

政府融资平台案：意思表示、代理及法人独立性问题

王 军*

一、引言

一件讼案的裁判文书通常包含法庭对当事人诉讼请求和答辩意见的引述、对案件事实的认定、最后的裁决及其理由和依据。除此之外，一份裁判文书也是法庭对真实世界的一宗社会事件的记录，尽管未必是完全记录。从中，我们不仅能够看到当事人的争议和法庭对事件的处理，也可能看到产生纠纷的社会经济背景、事件的起承转合、当事人寻求救济、解决纠纷的过程以及这个过程中涉及的其他机构和个人活动。

目前，裁判文书（作为真实案例）在法律教学中的作用已经得到广泛认同。如何在教学中运用裁判文书，自然会有不同见解。笔者认为，方法不必强求一律，应当鼓励不同方法竞争和比较。本文提倡一种深层次、多视角、跨学科的案例分析方法。具体来说，对于精心挑选的裁判文书，教师可以引导、鼓励学生并通过研讨与学生合作，深层次、多视角地挖掘案例中各层面事实所蕴含的法律问题；不受裁判文书信息和法律学科划分的局限，调动裁判文书之外的相关资料，运用所有相关学科的理论工具去分析案件。

本文要分析的案件来自最高人民法院（以下简称最高法院）作出的高安市城市建设投资有限责任公司、华金证券股份有限公司确认合同无效纠纷二审民事判决书。^① 本案中，一审原告、二审上诉人高安市城市建设投资有限责任

* 法律学者，任教于中国政法大学、北京大学国际法学院。

① 本案案号为(2020)最高法民终682号，判决作出日期为2020年12月30日。判决全文于2021年4月12日发布于中国裁判文书网，<https://wenshu.court.gov.cn>。本案一审判决由江西省高级人民法院（以下简称江西高院）作出，案号为(2019)赣民初47号，但判决书未上网公布。

公司(以下简称高安城投或原告)是当地政府为城市建设和产业发展而设立的“融资平台”。^①一审被告和二审被上诉人是华金证券股份有限公司(以下简称华金证券)和深圳激石伟业基金管理有限公司(以下简称激石伟业)。高安城投在2017年发挥“融资平台”作用,参与本地一家政府重点“帮扶”企业的融资。但两年后,高安城投起诉主张该次融资的相关合同是当事人的虚假意思表示,请求法院确认合同无效。

就本案争议焦点即案涉合同是否为各方虚假意思表示,一审、二审判决意见截然相反。一审认为不存在虚假表示。二审推翻一审判决,确认当事人有虚假表示,相关合同无效。但是,仔细推敲案情就可发现,当事人争议之合同更像是他们精心设计、一致希望产生法律效力以约束双方,从而实现交易目的的意思表示,似乎不能说是与内心想法不一致的虚假表示。而当事人的精心设计确实也反映出他们有规避法律或监管限制的意图。由此,首先需要研究的问题便是:在我国法律上,“虚假表示”究应如何界定?以何种标准判断?虚假表示和法律规避行为(以下简称避法行为)有何区别,如何区分?

其次,在判决书围绕意思表示的叙事之外,还有一条不应忽视的线索。本案涉及原高安市官员和江西银行高管的受贿犯罪,且他们的受贿行为与本案合同之成立和履行有密切关联。因此,需要进一步探讨的问题是:官员和高管因受贿被查处、审判之后,他们参与订立的商业合同的法律效力是否应受影响?若受影响,受何种影响?

为讨论上述问题,我们需要仔细分析市政府官员和银行高管在本案合同成立和履行中扮演的角色。本文发现:相关合同尽管以高安城投为签约主体,但高安城投并不独立于当时的高安市主要领导;作为市政府融资平台(或融资工具),高安城投与市政府存在“人格混同”;能够左右高安城投重大决策的原市长、副市长,既是市政府的代理人,也是高安城投事实上的代理人,同时,他们因受贿又成为高安城投交易对手的“隐秘代理人”。因此,本案交易深陷几重“双方代理”引发的利益冲突之中。尽管一审、二审法院未在审理中讨论这些问题,但鉴于高安城投这类政府融资平台与地方政府之间上述关系的普遍性和典型性,我们仍有必要对其作深入分析。

方法论上,本文首先应用民法理论,分析了“虚假表示”的判断标准及其与“避法行为”的区别;其次,运用“双方代理”和“人格混同”为分析工具,讨论了

^① 国务院文件给“地方政府融资平台公司”下的定义是:“指由地方政府及其部门和机构等通过财政拨款或注入土地、股权等资产设立,承担政府投资项目融资功能,并拥有独立法人资格的经济实体。”《国务院关于加强地方政府融资平台公司管理有关问题的通知》(国发〔2010〕19号)。

地方政府与其融资平台的关系。将“双方代理”和“人格混同”应用于本案的分析,确实超出了一审、二审判决所确认的“争议焦点”,也突破了这两个概念原有的“学科”范畴。在推进分析的过程中,本文不仅有法律的视角,还引入了经济和公共管理的视角。这便是本文倡导的多视角、跨学科分析的含义。

以下将根据与本案有关的各种信息,首先尽可能还原该次融资交易的全景图像,进而从判决书关注的争议焦点推进到案件牵涉的更具当代意义的基础事实,依次分析探讨虚假表示、法律规避、隐秘代理人双方代理及政府与融资平台人格混同等问题。

二、案情解说

本案起因于奥其斯科技股份有限公司(以下简称奥其斯公司)2017年基于银行与券商合作(“银证合作”)而进行的一笔融资。让我们先从奥其斯公司讲起。

(一) 罗氏兄弟与奥其斯公司

根据公开资料,奥其斯公司的实控人为江西省奉新县人罗某国。20世纪90年代,罗某国与其弟罗某辉南下打工。2005年,罗氏兄弟在广东东莞成立广东奥其斯科技有限公司(以下简称广东奥其斯),该公司生产电源产品。^①2012年,罗氏兄弟凭其在电源产品方面的技术和资本积累,跟进国家产业政策,将发展重心全面转向LED照明。他们决定回家乡江西开办企业。这自然受到当地官员的热情欢迎。江西省高安市政府在工业用地、政府补贴、行政支持等方面给予大力帮扶。罗氏兄弟在高安市工业园成立江西奥其斯科技有限公司(以下简称江西奥其斯),承诺投资22亿元建设“江西奥其斯光电项目”。^②

江西奥其斯很快于2014年6月正式投产,其对外公布的营业收入呈现爆

^① 参见《百亿奥其斯突然坍塌谁来“埋单”?》,载《第一财经日报》2018年9月10日,新浪财经转发,<https://finance.sina.cn/2018-09-10/detail-ihivtsyk9899273.d.html?from=wap>。另见《奥其斯公司公开转让说明书》,第29-30页、第93页。本文引用的奥其斯公司公开转让说明书、年报及公告等均发布于全国中小企业股份转让系统网站 neeq.com.cn。

^② 当时有媒体高调报道称:“总投资22亿元的江西奥其斯光电项目落户高安,该项目以LED发光二极管系列产品及物联网应用系列产品的研发、生产制造、应用方案解决和安装集成为主,项目占地1000亩,共分为三期建设,每期建设周期一年……”《奥其斯江西高安基地引行业关注》,载中国经济网2012年10月9日,中国日报网转载,https://www.chinadaily.com.cn/hqcj/2012-10/09/content_15804175.htm。奥其斯得到的政府支持,参见《奥其斯公司公开转让说明书》,第82页。

发式增长。2013 年度(未正式投产)营业收入仅为 195 余万元,2014 年度增至 7416 余万元,2015 年超过 4.4 亿元。^① 2015 年 8 月,江西奥其斯整体变更为股份有限公司,即前述奥其斯公司。2016 年 4 月,奥其斯公司在全国中小企业股份转让系统(以下简称中小企业股转系统或新三板)挂牌。2016 年的营业收入接近 10 亿元。^②

不过,奥其斯公司的营业收入、净利润和盈利能力看起来并不稳定。“新三板”挂牌后,2017 年的营业收入跌至 4.5 亿元。净利润从 2016 年的 9688 余万元下滑为 2017 年的 2158 余万元。从反映企业盈利能力的加权平均净资产收益率(依据归属于挂牌公司股东的净利润计算)看,2016 年是 15.40%,2017 年骤降至 2.22%。^③

“新三板”的投资者也不看好奥其斯的未来。2016 年 4 月,奥其斯公司公告了定向发行新股、募集 6 亿元的方案,但 8 月自行终止了发行计划;同年 8 月第二次公告发行方案,同样没有达到预期结果。^④ 根据历年年报可知,2016 年和 2017 年,奥其斯公司也没有发行债券融资,披露的主要融资均为银行贷款、融资租赁。资本市场对奥其斯公司反应冷淡,从侧面说明其企业盈利能力尚未赢得投资者青睐。

正是在“新三板”两次非公开发股无果且其他融资渠道不畅的情况下,奥其斯公司启动了引发本案争议的融资。这次融资的不寻常之处在于:认购奥其斯公司所发行新股的唯一投资方,是奥其斯公司参与设立的一家有限合伙制基金;而奥其斯公司及其实际控制人向基金的出资者作出确保他们收回出资的承诺或保证。显然,这是一次事先定制并锁定出资人、志在必得的“定向发行”。这些不同寻常的安排也反映了各方都接受奥其斯公司的股份在“新三板”缺乏流动性的事实。

