

2009年卷

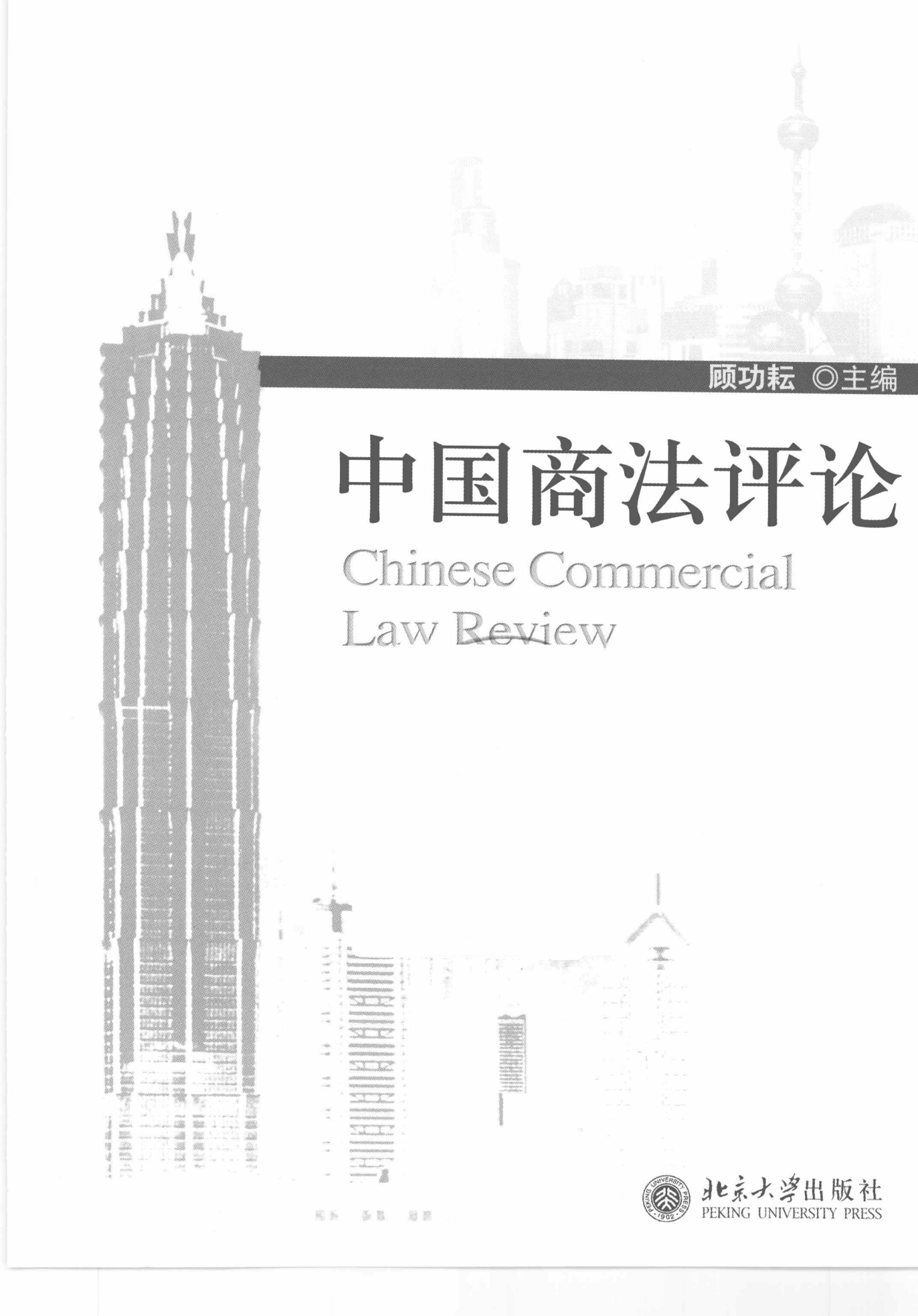
顾功耘 ©主编

中国商法评论

Chinese Commercial
Law Review



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



顾功耘 ©主编

中国商法评论

Chinese Commercial
Law Review



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国商法评论. 2009 年卷/顾功耘主编. —北京:北京大学出版社, 2010. 3
ISBN 978-7-301-16924-7

I. 中… II. 顾… III. 商法-中国-文集 IV. D923.994-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 020081 号

书 名: 中国商法评论(2009 年卷)

