

目录

法制要闻

最高法：各地法院可赋予代理律师财产调查权
刑事诉讼法将修改 “排除刑讯逼供证据”有望入法
最高人民法院新规定完善委托执行制度
最高人民法院关于人民法院办理海峡两岸送达文书和调查取证司法协助案件的规定
最高人民检察院关于适用修改后《中华人民共和国国家赔偿法》若干问题的意见

万桥快讯

李勇主任受邀列席市政府常务会议
孙广平律师为顾问单位做法律专题讲座
香港唐楚彦律师到万桥所进行业务交流
《人民日报》发表万桥所周海滨律师文章】

律师风采

王玉纯 律师
汪通 律师

以案说法

二手房买卖解除合同案例

理论研讨

论公司股权转让

律师随笔

中国法哲学欠缺问题意识

法制要闻

最高法：各地法院可赋予代理律师财产调查权

被执行人“下落不明”、假离婚逃避债务、虚构债务转移财产、企业未经清算即注销、利用特殊身份干扰执行……近年来，规避执行的手段不断翻新。据初步统计，执行难案件中大约有15%是由于被执行人规避执行所致。

为有效防范规避执行行为，近日，最高人民法院向各级人民法院正式印发了《关于依法制裁规避执行行为的若干意见》。6月19日，最高人民法院执行局负责人对意见进行了权威解读。

5种渠道找人找钱

“被执行人难找和执行财产难寻是困扰人民法院执行工作的两个难点，被执行人往往利用这两方面设置障碍、规避执行。”最高法执行局负责人指出，意见则通过严格落实财产报告制度、强化申请执行人提供财产线索的责任、加强人民法院依职权调查财产的力度、适当运用审计方法调查被执行人财产和建立财产举报机制破解之。

“申请执行人提供财产线索是查找被执行人财产的渠道之一，对于迅速准确地查控被执行人财产、缓解人民法院案多人少的压力都有积极的作用。意见吸收了实践中取得成功经验的做法，各地法院可以探索尝试以财产调查令或委托调查函等赋予代理律师法律规定范围内的财产调查权。”这位负责人说。

而被执行人的财产报告义务是民事诉讼法规定的内容，意见强调了执行法院要严格落实财产报告制度，同时明确了无财产可供执行的被执行人应定期报告的原则，避免被执行人以无财产可供执行为由不进行财产报告。关于人民法院依职权进行财产调查问题，意见明确要求各地法院要充分发挥联动机制的作用，与各有关单位进一步完善查控网络，拓宽调查渠道，简化调查手续，提高调查效率。

“关于审计执行和悬赏举报，是作为上述三种调查手段的补充。意见明确了根据申请执行人的申请启动的原则，且两者费用的承担主体不同。”该负责人表示，审计费用由申请执行人垫付、实际执行到位后由被执行人承担，因为发生审计的前提是被执行人既不履行义务、又有转移隐匿处分财产的情形，造成被执行人名下无可供执行财产的假象，被执行人有明显过错；而悬赏举报奖励资金因其性质不同则规定由申请执行人承担。

债权可执行或保全

最高法执行局负责人介绍说，被执行人规避执行往往是将可供执行财产转移或隐匿，造成无财产可供执行的假象，所以在纠纷发生后必须强调对债务人可供执行财产的保全，防止其在执行程序开始前转移财产。

意见在三方面提出要求，即加大对当事人的风险提示、加大财产保全力度和强化对担保财产的执行措施。

对于《法制日报》记者“债权是否也可以执行或保全”的提问，这位负责人给予了肯定的答复。他表示，意见对此规定了三种情况：对生效法律文书确认债权的执行，即执行法院可以书面通知被执行人在限期内向有管辖权的人民法院申请执行该生效法律文书，若限期届满被执行人仍怠于申请执行，则执行法院可以强制执行该到期债权；可以依法保全未到期债权，但必须待该债权到期后才能参照到期债权予以执行；必须进行诉讼的情形，即根据合同法之规定，应当提起代位权诉讼、撤销权诉讼的，执行法院可以告知申请执行人依法起诉。

恶意诉讼裁判应再审

恶意诉讼是目前执行实践中存在的规避执行行为之一。在最高法执行局负责人看来，其性质恶劣、后果严重、影响极坏，损害的不仅是申请执行人的合法权益，更是审判和执行的

公正和有序，如果不对恶意诉讼问题依法进行制裁，将对司法权威造成极大的危害。

因此，意见强调要严格执行案外人异议之诉的管辖问题。最高法《关于适用民事诉讼法执行程序若干问题的解释》明确规定，案外人异议之诉由执行法院管辖。但在实践中，屡屡出现被执行人与案外人恶意串通，在执行法院之外的其他法院就执行标的提起确权诉讼，且多是通过调解结案，达到通过生效裁判文书将执行标的确权给案外人、损害申请执行人利益的目的。意见重申执行法院管辖的同时，明确了其他法院已经受理尚未作出裁判的，应当中止审理或撤销案件，并告知案外人向执行法院起诉。

“为防范以恶意诉讼手段规避执行，意见还规定，执行法院可以向已作出裁判文书的人民法院或其上级法院提出书面建议，有关法院应当依法决定再审。”该负责人指出。

加强民刑制裁力度

加大对规避执行行为的处罚力度，是广大群众的心声。意见作出了积极回应。

据了解，对规避执行行为，现行法律和有关立法、司法解释既规定了民事制裁措施，又规定了刑事处罚措施。如民事诉讼法规定了对拒绝报告或虚假报告的被执行人或其法定代表人、有关单位的主要负责人或直接责任人可以罚款、拘留；《全国人大常委会关于刑法第三百一十三条的解释》等规定，对于被执行人、担保人、协助执行人或者其他存在隐藏转移变卖毁损可供执行财产、拒不协助执行或者抗拒执行等情形的，可以依法追究刑事责任。

但最高法执行局负责人坦言，执行实践中，有的法院认为民事处罚手段的力度不够、效果不好而不愿适用；同时，由于某些规避执行的手段较为隐蔽，证据难以收集，且追究程序复杂，导致刑事处罚措施的适用难度较大，没有发挥其应有的威慑作用。

意见强调，对规避执行行为加大民事强制措施适用，对协助执行义务人拒不协助执行或者妨碍执行等情形，给申请执行人造成损失的，应当依法对相关责任人予以罚款、拘留。对构成犯罪的规避执行行为加大刑事制裁力度，依照刑法的规定构成犯罪的，应当依法追究行为人的刑事责任。同时，要求人民法院注意加强证据的收集，为公安和检察机关查处做好前期的证据收集工作；对于检察机关提起公诉的拒不执行和妨害公务案件，人民法院要抓紧审理，快速结案，加大判后宣传力度，充分发挥刑罚手段对规避执行行为的制裁力度。

“意见的内容还不够完善，但其是开放性的，鼓励各地法院在实践中不断探索和创新反规避措施。”这位负责人最后表示。

来源：法制网——法制日报

刑事诉讼法将修改 “排除刑讯逼供证据”有望入法

刑事诉讼法将迎 15 年来首次修改，专家建议修法应考虑与国际公约衔接，去掉“如实供述”表述，“排除刑讯逼供证据”有望入法

刑事诉讼法 1996 年首次大修，明确将“未经法院依法判决，不得确定任何人有罪”写进法律。但在过去的 15 年中，佘祥林案、赵作海案、躲猫猫事件、开水死事件等背后的刑讯逼供、有罪推定和监管漏洞，暴露出刑事诉讼法中急需完善的地方。全国人大常委会已将刑法修改列入今年的立法计划，法工委也已正式启动该法修改的调研。

■ 专家建议

“如实供述”修改方向

上策

你有权保持沉默

“你有权保持沉默。如果你不保持沉默，那么你说的一切都能够用来在法庭上作为控告你的证据。”

