www.jfdaily.com

■ 关注营商环境法治保障系列之三

为企业家营造法治化营商环境

顾全

企业家是营商环境最直接的参与主体。 要提升上海城市能级和核心竞争力,激发各类市场主体活力,实现经济社会持续健康发展,就必须吸引更多的优秀企业家来到上海创新创业,就必须增强企业家人身及财产安全感,稳定社会预期,使他们安心经营、放力投资、专心创业。而个案则是体现法院对市场交易秩序评价、引导的最直接的司法产品。今年以来,市高院制定了《为企业家创新创业营造良好法治环境的实施意见》等多项司法意见,就是要通过发挥审判职能,等的制定营入正,让包括企业家在内的各类主护个案公正,让包括企业家在内的各类主护个案公正,让包括企业家在内的各类主力打造国际一流的营商环境提供有力的司法保障。

保护企业家人身及财产权利

首先,要依法保护企业家的人身自由和 财产权利。坚决防止利用刑事手段干预经济 纠纷。严格把握刑事犯罪的认定标准,严格区 分正当融资与非法集资、合同纠纷与合同诈 骗、民营企业参与国有企业兼并重组中涉及 的经济纠纷与恶意侵占国有资产等的界限。

以发展眼光客观看待、依法妥善处理改革开放以来各类企业,特别是非公有制企业经营发展过程中存在的不规范问题,对虽属违法违规、但不构成犯罪的;法律界限不明、罪与非罪不清的,做有利于被告人的处理。又比如,依法慎用强制措施和查封、扣押、冻结措施,依法适用非监禁刑,尽可能保障企业的正常生产经营活动;严格区分企业家产法所得和合法财产;严格区分企业家个人财产和企业法人财产。

依法惩治侵犯企业权益的各类刑事犯罪。严厉打击黑恶势力寻衅滋事等危害企业家人身安全刑事犯罪;严惩国家工作人员利用职务之便,向企业索贿、受贿以及市场管理中的失职渎职等犯罪行为。

依法保护契约自由

其次,要依法保护诚实守信企业家的合 法权益。依法认定行政机关与企业签订的行 政协议效力,公正审理行政允诺案件。确因 国家利益、公共利益或者其他法定事由改变 □ 为企业家创新创业营造法治化营商环境就要依法保护企业家的人身自由和财产权利;依法保护诚实守信企业家的合法权益。

- □ 营造法治化营商环境还需要考虑到对企业家知识产权和自主经营权的保护,并且努力实现企业家胜诉权益。
- □ 为了努力实现企业家胜诉权益,在案件具体办理层面,要进一步加强公 权力强制性措施,引导债权人通过诉权行使,积极实践破解"执行难" 样本路径。

政府承诺的,依法补偿企业的财产损失。

准确认定民商事合同法律效力与责任, 充分尊重和保护市场主体的契约自由,合理 判断各类交易模式和交易结构创新的效力, 制裁违约失信行为,保护守约方的合法权 益,更多让市场"无形的手"发挥作用。审 慎判断"强制性效力性规定导致民事法律行 为无效"与"违背公序良俗"的情形,不轻 易否定相对人之间内部约定的效力,但同时 兼顾外部善意第三人的信赖利益。

在涉自贸区案件和涉外民商事、海事海商审判中,平等保护国内外企业家合法权益。积极探索建立诉讼、调解、仲裁有效的接的多元化纠纷解决机制,按照国际公约及互惠原则,依法妥善化解"一带一路"建设和上海国际航运中心建设中的商贸和投资等端。如上海法院受理的西门子公司与上海营地。如上海法院受理的西门子公司与上海营大海、最终确认仲裁条款有效,并明确"禁止反言",践行了《纽约公约》"有利于裁决上反言",践行了《纽约公约》"有利于裁决上人方"的理念,体现了中国恪守国际条约义为的基本立场,也彰显了上海营造稳定、公平、透明的法治化营商环境的决心。

增强知识产权司法保护效能

第三,要依法保护企业家的知识产权。 这就需要完善符合知识产权案件特点的 集中管辖和证据规则,推进知识产权民事、 刑事、行政三合一集中型立体审判模式,实 现有序衔接、统筹协调,增强司法保护的整 体效能。对于以技术为挡箭牌,侵权情节严 重,符合知识产权犯罪构成要件的行为,依 法给予刑事处罚。 还需要建立以知识产权市场价值为指引,补偿为主、惩罚为辅的侵权损害司法认定机制,合理确定法定赔偿额参考标准,对合理的维权费用予以支持,积极运用惩罚性赔偿手段,着力解决实践中存在的侵权代价低、维权成本高的问题,坚决遏制恶意侵权、反复侵权等行为。