著作责任者: 顾功耘 主编

责任编辑: 丁传斌 朱梅全 杨丽明 王业龙

标准书号: ISBN 978-7-301-16924-7/D·2547

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027 出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

787 毫米 × 1092 毫米 16 开本 24.75 印张 559 千字

2010 年 3 月第 1 版 2010 年 3 月第 1 次印刷

定 价: 58.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

序 言

本卷《中国商法评论》以“改革开放三十年与中国商法发展”为主题,重点探讨商法的协调与统一问题。

中国改革开放三十年取得了重大成就,政治、经济、社会等方面均发生了深刻的变化,尤其是经济的快速发展受世界各国瞩目。在纪念改革开放三十年之际,人们总结三十年成就的经验,分析三十年成就的原因,当然也会探究三十年发展中存在的问题和教训。事实上,改革开放走过的三十年,也是我国法制建设发展的三十年。改革开放的成功离不开法制的保障。我们很难想象,如果没有三十年的法制进步,三十年经济的快速发展和社会的巨大变化从何而来。联系市场经济与商法发展的关系分析,我们可以进一步得出结论:是市场经济的制度选择促进了商法意识的觉醒和商法规则的逐步推行;同时,商法制度的建立和渐趋完善也进一步推进了市场机制的逐步确立和不断走向健康运行的轨道。

中国没有商法的传统,商法的发展是在特定的历史条件下即全面改革开放的情况下启动的。尽管我国的商法在维护经济交易秩序、保护商人主体合法利益方面已经发挥了重要作用,但是,就商法本身应当发挥的功能来看,还远没有达到应有的状态。商法本身还有诸多不足与局限,如商法的部门法还相当分散;部门法之间还有很多不协调和直接冲突之处;至今我们还缺乏商法的基本法。商法与其他法律部门之间尤其是民法之间的分工协调还存在相当大的矛盾与差距。这些问题已经成为市场经济发展需要突破的瓶颈。本卷商法评论在回顾商法发展三十年历程的同时,着重探讨商法的协调和统一。这里所说的“统一”,不单单指商法也应当有类似于民法通则的总规则,还意味着商法应当尽快建立起自己的一套完整的规范体系。我相信:这种讨论是十分有益的。为此,本卷商法评论专设了“改革开放三十年与中国商法的发展”、“立法专论”、“实务探讨”等栏目。

上海市法学会商法研究会坚持每年举行一次年会,本次年会除了对商法的回顾与展望外,还有相当多的论文集中探讨商法各部门法的完善问题。“年会论文”栏目选编的即是这批论文中的优秀论文。

“学术动态”栏目对商法研究会年会论文与发言作了综述。另外,我们还选登了华东政法大学经济法律研究院两次重要学术会议的主要观点。希望这些能给广大读者一些启发。

中国商法的发展任重而道远。这些年,我们编辑的《中国商法评论》得到了社会各方面的大力支持,尤其是学术界作者、读者同仁的鼎力相助。我们除了表达内心的感激之情外,还期盼各位朋友继续关心和支持我们的《中国商法评论》。因为促进中国商法的进步是我们共同的事业,中国商法的进步需要理论的强有力支撑。让我们共同努力!

顾功耘

2009年12月20日

目 录

改革开放三十年与中国商法的发展

改革开放三十年与中国商法的发展	顾功耘 / 1
改革开放三十年与我国企业破产立法	韩长印 / 4
我国证券市场法制建设的回顾与展望	卢文道 / 11
制定信托业法,完善信托制度	贾希凌 / 17
改革开放三十年的仲裁法制回顾与展望	张圣翠 李 宝 / 26
改革开放三十年来中国商法理论综述	沈军芳等 / 36

立法专论

民商合一论的困境	邹碧华 / 85
商法通则:扬弃民商分立与民商合一	曾大鹏 / 93
进退失据的民商合一	
——以《合同法》分则为分析蓝本	周 珺 / 102
《商法通则》与资本市场法的立法协调与统一	主力军 / 110
关于我国商事主体立法协调与统一的思考	成 涛 刘 路 / 118
关于商主体的立法思考	钱品石 徐晶晶 / 130
论内外资商主体平等的立法思考	邱润根 / 139
营业转让的若干法律问题研究	井 涛 / 146