著名的“米兰达警告”，也称“米兰达告诫”，即犯罪嫌疑人、被告人在被讯问时，有保

持沉默和拒绝回答的权利。

中策

不强迫自证其罪

“凡受刑事指控者，不得被强迫做不利于自己的证言或者被强迫承认犯罪。”

这是《公民权利和政治权利国际公约》的规定,我国已签署，但尚未批准加入。

在美国、法国等许多国家的法典中，是一条比较普遍的条款。

下策

废除“如实供述”

“坦白从宽，抗拒从严”这句口号，作为审案政策已实行了几十年。这一审讯原则在“有罪假定”的前提下，要求犯罪嫌疑人自证其罪，以求宽大处理。

这个政策重口供而轻证据，很容易引来刑讯逼供，近年在海淀区检察院等地已经取消。

对话人物:王敏远

王敏远，中国社会科学院法学所研究员、中国法学会刑事诉讼法研究会副会长。

“公约是对全世界适用的，都是最低限度的、起码的要求，如果这都做不到，我们何谈一个负责任的大国应该承担的责任呢？

我们反对刑讯逼供不是因为一打就是冤假错案，而是因为这是一种野蛮的、不人道的、违反人权要求的侦查破案的方式。”

新京报：1996年，刑事诉讼法进行了大规模的修改，但很快学界就呼吁再次大修，这比较罕见，是不是说当时的修改并不成功？

王敏远：修改的积极意义还是应当肯定的，例如确立了未经法院判决不得确定任何人有罪，这都是巨大的进步。但当时确实留下了不少问题和争议、要求修改的呼声也会很自然地产生，这是正常的。还有后来在实践中产生的新问题，现在就是希望修法能够把这些问题逐步解决。

修法应考虑与国际公约衔接

新京报：1996年修改刑法时，中国已经批准了联合国禁止酷刑公约，公约里规定的“非法证据排除规则”并没有体现出来。

王敏远：当时还没有公约意识。研究讨论过程中很少提到国际公约。即使有人提出，也没有任何反应，反对的没有，赞成的也没有，就像没听见一样。

新京报：刑法和国际公约的要求有多大差距？

王敏远：肯定有差距，如不得强迫自证其罪，比如羁押的司法审查等，但差距并没有想象的那么大。

新京报：以公约为底线是否已经达成了共识？

王敏远：我没有听到官方的明确的说法，学界倒是一直在呼吁。其实这不是什么高标准的要求，这是最起码的要求。公约是对全世界适用的，都是最低限度的、起码的要求，如果这都做不到，我们何谈一个负责任的大国应该承担的责任呢？

“如实供述”有望去掉

新京报：哪些公约的规则可能会纳入刑法修改？

王敏远：据我所知，这次修改中对公约的很多内容是予以考虑的，比如不得强迫自证其罪，这次就很可能要写进去，解决我国刑法的“如实供述”与公约不一致的问题。我认为选择有上、中、下三策，上策就是按照跟米兰达规则相似的沉默权，中策是依照国际公约的要求，凡受刑事控告者，在未依法证实有罪之前，应有权被视为无罪。下策是简单地将“如实供述”去掉。

新京报：我们会选择中策？

王敏远：有中策已经很不错了，已经是很重要的进步了。当然，这也有现实基础。前些

时间我去参观一些公安机关的审讯室，有的已经不再强调“坦白从宽，抗拒从严”了，说明有的侦查机关的破案，审讯的作用已经发生了变化，不再把撬开嘴巴作为侦查的主要方式了。

新京报：非法证据排除的规范上，我们已经做到哪一步了？

王敏远：去年“两院三部”颁布的关于非法证据排除规则，是比较彻底了，与禁止酷刑公约一致，禁止酷刑公约也只是要求排除非法言词证据，没有要求排除非法实物证据。从法治发达国家的相关规定来看，对非法实物证据往往也是酌定排除的，不是绝对排除。当社会具备相应的条件时，通过修改法律，规定非法证据排除方式促进侦查机关改变破案方式。

并非因冤案才反对刑讯逼供

新京报：改掉“坦白从宽，抗拒从严”一句话，我们走了这么多年？

王敏远：强迫自证其罪，即使按照 1979 年的刑诉法也是不应该允许的。刑讯逼供本来就是我们禁止的。

新京报：为何刑讯逼供还是屡禁不止？

王敏远：因为刑诉法中缺乏法律后果的规定，如果法律只是规定了不允许刑讯逼供，但是刑讯逼供得来的证据竟然可以用作定罪的根据，怎么遏制刑讯逼供？

作为一种现象，刑讯逼供的原因很复杂。这和超期羁押的原因有共通的地方。比如利用审讯破案、靠口供找线索，这种侦查模式没有改变，是导致刑讯逼供的重要原因。

新京报：也有人说，刑讯逼供的确破了不少案子。

王敏远：冤假错案背后往往有刑讯逼供，但并不是刑讯逼供一定会造成冤假错案。如果认为刑讯逼供一定导致冤假错案，那就是把侦查人员看成不是傻子就是坏人，这是不可能的。我们反对刑讯逼供不是因为一打就是冤假错案，而是因为这是一种野蛮的、不人道的、违反人权要求的侦查破案的方式。

审讯时律师在场可减少刑讯

新京报：躲猫猫事件暴露出看守所失去监督的问题，解决看守所监督和审讯时律师在场这两个问题遇到的阻力都挺大？

王敏远：刑讯逼供问题不可能一夜之间彻底解决。重要的是要促进这个过程，而不要停滞，更不应阻碍这个过程。如制定审讯时律师在场的规则，虽然连律师一起打的情况也会发生，但毕竟大多数情况下不好下手吧。

新京报：什么是阻碍这个过程？

王敏远：有一种观念认为，侦查犯罪是维护社会稳定的需要，职能部门没有个人的私利，是为了社会治安，为了发现、揭露、惩罚犯罪，所以强调程序公正，禁止刑讯逼供就给我捆住手脚，就难以办案了。这是错误的观念。

新京报：在刑诉法修改中应该如何操作？

王敏远：刑讯逼供原因很复杂，但法律上的对策没那么复杂，规定相应的预防措施，如全程录音录像，审讯时律师在场等，再规定适当的法律后果就够了。

证人作证不公开是秘密审判

新京报：刑事诉讼中一直存在一个比较突出的问题，就是证人出庭很少。

王敏远：证人出庭不是愿意不愿意的问题，有争议就得出庭。此外，特别的证人要出庭，特殊案件证人要出庭。比如死刑案件，关键证人的证言决定人的生死，人命关天，就算没有争议，也必须出庭。办案警察和鉴定人要出庭，因为警察办案过程的情况对发现真相有很大影响，比如怎么搜查的、怎么审讯的。

新京报：有的案件在审判中，证人拒绝回答问题。

王敏远：这时法官要裁定，这个问题必须回答，如果作伪证还要追究责任。没有有效质证，这种出庭是没有意义的。所以证人出庭作证的数量并不重要，质量最重要，简单地提高证人出庭率是做表面文章。

新京报：如果有的证人坚持不出庭怎么办？

王敏远：要设置相应的程序性法律后果，如该证人的证词就不能采信。

新京报：那侦查机关恐怕会反对。

王敏远：证人作证不公开，从某种意义上说就是一种秘密审判。秘密审判不一定是冤假错案，但是司法所要求的不仅仅是公正的实现，而且是以看得见的方式实现。

新京报：此次刑诉法修改最大的困难在哪里？

王敏远：和刑法修改面临的问题不一样。刑诉法是程序法，是操作之法，涉及方方面面，需要很多协调，涉及公、检、法、司等方方面面的职能，是个艰难的过程，是个大家达成共识的过程，这使得刑诉法修改的难度很大。期待各方通力合作，使得这次修法得以顺利推进。