此外,依法打击破坏市场秩序、不正当竞争、垄断市场等违法行为,保障各类企业平等地参与市场竞争。如上海法院审理的上海耀宇诉广州斗鱼侵害著作权及不正当竞争纠纷案。该案确认电子竞技游戏赛事的网络直播具有商品属性,属于财产性的民事权益,并从制止不正当竞争的立场对擅自转播赛事的行为予以规制,为产业更新过渡期内版权业与互联网产业利益冲突提供了一个新的解决思路。

保护企业家自主经营权

第四,要依法保护企业家的自主经营权。 对此,可以降低企业融资成本,促进金融 服务实体经济。依法规范金融创新,依法规范 商业银行、融资租赁公司、小额贷款公司等金 融和准金融机构经营行为, 涉及变相收取高额 利息等规避监管甚至损害公共利益的,作出否 定性司法评价,防控金融风险。如最高院最近 连续对两起股权代持协议案件作出无效的裁 判,虽然公司法司法解释确认了代持协议一般 有效的基本原则,但对于上市公司发行人隐名 代持、代持保险公司股权等特殊行为, 虽然形 式上违反的仅仅是监管部门的规章,个案还是 确立了可能因违反公共利益而认定无效的原 则。对金融机构和企业在金融商事活动中存在 变相收取高额利息等情形的, 对超出法律、法 规和司法解释允许范围的利息部分, 不予保

护。

依法妥善审理权益纠纷案件,保护企业合法投资利益。在涉及股东知情权、利润分配请求权、请求确认董事会、股东会决议无效或撤销决议等纠纷案件审理中,审慎维护各类投资主体的权益。

此外,加强破产审判工作,完善市场主体 救治和退出机制。对确无运营价值、资不抵债 的"僵尸企业"依法宣告破产;对于暂时经营 困难、但是适应市场需要的企业,综合运用重 整、和解等手段进行拯救。如上海法院受理的 香港某石化有限公司申请上海某石油有限公司 破产清算案,在审理中发现该企业属于暂时经 营困难、但尚有发展潜力和运营价值,法院在 破产程序启动前,积极引导当事人开展和解并 取得成功,既保障了债权人的利益最大化,又 避免了可能出现的职工安置和维稳问题,帮助 企业恢复了信用和活力。

努力实现企业家胜诉权益

最后,应努力实现企业家的胜诉权益。

在执行体制机制改革层面,上海法院通过"裁执分离"、"立审执衔接"、"执行联动"、"网络司法拍卖"、执行案款管理 "E号通"等举措构建执行权力运行和监督机制。对有财产可供执行的案件,用好用足法定强制执行措施。强化对失信被执行人的信用惩戒力度,积极推进市高院、市发改委等 46 部门签署的《关于加快推进本市失信被执行人信用监督、警示和惩戒机制建设的合作备忘录》,将"老赖"名单嵌入各相关部门的业务系统中,相关业务系统已实现对"老赖"在上海购置不动产、担任公司高管、购买新能源车等方面的自动拦截限制。对无财产可供执行,但符合破产条件的案件,及时通过执转破机制移送破产审查。

在案件具体办理层面,进一步加强公权力强制性措施,引导债权人通过诉权行使,积极实践破解"执行难"样本路径。如虹口法院的首例"拒执罪"自诉案件,法院一方面穷尽查封等公权力执行措施,另一方面释明引导申请人针对被执行人逃避执行行为依法提起"拒执罪"自诉,正是司法公权与当事人自诉权协同配合破解执行难的典型范例。

(作者系上海市高级人民法院研究室主任、上海市法学会案例法学研究会副会长)

高速公路违法停车致人死伤的罪名适用

桂亚胜

不久前,媒体报道某司机因违法在高速公路上停车致人死伤而被法院认定犯以危险方法危害公共安全罪,依法被判处有期徒刑10年。这一判决,使本案成为全国首例因在高速公路违法停车,而被"以危险方法危害公共安全罪"定罪处罚的案件。尽管本案尘埃落定,但是对于案件的定性,笔者认为还是可以进一步讨论。

实践中,在道路上因违法停车而引发伤 亡事故的,一般认定为交通肇事罪。而此案 中,侦查机关认为被告人涉嫌犯过失以危险 方法危害公共安全罪,但这一意见没有被检 察机关和审判机关采纳。法院最终将本案定 性为以危险方法危害公共安全罪。其中的关 键在于本案行为人的主观方面究竟是故意还 是过失。

