪上的谦抑性。刑法是其他法律规范的保障法，既然是一种保障，只要还有适用其他法律规范进行调整的可能性，就不能适用刑法规范。只有当某种行为严重危害到社会秩序，只有其他法律规范无法对其调整时，刑法才能加以调整。在构建国际金融中心的背景下，坚持这种刑法规范的“二次评价性”，在充满创新性的金融领域尤为重要。

（2）应当从严解释金融刑事法律，从宽解释金融民事法律。

⁴⁷⁹ 夏斌主编：《中国金融法律法规核心解读》，中国金融出版社2008年版，第5—8页。

法律作为人文社会科学的产物，在成文法国家，受制于语言文字的表述，无法像自然科学那样存在泾渭分明、非此即彼的界限。立法出来以后，总会有许多司法解释、修正案对这些法律予以进一步的解释，使之合时宜、合初衷。诚然，法律的总体发展趋势肯定是从不确定不断变得确定，从模糊逐渐变得清晰，所以，法律可以说就是确定性与不确定性的统一。从轻度违法行为的民事责任到重度违法行为即犯罪行为的刑事责任的变化，实际上是违法程度、社会危害性程度从量变到质变的反映。在较为明显的部分，民法和刑法可以在各自的范围内分别适用，但是行为的社会危害性和对权利人的侵害究竟达到什么程度，才使该行为在司法认定上发生刑民转换的质变，这个“度”是很难精确掌控的，立法本身也是无法彻底界定和解决的。

这一现象在我国金融领域表现得更加明显。由于金融刑法的规定口径相对较宽、在立罪的文字表述上有存在相对较高的概括性，金融违法行为很容易涉嫌刑法规范的内容，但此时可能就金融刑法的立法本意而言又并非是受其调整的行为，因而在金融刑事法律和金融民事法律交叉或界限模糊的边缘地带，就应当坚持刑法的谦抑性，需要从严解释金融刑法，从宽解释金融民法。如果确实需要动用刑法，也应该在处理时比照一般案件予以适当从轻。

⁴⁸⁰例如在“委托理财”与“非法吸收公众存款罪”发生交叉时，我们应该对归罪持慎重态度，通常只要能运用民事手段调整的，就不轻易以非法吸收公众存款罪处理，尽量从罪与非罪的要件上去分别排查、认定，将委托理财等金融行为从涉嫌犯罪的沼泽中予以“拯救”，这种宽严并济的解释方式，并不违背刑法应当具有的内敛品格，并且符合遏制金融违法从“刑法依赖”到“非刑法依赖”的构想。

(3) 坚持以金融民事关系的前置性分析和定性为基础来判断刑事关系。

这种前置性分析和定性是有条件的，即在金融刑法关系和金融民事关系互相交织且金融民事关系的判定对刑事关系的认定存在影响的情况下，才能以金融民事关系的前置性分析和定性为基础来判断刑事关系。因为金融领域的犯罪行为往往不是单一的，是一种多层次的复合行为，而且杂糅着各种金融民事行为，如果这些民事行为的认定对犯罪性质或者犯罪情节有决定性影响或重大影响时，我们就应当坚持以金融民事关系的前置性分析和定性为基础来判断刑事关系原则。⁴⁸¹

(四) 关于能动司法的问题

能动司法的总体要求是：案件处理过程中，在依法的前提下，既要考虑社会稳定，又要考虑经济发展；既要切实维护权利人的合法权益，又要考虑社会对裁判的承受限度。就金融领域而言，相当一部分金融犯罪行为导致的危害结果并非像其它侵害人身权利的犯罪那样难于恢复。如果能在定罪量刑上，尽

⁴⁸⁰ 肖晚祥：《金融领域中的刑民交叉关系及处理原则》，载卓泽渊等主编：《金融法律服务与管理创新建设论坛》，中国人民公安大学出版社2012年版，第95页。

⁴⁸¹ 肖晚祥：《金融领域中的刑民交叉关系及处理原则》，载卓泽渊等主编：《金融法律服务与管理创新建设论坛》，中国人民公安大学出版社2012年版，第96页。

可能多地保留犯罪人的经济权利，鼓励其亲属积极奔走，妥善处置财产的经营与管理，就很有可能使罪犯借助自身能力和影响力弥补金融犯罪行为所带来的损失。例如，因为一个管理人员的金融犯罪行为导致整个公司商誉骤降，财产冻结，此时公司股东和客户的合法利益如何得到最有效的保护、避免损失的进一步扩大应该是司法工作的一项重要任务。笔者认为，这也是金融司法环境建设中能动司法、发挥主动服务意识的题中应有之义。尤其是考虑到金融犯罪行为具有的诸多特殊性，加之存在刑民交叉的情形，司法审判应该更加审慎：如果能依法以民事责任制裁并同时使原告权利得以保护，那么就没有必要首先考虑适用刑法，即使是成立金融犯罪，在对共同犯罪的处理上也应该刚柔并济，做严格的区别对待，而非一竿子打死。以黄光裕案为例，其终审被判14年以及罚没8亿元人民币的判决维持不变；但其妻子杜鹃却被改判缓刑，并当庭释放，最终为黄光裕在国美电器的股权争夺战中的胜出创造了条件，维护了国美电器的稳定经营。这样的判决，在严格依法、实事求是的基础上做到了刑事打击与维护其他权利人合法利益的结合，其不失为金融领域值得借鉴的定罪量刑一例。