■ 链接

刑法和刑诉法区别

刑法是实体法，刑事诉讼法是程序法。

刑法是规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律，也就是规定哪些行为是犯罪和应负刑事责任，并给犯罪人以何种刑罚处罚的法律。

而刑事诉讼法是规定追诉犯罪过程中的相关规则与步骤，规定的是在刑事诉讼程序中，公、检、法、当事人，其他诉讼参与人如何进行诉讼的规范。

■ 近年刑讯逼供案例

佘祥林案

1994年，佘妻张在玉因患精神病走失，张的家人怀疑张在玉被丈夫杀害。佘祥林因涉嫌杀人被批捕，1998年被判处有期徒刑。2005年，佘妻张在玉突然出现。法院重新开庭，宣判佘祥林无罪。2005年9月，佘祥林领取70余万元国家赔偿和补助。

赵作海案

2010年5月，因“杀害”同村人在监狱已服刑多年的河南商丘村民赵作海，因“被害人”赵振裳的突然回家，被宣告无罪释放。河南省高院作出再审判决：撤销省法院复核裁定和商丘中院判决，宣告赵作海无罪。随后，赵作海领到国家赔偿金和补助65万元。

最高人民法院新规定完善委托执行制度

从最高人民法院获悉，《最高人民法院关于委托执行若干问题的规定》已于4月25日经最高人民法院审判委员会第1521次会议讨论通过，于5月16日起开始实施。

据了解，委托执行制度是人民法院执行工作的重要组成部分，对于解决跨辖区案件的执行具有重要作用。最高人民法院对委托执行制度的理论和实践进行梳理，对委托执行的相关司法解释进行修订，最终在广泛征求各地法院和其他相关部门意见的基础上，制定出台了《最高人民法院关于委托执行若干问题的规定》，以加强和改进委托执行工作。

该规定着重针对委托执行制度中的不合理部分进行了修改完善，主要规定了委托执行的一般原则、委托执行的例外、委托执行案件的归属和结案问题、受托法院的确定原则、委托手续的办理、委托执行案件的办理程序、委托执行案件的监督、委托执行的统一管理和协调等内容。

该规定坚持委托执行与尊重当事人执行管辖选择权的原则，明确规定执行法院经调查发现被执行人在本辖区内已无财产可供执行，且在其他省、自治区、直辖市内有可供执行财产的，应当将案件委托异地的同级人民法院执行。作此规定，有利于节约执行成本和公共资源，减少人、财、物 and 时间的耗费，更好地体现经济与效率的原则；有利于执行活动顺利开展，发挥受托法院地利、人和的优势，对被执行财产进行评估、处置，及时有效地协调、解决执行中出现的问题，易于避免异地执行受阻和暴力抗法事件的发生；有利于加强执行工作中的廉政建设，异地执行难以避免的当事人和执行人员“三同”（同行、同吃、同住）的现象，

将从制度上受到遏制。

最高人民法院关于人民法院办理海峡两岸送达文书和调查取证司法互助案件的规定

最高人民法院关于人民法院办理海峡两岸送达文书和调查取证司法互助案件的规定
(2010年12月16日最高人民法院审判委员会第1506次会议通过)

法释〔2011〕15号

中华人民共和国最高人民法院公告

《最高人民法院关于人民法院办理海峡两岸送达文书和调查取证司法互助案件的规定》已于2010年12月16日由最高人民法院审判委员会第1506次会议通过，现予公布，自2011年6月25日起施行。

二〇一一年六月十四日

为落实《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》(以下简称协议)，进一步推动海峡两岸司法互助业务的开展，确保协议中涉及人民法院有关送达文书和调查取证司法互助工作事项的顺利实施，结合各级人民法院开展海峡两岸司法互助工作实践，制定本规定。

一、总 则

第一条 人民法院依照协议，办理海峡两岸民事、刑事、行政诉讼案件中的送达文书和调查取证司法互助业务，适用本规定。

第二条 人民法院应当在法定职权范围内办理海峡两岸司法互助业务。

人民法院办理海峡两岸司法互助业务，应当遵循一个中国原则，遵守国家法律的基本原则，不得违反社会公共利益。

二、职责分工

第三条 人民法院和台湾地区业务主管部门通过各自指定的协议联络人，建立办理海峡两岸司法互助业务的直接联络渠道。

第四条 最高人民法院是与台湾地区业务主管部门就海峡两岸司法互助业务进行联络的一级窗口。最高人民法院台湾司法事务办公室主任是最高人民法院指定的协议联络人。

最高人民法院负责：就协议中涉及人民法院的工作事项与台湾地区业务主管部门开展磋商、协调和交流；指导、监督、组织、协调地方各级人民法院办理海峡两岸司法互助业务；就海峡两岸调查取证司法互助业务与台湾地区业务主管部门直接联络，并在必要时具体办理调查取证司法互助案件；及时将本院和台湾地区业务主管部门指定的协议联络人的姓名、联络方式及变动情况等工作信息通报高级人民法院。

第五条 最高人民法院授权高级人民法院就办理海峡两岸送达文书司法互助案件，建立与台湾地区业务主管部门联络的二级窗口。高级人民法院应当指定专人作为经最高人民法院授权的二级联络窗口联络人。

高级人民法院负责：指导、监督、组织、协调本辖区人民法院办理海峡两岸送达文书和调查取证司法互助业务；就办理海峡两岸送达文书司法互助案件与台湾地区业务主管部门直接联络，并在必要时具体办理送达文书和调查取证司法互助案件；登记、统计本辖区人民法院办理的海峡两岸送达文书司法互助案件；定期向最高人民法院报告本辖区人民法院办理海峡两岸送达文书司法互助业务情况；及时将本院联络人的姓名、联络方式及变动情况报告最高人民法院，同时通报台湾地区联络人和下级人民法院。

第六条 中级人民法院和基层人民法院应当指定专人负责海峡两岸司法互助业务。

中级人民法院和基层人民法院负责：具体办理海峡两岸送达文书和调查取证司法互助案件；定期向高级人民法院层报本院办理海峡两岸送达文书司法互助业务情况；及时将本院海

海峡两岸司法互助业务负责人员的姓名、联络方式及变动情况层报高级人民法院。

三、送达文书司法互助

第七条 人民法院向住所地在台湾地区的当事人送达民事和行政诉讼司法文书，可以采用下列方式：

（一）受送达人居住在大陆的，直接送达。受送达人是自然人，本人不在的，可以交其同住成年家属签收；受送达人是法人或者其他组织的，应当由法人的法定代表人、其他组织的主要负责人或者该法人、其他组织负责收件的人签收。

受送达人不在大陆居住，但送达时在大陆的，可以直接送达。

（二）受送达人在大陆有诉讼代理人的，向诉讼代理人送达。但受送达人在授权委托书中明确表明其诉讼代理人无权代为接收的除外。

（三）受送达人有指定代收人的，向代收人送达。

（四）受送达人在大陆有代表机构、分支机构、业务代办人的，向其代表机构或者经受送达人明确授权接受送达的分支机构、业务代办人送达。

（五）通过协议确定的海峡两岸司法互助方式，请求台湾地区送达。

（六）受送达人在台湾地区的地址明确的，可以邮寄送达。

（七）有明确的传真号码、电子信箱地址的，可以通过传真、电子邮件方式向受送达人送达。

采用上述方式均不能送达或者台湾地区当事人下落不明的，可以公告送达。

人民法院需要向住所地在台湾地区的当事人送达刑事司法文书，可以通过协议确定的海峡两岸司法互助方式，请求台湾地区送达。

第八条 人民法院协助台湾地区法院送达司法文书，应当采用民事诉讼法、刑事诉讼法、行政诉讼法等法律和相关司法解释规定的送达方式，并应当尽可能采用直接送达方式，但不采用公告送达方式。

第九条 人民法院协助台湾地区送达司法文书，应当充分负责，及时努力送达。

第十条 审理案件的人民法院需要台湾地区协助送达司法文书的，应当填写《〈海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议〉送达文书请求书》附录部分，连同需要送达的司法文书，一式二份，及时送交高级人民法院。