年会论文

商法总论

试论商法的安全原则	吴 弘 钱婷婷 / 154
论商法中的外观主义	伍 坚 / 164
商事留置权的优先地位及其法律风险分析	韩长印 楚 清 / 173

论商事立法中的市场准入原则

王磊 郑 彧 / 183

公司法

试从协调性的角度看《公司法》的不足

李小宁 / 191

我国董事责任保险法律制度之规范现状与立法协调
原因与价值

孙宏涛 / 196

——作为程序制度的公司分立考察

钟 刚 / 203

论公司章程自治边界的厘定

徐文文 / 211

公司达到破产界限时董事申请破产的义务

牛超群 / 222

股东资格的历史思索

方 芳 沈贵明 / 228

有限责任合伙的债权人保护法律制度研究

——商事组织创新之下的公平与效率之平衡

刘新民 / 239

论合作社的法律地位

蒋辉宇 / 252

国有企业公司治理的特殊挑战与因应

丁宇飞 / 261

金融、信托法

论信托信号

康 锐 / 270

金融理财业务的法律关系

——试探信托关系的扩大应用

朱小川 / 283

制度供给与金融政策目标的实现

——对“小额贷款公司热”的思考

杨忠孝 / 294

我国接管制度中行政权与司法权的冲突和协调

章于芳 / 306

我国投资基金立法模式选择的再思考

王 鑫 / 311

经济法及其他

记名提单法律规则的国际化协调和统一及对我国的启示

李小年 / 319

国际货物贸易中所有权转移问题的冲突与协调刍议

吴益民 / 332

商品流通领域反垄断法律规制

——美国经验及其启示

吕炳斌 / 338

实 务 探 讨

非正规就业组织相关法律问题探析

茆荣华 武 鹏 / 346

我国金融综合经营的模式选择与立法协调

千云峰 / 356

信用卡冒用责任承担的理论与实践探析

何 颖 / 361

股东查阅请求权纠纷的司法裁量

高中营 / 369

学 术 动 态

总结三十年改革开放经验 寻求商法之协调统一发展

——上海市法学会商法研究会 2008 年年会综述

吴晓晖 孙 溪 / 377

经济发展的永恒主题:安全、效率与法治

——华东政法大学第一届经济法律高峰论坛会议综述

吴晓晖 单颖之 / 381

“国有资产法立法研讨会”综述

单颖之 沈军芳 / 385

附录(未选登论文目录) / 389

改革开放三十年与中国商法的发展

顾功耘*

今年是我国改革开放三十周年。这三十年是我国经济体制转型的三十年,是我国从人治走向法治的三十年,也是我国商事部门法快速发展的三十年。

一、商法的艰难探索阶段(1978—1992)

从1978年实行改革开放至1992年确立社会主义市场经济体制是我国商法的艰难探索阶段。

在该阶段,商法的概念很不明确,只有部分学者对国外的商法作了一定的介绍,人们对商法的理解仍带有浓厚的意识形态色彩。这种理论研究现状难以对商事立法实践提供理论支撑,使得商事立法的探索异常艰辛。该阶段存在着一些分散的、零星的主体法,主要是《中外合资经营企业法》(1979年)、《外资企业法》(1986年)和《中外合作经营企业法》(1988年)。对商事交易行为的规范任务主要由《经济合同法》(1981年)、《涉外合同法》(1985年)、《技术合同法》(1987年)完成。可以看出,规范涉外主体的立法有三部,且间隔时间较长,规范商事交易的合同法也有三部,说明该阶段立法分散凌乱、缺乏体系;另外,主体立法集中于三资企业,反映了我国引进外资、发展出口型经济的迫切需求;而1986年颁布只适应于全民所有制企业的《破产法(试行)》,显然是为满足国有企业改制之需。因此,该阶段立法更多的是政府主导的应急性立法,方向不明确,缺乏前瞻性。这实质上是当时市场发展程度较低、我国经济体制改革方向不明确和“摸着石头过河”的改革策略在立法上的反映。概言之,该阶段的商事立法在内容上是分散凌乱的,在方向上是不明确的,属于政府主导的应急性立法,在深度和广度上都是不够的。

* 顾功耘,华东政法大学教授、博士生导师。

二、商事部门法的快速发展阶段(1992—1999)