六、结论

在服务上海国际金融中心建设的背景下，因为金融领域天然存有较强的特殊性，所以对金融领域刑民交叉问题的应对应该是全方位的，成体系的。刑法规范调整如果无法满足高速的金融发展需求，反而以浓烈的人罪思维将金融市场萌芽中的新生事物牵强扼杀，会使得整个金融活动的创新、活力都受到很大的禁锢。所以，在金融中心形成阶段，国际金融竞争相对弱势的局面下，民商经济法优先发展几乎是最切实际的选择，而即使是金融刑法逐步覆盖跟进，也是应重视对金融自由的保护。反过来，这也是上海构建国际金融中心对所需法制环境提出的要求。

I.M.Kleymenov

宪法学与行政法学副教授

俄罗斯国立高等教育研究院圣.

彼得堡分院《高等经济学院》

电子邮件：piligrim111@mail.ru

打击经济腐败问题

文章重点讨论涉及经济腐败现象的一个身处优越的地位——立法和执法的官员，

中国现代私家银行在法律上的地位

中国私家银行尽管身处现代化高速发展的经济状态中，但一些私家银行的复兴并没有满足市场经济的需求，这种状况影响了半世纪的经济局面。金融垄断的状态造成了私人银行不具备法律权力，**在过去的30年国家一直与他们作斗争**，但他们并没有消失，**相反数量和范围都增加了**。这种情形迫使我们认为，私人银行在当前中国社会经济结构中具有很大的相关性，。

为了解决私人资本的问题，政府已经允许设立小额信贷公司，他们也类似于私人银行的形势，这就是为什么导致许多学者确信私人银行将会有合法化的发展趋势。

然而私人银行的发展状态并未改观，私人银行在中国经济市场上如同以往，不能保障民众的实际需求。问题是：小额贷款公司是否有能力执行类似于银行的功能，因此，现今中国是否应取代私家银行？

如果不，那么MCC体系和私人银行之间有何区别

？是否能将其合法化？在这篇文章中，我们将会回答这些及相关问题。

Dmitriy V. Nefjodov
宪法学与行政法学副教授
俄罗斯国立高等教育研究学院圣.
彼得堡分院 «高等经济学院»
电子邮件：007dnef@gmail.com

金融市场，国家调控和银行业

本文分析了银行法的现代化的因素。笔者认为经济发展过程是法律上产生任何变化的基础。这些措施包括建设，这主要是市场经济的逐步发展**完全有别于**个人主义的原则。现代社会对于人最注重的价值是不顾他人利益，**作为一个公民，一个人，一个企业家，他们都是将私人利益凌驾于公众利益之上**。这就是为什么银行法立法者必须始终选择私人资金而非公共资金的原因，银行，不得不摆脱传统的公共领域，**逐步**转换到的民事行业的主要规则中。

C O N T E N T S

ELENA BORISENKO

Deputy Minister of Justice of the Russian Federation

Introduction

7

TATIANA ALEXEEVA

Higher School of Economics — Saint-Petersburg

Collaboration of Russian and Chinese lawyers:
historical bases and prospects

8/38

1. Civil Law — Legal Fundamentals of Market Economy

GADIS GADGIEV

Academic adviser of the Law Faculty Higher School of Economics — Saint-Petersburg,
Judge of the Constitutional Court of Russian Federation

Methodological Problems Arising in the Process of the Improvement
of Civil Legislation on Legal Persons

11/39

FEI ANLING

China University of Political Science and Law, School of Juris Master

Discussions about Commercial Subject in Roman Law

19/39

MIKHAIL KROTOV

Authorized representative of the President of Russian Federation in the Constitutional Court of Russian
Federation, Higher School of Economics — Saint-Petersburg

Modern Theory of Obligations

20/48

YANG YINHONG

Fujian Normal University, Law school

Ensuring the Obligations: from Roman to Modern Law

23/48

LEONID MIKHALEVICH

Higher School of Economics — Saint-Petersburg

The Problem of Determining the Moment when Agreements Made
According to Russian Civil Legislation Come into Effect

24/58

WANG HONGPING

Yantai University, Law school

The Effectiveness of Non-entry into Force Contract

28/59

LIU YINLIANG

Inner Mongolia University, Law School

Theoretical Research of Relational Contract

29/69

VLADISLAV BONDARENKO

Higher School of Economics — Saint-Petersburg

Commercial Partnership and Investment Unlimited Company:
Legal Status and Perspectives of Evolution