需要台湾地区协助送达的司法文书中有指定开庭日期等类似期限的，一般应当为协助送达程序预留不少于六个月的时间。

第十一条 高级人民法院收到本院或者下级人民法院《〈海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议〉送达文书请求书》附录部分和需要送达的司法文书后，应当在七个工作日内完成审查。经审查认为可以请求台湾地区协助送达的，高级人民法院联络人应当填写《〈海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议〉送达文书请求书》正文部分，连同附录部分和需要送达的司法文书，立即寄送台湾地区联络人；经审查认为欠缺相关材料、内容或者认为不需要请求台湾地区协助送达的，应当立即告知提出请求的人民法院补充相关材料、内容或者在说明理由后将材料退回。

第十二条 台湾地区成功送达并将送达证明材料寄送高级人民法院联络人，或者未能成功送达并将相关材料送还，同时出具理由说明给高级人民法院联络人的，高级人民法院应当在收到之日起七个工作日内，完成审查并转送提出请求的人民法院。经审查认为欠缺相关材料或者内容的，高级人民法院联络人应当立即与台湾地区联络人联络并请求补充相关材料或者内容。

自高级人民法院联络人向台湾地区寄送有关司法文书之日起满四个月，如果未能收到送达证明材料或者说明文件，且根据各种情况不足以认定已经送达的，视为不能按照协议确定的海峡两岸司法互助方式送达。

第十三条 台湾地区请求人民法院协助送达台湾地区法院的司法文书并通过其联络人将请求书和相关司法文书寄送高级人民法院联络人的，高级人民法院应当在七个工作日内完成审查。经审查认为可以协助送达的，应当立即转送有关下级人民法院送达或者由本院送达；经审查认为欠缺相关材料、内容或者认为不宜协助送达的，高级人民法院联络人应当立即向台湾地区联络人说明情况并告知其补充相关材料、内容或者将材料送还。

具体办理送达文书司法互助案件的人民法院应当在收到高级人民法院转送的材料之日起五个工作日内，以“协助台湾地区送达民事（刑事、行政诉讼）司法文书”案由立案，指定专人办理，并应当自立案之日起十五日内完成协助送达，最迟不得超过两个月。

收到台湾地区送达文书请求时，司法文书中指定的开庭日期或者其他期限逾期的，人民法院亦应予以送达，同时高级人民法院联络人应当及时向台湾地区联络人说明情况。

第十四条 具体办理送达文书司法互助案件的人民法院成功送达的，应当由送达人在《〈海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议〉送达回证》上签名或者盖章，并在成功送达之日起七个工作日内将送达回证送交高级人民法院；未能成功送达的，应当由送达人在《〈海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议〉送达回证》上注明未能成功送达的原因并签名或者盖章，在确认不能送达之日起七个工作日内，将该送达回证和未能成功送达的司法文书送交高级人民法院。

高级人民法院应当在收到前款所述送达回证之日起七个工作日内完成审查，由高级人民法院联络人在前述送达回证上签名或者盖章，同时出具《〈海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议〉送达文书回复书》，连同该送达回证和未能成功送达的司法文书，立即寄送台湾地区联络人。

四、调查取证司法互助

第十五条 人民法院办理海峡两岸调查取证司法互助业务，限于与台湾地区法院相互协助调取与诉讼有关的证据，包括取得证言及陈述；提供书证、物证及视听资料；确定关系人所在地或者确认其身份、前科等情况；进行勘验、检查、扣押、鉴定和查询等。

第十六条 人民法院协助台湾地区法院调查取证，应当采用民事诉讼法、刑事诉讼法、行政诉讼法等法律和相关司法解释规定的方式。

在不违反法律和相关规定、不损害社会公共利益、不妨碍正在进行的诉讼程序的前提下，人民法院应当尽力协助调查取证，并尽可能依照台湾地区请求的内容和形式予以协助。

台湾地区调查取证请求书所述的犯罪事实，依照大陆法律规定不认为涉嫌犯罪的，人民法院不予协助，但有重大社会危害并经双方业务主管部门同意予以个案协助的除外。台湾地区请求促使大陆居民至台湾地区作证，但未作出非经大陆主管部门同意不得追诉其进入台湾地区之前任何行为的书面声明的，人民法院可以不予协助。

第十七条 审理案件的人民法院需要台湾地区协助调查取证的，应当填写《〈海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议〉调查取证请求书》附录部分，连同相关材料，一式三份，及时送交高级人民法院。

高级人民法院应当在收到前款所述材料之日起七个工作日内完成初步审查，并将审查意见和《〈海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议〉调查取证请求书》附录部分及相关材料，一式二份，立即转送最高人民法院。

第十八条 最高人民法院收到高级人民法院转送的《〈海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议〉调查取证请求书》附录部分和相关材料以及高级人民法院审查意见后，应当在七个工作日内完成最终审查。经审查认为可以请求台湾地区协助调查取证的，最高人民法院联络人应当填写《〈海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议〉调查取证请求书》正文部分，连同附录部分和相关材料，立即寄送台湾地区联络人；经审查认为欠缺相关材料、内容或者认为不需要请求台湾地区协助调查取证的，应当立即通过高级人民法院告知提出请求的人民法院补

充相关材料、内容或者在说明理由后将材料退回。

第十九条 台湾地区成功调查取证并将取得的证据材料寄送最高人民法院联络人，或者未能成功调查取证并将相关材料送还，同时出具理由说明给最高人民法院联络人的，最高人民法院应当在收到之日起七个工作日内完成审查并转送高级人民法院，高级人民法院应当在收到之日起七个工作日内转送提出请求的人民法院。经审查认为欠缺相关材料或者内容的，最高人民法院联络人应当立即与台湾地区联络人联络并请求补充相关材料或者内容。

第二十条 台湾地区请求人民法院协助台湾地区法院调查取证并通过其联络人将请求书和相关材料寄送最高人民法院联络人的，最高人民法院应当在收到之日起七个工作日内完成审查。经审查认为可以协助调查取证的，应当立即转送有关高级人民法院或者由本院办理，高级人民法院应当在收到之日起七个工作日内转送有关下级人民法院办理或者由本院办理；经审查认为欠缺相关材料、内容或者认为不宜协助调查取证的，最高人民法院联络人应当立即向台湾地区联络人说明情况并告知其补充相关材料、内容或者将材料送还。

具体办理调查取证司法互助案件的人民法院应当在收到高级人民法院转送的材料之日起五个工作日内，以“协助台湾地区民事（刑事、行政诉讼）调查取证”案由立案，指定专人负责办理，并应当自立案之日起一个月内完成协助调查取证，最迟不得超过三个月。因故不能在期限届满前完成的，应当提前函告高级人民法院，并由高级人民法院转报最高人民法院。

第二十一条 具体办理调查取证司法互助案件的人民法院成功调查取证的，应当在完成调查取证之日起七个工作日内将取得的证据材料一式三份，连同台湾地区提供的材料，并在必要时附具情况说明，送交高级人民法院；未能成功调查取证的，应当出具说明函一式三份，连同台湾地区提供的材料，在确认不能成功调查取证之日起七个工作日内送交高级人民法院。

高级人民法院应当在收到前款所述材料之日起七个工作日内完成初步审查，并将审查意见和前述取得的证据材料或者说明函等，一式二份，连同台湾地区提供的材料，立即转送最高人民法院。

最高人民法院应当在收到之日起七个工作日内完成最终审查，由最高人民法院联络人出具《〈海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议〉调查取证回复书》，必要时连同相关材料，立即寄送台湾地区联络人。