1992年社会主义市场经济体制的确立,促进了我国商事部门法的快速发展。短短几年,立法机关就通过了《公司法》、《证券法》、《票据法》、《保险法》、《海商法》等一系列重要的商事单行法。该阶段的突出特点在于将整个市场运行机制纳入到法律规范的框架之内,形成调整市场运行之法——商法。1993年《公司法》出台,规范和培育了市场主体;有了市场主体就要通过证券发展壮大,长期生存下去,需要出台《证券法》对其进行规范;市场主体开展商事活动需要结算,《票据法》的颁布也就成为理所应当。可以看出,随着市场力量的壮大,该阶段的商事立法开始由政府主导向市场内在需求方向发展。

三、商事部门法的修订与完善阶段(1999—2008)

1999年发生了影响商法发展的三大事件:《深圳经济特区商事条例》通过,首开我国形式商法立法实践之先河;商法被教育部指定为高等学校法学专业14门核心课程之一,商法研究走向正规化和规模化,大量商法人才被培养;全国人大听取著名商法学者讲解商法,立法机关逐渐关注商法。商法实践和理论的发展,使得我国商法进入到了一个注重实践反馈和理论指导的理性发展时期。人们开始以商法理论为指导,对商事部门法进行全面反思。2005年全面修改《公司法》、《证券法》,2006年修订《合伙企业法》、颁布《企业破产法》。

与前两个阶段相比,该阶段最大的特点就是实现了商法理论研究与实践的互动,从应急性立法走向了反思性立法。

四、商法体系初步建立阶段(2008—2020)

当前中国商法面临的最大问题是商事部门法的冲突与协调问题。这需要加快《商事通则》的制定,对商事部门法进行统领和指导。同时,要注意市场上出现的新问题,尤其是虚拟经济产生的新问题,及时制定和完善《期货法》、《金融衍生工具交易法》、《投资基金法》、《金融控股公司法》等商事单行法。争取在2020年初步建立与中国国情相适应的独立的商法体系。

五、三十年中国商法发展的经验

1. 市场导向与政府推动同样重要。市场导向和政府推动是统一于社会主义市场经济体制之中的,两者并不矛盾。何者多一点,是由不同的领域和情况所决定的。中国商法的发展可以说是市场倒逼和政府推动共同作用的结果,只是在不同的阶段,两者的作用范围和力度有所不同。

2. 商事部门法与商事通则同样重要。商事部门法不断完善,但是冲突不断,需要商事通则的统领和协调。

3. 商法实践与理论指导同样重要。很多人讲,商法主要是个实践问题,但现实证明:缺乏理论指导的商法是不行的。在有了实践的情况下要加强理论研究,尤其是基础理论的研究,形成理论与实践的良性互动。

改革开放三十年与我国企业破产立法

韩长印*

今年是我国推行改革开放政策的第30个年头,这30年来,我国社会发生了翻天覆地的变化。法制的变化无疑是变化中的重要一端,这其中包括企业破产法律制度的建立和推行。

一、我国企业破产法是在计划经济体制向市场经济体制的过渡中建立起来的

曾几何时,我国是把“破产和失业”当作资本主义社会的腐朽性来看待,而把没有破产和失业当作社会主义制度的优越性来宣扬的。没有破产和失业,在计划经济体制下企业的产生、经营、销售、盈亏全部由国家包揽下来是可能的,但这种体制并不能适应以经济建设为中心、对企业投资多元化以及鼓励竞争基础上企业对自身利润追求的内在需要。

一旦我们推行以市场经济为导向的企业竞争的经济运行机制,市场主体在市场中公平有序的准入和退出机制的建立就是不可或缺的。我国的企业破产法律制度就是在这样一个由改革开放政策催生出的计划经济体制向市场经济体制的过渡中建立起来的。

背景资料补充:

新中国最早的地方破产立法是沈阳市人民政府于1985年2月9日颁布施行的《关于城市集体所有制工业企业破产倒闭处理试行规定》。该规定要求,负债超过资产或者亏损额达到固定资产总额的80%的企业,应当宣告破产。继而,沈阳市政府按照该规定对三家企业出示了黄牌警告,其中沈阳防爆器材厂于1986年8月3日宣告破产,同年11月破产程序终结。此外,武汉、重庆等城市也曾于1986年出台了各自关于企业破产的相关规定。广东省六届人大常委会于1986年11月曾通过《深圳经济特区涉外公司破产条例》。