(二) 融资架构的幕后台前

根据本案判决书披露的信息(包括所引用的相关刑事判决),我们可以大致描述出此次融资的前期“关系协调”过程。这是分析本案不可或缺的一环。

罗某国的两位朋友帮他沟通高安市政府官员和江西银行高管,成功“运作”了这次融资。不过,本案一审前,两位友人所沟通的官员和高管悉因受贿

① 参见《奥其斯公司公开转让说明书》,第 127 页;《奥其斯公司 2015 年年报》,第 11 页。

② 参见《奥其斯公司 2016 年年报》,第 48 页。

③ 参见《奥其斯公司 2017 年年报》,第 11 页。

④ 参见《奥其斯公司 2016 年年报》,第 32 页;《奥其斯公司 2017 年年报》,第 32-33 页。

而被判刑。本案判决书引述相关刑事判决写道:2016年7月,罗某国与周某华(激石伟业实控人)、龙某(江西长善实业有限公司法定代表人)商议,打算通过“基金产品”为奥其斯公司融资。2017年1月,罗某国与周某华的陆金公司签订合同,约定由激石伟业设立基金,帮助奥其斯公司融资6亿元,居间服务费2700万元。在此期间,龙某、周某华找到时任江西银行红谷滩支行行长付某,三人商定:龙某负责协调高安市政府、企业关系,付某负责协调江西银行关系,周某华负责激石伟业运作,所得居间服务费按4:4:2比例分成。

分工和分成商定以后,龙某和付某便分头行动,协调关系。经过他们一番努力,奥其斯公司在高安市原主要领导的心目中树立起“明星企业”光辉形象。在市领导的大力推动下,2016年12月,高安市政府先是与激石伟业签订两份合作协议,继而高调表态支持奥其斯公司通过产业基金融资,随后直接指示高安城投按照既定方案,出资1.2亿元与激石伟业发起成立6亿元规模的产业发展基金,向奥其斯公司提供融资。在这背后,相关刑事判决确认的事实是:龙某、罗某国等人曾就融资事项向时任高安市市长潘某松行贿60万元,向时任常务副市长肖某行贿40万元。^①

这里所说的“产业发展基金”,照流行做法采取了有限合伙企业的形式。江西银行的4.79亿元资金通过“资产管理计划”委托给一家券商(华金证券),再以有限合伙人出资的名义投入基金。整个融资架构由有限合伙、资管计划“嵌套”而成,也是当时的流行套路(架构详见图1)。

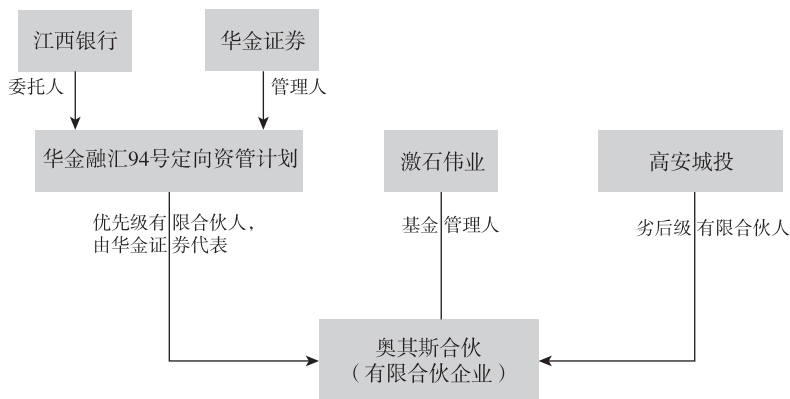


图1 融资架构初步搭建

2017年2月21日,基于江西银行(委托人)、华金证券(管理人)、兴业银行

^① 二审判决披露的相关刑事判决为:江西省宜春市中级人民法院(2019)赣09刑初12号刑事判决书和(2019)赣09刑终273号刑事判决书。

南昌分行(托管人)之间签订的定向资产管理合同,资金额为4.79亿元的“华金融汇94号定向资产管理计划”成立,并在中国证券投资基金业协会备案。

2017年2月23日,激石伟业(作为普通合伙人、基金管理人)与华金证券(代表资管计划,作为有限合伙人)、高安城投(作为有限合伙人)签订《合伙协议》,约定三方分别出资100万元、1.2亿元、4.79亿元,成立“高安市奥其斯投资管理中心(有限合伙)”(以下简称奥其斯合伙)。《合伙协议》是三方打算提交监管部门备案的格式条款,故只依法约定了常规的有限合伙企业条款。而三方真正重要的约定则见之于同一天签署但不提交备案的《补充协议》。

根据《补充协议》,奥其斯合伙的两个有限合伙人分为“优先级”和“劣后级”,华金证券为“优先级有限合伙人”,高安城投为“劣后级有限合伙人”;全体合伙人实缴出资的最后期限是2017年3月30日;优先级有限合伙人实缴出资的前提条件是,该《补充协议》《合伙企业份额受让合同》及《法人保证合同》已经签订生效,“资产管理计划”的委托人在2017年3月30日之前已经足额向定向资产管理计划的托管户缴纳4.79亿元。上述条件不具备时,优先级有限合伙人有权拒绝缴付出资。

《补充协议》为优先级有限合伙人设定实缴出资条件的原因是:该基金约80%的资金是江西银行通过资管计划投入的,这笔资金若不委托到位,则基金的设立目的便不能达成;而如果《合伙企业份额受让合同》及《法人保证合同》没有签订生效,则优先级合伙人便无法在实现一定收益的情况下安全退出项目。也就是说,只有在有收益并能安全退出的情况下,银行资金才愿意投入基金。

2017年3月6日,高安城投(受让方)与华金证券(转让方)签订了《合伙企业份额受让合同》。该合同约定,高安城投有义务在约定时间受让华金证券在奥其斯合伙中持有的合伙份额,而受让全部份额前,高安城投应当按季度向华金证券支付约定的“溢价款”。

在此前的3月2日,奥其斯公司(保证人)与华金证券(债权人)已签订《法人保证合同》,约定奥其斯公司为高安城投(债务人)履行《合伙企业份额受让合同》约定的转让价款、溢价款支付义务提供连带责任保证。

然而,高安城投终究是一家国有独资公司、政府融资平台,它承诺按季度支付“溢价款”并于三年后收购华金证券的全部合伙份额,是在用政府信用为一家民企的融资“背书”,它所承担的付款义务和投资风险如何化解?

按当时流行的做法:谁融资,谁兜底。在签署上述合同的同一天即2017年3月2日,高安城投与罗某国、奥其斯公司签订《回购协议》,约定:高安城投的出资和对华金证券承诺的全部义务,概由罗某国和奥其斯公司履行或承担。

具体安排是:(1)高安城投此前借给奥其斯公司的 8000 万元及本次出资额 1.2 亿元,均应在奥其斯合伙将 6 亿元资金投入奥其斯公司后半个月内,由奥其斯公司返还高安城投。(2)罗某国应无条件回购高安城投所持全部合伙份额。(3)罗某国承诺以其个人在奥其斯公司所持有的 8000 万股(价值 4.8 亿元)作为质押,为高安城投提供担保,截至 2021 年 3 月 7 日,如逾期无法履行回购义务,则由高安城投将 8000 万股处置变现或由高安城投提交相关部门依法强制处置。(4)罗某国承诺,根据《合伙企业份额受让合同》约定的金额和时间支付溢价款,由奥其斯合伙产生的需要支付的溢价款和基金管理费用、成本或其他任何日常有关的费用均由奥其斯公司承担,高安城投不承担本基金产生的任何费用、风险、经营期亏损等(具体安排见图 2)。

由上述安排可见:江西银行之所以愿以 4.79 亿元资金(通过委托给华金证券设立资管计划)参与此次投资,是因为该笔投资有地方政府融资平台即高安城投在“托底”——无论奥其斯公司的 LED 项目经营情况如何,华金证券都有权要求高安城投在其出资后的三年内按季度支付“溢价款”,满三年后收购资管计划项下的全部基金份额。那么,高安城投的“安全港”又在哪里?给高安城投“兜底”的是奥其斯公司。奥其斯公司承诺收到基金投资后,旧账新账一并了结,半月内向高安城投归还 2 亿元。罗某国作为奥其斯公司的大股东和董事长,承诺收购高安城投名下的全部合伙企业份额(包括高安城投将来收购的华金证券的合伙份额),并以其持有的奥其斯公司股份设定质押。但是,罗某国手中股份(质押资产)的价值仍取决于奥其斯公司的价值。全部看起来不难发现,江西银行、华金证券、高安城投及高安市领导实际上都将“宝”押在了奥其斯公司的 LED 项目上。