证据材料不适宜复制或者难以取得备份的，可不按本条第一款和第二款的规定提供备份材料。

五、附 则

第二十二条 人民法院对于台湾地区请求协助所提供的和执行请求所取得的相关资料应当予以保密。但依据请求目的使用的除外。

第二十三条 人民法院应当依据请求书载明的目的使用台湾地区协助提供的资料。但最高人民法院和台湾地区业务主管部门另有商定的除外。

第二十四条 对于依照协议和本规定从台湾地区获得的证据和司法文书等材料，不需要办理公证、认证等形式证明。

第二十五条 人民法院办理海峡两岸司法互助业务，应当使用统一、规范的文书样式。

第二十六条 对于执行台湾地区的请求所发生的费用，由有关人民法院负担。但下列费用应当由台湾地区业务主管部门负责支付：

- （一）鉴定费用；
- （二）翻译费用和誊写费用；
- （三）为台湾地区提供协助的证人和鉴定人，因前往、停留、离开台湾地区所发生的费用；
- （四）其他经最高人民法院和台湾地区业务主管部门商定的费用。

第二十七条 人民法院在办理海峡两岸司法互助案件中收到、取得、制作的各种文件和材料，应当以原件或者复制件形式，作为诉讼档案保存。

第二十八条 最高人民法院审理的案件需要请求台湾地区协助送达司法文书和调查取证的，参照本规定由本院自行办理。

专门人民法院办理海峡两岸送达文书和调查取证司法互助业务，参照本规定执行。

第二十九条 办理海峡两岸司法互助案件和执行本规定的情况，应当纳入对有关人民法院及相关工作人员的工作绩效考核和案件质量评查范围。

第三十条 此前发布的司法解释与本规定不一致的，以本规定为准。

最高人民法院关于适用修改后《中华人民共和国国家赔偿法》

若干问题的意见

最高人民法院关于适用修改后《中华人民共和国国家赔偿法》若干问题的意见

最高人民法院

最高人民法院关于适用修改后《中华人民共和国国家赔偿法》若干问题的意见

(2011年4月22日最高人民法院第十一届检察委员会第六十一次会议通过)

第十一届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议于2010年4月29日通过的《关于修改〈中华人民共和国国家赔偿法〉的决定》，自2010年12月1日起施行。现就人民检察院处理国家赔偿案件中适用修改后国家赔偿法的若干问题提出以下意见：

一、人民检察院和人民检察院工作人员行使职权侵犯公民、法人和其他组织合法权益的行为发生在2010年12月1日以后的，适用修改后国家赔偿法的规定。

人民检察院和人民检察院工作人员行使职权侵犯公民、法人和其他组织合法权益的行为发生在2010年12月1日以前的，适用修改前国家赔偿法的规定，但在2010年12月1日以后提出赔偿请求的，或者在2010年12月1日以前提出赔偿请求但尚未作出生效赔偿决定的，适用修改后国家赔偿法的规定。

人民检察院和人民检察院工作人员行使职权侵犯公民、法人和其他组织合法权益的行为发生在2010年12月1日以前、持续至2010年12月1日以后的，适用修改后国家赔偿法的规定。

二、人民检察院在2010年12月1日以前受理但尚未办结的刑事赔偿确认案件，继续办理。办结后，对予以确认的，依法进入赔偿程序，适用修改后国家赔偿法的规定办理；对不服不予确认申诉的，适用修改前国家赔偿法的规定处理。

人民检察院在2010年12月1日以前已经作出决定并发生法律效力的刑事赔偿确认案件，赔偿请求人申诉或者原决定确有错误需要纠正的，适用修改前国家赔偿法的规定处理。

三、赔偿请求人不服人民检察院在2010年12月1日以前已经生效的刑事赔偿决定，向人民检察院申诉的，人民检察院适用修改前国家赔偿法的规定办理；赔偿请求人仅就修改后国家赔偿法增加的赔偿项目及标准提出申诉的，人民检察院不予受理。

四、赔偿请求人或者赔偿义务机关不服人民法院赔偿委员会在2010年12月1日以后作出的赔偿决定，向人民检察院申诉的，人民检察院应当依法受理，依照修改后国家赔偿法第三十条第三款的规定办理。

赔偿请求人或者赔偿义务机关不服人民法院赔偿委员会在2010年12月1日以前作出的赔偿决定，向人民检察院申诉的，不适用修改后国家赔偿法第三十条第三款的规定，人民检察院应当告知其依照法律规定向人民法院提出申诉。

五、人民检察院控告申诉检察部门、民事行政检察部门在2010年12月1日以后接到不服人民法院行政赔偿判决、裁定的申诉案件，以及不服人民法院赔偿委员会决定的申诉案件，

应当移送本院国家赔偿工作办公室办理。

人民检察院民事行政检察部门在 2010 年 12 月 1 日以前已经受理，尚未办结的不服人民法院行政赔偿判决、裁定申诉案件，仍由民事行政检察部门办理。

六、本意见自公布之日起施行。

万桥快讯

李勇主任受邀列席市政府常务会议

2011 年 6 月 3 日，青岛市十四届人民政府第 20 次常务会议在市政府 12 楼中心会议室召开，夏耕、王书坚、张惠、秦敏、胡绍军、杨宜新、徐振溪、王建祥、黄龙华、刘明君、李众民等市政府领导参加会议，山东万桥律师事务所主任李勇律师作为市政协委员，受邀列席会议。

会议审议并原则通过了《青岛市劳动保障监察条例（草案）》、《青岛市交通工程质量和安全生产监督管理办法（草案）》、《青岛市户外广告设置管理暂行办法（草案）》、《青岛市胶州湾海底隧道管理办法（草案）》。

孙广平律师为顾问单位做法律专题讲座

5 月 21 日上午，万桥所海事海商部孙广平律师为顾问单位青岛经汉物流服务有限公司做了"国际货运代理企业法律风险与防控"专题讲座。孙广平律师根据多年的海事诉讼实践将国际货代企业在海运中面临的突出法律风险进行了总结，比如国际货代的身份风险、国际货代业务操作不规范的风险等，并结合实际案例进行了深入浅出地讲解。公司部分职员四十余人参加了讲座，并就业务中遇到的法律问题进行了现场交流，普遍认为讲座很有针对性与实用性。

香港唐楚彦律师到万桥所进行业务交流

2011 年 4 月 23 日上午，香港唐楚彦律师事务所唐楚彦律师到万桥所进行业务交流，本所合伙人于昊律师、海事海商部主任孙广平律师和史迎雪律师等参加了交流活动。

在座谈中，双方就各自律师事务所的基本情况、发展历程、业绩、服务范围等进行了深入的沟通和广泛交流，并就可能存在的合作机会进行了初步的探讨。

（唐楚彦律师毕业于伦敦法律学院，且获得伦敦大学法律硕士学位和美国 PWU 大学法律博士学位，在香港的执业时间超过 25 年，具有英国、新加坡和澳洲的律师执业资格，且具有国际公证律师和中国司法部委托公证人的资格。）

《人民日报》发表万桥所周海滨律师文章

《人民日报》刊登周海滨律师撰写的《律师解读〈房地产经纪管理办法〉》

2011 年 4 月 20 日《人民日报》第 18 版刊登山东万桥律师事务所周海滨律师撰写的《律师解读〈房地产经纪管理办法〉》一文。该文已被人民网、中新网、国务院法制办、新浪网以及多家省市自治区政府网站转载。

原文链接如下：

<http://house.people.com.cn/GB/14432594.html>

律师风采



王玉纯 律师

王玉纯 律师

律师热线：13706348561

在线交流：kingwd85@163.com

教育背景：

1989年7月毕业于南开大学，哲学、经济学双学士；2008年7月毕业于西安交通大学，经济法硕士研究生。1992年取得经济师职称，1994年取得国际商务师职称，1996年取得律师资格，1996-7年通过CPA四科考试，1998年取得外经贸内部职工持股改制律师资格。