* 韩长印,上海交通大学凯原法学院教授、博士生导师。

二、1986 年企业破产法作为一部“试行法”， 到我国正式确立市场经济改革目标之时 就已完成了自己的历史使命

我国全国性统一的破产立法，是于 1986 年 12 月 2 日第六届全国人大常委会第 18 次会议通过的《中华人民共和国企业破产法（试行）》（以下简称《企业破产法》）。该法正式通过之前，曾就草案进行过多次实质性的修改，并由当时的全国人大常委会进行了热烈的讨论。

可以说，《企业破产法》的颁布，对于促进当时经济体制改革的进一步深入，加强企业改善经营管理状况和增强竞争意识，提高劳动生产率以及就业观念的转变等，都起到了巨大的推动作用。由于《企业破产法》通过颁布之时，《全民所有制工业企业法》尚未出台（当时，企业法被认为是从正面引导和规范企业发展的法律，企业法的颁布和实施被视为《企业破产法》生效实施的前提条件），故而《企业破产法》将其生效实施的时间，延长至《全民所有制工业企业法》实施满 3 个月之日。实际上，《企业破产法》是从 1988 年 11 月 1 日生效实施的。

《企业破产法（试行）》有以下几方面特点显得比较突出：其一，适用范围限定为全民所有制企业。其二，宣告企业破产的原因是“企业因经营管理不善造成严重亏损，不能清偿到期债务”。其三，债权人和债务人均可提出破产申请，但债务人申请破产须经其上级主管部门同意。其四，债权人和债务人不能直接提出和解整顿的申请，只有债权人提出破产申请的案件，在人民法院受理案件之日起 3 个月内，债务人企业的上级主管部门可以申请对债务人进行整顿，在此种情况下，债务人方可进入和解整顿程序。其四，破产企业的法定代表人或者破产企业的上级主管部门对企业破产负有主要责任的，对该法定代表人或者该上级主管部门的领导人，给予一定的法律制裁。

背景资料补充：

鉴于《企业破产法》仅适用于全民所有制企业，而全民所有制企业以外的其他企业同样需要破产法的调整，1991 年 4 月 9 日，七届全国人大四次会议通过施行的《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）于第二编（审判程序编）中专设第 19 章“企业法人破产还债程序”，适用于全民所有制企业以外的具有法人资格的其他企业的破产案件。

将《民事诉讼法》规定的企业法人破产还债程序和《企业破产法》规定的内容相比较，可发现如下主要差异：（1）宣告破产的条件不同。全民所有制企业的破产原因为“因经营管理不善造成严重亏损，不能清偿到期债务”（《企业破产法》第 3 条）；非全民所有制企业的破产原因为“因严重亏损，无力清偿到期债务”（《民事诉讼法》第 199 条）。（2）对和解整顿程序的规定不同。《企业破产法》规定，全民所有制企业的和解程序与企业整顿程序互为条件；而《民事诉讼法》仅规定了非全民所有制企业的和

解程序,并无对整顿程序的规定。同时,将非全民所有制企业法人的破产还债程序规定于《民事诉讼法》中,更突出了破产法的程序性特征。

《企业破产法》共有6章43条规定,《民事诉讼法》中的“企业法人破产还债程序”一章只有8个条文。现有的这些较为笼统的规定,无论是在实体权利的处理方面还是程序规范的适用方面,都不能充分满足司法实践的需求。故而,最高人民法院于1991年11月7日下发了《关于贯彻执行〈中华人民共和国企业破产法(试行)〉若干问题的意见》(以下简称《破产法意见》),并于1992年7月13日下发了《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(以下简称《民诉法意见》),对企业破产案件审理中可能遇到的问题作了较为详细的司法解释,以求保障企业破产法的正确实施。

可以看出,我国当时的破产立法模式,首先是依企业的所有制性质将企业分为全民所有制企业与非全民所有制企业,对全民所有制企业制定破产立法调整;其次是将非全民所有制企业区又分为法人型企业和非法人型企业,仅就非全民所有制法人型企业再进行补充破产立法。不同的破产立法之间,在具体的法律规定内容上存在一定差异。