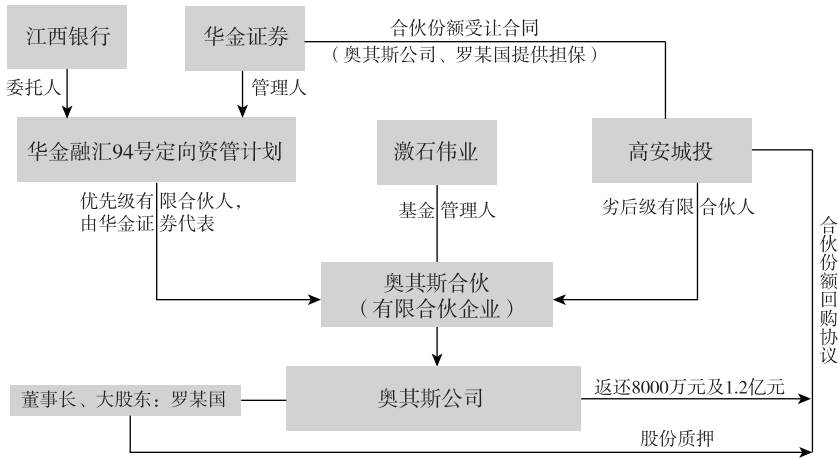


图 2 融资及投资架构完成

奥其斯合伙在其合伙人出资全部到位后,立即于2017年3月7日向奥其斯公司转账6亿元。对此,本案一审判决认为,此笔转账是奥其斯合伙支付“股份认购款”,参与奥其斯公司的“定向股票发行”。其实这个说法并不准确。

根据奥其斯公司在中小企业股转系统公告的信息,该公司向奥其斯合伙定向发行1亿股(每股6元)的发行方案迟至2017年4月12日才公告,4月28日才得到股东大会批准。在奥其斯公司尚未公告发行方案的情况下,奥其斯合伙就将6亿元资金转给奥其斯公司,不符合常规做法。实际上,发行方案称,唯一发行对象即奥其斯合伙将以价值6亿元的债权认购1亿股股份(以债转股方式认购)。可见,3月7日的转账实际上是奥其斯合伙向奥其斯公司出借6亿元。奥其斯合伙先出借6亿元,一个多月后再以债转股方式认购新股,法律上并无障碍。这一不同寻常的操作从侧面表明,本次融资交易的各参与方是多么急切地需要奥其斯公司立即获得这笔6亿元资金。

奇怪的是,奥其斯公司3月7日获得这笔6亿元资金后,似乎并不急于投入生产经营,反而在4月出借9500万元给另一家公司试图收息获利(约定借期三个月、月息0.86%)。此后,债务人违约,奥其斯公司于2018年8月起诉追讨。^①

奥其斯公司在放款收息的同时,继续借款。2017年6月,奥其斯公司又与高安工业园区管理委员会签订借款合同,向后者借款2亿元(借期6个月,年利率7.2%,逾期借款罚息利率为合同约定借款利率的150%)。^②

(三) 基座崩塌、诉讼爆发

奥其斯公司是整个融资交易的资金目的地,也是承担各投资方的投资回报的最终现金流来源。但正如我们将会看到的,此次融资之后,奥其斯公司的LED项目并未展现出预期业绩,而资金使用上却多有可疑之处。就像一个外观华丽、造型复杂的玻璃艺术品,奥其斯公司正是托底的基座,但它已经开裂了。高安城投和奥其斯公司向华金证券支付了四次“溢价款”之后,便停止付款。于是,华金证券、江西银行按下了讨债按钮,建基于奥其斯公司之上的融资架构开始崩塌。

根据一审查明的情况,2017年3月21日至2018年4月3日,高安城投根

^① 见奥其斯公司2018年8月29日公告。按照高安城投在上诉意见中的说法,这笔9500万元借款的债务人正是中间人龙某实际控制的一家公司。

^② 因借款到期后奥其斯公司未归还借款本息,2018年9月管理委员会对其提起诉讼。参见奥其斯公司2018年9月26日涉及诉讼公告;江西高安工业园区管理委员会与奥其斯科技股份有限公司企业借贷纠纷一案,江西省高级人民法院(2018)赣民初109号民事判决书。

据合同约定,按季度四次向华金融汇 94 号定向资产管理计划的兴业银行托管账户支付溢价款,合计 32864722.22 元。^①其中,两个季度的款项实际由奥其斯公司支付。2018 年 10 月 16 日,华金证券向高安城投发出《告知函》,称:截至 2018 年 9 月 21 日,高安城投共计欠付其溢价款 15913444.44 元。鉴于高安城投未履行合同义务,江西银行作为华金证券的委托人、投资人、实际上的权利主体,为维持其自身合法权益,其将通过划扣高安城投在江西银行的存款 15913444.44 元,冲抵高安城投所欠溢价款。2018 年 12 月 21 日,江西银行宜春高安支行营业部向高安城投出具《客户资金扣划通知书》,从高安城投账户直接扣划逾期利息 24873751.49 元。

2018 年 8 月 7 日,江西省纪委、省监察委网站发布消息称,高安市委副书记、市长潘某松涉嫌严重违纪违法,正在接受宜春市纪委监委纪律审查和监察调查。10 月 9 日,奥其斯公司公告称:公司控股股东、实际控制人罗某国因涉嫌行贿犯罪,经高安市监察委员会决定,对罗某国依法留置,案件尚待进一步调查。10 月 18 日,奥其斯公司公告“全面暂停生产经营”。2019 年 7 月 19 日,因奥其斯公司未按时披露 2018 年年报,中小企业股转系统对其作出终止股票挂牌的决定。

根据一审判决可知,2018 年 8 月 27 日,高安城投向法院起诉奥其斯公司、罗某国,诉讼请求为:奥其斯公司、罗某国向其共同返还 1.2 亿元及利息。2019 年 3 月,高安城投以华金证券、激石伟业为被告,以江西银行、奥其斯公司为第三人,向江西省高院提起本案诉讼,请求法院确认高安城投与二被告于 2017 年 2 月 23 日签署的《合伙协议》和《补充协议》无效,理由是:华金证券与激石伟业在签署《合伙协议》及《补充协议》时,不具有合伙投资的真实意思表示。^②

三、判决及理由和依据

高安城投一审败诉,二审转败为胜。最高法院二审认定《合伙协议》和《补充协议》为当事人虚假意思表示,应确认为无效合同。

(一)一审判决

2020 年 3 月,江西省高院作出一审判决。根据二审判决的引述可见,一审

^① 如果以江西银行投入的 4.79 亿元为本金,以 32864722.22 元为年收益,江西银行这笔投资的年收益率均为 6.86%。

^② 参见《华金证券 2021 年面向专业投资者公开发行公司债券(第一期)募集说明书》,上海证券交易所网站,2021 年 8 月 31 日发布,第 119 页;本案二审判决书。

合议庭认为,本案争议焦点是《合伙协议》和《补充协议》的效力问题。由于原告主张协议无效的理由是当事人意思表示虚假,故与此争议相关的法律条文是本案审理时施行的《中华人民共和国民事诉讼法总则》(以下简称《民法总则》)第146条第1款的规定,即“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效”。^①将一审争议焦点进一步聚焦的话,关键争议实际上是:两份协议究竟是不是当事人的虚假意思表示?

符合哪些特征的合同构成当事人虚假意思表示?一审判决使用了民法教科书的表述,以“通谋虚伪行为”指称《民法总则》第146条第1款所规定的“虚假意思表示”,并做如下阐释:“该规定是指合同双方当事人通谋所作出的意思表示与当事人内心真实意思表示不一致,则所作出的虚伪意思表示无效。通谋虚伪行为的认定,应当具备以下几个要件:一是须有意思表示;二是表示行为与内心目的不一致;三是须行为人与相对人虚伪故意且通谋实施;四是须双方自始均缺乏受表示行为拘束之意思。”

不过,二审判决引述的一审判决理由并未逐一分析上述四个要件是否满足,而主要阐述了两点理由。

首先,一审判决认为,当事各方对成立合伙企业投资奥其斯公司是自愿的、知情的,故不存在“意思表示不真实或不一致”。“高安城投、激石伟业对于合伙出资的原因、形式、用途、目的均知情且参与、配合。而江西银行作为实际出资人亦知晓合伙出资的最终目的是以持股形式投入奥其斯公司。因此,高安城投与华金证券、激石伟业签订《合伙协议》及《补充协议》的真实意思是以合伙人全部出资建立基金投资平台的形式,达到向奥其斯公司增资的目的,该意思表示不存在不真实或不一致的瑕疵,也未违反法律、行政法规的效力性、强制性规定。”

其次,当事人已全面实际履行协议,表明协议约定即当事人的“效果意思”,故不存在通谋虚伪意思表示。“《合伙协议》及《补充协议》已全面实际履行,应当认定协议中关于合伙体投资项目仅为向奥其斯公司增资扩股的约定,是双方当事人签约时所追求的效果意思,不符合通谋虚伪意思表示的构成条件。故高安城投起诉提出江西银行为实现向奥其斯公司出借资金4.79亿元的目的,与华金证券、激石伟业、奥其斯公司设计拉其入局,搭建融资通道的主张,与事实不符。”而且,“高安城投也未能提供证据证明签约主体内心真实意思表示与《合伙协议》及《补充协议》约定的内容及实际履行行为不一致……”

最后,一审法院判决驳回高安城投的诉讼请求。

^① 现为《民法典》第146条第1款。

(二) 上诉及答辩

高安城投不服一审判决,向最高法院提起上诉,请求撤销原判。其主要理由有三。

第一,包括《合伙协议》《补充协议》在内的“设立合伙—股权投资—股权回购”等一系列协议,均是当事人的虚假意思表示,其背后隐藏的各方真实意思表示是通过搭建通道实现奥其斯公司向江西银行借款。因此,依照《民法总则》第146条第1款的规定,该一系列协议应认定无效。