主要工作经历：

1989年7月，山东省食品进出口公司工作，先后担任总经理办公室副主任和主任、总经理助理兼企管部经理和法律部主任等职务；

1998年1月，山东亚和太律师事务所律师；

2002年7月，与其他合伙人共同创立山东源合律师事务所（2006年3月源合律师事务所与北京广盛律师事务所青岛分所、华融律师事务所合并设立万桥律师事务所）；

2006年3月至今，山东万桥律师事务所合伙人，副主任。

主要业绩及业务领域：

擅长公司、证券、投资和外贸法律事务。先后担任多家省级外贸公司等大型企业的法律顾问；曾参与多家外贸公司和其它企业的改制、重组，通过细致到位的工作，圆满实现了规范改制的目的；目前正在合作代理青岛市某民营企业A股上市；曾合作代理英国某国际金属业巨头两万多吨货物的所有权纠纷，通过艰苦的工作，取得胜诉。

主要荣誉：

青岛市司法行政系统先进个人

社会职务：

青岛市律师协会公司法律专业委员会委员

论文著作：

2006年12月在《理论新探索》第6期上发表《公司股权协议转让的若干法律问题》

服务理念：

诚实做人，扎实工作，勤勉执业，热情服务



汪通 律师

汪通 律师

律师热线：13361208318

在线交流：lsnqd@126.com

教育背景：

1995 年 9 月 至 1999 年 9 月 烟台大学法律系就读。

主要工作经历：

2006 年 12 月至今 山东万桥律师事务所执业律师、金融部部门主任。

2000 年 12 月 至 2006 年 12 月 山东德衡律师事务所执业律师、金融法业务四部部门副主任。

1999 年 9 月至 2000 年 6 月 烟台交通发展公司企业法律顾问。

主要业绩及业务领域：

汪通律师擅长金融、刑事、房地产等专业法律服务，从业多年来，秉承"诚信为本，专业专心"的执业理念，恪守律师执业道德和职业纪律，努力为当事人提供专业的法律服务，得到了律师主管部门和委托人的好评。

汪通律师于 2001 年初步入律师行业，曾为青岛市住房公积金管理中心、中国华融资产管理公司济南办事处、中国信达资产管理公司济南办事处、青岛麦迪绅集团股份有限公司等金融机构和房地产公司提供法律服务，现仍为中信银行股份有限公司青岛市分行、中国长城资产管理公司济南办事处等金融机构提供法律服务，并担任青岛市崂山区人民政府、青岛国际会展中心的法律顾问。

汪通律师在金融领域的法律服务主要涉及不良资产的清收，这些案件的特点就是标的额比较大，贷款时间比较久远，债权超过诉讼时效或保证责任期间的风险较大，债务人清偿能力有限或者根本已无清偿能力或者已将资产转移，清收难度大。为最大限度的保全金融债权，维护当事人的合法权益，对这些案件，汪通律师大都亲历亲为，包括搜集整理案件的证据材料，调查债务企业的经营状况、资产状况及财产转移情况，参与诉讼及执行的全过程，参与与债务企业的债务重组谈判等，为委托人挽回了巨额的经济损失。通过多年的实践，汪通律师在不良资产清收方面积累了丰富的经验。

汪通律师在房地产领域的法律服务主要涉及房地产开发建设领域的各类合同的审查和起草（如：房地产买卖合同、建筑工程施工合同、监理合同、设计合同、勘察合同的审查，房地

产联建合同、合作开发合同的起草等), 房地产项目公司的设立、股权转让, 房地产开发或房地产合作开发前的法律可行性论证, 代理房地产买卖合同纠纷和建筑工程施工合同纠纷的诉讼仲裁事宜。通过多年的实践, 汪通律师在房地产诉讼等领域也积累了丰富的经验, 能够为委托人提供专业的法律服务。

除金融和房地产法律服务外, 汪通律师还擅长并热衷于刑事辩护业务。汪通律师认为, 刑事法律制度在与违法犯罪作斗争的同时, 更应突出强调对犯罪嫌疑人、被告人人权的保护, 刑事法律的立法和司法发展状况, 体现了一个国家法治发展的状况。在中国目前的司法环境下, 从事刑事辩护业务对律师具有很大的挑战性, 也最能体现律师的价值。从事律师职业以来, 汪通律师接受诸多犯罪嫌疑人、被告人或者其近亲属的委托, 承办了各类刑事案件的法律帮助和辩护工作(如: 涉嫌盗窃、抢劫、杀人、故意伤害、职务侵占、挪用资金等犯罪), 从被告人是否构成犯罪、构成什么性质的犯罪、是否有法定的或酌定的从轻、减轻或免除处罚的情节等方面, 为当事人的合法权益进行辩护, 得到了司法部门及当事人的普遍认可。

汪通律师在实践的同时, 还注重自己的法学理论修养, 努力用法学理论指导自己的实践, 从而使自己的业务水平不断的得到提升。因为汪通律师的突出表现, 曾先后被青岛市司法行政系统评为优秀团员、优秀团干部和先进个人, 并被所在律师事务所多次评为先进工作者和优秀律师。

著作:

《论不良资产的处置》

《证据开示制度研究》

《试评析中小股东权益保护制度》, 曾获山东省律师业务理论研讨会优秀论文二等奖

《企业 MBO 相关问题探析》。

荣誉:

2002 年度青岛市司法行政系统优秀团员

2003 年度青岛市司法行政系统先进个人

2004 年度青岛市司法行政系统优秀团干部

以案说法

二手房买卖解除合同案例

委托人: 李某某

代理律师: 周海滨

案由: 房屋买卖合同纠纷

【案情介绍】

外地人高某来青岛向李某买房子, 为花园洋房。总房款为 150 余万元。在高某交付 2 万元之后, 李某将该房产过户给高某, 并约定剩余款项于当日下午打给高某。高某来买房时开着宝马、奥迪 A8, 使人很容易相信其有实力。

当日, 李某将该房产过户给高某, 但从此之后再联系不上高某。再回头去看有关材料, 高某的联系方式只有老家的地址及青岛的手机号码, 无法联系。

情况非常紧急, 李某马上找到律师, 在律师的建议下, 先到房产交易中心做了异议登记, 然后立即提起诉讼, 要求解除合同, 马上对涉案房产采取了财产保全措施。

在诉讼请求的确定上, 存在两个方案, 一为要求对方继续履行合同; 一为解除合同, 返还房产。经过对对方情况的审查, 认为对方没有任何联系方式, 投机炒房, 存在欺诈的可能性较大, 继续履行合同的可能性不大。于是决定: 解除合同, 收回房产。

但立案后如何送达给高某成了难题, 法院先采取了邮寄送达的方式, 寄给其老家家人,

没有回音，在法院第二次寄出依然无果后，法院准备公告送达，这时高某终于派律师出面了。开庭时，高某的代理人竟然声称其已经将剩余款项 150 余万支付，只是没有收条。李某主张高某没有支付剩余款项。

基于针对巨额房款，双方却执完全相反的意见，法院对该案件十分慎重，经过仔细研究，法院认为高某主张付款证据不足，判决解除合同。现在涉案房产已经恢复到李某名下。目前该房产已经大大升值，本案采取解除合同策略，并最终成功，在最大限度内维护了当事人的合法权益。

后法官介绍，有个类似案例，也是没有收到钱就将房产过户给他人，他人马上将房产抵押贷款，给原房主带来了无法挽回的损失。并说我们的案件幸亏启动及时，否则后果不堪设想。

【办案小结】

- 1、害人之心不可有，防人之心不可无；
- 2、房产买卖时，不能随便将房产过户，应该取得相应的保证，比如款项的支付，确实的担保或保证人等；
- 3、应仔细制定并研究合同，尤其是违约条款，比如对方多少天不付款可以解除合同等，这样一旦对方违约，马上可以根据合同维权；
- 4、在出现延期付款的情况下，应及时联系对方，看对方是否能够继续付款；及时作出判断；
- 5、如一旦启动诉讼，可视情况对房产采取保全措施，诉讼请求是解除合同还是要求对方付款，要看具体情况，如对方还有履行可能，可以要求对方付款，如对方没有履行可能，应要求解除合同。