的确,当初这种立法模式的形成具有一定的历史必然性。我国当时的经济体制改革尚不够深入,企业立法本身就建立在以所有制和行业为标准区分立法的体系模式基础上,在当时全民所有制工业企业占主导地位的企业组织结构中,为使破产立法与企业立法的体系相互协调一致,只能按企业所有制进行破产立法,并采取先全民所有制企业后非全民所有制企业的惯例顺序推进。

然而,随着我国经济体制改革的不断深入以及对市场经济体制改革目标的正式确立,1986年企业破产法中的内容已不能完全满足经济体制改革和经济发展的需要,并日渐暴露出其诸多缺陷,影响到对破产关系的正常调整。从各方面的反映看,这些缺陷主要包括:(1)受计划经济观念和体制的影响,该部立法存在立法理念和目标方面的偏差,在制度设计方面也显得不成熟;(2)立法内容的过于简单、粗糙,诸多制度存在疏漏,法律规范缺少可操作性;(3)对国外已有的成功的立法经验与制度借鉴不足;(4)适用对象范围上存在较大的局限性;(5)与其他法律之间的相互协调不够,与相关破产法规和行政规章包括国务院有关国有企业破产试点文件之间存在冲突和矛盾等。

1994年3月,全国人大财经委员会根据八届全国人大常委会立法规划的要求,着手组织新破产法的起草工作。1995年9月,全国人大财经委员会将新破产法草案提交全国人大常委会。从公布的八届人大常委会1995年的立法规划来看,破产法应属于1995年出台的立法文件之一。但因种种原因,破产法草案并未付诸审议。之后,破产法作为“列入八届人大立法规划的尚未完成的”立法项目,被列入了九届人大的立法规划,直到第十届全国人大常委会才将此“立法规划”变为现实。

新破产法之所以长时期不能出台,部分原因在于相对于我国推行改革政策所造就的日新月异的社会情势变迁,破产法理论准备的不充分及现有理论成果一定程度上不符立法需求所致,也在于破产案件中不同的利益相关者(担保债权与职工优先权等)在破产财

产分配中可能存在的利益冲突。

背景资料补充：

此间,为推动破产试点工作的开展,国务院于1994年10月25日以“国发[1994]59号”文件发布了《国务院关于在若干城市试行国有企业破产有关问题的通知》(以下简称《通知》),《通知》对试点城市中破产企业职工的安置、破产财产(包括土地使用权)的处置、银行贷款损失的处理等破产法实施中的一些难点问题,作出了相应的规定。《通知》下发后,一方面,全国法院受理破产案件的数量大幅上升;另一方面,一些地方违反《通知》规定的试点城市的范围实施破产,滥用《通知》中规定的优惠政策。据统计,1989年至1993年的五年间,全国法院共受理企业破产案件1153件,而从1994年到1997年间,全国法院共受理企业破产案件15479件,其中国有企业破产案件8,578件。与此同时,不在试点城市名单之内的一些地方的法院在地方政府的操纵和干预下,比照试点城市的做法处理了一大批“破产逃债”的案件,例如四川中江县丝绸公司假破产案曾引起国务院和最高人民法院的关注,其他诸多有关破产逃债的案件的报道也屡见报端。

在此情势下,国务院于1997年3月2日以“国发[1997]10号”文又发布了《国务院关于在若干城市试行国有企业兼并破产和职工再就业有关问题的补充通知》(以下简称《补充通知》)。《补充通知》强调指出,《通知》中有关破产方面的政策,只适用于国务院确定的企业“优化资本结构”试点城市范围内的国有工业企业。非试点城市和地区的国有企业破产,只能按照《破产法》的规定实施,破产企业财产处置所得,必须用于按比例清偿债务;安置破产企业职工的费用,只能从当地政府补贴、民政救济和社会保障等渠道解决。为协调解决破产企业的职工安置及再就业、银行呆坏账核销等问题,《补充通知》对试点城市的国有工业企业的破产案件受理程序,制定有一些特殊规定。

后来的几年,全国法院受理的破产案件数量大约都在6000件左右,在破产案件的规范化处理方面取得了长足的进步。鉴于新破产法草案的迟迟不能出台,破产审判实践中的诸多新问题又亟需加以统一规范,最高人民法院于2002年7月颁布了《关于审理企业破产案件若干问题的规定》,自同年9月1日开始实施。这是最高人民法院第二次对《企业破产法》作出的全面系统的司法解释,该司法解释的施行无疑会进一步推进我国破产案件的规范化审理。