第二,“假投资背后所隐藏的真借贷——奥其斯公司与江西银行的借贷行为,以及高安城投所谓‘回购’担保行为的效力”,是由奥其斯公司法定代表人罗某国及中间人龙某分别行贿江西银行高层领导、高安市原市长、副市长的情况下恶意串通而实施的违法犯罪行为,损害了高安市政府及国家的利益,亦应认定无效。法律依据为当时有效的《合同法》第52条第2项规定。

第三,“一审判决认定事实不清,适用法律错误。”该项理由中,高安城投的主要意思是,一审法院没有贯彻“穿透式审判思维”(依据是2019年11月8日最高人民法院发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》),囿于《合伙协议》《补充协议》等合同的文字表述,没有揭示江西银行“按固定利率收取利息、不承担任何风险”的“商业本质”是借贷而不是合伙投资。

华金证券、江西银行和激石伟业均辩称相关协议不存在“通谋虚伪意思表示”,原判应予维持。

(三) 二审判决

最高法院二审认为,本案争议焦点仍为《合伙协议》和《补充协议》是否无效。但二审结论与一审的截然不同。二审认为,结合《合伙企业份额受让合同》与《合伙协议》及《补充协议》的相关条款整体解释,可知华金证券签订《合伙协议》及《补充协议》时的真实意思表示并非设立合伙企业。也就是说,该两份约定合伙事项的协议均是当事人的虚假意思表示。二审判决阐述的主要理由如下。

第一,《合伙协议》和《补充协议》约定,华金证券作为优先级有限合伙人参加合伙。协议相关条款的约定表明,华金证券应当与其他合伙人依约定承担合伙风险、享受合伙收益。

第二,《补充协议》约定华金证券履行《合伙协议》约定出资义务的前提是,华金证券已与高安城投签订《合伙企业份额受让合同》并明确转让溢价款的支付方式及金额以该合同约定为准。也就是说,如果高安城投不与华金证券签

订《合伙企业份额受让合同》,华金证券将不交纳出资款,而案涉《合伙协议》也将终止。

第三,综合分析三份合同可见,华金证券在《合伙协议》《补充协议》与《合伙企业份额受让合同》中约定的权利义务是不一致的。据《合伙企业份额受让合同》的约定,华金证券除了可以在出资后按约定比率定期获得高安城投支付的“份额受让溢价款”外,三年后还可通过转让合伙份额收回4.79亿元资金。华金证券一方面签订《合伙协议》《补充协议》约定成为有限合伙人,声称承担合伙企业投资风险,另一方面,又将与高安城投签订《合伙企业份额受让合同》并明确转让溢价款的支付方式及金额,作为履行出资义务及《合伙协议》《补充协议》是否终止的前提。可见,华金证券成为合伙人的前提是转让合伙企业财产份额退出合伙企业。二者明显存在冲突。故华金证券签订《合伙协议》及《补充协议》时的真实意思表示并非成为合伙人,分享合伙企业投资收益,承担合伙企业风险,而是以设立合伙企业的同时转让合伙企业财产份额并收取固定溢价款形式变相实现还本付息的借贷目的。

综合上述,二审合议庭认定《合伙协议》及《补充协议》均为当事人虚假的意思表示。因此,二审撤销一审判决,依《民法总则》第146条确认《合伙协议》及《补充协议》无效。

四、虚假表示抑或法律规避

本案的交易安排并非首创,类似的合同约定可能被法院作为“保底条款”处理,或认定为“名为投资、实为借贷”的合同。但法院一般不认为这类协议是虚假表示,而是在承认意思表示真实的情况下,依据相关法律法规或通过法律解释,对合同效力作出判断。那么,本案二审判决的思路和逻辑是什么?虚假表示的判断标准究应如何确定?

(一) 二审判决的思路

二审确认《合伙协议》及《补充协议》为虚假意思表示,并不是因为法庭获得了能够证明当事人真实意思的证据。高安城投在上诉理由中也承认,能够直接证明当事人在协议中的意思表示为虚假的证据(例如录音、录像)是不存在的。

二审合议庭是基于《合伙协议》《补充协议》与《合伙企业份额受让合同》相关条款的“整体解释”作出的判断。“整体解释”发现:该三份合同的当事人,一方面表示要成立合伙企业,华金证券作为有限合伙人应承担合伙企业的经

营风险;另一方面,又约定华金证券有权获得另一合伙人高安城投按约定比率、定期支付的“溢价款”,且在出资三年后有权将合伙份额转让给高安城投,华金证券据此便不承担合伙企业的经营风险。二审认为,上述约定是自相矛盾的,华金证券实际上缺乏成为合伙人的真实意思——其真实意思是变相放贷收息。据此,二审的最终结论是:约定合伙事项的《合伙协议》和《补充协议》为虚假意思表示,应属无效。

总结来看,二审的思路是:通过整体解读三份合同的条款,揭示当事人的交易目的,进而认为约定的合同类型与交易目的不符,从而认定合同内容为当事人的虚假意思表示。

不过,回顾最高法院的以往审理的诸多投融资纠纷案件,可以发现不少类似本案合同的约定。如果依照本案二审裁判思路,以往许多案件中的合同都应认定为虚假意思表示了。

例如,在著名的“对赌协议第一案”,海富投资对甘肃世恒增资入股,增资协议约定:如果甘肃世恒2008年实际净利润达不到3000万元,则应按照约定的计算等式补偿海富投资。最高法院再审认为:该约定使得海富投资可以取得相对固定的、脱离甘肃世恒公司经营业绩的收益,损害了甘肃世恒及其债权人的利益。照此认定,似乎也可以认为,海富案中的业绩补偿条款与增资协议中约定的海富投资作为股东的权利义务是相互冲突的。因为,海富投资作为股东也应承担投资风险,在公司无利润可供分配时不应变相获得收益(“业绩补偿”)。如果上述判断成立的话,增资协议中相关条款是否应认定为虚假意思表示?事实上,最高法院再审此案时并未认定增资协议中的任何条款为虚假意思表示,而是以违反《公司法》和《中外合资经营企业法》为由,确认业绩补偿条款无效。^①

海富案之后,最高法院在诸多涉及“对赌协议”的案件中,也都没有基于协议中存在“保底条款”“股权回购”或“差额补足”等类似约定而认定增资协议全部或部分条款为虚假表示。^② 其他各级法院的裁判思路也大抵如此,对此类约定通常是按照是否违反相关法律规定的思路裁判(主要涉及法律解释),而

^① 甘肃世恒有色资源再利用有限公司、香港迪亚有限公司与苏州工业园区海富投资有限公司、陆波增资纠纷案,最高人民法院(2012)最高法民提字第11号民事判决书。

^② 例如:强静延、曹务波股权转让纠纷再审案,最高人民法院(2016)最高法民再128号民事判决书;明朝勇、贵阳市工业投资(集团)有限公司证券交易合同纠纷二审案,最高人民法院(2017)最高法民终492号民事判决书。

不是在意思表示真伪上做判断。^①

那么,高安城投案二审判决甄别意思表示真伪的裁判思路是不是一种更好的办法?

(二) 两种检测标准

回到案件本身,先看二审认定虚假意思表示的依据和理由。

前已述及,二审合议庭确认《合伙协议》及《补充协议》为虚假意思表示,是依靠对三份合同的“整体解释”作出的判断。判决书指出:“华金证券成为合伙人的前提是转让合伙企业财产份额退出合伙企业。二者明显存在冲突。故华金证券签订《合伙协议》及《补充协议》时的真实意思表示并非成为合伙人,分享合伙企业投资收益,承担合伙企业风险,而是以设立合伙企业的同时转让合伙企业财产份额并收取固定溢价款形式变相实现还本付息的借贷目的。”对此,有以下问题应予讨论。

首先,《合伙企业份额受让合同》约定的是,在华金证券实缴出资三年后,高安城投始有义务一次性或分步受让华金证券的合伙份额,而不是在订立《合伙协议》和《补充协议》的同时转让份额。也就是说,对高安城投来说,这是一个“远期”收购义务,并不存在成立合伙的同时(或之后极短时间)就转让合伙份额的约定。

其次,当事人约定成立合伙企业,同时又约定三年后转让合伙份额,这两项约定是否相互冲突、无法共存因而必定不能同时为真实表示?通谋虚伪表示的典型事例是“阴阳合同”。例如,假定税法对房产赠与免于征税,甲本打算出售房产给乙,为免交税款,双方签订了一份房产赠与协议,用于办理相关法律手续,而私下又订一份金额800万元的买卖合同并实际履行。不难理解,就该房产所有权在甲乙间的移转来说,甲、乙不可能希望赠与和买卖一同成为约束他们的具有法律效力的合同。赠与合同和买卖合同不可能同时为真实意思表示,必定有一份合同是通谋虚伪表示。但在高安城投案中,成立合伙企业和三年后转让合伙份额两项约定是可以同时为真实表示的,甚至必须同时为真、同时有效。因为,当事人若不成立合伙企业,便无法在三年后转让合伙份额收回投资。

当然,按照起初的协议安排,华金证券在出资后的三年内将按约定比率取得“溢价款”,三年后通过转让合伙份额收回4.79亿元出资款,在不承担合伙

^① 参见刘燕:《“对赌协议”的裁判路径及政策选择——基于PE/VC与公司赌博场景的分析》,载《法学研究》2020年第2期。

企业经营风险的前提下收回本金并获得固定收益,类似于借款合同的债权人收回了本金和利息。但是,这并不能表明当事人内心没有成立合伙企业、成为合伙人的意思。当事人似乎是通过订立并实际履行三份合同,试图实现与典型合伙不同而与借贷关系类似的交易目的。换言之,当事人可能是以变换合同类型的方式,规避与银行信贷有关的法律或政策限制。

那么,究竟什么是“虚假意思表示”?《民法典》规定了“虚假意思表示”的法律效果(第146条)^①,但没有提供这个术语的定义。从文义上看,“虚假意思表示”的含义似乎无须解释,就是指不真实的意思表示或者不符合真实意思的表示,与当事人的真实意思表示相对应。但是,这样的说法只是一种文字游戏或者循环定义。当事人的内心“意思”存在于主观,而且是过去某个时刻的主观思想。在纠纷处理的过程中,裁判者如何查明当事人的“真实意思”?即便当事人“承认”其曾经有某种“真实意思”,或者拿出书面证据证明其有某种意思,这种事后承认和书面证据的可靠性能有几分?再者,如何区分当事人的“真实意思”和“目的”(例如交易目的)?是“意思”与“目的”不同,还是“意思”可以包含“目的”,或是“目的”就是“意思”?