法院认为,此案被告人作为具有多年驾龄的职业司机,应当知道并预见,夜间违规将大货车停放在高速公路第二车道上,存在极大的危及不特定人群的生命健康或者公私财物损毁的危险性,且未设置任何警示标志、未开启警示灯便熄火离开,对可能发生的危害结果持放任态度。从中可以看出,法院通过司法推定解决了行为人主观心态的识定问题。具体而言,法院结合行为人的职业特征、车辆状况、时空条件、行为表现、行

为动机等多重因素,认定被告人的行为有导致危害结果发生的高度盖然性,从而推定行为人对于伤亡结果的发生具有间接故意的主观心态。从根本上排除了交通肇事罪和过失以危险方法危害公共安全罪适用的可能。在这一点上,法院的做法值得肯定。

尽管本案行为人对于公共安全的危害具有间接故意的主观心态,不能认为构成交通肇事罪等过失犯罪,但并不因此当然得出构成以危险方法危害公共安全罪的结论。根据《刑法》第 114 条、115 条的规定,以危险方法危害公共安全罪行为方式是指除放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质等行为之外的"其他危险方法"。那么在高速公路上违法停车是否属于这里的"其他危险方法"呢?

首先,可以认为夜间将大货车违法停放在高速公路上且未设置任何警示标志,具有与放火、决水等四种行为相当的危险性,是一种危及公共安全的"危险方法"。但不能就此将其视为《刑法》第114条、115条中的"其他危险方法"。因为刑法中还有很多罪名中的危险行为同样会危害公共安全。而这些行为因刑法分则其他罪名中另有规定而排除在"其他危险方法"之外的。比如破坏公交车的制动系统,这一行为可以认为属于

放火、爆炸等行为之外的危险方法,同样会危害公共安全,但因为刑法已将其明确规定为破坏交通工具罪从而不能再将其认定为以危险方法危害公共安全罪。

具体而言,这里的"其他危险方法"应理解为刑法条文所未规定的行为,具有排除性,不仅排除的是《刑法》第114、115条所列举的放火等四种行为,也排除了刑法分则第二章危害公共安全罪中所规定的其他行为,甚至还排除了刑法分则其他章节所规定的具有危险性的各类行为。所以,如果某种行为符合其他犯罪的构成要件,应尽量认定为其他犯罪,不宜认定为本罪。具体到本案,笔者认为在我国刑法中实际上可以考虑适用其他罪名,而不应直接认定为以危险方法危害公共安全罪。

根据我国《刑法》规定,破坏交通设施罪是指故意破坏轨道、桥梁、隧道、公路、机场、航道、灯塔、标志或者进行其他破坏活动,足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险,尚未造成严重后果的或者造成已经造成严重后果的行为。对高速公路的破坏行为既包括物理上的破坏,比如公路上挖坑,拆除中央隔离栏等,也包括其他方式导致交通设施性能的丧失,比如涂改信号标志,任意改变型号灯颜色等,只要这种行为影响到

交通设施正常功能的实现,具有导致车辆倾

覆、毁坏的危险,均属于破坏交通设施行为。 此案中,被告人的行为实质上是在高速公 路上人为设置障碍物,而且是巨大的障碍物, 应视为是对交通设施的破坏行为。

一方面,对于在铁路上放置水泥板、大石块、树木等障碍物从而危及列车行车安全的,刑法理论没有争议的认为构成破坏交通设施罪,那么就不应将在公路上,尤其是高速公路上的类似行为排除在本罪之外。

另一方面,在实践中,对于在公路上倾倒 渣土、堆放石块等行为已有以破坏交通设施罪 定罪的先例,既如此,在高速公路上违法停放 大货车的行为,对于交通设施正常功能的影响 更为显著,更具有造成车辆倾覆、毁坏的危 险,理当更应以破坏交通设施罪论处。而且从 法定刑的设置来看,破坏交通设施罪的法定刑 与以危险方法危害公共安全罪完全相同,以前 者定罪并不会导致处罚幅度的降低,并没有轻 纵犯罪之嫌。

综上所述,在公路上违法停车且未采取任何安全措施因而导致事故发生的,一般情况下应以交通肇事罪论处。但是特殊场合,根据具体案情能够推定行为人对危害结果的具有(间接)故意的主观心态时,则可以考虑定为破坏交通设施罪。

(作者系上海对外经贸大学法学院副教授)