30/76

2. Actual Problems of Commercial Law

ANDREI BUSHEV

Saint-Petersburg State University

Modern Development of the Private Law in Defining Limits
for Discretion upon Making Business Decision, as well as Grounds
for Directors' Liability in For-profit Organizations: Criteria
of "a Manifest Obviousness" 77/111

HU LILING

China University of Political Science and Law

The External Transfer Effectiveness of Equity in Limited Company:
the Norms and Empirical Research of Chinese Company Law 85/112

SERGEI KOVALEVSKY

Higher School of Economics — Saint-Petersburg

Legal Problems of Mortgage Insurance in Russia 86/121

BO YANNA

China University of Political Science and Law, Institute of Comparative Law

The Practice and Legislation of Chinese Insurance
Companies' Market Exit 91/122

POLINA RYABINCHUK

Higher School of Economics — Saint-Petersburg

State Regulation of the Competition in the Sphere
of Construction Activity 92/131

ALEKSANDR VOLKOV

Higher School of Economics — Saint-Petersburg

Legal Regulation of the Foreign Investments in Gas Producing Industry
of Russian Federation: Perspectives of Russian-Chinese Cooperation 101/131

3. Actual problems of State's Participation in Economic Activity

LUO ZHIMIN

China University of Political Science and Law, Institute of Comparative Law

Thinking about the Legalization of Chinese Government's Intervention
in Economy 132/184

SVETLANA CHEKHOVSKAYA

Higher School of Economics — Moscow

Reforming Corporate Legislation: the Ratio of the Mandatory and Non-
mandatory Regulation 132/191

LI HONGNAN

Jiangxi University of Finance and Economics, Law School

The Legal Problems of China and Russia's State-Owned Enterprise Reform 140/191

LI WENJING

China University of Political Science and Law, Institute for Law and Economics

The Economic Analysis of Beijing Taxi's Quantitative Restriction:
Market Failure or Government Failure

141/199

WANG XINHONG

Fujian Normal University, Law school

Fiduciary Responsibility of the State-Funded Enterprises' Operators:
China Experience, Reflection and Suggestions

143/208

OLGA MAKAROVA

Saint-Petersburg State University

Organizational Legal Forms of the State's Participation
in the Russian Economy

144/217

ZHANG YANLI

Beijing Institute of Technology, Law School

Bankruptcy Issues of Chinese Enterprise

152/217

ILIA SHEVCHENKO

Higher School of Economics — Saint-Petersburg

On Some Problems in the Evolution of Russian Bankruptcy Legislation
at the Present Stage

153/226

VLADIMIR SIVICKYI

Higher School of Economics — Saint-Petersburg

ANTON LEBEDEV

Higher School of Economics — Moscow

Constitutional Aspects of State's Regulation of Economic Activity
in Russian Federation

163/227

ANNA SMIRNOVA

Higher School of Economics — Saint-Petersburg

Licensing and other Permissive Activities as Methods
of the Governmental Management

171/227

DZHOBABA NUGZAR

Higher School of Economics — Saint-Petersburg

Problems of Sustainable Development of the States

177/228

4. Actual Problems of Financial Law

WANG YONG

China University of Political Science and Law, Civil, Commercial and Economic Laws School,
Institute of Commercial Law

Amendment of Chinese Securities Investment Fund Law,
It's Consequences for the Security of the Investments

229/263

ANNA LAPTEVA

Higher School of Economics — Saint-Petersburg

Actual Problems of Russian Security Market Legislation

229/276

JIANG WUZHEN

Jiangxi University of Finance and Economics, Law School

The Legislative Experience of Russia's Reform of Tax System and
its Impact on China

234/276

IRINA MAKAROVA

Higher School of Economics — Saint-Petersburg

Actual Problems of the Tax Law of Russian Federation

235/281

XIONG JINGUANG

Jiangxi University of Finance and Economics, Law School

The Response of Crossing Problem between Criminal and Civil law
in Financial Area: on the Background of the Construction
of Shanghai International Financial Center

242/282

IVAN KLEIMENOV

Higher School of Economics — Saint-Petersburg

The Problems of Fighting against Economic Corruption

243/290

WANG ZHIHUA

China University of Political Science and Law, Institute of Comparative Law

The Legal Status of Banking House in Contemporary China

249/291

DMITRIY NEFJODOV

Higher School of Economics — Saint-Petersburg

Market and Sate Regulation of Finances and Banking

256/291

**АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ
ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ
ЭКОНОМИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ
В РОССИИ И КИТАЕ**

Лицензия ЛР № 020593 от 07.08.1997

Налоговая льгота — Общероссийский классификатор продукции
ОК 005-9, т. 2; 95 3004 — научная и производственная литература

Подписано в печать 24.12.2012. Формат 60х84/16
Усл. печ. л. 17,5. Уч.-изд. л. 19. Тираж 130. Заказ ____.

Отпечатано с готового оригинал-макета, предоставленного авторами,
в типографии Издательства Политехнического университета.
195251, Санкт-Петербург, Политехническая ул., 29