事实上,裁判者宣称当事人有某种“真实意思”,或者确认某个意思表示为虚假,大多是通过分析在案证据和当事人行为而做出的推断。在高安城投案,无论是一审在“探寻当事人的真实意思”基础上认定《合伙协议》和《补充协议》不构成虚假表示,还是二审对三份合同“整体解释”后认定华金证券在签约时不具有成为合伙人的真实意思,法庭都是基于当事人的协议约定和履约行为所做出的推断。

不过,细看一审判决的分析论证,可以发现一审合议庭阐述的虚假意思表示认定标准与二审的标准不完全一致。在引述了《民法总则》第146条第1款的规定后,一审判决写道:“通谋虚伪行为的认定,应当具备以下几个要件:一是须有意思表示;二是表示行为与内心目的不一致;三是须行为人与相对人虚伪故意且通谋实施;四是须双方自始均缺乏受表示行为拘束之意思。”^②其中,要件一和要件三是对法条和概念的复述,较有实质意义的是要件二和要件四。

要件二的意思是,虚假意思表示必须具备的一个特征是,当事人的“表示

^① 《民法典》第146条与《民法总则》第146条内容相同。

^② 二审判决没有注明“四要件”的来源,看起来像是多种观点的汇总。参见王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第360页(通谋虚伪表示应具备三个要件:“一须有意思表示的存在,二须表示与真意不符,三须其非真意的表示与相对人通谋”);王利明:《民法》,中国人民大学出版社2020年版,第136页(虚伪表示是指“行为人与相对人通谋而为虚假的意思表示,实际上并不期待民事法律行为产生效力”)。

行为与内心目的不一致”。高安城投案当事人的“表示行为”应当是《合伙协议》《补充协议》中的约定,但他们的“内心目的”是什么呢?一审原告主张各当事人的“内心目的”其实是实现江西银行向奥其斯公司出借4.79亿元资金。但一审合议庭认定,当事人的“内心目的”是出资成立合伙企业向奥其斯公司增资。二审合议庭对三份合同“整体解释”后则认为,华金证券并没有成为合伙人的真实意思,其“内心目的”不是成为合伙人承担相应投资风险。可见,人们对各方“内心目的”的解读各不相同。唯一一致的是,大家都声称自己的见解是基于合同约定和当事人履约行为的客观判断。

根据要件四,虚假表示的双方当事人,应当是“自始均缺乏受表示行为拘束之意思”。通俗地说,虚假表示的双方都不希望他们签订的这份合同产生针对他们的法律拘束力。相比于揣测当事人难以捉摸的“内心目的”,结合案件事实分析当事人有无使自己的意思表示产生法律效力的意愿,显然确定性较高。

再以前述“假赠与、真买卖”案为例:当事人分别签订了赠与和买卖两份合同,但他们的实际行为表明双方进行的是买卖;由此不难推断,双方实际上不希望受赠与合同的约束。因此,将赠与合同认定为虚伪表示是大致不错的。但是,如果依上述要件二的标准,当事人的“表示行为”有两个,即赠与合同和买卖合同,哪一个与他们的“内心目的”一致或者不一致?如何确认当事人的“内心目的”?当事人的“内心目的”可能是逃避税负或掩盖交易实质,也可能是卖房获利、买房居住……可以说,当事人的“内心目的”是多重的、复杂的,外人在事后颇难捉摸。因此,通过推断当事人“内心目的”,再以之对照“表示行为”看二者是否相符,这种方法的可靠性较低。认为买卖合同反映了双方的“内心目的”有一定道理,而认为订立赠与合同与双方“内心目的”(逃避税负、掩盖交易实质)一致,似乎也说得通。那么,究竟哪个合同是虚假表示?

回到高安城投案,各方当事人订立《合伙协议》《补充协议》及《合伙企业份额受让合同》时,或许因奥其斯公司难以符合江西银行发放贷款的条件而“内心”有规避银行信贷条件限制的“目的”,但他们是否希望这三份合同都产生法律拘束力?结合案件事实分析,不难得出肯定回答。《合伙协议》依常规搭建了合伙企业的框架,约定了合伙人的权利义务,为筹集资金准备了一个合法实体;《补充协议》及《合伙企业份额受让合同》约定了华金证券(代表资管计划)在出资后三年内按季度收取“溢价款”,三年后通过转让合伙份额收回4.79亿元出资本金。整个交易安排都建立在三份合同应具有法律效力的基础上,当事人签约后也实际履行了合同的大部分约定。所以,各方在签订三份合同时应当是希望合同对自己和相对方产生法律约束力的。这三份合同与“假赠与、

真买卖”案例中当事人自始就不希望产生法律拘束力的赠与合同显然不同。

因此,高安城投案一审和二审中实际上存在两种不同的判断虚假表示的检测标准:一种是检测当事人是否希望双方的表示(合同约定)产生法律拘束力,不希望产生拘束力的为虚假表示(以下称“拘束力标准”)。^①一审主要采用了这种标准。另一种是检测当事人的表示是否与真实意思(或“内心目的”)一致,不一致的属于虚假表示(以下称“内心真意标准”)。^②二审采取了这种标准。

(三)哪个标准更优?

本文认为,“拘束力标准”更优。首先,如上所述,“拘束力标准”对裁判者的指引更明确,更具有操作上的确定性,而“内心真意标准”过于笼统,确定性不足,尽管两种标准的适用都需要裁判者结合当事人意思表示的内容、实际行为等客观事实分析推断。

其次,“拘束力标准”扩大了法律对当事人意思自由的保护范围。“拘束力标准”将当事人完全无意产生法律拘束力的表示与他们希望产生法律拘束力的表示区分开。按照“拘束力标准”,所谓意思表示的“真”与“假”,不是从表示是否符合“内心真意”来看,而是从当事人有无使表示产生法律拘束力的角度看。“内心真意标准”符合日常语言中的“真”与“假”的含义,也是合乎逻辑的。^③但是,裁判者事后推断表意者的内心目的或真意的难度,远高于推断表意者有无产生特定法律效果之意图。裁判者在事后揣测表意者内心真意和目的时,可能会无视当事人有无受法律拘束之意思。换言之,“拘束力标准”实际上限缩了裁判者事后干预当事人意思表示自由的空间。避法行为并不都是对法律和秩序的破坏。很多时候,避法行为带来了交易或组织模式的创新,或者减轻了不合理规制对经济社会生活的破坏力。因此,对避法行为的是非善恶不能“一刀切”,而应一事一议。“拘束力标准”扩大了保护当事人意思自由的范围,对于保护当事人创设交易模式的自由,保护合同类型、组织类型上的创

^① 主张拘束力标准的著述,参见[德]梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第446页;弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第480页;王利明:《民法》,中国人民大学出版社2020年版,第136页;杨代雄:《法律行为论》,北京大学出版社2021年版,第271页。

^② 主张内心真意标准的著述,参见王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第360页;梁慧星:《民法总论》,法律出版社2017年版,第181页。

^③ “内心真意标准”之所以看起来有合理性,是因为它吻合逻辑学上的“符合论”,即真实反映客观事物的命题为“真”,否则便是“假”。参见麦克伦尼:《简单的逻辑学》,赵明燕译,中国人民大学出版社2008年版,第19-20页。

新,是有积极意义的。

当然,按照“拘束力标准”,当事人希望产生法律拘束力的意思表示尽管不属于虚假表示,但也不意味着一律都是有效法律行为。因为,它们还必须接受合法性检测。换言之,当事人的真实表示如果违反法律、法规的强制性规范(如《民法典》第143条),就仍可能被判定为无效法律行为。以高安城投案为例,假如法庭认定《合伙协议》及《补充协议》均为当事人真实意思表示,那么,接下来需要解决的问题是:在这两份协议及其他协议共同构建的融资交易中,华金证券(代表资管计划)作为奥其斯合伙的有限合伙人,实际上获得类似于借贷关系的债权人的权利和利益,这种通过变换合同类型而试图规避法律、监管或其他限制的安排是否违反法律、法规的强制性规范,是否应认定无效?不难看出,这个问题需要裁判者整体考虑相关法律的立法目的、特定时空的经济社会背景和公共政策等,通过法律解释甚或法律补充予以分析、解答。^①