6、及时咨询律师，及时聘请律师维权！

【办案律师】

周海滨 华东政法大学法律学院和烟台师范学院中文系，获法学学士、文学学士学位。青岛市司法行政系统先进个人、青岛市优秀党务工作者。主要业务涉及刑事、金融、公司、房地产、国际贸易等领域。

联系电话：13605328891 Email：zhouhaibin1975@163.com

理论研讨

论公司股权转让

山东万桥律师事务所 吕波

摘要：笔者认为在公司和股东的关系方面，股东名册是具有设权性质的；但对股权受让人和转让人而言，股东名册是仅具有推定效力，股权受让人持有效的股权转让合同就可以对抗公司股东名册的登记；工商登记则仅具有宣示性登记的效力。本文还着重讨论了瑕疵股东、外商投资企业的股权转让问题。

关键词：股权转让 股东名册 合同效力

一、股权转让问题概述

除外商投资企业的股权转让需履行审批程序以外，股权出让人与股权受让人就股权的转让达成意思表示一致，股权转让合同即成立并生效。公司变更股东名册，以及工商登记机关变更工商登记，都是属于对股权转让合同的履行，但在这过程中出现争议如何处理？

（一）股东名册效力

我国公司法并无关于股东名册效力的规定。其中公司法第 33 条规定：“有限责任公司应当置备股东名册，记载下列事项：……记载于股东名册的股东，可以依股东名册主张行使股东权利。”理论上对股东名册的法律效力的理解，也是意见纷呈。国外公司法一般都对股东名册的效力作明确的规定。例如《韩国商法典》第 337 条规定：“转移记名股票，若未在股东名册上记载受让人的姓名及其住所，则不得对抗公司。”

笔者认为，依据各国公司法的规定及公司法的一般原理，认为我国公司法中股东名册应具有如下法律效力。

第一、股东名册的权利推定效力。在与公司的关系上，只有在股东名册上记载的人，才能成为公司股东。

在股东名册上记载为股东的人，无须向公司提示股票或者出资证明书，也没有必要向公司举证自己的实质性权利，仅凭股东名册记载本身就可主张自己为股东。公司也没有义务查证股权的实际持有人，仅向股东名册上记载的名义上的股东履行各种义务即可。股东名册的权利推定效力，是股东名册最重要的法律效力，两大法系国家普遍认可这种效力。英美法系国家规定，任何取得公司股份的人只有在其姓名记入公司股东名册时，才能成为公司的股东。公司只与登记在册的股东打交道，哪怕该股东的股份已经转让给他人，在受让人未将其姓名登记在股东名册之前，公司可以认为名义所有人是股份的惟一所有人。有必要说明的是，有权主张股东名册权利推定效力的主体只能是公司或股东，其他第三人不得仅以股东名册上的记载推定股东的身份。因为，对第三人，法律规定了其他表征股东权的方式。例如股份公司股东以股票作为其权利表征方式，有限公司股东以工商行政管理部门的登记作为其权利表征方式。

如果股东与公司之间就股东资格发生争议，应当优先根据公司章程、股东名册等形式的记载证据作出认定，但根据实质证据如有效的股权转让协议、继承、遗赠等实质证据能够作出相反认定或公司、股东在行为时应当知情的，应当依照这些实质证据认定股东资格。

通过以上分析可以得出，在有限责任公司股权转让中，由于股权转让合同的相对性，股权转让合同只在转让人和受让人中产生效力。在股权转让合同生效后，应该由转让人和受让人同时请求公司办理股东名册变更登记。股份有限公司记名股东在股东名册的登记属于宣示性登记。股份有限公司作为资合性的法人实体，其股权转让时无需经过其他股东的同意。股份有限公司的股权转让的，在其股权转让合同生效之时，受让人即取得公司股权。

第二、股东名册具有对抗效力。即使具备适法的原因及方法而受让股份，如果未进行名义更换，就不可以对公司行使股东权。各国公司法一般都明确规定股东名册的对抗效力。

第三、股东名册具有免责效力。根据股东名册的权利推定效力原则，股东名册上记载的股东具有形式上的股东资格。因此公司向形式上的股东发出会议通知、分配红利、分配剩余财产、确认表决权、确认新股认购权，即使该形式上的股东并非实质上的股东，公司也是被免责的。此外依据各国商法的规定，股东名册的免责效力也及于股东的住所等其他记载事项。公司对股东的通知，发至股东名册上记载的住所或者其本人向公司通知的住所即可。

(二)工商登记的效力

对有限责任公司而言，股权转让合同自成立时起即发生法律效力，股权出让人向股权受让人支付对价，公司变更股东名册，以及工商登记机关变更工商登记，都是属于对股权转让合同的履行。

第一、股东的工商登记属于宣示性的登记。公司将其确认的股东向工商管理部门办理登记，公司的确认既已在先，则股东的身份已经确定，股东的权利亦已产生，股东的工商登记仅仅是一种宣示，股东权利的获得并不以工商登记为条件。

第二、股东的工商登记来源于公司的登记。这不仅表现在程序上的时间顺序，更是两种登记的不同性质决定的。公司股东名册的登记内容应作为确认股权归属的根据。在股权转让

合同的当事人之间、股东之间、股东与公司之间因为股权归属问题发生纠纷时，当事人不得以工商登记的内容对抗公司股东名册的记录。

第三、为股东进行工商登记的义务人是公司。通过投资或受让股权而成为有限责任公司股东者，其名称或姓名应登载于公司股东名册并进行工商登记。根据《公司法》和《公司登记条例》，这是公司应该履行的义务。

二、瑕疵股东股权转让问题

1、瑕疵股东的股东资格认定

瑕疵出资，是指出资者没有严格按照章程规定的数额、时间等出资。关于瑕疵出资者是否享有股东资格问题，实践中争论较大。有观点认为，因我国采用资本实缴制，原则上只有资本全部到位后，登记机关才予办理公司成立登记，故瑕疵出资者未按照公司章程全部履行出资义务，公司不会设立成功，瑕疵出资者也不能取得股东资格。

但笔者认为，由于瑕疵出资者已履行了部分出资义务，且在公司章程上明确签字，有其真实意思表示，故瑕疵出资不影响其股东资格的认定。虽然我国实行法定资本制，原则上要求注册资金全部到位后公司尚可登记成立。但现实中很多公司注册资金未全部到位亦获得了公司登记，且司法实践也承认注册资金达到最低注册资本金公司的法人地位。

故在法人成立情况下，对瑕疵出资者的股东资格应当予以认可，否则将会出现公司股东缺位。但因其出资并未全部到位，股东权是有瑕疵的。其股东权利只能在出资范围内行使，未出资部分不得行使。对于瑕疵出资者未严格履行出资义务的行为，根据公司法的规定由其承担相应的民事责任和行政责任。

2、瑕疵股东的股权转让

出资不足的股东向第三人转让的股东资格，是有瑕疵的股东权。受让方承受的股东资格受制于转让方的股东资格。转让方向受让方转让的权利不能大于转让方自身拥有的权利。转让方的股东资格由于出资不足存在瑕疵的，受让方的股东资格也存在瑕疵。此种瑕疵是否会影响股权转让合同的效力，应当具体分析。

如果转让方在与受让方签订股权转让合同时，将自己出资不足的事实如实相告，致使受让方知道或者应当知道这一事实，仍然受让转让方出让的股份，则股权转让合同有效，而且受让方与转让方应当就出资瑕疵的存在对公司的债权人承担连带责任。