如果说1986年《企业破产法》作为一部“试行”法,其追求的立法目标是初步建立起我国企业破产制度并开始试运行的话,该立法目的到我国正式确定市场经济改革目标之时已经基本实现,该法已经完成了自己的历史使命。接下来的立法任务,应当是对我国的破产立法作出新的定位,对《企业破产法》长达15年的实施效果进行全面的回顾和检讨,分析立法的利弊得失,在此基础上参考世界范围内自上世纪80年代开始的破产法改革大势,同时结合历经15年变革的我国社会情势以及同市场经济相适应的企业运行机制和自然人的财产结构的变革,重构我国符合当代市场经济体制和现代企业制度的破产制度,圆

满完成新一轮的破产法改革。毕竟,一部法典的成功编纂,是需要及时吸纳和体现社会发展所蕴含的时代特质的。

三、2006 年企业破产法的颁布实施,标志着我国相对成熟的企业破产法律制度的正式建立

2006 年 8 月 27 日,十届全国人大常委会第 23 次会议通过了新的《中华人民共和国企业破产法》定于 2007 年 6 月 1 日生效实施,这是在对我国破产法作出新的定位的基础上,对《企业破产法(试行)》将近二十年的实施效果进行全面的回顾和检讨,分析立法的利弊得失,并参考世界范围内自上世纪 80 年代就开始的破产法改革趋势,结合十余年来已经发生巨大变革的我国社会情势以及与市场经济相适应的企业运行机制和各类民商事主体的财产结构,圆满完成的新一轮的破产法改革。

从《企业破产法》的立法结构和内容看,此次立法至少在以下方面实现了重要的制度革新:

(1) 设定了独立的破产清算、破产重整、破产和解程序。当事人提出破产申请时可以直接提出清算申请,也可以依法直接提出破产和解或者破产重整的申请,完成了我国企业破产法立法从偏重破产清算向偏向破产预防的立法转变,并建立了科学合理的破产预防程序启动机制。

(2) 确立了(破产)管理人在破产程序中的中心地位。规定了管理人的任职资格和条件。按照规定,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。人民法院根据债务人的实际情况,可以在征询有关社会中介机构的意见后,指定该机构具备相关专业知识和取得执业资格的人员担任管理人。破产管理人制度的确立,既克服了过去政府主导的破产案件的行政化运作模式,又一步到位地建立起来了破产案件处理的市场化运作模式。

(3) 在立法层面确立了必要的过渡措施。包括:一方面,允许一定范围内的国有企业破产在一定期限内继续实行特殊的处理方法。按照规定,新《企业破产法》施行前国务院规定的期限和范围内的国有企业实施破产的特殊事宜,按照国务院有关规定办理。另一方面,对破产企业所欠职工的工资及其他依照新企业破产法应当享有优先权的相关费用及补偿金,实行“新旧划段”的处理方法。按照规定,新企业破产法施行后,破产人在该法公布之日前所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用,所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用,以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金,依照该法规定的清偿顺序不足以清偿的部分,以该法规定的已经设定了担保权的特定财产优先于对该特定财产享有担保权的权利人受偿。过渡措施的采用,一方面克服了清除了我国长达十余年之久的新企业破产法的立法障碍,及早完成了新一轮的立法改革以替代早已过时的企业破产法(试行);另一方面,减少了新企业破产法在生效实施中对社会带来的剧烈阵痛。

四、企业破产立法尚需完成金融机构破产和自然人破产的立法任务

2006 年企业破产法遗留的第一项立法任务是商业银行、证券公司、保险公司等金融机构的破产立法。2006 年企业破产法对银行、非银行金融机构、保险公司等采取分离立法的模式。按照规定,商业银行、证券公司、保险公司等金融机构达到破产界限的,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。国务院金融监督管理机构依法对出现重大经营风险的金融机构采取接管、托管等措施的,可以向人民法院申请中止以该金融机构为被告或者被执行人的民事诉讼程序或者执行程序。金融机构实施破产的,国务院可以依据本法和有关法律的规定制定实施办法。然而,一晃两年过去了,全球金融海啸的肆虐正在严重威胁着全球经济的健康发展,金融机构的重组和新生也需要破产立法的及时跟进,但令人不安的是,这方面的行政立法会不会像 1986 年企业破产法第 43 条规定的“本法自全民所有制工业企业法实施满三个月之日起试行,试行的具体部署和步骤由国务院规定”,而实际上国务院最早发布的全面的试行办法是 1994 年 10 月份发布的“国发(1994)59 号”,此时,立法的技术水平和社会转型期的变动不居早已使不少法律规范落实后于时代节拍了。