因此,支持“拘束力标准”更优的第三个理由是,该标准区分了虚假表示与避法行为,从而为裁判者界定法律解释范围提供了指引。宽泛而言,虚假表示也有避开特定法律适用的作用,例如“假赠与、真买卖”就可能使当事人避开税法的适用。但在裁判思路和方法上,虚假表示不同于避法行为。^②对于虚假表示(例如“假赠与、真买卖”中的赠与合同),裁判者在识别之后,即可确认其无效。而避法行为是当事人的真实意思表示(例如高安城投案中的合同),裁判者识别之后,通常还需要解释相关法律规范甚至需要通过填补法律漏洞来作出裁判。

如果不采用“拘束力标准”而适用“内心真意标准”,那么,裁判者就可能将许多避法行为认定为虚假表示而归于无效。这既压缩了当事人意思自治的空间,也损害了法院理应享有的解释、补充乃至发展法律的权力。

五、双方代理与人格混同

本案虽为民事案件,但案情亦涉及原高安市市长、副市长以及原江西银行高管的受贿犯罪。一审、二审判决尽管都援引了相关刑事判决认定的事实,但

^① 关于变换合同类型规避法律的实例和人民法院的审理思路,参见王军:《法律规避行为及其裁判方法》,载《中外法学》2015年第3期。

^② 参见[德]弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第484页(作者指出:“依其性质而言,规避法律行为属于当事人所真正希望的法律行为。这是因为,只有当事人真正希望这一行为,该行为的实施从其规避的目的来看才具有意义。有鉴于此,规避法律行为不属于虚伪行为”)。

只是将这些事实作为融资交易的发生背景,而没有分析官员和高管受贿行为对本案合同有效性、合法性的影响。^①

要分析市政府官员和银行高管受贿犯罪对本案争议合同的影响,首先要讨论他们在本案的融资交易中各充当什么角色、承担何种义务。本文要指出的是,这三位前政府官员和银行高管,均是他们所任职机构以及事实上可管控的下属机构的代理人。因此,本案融资交易各个环节都存在代理人背信导致的利益冲突。

鉴于目前各地政府通过各种官办“平台公司”(例如:城市建设投资公司)广泛参与经济事务,介入经济资源配置,而在中央反腐高压下,各级官员时有因受贿等罪名被处刑事责任的,故本案涉及的官员犯罪对官办公司参与之合同效力的影响问题,不是个别的而是具有普遍意义的法律问题。^②

(一)谁是代理人,他们代理谁?

被判受贿罪的高安市原市长潘某松、副市长肖某,在任职期间是市政府主要领导,他们在各自职权范围内有权参与决定市政府的重大事务,在职权或者授权范围内有权代表市政府从事民事法律行为。江西银行红谷滩支行行长付某则在其职权或者授权范围内应看作江西银行代理人。

不过,当时被潘市长和肖副市长所代理的实体却不限于市政府。从本案事实看,他们同时也是高安城投事实上的控制人和代理人。

首先,高安市政府是高安城投的唯一出资人。^③高安市委市政府自然对高安城投的关键人事任免和重大事务享有最终决定权。从本案判决可见,高安城投在决定参与本案融资交易过程中,其充任“劣后级有限合伙人”、具体出资金额、承诺对优先级合伙人回购份额和差额补足、与罗某国签订回购协议并接受其反担保、约定奥其斯公司返还2亿元等一系列具体事项,都事先得到市政府的首肯(反映在以市政府名义发出的《抄告单》中)。因此,本案判决所说的“高安城投股东”就上述事项作出公司决议,实际上是市国资监管办公室(作为

^① 高安城投的第二项上诉理由主张,“假投资背后所隐藏的真借贷”是由官员受贿促成的,因此损害了国家利益,也应认定无效。但二审判决并未对该主张作出回应。

^② 参见兰小欢:《置身事内:中国政府与经济发展》,上海人民出版社2021年版,第83-115页,第3章,该书对地方政府借助融资平台推动本地经济发展、融资平台的债务负担以及地方官员在招商引资中的激励约束和“腐败”行为等有概括描述和精炼的分析。

^③ 高安城投于2010年8月成立,其登记的唯一股东是高安市国有资产监督管理委员会。《高安市城市建设投资有限责任公司跟踪评级报告》(以下简称《2017评级报告》)第4页,联合资信评估有限公司2017年10月19日出具(<https://www.lhratings.com/reports/B1588-GSZQ0605-GZ2017.pdf>)。

唯一股东)指令公司执行市政府《抄告单》所列示的经过市政府(主要是市长、副市长)批准的事项。显然,当时情况下高安城投的决策者事实上是由市政府主要领导组成的。

其次,市政府不仅是高安城投的唯一出资人,还是其最主要的“客户”,同时又是其信用保证人。高安城投的主营业务收入和信用基础均依附于市政府。官方给高安城投的定位是“全市重要的投融资平台”以及“市内重要开发建设主体和资产运营实体,承担高安市瑞阳新区基础设施建设任务”。高安城投的主营业务是为市政府“代建”基础设施,基本模式是:市政府将建设项目委托给高安城投“代建”;高安城投负责筹集全部或部分资金,建成验收后移交给政府或其指定单位(或由政府依协议“回购”项目);政府向高安城投支付代建费用及收益(或支付包含代建成本和收益的“回购款”)。市政府不仅向高安城投提供财政补贴,还通过“债券置换(新增债券)”等方式用财政资金为高安城投提供融资担保和偿还债务。高安城投2014年发行的两期合计面额15亿元的公司债券也被纳入“地方政府一类债务”,即由市财政资金(具体为土地出让收入)直接承担清偿责任。^①在本案中,市政府2017年3月2日《告知单》清楚地写道:“同意高安城投对基金优先级资金的回购及差额补足,如高安城投回购资金有缺口,市政府将另行安排资金补足,确保按期全部回购。”可见,市政府承诺对高安城投的责任财产给予持续性补充,以保证高安城投履行本案合同所约定的义务。(市政府、高安城投、金融机构等的关系图,见图3)

由上述两点不难发现,高安城投尽管是一个按照《公司法》注册的有限责任公司,有注册资本和记于名下的资产,但它用于对外承担责任的财产并不限于其名下的财产,其经营决策权和主营业务收入也严重依附于其唯一出资人市政府。自主形成意思并对外表示,以自有财产独立承担民事责任,是法人的基本特征。从这个标准看,高安城投的法律主体资格事实上严重依附于市政府,甚至可以说已被市政府全部或部分吸收,至少在高安城投参与本案融资交易的过程中是这样。^②

对于本案其他的当事人来说,高安城投的法律地位越是被市政府吸收、越

^① 《2017 评级报告》,第 10-11 页;《2014 年第二期高安市城市建设投资有限责任公司公司债券上市公告书》第 16 页,上海证券交易所 2015 年 3 月 15 日发布, https://www.sse.com.cn/disclosure/bond/corporate/publicoffer/corporatebulletin/c/2015-03-15/127066_20150316_1.pdf。

^② 这一情况似乎至今并无改变。根据高安市政府 2024 年 7 月公布的信息,高安城投与另一家国有独资公司(高安市瑞泰投资有限责任公司),作为“全市重要的投融资平台”,与高安市城市建设资金管理办公室合署办公,按“三块牌子、一套人马”的管理模式运作。参见《国有投融资平台建设基本情况(城投、瑞泰)》,高安市政府网站 2024 年 7 月 3 日发布, www.gaoan.gov.cn。

是依附于市政府,它的可信度、可靠度似乎就越高。这意味着其他合同当事人的交易对方已经不是高安城投,而是掌握本地经济资源的高安市政府。^①

基于上述分析,我们可以得出结论:当时的潘市长和肖副市长不仅是市政府的主要领导、高级官员,不仅能够代表市政府,同时也是高安城投事实上的决策者和代理人,尽管他们没有直接出面以高安城投的名义与他人签约。^②

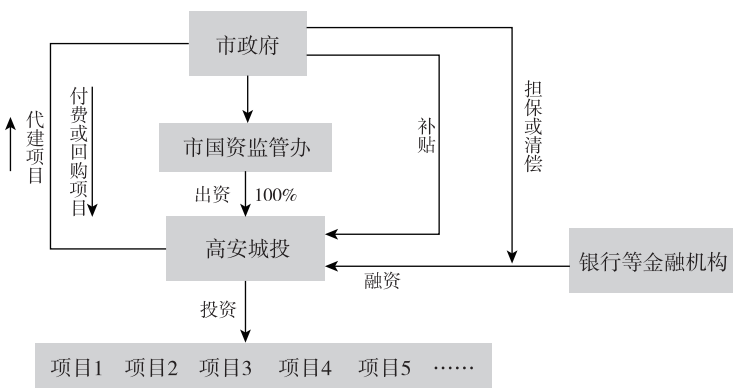


图3 政府与融资平台关系

(二) 隐秘代理人的双方代理

代理人应当忠实、勤勉地履行自己对被代理人承担的义务。这要求代理人以被代理人的利益最大化为宗旨,勤恳、尽职尽责地履行代理事务,而不得将自己和他人的利益凌驾于被代理人利益之上。但是,一旦某个代理人代理被代理人与自己进行交易(“自己代理”)或者同时代理两个被代理人从事交易(“双方代理”),则代理人与被代理人及此被代理人之间难免发生利益冲突。