如果转让方在与受让方签订股权转让合同时，隐瞒了自己出资不足的事实，致使受让方签订股权转让合同时不知道这一事实，并因此而受让股权，则受让方有权以被欺诈为由请求人民法院或者仲裁机构撤销或者变更股权转让合同。

三、外商投资企业的股权转让问题

与《公司法》有关股权转让的规定相比，我国《中外合资经营企业法》及其《实施条例》对于中外合资经营企业的股权转让做了特别规定。根据《公司法》第 218 条之规定，外商投资的有限责任公司和股份有限公司适用本法；有关外商投资的法律另有规定的，适用其规定。因此，判断外商投资企业股权转让行为是否生效，应当严格遵守《中外合资经营企业法》及其《实施条例》的特别规定。

《中外合资经营企业法实施条例》第 20 条规定了中外合资经营企业的股权转让程序：“合营一方向第三者转让其全部或者部分股权的，须经合营他方同意，并报审批机构批准，向登记管理机构办理变更登记手续。合营一方转让其全部或者部分股权时，合营他方有优先购买权。合营一方向第三者转让股权的条件，不得比向合营他方转让的条件优惠。违反上述规定的，其转让无效”。

未经审批机构批准的股权转让协议的效力如何呢？《中外合资经营企业法实施条例》第

20 条指出，违反审批规定的股权转让无效。由于《中外合资经营企业法实施条例》为行政法规，《合同法》第 52 条又将违反法律、行政法规的强制性规定的合同视为无效，司法实践中一般裁判此类股权转让协议无效。

《合同法》第 44 条规定：“依法成立的合同，自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定”。因此，外商投资公司的股权转让只有获得审批机构的批准才能生效。又根据最高人民法院 1999 年 12 月 19 日发布的《关于适用合同法若干问题的解释》（一）第 9 条规定，“依照《合同法》第 44 条第 2 款的规定，法律、行政法规规定应当办理批准手续，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”。依此司法解释，必须办理批准手续才生效的合同，倘若在一审法庭辩论终结前当事人办理了批准手续，则该合同应当认定有效。

最高人民法院的上述司法解释既体现了审批机关对外商投资企业的股权转让合同依法监管，又尊重了股权转让双方当事人意思自治。笔者认为，应当将未经审批机构批准的股权转让协议视为已成立、未生效的行为。

律师热线：13006512721

电子邮箱：lb668@hotmail.com

中国法哲学欠缺问题意识

作者: 许章润

近日翻阅了一部中国法理学教科书,有些想法,不吐不快。

首先,通观全书,一个强烈的感受是此书为西方法学知识与理论谱系所全盘主宰,竟至似乎密不透风。虽号称法理学,实则西方法理学,或者准确地说,是英美规范实证主义法学知识与理论的节要本汉语转述。

其中,尤以上自边沁、奥斯汀和凯尔森,而下迄哈特、拉兹一脉的学思,尤为尊显,占据了大量篇幅,充斥于字里行间,几乎笼罩在一切知识陈述和理论叙事之中,使得读者甚至产生一种错觉:这是一份介绍英美规范实证主义法学的文献,或者,二十世纪初年法政专科学校颁用,翻译得倒通不通的手册。即此而论,何得谓《法理学》耶?又何得谓中国文明传统中的法理学耶?

其次,也就因此,展卷通观,其所引述的甚多汉译英美西学典籍,一方面固然表明了中国法学心智的拓展,对于外部世界法意的了解,但是,同时更为上述判认提供了佐证。换言之,此种知识论的梳理究竟启发于并托付给何种问题意识,或者,竟然无任何问题意识?如此命笔,以他人之焦虑为自家之思虑,将人家之难题误当作当下之问题,而形诸字纸上的课题,不但放弃了寻找基本原理的努力,而且更为要命的是,丧失了在地性思考的能力,使得洋洋文字,最好的结局不过是展示综合各家各派法意学思的橱窗,法学知识的井然有序的优美拼盘,自邻以下的,只能流为一种有限的知识冗余,华丽,光鲜,涂脂抹粉,貌似深奥,唯独了无生息。

而当下中国的法律哲学,最为欠缺的恰恰就是理论含量与思想的力量,一种启自中国问题的焦虑与思虑。一句话归总,缺乏问题、缺乏真实的问题,不论是实践意义上的还是理论意义上的,构成了凡此转述性文字的致命伤,决定了此一教材难恪教科书之责。

再次,追根溯源,当下语境的欠缺与历史文化视野中“中国问题”的缺场,造成了此种知识虚脱现象,说明西学对于非西方知识的殖民化绝非虚言,本书不过再添新例而已。其对“自然”和“普遍理性”的解释,即为显例。而且,即便定位于西学法律知识谱系的中国转述,就其谱系梳理而言,亦须重修思想链条,方能完成允恰转述之责。例如,以自然法的近代转型为例,启自马基雅里的政法与国家学说,中经格劳休斯、斯宾诺沙诸辈,现代理性主义的自然法学说始臻成熟。无此源流的理述,不免以偏概全。此外,德语一系,如普芬道夫诸辈,亦且不得遗漏,如此方得完整图景。

还有,由此推展开来,需要指出的是,当下中国教科书的编撰与烙有强烈个人学术倾向性的专论之间,容有适当分梳。本来,教科书以知识、学理的整合与传授为旨,力避有选择性的突兀取舍。本书名为《法理学》,而实则囿限于晚近英语系统几位规范实证主义人物,取材有限,视野必窄,则学术境域可知。

最后,法学的现代政治哲学、社会理论与语言学转向,使得传统的法理学家改变和拓展知识结构,重建理论进路,势属必然。否则,插不上话,或者,一开口顿成笑话。老是念叨那一点“效力”还是“实效”的规范实证主义 ABC,无异于自说自话,丝毫无助于进行知识和思想的公共交流,提升汉语学界的法意水准。再如,关于价值之为一种什么“客体满足主体的程度”云云,无论在何种意义上,均显荒唐,老掉牙的政治教材那一套。朋友,离开了善、共善以及正义与不义的向度,谈何价值?关于义与不义、善与恶、公与偏的主体感受,才真正属于价值论范畴。

而本书之所以基于老掉牙的政治教材定义,将“法制”作为一种价值,就在于不遑厘辨实然与应然,无力区分价值与态度,而强加现实以合理性,使态度等同于价值了。仅就后者而言,人类的态度是无数的、情境性的、个案的,而价值却是确定不移、有限与普适的。以堕胎为例,赞成抑或反对,基于传统天主教义还是立足于启蒙自由主义,正反两方的态度各异,千差万

别,而所秉持的价值可能只有一、两个,如生命的尊严与人类意志的自主性,一切论述不过围绕凡此价值递次铺陈。于此不辨,竟将“法制”视作一种价值,暴露出法学家在知识结构和道义立场上的双重欠缺。

笔者曾经喟然,无论是在英语系统还是欧陆语境下,特别是在前者,晚近的法律哲学均出现了政治哲学化的趋势,纯粹法学的规范主义学科取向日益沦落,其狭隘、单薄与日益技术化,不敷法律哲学致思公义、铺排意义秩序的旨趣,无法对于时代的仓皇和失落所昭示的意义世界的溃败,做出满意的回应,说句不客气话,其实早已沦为“思想阉人”。

就普通法世界来说,虽然中经哈特式的复兴,但大厦将倾,独木难支。相反,倒是政治哲学与社会理论的理论性运思和宏大视野,救济了法哲学的局促与过度技术化,演绎出德沃金式的法哲学来,因而一脉婉转,流承不息。看看德翁的著作,可知政治哲学对于法学边界的瓦解,恰恰是救济了法学。原因非他,仅在于如此转型之后的法哲学立足于在境性思考,基于真实问题并回应了时代提出的真实问题。就此而言,汉语世界法意的发育滋长,正有赖于紧扣“中国问题”,对于当下焦虑的基本原理性追问,不应也不能再嚼那点英美规范实证主义法理的残羹剩饭了。