2006 年企业破产法遗留的第二项立法任务是自然人破产立法。早在 2004 年 6 月份提交审议的破产法草案中,曾将破产法的适用范围扩大到合伙企业及其合伙人、个人独资企业及其出资人。但新《企业破产法》继续将其适用范围局限于企业法人,只是该法的附则部分增加了一条,即“其他法律规定企业法人以外的组织的清算,属于破产清算的,参照适用本法规定的程序”。也就是说,新的企业破产法在适用的主体范围上,仅赋予非法人组织以破产清算能力。毫无疑问,随着我国自然人个人参与经济活动的频率和规模的不断提升,个人财产信用问题的凸显也会程度不同地影响我国自然人诚实负债之后的经济交往和日常生活,也有通过破产法进行调整的必要,其作用无异于对自然人进行疾病诊断和治疗的医院,法律制度中缺少了这一环节,公民的经济能力就会像人类的健康肌体受到危害而无法得到救治一样,其道理当是不言自明的。

五、我国企业破产法立法演变的历史启示

首先,处理好立法和没有上升到立法高度的公共政策考量之间的关系,是破产法得以顺利实施的重要因素之一。固然,企业破产立法不可能将所有的应当纳入公共政策考量的因素都融入立法之中,但作为成文法国家,将应当上升到立法高度的公共政策考量因素上升为立法,是增强立法实施效果所必不可少的。以全民所有制企业破产中的“职工安置费”为例,企业破产法并没有对此作出规定,但按照国务院关于试点城市职工安置费的政

策规定,则既成为推动企业破产试点的重要动力,又成为 1994 年前后为数不少的企业“破产逃债”的一个政策诱因。

其次,优化而不是迁就与企业破产法实施不相适应的制度环境,也是建立规范的市场经济法律体系所应当遵循的规律。法律制度作为国家上层建筑的组成部分,固然应当构筑在一国的社会经济现实土壤之上,但在我们设计相应的法律制度蓝图时,是迁就既有的与改革目标不相适应的制度环境因素,还是顺应市场经济法律体系建立的立法潮流,这是一个立法政策的选择问题。以我国 1989 年之后的破产法实施环境为例,“稳定压倒一切”的国策固然应当得到有效的执行,但作为企业市场退出机制重要一环的企业破产,不可能完全搁置下来,长期一刀切地搁置的结果,只能以“暂时的稳定”换取“长远的不稳定”,毕竟诸如改善企业经营、优化就业环境等与企业破产相关的问题是需要一个健康有序而又能够体现新陈代谢规律的企业运行机制来加以保障的。

再次,在构建我国现代市场经济法律体系的过程中,我们应当充分关注国外既有的破产法律文明成果,加强对国外相关法律思想、立法成果的学习、理解、消化、吸收,为我国的立法和司法积累足够丰富的理论资源和营养。毕竟,在实际经济一体化的进程中,这个领域各国立法的相通性已经不是我们可以忽略的了。

最后,一个成熟的企业破产法律制度是一个不断完善的过程。立足现在和展望未来,我国企业破产法制建设的历史任务并没有完成。以眼下正在处理的三鹿集团破产为例,近三十万婴幼儿患者的赔偿问题(按三鹿集团所占有的市场份额)在破产法能否找到合法、合理而又相当程度上符合民意的答案?企业破产之际,企业的主动赔偿以及事先向乳制品业协会支付的 9 亿元垫款是什么性质?包括三鹿集团在内的多家企业划出专款设立的赔偿基金的做法,在破产法上又有那些合法的根据?各级政府先前按照国务院要求垫付的抢救和治疗费用在破产程序中又当如何对待?如果三鹿集团的经营能够维持下去,事先有没有机会和相应的机制来保障类似的破产企业采取破产重整这一破产预防程序?破产清算对三鹿集团来讲一定是不可避免的吗?

可见,未来的企业破产法制还需要我们储备更多的知识,还需要我们贡献更多的智慧,这其中少不了我们加强对国情的研究以及对国外破产经验的进一步学习和借鉴。