本案中,潘市长和肖副市长当年因帮助奥其斯公司融资,私下接受奥其斯公司实控人(罗某国)和激石伟业委托的中间人(龙某)的贿赂,实际上是接受“请托”成为两公司的隐秘代理人。他们私下对两家公司承诺的受托事项是,利用自己作为市政府领导、代理人和高安城投事实上的决策者、代理人的地

^① 不过,事实表明,政府能够处置的经济资源毕竟是有限的。地方政府拖欠对企业的债务,导致企业陷入困境的情况所在多有,近来越发引起中央政府关注。参见:中共中央办公厅 国务院办公厅印发《关于解决拖欠企业账款问题的意见》,中央政府网站 2024 年 10 月 18 日发布, https://www.gov.cn/zhengce/202410/content_6981402.htm。

^② 依民法规范,代理人须以被代理人的名义实施法律行为,故本文称他们是高安城投不公开的、事实上的代理人。

位,促成奥其斯公司达成融资交易。同样,接受贿赂的江西银行红谷滩支行行长付某,也成为奥其斯公司和激石伟业的隐秘代理人。

因此,2017年3月,当高安城投按照潘市长、肖副市长推动下作出的市政府《抄告单》的指示,与华金证券、激石伟业签订合伙企业相关协议时,潘市长、肖副市长既是高安城投事实上的代理人,也是激石伟业和奥其斯公司的隐秘代理人。同样,在江西银行4.79亿元资金投入资管计划进而出资至奥其斯合伙的相关合同中,支行行长付某也充当了江西银行、激石伟业以及奥其斯公司的共同代理人。^①

因此,本案的《合伙协议》《补充协议》等合同实际上均是隐秘代理人双方代理的产物。在这种关系格局下,投放巨额资金的江西银行和为融资充当“通道”及为“优先级合伙人”承担远期回购义务的高安城投,就很难以客观、独立、谨慎甚至挑剔的态度去严格审查融资方奥其斯公司的盈利能力和偿债能力了。

奥其斯公司正是全部交易安排产生投资收益、确保本金收回的基础。但目前,最糟糕的局面已经出现。2021年9月,奥其斯公司资不抵债、无力清偿债务,进入破产清算程序。截至2022年2月22日,奥其斯公司破产管理人共收到107家债权人申报债权,申报总额达996090188.02元。^②目前尚无公开信息证实江西银行或华金证券、高安城投是否作为债权人成功申报了债权。对江西银行来说,数亿元不良资产恐怕难以避免。高安城投尽管通过本案二审摆脱了对“优先级”合伙份额的收购义务,但其因参与奥其斯公司融资也损失了数亿元资金。高安城投的投资损失最终将转化为高安市政府的债务。此外,高安市对奥其斯公司多年来提供的大量政府补贴也不可能有任何报偿了。^③

基于公平和诚实信用的原则,以及民法关于代理的原理,上述代理人通过双方代理促成的、交织着严重利益冲突的合同,对于不知情或未表示同意的被

① 此处的分析思路得益于方流芳老师1991年博士论文《公司:国家权力与民事权利的分合》(中国人民大学博士论文,第170-171页)。该文中,作者以委托人和代理人的关系模型分析了20世纪80年代的“官倒”和“回扣”等现象。

② 据报道,2021年9月1日,宜春市中级人民法院通过审查江西高安高新技术产业园区管理委员会、青岛科捷机器人有限公司对奥其斯公司提出的破产清算申请,认定奥其斯公司资产不足以清偿全部债务,符合破产受理条件,裁定受理奥其斯公司破产清算一案,并指定该案由高安市人民法院审理。高安奥其斯科技股份有限公司破产清算案第一次债权人会议在高安召开,高安新领域信息网2022年2月26日发布。

③ 媒体报道,“自2013年取得营收以来,至2018年6月末的5年半时间里,奥其斯实现净利润合计约1.03亿元,相应时间内,奥其斯获得的政府补助达到8400万元,名目多达二十几项。也就是说,奥其斯5年半来靠自身经营带来的账面盈利仅为1600万元”。济美、崔澈:《深度|百亿奥其斯突然坍塌,谁来“埋单”?》,载《第一财经日报》2018年9月10日。

代理人不应当发生代理效力,换言之,相关合同对被代理人不应当产生法律拘束力。不过,本案适用或类推适用《民法典》双方代理规则的前提是,原告提出了这一诉讼主张,而法庭亦认可“事实上的代理人”和“隐秘代理人”构成民法上的代理人。对法庭而言,作出此一认定的难度在于须从事实上进行判断而不拘泥于概念和理论。^①

(三) 融资平台的法人独立性

本案原告尽管未从双方代理的角度挑战合同有效性,但本案却为我们分析地方政府与官办融资平台之间的委托代理关系提供了一个样本。

本案的隐秘代理人及其双方代理之所以能够发生,一个不可或缺的条件是,当时的潘市长和肖副市长事实上能够控制高安城投的投资决策,是高安城投的决策者和代理人。也就是说,高安城投的法人独立地位实际上被市政府全部或部分吸收,这一事实是引发双方代理及利益冲突的一个必要条件。那么,高安城投这类各地方普遍存在的、服务本地城建和产业发展的官办融资平台公司,能否真正保持其法人独立地位,能否避免被地方政府代理人事实上代理?

以高安城投为例,它的唯一出资人是高安市政府,其主要资本是市政府投入的国有土地使用权。^②如前所述,自其成立的2010年至2017年,其登记股东为高安市国资监督管理办公室。2024年的信息显示,高安城投与高安市城市建设资金管理办公室合署办公,与另一平台公司,按“三块牌子、一套人马”的方式管理。它的主要业务是为市政府“代建”基础设施项目,利润来源于高安市的财政收入。它以发行公司债券等方式融资,除用自己名下的土地使用权抵押外,还有市政府提供的担保。所以,高安城投实际上是市政府实施投融资事务的分支机构。在这个意义上,高安城投其实又是市政府的“隐名代理人”,它以自己的名义代理市政府开展那些政府无法以政府名义直接实施的经济事务,例如:发行公司债券融资、通过私募基金(或信托计划、资管计划)融资、实施城市基础设施建设项目、经营国有资产、基于产业政策投资等。在本案中,

^① 《民法典》并未提供“代理”的定义,但基于理论上的通常见解以及《民法典》第162条(“代理人在代理权限内,以被代理人名义实施的民事法律行为,对被代理人发生法律效力。”)可知,代理人须具有以被代理人名义实施法律行为的特征。《民法典》第168条第2款对双方代理的规定为:“代理人不得以被代理人的名义与自己同时代理的其他人实施民事法律行为,但是被代理的双方同意或者追认的除外。”

^② 参见《2017评级报告》,第14页(截至2016年年底,公司所有者权益86.64亿元,其中实收资本3亿元,资本公积80.37亿元,主要来源于市政府注入的土地资产)。

高安城投便扮演了“融资平台”的角色,其任务是促成市政府重点“帮扶”的企业获得来自银行的融资,而代表市政府并由市政府信用背书的高安城投的参与,是吸引江西银行投入巨资参与奥其斯公司融资的关键原因。

那么,怎样才能令高安城投这类政企合一的隐名代理人在事实上而非名义上保持法人独立地位、避免政府代理人的操控或干预呢?以下分析几种常见的对策。^①

首先可以想到的办法是,变更高安城投的股东,由一家国有控股公司持股,进而改变其与政府机关“合署办公”“三块牌子、一套人马”的管理模式。同时,“完善”高安城投及国资控股公司的法人治理,各自建立健全董事会、监事会等制度以及对管理层的激励和约束机制。

不过,上述做法的局限性在于,其一,这家国有控股公司的唯一股东仍然是市政府的国资监管机构,后者对前者必定有决定性的控制力。即便这家国有控股公司不与其股东(国资监管机构)“合署办公”,不搞“两块牌子、一套人马”,它的人事任免和重大事务也无法避免市政府的介入甚至控制。

其二,任何公司要建立有效的治理结构,都需要它的所有者“不缺席”,发挥应有的监督和约束作用。官办融资平台及作为其股东的国有控股公司要建立并运行有效的内部约束和激励机制,政府代理人(作为所有者的代理人)就不可能对公司放手不管,不可能不在事前或事后审核、督查公司的决策和运营。即便是最低限度的审核督查也不可能不干预公司的关键人事任免和重大决策,否则就是“所有者缺位”及“出资人”失职。所以,既要官办平台公司独立于作为其出资人的政府,又要其在内部建立有效的激励和约束机制,二者不可兼得。

其三,政府要考核、约束和激励它自己的代理人(例如对国资控股公司、融资平台公司有督管权的各级官员),不能不考虑融资平台公司的经营表现,但又不能完全依赖平台公司的经济绩效。因为,地方经济发展是长期的、连续的,而多数官员的任期通常是短期的。完全依赖平台公司绩效可能导致官员的短期行为。因此,对官员的考核标准必定顾及多方面要求,难免是原则性的甚至是模糊的。于是,“软约束”通常无法避免。对政府官员的激励手段大多是行政化的(例如党政系统内的表彰和晋升),不可能给予股权或期权激励,因

^① 关于城投公司的改善建议,参见孙毅、朱啸:《城投平台公司转型发展困局与解决路径探索》,载《国有资产管理》2023年第3期。

而也很难与融资平台公司的绩效真正挂钩。^①

如果单一股东状态下无法实现独立地位的话,“混合所有制”即吸引“社会资本”参股官办融资平台,使之转变为“混合所有制”公司(“官商合办平台公司”)是不是可以确保它们的法人独立地位?在官商合办平台公司,市政府不再是唯一股东,市政府代理人可能难以令公司完全听命于自己。但是,这仍然是不够的。如果该官商合办公司的主营业务依然是为政府代建项目,依然接受政府补贴,依然由政府财政资金提供融资担保,那么,公司还是无法切断对政府的经济依附关系。股权结构或许可能“多元化”,但如果公司的主要“客户”和“金主”仍然是市政府的话,公司相对市政府的法人独立地位就只能是纸面意义上的而非实际意义上的。

由上述分析可见,政府设立的融资平台如果具有以下特征之一,其功能、股权和治理结构本身都将天然排斥公司的法人独立地位:(1)股权完全由政府直接或间接持有,或者政府直接或间接拥有控股权、实际控制权;(2)公司关键管理人员的任免权、重大事务决定权直接或间接掌握在政府官员手中;(3)公司债务由政府以各种方式提供担保或清偿;(4)公司的主要业务和营业收入依赖于政府项目和财政资金。

回顾改革开放以来的企业发展史不难发现,当今的融资平台公司如果具有上述四方面特征的话,其实与20世纪八九十年代那些政企不分的国营企业、公司没有实质区别。只是当时的国营企业 and 公司遍布各行各业,而如今的融资平台公司主要是充当城市建设和地方产业的融资工具。中央政府曾在八九十年代对“政企不分”“官商不分”的公司开展了三次大规模“清理整顿”。^②进入21世纪后,地方融资平台在全国遍地开花,活跃于城市建设和产业投资各个领域。为应对其引发的债务积压、金融风险,中央政府已屡次发出清理整顿的指示。^③看起来,“政企合一”或“人格混同”的官办公司病很难摆脱久治不愈、反复发作的症候。

^① 相关讨论参见兰小欢:《置身事内:中国政府与经济发展》,上海人民出版社2021年版,第104-109页。

^② 参见方流芳:《公司审批制度与行政性垄断——兼论中国公司法的走向》,载《中国法学》1992年第4期。

^③ 参见国务院《关于加强地方政府融资平台公司管理有关问题的通知》,国发〔2010〕19号;国务院《关于进一步深化预算管理制度改革的意见》,国发〔2021〕5号(第21条指出,防范化解地方政府隐性债务风险。清理规范地方融资平台公司,剥离其政府融资职能,对失去清偿能力的要依法实施破产重整或清算)。

六、总结

每个案例都有其经济和社会背景。本案融资交易是在地方政府广泛参与本地经济活动、积极开展政商合作的背景下发生的。奥其斯公司紧跟国家发展半导体节能照明产业的政策,谋划了雄心勃勃的发展目标。它希望得到地方政府在工业用地、融资、行政便利等方面的大力支持。而地方政府正热心于发现和引进“高、大、上”的产业项目,带动本地经济,实现产业升级、财政增收等目标。双方一拍即合,结成合作伙伴。在“市场化”“专业化”的基金管理公司激石伟业的沟通撮合下,这场官商合作结出了融资6亿元的硕果。

根据合同约定,江西银行依赖政府融资平台高安城投的托底承诺,通过与华金证券成立资管计划并以华金证券为优先级有限合伙人代表,将4.79亿元资金投入奥其斯合伙(有限合伙制基金);高安城投则依赖奥其斯公司和其实控人的兜底承诺,以劣后级有限合伙人身份“陪投”,向基金注入1.2亿元,完成基金组建及向奥其斯公司注资;奥其斯公司及其实控人则承诺,在6亿元资金注入奥其斯公司后,向高安城投返还1.2亿元及归还之前的8000万元借款。从交易架构看,所有出资者的风险和收益都押注在奥其斯公司的LED项目之上。而看好并选择奥其斯公司为合作伙伴和投资对象的关键决策者,原高安市的主要领导潘市长和肖副市长,事后被司法机关查实接受了奥其斯公司实控人和激石伟业委托人的贿赂。

奥其斯公司终究还是有负众望了。“新三板”挂牌后,公司营收和利润急剧下滑。急匆匆拿到6亿元资金,却不按照募资用途使用,除给中间人2000多万元融资“居间费”外,还将约1亿元资金拆借给其他企业。不仅没有履行半个月内向高安城投返还2亿元的承诺,反而继续向高安市伸手借钱2亿元。不难发现,奥其斯公司通过这个融资架构,不仅获得6亿元资金,同时也“绑架”了高安城投及其背后的地方政府;合同上,奥其斯公司实控人将其股份质押给高安城投,而实际上,市政府的财政收入和信用变成了奥其斯公司手中的质押物。这是地方政府在招商引资、政商合作之际不可不察的风险。

奥其斯公司败像浮现之后,江西银行、华金证券和高安城投先后拿起法律武器自救。江西银行从高安城投的银行账户中扣划了其应得的“溢价款”。高安城投则在本案中主张,它当年与华金证券和激石伟业协商签订的《合伙协议》《补充协议》属于虚假意思表示,应为无效合同。显然,高安城投意在摆脱合同约定的托底回购义务。

就高安城投的诉讼请求,本案一审、二审判决结果迥异。关于本案的争议

焦点即如何认定虚假表示,一审、二审判决遵循了不同的检测标准。一审主要适用“拘束力标准”,二审则采用“内心真意标准”。按照“拘束力标准”,当事人无意产生法律拘束力的表示为虚假表示。而按照“内心真意标准”,当事人作出的与其内心真意、目的不一致的表示为虚假表示。本文认为,前一个标准优于后一个标准。因为,“拘束力标准”确定性更强,可以比较清晰地区分虚假表示和避法行为,有助于扩大法律对当事人意思自由的保护范围,从而保护当事人的交易预期,保护交易和交易类型上的创新。而“内心真意标准”过于模糊,可能将需要通过法律解释、法律补充予以处理的避法行为错误地归为虚假表示。尽管本案的融资交易架构谈不上创新,但混淆虚假表示和避法行为的裁判思路对未来可能的交易类型创新不是一个友好的信号。

在此还要指出的是,一审、二审判决尽管结论相反,但在一个基本问题上保持了一致,即它们均未质疑原告提起本案诉讼请求的诚信基础或正当性。具体来说:法庭容忍一个当事人在自愿参与了数份合同的协商、签订和履行后,为摆脱合同束缚,主张自己其实是与其他当事人“通谋虚伪”地精心编造了两份虚假合同。也就是说,一个市场参与者以自己的不诚信行为作为辩解理由,成功获得法庭支持,卸掉了依照合同本应承担的债务。这可能向市场参与者发出了一个鼓励机会主义行为的信号。

沿着合同效力的线索,本文进一步讨论了判决提及但未展开的问题,即政府官员和银行高管受贿行为可能对本案合同效力产生的影响。相关刑事案件固然已经审结,被告人也受到刑事处罚。但如果我们拘泥于部门法界限,孤立看待刑事案件和民事案件,则可能忽略本案暴露的两个重要事实:隐秘代理人的双方代理和地方政府与其设立的融资平台公司的人格混同。

高安城投名义上是独立的企业法人,但它在股本、经营决策、主营业务、债务承担等方面均依附于市政府。高安城投事实上是市政府下属的政企合一实体,同时也是代表市政府实施投融资项目的隐名代理人。至少在本案的情境中,高安城投的法人地位近乎虚设,公司实际上与市政府难分难解,公司的法人独立性被市政府全部或部分吸收。因此,当年参与推动奥其斯公司融资的潘市长和肖副市长,既是市政府的官方代理人,也是高安城投的决策者和事实上的代理人。而鉴于他们和银行高管付行长都接受了奥其斯公司实控人和激石伟业所托中间人的贿赂和请托,他们又都成为奥其斯公司和激石伟业的隐秘代理人。所以,本案整个融资交易是在各种代理人的双方代理之下构建起来的。

毫无疑问,在隐秘代理人的双方代理之下,防范代理人背信的机制将形同虚设。因为,一方被代理人并不知道自己的代理人已经被交易对手收买,成为

交易对手的隐秘代理人。因此,代理人随时可能侵蚀一方被代理人的利益。而名义上各自独立的主体间出现隐蔽的人格混同,则意味着权利滥用和利益输送有了顺畅且可以回避公众视线的渠道。公司法就股东与公司以及不同公司之间出现人格混同而设定的规则,旨在约束股东权利滥用、保护公司债权人利益。^①而本案中呈现的地方政府与官办融资平台的人格混同,将不仅引发融资平台公司的债权人(例如银行)利益受损,还将引发涉及更广泛公共利益的市场竞争机制扭曲、地方政府债务不透明且持续积压乃至失控的风险。^②

① 参见《公司法》(2023年修订)第23条。

② 参见朱宁:《刚性泡沫:中国经济的增长和风险(增订版)》,中信出版集团2024年版,第185-231页。